

ملخص البحث

يعد عقد التأمين البحري من العقود الدولية المهمة، في الوقت الحالي ولكن يصادف هذا العقد مشاكل تنبع من القوانين التي تحكم العقد وتتأرجح بين قانون الإرادة وضوابط الإسناد الحديثة الأخرى، وقد تبين لنا من خلال هذا البحث أن أول ما يصادف عقد التأمين البحري، من مشاكل على مستوى الدولي هي مسألة تحديد القانون الذي يحكم العقد، كما أن هناك عوامل تؤثر على هذا القانون أهمها صفة الأذعان التي يتسم بها هذا العقد باعتباره من العقود التي يحدث فيها اختلال التوازن العقدي بين طرفيه المؤمن (الطرف القوي) والمؤمن له (الطرف الضعيف) مما يستدعي أن يأتي المشرع بنصوص توفر قدر من الحماية للطرف الضعيف من الشروط التعسفية التي يفرضها المؤمن غالباً على المؤمن له، والتي تشكل بمجملها النظام العام الحمائي بالإضافة إلى دور القضاء لمعالجة الاختلال العقدي من خلال تدخله بشكل مباشر في استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق وحلول قواعد ذات التطبيق الضروري اللازمة لحماية كيان مجتمع دولة القاضي

المقدمة

أولاً: جوهر البحث

يعد عقد التأمين البحري من العقود الدولية ذات البعد التجاري وهو من أهم العقود الدولية التي تؤثر بشكل بالغ على مجمل التطورات الاقتصادية وهو ليس بالعقد الجديد بل أنه نشأ مع بدايات التعاون و التبادل التجاري بين الدول و الذي تأثر إلى حد كبير بقواعد تنازع القوانين المتعلقة بعقد التأمين، ولكون قواعد التنازع تنحدر من معايير متنوعة وتفقر للتسجام و التنظيم المتقن، وأنه من العقود التي يظهر فيها التعسف و الاستغلال من جانب الطرف القوي على الطرف الضعيف مما يستدعي مواجهة هذه الظاهرة ووضع القواعد و الضوابط وإيجاد نوع من التوازن في العلاقات الناشئة من هذا العقد سيما وأنه أصبح من العقود التي تنشأ العلاقة القانونية بين الأفراد التابعين لدول مختلفه علاقات قانونيه تتصل باكثر من نظام قانوني واحد، لذا لابد من إيجاد نصوص قانونيه توفق بين مقتضيات العدالة ومقتضيات الاستقرار القانوني عن طريق المحافظه على نقطة التوازن الجوهرية التي تضمن حقوق الأفراد المتعاقدة و بالتالي استقرار المعاملات .

العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري (دراسة مقارنة)

العدد الرابع / السنة العاشرة ٢٠١٨

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

ثانياً: أهمية الموضوع وأسباب اختياره

يعد العقد الدولي الأداة المثلى لتداول السلع والخدمات عبر الحدود وأهم هذه العقود الدولية عقد التأمين البحري، فقد انتشر هذا العقد بشكل ملحوظ في الأونة الحالية فهو من العقود التجارية والتي تخضع لمبدأ سلطان الإرادة فتكون الإرادة حرة في تحديد مفعول العقد وأثاره بشرط أن لا تتنافى مع المصلحة العامة مما يستدعي البحث في العوامل المؤثرة على اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري وحماية الطرف الضعيف في العقود الدولية بشكل عام وعقد التأمين البحري بشكل خاص ، وخاصة أنه لا يحظى بحماية قانونية شاملة نظراً لما يتعرض له من شروط تعسفية يفرضها الطرف الأخر والذي غالباً ما يكون هو الطرف القوي الذي يتمتع بالقدرة الفنية والمالية ولحد من وضع هكذا شروط تعسفية لابد من اتباع القواعد القانونية الالزامية الموجهة لحماية الطرف الضعيف في العقد من خلال تدخل المشرع في حمايته سواء بإدراج نصوص قانونية عامة أو قواعد قانونية خاصة لحماية المتعاقد الضعيف والتي تكون بمجموعها النظام العام الحمائي ولا يجوز مخالفته، ونلاحظ أن هناك نوعين من العقود بحسب درجة التوازن الاقتصادي

ثالثاً: منهجية البحث

للاحاطة بابعاد الموضوع وبيان جوانبه القانونيه ,ستكون دراستنا لهذا البحث دراسة مقارنة وذلك بالاستعانة بقوانين الاتجاة اللاتيني (مصر وفرنسا) والاتجاه الانكلوسكسوني (المملكة المتحدة) ومقارنتها بالقانون العراقي فضلا عن بيان موقف اتفاقية روما ذات الصلة بالموضوع ودراسة تحليلية نتناول بها المعالجة التشريعية للموضوع محل البحث على صعيد القوانين الداخلية الوطنية و الاتفاقات الدولية محل المقارنه فضلا عن الاشارة البسيطة لبعض القوانين والاتفاقات غير المحددة بالمقارنة.

رابعاً : نطاق البحث

تنصب هذه الدراسة على تحليل العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري,و التي تتردد بين صفة الأذعان و تأثير النظام العام في ذلك.

العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري (دراسة مقارنة)

العدد الرابع / السنة العاشرة ٢٠١٨

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

خامسا: خطة البحث

وفقا لما تقدم يتضح لنا معالم هذا البحث بتقسيمه الى مبحثين, الاول دور صفة الاذعان على القانون الواجب التطبيق, على عقد التأمين البحري, و المبحث الثاني اثر النظام العام على تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري .

المبحث الأول

دور صفة الاذعان في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري

ان لصفة الاذعان دور في عقد التأمين البحري، باعتبار أنه يؤدي إلى التمايز بين مراكز المتعاقدين، والتي تؤثر على التوازن العقدي لأنه يجعل من الطرف القوي في العقد (شركة التأمين) إلى فرض شروطها بشكل عام في وثائق مطبوعة سلفاً، بحيث تسود ارادة المؤمن على ارادة المؤمن له ولا يكون أمامه إلا القبول والتسليم بشروط الطرف الآخر دون مناقشة أو تعديل، وأن لهذه الصفة تأثير على القانون الذي يحكم هذا العقد لذا سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب

المطلب الاول : مفهوم عقد التأمين البحري

المطلب الثاني: اثر صفة الاذعان في اختيار القانون الواجب التطبيق

المطلب الثالث: اثر اعتبار عقد التأمين من عقود الاستهلاك.

المطلب الاول

مفهوم عقد التأمين البحري

ان تحديد مضمون عقد التأمين البحري يتطلب الوقوف على طبيعة العقد من خلال بيان طبيعته, وفيما اذا كان يعد من العقود التي ينطبق عليها القواعد العامة وبالتالي يتمتع بصفة خاصة تميزه عن غيره من

العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري (دراسة مقارنة)

العدد الرابع / السنة العاشرة ٢٠١٨

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

العقود. وهذا ما سنعرضه من خلال فرعين

الفرع الاول: تعريف عقد التأمين البحري

الفرع الثاني: طبيعة عقد التأمين البحري

الفرع الاول

تعريف عقد التأمين البحري

ان من اهم خصائص عقد التأمين البحري انه عقد دولي يقوم على اساس توزيع المخاطر على اكثر من دولة واحدة وبالتالي يتوزع على اكثر من نظام قانوني^(١).

وبما ان عقد التأمين البحري لا يعد دوليا بمجرد توافر الصفة الاجنبية في احد عناصره، وانما لا بد ان يؤدي تداول الثروه ويبقى هذا خاص بتقدير القضاء ونجد ان المشرع العراقي ومثله المشرع المصري خلا من تعريف عقد التأمين البحري، بينما قانون التأمين الانكليزي لعام ١٩٠٦، قد عرف التأمين البحري في المادة الاولى و التي نصت (هو العقد الذي يتعهد فيه المؤمن بتعويض المؤمن له بالطريقة و المدى المتفق عليه من الخسائر البحرية التي تتعرض لها المخاطر البحرية)^(٢) ونلاحظ ان عقد التأمين البحري هو عقد دولي فهو يحرك تطبيق قوانين داخلية، على اعتبار ان هناك عقود يتولى المشرع تنظيمها بنصوص امره رغم اكتسابها الصفة الدولية، ويكتسب هذه الصفة باختلاف جنسية المتعاقدين او موضوع البضاعة المؤمن عليها غير دولة المؤمن الى غير ذلك من الحالات و السبب يرجع الى ان العقد حتى يكتسب الصفة الدولية لابد ان يكون هناك اختصاص اقليمي للقواعد الامرة او ما يعرف بالقواعد ذات التطبيق المباشر التي تحمي الطرف الضعيف المتمثل بالمؤمن له ضد الطرف الاخر، ويمكن ان نعرف عقد التأمين البحري بانه عقد يتعهد المؤمن بمقتضاه للمستامن مقابل اداء قسط معين بتعويض الاخير او اي شخص له مصلحة في التأمين عن الاضرار، والتي تحدث نتيجة تحقق اخطار بحرية محددة خلال رحلة معينة، فالتعريف يجمع عناصر التأمين (اطرافه، عنصر المصلحة، الخطر، الاموال المؤمن عليها، القسط).

العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الرابع / السنة العاشرة ٢٠١٨

الفرع الثاني

طبيعة عقد التأمين البحري

هناك خلاف حول طبيعة عقد التأمين البحري، وظهور آراء طرحت بمناسبة تحديد هذه الطبيعة وهي كالآتي:

أولاً: التأمين البحري هو وعد بالتعاقد :

هناك من الشراح^(٣) من يرى ان هذه العقد هو وعد بالتعاقد وليس عقد نهائي إذ يؤمن المؤمن له لدى المؤمن على جميع شحناته وهذا الأخير يعد المؤمن له بقبول التأمين على هذه الشحنات^(٤).

ثانياً: التأمين البحري هو عقد نهائي:

على خلاف الراي السابق هناك من يذهب^(٥) الى اعتبار عقد التأمين البحري عقد نهائي، كبقية عقود التأمين، و ان عدم تعيين المحل عند التعاقد لا يؤدي بالضرورة الى جعل العقد المبرم باطلاً، مادام يمكن تعيين المحل في المستقبل^(٦) ويمكن القول ان عقد التأمين البحري هو عقد وليس مجرد وعد بالتعاقد.

ثالثاً: التأمين البحري عقد معلق على شرط واقف:

يذهب اتجاه اخر الى عد التأمين البحري، عقد الا انه معلق على شرط واقف يتمثل بوجود شحنات بالمستقبل لحساب المؤمن له او شحنات يشحنها المؤمن له لحساب الغير مقابل تقديمه الاقرارات^(٧) ونحن نؤيد من خلال ماتقدم صراحة من آراء لتحديد طبيعته القانونية لعقد التأمين البحري وانه من العقود المستمرة المعلقة على شرط واقف على اساس ان عقد التأمين يكون بين المؤمن والمؤمن له مقابل تغطية الخطر المؤمن منه لصالح المؤمن له مقابل سداد القسط وهو ضمان للاشياء ضد الاخطار البحرية و التي تعد الطابع المميز للتأمين البحري^(٨) فالتأمين البحري يكون بين طرفين المؤمن و المؤمن له، ويكون الثمن و الخطر محل العقد ، ومن الجدير بالذكر ان عقد التأمين البحري هو عقد اذعان حيث تنفرد شركة التأمين بوضع شروط العقد ، ويقتصر المؤمن له بقبول الشروط دون مناقشة بحيث لا تكون له الحرية اللازمة لمناقشة شروط العقد المعدة سلفاً من شركة التأمين، فهو تضمين قانوني لمجموعة من العلاقات تاتي على شكل بنود يتدخل فيها المشرع بنوع من الصرامة من اجل تحقيق الرقابة على شركات التأمين وحماية الطرف الضعيف في العقد^(٩).

العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الرابع / السنة العاشرة ٢٠١٨

المطلب الثاني

اثر صفة الاذعان في اختيار القانون الواجب التطبيق

إن لصفة الاذعان التي يتسم بها عقد التأمين البحري تأثيراً واضحاً على اختيار القانون الذي يحكم هذا العقد من خلال القوة الاقتصادية التي يتمتع بها المؤمن وذلك عن طريق تقديمهم خدمات خاصة بهذا العقد، رغم حرص أغلب التشريعات على منح المؤمن له حماية على نحو خاص تقيه من اجحاف هذا العقد لكن تبقى صفة الاذعان تؤثر بشكل أو بآخر على القانون الواجب التطبيق على هذا العقد، ولإحاطة بتفاصيل هذا التأثير سنقسم هذا المطلب على فرعين:

الفرع الأول: صفة الاذعان وإثرها على اعمال قانون الإرادة.

الفرع الثاني: صفة الاذعان وأثرها على الاسناد الموضوعي.

