المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية

اسم المقال: مفهوم النظام العام وإشكالات طبيعته ونطاقه في تنظيم القانون المدني الأردني للتأمين
اسم الكاتب: د. أسيد حسن الذنيبات
رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/index.php/library/8116
تاريخ الاسترداد: 2026/11/02 08:57 +03

الموسوعة السياسيّة هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت.
لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع https://political-encyclopedia.org/terms-of-use

تم الحصول على هذا المقال من موقع المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية جامعة مؤتة ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

مفهوم النظام العام وإشكالات طبيعته ونطاقه في تنظيم القانون المدني الأردني للتأمين

د. أسيد حسن الذنيبات *

تاريخ تقديم البحث: ٢٠١٩/٩/١٨م. تاريخ القبول: ٢٠١٩/١٢/٣٠م.

ملخص

حاول الباحث أن يقف على مفهوم النظام العام عموما وفي التصرفات القانونيّة على وجه الخصوص، ليخلص بالنتيجة إلى تعذّر تعريفه تعريفاً جامعاً مانعاً في ظل ما شهدته فكرته من تطورات استحدَثت أنواعاً جديدةً منه تختلف في مفاعيلها عما كان تقليدياً سائداً، وظهر لنا أن النص الآمر ليس في ذاته النظام العام ولا يمثله بالضرورة لا شكلاً ولا موضوعاً، بقدر ما هو مقاربة من المشرّع لرعاية النظام العام، تلك المقاربة التي قد تحقق أهدافها، وقد لا تفعل، وقد تفعل ذلك على نحو نسبي، الأمر الذي سيترك أثره _ في ظل هذا التصور _ في آلية تفسير النصوص، ويحقق شيئاً من الاتساق في الأسس الفكرية الكامنة وراء هذه النصوص.

وعند الوقوف على نطاق النظام العام المرعي في تنظيم القانون المدني للتأمين ظهر لنا أن المشرّع اشترطَ لمشروعية محل هذا العقد عدم مخالفة هذا المحل لمبادئ الشريعة الإسلامية وهو ما أدخلنا في إشكاليات تتصل بإباحة الأمر في ذاته وحظر التأمين عليه في ذات الوقت في مفارقة لم نجدها محمودة.

ثم ظهر لنا أنّ سمة الحمائية بادية في تنظيم القانون المدني للمضمون العقدي للتأمين وأن الإشكال المقصود يتأتى من جزاء مخالفة النصوص الراعية لهذا النوع من النظام العام ؛ فالبطلان المطلق لا يتناسب البتة مع الغايات الحمائية للنصوص الآمرة المنظمة لهذا المضمون العقدي، فهو يقودنا للأسف نحو بطلان العقد برمته؛ ذلك أن المشرع الأردني لم يأخذ بالبطلان النسبي في تنظيمه للقانون المدني، واقتصر جزاء مخالفة مقتضيات النظام العام والنصوص الراعية له على نوع واحد من البطلان ألا وهو البطلان المطلق، الأمر الذي حدا بالباحث أن يتمنى على المشرع إيراد نص خاص يتضمن جزاء يحقق الغايات الحمائية المقصودة من النص ابتداء باقتصار البطلان على الشرط المخالف دون العقد، وحلول حكم النص محل حكم الشرط.

* كلية الحقوق، جامعة مؤتة، الأردن.

حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

The Concept of Public Order and its Problems of Determining its Nature and its Scope in the Jordanian Civil Law Provisions of Insurance

Dr. Ausid Hasan Al- Tniabat

Abstract

The researcher tried to determine the concept of public order generally, and particularly, in the legal actions. The result can be concluded to say that the concept could not be defined in a comprehensive and preventive definition, because concept has witnessed development in many aspects which differ in its implications from what was prevalent conventionally. The research also concluded that the public order does not necessarily consist totally of jus cogens in itself neither in its form nor its substance, but it can be said that it is an approach by the legislator to nurture the public order. That approach which may achieve its objectives, and may not, also it may relatively achieve that approach, which will have its impact - under this legal perspective- in the interpretation of the legal provisions, this would provide some consistency in the fundamentals beyond these legal texts.

When it comes to the scope of the public order that governs the regulation of the Civil Law of Insurance, the legislator stipulated that the requirement of lawfulness in the subject of the insurance contract should not violate the principles of Islamic Sharia. This leads to problems related to legalizing the subject itself and prohibiting its insurance at the same time in a paradox that we did not find commendable

Then it became clear that the protectionism is manifest in the regulation of the civil law of the insurance contract content, and that the problem comes from the sanction for violating the governing provisions of this type of the public order. Absolute invalidity is incompatible with the protectionism of the jus cogens that regulate the content of the insurance contract since this will lead to invalidity of the contract itself. The Jordanian legislator did not regulate the relative nullities as a provision in the Civil Law, and the sanction for violating the requirements of the public order and the texts governing it were limited to one type of invalidity, which is absolute nullity, which led the researcher to suggest adding a special provision addressing the sanction which can serve the protectionism aims of the text by limiting the invalidity of the illegal condition without affecting the rest of the contract, and replacing the invalid condition with the rule of text.

المقدّمة:

لم تبلغ أمّة من الأمم مكانة مرموقة في سلّم التطوُّر الحضاري إلا إذا استند انبعاثُها إلى ركنٍ حصينٍ من التنظير الفكري والفلسفي المتّسق والمنسجم مع المستقر الكامن في الضمير الجمعي لتلك الأمة، والمعبر عن هويتها المراعي لمصالحها الأساسية الجوهرية؛ فاتساق الأفكار فيما بينها وتكاملها وانسجام ظاهرها مع باطنها ووضوح أهدافها وغاياتها متطلب إجباري لنهضة أية أمة.

ومن بين تلك الأفكار الرائدة تقبع فكرة العدالة كأنبل الأفكار المستقرة والمشتركة في ضمائر الأمم، هذه الفكرة القابعة مقصداً وغايةً خلف كثير من النصوص القانونية، ولما كنتُ أعتقد أنّ هذه الفكرة إنما تمثل ركناً مستقراً في النظام العام ومرجعاً لتفسير النصوص الراعية لهذه الفكرة بما تمثله من روح يسري في البنيان القانوني لتلك النصوص فإني قد وجدتها أوضح وأكثر جلاءً في النصوص القانونيّة الرامية لحماية الطرف الضعيف في التعاقد، الأمر الذي نقل فكرة النظام العام وعلى ضوء ذلك لفضاء أرحب في المدلول ونطاق أوسع في الغايات.

انطلاقاً من ذلك كلّه سيحاول الباحث أن يقف على مدلول فكرة النظام العام عموماً وفي إطار التصرفات القانونية على وجه الخصوص، وما يقتضي ذلك من وقوف على تعريفه وأشكاله وأنواعه، ومن ثم تبيان مفاعيل تلك الأنواع، والوقوف على علاقة النظام العام بالنص الآمر كعلاقة بنيويّة أو تكامليّة أو غير ذلك، وذلك كلّه كأرضيّة متينة ومتكأ مناسبا للوقوف على أية إشكالات تتعلق بطبيعة هذا النظام العام ونطاقه في التنظيم القانوني للتأمين، واختيار التأمين تحديداً ليس إلا باعتباره نموذجاً للعقود التي يعتبرُ أحد أطرافها في مركز اقتصادي ضعيف مقارنةً بالطرف الآخر، بالذات في ظل تنظيم القانون المدني مباشرةً للمضمون العقدي لبعض أنواعه، وذلك من خلال تحليل مقتضيات تلك النصوص وقوفاً على مفاعيلها وقياس مدى تحقق الغايات النبيلة التي ترمي إليها.

ولعل أهمية هذا البحث تتعاظم في حال تمكن الباحث من إثبات أيّ إشكال يتعلّق بنطاق النظام العام أو بطبيعته في التنظيم القانوني للتأمين في القانون المدني؛ باعتبار أيّ تناقض أو عدم اتساق في مسألة مهمّة كهذه ترتبط بمصالح الجماعة الجوهريّة، وتعبّر عما يكتنف ضميرها إنما يخلّ بفكرة العدالة. ويشكل عائقاً ومعطلاً ما بين النصوص وما بين أهدافها وغاياتها السامية. فمثل هذا التبيان إنما يخدم فكرة العدالة المشار لها في صدر هذا السياق، ويشكل بحد ذاته مشكلة لهذه الدراسة جديرة بالمتابعة.

سيحتاج الباحث لتحقيق الأهداف التي يتطلع إلى تحقيقها في هذا البحث أن يعتمد أساساً على المنهج التحليلي للنصوص؛ لسبر معانيها والوقوف على مدلولات مصطلحاتها، وبدرجة أقل سيعتمد على المنهج الوصفي لاستقراء مواقف الفقه وأحكام القضاء والتعرف على مواقفهما في الأفكار موضوع

البحث، في حين سيعرّج في بعض المواضع على المنهج المقارن؛ خدمة للفكرة البحثية، وأملاً في عموم الفائدة، تحقيقاً لذلك سيقسم الباحث هذا البحث **لمبحثين** يعالج في **أولهما:** مفهوم النظام العام في التصرفات القانونيّة، ويعالج في **الثاني** : إشكالات في طبيعة النظام العام ونطاقه في تنظيم القانون المدني للتأمين.

المبحث الأول: مفهوم النظام العام في التصرفات القانونيّة.

لا زالت قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" قوام النظام القانوني الذي يحكم التصرفات القانونيّة، كأحد إفرازات المذهب الفردي في شقه القانوني، وكعنوان لمبدأ الحرّية التعاقدية، وهي لا زالت_هذه القاعدة_ تحتفظ نسبياً بهذه المكانة حتى وإن توالت عليها القيود، ولجمت جماحها النصوص، ولعلّ فكرةَ النظام العام تشكل أبرز القيود على حرّية الأطراف في تحديد مضمونهم العقدي الذي ارتضوا، هذه الفكرة التي تطوّر مدلولها، وتباين نطاقها ضيقاً واتساعاً بحسب النظام القانوني الذي يسود الحياة السياسيّة في الدول المختلفة، وبحسب التطوّر الزمني والاختلاف المكاني داخل النظام السياسي ذاته.

سنقفُ في هذا المبحث ومن خلال مطلبين على تعريف النظام العام في التصرفات القانونية وذلك في مطلب أول، وعلى أشكال النظام في مطلب ثانٍ، وعلى النحو التالي:

المطلب الأوّل: تعريف النظام العام في التصرفات القانونيّة.

ربما كانت فكرة النظام العام من أبرز الأفكار القانونيّة التي وقف الفقه عاجزاً عن حصر مدلولها، وبلورة مفهوم محدد وواضح لها؛ إذ لازال هذا الفقه بين مدلٍ بدلوه في هذا المضمار محاولا التعريف وبين محجم عند ذلك مكتفياً بتوصيفه[١]، ولعلّ ما ورد في إحدى القضايا الانجليزية الشهيرة تأكيد واضح على تلك الصعوبة في حصر مدلول النظام العام، إذ جاء فيها "إنك إذا حاولت تعريف النظام العام فكأنما تركب حصاناً جامحاً لا تدري على أيّ أرضٍ سيلقيك"[٢].

وفي ذات الاتجاه عبّر فقيه آخر عن ذات الفكرة بقوله: "يستمد النظام العام جزءاً من عظمته من الغموض المحيط به، فمن مظاهر سموه أنّه ظل متعالياً على كل الجهود التي بذلها الفقهاء لتعريفه وضبطه في تعبير محدد، وأنه يمكن تشبيهه ببرج المراقبة الذي يرصد من علو كل تحرُّك يمكن اعتباره

(١) انظر في تتبع هذا التجاوب الفقهي: بملهيوب عبد الناصر،: النظام العام في القانون الخاص–مفهوم متغيّر "بحث منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ٢٠١٥–عدد خاص– تضمن الأوراق العلمية المقبولة في الملتقى الدولي حول" التحوّل في فكرة النظام العام من النظام العام إلى الأنظمة العامّة" المنعقد في كلية الحقوق والعلوم السياسيّة / جامعة عبد الرحمن ميره – بجاية يومي ٧، ٨ ماي ٢٠١٤م. ص٣٧٩ .

(2) Rapport conseukker OILON. Cass re 9، 21 avril 1931، 1، P . 377.

مخالفاً للجو العام الذي ترسخ في المجتمع"[١]، وفي ذات السياق أقر رأيٌ في الفقه باستحالة تعريف النظام العام[٢]، وذهب آخر إلى أن محاولة تعريف النظام العام تعدّ إعناتاً ذهنياً كبيراً، فهو كالفأر لا يدع نفسه سجيناً في تعريف محدد[٣]. كما ذهب آخر أيضا إلى أن "فكرة النظام العام فكرة غير محددة، ورغم أنّها غامضة وغير محددة فإن الكل يفهمها ومن دون إعطاء تعريف معين لها"[٤].

وحاول رأي في الفقه تفسير سبب غموض فكرة النظام العام واستعصائها على التعريف بقوله: "استعصى على الفقه القانوني أن يجد له تعريفاً جامعاً مانعاً؛ ذلك أن غموض غاية النظام العام والطابع الظرفي له يأتيان من تعدد المقتضيات التي يواجهها، وأنّه من الصعب حصر تلك المقتضيات"[٥].

ورغم إقرار معظم الفقه بصعوبة حصر مدلول النظام العام، إلا أنّ ذلك لم يمنع البعض من الإقدام على تعريفه، فذهب رأيٌ إلى أن النظام العام: "هو مجموع المصالح الأساسية للجماعة، أي مجموع الأسس والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانُها، بحيثُ لا يتصوّر بقاء هذا الكيان سليماً دون استقراره عليها"[٦]، وحاول رأيٌ آخر في ذات الاتجاه، فذهب إلى أن النظام العام هو الأسس السياسيّة والاقتصادية والاجتماعية والخلقية التي يقوم عليها نظام المجتمع"[٧].

