

**القانون الواجب التطبيق  
حماية للمستهلك في عقود المشاركة الزمنية**

الدكتور

أحمد أبو المجد محمد السيد عفيفي

مدرس القانون الدولي الخاص

بكلية الحقوق - جامعة مدينة السادات



## المقدمة

في ظل العولمة والانفتاح الاقتصادي، وتزايد الحركة الاقتصادية بين الدول، ظهرت على الساحة عقود قانونية وتجارية جديدة، بدأت من الدول الأوروبية، وتم تطبيقها وامتدادها إلى الدول العربية بشكل عام، هذه العقود تسمى بعقود تقسيم الوقت، أو التايم شير (Time share) طبقاً للتعبير الإنجليزي، أو الملكية الزمنية، أو الدورية (المتعاقبة) (la propritete Temps) وفقاً للتعبير الفرنسي (١).

مثل هذه العقود تقوم على فكرة مؤداها، استثمار الوقت لتوزيع الانتفاع بالوحدة السكنية السياحية على أكثر من شخص، ويهدف إشراك أكبر عدد من الأشخاص في الاستفادة بتلك الوحدات، لقضاء أيام العطلة والإجازات. فبدلاً من أن يشتري المنتفع وحدة سكنية باهظة الثمن لا يستعملها إلا وقتاً محدداً في العام وبشئ باهظ، يقوم بالتعاقد مع مالك الوحدة السكنية السياحية أو المستغل للتمتع بحق الإقامة في هذه الوحدة السكنية السياحية وقتاً محدداً من كل عام قد يكون أسبوعاً أو أكثر ولمدار سنوات طويلة، قد تصل لعشرين عاماً، بينما يستفيد المتعاقدون الآخرون من باقي الوقت في العام.

وقد انتشر نظام المشاركة الزمنية في معظم دول العالم، إذ ظهر في البلدان الأوروبية، و إنجلترا، والولايات المتحدة الأمريكية في منتصف القرن الماضي (٢)، ثم انتشر في أكثر من ثمانين دولة حول العالم، ونشأت عدة منظمات عالمية خاصة تضم في عضويتها منتجات سياحية وفندقية.

وأهم ما يميز عقود المشاركة الزمنية، أو تقسيم الوقت من الناحية القانونية، الجمع بين عنصرى المكان (الوحدة السكنية)، وعنصر الزمان (الحصة الزمنية)، والتي

١ - عند التمعن في الصيغة الفرنسية المتعلقة بالملكية الزمنية أو الملكية الدورية، يتضح أنها محل نظر، لأن من أهم خصائص حق الملكية الدوام وليس معنى الدوام التأييد المطلق، وإنما حق الملكية هو حق دائم ما بقى محله قائماً، بحيث لا يمكن اقتران الملكية بزمن معين أو تأقيتها بمدة تنتهي بانتهائها، انظر في ذلك د/ حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية (حق الملكية)، الجزء الأول، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، ١٩٥٨

٢ - د/ حسن عبد الباسط جميعي، التعامل على الوحدات العقارية بنظام المشاركة في الوقت، النشر الذهبي للطباعة، ١٩٩٧، ص ٤

يمكن الاستفادة بموجبه من الانتفاع بالوحدة العقارية أثناء السنة، وعلى مدار عدة سنوات.

ومن هنا فإن هذا البحث يتناول هذا الموضوع من خلال الحديث عن المحاور الآتية:

#### اولاً: مفهوم موضوع البحث:-

يدور موضوع البحث حول تحديد ودراسة القانون الواجب التطبيق على عقود المشاركة الزمنية، أو ما يطلق عليها البعض عقود حق الإقامة بالتناوب، باعتبارها عقوداً ذات طبيعة دولية في الغالب، بالنظر لدراستنا المتعلقة بالقانون الدولي الخاص.

#### ثانياً: أهمية موضوع البحث:-

نظراً لأهمية هذه الدراسة في مدى انتشار عقود المشاركة بالوقت، حيث أصبح هذا العقد في الغالب عقداً دولياً، مع تعدد الصيغ التي تطلق عليه، مما أثير بالتبعية للمصعوبات المتعلقة بالقانون الدولي الخاص، ومنها تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود تقسيم الوقت، إذ يتضح - وفقاً للقاعدة العامة - بناء الاختصاص القانوني بشأن هذه العقود على ضابط الإسناد المعروف بقانون موقع المال، باعتبار أن هدف عقود المشاركة الزمنية، الرئيس هو الانتفاع بوحدة سكنية لمدة زمنية معينة. وبالتالي فالمحل يرد على وحدة عقارية، ولكن بالنظر للطبيعة الذاتية والخاصة لنظام المشاركة الزمنية، فقد تم التخفيف من حدة هذا المبدأ، والضابط السابق المتعلق بقانون موقع العقار لصالح قانون الإرادة، باعتباره استثناءً، نظراً لطبيعة العقد ولحماية الطرف الضعيف من استغلال الشركات القائمة على إدارة المشروع السياحي.

ومن هنا اكتسبت هذه الدراسة المتخصصة أهميتها، من خلال الخروج عن القاعدة العامة في بناء الاختصاص القانوني بشأن العقود الواردة على وحدة عقارية، والمنصوص عليها في غالبية النظم القانونية<sup>(١)</sup>، من تطبيق قانون موقع المال لصالح قانون مغاير يتوافق مع طبيعة هذه العقود متمثلاً في قانون الإرادة.

<sup>١</sup> - وعلى سبيل المثال، نص المادة (٢/١٩) مدني مصري على أن " قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار".

### ثالثا: أسباب اختيار موضوع البحث:-

ترجع أسباب اختيار الموضوع إلى قلة الدراسات والبحوث القانونية التي تناولت القانون الواجب التطبيق على عقود المشاركة الزمنية، لحدثه، وبالتالي ندرة البحوث والدراسات الأكاديمية التي عالجه، مما يتطلب تسليط الضوء عليه، لسد جزء من النقص في المكتبة القانونية، خاصة وأن بلدنا تعد من البلدان السياحية.

### رابعا: إشكاليات موضوع البحث:-

يثير موضوع عقود تقسيم الوقت والقانون الواجب التطبيق عليه العديد من الإشكاليات، وبالتعبية نحاول تقنين هذه الإشكاليات في العديد من الأسئلة التي تعبر في مضمونها عن صعوبات موضوع البحث، والتي تتمثل في:

- هل يوجد تنظيم قانوني في غالبية الدول - ومنها مصر - لهذه النوعية من العقود، أم لا ؟
- ما الفكرة التي يقوم عليها عقد تقسيم الوقت وماهيته؟
- ما الطبيعة القانونية لعقد تقسيم الوقت؟
- ما القانون المطبق على عقود الانتفاع بالوحدة السكنية بنظام اقتسام الوقت ؟
- هل يطبق قانون موقع العقار باعتبار أن عقد المشاركة الزمنية يتعلق بعقار أم يتم تطبيق قانون آخر ؟
- ما مدى ملاءمة ضوابط الإسناد الاحتياطية - قانون مكان إبرام وتنفيذ العقد، وقانون المدين بالأداء المميز وقانون محل الإقامة المعتاد للمنتفع، والقانون الأصلح للطرف الضعيف - في مجال العقود المتعلقة بتقسيم الوقت ؟

كل هذه الاسئلة تمثل في مجملها الصعوبات والإشكاليات التي يدور حولها موضوع البحث ، ونحاول الإجابة عليها من خلال هذا البحث.

### خامسا: خطة البحث:-

تبدأ هذه الدراسة بالمبحث التمهيدي، والذي نعرض فيه لمدلول عقد المشاركة الزمنية والطبيعة الدولية له، ثم في الفصل الثاني، نتناول القانون الواجب التطبيق على

عقود المشاركة الزمنية وفقا للقاعدة العامة, والمتعلقة بتطبيق قانون موقع المال, ثم نتناول الخروج عن الأصل, وتطبيق قانون الإرادة. وأخيراً نعرض في الفصل الثاني دور الإسناد التخييري في حماية المستهلك المنتفع بالوحدة السكنية السياحية, ونتناول فيه الاتجاهات الحديثة بشأن قواعد الإسناد التخييري في نظام المشاركة الزمنية, والحد من نطاق قانون الارادة, وذلك كله في إطار المناقشة التحليلية, ومحاولة الوصول إلى القواعد التي تحكم هذا الموضوع من خلال بيان موقف الاتفاقيات الدولية, وتوضيح ما يجري عليه العمل في التشريعات الوطنية, وفي النهاية خاتمة نوضح فيها النتائج التي توصلنا إليها والتوصيات.

وبناء عليه نقسم دراستنا على النحو التالي:-

**المبحث التمهيدي:** نظرة عامة على عقود المشاركة الزمنية ودوليتها.

**الفصل الاول:** القانون الواجب التطبيق بشأن حماية المستهلك في المشاركة

الزمنية.

**الفصل الثاني:** دور الإسناد التخييري في حماية المستهلك.

## المبحث التمهيدي نظرة عامة على عقود المشاركة الزمنية ودوليتها

### تمهيد وتقسيم:

أضحت السياحة ذات أهمية كبرى على المستويين الوطني والعالمي في آن واحد , لأن السياحة من المصادر المهمة والمؤثرة على الاقتصاد القومي للدولة, وتتأكد أهميتها من كونها أحد وأهم مصادر هذا الدخل, لكونها موردًا أساسيا للنقد الأجنبي اللازم لدفع عجلة التنمية, وإنعاش الاقتصاد الوطني.

ويتم التخطيط للسياحة من خلال تنشيط حركة العمران في المنتجعات والقرى السياحية, وترتب على ذلك, ابتكار بعض الأدوات القانونية التي تدعم النشاط السياحي, والتي من بينها عقود اقتسام الوقت, أو ما يعرف بعقود المشاركة الزمنية. وقد انتشر نشاط الانتفاع بالوحدات العقارية في المنتجعات والقرى السياحية بنظام اقتسام الوقت, وسارعت العديد من الشركات والمستثمرين في المجال السياحي من الاستفادة من هذا النظام لتدعيم القطاع السياحي.

والسياحة بصفة عامة, تتضمن انتقال المواطنين من دولهم إلى دول أخرى, سواء لاستهلاك المنتجات السياحية في هذه الدول أو للاستثمار السياحي, حيث يتضمن النشاط السياحي حركة ذهاب وإياب للمواطنين من دولتهم لدول أخرى. ولغايات التعرف على عقد المشاركة الزمنية, يقتضي تقسيم هذا المبحث على النحو التالي:

**المطلب الاول:** ماهية عقود المشاركة الزمنية.

**المطلب الثاني:** الطبيعة الدولية لعقود المشاركة الزمنية.

## المطلب الاول

### ماهية عقود المشاركة الزمنية

ذكرنا أنفاً، أن عقود المشاركة الزمنية تعد أحد أهم دعائم صناعة السياحة في العالم، ويمثل احد أسرع القطاعات تطوراً ونموًا، وتتخلص فكرته باستثمار الوقت لتوزيع الانتفاع بالوحدة السكنية في الأماكن السياحية على أكثر من شخص لقضاء أيام إجازتهم أو عطلتهم.

وللنظر في ماهية عقود المشاركة الزمنية، يقتضى اولاً، تعريف العقد، وبيان مدلوله، ثم خصائصه.

## الفرع الاول

### تعريف نظام المشاركة الزمنية

يعد نظام المشاركة الزمنية من المسائل الدقيقة في الفقه القانوني، لاختلاطه ببعض أنواع التصرفات القانونية التقليدية المعروفة، كعقد البيع لوحدة سكنية، وعقد الإيجار، لذلك يعتبر في النظم القانونية من التصرفات القانونية التعاقدية الحديثة بالمقارنة بغيره، لوجود فراغ قانوني وتشريعي بخصوص نظام المشاركة الزمنية في العديد من الدول ومنها مصر<sup>(١)</sup>.

وبالنظر للتشريعات القانونية المقارنة، يتضح أنها لم تقم بتنظيم المسائل المتعلقة بنظام المشاركة الزمنية، أو تقسيم الوقت إلا في الثمانينات من القرن العشرين، ومن هذه التشريعات، نذكر القانون الفرنسي رقم ١٨/٨٦ الصادر في ٦ فبراير لعام ١٩٨٦، والمنظم لشركات تخصيص العقارات للاستعمال بنظام اقتسام الوقت، والقانون

<sup>١</sup> - ولكن على خلاف موقف المشرع المصري، نجد أن بعض التشريعات العربية قد عرفت عقد المشاركة الزمنية، فقد عرفه المشرع العماني في المادة (١٤/٢) من قانون السياحة رقم ٣٣ لسنة ٢٠٠٢ بأنه " النظام الذي يتيح للشخص شراء حصة غير مفرزة في وحدة فندقية أو سياحية، أو الحصول على حق انتفاع، أو حق استعمال للحصة بمشاركة آخرين في باقي الحصص، أو اقتسام وقت الاستخدام بهذه الحصص فيما بينهم، بحيث ينتفع كل منهم بها خلال المدة الزمنية المحددة له كل عام"، كذلك فقد نصت المادة (٣/١) من نظام المشاركة بالوقت السعودي رقم ٢٠٦ لسنة ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٧ على أنه " أي عقد أو مجموعة عقود تبرم مقابل مبلغ مالي معين، لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات، ويتم بموجبها إنشاء حق انتفاع، أو التنازل عنه، أو أي حق آخر يتعلق باستعمال وحدة عقارية سكنية واحدة أو أكثر، مدة محددة أو قابلة للتحديد من السنة".

الانجليزي لعام ١٩٩٢, والقانون الألماني لعام ١٩٩٦ والقانون الفرنسي رقم ٥٦٦/٩٨ الصادر في ٨ يوليو ١٩٩٨ الذي تم تعديله بقانون المشاركة بالوقت الفرنسي رقم ٨٨٨ / ٢٠٠٩, والتوجيه الاوربي رقم ٤٧/٩٤ الصادر عن البرلمان الاوربي ومجلس الاتحاد الاوربي في ٢٦ أكتوبر ١٩٩٤ بشأن حماية أصحاب الحقوق في عقود المشاركة الزمنية<sup>(١)</sup>, المعدل بالتوجيه الاوربي رقم ٢٠٠٨/١٢٢.

وقد استقرت التشريعات السابق ذكرها على تعريف نظام المشاركة الزمنية بأنه " كل عقد او مجموعة عقود تبرم لمدة ثلاث سنوات على الأقل, والتي بمقتضاها ينقل - مباشرة أو بطريق غير مباشر - وبمقابل ثمن إجمالي, حق عيني, أو أي حق آخر في استعمال واحد أو أكثر من الأموال العقارية لمدة من السنة محددة أو قابلة للتحديد, والتي لا تقل عن أسبوع"<sup>(٢)</sup>, أو " محل عقد أو مجموعة عقود تبرم معاوضة بمقتضاها يلتزم أحد المهنيين بأن يعطي - مباشرة او بطريق غير مباشر - لمستهلك الانتفاع بمال عقاري, أو أكثر تستعمل للسكنى لفترات محددة او قابلة للتحديد , ولمدة

<sup>١</sup> - للنظر حول مزيد من التشريعات, د/ احمد عبد الكريم سلامة, القانون الدولي الخاص النوعي, دار النهضة العربية بالقاهرة, ١٤٢

<sup>٢</sup> - Directive ٩٤/٤٧/CE du Parlement européen et du Conseil, du ٢٦ octobre ١٩٩٤, concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers.

Article

٢

"contrat portant directement ou indirectement sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel d'un ou de plusieurs biens immobiliers », ci-après dénommé « contrat »: tout contrat ou groupe de contrats conclu pour au moins trois années, par lequel, directement ou indirectement, moyennant un certain prix global, un droit réel ou tout autre droit portant sur l'utilisation d'un ou de plusieurs biens immobiliers, pendant une période déterminée ou déterminable de l'année qui ne peut être inférieure à une semaine, est créé ou fait l'objet d'un transfert ou d'un engagement de transfert".

ثلاث سنوات على الأقل او لمدة غير محددة<sup>(١)</sup>, أو أنه " عقد دائم لأكثر من عام واحد, وبه يتم منح المستهلك خاصية الاستخدام السكني والتمتع بالإقامة في الممتلكات العقارية او المنقولة, لاستخدام السكن لفترات محددة او قابلة للتحديد<sup>(٢)</sup>. ويرى جانب من الفقه, تعريف نظام المشاركة الزمنية بأنه " نظام يتيح لشخص ما شراء حصة له في وحدة سكنية او حق انتفاع أو استعمال, ويشرك أشخاصاً آخرين معه في باقي الحصص, على أن يتقاسموا الوحدة السكنية بينهم, ويستفيد كل الأشخاص من هذه الوحدة فترة من الزمن لقضاء إجازتهم<sup>(٣)</sup> ", أو أنه " النظام الذي بمقتضاه تلتزم إحدى الشركات التي تستغل او تدير المنتجعات او القرى السياحية بأن

<sup>١</sup> - LOI no ٩٨-٥٦٦ du ٨ juillet ١٩٩٨ portant transposition de la directive ٩٤/٤٧/CE du Parlement européen et du Conseil du ٢٦ octobre ١٩٩٤ concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers.

Art. L. ١٢١-٦٠. - " Est soumis aux dispositions de la présente section tout contrat ou groupe de contrats, conclu à titre onéreux, par lequel un professionnel confère à un consommateur, directement ou indirectement, la jouissance d'un ou plusieurs biens immobiliers à usage d'habitation, par périodes déterminées ou déterminables, pour au moins trois années ou pour une durée indéterminée".

<https://www.legifrance.gouv.fr>

<sup>٢</sup> - Art.L. ١٢١-٦١, LOI n° ٢٠٠٩-٨٨٨ du ٢٢ juillet ٢٠٠٩ de développement et de modernisation des services touristiques.

" ١ - Le contrat d'utilisation de biens à temps partagé est un contrat d'une durée de plus d'un an par lequel un consommateur acquiert, à titre onéreux, la jouissance d'un ou plusieurs biens immobiliers ou mobiliers, à usage d'habitation, pour des périodes déterminées ou déterminables".

<https://www.legifrance.gouv.fr>

<sup>٣</sup> - د/ سمير كامل, النظام القانوني لحق المستفيد من المشاركة بالوقت, دار النهضة العربية بالقاهرة, ١٩٩٢, ص ٥

تمكن - بطريق مباشر او غير مباشر - شخصاً من الانتفاع بوحدة عقارية سكنية او استعمالها مدة زمنية محددة او قابلة للتحديد, مقابل مبلغ معين يتم تقديره حسب درجة ومستوى تجهيز الوحدة, والموقع الكائن بها, والفترة الزمنية التي تقع بها الحصة الزمنية للمنتفع<sup>(١)</sup>, أو النظام الذي يتيح للشخص حق الانتفاع والإقامة في وحدة سياحية مقابل مبلغ نقدي مع اشتراك آخرين معه, على أن يتقاسم الانتفاع والإقامة في هذه الوحدة فيما بينهم بحيث يحصل كل منهما على فترة من الوقت لقضاء إجازته<sup>(٢)</sup>, أو أنه " شراء واحد او أكثر من أسابيع العطلة في السنة ولعدة سنوات, مما يتيح الانتفاع بالوحدات السكنية بسعر قد يختلف باختلاف الوقت وجاذبية المكان للإقامة خلال العام"<sup>(٣)</sup>.

وبناء على ذلك , فنظام المشاركة الزمنية ينصب في الأساس على العقارات وليس المنقول, ويقتصر على استعمال وتمكين الشخص من الأموال العقارية محل نظام المشاركة الزمنية.

حيث إن, الشركات القائمة على إدارة القرى السياحية تقوم ببناء المنتجعات والشقق السياحية والقرى, وبدلاً من طرحها لهذه الوحدات السكنية للبيع بأسعار باهظة, تقوم بتأجير هذه الوحدات لفترات زمنية معينة من السنة للمستفيدين لقضاء إجازتهم بدلاً من شرائها بأثمان مرتفعة<sup>(٤)</sup>.

١- د/ احمد عبد الكريم سلامة, مرجع السابق, ص ١٤٣

٢- د/ ناريمان عبد القادر, التشريعات الفندقية والسياحية - الشركات السياحية, التنظيم القانوني للإرشاد السياحي, لنظام اقتسام الوقت Time share في مصر, دار النهضة العربية بالقاهرة, ١٩٩٨, ص ٢٣٧

٣- Sylvie Pieraccini , LA " PROPRIETE TEMPORAIRE" ESSAI D'ANALYSE DES DROITS DE JOUISSANCE A TEMPS PARTAGE, Pour obtenir le grade de Docteur en Droit de l'université du sud Toulon - var / Discipline : Droit privé, ٢٢ Novembre, Thèse, ٢٠٠٨, P.٢.

٤- ومثال توضيحي لنظام المشاركة الزمنية, إذا رغب شخص ما بشراء وحدة سكنية فيلا او شليه لقضاء إجازته السنوية المعتادة كالمواسم الدينية أو أيام العطل والإجازات, وليكن اسبوعاً أو شهراً في السنة , فإنه أمام تعاقد باهظ التكاليف, لارتفاع وعلو الاسعار المتعلقة بالعقارات السياحية , وبمعنى أنه بدلاً من شراء المستفيد وحدة سكنية قد لا يستعملها إلا وقتاً محدداً من السنة وبثمن قد يكون باهظاً ليحتجزها بدون مبرر بغرض استعمالها لمدة شهر أو اقل أو أكثر , فإنه يتعاقد مع مالك الوحدة السكنية السياحية لغرض التمتع بحق الإقامة في هذه الوحدة العقارية لوقت محدد ومعلوم من كل

والملاحظ أن ابتكار نظام المشاركة الزمنية، أو تقسيم الوقت يرجع إلى مراعاة الظروف الاقتصادية للسائح، كما أنه يرجع بفائدة للشركات القائمة على إدارة هذه الوحدات، حيث تقوم باستئجارها لأكثر من مستفيد، مما يعود عليها بالفائدة مع بقاء ملكية هذه الوحدات السكنية في نهاية الأمر للشركات السياحية.

## الفرع الثاني

### خصائص عقد المشاركة الزمنية

يتميز عقد المشاركة الزمنية بالعديد من السمات والخصائص تتمثل في أنه، عقد غير لازم من جانب المستفيد، وعقد شكلي، وعقد غير مسمى، كما أنه عقد من عقود الاستهلاك، ويمكن شرح السمات السابقة على النحو التالي:

#### اولاً: عقد المشاركة الزمنية عقد غير لازم من جانب المستفيد :

القاعدة العامة في العقود هي اللزوم ، فإذا كان العقد صحيحاً نافذاً، بأن كان صادراً من عاقدين لهما أهلية إبرامه ، ولم يعترِ إرادة أحدهما عيب من عيوب الإرادة او عارض من عوارض الأهلية ، وكان له محل وسبب مشروع، فقد صار العقد صحيحاً ولزماً لأطرافه، ولا يستطيع أى منهما الرجوع فيه بإرادته المنفردة<sup>(١)</sup>.

غير أنه وفقاً للاستثناء من القاعدة العامة ، يوجد نوع من العقود يمكن فيه لأحد العاقدين أو كليهما أن يرجع عنه بإرادته المنفردة ، وهذا النوع يسمى بالعقود غير اللازمة، والذي يستطيع أحد طرفيه أو كلاهما فسخه، وقد يكون صفة عدم اللزوم في العقد راجعة لطبيعة العقد ذاته كعقد الوديعة أو لحدوث أمر خارج عنه ، كما إذا لحقه خيار من الخيارات، كخيار الرؤية.

ويرجع عدم لزوم عقد تقسيم الوقت لنص القانون ، فالقانون هو الذى يمنح للمنتفع الحق في الرجوع عن العقد خلال مدة زمنية معينة ومحددة ، حيث نصت غالبية

عام، قد يكون أسبوعاً أو أكثر لسنوات طويلة قد تصل إلى عشرين عاماً، بينما يستفيد المتعاقدون الآخرون من باقي الوقت في السنة ، على أن يختلف المقابل المادي الذي يدفعه المستفيد بالنظر للموسم الذي يقضي فيه إجازته، ومستوى التجهيزات، والموقع الكائن فيه الوحدة السكنية ذاتها.

<sup>١</sup> - انظر في ذلك ، د/ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، جزء ١ ، طبعة ثالثة ، دار النهضة العربية بالقاهرة ، ١٩٨١ ، ص ١٨٧ ، د/ حسام الأهواني ، مصادر الالتزام ، المصادر الإرادية ، ٩١ - ٩٢ ، ص ٢٩ ، د/ جميل الشرقاوى ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية بالقاهرة ، ١٩٩٥ ، ص ٦٢ وما بعدها

التشريعات التي نظمت عقد المشاركة الزمنية, على أنه عقد غير لازم من جانب المستفيد , فالمشرع الفرنسي قد نص في قانون المشاركة بالوقت رقم ٨٨٨ / ٢٠٠٩ لسنة ٢٠٠٩ في المادة (٦٩ - ١٢١ L ) على ان تمنح للمستهلك فترة أربعة عشر يوما للانسحاب من العقود المشار إليها في المواد ٦٠ - ١٢١ L و ٦١ - ١٢١ L, دون إبداء أي سبب , ولديه هذا الحق في يوم إبرام العقد أو من تاريخ استلام نسخته, إذا كان الاستلام بعد تاريخ إبرام العقد " (١), مستجيبا بذلك للتوجيه الأوربي رقم ١٢٢ / ٢٠٠٨ EC , والذي تنص المادة السادسة منه على " ١ - .... ضمان أن يتم إعطاء المستهلك فترة ١٤ يوما للانسحاب من عقود المشاركة بالوقت " (٢).

وبالنظر للمشرع المصري فلم يورد قرار وزير السياحة المصري رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٦ نصا يقرر للمنتفع بالوحدة السكنية السياحية حقا بالرجوع عن العقد خلال مدة زمنية معينة , إلا أن قرار وزير السياحة المصري رقم ١٥٠ لسنة ٢٠١٠ نص في المادة (٧/٣١) (٣) على أنه " يجب أن يتضمن العقد النص على أن تمنح مهلة شهر لعدول العميل عن التعاقد, على أن يتحمل المصروفات الإدارية التي تكبدها الشركة وسددها للوزارة وما قيمته (١٠%) من الدفعة الأولى التي سددها ك مقدم تعاقد ويسترد الباقي ... " .

١ - Art.L. ١٢١-٦٩. " Le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours francs pour se rétracter d'un des contrats visés aux articles L. ١٢١-٦٠ et L. ١٢١-٦١, sans avoir à indiquer de motif.

Il dispose de ce droit à compter du jour de la conclusion du contrat ou du jour de sa réception, si cette réception est postérieure au jour de la conclusion dudit contrat, sans indemnité ni frais."

<https://www.legifrance.gouv.fr>

٢ - التوجيه منشور في الجريدة الرسمية للبرلمان الأوربي بالعدد EN ٣٠ / ٣٣ L. في ٢ / ٣ / ٢٠٠٩ والذي جاء معدلا للتوجيه الأوربي رقم ٤٧ / ٩٤ EC , والصادر عن البرلمان الأوربي بتاريخ ٢٦ أكتوبر لسنة ١٩٩٤ بخصوص عقد المشاركة بالوقت, والمنشور بالجريدة الرسمية للبرلمان الأوربي بالعدد ٢٨٠ L / ٨٣ في ٢٩ / ١٠ / ١٩٩٤

٣ - المادة (٣١) من القرار الوزاري رقم ١٥٠ لسنة ٢٠١٠ تحت عنوان (المستندات والمعلومات الواجب إعلام العميل بها ويتضمنها العقد)

كذلك سارت على هذا النهج التشريعات العربية , كقانون المشاركة بالوقت السعودي وفقا للمادة (٥ / ١ / أ) والتي نصت على أنه " من حق المستفيد الانسحاب من عقود المشاركة بالوقت دون إبداء سبب , وذلك خلال عشرة أيام من تاريخ توقيع الطرفين عليه, أو من تاريخ توقيعهما أية وثيقة أولية ملزمة , فإن كان اليوم العاشر عطلة رسمية فتمتد الفترة إلى أول يوم عمل يليها" .

ويتضح مما سبق , رغبة المشرع في تمكين المنتفع من الوقوف على مزايا هذا العقد, والتأكد من بنوده وتنقيته عنصر التراضي من الشوائب التي تشوبه, وصولاً لدفع الضرر عن المستفيد , فقد يلجأ الأخير الى التعاقد نظراً لرغبته في تحقيق حلم قضاء إجازته بتكلفة مقبولة , وإغرائه بوسائل دعائية مكثفة من جانب المستغل للوحدة السياحية, وإغرائه بالتلويح له بوجود إقامة مجانية لمدة معينة كهدية عند التوقيع على العقد , كل ذلك من شأنه التأثير سلباً على إرادة المنتفع بالوحدة السكنية السياحية وقدمه على التعاقد دون تروي , لذا اعطاه المشرع الوقت الكافي للتأمل والتروي في صلاح الشيء له, وسد حاجته من وراء التعاقد.

#### ثانياً : عقد المشاركة الزمنية عقد شكلي :

الأصل في العقود رضائية التعاقد , بمعنى: انعقاد العقد بمجرد تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين , فلا قيام للعقد إلا بتوافر التراضي وتلاقي الإيجاب والقبول , وهذه القاعدة يرد عليها استثناءات الشكلية , بمعنى: أن تراضي الأطراف المتعاقدة ليس كافياً لإنشاء العقد مالم تتوافر الشكلية المطلوبة فيه , والعلة من ذلك , تنبيه المتعاقد لخطورة ما يقدم إليه من تعاقد , بالإضافة لتحديد طبيعة العقد وآثاره بدقة.

ولما كان عقد تقسيم الوقت من العقود المهمة, لارتباطها بالعقارات السياحية أو الفندقية, ومع كثرة الشركات السياحية المسوقة لهذا العقد , ترتب على ذلك ظهور الكثير من حالات الاحتيال على المنتفعين أو العملاء , ووجود الكثير من الشركات السياحية الوهمية, واستتبع ذلك حدوث عمليات الاحتيال والنصب , والتي ساعد على

ظهورها الطبيعة غير الواضحة لعقد المشاركة بالوقت , مما حدا بالدول التي تتعامل بنظام اقتسام الوقت بجعله عقدًا شكليًا بعدما كان عقدا رضائيا (١) .

فقد نص المشرع الفرنسي في قانون المشاركة بالوقت رقم ٨٨٨ / ٢٠٠٩ لسنة ٢٠٠٩ في المادة (٦٣ - ١٢١ L ) على أنه " يجب أن يتلقى المستهلك العقد بطريقة واضحة ومفهومة من المهني مكتوبا ... " (٢).

وقد اعتنق شكلية عقد المشاركة الزمنية قرار وزير السياحة المصري رقم ١٥٠ لسنة ٢٠١٠ وفقا للمادة (٦) على أن " تحرر عقود بين الشركات المالكة للمنشآت الفندقية, أو شركات الإدارة الفندقية الخاضعة لأحكام هذا القرار, وبين المنتفعين بوحدها وفقا للنموذج المرفق بهذا القرار, والمنصرف للشركة من وزارة السياحة وذلك من نسختين يتم مراجعتها واعتمادها من الوزارة, وتودع صورة منها بعد مراجعتها بوزارة السياحة وصورة بشعبة اقتسام الوقت بغرفة المنشآت الفندقية, ونسخة أصلية بيد الشركة, ونسخة أصلية أخرى بيد المنتفع, وتبدأ مدة سريان العقد من تاريخ الانقاع من الحصة المتعاقد عليها أو اعتماده من وزارة السياحة أيهما أولا... " .

### ثالثا: عقد المشاركة الزمنية عقد غير مسمى :

العقد المسمى, هو العقد الذي نظمه المشرع ووضع له أحكاما خاصة به, أما العقد غير المسمى, فهو الذي لم يخضع لتنظيم المشرع, وعقد المشاركة الزمنية من إفرازات التقدم العلمي والاقتصادي ومشكلاته, ويرجع ذلك إلى رغبة الأشخاص في قضاء اوقات العطلة السنوية والإجازة في أماكن سياحية ترفيهية, بالإضافة لعدم قدراتهم المالية على شراء مثل هذه الأماكن التي تتمثل في شقق وفيلات وشاليهات,

<sup>١</sup> - ربا محمد بلوط , الأثار المترتبة على عقد اقتسام الوقت , رسالة ماجستير , مقدمة لكلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط , ٢٠١٥, ص ٤١

<sup>٢</sup> - Art.L. ١٢١-٦٣. " En temps utile et avant tout engagement de sa part, le consommateur doit recevoir du professionnel de manière claire et compréhensible, par écrit ou sur un support durable aisément accessible, les informations exactes et suffisantes relatives aux biens ou services pour lesquels il envisage de contracter...".

مما يضطر إلى اللجوء لنظام المشاركة الزمنية او تقسيم الوقت. ولم ينظم القانون المصري عقد المشاركة الزمنية , وبذلك لا يوجد تشريع متكامل يتكلم عن العقد وآثاره, وما يتعلق به من أحكام, وهذا ما يجعل القاضي يصطدم بالعديد من العقبات عند نشوب مشكلات متعلقة بهذا النوع من العقود الحديثة, بالإضافة إلى عدم وجود تشريع متكامل في هذا الشأن, فإن ما صدر من قرارات وزارية - مثل القرار الوزاري رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٦, المنظم لنظام اقتسام الوقت الملغي بقرار وزير السياحة المصري رقم ١٥٠ لسنة ٢٠١٠ - لم يتطرق إلى ذاتية العقد, ولا يرقى القرار لمرتبة القانون الصادر عن السلطة التشريعية, حيث إنه لم يشمل على الأحكام والقواعد الفنية المنظمة للعقد, ويشوبه العديد من اوجه النقص والقصور ويفتقر إلى الحبكة القانونية<sup>(١)</sup>.

#### رابعا: عقد المشاركة الزمنية من عقود الاستهلاك:

يقصد بالمستهلك La notion de consommateur وفقا للاتجاه الغالب في الفقه, بأنه كل شخص يحصل على السلعة أو الخدمة, بهدف اشباع حاجاته الشخصية أو العائلية, وليس بغرض تجارى أو مهني<sup>(٢)</sup>. وقد سار على نفس النهج غالبية النظم القانونية الدولية والداخلية , فوفقا لاتفاقية بروكسيل بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية فى المجال المدني

<sup>١</sup> - بعض القواعد الحمائية التي وردت في القرار الوزاري رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٦:  
 أ- يجب على مستغل الوحدة أن يقوم بتسليمها في المواعيد المحددة, وأن تكون كاملة من حيث التجهيز, وصالحة للانتفاع في إطار الهدف المتفق عليه.  
 ب . يجب على المستغل تنظيف وصيانة الوحدة ومحتوياتها, وجعلها جاهزة للاستخدام وفقاً للمقاييس السياحية الفندقية.

ج . يلزم المستغل بتقديم الخدمات الأساسية للمنتفع طول مدة إقامته بها, وأن يزود المنشأة بمحلات لبيع السلع الاستهلاكية , وذلك ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.

د . يلتزم مستغل الوحدة بالأسعار التي تحددها وزارة السياحة, ولا تجوز المطالبة بأسعار اضافية.  
<sup>٢</sup> - انظر فى ذلك :

- CAUSSE (H.), De la notion de consommateur, in collection: après le code de la consommation, paris. Litec, ١٩٩٦, P.٢٣ ets , GESTIN (J.), Traité de droit civil, les obligations, les contrats, formation, ٢ édition, paris, L.G.D.J. ١٩٨٨, P.٤٦, CALAIS - AULOY (J.) et STEIMETZ (F.), Droit de la consommation, ٤ ed, paris, Dalloz, ١٩٩٦, P.١.

والتجاري المبرمة في تاريخ ٢٧ سبتمبر ١٩٦٨, فقد عرفت المستهلك وفقا للمادة (١٣) منها على أنه " الشخص الذي يتصرف في إطار نشاط يعد غريبا على نشاطه المهني " (١), كذلك نصت المادة (١/٥) من اتفاقية روما المبرمة في ١٩ يونيو ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية على تعريف المستهلك بأنه " تطبق هذه المادة على العقود التي يكون موضوعها توريد منقولات مادية أو خدمات إلي شخص المستهلك, من أجل استعمال يعد غريبا على نشاطه المهني , وكذلك العقود المخصصة لتمويل هذا التوريد " (٢).

وبالنظر للتوجيهات الأوروبية الصادرة عن البرلمان الاوربي والخاصة بحماية المستهلك , فقد نصت المادة (١/٢/أ) من التوجيه الاوربي رقم ١٣ / ٩٣ الصادر في ١٥ ابريل ١٩٩٣ بشأن الشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين على تعريف المستهلك بأنه " كل شخص طبيعي يتصرف من أجل غايات أو أهداف لا ترتبط بنشاطه المهني " (٣).

وبالنظر لموقف التشريعات الوطنية , فقد نص قانون الاستهلاك الفرنسي الجديد رقم ٩٤٩ - ٩٣ الصادر في ٢٦ يوليو ١٩٩٣ وفقا للمادة ( ل ١١١ - ١ ) على أنه يجب أن يوضح كل مهني بائع سلعة أو مؤدى خدمات للمستهلك - وقبل إبرام العقد

<sup>١</sup> - " En matière des conclus par une personne pour un usage pouvant etre considéré comme étranger à son activité professionnelle..." .

راجع نصوص الاتفاقية :

G.A.L. Droz : compétence judiciaire et effet des jugement dans le marché commune, étude de la convention de Bruxelles du ٢٧ septembre ١٩٦٨, paris, Dalloz, ١٩٧٢.

Rev. crit, ١٩٨٠, P.٨٥٧ ets

<sup>٢</sup> - للنظر حول الاتفاقية

<sup>٣</sup> - " consommateur : toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit a des fins qui n'entrent pas dans le cadre son activité professionnelle" .

Rev. crit, ١٩٩٣, P.٤٩٥ ets

راجع نصوص التوجيه

- السمات الأساسية للسلعة أو الخدمة " (١)، والمادة (١/١) من القانون النمساوي الصادر في ١ أكتوبر ١٩٧٩ والمتعلق بحماية المستهلك على أنه " الشخص الذي لا يتصرف في اطار نشاط مهني " , والمادة (١٢٠) من القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧ تنص على أن " عقود الاستهلاك هي تلك المتعلقة بأداء استهلاكي معد للاستعمال الشخصي أو العائلي للمستهلك , والتي لا ترتبط بالنشاط المهني أو التجاري له " (٢).

مما سبق , يتضح إجماع الفقه, والنظم القانونية الدولية والوطنية على نفس المفهوم لتحديد المستهلك , وتشتت لاعتبار المتعاقد مستهلكا توافر العديد من العناصر , التي تتمثل في:

- ١- أن يتعلق العقد بحصول المتعاقد على سلعة أو خدمة .
- ٢- أن يسعى المتعاقد إلى الحصول على السلعة أو الخدمة لإشباع احتياجاته الشخصية, أو العائلية غير مرتبطة بنشاط مهني .
- ٣- أن يتم النظر للمتعاقد المستهلك كطرف نهائي في عملية الإنتاج.

وبالنظر لعقود الانتفاع بالوحدة السكنية بنظام اقتسام الوقت , يتضح اعتبارها عقود استهلاك, للأسباب الآتية :-

<sup>١</sup> - " Tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services droit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaitre les caractéristiques essentielles du bien ou du service ". par , CALAIS - AULOY (J.), un code, un droit, in après le code de la consommations, paris, litec ١٩٩٦, P.١٥ ets .

<sup>٢</sup> - " les contrats portant sur une prestation de consommation courant destinée à un usage personnel ou familial du consommateur et qui n'est pas en rapport avec l'activité professionnelle ou commerciale du consommateur sont régi par le droit de la résidence habituelle du consommateur si " .

اولا : توافر كافة العناصر التي أجمع عليها الفقه والنظم القانونية في عقد الاستهلاك :-

فمن ناحية أولى : يتعلق عقد المشاركة الزمنية بحصول المنتفع على خدمة , ممثلة في الانتفاع بالوحدة السكنية السياحية لمدة زمنية معينة , فالخدمات Le services تشمل كل الخدمات التي تقدم للمستهلك مقابل أدائه لمبلغ نقدي , وهذه الخدمات ممثلة فيما يقدمه مالك الوحدات السياحية من خدمات سياحية وفندقية , بحيث لا يقتصر مالك الوحدات على توفير الإقامة للمستفيد , وإنما يقع على عاتقه توفير بعض الخدمات السياحية, مثل: النوادي, وملاعب التنس, والمساح , بالإضافة وجود المطاعم بالمنتجع, وتقديم هذه الخدمات يمثل التزاماً تبعياً على عاتق مالك الوحدات السياحية , للارتباط بين الوحدة العقارية السياحية وبين الانتفاع بهذه المرافق ارتباطاً لا يقبل التجزئة (١) .

فعقد تقسيم الوقت , أساسه انتفاع الشخص بوحدة سكنية سياحية لقضاء إجازته أو عطلة السنوية لمدة لا تقل عن عشرين عاما مثلا , مقابل ثمن إجمالي يتم الاتفاق عليه, يضاف إلى هذا المقابل المادى مصاريف سنوية تتمثل في نفقات الصيانة والنظافة والحراسة, وغيرها من الخدمات التي تقوم به الشركات مالكة المشروع السياحي بها (٢), وبذلك يعد استخدام المنتفع لهذه الخدمات بمثابة استهلاك لها.

ومن ناحية ثانية : يسعى المنتفع أو المستفيد بالوحدة السكنية فى نظام المشاركة الزمنية إلى الحصول على السلعة او الخدمة لأشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية غير مرتبط بنشاط مهني, حيث يهدف المنتفع من وراء تعاقدته إلى الاستفادة من العقد وقضاء إجازته لمدة معينة , أي: الهدف وراء التعاقد من قبل المنتفع إشباع حاجاته الأساسية , وليس الهدف تحقيق الربح من وراء التعاقد على الوحدة السكنية السياحية.

١- انظر مثلاً لذلك , نظام المشاركة بالوقت السعودى رقم ٢٠٦ لسنة ٢٠٠٧ فى لائحته التنفيذية بموجب المادة (٢١ / ٢ / ١١ / ٣) حيث نصت على " وجوب ذكر المرافق والخدمات الملحقه بالعقار , والتي يحق للمشتري الاستفادة منها , مثل المساح والملاعب ومواقف السيارات , مع وضع أية شروط او ضوابط محددة لا استخدامها".

٢- د/ احمد عبد الكريم سلامة , المرجع السابق, ص ١٤٠

ومن ناحية ثالثة: يتم في عقود المشاركة الزمنية النظر للمنتفع باعتباره طرفاً نهائياً في عملية الإنتاج , فعملية الإنتاج تمر بمراحل متعددة , ويحصل المستهلك في النهاية على السلعة او الخدمة ليستهلكها ويستخدمها , وذلك لإشباع حاجته منها , وبالتالي فالمستهلك باعتباره الطرف النهائي والاخير في عملية الإنتاج , لا يقوم بشراء أشياء من أجل بيعها , وإنما لمجرد الانتفاع بها بما يحقق إشباعه (١).

ولذلك فالمنتفع في عقد المشاركة الزمنية يسعى من وراء إبرامه الى إشباع احتياجاته الشخصية , والمتمثلة في الانتفاع بالوحدة السكنية السياحية , وما يتعلق بها من خدمات أساسية , وليس هدفه بيع الوحدة السياحية للغير .

وبالنظر إلى ما سبق , وإلى طرفي عقد المشاركة الزمنية يمكن القول بأن عقود المشاركة الزمنية عقود استهلاك لأن القائمين على استغلال الوحدات السكنية , يعملون على التعاقد مع المنتفع المستهلك من أجل تحقيق أكبر ربح ممكن من وراء التعاقد , كما أن الشخص المتعاقد يهدف إلى إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية أو المنزلية , وبالتالي فهو يسعى من وراء تعاقد لاشباع حاجاته كمستهلك , ولا يهدف تحقيق أرباح أو أغراض مهنية (٢).

**ثانياً : قطع القول في بعض التشريعات باعتبار الطرف المستفيد في عقود المشاركة الزمنية طرفاً مستهلكاً:**

من ذلك القانون الفرنسي رقم ٩٨ / ٥٦٦ الصادر في ٨ يوليو ١٩٩٨ المعدل بقانون المشاركة بالوقت الفرنسي رقم ٨٨٨ / ٢٠٠٩ لعام ٢٠٠٩ , باعتبار أن تمتع المستفيد بمثل هذه الصفة يضفي عليه نوعاً خاصاً من الحماية , حيث عرف عقد المشاركة الزمنية في الفقرة الأولى من المادة (٦١ - ١٢١ L) بأنه " عقد دائم لأكثر

<sup>١</sup> - Mousseron (J.M), Droit de la distribution, libraires techniques, ١٩٧٥, P.١٠

<sup>٢</sup> د/ جابر سالم عبد الغفار عبد الجواد, قانون السياحة , دار النهضة العربية بالقاهرة, ص ٥٣

من عام واحد، وبه يتم منح المستهلك خاصية الاستخدام السكني والتمتع بالإقامة في الممتلكات العقارية او المنقولة، لاستخدام السكن لفترات محددة أو قابلة للتحديد<sup>(١)</sup>. وهناك بعض البلاد الأوروبية تناولت عقد المشاركة الزمنية بالتنظيم التشريعي، وخصصت لذلك نصوصا لحماية المنتفع المستهلك في هذا المجال، فنجد على سبيل المثال التوجيه الأوروبي رقم ٩٤ / ٤٧ لسنة ١٩٩٤، والمتعلق بحماية المشتري في مجال عقود اقتسام الوقت، قد تضمن العديد من القواعد الخاصة بحماية المستهلك في مجال عقود تقسيم الوقت، وسوف نتطرق لها لاحقا.

وفى نهاية المطاف، يعتبر عقد المشاركة الزمنية من عقود الاستهلاك، لأن موضوعه يتمثل في انتفاع شخص أو مستفيد بوحدة سكنية سياحية لمدة محددة، ولاشباع حاجاته الشخصية أو العائلية، ودون أن يكون هذا التعاقد مرتبطا بنشاط مهني أو تجارى<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثاني

#### الطبيعة الدولية لعقود المشاركة الزمنية

من الثابت أن علاقات القانون الخاص تعد وطنية، طالما لم يدخل العنصر الأجنبي إلى أحد عناصر هذه العلاقة، أما إذا تطرق العنصر الأجنبي - الأطراف، أو المحل، أو السبب - أضحت علاقة ذات طابع دولي تخرج عن كنف العلاقة الوطنية،

<sup>١</sup> - Article ١٢١-٦١. "١° Le contrat d'utilisation de biens à temps partagé est un contrat d'une durée de plus d'un an par lequel un consommateur acquiert, à titre onéreux, la jouissance d'un ou plusieurs biens immobiliers ou mobiliers, à usage d'habitation, pour des périodes déterminées ou déterminables".

<https://www.legifrance.gouv.fr>

<sup>٢</sup> - فالاستهلاك consumption ظاهرة اقتصادية مهمة، تمثل الحلقة الأخيرة في الدورة الاقتصادية التي تنقسم تقليدياً إلى ثلاثة مراحل، هي: الإنتاج والتوزيع والاستهلاك، وقد عنى علماء الاقتصاد بدراسة وتحليل هذه الظاهرة باعتبارها عملية اقتصادية تخصص فيها القيم الاقتصادية لإشباع الحاجات. ومن ثم، يعد المستهلك في المفهوم الاقتصادي هو الشخص الذي يقوم بهذه العملية، فهو الطرف الواقع في نهاية الدورة الاقتصادية، وهو الغاية من وجودها، باعتبار أننا ننتج ونوزع لكي نستهلك، وقد بدء الاهتمام الحقيقي بهذه الفكرة في مجال القانون مع مطلع العقد السابع من القرن الماضي، حيث تحولت من فكرة اقتصادية لفكرة قانونية لحماية الطرف المتعاقد.

وتدخل في الإطار التنظيمي لقواعد القانون الدولي الخاص، وتثير ما يثار من مشكلات متعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة، باعتبارها علاقة خاصة دولية<sup>(١)</sup>.

لذا ارتبطت مشكلة تنازع الاختصاص القانوني وجودًا وعمدًا بوجود علاقة خاصة دولية من عدمه، فلا تثار هذه المشكلة في حالة وجود علاقة داخلية، حيث تخضع الأخيرة للقانون الوطني الذي يحكمها.

ومن ثم فهناك شبه إجماع على أن هذه الدولية أو صفة الدولية تعد مسألة أولية لإثارة قواعد القانون الدولي الخاص، ومنها مشكلة تنازع القوانين، ولكن الخلاف قد احتدم بين فقهاء القانون الدولي الخاص حول المعيار الواجب الاتباع لتحديد دولية عقد المشاركة الزمنية.

### الفرع الاول

#### الاختلاف بشأن تحديد معيار دولية عقد المشاركة الزمنية

وجدت عدة معايير لتحديد العقد الدولي، وإبراز صفته الدولية، وهذه المعايير تتمثل في المعيار الاقتصادي، والمعيار القانوني، والمعيار المزدوج.

#### اولاً: المعيار الاقتصادي:

لتحديد دولية عقد المشاركة الزمنية عن طريق المعيار الاقتصادي، يستلزم تطبيق مراحل المعيار الاقتصادي، والمتمثلة في ثلاث مراحل، تتمثل في: الأولى: تضمن العقد لعملية ذهاب وإياب للبضائع عبر الحدود. المرحلة الثانية: تجاوز العقد لنطاق اقتصاد الدولة الواحدة. المرحلة الثالثة: ارتباط العقد بمصالح التجارة الدولية. وسنبين مدى ارتباط هذه المراحل الثلاث بعقد المشاركة الزمنية من عدمه فيما يلي:

#### ١. العقد يستتبع ذهاب وإياب لرؤوس الأموال والخدمات عبر حدود الدول:

وفيه يعتبر العقد دولياً إذا تضمن حركة مد وجزر للقيم الاقتصادية عبر الحدود او بين دولتين او أكثر، فالعبرة بالمضمون الاقتصادي للعقد ذاته بخروج ودخول للقيم

<sup>١</sup> - YVON LOUSSOUARN ET BOUREL, droit international privé, ١٩٩٦, P.٣ et ٦٣.. BERNARD AUDIT, droit international privé, ١٩٩٧, ٢ edition, P.٥ et P.٧٣.

الاقتصادية بين الدول واعتباره دولياً. وتخفيفاً للمعيار الاقتصادي فقد اكتفى بحركة في اتجاه واحد فقط، أي تصدير او استيراد للسلعة او القيمة لاعتبار العقد دولياً<sup>(١)</sup>. وهذا المعيار أخذت به محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ١٧ مايو ١٩٢٧ والمتضمن اعتبار العقد دولياً في حالة انتقال رؤوس الأموال من دولة إلى أخرى بغض النظر عن جنسية الأطراف<sup>(٢)</sup>.

## ٢. تجاوز العقد لنطاق الاقتصاد الداخلي:

تحديد دولية العقد عن طريق الاعتماد على تجاوز العقد ذاته لحدود الاقتصاد الداخلي للدولة، وبالتالي لا تعتمد الصفة الدولية للعقد على محل إقامة أطراف العقد او مكان إبرامه، وإنما على حركة رؤوس الأموال التي تتجاوز الاقتصاد الوطني<sup>(٣)</sup>. وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ١٤ فبراير ١٩٣٤، والذي يستلزم أن يتعدى العقد لحدود الاقتصاد الداخلي، ليعتبر عقدًا دولياً، وهذا ما يؤدي لتوسع نطاق المعيار الاقتصادي<sup>(٤)</sup>.

## ٣. ارتباط العقد ارتباطاً وثيقاً بمصالح التجارة الدولية:

ورد هذا المعيار في حكم محكمة النقض الفرنسية لعام ١٩٣١، والذي يتضمن أن العقد الدولي هو هذا العقد الذي يرتبط بمصالح التجارة الدولية<sup>(٥)</sup>، ولكن ما قرره الحكم السابق ليس تعريفاً بقدر ما هو سلوك لإضفاء الدولية على العقد، وهذا ما

<sup>١</sup> - د/ احمد عبد الكريم سلامة، مرجع السابق، ص ١٥٦

<sup>٢</sup> - حكم منشور في ( siery ١٩٢٧، I، P.٢٨٩ ) مع تعليق الأستاذ ESMEIN

<sup>٣</sup> - **POMMIER (J.C.)**, principe d'autonomie et la loi du contrat en droit international privé conventionnel, paris Economica, ١٩٩٢, P.١٤٨ ets.

<sup>٤</sup> - Le caractère international d'une operation ne depend pas du domicile des parties .....de tous les elements qui entrent en ligne de compte imprimer aux mouvements de fouds qu'elle comporte un caractère dépassant le cadre de l'économie interne...). Sirey ١٩٣٤، I، P.٢٩٧ note mestre.

R. C. D. I. P, ١٩٣١,

P.٢٣٠.

يضيف على المعيار المرنة، ويعتمد على تحليل لكافة الظروف المتعلقة بالعقد للتأكد من اتصاله بعملية قانونية تتجاوز حدود النظام القانوني الداخلي<sup>(١)</sup>.

تعقيب: وفقاً للمعيار الاقتصادي بمراحله الثلاث السابق ذكرها، فإن دولية عقد المشاركة الزمنية تتحقق وفقاً لهذا المعيار، فإذا أبرم مصري يقيم في مصر، عقد انتفاع بوحدة سكنية بنظام اقتسام الوقت داخل مصر مع شركة تدير المشروع مقرها في سويسرا، فالدولية تلحق العقد هنا لا لتدخل العنصر الأجنبي - المتمثل في الشركة السويسرية - وإنما لعبور الأموال حدود الدولة على أساس أن دفع القسط السنوي أو الإجمالي يتعدى حدود الإقليم المصري.

وإذا كان المعيار الاقتصادي، يبرر إضفاء الدولية على عقود المشاركة الزمنية في بعض الحالات، والمتمثلة في وجود الشركات القائمة على إدارة المشروعات السكنية في خارج إقليم الدولة الذي يقطن فيها المستفيد، إلا أن المعيار الاقتصادي لا يصلح لإضفاء الطابع الدولي على مثل هذه العقود، حالة إبرام العقد في محل الإقامة المعتادة للمستفيد مع الشركة السويسرية وتتخذ فرعاً لها في مصر، ويتم تسليم الوحدة السكنية السياحية في مصر لعدم انتقال السلعة أو الخدمة عبر الحدود، أو لعدم تعلقها باقتصاد دولتين أو أكثر وترتبط بمصالح التجارة الدولية.

### ثانياً: المعيار القانوني:

المعيار القانوني يقوم على التفرقة بين العقد الوطني الذي لا تتصل عناصره بأكثر من نظام قانوني، والعقد الدولي الذي تتصل عناصره بأكثر من نظام قانوني، وتجاوزت هذه العناصر حدود الدولة الواحدة اعتباراً دولياً<sup>(٢)</sup>.

وبناء عليه يعتبر العقد دولياً إذا كان سبب إبرامه أو تنفيذه أو بالنظر إلى موطن الأطراف أو جنسيتهم يرتبط بأكثر من نظام قانوني، وينتج عن ذلك توليد التزامات متبادلة للأطراف ناتجة عن العقد، وارتباطها بأكثر من قانون.

<sup>١</sup> د/ هشام احمد محمود عبد العال، عقد التأمين في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠٠٠، ص ٦٣

<sup>٢</sup> - PIERRE LALIVE, Tendances et méthodes en droit international privé, R.C.A.D.I., ١٩٧٧-١١, P. ١٦

وبالنظر للعناصر القانونية السابقة، فقد تتوافر الصفة الدولية للعقد باجتماع عدة عناصر مرتبطة بأكثر من نظام قانوني، وقد يصبح العقد دولياً بالنظر لدخول عنصر أجنبي واحد في العقد، كاتحاد أطراف العقد في الجنسية مع إبرام او تنفيذ العقد في دولة أخرى<sup>(١)</sup>.

لذا فالعقد كوسيلة للتبادل التجاري الدولي يجب أن يرتبط بأنظمة قانونية مختلفة، كأن يكون أطرافه أو المتعاقدين من دول مغايرة أو ترسل البضائع محل تنفيذ العقد إلى دولة أخرى غير الدولة التي تم التسليم فيها، وقد تم النص على المعيار القانوني من خلال الاتفاقيات الدولية وإقراره<sup>(٢)</sup>.

وبالنظر لعقد المشاركة الزمنية، فتتوافر الصفة الدولية للعقد بناء على المعيار القانوني، إذا تعاقد شخص - وليكن مصري الجنسية - للانفتاح بوحدة سكنية كائنة في فرنسا، فيعد هذا المتعاقد أمام عقد دولي يثير مسألة تنازع القوانين .

#### ثالثاً: المعيار المزدوج:

يقوم المعيار المزدوج لتكييف دولية العقد، على الجمع بين المعيار القانوني والاقتصادي<sup>(٣)</sup>، لتداخل العلاقات الاقتصادية والقانونية في العقود الدولية، فإذا كان المعيار الاقتصادي يتعلق بحركة مد وجزر لرؤوس الأموال عبر حدود الدول، والمعيار القانوني يتعلق بارتباط العقد بأكثر من نظام قانوني واحد، فمن الجائز أن يتصل العقد

<sup>١</sup> - **KASSIS (A.)**, Le nouveau droit européen des contrats internationaux, paris, L.G.D.J, ١٩٩٣, P.٢٥, N.١٧.. **GOURION ( P. A.) et PEYRARD (G.)**, Droit du commerce international, P.١٥٢, N.١٤٨.

<sup>٢</sup> ومن أمثلة الاتفاقيات الدولية: اتفاقية لاهاي المبرمة في ٢٢ ديسمبر ١٩٨٦ بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع في مادتها الاولى، حيث نصت على أن " تحدد الاتفاقية الحالية القانون الواجب التطبيق على عقود بيع البضائع، عندما يكون للأطراف مؤسسات في دول مختلفة" واتفاقية فينا لعام ١٩٨٠، حيث نصت في المادة الاولى على أن " تطبق هذه الاتفاقية على عقود البيع المبرمة بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة"، كذلك اتفاقية روما المبرمة في ١٩ يونيو ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية .

<sup>٣</sup> **POMMIER (J. G.)**, principe d'autonomie et la loi du contrat en droit international privé conventionnel, paris, Economica , ١٩٩٢, P.١٤١, N.١٣٩.

الدولي باقتصاد أكثر من دولة مع تطبيق النصوص القانونية لأكثر من دولة على العقد.

وصورة ذلك في عقود المشاركة الزمنية كأن يبرم سائح فرنسي في مصر مع شركة سياحية مصرية لها فرع في لبنان، للتمتع بوحدة سكنية بنظام اقتسام الوقت تقع في مصر ولبنان، فهذا العقد يكون متصلًا بأكثر من نظام قانوني واحد، متمثل في القانون المصري والقانون الفرنسي، ومتعديًا لحدود اقتصاد الدولة الواحدة<sup>(١)</sup>.

وفى عقدنا، أن المعيار المزدوج ناتج من عمومية المعيار القانوني واحتوائه للمعيار الاقتصادي، وذلك بالنظر للعملية التعاقدية، فإن المعيار الاقتصادي يطفي للعقد الطابع الدولي من خلال عنصر وحيد متعلق بمكان تنفيذ العقد فقط، بيد أن المعيار القانوني يشمل كافة عناصر دولية العقد المتعلقة بالأطراف والمحل والسبب.

### الفرع الثاني

#### الطبيعة الدولية كصفة لعقد المشاركة الزمنية

بالنظر لعقد الانتفاع بوحدة سكنية بنظام اقتسام الوقت، يتضح أنه دولي في الغالب الأعم، حيث إن عناصر العلاقة التعاقدية - الأطراف المتداخلة في تنفيذ العقد - يكون احدهما أجنبيا عن الآخر، لدولية الشركات القائمة على شؤون إدارة القرى والمنتجعات بنظام المشاركة الزمنية، فهي شركات ذات نشاط عابر للحدود الدولية، أما بالنظر إلى الاستثمارات الداخلة في هذا المجال، فتعد استثمارات آتية من الخارج في العديد من الأحوال<sup>(٢)</sup>.

وبالنظر لمحل العقد - الوحدة السكنية ذاتها - فنظام التبادل الدولي للمدة الزمنية المخصصة لكل مستفيد، يستتبع تغيير الموقع الكائن به العقار ذاته، حيث يقوم السائح وفقًا للتبادل المخصص للوحدة السكنية بالتعاقد على الانتفاع بوحدة سكنية في دولة

<sup>١</sup> - وقد أخذت بالمعيار المختلط او المزدوج، اتفاقية فينا لعام ١٩٨٠ بشأن البيع الدولي للبضائع، حيث أعطت للعقد الوصف الدولي من خلال المعيار القانوني، واتصال العقد بأكثر من نظام قانوني، وكذلك الحال بالنسبة لاتفاقية لاهاي لعام ١٩٨٦ بشأن البيع الدولي للبضائع، حيث مزجت بين كل من المعيار الاقتصادي والقانوني في تحديد العقد الدولي.

<sup>٢</sup> - د/ احمد عبد الكريم سلامة، مرجع السابق، ص ١٥٧

معينة، ثم يتبادل الفترة الزمنية التي له على تلك الوحدة، بفترة مماثلة على وحدة سكنية في دولة مغايرة<sup>(١)</sup>.

وهذا ما تبناه القرار الوزاري الصادر من وزير السياحة المصرية رقم ١٥٠ لسنة ٢٠١٠، والمنظم لعقود المشاركة الزمنية، والذي بمقتضاه يحق للمنتفع بعد إخطار الشركة قبل حلول المدة بشهر، ترحيل الانتفاع إلى عام مقبل أو مبادلة المدة المحددة له مع منتفع آخر في ذات الوحدة أو في وحدة مماثلة في منشآت أخرى مستوفاة الشكل القانوني طبقاً لهذا القرار سواء داخل الجمهورية أو خارجها، بحسب الشروط والاوزاع المبينة بالعقد<sup>(٢)</sup>.

والمبادلة الدولية تتمثل في قيام المنتفع بقضاء عطلته أو إجازته في وحدة سكنية سياحية خاصة بمنتفع آخر، على أن يقوم الأخير بقضاء إجازته في الوحدة السكنية الخاصة بالمنتفع الأول، والعلة من هذه العملية تغيير المكان الذي يقضى فيه المنتفع إجازته أو عطلته السنوية، وإمكانية الاستفادة من قضاء عطلته في أكثر من دولة، وأصبح من المعتاد انضمام المنتفع في نظام المشاركة الزمنية لبورصات التبادل المحلية والدولية<sup>(٣)</sup> من أجل مبادلة حصته الزمنية على الوحدة العقارية السياحية مع

١ - والواقع العملي يدل ويبرهن على نظام التبادل système d'échange، فالعقد المبرم بين الشركة الدولية مصر للمشروعات السياحية والفندقية، بشأن شراء حصة بنظام المشاركة الزمنية في قرية (ريجينا) السياحية بالغردقة، ينص على أن "حيث إن قرية ريجينا السياحية بالغردقة منضمة مع شركة (آر. سي. أي) العالمية والتي تعتبر أقدم وأكبر شركة تبادل إجازات في العالم بنظام اقتسام الوقت والتي تضم اليوم أكثر من ١٨٠٠ قرية وفندق في جميع أنحاء العالم، فإن ملكية الحصص في قرية ريجينا السياحية بالغردقة تعطي لصاحبها حق اكتساب عضوية مع شركة (آر. سي. أي) العالمية، وبالتالي يحق له الاشتراك في نظام تبادل الإجازات عالمياً على مستوى ١٨٠٠ قرية وفندق في أنحاء العالم وعند التوقيع على هذا العقد تقوم شركة (إنار العالمية) بإجراءات اكتساب العضوية للطرف الثاني المشتري بعد سداد رسوم العضوية لشركة (آر. سي. أي).  
كذلك بالنسبة للقرية السياحية المرجان، والتي انضمت لنفس الشركة العالمية (آر. سي. أي) والتي تعطي الأولى للمستفيد في عقد المشاركة الزمنية والذي له حق انتفاع في القرى اكتساب عضوية الشركة الثانية (آر. سي. أي).

٢- انظر نص المادة (٢١) من القرار رقم ١٥٠ لسنة ٢٠١٠ منشور في الوقائع المصرية العدد ٩٨ (تابع) - السنة ١٨٣ هـ الخميس ١٥ جماد الاول سنة ١٤٣١ هـ، الموافق ٢٩ ابريل سنة ٢٠١٠ م

٣- من أهم المؤسسات والشركات المتخصصة في نظام تبادل الإجازات في العالم بنظام اقتسام الوقت، شركة (RCI) وهي شركة تبادل عالمية انشئت في عالم ١٩٧٤ فهي الرائدة عالمياً في نظام

وحدة أخرى في مشروع اقتسام وقت آخر داخل أو خارج الدولة, ويعد الانضمام الى هذه المؤسسات ضمانا لإمكانية إتمام التبادل بالمواصفات المقررة, والمتفق عليها في التعاقد.

وبالنظر لما سبق, يعد عقد المشاركة الزمنية في الغالب عقدا ذات طبيعة دولية , ويعد ذلك قاطعا في أن حل المنازعات التي تنشأ في هذا المجال هو من صميم اختصاصات القانون الدولي الخاص, ويثير مشاكله المتعلقة بتنازع الاختصاص القانوني.

---

تبادل العطلات, وأسست باسم منتج الوحدات السكنية الدولية, لتسهيل التبادل بين أصحاب الوحدات السكنية, فكان لها الفضل في انتشار نظام المشاركة الزمنية في أمريكا وأوروبا, وتم افتتاح أكثر من مكتب لها في معظم دول العالم في الفترة ما بين ١٩٧٤ - ٢٠٠٢ , وقد تم افتتاح مكاتب لها خارج الولايات المتحدة الأمريكية في عام ١٩٧٦ في المكسيك.

## الفصل الاول

### القانون الواجب التطبيق بشأن حماية المستهلك في نظام المشاركة الزمنية

تمهيد وتقسيم:-

ينبغي الاختصاص القانوني بشأن عقود المشاركة الزمنية بنظام اقتسام الوقت, وفقاً لضابط الإسناد المعروف فقهيًا وقضائيًا وتشريعيًا بقانون موقع المال *Lex Rei sitae* وتعتبر هذه القاعدة من القواعد الأساسية والرئيسية في القانون الدولي الخاص ومن أقدمها, باعتبار أن عقود المشاركة الزمنية واقتسام الوقت - أيا كانت صورتها - هدفها وجوهرها الانتفاع بوحدة سكنية لمدة زمنية معينة في اوقات الفراغ, وبالتالي فالمحل يرد على وحدة عقارية, أي يتعلق بعنصر المحل.

فبالنظر لتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة الخاصة الدولية, فيتعين بناء على ضابط الإسناد, وذلك انطلاقاً من العنصر المهيمن في العلاقة القانونية ذات الطابع الدولي الخاص, فمثلاً بالنسبة لضابط الإسناد الخاص بنظام الأشخاص يستمد من عنصر أطراف العلاقة القانونية باعتباره العنصر الغالب والرئيس في علاقات الأحوال الشخصية, وبالتالي ففي مسائل الأسرة وكافة المسائل المتعلقة بحالة الشخص من زواج وميراث ووصية يطبق عليها قانون جنسية الشخص او موطنه.

أما إذا كنا بصدد نظام الأحوال العينية أو الأموال فإن العنصر المهيمن في العلاقات القانونية يخرج من نطاق الأشخاص أو الأطراف وينتقل إلى نطاق المحل أو الموضوع, وباعتبار أن المعاملة القانونية موضوعها الأموال المادية, فيسري عليها قانون الدولة التي بها موقع هذه الأموال, وقد نص على ذلك المشرع المصري في المادة (١٨) من القانون المدني المصري, والتي تقضي بأن "يسرى على الحياة والملكية والحقوق العينية الأصلية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار, ويسرى بالنسبة إلى المنقول, قانون الجهة التي يوجد فيها المنقول وقت السبب الذي ترتب عليه كسب الحياة او الملكية او الحقوق العينية الأخرى او فقدها".

وإذا كانت القاعدة العامة, والتي نصت عليها أغلب النظم القانونية, على خضوع العقار لقانون موقعه, إلا أنه بخصوص نظام المشاركة الزمنية وباعتباره من طبيعة خاصة وذاتية, فقد تم التخفيف من حدة المبدأ والضابط السابق, والمتعلق بقانون موقع

العقار لصالح قانون الإرادة, باعتباره استثناء نظرًا لطبيعة العقد, وهذا ما نوضحه في إطار البحث, على النحو التالي :

**المبحث الاول:** القاعدة العامة خضوع الاختصاص لقانون موقع العقار.

**المبحث الثاني:** الخروج عن الأصل وتطبيق قانون الإرادة.

## المبحث الاول

### القاعدة العامة خضوع الاختصاص لقانون موقع العقار

تناولنا سابقاً، ضابط الإسناد الذي يرتكز على عنصر الموضوع، وبالتالي القاعدة العامة في عقود الانتفاع بوحدة سكنية بنظام اقتسام الوقت او المشاركة الزمنية، تنصّب على أموال مادية، أي: عقار، لذلك يطبق على العقد قانون العقار بصفة عامة، وبالتالي نتناول قاعدة اختصاص قانون موقع المال بشأن المنازعات المتعلقة به، وأساسه القائم عليه، ونطاق قانون موقع المال، والنظر في موقف النظم القانونية من المبدأ، ومدى سريان موقع العقار على العقود المتعلقة بهذا العقار.

## المطلب الاول

### تطبيق قاعدة قانون موقع المال

يتضح من نص المادة (١٨) مدني السابق الإشارة إليها، أن العقار يخضع لقانون موقعه، فيسرى على الحياة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص العقار، وتتكون هذه القاعدة من ثلاثة عناصر الفكرة المسندة والمتمثلة في العقار، وضابط الإسناد وهو موقع العقار، والقانون المسند إليه وهو قانون موقع العقار. ومن الثابت أننا بصدد نظام المشاركة الزمنية، والمتمثل في عقد بمقتضاه ينتفع شخص بوحدة سكنية بنظام اقتسام الوقت، فينصب العقد بصفة مطلقة على عقار، لذا فالقاعدة خضوع عقد المشاركة الزمنية لقانون موقع العقار.

## الفرع الاول

### قاعدة موقع المال وأساسها

من القواعد الثابتة خضوع الأموال المادية لقانون موقعها، وقد نادي بهذه القاعدة فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة، والفقهاء بارتول Bartole، وكذلك كل من الفقهاء، دار جنترية في القرن السادس عشر ووسع في نطاق تطبيق القاعدة، بحيث أخضع لها الأهلية اللازمة للتعاقد من قبل الأطراف وشكل العقد وشروطه الموضوعية، كذلك الفقيه مانشيبي، والفقيه سافيني savigny وانتهى إلى إخضاع المال المادي لقانون

موقعه، باعتبار هذا الموقع هو مركز العلاقة الذي انصرفت إرادة الأفراد للخضوع لقانونه<sup>(١)</sup>.

والمقصود بموقع المال في الحقيقة، قانون موقع الشيء باعتبار الشيء هو الموضوع او المحل الذي يرد عليه الحق المالي، إلا أنه قد شاع استخدام المال بديلاً عن الشيء، ولكن بالنظر للمفهوم الصحيح، يتعلق الأمر بالشيء محل الحق المالي وليس بالحق المالي ذاته<sup>(٢)</sup>، والشيء يتمثل في العقار، وكل ما يتعلق بحيازته، وما يترتب عليه من حقوق عينية<sup>(٣)</sup>.

بيد أنه فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على أسباب كسب الملكية وانتقالها للغير وانقضائها، نفرق بين فرضين الاول: إذا كان اكتساب الملكية بالحيازة او الالتصاق او الاستيلاء، فيخضع للقاعدة العامة والمتمثلة في قانون موقع العقار. ثانياً: إذا كان اكتساب الملكية يتمثل في الميراث أو الوصية أو الهبة، فلا يخضع لقانون موقع العقار، وإنما يخضع لقانون الجنسية، والعلة في ذلك اعتبار الميراث وغيره من المسائل الشخصية التي تخضع لقانون جنسية الشخص .

وفيما يتعلق بالعقد العقاري الوارد على عقار معين، والمتمثل في عقد الانتفاع بوحدة سكنية بنظام المشاركة الزمنية، فالقاعدة العامة في العقود تقضي بأن العقد يخضع لقانون إرادة المتعاقدين<sup>(٤)</sup>، ولكن كاستثناء من القاعدة السابقة، إذا كان العقد

<sup>١</sup> - د/ فؤاد عبد المنعم رياض، د/ سامية راشد، الوسيط في تنازع القوانين، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٨٤، ص ٣٦٨، ٣٦٩

<sup>٢</sup> - د/ اشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية بالقاهرة، الطبعة الاولى، ٢٠٠٩، ص ٤٠٣

<sup>٣</sup> - تتمثل الحقوق العينية، في حق الملكية والحقوق العينية الأخرى المتصلة بها، كحق الرقبة وغيرها، وبهذا يدخل في نطاق الأموال العقارية " بيان الأموال التي يجوز التعامل عليها وتحديد صفاتها . بيان أحكام الحيازة من حيث كسبها وانتقالها . بيان الحقوق العينية التي ترد على العقار، سواء كانت حقوقاً عينية أصلية او حقوقاً عينية تبعية، تتمثل في حق الرهن العقاري . بيان أسباب كسب الملكية والحقوق العينية الأخرى وانتقالها وانقضائها " ، انظر في ذلك، د/ محمد السيد عرفة ، القانون الدولي الخاص، دار الفكر والقانون بالمنصورة، ٢٠١٣، ص ٤٤٥، ٥٤٥

<sup>٤</sup> - وهذا مانص عليه المشرع المصري في المادة (١٩) من القانون المدني المصري على أن " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتخذوا موطناً، فإن اختلفا موطن سري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه".

سببا في اكتساب ملكية عقار , فإنه يخضع لقانون موقعه, وبالتالي فالقانون الأخير يحكم العقد المتعلق بالعقار من حيث الأثر العيني المتمثل في إنشاء أو نقل أو زوال حق من الحقوق العينية على هذا العقار, وكذلك الأثر الشخصي المترتب على هذا العقد.

وبالنظر لموقف النظم القانونية من قاعدة خضوع الأموال المادية لقانون موقعها, فقد استقرت معظم التشريعات المقارنة على ذلك, كالقانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧ (١) , والقانون الاسباني في المادة (١٠/١) مدني (٢), والقانون الدولي الخاص البولندي لعام ١٩٦٥ في المادة (٢٤) , والقانون المدني الفرنسي والبلجيكي في المادة (٢/٣) , والمادة (٢٣) من القانون الدولي الخاص التركي لعام ١٩٨٢ والتي تنص على " خضوع الملكية والحقوق العينية الأخرى الواردة على المنقول والعقار لقانون موقع هذه الأموال".

وبالنظر للقانون المصري, فقد سلك نفس مسلك القوانين السابقة, من خضوع الأموال لقانون موقعها, وفقا للمادة (١٨) مدني, والتي أخضعت الحياة والملكية والحقوق العينية الأخرى لقانون الموقع فيما يختص بالعقار (٣).

• وقد قيل بعدة تبريرات للأخذ بقاعدة خضوع الأموال المادية لقانون

موقعها :

١- تبرير يتعلق بسلامة المعاملات: إذ من السهل الرجوع لقانون الموقع للتحقق من صحة وجود الحق العيني لدى الشخص الذي يريد نقله إلى الغير, لأن إخضاع العقار لقانون موقعه, من شأنه تمكين الأفراد من معرفة حالة العقار, وما يرد عليه من

١- المادة (٩٩) من القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧ تنص على أن " يسري على الحقوق العينية قانون مكان موقع العقار"

٢- المادة (١٠/١) من القانون المدني الإسباني تنص على أن " يسري على الحياة والملكية وسائر الحقوق الأخرى على الأموال العقارية, وكذلك شهر تلك الحقوق, قانون مكان موقع تلك الأموال"

٣- أخذت العديد من التشريعات العربية لموقف المادة (١٨) من القانون المدني المصري ومنها, القانون المدني العراقي (م ٢٤) والمادة (١٩) من القانون المدني السوري, والمادة (٥١) من القانون الكويتي, والمادة (١٢/١١) من قانون المعاملات المدنية السوداني.

رهون , ويوفر الحماية الكافية للغير عن طريق إشهار الحقوق العينية الواردة على العقار<sup>(١)</sup>.

٢. حجة سياسية: وهي اعتبار العقار جزءًا من إقليم الدولة الذي يخضع ويرتبط به سيادتها, مما يحتم خضوع ما يتم من معاملات على العقار لقانون موقعه, إذ إن الدولة الواقع على إقليمها العقار تأبى سريان قانون دولة أخرى على عقار واقع بها , وإلا عد ذلك افتئاتًا على سيادتها.

٣. حجة اقتصادية: هي أن خضوع الأموال لقانون موقعها يتصل اتصالاً مباشرًا بالتنظيم الاقتصادي في الدولة والتعامل مع ثرواتها والقوانين التي تضعها, لذا ترمي لتحقيق الاستقرار والطمأنينة في المعاملات العقارية, وتوحيد المركز القانوني للحقوق التي ترد على العقارات<sup>(٢)</sup>.

٤. حجة قانونية: مفادها التلازم بين المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية, إذ إن القانون يجعل الاختصاص القضائي بالمنازعات المتعلقة بالعقار لمحكمة موقع العقار, ولا يتصور تطبيق المحكمة لقانون غير قانونها فيما يتعلق بالعقار.

## الفرع الثاني

### مجال تطبيق قاعدة موقع المال

يخضع لقانون موقع المال , اولاً, تحديد الأشياء التي يمكن أن تكون محلاً للحقوق المالية, والتي تدخل في دائرة التعامل , كذلك فإن قانون موقع المال وفقاً للرأي الغالب يتكفل بتحديد طبيعة الشيء من ناحية كونه عقاراً أم منقولاً<sup>(٣)</sup>.

ثانياً: بيان أحكام الحيازة من حيث كسبها وانتقالها وزوالها ووسائل حمايتها وآثارها, ومدى اعتبارها قرينة على الحق او فيما يتعلق بكسب الحق أو زواله أو إسقاطه أو فيما يتعلق بحق الحائز في الثمار<sup>(٤)</sup>.

<sup>١</sup> - د/ فؤاد عبد المنعم رياض, د/ سامية راشد, مرجع سابق, ص ٣٦٨

<sup>٢</sup> - د/ احمد عبد الكريم سلامة, الأصول في التنازع الدولي للقوانين, دار النهضة العربية بالقاهرة, ص ٩٧٣

<sup>٣</sup> - د/ أشرف وفا محمد, الوسيط في القانون الدولي الخاص, دار النهضة العربية بالقاهرة, الطبعة الاولى, ٢٠٠٩, ص ٤٠٤

ثالثا: تحديد وبيان الحقوق العينية التي ترد على العقار , وبيان ما إذا كانت هذه الحقوق واردة على سبيل الحصر أو على سبيل المثال, فيوضح قانون العقار نطاق كل منها, ففيما يخص الحقوق العينية الأصلية مثل حق الملكية, وما يخوله لصاحبه من سلطات ثلاث: كالتصرف والاستغلال والاستعمال, بحيث يحدد قانون موقع المال نطاق حق الملكية ذاته والقيود التي ترد عليه وطبيعتها.

كذلك يرجع لقانون العقار لتحديد الحقوق العينية التبعية التي يمكن ترتيبها على العقار, ويعد الهدف الاساسي من هذه الحقوق تأمين وضمان استيفاء الدائن لحقه لدى المدين, فتقسم لنوعين من حيث محلها, تأمينات عقارية, كالرهن الحيازي والرهن الرسمي وحق الامتياز وحق الاختصاص. أما بالنظر لمصدرها فتقسم لتأمينات اتفاقية (كالرهن الرسمي والحيازي), وتأمينات قضائية (كحق الاختصاص), وتأمينات قانونية (كحق الامتياز)<sup>(٢)</sup>, لذا يخضع لقانون موقع العقار كل ما يتعلق بتحديد هذه الحقوق وتعريفها, وكيفية إنشائها وآثارها, وطرق انقضائها ومدى حق الدائن عليها.

بيد أنه فيما يتعلق بالحقوق العينية التبعية, يشترط بعض الفقه<sup>(٣)</sup> لتقرير الحق العيني التبعية, أن يتم إقراره من قبل قانون موقع العقار بالإضافة لإقراره من قبل قانون آخر, ومثال لذلك حق امتياز الدائن على أموال مدينه, فيشترط لوجودها أن يقر الحق العيني التبعية كل من قانون موقع المال والقانون الذي يحكم العلاقة الأصلية.

رابعا: فيما يتعلق بأحكام الشهر والعلانية, سواء تعلق الأمر بحقوق عينية أصلية أو حقوق عينية تبعية, فإنها تستلزم عادة لنشأتها ونفاذها تجاه الغير اتخاذ بعض إجراءات الشهر والعلانية, وهذه الإجراءات لا تتم إلا في مكاتب الشهر العقاري التي تقع في دائرتها العقار محل التعامل القانوني من قبل الأطراف, لذا فقانون العقار يكون مختصا بحكم تلك الإجراءات.

خامسا: فلبين أسباب كسب وانتقال وانقضاء الحقوق العينية, نفرق بين فرضين, الاول: الاستيلاء والالتصاق والشفعة والتقدم والحيازة تخضع بشكل أساسي لقانون

<sup>١</sup> - د/ بدر الدين عبد المنعم شوقي, الوسيط في القانون الدولي الخاص المصري, الجزء الثاني, تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي, ١٩٩٣, ص ١٧٣

<sup>٢</sup> - د/ احمد عبد الكريم سلامة, مرجع سابق, ص ٩٧٩

<sup>٣</sup> - انظر في ذلك, د/ بدر الدين عبد المنعم شوقي, مرجع سابق, ص ١٧٥

موقع العقار. الفرض الثاني: فيما يتعلق ببعض مصادر الحق العيني الأخرى كالميراث والوصية فيخضعان لقانون جنسية المتوفي، ولا يخضعان لقانون موقع المال، سوى ترتيب الأثر الناقل للحق العيني كشهر الإرث وشهر الوصية<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثاني

#### مدى سريان قاعدة موقع المال على عقود المشاركة الزمنية

بخصوص العقد بصفة عامة، وباعتباره تصرفاً قانونياً، فيخضع للقاعدة العامة والأصل العام في العقود، والتي تحكم الالتزامات التعاقدية وفقاً للمادة (١/١٩) من القانون المدني، والتي جرى على أن " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتخذوا موطناً، فإن اختلفا موطناً سري قانون الدولة التي فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه". ويتضح من هذا النص أن المشرع المصري يتفق مع غالبية النظم القانونية على إخضاع العقد لقانون إرادة الأطراف، سواء الصريحة أو الضمنية .

غير أن المشرع المصري، فيما يتعلق بالعقد المتعلق بالعقار، قد اورد استثناء في غاية الأهمية، وفقاً للفقرة الثانية من المادة (١٩) إذ تنص على " أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار" وعلى هذا القبيل، فإن العقد المتعلق بالعقار يخرج بنص المشرع المصري من نطاق قانون الإرادة ويخضع لقانون الموقع.

وبذلك فقد فرق المشرع المصري بين فرضين ، الاول: اعتبار العقد تصرفاً قانونياً فيخضع لقانون الإرادة. والثاني: اعتبار العقد مصدرًا للحق العيني، بحيث يكون العقد هو الأثر في إنشاء الحق العيني او نقله أو زواله فيخضع لقانون الموقع<sup>(٢)</sup>.

١- د/ فؤاد عبد المنعم رياض، د/ سامية راشد، مرجع سابق، ص ٣٧٠

٢- د/ بدر الدين عبد المنعم شوقي، مرجع سابق، ص ١٧٥

وقد بررت المذكرة الإيضاحية بقولها، إن الإيجار يأتي في طليعة هذه العقود، بل هو أخص ما يتناوله النص، لأن حق المستأجر قد يشترط في شهره . إن جاوزت مدته حداً معيناً . بعض الأوضاع الخاصة بالحقوق العينية، ثم إن الحقوق التي تترتب على الإيجار لها أهمية عظيمة، وتتصل بالسياسة الاجتماعية في كل دولة.

ومع خضوع العقود المتعلقة بال عقار لقانون موقعه, فان مسألة أهلية الأطراف المتعاقدين لإبرام العقد تخرج عن نطاق قانون الموقع, إذ تظل خاضعة للقاعدة والأصل العام بشأن الأهلية, فتخضع للقانون الشخصي لكل طرف على حدة<sup>(١)</sup>.  
 أما فيما يتعلق بشكل العقد, فقد أراد المشرع المصري وفقاً للمادة (٢/١٩) تطبيق قانون العقار فيما يخص موضوع العقد, أما فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على شكل العقد, فقد اختلف الفقه<sup>(٢)</sup> بين تطبيق قانون موقع العقار على شكل العقد, وذلك باعتبار أن الشكل المتطلب في العقود العقارية غالباً لا يتم إلا على يد سلطة عامة, وهي سلطة الدولة الكائن بها العقار, بينما ذهب الجانب الآخر - والذي نؤيده - إلى تطبيق القاعدة العامة لشكل التصرفات القانونية الواردة في المادة (٢٠) من القانون المصري إذ يظل خاضعاً للقاعدة العامة بشأن الأشكال.

ويتضح مما سبق, استقرار غالبية النظم القانونية على تطبيق قانون موقع العقار على العقود التي أبرمت متعلقة بعقار<sup>(٣)</sup>, ولكن ما الموقف بالنسبة لعقود الانتفاع بوحدة سكنية بنظام اقتسام الوقت؟ هل تنطبق عليها ما سبق من أحكام؟ أي: تخضع للقانون العقاري؟ أم على العكس من ذلك, تطبق على مثل هذه العقود قانون مغاير مخالفاً لما استقرت عليه النظم القانونية من تطبيق قانون موقع المال؟  
 للإجابة على ذلك, لا بد من النظر والتمعن حول طبيعة عقود المشاركة الزمنية بنظام اقتسام الوقت, فنجدها تتميز بطبيعة خاصة تميزها عن أنواع العقود الأخرى المتعلقة بعقار, وبذلك يمكن الخروج عن قاعدة قانون موقع العقار فيما يخص عقود المشاركة الزمنية, على النحو التالي ووفقاً للمعطيات الآتية:

### أولاً: الطبيعة الخاصة لعقد الانتفاع بوحدة سكنية بنظام المشاركة الزمنية:

<sup>١</sup> - المادة (١١) من القانون المدني المصري  
<sup>٢</sup> - للنظر حول الاتجاهات الفقهية, انظر د/ اشرف وفا محمد, مرجع سابق, ص ٤٠٧, ٤٠٨  
<sup>٣</sup> - وتوافقت نص المادة (٢/١٩) مدني مصري مع غالبية القوانين المقارنة, فقد نصت المادة (١/٢٦) من القانون الدولي الخاص المجري لعام ١٩٧٩ على أن " يسرى على العقود المتعلقة بعقار قانون موقع العقار", والمادة (٢/٢٥) من القانون الدولي الخاص البولندي لعام ١٩٦٥, والمادة (١٠), (٢٠٥) من القانون المدني الاسباني المعدل لعام ١٩٧٤, والمادة (١/١١٩) من القانون الدولي الخاص السويسري الجديد

الطبيعة الذاتية لعقود المشاركة الزمنية تقتضي حلولاً تخرج عن القواعد العامة في تنازع الاختصاص القضائي , أي تخرج عن قانون موقع العقار , والبحث عن قانون آخر يتوافق ويتماشى مع الطبيعة الخاصة لمثل هذه العقود , فالعقود المبرمة وفق نظام المشاركة الزمنية تحيطها مجموعة من المعطيات , تجعل الالتزامات الواقعة على عاتق الشركة السياحية القائمة على إدارة المنتج أو استغلاله بتمكين المنتفع من استعمال الوحدة السياحية او السكنية واستغلالها , أكثر أهمية من العنصر العقاري لتلك الوحدة<sup>(١)</sup>.

وبالنظر لخضوع عقد المشاركة الزمنية لقانون موقع العقار , وتصنيف هذا العقد على أساس تعلقه بعقار , وبكونه يرتب مجموعة من الحقوق والالتزامات العينية , قول غير صحيح ويعتريه الصواب , فبالنظر للحق العيني بصفة عامة يتضح أنه استثنائاً شخص بشيء أو بقيمة مالية استثنائاً يحميه القانون , أو هو وفقاً للتعريف التقليدي للحق العيني , سلطة كلية او جزئية لشخص على شيء معين يستعملها مباشرة دون وسيط , فهو سلطة وليست علاقة , وتكون هذه السلطة كلية , حيث تتيح للمستفيد كل سلطات الملكية من استعمال واستغلال وتصرف , بحيث لا يحتاج في سبيل أعمال حقه والتمتع بسلطاته على الشيء إلى تدخل من جانب شخص آخر<sup>(٢)</sup>.

وبالتالي فمحل الحق العيني شيء من الأشياء يكون مضمونه تسلطاً على هذا الشيء , وأن التمتع بالسلطة المطلقة للحق العيني وممارسة الشخص لسلطاته عليه يتحقق مباشرة ودون تدخل من جانب أحد غير صاحب الحق , لوقوع هذه السلطات والمتمثلة في التخصيص والاستئثار والدوام رأساً ودون واسطة على الشيء محل الحق , وبذلك يكون الحق العيني حقاً مطلقاً , وهذه السلطة او الحق المطلق للحق العيني تتضاءل بشأن عقود الانتفاع بوحدة سكنية بنظام اقتسام الوقت , وذلك للأسباب الآتية:

<sup>١</sup> - د/ جمال محمود الكردي , مدى ملاءمة قواعد الاختصاص القضائي الدولي التقليدي لمنازعات الحياة العصرية , دار النهضة العربية بالقاهرة , الطبعة الأولى , ٢٠٠٥ , ص ١٥٧

<sup>٢</sup> - د/ حسن كيرة , الموجز في أحكام القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها) , منشأة المعارف بالإسكندرية , الطبعة الثالثة , ١٩٩٤ , ص ١٢ , د/ إبراهيم أبو النجا , الحقوق العينية الأصلية في القانون الليبي , دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية , الطبعة الأولى , ١٩٩٧ , ص ٩

١. يتضاءل الحق العيني في عقود المشاركة الزمنية , وذلك راجع لطابع التأقيت في استعمال الوحدة السكنية بنظام اقتسام الوقت, من ناحيتين, الاولى: ينتج عن نظام المشاركة الزمنية للمنتفع أن يشتري حصة له في وحدة سكنية ويشرك أشخاص آخرون معه في باقي الحصص, على أن يتقاسموا الوحدة السكنية بينهم, ويستفيد كل الأشخاص من هذه الوحدة فترة من الزمن لقضاء إجازتهم<sup>(١)</sup>. الناحية الثانية: تظهر في نظام التبادل للوحدة السكنية الفندقية المعروف في هذا النظام, حيث يمكن للشخص أو المستفيد أن يشتري حصة له في وحدة سكنية او حق انتفاع ويشرك آخريين معه عن طريق التبادل للوحدة, فيجوز للمستفيد تبديل وحدته السكنية بوحدة سكنية أخرى لمستفيد مغاير سواء في نفس الدولة او في دولة أخرى .

٢- الطابع العيني العقاري يتضاءل أمام اعتبارات وعناصر أخرى ذات أهمية قصوى, تتمثل في درجة ومستوى تجهيز الوحدة السكنية, والفترة الزمنية التي تقع خلالها الاستفادة من الوحدة السكنية, ومدى الخدمات التي يتحصل عليها المستفيد من الوحدة والرفاهية العائدة عليه<sup>(٢)</sup>.

<sup>١</sup> - د/ سمير كامل , النظام القانوني لحق المستفيد من المشاركة بالوقت, دار النهضة العربية بالقاهرة, ١٩٩١, ص ٥

<sup>٢</sup> - وهذا السبب الذي جعل اعتبار عقد المشاركة الزمنية من العقود غير اللازمة من جانب المنتفع, بمعنى: أنه يحق للمنتفع خلال مدة زمنية معينة من إبرام العقد الرجوع فيه بإرادته المنفردة, وذلك لسببين, يتمثل الاول في العديد من العوامل المؤثرة على رضاء المنتفع وتدفعه للتعاقد, مثل حاجة المنتفع إلى الوحدة السكنية السياحية لقضاء إجازته او عطلته بتكلفة معقولة. الأمر الثاني, العوامل التي تؤدي إلى تنامي مصادر الخطورة في مثل هذه العقود من حادثة عقود تقسيم الوقت وخبرة المستغل القانونية التي تفوق خبرة المنتفع بالعديد من المراحل.

لذلك فقد نصت أغلب التشريعات على اعتبار عقد المشاركة الزمنية غير لازم للمنتفع, ومنها المادة (٦٩ - ١٢١ L) من قانون المشاركة بالوقت الفرنسي رقم ٨٨٨ / ٢٠٠٩ لعام ٢٠٠٩ على أن ( تمنح للمستهلك فترة أربعة عشر يوما للانسحاب من العقود المشار إليها في المواد ٦٠ - ١٢١ L و ٦١ - ١٢١ L, ودون إبداء أي سبب , ولديه هذا الحق من يوم إبرام العقد او من تاريخ استلام نسخه, إذا كان الاستلام بعد إبرام العقد ) مستجيباً للتوجيه الاوربي رقم ١٢٢ / ٢٠٠٨ EC والذي نص في المادة (١/٦) على أنه ( ضمان أن يتم إعطاء المستهلك فترة ١٤ يوما للانسحاب من عقود المشاركة بالوقت).

لمزيد من التفاصيل حول عدم لزوم عقد المشاركة الزمنية في القوانين المقارنة انظر :

**Christophe Jamin, LE PAPPROCHEMENT DU DROIT EUROPEEN DES CONTRATS, Promotion ٢٠٠٠- ٢٠٠٣, P.١٧**

٣- عقود المشاركة الزمنية أشبه بعقود الفندقية أو الإيجار المفروش، يتضاءل بشأنها الحق العيني، حيث إن حق الانتفاع لا يتماشى من الناحية الفنية مع فكرة الإيجار، فالمستأجر لا يثبت له حق الانتفاع بالسكنى على سبيل الدوام، وإنما لمدة محددة مسبقاً لذا ففكرة الإيجار تعد من الحقوق الشخصية وليست العينية، حيث يحق للمستفيد أن يتنازل عن الوحدة للغير أو يقوم بتبديلها، أو يدعو أشخاصاً آخرين للإقامة معه خلال الفترة الزمنية المحددة<sup>(١)</sup>.

٤- في نظام المشاركة الزمنية، وعلى اعتبار أنه حق عيني نابع من استئثار شخص بقيمة مالية، فيستتبع ذلك إمكانية صاحب الحق في المطالبة بفرز وتجنيب حصته الشائعة، وذلك لاعتبار الملكية هي أساس الحقوق العينية الأصلية، ومن الدعامات الرئيسة التي تقوم عليها بناء المجتمع الاقتصادي، أما أساس نظام المشاركة الزمنية، فإن الشخص يكون منتفعاً بوحدة سكنية على الشيوع، ولا يجوز له على خلاف الأصل العام في الحقوق العينية أن يطالب بفرز وتجنيب حصته عن باقي المستفيدين معه أو حتى تحديد وحدة معينة للانتفاع بها.

وهذا ما نصت عليه أحد عقود بيع حق الانتفاع بوحدة سكنية بنظام اقتسام الوقت " باعتبار أن القرية السياحية المرجان مشروعاً متكاملًا وغير قابل للتجزئة بحسب الغرض الذي أعد من أجله، فإن الطرف الثاني يتعهد بالإبقاء على حالة الشيوع ويتعهد بعدم المطالبة بفرز أو تجنيب الحصة المخصصة له في المشروع، أو تحديد وحدة معينة للإقامة بها أثناء إجازته، كما يتعهد بقضاء الفترة الزمنية التي اشتراها فقط، وأن يصطحب معه عددًا من الأشخاص المذكورين في العقد، وعليه أن يحجز مسبقاً لدى المالك المدة التي حددت له ويريد قضاءها في قرية المرجان"<sup>(٢)</sup>.

مما سبق يتضح أن حق المستفيد على الوحدة السكنية، حق ذات طابع خاص، يتضاءل أمامه الحق العيني العقاري، ويتقارب إلى حد ما للحق الشخصي، والذي لا ينصب على شيء معين من أشياء المدين، بل يرد على مجرد عمل إيجابي أو سلبي يلتزم بأدائه المدين، والمتمثل في قيام الشركة القائمة على إدارة الوحدة السكنية بنظام

<sup>١</sup> د/ احمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ١٥١

<sup>٢</sup> البند (١١) من العقد المبرم بين الشركة الدولية للاستثمار والتعمير وواحد المستفيدين.

اقتسام الوقت بتمكين المستفيد من الانتفاع بالوحدة السكنية محل العقد, ويكون الوفاء به مضموناً بالجانب الايجابي من ذمة المدين.

### ثانياً: الحد من نطاق تطبيق قانون موقع العقار:

اتجهت النظم القانونية الدولية والداخلية إلى الحد من نطاق تطبيق قانون موقع المال وقصره على الأثر العيني المتمثل في نقل الملكية فقط, أما تكوين وآثار وانقضاء العقد العقاري, فيخضع للقاعدة العامة في العقود والمتمثلة في تطبيق قانون الإرادة. وبالنظر لموقف النظم القانونية, نجد اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية بين دول الاتحاد الاوربي, قد نصت على تطبيق قانون الإرادة بكونه الحاكم للعقد, فنصت المادة (١/٣) على أنه " يحكم العقد القانون المختار من قبل الأطراف" أي: اعتدت الاتفاقية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بإرادة الأطراف المتعاقدين, سواء كانت الإرادة صريحة أو ضمنية<sup>(١)</sup>, غير أن هذه الاتفاقية جاءت بحكم عام في حالة عدم الكشف عن إرادة الأطراف, وذلك في المادة (٤), نجد البند (١) ينص على أن " يحكم العقد قانون الدولة التي يكون له بها أكثر الروابط وثوقاً في الحدود التي لم يختار فيها القانون واجب التطبيق على العقد طبقاً للمادة (٣) " والبند (٣) نص على أنه " بالنسبة للعقد الذي يكون موضوعه حق عيني عقاري او حق استعمال عقاري, فيفترض أن العقد يكون له أكثر الروابط وثوقاً بدولة موقع العقار", ويتضح من موقف الاتفاقية أنها

<sup>١</sup> - Convention de Rome de ١٩٨٠ sur la loi applicable aux obligations contractuelles

Article ٣ Liberté de choix "١. Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat".

اعتدت بقانون الإرادة وجعلته مبدأ عامًا وشاملاً على جميع العقود حتى ما كان منها متعلقاً بعقار، وهذا ما نصت عليه المادة (٤) في البند (٥) من الاتفاقية<sup>(١)</sup>.  
وبالنظر لموقف التشريعات القانونية المقارنة، نجد أنها سلكت نفس النهج، في التضييق من مجال قانون العقار، والتوسع في إعطاء الاختصاص لقانون الإرادة، فنجد القانون الدولي الخاص الألماني لعام ١٩٨٦، جعل الأصل والمبدأ العام بخصوص العقود المتعلقة بعقار تطبيق قانون الإرادة إن وجد اتفاق من الأطراف، فإن لم يوجد يأت دور قانون الموقع، وهذا جاء صريحاً في نص المادة (٢٧) البند (١) على أنه " يخضع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف"، ثم جاءت المادة (٢٨) البند (١) على أنه في حالة غياب الاختيار من قبل الأطراف يكون، واجب التطبيق قانون الدولة التي يكون للعقد معها أكثر الروابط وثوقاً، وهذا نفس الحكم في البند (٣) في شأن العقود العقارية المتعلقة بقانون موقع العقار<sup>(٢)</sup>.

القانون الدولي الخاص الإسباني لعام ١٩٧٤ جاء بنص عام، يقرر أعمال وتطبيق قانون الإرادة على العقود المتعلقة بعقار، بحيث يكون لقانون الإرادة الأسبقية والاولوية على قانون موقع العقار، حيث نصت المادة (١٠) على الآتي:

" ١. تخضع العقود الدولية للقانون الذي يختاره الأطراف.

٢- يحكم العقود الواردة على أموال عقارية وعند انعدم الخضوع الصريح

قانون موقعها. "

<sup>١</sup> - Article ٤ Loi applicable à défaut de choix :

١. Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article ٣, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Toutefois, 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 application, à titre exceptionnel, à cette partie du contrat de la loi de cet autre pays....."

<http://eur-lex.europa.eu>

Rev. crit, ١٩٨٧, P. ١٧١ ets

<sup>٢</sup> - نصوص هذا القانون منشور

القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧ حيث نصت المادة (١١٩) في الفقرة الاولى على أن " يحكم العقود المتعلقة بالعقارات او باستعمالها قانون مكان موقعها" ثم جاءت الفقرة الثانية من المادة على تطبيق قانون الإرادة, بحيث نصت على أن " يكون مقبولاً اختيار القانون واجب التطبيق عليها" ويتضح من نص الفقرة السابقة أنه جعل الأصل تطبيق قانون الإرادة على العقود المتعلقة بعقار, ففي حالة تعذر الكشف عن إرادة الأطراف تجاه القانون واجب التطبيق يفسح المجال لتطبيق قانون الموقع<sup>(١)</sup>.

القانون الدولي الخاص الروماني لعام ١٩٩٢, نصت المادة (٧٣) على أن " يخضع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف باتفاق مشترك", وقد أضافت المادة (٧٧) منه على أن " عند غياب القانون المختار طبقاً للمادة ٧٣ يخضع العقد لقانون الدولة التي يكون له بها أكثر الروابط وثوقاً..... ويكون للعقد المتعلق بحق عقاري أو حق الانتفاع المؤقت على عقار أكثر الروابط وثوقاً مع قانون الدولة التي يقع فيها هذا العقار".

نص المادة (٣٠) من القانون الدولي الخاص الفنزويلي لعام ١٩٩٨ تنص على أن " عند انعدام التحديد الإرادي لقانون العقد, فإنه يجب تطبيق القانون الذي ترتبط به الالتزامات التعاقدية باوثق الروابط" وهذا النص جاء عامًا بحيث تمتد أحكامه للعقود العقارية<sup>(٢)</sup>.

وبالنظر لموقف القوانين العربية نجد المادة (٦٣) من القانون الدولي الخاص التونسي لعام ١٩٩٨ نصت على أنه " عند انعدام تحديد الأطراف للقانون الواجب التطبيق, فإن العقود المتعلقة باستغلال العقارات يحكمها من ناحية الشكل والموضوع, قانون مكان موقع العقار"<sup>(٣)</sup>.

Rev. crit, ١٩٨٨, P.٤٠٩ ets

<sup>١</sup>- نصوص هذا القانون منشورة

Rev. crit, ١٩٩٩, P.٣٩٢ ets

<sup>٢</sup>- نصوص هذا القانون منشورة

Rev. crit, ١٩٩٩, P.٣٨٢ ets

<sup>٣</sup>- نصوص هذا القانون منشورة

### ثالثاً: صعوبة التحديد المكاني والزمني للوحدة محل حق الانتفاع سبب رئيس

#### لاستبعاد القانون العقاري:

العلة من اختصاص قانون موقع العقار Lex rie sitae , تتمثل في اعتبار متعلق بسيادة الدولة والنظر إلى ولاية قانونها باعتباره أحد مظاهر هذه السيادة, واستخدام ذات الفكرة في المجال الدولي, وبما يعني اختصاص قانون موقع المال بالمنازعات ذات العنصر الأجنبي التي يقوم بينها وبين إقليم الدولة ارتباط معين, بحيث يشفع هذا الارتباط للقول بثبوت الاختصاص لقانون هذه الدولة باعتباره أكثر ملاءمة من غيره<sup>(١)</sup>, ولكن بالنظر للطبيعة الذاتية والخاصة لعقود المشاركة الزمنية فإن الاعتبارات السابقة لتطبيق قانون موقع العقار ليس بذى معنى.

#### رابعاً: اعتبار عقد المشاركة الزمنية, عقد استهلاك وإذعان:

بيننا أنفاً, أن هذه العقود تهدف بصفة أساسية إلى حماية المنتفع باعتباره مستهلكاً أولى بالرعاية, وفي نهاية المطاف يتعلق الأمر بدعوى مستهلك وليس بدعوى عقارية بالمعنى الفني الدقيق, والثابت في المسائل المتعلقة بالاستهلاك, تطبيق قانون مغاير للقانون العقاري , وذلك لحماية المستهلك المنتفع<sup>(٢)</sup>.

وانطلاقاً من هذه الاعتبارات المتعلقة بعدم ملاءمة تطبيق قانون موقع المال على ما يحدث من منازعات متعلقة بعقود الانتفاع بوحدة سكنية بنظام اقتسام الوقت, فنحاول البحث عن قانون مغاير للقانون العقاري يتوافق مع طبيعة هذه العقود.

<sup>١</sup> - د/ احمد قسمت الجداوى, دراسات في القانون الدولي الخاص, الاختصاص القضائي الدولي والجنسية, القاهرة, ١٩٨٦, ص ١١٦

<sup>٢</sup> د/ جمال محمود الكردي, مرجع سابق, ص ١٥٨

## المبحث الثاني

### الخروج عن الأصل وتطبيق قانون الإرادة

تمهيد: نتعرض في هذا المبحث لبيان مدى إمكانية خضوع عقود الانتفاع بوحدة سكنية بنظام اقتسام الوقت للقانون الذي يتم اختياره من قبل الأطراف , حيث يعد مبدأ سلطان الإرادة المهيمن منذ القدم على العقود الدولية باعتباره امتداداً طبيعياً لمبدأ العقد شرعية المتعاقدين.

وبموجب مبدأ سلطان الإرادة, تستطيع الأطراف تحديد القانون الذي يلبي كافة احتياجاتهم وتوقعاتهم, وعقد المشاركة الزمنية كغيره من العقود يخضع للقانون الذي يختاره أطراف العقد سواء كان الاختيار صريحاً او ضمنياً. وعلى الرغم من تحقيق قانون الإرادة للعديد من المزايا لأطراف العلاقة التعاقدية , إلا أنه يعترضه بعض اوجه القصور والمسالب التي تظهر عند تطبيقه.

لذا يتطلب إجراء تقسيم ثنائي للمبحث, نخصص في الاول , لتحديد مضمون مبدأ سلطان الإرادة, وكيفية اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق, ثم نلحق ذلك بمطلب ثانٍ , نعرض فيه لتقييم قانون الإرادة وفقاً لعقود تقسيم الوقت, وعرض النظريات الفقهية التي تناولت قانون الإرادة.

**المطلب الاول:** منح الأطراف الحق في اختيار القانون واجب التطبيق في نظام المشاركة الزمنية.

**المطلب الثاني:** تقييم قانون الإرادة في نظام المشاركة الزمنية.

### المطلب الاول

**منح الأطراف الحق في اختيار القانون واجب التطبيق في نظام المشاركة**

### الزمنية

نتعرض في هذا الشأن لمبدأ سلطان الإرادة, الذي يسند إليه حق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق , ثم لكيفية اختيار الأطراف المتعاقدة للقانون الواجب التطبيق سواء بالاختيار الصريح او الضمني.

## الفرع الاول

### ماهية مبدأ سلطان الإرادة

لتحديد مبدأ سلطان الإرادة، لابد من التعرض لمضمونه وموقف النظم القانونية المختلفة من المبدأ، ومبرراته.

#### اولاً: مضمون المبدأ وتقنيته في النظم القانونية :

مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الذي يربط هؤلاء الأطراف في القانون الدولي الخاص، يقابله في القانون الداخلي مبدأ الحرية التعاقدية، وهذا ما استقرت عليه مختلف النظم القانونية، ويعني أنه كما للأطراف الحق في الأنظمة الداخلية في ممارسة إرادتهم لإنشاء مراكز قانونية فإن لهم نفس الحق في العقود الدولية لاختيار القانون الذي يحكم تصرفاتهم الإرادية<sup>(١)</sup>.

بمعنى: أن كون تعلق العقد بأكثر من دولة لا يؤدي لفرغ تشريعي، بل على العكس من ذلك، يجب أن يخضع هذا العقد لقانون معين يمنحه قوة الإلزام ويرتب له آثاره، لذا فمن غير المنطقي وجود أي عقد أو اتفاق له قوة إلزام ذاتية، على أن يكون النظام القانوني من اختيار الأطراف المتعاقدة، وهذا ما يعرف بمبدأ سلطان الإرادة.

وفكرة خضوع العقد ذات العنصر الأجنبي لقانون الإرادة فكرة قديمة قدم العلاقات الدولية ولها أصول تاريخية، فقد ظل العقد الدولي لفترة طويلة من الزمن خاضعاً من حيث الشكل والموضوع لقانون مكان إبرام العقد، وكان اختصاص القانون الأخير اختصاصاً قاصراً، قوامه فكرة الإقليمية التي كانت سائدة في مجال الالتزامات التعاقدية آن ذاك، ولكن مع تطور العلاقات ذات الطابع الدولي الخاص، والتي يقوم بها الأشخاص من إبرام العديد من العقود، نتج عن ذلك، تخلص العقد من فكرة الإقليمية، مستنداً إلى إبراز وتأصيل دور الإرادة في العقد، وأن هذه الإرادة المكفولة بتحديد القانون الذي يخضع له العقد، طالما أن الإرادة هي التي تنشئ العقد ابتداءً<sup>(٢)</sup>

<sup>١</sup> - Bernard Audit, droit international privé, ٢ em ed económica, ١٩٩٧, P.٦٥٥

<sup>٢</sup> - للنظر حول التطور التاريخي لمبدأ الإرادة ودورها في تحديد القانون الواجب التطبيق، انظر إلى:

وقد ظلت فكرة خضوع العقد ذات الطابع الدولي للقانون الذي يختاره الأطراف لمحض إرادتهم محل جدل فقهي، إلى أن قررته محكمة النقض الفرنسية بحكمها الصادر في ٥ ديسمبر ١٩١٠ والذي جاء فيه " أن العقد يخضع من حيث تكوينه وآثاره للقانون المختار بواسطة الأطراف".

وكان هذا الحكم الاول من نوعه المؤكد لحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقاتهم الخاصة الدولية، والذي تعلق بعقد نقل تم إبرامه بين ناقل كندي وشاحن أمريكي، اتفق من خلاله الطرفان على تطبيق القانون الأمريكي، بالإضافة لإدراج بند في العقد مقتضاه يعني الناقل من المسؤولية عند تلف البضاعة، وقد أقرت محكمة النقض مبدأ مقتضاه " أن القانون الواجب التطبيق على العقود، سواء فيما يتعلق بتكوينها أو آثارها أو شروطها، هو القانون الذي تبناه الأطراف، وإذا كان العقد مبرماً بين أشخاص من جنسيات مختلفة، فيجب تطبيق قانون مكان الإبرام، ما لم يكن الأطراف قد أعلنوا عن إرادة مختلفة ومخالفة لذلك، وقد يكون الإعلان عن الإرادة صريحاً أو ضمناً يستفاد من نصوص العقد"<sup>(١)</sup>.

وقد توالى بعد ذلك الأحكام تؤكد على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، فقد تأثرت محكمة النقض البلجيكية في حكمها الصادر في ٢٤ فبراير ١٩٣٨ بالحكم السابق الصادر من محكمة النقض الفرنسية، والذي جاء فيه " إن القانون الواجب التطبيق على العقد سواء من حيث تكوينه أو من حيث شروطه وآثاره، هو ذلك القانون الذي يختاره الأطراف"<sup>(٢)</sup>.

**BATIFFOL (H.), et LAGARDE (P.)**, Traité de droit international privé, tom ١, ٨ éd, paris, L.G.D.J, ١٩٩٣, P.٤٦٨ ets. . **MAYER (P.)**, Droit international privé, ٦ éd, paris, montchestien, ١٩٩٨, P.١٤ ets, **JEAN - MICHEL JACQUET**, principe d'autonomie et contrats internationaux; Lyon, ١٩٨٣, P. ١٧ ets.

وفي الفقه المصري: د/ احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية بالقاهرة، ص ١٠٥٩، د/ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة الثامنة، ١٩٨٦، ص ٤١٨ وما بعدها.

<sup>١</sup> - الحكم منشور في: Rev. crit, ١٩١١, P.٩٣٥ ets.

<sup>٢</sup> - نص الحكم

ومما سبق وفي ضوء الخلفية التاريخية واستقرار أحكام القضاء, فإن مبدأ الإرادة ينحصر في إطار القانون الدولي الخاص على حرية الأفراد في ممارسة إرادتهم في شأن اختيار وتحديد القانون الواجب التطبيق على بعض العلاقات القانونية ذات الطبيعة الدولية, والحرية المشار إليها مشتقة من الثقة التي تمنحها المجموعة الدولية للفرد لمصلحة المجتمع, والتي تتم ممارستها في إطار فكرة النظام العام والقوانين الآمرة<sup>(١)</sup>.

وتجب التفرقة بين حرية الأطراف المتعاقدة في اختيار القانون الواجب التطبيق على تعاقدتهم, وسلطان الإرادة في تنظيم شروط العقد, حيث نكون في الحالة الأخيرة بعيداً عن مجال تنازع القوانين في العقد, إذ يفترض سبق حل مشكلة تنازع القوانين بتحديد القانون المختص<sup>(٢)</sup>.

وقد نص على قانون الإرادة معظم تشريعات دول العام مثل المادة (١١٦) من القانون الدولي الخاص السويسري الصادر في ١٨ ديسمبر ١٩٨٧<sup>(٣)</sup>, والمادة (٢٩) من القانون الدولي الخاص الفنزويلي الصادر في ٦ أغسطس ١٩٩٨<sup>(٤)</sup>, والمادة (١٦) من القانون الدولي الخاص النمساوي الصادر في ١٥ يونيو ١٩٧٨<sup>(٥)</sup>, والمادة

La loi applicable aux contrats, tant pour leur formation que pour leurs conditions et effets, est celle que les parties ont adopté. par, R.C.D.I, ١٩٣٨, P.٦٦١.

للمزيد من الأحكام انظر, د/ هشام احمد محمود عبد العال, عقد التأمين في إطار القانون الدولي الخاص, دار النهضة العربية بالقاهرة, ٢٠٠٠, ص ٨٣ وما بعدها.

١- Marcel caleb, Essais war le principe de autonomie de la volonté en droit international privé, these, strasbourg, ١٩٢٧, P.١٢٤.

٢- د/ منير عبد المجيد, تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية, منشأة المعارف بالإسكندرية, ص ٦٠

٣- نصوص هذا القانون منشورة Rev.crit, ١٩٨٨, P٤٠٩ ets

٤- نصوص هذا القانون منشورة Rev. crit, ١٩٩٩, P.٣٩٢ ets

٥- نصوص هذا القانون منشورة Rev. crit, ١٩٧٩, P.١٧٧ ets.

(٢٥) من القانون البولوني الصادر في ١٢ نوفمبر ١٩٦٥<sup>(١)</sup>، والمادة (٢٤) من القانون الدولي الخاص المجري لعام ١٩٧٩<sup>(٢)</sup>، والمادة (٢٤) من القانون الدولي الخاص التركي لعام ١٩٨٢<sup>(٣)</sup>، والمادة (٢٠٩٥) من القانون الدولي الخاص البيروني لعام ١٩٨٤<sup>(٤)</sup>، والمادة (١/٢٧) من القانون الدولي الخاص الألماني لعام ١٩٨٦<sup>(٥)</sup>. وبالنظر لموقف القوانين العربية، فقد نصت المادة (١/١٩) من القانون المدني على أنه "يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد بها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحد موطنًا، فإن اختلفا موطنًا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان، أو تبين من الظروف أن قانونًا آخر هو الذي يراد تطبيقه". ويتضح من موقف المشرع السابق أنه جعل الأصل لإرادة الأطراف في مجال القانون الواجب التطبيق، وقد سار على هذا القبيل المادة (٦٢) من القانون الدولي الخاص التونسي الصادر في ٢٧ نوفمبر ١٩٩٨.

بالإضافة لموقف النظم القانونية السابقة، فقد أقر قانون الإرادة معظم الاتفاقيات الدولية، منها المادة (١/٢) من اتفاقية لاهاي المبرمة في ١٥ يونيو ١٩٥٥ والتي تتعلق بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية و الأشياء المنقولة المادية، والتي تنص على أنه "يكون البيع محكومًا بالقانون الذي يختاره الأطراف، ويكون الاختيار صريحًا أو ناتجًا من نصوص العقد، والمادة (١/٣) من اتفاقية روما الصادرة في ١٩ يونيو ١٩٨٠ والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والتي تنص على أنه "يكون العقد محكومًا بالقانون المختار بواسطة الأطراف، وهذا الاختيار يكون

Rev. crit, ١٩٦٦, P.٣٢٣

<sup>١</sup>- نصوص هذا القانون منشورة  
ets

Rev. crit, ١٩٨٤, P.١٥٨ ets.

<sup>٢</sup>- نصوص هذا القانون منشورة

Rev. crit, ١٩٨٣, P.١٤١

<sup>٣</sup>- نصوص هذا القانون منشورة  
ets

Rev. crit, ١٩٨٦, P.١٩٢

<sup>٤</sup>- نصوص هذا القانون منشور  
ets

Rev. crit, ١٩٨٧, P.١٧١

<sup>٥</sup>- نصوص هذا القانون منشور  
ets

صريحًا أو ناتجًا من ظروف التعاقد" (١)، والمادة (١/٧) من اتفاقية لاهاي الصادرة في ٢٢ ديسمبر ١٩٨٦ والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع والتي تنص على أنه " يكون العقد محكومًا بالقانون الذي يختاره الأطراف، ويكون هذا الاختيار صريحًا أو ناتجًا من نصوص العقد وتصرفات الأطراف" (٢).

وبالنظر لموقف القضاء، فقد كان لمحكمة النقض الفرنسية الأسبقية في تأييد وتأكيد قانون الإرادة، بحكمها الصادر في ٥ ديسمبر ١٩١٠ في القضية الشهيرة American Trading والذي جاء فيه " أن العقد يخضع من حيث تكوينه وأثاره للقانون المختار بواسطة الأطراف" (٣) وقد اعتبر هذا الحكم القضائي بمثابة سابقة قضائية يحتذي بها القضاء في العديد من الدول الأوروبية، حيث ذهبت محكمة النقض البلجيكية إلى اعتناق نفس موقف محكمة النقض الفرنسية، من خلال حكمها الصادر في ٢٤ فبراير ١٩٣٨ والذي جاء فيه " إن القانون الواجب التطبيق على العقد سواء من حيث تكوينه أو من حيث شروطه وأثاره، هو ذلك القانون الذي يختاره الأطراف" (٤).

١- Rev. crit, ١٩٨٠, P.٨٧٥ ets

١- راجع نصوص الاتفاقية

٢- Convention du ٢٢ décembre ١٩٨٦ sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, Article ٧/١ "La vente est régie par la loi choisie par les parties. L'accord des parties sur ce choix doit être exprès ou résulter clairement des termes du contrat et du comportement des parties, envisagés dans leur ensemble. Ce choix peut porter sur une partie seulement du contrat".

<http://www.hcch.net>

٣- وقد كانت وقائع القضية تدور حول عقد نقل تم إبرامه بين شاحن أمريكي وناقل كندي اتفقا من خلاله على تطبيق القانون الأمريكي حال وجود خلاف ما، بالإضافة لإدراج شرط في العقد يتيح إعفاء الناقل من المسؤولية عن تلف البضاعة، وقد أقرت المحكمة مبدأ مقتضاه أن " القانون الواجب التطبيق على العقود، سواء فيما يتعلق بتكوينها أو أثارها أو شروطها، هو القانون الذي تبناه الأطراف"

Rev. crit, ١٩٩١, P.٩٣٥, clunet. ١٩١٢, P.١١٥٦, grands arrêts, N١١, P.٩٤.

٤- نص الحكم :

وقد توالفت بعد ذلك الأحكام القضائية التي تؤكد على دور الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق وإعلاء مبدأ سلطان الإرادة، من قبيل ذلك حكم الدائرة التجارية والمالية لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٩/١/١٩٨٦ والذي أخضعت فيه عقد الوكالة التجارية لإرادة الأطراف وتطبيق القانون الفرنسي

### ثانياً: مبررات مبدأ سلطان الإرادة:

يبرر مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم العديد من المبررات والأسباب، كالتوافق مع توقعات الأطراف المشروعة وتحقيق الأمان القانوني ومراعاة مصالح التجارة الدولية.

### ١. تحقيق الأمان القانوني والتوافق مع توقعات الأطراف:

يرى بعض الفقه (١) أنه إذا كان لدى أطراف العقد الدولي الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، فإن هذا الحق ليس مطلقاً، وإنما مقيداً بضرورة وجود صلة بين العقد وقانون الإرادة، بحيث لا يملك الأطراف اختياراً تحكيمياً للقانون، وقد تكون هذه الصلة بين القانون المختار والعقد قائمة على أساس جنسية المتعاقدين أو موطنهم، أو قانون دولة محل إبرام أو تنفيذ العقد.

ومثال لذلك إذا أراد مصري شراء حق انتفاع لوحدة سكنية بنظام اقتسام الوقت مقرها اليونان من شركة استثمارية مصرية، فلا يمكن للأطراف أن يخضعوا عقدهم على سبيل المثال للقانون الليبي أو الفرنسي، لأن هذين القانونين ليس لديهما أية علاقة أو صلة بموضوع العقد، لأن الإرادة تكمن في تركيز العقد في مكان معين، وإخضاع هذا العقد لقانون معين.

" La loi applicable aux contrats, tant pour leur formation que pour leurs conditions et effets, est celle que les parties ont adoptée " .

انظر في ذلك، د/ هشام احمد محمود عبد العال، عقد التأمين في إطار القانون.. (مرجع سابق)، ص ٨٣

١- **Batiffol (H.)**, conflit de lois en matière de contrats, P.٣٨. , **Batiffol (H.) et Lagarde (P.)**, traité de droit international privé, paris, ٧ em edition, T II, ١٩٣٨, P, ٢٧٢, N.٥٧٤.

بمعنى في حالة اختيار الأطراف المتعاقدين لقانون منبت الصلة عن العلاقة العقدية، فإن هذا الاختيار يكون عديم الجدوى، ويحق للقاضي المعروض عليه الأمر تجاهله وتطبيق قانون آخر يتوافق مع العلاقة ويتصل بها.

لذلك لا بد أن يختار الأطراف القانون الذي يتفق مع موضوع النزاع، ويؤدي بالتبعية إلى تلاؤم هذا القانون مع النتيجة التي يود الأطراف التوصل إليها، بشأن ذلك الاتفاق مع توقعاتهم المشروعة.

ويلاحظ أيضا، أن إعطاء الأطراف سلطة اختيار القانون، يحقق الأمان القانوني *Securité Juridique* للأطراف في العقد، ويكمن في إمكانية تنظيم أفعالهم بالنظر إلى القواعد القانونية الواجبة التطبيق على العلاقة المطروحة، بحيث يجب أن تتوفر لدى هذه الأطراف إمكانية معرفة أي قانون مطبق عليهم، لذا فاختيار الأطراف يحقق ميزتين: الأولى، اختيار قانون من قبلهم يحقق الآثار القانونية المرغوب تحقيقها. والميزة الثانية: تجنب عدم اليقين بشأن النظام القانوني المختص بحكم العلاقة التعاقدية<sup>(١)</sup>.

## ٢. مراعاة مصالح التجارة الدولية:

يقوم مبدأ سلطان الإرادة على مراعاة مصالح التجارة الدولية وتطويرها وتحقيق مصالحها، بالسماح لأطراف العقد الدولي باختيار قانون ينطبق على موضع النزاع، يتوافق مع احتياجات ومتطلبات التجارة الدولية، بحيث يعتبر قانون الإرادة بمثابة قانون نوعي يتفق مع نوعية المنازعات والعمليات المتعلقة بالتجارة الدولية.

وإذا نظرنا إلى القوانين المطبقة والناعبة من قواعد الإسناد الإقليمية التي تعتمد على الحلول العادية لتنازع القوانين، نجد أن قواعد الإسناد من البداية تقوم على منهج "أعمى" و "زائف" من حيث أساسه ونتيجته، فمن حيث أساسه، يفترض أن العلاقات الخاصة الدولية هي . وقبل كل شيء . علاقات قانون داخلي معكوسة على مسرح الحياة الدولية. ومن حيث النتيجة، يقوم على أعمال قواعد قانون دولة ما ليطبق على

<sup>١</sup> - انظر في ذلك للرسالة الدكتوراه المقدمة من الباحث / خالد عبد الفتاح محمد خليل، تحت عنوان حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مقدمة لكلية الحقوق جامعة حلوان، ٢٠٠٢، ص ٨٢

العلاقات والروابط الدولية<sup>(١)</sup>، وتبدو أن هذه القواعد غير متفقه مع منازعات التجارة الدولية.

لذا فإن مبدأ سلطان الإرادة يقوم بتطوير التجارة الدولية وتحقيق المصالح المنشودة للأطراف المتعاقدة، من خلال استبعاد القوانين النابعة من مبدأ التنزع، والتي قد تؤدي إلى إعاقة حركة التجارة الدولية، فالقوانين الأخيرة تصلح للعلاقات الداخلية وليست الدولية.

## الفرع الثاني

### كيفية اختيار القانون واجب التطبيق

يكون اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقود المشاركة الزمنية صريحاً أو ضمناً.

#### أولاً: الاختيار الصريح:

يقصد بالاختيار الصريح اتفاق الأطراف على إخضاع عقدهم لقانون معين، وبذلك يلتزم القاضي المعروض عليه النزاع بإعمال هذا الاختيار من قبل الأطراف، نزولاً على حكم المشرع الذي أعطاهم هذه الرخصة، وهنا يقع التزام على عاتق القاضي بتطبيق هذا القانون الذي وقع الاختيار عليه<sup>(٢)</sup>.

والملاحظ أن الأطراف وهم بصدد اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع، يختارون قانون الدولة الوطنية التابع لها أحدهم، أو يختارون قانوناً وطنياً لدولة ثالثة لا ينتمي إليها أطراف العقد، ويحدث ذلك عندما يكون لكل طرف متعاقد الخشية من تطبيق القانون الوطني للطرف الآخر، فيقومون باختيار قانون محايد بعيداً كل البعد عن قانونهم الوطني<sup>(٣)</sup>، أو قد يقوم الأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق من القواعد الموضوعية أو المادية التي استقرت في مجال معين.

١- د/ أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي التطبيق، بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية انتقادية، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٨٩، ص ٣٦ وما بعدها

٢- د/ عكاشة محمد عبد العال، القانون التجاري الدولي (العمليات المصرفية)، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، ٢٠١٣، ص ٤٠

٣- د/ اشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية بالقاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩، ص ٥٠٠

وفي هذا الصدد، يمكن لأطراف عقد المشاركة الزمنية، أن يختاروا القانون الواجب التطبيق على العقد، الذي تم إبرامه بين منتفع يحمل الجنسية المصرية وشركة استثمارية تملك القري السياحية تخضع للقانون اليوناني على سبيل المثال، فيحق للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق، سواء القانون المصري أو القانون اليوناني، أو قانون دولة ثالثة بعيداً عن القانونين السابقين، أو انتقاء القانون الواجب التطبيق من القواعد الموضوعية المطبقة على نظام اقتسام الوقت.

وبذلك اتجه بعض الفقهاء<sup>(١)</sup> إلى أن اختيار الأطراف المتعاقدة للقانون الواجب التطبيق، يقتصر على الإرادة الصريحة فقط دون الضمنية، حيث تؤدي الإرادة الضمنية إلى تحكم القاضي في تحديد مضمون العقد، وهذا ما يؤدي بالتبعية إلى نتيجة معكوسة تعصف باختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق، مما يخل بتوقعات الأطراف على غير ما قصدوه، ويكون الاختيار في نهاية المطاف بيد القاضي وليس بيد أطراف العقد الدولي، مما يستتبع اغتيال قاعدة الإسناد التي صاغها المشرع بيده، تحت ستار سلطة التفسير المتاحة من قبل القاضي، والذي هياً له المشرع ذلك<sup>(٢)</sup>.

وقد لاقى الاختيار الصريح من قبل الأطراف على تأكيد العديد من النظم القانونية، فالقانون الدولي الخاص التركي وفقاً للمادة (٢٤) منه تنص على أنه " تخضع الالتزامات التعاقدية للقانون الذي يوافق عليه الأطراف صراحة"<sup>(٣)</sup>، والمادة (١٠/٥) من القانون المدني الإسباني تنص على أنه " يكون اختيار الأطراف للقانون الذي يحكم عقدهم صريحا"، وكذلك بالنظر للمجتمع الدولي في دورة انعقاده بمدينة اوسلو ١٩٧٧ في المادة (١/٢) على ضرورة اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقدهم صراحة<sup>(٤)</sup>.

<sup>١</sup> - راجع في ذلك:

FRANCE DEBY - GERARD, le role de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux, paris ١٩٧٣, P.٢٦٠.

د/ هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ١٩٩٥، ص ٣١٩

<sup>٢</sup> - د/ عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٤٢

Rev. crit, ١٩٨٣, P.١٤١ ets

<sup>٣</sup> - نصوص هذا القانون منشورة

Rev. crit, ١٩٧٨, P.٢٢٤ ets

<sup>٤</sup> - نصوص هذا القانون منشورة

وعلى كل حال من الأحوال, لا بد أن يكون اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق اختياراً مبنياً على الصلة الجوهرية والوثيقة بين العقد والدولة التي اختير قانونها لحكم العقد, وأن يتم هذا الاختيار على نحو متوافق مع النظام العام, ولا ينطوي على غش قانوني<sup>(١)</sup>.

### ثانياً: الاختيار الضمني:

إذا قام الأطراف باختيار قانون معين ليطبق على العقد فلا مشكلة في الأمر, وإنما تظهر المشكلة حالة سكوت الأطراف عن تحديد واختيار القانون الواجب التطبيق, بحيث لا يعبر الأطراف صراحة عن اختيار القانون الواجب التطبيق, والذي يخضع له عقدهم.

ولا يعد عدم التحديد لقانون العقد من قبل المتعاقدين انتهاء لكل دور لهم في الاختيار, وإنما يتعين على القاضي المطروح عليه النزاع أن يبحث عن قانون معين لتنظيم العلاقة محل النزاع, من خلال الكشف عن نيتهم الضمنية التي تعبر عن رغبتهم في تطبيق قانون معين, وهنا نكون بصدد إرادة الأطراف الضمنية.

وقد أكدت العديد من التشريعات المقارنة على الإرادة الضمنية, حيث نصت المادة (١/٣٥) من القانون الدولي الخاص النمساوي على أن " تخضع الالتزامات للقانون الذي يعينه الأطراف صراحة أو ضمناً"<sup>(٢)</sup>, والمادة (٢/١١٦) من القانون الدولي الخاص السويسري, والتي تنص على أن " اختيار القانون إما أن يكون صريحاً أو مستخلصاً من نصوص العقد أو الظروف"<sup>(٣)</sup>, والمادة (١/٢٧) من القانون الدولي الخاص الألماني الصادر في ٣٠ يوليو ١٩٨٦, والتي تنص على أن " يكون العقد محكوماً بالقانون المختار بواسطة الأطراف, وهذا الاختيار يجب أن يكون صريحاً أو

<sup>١</sup> - د/ احمد عبد الكريم سلامة, الأصول في التنازع الدولي للقوانين, دار النهضة العربية بالقاهرة, ص ١٠٩٧

<sup>٢</sup> - Les obligations sont régies par droit que les parties désignent explicitement ou implicitement....

<sup>٣</sup> - Art ١١٦.٢ " L'élection de droit doit être expresse ou ressortir de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances..."

ناتجًا بشكل مؤكد من نصوص العقد أو ظروف التعاقد، وبموجب هذا الاختيار يمكن للأطراف تعيين القانون الواجب التطبيق على كل العقد أو جزء منه<sup>(١)</sup>.

وفيما يتعلق بالاتفاقيات الدولية فقد نصت المادة (٣) من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٥ بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنفولات المادية، والتي أكدت على ضرورة اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق صراحة، فإذا تعذر الاختيار الصريح، فإنه يمكن الاستدلال على الاختيار الضمني من نصوص العقد، بشرط أن يكون ناتجًا حتماً من هذه النصوص<sup>(٢)</sup>، وقد تبنت نفس الأمر اتفاقية روما لعام ١٩٨٠، والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، حيث نصت المادة (١/٣) على أنه " يكون اختيار القانون من قبل الأطراف صراحة، فإذا تعذر الاختيار الصريح يستشف الاختيار الضمني من بنود العقد أو من الظروف"<sup>(٣)</sup>.

وبالنظر لموقف النظم القانونية السابقة، يتضح أنها اشترطت مجموعة من القرائن الدالة على الاختيار الضمني، والتي من خلالها يمكن استخلاص النية الضمنية للأطراف حول تحديد القانون الواجب التطبيق، ومن هذه القرائن، قرائن مستوحاة من نصوص العقد ذاته، ومثال لذلك، إذا رجع الأطراف في تنظيم بنود عقدهم لعقد نموذجي معروف في فرنسا مثلاً، أو قرر الأطراف في عقدهم أنه يمكن تكملة بنود العقد بالرجوع لقانون دولة معينة، فهذا يدل على انصراف إرادة الأطراف لاختيار هذا

<sup>١</sup> - Art ٢٧/١ " Le contra test régi par la loi choisie par les parties. Ce choix droit etre exprés ou resulter de facon certaine des dispositions du contrat on des circonctances de la cause . par ce choix, les parties peuvent désigner la applicable à la totalité ou une partie seulement de leur contrat, Rev. Crit. ١٩٨٧, P١٧٠ .

<sup>٢</sup> اتفاقية لاهاي الصادرة في ١٥ يوليو ١٩٥٥

<sup>٣</sup> - Article ٣ Liberté de choix: " ١. Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprés ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat...."

القانون ليطبق على علاقتهم<sup>(١)</sup>، كذلك من القرائن تطبيق قانون القضاء المختص من قبل الأطراف<sup>(٢)</sup>، ومن القرائن أيضا مكان إبرام وتنفيذ العقد او الدفع بعملة دولة معينة او اختيار الأطراف المتعاقدين للغة معينة تحكم العقد، فالقاضي يقوم بتطبيق قانون مكان تنفيذ أو إبرام العقد أو قانون دولة العملة المختارة أو قانون دولة لغة العقد ضمنا، حينما يكتب العقد الدولي بلغة تختلف عن لغة الأطراف المتعاقدين<sup>(٣)</sup>، ونرى مع اتجاهيين فقهييين أن أعمال فكرة الإرادة الضمنية، عن طريق استخلاص القرائن والدلالات السابقة، يخضع للسلطة التقديرية للقاضي المعروض عليه الأمر، ولا يخضع لرقابة محكمة النقض طالما جاء استنتاج القاضي مبنياً على أسباب معقولة<sup>(٤)</sup>.

• موقف المشرع المصري من اختيار الأطراف:

بالنظر لموقف المشرع المصري من اختيار الأطراف المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق، فقد نصت المادة (١/١٩) مدني على أنه " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد بها الموطن المشترك للمتعاقدین إذا اتحدا موطنًا، فإن اختلفا موطنًا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان او تبين من الظروف أن قانونًا آخر هو الذي يراد تطبيقه".

يتضح من النص أن المشرع المصري أخذ بقاعدة مقتضاها أن الاختيار الصريح للأطراف هو المبدأ العام لتحديد القانون الواجب التطبيق، أما في حالة عدم النص صراحة من قبل الأطراف على إرادتهم الصريحة، فيتعين على القاضي ألا يرفض الفصل في النزاع أو يختصر الطريق ويطبق قانونه الوطني، وإنما يقع على عاتقه البحث والتحري عن الإرادة الضمنية للأطراف من خلال القرائن النابعة من ظروف وملابسات العقد.

<sup>١</sup> - د/ عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٤٨

<sup>٢</sup> - GUTMANN (D.), Droit international privé, paris, Dalloz, ١٩٩٩, P. ١٧٧, N. ٢٣٦.

<sup>٣</sup> - انظر في ذلك، د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩١، ص ٣٢٤

<sup>٤</sup> - د/ احمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ١١٠١

## المطلب الثاني

### تقييم قانون الإرادة في نظام المشاركة الزمنية

لتقدير مدى الاعتراف لإرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق ما بين الإطلاق والتقيد، لابد من التعرض لكل من النظرية الشخصية والموضوعية، والتي تحدد نطاق حرية المتعاقدين في عقد المشاركة الزمنية على اختيار القانون الواجب التطبيق في (الفرع الاول)، ثم على التوالي لتقييد نطاق الإرادة في نظام المشاركة الزمنية (الفرع الثاني).

### الفرع الاول

#### تقدير قانون الإرادة وفقاً للنظريات المختلفة

##### اولاً: النظرية الشخصية:

لتحديد نطاق إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق من خلال عرض للنظرية الشخصية، يستلزم الوقوف على مضمون النظرية ونتائجها، وأخيراً تقديرها.

##### أ- مضمون النظرية الشخصية ونتائجها:

تطلق النظرية الشخصية من منطلق أن أطراف العقد الدولي يتمتعون بحرية كاملة مطلقة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم الدولي، استناداً إلى أن الأمر يتعلق بتنظيم مصالحهم الخاصة والذاتية، لذا يجب أن يقف القانون بعيداً<sup>(١)</sup>، فقد قدست النظرية الشخصية مبدأ سلطان الإرادة، فالإرادة المشتركة للمتعاقدین مقدسة لا يجوز المساس بها، وهذه الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق لا تحتاج إلى قوة القانون، فالعقد ملزم في ذاته، وهو لا يستمد هذا الإلزام من القانون، وإنما من إرادة المتعاقدين ذاتهم<sup>(٢)</sup>.

وفي خصوص نظام المشاركة الزمنية - وفقاً للنظرية الشخصية - يحق للأطراف - سواء كان المنتفع بوحدة سكنية بنظام اقتسام الوقت، أو المستغل القائم على إدارة

<sup>١</sup> د/ احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي... (مرجع سابق)، ص ٢٧١

<sup>٢</sup> - د/ حسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠٠٤، ص ٢٣

القرى السياحية - الاتفاق على أي قانون ينطبق على موضوع العقد, سواء كان قانون أحد أطراف عقد تقسيم الوقت, أو قانون ثالث منبت الصلة نهائياً عن العقد.

كما يمكن للأطراف - علاوة على ما سبق - مخالفة واستبعاد القواعد الآمرة والمتعلقة بالنظام العام في القانون المختار بواسطتهم, وإمكانية تعديل هذا الاختيار للقانون من قبل أطراف العقد في أي وقت, بمعنى: أنه يمكن للأطراف تغيير القانون الواجب التطبيق في أي وقت.

وتتأسس النظرية الشخصية, على مبدأ مفاده: أن قاعدة قانون الإرادة من قواعد القانون الدولي الخاص الموضوعية أو المادية, والتي لها الأسبقية عن قواعد تنازع القوانين, لكونها قواعد مستقرة في القانون التجاري الدولي, لذا فحرية الأطراف المتعاقدين في اختيار القانون تعتبر من القواعد الموضوعية وليست قواعد تنازع القوانين أو الإسناد<sup>(١)</sup>.

ومن هنا فإن إرادة الأفراد في اختيار قانون بعينه لينطبق على عقدهم الدولي وليحكم الرابطة العقدية بينهم - سواء كان هذا الاختيار صريحاً أو ضمناً - تسمو فوق القانون ذاته<sup>(٢)</sup>.

وبالنسبة لموقف النظم القانونية من النظرية الشخصية, فقد نص عليها القانون الدولي الخاص السويسري الصادر عام ١٩٨٧ وفقاً للمادة (١/١١٦) على أنه " يخضع العقد للقانون المختار بواسطة الأطراف"<sup>٣</sup> والقانون المدني الألماني في أحكامه التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص لعام ١٩٨٦ وفقاً للمادة (١/٢٧) على أنه " يخضع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف"<sup>٤</sup>, وقد سار على نفس النهج القانون الدولي الخاص الإنجليزي والتركي.

<sup>١</sup> - **Deby Gerard**, le role de la règle de conflit dans le reglement des rapports internationaux, Dalloz, ١٩٧٣, N.٢٨٨, P.٢٣١.

<sup>٢</sup> **Deby Gerard**, Op.cit, N.٢٤٢, ٣٠٢.

<sup>٣</sup> - نصوص هذا القانون منشورة Rev. crit, ١٩٨٨, P.٤٠٩ ets.

<sup>٤</sup> - نصوص هذا القانون منشورة Rev. crit, ١٩٨٧, P.١٧١ ets.

وبالنسبة للاتفاقيات الدولية، فقد قننت النظرية الشخصية اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، والتي تنص المادة (٣) منها على أن " ١- يخضع العقد للقانون الذي اختاره الطرفان، ويمكن أن يكون هذا الاختيار صريحاً أو يجرى استنتاجه من أحكام العقد أو الظروف والملابسات، ويمكن للأطراف الاتفاق على سريان القانون المختار على كل أحكام العقد أو على جزء منه فقط.

٢- ويمكن الاتفاق، في أي وقت، على سريان قانون آخر غير القانون الذي سبق اختياره، سواء تقرر هذا الاختيار وفقاً لأحكام هذه المادة أو وفقاً لأحكام أخرى واردة في هذه الاتفاقية<sup>(١)</sup>.

وقد ترتب على النظرية الشخصية العديد من النتائج أهمها: ١- أن اندماج القانون في العقد يعني نوبان الاول في الثاني وانصهاره فيه فيصير شرطاً من شروطه.

٢- ليس بالضرورة أن يخضع العقد لقانون معين، وبالتالي يكون العقد طبقاً بدون قانون يحكمه.

٣- ليس بشرط أن تكون ثمة صلة تربط بين القانون المختار والعقد ولو من أي نوع.

٤- لا حرج إن مَرَجَ الأطراف بين أكثر من قانون لاستخلاص نظام قانوني عام يخضع له العقد في مجموعه، أو أن يتم إخضاع كل جزء من أجزائه لقانون مختلف، مع ما يترتب على ذلك من تجزئة للعقد<sup>(٢)</sup>.

#### ب: تقدير ضابط الإرادة وفقاً للنظرية الشخصية :

يترتب على الاعتراف لأطراف العقد الدولي بصفة عامة ، وعقد تقسيم الوقت بصفة خاصة، بحرية مطلقة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، وينتج عن ذلك، أن القانون يكمل العقد، فوفقاً للنظرية الشخصية تعتبر سلطان الإرادة عقيدة مقدسة ، والقانون المختار لا ينزل من العقد إلا منزلة القواعد المكملة التي تسرى فقط

<sup>١</sup> - راجع نصوص الاتفاقية منشورة في:

Rev. crit ١٩٨٠, P.٨٧٥ et ss, clunet ١٩٨١, P.٢١٧ et ss.

<sup>٢</sup> - د/ عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ١٤

على ما أغفل الأطراف الاتفاق عليه، وأي تعارض بين القانون المختار وقواعد العقد لا يمكن تفسيره أو حسمه إلا في ضوء الإرادة المشتركة لأطراف العقد، وهذا يعني بالتبعية ضرورة استبعاد منهج التنازع برمته من مجال العقود الدولية<sup>(١)</sup>.

وبالتالي يتحول العقد الدولي وفقا للنظرية الشخصية التي تمنح صفة التقديس لإرادة الأطراف، من عقد دولي مقيد بقانون يحكمه إلى عقد دولي طليق، ويد من تواجب الإرادة المطلقة لأطراف العقد الدولي، بحيث يكون من حق الأطراف استبعاد أحكام القانون الأمرة والمتعلقة بالنظام العام، ما يمكنهم تجزئة العقد واختيار أكثر من قانون واحد لينظم مختلف جوانبه، كذلك لا يشترط صلة أو رابط بين القانون المختار من قبل الأطراف والعقد الدولي<sup>(٢)</sup>.

ويترتب على النظرية الشخصية، أن يعتبر القانون المختار من قبل الأطراف بمثابة شرط أو بند من بنود العقد الدولي، وهذا يتناقض مع الواقع والمنطق القانوني لسببين، الاول، فقد القانون المختار من قبل أطراف العقد الدولي صفته كقانون، بحيث يصبح من مسائل الواقع، فيتعين على الخصم التمسك بتطبيقه واثبات أحكام هذا القانون، وليس على القاضي تطبيق القانون المختار من تلقاء نفسه أو الكشف عن مضمونه.

السبب الثاني: يترتب على اعتبار القانون جزءا من العقد، التعارض مع فكرة الإحالة والتي تقوم على أن اختصاص قانون الإرادة أساسه قواعد تنازع القوانين وليس مبدأ سلطان الإرادة .

### ثانياً: النظرية الموضوعية:

لتحديد النظرية الموضوعية نتناول مضمونها ونتائجها، ثم أخيراً لتقدير ضابط الإرادة وفقاً للنظرية .

### أ- مضمون النظرية الموضوعية ونتائجها:

<sup>١</sup> - Heuze, Le réglementation française des contrats internationaux, N.1٥, P.١٣.

<sup>٢</sup> د/ حسام الدين فتحي ناصف , مرجع سابق, ص ٢٤

الاختلاف بين كل من النظرية الشخصية والموضوعية، يتمثل في طبيعة العلاقة بين القانون والإرادة، فالنظرية الشخصية، تعلى الإرادة على القانون، وتعطى لأطراف العقد الدولي حرية مطلقة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد دون قيد أو شرط، حتى ولو لم يكن ثمة صلة تربط بين العقد والقانون المختار، أما النظرية الموضوعية، فتعطي القانون على الإرادة، بمعنى: أن تحديد القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف يتقرر بالاستناد لمنهج التركيز الموضوعي للروابط القانونية، أي: دولة التنفيذ، أو دولة الإبرام، أو موطن الجنسية المشترك أو الموطن المشترك، أو قانون جنسية أي منهما، بحيث تعطي النظرية لإرادة الأطراف الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، وإنما بحدود معينة، لا يصح الخروج عنها، وتتمثل هذه الحدود في ضرورة تركيز العقد في مكان معين وفقاً للظروف المحيطة بالعقد، وهذه الظروف تمثل مركز الثقل في العلاقة، بحيث لو خرجت وتعدت هذه الإرادة الحدود فيتعين إهدارها وعدم الاعتداد بها<sup>(١)</sup>.

وبناءً على ما سبق فإن النظرية الموضوعية تعطي أطراف العقد حرية اختيار القانون الواجب التطبيق، لكنها حرية مقيدة بوجوب اتجاه الإرادة إلى تركيز العقد في مكان معين وفقاً للظروف المحيطة بالعقد وموضوعه<sup>(٢)</sup> بحيث يجوز اختيار الأطراف لقانون جنسية، أو موطن احد الأطراف، أو قانون محل وتنفيذ العقد، أو قانون موقع المال محل العقد<sup>(٣)</sup>.

وبالتالي فيخضع عقود الانتفاع بوحدة سكنية بنظام اقتسام الوقت - شأنه شأن كافة العقود الدولية، وفقاً للنظرية الموضوعية، في تحديد القانون الواجب التطبيق على

<sup>١</sup> - راجع في ذلك:

**Batiffol**, *Traité Élémentaire de Droit international privé*, ٥ ème éd, ١٩٧٠, N.٥٧٤. , **Batiffol**, *les conflits de lois en matière de contrats, étude de droit international privé comparé*, paris, Dalloz, ١٩٣٨, N.٥٧, P.٥١

<sup>٢</sup> - د/ يوسف عبد الهادي خليل الاكياي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، ١٩٨٩، بدون دار نشر، ص ٣٢٧

<sup>٣</sup> - د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٨٧، فقرة ٣٥٥، د/ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، ١٩٨٦، فقرة ١٣٣

موضوعه - ضرورة وجود صلة بين العقد والدولة التي يختار قانونها، وهذه الصلة التي تبرر اختيار القانون، وبالتالي فلا يخرج القانون في عقود تقسيم الوقت او المشاركة الزمنية وفقا للنظرية الموضوعية عن قانون دولة المستفيد، أو قانون دولة الشركة القائمة على المشروع السياحي، أو قانون محل إبرام عقد المشاركة الزمنية، أو قانون محل التنفيذ.

وبذلك فالنظرية الموضوعية رفضت الأفكار القائمة عليها النظرية الشخصية، من تقديس الإرادة الفردية ومنحها سلطاناً يعلو على سلطان القانون، وقصرت اختيار الأطراف للقانون على تركيزهم للقانون الواجب التطبيق من الناحية الموضوعية، وأن يكون هذا القانون على صلة وثيقة بالعقد الدولي.

ونجد أن النظرية الموضوعية، تتفق مع الطبيعة القانونية لعقود المشاركة الزمنية، باعتبار أن نوعية العقود الأخيرة تتصف بوجود طرفين أحدهما قوى والآخر ضعيف، لذا فقد تتدخل الدولة بإصدار التشريعات التي تتضمن العديد من القواعد الأمرة لتحقيق الحماية المنشودة للطرف الضعيف، وهذه القواعد لا يكون لها فعاليتها في إطار النظرية الشخصية التي تعلي إرادة الأطراف المتعاقدة فوق القانون، ولا تسمح للقانون باستبعاد أي حكم متفق عليه من قبل الأطراف، بينما النظرية الموضوعية، تسمح للأطراف باختيار القانون المتصل بالعلاقة، كما تسمح بإعمال القواعد الأمرة في القانون الداخلي انطلاقاً من هدفها المتمثل في إعلاء القانون على الإرادة.

كما أن النظرية الموضوعية تخول للأطراف الحق في تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، بالإضافة لحقهم في تعديل وإجراء اختيار قانون آخر حتى رفع الدعوى<sup>(١)</sup> وذلك إذا تبين أن القانون الاول لا يتوافق مع مقتضيات العقد، بالإضافة لإمكانية تجزئة العقد وفقاً للنظرية الموضوعية، وإتاحة الحرية للأطراف

<sup>١</sup> - وقد نصت على ذلك، المادة (٢/٢٧) من القانون الدولي الخاص الألماني لعام ١٩٨٦، على أنه "يجوز للأطراف في أي وقت الاتفاق على إخضاع العقد لقانون غير ذلك الذي كان يحكمه سابقاً"، والمادة (٣/١١٦) من القانون الدولي الخاص السويسري على أن "اختيار القانون يمكن إجرائه أو تعديله في أي وقت. وإذا كان لاحقاً على إبرام العقد، فيرتد أثره إلى لحظة إبرام العقد"، والمادة (٢/٣) من اتفاقية روما الخاصة بالقانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية فيما بين دول السوق الأوروبية المشتركة على أنه "يجوز للأطراف، في أي وقت، الاتفاق على إخضاع العقد لقانون غير ذلك الذي كان يحكمه سابقاً..".

لاختيار أكثر من قانون, طالما كانوا متصلين بالعقد, بحيث لا تؤدي التجزئة إلى إفلات العقد من سلطان القانون<sup>(١)</sup>.

• وينتج عن النظرية الموضوعية العديد من النتائج<sup>(٢)</sup> التي تتمثل في:

- ١- التزام القاضي بالكشف عن القانون ومضمونه من تلقاء نفسه.
- ٢- إعلاء شأن القانون بالنسبة لإرادة الأطراف, بحيث يخضع لأحكامه جميع الاتفاقات التي يعقدها الأطراف, مع قصر الإرادة على مجرد تحديد القانون الواجب التطبيق.
- ٣- وجوب ألا يتضمن الاختيار أي غش نحو القانون.
- ٤- رفض فكرة الثبات التشريعي وتجميد القانون المختار من حيث الزمان, مع إمكانية الاعتداد بالتعديلات التي قد تطرأ على هذا القانون في المستقبل.
- ٥- إعمال القواعد الآمرة في القانون المختار من قبل الأطراف, مع إمكانية تقرير بطلان العقد لمخالفته تلك القواعد.

**ب: تقدير ضابط الإرادة وفقاً للنظرية الموضوعية:**

يتضح مما سبق, أن النظرية الموضوعية قد تفادت أوجه النقض والقصور التي شابت النظرية الشخصية, من حيث تقييد حق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي, بعدد قيود منها: أولاً, احترام الأطراف المتعاقدة للنصوص الآمرة, والقواعد المتعلقة بالنظام العام في القانون الداخلي.

ثانياً: اختيار قانون يتصل بالنزاع, بمعنى: ضرورة وجود صلة بين القانون المختار والعقد.

ثالثاً, إمكانية تجزئة العقد وإخضاعه لأكثر من قانون واحد في ذات الوقت.

رابعاً: يحظر على الأطراف التجميد الزمني للقانون, وعدم الاعتداد بأية تعديلات تشريعية لاحقة من شأنها التأثير على حكم العلاقات التعاقدية.

<sup>١</sup> - انظر في ذلك, د/احمد عبد الكريم سلامة, الأصول في النزاع الدولي للقوانين, دار النهضة العربية بالقاهرة, ٢٠٠٨, ص ١٠٨٧

<sup>٢</sup> د/ عبد المنعم زمزم, مرجع سابق, ص ١٧٥

وبالرغم مما تقدم , فقد وجه للنظرية الموضوعية العديد من سهام النقد , حيث تؤدي النظرية إلى عدم الأمان في تعاملات الأطراف , وعلاقتهم التعاقدية , والإخلال بالتوقعات المشروعة للمتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقدهم , حيث تؤدي النظرية الموضوعية لإطلاق سلطة القاضي , وعدم تقيده بأية نتيجة للتركيز الموضوعي الذي قام به الأطراف , حيث إن سلطة القاضي تظل قائمة في تصحيح هذا التركيز , أيا كان شكل الإرادة التي عبرت عن هذا التركيز المكاني<sup>(١)</sup>.

وقد استبعدت اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية النظرية الموضوعية , حيث أشارت المادة (١/٣) على أن " العقد يكون محكومًا دومًا بقانون الإرادة , وما اتفق عليه الأطراف المتعاقدون "<sup>(٢)</sup> , ولم تشر الاتفاقية إلى الاعتداد بأي عنصر من عناصر تركيز العقد .

وعلى كل حال , فالنظرية الموضوعية تحقق فعاليتها في تقييد دور الإرادة وربط العقد الدولي بقانون على صلة به , وهذا على خلاف , النظرية الشخصية التي تعطي دور إرادة الأطراف ولم تقيدها . وبالنظر لموقف النظم القانونية في النظريتين , فقد يتوقف الأخذ بأي منهما على نظرة مشرع الدولة , فبالنظر لموقف المشرع المصري , فقد جمع بين النظريتين , حيث أخذ وفقًا للأصل العام بالنظرية الشخصية من خلال قانون الإرادة الصريحة او الضمنية , ثم على التوالي , وعند تعذر الكشف عن إرادة الأطراف المتعاقدة , يأتي دور النظرية الموضوعية , والتي تقرر بضرورة وجود صلة ورباط بين العقد والقانون الواجب التطبيق , وذلك بإعمال قانون الموطن المشترك أو قانون محل الإبرام<sup>(٣)</sup>.

<sup>١</sup> - د/ حسام الدين فتحى ناصف , مرجع سابق , ص ٢٧

<sup>٢</sup> - Article ٣/١ " Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat." .  
<http://eur-lex.europa.eu>

<sup>٣</sup> - نص المادة (١/١٩) من القانون المدني على أنه " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنًا , فإن اختلفا موطنًا سري قانون الدولة التي تم فيها العقد , هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونًا آخر هو الذي يراد تطبيقه" .

## الفرع الثاني

### موقف قانون الإرادة من نظام المشاركة الزمنية

على الرغم مما يحققه ضابط الإرادة كإسناد رئيس في قاعدة تنازع القوانين العامة، التي تحكم العقود ذات الطابع الدولي، وذلك بمعرفة أطراف العقد مسبقاً للقانون الذي يخضع له عقدهم، وما قد يؤدي إليه الإسناد الإرادي لوحدة وانسجام العقد، إلا أن أعمال ضابط الإرادة في مجال عقود الانتفاع بوحدة سكنية أو فندقية بنظام اقتسام الوقت، قد يؤدي إلى بعض النتائج غير المتوقعة من قبل أطراف العقد، وذلك لكون عقد المشاركة الزمنية من عقود الاستهلاك، مما يترتب عليه وجود طرف مهني قوي في الغالب، والطرف الآخر في العقد مستهلك منتفع، مما يؤدي في نهاية المطاف إلى سيطرة الطرف الأول على المستهلك وفرض كافة الشروط التي يرغب فيها، ولا يكون أمام الطرف المستهلك إلا قبول العقد بكافة شروطه دون إبداء أي تحفظ أو رفض للتعاقد، نظراً لحاجته إلى التعاقد والانتفاع بالوحدة السكنية لقضاء إجازته.

وبناء على هذا، فعقد الانتفاع بوحدة سكنية بنظام اقتسام الوقت يتوافر فيه صفة الاستهلاك، بحيث يعد المستهلك أو المنتفع، ذلك الشخص الواقع في نهاية الدورة الاقتصادية من مراحلها الثلاثة: الإنتاج، والتوزيع، والاستهلاك، وهو الغاية من وجودها باعتبار أننا ننتج ونوزع لكي نستهلك، بالإضافة لاعتباره أيضاً طرفاً ضعيفاً أو مذعناً في بعض الحالات، وهذا ما يتحقق أيضاً في عقود المشاركة الزمنية، نظراً لتحديد المستغل للوحدة السكنية شروط العقد مقدماً، وليس أمام الراغب في الانتفاع إلا أن يقبل العقد بكافة ما يحتويه من شروط وبنود أو أن يرفضه جملة واحدة<sup>(١)</sup>.

ويجب العلم بان هناك فرقاً بين الاستهلاك والإذعان، فالاستهلاك أعم وأشمل من صفة الإذعان، بمعنى: أن عقود الإذعان تعالج مظهرًا واحدًا من مظاهر الضعف الذي يعتري الشخص، وهو الضعف الاقتصادي، وهذا ينشأ في بعض الأحيان من تدني مركز المنتفع بالوحدة السكنية السياحية، بالمقابل للمركز الاقتصادي القوي للمستغل للوحدة السكنية، مما يجعل الطرف المذعن عاقداً ضعيفاً من الزاوية الاقتصادية فقط عليه أن يرضخ للتعاقد تحت وطأة الحاجة إلى الانتفاع بالوحدة

<sup>١</sup> - د/ جابر سالم عبد الغفار عبد الجواد، مرجع سابق، ص ٥١

السكنية السياحية، والتي يحتكرها المستغل او المشروع الذي يقوم بإدارة هذه الوحدات<sup>(١)</sup>، بينما صفة الاستهلاك تواجه الضعف الاقتصادي المنتفع، بالإضافة لمواجهتها ما يعترى المنتفع او المستهلك من ضعف ناشئ عن الجهل وعدم الخبرة في التعاقد، وذلك لاعتبار عقد المشاركة الزمنية من العقود غير المسماة، والتي تتميز بالصعوبة والتعقيد بالإضافة لإدخال صفة التبادل الدولي للوحدة السكنية الفندقية في العقد<sup>(٢)</sup>.

وبذلك يعد مبدأ سلطان الإرادة وما يحققه من منح الأطراف المتعاقدين الحرية في اختيار القانون الذي يحكم عقودهم، العديد من المزايا للأطراف من معرفة القانون الواجب التطبيق عليهم، إلا أنه قد يؤدي في بعض الأحيان إلى الإجحاف بمصالح الأطراف، وذلك في عقود الاستهلاك لوجود أحد أطراف العقد الدولي في حاجة ماسة للتعاقد، لاحتياجه ورغبته في السلعة أو الخدمة، مما يترتب عليه تدني مركزه الاقتصادي والقانوني في الغالب، وقد يتحقق ذلك في نظام اقتسام الوقت. وهذا ما أكده الفقيه الألماني Neuhaus على مبدأ سلطان الإرادة، واستتبع ذلك تخوفه من فقد المبدأ لمعناه وأهميته على صعيد علاقات القانون الدولي الخاص، وذلك عندما يسمح للطرف القوي في العلاقة بالجوار والإجحاف على الطرف الضعيف<sup>(٣)</sup>.

وبذلك نجد أن ضابط الإرادة في مجال عقود اقتسام الوقت غير ملائم، وذلك بالنظر لإطلاق سلطان الإرادة او تقييده:

<sup>١</sup> - قد يرى بعض الفقه من اعتبار عقود المشاركة الزمنية عقود إذعان، حيث إن المستغل للوحدة السياحية يعد مسبقاً صيغاً لعقود نموذجية، متضمنة لبنود غير قابلة للتعديل من قبل المنتفع، بالإضافة لذلك، فقد تشترط أغلب التشريعات ضرورة الحصول على الترخيص لمزاولة هذا التعاقد، مما قد يجعل المنافسة فيه محل احتكار قانوني (المادة ٤٠ من قرار وزير السياحة المصري، المادة ٢ من نظام المشاركة بالوقت السعودي)

- للنظر حول هذا الاتجاه الفقهي، انظر د/ احمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ١٤٦

<sup>٢</sup> - للمزيد حول تفاوت الحماية القانونية للطرف الضعيف بين عقود الإذعان وعقود الاستهلاك، انظر د/ محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف.. (مرجع سابق)، ص ١٠٧

<sup>٣</sup> - VEUHAUS, Die Grundbegriffe des internationalen privatrecht, Tubingen, ١٩٧٦, P.٢٥٧.

مشار إليه د/ احمد محمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠٠٠، ص ٨٧

فبالنظر لزاوية إطلاق مبدأ سلطان الإرادة، وجعل إرادة الأطراف هي المحرك للقانون الواجب التطبيق، فقد يؤدي ذلك لنتائج متناقضة، نظرًا للإجحاف بمصلحة الطرف المستهلك في عقد المشاركة الزمنية، أي المستفيد من الانتفاع بوحدة سكنية، لعدم التكافؤ بين قوة طرف العقد الاقتصادية والقانونية، مما يترتب عليه تعسف المستغل للوحدة السكنية السياحية بإملائه لشروط العقد واختياره للقانون الواجب التطبيق على عقد المشاركة الزمنية، دون أن يكون لدى المنتفع بالوحدة السكنية أي فرصة أو حرية في الاختيار، مما يترتب عليه إقصاؤه لحرية أحد أطراف العقد والخروج عن الهدف المرجو من الإسناد لضابط الإرادة.

أما بالنظر لزاوية تقييد مبدأ سلطان الإرادة، وتقييد حرية أطراف عقد المشاركة الزمنية في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، فالملاحظ أن تقييد هذه السلطة المخولة لأطراف العقد في اختيار القانون من شأنه عدم توفير الحماية المرجوة للطرف المستهلك، لبقاء سلطة القاضي المعروض عليه الأمر في تصحيح اختيار أطراف عقد المشاركة الزمنية، ويؤدي تدخل القاضي في تعديل اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق إلى شعورهم بعدم الأمان، لعدم إمكانية توقعهم للقانون الواجب التطبيق على عقدهم الدولي منذ لحظة إبرام العقد، وبالتالي قد يتجأ الطرف المستهلك المنتفع بالوحدة السكنية بتطبيق قانون قد لا يرغب في تطبيقه، بالإضافة إلى أن القاضي عندما يقدم على تعديل اختيار الأطراف للقانون، لا يطبق القانون الذي يحقق مصالح الطرف المستهلك، وإنما يطبق القانون الأكثر صلة بالعقد، مما يؤدي في نهاية الأمر إلى الإجحاف بمصلحة الطرف المستهلك<sup>(١)</sup>.

وبالنظر لقانون الإرادة في مجال عقود الانتفاع بوحدة سكنية بنظام اقتسام الوقت، يتعين البحث عن ضوابط إسناد أخرى، يتم بمقتضاها تحديد القانون الواجب التطبيق، وتقييد دور الإسناد التخييري لمصلحة المنتفع بالوحدة السكنية السياحية، والذي يعد في ذات الوقت طرفًا مستهلكًا، وهذا ما نوضحه من خلال الفصل الثاني.

<sup>١</sup> - د/ أبو العلا النمر، حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية بالقاهرة، الطبعة الاولى، ١٩٩٨، ص ٣٤، د/ حسام الدين فتحي ناصف، مرجع سابق، ص ٢٩

## الفصل الثاني

### إرساء الإسناد التخييري لحماية المنتفع المستهلك

تمهيد وتقسيم:

تناولنا سابقا، إمكانية الخروج عن القاعدة العامة المتعلقة باختصاص قانون موقع العقار والتي نصت عليها المادة (١٩) مدني على أن قانون موقع العقار هو الذي يسرى على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار، ولما أنه عقد الانتفاع بوحدة سكنية فندقية بنظام اقتسام الوقت يتعلق بعقار، فسوف تنطبق عليه بالتبعية نص المادة السابق، إلا أنه من الجائز الخروج على قاعدة اختصاص قانون موقع العقار في نظام المشاركة الزمنية، وما يتعلق بها من عقود لصالح قانون الإرادة.

فوفقا لقانون الإرادة، يستطيع أطراف العلاقة التعاقدية تحديد القانون الذي يلبي توقعاتهم المشروعة ويحقق مصالحهم، وعقود تقسيم الوقت كغيرها من العقود تخضع للقانون الذي يختاره أطراف العقد صراحة أو ضمنا، فاختيار الأطراف للقانون نابع من مبدأ سلطان الإرادة لديهم، والذي يعد امتدادا طبيعيا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وهذا الأخير تم نقله للعقود الدولية، ليكون المهيم في تحديد كل ما يدور في فلك العقد، ومنه القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي.

إلا أنه بالنظر للطبيعة الخاصة والذاتية لعقود الانتفاع بوحدة سكنية بنظام اقتسام الوقت، يتضح اتصافها بصفة الاستهلاك، نظرا لوجود طرف مستهلك في العقد (المنتفع بالوحدة السكنية السياحية)، لذا فتطبيق قانون الإرادة قد يعتريه بعض اوجه النقص والقصور لهيمنة المستغل للوحدة السكنية، أو الشركات القائمة بإدارة الوحدات السكنية السياحية وقيامه بفرض بنود في العقد، وقانون معين يتفق مع مصلحة الأخير، مما شأنه الإجحاف بمصلحة المنتفع في نهاية المطاف.

لذا فقد ظهرت اتجاهات حديثة من شأنها تقييد دور الإسناد التخييري وقانون الإرادة.

ونقسم هذا الفصل لمبحثين، على النحو التالي:

**المبحث الأول:** الاتجاهات الحديثة بشأن قواعد الإسناد التخييري في نظام المشاركة الزمنية.

**المبحث الثاني:** الحد من نطاق تطبيق قانون الإرادة.

## المبحث الاول

### الاتجاهات الحديثة بشأن قواعد الإسناد التخييري في نظام المشاركة الزمنية

أدت الانتقادات التي وجهت لقانون الإرادة , من مخاطر على حماية العاقد المستهلك إلى التراجع في تطبيق وإعمال قانون الإرادة في مجال العقود المتعلقة بتقسيم الوقت.

كذلك من صعوبات تطبيق قانون الإرادة عدم اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق , ففي حالة غياب الاختيار الصريح من جانب الأطراف , أو تعذر الكشف عن الإرادة الضمنية بشكل مؤكد من نصوص العقد, أو الظروف من جانب القاضي المعروض عليه الأمر , فإن المشرع أبرز مجموعة من ضوابط الإسناد الاحتياطية التي تحكم العقود الدولية بصفة عامة, وعقد المشاركة الزمنية بصفة خاصة.

## المطلب الاول

### محاولات زعزعة استقرار قانون الإرادة

نظرا للانتقادات السابقة الموجهة لقانون الإرادة, فقد استقر الفقه والقضاء (١) على تطبيق ضوابط معينة يتم تحديدها بطريقة مسبقة, لكي يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي, وأن يتم تحديدها على أساس مكان معين, ومن ثم تطبيق قانون هذا المكان, ومن هذه الضوابط ربط العقد الدولي بقانون المكان الذي ينشأ فيه هذا العقد, وبالتالي يجب إسناد هذا الأخير إليه, أو ربط القانون بالمكان الذي يجني فيه المتعاقدين ثمار عقدهم , وبالتالي تطبيق قانون مكان تنفيذ العقد, وأخيرا ضابط الأداء المميز , وسنعرض كل ضابط على حدة.

<sup>١</sup> - من الفقه المؤكد لتلك الضوابط :

BATIFFOL HENRI , contrats... op.cit, P.٣٥ , FRANCE DEBY – GERARD, Le role de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux, paris ١٩٧٣, P.٢٣١.

ومن الفقه المصري: د/ هشام صادق, القانون الواجب التطبيق..(مرجع سابق), ص ٣٨٨

## الفرع الاول

### اختصاص قانون مكان إبرام وتنفيذ العقد

يمكن إسناد عقد الانتفاع بوحدة سكنية بنظام اقتسام الوقت إلى قانون مكان إبرام العقد, او قانون مكان تنفيذه.

اولا: الإسناد لقانون محل إبرام العقد :

١ - مضمون الضابط ومبرراته:

دولة إبرام العقد تمثل الدولة التي تشهد الميلاد الحقيقي للعقد, بحيث يلتقي على هذا الإقليم إرادة الأطراف المتعاقدين<sup>(١)</sup> ويعد قرينة على إخضاع عقدهم لقانون بلد الإبرام, وفي كثير من الأحيان يسهم محل التعاقد في تحديد قانون العقد, إلا أن جانباً من الفقه<sup>(٢)</sup>, أوجب تدعيمه بعوامل إسناد أخرى, متمثلة في موطن أحد الأطراف, أو محل تنفيذ العقد.

وقد قيل في تبرير قانون بلد الإبرام, إن الأطراف المتعاقدين كانوا على علم بمضمون قانون المكان الذي تم فيه إبرام العقد أكثر من غيره, مما ترتب عليه تحقيق الأمان القانوني, وحماية التوقعات المشروعة للأطراف, أضف إلى ذلك, يكفل ضابط محل إبرام العقد وحدة القانون الذي يحكم العقد في حالة تعدد أماكن التنفيذ, فضلا عن أنه قد يتطابق مع مكان التنفيذ ذاته<sup>(٣)</sup>.

وينتهي منطوق ضابط محل إبرام العقد, إلى أن العقد لا بد أن يبرم في دولة معينة, وبالتالي قانون هذه الدولة يكون الواجب بالتطبيق على العقد, في حالة انقضاء اختيار الأطراف للقانون, وذلك باعتباره قانون الدولة الأكثر صلة بالعقد<sup>(٤)</sup>.

وقد تبنت تشريعات العديد من الدول لقانون دولة محل إبرام العقد عند تخلف الإرادة الصريحة او الضمنية التي تحدد القانون الواجب التطبيق, ومثال لذلك, المادة

١- BATIFFOL HENRI, les conflits de lois en matière de contrats, paris, sirey, ١٩٣٨, N.٢١ .

٢- د/ خالد عبد الفتاح محمد خليل, حماية المستهلك..(مرجع سابق), ص ١٤١

٣- د/ حسام الدين فتحي ناصف, مرجع سابق, ص ٤٠

٤- د/ عبد المنعم زمزم, مرجع سابق, ص ١٨٢

(٥/١٠) من القانون المدني الإسباني لعام ١٩٧٤ , فقد وضع قانون محل الإبرام في مرتبة ثالثة بعد كل من قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين, وقانون محل إقامتهما المشتركة (١), والمادة (٢٥) من القانون المدني الإيطالي التي أقرت بأن الالتزامات الناشئة عن العقد تخضع لقانون جنسية كل من الطرفين في حالة اتحاد الجنسية, ولقانون مكان إبرام العقد في حالة اختلاف الجنسية, وذلك إذا لم يتفق الأطراف على تطبيق قانون دولة أخرى, كذلك نصت على هذا الضابط المادة (٢/٤٢) من القانون المدني البرتغالي لعام ١٩٦٦ (٢), وبالنظر لموقف المشرع المصري , يتضح أن المادة (١/١٩) من القانون المدني المصري, طبقت قانون محل إبرام العقد وجعلته في المرتبة الثالثة, كضابط إسناد احتياطي بعد ضابط الإرادة سواء الصريحة او الضمنية وضابط الموطن المشترك للمتعاقدين, وعلى القاضي المصري الالتزام بموجب هذه المادة, بأن يطبق الموطن المشترك, وضابط محل الإبرام على سبيل التدرج, متى انعدمت الإرادة الصريحة او الضمنية للأطراف المتعاقدين.

وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية ضابط محل إبرام العقد في حكمها American trading , وجعلته في المرتبة الثالثة بعد قانون الإرادة, وقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين, ثم أكدت المحكمة ذاتها في حكمها الصادر في ٣١ مايو ١٩٣٢ على قانون محل الإبرام إذا اقترن بقانون محل تنفيذ العقد (٣) .

<sup>١</sup> - La loi à laquelle les parties se sont soumises expressément, prouvu que cette loi ait un rapport quelconque avec le contrat dont il s'agit, et à titre subsidiaire, dans l'ordre la loi de national commune aux parties, la loi de la résidence habituelle commune, la loi du lieu de conclusion".

<sup>٢</sup> - A défaut de choix ( meme implicite ) la compétence revient a la loi de la résidence habituelle commune des parties. Si les parties n'ont pas de résidence habituelle commune, on appliquera la loi du lieu de conclusion aux contrats onéreux et aux contrats à titre gratuit de la résidence habituelle de celui qui confère l'avantage".

<sup>٣</sup> - لمزيد من التفاصيل حول هذه الأحكام , انظر د/ حسام الدين فتحي ناصف, مرجع سابق, ص ١٤٣, د/ خالد عبد الفتاح محمد خليل, مرجع سابق, ص ١٤٣

## ٢- تقييم ضابط محل إبرام العقد:

تعرض ضابط محل إبرام العقد كمعيار لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الانتفاع بوحدة سكنية بنظام اقتسام الوقت للعديد من الانتقادات:

\* ما قيل عن ضابط محل الإبرام أنه يعبر عن الصلة بين العقد والدولة التي أبرم فيها، قول يناقض الواقع، نظرا لما يشهده العالم اليوم من سرعة في التعاقد بغرض اغتنام الفرص، قد يكون وليد الصدفة المحضة، وفي هذه الحالة فمن أين توجد الصلة القوية بين العقد ومكان إبرامه<sup>(١)</sup>.

\* يلاحظ على معيار محل إبرام العقد، أنه ضابط قديم وتقليدي، فقد صاحب القانون الدولي الخاص منذ نشأته، وقد كانت العقود في ذات الوقت تتميز بالبساطة وعدم التعقيد، حيث كان أطراف العقد يلتقيان مباشرة لفترة زمنية معينة، ويتفقان على جميع الخطوط والمسائل التفصيلية للعقد، وقد كانت هذه الخطوات كافية في تلك الاوقات لاعتبار الدولة أكثر صلة بالعقد، إلا أن الظروف التعاقدية السابقة قد تغيرت، نظرا للتطور الاقتصادي والصناعي الملحوظ، مما ترتب عليه أن يتم التفاوض بين أطرافه بشكل مباشر أو غير مباشر في عدة أماكن وفي اوقات مختلفة، وبذلك لا يعد مقبولا اعتبار محل إبرام العقد هو أقرب وأكثر صلة للعقد<sup>(٢)</sup>.

وبالنظر لعقود تقسيم الوقت، نلاحظ انها عقود نابعة من التطورات الاقتصادية، فقد يتم التعاقد بين غائبين، لاستخدام التكنولوجيا الحديثة في التعاقد كشبكة الانترنت، والاتصالات الحديثة كالتلكس والفاكس، مما ترتب عليه عدم صلاحية ضابط محل الإبرام، لعدم معرفة دولة إبرام عقد الانتفاع بوحدة سكنية بنظام اقتسام الوقت.

\* إن ضابط محل إبرام العقد قد يتم بالصدفة، ومن ثم لا يكشف عن وجود صلة حقيقية بين العقد والقانون الذي يحكمه، بالإضافة لذلك، لا يعبر هذا الضابط عن القانون الاوثق صلة بالعقد، إلا لو تم تدعيمه بضوابط إسناد إضافية كضابط محل التنفيذ، او موطن احد المتعاقدين<sup>(٣)</sup>.

١- هشام احمد محمود عبد العال، مرجع سابق، ص ١٢١

٢- د/ عبد المنعم زمزم، مرجع سابق، ص ١٨٢

٣- د/ حسام الدين فتحي ناصف، مرجع سابق، ص ٤٢

\* ليس صحيحًا ما قيل إن أعمال قانون محل إبرام العقد في عقود المشاركة الزمنية يوفر الحماية المطلوبة للمنتفع بالوحدة السكنية السياحية، بوصفه طرفًا مستهلكًا في العقد، فقد ثبت أن المستغل للوحدة السكنية السياحية قد يتحكم بشكل مباشر في تحديد مكان إبرام العقد، وبالتالي يرغب المستهلك المنتفع بالخضوع لقانون هذا المكان، ويكون في الغالب في غير صالحه.

\* بالنظر للطبيعة الذاتية والخاصة لعقود المشاركة الزمنية، والتي تتميز بطول مدة العقد، والتي قد تصل لعشرين عامًا، بالإضافة لنظام التبادل الدولي، فهل يعتد بقانون مكان الإبرام أيا كانت المدة التي تم الاتفاق عليها في العقد؟ بالإضافة لاحتمالية تعدد أماكن الإبرام، لتعدد الأماكن المنتفع بها في نظام التبادل الدولي، الإجابة على ذلك تكون بالنفي، حيث إن مكان الإبرام قد يتم تحديده بصورة فجائية وبمحض الصدفة، وقد يؤدي الضابط الأخير للإخلال بالتوقعات المشروعة لأطراف عقد المشاركة الزمنية.

ومما سبق، يتضح أن أعمال ضابط مكان إبرام العقد يؤدي إلى الإجحاف بمصالح الطرف الضعيف في عقود المشاركة الزمنية، بحيث يستغل الطرف القوي القائم على إدارة المشروع السياحي ضعف المتعاقد الآخر لتحقيق مصالحه.

#### ثانيًا: الإسناد لقانون محل تنفيذ العقد:

##### ١ - مضمون الضابط ومبرراته:

إلى جانب ضابط مكان إبرام العقد، ظهر ضابط محل تنفيذ العقد، ففي هذا المكان تترتب الآثار الرئيسية للتعاقد، ويظهر فيه إلى العالم الخارجي، أي يتعلق ضابط محل التنفيذ بنهاية مطاف العقد، بالإضافة إلى أنه موطن أو محل إقامة أحد المتعاقدين، ومصالح هؤلاء تتجلى وضوحًا وتتركز ماديًا في هذه الدولة، بالإضافة لمصلحة الدولة التي تكمن في تطبيق قانونها على العقود التي تم تنفيذها على إقليمها<sup>(١)</sup>.

والاعتداد بضابط مكان تنفيذ العقد يعتبر بمثابة مركز الثقل والعنصر المهيمن في الرابطة العقدية، لاسيما مع انتفاء إرادة الأطراف سواء الصريحة أو

<sup>١</sup> - د/ عبد المنعم زمزم، مرجع سابق، ص ١٨٥

الضمنية<sup>(١)</sup>، وذلك على اعتبار أن تنفيذ العقد هو الهدف الاسمي للأطراف المتعاقدة والغاية التي يسعون إلى تحقيقها، ويجني هؤلاء ثمار تعاقدهم. وقد يتم استخدام ضابط محل التنفيذ أساساً في بداية الأمر لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقد العمل، فهو بمثابة ضمانته للعامل، بحيث يضع في حسابه الروابط بين علاقة العمل والإقليم الذي يتم تنفيذها عليه، ويعد ضابط محل تنفيذ العقد بمثابة ضابط مزدوج التطبيق، بحيث يطبق القانون الوطني أمام القاضي الوطني عندما يكون العمل المكلف به العامل قد تم إنجازه في دولة هذا الأخير، كذلك يتم تطبيق القانون الأجنبي، إذا كان العمل واجب التنفيذ في الخارج.

وقد قننت هذا الضابط المادة (٢/٦) من اتفاقية روما المبرمة في ١٩ يونيو ١٩٨٠ المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، والتي تنص على " أن عقد العمل يكون محكوماً بقانون البلد الذي ينفذ وينجز فيها العامل عادة عمله حتى ولو كان العامل منتدباً بصفة مؤقتة للعمل في دولة أخرى، أما إذا لم ينجز العامل عمله في هذا البلد فيكون العقد محكوماً بقانون البلد الذي توجد به المؤسسة التي استأجرت العامل، وذلك ما لم يكن العقد مرتبطاً بروابط أكثر وثقاً مع قانون بلد آخر، بالإضافة لإشارة محكمة النقض الفرنسية لذلك في حكمها الصادر في ٢٥ يناير ١٩٨٤<sup>(٢)</sup>.

وقد تبنت التشريعات الوطنية ضابط محل تنفيذ العقد، كضابط إسناد احتياطي بعد ضابط الإرادة، ومن هذه القوانين، المادة (٢/٢٠٩٥) من القانون البيروني على أن " تخضع الالتزامات التعاقدية للقانون الذي تختاره الأطراف صراحة، وعند انعدامه يسرى قانون مكان التنفيذ، ومع ذلك إذا كان من الواجب تنفيذها في بلاد مختلفة، فيخضع لقانون الالتزام الأصلي، فإن تعذر تحديد هذا الأخير فتخضع لقانون محل الإبرام"، المادة (٢/٢٤) من القانون الدولي الخاص

<sup>١</sup> - د/ حسام الدين فتحي ناصف، مرجع سابق، ص ٤٣

<sup>٢</sup> - Cass. Soc., ٢٥ Janvier ١٩٨٤, Rev.crit. ١٩٨٥

التركي والتي تنص على أنه " إذا لم يوجد اختيار صريح من قبل الأطراف, فيسري على الالتزام التعاقدى قانون مكان التنفيذ, وعند استحالة تحديد مكان التنفيذ, فقانون المكان الأكثر وثوقاً وصلات بالعقد"<sup>(١)</sup>. أما بالنسبة لموقف المشرع المصري فلم ترد المادة (١/١٩) مدني هذا الضابط ضمن ضوابط الإسناد الاحتياطية.

وقد قيل في تبرير ضابط مكان التنفيذ: إنه يتفق في الغالب مع منهج التركيز الموضوعي للروابط القانونية الذي قامت عليها أساساً قاعدة التنازع, بحيث إن الطبيعة المالية للعقود الدولية ترتبط ببلد تنفيذها أكثر ارتباطاً من أية دولة أخرى, حتى ولو كانت الدولة الأخيرة دولة جنسية أحد الأطراف المتعاقدة, أو الموطن المشترك للمتعاقدين, أو بلد إبرام العقد, لذلك فضايط محل تنفيذ العقد يعد مركز الثقل في العلاقة التعاقدية الدولية<sup>(٢)</sup>.

## ٢- تقييم ضابط محل تنفيذ العقد:

يتميز ضابط محل تنفيذ العقد بتحقيق انسجام العقد بالنسبة للدول التي أخرجت طرق تنفيذ العقد من نطاق القانون الواجب التطبيق على هذا العقد, وأسندتها إلى قانون المكان الذي تنفذ فيه, مثل إنجلترا, فتطبق قانون مكان التنفيذ على العقد<sup>(٣)</sup>, بالإضافة لاتفاق هذا الضابط مع منهج التركيز الموضوعي, والتي قامت عليه بصفة رئيسة قاعدة التنازع, فالعقود الدولية بصفة خاصة ترتبط ببلد تنفيذها أكثر من ارتباطها بأية روابط أخرى, كدولة جنسية أو الموطن المشترك للمتعاقدين أو حتى بلد إبرام العقد, فالروابط الأخيرة لو وضعت في كفة وضايط محل تنفيذ العقد في كفة أخرى, لرجحت كفة مكان تنفيذ العقد, والعلة من ذلك اعتبار مرحلة تنفيذ العقد من أهم وأخطر مراحل العملية التعاقدية التي يمر بها العقد الدولي, ويعبر عن الصلة الحقيقية بين القانون الواجب التطبيق والعقد<sup>(٤)</sup>.

<sup>١</sup> - نصوص هذا القانون منشورة Rev. crit, ١٩٨٣, P.١٤١ ets.

<sup>٢</sup> - نصوص هذا القانون منشورة

<sup>٣</sup> - د/ عبد المنعم زمزم, مرجع سابق, ص ١٨٦

<sup>٤</sup> - د/ هشام احمد محمود عبد العال, مرجع سابق, ص ١٢٥

<sup>٤</sup> - د/ إبراهيم احمد ابراهيم, القانون الدولي الخاص, ص ٥٥٧

وعلى الرغم من المزايا السابق الإشارة إليها والمتعلقة بقانون مكان تنفيذ العقد من وحدة وانسجام العقد، إلا أن الضابط الأخير كان محلاً للنقد من عدة جوانب مهمة، تتمثل في الآتي:

الجانب الأول: بالنظر للطبيعة الذاتية لعقود تقسيم الوقت، من نظام التبادل الدولي للوحدة السكنية الفندقية، والمدة الزمنية المحددة لكل منتفع، بحيث ينتقل الأخير من دولته إلى أكثر من دولة أخرى لقضاء إجازته خلال تلك الفترة، مما ينتج عن ذلك تعدد أماكن تنفيذ العقد، وتعذر تحديد مكان التنفيذ الرئيس من بين الأماكن التي ينتقل إليها المنتفع بالوحدة السكنية السياحية أو الفندقية.

بالإضافة إلى أن المتعاقدين في نظام المشاركة الزمنية، من مستغل ومنتفع لم يقوموا منذ البداية بتحديد محل تنفيذ العقد، كذلك ففي بعض الفروض يقوم المنتفع بدفع الثمن المتفق عليه في عدة أماكن أو دول، نظراً لدولية الشركات القائمة على إدارة المشروع السياحي.

ولا يجدي لإعمال ضابط محل تنفيذ العقد الانتظار حتى يتم تنفيذ العقد بالفعل، وذلك لتحديد القانون الواجب التطبيق، فقد يثار النزاع بين أطراف العقد أثناء تنفيذه، ومن جهة أخرى، فإن تعذر العلم المسبق بقانون العقد في هذا الفرض من شأنه الإخلال بتوقعات الأفراد أو المتعاقدين المشروعة، مما يترتب عليه الإخلال بالأمان القانوني المتطلب للمتعاقدين<sup>(١)</sup>.

الجانب الثاني: يؤدي إعمال ضابط محل تنفيذ العقد إلى تجزئة العقد، فبالنظر لعقود تقسيم الوقت واعتبارها عقوداً دولية، يترتب عليها قيام أطراف العقد بتنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقهم في دول مختلفة، مما ينتج من ذلك، إخضاع عقد المشاركة لأكثر من نظام قانوني في آن واحد، وقد يصعب في كثير من الأحيان تحقيق الانسجام والتناغم بين هذه القوانين<sup>(٢)</sup>.

<sup>١</sup> د/ حسام الدين فتحي ناصف، مرجع سابق، ص ٤٩

<sup>٢</sup> - د/ احمد محمد الهوارى، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠٠٠، ص ١٤٠

الجانب الثالث: قد يؤدي أعمال الإسناد لقانون مكان التنفيذ في مجال المشاركة الزمنية إلى إخضاع العقد لنظام قانوني مجرد أي شكل من أشكال الحماية، حيث تعتبر عقود الانتفاع بوحدة سكنية بنظام اقتسام الوقت من عقود الاستهلاك، تبرم بين طرفين، أحدهما طرف مهني متمثل في المستغل للوحدة السكنية السياحية، والآخر طرف مستهلك متمثل في المنتفع بالوحدة السكنية الفندقية حيث يفرض الطرف الاول في الغالب شروط العقد على الثاني، وليس على الأخير إلا أن يقبل مثل هذه الشروط جملة واحدة او يرفضها، وقد تلجأ الشركة المالكة للمشروع السكني السياحي لاستغلال مركزها القانوني، وفرض شروط من شأنها تنفيذ العقد في دولة معينة، يكون تشريعها خاليا من حماية للمنتفع بالوحدة السكنية الفندقية، ويتم تطبيق القانون الأخير بصفته قانون مكان تنفيذ العقد.

وبالتالي فقانون مكان تنفيذ العقد يشكل خطورة بالغة على حماية المنتفع بالوحدة السكنية السياحية، والذي في الوقت ذاته مستهلك، بحيث يلجأ الطرف القوي، أو الشركة القائمة على إدارة المشروع، أو الوحدات السكنية الفندقية بتضمين العقد شروطاً وبنوداً يتم بموجبها تنفيذ العقد في مكان تتحقق فيه مصالحه، ويكون هذا المكان أقل حماية للطرف المستهلك<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثاني

#### تطبيق قانون المدين بالأداء المميز

إذا كانت النظريات التي تدعو إلى تطبيق ضابطي محل إبرام العقد، ومحل تنفيذه تحمل جانباً من الصحة، إلا إنها ضوابط جامدة لا يمكن تطبيقها على كافة العقود، وخاصة تلك التي تحوي فيها عاقداً ضعيفاً، مما دعا الفقه إلى تبني ضوابط إسناد أخرى لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي في حالة غياب قانون الإرادة، ومن أبرز هذه الضوابط ضابط الأداء المميز، وسنعرض

AUDIT (B.), Droit international privé, ٢ ed , paris, Economcia, ١٩٩٧, P.١٦٤.

<sup>١</sup> - د/ خالد عبد الفتاح محمد خليل، مرجع سابق، ص ١٥١

لمفهوم هذا الضابط، ومدى فعاليته في عقود الانتقاع بوحدة سكنية بنظام اقتسام الوقت.

### اولاً: مفهوم نظرية الأداء المميز وأهميتها كضابط إسناد:

من المستقر عليه في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، تطبيق قانون الإرادة، ولكن عند تعذر الكشف عن إرادة الأطراف أو تعذر على القاضي استخلاص الإرادة الضمنية، يخضع العقد للتركيز الموضوعي لقانون الدولة الاوثق صلة، وقد يكون من بين هذه القوانين، قانون محل الإبرام، أو قانون محل التنفيذ، أو قانون الموطن، أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين<sup>(١)</sup> إلا إن بعض الفقه والتشريعات وجدت أن السلطة الممنوحة للقاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق من شأنها التعسف من قبل القاضي في بعض الأحيان، وهذا ما نصت عليه المادة (١/١٩) من القانون المدني المصري على أنه عند غياب التحديد الصريح أو الضمني للقانون الواجب التطبيق، يتم إسناد العقد لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين، إذا اتحدا، فإن اختلف موطنهم، أسند العقد لقانون المكان الذي أبرم فيه، ويتضح من ذلك، أن المشرع المصري أراد تقييد سلطة القاضي في تحديد قانون العقد.

ولكن إزاء جمود ضابطي محل الإبرام ومحل التنفيذ، فقد ظهرت نظرية الأداء المميز لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، وتقوم هذه النظرية على أساس الرفض الكامل لتركيز العقد في مكان إبرامه أو تنفيذه، وبالتالي تطبيق قانون هذا المكان<sup>(٢)</sup>، وإنما تحديد القانون على أساس تحليل كل عملية تعاقدية على حدة للوقوف على طبيعة الأداء المميز والبارز فيها<sup>(٣)</sup>، وبما يعني تفريد معاملة العقود، وتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي على حسب أهمية الالتزام الاساسي والرئيس فيه، وبما يعنى أنه إذا كان العقد الدولي ينتج

<sup>١</sup> - انظر في ذلك، د/ عصام الدين القسبي، النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولية، دراسة تطبيقية خاصة بالاعتمادات المستندية، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٣، ص ١٠٠

<sup>٢</sup> - د/ خالد عبد الفتاح محمد خليل، مرجع سابق، ص ١٥٣

<sup>٣</sup> - د/ عبد المنعم زمزم، مرجع سابق، ص ١٨٧

العديد من الالتزامات , فإن أحد هذه الالتزامات هي التي تميز العقد, وبالتالي يجب الوقوف عليها والاستناد إليها لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد<sup>(١)</sup>. ومثال لذلك: إذا قلنا: إن عقد بيع دولي تم إبرامه بين ألماني وإسباني, فلا نحدد القانون الواجب التطبيق على أساس جامد, أي: وفقاً للتركيز الجغرافي, مما يستتبع تطبيق في نهاية المطاف القانون الألماني او الإسباني, ولكن ننظر لأي مجال قانوني وطني ينتمي العقد بطبيعته, وانطلاقاً نحو أي نظام قانوني يجب أن يخضع له العقد<sup>(٢)</sup>, بمعنى: أن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد لا يتم على أساس حيز مكاني او جغرافي جامد, وإنما على أساس موضوعي, بتحليل أداءات والتزامات الأطراف المتعاقدين, أي: يقوم القاضي بعملية فنية للوصول للقانون الواجب التطبيق عن طريق تحليل موضوعي بحث للطبيعة الخاصة والذاتية للعقد, وصولاً لتعين الالتزام الرئيس والمميز في العقد ذاته<sup>(٣)</sup>, وبالتالي يجب الاقتصار على هذا الالتزام لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد في جملته<sup>(٤)</sup>, وبالتالي يتم إخضاع العقد لقانون موطن المدين بالأداء المميز في العقد.

وقد تأسست هذه الفكرة على يد الفقيه السويسري SCHNITZER, ووجدت رواجاً لها في القضاء السويسري, حيث إنه وبالنظر للطبيعة الذاتية للعقود, وجدنا طائفة من العقود يوجد بها التزام وحيد وجوهري يتعين تحديده وإسناد العقد إلى قانون الدولة التي يتم فيها تنفيذ هذا الالتزام, وهذا يمثل منهج نظرية الأداء المميز, التي من خلالها ينعقد الاختصاص لقانون المدين بهذا الأداء المميز<sup>(٥)</sup>.

<sup>١</sup> - د/ احمد عبد الكريم سلامة, علم قاعدة التنازع..(مرجع سابق), ص ١١٠٤, قانون العقد الدولي (مرجع سابق), ص ١٩٩

<sup>٢</sup> - د/ خالد عبد الفتاح محمد خليل, مرجع سابق, ص ١٥٢

<sup>٣</sup> - د/ هشام صادق , القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية..(مرجع سابق), ص ٤٥٨

<sup>٤</sup> د/ احمد محمد الهواري, مرجع سابق, ص ١٤٤

<sup>٥</sup> - SCHNITZER, La loi applicable aux contrats, article précite, N.٢٠, P.٤٧٨. ; Les contrats internationaux en droit international privé Suisse, Rec. Des cours ١٩٦٨, vol ١٢٣, P.٥٤١ ets.

وتحديد قانون المدين بالأداء المميز يتم بالنظر لطبيعة التزامات الأطراف المتعاقدة , حيث يوجد أحد الطرفين المهيمن على العملية التعاقدية وصاحب الدور الفعال في إبرام العقد, بينما يقتصر دور الطرف الآخر على مجرد دفع مبلغ من النقود, وهنا يكون من السهل تحديد الأداء المميز للعقد, وهو الأداء الذي يلتزم به الطرف الاول بالنظر إلى وظيفته في الحياة الاقتصادية<sup>(١)</sup> .

ويتميز هذا المعيار بالبساطة, لسهولة تحديد الأداء المميز لبعض العقود ذات الطبيعة الواحدة, مثل: عقود بيع المنقولات مثلاً, ووفقاً له تحديد القانون السائد في محل التنفيذ المفترض لهذا الأداء والتمثل في محل الإقامة المعتادة للمدين به, بغض النظر عن الظروف التعاقدية المحيطة<sup>(٢)</sup>.

كما أن الاستناد لضابط الأداء المميز في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد يمنع تجزئة العقد , وبالتبعية يمنع إخضاع الالتزامات المتولدة عن العقد لأكثر من قانون, وقد تتسم بتعارض وتضارب حلولها<sup>(٣)</sup>.

بالإضافة لذلك فمعيار الأداء المميز يعتبر محددًا للرابطة الأكثر وثوقًا , ومقيّدًا لها, حيث إن مفهوم الرابطة الوثيقة لا يعد حلًا ايجابيًا لتحديد قانون العقد, وإنما يعتبر حلًا مقبولًا في ظل نظرية الأداء المميز, لذا يجب إبدال الرابطة الأكثر وثوقًا بالنزاع بمعيار قانون المدين بالأداء المميز<sup>(٤)</sup>.

ويرجع الاختلاف والتباين بين فكرة الرابطة الوثيقة وفكرة الأداء المميز, في أن الفكرة الاولى تعتمد على تركيز العقد في مكان محدد متصل بالنزاع, بينما فكرة الأداء المميز تقوم على تحديد القانون الواجب التطبيق بالنظر لمركز الثقل في الاداءات المتبادلة للمتعاقدين, وتفضيل الأداء الرئيس عند إسناد العلاقة العقدية ذات الطابع الدولي.

وأخيرًا, فيحقق معيار الأداء المميز فعاليته في ظل عقود الانتفاع بوحدة سكنية بنظام اقتسام الوقت, ففي ظل هذا النظام, فإن الالتزام الذي يرتبه العقد على

<sup>١</sup> SCHNITZER, La loi applicable ....op.cit, N.١٩, P.٤٧٩.

<sup>٢</sup> د/ حسام الدين فتحي ناصف, مرجع سابق, ص ٥٤

<sup>٣</sup> د/ احمد محمد الهواري, مرجع سابق, ص ١٤٥

<sup>٤</sup> - SCHNITZER, La loi applicable ....op.cit, P.٥٧٦ et ٥٧٧.

عائق أحد الأطراف والمتمثل بقيام المنتفع بالوحدة السكنية السياحية بدفع مبلغ من النقود، لا ينطوي في حد ذاته على ما يميز العقد، وذلك على عكس الالتزام المقابل للطرف الآخر المتمثل في استغلال الوحدة السكنية من قبل الشركة القائمة على إدارة المشروع، حيث يعتبر التزام هذا الطرف التزاما مميزا، ويتحدد على ضوءه العقد.

وعلى الرغم من المميزات السابقة الإشارة إليها، إلا أن سهام النقد قد اعترضت معيار الأداء المميز<sup>(١)</sup>، حيث إن الأساس الذي يستند عليه يتسم بالغموض فليس من الصحة دائما الربط بين الوظيفة الاقتصادية للعقد وبين ما يولده من التزامات لا يكون موضوعها دفع مبلغ من النقود، فهذه الالتزامات لا تعبر دائما عن هذه الوظيفة، بالإضافة لذلك فإن معيار الأداء المميز يركز على محض افتراض مقتضاه: أن العقد ليس له سوى محل واحد للتنفيذ، حتى ولو كان متولد عن التزامين.

**ثانيا: موقف النظم القانونية الداخلية والدولية والقضاء من ضابط الأداء**

**المميز:**

أقرت العديد من النظم القانونية الداخلية ضابط الأداء المميز كضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود ذات الطابع الدولي، ومن ذلك المادة (١١٧) من القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧، حيث نصت الفقرة الأولى على أن العقد يكون محكوماً في هذه الحالة بقانون الدولة التي يرتبط معها العقد بروابط أكثر وثوقا، ثم جاءت الفقرة الثانية من المادة على توضيح هذه الروابط الأكثر وثوقاً على أن هذه الروابط تتوافر مع الدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للطرف الملتزم بالأداء المميز، أو إذا كان العقد مبرماً في إطار ممارسة أنشطة مهنية أو تجارية لهذا الطرف، فتكون هذه الدولة هي التي توجد بها مركز المؤسسة. وأخيراً فقد أوردت الفقرة الأخيرة من المادة (١١٧) على أمثلة للأداء المميز في بعض العقود كأداء ناقل الملكية في عقود نقل الملكية، وأداء

<sup>١</sup> - للنظر حول الانتقادات الموجهة لقانون المدين بالأداء المميز للعقد، انظر د/ احمد محمد الهوارى، مرجع سابق، ص ١٤٩، ١٥٠

الشخص الذي يمنح الاستعمال في العقود التي تتعلق باستعمال شيء أو حق، ومؤدي الخدمة في عقود أداء الخدمات..... (١)

كذلك نص المادة (٣٦) من القانون الدولي الخاص النمساوي لعام ١٩٧٨ والتي تقضي بأن العقود الملزمة للجانبين التي يكون أحد أطرافها مدينا للآخر بمبلغ من النقود تكون محكومة بقانون الدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للطرف الآخر المدين بالأداء المقابل للأداء النقدي، وإذا كان هذا الطرف الأخير قد أبرم العقد بصفته مقاولا، فإنه يستبدل قانون محل الإقامة المعتادة بقانون دولة مقر مؤسسة المقاول ليحكم العقد<sup>(٢)</sup>.

- Article (١١٧ II) Droit applicable :

١- A défaut d'élection de droit, le contrat est régi par le droit de l'Etat avec lequel il présente les liens les plus étroits.

٢- Ces liens sont réputés exister avec l'Etat dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ou, si le contrat est conclu dans l'exercice d'une activité professionnelle ou commerciale, son établissement.

٣- Par prestation caractéristique, on entend notamment:

- a. la prestation de l'aliénateur, dans les contrats d'aliénation;
- b. la prestation de la partie qui confère l'usage, dans les contrats portant sur l'usage d'une chose ou d'un droit;
- c. la prestation de service dans le mandat, le contrat d'entreprise et d'autres contrats de prestation de service;
- d. la prestation du dépositaire, dans le contrat de dépôt;
- e. la prestation du garant ou de la caution, dans les contrats de garantie ou de cautionnement.

Rev. crit, ١٩٨٨, P. ٤٠٩ ets.

راجع نصوص هذا القانون في :

٢- Article (٣٦) " Les contrats synallagmatiques dans lesquels une partie droit à l'autre de l'argent , au mois de facon préponderant , sont régis par le droit de l'etat dans lequel l'autre partie à se résidence habituelle. Si cette autre partie conclut le contrat a titre d'entrepreneur, la résidence habituelle

كذلك اقر ضابط الأداء المميز المادة (٢٨) من القانون الدولي الخاص الألماني لعام ١٩٨٦<sup>(١)</sup>، والمادة (٢٥) من القانون الدولي الخاص المجري لعام ١٩٧٩<sup>(٢)</sup>، والمادة (١٢١١) من القانون الروسي لعام ٢٠٠١<sup>(٣)</sup>، والمادة (٣٠) من القانون الفننويلي الصادر عام ١٩٩٨<sup>(٤)</sup>.

وبالنظر للنظم القانونية الداخلية العربية فقد نصت المادة (٦٢) من القانون الدولي الخاص التونسي الصادر في ٢٧ نوفمبر ١٩٩٨ على أن " يكون العقد محكوماً بالقانون المختار بواسطة الأطراف، فإذا لم يوجد اختيار، فيكون العقد محكوماً بقانون دولة موطن الطرف الذي يكون التزامه قاطعاً في تكييف العقد، أو قانون مقر مؤسسته، عندما يكون العقد مبرماً في إطار أنشطته المهنية، أو التجارية".

#### \* بالنظر لموقف الاتفاقيات الدولية:

أقرت العديد من الاتفاقيات الدولية ضابط الأداء المميز، منها اتفاقية لاهاي الموقعة في ١٥ يونيو لعام ١٩٥٥، والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولية للمنقولات المادية، حيث إن المادة الثالثة منها قد أسندت عقد البيع لقانون محل الإقامة المعتادة للبائع بصفته المدين بالأداء المميز في هذا العقد.

كذلك أقرت اتفاقية روما ١٩ يونيو لعام ١٩٨٠ والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ضابط الأداء المميز، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة الرابعة على الآتي " عند انعدام الاختيار الصريح، يسري على العقد قانون الدولة التي يرتبط بها بروابط أكثر وثوقاً، وتعتبر هذه الرابطة موجودة في

est remplacée par l'établissement dans le cadre duquel le contrat est conclu", Par, Rev. Crit, ١٩٧٩, P.١٧٦ ets.

Rev. crit, ١٩٨٧,

<sup>١</sup>- نصوص القانون منشورة في P.١٧٠ ets

Rev. crit, ١٩٨١, P.١٦١.

<sup>٢</sup>- نصوص القانون منشورة في

Rev. crit, ٢٠٠٢, P.١٨٢.

<sup>٣</sup>- نصوص القانون منشورة في

Rev. crit, ١٩٩٩,

<sup>٤</sup>- نصوص القانون منشورة في P.٣٩٢.

الدولة التي توجد فيها الإقامة العادية وقت إبرام العقد، للطرف الذي يقدم الأداء المميز".

أضف لذلك اتفاقية مكسيكو المبرمة في ١٧ مارس ١٩٩٤ في المادة التاسعة على انه في حالة عدم اختيار القانون الواجب التطبيق من الأطراف المتعاقدة، او تبين أن اختيارهم غير فعال، يطبق على العقد قانون الدولة التي يتصل بها العقد اتصالاً وثيقاً، ويجب على المحكمة فحص كافة العناصر الموضوعية والشخصية المتعلقة بالعقد لتحديد قانون الدولة التي يرتبط بها العقد برابطة وثيقة.

كذلك كان لضابط الأداء المميز صداه في القضاء المقارن، فقد قررت المحكمة الفيدرالية السويسرية في حكمها الصادر في ١١ مايو ١٩٦٦، أنه عند سكوت الأطراف المتعاقدة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم الدولي، تخضع الرابطة العقدية الدولية للقانون الذي يرتبط بالعقد باوثق صلة إقليمية، وهو قانون محل إقامة المدين بالأداء المميز في العقد<sup>(١)</sup> كذلك تبنى القضاء الفرنسي ضابط الأداء المميز، حيث قضت محكمة استئناف جرينوبل لضابط الأداء المميز في حكمها الصادر في ٣١ سبتمبر ١٩٥٥، وذلك بصدد عقد بيع دولي مبرم بين كل من شركة إيطالية ومشتري فرنسي، حيث قررت المحكمة تطبيق القانون الإيطالي بصفته قانون المدين بالأداء المميز في العقد، وقد أسست المحكمة حكمها استناداً على ما نصت عليه اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ في مادتها (٢/٤)<sup>(٢)</sup>.

<sup>١</sup> راجع الحكم منشور في P. ٦٢٠، ١٩٦٧، CLUNT، كذلك فهناك حكمان صادران عن نفس المحكمة في تاريخين ١٢ فبراير، ١٠ يونيو ١٩٥٢، يؤكدان خضوع العقد عند غياب الاختيار الصريح لقانون المدين بالأداء المميز، راجع الحكم منشوران في R.C.D.I.P، ١٩٥٣، P. ٣٩٠، note flatte.

Rev. crit، ١٩٩٦، P. ٦٦٦ ets

<sup>٢</sup> الحكم منشور في

### ثالثاً: تقييم ضابط الأداء المميز بالنسبة لعقود تقسيم الوقت:

بالرغم من المزايا السابق ذكرها، وتبني العديد من النظم القانونية الداخلية والدولية والأحكام القضائية لهذا الضابط، إلا أن إعماله فيما يخص عقود الانتفاع بوحدة سكنية بنظام اقتسام الوقت، قد يجانبه الصواب في بعض الأحيان.

**فمن ناحية:** إذا تناولنا عقد اقتسام الوقت بصورته المبدئية، والتي تتمثل في قيام المنتفع بشراء حصة له في وحدة سكنية، أو حق انتفاع مدة زمنية محددة، أو قابلة للتحديد مقابل مبلغ معين من إحدى الشركات التي تستغل أو تدير المنتجعات، أو القرى السياحية، فهنا يمكن بسهولة تحديد المدين بالأداء المميز في هذه العقود، والمتمثل في الشركة أو المستغل لإدارة المشروع السياحي أو الفندقية، بينما يعتبر المنتفع بالوحدة السكنية السياحية المستهلك أو المدين بالأداء النقدي، ولكن تثير صعوبة تحديد معيار الأداء المميز، بالنظر للصورة الأكثر تعقيداً وصعوبة لنظام المشاركة الزمنية، والتي تتمثل في تبادل حق الانتفاع للوحدة السكنية، والمتمثل في قيام المنتفع بالتبادل الدولي للمدة الزمنية المخصصة له من دولة لأخرى، حيث ينتقل من دولته إلى دولة أخرى لتمضية إجازته السياحية، وهنا تظهر الصعوبة، حيث يختلط فيه تحديد المدين بالأداء المميز، وذلك بالنظر للطبيعة شديدة التعقيد والمركبة لعقد المشاركة الزمنية في نظام التبادل الدولي، والتي تجعل من الصعوبة بمكان تحديد الاداءات المميزة لها<sup>(١)</sup>.

وهذا ما دفع بعض الفقه<sup>(٢)</sup> إلى التسليم ببعض الظروف الاستثنائية التي تمكن وتبرر الخروج على مبدأ الأداء المميز، وذلك في حالة العلاقات القانونية الغامضة، لحماية مصلحة المتعاقدين في العقد الدولي ولعدم الإخلال بالتوقعات المشروعة للمستهلك.

**ومن ناحية ثانية:** فإن معيار الأداء المميز يمثل في باطنه فكرة الرابطة الأكثر وثوقاً، فبالنظر لفكرة الأداء المميز يتضح أنها تقوم بربط العقد برابطة وثيقة

<sup>١</sup> د/ حسام الدين فتحي ناصف، مرجع سابق، ص ٥٧

<sup>٢</sup> - Schnitzer, la loi applicable aux contrats, Rev. Crit, ١٩٥٥,

بإقليم الدولة التي يوجد بها محل إقامة المدين بالأداء الأساسي في العقد الدولي. وبالنظر بتمعن لمعيار الأداء المميز، يتضح أنه لم يضاف جديدًا عن تركيز العقد في المكان الذي يقيم فيه المتعاقد صاحب الأداء الأفضل، خاصة إذا كان هذا الشخص شخصًا اعتباريًا، ويصدق القول في هذه الحالة إذا كان مركز الثقل للعلاقة العقدية ينطلق من الدولة التي يوجد بها مركز الإدارة الرئيس للمؤسسة أو مكان الشركة الرئيس<sup>(١)</sup>.

وبالتطبيق لذلك على عقد المشاركة الزمنية يتضح، أن الفكرة الرئيسة، والتي تقوم على ارتباط العقد برابطة وثيقة بالدولة التي يوجد بها المستغل أو الشركة القائمة على إدارة المشروع السياحي، ويمثل الأخير صاحب الأداء المميز في مختلف عقود المشاركة، لارتباط العقد بالشركة أو المؤسسة المستغلة.

**ومن ناحية ثالثة:** يعد عقد اقتسام الوقت من عقود الاستهلاك، والتي تتميز بوجود طرف مهني متمثل في المستغل للوحدة السكنية السياحية، وطرف منتفع مستهلك، بحيث قد يفرض في الغالب الطرف الأول شروط العقد على الثاني، ومن هذا القبيل، فإن الإسناد لقانون المدين بالأداء المميز، من شأنه تناسي وإهدار حماية الطرف المستهلك في العقد، لأنه سيؤدي في جميع الأحوال إلى تطبيق قانون الشركة أو المؤسسة القائمة بإدارة الوحدات السكنية، والذي يمكن أن يكون أقل حماية للمنتفع المستهلك، ففكرة الأداء المميز ترجح الوظيفة الاقتصادية لأحد المتعاقدين عن الأداء النقدي للمتعاقد الآخر.

ومن ناحية أخيرة، ذكرنا سابقًا، أن الاعتماد على ضابط الأداء المميز من شأنه الإضرار بمصالح المنتفع، ولكن تزداد الصعوبة في اتصاف عقود تقسيم الوقت بصفة الاستهلاك، حيث يسعى المنتفع بالوحدة السكنية السياحية من وراء إبرامه للعقد إلى إشباع احتياجاته الشخصية، وليس الحصول على ربح، لذا فإن التزام المستهلك دائمًا يتمثل بدفع مبلغ من النقود خلأً لالتزام المتعاقد معه، والذي

<sup>١</sup> - د/ خالد عبد الفتاح محمد خليل، عقد التوزيع الحصري في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة، بالإسكندرية، ٢٠١٦، ص ١٦٩

يقدم دائماً الأداء المميز لعقد الاستهلاك، مما يؤدي إلى تطبيق قانونه على العقد، وينتج عنه في نهاية المطاف الإضرار بمصالح المستهلك<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثاني

#### تطويع قانون الإرادة

ونظراً لعدم ملاءمة معيار الأداء المميز لحماية المنتفع في عقود تقسيم الوقت فإننا نبحت عن معيار إسناد موضوعي آخر يراعى مصلحة المنتفع وظروفه، من خلال تطويع قانون الإرادة وتطبيق قانون محل الإقامة للمنتفع المستهلك، والقانون الأكثر صلاحية.

### الفرع الاول

#### تطبيق قانون محل الإقامة المعتادة للمنتفع المستهلك

اولاً: مدلول معيار محل الإقامة ومبررات تطبيقه:

إزاء عجز ضوابط الإسناد السابق ذكرها عن تحقيق حماية المنتفع في عقود المشاركة الزمنية باعتباره طرفاً مستهلكاً، وسواء تمثلت تلك الضوابط في ضوابط إسناد رئيسية، أم ضوابط إسناد احتياطية كمحل إبرام وتنفيذ العقد والموطن المشترك للمتعاقدين، فضلاً عن عدم ملائمة ضابط الأداء المميز لتحقيق الحماية المنشودة وتوجيه العديد من الانتقادات إليه، مما دفع بعض الفقه<sup>(٢)</sup> إلى إسناد عقود الانتقال بالوحدة السكنية إلى الوسط الاجتماعي والقانوني للعائد المستهلك، حيث يؤدي أعمال ضابط الإسناد الموضوعي الأخير إلى نتيجة عكسية تماماً لتي يؤدي أعمالها ضابط الأداء المميز، فبينما يؤدي الإسناد لضابط الأداء المميز إلى عقد الاختصاص لقانون المدين به، والمتمثل في المستغل أو الشركات التي تدير

<sup>١</sup> د/ عادل ابو هشيمه محمود حوته، عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية بالقاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٥، ص ١٠٥  
<sup>٢</sup> VICHER (F.K.), The antagonism between legal security and the search for justice in the field of contracts, Rec. Dec. cours. T. ١٢٤ (١٩٧٤ - II), P.٦٠.

لمزيد من الاتجاهات الفقهية المؤيدة لضابط الإقامة المعتادة، انظر إلى د/ احمد محمد الهواي، مرجع سابق، ص ١٥٤

الوحدات السكنية، يؤدي الإسناد لقانون الوسط القانوني للعائد المستهلك إلى عقد الاختصاص لقانون هذا العاقد، والذي يكون قانون موطنه او محل إقامته. ويتحدد محل الإقامة المعتادة في نظام المشاركة الزمنية، في المكان الذي يقيم فيه المنتفع بالوحدة السكنية السياحية على نحو يؤكد استقراره الفعلي فيه، ومن هذا القبيل، فقد حدد المشرع المصري فكرة الإقامة المعتادة في المادة (٤٠) من القانون المدني، والتي جاء فيها " ١- الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة.

٢- يجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن، كما يجوز ألا يكون له موطن ما". والموطن بهذا المفهوم يتأسس على عنصرين: أحدهما مادي يتمثل في التواجد على إقليم الدولة، والآخر معنوي يتمثل في نية الاستقرار بصفة دائمة على الإقليم<sup>(١)</sup>.

وبالنسبة لتحديد الإقامة المعتادة من الوجهة الدولية، فقد حددت اتفاقية روما لعام ٢٠٠٨ في المادة (١٩) المقصود بمحل الإقامة المعتادة للشخص الطبيعي بالمكان الذي توجد به مؤسسته المركزية، أي: المكان الذي يقيم فيه هذا الشخص بشكل يفيد استقراره، وعند ممارسته لنشاط مهني من خلال مؤسسة معينة، تعد هذه المؤسسة محل الإقامة المعتادة له<sup>(٢)</sup>.

• وبالنظر لمبررات تطبيق قانون محل الإقامة المعتادة للمنتفع بالوحدة السكنية السياحية، فقد تعددت المبررات التي تتيح تطبيق قانون محل الإقامة المعتادة، لأنها تتفادى المشكلات والصعوبات الناتجة عن تطبيق نظرية الأداء المميز، ويؤدي تطبيق قانون محل الإقامة المعتاد للمنتفع إلى حماية توقعاته المشروعة، وكذلك مراعاة مصلحة الدولة والهدف الحمائي للتشريعات التي

<sup>١</sup> - د/ عبد المنعم زمزم، مرجع سابق، ص ٢٢٩، ٢٣٠.

<sup>٢</sup> - Article (١٩/١) dispose que "..... la résidence habituelle d'une personne physique agissant dans l'exercice de son activité professionnelle est le lieu ou cette personne a son établissement principal " .

وضعتها، بالإضافة لتفادي مشاكل الإسناد الجامد، ومراعاة عدالة القانون الدولي الخاص<sup>(١)</sup>.

**فمن ناحية:** يؤدي إعمال وتطبيق قانون محل الإقامة المعتادة، إلى تجنب الصعوبات الناتجة عن تطبيق نظرية الأداء المميز وإعمالها: حيث أن إعمال معيار الأداء المميز يؤدي في نهاية الأمر إلى نتائج غير مقبولة، إذ يؤدي إلى إعمال قانون الطرف المستغل المتحكم في العقد، وهذا يؤدي دائماً بعدم الاستجابة لاعتبارات حماية الطرف المستهلك، وهذا على عكس إعمال ضابط محل الإقامة المعتادة، وإعمال قانون الطرف المستهلك (المنتفع).

**ومن ناحية ثانية:** يؤدي إعمال قانون محل الإقامة إلى حماية التوقعات المشروعة للطرف المستهلك في عقد المشاركة الزمنية، فيعد هذا القانون أقدر القوانين حماية للمنتفع، لا سيما إذا كان مستهلكاً، لأنه القانون الذي اعتاد الأخير على تنظيم سلوكه وفقاً لقواعده، بالإضافة لكونه القانون الذي يعرفه أكثر من سواه، وبالتالي يكون في مقدرة هذا الطرف أو المنتفع بالوحدة السكنية أن يتوقع ما يترتب على تطبيقه من آثار سلبية أو إيجابية بالنسبة له<sup>(٢)</sup>.

كما أنه بالنظر لطبيعة عقود المشاركة الزمنية، يتضح أنها تتم بين طرفين أحدهما قوي يتمثل في المؤسسة أو الشركة التي تقوم على إدارة المشروع السياحي، أو الوحدات السكنية السياحية، حيث يكون المنتفع أو الطرف المستهلك أمام شركات خدمات عملاقة، تستخدم الأخيرة إجراءات الدعاية والإعلان من جانبها، مما يترتب عليه، جعل رضاء المنتفع أو الطرف المستهلك منقوصاً، حيث أمام ضغط إجراءات الدعاية والإعلان من المستغل للوحدة السكنية السياحية، لم يكن أمام المنتفع بالوحدة السكنية السياحية فرصة للتفكير في فحص محل العقد وقبوله، مما يترتب عليه الإضرار بمصالح الطرف المتعاقد المستهلك، وهذا ما يتفاداه قانون محل الإقامة المعتادة، وهو

<sup>١</sup> - د/ خالد عبد الفتاح محمد خليل، مرجع السابق، ص ١٧٥

<sup>٢</sup> - د/ احمد محمد الهوارى، مرجع السابق، ص ١٥٥

ما يحقق ويراعي توقعاته، وحماية رضائه بتطبيق القانون الذي يوفر للمنتفع الحماية التي ينتظرها<sup>(١)</sup>.

**من ناحية ثالثة:** فإن تطبيق قانون محل الإقامة المعتادة، يعد أكثر القوانين معرفة للمستهلك، لأن هذا القانون أكثر من سواه معرفة للمتعاقد أو المنتفع بالوحدة السكنية، والذي اعتاد عليه هذا الطرف المتعاقد واعتاد على أحكامه، وبالتالي يكون بمقدرته أن يتوقع ما يترتب عليه من آثار سلبية أو ايجابية بالنسبة له، وبالتالي تجنب أية مفاجأة قد يحملها له أي قانون آخر يجله المتعاقد<sup>(٢)</sup>.

أخيراً، يعد قانون محل الإقامة المعتادة أقر القوانين على حماية المنتفع، لأن هذا القانون يراعي القواعد الحمائية، حيث تضع الدولة القواعد الحمائية للمستهلكين في مواجهة من يتعاقدون معهم، وأن الاستناد لقانون محل الإقامة المعتاد من شأنه السماح بتطبيق هذه السياسة الحمائية، فتسعى الدولة من خلال هذه القواعد والتشريعات الحمائية إلى حماية مصالح معينة، منها حماية المستهلك في مواجهة النفوذ والسيطرة الاقتصادية للمهني، أو المستغل بإدارة الوحدات السكنية السياحية، من أجل المحافظة على النظام الاقتصادي والقانوني للدولة، وهذا ما يبرر تطبيق قانونها بصدد عقود الاستهلاك المبرمة على إقليمها الوطني، حيث يوجد فيه محل الإقامة المعتادة للمستهلك، وهنا تكون مصلحة الدولة ذات اعتبار.

#### ثانياً: تقنين قانون محل الإقامة المعتادة:

أقر ضابط محل الإقامة المعتادة العديد من التشريعات الوطنية، المادة (١٢٠/١) من القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧ والتي تنص على أن " العقود التي يكون محلها أداء استهلاك جارٍ، مخصص للاستعمال الشخصي أو العائلي للمستهلك، والذي ليس له صلة بالنشاط المهني أو التجاري له، يحكمها قانون دولة محل إقامته المعتادة"<sup>(٣)</sup> (١/٤١) من القانون الدولي الخاص النمساوي لعام ١٩٧٨ والتي

<sup>١</sup> انظر في ذلك، د/ أبو العلا النمر، حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٨، ص ٤٠

<sup>٢</sup> د/ حسام الدين فتحي ناصف، مرجع سابق، ص ٦١

<sup>٣</sup> - Article (١٢٠/١) " le contrat portent sur une prestation de consommation courante destine a une usage personnel ou familial du consommateur et

تنص على أنه " تخضع العقود لقانون الدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للطرف الذي يبرمها باعتباره مستهلكا, إذا كان القانون الخاص فيها يوفر له حماية ذاتية, طالما أبرمت تلك العقود في إطار نشاط موجه نحو إبرام تلك العقود يقوم به المقاتل أو مستخدموه في هذا الغرض على إقليم هذه الدولة"<sup>(١)</sup> , المادة (٢/٢٧) من القانون الدولي الخاص الإنجليزي الموحد للعقود, الصادر عام ١٩٧٧ والتي تنص على تطبيق هذا القانون على الرغم من اختيار أطراف العقد لقانون أجنبي آخر, وذلك إذا كان لأحد الأطراف صفة المستهلك وله محل إقامة معتادة في المملكة المتحدة, وأتم في هذه البلد الإجراءات والتصرفات الضرورية لإبرام العقد .

أما فيما يتعلق بالاتفاقيات الدولية, فقد أقرت بعضها قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك, ومنها المادة (٢/٥) من اتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لعام ١٩٨٠, والتي تنص على أن " اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق لا يمكن أن يترتب عليه حرمان المستهلك من الحماية التي تؤكد لها النصوص الأمرة في قانون بلد إقامته المعتادة"<sup>(٢)</sup>.

واتفاقية لاهاي المتعلقة بالبيع الدولية للمنقولات المادية , والصادرة في ١٥ يونيو ١٩٥٥, فقد نصت المادة (٢, ١/٣) على أنه " البيع يخضع للقانون الداخلي للبائع في دولة محل إقامته المعتادة وقت تلقي الطلب, على أنه يتم تطبيق قانون محل الإقامة

qui n'est pas en rapport avec l'activité professionnelle ou commerciale du consommateur sont régis par le droit de l'Etat de la résidence habituelle de consommateur...." , Par, Rev. Crit, ١٩٨٨, P.٤٠٩ ets.

<sup>١</sup> - Les contrats pour les lesquels le droit de l' Etat dans lequel une partie a sa résidence habituelle assure a cette partie, en tant que consommateur, une protection particulière de droit privé, sont régis par le droit de cet Etat s'ils ont été conclus dans le cadre d'une activité orientée vers la formation de tels contrats et déployée dans cet Etat par l'entrepreneur ou par les personnes employées par lui à ce propos", par, Rev. Crit, ١٩٧٩, P.١٧٤ ets.

<sup>٢</sup> للنظر والتعقيب حول اتفاقية روما ١٩٨٠ والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية, انظر د/ أبو العلا النمر, حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي (مرجع سابق), ص ٥١, حيث يري سيادته إن اتفاقية روما بمثابة قانون موحد للعقود متعلق بالدول الاوروبية.

المعتادة للمشتري إذا تم تسليم الطلب في دولة محل الإقامة المعتادة له إلى البائع، أو نائبه المقيم، أو غير المقيم في هذه الدولة" (١) ، كذلك مشروع اتفاقية لاهاي لعام ١٩٨٠ والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على بعض بيوع المستهلكين نصت على تطبيق قانون دولة محل الإقامة المعتادة للمستهلك (٢) .

### ثالثاً: تقييم ضابط محل الإقامة المعتادة في نظام المشاركة الزمنية:

بالنسبة لضابط محل الإقامة المعتادة، ومدى فاعليته في عقود المشاركة الزمنية، فيتضح عدم فاعليته كضابط وحيد وفعال لقاعدة التنازع في تحقيق حماية كافية للمنتفع بالوحدة السكنية السياحية باعتباره طرفاً مستهلكاً، حيث إن قانون محل الإقامة المعتادة للمنتفع قد يكون في غالب الحالات أقل حماية للأخير، فقد يكون قانون المستغل للوحدة السكنية السياحية أكثر حماية، أي قانون العاقد المكلف بالأداء المميز من قانون المنتفع ذاته، وذلك إذا كان العاقد الأول منتمياً لدولة بلغ تشريعاتها درجة كبيرة من التقدم والتطور (٣) .

لذا ولتجنب المفاجآت التي يحملها تطبيق قانون المنتفع، يجب تضمين قاعدة التنازع إسناداً احتياطياً يخول للقاضي المعروض عليه النزاع، بإهدار الإسناد لقانون محل الإقامة المعتادة، إذا كان لا يوفر حماية فعالة للمنتفع أو المستهلك في العقد لصالح القانون الذي يحقق الهدف الحمائي، وقد يكون من بين قواعد الإسناد الاحتياطي قانون المؤسسة أو المستغل لإدارة الوحدات السكنية السياحية، فقد يحمل هذا القانون مفاجآت سارة للمنتفع المستهلك (٤) .

وهذا النقد يجد أساسه في اتفاقية روما المبرمة في ١٩ يونيو لعام ١٩٨٠ والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، فقد اهتمت هذه الاتفاقية بحماية المستهلك في المادة الخامسة منها، والمخصصة لعقود الاستهلاك، إلا أنها عقدت الاختصاص لقانون محل إقامة المستهلك العادية بصفة مطلقة، ولم تمنح

<sup>١</sup> انظر في ذلك :

Batiffol (H.) et Lagarde (P.), Trité.....op.cit, P.٣١٢.

<sup>٢</sup> للنظر حول أحكام الاتفاقية، انظر د/ حسام الدين فتحي ناصف، مرجع سابق، ص ٦٣، ٦٤

<sup>٣</sup> المرجع السابق، ص ٦٤

<sup>٤</sup> - د/ احمد محمد الهوارى، مرجع سابق، ص ١٥٦

للقاضي أية استثناءات تخول له تطبيق قانون آخر يوفر حماية أكثر للطرف المستهلك، بمعنى: أن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق لا يجوز أن ينتج عنه حرمان المستهلك من الحماية التي تقرها له النصوص الأمرة في قانون بلد محل إقامته المعتادة<sup>(١)</sup>، وبما يعنى إلزام القاضي المعروض عليه النزاع بتطبيق قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك، ومما يزيد المشكلة، أن اتفاقية روما قد أخرجت عقود الاستهلاك من نطاق أعمال الاستثناء العام الذي تضمنته، والذي يقرر بإخضاع العقد لقانون آخر غير الذي عينته، وذلك إذا ما ظهر من الملاحظات المحيطة، وظروف العقد أن العقد يرتبط بروابط أكثر قوة وصلابة من ارتباطه بالدولة التي انعقد الاختصاص لقانونها<sup>(٢)</sup>.

ومثال لضرورة وضع قيود على تطبيق قانون محل الإقامة المعتادة، ففي نظام المشاركة الزمنية عقد تم إبرامه بين منتفع يقيم في مصر، ومستغل أو مؤسسة لإدارة المشروع السياحي مقرها الرئيس في فرنسا، فلو تم إسناد الاختصاص لقانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك (القانون المصري)، يكون من شأنه حرمان المنتفع من الحماية التي يقرها له القانون الفرنسي باعتباره قانون المستغل، حيث إن فرنسا تحقق حماية فعالة وأكبر بالنسبة للمستهلك، نظراً لكثرة القوانين الفرنسية المتعلقة بحماية المستهلك، فضلاً عن انتشار جمعيات حماية المستهلكين والتي لها دور ملموس في حماية المستهلكين، كما أن فرنسا عضو في اتفاقية روما لعام ١٩٨٠.

<sup>١</sup> - نص المادة (٢/٥) من الاتفاقية على أنه " مع عدم المساس بنصوص المادة الثالثة، فإن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق لا يجوز أن ينتج عنه حرمان المستهلك من الحماية التي تقرها له النصوص الأمرة في قانون بلد محل إقامته المعتادة :

- إذا كان العقد قد سبقه في هذا البلد عرض خاص أو دعاية، وإذا كان المستهلك قد قام باتخاذ الإجراءات الضرورية لإبرام العقد في هذا البلد.

. إذا تلقى المتعاقد مع المستهلك أو ممثليه الطلب من المستهلك في هذا البلد.  
إذا كان العقد يتعلق ببيع بضائع، وانتقل المستهلك من هذا البلد إلى بلد أجنبي، وأبرم العقد، بشرط أن تكون الرحلة منظمة بواسطة البائع من أجل حث المستهلك على إبرام عقد البيع.

<sup>٢</sup> - ويعد هذا الاستثناء في الاتفاقية بالنسبة لعقد العمل الفردي، ولكن التفرقة بين كل من عقد العمل الفردي، وعقد الاستهلاك من حيث إمكانية أعمال هذا الاستثناء العام، بالرغم من توافر علة هذا الأعمال بالنسبة لكليهما، يعد منهجا لا يمكن فهمه وتبريره، انظر في ذلك، د/ احمد محمد الهوارى،

مرجع سابق، ص ١٥٨، ١٥٩

وبالنسبة للحجة المبررة لقانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك، والتي تقتضي بأن تطبيق هذا القانون أساسه علم المستهلك بأحكامه، قول مردود عليه، نظرًا لاعتبار الأخير طرفًا ضعيفًا في العقد، وهذا الطرف يجهل بقانونه، بالإضافة لجهله بكافة القوانين الأخرى، لكونه فاقدًا للخبرة القانونية، وليس بمقدرته تقرير الآثار التي يربتها العقد.

## الفرع الثاني

### تطبيق القانون الأكثر صلاحية للمنتفع المستهلك

#### اولاً: مدلول القانون الأكثر صلاحية:

رأينا سابقاً، من خلال عرضنا لضوابط الإسناد المختلفة، أنها لا تقرر حماية كافية للمتعاقد المستهلك، أو أن تكون الحماية المقررة فيها أقل مما يقدره القانون الذي اختاره الأطراف، ومن هذا ضابط محل الإقامة المعتادة للمستهلك، وعلى الرغم من مزاياه إلا أنه لا يحقق الحماية الفعالة للمستهلك.

هذا دعا إلى الإسناد للقانون الأكثر صلاحية للمستهلك، والنابع من تطويع مبدأ سلطان الإرادة، وإرساء دور الإسناد التخييري لحماية المستهلك، إذ يوفر مستوى أعلى من الحماية يفوق المستوى المقرر في قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك، مما يؤدي لتطبيقه وللوصول للحماية الفعالة للمتعاقد المستهلك أو المنتفع بالوحدة السكنية السياحية، يفرض تعدد ضوابط الإسناد التي تتضمنها قاعدة التنازع، والتي تحدد في نهاية الأمر القانون الأكثر صلاحية للمستهلك، أي يجب أن يتاح أمام القاضي الفرصة للبحث عن القانون الأكثر صلاحية من بين القوانين التي ترتبط بالعقد بروابط وثيقة<sup>(١)</sup> من خلال الآتي:

فمن ناحية: في حالة عدم المساواة بين الأطراف المتعاقدة، يجب إعطاء القاضي إمكانية تحديد القانون الأكثر صلاحية للطرف الذي تجب حمايته، ومن ناحية ثانية،

<sup>١</sup> - POCAR (F.), La protection de la partie faible en droit international privé, Rec. Des cours ١٩٨٤, Vol ١٨٨, P. ٤٠٤.

يجب تطويع دور الإرادة، وإظهار مبدأ سلطان الإرادة وتعظيمه في تحقيق حماية الطرف المستهلك، من أجل اختيار القانون الواجب التطبيق لصالح المستهلك<sup>(١)</sup>.  
ويحقق الإسناد للقانون الأكثر حماية للمستهلك عدة مزايا، منها: الاستغناء عن الدفع بالنظام العام، والذي من شأنه تصحيح النتائج غير الملائمة، والتي تترتب على تطبيق القانون الأجنبي، والذي أشارت إليه قواعد الإسناد، إذ يؤدي الاستناد للنظام العام استبعاد ذلك القانون والتي أشارت إليه قواعد تنازع القوانين، إذا كان هذا القانون لا يوفر الحماية الفعالة للمستهلك، بأن ينزل عن الحد الأدنى لهذه الحماية التي يقرها المشرع الوطني لهذا المستهلك، حيث إن الدفع بالنظام العام يحول دون تطبيق القانون الأجنبي الذي يهدر حماية المستهلك، وأن اللجوء للقانون الأكثر حماية، من شأنه الاستغناء عن الدفع بالنظام العام وغيره من المناهج، والتي تساهم في علاج القصور الذي يعترى قاعدة التنازع<sup>(٢)</sup>.

يتميز القانون الأكثر صلاحية للمستهلك بكونه يوفر حماية للضعفاء من ناحية، وكوسيلة لحماية الأشخاص حسني النية من ناحية أخرى، بالإضافة لكونه يوسع مجال تطبيق القانون الأجنبي المختار بواسطة الأطراف عندما يكون أكثر حماية للمستهلك<sup>(٣)</sup>.

### ثانياً: تفنين القانون الأكثر صلاحية:

بالنظر للتشريعات الوطنية، فقد نصت المادة (٢/٤١) من القانون الدولي الخاص النمساوي لعام ١٩٧٨ على أنه " يتم استبعاد اختيار الأطراف القانون الواجب التطبيق في العقود التي تبرم مع مستهلكين، وذلك حالة كون الاختيار لا يحقق مزايا للمستهلك<sup>(٤)</sup>، وبالنظر لنص هذه المادة تتضح استفادته بمفهوم مخالفة تطبيق القانون الأصلح للمستهلك والمختار بواسطة الأطراف على عقدهم الدولي بدلاً من قانون محل

<sup>١</sup> د/ خالد عبد الفتاح محمد خليل، مرجع سابق، ص ١٩٨

<sup>٢</sup> انظر في ذلك، د/ أبو العلا النمر، مرجع السابق، ص ٤٨

<sup>٣</sup> د/ خالد عبد الفتاح محمد خليل، مرجع السابق، ص ١٩٩، ٢٠١

<sup>٤</sup> -Article (٤١/٢) " Dans la mesure ou il s'agit de prescriptions impératives de ce droit, un choix du droit applicable désavantageux pour le consommateur ne doit pas être respecté". Par, Rev, crit, ١٩٧٩, P.١٧٤. ets.

الإقامة المعتادة للمستهلك، والتي قررت المادة (١٤/١) من ذات القانون، وكذلك أخذ بنفس الأحكام القانون الدولي الخاص الألماني لعام ١٩٨٦ في المادة (٢٩/١).  
أما بالنظر لموقف الاتفاقيات الدولية من القانون الأكثر صلاحية للمستهلك، فنجد أن اتفاقية روما المبرمة في ١٩ يونيو ١٩٨٠، تقرر تطبيق هذا القانون، وفقا لنص المادة (٢/٥) على أنه "..... فإن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق لا يجوز أن ينتج عنه حرمان المستهلك من الحماية التي تقررها له النصوص الآمرة في قانون بلد محل إقامته"<sup>(١)</sup>.

ويتضح أن اتفاقية روما وضعت قيوداً على تطبيق القانون الأكثر حماية للمستهلك، يتمثل في ألا تقل الحماية التي يقررها هذا القانون عن الحماية المقررة بالنصوص الآمرة في قانون محل الإقامة المعتادة، وبالتالي فلا يمكن تطبيق القانون المختار، مادامت نصوص قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك أكثر صلاحية وحماية لهذا الأخير.

وقد سار على نفس المنوال مشروع اتفاقية لاهاي لعام ١٩٨٠ والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على بعض بيوع المستهلكين<sup>(٢)</sup>، حيث نصت المادة (١/٦) على الآتي " يحكم القانون الداخلي المختار بواسطة الأطراف البيوع الواردة في هذه الاتفاقية، ولا يجوز أن يحرم اختيار الأطراف المستهلكين من الحماية التي تقررها لهم النصوص الآمرة في القانون الداخلي لبلد محل إقامتهم المعتادة".

#### ثالثاً: تقييم القانون الأكثر صلاحية في نظام المشاركة الزمنية:

بالرغم مما يحققه القانون الأكثر صلاحية من فوائد للمنتفع بالوحدة السكنية الفندقية باعتباره مستهلكا، فقد أخذ عليه إخلاله بالتوقعات المشروعة للأطراف المتعاقدة بشأن القانون الواجب التطبيق، مما يؤدي إلى الإضرار بالأمان القانوني للمتعاقدين، بحيث يصعب تحديد القانون الأصلح للطرف المستهلك، لأن القانون الواحد يتضمن مجموعة من القواعد القانونية بعضها أصلح لأحد الأطراف، والبعض الآخر أسوأ له،

Rev. crit, ١٩٨٠, P.٨٥٧ ets.

<sup>١</sup> - راجع نصوص الاتفاقية منشورة في

<sup>٢</sup> - تم إعداد مشروع اتفاقية لاهاي لعام ١٩٨٠ أثناء الدورة الرابعة عشر لمؤتمر لاهاي في ٢٥

أكتوبر ١٩٨٠

وذلك إذا ما تمت مقارنة هذا القانون بقانون آخر، لذلك لا يمكن التعرف على هذا القانون بطريقة مسبقة من قبل الأطراف<sup>(١)</sup>.

ويرد على ذلك بأن الإسناد إلى القانون الأكثر حماية، هو إسناد خاص ببعض العقود، والتي يكون أحد أطرافها طرفاً مستهلكاً، وليس إسناداً مطلقاً ينطلق على كافة عقود التجارة الدولية، وبناء عليه، فإن الإسناد لقانون الدولة الأكثر حماية يعد إسناداً محدود النطاق، يقتصر على العقود التي يبرمها المستهلكون، وغالباً تكون عقود إذعان في الوقت ذاته، فضلاً عن ذلك، فإنه لا يجب أن يكون الهدف الأساسي والرئيس لقاعدة الإسناد وتنازع القوانين هو تحقيق اليقين القانوني، وإنما تحقيق العدالة فقط<sup>(٢)</sup>.

كما قيل في انتقاد الإسناد للقانون الأصح للمنتفع باعتباره مستهلكاً، صعوبة تحديد هذا القانون في حالة عدم وجود اختيار من جانب الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقدهم، حيث إنه لا تثير صعوبة حالة اختيار الأطراف للقانون المختص نظراً لإمكان إعمال المقارنة بين هذا القانون والقانون المختص موضوعياً، لتحديد أي القانونين أصح للطرف المستهلك وتطبيقه على العقد<sup>(٣)</sup>.

ويمكن الرد على هذا النقد، أنه في حالة عدم اختيار القانون الواجب التطبيق، فلا تتور مشكلة القانون الأكثر صلاحية للمستهلك، حيث يتم تطبيق قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك، وبالتالي يستفيد المستهلك من الحماية المقررة في هذا القانون، وهذا ما قرره المادة (٢/٥) من اتفاقية روما لعام ١٩٨٠، ومشروع اتفاقية لاهاي لعام ١٩٨٠.

<sup>١</sup> - ومثال للتدليل على صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق، في عقود البيع بالتقسيط، فإذا ارتبط العقد بكل من سويسرا وألمانيا، فإنه لن يمكن معرفة القانون الأصح للمستهلك، لأن القانون الألماني لا يفرض حداً أقصى لمقدم الثمن في عقود البيع بالتقسيط ولكنه يبطل أي شرط يعفي البائع من المسؤولية، أو يخفف منها، أما القانون السويسري فهو يضع حداً أقصى لمقدم الثمن، ولكنه يخلو من أية قواعد تحمي المشتري مما قد يضمنه البائع في العقد من شروط تعفيه من المسؤولية، أو تخفف منها، انظر في ذلك، د/ احمد محمد الهوارى، مرجع سابق، ص ١٦٤

<sup>٢</sup> د/ حسان الدين فتحي ناصف، مرجع سابق، ص ٧٠، POCAR, La protection...op.cit, P.٤٠٥.

<sup>٣</sup> خالد عبد الفتاح محمد خليل، مرجع سابق، ص ٢٠٧

وكما ذكرنا سابقًا، أن هذه النصوص تمثل الحد الأدنى للحماية المقررة للمستهلك، بحيث لا يجوز تطبيق قانون آخر يقرر حماية أقل مما يقرره قانون محل الإقامة المعتاد.

\* **تعقيب:** يتضح مما سبق، ومن خلال النقد الموجه للقانون الأكثر صلاحية، أنه لم يقلل من أهمية هذا الإسناد في تحقيق الحماية المنشودة والفعالة للمنتفع المستهلك للوحدة السكنية السياحية، بل إنه يعد أكثر القوانين فعالية في حماية المنتفع في نظام المشاركة الزمنية باعتباره مستهلكًا في حاجة ماسة للخدمة، أو للانتفاع بالوحدة السكنية السياحية بالمقارنة بالمستغل، والذي يهدف إلى تحقيق أقصى ربح من وراء التعاقد، والذي يتوافر لديه العديد من المستشارين القانونيين، ولديه الخبرة القانونية الكافية، لإبرام عقود تقسيم الوقت باعتياد واستمرار، كل ذلك يوجب مراعاة المنتفع باعتباره مستهلكًا في عقود تقسيم الوقت، وتطبيق القانون الأكثر حماية له لتحقيق مصالحه، ولكن بشرط مراعاة ذلك القانون للقواعد الحمائية الممثلة في النظام العام ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري، أو قوانين البوليس في دولة القاضي، وذلك إذا كان القانون الأكثر صلاحية قد يوفر في بعض قواعده حماية أقل من الحماية التي يقرها المشرع الوطني لهذا المستهلك.

## المبحث الثاني

### الحد من نطاق تطبيق قانون الإرادة

تناولنا سابقا، تطبيق قانون الإرادة على العقود الواردة على الانتفاع بالوحدات السكنية بنظام اقتسام الوقت، وذلك قياساً لما استقرت عليه غالبية النظم القانونية من خضوع العقود الدولية للقانون الذي يختاره الأطراف سواء صراحة أو ضمناً، وقد ينتج عن إطلاق إرادة الأطراف المتعاقدة في عقد المشاركة الزمنية تعسف في بعض الأحيان من قبل أحدهما، بوضع ما يشاء من بنود قد تضر بالطرف الآخر، وهذا واضح جلي في عقود الانتفاع بالوحدات السكنية السياحية بنظام اقتسام الوقت، باعتبارها من عقود الاستهلاك، ولقيام الشركات القائمة على إدارة المشروع بوضع بنود في العقد قد تضر بالمنتفع - الطرف المستهلك - لحاجته للخدمة، وبطبيعة الحال قد يقبلها في الغالب دون مناقشة، ومن غير المستبعد أن يؤدي تطبيق قانون بعينه إلى الإقرار بمشروعية هذه الشروط والبنود التعسفية في كل الأحوال، حتى ولو ترتب على ذلك إضرار للطرف الآخر المستهلك، وقد يحدث ذلك عند تطبيق القاضي للقانون الأصلح للمنتفع.

ومن هذا القبيل يجب البحث عن بعض الوسائل والسبل، والآليات التي تساعد على التخفيف من هذه الشروط والبنود التعسفية، والتي يقوم بوضعها المستغل للوحدات السكنية السياحية في نظام المشاركة الزمنية ومنها القواعد ذات التطبيق الضروري، وقواعد النظام العام.

لذا نتناول في هذا المبحث والمتعلق بالحد من نطاق تطبيق قانون الإرادة، أولاً: دور القواعد ذات التطبيق الضروري لحماية المنتفع المستهلك. ثانياً، دور فكرة النظام العام للحد من إرادة الأطراف.

### المطلب الاول

#### دور القواعد ذات التطبيق الضروري لحماية المنتفع المستهلك

تقتضي طبيعة الحال وضع قواعد مباشرة تطبق لحماية المتعاقدين، وتخفف من التزاماتهم، فمن غير المتصور ترك الأمر للأطراف المتعاقدين لتنظيم ووضع ما يشاؤون من أحكام متعلقة بتصرفاتهم التعاقدية، دون قيد أو ضوابط، وهذه الأخير

تتمثل في القواعد الضرورية التطبيق، أو القواعد الحمائية للمنتفع بنظام المشاركة الزمنية، لذا ينبغي التعرف على هذه القواعد من خلال تعريفها ، ثم لمجال أعمالها في العقود المتعلقة باقتسام الوقت.

## الفرع الاول

### ماهية القواعد ذات التطبيق الضروري

إن فكرة القواعد ذات التطبيق الضروري لم تظهر إلى الوجود إلا بعد النصف الثاني من القرن الماضي، على يد الأستاذ والفقير اليوناني Francescakis في أطروحته للدكتوراه تحت عنوان (نظرية الإحالة وتنازع الأنظمة في القانون الدولي الخاص)<sup>(١)</sup> ، وارتبط ظهور هذه القواعد ببروز دور الدولة في التدخل في المجال الاقتصادي والاجتماعي للأفراد، تحقيقاً لأغراض منها: حماية الصالح العام، وحماية المستهلك في العلاقات الخاصة الدولية<sup>(٢)</sup>.

ويقصد بالقواعد ذات التطبيق الضروري : تلك " القواعد التي تلازم تدخل الدولة، والتي ترمي إلى تحقيق وحماية المصالح الحيوية والضرورية والاقتصادية والاجتماعية للجماعة، والتي يترتب علي عدم احترامها إهدار ما تبغيه السياسة التشريعية، وتكون واجبة التطبيق على كافة الروابط التي تدخل في مجال سريانها، أيا كانت طبيعتها ،

<sup>١</sup> - **Francescakis (Ph)**, Ta théorie du Renvoi et les conflits de systemesen droit international privé, Ed sirey, ١٩٥٨.

<sup>٢</sup> - ويظهر دور الدولة في التدخل في المجال الاقتصادي في العلاقات العقيدية، أو التجارية، وعمليات البنوك، وامتداد التدخل أكثر من ذلك إلى النشاط الاجتماعي من خلال قوانين تنظيم العمل، وقوانين التأمين الاجتماعي وغيرها، وامتد تدخل الدولة من النطاق الداخلي إلى نطاق العلاقات الخاصة الدولية بوصفه قانون العلاقات الخاصة الدولية، وهذا المبدأ جاء معبراً عن انتصار الفكر الاشتراكي في مقبل هذا القرن، انظر في ذلك، د/ هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي ، بالإسكندرية، ٢٠٠١، ص ٧٧١ . ٧٧٤ .

وطنية أم ذات طابع دولي" (١) , أو أنها " قواعد آمرة واجبة التطبيق بصفة دائمة , بغض النظر عن القانون الذي تختاره الأطراف, أو تشير إليه قواعد تنازع القوانين" (٢). وبالنظر للقواعد ذات التطبيق الضروري , فتهدف بصفة رئيسة إلى حماية الصالح العام في المجتمع , دون أن تراعى أي قدر للعلاقة ذات الطابع الدولي او دون مراعاة لدولية العلاقة (٣), بحيث ينطبق منهج هذه القواعد على كافة العلاقات التي تدخل في مجال سريانها بغض النظر عن طبيعتها, وطنية كانت في جميع عناصرها أم ذات طابع دولي (٤), حيث ترمي لحماية المصالح الحيوية للمجتمع , وتطبق قواعدها بمجرد وجود صلة جدية بين العلاقة محل النزاع والنظام القانوني لدولة القاضي (٥). لذا يحرص مشرعو الدول على تقنين القواعد ذات التطبيق الضروري, من أجل حماية السياسة العامة في الدولة, ووضع ضوابط تؤدي إلى تحقيق العدالة في العلاقات الخاصة, حيث إن منهجية هذه القواعد تقتضي التدخل مباشرة لإقرار الحل المناسب للمنازعة المطروحة أمام القاضي, وبغض النظر عن وجود تنازع قوانين من عدمه. وقد يميل جانب من الفقه (٦) إلى تسمية هذا النوع من القواعد بقوانين البوليس, انطلاقاً من هدفها الرئيس وغايتها في حماية السياسة التشريعية للدولة, وتدخلها الفوري والمباشر لتحقيق هذا الهدف.

١- د/ احمد عبد الكريم سلامة, القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص, دراسة تحليلية انتقادية, دار النهضة العربية بالقاهرة, ١٩٨٥, ص ٥٩ وما بعدها إلى ص ٧٢

٢- **Mayer (P.)**, Les lois de police étrangères, Clunet, ١٩٨١, P.٢٢٧ ets.

٣- د/ محمد عبد الله محمد المؤيد, منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة الدولية (دراسة تأصيلية), دار النهضة العربية بالقاهرة, ١٩٩٨, ص ٦٧

٤- د/ يوسف عبد الهادي خليل الاكياي, النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص, دار النهضة العربية بالقاهرة, ١٩٨٩, ص ٢٥٥

٥- د/ محمد عبد الله محمد المؤيد, مرجع سابق, ص ٤٦٦

٦- **S. POILLOT PERUZZETTIO**, ordre public et lois de police dans les texts de référence, in collection : la matière civile et commerciale, socle d'un code Europeen de droit international privé, peris, Dalloz, ٢٠٠٩, P.٩٣ ets.

انظر في ذلك, د/ خالد عبد الفتاح محمد خليل, عقد التوزيع الحصري (المرجع السابق), ص ٢٠٤

وقد تواترت الأحكام القضائية على تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري، أو القواعد الحمائية، دون أن تحدد مضمونها أو مدلولها، وإنما طبقتها باعتبار الغاية منها، أما النظم القانونية الداخلية، فقد سارت على نفس المنوال من عدم وضع تعريف جامع مانع لهذه القواعد بغرض تسهيل مهمة القاضي في تطبيقها، واكتفت بتضمين قوانينها ببعض القواعد الأمرة، والتي تهدف إلى حماية مصالحها العامة، والمتمثلة في نظامها السياسي والاجتماعي والاقتصادي، وهذا ما يقتضى إعماله على كل حالة تدخل في مجال تطبيقه، أي كان القانون الواجب التطبيق، وبهذه المثابة، يمكن استبعاد أي قانون آخر لصالح القواعد الأمرة التي تطبق مباشرة على النزاع، لحماية السياسة التشريعية للدولة في كافة المجالات.

وقد تظهر أهمية القواعد ذات التطبيق الضروري في عقود تقسيم الوقت، باعتبار هذا العقد من عقود الاستهلاك، ولوجود طرف مهني مستغل للوحدة السكنية السياحية، يفرض في الغالب شروط العقد على الطرف المستهلك (المنتفع بالوحدة السياحية)، وليس على الأخير إلا أن يقبل هذا العقد بكل شروطه جملة أو يرفضها كلها، بحيث لا يستطيع هذا الطرف مناقشة أي شرط من شروط العقد، إذ يقدم عليه بكون العقد نموذج مكتوب، وعليه فقط أن يقوم بالتوقيع دون أن يبدي أي نوع من التحفظات.

حيث يحدد المستغل للوحدة السكنية في نظام اقتسام الوقت شروط و بنود العقد مقدماً، وعلى المنتفع بهذه الوحدة خياران: أولهما: أن يقبل هذه الشروط دون إبداء أي تحفظ. وثانيهما، أن يرفض التعاقد، وفي الغالب يقبل الراغب في التعاقد بكل الشروط والبنود المفروضة عليه من قبل المستغل، لحاجته الماسة للتعاقد والانتفاع بالوحدة السكنية لقضاء إجازته.

وبالتبعية، قد تكون من بين الشروط والبنود المنصوص عليها في العقد تعسف وإجحاف في حق المنتفع بالوحدة السكنية السياحية، مما قد يؤدي إليه، لاختلال واضح في التوازن بين أطراف عقد المشاركة الزمنية، وناتج ذلك عن عدم التكافؤ في القوى والهيمنة الاقتصادية بين الطرفين.

لذا فمن الضروري وجود قواعد لها الصفة الأمرة تتدخل لتعيد التوازن، أو الخلل التعاقدية الذي أصاب التزامات الأطراف، لذا تتدخل القوانين والقواعد الحمائية للحيلولة

دون فرض هيمنة المستغل بالوحدة السكنية لبود العقد, وبالتالي تساعد القواعد الضرورية بإعادة التوازن التعاقدية بين التزامات أطراف عقد الانتفاع بالوحدة السكنية بنظام اقتسام الوقت.

بالإضافة لذلك, فأهمية القواعد الضرورية تظهر في ضمان تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد المشاركة الزمنية, حيث يسعى أطراف عقد الانتفاع بوحدة سكنية في إدراج بعض الشروط التي يكون الهدف منها تغطية المخاطر المحتملة, التي قد تواجه تنفيذ الالتزامات الناتجة عن العقد, وهذا ما توفره القواعد الحمائية, بحيث تتصدى لضمان إعادة التوازن في العملية التعاقدية في كافة مراحلها (١).

وتتصدى القواعد الضرورية لذلك عن طريق ضمان تنفيذ التزامات الأطراف منذ بداية التعاقد لنهايته, ودور هذه القواعد يزداد في ظل العقود المتتابعة او المستمرة كعقود اقتسام الوقت, حيث تضمن قواعد البوليس تنفيذ أطراف العقد لالتزاماتهم طوال مدة العقد.

## الفرع الثاني

### مجال تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري

تهدف القواعد ذات التطبيق الضروري إلى حماية المستهلك في عقود المشاركة الزمنية من مبدأ سلطان الإرادة, كما تعمل على توفير الحد الأدنى لحماية الأخير في علاقاته التعاقدية مع المستغل, أو القائم على إدارة الوحدات السكنية السياحية, حيث يخضع عقد المشاركة الزمنية لنصوص آمرة, بغض النظر عن القانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد (٢).

وبالنسبة لتطبيق القواعد الضرورية, فتطبق على عقود الانتفاع بالوحدات السكنية السياحية بنظام اقتسام الوقت, سواء كان مصدرها قانون القاضي أم قانوناً أجنبياً طالما كان على صلة بالنزاع.

وبالنظر للقواعد الحمائية ذات التطبيق الضروري ومجالها في عقود تقسيم الوقت, نلاحظ أن هناك قواعد حمائية مخصصة لهذه العقود, نصت عليها بعض النظم

١- د/ خالد عبد الفتاح محمد خليل, مرجع سابق, ص ٢٠٩

٢ S. POILLOT PERUZZETTIO, ordre public...op.cit, P.٩٦.

القانونية، بالإضافة لإمكانية تطبيق القواعد الضرورية التي توفر الحد الأدنى من الحماية للمستهلك في علاقاته التعاقدية، بحيث تمثل هذه القواعد في قانون القاضي الحد الأدنى لحماية المستهلك، والذي لا يجوز النزول عنه بتطبيق قانون أجنبي أقل حماية له، حتى لا ينتقص من هذه الحماية تطبيق قانون أجنبي يحقق حماية أفضل للمستهلك<sup>(١)</sup>.

### أولاً: القواعد الضرورية الخاصة بعقود المشاركة الزمنية:

بالنظر للقانون الفرنسي رقم ٥٦٦/٩٨ الصادر في ٨ يوليو ١٩٩٨ المتضمن إدخال التوجيه الأوربي رقم ٤٧/٩٤ الصادر عن البرلمان الاوربي ومجلس الاتحاد الاوربي في ٢٦ أكتوبر ١٩٩٤ بشأن حماية أصحاب الحقوق في العقود الواردة على استعمال الأموال العقارية بنظام المشاركة الزمنية .

وقد تضمن هذا القانون العديد من الأحكام والقواعد الأمرة الحمائية<sup>(٢)</sup> :

" ١- إذا كان المستهلك مقيماً في فرنسا، او كان العقار المنتفع به يقع بها، وجب تحرير العقد باللغة الفرنسية، كما يجب أن يحرر العرض المستندات الخاصة بالترويج لنظام اقتسام الوقت، بحسب اختيار المستهلك، بلغة إحدى دول الاتحاد الاوربي التي يقيم فيها صاحب حق الانتفاع، أو التي يكون من رعاياها، فإذا حرر العرض بلغتين، يكون له التوقيع على النسخة المحررة باللغة التي يختارها، فإذا كان العقار كائنا بدول عضو في الاتحاد ولم يحرر العقد بلغتها، وجب تقديم ترجمة للعقد بتلك اللغة وتسلم للمستهلك<sup>(٣)</sup>.

<sup>١</sup> - د/ خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص (مرجع سابق)، ص ٢٥٥

<sup>٢</sup> - انظر في ذلك، د/ احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي (مرجع سابق)، ص ١٨٦

<sup>٣</sup> - Loi n° ٩٨-٥٦٦ du ٨ juillet ١٩٩٨ portant transposition de la directive ٩٤/٤٧/ CE du Parlement européen et du Conseil du ٢٦ octobre ١٩٩٤ concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers.

Article L1٢١-٦٨

Créé par Loi n°٩٨-٥٦٦ du ٨ juillet ١٩٩٨ - art. ١ JORF ٩ juillet ١٩٩٨

كما يجب أن يتضمن العقد عدة بيانات ضرورية حول طبيعته , والخدمات التي يقدمها المالك, أو القائم على إدارة القرى, أو المنتج السياحي, وكذلك حق المنتفع في الرجوع عن العقد خلال مدة عشرة أيام تحسب من تاريخ توقيعه, دون أن تلتزم أثناء تلك المدة بدفع أية مبالغ مالية إلى الطرف الآخر.

٢- يكون لاغيا كل اتفاق على جعل الاختصاص الدولي لمحاكم دولة ليست عضوا في اتفاقية بروكسيل لعام ١٩٦٨, إذا كان للمنتفع موطن أو محل إقامة عادية في فرنسا, أو إذا كان العقار كائنا على إقليم دولة عضو<sup>(١)</sup>.

٣- إذا كان العقار غير واقع في إقليم دولة عضو, وكان المنتفع مقيما في ذلك الإقليم, فلا يجوز حرمانه من الحماية المقررة بالقواعد الآمرة في هذه الدولة إذا كان

---

Lorsque le consommateur réside en France ou lorsque le bien ou l'un des biens est situé sur le territoire français, l'offre est rédigée en langue française.

L'offre est en outre rédigée, au choix du consommateur, dans la langue ou l'une des langues de l'Etat membre dans lequel il réside ou dont il est ressortissant, parmi les langues officielles de la Communauté européenne. Lorsqu'en application des alinéas qui précèdent l'offre est rédigée en deux langues le consommateur signe, à son choix, l'une ou l'autre version.

Lorsque le bien ou l'un des biens est situé dans un autre Etat membre de la Communauté européenne que la France et que le contrat n'est pas rédigé dans la langue de cet Etat en application du présent article, une traduction conforme dans cette langue est remise au consommateur.

<https://www.legifrance.gouv.fr>

Article L١٢١-٧٣ -<sup>١</sup>

Créé par Loi n°٩٨-٥٦٦ du ٨ juillet ١٩٩٨ - art. ١ JORF ٩ juillet ١٩٩٨  
Est réputée non écrite toute clause qui attribue compétence à une juridiction d'un Etat non partie à la convention de Bruxelles du ٢٧ septembre ١٩٦٨ et à la convention de Lugano du ١٦ septembre ١٩٨٨ concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, lorsque le consommateur a son domicile ou sa résidence habituelle en France ou lorsque le bien ou l'un des biens est situé sur le territoire d'un Etat partie à ces conventions.

<https://www.legifrance.gouv.fr>

العقد قد أبرم في دولة محل إقامته المعتادة, أو كان إبرام العقد قد سبقه عرض خاص, أو إعلان أجره المنتفع, وكانت ضرورية لإبرام العقد, أو كان العقد قد أبرم في دولة المنتفع.

وبالنظر للنظام القانوني المصري, فيتضح عدم صدور قانون خاص ينظم عقود المشاركة الزمنية, إلا أن هناك القرار الوزاري الصادر من وزير السياحة المصري تحت رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٦, والذي اورد العديد من الأحكام الحمائية التي تكون واجبة التطبيق أمام المحاكم المصرية, بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق<sup>(١)</sup>. وهذا القرار يفرق بين حالتين, إذا كانت الوحدة السكنية موجودة داخل مصر, أو موجودة في الخارج:

**الحالة الاولى:** إذا كانت الوحدة السكنية السياحية محل عقد المشاركة الزمنية موجودة داخل مصر, فتقع على الشركة القائمة على إدارة المشروع عدة التزامات منها, صيانة الوحدة السكنية ومحتوياتها, وتقديم الخدمات الأساسية للمنتفعين طوال فترة إقامتهم<sup>(٢)</sup>, والالتزام بتسليم الوحدة السكنية السياحية في المواعيد المتفق عليها مجهزة بكافة الأثاثات, والأدوات اللازمة للاستخدام والمتفق عليها<sup>(٣)</sup>, بالإضافة لوجوب تحرير العقد من ثلاث نسخ, تودع إحداهما بوزارة السياحة, وبحيث تبدأ مدة سريان العقد من لحظة استلام الوحدة السكنية<sup>(٤)</sup>.

**الحالة الثانية:** إذا كانت الوحدة السكنية السياحية محل عقد المشاركة الزمنية موجودة خارج مصر, وجب تحرير العقد باللغة العربية أو باللغة التي يقبلها المنتفع المتوطن, أو المقيم في مصر, بالإضافة لاشتغال العقد لكافة التفاصيل اللازمة لتوضيح التعاقد والعملية التعاقدية بكاملها, ومدة العقد وحالات الرجوع في العقد ونسخه, وحق المستفيد في المبادلة للوحدة السكنية من مستفيد آخر.

