

كلية الحقوق
جامعة القدس
فلسطين
٢٠٠١

بسم الله الرحمن الرحيم

الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان

دراسة مقارنة

مشرف رئيسي

د. غازي أبو عرابي

مشرف ثان

أ.د. عثمان التكروري

إعداد

خالد محمد احمد السباتين

Ref.
KBP
858
S2
2001

تقديم هذه الرسالة امتثالاً لمتطلبات الحصول على درجة

الماجستير في القانون

مكتبة كلية العلوم والتكنولوجيا

القدس

College of Science &
Technology - Library
Jerusalem

Acc. No. ٧٠١٢ الرقم المتسلسل

المكتبة الرئيسية

1777A-0-0-0-1

بسم الله الرحمن الرحيم

الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان

دراسة مقارنة

المشرف الرئيسي

الدكتور غازي أبو عرابي

المشرف المساعد

الدكتور عثمان التكروري

إعداد

خالد محمد احمد السباتين

تحت إشراف هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة

الماجستير في القانون

كلية الحقوق

جامعة القدس

٢٠٠١

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ ١٢ / ٣ / ٢٠٠١

التوقيع

أعضاء لجنة المناقشة

١- الدكتور عثمان التكروري

كلية الحقوق

جامعة القدس

.....

٢- الدكتور خليل مصطفى

كلية الحقوق

جامعة القدس

.....

٣- الدكتور أمين دواس

كلية الحقوق

جامعة النجاح

.....

بسم الله الرحمن الرحيم

"ويل للمطففين إذا اكتالوا على الناس يستوفون وإذا كالوهم أو
وزنوهم يخسرون ، ألا يظن أولئك أنهم مبعوثون ليوم عظيم "
صدق الله العظيم (سورة المطففين آية ٥-١)

"يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون
تجارة عن تراض منكم "
صدق الله العظيم (سورة النساء الآية ٤٩)

وعن عمر رضي الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه
وسلم يقول " من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجزام
والإفلاس " .

رواه ابن ماجه

الإهداء

إلى من أوحاني ربي بهما خيراً

إلى والدي العزيزين رمز المحبة والعطاء

إلى رفيقة دربي وأم أولادي " محمد وليد " و داليا

إلى إخواني وأخواتي

إلى كل الأقارب والأحبة والأصدقاء على امتداد وطننا العزيز

الغالي

إليهم جميعاً أهدي هذا الجهد المتواضع

خالد

شكر وتقدير

إنني لأتقدم ببزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى كل من
تفضل وقدم لي يداً ، اذكرها فاشكرها ، فإن لم اذكرها
فعند الله جزاؤها .

وأخص بالشكر العميق كل من الأستاذ الفاضل الدكتور
غازي أبو عرايبي والأستاذ الدكتور عثمان التكروري
لقبولهما الإشراف على هذه الرسالة ومتابعتها لي وتشجيعي
المستمر ، ولما أبدياه من توجيهات قيمة وآراء سديدة كان
لها أكبر الأثر في إنجاز هذه الرسالة .

واشكر كذلك أعضاء لجنة المناقشة الموقرة لخدمهم
واجتهادهم في دراسة الرسالة ومراجعتها والإشارة
بملاحظات مفيدة هي عندي موضع احترام وتقدير .

خالد

فهرس المحتويات

الصفحة

ب	قرار لجنة المناقشة
د	الإهداء
هـ	شكر وتقدير
و	فهرس المحتويات
ي	الملخص باللغة العربية
١	المقدمة
٦	الفصل التمهيدي : مبدأ سلطان الإرادة وعقود الإذعان
٧	المبحث الأول : مبدأ سلطان الإرادة
٨	المطلب الأول : نشوء مبدأ سلطان الإرادة وتطوره
٨	الفرع الأول : عرض عام للمبدأ
١٠	الفرع الثاني : نشوء مبدأ سلطان الإرادة وتطوره
١٣	الفرع الثالث : موقف الفقه الإسلامي من مبدأ سلطان الإرادة
١٥	المطلب الثاني : تراجع مبدأ سلطان الإرادة
١٥	الفرع الأول : أثر مبدأ سلطان الإرادة على التوازن العقدي والعدالة
١٧	الفرع الثاني : انتكاص مبدأ سلطان الإرادة
١٩	الفرع الثالث : تقيد مبدأ سلطان الإرادة
٢٣	المبحث الثاني : التعريف بعقود الإذعان
٢٤	المطلب الأول : ظهور عقود الإذعان وعوامله
٢٤	الفرع الأول : العوامل الاقتصادية
٢٦	الفرع الثاني : العوامل القانونية
٢٧	الفرع الثالث : العوامل المادية (الفنية)
٢٩	المطلب الثاني : تعريف عقد الإذعان وشروطه
٢٩	الفرع الأول : شروط عقد الإذعان
٣٥	الفرع الثاني : تعريف عقد الإذعان
٣٨	المطلب الثالث : تكيف عقد الإذعان وأهم صوره
٣٨	الفرع الأول : التكيف القانوني لعقد الإذعان
٤٣	الفرع الثاني : أهم صور عقود الإذعان
٤٩	الفصل الأول : حماية الطرف المذعن من خلال القواعد العامة في القانون المدني

٥١	المبحث الأول : قصور النظريات القانونية التقليدية عن توفير الحماية المطلوبة للطرف المذعن
٥٢	المطلب الأول : النظريات القانونية التقليدية وحماية الطرف المذعن
٥٢	الفرع الأول : البطلان لمخالفة النظام العام والآداب العامة أو لغياب السبب
٥٢	أولاً : البطلان لمخالفة النظام العام والآداب العامة وحماية الطرف المذعن
٥٦	ثانياً : نظرية السبب وحماية الطرف المذعن
٦٠	الفرع الثاني : نظرية عيوب الإرادة وحماية الطرف المذعن
٦٠	أولاً : عيب الغلط
٦٣	ثانياً : عيب الإكراه
٦٦	ثالثاً : عيب التغيرير المقترن بالغبن
٧٥	الفرع الثالث : نظرية التعسف في استعمال الحق وحماية الطرف المذعن
٧٧	أولاً : التعسف في استعمال حق عدم التعاقد
٨٠	ثانياً : التعسف في مرحلة تنفيذ العقد
٨٤	المطلب الثاني : الحلول التي توصل إليها القضاء في غياب النصوص التشريعية
٨٥	الفرع الأول : اشتراط العلم للاحتجاج بالشروط التبعية
٨٨	الفرع الثاني : تغليب الشروط الخاصة على الشروط العامة عند التعارض بينها
٩٠	الفرع الثالث : الاعتداد بالإرادة الضمنية اللاحقة للناسخة لإرادة صريحة سابقة
٩٢	الفرع الرابع : تكميل العقد بفرض التزامات قانونية لصالح الطرف المذعن
٩٥	الفرع الخامس : الحد من شروط الإعفاء أو التقييد من المسؤولية
٩٧	الفرع السادس : تفسير الشك لمصلحة المذعن
١٠٠	المبحث الثاني : الحماية القانونية التي توفرها الاستثناءات الخاصة بعقود الإذعان
١٠١	المطلب الأول : الحماية القانونية للطرف المذعن عن طريق قاعدة التفسير
١٠٢	الفرع الأول : عندما تكون عبارة العقد واضحة
١٠٥	الفرع الثاني : عندما تكون عبارة العقد غامضة
١٠٨	الفرع الثالث : حالة قيام الشك في التعرف على الإرادة المشتركة
١١٧	الفرع الرابع : الطبيعة القانونية لقواعد التفسير ورقابة محكمة التمييز
١٢٣	المطلب الثاني : الحماية عن طريق السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي
١٢٣	___ القاعدة العامة : احترام قانون العقد
١٢٥	___ الاستثناء : سلطة القاضي في تعديل الشروط التصفية أو الإعفاء منها
١٢٨	الفرع الأول : شروط أعمال السلطة الحمانية

١٣٧	الفرع الثاني : مضمون السلطة الحمائية
١٣٩	الفرع الثالث : المعيار الذي يسترشد به القاضي في أعمال السلطة الحمائية
١٤٠	الفرع الرابع : الطبيعة القانونية للحماية التي توفرها هذه السلطة
١٤٤	الفرع الخامس : مقارنة بين السلطة الحمائية الممنوحة للقاضي والسلطات الأخرى له كاستثناءات على مبدأ القوة الملزمة للعقد
١٤٩	الفرع السادس : بعض النصوص الحمائية الأخرى في التشريعات العربية وما توفره من حماية للطرف المذعن
١٥٤	الفصل الثاني : حماية الطرف المذعن من خلال التشريعات الخاصة
١٥٥	المبحث الأول : الحماية التي توفرها التشريعات الخاصة بعقد التأمين
١٥٦	المطلب الأول : الحماية التي توفرها قواعد القانون المدني المتعلقة بالتأمين
١٥٧	الفرع الأول : الشروط التي أبطلها المشرع لاعتبارات شكلية
١٥٧	أولا : الشرط المطبوع إذا لم يبرز بشكل ظاهر
١٦١	ثانيا : بطلان شرط التحكيم الوارد بين الشروط العامة المطبوعة
١٦٢	الفرع الثاني : الشروط التي أبطلها لاعتبارات موضوعية
١٦٢	أولا : بطلان شرط السقوط بسبب مخالفة القوانين
١٦٦	ثانيا : بطلان شرط السقوط بسبب التأخر في الإعلان
١٧١	ثالثا : بطلان كل شرط تصفي لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه
١٧٤	المطلب الثاني : حماية المؤمن له من خلال قانون مراقبة أعمال التأمين ونظام التأمين الإلزامي
١٧٤	الفرع الأول : الحماية التي يوفرها قانون مراقبة أعمال التأمين
١٧٤	أولا : الرقابة على شركات التأمين
١٧٦	ثانيا : ضمانات المؤمن له في مواجهة شركات التأمين
١٧٧	الفرع الثاني : الحماية التي يوفرها نظام التأمين الإلزامي
١٧٨	أولا : من حيث نطاق تطبيق نظام التأمين الإلزامي
١٧٨	ثانيا : من حيث تحديد الأضرار المشمولة بالتأمين
١٨٢	المطلب الثالث : الحماية القانونية من خلال وسائل حددها المشرع
١٨٢	الفرع الأول : الحماية عن طريق تدخل المشرع بتعيين الأخطار المشمولة بالتأمين
١٨٤	الفرع الثاني : الحماية عن طريق تحديد اللغة التي يجب أن يكتب بها العقد
١٨٥	الفرع الثالث : الحماية عن طريق اعتبار القواعد الخاصة بعقد التأمين من النظام العام
١٨٦	الفرع الرابع : الحماية من خلال الأحكام المتعلقة بمدة عقد التأمين

١٨٨	الفرع الخامس : الحماية من خلال الأحكام الخاصة بتعديل عقد التأمين
١٨٩	المبحث الثاني : الحماية التي توفرها التشريعات الخاصة بعقد العمل
١٩٠	المطلب الأول : الحماية من خلال الالتزامات والقيود المفروضة لمصلحة العامل
١٩٠	الفرع الأول : الحماية عن طريق فرض التزامات على صاحب العمل
١٩١	أولاً : الالتزام بدفع الأجر
١٩٩	ثانياً : الالتزام بالتنظيم القانوني لأوقات العمل والإجازات
٢٠١	ثالثاً : الالتزام بتوفير الوقاية والرعاية من أمراض وحوادث العمل
٢٠٣	الفرع الثاني : الحماية من خلال تقييد حرية صاحب العمل في فرض الجزاءات التأديبية
٢٠٦	المطلب الثاني : الحماية من خلال الأحكام الخاصة بإنهاء عقد العمل
٢١٠	الفرع الأول : تقييد حق الإنهاء بضرورة الإشعار
٢١٢	الفرع الثاني : تقييد حق الإنهاء بانعدام التصف
٢٢٠	الفرع الثالث : إثبات التصف في إنهاء عقد العمل
٢٢٣	الفرع الرابع : الجزاء المترتب على الإنهاء التصفي لعقد العمل
٢٢٨	المبحث الثالث : حماية الطرف المذعن في عقود الاشتراك في الخدمات العامة وعقد النقل
٢٣٠	المطلب الأول : حماية الطرف المذعن من خلال الأحكام الخاصة بعقد الامتياز
٢٣١	الفرع الأول : الحماية من خلال تحديد رسم الحصول على الخدمة
٢٣٦	الفرع الثاني : الحماية من خلال تقرير مبدأ المساواة أمام المرافق العامة
٢٣٩	الفرع الثالث : الحماية من خلال أحكام المسؤولية
٢٤٣	المطلب الثاني : حماية الطرف المذعن من خلال أحكام المسؤولية في عقد النقل
٢٤٤	الفرع الأول : شرط الإعفاء من المسؤولية في عقد نقل الأشياء
٢٥٣	الفرع الثاني : شرط الإعفاء من المسؤولية في عقد نقل الأشخاص
٢٥٣	أولاً : الالتزام بالسلامة وطبيعة مسؤولية الناقل
٢٥٨	ثانياً : حكم الإعفاء الاتفاقي من المسؤولية
٢٦٣	الخاتمة والتوصيات
٢٦٨	قائمة المراجع
٢٧٦	الملخص باللغة الإنجليزية

ملخص

الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان

أعداد

خالد محمد السباتين

المشرف

الدكتور غازي أبو عرابي

لقد تناولنا في هذا البحث موضوعاً من أهم الموضوعات القانونية ، والذي يحتاج بدوره إلى تحديد علمي ، خاصة في ظل التطور المستمر في الحياة الاجتماعية .

هذه الدراسة هي محاولة لإعطاء مفهوم محدد لعقود الإذعان والوسائل الفنية لحماية الطرف المذعن في القانون المدني والتشريعات الخاصة، وذلك بعمل دراسة مقارنة لماهية هذه الوسائل وضوابطها ، للوقوف على مدى كفاية هذه الوسائل بمطالب الناس في أمور معيشتهم ، وتنظيم علاقاتهم وإقامة العدل بينهم ، يقول تعالى " وان هذا صراطي مستقيماً فاتبعوه ولا تتبعوا السبل فتفرق بكم عن سبيله ذلك وصاكم به لعلكم تتقون " صدق الله العظيم .

ويرجع تناولنا لهذا الموضوع إلى عاملين ، يعود أولهما إلى دقة هذا الموضوع وأهميته العملية ، لما له من صلة كبيرة بحياتنا اليومية وبشكل خاص الجانب الاقتصادي منها لارتباط عقود الإذعان بالحاجات الأساسية واليومية لأفراد المجتمع .

ونعزي الثاني إلى أن فكرة الإذعان في الوقت الحاضر ، هي مهد مشكلات القانون المعاصر ، التي أصبح الخلاف يستعر في أمهات مسائلها وفتحت تبعاً لهذا ، مجالاً واسعاً للاجتهاد ، بغية الوصول إلى حلول مرضية ، تحقق الحماية والعدل لأولئك الذين يقعون ضحية الاستغلال ، فضلاً عن ذلك فإن حمايتهم كانت موضع اهتمام القضاء والباحثين والمشرعين على

السواء .

وقد تناولنا هذه الدراسة من خلال فصل تمهيدي وفصلين رئيسيين :

خصصنا الفصل التمهيدي لعرض التطور العام لمبدأ سلطان الإرادة والتعريف بعقود الإذعان ، وقد تناولنا هذا الفصل من خلال بحثين ، استعرضنا في الأول تعريف مبدأ سلطان الإرادة ونشؤه وتطوره وموقف الفقه الإسلامي منه في مطلب أول ، وتراجع المبدأ ووضع الأمور في نصابها في مطلب ثان ، وقد توصلت إلى أن المفهوم الحديث لهذا المبدأ يستجيب للظروف المعاصرة ، ويسمح بإضفاء الصفة التعاقدية على عقود الإذعان وتوفير الحماية القانونية للطرف المذعن فيها ، عن طريق عدة قيود يفرضها المشرع مراعيًا تحقيق العدالة والمصلحة العامة .

وفي المبحث الثاني، تعرضنا إلى ظهور عقود الإذعان والعوامل التي ساعدت على ذلك في مطلب أول ثم تعريفها وبيان شروطها في مطلب ثان بالإضافة إلى التعرف على الطبيعة القانونية لهذا النوع من العقود وأهم صوره في مطلب ثان، وقد تبين لنا بأن التطورات التي حدثت في أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، سواء على الصعيد الاقتصادي أو القانوني أو المادي (الفني)، ساهمت بشكل كبير في ظهور عقود الإذعان ، وأنه بالرغم من إجماع التشريعات المختلفة عن تعريفها ، إلا أن هناك إجماع على الشروط الرئيسية الواجب توفرها للقول بوجود الإذعان وهي، التفوق الاقتصادي لأحد طرفي العقد وتمتعه باحتكار قانوني أو فعلي أو على الأقل ضعف المنافسة، وتعلق العقد بسلعة أو خدمة تعد من الضروريات الأولية ، وصدر الإيجاب عاما وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر، وتوصلنا في المطلب الثالث إلى أن الرأي السائد يذهب إلى القول بالطبيعة التعاقدية لعقود الإذعان ، وأيدنا ذلك لان الطبيعة التعاقدية تسمح بمعالجة المساوئ الناتجة عن هذا النوع من العقود ، بالإضافة إلى ذلك قمنا بعرض أهم الصور المتفق على إدراجها ضمن قائمة عقود الإذعان .

وفي الفصل الأول تناولنا بالدراسة الحماية التي وفرها المشرع للطرف المذعن من خلال القواعد العامة في القانون المدني ، وقد تناولنا ذلك من خلال مبحثين ، تعرضنا في الأول للحماية التي توفرها النظريات القانونية التقليدية من خلال مطلب أول ، وتبين لنا أن الحلول التي تقدمها النظريات القانونية التقليدية لحماية الطرف المذعن في عقود الإذعان غير كافية ولا يمكن الركون إليها ، وفي مطلب ثان استعرضنا أهم الحلول التي توصل إليها القضاء في كل من فرنسا ومصر لحماية الطرف المذعن في ظل غياب التشريعات الحمائية ، ورأينا أن هذا القضاء بالرغم من التزامه من حيث المبدأ بقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) إلا أنه وضع حلول مختلفة وردت في مواضع متفرقة دون أن تشكل نظرية عامة لحماية الطرف المذعن ، هذه الحلول التي قام المشرع بتقنين بعضها فيما بعد .

وفي المبحث الثاني تناولنا تفصيلاً الحماية التي وفرها المشرع للطرف المذعن من خلال إدخاله استثناء لمصلحته على قاعدة التفسير باسقاطه أن لا يكون تفسير العبارات الغامضة ضاراً بمصلحته ، ومنحه سلطة تقديرية واسعة للقاضي في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان ، وتبين لنا بأن النصوص التي أخذت بها معظم التشريعات في هذا الصدد توفر قدر من الحماية للطرف المذعن ، إلا أنها بحاجة لإعادة صياغة لتحقيق الغرض المراد منها .

وفي الفصل الثاني تناولنا الحماية التي توفرها التشريعات الخاصة بأهم عقود الإذعان التي وضحت نواحي الاستغلال والجور فيها ، بشكل استدعى تدخل المشرع لحماية الطرف المذعن فيها ، وذلك في ثلاثة مباحث تعرفنا في الأول منها على أوجه الحماية التي توفرها القواعد الخاصة بعقد التأمين في القانون المدني وتلك التي توفرها أحكام قانون مراقبة أعمال التأمين ونظام التأمين الإلزامي ، وأشرنا إلى المثالب والثغرات في هذا الصدد ، وتمنينا على المشرع تجاوزها .

وفي المبحث الثاني تناولنا الحماية التي وفرها كل من المشرعين الأردني والفلسطيني للعامل كطرف مدعٍ في عقد العمل من خلال تنظيمهما لأحكام عقد العمل ، وذلك من خلال فرض العديد من القيود والتزامات لمصلحة العامل ، وذلك في مطلب أول ، ومن خلال الأحكام الخاصة بإنهاء عقد العمل في مطلب ثان .

وفي المبحث الثالث تعرفنا على أهم أوجه الحماية التي توفرها الأحكام الخاصة بعقد التزام المرافق العامة في مطلب أول وفي المطلب الثاني الحماية من خلال إقرار أحكام خاصة بالمسؤولية في عقد النقل .

وقد توصلت من خلال هذه الدراسة إلى مجموعة من التوصيات سنأتي على ذكرها في نهاية هذه الرسالة .

المقدمة

من المعلوم أن مهمة القانون الأساسية هي تنظيم الحياة الاجتماعية للإنسانية بهدف تحقيق العدالة والصالح العام ، ومن ثم فإنه لا يمكنه أن يضطلع بهذه المهمة ، إلا إذا كان في النظريات التي يقيمها والقواعد التي يقررها يستلهم الأفكار السائدة والحاجات الاقتصادية والاجتماعية ، ويعمل دون انقطاع على الملاءمة بينها لما لها من حركة دائمة وتطور مستمر .

فمنذ القدم ظهرت آراء عديدة تحاول ضبط ما يمكن ضبطه من علاقات القوة والضعف في الحياة الإنسانية بشتى صورها إلى أن وصلت الإنسانية في أواخر القرن الثامن عشر وبداية القرن التاسع عشر إلى الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة ، وأقرت نظاماً خاصاً بالعقد ، يتلاءم مع الوضع الاقتصادي والسياسي والاجتماعي في ذلك الوقت ، فالمبادئ التي سادت في تلك الفترة لا ترى في العقد مصدراً للظلم بسبب خضوع المدين الإرادي للدائن ، ما دام هناك تعادل في المركز القانوني بين المتعاقدين ، ذلك أنها كانت ترى في الإرادة المصدر الحقيقي للالتزامات ، متأثرة بمبدأ حرية العرض والطلب ، الذي يحقق في نظرهم أفضل توزيع للأموال والخدمات .

وبالتالي فالقانون ليس من شأنه أن يحمي أي من المتعاقدين ، إذا ما فرط في حق نفسه ، ذلك أن دور القانون لا يرقى إلى إقامة توازن اقتصادي بين المتعاقدين ، إذ فيما فطر عليه الإنسان من حرص على مصلحته الخاصة ما يكفي لإقامة التوازن على نحو أتم مما لو أراد القانون أن يتدخل ، ومن ثم فإن دور القانون ينحصر في إقامة تكافؤ قانوني بين المتعاقدين ، بأن يكون كل منهما كامل الأهلية ، حر الإرادة ، فعندئذ يفترض أن العقد عادل .

إلا أن هذه النظرة العالية للعقد تغيرت مع بداية القرن الماضي ، حيث هاجم الفلاسفة مبدأ سلطان الإرادة ، وهاجم الاقتصاديون مبدأ الحرية ، فالحرية التعاقدية أصبحت لا تحقق بالضرورة العدالة ، وكان ذلك نتيجة للتقدم الصناعي وميله إلى التركيز ووجود شركات قوية

برؤوس أموال كبيرة ، بحيث أدت إلى تفاوت اجتماعي خطير ، وضعف ظاهر من ناحية حرية الإرادة في التعاقد ، فبدل أن يتساوى أطراف العقد عند مناقشة أحكامه أصبح أحدهما هو الذي يحدد شروط العملية التعاقدية ، والآخر ليس له إلا أن يقبل أو يرفض ، مما يعني الاستغلال والتسلط من الطرف القوي على الطرف الضعيف المضطر .

ويزداد هذا الخطر إذا تعلق الأمر بعملية قانونية لسد حاجة أساسية لا يكون للجمهور الخيار فيمن يتعاقد معه لقضائها ، لأنه يجد نفسه أمام تنظيمات قوية ، تتمتع باحتكار قانوني أو فعلي ، ويكون عليه أن يتعاقد معها دون إمكان المناقشة ، وهو ما نجده في عقد العمل وعقد التأمين وعقود الاشتراك في الخدمات العامة وعقد النقل بالإضافة إلى العديد من العقود الأخرى التي أبرزها التطور الحديث .

وهذه هي ما اتفق الفقهاء على تسميتها بعقود الإذعان ، بدلالة ما تتطوي عليه هذه العقود من إذعان يقصد به رضوخ العاقد الضعيف وتسليمه بشروط يملئها الطرف الآخر القوي ، الذي غالبا ما يستفيد من تفوقه كي يدخل في العقد شروطاً مجحفة (تعسفية) تهدف إلى حماية مصالحه بالتخفيف من التزاماته التعاقدية مع تكليف الطرف الآخر المذعن بالتزامات جديدة أو التشديد من التزاماته الأصلية بشكل جائر ، الأمر الذي استوجب إيجاد الوسائل الكفيلة بحماية الطرف المذعن والحيلولة دون استغلاله .

ولما كانت الأحكام العامة للعقود الواردة في التشريعات المدنية القديمة قد وضعت في ظل سيادة مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية ، فلا ينتظر منها إعطاء الوسائل الفعالة ، التي تسمح بمقاومة الشروط التعاقدية المجحفة وإعادة التوازن العقدي وحماية الطرف المذعن .

لذلك حاول القضاء في تلك الفترة ، إيجاد الوسائل الكفيلة بحماية الطرف المذعن ، مستنداً في ذلك إلى ما تتيحه القواعد العامة من وسائل قانونية تحقق بعض الحماية ، وكذلك إلى ما يتمتع به من سلطة تقديرية في التفسير ، وقد نجح في التوصل إلى بعض الحلول التي أخذت بها التشريعات المختلفة بعد ذلك .

وعند وضع التشريعات المدنية الحديثة ، حاولت التوفيق بين المفهوم التقليدي لحرية الإرادة والتطور الاجتماعي الحديث ، وذلك عن طريق إدخال بعض الإصلاحات على نظامها القانوني ، بحيث أنها وإن كانت تقوم على مبدأ الفردية ، إلا أن نظرتها للفرد ليست منعزلة عن الأجهزة الأخرى للمجتمع كالجهاز الاقتصادي والاجتماعي ، ومن ثم تأخذ بحرية الإرادة في إنشاء الالتزام وترتيب آثاره ما دامت لا تمس بحريات الآخرين وحقوقهم مع إخضاعها لبعض القيود التي تنأتى عن طريق تدخل الدولة بفرض العديد من القواعد الآمرة ، بهدف تحقيق التوازن الاقتصادي والاجتماعي للعقد .

وعليه لم يعد ينظر إلى تدخل الدولة على أنه شر في جميع الأحوال ، بل أنه أصبح يأتي في مقدمة الواجبات الأساسية للدولة المعاصرة بمختلف أجهزتها المعنية ، إذ تبين في حالات كثيرة أن تدخل الدولة هو وحده الذي يكفل ممارسة الحريات ويضمن الحقوق ويحميها من أثر القوى الاقتصادية الخاصة وسيطرتها مما يحقق العدالة الاجتماعية بين الأفراد .

هذا التدخل الذي أضحى اليوم أمراً مسلماً به من الجميع ، اتخذ في عقود الإذعان صورتين ، الأولى بتقرير أحكام عامه تنطبق على كل عقد ينطبق عليه وصف الإذعان والثانية بتنظيم خاص لأهم عقود الإذعان .

وبهاتين الوسيلتين أخذ المشرع الأردني - كغيره من المشرعين - حيث أخذ بالوسيلة الأولى عندما خول القاضي سلطة تقديرية واسعة لتعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف

المذعن منها كاستثناء من مبدأ القوة الملزمة للعقد ، وكذلك عندما ألزمه بأن لا يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن خلافاً للقاعدة العامة في التفسير والتي تقضي بأن يكون تفسير الشك لمصلحة المدين ، وأخذ بالوسيلة الثانية عندما عمد إلى تنظيم أهم عقود الإذعان ، كما هو الحال في عقد العمل الذي ضمنه مجموعة من القواعد الآمرة ، تكفل الحقوق الأساسية للعامل وتعيد التوازن للعقد ، وكذلك الأمر بالنسبة لعقد التأمين وعقد النقل ، حيث استبعد المشرع جميع الشروط التعسفية التي يدرجها المؤمن أو الناقل بهدف التحلل من المسؤولية أو التخفيف منها .

خطة البحث :-

إذا ما أردنا أن نقسم دراستنا في هذه الرسالة نرى من المتعين أن نتناول موضوع بحثنا — الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان — من خلال فصل تمهيدي نستعرض من خلاله التطور الذي أصاب مبدأ سلطان الإرادة في مبحث أول ، وظهور عقود الإذعان والتعريف بها بشكل عام في مبحث ثان ، وفصلين نتناول في الأول بيان مدى الحماية التي توفرها القواعد العامة في القانون المدني للطرف المذعن ، نتعرف من خلاله على قصور النظريات القانونية التقليدية عن توفير الحماية المطلوبة في مبحث أول على أن نضمنه أهم الحلول التي توصل إليها القضاء في ظل غياب التشريعات الحمائية ، وفي مبحث ثان نعرض للوسائل التي خص بها المشرع عقود الإذعان كاستثناء من القواعد العامة ، وفي الفصل الثاني الحماية التي توفرها التشريعات الخاصة بأهم عقود الإذعان ، عقد التأمين وعقد العمل وعقود الاشتراك في الخدمات العامة وعقد النقل ، على أن يكون ذلك بشكل مقارنة مع بعض التشريعات ، خاصة الفرنسي والمصري ، وذلك لنبين مدى ما توفره النصوص الأردنية من حماية مقارنة بغيرها من النصوص ، مع الإشارة إلى التشريعات المطبقة عندنا في فلسطين كلما أمكن ذلك .

وعليه سوف تكون خطتنا في دراسة هذا الموضوع على النحو التالي :

الفصل التمهيدي : مبدأ سلطان الإرادة وعقود الإذعان

الفصل الأول : حماية الطرف المذعن من خلال القواعد العامة في القانون المدني

الفصل الثاني : حماية الطرف المذعن من خلال التشريعات الخاصة

والله ولي التوفيق

الفصل التمهيدي

مبدأ سلطان الإرادة وعقود الإذعان

أخذت النظم القانونية التي اتسمت بإعلاء المذهب الفردي بمبدأ سلطان الإرادة ، وغالت هذه النظم في الأخذ به إلى أن حدثت التطورات الاقتصادية التي شهدها القرن الماضي من هذا المبدأ ، مما نتج عنه ظهور ما يسمى بعقود الإذعان التي تعتبر نتاج عدة عوامل اقتصادية وقانونية ومادية .

وبناء على ذلك فإن الأمر يتطلب منا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في الاول مبدأ سلطان الارادة من كافة جوانبه التي تخدم موضوع دراستنا وفي المبحث الثاني نتناول التعريف بعقود الإذعان بشكل عام .

المبحث الأول

مبدأ سلطان الإرادة

احتل مبدأ سلطان الإرادة أهمية كبرى منذ فجر المدنية وانتشار التعامل بين الناس ، حيث نجد أثره في المدنيات الأولى ، إلا أنه كان محاط بكثير من الشكليات ، فلم يكن هذا المبدأ طليقاً في القانون الروماني ، ولما جاء الإسلام حرره من الشكليات تحريراً تاماً ضمن حدود الشرع ، وتوالت التغيرات على المبدأ طوال القرون الماضية إلى أن وصل إلى مفهوم حديث يستجيب للظروف المعاصرة ، ذلك المفهوم الذي يسمح بإضفاء الصفة التعاقدية على عقود الإذعان وتوفير الحماية القانونية للطرف المذعن فيها .

وعليه سوف نتناول نشوء هذا المبدأ وتطوره وموقف الفقه الإسلامي منه في مطلب أول وتراجع المبدأ ووضع الأمور في نصابها في مطلب ثان .

المطلب الأول

نشوء مبدأ سلطان الإرادة وتطوره

مرت الإرادة من حيث حريتها وكفايتها لإنشاء العقود بعدة أدوار ، فقد كانت هذه الحرية ضيقة في القانون الروماني ، ثم اتسعت في المجموعة المدنية الفرنسية تحت تأثير المذهب الفردي إلى أن وصلت حد المغالاة في الاعتداد بها ، في حين أن الفقه الإسلامي كان قد عرف هذه الحرية ووضع لها حدوداً معقولة ، لذا سوف نتعرف على هذا المبدأ ثم نتعرض لنشأته وتطوره وموقف الفقه الإسلامي منه .

الفرع الأول

عرض عام للمبدأ

يتصل مبدأ سلطان الإرادة بفلسفة القانون ، ومقتضاه أن الإرادة وحدها هي القادرة على أن تنشئ التصرف القانوني ، وتحدد الآثار التي تترتب عليه ، فالإرادة لها السلطان الأكبر في تكوين العقد وفي تحديد آثاره .

فالالتزام لا يستند إلى القانون وإنما إلى الإرادة ، فالعقد تبعاً لهذا المبدأ إنما يستمد قوته الملزمة من إرادة أطرافه لا من القانون ، ذلك أن أفضل القواعد التي يمكن أن تحكم علاقة الأفراد هي تلك التي تتبع من الاتفاقات الحرة فيما بينهم ، تلك الاتفاقات التي تتم عادة نتيجة لتنازلات متبادلة تحقق مصلحة الطرفين وتقيم العدالة والتوازن بين كل منهما ^(١).

ومن ثم فإن مبدأ سلطان الإرادة يتبدى في مرحلتين ، الأولى : هي مرحلة تكوين العقد ، إذ تكفي الإرادة وحدها لإنشاء العقد ، فالعقد يكون له وجود حقوقي بمجرد تراضي أطرافه ، ويقوم هذا الوجود على حرية إرادة أطرافه وحدها ولو جاءت عارية عن أي شكل يفرض عليها

(١) الدكتور / مصطفى العرجي / القانون المدني / ج ١ / العقد / بيروت / بلا سنة / ص ١٠١ .

من الخارج ، وهذه الحرية هي التي يطلق عليها مبدأ الحرية التعاقدية (مبدأ الرضائية) وهي جوهر مبدأ سلطان الإرادة^(١)، وهي التي تتيح للأطراف أن ينظموا علاقاتهم واختيار نوع التعاقد الذي يريدونه واستبعاد كافة النماذج التي قد يقترحها المشرع ، وكذلك الخروج على كل ما ينظمه القانون من قواعد مكملة ، وذلك بما يتناسب مع حاجاتهم .

وكذلك إذا تعاقد الشخص كان له أن يحدد مضمون عقده طبقا لما يريد ، ذلك انه إذا كان للشخص الحرية في إنشاء العقد ، فان له الحرية كذلك في تحديد مضمون ذلك العقد والمساومة على شروطه وأوصافه ، ما دام لم يخرج في ذلك على النظام العام والآداب العامة .^(٢)

كما يتبدى مبدأ سلطان الارادة من جهة ثانية بعد تكون العقد ، فإذا ما انعقد العقد فإنه يصبح ملزما لأطرافه احتراماً لإرادتهم ، فلا يجوز إنهاؤه أو تعديله بإرادة منفردة لأحد أطراف العقد وإنما يلزم لذلك اتفاق الإراديتين ، وكذلك يستطيع كل طرف أن يتمسك بالعقد ويرفض كل تدخل للسلطة العامة أو للقاضي ، الذي ليس له من حيث المبدأ أن يعيد النظر في العقد أو أن يعدل في أحكامه ، وعندما يتعرض لتفسيره فإن عليه أن يفسره بما يظهر إرادة الطرفين من ورائه ، فلا يستطيع أن يحل مفهومه للعقد محل طرفيه ، بل أن ما يستظهره من النص يجب أن يكون عاكساً لإرادتهما المفترضة وما هو منطبق مع روح العقد والغرض المقصود منه .^(٣)

من هنا جاء مبدأ القوة الملزمة للعقد الذي يعبر عنه بقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) بمعنى أن العقد هو القانون أو الشريعة التي تحكم علاقة أطرافه ، لأنه حصيلة التقاء إراديتين حرتين التزمنا بما أردنا أن نلتزما به ، أي أن قوة الالتزام تتبع من إرادة الملزم .

إلا أن هذه القاعدة اخذ ينحصر مداها بفعل العوامل الاجتماعية والاقتصادية التي أثرت في

(١) الدكتور / محمد وحيد الدين سوار / شرح القانون المدني / ج ١ / مصادر الالتزام / منشورات جامعة دمشق / دمشق / ١٩٩٠ / ص

(٢) الدكتور / سليمان مرقس / الوافي في شرح القانون المدني / ج ١ / نظرية العقد / دار الكتب القانونية / القاهرة / ١٩٨٧ / ص ٦٢ .

(٣) المادة (٢٣٩) من القانون المدني الأردني رقم (١٦) لعام ١٩٧٦ .

العقد ، بالقدر الذي سمح بإدخال عدة استثناءات عليها ، منها ما قررته التشريعات الحديثة من سلطة للقاضي إزاء عقود الإذعان .

إن هذا هو المقصود بمبدأ سلطان الإرادة بوصفه قاعدة مجردة ، إلا أنه مر بمراحل عدة إلى أن وصل بالبعض إلى حد المغالاة في الانتصار له ، وهذا ما يدعونا إلى أن نستعرض مراحل نشوئه وتطوره .

الفرع الثاني

نشوء مبدأ سلطان الإرادة وتطوره

مر مبدأ سلطان الإرادة بمراحل مختلفة كان يعتبر في كل منها صدى لما يسود في كل عصر من تيارات اقتصادية واجتماعية وسياسية.

فقد كانت القاعدة في الجماعات البدائية ، أن القوة هي مصدر الحق ، إلا أنها تطورت في النظم القديمة لتصبح الطقوس هي مصدر الحق ، وعليه لم يكن يتصور في تلك العصور أن مجرد التراضي يكفي لكي يتم الاتفاق ، واستمر أثر هذه النظم في القانون الروماني فلم يكن هذا الأخير يعتبر اتفاق الإرادتين كافياً بحد ذاته لإيجاد علاقة ملزمة بين طرفي الالتزام ، إذ بدأت العقود فيه شكلية تسيطر عليها أوضاع معينة من حركات وإشارات وألفاظ وكتابة ، فكانت هذه الشكليات شرطاً لازماً لانعقاد العقد .^(١)

واستمر وجوب هذه الشكليات رداً من الزمن ، ولكن بتأثير من الحضارة الرومانية ومقتضيات الحياة والحاجة إلى كثرة التبادل والسرعة في المعاملات ، أخذت تضمحل رويداً رويداً ، حتى انتصر سلطان الإرادة في أربعة عقود مهمة هي البيع ، والإجارة ، والشركة والوكالة ، التي اعتبرت عقوداً رضائية يكفي مجرد الاتفاق لإنشائها دون حاجة لأي شكلية

(١) الدكتور / محمد حسني عباس / العقد والإرادة المنفردة / القاهرة / ١٩٥٩ / ص ٢٥+٢٦ .

أخرى ، ولكن كل ذلك كاستثناء من القاعدة العامة في القانون الروماني وهي أن العقد إنمى يستمد قوته الملزمة من الشكل . (١)

وفي العصور الوسطى أخذ مبدأ سلطان الإرادة يقوى تدريجيا تحت تأثير القانون الكنسي والمبادئ التي دعا إليها وأهمها وجوب احترام العهد ، إذ اعتبرت النكوث بالوعد خطيئة دينية ، ثم أصبح إخلالا بالتزام قانوني يعطي الحق في رفع الدعوى لتنفيذ الاتفاق . (٢)

كما كان لمبادئ القانون الكنسي آثار هامة في تكوين نظرية العقد ، ذلك أنها أدخلت فكرة العدالة في الالتزامات التعاقدية ، وما ترتب عليها من ظهور فكرة الغبن التي لم تكن معروفة في العهد الاول من القانون الروماني ، فلم تجز للطرف القوي أن يسيء استخدام قوته ليغبن المتعاقد الآخر ، تلك الفكرة التي تأخذ بها القوانين الحديثة في حالات خاصة (٣).

بالإضافة إلى هدمها قاعدة الشكلية والوصول إلى مبدأ الرضائية في العقود ، كما وصلوا الى فكرة السبب القسدي ، الذي ميزوه عن السبب المنشئ ، حيث أوجبوا توافر السبب القسدي . (٤)

وفضلا عن كل ذلك فقد ساهمت العوامل الاقتصادية والسياسية بنصيب وافر في تثبيت هذا المبدأ ، ذلك أن انتشار التجارة وازدياد حركة التعامل اقتضيا التخلص من القيود والأوضاع التي تعوق سرعة التداول ، كما أن ظهور نظريات اقتصادية وفلسفية وسياسية تشبعت بالروح الفردية ساعدت على إقرار المبدأ .

(١) الدكتور / عبد المجيد الحكيم / الموجز في شرح القانون المدني / ج ١ / مصادر الالتزام / بغداد / ١٩٦٣ / ط ٢ / ص ٣٢ ، الدكتور /

عبد السلام الترماني / الوسيط في تاريخ القانون والنظم القانونية / جامعة دمشق / ١٩٨٦ / ص ١٨٨ .

(٢) الدكتور محمد لبيب شنب / موجز في مصادر الالتزام / العقد والإرادة المنفردة / بيروت / ١٩٧٠ / ص ٢٢ .

(٣) اخذ المشرع الأردني بنظرية الغبن إلا انه اشترط أن يكون هذا الغبن فاحشا وهو ما لا يدخل تحت تقويم المقومسين المادة (١٤٦) وان يقترن بالتفريغ ، واستثنى من هذا الشرط الثاني أن يقع الغبن في مال المحجور ومال الوقف وأموال الدولة المادة (١٤٩) حيث أجاز لمن غور به فسخ العقد . انظر في ذلك الدكتور / عبد القادر الفار / مصادر الالتزام / عمان / ١٩٩٦ / ص ٧٤-٧٧ .

(٤) الدكتور / عبد المنعم فرج الصدة / عقود الاذعان في القانون المصري / رسالة دكتوراه / جامعة فؤاد الاول / ١٩٤٦ / ص ١٣ .

فقد رفض فلاسفة القرن الثامن عشر سيطرة الأفكار الدينية ونادوا بالمذهب الفردي الذي يقوم على حرية الفرد واستقلال إرادته ، فالفرد هو في أن واحد الوسيلة والغاية من قيام النظام الاجتماعي ، كما نادى الفيزوقراطيون بالحرية الاقتصادية عندما قالوا بسمو النظام الطبيعي الذي يقوم على الحرية والمنافسة ، لأنه خير وسيلة للوصول للرخاء الاقتصادي عن طريق توك الأفراد يزاولون نشاطهم بشكل حر دون أية قيود مما يؤدي إلى زيادة الإنتاج وتحقيق التوازن بين الإنتاج والاستهلاك . (١)

من كل ذلك نجد أن جماع الأفكار التي سادت ذلك العصر هي أن الإرادة حرة في مزاولتها نشاطها دون تدخل من القانون الذي ليس له أن يتدخل لحماية طرف في مواجهة الطرف الآخر ، ذلك أن هذا الوضع هو الذي يحقق مصلحة الفرد وبالتالي مصلحة المجموع .

وعليه فقد غالى أنصار المبدأ الفردي في تأييدهم لحرية الإرادة وسلطانها ، فالإرادة الحرة عندهم تتمتع بسلطان مطلق في تحديد الآثار التي تراها مناسبة ، بالإضافة إلى كونها مصدر الالتزامات ، وتجاوزوا حدود المعقول عندما حاولوا إقامة كل أحكام القانون على الإرادة ، فسلطان الإرادة ليس مقصورا عندهم على توليد الالتزامات وحدها بل يولد كل الحقوق الأخرى . وفي ظل تلك الروح الفردية التي كانت سائدة وقت وضع المجموعة المدنية الفرنسية ، كان من الطبيعي أن ترد هذه المجموعة متأثرة بتلك الروح حيث جاء التقنيين المدني الفرنسي وقد سيطرت عليه قاعدة سلطان الإرادة إلى درجة مبالغ فيها حيث نص على أن الاتفاق إذا تم شرعا فإنه يقوم مقام القانون لمن تعاقدا (٢) ، أي (أن العقد شريعة المتعاقدين) .

وكذلك الأمر بالنسبة للمجموعتين المدنييتين المصريتين الأهلية منهنما والمختاطة ، فقد جاءت على غرار المجموعة الفرنسية تعتد بمبدأ سلطان الإرادة إلى حد كبير ، أما في القانون

(١) الدكتور / محمد حسني عباس / المرجع السابق / مرجع سابق / ص ٣٠ .

(٢) الدكتور / منذر الفضل / النظرية العامة للالتزامات / ج ١ / مصادر الالتزام / عمان / ١٩٩٦ / ص ٤٥ .

الأمريكي ، فقد استقر الرأي قبل نهاية القرن التاسع عشر على أن حرية التعاقد تدخل في الحرية التي يكفلها الدستور ، وأصبح العقد تحقيقاً لفكرة الحرية ، كما أصبح وسيلة لتنمية تحقيق الذات الفردية إلى الحد الأقصى ، فقد قام القانون ليكفل الحق في التعاقد بحرية ليس فقط ضد العدوان من جانب الأفراد ، ولكن بدرجة أكبر ضد العدوان من جانب المجتمع .^(١)

وقبل الانتهاء من عرض مبدأ سلطان الإرادة من حيث تعريفه ونشؤه وتطوره ، لا بد لنا من التعرف على موقف الفقه الإسلامي من هذا المبدأ .

الفرع الثالث

موقف الفقه الإسلامي من مبدأ سلطان الإرادة^(٢)

عرف الفقه الإسلامي مبدأ سلطان الإرادة في شقه المتعلق بمبدأ الرضائية ، حيث قرر الفقهاء المسلمون بأن الإيجاب والقبول وحدهما كافيان في تكوين العقد ، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم " (النساء / آية ٢٩) ، فعندهم مجرد التراضي يولد العقد والتزاماته دون حاجة لممارسة شكلية معينة باستثناء عقد الزواج الذي يخضع لخطورته لشكلية الإعلان والإشهاد عليه.^(٣)

وهذه الحرية غير محصورة على أنواع معينة من العقود ، فكل موضوع لم يمنعه الشرع ولا تقتضي قواعد الشريعة وأصولها منعه جاز التعاقد عليه ، فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن للناس الحرية المطلقة في إنشاء العقود وفي اشتراط الشروط في عقودهم ، فالأصل في العقود وما يتصل بها من شروط هو الإباحة ما لم يمنعها الشرع .^(٤)

(١) برنارد شفاتر / القانون في أمريكا / ترجمة المستشار ياقوت العشماوي / دار المعرفة / القاهرة / بلا سنة / ص ١٧٢ .

(٢) انظر في الموضوع / الدكتور / هاشم عبد المقصود سعد / نظرية حرية العقود والشروط في الفقه الإسلامي مقارنة بالتشريع الوضعي / جامعة القاهرة / بلا سنة / والدكتور عبد الرحمن الصابوني / المدخل لدراسة الفقه الإسلامي / دمشق / ١٩٨٩ / ص ١٥٢ - ١٦٠ .

(٣) الدكتور وهبة الزحيلي / الفقه الإسلامي وأدلته / ج ٤ / دار الفكر / دمشق / ١٩٨٩ / ط ٣ / ص ١٩٨ .

(٤) الدكتور / السهوري / مصادر الحق في الفقه الإسلامي / ج ١ / ص ٤١ .

أما فيما يتعلق بالشق الثاني المتعلق بالقوة الملزمة للعقد (قاعدة العقد شريعة المتعاقدين) فقد اتفق الفقهاء على أن العقد المستكمل لأركانه وشرائطه يتمتع بالقوة الإلزامية ، أي أن كل عقد أبرمه الإنسان بإرادته الحرة فهو ملزم بنتائجه ويستدلون على ذلك بقوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " ، إلا أنهم يرون أن آثار العقد هي في الأصل من عمل الشارع . (١)

ويمكن إجمال موقف الفقه الإسلامي من هذا المبدأ بما جاء في الحديث الشريف "المؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً" ، هذا الحديث الذي يقرر قاعدة واستثناء ، فالشق الأول منه يفيد حرية الأفراد في إنشاء العقود وتضمينها ما يشاءون من الشروط ، في حين يضع الشق الثاني قيداً على هذه الحرية بأن لا تخرج عن حدود الشرع وهو ما يعرف في الفقه الحديث أن الأفراد يجب أن لا يخالفوا في اتفاقاتهم القانون ولا النظام العام والآداب .

من ذلك نجد أن ما قرره الفقهاء المسلمون بالنسبة لمبدأ سلطان الإرادة من أول يوم بدأوا فيه تفكيرهم القانوني يماثل ما وصل إليه التطور القانوني الغربي خلال قرون عديدة ، ذلك التطور الذي سنتعرض له في المطلب الثاني.

(١) الدكتور / مصطفى الزرقا / المدخل الفقهي العام / ج ١ / مكتبة دار الفكر / دمشق / ١٩٦٨ / ط ١٠ / ص ٤٦٨ .

المطلب الثاني

تراجع مبدأ سلطان الإرادة

إذا كان مبدأ سلطان الإرادة بنتائجه عامة قد ازدهر خلال القرن التاسع عشر ، إلا أنه مع نهاية ذلك القرن وبداية القرن العشرين بدأ يعاني انتكاسات هامة نالت من نتائجه ، ذلك أن الواقع العملي أثبت بما لا يدع مجالاً للشك ، أن افتراض حرية الإرادة واعتبارها أساساً للقوة الملزمة للعقد يقود إلى إنكار أهمية الاعتبارات الاجتماعية ويخل بالتوازن العقدي .

لذا سوف نتعرض في هذا المطلب إلى أثر مبدأ سلطان الإرادة على فكرتي التوازن العقدي والعدالة الاجتماعية ، ومن ثم إلى انتكاس هذا المبدأ واصطبغ القانون بالصبغة الاجتماعية لنصل بعد ذلك إلى وضع الأمور في نصابها عن طريق تقييد المبدأ .

الفرع الأول

أثر مبدأ سلطان الإرادة على التوازن العقدي والعدالة

يرى فقهاء النظام القانوني القائم على المذهب الفردي بأن مبدأ سلطان الإرادة يحقق العدالة ، فإرادة الإنسان لا يمكن أن تتوجه إلا إلى ما فيه مصلحته ، وبالتالي فالالتزامات التي تنشأ عن تلك الإرادة أيا كانت ومهما كان أثرها لا يمكن إلا أن تكون عادلة ، وقد أشار إلى ذلك (kant) حين قال " إذا قرر الإنسان أمراً يتعلق بغيره ، فقد يظلم هذا الغير ، ولكن من المستحيل أن يقرر الإنسان أمراً يتعلق بشؤون نفسه فيظلم نفسه " .^(١)

وعليه فمن غير المقبول أن يتم تحديد العدالة والتوازن في العقود من الخارج (أي من خارج إطار التعاقد) أو بطريقة موضوعية ، فالتعاقد ذاته ومن خلال مبدأ العرض والطلب يحقق

^(١) نقلاً عن الدكتور / محمد حسني عباس / المرجع السابق / ص ٣٥ .

توازنه الذاتي ، ومن ثم تقاس عدالة العقد بمقياس شخصي . (١)

وبالتالي لا مجال للتدخل في تنظيم العقود تحت ستار عدم عدالتها أو أنها لا تحقق التوازن الذي ينشده المتعاقدان ، ذلك أن الإرادة هي التي تؤدي إلى التزام صاحبها بالعقد وشروطه ، فالإرادة عندما تقدم على التعاقد تكون حققت العدالة بمقياس شخصي .

ولكن ذلك ليس صحيحاً على إطلاقه، فليس كل ما هو عقدي يكون بالضرورة عادلاً، فتلك المقولة لا تصح إلا إذا كان كل من المتعاقدين على قدم المساواة تماماً ، فقد أثبت الواقع العملي بما لا يدع مجالاً للشك، بأن افتراض حرية الإرادة واعتبارها أساساً للقوة الملزمة للعقد يقود إلى اختلال التوازن لمصلحة أحد الطرفين في مواجهة الطرف الآخر ، إذ غالباً ما لا يتوفر التسلوي بين الأطراف المتعاقدة من حيث القوة الاقتصادية أو الكفاءة ، مما يؤدي إلى ترك الطرف الأكثر قوة أو كفاءة يفرض شروطه ويشكل بنود العقد دون تدخل من الطرف الضعيف . (٢)

وتبرز عدم العدالة هذه أكثر ما يكون في عقد التأمين وعقد العمل وعقود أخرى يتمتع فيها أحد المتعاقدين بمركز اقتصادي قوي يستغل بموجبه حاجة المتعاقد الآخر الضعيف ، فالمؤمن له الذي يتعاقد مع شركات التأمين الضخمة ، يجب عليه أن ينفذ ما التزم به ، دون أن يحتج بأن شروط العقد جائرة ، وكذلك العامل الذي يتعاقد مع صاحب العمل حراً مختاراً ، يجب عليه الالتزام بعقده ، بما يتضمنه عادة من شروط تعسفية ، وهو ما قاد إلى ظهور طائفة من العقود تقوم على فكرة الخضوع من أحد الطرفين للآخر ، وهي ما يسمى اليوم بعقود الازعاج التي تتعدى فيها المساواة على شروط العقد تبعاً لانعدام المساواة في المراكز الاقتصادية التي يتمتع بها كل منهما .

(١) الدكتور / حسن عبد الباسط جمعي / أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد / دار النهضة العربية القاهرة / ١٩٩٦ /

ص ١٠-١٢ .

(٢) الدكتور / حسام الدين كامل الاهواني / النظرية العامة للالتزام / ج ١ / مصادر الالتزام / ط ٢ / ١٩٩٥ / ص ٣٨ .

نخلص مما تقدم أن فقهاء النظام القانوني القائم على المذهب الفردي لا يعتقدون بعدم التعادل بين الالتزامات ما دام هناك تعادل بين المتعاقدين من حيث الحرية والإرادة ، فالعدالة تتحقق بتوفير قدر متساو من الحرية للأطراف المتعاقدة ، ومن ثم فلا يعتد بعدم التعادل إلا في الحدود التي يرسمها القانون . (١)

الفرع الثاني

انتكاس مبدأ سلطان الإرادة

أمام هذه المغالاة من قبل أنصار المذهب الفردي في الانتصار لمبدأ سلطان الإرادة ، ظهر مع نهاية القرن التاسع عشر اتجاه جديد ، كان له أثره على المشرع ، يرمي إلى الحد من هذه المغالاة ومقاومة الإسراف في حرية الإرادة ، والعمل على جعل القانون اجتماعيا . (٢)

وقد ساعد على ذلك عدة عوامل ، فالعوامل الاقتصادية والسياسية التي كانت سببا لازدهار مبدأ سلطان الإرادة والتطرف في الانتصار له ، أخذت تتكشم تدريجيا لتفسح الطريق أمام عوامل اقتصادية وأخرى سياسية دعت إلى مهاجمة هذا المبدأ .

أما العوامل الاقتصادية ، فما جاء القرن العشرون حتى قامت الصناعات الكبيرة تضم الجموع الحاشدة من العمال وتكونت الشركات الضخمة برؤوس أموال كبيرة ، وأخذ الاختلال في التوازن بين القوى الاقتصادية الجديدة يظهر على أشده ، فأدى هذا إلى تنظيم نقابات العمال التي أخذت تناضل لإعادة هذا التوازن . (٣)

كما أن ظهور المذاهب الاشتراكية في وجه المذهب الفردي الذي نادى به الفيزوقراط وقيام مذهب التضامن الاجتماعي ، الذي يعتبر المجتمع هو الغاية لا الفرد ، وبالتالي يجب

(١) الدكتور / عبد المنعم فرج الصدة / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ١٦ .

(٢) روسكو باوند / مدخل إلى فلسفة القانون / ترجمة الدكتور احمد مسلم / بيروت / ١٩٦٧ / ص ١٨٦ .

(٣) الدكتور / السنهوري / الوسيط / المرجع السابق / ص ١٤٦ ، والدكتور / الصده / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٣٦ .

مراعاة مصلحة المجموع قبل كل شيء ، فإذا تعارضت هذه المصلحة مع مصلحة الفرد قدمت الأولى على الثانية .

فظهر الروح الاشتراكية ومبدأ التضامن الاجتماعي أدى إلى انتكاس مبدأ سلطان الإرادة الذي أخذت قوته تضعف يوما بعد يوم ^(١) ، إلى أن بدا العقد كنظام من النظم الاجتماعية التي يراد بها تحقيق التضامن الاجتماعي ، وليس الغرض منه تحقيق ما للإرادة من سلطان . ^(٢)

كما أن الإرادة ليست هي المنشئة للالتزام بشكل مطلق ، ذلك أن القانون هو الذي يضع الإطار الذي تتكون في ظله العقود ، حيث نجد المشرع الفرنسي ينص في المادة (١١٣٤) مدني على " أن العقد شريعة المتعاقدين ما لم يخالف القانون " ، ومفهوم النص أن للأفراد حرية التعاقد في الدائرة التي رسمها القانون ، كما قرر في الفقرة الثانية أن العقد لا يلزم المتعاقدين بما اشتمل عليه فحسب ، بل هو يلزمهما أيضا بما تقتضيه العدالة والعرف ، وبما يقرره القانون من أحكام طبقا لطبيعة الالتزام ، وكذلك تم تقييد المتعاقدين بأن يتم التعاقد داخل دائرة النظام العام والآداب.

على أن خصوم مبدأ سلطان الإرادة قد غالوا في نقده ومهاجمته مغالاة المتطرفين في الانتصار له ، فوصل بهم الأمر إلى حد أن نفوا المبدأ إطلاقا حتى من دائرة العقد ، فذهبوا إلى أن الالتزامات الناشئة عن العقد لا تستند إلى محض إرادة العاقد ، وإنما أساسها اعتبارات تتصل بالصالح العام . ^(٣)

^(١) فهذا باوند يقرر في منتصف القرن الماضي انه " منذ خمسين عاما مضت والزم من أن الإرادة الحرة للأطراف قد وضعت القانون ... فان هذه الفكرة تختفي في العالم اجمع " عن برنارد شفارتز / المرجع السابق / ص ٢٧٠ .

^(٢) الدكتور / السنهوري / المرجع السابق / ص ١٤٦ .

^(٣) الدكتور / عبد المجيد الحكيم / المرجع السابق / ص ٣٤ .

الفرع الثالث

تقييد مبدأ سلطان الإرادة

رأينا أن مبالغة أنصار مبدأ سلطان الإرادة في تأييده ، قابلها مبالغة من جانب المعارضين له في مهاجمته ، إذ نادى أنصاره بالإرادة كأساس لجميع أنواع الحقوق والنظم القانونية ، بينما أنكر المعارضون أن تكون أساساً لأي حق أو نظام ، وفي غمرة هذه المجادلات ظهر اتجاه وسط انتصر للمبدأ ولكنه وقف به عند حدود معقولة .

ففي نطاق القانون العام لا سلطان للإرادة ، ذلك أن قواعد هذا القانون إنما تقوم على اعتبارات تتصل بالصالح العام ، أما في الالتزامات التعاقدية في إطار القانون الخاص ، فإن الإرادة تلعب دوراً هاماً ، بحيث يمكن اعتبارها المجال الطبيعي للإرادة ، وهي التي يتجلى فيها سلطان الإرادة على أوسع ما يكون له أن يظهر .^(١)

ولكن حتى في هذا الميدان فإن سلطان الإرادة ليس مطلقاً ، بل ترد عليه عدة قيود ، جاءت في صورة نصوص قانونية أمرة تحد من حرية الإرادة في مرحلة تكوين العقد ، كما تحد منها في مرحلة تنفيذ العقد . لذا سوف نتعرض لهذه القيود بالقدر المفيد لموضوع دراستنا .

أولاً - مرحلة تكوين العقد

ففي هذه المرحلة وتحت تأثير اعتبارات الدفاع والتوجيه الاقتصادي والعدالة الاجتماعية نجد النصوص التشريعية الحديثة تفرض العديد من القيود التي تحد من سلطان الإرادة ، وما يهمنا في هذا المقام تلك القيود التي تهدف إلى تحقيق العدالة الاجتماعية .

فقد أدى تطور النظام الرأسمالي إلى ازدياد التفاوت بين ثروات الأفراد ، وأصبح مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد ستاراً تستند إليه إرادة الطرف القوي في فرض شروطها على

^(١) الدكتور / سليمان مرقس / المرجع السابق / ص ٦٨ .

الطرف الضعيف ، وكلما تعاقد الأفراد تحت ضغط الضرورة وقبلوا شروطاً تحكمية يفرضها الطرف القوي ، ترتب على ذلك ظلم تعاقدى ومن ثم اختلال التوازن الاجتماعى ، وليس من الصالح العام أن تظلم طبقة اجتماعية طبقة أخرى ^(١).

لذلك لم يتخذ المشرع موقفاً سلبياً أمام حالات الظلم التعاقدى هذه ، وإنما انتصر للجانب الضعيف في العقد ، وذلك عن طريق فرض العديد من القيود على حرية الإرادة في التعاقد ، من ذلك القيود التي فرضها المشرع بنصوص أمرة على إرادة رب العمل في إبرام عقد العمل ، حماية منه لطبقة العمال وتحقيقاً للرفاهية الاجتماعية والحفاظ على مستوى أكثر عدلاً ^(٢).

كما تدخل المشرع في ما يسمى بعقود الإذعان التي وإن كان للفرد حرية التعاقد فيها من الناحية القانونية ، إلا أنه ملزم بالتعاقد من الناحية العملية ومع شخص معين بالذات يتمتع باحتكار فعلي أو قانوني ، مثال ذلك العقود المبرمة مع شركات السكك الحديدية وشركات الكهرباء والتليفون وشركات التأمين ، وكان هذا التدخل بهدف حماية هذا المتعاقد الضعيف ، وقد وصل المشرع حديثاً إلى تحقيق جانب من هذه الحماية وهي ما سنحاول بحثه بشكل مفصل في هذه الرسالة .

ثانياً — مرحلة تنفيذ العقد

رأينا أنه يتفرع عن مبدأ سلطان الإرادة قاعدة أن " العقد شريعة المتعاقدين " ، فالعقد يشبه القانون من حيث الأثر الملزم ، وقد ظل هذا الشق من مبدأ سلطان الإرادة محترماً في الفقه والقضاء والتشريع فترة من الزمن ، فمتى أبرم عقد ظل ملزماً ، لا تتدخل الدولة أو القضاء لتعديل شروطه ، إلا أن سياسة التدخل نالت من هذا المبدأ منذ بداية القرن العشرين تحت تأثير

^(١) الدكتور / محمد حسني عيس / المرجع السابق / ص ٤٠ .

^(٢) برنارد شفارتز / المرجع السابق / ص ٢٧٢ ، وانظر في تفصيل ذلك صفحة (٢٢٦) وما بعدها من هذه الرسالة .

اعتبارات اقتصادية وسياسية واجتماعية^(١)، وما يهمنا هنا تدخل المشرع في العقد بعد تمامه لاعتبارات تتعلق بتحقيق العدالة الاجتماعية.

من ذلك مثلاً ، ما جاء به المشرع من نصوص أمرة في التشريعات الخاصة بعقد الإيجار والمتعلقة بالتجديد القانوني للعقد ، والأخذ بنظرية الظروف الطارئة^(٢)، وما أعطي للقاضي من سلطة في حالة وجود شرط جزائي ، ولعل من أبرز الأمثلة على تدخل المشرع في مرحلة تنفيذ العقد ما نجده في عقود الإذعان ، إذ أعطى المشرع القاضي الحق في تعديل الشروط التعسفية وحتى إلغاؤها^(٣).

هذا على صعيد تدخل المشرع في العقد ، يضاف إلى ذلك ما أسهم به القضاء في تقييد مبدأ سلطان الإرادة^(٤)، فقد أخذ القضاء يراقب سلامة تكوين العقد وحسن أدائه لوظائفه الاقتصادية والاجتماعية ، فهو الذي يتولى تطبيق عيوب الإرادة ويراقب مشروعية السبب ، ويتوسع في فكرة النظام العام لحماية الطرف الضعيف في العقد وتحقيق جانب من المساواة . كما أن القضاء هو الذي لفت نظر المشرع إلى الشروط الجائرة في عقود الإذعان وأرشد المشرع إلى سبل حماية الطرف الضعيف فيها^(٥).

ولعل خير ما يجب أن نخرج به من هذا العرض الوجيز لتطور مبدأ سلطان الإرادة ، أن حرية الأفراد في إنشاء العقد وتحديد آثاره هي القاعدة في معظم التشريعات الحديثة ، ولكن ترد

(١) انظر في ذلك محمد حسني عباس / مرجع السابق / ص ٤٤ — ص ٤٧ .

(٢) المادة (٢٠٥) من القانون المدني الأردني لسنة ١٩٧٦ .

(٣) المادة (٢٠٤) من القانون المدني الأردني .

(٤) حيث يرى برنارد شغارتز في كتابه القانون في أمريكا " أن المحاكم الأمريكية بدأت تهدم فكرة حرية التعاقد بان تفرض شروطا على الأطراف الذين يرتضون نوعا خاصا من الصفقات أو العلاقات أو المراكز القانونية ، وبأن ترفض إنفاذ العقود التي — وإن أبرمت بملاء الحرية — وتعتبرها غير عادلة دون مبرر ، فقبل نهاية ١٩٤٢ تساءل القاضي فرانكوتر: هل في قانوننا مبدأ يطبق تطبيقا عاما أكثر من المذهب القائل أن المحاكم لا تقوم بإنفاذ الصفقات التي استغل فيها أحد الطرفين عن لا شعور حاجة الطرف الآخر " ، برنارد شغارتز / المرجع السابق / ص ٢٧٠ .

(٥) الدكتور / عبد الحكم فوده / تفسير العقد في القانون المصري والمقارن / القاهرة / ١٩٨٤ / ص ٣٠٨ .

على هذه القاعدة عدة قيود ، زادت في الوقت الحاضر عما كان مقرراً منها قبل ذلك إلى درجة كبيرة ، تلك القيود يفرضها المشرع مراعيّاً في ذلك تحقيق العدالة والمصلحة العامة ، ولعل من أهم المجالات التي تدخل فيها المشرع عقود الإذعان ، التي تعتبر ثمرة للتطور الحديث وتعبيراً عما تتطلبه الظروف الاقتصادية الحديثة من سرعة في التعامل ، بهدف توفير الحماية للطرف المذعن ، وهو ما سنتعرض له تفصيلاً في هذه الرسالة بعد التعريف بعقود الإذعان في المبحث الثاني .

المبحث الثاني

التعريف بعقود الإذعان

رأينا أن ظهور عقود الإذعان كان نتيجة لتطورات اقتصادية أدت إلى اختلال التوازن بين القوى الاقتصادية ، ومن ثم إلى تفاوت خطير بين طرفي العقد من الناحية الاقتصادية ، نتج عنه تقييد الحرية التعاقدية حتى لا يسيء الطرف القوي استعمال قوته الاقتصادية .

فهذا التطور أدى إلى انفراد الطرف القوي في تحديد شروط العقد ومن ثم تقديمه لمن يريد التعاقد معه ، وليس على هذا الأخير إلا أن يأخذه جملة أو يدعه مع اضطراره إلى التعاقد لأن موضوع العقد يتعلق بحاجة أساسية له لا غنى عنها .

واصطلح الفقهاء على هذا النوع من التعاقد عقود الإذعان ، وإن كانوا قد اختلفوا في تحديد الطبيعة القانونية لهذا النوع من العقود ، التي أخذت صوراً جديدة في العصر الحاضر بالإضافة إلى صورها التقليدية المعروفة .

لذا سوف نتعرض في هذا المبحث إلى ظهور هذا النوع من العقود والعوامل التي سلعت على ذلك في مطلب أول ثم تعريفها وبيان شروطها في مطلب ثان وبعد ذلك نتعرف على الطبيعة القانونية لهذا النوع من العقود وأهم صورها في مطلب ثالث .

المطلب الأول

ظهور عقود الإذعان وعوامله

أدت التحولات التي شهدتها المجتمع في أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين إلى اتساع دائرة العقد وظهور عقود جديدة لم تكن معروفة من قبل ، كان من أهمها عقود الإذعان ، هذه العقود التي جاءت نتيجة للتطورات التي حدثت في تلك الفترة ، سواء على الصعيد الاقتصادي أو القانوني أو المادي (الفني) ^(١) ، وهذا ما سوف نتطرق إليه .

الفرع الأول

العوامل الاقتصادية

نتج عن التطور الاقتصادي الحديث الذي اتجه نحو أسلوب الإنتاج الكبير، وما استتبع ذلك من قيام صناعات ضخمة تجاوزت قوى الفرد الذي أضحت جهوده غير كافية للسيطرة على الإنتاج في جزئه الأكبر ، اختلال التوازن بين القوى الاقتصادية ومن ثم إضعاف المفاوضة بين أطراف العقد ، وانفراد الطرف القوي اقتصادياً في فرض شروطه ، الأمر الذي ترتب عليه ظهور الصور التقليدية لعقود الإذعان .

فعقد العمل في ظل نشوء الصناعات الكبيرة لم يعد هو عقد إجارة الأشخاص الذي نظمته القانون المدني الفرنسي ، وإنما هو عقد يقوم بدور اجتماعي واقتصادي خطير ، نظراً لأنه ينظم العمل الإنساني وينسقه مع رأس المال ، فقد قادت الصناعات الكبيرة إلى ظهور لائحة المصنع بشروطها المتعددة القاسية ، التي تعتبر بمثابة القانون الداخلي للمصنع ، وعند دخول العامل للمصنع يصبح خاضعاً لهذه اللائحة ، وقابلاً لشروطها المجحفة ، وهذا الخضوع والقبول لا ينطوي على قدر يعتد به من الحرية ، فالعامل وإن كان له الخيار بين عدة مصانع ، إلا أنه لا

(١) انظر في ذلك لشعب محفوظ بن حامد / عقود الإذعان في القانون المدني الجزائري / رسالة ماجستير / جامعة الجزائر / ص ٨٠ - ٨١ .

يجد أية فائدة من الانتقال من مصنع إلى غيره ، ذلك أن العامل ينزل إلى سوق العمل ليجد أمامه كل يوم شروطاً جديدة وفقاً لقانون العرض والطلب الذي يحكم النظام الرأسمالي ، وهذه الشروط تكون عادة متماثلة في الصناعات المتشابهة ، وبالتالي تغدو المسألة مسألة احتكار فعلي من قبل صاحب المصنع وإذعان من قبل العامل الذي ليست له الحرية في ألا يتعاقد فهو بحاجة للعمل لتغطية نفقات عيشه^(١).

وهناك عقد آخر أصبح ذا أهمية كبرى نتيجة للتطور الحضاري الذي اتسم به القرن الماضي من ازدياد للأخطار التي يتعرض لها الأفراد والمؤسسات ، نتيجة للابتكارات والمكتشفات التكنولوجية الدقيقة ، ولتجمع الأشخاص وتكدس الأموال والبضائع في المصانع والمستودعات ، وهذا العقد هو عقد التأمين الذي أصبح وسيلة للاحتياط من الأخطار وتوزيعها ، حيث بات التأمين أحد الوسائل التي يلجأ إليها الإنسان لتفادي آثار الأخطار ومصائب الحياة المزعجة^(٢).

وقد تعددت أنواع التأمين بتقديم الحضارة وتنوع وسائل الاتصال بين الناس ، وزادت أهميته واتسع نطاقه ، بحيث أصبحت تتناول شتى فعاليات النشاط الإنساني ، فظهر التأمين على الحياة والحريق والتأمين ضد السرقة والتأمين على السيارات إلى جانب التأمين البحري المعروف سابقاً .

وهذه العقود تخرج في أغلبها عن نطاق العقد الرضائي لتصبح عقود إذعان بالنسبة للمؤمن له الذي لا يستطيع أن يناقش فيها^(٣)، إذ أن الذي يحدث عملياً أن تقوم شركات التأمين القوية بعمل نماذج لوثيقة التأمين تتضمن شروطاً متماثلة ، ومن ثم تعرضها على الجمهور الذي يضطر إلى قبولها لعدم جدوى الانتقال من شركة إلى أخرى لأنه سيواجه نفس الشروط .

(١) الدكتور / الصده / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٢٥ .

(٢) المحامي / شفيق حربا / عقد التأمين / مطبعة الاتحاد / دمشق / ١٩٨٦ / ط ١ / ص ٨ .

(٣) يرى البعض أن عقود التأمين لا تتمتع جميعها بصفة الإذعان ، انظر في عرض ذلك احمد علي خليف العويدي / الحماية القانونية للطرف المدعى في عقد التأمين / رسالة ماجستير / الجامعة الأردنية / ١٩٩٩ / ص ٣١ - ٣٦ .

وكذلك الأمر بالنسبة لعقد النقل الذي تطورت وسائله مع بداية القرن الماضي لما له من أهمية كأحد وسائل التداول والتوزيع ، فقامت شركات النقل الكبيرة خاصة في مجال النقل بالسكك الحديدية والنقل البحري ، مما ترتب عليه وجود احتكار قانوني أو فعلي من قبل هذه الشركات ، التي أخذت تفرض شروطاً جديدة خاصة فيما يتعلق بالمسؤولية ، يذعن لها المتعاقد مع هذه الشركات تحت ضغط الحاجة ، ونتيجة لذلك أصبح عقد النقل أحد أهم عقود الإذعان^(١). وهكذا نجد أن الرأسمالية الصناعية قد ساعدت على ظهور عقود الإذعان ، وذلك عن طريق الإخلال بالتوازن الاقتصادي بين طرفي العقد ، نظراً لاعتمادها على الحرية الاقتصادية والمذهب الفردي الذي يجعل من العقد مصدراً للحق دون منازع ، ولا يعترف بالدور الاجتماعي الذي يلعبه العقد في الحياة الحديثة .

الفرع الثاني

العوامل القانونية

يمكن إرجاع العوامل القانونية التي ساهمت في ظهور عقود الإذعان إلى القاعدة التي كانت سائدة آنذاك والتي تعطي الفرد الحق في الارتباط وفي تحديد شروط وآثار عقده مع المتعاقد الآخر وهي قاعدة الحرية التعاقدية ، التي حافظ عليها التشريع والقضاء فترة من الزمن ، وقاوم الجهود التي كانت ترمي إلى تحقيق الحماية الاجتماعية .

الأمر الذي ترتب عليه عجز النصوص القانونية التي جاءت بها المجموعة الفرنسية عن مواجهة الحالات المستجدة ، كما هو الحال في عقد التأمين ، الذي أصبح فيه المؤمن وهو الطرف القوي في العقد يفرض شروط التعاقد ، بناءً على معرفته بالخسائر المحتملة ، بما

(١) الدكتور / الصده / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٢٧.

يتفق وتحقيق مصالحه ، وكذلك الحال في عقد النقل حيث بدأت تظهر فيه شروط الإعفاء من المسؤولية أو الحد منها ، فهذه الحالات وغيرها لم تحط بها المجموعة المدنية الفرنسية ^(١). وبالتالي نجد أن عدم وجود نصوص قانونية تواجه تلك الحالات المستجدة في التقنين المدني والتجاري في ذلك الوقت ، كان سبباً في جعل أحد طرفي العقد ، وهو الطرف القوي اقتصادياً ، يخلق شروطاً تخرج عن نطاق هذين القانونين ، الأمر الذي ساهم في نشوء عقود الإذعان .

وفي هذا المقام يقول يرليوز أنه " إذا كانت التحولات الاقتصادية قد ولدت عدم التوازن في العقد فان الوسائل والنظريات القانونية قد خلفت عقود الإذعان " ^(٢).

الفرع الثالث

العوامل المادية (الفنية)

بالإضافة إلى الأشكال التقليدية التي يتم بها التعاقد ، فإن أشكالاً جديدة للتعاقد قد ظهرت مع التطور الصناعي والاقتصادي اللذان يعرفهما العالم المعاصر ، ذلك أن أسلوب التعاقد القديم الذي كان يتفق مع المعاملات القليلة والبسيطة والذي يتيح للمتعاقدين التفاوض لإتمام عملية التعاقد في ضوء الظروف الشخصية لكل منهما ، لم يعد يفي بالغرض في ظل تعدد المعاملات واتساع دائرة العلاقات التجارية الدولية ، لكل ذلك ظهرت العقود المطبوعة التي تعد بشكل مسبق ليتم التعاقد بموجبها توفيراً للوقت والنفقات ، بالإضافة إلى العقود النموذجية التي تعدها الجماعات المهنية ، ففي هذه العقود يقتصر دور الأطراف على ملء الفراغات التي تسمح بإظهار شخصية المتعاقدين ^(٣).

^(١) الدكتور / الصده / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٣٠.

^(٢) لعشب محفوظ بن حامد / رسالة ماجستير / مرجع سابق / ص ١٤.

^(٣) الدكتور / حسن عبد الباسط جمعي / المرجع السابق / ص ١٠٧.

فظهر هذه الأشكال ساعد على نشوء عقود الإذعان ، ذلك أن الوثيقة التعاقدية تطبع مقدماً بمعرفة الطرف القوي ، الذي يضمنها الشروط التي تحقق مصلحته دون النظر إلى مصلحة الطرف الضعيف ، مما يؤدي إلى زيادة الشروط التعسفية التي تخفف من التزامات الموجب مع تكليف الطرف القابل بالتزامات جديدة أو التشديد من التزاماته الأصلية ، ومن ثم لا يكون أمامه سوى التوقيع على تلك الوثيقة دون تفحصها أو مناقشة شروطها المطبوعة والتي تكون عادة صعبة الفهم على المتعاقد غير الخبير .

إلا أن العقود النموذجية ليست بالضرورة عقود إذعان^(١)، وإن كانت العقود النموذجية هي الوسيلة الغالبة لإبرام عقود الإذعان ، نظراً لسهولة إفراغ الإيجاب الموجه للعامة في شكل مكتوب ومعد لانضمام الطرف المذعن ، فعقود النقل بالسكك الحديدية وعقود النقل البحري والجوي وعقود التأمين وغيرها تأخذ بهذه الوسيلة الفنية في عمل العقد .

^(١) أنظر في ذلك الدكتور / الصده / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٣٣ — ٣٤ ، والدكتور / حسن جمعي / المرجع السابق /

المطلب الثاني

تعريف عقود الإذعان وشروطها

أن البحث في العقود التي تتغلب فيها قدرات أحد أطرافها على الطرف الآخر ، قد يوحي بأن تلك العقود هي بالضرورة من عقود الإذعان ، إلا أن تفاوت القدرة بين أطراف التعاقد لا يعني بالضرورة إذعان أحدهما للآخر ، ويرجع هذا الخلط إلى عدم تنظيم المشرع الفرنسي إلى وقت غير بعيد للحماية اللازمة للطرف المذعن ، مما قاد إلى توسع الفقه والقضاء الفرنسيين في فهم المقصود بالإذعان لبسط الحماية على من لا ينطبق عليهم هذا الوصف .

إلا أن التشريعات الحديثة خصصت نصوصاً قانونية للتعريف بالإذعان كأحد صور القبول في العقد ، بالإضافة إلى إيراد قواعد قانونية لحماية الطرف المذعن في العقود التي ينطبق عليها هذا الوصف .

فما هي الشروط الواجب توافرها للقول بوجود الإذعان ، وما هو التعريف الأمثل لها ؟

الفرع الأول

شروط عقد الإذعان

بالرجوع إلى المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني نجد أنها تميز عقود الإذعان عن غيرها بسمات ثلاثة (أولها تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولى بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين ، والثاني احتكار هذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها ، والثالث توجيه عرض الانتفاع بهذه السلع أو المرافق إلى الجمهور بشروط متماثلة على وجه الدوام بالنسبة إلى كل فئة منها)^(١) ، وهو نفس النص الذي جاءت به مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجديد محددة أشخاص ثلاثة

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني / الجزء الأول / ص ١١٣ .

لعقد الإذعان^(١) ، وهي نفس الشروط التي يأخذ بها فقهاء القانون الخاص ، وهذه الشروط هي :
أولاً - يجب أن يكون أحد طرفي التعاقد (الموجب) في موقع اقتصادي قوي يتمتع باحتكار قانوني أو فعلي أو على الأقل مسيطراً سيطرة تجعل المنافسة على السلع والخدمات المحتكرة محدودة النطاق ، بما يعطيه الغلبة الاقتصادية بشكل واضح ومستمر مع من يتعاقد معه .

هذا الشرط يفترض عدم المساواة الاقتصادية بين طرفي العقد ، بحيث يتمتع أحدهما بتفوق اقتصادي واضح يزداد إلى حده الأقصى عندما تتمتع منشأته باحتكار قانوني أو فعلي لسلعة أو خدمة ما ، مما يمكنه من فرض شروطه على الطرف الآخر دون تحفظ لأنه لا يخشى من المنافسة ، ويشير إلى ذلك الكس ويل وفرنسوا تيري بالقول " أنه في عقد الإذعان لا توجد مساواة اقتصادية أو اجتماعية بين المتعاقدين ، وهذا أساس ارتكازه ، إذ أن أحدهما يتمتع بأموال أو خدمات يرغب فيها الآخر ، ومن هنا يأتي تفوقه خاصة إذا كانت منشأته تتمتع باحتكار قانوني أو فعلي " (٢) .

وتمثل التفوق الاقتصادي في أن يتمتع الموجب باحتكار قانوني ، كما هو الحال في عقود توريد الكهرباء والمياه والهاتف ، إذ أن الشركات التي تقدم هذه الخدمات تتمتع عادة بامتياز قانوني يقصر مزاولة هذه الخدمات عليها ويجعلها في مأمن من أية منافسة .

أو أن يتمتع باحتكار فعلي بالرغم من أنه لم يخول أي امتياز قانوني ، كما هو الحال بالنسبة لمنطقه لا توجد بها سوى شركة تأمين واحدة ، تستغل تفردا لفرض شروطها على المتعاملين معها .

أو أن لا يتوفر الاحتكار ولكن تضعف المنافسة ، بحيث تتوحد شروط التعامل بين من يمارسون نشاطاً معيناً والمتعاملين معهم ، كما هو الأمر في عقود التأمين والعقود المصرفية

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجزء الثاني / ص ٦٩ .

(٢) أشار إليه ابن حامد / رسالة ماجستير / مرجع سابق / ص ٥٨ .

وعقود النقل وعقود العمل ، حيث تكاد العقود التي تعدها شركات التأمين وشركات النقل والمصارف وأرباب العمل متطابقة ، بحيث لا يجدي التنقل بين شركة وأخرى بحثاً عن شروط أفضل أو مختلفة ^(١).

