

جامعة النجاح الوطنية

كلية الدراسات العليا

التعديل الإتفاقي للمسؤولية العقدية في القانون الفلسطيني والقانون الأردني

"دراسة مقارنة"

إعداد

دانية بلال فوزي جرار

إشراف

د. غسان خالد

د. مؤيد حطاب

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص،
بكلية الدراسات العليا، في جامعة النجاح الوطنية، نابلس - فلسطين.

2019

التعديل الإتفاقي للمسؤولية العقدية في القانون الفلسطيني والقانون الأردني
"دراسة مقارنة"

إعداد
دانية بلال فوزي جرار

نوقشت هذه الأطروحة بتاريخ: 2019/0/00 م، وأجيزت.

أعضاء لجنة المناقشة

التوقيع

- | | |
|-------|-----------------------------------|
| | 1- د. غسان خالد / مشرفاً ورئيساً |
| | 2- د. مؤيد خطاب / مشرفاً ثانياً |
| | 3- د. / ممتحناً خارجياً |
| | 4- د. أشرف ملحم / ممتحناً داخلياً |

الإهداء

إلى الملاك الجميل التي تزهر تحت أقدامها الجنة، إلى من حفتني بدعواتها الطاهرة أُمي الحنونة
إلى من انتظر هذه اللحظات ليفتخر بي ماذا سيعني اهداء رسالتي لك وأنت أهديتني كل ما في
الدنيا أبي الغالي

إلى من ساندني وقدم كل الدعم بمودة ورحمة، إلى رفيق دربي شكراً على كل شيء يا كل شيء
إلى الورود اليافعة في الصحراء القحلة، إلى نور عيوني إلى أولادي
إلى رمز الإيثار والمحبة أخوتي وأخواتي، إلى جميع أحبتي وكل من تعذر قلبي عن ذكرهم

الشكر والتقدير

الشكر والحمد لله الذي منحني القوة والمعرفة لإكمال هذا الرسالة وإخراجها بالصورة التي عليها الآن كما وأتقدم بالشكر لكل من ساندني وأعانني لإتمام رسالتي من مجتمع الدراسة الذي لم ييخل بمعلومة وجزيل الشكر الموصول لكل من الدكتورين مؤيد حطاب وغسان خالد لما منحاني من الوقت والجهد والمتابعة لإعداد هذه الرسالة المتواضعة.

الإقرار

أنا الموقعة أدناه، مقدمة الرسالة التي تحمل عنوان:

التعديل الإتفاقي للمسؤولية العقدية في القانون الفلسطيني والقانون الأردني

"دراسة مقارنة"

أقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة هي نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وإن هذه الرسالة ككل، أو أي جزء منها لم يقدم من قبل لنيل أي درجة أو لقب علمي أو بحثي لدى أية مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

Declaration

The work provided in this thesis, unless otherwise referenced, is the research's own work, and has not been submitted elsewhere for any other degree or qualification.

Student's name:

اسم الطالبة:

Signature:

التوقيع:

Date:

التاريخ:

فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
ج	الإهداء
د	الشكر والتقدير
هـ	الإقرار
ط	الملخص
1	المقدمة
7	الفصل الأول: القاعدة العامة في التعديل الإتفاقي للمسؤولية العقدية والإستثناءات عليها
8	المبحث الأول: استنباط القاعدة العامة في التعديل الإتفاقي للمسؤولية العقدية
8	المطلب الأول: استنباط القاعدة العامة في التعديل الإتفاقي بالإستناد للقواعد العامة والقياس
9	الفرع الأول: استنباط القاعدة العامة في التعديل الإتفاقي بالإستناد للقواعد العامة
16	الفرع الثاني: استنباط القاعدة العامة في التعديل الإتفاقي بالاعتماد على للقياس
22	المطلب الثاني: استنباط القاعدة العامة في التعديل الإتفاقي بناءً على طبيعة الإلتزام
22	الفرع الأول: استنباط القاعدة العامة من الإلتزام ببذل العناية
29	الفرع الثاني: استنباط القاعدة العامة من الإلتزام بتحقيق نتيجة
30	المسألة الأولى: أحكام ضمان العيوب الخفية
36	المسألة الثانية: ضمان التعرض والإستحقاق
41	المبحث الثاني: الإستثناءات على القاعدة العامة في التعديل الإتفاقي للمسؤولية العقدية
42	المطلب الأول: حالات عامة لا يجوز فيها الإتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية
42	الفرع الأول: بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في حالتي الغش والخطأ الجسيم
42	المسألة الأولى: حالة الغش
46	المسألة الثانية: حالة الخطأ الجسيم

50	الفرع الثاني: الشروط التعسفية والأضرار الجسدية
50	المسألة الأولى: الشروط التعسفية والاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية
55	المسألة الثانية: تعلق الأضرار الجسدية بالاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية
58	الفرع الثالث: تعلق الشرط المعدل لأحكام المسؤولية العقدية بالنظام العام
61	المطلب الثاني: الإستثناءات التي ترد على شرط الإعفاء و التخفيف من المسؤولية العقدية
62	الفرع الأول: بطلان شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية في عقدي البيع و الرهن
62	المسألة الأولى: شرط عدم ضمان البائع للثمن عند استحقاق المبيع
65	المسألة الثانية: شرط عدم الضمان في عقد الرهن الحيازي
67	الفرع الثاني: بطلان شرط التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية العقدية في حالات محددة
68	المسألة الأولى: شرط الإعفاء أو التخفيف الإتفاقي لمسؤولية المقاول والمهندس عن تهدم البناء
73	المسألة الثانية: شرط الإعفاء أو التخفيف الإتفاقي لمسؤولية صاحب العمل في عقد العمل
77	الفصل الثاني: أحكام الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية
78	المبحث الأول: الآثار المترتبة على الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية
79	المطلب الأول: الآثار المترتبة على صحة الإتفاقات المعدلة لقواعد المسؤولية العقدية
79	الفرع الأول: الآثار المترتبة على الإتفاقات المعدلة لقواعد المسؤولية العقدية على الأشخاص
80	المسألة الأولى: الآثار المترتبة على الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية ما بين الأطراف
88	المسألة الثانية: الآثار المترتبة على الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية على الغير
95	الفرع الثاني: الآثار المترتبة على الإتفاقات المعدلة لقواعد المسؤولية العقدية من حيث الموضوع

95	المسألة الأولى: الآثار المترتبة على الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية من حيث عبئ الإثبات
98	المسألة الثانية: الآثار المترتبة على الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية من حيث نطاق المسؤولية
100	المطلب الثاني: الآثار المترتبة على بطلان الاتفاقات المعدلة لقواعد المسؤولية العقدية
100	الفرع الأول: بطلان الشرط المعدل للمسؤولية العقدية
103	الفرع الثاني: الأثر المترتب على العقد نتيجة بطلان الشرط المعدل لأحكام المسؤولية العقدية
104	المسألة الأولى: بطلان العقد نتيجة لبطلان الاتفاق المعدل لأحكام المسؤولية العقدية
106	المسألة الثانية: فساد العقد نتيجة لفساد الاتفاق المعدل لأحكام المسؤولية العقدية
108	المبحث الثاني: بعض الجوانب المرتبطة بالاتفاقات المعدلة لقواعد المسؤولية العقدية
109	المطلب الأول: التعويض الاتفاقي و التعديل الاتفاقي لقواعد المسؤولية العقدية
109	الفرع الأول: التعريف بالتعويض الاتفاقي
113	الفرع الثاني: الفرق ما بين التعويض الاتفاقي وتعديل قواعد المسؤولية العقدية
117	المطلب الثاني: دعوى المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية
117	الفرع الأول: الفرق بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية
122	الفرع الثاني: الجمع أو التخيير بين المسؤولية العقدية والتقصيرية وإمكانية تأسيس الدعوى على أحكام المسؤولية التقصيرية
127	الخاتمة
131	التوصيات
132	قائمة المصادر والمراجع
b	Abstract

التعديل الإتفاقي للمسؤولية العقدية في القانون الفلسطيني والقانون الأردني

إعداد

دانية بلال فوزي جرار

إشراف

د. غسان خالد

د. مؤيد خطاب

الملخص

سيتم خلال هذه الأطروحة دراسة إمكانية التعديل الإتفاقي للمسؤولية العقدية في مجلة الأحكام العدلية والقوانين السارية في فلسطين مقارنةً مع القانون المدني الأردني، وذلك من خلال إيضاح النصوص المتعددة التي يمكن أن تسمح بإبرام هذه الإتفاقات سواء أكانت تخفيفاً أم تشديداً أم إعفاءً من المسؤولية.

سيوضح من خلال نصوص القانون موضوع الدراسة مضمون قاعدة التعديل الإتفاقي للمسؤولية العقدية والنصوص التي تسمح بإجراء هكذا اتفاقات والوسيلة المتبعة لكي يعتد بمثل هذه الشروط.

سيوضح أيضاً أثناء دراسة الأطروحة أن التشريع الساري في فلسطين والتشريع الأردني لم يوردا نصاً صريحاً يتضمن قاعدة عامة حول القواعد والآثار المتعلقة بالتعديل الإتفاقي لقواعد المسؤولية العقدية كما فعلت بعض التشريعات العربية، وإنما يمكن استخلاص هذه القاعدة من مجموعة تطبيقات متفرقة لها في جوانب متعددة من هذه المسؤولية، حيث سيقوم البحث على استجماع كافة هذه التطبيقات من النصوص المختلفة من أجل الوصول الى القاعدة العامة التي تسمح للأطراف بالإتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية من خلال مجموعة الشروط التي يتم ايرادها بالعقد من قبلهما.

حيث يمكن للإرادة أن تتجه الى تشديد المسؤولية العقدية الى حد تحمل تبعة القوة القاهرة أو السبب الأجنبي، وبما أن للإرادة أن تتجه الى التشديد من المسؤولية فلها أن تتجه نحو التخفيف أو حتى

الإعفاء منها في حدود الإستثناءات التي سيتم طرحها والتي يأتي منها الغش والخطأ الجسيم، الشروط التعسفية والعديد من الحالات التي سيتم مناقشتها من خلال هذه الأطروحة.

وبعد توضيح موقف المشرع الفلسطيني والأردني من الإتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية سيتم مناقشة الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية المتفقة مع أحكام القانون التي تعتبر صحيحة ومنتجة لأثرها، فيظهر أثرها جلياً ما بين الأطراف ذاتهم خاصة فيما يتعلق بعبئ الإثبات الذي قد ينتقل للمدين كما في حالة الإتفاق على جعل الإلتزام التزاماً بتحقيق نتيجة بعد أن كان القانون قد جعله التزاماً ببذل عناية، فهنا ينتقل عبئ الإثبات من الدائن الذي كان عليه أن يثبت أن المدين لم يقم بالعناية المطلوبة الى المدين الذي عليه أن يثبت حصول قوة قاهرة مثلاً لكي يتحلل من الإلتزام، وسيوضح من خلال الأطروحة أن مثل هذه الشروط لا يحتج بها الا المتعاقدين في مواجهة بعضهم البعض ولا يمتد الأثر الى الغير اللذين هم ليسوا أطرافاً بالعقد.

في المقابل قد يكون الشرط الوارد بالعقد المتعلق بتعديل قواعد المسؤولية شرطاً فاسداً أو باطلاً، فبعد تبين الحالات التي يعتبر فيها هذا الشرط فاسداً أو باطلاً، سيتم العمل على إيضاح الأثر المترتب على هذه الشروط، بحيث إذا أعتبر الشرط فاسداً عندها لا يترتب العقد أي التزامات أو حقوق لأي من أطرافه ويحق لأي طرف طلب فسخ العقد دون الحاجة لقرار قضائي، أما إذا اعتبر الشرط باطلاً عندها يلغى الشرط ويعتبر كأن لم يكن إلا اذا كان هو الدافع نحو التعاقد فعندها يبطل العقد ويتم إعادة الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد.

المقدمة

تصطدم حرية الإنسان بحاجز منيع ألا وهو عدم الإضرار بالغير، لذلك فإن الحرية مقيدة بعدة قيود إما دينية، أخلاقية، سياسية أو قانونية، ويتجاوز هذه القيود تنشأ المسؤولية بأشكالها المتعددة.

فبذلك تثبت المسؤولية القانونية نتيجة لمخالفة قواعد القانون الدولي أو لمخالفة قاعدة دستورية، أو لقاعدة جنائية، أو قد تكون مخالفة لقاعدة مدنية فينتج عنها مسؤولية مدنية، وهذه المسؤولية المدنية إما أن تنشأ بسبب مخالفة قاعدة قانونية بشكل يلحق ضرر بالغير فنكون بصدد المسؤولية التقصيرية، وإما أن تنشأ بسبب إخلال بالتزام تعاقدى فنكون المسؤولية عقدية.

وينشأ هذا الإلتزام التعاقدى نتيجة لوجود العقد الذي يحكم العلاقة بين أطرافه، فيبين التزاماتهم وحقوقهم، وينشئ الرابطة القانونية فيما بينهم، فيأتي العقد معبراً عن إرادة أطرافه، بحيث يقضي مبدأ سلطان الإرادة أن يكون للمتعاقدين الحق في أن يضعوا البنود والشروط التي تناسبهم، ومتى انعقد العقد أصبح ملزماً لأطرافه وواجب الإحترام والتنفيذ.

فإذا أخل أحد المتعاقدين بأي من التزاماته التعاقدية على نحو سبب ضرراً للمتعاقد الآخر تقوم المسؤولية العقدية، بحيث يتحتم على الأطراف تنفيذ ما جاء في العقد على الوجه المبين فيه دون أن يكون لأي منهم الحق بتعديل الإتفاق بإرادة منفردة فالعقد شريعة المتعاقدين.

إلا أن هذه المسؤولية العقدية لا تقوم بمجرد اخلال المدين بالتزامه، حيث يشترط وجود أركان هذه المسؤولية مجتمعة، فالركن الأول هو الخطأ العقدي المتمثل بعدم تنفيذ المدين التزامه الذي يفرضه عليه العقد أو التأخير أو حتى التنفيذ المعيب، أما الركن الثاني هو حدوث الضرر وهو الأذى الذي يصيب الإنسان في حق من حقوقه أو في مصلحة معتبرة له شرعاً، والقاعدة في التعويض في المسؤولية العقدية أن التعويض يكون عن الضرر المباشر والمتوقع، أما بخصوص الرابطة السببية فهي تعتبر الركن الثالث لقيام المسؤولية والتي يقصد بها أن الضرر الموجب للتعويض قد نشأ عن خطأ من تسبب بالضرر.

وعلى الرغم من تشعب الدراسات التي تبحث في أفرع المسؤولية العقدية المتعددة لما احتلته بالواقع الفقهي القانوني من مساحة واهتمام، إلا أن من أكثر المباحث التي أثارت فضولي هو المتعلق بالشروط المعدلة للمسؤولية العقدية بالتخفيف والتشديد والإعفاء كذلك، لذا سأسعى الى دراسة جوانب هذه الشروط المعدلة.

فما سيتم دراسته تفصيلاً في هذه الأطروحة هو المركز القانوني لمثل هذه الشروط التي تعمل على تعديل قواعد المسؤولية العقدية والتي قد تمس بأركان المسؤولية التي نص عليها القانون وجعلها ركيزة للعدالة، من خلال تبيان موقف التشريعات السارية في فلسطين مقارنة مع موقف المشرع الأردني، وتوضيح إذا ما كانت تسمح بمثل هذه الإتفاقات، وتوضيح حدود هذه الإتفاقات والأثر المترتب عليها.

أهمية الدراسة

تكمن أهمية الدراسة بتوضيح مدى إمكانية الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية، وذلك خلافاً للقواعد العامة التي تقضي بتحمل كل فرد ما ينتج عن عمله أو عن إخلاله بالتزام يفرضه عليه القانون أو العقد من أضرار، وعليه سيتم البحث بمدى إمكانية خروج الأطراف عن هذه القواعد، مع ما يتصل بذلك من مبدأ هام ألا وهو استقرار المعاملات الذي ينعكس على الحياة الإجتماعية والإقتصادية، وعدم وجود تنظيم قانوني واضح يحكم المسألة وذلك لعدم وجود قواعد قانونية عامة مما يثير العديد من الإشكاليات أمام رجال القانون.

مشكلة الدراسة

نظراً لكون العقود التي تتم ما بين الأفراد هي التي تنظم العلاقة التعاقدية فيما بينهما، و نظراً لإمكانية إدراج الشروط المختلفة في هذه العقود، فلا بد من التطرق للشروط المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية وهنا تظهر الإشكالية التي أسعى الى إيضاحها في هذا البحث التي تتعلق بمدى صحة هذه الشروط وما يترتب عليها من نتائج و آثار قانونية.

أهداف الدراسة

يتمحور هدف هذه الأطروحة حول دراسة إمكانية إدراج شرط سواء أكان معفياً، مخففاً أم مشدداً للمسؤولية العقدية، وحول صحة هذا الشرط ومدى خضوعه لمبدأ سلطان الإرادة، موضحاً الموقف التشريعي من هذه الشروط.

محددات الدراسة

اقتصر نطاق البحث حول دراسة تعديل أحكام المسؤولية بشقها العقدي، وذلك من خلال التركيز على شروط الإعفاء والتخفيف والتشديد من المسؤولية، وأثر هذه الإتفاقات على العقد، وذلك من خلال النصوص المنظمة لها في التشريعات السارية في فلسطين_ بشكل أساسي مجلة الأحكام العدلية¹ إضافةً إلى قانون العمل و تعديلاته رقم (7) لسنة (200) المنشور في الوقائع الفلسطينية (السلطة الوطنية الفلسطينية). عدد 39. بتاريخ 25\11\2001. ص7. وقانون المالكين والمستأجرين رقم (62) لسنة (1953) المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 16\4\1953. ص661. وقانون البنات في المواد المدنية والتجارية رقم (4) لسنة (2001) المنشور في العدد (38) من مجلة الوقائع الفلسطينية بتاريخ (5\9\2001). ص226. وقانون التأمين رقم (20) لسنة (2005) المنشور في العدد (62) من مجلة الوقائع الفلسطينية. بتاريخ 25\3\2006. ص5. مع المقارنة بنصوص القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة (1967).

منهجية الدراسة

اتبع الباحث المنهج التحليلي المقارن، حيث تم تناول النصوص القانونية المتعلقة بأحكام المسؤولية العقدية في القانون الفلسطيني من أجل تحليلها واستنباط القاعدة منها مع مقارنتها مع موقف القانون الأردني، وذلك لتوضيح موقف المدارس المتعددة من مسألة إمكانية الإتفاق على تعديل أركان المسؤولية.

¹ مجلة الأحكام العدلية. ط1. عمان: دار الثقافة. 1999. صدرت عن مجلس شورى الدولة العثمانية ورسمت بمرسوم السلطان العثماني عبد العزيز بن محمود الثاني في عام 1869م. ص101.

الدراسات السابقة

الدراسات التي تناولت المسؤولية بشقيها المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية كثيرة، إلا أن الدراسات المتعلقة بتعديل أحكام المسؤولية قليلة مقارنة بأهمية هذا الموضوع، بحيث وجدت بعض الدراسات التي تحدثت عن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في قوانين متعددة ولم تذكر أي منها موقف المشرع الفلسطيني، ومن هذه الدراسات:

1_ شرط الإعفاء من المسؤولية المدنية في كل من القانون المدني الأردني واليميني. (رسالة ماجستير غير منشورة)، عبد العزيز مقبل العيسائي. الجامعة الأردنية: تحدث الباحث عن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية والتقصيرية، فكانت دراسة معمقة لشرط الإعفاء من المسؤولية، فقد اشتملت على مفهوم شرط الإعفاء من المسؤولية، حالات صحة شرط الإعفاء وكذلك حالات بطلان الشرط القاضي بالإعفاء من المسؤولية، الأثر المترتب على وجود الشرط وأورد كذلك بعضاً لتطبيقات شرط الإعفاء من المسؤولية على مجموعة من العقود، لكن في المقابل فإن الباحث قد توصل إلى أنه لا يوجد نص يسمح بأن يتم الإعفاء من المسؤولية العقدية في أي حال من الأحوال في القانون الأردني إلا أنني من خلال الدراسة سأورد عكس ذلك، بالإضافة إلى أن الدراسة كانت تركز على موقف المشرع اليمني، لكن من خلال دراستي سأركز على موقف التشريعات السارية في فلسطين والتشريع الأردني.

2_ شروط الإعفاء من المسؤولية المدنية، (رسالة ماجستير غير منشورة)، أعرب بلقاسم. الجامعة الأردنية: تحدثت الرسالة عن موقف المشرع الجزائري من شرط الإعفاء من المسؤولية المدنية بشقيها، المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، فوضح الباحث في مجال المسؤولية العقدية تطبيق هذا الشرط على بعض أنواع العقود وأوضح الحالات التي يكون فيها هذا الشرط الذي تم الإتفاق عليه ما بين الأطراف باطلاً، أما في مجال المسؤولية التقصيرية فقد أورد الباحث مجموعة من التطبيقات التي تعتبر عن القاعدة العامة القاضية بعدم جواز الإعفاء من المسؤولية التقصيرية، دون أن يهمل الباحث ذكر الموقف الفقهي من جوانب الموضوع، إلا أن الباحث لم

يتطرق في رسالته إلى موقف المشرع الفلسطيني أو المشرع الأردني، اللذان يعالجان الموضوع بشكل مختلف كما سيتم الإيضاح من خلال هذه الدراسة.

3_ **الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري**، (رسالة ماجستير غير منشورة)، أحمد سليم نصره. **جامعة النجاح الوطنية**: من الدراسات الحديثة التي تناولت الموضوع، مجمل الدراسة ارتكزت على شرط الإعفاء من المسؤولية من حيث ماهيته، تطبيقاته وحالات بطلانه، واقتصرت الرسالة على بيان موقف المشرع المصري، ولم تتصدى الرسالة لموضوع الإتفاق على التخفيف والتشديد من المسؤولية إلا بشكل عرضي وهو الأمر الذي يعتبر ركيزة أساسية في الأطروحة التي سأعمل على تقديمها.

4_ **شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية "دراسة مقارنة"**، (رسالة ماجستير غير منشورة)، أحمد مفلح خوالدة: اقتصرت الدراسة على توضيح جانب معين من الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية وهو الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية، بحيث بين مفهوم هذه الإتفاق وتميزه عن أوضاع قانونية مشابهة له، وكذلك تضمنت قيود يفرضها القانون على مثل هذا الشرط والأثر المترتب على صحة شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، إلا أنها كباقي الأبحاث لم تتطرق لأهم الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية، ألا وهي التخفيف والتشديد من المسؤولية العقدية إضافة إلى أنها لم تعالج موقف المشرع الفلسطيني الذي سيكون ركيزة الأطروحة.

5_ **مسقطات ضمان العيب الخفي في عقد البيع في القانون المصري والقانون الأردني "دراسة مقارنة"**، (رسالة ماجستير غير منشورة)، سنان خليل سلامي الشنطاوي. **جامعة الدول العربية**: تتضمن هذه الرسالة أهم تطبيق للإعفاء من المسؤولية العقدية في القانون الأردني ويعتبر هو التطبيق الوحيد لهذه القاعدة، فقد بين الباحث العيب الخفي وكيفية سقوط الضمان لهذا العيب، كما وقد بين الدعوى المنبثقة عنه، إلا أنه لم يتناول موقف مجلة الأحكام العدلية أو أي من التشريعات الأخرى السارية في فلسطين، وهذه هي الإضافة التي سأقدمها من خلال الأطروحة.

خطة الدراسة

يتمحور البحث حول امكانية ادراج شروط تعدل من المسؤولية المترتبة على أحد الأطراف نتيجة لإخلاله بالتزام عقدي يقع على عاتقه، وهذه الشروط المعدلة إما أن تكون للإعفاء من المسؤولية أو للتخفيف منها أو حتى للتشديد، وقد تعرضت في الفصل الأول من هذه الأطروحة لموقف المشرع الفلسطيني والأردني من هذه الإتفاقات وارتكز المبحث الأول على استنباط القاعدة العامة بالإتفاق على تعديل المسؤولية العقدية من خلال نصوص القانون بطرق متعددة، وذلك من خلال القواعد العامة أو القياس بالمطلب الأول، والاستقراء بالمطلب الثاني، ومن ثم الإستثناءات على هذه القاعدة في المبحث الثاني الذي تضمن حالات عامة وحالات مخصوصة تم استثناءها من القاعدة العامة التي تجيز هكذا اتفاقات وزعت على كلا المطلبين الأول والثاني.

أما الفصل الثاني من هذه الأطروحة فقد وضحت به في المبحث الأول الآثار المترتبة على الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية، حيث تحدثت في المطلب الأول عن الآثار المترتبة على الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية ما بين الأطراف وعلى الغير، والمطلب الثاني تناولت فيه أثر بطلان الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية، أما المبحث الأخير من هذا الفصل فقد خصصته للحديث عن حالات متعلقة بالإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية مثل مسألة الشرط الجزائي في المطلب الأول ومسألة الخيرة ما بين دعوى المسؤولية العقدية والتقصيرية في حال اجتماعهما التي كانت من نصيب المطلب الثاني.

وهكذا وصولاً الى الخاتمة التي تضمنت مجموعة من النتائج التي تم التوصل لها من خلال هذه الدراسة المعمقة، وبعض التوصيات التي قد تكون محل اهتمام المشرع الأردني والقضاء الفلسطيني.

الفصل الأول

القاعدة العامة في التعديل الإتفاقي للمسؤولية العقدية والإستثناءات عليها

لم ينص القانون المدني الأردني أو التشريع الفلسطيني على ما يسمح للمتعاقدين صراحةً بالإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية كما فعل المشرع المصري¹ الذي نص على جواز تعديل أحكام المسؤولية العقدية من تشديد، تخفيف وإعفاء من المسؤولية، فلا يوجد ما يقابل هذه الإمكانية في القانون المدني الأردني أو التشريع الفلسطيني، رغم ذلك يمكن أن نستخلص ما يقابلها من نصوص العديد من المواد، الأمر الذي يمكن القول معه بجواز التعديل الإتفاقي لأحكام المسؤولية العقدية.

في المقابل لم تسلم هذه القاعدة التي تسمح بالإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية من الإستثناءات و من هذه الإستثناءات ما نص عليه القانون ومنها ما استنتجه الفقهاء فيكون معها الإتفاق باطلاً ولا أثر له أو قد يكون الاتفاق قد أدى الى فساد العقد.

سأتعرض في هذا الفصل إلى النصوص القانونية التي يمكن من خلالها التوصل الى القاعدة العامة التي تسمح بمثل هذه الإتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية، اضافةً الى الإستثناءات الواردة على هذه القاعدة العامة والنصوص القانونية التي تنص عليها مما تجعل هذا الإتفاق باطلاً على النحو الآتي:

المبحث الأول: استنباط القاعدة العامة في التعديل الإتفاقي للمسؤولية العقدية.

المبحث الثاني: الإستثناءات على القاعدة العامة في التعديل الإتفاقي للمسؤولية العقدية.

¹ الذي نص بالمادة (217) من التقنين المدني المصري على أنه " 1- يجوز الإتفاق على أن يتحمل المدين تبعه الحادث المفاجئ والقوة القاهرة. 2- كذلك يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى الا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه.".

المبحث الأول: استنباط القاعدة العامة في التعديل الإتفاقي للمسؤولية العقدية.

رغم أن المشرع الأردني والتشريع الفلسطيني لم ينصا على قاعدة قانونية عامة تقضي بصحة الإتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية، إلا أن الفقه لا يكتفي فقط بقراءة النصوص بحرفيتها وإنما يذهب الى أبعد من ذلك محاولاً التوصل الى قواعد عامة يمكن تطبيقها، وذلك عن طريق التوسع في مفهوم النصوص ودمجها سوياً، لذلك فإنه بالإمكان التوصل إلى هذه القاعدة العامة عن طريق قراءة ودراسة بعض النصوص في كلا التشريعين، مما يسمح بالوصول الى قاعدة عامة بشأن بتعديل أحكام المسؤولية العقدية.

فالقاعدة التي تقضي بصحة الإتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية سواء بالتخفيف، بالتشديد أو حتى بالإعفاء، يمكن التوصل اليها عن طريق الاستناد على القواعد العامة في العقود وإلى القياس واستقراء النصوص التشريعية، لذلك سأبحث في نصوص القانونين من أجل التوصل الى موقف كل من التشريعين الأردني والفلسطيني من هذه القاعدة، ولتوضيح موقف كل من المشرع الأردني والفلسطيني قسمت هذا المبحث على النحو التالي:

المطلب الأول: استنباط القاعدة العامة في التعديل الإتفاقي بالإستناد للقواعد العامة والقياس.

المطلب الثاني: استنباط القاعدة العامة في التعديل الإتفاقي على أساس الإستقراء.

المطلب الأول: استنباط القاعدة العامة في التعديل الإتفاقي بالإستناد للقواعد العامة والقياس.

يوجد مجموعة من القواعد القانونية التي تحكم العقود بشكل عام، و إن مثل هذه القواعد سيكون لها بالتأكيد ارتباط بالإتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية كون هذه الإتفاقات ايضاً متصلة اتصالاً وثيقاً بالعقد بل هي جزء منه، ورغم عدم تضمن القانون المدني الأردني أو التشريع الفلسطيني نصاً صريحاً على صحة الإتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية إلا أنه يوجد العديد من النصوص التي يمكن القياس عليها من أجل التوصل إلى هذه القاعدة.

سأعمل على استنباط القاعدة التي تقضي بصحة الإتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية في هذا المطلب من خلال الاعتماد على القواعد العامة والقياس على النحو الآتي:

الفرع الأول: استنباط القاعدة العامة في التعديل الإتفاقي بالإستناد للقواعد العامة.

الفرع الثاني: استنباط القاعدة العامة في التعديل الإتفاقي بالاعتماد على القياس.

الفرع الأول: استنباط القاعدة العامة في التعديل الإتفاقي بالإستناد للقواعد العامة.

يحكم العقد مجموعة من القواعد العامة التي تتعلق بتكوين العقد و تحديد مضمونه وكذلك تنفيذه¹، ويعد مبدأ سلطان الإرادة أحد أهم هذه القواعد حيث يتمحور هذا المبدأ حول إرادة الأطراف المشتركة، فالإرادة حسب هذا المبدأ هي التي تنشئ العقود دون النقيذ بأنواع العقود التي نظمها المشرع، وهي التي تحدد الدخول من عدمه في علاقة تعاقدية، و لها السلطة في تحديد الآثار المترتبة على العقد وتعديلها، إضافة إلى الحق بإنهائه ما دام جميع ذلك في حدود النظام العام والآداب العامة².

وانطلاقاً من مبدأ سلطان الإرادة ظهر مبدأ الرضائية الذي يعتبر من أهم النتائج المترتبة على علو إرادة الأطراف، وهو المتمثل في حرية الأطراف في تكوين العقود وحرية أيضاً في تحديد مضمون هذه العقود، فالفرد حر في التعاقد وفقاً للشروط التي تناسبه³.

ومما يؤكد على هذه الحرية التعاقدية للأفراد وجوب النزول على حكم العقد عند تنفيذه احتراماً لقانون العقد الذي يعتبر وليد الإتفاق، حيث لا بد من تنفيذ العقد وفقاً لما اشتمل عليه من بنود

¹ انظر الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الأول من القانون المدني الأردني.

² عثمان، عاشور. فريدة، عبد الفتاح: مبدأ سلطان الإرادة بين التأصيل والحداثة (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة عبد الرحمن ميرة_ بجاية. 2014. ص5.

³ عثمان، عاشور. فريدة، عبد الفتاح: مبدأ سلطان الإرادة بين التأصيل والحداثة. المرجع سابق. ص12-13.

وشروط حددها أطراف هذا العقد، والنتيجة الطبيعية لذلك حرمان أي طرف من الأطراف من التصدي للعقد عن طريق التعديل أو النقص بإرادته المنفردة¹.

وقاعدة احترام قانون العقد لا تلزم المتعاقدين فقط، بل تلزم القاضي أيضاً حيث يتخذ دوراً محايداً فيما يتعلق بانعقاد العقود بين الأفراد، حيث لا يحق له التدخل للحد والتضييق من حريات الأفراد أو التعديل في مضمون العقد، ويكون دوره محايداً حيث يقتصر على التأكد من أن هذا العقد لا يمس بحقوق الآخرين وحرياتهم².

فذلك و اعمالاً لمبدأ الحرية التعاقدية ضمن مقتضيات مبدأ سلطان الإرادة فقد نصت المادة (1\202) من القانون المدني الأردني على ما يؤكد أن العقد شريعة المتعاقدين³ وينفذ وفقاً لما جاء فيه ضمن دائرة حسن النية حيث جاء فيها " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"⁴، فإذا نشأ العقد صحيحاً⁶ مستوفياً لجميع شروطه التي حددها القانون

¹ سلطان، أنور: مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي. ط1. عمان: الجامعة الأردنية. 2002. ص211. نصت المادة (241) من القانون المدني الأردني فيما يتعلق بتعديل أو نقض العقد على أن " إذا كان العقد صحيحاً لازماً فلا يجوز لأحد العاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص القانون".

² الخرينج، ناصر متعب بنية: الإتفاق على الإعفاء من التعويض في القانون الكويتي دراسة مقارنة مع القانون الأردني. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة الشرق الأوسط. الأردن. 2010. ص6. انظر أيضاً سلطان، أنور: مرجع سابق. ص211.

³ المعنى المقابل لقاعدة احترام قانون العقد. سلطان، أنور: مرجع سابق. ص211. انظر أيضاً سعد، نبيل إبراهيم: النظرية العامة للإلتزام. ج1. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة. 2004. ص34.

⁴ تنوعت تعريفات مصطلح حسن النية حيث عرفه البعض على أنه " الجهل المبرر بواقعة معنية يربط عليها الشارع أثراً قانونياً" والبعض عرفه على أنه " الغلط المبرر الشروع" كما عرفه آخرون على أنه " قصد الإلتزام بالقانون"، انظر بن يوب، هدى: مبدأ حسن النية في العقود. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة العربي بن مهيدي. أم البراق. 2013. ص37-48.

⁵ تقابلها المادة (148) من مشروع القانون المدني الفلسطيني التي تنص على " 1- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية".

⁶ نصت المادة (167) من القانون المدني الأردني على أن " العقد الصحيح هو العقد المشروع بأصله ووصفه بان يكون صادراً من أهله مضافاً الى محل قابل لحكمه وله غرض قائم وصحيح ومشروع واوصافه صحيحة ولم يقترب به شرط مفسد له".

يصبح للعقد قوته الملزمة التي توجب على الأطراف وعلى القاضي أيضاً تنفيذ العقد وفقاً لما جاء فيه، وهذا يشكل اعترافاً من المشرع بسلطان العقد¹.

وتأكيداً من القانون المدني الأردني على مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية للأفراد فقد نص على إمكانية اقتران العقد بشروط يوردها الأطراف في المادة (164) حيث جاء فيها أنه " 1- يجوز أن يقترن العقد بشروط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو جرى به العرف والعادة. 2- كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد المتعاقدين أو للغير ما لم يمنعه الشارع أو يخالف النظام العام أو الآداب وإلا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد ايضاً"، وفي هذا تأكيد على حرية الأطراف في إيراد الشروط التي تخدم مصالحهم وقد تأخذ هذه الشروط شكل الشرط المعدل لأحكام المسؤولية العقدية كون المشرع أجاز إيراد الشروط في العقود التي فيها نفع لأحد المتعاقدين ولم يحظر مثل هذا الشرط حيث أن الأصل في الشروط والعقود الصحة ما لم يبطله الشارع².

فبما أن القانون المدني الأردني نادى بحرية الاشتراط للأطراف في العقد كما تبين ضمن مبدأ سلطان الإرادة و العقد شريعة المتعاقدين وأن ينفذ العقد وفقاً لما اتفق عليه الأطراف، فهنا يعني أنه يحق للأطراف ضمن اتفاقاتهم العقدية إيراد شروط من شأنها تعديل أحكام المسؤولية العقدية بالإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية أو التشديد منها.

كذلك أتاحت مجلة الأحكام العدلية الحرية التعاقدية للأطراف حيث سمحت لهم إيراد الشروط المناسبة لهم في العقد وأن هذه الشروط تعتبر ملزمة للأطراف، حيث نصت المادة (83) على أنه

¹ الخرينج، ناصر متعب بنية: الإتفاق على الإعفاء من التعويض في القانون الكويتي دراسة مقارنة مع القانون الأردني. مرجع سابق. ص15.

² جاد الحق، إيناس محمد إبراهيم: الشرط المانع من التصرف دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي. ط1. مصر: مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع. 2018. ص104.

يلزم مراعاة الشروط قدر الإمكان"، حيث يجب تنفيذ واحترام هذه الشروط كونها متوافقة مع القانون، ونصت المجلة على الشروط المعتبرة في العقود في المواد (186، 187، 188)¹

وهي: الشروط التي تؤكد مقتضى العقد²، الشروط التي تؤيد العقد³ والشروط المتعارف عليها⁴.

وبالنظر إلى الشروط المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية فيمكن أن ينطبق على بعضها وصف الشروط السابقة التي أجازتها مجلة الأحكام العدلية، كالشرط المشدد من مسؤولية المشتري الذي يشترط به البائع احضار كفيل بالثمن فهو شرط يلائم العقد ويؤكد مقتضاه⁵، و يعتبر كذلك الشرط صحيحاً في حال ما كان الشرط متعارف عليه لدى الناس كاشتراط المشتري على البائع إصلاح أي ضرر يحدث في العين المباعة لمدة معينة متفق عليها⁶.

¹ جاء في المادة (186) " البيع بشرط يقتضيه العقد صحيح والشرط معتبر مثلاً لو باع بشرط أن يحبس المبيع إلى أن يقبض الثمن فهذا الشرط لا يضر في البيع بل هو بيان لمقتضى العقد". والمادة (187) نصت على " البيع بشرط يؤيد العقد صحيح والشرط أيضاً معتبر مثلاً لو باع بشرط أن يرهن المشتري عند البائع شيئاً معلوماً أو أن يكفل له بالثمن هذا الرجل صح البيع ويكون الشرط معتبراً حتى أنه إذا لم يف المشتري بالشرط فللبائع فسخ العقد لأن الشرط مؤيد للتسليم الذي هو مقتضى العقد". ونصت المادة (188) على " البيع بشرط متعارف يعني المرعي في عرف البلد صحيح والشرط معتبر مثلاً لو باع الفروة على أن يخيّط بها الظهارة، أو القفل على أن يسمره في الباب أو الثوب على أن يرقعه يصح البيع ويلزم على البائع الوفاء بهذه الشروط".

² يقصد بالشرط الذي يؤكد مقتضى العقد هو الشرط الذي يتطلبه العقد و يعتبر جزء من حقيقته ولكنه لا يثبت شيئاً زائداً عن آثار العقد كشرط تمكين المستأجر من منفعة العين وشرط تسليم المبيع. بن سعد بن حسين العبدلي: محمد. القواعد الفقهية المتعلقة بالشروط الفاسدة وتطبيقاتها في العقود. ط1. السعودية: جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية. 2008. ص3.

³ وهو الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولكن لا يتعارض معه ولا ينافي أحكامه، إلا أنه أخذ على سبيل الإستحسان ولا يجوز القياس عليه ومقتصر على شرط الرهن، الكفالة و الحوالة بالثمن. جغيم، نعمان بن مبارك: حكم الشروط المقترنة بالعقود في الفقه الإسلامي. مجلة الحكمة. بريطانيا. (ع16. 1998). ص342.

⁴ وهو الشرط الذي لا يقتضيه العقد و لا يلائمه و لكن جرى التعامل به بين الناس ولا يجوز القياس عليه . جغيم، نعمان بن مبارك: حكم الشروط المقترنة بالعقود في الفقه الإسلامي. المرجع سابق. ص342.

⁵ أبو البصل: عبد الناصر موسى. دراسات في فقه القانون المدني الأردني النظرية العامة للعقد. ط1. الأردن: دار النفائس للنشر والتوزيع. 1999. ص181.

⁶ طلافحة، محمد عبد الله علي: التطبيقات المعاصرة للشروط المقترنة بالعقود المالية. (رسالة ماجستير غير منشورة). الجامعة الأردنية. الأردن. 2004. ص44. انظر أيضاً أبو البصل: عبد الناصر موسى. مرجع سابق. ص183.

لكن في المقابل لا ينطبق على جميع الشروط المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية ذات الوصف فالشروط التي فيها نفع لأحد المتعاقدين و لكنها تخرج عن نطاق العقد _أي لا يقتضيها العقد¹_ هي شروط مفسدة² له، فقد نصت المادة (322) من مرشد الحيران على أنه " الشرط الذي لا يكون من مقتضيات العقد ولوازمه ولا مما يؤكد موجبه ولا جرى العرف به وكان به نفع لأحد المتعاقدين أو لأدمي غيرهما فهو فاسد"، وبالتمعن بالاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية فإن فيها نفع لأحد المتعاقدين على حساب المتعاقد الآخر إلا أن ذات الشرط يعتبر فاسداً في حال كان أو لم يكن متعارف عليه بين الناس أو كان منافياً لمقتضى العقد أي يحد من آثار العقد³، كشرط ضمان العين على المستأجر حيث لا يقتضي العقد الضمان إلا في حالتي التعدي و التقصير و اشتراط الضمان في غير ذلك يعتبر منافٍ لمقتضى العقد⁴، وكذلك الشرط الوارد في ضمان الأجير ما يتلف تحت يده أو نتيجة لعمله حيث ينافي هذا الشرط بمقتضى العقد⁵، كذلك الأمر فيما يتعلق بالأجير المشترك⁶ فلا يضمن المتاع إلا بالتعدي والتقصير كونها أمانة في يده حتى لو شرط عليه الضمان فالشرط فاسد كونه مما لا يقتضيه العقد⁷.

من جهته يؤكد القضاء الفلسطيني على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وأنه يجب الإلتزام بالشروط الواردة في العقود إذا كانت لا تخالف النظام العام والآداب العامة، حيث جاء في قرار لمحكمة

¹ باشا. محمد قدري: مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية. ط1. بيروت: منشورات الحلبي. 2012. ص104.

² يعرف الشرط الفاسد على أنه الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا يلائمه مع أنه فيه نفعاً لأحد المتعاقدين أو لأجنبي. انظر باشا، محمد قدري: مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية. بيروت: دار الكتب العلمية. 2017. ص350. اما مجلة الأحكام العدلية فقد عرفت العقد الفاسد في المادة (109) على أنه ان البيع الفاسد هو المشروع اصلا لا وصفا أي يعني أن يكون صحيحاً بأصله باعتبار ذاته، فاسداً باعتبار أوصافه الخارجية".

³ طلافحة، محمد عبد الله علي: التطبيقات المعاصرة للشروط المقرنة بالعقود المالية. (رسالة ماجستير غير منشورة). المرجع السابق. ص41.

⁴ الجبير، هاني عبد الله بن محمد: مسائل فقهية في باب الإجارة. مجلة البحوث الإسلامية. المملكة العربية السعودية. (ع99. 2012).

⁵ طلافحة، محمد عبد الله علي: التطبيقات المعاصرة للشروط المقرنة بالعقود المالية. مرجع سابق. ص41.

⁶ يعرف الأجير المشترك على أنه من يعمل لغير واحد ولا يستحق الأجر حتى يعمل كالصباغ و القصار. انظر الحلبي، ابراهيم بن محمد بن ابراهيم: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر. د.ط. ج3. بيروت: دار الكتب العلمية. 2016. ص543.

⁷ الحلبي، ابراهيم بن محمد بن ابراهيم: المرجع السابق. ص545.

الاستئناف¹ من بين الأسباب والوقائع أن محكمة البداية قد أوردت في تسبيبها للقرار الصادر عنها المتعلق بشرط موجود في بوليصة التأمين بأن مخالفته يعفيها من المسؤولية رغم أن الشرط غير وارد في نصوص القانون ذلك أن العقد يعتبر شريعة المتعاقدين وأن لها الإشتراط ما دام الشرط لم يخالف النظام العام ولا القانون، فيكون الشرط صحيحاً ومعتبراً حيث جاء في نص القرار أنه " بموجب وثيقة التأمين التكميلي فإن الشركة لا تكون مسؤولة عن دفع أي تعويض إذا تبين لها مخالفة أي من الشروط والتحديدات المنصوص عليها في شهادة التأمين المرفقة وعلى وجه الخصوص فيما يتعلق بمن له حق القيادة واستخدامات المركبة، و أورد أيضاً أنه وحيث أن التقيد الوارد في المبرزين المشار إليهما ليس من ضمن الأمور المنصوص عليها في المادة (15) من الأمر (678) وحيث أن العقد شريعة المتعاقدين ولما كان الشرط المذكور غير مخالف للنظام العام والقانون فإن مخاصمة المدعى عليها الثانية لا تقوم على ما يصلح أساساً لإلزامها بالمبلغ المدعى به باعتبار مخالفة شروط بوليصة التأمين، وحيث أن السائق المدعى عليه الأول ليس ممن يحق له قيادة المركبة المؤمنة وفق الشروط المتفق عليها وبناءً على ما ذكر رد الدعوى عن المدعى عليها الثانية"، فهذا القرار يؤكد على وجوب احترام العقد وأن الإتفاقات المنعقدة ما بين الأطراف هي اتفاقات معتبرة حتى لو كانت تتعلق بالإعفاء من المسؤولية العقدية أو التخفيف منها أو حتى التشديد.

إن الشرط الذي فيه إعفاء من المسؤولية العقدية في حالات محددة من قبل الأطراف ما هو إلا شرط يمثل جوهر عقد التأمين الذي في أساسه هو تحديد لحالات الضمان ما بين المؤمن والمؤمن له، وإن مثل هذا الشرط لا يتنافى مع مقتضى العقد وهدفه الرئيسي إضافة إلى أن مثل هذه الشروط هي شروط متعارف عليها لدى الناس ولدى شركات التأمين، وهذا يؤكد على أن القضاء الفلسطيني يحترم إرادة الأطراف و يطبق مبدأ شريعة المتعاقدين في ظل مجلة الأحكام العدلية.

يظهر إذن أن القواعد العامة التي تحكم العقد تسير في الاتجاه الذي يسمح للأطراف بالإتفاق على الشروط التي تخدم مصالحهم و تحقق غايتهم من العقد، فبذلك يحق للأطراف الإتفاق على ما

¹ استئناف مدني. رقم 459 \ 2001. الصادر عن محكمة استئناف رام الله. بتاريخ 2004\6\8.