وفي ذات المسعى أيضاً عرّفه رأي بأنه "صفة تلحق مجموعة من القواعد القانونيّة التي تهدف إلى حماية الصالح العام، بتفضيل المصلحة العامّة على المصلحة الشخصية للأفراد"[٨]، ولعلّ ما يؤخذ على التعريف الأخير هذا، بأنه حصر فكرة النظام العام بالقواعد القانونيّة، وهو تعبير يشير بوضوح إلى القواعد النّصية المشرّعة، الأمر الذي أجده تضييقاً لمفهوم واسع.

وفي إطار أكثر تخصُّصيّة عرّف رأيٌ في الفقه النظام العام في القانون الخاص تحديداً بأنّه "مجموعة القواعد التي لا تستطيع التصرفات القانونيّة لا تجنبها أو تغييرها لأن العدالة لا تتبثق بطبيعتها

(1) WERY Patrick، Droit des obligation: V.I théorie générale des contrats، éd، larcier Bruxelles 2010، P 277.

(٢) نبيل فرج، النظام العام الاجتماعي، رسالة لنيل شهادة الدراسات في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية/ تونس ١٩٩٧، ص٢.

(٣) أشار لهذا الرأي: مقال منشور على الموقع الإلكتروني www.krab-ency.com بلا مؤلف.

(٤) نساخ بولقان فطيمة: "مفهوم النظام العام بين الشريعة العامة والتشريعات الخاصة" بحثٌ منشورٌ في العدد الخاص من المجلة الأكاديمية للبحث القانوني/ جامعة عبد الرحمن ميرة / الجزائر ٢٠١٥، ص٤٠٩.

(٥) مقال منشور على الموقع الإلكتروني www.krab-ency.com بلا مؤلف.

(٦) حسن كيره: المدخل إلى القانون – النظرية العامة للحق، منشأة المعارف/ الإسكندرية ١٩٧٣، ص٤٧.

(٧) عليان عدة: فكرة النظام العام وحرّية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية / جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان/ الجزائر ٢٠١٦م ، ص٣٣.

(٨) بملهيوب عبد الناصر، النظام العام في القانون الخاص، مرجع سابق، ص٣٨٠.

عن العقد"[١]، ولعلّ هذا التعريف أقرب للقواعد الآمرة منه إلى النظام العام؛ فهو أغفل الإشارة إلى كون النظام العام مصالح جوهريّة كلية تهم المجتمع، كما وذهب رأي آخر إلى أن فكرة النظام العام تتمثل بِـ "الأساس السياسي والاجتماعي والخلقي الذي يقوم عليه كيان الدولة كما ترسمه القوانين النافذة فيها، وبعبارة أخرى هي: مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المصالح التي تهم المجتمع مباشرةً أكثر مما تهم الأفراد، سواء كانت تلك المصالح سياسيّة أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية"[٢].

ويؤخذ على هذا التعريف شأنه شأن التعريفين السابقين أنه ينظر للنظام العام من زاوية ما يحدده المشرّع، مع أن النظام العام أوسع مدلولاً من ذلك كما سنرى لاحقاً.

وعرّفه آخر بأنه "الوسيلة التي تؤدي إلى حماية المصالح العليا العامة؛ سياسيّة أو اجتماعية أو اقتصادية أو أخلاقية أو دينيّة تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو مصلحة الفرد"[٣]، ولعل نعت النظام العام بكونه وسيلة حماية المصالح العليا غير دقيق باعتقادي؛ ذلك أن النظام العام هو تلك المصالح العليا ذاتها، أما وسائل حمايتها فمختلفة؛ بعضها قضائي وبعضها إداري وكما سنرى لاحقاً.

وكذا عُرّف بأنه "تلك القواعد التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة ويراد بالمصلحة العامة كل أمر يتعلق بالنظام الأساسي للمجتمع بحيثُ يرجح على كل مصلحة فردية"[٤].

ويؤخذ على هذا التعريف ما أخذ على التعريفات السابقة من أنه ينظر للنظام العام من زاوية تشريعيّة، فهو يرى أنه القواعد التي تحرس المصالح الأساسية، في حين إنَّ النظام العام وفق ما أعتقد أنه المصالح الأساسية ذاتها.

ولما كانت فكرة النظام العام في ذاتها فكرة مرنة متطورة متغيرة نسبياً، تبعاً لتغيّر الزمان واختلاف المكان وتبدّل النظم السياسيّة[٥] فإنّ محاولة تعريف النظام العام – والحالةُ هذه– تبدو لي فكرة حالمة من جهة وعابثة من جهة أخرى، فما يمكن أن يلم الشتات المتغيّر هذا لن يكون إلا مجرّدَ توصيفٍ لا تعريف؛ فالتعريف يقتضي ضبطاً للمدلول القانوني على نحو جامع مانع يتضمن عناصر المعرَّف

(١) عمارة مسعود: إشكالية تحديد مفهوم النظام العام وتطبيقاته القانونيّة" بحث منشور في العدد الخاص من المجلة الأكاديمية للبحث القانوني/ جامعة عبدالرحمن ميرة / الجزائر ٢٠١٥، ص٣٩٤.

(٢) سليمان مرقس: مدخل للعلوم القانونيّة، دار النشر للجامعات المصريّة، ط٢، القاهرة، ١٩٥٢، ص٧٧.

(٣) عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، مصادر الالتزام، القاهرة، ١٩٥٢، ص٢٩٩.

(٤) بن معمر عوينات نجيب: النظام العام بين سلطة المشرع والتكييف القضائي، بحث منشور في العدد الخاص من المجلة الأكاديمية للبحث القانوني/ جامعة عبدالرحمن ميرة/ الجزائر، ٢٠١٥، ص٤٣٨.

(٥) تضيق فكرة النظام العام وتتسع كقيد على التصرفات القانونيّة تبعاً للاتجاه الفلسفي والنظام السياسي السائد في الدولة، فهذا النطاق يضيق كلما ترسخ النظام الليبرالي والمذهب الفردي الكامن خلفه، ويتسع كلما ترسّخ النظام الاشتراكي. انظر في تفصيل ذلك عمارة مسعود تحديد مفهوم النظام العام مرجع سابق، ص٩٧.

ومفاعيله، ولعل نظرة متفحصة للمحاولات الفقهية سالف الإشارة لبعضها تنبئنا بأن تلك المحاولات في غالبها اكتفت بتوصيف الأمر بعبارات عمومية لم تجرؤ على اقتحام أغواره؛ ذلك أن المشكل الحقيقي يكمن في التفاصيل، حيث تجنبت تلك المحاولات الإشارة إليها، وهو أمر بالنتيجة أجده متعذراً في حق فكرة النظام العام؛ إذ سنرى لاحقاً أنّ التطوّر الذي بلغته هذه الفكرة أفرز لنا أنواعاً مختلفةً من النظام العام، باتت تتباين فيما بينها من حيث مفاعيلها وغاياتها، فإن كان بعض هذه الأنواع يستهدف حماية مصلحة المجتمع العليا مباشرةً، فإنّ بعضها الآخر يستهدف حماية مصالح فرديّة، وإن كان للقاضي أن يثير ما يخالف النظام العام من تلقاء نفسه فإنه لا يملك ذلك في فروض أخرى في ظلّ أنواع أخرى من النظام العام، وهو الأمر الذي سنفصّله لاحقاً ومما استدعى طرقه في هذا الموضع هو ما لذلك من أثر على إمكانية التعريف الجامع المانع من عدمه؛ إذ أنني أرى بالنتيجة أنّ النظام العام المراد تعريفه لم يعد نظاماً عاماً واحداً، وبأحكام واحدة وإنّما نحن في الحقيقة أمام أنظمة عامة لكل منها ذاتيته يجمعها فقط مصطلح نظام عام[١]، ولعلّ القاسم المشترك الأكبر بينها أنها تعبّر عن مصلحة كلية عليا للمجتمع.

ولعل ذلك ما جعل جانباً من الفقه يصف المحاولات الفقهية لتعريف النظام العام بأنه عبارة عن "غلاف فارغ ومجرد كلام مطاط"[٢] في إشارة لفكرة مرونة النظام العام وتطوره المستمر وتعذر حصره في إطار محدد وفي إشارة لفشل الفقه في هذا المسعى.

"وفكرة النظام العام وفق هذا التوصيف متغلغلة في ثنايا النظرية العامة للقانون؛ إذ تجد مكاناً بارزاً لها في مختلف فروع القانون بقسميه العام والخاص؛ فهي في القانون العام تعتبر هدفاً يجب أن تبتغيه سلطات الضبط التشريعي والإداري والقضائي من أجلِ إشاعة الأمن العمومي، وصيانة الصحة العامة والسكينة العامة، وهي في القانون الخاص تتمثل في مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم المصالح الأساسية والعليا في المجتمع على شكل قواعد آمرة وناهية يمنع الاتفاق على مخالفتها؛ كونها تهم المصلحة العامة مباشرةً أكثر مما تهم المصالح الفردية وهي بذلك تعد قيداً على حرية التعاقد"[٣].

(١) من الجدير ذكره أن ملتقى دولياً عقد في جامعة أبو بكر بلقايد الجزائريّة بعنوان " التحوّل في فكرة النظام العام من النظام العام إلى الأنظمة العامّة" ٢٠١٥ المنعقد في كلية الحقوق والعلوم السياسيّة / جامعة عبد الرحمن ميره – بجاية يومي ٧، ٨ ماي ٢٠١٤م قدمت فيه أوراق علمية متخصصة جديرة بالاهتمام والاطلاع للمهتمين.

(٢) بشير بلعيد: القضاء المستعجل في الأمور الإداريّة، مطابع عمار قرفي باتنه، الجزائر ١٩٨٨، ص٧٩.

(٣) عليان عدة فكرة النظام العام، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص٢٠.

واعتبار النظام العام في إطار التصرفات القانونية قيداً على حرية التعاقد هو التوصيف الذي يمكن أن يلخص محوراً أساسياً في مدلول النظام العام في التصرفات القانونية.

وباستقراء أحكام محكمة التمييز الأردنيّة فقد وقفنا على أكثر من حكم حاولت فيه المحكمة تعريف النظام العام أو توصيفه لتمييزه، حيثُ تعرفه في حكمٍ لها بقولها "البنيان السياسي والاقتصادي والاجتماعي لأمة من الأمم"(١)، وفي حكمٍ آخرَ لها وصفت المحكمة النظام العام توصيفاً جديراً بالاهتمام حيث تقول "وحيث أن النظام العام أمر نسبي يختلف باختلاف البلاد، لأنه أمر يتصل بالمصلحة العامة وقوانينها، وهو خلاصة تفاعل أمور سياسية واجتماعية أو اقتصادية أو خلقية"(٢).

المطلب الثاني: أشكال النظام العام في إطار التصرفات القانونيّة.

لعل البحث في أساس القوة الملزمة للنظام العام يقحمنا في مقاربات فلسفيّة تنوء صفحات هذا البحث عن حملها(٣)، ولكنّ المتفق عليه على أيّ حال أنّ فكرة النظام العام أوسع مدلولاً ونطاقاً من إطار النص التشريعي، بما معناه أنّ هناك نظاماً عاماً يتمتع بقوّة ملزمة لا ينظّمه نصٌ تشريعي، فكيف إذن سنصل إليه، ومن ذا الذي يكشف عن وجوده؟ ونقول يَكشف لأن الجهة التي تكشف عن وجوده أياً كانت لا تنشئه وإنما تلتمسه في ضمير الجماعة ومعتقدها، وعليه فإننا نقصد بتعبير "أشكال النظام العام" تلك الصورة التي يمكن أن يظهر فيها النظام العام من ثنايا ضمير الجماعة ومعتقدها إلى طورٍ يؤتي فيه مفاعيله وتظهر فيه آثاره.

وعليه فإننا وباستقراء هذه الأشكال ظهر لنا أنّ النظام العام يمكن أن يظهر في الصور والأشكال التالية والتي سنخصص لكل منها فرعا مستقلا وعلى النحو التالي:

الفرع الأول- النظام العام النّصي أو التشريعي:

من خلال تسمية هذا الشكل من أشكال النظام العام فإن النظام العام _والحالةُ هذه_ يظهر من خلال إرادة المشرّع فيما يصدر عنه من تشريعات باعتبار التشريع بحدّ ذاته تعبيراً عن إرادة الجماعة(٤).

---

(١) حكم محكمة التمييز الأردنية: تمييز حقوق رقم (٢٠١٠/٢٧٣٣) تاريخ ٢٠١١/٤/١٢ وانظر بذات الصيغة كذلك حكم محكمة التمييز الأردنية تمييز حقوق رقم (٢٠٠٦/٢٢٣٥) تاريخ ٢٠٠٧/٤/٢٦ وحكم محكمة التمييز الأردنية: تمييز حقوق رقم (٢٠٠٨/٢٣٠٠) تاريخ ٢٠٠٩/١/٥ منشورات موقع قسطاس.

(٢) حكم محكمة التمييز الأردنية: تمييز حقوق رقم ١٩٩٩/٦٤٨ تاريخ ٢٠٠٠/٦/٢٧م، منشورات موقع قسطاس.

(٣) انظر في تفصيل النظريات الفلسفية التي حاولت أن تؤسس لأساس القوة الملزمة للنظام العام: نجيب عبد الله الجبشة: مفهوم فكرة النظام العام وتطبيقاتها في التشريع الفلسطيني رسالة ماجستير/ جامعة النجاح الفلسطينية ٢٠١٧م، ص١٠٦.

(٤) محمد عيد الغريب، النظام العام في العقود المدنية ومدى الحماية التي يكفلها له القانون الجنائي في مجال الانعقاد والتنفيذ، ٢٠٠٥، دون ناشر، ص٤١.

ويذهب غالب الفقه إلى أنّ النظام العام هو ضابط التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة؛ فكل قاعدة آمرة إنما هي بالنتيجة متعلقة بالنظام العام، وأن كل قاعدة مكملة لا تتصل بالنظام العام(١).