نخلص إلى أن شرط التفوق الاقتصادي الواضح لأحد طرفي العقد على الآخر، والمتأني من الاحتكار القانوني أو الفعلي أو محدودية المنافسة ، يعتبر المميز الهام لعقد الإذعان .

ثانياً - أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة تعد من الضروريات الأولية بالنسبة للمستهلكين بصفة عامة أو المنتفعين ، بحيث لا يمكن لهؤلاء أن يصرفوا النظر عنها أو عن التعاقد بشأنها دون أن يلحقهم أذى أو مشقة .

فالاحتكار يجب أن يكون بشأن سلعة أو خدمة لا يمكن الاستغناء عنها، بحيث تمثل ضرورة للمتعاقد، ولكن ما هو المقصود بالضرورة التي يعتبر التعاقد بشأنها إذعاناً من القابل؟ الحقيقة أنه لا يوجد معيار محدد لفكرة الضرورة في هذا المقام ، خاصة وأن هذه الفكرة مرنة ومتطورة بحسب الزمان والمكان ، بحيث تتسع دائرتها في مجتمعنا المعاصر ، فما كان ينظر إليه في الماضي على أنه من الكماليات أصبح اليوم من الضروريات التي لا تنتظم الحياة إلا بها ، كما أن الضرورة تختلف من عقد إلى آخر ، بحيث تكون في أوجها بالنسبة للعامل وتضعف بالنسبة للمؤمن له ، إلا أنها تبقى موجودة ^(٢).

ويأخذ القضاء عادة بمعيار الحاجة الملحة التي لا تستقيم الحياة إلا بها ، فقد جاء في قرار محكمة النقض المصرية " والسلع الضرورية هي التي لاغنى للناس عنها والتي لا تستقيم مصالحهم بدونها ، بحيث يكونوا في وضع يضطرونهم للتعاقد بشأنها ولا يمكنهم

^(١) الدكتور / حسام الدين كامل الاهواني / المرجع السابق / ص ١١٢ .

^(٢) الدكتور / الصده / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٦٤ .

من رفض الشروط التي يضعها الموجب ولو كانت جائزة وشديدة " (١).

إذن يجب أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة مما يعتبر من الضروريات الأولية ، وهي التي لا غنى عنها لجموع الناس وليس لفرد بعينه ، بحيث يضطرون إلى التعاقد بشأنها حتى ولو كانت شروط التعاقد جائزة ، وتقدير فكرة الضرورة هنا يستقل بها قاضي الموضوع باعتبارها مسألة واقع .

ثالثاً - أن يصدر الإيجاب عاماً وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر

للإيجاب في عقد الإذعان مميزات خاصة ، فهو بداية يكون موجهاً بصورة عامة ومجردة (أي بصفة غير شخصية) إلى مجموعة غير محددة من طرف المحتكر القانوني أو الفعلي ، ذلك أن شخصية المذعن ليست ذات أهمية بالنسبة له ، فشركات النقل مثلاً لا تهتم بمعرفة المسافرين ما دام قد دفع التذكرة ، وكذلك الأمر في عقد العمل وعقد التأمين (٢).

كما أن الإيجاب في عقود الإذعان يصدر من الموجب بصورة قاطعة ، شاملاً كل شروط العقد الجوهرية والتفصيلية غير قابل للمناقشة أو المفاوضة ، ومن ثم فإن تمام العقد لا يحتاج إلى أكثر من أن ينضم قبول إلى ذلك الإيجاب ، ذلك القبول الذي يكون بمثابة إذعان لما صدر عن الموجب من شروط ، وعليه إذا تم وضع شروط العقد باتفاق الطرفين بناء على تفاوضهما ، فلا نكون بصدد عقد إذعان بل عقد مساومة .

وما دام الإيجاب يصدر بصورة عامة وقاطعة فإنه يقتضي أيضاً ، أن يكون دائماً ، أي أن يكون ملزماً لمدة تكون أطول من المدة العادية التي يكون عليها الإيجاب في العقود الأخرى (٣).

(١) نقض مدني مصري في ١٢ مارس ١٩٧٤ ، عن الدكتور / حسن جمعي / المرجع السابق / ص ١٠٥ .

(٢) الدكتور / الصده / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٦٦

(٣) الدكتور / الصده / مصادر الالتزام / دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري / دار النهضة العربية / بيروت / ١٩٧١ / ط ١ / ص

وبجانب هذه الشروط أو المميزات الثلاث التي لا بد من توفرها للقول بوجود عقد الإذعان

، يضيف الشراح^(١) مميزات أخرى يغلب توافرها في عقود الإذعان وهي :

١ - أن يصدر الإيجاب في قالب نموذجي مطبوع يتضمن شروطا لا تقبل التعديل أو التحوير ، بل يتعين قبولها أو رفضها ، وعادة لا يهتم الجمهور بقراءة هذه الشروط لعدم سهولة فهمها ، فهي تصاغ بشكل دقيق ومعقد .

٢ - أن يقصد بغالبية الشروط التي تضمنها الإيجاب رعاية صالح موجب بتخفيف مسؤوليته التعاقدية من ناحية ، وتشديد مسؤولية الطرف المذعن إذا أخل بالتزاماته من ناحية أخرى .

إن هذه هي الشروط التقليدية لعقود الإذعان ، ألا أن هناك اتجاه في الفقه^(٢) يرى ضرورة التوسع في فكرة الإذعان لبسط الحماية المقررة بالنسبة لها على عقود أخرى لا تتوفر فيها تلك الشروط ، ذلك أن الذي يميز عقد الإذعان عندهم هو قبول الطرف المذعن للعقد النموذجي المعد بشكل مسبق بمعرفة الطرف الآخر دون مناقشة ، ولا محل لاشتراط توافر الاحتكار القانوني أو الفعلي لسلعة ضرورية كمعيار للعلاقة بين طرف قوي اقتصاديا وطرف ضعيف ، كما لا يلزم أن يكون ناشئا عن تفوق اقتصادي ، ذلك أن ضعف الطرف المذعن يتحقق من مجرد أن إعداد العقد قد تم مسبقا بواسطة الطرف الآخر ، الذي يقوم بتحديد الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد بالصورة التي تحقق مصلحته ، ولا يقبل المناقشة في شروطها ، وعليه فإن ضعف الطرف المذعن ينتج عن عدم خبرته ، في حين تتمثل قوة الطرف الآخر في أنه محترف وخبير بما يمكنه من وضع شروط العقد بما يحقق مصلحته ، وبالتالي يرون أن التعامل مع منتج أو محترف يقوم بعمليات متكررة ويستقل بإعداد العقد يكفي كمعيار لتوافر

(١) الدكتور / أنور سلطان / النظرية العامة للالتزام / ج ١ / مصادر الالتزام / دار المعارف / الإسكندرية / ١٩٦٥ / ص ١١١ ، الدكتور / عبد المجيد الحكيم / الكافي في شرح القانون المدني الأردني والعراقي واليمن / ج ١ / المجلد الأول / مصادر الالتزام / الشركة الجديدة للطباعة والنشر / عمان / ١٩٩٣ / ص ١٨٥ .

(٢) الدكتور / حسام الدين الاهواني / المرجع السابق / ص ١٢٤ - ١٢٥ .

علاقة الإذعان ويدعمون رأيهم بما جاء في المادة (١٠٠) من القانون المدني المصري ، حيث يرون أن هذه المادة لم تشترط الاحتكار والسيطرة وإنما اكتفت لوجود عقد الإذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها ، وهو عين ما يطالب الفقه الحديث بالتوقف عنده لتحديد عقد الإذعان .

إلا أنني أرى أن هذا الرأي محل نقد ، إن الحجة الأولى التي ساقها أنصاره من أن الإذعان متوفر بمجرد الانضمام إلى عقد معد بشكل مسبق دون حاجة إلى وجود الاحتكار ، لا تتفق مع الواقع فمن يتوجه لشراء جهاز كهربائي من أحد المحلات ويجد الصيغة المعروضة من قبل البائع لا تتناسب معه ، بإمكانه الذهاب لمحل آخر يقدم عرضاً أفضل ، وهو ما تسمح به ظروف المنافسة كما أن العقد النموذجي ليس بالضرورة عقد إذعان كما رأينا سابقاً .

أما بخصوص الاستناد إلى المادة (١٠٠) من القانون المدني المصري كأساس للتوسع في فكرة الإذعان ، فبالرجوع إلى مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري نجد أنها لم تورد تعريفاً لعقود الإذعان في هذه المادة وإنما اقتصر على إيراد حكم في معرض بيان صور خاصة للقبول ، كما أنها تنص على تمييز عقود الإذعان عن غيرها باجتماع شخصات ثلاثة ، لا يمكن القول بوجود عقود الإذعان بفقد إحداها ، ومن ثم فإن الاستناد إلى هذه المادة يثبت عكس ما أراده أنصار هذا الرأي .

وإن كنت أشاطرهم الرأي بضرورة توفير الحماية لمن يتعاملون بواسطة عقود نموذجية معدة بشكل مسبق ، إلا أن البحث عن هذه الحماية لا يكون من خلال التوسع في مفهوم الإذعان وإنما بوسائل أخرى تكون محل دراسة خاصة ^(١).

^(١) انظر في ذلك الدكتور / نائل عيد الرحمن صالح / حماية المستهلك / دراسة تحليلية مقارنة / عمان / ١٩٩١ ، الدكتور / حسن جمعي / المرجع السابق ، الدكتور / السيد محمد عمران / حماية المستهلك أثناء تكوين العقد / دراسة مقارنة / منشأة المعارف / الإسكندرية .

الفرع الثاني

تعريف عقد الإذعان

لم يجمع الفقهاء على تعريف واحد لعقد الإذعان ، ذلك أن الوصول إلى هذا التعريف ليس بالأمر الهين نظرا لاختلاف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية له ، بالإضافة إلى تعدد مميزاته ، حيث نجد أن البعض ينجح في تعريفه إلى التركيز على إحدى هذه المميزات دون الأخرى .

فهذا الأستاذ دي باج (De Page) يعرف عقود الإذعان بأنها " عقود معينة تتكون دون نقلش سابق بين الطرفين لشروطها وفحواها ، وفيها يقنع الطرف القابل بإعطاء موافقته ، بالانضمام لمشروع معين ، وعلى الدوام تقريبا غير متغير ، لعقد نموذجي يقدمه الطرف الموجب " (١) .

يلاحظ على هذا التعريف الذي أورده دي باج أنه أقام عقود الإذعان على فكرة الانضمام وانعدام المساومة والمناقشة ، وعلى فكرة إفراغ الإيجاب في قالب نموذجي ، في حين أن هناك الكثير من عقود المساومة تتعدم فيها المساومة والمناقشة وتستخدم فيها الصيغ النموذجية إلا أنها لا تعد عقود إذعان لعدم توافر بقية العناصر اللازمة لإكسابها هذا الوصف ، من ذلك عقود البيع في المحلات الكبرى وعقود البيع بالمزاد العلني .

أما الفقهاء العرب الذين تعرضوا لهذه الظاهرة بشكل عام في كتاباتهم ، فقد أحجموا عن وضع تعريف لهذا النوع من العقود ، حيث تعرض البعض منهم لها بمناسبة الحديث عن الصور الخاصة للقبول (٢) ، في حين تعرض لها البعض الآخر بمناسبة كلامه عن تقسيمات العقود كنقيض لعقود المساومة الحرة (٣) ، حيث يقول الدكتور محمد لبيب شنب تحت عنوان (عقود

(١) نقلا عن الدكتور / الصده / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٧٢ الهامش .

(٢) الدكتور / محمد وحيد الدين سوار / المرجع السابق / ص ٧٩ ، والدكتور سليمان مرقس / المرجع السابق / ص ١٨٣ ، والدكتور / حسام الدين الاهواني / المرجع السابق / ص ١٢١ والدكتور / أنور سلطان / مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني / ص ٥٠ ، والدكتور / عمر السيد عبد الله / نظرية العقد / المرجع السابق / ص ٣٢ ، والدكتور / السنهوري / المرجع السابق / ص ٢٢٩ .

(٣) الدكتور / عبد الناصر العطار / مصادر الالتزام / القاهرة / ١٩٩٠ / ص ١١٧ والدكتور محمد لبيب شنب / المرجع السابق / ص ٣٧ .

المساومة وعقود الإذعان) إن " عقد المساومة هو العقد الذي يكون لطرفيه أن يناقشا شروطه بحرية قبل إبرامه ، أما عقد الإذعان فهو الذي يضع أحد طرفيه مشروعه ، بصفة عامة ويقبله الطرف الآخر دون أن تكون له حرية مناقشته أو طلب تعديله " .

أما بالنسبة للفقهاء الذين قاموا بدراسة عقد الإذعان دراسة خاصة ، فنجد أنهم وصلوا إلى وضع تعاريف لعقد الإذعان تعطيه صورة قانونية متميزة لاشتمالها على المميزات الأساسية لهذا النوع من العقود ، من ذلك تعريف الدكتور عبد المنعم فرج الصدة لعقد الإذعان بأنه " العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة يضعها الطرف الآخر ولا يسمح بمناقشتها ، وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية ، تكون محل احتكار قانوني أو فعلي ، أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها " (١) .

هذا عن المحاولات الفقهية لتعريف عقد الإذعان ، أما بالنسبة للتشريع فالمعروف أن معظم التشريعات تتجنب وضع التعريفات في نصوصها قدر الإمكان ، لأن تركيزها ينصب على مضمون القاعدة وحكمها ، دون الخوض في طبيعتها الفلسفية ، لذلك نجد أن معظم التشريعات العربية تعرضت إلى عقد الإذعان ولكن دون النص على تعريف محدد لهذا النوع من العقود . فأول من تعرض لعقد الإذعان هو المشرع اللبناني بمناسبة حديثه عن تكوين العقد ، فنص في المادة (١٧٢) فقرة (٢) من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه " حينما يقتصر أحد الطرفين على قبول مشروع نظامي يكفي بعرضه عليه ، ولا يجوز له من الوجه القانوني أو الفعلي أن يناقش فيما يتضمنه ، يسمى العقد إذ ذاك عقد موافقة (كالتعاقد على النقل مع شركة سكة حديدية أو عقد الضمان " أي عقد التأمين ") " .

وعند وضع مشروع القانون المدني المصري دار نقاش حول صياغة المادة (١٠٠)

(١) الدكتور / الصده / مصادر الالتزام دراسة مقارنة في القانون اللبناني والقانون المصري / دار النهضة العربية / بيروت / ١٩٧١ / ص

الخاصة بالقبول في عقد الإذعان حيث رأى البعض إيراد تعريف لهذا العقد في حين قررت الأغلبية تجنب التعريف والاكتفاء بعرض الفكرة كإحدى الصور الخاصة بالقبول وأصبح النص "القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها" (١).

وبعد ذلك سارت التشريعات العربية على نهج المشرع المصري فأوردت أحكاماً خاصة بالقبول في عقد الإذعان دون أن تعرفه (٢)، من ذلك ما جاء في التشريع الأردني حيث أخذت المادة (١٠٤) من القانون المدني الأردني لعام ١٩٧٦ بنص مطابق للنص المصري .

وفي النهاية لا بد من الإشارة إلى تسمية هذا النوع من العقود بعقود الإذعان ومدى صحتها ، ذلك أن الأستاذ سالي صاحب الفكرة قد أطلق عليها عقود الانضمام لأن من يقبل العقد إنما ينضم إليه دون مناقشة ، إلا أن هذه التسمية كانت محل نقد ذلك أنها تخلط العقد ذاته بالوسيلة التي يتكون بها ، كما أن الانضمام أعم من الإذعان إذ يشمل عقد الإذعان وغيره من العقود التي ينضم إليها القابل دون مناقشة (٣).

وهي خير من التسمية التي اختارها القانون اللبناني حيث يسمي العقد (عقد الموافقة) إشارة إلى أن دور أحد الطرفين في إبرام العقد يقتصر على الموافقة على الشروط التي استقر بوضعها الطرف الآخر (٤)، ذلك أن هناك الكثير من العقود يقتصر دور القابل على الموافقة على صيغة العقد المعدة بشكل مسبق إلا أنها لا تدخل ضمن قائمة عقود الإذعان لعدم توافر شروطها ، وعليه فقد استقر الفقه على تسميتها بعقود الإذعان لأن عبارة إذعان تدل على الخضوع والذلة والاضطرار في القبول وهو خير وصف لحال القابل في عقود الإذعان .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري / الجزء الأول / ص ٦٧ - ٧١.

(٢) المادة (١٠١) مدني سوري والمادة (١٦٧) مدني عراقي والمادة (١٧٢) مدني لبناني والمادة (١٠٠) مدني لبي .

(٣) الدكتور / السنهوري / المرجع السابق / ص ٢٣٩ الهامش ، والدكتور / محمد وحيد الدين سوار / المرجع السابق / ص ٧٩.

(٤) الدكتور / محمد لبيب شنب / المرجع السابق / ص ٣٨ الهامش .

المطلب الثالث

تكييف عقد الإذعان وأهم صورته

بما أن موضوع دراستنا ينصب على حماية الطرف المذعن في عقود الإذعان فإنه لا بد لنا أن نحدد الطبيعة القانونية لهذا النوع من العقود ذلك أن الكثير من الحلول للمشاكل التي يثيرها عقد ما تتوقف على تحديد هذه الطبيعة .

وقبل الانتهاء من التعريف بعقود الإذعان بوجه عام لا بد لنا من التعرف على أهم العقود التي من الممكن إدراجها ضمن قائمة عقود الإذعان ، لذا سوف نتعرف على التكييف القانوني لهذا النوع من العقود وبعد ذلك نعرض لأهم عقود الإذعان .

الفرع الأول

التكييف القانوني لعقد الإذعان^(١)

احتدم الجدل أول الأمر في أوساط الفقه حول طبيعة عقود الإذعان ، ويرجع ذلك إلى أن مثل هذه العقود تتميز بطريقة خاصة في تكوينها من حيث انفراد أحد الطرفين فيها بوضع شروط العقد مقدماً ، حيث ذهب البعض إلى إنكار كل صفة تعاقدية لهذه العقود ، في حين يرى البعض الآخر أنها لا تختلف عن سائر العقود وإن كانت تتمتع بصفات خاصة بها ، وبين هذين الرأيين ظهر رأي وسط حاول التوفيق بينهما .

ونحن هنا لن ندخل في خضم هذه المجادلات الفقهية حول الطبيعة القانونية لهذه العقود إلا بالقدر الذي يسمح به مجال هذا البحث ، إذ ترتبط الوسائل التي أتى بها المشرع لحماية الطرف المذعن بالنظر إلى تلك الطبيعة ، من ذلك تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن وإعطاء القاضي السلطة في تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها .

^(١) انظر في التكييف القانوني ، الدكتور /عبد المنعم فرج الصدة / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ١٠٥ - ١٠٨ . ولشعب محفوظ ابن

حامد / رسالة ماجستير / مرجع سابق / ص ٢٧ - ٥٦ .

وعليه سوف نتعرض لهذه الآراء والنتائج المترتبة عليها لنصل إلى ترجيح أحدها ومبرراته ومدى اتفاقه مع ما أخذت به التشريعات من وسائل لحماية الطرف المذعن .

أولاً - النظرية غير التعاقدية (المركز المنظم)

ينكر أنصار هذه النظرية وهم قلة من فقهاء القانون المدني وكثرة من فقهاء القانون العام من أمثال ديجي وهوريو وصف العقد على هذا النوع من التعاقد ، ويرون فيه مركزاً قانونياً منظماً تنشئه إرادة منفردة يصدرها الموجب فتكون بمثابة قانون أو لائحة تحكم تفسير العملية وتطبيقها^(١).

وينطلقون في ذلك من أن العقد يفترض توافق ارادتين عن حرية واختيار ، أما في هذا النوع من العقود يعتبر القبول مجرد إذعان ورضوخ^(٢)، ويقتصر دوره على جعل الالتزام منتجاً لآثاره دون خلق الالتزام ، كما أن العقد يفترض التساوي بين الأطراف وحريتهم في المفاوضة على شروطه ، في حين أن الإذعان يفترض عدم المساواة كوضع المنشأة بالنسبة للعامل ، علاوة على عدم وجود مساهمة أو مشاركة للطرف المذعن في وضع الشروط وإعدادها .

وقد رتب نفاة الصفة العقدية على هذه الطبيعة ، أن هذه الأعمال لا يجب تفسيرها كما يفسر العقد ، حيث يرى سالي أن تفسير العقد يجب أن يعتمد على إرادة محرر العقد إذ يقول " إننا لا نبحث عن إرادة المحكومين عند تفسير القانون فنرجحها ، نفس الشيء بالنسبة لعقد الإذعان فإننا لا نبحث عن إرادة المنضمين ولا نعتد بها ، ونأخذ فقط بإرادة محرر العقد الذي يعتبر مركزه كمركز المشرع هنا ، وتكون إرادته هي القاعدة في التفسير " ^(٣).

^(١) الدكتور / عبد الباسط جمعي / الوسيط في شرح القانون المدني الأردني / ج ٢ / عمان / ١٩٧٩ / ص ١١٧ .

^(٢) الدكتور / عبد الرحمن عبد العزيز سعودي / سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد / رسالة دكتوراه / جامعة القاهرة / ص ٥١٠ .

^(٣) ابن حامد / رسالة ماجستير / مرجع السابق / ص ٤١ ، الدكتور / عبد المجيد الحكيم / المرجع السابق / ص ١٨٧ .

في حين يرى ديجي أن الذي أوجد القانون هي المنفعة العامة التي يطلق عليها (الضرورات الاجتماعية) لا الإرادة المنفردة كما يرى سالي ، ويرتب على ذلك أن على القاضي عند تنفيذ عقد الإذعان أن يأخذ بعين الاعتبار ضرورات الصالح العام ومصالح الجمهور كأفراد^(١).

وبالتالي نجد أن ديجي يتفق مع التشريعات الحديثة في إعطاء القاضي سلطة التدخل لإزالة الشروط التعسفية التي تكون متعارضة مع العدالة والتي يملئها الموجب ، كما في حالة الشروط المتعلقة بعدم المسؤولية الواردة في عقد النقل أو الشروط المقررة في لائحة المنشأة لغرامات دون أي اتزان مع الخطأ الحادث من العامل إلا أن هذا الاتفاق من حيث النتيجة فقط ، وهي ضرورة حماية الطرف الضعيف ولكن الأساس مختلف .

ثانيا : - النظرية التعاقدية

يرى أنصار هذه النظرية وهم جمهور فقهاء القانون المدني في فرنسا وجميعهم في مصر أن عقد الإذعان هو عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين ويخضع لسائر القواعد التي تخضع لها العقود ، ويردون على وجهة نظر الرأي السابق بأن إرادة الموجب وحدها لا يمكن أن تنتج إلا بعد انضمام إرادة القابل لها ، وبذلك تساهم الإرادتين في عمل العقد ، كما أنه مهما قيل من أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر ، فإن هذه الظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية والمطلوب في العقد هو المساواة القانونية لا المساواة الاقتصادية حيث يقول الدكتور عبد المنعم البدر اوي في مناسبة حديثه عن الطبيعة القانونية لعقد الإذعان : " إن كل تصرف قانوني يتم بإرادتين هو عقد ولو لم يكن طرفاه متساويين في القوة من الناحية الاقتصادية وليس عقد الإذعان وحده هو الذي توجد فيه هذه الظاهرة فهي موجودة في العقود التي يعقدها ناقص الأهلية وتلك التي يقبلها أحد طرفيها على ما فيها من غبن " (٢).

(١) ابن حامد / رسالة ماجستير / مرجع سابق / ص ٤٢ .

(٢) الدكتور / عبد المنعم البدر اوي / النظرية العامة للاتزامات / ج ١ / مصادر الاتزام / القاهرة / ١٩٨٥ / ص ١١٩ .

وعليه فان ضعف إرادة الطرف المذعن ليس من شأنه مطلقاً أن يغير من طبيعة العقد في شيء ، وغاية ما في الأمر أن الطرف المذعن يكون جديراً بالحماية من تعسف الطرف الآخر المحتكر (١).

وبرأي هذا الفريق من الفقهاء أخذ القضاء في كل من مصر وفرنسا ، عندما اعتبر عقود الإذعان عقوداً حقيقية تنشأ بتوافق ارادتين كباقي العقود (٢).

ثالثاً :- المذهب الوسط

ظهرت بين النظريتين السابقتين نظريات وسط شطرت التصرف إلى نصفين ، وتختلف هذه النظريات بحسب ما يرى أصحابها في عقد الإذعان من قدر تعاقدية أو غير تعاقدية حيث يرى ديموج أن عقد الإذعان ينطوي على خدمة خاصة ذات منفعة عامة إلا أنه يخلع عليه وصف العقد (٣).

أما الأستاذ جونو فيقف في منتصف الطريق بين النظريتين التعاقدية وغير التعاقدية ، فيعتبر عقد الإذعان خليطاً من جزئين ، أصبغ على الجزء الأول منها وصف العقد واعتبر الجزء الآخر بمثابة شروط لائحية وضعها الطرف الأقوى (٤).

في حين يرى الأستاذ ديرييه التمييز في عقود الإذعان بين نوعين من الشروط ، الأولى جوهرية تكون محل نقاش بين الطرفين عند التعاقد ، وتبدو فيها إرادة الأطراف ظاهرة ، ومن ثم فهي التي تحدد الأبعاد الرئيسية للعقد ، ويجب على القاضي احترامها وأخذ الطرفين بأحكامها ، والثانية تبعية أو على الأقل من حق أحد الطرفين أن يعتبرها كذلك وهي عادة تكون مطبوعة ومعدة مقدماً بخلاف الشروط الجوهرية التي تكون عادة مخطوطة ، وتكون مهمتها تحديد

(١) الدكتور / سليمان مرقس / المرجع السابق / ص ١٨٤.

(٢) الدكتور / عبد المجيد الحكيم / المرجع السابق / ص ١٨٨ .

(٣) الدكتور / السنهوري / المرجع السابق / ص ٢٢٩.

(٤) الدكتور / الصده / رسالة دكتوراه / مرجع السابق / ص ١٤٥.

الشروط الجوهرية أو إكمالها ، دون أن يتعدى ذلك إلى تحريف الشروط الجوهرية إلا أنه ينتهي إلى اعتبار عقود الإذعان عقوداً حقيقية^(١).

من كل ما تقدم قد يتخيل لنا أن النظرية غير التعاقدية تحقق حماية أكبر للطرف المذعن بما تخوله للقاضي من سلطة واسعة للتدخل لمصلحته خاصة عند ديجي ، إلا أن التسليم بهذا يؤدي بنا إلى إعطاء الموجب سلطة لائحية ، وهي سلطة خطيرة لأنها تؤدي إلى الإضرار بمصالح الطرف المذعن ، كما أن هذه النظرية لم توضح حدود السلطة التي تمنحها للقاضي ، مما يؤدي إلى اضطراب المعاملات والمس باستقرارها ، وكذلك لم تعط معياراً دقيقاً للفرقة بين عقود الإذعان وغيرها من العقود ، وبالتالي لا تصلح هذه النظرية على صعيد التطبيق لأنها تؤدي بالمحاكم إلى عدم الدقة والتردد ، بالإضافة إلى التوسع في إضفاء هذه الصفة على عقود ليست في الحقيقة عقود إذعان .

في حين أن الحرية التعاقدية بمفهومها الحديث تسمح لنا بالقول بالطبيعة التعاقدية لعقود الإذعان ، ذلك أن التطور الذي طرأ على نظرية العقد نتيجة لتطور الحياة الاقتصادية كما رأينا في المبحث الأول ، أدى إلى ظهور فنون تعاقدية جديدة وسمح بالحد من سلطان الإرادة ، ومن ثم فإن الحرية التعاقدية بهذا المفهوم تستوعب مثل هذا النوع من العقود (عقود الإذعان) ، كما أنها تسمح بمعالجة المساوئ الناتجة عنه ، وذلك عن طريق التدخل في العقد بهدف حماية الطرف المذعن .

ويؤكد ذلك ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، الذي انتصر للرأي القائل بالصفة التعاقدية عندما نص في المادة (١٠٤) منه على أن " القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها " ، حيث تقول "

(١) الدكتور / سعيد عبد السلام / سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان / ١٩٩٢ / ص ٣.

من حق عقود الإذعان ، وهي ثمرة التطور الاقتصادي في العهد الحاضر أن يفرد لها مكان في تقنين يتطلع إلى مسايرة التقدم الاجتماعي الذي أسفرت عنه الظروف الاقتصادية وقد بلغ من أمر هذه العقود أن أصبحت في رأى بعض فقهاء القانون سمة بارزة من سمات التطور العميق الذي أصاب النظرية التقليدية للعقد وقد اكتفى المشرع بذكر هذه العقود واعتبر تسليم العامة بالشروط المقررة فيها ضرباً من ضروب القبول ، فثمة قبول حقيقي تتوافر به حقيقة التعامل ومع ذلك فليس ينبغي عند تفسير هذه العقود إغفال ما هو ملحوظ في إذعان العاقد ...^(١).

وعليه فقد نص المشرع على قواعد عامة لحماية الطرف المذعن في المادتين (٢٠٤) و (٢٤٠) بالإضافة إلى العديد من النصوص الخاصة بحمايته بالنسبة لبعض أنواع العقود .

الفرع الثاني

أهم صور عقود الإذعان

لم يتفق الفقهاء على قائمة العقود التي تدخل تحت هذا الوصف إذ أن البعض يتوسع في فكرة الإذعان بأخذه بمقولة سالي حول الانضمام فيدخل فيها عقوداً أخرى لا ينطبق عليها وصف الإذعان حسب الشروط والمعايير التي أخذنا بها في هذه الرسالة .

كما أن التطور الذي شهده هذا العصر أدخل صوراً أخرى تتوافر فيها شروط عقد الإذعان إلى جانب الصور التقليدية ، ومن ثم فإن كل العقود سواء كانت مسماة أو غير مسماة يمكن أن تندرج ضمن قائمة عقود الإذعان إذا توافرت فيها الشروط المؤدية إلى ذلك .

وأهم الصور المتفق على إدراجها ضمن قائمة عقود الإذعان هي العقود التالية ، التي نوردتها على سبيل المثال لا الحصر وبشكل مقتضب لأننا سوف نعود لبحثها في فصل الحماية التي تحققها التشريعات الخاصة من هذه الرسالة :-

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني / الجزء الأول / ص ١١٢ .

أولاً :- عقد العمل

يمكن تصور الإذعان في عقد العمل الفردي في الصناعات الكبيرة ، ذلك العقد الذي يقدم فيه رب العمل المتمتع باحتكار فعلي ، شروط العقد في صورة إيجاب دائم وما على العامل إلا أن ينضم إلى هذه الشروط تحت ضغط الحاجة إلى العمل .

ثانياً :- عقد التأمين بأنواعه المختلفة

استقر الفقه على أن عقود التأمين تعد أمام القانون من عقود الإذعان ، على الرغم من أن بعض الفقه لا يقر بهذه الحقيقة على إطلاقها ، إذ يرون أن التأمين لا يكون من عقود الإذعان إلا إذا مارست شركات التأمين نوعاً من الاحتكار^(١) ، بحيث لا يبقى أمام الطرف المذعن أي نوع من حرية الاختيار في التعاقد مع هذه الشركة أو تلك ، إلا أن الواقع يشير إلى تمتع شركات التأمين ببعض مزايا الاحتكار الفعلي ، أو على الأقل محدودية المنافسة بين تلك الشركات ، ويتأكد ذلك في الدول ذات الاقتصاد الموجه ، إذ تتفرد شركة أو مؤسسة بأعمال التأمين فيها ، مما يجعل حرية الاختيار معدومة بالنسبة للمؤمن له^(٢) .

وبالتالي فإن شروط الإذعان تكون متوفرة بالنسبة لعقد التأمين ، ذلك أن شروط العقد تقوم بوضعها شركة التأمين بكل تفاصيلها ، ولا يملك المؤمن له سوى قبولها متى كان التأمين حيويًا بالنسبة له ، دون أن يكون له الحق في طلب تعديل أو تغيير هذه الشروط ، وإن كانت بعض الشركات تسمح له بإدخال تعديلات طفيفة على بعض الشروط التي تدرج عادة تحت قائمة الشروط الخاصة^(٣) ، إلا أن هذه التعديلات لا تمس الشروط الجوهرية لعقد التأمين وبالتالي لا تتأثر من وصف عقد التأمين كعقد إذعان .

^(١) حبيب محمد مصطفى عبد الله / التزام المؤمن بدفع مبلغ التعويض وحالات الإغناء منه في القانون المدني الأردني / رسالة ماجستير / الجامعة الأردنية / ١٩٨٧ / ص ٢٥ .

^(٢) الدكتور / محمد عبد القادر الترناري / عقد التأمين بين الشريعة والقانون / رسالة دكتوراه / جامعة دمشق / ١٩٩٧ / ص ٢٤ .

^(٣) الحامي شفيق حرنا / المرجع السابق / ص ٢٥ .

وقد نصت بعض القوانين صراحة على اعتبار عقد التأمين من عقود الإذعان^(١)، كما أقرت بعض المحاكم اعتبار عقد التأمين من عقود الإذعان ، من ذلك ما جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية عندما قالت " إن عقد التأمين يعتبر عقد إذعان وإن كل شرط تعسفي يعتبر باطلاً عملاً بالمادة (٢٠٤) من القانون المدني^(٢) .

ثالثاً :- عقود النقل

يعتبر عقد النقل مثلاً نموذجياً لعقد الإذعان ، ذلك أنه وأن كان الأصل أن لطرفيه حرية الاتفاق على شروطه كعقد رضائي ، إلا أن تطور الحياة الاقتصادية في العالم المعاصر ، وما تنتج عنه من قيام شركات نقل ضخمة ، غالباً ما تكون محتكرة للنقل الداخلي أو الدولي ، ذلك أن النقل الداخلي إما أن يكون بيد مؤسسة عامة تنظمه وتتولى إدارته ، أو بيد شركات ومؤسسات خاصة تتمتع بامتياز قانوني ، ومن ثم يقتصر دور المتعاقد معها على التسليم دون مناقشة بالشروط التي تضعها لأنه مضطر لقبولها لحاجته الماسة إلى الخدمة التي تقدمها تلك الشركات .

وكذلك الأمر بالنسبة لعقود النقل الدولية ، ذلك أن الشركات العالمية وإن كانت لا تتمتع باحتكار قانوني ، إلا أنها تتمتع باحتكار فعلي أو على الأقل ضعف في المنافسة بين تلك الشركات التي عادة ما تعد نماذج متماثلة للعقود التي تبرمها ، والتي لا يملك المتعاقد معها حرية مناقشتها أو تعديلها ، فهو إما أن يقبلها جملة أو يرفضها .

رابعاً :- عقود توريد المياه والغاز وعقود الاشتراك في الكهرباء والهاتف

تعتبر هذه العقود جميعاً عقود إذعان ، ذلك أنها تتعلق بخدمات ضرورية لا غنى للإنسان

^(١) ضرب المشرع اللبناني في المادة (٢/١٧٢) من قانون المبيعات والعقود عند تعريف عقود الإذعان (عقود الموافقة) مثلاً على هذا النوع من العقود ، كعقد النقل بالسكك الحديدية وعقد الضمان (التأمين) .

^(٢) تمييز حقوق رقم ٨٧/٢٩١ مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٩ ص ٥٢ .

عنها في وقتنا الحاضر ، لذلك تتولى الدولة إدارتها أو تمنح امتياز تشغيلها لمؤسسات خاصة ،
تطرح شروطها في صورة إيجاب عام وقاطع لا يقبل النقاش ، ولا مفر للمستفيد (المذعن) من
أن يرضخ لها لأنه يتعاقد مع محتكر لهذه الخدمات .

خامسا :- يضاف إلى العقود السابقة ، العقود المصرفية ، وعقد العرض ، وعقد النشر ، وعقد
الإيجار في المدن الكبرى لأغراض مهنية أو للسكنى .

الخلاصة :-

من كل ذلك نخلص إلى أن ظهور عقود الإذعان كان نتيجة للتطورات الاقتصادية التي
حدثت في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين وما صاحبها من ظهور أشكال جديدة
للتعاقد كالعقود النموذجية والعقود المطبوعة التي تهدف إلى توفير الجهد والوقت ، بالإضافة إلى
قصور التشريعات التي كانت سائدة آنذاك عن وضع حلول مناسبة لما رافق ذلك من ظلم تعلقدي
، الأمر الذي قاد إلى وجود عقود تتغلب فيها إرادة أحد الطرفين وتفرض قانونها على الطرف
الآخر الذي لا يملك سوى الخنوع والإذعان لتلك الإرادة تحت ضغط الحاجة ، وهي ما اصطلح
على تسميتها بعقود الإذعان ، التي عرفها الفقه والقضاء ثم استقرت في التشريعات الحديثة التي
اشتترطت لوجودها توافر ثلاثة شروط ، وأصبحت سمة مميزة للتطور القانوني في القرن
العشرين .

كما أنه رغم الاختلاف الفقهي في تحديد الطبيعة القانونية لهذا النوع من العقود والذي
انتهى إلى القول بالصفة التعاقدية لها ، إلا أن الإجماع منعقد على ضرورة توفير الحماية
للطرف الضعيف (المذعن) في تلك العقود ، هذه الحماية التي تنأتى عن طريق تقييد مبدأ سلطان
الإرادة بشقيه (الحرية التعاقدية والقوة الملزمة للعقد) وهو ما يسمح به التطور الذي طرأ على
ذلك المبدأ كما رأينا في المبحث الأول .

إن ما يحصل في عقود الإذعان من اضطرار أحد المتعاقدين إلى التعاقد مع محتكر لسعة أو خدمة ضرورية ، يتمتع بمركز اقتصادي قوي يخوله الانفراد بكتابة العقد ، يعكس ما تتضمنه هذه العقود من خطورة بالنسبة للطرف المذعن ، ذلك أنه يخشى من الموجب وهو يحدد صيغة العقد ، أن يستفيد من تفوقه كي يدخل في العقد شروطاً مجحفة (تعسفية) تهدف إلى تحقيق مصالحه بالتخفيف من التزاماته التعاقدية مع تكليف الطرف المذعن بالتزامات جديدة أو التشديد من التزاماته الأصلية بشكل جائر ، فمن الناحية العملية تنطوي عقود الإذعان على أخطار محتملة تجعل من الضروري حماية الطرف المذعن .

إلا أن البعض يرى أن عدم تكافؤ أطراف العقد وعدم تساويهم أمر ليس جديداً بل هو أمر قديم قدم الإنسان ، فالمواجهة بين من يحتاج إلى إشباع ضرورات يومية وبين من يقوم بتوفير هذه السلع والخدمات له ، منعقدة منذ القدم بحيث يقف مقدم السلع والخدمات دائماً موقفاً أقوى من موقف المتعاقد الآخر .

ولكن يمكن الرد على ذلك بأن عدم التكافؤ الذي عرفتته المجتمعات منذ نشأتها هو عدم تكافؤ طبيعي ، بينما أصبح عدم التساوي بين المتعاقدين في وقتنا الحالي على درجة كبيرة من الظهور ، كما أنه إذا كان عدم التساوي بين العاقدين ليس من شأنه أن يدخل الريبة في العقد ، فإن سوء الاستعمال المحتمل الذي ينجم عن هذا التفاوت هو ما يدعونا للبحث عن حماية الطرف المذعن ، فالإرادة التي توجد في ظرف يسمح لها بالتعسف تتجه إلى استغلال ذلك الظرف لتحقيق أكبر قدر من المنافع والمكاسب وبالتالي تتعسف أو على الأقل احتمال قيامها بذلك .

وعليه فنحن لا نسعى إلى علاج ظاهرة عدم التكافؤ القائم بين طرفي العقد في عقود الإذعان ، تلك الظاهرة الطبيعية ، وإنما الذي يجب منعه هو التعسف في استعمال القوة الاقتصادية من جانب الطرف القوي في العقد ، ذلك أن الحرية التعاقدية لم يعترف بها إلا لأنها

أفضل وأعدل وسيلة لتبادل السلع والخدمات ، ويجب أن تنهض هذه الحرية بالوظيفة الاجتماعية المقررة لها ، لا أن تنتهي إلى الاستغلال غير العادل للضعفاء من قبل الأقوياء ، فإذا حادت الحرية عن تلك الوظيفة فيجب أن تهدم ، وهذا ما يبرر التدخل التشريعي لحماية الطرف المذعن في عقود الإذعان ، هذا التدخل الذي يتأتى بوسيلتين ، الأولى عن طريق إقرار أحكام عامة تنطبق على كل عقود الإذعان ، والثانية بتنظيم خاص للعقود التي تستحق هذا التنظيم .

وعليه فسوف نقسم دراستنا لهذه الحماية إلى فصلين على النحو التالي :

الفصل الأول : حماية الطرف المذعن من خلال القواعد العامة

الفصل الثاني : حماية الطرف المذعن من خلال التشريعات الخاصة

الفصل الأول

حماية الطرف المذعن من خلال القواعد العامة في القانون المدني

بعد أن لفتت عقود الإذعان أنظار الفقهاء والقضاة بسبب ما لاحظوا من تفاوت فاحح بين طرفي العقد ، وما أدى إليه من ظلم تعاقدية ، أجمعوا على ضرورة حماية الطرف المذعن في هذا النوع من العقود .

حيث بدأ القضاء وبتأييد من الفقه ينزع إلى حماية الطرف المذعن في بعض الحالات ضمن الحدود التي تسمح بها القواعد العامة ، واستخدم سلطته في التفسير للوصول الى حلول عادلة تتصف الطرف المذعن ، تعتمد في أغلبها على العدالة .

إلا أنها كانت حماية قاصرة وغير كافية ، كونها مقيدة في الحدود التي تسمح بها النظريات القانونية التقليدية والقواعد العامة في التفسير ، بحيث لم يستطع القضاء الخروج عن قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين .

لذا جاءت التشريعات الحديثة لتأخذ ببعض الحلول التي توصل إليها القضاء ، حيث قنن المشرع المصري قاعدتين استقرتا في القضاء الفرنسي والمصري ، وهما تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن دائماً كان أو مديناً ، ومنح القاضي سلطة واسعة إزاء الشروط التعسفية في عقود الإذعان .

وعند وضع القانون المدني الأردني ، رأى المشرع الأردني الأخذ بهاتين القاعدتين ، حيث نص على القاعدة الأولى في المادة (٢٤٠) من القانون المدني كاستثناء من القاعدة العامة في التفسير ، وأخذ بالقاعدة الثانية في المادة (٢٠٤) عندما أعطى القاضي خلافاً للأصل الحق في تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها إذا وردت في عقد من عقود الإذعان.

وفي هذا الفصل نتناول بالدراسة الحماية التي وفرها المشرع للطرف المذعن من خلال هاتين القاعدتين ، على أن نسبق ذلك بدراسة الحماية التي توفرها النظريات القانونية التقليدية للطرف المذعن والحلول التي توصل إليها القضاء لحمايته .

وعليه نقسم هذا الفصل الى مبحثين :

المبحث الأول : قصور النظريات القانونية التقليدية عن توفير الحماية المطلوبة للطرف المذعن

المبحث الثاني : الحماية التي توفرها القواعد العامة الخاصة بعقود الإذعان

المبحث الأول

قصور النظريات القانونية التقليدية عن توفير الحماية المطلوبة للطرف

المذعن

أمام الواقع غير العادل الناتج عن عقود الإذعان ، حاول القضاء بدايةً استخدام النظريات القانونية التقليدية كمحاولة منه لحماية الطرف المذعن من التعسف ومن الشروط المجحفة التي يفرضها الطرف القوي في العقد ، إذ أخذ يتلمس وجود عيب في الرضا تارة ، وتارة أخرى يبطل الشروط التي تحد من التزامات الموجب باعتبارها مخالفة للنظام العام ، ويتوسع في نظرية التعسف في استعمال الحق .

كما عمل بعض القضاء ضد الطابع الشديد وغير العادل لبعض الشروط في عقود الإذعان ، مستنداً في ذلك الى سلطته في التفسير ، إذ لم يأخذ الطرف المذعن ببعض الشروط لعدم علمه بها أو لتناقضها مع شروط أخرى ، وفسر الشرط لمصلحته في حال الغموض ، ملقياً بذلك تبعه الغموض على عائق الموجب لإنفراده بتحرير العقد ، هذه الحلول التي أخذت بها معظم التشريعات الحديثة .

وعليه ندرس في هذا المبحث تلك النظريات ومدى ما تحققه من حماية للطرف المذعن في مطلب أول ، وبعد ذلك الحلول التي أخذ بها القضاء الفرنسي والمصري مستخدماً سلطته في التفسير لحماية الطرف المذعن في مطلب ثان ، على أن نقتصر في تناولنا لهذا الموضوع على مرحلة ما قبل التشريعات الحمائية .

المطلب الأول

النظريات القانونية التقليدية وحماية الطرف المذعن

حاول القضاء قديماً أن يجد في المصادر التي تقدمها المجموعات المدنية نصوصاً تصلح لأن تكون مصدراً لحماية الطرف المذعن في عقود الإذعان ، وتبعه في ذلك بعض الفقه ، الذي رأى ضرورة توسع القضاء في تطبيق النظريات القانونية التقليدية (نظرية البطلان لمخالفة النظام العام والآداب العامة ونظرية السبب ونظرية عيوب الإرادة بالإضافة الى نظرية التعسف في استعمال الحق) توسعاً يراعى فيه جانب الطرف المذعن .

إلا أنه إذا كانت النظرة الأولى إلى تلك النظريات قد توحى بإمكانية علاج اختلال الالتزامات في عقود الإذعان ، إلا أن النظرة المتفحصة لها تبين لنا عدم كفايتها لإعادة هذا التوازن وتحقيق الحماية للطرف المذعن .

هذا ما سنحاول التوصل إليه من خلال استعراض هذه النظريات بالقدر الذي يسمح به موضوع دراستنا .

الفرع الأول

البطلان لمخالفة النظام العام والآداب العامة أو لغياب السبب وحماية الطرف المذعن

نجمع بين هاتين الفكرتين في عنوان واحد لأن الجزاء فيهما واحد وهو البطلان ، لذا سوف نتطرق في هذا الفرع الى قاعدة النظام العام والآداب العامة ونظرية السبب ومدى أثر كل منها في تحقيق الحماية للطرف المذعن وهل بالإمكان اعتبارها إحدى الوسائل الفعالة في هذا المجال .

أولاً: البطلان لمخالفة النظام العام والآداب العامة

تعريف النظام العام ليس بالأمر الهين ، ويعبر بودان عن صعوبة إيراد تعريف دقيق له

بقوله " ليس كفكرة النظام العام فكرة تتأبى على التعريف الدقيق " ^(١)، إلا أن فكرته العامة تتبدى في سيادة المجتمع على الفرد ، وبالتالي يمكن تعريفه بأنه " ذلك المفهوم الذي تتمثل فيه مصالح المجتمع الأساسية " ، أما الآداب العامة فيقصد بها " عادات الأفراد الشرفاء في زمان معين ومكان معين " ^(٢)، إلا أن تحديد هذه المصالح وتلك العادات لإعطاء فكرة واضحة عن مفهوم النظام العام والآداب العامة أمر عسير لأن دائرتها تتغير بتغير الزمان والمكان .

واستناداً إلى عدم التحديد هذا بالإضافة إلى التطور الذي طرأ على فكرة النظام العام بظهور النظام العام الاقتصادي إلى جانب النظام العام السياسي المعروف سابقاً والقول بوجود نظام عام حمائي ^(٣) ، فقد حاول البعض الأخذ بفكرة النظام العام والآداب في عقود الإذعان ، مطالبين بإبطال الشروط التعسفية التي ترد فيها على أساس هذه الفكرة ، منطلقين من أن الاتفاق الذي يشتمل على شروط تعسفية نتيجة إساءة استعمال الطرف القوي فيه لمركزه يعتبر اتفاقاً مخالفاً للنظام العام والآداب إما كلياً أو جزئياً ، لأنه يخالف الصالح العام والمبادئ المستقرة بالنسبة للتجارة وحرية الأفراد ، في حين ينطلق آخرون في تقرير ذلك من أن النص المتعلق بالنظام العام لا يزال من الناحية النظرية قابلاً للتوسع أكثر مما هو عليه ^(٤).

وفي مصر يرى البعض ^(٥) أنه يمكن للقاضي تحت فكرة النظام العام والآداب أن يتدخل لتعديل أو إعفاء الطرف المذعن من الشروط الجائرة في عقود الإذعان ، مستنداً في ذلك إلى عدم تحديد فكرة النظام العام والآداب العامة .

^(١) انظر في ذلك الدكتور / محمد وحيد الدين سوار / المرجع السابق / ص ١٦٢ — ١٧٠ ، والدكتور / توفيق حسن فرج / النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق / ص ٥٣ — ٥٦ .

^(٢) الدكتور هشام القاسم / المدخل إلى علم القانون / جامعة دمشق / ١٩٨٣ / ص ٣٤ .

^(٣) الدكتور / محمد وحيد الدين سوار / المرجع السابق / ص ١٦٩ .

^(٤) انظر في عرض ذلك الدكتور / الصده / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٣٤٠ ، والدكتور / مصطفى العوجي / المرجع السابق / ص ٦٩٧ .

^(٥) الدكتور / عبد الحكيم فوده / المرجع السابق / ص ٣٣٥ ، الدكتور / سعيد عبد السلام / المرجع السابق / ص ٧٣ .

وقد تعرض هذا الموقف لعدة انتقادات تنال منه وتنتهي إلى عدم مشروعيتها، إذ ذهب أغلب الفقه الفرنسي إلى أن فكرة النظام العام لا تجد مكانها الطبيعي في مادة التفسير لأن دورها الحقيقي هو إلزام القاضي بإلغاء الاتفاقات المخالفة للنظام العام والآداب^(١)، كما أنها فكرة مرنة تتسم بعدم الدقة والإبهام ، ويعود للقاضي تقدير ما إذا كانت الشروط والالتزامات المنصوص عليها في عقود الإذعان ، تشكل مخالفة للنظام العام والآداب أم لا ، وإذا أخذنا برأي القائلين بضرورة توسع القضاء في تطبيق فكرة النظام العام عند التعرض لهذا النوع من العقود ، فإنه يخشى أن يسيء القاضي استعمال سلطته في تقدير المخالفة للنظام العام سعياً منه إلى تطبيق حماية أكبر للطرف المذعن ، الأمر الذي يؤدي به إلى اعتبار بعض الشروط غير مشروعة ومنافية للأخلاق والآداب العامة ، على الرغم من أنها مشروعة وإن كانت شديدة ومجحفة بحق الطرف المذعن ، مما يصل بنا إلى إعطاء القضاء سلطة تحكمية يخشى من إساءة استعمالها.

يضاف إلى ذلك شدة الجزاء الذي يقرره المشرع لمخالفة النظام العام والآداب ، ذلك أن المشرع يرتب البطلان للعقد في حالة مخالفته للنظام العام والآداب ، وهذا الجزاء يفوت الغاية من الحماية المطلوبة للطرف المذعن ، إذ أن الهدف من الحماية هو رفع الظلم التعاقدي للطرف المذعن بإزالة التعسف ، وليس نسف التصرف هو العلاج المطلوب ، لأنه يمس حقوق الموجب ، كما يضر بالطرف المذعن في نفس الوقت ، فالعامل مثلاً بحاجة للعمل ، وغاية مطلوبة هو إعفاؤه من الشروط المجحفة بحقه وليس إبطال عقد عمله هو الحل !

ومن ثم فإن الجزاء المنصوص عليه في حالة مخالفة النظام العام والآداب يتجاوز الغرض الذي يراد الوصول إليه وهو حماية الطرف المذعن لا إبطال عقده ، وعليه يجب إسقاط هذا الرأي وعدم إعماله كوسيلة لحماية الطرف المذعن .

(١) انظر في ذلك الدكتور / عبد الحكم فوده / المرجع السابق / ٣٣٤ .

ويؤكد ذلك أن التوسع في أعمال فكرة النظام العام ، برفض الشروط المتفق عليها بطريقة صحيحة بحجة النظام العام والآداب ، مع عدم وجود معيار دقيق للفرقة بين ما هو مخالف للنظام العام وما ليس كذلك ، ينتهي الى عدم مشروعية هذه الوسيلة ، لأنها تعطي القاضي جزءا من اختصاص المشرع ، مما يشكل اعتداء على المجال التشريعي ، علاوة على أنه يؤدي إلى اضطراب أمن المعاملات والإضرار بمصالح يجب حمايتها ^(١) .

ولقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا الرأي ، إذ كانت تعارض الأحكام التي تصدر بحجة النظام العام والآداب ، الى أن تلاشت هذه الأحكام في القضاء الفرنسي خصوصا تلك التي فسرت مادة النظام العام تفسيرا واسعا ، وتطبيقا لذلك قضت بأنه لا يعتبر مخالفا للنظام العام الشرط الذي يقصر المكافأة على العمال القائمين بالعمل طوال العام دون انقطاع ^(٢) .

وأرى بأن فكرة النظام العام تقدم وسيلة فعالة لحماية الطرف المذعن في عقود الإذعان ، ذلك أن المصالح المراد حمايتها في هذه العقود من الممكن اعتبارها من المصالح الأساسية التي يهدف النظام العام لحمايتها وهو ما يسمح به التطور الذي أصاب فكرة النظام العام في عصرنا الحاضر بحيث من الممكن اعتبار تحقيق العدالة الاجتماعية أحد هذه المصالح ، ولكن ذلك لا يتحقق عن طريق السماح للقضاء بالتوسع في تطبيق هذه الفكرة على عقود الإذعان ، وإنما التوسع في تحديد الأحكام التي تعد من النظام العام بنصوص قانونية صريحة ، ويكون ذلك بأن يمنع المشرع في صيغ مختلفة الاتفاق على شروط معينة لمخالفتها للنظام العام كونها تنسم بالجور والتعسف ، بحيث يقتصر البطلان على هذه الشروط مع بقاء العقد ، وهو ما أخذت به التشريعات الحديثة عندما نصت على العديد من القواعد الأمرة لتعلقها بالنظام العام والآداب العامة في معرض تنظيمها لبعض عقود الإذعان الهامة ، وهو ما سنتعرض له لاحقا .

^(١) الدكتور / الصده / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٣٤٠ .

^(٢) نقض فرنسي في ١٢ مارس ١٩١٨ ، سري ١٩١٨ - ١ - ١٥٩ / عن الدكتور / سعيد عبد السلام / المرجع السابق / ص ٧١ .

ثانياً :- نظرية السبب

رأينا سابقاً ^(١) أن فكرة السبب ترجع إلى القانون الكنسي ، حيث كانت القاعدة فيه رضائية العقود ، ولذا قيدت الإرادة فيه بالسبب ، فتعين على الإرادة حتى تنتج أثرها أن تتجه الى غرض مشروع أي إلى غرض لا يتنافى مع النظام العام والآداب ، وبعبارة أخرى إن الإرادة وإن أصبحت طليقة من قيد الشكل إلا أنها يجب أن تقيد بغرض مشروع ، وبعد ذلك مرت نظرية السبب بتطورات عديدة إلى أن وصل الفقهاء إلى التمييز بين سبب الالتزام وسبب العقد ^(٢) ، وقد أخذ المشرع الأردني بهذا التمييز عندما تحدثت المادة (١٦٥) عن سبب الالتزام والمادة (١٦٦) عن سبب العقد .

من هنا نجد أن البحث عن وسيلة لحماية الطرف المذعن من خلال هذه النظرية يمكن أن يتأتى من ناحيتين : الأولى تكون من خلال التوسع في تطبيق نظرية سبب العقد (النظرية الحديثة) ، وذلك بالبحث في مشروعية هذا السبب المشترط فيه أن يكون متوافقاً مع النظام العام والآداب ، وعليه فقد طالب البعض (كما رأينا في الفقرة السابقة) ببطالان عقود الإذعان من خلال توسع القضاء في تحديد مفهوم النظام العام والآداب ، بحيث يصل الأمر به إلى إبطال عقود الإذعان لمخالفة سبب هذه العقود للنظام العام .

إلا أن هذا الطرح غير مقبول لأنه يعود بنا الى ما ناقشناه سابقاً حول مساوئ توسع القضاء في تحديد فكرة النظام العام ، علاوة على أن منح القضاء مجاًلاً واسعاً في البحث عن النية للتعرف على الباعث الدافع على التعاقد يؤدي إلى عدم الاستقرار ، يضاف إلى ذلك أن

^(١) انظر صفحة (١١) من هذه الرسالة .

^(٢) أنظر في ذلك / الدكتور / أنور سلطان / مرجع سابق / ص ١٣٢ - ١٣٥ ، والدكتور / السنهوري / مرجع سابق / ص ٤١٧ -

٤٦٣ ، والدكتور وحيد الدين سوار / مرجع سابق / ص ١٣٩ - ١٥٣ .

المشرع يفترض وجود هذا السبب (الباعث) وأنه مشروع ، وبالتالي يتوجب على الطرف المذعن إثبات عدم مشروعية السبب لإبطال العقد ، وهو ما لا يتيسر عملا .

أما الناحية الثانية فتكون من خلال البحث في سبب الالتزام ، ذلك السبب الذي بني على أساس مبدأ العدالة التبادلية الذي يعتبر مجالا له ، فكل تضحية تستوجب مقابلا وكل خدمة أو عمل يستحق أجرا ، ولا يجب أن يثري أحد على حساب آخر دون سبب ، ومن ثم يجب ألا يكون هناك التزام بدون سبب أي مقابل يبرره .

وعليه فقد اتجه بعض المؤلفين إلى أن يتخذوا من فكرة غياب السبب أو عدم كفايته وسيلة لإعادة النظر في الشروط التعسفية في عقود الإذعان ، حيث نجدهم ينطلقون في ذلك من فكرتين : الأولى هي تناسب السبب مع الالتزام ، فهذا جونغو يقول " إن سببا أيا كان لا يكفي ، وأنه يجب أن يكون هناك سبب يتناسب مع الالتزام ، وأن يكون هناك تعادل بين الفوائد والتضحيات بين الطرفين ، فالعدالة هي الانسجام ، وفي العقود التبادلية هي التوازن والمساواة والميزان رمزها ، والعقد لا يستحق حماية القانون إذا لم يكن بين الخدمات المتبادلة تقابل عادل " (١) .

أما الفكرة الثانية فهي فكرة السبب الجزئي ، بمعنى أن نأخذ شرطا في العقد يرتب التزاما على عاتق الطرف المذعن ونرى فيما إذا كان يقابله التزام على عاتق الموجب أم لا ؟ ذلك أنه إذا لم يكن هناك التزام مقابل من الموجب يكون التزام الطرف المذعن بدون سبب ، ومن ثم يجب إبطاله (٢) ، وبذلك تدخل فكرة عدم كفاية السبب في عقد الإذعان كوسيلة لإبطال الشروط التعسفية .

ويعرض الأستاذ ديموج أساس الفكرة حينما يقول " إذا لم يمكن تفسير الالتزام إلا جزئيا بواسطة الالتزامات المقابلة المتعهد بها أو بواسطة ظروف الدعوى ، كان هناك محل لمعرفة أثر

(١) جونغو / مبدأ سلطان الإرادة / رسالة / ص ٣٦٨ / عن الدكتور / الصده / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٣٤٥ .

(٢) الدكتور / مصطفى العوجي / المرجع السابق / ص ٦٩٨ .

هذا السبب الجزئي ، إن القانون لا يمكنه أن يعنى دائماً بهذا السبب الجزئي، لأن هذا يكون مراعاة للغبن في كل العقود ، وهو ما يكون خطراً ، ومع ذلك فهو لا يمكنه أن يهمله تماماً^(١).
ويعزز أنصار هذا الرأي فكرتهم ببعض أحكام القضاء الفرنسي ، التي أنقصت من أجر الوكيل ، إذا كان الأجر المتفق عليه لا يتناسب مع الخدمة المؤداة من قبل الوكيل ، مستنداً في ذلك الى فكرة عدم وجود السبب أو السبب الجزئي^(٢) .

وهناك قرار لمحكمة استئناف باريس أخذ بهذه الفكرة عندما رفض إعمال أحد الشروط الواردة في وثيقة التأمين ، والذي ينص على استحقاق الأقساط الربع سنوية التي لم تستحق للسنة الجارية بسقوط أجلها في حالة فسخ وثيقة التأمين لأي سبب كان، وتكون من حق الشركة ، وذلك على أساس أن التزام المؤمن له بدفع هذه الأقساط ليس له سبب ، فهو التزام دون مقابل ، فليس من الممكن نسبة هذا الالتزام الى فكرة التعويض الناجم عن الخطأ أو الى فكرة الاحتمالية^(٣).

إلا أن هذا الرأي كان محل نقد ، ذلك أن تقدير وجود السبب أو عدم وجوده لا يتحقق بالنسبة لكل جزء في العقد وإنما في العقد بمجموعه ، بحيث تتم الموازنة بين الالتزامات المتبادلة للطرفين ، فالمشرع يشترط وجود سبب الالتزام وان يبقى موجوداً من وقت تكوين العقد إلى حين تنفيذه^(٤)، وليس هناك ما يشير إلى وجوب ربط كل شرط أو التزام في العقد بالالتزام مقابل ، بل جل ما يشترطه القانون في العقود التبادلية أن يكون هناك التزامات متقابلة ، ففي عقد العمل مثلاً يقابل التزام العامل بالقيام بالعمل التزام رب العمل بدفع الأجرة ، في حين أن

(١) دموع / الالتزامات / الجزء الثاني / ص ٧٤٠ / عن المحامي / رائد صيدم / البحث السابق / ص ٢٥ .

(٢) نقض فرنسي في ٢٤ فبراير ١٨٩١ / دالوز ١٨٩١ - ٥ - ٥٣٦ / عن الدكتور / الصده / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٣٤٦ .

(٣) استئناف باريس في ٢ فبراير ١٩٢٦ ، دالوز الأسبوعي ١٩٢٦ ، ص ٢١٠ / عن الدكتور / الصده / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٣٤٨ .

(٤) المادة (١٦٦) من القانون المدني الأردني ، انظر في شروط السبب الدكتور / أنور سلطان / مرجع سابق / ص ١٣٢ - ١٣٥ .

عقد العمل هذا يتضمن التزامات أخرى تقع على عاتق العامل مثل الحضور للعمل بالساعة التي يحددها رب العمل دون أن يكون هناك التزام مقابل لها على رب العمل .

ويؤكد ذلك ما جاء في قرار لمحكمة الاستئناف المصرية المختلطة عندما رفضت الأخذ بفكرة غياب السبب في حالة الشروط الجائرة في عقد العمل ، حيث تقول " إن المستخدمين الذين وقعوا عند دخولهم في الخدمة ، ليس على تنازل عن حقوق مكتسبة أو على التزام باهظ كان يمكنهم أن يرفضوه ، وإنما على مجرد خضوع لشروط عامة وتنظيمية تكون العقد ، لا يقبل منهم أن يتمسكوا بعدم وجود سبب الالتزام الموقع عليه " (١).

يضاف إلى ذلك أن القانون إذا كان يستلزم وجود السبب ، فإنه لا يشترط التعادل بين السبب والالتزام المسبب ، وفي ذلك يقول الدكتور عبد المنعم فرج الصده الذي يرفض الأخذ بفكرة غياب السبب أو عدم كفايته كوسيلة لإعادة النظر في الشروط الجائرة في عقد الإذعان بقوله " إننا نرى أن انعدام السبب كلياً أو جزئياً لا يمكن أن يكون مبدأً لإعادة النظر في الشروط الجائرة ، إن الغبن لا يعتبر كفيلاً بتعديل العقد إلا بتدخل تشريعي ، وليس مقبولاً أن نتحدث عن الغياب الجزئي للسبب ، لأن القانون لا يستلزم حداً أدنى ، على خلاف ما فعل في مادة الغبن ، فكل سبب موجود يعتبر سبباً كافياً ، إن قانوننا يستلزم مقابلاً ولكنه لا يستلزم أن يمثل هذا المقابل قيمة حسابية مساوية لقيمة الالتزام الذي يعتبر مبرره الاقتصادي والقانوني " (٢).

وأرى صحة ما ذهب إليه الدكتور عبد المنعم فرج الصده في رده على وجهة النظر التي قال بها بعض الفقه في فرنسا ، ذلك أن قبولها سيؤدي إلى قبول الغبن كسبب عام من أسباب إبطال العقود ، وهو ما لم ينص عليه المشرع الذي اقتصر على تطبيقات جزئية لفكرة الغبن ،

(١) استئناف مختلط في ١٣ يناير ١٨٩٦ ، تشريع وقضاء ، ٨ ، ص ٩١ / عن الدكتور / الصده / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص

ولأن الأخذ به بشكل عام يؤدي إلى اضطراب في المعاملات ، تلك المعاملات التي يستحيل فيها تحقيق المساواة بشكل كامل ، لأنها تقوم على فكرة المقامرة .

وعليه فإن نظرية السبب لا توفر من الحماية إلا تلك التي توفرها بالنسبة للعقود عامة ، وبالتالي لا يوجد لها تطبيق خاص بالنسبة لعقود الإذعان يمكن التوسع فيه .

الفرع الثاني

نظرية عيوب الإرادة وحماية الطرف المذعن

أن نظرية عيوب الإرادة قد توحى لأول وهلة بإمكانية علاج مشكلة عقود الإذعان وتوفير الحماية الكافية للطرف المذعن^(١)، إلا أن النظرة المتفحصية لهذه النظرية توضح لنا عدم جدواها وعدم كفايتها في توفير تلك الحماية ، وإن كان من المسلم به أن إرادة الطرف المذعن أن شابها غلط أو إكراه أو تدليس أو استغلال (تغريب مقترن بالغبن حسب أحكام القانون المدني الأردني) ، بالمعنى الذي يتطلبه القانون المدني ، فإنه يترتب على ذلك نفس الآثار بالنسبة لأي عقد آخر . هذا ما سنحاول التعرف عليه في هذا المطلب من خلال التعرض لهذه العيوب ومدى ما تقدمه من حماية للطرف المذعن .

أولاً :- عيب الغلط

يعرف الغلط باعتباره عيباً يشوب الإرادة بأنه حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع^(٢)، ويترتب على إثباته في القانون المدني الأردني عدم لزوم العقد ، أي أحقية من وقع في الغلط في فسخ العقد^(٣).

ولما كانت عقود الإذعان تفرغ عادة في قالب نموذجي ، يتضمن صيغ تتطوي على

(١) الدكتور/ مصطفى العوجي / المرجع السابق / ص ٦٩٨ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني / الجزء الأول / ص ١٤٢ .

(٣) المادة (١٥٤) من القانون المدني الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٧٦ .

الكثير من الدقة والتعقيد وصعوبة على فهم الشخص العادي الذي لا يلم ولو بشكل مبسط بالتقافة القانونية ، فان من السهل أن نتوقع وقوع الطرف المذعن في الغلط سواء فيما يتحملة من التزامات أو فيما له من حقوق .

وما يهمنا هنا هو معرفة مدى إمكان التمسك بالغلط من قبل الطرف المذعن لاستبعاد الشروط التعسفية المدرجة في العقد من قبل الموجب ، والتي يقع الطرف المذعن في غلط فيها أو في فهم خاطئ لها أو لما تحققه له من حماية .

بالرجوع إلى أحكام الغلط في القانون المدني الأردني نجد أنه لكي يكون الغلط منتجاً لأثره القانوني يجب أن يستوفي شرطين ، الأول أن يكون الغلط ظاهرياً ، والثاني هو أن يقع الغلط على صفة جوهرية (فوات وصف مرغوب فيه) .

أما بالنسبة للشرط الأول ، فإننا نجد أن المشرع الأردني وإن كان يأخذ في هذا المجال بمعيار شخصي (ذاتي) ، قوامه تقدير المتعاقد لأمر معين يكون هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد ، حيث نص في المادة (١٥٤) على أنه " للعقد فسخ العقد إذا وقع منه غلط في أمر مرغوب فيه " ، إلا أنه يقيد ذلك بضرورة كون الغلط ظاهرياً ، بأن يكشف المتعاقد عن إرادته أو أن تكون هذه الإرادة مكشوفة ، بحيث تظهر غلظه ، ويكون ذلك بأن يصرح بها العاقد أو تستخلص دلالة من الملابسات وظروف الحال أو ضرورة من طبائع الأشياء ، أما إذا كان الغلط باطنياً ، بأن استقل به أحد المتعاقدين ، وبالتالي لم يعلم به المتعاقد الآخر فلا يكون له أثر^(١) ، وهو ما يستفاد من نص المادة (١٥١) التي جاء فيها " لا يعتبر الغلط إلا فيما تضمنته صيغة العقد أو دلت عليه الملابسات وظروف الحال أو طبائع الأشياء أو العرف " .

ويتطبيق ذلك على عقود الإذعان ، نجد أن هذا الشرط يسمح للطرف المذعن التمسك

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني / الجزء الأول / ص ١٤٣ .

بالغلط للتخلص من الشروط المعقدة التي يصعب فهمها بالنسبة لغير المحترفين إذا أثبت وقوعه بالغلط ، إلا أن إثبات وقوع الطرف المذعن في الغلط ، يظل أمراً لا يتسم باليسر والسهولة .

كما أن اشتراط المشرع وقوع الغلط في صفة مرغوبة في المحل أو في شخص المتعاقد أو صفة من صفاته إذا كانت تلك الذات أو هذه الصفة هي الدافع الرئيسي إلى التعاقد ، لا يسمح بالتوسع في استخدام عيب الغلط ليشمل أوصافاً وشروطاً تعاقدية لا تنتم بكونها جوهرية ، مع أنها قد تكون مرهقة للطرف المذعن ، ومن ثم يؤدي إلى تقييد اللجوء إلى هذا العيب لإبطال الشروط التعسفية التي تتضمنها عقود الإذعان .

ومن الأمثلة على تمسك الطرف المذعن بالغلط ، ما جاء في قرار لمحكمة الاستئناف المختلطة من أنه "إذا كانت عناصر الدعوى تنهض بان تأميننا أبرمه المؤمن له عن غلط في شرط ، ذلك الذي بمقتضاه يجب أن يكون هو المالك الوحيد للسيارة المؤمن عليها ، وأن المؤمن له ما كان ليقبل تأميننا يخضع لهذا الشرط ، كان هناك محل لإبطال عقد التأمين وأمر المؤمن بأن يرد للمؤمن له الأقساط التي قبضها " (١).

هذا ويلاحظ أن الجزاء الذي فرضه المشرع الأردني على إثبات الغلط لا يحقق الغرض من الحماية المطلوبة للطرف المذعن ، ذلك أنه يجعل العقد غير لازم لمصلحة من وقع في الغلط ، وهو ما يعد فعلاً بالنسبة لمن وقع في غلط متعلق بطبيعة العقد أو الشيء محل التعاقد ذاته أو شخص المتعاقد الآخر ، إلا أنه ليس كذلك بالنسبة للطرف المذعن الذي يتعاقد للحصول على سلعة أو خدمة لا غنى له عنها ، ذلك أنه إما أن يطلب فسخ العقد فيحرم من السلعة أو الخدمة محل التعاقد أو أن يقبل بالأمر الواقع ، وهو ما يحدث غالباً تحت ضغط الحاجة ، مع أنه بحاجة لوسيلة تسمح له باستبعاد الشروط التعسفية مع الإبقاء على وجود العقد (٢).

(١) استئناف مختلط في ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٠، تشريع وقضاء، ٤٣، ص ٤٤٠/عن الدكتور/الصدده /رسالة دكتوراه/مرجع سابق/ ص ٣٥٠ .

(٢) الدكتور / حسن عبد الباسط جميعي / المرجع السابق / ص ٧٠ .

وهكذا يتضح لنا أن نظرية الغلط لا تقدم للطرف المذعن وسيلة فعالة لمحاربة الشروط

الجائرة في عقود الإذعان يمكن الركون إليها .

ثانياً :- عيب الإكراه

يعرف الإكراه بأنه ضغط على الشخص يولد في نفسه رهبة تحمله على التعاقد ، وقد عرفته المادة (١٣٥) من القانون المدني الأردني بأنه " إجبار شخص بغير حق أن يعمل دون رضاه وقد يكون مادياً أو معنوياً " وبهذا يتضح أن الإكراه أما أن يكون حسياً أو معنوياً تبعاً للوسيلة المستعملة (١) .

وما يهمنا هنا هو معرفة ما إذا كانت الحالة التي يكون عليها الطرف المذعن في عقود الإذعان يمكن اعتبارها من قبيل الإكراه المعنوي المعيب للإرادة والذي يرتب عليه المشرع توقف العقد لمصلحة من وقع عليه الإكراه (أو قابلية الإبطال حسب أحكام القانون المدني المصري) ؟

لقد رأينا عند الحديث عن شروط عقد الإذعان أن الطرف المذعن يكون في حالة تضطوه إلى التعاقد للحصول على سلعة أو خدمة لا غنى له عنها ، وإن حالة الاضطراب هذه تبدو أكثر ما يكون بالنسبة للعامل في عقد العمل ، الأمر الذي جعل البعض يرى أن مفهوم الإكراه المعنوي يمكن حصوله في عقد العمل ، فضاء العامل الذي يعاني من بؤس البطالة والحاجة الماسة للعمل لتغطية نفقات عيشه ، هو رضاء معيب بالإكراه (٢) .

كما قد يتصور البعض أن من يتعاقد بقصد الحصول على سلعة أو خدمة تعد من الضروريات الأولية ، يضطر إلى التعاقد بالشروط التي يفرضها مقدم السلعة أو الخدمة الذي

(١) انظر أحكام الإكراه في القانون المدني الأردني المواد ١٣٥ — ١٤٢ .

(٢) انظر في عرض ذلك لشعب محفوظ بن حامد / رسالة ماجستير / مرجع سابق / ص ٨٨ .

يُمنع باحتكار في هذا المجال ، لأنه إذا رفض التعاقد سيحرم من إشباع احتياجاته الضرورية ، وهو ضغط يمكن تكيفه على أنه إكراه معيب للإرادة ^(١).

إلا أن هذا التصور غير صحيح ، ذلك أن أحكام الإكراه في التشريعات المدنية لا تسمح بذلك ، فصحيح أن المشرع لا يتطلب أن يصدر الإكراه عن الموجب ، مما يتيح اعتبار الإكراه متوفراً إذا كان نتيجة لظروف خارجية لم يخلقها الإنسان ، وهو ما أجمع عليه الفقه في مصر معتبراً الإكراه المعنوي متوفراً سواء بفعل المتعاقد أو الظروف الخارجية المحيطة بالتعاقد ، وذلك استناداً إلى أن نص القانون المدني المصري لم يرد فيه كلمة انتزاع الرضاء التي جاء بها القانون الفرنسي ، وعليه فقد أخذ القضاء بحكم الإكراه الذي يتحقق في حالة الضرورة ، فأبطل عقد إنقاذ سفينة في خطر على أساس الإكراه ^(٢).

ويرى الدكتور أنور سلطان إمكانية الأخذ بفكرة الإكراه في حالة الضرورة في القانون المدني الأردني ، إذ يقول " من الممكن الأخذ في القانون الأردني بحكم الإكراه الذي يتحقق في حالة الضرورة إذا كان المكره شخصاً سيئ النية واستغل الظروف التي تهيأت مصادفة للضغط على إرادة المتعاقد بغرض الحصول على مغنم فاحش ، خاصة وأن الفقه الإسلامي يعتد بالإكراه في هذه الحالة " ^(٣).

ولكن حالة الاضطرار التي يكون عليها الطرف المذعن لا تعد من حالات الضرورة التي تقرر الاتجاهات الفقهية وأحكام القضاء إبطال التصرفات فيها لعيب الإكراه ، ذلك أن حالات الضرورة تلك إنما تتعلق بمراكز ميؤوس منها ، يكون الإنسان فيها في حالة هلاك حقيقي ، فهي حالات تتعرض فيها سلامة الأشخاص للخطر ^(٤)، كما هو الحال في عقد الإسعاف الذي يبرم

^(١) الدكتور / حسن عبد الباسط جمعي / المرجع السابق / ص ٦٢ .

^(٢) الدكتور / السنهوري / المرجع السابق / ص ٣٥٣ .

^(٣) الدكتور / أنور سلطان / المرجع السابق / ص ٧٧ .

^(٤) الدكتور / الصده / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٣٥٢ .

إذا تعهد بدفع مبلغ كبير من المال ، وكذلك عقد الإنقاذ البحري .

في حين أن الاضطرار في عقد الإذعان لا يعدو أن يكون ضغطاً اقتصادياً لا يمس الإنسان إلا في حدود المال ، فليس من شأن هذا الاضطرار أن يخلق لدى المتعاقد المذعن وضعاً نفسياً يؤثر على سلامة إرادته ، وفي هذا المعنى يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري عند حديثه عن القبول في عقود الإذعان " إن هذا الضرب من الإكراه ليس هو المعروف بعيوب الإرادة ، بل هو إكراه متصل بعوامل اقتصادية أكثر منه متصلاً بعوامل نفسية " ^(١).

بين شخص مصاب بحادث سيارة في طريق بعيد عن العمران مع شخص آخر يرفض نقله إلا إذا تعهد بدفع مبلغ كبير من المال ، وكذلك عقد الإنقاذ البحري .

في حين أن الاضطرار في عقد الإذعان لا يعدو أن يكون ضغطاً اقتصادياً لا يمس الإنسان إلا في حدود المال ، فليس من شأن هذا الاضطرار أن يخلق لدى المتعاقد المذعن وضعاً نفسياً يؤثر على سلامة إرادته ، وفي هذا المعنى يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري عند حديثه عن القبول في عقود الإذعان " إن هذا الضرب من الإكراه ليس هو المعروف بعيوب الإرادة ، بل هو إكراه متصل بعوامل اقتصادية أكثر منه متصلاً بعوامل نفسية " (١).

فالضغط الذي يتعرض له القابل في عقود الإذعان لا يعدو أن يكون نوعاً من الضغط الاقتصادي الذي لا اثر له في صحة التراضي ، وفي ذلك يقول الدكتور سليمان مرقس " الراجح الآن في فقه القانون المدني أن الضغط الذي يكون الطرف المذعن واقعاً تحته ، لا يرجع إلى عوامل نفسية ولا يبلغ حد الإكراه الذي يعدم الرضا ، ولا حتى الإكراه الذي يفسده ، بل يرجع إلى ظروف اجتماعية واقتصادية لا تفسد الرضا " (٢).

إذن نصل إلى أن الضغوط الواقعية والعملية التي يتعرض لها الطرف المذعن في عقود الإذعان ، لا ترقى إلى مرتبة الضرورة التي يعتبر التعاقد في ظلها معيباً بالإكراه ، وإنما تشكل ضغطاً اقتصادياً لا اثر له على سلامة الرضا ، كما أن اعتبار هذه الضغوط نوعاً من الإكراه يؤدي إلى اضطراب المعاملات ، إذ يفسح المجال لإبطال جميع عقود الإذعان ، وهو ما لا يتفق مع حاجة الطرف المذعن للسلعة أو الخدمة .

ولكن إذا وقع الطرف المذعن تحت ضغط الإكراه بمعناه الوارد في التشريعات المدنية بأن

(١) الدكتور / السنهوري / المرجع السابق / ص ٢٢٩ ، وانظر في تمييز عيب الإكراه عن الإذعان / محمود علي الرشدان / الإكراه وأثره في العقد وفق أحكام القانون المدني الأردني / رسالة ماجستير / الجامعة الأردنية / ١٩٩٣ / ص ٢٨ - ٣١ .

(٢) الدكتور سليمان مرقس / مرجع سابق / ص ١٨٣ .

وصل إلى الحد الذي يفسد الرضا ، فانه يوقف العقد على إجازة الطرف المذعن (قابلية الإبطال حسب أحكام القانون المدني المصري) .

ثالثاً :- عيب التغيرير المقترن بالغبن^(١)

يعتبر القانون المدني الفرنسي والقوانين المستمدة منه التدليس (التغيرير) والغبن عيبين مستقلين من عيوب الرضا ، فلا يشترط في هذه التشريعات أن يقترن التدليس بالغبن ، وإن كانت لا تأخذ بالغبن كنظرية عامة ، وإنما تورد لها تطبيقات خاصة .

أما القانون المدني الأردني فقد خالف هذه التشريعات مقتضياً في ذلك أثر القانون المدني العراقي الذي استمد أحكامه من الفقه الإسلامي ، فلم يعتبر التغيرير وحده ولا الغبن وحده عيباً مستقلاً من عيوب الرضا ، بل اشترط أن يقترن كل منهما بالآخر ليشكلا عيباً واحداً .

وقد عرض المشرع الأردني التغيرير في المادة (١٤٣) من القانون المدني بقوله " التغيرير هو أن يخدع أحد المتعاقدين الآخر بوسائل احتيالية ، قولية أو فعلية ، تحمله على الرضا ، بما لم يكن ليرضى به بغيرها " .

وظاهر من هذا النص أنه يشترط في التغيرير حتى يؤخذ به في حال اقترانه بالغبن الفاحش ، أن يكون مستجمعاً عدة عناصر هي استعمال وسائل احتيالية وأن تكون هذه الوسائل مؤثرة في توجيه إرادة المغرر به إلى التعاقد ، بالإضافة إلى نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع .

وبناءً على ذلك لا يمكن اللجوء للتغيرير إلا إذا قام المغرر باستخدام وسائل احتيالية بنية خداع المتعاقدين الآخر ، وهو ما يعد عقبة في شأن استخدام هذا العيب ، ذلك أن مجرد الكذب

^(١) انظر في عيب التغيرير المقترن بالغبن / الدكتور / عبد المجيد الحكيم / الكافي / مرجع سابق / ص ٤٥٠ - ٤٦٩ ، الدكتور / محمد الحاسنة / حالات الاعتداد بالغبن بين الشريعة والقانون المدني الأردني / دراسة مقارنة / مؤته للبحوث والدراسات / المجلد الخامس / العدد الأول / ١٩٩٩ .

والمبالغة في وصف السلعة أو الخدمة لا يمكن اعتبارهما من قبيل التغيرير إلا إذا اثبتت نية مقدم السلعة أو الخدمة في خداع المتعاقد الآخر^(١).