يتعلق بتعديل بأحكام المسؤولية العقدية، سواء أكان هذا الإتفاق بالتشديد أو بالتخفيف أو حتى بالإعفاء من المسؤولية العقدية في القانون المدني الأردني إلا أن مجلة الأحكام العدلية قد قيدته بشرط ألا يتنافى مع مقتضى العقد كما سيتم الإيضاح خلال هذه الأطروحة.

إضافة الى القواعد العامة المتعلقة بالعقود، فإن تقسيم القواعد القانونية ذاتها إلى قواعد آمرة و مكملة يعني أن هذه القواعد القانونية تتفاوت في قوتها الملزمة للأفراد¹، فإذا كان القانون ينظم القواعد الآمرة التي لا يحق لأحد بالخروج عنها كونها تتصل بالنظام العام للمجتمع وكذلك بالآداب العامة فإنه يوجد في المقابل مجموعة من القواعد القانونية المكملة التي يحق للأطراف الإتفاق على مخالفتها².

فالقواعد القانونية تقسم الى قواعد آمرة وهي القواعد التي لا يجوز للأفراد الإتفاق على مخالفة حكمها وكل اتفاق يخالف هذه القاعدة يعتبر باطلاً، وقواعد مكملة أو مفسرة وهي التي يحق للأطراف الإتفاق على مخالفة حكمها ويعتبر هذا الإتفاق صحيحاً ولا تطبق القاعدة القانونية المكملة إلا في حالة عدم اتفاق الأطراف على ما يخالف حكمها³.

وعلى الرغم من أن المشرع قد نظم العقود من خلال مجموعة من القواعد الآمرة لارتباطها بالنظام العام⁴، إلا أن تعلق أمر من أمور العقود بالنظام العام ما هو الا استثناء ينبغي تفسيره بمقداره ولا يجوز التوسع فالأصل أن الفرد حر عندما يتعاقد وبالشروط التي يرتضيها⁵، ورغم هذا التدخل تبقى

¹ والسبب في ذلك أن القانون عند تنظيمه للمجتمع وضع مجموعة من القيود على حرياتهم بقواعد يجب عليهم احترامها وتطبيقها و في ذات الوقت ترك لهم قدراً من الحرية في بعض الأمور المتعلقة بمصالحهم الشخصية. محمد. عمرو طه بدوي: المدخل لدراسة القانون نظرية القانون. ج1. دن. 2007. ص51.

² الجمال، مصطفى محمد. الجمال، عبد الحميد محمد: النظرية العامة للقانون. بيروت: الدار الجامعية. 1987. ص50-54.

³ محمد. عمرو طه بدوي: مرجع سابق. ص52-53.

⁴ انظر المواد (558، 637، 1375) من القانون المدني الأردني.

⁵ الخرينج، ناصر متعب بنية: الإتفاق على الإعفاء من التعويض في القانون الكويتي دراسة مقارنة مع القانون الأردني. مرجع سابق. ص13.

القواعد المكملّة تطغى على القواعد الأمّرة بالقواعد التي تحكم العقود بالمجمل هي قواعد مكملّة يجوز الاتفاق على خلافها¹.

لذلك حسب تقسيم القواعد القانونية الذي يقضي بوجود قواعد قانونية مكملّة يحق للأطراف الاتفاق على مخالفتها كالقواعد التي تحكم آثار العقد والتصرفات القانونية بصفة عامّة² فمثل هذه القواعد يحق للأطراف الإتفاق على خلافها وفقاً لما تقتضيه أهدافهم ومصالحهم، و هو ما يعني بالنتيجة جواز الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية.

الفرع الثاني: استنباط القاعدة العامة في التعديل الاتفاقي بالاعتماد على القياس.

ذكرنا أن المسؤولية المدنية تقسم الى مسؤولية عقدية تقوم على أساس الإخلال بالتزام يفرضه العقد ويختلف هذا الالتزام باختلاف ما اشتمل عليه العقد من بنود واتفاقات بين الأطراف، وإلى مسؤولية تقصيرية تقوم على أساس الإخلال بالتزام يفرضه القانون وهو الالتزام بعدم الاضرار بالغير³.

فالمسؤولية التقصيرية تعتبر وليدة القانون وليست نتيجة لإرادة الأطراف، فتعد القواعد التي تحكمها من النظام العام فلا يحق للأطراف الإتفاق على ما يخالف أحكامها، وبسبب ذلك يرفض فريق من الفقه صحة الإتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية التقصيرية، إضافة إلى قولهم بعدم إمكانية الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية التقصيرية كون أطراف المسؤولية لا يعرفون بعضهم مقدماً فكيف لهم إبرام مثل هذه الإتفاقات⁴.

أما الفريق الآخر الذي ينادي بصحة الإتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية التقصيرية قد اعتبر أن الحجج التي سبقت من الفريق الأول ضعيفة، حيث يتصور أن يعرف الشخص من يحتمل أن

¹ عبد القادر، علاق: أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة أبو بكر بلقايد. الجزائر. 2008. ص98.

² الجمال، مصطفى محمد. الجمال، عبد الحميد محمد: مرجع سابق. ص54.

³ عامر، حسين. عامر، عبد الرحيم: المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية. ط2. القاهرة: دار المعارف. 1979. ص11.

⁴ حسين، فرهاد حاتم: عوارض المسؤولية المدنية. ط1. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية. 2004.. ص457. انظر أيضاً السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الإلتزام بوجه عام مصادر الإلتزام. مجلد2. ط3. لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية. 2000. ص (1105-1107).

يلحق به الضرر نتيجةً لعملٍ غير مشروع مثل حالة أضرار الجوار فيتصور اتفاقهما على تعديل أحكام المسؤولية التقصيرية حيث يعفي أحدهما الآخر من المسؤولية المترتبة عليه إضافة إلى أن مثل هذا الضرر غير متعلق بمصلحة المجتمع التي تعتبر من النظام العام وإنما متعلقة بمصالح الأفراد المالية¹.

وملاحظ أن القانون المدني الأردني قد تكفل بحسم النزاع الفقهي حول إمكانية تعديل أحكام المسؤولية التقصيرية حيث اتخذ موقفاً وسطاً من تعديل أحكام المسؤولية التقصيرية، ففيما يتعلق بالشروط الذي يتضمن الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية التقصيرية أقر ببطلانه صراحةً حيث نصت المادة (270) على أنه " يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتب على الفعل الضار"²، وذكرت المذكرات الإيضاحية للقانون أن علة هذا البطلان هو اعتبار هذا الاتفاق مخالفاً للنظام العام وأن إجازة القانون له سيؤدي إلى فتح باب الإضرار بالناس وعدم تحرزهم في تصرفاتهم³.

في حين اتخذ هذا القانون موقفاً مغايراً فيما يتعلق بالاتفاق على التشديد من أحكام المسؤولية التقصيرية فقد أجاز القانون المدني الأردني الاتفاق على التشديد من المسؤولية التقصيرية من خلال ما جاء في المادة (216) أنه " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سببٍ أجنبي لا يد له فيه كفاءة سماوية أو حادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير لازم الضمان، ما لم ينص القانون أو الاتفاق بغير ذلك".

تقرر المادة السابقة مبدأً يتعلق بانتفاء العلاقة السببية لوجود السبب الأجنبي مما يؤدي إلى انتفاء المسؤولية، لكن المادة جاءت أيضاً بإستثناء وهو في حالة وجود النص قانوني أو الاتفاق ما بين

¹ حسين، فرهاد حاتم: المرجع سابق. ص459.

² تقابلها المادة (190) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والتي أضافت عليها شرط التشديد من المسؤولية العقدية فقد نصت على أنه "يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء أو التخفيف من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار، ومع ذلك يجوز اشتراط تشديد هذه المسؤولية، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

³ المكتب الفني نقابة المحامين: المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ط3. ج1. عمان: مطبعة التوفيق. 1992. ص302.

الأطراف على خلاف ذلك¹، فالعبارة الأخيرة من النص تدل على أنه نص غير آمر فبذلك يكون الإتفاق على تحمل المدين المسؤولية حتى لو انتقت العلاقة السببية نتيجة لوجود سبب أجنبي اتفاقاً صحيحاً ويعتبر هذا الاتفاق من باب التشديد من المسؤولية التقصيرية.

وعلى الرغم من أن النص السابق قد ذكر في باب المسؤولية عن الفعل الضار، إلا أنني لا اتفق مع المشرع حيث كان الأجدر به إيراد في باب المسؤولية العقدية كونه لم يدرج نصاً يتعلق بذات

المسألة² ابتداءً، وكونه قد أدرج إمكانية الإتفاق المسبق ما بين أطراف العلاقة حيث قد أوضحت أن مثل هذه الإتفاقات هي قليلة الحدوث في إطار المسؤولية التقصيرية كون الأطراف غالباً لا يعرفان بعضهما، إضافةً إلى أن الأجدر على الشخص أن يشدد من مسؤوليته المترتبة على إخلاله بالتزام هو فرضه على نفسه بإرادته على أن يشدد من مسؤوليته المترتبة على التزام قد فرضه عليه القانون.

غير أن المشرع المدني الأردني لم يعالج مسألة تعديل أحكام المسؤولية العقدية بنصوص صريحة كما عالجها فيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية فلا يمنع ورود النص المتعلق بإمكانية الإتفاق على تشديد أحكام المسؤولية التقصيرية_ أن يسبغ ذات الحكم بشأن المسؤولية العقدية، حيث أن الكثير من قواعد المسؤولية التقصيرية تسري على المسؤولية العقدية³، ولا يوجد ما يمنع من تطبيق هذا النص المتعلق بتشديد المسؤولية التقصيرية على أحكام تشديد المسؤولية العقدية كونهما يتفقان بعلّة كون هذا الشرط يدعم الإلتزام الأساسي ويحقق ضماناً وحماية أكثر للمتضرر⁴.

¹ المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. المرجع سابق. ص288.

² ذكر القانون المدني الأردني القوة القاهرة في نص المادة (247) التي جاء فيها " في العقود الملزمة للجانبين اذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلاً انقضى معه الإلتزام المقابل له وانفسخ العقد من تلقاء نفسه فاذا كانت الاستحالة جزئية انقضى ما يقابل الجزء المستحيل ومثل الاستحالة الجزئية الاستحالة الوقتية في العقود المستمرة وفي كليهما يجوز للدائن فسخ العقد بشرط علم المدين." لكن لا يمكن اعتبار هذه المادة مقابلة لنص المادة (261) حيث أنها تشمل فقط العقود الملزمة لجانبين دون العقود الملزمة لجانب واحد، إضافة الى أنها لم تشمل السبب الأجنبي بأشكاله وإنما فقط القوة القاهرة، ولم تتحدث عن المسؤولية المترتبة وإمكانية الإتفاق على خلاف ما هو موجود كما في النص المتعلق بالفعل الضار.

³ الفضل، منذر: الوسيط في شرح القانون المدني مصادر الإلتزامات وأحكامها دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي معززة بأراء الفقه وأحكام القضاء. ط1. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2012. ص216.

⁴ حسين، فرهاد حاتم. مرجع سابق. ص464.

لكن على الرغم من أن كثير من قواعد المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية قواعد مشتركة إلا أن هنالك قواعد خاصة تتميز بها كل مسؤولية منها على حدة¹، ويعتبر تعديل أحكام المسؤولية المتعلقة بالإعفاء أو التخفيف من المسؤولية من هذه القواعد الخاصة، فالمسؤولية العقدية تعتبر وليدة الإرادة المشتركة للأطراف فقواعدها لا تتعلق بالنظام العام على عكس المسؤولية التقصيرية التي تعتبر من النظام العام، وهذا الاختلاف في العلة يؤدي إلى الاختلاف في الحكم، فبمفهوم المخالفة يتوجب الحكم بصحة الإتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية بالإعفاء أو التخفيف من المسؤولية²، وفي المقابل لو أراد المشرع حظر مثل هذه الإتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية لنص صراحة على هذا الحظر كما نص على منع الإتفاقات المخففة أو المعفية من المسؤولية التقصيرية.

وقد أكدت قرارات محكمة التمييز الأردنية على صحة الإتفاقات المعفية من المسؤولية في حدود المسؤولية العقدية دون المسؤولية التقصيرية حيث نص القرار على أنه "يجوز الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية، ولا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية"³، وجاء في حكم آخر "أن الاتفاق المعقود بين البنك وطالب التحويل المتضمن إعفاء البنك من مسؤوليته عن الخطأ الناجم عن تسليم المبلغ المحول لشخص آخر غير المودع هو اتفاق قانوني ملزم يترتب عليه إعفاء البنك من مسؤولية الخطأ في التسليم ما لم يكن هذا الخطأ فادحاً أو مقصوداً. والمسؤولية الناشئة عن هذا الاتفاق عقدية لا تقصيرية"⁴.

¹ الفضل، منذر. مرجع سابق. ص216.

² أبو شنب، أحمد عبد الحكيم. أحكام التعديل الإتفاقي للمسؤولية العقدية في القانون المدني الأردني. مؤته للبحوث والدراسات العلوم الانسانية والاجتماعية: الأردن. (مج21. ع2. 2006). ص138.

³ محكمة التمييز الأردنية قرار رقم (95\280) لسنة 1995.

⁴ محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية. هيئة خماسية. قرار رقم (1972\2) الصادر بتاريخ 1972\4\27. مجلة نقابة المحامين. ص363.

أما في فلسطين فيسري قانون المخالفات المدنية¹ على أحكام المسؤولية التقصيرية، ولا يتضمن القانون أي نص يتيح الإتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية أو نص يحظر مثل هذه الإتفاقات، لذلك يطبق أحكام مجلة الأحكام العدلية على المسائل التي لم يشملها هذا القانون².

وقد اتفقت مجلة الأحكام العدلية مع القانون المدني الأردني فيما يتعلق بالضمان عند تحقق المسؤولية التقصيرية رغم أنها لم تستخدم مصطلح المسؤولية التقصيرية، فقد نصت المادة (912) منها على أنه " إذا أتلّف واحد مال غيره الذي في يده أو يد أمينه قصداً أو من غير قصد يضمن"، فالإضرار بالغير يلزم الضمان سواء أكان قاصداً أم غير قاصد، وفي شرح هذه المادة في درر الحكام جاء أنها تتضمن قاعدة لا تلحق الإجازة الإتلاف حيث جاء فيه " لو أتلّف أحداً مالا لآخر متعدياً وقال صاحب المال أجزت أو رضيت فلا يبرأ المتلف من الضمان، لأن الإجازة لا تلحق الإتلاف"³، فالمدين في هذه الحالة لا يُعفى من الضمان حتى لو أجاز الدائن الفعل بعد وقوعه، وبما أن الإعفاء اللاحق لا يعفي من الضمان فكذلك الإعفاء المسبق لا يعفي المدين من الضمان قياساً.

أما في مجال المسؤولية العقدية فإن مجلة الأحكام العدلية لم تسبغ حكماً عاماً بشأن هذه المسؤولية، وبالمقابل فقد نصت على إمكانية الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية في عقد البيع حيث نصت المادة (342) على " إذا باع مالا على أنه بريء من كل عيب ظهر فيه لا يبقى للمشتري خيار العيب" وفي ذلك إعفاء من المسؤولية _كما سألين في المطلب التالي_ وفي المقابل جاء في نص المادة (771) أنه " إذا هلك مال واحد في يد آخر قضاءً فإن كان قد أخذه بدون إذن مالكة ضمنه في كل حال وإن كن قد أخذه بإذن صاحبه فلا يضمن لأنه أمانه في يده إلا إذا كان قد أخذه على سوم الشراء وسمي الثمن فهلك المال لأنه حينئذ يلزمه الضمان"، فإذا أخذ المشتري

¹ قانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة (1944) المنشور في العدد (1380) من مجلة الوقائع الفلسطينية بتاريخ 1944/12/28. صفحة 149.

² انظر المادة (70-71) من قانون المخالفات المدنية.

³ حيدر، علي: درر الحكام شرح مجلة الأحكام. ج2. المملكة العربية السعودية: دار عالم الكتب. 2003. ص602.

مالاً بصورة سوم الشراء¹ وهلك في يده لزمه الضمان في حالة أنه قد تم تسمية الثمن ولو شرط عدم الضمان²، فهنا يكون شرط الإعفاء من المسؤولية باطل، حيث أن مجلة الأحكام العدلية قد اعتبرت أن سوم الشراء يشكل عقد بيع تام وبالتالي أي شرط يعفي من المسؤولية يعتبر باطلاً كونه يتنافى مع مقتضى العقد كما تقدم ذكره³.

إلا أن الإعفاء من المسؤولية في عقد البيع وفقاً لمجلة الأحكام العدلية هو إعفاء مخصوص فقط بخيار العيب_ كما سألين لاحقاً_، فقد اعتبرت مجلة الأحكام العدلية أن الإعفاء من ضمان العيوب الخفية في المبيع لا يشكل شرطاً منافياً لمقتضى العقد فيعتبر عندها الشرط صحيحاً ملزماً لأطرافه.

لكن قد تختلط لدى البعض فكرة الإعفاء المسبق من المسؤولية مع قاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان) التي نصت عليها مجلة الأحكام العدلية⁴ والقانون المدني الأردني⁵، وتعتبر هذه القاعدة من القواعد المهمة في نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، بحيث أن الضرر الناتج عن فعل جائز قانوناً لا يوجب الضمان بحيث أن الفعل يوصف على أنه جائز فلا يجب على فاعله الضمان، ذلك كون أن الجواز ينفي عن الفعل وصف الإعتداء⁶.

يتضح من خلال ذلك أن الإجازة السابقة للفعل لا تدخل في نطاق الإعفاء من المسؤولية، لأنه بهذه الإجازة ينتفي عن الفعل وصف الإعتداء فلن يشكل الفعل انحرافاً فلا يتحقق عندها ركن

¹ يقصد بالمقبوض على سوم الشراء أي هو البيع الذي يتم فيه الإتفاق ما بين البائع و المشتري على الثمن مع الوعد بالشراء في حال الرضاء بالمبيع. انظر سميران، محمد علي: **المقبوض على سوم الشراء مفهومه وأحكامه** "دراسة فقهية مقارنة". المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، الأردن. (مج5. ع4. 2009).

² حيدر، علي: **المرجع السابق**. ص253. انظر أيضاً عابدين، أمين، محمد (ابن عابدين): **رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار**. ج7. الرياض: دار عالم الكتب. 2003. ص121.

³ انظر ص8.

⁴ نصت المادة (91) على " الجواز الشرعي ينافي الضمان".

⁵ نصت المادة (61) على " الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر".

⁶ طلافحة، محمد محمود أحمد. **قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون**. المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية. (2006. المجلد الثاني. العدد4. 2006). عمان. ص 7.

الخطأ، في حين أنه عند الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية، فإن جميع أركان المسؤولية العقدية قد تحققت من خطأ و ضرر وعلاقة سببية، فالفعل الذي يشكل خطأ قد أفضى الى تحقق الضرر فعندها تنشأ المسؤولية العقدية ويستحق الدائن التعويض عما أصابه من ضرر، لكن نتيجة للإتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية يسقط حقه في الحصول على التعويض.

المطلب الثاني: استنباط القاعدة العامة في التعديل الإتفاقي بناءً على طبيعة الإلتزام.

خلال التمعن في نصوص التشريعين الأردني والفلسطيني يمكن الكشف عن غاية المشرع سواء أكان يهدف إلى إمكانية الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية بالإعفاء والتخفيف والتشديد أم لا، وسأبحث في هذه القاعدة على أساس تقسيم الإلتزام الى التزم ببذل العناية والإلتزام بتحقيق غاية، وعلى أساس الإستقراء¹ وتحقيقاً للانسجام القانوني سأسبغ الحكم على باقي مجالات المسؤولية العقدية.

تحقيقاً لذلك قمت بتقسيم هذا المطلب كما يلي:

الفرع الأول: استنباط القاعدة العامة من الإلتزام ببذل العناية.

الفرع الثاني: استنباط القاعدة العامة من الإلتزام بتحقيق غاية.

الفرع الأول: استنباط القاعدة العامة من الإلتزام ببذل العناية.

يعرف الإلتزام ببذل العناية على أنه الإلتزام الذي لا يرمي الى تحقيق غاية محددة بل هو التزم ببذل الجهد من أجل الوصول الى هدف معين، سواء أتحقق هذا الغرض أم لم يتحقق. فهو الإلتزام بالقيام بالعمل مع بذل العناية دون أن يضمن النتيجة²، و بالتالي فإن عدم قيام المدين ببذل العناية المطلوبة عند تنفيذه لالتزامه سيؤدي الى وقوع الخطأ من جانبه.

¹ يعرف الإستقراء على أنه " تصفح أمور جزئية ليحكم بحكمها على أمر يشمل تلك الجزئيات"، الزهر، محمد أيمن: الإستقراء ومجالاته في علوم الشريعة. مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية. دمشق. (مج29، ع1. 2013).

² السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الإلتزام بوجه عام الاثبات - آثار الإلتزام. ط3. لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية. 2000. ص782. انظر أيضاً سلطان، أنور: مرجع سابق. ص235.

إلا أن اثبات وقوع هذا الخطأ من المدين يقع على عاتق الدائن، فيقوم الدائن بإثبات وجود انحراف أو إهمال من قبل المدين عند تنفيذه للالتزام، ولا يلزم بتقديم دليل قاطع على الإهمال وإنما يكفي بإيراد ما يجعل دعواه قريبة التصديق، فيكفي أن يقدم ما يدل رجاحةً وليس بشكل قاطع على وقوع الإهمال من قبل المدين¹.

ويؤدي اثبات الدائن للواقعة التي تدل على الإهمال إلى قيام قرينه قضائية على عدم التنفيذ، فعندها ينتقل عبء الإثبات إلى المدين، الذي لا يستطيع أن ينفي الخطأ عن نفسه إلا عن طريق إثبات بذله للعناية المطلوبة منه، فعندها تسقط القرينة على عدم بذل العناية إذا أثبت المدين أنه لم ينحرف عن سلوك الرجل المعتاد².

إلا أن صور التزام المدين ببذل العناية المطلوبة تتنوع ما بين الإلتزام بالمحافظة على الشيء كإلتزام المودع لديه بالمحافظة على الشيء المودع، أو التزامه بإدارة الشيء كإلتزام الوكيل بإدارة وحفظ المال الموكل به، أو الإلتزام بعمل يستوجب من المدين أخذ الحيطة عند تنفيذه كإلتزام الطبيب³.

في المقابل أكد القانون المدني الأردني⁴ على هذه الصور حيث نصت المادة (1/358) على أنه "إذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على الشيء أو القيام بإدارته أو توخي الحيطة في تنفيذ التزامه فإنه يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الإتفاق على خلاف ذلك"⁵.

¹ الطباخ، شريف: التعويض عن الإخلال بالعقد التطبيق العملي للمسؤولية المدنية في ضوء القضاء والفقه. المنصورة: دار الفكر والقانون. 2008. ص239.

² الدناصري. الشواري: المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، ط6. الإسكندرية: الفنية للتجليد الفني. 1997. ص399-400. راجع الطباخ، مرجع السابق، ص239.

³ الحلالشة، عبد الرحمن أحمد جمعة: الوجيز في شرح القانون المدني الأردني آثار الحق الشخصي أحكام الإلتزام. ط1. عمان: دار وائل للنشر والتوزيع. 2006. ص54-55. راجع نصوص المواد (868، 837) من القانون المدني الأردني.

⁴ القانون المدني الأردني. رقم (43) لسنة (1976)، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد2645، تاريخ 1976/8/1، صفحة2.

⁵ يقابلها المادة (1234) من مشروع القانون المدني الفلسطيني التي تنص على أنه " في الإلتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخي الحيطة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالإلتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الرجل العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك."

تحدد المادة السابقة إضافة إلى صور الإلتزام ببذل العناية مقدار العناية التي يتعين على المدين أن يبذلها في تنفيذ الإلتزام، فقد أشار الشرع في نص المادة السابقة إلى أن العناية المطلوبة بالمقام الأول من المدين عند تنفيذ الإلتزام هي عناية الرجل العادي¹، إلا أنه أضاف في ذيل المادة السابقة "هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك"، ما يعني أن القانون أجاز في بعض الحالات الإتفاق على درجات مختلفة للعناية المطلوبة من الشخص عند تنفيذ التزامه فتكون هي واجبة التطبيق، مثال ذلك ما جاء في المادة (776) من نفس القانون التي تنص على "يجب على المستعير أن يعتني بحفظ العين المستعارة وصيانتها كاعتنائه بماله نفسه"، فيتبين هنا أن المادة قد اشترطت عناية معينة وهي عناية الرجل بماله التي أرى أنها قد تكون أكثر من عناية الرجل العادي أو حتى أقل.

فقد يتفق الأطراف فيما بينهم بأن العناية المطلوبة من المدين هي عناية الرجل الحريص² فبذلك لا يكفي للمدين أن يثبت أنه بذل عناية الرجل العادي وإنما عليه أن يثبت أنه قد بذل عناية الرجل الحريص، وفي ذلك تشديد من المسؤولية العقدية، وقد يتفق الأطراف على أن يكون معيار العناية هي عناية الرجل ذاته وهو المعيار الشخصي³.

وعلى الرغم من أن المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني قد أوضحت أن الإتفاق الذي يكون على صورة أن يبذل المدين عناية تساوي مقدار العناية التي يبذلها في شؤونه الخاصة هي أعلى من عناية الشخص العادي⁴ ويكون ذلك من قبيل التشديد من المسؤولية، إلا أنه لا يوجد

¹ المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. مرجع سابق. ص 395.

² وهو الرجل المتبصر اليقظ في مثل الظروف التي يرتكب فيها المدعى عليه الفعل الضار وهو معيار يفوق معيار الشخص متوسط الحرص والعناية . حسين، أنور يوسف: ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة في القانونين اليمني و المصري. ط1. المنصورة: دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع. 2014. ص 291.

³ في المعيار الشخصي عند تقدير الخطأ يتم النظر إلى الحالة الواقعية للشخص ذاته لبحث ما إذا كان يمكن نبيه إليه من إهمال أو تقصير، فلا يلزم عندها الشخص إلا بما اعتاد بذله من عناية، فإذا كان شديد اليقظة هنا يعتبر مخطئاً عند أقل إهمال يمكن أن يرتكبه أما إذا كان ضمن المستوى العادي من اليقظة فيعتبر مخطئاً إذا وقع منه عملاً دون مستوى الحرص لديه. حسين، أنور يوسف. المرجع السابق. ص 286.

⁴ نقابة المحامين المكتب الفني: المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ج 2. ط 3. 1992. عمان: مطبعة التوفيق. ص 395.

بالنص ما يمنع أن يتفق الأطراف على عناية أقل من عناية الشخص العادي فنكون بصدد التخفيف من المسؤولية العقدية، وأبعد من ذلك فقد يصل الإتفاق إلى حد الإعفاء من المسؤولية العقدية.

يعتبر عقد العارية¹ و الذي يعد من عقود الأمانة² خير مثال على أن العناية المطلوبة هي عناية الرجل العادي، إلا أنه يمكن تشديد المسؤولية عن طريق الإتفاق الذي يتم ما بين الأطراف على أن يضمن المدين سلامة الشيء الذي بحوزته، حيث نصت المادة (764) من القانون المدني الأردني على "العارية أمانة في يد المستعير فإذا هلك أو ضاعت أو نقصت قيمتها بلا تعد ولا تقصير فلا ضمان عليه ما لم يتفق على غير ذلك"، فيمكن للأطراف حسب نص المادة الإتفاق على أن المدين ضامن حتى في حالتي عدم التعدي والتقصير فيكون التزامه هنا بتحقيق غاية إذ لم تعد يده هنا يد أمانة³ وإنما يد ضمان⁴، فإن لم تتحقق هذه الغاية يكون مسؤولاً إلا إذا كان عدم تحقق الغاية يعود الى سبب أجنبي أو إلى الدائن نفسه، وكون النص غير مقيد للأطراف أيضاً الإتفاق على أن المدين يتحمل تبعة السبب الأجنبي أيضاً.

كما سمح المشرع الأردني أيضاً بالإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية فيما يتعلق بعقد الوديعة حيث نص في المادة (872)⁵ على أن "الوديعة أمانة في يد المودع لديه وعليه ضمانها إذا

¹ يعرف عقد العارية على أنه " لغة: العارية -هي بتخفيف الباء وتشديدها، وهي من التعاور: وهو التداول والتناوب لجعله للغير نوبة في الانتفاع، وقيل أصل المادة من العري وهو التجرد؛ تسمى عارية؛ لتجردها عن العوض. واصطلاحاً: هي إباحة الانتفاع بالشيء مع بقاء عين". انظر الطيار، عبد الله بن محمد: كتاب الفقه الميسر. ط2. ج6. الرياض: مدار الوطن للنشر. 2012. ص189.

² المادة (764) من القانون المدني الأردني.

³ وهي اليد التي تخلف المالك في حيازة ملكه و تتصرف فيه عن ولاية شرعية على أن لا تتعدى. العيسى، حارث محمد سلامة. الخطيب، أحمد غالب محمد علي: يد الضمان ويد الأمانة بين النظرية والتطبيق في الفقه الإسلامي. مجلة الجامعة الإسلامية سلسلة الدراسات الإنسانية. (مج18. ع2. 2010). ص315.

⁴ وهي كل يد لا تستند الى اذن شرعي من الشارع أو المالك، أو تستند الى دليل شرعي ودل دليل على ضمان صاحبها. العيسى، حارث محمد سلامة. الخطيب، أحمد غالب محمد علي: يد الضمان و يد الأمانة بين النظرية و التطبيق في الفقه الإسلامي. المرجع السابق. ص314.

⁵ تقابلها المادة (2\830) من مشروع القانون المدني الفلسطيني التي جاء فيها "الوديعة أمانة في يد المودع لديه وعليه ضمانها إذا هلكت بسبب يرجع اليه، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك".

هلكت بتعديه أو بتقصيره في حفظها ما لم يتفق على غير ذلك"، حيث يتيح النص أمام الأطراف الإتفاق على تشديد المسؤولية بالإتفاق على الضمان في حالة عدم التعدي أو التقصير، وكذلك الأمر بالنسبة للإتفاق على التخفيف من المسؤولية أو حتى الإعفاء منها حتى في حالتي التعدي والتقصير.

وما يؤكد أيضاً على إمكانية الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية ما جاء في نص المادة (1\890) المتعلقة بودائع الفنادق حيث جاء في الفقرة الأولى منها أنه "يعتبر إيداع الأشياء الخاصة بالزلاء في الفنادق والخانات أو ما ماثلها مقروناً بشرط الضمان وعلى أصحاب هذه الأماكن ضمان كل ضياع أو نقص يحل بها"، فالضمان هنا جاء بقوة القانون ولكن لا يوجد ما يمنع الأطراف الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية المترتبة على ضياع هذه الأشياء، وجاء أيضاً في ذات المادة أنه¹ "أما الأشياء الثمينة أو النقود أو الأوراق المالية فلا ضمان لها بغير تعدٍ أو تقصير إلا إذا قبل أصحاب المحال المشار إليها حفظها وهم يعرفون قيمتها أو أن يرفضوا حفظها دون مبرر أو أن يكونوا قد تسببوا في وقوع ما لحق بها بخطأ جسيم منهم أو من أحد تابعيهم، فإنها تكون حينئذ مضمونة على الوجه المتعارف عليه"، وهنا إشارة إلى إمكانية تشديد مسؤولية المودع لديه حيث أنه يمكن الإتفاق على أن يصبح المودع لديه مسؤولاً حتى في حالتي عدم التعدٍ أو التقصير في حال قبل حفظ هذه الأشياء الثمينة.

أما مجلة الأحكام العدلية فلم تتضمن حكماً عاماً متعلقاً بالإلتزام ببذل العناية² إلا أنها قد نصت فيما يتعلق بالأمانات في المادة (768) على أنه "الأمانة غير مضمونة فإذا هلكت أو ضاعت بلا صنع الأمين ولا تقصيره منه لا يلزمه الضمان"، وجاء في شرح هذه المادة أن اشتراط الضمان على

¹ المادة (2\890) من القانون المدني الأردني.

² أما فيما يتعلق بمعيار العناية المطلوب عند التنفيذ فقد جاء في قرار لمحكمة الإستئناف الفلسطينية أن "... الخطأ العادي هو ما يرتكبه الطبيب عند مزاولته مهنته دون أن تكون له صلة بالمهنة والمثال التقليدي لذلك هو حالة اذا ما أجرى الطبيب عملية وهو سكران فهذا يعامل أي شخص عادي لا علاقة له بالمهنة وأخطائها فيكون معيار الإنحراف هو معيار الرجل العادي...والخطأ يعني عند اخلال الطبيب بواجبه في بذل العناية الوجدانية اليقظة الموافقة للحقائق العلمية المستقرة والمعيار في تحديد درجة الخطأ وقياسه هو من حيث المبدأ معيار الرجل العادي "... محكمة استئناف القدس المنعقدة بمرام الله، استئناف مدني، رقم (2010\358) الصادر بتاريخ 2011\1\19.

الأمين باطل إذا لم يكن بتعدٍ أو تقصير¹، فجاء في المادة (777) بشأن عقد الودية أنه " الودية أمانة في يد الوديع فإذا هلكت بلا تعدٍ ولا تقصير في الحفظ لا يضمن ولكن إذا كان الإيداع بأجرة فهلكت أو ضاعت بسبب يمكن التحرز عنه لزم المستودع ضمانها"، ولم تنص المادة على أنه ما لم يتم الإتفاق على خلاف ذلك _كما فعل المشرع الأردني_ وجاء في شرح المادة أن شرط ضمان الودية بحال هلاكها بلا تعدٍ ولا تقصير يكون باطلاً ولا يلزم الضمان².

وجاء في المادة (813) من المجلة أن " العارية أمانة في يد المستعير، فإذا هلكت أو ضاعت أو نقصت قيمتها بلا تعدٍ ولا تقصير فلا يلزمه الضمان"، وهذا يعني أن لا ضمان حتى لو اشترط بين الأطراف أن المدين ضامن حتى لو تلفت العارية بلا تعدٍ ولا تقصير، فقد نصت المادة (789) من مرشد الحيران على " العارية لا تضمن من غير تعدٍ ويبطل اشتراط ضمانها في العقد وإنما تضمن بتعدي المستعير عليها أو بتقصيره أو إهماله في المحافظة عليها"³، فليس هنالك مجال للإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية كون هذه الشروط في نهاية الأمر سيحكم ببطلانها.

فإذا اشترط المودع أو المعير الضمان للودية أو العارية فيما لو تلفت بلا تعدٍ ولا تقصير فعندها يكون الشرط مخالفاً وغير معتبر⁴، فبذلك تكون مجلة الأحكام العدلية قد رفضت أن يكون هنالك ضمان إذا لم يكن هنالك تعدٍ أو تقصير، أي أنه لا يمكن تشديد المسؤولية عن طريق إيراد شرط الضمان إذا كان الإلتزام هو التزم ببذل العناية، ولكن لا يمنع ذلك من أن يتم الإتفاق على درجة العناية، كما لو حددا درجة العناية التي يجب أن يبذلها المستعير بالمحافظة على الودية.

يلاحظ أن جميع هذه العقود التي حظرت مجلة الأحكام العدلية الإتفاق فيها على الإعفاء من الضمان أو التخفيف منه هي عقود ضمان أصلاً وأن مثل هذه الشروط تعتبر شروطاً مخالفة لمقتضى العقد مما يستوجب بطلان هذا الشرط بسبب طبيعة العقد لا بسبب رفض مجلة الأحكام العدلية للإتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية.

¹ باز، سليم رستم: شرح المجلة. ط3. بيروت: دار العلم للجميع. 1998. ص368.

² حيدر، علي: مرجع سابق. ص268.

³ باشا، محمد قدري: مرجع سابق. ص255.

⁴ حيدر، علي: المرجع السابق. ص86.

وفي المقابل يوجد حالات أخرى أجازت مجلة الأحكام فيها الإتفاق على تشديد المسؤولية العقدية كما في عقد العارية في حالة أنه ما تم الإتفاق ما بين الأطراف على تقييد العارية، مثلما لو قيدت الإعارة بزمان أو مكان، فقد جاء في المادة (817) أن " إذا قيدت الإعارة بزمان أو مكان صح ذلك القيد فليس للمستعير مخالفته"، فإن خالف المستعير هذا الشرط ضمن لأنه يكون في حكم الغاصب¹، وهذا ما نصت عليه المادة (792) من مرشد الحيران التي جاء فيها " إذا كانت العارية مؤقتة بوقت معلوم وأمسكها المستعير بعد مضي الوقت مع إمكان ردها فهلكت فعليه ضمان قيمتها إن كانت من القيميات أو مثلها سواء استعملها بعد مضي الوقت أو لم يستعملها. وكذلك إذا كانت العارية مقيدة بمكان معين فجاوز المستعير ذلك المكان فهلكت فعليه الضمان"²، كذلك نصت المادة (818) من مجلة الأحكام العدلية على أنه " إذا قيدت الإعارة بنوع من أنواع الانتفاع فليس للمستعير أن يتجاوز ذلك النوع إلى ما فوقه"، وإن فعل _أي إن استعملها في غير نوع الإعارة التي تم الإتفاق عليها³ ضمن المستعير⁴، فبهذا التقييد تصبح يد المدين يد ضمان بعد أن كانت يد أمانه وفي ذلك تشديداً للمسؤولية العقدية⁵.

وتتحول يد المدين من يد أمانة إلى يد ضمان كذلك بتغيير اليد المتفق عليها⁶، وفي هذا تشديد من من أحكام المسؤولية العقدية فبعد أن كان الضمان فقط بالتعدي والتقصير أصبح الضمان في جميع الحالات حتى في حالة السبب الأجنبي والآفة السماوية والقوة القاهرة⁷، فبتقيد الدائن لشخص المدين عندها لا يحق له اعارة أو ايداع ما هو عنده للغير، وهذا ما نصت عليه مجلة الأحكام

¹ حيدر، علي: مرجع السابق. ص359.

² باشا، محمد قدری: مرجع سابق. ص256.

³ له أن يخاف نوع الإعارة الذي قيدت به إلى ما هو مساوٍ أو أخف منه، فمن استعار دابة لكي يحملها حنطة فله أن يحملها ما هو مساوٍ له أو أخف وليس له أن يحملها حديد. باز، سليم رستم: مرجع سابق. ص391.

⁴ باز، سليم رستم: المرجع السابق. ص391.

⁵ العيسى، حارث محمد سلامة. الخطيب، أحمد غالب محمد علي: يد الضمان ويد الأمانة بين النظرية والتطبيق في الفقه الإسلامي. مرجع السابق. ص329.

⁶ سعيد، ليلي عبد الله: يد الأمانة ويد الضمان في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي. مجلة دراسات الشريعة والقانون. (ع1. 1996). ص361.

⁷ سعيد، ليلي عبد الله: يد الأمانة ويد الضمان في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي. المرجع السابق. ص358.

العدلية¹ في المادة (790) مثلاً على أنه " ليس للمستودع ان يودع الوديعة عند آخر. فإن فعل وهلك بعدة يضمن وإذا هلك بتعدي المستودع الثاني وتقصيره فإن شاء المودع ضمنها للمستودع الثاني وإن شاء ضمنها للمستودع الأول ويرجع هذا على المستودع الثاني"، فبعد أن كانت يد المستودع الأول يد أمانة أصبحت يد ضمان يضمن في جميع الحالات والمستودع الثاني يضمن فقط في حالتي التعدي والتقصير².

وهذا يعني أن مجلة الأحكام العدلية أتاحت المجال أمام المتعاقدين لتشديد المسؤولية عن طريق تقييد متعلق بالعقد أو التقييد المتعلق بالمدين ذاته، إضافةً الى أنها لم تمنع الأطراف من الاتفاق على مقدار العناية التي يجب على الشخص الإلتزام بها وفي ذلك تعديل لأحكام المسؤولية العقدية.

الفرع الثاني: استنباط القاعدة العامة من الإلتزام بتحقيق غاية.

لم ينص المشرع الأردني على قاعدة عامة بالتعديل الاتفاقي لأحكام المسؤولية العقدية فيما يتعلق بالإلتزام بتحقيق غاية كما نص عليها بالإلتزام ببذل العناية، وكذلك مجلة الأحكام العدلية لم تأت بحكم عام ينطبق على جميع الإلتزامات بتحقيق غاية، إنما نص التشريعان على إمكانية تعديل أحكام المسؤولية العقدية في بعض الجزئيات المتعلقة بالإلتزام بتحقيق غاية، وإنه وعن طريق الإستقراء سأسبغ الحكم على باقي الجزئيات في الإلتزام بتحقيق غاية.

للتعرف على هذه المسائل قمت بتقسيم هذا الفرع إلى عدة مسائل على النحو الآتي:

المسألة الأولى: أحكام ضمان العيوب الخفية.

المسألة الثانية: أحكام ضمان التعرض والاستحقاق.

¹ انظر المواد(792)، (793)، (819)، (823) من مجلة الأحكام العدلية.

² سعيد، ليلي عبد الله: يد الأمانة ويد الضمان في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي. مرجع سابق. ص366.

المسألة الأولى: أحكام ضمان العيوب الخفية.

نظم القانون المدني الأردني الأحكام المتعلقة بالعيوب الخفي في المواد (512_520) ضمن أحكام عقد البيع¹، لكن لم يعرف المشرع الأردني العيب الخفي ضمن أحكامه وإنما اقتصر على معنى العيب في اللغة أي على أنه الآفة التي تنقص من قيمة الشيء أو من الانتفاع منه حسب طبيعته²، ويكون العيب خفياً إذا كان لا يعرف بالمشاهدة الظاهرة أو لا يتبينه الشخص العادي، أي أنه الذي بحاجة لخبير ليكتشفه أو الى التجربة³، كما تم تعريف العيب الخفي على أنه " ما ينقص عن الخلقة الطبيعية أو عن الخلق الشرعي نقصاناً له تأثير على الثمن يختلف باختلاف الأزمان والعوائد"⁴.

يقع على البائع التزام بضمان العيب الخفي وهذا الضمان هو نتيجة لالتزام ضمني ألا وهو أن يقوم بتسليم المبيع خالٍ من أي عيب⁵، فقد نصت المادة (1\512) من القانون المدني الأردني على أنه " يعتبر البيع منعقداً على أساس خلو المبيع من العيوب إلا ما جرى العرف على التسامح فيه"، وكذلك ما جاء في المادة (336) من مجلة الأحكام العدلية التي جاء فيها " البيع المطلق يقضي سلامة المبيع من العيوب، يعني أن بيع المال بدون البراءة من العيوب وبلا ذكر أنه معيب أو سالم يقتضي أن يكون المبيع سالماً خالياً من العيب".

إلا أن المشرع لم يجعل ضمان العيوب شاملاً لجميع العيوب في المبيع بل حصرها في العيوب التي تتوفر فيها مجموعة من الشروط حيث يشترط في العيب حتى يكون موجباً للضمان أن يكون

¹ أنظر القانون المدني الأردني الكتاب الثاني، الباب الأول ، الفصل الأول، عقد البيع.

² الوزان، وليد محمد بخيت: إبراء مسؤولية البائع من ضمان العيب الخفي في عقد البيع. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة الشرق الأوسط. 2011. ص15.

³ جاء في نص المادة (4\513) أنه " يشترط في العيب القديم ان يكون خفياً والخفي هو الذي لا يعرف بمشاهدة ظاهر المبيع او لا يتبينه الشخص العادي اولا يكشفه غير خبير او لا يظهر الا بالتجربة".

⁴ القرطبي، أبو وليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد. ط6. ج4. بيروت: دار المعرفة للنشر و التوزيع. 1083. ص174.

⁵ الشنطاوي، سنان خليل سلامة: مسقطات ضمان العيب الخفي في عقد البيع في القانون المصري والأردني دراسة مقارنة. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة الدول العربية. القاهرة. 2001. ص17-22.

عيباً قديماً¹، مؤثراً² وأن يكون خفياً. ويشترط أيضاً في العيب الخفي حتى يكون موجباً للضمان مجموعة من الشروط التي لا تتعلق بماهية العيب ألا وهي أن يكون المشتري جاهلاً بالعيب، وألا يكون البيع قد تم بطريق المزايدة من قبل السلطات القضائية أو الإدارية، وألا يكون البائع قد اشترط البراءة من العيب، فإن فقد العيب إحدى هذه الشروط سقط عندها الضمان³.

يعد إذن ضمان العيب الخفي التزاماً قانونياً يقع على عاتق البائع دون الحاجة إلى النص عليه وإن البائع لن يستطيع التخلص من هذا الضمان إلا عن طريق النص على شرط يعفيه من ضمان العيب⁴. ويسمى الإغفاء من ضمان العيب الخفي بمسميات أخرى كالإسقاط أو التبرؤ من العيب أو البراءة من الضمان، وجميعها تعني أن يتفق الأطراف على الإغفاء من الضمان في حالة وجود عيب في المبيع، وهذا الإتفاق يعتبر اتفاقاً صحيحاً كون أحكام ضمان العيب الخفي لا تعتبر من النظام العام بدلالة نصوص القانون⁵.

فقد تضمنت المادة (514)⁶ من القانون المدني الأردني الحالات التي لا يكون البائع مسؤولاً عن العيب القديم في الموجود في المبيع، وقد نصت الفقرة (4) من المادة ذاتها على حالة الإتفاق على الإغفاء من ضمان العيب الخفي حيث جاء فيها أنه " إذا باع البائع المبيع بشرط عدم مسؤوليته

¹ نصت المادة (513) من القانون المدني الأردني في فقرتها الثانية والثالثة على أنه " 2- يعتبر العيب قديماً إذا كان موجوداً في المبيع قبل البيع أو بعده وهو في يد البائع قبل التسليم. 3- ويعتبر العيب الحادث عند المشتري بحكم القديم إذا كان مستنداً الى سبب قديم موجود في المبيع عند البائع".

² نصت المادة (338) من مجلة الأحكام العدلية على " العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار و أرباب الخبرة".
³ العبيدي، علي هادي: العقود المسماة البيع والإيجار وقانون المالكين والمستأجرين وفق آخر التعديلات مع التطبيقات القضائية لمحكمة التمييز. ط6. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2012. ص138-140.

⁴ كروان، عبد الأمير جفات: تبرؤ البائع من ضمان العيب الخفي دراسة مقارنة. مجلة الكلية الإسلامية الجامعة. العراق. (م10. ع36. 2015). ص368.

⁵ الشنطاوي، سنان خليل سلامة: مسقطات ضمان العيب الخفي في عقد البيع في القانون المصري والأردني دراسة مقارنة. مرجع سابق. ص92.

⁶ المادة 514 تنص على أن " لا يكون البائع مسؤولاً عن العيب القديم في الحالات التالية- 1 :- إذا بين البائع عيب المبيع حين البيع- 2 . إذا اشترى المشتري المبيع وهو عالم بما فيه من العيب- 3 . إذا رضي المشتري بالعيب بعد اطلاعه عليه أو بعد علمه به من آخر- 4 . إذا باع البائع المبيع بشرط عدم مسؤوليته عن كل عيب فيه أو عن عيب معين إلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب أو كان المشتري بحالة تمنعه من الاطلاع على العيب- 5 . إذا جرى البيع بالمزاد من قبل السلطات القضائية أو الادارية.".

عن كل عيب فيه أو عن عيب معين إلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب أو كان المشتري بحالة تمنعه من الاطلاع على العيب"¹.

كذلك المادة (342) من مجلة الأحكام العدلية التي نصت على أنه " إذا باع مالا على أنه بريء من كل عيب ظهر فيه لا يبقى للمشتري خيار العيب"، وقد أكدت المادة (531) من مرشد الحيران على ذات الأمر حيث جاء فيها " اشترط البائع براءته من كل عيب أو من كل عيب به وقبل المشتري بهذا الشرط صح البيع والشرط وإن لم يسم العيوب لكنه في الحالة الأولى يبرأ البائع من العيب الموجود وقت العقد ومن العيب الحادث بعده قبل القبض وفي الحالة الثانية يبرأ من الموجود دون الحادث فللمشتري رده بالحادث لا بالموجود".

يشكل هذا الإتفاق ما بين الأطراف على الإعفاء من ضمان العيب الخفي في المبيع الصورة المباشرة للإعفاء من الضمان، في حين قد يكون الإعفاء من المسؤولية عن العيب الخفي بصورة غير مباشرة بحيث يكون على هيئة شرط في العقد ببيع الشيء المبيع في الحالة التي يوجد عليها وقت البيع، و إن المشرع الأردني لم يورد نصاً على ذلك كما فعل المشرع المصري²، فهنا يكون التزام البائع بتسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع وما هو موجود به لن يعتبر عيباً حسب الإتفاق وفي ذلك إعفاء من المسؤولية عن أي عيب قد يظهر في المبيع.

كما يمكن للأطراف الإتفاق على أن يشمل أيضاً عدم ضمان العيوب الموجودة في ملحقات المبيع³، رغم أن شرط عدم ضمان العيوب الموجودة في ملحقات المبيع لم ينص عليه المشرع، إلا أنه قياساً بما أن المشرع قد أجاز الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية المترتبة على وجود عيب في المبيع ذاته، فيجوز الإتفاق على الإعفاء من العيب الموجود في ملحقات الشيء المبيع.

¹ تقابلها بذات المعنى من مشروع القانون المدني الفلسطيني المادة (479) التي تنص على أنه "يجوز للمتعاقدین باتفاق خاص أن يزيذا في الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه.

² نصت المادة (431) من القانون المدني المصري على " يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع".

³ الوزان، وليد محمد بخيت: إبراء مسؤولية البائع من ضمان العيب الخفي في عقد البيع. مرجع سابق. ص 79.

قد يتخذ الشرط المعفي من المسؤولية عن ضمان العيب الخفي شكل الإعفاء الجزئي من الضمان وهو المتمثل بالإتفاق على التخفيف من المسؤولية العقدية عن العيوب الخفية حيث يعفي البائع نفسه من ضمان عيب خفي محدد، فقد نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة (341) على أنه " إذا ذكر البائع في المبيع العيب كذا وكذا قبل المشتري مع علمه بالعيب لا يكون له الخيار بسبب ذلك العيب"¹، أيضاً ذكرت المادة (530) من مرشد الحيران " إذا ذكر البائع أن في المبيع عيباً فاشتره المشتري بالعيب الذي سماه له فلا خيار له في رده بالعيب المسمى، وله رده بعيب آخر. ولو قبله المشتري بجميع عيوبه فليس له رده بالعيب المسمى ولا بعيب آخر"، ففي الحالات سابقة الذكر يكون البائع قد أعفى نفسه من المسؤولية عن عيوب محددة في المبيع عن طريق إعلامه للمشتري بها وهذا يشكل اتفاقاً مخففاً أو حتى معفياً من المسؤولية العقدية.

وإذا جرى الإتفاق بين البائع والمشتري على أنه إذا ظهر عيب في المبيع خلال مدة الضمان_ وأن هذا العيب ينشئ الضمان_ فإنه يحق للمشتري أن يعود على البائع بنقصان الثمن أو أن يعطي البائع المشتري مبلغاً من المال مقابل العيب الذي يجده بالشيء المبيع فإن هذا الإتفاق صحيح² خلافاً للقاعدة التي تقضي بحق المشتري بالتمسك بالمبيع بنفس الثمن المسمى أو رد هذا المبيع دون أن يكون له الحق التمسك به مع المطالبة بإنقاص الثمن³ وهو يشكل اتفاقاً مخففاً من المسؤولية العقدية.

يحق كذلك للأطراف من باب تخفيف الضمان أن يتفقا على أنه في حال ظهور العيب في الشيء المبيع يكون المبلغ الذي سيعود به المشتري على البائع بسبب نقصان قيمة المبيع بأن يكون مثلاً نصف المبلغ الناتج من ظهور العيب، كذلك الاتفاق الذي يعقده الأطراف على أن يقوم البائع بإزالة

¹ جاء بذات المعني المادة (2\486) من مشروع القانون المدني الفلسطيني التي نصت على أنه " مع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب، أو أثبت أن البائع قد تعدد إخفاء العيب غشاً منه".

² الزعبي: محمد يوسف. العقود المسماة شرح عقد البيع في القانون المدني الأردني. ط1. ددن. 1993. ص441.

³ حيث نصت المادة (1 \ 513) أنه "إذا ظهر في المبيع عيب قديم كان المشتري مخيراً ان شاء رده أو شاء قبله بالثمن المسمى وليس له امساكه والمطالبة بما انقصه العيب من الثمن".

العيب أو أثره بحيث تكون التكاليف مناصفة أو حسب الاتفاق بينها، ذلك شريطة ألا يكون البائع متعمداً إخفاء العيب وإلا اعتبر الشرط المخفف لاغياً كأن لم يكن¹.

أما فيما يتعلق بالاتفاق المشدد من المسؤولية العقدية المرتبطة بالعيب الخفي فقد كان له نصيبه أيضاً من التنظيم حيث نصت المادة (1\521) من القانون المدني الأردني على أنه " لا تسمع دعوى ضمان العيب بعد انقضاء ستة أشهر على تسليم المبيع ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول"، فقد يتفق الأطراف على زيادة المدة التي يكون فيها البائع ضامناً في حالة ظهور العيب الخفي ويعتبر ذلك من باب تشديد أحكام المسؤولية العقدية، على أن لا تزيد المدة عن خمسة عشر سنة من تاريخ البيع²، وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية أنه " لا تسمع دعوى ضمان العيب بعد انقضاء ستة أشهر على تسليم المبيع إذا لم يثبت المشتري التزام البائع لمدة أطول وذلك حسب ما تقضي به المادة (521) من القانون المدني"³، أما مجلة الأحكام العدلية فلم تحدد مدة لرد المبيع بالعيب الخفي وهناك اختلاف فقهي حول مدة التقادم في رفع دعوى الضمان، فالمالكية والشافعية شرطاً أن يكون الرد بعد العلم بالعيب فوراً أما المذهب الحنبلي فلم يشترط ذلك⁴.

بذلك يكون المشرع الأردني قد سمح بالاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية فيما يتعلق بالعيب الخفي في المبيع، وكذلك الأمر بالنسبة لمجلة الأحكام العدلية التي سمحت بالاتفاق على الإعفاء والتخفيف من المسؤولية العقدية فيما يتعلق بالعيب الخفي

¹ أبو البصل: عبد الناصر موسى. دراسة في فقه القانون المدني الأردني النظرية العامة للعقد. ط1. الاردن: دار النفائس للنشر والتوزيع. 1999. ص442.

² حيث جاء في المادة (449) أنه " لا ينقضي الحق بمرور الزمان ولكن لا تسمع الدعوى به على المنكر بانقضاء خمس عشرة سنة بدون عذر شرعي مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة".

³ قرار رقم (1986\82) صادر عن هيئة عامة بتاريخ 1986\1\1. المنشور في مجلة نقابة المحامين ص(1316). عدد(6). سنة 1988.

⁴ المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ج2. مرجع سابق. ص513. انظر أيضاً الزحيلي، وهبة بن مصطفى: الفقه الإسلامي وأدلته الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخریجها. ط4. ج5. دمشق: دار الفكر. د.ت. ص567.

لا تقتصر قواعد العيب الخفي على البيع فقط وانما تطبق أيضاً على كل من الهبة بعوض¹ والإجارة، أما فيما يتعلق في الهبة بعوض يقع على الواهب التزام بضمان العيب الخفي وقد نصت المادة (571) من القانون المدني الأردني على أنه " لا يضمن الواهب العيب الخفي في الموهوب ولو تعمد إخفاءه إلا إذا كانت الهبة بعوض"، ويترتب على المادة (855) من مجلة الأحكام العدلية التي تنص على أنه " تصح الهبة بشرط العوض ويعتبر الشرط"، أي أن عقد الهبة بعوض بعد التقابض يصبح كالبيع ويرد كل من العوض والمعوض بخيار العيب²، فبذلك ينطبق على الهبة بعوض أحكام خيار العيب ما ينطبق عليه بالبيع، وتطبق عندها ذات القواعد المتعلقة بتعديل أحكام المسؤولية العقدية المتعلقة بخيار العيب التي أجازها القانون المدني الأردني بجميع صورها من تشديد، تخفيف وإعفاء، ومجلة الأحكام العدلية بالإعفاء والتخفيف من المسؤولية العقدية.

أما فيما يتعلق بالإجارة فقد جاء في القانون المدني الأردني في المادة (688) أنه " تسري على وجود العيب في الإجارة أحكام خيار العيب في المبيع في كل ما لا يتنافى مع طبيعة الإجارة"، إضافة إلى ما جاء في المادة (686)³ والمادة (687)⁴ من ذات القانون بهذا الشأن، أما موقف مجلة الأحكام العدلية فكان مطابقاً لموقف القانون المدني الأردني حيث جاء في المادة (513) أنه

¹ تعرف الهبة على أنها تملك مال لآخر بلا عوض انظر مجلة الأحكام العدلية المادة (833). كذلك نص المادة (1\557) من القانون المدني الأردني التي جاء فيها " الهبة تملك مال أو حق مالي لآخر حال حياة المالك دون عوض...". ويوجد كذلك الهبة بشرط العوض فقد جاء في المادة (2\557) من القانون المدني الأردني أنه " 2 - ويجوز للواهب مع بقاء فكرة التبرع ان يشترط على الموهوب له القيام بالتزام معين ويعتبر هذا الالتزام عوضاً...". وقد أكدت المادة (855) من مجلة الأحكام العدلية على ذلك حيث جاء فيها "تصح الهبة بشرط العوض ويعتبر الشرط"، وجاء في المادة (77) من مرشد الحيران أنه "الهبة تملك العين بلا عوض وقد تكون بعوض" انظر باشا، محمد قدري: مرجع سابق. ص31. وتسمى الهبة بشرط العوض بهبة الثواب، حيث أن الثواب هو الجزاء، وقد ذهب المالكية والحنابلة والشافعية وأصحاب الرأي إلى جوازها إلا أن الظاهرية لم يجيزوها. انظر خليل، خير عبد الراضي: الهبة وأحكامها في الشريعة الإسلامية. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة الملك عبد العزيز. مكة المكرمة. المملكة العربية السعودية. 1981. ص158.

² حيدر، علي: مرجع سابق. ص430.

³ حيث تنص على "1 يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد في المأجور من عيوب تحول دون الانتفاع به او تنقص منه نقصاً فاحشاً ولا يضمن العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها. 2- و لا يضمن المؤجر العيب اذا كان المستأجر على علم به وقت التعاقد او كان من اليسير عليه ان يعلم به."

⁴ " اذا ترتب على العيب حرمان المستأجر من الانتفاع بالمأجور جاز له ان يطلب الفسخ او انقاص الاجرة مع ضمان ما يلحقه من ضرر."

" في الإجارة أيضاً خيار العيب كما في البيع"، فتتطبق أحكام العيب الخفي على الإجارة أيضاً بما تشمله من قواعد معدلة لأحكام المسؤولية العقدية.

المسألة الثانية: ضمان التعرض والاستحقاق.

يقصد بضمن التعرض أن يكون البائع ضامناً للأفعال التي تصدر عنه أو عن غيره ويكون من شأنها أن تحرم المشتري من كل أو من بعض ملكية المبيع أو استعماله، وإن التعرض الذي يضمنه البائع للمشتري نوعان: الأول هو التعرض الشخصي وهو المتضمن للأفعال الصادرة عنه ويشمل التعرض القانوني¹ والتعرض المادي²، والثاني هو التعرض الصادر عن الغير والذي يضمن التعرض غير القانوني دون التعرض المادي³.

فقد ينشأ عن التعرض القانوني الصادر من الغير استحقاقاً جزئياً أو حتى كلياً للمبيع حيث يكون الغير قد استطاع إثبات حقه على المبيع، وفي هذه الحالة ينشأ حق للمشتري عند البائع بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به نتيجة لهذا الاستحقاق وهذا ما يعرف بضمن الاستحقاق⁴.

وقد نظم القانون المدني الأردني أحكام التعرض والاستحقاق في المواد (503-511)، لكنه لم يتطرق لتعديل أحكام ضمان التعرض، إلا أنه فيما يتعلق باستحقاق المبيع⁵ فقد نصت المادة (506) من القانون المدني الأردني على أنه "لا يصح اشتراط عدم ضمان البائع للثمن عند استحقاق المبيع ويفسد البيع بهذا الشرط"، وهذا يدل على أنه يجوز أن يتم الاتفاق على تعديل

¹ ينشأ التعرض القانوني عندما يدعي البائع حقاً على المبيع. العبيدي، علي هادي: مرجع سابق. ص111.

² يتحقق التعرض المادي بكل فعل يصدر من البائع دون أن يركز على حق يدعيه كالغصب. العبيدي، علي هادي: المرجع السابق. ص111.

³ النعيمي، منتصر موفق عبد الحميد: ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة جرش. 2012.

⁴ العبيدي، علي هادي: مرجع سابق. ص115.

⁵ تضمنت المادة (467) من مشروع القانون المدني الفلسطيني حكم الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية في حالة استحقاق المبيع، حيث نصت على أنه "1- يجوز للمتعاقدین باتفاق خاص أن يزيذا ضمان الاستحقاق، أو أن ينقصا منه، أو أن يسقطا هذا الضمان. يفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري. 2- يقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي. 3- كذلك يقع باطلاً كل شرط يقضي بعدم ضمان البائع عن الاستحقاق الناشئ من فعله و لو لم يتعمد البائع إخفاء حق الأجنبي."

أحكام الضمان تشديداً وتخفيفاً وإعفاءً بشرط ألا يكون الإعفاء منصّباً على الثمن، ذلك كون الثمن يعتبر ركناً في عقد البيع و بدونه تتغير طبيعة العقد، فيجوز الإتفاق ما بين الأطراف على تشديد أحكام الإستحقاق _مع أن أحكام ضمان الإستحقاق ليست بحاجة لمثل الإتفاقات المشددة من المسؤولية_ بأنه مثلاً يجب على البائع ضمان المصروفات في حال استحقاقه بما فيها المصروفات الكمالية، في حين أن القواعد العامة للقانون لا تعطي الحق للمشتري بالرجوع على البائع إلا بالمصروفات الضرورية¹، كذلك الإتفاق على حق المشتري بالرجوع فوراً على البائع بمجرد اكتشافه لسبب الإستحقاق دون انتظار التعرض الفعلي أو إقامة دعوى الإستحقاق²، أو الإتفاق على التخفيف من الضمان بحيث أنه في حال الإستحقاق لا يتم ضمان الا الثمن بحيث لا يضمن البائع ثمن التحسينات أو الزوائد.

وقد أكدت مجلة الأحكام العدلية على أن الثمن يعتبر ركناً لعقد البيع و تحديد الثمن هو شرط لصحة العقد ويعتبر عدم تسميته مفسداً للبيع حيث جاء في المادة (237) التي جاء فيها " تسمية الثمن حين البيع لازمة ، فلو باع بدون تسمية ثمن كان البيع فاسداً" أما المادة (492) من مرشد الحيران فقد جاء فيها "لا يصح اشتراط عدم ضمان البائع لثمن المبيع عند استحقاق المبيع ويفسد البيع بهذا الشرط" وهذا تأكيد على اعتبار الشرط الذي يقترن بعقد البيع المتمثل بالإعفاء من ضمان الثمن في حال استحقاق المبيع شرطاً مفسداً للعقد. ولم تتطرق المجلة للشروط الأخرى المقترنة بالعقد من تشديد أو تخفيف أو حتى إعفاء من المسؤولية العقدية ما لم يكن منصّباً على الثمن، فبذلك تكون جائزة ما لم تتنافى مع مقتضى العقد.

وأرى أن الشرط المشدد من المسؤولية يؤكد بشكل واضح ويعزز مقتضى عقد البيع وهو حق المشتري بتسلم المبيع خالٍ من أي حق للغير عليه، وذلك في حال كون المشتري لا يعلم بأسباب الإستحقاق، أما بالنسبة للشرط المخفف من المسؤولية العقدية أو المعفي منها في حالة استحقاق

¹ النعيمي، منتصر موفق عبد الحميد: ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة. مرجع سابق. ص84.

² هزيم، رحي محمد أحمد: ضمان التعرض و الإستحقاق في عقد البيع. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة النجاح الوطنية. نابلس. فلسطين. 2007. ص110.

المبيع فإنني أميز ما بين أن يكون المشتري يعلم بأسباب الإستحقاق فيكون الشرط جائز، أما في حالة عدم علم المشتري المسبق بأسباب الإستحقاق فإن ذلك يخالف مقتضى العقد ويعتبر عندها الشرط فاسداً، وذلك قياساً على حكم الشراء من الفضولي يعلم من المشتري، فلو تلف النقد في يد البائع الفضولي دون تعدٍ أو تقصير ولم يجزه المالك، وكان المشتري عالماً بأنه فضولي، فلا يضمن عندها البائع و إذا لم يكن عالماً بذلك ضمن البائع¹.

أما فيما يتعلق بعقد الإيجار فيقع على المؤجر كذلك التزام بضمان التعرض للمستأجر في الإنتفاع بالعين المأجورة سواء كان تعرضاً شخصياً من المؤجر أو من الغير و يعتبر التزام المؤجر التزاماً بتحقيق غاية، أي أن المؤجر يكون مسؤولاً اتجاه المستأجر عن أي تعرضٍ منه أو من الغير ينقص من منفعتها والقدرة على الانتفاع بها²، وقد نص القانون المدني الأردني على نوعي التعرض _التعرض الشخصي وتعرض الغير_ عند حديثه عن عقد الإيجار أيضاً حيث جاء في المادة (684) أنه " 1- لا يجوز للمؤجر أن يتعرض للمستأجر بما يزعجه في استيفاء المنفعة مدة الإيجار ولا أن يحدث في المأجور تغييراً يمنع من الانتفاع به أو يخل بالمنفعة المعقود عليها وإلا كان ضامناً. 2- ولا يقتصر ضمان المؤجر على الأعمال التي تصدر منه أو من أتباعه بل يمتد هذا الضمان الى كل تعرض أو ضرر مبني على سبب قانوني يصدر من أي مستأجر آخر أو من أي شخص تلقى الحق من المؤجر".

وجاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية أنه " لا يجوز للمؤجر أن يتعرض للمستأجر بما يزعجه في استيفاء المنفعة مدة الإجارة ولا أن يحدث في المأجور تغييراً يمنع من الانتفاع به أو يخل بالمنفعة المعقود عليها وإلا كان ضامناً"³.

تتوافق مجلة الأحكام العدلية مع القانون المدني الأردني بنوعي التعرض فقد نصت المادة (583) على أنه " اذا انعقدت الإجارة صحيحة على المدة أو المسافة لزم تسليم المأجور للمستأجر على أن

¹ حيدر، علي: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام. ج1. المملكة العربية السعودية: دار عالم الكتب. 2003. ص408.

² أبو شنب، أحمد عبد الكريم: أحكام التعديل الإتفاقي للمسؤولية العقدية في القانون المدني الأردني. مرجع سابق. ص140.

³ محكمة التمييز الأردنية. قرار رقم (88\716) صفحة (1648). سنة (1990).

يبقى في يده متصلاً مستمراً الى انقضاء المدة أو اختتام المسافة، وإذا غصب المأجور من المستأجر أثناء المدة سقطت الأجرة طيلة مدة الغصب، وإذا أخذ صاحب العين المؤجرة العين المؤجرة دون اذنٍ كذلك¹، فينطبق هذا الحكم على نوعي التعرض. كما نصت المادة (649) من مرشد الحيران على التعرض الشخصي بقولها "لا يجوز للمؤجر أن يتعرض للمستأجر في استيفائه المنفعة مدة الإجارة ولا أن يحدث في العين المؤجرة تغييراً يمنع من الانتفاع بها أو يخل بالمنفعة المعقود عليها"، أما فيما يتعلق بتعرض الغير فقد نصت المادة (651) من مرشد الحيران على "إذا عرض في مدة الإجارة ما يمنع من الانتفاع بالعين المؤجرة بأن غصبت الدار المستأجرة منه ولم يتمكن بأي وسيلة كانت من رفع يد الغاصب سقطت الأجرة عن المستأجر ولو عرض في ذلك بعض المدة سقطت الأجرة بقدره".

إضافة الى ذلك في التعرض نصت المادة (6) من قانون المالكين والمستأجرين² على أنه "إذا قام المؤجر أو أمر بعمل يقصد منه إزعاج المستأجر والضغط عليه لإخلاء العقار أو زيادة أجرته كسد مجاري المياه أو مجاري الدخان المعدة لاستعمال العقار أو إذا اتلف شيئاً من الحاجات التي كانت في العقار حين إيجاره فللمستأجر أن يصلح ما أفسده المؤجر وأن يحسم نفقات ذلك من بدل الإيجار شريطة أن ينبه المؤجر إلى ذلك بواسطة الكاتب العدل ويمضي على تاريخ التبليغ عشرة أيام".

أما فيما يتعلق بتعديل أحكام المسؤولية العقدية بشأن ضمان التعرض فقد نصت المادة (689) من القانون المدني الأردني على أنه "كل اتفاق يقضي بالإعفاء من ضمان التعرض أو العيب يقع باطلاً إذا كان المؤجر قد أخفى عن غش سبب هذا الضمان"، فبمفهوم الخالفة يكون شرط الإعفاء من ضمان التعرض صحيحاً إذا لم يخف المؤجر سبب هذا الضمان عن المستأجر، وهذا إقرار من المادة بصحة هذا الإتفاق، في حين لم تنص مجلة الأحكام العدلية أو قانون المالكين و المستأجرين على استثناء الغش بشكل صريح.

¹ حيدر، علي: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام. ج1. مرجع سابق. ص666-667.

² قانون المالكين والمستأجرين رقم (62) لسنة (1953) المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 1953\4\16. ص661.

وبما أن القانون المدني الأردني قد أجاز الإتفاق على الإعفاء من ضمان التعرض فإنه قياساً يجوز الإتفاق على التخفيف من هذا الضمان أو حتى التشديد من قبل الأطراف، كما لو اتفق الأطراف على ضمان المؤجر للضرر المعنوي¹ الصادر منه أو للتعرض المادي الصادر من الغير رغم أن المؤجر قانوناً لا يضمن أي منهما².

وتأخذ توابع المأجور أيضاً ذات الحكم³، وبما أن توابع المأجور تأخذ ذات الحكم القانوني فإنه يجوز الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية بخصوصها في الأحوال التي أتاح القانون بها تعديل أحكام المسؤولية العقدية في المأجور ذاته.

تتطبق قواعد ضمان التعرض والإستحقاق أيضاً على عقد الهبة بعوض حيث نصت المادة (568) من القانون المدني الأردني على أنه " لا يضمن الواهب إستحقاق الموهوب في يد الموهوب له إذا كانت الهبة بغير عوض، ولكنه يكون مسؤولاً عن كل ضرر يلحق بالموهوب له من جراء هذا الإستحقاق إذا تعدد إخفاء سبب الإستحقاق، أما إذا كانت الهبة بعوض فإنه لا يضمن الإستحقاق إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض ما لم يتفق على غير ذلك". وهذا يعني تطبيق قاعدة الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية في عقد الهبة بعوض فيما يتعلق باستحقاق المال الموهوب حيث أن المادة السابقة تضمنت أن الواهب في الهبة بعوض لا يضمن إلا بقدر ما أداه الموهوب له، لكن يمكن أن يطبق خلاف ذلك إذا جد اتفاق من الأطراف، فقد أتاحت المادة المجال أمام الأطراف بالإتفاق على تعديل أحكام الضمان، فقد يتفق الأطراف على أن الواهب يضمن قيمة المال الموهوب كاملاً حتى لو لم يؤد الموهوب له العوض كاملاً، وفي ذلك تشديد للمسؤولية، وقد يتفقا على التخفيف من الضمان مثل الإتفاق على ضمان نصف قيمة المال الموهوب في حال

¹ يعرف الضرر المعنوي على أنه الضرر الذي يصيب الإنسان بشرفه أو سمعته أو مركزه الإجتماعي بحيث أن الضرر لا يصيب مصلحة مادية. انظر حمدامين، هيمن حسين: الضرر المعنوي و التعويض عنه في القانون و القضاء الإداري المقارن دراسة تحليلية مقارنة. ط1. القاهرة: المركز العربي للنشر و التوزيع. 2018. ص28-29.

² العبيدي، علي هادي: مرجع سابق. ص291-292.

³ حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية أنه " إن تعرض المؤجر لحق المستأجر بالانتفاع بأحد توابع المأجور ممنوع بحكم المادة (684) من القانون المدني الأردني". محكمة التمييز الأردنية. قرار رقم (88\1136). صفحة (697). سنة (1990).

الاستحقاق، وقد يذهب الى أبعد من ذلك بالاتفاق على الإعفاء من الضمان في حالة استحقاق المال الموهوب، أما مجلة الأحكام العدلية فتعتبر الهبة بعوض هبة ابتداءً وبيعاً انتهاءً¹، لذلك في حالة استحقاق المال الموهوب بعوض نطبق عليه أحكام استحقاق المال المبيع، وبالتالي لا تختلف قواعد مجلة الأحكام العدلية عن القانون المدني الأردني في هذا الخصوص.

بعد الاطلاع على نصوص القانون المدني الأردني ومجلة الأحكام العدلية نجد أنهما يسمحان بكقاعدة عامة بالإتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية بالتشديد والتخفيف وكذلك الإعفاء حسب ما تم استنتاجه واستنباطه من نصوص هذين التشريعين ضمن حدود القواعد التي تم تحديدها.

بعد أن تمكنت من استنباط القاعدة العامة التي تسمح للأطراف بالإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية سأنتقل للبحث في الإستثناءات التي ترد على هذه القاعدة في المبحث التالي.

المبحث الثاني: الإستثناءات على القاعدة العامة في التعديل الإتفاقي للمسؤولية العقدية.

إن التوصل الى وجود القاعدة العامة التي تسمح بالإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية لا يعني بالضرورة أن كافة الإتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية هي اتفاقات صحيحة ومنتجة لأثرها، فلكل قاعدة استثناءات تدرج تحتها، وإن وجود مثل هذه الإستثناءات لا ينقص أو يعيب من وجود القاعدة العامة، إلا أن المشرع قد رأى عدم صحة مثل هذه الإتفاقات في حالات معينة لغايات متعددة ولاعتبارات اقتصادية أو اجتماعية، أو أن طبيعة العقد تقتضي ذلك، وفي هذا المبحث سأبين مجموعة من الحالات العامة التي تدرج تحت هذه القاعدة التي لا يجوز فيها الإتفاق فيها على تعديل أحكام المسؤولية العقدية.

كما ويوجد بعض العقود المخصصة التي يكون الإتفاق فيها على تعديل أحكام المسؤولية العقدية في بعض جوانبها اتفاقاً باطلاً، وإن البطلان قد يقتصر على جزء معين من الاتفاقات المعدلة

¹ باز، سليم رستم: مرجع سابق. ص 405.

لأحكام المسؤولية العقدية دون الآخر حيث يشمل بعض حالات الإتفاق على التخفيف من المسؤولية العقدية أو الإعفاء منها في حالات مخصوصة على سبيل الحصر.

لإيضاح هذه الحالات جرى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: حالات عامة لا يجوز فيها الإتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية.

المطلب الثاني: بطلان الإتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية في جزئيات مخصوصة.

المطلب الأول: حالات عامة لا يجوز فيها الإتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية.

يغلب على القواعد القانونية العامة وجود استثناءات عليها، كذلك الحال بالنسبة للقاعدة العامة بالإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية، و إن بعض هذه الإستثناءات تنطبق على جميع الإتفاقات مهما كانت طبيعة هذا الإتفاق ومهما كانت طبيعة الإلتزام المتعلق بها.

سأتعرض في هذا المطلب الى هذه الحالات العامة على النحو الآتي:

الفرع الأول: بطلان الشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في حالتي الغش والخطأ الجسيم.

الفرع الثاني: الشروط التعسفية والأضرار الجسدية.

الفرع الثالث: تعلق الشرط المعدل لأحكام المسؤولية العقدية بالنظام العام.

الفرع الأول: بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في حالتي الغش والخطأ الجسيم.

المسألة الأولى: حالة الغش.

نص القانون المدني الأردني صراحة على وجوب حسن نية الأطراف عند انعقاد العقد وعند تنفيذه، حيث نصت المادة (1\202) من القانون المدني الأردني على أنه " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"، فيستوجب حسن النية عند تنفيذ العقود أن يلتزم المدين بتنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه دون قصد الإضرار بالطرف الآخر ومراعاة مصالحه

المشروعة، فإذا خالف المدين مبدأ حسن النية يكون عندها قد أخل بالتزامه مما يترتب التعويض في حال الإضرار بالطرف الآخر، والملاحظ أن سوء النية يتعلق بقيام الشخص بفعل سلبي وهو الغش لأن سوء النية والغش مترادفان في قصد الإضرار¹. ورغم عدم تعريف القانون المدني الأردني لمعنى الغش إلا أنه يمكن تعريفه على أنه الخطأ العمدي الذي يتمثل في انصراف نية المدين إلى ارتكاب الفعل، أو تركه تركاً غير مشروعاً بإرادته ورغبةً منه بإحداث الضرر².

وهذا يتطلب لتوافر حالة الغش عند صدور خطأ من العاقد توافر عنصرين، أولهما انصراف النية أو القصد لارتكاب الفعل الضار، أي أن يكون الفعل قد صدر بإرادة الشخص، أما إذا صدر الفعل أو الترك بسهوٍ من الشخص فلا يعتبر خطأ غشاً، أما العنصر الثاني، فهو انصراف الإرادة لتحقيق نتائج هذا الفعل، أي أن يكون الفعل مقترناً بالرغبة بالإضرار بالغير³.

ويعتبر حسن النية التزاماً بتحقيق غاية وليس ببذل عناية، فعلى كلا الطرفين الإلتزام بحسن النية بحيث يجب تحقق حسن النية وليس فقط محاولة الإلتزام به، ونتيجة لإخلال أحدهما بمبدأ حسن النية أي الغش يعتبر عندها مستحقاً لتحمل المسؤولية القانونية المترتبة، ولا يلزم أن يكون المدين على علم بمقدار الضرر الذي سيتسبب به للدائن، وإنما يكفي أن يتوافر لديه قصد الإضرار⁴.

وإن قصد الإضرار بالطرف الآخر الذي يشكل جوهر مفهوم الغش يقاس ابتداءً بمعيار موضوعي⁵

¹ أحمد. هلدبر أسعد. نظرية الغش في العقد. د. ط. بيروت: دار الكتب العلمية. 2011. ص43.

² أبو شنب، أحمد عبد الكريم. أحكام التعديل الإتفاقي للمسؤولية العقدية في القانون المدني الأردني. مرجع سابق. ص141.

³ العيسائي، عبد العزيز مقبل: شرط الإعفاء من المسؤولية المدنية في القانون المدني الأردني واليميني دراسة مقارنة. مرجع سابق. ص53.

⁴ سليمان. حسن النية في إبرام العقود دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقات الدولية. ط1. عمان: دار جلة. 2008. ص182.

⁵ يقصد بالمعيار الموضوعي مجموعة القواعد التي يضعها المشرع المستمدة من الملاحظة العامة والمجردة للسلوك المتوسط، والانحراف في السلوك الموضوعي يمثل الإنحراف في السلوك عن المستوى الاجتماعي المؤلف المتخذ كنموذج في مجال معين أو غرض معين. بن عمارة، محمد: مقال بعنوان المعيار الذاتي والموضوعي في القانون الجزائري. ص8-11.

http://www.univ-djelfa.dz/revues/dirassat/index.htm_files/Makal11_03.pdf

لتحديد إذا كان الفعل أو الترك يشكل خطأ، ومن ثم تقاس نية الإضرار بمعيار شخصي¹ لمعرفة مدى التعمد للقيام بالفعل².

وقد تضمن القانون المدني الأردني عدة مواد تنص على تأثير الغش على الإتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية³، فمثلاً بخصوص ضمان التعرض أو العيب نصت المادة (689) على أنه " كل اتفاق يقضي بالإعفاء من ضمان التعرض أو العيب يقع باطلاً إذا كان المؤجر قد أخفى عن غش سبب هذا الضمان"، فالإتفاق المنصب على تعديل أحكام المسؤولية العقدية بالإعفاء يكون اتفاقاً باطلاً سواء أكان إعفاءً كلياً أو جزئياً من ضمان العيب أو التعرض في حال إذا كان الاتفاق مبنياً على غش أو اقترن بتنفيذ الإلتزام بالغش.

كما نصت المادة (1\934) من القانون المدني الأردني على أنه " لا يكون المؤمن مسؤولاً عن الأضرار التي يحدثها المؤمن له أو المستفيد عمداً أو غشاً ولو اتفق على خلاف ذلك"، وفي ذلك تأكيد أيضاً على عدم صحة الإتفاق المشدد من مسؤولية المدين في حال صدر غش من الدائن.

وإذا كان صدور الغش من الغير⁴ جرى بالتواطؤ مع أحد أطراف العقد أو كان يعلم به أحد الأطراف أو كان من السهل العلم به فإنه يترتب حق فسخ العقد، أما الغش الصادر من الغير دون علم أو مقدرة على العلم به فإنه لا يؤثر على صحة العقد وشروطه بما فيها الإتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية⁵.

¹ يقصد بالمعيار الشخصي أو الذاتي هو أن القاضي يقوم فيه على مراعاة الظروف أو الوقائع المعروضة على المحكمة، بحيث يصل الى الحكم المناسب بناءً على الملابس المطروحة، يكون بذلك المعيار الذاتي هو المعيار الذي يعتمد أساساً على أمور شخصية أو ذاتية، وعلى هذا الأساس فالمعيار الذاتي مستمد أصلاً من المسؤولية الأخلاقية. بن عمار، محمد. المرجع السابق. ص 13-16.

² العيسائي، عبد العزيز مقبل: شرط الإعفاء من المسؤولية المدنية في القانون المدني الأردني واليميني دراسة مقارنة. (رسالة ماجستير غير منشورة). الجامعة الأردنية. عمان. الأردن. 1998. ص 51.

³ انظر المواد (2\358)، (689)، (1\934).

⁴ المقصود بالغير هنا هو الشخص الذي ليس طرفاً بالعقد أو مستفيداً منه.

⁵ أحمد، هليدر أسعد. مرجع سابق. ص 52-54.

وهذا يثير التساؤل حول تأثير الغش على الإتفاق المشدد من أحكام المسؤولية العقدية؟ بمعنى هل يؤدي الغش الى نشوء حق الطرف الآخر بفسخ العقد وإبطال الشروط المتعلقة بأحكام المسؤولية العقدية؟ والملاحظ من ظاهر النصوص بطلان الشرط المعفي أو المخفف من مسؤولية الطرف الذي صدر منه الغش، دون المساس بالشرط المشدد من مسؤوليته العقدية، حيث أن النص الذي قد سبق ذكره في المادة (1\202) و الذي يوجب توفر حسن النية عند تنفيذ العقود يمنع الغش، ولكنه بالمقابل لا يمنع الإتفاق على تشديد المسؤولية العقدية في حال توافر الغش كون مثل هكذا اتفاق يعزز مفهوم و جوهر النص، وعليه يمكن القول بجواز الإتفاق على تشديد أحكام المسؤولية العقدية على الطرف الذي يصدر منه الغش، بحيث يشترط الدائن أن تكون المسؤولية مضاعفة مثلاً في حال ما ارتكب المدين غشاً عند تنفيذ التزامه، حيث أن القاعدة العامة التي تم التوصل لها تجيز الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية، ما لم يكن هنالك نص يحظر مثل هذه الإتفاقات.

أما بالنسبة لموقف مجلة الأحكام العدلية من الغش فإنها لم تتطرق لهذا المصطلح ضمن نصوصها بشكل صريح و إنما تطرقت لكل من التغيرير¹ والغبن الفاحش² الذي يعتبر كل منهما غشاً³، لكن بالنظر إلى القواعد العامة يتضح أنها تفيد توافق كل من القانون المدني الأردني ومجلة الأحكام العدلية فيما يتعلق بالغش، حيث أن الأخيرة قد تضمنت مجموعة من النصوص التي تعتبر دليلاً على بطلان التصرفات المبنية على الغش، و هي المواد (34-35)⁴ والمواد (51-53)⁵ و المادة

¹ نصت المادة (164) على أن " التغيرير وصف المبيع للمشتري بصفة غير الحقيقة".

² نصت المادة (165) الغبن الفاحش عن قدر نصف العشر في العروض و العشر في الحيوانات و الخمس في العقار وزيادة".

³ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية: الموسوعة الفقهية عموم - غيالة. ط1. ج31. الكويت: دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع. 1994. ص218.

⁴ تنص المادة (34) على أنه " ما حرم اخذه حرم اعطاؤه ."، وتنص المادة (35) على أنه " ما حرم فعله حرم طلبه".

⁵ تنص المادة (51) على أنه " الساقط لا يعود أما ان المعدوم لا يعود ."، و تنص المادة (52) على أنه " اذا بطل شيء بطل ما في ضمنه"، وتنص المادة (53) على أنه "اذا بطل الاصل يصار الى البديل".

(100)¹، حيث أنه لا يجوز لأحد أن يستفيد من سوء عمله، أو حتى البناء على عمله الباطل وهذا يتوافق مع مبدأ حسن النية في القانون المدني الأردني.

وتأكيداً على موقف مجلة الأحكام العدلية من الغش فقد نص قانون التأمين الفلسطيني² صراحة على بطلان الشرط المعدل لأحكام المسؤولية العقدية في حالة الغش حيث نصت المادة (2\25) على أنه "لا يكون المؤمن مسؤولاً عن الأضرار التي يحدثها المؤمن له أو المستفيد عمداً أو غشاً ولو اتفق على خلاف ذلك"، وفي ذلك تأكيد على بطلان الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية في حالة وجود الغش من أحد أطراف العقد.

المسألة الثانية: حالة الخطأ الجسيم.

ظهرت فكرة الخطأ الجسيم في أواخر القرن الروماني وكان يقصد به أنه الخطأ الذي لا يرتكبه قليل الذكاء أو العناية، وقد أعطى الرومان الخطأ من هذا النوع حكم الغش في التصرفات، وقد لاقت فكرة الخطأ الجسيم وتدرج الخطأ موقعها في القوانين العربية الحديثة، واعتبر الخطأ الجسيم هو الخطأ الذي يصدر عن الشخص عديم الاكتراث³.

فالخطأ الجسيم يعتبر خطأً غير عمدي يقوم على الإهمال وعدم الاحتياط و الاكتراث من قبل المدين، بحيث يكون لديه استهتار كبير بحقوق الآخرين والالتزامات المفروضة عليه دون النظر إلى الضرر المحتمل نتيجة عدم اكتراثه⁴. وينزل الخطأ الجسيم منزلة الخطأ العمد والسبب في ذلك يتلخص في أن الخطأ الجسيم لو لم يشبه الخطأ المتعمد لادعى المدين الذي أهمل القيام بالتزامه بأنه لم يقصد الإخلال وعندها سيكون من الصعب على الدائن إثبات أن الخطأ عمدياً⁵.

¹ التي تنص على أنه "من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه".

² قانون التأمين رقم (20) لسنة (2005) المنشور في العدد (62) من مجلة الوقائع الفلسطينية. ص5. بتاريخ 2006\3\25.

³ مرقس، سليمان: مرجع سابق. ص263-265.

⁴ الطباخ، شريف: مرجع سابق. ص293.

⁵ العماوي، عيسى محمد عيسى: أثر الخطأ الجسيم على المسؤولية العقدية في ظل أحكام القانون المدني الأردني. مرجع سابق. ص63، السنهوري، مرجع سابق، ج1، ص575.

وقد ظهرت عدة اتجاهات فيما يتعلق بمعيار قياس الخطأ الجسيم، فبعد أن كان يقاس بمعيار عدم الإدراك لما يدركه الناس في القانون الروماني، اتجه القانون الفرنسي لقياسه بالمعيار الذاتي الذي يتمثل بالأخذ بالظروف الشخصية للفاعل، إلا أن جميع هذه المعايير لا تؤدي إلى نتائج عادلة، لذلك اتجه الرأي الحديث للأخذ بالمعيار المجرد الموضوعي حيث يعتبر الخطأ جسيماً إذا ابتعد مرتكبه كثيراً عن مسلك الرجل المسؤول لو كان في موضعه¹.

أما المشرع الأردني فلم يورد تعريفاً للخطأ الجسيم ضمن نصوصه، وقد ورد مصطلح الخطأ الجسيم ضمن العديد من النصوص² التي جعلت منه سبباً للضمان مهما كانت الظروف، إلا أن المشرع قد أهمل بشكل مباشر إيراد المعيار الذي يعتبر عنده الخطأ خطأً جسيماً، وهو وإن أقر بوجود هذا النوع من الخطأ إلا أنه لم يضع المعيار المحدد له، ومع ذلك يمكن الاستدلال عليه من خلال النصوص³ بأن المشرع قد اعتمد المعيار الموضوعي في تحديد فكرة الخطأ الجسيم⁴.

لكن في المقابل لم يهمل المشرع الأردني من إيضاح موقفه من الإتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية في حال اقترن فعل المدين بالخطأ الجسيم حيث نصت المادة (2\358) من القانون المدني الأردني على أنه " وفي كل حال يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم"، فبعد أن أقرت المادة في فرعها الأول صحة الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية في الإلتزام ببذل عناية جاءت لتقرر أن المدين يبقى مسؤولاً في حالتي الغش والخطأ الجسيم ويكون في هذه الحالة

¹ العيسائي، عبد العزيز مقبل: شرط الإعفاء من المسؤولية المدنية في القانون المدني الأردني واليميني دراسة مقارنة. مرجع سابق. ص56. دسوقي، مرجع سابق. ص380.

² انظر المواد (2\358) التي تنص على أنه "وفي كل حال يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم"، والمادة (2\890) التي تنص " أما الأشياء الثمينة أو النقود أو الأوراق المالية فلا ضمان لها بغير تعد أو تقصير - إلا إذا قبل أصحاب المحال المشار إليها حفظها وهم يعرفون قيمتها أو ان يرفضوا حفظها دون مبرر أو ان يكونوا قد تسببوا في وقوع ما لحق بها بخطأ جسيم

منهم أو من أحد تابعيهم ، فإنها تكون حينئذ مضمونة على الوجه المتعارف عليه".

³ المادة (358) و قرارات قضائية بخصوص هذا المعيار انظر العماوي، عيسى محمد عيسى: أثر الخطأ الجسيم على المسؤولية العقدية في ظل أحكام القانون المدني الأردني. (رسالة ماجستير غير منشورة). الجامعة الأردنية. عمان. الأردن. 2014. ص43-45.

⁴ العماوي، عيسى محمد عيسى: أثر الخطأ الجسيم على المسؤولية العقدية في ظل أحكام القانون المدني الأردني. (رسالة ماجستير غير منشورة). مرجع سابق. ص43-46.

الإتفاق على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية في هذه الحالة كأن لم يكن، وجاء في المذكرات الإيضاحية للمادة أنه من المسلم أن يسأل المدين عما يرتكبه من غش أو خطأ جسيم مهما كان معيار العناية المطلوب¹.

وعلى الرغم من النص الصريح بعدم جواز الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية في حالتي الغش والخطأ الجسيم وقد ظهرت اختلاف في التفسيرات الفقهية في وصف وتحليل حكم المادة السابق حول سبب عدم صحة مثل هذه الاتفاقات، حيث ذهب الرأي الأول إلى أن الحكمة من عدم جواز الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية في حالة الغش والخطأ الجسيم، هي انقلاب المسؤولية العقدية إلى مسؤولية تقصيرية فلا يمكن معها الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية، و من ذات المنطلق يعلق الفقه على أن بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في حالتي الغش والخطأ الجسيم يرجع إلى أن هذا الشرط يجعل الإلتزام معلقاً على محض إرادة أحد الأطراف_ وهو المدين_، فجاء تقرير البطلان لردع المدين من الإضرار بالدائن عن طريق الغش وتعتمد تنفيذ الإلتزام بطريقة خاطئة، فيسأل المدين عن خطئه المتوقع وغير المتوقع نتيجة للغش الصادر من قبله، رغم وجود شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، كونه يعتبر شرطاً باطلاً²، في حين يميل الرأي الآخر إلى كون المشرع قد افترض حسن النية في المتعاقدين وإن الغش أو الخطأ الجسيم يعتبران خروجاً عن قاعدة حسن النية³.