الفرع الاول

صفة الاذعان واثرها على اعمال قانون الارادة

يختص قانون الارادة باختيار القانون الواجب التطبيق على العقود التي تقع عليه ارادة الاطراف وغيرها من الضوابط, التي حلت محل هذا القانون
اولاً: مضمون قانون الارادة

بموجب هذا الاتجاه يختار اطراف العقد القانون الذي يحكم عقدهم, من حيث التكوين و الآثار وان ارادة الاطراف تقوم في حقيقة الامر باختيار قانون معين لحكم العقد بل ان ماتقوم به الارادة هو تركيز العقد في مكان جغرافي معين من خلال عناصر العلاقة العقدية والظروف المحيطة بها فاذا ماتم تركيز العقد في مكان معين فانه يخضع لقانون هذا المكان وان اختيار الاطراف في الحقيقة لايتناول القانون الواجب التطبيق وتحديد مكان العقد هذا من حيث النظرية الموضوعية , اما من حيث النظرية الشخصية التي تؤكد ان القانون الواجب التطبيق هو القانون الذي تقع عليه ارادة المتعاقدين لحكم التزاماتهم التعاقدية ومنها عقد التأمين البحري, وان يختاروا قانون الدولة التي يرونها اكثر تعبيراً عن مصالحهم المشتركة^(١٠) اما وتباين موقف التشريعات حول الاخذ بهذه القاعدة حيث نجد بعض هذه التشريعات يجيز للاطراف اختيار القانون الواجب التطبيق في حدود معينة فمن التشريعات التي سمحت للاطراف باختيار القانون الذي يحكم عقودهم

العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري (دراسة مقارنة)

العدد الرابع / السنة العاشرة ٢٠١٨

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ في المادة (١/٢٥) التي نصت (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطننا فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا مالم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانون اخر يراد تطبيقه) وقد اقتبس المشرع العراقي هذا الحكم من نص المادة ١/١٩ من القانون المدني المصري رقم ٣١ لسنة ١٩٤٨ و التي نصت (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدان اذا اتحدا موطننا فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا مالم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانونا اخر يراد تطبيقه) ^(١١) ومنح المشرع الفرنسي في نطاق العلاقات الوطنية لافراد حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم في المادة ١١٠٣ من القانون المدني الفرنسي ١٨٠٤ المعدل بموجب الامر رقم ٢٠١٦-١٣١ الصادر في ١٠ شباط ٢٠١٦ المتعلق باصلاح قانون العقود والنظام العام واثبات الالتزامات التي تقضي بان تحل العقود المبرمه بشكل قانوني محل القانون بالنسبة لاطرافها ^(١٢) وذات المضمون نجده في مشروع القانون الدولي الخاص الفرنسي لعام ١٩٦٧ في المادة ٢٣١٣ والتي نصت (تخضع العقود ذات الطابع الدولي و الالتزامات الناشئة عنه لقانون الذي قصد الاطراف الخضوع له) ^(١٣) اما المشرع الانكليزي, فقاعدة حرية اختيار القانون الواجب التطبيق متاحه ايضا, بالاستناد الى مبدأ استقلال العقد الذي قرره اتفاقية روما ١٩٨٠ المعدلة بموجب القرار الاوربي المرقم ٥٩٣ في ٢٠٠٨ وتبناه القانون الانكليزي من خلال قانون ٣٠ لسنة ١٩٩٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود في المادة ٣ من اتفاقية روما وهي التي تكون واجبة التطبيق عند عدم اختيار اي قانون التي نصت (يحكم العقد بالقانون المختار من جانب الاطراف ويجب ان يكون صراحة او مستمدا بطريقة مؤكدة من نصوص العقد او ظروف التعاقد وللاطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على كل العقد او جزء منه) ^(١٤)

وبموجب هذه الاتفاقية فأن اختيار القانون هو من مهمة الاطراف بالدرجة الاولى, وتكون هذه الحرية مطلقة مقيدة بقواعد ذات التطبيق الضروي سواء كانت هذه القواعد لقانون القاضي الذي ينظر النزاع او في قانون اجنبي عنه مما يعد الموطن المشترك احد ضوابط الاسناد الاحتياطية التي يلجأ اليها القاضي عند سكوت الاطراف عن اختيار قانون العقد او في حالة استطاعة القاضي تحديد القانون الواجب التطبيق, وفق الارادة الضمنية التي نستخلصها من ظروف العقد وملايساته فيصار الى قانون موطن المتعاقدين المشترك, وقد اخذ المشرع العراقي بضابط الموطن المشترك اذا اتحدا موطننا, وذلك في المادة (١/٢٥) سالفة الذكر وبحسب نص هذه المادة يكون قانون الموطن المشترك للمتعاقدين هو الواجب التطبيق, ويقابلها نص المادة

العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الرابع / السنة العاشرة ٢٠١٨

(١/١٩) مدني المصري السالفة الذكر، ولكن يؤخذ على هذا الضابط ان قانون المشترك للمتعاقدين قد لا يوصلنا الى تحديد القانون الواجب التطبيق وذلك اذا لم يكن للمتعاقدين موطن مشترك فغالبية عقود التجارة يختلف فيها الاطراف كما ان القول عند عدم وجود ارادة صريحة او ضمنية فالموطن المشترك هو مركز الثقل في العلاقة العقدية للاطراف في كل الاطراف يختلف في الحقيقه لان تحديد مركز الثقل في العلاقة العقدية يختلف بالضرورة بحسب طبيعة كل عقد^(١٦) اما بالنسبة لاتفاقية روما ولا يوجد نص في اتفاقية روما يشير لضابط الموطن المشترك بشكل صريح ولكن يمكن ان نستنتج ذلك بصورة غير مباشرة من نص المواد ٤ و ٧ منها فعندما نصت الفقرة الاولى من الاتفاقية (... فان العقد يحكم بقانون البلد الاوثق ارتباطا بالعقد) وان معيار الارتباط الاوثق هو معيار موضوعي يتحدد بموجب القانون الواجب التطبيق نظرا لعوامل الارتباط، وهو معيار مرادف للتركيز الموضوعي ليجاد مقر العقد اي مركز الثقل فيه، وفق العناصر الواقعية المرتبطة فيه ارتباطا وثيقا^(١٧) كما لاقى ضابط محل الابرام تاييد واسع من جانبي الفقه التقليدي خاصة وانه الحل السائد لدى القضاء الفرنسي القديمين حيث كانت هذه القاعدة ذات طابع الزامي الى ان استقر خضوع العقد لقانون الارادة في نهاية القرن التاسع عشر و اخضاع العقد لقانون بلد الابرام في الحالات التي يسكت فيها المتعاقدين عن اختيار قانون العقد او ضمنا^(١٨) وقد اخذ المشرع العراقي بمحل الابرام في المادة (١/٢٥) مدني عراقي عندما تكون هناك ارادة صريحة او ضمنية و اعطاء الاولوية في الترتيب للموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا اما المشرع المصري فقد جاءت المادة (١/١٩) من القانون المدني مطابقة لحكم المادة (١/٢٥) اما قواعد تنازع الفرنسي فقد نظمت شكل التصرف خضوعه لقانون بلد الابرام ، كما يعطي القضاء الانكليزي بعد الانضمام لاتفاقية روما ١٩٨٠ اهمية خاصة لهذه القاعدة التي يجب فيها تنفيذ العقد بنفس مكان انعقاده ففي هذه الحالة يخضع تكوين العقد وصحته لقانون مكان انعقاده^(١٩) ومن خلال ماتقدم نستنتج ان قانون الارادة ومعه الضوابط الاحتياطية قاصر عن توفير الحماية الكاملة للطرف الضعيف في العقد المؤمن له

ثانياً : اثر الاذعان على اعمال قانون الارادة

أن عقد التأمين هو نموذج حي ومتجدد من عقود الاذعان، ويقصد بها العقود التي يتميز فيها مراكز المتعاقدين إذا يقتصر دور أحدهما على القبول والتسليم بشروط الطرف الآخر دون مناقشة أو تعديل وتتجلى صفة الاذعان بعقد التأمين بشكل عام بالإضافة إلى إذا كان الإيجاب فيه عاماً وموجهاً للجمهور بصيغة واحدة وغير محدد بزمان من قبل الموجب^(٢٠)، فإن المؤمن عادة هو الذي يضع شروط بصيغة

العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الرابع / السنة العاشرة ٢٠١٨

مطبوعة معدة سابقاً بعناية تامة يسود من خلالها إرادة المؤمن على إرادة المؤمن له وليس أمام المؤمن له إلا القبول أو الرفض وهو الطرف الضعيف المذعن لإرادة الطرف القوي (المؤمن) ^(٢١).

ويعد عقد التأمين البحري من عقود الإذعان وذلك لخضوعها لقانون الإرادة من خلال منح الإسناد التقليدي لان المؤمن يملئ شروطه والتي غالباً ما تكن تعسفيه على الطرف الآخر (المؤمن له) وتوجه لقانون الإرادة انتقادات أهمها ان هذا القانون يتجاهل فكرة التضامن الاجتماعي فهو ينظر لمصلحة الفرد دون مصلحة الجماعة وبالتالي اختلال التوازن بين التزامات طرفي العقد مما يستدعي تدخل القاضي بل والمشرع نفسه في حياة العقد، للحد من سيطرة الإرادة على العقود وعدم توفير الحماية الكافية للطرف الضعيف في العقد ^(٢٢)

ولا يمكن انكار وجود بعض التناقض بين استقلال الإرادة في الاختيار 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 عقديّة ضاره به، ولكن من النادر أن يتفاوض أطراف العقد الدولي ومنها عقد التأمين البحري 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 ^(٢٣).

ولهذا حرص المشرع على منح المؤمن له حماية تقيه من شر الاجحاف الإذعان في العقد والتي تتمثل بإبطال الشروط التعسفية التي ترد بوثيقة التأمين وذلك لأن عقود الإذعان ومنها (عقد التأمين البحري) عقود مختلفة التكافؤ ^(٢٤)، فحسب المادة (١٦٧) مدني عراقي. (٢) - إذا تم العقد بطرق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذا الشرط أو تعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك) فيحسب هذه المادة الواردة في قانون داخلي وهو القانون المدني العراقي يجوز للقاضي إذا ما طرح عليه نزاع تعلق بهذا العقد، فيستطيع أن يستند على القواعد العامة لنظرية العقد للحد من الاختلال التوازن العقدي إما بتعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها (المؤمن له) بهدف حماية الطرف الضعيف في علاقة التعاقد ^(٢٥).

العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري (دراسة مقارنة)

العدد الرابع / السنة العاشرة ٢٠١٨

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

ويظهر اختلال التوازن في عقد التأمين البحري فيما يتمتع به أحد الأطراف من قوة اقتصادية وغالباً ما يكون شركة التأمين البحري من خلال انفراده بتقديم الخدمات الخاصة بهذا العقد مما يجعله محتكراً فعلياً أو قانونياً ، كما يمكن معالجة اختلال التوازن العقدي عن طريق وسائل بديلة منها اعمال مبدأ حسن النية في التعاقد وبالرغم من صعوبة التعرف على النية كونها امر نفسي الا ان ذلك لا يحول دون الاخذ به في مجال العقود الدولية ومنها عقد التأمين البحري سواء قبل ابرام العقد او عند تنفيذه او بعد تنفيذه والذي يفرض التزاما ايجابيا بالصدق والامانة من قبل طالب التعاقد باتجاه الطرف الاخر بصورة تقي ممارسته الحق ضمن الغاية المفيدة التي تم من اجلها التفاوض^(٢٦) ، ويترتب على عاتق المؤمن له تقديم بيانات صحيحة وواضحة وكل كتمان او تصريح كاذب يؤدي الى بطلان عقد التأمين من طرف المؤمن الذي له صلاحية في ذلك^(٢٧).

ويأتي هذا الاحتكار من التفوق الاقتصادي بين المحتكر (شركة التأمين) المدعن (المؤمن له أو المستفيد) وهذا النفوذ يخول له التحكم في بناء العقد مما يستدعي ضرورة التدخل التشريعي للمشرع لمراقبة توزان العقد الدولي من خلال ابطال مثل هكذا شروط تعسفية كأن تقتضي بسقوط الحق في مبلغ التأمين بسبب مخالفة القوانين والأنظمة وكذلك الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخر في اعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو في تقديم المستندات إذا تبين من الظروف أن التأخر كان بعذر مقبول^(٢٨).

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 ارادة الأطراف في اختيارهم للقانون المختار فاللطرف الضعيف أن يطلب أبطال العقد إذا كان العقد يعطي الطرف الاخر فائدة مبالغ فيها مع ملاحظة أن مجرد عدم التكافؤ لا يكفي لتكوين الضرر جسيم كما أن كل شرط مطبوع لم يبرز شكل ظاهر وكان متعلقاً بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط وكل شرط تعسفي أخر تبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه^(٢٩).

وإزاء هذه الشروط لا يملك المؤمن له أو المستفيد إلا التسليم بها وغالباً ما تخفف من المسؤولية التعاقدية للمؤمن وتتشدد في مسؤولية المؤمن له^(٣٠) بدليل المادة (٩٨٥) مدني عراقي والتي اكدت على سقوط الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفته القوانين والأنظمة إلا إذا انطوت على جنائية واضحة عمدية، و المادة (٩٩١) مدني عراقي والتي نصت (يقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام

العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الرابع / السنة العاشرة ٢٠١٨

النصوص الواردة في هذا الفصل إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له أو المستفيد) ، وتحضى هذه القواعد بتطبيق عالمي فهي قواعد ذات تطبيق ضروري .

أما إذ ورد شرط غامض فيفسر عند الشك لصالح الطرف المذعن ويقابل المادة (١٦٧) مدني عراقي المادة (١٤٩) مدني مصري والتي نصت (إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي ان يعدل هذه الشروط ان يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك) وأكدت المادة (٢٤) مدني فرنسي على بطلان كل شرط تعسفي تبين أنه لم يكن لمخالفته أثر لوقوع الحادث المؤمن منه كما أن التشريعات لم تكفي بالحماية العامة التي يشارك بها عقد التأمين غيره من العقود العامة فكان هناك نصوص خاصة تتعلق بحماية المؤمن له وجاءت أمره لا يجوز مخالفتها أو النزول عنها وكما فصلنا سابقاً والمواد (٧٥٠، ٧٥٣) مدني مصري والمطابقة لمضمون نص المواد (٩٨٥، ٩٩١) مدني عراقي وبما أن عقد التأمين البحري هو عقد دولي ويحتاج فيه الطرف الضعيف (المؤمن له والمستفيد) فتكون حمايته عن طريق استبعاد قانون الإرادة وابداله بقانون آخر استناداً على ضوابط تحد من قانون الإرادة وتجنب الطرف الضعيف من الاجحاف الذي قد يشوب عقد التأمين البحري باعتباره عقد إذ كان فلا بد من حد حرية الطرف القوي (المؤمن) ^(٣١).

