

المملكة العربية
سعودية
وزارة العدل



المحقوق القضائية

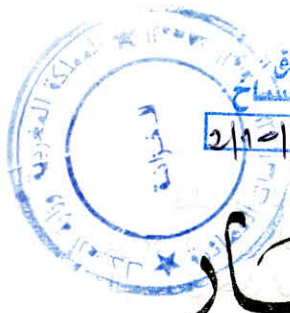
مجلة دورية يصدرها طلبة المعهد الوطني للدراسات القضائية - بالرباط

٨٢

العدد السادس

1981

السنة الثالثة



المملكة المغربية
المركز الوطني للتوثيق
مصلحة الطباعة والاستنساخ
رقم 0074/34-As
تاريخ 2/10/85
جريدة

007434-As

p. 7 → p. 28

المغرب وقانون البحار

بالتسبة للمحافظة على البيئة البحرية
تمة

بقلم : ادريس الضحاك

محتويات المشروع المغربي في موضوع المسؤولية واصلاح الضرر :

لقد أصبح المشروع يحمل اسم المشروع العربي وذلك بعد أن تبنته المجموعة العربية في كل من اجتماعاتها بتونس سنة 1976 والقاهرة سنة 1977 وقدم من جديد للمناقشة في الدورات التالية وبالرغم من أن النص المركب الحالي أخذ بمفهوم احدى فقراته فإنه لا زال النقاش يدور حول باقي الفقرات وقد ترتب عنه تأجيل النظر فيها الى الدورة الثامنة المقبلة .

وقبل شرح فقراته المعتبر بديلا للمادة 236 من النص المركب الغير الرسمي للتفاوض وهي المادة الوحيدة المتعلقة بالمسؤولية واصلاح الضرر يجدر بنا عرض ومناقشة هذه المادة على حالتها الراهنة .

لقد كان نص المادة 4I في النص الموحد الذي أصبح 44 في النص المنقح و 236 في النص المركب يقضي بمسؤولية الدولة في الأنشطة التي تجري داخل حدود ولايتها أو تحت مراقبتها غير أن مثل هذه المسؤولية لم تعد مذكورة في النص المركب وبالإضافة الى ذلك وتحت تأثير المشروع المغربي أصبح النص المركب يضم في مادته المذكورة الالتزام باتاحة اللجوء الى المحاكم الوطنية قصد المطالبة لديها بالحصول على التعويض أو أي شكل آخر للترضية وذلك بالنسبة لاضرار التلوث .

لكن ومع ذلك فإن النص الحالي بعد حذف أفكار وإضافة أخرى أصبح ذا تركيب قانوني غير واضح من حيث مسؤولية الدولة ومسؤولية الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين الآخرين .

ذلك أن الفقرة الأولى من نص المادة 236 تقضي بمسؤولية الدول طبق قواعد القانون الدولي عن الأضرار الناتجة عن انتهاكاتها للالتزامات بحماية البيئة في حين أن أعمال الدول لا تؤدي كلها الى مسؤولية طبق القانون الدولي العام وقد رأينا في بعض الاتفاقيات السابقة المسؤولية المدنية للدول وهي طبعا مسؤولية مؤسسة على القانون الخاص .

كما أن الفقرة الثانية تنتقل فجأة من مسؤولية الدولة طبق القانون الدولي الى القول بأنه من واجب للدول إتاحة اللجوء الى محاكمها قصد الحصول على التعويض أو أي شكل آخر من الترضية لكل ضرر بسبب تلوث ناتج عن عمل أشخاص طبيعيين أو معنويين خاضعين لولايتها : فما المقصود بهذه الفقرة ؟ وهل يعني هذا أن بالإضافة الى مسؤولية الدولة طبق القانون العام هناك أيضا مسؤولية الأشخاص طبق القانون الخاص ؟ وما معنى الضرر الذي يسببه الأشخاص والذي يوجب التعويض . هل يعني ذلك أنه ليس من الضروري وجود أي انتهاك أو وجود أي خطأ بل يكفي وجود الضرر ؟ . أي الأخذ

أي الأخذ بالمسؤولية الموضوعية ؟ في حين أنه في حالة مسؤولية الدولة يجب أن يتوفر عنصر مخالفة للالتزامات أي عنصر الخطأ أي الأخذ بفكرة المسؤولية المؤسسة على الخطأ وإذا كان الأمر كذلك لماذا هذا التمييز بين الحالتين ؟ .

وهل يعني هذا تراجع عما استقر عليه الأمر في بعض الاتفاقيات من وجود بالمسؤولية الموضوعية ؟ في حين أنه في حالة مسؤولية الدولة التشبث من جديد بقواعد القانون الدولي العرفي الكلاسيكية المؤسسة على فكرة عدم المشروعية التي وردت في كثير من الأحكام القديمة (16) ولنفرض الآن أن الدول أتاحت اللجوء الى محاكمها للمتضررين للحصول على تعويض من عمل أشخاص خاضعين لولاياتها ارتكبوا تلوثا في مناطق خارج ولايتها - أعالي البحار مثلا - أي قانون سيطبقه القاضي الوطني بل أنه أصبح مختصا من الناحية الشكلية ؟ .

(16) منها قضية مضيق (CORFOU) كورفون سنة 1949 وقضية الباما سنة

. 1972

وهل يعني هذا أن قانون دولة العلم هو المطبق ؟ القانون الوطني للمتضرر
وإذا حدث الضرر في منطقة ولاية دولة أخرى هل يطبق القاضي قانون دولة مكان
وقوع الحادث ؟ .

كل هذه التساؤلات يحاول المشروع الاجابة عليها بشكل مقتضب دفعا
لكل لبس وتفصيل ليس من صفة الاتفاقيات .

ولا يقضي المشروع بتقديم نص جديد للمادة 236 فقط وإنما أيضا
للمادة 264 المتعلقة بالمسؤولية والتعويض عن الضرر في البحث العلمي ويهدف
من ذلك الى توحيد الأساس القانوني لهما خصوصا وان هذه المادة الاخيرة
مغايرة الأولى بالرغم من أن الموضوع واحد اذ أدخلت عوض فكرة ولاية
الأشخاص الواردة في المادة 236 فكرة جنسيتهم أي انها لا تعتبر الاجانب
المقيمين في الدولة وتدخل عكس ذلك الوطنيين ولو أقاموا في دولة أخرى كما
أنها تثير اشكالا في حالة تعدد الجنسيات سلبا ويجابا بالاضافة الى أن فكرة
الجنسية غير مقبولة من كل الدول وقضت بمسؤولية الدولة عن الاجراءات
المخالفة للاتفاقية وهذه مسؤولية جزائية اما اذا كانت مرفوقة بالضرر فانها
تؤدي الى التعويض واصلاح الضرر. كيف يتم ذلك وطبق أى قانون ؟
لا يذكر النص ذلك .

ويجمل هذا النص بالاضافة الى تعارضه مع المادة 236 السالفة الذكر
نتائج خطيرة بالنسبة للدول الشاطئية التي لا تملك التقنيات اللازمة لمنع
بحث علمي أو الموافقة عليه اذ أن أي سوء تقدير من طرفها يعرضها للتعويض
عن الضرر فالأمر لا يتعلق فقط بالضرر الناتج عن أعمال البحث العلمي وإنما
أيضا عن الاجراءات وهذه مسؤولية جسيمة للدولة الشاطئية ولذلك يهدف
المشروع صياغة هذه المادة أيضا بنفس صياغة المادة 236 :

فما هي محتويات المشروع ؟

أ - المسؤولية الموضوعية :

في فقرته الأولى يقضي مشروع تعديل المادة 236 في الجزء الثاني عشر
من النص المركب الغير الرسمي للتفاوض المتقدم من طرف المغرب والمجموعة
العربية على أنه يترتب عن كل ضرر للبيئة البحرية أو للأموال أو الأشخاص

الموجودين بها بسبب التلوث لزوم التعويض عن هذا الضرر أو أي اصلاح آخر له .

ذلك أن اثبات الخطأ في موضوع شائك كالتلوث يحمل المتضرر ثقلا جسيما وعبئا كبيرا لا يستطيع في كثير من الحالات اثباته. ولذلك قضت بعض الاتفاقيات في موضوع الضرر الناتج عن التلوث أو الأضرار الأخرى بسبب استعمال الطاقة النووية أو مواد الزيوت (الهيدروكربور) على الخصوص بوجود مسؤولية مبنية على تحقق الضرر فقط (I7) ونفس الأمر في كثير من القوانين الوطنية الجديدة (I8) ومع أن أغلب الاتفاقيات التي أخذت بمبدأ

(I7) راجع اتفاقية باريس 29 يوليو 1960 حول المسؤولية المدنية في ميدان الطاقة النووية واتفاقية فيينا 21 ماي 1963 حول المسؤولية المدنية المترتبة عن أضرار النووية واتفاقية بروكسيل 17 ديسمبر 1971 حول المسؤولية المدنية في ميدان النقل البحري للمواد النووية . واتفاقية بروكسيل لسنة 1969 حول النقل البحري بواسطة السفن التجارية. واتفاقية بروكسيل 25 ماي 1962 حول مسؤولية مستثمري البواخر النووية واتفاقية 29 نوفمبر 1969 حول المسؤولية المدنية الناتجة عن أضرار الزيوت (الهيدروكربور) .

(I8) راجع القانون الأمريكي « قانون تحسين المياه لسنة 1970 » الذي يقضي بأن مالك السفينة حاملة البترول مسؤول قبل حكومة الولايات المتحدة الأمريكية وقبل الغير المتضرر عن تكاليف إزالة هذا البترول وكذا التعويض عن الأضرار التي تصيب الممتلكات العقارية والشخصية وكذا الخسارة في الدخل .

3 - القانون الأسترالي لسنة 1960 المعدل سنة 1972 « بشأن تلوث البحار بالبترول » يقضي بأن كل من أصابه ضرر من البترول الا وله الحق في مطالبة المسؤول بالتعويض .

4 - القانون النيوزيلاندي الصادر سنة 1965 بشأن البترول في المياه القابلة للملاحة يقضي بأن تكاليف التنظيف تقدر بمعرفة القاضي وتنشأ دينا في ذمة المسؤول .

5 - قانون سنغافورة بشأن « منع تلوث البحار » لسنة 1971 الذي يقضي بأن مسؤولية المالك مسؤولية مطلقة عن تكاليف التنظيف .

6 - وكذا الأمر بالنسبة لقوانين أخرى كالقانون السويدي المؤرخ في

المسؤولية الموضوعية في ميدان المسؤولية المدنية خفضت لصالح محدث الضرر هذا المبدأ بجعل المسؤولية محدد أي محصورة في تعويض مبلغ معين فان القوانين الوطنية التي أخذت بنفس المبدأ جعلت مع ذلك المسؤولية غير محددة أي مهما بلغت الأضرار الا ولزم التعويض عنها أو أصلها بأي شكل آخر من الترضية دون ما تحديد ذلك بمبلغ معين. ومثل هذا التفصيل لا يمكن التعرض له في اتفاقية ذات طابع دولي وعالمي بل تكفي الإشارة الى المبدأ .

(ب) التمييز بين أعمال الدولة السيادية وأعمالها الغير السيادية :

التفريق بين أعمال الدولة السيادية وأعمالها الغير السيادية : - وجعل الأولى خاضعة لقواعد القانون الدولي العام والثانية خاضعة لقواعد القانون الخاص الدولي وليس الدولي الخاص شأنها شأن الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الآخرين .

وإذا كانت الفكرة الأولى المتعلقة بالمسؤولية الموضوعية مفهومة على النطاق القانوني لوجودها مطبقة في أكثر من بلد ومذكورة في أكثر من تشريع وطني ودولي فان خضوع بعض أعمال الدول لسيادة القانون الخاص سواء الداخلي أو الدولي أثارت كثيراً من التساؤلات وبالرغم من أنها ليست تجديداً بالمعنى الكامل فانها على الأقل بلورة لبعض الافكار القانونية سواء المعبر عنها في بعض الاتفاقيات أو الاجتهادات القضائية أو آراء بعض الفقهاء أو حتى مؤخرا في بعض التشريعات الوطنية. وهو اتجاه حديث أيضا لبعض الفقهاء في القانون الدولي .

ذلك أن بعض الدول تنزل منزلة الأشخاص العاديين وتمارس أعمالا تخصهم كالأعمال التجارية مثلا وهي عندما تفعل ذلك يفترض أنها وافقت

2 يونيو 1972 وقانون السفن التجارية الانجليزية الصادر سنة 1971 بل ان القانون اليوغسلافي الصادر في نفس التاريخ يقضي بأن مالك السفينة مسؤول عن التنظيم وعن كل الأضرار والابادات التي تصيب الثروة النباتية والحيوانية وتكون مسؤولية المالك مسؤولية مطلقة (أي موضوعية) وعن جميع الأضرار .

لنفس العمل، ومن جملة التنازلات عدم التمتع بالحصانة والموافقة على مقاضاتها بنفس الشكل والموضوع الذي يقاضي به باقي الأشخاص . وعليه اذا سببت ضرراً للغير بسبب التلوث أو البحث العلمي يجب عليها اذا كان مصدر هذا التلوث عملاً غير سيادي كالأعمال التجارية أن تقبل المحاكمة طبق شكل وموضوع القواعد المقررة لباقي الأشخاص ولا يحق لها التمتع بالحصانة ولا المطالبة بتطبيق قواعد القانون الدولي العام وفي سبيل ذلك يجب عليها أن تعين العضو الذي تعهد اليه النيابة عنها في التقاضي .

حتى اذا حدث مثل هذا التلوث في المياه الإقليمية وبسبب أعمال ارتكبت أيضاً بها كان اختصاص المحاكم الوطنية وقواعد القانون الوطني هو المطبق لكن اذا كان مصدر التلوث ناتجاً عن عمل خارج مناطق السيادة لكنه أضر بمناطق تعود لسيادة دولة معينة أو لأموالها أو أشخاصاً صح للمتضررين مطالبة الدولة عن عملها الغير السيادي أمام المحاكم الوطنية (دولة العلم) أو المحاكم الدولية (محكمة قانون البحار . التحكيم . اللجان الخاصة طبق مشروع النص المركب) لكن هذه المحاكم لن تطبق قواعد القانون الدولي الخاص بل ستلجأ الى تطبيق قواعد القانون الخاص والتساؤل الذي يطرح هو أى قانون خاص يطبقه القاضي الدولي ؟ .

مصادر لقواعد القانون الخاص الدولي :

ان قواعد القانون الخاص الدولي بدأت تنشأ منذ عهد قريب ونادى بها بعض الفقهاء المحدثين وتجد هذه القواعد مصدرها :

(1) في الاسترشاد بالتطبيقات القضائية الوطنية التي أصبحت تكتسي صبغة دولية أي توجد على نمط واحد في أكثر من دولة في جميع أنحاء العالم . وأصبحت مبادئ معترفاً بها من طرف جميع المحاكم الوطنية، كطريقة التعويض عن الضرر بواسطة النقود أو عينا ان أمكن وكلاستعانة بالخبراء لتحديد الضرر ومداه الخ ..

(2) في الاسترشاد بالتشريعات الوطنية التي أصبحت القواعد فيها موحدة في كثير من دول العالم كتلك المتعلقة بتحديد القواعد القانونية وبمسطرة الدعوى وبتعريف الضرر وتكون المصارييف المتعلقة بتنظيف الشواطئ

وغيرها يتحملها المسؤول عن الضرر .

(3) في التشريعات الدولية الواردة في اتفاقيات (19) .

(19) مثلا - اتفاقية باريس المؤرخة في 29 يوليو 1960 والمتعلقة بالمسؤولية المدنية في ميدان الطاقة النووية وعلى الأخص الفصل الثالث منها الذي يقضي بمسؤولية القائم باستغلال الآلة النووية سواء أكان شخصا خاصا أو دولة معينة .

- اتفاقية باريس سنة 1969 حول النقل البحري بواسطة السفن التجارية وعلى الأخص الفصل II منها الذي يقضي بمسؤولية الدولة مالكة السفينة عن الضرر الذي تحدثه للغير تلك المسؤولية التي تتساوى فيها مع باقي الأشخاص الطبيعيين والمسؤولين الآخرين .

- اتفاقية فيينا المؤرخة في 21 ماي 1963 المتعلقة بالمسؤولية المدنية المترتبة عن الأضرار النووية وعلى الأخص الفصول الأولى والتاسعة والرابعة عشر منها .

- اتفاقية بروكسيل المؤرخة في 17 ديسمبر 1971 المتعلقة بالمسؤولية المدنية في ميدان النقل البحري للمواد النووية وعلى الأخص الفصلان الثاني والثالث منها والتي تقضي بمسؤولية القائم بالاستغلال سواء أكان شخصا أو دولة معينة أو شخصا معنويا آخر .

- اتفاقية بروكسيل المؤرخة بـ 25 ماي 1962 المتعلقة بمسؤولية مستغلي البواخر النووية وعلى الأخص الفصلان الأول والعاشر منها .

- اتفاقية بروكسيل المؤرخة بـ 29 نوفمبر 1969 والمتعلقة بالمسؤولية المدنية عن الأضرار الناتجة عن نقل المواد الهيدروكربور . (جنيف) .

- الاتفاقية الأولى لقانون البحر سنة 1958 وعلى الأخص الفصلان 27 و 28 منها والمتعلقان بالمسؤولية الناتجة عن الكابلات الموضوعة بأعالي البحار .

كل هذه الاتفاقيات تقضي بمسؤولية الدولة بنفس مسؤولية الأفراد الآخرين وهذا يعني أنها تقضي بتطبيق قواعد القانون الخاص حتى على الدول. وعندما اقترح في المشروع البديل للمادة 236 التمييز بين عمل الدولة السيادي وعملها غير السيادي كان يقصد من ذلك مسايرة هذا الاتجاه الحديث في مسألة الدولة لكنه كان يقصد أيضا إمكانية مقاضاة أشخاص إذا كان عملها غير السيادي هو مصدر هذا التلوث كأن تنفجر أو تصطدم باخرة تجارية تعود ملكيتها لدولة معينة وتسبب تلوثا ينتضر

=

ج) اختصاص جديد للمحاكم الوطنية :

وقد اشتملت الفقرة (ب) من الجزء الثاني من المشروع على مقتضيات تحمل الدولة على منح امكانية اللجوء الى محاكمها وسلطاتها الوطنية المختصة قصد المطالبة بالتعويض أو أي اصلاح آخر للضرر من طرف كل متضرر من التلوث الناتج عن عمل الدولة الغير السيادي أو عمل الأشخاص الخاضعين لولايتها أو الواقع داخل مناطق سيادتها أو ولايتها . وإذا تعددت المحاكم المختصة جاز للمتضرر اختيار المحكمة التي تلائمه (20) ومن شأن هذه المقتضيات ألا تترك بعض الحالات دون تعويض لانعدام كل اختصاص أحيانا أو تعطي الاختصاص لمحاكم دولة معينة دون غيرها مما يصعب معه أحيانا على المتضرر رفع دعواه والحصول على التعويض أو الاصلاح المرغوب .

ادولة طبق قواعد القانون الخاص كلما لوثت مياه وتضررت أموال أو بسببه أشخاص أو أموال أو شواطئ تعود لدولة أخرى .
ومما لا شك فيه أن فرقا شاسعا يوجد بين تطبيق قواعد القانون الدولي العام وتطبيق قواعد القانون الخاص إذ تتمكن الدولة من الحصول على التعويض في الثانية بصورة تامة وبمسطرة سريعة خلافا للأولى ولا تتمكن الدول من التهرب من هذه المقاضاة بحجة الحصانة كما يجري الآن لأن نصاب دوليا يرفع عنها الحصانة في هذه الحالة ويضعها في مصاف الأفراد العاديين .

(20) اتفاقية 29 نوفمبر 1969 حول المسؤولية المدنية الناتجة عن تلوث المياه بالزيوت تعطي الاختصاص لمحكمة مكان وقوع الضرر أو لمحكمة مكان اتخاذ الاجراءات اللازمة للوقاية أو الحد من الضرر أو محكمة وجود صندوق الضمان وبالنسبة لاتفاقيتي باريس وفيينا المؤرختين في 29 يوليوز 1960 و 21 ماي 1963 حول المسؤولية المدنية في ميدان الطاقة النووية فان محكمة مكان وقوع الفعل المتسبب في الحادث هي المختصة وليست محكمة مكان وقوع الضرر .

وبالنسبة لاتفاقية بروكسيل المؤرخة في 25 ماي 1962 حول المسؤولية المدنية لمستثمري البواخر النووية فان محكمة البلد المسلم للرخصة (العلم) أو محكمة وقوع الضرر هما المختصتان . وغيرها من الاتفاقيات والأوراق الإقليمية التي تشير في كثير من الاحيان الى اختصاص أكثر من محكمة واحدة للنظر في دعوى المطالبة بالتعويض أو اصلاح الضرر .

ولم يكن النص المنفتح أو الموحد يتضمن هذه الفقرة لكنه وتحت تأثير هذا المشروع صدر النص المركب الغير الرسمي متضمنا لفقرة شبيهة بالمذكورة أعلاه وذلك بعد حذف المقتضيات السابقة التي كانت تقضي بمسؤولية الدولة حتى عن النشاطات التي تجري تحت ولايتها أو مراقبتها والتي تسبب ضررا لمناطق تعود لولاية دول أخرى أو بيئتها البحرية تلك المقتضيات التي كانت تحمل الدول الشاطئية من المسؤولية الجسمية ما لا تستطيع الوفاء به خصوصا بالنسبة لدول العالم الثالث ذات الشواطئ الكبيرة كما هو الشأن بالنسبة للمغرب .

وهكذا أصبحت الفقرة الثانية من المادة 236 تقضي بأن الدول تسهر على أن تسمح أنظمتها القضائية بإمكانية اللجوء الى المحاكم الوطنية كلما حصل الضرر بسبب تلويث البيئة البحرية من طرف أشخاص طبيعيين او معنويين خاضعين لولايتها .

فيكون نص المادة 236 بحذفه المقتضيات السابقة المتعلقة بمسؤولية الدولة الشاطئية عن الضرر الناتج عن النشاطات التي تجري تحت ولايتها أو مراقبتها وبتعويضها بمقتضيات الفقرة الثانية المذكورة أعلاه المتطابقة مع جزء كبير من الفقرة من المشروع قد خطأ نحو تأسيس قواعد جديدة من الناحية الشكلية وذلك بعدم الاكتفاء بالاختصاص المبني على العلم الذي تحمله الباخرة وإنما أيضا على تبعية الشخص طبيعيا كان أو معنويا لولاية الدولة ومن شأن ذلك أن يسهل على المتضررين إمكانية الحصول على التعويض أو الاصلاح المناسب للضرر لكن هذا التحسين في النص بإدخال الفقرة الثانية الجديدة سبب أيضا عدم توازنه ونقصانه. فمن جهة يضع في الفقرة الأولى التزاما عاما على الدولة بالمحافظة على البيئة البحرية من التلوث وبمسؤوليتها طبق قواعد القانون الدولي ومن جهة ثانية يعطي من الناحية الاجرائية الحق في اللجوء الى المحاكم الوطنية كلما كان المتسبب في التلوث شخصا خاضعا لولاية الدولة فما هي اختيارات هذا النص - اذن ؟ هل هي مسألة الدولة عن التقصير في التزاماتها بالمحافظة على البيئة بما في ذلك التقصير الصادر من الأشخاص الخاضعين لولايتها وان الآخرين يحاكمون أمام محاكمها الوطنية ؟ أم ان القصد هو التمييز بين عدم احترامها لالتزاماتها كدولة وفي هذه الحالة تسأل طبق قواعد القانون الدولي وبين الضرر الراجع للأشخاص الخاضعين

لولايتها وفي هذه الحالة تكون المحاكم الوطنية هي المختصة ؟ وإذا كان الأمر كذلك أي قانون يطبقه القاضي الوطني إذا كان الضرر قد حدث في منطقة أخرى لا تخضع لولاية دولة القاضي وأية معايير للمسؤولية تطبق في حقهم ؟ هل يجب توافر الاخلال بالالتزام كما هو الشأن بالنسبة للدول أم مجرد حدوث الضرر أي المسؤولية الموضوعية ؟ يفهم من الفقرة الأولى بوضوح أن الدولة لا تلزم بالتعويض إلا إذا أخلت بالتزامها الدولي القاضي بالمحافظة على البيئة أي يجب اثبات هذا الاخلال ومعنى هذا هجر فكرة المسؤولية الموضوعية في حين أن الفقرة الثانية لا تشير إلى اخلال الافراد بهذا الالتزام بل تكتفي بمجرد حدوث الضرر من طرف أشخاص لولايتها لتتاح أهؤلاء الأشخاص امكانية اللجوء لمحاكمها .

وإذا قامت الدولة بأعمال لا علاقة لها بصفقتها كدولة ذات التزامات دولية كما لو باشرت التجارة البحرية هل تحاكم أيضا طبق قواعد القانون الدولي مع انها في كثير من القوانين الوطنية تحاكم طبق قواعد القانون الخاص كالافراد تماما أم يحق مطالبتها أمام محاكمها كأى فرد طبيعي أو معنوي آخر ؟ الفقرة الثانية لا تسمح لهذه الامكانية والفقرة الأولى لا تشير إلى هذا التفريق فاذن تكون الفقرة الأولى خاصة بالدول وبالقانون الدولي وتتعلق بقواعد الموضوع في حين تكون الفقرة الثانية خاصة بالأشخاص وتتعلق بقواعد الشكل ولا تشير إلى قواعد الموضوع وهذا الانتقال فجأة من حالة إلى أخرى جعل النص ليس ناقصا فقط وانما غير متوازن أيضا وهو ما حاول المشروع المقدم تفاديته .

د) المؤسسات المالية والتقنية :

وأخيرا يشتمل المشروع في جزئه الثالث حرف (ج) على قيام الدول بإنشاء مؤسسات مالية وتقنية على الصعيدين الاقليمي والدولي لتحصل المطالبة لديها بالتعويض أو اصلاح الضرر كلما ظل المسؤول عنه مجهولا أو حصل له عجز عن هذا الاصلاح جزئيا أو كليا .

فماذا القيام بإنشاء هذه المؤسسات ؟

ان الوضعية القانونية الحالية المتعلقة بالتعويض عن الضرر أو اصلاحه بأي شكل آخر والناجمة عن المسؤولية المدنية ناقصة من جهة ومحددة من

جهة أخرى . فهي ناقصة لأن بعض الحالات تبقى أحيانا دون تعويض بالرغم من وجود ضرر كما هو الشأن بالنسبة للحالة التي يظل فيها مرتكب الضرر مجهولا وحالة عسره وان حاولت اتفاقية 18 ديسمبر 1971 المذكورة سابقا أحداث صندوق دولي يتدخل كلما كان المسؤول في حالة عسر أو مجهولا فان هذه الاتفاقية مقصورة على الضرر الناتج عن التلوث بواسطة الزيوت فقط بالإضافة الى أنها لم تدخل بعد في حيز التطبيق وهي محددة لأن الاتفاقيات الحالية وبعض القوانين الوطنية تقضي بتحديد مسؤولية مرتكب الضرر في مبلغ معين مهما كان حجم هذا الضرر (21) .