وفي المقابل فإن رأياً آخر في الفقه يذهب إلى القول بأنّه ليس كل القواعد الآمرة هي قواعد تتصل بالنظام العام، فإذا كانت القاعدة الآمرة تعبّر عن أيّ من أصول الدولة ومصالحها الجوهريّة فإنها تكون متعلقة بالنظام العام، وفي المقابل إذا كانت تلك القاعدة الآمرة متعلقة بغايات تتصل برعاية حقوق فردية خاصة، فإنّه لا يمكن اعتبارها متعلقة بالنظام العام، كما هو الحال في رعاية حقوق المستهلك والعمال(٢).

ولعلّ هذا الرأي الأخير باتَ مرجوحاً وسط الجمهور الفقهي المؤيّد لوجهة النظر الأولى، وبالرغم من ذلك فإنّ تساؤلاً يفرضُ نفسهُ مما يتصل بهذا الموضوع، هل أن المشرّع وهو يسن القاعدة القانونيّة الآمرة يكشف عن النظام العام، باعتباره أمراً مستقراً في ضمير الجماعة ومتصلاً اتصالاً وثيقاً بمصالحها الكلية؟ أم أنّه ينشئها على نحو لم تكن موجودة قبله، وأن وجودها الحقيقي بدأ لحظة تشريعها؟ وفي المقابل ماذا لو أنّ المشرّع ألغى نصّا آمراً أو عدّله، فهل يظل لذاك النص الآمر أي مفاعيل قانونيّة باعتباره مستقراً في ضمير الجماعة متصلاً بمصالحها الكلية، وهي تساؤلات على أي حال تتصل اتصالاً وثيقاً بالمفهوم محل الدراسة وليست تغريداً خارج إطاره الموضوعي.

إن كلا وَجهي الإجابة المنشئ منها والكاشف يحمل في طياته تأثيراً بيّناً في مفهوم النظام العام؛ فإذا قلنا أن المشرّع ينشئ النظام العام فإن لذلك المنحنى – والحالةُ هذهِ – تأثيراً واضحاً في وجود النوع الثاني من أشكال النظام العام غير المنصوص عليه تشريعياً، وإذا قلنا أنه كاشفٌ فإنّ خضوع بعض النصوص لتعديلات المشرّع المتلاحقة يجعل فكرة اتصالها بمصالح الجماعة الكلّية فكرة افتراضية لا سند لها من الواقع؛ إذ كثيراً ما يخضع تعديل النصوص القانونيّة لتجاذبات سياسية وضغوطات اقتصادية داخل المجالس التشريعيّة تبتعد في أدبياتها عن فكرة مصالح الجماعة الجوهرية، وإنكار هذه الوقائع البتة هو الذي يجعل فكرة اتصال كافة النصوص الآمرة بالمصالح الجوهرية الكلّية للجماعة فكرة افتراضية حالمة.

---

(١) انظر: عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت، أصول القانون، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٥٣، ص١٧٩. عماد طارق البشري: فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي – المكتب الإسلامي، ص٢٠٠٥، ص٥٦.

(٢) حسن كيره: أصول القانون مرجع سابق، ص٩٦.

سمير تناغو: النظرية العامة للقانون، الإسكندرية، ١٩٩٣، ص٨٩.

CLAUDE Nodége، La Variabitité du travail، thése de ductorat en droit universits d'Angers 2010 P. 160 ets.

عطفاً على ما تقدّم فإني أجد أنّ النص الآمر ليس هو في ذاته النظام العام، ولا يمثله بالضرورة، وإنما هو محض مقاربة المشرّع لحماية النظام العام، هذه المقاربة التي قد تحقق غاياتها وعلى نحو نسبيّ أحياناً وقد لا تحقق المقصد من تشريعها ابتداءً، الأمر الذي يدفع المشرّع لإلغائها أو يخضعها لتعديلات متلاحقة في مقاربات متتالية لخدمة النظام العام، لذلك فإن عزوف المشرع عن تشريع نصوص لحماية النظام العام في بعض الفروض لا يقلل من فكرة إلزامية النظام العام في ذاته.

وطالما أنّ النّص الآمر هو محض مقاربة المشرّع لحماية النظام العام فإن حصر الأمر في ثنائية كاشف أو منشئ يغدو في غير محلّه؛ إذ أنه ليس كاشفاً ولا منشئا؛ حيث لا يمكن القول بأن النص الآمر منشئ للنظام العام؛ لكون النظام العام باعتباره مصلحة كلّية للجماعة أمر سابق على النص ذاته، كما لا يصدق القول باعتباره كاشفاً عن النظام العام طالما أنه محض مقاربة لحماية النظام العام قد تؤتى أكلها وقد لا تفعل، وقد تفعل ذلك على نحو نسبي باعتبار أنّ ما تنطق به القاعدة الآمرة ليس هو في ذاته النظام العام كما تقدّم.

كما وأجد أن تعبير "النص الآمر يمثّل النظام العام" تعوزه الدّقة على ضوء ما تقدّم، وإن أمكن أن نقول أن النص الآمر متعلق بالنظام العام؛ باعتبار أن هذا التعلق يتصل بغايات حماية النظام العام، ومما يؤيد ما ذهبنا إليه أن المحكمة الدستوريّة قد تبطل نصاً آمراً باعتباره مخالفاً لقاعدة دستورية غير مكتوبة، هي بالنتيجة جزء من النظام العام المتصل بمصالح الجماعة الكلّية في مستواها الدستوري، دلالة على أن النص وإن كان آمراً فإنه ليس هو النظام العام في ذاته، وأنه ليس إلا محضَ مقاربةٍ لحماية النظام [1].

ولا يغيّر التصوّر الذي سقناه للنظام العام وعلاقته بالقواعد الآمرة من فكرة أن النظام العام بالفعل فكرة مرنة متغيرة متطورة؛ إذ طالما أننا وصفنا النظام العام في هذا السياق بأنه مصالح كلّية، فإن المصالح في ذاتها وطبيعتها مسألة نسبيّة مرنة متغيرة؛ فما اعتبر في زمن مصلحة كلّية قد لا يكون

(١) من المعلوم أنّ مجال النظام العام في إطار القانون العام أوسع نطاقاً منه في إطار القانون الخاص باعتبار تعلق قواعده بفكرة السيادة، وعليه فإن القواعد الدستورية سواء منها المكتوب أو غير المكتوب إنما تتصل بالنظام العام وبالتالي فإن إعمال القضاء لقاعدة دستورية غير مكتوبة هو من وجه آخر إعمال للنظام العام بمستواه الدستوري.

انطلاقاً من ذلك يمكننا أن نتفهم حكم المحكمة الدستوريّة بإبطال نص قانون عادي صادر عن السلطة التشريعية يتسم بالصفة الآمرة تأسيساً على مخالفته قاعدة دستورية غير مكتوبة كما هو الحال في الحكم الشهير الصادر عن المحكمة الدستورية الأردنية رقم (١) لسنة (٢٠١٣) تاريخ (٢٠١٣/٣/٧) والمنشور في الجريدة الرسمية العدد ٥٢١٣ ص١٤٠٧ والقاضي بإبطال نص المادة (٢) من القانون المعدّل لقانون المالكين والمستأجرين تأسيساً على غياب حق التقاضي على درجتين حيثُ تقول في حكمها هذا ما يلي "إن حق التقاضي مبدأ دستوري أصيل حيث ترك للمشرع العادي أمر تنظيم هذا الحق شريطة مراعاة الوسيلة التي تكفل حمايته والتمتع به وعدم الانتقاص منه بل وتمكين المواطنين من ممارسة حرياتهم بما في ذلك حق التقاضي على درجتين، وإلا كان متجاوزا لحدود التفويض، ومخالف لروح الدستور الذي يضمن تمكين المواطنين من استنفاد كافة الطرق والوسائل التي تضمن له حقوقه بشكل كامل ومنها حق التقاضي على درجتين". فالمحكمة اعتبرت حق التقاضي على درجتين مبدأ دستوريا تنبغي مراعاته رغم أن هذا المضمون غير منصوص عليه في الدستور.

كذلك في زمن آخر، فالمصالح بالنتيجة ليست مواقف جامدة لا تتفاعل مع الزمان والمكان وإنما هي بالتأكيد عكس ذلك تماماً.

ولعل تعبير "كلية" كصفة لهذه المصالح الجوهرية مقصود بمعناها ومبناها؛ ذلك أن ما يستقر في ضمير الجماعة، ويعبر عن مصالحها الجوهرية لن يكون إلا في صورة كلية وفي إطار من العمومية في الغالب، في صورة أشبه ما تكون بالمظلة، وعليه فإن ما يرد في النصوص الآمر من تفصيلات تبتعد عن وصف قواعد كلية إنما هي محض مقاربات لخدمة المصلحة الكلية الجامعة.

وعليه فيغدو في ظل هذا التصوّر تعبير "النظام العام النصي أو التشريعي" تعبيراً مجازياً إذا سلمنا أن النص الآمر ليس هو في ذاته النظام العام بقدر ما هو مقاربة لحمايته.

ولما كان النظام العام يحمل في طياته قوّة إلزامية يستمدها من تعبيره عن مصالح الجماعة الكلّية، وأن النّص الآمر هو الآخر يحمل قوة إلزامية يستمدّها من إرادة المشرّع، فأي الأمرين يلزم القاضي بتطبيقه قبل الآخر؟

إنني أعتقد أن التصوّر الذي ينطلق من كون النظام العام يمثل مصالح كلّية جوهريّة للجماعة ينبغي ألا يفهم أن كل المصالح بذات الدرجة في القوّة والأهمّية، فبعض هذه المصالح يوازي قوة النص الدستوري وبعضها ما دون ذلك، وأنّه في حال تعارض نص آمر مع مصلحة جوهرية كلية تمثل النظام العام من ذات القوة والأهمية فينبغي تقديم النص دعماً لاستقرار التعامل والمراكز القانونيّة.

ومن الجدير ذكره أنني وبصدد البحث عن إجابة للتساؤلات المشار لها وقفت على رأي في الفقه[١]، يذهبُ إلى أن القواعد الآمرة بعضها منشئ للنظام العام، وبعضها الآخر كاشف له بحسب اتصال موضوع القاعدة الآمرة بمصالح المجتمع الكلية، ولكني أجد أنه لا يمكن الاعتراف بدور منشئ للنص في النظام العام لما لذلك من تأثير على مفهوم النظام العام ذاته.

وفي ذات الاتجاه الأخير هذا يقول رأي في الفقه "فليس صحيحاً مثلاً أن السلطة الأبوية أو الزوجيّة وحرّية التعاقد أصبحت من النظام العام، لأن طبعها التحديد والحماية بل لأن المشرع أراد لها أن تكون كذلك"[٢].

(١) محمد عصفور، الحرية في الفكرين الديمقراطي والاشتراكي، ١٩٦١ دون ناشر، ص١٢٨.
نجيب عبد الله الجبشة، مفهوم، فكرة النظام العام _رسالته، مرجع سابق ص٢٧.

(٢) إدريس العلوي العبدلاوي، مدلول النظام العام في التصرّف القانوني، بحث منشور في مجلة أكاديمية المملكة المغربيّة لسنة ٢٠٠٥ العدد ٢٢، ص٧٦.

الفرع الثاني: النظام العام المضمر.

لعل تعبير مضمر يدل على أن النظام العام في هذا الشكل لا يظهر مرعياً في نصوص قانونيّة، وإنما يظلّ النظام العام في هذه الحالة كامناً في ضمير الجماعة ومعتقدها إلى أن تأتي جهة مخوّلة بذلك لتُعمِل مفاعيله القانونية، ولعل تعبير "مضمر" أدل على حقيقة هذا النظام العام من التعبير الذي يفضل البعض استعماله ألا وهو النظام العام القضائي(١)، أو نظام عام اجتهادي(٢)؛ ذلك أن تعبير مضمر يدل بوضوح على أن وجود هذا النظام العام سابق على إعمال مفاعيله من قبل القاضي، فهو من هذا الجانب أدق تعبيراً عن واقع الحال، ومن جانب آخر فالقضاء ليس هو وحده المخوّل بتقدير مدى وجود النظام العام من عدمه؛ إذ تشاركه الإدارة في الكشف عن النظام العام المضمر وحمايته حتى في إطار التصرفات القانونية كذلك، وذلك في المواضع التي يتاح لها فيه ذلك من حيثُ الاختصاص.

أما عن مصطلح "نظام عام اجتهادي" المشار إليه فإني لا أجده موفقاً البتة، فالأمر ليس اجتهاداً بقدر ما هو أداء لواجب حماية النظام العام، فالاجتهاد يحمل في طياته دورا فاعلا للمجتهد في إيجاد الحكم، وليس هذا للنظام العام باعتقادي؛ فإن كان النظام العام مصلحة كلية جوهرية كامنة في ضمير الجماعة ومعتقدها، فالقاضي ينبغي أن يكون أعلم الناس بها؛ ذلك أنها تتصل بفكرة العدالة حيث ينتصب حارسا لها، فعمل القاضي ليس إلا إعمالا لمقتضيات النظام العام وليس اجتهادا كما يحلو للبعض وصفه مما تقدم.

انطلاقاً مما تقدم فإننا سنتناول دور كل من القضاء والإدارة في الكشف عن النظام العام تباعاً، وعلى النحو التالي:

أ- دور القضاء في الكشف عن النظام العام:

انطلاقاً من كون القضاء حارس العدالة، فإن العدالة لا يمكن أن تتعارض مع النظام العام باعتبارها ركنا أساسيا من أركانه عموما، وفي إطار التصرفات القانونيّة على وجه الخصوص، وعليه فإن إعمال القضاء لمقتضيات النظام العام إذا وجد أنّ أياً من التصرفات القانونيّة موضوع النزاع المعروض عليه يتعارض معه، إنما هو في الحقيقة ترسيخ لقيم العدالة التي ينتصب القضاء حارساً لها، وعليه فإنّ النظام العام يكون مضمرا في حال لم يكن مرعياً من قبل نصٍ قانونيّ، وإلا لكان مندرجاً

(١) عليان عدة، فكرة النظام العام، رسالته، مرجع سابق ص٦٤.
نجيب عبد الله الجبشة، رسالته، مرجع سابق، ص٢٦.