الفرع الثاني

صفة الإذعان وأثرها على الاسناد الموضوعي

ونقصد بالإسناد الموضوعي هي تلك القواعد التي تنظم العلاقات الدولية الخاصة المعروضة على القاضي، والتي يطبق عليها قانونه الوطني الموضوعي تطبيقاً مباشراً دون المرور بقاعدة تنازع القوانين، وقد أطلق عليها الفقه عدة تسميات ^(٣٢). منها (القانون عبر الدول) والقانون الموضوعي للتجارة الدولية تمتاز بانها قواعد حل مباشر للنزاع ومفردة الجانب تكون هذه القواعد ذات طابع تشريعي، أما داخلي يضعها المشرع الوطني في كل دولة أو ذات الأصل التشريعي الاتفاقي يتم الاتفاق عليها بين الدول بمقتضى معاهدة أو اتفاقية كما يمكن أن تكون نشأتها تلقائية أي أنها تظهر على يد القضاء الوطني أو التحكيمي والتي تقدم حلول موضوعية تتجاوز ومقتضيات الحياة الدولية والتجارة عبر الحدود وفي أكثر الأحيان تخرج عن القواعد الأمره في الأنظمة القانونية الوطنية ^(٣٣) ولهذه القواعد أثر في تنظيم العلاقات الدولية

العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الرابع / السنة العاشرة ٢٠١٨

للأفراد ومنها عقد التأمين البحري لأنها قواعد تتكفل بأعطاء الحل المباشر على النزاعات الدولية ويطبق الاسناد الموضوعي (القواعد الموضوعية) مع ملاحظة أن نطاق هذا التطبيق يكون بصدد نوع معين من الروابط والعلاقات الدولية للأفراد، وهي الروابط والعلاقات الاقتصادية والتجارية سواء كان أطرافها من أشخاص القانون الخاص أو العام ويأتي أثر تطبيق هذه القواعد على عقد التأمين البحري من خلال أعمال القاضي لهذه القواعد إذا أثير بشأن العقد نزاع حول الشروط والبنود التي يتضمنها العقد واتصافها بصفة الأذعان، فيقوم القاضي باستبعاد قانون الإرادة والاستعانة بضوابط اسناد موضوعية أخرى تحقيقاً للتوازن بين الطرفين ويثور تساؤل، هل يتم استبعاد قانون الإرادة بشكل كلي أو جزئي؟

ومنهم^(٣٤) من يستبعد هذا القانون بشكل كلي، ولكن نرى مع جانب كبير من الفقه أن إلغاء الإرادة كلياً في تعين القانون الذي يحكم عقد التأمين البحري لا يحقق الهدف المنشود وهو حماية الطرف الضعيف واستبعاد مبدأ سلطان الإرادة ليس ضرورة تقتضيها هذه الحماية، وأن الإلغاء 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 فالاستبعاد لا يمكن إلا إذا كانت حماية العاقد الضعيف تقتضي تطبيق القانون المختص موضوعياً ومنهم من يرى^(٣٥) بأن حماية العاقد الضعيف تكون عن طريق السماح للأطراف باختيار عدد من القوانين بطريقة مسبقة يكون للعاقدين أن يختارا من بينهم قانون عقدهما وقد كرس هذا النهج مشروع الاتفاقية الأوروبية حول القانون الواجب التطبيق على عقود العمل التي تنفذها داخل حدود الجماعة الأوروبية و أن هذه الحماية لا تكون إلا إذا ثبت بأن هذه القوانين المحددة من قبل المشرع والتي يكون للمتعاقدین الاختيار من بينهما توفر حماية أفضل للعاقد الضعيف بينما سارت بعض النظم القانونية على حماية العاقد الضعيف عن طريق تقييد ارادة الأطراف بالنصوص الأمرة للقانون الذي ينعقد له الاختصاص في حال عدم وجود اختيار لقانون العقد، وبالتالي فإن دور القواعد الأمرة للقانون الموضوعي قد يتحصل في عدم استبعاد القانون الأجنبي الذي اختاره الأطراف إلا إذا كان من شأن تطبيق هذا القانون المساس بتلك القواعد، وبذلك يكون لهذه القواعد نفس أثر الدفع بالنظام العام^(٣٦).

الا انه يلاحظ أن هذا التوجه يخل بالأمان القانوني للعلاقة العقدية إذ ان الأفراد لايتوقعون القانون الذي يحكم عقودهم وذلك لصعوبة معرفة القانون الأصلح للعاقد الضعيف بطريقة مسبقة ولصعوبة ما إذا كان مضمون القانون المختار يتفق أو يتعارض مع القواعد الأمرة للقانون المختص موضوعياً، كما إنه يؤدي إلى تجزئة العقد وإخضاعه إلى أكثر من قانون.

العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الرابع / السنة العاشرة ٢٠١٨

مع ملاحظة أن منهج القواعد الموضوعية يحد من دور منهج قاعدة التنازع، ويظهر مثالية عدم ملائمة لحاجات العلاقات الخاصة الدولية ويضعه في أزمة لا يستطيع تجاوزها لكن يبقى منهج القواعد الموضوعية مكمل لمنهج قاعدة التنازع الذي تظل له الكلمة الأخيرة.^(٣٧)

فالقواعد الموضوعية تعتبر هي قانون البديل لقانون الإرادة فهي قواعد خاصة ذاتية تتعلق بالمسألة المطروحة ولها أولوية في التطبيق على أي قانون آخر^(٣٨).

المطلب الثالث

اثر اعتبار عقد التأمين من عقود الاستهلاك

ازدادت في الأونة الأخيرة ابرام عقود الاستهلاك لازدياد الحاجة إلى تلبية حاجة الفرد الشخصية أو العائلية، ويتم ابرامه بين طرفيه المستهلك من جهة والمهني (المحترف)، من جهة أخرى وهذا ما ينعكس على عقد التأمين البحري وهذا ما سنبحثه في هذا المطلب من خلال الفرعين التاليين

الفرع الأول: تحديد معنى عقد الاستهلاك

الفرع الثاني: العلاقة بين عقد التأمين البحري وعقد الاستهلاك.

الفرع الأول

تحديد معنى عقد الاستهلاك

إن وصف عقد الاستهلاك بالصفة الدولية يؤدي إلى معاملته معاملة خاصة تجعله يتحرر من حكم القوانين الوطنية ويخضع إلى قواعد خاصة به تمكن أطرافه اختيار قانون دولة ما لتطبيقه على بنود العقد لذلك ينصب بحثنا على عقد الاستهلاك الدولي الذي يحوي على عنصر اجنبي حيث تظهر الحاجة الماسة إلى حماية المستهلك لحدوث تنازع بين القوانين وضرورة تحديد القانون الواجب التطبيق^(٣٩)

ان عقد الاستهلاك بحسب المفهوم القانوني هو كل تصرف قانوني يقوم به الشخص الغرض منه الحصول على سلعة أو خدمة لاشباع حاجاته الشخصية.^(٤٠)

كما عرفه جانب من الفقه بأنه زوال المنافع التي وجد الشيء من أجل تحقيقه وأن بقيت عينة

العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الرابع / السنة العاشرة ٢٠١٨

قائمة أو تلك العقود التي تكون موضوعها توريد أو تقديم أشياء منقولة مادية أو خدمات وذلك من أجل المستهلك وغير المرتبطة بالأنشطة المهنية أو التجارية لهذا المستهلك إما على مستوى التشريعات العربية أو الأجنبية فقد وردت تعاريف مختلفة لعقد الاستهلاك، فعلى صعيد التشريع العراقي^(٤١) نجد أن قانون حماية المستهلك لم يعرف عقد الاستهلاك الدولي، بل اقتصر على توفير حماية للمستهلك على المستوى الداخلي للدولة.^(٤٢) وهذا ما ذهب إليه المشرع المصري إما على مستوى التشريعات الأجنبية نجد أن المشرع الفرنسي فقد عرف في المادة (١-١١٤ L) من قانون حماية المستهلك الفرنسي الصادر في ٢٦ تموز ١٩٩٣ عقد الاستهلاك (بأنه هو ذلك العقد الذي يبرم بشأن بيع مال منقول أو تقديم خدمة من جانب المهني لصالح المستهلك)^(٤٣)، وأن مصطلح عقد الاستهلاك جاء ليغطي عدة أنواع من العقود ومنها عقد التأمين البحري كما يتمتع عقد الاستهلاك بخصائص أهمها أنه يرد على توريد منتجات أو أشياء مادية أو خدمات إما بالنسبة للمنقولات غير المادية فإنها تخرج من نطاق عقد الاستهلاك وهذا ما ينطبق على عقد التأمين البحري باعتبار أن المؤمن له هو الطرف الضعيف والذي يكون بأمس الحاجة إلى الحماية التي تقدمها التشريعات أما الطرف الآخر (شركة التأمين) والتي تقدم الخدمات خاصة وأنها تتمتع بالقدرة الاقتصادية والقانونية والفنية كما أنه قد يتضمن اختلاف في التوازن المعرفي بين الطرفين على أساس أن شركة التأمين تملك معلومات أكثر مما هو عليه لدى المستهلك (المؤمن له) وأغلب عقود التأمين البحري تتضمن شروط صعبة ولكن لحاجة المؤمن لهذه الخدمة أو البضاعة فيوافق على جميع الشروط التي تعرضها شركة التأمين البحري عليها التي قد تلجأ إلى استخدام وسائل تهدف إلى إغواء المستهلك وحثه على التعاقد معها عن طريق الترويج والإعلانات المضللة كالوعد بجائزة مالية أو تقديم كميات من السلع والخدمات المجانية أو منح تسهيلات في السداد.^(٤٤)

ويمكن القول أن المؤمن له باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة العقدية فيتمتع بحماية خاصة في مرحلة تنفيذ العقد ضد الشروط التعسفية وفي مرحلة إبرام العقد إلا أنها حمايه غير كافية ولا تخرج عقد التأمين البحري عن كونه من عقود الإذعان، والحماية التي تقدم إلى المؤمن له في فترة تنفيذ العقد فهي حماية تتعلق بمضمون العقد وتفسيره وأن هذه الشروط التي تفرض عليه هو نتيجة طبيعية للنفوذ الاقتصادي الذي تتمتع به شركة التأمين والتي تساعد في أن يفرض جميع الشروط التي تحقق مصالحه الخاصة وما على المؤمن له إلا أن يقبل هذه الشروط أو يرفضها جملة واحدة فيضطر المؤمن له على الموافقة عليها تحت ضغط الحاجة وموضوع حماية المستهلك لا يعالج بقلّة الخبرة أو عدم التوازن المعرفي

العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري (دراسة مقارنة)

العدد الرابع / السنة العاشرة ٢٠١٨

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

بل يهدف إلى حمايته قانونياً^(٤٥).

الفرع الثاني

العلاقة بين عقد التأمين البحري وعقد الاستهلاك

يعتبر عقد التأمين من العقود الاستهلاكية والذي يسمح لهذا المستهلك الحصول على سلعة أو خدمة لغرض تلبية حاجاتهم الشخصية أو العائلية، وعقد التأمين وفقاً لهذا المفهوم يعتبر عقد من عقود الاستهلاك كأصل عام، لأنه يجمع بين مقاولات التأمين وإعادة التأمين التي تتعاقد لأغراض مهنية التأمين باعتبارها من مستهلكي خدمات التأمين والذين يقتنون هذه الخدمة لأغراض شخصية أو عائلية لكنه لا يمكن اتباع صفة العقد الاستهلاكي على عقد التأمين متى كان المؤمن له يتعاقد لأغراض مهنية كالتأمين على المسؤولية المهنية وتبرز أهمية إخفاء طابع عقد الاستهلاك على عقد التأمين لكونه في إطار التشريعات المقارنة أصبحت نظرية العقد الاستهلاكي بمثابة الشريعة العامة لجميع عقود الاستهلاك بحيث يرجع إليها للاستفادة من نظام الشروط التعسفية وغيرها من الأنظمة القانونية المقصودة لحماية المستهلك والتي تستهدف الحد من ظاهرة الاختلال في التوازن العقدي.^(٤٦)

مع ذلك تبدو نصوص القوانين غير ملائمة لحماية المستهلك (المؤمن له أو المستفيد) ويرجع ذلك إلى أن القوانين الداخلية الموضوعية التي تشير قواعد الإسناد إلى تطبيقها، لا تتضمن جميعها بالضرورة قواعد خاصة لحماية المستهلك ويرجع ضعف المستهلك وحاجته إلى حماية من خلال العلاقة القانونية التي يدخل فيها مع الطرف الآخر (شركة التأمين) والتي تمثل هذه العلاقة مصالح متعارضة تؤدي إلى اختلال في التوازن في العقد وبالتالي اختلال حرية التعاقد، لذا يكون من اللازم وضع قيود على حرية الطرف القوي (شركة التأمين) ويثار تساؤل عن مدى إمكانية حماية الطرف الضعيف في عقد التأمين البحري من خلال قواعد التنازع ويذهب اتجاه رئيسي في فقه القانون الدولي الخاص إلى أن وظيفة القانون الدولي الخاص هي تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال الأنظمة القانونية التي ترتبط بالعلاقة القانونية ويذهب البعض الآخر إلى القول بأن مضمون القانون الأجنبي وتنظيمه للعلاقات القانونية محل التنازع لا يدخل في تحديد ضابط الإسناد إذ أن وظيفة القانون الدولي الخاص تتميز عن القانون الموضوعي وبناء على ذلك فإن تقدير المصالح المتعارضة في النزاع تعد مسألة خارج وظيفة قاعدة الإسناد^(٤٧).

العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الرابع / السنة العاشرة ٢٠١٨

أما حماية المستهلك من خلال قاعدة التنازع التقليدية (مبدأ حرية الإرادة في المجال التعاقدية) فإن عقد التأمين باعتباره عقد استهلاك يخضع لقانون الإرادة الصريحة أو الضمنية ولكن نلاحظ على قانون الإرادة يؤدي إلى إعطاء السلطة للمؤمن باختيار القانون الذي يلائمه وقد لا يتناسب هذا القانون مع ظروف المستهلك ويؤدي إلى الأضرار لذا يكون من الأفضل تقرير مبدأ حرية الإرادة حماية للطرف الضعيف أو استبعاده بشكل كلي أو باستبعاد الجزء المخالف من القانون الأجنبي واحلال قانون القاضي محله وهذا يكون دور القاضي رئيسياً في استبعاد قانون الإرادة^(٤٨) ، ويستطيع إكمال ليس فقط الاسناد الموضوعي باستبعاد القانون المختار الذي لا تربطه في العقد أي رابطة وإنما له استبعاد القانون المختار الذي لا تربطه بالعقد أي رابطة مادية أو قانونية كما يتم تقييد حرية الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق قواعد ذات التطبيق الضروري (قوانين البوليس أو قوانين الأمن) التي تتصل بالمصلحة العليا والأسس التي يقوم عليها المجتمع^(٤٩) وقوانين حماية المستهلك تعد من قوانين البوليس ذات التطبيق الضروري ويطبق القاضي المعروض أمامه النزاع المتعلق بعقد التأمين البحري قانون حماية المستهلك ويعطه الأفضلية على القانون الأجنبي الذي عينة قاعدة التنازع (القانون الذي اختاره الأطراف) أو تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري الموجودة في القانون الأجنبي ذاته التي لا تعارض مع النظام العام في قانون القاضي ونجد أمثلة قانون الكوبيك بكندا المتعلقة بحماية المستهلكين والذي يبطل شرط اختيار القانون في عقود الاستهلاك إذا لم يكن القانون المختار هو القانون الكندي أو قانون مقاطعة الكوبيك ومن ذلك قانون infair contract ternsact الانكليزي المتعلق بالشروط التعسفية في البيع الموجه لحماية المستهلك والذي ينص على تطبيق أحكام هذا القانون إذا كان لعقد خاضعاً للقانون الإنكليزي حتى لو اختار، طرف قانون آخر لحكم تعاقدهم وبناء على ذلك يمكن القول أنه في العقد التي يبرمها المستهلك يظل مبدأ سلطان الإرادة قائماً أي يكون للأطراف تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد ومع ذلك يكون للقاضي باعتباره قاضي الموضوع تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري أو الأمرة لحماية المستهلك وذلك لعدم التوازن بين قوة الطرفين في التفاوض^(٥٠).

أما حماية الطرف الضعيف ، فيكون من خلال ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين فإذا اختلف الموطن بين المؤمن والمؤمن له فنأخذ بضابط اسناد احتياطي وهو محل إبرام العقد وأساس تطبيق محل الإبرام هو الإرادة المفترضة وأن ما يقصده المتعاقدين يعتبر ذلك تطبيقاً للمعيار الموضوعي ومعيار الرجل المعتاد ويلاحظ أن هذا المعيار لا يتناسب مع العقود المبرمة بالمراسلة وهي شائعة في عقد الاستهلاك، لذلك

العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري (دراسة مقارنة)

العدد الرابع / السنة العاشرة ٢٠١٨

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

اقترح الفقه الأخذ بمعيار قانون الالتزام الرئيسي أي ضابط الالتزام الأساسي أو الجوهرية والذي يكون محل الإقامة للمستهلك (المؤمن له) والذي يشترط أن يكون مفيداً له^(٥١) أما القانون الانكليزي فنجد أن قانون رقم (٣٠) لعام ١٩٩٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود والذي يعد الأساس في تقديم حلول تشريعية للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في حالة تنازع القوانين وقد تضمنت المادة (١/٣٢) من أمر التأمين على الحياة رقم (٨٣) لسنة (٢٠٠٢) نص على أن الإقامة المعتادة أو مقر المؤسسة لحامل وثيقة التأمين هو القانون الواجب التطبيق على الرغم من ذلك يجوز للطرفين اختيار قانون دولة أخرى متى ما كانت القوانين الوطنية تسمح بذلك فيها المملكة المتحدة التي تجيز للمتعاقدين اختيار قانون دولة أخرى أما اتفاقية روما لعام (١٩٨٠) المعدلة بموجب القرار الاوربي المرقم ٥٩٣ في ٢٠٠٨ حول القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية حيث تفرض قرينه الالتزام الرئيسي من خلال روابط العقد الجدية مع الطرف الذي يجب أن يقدم الالتزام الرئيسي ويطبق قانون محل إقامته العادي وقت إبرام العقد مع ملاحظة أن المادة السادسة من الاتفاقية أعلاه تقيد هذا الحق بالنسبة للعقود المرتبطة بالمستهلك ويجوز للطرفين اختيار قانون الدولة التي يتمتع برعايتها دون الدولة التي يقيم فيها بصورة معتادة^(٥٢).

حيث نصت المادة (٦) من اتفاقية روما (مع عد الاخلال بالمادتان ٥ و٧ فان العقد الذي يبرم من قبل شخص طبيعي يمكن وصفها بانها تخرج عن نطاق تجارته او مهنته (المستهلك) مع شخص اخر يعمل ضمن اطار تجارته او مهنته (صاحب مهنة) فان العقد يخضع لقانون الدولة التي يقيم فيها المستهلك اقامة معتاده بشرط ان يكون صاحب المهنة

a- ان يمارس اعماله المهنية او التجارية في نفس الدولة التي يقع فيها مكان الإقامة المعتاد للمستهلك

b- ان يدير اعماله بشكل مباشر وباي وسيله الى دولة او مجموعة دول بما فيها دولة المستهلك على ان يكون العقد ضمن نطاق هذه العمليات -٢ مع عدم الاخلال بالفقرة ١ اعلاه , فان المتعاقدان يستطيعون ان يختاروا القانون الواجب التطبيق في حالة استكمال الشروط الواردة في الفقرة السابقة اعلاه على ان يكون الاختيار لا يجرى المستهلك من الحماية التي يوفرها القانون التي يستبعد تطبيقه المتعاقدان في حال غياب القانون الواجب التطبيق وفق الفقرة ١ الاعلاه) وان المؤمن لا يعد مستهلكا لان المستهلك كل شخص يبرم تصرفات قانونية بهدف الحصول على حاجاته بغية الاستفادة منها لاشباع حاجاته الشخصية او المهنية غير المتخصص فيها^(٥٣) ،

العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الرابع / السنة العاشرة ٢٠١٨

ومن الجدير بالذكر أن عقد التأمين البحري هو من عقود التجارة الدولية مما يؤدي الى ان يثور تساؤل حول إمكانية الاتفاق على تطبيق قواعد التجارة الدولية باعتبارها قواعد سلوك مهني، باعتبار أن عقد التأمين البحري الذي يتصل بالتجارة الدولية؟ وللإجابة على هذا التساؤل نجد أن الفقه^(٥٤) ينقسم بشأن تطبيق قواعد التجارة الدولية على العقد الدولي بشكل عام وعقد التأمين البحري بشكل خاص إلى اتجاهين - الاتجاه الأول هو الاتجاه الغالب يذهب إلى أن قواعد قانون التجارة الدولية تعد قواعد مكمله للقانون الواجب التطبيق على النزاع ذلك أن هذه القواعد تتضمن حلولاً لمسائل معينة كثيرة الحدوث في نطاق التجارة الدولية ولكنها لا تعتبر قواعد قانونية متكاملة كافية بذاتها للتطبيق على منازعات التجارة وعلى ذلك وطبقاً لهذا الاتجاه فإن قواعد قانون التجارة لا تعد نظاماً قانونياً مستقلاً عن غيره من الأنظمة القانونية بحيث يمكن تطبيقه بمفرده ودون حاجة إلى الاستعانة بأنظمة قانونية أخرى أما الاتجاه الثاني: - فيعتبر قواعد قانون التجارة الدولية بوصفه نظام قانوني مستقل ومن ثم فهي كافية بذاتها للتطبيق على النزاع كما أنها هي الأولى والأجدر بالاتباع وذلك أنها وليدة متطلبات المعاملات التجارية^(٥٥).

ويلاحظ ان الاتجاه الغالب وهو الاتجاه الأول على اعتبار أن القواعد التجارية الدولية لازالت لم تشكل نظام قانوني موحداً فهي قواعد مكمله ومفسره لإرادة المتعاقدين وغير ملزمة.

المبحث الثاني

دور النظام العام في تحديد القانون الواجب

التطبيق على عقد التأمين البحري

يوجد في مجال عقود التجارة الدولية ما يسمى النظام العام الدولي الذي وأن تعددت تسمياته إلا أنها تتفق في مضمونها، وتعبيرها مع التنوع الجديد في النظام العام، أياً كان الدور الذي تؤديه منازعات عقود التجارة الدولية ومنها عقد التأمين البحري والذي تؤدي الاستعانة به إلى تطبيق مفاهيم قانونية تتلائم مع مقتضيات التجارة الدولية ولمعرفة دور النظام العام، في تطبيق هذه المفاهيم سنقسم هذا المبحث على مطلبين

المطلب الأول: اثر النظام العام في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي.

المطلب الثاني: اثر النظام العام في تطبيق قواعد ذات التطبيق الضروي.

المطلب الأول

اثر النظام العام في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي

للنظام العام وظيفة سلبية تتمثل بالنظام العام الحمائي السلبي والنظام العام التوجيهي و(الوظيفة الإيجابية) وتكون لوظائف النظام العام أثر في مواجه القانون الأجنبي الغير ملائم لمجتمع دولة القاضي وتسليط الضوء على وظائف النظام العام، لذا سنقسم هذا المطلب على فرعين

الفرع الأول: اثر النظام العام الحمائي (السلبي)

الفرع الثاني: اثر النظام العام التوجيهي (الإيجابي)

الفرع الأول

اثر النظام العام الحمائي (السلبي)

يعرف النظام العام بأنه "وسيلة أو دفع يتم بمقتضاها استبعاد القانون الواجب التطبيق الذي حددته

القاعدة الوطنية في مخالفته المبادئ الأساسية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي"^(٥٦)

العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الرابع / السنة العاشرة ٢٠١٨

وللنظام العام تأثير على القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري، من خلال وظيفة السلبية وكما تسمى النظام العام الحمائي (السلبى أو الاستبعادي) ويؤدي النظام العام وفقاً لهذه الوظيفة إلى استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وفقاً لقاعدة التنازع أو وفقاً للاختيار الأطراف وتهدف إلى حماية الطرف الضعيف في عقد التأمين البحري (المؤمن له)، من خلال تبين القاضي المعروض عليه النزاع التعارض بين القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الاسناد الوطنية باختصاص قواعد قانونه الداخلي فإن النتيجة المنطقية المترتبة على ذلك هي استبعاد تطبيق هذا القانون المخالف، أعماله الشرط التحفظي المقرر للقاضي الوطني للحفاظ على الكيان التشريعي المقرر في دولته من دون أي مؤثرات خارجية قد يكون لها أثر في خلخلة هذا النظام التشريعي المتجانس، ولكن في مقابل ذلك يجب على القاضي عند تعارض القانون الأجنبي الواجب التطبيق أن يراعي عدم الفحص الظاهري المجرد على القاعدة الأجنبية، بل يتعين عليه النظر إلى النتيجة الفعلية، أو الأثر التي تترتب في الواقع العملي من جراء تطبيق هذه القاعدة فقد تكون هذه القاعدة في ظاهرها مخالفة للنظام العام في دولة القاضي ولكن تطبيقها لكشف عن عدم وجود مثل هذا التعارض والعكس صحيح^(٥٧).

ولكن يرد على هذه الوظيفة ملاحظتين، أن مسألة تدخلها تنور في كل الحالات التي تكون فيها القواعد المختارة من جانب الأطراف أو الواجبة للتطبيق على الموضوع من قبيل المبادئ العامة أو عادات وأعراف التجارة الدولية حتى أن بعض الفقه ذهب إلى أبعد من ذلك حين أقر بوجود تدرج بين الأنظمة العامة بحيث يتيح للنظام العام الدولي باستبعاد النظام العام الوطني، إذا وجدته مخالفاً لاحد هذه المبادئ العامة والثانية أن الوظيفة السلبية تبدو تبعية بالنسبة للوظيفة الإيجابية والتي تستعرضها في الغالب.^(٥٨)

ويثور تساؤل حول إذا كان هذا الاستبعاد كلياً أو جزئياً أو أنه يستبعد القاعدة المخالفة فقط؟ فقد ذهب من الفقه^(٥٩) إلى أن وجود تعارض بين القانون الأجنبي والنظام العام في دولة القاضي أمر يستتبع بالضرورة الاستبعاد الكلي لهذه القانون، لأن القول بالتطبيق الجزئي لهذه القانون يعني عند أنصار هذا الرأي نسخ وتشويه للقانون الأجنبي وتطبيقه بشكل يتنافى مع رغبة المشرع الذي وضعه مما يترتب على ذلك إخلال بوحدة هذا القانون من ناحية، ومن ناحية أخرى إهدار لقاعدة الاسناد التي تهدف إلى التطبيق الكلي للقانون الذي حددته لحكم العلاقة وليس تطبيق بعض أحكامها لأن ذلك يؤدي أيضاً إلى تطبيقه في غير الحالات التي يختص بها^(٦٠).

ويأخذ على هذا الاتجاه أنه قد أتى بالنقد الذي يوجه له، حيث أن ما ينادون به من استبعاد كلي

العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري (دراسة مقارنة)

العدد الرابع / السنة العاشرة ٢٠١٨

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

للقانون الأجنبي هو الذي يترتب عليه إهدار لقاعدة الاسناد وليس التطبيق الجزئي وذلك لأن الدفع بالنظام العام لم يوجد ليصدر حكم على القانون الأجنبي الذي عقد له الاختصاص^(١١) وإنما ليتلافى عيوب التحديد غير المتبصر لقاعدة الاسناد أو بمعنى آخر فهو يعطل العمل بقاعدة الاسناد ولكن كل ما في الأمر يتلافى العيوب الناتجة عن أعمالها وهذا يدل على أنه إذا كانت هذه العيوب يمكن تلافيتها دون استبعاد كلي للقانون الأجنبي وأن أنصار هذا الاتجاه^(١٢) يتغافلون مبدأ قانونياً يكاد يكون هناك استقرار فقهي بل وتشريعي بشأنه ألا وهو مبدأ تجزئة العلاقة العقدية واخضاعها لأكثر من قانون ونتيجة لهذه الانتقادات السابقة فحاول جانب من الفقه^(١٣) الحد من فاعلية النظام العام ويرى أن يكون هناك تدرج في أعمال الأثر السلبي المتمثل في استبعاد القانون الأجنبي، حيث أن المقصود بالاستبعاد يجب أن يقتصر على الجزء المخالف من هذا القانون الأجنبي فقط دون يقيه الأجزاء بحيث يستطيع القاضي تطبيق أحكام القانون الأجنبي التي لا تتعارض مع النظام العام في دولته، وفي الحالة التي يكشف بها القاضي أن هذا الجزء يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالأجزاء الباقية من هذا القانون أو أن هذا الجزء يمثل اللب الجوهرى والرئيسي في وجود هذا القانون فلا مفر من استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المخالف كلياً كأن يرد عقد التأمين البحري على محل غير مشروع وكان هذا المحل هو الباعث الدافع للتعاقد فإن العقد في هذه الحالة سيبطل كلياً^(١٤).