(21) مثلا الفصل السابع من اتفاقية باريس لسنة 1960 كان يحدد هذا المبلغ في 15 مليون وحدة حسابية من الاتفاق النقدي الأوربي الا أنه وبمقتضى الاتفاقية المكمل لها (لاتفاقية بروكسيل لسنة 1963) أصبح هذا المبلغ 120 مليون وحدة حسابية موزعا على الشكل الآتي لغاية 5 مليون يقوم بأدائه عن المسؤول مؤمن أو أي ضامن آخر معترف به وتقوم الدولة التي توجد بها المنشآت المنتسبة في الضرر بالاداء عن ما تعدى الخمس ولم يصل السبعين مليوناً ومن هذا المبلغ الأخير لغاية 120 مليوناً يؤدي بشكل جماعي من طرف الدول الأعضاء .

الفصل الخامس من اتفاقية فيينا لسنة 1963 المذكورة سابقا يحدده في مبلغ لا يقل عن خمسة ملايين وحدة حسابية . اما اتفاقية بروكسيل لسنة 1962 فتحده بالنسبة لكل حادث وبأخرة في فصلها الثالث بمليار ونصف من الفرنك البوانكاري .

وبالنسبة للباخرتين النرويجيتين سفانا SAVANNAH الأمريكية واطوهان OTTOHANN الألمانية فقد حدد المبلغ في الاولى 130 مليون دولار ويمكن للدولة الفيدرالية أن تضمن لغاية 500 مليون دولار وبالنسبة للثانية فقد حدد في مبلغ 400 مليون مارك .

ويقتضي الفصل الخامس من اتفاقية بروكسيل المؤرخة في 29 نوفمبر 1969 بتحديد المسؤولية ماعدا في حالة الخطأ الشخصي بالنسبة لكل حادث في مبلغ 2000 فرنك بوانكاري لكل طن من حمولة البأخرة لكن هذا المبلغ يجب ألا يتجاوز في جميع الاحوال 210 مليون فرنك بوانكاري . وبمقتضى الفصل الخامس من اتفاقية 18 ديسمبر 1971 المحدثة لصندوق ضمان رفع هذا المبلغ ليصبح 450 مليون بل أجاز امكانية مضاعفة هذا المبلغ اذا اتفق على ذلك في الجمعية العامة للصندوق . كما أن بعض القوانين الوطنية حددت هذا التعويض في مبالغ معينة

وبالإضافة الى هذا النقص والتحديد فان من الاتفاقيات ما لم يدخل في حيز التطبيق ومن الدول ما لم يوقع على هذه الاتفاقيات ويبقى دائما مطروحا التساؤل عن كيفية الزام دولة غير متعاقدة باصلاح ضرر مبني على قواعد قانونية واردة في اتفاقية لم توقع عليها أو اعطاها الحق في المطالبة باصلاح الضرر بناء على نفس الاتفاقية (22) .

وإذا انتقلنا من هذا الجانب القانوني الى الجانب العملي لأمكن القول انه فيما عدا بعض حالات التلوث بواسطة الزيوت (الهيدروكاربور) فان هناك احتمالا بفقد المتضرر كل الامال في الحصول على التعويض اما كليا أو جزئيا اذا كان الضرر جسيما ولم يتمكن مرتكبه سواء كان شركة أو شخصا طبيعيا آخر من اداء المبالغ المحكوم بها لأنها تتجاوز امكانياته وقدراته المالية خصوصا اذا تعلق الأمر بشركات محددة الرأسمال. وإذا حاولت بعض الشركات أن تتجمع مع بعضها في شكل نوادي أو غيرها لتواجه كل مطالبة بالتعويض كما هو الشأن بالنسبة لطوفالوب وكريسطل وابول وغيرهم فان ما يلاحظ في تجمعهم هذا أنه يتعلّق فقط بالاضرار الناتجة عن الزيوت دون غيرها ويكون

لا يمكن للمحكمة أن تتجاوزها وهي تتصرّ احكامها لاصلاح الضرر مثلا الفصل الثامن من لائحة II يوليوز 1972 الكندية المطبقة لقانون 26 يوليوز 1970 حول الوقاية من تلوث المياه الذي يحدد المسؤولية في عشرة ملايين من الدولارات لكل بئر بتروك تتعدد بتعدد الآبار دون أن يتجاوز ذلك الخمسين مليوناً من الدولارات .

(22) اتفاقية فيينا المؤرخة في 23 ماي 1969 حول قانون المعاهدات تقضي في فصلها 34 على أن معاهدة ما لا تخاق التزاما أو حقا تجاه دولة ثالثة دون موافقتها. لكننا عند ما نراجع الاتفاقيات الحالية حول المسؤولية والتعويض نجدها تتجه نحو الأشخاص أكثر من الدول وحتى اذا خاطبت هذه الأخيرة فانها تنظر اليها بنفس منظار الاشخاص المسؤولين. ولذلك يوضع تساؤل عن امكانية التطبيق حتى بالنسبة لبواخر أو منشآت تعود لأشخاص لا ينتمون لدولة متعاقدة - خصوصا وأنا نجد في بعض هذه الاتفاقيات اشارات للتطبيق حتى بالنسبة للبواخر المسجلة في دولة غير متعاقدة كالفصل 7 من اتفاقية 29 نوفمبر 1969 حول المسؤولية المدنية الناتجة عن التلوث بواسطة الزيوت الذي يحتم على الدولة المتعاقدة تطبيق فكرة الضمان حتى على البواخر المسجلة في دول غير متعاقدة متى مارست هذه البواخر في موانئها .

التعويض محصوراً في حد أقصى لا يجوز تجاوزه وفي حالات معينة بالذات (23)

(23) توجد الآن في العالم بعض التجمعات يمكن حصر أهمها فيما يلي :
(I) طوفالوب وكريستال في انتظار دخول
الاتفاقيات في حيز التطبيق انشأ مجهزو البواخر البترولية ما يسمى
بطوفالوب كما انشأ مالكو مادة البترول ما يسمى بكريستال. فمأذا يعني
كل منهما؟

TANKERS OWNERS VOLUNTARY AGREEMENT CONCERNING LIABILITY FOR OIL POLLUTION. طوفالوب

هو اتفاق بين مجهزي البواخر البترولية موقع عليه في لندن بتاريخ 7 يناير
1969 ودخل حيز التطبيق في 6 أكتوبر من نفس السنة ويهدف الى التدخل
كلما وقع تلوث بواسطة البترول المنقول قصد تنظيف الشواطئ وحمايتها
أو مجابهة خطر التلوث الجسيم أو اتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع وقوعه أو
التقليل منه وكل ذلك في حدود مائة دولار لكل طن من أطنان حمولة الباخرة
على ألا يتعدى المجموع عشرة ملايين دولار لكل حادث أي أن طوفالوب
انشئ لحماية المجهزين للبواخر البترولية في حدود المطالبات المذكورة
وهو يضم الآن بين أعضائه حوالي 99 ٪ من الأسطول البترولي للعالم (مع
استثناء بعض الدول كالاشتراكية) وكل عضو به يصبح الزاماً عضواً في
الفيدرالية Fédération وصاحب أسهم بها وهذه الأخيرة هي الوجه
العملي لطوفالوب إذ هي التي تتدخل عند كل مطالبة وكل عضو يجب ان
تكون له الضمانة المالية الكافية وتقدم الضمانات عادة من طرف
التعاضديات التقليدية للتأمين البحري المعروفة تحت اسم
واسم

أي نوادي الحماية والتعويض والجمعية الدولية للتعويض عن البواخر .
أما كريستال

فهو اتفاق موقع عليه في فاتح أبريل 1971 ويهدف الى التعويض عن أضرار
التلوث بواسطة البترول ما بعد المبلغ المحدد في اتفاق طوفالوب ولغاية
حد لا يتجاوز 30 مليون دولار لجميع المتضررين من هذا التلوث الذي يجب
أن يكون مرتكبه أحد أعضاء كريستال وبسبب باخرة بترولية عضو في
طوفالوب. وأعضاء هذا الاتفاق هم مالكو البترول كما سلف ويجب أن
يكونوا في نفس الوقت مساهمين في المؤسسة الهسامة المعهد
وهي شبيهة بالفيدرالية بالنسبة لطوفالوب أي أنها الوجه المنفذ ولتدخا
عند كل طلب .

ولا يتدخل كريستال الا اذا كان هناك تلوث صادر من مادة بترولية تحملها
الباخرة ويقوم بتشجيع المجهزين على تنظيف الشواطئ من التلوث.

=

ومن شأن ذلك أن يترك حالات التلوث الناتجة عن استعمال مواد أخرى معرضة لعدم وجود الضمان الكافي للتعويض كما أن من شأن ذلك أن يحمل هذه التجمعات على التدخل لدفع مبالغ معينة لغاية الحد الأقصى المقرر في اتفاقاتها وما عداها يبقى مصيره أيضا معرضا لاحتمال الضياع .

وإتخاذ الاجراءات اللازمة عند التهديد الخطير بالتلوث ويدفع من أجل التنظيف للمجهز جميع ما صرفه وفي حدود 1,25 دولار لكل طن من حمولة البخيرة ولغاية 10 مليون دولار لكل حادث .
(2) تعاضدية تأمين البترول ، وقد أنشأها أصحاب الصناعات البترولية بعرض الشواطئ .

وذلك في 15 ديسمبر 1971 .

وتتعلق بضمان جميع أخطار هذه الصناعة بما فيها خطر التلوث ماعدا أخطار النقل ويصل مبلغ الضمان فيها الى حد أقصى لا يتجاوز 75 مليون دولار لكل حادث وكل سنة (حسب أحصاء سنة 1972 كانت تضم 22 عضوا رسما لها بلغ 65 مليار دولار وعدد الاقساط السنوية بلغ 32 مليون دولار وتملك احتياطيا وصل 110 مليون دولار)

(3) اتفاق حول مسؤولية التلوث بعرض الشاطئ .

وقد وقع هذا الاتفاق في 4 سبتمبر 1974 ودخل في حيز التطبيق في فاتح ماي 1975 لمدة ست سنوات قابلة سنويا للتحديد. لقد اجتمع العاملون بالتجهيزات وقرروا في هذا الاتفاق التزامهم بتعويض كل متضرر بسبب تلوث راجع لانسياب أو رمي زيوت من تجهيزات توجد بالشاطئ وترجع لولاية احدى الدول المنصوص عليها في الاتفاق (المملكة المتحدة - الدانمارك - ألمانيا الفيدرالية - فرنسا - أيرلندا - هولندا - النرويج وكل دولة متفق عليها) وحدد أقصى مبالغ التعويض في 16 مليون دولار ثمانية منها خصصت للتعويض عن الضرر والأخرى للحماية من التلوث وهكذا يظهر من هذه التجمعات أنها تتعلق بمستثمري مادة البترول أو ناقلها وان القصد منها هو حماية ذمتهم المالية ومواجهة طلبات التعويض أو أي اصلاح آخر للأضرار الناتجة عن المسؤولية المدنية لهؤلاء المستثمرين كما أنها حددت هذا الضمان للمسؤولية في مبالغ معينة لا يجوز تجاوزها مما يترك معه احتمال عدم كفاية هذه المبالغ والرجوع على المسؤول عن الضرر وبالتالي احتمال وجوده في حالة عسر عن الأداء وعدم امكانية الحصول على التعويض التكميلي ما دام لا يوجد صندوق دولي أو اقليمي يتكفل بذلك .



وهكذا يمكن الوصول الى النتيجة التالية وهي أننا نعيش عالماً مملوئاً
بأخطار التلوث وان مصدر هذه الأخطار يرافق بعض المواد الأولية منذ
استخراجها لغاية استعمالها وانه من الطبيعي أن يتعاون الجميع وخصوصاً
مستخرجو هذه المواد الملوثة ومستعملوها لاصلاح كل ضرر يمكن أن يحدث
بسبب ذلك وهذا يتطلب احداث مؤسسات اقليمية أو دولية وان هذا الاصلاح
يتجلى أحياناً في تنظيف الشواطئ وفي الحد من آثار التلوث بل وفي منع
انتشاره كما يتجلى في أحايين أخرى في دفع مبالغ معينة على شكل تعويض
وانه بالتالي يجب أن تكون هذه المؤسسات مجهزة تقنيا لمواجهة الحالة
الأولى وماليا لمواجهة الحالة الثانية وهذا هو السبب الذي جعل المشروع
لا يقترح انشاء مؤسسات مالية وتقنية التي ستكون هي الكفيلة خصوصاً
بالنسبة للدول الشاطئية من العالم الثالث بالتدخل للحد من آثار التلوث
بما لها من وسائل تقنية متطورة وبذلك تحصل هذه الدول على التقنية اللازمة
في هذا الموضوع الخطير بسهولة الأمر الغير المتوفر في الوقت الحالي
وبالتعويض عن الضرر ماليا كلما كان هناك عسر كلي أو جزئي أو كان مرتكبه
مجهولاً وبذلك يقع تلافي كل النقائص الموجودة حالياً سواء في القانون الوضعي
الدولي أو الوطني .

وهكذا يكون المشروع المقدم متناسقاً في جميع فقراته بحيث ابتدأ بوضع
الأسس الأولى وهي اقرار مبدأ المسؤولية الموضوعية ثم انتقل في الفقرات التالية
الى تحديد المسؤول عن الضرر فالقواعد الموضوعية والشكلية المطبقة وأخيراً
اهتم بالتعويض وكيفية اصلاح الضرر فيكون بذلك قد استجاب لرغبة
الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة عند ما أوصت مؤتمر قانون البحار بدراسة
موضوع المسؤولية والتبعة واقتراح الحلول الملائمة بشأنها بشكل أكثر دقة
واقعية مما هو عليه الأمر في المواد الحالية للنص المركب الغير الرسمي
للتفاهض .

ادريس الضحاك

الرباط في شهر مارس 1979

التأمين من وجهة نظر الشريعة الإسلامية (1)

الدكتور زكي الدين شعبان
استاذ الشريعة بكلية الحقوق
جامعة عين شمس

فكرة التأمين :

I - يقوم التأمين على فكرة مؤداها أن توزع النتائج الضارة لحادثة معينة على مجموعة من الافراد بدلا من أن يترك من حلت به الكارثة يتحمل وحده نتائجها .

والوسيلة الى تحقيق ذلك هي ايجاد رصيد مشترك يساهم فيه كل من يتعرض لخطر معين ، ، ومن هذا الرصيد المشترك يعوض من يتحقق الخطر بالنسبة له .

تاريخ التأمين :

2 - والتأمين بهذا المعنى نظام حديث نسبيا ، ولكن فكرة التأمين - وهي حماية الشخص من الخسائر المالية التي قد يتعرض لها نتيجة تحقق خطر ما - لها جذور تمتد الى الماضي البعيد ، حيث يذكر المؤرخون ان فكرة التأمين عرفت قديما لدى المصريين والهنود والاعريق والرومان والعرب ، وكانت فكرة تعاونية انسانية ، ففي روما القديمة انشئت بعض الجمعيات التي تعمل على مساعدة أسر أعضائها العسكريين ، ومدهم عند وفاة أحد أفراد الأسرة بالمال اللازم ، وتقديم معاش لمن يبقى منهم حيا ، وذلك في مقابل قسط من المال يؤديه كل عضو مشترك في الجمعية .

(1) نقل هذا البحث عن مجلة الحقوق والشريعة ، التي تصدر عن كلية الحقوق بجامعة الكويت

كما كانت هناك بعض المنظمات الخيرية التي تعاون كبار السن والارامل والايتام والعاجزين ، وتقدم مساعداتها في حالات المرض أو الموت .

وقد نمت هذه الفكرة وتطورت حتى وصلت بالتأمين الى ما وصلت اليه في الوقت الحاضر . ويرجع تاريخ ظهور التأمين في أوروبا الى أوائل القرن الرابع عشر الميلادي .

التأمين البحري أقدم أنواع التأمين :

3 - وأول ما ظهر من أنواعه هو التأمين البحري ، وذلك نتيجة لانتساع التجارة البحرية في حوض البحر الابيض المتوسط وازدهارها على يد الايطاليين

وصورة التأمين البحري في ذلك الوقت أن يتعهد شخص وهو المؤمن بتحمل جميع أخطار البحر التي قد تتعرض لها السفينة أو حمولتها نظير مبلغ معين .

وقد انتشر هذا النوع من التأمين انتشارا كبيرا على يد الايطاليين الذين هاجروا من ايطاليا واستقروا في اسبانيا وفرنسا وبلجيكا ، ومن بلجيكا انتقلت تقاليد التأمين الى انجلترا وهولندا وألمانيا .

وفي عام 1601 صدر أول قانون انجليزي خاص بالتأمين البحري ، وقد وصفه بأوصافه المعروفة الآن تقريبا .

ظهور التأمين من الحريق :

4 - في عام 1666 شب حريق كبير في لندن دمر معظم بيوتها ونجمت عنه خسائر فادحة، وكان وقوع هذا الحادث سببا في اتجاه كثير من شركات التأمين البحري الى التأمين من الحريق، وفي اقدم كثير من أصحاب رؤوس الاموال على انشاء شركات تباشر هذا النوع من التأمين ، فظهرت في أواخر القرن السابع عشر شركات كثيرة للتأمين من الحريق في انجلترا والمانيا والولايات المتحدة ثم في فرنسا ولم ينقته القرن الثامن عشر حتى كان نظام التأمين من الحريق قد انتشر في البلاد الأوروبية والأمريكية .

ظهور التأمين على الحياة :

5 - وفي القرن الثامن عشر بدأ التأمين على الحياة في الظهور ، ولم يعرف قبل ذلك التاريخ باعتباره نوعا مستقلا بذاته ، وإنما عرف كتابع للتأمين البحري ، لان التأمين على السفينة وحمولتها كان يفتضي التأمين على حياة الملاحين والركاب ضد حوادث البحر والقراصنة .

ظهور التأمين من المسؤولية :

6 - وفي النصف الثاني من القرن التاسع عشر حدث التطور الصناعي الخطير الامر الذي أدى الى ازدياد المصانع وتقدم وسائل النقل ، وترتب علم هذا التقدم الصناعي وتقدم وسائل النقل ان زادت المخاطر وكثرت الحوادث ، وزادت حالات المسؤولية ، فدفع ذلك أصحاب الاعمال الى التأمين على مسؤوليتهم التي تنشأ من نشاط الآلات التي يستعملونها ، بل ان المشرع ألزمهم في كثير من الحالات بالقيام بهذا التأمين ، وهكذا ظهر التأمين من المسؤولية ، ومنه التأمين من خطر حوادث السيارات ، وحوادث العمل ومخاطر النقل وغيرها .

ظهور التأمين الجوي :

7 - وفي القرن العشرين ظهر النقل الجوي ، وفي أول ظهوره رفضت شركات التأمين تحمل مخاطر هذا الطريق من طرق النقل ، وذلك نظرا لان وسائله كانت في أول أمرها بدائية تحف بها المخاطر من كل جانب ، ويغلب فيها جانب الهلاك على جانب السلامة ، ولما تحسنت وسائل النقل الجوي أقبلت شركات التأمين على تغطية المخاطر التي قد تنشأ منه ، سواء تلك التي تتعرض لها الطائرات نفسها أو ما تنقله من أشخاص وبضائع .

وهكذا أصبح التأمين في الوقت الحاضر منتشرا في كل مكان وشاملا لكل وجه من وجوه النشاط الانساني .

أنواع التأمين من حيث الشكل :

8 - والتأمين من حيث الشكل الذي يتخذه نوعان : تأمين تعاوني .
وتأمين في مقابل قسط محدد ثابت ، ويقال له تأمين تجاري .

اما الاول فهو ان تقوم جماعة يتعرضون لنوع من الخطر بانشاء شركة تعاونية يجمع كل عضو فيها بين صفة المؤمن والمؤمن له ويدفع كل مشترك مبلغا كل عام ، قد يختلف من عام الى آخر تبعا لحاجة الشركة الى الاموال التي تلزم لتعويض الخطر المؤمن منه طول العام .

وهذا النوع من التأمين لا يقصد منه الربح ، وانما يقصد منه التعاون الخالص على تفتيت المضار وتوزيع المخاطر التي قد تلحق أي شريك من الشركاء ، وتخفيف عبء المصيبة عنه ، بتعويضه عن الخسارة التي لحقت به ، دون نظر الى مكسب مادي ، فهو أشبه بالجمعيات التضامنية ، ويتفق من حيث الغاية مع ما جرى عليه العرف في مصر من تعاون أهل الحرفة الواحدة أو أهل الحي الواحد في مد يد المعونة لمن تحل به نازلة منهم .

وقد دعا بعض المصلحين والمفكرين في أوروبا وأمريكا الى الاخذ بالتأمين التعاوني دون التأمين التجاري ونجحوا فيما دعوا اليه الى حد كبير ، ففي أمريكا - وهي دولة رأسمالية - لاقت الدعوة الى التأمين التعاوني نجاحا ملحوظا ، وانشئت جمعيات تعاونية متعددة تبأشر أعمال التأمين ، كما ان أكبر هيئة للتأمين على الحياة في سويسرا : هيئة تعاونية ، وكذلك في انجلترا وغيرها من سائر بلدان أوروبا جمعيات تقوم بهذا العمل أيضا (I) .

واما الثاني وهو التأمين ذو القسط المحدد الثابت فهو الذي تقوم به الشركات المساهمة التجارية المعروفة بشركات التأمين ، وهي هيئة مستقلة تماما عن المؤمن لهم ، وفيه تتعهد الشركة التي تقوم بالتأمين بضمان الخطر الذي يتعرض له المؤمن له في مقابل قيامه بدفع قسط سنوي ثابت محدد في عقد التأمين .

والشركة في قيامها بعملية التأمين تتحمل الخسارة ، ويؤول اليها الربح الناتج من هذه العملية ، فالمقصود المباشر لهذا النوع من التأمين انما هو

(I) انظر فلسفة النظام التعاوني في المجتمعات الحديثة للباحث الاقتصادي الأمريكي (جون فورميس ترجمة الدكتور عمر القباني) ، ومجلة الأزهر - المجلد السادس والعشرون ص 274 .

الحصول على الربح على خلاف الحال في التأمين التعاوني .

أما تحقيق التعاون فيه فيكون بصورة غير مباشرة ، وذلك عن طريق المقاصة بين التعويضات التي تدفعها الشركة عند تحقق الاخطار المؤمن منها وبين الاقساط التي تجبها من المستأمنين ، أي ان التعويض في الحقيقة انما يدفعه مجموع المستأمنين الى المتضرر منهم عن طريق رصيد الاقساط لدى الشركة ولكن ما يزيد من رصيد الاقساط عما يدفع من تعويضات الاضرار يكون ربحا خالصا للمساهمين في الشركة ، ولا يعاد المستأمنين ، كما يعاد في طريقة التأمين التعاوني .

والتأمين التجاري هو الشائع ، وهو الذي تناولته القوانين الوضعية في أكثر التشريعات الحديثة بالتقنين والتنظيم ، فبينت حقيقته وأنواعه وأحكامه وقيوده التي يجب أن تراعى في انشائه أو في طريقة تنفيذه ، كما تناوله شراح القانون بالبيان والتفسير ، وبسطوا القول فيما يحققه من مزايا وفوائد اجتماعية واقتصادية تعود على الافراد والمجموع بالخير الكثير ، وقد غالوا في ذلك حتى ليخيل للناظر ان هذا العقد هو خير ما أخرج للناس من عقود .

حكم التأمين في الشريعة :

9 - لم ينقل عن الفقهاء المتقدمين كلام في موضوع التأمين على الحياة أو على الاموال ، ولم يعرف لهم فيه قول بالحل أو الحرمة ، لان هذا النوع من التعليل لم يكن معروفا في زمنهم في المجتمع الاسلامي ولا في المجتمعات القريبة منه ، فهو نظام حديث نقل اليها من الغرب مع ما نقل من قوانين ونظم كثيرة .

أول من تحدث عن التأمين من فقهاء المسلمين :

10 - وأول من بحث في عقد التأمين من الفقهاء المتأخرين - فيما نعلم - العلامة ابن عابدين (2) الفقيه الحنفي ، وصاحب كتاب (رد المحتار شرح

(2) هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الدمشقي ، ولد سنة 1198 هـ - 1784 م وتوفي سنة 1252 هـ - 1836 م . وكان مولده ووفاته بدمشق كما كان فقيه الديار الشامية وامام الحنفية في عصره .

تنوير الابصار) المعروف بحاشية (ابن عابدين) وهو من علماء القرن الثالث عشر الهجري .

نقد تحدث عن التأمين البحري ، لانه كان أول نوع من التأمين ظهر في البلاد الاسلامية بسبب النشاط التجاري بين الشرق والغرب ابان النهضة الصناعية في أوروبا ، وذلك عن طريق التأمين على السلع المستوردة من البلاد الاوروبية بواسطة الوكلاء التجاريين الاجانب الذين كانوا يقيمون في البلاد الاسلامية لعقد صفقات الاستيراد .

وقد تحدث ابن عابدين عن التأمين البحري هذا في حاشيته (ج 3 ص 273 طبع دار الكتب العربية الكبرى ، وفي رسالته المسماة : أجوبة محققة عن أسئلة مفرقة) لانه هو الذي كثر السؤال عنه في زمنه ، معبراً عنه باسم (السوكرة) وقد قال في صورتها (انه جرت العادة أن التجار اذا استأجروا مركبا من حربي يدفعون له أجرته ، ويدفعون أيضا مالا معلوما لرجل حربي مقيم في بلاده يسمى ذلك المال (السوكرة) على انه مهما هلك من المال الذي في المركب بحرق أو غرق أو نهب أو غير ذلك ، فذلك الرجل ضامن له بمقابلة ما يأخذه منهم ، وله وكيل عنه مستأمن في دارنا يقيم في بلاد السواحل الاسلامية باذن السلطان يقبض من التجار مال السوكرة ، واذا هلك من مالهم في البحر شيء يؤدي ذلك المستأمن للتجار بدله تماما) .

وبعد ان عرض هذه الصورة قال : والذي يظهر لي أنه لا يحل للتاجر أخذ بدل الهالك من ماله ، لان هذا التزام لا يلزم شرعا .

فابن عابدين يرى أن عقد التأمين الذي وجد في زمنه غير جائز شرعا ، لانه التزام بشيء لا يلزم شرعا ، بالنسبة للمستأمن الحربي ، وما لا يلزم شرعا ، لا يحل التزامه ولا الالزام به فلا يجوز التعاقد عليه ، والعقد عليه يكون فاسدا .