أما محكمة التمييز الأردنية فقد جاء في قرار لها أنه " يخرج من مفهوم المسؤولية العقدية ويدخل في باب المسؤولية التقصيرية زعم المدعي بدعواه التي طالب بها المركز الهندسي المشرف الذي عينته البلدية للإشراف على تنفيذ العطاء الذي رسي على المدعي بتعويضات ناجمة عن الخطأ في الإشراف والتأخير المتعد للعمل وبالعطل والضرر نتيجة التأخير في الاستلام وفي البت في المخططات"⁴، فالمحكمة قد رأت أنه يتوافر خطأ المدعى عليه الغش والخطأ الجسيم كون الخطأ

¹ المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ج1. مرجع سابق. ص395.

² الدناصوري. الشواري: المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص987.

³ العماوي، عيسى محمد عيسى: أثر الخطأ الجسيم على المسؤولية العقدية في ظل أحكام القانون المدني الأردني. مرجع سابق. ص89.

⁴ حكم محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم (521\1990)، (هيئة ثلاثية)، تاريخ 11\12\1990.

في الإشراف والتأخير في التسليم هو خطأ متعمد من قبل المدين، مما جعلها تقرر قلب المسؤولية العقدية الى مسؤولية تقصيرية، وكما أوضحنا سابقاً بأنه لا إعفاء من المسؤولية في المسؤولية التقصيرية¹.

أما فيما يتعلق بموقف مجلة الأحكام العدلية وعلى الرغم من عدم تضمنها مصطلح الخطأ الجسيم إلا أنه يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمفهوم مقتضى العقد الذي جاءت به، حيث أن الشرط الذي يشوبه عيب الخطأ الجسيم يتنافى بشكل واضح مع مقتضى العقود، حيث أن العقد يفرض على المدين التزاماً رئيسياً مفاده الالتزام ببذل العناية، وإن الخطأ الجسيم لا يمكن أن يصدر من شخص معتاد واشتراطه للإعفاء من هذه المسؤولية حتماً يعتبر منافياً للالتزام رئيسي في العقد².

يظهر إذن أن الغش والخطأ الجسيم يتوافر فيهما قصد الإضرار بالغير بطريقة عمدية، فتعديل أحكام المسؤولية العقدية بالإعفاء والتخفيف لا مجال له مهما اختلف الرأي حول السبب في ذلك، حيث لا يتصور إعفاء شخص من المسؤولية المترتبة عليه وهو يعتمد إلحاق الضرر بالطرف الآخر، إضافةً إلى أن قواعد حسن النية تعتبر من القواعد الآمرة التي لا يجوز الإتفاق على خلافها³، وحتى من اعتبر أن الغش والخطأ الجسيم يؤديان إلى قلب المسؤولية العقدية إلى مسؤولية تقصيرية فإن الإعفاء الكلي والجزئي من المسؤولية التقصيرية يعتبر باطلاً بحكم القانون⁴.

وقد نص قانون المخالفات المدنية في المادة (1\51) على أنه " كل من سبب بإهماله ضرراً لشخص آخر هو مدين له بواجب يقضي عليه بأن لا يكون مهملاً تجاهه في الظروف التي وقع فيها الإهمال، يعتبر أنه ارتكب مخالفة مدنية، ويكون الشخص مديناً بهذا الواجب لجميع الأشخاص الذين ينتظر من شخص عاقل أن يتوقع تضررهم من جراء الإهمال، والى صاحب أي مال يتوقع في مثل هذه الظروف تضرر بسبب الإهمال..."، وهذا النص يعزز وجهة نظر القائلين بأن الخطأ

¹ انظر ص10.

² خوالدة، أحمد مفلح: شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية دراسة مقارنة. ط1. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2011. ص180.

³ مرقس، سليمان: الوافي في شرح القانون المدني في الإلتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية الأحكام العامة. مجلد1. ط5. د.د.ن. 1992. ص190. انظر المادة (1\202) من القانون المدني الأردني.

⁴ راجع المادة (270) من القانون المدني الأردني.

الجسيم يقلب المسؤولية العقدية في حالة الخطأ الجسيم إلى مسؤولية تقصيرية، التي لا يجوز معها الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية.

الفرع الثاني: الشروط التعسفية والأضرار الجسدية.

تعتبر الشروط التعسفية التي ترد في العقد وكذلك بعض البنود المتعلقة بالأضرار التي تقع على جسد الإنسان من الشروط التي قد تعتبرها المحكمة شروطاً باطلة، فتتظر المحكمة في صحة هذه الشروط في حال عرضت عليها، وقد تتعلق هذه البنود بشروطٍ معدلة لأحكام المسؤولية العقدية، فما مدى صحة هذه الشروط؟

قمت بتقسيم هذا الفرع على المسائل التالية من أجل توضيح مدى قانونية هذه الشروط على النحو التالي:

المسألة الأولى : الشروط التعسفية والاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية.

المسألة الثانية: تعلق الأضرار الجسدية بالاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية.

المسألة الأولى : الشروط التعسفية والاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية.

يناقش عادة أطراف العقد البنود التي سوف يتم الإتفاق عليها في مرحلة إبرام العقد، ولكن قد يكون هنالك طرف ذو سلطة أقوى من الطرف الآخر الذي سيقصر دوره فقط على التسليم بما جاء في العقد كما في عقود النقل في شركات الطيران، وتعرف هذه العقود بعقود الإذعان وقد عرف هذا العقد بأنه العقد الذي يملي أحد الأطراف شروطه ويقبله الطرف الآخر دون أن يكون له الحق في مناقشته أو تعديله¹، وهذا يعني أن هذه العقود قد تتضمن مجموعة من الشروط التي لا يحق للطرف الضعيف مناقشتها رغم أنها مجحفة بحقه، وتعرف هذه الشروط بالشروط التعسفية، حيث

¹ خلة، منال جهاد أحمد: أحكام عقود الإذعان في الفقه الإسلامي. (رسالة ماجستير غير منشورة). الجامعة الإسلامية. غزة. فلسطين. 2008. ص39. البعلي: ضوابط العقود. ص314.

يعرف الشرط التعسفي بأنه الشرط المحرر مسبقاً من جانب الطرف الأقوى في العقد، بحيث يمنحه ميزة فاحشة عن الطرف الآخر¹.

لم يعط القانون المدني الأردني عقد الإذعان أو الشرط التعسفي تعريفاً ولكن جاء في نص المادة (104) من القانون المدني الأردني أن " القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها"، وقد جاء في شرح المادة أن العقد يكون من عقود الإذعان² في حالة تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر ضرورية، وأن هذه السلعة محتكرة من قبل أحد الأطراف احتكاراً قانونياً، كذلك توجيه عرض الانتفاع الى الجمهور بشروط متماثلة³.

في المقابل أعطى القانون المدني الأردني دور تفسير العقود للقاضي وفقاً للقواعد العامة وذلك حسب المادة (204) التي جاء فيها أنه " اذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط، أو تعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة، وبقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"، فلا يقتصر دور القاضي على مجرد تعديل هذه الشروط، وإنما أعطى له القانون الحق في إعفاء الطرف المذعن منها، وإهدار الشرط بغية إعادة التوازن في العقد⁴.

فمسألة الإذعان هي مسألة متروكة للقاضي وله في ذلك سلطة تقديرية فهناك عقود يكون فيها عنصر الإذعان متوفراً بحيث أن الطرف القوي يفرض على الطرف الضعيف شروطاً لا يملك هذا الأخير سوى قبولها وفي ذات الوقت قد لا تعتبر مثل هذه الشروط شروطاً تعسفية، وليس الأمر كذلك بالنسبة لكافة العقود ذلك أن هناك عقود كثيرة يشترط فيها أحد الأطراف إعفائه من المسؤولية وعلى الرغم ذلك لا يعتبر العقد من عقود الإذعان، وفي حال اعتبرت المحكمة العقد من عقود

¹ عبد القادر، سعيدي: آليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة د. مولاي طاهر سعيدة. سعيدة. الجزائر. 2016. ص41.

² عرفت محكمة التمييز عقود الإذعان على أنها " العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط يضعها الموجب مسبقاً ولا يقبل مناقشة فيها وفقاً للمعنى المقصود من المادة 104 من القانون المدني". محكمة التمييز الأردنية. تمييز حقوق رقم (1847\2005). تاريخ 2005\11\14.

³ المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ج1. مرجع سابق. ص113.

⁴ عبد القادر، سعيدي: آليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية. مرجع سابق. ص47.

الإذعان وأن الشرط تعسفياً تبطل بمقتضاها المحكمة الشرط أو قد تعمل على تعديله وعندها لا مجال للتذرع بالحرية التعاقدية¹.

فللقاضي الحق في تعديل عقود الإذعان بغية رفع وجه التعسف الحاصل، فعلى سبيل المثال اذا كان الشرط الوارد في لائحة المصنع يوقع غرامات مالية باهظة على العمال نتيجة لحدوث أخطاء بسيطة، عندها يحق للقاضي أن يعدل مقدار هذا التعويض بما يتناسب مع مقدار الضرر الواقع من العامل، كما أن للقاضي الحق في إلغاء الشرط التعسفي كما هو الحال في الشروط المعفية من الضمان، بحيث يلغي القاضي الشرط ويخضع العقد عندها للقواعد العامة².

وقد أخذ المشرع الأردني بهذا الرأي في مجال عقد التأمين حيث أن المشرع قد اعتبر الشروط التعسفية التي ترد في عقد التأمين من الشروط الباطلة وذلك حسب ما ورد في نص المادة (924) منه القانون المدني³، وإن المادة ذاتها قد اعتبرت العديد من الشروط المعفية من الضمان شروطاً باطلة كونها تدرج ضمن مسمى الشروط التعسفية.

تأكيداً على ما سبق جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية أنه " إن عقد التأمين في الواقع من عقود الإذعان التي تتضمن شروطاً لا تقبل النقاش الأمر الذي حمل المشرع على تقرير بطلان بعض الشروط لاعتبارات شكلية كشروط الطباعة بشكل بارز، ولاعتبارات موضوعية وهي الشروط التعسفية والتي لم يكن لها أثر في وقوع الحادث كشرط مخالفة القوانين في غير حالة الجرائم الجنائية أو الجنح المقصودة وحيث أن المخالفتين المرتكبتين من قبل سائق المركبة موضوع

¹ محمد، دمانه: شرط الإعفاء من المسؤولية بين مقتضيات سلطان الإرادة وسلطان القانون . الجزائر: دفاتر السياسة والقانون. (ع5. 2011). ص244.

² الحيص، علي مصبح صالح: سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة الشرق الأوسط. الأردن. 2011. ص51-52.

³ جاء في نص المادة (924) من القانون المدني الأردني أنه " يقع باطلاً كل ما يرد في عقد التأمين من الشروط الآتية: 1 الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين الا اذا انطوت المخالفة على جناية أو جنحة قصدية. 2 الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في اعلان الحادث المؤمن منه الى الجهات المطلوب اخبارها أو في تقديم المستندات اذا تبين ان التأخير كان لعذر مقبول. 3 كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر اذا كان متعلقاً بحالة من الأحوال التي تؤدي الى بطلان العقد او الى سقوط حق المؤمن له. 4 شرط التحكيم اذا لم يرد في اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة المطبوعة في الوثيقة. 5 كل شرط تعسفي يتبين انه لم يكن لمخالفته اثر في وقوع الحادث المؤمن منه".

الدعوى لا تدخلان في مفهوم الجناية أو الجنحة المقصودة فإن مؤدى ذلك بطلان الشرط في عقد التأمين الذي يعني المميّزة من تعويض المؤمن لهما عما لحق بسيارتهما من أضرار".¹

أما فيما يتعلق بالقانون الفلسطيني وعلى الرغم من أن مجلة الأحكام العدلية لم تنص على ما يتعلق بعقود الإذعان والشروط التعسفية إلا أنه ينطبق على الشروط التعسفية وصف الشروط التي لا يقتضيها العقد.²

وقد حذا المشرع الفلسطيني حذو المشرع الأردني فيما يتعلق بالنص على بطلان الشروط التعسفية فقد جاء في المادة (12) من قانون التأمين الفلسطيني³ على أنه " يقع باطلاً كل ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية: 1 الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين إلا إذا انطوت المخالفة على جريمة عمدية. 2 الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى الجهات المطلوب إخطارها أو في تقديم المستندات إذا تبين أن التأخير كان لعذر مقبول. 3 كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقاً بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط. 4 شرط التحكيم إذا لم ورد في الوثيقة بين شروطها العامة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة. 5 كل شرط تعسفي آخر لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه"، فبذلك يكون المشرع الفلسطيني قد حظر ضمناً هذه الإتفاقات المعفية من الضمان كونها شروطاً تعسفية، إضافة إلى ذلك فإن أي شرط تعسفي يكون باطلاً سواء أكان هذا الإتفاق مخففاً أو مشدداً من المسؤولية العقدية، كون أن المادة في فقرتها الأخيرة قد نصت على بطلان أي شرط تعسفي آخر يرد في الوثيقة.

¹ حكم محكمة التمييز الأردنية بصفحتها الحقوقية رقم (2003\2621). بتاريخ (5\11\2003).

² انظر ص 6.

³ المادة (924) من القانون المدني الأردني.

تطبيقاً لذلك فقد جاء في قرار لمحكمة النقض الفلسطينية أنه " استقر القضاء أنه لا يعتد بشرط المؤمن الذي يعفي نفسه من المسؤولية، إذا تمت مخالفة الشرط إذا كانت مخالفته ليس لها صلة بوقوع الحادث المؤمن منه حيث يعتبر ذلك شرطاً تعسفياً"¹.

وقد جاء في المادة (13) من ذات القانون أنه " يجوز الإتفاق على إعفاء المؤمن من الضمان اذا أقر المستفيد بمسؤوليته أو دفع ضماناً للمتضرر دون رضا المؤمن. 2 لا يجوز الاتفاق على اعفاء المؤمن من الضمان اذا كان اقرار المستفيد مقصوراً على واقعة مادية، أو اذا اثبت أن دفع الضمان كان في صالح المؤمن"، فهذه المادة تجيز الإتفاق على الإعفاء من الضمان في حالتي الإقرار أو دفع الضمان من قبل المؤمن له حتى لو أن ذلك تم دون رضا المؤمن، ولم يعتبر القانون هذا الشرط تعسفياً، ولكن عمل القانون على ضبط مثل هذه الاتفاقات حيث وضع شروطاً تحكمه، فيكون الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية صحيحاً وغير تعسفياً في حال كان الإقرار يتعدى الاقرار المادي، أو أن يكون دفع الضمان ليس بصالح المؤمن، والاتفاق الذي يتم على غير ما سبق يعتبر شرطاً تعسفياً.

وقد جاء في المادة (19) من قانون حماية المستهلك² الفلسطيني والذي يهدف إلى حماية المستهلك من الشروط التعسفية التي قد يورها المزود، أنه " يكون المزود مسؤولاً عن إصلاح أو استرجاع المنتجات المضمونة إذا تبين أن بها عيباً خلال مدة وشروط الضمان المتفق عليها مع المستهلك، وعليه استبدالها أو استرجاعها ورد ثمنها حسب رغبة المستهلك، ولا يجوز له الاتفاق على خلاف ذلك."، فهذه المادة أتاحت المجال أمام الأطراف الاتفاق على مدة وشروط الضمان، سواء أكان بالتشديد أو بالتخفيف من المسؤولية العقدية، إلا أنها لم تجز الإعفاء من المسؤولية كونها أبطلت الإتفاق الحاصل ما بين الأطراف على إعفاء المورد من استبدال أو استرجاع السلع المعيبة، ولكن

¹ محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله. نقض رقم (24\2003). قرار رقم (41). قرار صادر بتاريخ 2003\11\19.

² قانون حماية المستهلك رقم (21) لسنة 2005م. منشور في العدد 63 من مجلة الوقائع الفلسطينية. بتاريخ 2006/04/27. صفحة 29.

يشترط في هذه السلع أن تكون مضمونة بالإتفاق ما بين الأطراف، ويبدو أن القانون قد اعتبر شرط إعفاء المزود من المسؤولية عن الضمان في هذه الحالة تعسفياً بحق المستهلك.

وفي ذات السياق لم يتم إسناد العيوب الخفية في المبيع للقواعد العامة التي تجيز الاتفاق على الإعفاء من ضمان العيوب الخفية في المبيع، بل تم النص على ضمانها بصيغة الوجوب حيث جاء في المادة (20) من ذات القانون أنه " على كل مزود ضمان العيوب الخفية التي تنقص من قيمة السلعة أو الخدمة نقصاً محسوباً أو تجعلها غير صالحة للاستعمال فيما أعدت إليها وفقاً لطبيعتها أو لأحكام العقد"، فهذه المادة جاءت منسجمة مع أحكام المادة الأولى التي قد نصت صراحةً على عدم إمكانية الإعفاء من المسؤولية، وأنه على المزود إرجاع أو استبدال ما قد ظهر فيه العيب، ولكن هذه المادة تنطبق على السلع سواء أكانت مضمونة أم غير مضمونة من قبل المزود.

بذلك يكون القانون الأردني وكذلك التشريع الفلسطيني قد منعا وجود الشروط التعسفية في العقود التي يبرمها الأشخاص، وقد اعتبرا أن تعديل أحكام المسؤولية العقدية في عقود الإذعان ومن خلال تضمين هذه العقود شروط من قبل الطرف القوي بالإعفاء من المسؤولية يشكل شروطاً تعسفية يحق للقاضي إبطالها أو تعديلها بشكل يحقق العدالة والتوازن.

المسألة الثانية: تعلق الأضرار الجسدية بالاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية.

تعتبر حماية الجسد حق لجميع الأفراد فمن مصلحة الإنسان المحافظة على تكامل الجسد بما يعنيه ذلك من صحة وسكينة، حيث من حق أي إنسان أن يحتفظ بجسده صحيحاً مؤدياً وظيفته على النحو الطبيعي، فأى إعتداء على هذا الجسد يستوجب التعويض سواء أكان هذا الاعتداء عمداً أو نتيجة لخطأ¹، وبسبب تعدد مصادر الخطر وزيادة الحوادث وتنوعها نتيجة للتطور التكنولوجي أصبح موضوع التعويض عن الأضرار الجسدية من أهم الموضوعات في العصر الحديث.

¹ كهيئة، أقشوط. سليم، بعوش: السلطة التقديرية للقاضي في تحديد التعويض عن الأضرار الجسدية في القانون المدني الجزائري. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة عبد الرحمن ميرة: بجاية. 2013. ص35.

وقد جرت العادة على إطلاق مصطلح الضرر الجسدي على الضرر الذي يصيب جسد الانسان نتيجة للاعتداء عليه، فيعرف الضرر الجسدي بأنه الأذى الذي ينتج عن الاعتداء على سلامة وحرمة الجسد، مما يؤدي إلى الموت أو الجرح أو الضرب أو المرض، فالاعتداء على جسد الإنسان مما يؤدي الى المساس بسلامة أعضائه وجسده يعتبر ضرراً جسدياً قابلاً للتعويض كونه يمس حق سلامة الجسد، فيتربط عليه آثار مالية وغير مالية¹.

تتكون الأضرار الجسدية من عنصرين وهما العنصر المادي المتمثل بالخسارة التي لحقت بالمصاب وما فاتته من كسب وبالعجز الذي سيجيب المضرور عن القيام بأي عمل، إضافة الى العنصر المعنوي المتمثل بالضرر الأدبي² حيث يشمل ما يعانیه المضرور من الألم والمعاناة أثناء الإصابة وفترة العلاج وما ينتج عنه من تشوهات³.

أما بالنسبة للتعويض فإن القاعدة العامة في التعويض عن الضرر الجسدي عند إصابة شخص بإصابة معينة هي وجوب حصول المتضرر على كامل التعويض، أي التعويض الذي يغطي الضرر الذي أصابه، بحيث لا تبقى لديه خسارة بدون تعويض، وبالمقابل يجب أن لا يحصل على كسب يزيد عن مقدار الضرر الحاصل⁴.

لكن التعويض عن الضرر الجسدي يتطلب توفر مجموعة من الشروط التي تعتبر ذاتها هي شروط التعويض عن الضرر المادي _حيث يعتبر الضرر الجسدي من الأضرار المادية_⁵ حيث يجب

¹ العماوي، محمد عبد الغفور: التعويض عن الأضرار الجسدية والأضرار المجاورة لها دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون. ط1. دار الثقافة للنشر والتوزيع: عمان. 2012. ص34.

² جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية رقم (2003\4590) بتاريخ 2004\5\18. أنه " ان الضمان عن الضرر الأدبي الناتج عن الفعل الضار يقدر على أساس أنه يمثل التعدي الذي نتج عن الضرر الذي يلحق بالمركز الاجتماعي للمضرور باعتبار أن نظرة المجتمع للشخص المصاب تختلف عن نظره للشخص السليم".

³ بحماوي: التعويض عن الأضرار الجسدية بين الأساس التقليدي للمسؤولية المدنية والأساس الحديث. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة أبو بكر بلقايد: الجزائر. 2008. ص22-25.

⁴ كهيّنة، أفشوط. سليم، بعوش: السلطة التقديرية للقاضي في تحديد التعويض عن الأضرار الجسدية في القانون المدني الجزائري. مرجع السابق. ص40.

⁵ كهيّنة، أفشوط. سليم، بعوش: السلطة التقديرية للقاضي في تحديد التعويض عن الأضرار الجسدية في القانون المدني الجزائري. المرجع سابق. ص38.

على الضرر الجسدي أن يستجمع مجموعة من الشروط المتمثلة بأن يكون هذا الضرر محققاً¹ وشخصياً².

إلا أن الأطراف قد يخرجون عن هذه القاعدة إلى الاتفاق على الإعفاء من التعويض عن الأضرار الجسدية التي قد تلحق بأحد الأطراف على الرغم من تحقق شروط التعويض، ومثل هذا الاتفاق يعتبر باطلاً في نظر القانون، كونه يتعلق بجسد العاقلين، حيث يعتبر القانون جسد الإنسان أسمى من أن يصبح محلاً للإتفاقات والتصرفات القانونية، فالجراح وطبيب التجميل ليس لهما أن يتفقا على إعفائهما من المسؤولية المترتبة عليهما نتيجةً للأضرار الناجمة عن العملية الجراحية أو غيرها³.

فاذا كانت العناية مطلوبة من الطبيب عند معالجته لمرضاه، فكيف له أن يتخلص من المسؤولية المترتبة عليه نتيجة خطئه وعدم بذله للعناية المطلوبة منه؟ فمن غير المتصور أن يسمح القانون للطبيب الإهمال عند ممارسته مهنته، والاضرار بالمريض تحت بند الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية، إذ يعتبر هذا الأمر خروجاً عن العدالة والمنطق، ولا يمكن تصور إنسان مريض يسمح لطبيبه أن يفعل ما يشاء وأن يرتكب الأخطاء في جسده دون المساءلة القانونية⁴.

¹ يسمى أيضاً بالضرر الحال، وهو ما يتعارض مع الضرر المحتمل الذي لا يصلح أساساً للمطالبة بالتعويض عليه، فالضرر يكون تحقق فعلاً وأصاب الجسم بأي شكل من أشكال الإصابات حيث يكون قد وقع بالفعل أي موجود وتكونت عناصره ومظاهره التي توفر للقاضي تقويمه، كذلك الضرر المستقبلي المؤكد ينزل منزلة الضرر المحقق كما في الإصابة التي تصيب العامل فتؤدي إلى عجزه هنا لا يعوض فقط عن ضرر العجز ذاته وإنما يعوض كذلك عن الضرر المؤكد في المستقبل وهو عدم القدرة على العمل. انظر لعريبي، كريمة: **التعويض في المسؤولية المدنية**. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة أكلي محند اولحاج/ الجزائر. 2013. ص36.

² فالضرر يجب أن يصيب الشخص في ذاته و يمس حقوقه الشخصية مما يبرز الطابع الشخصي بحيث تكون الخسارة المادية أو المعنوية قد لحقت بالمضروب ذاته فالقاعدة تقضي بأنه لا دعوى بلا مصلحة. انظر لعريبي، كريمة: **التعويض في المسؤولية المدنية**. مرجع سابق. ص38.

³ الجبوري، ياسين محمد. **الوجيز في شرح القانون المدني الأردني آثار الحقوق الشخصية (أحكام الالتزام) دراسة مقارنة**. ط2. ج1. عمان: الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع و دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2011. ص429.

⁴ الخرينج. **الإتفاق على الإعفاء من التعويض في القانون الكويتي دراسة مقارنة مع القانون الأردني**. مرجع سابق. ص82.

إضافة الى ذلك فإن الاتفاقات المتعلقة بالأضرار التي تقع على الأشخاص وتتعلق بسلامة الجسد وسلامة الانسان في كيانه الأدبي وشرفه تعتبر باطلة، كون النظام العام لا يجيز صحة مثل هذه الشروط و يفرض جعلها خارج دائرة الاتفاق، ويتفق هذا الموقف مع الفقه الإسلامي في هذا الشأن، حيث بين الفقهاء أن محل الحقوق والالتزامات هو الأموال¹.

إلا أنه قد تحصل الإصابات الجسدية ضمن نطاق الألعاب الرياضية، ولأن المصلحة العامة تقضي بتشجيع هذه الألعاب، عملت المحاكم على إقامة وزن لرضا المصاب لما يحدث له من إصابات أثناء المشاركة فيها، فتنتفي المسؤولية هنا لمشروعية قبول المخاطر، كما في ألعاب الملاكمة و غيرها، على أن يكون قد تم الالتزام بالقواعد العامة للعبة، وأن ما وقع من إصابة أو ضرر قد حدث رغم مراعاة أصول اللعبة، فالأضرار التي تحدث بشكل متعمد، أو أن الفاعل لم يلتزم بقوانين اللعبة فلا تنتفي عنه المسؤولية في هذه الحالة، كما لو قذف اللاعب الكرة قبل إذن الحكم فأصاب زميله وأحدثت له ضرراً، و ذلك حتى لو تم الاتفاق مسبقاً على الإعفاء من المسؤولية².

وعلى الرغم من تشابه الاتفاقات المعفية من المسؤولية العقدية مع انتفاء المسؤولية في حالة ممارسة الألعاب الرياضية، إلا أن ذلك لا يخرق قاعدة بطلان الاتفاقات المعفية من المسؤولية العقدية عن الأضرار الجسدية، ففي حالة الأضرار الناتجة عن الألعاب الرياضية عند الالتزام بقواعد اللعبة تكون المسؤولية منتفية أصلاً وغير متحققة، في حين أن الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية متصور عندما تكون المسؤولية متحققة وإنما أعفي المدين من التعويض.

الفرع الثالث: تعلق الشرط المعدل لأحكام المسؤولية العقدية بالنظام العام.

يعتبر النظام العام فكرة متطورة متغيرة و تختلف من مكان لآخر و من زمان لآخر فلا يمكن تبني تعريف واحد شامل محدد للنظام العام³، لكن يمكن رسم إطار للنظام العام على أساس أنه مجموعة

¹ حسين، فرهاد حاتم: مرجع سابق. ص440-441.

² عامر، حسين. عامر، عبد الرحيم: المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية. ط2. القاهرة: دار المعارف. 1979. ص189.

³ أحمد، إبراهيم سيد: فكرة حسن النية في المعاملات المدنية فقهاً وقضاءً دراسة مقارنة. الإسكندرية: منشأة المعارف. 2015.. ص46.

المصالح الجوهرية التي والمثل العليا للدولة والجماعة التي ترتضيها لنفسها ويتأسس عليها المجتمع بالصورة التي وضعها القانون سواء أكانت هذه المصالح سياسية، اجتماعية، اقتصادية أو خلقية أو حتى دينية، إذ يتعرض المجتمع للانحيار في حال مخالفتها¹.

ارتبطت مسبقاً فكرة النظام العام بأركان العقد فقط حيث إذا كان الشرط المرتبط بالرضا أو المحل أو السبب مخالفاً للنظام العام عندها يبطل العقد، ولكن بعد ذلك اتسع مفهوم النظام العام ليشمل أهدافاً أخرى من حماية المصالح الاقتصادية والاجتماعية والسياسية للمجتمع، مما أدى الى إضافة قيود جديدة على إرادة الأفراد احتراماً لقواعد النظام العام².

فقواعد النظام العام التي يقصد بها تحقيق مصلحة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع وتعلو على مصلحة الفرد، فيجب على جميع الأفراد مراعاة المصلحة وتحقيقها، ولا يجوز لهم مناقضتها باتفاقات فيما بينهم حتى لو حققت هذه الاتفاقات مصالح فردية، كون المصلحة العامة تعلو على المصالح الخاصة بالأفراد، فإذا خرجوا على هذا القواعد من خلال اتفاقات خاصة فإن مثل هذه الاتفاقات تعتبر باطلة غير منتجة لأثرها³.

فلا يجوز للعاقدين التعديل بالالتزامات المتعلقة بالنظام العام، كالاتفاق الحاصل على التشديد أو الاعفاء أو التخفيف من المسؤولية عن الحد الذي حددته معاهدة مثلاً، فيكون باطلاً لأن الحدود التي وردت بموجب الاتفاقية تعتبر من النظام العام ولا يجوز تخطيه⁴.

أما فيما يتعلق بالقانون المدني الأردني فقد نصت المادة (2\164) عند حديثها عن الشروط التي يجوز أن تقترن بالعقد أنه " كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد المتعاقدين أو للغير ما لم يمنعه الشارع أو يخالف النظام العام أو الآداب العامة..."، فبذلك يكون الشرط الوارد في العقد بناءً

¹ محمود، سلطان عبد الله: الدفع بالنظام العام وأثره. مجلة الراافدين للحقوق. الموصل. (ع34. مج12. 2010). ص90-92.

² عثمان. فريدة: مبدأ سلطان الإرادة بين الحداثة والتأصيل. مرجع سابق. ص33.

³ عدة، عليان: فكرة النظام العام و حرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري و الفقه الإسلامي. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة أبو بكر بالقايد: تلمسان. 2015-2016. ص20.

⁴ الجبوري، ياسين محمد: مرجع سابق. 428.

على اتفاق الأطراف باطلاً غير منتجاً لآثاره إذا كان مخالفاً للنظام العام و ذلك في الحالات التي فرض فيها القانون الالتزامات على الأطراف بصيغة آمرة¹، كون قواعد النظام العام غير قابلة للاتفاق على ما يخالفها.

ومن القيود التي أوردها المشرع الأردني أيضاً على الإتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية هو عدم مخالفة الاتفاق للالتزام الرئيس في العقد فقد جاء في المادة (1/506) من القانون المدني أنه "لا يصح اشتراط عدم ضمان البائع للثمن عند استحقاق المبيع ويفسد البيع بهذا الشرط". حيث أن التزام المشتري بأداء الثمن هو التزام جوهري مقابل للالتزام الجوهري المتمثل بنقل ملكية المبيع وتسليمه وضمانه فلا يصح شرط عدم ضمان الثمن عند الإستحقاق كونه مخالفاً للالتزام الجوهري في العقد².

في المقابل لا يختلف القانون الفلسطيني في هذا المبدأ عن القانون الأردني، حيث أن مجلة الأحكام العدلية قد جعلت من أي اتفاق يخالف أو يناقض مضمون العقد باطلاً، كخلو عقد البيع من تحديد المحل أو الثمن³.

فالالتزامات الجهرية المنبثقة من العقد من الأمور التي لا يحق للأطراف الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية بالإعفاء فيما يخصها، حيث أن مثل هذه الاتفاقات تشكل جوهر العقد، والاتفاق على الإعفاء من المسؤولية المترتبة على عدم القيام بها يفرغ العقد من مضمونه مما قد يجعل العقد باطلاً أو يحوله الى عقد آخر، كما في اتفاق المشتري مع البائع على عدم المسؤولية عن دفع الثمن⁴، فهذا الشرط يعتبر في مجلة الأحكام العدلية يجعل العقد فاسداً كونه يعتبر مناقضاً لمقتضى العقد⁵.

¹ المحاقري، إسماعيل محمد علي: مرجع سابق. ص406.

² عبيدي، علي هادي. مرجع سابق. ص159.

³ انظر المواد (132، 205، 209) من مجلة الأحكام العدلية.

⁴ حسين، فرهاد حاتم: مرجع سابق. ص442.

⁵ انظر ص6.

وعلى الرغم من أن الاتفاق على الاعفاء من هذه المسؤولية لا يشكل اعفاءً من تنفيذ الالتزام ذاته إلا أن الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية المترتبة على عدم القيام بالالتزام جوهرية مترتب على العقد يفرغ العقد من مضمونه كونه لا يلزم الطرف الآخر القيام به، وبرأيي فإن مثل هذه الاتفاقات تتعلق بمفهوم النظام العام كونها تمس الالتزامات الجوهرية للعقد مما يؤدي الى المساس بالشكل الذي رسمه المشرع له.

المطلب الثاني: الإستثناءات التي ترد على شرط الإعفاء والتخفيف من المسؤولية العقدية.

تعتبر قاعدة تعديل أحكام المسؤولية من القواعد الخطرة كونها تمس جانب خطير من جوانب العقد ألا وهي المسؤولية العقدية، ورغم أن المشرع الأردني لم ينص على قاعدة عامة إلا أنه قد تم التوصل الى هذه القاعدة كما تبين من خلال الفصل الأول من هذه الأطروحة، ولكن ذلك لا يمنع من أن يكون هنالك مجموعة من الحالات التي يعتبر فيها الإتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية اتفاقاً باطلاً.

فقد خص المشرع مجموعة من العقود بقواعد خاصة وقد اعتبر الإتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية فيها اتفاقاً باطلاً، إلا أن هذا البطلان لا يمس جميع الإتفاقات على تعديل قواعد المسؤولية، وإنما يختص بمجموعة من الحالات التي ارتأى المشرع بطلان الإتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية فيما يخصها، قد بينا سابقاً جواز الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية بضمان العيب الخفي في عقد البيع، ولكن ذلك لا يعني بالضرورة صحة جميع الإتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية المتعلقة بعقد البيع حيث تضمن القانون مجموعة من النصوص التي تجعل بعض الإتفاقات بحد ذاتها باطلة بناءً على النص الصريح.

سأبين من خلال هذا المطلب بعض من الحالات التي يكون فيها الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية باطلاً بنص القانون وهي في مجملها اتفاقات متعلقة بتخفيف أو بالإعفاء من المسؤولية العقدية، وسأبحث بها على النحو الآتي:

الفرع الأول: بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في عقدي البيع والرهن.

الفرع الثاني: بطلان شرط التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية العقدية في حالات محددة.

الفرع الأول: بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في عقدي البيع والرهن.

تتضمن نصوص القانون مجموعة من العقود التي تكون بعض الإتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية فيها باطلة ومن هذه العقود عقدي البيع¹ والرهن، فبعد أن كان صحة اشتراط عدم ضمان البائع للعيوب الخفية في عقد البيع دليلاً على اعتراف المشرع بصحة الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية² إلا أن المشرع كذلك جعل من بعض هذه الاتفاقات المتعلقة بعقد البيع ويعقود أخرى اتفاقات باطلة، والتي تعتبر استثناءً على الأصل ألا وهو امكانية الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية، وسأبين حالات البطلان في عقد البيع والرهن على النحو الآتي:

المسألة الأولى: شرط عدم ضمان البائع للثمن عند استحقاق المبيع.

المسألة الثانية: شرط عدم الضمان في عقد الرهن الحيازي.

المسألة الأولى: شرط عدم ضمان البائع للثمن عند استحقاق المبيع.

بينت فيما تقدم إمكانية إتفاق الأطراف على إعفاء البائع من ضمان العيوب الخفية في المبيع، وبما أن القانون قد أجاز امكانية الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية فمن باب أولى فإنه يجوز الإتفاق على التخفيف وكذلك التشديد فيما يتعلق بمسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية بالمبيع³، و قد اتخذت من هذه الجزئية دليلاً على وجود قاعدة التعديل الإتفاقي لأحكام المسؤولية العقدية في القانون الأردني وكذلك في مجلة الأحكام العدلية.

إلا أن المشرع الأردني قد عاد و نص صراحة في عقد البيع على بطلان إحدى حالات الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية فقد نصت المادة (506) على أنه " 1_ لا يصح اشتراط عدم ضمان البائع للثمن عند استحقاق المبيع ويفسد البيع بهذا الشرط. 2- ولا يمنع علم المشتري بأن

¹ المادة (506) من القانون المدني الأردني.

² انظر ص 29.

³ انظر ص 31.

المبيع ليس ملكاً للبائع من رجوعه بالثمن عند الإستحقاق"، فبذلك يتبين من النص أن المشرع لم يمنح الأطراف الحق بالإتفاق على إعفاء البائع من ضمان ثمن المال المباع في حالة استحقاقه، ويحق عندها للمشتري الرجوع على البائع بثمن المال المباع في حال إذا استحق للغير، حتى لو اشترط عدم ضمان الثمن من قبل البائع، وحتى في حالة علم المشتري باحتمالية استحقاق المبيع للغير.

يُعلل موقف المشرع الأردني من عدم إجازة اتفاق الأطراف على إعفاء البائع من رد الثمن في حالة استحقاق المبيع، أن مثل هذا الشرط يفسد البيع، وأن هذا الشرط يعتبر شرطاً مناقضاً لمقتضى العقد، فعقد البيع يعرف على أنه تملك مالٍ بعوض، وفي حالة استحقاق المبيع ينتفي التملك وتبعاً لذلك ينتفي معه حق البائع بالثمن¹.

هذا فيما يتعلق في حالة الإستحقاق الكلي² للمبيع، أما في حالة الإستحقاق الجزئي³ فقد فرق القانون المدني في الحكم فيما إذا كان الإستحقاق قبل قبض كل المال المباع أو بعده على النحو الآتي فقد نصت المادة (509) على أنه "1- إذا استحق بعض المبيع قبل أن يقبضه كله كان للمشتري أن يرد ما قبض ويسترد الثمن أو يقبل البيع ويرجع بحصة الجزء المستحق. 2- وإذا استحق بعض المبيع بعد قبضه كله وأحدث الاستحقاق عيباً في الباقي كان للمشتري رده والرجوع على البائع بالثمن أو التمسك بالباقي بحصته من الثمن وإن لم يحدث عيباً وكان الجزء المستحق هو الأقل فليس للمشتري إلا الرجوع بحصة الجزء المستحق. 3- فإذا ظهر بعد البيع أن على المبيع حقا للغير كان للمشتري الخيار بين انتظار رفع هذا الحق أو فسخ البيع والرجوع على البائع بالثمن"، نشير هنا إلى أنه قد يتم تعديل هذه الأحكام من خلال إتفاق الأطراف على هذا التعديل فقد يتم الإتفاق على حق المشتري بفسخ العقد حتى في حالة الإستحقاق الجزئي الذي لا يشكل عيباً

¹ عبيدي، علي هادي: مرجع سابق. ص130.

² يقصد بالاستحقاق الكلي ثبوت حق للغير على كل المبيع حيث يكون مالاً له بأكمله و بذات الوقت حرمان المشتري من المبيع كله كون البائع لم يكن هو المالك الحقيقي للمبيع. النعيمي، منتصر موفق عبد الحميد: ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة جرش. 2012. ص49.

³ يقصد به ثبوت ملك الغير على جزء من المبيع. النعيمي، منتصر موفق عبد الحميد: ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة. المرجع السابق. ص57.

في المبيع وهذا تشديد من مسؤولية البائع¹، أو الاتفاق على عدم جواز مطالبة المشتري بفسخ عقد البيع والانتظار إلى حين رفع هذا الإستحقاق وفي هذا تخفيفاً من مسؤولية البائع، كذلك جواز الإتفاق على عدم التزام البائع برد المصروفات أو التحسينات² وكذلك قيمة الثمار في حالة الإستحقاق على خلاف نص المادة (511)³، وتعتبر هذه الإتفاقات مخففة للمسؤولية العقدية⁴، ولكن هذه الشروط مرهونة بعدم وجود إتفاق على إعفاء البائع من رد ثمن الجزء المستحق من المبيع كون هذا الشرط يفسد البيع.

وقد تضمنت المادة (492) من مرشد الحيران أيضاً ذات الحكم السابق حيث نصت على أنه " لا يصح اشتراط عدم ضمان البائع لثمن المبيع عند استحقاق المبيع ويفسد البيع بهذا الشرط"، واستحقاق المبيع فعلياً هو المعتبر في رد الثمن للمشتري وهذا ما أكدت عليه المادة اللاحقة حيث نصت على أنه " يصح ضمان الثمن للمشتري معلقاً بظهور الإستحقاق"، أي أنه يجوز للأطراف الإتفاق على عدم ضمان الثمن عند وجود الإستحقاق وإنما يكون الضمان عند ظهور هذا الإستحقاق فعلاً.

يتفق بذلك القانون المدني الأردني ومجلة الأحكام العدلية بحكم عدم صحة الشرط المتعلق بعدم ضمان الثمن عند استحقاق المبيع، سواء أكان هذا الإستحقاق كلياً أو جزئياً للمبيع، وأن البيع يفسد باشتراط مثل هذا الشرط.

¹ العايب، سمير. حميطوش، زكرياء: ضمان التعرض و الإستحقاق في عقد البيع. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة عبد الرحمن ميرة: بجاية. 2016. ص63.

² حيث يقع على البائع التزام برد المصروفات و التحسينات للمشتري بقيمتها يوم تسليم المبيع نتيجةً للاستحقاق. انظر عبيدي، علي هادي: مرجع سابق. ص119. نصت المادة (3\505) من القانون المدني الأردني على أنه " ويضمن البائع للمشتري ما أحدثه في المبيع من تحسين نافع مقدراً بقيمته يوم التسليم للمستحق".

³ نصت المادة (511) من القانون المدني الأردني " للمستحق مطالبة المشتري بما افاده من ريع المبيع او غلته بعد حسم ما احتاج اليه الانتاج من النفقات ويرجع المشتري على البائع بما أداه للمستحق".

⁴ النعيمي، منتصر موفق عبد الحميد: ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة. مرجع سابق. ص78.

المسألة الثانية: شرط عدم الضمان في عقد الرهن الحيازي.

عرف القانون المدني الأردني الرهن الحيازي في المادة (1372) على أنه " احتباس مال في يد الدائن، أو يد عدل ضماناً لحق يمكن استيفاؤه منه، كله أو بعضه، بالتقدم على سائر الدائنين"، أما مجلة الأحكام العدلية فقد عرفتة في المادة (701) على أنه " حبس مال وإمساكه في مقابل حق يمكن استيفاؤه منه"، ويكون الحق المرهون من أجله المال حقاً مالياً تخرج منه الحقوق الأخرى كالقصاص وحق اليمين والشفعة، فمثل هذه الحقوق لا يصح لها رهناً، بحيث أن المال المرهون يكون ضماناً من أجل اقتضاء الحقوق المالية منه¹.

بناءً على ذلك يمتاز عقد الرهن الحيازي بعدة خصائص، أولها أنه يعتبر من عقود الضمان بحيث ينشأ بموجبه للمرتهن ضمان عيني على الشيء المرهون، كذلك يعتبر عقد شبه عيني كونه لا يكفي فقط الإيجاب والقبول بين الراهن والمرتهن بل يلزم تسليم المال المرهون من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن من أجل تمام العقد، إضافة إلى ذلك فهو عقد ملزم لجانب واحد وهو المرتهن دون الراهن فلا يقع عليه التزام سوى تسليم المال المرهون من أجل تمام العقد، إضافة إلى ذلك فهو يعتبر عقد بمقابل وليس عقد تبرع، فالراهن يكسب ثقة الدائن بالرهن والمرتهن يحصل على الضمان².

ويترتب على اعتبار عقد الرهن الحيازي من عقود الضمان التزام الدائن المرتهن بالمحافظة على المال المرهون وهو التزام ببذل عناية، والعناية المطلوبة منه هي عناية الرجل المعتاد، فإذا هلك المال المرتهن تنتفي المسؤولية عن المرتهن بإثبات السبب الأجنبي، فالتزامه لا يعدو أن يكون التزاماً بتحقيق نتيجة إلا في حالة ما تم الاتفاق على تشديد المسؤولية بجعله التزاماً بتحقيق نتيجة،

¹ باز، سليم رستم: مرجع سابق. ص331.

² سوار، محمد وحيد الدين: شرح القانون المدني الحقوق العينية التبعية الرهن المجرد الرهن الحيازي حقوق الامتياز. ط1. الاصدار5. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2006. ص171-175.

حيث يصبح مسؤولاً عن الهلاك في جميع الأحوال في حال موافقته فيتحمل بذلك تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة¹.

أما فيما يتعلق بشرط الإعفاء من الضمان، فلم ينص القانون المدني الأردني على حالة الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية عند هلاك المال المرهون بل نص على أن المرتهن ضامن سواء أكان الهالك بتعدٍ وتقصير منه أم لا، ولا يوجد ما يمنع الأطراف من الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية مثلاً في حالة هلاك المال المرهون من دون تعدٍ أو تقصير، أو الاتفاق على مقدار العناية التي يجب على المرتهن بذلها في الحفاظ على المال المرهون حيث جاء في نص المادة (1396) من القانون المدني الأردني أنه " 1- إذا هلك المرهون في يد المرتهن ضمن قيمته يوم القبض. 2- فإذا كانت قيمته مساوية لقيمة ضمانه سقط الدين سواء أكان الهالك بتعدي المرتهن أم لا"، من المسلم به أن المال المرهون يبقى تحت يد المرتهن و هو مسؤول عن حفظه كذلك هو مسؤول عن هلاكه أو تعيبه، فإذا هلك المرهون عندها يقع التقاوص بين الدائن والمدين، فإذا كانت قيمته مساوية يوم القبض للدين يسقط عندها الدين بطريق الاستيفاء ويطلق عليه الاستيفاء الحكمي².

وبالرجوع الى المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني في شرح المادة المشار لها أعلاه نجد أنها مستقاه من المواد (1010-1013) من مرشد الحيران والمادة (741) من مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعلي حيدر³، وبالرجوع الى شرح المادة لعلي حيدر نجد أنه قد نص صراحة على بطلان الشرط القاضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على هلاك الرهن⁴، حيث يبطل الشرط الذي يقضي بعدم سقوط الدين في حالة هلاك الرهن فلو هلك الرهن أو ضاع فإن الدين يسقط على الوجه المبين في المادة السابقة من القانون المدني الأردني.