والطرف المذعن كطرف ضعيف في عقود الإذعان يصعب عليه إثبات توفر مثل هذه النية لدى الموجب ، بالإضافة الى عدم حاجة الموجب لاستخدام مثل هذه الوسائل لحمل الطرف المذعن على التعاقد ، إذ أن موقفه كطرف قوي في العقد وحاجة الطرف المذعن للتعاقد مهما كانت الشروط المفروضة من قبله تغنيه عن استخدام هذه الوسائل الاحتياطية .

يضاف إلى ذلك أن اشتراط المشرع أن يبلغ التغيرير من الجسامة حداً يعتبر دافعاً للتعاقد ، بحيث أنه ما كان المغرر به ليتعاقد لولا تلك الأفعال ، هذا الشرط الذي يصر عليه أنصار النظرية التقليدية ، لا يتيح الأخذ بالتغيرير المتصل ببعض شروط التعاقد ، وهو ما تجنبه القضاء الفرنسي ، عندما سمح بتمسك المدلس عليه (المغرر به) بعيب التدليس حينما يتعلق التدليس بشرط من شروط التعاقد ، ومن ثم فإنه يكفي للتمسك بعيب التدليس وفقاً للمفهوم الحديث الذي أخذ به القضاء الفرنسي أن تتعلق أفعال التدليس بأحد الشروط التعاقدية^(٢).

وهو ما أرى ضرورة الأخذ به من قبل القضاء الأردني لما فيه من توسع في أعمال هذا العيب في العقود كافة مما يتيح حماية المتعاقد المغرر به من بعض الشروط التي أدرجت بفعل التغيرير الممارس من قبل المتعاقد الآخر دون أن يكون التغيرير هو الدافع للتعاقد ، وهو ما يسمح به نص المادة (١٤٣) التي تقرر أن " التغيرير هو أن يخدع أحد العاقلين الآخر بوسائل تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها " ، فعبارة (ليرضى به) تحتل أن يكون المقصود هنا العقد بمجمله أو أي شرط من شروطه.

ومما يتصل بشرط التغيرير أيضاً إمكانية وقوعه بالكتمان دون حاجة إلى أقوال أو أفعال

(١) الدكتور / أنور سلطان / المرجع السابق / ص ٨١ .

(٢) الدكتور / حسن عبد الباسط جميعي / المرجع السابق / ص ٧٥ .

إيجابية ، حيث تنص المادة (١٤٤) من القانون المدني الأردني على أنه " يعتبر السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة تغريراً إذا اثبت أن المغرور ما كان يبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة " .

مما يعني أن المشرع الأردني يعتبر السكوت تغريراً ، إذا ما تناول واقعة يجب الإفضاء بها نزولاً على حكم القانون أو الاتفاق ، أو طبيعة العقد وما يحيط به من ظروف وملابسات ، ما دام المتعاقد الآخر لا يستطيع معرفة حقيقة الواقعة من طريق آخر ^(١).

ويعتبر هذا النص شديد الأهمية في توفير الحماية للطرف الضعيف في العقود عامة ، إذ يفسح المجال أمامه للطعن بالعقد ، في حال توفر الشروط الأخرى ، عند محاولة الطرف القوي دس بعض الشروط التعسفية بين وثائق العقد ، بحيث لا يستطيع المتعاقد الآخر تبينها ، أو إدراج شروط يصعب على الشخص العادي قراءتها وفهمها ، في العقود المطبوعة بشكل مسبق ^(٢) ، وهي الصورة التي تتم بها عقود الإذعان .

وعليه فإن أخذ المشرع الأردني بهذا النص واعتباره السكوت المتعمد مفسداً للرضا في حال توافر الشروط الأخرى يعد أمراً محموداً ، لما يوفره من الحماية للطرف الضعيف في العقد ، ولكن ما يشترطه المشرع الأردني لإعمال هذا العيب والجزاء الذي يترتب عليه ، يقلل من أهميته كوسيلة لحماية هذا الطرف المذعن ، إذ يشترط لاعتبار التغرير عيباً مفسداً للرضا حسب أحكام القانون المدني الأردني — كما رأينا سابقاً — اقترانه بالغبن الفاحش ، كما رتب على ثبوته إعطاء الحق للمغرور به بفسخ العقد .

أما بالنسبة لاشتراط اقتران التغرير بالغبن الفاحش ، نجد أن المادة (١٤٥) من القانون

المدني الأردني تنص على أنه " إذا غرر أحد العاقدین بالآخر وتحقق أن العقد تم بغبن فاحش

^(١) الدكتور / أنور سلطان / المرجع السابق / ص ٨٠ ، الدكتور / عبد المجيد الحكيم / المرجع السابق / ص ٤٥٤ .

^(٢) الدكتور / حسن عبد الباسط جمعي / المرجع السابق / ص ٨٠ .

كان لمن غرر به فسخ العقد " .

وظاهر من هذا النص المأخوذ عن الفقه الإسلامي ، أن المشرع الأردني أخذ بالغبن بمعناه المادي أي عدم التعادل بين الالتزامات المتقابلة التي يرتبها العقد ، مفرقا بين الغبن اليسير والغبن الفاحش وهو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين ^(١) ، ومشتربا اقترانه بالتغير حتى يؤثر على العقد باستثناء تعلقه بمال المحجور عليه ومال الوقف وأموال الدولة ^(٢) .

وعليه نجد أن المشرع الأردني قد تشدد بداية في اشتراطه اقتران التغير بالغبن بالإضافة إلى تشدده في اشتراط أن يكون الغبن فاحشا ، مما يقلل من فرص إعمال هذا العيب لمقاومة اختلال التوازن الذي تتصف به عقود الإذعان .

ولكن إذا توافرت شروط التغير واقترن بغبن فاحش في عقد من عقود الإذعان فإنه يصبح كأى عقد آخر ، غير لازم لمن وقع عليه التغير ، وإن كانت إمكانية تحقق هذه الشروط في عقود الإذعان بصورتها الحالية ، قليلة بالمقارنة مع غيرها من العقود ، ذلك أنها تأتي غالبا في صورة مطبوعة يمكن للمتعاقد الآخر الاطلاع عليها ومراجعتها ، كما أن عموميتها تقلل من إمكانية التوسع في إعمال هذا العيب ، ذلك أنه لا يتصور أن يقوم الموجب بإدخال شرط ما لخدعة هذا الزبون أو ذاك ، بالإضافة إلى أنه لا يعقل أن يقوم الموجب بإدخال شروطا تدليسية في عقودها ويوجهها إلى مجموع زبائنه ، فذلك لا يحقق مصلحته من حيث ابتعاد الزبائن عن التعاقد معه ، وهو ما لا يرغب به عمليا ، كما أن مجرد إدخال شروط جائرة في العقد ، لا يعد في حد ذاته تغيرا ما دام الموجب لم يقم بأي عمل أو كتمان بنية خداع الطرف الآخر ^(٣) .

بالإضافة إلى أن شرط الغبن وإن كان متوفرا في هذا النوع من العقود ، إلا أنه ليس دائما

^(١) المادة (١٤٦) من القانون المدني الأردني .

^(٢) المادة (١٤٩) من القانون المدني الأردني .

^(٣) الدكتور / الصده / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٣٥٩ .

بالفاحش ، فقد يكون الغبن يسيراً ، ومن ثم لا تتحقق شروط إعمال هذا العيب .

أما بالنسبة للجزاء الذي يترتب عليه المشرع على وجود هذا العيب بتحقيق شروطه ، فإنه لا يتفق مع الحماية المطلوبة للطرف المذعن ، ذلك أن تقييد المغيرر به بطلب فسخ العقد ، بالرغم من حاجته الماسة إلى استمرار عقده لتعلقه بسلع أو خدمات ضرورية لا غنى له عنها ، يضعه أمام اختيار صعب ، فهو إما أن يتنازل عن هذه السلع والخدمات فيطالب بفسخ العقد أو أن يستسلم للواقع الموجود ، وهذا ما يحدث غالباً ، لأنه لا يرغب بإبطال العقد بقدر ما يرغب في تجنب الشروط المرهقة .

ويمكن الوصول إلى ذلك من خلال السماح للقاضي بإبطال الشروط المرهقة التي أدرجت في العقد نتيجة التغيرير مع الإبقاء على العقد ، وهو ما تتيحه القواعد العامة للمسؤولية ، فطالما تقوم مسؤولية المغيرر في مواجهة المغيرر به ، مما يترتب عليه التزام المغيرر بتعويضه عن الأضرار التي أصابته ^(١)، ولما كان خير التعويض هو التعويض العيني كما يرى الدكتور سليمان مرقس بقوله " ولأن خير التعويض هو التعويض العيني ، فيمكن إما الحكم بإبطال العقد على سبيل التعويض العيني ، وإما بصحة العقد مع التخفيض من شروطه الباهظة " ^(٢)، فإن التعويض هنا يكون بإعفاء الطرف المذعن من الشروط الباهظة وعدم الاعتداد بها مع بقاء العقد ، ولكن بشرط تحقق شروط إعمال هذا العيب .

مما تقدم نجد أن عيب التغيرير المقترن بالغبن يمكن إعماله في عقود الإذعان كما في العقود الأخرى متى توافرت شروطه ، ولكنه لا يلقي تقديراً خاصاً في هذا النوع من العقود يتيح التوسع في إعماله .

ومما يتصل بهذا العيب ما أخذت به بعض التشريعات العربية ، من اعتبار الاستغلال

(١) الدكتور / حسن عبد الباسط جميعي / المرجع السابق / ص ٧٧ .

(٢) الدكتور / سليمان مرقس / المرجع السابق / ص ٣٣٨ .

وهو أمر نفسي يعتبر الغبن مظهرا ماديا له عيبا مستقلا من عيوب الإرادة ، حيث جاء النص على هذا العيب في المادة (١٢٩) من القانون المدني المصري التي تنص على انه " ١- إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل ألبنه مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقدين الآخرين ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لان المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقدين المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقض التزامات هذا المتعاقد . ٢- ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، وإلا كانت غير مقبولة . ٣- ويجوز في عقود المعارضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن " .

يتضح من نص هذه المادة أنه يشترط لإعمال هذا العيب ، أن يختل التوازن بين الاداءات أو الالتزامات المتقابلة ، هذا الاختلال الذي يقاس بمعيار شخص أو ذاتي ووفقا لظروف كل حالة على حدة ، دون النظر إلى القيمة المادية للشيء ^(١) ، ولكن يجب أن يكون هذا الاختلال فادحا أو شديدا يجاوز إلى حد كبير الاختلال المألوف في المعاولات ، فلا يكفي مجرد الاختلال البسيط ^(٢) .

إلا أنه لا يمكن أن يحتج الطرف المغبون بالاستغلال حسب أحكام هذه المادة إلا بإثبات عنصر نفسي ، يتمثل في قيام الضعف النفسي من طيش أو هوى جامح ، وقيام الطرف الآخر باستغلال هذا الضعف ودفعه إلى إبرام عقد يضر بمصلحته ، يفرض فيه شروطا تؤدي إلى ذلك الخلل في الالتزامات ^(٣) .

فالقاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تحديد مدى توافر الاختلال الفادح بين الاداءات

^(١) انظر في ذلك الدكتور سلامة فارس عرب / وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية / رسالة دكتوراه / جامعة المنوفية / ١٩٩٩ /

ص ٤٨٠ - ٤٨٢ ، الدكتور / السنهوري / المرجع السابق / ص ٣٦٣ .

^(٢) الدكتور / محمد ليب شنب / المرجع السابق / ص ٣٦٣ .

^(٣) الدكتور / حسن عبد الباسط جميعي / المرجع السابق / ص ١٨٠ .

المتقابلة في العقد ، بالإضافة للسلطة الواسعة التي يتمتع بها في تحديد الجزاء الذي يمكن أن يوقعه على اثر توافر شروط الاستغلال ، فحسب الفقرة الأخيرة من المادة (١٢٩) السابقة ، يجوز للقاضي بناءً على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد ، هذه السلطة التي يمكن للقاضي أن ينفذ من خلالها الى مجابهة اختلال التوازن في العقود .

إلا أن هذه الوسيلة لا يمكن أن تقوم بدور المبدأ العام الكفيل بحماية المتعاقد المذعن في عقود الإذعان ، ذلك أنه إذا كان من الممكن القول بأن موقف الطرف المذعن هو نفس موقف المتعاقد المغبون ، وموقف الموجب (المحتكر) هو نفس موقف المستغل الذي يدفعه للتعاقد بشروط مجحفة تؤدي إلى عدم توازن الالتزامات التعاقدية^(١)، إلا أن الحدود التي رسمها المشرع لنظرية الاستغلال تتعارض مع مثل هذا القول .

فمن ناحية أولى يشترط المشرع لإعمال عيب الاستغلال أن يكون عدم التعادل بين الالتزامات المتقابلة فادحاً ، هذا الشرط الذي يتوافر غالباً في عقود الإذعان ، إلا أنه قد يكون يسيراً وفي نفس الوقت يفرض على الطرف المذعن التزاماً غير مألوف أو غير واضح ولم يحتط له ، فمثل هذا الشرط يبقى خارجاً عن الحماية التي يوفرها هذا العيب .

ومن ناحية ثانية فإن إعمال هذا العيب يتطلب قيام الطرف المغبون بإثبات استغلال الطرف الآخر القوي لعيب أو ضعف في إرادته ، وهو ما لا يتمكن الطرف المذعن من القيام به في أغلب الأحوال^(٢)، ويضاف إلى صعوبة إثبات هذا الاستغلال ، أن الطرف الأقوى اقتصادياً لا يهدف بالضرورة إلى استغلال عيب في إرادة الطرف المذعن ، وإنما جل ما يقصده هو الحصول على أكبر قدر من المكاسب في ضوء ما يسمح به القانون .

(١) انظر في نقاط الاتفاق والاختلاف بين عيب الاستغلال وعقود الإذعان عبد الله حسين خشروم / عيب الاستغلال في القانون المدني الأردني وفقه الشريعة الإسلامية / رسالة ماجستير / الجامعة الأردنية / ١٩٩٣ / ص ١٣ - ١٦ .

(٢) الدكتور / عبد الحى حجازي / المرجع السابق / ص ٣٠٦ .

ومن ناحية ثالثة فإن القاضي لا يمكنه أن يطبق جزاء عيب الاستغلال إلا في حالتين هما الطيش البين والهوى الجامح^(١)، ومن ثم فقد قصر المشرع المصري أسباب إعمال هذا العيب في هاتين الحالتين ولم يفسح المجال أمام القاضي بأن يعمل هذا الحكم في حالات أخرى يمكن أن تكون محلاً للاستغلال كما في حالة عدم الخبرة أو الحاجة ، وذلك رغبة من المشرع المصري في تضيق نطاق تطبيق الغبن المصحوب بالاستغلال ، حفاظاً على استقرار المعاملات^(٢).

ويرى بعض الفقه المصري^(٣) أن المشرع لم يكن موفقاً في استبعاد بعض الحالات التي وردت في المشروع التمهيدي للمادة (١٢٩) وهي " الحاجة ، وعدم الخبرة ، وضعف الإدراك ، أو أي حالة أخرى يتبين فيها أن رضا المغبون لم يصدر عن اختيار كاف"^(٤).

وقد أيد الدكتور عبد المنعم فرج الصبده نص المادة (١٢٩) في المشروع التمهيدي في حينه بقوله " نؤيد هذا النص ، لأنه على حالته هذه من الاتساع يمكن أن يحتضن كل الحالات التي يكون فيها الطرف المذعن ضحية لعمل من جانب الطرف القوي في العقد أو لقصور في نفسه ، فتتوفر بذلك حمايته من العاقد الآخر ومن نفسه ، ، ويسقط في نظرنا الاعتراض القائم على أن مثل هذا النص يهدد الثقة والاستقرار ، فهناك عنصر موضوعي يعتبر ضماناً جدياً ، لان الغبن المقصود ليس أي غبن كان ، وإنما الغبن غير العادي أي الذي ينطوي على تفاوت فادح ، والنص يتحدث عن الغبن الذي لا تتعادل فيه التزامات العاقد مطلقاً مع الفائدة التي

(١) الدكتور / محمد وحيد الدين سوار / الغبن والاستغلال في القانون المدني الأردني / عدل العقد / بحث منشور في مجلة نقابة المحامين / لسنة ١٩٧٩ / ملحق رقم (٤) / ص ٩٥ .

(٢) الدكتور / سلامة فارس عرب / الرسالة / المرجع السابق / ص ٤٨٤ .

(٣) الدكتور / الصدة / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٤١٧ — ٤٢١ ، الدكتور / محمود عبد الرحمن / المرجع السابق / ص ١٦٠ ، الدكتور / سلامة فارس عرب / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٤٨٥ ، الدكتور / توفيق حسن فرج / المرجع السابق / ص ١٧٣ .

(٤) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري / الجزء الثاني / ص ١٨٩ .

يحصل عليها أو مع التزامات المتعاقدين الآخر ، ثم إنه إلى جانب ذلك يجب أن يتوفر عنصر آخر نفسي هو الاستغلال وإضافة مثل هذا الشرط تعتبر نوعاً من الضمان لأنه يقلل من حالات تطبيق النص إلى حد كبير " (١).

هذا وقد أخذ المشرع العراقي بهذه الحالات ، بحيث تتسع أحكام الاستغلال في القانون المدني العراقي ، لتشمل كل استغلال لحاجة المغبون أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه (٢) ، وهو ما يتفق مع مبدئي العدالة والتوازن العقدي .

وهو ما يتفق أيضاً مع موقف الفقه الإسلامي الذي اعتد باستغلال الحاجة في بيع المضطرب وشرائه وبيع الحاضر للبادي ، كما اعتد باستغلال عدم الخبرة في ثلاث صور هي ، تلقي الركبان وبيع المسترسل وبيع الحاضر للبادي (٣).

بناءً على ما تقدم فإن الأمر يتطلب من المشرع الأردني أن يتخذ موقفاً مماثلاً لموقف المشرع العراقي من نظرية الاستغلال ، خاصة وأن حالات الحاجة وعدم الخبرة وضعف الإدراك تعيب الإرادة بنفس العيب الذي يصيبها في حالتها الطيش واليهوى الجامح ، بالإضافة إلى أهمية مثل هذا الموقف في تحقيق الحماية للطرف الضعيف في العقد بشكل عام والطرف المذعن بشكل خاص .

(١) الدكتور / الصده / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٤٢٠ .

(٢) تنص المادة (١٢٥) من القانون المدني العراقي على أنه " إذا كان أحد المتعاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه فلحقه عن تعاقده غبن فاحش جاز له في خلال سنة من وقت العقد أن يطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول ، فإذا كان التصرف الذي صدر منه تبرعاً جاز له في هذه المدة أن ينقضه " .

(٣) انظر في ذلك الدكتور / الصده / عقد الإذعان / بحث منشور في مجلة الأمن والقانون / كلية شرطة دبي / السنة الرابعة / العدد الأول / ١٩٩٦ / ص ٢٦٠ - ٢٦٥ ، عبد الله حسين خشروم / رسالة ماجستير / مرجع سابق / ص ١٤٣ - ١٥٥ ، الدكتور / عبد الباسط جمعي / الوسيط / المرجع السابق / ص ١١٩ - ١٢٤ .

الفرع الثالث

نظرية التعسف في استعمال الحق وحماية الطرف المذعن

منذ القرن التاسع عشر قرر رجال الفقه الغربي أن الخطأ في المسؤولية التقصيرية لا يتحقق من مجرد استعمال الحق إلا إذا جاوز صاحبه عند استعماله الحدود المرسومة له ، أما إذا ظل ملتزماً هذه الحدود فلا محل لمساءلته ولو أضر استعمال حقه بالغير ^(١).

غير أن هذا الرأي ظهر قصوره وعدم انسجامه مع العدالة الاجتماعية ، خاصة بعد ظهور المذاهب الاجتماعية التي أخذت تنظر إلى الحقوق كقيم اجتماعية ، يجب أن تستعمل لمهمة اجتماعية ، وغاية يجب أن لا تحيد عنها ، بحيث يجب على من يمارس هذه الحقوق أن يحترم هذه الوظيفة وتلك الحدود ، فالخروج عنها بمثابة الخروج بالحق عن الغاية المقررة له ، وهو ما يعد إساءة في استعمال الحق ، وبالتالي تعسفاً يوجب المسؤولية ^(٢).

وقد مرت هذه النظرية بتطورات عديدة ، فقد عرفتھا النظم القانونية على مر العصور ، كالقانون الروماني ، الذي اقتصر على إيراد بعض التطبيقات لها ، وفي مرحلة لاحقة عرفتھا الشريعة الإسلامية كنظرية عامة تتصرف إلى كافة الحقوق ^(٣).

إلا أنها استقرت في التشريعات الحديثة كقيد عام تخضع له الحقوق جميعها ، يقضي بضرورة استعمال هذه الحقوق استعمالاً مشروعاً يخلو من الإساءة والتعسف ، وعليه يتوجب على أصحاب الحقوق مراعاة هذا القيد العام واحترامه ، وبهذا القيد أخذت المادة (٦٦) من القانون المدني الأردني ، فبعد أن أكدت المادة (٦١) منه على كون استعمال الحق سبباً من أسباب التسوية بقولها " الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا

^(١) الدكتور / أنور سلطان / المرجع السابق / ص ٣٢٣ .

^(٢) الدكتور / محمد شوقي السيد / التعسف في استعمال الحق / رسالة دكتوراه / ١٩٧٩ / ص ٣٥٣ .

^(٣) انظر في ذلك / الدكتور / فتحي الدريني / نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي / بيروت / ١٩٧٧ / ط ٢ .

يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر " ، أخذت المادة (٦٦) في فقرتها الأولى بهذه النظرية بقولها

" ١- يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع ، " .

وما يهمنا هو معرفة ما توفره نظرية التعسف في استعمال الحق من حماية للطرف المذعن في عقود الإذعان ، خاصة وأن القضاء حاول الاستناد إليها في بسط تلك الحماية في ظل غياب التنظيم التشريعي لها ، محاولاً إيجاد سنده في التطور الذي أصاب هذه النظرية من حيث المعيار الذي تقوم عليه ومن حيث مجال تطبيقها .

أما معيار التعسف في هذه النظرية فقد مر بتطورات عديدة ، فبعد أن كان معياراً شخصياً يقوم على فكرة الخطأ بصورة المتعددة ، من قصد الإضرار بالغير ، أو الإهمال وعدم التبصو ، انتهى الأمر الى الأخذ بمعيار موضوعي هو معيار المصلحة ، هذا المعيار الذي حظي بتأييد فقهي وتشريعي وقضائي كبير ، لما يتيح من فرض رقابة شديدة على استعمال الحقوق ، فيمنع وقوع التعسف في استعمالها ^(١) .

وكذلك الأمر بالنسبة لنطاق تطبيق هذه النظرية ، فبعد أن قصره القضاء بداية على مزاوله حق الملكية ، الأمر الذي سمح بمؤاخذة المالك الذي يستعمل ملكه استعمالاً مرهقاً ، فيضر بذلك بالملاك المجاورين ، امتد ليشمل استعمال السلطة الوظيفية وهو ما يعرف في القانون الإداري بالتعسف في استعمال السلطة ، ولم يقف عند هذا الحد وإنما امتد ليشمل حق النقاضي والحقوق التعاقدية ، ومن ثم انعكست هذه التطبيقات على التشريع الذي نص بدوره على بعض التطبيقات الخاصة بنظرية التعسف في استعمال الحق ^(٢) .

ففي المجال التعاقدي تنفذ نظرية سوء استعمال الحقوق إلى العقود في جميع مراحلها ،

^(١) الدكتور / محمد شوقي السيد / المرجع السابق / ص ١٥١ ، وفي القانون المدني الأردني تنص المادة (٦٦) في فقرتها الثانية على هذا المعيار بقولها " يكون استعمال الحق غير مشروع لـ إذا توفر القصد العمدي . ب - إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة . ج - إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر . د - إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة " .

^(٢) الدكتور / السنهوري / المرجع السابق / ص ٨٥١ - ٨٥٤ .

سواء في إبرام العقد أم في تنفيذه أم في إنهائه أو زواله .

والمقصود بإنهاء العقد هنا قيام أحد طرفي العقد بفسخه من جانب واحد دون الاستناد الى مبرر معقول ، الأمر الذي يؤدي إلى إيقاع الضرر بالطرف الآخر ، مما يعد تعسفا منه في استعمال حقه بالفسخ ولعل من أهم التطبيقات في مجال إنهاء العقد والتي تتصل بموضوع دراستنا ، ما يعرف بالفصل التعسفي للعامل من قبل رب العمل ، وهو ما سنتعرض له مفصلا في الفصل الثاني من هذه الرسالة .

أما إمكانية إعمال هذه النظرية في مرحلتي إبرام وتنفيذ العقد ، فتبدو بداية في حالة امتناع الموجب عن إبرام العقد مع من يتقدم للتعاقد معه دون مبرر معقول ، وكذلك في حالة تمسكه ببعض الشروط إضرارا بالطرف المذعن أو على وجه لا يتفق مع ما يوجبه حسن النية ، خاصة وأن المادة (٢٠٢) من القانون المدني الأردني تنص على أنه " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية " (١) .

وسوف نتناول التعسف في استعمال حق عدم التعاقد من قبل الموجب وتعسفه في تنفيذ العقد .

أولاً : - التعسف في استعمال حق عدم التعاقد

رأينا أنه يتفرع عن مبدأ سلطان الإرادة أن لكل فرد الحق المطلق في أن يتعاقد أو أن يرفض التعاقد مع الآخر ، وليس من أثر قانوني للعدول عن التعاقد ما دام الإيجاب لم يقترن بالقبول ، ولا يترتب على ذلك أية مسؤولية .

ولكن لما كانت الآراء الحديثة تميل إلى تغليب العنصر الاجتماعي في القانون ، وإلى اعتبار الأعمال القانونية هي من ضرورات حياة الجماعة ، وأن هذه العلاقة القانونية إنما

(١) قارن المادة الثانية من القانون المدني السويسري التي تنص على أنه " يجب على كل شخص أن يستعمل حقوقه وأن يقوم بتنفيذ التزاماته طبقا للقواعد التي يرسمها حسن النية ، أما التعسف الظاهر في استعمال الحق فلا يقره القانون " ، عن الدكتور / الصدة / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٣٦٠ .

تستحق حماية القانون إذا كانت محققة لغرض اجتماعي^(١)، فإن هذه القاعدة تقتيد بفعل الضرورات الاجتماعية، إذ أصبح يرد عليها شيء من التحديد بالنسبة لعقود الإذعان، ذلك أن الطرف المذعن في هذه العقود إنما يتعاقد للحصول على خدمة ضرورية أو سلعة أساسية تنحصر في يد شخص يتمتع باحتكار قانوني أو فعلي، مما يجعل رفض هذا الشخص المحتكر للتعاقد مع الطرف المذعن ضاراً به إلى حد كبير^(٢).

وعلى هذا الأساس ذهبت المحاكم إلى اعتبار مجرد الامتناع عن التعاقد تعسفاً إذا ما تعارضت نتائجه مع المصلحة الاجتماعية، بالإضافة إلى ما هو مقرر من وجود التعسف إذا كان الدافع إلى رفض التعاقد هو نية الإضرار بالتعاقد المذعن.

ولتوضيح أثر هذه النظرية في حماية الطرف المذعن لا بد من التمييز بين موجب يتمتع باحتكار قانوني وآخر يتمتع باحتكار فعلي أو مجرد ضعف المنافسة.

فالأول يلتزم بالتعاقد بموجب القانون أو المرسوم الذي يعهد إليه إدارة المشروع، أو بمقتضى عقد الالتزام بينه وبين السلطة العامة التي منحت الامتياز، فلا يرفض التعاقد مع من يتقدم له من الأفراد ما داموا يقومون بالالتزامات المفروضة عليهم، فليس له حرية اختيار من يتعاقد معه، وقد أضحي هذا الالتزام من القواعد المسلم بها بالنسبة للمرافق العامة التي تكون محل احتكار قانوني، نظراً لطبيعة هذه المرافق التي تحتكر خدمات ضرورية لا غنى للأفراد عنها، هؤلاء الأفراد الذين يساوي القانون بينهم في الحقوق والواجبات، وعليه فإن هذا الالتزام بالنسبة للموجب المتمتع باحتكار قانوني يعتبر انعكاساً لمبدأ المساواة بين عملاء المرفق العام^(٣).

وقد طبق القضاء المصري هذا المبدأ، إذ قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه " لا

(١) الدكتور / حسين عامر / التعسف في استعمال الحقوق وإنهاء العقود / القاهرة / ١٩٦٠ / ص ١٧٤ .

(٢) الدكتور / الصده / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٣٦١ .

(٣) الدكتور / الصده / المرجع نفسه / ص ٣٦١ .

يجوز للشركة التي تتولى مرفقاً عاماً أن ترفض طلبات الاشتراك المقدمة من الجمهور أو أن تلغي اشتراكات قائمة إلا بناءً على أسباب جدية " (١).

على أنه يجب الإشارة إلى أن إلزام المحترق القانوني بالتعاقد ليس على إطلاقه ، ولكنه مقيد بما هو مرسوم من تعليمات وحدود في هذا الشأن ، وبما تراه المحاكم من ظروف وملابسات كل حالة في النزاع المطروح عليها (٢).

وعليه لا تبرز أهمية نظرية التعسف في استعمال الحق في هذه الحالة بقدر ما هي عليه في حالة الاحتكار الفعلي ، إذ لا يوجد التزام قانوني على هذا المحترق يفرض عليه التعاقد مع كل من يتقدم له ، إلا أنه بإيجابه الموجه للجمهور يكون ملتزماً بالتعاقد ولكن في الحدود التي يفصح عنها هذا الإيجاب .

ومن ثم فإن رفض الموجب للتعاقد ضمن هذه الحدود يعد من حيث المبدأ عملاً مشروعاً ، ولكن يجب أن يستند في رفض التعاقد الى دوافع عادلة وأسباب معقولة تنهض بها طبيعة العملية ويبررها حسن سير العمل لدى المحترق ، ويعود تقدير ذلك للقضاء ، فإذا وجد أن رفض التعاقد قد أوجت به أسباب غير مشروعة (٣) ، فإنه يكون تعسفاً يؤخذ عليه.

وأبرز تطبيق لذلك فيما ينشأ من نزاع في عقد العمل ، لاتصال أثره بالأحوال الاجتماعية والمقتضيات الاقتصادية والميول السياسية .

فإن كان لرب العمل الحق المطلق في اختيار عماله ، فله الحرية في أن يستخدم من يريد

(١) استئناف مختلط في ٢٨ يونيو سنة ١٩١٨، تشريع وقضاء، ٣٠ ص ٤٩٩/عن الدكتور/ الصده/رسالة ماجستير/مرجع سابق/ص ٣٦٦ .

(٢) المستشار / حسين عامر / المرجع السابق / ص ١٧٣ .

(٣) من ذلك ما قضت به محكمة دواى الفرنسية في قضية مصانع الأقمشة " كانت مصانع الأقمشة في شمال فرنسا تجسّر على صباغة أقمشتها في المصانع التي احتكرت هذه المهنة احتكاراً فعلياً ، فانشأ أحد أصحاب المصانع مصبغة في مصنعه ، ولكنها لم تكفي لصباغة جميع أقمشته ، فالتجأ إلى المصانع المحتكرة لصنع بقية أقمشته فرفضته ، معلنة في قرار اتحادها أنها لا تقبل طلبات من يكون لديهم مصانع ، إلا بشروط معينة ، من المتعذر قبولها ، وكان ذلك بقصد تلافي ما يؤثر على احتكارها ، فحكمت محكمة دواى بان في ذلك تعسفاً في استعمال الحق موجبا للمسؤولية " عن لعشب محفوظ بن حامد / رسالة ماجستير / مرجع سابق / ص ١٧٥ .

، إلا أنه في حالة الرفض يجب أن يكون مدفوعاً بما يقتضيه نظام عمله ، كان يكون قد رفض الاستخدام بسبب عدم خبرة من تقدم للعمل أو لصغر سنه أو لضعف صحته^(١)، ولكن ليس له أن يرفض التعاقد مع شخص لأنه سبق أن كانت بينهما قضية أو لأي سبب آخر لا علاقة له بصاحب العمل^(٢).

إن نجد أن نظرية التعسف في استعمال الحق توفر قدراً من الحماية للطرف المذعن في حالة رفض الموجب للتعاقد معه ، وإن كانت هذه الحماية غير كافية إذ بإمكان الموجب تعطيلها بإثبات أن الامتناع عن التعاقد كان لأسباب تقتضيها مصلحة مشروعته .

ثانياً :- التعسف في مرحلة تنفيذ العقد

تتيح نظرية التعسف في استعمال الحق وقاعدة وجوب تنفيذ العقد بحسن نية المجال للقاضي للتدخل لحماية الطرف المذعن في عقود الإذعان ، إزاء بعض الشروط التي يضعها الموجب بحكم موقفه الاقتصادي القوي والتي تتفق مع مصلحته^(٣)، كما هو الحال بالنسبة للشروط التي يضعها المؤجرون عادة والتي تقضي بحرمان المستأجر من حقه في التنازل عن الإيجار أو التأجير من الباطن أو على الأقل تعليق مثل هذا التنازل على موافقة المؤجر ، وهو شرط لا تسمح ظروف المستأجر بمناقشته وقت إبرام العقد ، وكذلك الشرط الذي لا أهمية له في تنفيذ العقد والذي يتمسك به الموجب ليس لشيء إلا للاستفادة من الجزاء الذي يربته عليه ، وهو غالباً سقوط بعض حقوق الطرف المذعن الناتجة عن العقد .

١- الشرط الذي يمنع المستأجر من التنازل عن الإيجار أو التأجير من الباطن

رأينا سابقاً^(٤)، أن عقد الإيجار لأعمال مهنية أو للسكن في المدن الكبرى ، قد أصبح في

^(١) المستشار / حسين عامر / المرجع السابق / ص ١٧٥ .

^(٢) انظر بعض أحكام القضاء الفرنسي التي أخذت بذلك الدكتور / الصده / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٩٧ .

^(٣) انظر في ذلك الدكتور / مصطفى العوجي / المرجع السابق / ص ٧٠٥ - ٧٠٧ .

^(٤) انظر صفحة (٤٦) من هذه الرسالة .

العديد من الدول عقد إذعان ، ذلك أن التطورات الاقتصادية جعلت المؤجرون يتمتعون بمركز اقتصادي قوي يتيح لهم فرض مثل هذا الشرط .

وبالرجوع إلى أحكام القانون المدني الفرنسي نجد أن المادة (١٧١٧) منه تقضي بصحة الشرط الذي يحرم المستأجر من حقه في التنازل عن الإيجار أو التأجير من الباطن ، وتتص على ضرورة تنفيذ هذا الشرط بدقة ، وأمام هذا النص عمد القضاء الفرنسي إلى التمييز بين الشروط التي تحرم المستأجر من هذا الحق بشكل مطلق وتلك التي تعلق مثل هذا الحق على موافقة المؤجر ، حيث طبقت شرط المنع أو الحرمان بشكل مطلق ، في حين أخذت بفكرة التعسف في استعمال الحق فيما يتعلق بالشرط الذي يعلق التنازل على موافقة المؤجر المسبقة ، إذ اعتبرت حق المؤجر في الموافقة حقاً نسبياً وليس مطلقاً ، ومن ثم يجب أن يمارسه الموجب بشكل معقول وضمن الغرض المعد له ، فلا يستطيع الرفض إلا بالاستناد إلى أسباب جديرة ومعقولة ، وإلا كان متعسفاً في استعمال حقه ^(١).

أما في مصر فقد توسع القضاء المصري في أعمال نظرية التعسف في استعمال الحق بمناسبة الشرط المانع من التنازل عن الحق في الإيجار أو التأجير من الباطن سواء أكان مطلقاً أو مقيداً ، حيث أخذت محكمة استئناف مصر بهذه النظرية عندما قضت في أحد قراراتها بما يلي " إذ أنه ليس للمؤجر أن يتمسك بشرط عدم التأجير من الباطن ، وإن طلب فسخ عقد الإيجار بما له من حق الفسخ في حالة مخالفة المستأجر لأي شرط من شروطه ، متى تبين أنه لا يوجد مصلحة للمؤجر يمكن أن تضار بسبب يلحق من غير شك ضرراً بالمستأجر ، وذلك أن المؤجر في هذه الحالة إنما يسئ استعمال حقه لغير سبب مشروع من جانبه ، وبحالة ضارة بغيره ، وأنه واضح من روح التشريع ما استقر عليه القضاء من أن استعمال الحقوق ينقلب

(١) الدكتور / الصده / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٣٧٦ .

لأمر غير مشروع إذا كان لغیر مصلحة مقبولة ، أو باعث قوي متى الحق ذلك ضررا بالغير ولو لم يكن الباعث هو إحداث ذلك الضرر " (١).

وقد أخذ المشرع المصري بما توصل إليه القضاء فيما يتعلق بهذا الشرط ، إذ نص في المادة (٢/٢٩٤) من القانون المدني على أنه " إذا اشترط أن التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن لا يكون إلا بموافقة المؤجر فلا يجوز لهذا أن يمتنع عن الموافقة إلا لسبب مشروع " ، وهو ما يتيح للقضاء الاستناد إلى نظرية التعسف في استعمال الحق في مواجهة مثل هذا الشرط. وإذا لم يصل عقد الإيجار في الأردن لما هو عليه في كل من مصر وفرنسا كعقد إذعلن ، إلا أن واجب الحماية الذي ألقاه المشرع على عاتقه من أجل توفير سكن كريم وبشروط منصفة للمستأجرين باعتبارهم الفريق الضعيف اقتصاديا في العقد ، يستوجب الأخذ بهذه القاعدة ، خاصة وأن المشرع الأردني قد علق حق المستأجر في التنازل عن الإيجار على موافقة المالك السابق أو اللاحقة (٢)، الأمر الذي قد يتيح له التعسف في استعمال هذا الحق .

٢- عدم توفر حكمة الالتزام المفروض على الطرف المذعن

لعل من أهم هذه الشروط تلك التي تفرضها شركات التأمين عادة على المؤمن له ، والتي تلزمه بموجبها بتقديم العديد من التقارير سواء وقت إبرام العقد أم أثناء سريانه وبعد وقوع الخطر المؤمن ضده ، وعادة ما ترتب شركات التأمين على إخلال المؤمن له بهذا الالتزام سقوط حقه في التعويض ، فإذا حدث وتمسك الموجب بمثل هذه الشروط وطالب بإسقاط حق المؤمن له في التعويض ، كان للقاضي الاستناد إلى نظرية التعسف في استعمال الحق في عدم الاستجابة لطلبه إذا كان مثل هذا الالتزام لا أهمية له بحيث لا يعود على المؤمن بأية فائدة ، كما في حالة إغفال المؤمن له ذكر ظرف لا يغير علم المؤمن به الفكرة التي يكونها عن الخطر .

(١) قرار محكمة استئناف مصر في ٢٢ / ١٢ / ١٩٣٧ / الحاماة رقم ١٨ / عن الدكتور محمد شوقي السيد / المرجع السابق / ص ٣٥٠ .

(٢) المادة (٧٠٣) من القانون المدني الأردني .

وتطبيقاً لهذه الفكرة قضت محكمة استئناف باريس في حالة أعطى فيها المؤمن له اسماً غير اسمه ، فطالبت شركة التأمين بالسقوط ، ولكن المحكمة رفضت طلبها ، إذ رأى قضاة الموضوع أن هذا العمل من جانب المؤمن له لا يؤثر على فكرة الخطر ، كما أنه لا مصلحة له في إخفاء حالته المدنية ^(١).

كما قضت محكمة الاستئناف المختلطة في مصر بأن شركة التأمين ضد حوادث السيارات لا يمكنها أن تطالب ببطلان الوثيقة لكتمان من المؤمن له ، الذي أخفى ضعف سمعه إذا كان هذا النقص الطبيعي لم يكن له أي دور في الحادثة ^(٢).

وهذا ما فعله المشرع الأردني عندما نص في المادة (٩٢٤) من القانون المدني صراحة على بطلان " كل شرط تعسفي يتبن أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه " ، وهو ما أخذت به أيضاً محكمة التمييز الأردنية في العديد من أحكامها ، سنتعرض لها في الفصل الثاني من هذه الرسالة عند بحث الحماية القانونية للطرف المذعن في عقد التأمين .

نخلص من كل هذا إلى أن الحلول التي تقدمها النظريات القانونية التقليدية لتوفير الحماية للطرف المذعن في عقود الإذعان غير كافية ، فهي نظريات لا يمكن إعمالها في هذا النوع من العقود على نحو خاص يتيح التوسع في حماية الطرف المذعن ، بالإضافة إلى أنها عقود تقل فيها فرص إعمال بعض هذه النظريات ، كما أن اللجوء إلى بعضها لا يسمح إلا بإبطال أو فسخ العقد وهو ما لا يتفق مع الحماية المطلوبة للطرف المذعن .

لذلك حاول القضاء في كل من فرنسا ومصر البحث عن حلول أخرى لحماية الطرف المذعن وهو ما سنتعرض له في المطلب التالي .

(١) استئناف باريس في ١٤ فبراير ١٩٢٨ ، سري ١٩٢٩ — ١ — ٣١٢ / عن الدكتور / الصده / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٢٩٩ .

(٢) استئناف مختلط في ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ ، تشريع وقضاء ، ٤٦ ص ١٠٩ .

المطلب الثاني

الحلول التي توصل إليها القضاء في غياب النصوص التشريعية

رأينا سابقا أن المجموعة المدنية الفرنسية جاءت مشبعة بروح الفردية ، فأخذت بمبدأ سلطان الإرادة بشقيه ، مبدأ الرضائية ومبدأ القوة الملزمة للعقد الذي يقضي بعدم جواز تدخل القاضي في تعديل العقد أو إنهائه وإلا استهدف حكمه النقص ، ومن ثم واجه القضاء الفرنسي مشكلة التصدي بالعلاج للشروط المجحفة الضارة بالطرف المذعن في عقود الإذعان ، رغم عدم مخالفتها للنظام العام والآداب العامة ، حيث وجد نفسه أمام مصليحتين متعارضتين ، مصلحة الطرف المذعن الذي يحتاج للحماية ومصلحة الطرف القوي بضرورة العمل على سير المنشأة لتحقيق أهدافها الاقتصادية .

وأمام عدم إدراج المشرع الفرنسي لنصوص عامة تعمل على حماية الطرف المذعن واكتفائه بتقنين بعض عقود الإذعان الهامة كعقود النقل والعمل والتأمين بقوانين خاصة ، فقد سيطرت على القضاء الفرنسي في تطبيق عقود الإذعان ، قاعدة القوة الملزمة للعقد ، كما هي الحال بالنسبة لأي عقد آخر ، فأخذ الطرفين بأحكام عقدهما ، ولم يحد من الشروط الواضحة والمحددة ، إلا أنه واستثناء من هذا الأصل لجأ لتوفير بعض الحماية القضائية للطرف المذعن كلما ساحت له الفرصة ، متأثرا بشروح الفقه وأحكام العدالة التي افتقدتها بعض شروط التعاقد ، مستندا في ذلك إلى ما تتيحه القواعد العامة من وسائل قانونية تحقق بعض الحماية ، وكذلك إلى ما يتمتع به من سلطة تقديرية في التفسير .

وكذلك الأمر في مصر في ظل التقنين المدني القديم الذي جاء خلوا من النصوص التي توفر الحماية للطرف المذعن ، ولكن هذا القصور لم يقعد القضاء المصري عن إصدار بعض

الأحكام القضائية التي أعطت بعض الحلول لمسائل متفرقة في عقود الإذعان الهامة ، رغم أخذه من حيث المبدأ بقاعدة القوة الملزمة للعقد .

وقد جاءت الحلول التي وضعها القضاء المصري في ظل التقنين المدني القديم قريبة من حلول القضاء الفرنسي ، ومن هذه الحلول :-

الفرع الأول

اشتراط العلم للاحتجاج بالشروط التبعية

يستلزم مبدأ الرضائية في العقود رضاء كل من المتعاقدين بشروط التعاقد، فإذا كان المتعاقد يجهل أحد شروط التعاقد، فلا يمكن أخذه بأحكامه، طالما أنه لم يعلم به، إلا أن القضاء يفترض هذا العلم، فالأصل في كل شخص أبرم عقداً أنه قد تمكن من قراءته والإحاطة بكل شروطه، فهذه الشروط تكون عادة محل نقاش مسبق بين طرفي العقد، فهما على علم كاف بها^(١).

ولم يقتصر القضاء على اعتبار علم القابل بشروط الإيجاب مساوياً للرضاء ، وإنما استخلص الرضاء من مجرد استطاعة العلم ، فيقوم مقام العلم الفعلي إمكانية العلم^(٢).

لذلك فقد كانت الأحكام تصدر بضرورة إلزام الطرف المذعن بجميع الشروط التي وردت في الوثيقة الموقعة منه طالما أنه أطلع عليها وكان بإمكانه قراءة الشروط التي وردت بها^(٣).

ولكن ليس من العدل تطبيق هذا الافتراض حرفياً على عقود الإذعان ، وإلا نكون كما يقول الدكتور عبد الحكم فوده " قد اسندنا إرادة خيالية للطرف المذعن " ^(٤) ، ذلك أن الظروف الخاصة التي تبرم فيها عقود الإذعان تجعل من الممكن احتجاج الطرف المذعن بعدم العلم بالشروط الجائرة ، ومن ثم عدم أخذه بأحكامها ، فإذا كانت القاعدة بالنسبة للعقود العادية هي

(١) الدكتور / عبد الحكم فوده / المرجع السابق / ص ٣٣٨ .

(٢) الدكتور / الصده / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ١٧٦ .

(٣) الدكتور / حسن عبد الباسط جمعي / المرجع السابق / ص ١٥٨ .

(٤) الدكتور / عبد الحكم فوده / المرجع السابق / ص ٣٣٨ .

عدم الاحتجاج على المتعاقد بالشروط التي لم يعلم بها ولم تكن محلا لرضائه ، فمن باب أولى أن نطبق ذلك بالنسبة لعدم علم المتعاقد المذعن بالشروط المجحفة في عقود الإذعان .

ولقد تطور القضاء الفرنسي في هذا الصدد تطورا ملموسا ، فبعد أن كان في مرحلة أولى يفترض قبول أطراف العقد بكل ما يرد في الوثيقة التي يوقعون عليها من الشروط ، أصبح يفرض رقابته على العلم الحقيقي بالشروط الواردة في وثائق التعاقد وحقيقة قبول أطراف العقد بهذه الشروط ، معتمدا في ذلك على معايير ثلاثة لنفاذ الشرط في مواجهة الطرف المذعن وهي ، وضوح الشرط بشكل يصبح من الممكن قراءته ، وأن يكون واردا في مكان يسمح بالاطلاع عليه بسهولة ، ثم أن يكون معقولا ^(١).

وبذلك أصبح من الممكن أن يقضي القاضي بعدم نفاذ أحد الشروط التي وقع عليها الطرف المذعن ، لأنه لم يعلم بها أو لأنه لم يقبل بها ، من ذلك مثلا ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية بالنسبة لشروط لائحة المنشأة ، إذ قضت بعدم كفاية إعلان اللائحة حتى يفترض علم العامل بشروطها ، ومن ثم أعفته من سريان هذه الشروط بحقه ، وذهبت في أحكام أخرى إلى تحقق هذا العلم بإعلان هذه الشروط في أماكن ظاهرة بالمصنع ، أو بوضعها في إطار ظاهر قريب من باب الدخول ، أو أن تكون معلننة بطريقة منتظمة ^(٢) .

وما قيل بشأن عقد العمل يسري أيضا على عقد النقل ، إذ قضت محكمة النقض الفرنسية بأن " تضمين شركة النقل البحري شرطا يعفي الشركة من المسؤولية عن ضياع الأمتعة ، ويكلف الراكب بمراقبتها ، لا يحتج به على المسافر طالما أنه لم يتسلم التذكرة إلا بعد الصعود للمركب ، إذ تنتفي الحكمة من العلم بالشرط " ^(٣)

^(١) أنظر في تفصيل ذلك الدكتور / حسن عبد الباسط جمعي / المرجع السابق / ص ١٥٨ - ١٦٥ .

^(٢) نقض فرنسي في ٩ ديسمبر ١٩٠٧ ، دالوز ١٩٠٨ ، ١ ، ٤٢٠ ، عن الدكتور / عبد الحكم فوده / المرجع السابق / ص ٣٣٩ .

^(٣) نقض فرنسي في ١٥ يناير ١٩٠٦ ، سيري ١٩٠٦ ، ١ ، ٨٨ ، وبغض الحكم استئناف باريس في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ ، جازيت

دى باليه ١٩٢٦ ، ١ ، ١٢٤ ، عن الدكتور / الصدة / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٢٨٦ .

وكذلك الأمر في عقد التأمين ، إذ درج القضاء الفرنسي على حظر استخدام الحروف الدقيقة في صياغة الشروط الهامة التي تمس صالح المستأمنين (المؤمن لهم) ، حيث استلزم أن تكون مدونة بحروف واضحة متميزة عن باقي الشروط .

من كل ذلك نخلص إلى أن القضاء الفرنسي أعفى الطرف المذعن من الشروط التي لم يعلم بها ولم يكن بإمكانه أن يعلم بها ، أو أنه علم بها بعد تكوين العقد ، وأن عدم العلم هذا يمكن أن يكون بسبب عدم وضوح تلك الشروط أو لسبب داخلي في ذات الشرط ، بأن يكون رغم وضوحه مصاغ بحروف غير مقروءة ، لا تلفت نظر الطرف المذعن إليه رغم أهميته ، وأنه أعفى الطرف المذعن من هذه الشروط بالحكم بعدم سريانها بحقه دون الحكم ببطلانها ، فهو لا يستطيع ذلك طالما أنها غير مخالفة للقانون أو النظام العام .

وهذا القضاء هو الذي دفع المشرع الفرنسي إلى النص في قانون سنة ١٩٣٠ المتعلق بالتأمين البري على وجوب أن تكون وثيقة التأمين مكتوبة بحروف ظاهرة .

ويتفق القضاء المصري مع نظيره الفرنسي فيما يتعلق بهذه الفكرة ، حيث قضت محكمة الاستئناف المختلطة فيما يتعلق بعقد النقل بواسطة السكك الحديدية " أن شرط الضمان المحدود لا يكون ملزماً إلا في حالة ما إذا كانت تذكرة النقل التي وقع عليها المرسل تشير صراحة إلى الشروط التي قررها مجلس إدارة سكك الحديد ، ولم تقنع بذكره في الإيصال الذي يعطى له " (١) .

وهو ما دفع المشرع المصري على غرار المشرع الفرنسي إلى النص في المادة (٣/٧٥٠) منه على بطلان " كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر إذا كان متعلقاً بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط " ، وهو ما أخذ به المشرع الأردني في المادة (٩٢٤) كما سنرى لاحقاً .

(١) استئناف مختلط في ٢١ مايو ١٩٠١ ، تشريع وقضاء ، ١٣ ، ص ٣١٧ / عن الدكتور / الصده / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص

الفرع الثاني

تغليب الشروط الخاصة (المخطوطة) على الشروط العامة (المطبوعة) عند التعارض بينها

قد يحدث أن يقوم الطرفان بإلغاء أو تعديل أحكام بعض الشروط العامة المطبوعة بشروط خاصة مخطوطة ، تكون أدق وأحسن تنظيماً ، لأنها نتاج نقاش وتعاون بين طرفي العقد ، وغالباً ما يغفل الطرفان حذف الشروط العامة المطبوعة ، وهنا يحصل التعارض بين الشرط الخاص المخطوط والشرط العام المطبوع .

والقاعدة المقررة هنا أن ليس هناك فارق بين الشروط المطبوعة والشروط المخطوطة فيما يتعلق بقوتها الملزمة ، فيأخذ الطرف المذعن بكل شروط العقد المطبوعة والمخطوطة ، إذ لا محل لإهدار الشرط العام طالما أمكن التوفيق بينه وبين الشرط الخاص ، فالمادة (١١٦١) مدني فرنسي تقضي بأن شروط العقد تفسر بعضها بواسطة البعض الآخر ، فتتساوى فيما بينها ، فلا سيادة لأي منها على الآخر ^(١).

لكن القضاء الفرنسي لم يلتزم بذلك بصدد عقود الإذعان لظروفها الخاصة ، فطبيعة الفن التعاقدية المستعمل والطريقة التي يتم بها التعاقد ، دفعت هذا القضاء الى تغليب الشرط الخاص المخطوط على الشرط العام المطبوع ، وهذا الترجيح يرجع إلى أن الشرط المخطوط ولید نقاش بين طرفي التعاقد ، بعكس ما هو عليه الأمر بالنسبة للشرط المطبوع الذي يذعن له الطرف الضعيف ، كما أن وجود الشرط الخاص يعني أن الطرفين قد أرادا تعطيل حكم الشرط العام بالنص على شرط خاص معارض له ، ومن ثم يجب إعمال إرادتهما المشتركة ^(٢) .

وعليه يمكن القول بصفة عامة إن القضاء الفرنسي مستقر على قاعدة تغليب الشروط الخاصة على الشروط العامة عند التعارض فيما بينها ، من ذلك ما قضت به محكمة النقض

^(١) الدكتور / الصدة / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٣٠٨ .

^(٢) الدكتور / توفيق حسن فرج / أحكام الضمان (التأمين) في القانون اللبناني / ص ٣٢٨ .

الفرنسية في أحد قراراتها المتعلقة بعقد التأمين على الحياة ، جاء فيه " إذا كانت الشروط المطبوعة تقف آثار التأمين إذا جند المؤمن له ، فإن الشرط المخطوط الذي يشترط استمرار التأمين مقابل زيادة القسط ، تكون له الأفضلية بحيث لا يقف العقد عند تجنيد المؤمن له وإنما يستمر دون إعلان أو قسط إضافي سابق " (١) .

وغالبا ما يأتي هذا الترجيح في صالح الطرف المذعن وقلما تكون نتيجته في صالح الموجب ، وحتى في هذه الحالة فقد تشددت محكمة النقض الفرنسية في حمايتها للطرف المذعن ، إذ تمسكت في أحد أحكامها (٢) بضرورة الإبقاء على الشرط العام ، لأنه في صالح الطرف المذعن ، ولم تغلب عليه الشرط الخاص ، لأن مثل هذا التغليب ليس في صالحه ، خارجه بذلك على الأصل العام الذي لا يشترط في التعارض الصريح ما بين الشروط المخطوطة والشروط المطبوعة أن تكون نتيجة التغليب في صالح الطرف المذعن ، فسواء كان في مصلحته أو ضدها ، فإنه يتعين إجراء التغليب طالما أن هذا يتفق مع نية الطرفين المشتركة .

مما تقدم يتبين لنا أن محكمة النقض الفرنسية وإن كانت تعطي لكل من الشرط المطبوع والشرط المخطوط قوته الملزمة ، طبقاً لما تقضي به النظرية العامة للعقد ، إلا أنها عند التعارض تغلب الشرط المخطوط ، خاصة إذا تعلق الأمر بعقد من عقود الإذعان ، كوسيلة لحماية الطرف المذعن ، إذ أن الشرط المخطوط غالباً ما يأتي لصالحه .

والقضاء المصري يسير على نهج القضاء الفرنسي في اتباعه لهذه القاعدة ، فقد غلب

(١) نقض فرنسي في ١٦ مايو ١٩٢٥ ، دالوز ١٩٢٥ ص ٣٠٩ / عن الصده / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٣١٢ .

(٢) فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في دعوى تلخص وقالعها في أن شخصا أمن على سيارة نقل ، وإذ سرقته أقام دعواه على شركة التأمين طالبا القضاء له بالتعويض ، عرضت الدعوى على محكمة الاستئناف فرفضت دعوى المطالبة بالتعويض ، على سند من القول أن خطر السرقة كان منصوباً عليه في الشروط العامة للوثيقة ولكن الشروط الخاصة قصرت الضمان على خطر الحوادث ، وإذ عرض السواء على محكمة النقض انتهت إلى أنه وإن كانت الشروط الخاصة قد حددت نطاق الضمان بقصره على خطر الحوادث إلا أنها لم تذكر أية مخالفة صريحة لخطر السرقة الواردة في الشروط العامة ، وإذا كان ما تقدم فإن ما انتهت إليه محكمة الاستئناف يعد تعريفاً للشروط الواضحة في العقد " نقض فرنسي في ١٦ نوفمبر ١٩٧٦ / أشار إليه الدكتور / عبد الحكم فوده / المرجع السابق / ص ٣٤٢ .

الشروط المخطوطة في وثيقة التأمين على الشروط المطبوعة ، استناداً إلى أن هذا التعارض يعني اتجاه نية الطرفين الى إدخال تعديلات في النموذج المطبوع ^(١).

وهو نفس الموقف الذي أخذت به محكمة التمييز الأردنية ، إذ جاء في أحد قراراتها أن " القاعدة انه إذا تعارض شرط في عقد مطبوع مع شرط مكتوب باليد فيعتبر الشرط المكتوب باليد وحده ملزماً للطرفين على أساس انه يعبر عن إرادتهما " ^(٢).

الفرع الثالث

الاعتداد بالإرادة الضمنية اللاحقة النسخة لإرادة صريحة سابقة

وهي الحالة التي ينفذ فيها العقد على نحو مغاير لمضمونه الصريح ، ويستقر الأمر بين الطرفين على هذا النحو لمدة من الزمن ، مما يستدل منه على وجود تنازل ضمني عن المزية التي تقرها شروط العقد الصريحة ^(٣).

وهو ما يتيح للقضاء حماية الطرف المذعن من الشروط الواضحة والمحددة ذات المضمون الجائر ، إذ أخذ القضاء الفرنسي بذلك بالنسبة لطبيعة الأقساط المستحقة في وثائق التأمين ، حيث درجت شركات التأمين على إدخال شرط في وثائقها ، يقضي بأن الأقساط (محمولة) أي أنها واجبة الدفع في محل الشركة أو لدى وكيل الشركة ، فلا تلتزم بتحصيلها في محل إقامة المؤمن له (المدين) حسب القاعدة العامة التي تقضي بأن الوفاء بالدين يكون بموطن المدين ^(٤)، إلا أن هذه القاعدة ليست قاعدة آمرة ومن ثم يجوز الاتفاق على مخالفتها صراحة أو

^(١) وقد اخذ المشرع الليبي بهذه القاعدة عندما نص في المادة (١٥١) مدني على انه " في العقود المبرمة بالتوقيع على نماذج جاهزة لتوحيد تنظيم علاقات تعاقدية ، فان الشروط المضافة إلى تلك النماذج تغلب على الشروط الأصلية ، إذا تناقضت معها ، حتى ولو لم تشطب تلك الشروط المنافية " . عن لعشب محفوظ بن حامد / الرسالة / ص ١٦٣ .

^(٢) تمييز حقوق رقم ٣٨٨ / ٧٧ / مجلة نقابة المحامين / العدد الأول / ١٩٧٨ / ص ١٩٥ .

^(٣) الدكتور / سعيد عبد السلام / المرجع السابق / ص ٢٨ .

^(٤) تنص المادة (٣٣٦ / ٢) من القانون المدني الأردني على انه " أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ... " .

ضمناً ، وترتب شركات التأمين عادة على تخلف المؤمن له عن الوفاء بهذه الأقساط سقوط حقه بالتعويض.

ونظراً لما يحدث غالباً من قيام شركات التأمين بتحصيل هذه الأقساط في محل المؤمن له ، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن " قيام شركة التأمين بتحصيل الأقساط بمعرفة مندوبيها من موطن المدين (المؤمن له) واستمرار هذا العمل رغم صراحة النص ، بإلزام المؤمن له بالوفاء بالقسط في مقر الشركة ، يعد تنازلاً من جانبها عن الاستفادة بهذا الشرط " (١).

الأمر الذي دفع شركات التأمين إلى تدارك الموقف ، بأن ضمنت وثائقها شرطاً صريحاً يقضي بعدم اعتبار الاعتياد على تحصيل الأقساط بموطن المؤمن له تنازلاً عن الشرط المتعلق باعتبار الأقساط محمولة ، إلا أن القضاء استمر في بعض أحكامه في إسقاط هذا الشرط حماية منه للمؤمن له رغم هذا الشرط الصريح (٢) .

وقد حسم المشرع الفرنسي الموقف بالنص صراحة على وجوب دفع قسط التأمين في موطن المؤمن له أو أي مكان آخر متفق عليه ، عندما نص في المادة (١٦) من القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٣٠ على أنه " باستثناء القسط الأول الذي يدفع في لحظة التوقيع على الوثيقة ، تدفع الأقساط في موطن المستأمن (المؤمن له) أو أي مكان آخر متفق عليه " ، إلا أنه عاد فعدل تلك المادة بالقانون رقم (٦٦) لسنة ١٩٦٦ ، بحيث أصبح الأصل بالنسبة لقسط التأمين أنه محمول والاستثناء أنه مطلوب ، وهو ما يعد انتصاراً لشركات التأمين في هذا المجال .

وهنا أيضاً نجد أن موقف القضاء المصري جاء مشابهاً لموقف القضاء الفرنسي ، إذ قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه " إذا اتفق في وثيقة التأمين على أن يقوم المؤمن له بدفع

(١) نقض فرنسي في ٢٧ ديسمبر ١٨٨٧ ، دالوز ١٨٨٨ ، ١ ، ٣٨٤ / عن الدكتور / عبد الحكم قودة / المرجع السابق / ص ٣٤٥ .

(٢) انظر في ذلك / الصده / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٣١٧ .

الأقساط في مركز الشركة ، ثم جرت العادة بينه وبين الشركة على أن يتردد محصولها على منزله لتسلم الأقساط ، فهذا يعتبر عدولا عن الشرط المذكور في الوثيقة " (١) .

أما بخصوص الأساس الذي يقوم عليه هذا القضاء ، فيمكن تبريره كما يقول الدكتور عبد الحكم فوده بأكثر من تبرير إذ يقول " وهذا الحل يمكن تبريره بأكثر من تبرير ، إذ بالإضافة الى الإرادة الضمنية المعدلة للإرادة الصريحة ، يمكن تبريره بقاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين ، وان كان المبرر الحقيقي هو مبدأ العدالة " (٢) .

الفرع الرابع

تكميل العقد بفرض التزامات قانونية لصالح الطرف المذعن

يتمتع القضاء عادة بسلطة تقديرية واسعة في تحديد الالتزامات التي تقع على عاتق طرفي العقد في النزاع المعروض عليه ، إذ تمتد سلطة القاضي لتحديد ما يعتبر من مستلزمات العقد (٣) ، وقد استغل القضاء هذه السلطة الممنوحة له في بسط حمايته للطرف المذعن في عقود الإذعان خاصة في عقدي العمل والنقل ، لما فيهما من مساس بحياة الأفراد ، ولأنها تتطلب على مخاطر متعددة يقع ضحيتها العمال والمسافرون كطرف ضعيف في هذه العقود .

لذا استقر القضاء الفرنسي على تضمين هذه العقود التزامات تؤدي الى مد نطاق مسؤولية الموجب (الناقل ورب العمل) ، وفرضت محكمة النقض الفرنسية على أصحاب الأعمال والناقلين التزاماً بتأمين سلامة العمال والمسافرين وبتأخذ كل الاحتياطات الممكنة لضمان ذلك ، مستندة في ذلك لما يتيح التفسير التكميلي من إضافة التزامات ثانوية تقتضيها العدالة (٤) .

(١) استئناف مختلط في ١٤ أبريل ١٩٣٧ ، تشريع وقضاء ، ٤٩ ص ١٩٤ / عن الدكتور / سعيد عبد السلام / المرجع السابق / ص ٢٩ .

(٢) الدكتور / عبد الحكم فوده / المرجع السابق / ص ٣٦٨ .

(٣) لا يقتصر دور القاضي على تفسير العقد وإنما يمتد لبيان الالتزامات التي تترتب على المتعاقدين ، هذه الالتزامات التي لا تقتصر على ما ورد في العقد وإنما تمتد إلى مستلزماته ، وهو ما نص عليه المشرع الأردني في المادة (٢/٣٠٢) من القانون المدني إذ جاء فيها " لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته ، وفقا للقانون والعرف وطبيعة التصرف " ، وإضافة هذه المستلزمات إلى العقد هو ما يسمى (تكميل العقد) . انظر في ذلك الدكتور / وحيد الدين سوار / المرجع السابق / ص ٣٢٣ .

(٤) انظر في ذلك الدكتور / محمود جمال الدين زكي / مشكلات المسؤولية المدنية / الجزء الأول / الالتزام بالسلامة / ص ٢٢٦-٤٦٥ .

فالقاعدة المقررة في المسؤولية تقتضي قيام المضرور (العامل أو المسافر) بإثبات الخطأ والضرر ، فلا مسؤولية دون خطأ ثابت ، هذا الإثبات الذي يدق على العامل أو المسافر ، ومن ثم يبقى مجرداً من الحماية الفعالة التي تضمن له حقوقه إزاء صاحب العمل أو الناقل .

وأمام هذا الواقع غير العادل توسع القضاء الفرنسي في تقرير الالتزامات القانونية على الناقل ، بهدف التخفيف من عبء الإثبات على المسافر (المصاب) ، إذ فرض على الناقل الالتزام بالسلامة ، بموجبه يلتزم الناقل بتحقيق نتيجة معينة ، وهي وصول الراكب إلى محطة الوصول سليماً ، كما طبقه القضاء في عقد نقل الأشياء فالزم الناقل بالمحافظة على الأشياء المعهود إليه نقلها وضمان سلامتها ، ومن ثم فهو يلقي على عاتق الناقل التزاماً بضمان سلامة المسافر أو البضاعة ، وإذا لم تتحقق هذه السلامة ، يفترض أن ذلك يرجع إلى إخلال الناقل بالتزامه ، وهو التزام تعاقدية ، فيكفي إثبات وقوع الضرر دون إثبات خطأ الناقل ، الأمر الذي يحقق حماية أكبر للطرف الضعيف في عقد النقل لأنه ينقل عبء الإثبات إلى الناقل بدلاً من المسافر^(١).

حيث أقرت محكمة النقض الفرنسية بصفة ثابتة منذ سنة ١٩١١ " يوجد في كل عقد لنقل الأشخاص التزام تأمين سلامة الراكب ، التزام مطلق يلتزم به الناقل توصيل المسافر إلى مكان الوصول سالماً معافى ، فإذا وقعت للمسافر حادثة فان مسؤولية الناقل تشغل تعاقدية نحو المجني عليه ، دون أن يكون على هذا الأخير أن يثبت خطأ الآخر ، فوقع الحادثة معناه عدم تنفيذ العقد من جانب الناقل " ^(٢) ، ولقد استقرت محكمة النقض الفرنسية على ذلك .

وقد اقتضى القضاء المصري أثر نظيره الفرنسي بصدد عقد النقل ، إذ كان بداية يستلزم إثبات خطأ الناقل من قبل المسافر ، إلا أنه عمد إلى تخفيف عبء الإثبات عن المضرور بالتساهل بإثبات الخطأ بالبيئة والقرائن لما لاحظته من صعوبة في إثبات ذلك الخطأ ، ثم ذهب

(١) الدكتور / السهوري / المرجع السابق / ص ٨١٤ .

(٢) نقض فرنسي في ٦ مارس سنة ١٩٣٧ ، سيري ١٩٣٧ ، ١ ، ١٧٥ / عن الدكتور / الصدة / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٣٣٢ .

في بعض أحكامه إلى اعتبار مسؤولية الناقل عن سلامة المسافرين مسؤولية عقدية أساسها عقد النقل ، بدلاً من أن تكون مسؤولية تقصيرية ^(١).

حيث قضت محكمة النقض المصرية بأن " متولي النقل ملتزم بضمان سلامة المسافر ، فيسأل عن إصابة الراكب بمجرد وقوعها أثناء السفر وبغير أن يكون المسافر في حاجة الى أن يقدم دليلاً على خطأ الناقل أثناء النقل ، وعلى الناقل إذا أراد خلاصاً أن يثبت أن الحادث يرجع الى قوة قاهرة أو يرجع إلى خطأ المسافر " ^(٢).

هذا وقد اعتبرت معظم التشريعات العربية الحديثة مسؤولية الناقل عن الأضرار التي تصيب المسافرين مسؤولية عقدية عندما أخذت بهذا الالتزام عند تنظيمها لعقد النقل ^(٣).

وما قيل بشأن عقد النقل يسري أيضاً على عقد العمل ، إذ أخذ القضاء الفرنسي يفرض على صاحب العمل اتخاذ جميع الاحتياطات الضرورية لتأمين سلامة العامل ، وكان يتساهل في الأخذ بالقرائن الدالة على إهمال صاحب العمل ، ثم درج على تضمين عقد العمل التزاماً بالسلامة ، يلتزم رب العمل بموجبه بضمان سلامة العامل ، وعليه أصبح يكفي إثبات العامل لإصابته حتى تقوم مسؤولية رب العمل ، الذي لا يستطيع نفيها إلا بالسبب الأجنبي ، استجابة منه للضرورات الاجتماعية ، فرب العمل هو المستفيد من الوضع الخطر الذي أوجده ، فيجب عدلاً أن يتحمل ما يترتب عليه من ضرر ، أخذاً بقاعدة (الغرم بالغنم) ^(٤) ، وهو ما حمل المشرع الفرنسي على الأخذ بهذه النظرية في التشريع الخاص بإصابات العمل الصادر في ١٩ أبريل ١٨٩٨ .

^(١) انظر الدكتور / عبد الحكم فودة / المرجع السابق / ص ٣٦٩ ، والدكتور / محمود جمال الدين زكي / المرجع السابق / ص ٢٩٥ - ٣٠٣ .
^(٢) نقض مصري في ٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ ، المجموعة ، ٤٣ ، ص ٦٨ رقم ٣٨ / عن الدكتور / الصده / الرسالة / ص ٣٣٦ ، وكذلك نقض مصري في ٢٦ أبريل ١٩٦٢ ، مجموعة أحكام النقض ، السنة ١٣ ، رقم ٧٩ ، ص ٥٣٢ ، ونقض مصري في ٢٧ يناير ١٩٦٦ ، مجموعة أحكام النقض ، السنة ١٧ ، رقم ٢٦ ، ص ١٩٩ .
^(٣) انظر المواد (٤٦٤) تجارة كويتي و (٢/٧٧) تجارة أردني و (٦٥٥) تجارة تونسي و (١٦٢) تجارة لبي ، وانظر في تفصيل ذلك صفحة (٢٤٠) وما بعدها من هذه الرسالة .
^(٤) الدكتور / أنور سلطان / المرجع السابق / ص ٢٩١ - ٢٩٣ ، والدكتور / محمود جمال الدين زكي / المرجع السابق / ص ٣٠٤ .

أما القضاء المصري فقد تمسك بالقاعدة العامة فيه والتي تقضي بأن مسؤولية رب العمل لا تتحقق إلا إذا اثبت المضرور وقوع خطأ من جانبه أو من جانب من هم تحت رعايته ، وإن كان قد أوجب على صاحب العمل اتخاذ الاحتياطات الضرورية لسلامة العمال كما فعل القضاء الفرنسي ، بالإضافة إلى تسامحه في إثبات خطأ صاحب العمل إذ يكتفي بإثبات أي إهمال^(١) . وعليه فإن القضاء المصري لم يأخذ بنظرية تحمل التبعة من حيث المبدأ ، إذ جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية " إن القانون المصري لم يرد فيه ما يجعل الإنسان مسؤولاً عن مخاطر ملكه ، ، فالحكم الذي يرتب هذه المسؤولية على نظرية مسؤولية مخاطر الملك ، التي لا تقصير فيها ، قد انشأ نوعاً من المسؤولية لم يقره الشارع ولم يردده ، ويكون إذا قد خالف القانون ويتعين نقضه " (٢) .

إلا أن المشرع المصري تمسكاً منه مع مقتضيات الظروف الاقتصادية أخذ بنظرية تحمل التبعة بالقدر المعقول في القانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٥٠ بشأن إصابات العمل ، على أن نظام التعويض عن أخطار المهنة ، الذي يدخل في نظام الضمان الاجتماعي في فرنسا ونظام التأمين الاجتماعي في مصر قد رفع عن هذه المسألة أهميتها في الوقت الحاضر .

الفرع الخامس

الحد من شروط الإعفاء أو التقييد من المسؤولية

تقضي القواعد العامة في القانون المدني الفرنسي بجواز الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية ، وكذلك الأمر في القانون المدني المصري حيث يجوز كقاعدة عامة الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية^(٣) ، وهذا بخلاف الحال في المسؤولية التقصيرية ، إذ لا يمكن

(١) استئناف مختلط في ٢ مارس سنة ١٩٠٣ ، واستئناف مختلط في ٢٤ نوفمبر سنة ١٨٨٧ / عن الدكتور / السنهوري / المرجع السابق /

ص ٨٢٠ .

(٢) نقض مدني ١٥ نوفمبر ١٩٣٤ / عن الدكتور / سعيد عبد السلام / المرجع السابق / ص ٣١ .

(٣) المادة (٢١٧ / ٢) من القانون المدني المصري .

الاتفاق على تعديل أحكامها لأنها تعتبر من النظام العام ، أما في القانون المدني الأردني فلا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية ، في حين سكت عن بيان حكم الإعفاء من المسؤولية العقدية .

إلا أن القضاء الفرنسي أبطل شرط الإعفاء من المسؤولية التعاقدية أو تقييدها في حالة الغش من قبل الموجب في عقود الإذعان لمخالفة ذلك للنظام العام ، كما أنه سوى بين الخطأ الجسيم والغش في الحكم ^(١).

كما حكم القضاء المصري ببطلان الشرط الذي يعفي من المسؤولية عن هلاك البضاعة أو تلفها أو يقيدها منها في حالتي الغش والخطأ الجسيم ، وذلك سواء في عقد النقل البري أو البحري ^(٢).

أما بالنسبة لشرط الإعفاء من المسؤولية التعاقدية في حالة الخطأ اليسير ، فقد ذهب القضاء الفرنسي في بادئ الأمر إلى إبطاله لمخالفته أيضاً للنظام العام ، ولكن القضاء عاد وعدل عن هذا الاتجاه ، بأن أباح الشرط ولم يحكم بإبطاله ، وإنما رتب عليه أثره بالإعفاء من المسؤولية التعاقدية ، ومن ثم لا يبقى أمام المتعاقد الآخر سوى اللجوء إلى المسؤولية التقصيرية ، بأن يثبت خطأ الموجب في تنفيذ التزامه ، أو أنه لم ينفذه على النحو المتفق عليه ، وهنا تساهل القضاء الفرنسي في إثبات الخطأ واكتفى بالخطأ اليسير ومجرد الإهمال ^(٣).

مما تقدم نلاحظ تشدد القضاء الفرنسي في إعمال الشروط التعسفية ، خاصة تلك التي

^(١) الدكتور / عبد الحكيم فودة / المرجع السابق / ص ٣٥١ . ونفس الحكم تأخذ المادة (٢/١٧٨) من القانون المدني الجزائري التي تنص " وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من مسؤولية ترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم ، ... عن اعراب بلقاسم شرط الإعفاء من المسؤولية المدنية / رسالة ماجستير / جامعة الجزائر / ١٩٨٤ / ص ٢١ .

^(٢) انظر في ذلك الدكتور / محمود جمال الدين زكي / اتفاقات المسؤولية / بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد / العدد الثالث / ص ٣٠-١٠٠ .

^(٣) الدكتور / عبد الحكيم فودة / المرجع السابق / ص ٣٥١ .

تنص على إعفاء الموجب من المسؤولية أو تقييدها في عقود الإذعان ، حماية منه للطرف
المذعن ، وهو نفس الموقف الذي أخذ به القضاء المصري ومن بعده التشريع الذي وسع من
سلطة القضاء إزاء الشروط التعسفية في عقود الإذعان .

وسوف نعود لدراسة شرط الإعفاء أو الحد من المسؤولية عند بحث الحماية التي توفرها
الأحكام الخاصة بعقد النقل في الفصل الثاني من هذه الرسالة .

الفرع السادس

تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن سواء كان دائناً أو مديناً

عمد القضاء الفرنسي الى حماية الطرف المذعن عن طريق تفسير الغموض الذي يكتنف
عقده في صالحه وضد الموجب ، معتمداً في ذلك على أمرين اثنين أولهما : — الطبيعة غير
الأمرة للمادة (١١٦٢) مدني فرنسي التي تقضي بتفسير الشك لمصلحة المدين ، وإمكانية
تطبيقها بالكيفية التي تتفق وظروف كل دعوى ، وثانيهما : — طبيعة تكوين هذه العقود ، واقتداد
الرضا الحقيقي الكامل فيها ، ذلك أن الموجب هو الطرف القوي في العقد ، وهو الذي يملئ
شروطه ويفرضها على المذعن ، الذي لا يجد أمامه إلا التسليم بها ، وإزاء ذلك يكون من
المتعين على الموجب أن يراعي السلاسة والوضوح فيما يفرضه ، فان هو قصر في ذلك كان
عليه أن يتحمل تبعه تقصيره ^(١).

من ذلك ما قضت به محكمة السين ، إذ جاء في أحد قراراتها " إن المؤمن الذي يضع
قانون العقد يجب أن يتحمل نتائج الغموض الناتج عن التحرير المسند إليه ، حتى إذا كان
المقصود من التفسير تحديد نطاق التزاماته البحتة " ^(٢).

(١) الدكتور / عبد الحكم فودة / المرجع السابق / ص ٣٥٣ .

(٢) محكمة السين في ٢٧ مايو سنة ١٩٦٣ ، دالوز ١٩٦٤ ، ١٧ ، عن الدكتور / سعيد عبد السلام / المرجع السابق / ص ٩٦ .

كذلك فقد عمد القضاء المصري إلى تقرير هذه القاعدة ، إذ قضت محكمة الاستئناف المختلطة في حكم لها بمناسبة عقد التأمين " إن الشك في عقد التأمين يجب أن يفسر في صالح المؤمن له ، إذ أن المؤمن وقد حرر العقد كان يمكنه أن يتلافى كل غموض في تحديد الخطر المؤمن ضده " (١).

وبعد ذلك قام المشرع بتقنين هذه القاعدة بنص تشريعي ، وهو ما سنوضحه تفصيلاً في المبحث التالي.

إذن نخلص من كل ما تقدم إلى أن القضاء في كل من فرنسا ومصر ، وفي ظل غياب النصوص القانونية الخاصة بحماية الطرف المذعن في عقود الإذعان ، حافظ من حيث المبدأ ، على قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) ، إلا أن ذلك لم يمنعه بين الحين والآخر من أن يضع حلولاً مختلفة وردت في مواضع متفرقة دون أن تشكل نظرية عامة لحماية الطرف المذعن .

وان من أهم الحلول التي توصل إليها القضاء في هذا المجال اشتراطه العلم للاحتجاج بالشروط التعسفية ، وعند التعارض بين الشروط يفضل الشرط المخطوط على الشرط المطبوع ، والاعتداد بالإرادة الضمنية اللاحقة الناسخة للإرادة الصريحة السابقة ، وتضمين العقد التزامات قانونية لصالح الطرف المذعن كالاتزام بضمان السلامة في عقدي النقل والعمل ، والحد من شرط الإعفاء أو التقييد من المسؤولية ، بالإضافة إلى تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن سواء كان دائناً أو مديناً ، هذه الحلول التي قام المشرع بتقنين بعضها فيما بعد .

إلا أن هذه الحلول وتلك التي تقدمها النظريات القانونية التقليدية لا تفي بما هو مطلوب من حماية للطرف المذعن في عقود الإذعان ، خاصة وأن الحكم القضائي يظل خاضعاً للسلطة التقديرية ولا يمكن الاعتماد عليه في استقرار المعاملات طالما أن صدوره على نحو معين ليس

(١) استئناف مختلط في ٢٨ مايو ١٩٤١ ، تشريع وقضاء ، ٥٣ ، ص ٢٠٥ / عن الدكتور / الصدة / الرسالة / ص ٣٠٥ .

بالمؤكد بأي حال من الأحوال ، الأمر الذي دفع التشريعات المختلفة إلى إقرار هذه الحماية
بالنص صراحة على قاعدتين أساسيتين لتوفير هذه الحماية ، وذلك كاستثناء من القواعد العامة ،
وهذا ما سنتناوله تفصيلاً في المبحث الثاني .

المبحث الثاني

الحماية القانونية التي توفرها الاستثناءات الخاصة بعقود الإذعان

خلصنا في المبحث الأول إلى فشل النظريات التقليدية في توفير الحماية الكافية للطرف المذعن في عقود الإذعان ، وكذلك إلى تخطيط القضاء في البحث عن الوسائل الكفيلة بتوفير تلك الحماية في غياب النصوص ، الأمر الذي دفع المشرع إلى التدخل بالنص صراحة على القواعد التي تكفل توفير هذه الحماية ، وذلك كاستثناء من القواعد العامة التي تعد تطبيقاً واضحاً لمبدأ سلطان الإرادة بشقيه مبدأ الرضائية ومبدأ القوة الملزمة للعقود .

حيث قام المشرع المصري بتقنين ما استقر عليه القضاء في كل من فرنسا ومصر ، من أن الشك يفسر لمصلحة الطرف المذعن في عقود الإذعان ، بالإضافة إلى منح القاضي سلطة تقديرية واسعة في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان ، وهو ما أخذ به المشرع الأردني في المادتين (٢٤٠) و (٢٠٤) من القانون المدني .

و في دراستنا للحماية التي توفرها القواعد العامة ، سنتولى في مطلب أول بيان مدى الحماية التي يوفرها المشرع من خلال قاعدة التفسير ، وفي مطلب ثان الحماية التي توفرها السلطة التقديرية التي منحها المشرع للقاضي في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان .

المطلب الأول

الحماية القانونية للطرف المذعن عن طريق قاعدة التفسير

يهدف تفسير العقد إلى إيضاح ما يكتنفه من غموض ، والوقوف على حقوق والتزامات الطرفين ، و يتكفل القضاء بهذه المهمة في حال نشوب النزاع بين الطرفين ، غير أن المشرع لم يترك للقاضي كامل الحرية في القيام بهذه المهمة ، بل ألزمه اتباع قواعد معينة لضمان عدم خروجه عن حدود مهمته الأصلية ، وهي تفسير العقد إلى حد التعديل فيه ، وهذه القواعد نص عليها المشرع الأردني في المادتين (٢٣٩) و (٢٤٠) ، بالإضافة إلى العديد من القواعد المساعدة التي يسترشد بها القضاء في تفسير العقد (المواد ٢١٤-٢٣٨) .

وبالرجوع إلى المادة (٢٣٩) نجد أن المشرع الأردني قد وضع القاعدة الأساسية للتفسير وأوجب على القضاء اتباعها ، إلا أنه أرفقها بقاعدة احتياطية تضمنت معياراً موضوعياً يجب على القاضي اللجوء إليه ، إذا ما تعذر عليه التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين بالرغم من إعمال القواعد المساعدة ، إذ ألزمه بالأخذ بقواعد العدالة وحسن النية ، وذلك من خلال قاعدة تشريعية واستثناء نصت عليهما المادة (٢٤٠) من القانون المدني الأردني .

وهذه القواعد تتعرض لحالات ثلاث ، هي حالة وضوح عبارة العقد وحالة غموض تلك العبارة بالإضافة إلى حالة قيام الشك من التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، حيث جاء المشرع بقاعدة أساسية في تفسير كل من هذه الحالات ، وهي قواعد تطبق على جميع العقود بما في ذلك عقود الإذعان .

وعليه سوف نعالج في هذا المطلب القاعدة التي تحكم التفسير في كل حالة من الحالات

الثلاث ومدى ما توفره من حماية للطرف المذعن .

الفرع الأول

عندما تكون عبارة العقد واضحة

تنص الفقرة الأولى من المادة (٢٣٩) من القانون المدني الأردني على ما يلي : " إذا كانت عبارة العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين " (١).

ومؤدى هذا النص أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة الدلالة ، تعين على القاضي الالتزام بها ، لأنها تعد تعبيراً صادقاً عن إرادة المتعاقدين المشتركة ، فلا يجوز الانحراف عن هذا التعبير لاستقصاء الإرادة الحقيقية للمتعاقدين ، عن طريق التفسير والتأويل ، وبالتالي لا يكون أمام القاضي إلا تطبيق العقد وفقاً لمعناه الظاهر (٢).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الأردنية في حكم لها بما يلي " إذا كانت نصوص العقد واضحة فلا يجوز تفسيرها بالانحراف عما تهدف إليه والقول بما لا ينسجم مع إرادة الطرفين " (٣).

فالعبارة إذن بالإرادة الظاهرة كما تستخلص من العبارات والصيغ التي استعملها المتعاقدان ، وفي هذا الحكم استقرار للتعامل وتحقيق للثقة المشروعة التي وضعها كل من المتعاقدين في الآخر عندما اطمأن إلى ما يكمن في عباراته من معان سائغة (٤) .

وبذلك نجد أن المشرع الأردني وعلى غرار الفقه الإسلامي ينزع إلى الموضوعية في تفسير العقد ، فهو يقف عند المعاني الظاهرة من ألفاظ التعاقد ، دون أن يتعداها إلى المعاني

(١) وهي تطابق حرفياً المادة (١٥٠) من القانون المدني المصري والمادة (١٥١) مدني سوري .

(٢) انظر حول ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري / الجزء الثاني / ص ٢٩٦ .

(٣) تمييز حقوق رقم ٩٩/٢٦٢ / مجلة نقابة المحامين / عدد ٩ / ص ٣١٢٧ ، وانظر كذلك تمييز حقوق رقم ٩٧/١٩١ / مجلة نقابة

المحامين / لسنة ١٩٩٣ / ص ٢٠٣٥ .

(٤) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني / الجزء الثاني / ص ٢٤٤ .

الكامنة في السريرة ، مغلباً الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة ، ومن ثم يقصد بالعبارات الواضحة في هذا النص ليس وضوح كل جملة على حدة ، بل وضوح دلالة العقد من مجموع ما جاء فيه من عبارات ، لأن الأصل أن يعتبر العقد وحدة متصلة الأجزاء متكاملة الأحكام كلما دعت الحاجة إلى تفسيره أو تطبيقه ، وهذه الدلالة لم يشترط المشرع الأردني مطابقتها للإرادة الحقيقية للمتعاقدين وإنما اكتفى بالإرادة الظاهرة التي تدل عليها عبارات العقد ، ذلك أن الأصل في التشريع الأردني وفي الفقه الإسلامي ، هو الاعتداد بالإرادة الظاهرة كما تستخلص من العبارات والصيغ التي استعملها المتعاقدين ، ومن أجل ذلك يقف المفسر عند هذه الصيغ ويحللها تحليلاً موضوعياً ليستخلص منها المعاني السائغة ، وتعتبر هذه المعاني هي إرادة المتعاقدين^(١).

وهذا يتفق مع النزعة المادية (الموضوعية) للفقه الإسلامي^(٢)، بخلاف الحال في الفقه اللاتيني والمصري الذي بالرغم مما جاء في المادة (١٥١) من القانون المدني المصري يتبنى مبدأ أن العبرة بالإرادة الباطنة وما الإرادة الظاهرة إلا دليل يقبل إثبات العكس ، فإذا كانت عبارات العقد واضحة الدلالة ظاهرياً وقامت قرينة على أن هذا الظاهر هو غير مراد المتعاقدين ، كأن يستعمل المتعاقدين عبارة واضحة في ذاتها ، ولكن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساء التعبير ، فقصدوا معنى وعبرا عنه بلفظ لا يستقيم وما يقصدانه ، هنا يذهب الفقه المصري والفرنسي في أغلبه إلى جواز تفسير العبارات الواضحة ، إذا اتضح من صلب العقد أو ظروف الواقع الخارجية أنها لا تعبر عن الإرادة المشتركة ، ويستند هذا الفقه إلى ما استقرت عليه محكمة النقض في كل من مصر وفرنسا من إباحة العدول عن المعنى الظاهر للألفاظ الواضحة ، إلى معنى مغاير متفق مع إرادة الطرفين ، شريطة التسبب الكافي المقنع لهذا العدول^(٣).

(١) الدكتور / عبد القادر الفار / المرجع السابق / ص ١٥٢-١٥٣ .

(٢) انظر في تفسير العقد في الفقه الإسلامي الدكتور / عبد الرحمن عبد العزيز / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٣٦٩-٣٩٠ .

(٣) الدكتور / عبد الحكم فوده / المرجع السابق / ص ٢٠٦ ، والدكتور / السنهوري / المرجع السابق / ص ٦٠٢ .

وهذا الرأي يتيح للقاضي عدم الاختصار في التفسير على التعبير المادي (الكتابي) وإنما تضاف إليه الظروف المحيطة بالتعاقد ، والتي من أهمها مجموعة الوقائع المادية المرتبطة بالتعاقد ، بهدف التعرف على الإرادة الحقيقية المشتركة للمتعاقدين ، ولعل من أهم هذه الوقائع عدم التكافؤ وعدم التساوي في القوة الاقتصادية لأطراف العقد وحالة الاضطرار التي يتصف بها الطرف المذعن ، الأمر الذي يعطي القاضي عند قيامه بالتفسير الفرصة في تخفيض الالتزامات المفروضة على الطرف المذعن بقصرها على تلك التي اتجهت إليها إرادته عند إبرام العقد^(١).

ويرى البعض^(٢) أنه بموجب هذه النظرة الواسعة التي يسير عليها القضاء في كل من مصر وفرنسا في تفسير شروط العقد ، يستطيع القاضي التوصل الى انعدام رضا أحد الطرفين أو عدم توجهه الى قبول الشرط التعاقدي ، ومن ثم استبعاد الشرط أو التحفظ على قوته الملزمة ، وهو ما أخذ به القضاء عند اشتراطه العلم بالشرط من قبل الطرف المذعن لأخذه بأحكامه كما رأينا سابقا .

ولكن بالرغم مما يوفره هذا الرأي من حماية للطرف المذعن عن طريق توسع القضاء في تفسير شروط العقد الواضحة ، الأمر الذي يتيح له مراعاة جانب الطرف المذعن ، كما أن رقابة محكمة التمييز تحول دون التخوف من تحكم قضاة الموضوع ، إلا أن الأخذ بهذا الرأي من قبل القضاء الأردني يعد خروجاً على صريح المادة (٢٣٩) من القانون المدني الأردني ، تلك المادة التي تتبنى مبدأ أن الإرادة الظاهرة هي الأساس في التعامل بين طرفي العقد ، ويؤكد ذلك ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني من تمسك بالإرادة الظاهرة^(٣) ، وهو ما اطردت محكمة التمييز الأردنية على الأخذ به ، إذ جاء في أحد قراراتها " لمحكمة الموضوع

(١) الدكتور / حسن عبد الباسط جميعي / المرجع السابق / ص ١٥٤ .

(٢) الدكتور / حسن عبد الباسط جميعي / المرجع نفسه / ص ١٥٥ .

(٣) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني / الجزء الأول / ص ٢٤٤ .

كامل السلطة في تفسير العقود وتأويلها واستخلاص ما تراه ، مستعينة في ذلك بجميع وقائع الدعوى وظروفها شريطة عدم الخروج عن عبارات العقد " (١).

وان كانت قد اعتدت في بعض أحكامها بالإرادة الحقيقية أو الباطنة ولم تنقيد بالمعنى الحرفي للألفاظ (٢).

وعليه يكفي الموجب إفراغ إيجابه في صورة عقد نموذجي معد بواسطة محترفين يتحرون الدقة في التعبير بحيث تأتي عبارات العقد واضحة الدلالة ، حتى يتمتع على القاضي التدخل في العقد عن طريق التفسير لوضوح عباراته الأمر الذي يترتب عليه ترك الطرف المذعن بدون حماية .

الفرع الثاني

عندما تكون عبارة العقد غامضة

تنص الفقرة الثانية من المادة (٢٣٩) من القانون المدني الأردني على ما يلي : - " أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند النص الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات " .

تتناول هذه الفقرة حالة غموض عبارات العقد بحيث تحتمل في جزئياتها أو في جملتها أكثر من معنى ، الأمر الذي يوجب تفسير العقد ، والذي يتأتى من خلال البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ .

ويقصد بالغموض حالة القصور التي تكون عليها عبارات العقد ، فلا تكشف بجلاء عن

(١) تمييز حقوق رقم ١٠٢١ / ٨٨ / مجلة نقابة المحامين / ١٩٨٩ / ص ٢٤١٨ ، وفي نفس الاتجاه تمييز حقوق رقم ١٩١ / ٩٣ / مجلة نقابة المحامين / ١٩٩٣ / ص ٢٠٣٥ ، و تمييز حقوق رقم ٣٦٧ / ٨٠ / مجلة نقابة المحامين / ١٩٨١ / ص ٨٠٩ .

(٢) تمييز حقوق رقم ٨٣٥ / ٩٥ / مجلة نقابة المحامين / ١٩٩٥ / ص ٣٤٤٠ .

الإرادة المشتركة للطرفين ، لتردد العقد بين عدة وجوه للتفسير ، كل منها محتمل ، و يتعذر ترجيح وجه على الآخر ، وحالة القصور هذه قد ترجع الى الألفاظ ذاتها أو إلى الإيجاز الشديد الذي تتعرض له شروط العقد أو نتيجة الإفراط اللفظي بإدخال شروط تقليدية مألوفة لا تتعلق بها إرادة المتعاقدين ، كما أن من أسباب غموض العقد اشتماله على عبارات واضحة إذا ما أخذت بشكل مستقل ولكنها متناقضة إذا ما قربت فيما بينها ^(١).

والقاعدة المقررة في حالة غموض عبارات العقد هي الأخذ بالإرادة المشتركة للمتعاقدين ، لا بالإرادة الفردية لكل منهما ، وهي الإرادة الممكن التعرف عليها من عبارات العقد ، وهذا ما قضت به محكمة التمييز الأردنية في ١٩٧٧/٤/٣٠ عندما قررت أنه " من المبادئ المقررة في تفسير العقود أنه إذا لم تبلغ عبارات العقد من الوضوح الحد الذي يدعو إلى عدم الانحراف عن المعنى المقصود بها ، فإنه يتعين عند تفسيرها البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل موضوع العقد " ^(٢).

هذا وقد وضع المشرع الأردني عدة عوامل يستهدي بها القاضي للتعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين، إذ قرر أنه يجب الاستهداء في تفسير العقد بطبيعة التعامل ، والعرف الجاري في المعاملات وبما ينبغي أن يتوافر بين المتعاقدين من حسن نية وشرف التعامل ، وأيضا بما بينهما من أمانة وثقة ، بحيث تكون هذه العوامل بمثابة إرشادات للقاضي يستعين بها في تفسير عبارات العقد ، ولكنه لا يقتصر عليها ، فكل الدلائل التي يمكن أن تؤدي إلى الكشف عن الإرادة المشتركة يجوز الاستعانة بها ^(٣) ، من ذلك ما أورده المشرع الأردني من قواعد مساعدة استقاها من الفقه الإسلامي ونص عليها في المواد (٢١٤ - ٢٣٨) من القانون المدني .

(١) الدكتور / عبد الحكم فوده / المرجع السابق / ص ٢١٢ .

(٢) تمييز حقوق رقم ١٦٣ / ٧٧ / مجلة نقابة المحامين / ١٩٧٧ / العدد ٧-٨ / ص ١٠٨٧ .

(٣) الدكتور / صلاح الدين الناهي / المرجع السابق / ص ٤٠ .

وقد سبق أن رأينا عند البحث في الحماية القضائية أن القضاء في كل من فرنسا ومصر قد درج على تفسير الشرط في صالح الطرف المذعن إذا كان غامضاً ، مستنداً في ذلك الى أن تبعة الغموض تلقى على عاتق الموجب الذي ينفرد بتحرير العقد^(١).

وأرى بأن مثل هذا القضاء لا يستقيم مع ما نص عليه المشرع الأردني بصدد تفسير عبارات العقد الغامضة ، ذلك أن القاعدة التي قررها المشرع في هذه الحالة ، هي البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، فإذا أمكن ذلك وجب على القاضي أخذ الطرفين بحكمها دون مراعاة جانب الطرف المذعن أي حتى ولو كان هذا التفسير ضد مصلحته ، والقول بغير ذلك فيه تحميل للنص بأكثر مما يحتمل ، وبالتالي خروج يعرض حكم القاضي للنقض ، ويرجع مثلي هذا الخلط إلى عدم التمييز بين غموض عبارات العقد وهي حالة تقوم بالعقد ومن الممكن تبديدها للتعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، وبين الشك وهو تصور نفسي لدى القاضي الذي يقوم بتفسير العبارة الغامضة ينجم عن العجز في حسم التردد الذي تحتمله عبارات العقد في شأن الاستدلال على الإرادة المشتركة للطرفين ، وهو ما قرر له المشرع قاعدة خاصة كما سنرى لاحقاً .

وعليه فإن هذه القاعدة كسابقتها لا تعطي للقاضي سلطة واسعة في تفسير العقد ، بحيث يجب عليه احترام إرادة المتعاقدين المشتركة والامتناع عن تعديل اتفاقهما بحجة حماية الطرف المذعن .

(١) انظر صفحة (٩٧) من هذه الرسالة .

الفرع الثالث

حالة قيام الشك في التعرف على الإرادة المشتركة

عندما يتعذر على القاضي التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين في حالة غموض عبارات العقد ، بالرغم من إعمال قواعد التفسير المساعدة ، أوجب المشرع على القاضي اللجوء إلى معيار موضوعي لا يهدف إلى التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين بقدر ما يهدف إلى تحقيق أغراض موضوعية كحماية حسن النية ومبدأ العدالة وحماية الطرف الضعيف في العقد ، وذلك طبقاً لقاعدة واستثناء نص عليهما المشرع لحسم هذا الشك ^(١).

القاعدة : - تفسير الشك لمصلحة المدين

تنص الفقرة الأولى من المادة (٢٤٠) من القانون المدني الأردني على أنه " يفسر الشك في مصلحة المدين " .

يضع هذا النص القاعدة التي يتوجب على القاضي اتباعها في حالة قيام الشك لديه في حقيقة مدلول عبارات العقد ، وهي قاعدة احتياطية في التفسير ، بمعنى أنه لا يجوز اللجوء إليها إلا بعد تعذر الوصول إلى نتيجة محددة بموجب قواعد التفسير الأصلية المنصوص عليها في المادة (٢٣٩) ، ولكن يجدر التساؤل عن المقصود بالشك الذي يبرر الأخذ بهذه القاعدة ؟

المقصود بالشك هنا هو ذلك الإحساس النفسي الذي يقوم لدى القاضي الذي يطالب منه تفسير العقد، والنتائج عن عجزه في حسم التردد الذي تحتمله عبارات العقد بشأن الاستدلال على الإرادة المشتركة للمتعاقدين ^(٢)، إلا أنه لا يعني استحالة تفسير تلك العبارات من قبل القاضي، لأن

^(١) الدكتور عبد الحفي حجازي / المرجع السابق / ص ٤٣٨ ، الدكتور / أنور سلطان / المرجع السابق / ص ٢٠٦ ، الدكتور / وحيد الدين سوار / المرجع السابق / ص ٣١٩ .

^(٢) الدكتور / عبد الرحمن عبد العزيز / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٢٣١ ، والشك على ما جاء في المادة (٤) من مجلة الأحكام العدلية شرح سليم رستم "هو استواء طرفي الشيء وهو الوقوف بين الشئيين بحيث لا يميل القلب إلى أحدهما ، وهو تجويز الأمرين لا مزينة لأحدهما على الآخر " .

القول بذلك معناه عدم وجود إرادة مشتركة للمتعاقدین التقيا عندها، وبالتالي لم ينعقد العقد^(١)، بل يعني أن هناك مجالاً لتفسيرها، ولكن ليس على أساس الإرادة المشتركة للطرفين لأن ذلك غير ممكن على وجه واحد لا يقبل الشك، وإنما على أساس موضوعي وطبقاً للقاعدة أعلاه .

ويمكن رد هذه القاعدة الى ثلاث مبررات تتضافر في إقرارها وهي :-

١- الأصل في الإنسان براءة الذمة ، والالتزام خروج على هذا الأصل واستثناء منه ، وعليه يفترض فيمن يدعى عليه بالتزام أنه بريء الذمة حتى يقيم من يدعي قيام هذا الالتزام الدليل على انشغال الذمة به ، فإذا ثار الشك حول وجود هذا الالتزام استصحب براءة ذمة المدين بالالتزام ، وفسر الشك لمصلحته ، ويدعم هذا الأصل قاعدتين في الفقه الإسلامي هما ، قاعدة اليقين لا يزول بالشك وقاعدة الأصل بقاء ما كان على ما كان عليه^(٢).

٢- كما يمكن تسويغ هذه القاعدة بالاستناد الى قواعد الإثبات ، ذلك أن القاعدة في الإثبات هي إلقاء عبء الإثبات على عاتق المدعي (الدائن) ، فإذا كانت عبارة العقد تتضمن فرض التزام على عاتق أحد المتعاقدين ، فقام الشك في الالتزام من حيث مداه ، فإن ذلك يعني عجز الدائن عن إثبات المدى الواسع الذي يدعيه ، فلا يبقى إلا الأخذ بالمدى الضيق الذي يتمسك به المدين بالالتزام ، لأنه هو وحده الذي قام عليه الدليل^(٣).

٣- كما يمكن رد هذه القاعدة الى اعتبارات العدالة ، تلك التي تعنى بحماية الجانب الضعيف في العقد ، فالمدين عادة ما يكون الطرف الضعيف في العقد ، بينما يكون الدائن هو الطرف القوي ، ومن ثم فهو الذي يفرض الالتزام ، ويحدد شروطه ، وعليه أن يعين أبعاده في وضوح كامل ، فإذا شابته غموض تعذر إزالته ، فسر ذلك لمصلحة المدين ، كما يسري هذا المبدأ على مملي

(١) الذكور / السنهوري / المرجع السابق / ص ٦١٥ .

(٢) الذكور / عبد القادر الفار / المرجع السابق / ص ١٥٥ ، الحماية سناء أبو شرار / تفسير العقد في القانون المدني / بحث مقدم لغاية

التسجيل في سجل المحامين / عمان / ١٩٩٢ / ص ٦٨ .

(٣) الذكور / السنهوري / المرجع السابق / ص ٦١٤ .

الشرط ، سواء كان دائناً أو مديناً في العقد ^(١)، خاصة وأنه يمكن ، وان كان المدين عادة هو الطرف الضعيف في العقد ، أن يكون في بعض الحالات هو الطرف القوي .

ومن ثم فإن التساؤل يقوم حول مفهوم المدين ، فإذا كان لفظ المدين واضح في العقود الملزمة لجانب واحد ، وهو الملتزم بمقتضى العقد ، ويفسر الشك لمصلحته ، فإنه يبقى غامضاً في العقود الملزمة لجانبين ، فكل طرف في هذه العقود يكون تارة دائناً وتارة مديناً ، فهل يقصد بالمدين هنا من يكون مديناً بالنسبة للعقد في جملته ؟

حول ذلك يرى بعض الفقهاء أن ذلك ليس لازماً إذ يقول الدكتور توفيق حسن فرج " ينبغي النظر الى كل شرط من شروط العقد على حده عندما تعن الحاجة الى تفسير أي منها ، فإذا إقام الشك فسر هذا لمصلحة الملتزم في خصوص هذا الشرط الذي شابه غموض ، بصرف النظر عن وضع الشخص من العقد في جملته ، حتى ولو كان دائناً ، وتقريراً على ذلك فإنه في العقود الملزمة للجانبين قد يفسر الشك في بعض الأحيان لمصلحة أحد الطرفين وفي بعضها لمصلحة الطرف الآخر وذلك بحسب ما إذا كان المتعاقد دائناً أو مديناً ^(٢) .

وعليه يتعين التفرقة بين المدين في الالتزام والشرط معاً والمدين في الشرط فقط (دائن في الالتزام)، ففي الحالة الأولى التي يتضمن فيها الشرط فرض التزام على أحد المتعاقدين أو يشدد من مسؤوليته عن عدم التنفيذ، فإن الشك يفسر لمصلحة هذا المتعاقد، وهو المدين بالالتزام والشرط معاً، أما في الحالة الثانية التي ينص الشرط فيها على إعفاء أحد المتعاقدين من التزام تفرضه القواعد العامة أو يخفف من مسؤوليته عنه ، فإن الشك عندئذ يفسر لمصلحة المتعاقد الذي يضار من هذا الشرط ، وهو الدائن بالالتزام ولكنه مدين في الشرط محل التفسير ^(٣) .

^(١) الدكتور / عبد الحكم فوده / المرجع السابق / ص ٢٥٢ ، الدكتور / احمد محمود سعد / مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني ماهيتها وضوابطها وتطبيقاتها / رسالة دكتوراه / جامعة القاهرة / ١٩٨٨ / ص ٢٦٤ - ٢٦٥ .

^(٢) الدكتور / توفيق حسن فرج / المرجع السابق / ص ٢٦٥ .

^(٣) الدكتور / عبد الحميد الشواربي / المشكلات العملية في تنفيذ العقد / الإسكندرية / ١٩٨٨ / ص ٦٧ - ٦٨ .

إنّ فالرأي الراجح فقها وقضاء هو تفسير الشك في شروط العقد لصالح المتعاقد الذي يضر من الشرط الذي يجري تفسيره بصرف النظر عن وضعه في العقد دائماً أو مديناً^(١)، وهو ما يتفق مع الأساس الذي أقام عليه المشرع قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين ، فالمستفيد من الشرط هو الذي يملئ أحكامه ، فإذا هو قصر في ذلك فليتحمل مغبة إهماله .

من كل ذلك نجد أن الفقه والقضاء قد تفهم عدم قدرة الطرف الضعيف على صياغة أي شرط من شروط التعاقد ، بما في ذلك الشروط التي قد يبدو مستفيداً منها بوصفه دائماً ، الأمر الذي دفع المشرع الى تقنين ذلك بالنسبة للطرف المذعن ، إذ نص على استثناء على هذه القاعدة لمصلحته ، كونه يمثل الطرف الضعيف دائماً .

الاستثناء: تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن

تنص الفقرة الثانية من المادة (٢٤٠) من القانون المدني الأردني على أنه " ٢- ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن " (٢).

رأينا أن الأصل أن يفسر الشك لمصلحة المدين المذعن عند غموض عبارات التعاقد غموضاً لا يتيح زواله ، وعليه فتفسير الشك لمصلحة المدين المذعن هو أمر طبيعي متفق مع الأصل أما تفسيره لمصلحة الدائن المذعن ، فذلك هو الاستثناء الذي أدخله المشرع على القاعدة. وهذه المزية خص بها المشرع عقود الإذعان ، إذ رأى أن الطرف القوي في عقود الإذعان قد يكون مديناً ، فلا يجوز له أن يستفيد من غموض الشروط التي أملاها هو وفرضها

(١) وقد انفرد المشرع الكويتي في اتباع هذا المنهج ، إذ نص في المادة (١٩٤) من القانون المدني على أنه " إذا تعذر إزالة ما يكتف أحسد شروط العقد من غموض ، وبقي الشك في حقيقة مقصد المتعاقدين منه فسر الشك لمصلحة المتعاقد الذي يكون من شأن أعمال الشرط أن يضره " ، انظر في ذلك الدكتور / رضا المرغني / والدكتور / عبد المجيد عبيد / التفسير القضائي / ١٩٨٣ / ص ١٥٢ .

(٢) وقد أخذت معظم التشريعات العربية بهذا الاستثناء ما عدا المشرع اللبناني الذي لم ينص صراحة على مثل هذا الاستثناء .

على الطرف المذعن دون أن يترك خياراً له في شأنها سوى القبول ، لذا يجب أن يفسر الشك في هذا النوع من العقود لمصلحة المذعن دائماً كان أو مديناً^(١).

ويبرر هذا الاستثناء بالاستناد إلى اعتبارات العدالة ، التي بررت القاعدة العامة بتفسير الشك لمصلحة المدين ، إذ أن عقد الإذعان (كما رأينا سابقاً) يفتقد لعنصر المناقشة لشروطه ، فالطرف المذعن هو الطرف الأضعف اقتصادياً ، ورضاءه بالعقد أقرب إلى معنى التسليم منه إلى معنى القبول الاختياري ، فليس ثمة إرادة حقيقية مشتركة بالمفهوم الذي نلمسه في عقود المساومة ، ومن ثم يجب أخذ ذلك في الاعتبار عند تفسير هذا النوع من العقود .

وقد ذهب البعض^(٢) في تعليل هذا الاستثناء على أساس أن الطرف القوي هو الذي يستقل بتحرير العقد ، فإذا شابه غموض أو لبس أو إيهام ، وجب أن لا يفيد من هذا الغموض ، أي وجب ألا يفيد من تقصيره في تضمين العقد شروطاً واضحة ، وفي ذلك تذهب المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري الى أن اتجاه تفسير الشك في عقود الإذعان ضد مصلحة الموجب يعد بمثابة جزاء له لأنه لم يحرص على إيضاح تعبيره ، وهو القادر على ذلك " إذ يتوافر لديه من الوسائل ما يمكنه من أن يفرض على المتعاقد المذعن شروطاً واضحة بيّنة ، فإذا لم يفعل ذلك ، أخذ بخطئه أو تقصيره ، وحمل تبعته لأنه يعتبر مسؤولاً في ذلك الغموض " ^(٣).

والواقع أن أساس هذا الاستثناء ليس هو مسؤولية المشتري (الموجب) لإخلاله وتقصيره بواجب الوضوح في التعبير وتجنب الغموض بقدر ما هو حماية الطرف الضعيف المذعن ، الذي تفترض ظروف التعاقد التي يوجد بها توفير مثل هذه الحماية ، وعليه يمكن رد هذا

(١) الدكتور / سليمان مرقس / المرجع السابق / ص ١٣٢ .

(٢) الدكتور / عبد الحميد الشواربي / المرجع السابق / ص ٦٨ ، الدكتور / عبد الرحمن عبد العزيز سعودي / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٥١٥ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري / الجزء الثاني / ص ٥ .

الاستثناء إلى مبدأ العدالة وليس المسؤولية ، ومما يدل على صحة هذا الرأي أنه حتى ولو كان الطرف المذعن هو المملي للشرط محل التفسير ، فإن هذا الاستثناء يظل سارياً .

وينطبق هذا الاستثناء على كافة شروط العقد سواء المطبوعة منها أو المخطوطة ، إذ أن الحكمة أو غرض المشرع من هذا النص هو حماية الطرف المذعن لضعفه ، هذه الصفة التي تلازمه إزاء كافة شروط العقد ^(١)، وإن كانت تبدو أكثر وضوحاً بالنسبة للشروط المطبوعة التي يملئها عليه الطرف القوي (الموجب) ، فهي كذلك تبقى موجودة بالنسبة للشروط المخطوطة التي تضاف عادة بعد نقاش طرفي العقد ، ذلك أن الطرف المذعن ليست لديه المقدرة على صياغة أي شرط من شروط العقد ، حتى تلك الشروط التي قد تبدو لصالحه لما يتمتع به الموجب من هيمنة لا يستهان بها حتى بالنسبة للشروط المخطوطة .

ويأتي هذا الرأي خلافاً لما يستشف من حديث الدكتور السنهوري عن الشروط المطبوعة في عقد التأمين ، عندما اعتبر الموجب هو صانعها ، ومن ثم يفسر الشك فيها ضده ، بتحميله نتيجة صياغته الخاطئة ، أي أنه قصر نطاق تطبيق هذا الاستثناء (تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن) على الشروط المطبوعة دون الشروط المخطوطة ، إذ لم يذكرها في حديثه ، الأمر الذي يؤدي من حيث النتيجة إلى إعمال الشروط المخطوطة عند تعارضها مع الشروط المطبوعة سواء أكانت نتيجتها في صالح الطرف المذعن أم ضده ^(٢).

إلا أن الرأي السابق لا يمكن الأخذ به لما فيه من إهدار للحكمة التي تغياها المشرع من وراء هذا الاستثناء وهي حماية الطرف المذعن ، ويظهر ذلك واضحاً عندما تأتي الشروط المخطوطة في غير مصلحة الطرف المذعن ، وعليه إذا حصل التعارض بين الشروط المطبوعة والمخطوطة وثار الشك في التعرف على الإرادة المشتركة لطرفي العقد ، فلا مجال

^(١) الدكتور / حسن عبد الباسط جمعي / المرجع السابق / ص ٢٥٥ ، الدكتور / عبد الحكم فودة / المرجع السابق / ص ٢٥٣ .

^(٢) الدكتور / السنهوري / الوسيط / الجزء السابع / عقود الغرر وعقد التأمين / فقرة ٥٩٢ / ص ١٢٠٧ .

للقول بتغليب الشروط المخطوطة بشكل مطلق^(١)، وإنما نأخذ بالشروط التي تتفق مع مصلحة الطرف المذعن .

وكذلك تظهر فائدة هذا الاستثناء أكثر ما يكون بالنسبة للطرف المذعن ، في مواجهة شروط الإعفاء من المسؤولية التي عادة ما يضمنها الموجب للعقد عند صياغته سواء أكانت تقضي بالإعفاء من المسؤولية عن عمل غير مشروع يقوم به ، أم عن إخلال بالتزام ناشئ عن العقد أو تقييدها ، كما هو الحال في عقود النقل والتأمين والعمل في الصناعات الخطرة بطبيعتها ، ففي هذه الحالات يكون الطرف المذعن دائئاً بالتعويض والموجب هو المدين لأنه محدث الضرر ، فإذا ثار الشك في التعرف على مدلول الشرط الغامض والذي يقضي بالإعفاء من المسؤولية أو تقييدها ، فانه بالرغم من كون الموجب هو المدين بالتعويض فان التفسير يجب أن يكون في مصلحة المذعن الدائن بالتعويض وليس لمصلحة المدين^(٢).

إلا أن نص المشرع الأردني في الفقرة الثانية من المادة (٢٤٠) من القانون المدني يشير تساؤلاً لما ورد فيها من أنه لا يجوز أن يكون تفسير (العبارات الغامضة) ، في حين أنه نص في الفقرة الأولى على أن (الشك) يفسر لمصلحة المدين ، فهل قصد المشرع العبارات التي تشير الشك في التعرف على الإرادة المشتركة أم أنه قصد العبارات الغامضة بالمعنى الذي أخذت به الفقرة الثانية من المادة (٢٣٩) من القانون المدني الأردني ؟ وعليه هل يشكل الحكم الذي جاء به المشرع بخصوص عقود الإذعان استثناءً من قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين أم من قاعدة الاعتماد بالإرادة المشتركة للمتعاقدين عند غموض عبارات العقد أو من القاعدتين معاً ؟

هنا أرى بأن إيراد المشرع لهذا الاستثناء في الفقرة الثانية من المادة (٢٤٠) وعقب النص على القاعدة التي تحكم الشك في التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين مباشرة ، يشير

(١) الدكتور / عبد الحكم فوده / المرجع السابق / ص ٢٥٤ .

(٢) الدكتور / بدر جاسم يعقوب / أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي / ط ١ / ١٩٨١ / ٢٨٦ - ٢٨٧ .

بوضوح إلى رغبة المشرع في قصر هذا الاستثناء على تلك القاعدة دون سواها ولو قصد غير ذلك لأشار إلى هذا الاستثناء في معرض النص على الحكم الخاص بغموض عبارات العقد (الفقرة الثانية من المادة ٢٣٩) وهو ما لم يفعله ، وكل ما في الأمر أنه حصل خلط في التعبير من قبل المشرع عندما اعتبر الشك معادلا للغموض وهو ما لا يتفق مع المعنى المعطى لكل من اللفظيين قانونا * ، فكما رأينا سابقا فإن عبارات العقد وإن كانت غامضة فبإمكان القاضي التوصل إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين من خلال إعمال القواعد المساعدة التي ساقها المشرع ، ويؤكد ذلك ما جاء في تعليق الدكتور توفيق حسن فرج على هذا الاستثناء ، إذ قال " ولكن ينبغي أن يراعى أن إعمال هذا الحكم لا يكون إلا في حالة عدم إمكان إعمال قاعدة من قواعد التفسير ، فإذا عجز القاضي عن الوصول إلى قصد المتعاقدين عن طريق قاعدة من تلك القواعد ، وثار الشك ، فإنه يفسر لمصلحة الطرف المذعن ، دائنا كان أو مدينا " ^(١) ، وعليه أرى بأن إضافة فقرة (العبارات الغامضة) لا تتماشى وغرض المشرع من وضع النص ^(٢) .

كما يثير نص الفقرة الثانية من المادة (٢٤٠) التساؤل التالي: هل قصد المشرع أن يكون تفسير الشك في عقود الإذعان أيضا لمصلحة المدين بشرط عدم الإضرار بالطرف المذعن ؟ لقد ثار الجدل في الفقه المصري حول هذه النقطة ، ذلك أن المشرع نص في الفقرة الأولى من نفس المادة على تفسير الشك لمصلحة المدين بشكل مطلق ، بينما أدخل عليه استثناء في الفقرة الثانية بالنص على أنه " لا يجوز أن يكون تفسير ضارا بمصلحة الطرف المذعن " .

* يعرف الشك لغة بأنه خلاف اليقين ، ويقال شك في الأمر ، أي ارتاب فيه ، أما الغامضة فهي مؤنث الغامض ، أي المبهم ، ويقال غمض الكلام ، أي خفي مأخذه ومعناه / معجم الطلاب في اللغة والأعلام / ص ٣٣٨ + ص ٥٢٧ .

^(١) الدكتور / توفيق حسن فرج / المرجع السابق / ص ٣٠٤ .

^(٢) قارن نص المادة (٢١٦) من القانون المدني اليمني رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢ ، إذ جاء فيها " إذا حصل شك في عبارات العقد يفسر الشك في مصلحة المدين إلا في عقود الإذعان فلا يجوز أن يكون التفسير فيها ضارا بمصلحة الطرف المذعن (الضعيف) " .

فقد ذهب البعض إلى أن اختلاف الصياغة بين الفقرتين يدل على رغبة المشرع في إطلاق القاعدة بتفسير الشك لمصلحة المدين في جميع الأحوال حتى عندما يتعلق الأمر بشرط غامض في عقد من عقود الإذعان وتقييد هذا الإطلاق بأن لا يكون مثل هذا التفسير ضارا بالطرف المذعن ، أي أن هذا الاستثناء لا يوجب أن يكون التفسير دائما لمصلحة الطرف المذعن وإنما يكفي مجرد عدم الإضرار به ، وذلك لان هذا الحكم جاء كاستثناء من القاعدة العامة والاستثناء لا يجوز التوسع فيه ويتم تفسيره في أضيق الحدود (١).

إلا أن جمهور الفقه المصري لا يقر هذا الرأي ويرى عدم معقوليته لأنه يتناقى مع مقاصد المشرع من هذا الاستثناء ، ويستشهد الدكتور حسن عبد الباسط جميعي بما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري تعليقا على هذه المادة من أن " الأصل أن يفسر الشك في مصلحة المدين عند غموض عبارة التعاقد وقد استثنى المشرع من حكم هذا الأصل عقود الإذعان ، فقضى بأن يفسر الشك فيها لمصلحة العاقد المذعن دائنا كان أو مدينا " ، في تأكيد صحة ما ذهب إليه جمهور الفقه من أن الشك يفسر لمصلحة الطرف المذعن وليس بما لا يضره (٢).

بيد أن هذا الاستثناء وإن كان يوفر قدر من الحماية للطرف المذعن في عقود الإذعان بتفسير الشك لمصلحته ، إلا أن هذه الحماية قاصرة ، فهي تجعل التفسير مفيدا للطرف المذعن في الحالات التي يكون فيها النص غامضا ويثور الشك لدى القاضي في التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين بالرغم من إعمال القواعد المساعدة التي نص عليها المشرع ، وهو فرض قليل الوقوع من الناحية العملية خاصة وأن هذا النوع من العقود يعد عادة بواسطة محترفين يتحرون الدقة في صياغتها ، أما إذا أمكن القاضي التعرف على تلك الإرادة فان عليه إعمالها

(١) انظر في عرض ذلك الدكتور / عبد الفتاح عبد الباقي / العقد والإرادة المنفردة / ص ١٧١ .

(٢) انظر في عرض ذلك الدكتور / حسن عبد الباسط جميعي / المرجع السابق / ص ٢٥٧ .

ولو كانت في غير صالح الطرف المذعن .

وعليه أقترح قيام المشرع الأردني بتعديل نص الفقرة الثانية من المادة (٢٤٠) من القانون المدني الأردني ، بحيث يتجاوز الملاحظات السابقة بأن يأتي بمادة مستقلة ينص فيها على أنه " بالرغم من القواعد السابقة يكون تفسير عقود الإذعان دائما لمصلحة الطرف المذعن " ، وهو ما يجعل الاستثناء شاملا لحالتي الغموض والشك في التعرف على الإرادة المشتركة وهي الحالات التي يتوجب فيها التفسير ، بالإضافة إلى اتفاقه مع الأسس التي بررت استثناء عقود الإذعان من قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين ، فالموجب في الحالتين هو المسؤول عن الغموض سواء أكان من الممكن إزالته بالتعرف على الإرادة المشتركة أو تعذر ذلك وقيام حالة الشك ، أو أن يجمع قواعد التفسير التي جاء بها في المادتين (٢٣٩) و (٢٤٠) في مادة واحدة ويضمنها فقرة جديدة تنص على هذا الاستثناء .

وقبل الانتهاء من بحث حماية الطرف المذعن عن طريق قاعدة التفسير ، لابد لنا من التعرف على الطبيعة القانونية لقواعد التفسير التي جاء بها المشرع الأردني ورقابة محكمة التمييز الأردنية على قضاة الموضوع في تفسير عقود الإذعان .

الفرع الرابع

الطبيعة القانونية لقواعد التفسير ورقابة محكمة التمييز

لقد تناول المشرع الأردني قواعد التفسير في المواد (٢١٤ إلى ٢٤٠) من القانون المدني هذه المواد التي تتناول نوعين من القواعد :-

قواعد أساسية في التفسير تستخلص من نص المادتين (٢٣٩) و (٢٤٠) ، وتعرض لحالات وضوح عبارة العقد ، وغموض عبارة العقد وقيام الشك في التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، بحيث أتت بحكم لكل حالة من هذه الحالات ، بأن ألزمت القاضي بإعمال

العبارات الواضحة دون الانحراف عنها في الحالة الأولى ، والاعتداد بالإرادة المشتركة للمتعاقدين في الحالة الثانية ، وتفسير الشك لمصلحة المدين في الحالة الثالثة ، باستثناء عقود الإذعان التي يفسر الشك فيها لمصلحة الطرف المذعن دائنا كان أو مدينا .

يضاف الى هذه القواعد العديد من القواعد المساعدة أوردتها الشرع الأردني في المواد (٢١٤) إلى (٢٣٨) ، استمدتها من الفقه الإسلامي وبصفة خاصة من الفقه الحنفي ، هذه القواعد التي تساعد القاضي في تفسير العقد ^(١).

وعليه تعد القواعد المساعدة بمثابة عناصر يستهدي بها القاضي في استخلاص الإرادة المشتركة ، أو معايير إرشادية يستأنس بها وهو يقوم بالتفسير ، ومن ثم فهي غير ملزمة له ، فالغرض من ذكرها هو مجرد الاسترشاد بها ، و بالتالي فان مسألة أخذ قضاة الموضوع بهذه المعايير أو عدم أخذهم بها هي مسألة واقع تدخل في رحاب سلطتهم التقديرية ، وتخرج بالتالي عن رقابة محكمة التمييز طالما كان تفسير العقد قائما على استخلاص الإرادة المشتركة للمتعاقدين من وقائع موجودة وثابتة ، وكان هذا الاستخلاص سائغا ومقبولا عقلا ومنطقيا ولم يستر وراءه خروجا عن أحكام العقد ^(٢).

أما القواعد الأساسية الواردة في المادتين (٢٣٩) و (٢٤٠) فهي قواعد أمرة ، يتعين على قاضي الموضوع أن يلتزم بأحكامها ، وذلك لضمان عدم خروجه عن حدود مهمته الأصلية وهي تفسير العقد إلى حد التعديل فيه ^(٣).

^(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني تعليقا على هذه المواد بأنها " تتضمن قواعد عامة وهامة يحتاج إليها في تفسير العقود وفي القضاء والمعاملات ويستعان بها حينما لا يكون نص خاص في العقد أو القانون وهي من أحكام الشريعة الإسلامية " المذكرة الإيضاحية / ج ١ / ص ٢٤٣ .

(٢) الدكتور / عبد الرحمن عبد العزيز متولي سعودي / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٣٠١ .

^(٣) الدكتور / أنور سلطان / المرجع السابق / ص ١٩٥ ، المحامية / سناء أبو شرار / البحث السابق / ص ٦٩ ، نجيب اسعد عودة / القانون المدني الأردني بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة / رسالة ماجستير / الجامعة الأردنية / ١٩٩٥ / ص ١٧٩ .

وما يهمنا هنا هو القاعدة التي جاء بها المشرع في المادة (٢٤٠) بأن الشك يفسر لمصلحة المدين والاستثناء الوارد عليها بخصوص عقود الإذعان ، فما مدى السلطة الممنوحة للقاضي بموجب هذه المادة ، وهل يخضع في ممارستها لرقابة محكمة التمييز ؟

هنا لا بد من التمييز بين تقدير القاضي لقيام حالة الشك في العقد أو الشرط الذي يقوم بتفسيره وبين تطبيق النص القانوني على هذه الحالة بناء على التقدير السابق .

فالقاضي في استعماله للمعايير الموضوعية قد يوفق في الوصول إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدین وقد لا يوفق في ذلك ، وعندئذ يعلن أن هناك حالة من الشك في التعرف على هذه الإرادة ، فهذا التقدير لقيام حالة الشك في حد ذاته لا يخضع لرقابة محكمة التمييز بشرط التسبب الكافي ، ذلك أن أول ما يقابل محكمة التمييز هو معرفة ما إذا كان هناك شك أمام قاضي الموضوع يبرر إجراء التفسير أم أنه كان بدون مبرر ، إذ أن إجراء التفسير يفترض قيلم الشك ومن ثم لا يستطيع القاضي التوسع في تقدير قيام حالة الشك من أجل حماية الطرف المذعن من بعض الشروط بالقول بغموضها وتعذر الوصول إلى الإرادة المشتركة ، بالرغم من وضوحها أو على الأقل إمكانية التعرف على الإرادة المشتركة إذا كانت غامضة ، لأنه يعد خروجاً منه على ظاهر العقد دون مبرر ، فعدم التسليم بالإرادة الواضحة المتبادرة من الألفاظ الصريحة من شأنه تعريض حكم القاضي للنقض لتحريفه إرادة الطرفين^(١) ، وهذه الرقابة لمحكمة التمييز تنأتى من خلال رقابة التسبب ورقابة التحريف .

ويرى الدكتور سعيد عبد السلام أن مبررات رقابة التحريف في عقود الإذعان تتمثل في

ثلاثة مبادئ هي^(٢) :-

١- مخالفة قاضي الموضوع للقانون في معناه الدقيق ، الذي تسهر محكمة النقض

^(١) الدكتور / عبد الحكم فوده / المرجع السابق / ص ٤٢٧ .

^(٢) الدكتور / سعيد عبد السلام / المرجع السابق / ص ١٧٠ - ١٧١ .

(التمييز) على مراعاة تطبيقه وتوحيد تفسيره ، ذلك أن تكييف العقد يقوم على مجموعة وقائع يستخلصها القاضي ثم يردّها إلى القانون لمعرفة نوع العقد ليطبق عليه القواعد القانونية التي تخص جنسه فهو إذا تعسف في هذا الاستخلاص رغم وضوح الإرادة وعدم قيام ما يناقضها بأن حصل من العقد ما ليس منه في الواقع ، فانه سيكيف هذا التحصيل تكييفاً لا يتفق وما أرادّه القانون بالفعل ، وان كان في الظاهر متفقاً مع المفهوم الخاطئ للواقع .

٢_ الطبيعة الخاصة لعقود الإذعان ، ذلك أن محكمة النقض تهدف إلى تحقيق وحدة التفسير بالنسبة لعقود الإذعان والشروط المتماثلة فيها ، لما تتمتع به هذه العقود من أهمية خاصة ، إذ تتضمن قضاء كثير من المصالح الاقتصادية الضخمة التي تتوقف عليها الحياة الاقتصادية في المجتمع .

٣_ احترام الحرية التعاقدية ، ذلك أن محكمة النقض تحرص على احترام قضاة الموضوع لإرادة الطرفين في العقد^(١)، تلك الإرادة التي يقوم عليها العقد في تكوينه وتفسيره ، ومن ثم لا يجوز لهم بحجة تفسير العقد افتراض إرادة وهمية لا وجود لها بهدف تعديل العقد ، الأمر الذي يؤثر على مصالح الأفراد واستقرار المعاملات في المجتمع .

إن نصل إلى أن تقدير قيام حالة الشك من حيث المبدأ يعد مسألة واقع تخضع لسلطة القاضي التقديرية ولا تخضع لرقابة محكمة التمييز ولكن بشرط التسبب الكافي وعدم الانحراف عن الإرادة الظاهرة .

أما تطبيق القاضي لمفهوم النص القانوني على الوقائع ، فهو ما يخضع لرقابة محكمة التمييز ، ذلك أنه تطبيق للقانون ، فقاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين والاستثناء الذي أدخله المشرع على هذه القاعدة من القواعد الأمرة التي يتعين على قاضي الموضوع أن يلتزم بحكمها

(١) جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية انه " إذا كانت نصوص العقد واضحة فلا يجوز تفسيرها بالانحراف عما تهدف إليه والقول بما لا

ينسجم مع إرادة الطرفين " تمييز حقوق ٩٩/٢٦٢ / مجلة نقابة المحامين / العدد التاسع / ص ٣١٢٧ .

، وإذا خالفها بأن فسر الشك مثلاً لمصلحة الطرف الموجب في عقد من عقود الإذعان ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون الأمر الذي يوجب نقض حكمه .

ويشير الدكتور عبد الحكم فوده إلى أن هناك رأى قديم للدكتور السنهوري في كتابه نظرية العقد عدل عنه في مؤلفه الوسيط في شرح القانون المدني ، جرى فيه المذهب الفرنسي إذ يقول : " أن القاضي غير ملزم باتباع هذه القاعدة (قاعدة الشك) وإنما يستأنس بها مثل غيرها من قواعد التفسير ، فإذا تبين أن إيهام العقد يرجع الى سوء نية المدين أو إلى خطأ منه ، فله أن يفسر العقد لمصلحة الدائن لا لمصلحة المدين ، لان اعتبارات العدالة التي بنيت عليها القاعدة غير موجودة في هذه الحالة ، بل وجدت اعتبارات تقضى بعكسها " ، و يرفض هذا الرأي مؤكدا صفة الإلزام لهذه القاعدة ، التي يتعين على القاضي التزامها ، ويرد على الرأي السابق بأنه " في حالة سوء نية المدين أو إهماله فان عدم تطبيق القاعدة لا يرجع إلى عدم إلزامها ، بل لانتفاء أحد الشروط الأساسية لتطبيقها " (١).

إذن نخلص من كل ما تقدم إلى أن المشرع الأردني وان كان قد وفر قدر من الحماية للطرف المذعن من خلال قاعدة تفسير الشك لمصلحته ، إلا أن هذه القاعدة محدودة الأثر ، ذلك أن الأمر لا يتعلق عادة بتقييم العقد في مجمله ، فالشك قد يكتنف أحد شروط العقد دون سواها ، وعليه فان أثر التفسير لصالح الطرف المذعن سوف لا يتعدى هذا الشرط أو ذاك الالتزام دون غيرهما ، بالإضافة إلى أنها من القواعد الاحتياطية التي لا يتم اللجوء إليها إلا بعد استخدام القواعد الأصلية في التفسير ، حيث تستلزم النصوص التي وردت بها هذه القاعدة أن يكون هناك شك في مدلول العقد أو شرط من شروطه.

(١) الدكتور / عبد الحكم فوده / المرجع السابق / ص ٢٥٣ .

كما أن القواعد التي جاء بها المشرع لا تفسح المجال أمام القاضي لمقاومة الشروط الغامضة والشروط الواضحة الجائرة ، ذلك أن القاضي لا يمكنه في غياب النص تجاهل قوة إرادة الطرفين ، إذا كانا قد عبرا عنها بوضوح أو أمكنه استخلاصها من خلال أعمال القواعد المساعدة وإلا عد حكمه تحريفا للعقد وتعرض لرقابة محكمة التمييز .

وكذلك تبقى الحماية محدودة حتى في ظل وجود النص المقترح سابقا ، لأن القاضي لا يستطيع إعادة النظر في مضمون العقد ويقتصر عمله على تفسير العبارات الغامضة والعبارات التي تثير الشك لمصلحة الطرف المدعى ، إذ يكفي لتعطيل أثر هذا النص أن يقوم الموجب ، بما يتوافر له من إمكانيات ، بتضمين عقده شروطا غاية في الوضوح والإطلاق بحيث تستبعد كل عمل تفسيري ، وهو ما لجأت إليه شركات التأمين بشكل خاص .

لهذا كان من الضروري أن يأتي المشرع بنص يسمح بإهدار الشروط التعسفية في عقود الإذعان ليتكامل بالتالي مع قاعدة التفسير في توفير أكبر قدر من الحماية للطرف المدعى في عقود الإذعان وهو ما سنتعرض له تفصيلا في المطلب التالي .

المطلب الثاني

الحماية عن طريق السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي

رأينا في الفصل التمهيدي من هذه الرسالة أنه يتفرع عن مبدأ سلطان الإرادة ، والذي لا يزال يشكل القاعدة في معظم التشريعات الحديثة ، مبدأ القوة الملزمة للعقد (العقد شريعة المتعاقدين) ، هذا المبدأ الذي يسري على المتعاقدين ، فلا يجوز لأحدهما الانفراد بتعديل العقد أو إنهائه ، وكذلك على القاضي الذي لا يجوز له نقض العقد أو تعديله .

إلا أنه تحت تأثير العوامل الاقتصادية والسياسية والاجتماعية التي سادت منذ بداية القرن الماضي تدخل المشرع للحد من إطلاق هذا المبدأ ، ومن أبرز أمثلة هذا التدخل ما جاء في المادة (٢٠٤) من القانون المدني الأردني من إعطاء القضاء سلطة تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان .

وعليه سوف نتعرض بداية للقاعدة العامة وهي احترام القاضي لقانون العقد ثم للاستثناء الذي أدخله المشرع في المادة (٢٠٤) على هذه القاعدة ، وبعد ذلك نعقد المقارنة بين السلطة الممنوحة للقاضي حيال الشروط التعسفية في عقود الإذعان والسلطات الأخرى الممنوحة له كاستثناءات على هذه القاعدة .

القاعدة العامة :- احترام قانون العقد ^(١)

تنص المادة (٨٧) من القانون المدني الأردني على أن العقد هو " ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ، ويترتب عليه التزام كل منهما ، بما وجب عليه للآخر " .

^(١) انظر في ذلك وفيق علي المقابلة / قاعدة العقد شريعة المتعاقدين والاستثناءات التي ترد عليها / رسالة ماجستير / الجامعة الأردنية /

كما تنص المادة (٢٠٢) منه على أنه " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة

تتفق مع ما يوجبه حسن النية " .

في حين تنص المادة (١٤٧/١) من القانون المدني المصري على أن " العقد شريعة

المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون "(١).

وظاهر من المادتين (٨٧) و (٢٠٢) أن المشرع الأردني لم ينص صراحة على مبدأ القوة

الملزمة للعقد كما فعل المشرع المصري في المادة (١٤٧/١) ، إلا أنه يستفاد من هاتين المادتين

أن الأصل هو احترام قانون العقد ، بمعنى أن الالتزام الناشئ عن العقد يعادل في قوته الالتزام

الناشئ من القانون ، وبما أنه لا يجوز للفرد أن يتحلل من التزام فرضه القانون فلا يجوز

للمتعاقدين أن يتحلل من التزام أنشأه عقد هو طرف فيه (٢).

وتقوم هذه القاعدة على أسس ثلاثة ، فهي تعتبر من آثار مبدأ سلطان الإرادة ، وإرادة

الإنسان تشريع بذاتها لذاتها ، فالإنسان لا يلتزم إلا بما أراد ، كما ترجع إلى اعتبار أخلاقي ديني

هو احترام العهد (التزام المحافظة على الكلمة) ، بالإضافة إلى اعتبار اقتصادي يتجلى في

ضرورة استقرار المعاملات (٣).

ويترتب على هذه القاعدة وجوب النزول على حكم قانون العقد، ويكون ذلك بتنفيذ ما اشتمل

عليه والامتناع عن نقضه أو تعديله إلا باتفاق أو للأسباب التي يقررها القانون، حيث تنص

المادة (٢٤١) من القانون المدني الأردني على أنه "إذا كان العقد صحيحاً لازماً فلا يجوز لأحد

العاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص القانون".

(١) يرجع أصل هذه المادة إلى المادة (١١٣٤) مدني فرنسي التي تنص على مبدأ القوة الملزمة للعقد بقولها " الاتفاقات المبرمة على وجه

شرعي تولد منزلة القانون بالنسبة إلى عاقيها " ، عن الدكتور / وحيد الدين سوار / بحث سلطة القاضي في تعديل العقود / مجلة نقابة

المحاميين / العدد (٣-١) / ١٩٩٢ / ص ١١٥ .

(٢) وفيق علي المفايلة / رسالة ماجستير / مرجع سابق / ص ٣٠ .

(٣) خالد رضوان سماعة / سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة / رسالة ماجستير / الجامعة الأردنية / ١٩٩٧ / ص ٦ .

وعليه لا يجوز لأحد الطرفين أن ينفرد بنقض العقد أو تعديله ، فالعقد ولید اتفاق إرادتين ، وما تعقده الإرادتين لا تحله إرادة واحدة ، ولا ينسحب هذا الأثر على المتعاقدين فحسب بل على القاضي كذلك ، فلا يجوز لهذا أن ينقض العقد الصحيح أو يعدله بحجة أن النقص أو التعديل تقتضيه العدالة^(١).

نخلص من ذلك الى أن هذه القاعدة تحد من سلطة القاضي ، بحيث يقتصر دوره على تطبيق ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين ، إلا أن المشرع وتحت تأثير التطور الذي أصاب مبدأ سلطان الإرادة نتيجة لظهور فكر قانوني يسعى لجعل القانون اجتماعياً ويهدف إلى حماية الطرف الضعيف (كما رأينا سابقاً) ، أخذ يتدخل للحد من إطلاق هذه القاعدة ، عن طريق إدخال عدة استثناءات عليها ، كان من أهمها التوسيع من سلطة القاضي في تعديل العقود^(٢) ، وهذا ما أخذ به المشرع الأردني بإطلاق سلطة القاضي التقديرية في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان ، موفراً بذلك الحماية للطرف المذعن .

الاستثناء : — سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو الإغفاء منها

تنص المادة (٢٠٤) من القانون المدني الأردني على أنه " إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية ، جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقتضي به العدالة ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك " (٣) .

لقد وضعت هذه المادة العناصر الأساسية لسريان هذه السلطة الحمائية ، ومضمون هذه السلطة ومعيارها والطبيعة القانونية للحماية التي يوفرها هذا الاستثناء ، وقبل تناول هذه النقاط

(١) الدكتور / السهوري / المرجع السابق / ص ٦٢٥ .

(٢) يؤكد ذلك ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني تحت عنوان الاتجاهات العامة في القانون أنها تقوم على " ٣ — إطلاق سلطة القاضي في البحث والتقدير ليمكن من مواجهة الظروف والتغيرات التي تعرض في كثير من القضايا حتى لا يوصم القانون بالجمود والوقوف عند حد معين من القواعد التي قد تنهاى عند مواجهة التطورات العملية " المذكرة الإيضاحية / الجزء الأول / ص ٢٦ .

(٣) وهي تقابل المواد (١٤٩) مدني مصري و (١٧٦) مدني عراقي و (١٥٠) مدني سوري و (٢١٧) مدني بحني .

بالدراسة لابد لنا من التعرض للخلاف الفقهي الذي ثار حول هذا الاستثناء كوسيلة لحماية الطرف المذعن .

حيث ينتقد بعض الفقه ^(١) توجه المشرع إلى التوسع في حماية الطرف المذعن عن طريق منح القضاء سلطة تعديل الشروط التعاقدية ، بل وإهدارها بدون أي قيد ، لأنهم يعتقدون أن ذلك يتضمن إعطاء القاضي سلطة تخرج عن حدود مهمته العادية والمألوفة والتي هي تفسير العقد للبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين وإزالة ما يكون عالقاً بها من غموض أو لبس إلى حد تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها .

ويبرر هذا الفقه رفضه للتوسع في حماية الطرف المذعن على النحو الذي جاءت به المادة (٢٠٤) السابقة ، بأن إعطاء هذه السلطة للقاضي يطلق يده في التحكم وينال من الاستقرار المطلوب للمعاملات ، ذلك أن الأفراد عندما يتعاقدون يعرف كل متعاقد مقدماً الآثار التي ينتجها عقده ، فيعرف حقوقه وواجباته وإذا كان للقاضي أن يعدل من هذه الحقوق والواجبات فإن ذلك يؤدي إلى اضطراب المعاملات ، بالإضافة إلى خروج القضاء بحلول مختلفة للمسألة الواحدة لعدم وجود معايير محددة لصفة التعسف في الشرط ، كما أن من مساوئ هذه السلطة كما يقول الدكتور الصده " القعود بهم الأفراد حينما يلمسون هذه الحماية من جانب القضاء الذي يراعي مصالحهم أكثر مما يفعلون هم أنفسهم " ، ويضيف الدكتور الصده " أن إعطاء القاضي سلطة إعادة النظر في شروط العقد على أساس نظام خاص لتفسير عقود الإذعان طريقة لها أخطارها المخيفة ، وتتطوي على عدم الحكمة " ^(٢) ، وذلك بحجة أن ذلك يهدم توازن العقد ويحدث الاضطرابات في العلاقات الاقتصادية بسلطة القاضي التحكيمية ، الذي إذا شاء أعملها وإذا شاء أنكرها .

(١) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي / المرجع السابق / ٢١٤ ، الدكتور / الصده / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٤٠٧ .

(٢) الدكتور / الصده / المرجع نفسه / ص ٤٠٧ + ص ٤٠٨ .

في حين يرى البعض الآخر^(١) عدم صحة هذا النقد ويعتبر توجه المشرع لحماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان أمراً محموداً وامتشياً مع تطور التشريعات في العالم الحديث ويتفق مع التغيرات الاقتصادية والاجتماعية في المجتمع المعاصر.

حيث يرد الدكتور حسن عبد الباسط جميعي على ما استند إليه أنصار الرأي المتقدم من أن هذه السلطة تعد خروجاً على القواعد العامة في التفسير بالقول بأن " المشرع هو صاحب الحق في تقدير ضرورات الخروج عن أحكام القواعد العامة وفقاً للتغيرات والظروف المستجدة التي تقتضي ذلك، ومما لا شك فيه أن خضوع الطرف المذعن في عقود الإذعان وعدم قدرته على مناقشة شروط العقد يعد مبرراً كافياً للخروج عن حكم المبادئ العامة في عقود الإذعان"^(٢).

في حين تكفل الدكتور سعيد عبد السلام بالرد على الحجج الأخرى التي انطلق منها أنصار الرأي السابق في معارضة السلطة الممنوحة للقاضي حيال الشروط التعسفية في عقود الإذعان إذ يقول " إلا أننا لا نذهب مع هذا التحليل القانوني ونرى أن التوازن في العقد اختل قبل تدخل قاضي الموضوع الذي سيجيء بدوره لإعادة هذا التوازن الى وضعه الطبيعي برفع التعسف الذي شاب الشرط وأما عن سلامة العلاقات الاقتصادية فإن هذه العلاقات تقوم على مبادئ أخلاقية من حسن النية والعدالة ، وأنه يجب رد المتعاقدين إليها إذا انحرفا عنها ، وأما عن التحكم بالنسبة لقاضي الموضوع فإن رقابة محكمة النقض (التمييز) ، عن طريق رقابة التسبيب أو التحريف المادي سوف تضع حداً لهذا التحكم إن وجد " ^(٣).

وأنا بدوري أرى صحة ما ذهب إليه الفريق الثاني من تأييد منح القضاء مثل هذه السلطة

^(١) الدكتور / عبد الحكم فوده / المرجع السابق / ص ٢٦٢ ، الدكتور / حسن عبد الباسط جميعي / المرجع السابق / ص ٢٤٧ ، الدكتور / سعيد عبد السلام / المرجع السابق / ص ٩ ، الدكتور / سلامة فارس عرب / المرجع السابق / ص ٤٩٧ ، الدكتور / أحمد محمود سعد / المرجع السابق / ص ٢٦٥ .

^(٢) الدكتور / حسن عبد الباسط جميعي / المرجع السابق / ص ٢٤٧ .

^(٣) الدكتور / سعيد عبد السلام / المرجع السابق / ص ١٦ .

، ذلك أن منح هذه السلطة للقاضي أولى من ترك الطرف المذعن تحت رحمة الموجب ، خاصة وأن القاضي هو شخص مختص ومحايّد يستطيع بنظرته الموضوعية الموازنة بين مصلحة طرفي العقد وأن يرى أين يقع التعسف ويستطيع بحسه القانوني أن يسعف الطرف المذعن ، أما عن الخوف من تحكم القضاء وعدم توحده في المسألة الواحدة فإن رقابة محكمة التمييز تتكفل بتجنب هذا التخوف .

الفرع الأول

شروط إعمال السلطة الحمائية

يشترط لقيام السلطة الحمائية المنصوص عليها في المادة (٢٠٤) توافر شرطين أساسيين هما:—

أولاً — أن يتعلق النزاع بعقد إذعان

أي أنه عند إعمال هذه السلطة لابد من البحث عما إذا كان العقد موضوع النزاع عقد إذعان أم لا ، إذ يفترض لسريان هذه السلطة أن نكون أمام عقد صحيح ، توافر له عنصرا التراضي من إيجاب وقبول ، وكان هذا التراضي صحيحاً خالياً من العيوب التي يمكن أن تشوبه ، فإذا ثبت للقاضي انعدام هذا التراضي قضى بإبطال العقد لا بتعديل شروطه.

كما يجب أن تتوافر في هذا العقد الخصائص المميزة لعقد الإذعان ، وهي الخصائص الثلاث السابق ذكرها ، فالقاضي يقرر ما إذا كان موضوع التعاقد متعلقاً بسلعة أو خدمة تعد من الضروريات الأولية بالنسبة للمستهلكين ، كما يقرر ما إذا كان احتكار هذه السلع أو الخدمات احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو أن المنافسة محدودة النطاق بشأنها ، فإذا ما توصل القاضي من خلال سلطته التقديرية إلى أن العقد المطروح أمامه عقد إذعان فإنه يقوم بإعمال سلطته التقديرية بتعديل الشروط التعسفية أو الإغفاء منها أما إذا تبين له بأن العقد المثار بشأنه النزاع هو عقد

عادي لا تنطبق عليه الشخصيات (الشروط) الثلاث المميزة لعقود الإذعان فإنه يلتزم بأحكام العقد طبقاً للقاعدة العامة (١).

ثانياً - أن يتضمن العقد شروطاً تعسفية

بعد تحقق القاضي من أن النزاع المطروح أمامه أنه يتعلق بعقد من عقود الإذعان ، يبحث فيما إذا كان هذا العقد يتضمن شروطاً تعسفية تبرر تدخله ، ذلك أن الهدف من منح القضاء هذه السلطة هو حماية الطرف المذعن من الشروط التي تؤثر على التوازن الاقتصادي للمراكز القانونية في العقد وتمثل إجحافاً بحقه ، ويتأتى ذلك بإزالة هذا التفاوت أو الحد منه ، فإذا لم يكن العقد متضمناً لمثل هذه الشروط ، فلا مجال لتدخل القاضي وإلا اعتبر ذلك تحريفاً للعقد (٢) ، يدخل في نطاق الرقابة القضائية لمحكمة التمييز .

ولكن متى يعتبر الشرط تعسفياً يبرر تدخل القاضي لإعمال هذه الحماية ؟

لم يعتمد المشرع الأردني في نص المادة (٢٠٤) من القانون المدني إلى تحديد المقصود بالشروط التعسفية تاركاً ذلك لقاضي الموضوع الذي يتمتع بسلطة تقديرية في قياس مدى التعسف والإجحاف بالنظر إلى الظروف الشخصية لأطراف التعاقد .

أما المشرع الفرنسي فقد عرف الشرط التعسفي في القانون الصادر بتاريخ ١٠/١/١٩٧٨ والخاص بحماية المستهلك بأنه " الشرط الذي يفرض على غير المهني أو المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال الأخير لقوته الاقتصادية بهدف الحصول على امتياز بدون وجه حق " (٣).

(١) الدكتور / عبد الرحمن سعودي / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٥١٦ .

(٢) الدكتور / سعيد عبد السلام / المرجع السابق / ص ١٠ .

(٣) المادة (١/٣٥) من القانون الفرنسي الخاص بحماية المستهلك لسنة ١٩٧٨ ، وانظر في ذلك الدكتور / نائل عبد الرحمن / المرجع السابق / ص ٣٨ .

أما بالنسبة للقضاء فقد تشدد في التحقق من الشروط المؤدية إلى إبطال البنود التعسفية في العقود حرصاً منه على سلامة التعامل واستقراره ، فهو مدعو لحفظ التوازن بين متطلبات الاستقرار العقدي وحماية الطرف الضعيف في العقد بحيث لا يحصل تجاوز في استعمال الحقوق ولا خلل كبير في التوازن العقدي^(١).

وقد ذهب بعض الفقه^(٢) إلى التمييز بين الشروط التعسفية بذاتها والشروط التعسفية بحكم استعمالها ، فالشروط الأولى يظهر التعسف فيها منذ إدراجها بالعقد وتكشف عنه ذات ألفاظه فتأتي متناقضة مع جوهره ، وتسمح بحصول المحترف على ميزات مبالغ فيها ، من ذلك مثلاً قيام رب العمل بفرض شروط في لائحة المصنع تتضمن غرامات مالية باهظة على العمال تستنفذ جزءاً من أجرهم لأخطاء لا تتناسب مطلقاً مع الجزاء الذي يتضمنه ، وكذلك الشرط الذي يقضي بإعفاء الموجب من المسؤولية أو بإمكان رجوعه في العقد أو وقف تنفيذه ، وما يمكن أن يليه الموجب من أعباء على الطرف المذعن كشروط الحرمان وكنفييد حق الطرف المذعن في إبداء الدفوع أو الحد من حريته في التعاقد مع الغير ، أو التجديد الضمني للعقد أو الخروج على قواعد الاختصاص القضائي^(٣).

أما النوع الثاني فهو الشروط التعسفية بحكم الاستعمال ، وهذه الشروط لا تظهر صفة التعسف فيها عند إدراجها بالعقد وإنما عند التطبيق بالتمسك بحرفيتها وعدم مراعاة روحها ، ومثالها الشرط الذي يلزم المؤمن له بإعلان المؤمن بأمور معينة خلال فترة سريان العقد وإلا

(١) الدكتور / مصطفى العوجي / المرجع السابق / ص ٧٠٢.

(٢) الدكتور / عبد الحكيم فوده / المرجع السابق / ص ٣٥٩ — ٣٦٠ ، والدكتور / سعيد عبد السلام / المرجع السابق / ص ١١ — ١٢ ، المحامية / سناء أبو شرار / البحث السابق / ص ٧٤ ، وقد عرف الدكتور مصطفى العوجي الشرط التعسفي بأنه " البند الذي يدرج في العقد من قبل أحد أطرافه وقد أُملى إرادته على الفريق الآخر تحقيقاً لمنفعة ذاتية غير مألوفة ومفرطة منتقصة من حقوق الطرف الآخر الذي أذعن له لتسلط من فرضه على العقد " مصطفى العوجي / المرجع السابق / ص ٧٠١ .

(٣) الدكتور / عبد الحفي حجازي / المرجع السابق / ص ٣٦١ .

سقط حقه في التعويض ، فهذا الشرط لا يعد شرطاً تعسفياً عند إدراجه في العقد ، ولكن يعد كذلك إذا تمسك المؤمن به لإسقاط حق المؤمن له حسن النية ، بالرغم من أنه لا يعود على المؤمن بأية فائدة من الناحية العملية ^(١).

ويرى الدكتور عبد الحكم فودة أن نص المادة (١٤٩) مدني مصري المقابلة للمادة (٢٠٤) من القانون المدني الأردني تتعلق بالنوع الأول من الشروط ، وهي الشروط التعسفية في ذاتها ، لأن هذا النص يتحدث عن عقد إذعان تم وكان متضمناً لشروط تعسفية ، أي أن وصف التعسف كان عند إبرام العقد وليس عند تنفيذه ، وأن المشرع كان منطقياً في هذه الصياغة ، ذلك أن نص المشرع على وجوب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجب حسن النية ، يعطي القاضي السلطة لرد الموجب إلى صوابه إذا ما تمسك بمثل هذه الشروط ^(٢).

وأرى صحة هذا الرأي ، ذلك أنه بالإضافة إلى وضوح ذلك من خلال صياغة المادة (٢٠٤) التي استعملت الفعل الماضي الناقص (وكان) في إشارة واضحة لاقتصار حكمها على تلك الشروط التي تتصف بالتعسف بداية (وعند إبرام العقد) ، نجد أن القاضي يستطيع إهدار هذه الشروط (الشروط التعسفية بحكم استعمالها) بالاستناد إلى المادة (١/٢٠٢) التي توجب مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد ، أو بالاستناد إلى نظرية التعسف في استعمال الحق التي تتيح له إسقاط الشروط التي يتمسك بها الموجب بالرغم من عدم فائدتها ، وإن كنت أرى أن من الأفضل إطلاق النص ليشمل النوعين السابقين من الشروط التعسفية .

إذن نخلص إلى أن الشرط التعسفي المقصود بهذه المادة هو الشرط الجائر الذي يتضمن أحكاماً تتنافى مع العدالة ، وهي صفة نسبية تختلف من حالة إلى أخرى بحسب ظروف التعاقد

^(١) الدكتور / سعيد عبد السلام / المرجع السابق / ص ١٢ .

^(٢) الدكتور / عبد الحكم فودة / المرجع السابق / ص ٣٦٠ .

وموضوع العقد وظروف كل متعاقد ، كما تختلف بحسب البيئات والمجتمعات المختلفة ، ويعود أمر تقديرها لقاضي الموضوع دون رقابة من محكمة التمييز .

وإزاء هذه السلطة الواسعة التي يتمتع بها قاضي الموضوع في تحديد الشروط التعسفية ، يرى الدكتور حسن عبد الباسط جميعي ضرورة وجود نظام تشريعي ونظم إدارية مصاحبة () على غرار ما هو متبع في الدول الصناعية ^(١)) تتولى مهمة وضع تعريف عام للشروط التعسفية ^(٢) ، يبرز العناصر الأساسية التي يجب توفرها لاعتبار الشرط تعسفيا ، بالإضافة إلى توجيه القاضي في شأن التمييز بين الشروط التعسفية بذاتها والشروط التي لا يمكن اعتبارها كذلك إلا في ضوء الظروف والملابسات المحيطة بالتعاقد وأشخاصه .

ويتحقق ذلك من خلال قيام المشرع بإدراج الشروط التي تعد تعسفية بطبيعتها في نصوص التشريع ذاته ، مع تخويل لجنة وزارية بإعداد المقترحات اللازمة لمتابعة استكمال قائمة هذه الشروط ، بحيث تصدر لائحة تنفيذية تحتوي على الشروط التي يظهرها واقع التعامل وتفرضها متغيراته ^(٣) .

وعليه فإن مجرد ورود الشرط ضمن هذه القائمة يعد قرينة على اعتباره شرطا تعسفيا ، ومن ثم يستطيع القاضي أعمال السلطة الممنوحة له اتجاهه ، بإعفاء الطرف المذعن منه أو تعديله لمصلحته ، وهنا نلاحظ أن المشرع الأردني قد أخذ بهذا الرأي في مجال عقد التأمين ، ففي الأحكام التي تنظم عقد التأمين أبطل المشرع بعض الشروط التي ترد في وثيقة التأمين إما

^(١) انظر بعض القوانين الأوروبية في مجال مقاومة الشروط التعسفية ، الدكتور / حسن عبد الباسط جميعي / المرجع السابق / ص ٢٥٩ — ٢٨٩ ، الدكتور / السيد محمد عمران / حماية المستهلك أثناء تكوين العقد / منشأة المعارف / الإسكندرية / بلا سنة ، والدكتور / نائل عبد الرحمن / المرجع السابق / ص ٣٧ وما بعدها ، والدكتور / مصطفى العوجي / المرجع السابق / ٦٩٠ — ٧٠٩ .

^(٢) يعرف نص المادة (٣٥) من قانون ١٠ يناير ١٩٧٨ الخاص بحماية المستهلكين للسلع والخدمات في فرنسا الشروط التعسفية بأنها " تلك الشروط التي تبدو مفروضة بواسطة محترف على غير المحترف أو المستهلكين من خلال التعسف في استخدام التفوق الاقتصادي وتسمح بمحصول المحترف على ميزات مبالغ فيها " عن الدكتور / نائل عبد الرحمن / المرجع السابق / ص ٣٨ .

^(٣) الدكتور / حسن عبد الباسط جميعي / المرجع السابق / ص ٣١٨ .

لا اعتبارات شكلية أو موضوعية وذلك باعتبارها شروطا تعسفية ، وكذلك الأمر بالنسبة لعقد العمل عندما ابطال كل شرط يتنازل بموجبه العامل عن أي حق من الحقوق التي يمنحها له قانون العمل^(١).

وهنا أتني على موقف المشرع الأردني في مجال عقد التأمين وأرى ضرورة تعميم هذا التوجه ليشمل عقود الإذعان الأخرى ، خاصة أن وجود مثل هذا التنظيم التشريعي للشروط التعسفية يسهل مهمة القاضي في التعرف على الشروط التعسفية ومن ثم يعمل السلطة الممنوحة له ، وهو ما يدخل سلطة قاضي الموضوع في تكيف الشرط المعروض عليه تحت رقابة محكمة التمييز ، لأن عمله يكون مجرد تطبيق للنص ، ومن ثم تتوحد الأحكام الصادرة عن قضاة الموضوع بالنسبة للشروط المتماثلة .

ويشترط البعض^(٢) بالإضافة إلى الشرطين السابقين ضرورة توافر عنصر معنوي ، يقصدون به الضعف الإرادي للقابل ، حيث يرون أنه يجب لتدخل قاضي الموضوع فضلا عن وجود الشرط التعسفي أن تكون إرادة القابل ضعيفة بحيث تكون أقرب إلى معنى التسليم بشروط التعاقد منها إلى معنى المشيئة ، لأن الحماية التشريعية جاءت لحماية الطرف المذعن نتيجة لهذا الضعف ، وعليه إذا تبين لقاضي الموضوع أن القبول صادر بعد مناقشة شروط التعاقد ، بحيث كانت هذه الشروط حصيلة مفاوضات الطرفين فانه يطبق القاعدة العامة باعتبار العقد شرعية المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاقهما أو للأسباب التي يقررها القانون ، حتى لو كانت هذه الشروط جائرة .

ولا أرى ضرورة لمثل هذا الشرط ، ذلك أن الحماية المقررة بموجب المادة (٢٠٤) تقتصر على عقود الإذعان ، تلك العقود المفترض فيها توافر هذا العنصر المعنوي ، فطبقا

(١) انظر المادة (٩٢٤) من القانون المدني الأردني ، والمادة (٤/ب) من قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ .

(٢) الدكتور / عبد الحكم فوده / المرجع السابق / ص ٣٦١ ، والدكتور / سعيد عبد السلام / المرجع السابق / ص ١٣ .

للشروط الأول إذا ما توصل القاضي من خلال سلطته التقديرية إلى أن العقد المطروح والمثار بشأنه النزاع عقد إذعان ، بعد التحقق من توافر الخصائص المميزة لهذا النوع من العقود ، فلا حاجة للبحث عما إذا كان العقد قد تم نتيجة مفاوضات بين الطرفين أم بمجرد التوقيع من قبل الطرف المذعن على العقد دون مناقشته ، فالضعف الإرادي للطرف المذعن متوفر في هذا النوع من العقود حتى ولو أتيحت الفرصة له لمناقشة شروط العقد .

ولكن هل يشترط لإعمال حكم هذا الاستثناء ألا يكون المتعاقد المذعن قد علم بالشروط التعسفي ورضي به ؟ وهل يمتد حكمه الى الشروط التعسفية الواضحة أم يقتصر على الشروط الغامضة ؟

أما بالنسبة للتساؤل الأول (وكما رأينا سابقا) فإن القضاء في كل من فرنسا ومصر ، وفي ظل غياب النصوص الخاصة بحماية الطرف المذعن ، تعلق بركن التراضي لإعفاء الطرف المذعن من الشروط التعسفية التي لم يعلم بها ، مستلزما بذلك قيام إرادة حقيقية بشأنها ، وأنها حماية قاصرة لا ترقى إلى المستوى المطلوب ، الأمر الذي دفع المشرع إلى تقنين الحلول التي توصل إليها القضاء في هذا المجال ، وكان المشرع المصري هو أول من قام بذلك ، حيث جاء في المادة (٢١٧) فقرة أولى من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري أنه " إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان الطرف المذعن بقبوله دون مناقشة ما عرض عليه لم ينتبه إلى بعض الشروط التعسفية التي تضمنها العقد ، جاز للقاضي أن يجعل ذلك محلا للتقدير " ^(١) ، وقد لوحظ على هذا النص أنه يقصر الحماية على الشروط التي لم ينتبه إليها الطرف المذعن ، لذلك فقد عدل المشرع المصري عن تبني هذا الاقتراح فأخذ بنص المادة (١٤٩) بما يجعل الحماية شاملة لكل الشروط التعسفية حتى تلك التي يكون الطرف المذعن قد علم بها أو تنبها إليها ^(٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري / الجزء الثاني / ص ٢٩١ - ٢٩٢ .

(٢) الدكتور / السنهوري / المرجع السابق / ص ٢٣٤ الهامش .

ولقد أصاب المشرع المصري بهذا النص جوهر التعسف في عقود الإذعان ، وذلك أن الإذعان يعني الخضوع وعدم القدرة على مناقشة الشروط التعسفية سواء علم بها أو لم يعلم ، فالمذعن بحكم حاجته وضعفه لا يستطيع رفض أي من الشروط المعروضة عليه من الموجب ، وعليه فإن الأمر يستوي عند الطرف المذعن بالنسبة للشروط التي علم بها أو لم يعلم لأنه حتى ولو علم بالشروط فلن يستطيع تغييره بحكم موقفه كطرف ضعيف في العقد ، ومن ثم فهو جدير بالحماية في مواجهة هذه الشروط جميعها ^(١).

ويرى الدكتور حسام الدين الاهواني أنه يجب مراعاة أن بعض الشروط في عقد الإذعان قد تكون محل مناقشة وتخرج بالتالي عن إطار عقود الإذعان بقوله " تلك الشروط تخرج عن إطار عقد الإذعان باعتبارها شروطا تفاوضية شريطة أن يكون التفاوض بشأنها حقيقيا وليس مجرد ملء بعض البيانات بخط اليد ، ويحدث ذلك في عقود التأمين التي تبرمها مؤسسات كبرى حيث تكون بسبب أهمية العقد لشركة التأمين في موقف يمكنها من المفاوضة حول بعض الشروط " ^(٢).

وأرى بأن هذا الرأي رغم صحته لا ينال من القاعدة السابقة وإنما يشكل استثناء منها ، يرجع أمر تقديره للقاضي الموضوع بما يتمتع به من سلطة في تقدير وجود الإذعان من عدمه .

واستكمالا لبحث نطاق السلطة الحمائية الممنوحة للقاضي بقي أن نعرف هل تمتد هذه

السلطة إلى الشروط التعسفية الواضحة أم تقتصر على الشروط التعسفية الغامضة ؟

قد يفهم البعض ممن يربطون بين هذه السلطة الحمائية وبين سلطة القاضي في التفسير ، أنه لا مجال لإعمالها إذا كانت شروط العقد واضحة وكان المتعاقد المذعن قد تنبه لها ولو كانت جائزة ، ومن ثم يقصرون هذه الحماية على الشروط الغامضة ، إلا أن هذا الفهم الضيق لا يتفق

^(١) الدكتور / حسن عبد الباسط جمعي / المرجع السابق / ص ٢٤٣ .

^(٢) الدكتور / حسام الدين كامل الاهواني / المرجع السابق / ص ٣٢٧ .

مع الغرض الذي قصده المشرع من هذا الاستثناء ، كما أن النص الذي جاء به المشرع يتصف بالاتساع والشمول ويطلق يد القاضي في مقاومة الشروط التعسفية في هذا النوع من العقود . ويرى الدكتور عبد الحكم فوده أن وضوح عبارات الشرط لا يقف حائلا دون إعمال هذه السلطة الحمائية ، إذ يقول " أن هذه الصفة ليست هي بيت التصيد في هذه الشروط ، بل الأمر يتعلق بما شابه من تعسف ، إذ أن وضوح الشرط ودقته لا يمنعان من تعديله ، فلم يكن في وسع الطرف المذعن أن يفعل شيئا رغم هذا الوضوح وهذه الدقة ، إذ الغموض ليس بشرط حتى يتدخل القاضي ، بل أننا نعتقد أن حالة الوضوح هي التي تبرر تطبيق حكم هذه المادة في الواقع ، إذ الشرط الغامض يفسره القاضي عند الشك لصالح الطرف المذعن ، ، أما الشرط الواضح المعنى فإن هذه المادة الأخيرة تقف عاجزة دونه ، ومن ثم يجب أخذ الطرفين بحكمه ، وبالتالي فقد تلافى المشرع ذلك بفرض الرقابة القضائية على هذه الشروط ، حتى ولو كانت واضحة طالما قدر القاضي أنها شروط تعسفية " (١).

ويؤكد ذلك ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري " فالأصل أن الحاجة إلى التفسير لا تعرض متى كانت عبارة العقد واضحة ففي مثل هذه الحالة تطبق شروط التعاقد كما أفرغت فيه ، بيد أن الحكم يختلف فيما يتعلق بما يدرج في عقود الإذعان من شروط جائرة فالالتجاء إلى التفسير يتعين بشأنها ، ولو كانت واضحة العبارة بينة السياق " (٢).

إن نخلص مما تقدم أنه لإعمال هذه السلطة الحمائية التي نص عليها المشرع في المادة (٢٠٤) من القانون المدني لا بد من أن يتوفر وصف الإذعان في العقد محل النزاع المعروض على القاضي وأن يتضمن هذا العقد شروطا تعسفية بغض النظر عما إذا كان الطرف المذعن قد علم بها عند إبرام العقد أم لم يعلم وسواء أكانت واضحة المعنى أم غامضة .

(١) الدكتور / عبد الحكم فوده / المرجع السابق / ص ٣٦١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري / الجزء الثاني / ص ٢٩١ .

الفرع الثاني

مضمون السلطة الحمائية لقاضي الموضوع

تنص المادة (٢٠٤) في تحديد سلطة القاضي إزاء الشروط التعسفية " جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها " ، يتضح من هذا النص أن سلطة القاضي إزاء الشروط التعسفية في عقود الإذعان تشمل إما التعديل أو الإلغاء .

فتعديل الشرط يعني الإبقاء عليه مع رفع أوجه التعسف التي يتضمنها ، فعلى سبيل المثال في عقد العمل ، إذا كان الشرط الوارد في لائحة المصنع يوقع غرامات مالية باهظة على العمال لأخطاء بسيطة ، كان للقاضي إذا ما قدر أنه شرط تعسفي أن يعدله بتخفيض الغرامة لتناسب مع مقدار الخطأ الواقع من العامل ، وكذلك إذا كان الشرط التعسفي يتمثل في عدم تحديد موعد التسليم ، جاز للقاضي تعديله بتحديد الموعد ، وإذا كان الثمن أو المقابل مبالغاً فيه ، جاز للقاضي تخفيضه .

أما سلطة الإلغاء (إلغاء الأثر) فتعني أن القاضي إذا ما ارتأى أن الشرط الوارد في العقد هو شرط تعسفي وأن مجرد تعديله بتخفيف الالتزام الذي يفرضه على عاتق الطرف المذعن لا يفي بغرض الحماية المطلوبة له ، فإنه يستطيع أن يعطل هذا الشرط بإعفاء الطرف المذعن منه لا من تنفيذه ^(١) ، كما لو كان الشرط متمثلاً في شرط من شروط الإعفاء من المسؤولية ، جاز للقاضي إلغاء الشرط ليخضع العقد للقاعدة العامة ، وهنا تتضح السلطة الاستثنائية لقاضي الموضوع .

ولكن على الرغم من هذه السلطة الواسعة الممنوحة للقاضي إلا أنه لا يستطيع إبطال الشرط التعسفي أو إنهاء العقد ما دام متفقاً مع النظام العام والآداب العامة وإنما تنحصر سلطته

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري / الجزء الثاني / ص ٢٩٢ ، الدكتور / السنهاوري / المرجع السابق / ص ٢٣٤ الهامش .

في تعديله أو الإعفاء منه بما يعيد للعقد توازنه الاقتصادي ويحقق العدالة^(١).

وعليه أرى بأنه إذا كان الشرط التعسفي في شق منه لصالح الطرف المذعن ، فإنه يستطيع الاستفادة منه مع إعفائه من الشق الآخر الذي لوجوده وصف الشرط بالتعسفي ، فالإعفاء من هذا الشق لا يعني إبطال الشرط بمجمله ، ومن ثم لا يستطيع الموجب التمسك بإلغاء الشرط للتحلل مما يفرضه عليه من التزام ، ويعود تقدير ذلك للقاضي الموضوع الذي يقضي بما يراه محققاً للحماية المطلوبة للطرف المذعن مسترشداً في ذلك بقواعد العدالة .

ولكن ماذا لو قدر القاضي أن تعديل الشرط أو إعفاء الطرف المذعن لا يحقق الحماية المطلوبة ، بأن كان الشرط يفرض التزاماً لا يقبل الانقسام وكان هذا الالتزام ضرورياً ولكن الالتزام المقابل لا يتعادل معه ، فهل بإمكانه الإبقاء على الشرط مع زيادة التزامات الموجب بما يحقق التوازن ؟

هنا يرى الدكتور سلامة فارس عرب أن كلمة (تعديل) الواردة في النص السابق جاءت مطلقة مما يتيح للقاضي الإبقاء على الالتزام الذي يفرضه الشرط التعسفي مع الزيادة في التزامات الموجب^(٢).

وأرى صحة ذلك لأن التعسف هنا يكون نتيجة عدم التعادل بين الالتزام الذي يفرضه الشرط على عاتق الطرف المذعن والمقابل المفروض على الموجب ، فإذا تعذر تخفيض التزام الطرف المذعن جاز للقاضي زيادة الالتزام المقابل ما دام الالتزامين مفروضين بموجب نفس الشرط ، ويمكن قياس ذلك على السلطة الممنوحة للقاضي بموجب نظرية الظروف الطارئة ، التي تسمح للقاضي زيادة الالتزام المقابل أو تخفيض التزام المدين .

(١) الدكتور / حسام الدين الاهواني / المرجع السابق / ص ٣٢٨ .

(٢) الدكتور / سلامة فارس عرب / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٤٩٧ .

الفرع الثالث

المعيار الذي يسترشد به القاضي في أعمال السلطة الحمائية

جاء في نص المادة (٢٠٤) السابقة " وذلك وفقا لما تقضي به العدالة " ، وهذه

الفقرة تضع معيارا يسترشد به القاضي في أعمال سلطته بالتعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية وهو العدالة ، ولكن المشرع لم يرسم له أنماطا معينة ، يتم على أساسها التعديل أو الإعفاء ، بل ترك للقاضي سلطة تقدير ذلك ^(١).

أما عن المقصود بالعدالة ، فعلى الرغم مما يحيط بهذا المبدأ من غموض وإبهام بسبب اختلاف الإحساس به من شخص لآخر ، وتغيره باختلاف الأزمنة والأمكنة ، فإنه يبقى في حقيقته معبراً عن مجموعة من الأسس الثابتة ، التي تنشئ القانون الأعلى للبشرية والنظام المثالي الذي يتعين الوصول إليه ^(٢) .

وأمام هذا المفهوم الواسع للعدالة فقد تخوف البعض من استناد القضاء إلى العدالة في أحكامه خشية من تحكم القاضي ، ذلك أن الانطباعات التي قد تقوم لديه مما يثيره الخصوم من دفاع قد يلقي بظلاله على حكمه ^(٣).

إلا أن هذا الانتقاد لا ينتقص من قيمة العدالة كمعيار يستند إليه القاضي في أحكامه ، ذلك أن المشرع نفسه أخذ بالعدالة كمصدر للقاعدة القانونية يلجأ إليها القاضي عند عدم كفاية المصادر الأخرى ، ولا مجال للتخوف من السلطة الواسعة التي يتمتع بها القاضي في هذا المجال ، لأنها بالنهاية سلطة مقيدة ، إذ لا يستطيع القاضي أن يقضي على هواه وإنما وفقاً لمبادئ وقواعد العدالة ، كما أن المشرع قام بتقنين العديد من النظريات التي كانت عبارة عن

^(١) الدكتور / نبيل إسماعيل عمر / سلطة القاضي التقديرية / القاهرة / ١٩٨٢ / ط ١ / ص ٢٤١ .

^(٢) نجيب اسعد عودة / رسالة ماجستير / مرجع سابق / ص ١٦١ ، الدكتور / عبد الحكيم فوده / المرجع السابق / ص ١٤٧ .

^(٣) انظر في ذلك الدكتور / سعيد عبد السلام / المرجع السابق / ص ٢٩ .

مجرد تطبيقات قضائية لقواعد العدالة ، كنظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الحوادث الطارئة (١) .

بالإضافة إلى أن من أهم قواعد العدالة تلك التي تهدف إلى تحقيق المساواة بين الأفراد ، بما يقيم التوازن بينهم ويبعدهم عن الجور ، فالإنسان لا يحصل إلا على ما يستحقه ، فلا مجال للإضرار بالغير ، ولا الإثراء على حسابيه ، هذه القاعدة التي يجب أن تسيطر على العقد في كل مراحله سواء في المحادثات السابقة عليه ، أو عند إبرامه أو تنفيذه ، وبها يسترشد القاضي في تعديله للشرط التعسفي أو إعفاء الطرف المذعن منه (٢) .

فالقاعدة السابقة تصلح كأساس يستند إليه القاضي في تعديل الشرط التعسفي أو الإعفاء منه ، لذلك أرى تجنباً لمثل هذا الانتقاد أن يتم وضع هذه القاعدة العادلة كضابط لما يقضي به القاضي استناداً لمبدأ العدالة ، بأن يأتي نص المادة (٢٠٤) على النحو التالي " إذا تم العقد بطريق الإذعان (وكان) قد تضمن شروطاً تعسفية ، جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة وبما يحقق التوازن الاقتصادي للعقد ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك " .

الفرع الرابع

الطبيعة القانونية للحماية التي توفرها هذه السلطة

جاء في نص الفقرة الأخيرة من المادة (٢٠٤) السابقة " ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك " ، مما يعني أن سلطة القاضي في هذا الشأن من النظام العام ، فلا يجوز للطرفين في عقد الإذعان أن يتفقا على استبعاد هذه السلطة لأن اتفاقهما على ذلك يقع باطلاً بنص القانون ، وبذلك ضمن المشرع لتلك الحماية أن تكون جديدة ، إذ لو كان من الجائز الاتفاق على استبعاد هذه

(١) الدكتور / هشام القاسم / المرجع السابق / ص ٢٣٨ — ٢٣٩ .

(٢) الدكتور / عبد الحكم فوده / المرجع السابق / ص ١٤٧ ، الدكتور / أحمد محمود سعد / المرجع السابق / ص ٢٦٦ .

السلطة للجأت شركات الاحتكار إلى إدراج شرط ضمن شروط عقد الإذعان يحجب هذه السلطة عن القاضي ثم تفرضه على الطرف المذعن الذي لا يستطيع إلا التسليم به ، فتعطل بذلك الحماية التي قررها المشرع للطرف المذعن ^(١) .

ولكن هل يستطيع القاضي أعمال السلطة الممنوحة له من تلقاء نفسه أم يتوقف ذلك على طلب الطرف المذعن ؟ وهل يجوز له طلب ذلك لأول مرة أمام محكمة التمييز ؟

يأتي هذا الاستثناء على القواعد العامة لمصلحة المذعن كطرف ضعيف في العلاقة التعاقدية ، وتأكيداً لهذه الحماية جاء النص على عدم جواز الاتفاق على خلافه ، إلا أن ذلك لا يمنع الطرف المذعن من التنازل عن هذه الحماية المقررة لمصلحته بعد انعقاد العقد بعدم التوجه إلى القضاء بطلب أعمال هذا الاستثناء ، ذلك أن اعتبار السلطة الممنوحة للقاضي بموجب هذا الاستثناء من النظام العام جاء لحماية مصلحة خاصة لا لحماية المصلحة العامة ، وعليه فإن أعمال هذه السلطة الاستثنائية يتوقف على طلب الطرف المذعن لأن الحماية مقررة لمصلحته ^(٢) ، وبالتالي لا يجوز للقاضي التدخل من تلقاء نفسه ، كما أن الطلب يجب أن يكون أمام قاضي الموضوع ذلك أن مسألة تقدير وجود التعسف في الشرط من عدمه هي مسألة موضوعية يستقل بها قاضي الموضوع ، ومحكمة التمييز هي محكمة قانون ، ومن ثم تقتصر رقابتها على تطبيق النص القانوني بعد ثبوت التعسف في الشرط .

هذا وقد تنبه المشرع الفرنسي إلى عدم كفاية ذلك القدر من الحماية للطرف الضعيف فيما يتعلق بالشرط الجزائي ، فاستحدث تعديلاً جديداً بموجب القانون الصادر في ١١ أكتوبر ١٩٨٥ ،

^(١) الدكتور / السنهوري / المرجع السابق / ص ٢٣٤ ، الدكتور / سليمان مرقس / المرجع السابق / ص ١٨٥ ، الدكتور / وحيد الدين سوار / المرجع السابق / ص ٨٢ ، الدكتور / عبد الحى حجازي / المرجع السابق / ص ٣٦١ .

^(٢) الدكتور / حسام الدين الاهواني / المرجع السابق / ص ٣٢٧ .

قرر به للقضاء سلطة التدخل من تلقاء نفسه لفحص الشروط التعسفية ، ومن ثم استخدام سلطاته التي خولها له قانون ١٩٧٥ في تعديل هذه الشروط بالزيادة أو بالنقصان .

وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد خطا خطوة جديدة في مجال الابتعاد عن المبادئ العامة المرتبطة بسلطان الإرادة والحرية التعاقدية ، بل ومن مبدأ عدم جواز الفصل والقضاء في الدعوى بما لم يطلبه الخصوم ، من أجل تحقيق قدر أوفر من الحماية للطرف الضعيف ، خاصة وأن الطرف الذي يتصف بقلّة الخبرة والدراية حين التعاقد لا يتحسن بمجرد فتح السبيل أمامه للجوء الى القضاء ، وذلك بسبب عدم علمه الكافي بالقانون وما يوفره له من حماية ، وبالتالي فإن منح القاضي سلطة التدخل من تلقاء نفسه يجعل منه معاوناً للطرف الضعيف في الكشف عن الشرط التعسفي ، ومن ثم التدخل بتعديله ^(١).

لذا نتمنى على المشرع الأردني أن يأخذ بموقف مماثل لموقف المشرع الفرنسي ، بأن يتيح للقاضي التدخل من تلقاء نفسه لتعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان أو إعفاء الطرف المذعن منها .

وإذا كانت هذه الحماية من النظام العام ، ومن ثم لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على ما يخالفها ، فهل هي ملزمة للقاضي أيضاً ؟ بمعنى أنه إذا تبين للقاضي أن الشرط المطروح أمامه هو شرط تعسفي في عقد إذعان ، هل يلزم بتعديله أو إعفاء الطرف المذعن منه أم لا ؟ .

يتضح من النص السابق ، باستخدامه عبارة (جاز للقاضي) ، أن هذا الاستثناء ليس ملزماً للقاضي فهي رخصة سواء في التعديل أو في الإلغاء ، إذ رغم وجود الشروط التعسفية فإن للقاضي الامتناع عن استخدام هذه الرخصة ، فالمسألة ترجع لتقدير القاضي ومدى اقتناعه باستخدام هذه الرخصة من عدمه .

(١) الدكتور / حسن عبد الباسط جمعي / المرجع السابق / ص ٢٢٩ .

ويعتقد البعض ^(١) أن عدم إلزام القاضي بالأخذ بهذا الاستثناء وترك ذلك لتقديره يرجع إلى اختلاف طبيعة كل عقد من عقود الإذعان ، والظروف التي يبرم فيها ، والمضمون الخاص لكل منها ، وبذلك أجرى المشرع الموازنة بين مصلحة طرفي العقد ، فقد يقتضي الأمر أن يحجم القاضي عن تعديل أو إعفاء الطرف المذعن من الشرط التعسفي رغم وجوده في العقد ، إذا وجد القاضي أن ذلك يعرض مصلحة المشروع للخطر ، ويؤثر على حسن سيره ، عندها يبقى على الهدف الاقتصادي له ، مضحيا بمصلحة الفرد مقابل مصلحة المجموع .

ولكن لا أرى في ذلك مبررا كافيا لجعل السلطة الحماائية الممنوحة للقاضي جوازيه لا يلزم بإعمالها ، وذلك للأسباب التالية :-

١- إن قيام القاضي بإهدار ما تضعه شركات الاحتكار من شروط تعسفية لا يؤثر على حسن سيرها ، فالشرط لا يوصف بالتعسفي إلا إذا كان مبالغا فيه أو لا يعود على المحتكر (الموجب) بأية فائدة ، فقيام القاضي بتعديل الشرط الذي يدرجه صاحب المصنع الذي يوقع غرامات مالية باهظة على العمال لأخطاء بسيطة لا تؤثر على حسن سير العمل في المصنع ، وكذلك الأمر في قيام القاضي بإعفاء الطرف المذعن في عقد النقل من شرط الإعفاء من المسؤولية الذي يضعه الناقل ، ذلك أن شركات النقل عادة ما تكون شركات تستثمر رؤوس أموال كبيرة وان إلزامها بالتعويض رغم وجود مثل هذا الشرط لا يؤثر عليها ، بخلاف ما لو تم تحميل ذلك للمتعاقد (المذعن) معها .

٢ - إن القاضي في تقديره لوجود الشرط التعسفي من عدمه يستطيع الموازنة بين هذه المصالح ، فلا يكيف الشرط المعقول المدرج في العقد والذي يهدف للمحافظة على مصلحة المشروع بأنه شرط تعسفي .

^(١) الدكتور / عبد الحكيم فوده/ المرجع السابق / ص ٣٦٤ ، الدكتور / سعيد عبد السلام / المرجع السابق / ص ٢١ .

٣- أن معيار التوازن الاقتصادي المقترح كضابط لسلطة القاضي يوفر له إمكانية التوفيق بين مصلحة الطرف المذعن ومصلحة الموجب بالأخذ بالتعديل تارة والإعفاء تارة أخرى وذلك وفقا لما يراه محققا للتوازن المطلوب .

وعليه أقترح أن يقوم المشرع الأردني بتعديل نص المادة (٢٠٤) من القانون المدني بأن يجعل السلطة الممنوحة للقاضي وجوبية لا جوازية ، فإذا ما ثبت للقاضي أن الشرط المطروح أمامه شرط تعسفي في عقد إذعان وجب عليه إما تعديله أو إعفاء الطرف المذعن منه ، فالسلطة الجوازية تتعقد للقاضي في الخيرة بين التعديل أو الإعفاء .

الفرع الخامس

مقارنة بين السلطة الممنوحة للقاضي بموجب المادة (٢٠٤) والسلطات الأخرى الممنوحة له

كاستثناءات على مبدأ القوة الملزمة للعقد

رأينا سابقا أن المشرع أخذ يتدخل للحد من إطلاق مبدأ سلطان الإرادة ، وتبدى ذلك في مواطن عدة ، أجاز فيها المشرع للقاضي أن يقوم بتعديل العقد أو إنهائه لصالح العدالة والنظام العام على سبيل الاستثناء ، ومثال ذلك سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ، وسلطته في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في الحوادث الطارئة ، وسلطته في تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية في عقود الإذعان وغيرها .

وتختلف السلطة الممنوحة للقاضي من حالة الى أخرى بحيث تتسع في البعض منها وتضيق في البعض الآخر ، وعليه سوف نعقد المقارنة بين سلطة القاضي إزاء الشروط التعسفية في عقود الإذعان وتلك الممنوحة له في الحالات الأخرى .

أولاً - سلطة القاضي حيال الشرط التعسفي وسلطته حيال الشرط الجزائي (١)

تنص المادة (٣٦٤) من القانون المدني الأردني على أنه " ١- يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة الضمان بالنص عليها في العقد ، أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون ٢- ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساويا للضرر ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك " (٢) .

فالشرط الجزائي هو اتفاق مسبق على تقدير التعويض الذي يستحق للدائن عند امتناع المدين عن التنفيذ ، أي هو تقدير مسبق لقيمة الضمان الذي يدفعه الطرف الذي يخل بالتزامه العقدي ، ويأخذ عادة صورة بند أو شرط في العقد (٣) .

وبلاحظ أن الفقرة الثانية من المادة (٣٦٤) تنص بوضوح تام على تخويل القاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي زيادة ونقصا وليس من قيد لهذه السلطة الواسعة سوى جعل التقدير مساويا للضرر (٤) .

وعليه نجد أن السلطة الممنوحة لقاضي الموضوع في تعديل الشرط الجزائي تتفق مع تلك الممنوحة له في تعديل أو إلغاء الشرط التعسفي في عقد الإذعان ، من حيث أن كل من السلطتين تشكل استثناء من قاعدة القوة الملزمة للعقد ، وأن كلاهما سلطة جوازية يعود تقديرها لقاضي الموضوع ، بالإضافة إلى أن السلطة الممنوحة للقاضي في الحالتين هي سلطة أمرة لا يجوز للأطراف الاتفاق على استبعادها .

(١) انظر في الشرط الجزائي القاضي / فؤاد صالح درادكة / الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) في القانون المدني الأردني / رسالة ماجستير / الجامعة الأردنية / ١٩٩٤ .

(٢) هذه المادة تقابل المواد (٢٢٣ - ٢٢٥) مصري و (٢٢٤ - ٢٢٦) سوري والمادة (١٧٠) عراقي والمادة (٣٥٥) بحري .

(٣) الدكتور / وحيد الدين سوار / البحث السابق / ص ١٣٥ .

(٤) انظر في مدى السلطة الممنوحة للقاضي الدكتور / غازي أبو عراي / سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي / بحث منشور في مجلة دراسات / الجامعة الأردنية / المجلد ٢٥ / علوم الشريعة والقانون / العدد ١ / ١٩٩٨ .

المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم ، وقد ذهب المشرع المصري إلى أبعد من ذلك حين أجاز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه ^(١).

أما عن موقف المشرع الأردني من هذه المسألة ، فإنه لم يأت بنص صريح على جواز أو عدم جواز ذلك ، إلا أن الشراح مجمعون على أنه لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية حسب أحكام القانون المدني الأردني ^(٢).

وعليه فإن هذه الشروط المدرجة من قبل شركات النقل وتلك التي يدرجها صاحب العمل في لائحة المصنع تعد شروطاً جزائية جائرة ، تبرر تدخل القاضي لفرض رقابته ، سواء اعتبرها شروطاً جزائية فيطبق في شأنها نص المادة (٣٦٤ / ٢) مدني ، أو شروطاً تعسفية في عقد إذعان فيطبق بشأنها نص المادة (٢٠٤) مدني .

والأصح هنا هو تطبيق النص الخاص بعقود الإذعان (٢٠٤) وذلك لسببين : - الأول ، أن السلطة الممنوحة للقاضي بموجب هذه المادة أوسع ، ذلك أنه غير مقيد فيها بضرورة إقامة التعادل بين الضرر والتعويض ، أما السبب الثاني ، فهو أن حكم المادة (٢٠٤) سهل التطبيق ، وميسور أمره ولا مشقة فيه على الطرف المذعن ، إذ الأمر فيه متروك لتقدير القاضي ، في حين أن إعمال حكم المادة (٣٦٤) لا يتم إلا بناء على طلب المدين بالإضافة إلى إثباته انتفاء الضرر أو المبالغة في التعويض ^(٣).

(١) انظر في ذلك الدكتور / السنهوري / المرجع السابق / ص ٦٧١ - ٦٧٨ .

(٢) الدكتور / غازي أبو عراي / البحث السابق / ص ٥٥ - ٥٦ ، الدكتور / أنور سلطان / المرجع السابق / ص ٢٨٨ .

(٣) الدكتور / عبد الحكيم فوده / المرجع السابق / ص ٣٦٠ ، الدكتور / غازي أبو عراي / البحث السابق / ص ٦١ .

ثانياً- سلطة القاضي حيال الشروط التعسفية في عقود الإذعان وسلطته بموجب نظرية

الظروف الطارئة (١)

تنص المادة (٢٠٥) من القانون المدني الأردني على أنه " إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، ترتب على حدوثها أن تنفذ الالتزام التعاقدي وان لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للمحكمة تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " (٢).

وظاهر من هذا النص أنه إذا توافرت شرائط الظروف الطارئ المنصوص عليها في هذه المادة ، فإن المشرع يمنح القاضي سلطة تعديل العقد ، ويكون التعديل برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ولا قيد على القاضي في تخير نوع التعديل الذي يدخله على شروط العقد إلا ما يمليه تحقيق التوازن بين مصلحة الطرفين (٣).

وعليه فإن السلطة الممنوحة للقاضي بموجب نظرية الظروف الطارئة والسلطة الممنوحة له لحماية الطرف المذعن في عقود الإذعان تلتقيان من حيث أن كلا منهما يعد استثناء يرد على مبدأ القوة الملزمة للعقد ، وأن هذه السلطة هي سلطة أمرة لا يجوز للأطراف الاتفاق المسبق على استبعادها .

إلا أنهما تفترقان من وقت حيث الإجحاف الذي تسعى الحماية إلى تحاشيه ، فهو في نظرية الظروف الطارئة لاحق لقيام العقد ، في حين أنه في عقد الإذعان مصاحب له ، كما يفترقان من حيث مدى الحماية ، فهي في عقد الإذعان أكثر اتساعا ، إذ أطلق المشرع سلطة

(١) انظر في ذلك خالد رضوان احمد سماعة / سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة / رسالة ماجستير / الجامعة الأردنية / ١٩٩٧ .

(٢) تقابل المادة (١٤٧) مصري والمادة (١٤٨) سوري والمادة (١٤٦) عراقي والمادة (٢١٤) عمني .

(٣) الدكتور / أنور سلطان / المرجع السابق / ص ٢٢٩ .

القاضي في إعفاء الطرف المذعن من الشروط التعسفية أو تعديلها ، في حين أن حماية المدين في ظل نظرية الظروف الطارئة تقتصر على رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وذلك بتوزيع تبعة الحادث الطارئ على طرفي العقد ^(١) .

هذه هي القواعد التي نص عليها المشرع الأردني بخصوص عقود الإذعان بهدف توفير الحماية المطلوبة للطرف المذعن ، إلا أن بعض التشريعات تنص على قواعد حمائية للطرف الضعيف في العقود بشكل عام ، نشير إليها هنا لأن الحماية التي توفرها للمتعاقد تتجلى بصفة خاصة بالنسبة إلى الطرف المذعن في عقود الإذعان .

الفرع السادس

بعض النصوص الحمائية في التشريعات العربية وما توفره من حماية

من ذلك ما نص عليه المشرع الليبي في المادة (١٥٠) من القانون المدني والتي جاء فيها " تسري على الطرف الآخر شروط العقد العامة التي يضعها أحد المتعاقدين إذا كان على علم بها وقت إبرام العقد ، أو كان من المفروض أن يعلمها حتما لو أعارها انتباه الشخص العادي ، وعلى كل حال لا اثر لشروط تحد من المسؤولية أو تحلل من العقد أو توقف تنفيذه ، إذا كانت لصالح من وضعها ، ولا أثر لشروط تفرض على المتعاقد الآخر سقوط المدد وتمديد العقد أو تجديده ، ولا أثر كذلك لشروط التملك أو الحد من صلاحية القضاء إذا لم يتم الاتفاق على تحديدها خطيا " ^(٢) .

^(١) الدكتور / وحيد الدين سوار / البحث السابق / ص ١٢٩ .

^(٢) قارن نص المادة (٥١) من القانون المدني الكويتي ، التي تنص على أنه " ١ - إذا اتفق المتعاقدين على أن تسري في شؤلهما أحكام عقد نموذجي أو لائحة نموذجية ، سرت هذه الأحكام ، ما لم يثبت أي منهما أنه عند حصول الاتفاق بينهما ، لم يكن يعلم بهذه الأحكام ، ولم تنح له الفرصة في أن يعلم بها ، ٢ - إذا كانت أحكام العقد النموذجي أو اللائحة النموذجية التي لم يحصل العلم بها أساسية ، بطل - العقد ، فإن كانت ثانوية ، تولى القاضي حسم الخلاف في شأنها ، وفقا لطبيعة المعاملة والعرف الجاري ومقتضيات العدالة " ، عن الدكتور / الصدة / عقد الإذعان ، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون الصادرة عن كلية الشرطة / دي / ١٩٩٦ / العدد الأول / ص ٢٥٧ .

نلاحظ من نص هذه المادة أن المشرع الليبي قد تأثر في صياغتها ومذلولها بما استقر

عليه القضاء في كل من فرنسا ومصر من حلول لحماية الطرف المذعن (كما رأينا سابقاً)^(١).

ومن خلال هذا النص نجد أن المشرع الليبي يفرق في الحكم بين نوعين من الشروط ، شروط العقد العامة ، حيث استلزم لإعمال هذه الشروط أن يعلم بها المتعاقد ، وبالتالي فإن الشرط الذي لم يعلم به الطرف المذعن ولم يكن في إمكانه أن يعلم به عند التعاقد لا يسري بحقه ، وذلك إعمالاً للقواعد العامة ، لأن مثل هذا الشرط لم يتم التعاقد عليه^(٢).

أما الشروط الأخرى فهي الشروط الخاصة ، وهي شروط يضعها عادة الطرف القوي لمصلحته ، وتكون ضارة بالطرف الآخر ، وهذه الشروط هي ، الشروط التي تحد من المسؤولية ، وتلك التي توقف تنفيذ العقد لمصلحة واضعها ، والشروط التي تنص على سقوط المدد وتحديد صلاحية الاعتراض بالدفع ، والشروط التي تقيد حرية المتعاقد في علاقاته مع الغير ، والشروط التي تضع قيود على تجديد العقد أو تجديده لصالح واضعها ، بالإضافة إلى الشروط التي تحد من صلاحية القضاء ، فمثل هذه الشروط الخاصة لا بد لسريانها من الاتفاق خطياً على تحديدها ، فلا يكفي مجرد العلم أو إمكانية العلم بها ، وبذلك يصبح المتعاقد في مأمن من أن يفاجأ عند النزاع بشرط من هذه الشروط يكون ضد مصلحته .

وعلى الرغم من أهمية هذا النص في تحديد بعض الشروط التي من الممكن اعتبارها شروطاً تعسفية إذا ما أدرجت في عقد من عقود الإذعان ، بالإضافة إلى توفيره الحماية للطرف الضعيف في العقود بشكل عام ، وذلك من خلال تنبيهه إلى الشروط الهامة باشتراط الاتفاق عليها خطياً وضرورة علمه بالشروط العامة في العقد ، إلا أنه لا يقدم حماية استثنائية للطرف المذعن في عقود الإذعان ، ذلك أنه بالنسبة للشروط العامة واشتراط علم المتعاقد بها لسريان

(١) انظر صفحة (٨٧) من هذه الرسالة .

(٢) لعشب محفوظ بن حامد / رسالة ماجستير / مرجع سابق / ص ١٦٣ .

أثرها تتكفل به القواعد العامة ، خاصة وأن النص السابق لم يأتي بجديد فالعلم مفترض حتى يثبت العكس ، أما بالنسبة للشروط الخاصة ، فإن اشتراطه الاتفاق عليها خطيا ، لا يحقق الحماية المرجوة من النص ، إذ يكفي الموجب (المحتكر) أن يفرضها على الطرف المذعن وبشكل خطي أيضا ، وهو ما لا يستطيع الطرف المذعن رفضه بحكم موقفه كطرف ضعيف في العقد ، كما أن الشروط المنصوص عليها في هذه المادة ، إنما هي شروط تعسفية إذا ما أدرجت في عقد من عقود الإذعان ، ومن ثم يستطيع القاضي إعفاء الطرف المذعن منها بموجب أحكام المادة (٢٠٤) من القانون المدني الأردني .

كما تنص المادة (١/١٢٠) من القانون المدني السوداني على أنه " لا يسري شرط الإعفاء أو الحد من المسؤولية إلا إذا أعطى الطرف المستفيد إخطارا كافيا للطرف الآخر بوجود الشروط قبل إبرام العقد ، ، وإذا اتضح للمحكمة أن الطرف المستفيد قد كتب الشرط أو وضعه بطريقة تجعل من الصعب قراءته أو فهمه بقصد تعجيز الطرف الآخر من قراءته أو فهمه ، وفي جميع الحالات يجوز للمحكمة متى اقتنعت بضرورة ذلك أن ترفض تطبيق أي شرط إعفاء أو حد من المسؤولية ترى فيه مجافاة صريحة لروح العقد وإجحافا بينا بالطرف الآخر أو إهدارا لحقوقه التي تعاقد للتمتع بها أو مخالفة لأحكام القانون أو النظام العام " (١) .

نلاحظ أن هذا النص يعالج شروط الإعفاء أو الحد من المسؤولية العقدية التي يقوم الطرف القوي بإدراجها في العقد مستغلا ضعف المتعاقد الآخر ، لذا يفرض المشرع السوداني على واضعها القيام بإجراءات احتياطية من أجل تنبيه المتعاقد الآخر لها ، بالإضافة إلى منح القاضي سلطة تقديرية في أعمال هذه الشروط أو إعفاء الطرف الآخر منها .

وتبدو أهمية هذا النص بالنسبة للعقود التي لا تنطبق عليها الشروط الخاصة بعقود الإذعان

(١) عن الدكتور / الصده / البحث السابق / ص ٢٥٦ .

، ذلك أنه وسع من سلطة القاضي حيال هذا النوع من الشروط ، أما بالنسبة لعقود الإذعان فإن النص السابق لا يمنح القاضي سلطة استثنائية عن تلك الممنوحة له بموجب المادة (٢٠٤) من القانون المدني الأردني ، خاصة وأن شرط الإعفاء أو الحد من المسؤولية المدرج في عقود الإذعان يعد من الشروط التعسفية التي يستطيع القاضي إعفاء الطرف المذعن منها أو تعديلها .

ولما كان المشرع الأردني قد سكت عن النص على حكم شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية ولم يضع قاعدة عامة بخصوصها ، كما فعل بالنسبة لشرط الإعفاء من المسؤولية التقصيرية ، اذ نص في المادة (٢٧٠) منه على أنه " يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية عن الفعل الضار " ، لذا نتمنى على المشرع الأردني أن ينظم هذه المسألة ، وهو ما سنتعرض له عند البحث في الحماية التي توفرها التشريعات الخاصة بعقد النقل في الفصل الثاني من هذه الرسالة .

ومن ناحية أخرى تنص المادة (١٥١) من القانون المدني الليبي والمادة (١٢١) مدني سوداني على أنه " في العقود المبرمة بالتوقيع على نماذج جاهزة لتوحيد تنظيم علاقات تعاقدية فإن الشروط المضافة إلى تلك النماذج تتغلب على الشروط الأصلية إذا تتافت معها حتى ولو لم تشطب تلك الشروط المنافية " .

رأينا عند بحث الحلول التي توصل إليها القضاء لحماية الطرف المذعن^(١)، أنه غلب الشروط الخاصة المخطوطة على الشروط العامة المطبوعة ، هذه الشروط التي غالباً ما تكون في صالح الطرف المذعن ، فإذا كانت هناك شروط مطبوعة ثم أضيفت شروط أخرى تتعارض معها ، فلا يكون للقاضي أن يعمل على التوفيق بين هذه وتلك عن طريق التفسير ، بل يتعين عليه أن يأخذ بالشروط المضافة ويهدر الأخرى حتى لو كانت هذه الشروط الأخرى لم تشطب .

(١) انظر صفحة (٨٨) من هذه الرسالة .

إلا أن الأخذ بهذه القاعدة على إطلاقه من الممكن أن يتعارض مع القواعد السابقة المقررة لحماية الطرف المذعن ، فكما قلنا سابقاً إن الشروط المخطوطة غالباً ما تأتي في مصلحة الطرف المذعن ، بمعنى أنها من الممكن أن تكون في غير صالحه ، خاصة وأن الطرف المذعن ليست لديه المقدرة على صياغة أي شرط من شروط العقد حتى تلك التي قد تبدو لصالحه لما يتمتع به الموجب من هيمنة حتى بالنسبة لهذه الشروط المخطوطة ، فصفة التعسف ليست قاصرة على الشروط العامة المطبوعة ، بل من الممكن أن تشمل الشروط الخاصة المخطوطة ، وعليه فإن إطلاق هذه القاعدة قد يتعارض مع الحماية المطلوبة للطرف المذعن .

الفصل الثاني

حماية الطرف المذعن من خلال التشريعات الخاصة

بعد أن لمس المشرع المساوئ التي يمكن أن تترتب على سوء استعمال القوة الاقتصادية من جانب الطرف القوي في عقود الإذعان الهامة ، وبعد أن وضحت نواحي التعسف والاستغلال فيها ، عمد إلى التدخل عن طريق تنظيم هذه العقود بإصدار تشريعات خاصة بكل عقد منها .

ويعتبر تدخل المشرع على هذه الصورة الطريقة المثلى لحماية الطرف المذعن مما يحتمل أن يكون ضحية له من تعسف أو استغلال لموقفه كطرف ضعيف في العقد ، بحيث يتم الاحتياط من الظلم التعاقدي والحيلولة دون وقوعه ، عن طريق تحريم الشروط التي يراها المشرع تعسفية وجائرة ، بالإضافة إلى فرض التزامات معينة لمصلحة الطرف المذعن بنصوص أمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها .

ولعل من أهم العقود التي تميزت ووضحت نواحي الاستغلال والجور فيها ، بشكل استدعى تدخل المشرع لحماية الطرف الضعيف فيها ، تلك المتعلقة بالتأمين والعمل والنقل والاشتراك في الخدمات العامة .

لذا سوف نتعرض في هذا الفصل للحماية التي توفرها التشريعات الخاصة بهذه العقود ، وذلك في ثلاثة مباحث نتعرف في الأول على أوجه الحماية التي توفرها التشريعات الخاصة بعقد التأمين وفي الثاني التي توفرها التشريعات الخاصة بعقد العمل ، وفي الثالث على تلك التي توفرها الأحكام الخاصة بعقود الاشتراك في الخدمات العامة وعقد النقل .

المبحث الأول

الحماية التي توفرها التشريعات الخاصة بعقد التأمين

توصلنا في الفصل التمهيدي من هذه الرسالة إلى أن عقد التأمين يعد من أهم عقود الإذعان ، وأن المؤمن له كطرف ضعيف في عقد التأمين يحتاج إلى الرعاية والحماية ، ومن ثم فإن الحماية التي تقدمها القواعد العامة بتحويل القاضي سلطة تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية وتفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن تنطبق عليه ، إلا أنها حماية غير كافية لمواجهة اختلال التوازن في عقد التأمين ، الأمر الذي دفع المشرع الى توفير هذه الحماية من خلال القواعد التي تنظم عقد التأمين سواء تلك التي أوردها في القانون المدني أو في التشريعات الخاصة بعقد التأمين .

وعليه سوف نتعرف على أوجه الحماية التي توفرها القواعد الخاصة بعقد التأمين في القانون المدني في مطلب أول ، وتلك التي توفرها أحكام قانون مراقبة أعمال التأمين ونظام التأمين الإلزامي في مطلب ثان ، وفي مطلب ثالث نتعرف على الوسائل الأخرى التي أخذت بها بعض التشريعات لحماية المؤمن له كطرف مذعن .

المطلب الأول

الحماية التي توفرها قواعد القانون المدني المتعلقة بالتأمين

كرس المشرع الأردني حماية المؤمن له كطرف ضعيف في عقد التأمين بالنص على بطلان بعض شروط العقد في المادة (٩٢٤) من القانون المدني ، مسائراً في ذلك التشريعات المختلفة التي تدخلت لحمايته عن طريق وضع قواعد أمره ضمن القواعد المنظمة لعقد التأمين ، حيث نص في المادة (٩٢٤) على أنه " يقع باطلاً كل ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط التالية:—

- ١— الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين إلا إذا انطوت المخالفة على جناية أو جنحة عمدية .
- ٢— الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى الجهات المطلوب إخبارها أو في تقديم المستندات إذا تبين أن التأخير كان لعذر مقبول .
- ٣— كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر إذا كان متعلقاً بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى بطلان العقد أو سقوط حق المؤمن له .
- ٤— شرط التحكيم إذا لم يرد في اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة المطبوعة في وثيقة التأمين .

٥— كل شرط تعسفي يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه " (١).

يتبين من هذا النص أن المشرع الأردني قرر بطلان طائفة من الشروط يكثر ورودها في عقود التأمين ، هذه الشروط التي تهدف إلى إسقاط حق المؤمن له أو الانتقاص منه أو مجرد

(١) تقابل المادة (٧٥٠) مدني مصري والمادة (٧١٦) مدني سوري والمادة (٩٨٥) مدني عراقي .

تقييد حقه في اللجوء إلى القضاء كما هو الحال في شرط التحكيم ، ويمكن تقسيم هذه الشروط بالنظر إلى الاعتبارات التي دفعت المشرع إلى إبطالها إلى شروط أبطلها المشرع لاعتبارات شكلية وأخرى لاعتبارات موضوعية .

وسوف نتناول هذين النوعين من الشروط في فرعين متتاليين .

الفرع الأول

الشروط التي أبطلها المشرع لاعتبارات شكلية

قد يضع المؤمن في عقد التأمين شرطاً يقضي بسقوط حق المؤمن له بمبلغ التأمين أو ببطلان العقد في حال تخلفه عن القيام بأمر معين ، أو بإحالة النزاع المحتمل إلى التحكيم ، ويفرضه على الطرف المذعن ، إلا أنه نظراً لخطورة مثل هذه الشروط فقد أولاهها المشرع عنايته ، إذ نص على شكلية معينة لا بد من مراعاتها وإلا عد الشرط باطلاً .

وهذه الشروط هي :-

أولاً :- الشرط المطبوع إذا لم يبرز بشكل ظاهر وتعلق بحال من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط^(١)

رأينا سابقاً عند بحث الحلول التي توصل إليها القضاء لحماية الطرف المذعن انه لم يحتج عليه بالشروط التي لم يعلم بها ^(٢)، وأن عدم العلم يمكن أن يرجع إلى سبب داخلي ، أي في ذات الشرط نفسه ، بأن يكون رغم وضوحه مصاغاً بحروف غير مقروءة ، لا تلفت نظر الطرف المذعن إليه رغم أهميته ، وهو ما دفع المشرع الفرنسي في قانون التأمين لسنة ١٩٣٠ للنص صراحة على وجوب أن تكون وثيقة التأمين مكتوبة بحروف ظاهرة ، سواء كانت مطبوعة أم

(١) أنظر في ذلك تمييز حقوق رم ٨٣/١٨٧ مجلة نقابة المحامين / لسنة ١٩٨٤ / ص ٥٣ .

(٢) أنظر صفحة (٨٥) من هذه الرسالة .

مكتوبة ، كما أوجب أن تكون مدة العقد والشروط المتعلقة بأحوال البطلان والسقوط مكتوبة بحروف ظاهرة كل الظهور ، وإلا لم يجز الاحتجاج بها على المؤمن له ^(١) .

وهذه الشكالية (إبراز الشرط بشكل ظاهر) لا تقتصر على الشق المتعلق بالبطلان أو السقوط ، وإنما تشمل أيضا الالتزام الذي تقرر السقوط أو البطلان جزاء على الإخلال به ، ذلك أن حماية المؤمن له لا تتحقق من مجرد علمه بوجود الجزاءات الخطيرة ، ما دام لم يعلم بالالتزامات التي يؤدي الإخلال بها إلى إعمال هذه الجزاءات ^(٢) .

وهو ما أخذ به المشرع الأردني عندما نص على بطلان بعض الشروط إذا لم يصار إلى تحريرها بشكل بارز ، وذلك حماية منه للمؤمن له كطرف ضعيف في عقد التأمين ، فاستلزم هذه الشكالية لتوجيه انتباه المؤمن له لمثل هذه الشروط بشكل يتناسب مع ما عليه هذه الشروط من شدة وجور ، وحتى يتعاقد وهو على بينة من أمره .

ولكن المشرع الأردني وعلى خلاف ما فعل المشرع الفرنسي يضيق من نطاق البطلان لمخالفة هذه الشكالية ، فبينما يمتد نطاق هذا البطلان حسب أحكام قانون التأمين الفرنسي الى الشروط المكتوبة والشروط المطبوعة على حد سواء ، نجد أن النص مدار البحث يقصر البطلان على الشروط المطبوعة إذا كانت متعلقة بالبطلان أو السقوط دون الشروط المخطوطة ^(٣) ، وهو تمييز لا مبرر له ، ذلك أن الحكمة التي تغياها المشرع من بطلان الشرط غير البارز وهي حماية المؤمن له ، متوفرة في الحالتين ، سواء بالنسبة للشروط المطبوعة أو

(١) الدكتور / السنهوري / الوسيط / عقود الغرر وعقد التأمين / ج٧ / المجلد الثاني / ص ١١٩٤ .

(٢) الدكتور / جلال محمد إبراهيم / التأمين دراسة مقارنة / دار النهضة العربية / القاهرة / ١٩٩٤ / ص ٤٣٥ ، الدكتور / السنهوري / المرجع السابق / ص ١٣٣٣ .

(٣) جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية " أن الشرط الذي يعتبر باطلا بمقتضى المادة (٩٢٤) من القانون المدني هو الشرط المطبوع الذي لم يبرز بشكل ظاهر والذي من شأنه أن يؤدي إلى بطلان أو سقوط حق المؤمن له " يميز حقوق رقم ٨٣/١٧٨ مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٤ ، العدد الأول ، ص ٥٣ .

المخطوطة ما دامت تقضي ببطلان العقد أو سقوط حق المؤمن له ، وأعتقد بأن هذا التمييز جاء نتيجة ما درج عليه القضاء بتفضيل الشروط المخطوطة على الشروط المطبوعة في حالة التعارض باعتبارها أكثر تعبيراً عن إرادة المتعاقدين ، وهو ما لا يمكن الأخذ به على إطلاقه ، فصحيح أن الشروط المخطوطة غالباً ما تأتي نتيجة نقاش طرفي العقد ، إلا أنها ليست دائماً كذلك ، فوجود شروط مخطوطة في عقد التأمين لا يعد قرينة على قيام الطرفين بالاتفاق على إدراجها ، فمن الممكن أن يعتمد المؤمن إلى كتابة بعض شروط العقد الهامة ويدرجها بين الشروط المطبوعة ، ومن ثم يعرضها على المؤمن له ، دون تنبيهه إلى وجودها ، وبالتالي يعطل الحماية التي يوفرها النص للمؤمن له إذا ما كانت تلك الشروط تقضي ببطلان العقد أو سقوط حق المؤمن له .

وعليه أرى تأييد ما ذهب إليه البعض ^(١) ، من ضرورة إطلاق حكم هذا النص ليشمل كافة الشروط المدرجة في عقد التأمين وتفرض جزاءات خطيرة سواء أكانت مطبوعة أو غير مطبوعة ، وذلك كما فعل المشرع الفرنسي والمشرع التونسي عندما أطلق النص ليشمل الشروط المطبوعة والمخطوطة ^(٢) .

كما أن حصر نطاق إعمال هذا الحكم على الشروط التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط لا يتفق مع الحماية المطلوبة للمؤمن له كطرف ضعيف في العقد ، فليست هذه الشروط فقط هي التي تشكل مساساً بحقوق المؤمن له ، فهناك العديد من الشروط تفرض جزاءات أخرى تضر بالمؤمن له إلا أنها تخرج عن نطاق إعمال النص مدار البحث .

هنا أيضاً نجد أن المشرع الفرنسي قد وسع من نطاق إعمال هذه الشكالية لتشمل الشروط

(١) أحمد علي خليف العويدي / رسالة ماجستير / مرجع سابق / ص ٤٦ .

(٢) ينص المشرع التونسي في الفصل ١٢ من قانون مجلة التأمين على إلغاء " كل شرط لم يبرز بشكل ظاهر جدا وكان متعلقاً بحالة مسن الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط أو الاستثناء " .

التي تقضي بالبطلان أو سقوط الحق وشروط الاستحقاق وشروط الاستبعاد ، بالإضافة إلى الشروط المتعلقة بمدة سريان العقد (١) .

فهذه الشروط وغيرها تمثل تهديدا لحقوق المؤمن له ، وبناءً عليه فإن الأمر يتطلب من المشرع الأردني مد نطاق إعمال حكم النص السابق ليشمل جميع الشروط التي تحد من حقوق المؤمن له وتوسع من حقوق المؤمن ، بحيث تشمل شروط الإغفاء والبطلان والسقوط والاستبعاد ، وكل شرط من شأنه أن يمس بحقوق المؤمن له .

ويلاحظ من خلال أحكام محكمة التمييز الأردنية أنها لم تلتزم بحدود النص السابق إذ جاء في أحد قراراتها " يتفق وحكم القانون عدم إعمال المحكمة لشرط عقد التأمين الذي يعفي شركة التأمين من الالتزام بالتعويض لأنه شرط من الشروط العمومية ولم يبرز بشكل ظاهر عملاً بأحكام الفقرة الثالثة من المادة ٩٢٤ من القانون المدني " (٢) .

أما عن الجزاء المترتب على مخالفة هذه الشكلية ، فإننا نجد أن المشرع الأردني كان أكثر تشدداً من نظيره الفرنسي ، ففي حين رتب المشرع الفرنسي على مخالفة هذه الشكلية تمكين المؤمن له من التمسك بعدم الاحتجاج بهذه الشروط في مواجهته ، وهو ما يعني أن الشرط يبقى صحيحاً إلى أن يتمسك المؤمن له في مواجهة المؤمن بعدم جواز الاحتجاج عليه بمثل هذا الشرط (٣) ، نجد أن المشرع الأردني كان حاسماً في ضرورة التزام المؤمن بالشكلية المتطلبة باعتبارها متعلقة بالمصلحة العامة وليس فقط بمصلحة المؤمن له ، فرتب على مخالفة هذا الالتزام بطلان الشرط حتى ولو كان المؤمن له عالماً بوجود هذا الشرط الذي يقضي

(١) الدكتور / حسن عبد الباسط جمعي / المرجع السابق / ص ١٨٧ .

(٢) تمييز حقوق رقم ٨٥/٨٨ ، مجلة نقابة المحامين ، لسنة ١٩٨٥ ، ص ١٥٤٦ .

(٣) الدكتور / السهوري / المرجع السابق / ص ١١٩٥ .

بالبطلان أو السقوط طالما لم يبرز بشكل ظاهر ، لأن الشكلية اشترطت هنا لحماية الطرف
المذعن في عقد التأمين بشكل عام .

ثانياً - بطلان شرط التحكيم الوارد بين الشروط العامة المطبوعة

قد يرغب المؤمن في إسقاط حق المؤمن له أو حرمانه من اللجوء إلى القضاء العادي عن
طريق إدراج شرط في العقد ينص على إحالة النزاع المحتمل إلى التحكيم ، كما أنه لا يود أن
يتنبه المؤمن له إلى وجود مثل هذا الشرط ، وبالتالي يعتمد إلى وضعه بخط صغير بين الشروط
العامة المطبوعة .

نلاحظ هنا أن المشرع الأردني قد أولى هذا الشرط أهمية خاصة ، وذلك لما يترتب عليه
من إخراج الاختصاص بالفصل في النزاعات المتعلقة بالعقد من سلطة القضاء ، فاشترط لصحة
ذلك أن يرد مثل هذا الشرط في البيانات الخاصة في وثيقة التأمين أو في اتفاق خاص منفصل
عن الشروط العامة المطبوعة في عقد التأمين^(١)، ورتب على عدم التزام هذه الشكلية بطلان
شرط التحكيم حتى ولو كان المؤمن له عالماً بشرط التحكيم المدرج في الشروط العامة قاصداً
بذلك حماية المؤمن له كطرف ضعيف في العقد ، حتى لا يفرض عليه أمراً قد لا يرغب به^(٢)،
بحصر حقه في اللجوء إلى التحكيم لحل ما قد ينشأ من نزاع مع شركة التأمين بخصوص عقد
التأمين ، ومن ثم حرمانه من اللجوء إلى القضاء .

(١) انظر في ذلك احمد العويدي / رسالة ماجستير / مرجع سابق / ص ٥٣ وما بعدها .

(٢) الدكتور / عبد القادر العطير / التأمين البري في التشريع الأردني / مكتبة دار الثقافة / عمان / ١٩٩٥ / ص ٩٦ .

الفرع الثاني

الشروط التي أبطلها المشرع لاعتبارات موضوعية

من أجل توفير قدر أكبر من الحماية للمؤمن له نجد أن المشرع قد أبطل بعض الشروط

لاعتبارات موضوعية ترجع بوجه عام إلى فكرة التعسف ، وهذه الشروط هي :-

أولاً :- بطلان شروط السقوط بسبب مخالفة القوانين^(١)

نظراً لكثرة ورود مثل هذا الشرط في وثائق التأمين على اختلاف أنواعها وخاصة وثائق التأمين على السيارات ، عمد المشرع الأردني إلى حماية المؤمن له من مثل هذا الشرط لما يترتب عليه من حرمان المؤمن له من مبلغ التأمين لمجرد ارتكابه أية مخالفة ولو كانت يسيرة ، هذا السقوط الذي يتعارض مع الغاية التي نشأت فكرة التأمين على أساسها وهي أنها وسيلة للاحتياط من الأخطار وتوزيعها^(٢)، هذه الأخطار التي لا يستطيع الإنسان تفاديها بشكل مطلق ، ومن الممكن وقوعها بفعل الإنسان أو بفعل غيره ، سواء أكان الفعل ناتجاً عن خطئه أو مجرد إهماله، وذلك بالنص في الفقرة الأولى من المادة (٩٢٤) على بطلان "الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين إلا إذا انطوت المخالفة على جناية أو جنحة عمدية".

إلا أن هذا النص لا يفي بغرض الحماية المتوخاة منه ، ذلك أنه ينص على بطلان كل شرط يقضي (بسقوط) حق المؤمن له في مبلغ التأمين بسبب مخالفته القوانين ، مما يدل على قصر البطلان على شرط السقوط فقط ، في حين أن التكييف القانوني لمثل هذا الشرط أنه شرط استبعاد لا شرط سقوط^(٣)، فالصحيح أن المؤمن يشترط عدم شمول تأمينه للعمل الذي يأتيه المؤمن له مخالفاً للقانون ، بحيث يخرج من تأمينه الخطر الذي يتحقق بسبب مخالفة القوانين ،

(١) انظر في ذلك تمييز حقوق رقم ٨٥/٧٨ مجلة نقابة المحامين / لسنة ١٩٨٥ / ص ٨١٦ .

(٢) الدكتور / محمود الكيلاني / عقود التأمين من الناحية القانونية / عمان / ١٩٩٩ / ص ٣١ ، المحامي / شفيق حربا / المرجع السابق / ص ٨ .

(٣) الدكتور / محمد حسام لطفي / الأحكام العامة لعقد التأمين / دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي / القاهرة / ١٩٩٠ / ط ١

فلو تحقق هذا الخطر المستبعد بفعل المؤمن له فلا ينشأ له حق في التأمين أصلاً لعدم شمول التأمين لهذا الخطر ، ومن ثم لا يتصور سقوط حق لم يثبت بعد ، وعليه فإن مثل هذا الشرط إنما يتعلق في الحقيقة بنطاق التأمين لا بسقوط الحق فيه ^(١) .

مما تقدم يتبين لنا أن النص مدار البحث لا يحقق الحماية المطلوبة للمؤمن له كطرف ضعيف في عقد التأمين من مثل هذه الشروط إذ أن ما يدرج عادة في وثائق التأمين يرد تحت بند الأخطار المستثناة من التأمين أو بصيغة الاستبعاد لا السقوط وهو ما تفاداه المشرع الكويتي عندما نص في المادة (٧٨٠/أ) من القانون المدني الكويتي على بطلان " الشرط الذي يستثني من نطاق التأمين الأعمال المخالفة للقوانين واللوائح ما لم يكن الاستثناء محدداً " .

وهكذا نجد أن المشرع الكويتي اعتبر الشرط بأنه شرط استبعاد (استثناء) لا شرط سقوط إلا أنه قيده بضرورة كونه محدداً وإلا يعد باطلاً ، وهو ما ذهب إليه الفقه المصري ^(٢) ، عندما اشترط لصحة الاستبعاد أن يكون الخطر المستبعد محدداً تحديداً دقيقاً ، إذ قصر البطلان على الشرط الذي يرد بصيغة عامة وغير محددة ، أما إذا تم تحديد المخالفة القانونية المستثناة من نطاق التأمين على وجه الدقة بالإشارة إلى النص القانوني كاملاً في عقد التأمين ، فإن الشرط يعد صحيحاً لأن الاستثناء في هذه الحالة يكون محدداً تحديداً تاماً لا يتطرق إليه أي لبس أو غموض ، ويستطيع المؤمن له في ضوء هذا الشرط أن يعرف على وجه التحقيق ما هي الحالات التي لا يستطيع الرجوع فيها على المؤمن ويحتاط لذلك .

وهو ما أخذ به القضاء المصري إذ جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية " جرى قضاء هذه المحكمة على أن البطلان الذي يجري به نص الفقرة الأولى من المادة (٧٥٠) من القانون

(١) احمد علي العويدي / رسالة ماجستير / مرجع سابق / ص ٥٥-٥٧ ، الدكتور / جلال محمد إبراهيم / المرجع السابق / ص ٧٨٤ .

(٢) الدكتور / السنهوري / المرجع السابق / ص ١٢٣٦ - ١٢٣٩ ، الدكتور / محمد حسام لطفي / المرجع السابق / ص ٢٧٣ .

المدني يطبق على الشروط التي تقتضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين واللوائح بصفة عامة ، دون تحديد مخالفة معينة من المخالفات المنصوص عليها منه ،...، أما إذا اتفق الطرفان في وثيقة التأمين على استثناء بعض حالات الخطر المؤمن منه فإنه يتعين إعمال أثر هذا الاتفاق متى كانت هذه الحالات محددة تحديدا واضحا " (١).

أما عن موقف القضاء الأردني ، فنجد أن محكمة التمييز الأردنية أخذت أول الأمر بنفس موقف الفقه والقضاء المصري، بإعمال الاستثناء ما دام محددا تحديدا كافيا ، إذ جاء في أحد قراراتها " أن الشرط الوارد في عقد التأمين باستثناء السرعة الزائدة، هو شرط مقبول لأن مخالفة قانون النقل على الطرق بسوق المركبة بسرعة تتجاوز السرعة المقررة ، تشكل جنحة بمقتضى المادة (١٨٥) من قانون النقل على الطرق " (٢).

وقد ذهب الدكتور عبد القادر العطير إلى تأييد موقف الفقه المصري من تصحيح الشرط مدار البحث إذا كان محددا ، في معرض تعليقه على قرار محكمة التمييز الأردنية السابق بقوله " ونحن نرى من جانبنا أنه انسجاما مع جواز تحديد المخالفة القانونية ، فإننا لا نرى في شرط سقوط حق المؤمن له بسبب السرعة الزائدة ، أي تناقض مع النص القانوني الذي يبطل الشرط إذا كان مخالفا للقوانين ، أي إذا كان مطلقا ، أما إذا كان محددا بقانون معين كقانون المرور ولمخالفة واحدة من مخالفات المرور فإننا لا نرى سببا يمنع سريان الشرط بحق المؤمن له إذا كان موقعا على الشرط من قبل المؤمن له " (٣).

(١) نقض مصري رقم ١٢٧٦ سنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٣ س ٣٩ ص ٤٥٩ ، عن المستشار سعيد أحمد شعله / قضاء النقض في التأمين / منشأة المعارف / الإسكندرية / ١٩٩٧ / ص ١٥٢ .

(٢) تمييز حقوق رقم ٢٤ / ٧٨ مجلة نقابة المحامين / لسنة ١٩٧٨ / ص ٥٥٤ ، وبنفس المعنى تمييز حقوق رقم ٣٨٨ ، ٧٦ / مجلة نقابة المحامين / لسنة ١٩٧٧ / ص ٤٥٣ ، وتمييز حقوق رقم ٧٨/٢٩٩ مجلة نقابة المحامين / لسنة ١٩٧٨ / العدد الأول / ص ٥٢ .

(٣) الدكتور / عبد القادر العطير / المرجع السابق / ص ١٥٢ .

إلا أن محكمة التمييز الأردنية عادت وعدلت عن موقفها هذا فيما بعد وقضت بخلاف ذلك، إذ جاء في أحد قراراتها " إن شرط السرعة الزائدة الوارد ضمن الشروط التي لا يشملها ولا يغطيها عقد التأمين باطلاً عملاً بالمادة (٩٢٤) من القانون المدني " (١).

وبالرجوع إلى أحدث القرارات لمحكمة التمييز ، نجد أنها مستقرة على الأخذ ببطلان الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له نتيجة مخالفته للقانون حتى ولو كانت المخالفة محددة ، مطابقة نص الفقرة الأولى من المادة (٩٢٤) على إطلاقه ، أي سواء كانت شروط الاستبعاد عامة أو محددة (٢).

وأرى تأييد هذا الاتجاه لمحكمة التمييز ، وذلك لما يوفره مثل هذا التطبيق من حماية للمؤمن له كطرف مدع في عقد التأمين ، ولانسجامه مع الغاية التي من أجلها شرع التأمين ، بالإضافة إلى أن النص الذي جاء به المشرع الأردني يسمح بذلك إذ جاء مطلقاً ، والمطلق يجري على إطلاقه ما لم يرد دليل التقييد نصاً أو دلالة .

وأخيراً يأتي النص في عجزه باستثناء على هذا الحكم ، إذا انطوت المخالفة على جناية أو جنحة عمدية ، هذا الاستثناء الذي يعد مجرد تطبيق للقواعد العامة ، الأمر الذي دفع الفقه إلى الإجماع على اعتباره من قبل التزيد ومن ثم يتوجب حذفه (٣).

إذن نخلص مما تقدم إلى أن النص الذي جاء به المشرع الأردني بحاجة للتعديل ، بداية باستبدال عبارة السقوط لعدم انطباقها على حقيقة المقصود بالشرط وعدم ورودها على هذا النحو

(١) تمييز حقوق رقم ٧٨ / ٨٥ مجلة نقابة المحامين / لسنة ١٩٨٥ / ص ٨١٦ .

(٢) تمييز حقوق رقم ٥٢٧ / ٨٦ مجلة نقابة المحامين / لسنة ١٩٨٨ / ص ٢١٠٠ ، تمييز حقوق رقم ٦٦٥ / ٩١ مجلة نقابة المحامين / لسنة ١٩٩٣ / ٨٥٧ ، تمييز حقوق رقم ١٢٤٠ / ٩٢ مجلة نقابة المحامين / لسنة ١٩٩٣ / ص ١٩٦٣ ، تمييز حقوق رقم ١٠١٠ / ٩٤ مجلة نقابة المحامين / لسنة ١٩٩٥ / ص ٢١٠٢ .

(٣) الدكتور / السنهوري / المرجع السابق / ص ١٢٤٥ ، أحمد علي العويدي / رسالة ماجستير / مرجع سابق / ص ٦٥ ، الدكتور / محمد حسام لطفي / المرجع السابق ، ص ٢٧٤ .

من الناحية العملية ، بالإضافة إلى إسقاط التزيد الوارد بهذا النص .

ثانياً - الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى الجهات المطلوب إخبارها أو في تقديم المستندات^(١)

من أهم خصائص عقد التأمين أنه عقد ملزم لجانبيين، فهو ينشئ التزامات في جانب كل من المؤمن والمؤمن له ، ففي حين يلتزم المؤمن له بدفع الأقساط يلتزم المؤمن بدفع مبلغ التأمين إذا وقع الحادث المؤمن منه ، ويؤكد ذلك ما جاء في المادة (٩٢٠) من القانون المدني الأردني^(٢).

أما عن تحديد هذه الالتزامات فإن المشرع الأردني اقتصر على ذكر الالتزامات الجوهرية المترتبة على طرفي العقد تاركاً تحديد الالتزامات الأخرى للقوانين الخاصة ولاتفاق الأطراف ، وعليه لم يتطرق المشرع الأردني لمعالجة التزام المؤمن له بإعلان المؤمن بنبأ وقوع الحادث المؤمن منه أو تقديم المستندات إلا أنه أوجب ذلك في المادة (٣٠٨) من قانون التجارة البحرية الأردني^(٣).

وعليه فإن قاعدة القوة الملزمة للعقد هي التي يجب أن تحكم هذه الالتزامات ، مما يستوجب التزام القضاء بتطبيق هذا المبدأ إلى أقصى حدوده بالأخذ بالجزاء الذي تنص عليه وثيقة التأمين ، وهو عادة سقوط حق المؤمن له في مبلغ التأمين في حال عدم قيامه بتنفيذ التزاماته ومن ضمنها التزامه بإخبار المؤمن بوقوع الحادث المؤمن منه ، هذا الشرط الذي درجت شركات التأمين على تضمينه لوثائقها ، وتفرض السقوط كجزاء على الإخلال به^(٤).

(١) انظر تمييز حقوق رقم ٨٧/٥٧٨ مجلة نقابة المحامين / لسنة ١٩٩٠ / ص ٥٥٩ .

(٢) تنص المادة (٩٢٠) من القانون المدني الأردني على أن " التأمين عقد يلتزم به المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده أو تحقق الخطر المبين في العقد وذلك مقابل مبلغ محدد أو أقساط دورية يؤديها المؤمن له للمؤمن " .

(٣) الدكتور / عبد القادر العطير / المرجع السابق / ص ٢٢٦ .

(٤) الدكتور / محمد حسين منصور / مبادئ قانون التأمين / دار الجامعة الجديدة للنشر / بلا سنة / ص ١١٩ .

إلا أنه وأمام شدة هذا الجزاء الذي التزم القضاء بإعماله حتى ولو كان المؤمن له حسن النية أو جاهلاً لطبيعة الالتزام المفروض عليه أو كان تأخره في الإعلان لعذر مقبول^(١)، تدخل المشرع لحماية المؤمن له من مثل هذا الشرط ، وتجلى هذا التدخل بالنص على بطلان " الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى الجهات المطلوب إخبارها أو في تقديم المستندات ، إذا تبين أن التأخر كان لعذر مقبول " .

وبالرجوع إلى هذا النص نجد أن المشرع يقر من حيث المبدأ بصحة السقوط في حال امتناع المؤمن له عن إخطار المؤمن بوقع الحادث أو تأخره في ذلك أو امتناعه عن تقديم المستندات أو تأخره في تقديمها للجهة ذات العلاقة المحددة بالشرط ، إذا جاء مثل هذا الشرط مستوفياً لشكلية الإبراز ، بأن ورد الشرط في اتفاق خاص أو أدرج ضمن الشروط المطبوعة بشكل بارز ظاهر .

إلا أنه يدخل استثناء على هذا الأصل لمصلحة المؤمن له إذا كان تأخره لعذر مقبول ، أي أنه يشترط لإعمال هذا الاستثناء توافر شرطين :-

١- أن يقضي الشرط بسقوط حق المؤمن له بسبب التأخر في إعلان الحادث

لم ينص المشرع الأردني على جزاء خاص يفرض في حال تخلف المؤمن له عن الإعلان^(٢)، إلا أنه ليس هناك ما يمنع المتعاقدين من الاتفاق على جزاء يوقع على المؤمن له في حالة عدم قيامه بتنفيذ التزامه ، وقد درجت شركات التأمين على تضمين عقودها شرطاً يقضي بسقوط حق المؤمن له في حال تخلفه أو تأخره في إعلانها بوقوع الحادث المؤمن منه ،

(١) انظر في ذلك الدكتور / الصده / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٢٢٨ - ٢٣٠ .

(٢) جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية أنه " لا يوجد في القانون المدني نص يترتب إعفاء الشركة من التزاماتها على إخلال المؤمن له بعدم الإخبار عن وقوع الحادث : إذ أن ما يترتب للشركة من حق في هذه الحالة هو خفض قيمة التعويض " ، تمييز حقوق رقم ٨١/٩٦٥ مجلة نقابة المحامين / السنة ١٩٨٢ / ص ٣٦٨ : وانظر في ذلك الدكتور / محمود الكيلاني / المرجع السابق / ص ١٣١ .

ويشترط المشرع لإعمال حمايته أن يكون السقوط مفروضا كجزء لتأخر المؤمن له في الإعلان عن الحادث المؤمن منه ^(١).

إلا أن هذا الشرط يثير عدة نقاط تسمح للمؤمن باستغلالها للحد من نطاق إعمال البطلان ، مستفيدا من عدم تنظيم المشروع لمسألة الإعلان سوء من حيث مضمونه أو شكله أو المهلة التي يجب أن يتم خلالها .

فمن حيث مضمون الإعلان يستطيع المؤمن في ظل غياب النص المحدد لهذا المضمون ، أن يشترط قيام المؤمن له بتزويده بكافة البيانات والمستندات الجوهرية بالإضافة إلى بيانات ومستندات تكميلية يحددها بالشرط ، وذلك بهدف التضييق على المؤمن له والتقليل من فرص تحقق قيامه بتنفيذ الالتزام المفروض عليه ، ومن ثم سقوط حقه بمبلغ التأمين إذا أغفل ذكر أو تقديم بعض هذه البيانات أو المستندات ^(٢).

وهو ما تجنبه المشرع الفرنسي بالنص على إلزام المؤمن له بإخطار المؤمن بكل حادثة من شأنها أن تعمل الضمان ، ويجمع الشراح على أن المطلوب من المؤمن له لا يعدو أن يكون مجرد إخبار الشركة بالظروف الأساسية للحادث ، أي أن الإعلان حسب أحكام قانون التأمين الفرنسي يعد متحققا بمجرد قيام المؤمن له بإعلان المؤمن بأن الخطر المضمون قد تحقق كليا أو جزئيا حتى ولو اشترط المؤمن بيانات أكثر من ذلك ^(٣).

وأمام عدم تحديد المشرع الأردني لشكل معين للإعلان ، يستطيع المؤمن اشتراط شكل معين له بالنص في عقد التأمين مثلا على ضرورة وروده خطيا ، مقيدا بذلك حرية المؤمن له

(١) الدكتور / محمد حسام لطفي / المرجع السابق / ص ٢٦٤ .

(٢) الدكتور / محمد حسام لطفي / مرجع سابق / ص ٢٥٩ .

(٣) احمد علي العويدي / رسالة ماجستير / مرجع سابق / ص ٦٧ .

بالإلزامه بهذا الشكل بالذات وإلا سقط حقه في مبلغ التأمين ولو تم الإعلان بأية وسيلة أخرى ، وهو ما رفضت محكمة التمييز الأردنية الأخذ به على إطلاقه ، إذ قضت في أحد أحكامها بأنه " لا يشترط القانون أن يكون تبليغ المضرور لشركة التأمين بوقوع الحادث كما تتطلب شروط العقد -خطيا " (١).

وهو ما تفاداه المشرع الفرنسي بإيراده نصا آمرا لا يشترط فيه شكلا معيناً للإعلان ، وبالتالي فإن المؤمن له يكون منفذا لالتزامه بالإعلان بمجرد إخبار المؤمن بوقوع الحادث المؤمن منه بأي شكل كان وبصرف النظر عما يشترطه المؤمن (٢)، ذلك أن النص الأمر هنا جاء لمصلحة المؤمن له بحيث لا يجوز الخروج على أحكامه إلا إذا كان الخروج لمصلحة المؤمن له .

وكذلك الأمر بالنسبة لمهلة الإعلان ، وتقديم المستندات ، حيث درجت شركات التأمين على النص على ضرورة أن يتم الإعلان أو التقديم في مدة قصيرة جدا ، باشتراطها مثلا أن يتم ذلك فور وقوع الحادث المؤمن منه أو خلال أربع وعشرين ساعة من وقوعه ، وهو ما يضيق على المؤمن له ويعرض حقه بشكل أكبر للسقوط .

وهو ما دفع المشرع الأردني للنص في المادة (٣٠٨) من قانون التجارة البحرية على حد أدنى لمهلة الإخطار ، حيث أوجبت على المؤمن له أن يبلغ نبأ وقوع الحادث المؤمن منه للمؤمن خلال ثلاثة أيام من تسلمه النبأ ، وهو ما فعله المشرع الفرنسي (٣) والمشرع التونسي (٤)،

(١) تمييز حقوق رقم ٣٢٠ / ٧٢ مجلة نقابة المحامين / لسنة ١٩٧٢ / ص ١٥٢٢ .

(٢) الدكتور / السنهوري / المرجع السابق / ص ١٣٢٣ ، الدكتور / محمد حسام لطفي / المرجع السابق / ٢٦٠ .

(٣) أنظر نص المادة (١٥) من قانون التأمين الفرنسي لسنة ١٩٣٠ التي تقضي بوجوب أن يحضر المؤمن له المؤمن بالحادث " بمجرد علمه به وعلى الأكثر في خلال خمسة أيام من علمه به " .

(٤) تنص الفقرة الرابعة من الفصل السابع من مجلة التأمين التونسية على " أن يقوم المؤمن له بأعلام المؤمن بكل حادث ، ، في أجل لا يتجاوز خمسة أيام عمل من تاريخ علمه بالحادث " ، عن احمد علي العويدي / رسالة ماجستير / مرجع سابق / ص ٦٩ .

عندما حددا مهلة معينة للإعلان عن الحادث بالنسبة لكل نوع من أنواع التأمين ، وذلك بنصوص آمرة لمصلحة المؤمن له ، بحيث يجوز للأطراف الاتفاق على تمديد هذه المهلة دون تقصيرها .

إن نخلص مما تقدم أن عدم تنظيم المشرع الأردني لمسألة الإعلان سواء من حيث مضمونه أو شكله أو مهلته وتركه ذلك لاتفاق طرفي العقد يسمح إلى حد ما بتحكم المؤمن كونه الطرف القوي في العقد ، بفرضه شروطا قاسية لتحقيق الإعلان ، بهدف تقييد حرية المؤمن له في تنفيذ التزامه بالإعلان ، مما يعرض حقه للسقوط بشكل أكبر ، وإن كان يحمي للمشرع الأردني عدم تحديده للجهة المطلوب إعلانها مما يفسح المجال لإعمال حكم البطلان سواء كان الشرط يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب التأخر في إعلان الحادث للمؤمن له أو السلطات أو أية جهة أخرى ما دام التأخر لعذر مقبول ، وذلك بخلاف المشرع المصري الذي حصر نطاق إعمال النص على إعلان السلطات المختصة^(١).

لذا أرى تأييد ما ذهب إليه البعض^(٢) بضرورة قيام المشرع الأردني بتنظيم هذه المسألة من كافة جوانبها ، تنظيمًا يراعى فيه مصلحة المؤمن له كطرف مدع في عقد التأمين ، وذلك بالنص على مضمون الإعلان وقصره على وقوع الحادث المؤمن منه دون إرهاب المؤمن له ببيانات أخرى قد تكون غير ذات جدوى بالنسبة للمؤمن ، بالإضافة إلى عدم إلزام المؤمن له بشكل معين للإعلان ، وأن يعمد إلى تحديد مهلة معقولة تحقق مصلحة الطرفين تبدأ من تاريخ علم المؤمن له بوقوع الحادث ، على أن يأتي هذا التنظيم بنصوص آمرة لمصلحة المؤمن له .

(١) نص المادة (٧٥٠) من القانون المدني المصري على إبطال " ٢ - الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات " .

(٢) أحمد علي العويدي / رسالة ماجستير / مرجع سابق / ص ٧٢ .

يشترط المشرع الأردني في عجز الفقرة الثانية من المادة (٩٢٤) من القانون المدني لبطلان شرط السقوط بسبب التأخر في الإعلان عن الحادث المؤمن منه أو في تقديم المستندات ، أن يكون هذا التأخر لعذر مقبول ، أما إذا كان تأخر المؤمن له عن إعلان المؤمن بوقوع الحادث المؤمن منه يرجع إلى سوء النية والغش ، وأثبت المؤمن أن التأخر كان عمداً بهدف الإضرار بالمؤمن أو كان التأخر لعذر غير مقبول ، فإن الشرط يخرج عن نطاق هذا النص ويسقط بالتالي حق المؤمن له بمبلغ التأمين^(١).

ويخضع تقدير ما إذا كان العذر مقبولا أم لا لقاضي الموضوع^(٢)، ويعد عذرا مقبولا يستطيع المؤمن له بإثباته أن يتوقى سقوط حقه بمبلغ التأمين وجود قوة قاهرة استحال بسببها الإعلان ، ويعتبر قوة قاهرة في التأمين إصابة المؤمن له بإصابة تعجزه عن القيام بالتزامه ، كما لو توفي جراء وقوع الحادث المؤمن منه ، أو نقل إلى المشفى فاقتدا الوعي .

ثالثا : - كل شرط تعسفي آخر يتبين انه لم يكن لمخالفته اثر في وقوع الحادث المؤمن منه^(٣)

رأينا سابقا^(٤) أن القضاء في كل من فرنسا ومصر قد استند الى نظرية التعسف في استعمال الحق لإهدار بعض شروط عقد التأمين إذا تبين أن الالتزام الذي تفرضه هذه الشروط على الطرف المذعن قد فقد حكمته ، كما هو الحال في شرط سقوط حق المؤمن له في مبلغ التأمين إذا أخل بأحد التزاماته ، إذا كان مثل هذا الالتزام لا أهمية له بحيث لا يعود على المؤمن بأية فائدة .

(١) الدكتور / عبد القادر العطر / المرجع السابق / ص ٢٣١ .

(٢) الدكتور / محمد حسام لطفي / المرجع السابق / ص ٢٧٥ ، الدكتور / جلال محمد إبراهيم / المرجع السابق / ص ٧٧٤ .

(٣) أنظر في ذلك تمييز حقوق رقم ٨٨/٩١٥ مجلة نقابة المحامين / لسنة ١٩٩٠ / ص ١٧٩٢ .

(٤) أنظر صفحة (٨٢) من هذه الرسالة .

وعند وضع القانون المدني المصري قنن المشرع ما استقر عليه القضاء باعتباره تطبيقاً خاصاً لنظرية التعسف في استعمال الحق ، إذ نص في الفقرة الخامسة من المادة (٧٥٠) من القانون المدني على بطلان " كل شرط تعسفي يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه " ، وقد جاء في قرار لجنة مجلس الشيوخ المصري بخصوص هذا النص " وافقت اللجنة على هذه الإضافة وذلك لوضع حكم عام يكون من شأنه إبراز معنى التعميم بعد التخصيص درأً للتعسف الذي يقع في الشروط ، أيا كانت صورته كحمولة المراكب أو الأبعاد التي اشترطتها بعض شركات التأمين ضد الحريق في القطن " (١).

وبنفس النص أخذ المشرع الأردني في الفقرة الخامسة من المادة (٩٢٤) من القانون المدني ، فبعد أن نص في الفقرات السابقة على إبطال بعض الشروط بشكل خاص نظراً لكثرة إدراجها في وثائق التأمين ، رأى أن يأخذ بنص عام يتيح للقضاء بسط حمايته على المؤمن له جراء تعسف شركات التأمين في وضع شروط في عقد التأمين لا يكون لها أثر على فكرة الخطر أو وقوع الحادث المؤمن منه .

كان تشترط شركة التأمين على المؤمن له أن الغطاء التأميني يشمل السيارة أثناء قيادتها من صاحبها ومن أي شخص آخر يحمل إجازة قيادة ، ومن ثم إذا قام شخص مرخص بقيادتها دون إذن من صاحبها ، فإن ذلك لا يبرر امتناع شركة التأمين عن دفع التعويض الناتج عن الحادث لأن قيادتها دون إذن لا أثر له في وقوع الحادث (٢).

وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية " أن الشرط الوارد في عقد التأمين تحت عبلة (أن لا يكون لذلك السائق حق بالتعويض بموجب أي قانون آخر) لا يمكن تفسيره بأن المقصود

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري / الجزء الخامس / ٣٣٦ .

(٢) تمييز حقوق رقم ٨١/٤٦٥ مجلة نقابة المحامين / لسنة ١٩٨٢ / ص ٣٦٨ ، وانظر أيضاً تمييز حقوق رقم ٩١/٥٤٩ مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٣ / ص ٦٩١ .

منه حرمان السائق والمستفيد من عقد التأمين من مطالبة شركة التأمين بالتعويض عما أصابه من ضرر لمجرد أنه يعمل لدى مالك السيارة ، إضافة إلى أن مثل هذا الشرط على فرض أن المقصود منه ذلك هو شرط تعسفي لا يعمل به عملاً بالمادة (٩٢٤) من القانون المدني^(١) .

(١) تمييز حقوق رقم ٩١/٥٤٩ مجلة نقابة المحامين / لسنة ١٩٩٣ / ص ٦٩١ .