اتفاق الفقهاء :

II - هذا ما رآه ابن عابدين في عقد التأمين على الاموال في زمنه ، ويعده كترت آراء الفقهاء والباحثين المحدثين ، والمنتبج لما كتبه هؤلاء العلماء

أو نقل عنهم يرى أنهم لا يختلفون في جواز التأمين التعاوني ، مهما كان نوع الخطر المؤمن منه ، بل هو مرغّب فيه ، لأنه يقوم على مبدأ التعاون على البر ، وهو من أجمل صور التطبيق العملي لمبدأ التعاون على البر الذي دعا إليه القرآن الكريم ، وأشادت به السنة النبوية المطهرة . قال الله تعالى : « وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان » . (3) .

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم مثل الجسد الواحد ، إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى » .

وهذا النوع من التأمين كان هو الاجدر بالشيوخ واللاحق بأن يكون هو النظام التأميني العام وخاصة في البلاد الاسلامية لما ينطوي عليه من نبل الفكرة التعاونية وسلامته من الشبهات ، ولانه يحقق الغرض المقصود من التأمين كما يجب أن يكون ، وهو تفتيت أخطار الكوارث والمصائب وتوزيعها على مجموعة من الناس بحيث يتلاشى أثرها ، أو تخف وطأتها بدلا من أن ينوء بها كاهل المصاب وحده ، وبذلك يتحقق الامان والطمأنينة للمشاركين على أموالهم وعلى مستقبل حياتهم وحياة أولادهم وأسرعهم .

كما أنه يحقق الفوائد الاقتصادية ، ويؤدي الوظائف المشروعة لعقد التأمين ، فهو وسيلة من وسائل تكوين رؤوس الاموال ، ويجب أن يكون وسيلة من وسائل الاسترباح ، وبذلك يعود على النشاط الاقتصادي للفرد والجماعة بأطيب الثمرات .

وليس في هذا النوع من التأمين أدنى شبهة من غرر أو قمار أو ربا أو استغلال أو أي سبب من الاسباب التي توجب التحريم والمنع ، بل على العكس من ذلك فيه من سمو الفكرة وتحقيق الخير ما يجعله في أسنى مراتب التعاون الذي تدعو اليه الشريعة وتحبب فيه بل توجهه ان قضت به ضرورة الحياة ، كما في زماننا هذا .

(2) آية الثانية من سورة المائدة .

وقد قرر المؤتمر الثاني لمجمع البحوث الاسلامية الذي عقد في القاهرة في شهر المحرم سنة 1385 هـ « ان التامين الذي تقوم به جمعيات تعاونية يشترك فيها جميع المستأمنين ، لتؤدي لعضائها ما يحتاجون اليه من معونات وخدمات أمر مشروع ، وهو من التعاون على البر » .

وباجازة هذا النوع من التامين شرعا تسقط أقوى حجة يستند اليها القائلون بجواز التامين الشائع الذي تجرى عليه شركات التامين المساهمة ، اذ بهذا النوع من التامين يمكن تحقيق الفوائد الاجتماعية والاقتصادية التي يحققها التامين التجاري من غير أدنى شبهة توجب التحريم .

فان قيل : ان هذه الطريقة في التامين فيها من الصعوبات والقصور في المجالات الاقتصادية والحياة الاجتماعية ما يجعلها قليلة الجدوى ، فمن ذلك ان الاصل في هذه الطريقة انه ليس فيها ربح يعود على المشتركين من أموال التامين بل هي فكرة تعاونية محضة ليس الغرض منها الربح ، وهذا قد يكون معوقا لاقبال الناس على هذه الطريقة ، بخلاف الامر في نظام التامين التجاري ، فان فيه فكرة التعاون والربح جميعا ، وهو يحقق في مجال الاقتصاد والحياة الاجتماعية ما لا يحققه التامين التعاوني .

فالجواب عن هذا : ان فكرة الاسترباح يمكن تحقيقها في هذه الطريقة ، بل يجب تحقيقها ، وذلك بانشاء هيئة تتولى ادارة الاموال المكتتب بها واستثمارها بالطرق المشروعة في وجوه التجارة والصناعة المختلفة ، وبذلك يتحقق كثير من الفوائد التي يمكن عن طريقها ضمان رأس المال حتى لا تستنفذه التعويضات التي تدفع للمشاركين ، وتكوين احتياطي كاف للطوارئ يلجأ اليه في السنوات التي تكون الخسائر فيها أكثر من المبالغ المتحصلة من الاشتراكات ، ويدفع الربح الباقي بعد ذلك مرتبات الهيئة التي تقوم بالادارة والتنمية ، وما بقي بعد ذلك يكون للمشاركين ربحا خالصا لاموالهم .

وبهذا يحصل الغرضان معا وهما الربح والتامين ، فضلا عما يحققه هذا العمل من فوائد في مجال النشاط الاقتصادي العام نتيجة استثمار هذه الاموال .

وهذا هو ما تسيير عليه الجمعيات التعاونية ، المتعددة التي تباشر أعمال

التأمين في سويسرا وإنجلترا وغيرها من سائر بلدان أوروبا والتي سبقت الإشارة إليها .

ومع هذا فإن التأمين التعاوني أجدى اقتصاديا من التأمين التجاري لان سيطرة شركات التأمين على ثروات الناس وأموالهم ، وتضخم هذه الثروات بمرور الزمن يجعلان لهذه الشركات سلطة التحكم في الحياة الاقتصادية ، ويخلقان نوعا من الاحتكار المالي في أيدي فئة قليلة ، وهذا الاحتكار له مساوئه في ميدان الصناعات وغيرها .

وإذا كان بعض رجال الاقتصاد في أمريكا قد بينوا خطر شركات التأمين على الاقتصاد القومي فإن اقتصاديا بريطانيا معاصرا هو اللورد (كينز) جاء بنظرية اقتصادية يمكن اعتبارها نظرية حديثة في الدراسات الاقتصادية الأجنبية والذي يهمننا من هذه النظرية ما يتعلق بهيئات تكوين رؤوس الأموال، كشركات التأمين والمصارف ، فقد ذهب (كينز) الى أن مثل هذه الهيئات يجب أن تمتلكها الدولة ، ولا يجوز لفرد ولا لشركة مساهمة أن تسيطر عليها ، لان هذا - في نظره - يحقق الرفاهية الاقتصادية والاجتماعية للانسانية . ويجاد روح من الاشتراكية تقوم على توخي قسط كبير من العدالة . (4)

وفي هذا الكلام دليل على أن شركات التأمين التجارية تمثل خطرا اقتصاديا على الدولة ، لانها تسيطر على مدخرات وفيرة ، فاذا تركت هذه المدخرات لفئة لا يحركها غير الربح، فانها تستثمرها بما تراه محققا لمصالحها الفردية دون تقدير لظروف المجتمع وحاجاته ، ولهذا تؤمم الدول التي تحرص على اقتصادها شركات التأمين وغيرها من المصارف ، وخاصة اذا كانت هذه الدول متخلفة اقتصاديا .

وما دام التأمين التجاري مصدر خطر على اقتصاد الامة فإن التأمين التعاوني على العكس من ذلك يحقق رسالة التأمين دون أن يكون له أدنى خطر أو ضرر ، ويؤدي في مجال الاقتصاد خدمات وفيرة حيث لا تحركه دوافع الربح الاناني ولأنه يقوم على مبدأ أن أموال الناس لخير الناس ، وتحت إشراف الناس .

(4) الاهرام الاقتصادي العدد 132 .

ولانه يمكن أن يؤدي خدمات التأمين لأكبر عدد ممكن ، نظرا لان أقساطه ليست عالية ، ففي طاقة أصحاب الدخول المحدودة الاسهام فيه والافادة منه .

وقد خفضت الشركات التعاونية للتأمين في أمريكا أقساط التأمين الى أقصى حد ممكن ، فبلغ الخفض أحيانا 40 ٪ من قيمتها التي تتقاضاها الشركات التجارية للتأمين ، كما أن حملة (البوالص) في هذه الشركات يدفع لهم أقصى ربح عن أسهمهم ، وقد بلغت أرباح الاسهم الموزعة من بعض الشركات حوالي 40 ٪ من الأقساط المحصلة . (5)

وعلى هذا فنقول فقهاء التأمين : ان التأمين التجاري يحقق في مجال الاقتصاد والحياة الاجتماعية ما لا يحققه التأمين التعاوني قول لا يستند الى أساس سليم .

آراء الفقهاء المحدثين في التأمين التجاري :

I2 - اما النوع الثاني من التأمين ، وهو التأمين التجاري فان الفقهاء المحدثين انقسموا في شأنه الى ثلاث فرق :

أ - ذهب الفريق الاول - وهم الاكثر عددا - الى عدم جواز هذا النوع من التعاون شرعا ، سواء أكان التأمين على الحياة ، أم كان على الاموال أو ضد الاضرار الناشئة من المسؤولية .

ومن هذا الفريق المرحوم الشيخ محمد بخيت المطيعي مفتي الديار المصرية السابق ، فقد حكم بمنع هذا التعامل في فتوى له ، ردا على سؤال ورد عليه من بعض العلماء المقيمين بولاية (سلانيك) بالدولة العثمانية في ذلك الوقت (6) .

ومنهم كذلك المرحوم الشيخ عبد الرحمن قراة الذي كان مفتيا للديار

(5) فلسفة النظام التعاوني .
(6) أنظر رسالة « أحكام السوكورتاه » مطبوعة ضمن ثلاث رسائل لهذا المفتي للجيليل .

المصرية سنة 1925 . فقد استفتى في شركات التأمين على الحريق ، فأجاب « بأن عمل هذه الشركات غير مطابق لاحكام الشريعة الاسلامية ، ثم ناقش عمل هذه الشركات ، ووازن بينها وبين وسائل الضمان المشروعة ، وانتهى الى ان هذا العمل معلق على خطر ، تارة يقع ، وتارة لا يقع ، فيكون قمارا معنى يحرم الاقدام عليه شرعا » (7) .

ومن هذا الفريق أيضا الاستاذ الشيخ أحمد ابراهيم الذي قال في مقال له نشر في مجلة (الشبان المسلمين) العدد الثالث من السنة الثالثة عشرة بتاريخ 7 نوفمبر سنة 1941 .

« ان عقد التأمين على الحياة لا موازنة بينه وبين عقد المضاربة المشروعة وان ذلك العقد فاسد شرعا ، لان عنصر الربا متحقق فيه ، كما أن حصول الورثة على مبلغ التأمين قبل اداء الاقساط جميعها مقامرة ومخاطرة ، لانه لا مقابل لما دفعت الشركة في هذه الحالة ، ولان المستأمن والشركة لا علم لهما بما سيكون من أحداث مستقبلية ، فيكون تعاملهما على مجهول ، والاصل في التعامل أن يكون على معلوم . »

وكذلك المرحوم الدكتور الشيخ عبد الرحمان تاج شيخ الجامع الازهر الاسبق في فتوى له في هذا الموضوع .

ووجهة هؤلاء المانعين للتأمين التجاري تقوم على الامور الآتية :

أولا - ان عقد التأمين التجاري من عقود الغرر ، والغرر الذي فيه من النوع المنهي عنه شرعا وعلى الاقل تدخله شبهة الغرر المنهي عنه ، لانه عقد احتمالي - كما يصرح بذلك فقهاء التأمين - وذلك لان مقابل القسط الذي يدفعه المستأمن ليس أمرا محققا ، فاذا لم يتحقق المؤمن منه ، فان المؤمن لن يدفع شيئا ، ويكون وحده هو الكاسب ، أما اذا وقع الخطر فستدفع الشركة الى المستأمن مبلغا لا يتناسب مع القسط المدفوع ، ويكون المستأمن هو الكاسب وبذلك يتوقف على الصدفة وحدها أن يكون المستأمن أو المؤمن هو الذي يستفيد من عملية التأمين .

(7) مجلة المحاماة رقم 394 (السنة الخامسة) .

وليس للغرر أو المخاطرة معنى سوى هذا ، وهذا المعنى بعينه هو الذي من أجله فسد بيع السمك في الماء والطير في الهواء وبيع ما لا يقدر على تسليمه وان كان معلوما للطرفين .

ومحاولة التفرقة بين الغرر المنهي عنه في البيع وبين الغرر الموجود في عقد التأمين - كما فعل بعض الباحثين - (8) أمر لا يساعد عليه مفهوم الغرر لغة أو اصطلاحاً ، ولا يتمشى مع تطبيقات الاثمة للمجتهدين في المسائل المختلفة حسبما فهموه من معنى الغرر المنهي عنه في الحديث (نهى عن بيع الغرر) فقد طبقوه على كافة العقود التي لا يستطيع فيها أحد العاقدين أو كلاهما معرفة مدى ما يعطي أو يأخذ من العقد ، كما في الامثلة التي ذكرناها ، وهذا المعنى متحقق بلا شك في عقد التأمين باعتراف فقهاء القانون أنفسهم .

وكذلك محاولة اخراج عقد التأمين التجاري من عقود الاحتمال - كما فعل بعض الباحثين (9) قائلاً : أن الاحتمال غير متحقق في هذا العقد ، لأن محل العقد متعين وثابت وهو الامان ، فالمعاوضة الحقيقية في التأمين بأقساط انما هي بين القسط الذي يدفعه المستأمن والامان الذي يحصل عليه ، فان هذه المحاولة أيضاً غير مسلمة ، لأن عقد التأمين لا خلاف بين فقهاء القانون في اعتباره عقداً احتمالياً ما قاله هذا الباحث من أن محل العقد هو الامان غير صحيح ، لأن الامان ليس محلاً للعقد وانما هو باعث عليه ، كما ان الامان أمر معنوي لا يباع ولا يشتري ، وهو أمر نفسي ، قد يأتي بغير ثمن ، وقد يدفع فيه الثمن الكبير ولا أمان .

ثانياً - ان عقد التأمين التجاري لا يخلو من غبن يتعرض له المستأمنون بسبب القوانين التي تسيّر عليها شركات التأمين ، فهذه القوانين لا يراعى فيها مبدأ تحقق المساواة بين الطرفين تحققاً كاملاً وهي في مصلحة الشركات غالباً هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، فان الشركات تحقق أرباحاً ضخمة على

- (8) انظر كتاب (الفكر السامي في تاريخ الفقه الاسلامي) لمحمد بو الحسن الحجري المالكي ومحاضرة في عقد التأمين وموقف الشريعة الاسلامية منه للاستاذ مصطفى أحمد الزرقا المطبوعة في أسبوع الفقه الاسلامي طبع المجلس الاعلى لرعاية الفنون والاداب .
- (9) أنظر عقد التأمين وموقف الشريعة الاسلامية منه للاستاذ مصطفى الزرقا .

حساب المستأمنين ، ثم هم لا يأخذون من هذه الأرباح الا جزءاً ضئيلاً ، ولا يأخذونه الا بشروط تحدده ، لانه يقدر مقدماً بفائدة محدودة ، وهذا استغلال والاستغلال تحرمه شريعة الله العادلة .

ثالثاً - ان التأمين التجاري يدخله الربا ، لان شركات التأمين تستثمر احتياطي أموالها بطريق الاقتراض بفائدة ، والمستأمن في التأمين على الحياة اذا بقي حياً بعد انقضاء المدة المحددة يسترد الأقساط التي دفعها مع فائدتها وهذا ربا ، والربا محرم بكل ألوانه وصوره .

والرد على هذا - من قبل القائلين بجواز التأمين - بان ذلك من عمل شركات التأمين ، والكلام في التأمين من حيث هو نظام قانوني ، فما تقوم الشركات به شيء ، والتأمين في ذاته شيء آخر ، رد غير صحيح ، لان النظام القانوني للتأمين يبيح عمل شركات التأمين ، وما دام القانون يبيح لها هذا العمل المحرم شرعاً ، فلا يكون من المنطق ان نفصل بين التأمين في ذاته وبين عمل الشركات القائمة به .

رابعاً - ان استقصاء قواعد الشريعة وأحكامها ، وما بنيت عليه هذه القواعد والاحكام من نصوص خاصة وعمومات شاملة يثبت انه لا يجب على أحد ضمان مال لغيره بالمثل أو بالقيمة الا اذا كان قد استولى على هذا المال بغير حق ، أو اضاعه على صاحبه ، أو أفسد عليه الانتفاع به بطريق المباشرة أو التسبب ، ولا يتحقق شيء من ذلك بالنسبة لشركة التأمين التي يقضي التعاقد معها بانها تضمن لصاحب المال ما يهلك ، أو يئلف ، أو يضيع بغرق أو حريق ، أو بفعل اللصوص وقطاع الطرق ، أو ما الى ذلك سواء أكان ذلك مما يمكن الاحتراز عنه أم لا .

وتضمنين المال بهذه الصورة شيء لا تعرفه الشريعة الاسلامية العادلة التي لا تقرر الغبن والحييف ، ولا تبيح أموال الناس بغير الحق .

ان شركات التأمين لا علاقة لها مطلقاً بالأموال المؤمن عليها ، وكل عملها أنها تكون من أقساط التأمين - التي تجمعها من المتعاقدين معها - رأس مال كبير توجهه للاسترباح في قروض وغير قروض ، ثم تدفع من ارباحه الوفيرة

ما يجب عليها ، وليس للشركة دخل في أسباب هذه الخسارة لا بالمباشرة ولا بالتسبب ، فمطالبتها بتعويض الخسارة ليس له وجه شرعي .

كما ان الاقساط التي تجمعها من أصحاب الاموال بمقتضى عقد التأمين ليس لها وجه شرعي أيضا ، فهذه اشتراطات والتزامات فاسدة ، والعقد اذا اشتمل على شرط فاسد كان فاسدا .

ان شركات التأمين هي شركات استرباح بارعة ، رأس مالها - في أغلب الامر - هو ما تجمعها من أقساط من أصحاب عقود التأمين ، تستغل هذه الاموال ، وتستثمرها ، والارباح التي تستفيدها منها أعظم بالضرورة مما تخسره في حالات التعويض لمن تلحقهم خسارات في الاموال المؤمن عليها ، وذلك لأن أعمال شركات التأمين مبنية على دراسات دقيقة واحصاءات شاملة لوسائل النقل في البر والبحر والجو ، وحالات السلامة وحالات العطب في الظروف العادية وأوقات السلم والامن ، هذه الدراسات والاحصاءات تثبت ان مرات العطب والتأف قليلة جدا ، بل هي نادرة بالنسبة لمرات السلامة ، فلا يضير شركات التأمين أن تعوض من كسبها الواسع عن خسارة هذه الحالات النادرة ، ثم يكون لها الباقي ربحا خالصا .

هذا شيء واضح ومعروف في شركات التأمين على الاموال ، ومثله يقال في شركات التأمين على الحياة ، مهما اختلفت الاساليب ، وتنوعت الطرائق والشروط .

ب - وذهب الفريق الثاني من العلماء المحدثين الى جواز التأمين بكل أنواعه ، بشرط أن يكون خاليا من الربا ، لانه عمل تعاوني ، والدين يحض على التعاون ، ولانه يحقق مصالح هامة للفرد والمجتمع ، وحيث تحققت المصلحة فشم شرع الله .

ومن القائلين بهذا الرأي الاستاذ مصطفى الزرقا في بحث ألقاه في أسبوع الفقه الاسلامي المنعقد في دمشق من 5 الى 20 شوال سنة 1380 هـ. وأول أبريل الى 6 منه سنة 1961 ونشر في كتاب أصدره المجلس الاعلى لرعاية الفنون والادب والعلوم الاجتماعية عن هذا الاسبوع ، وفي مجلة دنيا القانون

في الاعداد من الخامس الى الثاني عشر من السنة الثالثة سنة 1961 .

ومن القائلين به أيضا المرحوم الشيخ عبد الرحمن عيسى الذي كان مديرا لتفتيش العلوم الدينية والعربية بالازهر في كتاب له عن (المعاملات الحديثة وأحكامها) تكلم فيه عن التأمين وأجاز التأمين بنوعيه : التأمين التعاوني والتأمين التجاري .

ومنهم كذلك المرحوم الدكتور محمد يوسف موسى ، فقد وجهت اليه مجلة الاهرام الاقتصادي سؤالا عن التأمين والسندات والاسهم ، فأجاب بقوله :

« ان التأمين بكل أنواعه ضرب من ضروب التعاون الذي يفيد المجتمع والتأمين على الحياة يفيد المؤمن ، كما يفيد الشركة التي تقوم بالتأمين أيضا . ونرى شرعا انه لا بأس به اذا خلا من الربا ، بمعنى ان المؤمن عليه اذا عاش المدة المنصوص عليها في عقد التأمين استرد ما دفعه فقط ، دون زيادة ، أما اذا لم يعيش المدة المذكورة حق لورثته أن يأخذوا قيمة التأمين (أي التعويض) وهذا حلال شرعا » .

ومن هذا الفريق أيضا الاستاذ الشيخ علي الخفيف في بحث له عن التأمين قدمه في المؤتمر الثاني لمجتمع البحوث الاسلامية الذي عقد في القاهرة في شهر المحرم من سنة 1985 هـ ذهب فيه الى ان التأمين التجاري جائز شرعا لانه في العصر الحديث أصبح ضرورة لا يمكن تجاهلها (IO) ولكن المؤتمر لم يأخذ برأيه (II) .

ج - وذهب الفريق الثالث الى التفرقة بين أنواع التأمين ، فأجازوا بعض أنواعه دون بعضها الآخر ، ومنهم من توسع في صور الجواز ، ومنهم من ضيق فيها .

ومن هذا الفريق الشيخ محمد بو الحسن الحجوي المالكي أستاذ العلوم

(IO) أنظر بحث (التأمين) له وهو بحث مطبوع على الآلة الكاتبة .

(II) مجلة الازهر عدد المحرم سنة 1385 هـ .

العالية بالقرويين المتوفى سنة 1376 هـ / 1956 م فقد أجاز التأمين على الاموال دون الانفس ، بحجة ان الحاجة ماسة في النوع الاول بل الضرورة تقضي به ، اما النوع الثاني فلا تمس الحاجة اليه فضلا عن الضرورة ، فيبقى على أصل المنع .

ومن هذا فريق أيضا الاستاذ أحمد طه السنوسي وهو من الكتاب المعاصرين فقد نشر له بحث في مجلة الازهر سنة 1373 هـ في العدد الثاني والثالث من المجلد الخامس والعشرين عن « عقد التأمين في التشريع الاسلامي » تناول في هذا البحث التأمين عن المسؤولية ، وانتهى الى جوازه قياسا على عقد الموالة الذي اعتبره فقهاء الحنفية سببا من أسباب الارث . أما التأمين على الاشخاص والتأمين على الاموال فلم يتناوله ، لان التشابه التام مع عقد الموالة انما هو في التأمين من المسؤولية فقط .

ومن القائلين بالتفرقة كذلك الاستاذ المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة ، فقد قال عندما سئل من مجلة الاهرام الاقتصادية (I2) : ان التأمين على السيارات مثلا لضمان اصلاحها ليس حراما ، وان كان في النفس منه شيء ، والتأمين على الحياة نوع من المقامرة ، لانه ان دفع الشخص بعض المال ، ومات فبأي حق يستحق كل المبلغ ؟ ، وان عاش حتى نهاية مدة التأمين ، فانه يأخذ المال الذي دفعه وزيادة ، وهذا ربا » .

هذه آراء العلماء في عقد التأمين اجمالا ، ومنها يبين انهم ينفقون على جواز التأمين التعاوني ، وانه هو العمل الاجتماعي الانساني الذي يتمشى مع تعاليم الاسلام ، ويحقق رسالة التأمين كما يجب أن تكون ، ويحمي أموال الناس من أن تستغلها فئة خاصة هدفها الربح واستثمار أموالهم عن هذا الطريق .

ويختلفون في التأمين التجاري ، فمنهم من أجازه بجميع أنواعه . ومنهم من منعه بجميع صورته ومنهم من أجاز بعض أنواعه دون البعض الآخر، ولكنهم مع تباين آرائهم يكادون يجمعون على أن التأمين التجاري تحيط به شبهات،

(I2) الاهرام الاقتصادي العدد 126 ص 61 .

أو أعمال تحرمها الشريعة ، ويصرحون بأنهم لا يوافقون على ما تسير عليه شركات التأمين من نظم في استثمار الاموال ودفع مبالغ التأمين .

رأينا في التأمين التجاري :

I3 - وفي رأي أن التأمين التجاري يوضعه ونظامه الحالي - كما تقرره القوانين الوضعية التي هي في الواقع نظم وقوانين أخذناها عن غيرنا دون مراعاة لما يتفق مع قواعد شريعتنا أو يتعارض معها - لا يجوز شرعا ، وذلك للامور التي سبق بيانها في وجه نظر العلماء الذين لم يجيزوا هذا النوع من التأمين ، ولأن هذا التأمين يمثل خطرا اقتصاديا كبيرا بالنسبة للدولة ، حيث تسيطر مجموعة من الافراد على مبالغ طائلة من الاموال تستثمر بطريقة قد تضر بالصالح العام ، كما أكد ذلك بعض علماء الاقتصاد ، وهذا ما دعا بعض الدول الى تأميم المصارف والشركات ذات التأثير المالي والانتاجي على الدولة .

كما انه ينطوي على استغلال واضح للمستأمنين ، اذ هو عقد اذعاني يملئ فيه الطرف القوي ، وهو الشركة شروطه على الطرف المذعن ، وهو المستأمن ، وهي شروط - في الغالب - مبهمة وغير محددة تحديدا يمنع الشركة من التلاعب ، ولهذا يتدخل المشرع في بعض الدول لحماية الطرف المذعن أو الضعيف ، وهو دائما المستأمن الذي يوقع على عقد مطبوع من الطرف القوي وهو شركات التأمين ، ولكن هذا التدخل لم يمنع هذه الشركات من التحايل والتخلص مما يضعه المشرع من قوانين لحماية الطرف الضعيف ، كما ان هذه القوانين لا يراعى فيها مبدأ تحقق المساواة بين الطرفين تحققتا كاملا ، وهي في مصلحة الشركات غالبا ، ومن الامثلة على ذلك ما يأتي :

I - ان من المقرر أن القسط يقدر طبقا لطبيعة الخطر المؤمن منه ، فاذا طرأت ظروف أدت الى زيادة الخطر ، فان المستأمن ملزم بزيادة القسط ، ليظل التناسب قائما بين القسط والخطر ، وان حصل العكس ، وأدت الظروف الطارئة الى نقصان الخطر ، فليس للمستأمن الحق في المطالبة بتخفيض القسط المتفق عليه اذ يفترض فيه أنه تعهد بابقاء الخطر بحالته التي كان عليها وقت التعاقد ، فلا يكون له اذن أن يحتج بنقص المخاطر ، ليتوصل بذلك الى انقاص القسط أو الغاء التأمين . (I3)

(I3) شرح القانون المدني الجديد .