ويلاحظ إن هذا الرأي لأنه يحافظ على قاعدة الاسناد ووظيفتها ويحقق لها أكبر قدر من الفاعلية أما موقف التشريعات فنجد أن المشرع العراقي قد ترك مسألة مخالفة النظام العام لتقدير القاضي وهذا ما جاء به في المواد (٣٢، ١٣٠، ١٣٢) من القانون المدني العراقي^(١٥). وهذا يعني أن المشرع العراقي أهتم بما ما يعد من النظام العام والتي لا يجوز مخالفتها على سبيل المثال أنه جعل العقد باطل في حالة إذا كان محل الالتزام أو السبب غير مشروع. بينما تقضي المادة (٢٨) من القانون المدني المصري (لا يجوز تطبيق أحكام قانون اجنبي عينة النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب في مصر) فإذا كان المشرع الوطني قد سمح بتطبيق القوانين الأجنبية على إقليمه في بعض الفروض فهو لم يمنح توقيماً على بياض لمشرعي دول العالم جميعاً، فهو بمثابة صمام أمان لحماية الأسس الجوهرية في المجتمع وهي فكرة مدنية ومتطورة يكتنفها الغموض بالتالي صعب تقدير ما يتعلق بالنظام العام من عدمه هي بوقت نظر الدعوى وليس بالوقت الذي نشأ فيه المركز القانوني محل النزاع فللقاضي سلطة تقديرية واسعة لفحص كل حالة وتخضع سلطة القاضي هذه لرقابة المحاكم وقد أحسنت محكمة النقض المصرية بتجاهلها القانون الأجنبي المختص وتطبيقها القانون المصري كونه يتعارض مع النصوص المصرية الأمرة وفقاً للمادة الثامنة

العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الرابع / السنة العاشرة ٢٠١٨

والعشرين^(٦٦). أما القانون المدني الفرنسي فقضت المادة (٦) بأنه لا يجوز بالاتفاقات الخاصة مخالفة القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة ولا يجوز للقضاء إقرار هذا التصرف أي لا بد من فسخه^(٦٧).

وأن شروط الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص تتطلب أن تشير قاعدة الإسناد بعقد الاختصاص لقانون أجنبي في حكم العلاقة المتنازع عليها وهي إما أن تشير لاختصاص القانون الوطني وفي هذه الحالة لا يتصور أعماله إلا إذا كانت أحكام القانون الوطني تتعارض فيما بينها وهذا أمر غير طبيعي أو تشير إلى تطبيق قانون أجنبي والدفع بالنظام العام يأتي في مرحلة لاحقة على إكمال قاعدة التنازع المزدوجة الجانب وعدم لزوم وجود صلة بين المسألة الطروحة ودولة القاضي.^(٦٨) وقد اعتمد القانون الإنجليزي رقم (C٣٠) لعام (١٩٩٠) بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود نص المادة (١٦) من اتفاقية روما لسنة (١٩٨٠) والتي نصت (أن تطبيق أية قاعدة من قانون أي بلد يتعين بموجب هذه الاتفاقية يمكن رفضها إذا كان تطبيقها يتعارض بوضوح مع النظام العام للمحكمة) والتي حلت محلها المادة ٢١ من تعليمات روما ١ لعام ٢٠٠٨ والنافذه في ١٧/١٢/٢٠٠٩^(٦٩) التي نصت (ان رفض تطبيق قوانين اي من الدول الاعضاء المشار ايها في التعليمات لا يجوز الاخذ به الا في حالة واحدة وهي ان يكون تطبيق ذلك القانون يتعارض مع السياسة العامة والنظام العام لدول الاتحاد) أي أنه عندما تشير قاعدة الإسناد إلى قانون واجب التطبيق في بلد معين بموجب هذه الاتفاقية فلا تطبق قوانين هذه الدولة إذا كانت تتعارض مع النظام العام لقانون دولة القاضي أي بعبارة أخرى أن المادة (٢١) من الاتفاقية قد جاءت باستثناء على القاعدة العامة في تطبيق القانون الأجنبي الذي اشارت إليه قاعدة الإسناد وعدم تطبيقه في حال مخالفته للنظام العام لقانون دولة القاضي.

الفرع الثاني

اثر النظام العام التوجيهي (الإيجابي)

أما الوظيفة الإيجابية للنظام العام هي النظام العام التوجيهي ويتجسد في حالة التطبيق المباشر لقاعدة من قواعد النظام العام الدولي حقيقة، دون استشارة القانون الواجب التطبيق على النزاع وهذا بتطبيق القواعد والمبادئ الأساسية للتجارة الدولية التي تستقل عن كل نظام وطني بصفة أولية عندما تتعلق فيها القضية بالأفكار الأساسية والعالمية للأخلاقيات التعاقدية^(٧٠). إذن يترتب على أعمال الدفع بالنظام العام

العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الرابع / السنة العاشرة ٢٠١٨

حلول قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد ويأتي هذا الحلول نتيجة طبيعية للفراغ القانوني الذي يتركه الأثر السلبي للدفع بالنظام العام، واللجوء إلى قانون القاضي لسد هذا الفراغ كان محل إجماع غالبية الفقه سواء على المستوى الوطني أو على المستوى العالمي، وقد جاء هذا الاجماع الفقهي لقانون القاضي باعتبار أنه الوحيد الذي يبعدنا عن وجود حلقة مفرغة.^(٧١)

حيث أن عقد الاختصاص لقانون آخر لحكم العلاقة عليها قد يصطدم هذا القانون بمقتضيات النظام العام ويلجئ القاضي إلى استبعاده، ولكن احلال قانون القاضي سينأى عن هذه الحلقة التي قد تطول وعقد التأمين البحري يضيق ويتسع حسب المنهج المتبع في تحديد القانون الواجب التطبيق عليه فإذا كان الاتجاه الإرادي هو السائد نجد أن الدفع بالنظام العام يتسع مجاله وذلك لأن أعماله المنهج الإرادي يؤدي بشكل أو بآخر إلى عقد الاختصاص لقانون أجنبي وقد يعارض هذا القانون مع الأسس التي يقوم عليها المجتمع في دولة القاضي وتضيق فرصة أعمال الدفع بالنظام العام في مجال عقد التأمين إذا كان المتبع هو المنهج الأمر أي تطبيق قوانين البوليس والأمن لأنه وأن كان صحيحاً أن الهدف الذي يسعى إليه كل من النظام العام وقوانين البوليس واحد إلا أنه يكون من المتعذر أعمال المنهجين في وقت واحد بصدد مسألة واحدة لأن أعمال أحدهما يستبعد بالضرورة أعمال الأخرى.^(٧٢)

وعلى القاضي ألا يقتصر في سبيل الكشف عن مدى اصطدام تطبيق القانون الأجنبي في دولة بالنظام العام فيها على الرجوع إلى مضمون هذا القانون للكشف عن مدى تعارضه مع الأسس الجوهرية في الجماعة الوطنية وإنما يجب عليه ان يركز بصفة خاصة على الأثر قد يترتب من الناحية العملية على تطبيق حكم القانون الأجنبي على النزاع المطروح أمامه.^(٧٣)

أما القول بوجود نظام عام دولي، فلا توجد سلطة يمكن لها أن تفرض مثل هذا النظام ، ولكن مع ذلك فقط تتصور الفقه الحديث وجود نظام عام مشترك قد يتصور وجود تنظيم دولي للنزاع في حدود المعاهدات التي تبرمها الدول فيما بينها لوضع حلول موحدة بالنسبة لقواعد القانون الدولي الخاص والملاحظ في هذه الحالة أن الاختصاص بالنظر في المنازعات التي تتطلب تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص التي تتضمنها المعاهدات موكول عادة إلى القضاء الوطني للدول المتعاهدة نظراً لعدم وجود محاكم دولية مختصة بالنظر في المنازعات كمبدأ عام ويشير الفقه الحديث من ناحية أخرى إلى أن تطور القانون الدولي الخاص قد أدى إلى ظهور قواعد دولية مشتركة في مجال التجارة الدولية فقد اقتضت ضرورة التجارة الخاصة الدولية نشأة بعض القواعد التي تحكم العلاقة الدولية بين التجار^(٧٤) ونجد هذه القواعد

العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الرابع / السنة العاشرة ٢٠١٨

مصدرها في الأعراف التجارية السائدة بين التجار في مجال التجارة الدولية وكذلك في المبادئ المستخلصة من نصوص العقد النموذجية التي درج هؤلاء على اتباعها في هذا المجال.

المطلب الثاني

اثر النظام العام في تطبيق قواعد ذات التطبيق الضروري

يترتب على استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام الذي عينته قواعد الإسناد حلول قواعد أخرى تسمى القواعد ذات التطبيق الضروري ولتحديد منهج هذه القواعد وإليه تطبيقها سنقوم بتحديد معنى هذه القواعد تم آلية تطبيقها من خلال فرعين

الفرع الأول: تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري

الفرع الثاني: آلية تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري

الفرع الأول

تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري

كما هو معلوم تخضع الروابط العقدية الدولية بحكم القانون لقواعد التنازع التي تختار القانون الواجب التطبيق على النحو الذي ذكر سابقاً، وهي قواعد غير مباشرة لأنها تشير لاختصاص هذا القانون دون أن تسعى إلى الحل العادل للتنازع المطروح على القاضي مراعية في ذلك طبيعة المسألة المطروحة ودرجة الصلة التي تربطها بالنظم القانونية.^(٧٥)

ويتم أعمال القواعد ذات التطبيق الضروري (القواعد الأمرة في قانون القاضي) والتي توفر درجة من الحماية للعائد الضعيف وبالتالي استبعاد القانون الأجنبي المقابل لها فمثلاً يتم استبعاد القواعد القانون الأجنبي التي تقرر حماية لأطراف عقد التأمين البحري والتي لا توفر نفس درجة الحماية التي توفرها له القواعد الأمرة في قانون القاضي، ويطبق القواعد الأمرة ولكن ليس بوصفها قواعد ذات تطبيق مباشر بل بوصفها قيماً لاحقاً على القانون الأجنبي فهو يقوم على تحقيق الحماية اللازمة للنظام القانوني لمجتمع دولة القاضي فإذا وجدت هذه القاعدة تطبق مباشرة فالقاضي في منهج التنازع ينطلق من العلاقة القانونية ابتداءً

العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري (دراسة مقارنة)

العدد الرابع / السنة العاشرة ٢٠١٨

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

لبحث عن القانون الواجب التطبيق^(٧٦) أما بخصوص منهج القواعد الضرورية فينطلق من القاعدة ابتداءً للبحث عن العلاقة القانونية التي تسري عليها القواعد الموضوعية والتي تتنوع بحسب المصدر الذي يستقي منه أحكامها فهناك قواعد موضوعية ذات طابع تشريعي وتكون الحماية للطرف الضعيف اقتصادياً بسبب عدم التكافؤ الجسيم في قوة المفاوضة وهذا الحال بالنسبة للمستهلك بشكل عام والمؤمن له في مواجهة شركة التأمين بشكل خاص بوصفة أولى الفئات التي تحتاج الى حماية، التي جاءت بها اتفاقية الامم المتحدة لعقد بيع البضائع الدولية فيينا لعام ١٩٨٠ وقد نصت على شراء المستهلك للبضاعة في المادة الثاني منها والتي نصت (٢ - لايسري احكام هذه الاتفاقية على البيوع التالية أ - البضائع التي تشتري للاستعمال الشخصي او المنزلي الا اذا كان البائع لايعلم قبل انعقاد العقد او وقت انعقاده ، ولايفترض فيه ان يعلم بان البضائع اشترت لاستعمالها في وجه من الوجوه المذكورة) ولا يكاد يخلو نظام قانوني وضعي من وجود عدد غير قليل منها وهي على نوعين قواعد ذات الأصل التشريعي الداخلي والتي يصفها المشرع الوطني في كل دولة ولا تسري الأعلى العلاقات ذات العنصر الأجنبي وهناك قواعد موضوعية ذات الأصل التشريعي الاتفاقي التي يتم الاتفاق عليها بين الدول بمقتضى اتفاقية أو معاهدة بخصوص علاقات التجارة الدولية^(٧٧).

والنوع الآخر من القواعد الموضوعية وهي التي تظهر على يد القضاء الوطني أو التحكيمي والتي تقدم حلول موضوعية تتناسب مع مقتضيات الحياة الدولية للتجارة عبر الحدود وذلك خروجاً عن القواعد الأمرة في الأنظمة القانونية الوطنية ويلتقي منهج قاعدة التنازع ومنهج القواعد الموضوعية في أنهما لا يعالجان إلا العلاقات الدولية للأفراد ولا مجال لأعمالها بشأن العلاقات الوطنية البحتة^(٧٨)، كما أنهما يرميان، إلى إيجاد التنظيم أو الحل الملائم لتلك العلاقات على أن أوجه التشابه هذه لا تخفي أوجه الاختلاف بين المنهجين، فمنهج قاعدة التنازع ينهض بذلك التنظيم بطريق غير مباشر فهو يرشد فقط إلى القانون الذي يستمد منه ذلك التنظيم عن طريق ضابط اسناد محدد أما منهج القواعد الموضوعية يتكفل بذاته لإعطاء ذلك التنظيم فكما يطبق القاضي قواعد قانونية الوطني على المنازعات الوطنية مباشرة فكذلك القاضي الدولي أو المحكم يطبق القواعد الموضوعية للتجارة الدولية على منازعات تلك التجارة مباشرة^(٧٩)، أما من حيث نطاق التطبيق منهج القواعد الموضوعية فلم تكتب له الغلبة، لانه نوع معين من الروابط والعلاقات الدولية للأفراد وهي الروابط والعلاقات الاقتصادية والتجارية سواء منها ما كان أطرافه جميعاً من أشخاص القانون الخاص أو كان أحد أطرافه دول معينة خصوصاً بشأن اتفاقيات وعقود الاستثمار والتنمية الاقتصادية وهذا على عكس الحال في منهج قاعدة التنازع الذي يغطي كافة مسائل الروابط الخاصة الدولية^(٨٠).

العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الرابع / السنة العاشرة ٢٠١٨

ويلاحظ مما تقدم أفضلية القواعد ذات التطبيق الضروري في حماية الطرف الضعيف (المؤمن له) لأنها تعد جانب مهم من قواعد القانون الدولي الخاص، مقارنة بمنهج التنازع وتتميز هذه القواعد بأنها توجد داخل التنظيم القانوني الوطني دون النظر إلى تصنيفها إلى القانون العام والقانون الخاص وإنما ذات طبيعة إقليمية ومن حيث تطبيقها (أي إقليم الدولة التي أصدرتها) وتطبيق على الوقائع التي تكون مناطاً لهذا السر دون بيان الحالات التي تطبيق فيها قانون أجنبي معين.

الفرع الثاني

آلية تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري

تعد القواعد ذات التطبيق الضروري قواعد أمرة واستثنائية وغير ظاهرة في النص التشريعي ويتم الكشف عنها ، وتفسيرها من قبل المحكمة بالاستعانة إلى ظروف ووقائع القضية، ولغرض بيان أعمال القواعد ذات التطبيق الضروري تذكر بأن أعمالها يختلف باختلاف الفئة التي تنتمي إليها هذه القواعد، وهي ثلاث فئات:

الفئة الأولى: القواعد ذات التطبيق الضروري في قانون بلد القاضي

تكون المحكمة هنا غير ملزمة لأن هذه القواعد غير محايدة على عكس قواعد التنازع في تطبيق القواعد الأمرة في قانونها إذا كانت هذه القواعد الأمرة بالمعنى الداخلي وكان العقد دولياً، ما لم يكن قانونها هو المختص وهنا يجب التفرقة بين حالتين الحالة الأولى أعمال القواعد ذات التطبيق الضروري إذا كان قانون بلد المحكمة مختصاً فيتم تطبيق هذه القواعد على المسائل المعروضة أمام المحكمة، سواء كانت هذه القواعد الأمرة بالمعنى الداخلي أو الدولي وذلك بالإضافة إلى القواعد الأمرة الأخرى في قانون المحكمة لأن قاعدة الإسناد عندما تعني القانون واجب التطبيق لا تعطي الاختصاص التشريعي لبعض قواعد دون الأخرى بل تعطيه لمجموعة بالاستناد إلى فكرة الإسناد الإجمالي إذا يطبق القاضي منه القواعد اللازمة للفصل في المسائل المعروضة. (٨١)

أما الحالة الثانية فيتم أعمال قواعد ذات التطبيق الضروري إذا كان قانونها غير مختص فيكون القاضي ملزم بتطبيق القواعد ذات التطبيق المباشر في قانونه ومنها القواعد ذات التطبيق الضروري على المسائل التي تدخل في إطار سرياتها ولو كان قانون القاضي غير مختص ومن هذه المسائل عقد التأمين

العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الرابع / السنة العاشرة ٢٠١٨

البحري إذا كان بلد القاضي صلة بهذا العقد فعلى القضاء ولو كان المشرع قد توسع في معيار انطباقها على حساب القوانين الأجنبية المختصة بموجب قواعد الاسناد^(٨٢) وقد تكون هذه الصلة هنا اقليمية كإبرام العقد أو تنفيذه في بلد القاضي (المحكمة) أو وجود المال فيه وقد تكون الصلة شخصية كأن يكون أحد أطراف العقد من مواطنين بلد القاضي أو غيرها ومن الصلات الجدية الوثيقة الصلة هنا تختلف عن ضوابط الاسناد باعتبار ضوابط الاسناد في منهج التنازع تهدف إلى تعيين القانون المختص أما المقصود هنا بالصلات ببلد القاضي هو لتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى قانون القاضي في صلة بقواعد موضوعية محددة ترسم بذاتها نطاق اختصاصها وتطبيقها المكاني وليس بحاجة في تطبيقها إلى قاعدة أو ضابط اسناد فهي تختص لتطبيق مباشرة في الحدود اللازمة لإدراك أهدافها وفيما عداها يبقى خارج نطاق تطبيقها وخاضعاً لقواعد الاسناد الاعتيادية^(٨٣).

الفئة الثانية: أعمال القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى القانون الأجنبي المختص بموجب قواعد الاسناد في هذا الفرض لا توجد صعوبة في تطبيق قواعد القانون العام وقواعد البوليس من قبل القاضي الوطني ما دام من هذه القواعد لازمة في التنازع المتعلق في عقد التأمين البحري استناداً إلى فكرة الاسناد الإجمالي والمقصود بفكرة الاسناد الإجمالي للقانون الأجنبي المختص وهو تطبيق هذا القانون على الوقائع والتصرفات موضوع النزاع سواء في قواعده المتعلقة في قوانين البوليس وقواعد القانون العام وقواعده الموضوعية^(٨٤).

أما بالنسبة لقواعد القانون العام من القانون الواجب التطبيق فإن الفقه التقليدي^(٨٥) يستبعد تطبيقه ولو كانت تنتمي إلى النظام القانوني المختص بموجب قواعد الاسناد لأنها اقليمية التطبيق أما الفقه الحديث وتساييره بعض أحكام القضاء فيميل إلى تطبيق قواعد القانون العام من القانون الأجنبي المختص مادامت لازمة للفصل في النزاع فإنتماء تلك القواعد إلى القانون العام لا يشكل في حد ذاته عقبة في سبيل أعمالها من جانب القاضي الوطني وهذا هو الاتجاه الذي أخذ به مجمع القانون الدولي في دوره انعقاده في مدينة (فايسيان)^(٨٦).

الفئة الثالثة: أعمال قواعد ذات التطبيق الضروري التي لا تنتمي إلى القانون المختص أو قانون القاضي : أن هذه القواعد بما فيها قواعد القانون العام لا تشكل جزءاً من القانون الواجب التطبيق بموجب قواعد الاسناد في بلد القاضي سواء كان هذا القانون المختص قانون بلد القاضي أو قانون بلد أجنبي ولكنها ذات صلة وثيقة بعقد التأمين البحري موضوع النزاع وأن الفقه التقليدي يرفض تطبيق هذه القواعد ويؤيده

العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري (دراسة مقارنة)

العدد الرابع / السنة العاشرة ٢٠١٨

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

في ذلك جانب من الفقه الحديث، إلا أن الفقه الحديث الغالب يتجه إلى ضرورة الالتزام القاضي بأعمالها على أن تكون ذات صلة وثيقة بعقد التأمين البحري لأنه لا يمكن يتصور أن يقوم القاضي بتطبيق قواعد البوليس الأجنبي في كل النظم القانونية التي يمكن أن يتصل بها النزاع من قريب أو بعيد فلا يكفي لتطبيقها ارادة هذه القواعد بالانطباق ووقوع النزاع المطروح في نطاق سريانها المرتبط بصلة عقلانية بمضمونها وأهدافها وإنما يشترط لتطبيقها قبول بلد القاضي بهذا التطبيق وقد أخذت بعض التشريعات الحديثة بهذا الاتجاه اتفاقية روما لعام (١٩٨٠) والتي عدلت بموجب القرار الاوربي المرقم ٥٩٣ في ٢٠٠٨ فأخذت بنظر الاعتبار القواعد الامرة التي لا تنتمي لقانون معين بموجب قواعد الاسناد وكذلك المادة (٩) التي نصت (١) - يقصد بالقواعد الاساسية الالزامية بانها النصوص التي يجب احترامها لانها تشكل ضرورة لحماية المصالح العامة، فالتنظيم السياسي و الاجتماعي و الاقتصادي اذ تطبق هذه القواعد على جميع الاحوال بغض النظر عن وجود قواعد مخالفة لها في هذه التعليمات ٢- الايجوز باي حال من الاحوال تقييد تطبيق القواعد الاساسية الالزامية بموجب هذه التعليمات او غيرها ٣- في حالة وجود قواعد اساسية الزامية في مكان تنفيذ الالتزام وكان من شأن هذه القواعد ان تعتبر تنفيذ العقد غير جائز قانونا، عند ذلك يجب قبل اعتباره غير قانوني والاخذ بنظؤ الاعتبار طبيعة تلك القواعد وغرضها، بالاضافة الى نتائج تطبيقها او عدم تطبيقها) ^(٨٧) ، ومن كل ما تقدم نرى ان فكرة الأخذ بنظر الاعتبار تعني أن القاضي لا يلجأ إلى التطبيق الفعلي للقواعد الأمرة وأن يكفي بمراعاتها أو أخذها بالاعتبار وهذا يقتضي أن نلاحظ في أعمال القواعد ذات التطبيق الضروري أنه فيما عدا جوانب النزاع التي تدخل في نطاق سريان هذه القواعد تبقى جوانب هذا النزاع الأخرى خاضعة للقانون المختص الذي تحدده قواعد الاسناد في بلد القاضي.

العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الرابع / السنة العاشرة ٢٠١٨

الخاتمة

من خلال ما تم عرضه في هذا البحث خلصنا إلى جملة نتائج وتوصيات كالآتي:

أولاً: النتائج

- ١- تبين من خلال هذا البحث أن أول ما يصادف عقد التأمين البحري من مشاكل على المستوى الدولي هي مسألة تحديد القانون الذي يحكم العقد والذي يتأرجح بين قانون الإرادة وضوابط الاسناد الاخرى ولكن هناك عوامل تؤثر على هذا القانون اهمها صفة الاذعان التي يتسم بها هذا العقد باعتباره من العقود التي يحدث فيها اختلال التوازن العقدي بين طرفية المؤمن (الطرف القوي) والمؤمن له (الطرف الضعيف)
- ٢- هناك نصوص عديدة قد جاء بها المشرع العراقي في نصوص متفرقة من القوانين شددت على حماية الطرف الضعيف في العقد من الشروط التعسفية التي يضعها الطرف الاخر ولكن تتسم هذه النصوص بانها غير كافية لتحقيق الحماية المنشودة للطرف الضعيف .
- ٣- يرتبط مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري بمفهوم النظام العام لكونهما يهدفان لحماية قواعد الأساسية التي يقوم عليها قانون القاضي من خلال صيانة كيان مجتمع والمصالح الجوهرية فيه إلا أنه في الواقع يختلف عنه في مرحلة تدخل كل من المنهجين في النزاع وفي الدور الذي يؤدي كل منهما وفي الشروط الواجبة لأعمالها كما يرتبط بمنهج القواعد الموضوعية فكلاهما وسيلة لحل مسألة تنازع القوانين من خلال التنظيم الموضوعي لمسألة محل النزاع إلا أنها يختلفان في نطاق تطبيق كل منهما وفي المصدر الذي يسعيان كل من المنهجين منها أحكامه وفي الهدف الذي يسعيان إليه ونتيجة لخلو القانون المدني العراقي من نصوص تحمي المؤمن له باعتباره الطرف المدعن في عقود التأمين البحري الدولية، فالنصوص التشريعية الخاصة بالحماية قاصرة على العقود الداخلية الوطنية فقط.

ثانياً: التوصيات

- ١- ندعو المشرع العراقي إلى إصدار نصوص تنظيمية ووضع آليات وقائية لتوفير أكبر حماية ممكنة للطرف الضعيف من أجل أحداث توازن بينه وبين الطرف القوي من خلال إصدار قانون خاص

العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

العدد الرابع / السنة العاشرة ٢٠١٨

بالتأمين البحري باعتبار أن قانون البحري العثماني لعام ١٨٦٣ والذي مازال معمول به في العراق لا يلبي مقتضيات التعامل التجاري الدولي.

٢- نقتراح على القضاء العراقي تطبيق نص المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي في إطار العقود الدولية لتوفير اكبر قدر من الحماية للطرف الضعيف اقتصاديا

العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري (دراسة مقارنة)

العدد الرابع / السنة العاشرة ٢٠١٨

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

الهوامش

(١) يعرف العقد الدولي لدى البعض بأنه العقد الذي يشتمل على عنصر أجنبي أو الذي تتصل عناصره القانونية بأكثر من دولة سواء تعلق هذا العنصر بمحل الإبرام أو مكان التنفيذ أو أطرافه أو موضوعه كما يعرف بأنه العقد الذي يؤدي إلى انتقال رؤوس الأموال وتداولها عبر الحدود الوطنية د. فؤاد عبد المنعم رياض، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩، ص ٣٨١ و د. سامية راشد، الأحكام الوضعية، تنازع القوانين، ج٢، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع، ص ١٣٣. ود. هشام علي صادق، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، ط٣، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤، ص ٦٦٥. واستناداً لذلك نصت المادة (٢٥) مدني عراقي على (يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإذا اختلفا يسرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان ، أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه) تقابله المادة (١/١٩) مدني مصري والتي جاءت مطابقة للمادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي وكذلك المادة (٢٣١٣) من مشروع قانون الدولي الخاص الفرنسي لعام (١٩٦٧) والمادة الأولى /أ من قانون C٣٠ لعام ١٩٩٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود الذي يتم إصداره من قبل المملكة بعد موافقة مجلس الوردات والعموم في البرلمان الإنكليزي ، ويتضح من خلال هذه النصوص أنه قد تم الأخذ بمعيار دولية العقد بصورة غير مباشرة من خلال تنظيمية للقانون الواجب التطبيق على العقد.

(٢) د. حسن يوسف حسن يوسف ، تنازع القوانين في القانون البحري ، ط١ ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٥ ، ص ٢٦١ .

(٣) د. مصطفى كمال طه ، مبادئ القانون البحري ، ط٣ ، دار الجامعة للطباعة والنشر ، بلا سنة طبع ، ص ٤٢٤ . و خالص نافع امين ، التأمين على البضائع المنقولة بحرا، رسالة ماجستير مقدمة لمجلس كلية القانون - جامعة بغداد، ١٩٨٣ .

(٤) ومما تجدر الإشارة إليه ان المشرع العراقي قد تناول مسألة الوعد بالتعاقد المادة (٩١) المدني العراقي (١-الاتفاق الابتدائي الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين او احدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون صحيحا الا اذا حددت المسائل الجوهرية في العقد المراد ابرامه٢-فاذا اشترط القانون للعقد اتباع شكل معين وهذا الشكل يجب مراعاته ايضا في الاتفاق الابتدائي الذي يتضمن وعدا بإبرام هذا العقد)

(٥) د. فياض عبيد ، البيوع البحرية والاعتماد المستندي في البيوع البحرية، ج١، بدون ذكر مكان الطبع، ١٩٧٠، ص ٦٤ .

(٦) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني في احكام الالتزام ، ج٢، ط٣، دار الطباعة و النشر، بغداد، ١٩٧٧، ص ١٨١ .

(٧) يقصد بالاقرارات هي مجموعة البيانات التي يلتزم المؤمن له بتقديمها الى شركة التأمين عندما يصل اليه العلم بكمية البضاعة ونوعها وطريق الرحلة البحرية. د. يوسف حسن يوسف ، تنازع القوانين القوانين في القانون البحري، مصدر سابق ص ٢٤٢ هامش رقم ٢ .

(٨) ويقصد بالعقد المستمر او مايسمى بالعقد الزمني هو العقد الذي يكون الزمن فيه عنصرا جوهريا، اذ بمرور الزمن يتم تحديد الشئ المعقود عليه (محل الابرام)، د. عبد القادر الفار ، احكام الالتزام اثار الحق في القانون المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، ١٩٩٥، ص ٣٥-٣٦ .

العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري (دراسة مقارنة)

العدد الرابع / السنة العاشرة ٢٠١٨

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

(٩) ليتيم حسين، النظام القانوني لعقد التأمين، رسالة ماجستير مقدمة لمجلس كلية الحقوق و العلوم الساسية، جامعة قاصدي مرباح ورقله، ٢٠١٤، ص ٥١.

(١٠) د. طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في العقود التجارية الدولية، بلا جهة طبع، ٢٠٠١، ص ٣٥.

(١١) وقد استقر القضاء المصري قبل اصدار القانون المدني لعام ١٩٤٨ على ان العقد الدولي لا يمكن ان يخضع الا لقانون واحد هو الذي ياتي من تفسير ارادة الاطراف، محكمة استئناف الاسكندرية المختلطة، الدائرة الثانية في (٢٤ يونيو، ١٩٢٥)، منشور، CLUNET، ١٩٢٥، ص ٧٦-١٠٠. مشار اليه من قبل د. عبد الكريم سلامه، قانون العقد الدولي مفاوضات العقود الدولية-قانون الارادة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ١٦٢.

(١٢) les contrats legalment conclus remplacent la loi par rapport ses partis

(١٣) les contrats de nature international et les obligations qui en deculent sont soumis a la loi a laquelle les parties ont lintention de soumettre

(١٤) Article (٣) (A contract shall be goverend by the law chosen by the parties, the choice must express or demonstated with reasonably certainty by the terms of the contract or the circumstances of the case by their choice the parties can select the law applicable to the whole or a part only of the contract).

انتظر نص تعديل هذا القرار والاتفاقية ، منشورة على الموقع الالكتروني للاتحاد الاوربي eur-http://www.lex.europq.eu/legal-content/en/all.

(١٥) د. عوني محمد الفخري ، اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ، بغداد، ٢٠٠٧، بلا جهة طبع ، ص ٣.

(١٦) د. طارق عبد الله عيسى المجاهد، مصدر سابق، ص ١٤٦-١٤٧.

(١٧) نلاحظ ان بموجب القواعد التقليدية الانكليزية قبل اتفاقية روما ١٩٨٠، تاخذ المحاكم الانكليزية بقاعدة الاوثق ارتباط ضمن نظرية القانون الملائم (PROPER LAW)، ولكن المقصود هنا بالارتباط ارتباط العقد بنظام قانوني معين وليس ببلد معين كما تشير الاتفاقية وهذا ماذهب اليه ايضا القضاء الانكليزي في قضية، PANK PARODA لعام ١٩٩٤، لمزيد من التفاصيل انظر د. عوني محمد الفخري، اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ المعدلة بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، مصدر سابق، ص ٤٥ الفقرة ٨ ، وكذلك اخذت به محكمة النقض الفرنسية في الحكم الصادر في ٥ ديسمبر ١٩١٠، بينما قررت عند سكوت ارادة الاطراف عن اختيار القانون صراحة او ضمنا يؤخذ بقانون بلد الابرام، د. هشام علي صادق القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٤، ص ٤٣٣.

(١٨) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة ١٩٨٦، ٤١٦.

(١٩) د. صالح المنزلاوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص ١٠٦-١٠٧.

(٢٠) على العكس من ذلك ذهب جانب من الفقه إلى أنه ليس من عقود الاذعان بشكل مطلق على أساس أن المؤمن له حرية في اختيار قبول العقد أو رفضه فهو غير ملزم بالتعاقد لكن هذا الرأي نظري لا يقوم على أساس واقعي عملي

العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري (دراسة مقارنة)

العدد الرابع / السنة العاشرة ٢٠١٨

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

- لمزيد من التفاصيل انظر د. محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمعرفية عقود التأمين من الناحية القانونية، المجلد السادس، دار الثقافة، عمان ٢٠٠٨، ص ١٤٨. كما عرف القضاء المصري ميزة خاصة بعقد الاذعان (أنها تتعلق بسلعة أو خدمة من الضروريات الدولية وفقاً لاحتياج مجموع الناس)، لمزيد من التفاصيل انظر د. حسام الدين الأهواني ود. محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٣٧٩.
- (٢١) د. باسم محمد صالح، التأمين أحكامه وأسس، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١، ص ٨٧-٨٨.
- (٢٢) د. منصور حاتم الفتلاوي، مبدأ سلطان الارادة، محاضرة منشورة على الموقع الالكتروني www.uobabylon.edu.iq/publications/law_edition9/article_ed9_3.doc
- (٢٣) د. عوني محمد الفخري، ارادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية- دراسة مقارنة، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢، ص ١٧٣ وما بعدها.
- (٢٤) ارم عصام خضير، اثر اخلال التوازن العقدي في تحديد القانون الواجب التطبيق، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون - جامعة بابل، ٢٠١٦، ص ٥٥.
- (٢٥) القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.
- (٢٦) د. عبد الحلیم عبد اللطيف مبدأ حسن النية واثره في التصرفات القانونية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٧٧.
- (٢٧) دالي بشير، مبدأ تأويل العقد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة ابو بكر بلقايد، ٢٠٠٧-٢٠٠٨، ص ٤٣.
- (٢٨) د. باسم محمد صالح، التأمين أحكامه وأسس، مصدر سابق، ص ٨٩.
- (٢٩) د. باسم محمد صالح، التأمين أحكامه وأسس، مصدر سابق، ص ٩٠.
- (٣٠) محمد محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، مصدر سابق، ص ٣٧٠.
- وعرارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه مقدمة لمجلس كلية الحقوق - جامعة الجزائر، ٢٠١٥، ص ١٥١.
- (٣١) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين والاختصاص الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٤، ص ٤٤١.
- (٣٢) د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٤، ص ٥٢.
- (٣٣) د. محمد عبد الله المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي - دراسة تأصيلية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ١٧٩-١٨٠.
- (٣٤) د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص ٣١٩.
- (٣٥) د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية - قانون الارادة وازمته، مصدر سابق، ص ٢٠٤.

العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري (دراسة مقارنة)

العدد الرابع / السنة العاشرة ٢٠١٨

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

Dr- xasdra Kramer, the new European, conflicts of law rules. Insurance contracts is rome acomplemclex comprom is, prreriorious sourcer, p٣٣.

(٣٦) من التشريعات الوطنية التي أخذت بهذا النهج القانون الألماني الخاص بعقد الإذعان وكذلك القانون النمساوي الصادر في (١٥) يونيو (١٩٧٨) أما المعاهدات التي أخذت بهذا المنهج، مشروع الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على بعض بيوع المستهلكين والذي أقره مؤتمر لاهاي لعام (١٩٨٠) لمزيد من التفاصيل انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة قواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية تطبيقية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥، الباب الثاني الفصل الثاني وتعليمات رقم (٤٤) لسنة (٢٠٠١) بشأن اختصاص وتطبيق الأحكام القضائية في المسائل المدنية والتجارية والتي تسمى بتعليمات بروكسل فهي لا تقدم قواعد واضحة بشأن الاختصاص القضائي بعقد التأمين بتفضيل الطرف الضعيف في العقد (المذعن).

Dr- xasdra Kramer, the new European, conflict of law rules. Insurance contracts is rome acomplemclex comprom is, prreriorious sourcer, p٣٣.

(٣٧) د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٢٧٤.
(٣٨) د. أحمد عبد الكريم سلامة، العقد الدولي الطليق في القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٤٠٢ وما بعدها.

(٣٩) د. أبو العلا على أبو العلا النمر، حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، ط١، دار النهضة العربية، ١٩٩٨، ص ١٠.

(٤٠) د. فائق حسين حوى، الوجيز في قانون حماية المستهلك د، دراسة في أحكام القانون اللبناني مع الإشارة إلى حماية المستهلك المتعاقد عن بعد إلكترونياً، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٢، ص ١٧.

(٤١) قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠.
(٤٢) د. محمد فوزي فيض الله، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، مكتبة التراث الإسلامي، الكويت، بلا سنة طبع، ص ٨٦.

٤٣ - نقلا عن نجلاء عبد حسن، القانون الواجب التطبيق على عقد الاستهلاك الدولي، دراسة مقارنة. رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بابل، ٢٠١٣، ص ١٣.

(٤٤) د. مصطفى أحمد أبو عمرو، موجز أحكام قانون حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١١، ص ١٤.

(٤٥) د. طرح البحور، عقود المستهلكين الدولية، بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٧، ص ٤٥.

(٤٦) أحمد أبو زنط، الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري، رسالة دبلوم مقدمة لمجلس كلية العلوم القانونية الاقتصادية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، ٢٠٠٩، ص ٩، www.lawgonet.

(٤٧) د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٢٢ وما بعدها.

(٤٨) د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، المصدر نفسه، ص ٣٦.

العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري (دراسة مقارنة)

العدد الرابع / السنة العاشرة ٢٠١٨

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

(٤٩) د. عوني محمد الفخري ، ارادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية ، مصدر سابق ، ص ٢٥٣ .
(٥٠) Vischer, the antagoyism between legal security and the search for justice in the field of contracts, recoil des cours de la hage, ١٩٧٤, p.٣٤-٤٥.

(٥١) نورس عباس العبودي ، الاداء المميز واثره على عملية الاسناد ، مكتبة السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٦ ، ص ٧٨-٧٩ .

Dr. xasdra Kramer, conflict of laws on insurance contracts in Europe the rone proposer (٥٢)
- towards unifom conflict rules for insurance contracts, paris, ٢٠٠٧, p-٧-٢-٩.

(٥٣) د. ذكرى محمد حسين ، د. نصير صبار ، الحماية المدنية من الشروط المألوفة في العقود التجارية ، بحث منشور على الموقع الالكتروني www.uobabylon.edu.iq

(٥٤) د. صالح المنزلاوي ، مصدر سابق ، ص ١٩٦ .

(٥٥) د. حنان عبد العزيز مخلوف، العقود الدولية، بحث منشور على الموقع الالكتروني، www.pdlffactory.com
٢٠١٠، ص ٦٢-٦٣ تعرف عادات التجارة الدولية هي العادات المادية الموحدة المنبثقة عن المجتمع الدولي للأعمال وتغير المصدر الرئيسي لقانون التجارة الدولية كقانون عرفي لأنها نتاج الممارسة العملية للنشاط الاقتصادي في مختلف قطاعات الأعمال الدولية لها من الخصائص الاقتصادي في مختلف قطاعات الأعمال الدولية لها من الخصائص المميزة يوصف العمومية والثبات والاستقرار ما يجعلها مكملة لبنود العقد ومفسرة لها ما لم يجرح الأطراف لما يخالفها، وبالرغم من الاتفاق على معنى العادة التجارية فإن القوانين الوطنية في أغلبها لم تهتم بوضع تعريف للعادة التجارية باستثناء تقنين التجارة الأمريكي UCC م/٢٠٥/٢ وأكتفت فقط بتحديد أثارها والمادة (١١٦٠) مدني فرنسي التي أكدت على دور العادة في تكملة العقد حتى ولو لم تكن هناك إحالة صريحة النص والمادة (١١٥٩) مدني فرنسي التي أشارت إلى دور العادات في تفسير العقد. لمزيد من التفاصيل انظر د. طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد، دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة للقانون الواجب تطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما في (١٩) يونيو (١٩٨٠)، منشأة المعارف، الاسكندرية، بلا سنة طبع، ص ١٠٥-١٠٧ .

(٥٦) للنظام العام فكرتين، فهناك نظام عام داخلي ونظام عام دولي، فالأول يقترن استعماله عند الكلام عن العقود القانونية الأمر التي لا يجوز للأفراد مناقشتها أما النظام العام الدولي، فهو يرمي إلى ادراك الهدف منه وهو حماية المبادئ والأسس العليا الاقتصادية والاجتماعية والسياسية بطريقة مغايرة عما موجود في القانون الداخلي عن طريق الاعتراض على تطبيق الأحكام الموجودة في القانون الأجنبي الواجب التطبيق حليف للقاعدة القانونية الوطنية موضوعية كانت أو اجرائية. د. هشام أحمد محمود عبد العال، عقد التأمين في اطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٢٨٤. ود. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع، ص ٧٥٢ وما بعدها ود. بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٦، ص ٧٠. ود. محمد ابراهيم موسى، القواعد الدولية الأمرة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠١، ص ١٤٢ .

(٥٧) د. هشام أحمد محمود عبد العال، مصدر سابق، ص ٣٠٣ .

العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري (دراسة مقارنة)

العدد الرابع / السنة العاشرة ٢٠١٨

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

(٥٨) د. حسام الدين فتحي ناصف، قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٤٩. ود. شمس الدين الوكيل، دراسة مقارنة في اثبات القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا على تفسيره، بلا جهة طبع، الاسكندرية، ١٩٦٤، ص ٧٨.

(٥٩) د. حسام الدين فتحي ناصيف، المصدر نفسه، ص ٤٩ و د. بلاق محمد، مصدر سابق، ص ٧١.