المطلب الثاني

حماية المؤمن له من خلال قانون مراقبة أعمال التأمين

ونظام التأمين الإلزامي

رأينا أن تدخل المشرع يعد أفضل علاج لحماية الطرف المذعن ، الأمر الذي دفع التشريعات المختلفة ، عند تنظيم أحكام عقد التأمين ، إلى منح المؤمن لهم العديد من الضمانات يكون لهم الحق في أن يعولوا عليها ، وهو ما فعله المشرع الأردني ، الذي لم يكتف بما جاء في القانون المدني من أحكام لحماية المؤمن له ، وإنما أصدر قانون مراقبة أعمال التأمين ونظام التأمين الإلزامي ، وضمنهما العديد من الأحكام التي توفر الحماية للمؤمن له .

لذا سوف نتعرف على أوجه الحماية التي يوفرها كل من قانون مراقبة أعمال التأمين رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ ونظام التأمين الإلزامي رقم (٢٩) لسنة ١٩٨٥ ، بالنسبة للمؤمن له كطرف مذعن ، مع مقارنتها بقانون مراقبة أعمال التأمين رقم (٥) لسنة ١٩٦٥ والأوامر العسكرية المطبقة عندنا في فلسطين ، وذلك في فرعين متتاليين .

الفرع الأول

الحماية التي يوفرها قانون مراقبة أعمال التأمين

تتبدى الحماية التي وفرها المشرع من خلال قانون مراقبة أعمال التأمين رقم (٥) لسنة ١٩٦٥ المطبق في الضفة الغربية وقانون مراقبة أعمال التأمين رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ المطبق في المملكة الأردنية الهاشمية من خلال الرقابة التي فرضها المشرع على شركات التأمين ، بالإضافة إلى الضمانات التي ألزم بها شركات التأمين .

أولاً :- الرقابة على شركات التأمين

حرص المشرع الأردني على فرض رقابة شديدة على شركات ووسطاء التأمين من خلال

قانون مراقبة أعمال التأمين والعديد من الأنظمة والتعليمات الصادرة بالاستناد إليه ، قاصداً بذلك حماية المؤمن لهم ، كونهم يمثلون الطرف الضعيف في العقد ، بالإضافة إلى أهداف أخرى كتشجيع سوق التأمين وحماية سوق المال (١).

وما يهمنا في هذا المقام هو حماية المؤمن له ، هذه الحماية التي تمثلت بشكل رئيسي في منع استغلاله ، ذلك أن المؤمن له هو شخص عادي يجهل أمور التأمين (٢) ، الأمر الذي تستغله شركات التأمين ، لما يتوافر لها من خبرة وقدرات فنية ، عن طريق وضع صيغ نموذجية تحقق مصلحتها ، وهو ما تفاداه المشرع الأردني من خلال إلزام شركات التأمين بمقتضى المادة (٣٩/١) من قانون مراقبة أعمال التأمين بتزويد مراقب التأمين بنماذج عقود التأمين وملاحقها ، ومنح المراقب في الفقرة (ح) من نفس المادة الحق في إجراء التصحيح والتعديل في هذه الوثائق والنماذج ، التي لا يجوز العمل بها إلا بعد موافقته ، بالإضافة إلى اشتراطه صدور هذه الوثائق باللغة العربية (٣).

وحتى يضمن المشرع التزام شركات التأمين بهذه القواعد نص في المادة (٩/٥٢) من قانون مراقبة أعمال التأمين على أنه " يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة اشهر ولا تقل عن شهر واحد أو بغرامة لا تقل عن ألفي دينار ولا تزيد على خمسة آلاف دينار أو بكلتا العقوبتين كل من يصدر عقد تأمين غير مقرر أو عقدا يتضمن شرطاً أو تعديلاً لم يوافق عليه وفقاً لأحكام هذا القانون " .

وتتحقق هذه الرقابة أيضاً من خلال إلزام شركات التأمين بضرورة الحصول على إجازة

(١) انظر في ذلك العويدي / رسالة ماجستير / مرجع سابق / ص ١٢١ - ١٢٣ .

(٢) الذكور / السهوري / المرجع السابق / ص ١٠٩٨ .

(٣) قارن المادة الأولى من نظام تأمين المركبات الميكانيكية لسنة ١٩٧٦ المطبق في قطاع غزة ، والتي جاء فيها " أ - تنظم شهادة التأمين الصادرة عن مركبات ميكانيكية معينة وفقاً للنموذج أ الوارد في الذيل " .

لممارسة أعمال التأمين ثم ضرورة تقديم البيانات المطلوبة لمراقب التأمين وبالتالي السماح بممارسة رقابة وقائية سابقة على شركات التأمين يتم من خلالها التأكد بأن هذه الشركات مؤهلة للقيام بأعمال التأمين ومعالجة أي خلل يظهر قبل فوات الأوان ^(١)، بالإضافة إلى منح المراقب حق الاطلاع على وثائق وسجلات التأمين للتأكد من مدى سلامة أعمالها .

وبهذه الوسائل أخذ الأمر العسكري رقم (١١٠٠) لسنة ١٩٩٣ بشأن مراقبة أعمال التأمين المطبق في قطاع غزة ، إذ نص في المادة (٣/أ) " لا يجوز لأحد أن يتعاطى أعمال التأمين إلا إذا كانت لديه رخصة بموجب المادة (٤) ووفقا لشروط الرخصة " ، كما ألزم المؤمن أو وكيل التأمين بتقديم المعلومات والمستندات المتعلقة بأعماله التأمينية التي يطلبها المراقب ^(٢).

ثانياً :- ضمانات المؤمن له في مواجهة شركات التأمين

حتى يحصل المؤمن له على مبلغ التأمين عند استحقاقه ، فقد قرر المشرع عدة ضمانات له حتى تتمكن شركات التأمين من الوفاء بالتزاماتها تجاهه .
وتتمثل هذه الضمانات في استلزامه توفر حد أدنى من رأس المال يتناسب مع احتياجات الشركة ويضمن لها الاستمرار ومواجهة أي طارئ قد تتعرض له .

وقد حددت المادة السادسة من قانون مراقبة أعمال التأمين رقم (٥) لسنة ١٩٦٥ الحد الأدنى لرأس مال شركات التأمين بمائة ألف دينار للشركات الأردنية ومائتان وخمسين ألف دينار للشركات الأجنبية ^(٣).

(١) انظر في ذلك المواد من (١٨ ، ١٩ ، ٢٠ ، ٣٦ ، ٣٧) من قانون مراقبة أعمال التأمين المطبق في الأردن رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ والمواد (٢٥ - ٣٥) من قانون مراقبة أعمال التأمين رقم (٥) لسنة ١٩٦٥ المطبق في الضفة الغربية .

(٢) تنص المادة (٣٨) من الأمر العسكري رقم ١١٠٠ لسنة ١٩٩٣ على انه " يجوز للمراقب أو من يفوضه بذلك أن يكلف مؤمن ووكيل تأمين بأن يوافيه بجميع المعلومات والمستندات المتعلقة بأعماله التأمينية بما في ذلك الكشف الإحصائية وأن يطلع ممثله على كل ما لديه من السجلات أو الحسابات أو الوثائق أو المستندات الأخرى المتعلقة بأعماله التأمينية " .

(٣) قارن المادة (٩) من الامر السابق والمادة الثالثة من نظام شركات التأمين الأردني رقم (٣٣) لسنة ١٩٨٥ .

وحرصا من المشرع الأردني على حماية حقوق المؤمن له والمستفيدين ، فقد أعطى الحق
لوزير الصناعة والتجارة في وقف إجازة التأمين إذا خسرت شركة التأمين أكثر من نصف رأس
مالها ، وله أيضا إلغاء إجازة التأمين إذا لم تقم الشركة بإزالة السبب المتقدم خلال سنة واحدة^(١).
بالإضافة إلى إلزام شركات التأمين بتقديم ودیعة تأمينا للوفاء بالتزاماتها^(٢)، وأن يكون
عندها طائفة من الاحتياطات لمواجهة التزاماتها المتوقعة^(٣).

الفرع الثاني

الحماية التي يوفرها نظام التأمين الإلزامي على المركبات

أدى تزايد حوادث السيارات وتفاقم أضرارها وعدم إمكانية القضاء عليها بشكل نهائي ،
إلى ميلاد التأمين الإلزامي لتغطيته تلك الحوادث من ناحية المسؤولية المدنية للمؤمن له عما
يلحق الغير من إصابات بدنية وأضرار مادية نتيجة استعماله للسيارة ، هذا المؤمن له الذي
يعجز في معظم الأحيان عن دفع التعويض في الوقت المناسب .

لذا اتجه المشرع الأردني لفرض التأمين الإلزامي لتغطية أضرار الغير بالنظام رقم (٢٩)
لسنة ١٩٨٥ بالاستناد لأحكام المادة الخامسة من قانون السير على الطرق رقم ١٤ لسنة ١٩٨٤
والمادة الثالثة والخمسين من قانون مراقبة أعمال التأمين رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ .

وبنفس الموقف أخذ الأمر العسكري رقم (٢١٥) بشأن تأمين المركبات الميكانيكية لسنة
١٩٦٨ المعدل بموجب الأمر رقم (٦٧٨) لسنة ١٩٧٦ المطبق في الضفة الغربية وقانون تأمين
المركبات الميكانيكية رقم (٨) لسنة ١٩٤٧ المعدل بموجب الأمر العسكري رقم (١٤١) لسنة

(١) المادة (٢٣) من قانون مراقبة أعمال التأمين برقم (٢٠) لسنة ١٩٨٤ .

(٢) انظر المادة (٧) من قانون مراقبة أعمال التأمين رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ وانظر في تحديد قيمة الوديعة المادة (الرابعة) من نظام شركات
التأمين رقم (٣٣) لسنة ١٩٩٥ ، والمادة (٨) من قانون مراقبة أعمال التأمين رقم (٥) لسنة ١٩٦٥ .

(٣) المادة الثانية من قانون مراقبة أعمال التأمين برقم (٢٠) لسنة ١٩٨٤ .

١٩٦٧ المطبق في قطاع غزة ، عندما فرضا التأمين على جميع المركبات لتغطية الأضرار التي

تلقح بالغير .

وتتبدى أوجه الحماية التي توفرها أحكام هذا التأمين الإلزامي بشكل رئيسي من خلال

التوسع في تحديد نطاق تطبيقه بالإضافة إلى التوسع في تحديد الأخطار المشمولة بالتأمين .

أولاً :- من حيث نطاق تطبيق نظام التأمين الإلزامي

أخضعت المادة الثامنة من نظام التأمين الإلزامي على المركبات لتغطية الأضرار التي

تلقح بالغير جميع المركبات العاملة في المملكة والتي يجوز استعمالها على الطرق بما في ذلك

المركبات الأجنبية القادمة إلى المملكة أو المارة بها عن طريق الترانزيت للتأمين الإلزامي ،

سواء أكانت خاضعة للترخيص أو غير خاضعة له وسواء أكانت مملوكة للأفراد أو المؤسسات

الخاصة أو العامة أو الحكومية بما فيها المركبات العائدة للقوات المسلحة ، الأمر الذي يضمن

تغطية جميع الأضرار التي تلقح بالغير نتيجة استعمال أي مركبة عاملة في المملكة ^(١).

هذا وقد أغفل المشرع الأردني فرض عقوبة على من يخالف أحكامه في هذا المجال ،

وان كان من الممكن تطبيق العقوبة الواردة في المادة ٦٨/أ من قانون السير التي فرضت عقوبة

الغرامة على من يسوق مركبة دون أن تكون مؤمنة لتغطية أضرار الغير ^(٢).

ثانياً :- من حيث تحديد الأضرار المشمولة بالتأمين

لقد اختلفت التشريعات في مدى شمولها للأضرار التي تصيب الغير من جراء استعمال

المركبات سواء كانت جسدية أو مادية ، إذ اقتصر بعضها على الأضرار الجسدية دون المادية ،

من ذلك ما جاء في المادة الخامسة من قانون التأمين الإجباري المصري على السيارات بأن "

(١) انظر في ذلك عبد القادر العطير / المرجع السابق / ص ٢٥٦ .

(٢) قارن المادة (٢/أ) من الأمر رقم (٢١٥) . لسنة ١٩٦٨ ، والمادة (٢) من الأمر رقم (١٤١) لسنة ١٩٦٧ المطبق في قطاع غزة .

يلتزم المؤمن بتغطية المسؤولية المدنية الناشئة عن الوفاة أو عن أية إصابة بدنية تلحق أي شخص من حوادث السيارة ... " (١).

وبنفس الموقف أخذت المادة الثالثة من الأمر العسكري رقم (٢١٥) بشأن تأمين المركبات الميكانيكية، عندما اقتصرَت على الأضرار البدنية التي تصيب الغير من جراء استعمال المركبة. بينما شملت بعض التشريعات الأضرار الجسدية والمادية معا في تحديد نطاق الضرر المضمون بالتأمين الإلزامي ، من ذلك نظام التأمين الإلزامي الأردني على المركبات لتغطية أضرار الغير ، حيث تنص الفقرة (أ) من المادة (٣) منه على ما يلي : " تشمل الأخطار المشمولة بهذا التأمين الأضرار الجسدية والمادية والتي تصيب الغير والناجمة عن الحوادث من جراء استعمال المركبة وتشمل الأضرار الجسدية الوفاة أو أية إصابات جسدية أخرى " .

وهنا نلاحظ أن النص الأردني يوفر حماية أكبر للمؤمن له مما توفره المادة (٥) من قانون التأمين الإجباري المصري التي تحصر نطاق التأمين على تغطية الأضرار الجسمانية التي تصيب الغير دون الأضرار المادية ، إذ يحميهِ من رجوع الغير عليه بالتعويض عن الأضرار التي تسبب بها من خلال استعمال المركبة سواء كانت جسدية أو مادية (٢).

إلا أنه عاد واستثنى بعض الأضرار من نطاق التأمين ، إذ استبعد من نطاق التأمين الأضرار التي تلحق بالمركبة وحمولتها إذا كانت هي المتسببة بوقوع الحادث ، والأضرار المادية والجسدية إذا وقع الحادث أثناء أو بسبب اشتراك المركبة في سباق محلي أو دولي منظم أو بسبب استعمال المركبة في تعليم قيادة المركبات ما لم تكن مرخصة لهذه الغاية (٣).

(١) الدكتور/محمد حسين منصور/ المسؤولية عن حوادث السيارات والتأمين الإلزامي منها / دار الجامعة الجديدة / الإسكندرية/ص ٢٦٩.

(٢) احمد علي العويدي/ رسالة ماجستير / مرجع سابق / ص ١٦٣ .

(٣) انظر المادتين الثالثة والرابعة من نظام التأمين الإلزامي على المركبات لتغطية أضرار الغير رقم (٢٩) لسنة ١٩٨٥ ، وانظر أيضا الدكتور / عبد القادر العطير / المرجع السابق / ص ٢٧٥ .

يضاف إلى ذلك ما جاء في المادة (١٢) من هذا النظام " لا يشمل عقد التأمين الإلزامي على المركبات الأضرار الناشئة عن الفيضانات والأنواء والعواصف والأعاصير والانفجارات البركانية أو الزلازل وغيرها من الظواهر الطبيعية أو التجزئة النووية وكذلك أعمال الغزو والأعمال العدائية من قبل الأجانب أو الحروب والأعمال الحربية والحرب الأهلية والفتنة والعصيان المسلح والثورات واغتصاب السلطة".

ويرى البعض بأن النص الأخير لا يتفق مع الغاية من نظام التأمين الإلزامي وهي حماية المؤمن له والمضروب من الحادث ، ويرى ضرورة تدخل المشرع بتعديله ، بحيث يلزم شركات التأمين بدفع التعويض عن الأضرار الناتجة عن الظواهر الطبيعية ^(١).

أما عن نطاق التأمين الإلزامي من حيث تحديد المضروب المستفيد من التأمين ، فأنا نجد أن نظام التأمين الإلزامي قد ضيق من مفهوم الغير المستفيد من أحكامه ، فبعد أن جاء بنص عام يعتبر من الغير جميع الأشخاص الذين تلحق بهم أضرار مادية أو جسدية من جراء حادث تسببت المركبة بوقوعه ^(٢)، نجده يدخل استثناء على هذا المفهوم الواسع ، إذ نص في المادة (٣/د) على أنه " يستثنى من الغير جميع الركاب في المركبة الخصوصية بمن فيهم السائق وسائق المركبة العمومية وأفراد عائلته وهم (الأبوان والزوج والأولاد) إذا كانت المركبة الخصوصية أو العمومية في أية حالة من هذه الحالات هي المتسببة بوقوع الحادث " ^(٣).

ويرى بعض الفقهاء بأن هذا الاستثناء معيب ولا مبرر له ، فهو بدابة معيب كونه يتلخص مع الغاية من نظام التأمين الإلزامي وهي ضمان المسؤولية المدنية المترتبة على وقوع الحادث

(١) الدكتور / غازي أبو عراي / التنظيم القانوني للتأمين الإلزامي على المركبات في القانون الأردني / دراسة مقارنة / مجلة أبحاث السيروك / اريد / المجلد الثالث عشر / العدد الثاني / ١٩٩٧ / ص ١٩٦ .

(٢) المادة (٣/هـ) من نظام التأمين الإلزامي لتغطية أضرار الغير .

(٣) قارن المادة (٣) من الامر العسكري رقم (٢١٥) بشأن تأمين المركبات الميكانيكية المطبق في الضفة الغربية .

، هذه المسؤولية التي تقوم في حالة كون السيارة المؤمن عليها هي المتسببة بوقوع الحادث ، أما إذا لم تكن هي المتسببة بوقوع الحادث فإن هذا يخرج عن نطاق التأمين الإلزامي ، لأن شركة التأمين لا تكون مسؤولة عن التعويض في مثل هذه الحالة ^(١) ، بالإضافة إلى أنه لا يوجد ما يبرر هذا الاستثناء الذي يحرم أقارب السائق من الاستفادة من التأمين الإلزامي في حالة ركوبهم في المركبة بينما لا يستبعدوا منه إذا كانوا خارج المركبة ^(٢).

الأمر الذي تفاداه المشرع الفرنسي عندما تدخل بقانون ٧ يناير ١٩٨١ ونص صراحة " على أن أفراد أسرة السائق أو المؤمن له يعتبرون من الغير بصدد تطبيق أحكام هذا القانون " وهو ما يتفق مع الاتجاه العام للتشريعات الأوروبية بصفة عامة ، حيث جاءت تعليمات الجماعة الأوروبية الصادرة في ٣٠/ ديسمبر/ ١٩٨٣ لتقضي في المادة الثالثة بأن أفراد أسرة السائق أو أفراد أسرة أي شخص آخر تتعد مسئوليته المدنية عن الحادث لا يجوز استبعادها ، بسبب رابطة القرابة ، من ضمان التأمين الإجباري ^(٣).

وعليه أرى ضرورة تدخل المشرع الأردني لإلغاء الاستثناء الوارد في الفقرة (د) من المادة الثالثة من نظام التأمين الإلزامي وأن يضع معياراً دقيقاً لتعريف الغير المستفيد من التأمين الإلزامي يأخذ فيه بالاتجاه الحديث الذي يقصر الاستبعاد من الإفادة من ضمان التأمين على السائق المضرور المسؤول عن الحادث .

(١) الدكتور / حمزة حداد / مسؤولية شركة التأمين ضد حوادث السيارات / مجلة نقابة المحامين / عمان / الملحق رقم (٥) / لسنة ١٩٧٩ / ص ١٦٥ .

(٢) الدكتور / غازي أبو عراي / البحث السابق / ص ٤ .

(٣) الدكتور / محمد حسين منصور / المرجع السابق / ص ١٨٦ .

المطلب الثالث

الحماية من خلال وسائل أخرى حددها المشرع

هناك وسائل أخرى لتحقيق هذه الحماية أوردتها التشريعات المدنية ، أخذ المشرع الأردني ببعضها وترك البعض الآخر ، نذكر منها الوسائل التالية :-

الفرع الأول

الحماية عن طريق تدخل المشرع بتعيين الأخطار المشمولة بالتأمين

الأصل والغالب في الحياة العملية أن يقوم طرفا العقد بتعيين الأخطار المشمولة بالتأمين في العقد ، وذلك تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة ومن ثم يكون لهم الحق بالاتفاق على استبعاد بعض الأخطار من نطاق التأمين .

إلا أن المشرع أدخل استثناء على هذه الحرية لمصلحة المؤمن له كطرف ضعيف في عقد التأمين ، حتى لا يستغل المؤمن موقفه كطرف قوي في العقد ويدخل شروطاً تعسفية تهدف إلى حرمان المؤمن له من مبلغ التأمين ، وتتضمن استثناء بعض الأخطار من نطاق التأمين . وكان تدخل المشرع في هذا المجال عن طريق تعيين الأخطار المشمولة والمستثناة من التأمين في بعض أنواع عقود التأمين^(١).

من ذلك تدخل المشرع الأردني في عقد التأمين ضد الحريق بإدخاله بعض الأخطار ضمن الأخطار المشمولة في العقد دون أن يوقف ذلك على موافقة الطرفين أو أحدهما ، إذ نص في المادة (٩٣٢) من القانون المدني على جعل شركة التأمين مسؤولة عن الأضرار الناشئة عن الحريق ولو كان سببه الزلازل والصواعق والزوابع والرياح والأعاصير والانفجارات

(١) انظر في ذلك خليل محمد مصطفى عبد الله / التزام المؤمن بدفع مبلغ التعويض وحالات الإعفاء منه في القانون المدني الأردني / رسالة ماجستير / الجامعة الأردنية / ١٩٨٧ / ص ٦٣ - ٦٦ .

المنزلية وسقوط الطائرات والسفن الجوية الأخرى ، وكل ما يدخل من الأخطار عرفاً في تأمين الحريق ، بالإضافة إلى الأضرار التي تصيب الأشياء المؤمن عليها ضد الحريق بسبب الوسائل المتخذة للإنقاذ أو لمنع امتداد الحريق وعن ضياع الأشياء المؤمن عليها أثناء الحريق .

يتضح من النص السابق أن المشرع الأردني قد أدخل ضمن الأضرار الناشئة عن الحريق تلك الناشئة عن الظواهر الطبيعية كالزلازل والصواعق والأعاصير والرياح وهي حالات من القوة القاهرة التي لا تدخل عادة في نطاق التأمين إلا بنص خاص ^(١).

يضاف إلى ذلك ما نصت عليه المادة (١/٩٣٤) من القانون المدني والتي تجعل المؤمن مسؤولاً عن الأضرار التي تنتج عن الحريق إذا كان سببه خطأ المؤمن له أو المستفيد ، والمواد (٩٣٥) (٩٣٦) من القانون المدني اللتان تلزمان الشركة بالتعويض في التأمين ضد الحريق إذا تسبب فيه تابعي المؤمن له بخطئهم أو نشأ بسبب عيب ذاتي في الشيء المؤمن عليه .

وعليه إذا أدرج المؤمن شرطاً في عقد التأمين يقضي بإعفائه من مبلغ التأمين إذا نتج الحريق عن خطأ المؤمن له أو أحد تابعيه أو بفعل الزلازل أو الصواعق وغيرها من شروط الإعفاء فإن مثل هذا الشرط لا يعتد به، ذلك أن هذه الأخطار مشمولة بعقد التأمين بنص القانون. ومن ذلك يتبين أن المشرع الأردني قد مال لصالح المؤمن له كطرف ضعيف في العقد فكفاه مؤونة الحصول على تأمين إضافي عن هذه الأخطار التي قد تسبب تلفاً للأشياء المؤمن عليها بفعل الحريق ^(٢).

ومن ذلك أيضاً قيام المشرع الأردني بتعيين جميع الأخطار المشمولة بالتأمين في عقد التأمين على المركبات لتغطية أضرار الغير في المادة (٣/أ) من نظام التأمين الإلزامي على

(١) انظر الدكتور / السهوري / المرجع السابق / ص ١٥٨٢ .

(٢) الدكتور / عبد القادر العطير / المرجع السابق / ص ٣٣٩ .

المركبات ، والتي جاء فيها " تشمل الأخطار المشمولة بهذا التأمين الأضرار الجسدية والمادية والتي تصيب الغير والناجمة عن الحوادث من جراء استعمال المركبة وتشمل الأضرار الجسدية الوفاة أو أية إصابات جسدية أخرى " ، وعليه فإن هذا النص يوفر حماية أكبر للمؤمن له مما توفره المادة (٥) من قانون التأمين الإجباري المصري التي تحصر نطاق التأمين على تغطية الأضرار الجسمانية التي تصيب الغير دون الأضرار المادية .

الفرع الثاني

الحماية عن طريق تحديد اللغة التي يجب أن يكتب بها العقد

يؤدي قيام المؤمن بتحرير عقد التأمين بلغة لا يفهمها المؤمن له إلى توقيعه على شروط تعاقدية لا يعرف مقصودها ولا يدرك مداها أو تأثيرها عليه .

لذلك فقد دأبت التشريعات المعاصرة على اشتراط تحرير عقود التأمين باللغة الرسمية للدولة بهدف منع هذه الممارسات التي قد تهدر حقوق المؤمن له خاصة إذا كانت شركة التأمين تتعامل بلغة أجنبية ، من ذلك ما نص عليه المشرع الفرنسي من اشتراط تحرير الوثيقة باللغة الفرنسية^(١).

وبنفس الموقف أخذ المشرع الكويتي ، عندما نص في المادة (٥١) من قانون شركات ووكلاء التأمين الكويتي على وجوب " أن تكون جميع الأوراق والوثائق والبيانات التي تقدم بموجب هذا القانون مترجمة باللغة العربية من قبل جهة مختصة ومصدقة أصوليا " ، أي أنه وإن أجاز تحرير وثيقة التأمين بلغة أجنبية إلا أنه أوجب أن يرافقها ترجمة باللغة العربية^(٢).

وقد ساير المشرع الأردني هذا التوجه عندما نص في المادة (٥١) من قانون مراقبة

(١) الدكتور / السهوري / المرجع السابق / ص ١١٩٣ .

(٢) الدكتور / جلال محمد إبراهيم / المرجع السابق / ص ٤٩٣ .

أعمال التأمين على أنه " لا يجوز إصدار عقود تأمين إلا من شركة وذلك تحت طائلة البطلان وتصدر العقود في المملكة باللغة العربية لجميع أنواع التأمين ، ويجوز أن تدرج إلى جانبها ترجمة دقيقة بلغة أجنبية ، وفي حال الخلاف حول تفسير عقد التأمين يعتمد النص العربي " (١).

الفرع الثالث

الحماية عن طريق اعتبار القواعد الخاصة بعقد التأمين

من النظام العام لمصلحة المؤمن له

تضيف بعض التشريعات إلى القواعد الحمائية السابقة ضمانة هامة للمؤمن له ، بهدف جعل الكفة متوازنة بينه وبين المؤمن ، وذلك عن طريق إيراد نص عام يجعل كل اتفاق يخالف النصوص القانونية المنظمة لعقد التأمين باطلا ما لم يكن لمصلحة المؤمن له أو المستفيد (٢)، وهذا ما يعبر عنه بأن نصوص عقد التأمين آمرة في اتجاه واحد أو نصف آمرة ، لاقتصار عنصر الإلزام فيها على طرف واحد وهو المؤمن ، مما يعني أنه يجوز للمؤمن له إثارة الدفع بمخالفة النصوص الآمرة الخاصة بعقد التأمين في أية مرحلة تكون عليها الدعوى ولو كان ذلك لأول مرة أمام محكمة التمييز (النقض) (٣).

من هذه التشريعات القانون المدني المصري الذي نص على هذه الضمانة في المادة (٧٥٣) منه والتي جاء فيها أنه " يقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام النصوص الواردة في هذا الفصل ، إلا أن يكون لمصلحة المؤمن له أو لمصلحة المستفيد " (٤).

(١) قارن نص المادة (١٠٥٢) من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري / مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري / ج ٥ / ص ٣٢٧ .

(٢) الدكتور / توفيق حسن فرج / المرجع السابق / ص ٣٣١ .

(٣) الدكتور / محمد حسام لطفي / المرجع السابق / ص ٩١ ، الدكتور / جلال محمد إبراهيم / المرجع السابق / ص ٤٣٥ .

(٤) تقابل المادة (١/٨٠٨) مدني كويتي والمادة (٩٩١) مدني عراقي ، والمادة (٢) من قانون التأمين الفرنسي .

أما المشرع الأردني فلم ينص على هذه الضمانة رغم أهميتها مع العلم أن النصوص الخاصة بالتأمين في القانون المدني الأردني مأخوذة بمجملها عن القانون المدني المصري^(١)، لذا نتمنى على المشرع الأردني أن ينص على هذه الضمانة لما لها من أهمية في حماية المؤمن له كطرف ضعيف في العقد ، وهو ما ينسجم مع المنهج الذي سلكه المشرع الأردني في حماية المؤمن له في العديد من مواد القانون المدني ، بالإضافة إلى التشريعات الأخرى .

الفرع الرابع

الحماية من خلال الأحكام المتعلقة بمدة عقد التأمين

يقصد بمدة عقد التأمين ، تلك المدة التي سيظل خلالها العقد قائما ومحدثا لآثاره ، وهو ما يتأتى غالبا عن طريق تحديد أجل معين ينتهي عنده العقد كتحديد مدته بسنة أو سنتين وما إلى ذلك^(٢).

وتكتسب مدة عقد التأمين أهمية خاصة لما لها من أثر على حقوق والتزامات المؤمن له ، خاصة وأن المؤمن قد يسمح لنفسه باستغلال عدم اطلاع المؤمن له على العقد بأكمله لكثرة ما به من شروط ، ومن ثم يضمنه شرطا يمتد به إلى ما يزيد عن الحد المتعارف عليه ، وبالتالي إلزامه بعقد طويل الأجل قد لا يرغب به .

وهذا ما دفع المشرع الفرنسي إلى إلزام المؤمن بوجوب ذكر مدة التأمين بشكل ظاهر وملفت للانتباه وذلك في المادة الخامسة من قانون ١٣ يوليو ١٩٣٠ ، كما أصدر وزير المالية الفرنسي قرارا في ١٨ نوفمبر ١٩٦٦ بوجوب تضمين وثائق التأمين التي تزيد مدتها على ثلاث سنوات شرطا يوضح هذه المدة في أعلى توقيع المؤمن له مباشرة^(٣).

(١) تحليل محمد مصطفى عبد الله / رسالة ماجستير / مرجع سابق / ص ٢٥ .

(٢) الدكتور / جلال محمد إبراهيم / المرجع السابق / ص ٥٠٠ .

(٣) الدكتور / حسن عبد الباسط جمعي / المرجع السابق / ص ١٧٨ .

وكذلك كانت المادة (١٠٥٩) من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري تنص على انه " تعين مدة العقد في الوثيقة ... " ، إلا أن لجنة المراجعة بترت هذا النص بحجة أنه يتعلق بجزئيات وتفاصيل يحسن أن تنظمها قوانين خاصة (١).

أما المشرع الكويتي فقد نص في المادة (٧٨٥) من القانون المدني على أنه " يجب أن تكون مدة التأمين مكتوبة بشكل ظاهر في الوثيقة " ، كما حرص المشرع الكويتي على حماية المؤمن لهم ضد الخطورة التي قد ينطوي عليها الشرط المدرج في العقد والذي يقضي بلمتداده ، حين استلزم وجوب كتابته في الوثيقة بشكل متميز ، وذلك في الفقرة الأولى من المادة (٧٨٨ أ) من القانون المدني ، وحين نص في الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه " ولا يسري مفعول هذا الامتداد إلا سنة فسنة ، ويقع باطلا كل اتفاق على أن يكون امتداد التأمين لمدة تزيد على ذلك " (٢).

في حين أغفل المشرع الأردني تنظيم مدة عقد التأمين أو الشكل الذي يجب أن ترد فيه ، لذا نتمنى على المشرع الأردني أن يتدارك ذلك بالنص على أن تكون مدة التأمين مكتوبة بشكل ظاهر في عقد التأمين ، وكذلك الأمر بالنسبة لشرط امتداد العقد ، مما يسمح بلفت انتباه المؤمن له إلى حدود التزامه ، بغرض تجنب التزامه لمدد طويلة في حال توقيعه على الوثيقة معتقدا أنها لا تمتد إلى أكثر من المدة التي جرى بها العرف .

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري / ج ٥ / ص ٢٣٢ .

(٢) الدكتور / جلال محمد إبراهيم / المرجع السابق / ص ٤٣٧ .

الفرع الخامس

الحماية من خلال الأحكام الخاصة بتعديل عقد التأمين

حرصت بعض التشريعات على تنظيم تعديل عقد التأمين ، وذلك بما يحقق الحماية للمؤمن له كطرف ضعيف في العقد ، ومن بين هذه التشريعات القانون المدني الكويتي الذي نص في الفقرة الأولى من المادة (٧٨٩) منه ، والتي تقابل المادة (٢/٧) من قانون التأمين الفرنسي لسنة ١٩٣٠ ، على أنه " يعتبر الطلب المرسل بكتاب موصى عليه من المؤمن له إلى المؤمن ، متضمنا امتداد العقد أو تعديله أو سريانه بعد وقفه قد قبل ، إذا لم يرفض المؤمن هذا الطلب في خلال عشرين يوما من وقت وصول الكتاب إليه " .

والعلة من هذا النص تكمن في رغبة المشرع منح المؤمن له وضعاً أفضل مما تقدمه له القواعد العامة ، التي تشترط موافقة المؤمن الصريحة على تعديل العقد ، وبالتالي توقع المؤمن له في حرج ، لأن العقد سيظل بدون تعديل إلى أن يوافق المؤمن على ذلك ، ولا شيء يرغمه على إعلان قراره بالموافقة ، بل لا شيء يرغمه على اتخاذ موقف أصلاً ، بحكم موقفه كطرف قوي في العقد ، وليس بوسع المؤمن له فعل شيء يستحث به المؤمن لسرعة اتخاذ القرار ^(١).

في حين سكت المشرع الأردني عن تنظيم ما يتعلق بتعديل عقد التأمين ، ومن ثم فإنه يخضع للقواعد العامة في القانون المدني ، الأمر الذي يترتب عليه حرمان المؤمن له من الميزة التي منحه إياها المشرع الكويتي ، لذا نتمنى على المشرع الأردني أن يأخذ بنص مماثل لنص المادة (٧٨٩) من القانون المدني الكويتي ، لما له من فائدة في رفع الحرج عن المؤمن له الذي قد يرغب في إحداث تعديل ما على العقد ، ولكنه لا يستطيع أن يتوصل إلى ذلك إلا إذا وافق المؤمن على التعديل .

(١) احمد العويدي / رسالة ماجستير / مرجع سابق / ص ٣٤ .

المبحث الثاني

الحماية التي توفرها التشريعات الخاصة بعقد العمل

خلصنا في الفصل التمهيدي إلى أن عقد العمل يعد من أهم عقود الإذعان ، الأمر الذي دفع التشريعات المختلفة للتدخل في علاقات العمل ، بهدف تقديم الحماية إلى العامل كطرف ضعيف (مذعن) في هذه العلاقات وذلك عن طريق التحول من الإرادة العقدية الحرة كأساس للعقد ، إلى الإرادة المقيدة بالقواعد القانونية كأساس جديد للعلاقة .

وقد أصدر المشرع الأردني عدة تشريعات لتنظيم العلاقة بين العامل وصاحب العمل ، كان آخرها قانون العمل الجديد رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ ، الذي جاء في معظم أحكامه لمصلحة العامل كطرف ضعيف في عقد العمل .

وكذلك الأمر بالنسبة للمشرع الفلسطيني الذي لمس أهمية هذه العلاقة فأولاهها عنايته بإصدار قانون العمل رقم (٤) لسنة ٢٠٠٠ ، الذي جاء في معظمه لحماية العامل كطرف ضعيف في علاقة العمل .

وتبدو أوجه الحماية التي توفرها أحكام هذين القانونين في تحديد العديد من الالتزامات القانونية وفرضها على صاحب العمل ، بالإضافة إلى الأحكام الخاصة بإنهاء العقد ، هذه الالتزامات وتلك الأحكام التي تعد خروجاً واضحاً على مبدأ سلطان الإرادة العقدية .

وعليه سوف نتعرض في هذا المبحث إلى الحماية التي وفرها المشرع من خلال تنظيمه لأحكام عقد العمل في هذين القانونين ، على أن نقتصر في دراستنا هذه على أهم الالتزامات والقيود التي فرضها المشرع لمصلحة العامل في مطلب أول ، والأحكام الخاصة بإنهاء العقد في مطلب ثان .

المطلب الأول

الحماية من خلال الالتزامات والقيود المفروضة لمصلحة العامل

لم تعد التشريعات الحديثة تكفي في حماية مصلحة الجماعة ، بمنع الأفراد من ترتيب التزامات معينة في عقودهم ، بل عمدت إلى التدخل بتحديد مضمون بعض العقود وفرض التزامات معينة على أطرافها دون السماح لهم بالاتفاق على استبعادها ، وذلك بهدف إقامة التوازن بين المتعاقدين في هذه العقود ، هذا التوازن الذي كثيراً ما تؤدي الظروف الاقتصادية إلى اختلاله^(١).

ويعد عقد العمل من أهم العقود التي تدخل فيها المشرع ، وذلك بالالتزامات العديدة التي يفرضها على صاحب العمل لمصلحة العامل ، وإقراره أحكاماً خاصة بالجزاءات التأديبية التي يفرضها صاحب العمل على العامل .

وبهذا أخذ المشرع الأردني في قانون العمل الجديد وكذلك الفلسطيني ، إذ حددا العديد من الالتزامات وألزما صاحب العمل بها ، مع فرض عقوبات جزائية على صاحب العمل في حال مخالفته لتلك الالتزامات ، كما حدا من سلطة صاحب العمل في فرض الجزاءات التأديبية على العامل من خلال تقييد هذا الحق بقواعد معينة لا يجوز تجاهلها .

الفرع الأول

الحماية عن طريق فرض التزامات على صاحب العمل

عادة ما يتم الاتفاق على تحديد الالتزامات المتبادلة بين الطرفين عند إبرام العقد ، إلا أن القانون يتدخل بعد ذلك لإحاطة هذه الالتزامات بالعديد من أوجه الحماية والتنظيم ، فبمجرد قيام العلاقة العقدية بين العامل وصاحب العمل ، نجد أن القانون يلقي على عاتق كل منهما بعض

(١) الدكتور / محمود جمال الدين زكي / مشكلات المسؤولية المدنية / المرجع السابق / ص ٢٢٤ .

الالتزامات وان لم يرد تحديدها في العقد ، بحيث تمثل هذه الالتزامات الحد الأدنى لما يقرره القانون على صاحب العمل ، ومن ثم فان كل شرط يرد في العقد يعطي العامل حقوقا أكثر مما نص عليه القانون يعتبر صحيحا ^(١).

أي أن هذه الالتزامات مقررة بنصوص أمرة لمصلحة العامل ، فلا يجوز الاتفاق على حقوق للعامل أو التزامات على صاحب العمل أدنى مما نص عليه القانون ، كما أن تتنازل العامل عن الحقوق التي يمنحها له قانون العمل يعد باطلا ، وهو ما تقضي به الفقرة (ب) من المادة الرابعة من قانون العمل الأردني التي جاء فيها " يعتبر باطلا كل شرط في عقد أو اتفاق سواء أبرم قبل هذا القانون أو بعده يتنازل بموجبه أي عامل عن أي حق من حقوقه التي يمنحها إياه هذا القانون " .

ولعل أهم الالتزامات القانونية الملقاة على صاحب العمل والتي تعد بمثابة حقوق للعامل ، هي الأجر وتلك المتعلقة بأوقات العمل والإجازات ، والالتزام بتوفير الوقاية والرعاية من أمراض وحوادث العمل .

أولا - الالتزام بدفع الأجر

يعد الأجر عنصرا جوهريا من عناصر عقد العمل ، لا يقوم العقد إلا به ، ذلك انه الالتزام الرئيسي لصاحب العمل ، فإذا تخلف فلا نكون بصدد عقد عمل ^(٢).

ومن وجهة النظر الاقتصادية فإن الأجر لا يعدو أن يكون ثمنا للعمل ، ولذلك فإنه في حالة غياب التنظيم القانوني ، فإن تحديده يجري بنفس الطريقة التي تحدد بها الأثمان الأخرى

(١) تنص المادة (٦) من قانون العمل الفلسطيني رقم (٤) لسنة ٢٠٠٠ على أن " تمثل الأحكام الواردة في هذا القانون الحد الأدنى لحقوق العمال التي لا يجوز التنازل عنها وحشما وجد تنظيم خاص لعلاقات العمل تنطبق على العمال أحكام هذا القانون أو أحكام التنظيم الخاص أيهما أفضل " ، وانظر أيضا المادة (٢) فقرة (أ) من قانون العمل الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ .

(٢) الدكتور / هشام رفعت هاشم / شرح قانون العمل الأردني / مكتبة المحاسب / عمان / ط ١ / ١٩٧٣ / ص ١٥٦ ، الدكتور / احمد عبد الكريم أبو شنب / شرح قانون العمل الجديد / مكتبة دار الثقافة / عمان / ط ١ / ١٩٩٩ / ص ١٦٥ .

عن طريق العرض والطلب^(١).

إلا أنه نتيجة لتطور علاقة العمل وانتشار فكرة تدخل الدولة في تنظيم هذه العلاقة ، تقبل المجتمع الإنساني المعاصر ، أن تكون للاعتبارات الاجتماعية والإنسانية الأسبقية على الاعتبارات الاقتصادية المجردة في تحديد الأجر ، ومن ثم عدم ترك تحديده للتفاعل الآلي غير المنتظم للقوى الاقتصادية^(٢) ، لما للأجر من أهمية بالنسبة للعامل ، لاعتماده عليه اعتماداً كلياً في معيشته ومعيشة أسرته .

وقد اتخذ هذا التدخل مظهراً قانونياً تمثل في تقييد حرية طرفي العقد في تحديد الأجر ، حيث خصته التشريعات المختلفة بقواعد وضمانات خاصة ، فأصبح له نظام قانوني خاص ، يتناول مفهومه وضوابط حسابه وصوره وملحقاته ، والتحديد التشريعي له ، وينظم الوفاء به ويحول دون الانتقاص من حق العامل فيه ، ويحجبه تجاه صاحب العمل ودائنه .

وما يهمنا هنا تلك القواعد التي أقرها المشرع على خلاف الأصل لحماية العامل كطرف ضعيف في عقد العمل ، والمتمثلة في تحديد الأجور لضمان كفاية الأجر لتوفير معيشة إنسانية معقولة ، وحمايته إما بتقرير امتياز له أو بالحد من سلطة صاحب العمل في الاقتطاع منه .

١ - تحديد الأجر

أخذ المشرع الأردني بالمفهوم الواسع للأجر عندما عرفه في المادة الثانية من قانون العمل بأنه " كل ما يستحقه العامل لقاء عمله نقداً أو عيناً ، مضافاً إليه سائر الاستحقاقات الأخرى أيما كان نوعها ، إذا نص القانون أو عقد العمل أو النظام الداخلي أو استقر التعامل على دفعها ، " ، في حين عرفه المشرع الفلسطيني في المادة الأولى بأنه " الأجر الكامل وهو الأجر الأساسي مضافاً إليه العلاوات والبدلات " .

(١) الدكتور / يوسف الياس / محاضرات في قوانين العمل العربية / عمان / ١٩٩٦ / ط ١ / ص ٤٢ .

(٢) بوحليقة غريب / عنصر الأجر في علاقة العمل / رسالة ماجستير / جامعة الجزائر / ١٩٨٧ / ص ٢٤ .

يتضح من النصين السابقين أن الأجر هو المقابل الذي يستحقه العامل لقاء عمله ، الأمر الذي قد يفهم منه أن استحقاق الأجر وأداء العمل متلازمان ، وهو أمر لم يعد مقبولا في التشريعات المعاصرة ^(١) ، تلك التشريعات التي تقرر للعامل الحق في الأجر في حالات عديدة لا يؤدي فيها عملا فعلا ، من ذلك استحقاق العامل للأجر في الحالة التي يكون فيها مستعدا للعمل ولكنه لا يقوم به لسبب يرجع إلى صاحب العمل ، وكذلك حصول العامل على أجره طوال مدة الإجازة أو العطل أو الأعياد وفي حالة وقف العمل ^(٢) ، هذه الحالات التي أخذ بها المشرع الأردني في قانون العمل ، وكذلك المشرع الفلسطيني الذي نص في المادة (٨١) من قانون العمل على أنه " يستحق العامل أجره إذا تواجد في مكان العمل وإن لم يؤد عملا لأسباب تتعلق بالمتنشاء " ، وبذلك فإن المشرع في كلا البلدين لم يأخذ بمبدأ التلازم هذا على إطلاقه حماية منه للعامل .

أما بالنسبة لطريقة تحديد مقدار الأجر وكيفية حسابه ، فقد طرأت عليها تغيرات كبيرة ، إذ كان تحديد الأجر متروكا لمحض اتفاق الطرفين في عقد العمل في ظل سيادة مبدأ سلطان الإرادة ^(٣) ، وهو ما انتهى إلى وضع العمل في مقام السلع وأخضعه بالتالي لقانون العرض والطلب ، ونظرا لموقف العمال كطرف ضعيف في العقد فانهم يقبلون العمل ولو بأجحف الشروط لأنهم لا يستطيعون البقاء بدون عمل ، وهو ما أدى إلى هبوط أجور العمال هبوطا كبيرا لا يكاد يفي بالحد الأدنى الضروري لمستوى المعيشة الإنسانية ^(٤) .

(١) الدكتور / محمد فاروق الباشا / التشريعات الاجتماعية / قانون العمل / دمشق / ١٩٩٠ / ص ٢٠٧ ، الدكتور / حسن كيرة / أصول قانون العمل / عقد العمل / ط ٣ / ١٩٧٩ / منشأة المعارف / ص ٤١١ - ٤١٧ .

(٢) الدكتور / منصور العتوم / شرح قانون العمل الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ / ط ١ / عمان / ١٩٩٦ / ص ١٠٩ ، الدكتور / احمد عبد الكريم أبو شنب / المرجع السابق / ص ١٧٥ - ١٧٧ .

(٣) الدكتور / هشام رفعت هاشم / المرجع السابق / ص ١٦٧ .

(٤) الدكتور / حسن كيرة / المرجع السابق / ص ٤٣٣ .

وبهدف توافقي بعض سلبيات الاتفاق الفردي على مقدار الأجر ، بدأت التنظيمات النقابية بالتدخل بين العمال وأصحاب الأعمال ، عن طريق إبرام عقود عمل جماعية ، يتم من خلالها الاتفاق على شروط عمل معقولة لا يشوبها استغلال أو تعسف ^(١)، ذلك أن النقابة العمالية تحل محل العامل الفرد في التعاقد .

إلا أن الاعتماد على التعاقد الجماعي كوسيلة لتحديد الأجر يقتضي أن يكون هناك تنظيم نقابي قوي يمثل العمال ، بحيث يستطيع تحقيق التوازن المطلوب بين طرفي عقد العمل ، العمال وأصحاب الأعمال ، كما يتطلب انخراط جميع العمال في التنظيمات النقابية ^(٢) ، وعليه فإن النجاح الذي حققته عقود العمل الجماعية رغم أهميته لم يكن شاملا أو كافيا لإشاعة العدل في تحديد أجور العمال بوجه عام .

وعليه فإنه لا غنى عن التدخل التشريعي في تحديد الأجور كوسيلة مكملة للوسائل الاتفاقية (الفردية والجماعية) من أجل توفير الحماية للعامل ، وقد ابتدأ هذا التدخل في الدول الغربية فيما بين الحربين العالميتين ، واتخذ هذا التدخل صورا كثيرة أهمها فرض حد أدنى للأجور ، وهو ما أخذ به المشرع الأردني في قانون العمل لسنة ١٩٦٠ ، واستمر هذا التوجه في قانون العمل الجديد ، إذ وضع المشرع أسس وقواعد تعيين الحد الأدنى للأجور في المادة (٥٢) من قانون العمل ، التي تنص على تكليف لجنة بقرار من مجلس الوزراء بناء على تنسيب وزير العمل ، لتعيين الحد الأدنى للأجور بالنسبة لمنطقة معينة أو مهنة معينة ، على أن تأخذ اللجنة بالاعتبار عند تعيين الحد الأدنى للأجر تكاليف المعيشة في المنطقة التي يشملها التعيين ، وبنفس الموقف أخذ المشرع الفلسطيني في المادة (٨٦) من قانون العمل .

كما ذهب المشرع الأردني إلى وجوب استشارة منظمات العمال وأصحاب الأعمال في

^(١) الدكتور / الصده / رسالة دكتوراه/ مرجع سابق / ص ٤٢٧ .

^(٢) الدكتور / يوسف الياس / المرجع السابق / ص ٨٤ .

تحديد الأجور ، إذ نص على أن تشكل لجنة تحديد الحد الأدنى للأجور بناء على تنسيب وزير العمل وممثلي العمال وأصحاب الأعمال ، وهو ما أخذ به المشرع الفلسطيني عندما نص في المادة (٨٦) منه على أن " تسمى لجنة الأجور من عدد متساو من ممثلين عن الحكومة وأصحاب العمل وعن العمال " ، وهو ما يتفق مع المعايير الدولية والعربية المتعلقة بموضوع الحد الأدنى للأجور ^(١) .

وكذلك أشار المشرع الأردني إلى أحد أهم المعايير التي يجب أن تؤخذ بالاعتبار عند تعيين الحد الأدنى للأجور ، عندما أوجب على اللجنة أن تأخذ بعين الاعتبار في تقديرها للأجر تكاليف المعيشة بالنسبة للعامل ، مع الربط بين هذه التكاليف والحد الأدنى للأجر ، مما يستوجب مراجعة الحد الأدنى وتعديله كلما ارتفعت تكاليف المعيشة ^(٢) ، الأمر الذي أغفله المشرع الفلسطيني ، كما أن المشرع الأردني لم ينص على آلية هذه المراجعة ، لذا نتمنى على كل من المشرع الأردني والفلسطيني أن ينص على مراجعة الحد الأدنى للأجر ، إما في فترات منتظمة أو كلما ارتفعت تكاليف المعيشة بنسبة معينة ، أو باجتماع الشرطين معاً ، وأن لا يترك الأمر لتقدير لجان الأجور .

ويعتبر الحد الأدنى المعين من قبل اللجنة ملزماً فلا يجوز النزول عنه في اتفاق فردي أو جماعي ، ولكن يجوز الاتفاق على أجر أعلى منه ، وإذا لم يلتزم صاحب العمل بالحد الأدنى المعين فإنه يتعرض للغرامة المنصوص عليها في المادة (٥٣) من قانون العمل الأردني ، وتلك المنصوص عليها في المادة (١٣٢) من قانون العمل الفلسطيني .

٢- حماية الأجر

يترتب للعامل في مقابل عمله الفعلي أو الحكمي ، دين في ذمة صاحب العمل ، هو الأجر

^(١) المادة (٤) من الاتفاقية الدولية رقم (١٣١) ، والمادة (١٨) من الاتفاقية العربية رقم (١٥) .

^(٢) الدكتور / منصور العنوم / المرجع السابق / ص ١١٧ .

لا تبرأ ذمته منه إلا بالوفاء به فعلا ، والوفاء الفعلي بالأجر هو ما يحرص المشرع على تحقيقه ، نظرا لأهمية الأجر كوسيلة لمعيشة العامل وأسرته ، وفي سبيل تحقيق هذا الهدف ، نجد أن المشرع يبتعد عن المسلك المعروف للقانون المدني في حرصه على حماية المدين ، حيث تقرر قواعد قانون العمل حماية الدائن (العامل) لأنه في إطار علاقة العمل الطرف الأضعف ، بعكس الغالب في الأحوال الأخرى ، التي يكون فيها الدائن هو الطرف الأقوى^(١).

وتتمثل السمات الأساسية للنظام القانوني لدين الأجر في التشريع الاجتماعي المعاصر من خلال تنظيم عملية الوفاء بالأجر وتقييد حرية صاحب العمل في الاقتطاع منه عندما يكون العامل مدينا لصاحب العمل ، بالإضافة إلى حمايته تجاه دائني صاحب العمل والعامل نفسه وكذلك حمايته من تصرفات العامل نفسه بتقييد تنازله عنه ، علاوة على ما يقرره القانون من ضمانات خاصة لاستيفاء الأجر .

أ - الحماية من خلال تنظيم عملية الوفاء بالأجر

عمد المشرع الأردني إلى حماية العامل من خلال تدخله في تحديد زمان الوفاء بالأجر ، بهدف التيسير على العامل^(٢)، إذ نص في الفقرة (١) من المادة (٤٦) من قانون العمل ، على إلزام صاحب العمل بالمبادرة على دفع أجر العامل خلال سبعة أيام من تاريخ استحقاقه في المواعيد المتفق عليها^(٣)، وكذلك الأمر بالنسبة للمشرع الفلسطيني الذي نظم عملية الوفاء بالأجر في المادة (٨٢) من قانون العمل عندما حدد زمان الوفاء بالأجر بالنسبة للعاملين بشكل شهري أو على أساس وحدة الإنتاج أو الساعة أو المياومة أو الأسبوع ، وألزم صاحب العمل بالوفاء بالأجر في مدة أقصاها خمسة أيام من تاريخ الاستحقاق .

(١) الدكتور / يوسف الياس / المرجع السابق / ص ٩٠.

(٢) الدكتور / أحمد عبد الكريم أبو شنب / المرجع السابق / ص ١٨٢ ، الدكتور / منصور العنوم / المرجع السابق / ص ١١٨.

(٣) انظر المادة (١٢) من الاتفاقية الدولية رقم (٩٢) والمادة (٥) من الاتفاقية العربية .

كما نص المشرع الفلسطيني على أن دفع الأجر يكون في أيام العمل ومكانه ، إلا أن المشرع الأردني أغفل النص على تحديد مكان الوفاء بالأجر ، ومن ثم فإن تحديد هذا المكان يخضع للقواعد العامة التي تقضي بأن الوفاء يكون في موطن المدين إلا إذا كان العقد أو العوف يقضي بخلاف ذلك ^(١) ، وحبذا لو نص المشرع الأردني على وجوب دفع الأجر في مكان العمل كقاعدة عامة طبقاً للمعايير الدولية والعربية ، وذلك بهدف التيسير على العامل حتى لا يتحمل مشقة ونفقات الانتقال إلى مكان آخر لاستلام أجره ^(٢) .

ب - حماية الأجر من الاقتطاعات

تطبيقاً للمفهوم الاجتماعي للأجر فقد حرص المشرع على حمايته من الاقتطاع بسبب الديون المترتبة على العامل ، إذ قد تنشأ لصاحب العمل في ذمة العامل ديون تعود لأسباب مختلفة ، تجعله دائناً للعامل ومديناً في نفس الوقت ، مما يؤدي إلى إثارة مسألة تطبيق المقاصة حسب القواعد العامة (المواد ٣٤٣ وما بعدها من القانون المدني الأردني) ، فيقوم صاحب العمل بخصم ما له قبل العامل من الأجر ، إلا أن الأخذ بالقواعد العامة في تطبيق المقاصة توجد فيها خطورة على معيشة العامل ^(٣) ، لذلك تدخل المشرع لحمايته ، وتمثلت هذه الحماية بتحديد حالات الاستقطاع من الأجر وتنظيم نسب الاستقطاعات ، بحيث لا يمكن تخطي حدود هذه النسب ^(٤) .

ج - حماية الأجر تجاه دائني صاحب العمل والعامل نفسه

قد يكون صاحب العمل مديناً بديون تزيد على أمواله ، مما يؤدي إلى توزيعها بين دائنيه

^(١) المادة (٢/٢٣٦) من القانون المدني الأردني .

^(٢) الدكتور / إبراهيم منصور العتوم / المرجع السابق / ص ١٢٢ .

^(٣) بوعالفة غريب / رسالة ماجستير / مرجع سابق / ص ١٤٢ .

^(٤) المادة (٤٧) من قانون العمل الأردني والمادة (٨٣) من قانون العمل الفلسطيني ، وانظر في تفصيل ذلك الدكتور / احمد عبد الكريم أبو

غضب / المرجع السابق / ص ١٨٤-١٨٦ ، والدكتور / عبد الواحد كرم / المرجع السابق / ص ١٤٧-١٥٠ .

على أساس قسمة الغرماء ، فلا يتمكن العامل في هذه الحالة باعتباره دائئاً لصاحب العمل بالأجر من استيفائه كاملاً ، لذلك حرصت التشريعات المختلفة على تجنيب العمال الموقف الناشئ عن عدم كفاية أموال صاحب العمل المدين للوفاء بديونه ، فقررت امتيازاً عاماً لأجورهم على أموال صاحب العمل ^(١) .

فحرصاً من المشرع الأردني على ضمان استيفاء العمال لأجورهم قبل غيرهم من دائئني صاحب العمل ، أقر لهم امتيازاً عاماً من الدرجة الأولى على جميع أموال صاحب العمل من منقولات وعقارات ^(٢) ، إذ نص في المادة (٥١) من قانون العمل على أنه " بالرغم مما ورد في أي قانون آخر تعتبر الأجور والمبالغ المستحقة بموجب أحكام هذا القانون للعامل أو ورثته أو المستحقين بعد وفاته ديوناً ممتازة من الدرجة الأولى " ، وعليه فإن الأجور والمبالغ المستحقة للعمال تدفع بعد المصروفات القضائية مباشرة وقبل الضرائب والرسوم والحقوق الأخرى المستحقة للحكومة ، مرجحاً بذلك حقوق العامل الخاصة على الحقوق العامة للدولة ، وفي حالة التصفية أو إفلاس صاحب العمل ، نجد أن المشرع يقر للعامل الحق بأجر شهر واحد يدفعه له المصفي أو وكيل التفليسة قبل تسديد أية مصروفات أخرى بما في ذلك المصروفات القضائية ومصروفات التفليسة أو التصفية ^(٣) ، هنا أيضاً نجد أن المشرع الفلسطيني يعتبر أجر العامل من الديون الممتازة ، إلا أنه لم يحدد مرتبتها ، لذا نتمنى على المشرع الفلسطيني أن يجعلها ديوناً ممتازة من الدرجة الأولى كما فعل المشرع الأردني .

كما أن العامل قد يكون مديناً لأسباب مختلفة ، فيعتمد دائئونه إلى الحجز على الأجر لدى صاحب العمل ، الأمر الذي دفع التشريعات المختلفة إلى الحد من سلطتهم في الحجز على الأجر

(١) انظر في ذلك بوخليفة غريب / رسالة ماجستير / مرجع سابق / ص ١٥٠ — ١٥٤ .

(٢) الدكتور / أحمد أبو شنب / المرجع السابق / ص ١٨٣ ، الدكتور / عبد الواحد كرم / المرجع السابق / ص ١٤٥ .

(٣) المادة (٥١) من قانون العمل ، قارن المادة (٨) من الاتفاقية العربية رقم (١٥) .

قبل قبضه ، بتحديد القدر الجائز الحجز عليه من الأجر ، ليتمكن العامل من الحصول على جزء منه لمواجهة متطلبات الحد الأدنى الضروري للمعيشة ^(١) .

وهو ما أخذ به المشرع الأردني في قانون العمل الملغي ، إذ كان يحد من سلطة دائني العامل في الحجز على أجره قبل قبضه ، خارجا بذلك على المبدأ العام الذي يخول الدائن سلطة الحجز على أموال مدينه حيثما وجدت ، إذ لم يسمح في المادة (٤/٢٧) منه بالحجز على الأجور المستحقة للعامل عن الخمسة دنانير الأولى شهريا ، إلا أنه لم ينص على هذا التحديد في قانون العمل الجديد ، وكذلك الأمر بالنسبة للمشرع الفلسطيني ، معتبرا الحجز بموجب الحكم القضائي صحيحا إذا تم في حدود النسب التي يقررها هذا الحكم ، أي أنه ترك تقدير النسب التي لا يجوز أن ينالها الحجز لقاضي الموضوع ، الذي يقدرها تبعاً لحالة العامل وحالة الدائن وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، وحذا لو وضع كل من المشرعين الأردني والفلسطيني حداً أدنى لا يجوز الحجز عليه من أجر العامل .

ثانياً :- الالتزام بالتنظيم القانوني لأوقات العمل والإجازات

يعد تنظيم وقت العمل وتحديد وإقرار الإجازات المأجورة من أهم المجالات التي تدخل فيها المشرع ، ذلك أن مدة العمل اليومي كانت طويلة جداً ما قبل التشريع الاجتماعي ، حتى أنها كانت تتراوح في بداية الثورة الصناعية ما بين (١٥-١٧) ساعة عمل يوميا ، كما أن علاقة العمل في تلك المرحلة لم تعرف فكرة التوقف المأجور للعامل عن عمله ، أو ما يعرف في أيامنا بالإجازات ^(٢) .

وقد جاء هذا التدخل ليضع نواظم أمرة تفرض على طرفي العقد ، فلم يعد بوسع صاحب

العمل تشغيل العامل معظم ساعات يومه ، كما كان عليه الوضع قبل مرحلة تدخل

^(١) انظر في ذلك المادة (٣/٣٤) من قانون العمل العراقي والمادة (٤/٢٤) من قانون العمل الليبي .

^(٢) الذكور / محمد فاروق الباشا / المرجع السابق / ص ٢٦٠ .

الدولة في علاقات العمل ، وإنما هناك سقف محدد بنصوص أمرة لا يجوز تخطيه ^(١).

وعلى ذلك قضى المشرع الأردني من حيث المبدأ ، أن ساعات العمل اليومي للبالغين ، هي ثمان ساعات في اليوم ، كما حدد الحالات التي يجوز فيها لصاحب العمل تشغيل العامل ساعات إضافية زيادة على الحد الأقصى المقرر قانوناً دون حاجة لموافقة العامل ، بحيث ضيق من هذه الحالات حتى لا يطلق من يد صاحب العمل في ذلك ، ملزماً في الوقت نفسه صاحب العمل بدفع أجر عن كل ساعة عمل إضافية لا يقل ١٢٥% من الأجر المسمى ^(٢).

أما المشرع الفلسطيني فقد عمد إلى تحديد ساعات العمل الأسبوعي بخمس وأربعين ساعة ، أي بمعدل سبع ساعات ونصف في اليوم ، وأخضع العمل الإضافي لموافقة العامل ، على أن يدفع للعامل أجر ساعة ونصف عن كل ساعة عمل إضافي ^(٣).

وكذلك أوجب كل من المشرعين منح العامل يوم راحة أسبوعية بأجر كامل ، ونص على أن يكون يوم الجمعة من كل أسبوع عطلة للعامل ، وتسهيلاً على العامل فقد أجاز له أن يتفق مع صاحب العمل على جمع أيام عطلته الأسبوعية التي يستحقها خلال شهر واحد والتمتع بها دفعة واحدة ، بالإضافة إلى حقه بالعطل الرسمية في الأعياد والمناسبات المدنية والوطنية ^(٤).

يضاف إلى ذلك ما نص عليه المشرع من التزام صاحب العمل بمنح العامل إجازات معينة تحقيقاً لأغراض مختلفة أو لمواجهة ظروف خاصة ، كالإجازة السنوية والمرضية والإجازات الإضافية (إجازة التدريب وإجازة الحج) ، بالإضافة إلى إجازات المرأة العاملة ^(٥).

^(١) الدكتور / منصور العتوم / المرجع السابق / ص ٨٦ ، الدكتور / عبد الواحد كرم / المرجع السابق / ص ١٥٥.

^(٢) انظر في ذلك المواد (٥٦ — ٥٩) من قانون العمل ، والدكتور / هشام رفعت هاشم / المرجع السابق / ١٨٥ — ٢٠٨ ، والدكتور / أحمد أبو شنب / المرجع السابق / ص ١٨٨ — ٢١١.

^(٣) انظر المواد (٦٨ — ٧١) من قانون العمل الفلسطيني رقم (٤) لسنة ٢٠٠٠.

^(٤) المادة (٦٠) من قانون العمل الأردني والمادة (٧٢) من قانون العمل الفلسطيني.

^(٥) انظر في ذلك المواد (٧٤ — ٨٠) من قانون العمل الفلسطيني والمواد (٦١ — ٦٨) من قانون العمل الأردني، وانظر في تفصيل هذه الإجازات الدكتور / منصور العتوم / المرجع السابق / ص ١٢٢ وما بعدها، والدكتور / عبد الواحد كرم / المرجع السابق / ص ١٦٠.

ومن أجل ضمان تطبيق النصوص الواردة في قانون العمل بهذا الصدد نص كل من
المشرع الأردني والفلسطيني على إيقاع عقوبة الغرامة على صاحب العمل عن مخالفته لقواعد
تنظيم أوقات العمل والراحة والإجازات^(١).

ثالثاً :- الالتزام بتوفير الوقاية والرعاية من أمراض وحوادث العمل

كانت المسؤولية عن حوادث العمل تخضع للقواعد العامة^(٢)، أي أنها لا تترتب على
صاحب العمل إلا إذا ثبت خطأ من جانبه أو من جانب من هم تحت رعايته ، وأمام صعوبة
إثبات ذلك من قبل العامل ، أخذ القضاء الفرنسي يفرض على صاحب العمل التزامات قانونية ،
توجب عليه اتخاذ جميع الاحتياطات العادية وغير العادية لتأمين سلامة العمال ، كما كان
يتساهل في الأخذ بالقرائن الدالة على إهمال صاحب العمل، بحيث يكون صاحب العمل مسؤولاً
عن حوادث العمل التي تقع أثناء العمل أو بمناسبة، بصرف النظر عن توفر الخطأ، خارجاً
بذلك على القواعد العامة للمسؤولية المدنية، بقصد حماية العامل كطرف ضعيف في عقد العمل،
وبصدور قانون ١٩ أبريل ١٨٩٨، الذي نص على فكرة مخاطر الحرفة ، أصبح صاحب العمل
مسؤولاً عن الحوادث التي تقع للعامل أثناء عمله أو بمناسبة، بصرف النظر عن أي خطأ^(٣).

وهو ما أخذ به المشرع المصري في قانون العمل رقم (٦٤) لسنة ١٩٣٦ ، عندما أعطى
لكل عامل أصيب بسبب العمل وفي أثناء تأديته الحق في الحصول من صاحب العمل على
تعويض عن إصابته ، بحيث لا تنتفي مسؤولية صاحب العمل إلا إذا تسبب العامل في إحداث
الإصابة عمداً ، كما عزز المشرع المصري هذا الضمان بإصداره القانون رقم (٨٦) لسنة
١٩٤٢ ، بشأن التأمين الإجباري عن حوادث العمل^(٤).

(١) المادة (١٣١) من قانون العمل الفلسطيني والمادة (٧٧) من قانون العمل الأردني .

(٢) الدكتور / هشام رفعت هاشم / المرجع السابق / ص ١٣٨ .

(٣) الدكتور / الصده / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٣٢٣ .

(٤) الدكتور / عبد الحكيم فوده / المرجع السابق / ص ٣٦٨ .

وبذلك أخذ المشرع الأردني في قانون العمل ، عندما اعتبر حماية العامل ووقايته من الأمراض المهنية ورعايته حال المرض ، من أولى اهتماماته ، حيث خص هذه المواضيع بثمانى عشرة مادة ، الزم من خلالها صاحب العمل توفير الاحتياطات والتدابير اللازمة بحماية العمال وتوفير وسائل وأجهزة الإسعاف الطبي للعمال في المؤسسة ^(١)، وفي حال إصابة العامل بإصابة عمل أوجب عليه نقله إلى المشفى أو أي مركز طبي ، وأن يبلغ الجهات الأمنية بذلك ، بالإضافة إلى تحميل صاحب العمل التعويض عن الأضرار التي تصيب العامل ^(٢)، وبنفس الموقف أخذ المشرع الفلسطيني في المواد (١١٦ - ١٣٠) من قانون العمل .

فقانون العمل ومن خلال هذه النصوص ضمن حماية أكبر للعامل ضد كل إصابة يتعرض لها متى كان مصدرها حادث عمل أو وقعت بسبب أو بمناسبة العمل ، عندما قرر له التعويض على أساس فكرة الخطر المهني أو تحمل التبعة ، إلا أن هذه الحماية قاصرة على حالة تعرض العامل لإصابة عمل دون أن تضمن الحالة الاجتماعية التي يفضي إليها الخطر المهني عادة ، الأمر الذي تفاداه المشرع الأردني بإصدار قانون الضمان الاجتماعي رقم (٣٠) لسنة ١٩٧٨ ، الذي جاء لتحقيق إطار شامل للتأمين الاجتماعي في مواجهة إصابات العمل بوصفها خطرا اجتماعيا ^(٣)، وهنا نتمنى على المشرع الفلسطيني أن يعمل على إصدار قانون للضمان الاجتماعي حتى يساير التشريعات الاجتماعية الحديثة .

إن هذه هي أهم الالتزامات التي تدخل المشرع في كل من الأردن وفلسطين وفرضها على صاحب العمل بهدف حماية العامل كطرف ضعيف في عقد العمل ، هذا التدخل الذي يشكل تقييدا لحرية الطرفين في عقد العمل ، تلك الحرية التي هي في الحقيقة حرية أصحاب الأعمال

^(١) انظر في تفصيل ذلك الدكتور / احمد عبد الكريم أبو شنب / المرجع السابق / ص ٢١١-٢١٤ ، والدكتور / منصور العتوم / المرجع السابق / ص ١٣١ .

^(٢) انظر المواد (٧٨ - ٩٦) من قانون العمل الأردني .

^(٣) انظر في تفصيل ذلك المحامي / محمد عبد الله الظاهر / إصابات العمل بين قانون العمل والضمان الاجتماعي / عمان / ١٩٩٤ .

وحدهم بالنظر إلى مركزهم الاقتصادي القوي ، وان كانت هناك قيود والتزامات أخرى فرضها
المشرع بهدف تحقيق هذه الحماية ، كالقيود التي يفرض بمقتضاها على صاحب العمل استخدام
عمال معينين لأسباب اجتماعية أو أدبية أو ذات طابع إنساني ^(١) ، بالإضافة للأحكام الخاصة
بعمل الأحداث والمرأة العاملة ^(٢) والأحكام المتعلقة بالتفتيش ^(٣) ، إلا أننا نكتفي بهذا القدر لتلركين
تفصيل ذلك للدراسات المتخصصة .

وقبل الانتهاء لا بد لنا من الإشارة إلى أهم القيود التي فرضها المشرع على سلطة
صاحب العمل في فرض الجزاءات التأديبية على العامل ، هذه السلطة التي أسيء استعمالها في
الماضي من قبل أصحاب الأعمال .

الفرع الثاني

الحماية من خلال تقييد حرية صاحب العمل في فرض الجزاءات التأديبية

درج أصحاب الأعمال على تضمين لائحة المصنع أو المؤسسة شروطاً تفرض على
العمال غرامات وجزاءات تأديبية أخرى بسبب مخالفة التعليمات المدرجة في النظام الداخلي
للمصنع ، ولم يتردد القضاء والفقه في كل من فرنسا ومصر في الاعتراف بمشروعية هذه
الجزاءات ، ووجوب احترامها وأخذ العمال والمستخدمين بها ، التزاماً منهما بمبدأ حرية
الاتفاقات ، ذلك أن هذه الجزاءات كانت تعد بمثابة شروط جزائية في العقد ، إلا أن هذه
الجزاءات قد أسيء استعمالها في كثير من الأحيان من قبل أصحاب الأعمال ، وذلك من حيث

(١) انظر في ذلك المحامي / موسى شكري حباس / عقد العمل / المرجع السابق / ص ٨٧ — ٩٦ ، الدكتور / عبد الواحد كرم / المرجع
السابق / ص ٦٠ — ٦٨ ، والمادة (١٣) من قانون العمل الفلسطيني والمادة (١٣) من قانون العمل الأردني .

(٢) انظر في ذلك المواد (٩٣ — ١٠٦) من قانون العمل الفلسطيني والمواد (٦٧ — ٧٧) من قانون العمل الأردني ، وانظر في حماية المرأة
العاملة / زعرور سليمة / الحماية القانونية للمرأة العاملة في قانون العمل / رسالة ماجستير / جامعة الجزائر / ١٩٩١

(٣) انظر في ذلك المواد (٥ — ٩) من قانون العمل الأردني ، والمواد (١٠٠ — ١٠٢) من قانون العمل الفلسطيني .

المبالغة في تقديرها بحيث لا تتناسب مع خطورة المخالفة التي فرضت لها ، كما أن عودة الغرامات إلى جيب صاحب المشروع قد جعله يتعسف في فرضها (١).

الأمر الذي دفع التشريعات المختلفة إلى التدخل بتنظيم هذه الجزاءات بنصوص قانونية أمرة ، وهو ما أخذ به كل من المشرعين الأردني والفلسطيني ، فبعد أن أعطى صاحب العمل الحق في توقيع بعض الجزاءات على العامل الذي يخل بالتزاماته وذلك انطلاقاً من سلطته في التوجيه والإشراف على حسن سير العمل ، وكأحد شروط علاقة التبعية التي تقتضي توافر شرطين هما صلاحية صاحب العمل في إصدار التعليمات الخاصة بتنفيذ العمل وسلطته في محاسبة العامل على عدم تنفيذ تلك التعليمات (٢) ، عاد وقيد هذا الحق بما يوفر الحماية للعامل عن طريق وضع قواعد معينة لإعمال هذه الجزاءات ، ويتخذ هذا التقيد حسب أحكام المادة (٤٨) من قانون العمل الأردني والمادة (٨٤) المقابلة لها في قانون العمل الفلسطيني الأشكال الآتية :-

- ١- عدم جواز تعدد الجزاءات المفروضة عن مخالفة واحدة .
- ٢- الالتزام بالحد الأقصى لعقوبة الغرامة التي تفرض عن المخالفة الواحدة ، وهذا الحد الأقصى هو أجر ثلاثة أيام في الشهر .
- ٣- عدم فرض الجزاء التأديبي على العامل إلا بعد سماع أقواله ، وذلك من أجل تمكينه من الدفاع عن نفسه .
- ٤- منح العامل الحق في الاعتراض على العقوبة لدى مفتش العمل .
- ٥- سقوط حق صاحب العمل في فرض الجزاء التأديبي بمرور خمسة عشر يوماً على ارتكاب المخالفة ، وذلك حتى لا يبقى العامل مهدداً بتوقيعها إلى مالا نهاية .

(١) الدكتور / الصده / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ١٩٢ - ١٩٦ .

(٢) تميز حقوق رقم ٣٩٢ / ٦٤ / مجلة نقابة المحامين / لسنة ١٩٦٥ / ص ١٨٨ .

٦- عدم تمكين صاحب العمل من الاستئثار بحصيلة الغرامات ، لأن استئثاره بها يدفعه إلى الإسراف في فرضها ، كما أن الغرامة هنا ليست جزاء مدنيا بل جزاء تأديبيا يفرض لمصلحة نظام العمل ، لهذا فان حصيلتها يجب أن تؤول إلى غير صاحب العمل ، لذا نص كل من المشرع الأردني والفلسطيني على أن تخصص هذه الغرامات لتحقيق خدمات اجتماعية للعمال في /المؤسسة وفق ما يقرره وزير العمل^(١).

وحسنا فعل المشرع الأردني والمشرع الفلسطيني عندما أخذوا بهذه القواعد ، إلا أنه يؤخذ على المشرع الفلسطيني فيما يتعلق بلائحة الجزاءات أنه ترك أمر وضع هذه اللائحة لإرادة صاحب العمل ، وذلك خلافا لما فعله المشرع الأردني في قانون العمل الجديد ، عندما ألزم صاحب العمل الذي يستخدم عشرة عمال فأكثر أن يضع نظاما داخليا لتنظيم العمل في المؤسسة يتضمن مخالفات العمل والعقوبات والتدابير المتخذة بشأنها بما في ذلك الفصل من العمل ، وأخضعها لتصديق وزير العمل ، في حين كان ذلك جوازيا في ظل قانون العمل الملغى^(٢)، وان كان يؤخذ على المشرع الأردني عدم النص على إلزام صاحب العمل بوضع هذه اللائحة في مكان بارز حتى يتحقق العلم بها من قبل العامل ، لما في ذلك من ضبط لسلطة صاحب العمل

العمل ————— ل التأديب ————— ة .

(١) الفقرة (ج) من المادة (٤٨) من قانون العمل الأردني والفقرة (د) من المادة (٨٤) من قانون العمل الفلسطيني .
(٢) المادة (٥٠) من قانون العمل الأردني ، وانظر في ذلك الدكتور / احمد أبو شنب / المرجع السابق / ص ١٦١ .

المطلب الثاني

الحماية من خلال الأحكام الخاصة بإنهاء عقد العمل

سواء أكان عقد العمل محدد المدة أم غير محدد المدة ، فإنه بنوعيه ينقضي ، كبقية العقود الملزمة لجانبين باتفاق طرفيه على فسخه ، كما ينقضي لأسباب خارجة عن إرادة الطرفين بانفساخه بقوة القانون ^(١).

وإذا كان عقد العمل محدد المدة ، فإنه ينقضي بحلول الأجل المتفق عليه ، وبالتالي لا يجوز لصاحب العمل قبل ذلك أن ينفرد بفسخ العقد وإلا ألزم بأداء الأجر إلى تمام المدة ^(٢)، أما إذا كان عقد العمل غير محدد المدة ، فإنه (كما هو معروف) يتصف بجهالة طرفيه للوقت الذي ينتهي فيه، ويفترض بالتالي أن لكل منهما حرية في إنهائه ، انطلاقاً من حرية الإرادة العقدية. وقد استقر الفقه والاجتهاد على أن كل واحد من طرفي هذا العقد يتمتع من حيث المبدأ بحق إنهائه من طرف واحد ، ذلك أن عدم تحديد المتعاقدين مدة للعقد مقتضاه رضاؤهما بالسماح لأي منهما أن يضع حدا لعلاقته بالآخر عندما يشاء ، ودونما حاجة لموافقة هذا الطرف الآخر ، وهو أمر ضروري لصاحب العمل والعامل على حد سواء ، فبالنسبة لصاحب العمل فإن حق الإنهاء هذا مرتبط بمقدرته على ممارسة مسؤولياته وسلطاته كرئيس للمشروع ، أما العامل فيتجسد الأمر في حماية حريته الشخصية لأنه لا يمكن لإنسان أن يلتزم خدماته إلى ما لا نهاية ^(٣).

(١) انظر في ذلك الدكتور / منصور العتوم / المرجع السابق / ص ١٤٧ - ١٤٩ ، والدكتور / احمد عبد الكريم أبو شب / المرجع السابق / ص ٢٢٢ .

(٢) تنص المادة (٨٢٦) من القانون المدني الأردني على انه " إذا كانت مدة العمل معينة في العقد وفسخ صاحب العمل العقد قبل انقضاء مدته بلا عذر أو عيب في عمل العامل وجب أداء الأجر إلى تمام المدة " .

(٣) الدكتور / محمد فاروق الباشا / المرجع السابق / ٣٢٢.

وقد أخذ المشرع الأردني بهذا المبدأ إذا كان عقد العمل لمدة غير محددة ، عندما أجاز لكل من المتعاقدين أن يضع حدا لعلاقته بالآخر ، في المادة (٢/٨٢٨) من القانون المدني التي تنص على أنه " إذا لم تكن المدة معينة بالاتفاق أو بنوع العمل أو بالغرض منه ، جاز لكل من العاقدين إنهاء العقد في أي وقت أراد " .

ولكن تطبيق مبدأ حرية إنهاء العقد على النحو المتقدم يعكس بعض المخاطر بالنسبة للطرفين وبشكل خاص بالنسبة للعامل كطرف ضعيف في عقد العمل ، إذ قد يعيش فترة من البطالة نتيجة هذا الإنهاء المفاجئ ، مما يؤثر على الوضع المعيشي له ولأسرته ، بالإضافة إلى إمكانية إساءة استعمال هذا الحق من قبل صاحب العمل ^(١).

لذلك كان لا بد من وضع بعض القيود على استقلالية الإرادة في إنهاء العقد ، وقد تجسد التنظيم القانوني لهذا الإنهاء بوضع قيدين على حرية كل من صاحب العمل والعامل في إنهاء العقد غير المحدد المدة ، قيد إجرائي تمثل بوجوب الإخطار قبل الإنهاء بمدة معينة ، وقيد موضوعي بأشتراط عدم التعسف في استعمال هذا الحق ، ذلك أن الإنهاء سواء أوقع بعد إخطار أم لا ، يجب أن لا يقع إلا على أساس ، بحيث يكون لغرض مشروع ، وإلا أسيء استعماله ^(٢).

ومع ذلك فإن بعض التشريعات ما زالت ترى في حق صاحب العمل بإنهاء عقد العمل بإرادته المنفردة ، سلطة يجب تقييدها أكثر من ذلك أو إلغاؤها عن طريق إخضاع عملية الإنهاء إلى سلطة جهة من خارج العقد ولا صلة لها بالإرادة العقدية للطرفين ، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري والمشرع السوري .

فمن أجل توفير أكبر قدر من الحماية للعامل من تعسف صاحب العمل في استخدام حق الإنهاء جعل المشرع الجزائري حق الإنهاء بالنسبة لصاحب العمل مجرد حق وظيفي لا يكون

^(١) الدكتور / حسن كيرة / المرجع السابق / ص ٧٥٤.

^(٢) الدكتور / الصده / الرسالة/ ص ٣٨٤ ، الدكتور / محمد ليب شنب / شرح قانون العمل / دار النهضة العربية / ١٩٦٤ / ٣٤٩ .

له أساس إلا في حدود الحالات المنصوص عليها في القانون ، منها حالة ارتكاب العامل خطأ جسيماً أو خطيراً ، وهو ما يسميه بالتسريح التأديبي ، الذي جاء النص عليه في المادة (٤/٩٢) من القانون الأساسي العام للعامل رقم (٥) لسنة ١٩٧٨ ، والتي يتضح من خلالها أن المشرع الجزائري قد حصر حالات إنهاء علاقة العمل بحالات التسريح ذو الطابع التأديبي ، وإن كان قد ترك للإرادة الحق في الإنهاء في بعض الحالات الأخرى ، كحالة عدم القدرة المهنية ، وحالة الإنهاء لأسباب اقتصادية تتعلق بصاحب العمل ، إلا أنه أحاط الإنهاء في هاتين الحالتين بقيود كثيرة يجب على صاحب العمل مراعاتها ^(١).