وهذا - كما ترى - غيب للمستأمن ، لان المؤمن ما دام له الحق في المطالبة بزيادة القسط في حالة زيادة الخطر فمن العدل أن يكون للمستأمن الحق في تخفيض القسط اذا نقص الخطر .

2 - أنه اذا عجز المستأمن عن دفع الاقساط خلال مدة التأمين ، فان الشركة ترتب على ذلك وقف أثر العقد ، فاذا وقع الخطر المؤمن منه في أثناء فترة الوقف لم يكن على الشركة أي التزام بالضمان ، مع احتفاظها بحقها في المطالبة بالاقساط المتأخرة ، ومن بينها تلك التي تكون قد استحققت في أثناء فترة الوقف ، ولا ينفع المستأمن أن يدفع الاقساط المتأخرة بعد وقوع الحادث ، ولا يترتب على ذلك الا مجرد اعادة العمل بالعقد من تاريخ الوفاء بالاقساط فقط . (I4)

وهذا المثال واضح الدلالة على عدم رعاية المساواة بين الطرفين ، لانه اذا كان توقف التزام الشركة بالضمان مرتبطا بالعجز عن دفع الاقساط ، وكان هذا أمرا معقولا لقيام القسط مقام الثمن في البيع أو الاجرة في الاجازة - كما يقول فقهاء التأمين - فان الذي لا يعقل أن يظل للشركة الحق في المطالبة بالاقساط المتأخرة على الرغم من تحللها من التزاماتها ، وأن يبقى لها هذا الحق لمدة ثلاث سنين دون أن تتحمل خلالها تبعة أي خطر ، نظرا لوقف التأمين ، واذا رأت الشركة أن مصلحتها الغاء التأمين فلها الحق في رفع الامر الى القضاء لطلب الالغاء .

ثم ان دفع الاقساط المتأخرة اذا كان لا يؤدي الا الى مجرد اعادة العمل بالعقد من تاريخ السداد دون أن تتحمل الشركة بأي التزام في فترة العجز ، فانه يعتبر نوعا من التحايل على تخلص الشركة من التزاماتها .

كما أن فيه غيبا فاحشا ، لان المستأمن تضيع عليه أمواله دون أن تتحمل الشركة نحوه بشيء .

3 - اذا أراد المستأمن الغاء العقد في أثناء سريانه فانه لا يحصل الا

(I4) المصدر المتقدم .

على 60 ٪ من مقدار ما سدده من أقساط.

وهذا من الظلم البين لأنه ليس من المقبول أن يكون عجز المستأمن أحيانا وحاجته الى أمواله ليواجه بها حالة طارئة لم تكن هي محل عقد التأمين سببا في ضياع هذا القدر الكبير مما دفعه ، ثم بأي حق تحصل الشركة على هذه الاموال ؟

كما أن من صور التأمين ما تحرمه الشريعة تحريما قاطعا ، وأوضح مثال على ذلك التأمين لصالح الخلية فهو جائز اذا كان الغرض منه تعويض الخلية عما أصابها من أضرار ، وغير جائز اذا قصد به توكيد العلاقة واستمرارها. (15)

فهذا التأمين حرام مهما كان الدافع اليه ، لأنه مبني على أساس فاسد ، هو العلاقة غير المشروعة بين الرجل وخليته ، وجوازه في هذه الحالة ايحاء بمشروعية المخادنة وهي حرام بالنص والاجماع .

فان قيل : ان عقد التأمين يقوم على التعاون بين المستأمنين جميعا ، الشركة ليست الا وسيطا منظما للتعاون بين أفراد الجماعة المؤمنة لديها ، ان لم يشعر بهذا التعاون المستأمنون أنفسهم ، ولم يعرف بعضها بعضا ، لم يكن في نية أحدهم أن يتبرع بما يدفعه .

والتعاون صفة محمودة تدعو الى التضامن والتكافل ، وتخضع على التعاطف والتآلف وما دام التأمين كذلك فانه لا يكون عملا منافيا للأخلاق ، ولا تكون فيه شبهة رهان أو مقاومة .

والجواب عن هذا : ان فهم التعاون على هذا الوجه فهم غير دقيق لمدلول التعاون لان الشرط - لكي يعتبر العمل تعاونيا - ان تكون الجماعة المستفيدة منه هي صاحبة هذا العمل ، ويعود اليها كل ما يحققه من ربح فاذا كان هذا العمل يحقق ربحا لطائفة من الناس وخدمات لآخرين ، فانه لا يعد مشروعاً تعاونياً .

(15) دروس في التأمين للدكتور جمال زكي .

والتأمين التجاري لا ينطبق عليه تبعا لهذا انه عمل تعاوني، ففيه يستغل بضعة أفراد أموال عدد كبير من الناس استغلالا يعود عليهم بالربح الوفير دون أن ينال أصحاب الاموال شيئا ذا بال من هذا الربح .

يقول (جيري فوريس) الباحث الاقتصادي الامريكى في كتابه فلسفة النظام التعاوني في المجتمعات الحديثة : « ان شركة التأمين المساهمة ليست مشروعاً تعاونياً ، لان الشركات المساهمة للتأمين تحمل على كسب فوائد لحملة أسهمها ، ولان شركات التأمين المساهمة ليست ملكاً لمن يديرون سياستها .»

كما يرى هذا الباحث أن الذي يميز العمل بأنه تعاوني هو أن يكون الغرض من وجوده مواجهة حاجة جماعة من الناس بأقل تكلفة عملية اقتصادية ممكنة ، وبالشكل والجودة اللذين تريدهما تلك الجماعة ، وعلى أن يكونوا هم أصحابه دون سواهم وعلى هذا فكل مشروع يهدف الى توفير الربح لطائفة من الناس هم حملة أسهمه ، وبيع سلع وخدمات لآخرين هم مستهلكوه لا يعد مشروعاً تعاونياً .

والتأمين التجاري بناء على ذلك لا ينطبق عليه أنه نظام تعاوني ، اذ هو عمل تجاري يقبل عليه المساهمون لتمتير أموالهم ، ويقبل عليه المستأمنون رغبة في الحصول على ضمان يخفف عنهم آثار المخاطر التي قد يتعرضون لها.

كما ان المستأمنين لا يملكون شركات التأمين ، وانما الذي يملكها ويسيطر عليها هم المساهمون .

وفقهاء التأمين أنفسهم عند ما تحثوا عن خصائص التأمين التجاري ومميزاته قالوا انه عقد معاوضة مالية يقوم فيه القسط مقام الثمن في البيع أو الاجرة في الاجارة وانه ان حقق ربحا للمستأمن حقق خسارة للمؤمن، والعكس بالعكس .

ومن هذا الكلام يبدو جليا ان هذا العقد لا مجال للتعاون فيه ، وانا لا أفهم كيف يكون هذا العقد معاوضة مالية يدور أمره بين الربح والخسارة بالنسبة للطرفين ويصدق عليه في الوقت نفسه أنه عقد تعاوني .

وأيضاً فإن تدخل المشرع في بعض الدول لحماية الطرف الضعيف وهو المستأمن من الطرف القوي وهو المؤمن دليل على أن هذا العقد لا يدخله التعاون ، وعلى أن علاقة المؤمن بالمستأمن هي علاقة تاجر بعمل وليس علاقة منظم للتعاون بفرد من أفراد الهيئة المتعاونة، كما يذهب إلى ذلك فقهاء التأمين، إلا إذا كان فقهاء التأمين يفهمون من التعاون معنى غير المعنى الذي يفهمه منه فقهاء الشريعة وغيرهم من أهل الفكر القانوني الوضعي .

فالتعاون - كما يعرفه الفكر القانوني الوضعي (16) هو تبادل المساعدة بين أفراد المجتمع ، دون أن يكون هناك استغلال من شخص لآخر ، أو من جماعة لأخرى ، وإذا كان معنى التعاون هو هذا في الفكر القانوني الوضعي فهو جزء من التعاون في الإسلام ، لأن التعاون في الإسلام أشمل من هذا وأكرم، لأنه ليس تعاوناً مادياً فحسب ولكنه تعاون روجي قبل كل شيء ، لأن الفرد في المجتمع الإسلامي لا تربطه بأخيه المصلحة المادية فقط وإنما تربطه أولاً صلة العقيدة التي هي أسمى وأقوى من وشائج القرى والنسب ، ولهذا لم يقف التعاون في الإسلام عند تبادل المنافع المادية ، كما أنه في الغالب كان وما يزال إعطاءً دون انتظار لأحد .

ولا أحب أن أذهب هنا إلى ما ذهب إليه بعض الكاتبيين من أن فقهاء التأمين عندنا يرددون ما يكتبه علماء القانون الأجانب حول هذا الموضوع ، فالمعروف أن التأمين بدأ تعاونياً ، ثم تحول على أيدي اليهود وتجار النقود إلى نظام تجاري ، وليس ببعيد أن تكون الدعايات اليهودية والرأسمالية قد سعت عن طريق النشر والتأليف إلى صبغ التأمين التجاري بصبغة العمل التعاوني الإنساني وبمرور الزمن ثبتت هذه الفكرة في الأذهان وروج لها كثير من رجال القانون ، ثم نقلت إلينا مع ما نقل من نظم أجنبية .

وإذا اطلعنا على وثائق التأمين التي تصدرها الشركات التجارية وجدناها تشتمل على عدد كبير من المواد والشروط لا يتسنى للمثقف المتوسط أن يلم بها أو يفقهها فضلاً عن غيره من عوام الناس ، وهذا يجعل المستأمن دائماً تحت رحمة شركات التأمين لأنه في الحقيقة لا يدري تماماً القواعد والشروط التي

(16) التعاون من الناحيتين المذهبية والتشريعية للدكتور حلمي مراد .

تربطه بالشركة ويجعل الشركة في مركز أقوى من مركز المستأمن ، ويهيء لها فرصة التهرب من مسؤوليتها لأوهى الاسباب ، وأدنى العلل ، وليس أدل على ذلك من الشروط التي يلزم توافرها لتصبح الشركة ملزمة قبل المستأمن بدفع مبلغ التأمين ، فهذه الشروط تمكن الشركة من الادعاء بأن الخطر الذي وقع غير مسؤولة عنه ، لانه نشأ مثلا عن ظروف مباشرة أو غير مباشرة لا تتضمن الشركة آثارها من الحوادث والاطار .

وإذا علمنا أن هذه الوثائق صورة واحدة وأن المستأمن إذا كان له أن يختار الشركة فليس له أن يختار العقد ، لانه واحد في جميع الشركات تبين لنا حقيقة السياسة التي تسير عليها شركات التأمين التجارية، وهي خدمة المساهمين وتحقيق الارباح الوفيرة لهم دون المستأمن ، ومتى كانت هذه هي السياسة التي تسير عليها شركات التأمين فلا يصح وصفها بأنها ليست الا مجرد وسيط منظم للتعاون بين المستأمنين .

فان قيل : ان التأمين أصبح ضرورة من ضرورات المجتمع ومن مقومات الحياة الاجتماعية ووسائل استقرارها وأمنها والضرورات لها أثر كبير في اباحة المحظورات في الشريعة الاسلامية .

فالجواب عن ذلك : ان التأمين باعتباره فكرة اجتماعية تعاونية انسانية أمر لا مناص منه ولا سبيل لأمة ناهضة أن تتجاهله أو تتخلى عنه ولكن باعتباره عملا تجاريا ، وعقدا من العقود التي يقصد منه الربح لدى طائفة من الناس ليس أمرا ضروريا لا مناص من قبوله ، لان التأمين التعاوني يغني عنه ، وهو - كما قدمنا - أجدى اجتماعيا واقتصاديا من التأمين التجاري ، ولا يدخله غرر ولا مخاطرة ولا استغلال .

يؤيد هذا أن الدول الرأسمالية التي يعيش فيها التأمين التجاري وجدت أن هذا النظام ليس ضروريا يجب الحفاظ عليه ، والتمسك به والذود عنه ، بل على العكس نزعته الى الأخذ بالنظام التعاوني ومحاربة التأمين التجاري واعتباره مصدر خطر على اقتصاد الأمة = (I7)

(I7) فلسفة النظام التعاوني في المجتمعات الحديثة - ترجمة الدكتور عمر القبانى .

ويقول الدكتور الصديق محمد الامين الاستاذ في كلية الحقوق من جامعة الخرطوم في بحث له قدمه في أسبوع الفقه الاسلامي المنعقد في دمشق سنة 1380 هـ / 1961 م. أنه لا يرى اباحة عقد التأمين بوضعه الحالي ، لأنه لا يصح أن يلجأ الى استخدام الضرورة أو الحاجة الا اذا لم نجد سبيلا غيرها ، وفي موضوعنا هذا من الممكن أن نحتفظ بعقد التأمين في جوهره ، ونستفيد بكل مزاياه ، مع التمسك بقواعد الفقه الاسلامي ، ومن غير أن نحتفي وراء الضرورة أو الحاجة ، أو مألوف الناس . وذلك يكون في نظري باخراج التأمين من عقود المعاوضة وادخاله في عقود التبرعات ، والطريق الى هذا أن نبعد الوسيط الذي يسعى الى الربح . بأن نجعل التأمين كله تأميناً تعاونياً ، يديره المشتركون أنفسهم ان أمكن ، أو تشرف عليه الحكومة .

وقد اقترح بعض الباحثين وضع نظام جديد للتأمين يكون بديلاً للنظام التجاري ويتفق مع روح الشريعة ومبادئها العامة ، ومن بينهم الاستاذ محب الدين الخطيب الذي رأى أن تكون كل جماعة ذات عمل واحد مثل أساتذة الجامعات والاطباء والقضاة والمدرسين مثلاً جمعية تعاونية للتأمين ، يدفع كل فرد فيها قسطاً معيناً باعتبار راتبه الشهري ، ثم تستثمر هذه الاموال بالطرق المشروعة ، وترصد لسد حاجات أفراد هذه الجماعة ، سواء في حالات العجز أو المرض أو الوفاة أو تزويج الاولاد .

كما رأى الاستاذ الخطيب أن تقوم الوزارات بالتأمين الذاتي على منشأتها ، كما فعلت وزارة الاوقاف ، فقد كانت تؤمن على عماراتها لدى شركات التأمين ، وبعد مرور سنوات أدركت أن أموالها ضاعت هباء ، وان شركات التأمين قد ابلت منها أموالاً ضخمة ثم لم ترزأ الا بمبلغ تافه ، ودفعها هذا الى انشاء صندوق اعتباري للتأمين ، تدفع اليه الاقساط التي كانت تدفعها الوزارة الى شركات التأمين وتقوم هيئة مسؤولة بالاشراف على أعمال هذا الصندوق واستثمار أمواله ثم تكون هذه الاموال مرصودة لتعويض الخسائر التي تتعرض لها تلك العمارات من اصلاح أو ترميم أو غير ذلك . (18)

I4 - وإذا كانت الضرورة أو الحاجة تدعو الى الابقاء على شركات

(18) مجلة الازهر العددان : 5 و 6 من المجلد السادس والعشرين .

التأمين التجاري حتى يحين الوقت لانشاء نظام التأمين التعاوني وتعميمه فعلى
المشرع أن يقيمه على مبادئ جديدة مستمدة من روح الشريعة ومبادئها العامة
بحيث تنفى عنه الاستغلال ، وتحقق المساواة بين طرفيه ، وتحافظ على حقوق
الطرف المدّعن أو الضعيف ، وهو دائما المستأمن ، لأنه يوقع على عقد مطبوع ،
وتحميه من الأضرار البالغة التي يتعرض لها بسبب القوانين التي تتبّع في
دفع الأقساط وطريقة استردادها ، ويضع النصوص الأمرة التي تلزم شركات
التأمين باتتباع الوسائل المشروعة في استثمار الأموال التي تحصل عليها من
المستأمنين ، وتحول بين هذه الشركات وبين التلاعب والتحايل للتخلص من
مسؤولياتها إزاء المستأمنين .

فتوى الامام محمد عبده في التأمين :

I5 - وقبل ان أنهى الكلام عن التأمين نذكر الفتوى التي اشتهر عن
المرحوم الشيخ محمد عبده انه أفنى بها في موضوع التأمين حينما كان مفتيا
للديار المصرية في صفر سنة 1319 بناء على سؤال من رجل أمريكي كان يدير
شركة تجارية للتأمين « وقد استخدمت شركات التأمين هذه الفتوى في الترويج
لشركاتها بين المسلمين ، وطبعتها ووزعتها على سمسرتها لهذا الغرض ،
وأعتبرها بعض فقهاء القانون المروجين للتأمين بنظامه الحالي دعوة من الشيخ
محمد عبده للتأمين وأنه لمن مميزاته وأثره في الحياة الاجتماعية والاقتصادية
بثاقب فكره ، وبعد نظره ، نتيجة تكشف حجب الغيب عن بصيرته . (I9)

وقبل أن نورد الفتوى نذكر نص السؤال الذي تقدم به ذلك الأمريكي الى
دار الافتاء . ثم ننظر في هذه الفتوى ، ومبلغ ما تدل عليه ، وما يمكن أن يستفاد
من منطوقها أو مفهومها ليظهر حكم الشريعة في موضوع التأمين خاليا من
التمويه والتزييف .

السؤال : سأل جناب المسيو (هوروسل) في رجل يريد أن يتعاقد مع
جماعة على أن يدفع لهم مالا من ماله الخاص على أقساط متساوية ، ليعملوا
فيه بالتجارة ، واشترط معهم أنه اذا قام بما ذكر ، وانتهى آن الاتفاق بانتهاء

(I9) أنظر مقال الدكتور محمد عرفة في مجلة القانون والاقتصاد - مارس
سنة 1946 .

الاقساط المعينة ، وكانوا قد عملوا في ذلك المال ، وكان حيا ، فيأخذ ما يكون له من المال ، مع ما يخصه من الارباح ، وإذا مات في أثناء تلك المدة فيكون لورثته ، أو لمن يكون له حق الولاية في ماله ان يأخذوا المبلغ تعلق مورثهم مع الارباح ، فهل مثل هذا التعاقد الذي يكون مفيدا لاربابه بما ينتجه لهم من الربح جائز شرعا ؟

الجواب : لو صدر مثل هذا التعاقد بين ذلك الرجل وهؤلاء الجماعة على الصفة المذكورة كان ذلك جائزا شرعا ، ويجوز لذلك الرجل بعد انتهاء الاقساط والعمل في المال وحصول الربح ان يأخذ لو كان حيا ما يكون له من المال مع ما خصه من الربح ، وكذا يجوز لمن يوجد بعد موته من ورثته أو من كان له ولاية التصرف في ماله بعد موته أن يأخذ ما يكون له من المال مع ما أنتجه من الربح» .

هذه هي الفتوى التي اشتهرت عن المرحوم الشيخ محمد عبده في موضوع التأمين والتي استخدمتها شركات التأمين في الدعاية للتأمين يجذبون بها العملاء ومن يرغبون فيه من المسلمين .

I6 - ومن ينظر في السؤال وجوابه اللذين اعتمدنا في صيغتهما على ما جاء في السجلات الرسمية لدار الافتاء وما نشر في مجلة (نور الاسلام) وهي المجلة التي تسمى الآن (مجلة الازهر) لا يجد فيها شيئا يتعلق بموضوع التأمين ، كما هو اليوم .

ان هذا السؤال لا ينطبق الا على نوع من الشركات الشرعية التي يكون المال فيها من جانب والعمل فيه بطرق الاستثمار التجارية أو الصناعية من جانب آخر ، وهو ما يطلق عليه في اصطلاح الفقهاء اسم (المضاربة أو القراض) .

لم يعرض السؤال للعناصر الجوهرية في عقود التأمين ، مثل اشتراط أن تدفع شركة التأمين جميع المال المؤمن به ولو كان خمسين أو مائة ألف دينار اذا حصل هلاك أو عطب لصاحب التأمين ، ولو لم يدفع من الاقساط الاقساطا واحدا ، فان هذا الشرط هو صلب المخاطرة والمقامرة وهو الذي يلزم به ما لا يلزم شرعا ، ويستباح به من المال ما ليس بحق ، وتوكل به أموال الناس بالباطل .

ليس في سؤال المستر (هورروسل) الذي تقدم به الى دار الافتاء تعرض
المثل هذا الشرط الذي فسد به التعاقد .

كما انه ليس فيه تعرض لنوع الربح الذي ينتج من استثمار المال ، ولا
لطريقة هذا الاستثمار ، والمفتي لا يسعه الا أن يجيب عما يعرض عليه من
سؤال ، وليس عليه ذنب ولا تبعة اذا فتواه تستخدم في غير ما وضعت
له ، الا اذا علم بذلك بعد وقوعه ، ولم ينكره ، أو كان يعلم من قبل أن فتواه
الصريحة في تجويز شركة المضاربة أو القراض ستتخذ ذريعة للترويج لشركات
التأمين .

17 - قد يقول قائل : ان هذه الفتوى نشرت في مجلة المحاماة ، السنة
الخامسة ، ص. 563 « على وجه آخر يفهم منه أن التأمين على الحياة حلال
شرعا ، لانه من قبيل شركة المضاربة ، وهي جائزة شرعا ، فقد نشرت فيها
هكذا :

فتوى شرعية

تأمين على حياة - جوازه شرعا - شركة مضاربة .

القاعدة الشرعية : عمل شركات التأمين على الحياة عمل مباح ، لان
اتفاق الشخص مع أصحاب شركة التأمين هو من قبيل شركة المضاربة ، وهي
جائزة .

السؤال : سأل جناب مدير شركة قومية متوال ليف الامريكية في رجل
انفق مع جماعة (قومية) على أن يعطيهم مبلغا معلوما في مدة معلومة على
أقساط معينة ، للاتجار فيما لهم فيهم الحظ والمصلحة ، وانه اذا مضت المدة
المذكورة ، وكان حيا يأخذ المبلغ منهم مع ما ربحه من التجارة في تلك المدة ،
مات في جلالها تأخذ ورثته ، أو من يطلق له حال حياته أخذ المبلغ المذكور مع
الربح الذي يذبح مما دفعه ، فهل هذا يوافق شرعا ؟

الجواب : اتفاق هذا الجدل مع هؤلاء الجماعة على دفع ذلك المبلغ على

وجه ما ذكر يكون من قبيل شركة المضاربة ، وهي جائزة ، ولا مانع للرجل من أخذ ماله مع ما أنتجه من الربح بعد العمل فيه بالتجارة ، وإذا مات الرجل في ابان المدة ، وكان الجماعة قد عملوا فيما دفعه ، وقاموا بما التزموه من دفع المبلغ لورثته ، أو لمن يكون له حق التصرف في المال أن يأخذ المبلغ جميعه مع ما ربحه المدفوع منه بالتجارة على الوجه المذكور .

الجواب : اتفاق هذا الرجل مع هؤلاء الجماعة على دفع ذلك المبلغ على الناشر ، وتحميل للفتوى ما لا تحتمله ليتوصل من ورأئه الى جعل الفتوى متعلقة بالتأمين على الحياة ، كما هو واضح من الكلام الذي صدرت به هذه الفتوى مثل : تأمين على حياة - جوازه شرعا - القاعدة الشرعية « عمل شركة التأمين هو من قبيل شركة المضاربة ... » الخ .

مع أن من يطالع السؤال والاجابة عنه حسبا نشرته هذه المجلة لا يرى كلمة « التأمين » وردت لا في السؤال ولا في الاجابة عنه .

والذي يبدو لي أن الناشر اعتمد فيما نشره على صورة من صور الفتوى التي طبعتها شركات التأمين ووزعتها على من يرغب في التأمين على الحياة من المسلمين ، ولم يرجع الى السجلات الرسمية لدار الافتاء المصرية ، كما فعل الناشر في مجلة (نور الاسلام) .

18 - وعلى فرض التسليم بصحة ما نشر في مجلة المحاماة فانه لا يدل على جواز التأمين على الحياة شرعا ، لان الفتوى اعتبرت التأمين من قبيل المضاربة الجائزة شرعا ، وهذا غير صحيح ، لان التأمين نظام حديث بقوانينه ، ونظمه ولا يشبه المضاربة في شيء . فالمضاربة ، كما جاء في كتب الفقه المختلفة ، عبارة عن عقد على الاشتراك في الربح ، على أن يكون رأس المال من طرف ، والعمل فيه من الطرف الآخر ، وأهم شروطها أن يكون الربح نسبيا غير محدد ، كالربح والثلث والنصف مثلا ، وان يتحمل صاحب رأس المال الخسارة وحده اذا لم تكن بتعد من المضارب .

ونظام التأمين يخالف ذلك تمام المخالفة ، لان المستأمن - كما هو معلوم - لا يقوم بدفع الاقساط للشركة على أن تعمل فيها ، ثم يقاسمها الربح ،

ويتحمل الخسارة وحده في حالة حدوثها ، وانما يؤدي الاقساط ، وتصبح بعد أدائها ملكا للشركة ، تتصرف فيها كيف تشاء ، وتستغلها بالطرق التي تراها مفيدة لها ، وذلك في مقابل تحملها لاثار خطر قد يدهم المستأمن بعد اداء قسط واحد ، فيحصل على المبلغ المتفق عليه ، وقد يدفع الاقساط جميعها دون أن يناله ضرر ، وفي هذه الحالة يأخذ ما دفعه مع ربح قليل ، والباقي تأخذه الشركة .

وإذا كان التأمين لا يشبه المضاربة المشروعة في شيء فلا يكون من قبيلها ، ولا يصح أن يقاس عليها ، كما جاء في الفتوى المنسوبة الى الامام الشيخ محمد عبده ، وعلى هذا لا تصلح هذه الفتوى أن تكون سندا لحل التأمين شرعا على الحياة ، كما فهم بعض الفقهاء المحدثين .

والله ولي التوفيق والسداد .

المسؤولية المحدودة لمالك السفينة ومجهزها

بقلم : السيد محمد العربي المحجوب
الرئيس الاول لمحكمة الاستئناف بمراكش

فاذا كانت جميع القوانين المنزوية تحت ظل القانون الخاص بمعناه الواسع بما فيه قانون التجارة تخضع لمبادئ وقواعد عامة فان القانون البحري على الصعيد الدولي له مميزاته الخاصة تجعله في معظمه مبتعدا عن المبادئ والقواعد التي تشكل الهيكل الرئيسي للاحكام التشريعية . ان هذه المميزات ما فتئت تثير الانتباه بخاصيتها التي فتحت المنافذ على مصاريحها سواء على حقل الفقه أو الاجتهاد وتركت المجال فسيحا للنقد واختلاف الآراء دون أن يستطيع أحد رغم ذلك أن يأتي بالجديد الايجابي أو ان يجد المشرعون أنفسهم لها بديلا .

ان هذه الخاصية تبلورت مع مرور العصور بل توطدت تحت عوامل شتى واستقرت نهائيا بما أسفرت عنه المؤتمرات الدولية ، الشيء الذي أثبت ان التشريع الدولي في هذه المادة مرتبط باعتبار القانون البحري شكلا وموضوعا فرعا مستقلا عن القانون يستوجب حلولا لا يبررها سوى التطبيق والممارسة العملية . لذا فلقد اعتبر علماء القانون ان القانون البحري بسبب ميله الطبيعي الى مسايرة الظروف وما يترتب عنها على صعيد الفقه والاجتهاد يجب أن ينظر اليه من زاوية خاصة .