وقد تم إلغاء القرار السابق بالقرار الوزاري الصادر من وزارة السياحة المصرية رقم ١٥٠ لسنة ٢٠١٠, والخاص بشأن شروط وضوابط نظام اقتسام الوقت في المنشآت

<sup>١</sup> - القرار منشور في الوقائع المصرية, العدد ١٦٦, بتاريخ ٢٧ مايو لسنة ١٩٩٦.

<sup>٢</sup> - المادة (٦) من القرار

<sup>٣</sup> - المادة (٤) من القرار

<sup>٤</sup> - المادة (٣) من القرار

الفندقية والقرى السياحية، والذي ينص على أن يقتصر التسويق بنظام التايم شير على الشركات المالكة لمنشآت فندقية، وشركات الإدارة الفندقية والحاصلة على ترخيص وموافقة وزارة السياحة، ومفوض لها رسمياً بوكالة سارية صادرة من الشركة المالكة دون غيرها، ويحظر التعامل مع الشركات التي تمارس أعمالاً سياحية دون ترخيص<sup>(١)</sup>. وقد تضمن القرار السابق العديد من القواعد الحمائية للمنتفع بالوحدة السكنية السياحية، منها وجوب تحرير العقود المبرمة بين الشركات المالكة للمنشآت الفندقية، أو شركات الإدارة الفندقية الخاضعة لأحكام هذا القرار وبين المنتفعين بوحدها وفقاً للنموذج المرفق بهذا القرار والمنصرف للشركة من وزارة السياحة، وذلك من نسختين يتم مراجعتها واعتمادهما من الوزارة، وتودع صورهما بعد مراجعتها بوزارة السياحة، وصورة بشعبة اقتسام الوقت بغرفة المنشأة الفندقية، ونسخة أصلية بيد الشركة ونسخة أصلية بيد المنتفع<sup>(٢)</sup>، أيضاً لا يجوز للمستغل مطالبة المنتفع عند انتفاعهم بالوحدة المخصصة لهم بمقابل يزيد عن الأسعار المقدمة إلى وزارة السياحة طيلة عام سابق على العقد، كما لا يجوز لهم الامتناع عن تقديم الخدمة الكاملة للمنتفع<sup>(٣)</sup>، وأن تكون الوحدات المخصصة للاستغلال بنظام اقتسام الوقت مطابقة للاشتراطات الهندسية والإنشائية طبقاً لمعاينة القطاع المختص<sup>(٤)</sup> بالإضافة لالتزام المستغل بالنظافة والصيانة والإحلال والتجديد<sup>(٥)</sup>.

<sup>١</sup> - انظر في ذلك نص المادة (٣) من القرار المنشور في الوقائع المصرية العدد ٩٨ (تابع) - السنة ١٨٣ هـ الخميس ١٥ جماد الاول سنة ١٤٣١ هـ، الموافق ٢٩ ابريل ٢٠١٠.

وقد كانت الحاجة ملحة لمثل هذا القرار، نظراً لتفاقم المشكلة المتعلقة بالتايم شير في مصر، ولاعتبار الأخير تقوم به بعض الشركات وهمية الأساس، وغير الجادة في التعاقد مع المنتفع، وذلك بالنصب عليه، حيث بلغت اجمالى الشكاوى ٢٣١٠ شكاوى خلال العامين الماضيين، انظر في ذلك للموقع الالكتروني [www.youmy.com](http://www.youmy.com) ٢٠١٧/٨/١٠

<sup>٢</sup> - المادة (٦) من القرار

<sup>٣</sup> - المادة (٢٣) من القرار

<sup>٤</sup> - المادة (١٤) من القرار

<sup>٥</sup> - المادة (٢٥) من القرار

ثانيًا: القواعد الضرورية والتي تطبق على عقود الاستهلاك بصفة عامة:

أشرنا سابقا , إلى أن عقود المشاركة الزمنية تعتبر من عقود الاستهلاك, وبالتالي يمكن تطبيق القواعد القانونية الحمائية التي نصت عليها مختلف النظم القانونية والمتعلقة بالمستهلك, على عقود تقسيم الوقت.

ومن ذلك نص المادة (١٢) من القانون الألماني المتعلق بالشروط العامة والصادر في ٩ ديسمبر ١٩٧٦ (١), والتي تقضي بأنه إذا كان العقد قد أبرم بسبب عرض عام او دعاية او أنشطة تجارية مشابهة ومعروضة على الإقليم الألماني, وكان المتعاقد الآخر له موطن أو محل إقامة معتادة على الإقليم الألماني عند الإعلان عن إرادته, يطبق القانون الألماني, سواء كان العقد خاضعا لقانون أجنبي أو لقانون الألماني.

ووفقا للقانون الانجليزي الموحد للعقود والصادر في ١٩٧٧, تنص المادة (٢٧/٢/ب) على أنه " في حالة اختيار الأطراف المتعاقدة لقانون أجنبي يطبق على العقد, وكان أحد أطراف العقد مستهلكا ومتوطنا أو له محل إقامة في المملكة المتحدة, وقد أتم الأطراف في هذه البلد التصرفات الضرورية لإبرام العقد فان القانون الانجليزي يكون واجب التطبيق " (٢), وقد سار على نفس النهج المادة (٣٣) من المرسوم بقانون رقم ٤٤٦/٨٥ والصادر في ٢٥ أكتوبر ١٩٨٥ في البرتغال بشأن الشروط العامة للعقود.

وقد تبنت التوجيهات الاوربية حماية خاصة للمستهلك في مواجهة الشروط التعسفية, فبالنظر للتوجيه الاوربي رقم ١٣/٩٣ الصادر في ٥ ابريل ١٩٩٣ والمتعلق بحماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية, فقد نصت المادة (١/٦, ٢) على أن

Rev. crit, ١٩٧٨, P.٦٣٣

<sup>١</sup> - نصوص القانون منشورة في  
ets

<sup>٢</sup> - Article ٢٧/٢-B " in the marking of the contract on of the parties dealt as consumer, and he was then habitually resident in the united kingdom, and the essential steps necessary for the marking of the contract were taken there, wheter by him or by others on his behalf.

" ١ - الشروط التعسفية التي يضعها المهنيون في العقود المبرمة مع المستهلكين لا تلزم هؤلاء الآخرين.

٢- تأخذ الدول الأعضاء بالمعايير الضرورية التي تعمل على عدم حرمان المستهلك من الحماية المقررة بالتوجيه باختيار قانون دولة أخرى، كقانون واجب التطبيق على العقد، عندما يكون العقد مرتبطاً برابطة وثيقة مع إقليم دولة عضو<sup>(١)</sup>.  
وبالنظر للتوجيه الأوربي رقم ٩٤ / ٤٧ والصادر عن البرلمان الاوربي بتاريخ ٢٦ أكتوبر ١٩٩٤ المتعلق بحماية المستهلك في مجال عقود المشاركة الزمنية، فقد أكدت المادة (٩) على حماية المنتفعين بالوحدات السكنية السياحية في هذه العقود أيا كان القانون الواجب التطبيق على العقد، شرط أن يكون العقار واقعاً على إقليم المجموعة الاوربية<sup>(٢)</sup>، وهذا ما تبناه التوجيه الاوربي رقم ١٢٢ / ٢٠٠٨ المعدل للتوجيه الاول.

### المطلب الثاني

#### دور فكرة النظام العام للحد من إرادة الأطراف

تناولنا سابقاً، ضرورة الحد من إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم الدولي، والمتعلق بالانتفاع بوحدة سكنية بنظام اقتسام الوقت، عن طريق القواعد الآمرة الحمائية الواجبة التطبيق على العقد أيا كان القانون واجب التطبيق على

١- Art ٦ " ١- Les Etats membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leur droits nationaux, et que le contrat restera contraignant pour les parties selon les memes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives.

٢- les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive du fait du choix de droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des Etats membres". Par, Rev. Crit. ١٩٩٣, P. ٤٩٥, et ss.

٢- Art ٩ " Les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que, quelle que soit la loi applicable, l'acquéreur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive, si le bien immobilier est situé sur le territoire d'un Etat member".

هذا العقد، بالإضافة لذلك فتوجد قواعد أخرى تواجه الأثر الضار لتطبيق القانون الأجنبي على حماية المستهلك، أي المنتفع ممثلة في فكرة النظام العام، وفي هذا الصدد، نفرق بين القواعد المتعلقة بالنظام العام والقواعد الضرورية، ثم على التوالي، لدور النظام العام في حماية الطرف الضعيف المنتفع بالوحدة السكنية السياحية.

### الفرع الاول

#### التفرقة بين النظام العام والقواعد ذات التطبيق الضروري

تعتبر فكرة النظام العام من أكثر الموضوعات دقة في علم القانون على وجه العموم وفي القانون الدولي الخاص بصفة خاصة، ويرجع ذلك لسببين: اولهما: عدم الدقة في تحديد أبعاد النظام العام الأساسية والغموض الذي يحيط مفهومه. ثانيًا: الدور الخطير الموكل إعماله من قبل قواعد النظام العام<sup>(١)</sup>.

وتهدف فكرة النظام العام في القانون الداخلي إلى الاهتمام بالقاعدة القانونية الوطنية، أما في القانون الدولي الخاص فتتحقق هذه الحماية عن طريق دفع يتم بمقتضاه استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة التنازع، أو الإسناد التقليدية عن تعارض أحكام القانون الأجنبي مع تلك المبادئ في دولة القاضي<sup>(٢)</sup>.

بيد أن جانبًا من الفقه<sup>(٣)</sup> حاول التمييز بين نوعي من النظام العام الدولي، النوع الاول: النظام العام الحمائي، ويهدف إلى حماية المصالح العامة والأسس في المجتمع، وهو الذي يقابل الدفع بالاستبعاد للقانون الأجنبي بعد إعمال قواعد التنازع. النوع الثاني: النظام العام التوجيهي، وهو الذي تنطبق قواعده بمجرد اختصاص المحاكم الوطنية بنظر النزاع، وتوافر رابطة جدية بين النزاع والنظام القانوني للقاضي، وتتضمن

<sup>١</sup> - انظر في ذلك :

**CHAPELLE (A.)**, Les fonctions de l'ordre public en droit international privé, thèse, paris, ١٩٧٩, P. ٤.

د/ احمد قست الجداوى، نظرية القواعد ذات التطبيق الضروري ومنهجية تنازع القوانين، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الاول، ١٩٨٣، ص ٧

<sup>٢</sup> - د/ عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ٤٩١ وما بعدها

<sup>٣</sup> - د/ احمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية انتقادية، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٨٥، ص ٣٨، ٤٠

قواعده مجموعة القواعد المادية، وأيضا قواعد البوليس والأمن المدني التي تهدف إلى حماية القيم الاقتصادية والاجتماعية للمجتمع.

ولكن هناك رأى فقهي آخر مازال مؤكداً للطابع الوطني لقواعد النظام العام الدولي، ولكن يشير إلى إمكانية تصور نظام عام مشترك، عندما يتواجد تنظيم دولي للعلاقات الخاصة الدولية، كالمعاهدات المبرمة لوضع حلول موحدة بالنسبة لقواعد القانون الدولي الخاص، ولكن هذا الفقه يقرر الاولوية والأسبقية في التطبيق للنظام العام الوطني على النظام العام المشترك<sup>(١)</sup>.

وبالرغم من ذلك، فالصفة الغالبة لقواعد النظام العام تظهر الطابع الاستثنائي، والذي تتميز به فكرة النظام العام في إطار القانون الدولي عنه في القانون الداخلي، لأن استبعادها للقانون الأجنبي، والذي أشارت إليه قاعدة تنازع القوانين، يأتي خروجاً على الأصل العام والذي يقضي بلزوم تطبيق هذا القانون، وسواء كان وطنياً أم أجنبياً<sup>(٢)</sup>.

وقد يبدو للوهلة الاولى، أن هناك خطأ واضحاً بين قواعد النظام العام والقواعد ذات التطبيق الضروري، نظراً لوظيفة كل منهما، فالنظام العام كدفع يتم بواسطته استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المشار إليه بواسطة قاعدة الإسناد، لمخالفته للمصالح العليا في المجتمع، وبين القواعد ذات التطبيق الضروري والمنوط بها حماية الأسس الجوهرية والأساسية في المجتمع، وبالتبعية جلب الاختصاص لقانون القاضي.

١- د/ هشام على صادق، تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحري والحوادث الواقعة على ظهر السفن، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٧، ص ٢٩٦، ٢٩٨  
٢- أول من أبرز فكرة النظام العام في العصر الحديث الفقيه الألماني سافيني صاحب نظرية التوطن أو التركيز، وذلك من خلال فكرته التي أطلق عليها (الاشترك القانوني)، ومفادها أن القوانين السائدة في الدول المسيحية ذات الأصل الروماني تشترك فيما بينها في المبادئ العامة والأسس الجوهرية، وذلك نتيجة لوحدة مصدرها التاريخي، ومن هذا الأساس دعا سافيني هذه الدول التي تشترك في وحدة المصدر أن تتخلى بعض الشيء عن تطبيق قانونها الخاص، وتفسح المجال لوضع حلول مشتركة تساهم في حل تنازع القوانين، وهذا يعني أن القاضي المطروح عليه النزاع يحاول جاهداً من جانبه أن يطبق قانون الدولة التي تشير قاعدة الإسناد باختصاصها طالما أن هناك وحدة قانونية بين هذا القانون الأجنبي وقانون القاضي، ولكن في المقابل يحق للقاضي الوطني الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي المختص، إذا تبين له انقطاع هذه الوحدة القانونية التي تجمع بين القانونين، انظر في ذلك، د/ هشام احمد محمود عبد العال، مرجع سابق، ص ٢٨٤

ولكن هناك سبب آخر وراء الخلط بين النوعين، فمثلا في السياسة التداخلية التي تتبعها الدولة في الوقت الراهن، والتي تنتج عن تزايد نشاطها الاقتصادي والاجتماعي. مما ترتب عليه مضاعفة القوانين ذات الطبيعة الآمرة والتي تهدف المحافظة على السياسة الاقتصادية والاجتماعية التي تبغي الدولة تحقيقها<sup>(١)</sup>.

وعلى الرغم من التشابه بين قواعد النظام العام والقواعد ذات التطبيق الضروري إلا أنه يوجد اختلاف يتمثل في:

١- أن الدفع بالنظام العام يأتي في مرحلة لاحقة على أعمال قاعدة التنازع بشأن المسألة المطروحة، ومفاد ذلك، إذا ما أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي، فعندئذ يقدر القاضي المطروح عليه النزاع مدى توافق او تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام السائد في دولته، ومن ثم فليس لفكرة النظام العام أى دور مسبق في تحديد القانون الواجب التطبيق<sup>(٢)</sup>، أما القواعد ذات التطبيق الضروري فتعد قواعد إسناد خاصة تعمل بجانب قواعد الإسناد العادية، الغرض منها حماية الطرف الضعيف في العقد.

٢- الاختلاف نابع من الدور الذي يؤديه كلا المنهجين، فقواعد النظام العام تؤدي دورين، أحدهما: سلبي يتمثل في استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، والذي أشارت إليه قاعدة التنازع، لتعارضه مع مصالح المجتمع في دولة القاضي، أما الآخر، فدور ايجابي يتمثل في تطبيق قانون القاضي، على حين أن القواعد ذات التطبيق الضروري تؤدي دورًا وحيدًا يكون على أساس إيجابي، فبالنظر إلى أهداف تلك القواعد تتدخل لحكم العلاقة المطروحة بغض النظر عن مشكلة القانون الواجب التطبيق، وعند توافر شروط أعمالها يتم تطبيقها أيا كان القانون الواجب التطبيق<sup>(٣)</sup>.

<sup>١</sup> SPERDUTI (G.), les lois d'application necessaire en tant que lois d'ordre public, Rev. Crit, ١٩٧٧, P.٢٥٧ ets.

<sup>٢</sup> د/ محمد الروبي، تنازع القوانين في مجال الالتزامات غير التعاقدية، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠٠٥، ص ٢٣٠، د/عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، دار النهضة العربية بالقاهرة، الطبعة الخامسة، ١٩٦٥، ص ٤٧٩

<sup>٣</sup> - KAPAQUILLO (J.P.), Etude de quelques mamifestations de lois d'application immediate, paris, P.U.F. ١٩٧٧, P.١٤٦, N.٤٥٣ et ٤٥٤.

٣- من سمات النظام العام الإقليمية، والتي مقتضاها أن تقدير القانون الأجنبي المنعقد له الاختصاص يجب ان يتم وفقاً للمفاهيم المعمول بها في قانون القاضي، وهذا على عكس القواعد ذات التطبيق الضروري، إذ يمكن تطبيقها بغض النظر عن الرجوع لقانون القاضي<sup>(١)</sup>.

٤- وأخيراً، فإن إعمال الدفع بالنظام العام لا يستلزم وجود رابطة او علاقة جدية بين قواعد النظام العام والمسألة محل النزاع، نظراً لارتباطهما باعتبارات معينة في قانون القاضي، وبالتالي يستبعد القاضي القانون الأجنبي الواجب التطبيق ويطبق القانون الوطني، وهذا الأخير قد لا تكون بينه وبين المسألة محل النزاع أية رابطة، بينما القواعد ذات التطبيق الضروري تستلزم وجود رابطة وعلاقة جدية بينها وبين المسألة محل النزاع.

## الفرع الثاني

### دور النظام العام في حماية المنتفع المستهلك وتقييمه

يتضح أن فكرة النظام العام تمثل رد فعل القاضي تجاه القاعدة القانونية الأجنبية، والتي أشارت إليها قاعدة التنازع، فإما أن يقبل القاضي القانون الأجنبي، وإما أن يرفض تطبيق القانون الأجنبي لتعارضه مع الأسس الاقتصادية والاجتماعية السائدة في دولة القاضي والخاصة بحماية بعض فئات المجتمع كالمستهلكين، ومسألة تقييم القاعدة القانونية الأجنبية مع النظام القانوني الداخلي تتم بشكل داخلي محض، أي: أن ملاءمة أو عدم ملاءمة القاعدة الأجنبية يجب أن يتم من خلال القاضي الوطني<sup>(٢)</sup>.  
ولذلك فإن النظام العام أساسه حماية المبادئ العليا الأساسية في المجتمع، كالمبادئ الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والخلقية، وقد يؤدي تطبيق القاعدة القانونية الأجنبية التي تتجاهل تلك المبادئ إلى الإضرار بالمجتمع ومقوماته الأساسية، لذا يجب استبعادها.

مشار إليه لدى، د/ خالد عبد الفتاح محمد خليل، مرجع سابق، ص ٢٩١

<sup>١</sup> - د/ هشام احمد محمود عبد العال، مرجع سابق، ص ٢٨٨

<sup>٢</sup> - Batiffol (H.) et Lagard (P.), Traité de droit international privé, T,II, ٧ éd, ١٩٨١ et T.I, ٨ éd. ١٩٩٣, paris, L.G.D.J, P.٥٧٦, N.٣٥٤.

فالدولة عند وضعها لسياسة تشريعية معينة تهدف إلى حماية الطرف المستهلك في مواجهة الطرف الآخر القوي في العقود الدولية، فإنها تراعى هذه السياسة باستبعاد القانون الأجنبي الذي يؤدي تطبيقه إلى إهدار هذه السياسة.

وبالتالي يؤدي أعمال الدفع بالنظام العام إلى تطبيق قانونين، أولهما: يؤدي إلى تطبيق قانون القاضي والتوسع في مجال تطبيقه، ويمكن أن يفرض النظام العام تطبيق القواعد الأمرة الحمائية للمستهلك في قانون القاضي، فكأن هذا المنهج يعمل لصالح قانون القاضي، ولا يؤدي لتطبيق القوانين الأجنبية الحمائية<sup>(١)</sup>. ثانيهما: يؤدي تدخل قواعد النظام العام إلى حل حمائي للمستهلك الطرف الضعيف، بتشجيع توظيف الإسناد لقانون معين يوفر الحماية للطرف الضعيف بواسطة قاعدة الإسناد.

بالإضافة لذلك فالدفع بالنظام العام، من شأنه استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي لا يوفر حماية كافية للطرف المستهلك، أيضا، يعمل النظام العام لحماية الطرف المستهلك في مواجهة مبدأ سلطان الإرادة، وهذا عندما يشترط الطرف المهني القوي في العقد شرطاً من شأنه الإضرار بمصالح الطرف المستهلك.

وبالنظر لتقييم فكرة النظام العام في مجال حماية المستهلك، يتضح أن قانون القاضي الذي تم تطبيقه من خلال استبعاد القانون الأجنبي، قد لا يوفر الحماية الكافية للمستهلك في بعض الأحيان، نظرا لتجاهل قانون القاضي بعض المسائل الحمائية للمستهلك، لذا يجب البحث عن مضمون القانون الأجنبي قبل استبعاده، وقد ينتج عن البحث في مضمون القانون الأخير إلى أنه يوفر حماية أفضل للمستهلك من الحماية الواردة في قانون القاضي، وبالتالي يؤدي أعمال الدفع بالنظام العام في هذه الحالة إلى الإضرار بحماية المستهلك، لذا يجب قصر أعمال الدفع بالنظام العام على استبعاد القانون الأجنبي الذي يضر بمصالح المستهلك ويتضمن حماية غير كافية له.

<sup>١</sup> - L'ordre public peut imposer l'application de règles impératives protectrices du consommateur du for. Cependant, la mécanique joue seulement en faveur de la loi du for et n'apporte pas solution par l'application de lois protectrices étrangères" par; **IMITOFF - SCHEIER (A.C)**, protection du consommateur et contrats internationaux, thèse, George. Genève, ١٩٨١.

## الخاتمة

حاولنا خلال صفحات هذه الدراسة أن نعرض للقانون الواجب التطبيق بشأن حماية الطرف المستهلك في عقود تقسيم الوقت، من خلال التعرف على نظام المشاركة الزمنية، وطبيعته الدولية، وتحديد القانون الواجب التطبيق عليه، حيث إنه وفقا للمبدأ العام فإن محل العقد يرد على وحدة عقارية، وبالتالي يطبق قانون موقع المال، ولكن بالنظر للطبيعة الخاصة والذاتية لعقد الانتفاع بوحدة سكنية بنظام المشاركة الزمنية، يتضح عدم ملاءمة تطبيق قانون موقع العقار على ما يحدث من منازعات تتعلق بالعقد، وتطبيق قانون مغاير يتمثل في قانون الإرادة.

وبالنظر لعقود المشاركة الزمنية إعتبارها عقود استهلاك، يترتب عليه سيطرة أحد الأطراف والمتمثل في المستغل للوحدات السكنية السياحية في فرضه لكافة الشروط التي يرغب فيها، وتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، بما يتوافق مع مصالحه، ولا يكون أمام الطرف المستهلك في الغالب والمتمثل في المنتفع لإقبال العقد بكافة شروطه دون إبداء أي تحفظ، أو رفض للتعاقد، لحاجته إلى الانتفاع بالوحدة السكنية لقضاء إجازته، استتبع ذلك البحث عن ضوابط إسناد أخرى لحماية المنتفع وتقييد دور الإسناد التخييري.

ومن هذا المنطلق فقد حرصنا على تسجيل أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها على النحو التالي.

### أولاً: النتائج:

١- عقد اقتسام الوقت من العقود الحديثة في مجال السياحة ويعد عنصراً مهماً في تطورها وازدهارها، لأن الهدف من نظام المشاركة الزمنية استثمار فكرة الوقت لتوزيع الانتفاع على أكبر عدد من المنتفعين بالإقامة بالوحدة السكنية السياحية لقضاء إجازتهم، بالإضافة لتعدد التسميات المطلقة على النظام منها ( عقد المشاركة الزمنية، عقد المشاركة بالوقت، عقد اقتسام الوقت، عقد التملك الزمني).

٢- الطبيعة الدولية صفة لصيقة بعقد المشاركة الزمنية، فيعد عقداً دولياً في الغالب، سواء بالنظر لأطرافه، أو لدولية الشركات القائمة على شؤون إدارة القرى والمنتجعات السياحية، والتي تعد شركات ذات نشاط عابر للحدود، أو بالنظر لنظام

التبادل الدولي للمدة الزمنية المخصصة لكل مستفيد، وتغيير الموقع الكائن به هذه الوحدة، لذا فالمنازعات الناتجة عن العقد تدخل في صميم اختصاصات القانون الدولي الخاص.

٣- فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على عقود المشاركة الزمنية، يتضح إمكانية الخروج عن قانون موقع العقار لصالح قانون الإرادة، نظراً لتحقيق الأخير للعديد من المزايا المتعلقة بتوقعات الأطراف المشروعة، ومراعاة مصالح التجارة الدولية، وتحقيق الأمان القانوني.

٤- وبالنظر لإعمال ضابط الإرادة في مجال عقود الانتفاع بوحدة سكنية بنظام اقتسام الوقت، قد يؤدي لبعض النتائج غير المتوقعة من قبل الأطراف، وذلك لاتصاف عقود المشاركة الزمنية بصفة الاستهلاك، مما يترتب على ذلك، سيطرة أحد الأطراف والمتمثل في الطرف المهني وفرض لكافة الشروط التي يرغب فيها، وتطبيق القانون الذي يتوافق مع مصالحه.

وقد ترتب على ذلك، ظهور مجموعة من ضوابط الإسناد الاحتياطية التي تحكم العقود الدولية بصفة عامة، وعقد المشاركة الزمنية على وجه الخصوص، ومنها قانون مكان الإبرام والتنفيذ، وقانون المدين بالأداء المميز، وقانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك أو المنتفع، وأخيراً القانون الأكثر صلاحية للمنتفع.

ولكن بالنظر لتقييم تلك الضوابط يتضح أنها قد تؤدي للإجحاف بمصلحة الطرف المستهلك في عقود المشاركة الزمنية، بحيث يستغل الطرف القائم على إدارة المشروع السياحي ضعف المتعاقد الآخر لتحقيق مصالحه.

٤- توصلنا إلى الحد من نطاق تطبيق قانون الإرادة عن طريق تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد النظام العام، فمن ناحية تطبيق القواعد الحمائية، فيتم تطبيق نوعين من القواعد، النوع الأول: القواعد الضرورية الخاصة بعقود المشاركة الزمنية. والنوع الثاني: القواعد الضرورية التي تنطبق على عقود الاستهلاك بصفة عامة.

## ثانياً: التوصيات :-

- ١- نوصى المشرع المصري بتعديل نص المادة (١٩) من القانون المدني, والتي تنص على أن " قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار " إلى " يحكم العقود المتعلقة بعقار قانون موقعها, في حالة عدم وجود اتفاق من قبل الأطراف للقانون الذي يحكم العقد".
- ٢- نوصي بتقييد دور قانون الإرادة في مجال عقود الانتفاع بوحدة سكنية بنظام اقتسام الوقت, وذلك لمصلحة المنتفع والذي يعد طرفاً مستهلكاً في العقد.
- ٣- توجيه الدعوة للمشرع المصري بإصدار قانون خاص ينظم عقود تقسيم الوقت, بدلاً من القواعد العامة في القانون المدني والقرارات الوزارية, فهذه الأخيرة لا تكفي لتنظيم هذا العقد الجديد, والذي فرضه الواقع العملي في السياحة.
- ٤- ضرورة تعيين جهة قضائية متخصصة في فض المنازعات المتعلقة بنظام المشاركة الزمنية, ولمتابعة كافة القضايا التي تنشأ عن هذه العقود, يطلق عليها المحاكم السياحية, أسوة بالمحاكم الاقتصادية, بالإضافة لتوسيع مجال التحكيم باعتباره قضاء خاصاً, أو أن تكون بمثابة دائرة من دوائر المحاكم الاقتصادية.

## قائمة المراجع

### \* اولا: باللغة العربية.

- إبراهيم أبو النجا, الحقوق العينية الأصلية في القانون الليبي , دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية, الطبعة الاولى, ١٩٩٧
- أبو العلا النمر, حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي, دار النهضة العربية بالقاهرة, ١٩٩٨
- احمد عبد الكريم سلامة :
- الأصول في التنازع الدولي للقوانين, دار النهضة العربية بالقاهرة
- القانون الدولي الخاص النوعي, دار النهضة العربية بالقاهرة
- القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص, دراسة تحليلية انتقادية, دار النهضة العربية بالقاهرة, ١٩٨٥
- نظرية العقد الدولي الطليق, بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية, دراسة تأصيلية انتقادية, دار النهضة العربية بالقاهرة, ١٩٨٩
- احمد قست الجداوى:
- نظرية القواعد ذات التطبيق الضروري ومنهجية تنازع القوانين, مجلة العلوم القانونية والاقتصادية , العدد الاول, ١٩٨٣
- دراسات في القانون الدولي الخاص, الاختصاص القضائي الدولي والجنسية, القاهرة, ١٩٨٦
- احمد محمد الهوارى, حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص, دار النهضة العربية بالقاهرة, ٢٠٠٠
- اشرف وفا محمد, الوسيط في القانون الدولي الخاص, دار النهضة العربية بالقاهرة, الطبعة الاولى, ٢٠٠٩

- بدر الدين عبد المنعم شوقي, الوسيط في القانون الدولي الخاص المصري, الجزء الثاني, تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي, ١٩٩٣
- جابر سالم عبد الغفار عبد الجواد, قانون السياحة, دار النهضة العربية بالقاهرة
- جمال محمود الكردي, مدى ملائمة قواعد الاختصاص القضائي الدولي التقليدي لمنازعات الحياة العصرية, دار النهضة العربية بالقاهرة, الطبعة الاولى, ٢٠٠٥
- جميل الشرفاوي, النظرية العامة للالتزام, مصادر الالتزام, دار النهضة العربية بالقاهرة, ١٩٩٥
- حسام الاهواني, مصادر الالتزام, المصادر الإرادية, ١٩٩١, ١٩٩٢
- حسام الدين فتحي ناصف, حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين, دار النهضة العربية بالقاهرة, ٢٠٠٤
- حسن كيرة, الموجز في أحكام القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها), منشأة المعارف بالإسكندرية, الطبعة الثالثة, ١٩٩٤
- حسين عبد الباسط جمعي, التعامل على الوحدات العقارية بنظام المشاركة في الوقت, النشر الذهبي للطباعة, ١٩٩٧
- خالد عبد الفتاح محمد خليل :
- حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص, رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة حلوان
- عقد التوزيع الحصري في القانون الدولي الخاص, دار الجامعة الجديدة, بالإسكندرية, ٢٠١
- سمير كامل, النظام القانوني لحق المستفيد من المشاركة بالوقت, دار النهضة العربية بالقاهرة, ١٩٩٢

• عادل ابو هشيمه محمود حوته, عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص, دار النهضة العربية بالقاهرة, الطبعة الثانية, ٢٠٠٥

• عبد الرزاق السنهوري, الوسيط, ج ١, طبعة ثالثة, دار النهضة العربية بالقاهرة, ١٩٨١

• عبد المنعم زمزم, عقود الفرانشيز, دار النهضة العربية بالقاهرة, ٢٠١١

• عز الدين عبد الله, القانون الدولي الخاص, الجزء الثاني, تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي, الهيئة المصرية العامة للكتاب, الطبعة الثامنة, ١٩٨٦

• عصام الدين القصبي, النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولية, دراسة تطبيقية خاصة بالاعتمادات المستندية, دار النهضة العربية بالقاهرة, ١٩٩٣

#### • عكاشة محمد عبد العال:

- تنازع القوانين, دراسة مقارنة, دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية, ٢٠٠٢

- القانون التجاري الدولي (العمليات المصرفية), دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية, ٢٠١٣

• فؤاد رياض, سامية راشد, الوسيط في القانون الدولي الخاص, تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي, دار النهضة العربية بالقاهرة, ١٩٨٧, ١٩٩١

• محمد السيد عرفة, القانون الدولي الخاص, دار الفكر والقانون بالمنصورة, ٢٠١٣

• محمد حسين عبد العال, مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية (دراسة تحليلية مقارنة), دار النهضة العربية بالقاهرة

- ناريمان عبد القادر, التشريعات الفندقية والسياحية - الشركات السياحية, التنظيم القانوني للإرشاد السياحي, لنظام اقتسام الوقت Time share في مصر, دار النهضة العربية بالقاهرة, ١٩٩٨
- هشام احمد محمود عبد العال , عقد التأمين في إطار القانون الدولي الخاص, دار النهضة العربية بالقاهرة, ٢٠٠٠
- هشام صادق:

- القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة

الدولية, ١٩٩٥

- تنازع القوانين في مسائل المسؤولية

التقصيرية المترتبة على التصادم البحري والحوادث الواقعة على ظهر السفن, منشأة المعارف بالإسكندرية, ١٩٩٧

• يوسف عبد الهادي خليل الاكياي, النظام القانوني لعقود نقل

التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص, ١٩٨٩, بدون دار نشر

ثانيا: باللغة الأجنبية.

\_ **POMMIER (J.C.)**, principe d'autonomie et la loi du contrat en droit international privé conventionnel, paris Economica, ١٩٩٢

\_ **AUDIT (B.)**, Droit international privé, ٢ ed , paris, Economica, ١٩٩٧,

\_ **Batiffol (H.) et Lagard (P.)** Traité de droit international privé, T,II, ٧ éd, ١٩٨١ et T.I, ٨ éd. ١٩٩٣, paris, L.G.D.J

\_ **BATIFFOL HENRI**, les conflits de lois en matière de contrats, paris, sirey, ١٩٣٨

\_ **Batiffol**, Traité Elémentaire de Droit international privé, ٥<sup>e</sup> édition, ١٩٧٠,

\_ **BERNARD AUDIT**, droit international privé , ١٩٩٧, ٢<sup>e</sup> édition

\_ **Bernard Audit**, droit international privé, ٢<sup>e</sup> em ed economica, ١٩٩٧

\_ **CHAPELLE (A.)**, Les fonctions de l'ordre public en droit international privé, thèse, paris, ١٩٧٩

\_ **Christophe Jamin**, LE PAPPROCHEMENT DU DROIT EUROPEEN DES CONTRATS, Promotion ٢٠٠٠- ٢٠٠٣

\_ **Deby Gerard**, le role de la règle de conflit dans le reglement des rapports internationaux, Dalloz, ١٩٧٣

\_ **FRANCE DEBY – GERARD**, le role de la règle de conflit dans le réglement des rapports internationaux, paris ١٩٧٣

\_ **Francescakis (Ph)**, Ta théorie du Renvoi et les conflits de systemesen droit international privé, Ed sirey, ١٩٥٨.

\_ **GOURION ( P. A.) et PEYRARD (G.)**, Droit du commerce international,

- \_ **GUTMANN (D.)**, Droit international privé, paris, Dalloz, ١٩٩٩
- \_ **Heuzé**, Le réglementation française des contrats internationaux
- \_ **IMITOFF – SCHEIER (A.C)**, protection du consommateur et contrats internationaux, thèse, George. Genève, ١٩٨١
- \_ **JEAN – MICHEL JACQUET**, principe d'autonomie et contrats internationaux; Lyon, ١٩٨٣
- \_ **KAPAQUILLO (J.P.)**, Etude de quelques manifestations de lois d'application immediate, paris, P.U.F. ١٩٧٧
- \_ **KASSIS (A.)**, Le nouveau droit européen des contrats internationaux, paris, L.G.D.J, ١٩٩٣
- \_ **Marcel caleb**, Essais war le principe de autonomie de la volonté en droit international privé, these, strasbourg, ١٩٢٧
- \_ **MAYER (P.)**, Droit international privé, ٦ éd, paris, montchestien, ١٩٩٨
- \_ **Mayer (P.)**, Les lois de police étrangères, Clunet, ١٩٨١
- \_ **PIERRE LALIVE**, Tendances et méthodes en droit international privé, R.C.A.D.I, ١٩٧٧-١١,

\_ **POCAR (F.)**, La protection de la partie faible en droit international privé, Rec. Des cours ١٩٨٤, Vol ١٨٨

\_ **POMMIER (J. G.)**, principe d'autonomie et la loi du contrat en droit international privé conventionnel, paris, Economica , ١٩٩٢

\_ **S. POILLOT PERUZZETTIO**, ordre public et lois de police dans les texts de référence, in collection : la matière civile et commerciale, socle d'un code Europeen de droit international privé, peris, Dalloz, ٢٠٠٩,

\_ **SCHNITZER**, La loi applicable aux contrats, article précite, N.٢٠, P.٤٧٨. ; Les contrats internationaux en droit international privé Suisse, Rec. Des cours ١٩٦٨, vol ١٢٣, P.٥٤١ ets.

\_ **SPERDUTI (G.)**, les lois d'application necessaire en tant que lois d'ordre public, Rev. Crit, ١٩٧٧

\_ **Sylvie Pieraccini** , LA " PROPRIETE TEMPORAIRE" ESSAI D'ANALYSE DES DROITS DE JOUISSANCE ATEMPS PARTAGE, Pour obtenir le grade de Docteur de l'université du sud Toulon – var / Discipline : Droit privé, ٢٢ Novembre, ٢٠٠٨

\_ **VEUHAUS** , Die Grundbergriffe des internationalen privatrecht, Tubingen, ١٩٧٦

- \_ **VICHER (F.K.)**, The antagonism between legal security and the search for justice in the field of contracts, Rec. Dec. cours. T. ١٢٤ (١٩٧٤ - II),
- \_ **YVON LOUSSOUARN ET BOUREL**, droit international privé , ١٩٩٦