أما عن موقف المشرع السوري ، فبعد أن أكد على حق كل من طرفي العقد في إنهاء عقد العمل بإرادته المنفردة إذا كان غير محدد المدة في المادتين (٢/٦٦٠) من القانون المدني (٧٢) من قانون العمل ، عاد وانتزع سلطة الإنهاء من يد صاحب العمل وأوكلها إلى لجنة أطلق عليها لجنة قضايا التسريح ، وذلك في المرسوم التشريعي رقم (٤٩) بتاريخ ١٩٦٢/٧/٣ ، هادفاً من تعديله هذا تحقيق أقصى ما يمكن من الحماية للعامل .

إلا أن هذا الموقف كان محل نقد ، إذ أن الأخذ به يترتب عليه إهدار مبدأ سلطان الإرادة العقدية الذي لا يعني حرية الأطراف في التعاقد فحسب، وإنما أيضاً حرية الاستمرار أو عدم الاستمرار في التعاقد، كما أنه يتناقض مع حق صاحب العمل في إدارة مشروعه من زاوية الاستخدام والفصل، وفي ذلك يقول الدكتور محمد فاروق الباشا " الواقع أن صاحب العمل كثيراً ما يجد نفسه لاعتبارات اقتصادية أو مسلكية وتأديبية، أو لما يتصل بكفاءة العامل، مضطراً إلى تسريحه وإن إكراه رب العمل على الاحتفاظ به ، يلغي مبدأ هاما يتمثل في الحرية الشخصية في التعامل ، وغالباً ما يكون ذلك المسلك على حساب الجانب الاقتصادي والمالي للعلاقة " ^(٢).

^(١) عبد الحفيظ بلخيظ / الإنهاء التعسفي لعقد العمل / رسالة ماجستير / جامعة الجزائر / بلا سنة / ص ٨٩ .

^(٢) الدكتور / محمد فاروق الباشا / المرجع السابق / ص ٣٢٤ .

أما المشرع المصري فعلى الرغم من أنه قد أغفل النص على حق صاحب العمل في الإنهاء في قانون العمل الجديد رقم (١٣٧) لسنة ١٩٨١ ، وتقييده هذا الحق بتوافر الخطأ الجسيم من قبل العامل ، وهو ما قضت به الفقرة الأولى من المادة (٦١) من التقنين السابق بالنص على أنه " لا يجوز فصل العامل إلا إذا ارتكب خطأ جسيماً " ، إلا أنه وبالرجوع إلى المذكرة الإيضاحية نجد أن المشرع المصري قد أفصح في وضوح تام عن انصراف إرادته إلى عدم المساس بحق صاحب العمل في إنهاء العقد طبقاً للقواعد العامة ، وبالتالي فإن المشرع المصري لم يُلغِ حق صاحب العمل في إنهاء عقد العمل ، وأن إغفاله في القانون الجديد لا يعني تعطيله بل في هذه الحالة وعند عدم وجود نص في قانون العمل يجب الرجوع إلى القواعد العامة ، التي تمنحه مثل هذا الحق ^(١) .

وعليه نجد أن جميع التشريعات الاجتماعية الحديثة تتجه نحو تقييد حق وحرية صاحب العمل في إنهاء العقد ، وذلك في إطار توسيع مبدأ حماية العامل كطرف ضعيف في عقد العمل ، وأن معظم هذه التشريعات تقصر الحماية على الأخذ بالتقنين السابقين مع الاعتراف بحق صاحب العمل في إنهاء العقد حرصاً منها على التوفيق بين مقتضيات حماية العامل وبين الحفاظ على المبادئ الأساسية في حرية الإرادة العقدية ، وهو ما أخذ به المشرع الأردني في قانون العمل والقانون المدني ، وكذلك المشرع الفلسطيني ، إذ نص كل منهما على هذين التقنينين بعد الاعتراف لصاحب العمل بحق الإنهاء .

(١) الدكتور / محمود جمال الدين زكي / عقد العمل / ط ٢ / ١٩٨٢ / ص ١٠٣٥ .

الفرع الأول

تقييد حق الإنهاء بضرورة الإشعار (الإخطار)

يعد الإشعار إجراء حديثا نسبيا في علاقات العمل ، إذ فرضته الحاجة لحماية العامل من تعسف صاحب العمل في استعمال حقه بإنهاء العقد ، ذلك أن إعلان إرادة أحد العاقلين إلى الآخر بإنهاء العقد ، من شأنه إزالة عنصر المفاجأة في الإنهاء وبالتالي درء الضرر المحتمل الذي يمكن أن يلحق بأي من الطرفين خصوصا العامل ، الذي يستطيع خلال مهلة الإشعار البحث عن عمل آخر تجنباً للوقوع في البطالة .

وقد كان المشرع الفرنسي هو أول من فرض هذا الإجراء بنص قانوني ابتداء من صدور قانون ١٩ تموز ١٩٢٨ ، إلا أنه لم يحدد مدة هذا الإشعار ، واكتفى باشتراط أن تكون مدة معقولة يتبع في شأنها العرف الجاري في المهنة ، الأمر الذي دفع أصحاب العمل إلى إدراج شرط في لائحة المصنع أو عقد العمل يحذفون بموجبه مدة الإشعار ، بأن ينص على أن لكل من طرفي العقد ، صاحب العمل والعامل ، أن ينقض العقد في أية لحظة دون إشعار سابق للطرف الآخر ، أو أن يعدل هذا الشرط من مدة الإشعار فيقدرها مقدما بطريقة جزافية كان يحصرها في خمسة عشر يوما ، وقد استقر القضاء الفرنسي في تلك الفترة على تصحيح شرط حذف مدة الإشعار عند طرد العامل^(١).

أما القضاء المصري ، فبعد أن تردد بين تصحيح مثل هذه الشروط التي تتضمن حذفا لمدة الإشعار ، عاد واستقر على اعتبار مدة الإشعار عند إنهاء عقد العمل تتعلق بالنظام العام وأن الاتفاق على إمكان الإنهاء دون مراعاة هذه المدة يكون باطلا^(٢).

(١) الدكتور / الصده / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٢٠٠ .

(٢) جاء في قرار محكمة الاستئناف المختلطة " إن الشرط الذي يتضمن حذفا لمدة الإخطار عند فسخ العقد يكون باطلا لمخالفته للنظام العام " استئناف مختلط في ٣٠ ديسمبر ، سنة ١٩٣١ ، تشريع وقضاء ، ٤٤ ص ٩٤ ، عن الدكتور / الصده / مرجع سابق / ص ٢٠٢ .

ومع تطور التشريعات الاجتماعية المتعلقة بالعمل ، أخذت تنظم أحكام الإشعار وتوسع من أهميته كإجراء محتم لإنهاء العقد إراديا ، وهو ما أخذ به كل من المشرع الأردني والفلسطيني في قانون العمل باعتمادهما أسلوب الإشعار لجواز إنهاء عقد العمل الفردي غير المحدد المدة .

فبعد إطلاقهما حرية الطرفين في إنهاء العقد غير المحدد المدة ، عادا وقيدا استعمال هذا الحق بضرورة قيام الطرف الراغب في إنهاء العقد بتوجيه إشعار للطرف الآخر يعلن فيه عن رغبته في إنهاء العقد ، إذ نص المشرع الأردني في الفقرة (أ) من المادة (٢٣) من قانون العمل على أنه " إذا رغب أحد الطرفين في إنهاء العقد غير محدد المدة فيترتب عليه إشعار الطرف الآخر خطيا برغبته في إنهاء العقد قبل شهر واحد على الأقل ولا يجوز سحب الإشعار إلا بموافقة الطرفين " ، كما نص المشرع الفلسطيني على ذلك في المادة (٤٦) من قانون العمل.

وبذلك فإن المشرعين الأردني والفلسطيني أوجبا على صاحب العمل الذي يرغب بإنهاء عقده مع العامل ، إعطاء إشعار خطي للعامل قبل شهر واحد على الأقل من تاريخ الإنهاء ، واعتبرا مهلة الشهر هذه استمرارا للعقد الذي يبقى نافذا كما كان عليه قبل الإشعار ، ومن ثم فإنها تعد من مدة الخدمة للعامل ويستحق عنها جميع الحقوق التي نص عليها القانون ^(١).

ويعتبر إجراء الإشعار بحد ذاته من القواعد المتعلقة بالنظام العام في إنهاء عقد العمل غير المحدد المدة من حيث المبدأ ، ومن ثم لا يجوز الاتفاق على مخالفة أحكامه إلا إذا كانت المخالفة لمصلحة العامل ^(٢)، وعليه فإن كل اتفاق مسبق بين الطرفين على إعفاء صاحب العمل مثلا من الإشعار يعتبر باطلا ، ولكن اتفاقهما على إعفاء العامل منه يعتبر صحيحا ، لأن الشرط في هذه الحالة يعتبر لمصلحة العامل ، كما أن الاتفاق على تقصير مدة الإشعار عن الحد الأدنى المحدد قانونا ، هو الآخر باطل ، إلا إذا كان لمصلحة العامل .

^(١) الفقرة (ب) من المادة (٢٣) من قانون العمل الأردني والفقرة (٢) من المادة (٤٦) من قانون العمل الفلسطيني .

^(٢) انظر المادة (٤) من قانون العمل الأردني والمادة (٦) من قانون العمل الفلسطيني ، والدكتور /منصور العنوم/ المرجع السابق /ص ١٥١.

الفرع الثاني

تقييد حق الإنهاء بانعدام التعسف

تعرضت المجموعة المدنية المصرية القديمة لفسخ العقد الذي لم تحدد مدته فاشتترطت أن يكون في وقت لائق للفسخ ، وقصدت بذلك الطرد دون مراعاة مدة معقولة يحصل الإخطار قبلها ، وسار القضاء المصري على ذلك في أول الأمر ، فكان يرى أن التعويض إنما يستحق للعامل عن الطرد في وقت غير لائق ، وأنه إذا أعطى إخطارا بمدة معقولة امتنع على العامل أن يتضرر من الطرد ، أي أنه لا يكون للعامل الحق في التعويض إلا في الحالة التي لا يوجه له فيها إخطار ^(١).

إلا أنه بعد ذلك شعر بوجوب حماية العامل من تعسف صاحب العمل في استخدام هذا الحق ، فبدأ يدخل في أحكامه فكرة الفصل التعسفي إلى جانب الفصل في وقت غير لائق ، وبعد ذلك تدخل المشرع المصري فنص على فكرة التعسف في الفسخ في المادة (٤٣) من قانون عقد العمل الفردي لعام ١٩٤٤ ، والمادة (٢/٦٩٥) من القانون المدني المصري ، التي تقضي بأنه " إذا فسخ العقد بتعسف من أحد المتعاقدين كان للمتعاقد الآخر ، إلى جانب التعويض الذي يكون مستحقا له بسبب عدم مراعاة ميعاد الإخطار ، الحق في التعويض عما أصابه من ضرر بسبب فسخ العقد تعسفيا " .

وبعد ذلك تطبيقا خاصا لنظرية التعسف في استعمال الحق ، التي أخذت بها التشريعات المختلفة في قواعدها العامة ، كما هو الحال في التطبيقات الأخرى التي أوردتها في مواضيع مختلفة من قوانينها المدنية ، وقد جاء النص على هذه الحالة ليؤكد شمول نظرية التعسف في استعمال الحق ، لحالة الفصل التعسفي في عقد العمل ^(٢).

^(١) الدكتور / الصده / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ٣٨٤ .

^(٢) الدكتور / حسين عامر / التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود / المرجع السابق / ص ٣٣٠ ، الدكتور حسن كريمة / المرجع السابق / ص ٧٧١ .

وهو ما أخذ به المشرع الأردني ، فبعد أن أخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق كنظرية عامه في المادة (٦٦) من القانون المدني ، افرد قانون العمل أحكاما خاصة لحالة قيام صاحب العمل بفصل العامل تعسفيا في المادة (٢٥) منه ، والتي جاء فيها " إذا تبين للمحكمة المختصة في دعوى أقامها العامل خلال ستين يوما من تاريخ فصله أن الفصل كان تعسفيا ومخالفا لأحكام هذا القانون جاز لها إصدار أمرٍ إلى صاحب العمل بإعادة العامل إلى عمله الأصلي أو بدفع تعويض له بالإضافة إلى بدل الإشعار واستحقاقاته الأخرى المنصوص عليها في المادتين (٣٢) و (٣٣) من هذا القانون على أن لا يقل مقدار هذا التعويض عن أجور ثلاثة أشهر ولا يزيد على ستة أشهر ويحتسب التعويض على أساس آخر أجر تقاضاه العامل " (١).

يتضح من النص السابق أن المشرع الأردني لم يحدد المقصود بكلمة التعسف هنا ، ولم يضع قاعدة قانونية ، تتضمن حكما معيناً يحدد الوقائع لتكون المرجع فيما يثار حول تعرف ماهية الفصل التعسفي ، وهو أمر مقبول ، إذ ليس من المستطاع لنشرية ما أن يتناول مثل ذلك التفصيل أو يحدد نطاقه بأية صيغ أو معايير ، ذلك أن حالات التعسف تتغير وتتبدل في أوضاعها من وقت إلى آخر ، وعليه فإنه من المتعذر وضع تعريف محدد النطاق ، أو تحديد معيار ثابت بعينه لأحوال الفسخ (٢).

وبناء عليه فإن تقدير فيما إذا كان الفصل تعسفيا أم لا ، إنما يعود للقاضي ، إذ جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية " إن قانون العمل ترك للمحكمة حق تقدير أن فصل العامل كان تعسفيا أم غير تعسفيا " (٣) ، ويعين القاضي في كل حالة تطرح أمامه المعيار الذي يلائمها ، مسترشدا في ذلك بالقواعد العامة والمعايير التي ساقها المشرع الأردني في المادة

(١) تقابل المادة (٢٠) من قانون العمل الملغى .

(٢) الدكتور / حسين عامر / المرجع السابق / ص ٣٢٩ .

(٣) تمييز حقوق رقم ٧٠/١٢٢ ، مجلة نقابة المحامين ، لسنة ١٩٧٠ ، ص ٤٥٩ .

(٢/٦٦) ، التي تنص على أنه " يكون استعمال الحق غير مشروع :

١- إذا توفر قصد التعدي .

٢- إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة .

٣- إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر

٤- إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة .

إلا أن المعايير التي ضمنها المشرع هذه المادة ، لم تأت على سبيل الحصر إذ جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني أن تلك الضوابط إنما تهيئ للقاضي عناصر نافعة الاسترشاد^(١)، وعليه فإن تقدير القاضي للتعسف في فسخ عقد العمل من جانب صاحب العمل لا يقتصر على تلك الضوابط وإنما له أن يأخذ بغيرها تبعاً للظروف والملابسات المحيطة بكل حالة تعرض أمامه .

أما عن معيار التعسف أمام القضاء ، فبالرجوع إلى قرارات محكمة التمييز الأردنية نجد أن بعضها يشترط لاعتبار فصل العامل تعسفياً ، توافر شرط واحد فقط هو أن يأتي الفصل مخالفاً لأحكام المادتين (١٦، ١٧) من قانون العمل السابق^(٢)، اللتين حددتا الحالات التي يجوز فيها لصاحب العمل إنهاء خدمة العامل ، أي أنه يجعل من حق صاحب العمل في إنهاء العقد مجرد حق وظيفي كما فعل المشرع الجزائري ، بحيث يقصر حقه في الإنهاء على هذه الحالات فقط ، وهو أمر غير مقبول لعدم اتفاقه مع موقف المشرع الأردني وخاصة المادة (٢/٨٢٨) المشار إليها سابقاً والتي تجيز لكل من طرفي العقد إنهاءه بإرادته المنفردة إذا كان غير محدد المدة.

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني / الجزء الأول / ص ٨١ .

(٢) جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية " أن القانون ترك للمحكمة حق تقدير أن فصل العامل كان تعسفياً أم غير تعسفياً بشرط واحد هو أن يجري الفصل مخالفاً لأحكام المادتين (١٦ ، ١٧) من قانون العمل " تمييز حقوق رقم ٨٧/١٢٣ مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٧ ، ص ٥٧٧ ، وانظر في نفس المعنى تمييز حقوق رقم ٨٩/٨٦٠ مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩١ ، ص ١٢١٣ ، وانظر في موقف محكمة التمييز الأردنية الدكتور / أحمد أبو شنب / المرجع السابق / ص ٢٥٢ - ٢٥٤ .

بينما تشترط محكمة التمييز في معظم قراراتها^(١) ، وهو ما استقرت عليه ، توافر شرطين هما أن يصدر الفصل عن صاحب العمل بلا مبرر وأن يكون مخالفا لغرض المادتين (١٦، ١٧) من قانون العمل (السابق) ، وبالتالي إذا لم تتوفر إحدى هذه الحالات وقام صاحب العمل رغم ذلك بفصل العامل بلا مبرر فإن الفصل يكون عندئذ تعسفيا ، وبفس المعيار أخذ المشرع الفلسطيني عندما نص في الفقرة (٣) من المادة (٤٦) على أنه " يعتبر تعسفيا إنهاء عقد العمل دون وجود أسباب موجبة لذلك " .

إلا أن المشرع الفلسطيني نص في المادة (٣٩) على بعض الحالات التي يمكن اعتبار فصل العامل فيها تعسفيا ، عندما نص على أنه لا يمكن اعتبار النشاط النقابي للعامل أو مشاركته في إجراءات قضائية أو إدارية من الأسباب الحقيقية التي تبرر إنهاء العمل من قبل صاحب العمل .

وكذلك فقد نص المشرع المصري في المادتين (٢/٦٩٥) و (٦٩٦) من القانون المدني ، والمادة (٦٧) من قانون العمل على بعض الحالات التطبيقية لإنهاء التعسفي لعقد العمل غير المحدد المدة^(٢) .

ولكن القضاء المصري لم يقتصر فيما يتعلق بإنهاء التعسفي لعقد العمل على الحالات التي أوردها المشرع ، وإنما أضاف إليها حالات أخرى كثيرة لا يمكن حصرها ، واعتبر الإنهاء بسببها مشوبا بالتعسف في استعمال الحق ، مطبقا في ذلك معايير نظرية التعسف في

(١) جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية " إن الفصل التعسفي هو الذي يصدر عن صاحب العمل بلا مبرر مخالفا لغرض المادتين (١٦ ، ١٧) ... " ممييز حقوق رقم ٨٧/١٦٠ ، وانظر في نفس المعنى تمييز حقوق رقم ٨٧/٦٧٠ مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٠ ، ص ٨٥٧ .
(٢) تنص المادة (٢/٦٩٥) من القانون المدني المصري على أنه " يعتبر الفصل تعسفيا إذا وقع بسبب حجوز أوقعت تحت يد رب العمل أو وقع الفصل بسبب ديون يكون العامل قد التزم بها للغير "

وتنص المادة (٦٧٩) من قانون العمل المصري على أنه " إذا نسب إلى العامل ارتكاب جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة ، ، جاز لصاحب العمل وقفه احتياطيا ، وعليه أن يعرض الأمر على اللجنة ، فإذا رأت السلطة المختصة عدم تقديم العامل للمحاكمة أو قضي ببراءته وجب إعادته إلى عمله ، وإلا اعتبر عدم إعادته فصلا تعسفيا " .

أما المشرع الأردني فقد أغفل النص على مثل هذه الحالات الواردة في القانون المصري ، تاركاً أمر تقدير وجود التعسف - كما رأينا سابقاً- لقاضي الموضوع ، إلا أنه نص على الحالات التي يجوز فيها للعامل ترك العمل دون إشعار ، ورتب عليه آثار الفصل التعسفي ، دون أن يشير إلى اعتبار إنهاء العقد من قبل العامل في هذه الحالات بمثابة الفصل التعسفي من قبل صاحب العمل ، كما فعل المشرع المصري^(٢)، وذلك في المادة (٢٩) من قانون العمل ، التي أجازت للعامل ترك العمل دون إشعار مع احتفاظه بحقوقه القانونية عن انتهاء خدمته وما يترتب له من تعويضات عطل وضرر .

فهذا النص يتعرض لحالات يتحائل فيها صاحب العمل للتخلص من حكم التعسف في الإنهاء وجزائه ، بامتناعه عن الإقدام مباشرة على إنهاء العقد من جانبه ، واكتفائه باتباع مسلك غير مشروع من شأنه دفع العامل دفعاً إلى الإنهاء ، وبما أن مسلك صاحب العمل المتسبب في الإنهاء غير مشروع ، فيعتبر هذا الإنهاء بمثابة الفصل التعسفي من قبل صاحب العمل^(٣).

وقد تعرض النص السابق لحالات الفصل بطريق غير مباشر وهذه الحالات هي :-

١- استخدام العامل في عمل يختلف في نوعه اختلافاً بيناً عن العمل الذي استخدم فيه بمقتضى عقد العمل^(٤).

(١) انظر في ذلك الدكتور / حسين عامر / المرجع السابق / ص ٢٧٠ - ٣٠٣ ، والدكتور / حسن كيرة / المرجع السابق / ص ٨٠٣ - ٨١٧ .
(٢) إذ نص المادة (٦٩٦) من القانون المدني المصري على أنه " يجوز الحكم بالتعويض عن الفصل ولم لم يصدر هذا الفصل من صاحب العمل إذا كان هذا الأخير قد دفع العامل بتصرفاته ، وعلى الأخص بمعاملته الجائرة أو مخالفة شروط العقد إلى أن يكون هو في الظاهر الذي أنهى العقد " .

(٣) الدكتور / حسن كيرة / المرجع السابق / ص ٧٧٩ ، عبد الحفيظ بلخيظ / رسالة ماجستير / مرجع سابق / ص ٢١٧ .

(٤) جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية " لا يجوز لصاحب العمل استخدام العامل في عمل يختلف في نوعه اختلافاً بيناً عن العمل الذي استخدم فيه بمقتضى عقد العمل ، فإذا استخدم العامل أصلاً في عمل في ممارسه داخل المصنع ثم طلب إليه العمل في الإنشاءات وطرده من العمل بسبب امتناعه ، فيكون طرده تعسفياً لا يصحبه القانون " . تمييز حقوق رقم ٦٥/٢٧٨ / مجلة نقابة المحامين / لسنة ١٩٦٥ / ص ١٣٩٩ .

٢- استخدام العامل في أحوال تدعو إلى تغيير محل إقامته إذا لم يكن منصوصا على ذلك في العقد (١) .

٣- نقل العامل إلى عمل آخر في درجة أدنى من العمل الذي اتفق على استخدامه فيه (٢) .

٤- اعتداء صاحب العمل أو من يمثله على العامل بالضرب أو التحقير .

٥- قيام صاحب العمل بتخفيض أجر العامل (٣) .

٦- إذا تخلف صاحب العمل عن تنفيذ أي حكم من أحكام قانون العمل .

هذا وقد نص المشرع الفلسطيني على الحالات السابقة في المادة (٤٢) ، حيث أجاز للعامل ترك العمل مع احتفاظه بحقوقه القانونية في أي من هذه الحالات ، إلا أنه اشترط لذلك قيام العامل بإشعار صاحب العمل بهذا الترك ، مخالفا بذلك النص المصري والنص الأردني ، لذا نتمنى على المشرع الفلسطيني أن يأخذ بنص مماثل للنص المصري لما يحققه من حماية للعامل كطرف ضعيف في عقد العمل ، من حيث ضمان حقه بالتعويض .

كما اعتبر بعض الفقه المصري^(٤) فصل العامل بسبب المرض أو بسبب التجنيد الإجباري أو لسبب الحمل للمرأة العاملة ، من قبيل التعسف في استعمال حق الإنهاء ، إلا أن هذا الرأي كان محل نقد ، ذلك أن المشرع المصري يرتب على توافر أحد هذه الحالات توقف العقد ، وبالتالي ليس لصاحب العمل أصلا حق في الإنهاء ، وإنما تنق جميع آثار العقد

(١) جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية " إذا لم تقدم الشركة الميزة ما يثبت أن من حقها نقل المميز ضده ليعمل في أي مكان تشاء ، فإن نقل الشركة للعامل من مكان عمله في عمان إلى أربد دون موافقته يميز للعامل ترك العمل دون إشعار ويستحق مكافأة نهاية الخدمة " . تمميز حقوق رقم ٨٤/٥٤٥ مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٤ ص ١٥٣٤ .

(٢) جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية " إن تزييل المستوى الوظيفي للعامل يبرر له ترك العمل دون إرسال إشعار ويجعله مستحقا للمكافأة وبدل الاشعار وبدل الفصل التعسفي " تمميز حقوق رقم ٨٣/١٧٣ مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٣ ص ٨٥٤ .

(٣) جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية " عرض رب العمل اجر اقل من اجره وقوله له (إذا لم يعجبك مع السلامة) يشكل طردا من العمل بالمعنى المقصود في القانون " تمميز حقوق رقم ٦٣/١١٤ مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٦٣ ص ١٩٢ ، وانظر كذلك تمميز حقوق رقم ٦٣/٢٢١ مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٦٣ ص ٣٢٩ ، وتمميز حقوق رقم ٦٤/٣٤٦ مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٦٤ ص ١٠٧ .

(٤) الدكتور / محمد لبيب شنب / المرجع السابق / ٤٠٥ ، الدكتور / حسن كيرة / المرجع السابق / ص ٧٩٩ .

ومن بينها حق الإنهاء ، ومن ثم فإن الفصل بسبب هذه الحالات لا يعتبر فصلاً تعسفياً ، وإنما يعتبر فصلاً باطلاً وغير مشروع لاستحالة محل التصرف وهو عدم وجود الحق في الإنهاء ، فكل فصل بسبب هذه الحالات يعد تجاوزاً للحق وليس استعمالاً له (١) .

وهو ما أخذ به المشرع الأردني عندما انتزع حق الإنهاء من يد صاحب العمل في حال توافر إحدى هذه الحالات، إذ نص في المادة (٢٧) من قانون العمل على أنه " لا يجوز لصاحب العمل إنهاء خدمة العامل أو توجيه إشعار إليه لإنهاء خدمته في أي من الحالات التالية :-

١- المرأة العاملة الحامل ابتداء من الشهر السادس من حملها أو خلال إجازة الأمومة (٢).

٢- العامل المكلف بخدمة العلم أو الخدمة الاحتياطية في أثناء قيامه بتلك الخدمة .

٣- العامل في أثناء إجازته السنوية أو المرضية أو الإجازة الممنوحة له لأغراض الثقافة العمالية أو الحج أو في أثناء إجازته المتفق عليها بين الطرفين للتفرغ للعمل النقابي أو للالتحاق بمعهد أو كلية أو جامعة معترف بها " .

ويلاحظ على هذا النص أن المشرع الأردني قد توسع في حالات توقف العقد ، بأن مد نطاقها إلى جميع الحالات التي يكون فيها العامل مجازاً ، مقيداً بذلك حق صاحب العمل في إنهاء العقد ، في حين أخذ المشرع الفلسطيني بحالة واحدة فقط من الحالات السابقة ، وهي حالة المرأة العاملة الحامل ، عندما نص على أنه لا يجوز فصل المرأة العاملة بسبب إجازة الولادة ما لم تشتغل بعمل آخر خلالها (٣).

(١) عبد الحفيظ بلخيط / رسالة ماجستير / مرجع سابق / ص ٢٢٢ .

(٢) جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية " نصت المادة (٢٧/أ) من قانون العمل على عدم جواز إنهاء خدمة المرأة العاملة ابتداءً من الشهر السادس من حملها إن نصوص قانون العمل فيما أمرت به أو نحت عنه لتحقيق مصلحة للعامل أو تقرير حق هي من النظام العام التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ويعتبر التصرف المخالف لهذه النصوص باطلاً " مميّز حقوق رقم ٩٨/٢٩٨ ، مجلة نقابة المحامين ، لسنة ١٩٩٩ ، ص ١٨٥٦ .

(٣) المادة (١٠٣) من قانون العمل الفلسطيني .

كما نص المشرع الأردني في المادة (٢٤) من قانون العمل على أنه " مع مراعاة ما ورد في المادة (٣١) من هذا القانون لا يجوز فصل العامل أو اتخاذ أي إجراء تأديبي بحقه لأسباب تتصل بالشكاوى والمطالبات التي تقدم بها العامل إلى الجهات المختصة والمتعلقة بتطبيق أحكام هذا القانون عليه " .

وبالمقابل فقد نص كل من المشرع الأردني والفلسطيني شأنهما شأن التشريعات الأخرى على الحالات التي يجوز فيها لصاحب العمل فسخ العقد دون إشعار^(١)، مما يجعل منها مبررات للفصل ينتفي معها التعسف ، وذلك في المادة (٢٨) من قانون العمل الأردني والمادة (٤٠) من قانون العمل الفلسطيني ، إلا أنه يؤخذ على المشرعين هنا ، انهما لم يأخذا بشرط إتاحة الفرصة للعامل لبيان الأسباب التي تحول دون فصله من العمل ، وهو ما كانت تأخذ به الفقرة (ك) من المادة (١٧) من قانون العمل الأردني الملغي ، وما أكدته محكمة التمييز الأردنية في العديد من قراراتها^(٢)، وهذه الحالات هي :-

- ١- إذا انتحل العامل شخصية أو هوية غيره أو قدم شهادات أو وثائق مزورة بقصد جلب المنفعة لنفسه أو الأضرار بغيره .
- ٢- إذا لم يقم العامل بالوفاء بالتزامات المترتبة عليه بموجب عقد العمل .
- ٣- إذا ارتكب العامل خطأ نشأ عنه خسارة مادية جسيمة لصاحب العمل .
- ٤- إذا خالف العامل النظام الداخلي للمؤسسة رغم إنذاره .
- ٥- إذا تغيب العامل دون سبب مشروع أكثر من عشرين يوماً متقطعة خلال السنة الواحدة أو أكثر من عشرة أيام متتالية .

(١) انظر في ذلك الدكتور / احمد عبد الكريم أبو شنب / المرجع السابق / ص ٢٣١ - ٢٤١ .

(٢) جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية " وردت في لائحة المادة (١٧) من قانون العمل عبارة (واشترط في ذلك أن يتبع صاحب العمل للعامل فرصة لبيان الأسباب التي تحول دون فصله دون مكافأة) لتكون هذه العبارة شاملة فقرات المادة (١٧) المذكورة ولم ترد خاصة بفقرة معينة " يميز حقوق رقم ٦٥/٤٧٩ مجلة نقابة المحامين ، لسنة ١٩٦٦ ، ص ٢٦٩ .

٦- إذا أفشى العامل الأسرار الخاصة بالعمل .

٧- إذا أدين العامل بحكم قضائي اكتسب الدرجة القطعية بجناية أو بجنحة ماسة بالشرف والأخلاق العامة .

٨- إذا وجد أثناء العمل في حاله سكر بين أو ارتكب عملا مخالفا بالأداب العامة في مكان العمل. وقبل الانتهاء من بحث الفصل التعسفي لا بد لنا من التعرف على القواعد المتبعة في إثبات التعسف في الفصل ، وكذلك الجزاء الذي رتبته المشرع على تحقيقه ، وهل تتفق تلك القواعد وذلك الجزاء مع الحماية المطلوبة للعامل كطرف ضعيف (مذعن) في عقد العمل أم لا؟

الفرع الثالث

إثبات التعسف في إنهاء عقد العمل

تقضي القواعد العامة ، بأن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي ، والمدعي هنا هو طالب التعويض المترتب على الإنهاء التعسفي ، وغالبا ما يكون العامل ، ولكن نظرا لكون التعسف عاملا نفسيا من الصعب إثباته من قبل العامل مما يجعله يخسر دعواه في أغلب الأحيان ، تدخل المشرع في العديد من الدول وعدل القاعدة السابقة ، بأن جعل عبء الإثبات يقع على المنهي للعقد ، في حين استمرت بعض الدول في الأخذ بالقاعدة العامة في الإثبات .

ففي مصر ، تنص المادة (٣٨٩) من القانون المدني المصري على أنه "على الدائن إثبات الالتزام ، وعلى المدين إثبات التخلص منه " ، أي على العامل في دعوى التعويض عن الفصل التعسفي أن يثبت عدم صحة المبرر الذي استند إليه صاحب العمل في إنهاء العقد ، وأن يثبت أن الفصل كان تعسفيا .

إلا أن بعض الفقهاء ^(١) المصريين الذين يميزون بين اصطلاح الفسخ بلا مبرر والفسخ

(١) الدكتور / حسين عامر / المرجع السابق / ص ٣٣٨ - ٣٤٠ ، محمود جمال الدين زكي / المرجع السابق / ص ٥١٦ ، والدكتور / همام محمد محمود / عقد العمل الفردي / دار المعرفة / الإسكندرية / ١٩٨٧ / ص ٥١٩ .

التعسفي يقولون بأن الفسخ التعسفي يقع إثباته على المدعي طبقاً للقواعد العامة في الإثبات ، بينما الفسخ بلا مبرر الوارد في قانون العمل يقع إثباته على المنيهي للعقد والذي يجب عليه إقامة الدليل على توافر هذا المبرر ، دون أن يكون على المتعاقد الآخر إثبات انتفائه .

وعلى الرغم من هذا الرأي فإن الفقه في مجموعه ^(١)، وكذلك القضاء المدني مستقر على عدم الأخذ بهذه التفرقة ، ويرى تطبيق القواعد العامة في إثبات التعسف ، والتي تقضي بأن الإثبات يقع على عاتق المدعي .

أما في فرنسا فقد اشتد الخلاف فقهاً وقضاءً ، فيما يتعلق بعبء الإثبات ، بسبب غموض النصوص القانونية المتعلقة بالإثبات ، حيث كان القضاء الفرنسي يلقي بعبء الإثبات على عاتق المدعي في بعض أحكامه ، وعلى عاتق الطرف المنيهي للعقد في البعض الآخر ^(٢)، الأمر الذي دفع المشرع الفرنسي إلى التدخل بقانون ١٣ جويلية ١٩٧٣ ، حيث وزع عبء الإثبات بين طرفي العقد والقاضي ، بأن جعل المتعاقدين فيما يتعلق بالإثبات على قدم المساواة ، إذ على كل من صاحب العمل والعامل ، تقديم الوثائق والعناصر الضرورية ، وعلى القاضي بعد ذلك أن يتولى البحث عن السبب الحقيقي والجدي للإنهاء ، وعليه فلا يتحمل أحد المتعاقدين بصفة خاصة عبء الإثبات ، فكلهما على قدم المساواة ، وعلى القاضي أن يكون اقتناعه من الوثائق المقدمة من الأطراف ، وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في معظم أحكامها ، إذ جعلت الإثبات ملقى على القاضي الذي يكون اقتناعه من العناصر المقدمة من قبل الأطراف ، وعند الشك في العناصر المقدمة يفسر الشك لمصلحة العامل كطرف ضعيف في عقد العمل ^(٣).

(١) انظر في عرض ذلك حسن كيرة / المرجع السابق / ٧٧٣ ، الدكتور / محمد ليب شنب / المرجع السابق / ص ٣٦٨ ، عبد الحفيظ بلحيط / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٢٦٣ .

(٢) الدكتور / حسين عامر / المرجع السابق / ص ٣٣٦ .

(٣) عبد الحفيظ بلحيط / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٢٦٦ .

وأمام صعوبة إثبات السبب الحقيقي للفصل التعسفي من قبل العامل ، فقد اتجهت بعض التشريعات الأوروبية الحديثة إلى نقل عبء الإثبات إلى صاحب العمل بنصوص قانونية صريحة ، من ذلك ما نص عليه المشرع الإنجليزي في المادة (٥٧) من قانون العمل " على أن سبب الفصل يقع إثباته على صاحب العمل " ، وهو نفس الموقف الذي أخذ به كل من المشرع الألماني في قانون العمل لسنة (١٩٦٩) عندما نص في الفقرة الثانية من المادة الأولى على أنه " يجب على صاحب العمل أن يقدم إثبات الوقائع التي يتأسس عليها الفصل " ، والمشرع الإيطالي في المادة الخامسة من قانون العمل لسنة (١٩٦٦) ، وكذلك المشرع الجزائري (١) .

من خلال استعراض مواقف هذه الدول في ما يتعلق بإثبات الإنهاء التعسفي ، نجد أن هناك ثلاث اتجاهات فيمن يقع عليه عبء الإثبات ، اتجاه يلقي بهذا العبء على عاتق العامل تبعاً للقواعد العامة في الإثبات ، واتجاه يكلف القاضي بهذا الإثبات ، واتجاه ثالث ينقل عبء الإثبات إلى صاحب العمل (المنهي للعقد) .

ولعل الطبيعة الخاصة لعقد العمل ، والتي تستوجب دائماً حماية العامل من تعسف صاحب العمل تقتضي الأخذ بالاتجاه الثالث ، بإلقاء عبء الإثبات على صاحب العمل ، لما يحققه هذا الخروج على القواعد العامة من حماية للعامل الذي يتعذر عليه في الغالب إثبات التعسف مما يجعله يفقد مصدر رزقه ، كما أن إثبات الأسباب الحقيقية والجدية للفصل يكون أيسر بالنسبة لصاحب العمل منه للعامل .

وبهذا الاتجاه أخذت محكمة التمييز الأردنية ، عندما كلفت صاحب العمل بإثبات أن فصله للعامل كان مستنداً إلى سبب صحيح إذ جاء في أحد قراراتها " يقع عبء إثبات ارتكاب العامل لمخالفة من المخالفات المشار إليها بالمادة (١٧) من قانون العمل على عاتق رب العمل ، وعليه

(١) انظر في عرض ذلك عبد الحفيظ بلعيط / مرجع سابق / ص ٢٦٩ - ٢٧٠ .

فإن عدم تقديم صاحب العمل ما يبرر فصل العامل يجعل ما توصل إليه الحكم من أن الفصل كان تعسفيا موافق للقانون " (١).

لذا أرى ضرورة قيام كل من المشرع الأردني والفلسطيني بالنص صراحة على هذا الاستثناء من القواعد العامة ، بأن يلقي بعبء الإثبات على عاتق صاحب العمل ، وذلك استكمالاً لاتجاه المشرع الهادف إلى حماية العامل كطرف ضعيف في عقد العمل .

الفرع الرابع

الجزاء المترتب على الإنهاء التعسفي لعقد العمل

يتمثل جزاء الإنهاء التعسفي لعقد العمل غير محدد المدة في التعويض (٢)، والتعويض إما أن يكون نقدياً يحدد بمبلغ معين يدفع للعامل ، أو عينياً بإعادة العامل إلى عمله ، وقد اختلفت الدول من حيث مدى أخذها بكل من التعويض النقدي والعيني ، ففي حين لا تأخذ بعض الدول بالتعويض العيني إلا استثناء ، تجعل الدول الأخرى من التعويض العيني هو الأصل .

حيث ترى بعض التشريعات أن التعويض الأكثر عدالة للإنهاء التعسفي يكمن في إلغاء هذا التدبير ، وإعادة العامل إلى عمله ، ومن بين هذه التشريعات ، التشريع السوفيتي ، الذي لا يرى في التعويض النقدي حماية كافية للعامل المسرح تعسفياً ، بل استبعد فكرة التعسف نهائياً وأخذ بفكرة البطالان من أجل ضمان حق العامل في استقرار العمل ، وكذلك المشرع الجزائري الذي رتب على كل إنهاء تعسفي أو باطل إعادة العامل إلى عمله مع التعويض عن الأضرار الأخرى (٣).

أما الاتجاه الآخر فيعتبر التعويض النقدي للإنهاء التعسفي لعقد العمل غير محدد المدة هو

(١) تمييز حقوق رقم ٩٣/٢٧٢ ، مجلة نقابة المحامين ، لسنة ١٩٩٤ ، ص ١٦٧٣ ، وانظر أيضاً تمييز حقوق رقم ٩٤/٣٧ ، مجلة نقابة المحامين ، لسنة ١٩٩٤ ، ص ١٢٥٧ .

(٢) الدكتور / منصور العنوم / المرجع السابق / ص ١٥٨ .

(٣) انظر في ذلك عبد الحفيظ بلخياط / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٢٨٩ — ٢٩٢ .

الأصل ، ولا يؤخذ بالتعويض العيني إلا استثناءً ، أو يترك حرية تقدير الأخذ بالتعويض النقدي أو العيني لقاضي الموضوع أو للأطراف .

ففي مصر استقر الرأي بوجه عام على الاقتصار في جزاء الإنهاء التعسفي لعقد العمل غير محدد المدة على التعويض النقدي وحده ^(١) ، ولا يؤخذ بالتعويض العيني إلا استثناءً وفي حالة واحدة فقط ، وهي حالة الفصل لأسباب نقابية ، إذ نص المشرع المصري في المادة (٦٦) من قانون العمل الجديد لعام (١٩٨١) على أنه " يجب على المحكمة أن تقضي بإعادة العامل المفصول إلى عمله إذا كان فصله بسبب نشاطه النقابي " .

وكذلك الأمر في كل من فرنسا وإنجلترا ، حيث القاعدة العامة هي التعويض النقدي أما التعويض العيني فان تقديره أمر جوازي للقاضي وللمتعاقدین ، وعند رفض أحدهما للتعويض العيني يتحول إلى التعويض النقدي ^(٢) .

وبهذا الموقف أخذ المشرع الأردني في المادة (٢٥) من قانون العمل ، عندما ترك أمر تقدير التعويض المناسب للمحكمة المختصة ، حيث أجاز لها إما الأخذ بالتعويض العيني ، بإصدار أمر إلى صاحب العمل بإعادة العامل إلى عمله الأصلي ، أو الأخذ بالتعويض النقدي بإلزام صاحب العمل بدفع مبلغ معين كتعويض للعامل عن فصله تعسفياً ^(٣) .

وحسناً فعل المشرع الأردني عندما أخذ بهذا الاتجاه ، ذلك أن الأخذ بالتعويض العيني بشكل مطلق أمر غير مستساغ ، فهو بداية يتنافى مع الحرية الشخصية ومع مصلحة العمل من ناحية أخرى ، ذلك أن إرغام العامل على الاستمرار في خدمة صاحب العمل ، أن كان لا يريد

(١) الدكتور / محمود جمال الدين زكي / المرجع السابق / ص ١١٦٠ ، الدكتور / حسن كيرة / المرجع السابق / ص ٨١٧ — ٨٢٠ .

(٢) عبد الحفيظ بلخيت / رسالة ماجستير / مرجع سابق / ص ٢٧٤ — ٢٧٦ .

(٣) الدكتور / منصور إبراهيم العتوم / المرجع السابق / ص ١٥٩ ، الدكتور / أحمد عبد الكريم أبو شنب / المرجع السابق / ص ٢٥٨ ، الدكتور / هشام رفعت هاشم / المرجع السابق / ٣٢٨ ، المحامي موسى نفاع / البادئ التي استقر عليها اجتهاد القضاء الأردني في دعاوى ومنازعات العمل / عمان / ١٩٨٣ / ط ١ / ص ٥٥ .

العمل لديه ، أو إرغام صاحب العمل على إعادة العامل إلى عمله بعد فصله ، يتنافى مع حسن التعاون الواجب بينهما ، وينشئ توتر لا يطاق في المشرع ، كما أن الإعادة ليست دائماً في مصلحة العامل ، فقد يحصل العامل على عمل جديد بعد فصله أكثر ميزة من عمله السابق ، مما يجعل الإعادة ليست في صالحه (١) .

في حين حصر المشرع الفلسطيني حق العامل المفصول تعسفياً في التعويض النقدي ، عندما نص في المادة (٤٧) من قانون العمل على أنه " مع احتفاظه بكافة حقوقه القانونية الأخرى ، يستحق العامل تعويضاً عن فصله تعسفياً مقداره " ، وهنا أيضاً نتمنى على المشرع الفلسطيني أن يأخذ بموقف مماثل لموقف المشرع الأردني الذي يسمح للقضاء بإعادة العامل إلى عمله إذا ارتأى أن مصلحة العامل تتطلب ذلك .

أما عن تقدير التعويض النقدي المترتب على الفصل التعسفي ، فإن القواعد العامة تقضي بأن يشمل التعويض ما لحق الطرف المتضرر من خسارة وما فاتته من كسب (٢) ، إلا أن المشروع الأردني والفلسطيني لم يأخذا بهذه القاعدة ، بالنسبة لتقدير التعويض المترتب على الفصل التعسفي ، وإنما بتعويض خاص ، إذ وضعاً حداً أدنى وحداً أعلى لما يمكن أن يحكم به القاضي من تعويض للعامل المفصول تعسفياً ، وذلك في المادة (٢٥) من قانون العمل الأردني التي جاء فيها " أو بدفع تعويض..... على أن لا يقل مقدار هذا التعويض عن أجور ثلاثة أشهر ولا يزيد على ستة أشهر ويحتسب التعويض على أساس آخر أجر تقاضاه العامل " ، والمادة (٤٧) من قانون العمل الفلسطيني التي جاء فيها " مقداره أجر شهرين عن كل سنة قضائها في العمل على ألا يتجاوز التعويض أجره عن مدة سنتين " .

(١) الدكتور / حسن كيرة / المرجع السابق / ص ٨١٧ .

(٢) تنص المادة (٢٦٦) من القانون المدني الأردني على أنه " يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعة الفعل الضار " .

وهكذا فإن كل من المشرع الأردني والفلسطيني بوضعهما حداً أدنى للتعويض ، يكونان قد أضفيا عليه طابع العقوبة ، بحيث يحكم به على صاحب العمل حتى ولو لم يلحق بالعامل أي ضرر من جراء فصله يستحق عنه التعويض ، وهو اتجاه محمود لما له من أثر في التقليل من حالات الفصل التعسفي من قبل أصحاب الأعمال ، وإن كان الحد الأدنى المنصوص عليه من قبل المشرع الأردني لا يتناسب مع جسامة الخطأ المرتكب من قبل صاحب العمل عند فصل العامل بشكل تعسفي ، لذا أرى ضرورة قيام المشرع برفع الحد الأدنى ليصل إلى أجر ستة أشهر ، وذلك كما فعل المشرع الفرنسي ، عندما نص على أن تقدير التعويض لا يجب أن يقل عن ستة أشهر الأخيرة من الأجر كحد أدنى^(١).

وعليه إذا كان مبلغ التعويض يفوق أجر الثلاثة أشهر (أو الشهرين) الأخيرة ، عندما يكون الضرر اللاحق بالعامل اكبر ، فإنه هنا يعد تعويضاً بالمعنى الاصطلاحي للكلمة ، أي يكون جبراً للضرر اللاحق بالعامل ، ومن هنا يتبين لنا عدم صحة ما أخذ به المشرع الأردني والفلسطيني عندما وضعوا حداً أعلى لما يمكن أن يحكم به القاضي كتعويض ، ذلك أن الضرر اللاحق بالعامل من جراء الفصل التعسفي قد يفوق هذا الحد ، ومن ثم فإن ذلك لا يتفق مع الحماية المطلوبة للعامل ، لأن القاضي لا يستطيع مع وجود هذا النص أن يمنح العامل تعويضاً يزيد مبلغه عن الحد الأعلى المنصوص عليه ولو اقتضى الأمر ذلك من أجل جبر الضرر ، لذا أرى ضرورة قيام المشرعين الأردني والفلسطيني بحذف الحد الأعلى المنصوص عليه في المادة (٢٥) من قانون العمل الأردني والمادة (٤٧) من قانون العمل الفلسطيني .

ولكن ما هي العناصر التي ينبغي للقاضي أخذها بعين الاعتبار عند تقدير التعويض ؟

تنص المادة (٧٤) من قانون العمل المصري لعام (١٩٥٩) على أنه " إذا (فسخ) أنهى

(١) عبد الحفيظ بلخيظ / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٢٧٩.

العقد بلا مبرر كان للطرف الذي أصابه ضرر من هذا (الفسخ) الإنهاء الحق في تعويض تقدره المحكمة مع مراعاة نوع العمل ، ومقدار الضرر ، ومدة الخدمة ، والعرف الجاري ، " .

فهذه العناصر يسترشد بها القاضي عند تقدير التعويض ، إلا أنها ليست محددة على سبيل الحصر ، بل جاءت على سبيل المثال ، وبالتالي فإن للقاضي أن يسترشد بعناصر أخرى ، كسجن العامل ومدى تعطله عن العمل ومدى فرصته في العثور على عمل جديد ، وما قد يلحقه من ضرر أدبي نتيجة الإساءة إلى سمعته وغيرها ، وعلى ضوء توفر أحد هذه العناصر والضرر الذي أصاب العامل جراء فصله يحكم القاضي بالتعويض بين الحدين المنصوص عليهما ^(١) .

وتجدر الإشارة أخيراً إلى أن القواعد المتعلقة بالتعويض عن الفصل التعسفي لعقد العمل غير محدد المدة تتعلق بالنظام العام ، فالطرفان لا يمكنهما التنازل مقدماً عن حق المطالبة بالتعويضات لهذا السبب ، كما أن تعويض الفصل التعسفي هو تعويض مستقل عن التعويض الذي يستحقه المتعاقد بسبب عدم احترام مهلة الإشعار ، بحيث أنه إذا كان رب العمل لم يقتصر على التعسف في الإنهاء ، بل قام بالإنهاء دون إشعار سابق في المواعيد التي حددها القانون ، فإنه يلتزم بتعويضين ، تعويض عن التعسف في الإنهاء وتعويض عن مهلة الإشعار ، وكذلك فإن هذا التعويض لا يمس بحق العامل في مكافأة نهاية الخدمة ^(٢) ، إذ جاء في المادة (٢٥) من قانون العمل الأردني أن العامل المفصول تعسفياً يستحق ".....تعويض له بالإضافة إلى بدل الإشعار واستحقاقاته الأخرى المنصوص عليها في المادتين (٣٢ و ٣٣)....." .

(١) الدكتور / حسن كيرة / المرجع السابق / ص ٨٢١ ، الدكتور / احمد عبد الكريم أبو شنب / المرجع السابق / ص ٢٥٩ .
 (٢) الدكتور / محمد لبيب شنب / المرجع السابق / ص ٣٧١ ، الدكتور / احمد عبد الكريم أبو شنب / المرجع السابق / ص ٢٥٩ ، وانظر
 ميمز حقوق رقم ٩٤/٢٠٤ ، مجلة نقابة المحامين ، لسنة ١٩٩٤ ، ص ٧٦٧ .

المبحث الثالث

حماية الطرف المذعن في عقود الاشتراك في الخدمات العامة وعقد النقل

رأينا سابقاً أن عقد النقل وعقود الاشتراك في التيار الكهربائي والمياه والغاز والهاتف تعد من أهم الصور التقليدية لعقود الإذعان ، وذلك لتعلقها بخدمات أساسية تعد من الضروريات الأولية التي لا غنى للإنسان عنها ، والطرف المذعن فيها يعتبر خاضعاً لقانون الطرف القوي ، فهو يرضخ لما يقدم له من شروط مخافة ألا يسافر أو لا يحصل على الكهرباء أو المياه أو الغاز أو الخدمة الهاتفية .

ولحيوية هذه الخدمات للناس كافة فقد ظفرت قبل غيرها بتدخل الدولة فيها لضمان توفير هذه الخدمات بشكل مستمر ، وإنقاذاً للناس مما يلاقونه من تعسف وإجحاف في حصولهم على هذه الخدمات من قبل الشركات المحتكرة لها .

حيث أخذت الدولة على كاهلها تنظيم وإدارة المرافق التي تؤدي هذه الخدمات ، وذلك بأن تعهد للإدارة نفسها بإدارة هذه المرافق ، أو عن طريق منح امتياز هذه الخدمات لملتزم فوداً كان أو شركة .

وسواء أكان استغلال المرافق العامة بهذه الطريقة أو تلك فإن هناك تنظيمًا مسبقاً تضعه الإدارة حماية لجمهور المنتفعين من خدمات المرفق ، بحيث تسري على عميل المرفق أحكام واحدة أياً كانت الطريقة التي يدار بها المرفق ، وهي الأحكام التي تسري على عميل المرفق العام الذي يدار بطريقة الالتزام ، بالإضافة إلى تنظيم المشرع لأهم هذه العقود بشكل مستقل مثل عقد النقل ، الذي نظمته المشرع في قانون التجارة .

وما يهمنا هنا تلك القيود المفروضة لمصلحة المشتركين في هذه الخدمات كونهم يمثلون الطرف الضعيف في العقد ، هذه القيود التي تعد خروجاً على مبدأ سلطان الإرادة العقدية ،

والتي يمكن حصرها في نوعين ، قيود تتعلق بتنظيم المرفق العام ، تضمنها الإدارة عادة العقد المبرم بينها وبين الملتزم ، بحيث تحدد كل الشروط التي يتم التقيد بها في أداء الخدمة من قبل الملتزم ، وتضمن حداً أدنى للمزايا التي يحصل عليها المنتفعون ، بتحديد رسوم الانتفاع بالخدمة ، وقيود تشريعية تهدف إلى حماية المتعاقدين المذعن من شروط الإعفاء من المسؤولية أو تقبيدها .

وعليه ندرس في هذا المبحث هذين النوعين من القيود ، على أن نخصص مطلباً لكل منها ، نتعرض في الأول للحماية التي توفرها الأحكام الخاصة بعقد التزام المرافق العامة ، وفي المطلب الثاني للحماية من خلال إقرار أحكام خاصة بالمسؤولية في عقد النقل كأحد أهم هذه العقود .

المطلب الأول

حماية الطرف المذعن من خلال الأحكام الخاصة بعقد امتياز

المرافق العامة (عقد الالتزام)

أخذ الدستور الأردني بأسلوب الامتياز في إدارة المرافق العامة الحيوية ، إذ جاء في المادة (١١٧) منه " على أن كل امتياز يعطى لمنح أي حق يتعلق باستثمار المناجم أو المعادن أو المرافق العامة يجب أن يصدق عليه بقانون " (١).

ويمكن تعريف عقد امتياز المرافق العامة بأنه " عقد إداري يعهد بمقتضاه بإدارة مرفق عام إلى شخص من أشخاص القانون الخاص فرد أو شركة لمدة محدودة ، على أن يدير هذا الشخص المرفق ويتعهد حسن سيره في أداء الخدمات العامة التي أنشئ من أجلها بنفقات من طرفه وعلى مسئوليته مقابل رسوم تفرض على من ينتفعون بخدمات المرفق " (٢).

إلا أن المشرع الأردني لم يصدر تشريعاً ينظم عقد الامتياز بشكل عام كما فعل نظيره المصري ، عندما نظم أحكام هذا العقد في القانون المدني ، وكذلك بإصداره قانون التزام المرافق العامة رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ .

وعليه فإن النظام القانوني لعقد الامتياز يتحدد في الأردن بموجب القانون الصادر بالمصادقة على العقد المبرم بين الإدارة والملتزم ، هذا القانون الذي يتم بموجبه تحديد الشروط المتعلقة بتنظيم سير أعمال المرفق ، وكيفية تقديمه للخدمات ، بالإضافة إلى الشروط التعاقدية المتعلقة بالمزايا المالية التي يحصل عليها حامل الامتياز وغيرها (٣).

(١) الدكتور / نواف كنعان / القانون الإداري الأردني / الكتاب الثاني / ط ١ / عمان / ١٩٩٦ / ص ٣٢٣.

(٢) الدكتور / هاني علي الطهراوي / القانون الإداري / الكتاب الثاني / مكتبة دار الثقافة / عمان / ١٩٩٨ / ط ١ / ص ٢٨٤ ، الدكتور / عبد الغني بسيوني عبد الله / القانون الإداري / منشأة المعارف / الإسكندرية / ١٩٩١ / ص ٤٣٦ ، الدكتور / ماجد راغب الخلو / القانون الإداري / دار المطبوعات الجامعية / الإسكندرية / ١٩٩٤ / ص ٤٥٧.

(٣) الدكتور / نواف كنعان / المرجع السابق / ص ٣٢٤.

ولما كان العقد بين العميل (المشارك) والملتزم يخضع للنظام المقرر في عقد الالتزام ، فإنه يخضع تبعا لذلك لمبادئ عامة يقوم عليها عقد الالتزام نفسه ، سواء تضمنها عقد الالتزام أو لم يتضمنها ، بل حتى لو نص عقد الالتزام على خلافها ، فهي مبادئ تعتبر من النظام العام ، وتقرض نفسها على كل من عقد الالتزام والعقد بين المشارك والملتزم ، وتتعلق هذه المبادئ بالأسعار التي يتقاضاها الملتزم من المشاركين ، وبكفالة استمرار المرفق وانتظامه ومسايرته للتطور وبكفالة المساواة بين العملاء .

وعليه سوف نتعرض في هذا المطلب للحماية التي توفرها الأحكام الخاصة بعقد الالتزام للطرف المذعن في العلاقة ما بين الملتزم والمشارك من خلال تحديد رسوم الحصول على الخدمة وكذلك من خلال إقرار مبدأ المساواة بين المشاركين ، بالإضافة إلى إقرار أحكام خاصة بمسؤولية الملتزم ، معتمدين في ذلك على أحكام عقد الالتزام في القانون المدني المصري مع مقارنتها بأحكام عقود الالتزام التي منحها كل من الحكومة الأردنية والفلسطينية لبعض الشركات بغرض إدارة واستثمار بعض المرافق العامة .

الفرع الأول

الحماية من خلال تحديد رسم الحصول على الخدمة

لعل من أهم الحقوق التي ينشئها عقد الالتزام للملتزم ، حقه في تقاضي رسوم من المنتفعين بالمرفق ، مقابل انتفاعهم من الخدمات التي يؤديها هذا المرفق ^(١) ، ذلك أن الملتزم في عقد الالتزام يتعهد بإدارة واستغلال المرفق مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين ، كالبديل النقدي الذي يدفعه المنتفعون من مرفق الكهرباء والمياه والهاتف ، وثمان التذكرة التي يدفعها الركاب في مرفق النقل .

(١) الدكتور / هاني الطهراوي / المرجع السابق / ص ٢٨٨ ، الدكتور / عدنان عمرو / القانون الإداري الفلسطيني / رام الله / ٢٠٠٠ /

ويتم تحديد الرسم عادة بالاتفاق بين الإدارة والمتعاقدين معها ، كما قد تكتفي الجهة الإدارية بتحديد الحد الأقصى للرسم الذي يجوز للمتعاقدين مع الإدارة تحصيله من المنتفعين بالمرفق ، وتترك للملتزم حرية تحديد الرسم في نطاق هذا الحد الأقصى^(١).

ويكون هذا التحديد ملزماً للملتزم في علاقته بالمنتفعين ، ولكن ما هو مصدر القوة الملزمة لهذا التحديد هل هو الاتفاق أم السلطة الإدارية مانحة الالتزام ؟

كان الرأي السائد طوال القرن التاسع عشر في فرنسا ومصر ، أن عقد الالتزام هو عقد مدني يخضع للقواعد المدنية المقررة في العقود ، وأهم هذه القواعد أن العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، ومن ثم يلتزم الملتزم بالأسعار (الرسوم) المحددة بموجب عقد الالتزام المبرم بينه وبين الإدارة ، أما بالنسبة للمنتفعين فانهم يتأثرون بعقد الالتزام ولو لم يكونوا طرفاً فيه ويكسبون منه حقوقاً ، بموجب نظرية الاشتراط لمصلحة الغير ، بحيث تكون السلطة الإدارية هي المشترط والملتزم هو المتعهد والعملاء هم المنتفعون ، وقد كسبوا من عقد الالتزام هذا حقاً مباشراً يستطيعون التمسك به قبل الملتزم ، وبقبولهم التعاقد معه على أساس عقد الالتزام يكونون قد قبلوا هذا الحق فأصبح غير قابل للنقض طبقاً للقواعد المقررة في الاشتراط لمصلحة الغير^(٢).

ولقد اتجه القضاء المصري هذا الاتجاه في بعض أحكامه ، فقرر أن الاتفاقات التي تعقد بين الحكومة والأفراد أو الشركات للصالح العام ، وخاصة الاتفاقات التي تنظم مرفقاً عاماً وتحدد له تعريف الأسعار ، تتضمن إلى جانب الاشتراط لصالح الحكومة ، اشتراطاً آخر لصالح سكان المدينة الذين يدعون للانتفاع بهذا المرفق^(٣).

(١) الدكتور / عمود حلمي / العقد الإداري / دار الفكر العربي / القاهرة / ١٩٧٤ / ط ١ / ص ١١١ ، الدكتور / عبد الله طلبة / مبادئ القانون الإداري / ج ٢ / دمشق / ١٩٩٠ / ص ٣٠٦ .

(٢) انظر في عرض ذلك الدكتور / السنهوري / المرجع السابق / ص ٢٩١ ، الدكتور / أحمد عبد الباسط / القرار والعقد الإداري / ص ٤٩٦ .

(٣) استئناف مختلط في ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ ، تشريع وقضاء ، ١٣ ، ص ١٩ / عن الدكتور / الصده / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٢٤٩ .

إلا أنه أخذ على وجهة النظر هذه أنها تجعل عقد الالتزام جامداً لا يتطور ، ولا تستطيع السلطة الإدارية أن تعدل شروط تنظيم المرفق وتسييره ولا الأسعار المقررة إلا برضاء الملتزم ، وبالتالي فإنها تولي الملتزم حماية تتعارض مع طبيعة المرفق العام ومقتضياته وما يجب للإدارة من سلطة تستطيع بموجبها أن تسير بالمرفق ما يقتضيه التطور ، فتعدل بمحض إرادتها ودون حاجة إلى رضاء الملتزم ، نظم المرفق وأسعاره على الوجه الذي تقتضيه المصلحة العامة^(١).

وقد استقر الرأي في الوقت الحاضر على أن عقد الالتزام هو عقد إداري بالرغم من أنه يتكون من توافق إراديتين ، وأنه لا يخضع في جميع مشتملاته لقواعد القانون المدني ، بل يخضع للقانون الإداري في نواحيه المتعلقة بتنظيم المرفق وإدارته وأسعاره^(٢).

وعليه فإن النصوص المتعلقة بالرسم أو المقابل الذي يتقاضاه المتعاقد من المنتفعين بالمرفق تعد من النصوص اللائحية ، وبالتالي تملك السلطة الإدارية بمحض سلطانها ، ومن غير موافقة الملتزم ، نقضها أو تعديلها بما يتفق مع المصلحة العامة .

وبهذا الاتجاه أخذ القانون المدني المصري ، وإن لم يشر إلى ذلك صراحة ، ذلك أن سلثر النصوص التي تنظم التزام المرفق العام والعقد الذي يبرمه الملتزم مع المنتفعين تبين في وضوح أن عقد الالتزام هو عقد إداري ، تستطيع الإدارة تعديله بإرادتها المنفردة من نواحيه التنظيمية^(٣).

أما في الأردن ، فعلى الرغم من غياب التنظيم القانوني لعقد الالتزام ، إلا أنه يستدل مما جاء في المادة (١٦) من قانون تصديق امتياز شركة الكهرباء الأردنية رقم (٥٠) لسنة ١٩٦٢ ،

(١) الدكتور / السهوري / المرجع السابق / ص ٢٩٢.

(٢) الدكتور / أنور العروسي / التعليق على نصوص القانون المدني المعدل / ج ٣ / القاهرة / بلا سنة / ط ١ / ص ١٤٧ ، الدكتور /

ماجد راغب الحلو / المرجع السابق / ص ٤٦٤ .

(٣) الدكتور / السهوري / المرجع السابق / ص ٣٠٣ .

أنه يأخذ بالاتجاه السابق ، إذ أجاز لمجلس الوزراء تعديل التعريفة بين الحين والآخر بناء على
تنسيب الوزير المختص ، بمعنى انه اعتبر التعريفة من الأمور التنظيمية التي تفرد الإدارة
بتعديلها (١).

ونخلص من ذلك إلى أن مصدر القوة الملزمة للرسوم التي يتقاضاها الملتزم من عملاء
المرفق ليس هو العقد بين الملتزم والعميل كما أنه ليس العقد ما بين الملتزم والسلطة الإدارية ،
وإنما هو السلطة الإدارية وحدها ، ويستوي في ذلك أن تكون السلطة الإدارية وضعت هذه
الأسعار مبتدئة ، أو اقترحها الملتزم فصادقت عليها ، أو ناقشتها مع الملتزم ثم انتهت إلى
إقرارها ، ففي جميع هذه الأحوال تعتبر السلطة الإدارية هي مصدر القوة الملزمة لهذه الأسعار
، ومن ثم تعتبر قوائم الأسعار من عمل السلطة الإدارية وتكون لها قوة اللائحة الإدارية وأثارها
، ولا تقتصر هذه الآثار على العلاقة فيما بينها وبين الملتزم بل تجاوز ذلك إلى العلاقة فيما بين
الملتزم وكل منتفع يتعاقد معه .

وهذا ما أخذت به المادة (٦٧١) من القانون المدني المصري في فقرتها الأولى عندما
نصت على أنه " يكون لتعريفات الأسعار التي قررتها السلطة العامة قوة القانون بالنسبة إلى
العقود التي يبرمها الملتزم مع عملائه ، فلا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على ما يخالفها " .

وبنفس الموقف أخذ المشرع الأردني عندما نص في المادة (٣٢) من قانون الكهرباء العلم
رقم (٨) لسنة ١٩٧٦ على أنه " تحدد أثمان الطاقة والخدمات الأخرى التي يزودها أصحاب
المشاريع للمستهلكين حسب التعريفة وتكاليف الخدمة الأخرى بقرار من مجلس الوزراء بناء
على تنسيب الوزير المختص " .

هذا وقد أخذت اتفاقية منح رخصة إنشاء وإدارة وتشغيل اتصالات الهاتف الثابت والجوال

(١) الدكتور / هاني الطهراوي / المرجع السابق / ص ٢٨٨.

المبرمة بين السلطة الوطنية الفلسطينية وشركة الاتصالات الفلسطينية بنفس الموقف في المادة الثامنة الخاصة بالتعريف ، عندما اشترطت الحصول على موافقة الوزير على جدول أجور خدمات الاتصالات الذي تعده الشركة .

وعليه فإن الرسوم متى استوفت الشرط الأساسي لها ، وهو إقرار السلطة الإدارية لها ، فإن لها قوة القانون بالنسبة لجميع العقود التي يبرمها الملتزم مع عملاء المرفق ، ولا يجوز للمتعاقدين (الملتزم والعميل) أن يتفقا على رسم يخالف الرسم الذي أقرته السلطة الإدارية لا بالزيادة ولا بالنقص ، فمثل هذا الاتفاق أن حصل فإنه يعد باطلاً^(١)، وهنا أرى ضرورة قصر البطلان على الاتفاقات التي تتجاوز الرسم المقرر دون النقص عنه لأنه لمصلحة المشترك .

ويترتب على ذلك أيضا حرمان الملتزم من أن يعدل بإرادته المنفردة قائمة الرسوم ، بل ينبغي لذلك الحصول على تصديق الجهة الإدارية ، حتى ولو كان التعديل داخلاً في الحدود المقررة بعقد الالتزام ، إذ لا بد من أن تراقب السلطة العامة التعديل الحاصل وتتبين مدى تمشيه مع الحدود المقررة بعقد الالتزام قبل أن تصدق عليه ، وهذه حماية واجبة للجمهور الذي ليس لديه من المستندات والوسائل ما يمكنه من التحقق من مشروعية التعديل^(٢).

وبهذا أخذ المشرع الأردني عندما نص في المادة (٢٠) من قانون امتياز الكهرباء لمنطقة لواء عجلون رقم (١) لسنة ١٩٦١ على أنه " تتقاضى الشركة ويدفع المستهلكون الأسعار والرسوم التي تعلن موافقة رئيس الوزراء عليها في الجريدة الرسمية " بمعنى أن الرسوم يجب أن تخضع للتصديق المسبق .

وبنفس الموقف أخذت اتفاقية منح رخصة الهاتف الثابت والجوال في فلسطين في الفقرة السادسة من المادة الثامنة منها ، والتي جاء فيها " يجوز للشركة أن تعدل جداول الأجور شريطة

(١) الدكتور / أحمد عبد الباسط / المرجع السابق / ص ٥١١ ، الدكتور / ماجد راغب الحلو / المرجع السابق / ص ٤٦٤ .

(٢) الدكتور / الصده / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٢٥٥ .

الحصول على موافقة الوزير على تلك التعديلات بذلك قبل ستين يوماً من الإعلان عن تعديل تلك الجداول وتطبيقها " .

يضاف إلى ذلك أنه إذا وقع غلط في تطبيق الأسعار المقررة ، بأن زاد السعر أو نقص نتيجة لهذا الغلط عما هو مقرر ، لم يعتد بذلك ووجب تصحيح الغلط والرجوع إلى السعر المقرر ، وبالتالي إذا وقع الانحراف أو الغلط ضد مصلحة العميل ، بأن دفع هذا الأخير أزيد من السعر المقرر ، كان له أن يسترد الزيادة ، حتى ولو كان هناك اتفاق على خلاف ذلك ^(١) .

وهكذا فإن هذه الأحكام تبسط رقابة السلطة الإدارية على عنصر الرسم الذي يتقاضاه الملتزم ، هذه الرقابة التي تحمي مصالح الجمهور كطرف ضعيف في مواجهة الملتزم كمحتكر لهذه الخدمة أو تلك ، وذلك بعدم السماح له بالانفراد في تحديد هذا الرسم وبالتالي التعسف في هذا التحديد .

الفرع الثاني

الحماية من خلال تقرير مبدأ المساواة أمام المرافق العامة

أضحى مبدأ المساواة أمام المرفق العام من المبادئ العامة المقررة ، ذلك أن جوهر المرفق العام أنه يعمل في صالح الجميع وليس في صالح البعض فقط ، فالغرض منه سد حاجة مشتركة لا مصالح خاصة ، وبالتالي فإنه لا يحقق هذا الغرض إلا إذا كان المنتفعون منه يعاملون على قدم المساواة ^(٢) .

وقد طبق هذا المبدأ أولاً في شركات السكك الحديدية ، فقد كانت هذه الشركات في

^(١) تنص المادة (٦٧٢) من القانون المدني المصري على أنه " ١- كل انحراف أو غلط يقع عند تطبيق تعريف الأسعار على العقود الفردية يكون قابلاً للتصحيح . ٢- فإذا وقع الانحراف أو الغلط ضد مصلحة العميل ، كان له الحق في استرداد ما دفعه زيادة على الأسعار المقررة ، وإذا وقع ضد مصلحة الملتزم بالمرفق العام ، كان له الحق في استكمال ما نقص من الأسعار المقررة ، ويكون باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك ، ... " .

^(٢) الدكتور / ماجد راغب الحلو / المرجع السابق / ص ٤٣٦ ، الدكتور / هاني الطهراوي / المرجع السابق / ص ٣١٠ .

الولايات المتحدة تفرق في المعاملة بين عملائها مما أدى إلى إصدار قانون ٤ فبراير سنة ١٨٨٧ ، الذي أنشأ مجلسا ، كان من أولى واجباته القضاء على هذه التفرقة ، وفي سنة ١٩٠٦ منح هذا المجلس سلطات واسعة فيما يتعلق بتحديد الأسعار ومنع أي تمييز في المعاملة ، وكذلك أنشأ قانون ١٢ يونيو لسنة ١٨٧٣ في إنجلترا مجلسا للسكك الحديدية يتولى تنظيم قوائم الأسعار مع العناية بمنع الميزات غير المشروعة التي تمنحها الشركات لبعض العملاء ، كما اعتبر القضاء الفرنسي هذا المبدأ من المبادئ الأساسية ، فلم يجز للملتزم أن يستغل احتكاره ليميز بعض العملاء على الآخرين ويخل بذلك بالمنافسة الحرة ^(١).

والقضاء المصري وان لم يقرر المبدأ بصفة قاطعة ، إلا أن محكمة الاستئناف المختلطة قد أشارت إليه في بعض أحكامها ، فقد حكمت مثلا بأنه " لا يجوز للشركة التي تتولى مرفقا عاما أن ترفض طلبات الاشتراك المقدمة من الجمهور أو أن تلغي اشتراكات قائمة إلا بناء على أسباب جدية " ^(٢).

إلا أن هذا المبدأ لم يقتصر على مرفق النقل بالسكك الحديدية، بل أمتد إلى كل التزامات المرافق العامة وأصبح مقرا أن من واجب الملتزم ، ومن واجب السلطة التي تمنح الامتياز أن تحقق المساواة التامة بين العملاء ، حيث قام مجلس الدولة الفرنسي ، منذ بداية القرن الماضي ، فيما يتعلق بتوزيع المياه ، بإبطال نصوص خاصة على أنها تخرق مبدأ المساواة ^(٣)، كما قضت محكمة الاستئناف المختلطة في قرارها السابق بأن على الملتزم بمرفق متعلق بتوزيع الغاز أو الكهرباء أن يؤدي خدماته لكل من يطلبها على خطوط توزيع الغاز أو الكهرباء .

وبهذا المبدأ أخذ المشرع المصري في المادة (٦٧٠) من القانون المدني ، عندما نص على

(١) الدكتور / أنور العمروسي / المرجع السابق / ص ١٤٦ .

(٢) استئناف مختلط في ٢٨ يونيو سنة ١٩١٨ ، تشريع وقضاء ، ٣٠ ، ص ٤٩٩ / عن مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري /

ج ٥ / ص ٨٠ .

(٣) مجلس الدولة في ١٠ فبراير ١٩٢٨ / عن الدكتور / الصده / الرسالة / المرجع السابق / ص ٢٥٦ .

أنه " إذا كان ملتزم المرفق محتكرا له احتكارا قانونيا أو فعليا ، وجب عليه أن يحقق المساواة التامة بين عملائه سواء في الخدمات أو في تقاضي الأجور " .

وبنفس الموقف أخذ المشرع الأردني ، عندما نص في المادة (١٧) من قانون امتياز شركة الكهرباء الأردنية رقم (٥٠) لسنة ١٩٦٢ على أنه " لا يجوز للشركة عند التعاقد مع مستهلكي الطاقة الكهربائية أن تميز بين المستهلكين في الرسوم والأجور والأسعار حيثما تكون شروط التوريد وكمية الاستهلاك متماثلة " .

وكذلك الأمر بالنسبة لاتفاقية امتياز الهاتف الثابت والجوال الفلسطيني ، إذ جاء في الفقرة التاسعة من المادة الخامسة " على الشركة أن توفر الاتصالات الهاتفية الثابتة والجوالة لأي شخص يطلب ذلك وفي المكان الذي تتوفر فيه تلك الخدمة وبدون تمييز بين شخص وآخر ... " . وعليه فإن كل تمييز يمنح على خلاف ما تقضي به المواد السابقة هو تمييز غير مشروع ، يوجب على الملتزم أن يعرض الضرر الذي قد يصيب الغير ، ذلك أن منح شخص ميزة في استعمال المرفق العام وحرمان غيره من المنافسين له من هذه الميزة قد يضر بهم ، ومن ثم يحق لهم أن يرجعوا على الملتزم بتعويض الضرر الذي أصابهم من جراء ذلك ، كما يحق لهم إجبار الملتزم على أن ينفذ التزامه من وجوب مراعاة المساواة بين جميع العملاء ^(١) .

على أن مبدأ المساواة أمام المرافق العامة لا يعني المساواة المطلقة وإنما المساواة النسبية ، بمعنى المساواة القانونية بين من تتمثل مراكزهم القانونية وتتوافر فيهم الشروط القانونية المطلوبة للاستفادة من خدمات المرافق العامة ^(٢) .

(١) الدكتور / السنهوري / المرجع السابق / ص ٣١٧ ، الدكتور / عبد الغني بسيوني / المرجع السابق / ص ٤٢٩ ، الدكتور / احمد عبد الباسط / المرجع السابق / ص ٥١٦ .

(٢) الفقرة الثانية من المادة (٦٧٠) من القانون المدني المصري ، والدكتور / محمد متولي / مبدأ المساواة أمام المرافق العامة / دار النهضة العربية / القاهرة / ص ٢٠٥ ، الدكتور / علي الطهراوي / المرجع السابق / ص ٣١٢ ، الدكتور / عبد الغني بسيوني / المرجع السابق / ص ٤٢٢ .

وهكذا يتضح لنا من الفترتين السابقتين أن للمنتفع حقوقا ذاتية ، وهي ألا يدفع أكثر من الأجر الذي قرره السلطة الإدارية في حدود القانون ونظام المرفق العام ، وأن يحقق له المساواة التامة بينه وبين سائر عملاء المرفق ، وهذه الحقوق تترتب للمنتفع ليس فقط من العقد المدني بينه وبين الملتزم بل أيضا من عقد الالتزام المبرم بين الملتزم والسلطة الإدارية ، ثم من القوانين التي تنظم التزام المرافق العامة ، ومن المبادئ العامة المقررة في القانون الإداري ، وعلى ذلك يمكن القول أن العميل يتمتع بحقوق ذاتية مصدرها العقد ، وعند سكوت العقد يكون مصدرها القانون ^(١).

وعليه فإن له أن يرفع دعوى أمام القضاء المدني يطالب فيها الملتزم بهذه الحقوق في حال إخلال الملتزم بأي منها ، وذلك وفقا للقواعد المقررة في القانون المدني ، حيث يجوز له أن يطلب التنفيذ العيني ، فإذا فرض عليه الملتزم رسما للخدمة يتجاوز الحد الأعلى المصادق عليه من السلطة الإدارية ، جاز له أن يطلب إنقاص الرسم واسترداد ما دفعه زيادة عن هذا الحد مع الفوائد بالسعر القانوني من وقت المطالبة القضائية ^(٢).

كما يجوز له طلب التعويض عن كل ضرر أصابه من جراء الإخلال بحقوقه هذه ، بالإضافة إلى حقه بطلب فسخ العقد وفقا للقواعد العامة المقررة في فسخ العقود.

الفرع الثالث

الحماية من خلال أحكام المسؤولية

تشتمل عقود الاشتراك في المياه والغاز والكهرباء والهاتف غالبا على شرط يعفي الملتزم من المسؤولية عما يلحق بالمشارك من ضرر من جراء حصول خلل أو عطل في المرفق ، كما

^(١) الدكتور / أنور العمروسي / المرجع السابق / ص ١٥٨.

^(٢) انظر في ذلك الدكتور / السهوري / المرجع السابق / ص ٣٢٠ - ٣٢٣ ، الدكتور / معاد الشرقاوي / العقود الإدارية / دار النهضة العربية / القاهرة / ١٩٩٥ / ص ١٤٧ .

في حالة الشرط الذي يعفي الملتزم من تعويض أي ضرر يلحق بالمشارك بسبب انقطاع التيار الكهربائي ، كتلف الأجهزة الكهربائية مثلا .

هنا فرق القضاء الفرنسي بين حالة الخطأ اليسير وحالتي الغش والخطأ الجسيم ، فلم يأخذ بشرط الإعفاء في حالتي الغش والخطأ الجسيم من قبل الملتزم ، وصححه في حالة الخطأ اليسير ، مع جعل أثره قاصرا على نقل عبء الإثبات ، حيث جاء في أحد قرارات محكمة النقض الفرنسية بأنه " إذا اشترط في عقد اشتراك النور على الشركة الملتزمة بالتوزيع ، فإن هذا الشرط ، إذا لم يكن من شأنه أن يعفي الشركة من كل مسؤولية في حالة الخطأ الظاهر ، فإنه يؤدي على الأقل إلى إلزام المشارك بإثبات هذا الخطأ " (١).

إلا أن هذا القضاء لم يكن كافيا لحماية الطرف المذعن في عقد الاشتراك ، ذلك أن المشارك لا يراقب سير المرفق حتى يتبين إن كان هناك إهمال أو خطأ من قبل الملتزم ، علاوة على أن إثبات خطأ الملتزم في إدارة المرفق يحتاج إلى شخص متخصص ، وذلك لتطور أساليب إدارة هذه المرافق ودخول التكنولوجيا المتطورة في تسييره .

لذلك عمدت التشريعات المختلفة إلى تقرير مسؤولية الملتزم عن استمرار المرفق العام وانتظامه ، لا بموجب العقد بينه وبين المشارك فحسب ، ولا بموجب عقد الالتزام بل بموجب نص القانون والمبادئ العامة المقررة في القانون الإداري .

من ذلك ما جاء في الفقرة الثانية من المادة (٦٧٣) من القانون المدني المصري ، التي تنص على التالي " ولملتزمي هذه المرافق أن يدفعوا مسئوليتهم عما يصيب المرفق من عطل أو خلل يزيد على المألوف في مدته أو في جسامته ، إذا اثبتوا أن ذلك يرجع إلى قوة قاهرة خارجة عن إدارة المرفق أو إلى حادث مفاجئ " .

(١) نقض فرنسي في ١٨ يناير ١٩٣٣ ، جازيت في ٢٢ مارس ١٩٣٣ / عن الدكتور / الصده / الرسالة / المرجع السابق / ص ٢٧٨ .

يتضح من هذا النص أنه إذا وقع عطل أو خلل في تأدية المرفق لخدماته ، وكان مألوما ولمدة قصيرة ، فإن ذلك لا يعتبر إخلالا من الملتزم بواجباته ، ولا محل لمسئوليته عنه ، أما إذا كان العطل أو الخلل يزيد على المؤلف في مدته أو في جسامته ، فإن هذا يعد إخلالا من الملتزم بواجباته ، ويكون مسؤولا عنه ، اتجاه السلطة الإدارية مانحة الامتياز واتجاه المشتركين عن الأضرار التي تصيبهم نتيجة هذا العطل أو الخلل ، ولا يستطيع الملتزم أن يدفع مسئوليته بإثبات أنه بذل عناية الشخص المعتاد في إدارة المرفق أو أنه لم يرتكب أي خطأ أو تقصير ، ولكنه يستطيع دفع هذه المسؤولية فقط بإثبات القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ^(١).

أما عن موقف المشرع الأردني ، فكونه لم ينظم موضوع التزام المرافق العامة ، لذا فإن مسؤولية الملتزم تخضع للقواعد العامة، وإن كان قد نص في قانون امتياز الكهرباء لمنطقة لواء عجلون في المادة (١٧) منه على أنه " كلما استلزمت أشغال الشركة المشروعة إيقاف التيار الكهربائي أو تنقيصه عن منطقة الامتياز أو أي جزء منها ، عليها الحصول أولا على موافقة الوزارة وإعلان الأهليين عن ذلك قبل مدة كافية " ، وبالتالي إذا لم يتقيد الملتزم بهذا الإجراء فإنه يعد مخلا بالتزامه وتترتب مسؤولية عن أي ضرر يلحق بالمشاركين من جراء ذلك .

إن هذه هي أهم القيود التي فرضتها التشريعات المختلفة على الملتزم كمحتكر لخدمات المرفق حماية منها للمشارك كطرف ضعيف في العقد ، هذه القيود التي تتناول الأسعار ، التي كانت تشكل في الماضي أهم مجال للتعسف والاستغلال من قبل المحتكرين لهذه الخدمات ، وتقرير مبدأ المساواة بين المنتفعين ، بالإضافة إلى أحكام المسؤولية ، التي تعاضمت أهميتها في الوقت الحاضر ، بشكل حاز على اهتمام التشريعات المختلفة التي أفردت لها أحكاما خاصة .

وقد جاء النص على هذه القيود ضمن التشريعات الخاصة بعقد الالتزام ، وهو ما أغفله

(١) الدكتور / السهوري / المرجع السابق / ص ٣١٢.

المشرع الأردني ، الذي لم ينظم عقد التزام المرافق العامة ، سواء في جوانبه الخاضعة للقانون المدني أو تلك الخاضعة للقانون الإداري ، وإن كان قد أخذ بتلك القيود في عقود الالتزام التي أبرمتها السلطة الإدارية مع الشركات الخاصة بشأن استغلال بعض المرافق الأساسية ، ونظراً لأهمية مثل هذا التنظيم في الوقت الحاضر ، خاصة في ظل لجوء الدولة في الآونة الأخيرة إلى الأخذ بسياسة الخصخصة كأحد الحلول المطروحة لعلاج أوجه الخلل في الهياكل الاقتصادية وللارتقاء بمستويات الكفاءة والأداء ، الأمر الذي يؤدي إلى أيلولة المرافق الأساسية للقطاع الخاص ، لذا نتمنى على كل من المشرع الأردني والفلسطيني سرعة إصدار تشريع خاص بالمرافق العامة ، يبين فيه كيفية ومدى إشباع الحاجات العامة للأفراد في حالة الخصخصة ، ويضع الضمانات الكفيلة بحماية جمهور المنتفعين كطرف ضعيف في العقد ويحقق المساواة بينهم ، وذلك حتى تضطلع الدولة بدورها الأساسي في تحقيق العدالة الاجتماعية وتوفير شبكة الأمان لكل المواطنين ضد المخاطر الاجتماعية .

المطلب الثاني

حماية الطرف المذعن من خلال أحكام المسؤولية في عقد النقل

النقل عقد يلتزم بمقتضاه شخص يطلق عليه اسم الناقل أو ملتزم النقل بنقل أشياء أو أشخاص من مكان إلى آخر في مقابل أجر وقد عرفته المادة (٦٨) من قانون التجارة الأردني بقولها " يقصد بالنقل العقد المتبادل الذي يكون الغرض الأساسي منه تأمين انتقال شخص أو شيء من موضع إلى آخر " .

ويكتسب عقد النقل أهمية خاصة ، ذلك أن دور الناقل لا يقتصر على تحقيق منفعة تجارية خاصة به وهي الحصول على أجره النقل ، وإنما يمتد إلى تحقيق مصالح تجارية هائلة لعدد غير محدود من التجار الذين يتداولون السلع المختلفة ، وغير التجار الذين يحتاجون هذه السلع ، كما أن الأفراد لا غنى لهم عنه في حياتهم اليومية أياً كانت أوجه النشاط التي يمارسونها ^(١).

وكنا قد رأينا سابقاً ^(٢)، أن عقد النقل يعد من أهم الصور التقليدية لعقود الإذعان ، نظراً لاختلاف القوة الاقتصادية بين الناقل ذي المركز القوي والمرسل أو المسافر ، وهو الطرف الضعيف في العقد ، فالناقل بحكم مركزه غالباً ما يعد صيغة نموذجية لعقد النقل يضمنها ما يراه ملائماً من الشروط ويعرضها على عملائه دون أن يقبل منهم أية مساومة على أي من شروط تلك الصيغة ، وبالتالي لا يكون أمام المرسل أو المسافر إلا مجرد التسليم بتلك الشروط أو رفضها دون أية مناقشة .

ولعل من أهم هذه الشروط تلك المتعلقة بالمسؤولية ، والتي لو أخذ بها كما هي لوصل الأمر في كثير من الأحيان إلى إعفاء الطرف القوي في العقد من المسؤولية عن عدم تنفيذ

^(١) الدكتور / علي البارودي / العقود وعمليات البنوك / منشأة المعارف / الإسكندرية / ١٩٦٦ / ص ١٣٩ .

^(٢) انظر صفحة (٤٤) من هذه الرسالة .

التزامه أو إلى تقييد مسؤوليته في حدود لا تتفق مع ما ارتكبه من تقصير ، هذه الشروط التي كانت تمثل مجالاً لتعسف الناقلين ، الأمر الذي تنبه له القضاء ومن بعده التشريعات عندما وضعت قواعد خاصة بمسؤولية الناقلين بهدف حماية المتعاقدين معهم .

وعليه ندرس في هذا المطلب تلك الأحكام الخاصة بشروط الإعفاء أو الحد من المسؤولية ، مقسمين هذا المطلب إلى فرعين ، نخصص الأول لبيان حكم شرط الإعفاء أو الحد من المسؤولية في عقد نقل الأشياء ، والفرع الثاني لبيان هذا الحكم في عقد نقل الأشخاص على أن نقتصر في دراستنا على أحكام عقد النقل البري دون البحري^(١) والجوي^(٢).

الفرع الأول

شرط الإعفاء من المسؤولية في عقد نقل الأشياء

يترتب على عقد النقل التزام شركة النقل بنقل الأشياء المسلمة لها من جهة إلى جهة أخرى ، ويجب على الناقل أن يحافظ على البضاعة في أثناء نقلها وأن يقوم بكافة أعمال الصيانة لها ، وكذلك يلتزم الناقل بتوصيل البضاعة في الميعاد المتفق عليه ، إلا أنه لا يكفي أن يقوم الناقل بتوصيل البضاعة وإنما يلتزم بتحقيق نتيجة معينة هي وصول البضاعة سالمة إلى جهة الوصول في الميعاد المتفق عليه ، فإذا تخلفت هذه النتيجة كان الناقل مسؤولاً عن ذلك^(٣) .

وتعتبر مسؤولية الناقل هنا من أهم مواضيع عقد النقل ، وتحتل مكان الصدارة لما تثيره من مشاكل عملية فيما يتعلق بتنفيذ عقد النقل^(٤) ، ذلك أنه لما كان الناقل مسؤولاً عن إيصال

(١) انظر في مسؤولية الناقل البحري الدكتور / جلال وفاء عمدين / مدى فعالية قواعد مسؤولية الناقل البحري للبضائع في القانون البحري في حماية الشاحنين / جامعة الإسكندرية / ١٩٩ / دار الجامعة للنشر ، الدكتور / هشام فرعون / القانون التجاري البحري / دمشق / ١٩٩٥ / ص ٢٠٩ - ٢١٧ ، الدكتور / عاطف محمد الفقى / النقل البحري للبضائع / دار النهضة / القاهرة / ١٩٩٧ / ص ٧٩ - ١٨١ .

(٢) انظر في شرط الإعفاء من المسؤولية في عقد النقل الجوي / عبد العزيز مقبل العيسائي / شرط الإعفاء من المسؤولية المدنية في كل من القانون المدني الأردني واليمني / دراسة مقارنة / رسالة ماجستير / الجامعة الأردنية / ١٩٩٨ / ص ٢٢٩ - ٢٣٩ .

(٣) الدكتور / علي يونس حسن / العقود التجارية / دار الفكر / القاهرة / بلا سنة / ص ٣٠٧ .

(٤) الدكتور / فوزي محمد سامي / شرح القانون التجاري / ج ١ / مكتبة دار الثقافة / عمان / ١٩٩٧ / ط ٧ / ص ٢٥٥ .

البضاعة سالمة إلى المرسل إليه في الميعاد المقرر ، ولما كان هذا الالتزام التزاما بنتيجة ، فإن الإهمال في تنفيذ هذا التزام يؤدي إلى مسؤولية الناقل ، متى ترتب على إخلال الناقل بالتزامه ضرر للمرسل أو للمرسل إليه .

كما تعد مسؤولية الناقل مسؤولية تعاقدية ، لأنها ناتجة عن إخلال الناقل بالتزامه الناتج عن العقد ، هذا الالتزام الذي يتمثل بتسليم البضاعة المنقولة كاملة سليمة إلى المرسل إليه في الموعد المحدد ، بحيث يعد الناقل مخطئا بمجرد تخلفه عن تنفيذ هذا الالتزام ، كما لو هلك البضاعة أو تلفت قبل تسليمها ^(١).

وقد نص المشرع الأردني على هذه المسؤولية في المادة (٧٢) من قانون التجارة ، إذ قرر مسؤولية الناقل عن هلاك الأشياء أو تعيبها أو نقصانها ، ما لم يكن ذلك ناشئا عن القوة القاهرة أو عيب قديم في المنقول أو عن خطأ المرسل . وعليه فإن الناقل يعد مسؤولا في حالة هلاك البضاعة ، سواء أكان الهلاك كلياً أو جزئياً كما لو احترقت البضاعة أو غرقت أو فقد جزء منها ، وكذلك يسأل الناقل عن تلف البضاعة أو تعيبها ، أي سوء حالتها عند الوصول عما كانت عليه من حالة جيدة عند الشحن .

وهنا نلاحظ أن المشرع الأردني قد أغفل النص على حالة التأخير في تسليم البضاعة عن الميعاد المحدد في العقد ، كما فعل المشرع المصري في المادة (٩٨) تجاري ، التي يفهم منها أن الناقل مسؤول عن التأخير في وصول البضاعة الذي لا يرجع إلى قوة قاهرة ، وحبذا لو تدارك المشرع هذا النقص ، وإن كان الفقه مستقرا على أن الناقل يكون مسؤولا عن الضرر الذي يلحق بالمرسل إليه نتيجة تأخر الناقل في تسليم البضاعة عن الموعد المتفق عليه ^(٢).

^(١) الدكتور / علي البارودي / المرجع السابق / ص ١٨٤ - ١٨٥ ، الدكتور / جلال وفاء محمد / المرجع السابق / ص ٧٧ .

^(٢) انظر في ذلك الدكتور / زهير عباس كرم / مبادئ القانون التجاري / مكتبة دار الثقافة / عمان / ١٩٩٥ / ص ٣١١ ، الدكتور / فوزي محمد سامي / المرجع السابق / ص ٢٥٦ .

ولا يشترط لمسؤولية الناقل هنا سوى إثبات المرسل أو المرسل إليه للضرر وأنه حصل في الفترة التي كانت فيها البضاعة في عهدة الناقل ، أي في فترة تنفيذ العقد ، وهذا الإثبات يكون بكافة طرق الإثبات ، ذلك أن الضرر يشكل واقعة مادية ^(١).

ومتى ثبت الضرر ، يفترض أن الناقل قد أخل بالتزامه ، إذ لما كان الناقل ملتزماً بتحقيق نتيجة معينة ، هي وصول البضاعة سالمة في الميعاد المتفق عليه فإن تخلف هذه النتيجة ينهض قرينة على خطأ الناقل ، وكذلك يفترض أن الناقل هو الذي أحدث الضرر ^(٢).

وعليه لا يكفي لدفع هذه المسؤولية أن يقيم الناقل الدليل على انتفاء أي خطأ من جانبه أو أنه بذل العناية اللازمة ، بل عليه أن يثبت رجوع الضرر لسبب أجنبي لا يد له فيه ، فطبقاً للمادة (٧٢) من قانون التجارة الأردني ، التي أشارت في عجزها إلى الحالات التي ترتفع فيها مسؤولية الناقل ، فإن الناقل يستطيع التخلص من المسؤولية بإثبات رجوع الضرر الحاصل بالبضاعة إلى قوة قاهرة لا يمكن دفعها ولا يد للناقل فيها ، أو إلى عيب ذاتي في البضاعة ، أو إلى خطأ المرسل ، فبإثبات إحدى هذه الحالات فقط يستطيع الناقل دفع مسؤوليته ، هذه الحالات التي تعد من قبيل الإعفاء القانوني لأنها وردت بنص قانوني صريح ^(٣).

وإذا كان الناقل مسؤولاً قانوناً وفقاً لما سبق ، فإنه يسعى للتخلص من هذه المسؤولية باتخاذ كافة الوسائل ، والتي من أهمها إدراج شرط في العقد يرفع مسؤوليته عن الأضرار التي تلحق بالبضاعة أو تخففها .

وهذا الشرط يقوم على مبدأ سلطان الإرادة ، الذي يرى أن الأفراد أدرى بحقيقة مصالحهم وأقدر على تنظيم علاقاتهم ، فالدائن قد يرى أن مصلحته في قبول شرط يعفي المدين من

^(١) الدكتور / مراد منير فهم / العقود التجارية وعمليات البنوك / منشأة المعارف / الإسكندرية / ١٩٨٢ / ص ١١٧.

^(٢) الدكتور / علي البارودي / المرجع السابق / ص ١٨٥.

^(٣) انظر في ذلك الدكتور / فوزي محمد سامي / المرجع السابق / ص ٢٥٦-٢٥٨.

المسؤولية ، إذا كان ما حصل عليه ، في مقابل هذا الشرط يفوق في نظره الضرر الذي يحتمل أن ينجم عنه (١).

إلا أن ذلك لا يتفق مع موقف الطرفين في عقود الإذعان ، والتي من أهمها عقود النقل ، هذه العقود التي تكثر فيها شروط الإعفاء من المسؤولية ، ذلك أن الطرف المذعن يجد نفسه مرغما على قبول مثل هذه الشروط دون أن يحصل في مقابل ذلك على توضيح تقابلها من جانب المدين .

لذلك لم يكن يسيرا على الفقه والقضاء الاعتراف بصحتها على وجه الإطلاق ، بل أشار هذا الاعتراف جدلا في الفقه وخلافا في القضاء ، انتهى إلى الاعتراف بصحة هذه الشروط في حدود معينة ، أخذت بها بعض التشريعات بعد ذلك .

ففي فرنسا ثار الجدل حول صحة شرط الإعفاء من المسؤولية في عقد النقل فكان القضاء الفرنسي في أول الأمر يقضي ببطلان شرط الإعفاء من المسؤولية لمخالفته للنظام العام حماية لجمهور المتعاملين مع الناقل باعتبارهم الطرف الضعيف في العقد ، لأن مثل هذا الشرط يؤدي إلى إعفاء الناقل وهو الطرف القوي في العقد من المسؤولية عن عدم تنفيذ التزامه (٢).

فضلا عما يترتب على إجازة مثل هذا الشرط من تشجيع الناقل على التهاون والإهمال في النقل اعتمادا على عدم مسؤوليته، ومن ثم تضييع البضاعة على صاحبها أو تلف دون مقابل (٣).

إلا أنه عاد وعدل عن هذا الاتجاه سنة ١٨٧٤ ، إذ قضت محكمة النقض الفرنسية بصحة شرط الإعفاء من المسؤولية ، ولكنها قصرت أثره على نقل عبء الإثبات من على عاتق الناقل إلى المرسل أو المرسل إليه ، بحيث يلتزم بإثبات خطأ الناقل حتى تثور المسؤولية ، ذلك أن

(١) الدكتور / حسين عامر / المرجع السابق / ص ٢٨.

(٢) الدكتور / حسين عامر / المرجع السابق / ص ٣٥ - ٤٧ ، والدكتور / محمود سمير الشرقاوي / المرجع السابق / ص ١٠٦ .

(٣) الدكتور / الصده / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٢٦٨ .

الناقل كمدین تعاقدی ملزم بإثبات أن عدم التنفيذ يرجع إلى سبب غیر منسوب إليه ، واشترطه عدم المسؤولية يعفيه من ذلك ، ويكون على المتعاقد معه إذا أراد تحميل الناقل المسؤولية أن يثبت خطأه أو إهماله ، ذلك أن المسؤولية العقدية إذا رفعها شرط صريح ، فإن المسؤولية التقصيرية تبقى (١) .

ومع ذلك فإن هذه الحلول لم تكن كافية لحماية الطرف المذعن في عقد النقل ، وذلك لتعذر إقامة الدليل على خطأ الناقل ، فالبضاعة المنقولة تكون في يد الناقل طيلة مدة النقل ، ولا يرافقها المرسل إليه حتى يمكنه أن يراقب أن كان هناك خطأ أو إهمال من جانب الناقل أم لا ، ومن ثم يصعب عليه إثبات خطأ الناقل ، مما يؤدي عملاً إلى عدم مسؤولية الناقل والإضرار بالطرف الضعيف (٢) .

لهذا اضطر المشرع الفرنسي إلى التدخل بقانون ١٧ مارس ١٩٠٥ المعروف بقانون " راببة " الذي أضاف فقرة جديدة إلى المادة (١٠٣) من التقنين التجاري الفرنسي تقضي ببطلاق كل شرط بإعفاء الناقل من المسؤولية عن هلاك أو تلف البضاعة سواء ورد في تذكرة النقل أم في أي سند آخر ، إلا أن هذا القانون لم يتعرض لمسؤولية الناقل في حالة التأخير ، ومن ثم يبقى صحيحاً في القانون الفرنسي شرط الإعفاء من المسؤولية عن التأخير في توصيل البضاعة (٣) .

أما في مصر فقد أخذ القضاء المصري بما انتهى إليه القضاء الفرنسي قبل قانون راببة ، فعلى الرغم من أنه ذهب في أحكام فردية إلى إبطال شرط الإعفاء من المسؤولية في عقد النقل حتى في حالة الخطأ اليسير ، إلا أنه استقر على صحة شرط الإعفاء من المسؤولية في عقد النقل ، مع قصر أثره على نقل عبء الإثبات من عاتق الناقل إلى عاتق المرسل أو المرسل إليه

(١) الدكتور / مراد منير فهم / المرجع السابق / ص ١٢١ ، الدكتور / الصده / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٢٦٨ .

(٢) عبد العزيز العيسائي / رسالة ماجستير / مرجع سابق / ص ١٠٤ ، الدكتور / مصطفى كمال طه / المرجع السابق / ص ٤٢١ .

(٣) الدكتور / محمود سمير الشرقاوي / المرجع السابق / ص ١٠٧ ، الدكتور / مراد فهم / المرجع السابق / ص ١٢٢ .

المطالب بالمسؤولية ، إذ قضت محكمة مصر الكلية بأن " الشرط الوارد في تعريف السكك الحديدية في حالة الشحن بأجرة خاصة ، والذي ينص على عدم مسؤولية المصلحة عن ضياع أو تلف البضائع المشحونة ، هو شرط صحيح قانوناً وملزم لمن أرسلت إليه البضاعة ، إلا إذا أثبت أن الضياع أو التلف ناتج عن خطأ تلك المصلحة أو إهمالها ^(١) .

وعند صدور القانون المدني المصري الجديد حسم المشرع المصري هذا الأمر ، بالنص في المادة (٢/٢١٧) منه على أنه " يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم ، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه " .

فطبقاً لهذا النص نجد أن المشرع المصري يجيز شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية ويرتب عليه أثره ، إلا أنه يدخل عليه استثناء ، يتمثل في عدم إجازة شرط الإعفاء في حالتي الغش والخطأ الجسيم ، ويقع على المضرور في هذه الحالة عبء إثبات الغش والخطأ الجسيم ، أما شروط الإعفاء من المسؤولية عن أفعال التابعين ، فتكون صحيحة ولو كانت من قبيل الغش أو الخطأ الجسيم .

ولما كان المشرع المصري لم يتطرق إلى شرط الإعفاء أو الحد من المسؤولية في عقد النقل البري ، الأمر الذي يستوجب الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني ، فنجد أن النص السابق ينطبق على هذا العقد ، أي أن الناقل يحق له أن يشترط إعفاءه من المسؤولية عن أخطائه اليسيرة فقط ، كما يجوز له أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناتجة عن أفعال عماله ، سواء أكانت أخطاء يسيرة أم جسيمة .

^(١) الدكتور / الصده / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٢٧١.

أما عن موقف المشرع الأردني من شرط الإعفاء من المسؤولية ، فكما رأينا سابقا ، فإن القانون المدني الأردني لم يتضمن نصا يجيز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية ، كما فعل المشرع المصري في المادة (٢١٧) السابقة ، وإن كان البعض^(١) يرى بأن المشرع الأردني على العكس من ذلك نص على عدم جواز مثل هذا الاتفاق ، مستنديين في هذا الحكم على نص المادة (٣٦٤) ، التي أجازت للمحكمة بناء على طلب أحد الطرفين ، تعديل الاتفاق على مقدار الضمان بحيث يكون مساويا للضرر الواقع فعلا .

إلا أنه بالرجوع إلى المادة (٣٦٤) نجد أنها تقتصر على حالتين التشديد والتخفيف من المسؤولية ولم تتضمن أي إشارة إلى الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية بمعنى أن المشرع الأردني لم يتعرض للإعفاء من المسؤولية العقدية لا بالإجازة ولا بالمنع ، وهذا ما حدا بالبعض إلى القول أنه لا يوجد قاعدة عامة للإعفاء من المسؤولية العقدية في القانون المدني الأردني^(٢) .

هذا في القانون المدني الأردني ، وكذلك الأمر في قانون التجارة ، إذ لم يرد فيه ما يشير إلى بطلان أو صحة شرط الإعفاء من المسؤولية في عقد النقل البري للأشياء ، الأمر الذي دفع البعض^(٣) إلى القول بإمكانية الأخذ بما جاء به المشرع الأردني في المادة (٢١) تجارة بحرية ، التي اعتبرت كل شرط أدرج في وثيقة الشحن أو في أية وثيقة للنقل البحري تنشأ في المملكة الأردنية الهاشمية أو في خارجها ، وكانت غايته المباشرة أو غير المباشرة إبراء الناقل من التبعة التي يلقبها عليه القانون العام أو قانون التجارة البحرية ملغى ولا مفعول له ، مستنديين في ذلك إلى اتحاد العلة في قانون التجارة البحرية وقانون التجارة البرية وهي الحفاظ على مصالح الشاحنين والمرسل إليهم في مواجهة شروط الناقل التعسفية .

(١) الدكتور / زهير عباس كريم / المرجع السابق / ص ٣١٧ ، الدكتور / فوزي محمد سامي / المرجع السابق / ص ٢٥٩ .

(٢) انظر في ذلك عبد العزيز العيسائي / رسالة ماجستير / مرجع سابق / ص ٤٤ .

(٣) العيسائي / نفس المرجع / ص ٤٥ .

وحتى مع فرض صحة هذا الرأي ، فإنه لا يفي بالحاجة الملحة لوجود نص تشريعي يعالج مشكلة الإعفاء الاتفاقي من المسؤولية في عقد النقل البري أسوة بالتشريعات الأخرى ، خاصة وأن الركون إلى هذا الرأي وترك الأمر دون معالجة تشريعية سوف يدخلنا في اجتهدات لا حصر لها ، قد تكون في غير صالح المتعاقدين مع الناقل ، لذا نتمنى على المشرع التجاري الأردني أن ينظم هذه المسألة كما نظمها في قانون التجارة البحرية .

هذا بالنسبة لشرط الإعفاء من المسؤولية في عقد النقل ، ولكن قد لا يشترط الناقل إعفاءه من المسؤولية ولكنه يعتمد إلى تحديد مسؤوليته بمبلغ معين ، فما حكم مثل هذا التحديد ؟ المقصود بتحديد المسؤولية هو الاتفاق المسبق على مدى التعويض ، سواء بوضع حد أقصى لمقدار ما يمكن أن يلزم به الناقل كتعويض ، أو أن يحدد الناقل مسؤوليته بنسبة معينة من الضرر الحقيقي كنصف أو ثلث الضرر (١).

وفي الحقيقة فإن الاتفاق على تحديد المسؤولية في عقد النقل ليس سوى اتفاق على الإعفاء الجزئي منها ، أي اتفاقاً على رفع المسؤولية فيما جاوز النسبة أو المبلغ الذي عين في الاتفاق ، وعليه فإن مثل هذا الشرط يشكل تهديداً لحقوق المتعاقدين مع الناقل كطرف ضعيف في العقد ، إذا ما ضمن الناقل عقده شرطاً يقضي بتحديد مسؤوليته في حدود معينة ، إلا أن هذا التهديد ليس بحجم التهديد الذي يتعرض له في حالة وجود شرط الإعفاء من المسؤولية .

لذلك أقرت التشريعات المختلفة بصحة الشروط الاتفاقية التي تحدد مسؤولية الناقل باعتبارها شروطاً جزائية ، حيث تجيز القواعد العامة للمتعاقد أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق (٢).

وعليه تنطبق على شرط تحديد المسؤولية أحكام التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) ، هذه

(١) الدكتور / علي يونس حسن / المرجع السابق / ص ٣٤١ ، الدكتور / حسين عامر / المرجع السابق / ص ١٠٧ .

(٢) الدكتور / الصده / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٢٧٨ .

الأحكام التي تحمي المتعاقد مع الناقل فتحد من وجود مثل هذا الشرط ، إلا أن هذه الحماية تختلف من تشريع إلى آخر طبقاً لمدى السلطة الممنوحة للقاضي حيال هذا الشرط .

ففي مصر لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت الناقل أن المرسل أو المرسل إليه لم يلحقه أي ضرر ، ولكن إذا كانت قيمة الضرر أقل من مقدار التعويض الاتفاقي ، جاز للقاضي إنقاص هذا المقدار حتى يكون معادلاً لتلك القيمة ، أما إذا جاوز الضرر قيمة التعويض - فهذا ما يهمنا - فإن قاضي الموضوع يحكم به كما هو دون زيادة ، ذلك أن الشرط الجزائي في هذه الحالة هو بمثابة اتفاق على التخفيف من المسؤولية ، وهذا الاتفاق جائز ويعمل به ، إلا أن المشرع المصري أجاز للدائن (المرسل أو المرسل إليه) أن يطلب زيادة قيمة التعويض الاتفاقي إذا أثبت أن المدين (الناقل) قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً ، غير أن هذه القاعدة لا تسري إلا بالنسبة للمسؤولية الناشئة عن فعل الناقل شخصياً ، أما إذا نشأت المسؤولية من أفعال التابعين ، فإن الناقل يكون له أن يشترط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية عن الغش والخطأ الجسيم المنسوب إلى التابعين وفقاً للمادة (٢١٧) من القانون المدني المصري^(١).

أما المشرع الأردني فلم يحدد الحالات التي يجوز فيها للقاضي زيادة مقدار التعويض الاتفاقي ، ولكنه منحه سلطة مطلقة لزيادة مقدار التعويض ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (٢/٣٦٤) من القانون المدني الأردني بقولها " ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر ويقع بإطلا كل اتفاق يخالف ذلك " ، وعليه فإن المشرع الأردني يوفر حماية أكبر للطرف الضعيف في العقد ، من خلال السماح للقاضي بزيادة مقدار التعويض الاتفاقي إلى الحد الذي يساوي الضرر ، إذا

(١) أنظر في ذلك الدكتور / مصطفى كمال طه / المرجع السابق / ٤٢٢ ، الدكتور / علي يونس حسن / المرجع السابق / ص ٣٤٢ ، الدكتور / حسن عبد الباسط جمعي / المرجع السابق / ص ٢٣٠ - ٢٣٧ ، الدكتور / أحمد محمد محرز / العقود التجارية / دار النهضة العربية / القاهرة / بلا سنة / ص ١٥٨ - ١٥٩ .

أثبت المرسل أو المرسل إليه أن قيمة الضمان الاتفاقي لا تتناسب مع مقدار الضرر الواقع فعلاً^(١).

وبذلك يكون المشرع الأردني قد تفوق على نظيره المصري عندما سمح للقاضي بالتدخل بتعديل التعويض الاتفاقي بالزيادة أو النقص ، وهو ما يتفق مع ما هو مطلوب من حماية للطرف المغلوب على أمره .

الفرع الثاني

شرط الإعفاء من المسؤولية في عقد نقل الأشخاص

رأينا عند بحث الحلول التي توصل إليها القضاء لحماية الطرف المذعن ، أن من أهم هذه الحلول تقرير التزامات في صالح الطرف المذعن مع تخفيف عبء الإثبات عليه^(٢)، وكان أهم مجال لهذه الالتزامات بالإضافة إلى عقد العمل عقد النقل ، وذلك بفرض التزام على عاتق الناقلين بتأمين سلامة المسافرين وباتخاذ كل الاحتياطات الممكنة لضمان ذلك ، هذا الالتزام ترتب عليه إحلال المسؤولية العقدية محل المسؤولية التقصيرية .

وعليه ندرس في هذا الفرع الالتزام بالسلامة في عقد نقل الأشخاص وطبيعة مسؤولية الناقل عن هذا الالتزام وحكم الإعفاء الاتفاقي من هذه المسؤولية .

أولاً :- الالتزام بالسلامة في عقد نقل الأشخاص وطبيعة مسؤولية الناقل

لا يكفي لقيام المسؤولية العقدية ، وجود عقد بين المسؤول عن الضرر ومن كان ضحيته ، بل يجب كذلك رجوع الضرر إلى الإخلال بتنفيذ التزام ناشئ عن العقد ، لذلك يجب تحليل العقد والوقوف على حقيقة مضمونه ، لتحديد الالتزامات الناشئة عنه وتعين طبيعة المسؤولية تبعا له.

(١) انظر في ذلك الدكتور / غازي أبو عرابي / سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي / البحث السابق / ص ٦٠ - ٦١ .

(٢) انظر صفحة (٩٢) من هذه الرسالة .

ومرجع تحديد مضمون العقد ، هي الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، ومن ثم يتعين تفسيرها لتعيين الالتزامات الناشئة عنه ، إلا أن العقد لا يقتصر على إلزام المتفاعدين بما ورد فيه ، ولكنه يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة ، فللقاضي وفقاً لهذه القاعدة العامة ، أن يضيف إلى مضمون العقد ، ما يقضي العرف أو العدالة ، بإضافته إليه ، وعليه أن يراعي في ذلك المرغوب فيه اجتماعياً ، لأن القانون نظام اجتماعي ، يهدف إلى حماية الفرد ، وتحقيق التوازن بين المصالح المختلفة ، ومن ثم يتعين على القاضي أن يقدر ما إذا كان في إضافة التزام ثانوي ، أو آخر ، إلى مضمون العقد ، تنظيم أفضل للعلاقات بين طرفيه ، ولعل اظهر تطبيق لسلطة القاضي ، في هذه الإضافة ، الالتزام بالسلامة ، الذي فرضه في بعض العقود ، على عاتق أحد طرفيها ، حماية للطرف الآخر ، كما هو الحال في عقد نقل الأشخاص^(١).

ففي فرنسا وأمام غياب النصوص القانونية التي تنظم مسؤولية الناقل في عقد نقل الأشخاص ، كانت هذه المسؤولية تخضع للقواعد العامة ، حيث كان الفقه القديم الذي ساد في القضاء الفرنسي إلى أوائل القرن العشرين يرى أن مسؤولية الناقل ، عن إصابة المسافر في أثناء سفره ، لا يمكن أن تكون إلا تقصيرية ومن ثم يجب على المسافر للحصول على حقه في التعويض ، أن يقيم الدليل على خطأ الناقل الذي أدى إلى إصابته^(٢).

إلا أن هذا القضاء كان هدفاً لنقد الجمهور في الفقه الفرنسي ، الذين رأوا أن عقد النقل ينشئ في ذمة الناقل ، إلى جانب الالتزام بتوصيل الراكب إلى جهة الوصول في الميعاد المحدد ، التزاماً بضمان سلامته في أثناء السفر ، يجب عليه بمقتضاه توصيله سليماً إلى تلك الجهة^(٣).

(١) الدكتور / محمود جمال الدين زكي / مشكلات المسؤولية المدنية / المرجع السابق / ص ٢٢٦.

(٢) الدكتور / عادل علي المقدادي / مسؤولية الناقل البري في نقل الأشخاص / عمان / ١٩٩٧ / ص ٧٥.

(٣) انظر في عرض ذلك الدكتور / عادل علي المقدادي / المرجع السابق / ص ٧٨.

وانتهى القضاء الفرنسي ، في أوائل القرن الماضي ، إلى التسليم بالرأي الراجح في الفقه ، إلا أنه بداية أخذ يتبع عدة طرق وأساليب في سبيل تسهيل حصول المصاب على حقه في التعويض ، فكان يفرض على متعهدي النقل وبخاصة شركات السكك الحديدية ، من الالتزامات القانونية ما يوجب عليهم اتخاذ الاحتياطات اللازمة لتأمين سلامة الركاب ، وهو في عمله هذا كان يستعين بقرائن الأحوال التي يكون من شأنها أن تخفف من عبء الإثبات على المصاب ^(١) .

ثم وجدت محكمة النقض الفرنسية أنه لا مناص من تطبيق قواعد المسؤولية العقدية ، حماية لجمهور المسافرين ، الذين يكونون نظرا لظروف النقل في العصر الحديث ، عاجزين كلية ، في حالات كثيرة ، ليس فقط عن إثبات خطأ الناقل ، بل عن معرفة ظروف الحادث ، والأسباب التي أدت إليه ، في مواجهة خصم قادر ، بوسائله القوية ، على إحباط كل محاولة لإثبات خطئه ، أو حتى محاولة استقصاء أسباب الإصابة للتخلص من أية مطالبة بالتعويض ، لذلك أقرت بصفة ثابتة منذ سنة ١٩١١ ، أنه يوجد في عقد نقل الأشخاص التزام بالسلامة ، وهو التزام مطلق يلتزم بموجبه الناقل بتوصيل الركاب إلى جهة الوصول سالما معافى ، دون حاجة إلى اشتراط صريح بخصوص هذا الالتزام ، فإذا وقعت حادثة فان مسؤولية الناقل تشغل تعاقديا نحو الركاب المصاب ، لأن الناقل يكون قد أخل بالتزام ناشئ عن العقد ، وبالتالي لا حاجة لإثبات خطأ الناقل ^(٢) .

إلا أن هذا القضاء لم يسلم من نقد بعض الفقهاء ^(٣) ، لافتقاره حسب رأيهم للأساس القانوني وقيامه على مجرد الافتراض ، إذ لا يمكن القول باتجاه إرادة الناقل إلى تحمل هذا الالتزام بالسلامة ما دام العقد لم يتضمن نصا صريحا في شأنه ، وأن في ذلك تحميل للناقل

^(١) الدكتور / الصده / رسالة دكتوراه / مرجع سابق / ص ٣٣٩ .

^(٢) الدكتور / علي البارودي / المرجع السابق / ص ٢٣٢ ، الدكتور / مراد منير فهمي / المرجع السابق / ص ١٥٧ .

^(٣) انظر في عرض ذلك الدكتور / عادل علي المقدادي / المرجع السابق / ص ٧٩ .

لمسؤولية ثقيلة ليس لها ما يبررها في عقد نقل الأشخاص ، حيث يظل الراكب حراً في حركاته ، مما يجعل رجوع إصابته إلى فعله قريب الاحتمال ، وإذا ساغ أن نلقي عليه هذا الالتزام في نقل الأشياء ، التي تظل جامدة في أماكنها ، فإن ذلك لا يسوغ في نقل الأشخاص ، لأن فيه إنقاص لقدر الإنسان بإنزاله إلى مستوى الشيء أو الحيوان ، حين يلزم الناقل بسلامته الجسدية .

ولكن الفقه الحديث يرى بأن الانتقادات السابقة لا تكفي لهدم المسؤولية التعاقدية للناقل ، ويردون عليها ، بأن الالتزام بسلامة الراكب يتفق مع طبيعة عقد النقل ، والغاية التي يقصدها طرفاه منه ، إذ يتتافر مع تلك الطبيعة ، ويتعارض مع هذه الغاية ، أن يصل الراكب إلى جهة الوصول جثة هامة ، كما أن العقد لا يقتصر كما قدمنا على التزام المتعاقد بما ورد فيه ، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة ، فلا القانون ولا العدالة يسمحان بنقل الأشخاص دون الاهتمام بسلامتهم^(١).

وقد تأيد موقف هذا الفقه واتجاه محكمة النقض الفرنسية من قبل المشرع الفرنسي ضمناً بصدر قانون ١٩٢٤/٥/٣١ ، الخاص بالنقل الجوي ، والذي اعتبر المشرع فيه ، أن الناقل مسؤول عن الأضرار التي تلحق بالمسافر مسؤولية تعاقدية^(٢).

ولقد اقتفى القضاء المصري أثر نظيره الفرنسي في هذا الخصوص ، فبعد أن تردد بين تطبيق قواعد المسؤولية العقدية وبين المسؤولية التقصيرية ، استقر على اعتبار مسؤولية الناقل مسؤولية عقدية ، بعد إقراره وجود التزام بالسلامة على عاتق الناقل^(٣).

وعليه أصبح من أهم التزامات الناقل بموجب عقد نقل الأشخاص ضمان سلامة الراكب ، وهو ما يسمى بالالتزام بالسلامة ، والذي يعني أن الناقل يضمن بمقتضى العقد سلامة جسم

(١) الدكتور / محمود جمال الدين زكي / المرجع السابق / ص ٢٣٨ ، الدكتور / علي البارودي / المرجع السابق / ص ٣٣٤ .

(٢) الدكتور / عادل علي المقدادي / المرجع السابق / ص ٧٧ .

(٣) الدكتور / مراد فهم / المرجع السابق / ص ١٥٧ ، الدكتور / مصطفى كمال طه / المرجع السابق / ص ٤٤٦ .

الراكب من كل ضرر قد يتعرض له أثناء تنفيذ العقد .

ويعتبر الفقه التزام الناقل بضمان سلامة الراكب التزاما بتحقيق نتيجة ، فإذا ما أصاب الراكب ضرر فإن الناقل يكون قد أخل بتنفيذ التزامه هذا ، لأنه لم يحقق النتيجة المطلوبة بإيصال الراكب سالما إلى المحل المقصود ، ولا يعفيه من تلك المسؤولية أن يثبت أنه بذل العناية اللازمة من أجل توصيل الراكب سالما ^(١).

ولقد أخذت أغلب التشريعات بذلك ، معتبرة أن التزام الناقل بضمان سلامة الراكب ، هو التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية ، فإذا تخلفت هذه النتيجة بأن لم يصل الراكب إلى المكان المحدد سالما ، فإنه يكون قد أخل بتنفيذ التزامه هذا ، وتترتب عليه مسؤولية تعاقدية ، لا يتحلل منها إلا بإثبات السبب الأجنبي .

وهو ما أخذ به المشرع الأردني في المادة (٧٧ / ٢) من قانون التجارة التي تنص " على الناقل إيصال المسافرين سالما إلى المحل المعين وفي المدة المتفق عليها ، وإذا وقع طارئ ما ، فإن التبعة الناشئة عن العقد تنتفي عن الناقل بإقامة البيئة على وجود قوة قاهرة أو خطأ من قبل المتضرر " .

يتضح من هذا النص أن المشرع الأردني قد فرض التزاما قانونيا على عاتق الناقل يلتزم بموجبه بإيصال المسافرين سالما إلى المحل المعين في عقد النقل ، مقتفيا في ذلك أثر التشريعات الأخرى التي نصت على مثل هذا الالتزام ، وهو اتجاه محمود ، ذلك أن أهمية حياة الإنسان تستوجب حماية خاصة لها ، لئلا يترك أمر تحديد هذا الالتزام وما ينجم عنه لمشئنة الأفراد، لما في ذلك من خطورة ، تكون في الغالب في غير صالح المتضررين وهم الطرف الضعيف في العقد، كما أن تقرير مثل هذا الالتزام يتفق مع قواعد العدالة التي تنادي بها المجتمعات البشرية.

^(١) انظر في ذلك الدكتور / عادل علي المقدادي / المرجع السابق / ص ٨١ - ٨٧ ، الدكتور / احمد حمز / المرجع السابق / ص ١٦٠ .

كما أن المشرع الأردني يفرضه هذا الالتزام يكون قد اعتبر مسؤولية الناقل عما يصيب الراكب من ضرر مسؤولية عقدية^(١)، لأنها تنتج عن إخلاله بواجبه في تنفيذ عقد النقل ، ذلك أن كل علاقة بين الناقل والراكب يجب أن يحكمها العقد وحده ، فإذا أخل الناقل بالتزامه العقدي لم يكن أمام الراكب سوى الرجوع عليه بدعوى المسؤولية العقدية لأن هذه الأخيرة تجب المسؤولية التقصيرية .

ويترتب على أخذ المشرع الأردني بذلك التسهيل على الطرف الضعيف في العقد ، إذ يكفي إثبات وقوع الضرر ووجود عقد النقل حتى تترتب مسؤولية الناقل عن الأضرار التي تلحق به ، ولا يعفيه من هذه المسؤولية تذرعه بأنه لم يرتكب أي خطأ أو أنه بذل كل جهد ممكن لضمان سلامة وراحة الراكب .

وبالمقابل فقد نص المشرع الأردني في عجز المادة (٧٧) السابقة على الأسباب القانونية للإعفاء من المسؤولية ، إذ لا تبرأ ذمة الناقل من المسؤولية عن عدم تنفيذ الالتزام بضمان السلامة إلا بإثبات السبب الأجنبي ، أي خطأ الراكب أو القوة القاهرة^(٢).

ثانياً : — حكم الإعفاء الاتفاقي من المسؤولية

رأينا أن المشرع قد حدد الأسباب القانونية التي يحق للناقل عند توافر شروطها ، دفع مسؤوليته العقدية وهي القوة القاهرة وخطأ المضرور ، وتأتى هذه الأسباب على سبيل الاستثناء لأن الأصل مسؤولية الناقل .

إلا أن هناك حالة يتمكن بها الناقل التخلص من المسؤولية الناجمة عن الأضرار ، عن طريق الاتفاق المسبق بينه وبين الراكب على إعفائه من هذه المسؤولية أو تحديدها ، فما مدى

^(١) الدكتور / فوزي محمد سامي / المرجع السابق / ص ٢٦٩ ، الدكتور / عزيز العكيلي / شرح القانون التجاري / الجزء الأول / مكتبة دار الثقافة / عمان / ١٩٩٨ / ص ٣٦١ .

^(٢) الدكتور / فوزي محمد سامي / المرجع السابق / ص ٢٧٠ .

هنا أيضا لم يورد المشرع الأردني نصا ينظم مسألة الإعفاء الاتفاقي من المسؤولية في عقد النقل البري للأشخاص ، كما هو الحال بالنسبة لعقد النقل البري للبضائع^(١) ، أما فيما يتعلق بشروط تحديد المسؤولية فكما رأينا سابقا فإنها تأخذ حكم الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) .

وكنا قد تمنينا على المشرع الأردني أن ينظم مسألة الإعفاء الاتفاقي من المسؤولية لما لها من أهمية ، خاصة وأن القانون المدني الأردني باعتباره الشريعة العامة التي يرجع إليها في حالة خلو التشريعات الخاصة من حكم لمسألة معينة قد سكت هو الآخر عن تنظيم هذه المسألة ، ولكن ما هو الموقف الذي يجب على المشرع الأردني الأخذ به بالنسبة لشرط الإعفاء من المسؤولية في عقد النقل بشكل عام سواء أكان بریا أم بحريا أم جويا وسواء تعلق بنقل البضائع أو الأشخاص ؟ لتزكية نص معين لا بد لنا من استعراض مواقف التشريعات المختلفة من هذه المسألة ، لنرجح أحدها على الآخر .

فكما رأينا سابقا فإن المشرع المصري لم يتعرض إلى شرط الإعفاء من المسؤولية عند معالجته لعقد النقل في قانون التجارة ، الأمر الذي يعني الرجوع إلى القاعدة العامة للإعفاء من المسؤولية العقدية في القانون المدني المصري في المادة (٢١٧) وهذه المادة أجازت الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية ، إلا ما نشأ عن غش أو خطأ المدين ، أي أن الناقل يحق له أن يشترط إعفاءه من المسؤولية عن أخطائه اليسيرة فقط ، كما يجوز له أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناتجة عن أفعال تابعة سواء أكانت أخطاء يسيرة أو جسيمة ، وب نفس الموقف أخذ المشرع السوري^(٢) .

(١) الدكتور / عزيز العكيلي / المرجع السابق / ص ٣٦٤ .

(٢) انظر المادة (٢/٢١٨) من القانون المدني السوري .

في حين أن دولا أخرى قد أخذت في قوانينها التجارية موقفا صريحا بشأن اتفاقات الإعفاء من المسؤولية ، فأبطلت الشروط التي يدرجها الناقل إذا كانت منصبة على الإعفاء من المسؤولية الناتجة عن الأضرار البدنية ، من ذلك قانون التجارة العراقي الذي نص في المادة (٣٠٢) منه على أنه " يقع باطلا كل شرط يقضي بإعفاء الناقل كليا أو جزئيا من المسؤولية عما يلحق الراكب من أضرار بدنية " (١) .

إن نجد أن هناك اتجاهين فيما يتعلق بشرط الإعفاء من المسؤولية ، اتجاه يمثل كل من القانون المدني المصري والسوري ، يجيز مثل هذا الشرط مع قصره بالنسبة للناقل على أخطائه اليسيرة فقط أما بالنسبة لتابعيه ، فقد أجاز للناقل أن يشترط إعفاءه من المسؤولية ، وهو اتجاه منتقد ، ذلك أن مثل هذا الشرط يكون مدعاة لإهمال الناقل وتهاونه في تلافي الحوادث التي تقع على المسافرين ، ويكون ذلك أخطر عندما ينصب الإعفاء على أفعال تابعي الناقل ، لأن الراكب حتما سيضيع حقه في التعويض لأن الناقل في الغالب ، يعتمد على تابعيه في تنفيذ عقود النقل (٢) ، كما أن هذا الاتجاه لا يتفق مع اعتبارات العدالة ، لأنه يؤدي في الغالب إلى حرمان المتعاقد مع الناقل من حقه في التعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة خطأ من الناقل أو تابعيه ، يضلف إلى ذلك أن تطور القانون المقارن يتجه إلى التضييق من حرية الأفراد في الاتفاق على رفع المسؤولية مقابل وضع تنظيم أمر للمسؤولية يراعي فيه إقامة التوازن بين مصالح العاقدین (٣) .

أما الاتجاه الثاني ، والذي يمثل كل من قانون التجارة العراقي والكويتي والتونسي والليبي وقانون الموجبات والعقود اللبناني ، فقد امتاز عن الاتجاه السابق بأن المشرعين فيه ، قد حرموا على الناقل إدراج شرط الإعفاء من المسؤولية عن الأضرار البدنية للراكب ، عندما اعتبر مثل

(١) انظر المواد (٤٦٦) من قانون التجارة الكويتي و (٦٥٦) من قانون التجارة التونسي و (١٦٢) من قانون التجارة الليبي و (١٣٩) من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

(٢) الدكتور / عادل علي المقدادي / المرجع السابق / ص ٢٢٨ .

(٣) الدكتور / حسين عامر / المرجع السابق / ص ٨٣ .

هذا الشرط باطلاً ، سواء كانت المسؤولية ناشئة عن أفعال الناقل أو أفعال تابعيه ، ومهما كانت تلك الأفعال يسيرة أو ناتجة عن غش أو خطأ جسيم ، وهذا الموقف سليم ولا شائبة فيه ، لاتفاقه مع اعتبارات العدالة ومع ما لسلامة الإنسان من أهمية ^(١).

إلا أنه يؤخذ على هذا الاتجاه أنه يقصر البطلان على الشروط المعفية من المسؤولية عن الأضرار البدنية ، واقتصار هذا الحكم على عقد نقل الأشخاص دون عقد نقل البضائع ، الأمر الذي تفاداه المشرع اليمني عندما خرج على القاعدة العامة المقررة في المادة (٣٥٦) من القانون المدني والتي تجيز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية سواء كان هذا الإعفاء متعلقاً بأفعال الملتزم أو ما يتعلق بإعفائه من المسؤولية عن أفعال تابعيه حيث قرر بطلان كل اتفاق على الإعفاء من المسؤولية في حالة النقل البري للأشياء أو للأشخاص وكذلك النقل الجوي والبحري ^(٢)، وهو بهذا الموقف أي إبطال شرط الإعفاء من المسؤولية يكون قد حذا حذو التشريع الفرنسي .

هذا ولم يكتف المشرع اليمني بإبطال شرط الإعفاء من المسؤولية في حالة النقل البري ، بل احتاط لحالات تقع في الحياة العملية تؤدي إلى احتيال الناقل على أحكام المسؤولية عن طريق إلزام المرسل أو المرسل إليه بدفع نفقات التأمين وأبطل مثل هذه الحالات .

وبهذا الموقف أخذ المشرع الأردني في المادة (٢١٥) من قانون التجارة البحرية ، إذ أبطل كل اتفاق بين الناقل والشاحن يؤدي إلى إبراء الأول من تحمل المسؤولية أو تحويل عبء الإثبات ، ولم يقف عند هذا الحد بل اعتبر كل شرط يترك للناقل منفعة التأمين على البضائع أو أي شرط آخر من نفس النوع بمثابة شرط إبراء يأخذ نفس الحكم .

لكل ما سبق ولما يترتب على اتفاقات رفع المسؤولية من الناحية الاجتماعية من نتائج

^(١) الدكتور / عزيز العكيلي / المرجع السابق / ص ٣٦٤ ، الدكتور / عادل علي المفداوي / المرجع السابق / ص ٢٢٨ .

^(٢) انظر في ذلك عبد العزيز العيسائي / رسالة ماجستير / مرجع سابق / ص ١٢٢ - ١٣٩ .

ضارة ليس بهذه الفئة وحدها بل بمصالح المجموع ، لأنها تشجع على التراخي في تنفيذ الالتزامات وعدم الاكتراث بحقوق الغير على نحو يؤدي إلى إلحاق الخسارة بالأموال بل والمساس بسلامة الأشخاص ويزرع الثقة في الروابط القانونية ، نتمنى على المشرع الأردني أن يعمم موقفه السابق على عقد النقل البري ، سواء تعلق بنقل البضائع أو بنقل الأشخاص ، بالنص صراحة على إبطال الاتفاقات المعفية من المسؤولية سواء تعلقت بأفعال الناقل أو أفعال تابعة ، وذلك لاتفاق هذا الموقف مع طبيعة عقد النقل ولما يوفره من حماية للراكب في عقد نقل الأشخاص والمرسل أو المرسل إليه في عقد نقل البضائع كطرف ضعيف في العقد .

الخاتمة والتوصيات

لقد أوضحت لنا هذه الدراسة مدى الاختلال الواضح بين طرفي عقد الإذعان ، إذ يسعى الطرف القوي اقتصادياً إلى تغليب مصالحه على مصلحة الطرف الآخر المذعن ، بما يهدر التوازن المقبول بين الالتزامات المتولدة عن العقد .

وعلى الرغم من ذلك فإن مبادئ الحرية التعاقدية ، والتي تأسست في ظلها التشريعات المدنية القديمة ، تسمح بهذا الاختلال ولا تتيح للطرف المذعن التخلص منه .

ذلك أن مبدأ سلطان الإرادة يتعارض مع أي محاولة لتعديل بنود العقد ولا يعتد المبدأ بالمعايير الموضوعية ، بل إن العدالة تتحقق بمعيار شخصي ، وهو ما يتعارض مع أي محاولة لاحقة لقياس توازن العقد أو تعديله .

إلا أن تطور المجتمعات الحديثة ، وما صاحب ذلك من تقدم في المجالين العلمي والتكنولوجي ، أدى إلى إعادة النظر في المبادئ التقليدية التي تحكم نظرية العقد .

فأصحاب المذهب الفردي لا ينكرون اليوم تحقيق العدالة الاجتماعية ، وأصبحوا ينظرون إلى توازن المصالح ، باعتبار أنه هو الذي سيكفل استمرار النجاح والتقدم الاقتصادي .

كما أن جميع النظم القانونية في البلدان المتقدمة أصبحت تهتم بإشاعة الاستقرار في المعاملات من خلال ترسيخ العدالة الاجتماعية ، وحماية الطرف الضعيف في المعادلة الاقتصادية .

ونظراً لأن المبادئ التقليدية التي تقوم عليها نظرية العقد تعوق تحقيق هذه العدالة وتتعارض مع إعادة النظر في الالتزامات المتولدة عن العقد من أجل حماية الطرف المذعن ، فقد كان من اللازم أن يتم تعديل النصوص الواردة في التشريعات المدنية بما يخفف من غلواء

هذه المبادئ ، أو أن تظهر تشريعات متخصصة بهدف تحقيق ذلك التوازن وتلك الحماية في العقود التي تقتضي ذلك .

وإذا كانت هذه الدراسة قد مكنتنا من القول بأن التشريعات المدنية الحديثة قد حققت بعض الحماية للطرف المذعن ، من خلال إدخال عدة استثناءات لمصلحته ، تمثل خروجاً على مبدأ سلطان الإرادة ، بالإضافة إلى قيامها بتنظيم خاص لأهم عقود الإذعان ، فسوف نقدم فيما يلي بعض المقترحات التي نرى أهميتها بالنسبة للنظام القانوني الأردني ، متمنياً على المشرع الأردني أن يأخذها بالاعتبار ، وكذلك المشرع الفلسطيني ، خاصة وأنه يعتمد إلى إعداد مشروع للقانون المدني الفلسطيني .

أولاً : - نظرية عيوب الإرادة

يبدو التمسك بهذه العيوب وسيلة مناسبة لتحقيق بعض الحماية للطرف المذعن ، على أنه من الضروري ألا يقتصر جزاء توافر أحد هذه العيوب على إبطال العقد أو فسخه ، وإنما يجب أن يتاح للقاضي وبناءً على طلب المتضرر أن يقضي بتخفيض التزاماته التعاقدية أو باستبعاد المزايا التي تقررت للطرف الآخر .

ونظراً لكون نظرية الاستغلال هي أصلح نظريات عيوب الإرادة لمواجهة اختلال التوازن العقدي ، يصبح من الضروري أن يتبنى المشرع الأردني موقفاً يتيح التمسك بعيوب الاستغلال ، بأن يأخذ بالاستغلال كعيب مستقل من عيوب الإرادة وأن لا يقتصر في ذلك على الحالات التي أخذت بها معظم التشريعات العربية وهي الطيش البين والهوى الجامح ، وإنما يمتد به ليشمل استغلال الحاجة وعدم الخبرة وضعف الإدراك والدراية .

وفي مجال نظرية التعسف في استعمال الحق ، نرى ضرورة اشتراط المبرر المشروع في حالة امتناع المؤجر عن الموافقة على تنازل المستأجر عن حقه في الإيجار ، حتى يتيح

للقضاء الاستناد إلى ذلك في مواجهة شرط المنع من التنازل عن الإيجار للغير .

ثانياً : - قاعدة التفسير

نقترح في هذا الصدد أن يتم تعديل نص الفقرة الثانية من المادة (٢٤٠) من القانون المدني الأردني ، بأن يأتي المشرع بمادة مستقلة ينص فيها على أنه " بالرغم من القواعد السابقة يكون تفسير عقود الإذعان دائماً لمصلحة الطرف المذعن " ، أو أن يجمع المادتين (٢٣٩) و (٢٤٠) في مادة واحدة يضمنها فقرة أخيرة تنص على ذلك .

ثالثاً : - السلطة الاستثنائية للقاضي الموضوع

رأينا أن الحماية المستهدفة تقتضي تعديل نص المادة (٢٠٤) من القانون المدني الأردني ، بما يجعل من السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي وجوبية لا جوازية ، وبما يجعل من التوازن الاقتصادي للعقد معياراً يسترشد به القاضي في هذا التعديل ، بالإضافة إلى إعطاء الحق للقاضي للتدخل من تلقاء نفسه لإجراء هذا التعديل .

رابعاً : - أحكام عقد التأمين

١ - إطلاق حكم الفقرة الثالثة من المادة (٩٢٤) من القانون المدني الأردني ليشمل كافة الشروط المدرجة في عقد التأمين وتفرض جزاءات خطيرة سواء أكانت مطبوعة أو غير مطبوعة .

٢ - تعديل نص الفقرة الأولى من المادة (٩٢٤) من القانون المدني الأردني ليستوعب أي شروط يؤدي إلى حرمان المؤمن لهم من قيمة التأمين بسبب مخالفة القوانين أياً كان مسمى هذا الشرط.

٣ - حذف عجز الفقرة الأولى من المادة (٩٢٤) من القانون المدني الأردني لأنها تعد من قبيل التزيد .

٤ - تنظيم مسألة الإعلان من حيث مضمونه وشكله ومدته .

٥ - إلغاء الاستثناء الوارد في الفقرة (د) من المادة الثالثة من نظام التأمين الإلزامي ، مع وضع معيار دقيق لتعريف الغير المستفيد من التأمين الإلزامي يأخذ بالاتجاه الحديث الذي يقصر الاستبعاد من ضمان التأمين على السائق المسؤول عن الحادث .

٦ - اعتبار النصوص القانونية التي تنظم عقد التأمين قواعد أمره لمصلحة المؤمن لهم .

٧ - النص على أن تكون مدة التأمين مكتوبة بشكل ظاهر في عقد التأمين ، وكذلك الأمر بالنسبة لشرط امتداد العقد .

خامساً : - أحكام عقد العمل

١ - النص على مراجعة الحد الأدنى للأجر إما في فترات منتظمة أو كلما ارتفعت تكاليف المعيشة بنسبة معينة .

٢ - النص على وجوب دفع الأجر في مكان العمل كقاعدة عامة طبقاً للمعايير الدولية والعربية.

٣ - وضع حد أدنى من أجر العامل لا يجوز الحجز عليه .

٤ - النص على إلزام صاحب العمل بوضع لائحة الجزاءات في مكان بارز من المنشأة حتى يتحقق العلم بها من قبل العامل .

٥ - إضافة فقرة جديدة للمادة (٢٨) من قانون العمل الأردني تشترط إتاحة الفرصة للعامل لبيان الأسباب التي تحول دون فصله من العمل .

٦ - النص صراحة على نقل عبء إثبات الفصل التعسفي إلى صاحب العمل كاستثناء من القواعد العامة .

٧ - تعديل الحد الأدنى للتعويض عن الفصل التعسفي ليصل إلى أجر ستة أشهر ، مع حذف الحد الأعلى وتركه مفتوحاً .

سادساً : - أحكام عقد الامتياز

هنا نتمنى على كل من المشرع الأردني والفلسطيني إصدار تشريع خاص بالمرافق العامة الأساسية ، ينظم عملية منح الامتياز ويضع الضوابط الكفيلة بحماية جمهور المنتفعين من خدمات هذه المرافق في حالة انتقالها للقطاع الخاص (الخصخصة) .

سابعاً : - أحكام عقد النقل

- ١ - النص على مسؤولية الناقل عن التأخير في تسليم البضاعة عن الميعاد المحدد في العقد .
- ٢ - النص على بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية المدرج في عقد النقل أياً كان نوعه برياً أم بحرياً أم جوياً وسواء تعلق بنقل الأشخاص أو البضائع وسواء تعلقت هذه المسؤولية بأفعال الناقل أو أفعال تابعيه .

قائمة المراجع والمصادر

١. - القران الكريم

أ - الكتب

٢. - احمد عبد الكريم أبو شنب ، شرح قانون العمل الجديد ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٩ .

٣. - السيد محمد السيد عمران ، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، بلا سنة .

٤. - أنور سلطان ، النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، دار المعرفة ، الإسكندرية ، ١٩٦٥ .

٥. - أنور سلطان ، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني ، منشورات الجامعة الاردنية ، عمان ، ١٩٨٧ .

٦. - أنور العمروسي ، التعليق على نصوص القانون المدني ، الجزء الثالث ، بدون ناشر ، القاهرة ، بلا سنة نشر .

٧. - بدر جاسم اليعقوبي ، اصول الالتزام في القانون المدني الكويتي ، الكويت ، ١٩٨١ .

٨. - برنارد شفارتز ، القانون في أمريكا ، ترجمة المستشار ياقوت العشماوي ، دار المعرفة القاهرة ، بلا سنة نشر .

٩. - توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق

١٠. - توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام ، في مصادر الالتزام ، مع المقارنة بين القوانين العربية ، الدار الجامعة ، بلا سنة نشر .

١١. - توفيق حسن فرج ، أحكام الضمان (التأمين) في القانون اللبناني ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٨٦ .

١٢. - جلال وفاء محمدين ، مدى فعالية قواعد مسؤولية الناقل البحري للبضائع في القانون البحري الجديد في حماية الشاحنين ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، ١٩٩٥ .

١٣. - جلال محمد إبراهيم ، التأمين ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤ .

١٤. - جلال محمد إبراهيم ، الحماية القانونية لمدة عقد التأمين ، دراسة مقارنة بين القانون المصري والكويتي والقانون الفرنسي ، بدون ناشر .

١٥. — جورج سيوفي النظرية العامة للموجبات والعقود ، مصادر الموجبات ، بدون ناشر ، ١٩٩٤ .
١٦. — حسن كيرة ، اصول قانون العمل ، عقد العمل ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٩ .
١٧. — حسام الدين كامل الاهواني ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام بدون ناشر ، ط٢ ، ١٩٩٥ .
١٨. — حسن عبد الباسط جميعي ، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٦ .
١٩. — حسين عامر ، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود ، مطبعة مصر ، القاهرة ، ط١ ، ١٩٦٠ .
٢٠. — رضا المزغني وعبد المجيد عبوده ، التفسير القضائي في القانون المدني ، السعودية ، معهد الإدارة العامة ، ١٩٨٣ .
٢١. — روسكو باوند ، مدخل إلى فلسفة القانون ، ترجمة الدكتور احمد مسلم ، المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٦٧ .
٢٢. — زهير عباس كريم ، مبادئ القانون التجاري ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٥ .
٢٣. — سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، نظرية العقد ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، ط١ ، ١٩٨٧ .
٢٤. — سعيد احمد شعله ، قضاء النقض في التأمين ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٧ .
٢٥. — سعيد عبد السلام ، سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الاذعان ، الولاء للطبع والتوزيع ، القاهرة ، ١٩٩٢ .
٢٦. — سعاد الشرقاوي ، العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥ .
٢٧. — شفيق حربا ، عقد التأمين ، مطبعة الاتحاد ، دمشق ، ١٩٨٦ .
٢٨. — عادل علي المقدادي ، مسؤولية الناقل البري في نقل الأشخاص ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٧ .
٢٩. — عاطف محمد الفقى ، النقل البحري للبضائع ، دار النهضة ، القاهرة ، ١٩٩٧ .
٣٠. — عبد الباسط جميعي ، محمد سلام مذكور ، عبد المنعم حسني ، الوسيط في شرح القانون المدني الأردني ، الجزء الثاني ، عمان ، ١٩٧٩ .
٣١. — عبد الحكم فوده ، تفسير العقد في القانون المصري والمقارن ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٨٤ .

٣٢. — عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٦٢ .
٣٣. — عبد الحميد الشواربي ، المشكلات العملية في تنفيذ العقد ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٨٨ .
٣٤. — عبد الرزاق احمد السنهاوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام ، مصادر الالتزام ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٢ .
٣٥. — عبد الرزاق السنهاوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي .
٣٦. — عبد الرزاق السنهاوري ، الوسيط ، عقود الغرر وعقود التأمين ، ج ٧ ، المجلد الثاني ، دار النهضة ، ١٩٦٤ .
٣٧. — عبد الرحمن الصابوني ، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ، مطبوعات جامعة دمشق ، ١٩٨٩ .
٣٨. — عبد الفتاح عبد الباقي ، العقد والإرادة المنفردة ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٤ .
٣٩. — عبد القادر الفار ، مصادر الالتزام ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٦ .
٤٠. — عبد القادر العطير ، التأمين البري في التشريع الأردني ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٥ .
٤١. — عبد الله طلبه ، مبادئ القانون الإداري ، ج ٢ ، منشورات جامعة دمشق ، ١٩٩٠ .
٤٢. — عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، ط ٢ ، ١٩٦٣ .
٤٣. — عبد المجيد الحكيم ، الكافي في شرح القانون المدني الأردني والعراقي واليمن ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، الشركة الجديدة للطباعة ، عمان ، ١٩٩٣ .
٤٤. — عبد المنعم البدراوي ، النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٥ .
٤٥. — عبد المنعم فرج الصده ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٧١ .
٤٦. — عبد الغني بسيوني عبد الله ، القانون الاداري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩١ .
٤٧. — عبد الناصر العطار ، مصادر الالتزام ، مؤسسة البستاني ، القاهرة ، ١٩٩٠ .
٤٨. — عبد الواحد كرم ، قانون العمل ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٨ .
٤٩. — عزيز العكلي ، شرح القانون التجاري ، ج ١ ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٨ .
٥٠. — علي البارودي ، العقود وعمليات البنوك ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٦٦ .

٥١. — علي يونس حسن ، العقود التجارية ، دار الفكر ، القاهرة ، بلا سنة نشر .
٥٢. — عمر السيد عبد الله ، نظرية العقد في قانون المعاملات الإماراتي ، القاهرة ، ط ١ ، ١٩٩٥ .
٥٣. — عدنان عمرو ، القانون الإداري الفلسطيني ، رام الله ، ٢٠٠٠ .
٥٤. — فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، بيروت ، ١٩٧٧ .
٥٥. — فؤاد صالح درادكة ، الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) في القانون المدني الاردني ، بدون ناشر ، عمان ، ١٩٩٥ .
٥٦. — فوزي محمد سامي ، شرح القانون التجاري ، ج ١ ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٧ .
٥٧. — ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٩٤ .
٥٨. — محمد حسام لطفي ، الأحكام العامة لعقد التأمين ، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي ، القاهرة ، ١٩٩٠ .
٥٩. — محمد حسني عباس ، العقد والإرادة المنفردة ، القاهرة ، ١٩٥٩ .
٦٠. — محمد حسين منصور ، مبادئ قانون التأمين ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، بلا سنة .
٦١. — محمد حسين منصور ، المسؤولية عن حوادث السيارات والتأمين الإلزامي منها ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، ٢٠٠٠ .
٦٢. — محمد حسين منصور ، مبادئ قانون التأمين ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، بلا سنة .
٦٣. — محمد لبيب شنب ، موجز في مصادر الالتزام ، العقد والإرادة المنفردة ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٧٠ .
٦٤. — محمد لبيب شنب ، شرح قانون العمل ، دار النهضة ، ١٩٦٤ .
٦٥. — محمد عبد الله الظاهر ، إصابات العمل بين قانون العمل وقانون الضمان الاجتماعي ، عمان ، ١٩٩٤ .
٦٦. — محمد فاروق الباشا ، التشريعات الاجتماعية ، قانون العمل ، منشورات جامعة دمشق ، ١٩٩٠ .
٦٧. — محمد متولي ، مبدأ المساواة أمام المرافق العامة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلا سنة .

٦٨. — محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، منشورات جامعة دمشق ، ١٩٩٠ .
٦٩. — محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية ، الجزء الأول ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٧٨ .
٧٠. — محمود جمال الدين زكي ، اتفاقات المسؤولية ، بدون ناشر ، القاهرة ، ١٩٦١ .
٧١. — محمود جمال الدين زكي ، عقد العمل ، بدون ناشر ، القاهرة ، ١٩٨٢ .
٧٢. — محمود حلمي ، العقد الإداري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٤ .
٧٣. — محمود الكيلاني ، عقود التأمين من الناحية القانونية ، عمان ، ١٩٩٩ .
٧٤. — مراد منير فهم ، العقود التجارية وعمليات البنوك ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٨٢ .
٧٥. — مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، الجزء الأول ، دار الفكر ، دمشق ، ط ٩ ، ١٩٦٨ .
٧٦. — مصطفى العوجي ، القانون المدني ، الجزء الأول ، العقد ، بيروت ، بلا سنة .
٧٧. — مصطفى كمال طه ، القانون التجاري ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٨٠ .
٧٨. — منذر الفضل ، النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٦ .
٧٩. — منصور إبراهيم العتوم ، شرح قانون العمل الأردني ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٦ .
٨٠. — موسى شكري حباس ، عقد العمل ، رام الله ، ١٩٩٩ .
٨١. — موسى نفاع ، المبادئ التي استقر عليها اجتهاد القضاء الاردني في منازعات العمل ، عمان ، ١٩٨٣ .
٨٢. — نائل عبد الرحمن صالح ، حماية المستهلك في التشريع الأردني ، عمان ، ١٩٩١ .
٨٣. — نبيل اسماعيل عمرو ، سلطة القاضي التقديرية ، القاهرة ، ١٩٨٢ .
٨٤. — نواف كنعان ، القانون الإداري الأردني ، الكتاب الثاني ، عمان ، ١٩٩٦ .
٨٥. — هشام القاسم ، المدخل إلى علم القانون ، منشورات جامعة دمشق ، ١٩٨٣ .
٨٦. — هشام رفعت هاشم ، شرح قانون العمل الأردني ، مكتبة المحتسب ، عمان ، ١٩٧٣ .
٨٧. — هشام فرعون ، القانون التجاري البحري ، منشورات جامعة دمشق ، ١٩٩٥ .
٨٨. — همام محمد محمود ، عقد العمل الفردي ، دار المعرفة ، الإسكندرية ، ١٩٨٧ .

٨٩. — وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، الجزء الرابع ، دار الفكر ، دمشق ، ط ٣ ، ١٩٨٩ .

٩٠. — يوسف الياس ، محاضرات في قوانين العمل العربية ، عمان ، ١٩٩٦ .

ب — الرسائل الجامعية :

٩١. — احمد علي خليف العويدي ، الحماية القانونية للطرف المذعن في عقد التأمين ، رسالة ماجستير ، الجامعة الأردنية ، ١٩٩٩ .

٩٢. — احمد محمود سعد ، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٨٨ .

٩٣. — إعراب بلقاسم ، شروط الإعفاء من المسؤولية المدنية ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، ١٩٨٤ .

٩٤. — بوخليفة غريب ، عنصر الأجر في علاقة العمل ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، ١٩٨٧ .

٩٥. — خالد رضوان سماعة ، سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الأردني ، رسالة ماجستير ، الجامعة الأردنية ، ١٩٩٧ .

٩٦. — خليل محمد مصطفى عبد الله ، التزام المؤمن بدفع مبلغ التعويض وحالات الإعفاء منه في القانون المدني الأردني ، رسالة ماجستير ، الجامعة الأردنية ، ١٩٨٧ .

٩٧. — زعرور سليمة ، الحماية القانونية للمرأة العاملة في قانون العمل ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، ١٩٩١ .

٩٨. — سلامة فارس عرب ، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية ، رسالة دكتوراه ، جامعة المنوفية ، ١٩٩٩ .

٩٩. — عبد الحفيظ بلخيظ ، الانهاء التعسفي لعقد العمل ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، بلا سنة .

١٠٠. — عبد الرحمن سعودي ، سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، بلا سنة .

١٠١. — عبد العزيز العيسائي ، شرط الإعفاء من المسؤولية المدنية في كل من القانون المدني الأردني واليمن ، رسالة ماجستير ، الجامعة الأردنية ، ١٩٩٨ .

١٠٢. — عبد الله الخشروم ، عيب الاستغلال في القانون المدني الأردني وفقه الشريعة الإسلامية رسالة ماجستير ، الجامعة الأردنية ، ١٩٩٣ .

١٠٣. — عبد المنعم فرج الصده ، عقود الإذعان في القانون المصري ، رسالة دكتوراه ، جامعة فؤاد الأول ، ١٩٤٦ .
١٠٤. — لعشب محفوظ بن حامد ، عقود الإذعان في القانون المدني الجزائري ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، ١٩٨٤ .
١٠٥. — محمد شوقي السيد ، التعسف في استعمال الحق ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٧٩ .
١٠٦. — محمد عبد القادر البرتاوي ، عقد التأمين بين الشريعة والقانون ، رسالة دكتوراه ، جامعة دمشق ، ١٩٩٧ .
١٠٧. — محمود علي الرشدان ، الاكراه وأثره في العقد وفق أحكام القانون المدني الأردني ، رسالة ماجستير ، الجامعة الأردنية ، ١٩٩٣ .
١٠٨. — نجيب اسعد عودة ، القانون المدني الأردني بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة ، رسالة ماجستير ، الجامعة الأردنية ، ١٩٩٥ .
١٠٩. — هاشم عبد المقصود سعد ، نظرية حرية العقود والشروط في الفقه الإسلامي مقارنة بالتشريع الوضعي ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، بلا سنة .
١١٠. — وحي فاروق لقمان ، الظروف الاستثنائية التي ترد على العقد بعد إبرامه ، رسالة ماجستير ، الجامعة الأردنية ، ١٩٩٢ .
١١١. — وفيق علي المقابلة ، قاعدة العقد شريعة المتعاقدين والاستثناءات التي ترد عليها ، رسالة ماجستير ، الجامعة الأردنية ، ١٩٩٤ .

ج - الأبحاث :

١١٢. — حمزة حداد ، مسؤولية شركة التأمين ضد حوادث السيارات ، مجلة نقابة المحامين ، عمان ، الملحق رقم (٥) ، لسنة ١٩٧٩ .
١١٣. — عبد المنعم فرج الصده ، عقد الإذعان ، مجلة الأمن والقانون ، كلية شرطة دبي ، السنة الرابعة ، العدد الأول ، ١٩٩٦ .
١١٤. — غازي أبو عرابي ، التنظيم القانون للتأمين الإلزامي على المركبات في القانون الأردني ، دراسة مقارنة ، أبحاث اليرموك ، جامعة اليرموك ، المجلد الثالث عشر ، العدد الثاني .
١١٥. — غازي أبو عرابي ، سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ، مجلة دراسات ، الجامعة الأردنية ، المجلد ٢٥ ، علوم الشريعة والقانون ، العدد ١ ، ١٩٩٨ .

١١٦. — محمود جمال الدين زكي ، اتفاقات المسؤولية ، مجلة القانون والاقتصاد ، القاهرة ، العدد الثالث .

١١٧. — محمد وحيد الدين سوار ، سلطة القاضي في تعديل العقود ، مجلة نقابة المحامين ، عمان ، ١٩٩٢ ، العدد (١-٣) .

١١٨. — محمد وحيد الدين سوار ، الغبن والاستغلال في القانون المدني الأردني " عدل العقد " ، مجلة نقابة المحامين ، عمان ، ١٩٧٩ ، ملحق رقم (٤) .

د — أبحاث غير منشورة :

١١٩. — المحامية سناء أبو شرار ، تفسير العقد في القانون المدني ، بحث مقدم لغاية التسجيل في سجل المحامين ، عمان ، ١٩٩٢ .

١٢٠. — المحامي رائد صيدم ، عقد الإذعان في القانون المدني الأردني ، بحث مقدم لنيل إجازة الحقوق ، جامعة سيدي محمد ، فاس ، ١٩٩٣ .

هـ — الدوريات :

١٢١. — مجلة نقابة المحامين الأردنيين .

١٢٢. — مجلة أبحاث اليرموك .

١٢٣. — مجلة الأمن والقانون ، كلية الشرطة ، دبي .

و — القوانين والأنظمة :

١٢٤. — القانون المدني الأردني .

١٢٥. — القانون المدني المصري .

١٢٦. — القانون المدني اليمني .

١٢٧. — القانون المدني السوري ،

١٢٨. — القانون المدني الكويتي .

١٢٩. — القانون المدني الجزائري .

١٣٠. — القانون المدني العراقي .

١٣١. — قانون الموجبات والعقود اللبناني .

١٣٢. — قانون مراقبة أعمال التأمين الأردني رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ .

١٣٣. — قانون مراقبة أعمال التأمين رقم (٥) لسنة ١٩٦٥ .

١٣٤. — قانون العمل الأردني .

١٣٥. — قانون العمل الفلسطيني .

١٣٦. — قانون العمل المصري .

١٣٧. — نظام شركات التأمين .
١٣٨. — نظام التأمين الإلزامي .
١٣٩. — الأمر العسكري رقم (٢١٥) بشأن تأمين المركبات الميكانيكية لسنة ١٩٦٧ .
١٤٠. — الأمر العسكري رقم (٦٧٨) لسنة ١٩٧٦ .
١٤١. — الأمر العسكري رقم (١٤١) بشأن تأمين المركبات الميكانيكية لسنة ١٩٦٧ .
١٤٢. — المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني .
١٤٣. — مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري .

In the third research, I acquainted to the most important aspects being saved by certain rules that deal with the common conveniences in one demand whereas in a second demand, the protection through verifying special rules of responsibility in the transportation contract the same has also been acquainted to.

Through this study, I achieved a number of recommendations which have to be mentioned later on.

1. A Jordanian legislator should take into consideration the defects of exploitation as a separate defect of the Will's, and doesn't depend in that on the cases that most of the Arabic legislation authorities have adopted.
2. Adjusting the text of the material (204) of the Jordanian Law which makes the evaluating authority invested to the judge himself to carry out this adjustment.

legislative authorities concerning this aspect, will save more protection to the yielding part, though it is in need for the reformation of the contract in order to achieve the purpose which has been aimed at.

In the second chapter, I tackled the protection saved by the other special legislation concerned with the most important yielding contracts which made clear the exploiting sides and its unjustification. This style of protection has demanded the legislator's intervention so as to protect its yielding part. This has been done in three researches where we acquainted in the first to the aspects of protection which the special rules usually save by means of insurance contract in Civil Law and that which have been saved by the law rules of controlling insurance actions and the compulsory insurance system. I pointed out the defects and gaps in this aspect hoping that the legislator will be able to overtake them .

In the second research, I tackled the protection which has been saved by the Jordanian and Palestinian legislators for the laborer as a yielding part in the working contract through their organization of the rules of labor contract. This has been done in accordance with imposing a number of restrictions and commitments for the sake of a laborer. This was in a first demand, and in the course of the special rules that are concerned with the finishing of the labor contract in a second demand.

Furthermore, I have exposed the most important pictures whose enrollment has been agreed upon within the list of yielding contracts.

In the first chapter, I studied the ways of protection which the legislator had saved for the yielding part through the general rules of Civil Law. This has been tackled in two researches : In the first, I have explained the kind of protection saved by classical-law theories in one demand, where it points out the solutions that the classical-law theories offer for the protection of the yielding part not enough and it couldn't be relied upon. In a second demand, I exposed the most important solutions that had been realized by judges in France and Egypt for the protection of the yielding part in absence of protecting legislation. Although this judgement has principally committed to the rule (Contract is the legislation of the contractors), it has applied different solutions mentioned in different subjects without forming a general theory to protect the yielding part. Some of these solutions were codified by the legislator.

In the second research, I tackled in detail the protection which the legislator has saved for the yielding part through intruding an exception for his sake on the grounds of conditioned explanation that the explaining of ambiguous terms would be harmful to him and his granting the judge a wide and valuable authority in encountering the tyrannical conditions in the yielding contracts. It also points out that the texts which have been taken by most of the

In the second research, however, I have explained the onset of yielding contracts and the elements that have offered great help in the first demand and its definition, pointing out their conditions in the second demand. In addition, I have tackled the way of acquainting the nature of the law concerning this kind of contracts and its most essential aspects in a third demand. It has been proved that the developments which have taken place in the late nineteenth century and the onset of the twentieth one, even on the economic level, or lawful level or material (technical) level, have taken part on a large scale in creating the yielding contracts. In spite of the abstention of the different legislative parties of its definition there had been unanimous opinion on the chief conditions that must have been provided for the necessity of its application such as : the economic excel of either side of the contract and its lawful or active monopoly or, at least, the weakness of competition. Also, the contract has to belong to a commodity or other essential primitive service where the respond will be issued for one year under united and continuous conditions. In the third demand, we have achieved that the prevailing opinion supports the contracting nature of the yielding contracts. I do support that point of view because the contracting nature gives ample opportunity of tackling the errors that always result out of this kind of contracts.

Second, the idea of yielding at present is considered the cradle of the temporary law problems whose conflict has greatly arisen. This has, also, given a wide range of individual judgement so that one can gain a satisfied solutions in the hope of achieving protection and justice for those who have become victims of exploitation. Moreover, their protection had become the interest of researchers, judges, and other legislative men as well.

We have tackled this study along with a preliminary chapter, and two principle chapters : We have allotted the preliminary chapter just for exposing the general development of the Will's Sultan (Ruling) and acquainting of the yielding contracts. This chapter has been tackled in two researches. In the first of the above mentioned one, we have tackled the definition of the Will's principle, its establishment, its progress, and the attitude of the Islamic jurisprudence from it. This has been the first demand. But the principle's retreat and putting things in their right order has been the second demand. I have concluded that the modern concept of this principle is coinciding with the present circumstances thus allowing the contracting characteristic to be prevailed over these yielding contracts and saving lawful protection to its yielding part. This could be easily done by means of many restrictions that have been imposed upon it by the legislator after he has taken into consideration both the justice and social welfare.

This research tackles one of the most important subjects in law cases which, in turn, requires a scientific limitation, especially in social life progressive development.

This study is a trial of giving a specific understanding for yielding contracts as well as for technical methods of protecting the yielding part in Civil Law and special legislative cases. This research has been done by applying a comparative study for the nature of these methods and their control means, in order to apprehend to what extent these efficient methods will meet with the needs of people in their sustenance affairs, organizing their relationships and imposing justice among them. God says:

“Verily, this is My Way,
Leading straight : follow it :
Follow not (other) paths :
They will scatter you about
From His (great) Path :
Thus does He command you,
That you may be righteous.”

As regards our choice for this subject we have two main objectives :

First, it is precise and practical. For example, it has an urgent relation of our daily life, especially the economical aspect, as it greatly affects the yielding contracts of the daily, and principle needs of individuals.

**SUMMARY
LAW PROTECTION OF
THE YIELDING PART
IN THE YIELDING
CONTRACTS**

PREPARED BY

KHALLID MUHAMMAD AS-SABATEEN

SUPERVISOR

DR. GHAZI ABU 'URABI

2000-2001