بالرغم من أن القانون البحري فرع فعلي من قانون التجارة فان هناك فاصلا بين هذا وذلك الى درجة أن الروابط التي تجمع بينهما تكاد تختفي على الاطلاق .

ان من بين المميزات التي تطبع القوانين البحرية لكثير من الدول المسؤولية التقصيرية لمالك السفينة ومجهزها (I) التي خلافا لأحكام القانون المدني لا ينشأ عنها اصلاح الضرر كله بل تبقى منحصرة في حدود معينة وذلك عن الالتزامات التي تنبثق عن الافعال المنجزة والعقود المبرمة من لدن الربان داخل ممارسة صلاحياته القانونية وكذا التصرفات والاطفاء التي تصدر عن الربان والملاحين والمرشد وعن كل شخص آخر يوجد في خدمة السفينة. كما يسأل أيضا داخل نفس الحدود عن الالتزام برفع حطام السفينة المغارقة والتعويض عن الاضرار التي تحدثها السفينة في بناءات الموانئ والمخازن والطرق الصالحة للملاحة .

فاذا كان مالك السفينة منذ القدم في عديد من الدول الاروبية ملزما باصلاح الاضرار التي يحدثها للاغيار جميع الاشخاص العاملين في خدمة السفينة وعلى رأسهم الربان فان هذا الاصلاح لا ينفذ على جميع ثروته برمتها لكنه ينحصر في ثروته البحرية دون المس بثروته البرية ، بل أبعد من ذلك

(I) المجهز هو الشخص الذي يتسلم هيكل السفينة (أي السفينة خالية من كل ما تحتاج اليه من الآلات والآليات والاجهزة الضرورية للنقل) من مالكة بالمقابل ويزودها بكل ما تفتقر اليه لتواجه ضروريات الملاحة . ويمكن ان يطلق عليه بصفة عامة تعريف الفصل 165 أي هو كل شخص ذاتي او معنوي يتصدى الى استغلال باخرة سواء كانت على ملكه أم لا . وذلك ان غالبا ما يكون مالك السفينة هو مجهزها . ولقد اعتبرت المحاكم انه يعد مجهزا كل من يستغل سفينة لحسابه الخاص ويتصرف بهذه الصفة تجاه الاغيار بدون أن يربط حتميا هذا الاستغلال بفكرة الملكية .

لذا نلاحظ ان في تحرير الاحكام لم يهتم القضاة بوضع فرق بين المجهز ومالك السفينة بسبب ان المالك غالبا ما يكون هو المجهز وان اللفظين يستعملان بنفس المعنى لكن المشرع أراد مع ذلك أن يضع الفرق بينهما كما يتجلى ذلك من الفصل 129 الذي ينص على أن «المجهز الذي ليس بمالك مسؤول بالتضامن مع المالك وفي نفس الحدود التي يسأل فيها هذا الاخير» .

وتجدر الاشارة أيضا الى أن مجهز السفينة يكون هو مؤجرها لذا فاننا نلاحظ أن القرارات القضائية تستعمل كلمات مجهز ومالك ومؤجر بمعنى واحد (صاحب المقال) .

ان تنفيذ الاصلاح لا يمس الا الثروة البحرية الخاصة بالسفينة التي نشأ عنها
أو فيها الضرر دون الثروات البحرية الأخرى للمالك ان كانت له سفن أخرى.

ان حصر مسؤولية المالك والمجهز في حدود معينة فكرة قديمة يرجع
عهدا الى ما قبل القرون الوسطى باعتبار ان جسامه تلك المسؤولية تستوجب
وقفها عند حدود معقولة لا لصالح المالك والمجهز وحدهما بل لفائدة الدول
البحرية سعيا وراء تنمية الملاحة التجارية وازدهارها .

ان هذه النقطة تشكل مبدأ من المبادئ الأساسية للقانون البحري بل
هي بمثابة حجر الزاوية لهذا القانون بصفة عامة .

ان المشرعين أرادوا أن يراعوا حماية الملاحة من الاخطار التي
تواكب استغلال السفن اعتبارا منهم أن من العدل والانصاف أن يحتمل مالك
السفينة مسؤولية الأضرار التي يحدثها العاملون تحت امرته الى حدود قيمة
السفينة أو الى حد أقصى معين والا كان معرضا للأفلاس سواء بسبب سوء
نية الربان أو تهاونه أو عدم احتياظه ، الأمر الذي قد يؤدي حتما الى القضاء
على الملاحة وما ينتج عنه من عواقب جسيمة . ان حرمانه من السفينة أو
أداء قيمتها اضافة الى الضرر المعنوي الذي تكبده من جراء أفعال الربان
الذي اختاره هو بنفسه لكاف دون أن يتحمل عقوبات مدنية أخرى .

ان مبدأ حصر مسؤولية المالك في حدود معينة مبدأ دولي تبنته جميع
التشريعات الاجنبية وان كانت هناك فوارق من حيث الحدود نفسها ونوعها .

فمنذ القرن الخامس عشر أصدر الوزير الفرنسي كولبير COLBERT
قانونا يعد أهم تشريع صدر في عهد الملك لويس الرابع عشر بالرغم من ان هذا
القانون اکتفى بجمع العناصر القديمة والمبعثرة التي كانت تتركز عليها
الملاحة في مختلف أقطار أوروبا ثم بتنظيمها وتقنينها . فكان لهذا القانون
صدى عميق وواسع النطاق تردد دويه في جميع الأمم الأوروبية التي كانت
تتعاطى للتجارة البحرية. لقد تطرق هذا القانون الى تنظيم الموانئ والسواحل
والى التلوث الناشئ عن الصيد والى الملاحين ومالكى السفن والى العقود
البحرية اضافة الى تأسيس محاكم خاصة بالنظر في منازعات الملاحة التجارية.

لكن العمود الفقري لذلك القانون تشكله الاحكام المضمنة في الفصل الثاني للباب الثامن من الكتاب الثاني التي تنص على أن « مالكي السفينة مسؤولون عن أعمال الربان لكنهم يعفون من المسؤولية بتخليهم عن السفينة وأجرها » وبعبارة أوضح ان مبدأ مسؤولية مالك السفينة تقرر نهائيا وأن هذه المسؤولية تشمل أخطاء الربان لكن يجوز للمالك أن يعفى منها بالتخلي عن السفينة وعن أجرها أي بالتخلي عن السفينة بعينها وما حصلت عليه من أجر مقابل الشحن لفائدة الدائنين الذين تضرروا من الحادث الذي سببته السفينة.

وبعد وقوع الثورة الفرنسية حذفت المحاكم البحرية وانتقلت اختصاصاتها الى المحاكم القنصلية الى أن أسند بابوليون تحرير القانون المدني لأحسن الاختصاصيين الذين كانت تتوفر عليها فرنسا وقتذاك ثم سهر على تحرير قانون التجارة . لكن الفقهاء الذين أسندت اليهم هذه المهمة لم يكن لهم الملم واسع بشؤون البحر . فاعتبروا أن من الأفضل الحفاظ على مبدأ قانون كولبير بخصوص مسؤولية مالك السفينة حيث نصوا في الفصل 216 من قانون التجارة على أن « يسأل مدنيا كل مالك سفينة عن أعمال الربان بخصوص ما يتعلق بالسفينة والبضائع الموسوقة . وتنقضي المسؤولية بالتخلي عن السفينة وأجرتها » . ان هذا الفصل يعيد كما يلاحظ ما جاء في قانون 1981 .

وبالرغم من ادخال تعديلات جذرية على قانون التجارة سنة 1885 فان الفصل 216 لم يتغير الا سطحيا إذ أصبح محررا على الشكل التالي : « يسأل مدنيا كل مالك سفينة عن أعمال الربان وهو ملزم بالعقود التي أبرمها هذا الاخير بخصوص ما يتعلق بالسفينة والبضائع المشحونة . ويجوز له في جميع الاحوال أن يبرىء ذمته من تلك الالتزامات بتخليه عن السفينة وأجرتها» .

ومهما يكن من أمر فان مبدأ حصر المسؤولية في حدود معينة يخرج عن نطاق قواعد القانون العام سيما اذا هي قورنت مع حق الضمان العام الذي يتمتع به الدائن ومع المبدأ الاساسي المبني على مسؤولية المدين الغير محدودة .

لكن تحديد مسؤولية مالك السفينة على هذا الشكل يجد ما يبرره فقط في طبيعة الدقل البحري الذي لا وجود لعقد مثله في القانون المدني . ان فكرة

حصر المسؤولية هنا في حدود معينة تركز أساسا على فكرة ما يسمى بـ « ذمة السفينة » أي الثروة البحرية التي يملكها صاحب السفينة والتي ترتبط بالسفينة نفسها وبربعتها ولا تمتد إلى السفن الأخرى لنفس المالك أي إلى الثروات البحرية الأخرى التي يملكها .

إن فكرة « ذمة السفينة » قديمة جدا كما لاحظناه بل ويرجع عهدا إلى القرون الوسطى حيث كانت تؤسس عرفا قارا في الموانئ الإيطالية الكبرى . إن هذه الفكرة هي التي بنى عليها القانون الفرنسي قاعدته الأساسية والتي تتلخص في : إن الشخص الذي يعرض علنيا أموالا يملكها لا يسأل إلا بالنسبة لتلك الأموال . فإذا كانت تلك الأموال سفينة فتكون مسؤوليته بالنسبة لتلك السفينة وما عليه إلا أن يتخلى عنها لفائدة دائنية لتبرأ ذمته من التزام المسؤولية . إن هذه النظرية هي التي أدخلت على القانون البحري . إن السفينة وأجرتها يشكلان ذمة مالية مستقلة وإن الثروة البحرية تستقل عن باقي أموال المالك بما فيها أمواله البرية . إن « ذمة السفينة » أي السفينة نفسها وما تربحه من ربح (أجرة السفينة) تشكلان الضمان الوحيد والظاهر الذي يخصص للدائنين أثناء نقل بحري معين .

إن هذه القاعدة هي التي ارتكز عليها القانون الفرنسي والقانون الألماني .

إن مسؤولية مالك السفينة ومجهزها محدودة وواضحة لا غبار عليها . فهي لا تتعدى السفينة وتوابعها وانتاجها . بالرغم من هذا فإن الأبراء من الدين بطريقة التخلي ليس حتميا بالنسبة للمدين الذي له أن يتمسك به أو يعطل عنه وهو بالتالي قابل للسقوط .

إن نظام التخلي الفعلي عن السفينة لم تتبناه فرنسا وحدها بل تبنته إضافة إلى ألمانيا دول أخرى من بينها مصر وإسبانيا وبعض دول أمريكا اللاتينية .

لكن القوانين الوضعية مهما أدخلت عليها من اصلاحات ومهما بلغت من الاتقان لن تصل أبدا الكمال ولو بسبب أنها صادرة عن الإنسان . إن المالك في نظام التخلي يفقد سفينته بأكملها في وقت هو في أمس الحاجة إليها في حين



ان الدائنين الذين تسلموها يرون أنفسهم ملزمين ببيعها . ومن ناحية أخرى فان المسؤولية المحدودة تتحول الى انعدام المسؤولية بالمرّة في حالة هلاك السفينة بأتمها دون أن يكون لها ربح . وهذا ما يقع كثيرا .

إضافة الى ذلك فان نظام التخلي لا تستفيد منه الشركات البحرية الكبرى التي تملك سفنا ذات قيم جد مرتفعة بسبب ان مدى مسؤولية المالك مرتبط بقيمة السفينة من جهة وبسبب انها تزيد أهمية بقدر ما تعظم جسامتها من جهة أخرى .

وعلى كل فان نظام التخلي أصبح معرضا أكثر مما كان للنقد سيما ان بعض الدول الكبرى وعلى رأسها بريطانيا العظمى لم تتنبه بل تطبق نظام المسؤولية الشخصية على أساس حصر القيمة في مبلغ معين دون أن تكون هناك ثروة بحرية مستقلة عن الثروة البرية . فكان لزاما على المجتمع البحري الدولي أن يحاول توحيد القوانين سعيا وراء اجتناب تباين الأنظمة . فاجتمع مؤتمر دولي في بروكسيل لدراسة مختلف الأنظمة ومناقشتها ثم اختيار من بينها أقلها عيوباً . فاتفق المؤتمر على مبدأ النظام البريطاني لكن لم يقع الاتفاق على تحديد القيمة بسبب الصعوبات الجسيمة التي اعترضتهم . وفي سنة 1924 حصل المؤتمر في الاخير على اتفاق بتحديد القيمة في قيمة الثروة البحرية الفعلية على أساس ألا تتعدى تلك القيمة حدا معيناً بحيث ان المجهز سيكون له الخيار بين تلك القيمة وبين المبلغ الجزافي اذا كان هذا الاخير يقل عن الاولى . لكن هذا التشريع ليس قابلاً للتطبيق إلا على الحقل الدولي دون المس بالتشريعات الوطنية . بالرغم من هذا فان عددا من الدول ومن بينها بريطانيا لم تصادق على الاتفاقية . أما فرنسا فلقد صادقت عليها في 23 أغسطس 1935 .

وهكذا يتبين أن النظام المغربي مستمد من نظرية الثروة البحرية الفعلية دون تبني النظام الفرنسي .

ان الفصل 124 من قانون التجارة البحرية المغربي يضع المسؤولية

شخصيا على مالك السفينة في حدود قيمة السفينة وتوابعها (2) وعلى كل حال في حدود مبلغ أقصى قدره 138 درهما عن كل طن حجمي (3) ، وان الفصل 126 يحدد هذه المسؤولية في 120 درهما مقابل كل طن حجمي من حمولة السفينة علاوة على الحد الأقصى المبين أعلاه في حالة حدوث وفاة أو أضرار بدنية ناشئة عن أخطاء الريان أو الملاحين أو المرشد أو أي شخص آخر يوجد في خدمة السفينة .

لقد وقع اختيار المشرع المغربي اذن على مسؤولية المالك الشخصية بحصرها في قيمة السفينة وأجرتها مع الزامه بأداء مبلغ يعادل 138 درهما عن كل طن حجمي وفي حالة حدوث وفاة أو أضرار بدنية إضافة 120 درهما عن كل طن حجمي أي في الجميع ($138 + 120 = 258$ درهما) وان هذه المبالغ قابلة للتنفيذ على كل ممتلكات المالك بدون استثناء . ومن هذا يتضح ان المشرع المغربي لم يقف عند فكرة التخلي عن السفينة .

لكن الفصل 336 يشير مع ذلك إلى التخلي . وبالفعل ان هذا الفصل الذي ينصوي تحت زاوية قرض المخاطرة الجسيمة ينص على ان : « لا يكون الريان مسؤولا شخصيا عن المبلغ المقرض اذا تقييد بالشروط المعينة في الاذن والا كان مسؤولا شخصيا .

« ويكون مالك السفينة المقدمة ضمانا للقرض مسؤولا عن هذا الاخير مع

(2) توابع السفينة أو ملحقاتها تتضمن كما يشير اليه الفصل 125 أجرة نفل ما يوجد على ظهر السفينة من بضائع ومسافرين في وقت تعيين المسؤولية بعد اسقاط الثلث من قيمة تلك الاجرة والمبالغ المكتسبة منذ السفر من آخر ميناء على وجه التعويض عن اضرار أو على وجه المكافأة عن اسعاف أو انقاذ وذلك بدون أي اسقاط من هذا المبلغ بدون أن تشمل هذه التوابع التعويضات المدفوعة أو المستحقة بمقتضى عقود التأمين ولا المساعدات والمكافآت أو غير ذلك من الاعانات الوطنية (صاحب المقال)

(3) الطن الحجمي أو طنة الاوسع هو مقياس لحجم السفينة محسوب على قاعدة الطنة الانجليزية التي توازي مائة قدم مكعبة أو ما يقرب من مترين وثلاثة وثمانين سنتيمترا مكعبا (صاحب المقال)

مراعاة حق التخلي (4) المنصوص عليه في ظهيرنا هذا ... »

يجدو اذن ان هناك تناقضا بين الفصلين I24 و 336 اذ يتبين من الاول ان المشرع يرفض فكرة التخلي عن السفينة بينما الفصل 336 يشير الى هذا التخلي « المنصوص عليه » في الظهير بمثابة قانون التجارة البحرية .

في الواقع ليس هناك تناقض بسبب ان الفصل 336 يحيل على الفصل I24 من حيث تطبيق النظام الذي يؤسسه هذا الاخير ، وان عبارة « حق التخلي » ليست في الواقع هي العبارة الصحيحة . ان المشرع اراد ان يقول ان المالك عندما يؤدي قيمة السفينة ، ان اعتبر ذلك أصلح وأفيد من أداء الفصل I24 .

ان المسؤولية المحدودة لمالك السفينة عن الالتزامات التي تنشأ عن الافعال المنجزة والعقود المبرمة من طرف الربان داخل ممارسة صلاحياته القانونية وعن التصرفات والاطفاء التي تصدر عن الربان والملاحين والمرشد وعن كل شخص آخر يوجد في خدمة السفينة تمتد كما ينص عليه المقطع الثاني للفصل I24 الى رفع حطام السفينة الغارقة أو التعويض عن الاضرار التي تحدثها السفينة في بناءات الموانئ والمخازن والطرق الصالحة للملاحة .

ان هذه المسؤولية المحدودة لا تسري اذن تجاه الاشخاص الذاتيين أو المعنويين فحسب ولكن تجاه الادارة نفسها . ان أحكام المقطع الثاني من الفصل I24 لا تخلو اذن من خطورة بسبب ان المالك عندما تحدث سفينته أضرارا في بناءات الموانئ أو المخازن والطرق الصالحة للملاحة كالفنوات وغيرها لا يسأل الا في حدود قيمة السفينة أو مبلغ أقصاه I38 درهما عن كل طن حجمي ولو كانت الاضرار تتجاوز هذه المبالغ خلافا لمبدأ القانون العام باصلاح الضرر كله .

(4) يجب ألا يقع خلط بين التخلي عن السفينة كما بيناه أعلاه (abandon du navire) والتخلي عنها وعن البضائع المنصوص عليه في الفصل 374 وما يليه والذي يتعلق بالتنازل عن السفينة أو البضائع لصالح المؤمن في حالات معينة (délaissement)

فاذا كان المشرع يوضع أحكام الفقرة الاولى للفصل 124 أراد أن يحمي مالكي السفن من الاخطار المرتبطة باستغلالها ، تلك الاخطار التي لا تنفصم عن الملاحة البحرية فانه لم يراع مصالح الدولة التي تسهر على حسن سير المرافق الادارية والحفاظ على الاموال العمومية .

يبدو من غير معقول ان يكون التزام المالك لا يتعدى قيمة الشيء الذي أحدث الضرر أو مبلغا معيناً مرتبطاً بالحجم كأن امكاناته المالية محصورة ومحدودة مسبقاً . فهكذا يكون الأمر شبيها بشركة محدودة المسؤولية باعتبار ان المالك عند ما يؤدي قيمة السفينة ، ان اعتبر ذلك أصلح وأفيد من أداء المبلغ الجزافي ، يكون قد سدد للدولة كل ما تستحقه وأبرأ ذمته بصفة نهائية .

ان المشرع لم يفرق بين الدائنين سوان أكان الدائن شخصاً أم كان الدولة نفسها .

فاذا كان مبدأ المسؤولية المحدودة لم يتعرض لنقد مصالح الملك العمومي في المغرب فانه كان في فرنسا طيلة فترة طويلة من الزمان موضع جدال حاد بين الادارة ومالكي السفن . وان هذا الجدال سرعان ما عارض الاجهزة القضائية نفسها بما فيها محكمة النقض .

ان نابوليون بونابارت قام في فرنسا بتنظيم الادارة ووضع الأسس الاولى للمحاكم الادارية بانشاء مجالس الاقاليم ثم مجلس الدولة الذي أصبح في غضون القرن التاسع عشر يراقب بصفة عامة ونهائية القرارات القضائية الفاصلة في جميع المنازعات المتعلقة بالمصالح العمومية والملك العمومي للدولة . بل ان قراراته أصبحت تفرض وجودها باعتبارها اجتهادا قضائياً قوياً منشأ هكذا قانوناً ادارياً مستقلاً . وهكذا أخذ مجلس الدولة ينظر في القمة في المنازعات المتعلقة بالاضرار التي تصيب الملك العمومي للدولة .

فبدأت الادارات التابعة للموانئ تقاوم التشريع المبني على قاعدة تخلي السفينة الذي يلحق ضرراً بمصالحها وأثارت وسيلة قانونية مرتكزة على ان التزام مالك السفينة برفع حطام السفينة الغارقة لا ينشأ عن الغرق الذي يعزى الى الربان بل عن امتناع المالك شخصياً من تنفيذه ، الأمر الذي

يحدث مسؤولية شخصية مستقلة عن مسؤولية الربان . فوجد هذا التفكير من مجلس الدولة آذانا صاغية .

لكن المشرع والحكومة نفسها اعتبارا منهما أن الخدمات التي يقدمها المجهزون للدولة عظيمة ولا يمكن الاستغناء عنها ركزا اهتمامهما على رعاية حقوق هؤلاء المجهزين ومصالحهم . ولحسم النزاع صدرت مقتضيات تشريعية ضمنت في مقطع خاص أضيف الى الفصل 216 من قانون التجارة الذي أصبح ينص على أن :

« في حالة غرق في ميناء بحري أو في المياه التي تؤدي اليه كما في حالة وجود أضرار تحدثها السفينة في بناءات الموانئ يجوز لمالك السفينة ان يبرىء ذمته ولو تجاه الدولة بخصوص صوائر الرفع والاصلاح وكذا بخصوص جميع التعويضات بتخليه عن السفينة وأجرة نقل البضائع » .

فلم يبق هناك ابهام بأن المشرع أراد أن يصر على مبدأ التخلي ويجعل حدا لكل تأويل يخالف هذا المبدأ .

لكن مجلس الدولة أعاد النضال من جديد واعتبر ان حطام السفينة الغارقة ليست بسفينة بالمعنى المنصوص عليه في الفصل 216 وأن هذا الاخير غير قابل للتطبيق على صوائر الازالة والهدم .

وبقيت الحالة كما هي عليه الى أن تمت معاهدة بروكسيل لسنة 1924 التي كانت آثارها جد محدودة .

لكن بعد الحرب العالمية الثانية وقعت كارثتان بحريتان مهمتان للسفينتين « لاموريسبير » و « شامبوليون » خلفتا ضحايا عديدة .

فأصبح مجلس الدولة (5) يطبق على السفينة قاعدة المسؤولية المفترضة

(5) مجلس الدولة هو حاليا في نفس الوقت مستشار الحكومة بخصوص وضع القوانين ومحكمة النقض بالنسبة للنظام الاداري .

=

عن الاشياء باعتبار ان الحارس ليس هو الربان بل المجهز أو المالك الذي ينتفع من الشيء . الا ان هذا التغيير الطارىء على الاجتهاد أقلق الشركات البريطانية والاسكاندينافية التي أبدت تخوفاً عظيماً من هذا الاتجاه المخالف لمبدأ المسؤولية المحدودة للقانون البحري . وعلى اثر الضجة الكبرى التي نشأت عن هذه الاحداث تمت معاهدة دولية أخرى بتاريخ 10 أكتوبر 1957 . ان هذه المعاهدة تركز على ثلاث نقط أساسية .

(1) الغاء التخلي عن السفينة عينا وتأسيس تحديد المسؤولية في مبلغ جزافي مبني على عدد الاطنان الحجمية لحمولة السفينة .

(2) اقصاء التحديد في حالة ثبوت خطأ المجهز الشخصي سواء اعتبر مالكا أو حارسا مع ترك المجال لاقرار عبء الاثبات حسب القانون الوطني .

(3) بيان الديون التي تخضع للتحديد والتي لا تخضع له . فمن بين الثانية توجد الديون الناتجة عن الانقاذ ومن بين الأولى رفع الحطام وازالته وابادة السفينة الغارقة أو الجانحة أو المهملة وكذا كل مسؤولية ناتجة عن الاضرار التي أحدثتها السفينة لبناءات الموانئ والاحواض والسبل الصالحة للملاحة .

فبوصفه مستشارا للحكومة تحال عليه من طرف الوزير الاول المشاريع التي تقدم بها الوزراء فيعطي حينئذ رأيه في هذه المشاريع ويقترح جميع التعديلات . فهو يستشار وجوبا في جميع المسائل التي يجوز له التدخل فيها بمقتضى القانون وكذا تلك التي تعرضها عليه الحكومة .

أما بوصفه جهة قضائية ادارية فهو مختص :

(1) بالنظر ابتدائيا وانتهائيا في طلبات الغاء المراسيم والتدابير الادارية الصادرة عن الوزراء وطلبات الطعن بالالغاء في الاجراءات الادارية التي تربو عن اختصاص المحاكم الادارية وفي بعض المنازعات المتعلقة بالموظفين وأعوان الدولة .

(2) بالنظر كمحكمة النقض في القرارات النهائية الصادرة عن المحاكم الادارية ومجلس الحسابات .

يتبين اذن من المعاهدة مبدأ تحديد المسؤولية على أساس شكل آخر من جهة واعتبار الدولة على قدم المساواة مع الدائنين الآخرين اذا كان دينها ناتجا عن صوائر رفع السفينة واصلاح الضرر الحاصل لتجهيزاتها .

ان هذه المعاهدة هي التي تشكل اليوم القانون البحري الدولي لمعظم دول العالم . ومن الجدير بالتنبيه ان في امكان الدول التي صادقت عليها وتبينتها أن تدخلها في قانونها الوطني سواء باعتبارها قانونا داخليا أو بادماجها في شكل ملائم لتشريعيها ، كما أن في امكانها أن تحتفظ بحقها في عدم تطبيقها على الاضرار التي تتكبدها هي نفسها . ومن بين الدول التي احتفظت لنفسها بهذا الحق اسبانيا وبريطانيا وفرنسا وهولاندا وغانا .

فاستمرت دراسة نص المشروع الذي سيقدم للبرلمان الفرنسي على أساس هذه المعاهدة نحو ما يقرب من 15 سنة نظرا لتعارض الآراء بخصوص التحرير .

وعند ما قدم المشروع النهائي الى البرلمان وقعت مناقشة حادة ثم صودق عليه في الأخير رغم معارضة أنصار عدم مساواة الدولة والافراد من حيث اصلاح الضرر .

ان المسؤولية المحدودة للفصل 124 من قانون التجارة البحرية المغربي لا تضع فرقا هي الأخرى بين الدائنين بل اعتبرت الدولة والاشخاص معنويين كانوا أم دائنين على قدم المساواة وان كانت أحكام هذا الفصل تختلف في بعض النقط الجوهرية عن أحكام الفصل 216 الفرنسي .

لكن مبدأ المسؤولية المحدودة التي يتمتع بها مالك السفينة لم يثر أية مناقشة ولا أي جدال ولم ينشأ عنه أي خلاف بين الادارة والمجهزين ربما بسبب انعدام محكمة ادارية عليا بالمغرب واسناد النظر في جميع المنازعات الى المحاكم العادية سواء تعلق الأمر بالاشخاص أو الادارات أو الدولة كما يتبين ذلك من الفصل الخامس من الظهير بمثابة قانون بتاريخ 15 يوليوز 1974 المتعلق بالتنظيم القضائي الذي ينص على ان المحكمة الابتدائية تختص - عدا اذا نص قانون صراحة على اسناد الاختصاص الى محكمة

غيرها - ابتدائيا وانتهائيا او ابتدائيا مع حفظ حق الاستثناء بالنظر في جميع الدعاوي طبقا للشروط المحددة بمقتضى قانون المسطرة المدنية أو المسطرة الجنائية أو نصوص خاصة عند الاقتضاء .

باستثناء الطعون الرامية الى الغاء المقررات الصادرة عن السلطات الادارية من أجل الشطط في استعمال السلطة والتي لا تقبل الا اذا لم يكن في استطاعة من يعينهم الأمر المطالبة بحقوقهم لدى المحاكم الاخرى (الفصل 360 من قانون المسطرة المدنية) **فان المجلس الاعلى لا يبت في المسائل الادارية الا على غرار المواد الاخرى أي بطريق الطعن بالانقضض ضد الاحكام النهائية الصادرة عن المحاكم العادية .**

علاوة على ذلك ان اختصاص المحاكم العادية بالنظر في المنازعات الادارية مبين في عدة نصوص تشريعية خاصة تفتح المجال لهذه المحاكم للبت في المواد الجبائية ونزع الملكية العقارية والملك العمومي للدولة .

وبخصوص الملك العمومي للدولة الذي يهمننا بصفة خاصة فان الفصل الثامن من ظهير فاتح يوليوز 1914 ينص صراحة على أن « تختص المحاكم العادية بالنظر في المنازعات المتعلقة بالملك العمومي للدولة » .

ان المنازعات التي قد تنشأ بين المجهزين والادارة بشأن الاضرار التي تحدثها سفنهم في بناءات الموانئ والمخازن والطرق الصالحة للملاحة تعرض اذن على المحاكم العادية دون غيرها . فليس هناك جهاز قضائي اداري خاص من شأنه أن يتحمس بشدة للدفاع عن حقوق الادارة والمصالح العمومية ويعبىء طاقاته كلها في هذا الاتجاه .

من ناحية أخرى فان المغرب لم يعرف أي جدال بين الادارة والمجهزين في اطار الفصل 124 من قانون التجارة البحرية لأن المناسبة لم تتقدم الى حد الآن لاثارة النقاش في الموضوع . ان الاحداث التي وقعت تقتصر على بعض السفن الخفيفة التي جنحت أو غرقت في أحواض الموانئ دون احداث أي ضرر علاوة على ان هذه الاحداث جد نادرة .

واننا نعتقد أن المشرع المغربي لن يغير أحكام الفصل 124 في جوهرها على أساس اصلاح الضرر كله لصالح الملك العمومي لأن الحولة ستكون ملزمة بتطبيق هذا المبدأ على السفن الوطنية فقط دون السفن الاجنبية حتى لا تنفرد بموقف يناقض المعاهدات الدولية وأن لم يكن المغرب من الموقعين عليها :

عقد الكراء

دراسة - مقارنتية - تعليقية

للأستاذ عبد الواحد بنمسعود
من هيئة المحامين بالرباط

إذا كان المشرع المغربي قد اهتم بتنظيم العقود وفي مقدمتها عقد البيع ، وعقد الشركة وعقد الوكالة وغير ذلك من العقود المسماة ، فإنه قد اهتم بصورة أكبر بتنظيم عقد الكراء ، ويبدو ذلك جليا من خلال تدخله في كثير من المناسبات وعلى مر حقبة طويلة من الزمن لتنظيم العلاقة الكرائية ، فتارة كان المشرع يتولى بظواهر حماية المكترى من جشع المكري ، وتارة أخرى كان ينبري بظواهر للدفاع عن مصالح المكري من تعنت المكترى وغالبا ما تكون نصوصه القانونية تكتسي طابع القواعد القانونية الآمرة والتي لا يجوز للأفراد مخالفتها متوخيا في ذلك إقامة التوازن وتحقيق العدالة بين طرفي عقد الكراء وحسب ما تمليه مصلحة المجتمع والظروف الاقتصادية والاجتماعية التي تجتاحه .

وأقطع دليل على مدى أهمية المشرع المغربي بعقد الكراء وتنظيمه هو تدخله منذ ما يزيد على نصف قرن من الزمان وبكيفية متوالية لاحكام نصوص هذه الرابطة التعاقدية ، وكانت خطوته الاولى في هذا الميدان يوم 13 غشت 1913 يوم صدور ظهير الالتزامات والعقود كما كانت آخر خطواته صدور الظهير الشريف رقم 315 - 180 بتاريخ 25 دجنبر 1980 بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكترى للاماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني .

ونستعرض فيما يلي أهم الظواهر التي صدرت منذ سنة 1913 والتي

كانت تهدف الى تنظيم العلاقات الكرائية سواء كانت العين المكراة عبارة عن محل معد للسكنى ، أم عبارة عن محل معد لمباشرة التجارة أو الصناعة أو الحرف التقليدية .

ففي 13 غشت 1913 صدر قانون الالتزامات والعقود ويحتوي هذا الظهير على فصول تتعلق بعقد كراء الابنية والاراضي الزراعية .

وفي 5 ماي 1928 صدر الظهير المتعلق باتخاذ تدابير وقتية تتعلق بعقود كراء الاماكن الراجعة للمساكن وما اشبهها .

وفي 25 مارس 1941 صدر الظهير المتعلق بأحكام رفض كراء محل فارغ

وفي 23 أبريل 1941 صدر الظهير المتعلق بالتصريح بالاماكن الفارغة .

وفي 25 شتنبر 1942 صدر الظهير المتعلق بالتصريح ببعض أنواع المحلات الفارغة .

وفي 12 يبرابر 1943 صدر الظهير المتعلق بالتدابير الخصوصية بشأن أكرية الاماكن المتعلقة والمستعملة للصناعة أو التجارة أو الحرف في المدن الاهلية والحومات الاهلية .

وفي 4 غشت 1945 صدر الظهير الخاص بضبط العلائق بين المكريين وبعض طبقات المكترين في شأن عقد ايجار أملاك فلاحية أو عقود المساقاة .

وفي 28 مايو 1946 صدر الظهير المغير لظهير 23 ابريل 1941 المتعلق بالتصريح بالاماكن الفارغة .

وفي 25 ماي 1949 صدر الظهير الخاص بتأسيس حرية أثمان أكرية المحلات المعدة لاصحاب المهن .

وفي فاتح دجنبر 1950 صدر الظهير الذي يلغي ظهير 25 يناير 1920 واحداث اجراءات جديدة لزجر من يتجر بصفة غير مشروعة في أكرية المباني

وفي 22 يوليوز 1952 صدر الظهير الذي يسن الضابط لكراء المحلات المعدة للسكنى في المدن الاهلية والاحياء المغربية للمدن الجديدة .

وفي 5 يناير 1953 صدر الظهير المتعلق بمراجعة أثمان كراء الاماكن المستعملة للتجارة أو الصناعة أو الحرف .

وفي 22 ابريل 1954 صدر الظهير المتعلق بأثمان الكراء وحرية تحديدها.

وفي 24 ماي 1955 صدر الظهير الخاص بعقود كراء الاملاك أو الاماكن المستعملة للتجارة أو الصناعة أو الحرف .

وفي 30 مايو 1955 صدر الظهير الخاص بأثمان كراء أاماكن السكنى الكائنة بالمدن الجديدة .

وفي 19 دجنبر صدر ظهير وأحدثت بموجبه بصفة انتقالية مسطرة خاصة بشأن الدعاوي المتعلقة بآداء أكرية المساكن .

وفي 8 أكتوبر 1980 صدر قانون يقضي بالتخفيض من مبلغ كراء الاماكن المعدة للسكنى لفائدة بعض فئات المكترين .

وفي 25 دجنبر 1980 صدر القانون المنظم للعلاقات الكرائية بين المكري والمكثري للأاماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني .

وبجاناب هذه الظواهر كانت تصدر في بعض الاحيان قرارات وزارية تبين كيفية تطبيق بعض الظواهر منها القرار الوزاري المؤرخ في متم يونيو 1955 بشأن تحديد الكيفيات المعينة بها المساحة المعدلة من أاماكن السكنى .

وأن الظواهر التي لعبت دورا هاما في المجال التطبيقي يمكن حصرها في :

(1) النصوص القانونية المتعلقة بعقود كراء الاماكن المبنية والاراضي الفلاحية المنصوص عليها في ظهير الالتزامات والعقود .

(2) ظهير 5 ماي 1928 المتعلق بمراجعة أثمان كراء المحلات المعدة للسكنى وكذلك طلبات الامراغ للاحتياج .

(3) ظهير 5 يناير 1953 المتعلق بمراجعة أثمان كراء المحلات التجارية أو الصناعية أو الحرف التقليدية .

(4) ظهير 24 ماي 1955 الخاص بعقد كراء الاملاك المستعملة للتجارة أو الصناعة أو الحرف التقليدية .

عقد الكراء وظهير الالتزامات والعقود

ان الفصول القانونية التي تنظم عقد الكراء في قانون الالتزامات والعقود تمتد من الفصل 626 الى الفصل 699 دون اعتبار للفصول القانونية المتعلقة باجارة العمل واجارة الصنع أو الخدمة .

والفصول المذكورة مقسمة الى ثلاثة فروع :

الفرع الاول ، من الفصل 627 الى الفصل 634 ويتناول هذا الفرع التعريف بعقد الكراء ، وبيان عناصره .

الفرع الثاني ، من الفصل 635 الى الفصل 686 ويشمل هذا الفرع بيان التزامات المكري وبيان التزامات المكثري .

الفرع الثالث ، من الفصل 687 الى الفصل 699 ويتناول هذا الفرع بصفة عامة بيان أحكام انقضاء عقد الكراء وأسباب الفسخ .

وقد عرف قانون الالتزامات والعقود عقد الكراء في الفصل 627 بقوله :

« الكراء عقد بمقتضاه يمنح أحد طرفيه للآخر منفعة منقول أو عقار خلال مدة معينة في مقابل أجره محدودة يلتزم الطرف الآخر بدفعها له » .

اما الجموعة المدنية الجديدة للقانون المصري فقد عرفت الكراء في المادة 558 بقولها

« عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم » .

وهذا التعريف المصري لعقد الكراء يتطابق مع تعريف القانون الفرنسي في المادة 1709 وتعريف القانون الايطالي في المادة 1571 وتعريف القانون السوري في المادة 526 .

وتكاد تجمع القوانين المدنية على ان عقد الكراء يرد على المنفعة فقط ،
ويبرم لمدة معينة ، ولقاء أجر معين .

وقد يحتفظ عقد الكراء بغيره من العقود ، ولذلك نحاول أن نميزه عن غيره
من العقود التي قد تختلط به .

عقد الكراء وعقد عارية الاستعمال :

من خصائص عقد الكراء وعقد عارية الاستعمال ان الغرض من كل منهما
هو تمكين شخص من الانتفاع بشيء مملوك لشخص آخر لمدة معينة ، ولكن
عارية الاستعمال تمتاز عن الكراء بان الانتفاع فيها يتم بغير مقابل في حين ان
الانتفاع بواسطة عقد الكراء يتم بمقابل ، ذلك ان الفصل 835 من قانون
الالتزامات والعقود ينص على ان من أسس عارية الاستعمال ان تكون على
وجه التبرع .

فمعيار التفرقة اذن بين العقدين يقوم على أساس البحث عما اذا كان
الانتفاع يتم بمقابل أو بدون مقابل .

عقد الكراء وعقد الوديعة :

عرف الفصل 781 من قانون الالتزامات والعقود الوديعة بأنها عقد بمقتضاه
يسلم شخص شيئاً منقولاً الى شخص آخر يلتزم بحفظه ورده بعينه .

ومن هذا التعريف يظهر ان المودع لديه لا يجوز له الانتفاع بالشيء
المودع تحت يده ، وفي ذلك تمييز لعقد الكراء عن عقد الوديعة .

عقد الكراء وعقد العمل :

عرف قانون الالتزامات والعقود عقد العمل في الفصل 723 بأنه عقد يلتزم
بمقتضاه أحد طرفيه بأن يقدم للآخر خدماته الشخصية لأجل محدد ومن أجل
اداء عمل معين في نظير أجر يلتزم هذا الاخير بدفعه له .

وعقد العمل لا يرد على منفعة الشيء ، كما هو الامر بالنسبة لعقد الكراء .

عقد الكراء وعقد الشركة :

يعرف الفصل 982 من قانون الالتزامات والعقود عقد الشركة بأنه عقد بمقتضاه يضع شخصان أو أكثر أموالهم أو عملهم أو هما معا لتكون شركة بينهم بقصد تقسيم الربح الذي قد ينشأ عنها .

فالغرض من تأسيس الشركة هو اقتسام الربح والخسارة وفي ذلك يختلف عقد الشركة عن عقد الكراء في كون المكري يتقاضى مقابل الكراء ويلتزم المكثري بدفع ذلك المقابل سواء حقق ربحا من انتفاعه بالعين المكراة أو أصابته خسارة .

عقد الكراء وعقد البيع :

البيع عقد بمقتضاه ينقل أحد المتعاقدين لآخر ملكية شيء أو حق مقابل ثمن يلتزم هذا الأخير بدفعه له .

وإذا كان عقد الكراء يرد على المنفعة فقط ، فإن عقد البيع يرد على الملكية بما فيها من انتفاع واستعمال واستغلال وتنتقل الملكية الى المشتري .

وتتميز عقد الكراء عن غيره من العقود التي قد تختلط به ، يقتضي من القاضي إجراء عملية التكييف حتى تتضح له معالم وعناصر العقد المعروض عليه ، ويقف على اتجاه إرادة المتعاقدين والنتيجة القانونية التي انصرفت إليها إرادتهما .

والتكييف مسألة موضوعية متروكة لتقدير قضاة الموضوع ولا يخضعون في ذلك لرقابة المجلس الأعلى .

وإذا كانت القوانين المدنية قد اتفقت تقريبا على تعريف واحد لعقد الكراء ، فإن شراح القانون المدني وفقهاؤه اتفقوا على أن عقد الكراء يتميز بالخصائص التالية :

- (1) أنه عقد رضائي
- (2) أنه عقد ملزم للجانبين
- (3) أنه عقد معاوضة

- (4) انه عقد يرد على المنفعة
(5) انه من عقود المدة
(6) ان عقد الكراء قد يكون عقدا مدنيا وقد يكون عقدا تجاريا .

ونوجز تحليل هذه الخصائص فيما يلي :

عقد الكراء عقد رضائي :

الرضائية في عقد الكراء تستخلص من نص الفصل 627 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على ان الكراء يتم بتراضي الطرفين على منفعة الشيء وعلى الاجرة وعلى المدة وعلى غير ذلك مما عسى أن يتفقا عليه من شروط في العقد .

والمشروع ترك للأفراد حرية اختيار المحل الذي يقع عليه عقد الكراء سواء أكان ذلك المحل عقارا أو منقولاً وسواء أكان العقار عبارة عن محل للسكنى أو محل لممارسة التجارة أو الصناعة أو الحرف التقليدية أو كان المحل عبارة عن أرض فلاحية .

كما ترك المشرع للأفراد الحرية في تحديد مقابل الكراء ، فقد يكون نقدا ، أو شيئا معيناً ، أو هما معا .

ولم يجبر المشرع الأفراد على سلوك طريق معين لإبرام عقد الكراء ، فقد يكون العقد مكتوباً وقد يكون العقد شفويًا .

وهذه القاعدة لا تخلو من بعض الاستثناءات .

(1) فالأمالك الحسبية تكرر ويبرم عقد الكراء كتابة ، وقد نص على الكتابة الفصل I4 من ظهير I6 شعبان I33I الموافق 2I يوليوز I9I3 المتعلق بكيفية إجراء سمسرة الأملاك الحسبية .

ومع ذلك فالكتابة هنا للثبات وليست شرطا للانعقاد .

(2) وأمالك الدولة العامة أو ما يعرف بالدومين تكرر بواسطة عقد مكتوب .

3) وكراء العقارات والحقوق العقارية الاخرى اذا أبرمت لاكثر من سنة
وجب أن تثبت بالكتابة وهذا القيد الاخير فرضه المشرع في الفصل 629 من
قانون الالتزامات والعقود ، الا أنه لا يترتب على مخالفة هذا القيد بطلان عقد
الكراء ، وانما يعتبر العقد قد أجري لمدة غير معينة .

عقد الكراء عقد ملزم للجانبين .

فهو ملزم للمكري حيث يجب عليه أن يمكن المكترى من منفعة العقار أو
المنقول ، وهو ملزم للمكترى لانه يتحمل بدفع مقابل الكراء للمكري .

وهو ملزم للمكري اذ يقع عليه تسليم الشيء المكترى للمكترى ويلتزم
بالضمان ، وهو ملزم للمكترى لانه يقع على كاهله الالتزام بالمحافظة على
الشيء المكترى واستعماله بدون افراط أو اساءة وفقا لاعداده الطبيعي أو لما
خصص له بمقتضى العقد أو العرف .

عقد الكراء عقد معاوضة :

ذلك أن كلا من المكري والمكترى يأخذ مقابلا لما أعطاه للطرف الآخر ،
فالمكري يمكن المكترى من الانتفاع بالشيء المكترى وفي مقابل ذلك يدفع
المكترى للمكري مقابل الكراء اي الاجرة .

عقد الكراء يرد على المنفعة :

فالكراء يقع على مجرد الانتفاع بالشيء وتبقى الملكية لصاحبها ، وعند
انقضاء مدة الكراء يلتزم المكترى برد العين لربها .

عقد الكراء من عقود المدة :

لما كان الانتفاع بالشيء يستلزم بقاءه في يد المكترى مدة من الزمن
طالت هذه المدة أم قصرت فان عقد الكراء يعتبر لذلك من عقود المدة أو من
العقود المستمرة .

عقد الكراء قد يكون عقدا مدنيا وقد يكون عقدا تجاريا :

عقد الكراء بحسب أصله من العقود المدنية وقد يتحول الى عقد تجاري اذا أبرمه تاجر لشؤونه التجارية ، اما اذا ورد عقد الكراء على عقار فانه لا يعتبر عقدا تجاريا في نظر ذلك الجانب من الفقه الذي يستبعد المعاملات في العقارات من المجال التجاري ، غير ان الفقه الحديث يقصر هذا الاستبعاد على المعاملات المنشئة لحقوق عينية على العقارات .

وان المشرع الفرنسي أصدر قانون 30 شتنبر 1953 وعدله بقانون 31 جنبر 1953 وبه نظم عقود الكراء الواردة على المحلات التجارية، وبعد ذلك باءر المشرع المغربي في 24 ماي 1955 الى اصدار الظهير المتعلق بكراء المحلات المعدة للتجارة أو الصناعة أو الحرف التقليدية .

وللتدليل على أهمية عقد الكراء والدور الذي يلعبه في النطاق الاجتماعي والاقتصادي نسوق ما كتبه الدكتور عبد الرزاق السنهوري في كتابه الوسيط الجزء السادس ما نصه .

« أن عقد الايجار هو قوام الطبقة الوسطى والطبقة الفقيرة ، وهما الطبقتان القائمان بأهم الاعمال العقلية والمادية ، وهو في الوقت ذاته بالنسبة الى الطبقة الغنية من خير طرق الاستغلال للاموال ، ولذلك قال الاستاذ (دى هلتنس) بحق ان عقد الايجار من أكثر العقود تداولاً وليس بين الناس الا من هو مستأجر عدا الملاك الذي يسكنون في أملاكهم والمتشردين الذي لا مأوى لهم ، وحتى الملاك لا تخلو الحال غالبا من أنهم يؤجرون ويتأجرون » .

ونلخص القواعد التي تحكم انعقاد عقد الكراء فيما يلي :

ينص الفصل 628 من قانون الالتزامات والعقود على ان الكراء يتم بتراضي الطرفين على الشيء وعلى الاجرة وعلى غير ذلك مما عسى أن يتفقا عليه من شروط العقد .

ويتم التراضي بان يتبادل شخصان التعبير عن ارادتين متطابقتين بقصد تمكين احدهما من الانتفاع بشيء مدة معينة مقابل اجرة معلومة .

ويجب أن يكون صاحب الإرادة ذا أهلية لإبرام عقد الكراء ، كما أن محل عقد الكراء يجب أن يكون مستوفيا لشروطه القانونية وأن يكون الغرض من إبرام عقد الكراء تحقيق سبب مشروع .

وسلامة التراضي تحتم خلو الإرادة من العيوب التي تشوب إرادة المتعاقدين ، وقد نص الفصل 39 من قانون الالتزامات والعقود على أن عيوب الإرادة هي الغلط ، والتدليس ، والاكراه .

وعرف الاستاذ الدكتور مامون الكزبري في كتابه نظرية الالتزام في ضوء قانون الالتزام والعقود الجزء الأول الغلط بأنه « توهم يصور لشخص غير الواقع ويدفعه إلى التعاقد » ، والتدليس بأنه « استعمال خديعة توقع الشخص في غلط يدفعه إلى التعاقد » .

أما الاكراه فقد عرفه الفصل 40 من قانون الالتزامات والعقود بأنه « إجبار مباشر من غير أن يسمح به القانون يحمل بواسطته شخص شخصا آخر على أن يعمل عملا بدون رضاه » .

وجدير بالإشارة أن هذه العيوب إذا أصابت الإرادة أعدمتها ، فلا يعتد بها ولا يعتد بالتصرف القانوني الناتج عنها مثلما لا يعتد بالتصرف القانوني إذا صدر عن شخص غير أهل للالتزام أو الإلزام طبقا للفصل 2 و 3 من قانون الالتزامات والعقود .

ويعتبر الشخص أهلا للالتزام والإلزام إذا بلغ سن الرشد القانوني وهي 20 سنة شمسية كاملة حسب الفصل 137 من مدونة الأحوال الشخصية ولم يحجر عليه لسفه أو جنون طبقا للفصل 133 من مدونة الأحوال الشخصية .

كما لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا للتمييز لصغر في السن أو جنون طبقا للفصل 134 من مدونة الأحوال الشخصية .

وعقد الكراء يرد على المنفعة ، فحله إذن يقع على منفعة عقار أو منقول ، ولكن عقد الكراء لا يمكن أن يرد على شيء من شأنه أن يستهلك بالاستعمال ، وقد ورد هذا المنع في المادة 631 من قانون الالتزامات والعقود حيث نص الفصل

المذكور على انه لا يصح ان يكون الشيء المكترى مما يهلك بالاستعمال ما نم يكن القصد من كرائه مجرد اظهاره أو عرضه ككراء قطع من النقود أو الاوراق النقدية الاثرية قصد عرضها على الجمهور في متحف مثلا .

ومرد تحريم كراء الاشياء التي تستهلك بالاستعمال الى ان المكترى يلتزم برد العين المكراة عند انتهاء مدة الكراء ، فلو كانت تلك الاشياء مما تستهلك بالاستعمال لهلكت بمجرد أول استعمال واستحال على المكتري ردها بعد ذلك .

وبالنسبة للشروط التي يجب أن تتوفر في المحل الذي يرد عليه عقد الكراء أحال الفصل 632 من قانون الالتزامات والعقود على الفصل 484 و 485 و 487 المتعلقة بالشروط الواجب توفرها في المحل الذي يرد عليه عقد البيع .

وبالرجوع الى تلك الفصول نجد ان المشرع ينص ويشترط في المحل الذي يرد عليه عقد الكراء ألا يكون من الاشياء المعتبرة من النجاسات وفقا لشريعتهم (أي المسلمون) وان كراء ملك الغير يقع صحيحا اذا أقره المكري، أو اذا كسب المكري فيما بعد العين المكراة ، واذا رفض رب الملك اقرار عقد الكراء كان للمكتري أن يطلب فسخ عقد الكراء ويلتزم المكري بالتعويض اذا كان المكتري يجهل عند إبرام عقد الكراء أن الشيء مملوك للغير ولا يجوز اطلاقا للمكري أن يتمسك ببطلان عقد الكراء بحجة ان الشيء المكري مملوك للغير .

وتجمع المؤلفات المدنية على ان الشيء المكترى يجب أن تتوفر فيه الشروط التالية :

- 1) أن يكون موجودا أو قابلا للوجود .
- 2) يجب أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين .
- 3) يجب أن يكون الشيء من الاشياء غير القابلة للاستهلاك .
- 4) يجب أن يكون الشيء مما يجوز كراؤه .

واختلف شراح القانون المدني في إمكان تأجير الحقوق ونسوق في هذا

المجال ما كتبه الدكتور ابيب شنب في كتابه عقد الايجار حيث قال :

« تقول مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني الجديد ان الشيء المؤجر قد يكون حقا عينيا أو حقا شخصيا ونمثل للحقوق العينية الجائزة التأجير بحق الانتفاع .

ويؤيد بعض الشراح هذا النظر على أساس أن الحقوق تعتبر اشياء معنوية .

ولكننا نرى ان اعتبار الحقوق من الاشياء يتعارض مع المنطق والتحليل القانوني السليم لانه يؤدي الى امكان أن يكون الحق محلا لحق آخر يرد عليه وهذا غير مقبول منطقيا ، فالشيء وهو محل الحق لا يمكن أن يكون حقا من الحقوق .

فالمنتفع اذا باع حقه في الانتفاع الى آخر فليس معنى ذلك أن المشتري يصبح له حق ملكية على حق الانتفاع الذي كان للبائع ، فأماننا لا يوجد حقان بل حق واحد ، هو حق الانتفاع الذي كان للبائع وقد انتقل بالبيع الى المشتري ، ومحلله دائما هو الشيء المنتفع به ، واذا أعطى المنتفع الشيء الوارد عليه حقه لشخص آخر ليستعمله مدة معينة ، فهو لا يؤجر حق الانتفاع وانما يؤجر الشيء محل الحق بمقتضى ما له عليه من حق الانتفاع .

والخلاصة اذن أن الحقوق المالية عينية كانت أم شخصية لا تعتبر من قبيل الاشياء وبالتالي يكون من التجاوز القول بانها قد تكون محلا لعقد الايجار فالواقع أن الاشياء التي تقع عليها أو تتعلق بها هذه الحقوق هي التي تكون محلا للايجار .