¹ تناغو، سمير عبد السيد: التأمينات الشخصية والعينية الكفالة-الرهن الرسمي-حق الاختصاص-الرهن الحيازي-حقوق الامتياز. الاسكندرية: منشأة المعارف. 1996. ص346-348.

² المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ج2. مرجع سابق. ص791.

³ المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ج2. المرجع سابق. ص792.

⁴ حيدر، علي: درر الحكام شرح مجلة الأحكام. ج2. مرجع سابق. ص175.

وينطبق ذات الحكم فيما يتعلق بمجلة الأحكام العدلية فقد جاء في نص المادة (729) أنه " حكم الرهن هو أن يكون للمرتهن حق حبسه إلى حين فكه"، وحكم الرهن في حالة الهلاك أيضاً سواء أكان الرهن صحيحاً أم فاسداً أنه إذا هلك المال المرتهن في يد المرتهن فهو مضمونٌ بالأقل من قيمته ومن الدين، وإن اشتراط العاقدین عدم الضمان فالرهن جائز والشرط باطل فإن هلك المال المرتهن وسأوى قيمة الدين صار المرتهن مستوفياً دينه حكماً¹.

جاء أيضاً فيما يتعلق بعقد الرهن في شرح المادة (83) من مجلة الأحكام العدلية والتي تنص على أنه " يلزم مراعاة الشرط قدر الامكان"، أنه إذا شرط في عقد الرهن عدم الضمان أي أنه إذا تلف المال المرهون في يد المرتهن فإنه لا يضمن ولا يسقط شيء من الدين، فإن الرهن صحيح والشرط باطل، رغم أن وجود الشرط إذا تلف المال المرهون في يد المرتهن يسقط من الدين قيمته².

الفرع الثاني: بطلان شرط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية في حالات محددة.

يعتبر شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية أو التخفيف منها من الشروط ذات التأثير الفعال على العقود وعلى إمكانية المطالبة بالتعويض، لذلك اهتم المشرع بهذه الشروط ودراستها وتطبيقاتها في مختلف العقود، ففي بعض العقود أجازها كما أوضحت سابقاً، وفي بعض العقود أبطلها.

سأبحث في هذا الفرع في بطلان شرط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية في كل من عقد المقاولة و عقد العمل على النحو الآتي:

المسألة الأولى: شرط الإعفاء أو التخفيف الاتفاقي لمسؤولية المقاول والمهندس عن تهمد البناء.

المسألة الثانية: شرط الإعفاء أو التخفيف الاتفاقي لمسؤولية صاحب العمل في عقد العمل.

¹ باز، سليم رستم: مرجع سابق. ص 347.

² حيدر، علي: درر الحكام شرح مجلة الأحكام. ج 1. مرجع سابق. ص 85-86.

المسألة الأولى: شرط الإعفاء أو التخفيف الاتفاقي لمسؤولية المقاول والمهندس عن تهدم البناء.

عرفت المادة (780) من القانون المدني الأردني عقد المقاولة على أنه " عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف للآخر"، ويتضح من خلال التعريف ان عقد المقاولة يتسم بمجموعة من الخصائص يأتي على رأسها أنه عقد رضائي لا تشترط الشكلية لانعقاده، وأنه عقد ملزم لجانبيين بحيث أن المقاول يؤدي عمله مقابل أجر محدد، كذلك يعتبر عقد المقاولة من عقود المعاوضة بحيث يأخذ فيه كل طرفٍ مقابلٍ لما أعطى، إضافةً الى أنه عقد وارد على عمل حيث أن المطلوب من المقاول هو القيام بعملٍ معين¹.

ولم يترك المشرع الأردني التزام المقاول والمهندس المعماري خاضعاً لأحكام الضمان العامة وإنما أفرد لها أحكاماً خاصة، شدد فيها القانون المدني الأردني من مسؤولية كل من المهندس المعماري والمقاول²، ويرجع وجود أحكام ضمان خاصة بهما الى أن رب العمل عادة ما يكون شخصاً عادياً لا تتوفر لديه المعرفة الكافية التي تتوفر لدى كل من المهندس المعماري والمقاول على حدٍ سواء³.

¹ السرحان، عدنان ابراهيم: شرح القانون المدني العقود المسماة في المقولة، الوكالة، الكفالة. ط1. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1996. ص7-8.

² تنص المادة (788) من القانون المدني الأردني على أنه " 1 -إذا كان عقد المقاولة قائماً على تقبل بناء يضع المهندس تصميمه على ان ينفذه المقاول تحت اشرافه كانا متضامنين في التعويض لصاحب العمل عما يحدث في خلال عشر سنوات من تهدم كلي او جزئي فيما شيداه من مبان او اقاماه من منشآت. وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته اذا لم يتضمن العقد مدة أطول- 2 . يبقى الالتزام في التعويض المذكور ولو كان الخلل او التهدم ناشئاً عن عيب في الارض ذاتها او رضي صاحب العمل باقامة المنشآت المعيبة- 3 . تبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل"

³ السرحان، عدنان ابراهيم: مرجع سابق. ص54-55.

فقد حملت المادة (1788)¹ من القانون المدني الأردني المسؤولية للمهندس والمقاول عن أي تهم يحدث بالبناء إذ جاء فيها أنه " إذا كان عقد المقاولة قائماً على تقبل بناء يضع المهندس تصميمه على أن ينفذه المقاول تحت إشرافه كانا متضامنين في التعويض لصاحب العمل عما يحدث في خلال عشر سنوات من تهم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبانٍ أو أقاماه من منشآت، وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته إذا لم يتضمن العقد مدة أطول".

بناء على ذلك فقد جعل المشرع مسؤولية كل من المقاول والمهندس على وجه التضامن فيما يتعلق بتهدم البناء، ويعتبر التضامن بينهما تضامناً سلبياً بموجب نص القانون مما يجعل الإلتزام غير قابل للانقسام، بحيث يحق لصاحب العمل أن يعود على أيٍ منهما بكامل الضمان، وأن هذا التضامن لا يقوم إلا بعلاقتهما بصاحب العمل، أما في العلاقة بينهما فلا تضامن بحيث يحق لأيٍ منهما أن يعود على الآخر بمقدار نصيبه².

وفي سياق المادة سابقة الذكر فقد أتاححت الإتفاق على تعديل مدة الضمان بحيث تكون المدة المتفق عليها أكثر من عشرة سنوات، وهذه المدة هي الحد الأدنى لمدة الضمان، ولم تسمح المادة بإنقاص هذه المدة مما يتضح أن القانون يجيز التشديد من مسؤولية المهندس والمقاول كون هذا التشديد يخدم المصلحة العامة وهي متانة البنايات و قوتها، في حين يرفض التخفيف من مسؤولية المهندس والمقاول عما ينتج من تهم بالبناء المشيد، و تأكيداً على ذلك نصت المادة (790)³ من القانون المدني الأردني أنه " يقع باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المقاول أو المهندس من الضمان

¹ يقابلها المادة (744) من مشروع القانون المدني الفلسطيني التي تنص على " يضمن المهندس والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهم كلي، أو جزئي فيما شيدوه من مبانٍ، أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى ولو كان التهم ناشئاً عن عيب في الأرض التي أقيمت عليها، أو كان صاحب العمل قد أجاز إقامتها معيبة، ما لم يكن المتعاقدان في هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت أو المباني مدة أقل من عشر سنوات. يشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته...".

² دواس، أمين: القانون المدني الأردني | أحكام الإلتزام " دراسة مقارنة" أحكام الإلتزام. ط1. رام الله: دار الشروق للنشر والتوزيع. 2005. ص50-58.

³ يقابلها المادة (746) من مشروع القانون المدني الفلسطيني التي جاء فيها "يكون باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المهندس أو المقاول من الضمان أو الحد منه".

أو الحد منه"، وهذا يعني انه لا يجوز وضع أي شرط في العقد يقصد منه الحد من مسؤولية المهندس أو المقاول، كون أن هذا الشرط يتنافى مع المصلحة ومع حق الآخرين¹.

نخلص من ذلك أن الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية المترتبة على المهندس أو المقاول يكون اتفاقاً باطلاً بقوة القانون، لأن النص قد أبطله صراحةً وأن هذا النص أمر، ويعتبر من النظام العام الذي لا يحق للأطراف الاتفاق على مخالفته².

لكن ما هو الوضع إذا كان عمل المهندس يقتصر على تقديم التصاميم دون الإشراف على التنفيذ؟ أفرد القانون لهذه الحالة حكماً خاصاً بحيث جعل مسؤولية المهندس تقتصر على حالة وجود أي خلل بالتصميم دون أن يكون مسؤولاً عن أي خلل بالتنفيذ، وكذلك بالنسبة للمقاول إذا عمل بإشراف المهندس أو صاحب العمل الذي أقام نفسه مقام المهندس، فيكون مسؤولاً عن الخلل الذي يحدث بالتنفيذ فقط، وذلك حسب نص المادة (789)³ من ذات القانون التي جاء فيها " إذا اقتصر عمل المهندس على وضع التصميم دون الإشراف على التنفيذ كان مسؤولاً عن عيوب التصميم، و إذا عمل المقاول بإشراف مهندس أو بإشراف صاحب العمل الذي أقام نفسه مقام المهندس فلا يكون مسؤولاً إلا عن العيوب التي تقع في التنفيذ دون عيوب التصميم".

يتضح إذن موقف المشرع أنه يرفض أي إتفاق يعنى بالتخفيف أو الإعفاء من المسؤولية لكل من المهندس والمقاول عن أي تدهم يحدث في البناء وذلك خلال مدة العشر سنوات كحد أدنى، كذلك فإنه يبطل أي اتفاق يهدف الى الحد من مسؤولية المقاول أو الإعفاء منها كونه ضامناً سواء أكان الضرر نتج بتعديه أم لا، وجعل هذه المسؤولية من النظام العام الذي تعتبر قواعده قواعد تمس المصالح العليا للمجتمع من مصالح اقتصادية، اجتماعية، سياسية، بحيث تعلق على مصالح

¹ المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ج2. مرجع سابق. ص584.

² الشهباني، هاشم علي: المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الإنشاءات. ط1. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2009. ص94.

³ يقابلها المادة (745) من مشروع القانون المدني الفلسطيني التي تنص على " إذا اقتصر عمل المهندس علي وضع التصميمات دون أن يكلف بالإشراف على التنفيذ كان مسؤولاً فقط عن عيوب التصميم، وإذا عمل المقاول تحت إشراف المهندس أو صاحب العمل الذي أقام نفسه مقام المهندس فلا يكون مسؤولاً إلا عن العيوب التي تقع في التنفيذ دون عيوب التصميم.

الأفراد¹. وقد نصت المادة (786) على أنه " يضمن المقاول ما تولد عن فعله وصنعه من ضرر أو خسارة سواء أكان بتعديه أو تقصيره أم لا وينتفي الضمان إذا نجم ذلك عن حادث لا يمكن التحرز منه".

أما فيما يتعلق بتشديد أحكام المسؤولية فقد سمح القانون المدني الأردني للأطراف الإتفاق على زيادة مدة الضمان عن الحد الأدنى البالغ عشر سنوات كما أوضحت سابقاً، وكذلك لا يوجد ما يحظر اتفاق الأطراف على تشديد المسؤولية العقدية بأن يتحمل المقاول أو المهندس أو كلاهما المسؤولية عن العيوب البسيطة الظاهرة وقت التسليم، وكذلك تحمل تبعة التهدم الناتج عن سببٍ أجنبي كحادثٍ مفاجئٍ، قوة قاهرة، أو خطأ من الغير²، أو الاتفاق على الالتزام بتعويض كل الأضرار الناشئة عن التهدم أو العيب ولو كانت غير متوقعة، إذ يعتبر اتفاق التشديد من المسؤولية هذا صحيح من الناحية القانونية³.

من جهة أخرى يحق لصاحب العمل التنازل عن حقه بالتعويض بعد حصول التهدم، حيث لا يعتبر هذا التنازل من قبيل الإعفاء من المسؤولية كونه اتفاقاً لاحقاً لحدوث الضرر واستحقاق الضمان، فمثل هذا الاتفاق يعتبر من قبيل الصلح الذي يحسم نزاعاً ما بين الأطراف⁴.

في المقابل يعتبر ما أورده مجلة الأحكام العدلية من أحكام تتعلق بعقدي الاستصناع وإجارة الآدمي الصورة العملية لعقد المقاولة، حيث لم تتطرق مجلة الأحكام العدلية لعقد المقاولة بذات المفهوم الذي وضعه القانون المدني الأردني وإنما عرفت عقد الاستصناع في المادة (124) على أنه " عقد مقاولة مع صاحب الصناعة على أن يعمل شيئاً فالعامل صانع والمشتري مستصنع

¹ سمارة، عادل عبد العزيز عبد الحميد: مسؤولية المقاول والمهندس عن ضمان متانة البناء في القانون المدني الأردني " دراسة مقارنة". (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة النجاح الوطنية. نابلس. فلسطين. 2007. ص33.

² سمارة، عادل عبد العزيز عبد الحميد: مسؤولية المقاول والمهندس عن ضمان متانة البناء في القانون المدني الأردني " دراسة مقارنة". مرجع السابق. ص101.

³ حميدة، يوس. كهيئة، ساعم: الاتفاقات المعدلة للمسؤولية في القانون المدني الجزائري. مرجع سابق. ص28.

⁴ العمروسي، أنور: المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون المدني الأركان، الجمع بينهما، والتعويض دراسة تأصيلية مقارنة. ط1. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. 2004. ص27.

والشيء مصنوع"، وشرطه أن يكون العمل والعين مقدما من الصانع، فإن كانت من المستصنع فتعد عندها إجارة¹.

وقد أشارت مجلة الأحكام العدلية الى عقد المقاولة أيضاً في الفصل الرابع من الباب السادس عندما تناولت أحكام اجارة الآدمي حيث تكون العين مقدمة من المستصنع²، والإجارة تكون على نوعين، إجارة واردة على منافع الأعيان والتي تقسم إلى ثلاثة أقسام وهي إجارة العقار، إجارة العروض وإجارة الدواب، وإجارة واردة على العمل كاستئجار الخدمة والعملة³، ويكون الأجير في عقد الإجارة الوارد على عمل في العقد نوعان أجير خاص وهو الذي استؤجر ليعمل لدى المستأجر فقط، وأجير مشترك وهو الذي لم يقيد بشرط عدم العمل لدى الغير⁴.

أما فيما يتعلق بتعديل أحكام المسؤولية العقدية فيقع على الصانع في عقد الإستصناع التزام بضمان الضرر أو الخسارة، فالصانع يضمن ما ينشأ عن صنعه أو فعله من ضرر أو خسارة سواء أكان ذلك بتعديه أو بتقصيره أم لا، وهذا يندرج ضمن ما يعرف في الفقه الإسلامي بتضمين الصناع⁵، و أن اشتراط الصانع _البائع_ في عقد الاستصناع عدم مسؤوليته عما يظهر من عيوب أو اختلال في المبيع الذي سيصنعه هو اشتراط باطل، لأن البائع سيأتي بالشيء من صناعته هو فلا يكون مثل هذا الاشتراط إلا دلالة على سوء نيته، أو لإبعاد مسؤولية الإهمال أو الخطأ أو الجهل بأصول صنعه التي تعاقده على أساس أنه متقن لها، وهو يؤدي إلى الحاق الأضرار بالمستصنع _المشتري_ وإن مثل هذا الاشتراط يشجع على التدليس والغش في الصناعة⁶.

¹ باز، سليم رستم: مرجع سابق. ص 61.

² المادة (388) من مجلة الأحكام العدلية.

³ المادة (421) من مجلة الأحكام العدلية.

⁴ المادة (422) من مجلة الأحكام العدلية.

⁵ بلخير، أحمد: عقد الإستصناع و تطبيقاته المعاصرة دراسة حالة البنك الإسلامي للتنمية. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة الحاج لخضر. باتنة. 2008. ص 24.

⁶ بلخير، أحمد: عقد الإستصناع و تطبيقاته المعاصرة دراسة حالة البنك الإسلامي للتنمية. (رسالة ماجستير غير منشورة). المرجع السابق. ص 32.

أما بالنسبة للأجير في عقد الإجارة فإن الأجير الخاص لا يضمن إلا بتعديه وتقصيره فیده يد أمانه، أما الأجير المشترك الذي يعد أقرب للمقاول والمهندس فإن عليه الضمان لما يهلك في يده سواء بتعديه أو بتقصيره أو لا كون يده يد ضمان¹، و بذلك لا مجال للإتفاق على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية كون هذا الشرط سيعيد منافياً لمقتضى العقد.

المسألة الثانية: شرط الإعفاء أو التخفيف الاتفاقي لمسؤولية صاحب العمل في عقد العمل.

يعرف عقد العمل على أنه اتفاق يتعهد بموجبه أحد الأطراف بأداء أعمال مادية أو ذهنية تحت إدارة طرف آخر وهو صاحب العمل لقاء أجر يحصل عليه²، فقد عرفه قانون العمل الأردني³ في المادة (2) على أنه " اتفاق شفهي أو كتابي صريح أو ضمني يتعهد العامل بمقتضاه ان يعمل لدى صاحب العمل وتحت اشرافه أو ادارته مقابل أجر. ويكون عقد العمل لمدة محدودة أو غير محدودة أو لعمل معين أو غير معين"، في حين عرفت المادة (24) من قانون العمل الفلسطيني⁴ عقد العمل على أنه " اتفاق كتابي أو شفهي صريح أو ضمني يبرم بين صاحب عمل وعامل لمدة محددة أو غير محددة أو لإنجاز عمل معين يلتزم بموجبه العامل بأداء عمل لمصلحة صاحب العمل وتحت إدارته وإشرافه، ويلتزم فيه صاحب العمل بدفع الأجر المتفق عليه للعامل".

يتكون بذلك عقد العمل من مجموعة من العناصر التي لا بد من توافرها، وهو عنصر العمل المتمثل بالجهد سواء أكان الجهد الجسدي أم الجهد الذهني، وعنصر الأجر الذي يعتبر التزاماً يقع على عاتق رب العمل ويستحقه العامل مقابل الجهد الذي بذله، إضافة الى عنصر التبعية الذي

¹ الزحيلي، وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخرجها وفرسة الفبائية للموضوعات وأهم المسائل الفقهية النظريات الفقهية والعقود. ط2. ج4. دمشق: دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر. 1985. ص768-769.

² حامد، صديق عوض الله محمد: التزامات عقد العمل دراسة مقارنة. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة شندي. شندي. السودان. 2016. ص7.

³ قانون العمل الأردني و تعديلاته رقم (8) لسنة (1996) المنشور في الجريدة الرسمية على صفحة (1173) من عدد (4113) بتاريخ (1996/4/16).

⁴ قانون العمل وتعديلاته رقم (7) لسنة (200) المنشور في الجريدة الرسمية عدد 39 بتاريخ 2001\11\25. ص7.

يشكل عنصراً أساسياً في عقد العمل بحيث يجب أن يقوم العامل بتأدية العمل تحت إشراف ورقابة من صاحب العمل¹.

ينشأ عن وجود عقد العمل التزامات تقع على مسؤولية أطراف العقد، كونه يعتبر من العقود الملزمة لجانبين²، فقد القى القانون على صاحب العمل مجموعة من الالتزامات التي تترتب على عقد العمل، أولها الالتزام بدفع الأجر وملحقاته، والالتزام بمنح العامل الإجازات التي أقرها القانون، كذلك الحق في الراحة والحق بالرعاية الصحية، إضافة إلى حق العامل في الحصول على التعويضات المترتبة على إصابات العمل وأمراض المهنة وعن الفصل التعسفي إضافة إلى مكافأة نهاية الخدمة³، وذلك بجانب العديد من الحقوق الأخرى التي أقرها القانون للعامل.

وبالنظر إلى نصوص قانون العمل_الأردني والفلسطيني_ يلاحظ أنها من النصوص الآمرة التي لا يحق للأطراف الاتفاق على مخالفتها، وعليه فإنه لا يحق للعامل التنازل عن حقوقه التي نص عليها القانون، ذلك كون هذه الحقوق تمثل الحد الأدنى الذي لا يجوز التنازل عنه⁴، فكون هذه النصوص تعتبر من النظام العام فإنها تجعل أي شرطٍ مخالفٍ لأحكامها يدخل دائرة البطلان⁵، فقد نصت المادة (4ب) من قانون العمل الأردني على أنه "يعتبر باطلاً كل شرط في عقد أو اتفاق سواء أبرم قبل هذا القانون أو بعده يتنازل بموجبه أي عامل عن أي حق من الحقوق التي يمنحه إياها هذا القانون".

وقد نصت أيضاً المادة (6) من قانون العمل الفلسطيني على ما يؤكد هذه الطبيعة لقواعد قانون العمل حيث جاء فيها "تمثل الأحكام الواردة في هذا القانون الحد الأدنى لحقوق العمال التي لا

¹ نصره، أحمد: قانون العمل الفلسطيني. ط2. د. م. ن. د. د. ن. 2012. ص57-59.

² حامد، صديق عوض الله محمد: التزامات عقد العمل دراسة مقارنة. مرجع سابق. ص83. "حيث يعرف العقد الملزم لجانبين على أنه هو العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين، كالبيع الذي يلتزم به البائع بنقل ملكية المبيع في مقابل الثمن الذي يلتزم به المشتري، والظاهرة الجوهرية في العقد الملزم للجانبين هو التقابل القائم بين التزامات أحد الطرفين والتزامات الطرف الآخر". انظر السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام. مجلد1. ط3. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية. 2000. ص170.

³ نصره، أحمد: قانون العمل الفلسطيني. مرجع سابق. ص121.

⁴ نصره، أحمد: قانون العمل الفلسطيني. المرجع سابق. ص30.

⁵ الديناصوري، عز الدين. الشواربي، عبد الحميد: مرجع سابق. ص1748.

يجوز التنازل عنها، وحيثما وجد تنظيم خاص لعلاقات العمل تنطبق على العمال أحكام هذا القانون أو أحكام التنظيم الخاص أيهما أفضل للعامل".

حيث أجمع الفقه على أن الشرط الذي يقضي بإعفاء صاحب العمل من مسؤوليته اتجاه العامل فيما يتعلق بحقوق هذا الأخير، يعتبر باطلاً و كذلك الشرط المخفف من هذه المسؤولية، كالاتفاق مثلاً على الإعفاء من مسؤولية صاحب العمل المترتبة على الفسخ غير المشروع لعقد العمل¹، فأحكام القانون تمثل الحد الأدنى فلا يجوز الاتفاق على ما ينقص من هذه الحقوق سواء أكان بالاتفاق على الإعفاء من مسؤولية صاحب العمل، أو حتى التخفيف من هذه المسؤولية، إلا أن هذه القواعد هي قواعد أمرة من نوع خاص بحيث يجوز الإتفاق على ما يخالفها إذا كان في مصلحة العامل، أي أن الإتفاق يعطي حقوقاً تزيد عما أعطاه القانون للعامل.

وقد قضت محكمة النقض الفلسطينية بما يؤكد على بطلان الاتفاق الحاصل ما بين العامل ورب العمل بإعفاء هذا الأخير من المسؤولية عن طريق الإتفاق على تنازل العامل عن أي حق من حقوقه معللاً ذلك بأن التنازل يكون تحت وطأة الحاجة و الاستغلال من قبل رب العمل حيث جاء في قرارها أن " ... نصت المادة 6 من قانون العمل رقم 7 لسنة 2000 حيث لا تجيز التنازل عن حقوق العامل الموجودة في هذا القانون مثل مكافأة نهاية الخدمة، وذلك حماية للعامل من تسلط رب العمل اثناء فترة العمل وتأثيره على العامل ليتنازل عن حقوقه التي قرر لها القانون مستغلاً حاجته للعمل"²، واستندت المحكمة الى قرار صادر عن محكمة التمييز الأردنية الذي تضمن ذات الحكم حيث جاء فيه أنه " اذا تضمنت المخالصة التي وقعها العامل اثناء العمل تنازله عن بعض حقوقه العمالية في المكافأة فإنها تعتبر باطلة عملاً بالمادة 3/7 من قانون العمل"³، وينطبق هذا الحكم على جميع حقوق العامل التي أقر بها قانون العمل.

¹ الديناصورى، عز الدين. الشواربي، عبد الحميد: المرجع سابق. ص1748.

² نقض مدني اجراء رقم 2004/181. قرار رقم 191. الصادر تاريخ 2004\12\21.

³ محكمة التمييز قرار رقم 87/96. سنة 1989. صفحة 2496. المشار له في الحكم نقض مدني اجراء رقم 2004/181. قرار رقم 191. الصادر تاريخ 2004\12\21.

ورغم هذه النصوص الآمرة فإنه يمكن لأطراف عقد العمل الإتفاق على تشديد مسؤولية رب العمل، كون أن نص المادة (6) من قانون العمل الفلسطيني ينص على أن قواعد قانون العمل تمثل الحد الأدنى للحقوق، فبذلك يجوز للأطراف الإتفاق على مخالفتها إذا كان الإتفاق أصلح للعامل، حيث أن الصفة الآمرة مقررة لخدمة مصلحة العامل، فبذلك يجوز الإتفاق على مخالفتها فيما هو أصلح للعامل و إعطائه حقوقاً تزيد عما نص عليه القانون¹.

¹ نصره، أحمد: قانون العمل الفلسطيني. مرجع سابق. ص30.

الفصل الثاني

أحكام الاتفاقات المعدلة لقواعد المسؤولية العقدية

توصلت من خلال الفصل السابق الى أن القانون المدني الأردني ومجلة الأحكام العدلية النافذة في فلسطين على الرغم من عدم النص فيهما على قاعدة عامة تسمح بالاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية، إلا أن كليهما سمحا بالاتفاقات المعدلة لهذه المسؤولية من خلال العديد من النصوص وهو ما مكننا من استنباط القاعدة العامة التي تفتح المجال أمام الأطراف بالاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية، وقد تم التوصل أيضاً إلى الاستثناءات التي ترد على هذه القاعدة العامة، والحالات التي يعتبر شرط تعديل المسؤولية فيها باطلاً.

نتيجة لوجود القاعدة العامة التي تسمح للأطراف بالاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية، فإن الشرط يعتبر صحيحاً في غير الحالات التي يكون فيها باطلاً كما أوضحت، لذلك يجب على الأطراف أن يدركوا ما هي آثار مثل هذه الاتفاقات على العلاقة التي تربطهم، وما هي النتائج التي يتحملها كل طرف نتيجة لوجود هكذا اتفاق، كذلك أثر هذه الاتفاقات على الغير الذي لا يعتبر طرفاً في العقد ولكنه قد يتأثر بهذه العلاقة العقدية التي يحكمها أحد الشروط المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية.

وإضافة الى أثر هذه الاتفاقات على الأطراف وعلى الغير، كذلك يوجد أثر لهذه الاتفاقات على العقد ذاته، فقد يكون الشرط صحيحاً عندها سيرتب آثاراً تختلف عما لو كان هذا الشرط باطلاً، فما مصير العقد في حال دخل هذا الشرط دائرة البطلان؟

وتختلط عادة لدى باحثي القانون فكرة الشرط الجزائي الذي يتفق عليه أطراف العقد مع الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية، ويعتبر الكثيرون أن الشرط الجزائي والذي يعتبر شرط تعويضي اتفاقي، صورة من صور الاتفاق على تشديد المسؤولية العقدية على المدين، لكن من خلال هذه الدراسة سأعرف بالشرط الجزائي موضحة كذلك الفرق بينه وبين الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية.

ونشير إلى أنه قد يجتمع لدى رافع دعوى المسؤولية شروط كلا الدعويين _ دعوى المسؤولية العقدية و دعوى المسؤولية التقصيرية لذلك سأوضح مدى إمكانية تأسيس الدعوى على هذين أو أحدهما وأثر وجود الشرط المعدل لأحكام المسؤولية العقدية على إمكانية رفع دعوى المسؤولية التقصيرية في حالة وجود الشرط المعفي من المسؤولية العقدية، فقد يلجأ الدائن عندها إلى رفع دعوى المسؤولية التقصيرية في حال توفر شروط رفع الدعوى.

لتوضيح ما سبق قمت بتقسيم الفصل إلى المباحث الآتية:

المبحث الأول: الآثار المترتبة على الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية.

المبحث الثاني: بعض الجوانب المرتبطة بالاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية.

المبحث الأول: الآثار المترتبة على الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية.

ترتب الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية إن صحت آثاراً متعددة، تتنوع هذه الآثار من حيث الموضوع والذي يختلف من حيث نوع الشرط المعدل لأحكام المسؤولية العقدية من تشديد أو تخفيف أو اعفاء، وكذلك من حيث الأشخاص، فتجد آثار الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية أثرها على الأفراد المتعاقدين ذاتهم وكذلك قد يمتد أثر مثل هذه الاتفاقات إلى الغير الذي يعتبر أجنبياً عن العقد، وإن حكم ببطالان هذه الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية فإنها سترتب آثاراً أخرى مختلفة.

توضيحاً لذلك قسمت هذا المبحث على النحو الآتي:

المطلب الأول: الآثار المترتبة على صحة الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على بطلان الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية.

المطلب الأول: الآثار المترتبة على صحة الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية.

أقر القانون المدني الأردني بقاعدة الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية من خلال العديد من النصوص التي تم التحدث عنها، و نتيجةً لهذا الاعتراف بالقاعدة العامة قد يلجأ الأطراف إلى الاتفاق على هذه الأحكام، و ترتب هذه الاتفاقات العديد من الآثار ما بين أطراف العقد ذاتهم، و كذلك على الغير، إضافة إلى ذلك ترتب هذه الشروط المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية آثاراً عديدة.

توضيحاً للآثار المترتبة على صحة الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية قسمت هذا المطلب على النحو الآتي:

الفرع الأول: الآثار المترتبة على الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية من حيث الأشخاص.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية من حيث الموضوع.

الفرع الأول: الآثار المترتبة على الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية من حيث الأشخاص

نتيجة لصحة الإتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية يترتب العديد من الآثار على أطراف العقد، إلا أن أطراف العقد لا يمثلان نفسيهما فقط بلا يمثلان ورثتهما أيضاً، كما أن أثر العقد قد ينتقل إلى الخلف الخاص كذلك، كما قد يتأثر الشخص الأجنبي بالعقد رغم أنه لا يعتبر طرفاً فيه، لتوضيح هذه الآثار قمت بتفصيل هذا الفرع على المسائل التالية:

المسألة الأولى: الآثار المترتبة على الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية ما بين الأطراف.

المسألة الثانية: الآثار المترتبة على الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية على الغير.

المسألة الأولى: الآثار المترتبة على الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية ما بين الأطراف.

يميز الفقه الإسلامي ما بين حكم العقد الذي يمثل آثار العقد الأصلي و الغرض الذي قصد من إنشائه، وحقوق العقد المتمثلة بالالتزامات و المطالبات التي تؤكد حكم العقد وتحفظه وتكمله، فحكم العقد يثبت من تلقاء نفسه بانعقاد العقد صحيحاً، أما بالنسبة لحقوق العقد فهي التزامات الأفراد تثبت بالذمة ويجب عليهما الوفاء بها¹.

وقد أكدت القانون المدني الأردني على ذات المفهوم في ثنايا نصوصه، حيث جاء في نص المادة (199) أنه "1- يثبت حكم العقد في المعقود عليه وبدله بمجرد إنعقاده دون توقف على القبض أو أي شيء آخر- ما لم ينص القانون على غير ذلك. 2- أما حقوق العقد فيجب على كل من الطرفين الوفاء بما أوجبه العقد عليه منهما"، وكذلك مجلة الأحكام العدلية جاءت متوافقة مع ذلك حيث جاء في المادة (374) على أنه " البيع النافذ قد يفيد الحكم في الحال"، أي أنه وبمجرد حصول البيع فإن العقد يرتب آثاره وهي إنتقال ملكية المال المبيع إلى المشتري و ملكية البائع للثمن دون الحاجة إلى القيام بشيء معين، و يحق لكلاهما التصرف فيما تملكاه².

وإن حكم العقد هذا يثبت في مواجهة المتعاقدين كأصل عام و هذا ما يعرف بمبدأ نسبية العقد فإن للعقد قوة ملزمة من حيث الأشخاص، فالمتعاقدين يلتزمان بالعقد الذي أبرماه دون غيرهما حيث ينتج العقد آثاره نحو المتعاقدين³.

وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية أنه " يلزم كل عاقد بنصوص العقد وما احتواه اعمالاً بأحكام المادة 1\199 من القانون المدني وحيث أن محكمة الاستئناف قد تيممت هذا النظر فإنها أصابت التطبيق القانوني السليم"⁴، كذلك جاء في قرار لمحكمة استئناف الضفة الغربية " ان

¹ المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ج1. مرجع سابق. ص228.

² حيدر، علي: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام. ج1. مرجع سابق. ص401.

³ منصور، أمجد محمد: النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام . ط1. الاصدار2. عمان: الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع و دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2003. ص183.

⁴ محكمة التمييز الأردنية، تمييز حقوق رقم (2006\1413)، بتاريخ 2006\12\5.

الشخص لا يعتبر ملزماً بشيء قبل شخص آخر إلا في حالتين 1- عندما تنشأ علاقة تعاقدية بين الطرفين. 2- عندما يرد نص في القانون يوجب الإلزام لفعل قام به أحد الطرفين تجاه الآخر¹.

فتتصرف آثار العقد الى الأطراف دون الحاجة الى أية اضافة، ويستوي في ذلك أن يكون العاقد قد باشر العقد بنفسه أو عن طريق نائبه، حيث قد يكون من أبرم العقد مجرد نائب لا يتعاقد باسمه ولحسابه بل باسم وحساب شخص آخر -أي الأصيل- وهو الذي تثبت له صفة المتعاقد وتتصرف له آثار العقد طبقاً لنظرية النيابة في التصرفات القانونية، حيث يصدر التعبير عن الارادة عن طريق النائب ولكن تتصرف الآثار للأصيل²، وفي حالة أن الأصيل قد أضافه الى نفسه عند إجازته للعقد كما في حالة العقد الذي يبرمه الفضولي، حيث تتصرف آثار العقد إلى ذمة المالك الحقيقي من يوم الإنعقاد وليس من يوم الاجازة³.

وقد أكدت المادة (278) من مرشد الحيران على ذات المعنى بما يتعلق بالمتعاقدين ذاتهم حيث جاء فيها "يجوز للحر العاقل البالغ غير المحجور عليه أن يباشر أي عقد كان بنفسه أو يوكل غيره" فالشخص ملزم بالعقد الذي باشره بنفسه دون غيره بما يرتب العقد من حقوق والتزامات⁴، كذلك نصت المادة (306) على أنه "إنما تجري أحكام العقود في حق المتعاقدين ولا يلتزم بها غيرهما"، وأن العقد اللازم لا يفسخ إلا بتراضي أطرافه في الأحوال التي يجوز فيها الفسخ⁵.

¹ نصره: أحمد سليم فريز: الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة النجاح الوطنية. نابلس. فلسطين. 2006. ص 44. استئناف رقم 85/521 بتاريخ 1986/02/27 منشور في: عواد، نصري إبراهيم: مجموعة المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة الاستئناف في القضايا الحقوقية لعام 1985، ص 119 وما بعدها.

² سعد، نبيل إبراهيم: مرجع سابق. ص 330.

³ نجيدة، علي: النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام. الكتب الأولى. القاهرة: دار النهضة العربية. 2004\2005. ص 252.

⁴ باشا، محمد قدرى: مرجع سابق. ص 92.

⁵ باشا، محمد قدرى: المرجع السابق. ص 103.

هذا و لا يقصد بالمتعاقدين فقط أطراف العقد، ولكن يقصد بهم أيضاً خلفاء المتعاقد، وهم الخلف الخاص وكذلك الخلف العام، حيث أن المتعاقد لا يمثل فقط نفسه وإنما يمثل خلفاءه، فإن مفهوم أطراف العقد لا يفهم فقط بالمعنى الضيق له بل يفهم بالمعنى الشامل للفظ أطراف العقد¹.

ويقصد بالخلف العام للمتعاقد أنهم الأشخاص الذين يخلفون المتعاقد في ذمته المالية كلها أو في جزء منها في كل ما فيها من حقوق والتزامات باعتبارها مجموعة من المال كالوارث أو الموصى له بحصة منها، ولا يعتبر الخلف العام خلفاً عاماً للشخص إلا بوفاة².

وقد جاء في نص المادة (206)³ من القانون المدني الأردني أنه " ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام"، فبناء على ما سبق فإنه ينتقل إلى الخلف العام ما يترتب على العقد من حقوق والتزامات مع ملاحظة أنه لا تركة إلا بعد سداد الديون، فالتزامات المورث تخصم من التركة وبعدها ينتقل ما تبقى من حقوق إلى الخلف العام⁴.

يقرر النص السابق انصراف آثار العقد إلى الخلف العام، فللخلف العام أن يقتضي الحقوق التي لم يقتضيها سلفه، وهو يستند في ذلك الى العقد الذي أبرمه سلفه، أما بالنسبة للالتزامات المتولدة عن العقد فإن المادة قد أوضحت فكرة انتقال آثار العقد إلى الخلف العام دون المساس بقواعد الميراث، حيث أنه لا تركة إلا بعد سداد الديون، فينحصر بعدها حق الوارث بما تبقى من التركة⁵.

جاء في قرار لمحكمة التمييز ما يؤكد على انصراف العقد بما تضمنه الى الخلف العام حيث نص القرار على أنه " إذا كان عقد التأمين يلزم الشركة المؤمنة بالتعويض عن أي وفاة ناتجة عن

¹ الفضل، منذر: مرجع سابق. ص189.

² سلطان، أنور: مرجع سابق. ص175.

³ تقابلها المادة مادة (152) من مشروع القانون المدني الفلسطيني التي تنص على أنه "ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إليه.

⁴ عثمان: عاشور. فريدة: عبد الفتاح: مبدأ سلطان الإرادة ما بين التأصيل والحداثة. مرجع سابق. ص18.

⁵ نجيدة، علي: مرجع سابق. ص253.

استعمال السيارة المؤمنة باستثناء يقتصر على الأذى والوفاة التي تلحق بمستخدم السيارة الذي يعمل لدى المؤمن له. وعليه فيحكم لورثة المميز ضدهم بالضرر المادي والمعنوي نتيجة وفاة مورثهم بالسيارة المؤمنة التي تدهورت وأدى تدهورها - بسبب إهمال السائق - لوفاة لأن مورثهم غير مشمول بالاستثناء الوارد في عقد التأمين¹.

إلا أنه يرد على القاعدة مجموعة من الاستثناءات التي قد أوضحها النص_ المادة (206) سابقة الذكر_ التي تقضي بعدم انتقال آثار العقد الى الخلف العام في حالات محددة، أولها طبيعة العقد، كما في العقود المبنية على الاعتبار الشخصي كعقد الوكالة. كذلك الإتفاق ما بين الأطراف، حيث قد يتفق الطرفان على إنقضاء الحق بموت أحدهما وعدم انتقاله للورثة، إضافة الى ذلك قد ينص القانون على عدم انتقال آثار العقد الى الخلف العام كما في حق الانتفاع الذي ينتهي بموت المنتفع²، و الحقوق غير المالية كحق الحضانة، والحقوق المتصلة بشخص المورث كحق الرجوع في الهبة، كذلك الخيارات كونها متصلة بمشيئة المورث³، فهذه العقود لا تنتقل آثارها الى الخلف العام وفي حال احتوت على شرط معدل لأحكام المسؤولية العقدية فمنطقياً لن ينتقل لهم أيضاً كونه لا ينتقل أي أثر من آثار العقد لهم.

يؤخذ أيضاً بعين الاعتبار أن الخلف العام يعتبر من الغير في حال أثبت أن التصرف الذي قام به سلفه قد صدر منه في فترة مرض الموت، وعندها يسري التصرف بحقه على اعتبار أنه وصية⁴، حيث جاء في نص المادة (128) من القانون المدني الأردني أنه " 1- كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً فيها التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليها أحكام الوصية أيأ كانت التسمية التي تعطى له".

¹ تمييز حقوق رقم 89\483 الصادر سنة 1990. ص2279.

² منصور، أمجد محمد: مرجع سابق. ص185-186.

³ الفار، عبد القادر: مصادر الالتزام مصادر الحق الشخصي في القانون المدني. ط6. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2015. ص132-133.

⁴ الفار، عبد القادر: مصادر الالتزام مصادر الحق الشخصي في القانون المدني. ط1. مرجع سابق. ص133.

فإذا لم يكن العقد من العقود التي لا تسري بحق الخلف العام ولم يكن الخلف العام من الغير عندها يسري في حقه ما يسري في حق السلف، وبموجب هذا الحكم ينصرف أثر الشرط المعدل في المسؤولية بحق الخلف العام إذا كان الشرط صحيحاً، إلا في حالة الصورية فالعقد النافذ هو العقد الحقيقي¹، حيث نصت المادة (369)² من القانون المدني الأردني على أنه " إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي"، فإذا ورد الشرط المعدل لأحكام المسؤولية العقدية ضمن بنود العقد الصوري فلا يسري بحق الخلف العام، أما إذا ورد ضمن بنود العقد الحقيقي فيسري بحقهم.

كذلك الأمر فيما يتعلق بمجلة الأحكام العدلية التي تقر في العديد من النصوص المتفرقة على انتقال آثار العقد إلى الخلف العام، كما في المادة (319)³ التي تتضمن انتقال خيار التعيين إلى الورثة، و المادة (402)⁴ التي تنص على انتقال حق الفسخ للورثة في بيع الوفاء، و إن هذه الحقوق تنتقل بالصورة التي كانت عليها للسلف.

إضافة إلى تأثير الخلف العام بآثار العقد، فإن الخلف الخاص أيضاً قد يتأثرون بالعقود التي يبرمها السلف في حال أن العقد يتعلق بالحق الذي تلقاه الخلف الخاص منه⁵، ويقصد بالخلف الخاص هو من يخلف الشخص في عين معينة بالذات أو في حق عيني عليها⁶، أو هو من يتلقى عن سلفه ملكية شيء مادي أو معنوي أو حقاً عينياً على ذلك الشيء كالمشتري يخلف البائع في

¹ نصره: أحمد سليم فريزة: الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المصري. مرجع سابق. ص44.

² تقابلها المادة (257) من مشروع القانون المدني الفلسطيني الذي ينص على أنه "إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي".

³ حيث تنص على أن " خيار التعيين ينتقل الى الوارث مثلاً لو احضر البائع ثلاثة اثواب اعلى واوسط وادنى من جنس واحد وبين لكل منها ثمناً على حدة وباع احدهما الاعلى التعيين على ان المشتري في مدة ثلاثة او اربعة ايام ياخذ ايها شاء بالثمن الذي تعين له وقبل المشتري على هذا المنوال انعقد البيع وفي انقضاء المدة المعينة يجبر المشتري على تعيين احدهما ودفع ثمنه فلو مات قبل التعيين يكون الوارث ايضاً مجبراً على تعيين احدها ودفع ثمنه من ترأه مورثه. "

⁴ التي تنص على " اذا مات احد المتبايعين وفاء انتقل حق الفسخ للوارث".

⁵ سلطان، أنور: مرجع سابق. ص178.

⁶ نجيدة، علي: مرجع سابق. 257.

المبيع، والموصى له بعين معينة في التركة يخلف فيها الموصي، وقد يكون هذا المال حقاً شخصياً كما في المحال له بالنسبة للمحيل¹.

فيعتبر الإستخلاف بمعناه الخاص سبيلاً لتداول الحقوق و الإلتزامات بين الأشخاص، حيث تنتقل الحقوق والإلتزامات لأفراد لا يعتبرون طرفاً في العقد ولكن بسبب علاقتهم بسلفهم الذي هو طرفاً بالعقد فإنهم يتأثرون بهذا العقد المرتبط بالحق الذي تلقوه منه، فلا تنتقل لهم آثار أي عقد آخر قد أبرمه الأصل باعتبار أن الخلف الخاص هم الفرع التابع للأصل².

وقد حددت المادة (207) من القانون المدني الأردني المدى الذي يتأثر به الخلف الخاص بموجب العقود التي أبرمها السلف، حيث جاء في نص المادة "إذا أنشأ العقد حقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى الخلف الخاص فإن هذه الحقوق تنتقل إلى الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه"³.

فهذه المادة حددت مجموعة من الشروط التي ينبغي توافرها لكي تنتقل آثار العقد إلى الخلف الخاص، تتلخص في أن يكون الحق أو الإلتزام من مستلزمات المال الذي انتقل إليه، ويعتبر من الحق من مستلزمات الشيء إذا كان مكماً له كما في عقد البيع إذ تنتقل للمشتري ما كان للبائع من دعاوى كدعوى ضمان الإستحقاق و ضمان العيوب الخفية وكذلك دعاوى الضمان في مواجهة المكاول و المهندس، أو كان الإلتزام يحد من حرية الانتفاع كما في قيود على البناء⁴ الموضوعة بموجب بنود اتفاقية⁵.

¹ سعد، نبيل ابراهيم: مرجع سابق. ص334.

² منصور، أمجد محمد: مرجع سابق. ص186.

³ قد اقتصر النص على ذكر الحقوق دون الإلتزامات التي تنشأ عن العقد، رغم أن ذكرهما يعتبر أكثر وضوحاً فيما يتعلق بانصراف أثر العقد الى الخلف الخاص، في المقابل فقد نص المشرع المصري على كلاهما بحيث جمع في ذات النص الحقوق والإلتزامات واكسبها ذات الحكم بانتقالها الى السلف الخاص راجع المادة (146) من القانون المدني المصري.

⁴ نصت المادة (1274) من القانون المدني الأردني على أنه " 1- تعتبر القيود المفروضة على حق مالك العقارات في البناء حقوقاً مجردة على هذه العقارات التي فرضت لمصلحتها ما لم يتفق على غير ذلك. 2- و كل تجاوز لهذه القيود يستوجب المطالبة بإصلاحه عيناً أو بالتضمين اذا ثبت موجهه".

⁵ سلطان، أنور: مرجع سابق. ص179.

يشترط كذلك أن يكون العقد الذي أبرمه السلف عقداً سابقاً على العقد الذي انتقل به المال إلى الخلف الخاص، أما العقود التي قد يبرمها السلف على المال المستخلف به بعد انتقاله إلى الخلف الخاص فإن هذا الخلف يعتبر بالنسبة لها من الغير فعندها لا يسري أثر هذه العقود في مواجهته¹، ويراعى أن يكون هذا التصرف ثابت التاريخ².

يتعلق الشرط الأخير بمدى معرفة الخلف الخاص بما انتقل له من حقوق والتزامات، فيشترط علم الخلف الخاص بهذه الإلتزامات ولكن لا يشترط علمه بالحقوق التي انتقلت له كون أن النص جاء لمصلحة الخلف، ولكن يشترط في هذا العلم أن يكون علماً فعلياً وليس مجرد إمكانية العلم³، ويقع عبء إثبات علم الخلف الخاص على عاتق المتعاقد مع السلف إذا ما طالبه بتنفيذ التزامه⁴.

إضافة إلى نص القانون فإنه يوجد قاعدة قانونية تقضي بأنه لا يجوز للشخص أن ينقل إلى غيره أكثر مما يملك، فالمال ينتقل من السلف إلى الخلف بالحالة التي كان عليها في يد السلف، فإذا كان المال مقترناً بشرط فإن الحق ينتقل إلى الخلف الخاص موصوفاً بهذا الوصف⁵، فقد نص المشرع الفلسطيني فيما يتعلق بعقود التأمين على المركبة المباعة أنه " إذا قام المؤمن له أو المالك ببيع المركبة فيجب عليه تسليم أصل الوثيقة و إبلاغ المؤمن كتابة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ البيع"، و ذلك لكي يسري عقد التأمين بحق السلف الخاص ألا وهو المالك الجديد، تعقيباً على ذلك

¹ سعد، نبيل ابراهيم: مرجع سابق. ص335.

² جاء في نص المادة(218) من قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم (4) لسنة (2001) المنشور في العدد (38) من الوقائع الفلسطينية بتاريخ (2001\9\5). ص226. على أنه " يكون للسند العرفي تاريخ ثابت من يوم: أ. أن يصادق عليه كاتب العدل. ب. أن يثبت مضمونه في ورقة أخرى ثابتة التاريخ رسمياً. ج. أن يؤشر عليه قاضي أو موظف عام مختص. د. وفاة أحد ممن لهم على السند أثر معترف به من خط أو إمضاء أو بصمة، أو من يوم أن يصبح مستحيلاً على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعله في جسمه. هـ. وقوع أي حادث آخر يكون قاطعاً في أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه".

³ الفار، عبد القادر: مصادر الإلتزام مصادر الحق الشخصي في القانون المدني. ط6. مرجع سابق. ص134.

⁴ سعد، نبيل ابراهيم: مرجع سابق. ص336.

⁵ نجيدة، علي: مرجع سابق. ص259.

نص القانون على إعفاء الشركة المؤمنة من التعويض في حال مخالفة نص المادة السابقة¹، وينتقل عقد التأمين من السلف إلى الخلف في حال إعلام الشركة وفق الشروط المذكورة، فيكون العقد ملزماً للسلف الخاص بما جاء فيه من حقوق والتزامات وشروط قد تم الاتفاق عليها ما بين السلف و شركة التأمين.

أما فيما يتعلق بصورية العقد ورد في المادة (368) من القانون المدني الأردني² أنه: "1 - إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم 2- وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين"، ذلك يعني أن العقد المستتر هو العقد الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين وهو النافذ بينهم، والعقد الصوري لا وجود له بينهم، إلا أن المشرع جعل للغير الخيار في التمسك بالعقد الحقيقي المستتر أو العقد الصوري الظاهر، وذلك من أجل حماية حقوق الغير واستقرار المعاملات. ويترتب على ذلك أن لدائني البائع إذا كان البيع صورياً، أن يتمسكوا بالعقد المستتر حتى يتمكنوا من التنفيذ على محل العقد على أساس أنها لم تخرج من ملك البائع، كما لدائني المشتري التمسك بالعقد الصوري حتى يتمكنوا من التنفيذ على محل العقد الصوري شريطة أن يكونوا حسني النية، وأن يكون لهم مصلحة في ذلك³.

بناءً على جميع ما سبق إيضاحه فإن المال ينتقل إلى الخلف الخاص بالشروط التي كان عليها بيد السلف، فإذا ما تم إيراد شرط معدل لأحكام المسؤولية العقدية في العقد _ مهما كان العقد الذي تم

¹ جاء في نص المادة (143) من قانون التأمين أنه " إذا اثبت المؤمن له أو المالك الجديد قد خالف أحكام المادة (142) من هذا القانون و أصيب أي منهما بضرر جسماني ناجم عن حادث طرق وقع للمركبة خلال المدة المنصوص عليها في تلك المادة فيعفى المؤمن من المسؤولية عن تعويضه".

² يقابلها المادة (256) من مشروع القانون المدني الفلسطيني التي تنص على أنه " 1-إذا أبرم عقد صوري فلكل صاحب مصلحة متى كان حسن النية أن يتمسك بالعقد الصوري، كما له أن يتمسك بالعقد المستتر، ويثبت بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر به. 2-إذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر، وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين".

³ مرداوي، عرفات نواف فهمي: *الصورية في التعاقد دراسة مقارنة* . (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة النجاح الوطنية: نابلس، فلسطين. 2010. ص43.

التمسك به _ ما بين السلف والطرف الآخر، فإن المال ينتقل موصوفاً بهذا الشرط ويكون سارياً منتجاً لآثاره في مواجهة السلف الخاص.

فإذا ورد شرط في عقد بين البائع والسلف يتضمن شرط إعفاء البائع من مسؤوليته الناشئة عن ضمان العيوب الخفية في المال المباع، وكان الخلف قد علم به وقت انتقال المبيع إليه، فلا يحق له الرجوع على البائع بدعوى التعويض عن العيب الخفي، إلا على أساس المسؤولية التقصيرية عند من يأخذون بالخبرة بين المسؤوليتين كما سألين لاحقاً، حيث انه لا يستطيع بموجب العقد أن يرجع على البائع، لأنه قبل الشرط عند علمه به ومع ذلك وافق على إجراء التصرف محملاً بهذا الشرط، أما إذا لم يكن الخلف عالماً بالشرط، فانه يستطيع مطالبة البائع بالتعويضات، ويحق عندها للبائع الرجوع على السلف بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية، ذلك أن شرط الإعفاء يسري في علاقته بالسلف¹.

المسألة الثانية: الآثار المترتبة على الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية على الغير.

الأصل عند انعقاد العقد أن تتصرف آثار العقد للمتعاقدين وحدهما دون سواهما، فالأصل العام في العقد أنه ينتج أثره بين أطرافه فقط، فلا يجوز أن يرتب العقد أية أثر على شخص لا يعتبر طرفاً فيه، ويفهم هذا الأصل العام من قاعدة نسبية أثر العقد التي ترجع الى مبدأ سلطان الإرادة².

يقصد بالغير في هذا المقام هم الأشخاص الذين لا يدخلون دائرة التعاقد وخلفهم العام و كذلك الخاص، ويشمل أيضاً الخلف الخاص والخلف العام اللذين لم تتوافر بهم الشروط الواجب توافرها لانصراف آثار عقد السلف لهم³، فالغير يعتبر أجنبياً تماماً عن العقد، و بالتالي لا يستفيد منه و كذلك لا يضر بأثاره، كمن يبيع شيئاً لا يملكه فإن تصرفه لا ينفذ في مواجهة المالك باعتباره من الغير بالنسبة لهذا العقد، فلا يصيبه ضرر من هذا التعاقد و يبقى الشيء في ملكه⁴.

¹ نصره، أحمد سليم فريزة: الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المصري. مرجع سابق. ص49.

² الفار، عبد القادر: مصادر الالتزام مصادر الحق الشخصي في القانون المدني. ط6. مرجع سابق. ص132.

³ نجيدة، علي: مرجع سابق. ص264.

⁴ سعد، نبيل إبراهيم: مرجع سابق. ص189.

ورغم هذا الأصل العام بأن آثار العقد لا تمتد إلى الغير فلا تكسبهم حقوقاً ولا ترتب عليهم التزامات، إلا أنه توجد حالات معينة يمتد فيها أثر العقد إلى الغير، حالة منها يمتد فيها العقد إلى دائني المتعاقد، وحالة تتعلق بنظام الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير، وحالة تتعلق بالخطأ المشترك¹.

تعتبر الدعوى المباشرة التطبيق الأول للخروج عن قاعدة عدم تأثر الغير بالعقد الذي يعتبر أجنبياً عنه، فالأصل أن العقد لا يتأثر به سوى أطرافه، إلا أنه في الدعوى المباشرة يسري أثر العقد لمصلحة الدائن في مواجهة مدين المدين²، فتعد الدعوى المباشرة من الضمانات التي للدائن في مواجهة مدين مدينه حيث أنها وسيلة قانونية تسمح للدائن العادي أن يسعى مباشرة باسمه شخصياً إلى مدين مدينه، ويصبح بموجبها الدائن صاحب امتياز ليسأل المدين الوفاء بما هو مستحق في ذمته للمدين³، و قد نص عليها القانون بنصوص متفرقة⁴ حيث تعتبر الدعوى المباشرة من النظم القانونية المحددة والتي لا يوجد لها نظرية عامة إنما تستمد قوتها من القانون فلا بد من وجود نص خاص للإستفادة منها، وقد اعتمدت القوانين على عدم إيراد نص عام لهذه الدعوى وجعلها مقتصرة على الحالات التي تقررها في نص خاص⁵.

اعترف قانون العمل الأردني⁶ في المادة (15هـ) بالدعوى المباشرة حيث نصت المادة على أنه " 1 -لعمال المقاول الذين يشتغلون في تنفيذ مقالة رفع دعوى مباشرة على صاحب المشروع للمطالبة بما يستحق لهم قبل المقاول وذلك في حدود ما يستحق للمقاول على صاحب المشروع وقت رفع الدعوى. 2 -ولعمال المقاول الفرعي رفع دعوى مباشرة على كل من المقاول الأصلي

¹ نصره، أحمد سليم فريزة: الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المصري. مرجع سابق. ص50.

² السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام الإثبات آثار الالتزام. مرجع سابق. ص979.

³ سعد، نبيل إبراهيم: الضمانات غير المسماة. ط2 . الإسكندرية: منشأة المعارف. 2000. ص21.

⁴ انظر المادة (15) من قانون العمل الأردني. انظر المادة (73) من قانون التجارة الأردني.

⁵ السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام الإثبات آثار الالتزام. مرجع سابق. ص980.

⁶ قانون العمل و تعديلاته رقم (8) لسنة (1996) المنشور في الجريدة الرسمية عدد 4113 بتاريخ 1996\4\16. ص1173.

وصاحب المشروع في حدود المستحق على صاحب المشروع للمقاول الأصلي والمستحق على المقاول الأصلي للمقاول الفرعي وقت رفع الدعوى"، كذلك قانون التجارة الأردني الساري في فلسطين نص في المادة (73) على أنه " للمرسل إليه حق في إقامة الدعوى مباشرة على الناقل من أجل العقد الذي عقده الناقل مع المرسل، وبهذه الدعوى يتسنى له أن يطالبه بالتسليم أو بأداء بدل التعويض عند الإقتضاء لعدم العمل كله أو بعضه".

حظي كذلك التشريع الفلسطيني بنصبيه من النصوص التي تنص على الدعوى المباشرة حيث جاء في المادة (45) من قانون التأمين: " أن للمتضرر الحق في مطالبة المؤمن مباشرة في حدود الضرر الحاصل، وقيمة التأمين المحددة بالعقد"، كذلك نص المادة (151) من ذات القانون التي جاء فيها " للمصاب حق في إقامة الدعوى للمطالبة عن الأضرار الجسدية و المادية و المعنوية التي لحقت به جراء الحادث، ضد المؤمن و المؤمن له معاً أو ضد المؤمن أو الصندوق فقط". كما نص المشرع في نظام التأمين الإلزامي على 4 حالات مستثناة من نطاق التغطية والضمان في المادة (12) منه، أو بالاستبعاد الإتفاقي فيجوز الدفع باستثنائها تجاه المتضرر كذلك ما يتم الاتفاق عليه من الأخطار المشمولة بالتعويض وغير المشمولة فإنه يكون ساري المفعول في مواجهة الشخص رافع الدعوى المباشرة¹.

كذلك ما نصت عليه المادة (2\127) من قانون العمل التي جاء فيها أنه " إذا اقتضت إصابة العمل مسؤولية طرف آخر خلاف صاحب العمل يحق للعامل المطالبة بحقوقه المترتبة على الإصابة من أي منهما" وفي ذلك أيضاً تطبيقاً لقواعد الدعوى المباشرة.

بناءً على ما سبق فإنه يحق لرافع الدعوى المباشرة أن يطالب بما ترتب في ذمة مدين مدينه²، وإن الدائن يرجع على مدين مدينه بما يترتب له في ذمته بناءً على العقد المبرم بينهما وبتطبيق القواعد المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية فإنه إذا وجد في العقد شرطاً مخففاً أو معفياً أو مشدداً فلن يستطيع الدائن رافع الدعوى المباشرة المطالبة بما يزيد عما ترتب لمدينه في ذمة مدينه الآخر،

¹ الموسى، ريم إحسان محمود: الدعوى المباشرة في التأمين من المسؤولية المدنية دراسة مقارنة (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة النجاح الوطنية. نابلس. فلسطين. 2010. ص 53-63.

² سعد. نبيل إبراهيم: النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام. مرجع سابق. ص 337.

فيتضح بذلك أن الشرط المعدل لأحكام المسؤولية العقدية يسري في مواجهة رافع الدعوى المباشرة الذي يعتبر من الغير.

إضافة إلى حالة الدعوى المباشرة فإن الإشتراط لمصلحة الغير يعتبر الحالة الثانية التي تنصرف بها آثار العقد الى الغير_ الذي يعتبر استثناءً على مبدأ نسبية آثار العقد_ وهو عبارة عن عقد يشترط فيه أحد الطرفين- يسمى المشتراط- على الطرف الآخر -الذي يسمى متعهد- التزاماً لمصلحة طرف ثالث ليس طرفاً بالعقد يسمى المنتفع، و ينشأ للمنتفع حقاً مباشراً من قبل المتعهد¹، وقد نص القانون المدني الأردني في المادة (208) على أنه " لا يترتب العقد شيئاً في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقاً"، فبالرغم من الأصل الذي يقضي بعدم تأثر الغير بالحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد إلا أنه يجوز الاشتراط لمصلحة الغير ويعتبر هذا استثناءً على القاعدة².

وقد أجابت المادة (210)³ من القانون المدني الأردني على التساؤل حول أثر الشرط المعدل لأحكام المسؤولية العقدية في عقد الإشتراط لمصلحة الغير، حيث يجوز للمتعهد أن يتمسك في مواجهة المنتفع بالدفع التي كان له أن يتمسك بها في مواجهة المشتراط فقد جاء في هذه المادة أنه " ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الإشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد"، فيتضح من ذلك أن المتعهد يستطيع أن يتمسك بالدفع التي كان له التمسك بها بموجب العقد في مواجهة المنتفع، وعليه، فإن المتعهد يستطيع التمسك بالشرط المعدل للمسؤولية قبل المنتفع الذي قد تم الاتفاق عليه بالعقد فله الحق بالتمسك بالشرط المخفف أو المعفي من المسؤولية العقدية و كذلك المنتفع له أن يتمسك بشروط العقد كونها تنصرف له، فيحق له التمسك بالشرط المشدد من مسؤولية المتعهد الوارد في العقد.

¹ سعد. نبيل ابراهيم: النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام. مرجع سابق. ص342.

² المذكرات الايضاحية للقانون المدني الأردني. ج1. ص237.

³ تقابها المادة (2165) من مشروع القانون المدني الفلسطيني التي جاء فيها " يترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك، ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد".

أما فيما يتعلق بمسألة التعهد عن الغير _ التي تعتبر أيضاً من التطبيقات التي يمتد بها أثر العقد الى الغير_ فيقصد بها أن يعد الشخص المتعاقد الطرف الآخر أن يحمل الغير على، فالغاية هنا هي الحصول على اقرار الغير بناءً على الوعد الصادر من المتعهد¹، كالتعهد الصادر عن أحد الشركاء في عقد بيع مال مشترك بأن يحصل على موافقة شريكه على العقد².

وقد نصت المادة (209) من القانون المدني الأردني على حكم عقد التعهد عن الغير حيث جاء في هذه المادة أنه " 1- إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بتعده فإذا رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه. ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بنفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به. 2- أما إذا قبل الغير هذا التعهد فإن قبوله لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد".

فللغير الحرية المطلقة بقبول العقد أو رفضه فيحق له رفض هذا الالتزام ولا يترتب على الرفض أية مسؤولية عليه، وعندها يجب على المتعهد تنفيذ الالتزام بنفسه أو القيام بتعويض المتعاقد معه عما لحقه من ضرر³، إلا أن اقرار الغير لهذا التعهد يعتبر بمنزلة القبول للإيجاب المتضمن في العقد المبرم ما بين المتعهد والطرف الآخر⁴، فبذلك إذا قبل الغير هذا العقد فإنه يقبله بما تضمنه وعندها إذا تضمن العقد شرطاً معدلاً لأحكام المسؤولية العقدية فإن هذا الشرط يكون منتجاً لآثاره في مواجهته.

أما بالنسبة للخطأ المشترك الذي يعتبر التطبيق الأخير على حالة انصراف آثار العقد إلى الغير، فإنه يمثل الحالة التي يشترك فيها شخص من الغير في ارتكاب الخطأ التعاقدي مع أحد أطراف العقد، فيتربط عندها دعويان: دعوى عقدية تقتصر على الجزء المسؤول عنه المدين بتنفيذ الالتزام

¹ سلطان، أنور: مرجع سابق. ص182.

² الفار. عبد القادر: مصادر الالتزام مصادر الحق الشخصي في القانون المدني. ط6. مرجع سابق. ص136.

³ المذكرات الايضاحية للقانون المدني الأردني. ج2. مرجع سابق. ص238.

⁴ سلطان، أنور: مرجع سابق. ص185.

العقدي و تقام ضد المدين نتيجةً لإخلاله بالعقد، ودعوى تقصيرية ضد الغير لاعتدائه على الحق الناشئ عنه والذي يعتبر فعلاً غير مشروع¹.

وينتج أيضاً عن اشتراك الغير بارتكاب الخطأ تعدد المدينين، فيحق عندها للدائن مطالبة أي منهم بكامل التعويض كونهم متضامنين، ويحق لمن يدفع التعويض الرجوع على الطرف الآخر ومطالبته بما ترتب في ذمته نتيجةً للخطأ الذي ارتكبه².

يثور التساؤل هنا عن يحق له الاستفادة من الشروط المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية وإذا كان الغير يستفيد مما تم الاتفاق عليه ما بين الطرفين_ أطراف العقد_ وكذلك إذا ما كان يبقى للشرط أثر ما بين الأطراف، وبالإجابة عما سبق فقد انقسم الفقه في رأيه الى عدة أقسام، يرى الاتجاه الأول أنه إذا تم مطالبة المدين-الغير- فيجب عليه أن يقوم بدفع كامل المبلغ ويعود على المدين الآخر الذي لا يحق له دفع مطالبة الغير بالاتفاق الحاصل على التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية، أما الجانب الآخر من الفقه فيرى أنه من حق المدين التمسك بالشرط المعدل للمسؤولية العقدية وأن يتمتع عن الدفع للغير³.

إلا أنه من العدالة أن من حق الغير إذا تم مطالبته وقام بدفع التعويض الرجوع على المدين الآخر، ولا يجوز للمدين الآخر أن يحتج في مواجهة الذي أوفى التعويض بالشرط المعفي، كونهما متضامنين بالتعويض، وأن تفعيل الشرط في مواجهة الغير يعتبر خروجاً على نسبية آثار العقد كونه يعتبر أجنبياً عن العقد⁴، إلا أنه يحق للمدين الآخر أن يتمسك بالشرط قبل المدين الذي أدى

¹ زكي، محمود جمال الدين: مشكلات المسؤولية المدنية. ج2. القاهرة: مطبعة جامعة القاهرة. 1990. ص215.

¹ نصره، أحمد سليم فريزة: الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المصري. مرجع سابق. ص55.

² السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام. مرجع سابق. ص1919-1020.

³ الخرينج، ناصر متعب بنية: الإتفاق على الإعفاء من التعويض في القانون الكويتي دراسة مقارنة مع القانون الأردني. مرجع سابق. ص66.

⁴ المحاقري، اسماعيل محمد علي: الإعفاء من المسؤولية المدنية في القانون المدني اليمني مقارناً بالقانون المدني المصري والشريعة الإسلامية. القاهرة: سعد سمك للنسخ والطباعة. 1996. ص463.

التعويضات عبر اللجوء إلى طلب إدخال الدائن¹ في الدعوى المرفوعة ضد المدين وذلك لوجود الارتباط بين الطلب الموجه في الدعوى الأصلية إلى الغير الذي يستفيد من شرط الإعفاء، فيلتزم الدائن برد القسط من التعويضات التي تلقاها، ويستطيع المدين تقديم ذات الطلب إذا أقام الدائن الدعوى على المدين وليس على الغير.

ونشير إلى أنه لا يجوز ترتيب التزام إضافي إذا وقع الضرر نتيجة خطأ، فإذا اشترك المدين الذي يستفيد من شرط الإعفاء أو التخفيف مع مدين آخر في إحداث الضرر فإنه من غير المقبول حرمان المستفيد من الشرط لمجرد اشتراك الغير في ارتكاب الخطأ²، كذلك لا يحق للغير أن يحتج بالشرط المعفي للمدين الأول في مواجهة الدائن طالبا إعفاءه من تعويض الأضرار التي ترتبت على خطئه هو كونه لا يعتبر طرفاً في الاتفاق وأنها ليست من الحالات التي يستفيد منها الغير من العقد، ذلك أن الأصل في المسؤولية إذا اشترك أكثر من شخص في إحداث الضرر في المسؤولية العقدية كان كل منهم مسؤول بقدر خطئه ويكونون متضامنين³، وعليه فإن للدائن أن يرجع على المدين الثاني بحصته من التعويض.

يثور تساؤل في هذه الحالة فيما إذا وجد لشرط مشدد للمسؤولية، نرى أيضاً أن التشديد في المسؤولية لن يتأثر به سوى المدين الذي هو طرف في العقد، فإذا اتفق الطرفان على تحمل المدين القوة القاهرة فعندها لا أرى مجالاً لتطبيق الاتفاق على الغير المشترك بالخطأ وأنه يحاسب فقط على الضرر الذي سببه كما لو لم يكن الشرط موجوداً.

¹ وذلك حسب ما تقضي به المادة (83) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية رقم (2) لسنة (2001) المنشور في مجلة الوقائع الفلسطينية. العدد (38). بتاريخ 2001\9\5. ص5. حيث جاء فيها " كل طلب يتعلق بإدخال مدع أو مدعى عليه أو بإخراجه من الدعوى يجوز أن يقدر في أي وقت قبل أقفال باب المرافعة". أو أن تقوم المحكمة بالإدخال من تلقاء نفسها بناء ما نصت عليه المادة (182) من ذات القانون التي نصت على أنه " للمحكمة ولو من تلقاء نفسها إخراج أي من المدعى عليهم في الدعوى إذا لم يكن هناك محل لإدخاله، ولها ولو من تلقاء نفسها أن تدخل في الدعوى من ترى ادخاله لإظهار الحقيقة أو لمصلحة العدالة".

² الخرينج، ناصر متعب بنية: الاتفاق على الإعفاء من التعويض في القانون الكويتي دراسة مقارنة مع القانون الأردني. مرجع سابق ص66.

³ المحاقري، اسماعيل محمد علي: مرجع سابق. ص462.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية من حيث الموضوع.

ترتب الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية آثاراً متعددة على الالتزام وهذه الآثار هي التي تتصرف إلى الأشخاص الذين قد سبق تحديدهم. توضيحاً لهذه الآثار فقد قسمت هذا الفرع على المسائل التالية:

المسألة الأولى: الآثار المترتبة على الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية من حيث عبء الإثبات.

المسألة الثانية: الآثار المترتبة على الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية من حيث نطاق المسؤولية.

المسألة الأولى: الآثار المترتبة على الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية من حيث عبء الإثبات.

تتصل قواعد الإثبات اتصالاً مباشراً مع تحديد الطرف الذي يتحمل عبء الإثبات، تكمن أهمية تعيين من يتحمل من الخصمين عبء الإثبات تحديد مصير الدعوى من الناحية العملية، حيث أنه في كثير من الأحيان لا يستطيع أي طرف من الأطراف أن يثبت أو ينفي الحق المتخاصم عليه كونه متراوحاً بينهما، فعند القاء عبء الإثبات على أحدهما و كأنه حكم له أو حكم عليه¹.

يقتضي المبدأ العام في الإثبات أن البيئة على من ادعى واليمين على المنكر²، فالمدعي هو الذي يحمل عبء الإثبات، مهما كان وصف المدعي سواء أكان دائناً يدعي المديونية، أم مديناً يدعي التخلص من المديونية.

¹ السنهوري، أحمد عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 2 نظرية الالتزام بوجه عام الإثبات - آثار الالتزام. مرجع سابق. ص 67.

² حيث نصت المادة (77) من مجلة الأحكام العدلية على أنه " البيئة على المدعي واليمين على المنكر".

ويعتبر الشخص رافع الدعوى هو المدعي فيها، ويقع عليه عبء إثبات ما ادعاه، لكنه ليس من الضروري أن يكون دائماً المدعي هو رافع الدعوى، فقد يدفع المدعى عليه الدعوى أو المطالبة بدفع آخر فيصبح من منطلق هذا الدفع هو المدعي، فيقع عليه عندها عبء إثبات ادعائه، فرافع دعوى المطالبة بمبلغ معين يعتبر مدعي، أما إذا دفع المدين بأنه قد وفى الدين فإنه يعتبر هنا مدعٍ وعليه إثبات ادعائه وهو إيفائه للدين¹.

وتقتضي القاعدة العامة بالإثبات على أن الدائن يثبت فقط قيام الإلتزام أما إثبات التخلص من الإلتزام أو تنفيذه فإنه يكون على عاتق المدين²، وبالتالي فإن عدم تنفيذ الإلتزام على الوجه المرتضى بحد ذاته يعتبر خطأً من قبل المدين، وعلى المدين لكي يتخلص من المسؤولية إثبات أنه لم يكن في الوسع تنفيذه³.

تختلف طبيعة الإثبات حسب طبيعة الإلتزام الواجب القيام به حسب العقد، فإذا كان الإلتزام بتحقيق غاية معينة يكفي الدائن إثبات عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه وأن يثبت عدم تحقق النتيجة، فإن أثبت الدائن ذلك عندها يفترض الخطأ من جانب المدين ويتعين عليه إذا أراد نفي المسؤولية أن يقيم البيئة على أنه نفذ الإلتزام أو أن عدم تنفيذه للإلتزام يعود لسبب أجنبي⁴.

أما فيما يتعلق بالإلتزام ببذل العناية فإنه لا يكفي أن يقوم الدائن بإثبات قيام الإلتزام أو وجوده وإنما على الدائن أن يثبت أن المدين لم يقم ببذل العناية المطلوبة منه بتنفيذ الإلتزام، وإذا أراد المدين نفي المسؤولية عنه فعليه أن يثبت بذله للعناية المطلوبة منه، وفي هذا الحال يحق للدائن أن يثبت أن المدين قصر في اتخاذ الإحتياطات اللازمة والواجب عليه اتخاذها، إلا أن المدين يستطيع أن

¹ السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 2 نظرية الإلتزام بوجه عام الإثبات - آثار الإلتزام. مرجع سابق. ص 68-69.

² حيث نصت مادة (2) من قانون البينات في المواد المدنية و التجارية على أنه " على الدائن إثبات الإلتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه".

³ الدياصوري. الشواربي. مرجع سابق. ص 393.

⁴ سلطان، أنور: مرجع سابق. ص 234.

يقدم الأدلة على أنه قد اتخذ فعلاً الاحتياطات المطلوبة منه، فتنتفي عنه المسؤولية نتيجةً لانتفاء الخطأ من قبله¹.

يرجع اختلاف الوضع بالإثبات ما بين الالتزامين إلى طبيعة كل منهما، حيث أن المطلوب في الالتزام ببذل عناية هو بذل جهد معين يحدده القانون أو الاتفاق ما بين الأطراف ، في حين أن المطلوب في الالتزام بتحقيق غاية هو تحقق نتيجة معينة، وعلى من يدعي سوء التنفيذ إثبات ادعائه².

والسؤال هنا: ما هو تأثير الإتفاق المعدل لأحكام المسؤولية العقدية على عبء الإثبات و نقله من طرف إلى آخر؟ فبعد أن كان على المدين إثبات أن عدم التنفيذ راجع لسبب لا يد له فيه أصبح الدائن نتيجةً لشرط الإعفاء من المسؤولية هو الذي يقع عليه عبء الإثبات³، فعليه أن يثبت الحالات التي يكون فيها الشرط غير فعال كما في حالة وجود خطأ جسيم من قبل المدين مثلاً.

على سبيل المثال يعتبر الشرط الوارد في اتفاقية اجارة الخزائن الحديدية ما بين المصرف و العميل بإعفاء المصرف من المسؤولية العقدية المترتبة عليه نتيجةً لسرقة أو ضياع محتويات الخزانة الحديدية من الشروط التي لا تؤدي الى إعفاء المصرف من مسؤوليته إنما هذا الشرط يؤدي الى تعديل طبيعة الإلتزام من التزم بتحقيق غاية الى التزم ببذل عناية، مما يؤدي الى نقل عبء الإثبات من المصرف إلى العميل بأن يثبت أن المصرف لم يبذل العناية المطلوبة في المحافظة على محتويات الخزانة، بعد أن كان المصرف ملزماً بإثبات السبب الأجنبي لنفي المسؤولية عنه كون التزاه هو التزم بتحقيق غاية⁴.

أما الشرط المتعلق بتخفيف درجة العناية المطلوبة من المدين، فلا يرتب مثل هذا الشرط آثاراً من حيث عبء الإثبات، فيبقى عبء الإثبات كما هو، إلا أنه يزداد صعوبة على الدائن الذي عليه أن

¹ نجيدة، علي: مرجع سابق. 246.

² سلطان، أنور: مرجع سابق. ص235.

³ بلقاسم، أعراب: شرط الإعفاء من المسؤولية. (رسالة ماجستير غير منشورة). الجامعة الأردنية. عمان. الأردن. (د.ت). ص80.

4 الدناصورى. الشواربى: المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء. مرجع سابق، ص1715.

يُثبت أن العناية التي بذلت أقل من العناية المتفق عليها، وهو أمر من الصعب تحقيقه، فهذا الشرط وإن كان لا يؤثر على نقل عبء الإثبات، فهو يؤثر على مدى صعوبة الإثبات، أي أنه يطلب من الدائن إثبات أن المدين لم يبذل في تنفيذ الالتزام العناية المطلوبة منه وفقاً للاتفاق¹.

وإذا تم الاتفاق ما بين الأطراف على تشديد أحكام المسؤولية العقدية بأن يتحمل المدين تبعه السبب الأجنبي، فإن الدائن عليه أن يثبت وجود الالتزام و عدم تحقق النتيجة، وإن إثبات المدين للسبب الأجنبي لن يغير من الأمر شيء، كون الاتفاق ينص على تحمل المدين لتبعه السبب الأجنبي.

المسألة الثانية: الآثار المترتبة على الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية من حيث نطاق المسؤولية.

يرتب الاتفاق الصحيح للإعفاء من المسؤولية العقدية_ سواءً في القانون المدني الأردني أو في التشريع الفلسطيني_ أثره بحيث يؤدي الشرط إلى إعفاء المدين إعفاءً تاماً من المسؤولية في حال تحققها².

ينتج كذلك الشرط الصحيح المتعلق بتخفيف المسؤولية العقدية آثاره، فإذا كان الالتزام متعلقاً بإنقاص مدة رجوع الدائن على المدين، فإن المدة المتفق عليها تعتبر الحد الأعلى ولا يجوز الاحتجاج بالمدة التي نص عليها القانون في حال قد سمح صراحةً بانقاصها.

أما إذا تعلق الشرط المعدل لحكام المسؤولية العقدية بتحويل الالتزام من التزام بتحقيق نتيجة إلى التزام ببذل العناية، فإن المدين لا يضمن إلا إذا لم يراعي العناية المطلوبة منه³ وفقاً للاتفاق الذي تم بينهما، كذلك لا يسأل عن تحقق النتيجة التي كانت مطلوبة قانوناً كون أن الدائن تتنازل عن تحقق النتيجة بالاتفاق و جعل المطلوب من المدين هو فقط بذل العناية.

1 نصره: أحمد سليم فريز: الشرط المعدل لأحكام المسؤولية العقدية في القانون المصري. مرجع سابق. ص152.

2 رغم أن التشريع الفرنسي ابتداءً قد رفض مثل هذا الأثر للشرط المعفي من المسؤولية العقدية إلا أنه عدل عن رأيه و أصبح يرتب على الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية العقدية أثره الكامل. أنظر الجبوري. ياسين محمد: مرجع سابق. ص431.

³ نجيدة، علي: مرجع سابق. ص246.

لكن في حالة اتفاق الأطراف على العناية المطلوبة من المدين، قد يتفق الطرفان على تخفيض مقدار العناية عن العناية التي يستوجبها القانون، وهنا لا يسأل المدين إلا عن درجة العناية المطلوبة منه، ولا يعتبر مخالاً بالتزامه إلا إذا لم يبذل مقدار العناية المتفق عليه ما بين الطرفين.

أما إذا جاء الشرط المخفف من المسؤولية العقدية على هيئة شرط عدم مسؤولية المدين إلا عن أضرار محددة قد تم ذكرها في العقد فلا يسأل بالضمان عندها إلا عن الأضرار التي يشملها الإتفاق في حال تحقق شروط المسؤولية العقدية من خطأ وضرر وعلاقة سببية.

كما أعطى القانون الحق للأطراف بالإتفاق على التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية العقدية فقد منح الحق لهم كذلك بالإتفاق على تشديد أحكام المسؤولية العقدية بجعل المدين مسؤولاً حتى في حالة السبب الأجنبي عن طريق الإتفاق ما بين الأطراف، فيصبح المدين مسؤولاً عن الضرر الحاصل حتى وإن نشأ نتيجةً لسبب أجنبي ما دام قد التزم بذلك بموجب اتفاق صحيح، وقد يكون التشديد عن طريق تحويل الإلتزام الى التزم بتحقيق نتيجة، كالموكل الذي يتفق مع وكيله المحامي على تحقيق نتيجة وليس فقط بذل العناية مقابل الزيادة في الأجر. فيصبح التزم المحامي التزمًا بتحقيق نتيجة¹، فإذا لم تتحقق النتيجة فإنه يكون ضامناً ولا يستطيع نفي المسؤولية بإثبات أنه قام ببذل العناية اللازمة كونه التزم بتحقيق بنتيجة.

يظهر مما سبق أنه بناءً على اتفاق الإعفاء من المسؤولية العقدية فإن المدين حتى وإن تحققت مسؤوليته فإنه يدفع المسؤولية عن طريق شرط الإعفاء فلا يسأل عندها عن أي ضرر سببه ما دام الشرط صحيحاً، أما في الإتفاق على التخفيف من المسؤولية العقدية فإن أثر الشرط أخف، حيث أن المدين يتحمل المسؤولية في حالات معينة وتتنفي عنه في حالات أخرى، أو أن المدين يكون ضامناً لمدة أقل مما حددها القانون، أما في التشديد من المسؤولية العقدية فإضافةً إلى أن المدين يسأل عن الحالات التي حددها القانون فإنه يسأل كذلك عن الحالات التي يشملها الإتفاق أو أن الضمان يستمر لمدة أطول مما حدده القانون.

¹ حسين، فرهاد حاتم: مرجع سابق. ص 447-453.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على بطلان الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية.

تعرضت في المطلب الأول للآثار المترتبة على صحة الشرط المعدل لأحكام المسؤولية العقدية من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع، أما في هذا المطلب سأحدث عن الآثار الذي يربتها الشرط المعدل لأحكام المسؤولية العقدية في حال بطلانه، ويترتب على كون الشرط باطلاً حالتين، أولهما أن يكون الشرط باطلاً ويبقى العقد صحيحاً، أما الحالة الأخرى فهي أن يؤدي بطلان الشرط إلى بطلان العقد أو فساده.

توضيحاً لما سبق ذكره قسمت هذا المطلب على فرعين:

الفرع الأول: بطلان الشرط المعدل للمسؤولية العقدية.

الفرع الثاني: الأثر المترتب على العقد نتيجة بطلان الشرط المعدل لأحكام المسؤولية العقدية.

الفرع الأول: بطلان الشرط المعدل للمسؤولية العقدية.

يعتبر الشرط المعدل لأحكام المسؤولية العقدية من الشروط الواردة في العقد وبالتالي فإنه جزء لا يتجزأ من العقد، وينعكس أثر صحة وبطلان الشرط على العقد ذاته من حيث الصحة والبطالان¹، بالرغم من أنه لا يعتبر من الشروط بالمعنى الدقيق باعتبارها وصفاً للالتزام، فهو عبارة عن مجرد بند من بنود التصرف القانوني يتسم بالتبعية أو الثانوية بالنسبة لمقتضى العقد الذي يدرج به، فهي أمور زائدة على أصل التصرف فلا تعتبر ركناً جوهرياً في العقد الذي يدرج فيه².

وتقتضي القاعدة العامة أن بطلان الشروط المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية باعتبارها شرطاً يدرج في العقد، لا تؤثر عادةً على صحة العقد المدرجة فيه، وإنما يبطل الشرط ويبقى العقد صحيحاً منتجاً لآثاره³، يثبت ذلك فيما تضمنته المادة (2\164) من القانون المدني الأردني عند حديثها عن

¹ حسين، فرهاد حاتم: مرجع سابق. ص443.

² نصره. أحمد سليم فريز: الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري. مرجع سابق. ص58.

³ الخرينج، ناصر متعب بنية: الاتفاق على الاعفاء من التعويض في القانون الكويتي دراسة مقارنة مع القانون الأردني. مرجع سابق. ص67. انظر أيضاً المحاقري، اسماعيل محمد علي: مرجع سابق. ص472.

الشروط التي يجوز أن تقتن بالعقد من أن الشرط المقتن بالعقد اذا كان باطلاً عندها يبطل الشرط ويبقى العقد صحيحاً، حيث جاء فيها أنه " كما يجوز أن يقتن بشرط فيه نفع لأحد المتعاقدين أو للغير ما لم يمنعه الشارع أو يخالف النظام العام أو الآداب العامة والا لغى الشرط وصح العقد..."، فالشرط الذي يقتن بالعقد يكون إما صحيحاً وإما باطلاً، فإذا كان الشرط باطلاً، عندها يبطل الشرط ولا يعتد بوجوده في العقد و يبقى العقد صحيحاً منتجاً لآثاره.

وهو ما تؤكد عليه فقد نصت المادة (689) من القانون المدني الأردني على أن " كل اتفاق يقضي بالإعفاء من ضمان التعرض أو العيب يقع باطلاً إذا كان المؤجر قد أخفى عن غش سبب هذا الضمان"، فالمادة تضمنت أن حكم هذا الشرط يعتبر باطلاً ولم تقض المادة ببطلان العقد حيث أن بطلان الشرط لا يقض بطلان الأصل.

ومن ذلك أيضاً ما تضمنه قانون التأمين الفلسطيني حيث نصت المادة(12) على أنه " يقع باطلاً كل ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية: 1 الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين إلا إذا انطوت المخالفة على جريمة عمدية. 2 الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى الجهات المطلوب اخطارها أو في تقديم المستندات إذا تبين أن التأخير كان لعذر مقبول. 3 كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقاً بحالة من الأحوال التي تؤدي الى البطلان أو السقوط. 4 شرط التحكيم إذا لم ورد في الوثيقة بين شروطها العامة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة. 5 كل شرط تعسفي آخر لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه"، فبذلك يكون المشرع قد أبطل الشروط المذكورة أعلاه إذا ورد أي منها في عقد التأمين و لم يبطل عقد التأمين ذاته.

يضاف إلى ما سبق أيضاً بطلان الشرط الذي يقضي بإعفاء المقاول أو المهندس من المسؤولية المترتبة على تهمد البناء، حيث يكون عندها الشرط باطلاً ولاغياً ولا أثر لذلك على صحة العقد حيث جاء في المادة (790) من القانون المدني الأردني أنه " يقع باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المقاول أو المهندس من الضمان أو الحد منه".

وقد أخذ المشرع الأردني بفكرة انتقاص العقد، حيث يكون العقد في شق منه باطلاً وفي الشق الآخر صحيحاً، وعندها يتم تجزئة العقد الى أكثر من شق وجعل كل شق يستقل بمصيره عن الآخر من حيث الصحة والبطالان، فيرتب العقد آثاره فيمل يتعلق بشقه الصحيح باعتباره عقداً مستقلاً¹، حيث نصت المادة (1\169) من القانون المدني الأردني على أنه "إذا كان العقد في شق منه باطلاً بطل العقد كله إلا إذا كانت حصة كل شق معينة فإنه يبطل في الشق الباطل و يبقى صحيحاً في الباقي".

تأكيداً على ذلك جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية أنه " يستفاد من المادة 1\169 من القانون المدني الأردني أنه إذا كان العقد في شق منه باطلاً بطل العقد كله إلا إذا كانت حصة كل شق معينة فإنه يبطل في الشق الباطل و يبقى صحيحاً في الباقي. إذا كانت إتفاقية بيع السيارة المبرمة بين مورث المميزين و المميز ضده و الموقعة منهما، فإن هذه الإتفاقية هي التي تحكم العلاقة بين الطرفين وتعتبر عن إرادتهما المشتركة وأن هذه الاتفاقية هي من العقود المختلطة والتي تتضمن شقين اثنين هما عقد بيع السيارة الهونداي سابقة الإشارة وعقد إجارة تلك السيارة. وحيث أن عقد بيع المركبات لها شكيلات معينة ومحددة وهي التسجيل لدى دائرة ترخيص السواقين والمركبات حتى يتم نفاذها وفق المادة 7 من قانون السير وبخلاف ذلك يعتبر عقد البيع خارج دائرة الترخيص باطلاً تطبيقاً للمادة سالفه الذكر أما الشق الثاني من الإتفاقية وهو عقد إجارة المركبة فيعتبر عقداً صحيحاً عملاً بالمادة 1\169 من القانون المدني الأردني"²، إن هذا الحكم يؤكد على أن القضاء قد اتجه ذات الإتجاه فيما يتعلق بصحة العقد رغم بطلان شقٍ فيه، وبالتالي فإن ارتباط الشرط المعدل للمسؤولية العقدية تشديداً، تخفيفاً أو إعفاءً بالشق الصحيح من العقد وكان الشرط صحيحاً وجب اعماله، أما إذا ارتبط الشرط بالشق الباطل من العقد بطل الشرط وإن كان الشرط صحيحاً.

¹ الصده، عبد المنعم فرج: نظرية العقد في قوانين البلاد العربية (القانون المصري واللبناني والسوري والعراقي والليبي والكويتي والسوداني). بيروت: دار النهضة العربية للطباعة والنشر. 1974. ص436.

² حكم تمييز حقوق رقم (2006\714) الصادر بتاريخ (2006\8\31).

في المقابل ينحصر جزاء مخالفة الشرط للقواعد الآمرة أو النظام العام بأن يرد الإلتزام إلى الحد الذي وضعه القانون، حيث يتم تطويع هذه الشروط لتتماشى مع أحكام القانون¹، فعندها لا يبطل العقد بل يبطل الشرط فقط و يعتد بالشرط في الحدود التي سمح بها المشرع.

وقد يعتبر شرط إعفاء المدين من المسؤولية صحيح في شق منه_ وهو المتعلق بالخطأ اليسير_ وباطلاً في الشق الآخر_ المتعلق بالإعفاء من المسؤولية العقدية المترتبة على الخطأ الجسيم_ كذلك الإتفاق على تشديد مسؤولية المدين ليشمل خطأ الدائن العمدي، ففي هذه الحالات يكون الشرط صحيحاً فيما أجازته القانون ومنتجاً لآثاره وباطلاً فيما تجاوز حدود القانون²، فيكون الشرط صحيحاً فيما يتعلق بالخطأ اليسير وباطلاً في الشق المتعلق بالخطأ الجسيم كون القانون قد أبطل هذا الإتفاق كما أوضحت سابقاً، ويكون الشرط منتجاً لآثاره فيما يتعلق بالخطأ غير العمدي الصادر من الدائن دون الخطأ العمدي فيما يتعلق بالتشديد من مسؤولية المدين.

الفرع الثاني: الأثر المترتب على العقد نتيجة بطلان الشرط المعدل لأحكام المسؤولية العقدية.

أوضحت من خلال الفرع السابق أن الشرط المعدل لأحكام المسؤولية العقدية إذا اعتبر باطلاً في أغلب الأحيان لا يؤثر على صحة العقد وعلى آثاره، وإنما يبطل الشرط وحده وعندها يعتبر كأنه لم يوجد ضمن بنود العقد فلا يترتب أي أثر على المسؤولية العقدية نتيجة وجوده، لكن في حالات أخرى يتأثر العقد ببطلان الشرط المعدل لأحكام المسؤولية العقدية، وسأوضح أثره على العقد على النحو الآتي:

المسألة الأولى: بطلان العقد نتيجة لبطلان الاتفاق المعدل لأحكام المسؤولية العقدية.

المسألة الثانية: فساد العقد نتيجة لبطلان الاتفاق المعدل لأحكام المسؤولية العقدية.

¹ الجمال، مصطفى: النظرية العامة للإلتزامات. الإسكندرية: الدار الجامعية. 1987. ص190.

² نصره، أحمد سليم فريز: الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري. مرجع سابق. ص60. انظر أيضاً المحاقري، اسماعيل محمد علي: مرجع سابق. ص472.

المسألة الأولى: بطلان العقد نتيجة لبطلان الاتفاق المعدل لأحكام المسؤولية العقدية.

يعرف البطلان على أنه الجزاء القانوني المترتب على تخلف أحد أركان العقد أو عدم توافر أحد شروط الصحة التي يشترط توافرها، فينعدم بذلك الأثر الذي كان سيترتب على العقد في حال أنه قد انعقد صحيحاً سواء أكان هذا الأثر بالنسبة للمتعاقدين وخلفهما أو بالنسبة للغير¹، وعرفت المادة (1\168) من القانون المدني الأردني العقد الباطل على أنه "ما ليس مشروعاً بأصله ووصفه بأن أختل ركنه أو محله أو الغرض منه أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده، ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الإجازة".

أما فيما يتعلق بمجلة الأحكام العدلية فلم تعرف العقد الباطل بشكل مستقل وإنما عرفت من خلال النصص كالنص المتعلق بالبيع الباطل حين نصت المادة (110) على أنه "البيع الباطل ما لا يصح أصلاً، يعني أنه لا يكون مشروعاً أصلاً"، وإذا أردنا أن نسحب هذا الحكم على باقي العقود فيمكن القول بأن العقد يكون باطلاً في حال إذا كان لا يصح أصلاً، فيكون العقد باطلاً بسبب اختلال قد أصاب أحد أركانه².

وقد جاء في ذيل المادة (2\164) من القانون المدني الأردني أنه إذا كان الشرط المقترن بالعقد باطلاً و كان هو الدافع للتعاقد عندها لا يقتصر البطلان على الشرط فقط وإنما يمتد ليبطل العقد كلياً، فقد نصت على أنه "كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد المتعاقدين أو للغير ما لم يمنعه الشارع أو يخالف النظام العام أو الآداب العامة وإلا لغى الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد أيضاً"، وهو ما يتفق مع موقف المجلة الموضح في المواد (34-35).

¹ سعد، نبيل إبراهيم: النظرية العامة للإلتزام. مرجع سابق. ص229.

² باز، سليم رستم: مرجع سابق. ص58.

وترجع علة إبطال العقد إلى أن الشرط قد مثل أهمية خاصة لدى المتعاقد حيث يكون بمثابة السبب الباعث¹ الدافع إلى التعاقد، إلا أن الشرط المعدل لا يلعب عادة دور الشرط الباعث على التعاقد، لأن سبب العقد هو الحصول على الأداءات المتقابلة وليس على عدم المسؤولية المحتملة أو التخفيف منها، أو حتى زيادة تلك المسؤولية، إلا أنه يمكن أن يلعب الشرط المعدل لأحكام المسؤولية العقدية مثل هذا الدور كأن يرفض المودع أن يودع الوديعة عند أحد الأشخاص لأن الأخير رفض ضمانها بغير تعد أو تقصير، فيما يقبل مودع لديه آخر بهذا الشرط، فيرفض المودع التعاقد مع الأول ويتعاقد مع الشخص الثاني لأنه قبل التعاقد بهذا الشرط²، فيكون هنا الشرط باعثاً على التعاقد وفي حال بطل الشرط بطل العقد كاملاً.

أما فيما يتعلق بعبء إثبات أن الشرط هو الدافع نحو التعاقد فإنه يقع على عاتق من يدعي البطلان، فعليه عندها أن يثبت أن الشق الباطل أو القابل للإبطال غير منفصل عن جملة التعاقد³، فبناءً على ذلك إذا لم يستطع المتمسك بالبطلان إثبات ما سبق فعندها سيبطل الشرط ويبقى العقد صحيحاً منتجاً لآثاره ما بين الأطراف وعلى الغير.

أما إذا نجح في إثبات أن الشرط هو الباعث للتعاقد فعندها سيبطل العقد و يترتب على كون العقد باطلاً إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد وكأنه لم يحدث شيئاً منذ إبرام العقد، و لكن قد يتعذر إعادة الحال إلى ما كان عليه نتيجة لحدوث عائق كأن يكون محل العقد قد هلك، عندها لا بد من الحكم بتعويضٍ عادل للطرف المتضرر⁴، فإبرام العقد الباطل يعتبر واقعة مادية وإذا ترتب عليها ضرر للطرف الآخر البريء من سبب البطلان يمكن أن يقضى له بالتعويض الذي سيتحمله الطرف الذي أبطل العقد بسببه حسب نظرية الخطأ في تكوين العقد⁵.

¹ جاد الحق، إيناس محمد إبراهيم: الشرط المانع من التصرف دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي. ط1. مصر: دار الدراسات العربية للنشر والتوزيع. 2018. ص200-201.

² نصرة، أحمد سليم فريز: الشرط المعدل للمسؤولية في القانون المدني المصري. مرجع سابق. ص58.

³ الصدة، عبد المنعم فرج: مرجع سابق. ص437.

⁴ منصور، أمجد محمد: مرجع سابق. ص143.

⁵ نجيدة، علي: مرجع سابق. ص197.

المسألة الثانية: فساد العقد نتيجة لفساد الاتفاق المعدل لأحكام المسؤولية العقدية.

يرجع أصل فكرة فساد العقد إلى الفقه الحنفي، وهو عبارة عن عقد يقع بالمنطقة المتوسطة ما بين العقد الصحيح والعقد الباطل، بحيث يكون عقداً مشروعاً بأصله لا بوصفه، حيث يعتبر العقد فاسداً إذا رافقه وصف منهي عنه، وإذا زال سبب الفساد صح العقد¹، وقد عرف المشرع الأردني العقد الفاسد في المادة (1\170) من القانون المدني الأردني حيث نص على أنه "العقد الفاسد هو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه، فإذا زال سبب فساده صح."، وقد عرفت مجلة الأحكام العدلية العقد الفاسد من خلال النص على تعريف البيع الفاسد حيث جاء فيها "البيع الفاسد هو المشروع أصلاً لا وصفاً يعني أنه يكون صحيحاً باعتبار ذاته فاسداً باعتبار بعد أوصافه الخارجة"، حيث يكون العقد غير مشروع بموجب بعض أوصافه الخارجة².

يشترط الفقه الإسلامي خلو العقد من الشرط الذي يؤدي إلى فساده، وجعل الفقه الشافعي العقد باطلاً في حال اقترانه بشرط مفسد، أما الفقه الحنفي فقد قرر فساد العقد دون أن يقرر بطلانه، وذلك بسبب المعيار المختلف الذي يتبناه كل منهما، فعند الشافعية يكون الشرط فاسداً في حال كان يتنافى مع مقتضى العقد فيتقرر نتيجةً لذلك بطلان العقد، أما عند الحنفية فالشرط يكون فاسداً إذا كان مما لا يقتضيه العقد و فيه نفع لأحد المتعاقدين³.

لم يوضح القانون المدني الأردني نهجه باعتبار الشرط مفسداً للعقد إلا أنه قد نص على بعض الحالات التي يكون فيها العقد فاسداً فعندما تحدث القانون عن الشروط المقترنة بالعقد فإنه ذكر الشروط الصحيحة والشروط الباطلة دون أن يذكر الشروط المفسدة للعقد⁴ وذلك على نهج المذهب الحنفي⁵ وما أخذت به مجلة الأحكام العدلية.

¹ منصور، أمجد محمد: مرجع سابق. ص150.

² حيدر. درر الحكام في شرح مجلة الأحكام. ج2. مرجع سابق. ص109.

³ ناجي، اسراء فهمي: العقد الفاسد في الفقه الاسلامي والقانون المدني. جامعة كربلاء. مجلة رسالة الحقوق. السنة الرابعة. العدد الخاص ببحوث المؤتمر القانوني الوطني الأول. ص174-178.

⁴ ابو البصل، عبد الناصر موسى: مرجع سابق. ص216.

⁵ الفار، عبد القادر: مصادر الالتزام مصادر الحق الشخصي في القانون المدني. ط6. مرجع سابق. ص104.

ولا يترتب العقد الفاسد أية التزامات أو حقوق على أطرافه رغم أن العقد يعتبر منعقداً، ولكن يحق لأي طرف من الأطراف فسخ العقد دون الحاجة إلى قرار قضائي وهذا الحكم ينطبق قبل القبض، أما بعد القبض فإن العقد يترتب آثاره بحيث تنتقل الملكية على رأي المذهب الحنفي والقانون المدني الأردني الذي نص في المادة (2170) على أنه "لا يفيد الملك في المعقود عليه إلا بقبضه" الذي خالف بذلك رأي جمهور الفقهاء¹، ولكن تم الاتفاق على أنه إذا كان سبب الفساد راجعاً إلى صلب العقد فيكون حق الفسخ لكلا الطرفين أما إذا كان بسبب شرط فاسد فإن الحق بالفسخ يكون للمنتفع من الشرط وذلك كون القبض قد تم ما بين الأطراف².

فالعقد الفاسد رغم أنه يعتبر منعقداً من الناحية القانونية إلا أنه لا يعتبر عقداً صحيحاً مرتباً لآثاره فالأثر المترتب على انتقال الملك بالقبض برضاء البائع لا يعتبر أثراً على العقد الفاسد وإنما هو أثر على القبض فإن المشتري عندها ملزم بقيمة المبيع لا بثمنه المتفق عليه ما بين الأطراف³، فقد جاء في المادة (371) من مجلة الأحكام العدلية أنه " ... فإذا هلك المبيع بيعاً فاسداً عند المشتري لزمه الضمان يعني أن المبيع إذا كان من المثليات لزمه مثله وإذا كان قيمياً لزمته قيمته يوم قبضه"، وذلك لأن الضمان وجب بالقبض وليس بالعقد إذا قبض المشتري المبيع ضمن حدود العقد الفاسد فتكون يده عليه يد أمانه فيضمن بالتعدي والتقصير قيمة المبيع أو مثله.

وبالرغم انقسام الفقهاء حول إمكانية قلب القعد الفاسد إلى عقد صحيح حيث أنه يشترط لكي يحق للأطراف المطالبة بفسخ العقد أن يبقى العقد فاسداً، أما إذا انقلب العقد صحيحاً بحيث زال سبب الفساد كما لو تم الغاء الشرط المفسد للعقد عندها يصبح القعد صحيحاً ملزماً لأطرافه⁴.

فعقد البيع المقترن بشرط عدم ضمان الثمن عند استحقاق المبيع رغم أنه يعتبر عقداً فاسداً إلا أنه يمكن تصحيح العقد عن طريق إزالة سبب الفساد وهو الشرط الفاسد الذي يقضي بعدم ضمان

¹ حيث أن القبض لا يفيد انتقال الملكية في العقد الفاسد و أنه كالبيع الباطل. أنظر الزحيلي، وهبة بن مصطفى: الفقه الإسلامي وأدلته الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها. ط4. ج4. دمشق: دار الفكر. د.ت. ص3089-3090.

² ناجي، اسراء فهمي: العقد الفاسد في الفقه الاسلامي و القانون المدني. مرجع سابق. ص182-184.

³ الفار، عبد القادر: مصادر الالتزام مصادر الحق الشخصي في القانون المدني. ط6. مرجع سابق. ص105.

⁴ ناجي، اسراء فهمي: العقد الفاسد في الفقه الاسلامي و القانون المدني. مرجع سابق. ص184-185.

الثلث، فبعد أن كانت الملكية لا تنتقل إلا بالقبض وبرضاء البائع كون العقد فاسداً فإن الملكية عند زوال الشرط الفاسد تنتقل بالانعقاد¹، ومن أمثلة ذلك أيضاً ما ذكرناه سابقاً أن مجلة الأحكام العدلية تعتبر عدم تسمية الثمن في عقد البيع مفسداً له، وبالتالي يتحول العقد إلى عقد صحيح في حال تسمية الثمن.

المبحث الثاني: بعض الجوانب المرتبطة بالاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية.

تتشابه العديد من الأنظمة مع الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية مما يؤدي إلى الخلط بينها والإعتقاد بأنها نظام واحد، ومن بين هذه الأنظمة التي تتشابه كثيراً مع الإتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية تحديداً الاتفاقات المشددة لأحكام المسؤولية العقدية هو الإتفاق الذي يحصل بين الأطراف على تحديد مقدار التعويض المستحق لأي من الأطراف.

ومن جهة أخرى قد يحاول أحد الأطراف التوصل من الشروط والإتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية عن طريق اللجوء إلى رفع دعوى أخرى وهي دعوى المسؤولية التقصيرية، حيث يستفيد رافع الدعوى من أن الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية تكون باطلة في حدود المسؤولية التقصيرية، فما مدى صحة ذلك؟

لتوضيح هذه الجوانب المتعلقة بالإتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية قسمت هذا المبحث على النحو الآتي:

المطلب الأول: التعويض الإتفاقي والتعديل الاتفاقي لأحكام المسؤولية العقدية.

المطلب الثاني: اجتماع دعوى المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية.

¹ هزيم. ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع" دراسة مقارنة. مرجع سابق. ص 107.

المطلب الأول: التعويض الإتفاقي والتعديل الاتفاقي لأحكام المسؤولية العقدية.

يلجأ أطراف العقد وتحديداً الدائن إلى وضع اتفاق ينص على مبلغ تعويض عالٍ في حال لم يتم المدين بتنفيذ التزامه ويسمى هذا الشرط بالشرط الجزائي، وقد يرى البعض أن الشرط الجزائي يعتبر من صور الإتفاق على تشديد أحكام المسؤولية العقدية، لكن من خلال هذا المطلب سأقوم بتوضيح معنى الشرط الجزائي وما يميزه عن الإتفاقات المعدلة بأحكام المسؤولية العقدية على النحو الآتي:

الفرع الأول: التعريف بالتعويض الإتفاقي.

الفرع الثاني: الفرق ما بين الشرط الجزائي وتعديل أحكام المسؤولية العقدية.

الفرع الأول: التعريف بالتعويض الإتفاقي.

يعتبر التعويض الإتفاقي مبلغاً من النقود يقوم المدين بدفعه للدائن كتعويض، وعادة ما يكون هذا المبلغ أكبر من قيمة الضرر الحقيقي الذي أصاب الدائن بسبب عدم التنفيذ أو التنفيذ المعيب للعقد، والتعويض الإتفاقي المسمى بالشرط الجزائي يعتبر ابتداءً بمثابة وسيلة تهديدية للمدين لكي لا يقصر في تنفيذ التزامه، وهذا الشرط يرد في العقد الأصلي أو قد يتم الإتفاق عليه بموجب اتفاق خاص مستقل لاحقاً على انعقاد العقد¹.

ويعتبر هذا الشرط من الشروط شائعة الإستخدام في العقود التي يلتزم أحد الأطراف فيها بالقيام بعمل معين كما في عقود المقاولة حيث يدرج شرط يتضمن إلزام المقاول بدفع مبلغ معين عن كل يوم يتأخر فيه هذا المقاول عن التسليم مثلاً، أو أن يتضمن الإتفاق خصم جزء معين من أجرة العمل نتيجةً لإخلال قام به حيث يكون هذا الخصم موضحاً ضمن لائحة المصنع².

¹ الجبوري، ياسين محمد. الوجيز في شرح القانون المدني الأردني آثار الحقوق الشخصية (أحكام الالتزام) دراسة مقارنة. ط1. ج2. عمان:الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع و دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2003. ص243.

² الجبوري. الوجيز في شرح القانون المدني الأردني آثار الحقوق الشخصية (أحكام الالتزام) دراسة مقارنة. مرجع سابق. ص243.

إلا أن هذا الشرط يشكل التزاماً تبعياً للإلتزام الأصلي، فلا يتصور وجود الإلتزام بالشرط الجزائي على هيئة التزام مستقل بل يكون التزاماً تبعياً للإلتزام سابق عليه، ويترتب على ذلك أن عدم مشروعية الإلتزام الأصلي ومخالفته للنظام العام أو الآداب يعني أن يكون الإلتزام التبعي له وهو الإلتزام بالشرط الجزائي التزاماً باطلاً، إضافة إلى ذلك فإن الشرط الجزائي يمثل التزاماً احتياطياً وليس التزاماً أصلياً فما دام التنفيذ العيني ممكناً فلا يمكن أن يلتجأ له ما دام المدين غير مغل بالتزامه، رغم أن الشرط الجزائي يمثل تعويضاً عن الضرر إلا أنه يتم عن طريق التقدير الجزائي مما يجعله قابلاً لإعادة النظر من قبل القضاء¹.

وقد أتاح القانون المدني الأردني المجال أمام الأطراف للإتفاق على تقدير قيمة التعويض حيث جاء في نص المادة (1\364)² أنه "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة الضمان بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون"، وبناءً على ذلك جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية ما يؤكد على أن القضاء يأخذ بالشرط الجزائي حيث قضت أنه "رتب القانون المدني الأردني على المدين الناكل عن تنفيذ العقد تعويضاً تحدده المحكمة إن لم يكن مقدراً في القانون أو العقد ويجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدار الضمان بالنص عليها في العقد بمقتضى المواد 360 ولغاية 364 من القانون المدني. إن التعويض المقدر بالعقد عند استقالة المبعوث والذي ينص على أن يدفع المبعوث مبلغاً ملزم له ولكفيله إضافة إلى تكاليف الدراسة إذ لا يعتبر هذا الشرط من قبيل شرط فرض غرامة وإنما تعويض مقدر يلزم به المبعوث عند نكوله عن تنفيذ التزامه"³.

وتنص القوانين المختلفة على هذا الشرط كونه يتمتع بأهمية بالغة للأطراف وأهمها أن وجود هذا الشرط يشكل ضماناً لتنفيذ هذه العقود حسب ما اتفق عليه أطرافها بدون تأخير، وذلك تجنباً لدفع قيمة الشرط الجزائي كتعويض في حال عدم تنفيذ المدين التزامه أو التأخر في تنفيذه، وذلك

¹ جبر، بسام سعيد جبر: ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي و الغرامة التهديدية ودورها في منع تراخي في تنفيذ العقود " دراسة مقارنة". (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة الشرق الأوسط. عمان. الأردن. 2011. ص109.

² تقابلها المادة (240) من مشروع القانون المدني الفلسطيني التي جاء فيها "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً مقدار التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق، مع مراعاة أحكام القانون".

³ محكمة التمييز الأردنية قرار رقم (87\771) الصادر سنة 1988. ص760.

يؤدي حتماً إلى حماية مصالح الأفراد والجماعات، ويجنب المتعاقدان تدخل القضاء لتحديد مقدار التعويض كون هذا التعويض قد تم تحديده بينهما ولكن ذلك في حالة عدم اللجوء الى القضاء من قبل أحد الأطراف من أجل تعديل مقدار التعويض المتفق عليه¹ كما سأوضح لاحقاً.

أما أهمية الشرط الجزائي القانونية فتنبع من دوره في إعفاء الدائن من إثبات الضرر الذي لحق به، بحيث يكون الضرر بوجود هذا الشرط مفترضاً لمجرد عدم التنفيذ أو حتى التأخر بالتنفيذ، ولكنه قابل لإثبات العكس من قبل المدين الذي يحق له إثبات أن هذا التقدير مبالغ فيه²، حيث جاء في قرار لمحكمة النقض الفلسطينية أنه "لما كان التعهد بدفع المبلغ المذكور يشكل في حقيقته تعويضاً اتفاقياً (شرطاً جزائياً) عما يصيب الدائن من أضرار جراء إخلال المدين بالتزامه. وحيث أن أثر هذا الشرط الجزائي ينحصر في إعفاء الدائن من تقديم البينة على حجم الضرر اللاحق به جراء الإخلال بالتزام فان عبء الإثبات من حيث عدم وقوع الضرر أو المبالغة فيه يقع على عاتق المدين. وحيث أن الجهة المدعى عليها لم تنتهج هذا السلوك مع الإشارة إلى أن الجهة المدعية قدمت البينة على أن حجم الضرر اللاحق بها بحدود أربعة عشر ألف، ومع الإشارة كذلك إلى أن الجهة المدعى عليها لم تبد أي اعتراض على البينة الشفوية والشيكين المشار إليهما حول قيمة الأضرار. الأمر الذي ينهض معه القول بوجوب الحكم للمدعية بالمبلغ المدعى به كاملاً باعتبار أن المدعى عليه الأول مديناً والمدعى عليه الثاني كفيلاً، قرر المحكمة بالأغلبية الحكم بإلزام المطعون ضدهما وبالتكافل والتضامن كامل المبلغ المدعى به البالغ 7043 ديناراً و440 فلساً..."³.

وأيضاً لا يغيب عن الذكر أن القانون يشترط لاستحقاق التعويض الاتفاقي المتمثل بالشرط الجزائي الشروط العامة ذاتها التي حددها القانون لاستحقاق التعويض نتيجة لتحقيق المسؤولية العقدية والمتمثلة بالخطأ الذي يصدر من جانب المدين متمثلاً في عدم تنفيذ الإلتزام أو التنفيذ المعيب له،

¹ العياشي، طارق بهاء الدين: سلطة المحكمة في تعديل الشرط الجزائي بعقود المقاولات. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة الشرق الأوسط. عمان. الأردن. 2016. ص45-46.

² جبر، بسام سعيد جبر: ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ودورها في منع تراخي في تنفيذ العقود " دراسة مقارنة. مرجع سابق. ص99-100.

³ محكمة النقض. نقض مدني. حكم رقم (2010\262) الصادر بتاريخ 2012\11\29.

والضرر المتمثل بالخسارة المالية فهذه شروط استحقاق التعويض المبني على الشرط الجزائي لأن الغرض هنا هو جبر الضرر الحاصل، وأخيراً العلاقة السببية المتمثلة بالرابطة ما بين الخطأ والضرر حيث يجب أن يكون الضرر قد حدث نتيجة للخطأ الذي ارتكبه المدين، فالأسباب الأجنبية التي تنفي وتقطع الرابطة السببية تحول دون قيام المسؤولية العقدية وكذلك تحول دون استحقاق التعويض الاتفاقي¹.

إضافة الى ذلك يشترط القانون شرطاً إضافياً لاستحقاق قيمة الشرط الجزائي ألا وهو الإعذار حيث نصت المادة (271) من القانون المدني الأردني على أنه "لا يستحق الضمان إلا بعد إعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك في القانون أو العقد"، فإن مجرد حلول الأجل للوفاء وعدم تنفيذ المدين التزامه لا يكفي لاستحقاق مقدار التعويض الاتفاقي وإنما يشترط إعذار المدين من أجل استحقاق قيمة الشرط، والغاية من الإعذار هي وضع المدين موضع المتأخر في تنفيذ الإلتزام، وأن هناك جدية ومثابرة في المطالبة به، لأن مجرد حلول أجل تنفيذ الإلتزام لا يترتب عليه أية آثار قانونية، لاحتمال أن يكون الدائن راضياً أو على الأقل متسامحاً، أو أنه لم يصبه ضرر من تأخر المدين في تنفيذ التزامه².

يقصد بالإعذار أنه تنبيه صادر من قبل الدائن موجهاً للمدين بوجوب أداء ما عليه من التزام قبل توقيع الشرط الجزائي عليه، ومطالبته بالتعويض مما يشعر المدين أن الدائن غير متهاون في المطالبة بحقه عند وجود ما يوجب ذلك، لكن قد يستحق الشرط الجزائي بدون إنذار متى اتفق الطرفان مسبقاً على تركه³.

ومع ذلك فقد استثنى القانون المدني الأردني بعض الحالات من توجيه الإعذار، وقام بإعفاء الدائن من توجيه هذا الإعذار، حيث نصت المادة (211) من القانون المدني الأردني على أنه "لا

¹ منذر، الفضل، مرجع سابق، ص 442-444.

² أبو ليلي، طارق محمد مطلق: التعويض الاتفاقي في القانون المدني -دراسة مقارنة-. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة النجاح الوطنية. نابلس. فلسطين. 2007. ص 44.

³ اليميني، محمد بن عبد العزيز بن سعد: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة الملك سعود. المملكة العربية السعودية. 1426هـ. ص 240.

ضرورة لإعذار المدين في الحالات التالية: أ- إذا أصبح تنفيذ الإلتزام غير ممكن وغير مجد بفعل المدين. ب- إذا كان محل الإلتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع. ت- إذا كان محل الإلتزام رد شيء بعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك. ث- إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه".

أما فيما يتعلق بكيفية إجراء الإعذار وتوجيهه للمدين فإن القانون المدني لم يذكر ولم يبين الكيفية التي يكون فيها توجيه الإعذار، إلا أن المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني قد أوردت أنه يصح أن يكون الإعذار عن طريق كاتب العدل أو عن طريق البريد المسجل أو بأية طريقة أخرى تحقق الغرض المقصود، وقد يتفق أطراف العقد مقدماً على أن يكون الدين مستحق فوارة بمجرد حلول أصل الإلتزام، دون حاجة الى أي إجراء آخر، وهذا الإتفاق يلزمهما¹.

الفرع الثاني: الفرق ما بين الشرط التعويضي الإتفاقي وتعديل أحكام المسؤولية العقدية.

اعتبر جانب من الفقه أن الإتفاق على الشرط الجزائي هو صورة من صور اتفاقات تعديل أحكام المسؤولية العقدية² حيث اعتبر بما أن للقاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي يكون القانون قد جاء ضمناً بعدم جواز الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية_ وقد رأى البعض أن القانون المدني الأردني لم يتضمن نصاً مقابلاً لنص المادة 217 مدني مصري التي تجيز الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية، بل بالعكس فإنه يستفاد من الأحكام التي أوردها في هذا الشأن عدم جواز ذلك..³ واستشهد بنص المادة (346)⁴ من القانون المدني الأردني التي تعطي للمحكمة الحق في تعديل مقدار الضمان.

¹ المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ج 1. مرجع سابق. ص 261.

² انظر السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الإلتزام بوجه عام الإثبات- آثار الإلتزام. مرجع سابق. ص 855.

³ سلطان، أنور. مرجع سابق. ص 359.

⁴ حيث تنص على أنه "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة الضمان بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون".

ومما دعا إلى اعتبار الشرط الجزائي وجهاً آخراً للاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية وجود التشابهات الكثيرة ما بين النظامين، حيث يتفق كل من التعديل الاتفاقي لأحكام المسؤولية العقدية و الاتفاق على الشرط الجزائي على أنهما يمثلان خروج عما تقتضيه القواعد العامة للمسؤولية العقدية، ويتفقان كذلك بأن الإتفاق في كلتا الحالتين يعتبر باطلاً إذا ارتبط في الغش والخطأ الجسيم، ويتشابه النظامين أيضاً في أحيان كثيرة بأنهما يؤديان إلى ذات النتيجة المتمثلة في تخفيض التعويض الذي يلتزم به المدين، أو تحميل المدين تعويضاً أكثر من التعويض الذي كان يجب أن يتقاضاه الدائن¹.

إلا أنه على الرغم من التشابهات الجمة إلا أن هنالك اختلافات رئيسية جعلت النظامين مختلفين ومتميزين عن بعضهما فالشرط الجزائي يمثل التزاماً تبعياً للإلتزام الأصلي والتزاماً احتياطياً²، فهو ليس السبب في استحقاق التعويض إذ لا يتولد عنه التزام بالتعويض بل هو التزام تبعي بتقدير مقدار التعويض³، في حين أنه عند الاتفاق على تعديل طبيعة يكون عندها الإلتزام التزاماً أصلياً في العقد ولا يشكل التزاماً تبعياً، أي أن الشرط الجزائي يتم فيه الاتفاق على ما هو لاحق للإخلال بالالتزام الأصلي، في حين عند الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية يتم فيه الاتفاق على تعديل الإلتزام ذاته.

لكن التعديل الاتفاقي لأحكام المسؤولية العقدية لا يشكل في جميع صورته التزاماً أصلياً كما في حالة بالاتفاق على تحمل نتائج السبب الأجنبي أرى أنه يشكل التزاماً تبعياً احتياطياً، أما الاتفاق الحاصل مثلاً على مقدار العناية الواجب الإلتزام بها، أو الاتفاق الحاصل على نوع الخطأ الذي يؤدي الى تحمل المسؤولية العقدية فإنه يشكل التزاماً أصلياً أو أنه تعديل منصب على الإلتزام الأصلي.

¹ نصره، أحمد سليم فريز: الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري. مرجع سابق. ص39.

² جبر، بسام سعيد جبر: ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي و الغرامة التهديدية و دورهما في منع تراخي في تنفيذ العقود " دراسة مقارنة". مرجع سابق. ص109.

³ السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الإلتزام بوجه عام الإثبات - آثار الإلتزام. مرجع سابق. ص854.

أما الاختلاف الثاني فإنه ينصب على طبيعة كلا الإتفاقيين، فمحل الاتفاق الأول المتمثل بالشرط الجزائي هو مبلغ من النقود يتم دفعه في حال الاخلال بالالتزام¹، في حين محل الإتفاق عند تعديل أحكام المسؤولية العقدية هو التزام المدين أو عدم التزامه بالتعويض عند حصول الاخلال بالالتزام الأصلي.

يترتب على ما سبق أن الشرط الجزائي هو تقدير مالي نقدي فإن هذا التقدير يعتبر تقديراً جزائياً لمقدار التعويض عادةً ما يزيد عن مقدار التعويض الأصلي²، أما التعديل الإتفاقي لأحكام المسؤولية العقدية فإنه ينصب على الالتزام ذاته والتعديل يكون على الحالات التي يضمن بها المدين بشكل مشدد أم لا يكون ضامناً بشكل جزئي أو كلي.

فالمدين في الشرط الجزائي يبقى مسؤولاً مسؤولية كاملة حتى في حالة أن التعويض أقل من الضرر الواقع فعلاً، ففي هذه الحالة لا يعد مثل هذا الاتفاق بأنه تخفيف من المسؤولية العقدية فمسؤولية المدين قد انعقدت كاملة إلا أن مقدار التعويض المتفق عليه أقل من الضرر الحاصل، وكذلك الحال لو اتفق الطرفان على تعويض اتفاقي يفوق الضرر الواقع، فلا يعد مثل هذا الاتفاق شرطاً مشدداً للمسؤولية العقدية كون مسؤولية المدين انعقدت بالحدود التي حددها القانون رغم أن التعويض يفوق مقدار هذه المسؤولية³.

وقد أخذ المشرع الأردني فيما يتعلق بالمسؤولية بفكرة المساواة ما بين الضرر و التعويض، فجاء في نص المادة (2\364)⁴ أنه " ويجوز للمحكمة في جميع الاحوال بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك."،

¹ جبر، بسام سعيد جبر: ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي و الغرامة التهديدية و دورهما في منع تراخي تنفيذ العقود " دراسة مقارنة". مرجع سابق. ص92.

² اليميني، محمد بن عبد العزيز بن سعد: الشرط الجزائي و أثره في العقود المعاصرة. مرجع سابق. ص24.

³ نصرة، أحمد سليم فريز: الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري. مرجع سابق. ص39.

⁴ يقابلها المادة (241) من مشروع القانون المدني الفلسطيني التي جاء فيها " 1- لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر. 2- يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض، إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه. 3- إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً. 4- يقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرات السابقة.

حيث تعد سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي من الفروقات الجوهرية ما بين الشرط الجزائي والاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية، رغم أن المشرع لم يحدد الحالات التي يحق للقاضي التدخل فيها بتعديل الشرط الجزائي إلا أن النص يستطيع أن يحمل في ثناياه جميع مفاهيم تعديل الشرط بالزيادة أو النقصان، فيحق للقاضي التخفيض من مقدار الشرط الجزائي في حالة كان التقدير المتفق عليه مبالغ فيه، وذلك بعد أن يثبت المدين صحة هذا الإدعاء، كذلك يحق للقاضي زيادة مقدار التعويض في الحالات التي يكون التعويض المتفق عليه تافهاً ولا يساوي الضرر الحاصل¹.

في المقابل، تنعدم سلطة القاضي فيما يتعلق بالاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية، حيث تنحصر سلطة القاضي بإبطال الاتفاقات التي نص المشرع على بطلانها دون أن يكون له الحق في تعديل الاتفاقات التي تتوافق مع نصوص المشرع كونها اتفاقات تتعلق بإرادة الأطراف ولا تخالف النظام العام كما أوضحنا سابقاً.

وعلى الرغم من سلطة القاضي بالتدخل فيما يتعلق بالشرط الجزائي دون الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية إلا أنه لا يمكن الإعفاء من الشرط الجزائي تماماً المتمثل بالتعويض، في حين يمكن الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية العقدية²، وكما أوضحت سابقاً بأن الاعفاء اللاحق على تحقق المسؤولية لا يدخل ضمن الشروط المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية وإنما يعتبر بمثابة التصالح ما بين الأطراف.

بالإضافة إلى ما تقدم، يتميز التعويض الاتفاقي المتمثل بالشرط الجزائي عن الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية أن الأول يعفي الدائن من اثبات الضرر أو تحديد مقداره، فعند الإخلال بالالتزام ما على الدائن إلا إثبات قيام الالتزام و الإخلال به³، إلا أنه بالاتفاقات المعدلة لأحكام

¹ أبو عرابي، غازي خالد: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة. دراسات علوم الشريعة والقانون. الأردن. (مج52. ع2. 1998). ص49-60.

² نصره، أحمد سليم فريز: الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري. مرجع سابق. ص40.

³ دواس. أمين: مرجع سابق. ص74.

المسؤولية العقدية بالنسبة لتحقيق الضرر فإن الإثبات يبقى على الدائن المطالب بالتعويض و يكون قلب عبئ الإثبات بالنسبة للخطأ كما أوضحت.

ما تقدم يعني أن محور الإتفاق عند تحديد الشرط الجزائي هو التعويض المستحق عند تحقق المسؤولية العقدية، و لكن عند الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية فيكون محور الإتفاق هي الحالات التي يكون فيها المدين مسؤولاً أم لا، فبذلك يمكن أن يشمل العقد الواحد الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية مع الإتفاق على مقدار التعويض المتمثل بالشرط الجزائي عند تحقق المسؤولية العقدية ضمن الشروط التي تم الاتفاق عليها.

المطلب الثاني: دعوى المسؤولية المدنية العقدية و التقصيرية.

يجتمع أحياناً في دعوى المسؤولية المدنية تحقق كلا شروط دعوى المسؤولية العقدية و شروط دعوى المسؤولية التقصيرية، رغم وجود العديد من الفروق ما بين نوعي المسؤولية الا أنه يمكن أن يجتمع في الواقعة الواحدة شروط هذين النوعين، فما هذه الفروق وما مدى إمكانية الجمع في إقامة الدعوى بين المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية، وما أثرها على الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية، للإجابة على ذلك قمت بتقسيم هذا المطلب على النحو الآتي:

الفرع الأول: الفرق بين المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية.

الفرع الثاني: الجمع أو التخيير بين المسؤولية العقدية والتقصيرية وإمكانية تأسيس الدعوى على أحكام المسؤولية التقصيرية.

الفرع الأول: الفرق بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية.

يتعين على وجود الفروقات والأخذ بفكرة التمييز ما بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية تحديد نطاق كلا المسؤوليتين، حتى تترتب على كلٍ منهما الأحكام التي تتعلق بها، فنطاق المسؤولية التقصيرية واضح، حيث تنشأ المسؤولية نتيجة خطأ يرتكبه شخص أجنبي عن الدائن يسبب له الضرر، أما المسؤولية العقدية فيتحدد نطاقها بتوفر شرطين، أحدهما العقد الصحيح الذي

يربط بين الدائن والمدين، والآخر هو الضرر الذي نتج بسبب عدم تنفيذ أي من التزامات العقد التي تم الاتفاق عليها¹، ويتضح بذلك أن الدائن والمدين قبل تحقق المسؤولية العقدية هما طرفان في العقد، أما الدائن والمدين في المسؤولية التقصيرية أجنبيين لا تربطهما أية علاقة².

تختلف المسؤولية العقدية عن المسؤولية التقصيرية كذلك فيما يتعلق بركن الأهلية، حيث يشترط لقيام المسؤولية العقدية أهلية التمييز عند المدين، في حين لا يشترط في المسؤولية التقصيرية أهلية التمييز في بعض القوانين كما في مجلة الأحكام العدلية، في حين أنه يشترط في قانون المخالفات المدنية³ الساري في فلسطين أن يكون عمر المدعى عليه يتجاوز الإثني عشر سنة لمساءلته، مما يعني أن نطاق التزام الشخص بأفعاله الضارة أوسع من نطاق التزامه بالعقود⁴.

تتم التفرقة أيضاً ما بين المسؤوليتين العقدية و التقصيرية من حيث نوع الخطأ المرتكب، حيث يتتبع الخطأ العقدي ظروف التعاقد من أجل تكيفه و تحديد مداه، أما معيار الخطأ في المسؤولية التقصيرية ثابت لا يتغير في جميع الأحوال حتى أنه يكفي الخطأ اليسير لقيام المسؤولية، فأساس هذه التفرقة أن المسؤولية العقدية تنشأ عن فعل أو ترك، بينما المسؤولية التقصيرية لا تنشأ إلا عن الإخلال بالالتزام بالامتناع عن عمل معين وهو الإضرار بالغير⁵، وذلك بسبب الاختلاف في طبيعة الالتزام، فيكون الالتزام في المسؤولية العقدية إما التزاماً بتحقيق نتيجة، أو التزاماً ببذل عناية، أما في التقصيرية فالالتزام دوماً يكون التزاماً ببذل عناية⁶.

¹ السنهوري، أحمد عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام. مرجع سابق. ص 854.

² السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام. مرجع سابق. ص 847.

³ قانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة (1944) المنشور في العدد (1380) من مجلة الوقائع الفلسطينية بتاريخ 1944/12/28. صفحة 149. حيث جاء في المادة (12) من هذا القانون أنه "تقام الدعوى على شخص لمخالفة مدنية ارتكبها وهو دون السنة الثانية عشرة من عمره".

⁴ دواس، أمين: مجلة الأحكام العدلية و قانون المخالفات المدنية. ط 1. ج 2. رام الله: المعهد القضائي الفلسطيني. 2012. ص 153.

⁵ عامر، حسين. عامر، عبد الرحيم: المرجع سابق. ص 16-17.

⁶ نصره: أحمد سليم فريز: الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري. مرجع سابق. ص 29.

ومن حيث التضامن بين المدينين، لا يقوم التضامن في المسؤولية العقدية إلا بالاتفاق أو بنص القانون فلا يفترض التضامن بين المتعاقدين، والاتفاق على التضامن قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً إلا أنه في هذه الحالة يجب أن يدل دلالة قطعية على قصد التضامن، وعند الشك في دلالة الاتفاق إن لم يكن صريحاً يفسر عندها الشك بانعدام هذا التضامن¹، حيث جاء في المادة (426)² من القانون المدني الأردني أنه "لا يكون التضامن بين المدينين إلا باتفاق أو بنص في القانون."، فيما يقوم التضامن بين المدينين في المسؤولية التقصيرية عند وقوع الفعل الضار منهم إذا لم يكن بالإمكان تعيين من أحدث الضرر حقيقة أو تحديد نصيب كل منهم³، حيث جاء في نص المادة (265) من القانون المدني الأردني أنه "إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار، كان كل منهم مسؤولاً بنسبة نصيبه فيه وللمحكمة أن تقضي بالتساوي أو بالتضامن والتكافل فيما بينهم"، وفي ذات الاتجاه جاء في نص المادة (10) من قانون المخالفات المدنية أنه "إذا اشترك شخصان أو أكثر في تبعة فعل بمقتضى أحكام هذا القانون، وكان ذلك الفعل يؤلف مخالفة مدنية، يتحمل ذلك الشخصان أو أولئك الأشخاص تبعة ذلك الفعل بالتضامن، وتجاوز إقامة الدعوى عليهما أو عليهم مجتمعين أو منفردين".

يأخذ أنصار التفرقة ما بين المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية عبء الإثبات كدليل على وجود التفرقة بين النوعين، حيث يتحمل الدائن إثبات وجود العقد في المسؤولية العقدية دون الالتزام بإثبات خطأ المدين في حين يتحمل المدين عبء إثبات أنه قام بالتزامه العقدي أو أن الدائن لم يصبه أي ضرر، أو أن عدم التنفيذ يرجع لوجود السبب الأجنبي أو يرجع الى خطأ الدائن، حيث يعتبر الخطأ التعاقدي مفترضاً، أما في المسؤولية التقصيرية فالدائن طالب التعويض يتحمل عبء الإثبات بشكل كامل، حيث يجب أن يثبت جميع أركان المسؤولية⁴.

¹ دواس، أمين: القانون المدني الأردني | أحكام الإلتزام "دراسة مقارنة" أحكام الإلتزام. مرجع سابق. ص151.

² يقبلها المادة (295) من مشروع القانون المدني الفلسطيني التي جاء فيها "التضامن بين الدائنين أو المدينين لا يفترض، وإنما يكون لناء على اتفاق أو نص في القانون".

³ سلطان، أنور: مرجع سابق. ص288.

⁴ عامر، حسين. عامر، عبد الرحيم: مرجع سابق. ص26.

أما من حيث مدى التعويض فيقتصر التعويض في المسؤولية العقدية على الأضرار المباشرة والمتوقعة إلا إذا نتج الضرر عن غش أو خطأ جسيم عندها يعوض عن الأضرار المباشرة والمتوقعة وغير المتوقعة كذلك، فيما يمتد التعويض ليشمل الأضرار غير المتوقعة في المسؤولية التقصيرية في جميع حالاتها¹.

يختلف كذلك تحديد المحكمة المختصة مكانياً بين المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية، فمحكمة المدعى عليه تكون هي المختصة في العلاقة التعاقدية ما لم ينص الإتفاق أو القانون في بعض الأحوال على خلاف ذلك، حيث أن المحكمة المختصة دائماً هي محكمة المدعى عليه عملاً بالقاعدة العامة التي تقضي أن المدعي يسعي الى المدعى عليه في محكمته²، أما في المسؤولية التقصيرية فيمكن إقامة الدعوى في محكمة موطن المدعى عليه أو محكمة موطن المدعي³.

أما فيما يتعلق بالإعذار فقد أوضحت سابقاً عند الحديث عن الشرط الجزائي أن الإعذار يعتبر شرطاً لاستحقاق التعويض عند تحقق المسؤولية العقدية، وقد بينت الحالات الاستثنائية التي لا تحتاج الى اعذار، أما فيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية فلا يلزم الاعذار من أجل استحقاق التعويض⁴.

تشكل مدد التقادم أيضاً فارقاً جوهرياً فيما بين المسؤوليتين العقدية و التقصيرية، حيث أن مدة التقادم في المسؤولية التقصيرية هي ثلاث سنوات من تاريخ اكتشاف الفعل الموجب لها على أن لا تزيد المدة على خمسة عشر عاماً، في حين أن التقادم في المسؤولية العقدية كقاعدة عامة هي

¹ السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام. مرجع سابق. ص768.

² حيث نصت المادة (42) من قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية رقم (2) لسنة (2001) المنشور في العدد (38) من مجلة الوقائع الفلسطينية في (2001\9\5) ص5. على أنه " 1_ يكون الإختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه، أو محل عمله، أو المكان الذي نشأ فيه الإلتزام." و كذلك نصت المادة (43) من ذات القانون على أنه " 1- يجوز للأطراف الإتفاق على اختصاص محكمة معينة على خلاف القواعد المنصوص عليها في المادة (42) من هذا القانون و ف هذه الحالة يكون الإختصاص لهذه المحكمة".

³ عامر، حسين. عامر، عبد الرحيم: مرجع سابق. ص36.

⁴ السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام. مرجع سابق. ص848.

خمسـة عشر سنة¹، فوفقاً للمادة (68)² من قانون المخالفات المدنية فإنه لا تسمع دعوى التعويض عن الفعل الضار بمضي سنتين من وقوع الضرر، أما وفقاً للمادة (1660) من مجلة الأحكام العدلية هي خمسـة عشر سنة حيث جاء فيها أنه " لا تسمع الدعاوي الغير العائدة لأصل الوقف للعموم كالدين والوديعة والعقار الملك والميراث والمقاطعة في العقارات الموقوفة أو التصرف بالإجارتين والتولية المشروطة والغلة بعد تركها خمس عشرة سنة".

تأخذ كذلك الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية نصيباً عند الحديث عن التفرقة ما بين المسؤولية العقدية والتقصيرية بالإعفاء أو التخفيف من المسؤولية خاصة، وقد كان محور هذه الرسالة حيث تبين أن الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية هي جائزة -كأصل عام- في أغلب القوانين، في حين أنها غير جائزة في المسؤولية التقصيرية بالإعفاء أو التخفيف كونها تخالف النظام العام³.

يتضح من ذلك أنه يوجد العديد من الفروقات ما بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية من نواحٍ عدة، ومع ذلك فقد يجتمع في المسألة الواحدة أو في الإخلال ذاته من قبل المدين شروط دعوى كلا المسؤوليتين، وسأبحث ذلك في الفرع التالي.

¹ الفار، عبد القادر: مصادر الالتزام مصادر الحق الشخصي في القانون المدني. ط6. مرجع سابق. ص200.

² حيث جاء فيها " لا تقام الدعوى لمخالفة مدنية، إلا إذا ابتدأت الدعوى: خلال سنتين من وقوع الفعل أو الإهمال أو التقصير المشكو منه، أو خلال سنتين من توقف الضرر إذا كانت المخالفة المدنية تسبب ضرراً يستمر من يوم إلى آخر، أو خلال سنتين من التاريخ الذي لحق فيه الضرر بالمدعي إذا لم يكن سبب الدعوى ناشئاً عن إتيان فعل أو التقصير في إتيان فعل بل عن ضرر ناجم عن إتيان فعل أو عن التقصير في إتيان فعل، أو خلال سنتين من تاريخ اكتشاف المدعي للمخالفة المدنية أو من التاريخ الذي كان من وسع المدعي أن يكتشف فيه المخالفة لو أنه مارس القدر المعقول من الانتباه والمهارة، إذا كان المدعي عليه قد أخفى المخالفة بطريق الاحتيال...".

³ عامر، حسين. عامر، عبد الرحيم: مرجع سابق. ص16.

الفرع الثاني: الجمع أو التخيير بين المسؤولية العقدية والتقصيرية وإمكانية تأسيس الدعوى على أحكام المسؤولية التقصيرية.

قد تتوافر في الحالة الواحدة شروط كلتا المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، وغالباً ما يتحقق ذلك في حالة إذا أتى شخص بعمل يمنعه القانون كونه يؤدي إلى الإضرار بشخص آخر مما يجعله ملزماً بتأدية التعويض للشخص المتضرر وذلك بصرف النظر عن وجود عقدٍ بينهما من عدمه، ولكن كان هنالك بالفعل عقد يربط الطرفين والعمل الذي أتاها الشخص يشكل اختلافاً بالتزاماته التعاقدية، مما يمكن المتضرر من مساءلته برفع دعوى المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية على حدٍ سواء¹.

اتفق الفقهاء على أنه في حالة تحقق شروط دعوى كل من المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية فإنه لا يحق للدائن أن يجمع بين الدعويين لأن ذلك سيمكنه من الحصول على تعويضين مختلفين عن ذات الضرر مما يخالف القواعد العامة التي تقضي بعدم إمكانية التعويض عن الضرر إلا مرة واحدة سواء قام بالجمع بين الدعويين برفع دعوى المسؤولية العقدية الى جانب دعوى المسؤولية التقصيرية أو أن يقوم بجمع المطالبات التي تحقق له من الدعويين من خلال دعوى واحدة، لأن ذلك سيؤدي الى الوصول الى دعوى غير معروفة لا تنتمي الى أي من المسؤوليتين².

وحتى لا يجمع الدائن بين دعوى المسؤولية العقدية و دعوى المسؤولية التقصيرية لا يحق له أي الدائن إن خسر الدعوى التي قام برفعها، سواء اكانت دعوى المسؤولية العقدية أم كانت دعوى المسؤولية التقصيرية، أن يقوم برفع الدعوى الأخرى رغم تحقق شروطها³.

¹ الجبال، مصطفى: مرجع سابق. ص425.

² انظر في هذا الخصوص: الجبال، مصطفى: مرجع سابق. ص425. الديناصوري، عز الدين. الشواربي، عبد الحميد: مرجع سابق. ص15-16. سعد، نبيل ابراهيم: النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام. مرجع سابق. ص379. السنهوري، أحمد عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام. مرجع سابق. ص857.

³ عامر، حسين. عامر، عبد الرحيم: مرجع سابق. ص108.

من جانب آخر ثار خلاف ما بين الفقهاء حول إمكانية الخيرة بين المسؤوليتين في حال توافر شروطهما، وذلك من حيث حق الدائن في إختيار أي المسلكين وعادةً ما يختار الدائن المسلك الأصلح له، سواء أكان مسلك دعوى المسؤولية العقدية مع أن الفعل يشكل محلاً للمساءلة القانونية، أم مسلك دعوى المسؤولية التقصيرية رغم توافر العقد الذي يحكم العلاقة فيما بين الأطراف، وقد انقسم الفقه باتجاهين، الأول يقول بالأخذ بالخيرة، والآخر يرفض الفكرة ويأخذ بمبدأ أن دعوى المسؤولية العقدية تجب دعوى المسؤولية التقصيرية¹.

يرى القسم الأول من الفقه أنه يحق للدائن أن يختار أيّاً من المسؤوليتين وفق ما يحقق مصالحه ويضمن له الحصول على أكبر مقدار من التعويض، فقد يكون العقد يحتوي على شرط اعفاء من المسؤولية العقدية أو حتى التخفيف منها، فعندها يكون من مصلحة الدائن التمسك بالدعوى التقصيرية من أجل الافلات من هذا الشرط، أو بسبب رغبته في الحصول على تعويض عما لحقه من ضرر متوقع و غير متوقع، وعلى العكس من ذلك فقد يتمسك بدعوى المسؤولية العقدية كون أن المسؤولية التقصيرية قد تقادمت ومدة تقادم دعوى المسؤولية العقدية لم تنتقض بعد²، أو كأن يحتوي العقد على شرط يشدد من المسؤولية العقدية.

فأنصار الخيرة يرون أنه لا يوجد فواصل قاطعة ما بين المسؤوليتين، فالقانون سابق في وجوده على جميع أنواع العقود، فالعقد لا يعمل إلا على إضافة المسؤولية التقصيرية إلى المسؤولية العقدية وليس له أن يحجبها، وهو يضيف على الإلتزامات التي فرضها القانون، حيث وجوده لا يلغي وجود الإلتزامات التي وضعها القانون على الفرد، ويرون أن قواعد المسؤولية التقصيرية تشكل القانون العام للمسؤولية المدنية فيتحدد الخطأ والتعويض في كل حالة لم يحددها القانون، ويضيفون على ذلك أن قيام العقد لا يتعارض مع وجود المسؤولية التقصيرية³.

¹ السنهوري، أحمد عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الإلتزام بوجه عام مصادر الإلتزام. مرجع سابق. ص858.

² الجمل، مصطفى: مرجع سابق. ص426.

³ الديناصوري، عز الدين. الشواربي، عبد الحميد: مرجع سابق. ص19-21.

هذا و قد قصر البعض الحق في الخيرة بين المسؤوليتين رغم تحقق شروطهما على حالتين فقط، أحدهما أن يكون الإخلال بالالتزام يشكل جريمة جنائية حيث يستلزم التعويض رفع الدعوى على أساس المسؤولية التقصيرية، والآخر أن يكون الإخلال مبني على الغش، حيث يرون أن المتعاقد الآخر في هذه الحالة لم يلتزم بقواعد حسن النية في تنفيذ العقود و عندها يستحق أن يتعامل على أساس أنه أجنبي وليس طرفاً في العقد، ويأخذ بهذا الرأي خصوم الخيرة بين المسؤوليتين¹.

فخصوم الخيرة يرون أن لكل نوع من المسؤولية المدنية نطاقه الخاص ولا يمكن أن تتداخل المسؤوليتين، بحيث تندرج الحالة الواحدة تحت مسمى المسؤولية العقدية وحدها أو التقصيرية وحدها أيضاً، ولا يمكن أن يقيم الفعل الواحد كلا المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، فبوجود العقد لا يجوز لأي من المتعاقدين التمسك بالمسؤولية التقصيرية في مواجهة الطرف الآخر، ومع ذلك يمكن أن تنشأ المسؤولية التقصيرية إلى جانب المسؤولية العقدية، وذلك إذا اجتمع فعلاً أحدها يقيم المسؤولية العقدية و الآخر المسؤولية التقصيرية، كالمؤجر الذي يطرد المستأجر من العين المؤجرة ويعتدي عليه بالضرب، فهنا تقوم المسؤولية العقدية عن الفعل الأول والمسؤولية التقصيرية عن الآخر².

يضاف إلى ما سبق، أن للعقد قوة ملزمة يجب احترامها ما بين الأطراف، فيجب أن يخضع النزاع الذي يحدث بين الأطراف لقواعد هذا العقد الذي يحكم العلاقة المتبادلة بينهما، وذلك احتراماً لإرادة الأطراف التي ارتضت بالعقد ليمثل هذه العلاقة، وإذا أبيع لأحد الأطراف التمسك بقواعد المسؤولية التقصيرية فب مواجهة المسائل التي يحكمها العقد فإن ذلك يعتبر إهداراً لإرادة الطرف الآخر، وإن العدالة ترفض أن يحرم شخص من مزايا ما قد تم الاتفاق عليه بإرادته من أجل أن تسري عليه قواعد أخرى لمجرد أن الطرف الآخر قد أراد ذلك كونها تخدم مصلحته³.

¹ عامر، حسين. عامر، عبد الرحيم: مرجع سابق. ص 110-112.

² الديناصوري، عز الدين. الشواربي، عبد الحميد: مرجع سابق. ص 18.

³ عامر، حسين. عامر، عبد الرحيم: مرجع سابق. ص 107.

وبما أن قواعد المسؤولية التقصيرية تمثل القواعد العامة للمسؤولية المدنية في حين أن قواعد المسؤولية العقدية تمثل القواعد الخاصة، فالباحثة ترى أنه عند الإخلال بالالتزام التعاقدية يجب ابتداءً اللجوء الى قواعد المسؤولية العقدية المتمثلة بالأحكام التي نص عليها العقد، على اعتبار أن النص الخاص يقيد العام¹، ولكن في حالة كون الإخلال لا تحكمه قواعد العقد فيمكن عندها اللجوء الى قواعد المسؤولية التقصيرية للمطالبة بالتعويض عما لحق الدائن من أضرار.

أما من ناحية أثر الخيرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية على الإتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية فإن سلك رافع الدعوى مسلك دعوى المسؤولية العقدية فعندها يكون الشرط المعدل لأحكام المسؤولية العقدية منتجاً لأثره في حال كونه صحيحاً من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع كذلك.

لكن، في حالة كون المدعي (الدائن) قد اختار مسلك دعوى المسؤولية التقصيرية، فإن المدعي عليه هنا يحاسب على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية، حيث يسأل مثلاً المتعدي هنا عن الضرر المباشر المتوقع و غير المتوقع، و تكون مسؤوليته على أساس الاضرار بالغير، حيث لا يربط الدائن بالمدين أي عقد وهو يعتبر أجنبي عنه².

وبما أن الدائن قد اختار مسلك دعوى المسؤولية التقصيرية فعندها و بالرغم وجود الشرط المعفي من المسؤولية العقدية إلا أنه لن يستطيع الاستفادة من هذا الشرط الذي تم الإتفاق عليه كون أن المسؤولية التقصيرية تعتبر من النظام العام ولا يستطيع الأطراف الإتفاق على الإعفاء منها، وأي اتفاق بهذا الشأن يعتبر باطلاً ويبقى العقد صحيحاً³. وقد نص القانون المدني الأردني في المادة (270) على أنه " يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار"، وهو أيضاً ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية و اتفقت به مع القانون المدني الأردني فيما يتعلق

¹ انظر قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم (153 \ 1985)، هيئة خماسية، الصادر بتاريخ (16\3\1986).

² الفار، عبد القادر: مصادر الالتزام نصادر الحق الشخصي في القانون المدني. مرجع سابق. ص 200-201.

³ وهذان، رضا متولي: الوجيز في المسؤولية المدنية المسؤولية العقدية (ضمان العقد) المسؤولية التقصيرية (الفعل الضار) المسؤولية عن خطأ الغير المسؤولية عن ضرر الحيوان، البناء، الآلة أساس المسؤولية المدنية عن الغير والأشياء تطبيقات على الحاسب الآلي المقارنة بالفقه الإسلامي. ط1. دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع: المنصورة. 2014. ص 19-20.

بالضمان عن الفعل الضار، فقد نصت المادة (912) منها على أنه " إذا أُلّف واحد مال غيره الذي في يده أو يد أمينه قصداً أو من غير قصد يضمن"، فالإضرار بالغير يلزم الضمان سواء قصد مرتكب الفعل النتيجة أم لم يقصدها.

بينت سابقاً كذلك أن الإتفاق على التخفيف من المسؤولية العقدية يعتبر إعفاءً جزئياً من المسؤولية العقدية، و بما أن الدائن قد اختار طريق دعوى المسؤولية التقصيرية فإن المدين كذلك لن يستفيد من الشرط المتفق عليه بالتخفيف من المسؤولية العقدية، إذ لن يستطيع التذرع بالإتفاق من أجل تخفيف المسؤولية عنه.

أما فيما يتعلق بشرط تشديد المسؤولية العقدية فإن بعض الشراح قد أكد على إمكانية الإتفاق على تشديد المسؤولية التقصيرية كون أن التشديد لا يتعارض مع هدف المشرع من إبطال الشرط القاضي بالاتفاق على الاعفاء أو التخفيف من المسؤولية التقصيرية¹، فبذلك إن سلك الدائن مسلك دعوى المسؤولية التقصيرية فإنه يمكن أن يعتد بالشرط المشدد من المسؤولية في مواجهة المدين.

يؤدي كذلك اللجوء الى رفع دعوى المسؤولية التقصيرية بدلاً من دعوى المسؤولية العقدية الى نقل عبء الثبات، فبعد أن كان عبء الإثبات على المدين بأنه قام بالتزامه التعاقدى أو يثبت السبب الأجنبي للتخلص من المسؤولية، فإن عبء الإثبات ينتقل إلى الدائن كونه يطالب بالتعويض عن الضرر و يصبح مسؤولاً عن إثبات هذا الضرر وأن المدين قد خالف الواجب العام الذي يقضي بعدم الإضرار بالغير².

¹ حسين. فرهاد حاتم: مرجع سابق. ص464.

² منصور. أمجد محمد: مرجع سابق. ص249.

الخاتمة

تقسم الإتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية إلى ثلاثة أقسام: وهي الإتفاقات المشددة من أحكام المسؤولية العقدية، و الإتفاقات المخففة من هذه المسؤولية التي تعتبر إعفاءً جزئياً من المسؤولية العقدية، إضافة إلى الإتفاقات التي ترمي إلى الإعفاء الكلي من المسؤولية العقدية، وتختلف طرق الإتفاق على التشديد أو التخفيف من المسؤولية العقدية، التي تتراوح ما بين زيادة أو تقليل الحالات التي يكون فيها المدين ضامناً، أو زيادة و انقاص المدة التي يبقى فيها المدين ملتزماً بالضمان، كذلك صورة الإتفاق على مقدار العناية التي على المدين الالتزام بها و إلا تحققت مسؤوليته العقدية، و جميع ذلك في إطار ما يسمح به القانون.

لم يتضمن القانون المدني الأردني نصاً صريحاً يتيح للأطراف المتعاقدة الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية، لكن لا يعني ذلك بأن القانون الأردني لم يأخذ ضمن نصوصه بتطبيقات لهذه القاعدة، فمن خلال استقراء نصوص التشريع الأردني والقياس والتمحص الدقيق في أحكامه الخاصة تم التوصل إلى القاعدة العامة التي تتيح المجال أمام الأفراد بإيراد اتفاقات تعدل أحكام المسؤولية العقدية ضمن ما يقبله الأطراف المتعاقدة.

مثلاً وجدنا أن المادة (164) من هذا القانون تجيز إيراد الشروط التي فيها نفع لأحد الأطراف، كذلك تجيز المادة (216) للأطراف الإتفاق على تحمل المدين تبعة السبب الأجنبي حيث يعتبر مثل هذا الاتفاق تشديداً لأحكام المسؤولية العقدية، أما بالنسبة للإتفاق الذي يعدل من مقدار العناية المطلوبة فهو جائز حسب ما جاءت به المادة (358) من ذات القانون، وخير برهان على صحة الإتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية، السماح للأطراف بالاتفاق على الاعفاء من ضمان العيوب الخفية حسب ما جاء في المادة (4\514)، والسماح بالاتفاق على زيادة مدة الضمان في المادة (1\521)، و كذلك فيما يتعلق بضمان التعرض والإستحقاق في كل من البيع والهبة بعوض وفي عقد الايجار.

أما من خلال استقراء نصوص التشريع الساري في فلسطين- مجلة الأحكام العدلية والقوانين الخاصة_ فإن مجلة الأحكام العدلية أيضاً لا تنص على قاعدة عامة تتيح الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية، وعند الإطلاع الأولي على نصوص المجلة يخيل للباحث أن مجلة الأحكام العدلية ترفض إطلاقاً الإتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية خاصة المتعلقة بالتخفيف والإعفاء من المسؤولية العقدية، وذلك بدلالة المادة (771) والمادة (768) والمادة (813) وغيرها من النصوص، لكن المتمعن بنصوص هذه المواد سيجد أنها جميعها متعلقة بعقود الضمان التي ترفض طبيعتها مثل هذه الإتفاقات والتي يكون بها الشرط مناقضاً لمقتضى العقد، وأن الإتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية هي اتفاقات جائزة أيضاً في ظل مجلة الأحكام العدلية بدلالة نص المادة (83) بشرط أن تتوافق هذه الشروط مع المواد (186-188) من المجلة، وقد أجازت مجلة الأحكام العدلية الاتفاق على الإعفاء من ضمان العيوب الخفية بالمبيع والمال الموهوب بشكل صريح في المواد (342، 855).

أما فيما يتعلق بالقوانين الخاصة السارية في فلسطين، فجاءت بعض المواد في جزئيات معينة تجيز الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية كما في قانون التجارة النافذ في الضفة الغربية في المادة (77) منه التي لم تمنع الإتفاق على ما يخالفها وقد أخذ القضاء بفكرة تعديل أحكام المسؤولية العقدية فيما يتعلق بها، وما جاء في المادة (13) من قانون التأمين الفلسطيني بإجازة الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية، والمادة (12) من ذات القانون التي نصت على الشروط الباطلة في عقد التأمين بدلالة أنه ما يخرج من دائرة هذه الشروط هو صحيح فبذلك يجوز إيراد الإتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية فيما يتعلق بعقد التأمين.

وعلى الرغم من التوصل للقاعدة العامة التي تتيح للأفراد الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية إلا أن ذلك لا يعني إمكانية تطبيق هذه القاعدة على جميع الإتفاقات، حيث نص القانون على بطلان مجموعة من الإتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية بشكل عام، وأهمها الشروط التي يعتمد المستفيد إدراجها لإعفائه من المسؤولية في حالة الغش عند تنفيذ الالتزام أو حتى الخطأ الجسيم الصادر من قبله، كذلك الحال بالنسبة للشروط التعسفية المتعلقة بتعديل أحكام المسؤولية التي

يضعها الطرف الأقوى في العقد، و كذلك الشروط التي تقضي بالتخفيف أو الإعفاء من المسؤولية عن الأضرار الجسدية، ناهيك عن الشروط التي تتعلق بقواعد مرتبطة بالنظام والآداب العامة، في المقابل هنالك مجموعة من الإتفاقات المتعلقة بنوع معين العقود يكون فيها تعديل احكام المسؤولية العقدية باطلاً غير منتج، بل قد يؤدي إلى إبطال العقد كذلك أو فساد، كشرط عدم ضمان الثمن عند استحقاق المبيع إذ يؤدي هذا الشرط الى فساد البيع، إضافة الى عدة شروط تبطل في حد ذاتها كشرط اعفاء المهندس والمقاول من المسؤولية المترتبة عليها نتيجة لتهدم البناء، والشرط الذي يقضي بإعفاء رب العمل من المسؤولية المترتبة عليه قبل العامل.

أما فيما يتعلق بصحة الشروط المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية في جانب و عدم صحتها في جانب آخر، كان لابد من التطرق لأثر هذه الشروط، فالشرط الصحيح ينتج أثره ما بين أطرافه ومن في حكمهم، وقد يمتد أثر هذا الشرط إلى الغير في حالة كون هذا الغير من دائني الدائن أو أنه قد تم الإشتراط في العقد شرطاً لمصلحته، أو اشتراكه في الخطأ مع المدين أو في حالة تعهده بالقيام بالفعل، عندها سيتأثر الغير بهذا الشرط المعدل لأحكام المسؤولية العقدية.

تؤدي كذلك الشروط المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية في حالة الحكم بصحتها الى نقل عبء الإثبات و ذلك كون تعديل أحكام المسؤولية العقدية ينصب عادة على تعديل في طبيعة الإلتزام مما يؤدي إلى تعديل في قواعد الإثبات و نقل عبء الإثبات من طرف إلى آخر، أما بالنسبة للأثر المباشر للإتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية فإنه يؤدي إلى تحديد نطاق المسؤولية تشديداً وتخفيفاً أو حتى إعفاء كلياً من المسؤولية.

تحدد كذلك الإتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية في حال صحتها نطاق المسؤولية، فالشرط المعفي من المسؤولية العقدية يؤدي إلى الإعفاء من المسؤولية المترتبة بشكل كامل، كذلك الشرط المخفف من المسؤولية ينتج أثره وفقاً لطبيعة الإتفاق المخفف من المسؤولية العقدية سواء كان متعلقاً بإنقاص مدة الرجوع على المدين أو كان متعلقاً بمقدار العناية المطلوبة من المدين أو حتى في حالة تحول الإلتزام من التزام بتحقيق نتيجة إلى الإلتزام ببذل العناية، و كذلك الأمر بالنسبة للشرط الصحيح المشدد من المسؤولية العقدية الذي يؤدي إلى تشديد مسؤولية المدين وجعله ضامناً

في حالات قد أعفاه القانون ابتداءً من الضمان عند تحققها كما في حالة السبب الأجنبي والقوة القاهرة، وشرط الإعفاء أو التخفيف المعدل لأحكام المسؤولية العقدية الصحيح ينتج أثره في ظل دعوى المسؤولية العقدية فقط، أما الشرط المشدد من المسؤولية العقدية في حال صحته فإنه ينتج أثره أيضاً في ظل دعوى المسؤولية التقصيرية الى جانب دعوى المسؤولية العقدية.

كما وقد يحكم ببطالان الشرط المعدل لأحكام المسؤولية العقدية في حال خرج عن النطاق العام المسموح به للإتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية_ أي خرج عن نطاق الإتفاقات التي يسمح بها القانون_، وعادةً ما يتم إبطال الشرط المعدل لأحكام المسؤولية العقدية بشكل مستقل عن العقد، إلا أنه في حالة ما كان هذا الشرط هو الدافع نحو التعاقد عندها سيتم ابطال العقد ككل، في المقابل قد يعتبر العقد فاسداً في حال ما اقترن العقد بشرط فاسد معدل لأحكام المسؤولية العقدية ويتم تصحيح هذا العقد من خلال إزالة سبب الفساد.

تطرقنا أيضاً في هذه الرسالة إلى موضوع الشرط الجزائي المتمثل بالتعويض الإتفاقي بسبب ربطه بمفهوم تعديل أحكام المسؤولية العقدية واعتباره تطبيقاً عملياً للشرط المشدد من أحكام المسؤولية العقدية، فعلى الرغم من وجه التشابه بينهما إلا هنالك مجموعة من الإختلافات الجوهرية التي تؤكد على أنهما يشكلان نظامين مختلفين، حيث أن الشرط الجزائي يشكل التزاماً تبعياً للالتزام الأصلي أما الشرط المعدل لأحكام المسؤولية العقدية فهو مرتبط بالالتزام الأصلي للعقد، وهناك إختلاف جوهري آخر متعلق بمحل كلا الاتفاقين فمحل الإتفاق الأول يكون متمثلاً بمبلغ من النقود أما الإتفاق الآخر فيتعلق بطبيعة الإلتزام، يضاف إلى ذلك الإختلاف المتعلق بسلطة القاضي حيث يحق للقاضي تعديل مقدار التعويض الإتفاقي في حين لا يحق له التدخل في الشروط المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية ما دام لم تطلها صفة البطلان.

وأخيراً تحدثنا عن موضوع المسؤولية التقصيرية والفرقة بينها وبين المسؤولية العقدية، وقد اقتصر الحديث عن إمكانية اللجوء إلى دعوى المسؤولية التقصيرية بدلاً من دعوى المسؤولية العقدية في حال توفر شروطهما وذلك للتخلص من الإتفاقات المعفية من المسؤولية التي تبطل في ظل المسؤولية التقصيرية، وللفقه في هذه المسألة رأيين، فمنهم من يجيز الخيرة بين نوعي المسؤولية

وعندها يتحلل الدائن من شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية الذي يمنعه من المطالبة بالتعويض الناتج عن إخلال المدين بالتزامه، وجانب آخر من الفقه الذي يرفض الخيرة بين نوعي المسؤولية وعندها لا يحق لأطراف العقد إلا بالمطالبة بالتعويض عن طريق دعوى المسؤولية العقدية التي تحكمها قواعد المسؤولية العقد وشروط العقد.

التوصيات:

1_ أقترح على الشرع الأردني وعلى العاملين على مشروع القانون المدني الفلسطيني أن يتم إضافة نص إلى أحكام القانون يتم فيه النص على إمكانية الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية بالإعفاء والتخفيف والتشديد، وأقترح أن يكون النص على النحو الآتي:

1- يجوز الإتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة.

2- كذلك يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية غير الرئيسي المترتب على العقد إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه".

2- أوصي بالتمييز ما بين الشرط المعدل لأحكام المسؤولية العقدية خاصة الشرط المشدد من المسؤولية العقدية والشرط الجزائي وذلك بسبب الاختلاف ما بين النظامين.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

القوانين

- مجلة الأحكام العدلية. ط1. عمان: دار الثقافة. 1999. صدرت عن مجلس شورى الدولة العثمانية ورسمت بمرسوم السلطان العثماني عبد العزيز بن محمود الثاني في عام 1869م. ص101.
- القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة (1976)، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد2645، تاريخ 1976/8/1، صفحة2. والمذكرات الإيضاحية.
- القانون المدني المصري رقم (181) لسنة 1947.
- قانون العمل و تعديلاته رقم (7) لسنة (200) المنشور في الوقائع الفلسطينية (السلطة الوطنية الفلسطينية). عدد 39. بتاريخ 2001\11\25. ص7.
- قانون المالكين والمستأجرين رقم (62) لسنة (1953) المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 1953\4\16. ص661.
- قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية رقم (2) لسنة (2001) المنشور في العدد (38) من مجلة الوقائع الفلسطينية في (2001\9\5) ص5.
- قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم (4) لسنة (2001) المنشور في العدد (38) من مجلة الوقائع الفلسطينية بتاريخ (2001\9\5). ص226.
- قانون التجارة الأردني رقم (12). لسنة (1966). المنشور في الجريدة الرسمية رقم (1910). تاريخ 1966\3\30. ص472.

- قانون التأمين رقم (20) لسنة (2005) المنشور في العدد (62) من مجلة الوقائع الفلسطينية. بتاريخ 25\3\2006. ص5.
- قانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة (1944) المنشور في العدد (1380) من مجلة الوقائع الفلسطينية بتاريخ 28/12/1944. صفحة 149.
- قانون العمل الأردني و تعديلاته رقم (8) لسنة (1996) المنشور في الجريدة الرسمية على صفحة (1173) من عدد (4113) بتاريخ (1996/4/16).
- مشروع القانون المدني الفلسطيني ومذكراته الإيضاحية، إعداد موسى أبو ملح و خليل أحمد قتادة، ديوان الفتوى والتشريع في فلسطين، 2003.

ثانياً: المراجع

الكتب:

- أبو البصل: عبد الناصر موسى. دراسة في فقه القانون المدني الأردني النظرية العامة للعقد. ط1. الاردن: دار النفائس للنشر والتوزيع. 1999.
- أحمد، إبراهيم السيد: فكرة حسن النية في المعاملات المدنية فقهاً وقضاءً دراسة مقارنة. الإسكندرية: منشأة المعارف. 2015.
- أحمد. هلدیر أسعد. نظرية الغش في العقد. د.ط. بيروت: دار الكتب العلمية. 2011.
- الحلالشة، عبد الرحمن أحمد جمعة: الوجيز في شرح القانون المدني الأردني آثار الحق الشخصي أحكام الإلتزام. ط1. عمان: دار وائل للنشر والتوزيع. 2006.
- الجبوري، ياسين محمد. الوجيز في شرح القانون المدني الأردني آثار الحقوق الشخصية (أحكام الإلتزام) دراسة مقارنة. ط1. ج2. عمان: الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع. 2003.

- الجبوري، ياسين محمد. الوجيز في شرح القانون المدني الأردني مصادر الحقوق الشخصية (مصادر الالتزام) دراسة مقارنة. ط2. ج1. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2011.
- الجمال، مصطفى: النظرية العامة للإلتزامات. الإسكندرية: الدار الجامعية. 1987.
- الجمال، مصطفى محمد. الجمال، عبد الحميد محمد: النظرية العامة للقانون. بيروت: الدار الجامعية. 1987.
- الحلبي، ابراهيم بن محمد بن ابراهيم: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر. د.ط. ج3. بيروت: دار الكتب العلمية. 2016.
- الديناصورى، عز الدين. الشواربي، عبد الحميد: المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء. ط6. الإسكندرية: الفنية للتجليد الفني. 1997.
- الزحيلي، وهبة بن مصطفى: الفقه الإسلامي وأدلته الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها وفرسة الفبائية للموضوعات وأهم المسائل الفقهية النظريات الفقهية والعقود. ط2. ج4. دمشق: دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر. 1985.
- الزحيلي، وهبة بن مصطفى: الفقه الإسلامي وأدلته الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها. ط4. ج4. دمشق: دار الفكر. د.ت.
- الزحيلي، وهبة بن مصطفى: الفقه الإسلامي وأدلته الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها. ط4. ج5. دمشق: دار الفكر. د.ت.
- الزعبي: محمد يوسف. العقود المسماة شرح عقد البيع في القانون المدني الأردني. ط1. ددن. 1993.

- السرحان، عدنان ابراهيم: شرح القانون المدني العقود المسماة في المقولة، الوكالة، الكفالة. ط1. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1996.
- السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الإلتزام بوجه عام مصادر الإلتزام. مجلد 1. ط3. لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية. 2000.
- السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الإلتزام بوجه عام مصادر الإلتزام. مجلد 2. ط3. لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية. 2000.
- السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الإلتزام بوجه عام الاثبات_ آثار الإلتزام. مجلد 2. ط3. لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية. 2000.
- الشهباني، هاشم علي: المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الانشاءات. ط1. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2009.
- الصده، عبد المنعم فرج: نظرية العقد في قوانين البلاد العربية (القانون المصري واللبناني والسوري والعراقي والليبي والكويتي والسوداني). بيروت: دار النهضة العربية للطباعة والنشر. 1974.
- الطباخ، شريف: التعويض عن الإخلال بالعقد التطبيق العملي للمسؤولية المدنية في ضوء القضاء والفقه. المنصورة: دار الفكر والقانون. 2008.
- الطيار، عبد الله بن محمد: كتاب الفقه الميسر. ط2. ج6. الرياض: مدار الوطن للنشر. 2012.
- العبيدي، علي هادي: العقود المسماة البيع والإيجار وقانون المالكين والمستأجرين وفق آخر التعديلات مع التطبيقات القضائية لمحكمة التمييز. ط6. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2012.

- العماوي، محمد عبد الغفور: التعويض عن الأضرار الجسدية و الأضرار المجاورة لها دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون. ط1. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2012.
- العمروسي، أنور: المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون المدني الأركان، الجمع بينهما، والتعويض دراسة تأصيلية مقارنة. ط1. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. 2004.
- الفار، عبد القادر: مصادر الإلتزام مصادر الحق الشخصي في القانون المدني. ط6. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2015.
- الفار، عبد القادر: مصادر الإلتزام مصادر الحق الشخصي في القانون المدني. ط1. عمان: الدار العلمية الدولية ومكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2003.
- الفضل، منذر: الوسيط في شرح القانون المدني مصادر الإلتزامات وأحكامها دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقہ الإسلامي معززة بآراء الفقہ وأحكام القضاء. ط1. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2012.
- القرطبي، أبو وليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد: بداية المجتهد و نهاية المقتصد. ط6. ج4. بيروت: دار المعرفة للنشر و التوزيع. 1083.
- المحاقري، اسماعيل محمد علي: الإعفاء من المسؤولية المدنية في القانون المدني اليمني مقارناً بالقانون المدني المصري والشريعة الإسلامية. القاهرة: سعد سمك للنسخ والطباعة. 1996.
- المكتب الفني نقابة المحامين: المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ط3. ج1. عمان: مطبعة التوفيق. 1992.
- المكتب الفني نقابة المحامين: المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ط3. ج2. عمان: مطبعة التوفيق. 1992.

- باز، سليم رستم: شرح المجلة. ط3. بيروت: دار العلم للجميع. 1998.
- باشا، محمد قدري: مرشد الحيران الى معرفة أحوال الإنسان. ط1. بيروت: منشورات الحلبي. 2012.
- باشا، محمد قدري: مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان في المعاملات الشرعية. بيروت: دار الكتب العلمية. 2017.
- بن سعد بن حسين العبدلي: محمد. القواعد الفقهية المتعلقة بالشروط الفاسدة وتطبيقاتها في العقود. ط1. السعودية: جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية. 2008.
- تناعو، سمير عبد السيد: التأمينات الشخصية والعينية الكفالة-الرهن الرسمي-حق الاختصاص-الرهن الحيازي-حقوق الامتياز. الاسكندرية: منشأة المعارف. 1996.
- جاد الحق، إيناس محمد ابراهيم: الشرط المانع من التصرف دراسة مقارنة بين القانون الوضعي و الفقه الإسلامي. ط1. مصر: مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع. 2018.
- حسين، أنور يوسف: ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة في القانونين اليمني والمصري. ط1. المنصورة: دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع. 2014.
- حسين، فهاد حاتم: عوارض المسؤولية المدنية. ط1. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية. 2004.
- حمد امين، هيمن حسين: الضرر المعنوي والتعويض عنه في القانون والقضاء الإداري المقارن دراسة تحليلية مقارنة. ط1. القاهرة: المركز العربي للنشر والتوزيع. 2018.
- حيدر، علي: درر الحكام شرح مجلة الأحكام. ج1. المملكة العربية السعودية: دار عالم الكتب. 2003.

- حيدر، علي: درر الحكام شرح مجلة الأحكام. ج2. المملكة العربية السعودية: دار عالم الكتب. 2003.
- خوالدة، أحمد مفلح: شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية دراسة مقارنة. ط1. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2011.
- دواس، أمين: القانون المدني الأردني | أحكام الإلتزام " دراسة مقارنة" أحكام الإلتزام. ط1. رام الله: دار الشروق للنشر والتوزيع. 2005.
- دواس، أمين: مجلة الأحكام العدلية و قانون المخالفات المدنية. ط1. ج2. رام الله: المعهد القضائي الفلسطيني. 2012.
- زكي، محمود جمال الدين: مشكلات المسؤولية المدنية. ج2. القاهرة: مطبعة جامعة القاهرة. 1990.
- سعد، نبيل إبراهيم: الضمانات غير المسماة. ط2. الإسكندرية: منشأة المعارف. 2000.
- سعد، نبيل إبراهيم: النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام. ج1. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة. 2004.
- سلطان، أنور: مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي. ط1. عمان: الجامعة الأردنية. 2002.
- سليمان، شيرداز عزيز. حسن النية في إبرام العقود دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقات الدولية. ط1. عمان: دار دجلة. 2008.
- سوار، محمد وحيد الدين: شرح القانون المدني الحقوق العينية التبعية الرهن المجرد الرهن الحيادي حقوق الامتياز. ط1. الاصدار5. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2006.
- شنب، محمد لبيب: شرح أحكام عقد المقاولة. القاهرة: دار النهضة العربية. 1962.

- طلبة، أنور: المسؤولية المدنية. ج2. ط1. الإسكندرية: المكتب الجامعي الحديث. 2005.
- عابدين، أمين، محمد (ابن عابدين): رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار. ج7. الرياض: دار عالم الكتب. 2003.
- عامر، حسين. عامر، عبد الرحيم: المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية. ط2. القاهرة: دار المعارف. 1979.
- محمد. عمرو طه بدوي: المدخل لدراسة القانون نظرية القانون. ج1. د. ن. 2007.
- مرقس، سليمان: الوافي في شرح القانون المدني في الإلتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية الأحكام العامة. مجلد1. ط5. د. د. ن. 1992.
- منصور، أمجد محمد: النظرية العامة للإلتزامات مصادر الإلتزام . ط1. الإصدار2. عمان: الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع و دار الثقافة للنشر و التوزيع. 2003.
- نجيدة، علي: النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام. الكتب الأول. القاهرة: دار النهضة العربية. 2004\2005.
- نصره، أحمد: قانون العمل الفلسطيني. ط2. د. م. ن. د. د. ن. 2012.
- وهدان، رضا متولي: الوجيز في المسؤولية المدنية المسؤولية العقدية (ضمان العقد) المسؤولية التقصيرية (الفعل الضار) المسؤولية عن خطأ الغير المسؤولية عن ضرر الحيوان، البناء، الآلة أساس المسؤولية المدنية عن الغير والأشياء تطبيقات على الحاسب الآلي المقارنة بالفقه الإسلامي. ط1. دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع: المنصورة. 2014.
- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية: الموسوعة الفقهية عموم - غيالة. ط1. ج31. الكويت: دار الصفاة للطباعة والنشر والتوزيع. 1994.

الرسائل الجامعية:

- أبو ليلي، طارق محمد مطلق: التعويض الاتفاقي في القانون المدني _دراسة مقارنة_. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة النجاح الوطنية. نابلس. فلسطين. 2007.
- الحيص، علي مصبح صالح: سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الاذعان. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة الشرق الأوسط. الأردن. 2011.
- الخرينج، ناصر متعب بنية: الإتفاق على الإعفاء من التعويض في القانون الكويتي دراسة مقارنة مع القانون الأردني. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة الشرق الأوسط. الأردن. 2010.
- الشنطاوي، سنان خليل سلامة: مسقطات ضمان العيب الخفي في عقد البيع في القانون المصري والأردني دراسة مقارنة. (رسالة ماجستير غير منشورة). القاهرة. 2001.
- العايب، سمير. حميطوش، زكرياء: ضمان التعرض و الإستحقاق في عقد البيع. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة عبد الرحمن ميرة: بجاية. 2016.
- العماوي، عيسى محمد عيسى: أثر الخطأ الجسيم على المسؤولية العقدية في ظل أحكام القانون المدني الأردني. (رسالة ماجستير غير منشورة). الجامعة الأردنية. عمان. الأردن. 2014.
- العياشي، طارق بهاء الدين: سلطة المحكمة في تعديل الشرط الجزائي بعقود المقاولات. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة الشرق الأوسط. عمان. الأردن. 2016.
- العيسائي، عبد العزيز مقل: شرط الإعفاء من المسؤولية المدنية في القانون المدني الأردني واليميني دراسة مقارنة. (رسالة ماجستير غير منشورة). الجامعة الأردنية. عمان. الأردن. 1998.

- الموسى، ريم إحسان محمود: الدعوى المباشرة في التأمين من المسؤولية المدنية دراسة مقارنة (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة النجاح الوطنية. نابلس. فلسطين. 2010.
- النعيمي، منتصر موفق عبد الحميد: ضمان التعرض والإستحقاق في عقد البيع في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة جرش. 2012.
- الوزان، وليد محمد بخيت: إبراء مسؤولية البائع من ضمان العيب الخفي في عقد البيع. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة الشرق الأوسط. عمان. الأردن. 2011.
- اليميني، محمد بن عبد العزيز بن سعد: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة الملك سعود. المملكة العربية السعودية. 1426هـ.
- بحماوي: التعويض عن الأضرار الجسدية بين الأساس التقليدي للمسؤولية المدنية والأساس الحديث. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة أبو بكر بلقايد. الجزائر. 2008.
- بلخير، أحمد: عقد الإستصناع وتطبيقاته المعاصرة دراسة حالة البنك الإسلامي للتنمية. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة الحاج لخضر. باتنة. 2008.
- بلقاسم، أعراب: شروط الإعفاء من المسؤولية المدنية. (رسالة ماجستير غير منشورة). الجامعة الأردنية. عمان. الأردن. (د.ت).
- بن يوب، هدى: مبدأ حسن النية في العقود. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة العربي بن مهيدي. أم البواقي. 2013.
- جبر، بسام سعيد جبر: ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ودورهما في منع تراخي في تنفيذ العقود " دراسة مقارنة". (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة الشرق الأوسط. عمان. الأردن. 2011.

- حامد، صديق عوض الله محمد: التزامات عقد العمل دراسة مقارنة. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة شندي. شندي. السودان. 2016.
- حميدة، يوس. كهينة، ساعم: الاتفاقات المعدلة للمسؤولية في القانون المدني الجزائري. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة عبد الرحمن ميرة. بجاية. 2015.
- خلة، منال جهاد أحمد. أحكام عقود الإذعان في الفقه الإسلامي. (رسالة ماجستير غير منشورة). الجامعة الإسلامية. غزة. فلسطين. 2008.
- خليل، خير عبد الراضي: الهبة وأحكامها في الشريعة الإسلامية. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة الملك عبد العزيز. مكة المكرمة. المملكة العربية السعودية. 1981.
- سمارة، عادل عبد العزيز عبد الحميد: مسؤولية المقاول والمهندس عن ضمان متانة البناء في القانون المدني الأردني " دراسة مقارنة". (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة النجاح الوطنية. نابلس. فلسطين. 2007.
- طلافحة، محمد عبد الله علي: التطبيقات المعاصرة للشروط المقتزنة بالعقود المالية. (رسالة ماجستير غير منشورة). الجامعة الأردنية. الأردن. 2004.
- عبد القادر، سعيدي: آليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة د. مولاي طاهر سعيدة. سعيدة. الجزائر. 2016.
- عبد القادر، علاق: أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة أبو بكر بلقايد. الجزائر. 2008.
- عثمان، عاشور. فريدة، عبد الفتاح: مبدأ سلطان الإرادة بين التأصيل والحدثة. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة عبد الرحمن ميرة. بجاية. 2014.

- عدة، عليان: فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري و الفقه الإسلامي. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة أبو بكر بالقايد. تلمسان. 2015-2016.
- كهينة، أقشوط. سليم، بعوش: السلطة التقديرية للقاضي في تحديد التعويض عن الأضرار الجسدية في القانون المدني الجزائري. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة عبد الرحمن ميرة: بجاية. 2013.
- لعربي، كريمة: التعويض في المسؤولية المدنية. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة أكلي محند اولحاج: الجزائر. 2013.
- مرداوي، عرفات نواف فهمي: الصورية في التعاقد "دراسة مقارنة". (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة النجاح الوطنية: نابلس، فلسطين. 2010.
- نصره، أحمد سليم فريز: الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة النجاح الوطنية. نابلس. فلسطين. 2006.
- هزيم، ربحي محمد أحمد: ضمان التعرض والإستحقاق في عقد البيع. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة النجاح الوطنية. نابلس. فلسطين. 20

المجلات والدوريات:

- أبوشنب، احمد عبد الكريم: أحكام التعديل الإتفاقي للمسؤولية العقدية في القانون المدني الأردني. مؤته للبحوث والدراسات العلوم الانسانية والاجتماعية: الأردن. (مج21. ع2. 2006).
- أبو عرابي، غازي خالد: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة. دراسات علو الشريعة والقانون. الأردن. (مج52. ع2. 1998).
- الجبير، هاني عبد الله بن محمد: مسائل فقهية في باب الإجارة. مجلة البحوث الإسلامية. المملكة العربية السعودية. (ع99. 2012).

- الزهر، محمد أيمن: *الإستقراء ومجالاته في علو الشريعة*. مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية. دمشق. (مج29. ع1. 2013).
- العيسى، حارث محمد سلامة. الخطيب، أحمد غالب محمد علي: *يد الضمان و يد الأمانة بين النظرية والتطبيق في الفقه الإسلامي*. مجلة الجامعة الإسلامية سلسلة الدراسات الإنسانية. (مج18. ع2. 2010). ص315.
- جغيم، نعمان بن مبارك: *حكم الشروط المقترنة بالعقود في الفقه الإسلامي*. مجلة الحكمة. بريطانيا. (ع16. 1998).
- سعيد، ليلي عبد الله: *يد الأمانة ويد الضمان في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي*. مجلة دراسات الشريعة والقانون. (ع1. 1996).
- سميران، محمد علي: *المقبوض على سوم الشراء مفهومه و أحكامه "دراسة فقهية مقارنة"*. المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية. الأردن. (مج5. ع4. 2009).
- طلافحة، محمد محمود أحمد: *قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون*. المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية. عمان. (مج2. ع36. 2006). ص6.
- كروان، عبد الأمير جفات: *تبرؤ البائع من ضمان العيب الخفي دراسة مقارنة*. مجلة الكلية الإسلامية الجامعة. العراق. (مج10. ع36. 2015).
- محمد، دمانة: *شرط الإعفاء من المسؤولية بين مقتضيات سلطان الارادة وسلطان القانون*. دفاثر السياسة والقانون. الجزائر. (ع5. 2011).
- محمود، سلطان عبد الله: *الدفع بالنظام العام وأثره*. مجلة الرافيدين للحقوق. الموصل. (مج12. ع34. 2010).

- ناجي، اسراء فهمي: *العقد الفاسد في الفقه الاسلامي والقانون المدني*. مجلة رسالة الحقوق. جامعة كربلاء. السنة الرابعة. العدد الخاص ببحوث المؤتمر القانوني الوطني الأول.

المواقع الإلكترونية:

- بن عمارة، محمد: مقال بعنوان *المعيار الذاتي والموضوعي في القانون الجزائري*.

http://www.univ-djelfa.dz/revues/dirassat/index_htm_files/Makal11_03.pdf

An-Najah National University

Faculty of Graduate Studies

**The Agreed Modification of the Contractual
Responsibility in the Palestinian and Jordanian Laws**

By

Daniah Belal Fuze Jarrar

Supervisor

Dr. Ghassan Khaled

Co – Supervisor

Dr. Moyad Hattab

**This Thesis is Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements of
the Degree of Master in private law, Faculty of Graduate Studies
An-Najah National University, Nablus - Palestine.**

2019

The Agreed Modification of the Contractual Responsibility in the Palestinian and Jordanian Laws

By

Daniah Belal Fuze Jarrar

Supervisor

Dr. Ghassan Khaled

Co – Supervisor

Dr. Moyad Hattab

Abstract

This thesis studies the possibility of modifying the contractual responsibility in the journal of Judicial Provisions and the laws in force in Palestine compared to the Jordanian civil law, by clarifying the various texts that can allow the conclusion of these agreements, whether mitigation or tightening or exemption from liability.

It will be clear from the texts of the law the subject of the study

The content of the Rule of Contract Amendment of Contractual Liability, the provisions allowing for such agreements and the method used to take into account such conditions.

It will also be clear during the thesis study that the legislation in force in Palestine and the Jordanian legislation did not provide an explicit text containing a general rule on the rules and effects related to the modification of the contractual liability rules as some Arab legislation did, Rather, this rule can be derived from a variety of applications that have different aspects of this responsibility, the search will gather all these applications from different scripts In order to reach the general rule which allows the parties to agree to amend the contractual liability rules Through the set of

conditions that are stated in the contract by them where the will may tend to tighten the contractual responsibility to the extent of bearing the force majeure or foreign cause, since the will to tend to emphasize the responsibility to move towards mitigation or even exemption within the limits of the exceptions that will be raised and that comes from fraud and serious error, arbitrary conditions and many cases that will be discussed through this thesis.

After clarifying the position of the Palestinian and Jordanian legislators regarding the amended agreements of the contractual liability provisions, the amended agreements of the contractual responsibility that are in accordance with the provisions of the law that are considered valid and productive will be discussed. If the law makes it an obligation to exercise due diligence, the burden of proof is shifted from the creditor who had to prove that the debtor did not take due care to the debtor who, for example, had to prove that a force majeure had to be decomposed. Commitment and it will be clear through the thesis that such conditions are invoked only by contractors in the face of each other and the impact does not extend to others who are not parties to the contract.

On the other hand, the condition contained in the contract relating to the amendment of the liability rules may be corrupt or void. After indicating the cases in which this condition is considered corrupt or void, the effect of these conditions shall be clarified, so that if the condition is deemed corrupt then the contract does not arrange any obligations or The rights of any of

the parties and the right of any party to request the cancellation of the contract without the need for a judicial decision, but if the condition is considered void then the condition is canceled and considered as if not unless it is the motive towards the contract, then the contract is nullified and the situation is returned to what it was before the contract.