(٢) بن معمر عونيات نجيب، النظام العام، مرجع سابق ص٤٤٧.

تحت الشكل الأوّل من أشكال النظام العام، وإنما هو نظام عام لازال كامناً في معتقد الجماعة وضميرها يستحث القاضي لإعماله تحقيقاً للعدالة.

انطلاقاً من هذا التصوّر فقد حلا للبعض أن يصف هذا الشكل من أشكال ظهور النظام العام بأنه محافظ سكوني في مقابل النظام العام التشريعي الديناميكي الثوري[١]؛ ذلك أنّ هذا النوع من النظام العام يظلّ ساكناً في الضمير الجمعي للجماعة، ولا يكتب له الظهور إلا في حال تم المساس به، وعرض الأمر على القاضي الذي يجب عليه أن ينتصر له ويعمل مفاعيله متجاهلاً إرادة الأطراف[٢].

وفي هذا الصدد فإني أجد أنّه من غير السليم أن يزعم البعض بأن القاضي إزاء هذا الشكل من أشكال النظام العام إنما ينشئ القاعدة التي يُعمل من خلالها النظام العام وذلك من خلال ما يبتكره من حلول للنزاعات المعروضة عليه[٣].

ذلك أنّ دور القاضي هو تطبيق مقتضيات النظام العام وإعمالها دون أن يتعدى ذلك الدور حد خلق النظام العام، أو حتى خلق قاعدة مستنبطة منه، وليس من السليم كذلك أن نطلق على عمل القاضي في هذا الصدد مصطلح "قاعدة قانونية قضائية" كما تقدّم ذكره[٤].

ب- دور الإدارة في حماية النظام العام المضمر في التصرفات القانونيّة.

من المؤكد أنّ دور الإدارة في رعاية النظام العام بشقيه النصي والمضمر واضح في إطار القانون العام؛ فهي المعنية بحفظ عناصره المتمثلة بالأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة والآداب العامة[٥].

---

(١) جاك غستان: المطوّل في القانون المدني – تكوين العقد ط٢ مجد المؤسسة الجامعيّة للدراسات والنشر والتوزيع ٢٠٠٨ ص١١٧.

(٢) نجيب عبد الله رسالته مرجع سابق ص٢٦.

(٣) بن معمر عوينات نجيب: النظام العام بين سلطة المشرّع والتكييف القضائي، مرجع سابق ص٤٤٧.

عليان عدة رسالته مرجع سابق ص٦٤.

يقول الدكتور بن معمر عوينات في هذا الصدد "وتكرار الأخذ بهذا الحل في المنازعات المتشابهة من شأنه أن يخلق قاعدة قانونية قضائية، وهي القاعدة التي اكتشفها وطبقها الحكم الأول..... كما أن إحالة المشرع القاضي إلى المبادئ العامة للقانون لإيجاد حل للمنازعة المعروضة أمامه تمثل مرحلة اجتهادية تسمح للقاضي بأن يخلق نصوصاً قانونية ويساهم في هذه الصياغة" بحثه المشار له ص٤٤٧. وفي ذات الاتجاه يقول الدكتور عليان عدة في أطروحته القيمة ما يلي "وهكذا ففي غير الحالات التي يتدخل فيها المشرع بمقتضى نصوص يأخذ منها مقتضى هذا التطوُّر ويقع على القاضي مهمّةَ تحقيق هذه الملائمة؛ فالقاضي يكاد يكون مشرعاً في هذا النطاق وعليه أنْ يستلهم المصلحة العامة" رسالته مرجع سابق ص ٦٥.

(٤) انظر عليان عدة، رسالته، مرجع سابق ص٤٤٧.

(٥) نواف كنعان، القانون الإداري _ الكتاب الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٠، ص ٢٣٤.

ولكن إلى أي مدى تتمتع الإدارة بحق رعاية النظام العام المضمر إزاء تصرفات الأشخاص في إطار القانون الخاص، وما يقتضي ذلك من حق التدخل في عقود الأشخاص وما ارتضوه؟

يلزمنا للإجابة على هذا التساؤل أن نميّز بين حالين؛ أولهما: مرحلة ما قبل انعقاد العقد، وثانيهما: مرحلة ما بعد انعقاد العقد.

لا شك أن هذا الحق قائم للإدارة كلٌ حسبَ اختصاصه في كلا الحالين ولكنه في مرحلة ما قبل انعقاد العقد يبدو أوضح، فجميع العقود الشكلية التي تنظم بمعرفة موظف عام أو يصادق عليها موظف عام فإن له أن يرفض تصديق الاتفاق إذا ظهر له أن محله أو أي بندٍ فيه يخالف النظام العام النصي أو حتى المضمر.

وفي مرحلة ما بعد انعقاد العقد فإن هذه الصلاحية تبدو واضحة للإدارة في حال كان النظام العام نصياً؛ فالحاكم الإداري مثلاً لن يحفل باتفاقات الأطراف إذا وجد ما يخالف النظام العام، ويملك الصلاحية القانونيّة لمنعها، ولكن الأمر يحتاجُ مزيداً من التدقيق في حال كان النظام العام مضمراً، ومع ذلك فإن الحق سيظل قائماً للإدارة مع حق أي متضرر الطعن في قرارات الإدارة وأعمالها لدى القضاء المختص.

المبحث الثاني: إشكالات في طبيعة النظام العام ونطاقه في تنظيم القانون المدني للتأمين.

لما توصلنا إلى أنّ النصّ القانوني وإن كان آمراً فإنه لا يمثل في ذاته النظام العام بقدر ما هو مقاربة من المشرّع لحماية النظام العام، وأن النظام العام باعتباره مصلحة كلّية للجماعة أمر سابق على النص لمّا كان ذلك فإن تعبير "النظام العام في تنظيم القانون المدني للتأمين يبدو تعبيراً مجازياً، وأنّ المقصود بيان طبيعة النظام العام الذي تحاول نصوص القانون المدني في تنظيمها للمضمون العقدي للتأمين أن ترعاهُ.

والحقيقة الأخرى أنّ معظم ما ذكرناه في المبحث الأوّل عن مفهوم النظام العام إنما كان يتعلق بنوع واحد من النظام العام _على أهميته_ ألا وهو النظام العام المطلق أو التقليدي، وهو ما أشار له الباحث تعقيباً على محاولات الفقه تعريف النظام العام، وأن هذا الفقه أغفلَ أننا بتنا في ظل التطورات التي يشهدها المجتمع على الصعيد القانوني والسياسي والاقتصادي أمام عدة صور للنظام العام لكل منها ذاتيتها، والتي يصعب بحق أن يجمعها تعريف واحد وأنّ أي محاولة لهذا التعريف ستصاغ بطريقة عموميّة حذرة تفقد التعريف طابعه المنضبط.

ثم إن حصر بحث طبيعة النظام العام ونطاقه في تنظيم القانون المدني للتأمين يقصر دراستنا في إطار القانون المدني تحديداً، دون أي تشريع آخر لئلا يتسع نطاقها على نحو لا ينضبط، كما ويحصر دراستنا في صورة النظام العام **النصي** دون صورته الأخرى، والمتمثلة بالنظام العام المضمر[١].

انطلاقاً من ذلك فإن كثيراً من الفقه يذهب باتجاه تقسيم النظام العام في إطار التصرفات القانونيّة إلى نوعين رئيسين؛ أولهما: يطلق عليه النظام العام المطلق أو التقليدي، وثانيهما: ما يطلق عليه النظام العام الاقتصادي[٢].

فالنظام العام المطلق وفق ما يرى جانب من الفقه: ذلك " النظام العام الذي يرتبط بمصالح الجماعة الكلية ويظهر دوره في ثلاث مسائل: الدولة، العائلة، الآداب" [٣]، ولعل من أدلوا بدلوهم من الفقهاء محاولين تعريف النظام العام أو توصيفه إنما كان هذا النوع من النظام العام نصب أعينهم؛ إذ

(١) من أمثلة النظام العام المضمر في إطار التأمين: حظر تأمين الفعل العمدي؛ حيث لم ينص المشرع الأردني على هذا الحظر بنصٍ عام، وإنما جاءت المادة (٢/٩٣٤) من القانون المدني لتحظره في تأمين الحريق فقط فإلى أي مدى يمكن تعميم هذا الأمر على باقي فروع وأنواع التأمين؟ ذهب الفقهُ في مجموعه إلى أن ذلك يتصل بالنظام العام، وفي ظل غياب نصٍ قانوني، فإن النظام العام المقصود –والحالة هذه–إنما هو النظام العام المضمر. انظر في هذا الفقه

- مصطفى خليل: تقدير مبلغ التعويض وحقوق المؤمن المترتبة على دفعه، ط١، دار الحامد للنشر والتوزيع –، عمان، ٢٠٠١، ص٢٩٨.
- بهاء بهيج شكري، التأمين من المسؤولية في النظرية والتطبيق ط١ دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان ٢٠١٠ ص١٥٤.
- غازي أبو عرابي أحكام التأمين ط٢ دون ناشر عمان ٢٠١٦ ص١٥٩.
- إبراهيم أبو هلاله وفيصل الشقيرات، التزام المؤمن بالتعويض في التأمين من المسؤولية المدنية، بحث منشور في مجلة جامعة الحسين بن طلال مجلد ٣ عدد ٢ ٢٠١٧م، ص ٢٤٩.

(٢) انظر فيمن أشار لهذا التقسيم من الفقه:

- بلمهيوب عبد الناصر: النظام العام في القانون الخاص مرجع سابق ص٣٨١.
- نساخ فطيمة: مفهوم النظام العام مرجع سابق ص٤١٥.
- منصان هشام: التحول في فكرة النظام العام تطبيق على التجربة المصرية، بحث منشور في العدد الخاص من المجلة الأكاديمية للبحث القانوني/ جامعة عبدالرحمن ميرة / الجزائر ٢٠١٥، ص٤٣١.
- عماد طارق البشري: فكرة النظام العام مرجع سابق ص٥٤.
- عليان عدة، رسالته، مرجع سابق ص٢٢٥.
- ياسين منصوري: دور النظام العام الاقتصادي في تحقيق العدالة التعاقديّة بحث منشور في مجلة المنارة للدراسات القانونيّة والإداريّة عدد ١٦ لسنة ٢١٦ ص ٢٢٣.
- عيساوي عز الدين "البحث عن نظام للنظام العام " بحث منشور في العدد الخاص من المجلة الأكاديمية للبحث القانوني/ جامعة عبدالرحمن ميرة / الجزائر ٢٠١٥ ص٣٧٤.

(٣) نساخ فطيمة، مفهوم النظام العام، مرجع سابق ص٤١١.

أن قوامه الأساس ارتباطه بمصالح كلّية للمجتمع لا يجوز الخروج عليها أو تجاوزها، ويمتاز هذا النوع من النظام العام بكونه سلبي الطابع؛ إذ يقتصر دوره على بيان التصرفات التي لا يجوز إبرامُها[١].

أما النوع الثاني من أنواع النظام العام في إطار التصرفات القانونيّة في ظل القانون الخاص فهو النظام العام الاقتصادي، والذي يعرّف بأنه: "نسق إيجابي يهدف إلى تحديد ما يجبُ أن ينتظمه العقد من أحكام"[٢].

كما وعُرّف بأنه: "مجموعة القواعد والأحكام الواجب اتباعها في مجتمع في المجال الاقتصادي للحفاظ على استقرار المجتمع وأمنه"[٣]. فإذا كان النظام العام المطلق سلبي الطابع فإن النظام العام الاقتصادي إيجابي الطابع كما سنرى.

وبدوره ينقسمُ النظام العام الاقتصادي إلى نوعين؛ نظام عام حمائي ونظام عام توجيهي، أما الحمائي فغايته الأساسية حماية الطرف الضعيف في العلاقات العقديّة[٤]، في حين أن النظام العام التوجيهي يتعلق بمختلف الأحكام التي تمكّن الدولة من توجيه الروابط العقدية نحو تحقيق منفعة اجتماعية مقصودة تحقيقاً لغاية ممارسة المنافسة الاقتصاديّة[٥]، بمعنى أنه يستهدف توجيه العلاقات الاقتصاديّة بتأمين جو من المنافسة تحقيقاً لغايات الرخاء الاقتصادي، ولعلّ هذا الشكل من أشكال النظام العام تتجسد رعايته في قوانين خاصة، كما هو الحال في قانون المنافسة رقم ٣٣ لسنة ٢٠٠٤ وتعديلاته[٦]، وقانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجاريّة رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٠[٧].

---

(١) بلمهيوب عبد الناصر، النظام العام في القانون الخاص، مرجع سابق، ص٣٨١.

(٢) انظر في هذا المعنى:
- ياسين منصوري، دور النظام العام الاقتصادي في تحقيق العدالة التعاقدية، مرجع سابق، ص٢٣٢.
- بلمهيوب عبد الناصر، النظام العام في القانون الخاص، مرجع سابق، ص٣٨٠.
- نساخ فطيمة، مفهوم النظام العام، مرجع سابق، ص٤١١.

(٣) لحرش اسعد المحاسن، النظام العام الاقتصادي في الشريعة الإسلامية، بحث منشور في مجلة المسلم المعاصر السنة ٣٩ العدد ١٥٦ ص١١٥.

(٤) انظر في مفهوم الطرف الضعيف في العلاقة العقديّة، محمد حسين عبد العال: مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقديّة دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، ط١، ص١٢ وما بعدها.

(٥) مختور دليله: حماية النظام العام الاقتصادي في بعده التنافسي، بحث منشور في العدد الخاص من المجلة الأكاديمية للبحث القانوني/ جامعة عبدالرحمن ميرة / الجزائر٢٠١٥، ص٥٢٦ وما بعدها.

(٦) منشور في الجريدة الرسمية العدد ٤٦٧٣ بتاريخ ٢٠٠٤/٨٩/١، ص٤١٥٧.

(٧) منشور في الجريدة الرسمية العدد ٤٤٢٣ تاريخ ٢٠٠٠/٤/٢، ص١٣١٦.

وبذلك فإني أجد أنّ بحثنا في إشكالات طبيعة النظام العام ونطاقه في تنظيم القانون المدني الأردني للتأمين سينحصر في فرضين:

أولهما: يتعلق بإشكالات نطاق النظام العام المطلق، وثانيهما يتعلق بإشكالاتٍ في مدى وجود النظام العام الحمائي وآثاره، وهو ما سنخصص له مطلبين مستقلين على النحو التالي:

المطلب الأوَّل: إشكالات في نطاق النظام العام المطلق.

ينحصر بحثنا في الإشكالات التي تتعلق بنطاق النظام العام المطلق، وعليه فإننا لن نتناول نطاق رعاية النظام العام المطلق في تنظيم القانون المدني للتأمين، فهو نطاق تنوء صفحات هذا البحث عن حمله وسينحصر البحث في إشكالات هذا النطاق فقط(١).

ولعلّ أبرزَ الإشكالات المقصودة في هذا المقام هو ما نصّت عليه المادة (٩٢١) مدني أردني، والتي جاء فيها ما يلي: "**لا يجوز أن يكون محلاً للتأمين كل ما يتعارض مع دين الدولة الرسمي أو النظام العام**".

تتبدى الصفة الآمرة للنص من خلال منطوق لفظي تصدّر بعبارة "**لا يجوز**" في دلالة لفظية على هذه الصفة(٢)، ويقصد بتعبير "دين الدولة الرسمي" الدين الإسلامي سنداً لما نصت عليه المادة الثانية من الدستور، والتي جاء فيها: "**الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية**".

وعليه فإنّ النص قد ساوى بين ما يتعارض مع دين الدولة وما يتعارض مع النظام العام، وبذلك تصبح مبادئ الشريعة الإسلاميّة مرعيّةً كشرطٍ للمشروعية في محل عقد التأمين، شانها شأن النظام العام؛ إذ يشترط في محل أيّ عقد لقيامه صحيحاً أن يكون محلّه مشروعاً(٣)؛ وذلك بأن لا يخالف النظام العام والآداب، ويضاف لها في مجال التأمين ألا يخالف المحل مبادئ الشريعة الإسلاميّة باعتبار هذه المبادئ كشأن النظام العام ومفاعيله. ونقول مبادئ الشريعة الإسلامية ولا نقول الفقه

(١) نقصد بتعبير "نطاق النظام العام": النطاق الموضوعي الذي ترعاه النصوص الآمرة أو تحاول أن ترعاهُ على نحو لا يجوز الاتفاق على خلافه وبعبارة أُخرى المسائل التي افترض المشرع في تنظيمه القانوني بأنها متعلقة بالنظام العام.

(٢) يستدلّ على الصفة الآمرة في النصوص من عدمها بواسطة أحد معيارين؛ أولهما: معيار شكلي لفظي يستند إلى عبارة النص ذاتها في دلالتها على خلاف حكمها، كما لو وردت عبارة "لا يجوز" أو "يبطل" أو عبارة "ولو اتفق على غير ذلك"، وثانيهما: معيار موضوعي معنوي؛ ينظر لموضوع النص ومقاصده ومدى اتصاله بالمصالح الأساسية.

انظر في تفصيلِ ذلك عبد المنعم الصدة، أصول القانون، مطبوعات شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى البابي ١٩٦٥ ص٧٠.

(٣) انظر نص المادة: (١٦٣) من القانون المدني الأردني والتي جاء فيها بهذا الخصوص ما يلي:

١.يشترط أن يكون المحل قابلا لحكم العقد. ٢. فان منع الشارع التعامل في شيء او كان مخالفا للنظام العام اوللآداب كان العقد با طلا. ..... "

الإسلامي، لأن الفقه الإسلامي ليس إلا تصورات بشرية عما تقتضيه مبادئ الشريعة ونصوصها، لذلك فمن المتصور أن تجد آراءه متعارضة أحيانا.

فإلى أي مدى يجعل هذا النص لشرط المشروعية في محل التأمين خصوصية خاصة عنه في القواعد العامة في العقود المدنية والتجارية؟

تأتي مبادئ الشريعة الإسلامية في المرتبة الثالثة من مراتب مصادر القانون المدني، ولا يتقدّمها إلا التشريع ذاته، وأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص القانون المدني ويعقبها العرف وقواعد العدالة(١)، ورغم مكانتها المعتبرة بين هذه المصادر إلا أن التشريع يتقدّمها على أي حال، باعتباره المصدر الأول، لذا فمن المتصوّر أن يتضمن التشريع ما يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية مراعاةً لترتيب هذه المصادر ولقوة هذا الترتيب.

ويعني هذا أن إضافة مبادئ الشريعة الإسلاميّة قرينة للنظام العام لتحديد نطاق المشروعية من عدمه في محل التأمين قد أضاف بالفعل جديداً عما ورد في القواعد العامة وأعطى لشرط المحل في عقد التأمين خصوصية ليست في غيره من العقود المدنية والتجاريّة، وقد جاءَ في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني تعليقاً على نصّ المادة ٩٢١ مدني أردني ما يلي "بما أنّ المشرّع قبل فكرة عقد التأمين كما وضح في المادة (٩٢٠) وبما أن دين الدولة الرسمي هو الإسلام عملاً بالمادة الثانية من الدستور الأردني وبما أن المادة ٣٠٥ مرشد الحيران تشترط أن يكون مقصوداً شرعاً فقد وضعت هذه المادة على هذا الأساس". ويتضح من هذا التعليق أنّ اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية شرطاً لمشروعية محل التأمين يبدو مقصوداً في ذاته.

ومن الجدير ذكره في هذا الصدد إثباتاً لهذه الخصوصيّة أن كون الإسلام دين الدولة الرسمي لا يعني أن مبادئه مصدرا أساسياً للتشريع لا تجوز مخالفتها أو الخروج عليها، من منطلق تحليل نظري قانونيٍّ لمقتضيات النص الدستوري المشار إليه، غير منحاز أيديولوجياً مع كل الاحترام لشريعتنا

(١) انظر نص المادة(٢) من القانون المدني والتي جاء في نصها ما يلي:

"تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص .2. فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فان لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية .3. فإن لم توجد حكمت بمقتضى العرف،

فان لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة، ويشترط في العرف أن يكون عاما وقديما ثابتا ومطردا ولا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب .أما إذا كان العرف خاصا ببلد معين فيسري حكمه على ذلك البلد.٤.

ويسترشد في ذلك كله بما اقره القضاء والفقه على ان لا يتعارض مع ما ذكر."

السمحاء. وعليه فإن النص التشريعي الذي يتضمن نصاً يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية لا يتضمن مخالفة دستوريّة في ذاته لهذا السبب[١].

ولعل هذا البحث غير مخصص لحصر المسائل التي يفترق فيها القانون عن مبادئ الشريعة الإسلامية ما بين الإباحة والحظر، ولكنّ استقراء متعجلا يمكننا من خلاله أن نذكر من بينها ما يتعلق بالمسكرات (الخمور) بيعها وتصنيعها ونقلها، وعمليات التجميل لغير عذر، والكثير من العمليات المصرفيّة وشراء الديون، والكثير من النشاطات السياحيّة في الفنادق والملاهي، وسنكتفي بالوقوف الدقيق على شاهد واحد من بين هذه الشواهد؛ كمحاولة إثبات ما سقناهُ من نتائج آنفاً، ويتمثل هذا الشاهد **بفوائد القروض** إذ ينعقد إجماع الفقهاء[٢] على تحريم الربا خضوعاً للآية القرآنية {وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا}[٣]، وفي ذات السياق **يكاد** ينعقد إجماع فقهاء الشريعة الإسلاميّة على اعتبار الفوائد البنكية عن القروض مثالا واضحا للربا المحرّم[٤].

فإذا كانت فوائد القروض عند إعمال مبادئ الشريعة الإسلاميّة غير مشروعة فإلى أي مدىً ينسحب هذا الحكم على مشروعيّتها في ظل القانون الأردني، كجزء من تصرّفٍ مصرفي تجريه البنوك العاملة في المملكة على نحو يومي؟

في الوقت الذي جاء فيه نص المادة ٦٤٠ من القانون المدني لتحظر الفائدة على القرض في نص عام يمثل القواعد العامة بقولها "**إذا اشترط في عقد القرض منفعة زائدة على مقتضى العقد سوى توثيق حق المقترض لغا الشرط وصحّ العقد**" جاءت كثير من النصوص الخاصة لتجيز ذلك في إطار العمليات التجاريّة والمصرفية، كما هو الحال فيما نصت عليه المادة ١١٠ من قانون التجارة رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦[٥] في معرض تنظيمها للحساب الجاري.

---

(١) انظر في تفصيل ذلك ومن وجهة نظر قانونية بحتة: نوفان العجارمة: مقال بعنوان "الإسلام دين الدولة إشكالية المفهوم والتطبيق" منشور على الموقع الإلكتروني www.ammonnew.net بتاريخ ٢٠١٨/١١/١٣م.

(٢) انظر في تفصيل ذلك وتوثيقه من مراجعه المتخصصة ومذاهبه المتعددة سلمان العودة: شرح العمدة (الأمالي) كتاب البيوع – باب الربا بحث منشور على موقع www.islamweb.com.

(٣) سورة البقرة الآية ٢٧٥.

(٤) انظر في تفصيل ذلك وتوثيقه من فقهاء المذاهب الأربعة والمؤتمرات والمجامع الفقهية: ابراهيم بن عبد الله الناصر بحث بعنوان "إثبات ربويّة الفوائد البنكية" منشور في مجلة النور الكويتية، عدد (٥٥) سنة ١٩٨٧ ص٢٤ وما بعدها.

(٥) منشور في الجريدة الرسمية العدد ١٩١٠ ص٤٧٢ تاريخ ١٩٦٦/٣/٣٠.
وجاء في نص هذه المادة "إن الدفعات تضمن حتماً لمصلحة المسلم على المستلم فائدة تحسب على المعدّل".
وتكرر الأمر في المواد ١١٣، ١١٨.

وهو كذلك ما نصت عليه المادة ٦٦ من قانون التجارة البحريّة رقم ١٢ لسنة ١٩٧٢[١]. وفي ذات السياق كذلك ما نصت عليه المادة ٨٧ مكرر من قانون الشركات رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧[٢]مما يتوافق مع ما تقدّم.

ولعلّ نص المادة الثانية من قانون البنوك وتعديلاته رقم (٢٨) لسنة (٢٠٠٠م)[٣] أكثرُ دلالة على النقطة موضوع البحث؛ إذ إنها في معرض تعريفها للائتمان ذكرت الآتي: "**وضع مبلغ من المال من البنك إلى العميل مقابل حق استرداده من فوائده وأي مستحقات أخرى عليه...**".

بالنّتيجة فإنّه ومن خلال ما تقدّم من نصوص قانونيّة خاصة فإن فوائد القروض مشروعة قانوناً في الإطار المصرفي والبنكي والتجاري، وإن كانت محظورة خارج هذا النطاق سنداً للقاعدة العامة في القانون المدني، ليظل السؤال قائماً حول مدى مشروعيّة التأمين عليها؟ إذ أن الواقع العملي ينبئنا أنّ كل قرض يستجرّه العميل من البنك يرتبط بتأمين على هذا القرض وفوائده لمصلحة البنك في حال موت العميل، وفي بعض الحالات في حال إعساره، وفي حدود قيمة القرض الإجمالية مضافاً لها الفوائد والمصروفات، وهو أمر يشجع الائتمان على أي حال ويجعل البنوك تخفف من الضمانات التي تتطلبها ضماناً لتلك القروض.

ولما كان نص المادة ٩٢١ مدني ليس موضع تطبيق وإعمال في الواقع العملي رغم وجوده ونفاذه إلا أن إعماله فعلياً من شانه أن يهدم العمل المصرفي بما ينعكس ذلك على كافة القطاعات الصناعية والتجارية، ذلك أنّ الاقتصاد الدولي والوطني يقوم في بنيانه على وجود سعر للفائدة، ولعلّ الخروج على هذه الأنظمة يحتاج ثورة تشريعيّة واقتصاديّة ليست في مقدور معظم الدول في حدود تقديرنا في هذا الزمان.

وبتقييم اعتبار مبادئ الشريعة الإسلاميّة ضابطاً من ضوابط مشروعية محل عقد التأمين فإنه يمكننا القول بأن إباحة أمر ما في ظل نظام قانوني واحد وفي ذات الوقت حظر التأمين عليه إنما يحمل في طياته تناقضاً غيرَ محمودٍ؛ ذلك أننا بالنتيجة في ظلِّ دولةٍ واحدةٍ، ونحتكمُ لنظامٍ قانونيٍّ واحدٍ، ينبغي أن ينتظم أجزاءه الانسجام النسبي؛ إذ لا يعقل أن أسمح لمستثمر أن يفتح فندقاً من ذي

(١) منشور في الجريدة الرسمية العدد ٢٣٥٧ ص٦٩٨ تاريخ ١٩٧٢/٥/٦ وقد نصّت هذه المادة على "يضمن تسجيل الرهن فضلاً عن رأس المال فائدة عن سنتين والإضافة إلى فوائد السنة الجارية في وقت الإحالة".

(٢) منشور في الجريدة الرسميّة عدد ٤٢٠٤ ص٢٠٣٨ تاريخ ٩٧/٥/١٥.

حيث جاء في نص هذه المادة ما يلي "تلتزم الشركة بدفع فائدة للمساهم بمعدل سعر الفائدة السائد على الودائع لأجل خلال فترة التأخير".

