

## أثر المنهج الغائي في أطار ضوابط الإسناد الموضوعية "دراسة مقارنة"

<https://doi.org/10.61353/ma.0030083>

أ.م. د صالح مهدي كحيط

معهد العلمين للدراسات العليا

**تعد** الدراسات التحليلية من أهم الدراسات التي تمنح نتائج عملية، متمسكة نقاط القوة والضعف في موضوع البحث، ولعل من أهم الموضوعات التي لا بد من دراستها وفق هذا المنهج هو ضوابط الإسناد الموضوعية لما لها من أهمية وعظيم الأثر على علاقات الأفراد، وكذلك ما كلفها من إهمال تشريعي آخرها عن مواكبة التطورات التي أصابت هذا اللون من القواعد، ما اقتضى الأمر أن نوليها اهتماماً ونعيد دراستها من منظور المنهج الغائي الذي يعتمد على غاية قاعدة الإسناد الموضوعية، وسيتم هذا الأمر من خلال التعرض لتلك القواعد بالنسبة للالتزامات التعاقدية والأخرى غير التعاقدية.

Analytical studies are among the most prominent studies that give practical results, touching on the strengths and weaknesses of the subject of research, and perhaps one of the most important topics that must be studied according to this approach is objective controls of attribution because of their importance and great impact on individual relations, as well as the legislative neglect that followed. Delaying it from keeping up with the developments that have affected this type of rules, what required that we pay attention and re-study it from the teleological approach that depends on the objective of the objective base of reference, and this matter will be done through exposure to those rules regarding contractual and other non-contractual obligations.

الكلمات المفتاحية: المنهج الغائي، ضوابط الإسناد، قاعدة الإسناد الموضوعية، الالتزامات التعاقدية، الالتزامات غير التعاقدية.



## مقدمة

إن للمنهج الغائي أثراً شمولياً على ضوابط الإسناد بكل أنواعها الشخصية منها والموضوعية، وهذا الأثر نحتاج إليه في الوقت الحاضر مع تطور العلاقات وأتساع دائرة النزاعات، فكما أنها أضفت بظلالها على الضوابط الشخصية، كذلك لها تأثير على أداء الضوابط الموضوعية، فالأخيرة وفقاً للمنهج التقليدي لا تكون وسائل آلية عمياء لا يُنتظر منها تحقيق التنسيق بين قاعدة الإسناد الوطنية والأخرى الأجنبية، ولكن الأمر يختلف فيما إذا تم الحديث عن منهج جديد يسمى بالمنهج الغائي، فيتحول البحث في قواعد الإسناد إلى دائرة الهدف من تشريعها، وسيكون المطلوب من قاضي النزاع تحقيق أعمق في العلاقة محل الخصومة، فالأمر لا يقتصر على مجرد تحقيق العدالة الشكلية، بل دخلت معطيات أخرى ومبادئ جديدة لتعيين القانون الواجب التطبيق تحدثنا عنها فيما مضى، مستندة على ركنين وهما طبيعة العلاقة القانونية موضوع النزاع، وغاية قاعدة الإسناد التي شرعت من أجلها، فهذا المنهج له أثر إيجابي على ضوابط الإسناد الموضوعية، ومن المعلوم لكل متخصص أن هذه الضوابط متعددة ومتنوعة ولا يمكن الإحاطة التفصيلية بجميعها وعلاقة هذا المنهج بها، ولهذا سنقتصر في دراسة هذا الأثر على الضوابط في نطاق الالتزامات التعاقدية والأخرى غير التعاقدية، بعدّها أهم مصاديق هذا النوع من الضوابط من خلال مبحثين: نتناول في المطلب الأول أثر المنهج في نطاق ضابط الالتزامات التعاقدية، وندرس في المبحث الثاني أثره في نطاق ضوابط إسناد الالتزامات غير التعاقدية.

## المبحث الأول

### أثر المنهج الغائي في نطاق ضابط الالتزامات العقدية

تعد الالتزامات التعاقدية من أهم العلاقات القانونية على المستوى الدولي، لما تحمله من تطبيق لمبدأ سلطان الإرادة، فإرادة الأطراف لها عظيم الأثر في ديمومة واستمرار حالة التواصل بين الأفراد على مستوى العلاقات العقدية، ولذلك كان لا بد للمشرع - وهو حال معظم التشريعات إن لم نقل كلها - أن يمنح لإرادة الأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق وفق شروط معينة من خلال ما يسمى بقانون العقد، ومن المعلوم أيضاً أن كل علاقة عقدية بشكل عام تتكون من عنصرين هما المظهر والجوهر، والعلاقات العقدية على المستوى الدولي ليست استثناءً من هذه القاعدة، فهي أيضاً لا بد لها من جوهر ومضمون



مُنح تنظيمه لإرادة الأطراف ابتداءً، وإن لم يختار الأطراف القانون الذي يحكم العلاقة بينهم فهناك قواعد إسناد تبين تراتبية معينة في تعيين هذا القانون، سنكتفي في هذا الموطن بدراسة قانون الإرادة، التي نعتقد من خلال بيان أثر هذا المنهج في تطوير أداء هذا الضابط سيكتفي القارئ بتطبيق ما توصلنا إليه على باقي خيارات قواعد الإسناد المشرعة لحكم العلاقات العقدية على المستوى الدولي، أما بالنسبة لمظهر التعاقد والمسمى قانوناً بشكل التصرفات القانونية، وكذلك يمكن الاستفادة من المنهج الغائي في تغيير وتطوير النظرة إلى القانون الذي يحكم شكل العلاقة العقدية، كما أن للتشريعات المقارنة فيه كلمة سنوضحها خلال البحث، من هنا سنقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الفرع الأول أثر المنهج الغائي على ضابط قانون الإرادة، ونخصص الفرع الثاني لدراسة أثره على القانون الذي ينظم شكل التصرفات العقدية.

## المطلب الأول

### أثر المنهج الغائي على ضابط قانون الإرادة

أعطت التشريعات القانونية المقارنة لإرادة أطراف العلاقة العقدية دوراً بارزاً في اختيار القانون الواجب التطبيق، ليس على المستوى التقليدي المتمثل بمنح هذا الحق في مجال الالتزامات التعاقدية، بل أمتد الأمر إلى أبعد من ذلك، فلم تكتفِ تلك التشريعات بدور الإرادة في دائرة العلاقات العقدية المالية، بل أمتد ذلك الدور إلى دائرة العلاقات الأسرية<sup>(1)</sup>، وما يهمننا هنا هو بيان الدور الذي يمكن للنظرية محل الدراسة أن تؤديه في إيجاد مساحة من السلطة التقديرية للقاضي بالنسبة لقانون الإرادة، فالأخيرة وفق المنهج التقليدي، لا تسمح بتطبيق الإحالة مثلاً، لمبررات سنتطرق لبعضها فيما بعد، والسؤال المهم بهذا الصدد هو هل أن اختيار الأفراد للقانون الواجب التطبيق يقصد به القواعد الموضوعية من هذا القانون فقط، أم يمتد ذلك الاختيار إلى قواعد الإسناد فيه، إذ أن المنهج التقليدي يقصر هذا الاختيار على القواعد المادية دون قواعد الإسناد، بدواعي متعددة، ومعنى ذلك منع الأخذ بالإحالة في نطاق قانون الإرادة<sup>(2)</sup>. وهذا ما نجده جلياً واضحاً في القانون الدولي الخاص الألماني، فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة (٤) منه النص على هذا المعنى حينما نصّت على " إذا كان للأطراف حرية اختيار قانون إحدى الدول فإن حريتهم في هذا الصدد قاصرة على اختيار القواعد المادية لهذا القانون دون غيرها"، بمعنى أن المشرع الألماني منع القاضي من



الأخذ بالإحالة، فيما إذا تم تدخلت إرادة الأطراف في اختيار قانون العقد، وهو ما أكده في مواطن أخرى<sup>(3)</sup>، ومن ثم يكون المشرع الألماني من التشريعات التي تدخلت بشكل مباشر في منع الإحالة بالنسبة لقانون العقد، بخلاف التشريعات المقارنة، فبالنسبة للمشرع الفرنسي وأيضاً المصري في المادة (١٩) من القانون المدني، والمشرع العراقي في المادة (٢٥) من القانون المدني، الذين أباحوا للأطراف إمكانية الاتفاق على القانون الذي يحكم العقد، ولم ينصوا على قصر أثر هذا الاتفاق على القواعد الموضوعية دون قواعد القانون الدولي الخاص، بخصوص قانون الإرادة، بل جاءوا بأحكام عامة في رفض الإحالة بالنسبة لجميع الحالات التي يُعقد فيها الاختصاص للقانون الأجنبي<sup>(4)</sup>. والمستند الأساس الذي يمكن أن يؤكد هذا الحكم في القانون الدولي الخاص الألماني، هو ما أشارت إليه المادة (٢٦) منه بقولها إن " المرجع في تفسير وتطبيق القواعد المنصوص عليها في المبحث الخاص بالالتزامات التعاقدية، لا بد من مراعاة المصدر الذي أُسْتُقِيَت منه هذا الأحكام وهو معاهدة روما لعام ١٩٨٠ الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية..."، واستناداً لمبدأ سمو الاتفاقيات الدولية على القوانين الداخلية، فإن قواعد اتفاقية روما الخاصة بالإحالة لا بد وأن تفسر وتطبق بشكل موحد في جميع الدول المتعاقدة، ولما كانت هذه الاتفاقية ترفض الإحالة من الدرجة الأولى والثانية<sup>(5)</sup>، فإنه يتعين الالتزام بحكمها، واستبعاد الإحالة من التطبيق بالنسبة لقانون العقد.

ولكن السؤال الذي يمكن أن يُثار بهذا الصدد هو عن الفلسفة التشريعية من وراء رفض الإحالة بالنسبة لقانون العقد، فهل هناك خصوصية لإرادة الأطراف دفعت المشرع الألماني إلى أن يحيد عن المبنى العام له، وهو قبول الإحالة من الدرجة الأولى والثانية في الفقرة الأولى من المادة (٤) من القانون الدولي الخاص، وكان بإمكانه أن يتحفظ على حكم اتفاقية روما المتقدم بالنسبة لهذا الموضوع، ويأتي هنا دور فقه القانون الدولي الخاص الألماني وغيره كي يحاول الوقوف على تلك الفلسفة، فيرى جانب من الفقه<sup>(6)</sup> المؤيد لهذا الاتجاه، أن ضابط الإرادة يتنافى في ذاته مع تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق، فما دام المتعاقدان قد اختارا القانون الذي يحكم العقد، فلم يعد مستساغاً أن نستشير قواعد الإسناد في هذا القانون، ونقبل بإحالة الاختصاص إلى قانون آخر يجهله الأطراف، فإن في ذلك تجاهل لضابط الإرادة الذي وضعه الشارع كميّار لاختيار القانون



الواجب التطبيق بالنسبة للالتزامات التعاقدية. باعتبار أن منطوق الإحالة يتعارض في حد ذاته مع ضابط الإسناد الذي تتضمنه قاعدة الإسناد في قانون القاضي، التي خولت المتعاقدين حق اختيار قانون العقد، ففي ذلك إخلال بتوقعاتهم المشروعة، لأن أعمال الإحالة سيستلزم تطبيق القاضي لقانون لم تتوجه إليه إرادة أطراف العلاقة العقدية، ما يعني هدم لغرض من أغراض القانون الدولي الخاص، ألا وهو تنظيم العلاقات العقدية على المستوى الخاص، بالمستوى الذي يحفظ لأطراف العلاقة، قدر من المعرفة والتبصر، بالقانون الذي سيخضعون له في علاقتهم ابتداءً<sup>(7)</sup>. ومن ثم يرفض هذا الاتجاه من الفقه وهو الغالب، فكرة الإحالة في مجال الروابط العقدية، سواءً كان خضوع العقد لقانون الإرادة، قد تم بمقتضى قاعدة من قواعد الإسناد في قانون القاضي، أم بناءً على قاعدة مادية في هذا القانون، فالمتمأمل يلحظ أن قاعدة قانون الإرادة هي قاعدة إسناد لها جانب موضوعي أي أنها ترمي إلى تحقيق غاية مادية معينة<sup>(8)</sup> ولو كان أطراف العلاقة العقدية يريدون اختيار القانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد في القانون المختار من قبلهم، لاختاروا هذا القانون مباشرة بمقتضى قانون الإرادة، والقول بغير ذلك قول يفتقر إلى المنطقية والواقعية، ويجانب الحكمة التي وضعت من أجلها قاعدة الإسناد الوطنية، متمثلة بضرورة احترام توقعات أطراف العلاقة العقدية وحماية مصالحهم، و هي بالتالي تحقق ضمانات لحماية مصالح التجارة الدولية، وهو ما يمثل غرضاً من أغراض القانون الدولي الخاص، بمعنى تحققت غاية قاعدة الإسناد الوطنية<sup>(9)</sup>.

كل ما تقدم كان يمثل المنهج التقليدي، في الموقف من الإحالة في نطاق قانون العقد، تمهيداً لتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية، ودخول المنهج الغائي في دائرة الاعتبار من قبل قاضي النزاع سيخلق نوعاً من التحليل المنطقي لقانون الإرادة، فأفراد العلاقة ليس بالضرورة أن يكونوا على علم تفصيلي بالقانون الذي وقع عليه اختيارهم، كما أن اختيارهم لهذا القانون دون غيره لا يعني أستقرائهم التام لأحكام القوانين المتنازعة على حكم العلاقة، ووصولهم إلى نتيجة أن القانون المختار يمثل أفضل الخيارات بالنسبة لهم، ثم ألا يثير ذهن الباحث في هذا الموضوع أن اختيارهم لقانون العقد كان اختياراً شاملاً لقواعده الموضوعية وقواعد الإسناد، ومن هي الجهة التي خصصت اختيار الأطراف بالقواعد المادية دون غيرها فالنظام القانوني الذي يختاره الأطراف نظاماً كاملاً لا يصح قصره على القواعد



المادية فقط، ما يدفعنا إلى عدم التسليم المطلق بمنهج التنازع الجامد في التعامل مع إرادة الأطراف، ومن خلال الاستعانة بهذا المنهج، يمكن أن نبليغ الهدف في تطوير ضابط قانون الإرادة، إذ للمنهج المرن القدرة على بلورة الحلول وانتزاع المفاهيم الجديدة لضوابط الإسناد، وخلق الآليات الحديثة الموصلة إلى أنسب الخيارات التشريعية قدرة على حكم العلاقات العقدية، تحقيقاً لأهداف القانون الدولي الخاص، فلا بد إذن من تطوير ضابط قانون الإرادة، بالمستوى الذي يؤدي إلى التخفيف من توجهاته التقليدية ذات الصبغة التجريدية.

كما لا بد للقاضي أن يحسم النزاع المعروض عليه مراعيّاً ظروف وطبيعة الحالة المعروضة تحقيقاً للعدالة، وهو ما يستلزم وفقاً للمنهج الموضوعي المرن الوقوف على مضمون القوانين المتنازعة مع قانون الإرادة لحكم العلاقة العقدية، وآثار العملية لإعمال القواعد الموضوعية في القانون المختار وقواعد الإسناد فيه، وكذلك الأهداف الاقتصادية والدولية التي تسعى هذه القوانين إلى إدراكها، وذلك كله قبل تحديد القانون الواجب التطبيق، بهذا الأسلوب وحده يتمكن القاضي من تحقيق العدالة، في خصوص المسألة المعروضة عليه بعد تحليله لظروفها وملابساتها، وكذلك لآثار تطبيق القواعد المادية أو قواعد الإسناد في القانون المختار وهذا ما يستهدفه المشرع الوطني حين وضع قواعد الإسناد، فلا بد للقاضي من وضع هذا الضابط بغاياته وأهدافه موضع النظر والتحليل تمهيداً لإصابة الغاية الأساسية لقاعدة الإسناد الوطنية<sup>(10)</sup>. ومن ثم نستغني عن قواعد الإسناد بمعناها التقليدي

التي توصف بأنها قواعد عمياء، بل يصفها جانب من الفقه الفرنسي<sup>(11)</sup>، بأنها الآلة التي يزودها القاضي بالمعلومات المتاحة عن وقائع الدعوى في قوالب إجرائية محددة، فتقدم له حلولها في تنازع القوانين التي لا يملك إلا أن يدونها في حكمه، دون مناقشة لظروفها وملابساتها وطبيعتها، التي تنسجم مع قانون الإرادة، أو القانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق، لأنها تحدد القانون الواجب التطبيق، بصرف النظر عن مضمون هذا القانون، أو آثار تطبيقه على النزاع، ودون اهتمام أيضاً بالأهداف الاجتماعية والاقتصادية، التي يسعى مشرّعها إلى تحقيقها، وهو ما يعارض الإدراك المطلوب للعدالة المادية في القانون الدولي الخاص، في ضوء طبيعة العلاقة موضوع النزاع، وغاية قواعد الإسناد، والاكتفاء بتحقيق العدالة الشكلية التي تؤدي إليها قواعد الإسناد ذات التطبيق الآلي. التي تكتفي بإسناد العلاقة العقدية مجردة عن ظروفها وطبيعتها الواقعية، إلى

القانون الذي أشارت إليه إرادة الأطراف بتجرد عن مصلحتهم وغايات ضابط قانون الإرادة، الساعي إلى اختيار أنسب القوانين ذات العلاقة بالحكم ، وأكثرها قدرة على تحقيق التنسيق بين النظم القانونية المختلفة ومن ثم تحقيق أنسب الحلول عدالة لأطراف العلاقة<sup>(12)</sup> . وبهذه المثابة يسعى المنهج الغائي إلى حل النزاع من خلال اختيار القانون الأنسب عملياً من حيث الآثار لحكم العلاقة العقدية، سواءً تحقق ذلك من خلال الأخذ بالإحالة أم لا، وهو ما دعا جانباً من الفقه الألماني<sup>(13)</sup>، إلى توجيه المشرع بالزام القاضي بتطبيق (في مجال قانون الإرادة) القانون الذي يفرض إلى تصحيح العقد، وحماية توقعات الأطراف المشروعة، ويحقق العدالة المادية، سواءً تحققت هذا النتيجة بتطبيق القواعد المادية أو بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي واجب التطبيق. وهذا ما ورد في حكم المحكمة العليا الألمانية والتي كانت قد قبلت الإحالة إلى القانون الألماني، مجتهدة بوجود مصلحة لأطراف العلاقة العقدية، في فرض تم فيه الاتفاق بين الطرفين على قانون العقد، باعتبار أن أعمال القانون المختار سيتسبب ببطان العقد، وهذا ما لم يتبصر به الأطراف حين انتخاب القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية<sup>(14)</sup> . ولا يمكن بلوغ هذا النتيجة إلا من خلال الوقوف على مضمون القوانين التي تتراحم حكم العلاقة العقدية، مع قانون الإرادة، والاستبصار وتحليل طبيعة العلاقة، تمهيداً لأختيار أنسب القوانين، لتحقيق غاية قاعدة الإسناد، فغاية قاعدة الإسناد لا تنحصر في تطبيق القواعد الموضوعية في قانون الإرادة، بل يمكن أن تتحقق من خلال أعمال قواعد الإسناد فيه، ومن ثم فإن الأخذ بالإحالة بالنسبة لضابط الإرادة سيصح الخل الذي يؤدي إليه المنهج التقليدي. هذا ما دفع جانب مهم من الفقه الألماني<sup>(15)</sup> إلى تبني إمكانية الأخذ بالإحالة، استناداً إلى تحليل منطقي للنصوص القانونية، التي عالجت الموضوع في القانون الدولي الخاص الألماني، فأياً ما كانت سلامة الدوافع التي تقتضي استبعاد الإحالة، في قانون الإرادة (في نطاق الالتزامات التعاقدية)، ينبغي عدم إتباع ذلك الاستبعاد في جميع الفروض، على نحو شامل ودون فحص وتأكد، فالأصل أن المشرع الألماني في هذا القانون، سمح للقاضي بإعمال الإحالة استناداً إلى الفقرة الأولى من هذه المادة، والاستثناء هو ما جاءت به الفقرة الثانية من المادة (٤)، ووفقاً للقاعدة العامة المتفق عليها، في القوانين الداخلية وحتى على المستوى الدولي أن ما خرج خلاف القياس فغيره لا



يقاس عليه<sup>(16)</sup>، وبمعنى أوضح فإن حكم الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القانون الدولي الخاص الألماني المتقدمة، التي تقرر أن حق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، يقتصر على اختيار القواعد المادية، دون قواعد التنازع في القانون الأجنبي، لا بد وأن لا يتم التوسع فيها، وتفسيرها من ثم تفسيراً ضيقاً ينسجم مع الغرض الذي شرعت من أجله هذه الفقرة وبما يتناسب مع الدوافع والمبررات التي دفعت المشرع الألماني لتبنيها.

إن ما يذهب إليه الاتجاه المعارض للإحالة، في نطاق قانون الإرادة، من أن قيام الأطراف باختيار قاعدة الإسناد التي تحدد القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة فيما بينهم فيه تعارض مع قاعدة الإسناد الألمانية، ومنع هذا التعارض يتم بالنص على ضرورة أن يكون الاختيار قاصراً على القواعد المادية دون قواعد الإسناد، أمر لا يمكن الاعتداد به في جميع الفروض، إذ أثبت الواقع والتجربة أن قيام أطراف العلاقة العقدية باختيار قانون العقد قد يكون على أهمية كبيرة من الناحية الواقعية، وبالذات في فرض عدم معرفتهم مسبقاً بالقواعد المادية في القانون الواجب التطبيق، وهو أمر غير قليل الوقوع في العلاقات الدولية<sup>(17)</sup>، ما يستلزم تمكين أطراف العلاقة العقدية من الاستفادة قدر الإمكان من قواعد الإسناد في قانون العقد، لتصحيح الآثار السلبية التي يمكن ويحتمل أن تلحق بهم جراء هذا المنع، وهكذا تتبلور الفكرة المحورية التي يدور حولها المنهج الغائي، فالقاضي المعروض أمامه النزاع يحدد القانون الواجب التطبيق على النزاع، بعد تحليل وتقدير النتائج، والحلول التي تقدمها كل من القواعد المادية، وقواعد الإسناد في قانون العقد، لأن مراعاة ظروف العلاقة وغاية قاعدة الإسناد هما أدوات القاضي في الوصول إلى تعيين القانون الملزم لحكم العلاقة، ولأن في هذا التحليل يتجلى مبدأ سلطان الإرادة، القاضي بإعمال ما توجهت إليه إرادة الأطراف دون انتقاص ودون قيد أو شرط، إلا ما خالف النظام العام، أو تضمن غشاً نحو القانون، أو تعارض مع المصلحة العامة في دولة القاضي بشرطها وشروطها.<sup>(18)</sup>

وإن الطابع المحايد لضوابط الإسناد التقليدية (ضابط الإرادة) لا يمنع القاضي في فروض من المقارنة بين مضامين القوانين المرتبطة بالنزاع، تمهيداً لاختيار ما يؤدي تطبيقه إلى تحقيق أغراض قاعدة الإسناد تلك، وفي مقدمتها العدالة المادية، وهذا ما لا يمكن أن يتحقق إلا من خلال إعمال الإحالة وفقاً لهذا المنهج؛ كونه يبتغي النتائج العملية العادلة دون التقيد الحرفي بالتطبيق الجامد للنص القانوني ذات العلاقة، الذي يعطي حلولاً عامة مجردة



قبل معرفة طبيعة العلاقة محل النزاع وغاية قاعدة الإسناد المعنية<sup>(19)</sup>. فيؤسس جانب من الفقه الفرنسي<sup>(20)</sup> أن هذا المنهج من خلال تأكيد ادراك القاضي لاتصال العلاقة العقدية (إذا لم يتقيد بقانون الإرادة) بأكثر من قاعدة موضوعية، يختلف مضمون كل قاعدة عن القواعد الأخرى، فهو يضع النتيجة النهائية، التي يؤدي إليها تطبيق القواعد المادية في قانون الإرادة، والنتيجة من أعمال القواعد الموضوعية، التي يؤدي إليها تطبيق قواعد الإسناد، في القانون الأجنبي الواجب التطبيق في اعتباره قبل أن يصل إلى قراره في شأن حل المنازعة، وهو قرار يدعمه قاضي النزاع بالاستناد إليه (تحقياً للعدالة المادية)، تلافياً لما قد يعاب عليه من عدم التقيد بالخيار التشريعي الجامد، وهو قرار قد تم في ضوء ما رآه القاضي أكثر تحقيقاً للعدالة المادية، بشأن المسألة محل النزاع. ومن ثم فلا مجال لإعمال قانون الإرادة بالفهم التقليدي، وإنما تخضع الرابطة العقدية للقواعد الموضوعية في قانون الإرادة، وقانون الدولة التي أشارت إليه قواعد الإسناد، في القانون الأجنبي الواجب التطبيق معاً دون تمييز، وفقاً لمعيار المنهج الغائي، فيطبق القاضي القواعد القانونية التي تحقق أغراض قاعدة الإسناد الوطنية، وأكثرها تحقيقاً للأمان القانوني والعدالة المادية<sup>(21)</sup>. ومن ثم فإذا كان ضابط الإسناد (قانون الإرادة) المحدد سلفاً من قبل المشرع، قد يبدو غير ملائم في بعض الحالات، للوصول إلى غاية قاعدة الإسناد باعتبار المنهج الغائي، فإنه يجب على القاضي التنسيق بينه وبين قاعدة الإسناد في القانون المعين لحكم العقد، فقد يتضح للقاضي أن القانون الذي أختاره الأطراف لا يحقق غاية قاعدة الإسناد، وهو قانون دفعت الأطراف للاتفاق عليه، دون أدنى معرفة وتأمل وتبصر بأحكامه، بل ويعجز عن تنظيم العلاقة العقدية بين الأطراف، فعليه أن يبحث عن إمكانية الأخذ بالإحالة، لتحقيق أغراض قاعدة الإسناد الوطنية، وفي هذا المنهج ما يحقق مصالح الأطراف، ويحمي توقعاتهم المشروعة، سواءً تمت الإحالة إلى قانون القاضي أم إلى قانون دولة ثالثة<sup>(22)</sup>. فالمنتق عليه لدى جميع فقه القانون الدولي الخاص، وفي الفلسفة التشريعية لجميع التشريعات التي منعت الأخذ بالإحالة بالنسبة لضابط قانون العقد، إن رفض الإحالة كان مرجعه الرغبة في احترام إرادة المتعاقدين، وهذا في تصورنا يؤخذ على نحو العلة التامة، فسبب رفض الإحالة هو احترام مبدأ سلطان الإرادة، ولا يوجد سبب وعلّة أخرى، ومعنى ذلك أن العلة لو تخلفت كما يقال انتفى معها المعلول، وبعبارة أدق أن الأخذ بالإحالة ممتنع لوجود المانع وهو اتفاق



الأطراف، فإذا تخلف المانع عاد الممتع، أي يكون من الطبيعي أن يسلم هذا الإتجاه بإمكان الأخذ بالإحالة فيما لو تبين من ظروف التعاقد، أن المتعاقدين قد أيدوا رغبتهم الصريحة أو الضمنية، في التسليم إلى ما تشير إليه قواعد الإسناد التي يتضمنها القانون الذي اختاروه لحكم العقد المبرم بينهم، وهذا ما يتفق عليه خصوم الإحالة أنفسهم، فضلاً عن الاتجاه المؤيد للأخذ بها في نطاق ضابط قانون الإرادة<sup>(23)</sup>. إذ أشار لهذا المعنى جانب من التشريعات الأجنبية<sup>(24)</sup>، من أنه متى أبدى المتعاقدان رغبتهم في استشارة قواعد الإسناد التي يتضمنها القانون المختار، أو تبين من ظروف التعاقد، أو أتضح للقاضي، أن في الأخذ بها تحقيق لأغراض القانون الدولي الخاص، تعين التسليم بالأخذ بالإحالة في إطار قانون الإرادة.

وتأسيساً على كل ما تقدم، نرى أن هذا الموقف الأخير الذي وصلنا إليه، بخصوص إمكانية الأخذ بالإحالة في نطاق قانون الإرادة (بالنسبة للالتزامات العقدية) ينطبق حتى بالنسبة للتشريعات الأكثر تشدداً مثل القانون الدولي الخاص الألماني، أما بالنسبة للتشريعات المقارنة الأخرى (الفرنسي، المصري، العراقي) فإن الأمر أكثر سهولة، وأقل وطأة، فالتحليل والتأصيل المتقدم يمكن الاستعانة به في تأكيد الأخذ بالإحالة في أطار قانون الإرادة، وأيضاً فإن تلك التشريعات أكتفت بالموقف العام من الإحالة، وهذا يعني أن الأخذ بالمنهج الغائي يجد له مجالاً للتطبيق فيما إذا أتضح أن المصلحة في ذلك، فالأخذ بالإحالة من عدمه متوقف على مدى تحقق أغراض قاعدة الإسناد الوطنية، والقاضي لا بد وأن يتمتع بسلطة تقديرية لتحديد الموقف من الإحالة في إطار القانون المختار، فإذا كان الأخذ بقواعد الإسناد في القانون المختار يؤدي إلى تحقيق مصلحة الأطراف وحماية توقعاتهم المشروعة، وتحقيق التنسيق بين النظم القانونية المختلفة، والوصول إلى ضمان العدالة المادية، فعلى القاضي أن يجتهد في إعمالها، وبعبكس ذلك فإن عليه أن يطبق القواعد الموضوعية في القانون المختار الذي أنفق عليه أطراف العلاقة العقدية دون قواعد الإسناد فيه، ومن ثم يتضح إن إعمال هذا المنهج يسهم في تطوير أداء ضابط إسناد قانون العقد بالمستوى الذي تتحقق معه وظيفة قاعدة الإسناد



## المطلب الثاني

### أثر المنهج الغائي على القانون الذي يحكم شكل التصرفات

استقرت غالبية التشريعات والنظم القانونية على إخضاع شكل التصرفات القانونية لقانون بلد الإبرام، إذ أصبح ضابط الإسناد هذا ذات تطبيق شبه عالمي، كونه يحظى باهتمام كبير من التشريع في المنظومة القانونية لدول العالم، ويدخل في عمق السياسة التشريعية والفلسفة العلمية لضوابط الإسناد، وهو ضابط درجت عليه التشريعات منذ تاريخ قديم (25)، وللشكلية معاني متعددة فقد يقصد بها الشهادة على التصرف، أو القيام ببعض الطقوس والمراسيم كالطقوس الدينية والمراسيم الاحتفالية، سواء كان الاحتفال رسمياً أم غير رسمي، وقد يقصد بها وبالخصوص في القوانين الحديثة على نحو رئيس إخراج إرادة الأطراف إلى الفضاء الخارجي وفق ما يسمى بالكتابة (26)، ويرجع من خلال التحليل لاتفاق معظم التشريعات المقارنة إلى الأخذ بهذه القاعدة إلى سلامة الاعتبارات والأساس الذي تقوم عليه، وملائمة الحكم الذي قررته، مع حاجة المعاملات الخاصة الدولية، فأساس هذه القاعدة (كما يجمع عليه الفقه) هو التيسير على المتعاقدين، أطراف العلاقة العقدية، الذين قد يصعب عليهم العلم بأحكام نظام قانوني آخر، غير نظام الدولة التي أبرموا فيها اتفاقهم محل المنازعة، وليس من المنطق (وفقاً للمنهج التقليدي) إخضاع الأطراف إلى قانون لم يتبصروا أحكامه، ولم يخبروا الشكلية التي يتطلبها لصحة التصرف، بل لو افترضنا علمهم بأحكام قانون آخر، فقد لا يتيسر لهم إتباع الشكل الذي يقرره هذا القانون، ولهذا أملت الاعتبارات العملية إخضاع العقد أو التصرف إلى قانون بلد الإبرام (27). أي أن قاعدة تطبيق قانون الدولة التي أبرم فيها التصرف القانوني، تتناسب مع اعتبارات التسهيل على أطراف العلاقة القانونية، ورعايةً لمصالحهم الشخصية المتمثلة بتطبيق أفضل القوانين المتازعة حكم العلاقة، وأقدها على تنظيم شكلية هذا التصرف.

والسؤال الذي يمكن أن يثار بهذا الصدد هو ما مدى إمكانية الأخذ بالإحالة في نطاق إسناد العلاقة العقدية إلى قانون بلد الإبرام من الناحية الشكلية، ومن ثم تطبيق قواعد الإسناد فيه، أم أن قاضي النزاع ملزم بتطبيق القواعد المادية في القانون الواجب التطبيق، للإجابة على هذا التساؤل لابد من استعراض غير تفصيلي للمنهج التقليدي، الذي يمثل الاتجاه الراجح في أروقة التشريعات المقارنة وفقه القانون الدولي الخاص، ومن ثم استعراض الاتجاه



التحليلي الغائي والذي يمكّننا من تحديد دور المنهج (الغائي) في إعطاء فهماً جديداً، وتفسيراً حديثاً للاعتبارات التي استندت إليها التشريعات المقارنة في الموقف من هذه القاعدة. فبالنسبة للاتجاه الأول الذي أطلقنا عليه المنهج التقليدي، الذي يعتمد تطبيق ضابط تطبيق قانون بلد الإبرام بالنسبة لشكلية التصرف، دون منح القاضي أدنى سلطة تقديرية بمراعاة الطبيعة القانونية لكل علاقة، والغاية أو الهدف الذي قصدت قاعدة الإسناد تحقيقه، أي أنه جاء بقواعد ملزمة لحكم جميع الحالات، بصرف النظر عن أي خصوصية تتمتع بها العلاقة عن غيرها، ولهذا المعنى أشارت المادة (٣٢) من القانون الدولي الخاص الألماني، ونصت عليه المادة (٢٦) من القانون المدني العراقي، في أن العقود تخضع في شكلها لقانون بلد الإبرام، وهو ذات الحكم بالنسبة للمشرع الفرنسي، أما بالنسبة للمشرع المصري فقد عالجت الأمر المادة (٢٠) من القانون المدني، في خيارات من ضمنها قانون بلد إبرام العقد (سنتطرق إليه فيما بعد بشيء من التفصيل)، ما يعني أن هذه التشريعات قد ذهبت إلى تطبيق قاعدة إسناد جامدة غير مرنة، قد لا تحقق مصلحة الأطراف ولا تتناسب مع التطورات الحاصلة في مفهوم العدالة المادية في القانون الدولي الخاص، ولا حتى بالنسبة لمصالح التجارة الدولية، فقد جاءت هذه التشريعات بنصوص أمرة ألغت بموجبها أي دور لإرادة الأطراف في اختيار قانون يحكم شكلية العقد المبرم بينهما<sup>(28)</sup>. وهذا يعني استبعاد الأخذ بالإحالة والاختصار على تطبيق القواعد المادية في القانون الواجب التطبيق (قانون بلد الإبرام)، كما أن النصوص المتقدمة لم تترك مجالاً أو سلطة لقاضي الموضوع، في اختيار أنسب القوانين وأكثرها نفعاً لمصلحة أطراف العلاقة، وتحقيقاً للتنسيق بين النظم القانونية، كونها تمثل غايات قاعدة الإسناد الوطنية لقاضي النزاع، من خلال تطبيق قواعد الإسناد في القانون الواجب التطبيق، لتحديد قانون آخر قد يكون هو قانون القاضي أو قانوناً أجنبياً، أي السماح للإحالة بتصحيح الفراغ الذي يصنعه تطبيق الضوابط الجامدة، في تحقيق روح قاعدة الإسناد الوطنية، مما يدعو إلى إعادة النظر بالأسس القانونية والاعتبارات العملية لقاعدة شكل التصرفات العقدية<sup>(29)</sup>. ومما أستند إليه أنصار هذا الاتجاه في تبرير مذهبهم هو أن في استشارة قواعد الإسناد التي يتضمنها قانون الدولة التي أبرم فيها التصرف، وقبول الإحالة منها إلى قانون أجنبي آخر، تفويت للاعتبار وللحكمة التي تقوم عليها هذه القاعدة، فالمشرع يهدف التيسير على الأطراف ورعاية مصالحهم، من خلال عدم التزامهم بمعرفة



أحكام قانون آخر، غير قانون الدولة التي باشروا فيها التصرف، ومما لا ريب فيه هو أن قبول إحالة قواعد الإسناد في بلد الإبرام، إلى قانون آخر يشكل إهداراً لحكمة هذه القاعدة، وتجاهلاً للهدف الذي يسعى المشرع لتحقيقه من وراء تقريرها (30). والمنتبغ لفلسفة هذا الاتجاه، يصل إلى نتيجة، أنه لا يستند إلى مبررات كافية تُعتمد في تشريع ضابط إسناد ملزم للقاضي ولأطراف العلاقة العقدية، لا يمكن الخروج على حكمه، ومن ثم يعجز هذا المنهج عن مواكبة التطور الحاصل في التشريعات بالنسبة لاحترام إرادة أطراف العلاقة، والأخذ بالإحالة فيما إذا كان هذا الخيار أكثر يسراً على الأطراف وأضمن لمصالحهم. كما يعيب جانب من الفقه الألماني (31) على المنهج التقليدي، أنه يقود إلى نتيجة مقتضاها أن قاضي النزاع لا يكون مسموحاً له البحث عن المضمون الذاتي للقوانين ذات العلاقة، أي أنه لا يستطيع أن يهجر أحكام قانون بلد الإبرام فيما إذا تبين عدم ملائمتها للعلاقة محل النزاع، بالنظر إلى الصفة الملزمة لهذا النص التي تلزم احترامه وتطبيقه. و أنه يكشف مسألة أخرى مقتضاها أن هذا النص يجسد حلاً داخلياً لعلاقات دولية خاصة، بدليل أن واضع قواعد الإسناد هو المشرع الوطني، ما يعني أن الأخير، يريد بفهمه المحلي للعلاقات العقدية أن يحكم العلاقات الدولية، ما يعني انعدام القدرة المسبق لحكم الأوضاع الدولية، حتى وصل الأمر إلى القول بأن منهج التنازع التقليدي، قد أضى زائفاً وأعمى، لا يتناسب مع التطورات الهائلة على مستوى العلاقات الدولية، وفي ضوء ذلك لا مبرر من إلزامية ضابط الإسناد هذا (32). بالإضافة إلى ما تقدم من انتقادات فقد أعاب جانب من الفقه الفرنسي (33) على هذه القاعدة ( خضوع الشكل لقانون بلد الإبرام) عدم قدرتها على التعامل بسلاسة مع العلاقات الخاصة الدولية، الأمر الذي لا يسمح لها بأن تلعب الدور الصحيح للقاعدة القانونية، التي يفترض أن تستجيب للاحتياجات والتغيرات التي تطرأ على الأفراد وعلاقاتهم الدولية، وهذا ما يدل على افتقادها لملكة الحساسية الدولية، ذلك أنها قواعد جامدة لا تأبه بالطباع والتفاصيل المتعددة التي يتميز بها هذا النوع من العلاقات القانونية.

ونتيجة لقصور المنهج التقليدي، في مراعاة طبيعة العلاقة العقدية، وتحقيق غاية قاعدة الإسناد، ولاعتماده حلاً أولية، عامة وشاملة لكل الحالات وفي جميع الظروف، ظهر اتجاه آخر يعتمد التحليل والتقيب عن القانون الأقدر لحكم شكلية التصرف، وهو الاتجاه الذي يرفض التطبيق الجامد والحرفي لقواعد الإسناد، المسمى بالحل الغائي الذي يقدم فهماً



جديداً للتعامل مع ضوابط الإسناد، وفقاً لمحوري طبيعة العلاقة وغاية قاعدة الإسناد الوطنية، فهذا المنهج قائم على أساس تحليلي للعلاقة العقدية واختيار أنسب القوانين لكل فرض على حدة، والابتعاد عن وضع حلول عامة شاملة لجميع المسائل<sup>(34)</sup>. و أن هذه القاعدة في نظر الفقيه الألماني (Kropholler) على الرغم من أنها تقوم على اعتبارات عملية، إلا أنها تقوم على اعتبارات وأصول نظرية كذلك، فما هي إلا تطبيق لمبدأ إقليمية القانون، المبدأ الذي لم يعد يتناسب مع التطورات الحاصلة في العلاقات الخاصة الدولية، الذي هجرته معظم التشريعات المقارنة، وأزالته عن فلسفة تشريعاتها الوطنية، فإعطاء قاعدة الشكل صفة الإلزام يتنافى مع الاعترافات الأصلية التي كانت وما تزال الأساس الفعلي لهذه القاعدة<sup>(35)</sup>. فقد حصل الاتفاق بين أصحاب نظرية الأحوال الإيطالية القديمة، والفقه الحديث على أن غاية قاعدة الإسناد في تطبيق قانون دولة الإبرام، هي التيسير على أطراف العلاقة، وهذا الأساس يجعل التسليم بالصفة الاختيارية لهذه القاعدة أمراً لا بد منه، فالسماح للأطراف أو للقاضي باتباع الشكل المقرر في بلد الإبرام يهدف أساساً إلى التيسير على المتعاقدين، مع عدم منعهم من اختيار قانون آخر بشرط أن له ارتباط بالعلاقة في أي عنصر من عناصرها. <sup>(36)</sup>

ومن هنا يمكن إعمال الإحالة، كمفهوم يسعى القاضي من خلاله بلوغ هذه النتيجة، فما دام ذلك هو هدف القاعدة، وتلك هي العلة فليس هناك ما يدعو إلى إجبار المتعاقدين، على اتباع الشكل المقرر في قانون بلد الإبرام، إذا كان باستطاعتهم العلم بأحكام قانون آخر، أكثر ارتباطاً بالتصرف المبرم بينهما، كأن يتفق الأطراف على تطبيق قواعد الإسناد في قانون بلد الإبرام، أو أن القاضي يتولى ذلك إن رأى مصلحة الأطراف تقتضي مثل هذا التوجه، وأن إعمال الإحالة من شأنه المحافظة على صحة التصرف، ومن ثم يمنع بطلان التصرف الذي يصل إليه، فيما إذا طبق قانون محل الإبرام<sup>(37)</sup>. والقول بغير المعنى المتقدم يعني إهداراً لوظيفة قاعدة الإسناد، ولاسيما في الفروض التي يبرم فيها المتعاقدان التصرف على إقليم دولة معينة بصورة عابرة، فقد يتعذر عليهما العلم التفصيلي بأحكام قوانينها، لأن تطبيق هذا القانون سيحقق حرجاً بالنسبة لأطراف العلاقة بدلاً من التيسير عليهم وهذا ما لم يقصده المشرع<sup>(38)</sup>. فلا بد إذن من منح القاضي سلطة تقديرية وفقاً للمنهج





الغائي لتحديد القانون الواجب التطبيق، علماً أن أطراف العلاقة العقدية في الوقت الحاضر، قد يستعينوا بخبراء في القانون الدولي الخاص، كما أن هناك حالة انفتاح على القوانين الأجنبية، من خلال اللجوء إلى الاتفاق على تطبيق الأنظمة القانونية لمراكز التحكيم الدولي، وهذه الأنظمة ممكن أن تتضمن نصوصاً لحكم موضوع العقد والشكلية، فما المانع من الخروج من حتمية تطبيق قانون الدولة، التي أبرم فيها العقد إن كان هذا الخروج بإرادة الأطراف، فإذا ما أثبتنا هذا الأصل، أمكن القول بإمكانية تطبيق الإحالة بعده، وهذا المعنى أدركه المشرع المصري، ونص عليه في المادة (٢٠) من القانون المدني، إذ جاء فيها أن " العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون بلد موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك". ويفهم من موقف المشرع المصري هذا، أن تطبيق قانون بلد الإبرام، بالنسبة لشكية العقد لم يعد ضابطاً ملزماً للقاضي، وإنما منحه جملة من الخيارات يمكن له الاختيار بينها، من أجل الوصول إلى تطبيق القانون الأصلح، وهذا التعدد في ضوابط الإسناد يوصف بأنه منهج ذات طابع موضوعي (وظيفي)، يرمي إلى تحقيق نتيجة معينة فالمضمون الغائي للحل، محل اعتبار تحت نظر واضع القاعدة، سواء كانت من صنع المشرع الوطني أم خلق قاضي النزاع<sup>(39)</sup>. وقد يسأل سائل أن هذه الحالات التي يرصد فيها المشرع ضوابط إسناد اختيارية متعددة لحكم العلاقة القانونية الواحدة، هل يمكن وفقاً لنظرية الحل الغائي أعمال الإحالة، قاصدة تحقيق نتيجة موضوعية وهي صحة العلاقة العقدية من الناحية الشكلية، فيما لو تعلق الأمر بتطبيق قاعدة من النوع المتقدم؟. للإجابة عن هذا السؤال، نبدأ من الأساس الغائي الذي تعتمده الإحالة (وفقاً للنظرية محل الدراسة)، وهو أن الأخذ بالإحالة أو رفضها يتوقف على النتيجة التي تبنى على ذلك، فالموقف من الإحالة يختلف من حالة إلى أخرى بحسب الغاية، أو الوظيفة التي ترمي قاعدة الإسناد تحقيقها، فالرغبة في التيسير على المتعاقدين، لا بد وأن تكون الأساس في الحل الذي يجب اعتناقه، ومن ثم إن كان العقد صحيحاً من الناحية الشكلية وفقاً للقواعد المادية في قانون بلد الإبرام، فلا محل للأخذ بالإحالة مادام قد تحقق هدف قاعدة الإسناد على النحو الذي أراده المشرع<sup>(40)</sup>، أما إذا تخلفت هذه النتيجة وكان التصرف باطلاً بموجب تلك القواعد، وكانت قواعد الإسناد فيه تحيل إلى قانون آخر، سواء أكان قانون القاضي أم قانوناً آخر، يعد



العلاقة صحيحة وفقاً لقواعده الموضوعية، فإن الأخذ بالإحالة حينئذ يكون أمراً لازماً وله ما يعززه في حين يمكن الأخذ بالإحالة فيما إذا كانت العلاقة باطلة وفقاً لأحكام القواعد الموضوعية، في مختلف القوانين التي وضعها المشرع، وكانت قواعد الإسناد في كل من هذه القوانين تعقد الاختصاص لقانون يصح العلاقة من الناحية الشكلية (41). وهذا المعنى نص عليه المشرع العراقي بالنسبة للأحوال الشخصية في المادة (١٩ / ١) من القانون المدني، والمشرع الفرنسي في المادة (٣١١) من القانون المدني، والمادة (١٩) من القانون الدولي الخاص الألماني، وغيرها من التشريعات الأخرى. (42)

فضلاً عن أنه نتيجة للانتقادات، التي تعرض لها القانون الدولي الخاص، باعتماده العدالة الشكلية في تحديد القانون الواجب التطبيق، وتغيير العديد من التشريعات موقفها في ضوء ما يسمى بالعدالة الموضوعية، لم يعد الأمر مجرد تحقيق الارتباط الشكلي، بين العلاقة القانونية والقانون الواجب التطبيق بواسطة قواعد الإسناد، بل تعداه الأمر إلى مطالبة القاضي بمراعاة تحقيق النتائج المادية العملية، أثناء تحديده للقانون الواجب التطبيق، بالاستناد إلى غاية قاعدة الإسناد الوطنية (43). ومنها البحث عن القانون الذي يحكم بصحة العقد ولا يبطله، وتيسير الإجراءات على المتعاقدين، والتنسيق بين النظم القانونية المختلفة، وكذلك وضع تنفيذ العقد في نظر الاعتبار حين تحديد القانون الواجب التطبيق، فإذا كان تطبيق أحكام قانون بلد الإبرام، يؤدي إلى عدم الاعتراف بالعقد في بلد الإبرام، فما على القاضي في هذه الحالة إلا الاستعانة بالإحالة، لمعرفة مدى إمكانية تحديد قانون آخر، من شأنه السماح للعقد بأن يجد طريقة للتطبيق والتنفيذ (44). وهكذا تحقق نظرية الحل الغائي تطوراً وتقدماً في ضابط الإسناد الخاص بشكل العقد، بما يخدم الاعتبارات والأسس التي تقوم عليها قاعدة الإسناد، وفي ضوء هذا النظر يمكن فهم الموقف الذي اتخذته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر ١٥ يونيو ١٩٨٢ (والذي تمت الإشارة التفصيلية إليه فيما مضى)، الذي أخذت فيه بالإحالة من الدرجة الثانية، فقد قبلت المحكمة في هذا الحكم الذي يتعلق ببطلان عقد زواج مبرم بين زوجين سوريين من الديانة اليهودية في روما، وفقاً للشكل اليهودي غير المعترف به في إيطاليا، إحالة القانون الإيطالي وهو القانون المختص بمسائل الشكل، بوصفه قانون بلد الإبرام إلى القانون السوري ( قانون جنسية الأطراف) لما يؤدي إليه تطبيق هذا القانون الأخير من إقرار بصحة الزواج، وهو ما يتماشى مع حكمة



ووظيفة قاعدة الإسناد للقاضي الفرنسي، وهي التيسير على المتعاقدين واحترام توقعاتهم المشروعة، وتحقيق العدالة المادية في القانون الدولي الخاص<sup>(45)</sup>، وهكذا يتضح دور المنهج الغائي في تعزيز الإحالة، بما يساعد على تحقيق غاية قاعدة الإسناد الوطنية، وبلوغ هدفها في الفروض التي تبدو فيها عاجزة عن بلوغ الهدف والوظيفة المقصودة من المشرع.

## المبحث الثاني

### أثر المنهج الغائي في نطاق الالتزامات غير التعاقدية

إن ضوابط الإسناد التي تحكم الالتزامات غير التعاقدية ليست على فصيلة واحدة، بل تختلف باختلاف الموضوع أهمها المسؤولية التقصيرية التي كانت ولا تزال ضحية المنهج التقليدي، لأن الغالب من التشريعات عالجت القانون الذي تخضع له في أحكام قد لا تتناسب مع التطور، ومن المعلوم أن الحياة الخاصة الدولية في تطور يومي وليس من المناسب الإبقاء على تلك النصوص جامدة؛ لأن في بقائها إهداراً لتشريعها، وكذا الأمر بالنسبة للأموال غير المادية فهي الأخرى حظيت باهتمام أمني كبير من خلال الاتفاقيات الدولية والتشريعات الحديثة، ما يقتضى تناول أثر النظرية في نطاق المسؤولية التقصيرية في الفرع الأول، والفرع الثاني ندرس فيه أثر النظرية في نطاق الأموال غير المادية.

## المطلب الأول

### أثر المنهج في نطاق المسؤولية التقصيرية

إن ضابط الإسناد بالنسبة للالتزامات غير التعاقدية (وفقاً للمنهج التقليدي)، هو القانون المحلي، وهذا الضابط سارت عليه معظم التشريعات والفقهاء<sup>(46)</sup>، أي قانون الدولة التي حصلت فيها الواقعة المنشئة للالتزام، فقد جاء في المادة (١/٤٠) من القانون الدولي الخاص الألماني، والمادة (١/٢١) من القانون المدني المصري، والمادة (١/٢٧) من القانون المدني العراقي، انه يسري على الالتزامات غير التعاقدية الناشئة عن الفعل الضار قانون الدولة التي حدث فيها الفعل المنشئ للالتزام، ولم يتضمن القانون الفرنسي نصاً صريحاً لتحديد ضابط الإسناد بهذا الشأن، ولكن يرى جانب من الفقهاء الفرنسيين<sup>(47)</sup>، أن موقف المشرع الفرنسي من هذا الضابط تكشف عنه أحكام القضاء، الذي استقرت على الأخذ بقانون المحل الذي وقع فيه الفعل غير المشروع، وهو ذات الموقف الذي ذهبت إليه التشريعات المقارنة، نتيجة لمبررات يؤمن بها واضع تلك النصوص والتي أفصح عنها فقه



القانون الدولي الخاص. ومن الحجج التي أُستند إليها أنصار الاتجاه التقليدي، هو أن اعتماد قاضي النزاع قانون الدولة التي حصلت فيها الواقعة المنشئة للالتزام، ناشئ من معطيات منطقية وعلمية عملية يفرزها الواقع، ويُفرض على المشرع تضمينها في سياسته التشريعية الخاصة بقواعد الإسناد، ومنها أن مركز ثقل العلاقة والعنصر الأكثر أهمية، هو السبب والمصدر الذي تولدت عنه العلاقة القانونية، مقارنة بعناصرها الأخرى، ومن ثم كان منطقياً أن يُستمد ضابط الإسناد الخاص بهذا النوع من المسؤولية من الفعل المنشئ للالتزام، ولما كانت قواعد المسؤولية التقصيرية، تهدف إلى إصلاح الضرر الذي لحق المضرور، ولما كان الأخير يمتلك خيارات أن يقيم هذه الدعوى أمام محاكم الدولة التي ينتمي إليها أو محاكم دولة من تسبب بالضرر أو محل وقوع الضرر أو وقوع الفعل المنشئ للضرر، وفكرة التوازن بين الحقوق لا تغيب عن الترجيح بين هذه الخيارات، يصل إلى أن أفضل القوانين من وجهة نظر نظرية التركيز الموضوعي هو قانون محل وقوع الضرر بوصفه القانون الأقرب إلى الواقعة، والأقدر على تقدير التعويض بالمقدار الذي لا يتسبب بهدر حقوق المضرور، أو ينتقص منها، ما يؤدي إلى تطبيق هذا القانون، بصرف النظر عن قضاء الدولة التي يرفع إليها النزاع، وهذا ما يضمن (من وجهة نظر أصحاب هذا الإتجاه)، تحقيق تناسق الحلول بين النظم القانونية المختلفة، ويحترم التوقعات المشروعة لأطراف العلاقة<sup>(48)</sup>. وهناك تبريرات تقليدية غير منطقية تعرض لها جانب من الفقه الألماني<sup>(49)</sup> لا نستغرق في ذكرها ونكتفي بالتبريرات المتقدمة، التي ستؤدي نتائجها إلى تطبيق أكثر القوانين ملائمة، لحكم مسائل المسؤولية التقصيرية، وتحقيق الوظيفة الرئيسية من تشريع قواعد الإسناد.

ودون الخوض في الجوانب التفصيلية للاتجاه التقليدي، لأنه لا يمثل الاهتمام الأولي لهذه الدراسة، ولكن لا يمكن الاستغناء عنه لما يمثله من نقطة انطلاق في التأسيس للمنهج الغائي ودون التطرق أيضاً إلى الاتجاهات الفقهية، التي حاولت إيجاد البديل الشامل لهذا الضابط<sup>(50)</sup>، لأننا نريد لهذا المنهج أن ينشأ على أنقاض الفهم التقليدي، في تفسير فلسفة قواعد الإسناد، وتعيين غرضها ووظيفتها التشريعية، فالناظر لضابط الإسناد محل البحث، يجده ضابطاً إلزامياً حتمياً، لا يسمح لإرادة الأطراف ولا لقاضي النزاع أن يخرج عن حدوده، بما لا يتناسب مع التطور الحاصل في العلاقات الخاصة الدولية، نتيجة لتقدم وسائل



التواصل، وكثرة حركة الأفراد عبر الحدود، ومن ثم يمنع القاضي من إعمال قواعد الإسناد في القانون الواجب التطبيق، ويقتصر على تطبيق القواعد المادية فيه، أي لا يمكن الأخذ بالإحالة من أجل تحقيق هدف قاعدة الإسناد والروح التي تمليها، فكان لا بد من معالجة حتمية هذه الضوابط، للخروج بتطبيقات قانونية تحقق هذا الهدف، وهذا ما لا يمكن أن يتحقق إلا بتطبيق المنهج الغائي، والأمر حتى بالنسبة إلى الاتجاه التقليدي، فهم أيدوا (كما رأينا) تطبيق قانون محل نشوء الالتزام، لأنه يحقق تلك الأهداف. وحتى نقيم الدليل على ما تقدم يسوق جانب من الفقه<sup>(51)</sup> هذه الفرضية التي تؤكد عجز المنهج التقليدي في بلوغ أهداف قاعدة الإسناد وتحقيق غاياتها، فلنفترض أن إحدى الجامعات المصرية أو العراقية أرسلت وفداً من الطلاب والأساتذة إلى ألمانيا، للتدريب على أجهزة طبية حديثة، فالطلاب عراقيون والأساتذة كذلك، وحياتهم مؤمن عليها لدى شركة التأمين العراقية، وأثناء التدريب حدث وأن ارتكب أحد الطلبة خطأ سبب ضرراً لزميل له، وأجل المضرور المطالبة بالتعويض لحين العودة إلى العراق، وأقام دعوى أمام المحاكم العراقية للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه، فإن القاضي العراقي سيطبق القانون الألماني، استناداً لأحكام المادة (١/٢٧) من القانون المدني بوصفه قانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام، فإذا رجع القاضي العراقي لتطبيق القانون الألماني، ووجده يقبل الأخذ بالإحالة في مسألة الفعل الضار إلى قانون الجنسية المشتركة لطرفي العلاقة، أي إلى القواعد الموضوعية في قانون جنسية القاضي في هذا المثال، فهل يمتنع القاضي عن إعمال الإحالة أم يقبلها ويطبق قانونه الوطني، إذ في تطبيق الأخير تحقيق لأهداف قاعدة الإسناد العراقية، ولإثبات ذلك لا بد من إجراء التحليل الآتي:

أولاً: إن مشروع أي دولة حينما ينظم حينما يقرر تطبيق قانون محل وقوع العمل غير المشروع، كضابط إسناد يحكم هذا الموضوع فإنه يضع حكماً عاماً للوضع الغالب، قاصداً بلوغ غايات محددة، من قبيل حماية التوقعات المشروعة للأطراف، وتحقيق العدالة بمعناها التقليدي وتحقيق التنسيق بين النظم القانونية والعدالة الشكلية وغيرها من المبادئ، ولكن يفوت القاضي كيفية الوصول إلى تلك المحددات، لأنه لا يحل العلاقة ويكتفي بالتطبيق الجامد لقواعد الإسناد.



ثانياً: إن تعويل المشرع الوطني لقاضي النزاع على محل إعمال قانون محل نشوء الالتزام، هو تقنين لحكم عام يترجم به المشرع عملية تركيز للعلاقات الخاصة بالعمل غير المشروع، وبعبارة أدق لما كانت العلاقة في هذا الفرض تتركز بصورة نموذجية بالنظر إلى مصدرها وواقعتها المنشئة كان من الطبيعي إسناد الفعل الضار الذي ترتب عليه الالتزام بالتعويض إلى قانون مكان وقوع الفعل الضار . (52)

وإذا ما اردنا أن نتفحص هذه الاعتبارات في الفرضية المتقدمة، فإننا نجد تخلف الاعتبارات التي أستند إليها المشرع العراقي في المادة (١/٢٧) من القانون المدني، فتطبيق القاضي العراقي للقانون الألماني كان خارج حساب قاعدة الإسناد المتقدمة، فوقع العمل غير المشروع في ألمانيا كان أمراً عرضياً ثانوياً<sup>(53)</sup> لا يستقيم وصفه معياراً للإسناد لحكم الفرضية، لأنه يتعارض مع توقعات الأطراف (الطلاب العراقيين)، وهذه الفرضية قابلة للتكرار، والأمثلة على ذلك كثيرة<sup>(54)</sup>، بما تنتقي معها الاعتبارات التي أقام عليها المشرع أحكامه، أي تتخلف غاية قاعدة الإسناد وحكمتها في مثل هذه الفرضيات، والحل هو إعمال المنهج الغائي، الذي يتولى تصحيح مسار قاعدة الإسناد، من خلال الإحالة إلى القواعد الموضوعية، في القانون الذي يحقق تلك الأهداف سواء كان قانون القاضي أم قانوناً أجنبياً، أي الإحالة من الدرجة الأولى أم من الدرجة الثانية، والابتعاد عن اتباع حلول جامدة تنطبق بطريقة صماء وآلية، على كافة الحالات التي يثار فيها تنازعاً بين قوانين دول مختلفة، بل يجب أتباع حلول تتسم بالمرونة والواقعية، تأخذ بالحسبان سائر الملابس المحيطة بالمسألة المعروضة أمام القاضي<sup>(55)</sup>، معنى ذلك أن إعمال هذا المنهج يقتضي ضرورة تطبيق القانون الملائم للعمل غير المشروع، سواء كان نتيجة الأخذ بالإحالة، أم عدم الأخذ بها وتطبيق القواعد المادية في القانون الواجب التطبيق، وممكن الوقوف على هذا القانون والاستدلال على أحكامه، من خلال مجموع عناصر الواقعة المنشئة للالتزام، وكافة الظروف المحيطة بها، والمعطيات التي تبنى عليها قاعدة الإسناد، وكل ذلك من مسؤولية قاضي الموضوع، فهو الوحيد الذي يقع على عاتقه تقدير هذه العناصر والمعطيات، والظروف والملابسات في كل حالة على حدة، تمهيداً لتعيين القانون الواجب التطبيق على العمل غير المشروع<sup>(56)</sup>. إذ لا بد من التخفيف من جمود ضابط محل نشوء الالتزام، ومنح القاضي

سلطة تقديرية لتحديد مدى إمكانية الأخذ بالإحالة من عدمه، في ضوء المعطيات والأهداف التي تسعى قاعدة الإسناد لتحقيقها، حتى يكون متماشياً مع التطورات الحديثة التي شهدتها العلاقات الخاصة الدولية، ومنثم سيتحقق تطور في أداء هذا الضابط، بالمستوى الذي يحقق العدالة المادية، في ضوء النتائج العملية التي يحققها. وفي سبيل الوصول إلى هذا الهدف لابد من عدم الاكتفاء بالعناصر المادية المكونة للفعل غير المشروع، بل لابد من التركيز على عوامل أخرى كجنسية الأشخاص وموطنهم المشترك، وغيرها من العناصر، في الحدود التي يمكن أن تُصحح عن تطبيق أفضل القوانين وأكثرها قدرة على تحقيق وظيفة قاعدة الإسناد، وعليه فحتى نُعمل المنهج الغائي ونحدد القانون الواجب التطبيق ينبغي أن نأخذ في الاعتبار مختلف الأسس والاعتبارات والمبادئ التي تقوم عليها قاعدة الإسناد، فإذا ما تبين أن تلك الوظائف تتحقق في تطبيق القواعد الموضوعية لقانون المحل فعلى القاضي أن يطبقها، والا فعليه العدول عنها واستشارة قواعد الإسناد فيه للتأكد من تحقق تلك الأهداف في قانون آخر، وهو ما يتصور حدوثه في بعض الفروض كما رأينا، وذلك بغية أن يكون القانون الواجب التطبيق، مناسباً في كافة الفروض، بما يحترم توقعات الأطراف ويحقق حماية مصالحهم المشروعة عبر الحدود، ويكفل أن تلقى الأحكام التي تصدر في مجال المسؤولية التقصيرية، مستقبلاً تنفيذياً يتحقق معه هدف قاعدة الإسناد، في نطاق المسؤولية التقصيرية وهو جبر الضرر، فالغاية النهائية التي يُعتد بها هي ليست صدور القرار فقط بل لابد من ضمان تنفيذ ذلك الحكم في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها، لأننا لسنا في علاقة وطنية داخلية، بل في علاقة مشوبة بعنصر اجنبي، ومن المعلوم أن المحكمة التي أصدرت القرار لا ولاية لها على المؤسسات التنفيذية في دولة التنفيذ، وهذا ما يقتضي أن يصدر قراراً من محاكم الأخيرة يسمح بتنفيذ ذلك الحكم على أراضيها، ما يعني أن على الأطراف والمحكمة أيضاً التفكير بهذا الموضوع حين اختيار القانون الواجب التطبيق. (57)

ما تقدم من مضامين المنهج الغائي لم تخلُ منه التشريعات المقارنة وبالخصوص الحديثة منها<sup>(58)</sup>، فقد أعطت أحكاماً تمثل الموقف الأصلي، من القانون الواجب التطبيق في حكم المسؤولية التقصيرية الناشئة عن العمل غير المشروع، ولكنها عادت ووضعت أحكاماً أخرى تعطل ذلك الأصل، القاضي بتطبيق القانون المحلي للعمل غير المشروع، ومنح القاضي سلطة تقديرية في تعيين القانون، الذي يحقق أهداف قاعدة التنازع، بالاستناد



إلى المعطيات التي تطرقنا إليها فيما مضى، فقد جاء في المادة (٤١) من القانون الدولي الخاص الألماني، " أما إذا كان هناك قانوناً آخر اوثق صلة وأشد ارتباطاً بالواقعة وأكثر تحقيقاً لمصالح الأطراف وأكثر توقعاً مع توقعاتهم وجب تطبيق ذلك القانون"، أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فعلى الرغم من الموقف السابق للقضاء من الفكرة التقليدية لقانون محل وقع الفعل المنشئ للالتزام، إلا أن الدراسات الحديثة في الفقه لا تخفي اقتناعها بهذا المنهج الحديث، التي تشير إلى أن القضاء الفرنسي سوف يهجر الفكرة التقليدية، ولاسيما بعدما أنضمت فرنسا إلى مجموعة من الاتفاقيات الدولية المنظمة للقانون الواجب التطبيق على العمل غير المشروع<sup>(59)</sup>، التي تأخذ بالمنهج المرن، وهو ما تحقق بالفعل فيما ذهبت إليه محكمة باريس في حكمها بالدعوى التي تتلخص وقائعها، بوقوع حادث سيارة وقع في الجزائر، لمواطن فرنسي أثناء مروره بأحد طرق العاصمة الجزائرية، ونتيجة لرفع زوجة المجني عليه دعوى أمام محكمة باريس، للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقهم من الحادث، فقد قضت المحكمة في ