

مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين

نواف بني عطية^(١)

تاريخ قبوله للنشر: ٢٠٢١/٦/٥م

تاريخ تسلم البحث: ٢٠٢٠/١١/٢٥م

ملخص

تهدف هذه الدراسة إلى بيان مبدأ إرادة الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم عقد التأمين بشكل عام، كونه يمثل مجالاً واسعاً لاضمحلال مبدأ سلطان الإرادة تاركاً المجال للتدخل التشريعي للحد من انفراد الطرف القوي في صياغة عقد التأمين، ويهدف المشرع بتدخله في عقد التأمين إلى تنظيم العقد وتحديد محتواه تنظيمياً قانونياً مباشراً، بحيث لا يُترك مجالاً كبيراً للمتعاقدين في فرض شروطهم؛ وقاية من الشروط التعسفية، وانطلاقاً مما سبق حاولنا في هذا البحث التطرق لدور مبدأ سلطان الإرادة في مثل هذا النوع من العقود " عقود الإذعان".

وخلصت الدراسة إلى أن المشرع الأردني لم يعالج مسألة تحديد القانون واجب التطبيق على عقد التأمين بنص صريح، لذا دعت الدراسة المشرع الأردني لمواجهة هذا القصور التشريعي من خلال التدخل لوضع قواعد إسناد خاصة، تتناسب وطبيعة عقد التأمين لأهميته على المستوى المحلي والدولي.

الكلمات الدالة: عقد التأمين، قانون الإرادة، مبدأ حرية اختيار القانون، الطرف الضعيف، عقد الإذعان، عقد المستهلك.

أهمية البحث.

يعتبر عقد التأمين من أكثر العقود أهمية وإثارة^(١)، لا سيما مع ظهور ما يسمى "بعقود المستهلك الدولية"^(٢)، وظهر عقد التأمين كوسيلة جماعية ترمي إلى إيجاد نوع من التعاون بين أفراد بهدف مساعدتهم على مواجهة المخاطر التي قد يتعرضون لها، ويتمثل ذلك في قيام المشتركين بدفع أقساط دورية تكون مجموع المال الذي يستقطع منهما يكفل تغطية الخطر المؤمن ضده، وفق أسس

(١) محاضر غير متفرغ، جامعة مؤتة.

فنية محددة^(٣).

لم تعن التشريعات كثيراً في تعريف عقد التأمين^(٤) إلا أن أغلبها جاءت بتعريفات متشابهة، فقد عرف المشرع الأردني عقد التأمين بأنه: " أي إتفاق أو تعهد يلتزم بمقتضاه المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً أو مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث، أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن"^(٥)، أما أفضل تعريف فينسب إلى الفقيه الفرنسي (Hémar, Joseph) حيث عرف التأمين بأنه (عملية يحصل بمقتضاها أحد الطرفين، وهو المؤمن له، نظير دفع قسط، على تعهد لصالحه أو لصالح الغير، من الطرف الآخر، وهو المؤمن بمقتضاه يدفع هذا الأخير أداءً معيناً عند تحقق خطر معين، وذلك عن طريق تجميع مجموعة من المخاطر وإجراء المقاصة بينهما وفقاً لقوانين الإحصاء)^(٦).

يعتبر عقد التأمين من عقود الإذعان بحسب أن المؤمن هو الذي يملئ شروطه المعدة سلفاً والمطبوعة^(٧) في نماذج ووثائق تأمينه متحدة الصياغة بالنسبة لكل من أنواع الخطر على المؤمن له بما يحقق مصلحة الطرف الأول دون الطرف الثاني نظراً لما للشركات من قوة اقتصادية ضخمة تمكنها من فرض نموذج للعقد الذي تتفرد بإعداد شروطه وتفصيلاته وتطبعه فيصوره وثيقة تعرضها بشكل عام للكافة، ولا ترتضي فيها تغيير أو تعديل أو مناقشة، على نحو تقتصر فيه حرية المؤمن له على اختيار المؤمن فقط^(٨)، أما الخيارات الأخرى فتتحدد بمجرد القبول أو الرفض، دون أن تلعب الإرادة أي دور في مناقشة محتوى عقد التأمين^(٩) (١٠).

مشكلة البحث:

إن إشكالية البحث تكمن في أنه لم يعد من الملائم ترك حرية تنظيم العقود الدولية لإرادة الأطراف، ذلك أن قانون الإرادة كقانون واجب التطبيق سيتم تحديده من قبل الطرف القوي في بعض أنواع عقود التجارة الدولية التي لا يتساوى فيها أطرافها، مما يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي ودون أي اهتمام بمحتوى أحكامها وقواعدها ومدى ملائمتها للطرف الآخر، الأمر الذي أثار التساؤل حول الإختيار المستند إلى الإرادة بوصفها ضابطاً عاماً في إطار عقود التجارة الدولية، وهل يبقى على التوازن المطلوب بين أطرافه أم لا؟ كما أن القانون المختار هو في الأساس قانون داخلي لدولة معينة وموضوع بصفة أساسية لتنظيم العقود والاتفاقات الوطنية الخالية

من العنصر الأجنبي، وبالتالي فهو غير مناسب لجوهر العقود الدولية، ما يؤدي بالضرورة إلى جعل انعدام الملائمة واختلال التوازن احتمال مؤكد الوقوع فيه، هذا بالإضافة إلى أن ضابط إسناد الإرادة ضابط معنوي ومجرد ومحاييد، فلا ينظر إلى مضمون القانون الذي يشير باختصاصه وفيما إذا كان يحقق الحماية المطلوبة للطرف الضعيف أم لا؟

خطة البحث:

المبحث الأول: دور قانون الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين

المطلب الأول: مدى خضوع عقد التأمين لقانون الإرادة

المطلب الثاني: آليات تعيين المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقد التأمين

المبحث الثاني: مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين

المطلب الأول – تجزئة العقد Dépeçage du contrat

المطلب الثاني: الوقت الذي يعتد به في تعيين القانون المختار بين الأطراف.

المطلب الثالث: مدى وجوب توافر صلة بين القانون المختار والأطراف والعقد

المبحث الثالث: مدى خضوع عقود المستهل كلقانون الإرادة

المطلب الأول: أثر الإذعان على اعمال قانون الإرادة

المطلب الثاني: أثر إعتبار عقد التأمين من عقود الاستهلاك

المطلب الثالث: حماية الطرف الضعيف في عقد التأمين

المبحث الأول

دور قانون الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين

تشكل مسألة إخضاع العقود للقانون الذي تعينه إرادة المتعاقدين إحدى أهم قواعد الإسناد التي حرصت مختلف التشريعات والإتفاقيات الدولية وأحكام القضاء^(١١) على الأخذ بها وتأييدها في نطاق المعاملات ذات الطابع الدولي، على أساس أنها تمنح المتعاقدين سلطة اختيار القانون الذي يحيطان علماً بقواعده ليحكم العقد المبرم بينهما^(١٢)، ويرى البعض^(١٣) إن إرادة الأطراف لا تقوم في حقيقة الأمر باختيار قانون معين لحكم العقد، بل أن كل ما تقوم به الإرادة هو تركيز العقد في مكان جغرافي معين من خلال عناصر العلاقة التعاقدية والظروف المحيطة بها، فإذا ما تم تركيز العقد في مكان معين فإنه يخضع

لقانون هذا المكان، وأن اختيار الأطراف في حقيقته لا يتناول القانون الواجب التطبيق وإنما يتعلق فقط بتحديد مكان العقد^(١٤) وتأكيد حق المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم اتفاقهم عملاً بمبدأ سلطان الإرادة، وبذلك لم يعد مبدأ سلطان الإرادة مجرد تبرير لحل إلزامي مسبق لتنازع القوانين، بل أصبح هذا المبدأ هو الحل ذاته^(١٥).

وقد أرتأيت تقسيم هذا المبحث لمطلبين:

المطلب الأول: مدى خضوع عقد التأمين لقانون الإرادة

المطلب الثاني: آليات تعيين المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقد التأمين

المطلب الأول: مدى خضوع عقد التأمين لقانون الإرادة.

لا يخرج عقد التأمين عن القاعدة التي جاءت بشكل عام في مجال الالتزامات التعاقدية بخضوعه بشكل مطلق للقانون الذي يختاره الأطراف وتعزيزه لضمان حرية بنطاق واسع^(١٦)، والتي لا يقتصر تطبيقها على طائفة من العقود دون الأخرى^(١٧)، فليس ثمة ما يدعو إلى إخراج هذا العقد عن التنظيم الإجمالي للعقود، فيخضع عقد التأمين من حيث تكوينه وترتيبه وأثاره للقانون الذي يقوم الأطراف باختياره^(١٨)، وسنقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: موقف التشريعات من خضوع عقد التأمين لقانون الإرادة

عند البحث عن موقف التشريعات فيما يتعلق بعقد التأمين نجد أنها جاءت على موقفين:

الموقف الأول: جاءت بمبادئ عامة تطبق على كافة العقود دون أدنى مراعاة لطبيعة العقود، ومنها التشريع الأردني فقد نصت المادة (٢٠ مدني أردني) على أن "... هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه". وأيضاً قانون التحكيم الأردني رقم ٢٠٠١/١٣١ (المادة ٣٦) على أنه "تطبق محكمة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي وضعها الأطراف في اتفاقهم"، كما "تخضع العقود ذات الطابع الدولي والالتزامات الناشئة عنه للقانون الذي قصد الأطراف الخضوع له^(١٩)، نستنتج من ذلك أن المشرع الأردني لم يفرد نصاً خاصاً لعقد التأمين وأخضع تنظيمه للمبدأ العام الوارد في المادة (٢٠) من القانون المدني، أي للقانون الذي يختاره الأطراف، ومما يؤكد عموم هذا النص على كافة العقود ومنها عقد التأمين الاستثناء الوارد في الفقرة الثانية من نفس المادة فيما يتعلق بالعقارات.

كما يتبين من النص أن المشرع الأردني قد أخضع الالتزامات التعاقدية إلى بدائل متسلسلة لا سبيل إلى مخالفتها وهي القانون الذي يختاره المتعاقدان بإرادتهما الصريحة أو الضمنية، والتي يستخلصها القاضي

من ظروف الحال، وعند غياب الاختيار يخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنًا، فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها إبرام العقد^(٢٠). وأعتقد أن هذه التشريعات لم تكن موفقه في هذا الموقف؛ لأن العقود وطبيعتها ليست واحدة، لذا يفترض من المشرع أن يراعي هذا التنوع والاختلاف فالعقود الرضائية مثلاً تختلف اختلافاً جوهرياً عن عقود الإذعان.

الموقف الثاني: جاءت بنصوص خاصة ببعض العقود مثل عقد العمل والعقود المبرمة مع مستهلك ومنها عقد التأمين^(٢١)، وقد جاء هذا الموقف أكثر اتساقاً وانسجاماً من الموقف الأول، ومن التشريعات التي جاءت بنص تشريعي خاص يسري على عقد التأمين الدولي الخاص بالتشيك في المادة (العاشرة) حيث نص " إن لم يكن هناك اختيار للقانون الواجب التطبيق على العقد من قبل الأطراف، يكون القانون واجب التطبيق:

(D) على عقد التأمين بما في ذلك عقود التأمين المتعلقة بالعقارات، قانون محل إقامة المؤمن لحظة إبرام العقد"^(٢٢)، كذلك المادة (٢٧) من القانون الدولي الخاص البولندي حيث جاء فيها "عند اختلاف محل إقامة الأطراف المتعاقدة وفي غياب الاختيار، يكون القانون الواجب التطبيق:

١- على عقد التأمين قانون دولة محل إقامة المؤمن لحظة إبرام العقد".

وقد جاءت أحكام القضاء مؤيدة لإخضاع عقد التأمين لقانون الإرادة^(٢٣)، وهناك تأييد قضائي سابق على حكم محكمة (مانس) يقر مبدأ خضوع عقد التأمين القانون الإرادة، وهو الحكم الصادر عن محكمة باريس الاستئنافية في 26 فبراير 1958 وكان ذلك بصدد عقد تأمين من المسؤولية ضد حوادث السيارات، وقبل أن يصبح هذا النوع من التأمين إجبارياً، فقد طبقت المحكمة على هذا العقد القانون السويسري الذي كان محل اختيار من الأطراف. فقد رأيت المحكمة أن تطبيقها لهذا القانون المذكور جاء استجابة لرغبة الأطراف الصريحة في الخضوع لأحكامه. ورغم أن محل الخطر في هذه القضية وقع على الإقليم الفرنسي. وبعد مرور ما يقرب من عام على حكم محكمة استئناف باريس، أصدرت محكمة مانس وبالتحديد في ٢٥ يونيو ١٩٥٩ حكمها الذي حاولت من خلاله معالجة ما جاء في حكم محكمة باريس من إخلال بنصوص قانون ١٩٣٠ الذي كان يمنع الأطراف من اختيار القانون التطبيق على عقود التأمين التي تبرم أو تنفذ على الإقليم الفرنسي. وقد طبقت محكمة مانس في هذه القضية القانون الفرنسي على عقد التأمين، على أساس أن الخطر هنا في هذه القضية يقع محله على الإقليم الفرنسي، إلا أن تطبيقها للقانون الفرنسي قد جاء أيضاً من خلال التفسير الذي أجرته لإرادة الأطراف، حيث إن الأطراف قاموا بتركيز عقدهم على الإقليم الفرنسي، وهذا يؤخذ دليلاً على ارتضائهم الخضوع لأحكام هذا القانون.

ومن خلال هذه الأحكام السابقة يتضح لنا اتجاه القضاء الفرنسي في اعتناق قاعدة خضوع عقد التأمين للقانون الذي يستقر عليه اختيار الأطراف سواء أكان هذا الاختيار صريحاً أم كان ضمنيّاً، وقد أُعتبر التشريع الفرنسي من التشريعات التي أخذت بمبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على العقد الدولي^(٢٤).

يفهم من ذلك أن المشرع الفرنسي فرض مسبقاً على الأطراف تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع، وبالتالي يمكن للأطراف أن يخضعوا موضوع النزاع إلى قانون وطني معين سواء كان قانون أحد الأطراف أو قانوناً أجنبيّاً آخر، كما يمكن أن يكون القانون المختص هو قواعد التجارة الدولية. وبذلك يكون المشرع الفرنسي وسع من نطاق اختيار القانون واجب التطبيق الذي يتعدى القواعد الوطنية ليشمل القواعد الموضوعية ما لم تكن مخالفة للنظام العام والآداب^(٢٥).
مما يعني أن المشرع اعترف في نص المادة أعلاه بمبدأ سلطان إرادة الأطراف في اختيار قانون مناسب ليحكم موضوع النزاع، حيث اتجه معظم الفقه إلى القول إن استعمال المشرع الفرنسي عبارة القواعد القانونية بدلاً من كلمة قانون، ليس سهواً منه إنما تعمد ذلك كونه يقصد من خلال تلك العبارة إطلاق حرية الخصوم في تعيين القانون الذي يخضع له الجانب الموضوعي للنزاع، فهو لا يلزم الأطراف التقيد بقانون محدد.

الفرع الثاني: موقف الاتفاقيات الدولية من عقد التأمين تبنت اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ - كغيرها من الاتفاقيات^(٢٦) - قانون الإرادة كمبدأ عام يسري على كافة العقود (المادة ١/٣) " يحكم العقد بالقانون المختار من جانب الأطراف، وهذا الاختيار يجب أن يكون صريحاً أو مستفاداً بشكل مؤكد من بنود العقد أو من الظروف " ^(٢٧) وكذلك المادة (١/٣) من اللائحة التنفيذية رقم ٥٩٣ - ٢٠٠٨ للبرلمان الأوروبي بشأن القانون المطبق على الالتزامات التعاقدية^(٢٨). والجدير ذكره أن اتفاقية روما بعدما كانت قد تبنت بشكل واضح وصريح قانون الإرادة كمبدأ عام يسري على كافة العقود بموجب المادة الثالثة منها، إلا أنها عادت وقيدت هذا المبدأ في المادة الخامسة منها لصالح العقود التي تبرم مع مستهلك ومنها عقد التأمين، وتمثل هذا القيد في ضرورة أن يوفر تطبيق قانون الإرادة في مجال هذه العقود الحماية المطلوبة للمستهلك، فإذا لم تتوفر هذه الحماية المطلوبة يطبق قانون محل الإقامة المعتادة له^(٢٩).

في ٢٢ يونيو ١٩٨٨ صدرت اللائحة الأوروبية التي عالجت الخلل الذي خلفته اتفاقية روما ورائها بصدد عقود التأمين التي يقع محل الخطر فيها داخل أقاليم الدول الأعضاء التي استبعدتها

الاتفاقية من نطاق تطبيقها، فقد اعتنقت اللائحة قاعدة خضوع عقد التأمين لقانون الإرادة، فاللائحة لم تأت بمبدأ عام وإنما جاءت بسرد فروض ولكل فرض حددت ضابط الإسداء الخاص به، وقد جاء قانون الإرادة مقررًا في كل هذه الفروض ما عدا فرض واحد لا يمكن للأطراف فيه اختيار قانون آخر وهو الفرض الذي تتركز فيه كل عناصر العقد على إقليم دولة واحدة. وقد جاء هذا الاستثناء في (المادة ١/٧) من اللائحة" عندما يقع محل الإقامة المعتادة للمؤمن له أو مركز إدارته الرئيسي في الدولة التي يتركز فيها الخطر، يكون القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين هو قانون هذه الدولة"، فالمادة (٧) من لائحة روما الأولى تنص على حرية الأطراف فالعقد مشمول بالقانون الذي تختاره الأطراف، ويمنح هذا الحق للأطراف بغض النظر عن مكان وجود تحقق الخطر، ولكن لا بد من تحديد حالتين: الأولى عقود المخاطر الكبيرة *des grands risques* التي تتمتع بحرية غير محدودة في اختيار القانون المنطبق على عقد التأمين. أما الحالة الثانية: فهي عقود المخاطر الجماعية *les risques de masse* حيث يكون حرية الأطراف فيها محدودة^(٣٠)، كما أنه في غياب اختيار الأطراف للقانون فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون البلد الذي يقع فيه الخطر وقت إبرام عقد التأمين (المادة ٧(٢) من لائحة روما الأولى)^(٣١). ومع أن هذه اللائحة قد أقرت العمل بقانون الإرادة إلا أنها قيدته في ثلاثة قوانين لا يجوز للأفراد اختيار غيرها، إلا إذا سمح قانون الدولة الذي ينعقد له الاختصاص بذلك وهذه القوانين هي قانون مركز الخطر، قانون محل الإقامة المعتاد للمؤمن له، أو قانون محل تحقق الحادثة المؤمن منها^(٣٢).

المطلب الثاني: آليات تعيين المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقد التأمين

إذا كانت النظم القانونية قد اعترفت للمتعاقدين بحرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، فإن ذلك يثير التساؤل حول كيفية التعرف على إرادة المتعاقدين لتحديد قانون الإرادة، والجواب على ذلك أن إرادة المتعاقدين قد تكون صريحة وقد تكون ضمنية، وعليه سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع:

الفرع الأول: الاختيار الصريح لقانون العقد:

يتعين على الأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم صراحة^(٣٣)، وعلى ذلك إذا وردت مثل هذه النصوص التشريعية التي تشترط أن يكون الاختيار صريحاً، ومن التشريعات التي أخذت بالاتفاق الصريح دون الضمني (المادة ٢٤ من القانون الدولي الخاص التركي)، وكذلك مجمع القانون الدولي أسلو

١٩٧٧، إلا أن البعض أنكر الأخذ بالإرادة الضمنية وتطبيقها على عقد التأمين، بحجة أن عقد التأمين يدخل تحت طائفة العقود التي تيرم بالجملة (contrats de masse) والتي يغلب عليها صفة الإذعان، وأن الأخذ بفكرة الإرادة الضمنية يؤدي إلى الإجحاف بالمؤمن له بوصفه الطرف الضعيف في العقد، لذا يتوجب الإقتصار في تحديد القانون الذي يخضع له عقد التأمين وفقاً لقانون الإرادة الصريحة دون الإرادة الضمنية^(٣٤)، وجاء في المادة (٥) من اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ أنه " في حال انعدام الاختيار الصريح للأطراف يسري على العقد قانون البلد الذي له به أكثر الروابط صلة وتتوفر تلك الروابط مع البلد الذي يقيم فيه عادة وقت إبرام العقد الطرف الذي يقدم الأداء المميز".

الفرع الثاني: الاختيار الضمني لقانون العقد.

الاختيار الضمني هو اختيار حقيقي ولكنه غير معلن، يستخلصه القاضي من ظروف الحال وتؤكد كافة تشريعات القانون الدولي الخاص^(٣٥) على البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين عند غياب الاتفاق الصريح للقانون الذي يحكم العقد، فهنا يجب على القاضي البحث عن النية الضمنية للمتعاقدين من ملامسات وظروف التعاقد^(٣٦). وقد أخذ المشرع الأردني بالإرادة الضمنية في المادة (١/٢٠) والتي نصت على (... أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه)، وظاهر النص أنه في حالة عدم وجود اتفاق صريح بين الأطراف فإنه يؤخذ بالإرادة الضمنية وهذا ما قصده المشرع الأردني. وفي حقيقة الأمر إذا لم يتحدد القانون الواجب التطبيق على العقد باختيار صريح أو ضمني بين أطرافه فإن القاضي يقوم بتحديد هذا القانون عن طريق توطين أو تركيز العقد في المكان الذي يرتبط به العقد مَوْضُوعِيًّا وينتج فيه غالبية آثاره^(٣٧).

وعطفاً على ما سبق الإشارة إليه فإننا نجد أن المادة السابعة من اللائحة الأوروبية الصادرة في ٢٢ يونيه ١٩٨٨ قد نصت في فقرتها الأولى على أن " الاختيار المذكور في النقاط السابقة يجب أن يكون صريحاً أو مستفاداً بشكل مؤكد من بنود العقد أو من ظروف الحال"، وبالتالي فقد أخذت اللائحة فيما يتعلق بعقد التأمين بالاختيار الصريح والضمني^(٣٨). كما أن قانون التأمين الفرنسي قد أخذ بالاختيار الصريح والضمني^(٣٩).

وعلى الرغم أنه في حالة غياب الاختيار الصريح أو الضمني فإن بعض التشريعات وضعت عدد من ضوابط الإسناد لتطبيقها بالترتيب وهي ما تسمى ضوابط الإسناد الجامدة والتي هي محددة مسبقاً بغض النظر عن نوع العقد مثل محل الإبرام، الموطن المشترك للمتعاقدين، ومكان التنفيذ، إلا أن هناك ضوابط مرنة تعرف بمكان الأداء المميز^(٤٠).

الفرع الثالث: فكرة النظام العام كإحدى القيود التي ترد على عقد التأمين^(٤١)

نصت المادة (٢٩) من القانون المدني الأردني على "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينية النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في المملكة الأردنية الهاشمية". وتأكيداً على ذلك فإن القانون الفرنسي في المادة Que l'article L 181-1, 5° du même Code قد أجاز للأطراف حرية الاختيار إلا أنه في حالة اختيار الطرفين لقانون غير القانون الفرنسي لا يمكن الأخذ به عندما تكون جميع عناصر العقد موجودة وقت الاختيار في الإقليم الفرنسي، فإنه في هذه الحالة لا يمكن الخروج على القوانين واللوائح عملاً بالمادة (2-111)^(٤٢)، كما أن اتفاقية روما في المادة الثالثة الفقرة الثالثة منها نصت على "... اختيار الأطراف لقانون أجنبي، عندما تتركز كل عناصر العقد في إقليم دولة واحدة لحظة الاختيار، يجب ألا ينال ذلك من النصوص الآمرة لقانون هذه الدولة..."، كما جاءت المادة ١٦ من نفس الاتفاقية "... إن القانون الأجنبي الذي يطبق في مجال العقود الدولية لا يمكن استبعاده إلا إذا كان مخالفاً بصفة أكيدة للنظام العام في دولة القاضي..". وقد كان خضوع عقود التأمين التي تبرم أو تنفذ في فرنسا لأحكام القانون الفرنسي خضوعاً آمراً على أساس أن هذه القواعد تعد من قواعد "البوليس والأمن" المتعلقة بالنظام العام والتي لا يجوز للأفراد الخروج عليها، وأن أي خروج على أحكام هذا القانون يكون نتيجتها "بطلان العقد"، ويرر المشرع الفرنسي فيما يتعلق في إسناد أمر لعقد التأمين بأن هذا العقد يعد وطنياً محضاً حتى ولو تطرق العنصر الأجنبي إليه^(٤٣)، كما أن اتفاقية روما في المادة (٢/٧) حيث نصت على "يجب ألا تنال نصوص هذه الاتفاقية من القواعد الآمرة في قانون دولة القاضي المعروض عليه النزاع أياً كان القانون الواجب التطبيق على العقد". وقد جاء في حكم محكمة باريس الصادر في ١٦ يونيو ١٩٦٩ "عقد التأمين المبرم لدى مؤمن أجنبي يمارس نشاطه في فرنسا من أجل تغطية المسؤولية المترتبة عن أخطار التي تحدث على الإقليم الفرنسي، وبسبب النصوص الآمرة للرقابة الفرنسية، يخضع للقانون الفرنسي"^(٤٤).

تجدر الإشارة إلى إن لائحة روما الأولى تحمل في طياته قدرًا كبيراً من الحداثة في تعريف النظام العام وتنص المادة (١/٩) من اللائحة على أن قانون النظام العام هو حكم حتمي وحاسم لحماية مصالحه العامة، كالتنظيم السياسي أو الاجتماعي أو الاقتصادي، إلى حد اشتراط تطبيقه على أي حالة تقع في نطاق العقد، بصرف النظر عن القانون المنطبق على العقد بموجب هذه اللائحة^(٤٥).

المبحث الثاني

مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين

لم يعد اختيار المتعاقدين للقانون الذي يحكم عقد التأمين مستنداً إلى مطلق إرادتهم، وإنما تبدو الإرادة في هذا الإطار بوصفها ضابطاً للإسناد أقرته قاعدة التنازع في دولة القاضي، والتي سمحت للمتعاقدين على هذا النحو باختيار القانون الواجب التطبيق في مجال العلاقات العقدية الدولية^(٤٦)، وعليه سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تجزئة العقد Dépeçage du contrat.

المطلب الثاني: الوقت الذي يعتد به في تعيين القانون المختار بين الأطراف.

المطلب الثالث: مدى وجوب توافر صلة بين القانون المختار والأطراف والعقد

المطلب الأول: تجزئة العقد Dépeçage du contrat:

على الرغم من أن بعض الفقهاء^(٤٧) قد تبنا وحدة العقد وعدم تجزئته، إلا أنه ما لبث أن جاء أنصار النزعة الشخصية في إطلاق العنان لحرية الأطراف في تحديد قانون العقد وأنه ليس هناك ثمة ما يمنع المتعاقدين من تجزئة العلاقة التعاقدية، بحيث قانون يحكم تكوين العلاقة وآخر يسري في شأن تنفيذها^(٤٨) ذلك أن تجزئة العقد تفرض نفسها^(٤٩)، كما أن العقد إذا داخله عنصر أجنبي كثيراً ما يهدف إلى محاولة الجمع بين عدد من التشريعات لوجود ارتباط وثيق بين العقد وبين أكثر من قانون^(٥٠)، لذلك فعلاً إن تجزئة العقد خيار لا مفر منه إذا ما أردنا فعلاً سد الخلل. ويبدو أن اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية قد اعتنقت هذا الاتجاه حينما حولت للمتعاقدين الحق في اختيار قانون معين لحكم جانب من جوانب العلاقة التعاقدية، الأمر الذي يفيد معه تجزئة العلاقة التعاقدية وإخضاع كل جزء من أجزائها لقانون مختلف^(٥١).

وقد جاءت المادة (٢/٢) من مبادئ لاهاي، للأطراف أن يخضعوا العقد بالكامل لحكم قانون معين، أو أن يتفقوا على إخضاع جزء معين من العقد للقانون المختار، أو أن يقسموا العقد ويخضعوا كل قسم لقانون مختلف. وبالنسبة للأنظمة القانونية الوطنية فإن الواقع يشير إلى أن نسبة كبيرة من تلك الأنظمة تقرر حقا لأطراف في اختيار القانون، ولكنها لا تمنح الأطراف مكنة تجزئة الاختيار إلى أكثر من قانون بنصوص صريحة، ويرى الرأي الغالب في الفقه وجوب النظر إلى العقد على أنه عملية واحدة تخضع في مجموعها لقانون واحد.

وإذا كان للأطراف الحرية في تعيين قانون العقد فإن ذلك لا يعني بالضرورة أن يكون بمقدورهما أن يستخلفاه، وذلك بأن يختاروا أحكامه من بين أكثر من قانون أو أن يضعوا بنفسيهما هذه الأحكام مستقلة عن كل قانون؛ ولكن المقصود " أن تنصب على اختيار قانون دولة معينة برمته لإخضاع العقد لأحكامه"، وهو ما يترتب عليه أن لا يكون بوسع الأطراف أن يستبعدا من هذا القانون قواعد الآمرة حتى وإن كانا يهدفان إلى أن يستبدلا بها قواعد آمرة أخرى يستمدانها من قانون آخر^(٥٢).

وعليه، إذا كان جزء من العقد لا يمكن فصله عن بقية العقد وكانت له صلة أوثق مع بلد آخر، فإن قانون ذلك البلد الآخر قد ينطبق بصورة استثنائية على ذلك الجزء من العقد، وهذا الحكم الذي سيطبق يتطلب توزيعاً لأجزاء عقد التأمين.

وهكذا، يمكن أن يخضع أي طرف لقانون آخر غير ما جاء في اتفاقية روما وبما أن هذا التحليل يبدو صعباً للغاية فإنه يكون من الأنسب أحياناً تجنبه^(٥٣).

المطلب الثاني: الوقت الذي يعتد به في تعيين القانون المختار بين الأطراف.

قد يحدث في الواقع العملي وذلك بسبب عدم توفر العلم الكافي بأهمية هذا الاختيار عند صياغة شروط العقد والتوقيع عليه^(٥٤)، أو بسبب غفلة أو إهمال المتعاقدين، عن تحديد القانون الواجب التطبيق حين إبرامه؛ لذلك فإنه من العدل أن يمنح المتعاقدين فرصة لاستدراك ما غاب عن خواطرها أثناء إبرام العقد^(٥٥).

لذا، يتضح من عموم النصوص التشريعية^(٥٦) والاتفاقيات الدولية^(٥٧)، أن من حق المتعاقدين اختيار القانون في أي وقت^(٥٨)، حيث يعتبر مثل هذا الاختيار صحيحاً ومنتجاً لآثاره القانونية، وبالنسبة للاعتراف بحق الأطراف في تعديل اختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم العقدية، فهو أمر طبيعي ومرغوب في عقود التجارة الدولية؛ ولعل السبب يكمن في أن القانون الذي اختاره الأطراف في البداية لا يتمشى مع حاجات العقد والطبيعة الخاصة لموضوع التعامل، وتبدو أحكامه مختلفة بالمقارنة بأحكام القانون الذي أجمعوا على تعديل الاختيار إليه^(٥٩)، وحرية الأطراف في اختيار أو تعديل قانون العقد ليست مطلقة، حيث يرد عليها قيدان: الأول: أن لا يؤثر هذا الإجراء في سلامة وصحة العقد، والثاني: عدم الإضرار بحقوق الغير المكتسبة^(٦٠)، كذلك يجب أن لا يؤدي التعديل اللاحق إلى بطلان العقد فمن الممكن أن يكون العقد صحيحاً وفقاً للقانون الأول، وباطلاً طبقاً للقانون الجديد^(٦١).

المطلب الثالث: مدى وجوب توافر صلة بين القانون المختار والأطراف والعقد

أختلف فقهاء القانون في هذه المسألة إلى أكثر من رأي:

الرأي الأول: ذهب إلى أن للمتعاقدين حرية مطلقة في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، ولا يرد على هذه الحرية أي قيد في هذا الصدد، فلم اختيار قانون لا توجد بينه وبين العلاقة العقدية أي صلة^(٦٢).

الرأي الثاني: يرى وجوب وجود صلة حقيقية بين القانون المختار وبين العلاقة العقدية، فوجود الصلة بين العقد والقانون المختار هي التي تبرر اختياره، ومثال ذلك: اختيار قانون الدولة التي ينتمي إليها المتعاقد أو المتعاقدان بالجنسية، أو قانون الدولة التي يتوطن فيها أحد المتعاقدين أو كليهما، أو قانون مكان إبرام العقد أو تنفيذه، فيشترط توافر صلة جغرافية بين القانون المختار والعقد^(٦٣).

الرأي الثالث: يرى أن حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد ليست مطلقة ولا مقيدة كما يرى الجانب الثاني، فهم يكتفون باشتراط ألا يكون القانون المختار مقطوع الصلة بالعلاقة العقدية، فيكفي أن تأتي هذه الصلة من حاجة المعاملات والتجارة الدولية، إذ إن كثيراً ما يحدث أن يصبح عقد خاضع لقانون دولة معينة مُؤدَّجاً لتجارة معينة، كالحبوب أو القطن، فيجوز أن يبرم المتعاقدان عقدهما وفقاً لشروط هذا العقد النموذجي ويقرران خضوعه للقانون الذي يحكم هذا العقد، على الرغم من عدم توافر صلة بين هذا القانون وعناصر العلاقة العقدية^(٦٤)، وبالنسبة لموقف التشريعات الوطنية من هذه المسألة، فإن العديد منها اعتقت الرأي الأخير، واشترطت وجوب توافر صلة معقولة بين القانون المختار والعقد^(٦٥).

ويؤيد الباحث الرأي الأول وهو تحرير اختيار المتعاقدين من كل قيد، فإن للمتعاقدين الحرية المطلقة باختيار القانون الذي يحكم العلاقة العقدية، حتى وإن لم تتوافر أي صلة جغرافية أو موضوعية بين العقد والقانون المختار؛ فلم أن يقرروا إخضاع العقد لأي قانون، فلا يشترط أن ينحصر اختيارهم في قانون الدولة التي ينتمي إليها أحدهم بجنسيته أو قانون موطن أحدهم أو قانون مكان إبرام العقد أو تنفيذه.

ومما يؤيد هذا الرأي ما جاء في مبادئ لاهاي المادة الثانية الفقرة الرابعة بأنه لا يشترط وجود صلة بين القانون المختار والأطراف أو معاملاتهم، أيضاً المادة (الثانية من اتفاقية لاهاي ١٩٥٥ المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للمنقولات المادية)^(٦٦)، وكذلك (المادة الخامسة من اتفاقية لاهاي ١٩٧٨ في شأن القانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة والتمثيل التجاري)^(٦٧)، وكذلك (المادة الثالثة من اتفاقية روما ١٩٨٠ في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية).

المبحث الثالث

مدى خضوع عقود المستهلك لقانون الإرادة

يقصد بعقود المستهلك تلك العقود التي يكون محلها أداء استهلاكي عادي مخصص للاستهلاك الشخصي أو العائلي لأحد المتعاقدين^(٦٨)، أي الإستهلاك الذي يعد أجنبيًا عن نشاطه المهني، ومن المعروف أن المهني باعتباره صاحب النفوذ الاقتصادي القوي يسعى عادة إلى فرض شروطه على المستهلك؛ الأمر الذي قد يؤدي إلى تفرغ حرية الطرفين في اختيار القانون الواجب التطبيق من محتواها عندما يقوم المهني باختيار قانون لا يوفر أية حماية للمستهلك أو يوفر حماية قليلة. وأمام ذلك فإنه لا بد من توفير الحماية اللازمة للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف^(٦٩)، كما "يسري على عقود المستهلك قانون دولة محل الإقامة العادية للمستهلك، ما لم يتم الاتفاق أو يتبين من الظروف أن قانونًا آخر هو الذي يراد تطبيقه، وبشرط عدم حرمان المستهلك من الحماية التي توفرها الأحكام الآمرة لقانون الدولة التي بها محل إقامته العادية"^(٧٠)، وحتى حرية الأطراف في اختيار القانون المطبق على العقد فإنه يتوجب عدم حرمان المستهلك من الحماية المنصوص عليها في قوانين الدولة التي يقيم فيها^(٧١).

هذا وقد حددت بعض الأنظمة في الدول الغربية مفهوم المستهلك في إطار القانون الدولي الخاص ولأهداف تطبيقه وحصرتها بالشخص الطبيعي دون المعنوي، فعلى سبيل المثال نصت المادة (٦) من تنظيم روما الأوروبي 2008/593 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في المسائل المدنية والتجارية على أن المستهلك هو الشخص الطبيعي الذي ينتفع بالخدمات والمنقولات المادية للاستخدام الذي يعد خارجاً عن نشاطه المهني. كما لم يترك الأمر دون تحديد، فقد حددت المادة ٦ من التنظيم نطاق تطبيق قواعد الإسناد الخاصة بعقود المستهلك واشترطت لتطبيق هذه القواعد: أولاً: ضرورة أن يقوم التاجر أو المهني بأنشطته التجارية أو المهنية في بلد الإقامة المعتادة للمستهلك أو يوجه أنشطته إلى هذا البلد بأية وسيلة. ثانياً: ضرورة أن يكون العقد قد أبرم بالفعل في نطاق هذه الأنشطة، وأن اختيار القانون الواجب التطبيق على المنازعات الناشئة عن العقود التي يبرمها مع المستهلك وإسناد عقود المستهلك في حال غياب الإرادة إلى قانون دولة إقامة المستهلك المعتادة^(٧٢).

وعليه سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أثر الإذعان على أعمال قانون الإرادة.

المطلب الثاني: أثر اعتبار عقد التأمين من عقود الاستهلاك.

المطلب الثالث: حماية الطرف الضعيف في عقد التأمين.

المطلب الأول: أثر الإذعان على أعمال قانون الإرادة

يعتبر عقد التأمين من عقود الإذعان؛ حيث تستغل فيه شركة التأمين بوضع شروط العقد ويقتصر دور المؤمن له على قبول هذه الشروط دون مناقشة، بحيث لا تكون له الحرية اللازمة لمناقشة شروط العقد سلفاً من قبل شركة التأمين؛ كما نلاحظ أن هذا تغلب عليه العلاقة القانونية أكثر من العلاقة التعاقدية؛ وبالتالي فهو تنظيم قانوني لمجموعة من العلاقات تأتي على شكل بنود يتدخل فيها المشرع بنوع من الصرامة من أجل تحقيق هدفين: الهدف الأول هو فرض الرقابة على شركات التأمين؛ أما الهدف الثاني فهو حماية الطرف الضعيف في العقد^(٧٣).

إن عقد التأمين هو نموذج متجدد من عقود الإذعان، والتي يتميز فيها مراكز المتعاقدين إذ يقتصر دور المؤمن له على القبول والتسليم بشروط الطرف الآخر دون مناقشة أو تعديل وتتجلى صفة الإذعان بعقد التأمين بشكل عام، فإن المؤمن عادة هو الذي يضع شروطاً معدة مسبقاً، فنظهر إرادة المؤمن على إرادة المؤمن له، ولا يكون أمام المؤمن له إلا القبول أو الرفض وهو الطرف الضعيف المذعن لإرادة الطرف القوي (المؤمن)^(٧٤).

ولا يمكن إنكار وجود بعض التناقض بين استقلال الإرادة في اختيار النظام القانوني الواجب التطبيق على العقد من ناحية، ووجوب حماية الطرف المذعن من ناحية أخرى، فوفقاً للاتجاهات التقليدية لا يجب أن يكون هناك امتياز لطرف على آخر؛ لأن مبدأ حرية التعاقد يعني بالضرورة حرية فعلية لتحديد بنود العقد وشروطه وأن وجهة النظر التقليدية بصورة عامة ترفض أي قيود اقتصادية أو اجتماعية تدفع إلى التعاقد غير المتوازن وتؤدي لقبول المؤمن له بشروط عقدية ضارة به، ولكن من النادر أن يتفاوض أطراف العقد الدولي ومنها عقد التأمين في السوق على أسس متعادلة والتي تفترض أن المؤمن يعرض خدماته دون أي ضغط والمؤمن له يقدم عليها دون أي ضغط أيضاً وأن العقد قد يتأثر عندما يعجز أحد المتعاقدين عن تحديد ما يحتاجه من التعاقد مذعناً^(٧٥)، وتظهر خطورة عقد الإذعان حين يقوم (المؤمن) بوضع شروط يستبعد بموجبها بعض المخاطر من نطاق الضمان، أو حتى يعفي نفسه من بعض الالتزامات كأن يتضمن عقد التأمين إعفاء المؤمن من دفع التعويض عن الأضرار في حالة وقوع الضرر، وهذا من شأنه أن يفرغ عقد التأمين من مضمونه نتيجة الأضرار التي تلحق بالمؤمن؛ لذا أبطأ المشرع الأردني بعض الشروط التي ترد في وثيقة التأمين والتي بموجبها تم تجريد الضمان من قيمته وإفراغ العقد من مضمونه. وقد نهج القضاء الأردني في تحقيق هذه الحماية للمؤمن له باعتباره الطرف الضعيف في عقد

التأمين، على أن يبقى عقد التأمين صحيحاً تطبيقاً لأحكام انتقاص العقد الباطل التي نصت عليها المادة) ١/١٦٩ (القانون المدني الأردني^(٧٦).

ونعتقد أن المشرع الأردني أحسن صنعاً عندما أبطل الشروط الواردة في عقد التأمين متى كانت ضمن الحالات التي نصت عليها المادة ٩٢٤^(٧٧)، لأن الأصل أن يضمن المؤمن المخاطر التي يتعرض لها المؤمن له، والاستثناء أن يعفى المؤمن من الضمان، وحيث أن الاستثناء لا يقاس عليه، ولا يجوز التوسع في أحكامه، لهذا نجد أن على القاضي عدم الأخذ بأي اتفاق يستبعد بموجبه إعفاء المؤمن من الضمان متى كان مبهماً أو غير محدد أو متى نص القانون على استبعاده. وكان هدف المشرع على منح المؤمن له حماية تقيه من شر الإجحاف في العقد والتي تتمثل بإبطال الشروط التعسفية التي ترد بوثيقة التأمين وذلك لأن عقود الإذعان (عقود مختلفة التكافؤ)، كما ورد **تعريف الشروط التعسفية في قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة ١٩٩٥ (المادة ١٣٢-١) على أنه** "في العقود المبرمة ما بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين، تكون تعسفية الشروط التي يحدث موضوعها أو آثارها إضراراً بغير المحترفين أو المستهلكين عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد"^(٧٨).

وعليه فقد أجاز المشرع فرض التأمين الإجباري ضد بعض الأخطار تاركاً للأنظمة الخاصة تفصيل هذا الفرض، إذ تنص المادة (16) من قانون مراقبة أعمال التأمين الأردني على أنه: "يجوز فرض التأمين الإجباري ضد بعض الأخطار وتحدد شروطه وأحكامه العامة وجميع الأمور المتعلقة به بموجب نظام يصدر بمقتضى أحكام هذا القانون وذلك على الرغم من أي تشريع آخر". ومن الملاحظ أن إلغاء دور الإرادة يؤدي إلى نتيجة تناقض هدف الحماية في حالة ما إذا كان طرفي العقد على قدم المساواة مما يجعل من غير المجدي بل ومن الضار حماية أحدهما، لذا يؤثر الإذعان على إرادة الأطراف في اختيارهم للقانون المختار، فالطرف الضعيف يطلب أبطال العقد إذا كان العقد يعطي الطرف الآخر فائدة مبالغ فيها مع ملاحظة أن مجرد عدم التكافؤ لا يكفي لتكوين الضرر الجسيم كما أن كل شرط مطبوع لم يبرز شكل ظاهر وكان متعلقاً بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط^(٧٩).

أما إذ ورد شرط غامض فيفسر عند الشك لصالح الطرف المدعن، وهو ما نصت عليه المادة (٢٤٠) من القانون المدني الأردني "ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعن" هذا النص جاء استثناءً من أن "الشك يفسر لمصلحة

المدين". كذلك المادة (١٤٩) مدني مصري والتي نصت "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط بان يعفي الطرف المدعن منها وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

كما نصت المادة (١١٧١) من القانون المدني الفرنسي على أنه "... ويعتبر كأن لم يكن كل شرط في عقد إذعان يرتب اختيلاً واضحاً في التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد"^(٨٠).

كما أكدت المادة (٢٤) مدني فرنسي على بطلان كل شرط تعسفي تبين أنه لم يكن لمخالفته أثر لوقوع الحادث المؤمن منه، كما أن التشريعات لم تكف بالحماية العامة التي يشارك بها عقد التأمين غيره من العقود العامة، فكان هناك نصوص خاصة تتعلق بحماية المؤمن له وجاءت مرة لا يجوز مخالفتها أو النزول عنها، وبما أن عقد التأمين هو عقد دولي ويحتاج فيه الطرف الضعيف المؤمن له والمستفيد (فتكون حمايته عن طريق استبعاد قانون الإرادة وإبداله بقانون آخر استناداً على ضوابط تحد من قانون الإرادة وتجنب الطرف الضعيف من الإجحاف الذي قد يشوب عقد التأمين باعتباره عقد إذعان فلا بد من حد حرية الطرف القوي (المؤمن).

لذا؛ فقد جاء المشرع الفرنسي بعدد من القوانين من أجل تنظيم العقود التي فيها عدم توازن واضح بين حقوق طرفيها كعقد التأمين، فقام بفرض رقابة صارمة على شركات التأمين تحد من سلطاتها في فرض الشروط التعسفية على المؤمن لهم بما يحقق نوعاً من التوازن في العلاقة العقدية، فقد استطاع المشرع الفرنسي أن يمنع تغول شركات التأمين في مسألة اختيار القانون الذي يخضع له العقد.

المطلب الثاني: أثر اعتبار عقد التأمين من عقود الاستهلاك

وتتطبق هذه القاعدة على منازعات عقد التأمين الدولي نجد أنه وبشكل عام يمكن لأطراف العلاقة العقدية أن تتفق على القانون الواجب التطبيق غير أن هناك حدوداً فيما يتعلق باستقلال الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق، لا سيما عندما يكون أحد أطراف العلاقة مستهلك حتى إذا كان هناك اتفاق فإن لم تكن لصالح المستهلك فإنه لا يعتد به، وأمام ذلك فإنه لا بد من توفير الحماية اللازمة للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العقد^(٨١). ومع ذلك، فإن كثيراً من التشريعات لم تميز بين عقود المستهلك وغيرها من العقود الدولية فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق.

وعليه، فإنه يسري عليها القانون الذي اختاره الطرفان صراحةً أو ضمناً على النحو السابق بيانه.

غير أن بعض التشريعات ميزت بين عقود المستهلك والعقود الدولية الأخرى، أو أنها بالأحرى ميزت في عقود المستهلك بين أن يكون هذا المستهلك إيجابياً أم سلبياً فيما يتعلق بإبرام العقد بحيث قررت حماية خاصة للمستهلك السلبي فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على العقد الذي يكون طرفاً فيه، وإن اختلفت فيما بينها في نطاق هذه الحماية. فمن ناحية، قررت بعض التشريعات حماية المستهلك عن طريق استبعاد مبدأ سلطان الإرادة استبعاداً كلياً.

مثال ذلك القانون الدولي الخاص السويسري، فبعد أن أورد المشرع القاعدة العامة التي بموجبها تخضع العقود لقانون إرادة الأطراف في المادة ١١٦، جاءت المادة ١٢٠ تستبعد العمل بهذه القاعدة في مجال العقود التي تبرم مع مستهلك والتي يعد عقد التأمين في بعض الحالات أحد تطبيقاتها فنصت على أنه "تخضع العقود التي تبرم مع مستهلك لقانون الدولة التي يوجد بها محل إقامته المعتاد: أ) إذا كان مقدم الخدمة قد أرسل الطلب له في هذه الدولة، ب) إذا كان إبرام العقد قد تم في هذه الدولة، أو كان المستهلك قد أدى التصرفات اللازمة لإبرام العقد بها. ج) إذا كان مقدم الخدمة قد حثه المستهلك على أن يستلم الطلب في دولة أجنبية. ٢ - يستبعد اختيار الأطراف لقانون العقد.

من خلال ذلك نلاحظ أنه إذا كان المؤمن له مستهلكاً طبق عليه نص هذه المادة وإن لم يكن كذلك فيخضع للقاعدة العامة الواردة في المادة ١١٦ التي أخضعت العقود لقانون الإرادة، وحتى في الحالة التي يكون المؤمن له مستهلكاً يلزم أن تتوافر في جانبه ثلاثة شروط لكي تنطبق عليه القاعدة المذكورة في المادة ١٢٠ الفقرة الأولى فإذا لم تتوافر هذه الشروط كلية أو أحدهما يتم الرجوع للقاعدة العامة.

كما جاء التنظيم الأوروبي رقم 593 / ٢٠٠٨ (المادة ٦)^(٨٢) منه أن اختيار الطرفين للقانون الواجب التطبيق على عقود المستهلك جائز من حيث المبدأ، شريطة أن لا يستتبع ذلك حرمان المستهلك من الحماية التي توفرها له الأحكام الآمرة في القانون الذي كان سيطبق لولا هذا الاختيار: إذا كان إبرام العقد قد سبقه في دولة محل الإقامة عرض خاص أو إعلان وكان المستهلك قد قام في تلك الدولة بالأعمال الضرورية لإبرام العقد، أو كان المتعاقد الآخر أو ممثله قد تلقى طلب المستهلك في الدولة المذكورة، أو كان العقد يتعلق ببيع بضائع وذهب المستهلك إلى دولة أجنبية وأتم فيها الطلب طالما كانت الرحلة قد نظمها البائع من أجل إغراء المستهلك بإبرام العقد^(٨٣).

مما لا شك أنه لا يمكن التسليم بضابط محل الإقامة المعتادة للمستهلك كضابط مطلق أو وحيد لقاعدة تنازع خاصة لتحقيق حماية فعالة للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، لتحقيق أكبر قدر من الحماية للمستهلك وللوصول إلى هذه الحماية الفعالة لهذا الأخير

كونه الطرف الضعيف في العقد، فإن ذلك الهدف يتحقق بتطبيق القانون الأكثر حماية للمستهلك حتى ولو كان ذلك القانون هو القانون الذي اختاره الأطراف، وهكذا تكون أولوية التطبيق للقانون الأكثر حماية للمستهلك.

من بين التشريعات التي أخذت بهذا الضابط نذكر القانون الدولي الخاص النمساوي لعام 1978 والتي نصت المادة 41 على أن "تخضع العقود لقانون الدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للطرف الذي يبرمها باعتباره مستهلكاً، إذا كان القانون الخاص فيها يوفر له حماية ذاتية، طالما أبرمت تلك العقود في إطار نشاط موجه نحو إبرام تلك العقود يقوم به المقاول أو المستخدمون في هذا الغرض على إقليم هذه الدولة".

وكرس هذا الضابط في العديد من الاتفاقيات، من بين هذه الاتفاقيات نذكر اتفاقية روما الموقعة سنة 1980 والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية وتعدُّ المادة الخامسة منها تطبيقاً للإسناد إلى القانون الأكثر حماية للمستهلك، حيث يتم الوصول إلى ذلك 2 من الاتفاقية التي تقرر اختيار الأطراف القانون عن طريق إسناد تخييري، وكذا المادة 5 للقانون الواجب التطبيق على أنه "لا يجوز أن يترتب عليه حرمان المستهلك من الحماية التي تؤكد لها النصوص الأمرة في قانون بلد محل إقامته المعتادة". وكذا مشروع اتفاقية لاهاي لعام 1980 والمادة 6 التي تنص على أن "يحكم القانون الداخلي المختار بواسطة الأطراف البيوع الواردة في هذه الاتفاقية، ولا يجوز أن يحرم اختيار الأطراف المستهلك من الحماية التي تقرها له النصوص الأمرة في القانون الداخلي للبلد محل إقامته المعتادة وقت الطلب"، فجاءت بإسناد يعتد باختيار الأطراف المقيدة بحماية المستهلك وفقاً للقواعد الأمرة في دولة محل إقامته المعتادة، كما أنَّ هذه الاتفاقية لم تستبعد دور إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد كما هو الحال في القانون الدولي الخاص السويسري.

المطلب الثالث: حماية الطرف الضعيف في عقد التأمين

لقد دأبت الاتجاهات التشريعية والفقهية الحديثة إلى إخراج عقد التأمين من مبدأ إخضاع العقد لقانون الإرادة، فالموقف الجديد لهذه الاتجاهات يقوم على استبعاد تطبيق قانون الإرادة بالإضافة إلى تضيق مجال تحويل المتعاقدين سلطة اختيار القانون الذي يحكم عقدهما في حدود معينة لا تتجاوز فيها المجال المحدد لتطبيق الأحكام الأمرة^(٨٤). على الرغم من أن مبدأ سلطان

الإرادة يشكل المبدأ الأساسي وضابط الإسناد الرئيسي في تحديد القانون الواجب التطبيق على المعاملات ذات الطابع الدولي، حيث يعد أكثر الضوابط توافقاً مع مصالح أطراف العلاقة التعاقدية وتوقعاتهم المشروعة، فضلاً عن استجابته بشكل أكبر لمتطلبات التجارة الدولية^(٨٥)، إلا أن هذا المبدأ غالباً ما يبدو متافياً مع مقتضيات الحماية الفعالة التي تهدف التشريعات الوطنية إلى توفيرها للطرف الضعيف في عقد التأمين^(٨٦).

قيدت هذا المبدأ في المادة الخامسة الفقرة الثانية من إتفاقية روما لصالح العقود التي تبرم مع مستهلك، وذلك بضرورة أن يوفر تطبيق قانون الإرادة في مجال هذه العقود الحماية المطلوبة للمستهلك، فإذا لم تتوفر هذه الحماية يطبق قانون محل الإقامة المعتاد له، وبصدد عقد التأمين فعلى الرغم من أن الاتفاقية قد استبعدت من نطاق تطبيقها عقود التأمين التي تغطي أخطاراً يقع محلها في داخل أقاليم الدول الأعضاء، ففي المقابل تنطبق نصوصها على عقود التأمين التي تغطي أخطاراً يقع محلها في خارج أقاليم الدول الأعضاء.

وفي تقدير ما إذا كان الخطر يقع في داخل أو خارج أقاليم الدول الأعضاء يطبق القاضي قانونه المحلي وعلى هذا فإن عقود التأمين التي تغطي أخطاراً يقع محلها في خارج أقاليم الدول الأعضاء ينطبق بشأنها ما أنت فيه الاتفاقية من إقرار للمبدأ العام، أي الخضوع للقانون الذي يختاره الأطراف.

وبالنظر في إتفاقية روما نجدها حرصت على تكريس ضابط محل الإقامة المعتادة للمستهلك وذلك بالنص في المادة الخامسة من هذه الاتفاقية (العقود المبرمة بواسطة المستهلكين) بأنه: طبق المادة الحالية على العقود التي يكون موضوعها "توريد منقولات مادية أو خدمات لشخص المستهلك لاستعمال يمكن أن يعد غريباً عن نشاطه المهني وعن العقود المخصصة لتمويل هذا التوريد، على الرغم من أحكام المادة (3) فإن اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق ليس من شأنه أن يحرم المستهلك من الحماية التي تكفلها النصوص الأمانة في قانون الدولة التي يقع فيها محل إقامته المعتادة:

- ١- إذا كان إبرام العقد في هذه الدولة قد سبقه عرض خاص أو دعاية، وإذا كان المستهلك قد قام باتخاذ الإجراءات الضرورية لإبرام العقد في هذه الدولة، أو إذا كان المتعاقد مع المستهلك أو ممثله قد تلقى الطلب من المستهلك في هذه الدولة.
- ٢- إذا كان العقد يتعلق ببيع بضائع، وانتقل المستهلك من هذه الدولة إلى دولة أجنبية وأبرم العقد بشرط أن تكون الرحلة قد نظمت بواسطة البائع وبغرض تشجيع المستهلك على إبرام العقد.
- ٣- مع مراعاة أحكام المادة (4) وفي ظل عدم اختيار صريح طبقاً للمادة (3)، تخضع هذه العقود

لقانون الدولة التي يكون فيها محل الإقامة المعتادة للمستهلك إذا تمت بالظروف المحددة بالفقرة (2) من هذه المادة.

٤- لا تطبق هذه المادة على: أ. عقود النقل، ب. عقود توريد خدمات إذا كانت الخدمات المستحقة للمستهلك يجب أن تقدم بصفة قاصرة في دولة أخرى غير التي يوجد فيها محل إقامته المعتادة.

٥- وبالرغم من أحكام الفقرة (4)، تطبق المادة الحالية على العقد المقدم ثمن إجمالي للأداءات الملازمة للنقل والسكن".

يلاحظ على هذه المادة أنها وضعت ضوابط محددة لتعاملات المستهلك في إطار هذه الاتفاقية، حيث إن المادة (1/5) قد حددت سريان الاتفاقية على عقود الاستهلاك بالمعنى الوارد في المادة. كما منحت سيادة لقانون دولة الإقامة المعتادة للمستهلك بحيث يتم استبعاد قانون الإرادة إذا كان من شأنه حرمان المستهلك من هذه الحماية وتناولت ضوابط تحقيق هذه الحماية من خلال تحديد حالات معينة.

وكذلك استعبدت الفقرة الأولى من المادة الأولى من مبادئ مؤتمر لاهاي ٢٠١٥ عقود المستهلكين (عقود التأمين) وعقود العمل من نطاق التطبيق؛ وذلك لأن هذه العقود تخضع في العديد من الدول لقواعد قانونية أمر لا تسمح تلك الدول بتطبيق قوانين أجنبية عليها رغبة منها بتأمين حماية للطرف الضعيف في التعاقد وهو المستهلك (المؤمن له) أو العامل، ولا تثار مشكلة تنازع القوانين في العلاقات القانونية التي تتعلق بتلك العقود حيث تخضع للقانون الوطني، فقد ترى الدولة ضرورة فرض قانونها الوطني لحماية مصالح ترى أنها جديرة بالحماية^(٨٧) في إطار عقد التأمين الدولي، فعلى المستوى الدولي فإننا نجد أن حماية المؤمن له تجسدت من خلال استبعاد عقد التأمين من مجال التنظيم العادي للعقود عند تحديد القانون الواجب التطبيق عليه وأدخلته في فئة قواعد الإسناد الخاصة^(٨٨)، فمثلاً نجد إن اتفاقية روما أخرجت عقد التأمين من نطاق تطبيقها ليمتد تنظيم مسألة القانون الواجب التطبيق عليه عن طريق لائحة خاصة، وقد حاول المشرع في الكثير من الدول - قدر المستطاع - الحد من دور الإرادة عندما يتعلق الأمر بعقد التأمين؛ لأنها تتعارض مع مبدأ حماية الطرف الضعيف من حيث تقييد حق الأطراف في تعيين القانون الواجب التطبيق.

ولا شك أن معارضة مبدأ سلطان الإرادة للتدخل من أجل إعادة التوازن لعقد التأمين أقيم على أساس اعتبارات مصطنعة وشكلية مفادها أن كل الالتزامات التي يرتضيها أطراف العقد هي عادلة وتتمتع بالقوة الملزمة طبقاً لمبدأي الحرية والعدالة التعاقدية فتدخل المشرع جاء لتهديب هذا

المبدأ لجعل الحرية والعدالة التعاقدية أقرب إلى الحقيقة منه إلى محض الخيال والافتراء؛ بأن تدخل في تنظيم عقد التأمين لحماية المؤمن لهم بقواعد أمره لا يجوز الاتفاق على مخالفتها تمنع الجانب القوي من الجور على الطرف الآخر عبر حماية رضا الطرف الضعيف في العقد بإلزام المؤمن بإعلامه بشروط العقد وبأحوال السقوط وانعدام التأمين، وكذلك منعه من إدراج الشروط التعسفية في العقد.

أما تضييق مجال إعمال مبدأ سلطان الإرادة فقد تبنى هذا المسلك مشروع الاتفاقية الأوروبية (C.E.E) في الأحكام التي قررها عدد من بلدان القارة الأوروبية لكي تحدد القانون الواجب التطبيق في مجال الالتزامات التعاقدية التي تتم على أقاليم الدول المشاركة فيها، وقد جاءت هذه الاتفاقية بنوعين من القواعد، قواعد عامة تقرر العمل بمبدأ قانون الإرادة، وقواعد خاصة من أجل حماية الطرف الضعيف في بعض طوائف العقود مثل عقود التأمين وعقود المستهلكين، حيث استبعدت هذه الاتفاقية من نطاق تطبيقها عقود التأمين التي تنصب على أخطار يقع محلها داخل أقاليم الدول الأعضاء (المادة الأولى الفقرة الثالثة)، إلا أن الاتفاقية تطبق قواعدها على عقود التأمين التي يكون محل خطرها في خارج أقاليم هذه الدول، وقد نصت على " يستبعد من نطاق تطبيق الاتفاقية عقود التأمين التي تغطي أخطاراً يقع محلها في داخل أقاليم الدول الأعضاء، وفي تحديد ما إذا كان الخطر محلها في داخل أو خارج أقاليم هذه الدول يطبق القاضي قانونه الوطني"^(٨٩)، وبالاطلاع على اللائحة الأوروبية الصادرة في ٢٢ يونيو ١٩٨٨، وبعد أن عالجت القصور الذي خلفته اتفاقية روما وراءها نلاحظ أنها لم تأت بقاعدة عامة يمكن اتباعها، وإنما جاءت بفروض يمكن من خلالها أن نستخلص النهج أو المعيار المتبع في تحديد القانون الواجب التطبيق على تلك الطائفة من العقود. وهذه الفروض عرضتها الفقرة الأولى من المادة السابعة من الاتفاقية حيث نصت على أن:

(١) القانون الواجب التطبيق على عقود التأمين التي تغطي أخطاراً يقع محلها في الدول الأعضاء يكون محددة وفقاً للنصوص التالية:

أ. عندما يكون للمؤمن له محل إقامة معتاد أو مركز إداري في الدولة العضو التي يوجد فيها محل الخطر. فالقانون الواجب التطبيق على عقد التأمين هو قانون هذه الدولة. ومع ذلك، عندما يسمح قانون هذه الدولة، يمكن للأفراد اختيار قانون دولة أخرى.

ب. عندما لا يكون للمؤمن له محل إقامة معتاد أو مركز إداري في الدولة العضو التي يوجد فيها محل الخطر. يمكن للأفراد الاختيار ما بين قانون الدولة التي يوجد بها محل الخطر أو قانون

الدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتاد للمؤمن له أو مركزه الرئيسي، إذا كان شخصاً معنوياً.
ج. عندما يكون المؤمن له ممارساً لنشاط تجاري أو صناعي أو مهني ويكون العقد منسباً على اثنين أو أكثر من الأخطار المتعلقة بهذه الأنشطة وتكون واقعة في دول مختلفة. فإن حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد تمتد إلى قوانين هذه الدول، ومن الممكن أن تنصب على قانون دولة محل الإقامة المعتاد للمؤمن له أو مركزه الرئيسي.
د. مع مراعاة النقاط السابقة، فإنه إذا وافقت الدول الأعضاء على حرية أكبر في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، فيمكن للأفراد الاستفادة من هذه الحرية.
هـ. مع مراعاة البنود ب، ج، د. فعندما تكون الأخطار المغطاة من خلال العقد محددة بحوادث يمكن أن تتم على إقليم دولة عضو غير دولة محل الخطر (المحددة في المادة الثانية بند د) يمكن للأفراد دائماً اختيار قانون الدولة الأولى (أي الدولة التي يقع على إقليمها الحادثه المؤمن منها).

و. وفيما يتعلق بالأخطار المذكورة في المادة الخامسة بند (د) تحت النقطة (١) من نفس القرار، فيمكن للأفراد اختيار أي قانون.

وعند إمعان النظر في البنود السابقة فإننا لا نعدم رأياً بأن الضوابط التي تبنتها اللاتحة بصدد تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التأمين تنسم بالموضوعية، فهي مرتبطة بعناصر العقد فضابط محل الخطر قائم على عنصر الموضوع، وضابط محل الإقامة المعتاد للمؤمن له أو مركز إدارته الرئيسي مبني على عنصر الأطراف، أما مكان وقوع الحادثه فيمثل عنصر السبب^(٩٠) ويتضح لنا من خلال هذه النصوص السابقة أن اللاتحة الأوروبية قد أقرت العمل بقانون الإرادة، ولكنها تأرجحت في إعماله فتارة تقيد العمل به في عدة قوانين يمكن للأفراد الاختيار من بينها، وتارة أخرى تطلق العنان لإرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد. وهذا التأرجح في إعمال قانون الإرادة مرجعه أن واضعي اللاتحة قد وجدوا أنّ هناك طائفة من عقود التأمين يسيطر عليها طابع الإذعان؛ ولهذا فهي تتطلب أن يقيد العمل بقانون الإرادة لصالح الطرف الضعيف في العقد. وهناك طائفة أخرى ينتفي عنها هذا الطابع وبصدها لا تكون في حاجة إلى توفير الحماية لأحد أطرف العقد.

لقد وجدت الدول إنه من الأفضل تنظيم عقد التأمين بشكل أكبر ورتبت حماية للمؤمن له كطرف ضعيف في العقد، وأيضاً حماية الأسس الاقتصادية والاجتماعية، فأدرجت غالبية الدول أنّ

هذا لن يتأتى إلا بفرض رقابة على شركات التأمين تغل يدها عن مسألة تحديد القانون الذي يطبق على العقد من خلال نصوص تشريعية تتضمن قواعد تطبيق مباشرة وبصفة أمره على العقد، هذه القواعد يكون من شأنه استبعاد أي مكنة للأفراد في اختيار قانون العقد، الممنوحة وفقاً لمبدأ الحرية التعاقدية، وتحديد هذا القانون بمعرفة المشرع هذا الإسناد الأمر لعقد التأمين، المعروف بالإسناد مفرد الجانب، يطبقه القاضي المعروض عليه النزاع دون النظر في قواعد التنازع التي يضمنها قانونه عندما يقع محل الإقامة المعتادة للمؤمن له أو مركز إدارته الرئيس في الدولة التي يتركز فيها الخطر، يكون القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين هو قانون هذه الدولة.

الخاتمة:

نخلص أن مبدأ سلطان الإرادة يعتبر من المبادئ الأساسية في القانون الدولي الخاص وضابط الإسناد الرئيس في العقود الدولية وتتعرف به معظم النظم القانونية الحديثة في مجال التجارة الدولية، إلا أن الأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه قد يترتب عليه نتائج مجحفة خاصة في حال ما إذا كان أحد أطراف العقد الدولي ضعيفاً كالمستهلك (المؤمن له في عقد التأمين)، حيث إن بإمكان الطرف القوي اختيار قانون أجنبي معين كذريعة لتجنب تطبيق القواعد الآمرة الخاصة بحماية المستهلك المطبقة في الدولة التي يقيم فيها المؤمن له.

فيما يتعلق بالتشريع الأردني، فإنه لم يضع قاعدة تنازع خاصة بالقانون واجب التطبيق على عقود التأمين التي يكون أحد أطرافها مستهلكاً، لذلك فإن المسألة تخضع - من حيث المبدأ - لنفس الأحكام العامة التي يخضع لها العقود العادية، بمعنى أنها تخضع لقانون الإرادة الذي حدده الأطراف بشرط أن تكون له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد، وفي حال عدم اتفاق الأطراف على قانون واجب التطبيق، فإننا نلجأ لضوابط الإسناد الاحتياطية الواردة في الفقرة الأولى من المادة (20) من القانون المدني الأردني.

إن ترك الباب مفتوحاً على مصراعيه لأطراف العقد يجعل الطرف القوي (المؤمن) يملئ شروطه على الطرف الضعيف (المؤمن له) دون مناقشة أو تفاوض؛ مما يجعله يتقبل العقد وهذا يخلق نوعاً من عدم التوازن، ويؤدي إلى سيطرة طرف على طرف آخر.

التوصيات:

١ - إعادة صياغة المادة (٢٠) من القانون المدني الأردني بحيث توضع قانون الإرادة في بداية النص

- وليس في نهايته كونها تعد أول ضوابط الإسناد.
- ٢- نوصي بوضع قواعد إسناد بأن يتدخل المشرع عقود التأمين ذات الطابع الدولي، تجيز للطرفين اختيار القانون واجب التطبيق على هذه العقود صراحة أو ضمناً، وقد تبين لنا أثر هذا الاختيار على القواعد الآمرة في قانون محل إقامة المؤمن له أو قانون إبرام العقد والتي توفر له حماية أفضل.
- ٣- عدم محاولة إيجاد حلول قانونية لكل إشكالية من إشكاليات التأمين علي حدة، ولكن النظر لجملة الإشكاليات التي قد يتعرض لها العقد؛ لأن الحل لا تتأتى لحالات فردية ولكن بالنظر إلى الإشكاليات جميعها شئ متكامل يتطلب حلاً جامعاً مانعاً لها ولا سيما في مجال عقود التأمين ذات الطابع الدولي التي يتنازع أكثر من قانون على التطبيق بشأنها في مجال أعمال قواعد القانون الدولي الخاص.
- ٤- وضع نص خاص يتعلق بالعنصر الأجنبي في العقود كون كل عقد له طبيعة خاصة بدلاً من انطباق المادة ٢٠ على كل أنواع العقود دون أدنى اهتمام لهذه العقود على غرار القانون الكويتي والبحريني.
- ٥- غياب التشريعات التي توفر الحماية الكافية اللازمة للمستهلك خارج حدود دولته، وذلك بضرورة توفير حماية إجرائية للمستهلك ضمن قواعد تنازع القوانين لضمان تطبيق القواعد الوطنية الآمرة في قانون الدولة التي يقيم فيها المستهلك وبالنتيجة لضمان حقه في التقاضي.
- ٦- إن استبعاد مبدأ حرية الإرادة في العقود التي يكون أحد أطرافها ضعيفاً من حيث القوة التفاوضية، بحيث يتم تحديد القانون الواجب التطبيق في هذه الأحوال من قبل المشرع، غير أنه يعيب هذا الأسلوب ما قد يترتب عليه من تأثير سلبي، كما أن تعطيل دور الإرادة لا يحقق الهدف المنشود وهو حماية الطرف الضعيف في العقد، لأنه ليس بالضرورة أن يكون القانون المختار دائماً ضاراً بالمستهلك، بل من الممكن أن يكون القانون المختار أكثر تطوراً في مجال حماية المستهلك من قانون دولة إقامته، وهنا لا يكون هناك مبرراً في حرمان المستهلك من اختيار قانون يكون أكثر اتساقاً وفائدة له من قانون محل إقامته المعتادة.

الهوامش:

(١) وهو ما قاله (Robert Joseph POTHIER) في معرض إستهلاله عن عقد التأمين، حيث قال:

«Le contrat d'assurance est un des plus remarquables et des plus intéressants, que le génie de l'homme ait produit. Mis en usage longtemps après tous les autres contrats maritimes...» Hicham ELHABBOULI , Le Contrat D'assurancevieendroit compare franco –marocain , thèse / universitéderennes 1 , 2015 , p.8.

- (2) **Ratchaneekorn Larpvanichar** , Les contrats internationaux: étude compara- tive franco-thaïlandaise , Thèse,L'Université Lille 2 – Droit et Santé ,2012 , p. 24.

(٣) د. أحمد شرف الدين، أحكام التأمين، دراسة في القانون والقضاء المقارنين، الطبعة الثالثة، مطبعة ناد القضاة، ١٩٩١، ص ١٢. كما ورد مفهوم عقد التأمين في القانون المدني المصري المادة ٧٤٧، المواد ٧١٣ القانون المدني السوري، المادة ٩٨٣ القانون المدني العراقي.

- (4) **Eloïse Haddad**, Les notions de contrat d'assurance, thèse Pour l'obtention du titre de Docteur en droit Présentée et soutenue publiquement le 11 décembre 2017,p.11. la loi **belgedu 25 juin 1992** définit le contrat d'assurance comme « un contrat en vertu duquel, moyennant le paiement d'une prime fixe ou variable, une partie, l'assureur, s'engage envers une autre partie, le preneur d'assurance, à fournir une prestation stipulée dans le contrat au cas où surviendrait un événement incertain que, selon le cas, l'assuré ou le bénéficiaire, a intérêt à ne pas voir se réaliser »
la loi luxembourgesedu 27 juillet 1997, le contrat d'assurance se définit ainsi: "contrat en vertu duquel, moyennant le paiement d'une prime fixe ou variable, une partie, l'assureur, s'engage envers une autre partie, le preneur d'assurance, à fournir une prestation stipulée dans le contrat au cas où: dans l'assurance de dommages survient un événement incertain que l'assuré a intérêt à ne pas voir se réaliser; dans l'assurance de personnes survient un événement incertain qui affecte la vie, l'intégrité physique ou la situation familiale de l'assuré .
" le code civil du Québec énonce: « le contrat d'assurance est celui par lequel l'assureur, moyennant une prime ou cotisation, s'oblige à verser au preneur ou à une tiers une prestation dans le cas où un risque couvert par l'assurance se réalise » (art. 2389).Ibid ,**Eloïse Haddad**.

(٥) المادة (١)، قانون التأمين رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٥. المادة (٩٢٠) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.

(6) " L'assurance est une opération par laquelle une personne, (l'assuré), se fait promettre, moyennant une rémunération, (la prime), pour lui ou pour un tiers, en cas de réalisation d'un risque, une prestation par une autre partie, (l'assureur) qui, prenant en charge un ensemble de risques, les compense conformément aux lois de la statistique ". Le contrat d'assurance est « une convention passée entre une entreprise d'assurance et un souscripteur (individu ou collectivité), fixant à l'avance, pour une période déterminée, des charges financières en fonction d'un ensemble bien défini d'évènements aléatoires " **Lambert Faivre. Y**, Droit des assurances, édition: Précis Dalloz, 1986. P. 12.

(7) Le choix certain implique à tout le moins une rencontre implicite des volontés sur une loi déterminée. Il est douteux qu'en contractant avec une entreprise utilisant des conditions préimprimées, le particulier accepte ipso facto de se soumettre à la loi de , **Dubuisson, Bernard** , "Le droit applicable au contrat d'assurance dans un espace communautaire intégré", Available at: <http://hdl.handle.net/2078.1/4696> , p.17.

(8) **Manon GILLET** , La résolution des conflits de lois et de juridictions en droit international des assurances , Master, l'Université Lyon, 2015 ,p. 8.

(٩) د. مرتضى عبد الله، الاختصاص القضائي بالنظر في عقد التأمين الدولي، مجلة الإجتهد القضائي، العدد ١٥، ٢٩ سبتمبر ٢٠١٧، ص ٥٢.

(١٠) عرف المشرع الفرنسي في المادة (١١١٠) من القانون الفرنسي عقد الإذعان بأنه "العقد الذي تكون شروطه العامة، غير القابلة للتفاوض، محددة سلفاً من قبل أحد الأطراف".

“Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties « Art. 1108. – Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties. Le contrat d'adhésion est celui dont les stipulations essentielles, soustraites à la libre discussion, ont été déterminées par l'une des parties ».

(11) **Giesela Rühl**, party autonomy in the private international law of contract: transatlantic convergence and economic efficiency , CLPE Research paper 4/2007 Vol.03No.01(2007),p.14 , **Ratchaneekornlarpv anichar**, Les contrats internationaux... , op.cit ,29.

(١٢) د. فؤاد العديني، تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على عقود الوسطاء التجاريين ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠١٢، ص ٥٦.

(١٣) انظر في عرض هذا الرأي: فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي، القاهرة، دار النهضة، ١٩٩٩، ط ١، ص ٢٢٥.

(١٤) د. هشام أحمد محمود عبد العال، عقد التأمين في إطار القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ص ٧٧.

(١٥) د. هشام صادق، د. حفيظة الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، الجنسية ومركز الأجنبي، ١٩٩٨، ص ٣٤٠، ٣٤١.

Le droit français admet le principe d'autonomie et la liberté contractuelle depuis le Code civil 1804 notamment par l'article 1134 ; il permet à ceux qui contractent de régler à leur gré leurs relations juridiques, de disposer de leur patrimoine et de créer des obligations. Pourvu qu'il y ait certaines limites ; de la capacité qui leur est reconnue selon l'article 1123 ; et de l'ordre public selon les articles 6 et 1133.

Ratchaneekorn Larpvanichar , Les contrats internationaux... , op.cit , p 30,31

(16) **Manon GILLET** , La resolution des conflits... op.cit , p. 46.

(17) I.11 L'objectif fondamental des Principes est de renforcer l'autonomie de la volonté et d'assurer le champ d'application le plus large possible à la loi choisie par les parties, sous réserve de limites clairement définies (préambule, para. 1).

(18) **Manon GILLET** , La resolution des conflits de lois..op.cit , p. 48.

(19) art 2313 "les contrats de nature international et les obligations qui en découlent sont soumis a la loi a laquelle les parties ont l'intention de soumettre".

(20) **Giesela Rühl**, party autonomy in the private international law..op.cit , p. 16.

(٢١) د. هشام أحمد محمود عبد العال، عقد التأمين.....، مرجع سابق، ص ٧٩.

(22) d) “ les contrats d'assurance, y compris les contrats relatifs aux assurances d'immeubles, à la loi du siège (du domicile) de l'assureur au moment de la conclusion du contrat ...”

(٢٣) هذه الأحكام معروضة لدى: د. هشام أحمد محمود عبد العال، عقد التأمين في إطار العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠٧. ص ٨٩ وما بعدها.

(٢٤) وفقاً للمادة ١٩٤٦ من قانون المرافعات الفرنسي ١٩٨١ والمعدلة بموجب المادة ١٥١١ من المرسوم ١١/٤٨ والتي تنص على:

“ Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies aux, à défaut, conformément a celle qu'il estime appropriées "Art 1946 "L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies, a défaut d'un tel choix conformément a celle qu'il estime appropriées, il tient compte dans tout les usages du commerce"

(٢٥) المادة ١٥١١ من قانون التحكيم الفرنسي الجديد والتي جرى نصها على النحو التالي:

“ Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties choisies.....”

(٢٦) إن الاتفاقيات الدولية تنص صراحة على حرية الطرفين في اختيار القانون واجب التطبيق على عقدهما، ومن ذلك على سبيل المثال: اتفاقية روما لسنة 1980 المادة (١/٣)، واتفاقية لاهاي

لسنة 1986 م بشأن القانون واجب التطبيق على عقود بيع البضائع الدولية المادة (7).

(27) “ le contrat est régi par la loi choisie par les parties.ce choix doit êtreexprés au résulter de façon certaine des dispositions du contrat au descirconstances de la cause... »Cour de cassation - Première chambre civile14 mai 2014 / n° 12-29.295

(28) Cette conception a été maintenue par le nouveau Règlement CE n° 593/2008 qui stipule: « le choix est **exprès ou résulte de façon certaine** des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause ».regulation no 593/2008 of the european parliament and of the councilof 17 june 2008 on the law applicable to contractual obligations (romei).

(29) Suivant l'article 3119 C.c.Q.: « Malgré toute convention contraire, le contrat d'assurance qui porte sur un bien ou un intérêt situé au Québec ou qui est souscrit au Québec par une personne qui y réside,, lorsque l'adhérent a sa résidence au Québec au moment de son adhésion. Toute somme due en vertu d'un contrat d'assurance régi par la loi du Québec est payable au Québec ».

(30)L'article 7 du règlement Rome I établit le principe de l'autonomie des parties: le contrat est couvert par la loi choisie par les parties du contrat. Ce droit est accordé aux parties indépendamment de l'endroit où le risque d'assurance est situé. Cependant, deux situations distinctes doivent être identifiées: (1) les contrats pour les grands risques avec une liberté illimitée de choisir la loi applicable au contrat

d'assurance ; (2) les contrats pour les risques de masse où l'autonomie des parties est limitée. Dans ce dernier cas, le règlement Rome I établit une liste des choix possibles pour les parties.

(٣١) أنظر:

Directorate-General for Justice and Consumers Tender JUST/2014/JCOO/PR/CIVI/0050, January 2016

(٣٢) د. هشام أحمد محمود عبد العال، عقد التأمين....، مرجع سابق، ص ١٤٨.

(٣٣) المادة (١/٢) من مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده بمدينة اسلو ١٩٧٧، كذلك المادة (٥/١٠) القانون المدني الاسباني الذي تطلب أن يكون اختيار الأطراف للقانون الذي يحكم عقدهم صريحاً.

من التشريعات التي نصت على أن يكون الاتفاق صريح بين الأطراف القانون الدولي الخاص التركي لعام ١٩٨٢ المادة (٢٤)، والقانون المدني البيروني لعام ١٩٨٤ المادة (٢٠٩٥)، والقانون المدني الألماني في أحكامه المتعلقة بالقانون الدولي الخاص لعام ١٩٨٦ في المادة (١/٢٧)، كذلك المادة ١/١١٦ من القانون الدولي الخاص السويسري.

(٣٤) د. هشام أحمد محمود عبد العال، عقد التأمين.....، مرجع سابق، ص ١٠٣.

(٣٥) القانون المدني السوري المادة ١/٢٠ وكذلك المادة ٥٩ من القانون الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٦١ وكذلك المادة ٢٥ من القانون المدني العراقي وكذلك القانون المدني القطري رقم ٢٢ /٢٠٠٤ المادة ٢٧. ويؤكد ذلك ما ذهبت إليه اتفاقية لاهاي لعام ١٩٨٦ في المادة ١/٧ حين نصت أن " اتفاق الأطراف فيما يتعلق بإختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم يجب أن يكون صريحاً أو يمكن إستنتاجه بوضوح من نصوص العقد أو من سلوك الأطراف أو بالنظر إليهما معا ". وكذلك إتفاقية روما لعام ١٩٨٠ في المادة ١/٣ نصت على أن "... أو مستمداً بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أو من ظروف التعاقد "

(٣٦) أنظر في ذلك ويعقد الجزءان ألف وباء عقد تأمين بحري في هيئة بوليصة تأمين بحري لشركة **laLloyd** وبما أن هذا العقد النموذجي يستند إلى القانون الانكليزي، فإن استخدام هذا النوع من العقود قد يشير إلى أن الطرفين يعتزمان تقديم عقدهما إلى القانون الانكليزي.

Les parties A et B concluent un contrat d'assurance maritime sous la forme d'une police d'assurance maritime de la Lloyd. Étant donné que ce contrat-type se fonde sur le droit anglais, le recours à ce type

de contrat peut indiquer que les parties ont l'intention de soumettre leur contrat au droit anglais.

(٣٧) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٤٣١.

(٣٨) لا تعتد مبادئ مؤتمر لاهاي (٢٠١٥) إلا بالاتفاق الصريح والواضح على القانون المختار، أو بتوافر مؤشرات قوية على هذا الاختيار، فاستخلاص الإرادة الضمنية عن طريق قرائن ذاتية مستمدة من الرابطة التعاقدية ذاتها، كالجنسية المشتركة أو الموطن المشترك للمتعاقدين، أو اللغة المستخدمة في التعاقد، غير مقبول وفقا للمبادئ؛ لأنها لا تعتبر قرائن صارمة الدلالة على القانون المختار، أما إذا كانت هذه القرائن مستخلصة من عوامل خارجية كظروف وملابسات التعاقد وتشير بشكل قوي وواضح على اتجاه نية الأطراف الضمنية نحو قانون معين ليحكم العقد، فإنها تعد مقبولة وفقا للمبادئ، كالقرائن المستمدة من مضمون القوانين التي تتصل بالعاقبة التعاقدية.

(39) "l'article L 181-2 du Code des assurances, ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des clauses du contrat ou des circonstances de la cause"

(٤٠) تنص المادة (١/٤) من اتفاقية روما " ان العقد في غياب خيار الأطراف يخضع لقانون الدولة التي ترتبط بأوثق الروابط... "

«ilestprésuméquelecontratprésente leslienslesplusétroitsaveclepaysoù lapartiequidoitfournirlaprestationcaractéristique est établie ».

يحكم عقد التأمين قانون البلد الذي يقدم فيه الطرف الخدمة المميزة في محل إقامته، وبالتالي فإن القانون المنطبق على عقد التأمين سوف يكون القانون المعمول به في الدولة التي يقع فيها مقر عمل المؤمن الرئيسي.

"laloidupaysdanslequellapartiedevantfournirlaprestationcaractéristique a sa résidence.." "Manon GILLET , Laresoitiondesconflits... op.cit,p. 49.

(٤١) د. سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٩، ص ٧٤٣.

(٤٢) حيث جاء نصها:

Que l'article L 181-1, 5° du même Code, indique que pour ces grands risques, les parties ont le libre choix de la loi applicable au contrat et

que toutefois, le choix par les parties d'une loi autre que la loi française ne peut, lorsque tous les éléments du contrat sont localisés au moment de ce choix, sur le territoire de la République Française, faire obstacle à l'application des dispositions législatives et réglementaires auxquelles il ne peut être dérogé par contrat en application de l'article L 111-2

CA Paris 19 septembre 1997, RGDA 1999 p 208

ووفقاً للمادة 2-181L من قانون التأمين الفرنسي فإنه يجب أن يكون هذا الإختيار صريحاً

أو مستمد بطريقة معينة من شروط العقد أو ظروف القضية

Considérant que les parties n'ont pas fait le choix de la loi applicable ; qu'aux termes de l'article L 181-2 du Code des assurances, ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des clauses du contrat ou des circonstances de la cause ; qu'il n'existe en l'espèce aucune certitude de ce chef, la désignation des juridictions britanniques n'impliquant pas nécessairement l'application de la loi britannique

(٤٣) د. هشام أحمد محمود عبد العال، عقد التأمين....، مرجع سابق، ص ١٣٤ وما بعدها.

(٤٤) د. هشام أحمد محمود عبد العال، عقد التأمين....، مرجع سابق، ص ١١٥

(45) “ est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement”

(٤٦) د. هشام صادق، د. حفيظة الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٣٤٢.

(٤٧) د. أبو العلا النمر، المختصر...، مرجع سابق، ص ١٧٤. د. أشرف وفا محمد، مرجع سابق، ص

٥٤٧ كذلك د. محمود محمد ياقوت، الإختيار المتعدد لقانون العقد، مجلة روح القوانين، العدد ٢١،

ج ٢، ٢٠٠٠، ص ٦١٧ كذلك د. أحمد عبد الكريم سلامة، العقد الدولي، مرجع سابق، ص

١٨٥، د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي...، مرجع سابق، ص ٤٦٨.

(٤٨) د. أبو العلا النمر، المختصر في تنازع القوانين، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع،

٢٠٠٦، ص ١٧٤، د. أحمد عبد الكريم سلامة، العقد الدولي...، مرجع سابق، ص ١٨٦.

(٤٩) د. أحمد عبد الكريم سلامة، العقد الدولي التطبيق، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع،

٢٠١٨، ص ١٨٦.

(٥٠) د. أبو العلا النمر، المختصر...، مرجع سابق، ص ١٧٤ وما بعدها.

(51) L'article 3.1 dans sa dernière phrase précise que « par ce choix (de loi) les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat ».

(٥٢) د. عنايت عبدالحميد ثابت، أساليب فض " تنازع القوانين " ذي الطابع الدولي في القانون الوضعي المقارن، مجلة القانون والإقتصاد للبحوث القانونية والإقتصادية، العدد ٦٥، لسنة ١٩٩٥، ص ٥٥.

(53) « si une partie du contrat est séparable du reste du contrat et présente un lien plus étroit avec un autre pays, il pourra être fait, à titre exceptionnel, application à cette partie du contrat la loi de cet autre pays » Article 7.1.h) de la directive non vie 88/357 du 22 juin 1988. **Manon GILLET**, La resolution des conflits. op.cit,p. 61.

(٥٤) د. أشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠٠٩، ص ٥٥٤ وما بعدها.

(٥٥) د. فؤاد محمد العديني، مرجع سابق، ص ٦٠.

(٥٦) القانون الدولي الخاص السويسري في المادة ٣/١١٦ تنص على أن " يمكن أن يتم اختيار القانون واجب التطبيق أو تعديله في أي وقت وفي حالة اختياره في وقت لاحق لإبرام العقد فإن هذا الاختيار يترد إلى وقت إبرام العقد مع عدم المساس بحقوق الغير "

(٥٧) وقد أخذت اتفاقية روما في المادة ٢/٣ بأنه " يمكن للأطراف الإتفاق في أي وقت على إستبدال القانون الذي يخضع له العقد بقانون آخر، ولا يؤثر أي تغيير للقانون واجب التطبيق بعد أبرام العقد على سلامة العقد من حيث الشكل وفقاً للمادة التاسعة كما لا يؤثر على حقوق الغير المكتسبة ".

(58) **Manon GILLET**, La resolution des conflits de lois... op.cit , p. 48.

(٥٩) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٤٣١. انظر : أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص الإماراتي، دولة الإمارات العربية: جامعة الإمارات، ٢٠٠٢، ط 1، ص ٣٨٤.

(٦٠) تنص المادة ٢/٣ من اتفاقية روما لسنة ٢٠٠٨ على ما يلي:

« ...Toute modification quand à la détermination de la loi applicable, intervenue postérieurement à la conclusion du contrat, n'affecte pas la validité formelle du contrat au sens de l'article 11 et ne porte pas atteinte aux droits des tiers ».

(٦١) د. زياد خليف العنزي، مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وفقاً لمبادئ مؤتمر لاهاي ٢٠١٥، مجلة جامعة الشارقة، المجلد ١٣، العدد ٢، ٢٠١٦. ص ٣٧٧

(٦٢) د. فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي، مرجع سابق، ص ٣٢٨.

la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (ci-après la Convention de Rome de 1980), le Règlement CE n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (ci-après le règlement Rome I) n'exige aucun lien entre la loi choisie et le contrat, car le choix des parties est toujours l'expression de leur intérêt commun et ne saurait être capricieux.... Ratchaneekorn Larphanichar , Les contrats internationaux... , op.cit , p 33.

(٦٣) د. أبو العلا النمر، المختصر...، مرجع سابق، ص ١٨٢ وما بعدها.

(٦٤) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر المعاصر، ٢٠٠١، ص ١٩٤.

(٦٥) مشار إليه لدى: د. زياد خليف العنزي، مبدأ حرية الأطراف...، مرجع سابق. ص ٣٨٦.

(66) «Cette désignation doit faire l'objet d'une **clause expresse, ou résulter indubitablement** des dispositions du contrat »

(67) «Le choix de cette loi doit être exprès ou résulté avec une certitude raisonnable **des dispositions du contrat et des circonstances de la cause** ».

(٦٨) وقد جاء القانون الفرنسي الجديد بتعريف المستهلك وكذلك المحترف وغير المحترف بموجب المادة (٣):

Pour l'application du présent code, on entend par:

- consommateur: toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ;

- non-professionnel: toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles ;
- professionnel: toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel.

نصت الفقرة الأولى من المادة الثانية من اتفاقية البيع الدولي للبضائع (فيينا ١٩٨٠) على أنه: «لا تسري أحكام هذه الاتفاقية على البيوع الآتية: (أ) البضائع التي تشتري لاستعمال الشخصي أو العائلي أو المنزلي، إلا إذا كان البائع لا يعلم قبل انعقاد العقد أو وقت انعقاده، ولا يفترض فيه أن يعلم، بأن البضائع اشترت لاستعمالها في أي وجه من الوجوه المذكورة».

(٦٩) د. امين دواس، اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، مجلد ٢٥، ٢٠١١، ص ٢٥٥٢.

(٧٠) المادة (٢٢) من القانون الأول رقم (٦) بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية و التجارية ذات العنصر الأجنبي البحريني لسنة ٢٠١٥.

وعند الرجوع الى قانون المستهلك الفرنسي الجديد (Code de la consommation Version consolidée au 12 février 2020) وجاءت بأنه لا يجوز حرمان المستهلك من الحماية الممنوحة له.. المادة (L 232-1) تم انشاؤه بواسطة الأمر رقم ٢٠١٦-٣٠١ بتاريخ ١٤ مارس ٢٠١٦:

Nonobstant toute stipulation contraire, le consommateur ne peut être privé de la protection que lui assurent les dispositions prises par un Etat membre de l'Union européenne en application de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire d'un Etat membre.

كذلك المادة (L 232-2) وجرى نصها:

Lorsque la loi qui régit le contrat est celle d'un Etat n'appartenant pas à l'Union européenne, le **consommateur ne peut être privé de la protection que lui assurent les dispositions prises par un Etat membre de l'Union européenne** en application de la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de

consommation et qui ont un caractère impératif lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire de cet Etat membre.

(٧١) المادة (٣١١٧) من قانون الكيبك حيث جرى نصها على النحو التالي:

"Le choix par les parties de la loi applicable au contrat de consommation ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de l'État où il a sa résidence si la conclusion du contrat a été précédée, dans ce lieu, d'une offre spéciale ou d'une publicité et que les actes nécessaires à sa conclusion y ont été accomplis par le consommateur, ou encore, si la commande de ce dernier y a été reçue."

(٧٢) د. أبو العلا النمر، حماية المستهلك في العالقات الخاصة ذات الطابع الدولي، القاهرة، دار النهضة، ١٩٩٨، ص ٤٥

(٧٣) إبراهيم أبو النجا، التأمين في القانون الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٢، ص ١٥٢. وهو ما انتهت إليه محكمة الاستئناف ببروكسيل في أحد قراراتها الصادرة بتاريخ ٢ نونبر ١٩٨٩ والذي جاء فيه "قانون الاستهلاك لم يوضع لحماية المستهلك اليقظ والمنتبه، ولكن على العكس من ذلك، فهو وضع لحماية المستهلكين الذين يتميزون بضعف الإدراك والتكوين".

(٧٤) د. محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمعرفية عقود التأمين من الناحية القانونية، المجلد السادس، دار الثقافة، عمان ٢٠٠٨، ص ١٤٨.

(٧٥) د. عوني محمد الفخري، ارادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية -دراسة مقارنة، ط ١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢، ص ١٧٣ وما بعدها.

(٧٦) ويمكن الوصول لحماية المؤمن له من وجود شروط استبعاد بعض المخاطر من الضمان عن طريق ما افردته المادة (٩٢٤) من القانون المدني الأردني، وكذلك القواعد العامة في نظرية العقد.

كذلك المادة (١/٨٠٨) من القانون المدني الكويتي " ١. على أنه لا يجوز الاتفاق على عدم سريان أحكام النصوص الواردة في هذا الفصل أو على تعديلها الا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له، أو لمصلحة المستفيد."

للمزيد أنظر: عبدالرحمن جمعة، الاستبعاد الاتفاقي من الضمان في عقد التأمين وفقاً لأحكام القانون المدني الأردني - دراسة مقارنة-، دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 39، العدد

1، السنة ٢٠١٢، ص ١٧٦ وما بعدها.

(٧٧) اذا وردت الشروط الاتية في وثيقة التأمين فإنه تقع باطله وهي:

أ - الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين إلا إذا انطوت المخالفة على جناية أو جنحة عمدية. ب- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في اعلان الحادث المؤمن منه الى الجهات المطلوب اخبارها، أو تقديم المستندات اذا تبين ان التأخير كان لعذر مقبول. ج - كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر اذا كان متعلقاً بحالة من الاحوال التي تؤدي بطلان العقد، او سقوط حق المؤمن له. د. شرط التحكيم اذا لم يرد في اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة المطبوعة في وثيقة التأمين. هـ. كل شرط تعسفي يبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه.

(78) «Dans les contrats conclus entre professionnel et non professionnel ou consommateur , sontabusives, lesclauses qui ont pour Objet ou pour effet de créer au détriment du non-professionnelouconsommateur, undéséquilibresignificatif entre les droit et obligations des parties au contrat » ,patrikcanin, droit civil, lesobligation, Unigraf, 4ème édition,2009, p52.

للمزيد أنظر: د. بشار طلال المومني، نحو تشريع خاص لحماية المستهلك في مراحل العقد في القانون الأردني، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السادسة، العدد ٢، العدد التسلسلي ٢٢، ٢٠١٨، ص ٦٠٣. ولما كان للتأمين كعقد وظيفته الحمائية ودوره الفاعل في حفظ الذمة المالية وجبر كسرها بوساطة المؤمن، فقد استلهم المشرع هذا الدور الفاعل للتأمين ووظفه لتحقيق مصالح عامة في المجتمع؛ فما نشأ عن الثورة الصناعية من استعمال متزايد للآلات ترتفع معه احتمالية وقوع الحوادث وتزيد بسببه جسامه الضرر الناجم عنه دفع بالمشرع إلى البحث عن وسيلة لضمان جبر هذه الاضرار، وتوقي مغبة إفسار فاعل الضرر وترك المضرور بغير تعويض. د.محمد خير محمود العدوان، تصدع الطبيعة العقدية للتأمين بفعل الإيجاب القانوني.

(٧٩) ويتكرر التزام المؤمن بالوضوح وتوخي حسن النية في صياغة أحكام العقد في المادة (٣/٩٢٤) من القانون المدني الأردني حين يبطل المشرع كل شرط مطبوع في وثيقة التأمين إذا لم يكن ظاهراً بشكل بارز في الوثيقة مادام متعلقاً بحالة من حالات سقوط الحق بالضمان أو بطلان العقد .

وفي المشروع الأردني وضمن البند السابع من الأسباب الموجبة يتم منح المحكمة المختصة صلاحيات واسعة في تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها، وذلك أن هذه الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك أصبحت كثيرة الشيوخ، وبذلك فإن تنظيمها في ظل التشريع المرتقب يشكل حماية لفئة المستهلكين وتجنباً للقصور في التنظيم التشريعي، كما ان عدم إيراد تعريف تشريعي للشروط التعسفي، لا يعد قصوراً، وبذلك يتفق المشروع الأردني مع قانون حماية المستهلك الكويتي والاماراتي بعدم إيرادهما تعريفاً محدد للشروط التعسفي، واعتبر أن كل شرط أو اتفاق يؤدي إلى الإخلال بحقوق المستهلك أو الانتقاص منها أو إعفاء المزود من التزاماته يعد باطلاً. د. بشار طلال المومني، نحو تشريع خاص لحماية المستهلك...، مرجع سابق، ص ٦٠٤.

(٨٠) حيث جرى نصها على النحو التالي:

“ dans un contrat d’adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite “

(٨١) كما استبعدت المبادئ المتعلقة باختيار القانون المنطبق على العقود التجارية الدولية من نطاق تطبيقها صراحة بعض العقود ذات القوة التفاوضية لأحد أطرافها على الآخر " الطرف الضعيف " في العقد

المادة (1.12) حيث جرى نصها على النحو التالي:

Les Principes excluent expressément de leur champ d’application certaines catégories de contrats pour lesquelles le pouvoir de négociation de l’une des parties (consommateur ou employé) est réputé plus faible (voir art. 1(1)).

(٨٢) حيث جرى نصها على النحو التالي:

the parties may choose the law applicable to a contract which fulfils the requirements of paragraph 1, in accordance with Article 3. Such a choice may not, however, have the result of depriving the consumer of the protection afforded to him by provisions that cannot be derogated from by agreement by virtue of the law which, in the absence of choice, would have been applicable on the basis of paragraph 1.

(٨٣) د. امين دواس، اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على العقد...، مرجع سابق، ص

.٢٥٥٢

(٨٤) الطرف الضعيف في عقد التأمين هو شخص عديم الخبرة أو التجربة أو الكفاءة، يتضح ذلك الضعف من خلال علاقة تعاقدية بين شخصين، أين يظهر غياب التوازن بين أطراف العلاقة بحكم الظروف الاقتصادية والاجتماعية لأحدهما. وقد يكون هذا الضعف بسبب تعاقدته خارج تخصصه، كما قد يكون إما لصعوبة أو استحالة فهم الوثائق التعاقدية، ذلك لأسباب أرجعة للطرف الضعيف أو لسوء صياغة العقد قبل انتشار الشروط النموذجية في العقود المعد للطرف القوي.

(٨٥) د. فؤاد العديني، تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق...، مرجع سابق، ص ١٧٦.

(86) **HAMMOUD May** , La protection du consommateur des services bancaires et des services d'assurance, Thèse de doctorat , Université Panthéon-Assas , 2012,p.13

(٨٧) د. زياد خليف العنزي، مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب...، مرجع سابق. ص ٣٧٧.

(88) **HAMMOUD May** , La protection du consommateur des services bancaires et des services d'assurance, op.cit ,p.81.

(٨٩) وقد جرى نصها:

Art1/3." Les dispositions la présente convention ne s'applique pas aux contrats

d'assurance qui couvrent des risques situés dans les territoires des états membres de la communauté économique européen. Pour déterminer si un risqué est situe dans ces territoires, le juge applique sa loi interne “.

(٩٠) د. هشام أحمد محمود عبد العال، عقد التأمين...، مرجع سابق، ص ١٦٦.

المراجع:

أولاً: الكتب:

- ١- إبراهيم أبو النجا، التأمين في القانون الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٢.
- ٢- أبو العلا النمر، المختصر في تنازع القوانين، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، ٢٠٠٦.

- ٣- أبو العلا النمر، حماية المستهلك في العالقات الخاصة ذات الطابع الدولي، القاهرة، دار النهضة، ١٩٩٨.
- ٤- أحمد شرف الدين، أحكام التأمين، دراسة في القانون والقضاء المقارنين، الطبعة الثالثة، مطبعة ناد القضاة، ١٩٩١.
- ٥- أحمد عبدالكريم سلامة، العقد الدولي التطبيق، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، ٢٠١٨.
- ٦- أشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠٠٩.
- ٧- سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٩.
- ٨- عوني محمد الفخري، إرادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية- دراسة مقارنة، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢.
- ٩- فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي، القاهرة، دار النهضة، ط١، ١٩٩٠.
- ١٠- محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمعرفية عقود التأمين من الناحية القانونية، المجلد السادس، دار الثقافة، عمان ٢٠٠٨.
- ١١- هشام صادق، د. حفيظة الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، الجنسية ومركز الأجانب، ١٩٩٨.
- ١٢- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر المعاصر، ٢٠٠١.

ثانياً: الأبحاث:

- ١- أمين دواس، اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، مجلد ٢٥، ٢٠١١.
- ٢- بشار طلال المومني، نحو تشريع خاص لحماية المستهلك في مراحل العقد في القانون الأردني، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السادسة، العدد ٢، العدد التسلسلي ٢٢، ٢٠١٨.
- ٣- زياد خليف العنزي، مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وفقاً لمبادئ مؤتمر لاهاي ٢٠١٥، مجلة جامعة الشارقة، المجلد ١٣، العدد

٢، ٢٠١٦.

- ٤- عبدالرحمن جمعة، الاستبعاد الاتفاقي من الضمان في عقد التأمين وفقاً لأحكام القانون المدني الأردني - دراسة مقارنة-، دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 39، العدد 1، السنة ٢٠١٢.
- ٥- عنايت عبدالحميد ثابت، أساليب فض " تنازع القوانين " ذي الطابع الدولي في القانون الوضعي المقارن، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد ٦٥، لسنة ١٩٩٥.
- ٦- محمود محمد ياقوت، الاختيار المتعدد لقانون العقد، مجلة روح القوانين، العدد ٢١، ج ٢، ٢٠٠٠.
- ٧- مرتضى عبد الله، الاختصاص القضائي بالنظر في عقد التأمين الدولي، مجلة الإجتهد القضائي، العدد ١٥، ٢٩ سبتمبر ٢٠١٧.

ثالثاً: الرسائل:

- ١- فؤاد العديني، تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على عقود الوسطاء التجاريين ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠١٢.
- ٢- هشام أحمد محمود عبد العال، عقد التأمين في إطار القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس، ٢٠٠٧.

رابعاً: المراجع الأجنبية:

- 1- **HAMMOUD May** , La protection du consommateur des services bancaires et des services d'assurance, Thèse de doctorat , Université Panthéon-Assas, 2012.
- 2- **Ratchaneekorn Larpvanchar** , Les contrats internationaux: étude comparative franco-thaïlandaise , Thèse, L'Université Lille 2 – Droit et Santé, 2012.
- 3- **Hicham ELHABBOULI** , Le Contrat D'assurance vie en droit compare franco –marocain , thèse / université de rennes 1, 2015.
- 4- **Eloïse Haddad**, Les notions de contrat d'assurance , thèse Pour l'obtention du titre de Docteur en droit Présentée et soutenue publiquement ,2017.
- 5- **Dubuisson, Bernard** , "Le droit applicable au contrat d'assurance dans un espace communautaire intégré".

- 6- **Manon GILLET** , La resoition des conflits de lois et de juridictions en droit international des assurances , Master , l'Université Lyon, 2015.
- 7- **Giesela Rühl**,party autonomy in the private international law of contract: transatlantic convergence and economic efficiency , CLPE Research paper 4/2007 Vol.03 No.01(2007).
- 8- **Lambert Faivre Y**, fonction d'un ensemble bien défini d'évènements aléatoires Droit des assurances, édition: Précis Dalloz, 1986.

The Principle of Party Autonomy in the Choice of Law Applicable to Insurance Contract

Nawaf Bani Attia⁽¹⁾

Received: 25/11/2020

Accepted: 5/6/2021

Abstract

This study aims to state the principle of party autonomy in the choice of law that generally governs the insurance contract as it represents a wide field for diminishing the principle of party autonomy, leaving a room for a legislative interference to reduce the strong party unilateralism to formulate the insurance contract. Being interferred in the insurance contract, the legislator aims to organize the contract and determine its content legally and directly in a way that doesn't leave a huge space for the contractors to impose their conditions, in order to avoid arbitrary terms. Based upon this, we tried to raise the role of the principle of party autonomy in this kind of contracts "Adhesion Contracts".

The study concluded that the Jordanian legislator didn't explicitly address the issue of determining the law applicable to the insurance contract. Therefore, the study called on the Jordanian legislator to confront this legislative deficiency by intervening to set special attribution rules that match the nature of the insurance contract for its significance on both local and international levels.

Key words: Insurance Contract, Law of Willpower, The Principle of Party Autonomy in the Choice of Law, The Weak Party, Adhesion Contracts , Consumer Contract.

(1) Part-time Lecturer, Mu'tah University.