(٣) منشور في الجريدة الرّسمية عدد ٤٤٤٨ ص٢٩٥٠ ٢٠٠٠/٨/١.

الدرجات المرتفعة، وفي ذات الوقت أجعل التأمين على نشاطاته ومسؤولياته تجاه عملائه وعماله غير مشروع؛ باعتباره يخالف النظام العام المرعي في التأمين.

وعليه فإنّ المشرع مدعوّ إلى إقامة وحدة قانونيّة إما أن تتجه إلى حظر هذه التصرفات وحظر تأمينها أو إباحتها وإباحة تأمينها.

وعطفاً على تحليلنا السابق المتعلق بمفهوم النظام العام، ولما كان النظام العام في ذاته يمثل مصالح كلّية في المجتمع فإن الأصل أن تكون هذه المصالح منسجمةً في ذاتها، متّسقةً في نسقها غير متناقضة، وعليه فإن هذا الشاهد من شواهد النصوص الآمرة في ظل هذا التناقض الصارخ بإباحة الشيء وحظر التأمين عليه إنما يثبت أن النص الآمر ليس في ذاته وموضوعه يمثل النظام العام، بقدر ما هو مقاربة المشرّع لحماية النظام العام ورعايته؛ إذ لا يعقل أن يوصف النظام العام بكونه متناقضا؛ باعتباره مصالح كليّة كامنة في ضمير الجماعة ومعتقدها، لكن النصوص وإن كانت آمرة فإنه يمكن وصفها بذلك كما هو الحال في الفرض محل البحث انطلاقاً من كونها ليست إلا مقاربة لحماية النظام العام.

المطلب الثاني: إشكالات في مدى وجود النظام العام الحمائي وآثاره.

سنقسم هذا المطلب لفرعين، نتناول في الأول: مدى وجود النظام العام الحمائي في تنظيم القانون المدني للتأمين، في حين نتناول في الفرع الثاني: آثار وجود النظام العام الحمائي، وذلك على النحو التالي:

الفرعُ الأول– مدى وجود النظام العام الحمائي:

يعرّف النظام العام الحمائي في إطار التصرفات القانونيّة بأنه: "الحماية المقررة للطرف الضعيف في العلاقات العقديّة، ويراد بالحماية في هذا المقام: منح الطرف الضعيف حقوقاً قانونيّة افتقدها في الجانب الاقتصادي"(١).

وبذلك تتصل غايات النظام العام الحمائي بحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقديّة، هذا يعني أن النظام العام الحمائي إنما يهدف لحفظ مصالح فردية تخص طرفاً عقديّاً وفي إطار عقد فردي في الغالب، وهذا النوع من النظام العام ظهر مرعياً في الحماية المقررة للعامل في قانون العمل الأردني رقم

(١) نساخ فطيمة النظام العام بين الشريعة العامة والتشريعات الخاصة مرجع سابق ص٤١٧.

٨ لسنة ١٩٩٦[١]، وللمستهلك في قانون حماية المستهلك رقم ٧ لسنة ٢٠١٧[٢] باعتبارهما أطرافاً ضعيفةً في العقود التي يبرموها وفق تقدير المشرّع.

ولكون هذا النظام العام إنما يرعى مصالح فرديّة وليست مصالح عامة فإن ذلك لا يغيّر من كون النظام العام بمفهومه العام إنما هو تعبير عن مصالح كلّية في المجتمع؛ هذا يعني أنه متصل بمصالح المجتمع الكلية حتى وإن حفظ مصلحة فردية لطرف عقدي؛ ذلك أن هناك مصلحة كلّية للمجتمع في الانتصار للطرف الضعيف في العقود، هذه المصلحة تتطلب حمايته تحقيقاً للعدالة وإزالة الإجحاف الذي يحيق به، لا باعتبار شخصه وإنما باعتبار مركزه، وبذلك فالحماية ليست لمصلحة فرديّة مباشرة مقصودة، وإنما الحماية لطرف عقدي ضعيف منضبط بضباط عام مجرد، وبذلك فإن غايات هذا النظام هي ذاتها غايات النظام التقليدي وإن اختلفت طبيعة المصالح المرعية عامة أو خاصة؛ حيثُ إنّ رعاية كلا المصلحتين يعبّر عن مصلحة كلّية للمجتمع.

والحقيقة الأخرى أنّ النظام العام الحمائي وإن كان يشترك مع النظام العام المطلق بكونهما نظامان عامان ينبثقان من مصالح كلية للمجتمع، إلا أن لهذا النوع من النظام العام ذاتية تميزه بعدة مميزات عن النظام العام المطلق؛ فهو نظام عام إيجابي حيث يتدخل في الغالب لتحديد الحقوق التي ينبغي أن يتمتع بها الطرف الضعيف في العلاقة العقديّة، ولا يكتفي ببيان ما هو محظور كما يفعل النظام العام المطلق، والأهم أنّ طبيعة الجزاء المترتب على مخالفة كل منهما مختلفة بعض الشيء؛ حيثُ يترتب على مخالفة النظام العام المطلق بطلان التصرف موضوع المخالفة بطلاناً مطلقاً، وما يقتضيه ذلك من أنّ للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه وأنّ لأي صاحب مصلحة أن يتمسك به وأنه لا يصحح بالإجازة[٣].

والأهم كذلك أنّ النصوص الراعية للنظام العام المطلق لا تتيح مخالفته أياً ما كان شكل المخالفة، في حين أن النصوص الراعية للنظام العام الحمائـــي لا تتيح مخالفتها إذا كان من شأن تلك المخالفة الانتقاص من الحقوق التي تدخّل المشـــرع لفرضها، ولكنها تســـمح بالمخالفة إذا كانت المخالفة تعطي الطرف المقصـــود بالحماية حقوقاً أفضـــل من تلك التي تحفظها له النصوص، بمعنى أن

(١) منشور في الجريدة الرسمية العدد ٤١٣ ص ١١٧٣ تاريخ ٩٦/٤/١٥.

(٢) منشور في الجريدة الرسمية العدد ٥٤٥٥ ص ٢٧٢٥ تاريخ ٢٠١٧/٤/١٦م.

(٣) انظر في تفصيل آثار البطلان المطلق: إسراء جاسم العمران: البطلان وأثره على فاعلية العقد في القانون والشريعة، بحث منشور في مجلة بيت المشورة المجلد (١) العدد (٢) دولة قطر ٢٠١٥ ص ٩٩.

تنص المادة ١٦٨ من القانون المدني على:

"١. العقد الباطل ما ليس مشروعا بأصله ووصفه بأن اختل ركنه أو محله أو الغرض منه أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الإجازة. ٢. ولكل ذي مصلحة ان يتمسك بالبطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها .3. ولا تسمع دعوى البطلان بعد مضي خمس عشرة سنة من وقت العقد"

النظام العام الحمائـــي يسمح بمخالفته في اتجـــاهٍ ويحظر تلك المخالفة في اتجاهٍ آخـــر، وهو ما لا يتوافــق مع مفاعيل النظام العام المطلق كما تقدّم(١).

والسؤال الذي يفرض نفسه والمتّكِأ على كل ما سبق، هل كان النظام العام الحمائي وفق التوصيف المتقدّم مرعياً في تنظيم القانوني المدني الأردني للتأمين، وبتعبير آخر هل أنّ النصوص الآمرة الواردة في تنظيم القانون المدني للتأمين تشكل مقاربة لحماية النظام العام المطلق أم لحماية النظام العام الحمائي؟ وذلك بالنظر إلى الفروقات القائمة ما بين نوعي النظامين.

إن المستقرأ للتنظيم القانوني للتأمين في القانون المدني في المواد (٩٤٩-٩٢٠) يجد أنّ المشرّع الأردني عمد إلى تنظيم أجزاء مهمة من المضمون العقدي لبعض فروع التأمين، تتصل تحديدا بنطاق الخطر المغطى، وجزاء الإخلال ببعض الالتزامات الملقاة على المؤمن له، بالذات تأمين الحريق وبدرجة أقل تأمين الحياة، وأن معظم النصوص التي جاءت لتنظيم المضمون العقدي هذا لم تتضمن إشارة لفظية شكلية تدل على الصفة الآمرة لهذه النصوص(٢) كما هو الحال مثلاً فيما نصت عليه المادة ٩٣٣ مدني أردني والتي جاء فيها ما يلي "**يكون المؤمن مسؤولاً في التأمين ضد الحريق: ١- عن الأضرار الناشئة عن الحريق ولو كانت ناجمة عن الزلازل والصواعق والزوابع والأعاصير والانفجارات المنزلية والاضطرابات التي يحدثها سقوط الطائرات والسفن الجوية أو عن كل ما يعتبر عرفاً داخلاً في شمول هذا النوع من التأمين. ٢- عن الأضرار التي تكون نتيجة حتمية للحريق. ٣- عن الأضرار التي تلحق بالأشياء المؤمن عليها بسبب الوسائل المتخذة للإنقاذ أو لمنع امتداد الحريق.٤- عن ضياع الأشياء المؤمن عليها واختفائها أثناء الحريق ما لم يثبت أن ذلك كان نتيجة سرقة**".

ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ١/٩٤٤ في معرض تنظيم المشرع لعقد تأمين الحياة والتي جاء فيها "**للمؤمن له الذي التزم بدفع أقساط دورية أن ينهي العقد في أي وقت بشرط إعلام المؤمن برغبته وتبرأ ذمته من الأقساط اللاحقة**"

هذان النصّان ليسا إلا عيّنة من جملة نصوص قانونيّة عمدت إلى تحديد المضمون العقدي لبعض فروع التأمين فهل مثل هذه النصوص آمرة أم مكملة؟ وإذا كانت آمرة فهل ترعى نظاماً عاماً مطلقاً أم نظاماً عاماً حمائياً؟ وذلك لغياب الإشارات الشكلية المميزة للنص الآمر عن النص المكمل، لذلك فإنه

(١) انظر في تفصيل هذه الفكرة جعفر محمود المغربي، أحكام بطلان عقد العمل في القانون الأردني، بحث منشور في المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية ٢٠١٠ العدد ٤ المجلد ٢ ص ١٢٤.

(٢) انظر على سبيل المثال لا الحصر المواد ٩٣٣، ٩٣٤، ٩٣٥، ٩٣٦، ٩٣٩ بخصوص تأمين الحريق والمواد ٣٤٣، ٩٤٤، ٩٤٧ بخصوص تأمين الحياة.

يلزمنا الاتكاء على المعيار الموضوعي المعنوي بالنظر إلى طبيعة المصالح التي يحاول النص أن يحميها أو الغايات والمقاصد التي يرمي إلى تحقيقها.

الحقيقة أنّ النسق العام لتنظيم القانون المدني للتأمين إنما يحمل في طياته مقصداً حمائياً واضحاً، فهو قد أبطلَ بعضَ الشروط المجحفة التي درجت شركات التأمين تضمينها العقد، لا لشيء إلا ليحمي المؤمن له والمستفيد، كما هو الحال فيما نصت عليه المادة ٩٢٤ مدني أردني[١] في إشارة أولية واضحة أن المشرع يتعامل مع المؤمن له كطرف ضعيف في العقد جدير بالحماية، كما وحاول المشرّع في هذا التنظيم القانوني أن يخفف من وطأة الجزاءات الخاصة التي تخرج عن النظرية العامة في المسؤولية العقدية، والتي تحيق بالمؤمن له، وذلك بإقراره بعضاً من الضوابط الشكلية والموضوعية لصحة إيقاع هذه الجزاءات[٢].

وعليهِ فإنّ المشرّع الأردني عندما عمد إلى تحديد المضمون العقدي لبعض أنواع التأمين لم يكن ذلك من باب الترف الفكري ولا الاستزادة، وإنما كان يقصد باعتقادي أن يوفر حداً أدنى من الحقوق لكل من المؤمن له والمستفيد، والذي غالباً ما يكون المضرور، حيث أحاطت بهما رعاية المشرّع، هذا يعني أننا نذهب باتجاه اتسام هذه القواعد بالصفة الآمرة، والتي لا يجوز لأطراف الاتفاق الانتقاص منها،

---

(١) تنص هذه المادة على " يقع باطلا كل ما يرد في وثيقة التامين من الشروط التالية:

١. الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التامين بسبب مخالفة القوانين الا اذا انطوت المخالفة على جناية او جنحة قصدية.

٢.الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه الى الجهات المطلوبةإخبارها أو في تقديم المستندات إذا تبين أن التأخير كان لعذر مقبول .3. كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر.

إذا كان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى بطلان العقد أو سقوط حق المؤمن له .4. شرط التحكيم اذا لم.

يرد في اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة المطبوعة في وثيقة التامين .5. كل شرط تعسفي يتبين انه لم يكن لمخالفته اثر في وقوع الحادث المؤمن منه.

(٢) يعتبر كل من جزاء البطلان وجزاء السقوط وجزاء وقف الضمان جزاءات خاصة في عقد التأمين تخرج في مفاعيلها عن النظرية العامة في المسؤولية العقديّة، وتحمل في طياتها بعداً عقابياً لأنها لا تنضبطُ بضابط حصول الضرر، وبالتالي لا تستهدف جبره وقد حاول المشرّع التخفيف من وطأة هذه الجزاءات من خلال ما نصّ عليه في المواد ٩٢٤ ، ٩٢٥ ، ٩٢٨ ، ٩٤٧ من القانون المدني.

انظر في تفصيل ذلك فقهاً:

- محمد شكري سرور: الجزاءات الخاصة في عقد التأمين (دراسة لبطلان الوثيقة ووقف الضمان) رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ١٩٧٥.
- محمد شكري سرور: سقوط الحق في الضمان دراسة في عقد التأمين البري، ط١، دار الفكر العربي ١٩٧٩ ص٢٠ وما بعدها.
- هايل عوض الحجايا، جزاء سقوط حق المؤمن له بالضمان دراسة مقارنة في القانون الأردني رسالة ماجستير الجامعة الأردنية، ٢٠١٥م.
- معاذ مبارك الزيدانيين وقف الضمان كجزاء خاص في التأمين دراسة مقارنة في القانون الأردني ٢٠١٨م رسالة ماجستير كلية الحقوق جامعة مؤتة.

والسؤال الذي يظل قائماً هل أنّ النظام العام الذي ترعاهُ هذه النصوص الآمرة نظامٌ عامٌ مطلق أم نظام عام حمائي؟ إن المقصد الحمائي للنصوص واضح وباد ومتصل بالغايات التي دفعت المشرّع لتشريعها ابتداءً، فليستْ وظيفةَ المشرّع أن يُذكّر الأطراف بما يمكن أن يتفقوا عليه، وإنما أراد المشرّع أن يرسي حداً أدنى من حقوق الطرف الضعيف على نحو لم يجز الانتقاص منها.

ومثل هذه النتيجة أكدتها بعض التشريعات الأخرى وبوضوح فهذا القانون المدني المصري_ والذي كان مصدراً تاريخياً للتنظيم القانوني لعقد التأمين في القانون المدني؛ لغياب تنظيم دقيق له في مجلة الأحكام العدلية [١] – جاءت فيه المادة ٧٥٣ مدني مصري لتنص على: "**يقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام النصوص الواردة في هذا الفصل إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن أو لمصلحة المستفيد**"

وعليه فإنه يمكننا القول بأن النظام العام الحمائي مرعيٌ وموجود في تنظيم القانون المدني الأردني للتأمين، وما يقتضيه ذلك من إمكانية الخروج على هذه النصوص إذا كان الخروجُ لمصلحةِ الطرف الضعيف في العقد ألا وهو المؤمن له أو لمصلحة المستفيد.

الفرع الثاني– آثار وجود النظام العام الحمائي:

توصلنا في الفرع الأول من هذا المطلب إلى نتيجة مفادُها أن النصوص التي وردت في التنظيم القانوني للتأمين بالذات لتنظيم المضمون العقدي بين الطرفين تتسم بالصفة الآمرة وترعى نظاماً عاماً حمائياً، وحتى هذا الحد فإنه لا تتبدى أيّ إشكالات قانونية، ولكن هذه الإشكالات قد تظهر إذا بحثنا نتائج وآثار اعتبار النصوص الآمرة المنظمة للمضمون العقدي شكلاً من أشكال مقاربة النظام العام الحمائي، فهل ينسجمُ اعتبار هذه القواعد راعيةً للنظام العام الحمائي مع الجزاء المترتب على مخالفتها في ظل القانون المدني الأردني؟

الحقيقة أنّ المشرّع الأردني في المواضع التي أشار فيها لمصطلح "نظام عام"[٢] إنما كان يقصد النظام العام المطلق، كما هو الحال فيما نصت عليه المادة ٢/١٦٣ من القانون المدني والتي جاء فيها "**فإن منع الشارع التعامل في شيء أو كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً**"، والأمر ذاته إزاء ما نصت عليه المادة ٤/٨٨ من القانون المدني والتي جاء فيها "**يصح أن يرد العقد ....٤. على أي شيء آخر ليس ممنوعا بنص في القانون أو مخالفا للنظام العام أو الآداب**"

(١) جاءت بعض النصوص في القانون الأردني مطابقةً من حيث الصياغة تقريبا مع ما ورد في القانون المصري انظر نص المادة ٩٢٤ مدني أردني يكاد يتطابق مع نص المادة ٧٥٠ مدني مصري.

(٢) ذكر المشرع مصطلح نظام عام في القانون المدني الأردني في المواد التالية: المادة ٣/٢ والمادة ٢٩ والمادة ٨٨ والمادة ٢/١٦٣ ، ٣ والمادة ١٦٤ والمادة ١٦٥ والمادة ٣٩٧ والمادة ٩٢١.

والحقيقة الأخرى التي يمكن أن نستشفها من النصين المشار لهما هي أنّ جزاء مخالفة النظام العام في ظل القانون المدني إنما هو البطلان المطلق، هذا البطلان الذي يحكم به القاضي من تلقاء نفسه وبحكم كاشف لا منشئ، هذا البطلان الذي إن لحق شقاً من العقد بطل العقد كلّه إلا إذا أمكن عزل الشق الباطل عن الشق الصحيح، وهو ما اصطلح على تسميته بانتقاص العقد(١)، تطبيقاً لنص الفقرة (١) من المادة (١٦٩) من القانون المدني والتي جاء فيها "**إذا كان العقد في شق منه باطلاً بطل العقد كلّه إلا إذا كانت حصة كل شق معينة فإنه يبطل في الشق الباطل ويبقى صحيحاً في الباقي**".

فهل معنى أن المشرّع عندما يذكر مصطلح النظام العام قاصداً النظام العام المطلق أنّ النظام العام الحمائي غير موجود في خطته وتنظيمه؟

من المؤكد أن النظام العام الحمائي مرعيٌ في ثنايا القانون المدني حتى وإن لم يسمه المشرّع بمصطلح النظام العام؛ فالعبرةُ بجوهر الأشياء وحقيقتها لا بتسمياتها؛ فالنصوص التي نظمت عقد الإذعان مثلاً إنما كانت تستهدف حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقديّة، وهي بالنتيجة قواعد آمرة لا يجوز للطرفين الاتفاق على استبعاد إعمالها، ومع ذلك فلا يجوز للقاضي أن يتدخل لإعمال صلاحيته في تعديل الشرط التعسفي إذا لم يطلب إليه المذعن ذلك، ولم يكن النزاع القضائي متعلقاً بتعسف الشرط موضوع النزاع من عدمه، حيثُ لا يمكن للقاضي أن يثير هذا الموضوع من تلقاء نفسه طالما لم يكن موضوع النزاع(٢).

وهذا الفرض يختلف بلا شكّ عن فرضية أن يعرض على القاضي نزاعا متعلقا بمطالبة مالية ثم يثبت للمحكمة أنّ أصلَ هذا الدين عمل غير مشروع، حيث يقع على المحكمة في هذه الحالة –وإن لم يطلب منها ذلك_ رد الدعوى على اعتبار أن العقد برمّته باطلاً لمخالفته مقتضيات النظام العام، والإشكال الحقيقي على أي حال لا يتعلق بوجود النظام العام من عدمهِ حيثُ خلصنا بالنتيجة إلى وجوده مرعياً في القانون المدني، وإنّما يتعلق الإشكالُ بآثار وجوده؛ فالمشرّع الأردني في القانون المدني نص على البطلان دون تحديد صفته أو طبيعته ولكن المتفحص فيه يدرك أنه ليس إلا بطلاناً مطلقاً؛ حيثُ لا يتوقف إعمال القاضي لسلطته في الحكم به من عدمه على طلب ذي المصلحة وإنما يكونُ حكمهُ فيه كاشفاً ويقضي به من تلقاء نفسه بطلاناً لا تصححه الإجازة.

---

(١) انظر في تفصيل نظريّة انتقاص العقد وأحكامُها:

عبد العزيز المرسي حمود: نظريّة إنقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري (دراسة تحليلية وتأصيلية مقارنة)، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ١٩٨٨ ص١٧ وما بعدها.

(٢) عالجت عقد الإذعان في ظل القانون المدني الأردني المواد ٢٠٤، ٢/٢٤٠ من القانون المدني.

وحيث أن النظام العام الحمائي في ظل التشريعات الأخرى ارتبط في الغالب ببطلانٍ نسبي[١]، يقرره القاضي بناءً على طلب صاحب المصلحة[٢] ويقتصرُ أثره على الشرط المخالف دون العقد كلّه ويحل فيه– في الغالب –حكم النص القانوني محل الشرط المخالف[٣] فإن البُطلانَ في ظل القانون المدني لا ينصب على الشرط المخالف فقط، وإنما قد يطال العقد برمته إذا تعذر عزله ثم إن حكم النص لا يحل تلقائياً محل الشرط المخالف؛ لغياب السند القانوني لذلك، وإنما يتّخذُ الأثر مسلكاً سلبياً بإبطال الشق المخالف وإبطال العقد برمّته تبعاً لذلك، إلا إذا أمكن عزل الشق الباطل عن الشق الصحيح عندها يصح الشق الصحيح ويبطل الشق الباطل، وإعمال نظرية انتقاص العقد في ظل مخالفة المضمون العقدي للنصوص الآمرة يتعذر في كثير من الفروض؛ فمعظم تلك النصوص حددت نطاق الخطر المغطى، فاستبعاده من التغطية في الاتفاق يخالف النص الآمر، الأمر الذي يبطل شقاً في العقد يبطل العقد تبعاً له لتعذّر عزله عن باقي بنود العقد الأخرى لارتباط اتساع هذا النطاق المغطّى أو ضيقه بمقدار القسط.

---

(١) يرتبط البطلان النسبي بالعقد القابل للإبطال؛ إذ يكون العقد قابلاً للإبطال بناءً على طلبِ ذي المصلحة ويرتبط في الغالب في ظل التشريعات الأخرى كما هو الحال في القانون المصري بعيوب الإرادة المواد (٤٤٦ وما بعدها من القانون المدني المصري).

ويتجه بعض الفقه إلى التمييز بينَ البطلان المطلق والبطلان النسبي بحسب المصلحة التي يحاول النص أن يحميها فإن كانت المصلحة عامة ترتب على مخالفة النص بطلاناً مطلقاً، وإن كانت المصلحة خاصة ترتب على مخالفة النص قابليته للإبطال بناءً على طلب ذي المحصلة، فالبطلان المطلق لا يسمح بقيام العقد ابتداءً، في حين أن البطلان النسبي يسمح بوجود قانوني مؤقت للعقد حتى يتمسك صاحب المصلحة بالبطلان عندها تحكم المحكمة بالبطلان.

انظر في تفصيل ذلك: إسراء جاسم العمران، البطلان وأثرهُ على فاعلية العقد، مرجع سابق، ص٩٩، ١٠٠.

في المقابلِ كان موقف المشرّع الأردني تأثراً منه بالفقه الإسلامي قد أخذ بالعقد الموقوف على الإجازة انظر المادة ١٧١ من القانون المدني والتي نصت على:

"يكون التصرف موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره أو من مالك في مال له تعلق به حق الغير أو من نا قص الأهلية في ماله وكان تصرفا دائرا بين النفع والضرر أو من مكره أو إذا نص القانون على ذلك".

(٢) انظر في تفصيل ذلك بلمهيوب عبد الناصر، النظام العام في القانون الخاص، مرجع سابق، ص٣٨٩.

(٣) يطلق على ذلك في إطار قانون العمل "بالشرط الأفضل للعامل"؛ إذ يطبق على العامل أحد ثلاثة أمور؛ إما بند الاتفاق أو نص القانون أو بند نظام أو لائحة صاحب العمل أيها أفضل للعامل.

وقد نظمت ذلك المادة ٤/ب من قانون العمل الأردني بقولها "يعتبر باطلاً كل شرط في عقد أو اتفاق سواء أبرم قبل هذا القانون أو بعده يتنازل بموجبه أيٌّ عامل عند أيّ حق من الحقوق التي يمنحها إياه هذا القانون".

انظر في تفصيل ذلك فقهاً: صلاح محمد احمد دياب: مفهوم الشرط الأفضل كصورة من صور حماية العامل في قانون العمل دراسة تحليلية مقارنة في ضوء أحكام القضاء، دار الكتب القانونيّة ط١ ص١٥ وما بعدها.

فالمشرّع بالنتيجة أغفلَ النص على قصر البطلان على الشرط المخالف وأغفل إقرار حلول حكم النص محل حكم الشرط عندها، وإنما أحالنا حكما في الجزاء إلى القواعد العامّة، وهو ما لا يتناسب مع المقاصد الحمائية المقصودة في هذا التنظيم ابتداءً.

فالمشرّع بالنتيجة وإن اعترف بالنظام العام الحمائي ورعاهُ في معرض تنظيمه للمضمون العقدي في التأمين إلا أنّه أغفلَ الشق الثاني من آلية بسط هذا الحماية على نحو أمثل، ألا وهي ترتيب النتائج المناسبة لمخالفة هذا التنظيم القانوني؛ ذلك أنّ قيام البطلان المطلق أثراً لمخالفة مقتضيات النظام العام الحمائي سيعرّض حقوق المؤمن لهم والمستفيدين للخطر، فبدل أن يحصلوا على إنصاف بإعمال حكم النص محل حكم البند المخالف، فإنّهم سيكونون أمام عقد باطل أو شقّ باطل في عقد.

فقانون العمل الأردني اختط لنفسه نهجا خاصا في ترتيب بطلان الشرط المخالف دون بطلان العقد برمته حماية للطرف الضعيف المقصود بالحماية، في خروج على نهج القانون المدني في ترتيب البطلان أثرا لمخالفة النص الآمر، ولعل إحدى محاكم الدرجة الأولى الأردنية قد أدركت هذه الخصوصية فذكرت في حكم لها ما يلي: "**البطلان النسبي بطلان شرط أو بعض الشروط المخالفة لقواعد قانونية متعلقة بالنظام العام الحمائي بقوة القانون، دون النظر إلى ما كانت ستتجه إليه إرادة المتعاقدين، والغرض من هذا النظام العام هو تحقيق الحماية لأحد الأطراف بالإبقاء على العقد رغم مخالفته في جزء منه لقواعد متعلقة بالنظام العام وذلك حتى لا يقع الضرر على الطرف المراد حمايته إذا حكم ببطلان العقد**"[1] .

إن إغفال النص على أثر مخالفة النصوص الآمرة الراعية للنظام العام الحمائي في ظل القانون المدني هو ما أوصلنا لهذه النتائج التي نعتقد أنها سليمة نظرياً غير مناسبة البتة عملياً، الأمر الذي أجدُ أنّ العدالة باعتبارها قيمة جوهريّة كليةً متصلةً بالنظام العام جديرة بالرعاية في هذا الموضع وأن رعايتها من قبل القضاء يحتم عليه اتكاءً على روح النصوص ومقاصد المشرّع إعمال حكم النصوص محل البنود المخالفة وذلك لا يقلل من الحماس لدعوة المشرّع لإيراد نص خاص بجزاء مخالفة ما أوردهُ من نصوص حمائية كما فعلت التشريعات الأخرى كما تقدّم.

(١) حكم محكمة صلح حقوق عمان رقم ٢٠٠٨/٤٥٦٨ بتاريخ ٢٠٠٨/١٢/٣٠ ، منشورات موقع قسطاس.

الخاتمة:

ينقسم موضوع هذا البحث إلى ثلاث مسائل؛ أولها: مفهوم النظام في التصرفات القانونيّة، وثانيها: إشكالات في نطاق النظام العام المطلق في تنظيم القانون المدني للتأمين، أمّا ثالثها فيتعلق بمدى وجود النظام العام الحمائي في تنظيم القانون المدني للتأمين وآثاره، وإلى أي مدى يرتب وجوده إشكالات قانونية في هذا الصدد، وبعد أن قسمنا هذا البحث لمبحثين عالجنا في الأوّل منهما المسألة الأولى، في حين عالجنا في المبحث الثاني المسألتين الأخيرتين خلصنا بالنتيجة إلى جملة من النتائج والتوصيات نجملها على النحو التالي:

النتائج:

١- ظهر لنا أنّ المحاولات الفقهيّة لتعريف النظام العام تعريفاً مانعاً جامعاً ليست إلا فكرة حالمة، بالذات على ضوء ما اعترى هذه الفكرة من تطورات واستجدّ عليها من استحداثات تتعلق بظهور أنواع جديدة للنظام العام تختلف عن بعضها البعض في سماتها ومفاعيلها، وإن مازال القاسم المشترك الأكبر بينها جميعا هو كونها تعبّر عن مصلحة كلية جمعيّة جوهرية للجماعة، وهو ما لا يصلح تعريفاً بقدر ما يصلح جزءً من توصيف؛ ذلك أن التعريف المفتقر لأبرز سمات المعرّف ومفاعيله سيظل ناقصاً وفي ظل اختلاف المفاعيل وتباين السمات يغدو التعريف الجامع المانع متعذرا.

٢- في علاقة النظام العام بالنص الآمر خلصنا إلى أنّ النص الآمر لا يمثل في ذاته النظام العام، وأن هذا النص ليس إلا مقاربة من المشرع رعاية للنظام العام وحماية له، هذه المقاربة التي قد تحقق أهدافها وقد لا تفعل وقد تفعل ذلك على نحو نسبي، وأن النظام العام في هذا الصدد يمتاز بكونه مصلحة كلّية جامعة تتشابه في صورته الرّمزية مع المظلة وأن التفصيلات التي تتضمنها النصوص الآمرة ليست إلا دليلاً على أنّها محض مقاربات، الأمر الذي يجعلها بين الفينة والأخرى عرضة للتعديلات والإلغاءات؛ ذلك أن دأب المقاربات دوماً إعادة التموضع والمراجعة لاختيار الأنسب.

٣- ظهر لنا أنّ المشرّع الأردني ومن خلال نص المادة ٩٢١ مدني أردني قد جعل عدم مخالفة مبادئ الشريعة الإسلامية شرطاً لمشروعية محل عقد التأمين، في مسعىً شكّل خصوصية خاصة لشرط المشروعية في هذا العقد تحديداً من بين العقود التجارية الأخرى، وهو ما وجدناه يشكل إشكالاً بحدّ ذاته، حيثُ وقفنا على كثير من المسائل التي لا تتوافق مع مبادئ الشريعة الإسلامية في ذاتها ولكنها في ظل النظام القانوني الأردني تبدو مشروعة، وعليه فيغدو الإشكال واضحاً في إباحة الأمر من جهة وحظر التأمين عليه من جهة أخرى.

٤- في معرض بحث طبيعة النظام العام المرعي في التنظيم القانوني للمضمون العقدي للتأمين في القانون المدني ثبت لنا أن النظام العام الحمائي متبدٍ وعلى نحو واضح فيه، ولكن الإشكال المقصود في هذا الصدد يتمثل في غياب جزاء خاص لمخالفة مقتضيات النظام العام الحمائي، وهو ما سيلجئنا العودة للقواعد العامة في جزاء الخروج على القواعد الآمرة، لنقف نظرياً أمام البطلان المطلق لتغدو في ظل هذا التسلسل النظري فكرة العدالة المقصودة ابتداءً في مهبّ الرّيح.

التوصيات:

١- يتمنى الباحث على الفقه تبني وجهة نظره باعتبار النص الآمر غير ممثل للنظام العام في ذاته بقدر ما هو مقاربه لخدمته وحمايته، وذلك كمتكأٍ للوصول إلى تخفيف الالتزام المبالغ فيه بحرفية النصوص وإغفال مقاصدها التشريعية وروحها الكامنة خلفها، وسعياً لتحقيق شيء من الاتساق المنطقي في ترابط الأفكار والأسس النظريّة التي يقوم عليها النظام القانوني في الدولة.

٢- يدعو الباحث المشرّع الأردني إلى تضمين التنظيم القانوني للتأمين نصاً عاماً، مقترحاً أن يكون بالصيغة التالية: "يعتبر باطلاً أي شرط يخالف النصوص الواردة في هذا الفصل ويسري مضمون النص كجزء من اتفاق الطرفين".

٣- يتمنى الباحث على المشرّع أن يحسم أمره بين خيارين؛ إما أن يتخلى عن اشتراطه لصحة محلّ عقد التأمين عدم مخالفة الشريعة الإسلامية، أو أن يلغي من تنظيمه القانوني كل ما يتعارض مع الشريعة الإسلامية؛ ذلك أن إباحةَ أمر وحظر التأمين عليه إنما هو تناقض غير محمود واتساق النظام القانوني النافذ في متطلباته أمر مطلوب ولازم.

المراجع

*** المراجع باللغة العربية**

إبراهيم أبو هلاله وفيصل الشقيرات، التزام المؤمن بالتعويض في التأمين من المسؤولية المدنية، بحث منشور في مجلة جامعة الحسين بن طلال مجلد ٣ عدد ٢ ٢٠١٧م.

ابراهيم بن عبد الله الناصر بحث بعنوان "إثبات ربويّة الفوائد البنكية" منشور في مجلة النور الكويتية، عدد (٥٥) سنة ١٩٨٧.

إدريس العلوي العبدلاوي، مدلول النظام العام في التصرّف القانوني، بحث منشور في مجلة أكاديمية المملكة المغربيّة لسنة ٢٠٠٥ العدد ٢٢.

إسراء جاسم العمران: البطلان وأثره على فاعلية العقد في القانون والشريعة، بحث منشور في مجلة بيت المشورة المجلد (١) العدد (٢) دولة قطر ٢٠١٥.

بملهيوب عبد الناصر، النظام العام في القانون الخاص–مفهوم متغيّر " بحث منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ٢٠١٥ _عدد خاص_ تضمن الأوراق العلمية المقبولة في الملتقى الدولي حول " التحوّل في فكرة النظام العام من النظام العام إلى الأنظمة العامّة" المنعقد في كلية الحقوق والعلوم السياسيّة / جامعة عبد الرحمن ميره – بجاية يومي ٧, ٨ ماي ٢٠١٤م

بشير بلعيد: القضاء المستعجل في الأمور الإداريّة، مطابع عمار قرفي باتنه، الجزائر ١٩٨٨, ص٧٩.

بن معمر عوينات نجيب: النظام العام بين سلطة المشرع والتكييف القضائي، بحث منشور في العدد الخاص من المجلة الأكاديمية للبحث القانوني/ جامعة عبدالرحمن ميرة/ الجزائر، ٢٠١٥.

بهاء بهيج شكري، التأمين من المسؤولية في النظرية والتطبيق ط١ دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان ٢٠١٠.

جاك غستان: المطوّل في القانون المدني – تكوين العقد ط٢ مجد المؤسسة الجامعيّة للدراسات والنشر والتوزيع ٢٠٠٨ .

جعفر محمود المغربي، أحكام بطلان عقد العمل في القانون الأردني، بحث منشور في المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية ٢٠١٠ العدد ٤ المجلد ٢ .

حسن كيره: المدخل إلى القانون – النظرية العامة للحق، منشأة المعارف/ الإسكندرية ١٩٧٣.

سلمان العودة: شرح العمدة (الأمالي) كتاب البيوع – باب الربا بحث منشور على موقع www.islamweb.com.

سليمان مرقس: مدخل للعلوم القانونيّة، دار النشر للجامعات المصريّة، ط٢, القاهرة , ١٩٥٢.

سمير تناغو: النظرية العامة للقانون، الإسكندرية, ١٩٩٣,

صلاح محمد احمد دياب: مفهوم الشرط الأفضل كصورة من صور حماية العامل في قانون العمل دراسة تحليلية مقارنة في ضوء أحكام القضاء، دار الكتب القانونيّة ط١.

عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، مصادر الالتزام، القاهرة, ١٩٥٢.,

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت، أصول القانون، دار الفكر العربي، القاهرة, ١٩٥٣.

عبد العزيز المرسي حمود: نظريّة إنقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري (دراسة تحليلية وتأصيلية مقارنة)، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ١٩٨٨.

عبد المنعم الصدة، أصول القانون، مطبوعات شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى البابي ١٩٦٥.

عليان عدة: فكرة النظام العام وحرّية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية / جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان/ الجزائر ٢٠١٦م .

عماد طارق البشري: فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي – المكتب الإسلامي، ص٢٠٠٥.

عمارة مسعود: إشكالية تحديد مفهوم النظام العام وتطبيقاته القانونيّة" بحث منشور في العدد الخاص من المجلة الأكاديمية للبحث القانوني/ جامعة عبدالرحمن ميرة / الجزائر٢٠١٥،

عيساوي عز الدين "البحث عن نظام للنظام العام" بحث منشور في العدد الخاص من المجلة الأكاديمية للبحث القانوني/ جامعة عبدالرحمن ميرة / الجزائر٢٠١٥.

غازي أبو عرابي أحكام التأمين ط٢ دون ناشر عمان ٢٠١٦.

محمد عيد الغريب، النظام العام في العقود المدنية ومدى الحماية التي يكفلها له القانون الجنائي في مجال الانعقاد والتنفيذ, ٢٠٠٥، دون ناشر.

محمد عصفور، الحرية في الفكرين الديمقراطي والاشتراكي، ١٩٦١ دون ناشر.

لحرش اسعد المحاسن، النظام العام الاقتصادي في الشريعة الإسلامية، بحث منشور في مجلة المسلم المعاصر السنة ٣٩ العدد ١٥٦.

محمد حسين عبد العال: مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقديّة دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، ط١.

مختور دليله: حماية النظام العام الاقتصادي في بعده التنافسي، بحث منشور في العدد الخاص من المجلة الأكاديمية للبحث القانوني/ جامعة عبدالرحمن ميرة / الجزائر ٢٠١٥.

مصطفى خليل: تقدير مبلغ التعويض وحقوق المؤمن المترتبة على دفعه، ط١، دار الحامد للنشر والتوزيع –، عمان، ٢٠٠١.

منصان هشام: التحول في فكرة النظام العام تطبيق على التجربة المصرية، بحث منشور في العدد الخاص من المجلة الأكاديمية للبحث القانوني/ جامعة عبدالرحمن ميرة / الجزائر ٢٠١٥.

نجيب عبد الله الجبشة: مفهوم فكرة النظام العام وتطبيقاتها في التشريع الفلسطيني رسالة ماجستير/ جامعة النجاح الفلسطينية ٢٠١٧م.

نواف كنعان، القانون الإداري _ الكتاب الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٠.

نوفان العجارمة: مقال بعنوان "الإسلام دين الدولة إشكالية المفهوم والتطبيق" منشور على الموقع الإلكتروني www.ammonnew.net بتاريخ ٢٠١٨/١١/١٣م.

محمد شكري سرور: الجزاءات الخاصة في عقد التأمين (دراسة لبطلان الوثيقة ووقف الضمان) رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ١٩٧٥.

محمد شكري سرور: سقوط الحق في الضمان دراسة في عقد التأمين البري، ط١، دار الفكر العربي ١٩٧٩.

معاذ مبارك الزيدانيين وقف الضمان كجزاء خاص في التأمين دراسة مقارنة في القانون الأردني ٢٠١٨م رسالة ماجستير كلية الحقوق جامعة مؤتة.

نبيل فرج، النظام العام الاجتماعي، رسالة لنيل شهادة الدراسات في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية/ تونس ١٩٩٧.

نساخ بولقان فطيمة: "مفهوم النظام العام بين الشريعة العامة والتشريعات الخاصة" بحثٌ منشورٌ في العـدد الخـاص مـن المجلـة الأكاديميـة للبحـث القـانوني/ جامعـة عبـدالرحمن ميـرة / الجزائر ٢٠١٥.

هايل عوض الحجايا، جزاء سقوط حق المؤمن له بالضمان دراسة مقارنة في القانون الأردني رسالة ماجستير الجامعة الأردنية، ٢٠١٥م.

ياسين منصوري: دور النظام العام الاقتصادي في تحقيق العدالة التعاقديّة بحث منشور في مجلة المنارة للدراسات القانونيّة والإداريّة عدد ١٦ لسنة ٢٠١٦.

المراجع باللغة الفرنسية

CLAUDE Nodége, La Variabitité du travail, thése de ductorat en droit universits d'Angers 2010 P. 160 ets.

Rapport conseukker OILON. Cass re 9, 21 avril 1931, 1, P . 377.

WERY Patrick, Droit des obligation: V.I théorie générale des contrats, éd, larcier Bruxelles 2010, P 277.

المواقع الالكترونية:

الموقع الإلكتروني www.krab-ency.com بلا مؤلف.