وعقد الكراء من عقود المعاوضة كما ذكرت آنفا ، فانذفاع المكتري يتم بمقابل وهذا المقابل هو الذي يميز عقد الكراء عن عقد العارية .

ولكن هل يشترط في الاجرة أن تكون عبارة عن شيء معين بالذات كالنقود مثلا ؟

ان قانون الالتزامات والعقود في فصله 633 اشترط بالنسبة للاجرة أن تكون معينة ، اما طبيعة هذه الاجرة فلقد ترك للأفراد حرية اختيارها كأن تكون نقودا أو منتجات أو أطعمة أو اية منقولات أخرى بشرط ان تكون محددة بالنسبة الى مقدارها وصفها كما أجاز المشرع أن تكون أجرة الكراء عبارة عن حصة شائعة في منتوجات الشيء المكترى .

ونص القانون المدني المصري في فصله 561 والقانون السوري في فصله 529 على ان الاجرة يصح أن تكون نقودا كما يجوز أن تكون أي تقدمه أخرى .

والنص المصري والنص السوري واسع الدلالة فيصح في ظلهما أن تكون الاجرة عملا يقوم به المكترى لفائدة المكري .

والغالب عملا أن تكون الاجرة عبارة عن حصة نقدية .

وفي كراء الاراضي الفلاحية أجاز المشرع قيام المستأجر بزيادة على دفع مبلغ من النقود أو نصيب معلوم من الغلة باجراء أعمال معينة على اعتبار أنها تكون جزءا من الاجرة .

وقد يفهم من هذا النص أنه في كراء الابنية والمنازل المفروشة لا يجوز أن تكون الاجرة أو جزء منها عبارة عن عمل يقوم به المكترى لفائدة المكري . واشترط المشرع المغربي في الفصل 633 من قانون الالتزامات والعقود ضرورة تعيين الاجرة ، فهل يترتب على عدم تعيين الاجرة بطلان عقد الكراء ؟

الاستاذ : عبد الواحد بن مسعود

من هيئة المحامين بالرباط

(1) هَيَاةُ الْأُمَمِ الْمُتَّحِدَةِ وَقَتَانُونَ الْبَحَارِ

ترجمة : نزيهة الحراق
ملحقة قضائية بالمعهد

لقد كان السير « ولطير » راليك (1580) يردد دائما وبتلقائية للمملكة اليزابيت « ان من يملك البحار ، يملك تجارة العالم كلها ومن يملك تجارة العالم يملك ثروة العالم ، ومن يملك ثروة العالم يملك العالم كله » ففي تلك الحقبة من الزمن لم تكن العلاقات الدبلوماسية تلعب دورا يذكر اذ كان قانون البحار هو قانون الاقوى .

وفي سنة 1907 لما كتب رجل القانون والمؤرخ والفيلسوف الهولندي هيك دو كورت (كروسيوس) كتابه : « حرية البحر » ونادى فيه بالتخفيف من حدة مبدأ « السيادة للاقوى الذي تبنته بعض الدول بحكم كونها أول من احتكر البحار في آسيا والعالم الجديد - وذلك لصالح أسطول بلاده لكي يتمكن من الاتجار هو الآخر في تلك المناطق .

وبالفعل كان الاسبان في تلك الحقبة واستنادا على مبدأ الاكتشاف وبرضى البابا يعتبرون القارة الامريكية ملكا خاصا ودائما لهم في حين أن البرتغاليين كانوا يشنقون البحارة الفرنسيين والهولنديين المهربين ويحرقون سفنهم المحتجزة بالمياه الاسوية . أما الانجليز فكانوا يدافعون بالمدفعية عن مكتسباتهم في الهند الغربية .

ولقد استغل مذهب « رية البحار » لكروسيوس كضمانة قانونية

(1) عن مجلة «العلم والحياة» عدد 763 - أبريل 1981 - ص 88 - روبير سطينويت - ترجمة ادريس ماين ونزيهة الحراق .

للهولنديين لاتجار بكل حرية عبر العالم كله وبالفعل فقد تمركزت الشركة الهولندية للهند الغربية بأسيا في حين أن بعض السفن وتحت تسمية الشركة الهولندية للهند الشرقية كانت تقوم بأعمال القرصنة ضد السفن الشراعية ، وبعض المراكز الاسبانية بأمريكا . وبعدما أصبح الهولنديون أقوىاء بدورهم لم يتأخروا قيد أنملة عن فرض حقهم المطلق بدوي المدافع للاتجار في التوابل.

وهكذا وتحت ساطان الحق للأقوى كانت البحار آنذاك عبارة عن حقل للتطاحن والتسابق عن المكتسبات أما اليوم فكيف هو الوضع ؟

للجواب عن هذا السؤال أعنتقد أن اعطاء بعض المقتضيات يكون في نظري أفضل من الاسهاب في الشروح التي قد تؤدي بنا الى تحرير مؤلف .

- ففي حوض البحر الابيض المتوسط وعلى بعد 60 ميلا من حدود مالطة طفحت غواصة على وجه الماء تحمل العلم الليبي وصوبت فواهة مدفعيتها نحو شركة طكساكو وهي منهمة في أشغالها وتوجه زورق حربي ليبي تاذف للصواريخ الى قبطان سفينة التنقيب وسلمه أمرا مكتوبا يطلب عقد بمقتضاه باخلاء المياه الاقليمية الليبية حالا فتوقفت شركة « طكساكو » عن مهمتها وأخذت المكان بعد ثلاثة أيام حينما تعرضت الى الرمي بالقذائف من قبل طائرة المينج الليبية .

- أما حراس الشواطئ الاسلانية فانهم يقومون بتقطيع شباك زوارق الصيد الانجليزية رغم الحراسة لمضروبة عليهم من قبل وحدات القوة البحرية الملكية .

- وتقوم بعض الوحدات التابعة للقوات البحرية البلجيكية بمطاردة بوأخر الصيد الهولندية التي تصطاد خفية .

- أما الحكومة المغربية فتقوم باحتجار البواخر الاسبانية التي تتعاطى لصيد سمك التونة بالقرب من شواطئه .

- كما أن بعض السفن الفرنسية المختصة في صيد الكركند تحتجز هي الأخرى في شواطئ البرازيل مثلما هو الشأن بالنسبة لزوارق صيد السمك

التابعة لمجهز السفن اليوناني أونازيس في شواطئ البيرو :

- وتقوم طائرات استكشاف فرنسية بتصوير حاملات البترول التي تنتظف جوف السفن في أعالي البحار ، مخالفة بذلك كل الاتفاقيات المبرمة في هذا المجال .

- كما أن النيابة العامة بكل من مدينتي « انفريس » البلجيكية و « رتردام » الهولندية تقوم بفتح تحقيق ضد مجموعة دولية تقوم بتخفيق المواد الكيماوية السامة في بحر الشمال .

- أما الدولة الايطالية فهي ما زالت تطالب متحفا أمريكيا باسترجاع تمثال للفنان « ليزيب » الذي نقل خفية من طرف بعض الصيادين بعد أن تم اخراجه من البحر .

وهكذا نلاحظ أن الحالة لم تتغير قط في عصرنا الحاضر بل على العكس من ذلك نجد أنها تعقدت بصفة خطيرة حيث أن الامر لم يعد يتعلق بمنازعات ومزادات تجارية بين بعض الدول الكبرى بل أخذ طابع المنافسة الشديدة والتسابق نحو الاستغلال والمحافظة على الدخائر والخيرات الموجودة بقاع البحر من بروتينات ، و طاقة ، ومواد أولية » .

أمام هذا الوضع المتضارب والغير الواضح نتساءل عما فعلته المجموعة الدولية التي تتشعب بالقانون والمساواة من أجل التخفيف من هذا التوثر والحد من الغلو في مطالبات الدول .

لقد نظم سنة 1958 بجنيف أول مؤتمر لقانون البحر تحت رعاية هيئة الامم المتحدة نتج عنه أربع اتفاقيات غامضة وبروتوكول واحد وبقي المشكل السائد المتعلق بتحديد المياه الإقليمية بدون حل : ولقد بقيت الدول تبسط سيادتها على منطقة الجوف القاري المحدد في المنطقة التي يصل عمقها الى 200 متر فأزيد وحتى أبعد نقطة يمكن استغلال أعماق البحر فيها ونظرا للتقدم التكنولوجي المستمر فقد كانت هذه الحدود تنتقدم يوما بعد يوم .

أما المؤتمر الثاني فلم يسفر عن أية نتيجة وذلك لان الاعضاء لم يتمكنوا من التصويت على أي شيء لاحتياج الاغلبية الى صوت واحد :

وفي هذه الآونة أخذت بعض الدول قرارات انفرادية من أجل تمديد المياه الاقليمية الى بعد 200 ميل .

وفي سنة 1964 عقد الاتحاد العالمي لاشغال أعماق البحار الذي يضم كل الجامعات الوطنية لاندية الغواصين الهواة بجنوى جمعا عاما برئاسة القائد كوستو آنذاي الذي تمكن من الاعلان عن حيازته الرمزية لقاع البحر بمناسبة حفل نظم على ظهر سفينة بشواطئ جنوى . وقد تم وضع نص تصريح الحيازة في زجاجة وألقي به في قاع البحر على عمق 250 م. وقد تضمن العبارات الآتية : « نعتبر أن الدول المجاورة تمارس حقا مطلقا على المياه الاقليمية وأن مؤتمر جنيف لسنة 1958 قد اعترف بامتداد هذه المياه الى حدود الجوف القاري مع احتفاظه بحرية أعالي البحار والثروات التي يحويها. نعتبر أنه من الأنسب أن يخص هذا الكنز للبشرية جمعا بدون أي امتياز لاية دولة كانت وكيفما كان تقدمها التقني والتكنولوجي والوسائل التي تتوفر عليها . ان الاتحاد العالمي لاشغال قاع البحار يقرر يومه حيازة قاع البحر باسم البشرية متحملا كل المواقف القانونية التي تترتب عنها مع احترام حقوق الدول المجاورة . كما يلتزم من هيئة الامم المتحدة عقد مؤتمر عالمي يكون اتحادنا رهن اشارتها للمشاركة فيه ويجعل كل طاقاته لتنسيق وتسيير واستثمار هذه الذخائر الهائلة المشتركة » . لقد أحدثت هذه المبادرة الرمزية ردود فعل في الاوساط الدبلوماسية الى حد أن نص التصريح بلغ بصفة رسمية الى هيئة الامم المتحدة .

وفي سنة 1967 نجد أن السيد أرفيد باردو يتبنى نفس الفكرة ويستعمل نفس المصطلحات مشيرا الى المخاطر التي تجسمها تلك الذخائر والثروات الهائلة الموجودة في قاع البحر والمستغلة من طرف الدول العظمى كما حذر من سیر العالم نحو استثمار جديد يفضي الى انفراد الدول المتقدمة تكنولوجيا باستغلال تلك الثروات .

وكرر على هذا التحذير شرعت الجمعية العامة للأمم المتحدة بواسطة قرارها عدد 2.749 المؤرخ في 17 ديسمبر 1970 أن قاع البحر وما يوجد بباطنه خارج السلطة الوطنية للدول المجاورة هو خيرة مشتركة للبشرية جمعا وأن



التنقيب عليها واستغلالها يجب أن يكون في صالحها بدون مراعاة الموقع الجغرافي للدول (أي سواء كانت هذه الدول ساحلية أو بدون ساحل) .

الا أنه أثناء انعقاد أشغال مؤتمر قاع البحار المنظم من طرف هيئة الامم المتحدة صرحت الدول النامية بأنها تطرح من جديد للبحث والمناقشة كل القانون البحري الدولي الكلاسيكي وخاصة المقتضيات المتعلقة بالمياه الإقليمية بحجة أنها لم تشارك في اعدادها حيث كانت تترجح آنذاك تحت نير الاستعمار .

وهكذا وسعياً وراء ايجاد تسوية لمجموع القضايا القانونية المتعلقة بالبحر أفتتحت سنة 1973 بمدينة جنيف أول دورة للمؤتمر الثالث لقانون البحار المنظم من قبل هيئة الامم المتحدة ، وكان من المقرر أن تستمر أشغاله عشرة أسابيع الا أنها قد تجاوزت وبكثير هذه المدة إذ بلغت حتى الآن 70 أسبوعاً موزعة على تسع دورات خلال 7 سنوات (1973 - 1980) .

ولقد شارك في هذه المناقشات 460 عضواً يمثلون 186 دولة و 20 منظمة غير حكومية وكذلك مجموعة من الفقهاء والمهتمين بهذا الفرع من القانون وقد وضع في خدمة هذه الطاقات البشرية 2500 شخصاً من مستشارين وكتاب وضاربات على الآلة الكاتبة وسواق ... الخ

ومن النتائج الملموسة لهذا السباق في الخطابة التوصل الى تحرير وثيقة بعنوان مشروع اتفاقية في 80 صفحة وتضم 320 فصلاً وثمانين ملحفاً ومذكرة ايضاحية من أجل توزيع عادل للحقوق والواجبات .

ولقد اعتبر نشر هذه الوثيقة كفوز لا مثيل له من قبل بعض الممثلين في المؤتمر . وهكذا فبالنسبة لرئيس لجنة التحرير السيد آلان بيزلي فقد اعتبر بان هذه النتيجة هي أكبر حدث عرفه المجتمع الدولي بعد انشاء هيئة الامم المتحدة حيث صرح بأنه يعتبر بحق دستور البحار . أما السيد أندري أكبلار فقد صرح بأنه لم ير ماثلاً لهذا الحدث في تاريخ الدبلوماسية .

ومن دون أن نقصد مخالفة أو معاكسة وجهات النظر النسخيفة هل يمكننا أن نتساءل عما يعتقده المعنيون بالامر مباشرة ومن بينهم : الصيادون ورجال

الصناعة وعلماء البيئة ورجال السياسة والاغنياء وعلى الخصوص الدول العظمى والدول النامية .

ولكن قبل أن نتعرف على وجهات نظرهم يجدر بنا أن نبحت محتوى هذه الوثيقة :

انها قبل كل شىء تصريح مبدئي اذ جاء في دباقتها ان الدول الاعضاء على أتم الاستعداد لفض كل المنازعات والخلافات القائمة فيما بينها والمتعلقة بقانون البحار في جو من التفاهم والتعاون المتبادل . ويتعين على المؤتمر أن ينشئ هيئة قانونية تسهل الاتصالات الدولية وتشجع على الاستغلال العادل للثروات وكذا على المحافظة على البيئة البحرية . ولبوغ هذا الهدف فقد قدمت عدة اقتراحات يمكن تلخيصها بصفة اجمالية في 10 نقط :

(1) الحدود البحرية :

من المقترح اعادة رسم الحدود البحرية على أساس 6 مناطق مختلفة .

- المياه الاقليمية .

- المنطقة المجاورة .

- المنطقة الاقتصادية الخاصة .

- الجوف القاري .

- أعالي البحار .

- المنطقة المشتركة .

أنظر الرسم التوضيحي في الصفحة .

(2) استغلال الثروات المعدنية :

ان استغلال الثروات المعدنية الواقعة في المنطقة المشتركة يجب أن يتم في صالح البشرية جمعاء بغض النظر عن الموقع الجغرافي للدول سواء كانت هذه الدول ساحلية أم لا .

ففي هذه المنطقة تكون الابحاث العلمية المتعلقة بالبحر حرة وقد تقوم بها السلطة الدولية .

أما الانتاج المحصل عليها فسوف نذاج وتنشر بدقة من طرف هؤلاء لصالح الدول النامية والتي لا تتوفر على التقنيات الحديثة . كما يتعين على السلطة الدولية والدول المستثمرة والمتقدمة تكنولوجيا أن تعمل على تشجيع ونقل التقنيات والعلوم المتعلقة بالابحاث المجرة في المنطقة المشتركة للدول النامية كما لا يمكن القيام بأي نشاط في المنطقة يؤدي الى تلويث أو احداث أضرار بالنباتات أو الحيوانات البحرية .

ومن التوصيات كذلك المحافظة على مبدأ العرض والطلب بالنسبة للمعادن المستخرجة كالمغنيز والنيكل والكوبلت والنحاس . مع الحفاظ على التوازن بين الانتاج المستخرج من الارض والانتاج المستخرج من البحر الشيء الذي لا يمكن معه بأي حال الحاق ضرر بأرباح صادرات البلدان النامية المنتجة للمعادن المذكورة . أي أنه لا يمكن لها بأي وجه أن تعمل على تخفيض ثمن هذه المعادن .

ان الساطة (الدولية) هي التي تراقب مقادير المعادن الممكن انتاجها وثمرتها :

ثم أنها هي التي تقوم بتوزيع عادل للأرباح المتوفرة من المجموعات الصناعية وكذا أرباح الشركة على حساب الدول النامية .

(3) السلطة :

لقد أنشأت المعاهدة سلطة دولية لاعمق البحار وحتمت على جميع الدول الانتماء اليها ويكون مقرها اما بجامايكا أو مالطا أو في فيديجي وتتوفر هذه السلطة على جمعية عامة لتخطيط السياسة ومجلس يتكون من ثلاثة وستين عضوا منتخبا من طرف الجمعية كما أنها تتوفر على كتابة خاصة وعلى عدد كافي من المراكز أو المكاتب الاقليمية .

(4) الشركة :

ان الشركة هي الجهاز التنفيذي للسلطة الدولية ، فهي تقوم بتسيير مباشرة النشاطات القائمة في المنطقة المشتركة والتي تكمن في البحث

والتنقيب و انتاج ونقل والاتجار في المواد المستخرجة من هذه المنطقة .

انها تتوفر على موارد خاصة بها وتتمتع بالشخصية القانونية كما تتمتع بعدة امتيازات منها عدم السماح بتفتيشها واخضاعها الى طرق الرقابة.

ان هذه الشركة وباقي الهيآت المنبثقة عن السلطة الدولية معفاة من الضرائب ومن أداء الرسوم الجمركية كما أن أجور وتعويضات وعلاوات مستخدميهيلا تخضع للنظام الضرائبي للدول :

5) المحافظة على البيئة البحرية :

للتقليل والتحكم في تلوث البيئة البحرية نجد أن الدول تستعمل الوسائل الفعالة التي تتوفر عليها فهي تتخذ كل التدابير الضرورية لتجنب الكوارث في نطاق ساحلها أو ساحل الدول الأخرى أو في أعالي البحار والتي تتلخص :

أ - في تسرب المواد السامة والضارة .

ب - في التلوث الناتج عن المنشآت لاستغلال الموارد الطبيعية (النفط).
ان هذه الوسائل الوقائية تتخذ ، من غير مبرر في نشاطات دول أخرى التي تمارس حقها .

وأخيرا أن الدول تتعهد مباشرة أو بواسطة منظمات دولية متخصصة ، بتقديم كل الاعانات الضرورية للدول النامية من أجل محاربة التلوث البحري.

6) البحث العلمي البحري :

ان جل الدول - كيفما كان موقعها الجغرافي - وكذا المنظمات الدولية لها الحق في القيام بأبحاث علمية بحرية .

ففي المياه الإقليمية ، لا تقام هذه الأبحاث إلا برضى الدولة الساحلية التي لها السيادة على تلك المنطقة ووفق الشروط التي تحددها وكذا الشأن بالنسبة للمنطقة الاقتصادية الخاصة ومنطقة الجرف القاري حيث يمكن للدول الساحلية عدم السماح بقيام مشروع بحث علمي بحري من طرف

دولة أخرى أو منظمة دولية إذا كان لهذا المشروع تأثير على اكتشاف واستغلال الثروات الطبيعية أو إذا كان يتضمن القيام بحفر أو استعمال مواد متفجرة أو استخدام مواد سامة أو انشاء جزيرة اصطناعية .

يتعين على الدول والمنظمات التي تنوي القيام بالابحاث أن تمد الدولة الساحلية بأكثر ما يمكن من المعلومات حول مشاريعها . كما يتعين عليها أن تتعهد للدولة الساحلية بالمشاركة أو بأن يكون لها ممثل عنها على ظهر سفن التنقيب ، وذلك على حساب المشروع .

كما يجب على الدولة أو المنظمة التي تقوم بالبحث والتنقيب أن تنقل الى الدولة الساحلية المعنية ما توصلت اليه من مستنتجات وأن تسمح لها بحرية الاطلاع على المعطيات المستخلصة وجميع النظائر . ان هذا التذيع الالزامي للنتائج وتبادل العينات ينطبق كذلك على الدول الغير المحظوظة جغرافيا والتي لها الحق في المشاركة في المشروع على حساب الباحث أو المنقب .

7) نقل التقنيات البحرية :

« ان الدول أو المنظمات الدولية ، أو السلطة الدولية تساهم في تطوير ونقل علوم وتقنيات البحر » .

وفي هذا النطاق سوف ترى الدول النامية ازدهارا في كل من ميدان التقنية البحرية وكذا فيما يتعلق بتكوين وتعليم رعاياها .

ان نقل هذه التقنيات يخص أيضا الدول غير المحظوظة جغرافيا (أي التي ليس لها ساحل) والتي لم تستطع التوصل الى خلق امكانيات تقنية في ميدان استغلال الموارد البحرية .

8) حل المنازعات :

في حالة وجود نزاع يتعلق بالمعاهدة يجب على كل طرف أن يسلك مسطرة الصلح وهذه تخضع للجنة المصالحة المكونة من 5 أعضاء معينين من طرف الامين العام للامم المتحدة ، ثم أن اللجنة تستمع الى الاطراف وتقدم

لهم اقتراحات من أجل الوصول الى حل رضائي .

وفي حالة عدم نجاح المحاولة يتقدم الاطراف أمام محكمة مكونة من خمسة أعضاء ، حيث تتولى اصدار حكم نهائي غير قابل للطعن . ويتكون أعضاء هذه المحكمة من تقنيين معينين من طرف هيئة الأمم المتحدة . وقد أحدثت من جهة أخرى محكمة دولية مختصة في القانون البحري سيكون مقرها اما في برمود أو البرتغال أو في يوغسلافيا والتي سوف تتكون من 21 عضواً مستقلاً يتم تعيينهم من بين الأشخاص المعروفين بعد التهم ونزاعتهم واستقامتهم وتعمقهم في القانون البحري .

وتختص هذه المحكمة في البث في النزاعات القائمة بين الدول أو المنظمات أو العيانات القانونية في شأن الخلافات المتعلقة بالسلطة التي تتعلق بمختلف مناطق أعماق البحر . والتي تهم كذلك السلطة الدولية وعلاقتها مع باقي الدول .

(9) التنقيب عن الآثار :

يجب على الدول التي توجد تحت سلطتها المياه الإقليمية أن تحافظ على الآثار التاريخية المكتشفة في هذه المنطقة من البحر ولكي تراقب عمليات المتاجر في هذه الآثار يمكن للدول الساحلية أن تعتبر أن الاستيلاء على هذه الاشياء في أعماق البحر بدون موافقتها خرقاً لقوانينها .

وفيما يتعلق بالآثار التاريخية الموجودة في المنطقة المشتركة فانها تحفظ أو تمنح لفائدة الانسانية جمعاء ، مع اعتبار حق الاسبقية للدولة ذات المصدر التاريخي .

(10) التصديق :

ان المعاهدة سوف تدخل في حيز التطبيق بعد مضي اثني عشر شهراً من المصادقة عليها من طرف 60 دولة بصفة رسمية .

ثم ان المعاهدة لا تطبق الا على الدولة التي ستصادق عليها كما أنه توجد بنود في المعاهدة تسمح بتعديلها أو الغائها .

هذه هي بصفة عامة الخطوط العريضة والاقتراحات المطروحة على ممثلي مؤتمر قانون البحار .

ما هي اذن حضوظ النجاح من جهة وكيف سيتم التطبيق من جهة أخرى لان الامر يتعاق بنص قابل للمناقشة وليس بنص نهائي مصادق عليه.

بصفة عامة نلاحظ أن الجزء المتعلق بموارد أعالي البحار في مشروع المعاهدة هو أساسا اتجاه موجه ، بل جماعي أو اقليمي ، الشيء الذي قد يدفع بالليبراليين الى نقده والقول بأنه لم يرو لحد الآن ولو نظاما واحدا اقتصاديا موجهها أو جماعيا ناجحا .

أن كثرة البنود الخاصة والقوانين التطبيقية تؤدي لا محالة الى القيد الضيق لامبادرات الخاصة والمنافسات الحرة أما فيما يخص خيارات المياه الاقليمية نجد أن النص أساسا يعبر عن الرغبة الملحة في الاستقلال الوطني للدول الغنية التي تمثل لاغلبية .

وهكذا فمن الناحية الفقهية يمكن القول بأن المشروع يولد اتجاهات متباينة ثم ان تطبيق مقتضيات المعاهدة يخلق اختلافات على الاقل على هذا المستوى .

وبصفة عامة فان تطبيق هذه الاتفاقية في المستقبل سيخلق على الاقل عدة تحفظات بسبب غموض بنودها كما ادعى البعض أو بسبب عدم واقعيتها كما يدعي البعض الآخر .

وقد حدد كولبير في قراره البحري لسنة 1681 عرض المياه الاقليمية الفرنسية في ثلاثة آلاف قامة (القامة تساوي = 1,95 معتمدا على كون المدافع الملكية آنذاك لم تكن قذائفها تتعدى هذا المدى ولكن الى أي بعد ستصل القذائف في المستقبل ومن سيكون سيد المدفعية ؟

حسب المشروع فان قرارات المحكمة الدولية لقانون البحار تعد نهائية كما يتعين على الاطراف الخضوع لها .

لكن من هي القوة التي ستسهر على تطبيقها ؟

ان قانون البحار هو في الواقع قانون بدون عقوبة حيث انه لا يلزم الا من قبل الالتزام به .

لكن التجربة في هذه السنوات الاخيرة قد برهنت على أن الدول المستقلة الى يومنا هذا تتحلى بحسن المعاشرة والمرافقة ذلك أن جميع التوصيات والتحذيرات وقرارات المحاكم الدولية قلما يكون لها أثر .

فان ردود الفعل بصفة عامة تبقى كما كانت عليه منذ افتتاح اشغال المؤتمر .

ان جاك ايف لما كان مديرا للمركز الوطني لاستغلال المحيطات لم يخف تشككاته . فبالنسبة اليه ينبغي بدلا من السعي وراء تحقيق اتفاق عام وخيالي السعي بواسطة مجموعات صغيرة من الدول تنتمي الى نفس المنطقة الجغرافية ، لايجاد الحلول الجزئية المحصورة في الزمان والمكان ، ثم تجربتها والغريب في الامر هو أن رئيس المؤتمر نفسه يشاطره نفس الرأي حيث نص في المقدمة التوضيحية للمشروع :

« انه يبدو من العسير في معاهدة من هذا القبيل الوصول الى الاتفاق على جميع النقط التي ترضي جميع المشاركين وتقرب وجهات نظرهم ومصالحهم . ان الاتفاق الوحيد الممكن يكمن في التخلي عن الوصول الى الكمال لضمان بلوغ النتائج المتوخاة » .

من هذا المنظار الواقعي ، يتجلى لنا بوضوح الموضوع من مختلف جوانبه السلبية أو الايجابية التي يخولها المشروع .

الصيد :

في هذا المجال ، طبقت الاتفاقية من طرف الدول الأوروبية حيث أنها تسمح للدول الساحلية بمراقبة مياهها الداخلية مراقبة تامة وكذلك الشأن بالنسبة للمنطقة الاقتصادية وهذا في صالح بعض الدول مثل اسلاندا . كما أنه يضع حدا لحرب صيد سمك المورة . وبالنسبة للدول الذي لا تصطاد والتي تسمح لدول أخرى بالصيد في شواطئها يمكن لهم استخلاص ضرائب من حق الصيد أو الدخول في معاهدة مع الدول التي تصطاد .

هذا يخص مثلا موريتانيا ، أو دول أخرى من افريقيا التي تسمح لبعض الدول كفرنسا أو كاسبانيا بممارسة حق الصيد في سواحلها .

وأخيرا : ان السفن الروسية المجهزة بالمعامل سوف تسحب من بحر الشمال لكون الصيد بطريقة الامتصاص قد حرم في تلك المنطقة .

حرية الملاحة :

ان القوات البحرية العظمى ، كالولايات المتحدة والاتحاد السوفياتي على الاخص اتفقوا في طلب حرية العبور في أيام السلم لسفن الحرب والتجارة في المضائق والمياه الإقليمية لبعض الممرات وبالفعل لم يكن من الممكن بالنسبة اليهم قبول التطبيق الاعمى لمبدأ المياه الإقليمية في بعض المناطق مثل مضيق جبل طارق ومضيق هرموز والدرنديل أو على طول بحر الايجي .

أما فيما يتعلق بحق الوصول الى البحر بالنسبة للدول التي ليس لها ساحل لا يتجلى لنا الحل بوضوح .

بدون شك فان سويسرا أو لوكسمبورك سيظلان يستفيدان من حقهما في العبور وحق استعمال بعض الموانئ بمقابل مادي مع الدول المجاورة ولكن ما الذي سيحدث في دول العالم الثالث عندما تتمسك بمبدأ الوطنية فالنيباليون الذين كانوا يوجدون تحت سلطة الهند ، هل يمكن لهم أن يجرؤوا على العبور بدون مراقبة من سلطة هذا البلد .

وافغانستان التي تطمح بأن يكون لها منفذ مباشر على البحر هل ستحصل على حق عبور التراب الايراني أو البكستاني ؟ وفولتا العليا ؟ وأوغاندا ؟ استخراج المعادن .

لاستغلال أعماق البحار المليئة بالمنغنيز والكوبالت والنيكل ، والنحاس ، فان الدول المتقدمة تقنيا وعلى رأسها الولايات المتحدة واليابان يتمنون الجوء الى الرخص المبنية على مبدأ التنازلات الممنوحة من طرف الدول المنتجة للبتروول .

لكن الدول النامية تعارض هذا الحل الذي قد يواصل تقدم الدول الغنية.

كما أن هناك دولا أخرى منتجة للمعادن المشار إليها أعلاه تعمل على توحيد جهودها كي تظل تلك الذخائر من المعادن في أماكنها . وهذا ليس من قبيل الخوف من منافسة واقعية لكنهم يحاولون ألا يفقدوا وسيلة التأثير على الغرب الذي هو في حاجة ماسة الى استيراد تلك المعادن من بلدانهم .

كل هذه النقط تتجلى في مشروع الاتفاقية وذلك بتبني حل وسط حيث ان الاستغلال سوف يرجع الى هيئة الامم المتحدة وعدة جمعيات دولية ، ثم ان قسما من الارباح (ان كانت هناك أرباح) سوف يوزع على بلدان العالم الثالث ، الا أن طرق تنفيذ هذا الحل معقدة ومقيدة الى درجة أنها أوهنت عزم الشركات الست الدولية التي تكتشف أعماق المحيطات على حسابها منذ عشرين سنة .

ونظرا لعدم وجود الضمانات الكافية للحفاظ على الاستثمارات التي شرع فيها أو التي سوف يشرع فيها أعلنت اثنان منها عن التخلي على مشاريعها والباقي في الطريق الى ذلك .

ان المسؤولين عن الكونغريس الأمريكي حول استخراج المعادن يشرحون أنه قبل أن تدفع الأبنك ومنظمات الائتمان مبالغ كبيرة وكافية من أجل تحويل صناعة استخراج المعادن من طور التجربة الى طور الاستثمار ويجب أن نتأكد من أن المناطق المستغلة سوف لن تنزع ومن أن الاستثمارات سوف لن تضيع بسبب أي اتفاق في المستقبل .

وفيما يخص صيغة الاتفاقية ، نلاحظ أن رجال الصناعة الامريكيين لا ينتظرون كثيرا منها : ففي المؤتمر نجد أن الولايات المتحدة الامريكية لا تتمتع الا بصوت واحد كبقية الدول كبرت أم صغرت . ولهذا فهم يطالبون بتسريع وطني انتقالي .

نفس الشيء يجري في أوروبا ذلك أن الشركة البلجيكية المعدنية مثلا التي تنتمي الى جمعي استخراج المعادن من المحيطات (لها رأي في الموضوع :

« ان النص لقابل للنقاش غير مقبول من طرف الشركات الصناعية الخاصة لان تمة ساطة مطلقة مخولة للسلطة الدولية لاعماق البحار ولانه في

مقابل كل بقعة ممنوحة لشركة صناعية خاصة يتعين على هذه أن ترد بقعة مماثلة القيمة مكتشفة ومقدرة من طرفها وعلى حسابها . وقد تستثمر هذه البقعة اما من طرف الشركة أو من طرف الدول النامية . وهذا النظام المسمى بنظام « الاستغلال الموراني » غير مقبول هو الآخر إذ أن الشركات والدول النامية تتلقى نصيبها من غير تمويل نفقات التنقيب . ومن غير أداء ضرائب وطنية أو ضرائب على الارباح ولكون السلطة الدولية يمكن لها اختيار المستغلين الذين يتعهدون للاشتراك معها وليس غيرهم ...

فالشركة البلجيكية المعدنية تطالب هي الاخرى بحق قانوني انتقالي . وبعبارة أخرى أن الجمعيات والدول المتقدمة تفضل محاولة التفاهم بينها في انتظار معاهدة أفضل .

استغلال البترول البحري :

ان جل بحوث التنقيب وكل استغلال للبترول البحري تقوم حاليا وسوف تقام استقبالا في منطقة الجوف القاري أي تحت سلطة الدولة الساحلية .

ونتيجة لذلك يتعين على المعاهدة ألا تغير من الوضعية الحالية الى أن يتم الاتفاق بين الدول المتجاورة والتي بينها نزاع ، على طرق تحديد المياه الاقليمية ، التي لم تتم بعد (مرجع : امثال المشار اليه اعلاه المتعلق بمالطا وليبيا .

محااربة تلوث البحار :

ان مقتضيات الاتفاقية محمودة لكن أبعادها التطبيقية ليست واضحة . ففيما يتعلق بالتلوث الناتج عن طرح المواد الهيدروكربونية فان الوقاية الفعالة ستبقى بدون شك وسيلة بيد الدول الساحلية النشيطة وكذا المنظمة الاستشارية البحرية فيما بين الحكومات . أما فيما يتعلق بالتلوثات المتسربة من الوديان والأنهار والبحيرات وبقايا المصانع فان الاتفاقات الاقليمية على مستوى بحر البلطيق وبحر الشمال وكذا البحر الابيض المتوسط مثلا ستلقى بدون شك الحل الافضل . هذا وفيما يخص التلوث الصناعي

(طرح الفضلات السامة) في الدول النامية فان نص الاتفاقية يشكل خطرا ، وهكذا اذا كانت جميع الدول المصنعة قد اتفقت على التقليل من التلوث ولقد تساءلوا : اذا كانت الدول الغنية قد اغتنت بسرعة وهي تلوث بدون مراعاة فلماذا لا نحن ؟

لماذا سنقبل قيود وتكاليف الانتاج الاعلى في حين نحن في حاجة ماسة الى تنمية صناعتنا بسرعة ؟

والاخطر هو كون نص الاتفاقية قد فتح مجالا لتصرفات من هذا القبيل .
ان الفقرة الرابعة من الفصل 207 تنص على أن الدول تبذل الجهود لتبني القواعد والمقاييس من أجل الوقاية للتقليل أو التحكم في تاوثر الوسط البحري مع اعتبار الخصائص الإقليمية والكفاءة الاقتصادية للدول النامية ومتطلبات تطورهم الاقتصادي نحن نرى بعد 22 سنة من المفاوضات أن هناك تعارض للمصالح الشخصية والمتطلبات الوطنية والجماعات واننا لبعيدين كل البعد من التوصل الى نص يرضي جميع الاطراف .

ففي الوقت الذي تفتتح فيه الدورة العاشرة من المؤتمر الثالث حول قانون البحار نرى أن مشروع المعاهدة يحتوي على نقط للاستفهام أكثر من النقط المتفق عليها .

كيف سيكون النص النهائي ، اذا كتب له أن يظهر الى الوجود ؟

كم سيتطلب من الوقت كي تصادق عليه ستون دولة ؟

كيف سيكون موقف الدول غير المنضمة ؟ وماذا سيكون موقف الدول التي وقعت على المعاهدة لان بعض البنود وافقتها والبعض الآخر لم يوافقها .

أهو موقف « ميكافيل » من الاتفاقيات بصفة عامة ؟

المملكة المغربية
المركز الوطني للتوثيق
مصلحة الطباعة والاستنساخ

رقم 007439 - A1 تاريخ 21/10/15
جديدة

المساعدة القضائية

تمهيد :

الأصل في القوانين الحديثة أن القضاء يمارس مجانا ، إذ لا يلزم أحد بإداء أجرة للقاضي الذي فصل في الدعوى سواء كانت مدنية أو جنائية ، وهذا ما يعبر عنه (بمجانبة القضاء) .

في التشريعات القديمة كان القاضي يمارس مهامه بالمقابل ، إذ كان يأخذ من الأطراف مبلغا ماليا مقابل عمله باستثناء ما عرفته بعض التشريعات السماوية كالتشريع الاسلامي والعبري (I) .

وفي يومنا هذا أصبح القاضي موظفا يتقاضى راتبه من الدولة ولا يأخذ أي شيء من الخصوم ... الكل له الحق في اللجوء الى المحاكم قصد الترافع أمامها مجانا .

وتجنبنا لاتخاذ العدالة وسيلة لازعاج الغير وكذا تقلص موارد الميزانية العامة تدخل المشرع وسن ما يسمى بالرسوم القضائية ، يؤدي البعض منها أثناء افتتاح الدعوى والبعض الآخر أثناء انتهائها ، يتحملها في الاخير الطرف

(I) أنظر بحثا للسيد ايلي مالكا . نشر في مجلة القضاء والقانون عدد 62 - 63 - 64 السنة السابعة .

الخاسر أو الطرفين (الفصل 124 من قانون المسطرة المدنية) . ولكن المشرع رأى ان هذه الرسوم يمكن أن تكون عقبة في وجه صاحب الحق الذي يريد الحكم له به وهو عاجز عن ادائها الامر الذي دفع المشرع هذا بالتدخل مرة ثانية وسن ما يسمى بالمساعدة القضائية موضوع بحثنا هذا .

1 - التعريف بالمساعدة القضائية :

يمكن تعريف المساعدة القضائية بأنها تلك الاعانة التي تمنحها الدولة باحلالها محل المستفيد منها في اداء الصوائر والمصاريف التي يمكن الحكم عليه بها من طرف محكمة وطنية أو أجنبية عملا بالمعاهدات .

2 - أنواع المساعدات القضائية :

تختلف المساعدة القضائية باختلاف موضوع الدعوى ، فهناك المساعدة القضائية في الميدان المدني والجنائي والاداري و ... وهناك مساعدة قضائية تمنح بطلب من المعني بالامر ومساعدة قضائية تمنح بقوة القانون .

أ) المساعدة القضائية في الميدان المدني :

تنص الفقرة الثانية من الفصل الاول من المرسوم الملكي المؤرخ في فاتح نوفمبر 1966 على ما يلي :

« وتطبق هذه المساعدة على كل نزاع وعلى المطالبات بالحق المدني أمام محاكم التحقيق وإصدار الاحكام كما تطبق على أعمال القضاء الإداري والأعمال التحفظية . »

وهكذا فان الشخص الذي يريد أن يتقاضى أمام محكمة مدنية و جنائية - بانضمامه كطرف مدني - يمكن له أن يتمتع بالمساعدة القضائية شريطة أن يطلب ذلك من الجهة المختصة ، إذ لا يمكن أن تمنح له في هذا الميدان الا بطلب منه باستثناء ما هو منصوص عليه في الفصل 273 من قانون المسطرة المدنية بشأن العامل الذي يستفيد من المساعدة القضائية بقوة القانون مدعيا كان أو مدعى عليه أو ذوو حقوقه .

ب) المساعدة القضائية في الميدان الجنائي :

المساعدة القضائية التي تمنح في الميدان الجنائي تختلف تماما عن التي تمنح في الميدان المدني . ويتجلى الاختلاف في النقاط التالية :

* طلب المساعدة القضائية :

المساعدة القضائية لا تمنح في الميدان المدني كما رأينا الا بطلب من المعني بالامر باستثناء قضايا الشغل والامراض المهنية ، اما في الميدان الجنائي فانها تمنح بقوة القانون في بعض القضايا الجزية كالجنايات وقضايا الاحداث .

* نوعية المساعدة القضائية :

في الميدان المدني تتحمل الحولة كل المصاريف والصوائر القضائية بما فيها أجرة الخبراء والتراجمة وتنقل القضاة والاعوان و ... باستثناء أتعاب المحامي الذي أزر المستفيد من المساعدة القضائية ، اما في الميدان الجنائي فان الدولة لا تتحمل أي شيء اذ تكتفي المحاكم بتنصيب مدافع يدافع عن الظنين وذلك بحون مقابل .

* استيفاء المبالغ المالية :

بعد ما تنتهي الدعوى المدنية تتولى الدولة باستيفاء المبالغ التي سبق لها أن صرفتها أثناء جريانها من الطرف المحكوم عليه بها اذا كان غير مستفيد من المساعدة القضائية . اما في الميدان الجنائي فان المتهم المدان هو المتحمل دائما لهذه المصاريف .

وهكذا بعد هذا العرض الوجيز لانواع المساعدات القضائية قررنا التطرق لإدارة هذه المساعدة في الميدان المدني فقط نظرا لما لها من أهمية وذلك بالكلام أولا عن الجهة المختصة بمنح المساعدة القضائية وثانيا عن كيفية الحصول عليها وثالثا عن علاقة المستفيد منها بالغير وأخيرا عن انقضائها .

1 - الجهة المختصة بمنح المساعدة القضائية :

النيابة العامة هي الجهة المختصة بمنح المساعدة القضائية اذ يوجد في كل نيابة عامة مكتب يدعى بالمكتب المدني وملحقاته مقسم الى شعب من بينها شعبة المساعدة القضائية (أنظر التنظيم الجديد لكتابة الضبط لدى المحاكم) وتتألف هذه الشعبة من الاشخاص الآتي ذكرهم والذين يختلفون باختلاف المحاكم :

أ - المجلس الأعلى :

تتألف هذه الشعبة من (الفصل الثالث من المرسوم الملكي المؤرخ في I - II - 1966) :

1) الوكيل العام للملك لدى المجلس المذكور بوصفه رئيسا أو الشخص المفوض له من طرفه في هذا الصدد .

2) ثلاثة قضاة ساميين مزاولين مهامهم أو متقاعدین يعينهم وزير العدل .

3) ممثل لوزير المالية .

ويتولى مهمة الكتابة موظف من السلم الاداري بالنيابة العامة .

ب - محاكم الاستئناف :

تتألف شعبة المساعدة القضائية من :

1) الوكيل العام للملك لدى هذه المحكمة بوصفه رئيسا أو قاض من نيابتها العامة .

2) مندوب لوزير المالية .

3) محام تعينه محكمة الاستئناف .

ويتولى مهمة الكتابة موظف من كتابة النيابة العامة .

ج - المحاكم الابتدائية :

تتألف الشعبة من :

1) وكيل الملك لدى هذه المحكمة بوصفه رئيسا أو نائبه .

2) مندوب لوزير المالية .

(3) محام أو عند عدمه مدافع مقبول أو وكيل تعيينه المحكمة الابتدائية .

ويتولى مهمة الكتابة موظف من كتابة النيابة العامة ، كما يتولى مهمة الترجمة لدى هذه الشعب موظف من مكتب الترجمة عند الافتضاء اذا تعلق الامر بدراسة طلب قدم من طرف شخص أجنبي ينتمي الى بلد تربطه بالمغرب معاهدة قضائية .

ويتم انتداب الاعضاء المشار اليهم أعلاه باستثناء الرؤساء في الخمسة عشر الاولى من كل سنة قضائية ويكون هذا الانتداب قابلا للتجديد كما يمكن تعويض أمتغيب منهم (الفصل الرابع من مرسوم I - II - 66) .

وهكذا فان المساعدة القضائية لا تمنح الا من طرف المحاكم المشار اليها أعلاه والتي يرغب المستفيد من المساعدة القضائية اللجوء اليها أما محاكم المقاطعات ومحاكم الجماعات فانها لا تمنح أية مساعدة قضائية نظرا لكون السيطرة أمامها تمارس مجاناً ومغفأة من جميع الرسوم القضائية وواجبات التسجيل (الفصل 16 من ظهير 15 - 7 - 1974) .

2 - كيفية الحصول على المساعدة القضائية :

كل شخص سواء كان ذاتياً أو معنوياً أراد التمتع بالمساعدة القضائية - اذا كانت موأرده غير كافية - قصد الترافع أمام المحاكم ، عليه أن يقدم طلبه الى رئيس شعبة المحكمة التي يريد الترافع أمامها معزراً بشهادة صحيحة من حيث الشكل يسلمها الباشا أو القائد أو القنصل اذا كان أجنبياً تثبت عسر المعني بالامر وتتضمن وسائل عيشه (الفصل 7 من مرسوم I - II - 1966) . ويسجل كاتب الشعبة هذا الطلب ويعمل رئيسها على اجراء تحقيق حوله وتلقى جميع المعلومات المفيدة المتعلقة بعسر الطالب وجوهر القضية ويحيله على الشعبة ويجتمع أعضاؤها وتستخبر عن جميع المعلومات الضرورية لمعرفة عسر الطالب كما يمكن لها اجراء بحث تكميلي . ويحق للشعبة أن تستدعي الطالب وكذا الخصم قصد تقديم ايضاحاتهم كما تبذل في حالة حضور الطرفين مساعدتها الحميدة للحصول على صلح بالمراضاة (الفصل الثامن من مرسوم I - II - 1966) .

وعندما تجتمع المساعدة القضائية تقوم بدراسة الطلبات المقدمة إليها ،
وتصدر قراراتها غير مدعمة بأسباب مع شمولها على عرض موجز للوقائع .
وفي حالة صدور ما لقرار يقضي بمنح الطالب مساعدة قضائية يوجه كاتب
المكتب في الثلاثة أيام الموالية للقبول للاستفادة منها الى رئيس المحكمة
المختصة ملخصا من القرار المذكور ويرفقه بأوراق الملف المسلم الى الشعبة
(الفصل 9 من مرسوم I - II - 66) ففي حالة وجود هيئة المحامين يدعو
رئيس المحكمة نقييها لتعيين محام مقيد في جدول الهيئة أو في لائحة التمرين
ليقدم مساعدته مجانا لصالح المستفيد من المساعدة القضائية ، كما يمكن
للرئيس أن يتولى بنفسه هذا التعيين اذا لم يكن هناك مجلس للهيئة .

اما في حالة صدور قرار من شعبة المساعدة القضائية يقضي بالرفض أو
بعدم الاختصاص فان كاتب الشعبة يقوم بتبليغ هذا القرار للمعني بالامر عن
طريق الادارة أو برسالة مضمونة اذا لم يكن متمتعا بمساعدة قضائية مؤقتة ،
اما اذا كان متمتعا بها مؤقتا فان الكاتب المذكور يوجه رسالة الى رئيس
كتابة الضبط لدى المحكمة التي عرض عليها النزاع قصد استدعاء المستفيد
ليؤدي الرسوم المطلوبة منه .

وللطالب الذي رفض طلبه ان يستأنف أو يطعن في قرار الرفض كما يحق
للنيابة العمدة أن تفعل ذلك داخل أجل 15 يوما ابتداء من صدور القرار وابتداء
من تبليغه بالنسبة للطالب .

ويحتفظ كل طرف منحت له المساعدة القضائية بالاستفادة منها اذا أحيل
النزاع على محكمة أخرى نتيجة صدور حكم بعدم اختصاص المحكمة التي
منحت فيها المساعدة القضائية كما يحتفظ بها أمام محكمة الدرجة الثانية
في حالة رفع استئناف ضده ، حتى ولو أصبح مستأنفا بصفة عرضية وكذا
أمام المجلس الاعلى اذا قدم طلب النقض ضده . (الفصل 10 من مرسوم I -
II - 1966) .

ويجب الاشارة هنا الى أن طلب المساعدة القضائية المرفوع الى المجلس
الاعلى يوقف الاجل المنصوص عليه في الفصل 358 من قانون المسطرة المدنية

ابتداء من يوم ايداع الطلب بالنيابة العامة (I) .

3 - علاقة المستفيد من المساعدة القضائية بالغير :

أ - علاقته بالمحكمة :

من المعروف في قوانين المسطرة المدنية أن الشخص الذي يفتتح الدعوى يلزم باداء ما يسمى بالرسوم لقضائية (الفصل 5 من مرسوم 22 - 10 - 1966) ويوشر الموظف المكلف باستخلاص الصوائر القضائية على المقال الافتتاحي مع الاشارة الى مبلغ الصوائر التي أدبت ورقم التوصيل وتاريخه، أما المستفيد من المساعدة القضائية فلا يلزم باداء أي مبلغ من المبالغ المذكورة اذ يكتفي الموظف المذكور بالاشارة الى عدد القرار الممنوح بموجبه المساعدة وتاريخه. (الفصل 10 من مرسوم 22 - 10 - 1966) .

ب - علاقته بالخزينة العامة :

يجب التمييز بين حالتين : الحالة التي يخسر فيها المستفيد الدعوى والحالة التي يحكم له وفق مقاله الافتتاحي :

الحالة الاولى :

اذا خسر المستفيد من المساعدة القضائية دعواه وحكم عليه باداء المصاريف والرسوم فان الخزينة هي التي تتولى سدادها .

الحالة الثانية :

اذا حكم على خصم المستفيد من المساعدة بادائه المصاريف ، فان هذا الحكم يصدر لفائدة وزير المالية - ادارة التسجيل والتنبر - الذي يتابع استيفاءها كما هو الشأن في قضايا التسجيل وبناء على أمر تنفيذي لاستخلاص الصوائر تسلمه كتابة الضبط وموقع من طرف رئيسها لدى المحكمة

(I) هذا فيما يتعلق بالنزاعات المرفوعة أمام المحاكم اما غيرها كالتظلم التمهيدي مثلا فان طلب المساعدة القضائية لا يوقف سريان أجل تقديم التظلم التمهيدي (أنظر حكم المجلس الاعلى عدد 7 الصادر بتاريخ 26 يناير 1968 - الغرفة الادارية) م ق ق عدد 97 ص. 423 .

المختصة ، هذا الامر الذي يصبح عديم المفعول اذا مرت خمسة عشر سنة ابتداء من تاريخ تسليمه .

كما أن الخزينة تطالب المستفيد من المساعدة القضائية في حالة سحبها منه فوراً بالاتعاب والصوائر والاجور ومختلف أنواع التسبيقات التي منحت له وذلك بناء على الامر التنفيذي المذكور الذي يصدر في هذه الحالة بناء على قرار الرفض أو السحب .

ج - علاقته بمساعدي القضاء :

*** علاقة المستفيد بالخبراء والتراجمة :**

تتولى الخزينة أداء أجور الخبراء والتراجمة وكذا تنقل القضاء وأعوان الكتابة وصوائر الشهود المادون في الاستماع اليهم من طرف القاضي المختص مسبقاً طبقاً لتعريفه الصوائر العدلية وحسب الطرق المتبعة في أداء صوائر العدل الجنائية (الفصل 12 من مرسوم I - II - 1966) .

*** علاقة المستفيد بالمحامين :**

يأزر المحامي المستفيد من المساعدة القضائية مجاناً ولا يحق له أن يأخذ أي شيء منه كما لا يحق له أن يمتنع عن تقديم مساعدته تحت طائلة تعرضه للعقوبات التأديبية المنصوص عليها في الفصل 75 من قانون المحاماة الحالي ، وللمحامي الحق في طلب اتعابه اذا اختاره المستفيد بمحض ارادته شريطة اشعاره للنتيب بذلك .

4 - انقضاء المساعدة القضائية :

يمكن أن تنقضي المساعدة القضائية بانتهاء النزاع الممنوحة من أجله أو بتدخل من الغير .

أ - انقضاء المساعدة بانقضاء النزاع :

عندما يصح الحكم نهائياً ينقضي مفعول المساعدة القضائية ولا يحق للمستفيد منها التمتع بها مرة ثانية .

ب - انقضاء المساعدة بتدخل الغير (حالات السحب) :

يمكن سحب الاستفادة من المساعدة القضائية في احدى حالة من هذه الحالات سواء كان ذلك قبل صدور الحكم أو بعده وهي :

- (1) اذا أصبح المستفيد من المساعدة القضائية متوفرا على موارد تثبت كفايتها ولاسيما اذا حصل على التنفيذ الاجباري للحكم الصادر لفائدته .
- (2) اذا طلب التشطيب على الدعوى .
- (3) اذا تمت مصالحة بينه وبين الخصم أثناء الدعوى .
- (4) اذا كان المستفيد يظهر فتورا طويلا يبدو منه أنه لا يرغب في متابعة الدعوى .

وللنيابة العامة أو ممثل وزير المالية أو الخصم الحق في المطالبة بسحب هذه المساعدة الممنوحة ، كما يمكن سحبها تلقائيا من طرف الشعبة ويجب أن يكون قرار السحب دائما مدعما بأسباب ولا يعلن عنه الا بعد الاستماع الى المستفيد أو انذاره لاعطاء ايضاحات شفوية أو كتابية (الفصل 15 من مرسوم I - II - 66) وعلى كاتب المكتب أن يبلغ فورا الى العون المختص بوزارة المالية قرار السحب قصد قيام هذا الاخير باسترجاع التسبيقات الممنوحة للمستفيد كما رأينا .

بوطيبي محمد الطيب

معبأ في اطار الخدمة المدنية
بالمحكمة الابتدائية بالناظور