(٦٠) د. عز الدين عبد الله، مصدر سابق، ص ٥٢٨. و ابراهيم أحمد ابراهيم، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢، ص ٥٩٥.

^{٦١} - د. عوض الله شيبية، الوجيز في القانون الدولي الخاص، بلا جهة طبع، ١٩٩٧، ص ٣٩٦.

^{٦٢} - د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، مكتبة الجلاء، المنصورة، ١٩٩٦، ص ٥٨٤.

^{٦٣} - د. هشام علي صادق، الموجز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، بلا جهة طبع، ١٩٩٣، ص ١٨٣-١٨٦.

(٦٤) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، مصدر سابق، ص ٦٠٥.

(٦٥) نصت المادة (٣٢) مدني عراقي (لا يجوز تطبيق أحكام قانون اجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة) أما المادة (١٣٢) فقد ذهبت إلى (١- يكون العقد باطل إذا التزم المتعاقدان دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً ومخالف لنظام العام أو الآداب ويفترض في كل التزام أن له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقم الدليل على غير ذلك أما إذا ذكر في العقد فيعتبر أنه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك)

(٦٦) راجع حكم محكمة النقض (الدائرة المدنية بتاريخ ٥ ابريل ١٩٦٧ منشور في مجموعة النقض، س ١٨، مارس و ابريل، ١٩٦٧، ص ٧٩٨، وما بعدها).

(٦٧) القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل بموجب الأمرة المرقم ٢٠١٦ - ١٣١ الصادر في ١٠ شباط ٢٠١٦ المتعلق باصلاح قانون العقود والنظام العام وبإثبات الالتزامات، نقلا عن نافع بحر سلطان، قانون العقود الفرنسي الجديد الطبعة الاولى، مطبعة المنتدى، بغداد، ٢٠١٧، ص ٥٦

(٦٨) د. عز الدين عبد الله، مصدر سابق، ص ٥٢٨. ود. ابراهيم أحمد ابراهيم/ مصدر سابق، ص ٥٩٥.

(٦٩) عوني محمد الفخري اتفاقية روما لعام (١٩٨٠) بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والمعدلة بموجب قرار الاتحاد الأوروبي المرقم ٥٩٣ في ٢٠٠٨ والذي بموجبه تم تعديل أحكام الاتفاقية لعام ١٩٨٠، مصدر سابق، بغداد، ٢٠٠٧، ص ١٦٧، وانظر أيضاً نص القرار والاتفاقية على الموقع الإلكتروني eur - lex. [Europa.eu/ legal - content/ en/ all/ url/cclex.](http://Europa.eu/legal-content/en/all/url/cclex)

Articrel ١٦ (L'application d'une disposition de la loi designee par la presente ne peuletre ecartee guesice application est manifestement incompatible avec Lorder public du vor.s

(٧٠) د. بلاق محمد، مصدر سابق، ص ٧٠.

(٧١) د. ابراهيم أحمد ابراهيم، مصدر سابق، ص ٥٩٧. ود. هشام علي صادق، موجز القانون الدولي الخاص، ج ١، تنازع القوانين ومركز الأجانب، بلا جهة طبع، بلا مكان طبع، ١٩٩٣، ص ١٩٠.

(٧٢) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ٦٦٨.

العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري (دراسة مقارنة)

العدد الرابع / السنة العاشرة ٢٠١٨

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

- (٧٣) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص ٣١٠.
- ٧٤ - د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، مصدر سابق، ص ٣٢٠ وما بعدها.
- (٧٥) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ٥٤٥. د. مظفر ناصر حسن، قواعد التنازع وقواعد التطبيق المباشر في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية الصادرة عن كلية القانون، جامعة بغداد، مجلد ١٢، عدد ٢، ١٩٩٦، ص ١٣٤.
- (٧٦) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ٦٠٤ وما بعدها.
- (٧٧) من الاتفاقيات اتفاقية بروكسل لعام (١٩٢٤) والمعدلة في عام (١٩٦٨) المتعلقة بعقود النقل البحري وسندات الشحن واتفاقيات جنيف لعام (١٩٣٠) و (١٩٣١) الخاصة بالنظام القانوني للكيميالة والسند الأدنى والشيك. د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص ٢٦٥.
- (٧٨) د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص ٢٦٧-٢٦٨.
- (٧٩) د. طارق عبد الله عيسى المجاهد، مصدر سابق، ص ١٧٤ وما بعدها. **وميثم فليح حسن، طباعة قواعد الاسناد، رسالة ماجستير مقدمة لمجلس كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٩، ص ١٦٠ او د. بلاق محمد، مصدر سابق، ص ١٠٣ وما بعدها.**
- (٨٠) د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص ٢٦٩-٢٧٠. ود. محمود ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ١٧١ وما بعدها.
- (٨١) د. عوني محمد الفخري، ارادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية، مصدر سابق، ص ٢٥٣.
- ٨٢ - د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ٧٢٧.
- (٨٣) د. احمد قسمت الجداوي، نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري ومنهجية تنازع القوانين، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العددان الاول والثاني، يناير، ١٩٨١، ص ٣، ص ١٣، ٥٤.
- (٨٤) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، مصدر سابق، ص ٣٦٤.
- (٨٥) د. عوني محمد الفخري، ارادة الاختيار في العقود التجارية والمالية، مصدر سابق، ص ٢٥٥.
- (٨٦) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ٦٢٨. وما بعدها.
- (٨٧) د. عوني محمد الفخري، ارادة الاختيار في العقود التجارية والمالية، مصدر سابق، ص ٢٥٩-٢٦٠.

المصادر

أولاً: الكتب القانونية

١. د. أبو العلا على أبو العلا النمر، حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، ط١، دار النهضة العربية، ١٩٩٨.
٢. د. أحمد عبد الكريم سلامة القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية تطبيقية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١.
٣. د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
٤. د. أحمد عبد الكريم سلامة، العقد الدولي الطليق في القانون الدولي الخاص ولقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.
٥. د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع.
٦. د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٦.
٧. د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية - قانون الإرادة وازمته، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
٨. د. السيد محمد عمران، حماية المستهلك عند تكوين العقد، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٦.
٩. د. باسم محمد صالح، التأمين أحكامه وأسس، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١.
١٠. د. بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٦.
١١. د. حسام الدين الأهواني ود. محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤.
١٢. د. حسام الدين فتحي ناصف، قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
١٣. د. سامية راشد، الاحكام الوضعية، تنازع القوانين، ج٢، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع.
١٤. د. رمضان أبو السعود، أصول التأمين، ط٢، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٠.

العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الرابع / السنة العاشرة ٢٠١٨

١٥. د. شمس الدين الوكيل، دراسة مقارنة في اثبات القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا على تفسيره، بلا جهة طبع، الاسكندرية، ١٩٦٤.
١٦. د. طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، بلا جهة طبع، ٢٠٠١.
١٧. د. طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد، دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة للقانون الواجب تطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما في (١٩) يونيو (١٩٨٠)، منشأة المعارف، الاسكندرية، بلا سنة طبع.
١٨. د. طرح البحور، عقود المستهلكين الدولية، بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٧.
١٩. د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٤.
٢٠. د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
٢١. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني لاحكام الالتزام، ج ٢، ط ٣، دار الطباعة والنشر، بغداد، ١٩٧٧.
٢٢. د. عبد القادر الفار، احكام الالتزام، اثار الحق في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٥.
٢٣. د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين والاختصاص الدوليين، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٤.
٢٤. د. عوض الله شبيه، الوجيز في القانون الدولي الخاص، بلاجهة طبع، ١٩٩٧، ص ٣٩٦.
٢٥. د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الهيئة العامة المصرية للكتب، القاهرة، ١٩٨٦.
٢٦. د. عوني محمد الفخري اتفاقية روما لعام (١٩٨٠) بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والمعدلة بموجب قرار الاتحاد الأوروبي المرقم ٥٩٣ في ٢٠٠٨ والذي بموجبه تم تعديل أحكام الاتفاقية لعام ١٩٨٠، بغداد ٢٠٠٧.
٢٧. د. عوني محمد الفخري، ارادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية، دراسة مقارنة، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢.
٢٨. د. فانتن حسين حوى، الوجيز في قانون حماية المستهلك د، دراسة في أحكام القانون اللبناني مع الإشارة إلى حماية المستهلك المتعاقد عن بعد إلكترونياً، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٢.

العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الرابع / السنة العاشرة ٢٠١٨

٢٩. د. فؤاد عبد المنعم رياض ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٩ .
٣٠. د. فياض عبيد ، البيوع البحرية والاعتماد المستندي في البيوع البحرية ، ج ١ ، بدون ذكر مكان طبع ، ١٩٧٠ .
٣١. د. محمد ابراهيم موسى، القواعد الدولية الأمرة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠١ .
٣٢. د. محمد فوزي فيض الله، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، مكتبة التراث الإسلامي، الكويت، بلا سنة طبع.
٣٣. د. محمد عبد الله المؤيد ، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي - دراسة تأصيلية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨ .
٣٤. د. محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، عقود التأمين من الناحية القانونية، المجلد السادس، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٨ .
٣٥. د. محمود ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤ .
٣٦. د. مصطفى أحمد أبو عمرو، موجز أحكام قانون حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١١ .
٣٧. د. مصطفى كمال طه ، مبادئ القانون البحري ، ط ٣، دار الجامعة للطباعة والنشر ، بلا سنة طبع .
٣٨. نورس عباس العبودي ، الاداء المميز واثره على عملية الاسناد ، مكتبة السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٦ .
٣٩. د. هشام أحمد محمود عبد العال، عقد التأمين في اطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠ .
٤٠. د. هشام علي صادق، الموجز في القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، بلا جهة طبع ١٩٩٣ ، ص ١٨٣-١٨٦ .
٤١. د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٤ .
٤٢. د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، ط ٣، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٤ .
٤٣. د. ابراهيم أحمد ابراهيم، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢ .

العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري (دراسة مقارنة)

العدد الرابع / السنة العاشرة ٢٠١٨

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

ثانياً: البحوث القانونية

- ١- د. مظفر ناصر حسين، قواعد التنازع وقواعد التطبيق المباشر في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية الصادرة عن كلية القانون، جامعة بغداد، مجلد ١٢، عدد ٢، ١٩٩٦.
- ٢- د. احمد قسمت الجداوي، نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري ومنهجية تنازع القوانين، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العددان الاول والثاني، يناير، ١٩٨١، س٣.

ثالثاً: الرسائل والأطاريح

- ١- أحمد أبو زنت، الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري، رسالة دبلوم مقدمة لمجلس كلية العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، ٢٠٠٩.
- ٢- ارم عصام خضير، اثر اخلال التوازن العقدي في تحديد القانون الواجب التطبيق، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون - جامعة بابل، ٢٠١٦.
- ٣- خالص نافع امين، التأمين على البضائع المنقولة بحرا، رسالة ماجستير مقدمة لمجلس كلية القانون - جامعة بغداد، ١٩٨٣.
- ٤- عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه مقدمة لمجلس كلية الحقوق - جامعة الجزائر، ٢٠١٥.
- ٥- ليتيم حسين، النظام القانوني لعقد التأمين، رسالة ماجستير مقدمة لمجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة قاصدي مرباح ورقلة، ٢٠١٤.
- ٦- ميثم فليح حسن، طبيعة قواعد الاسناد، رسالة ماجستير مقدمة لمجلس كلية القانون - جامعة بابل، ٢٠٠٩.
- ٧- نجلاء عبد حسن، القانون الواجب للتطبيق على عقد الاستهلاك الدولي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة لمجلس كلية القانون - جامعة بابل، ٢٠١٣.

رابعاً: القوانين

- ١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
- ٢- قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠.
- ٣- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.
- ٤- القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل.

العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الرابع / السنة العاشرة ٢٠١٨

٥ - قانون رقم (٣٣٠) الاتكليزي لعام ١٩٩٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود.

خامساً: الاتفاقيات والمصادر الالكترونية

- ١ - اتفاقية بروكسل لعام (١٩٢٤) والمعدلة في عام (١٩٨٦) المتعلقة بعقود النقل البحري وسندات الشحن.
- ٢ - اتفاقية روما لعام (١٩٨٠) بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والمعدلة بموجب قرار الاتحاد الأوروبي المرقم ٥٩٣ لعام ٢٠٠٨.
- ٣ - د. حنان عبد العزيز مخلوف، العقود الدولية، بحث منشور على الموقع الالكتروني، www.pdfactory.com ٢٠١٠.

سادساً: المجالات والدوريات

- ١ - مجموعة النقض، س١٨، مارس وابريل، ١٩٦٧.

سابعاً: المصادر الأجنبية

- ١- Dr- xasdra Kramer, the new European, complict of law rules. Insurance contracts is rome acomplem clex comprom is, prrerious sourcer.
- ٢- vischer, the antagoyisn between legal security and the search for justice in the field of contracts, recoil des cours de la hage, ١٩٧٤,
- ٣- Dr. xasdra Kramer, conflict of laws on insurance contracts in Europe the rone proposer – towards unifom conflict rules for insurance contracts, paris, ٢٠٠٧.

Abstract

The contract of marine insurance is one of the important international contracts, at the present time. However, this contract has problems arising from the laws that govern the contract and are different between the law of will and the other modern support controls, and it has been shown in this research that the first occurrence of the contract of marine insurance, International is the issue of determining the law governing the contract, and there are factors that affect this law, the most important characteristic of the compliance of this decade as a contract in which the imbalance occurs between the contract between the parties insured (strong party) and insured (weak party).

Which necessitates that the legislator be provided with provisions that provide a degree of protection for the weak party of the arbitrary conditions imposed by the insured often on the insured, which in general constitute a protective public order in addition to the role of the judiciary to address the imbalance through the direct intervention in the exclusion of applicable foreign law and rules solutions The necessary application necessary to protect the entity of the state society judge.

العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري (دراسة مقارنة)

العدد الرابع / السنة العاشرة ٢٠١٨

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

Factors influencing the determination
of applicable law
Maritime insurance contract
(A comparative study)

By

P.Dr. Firas Karim Shi'aan
Ameer Ashkeh Abdul Ali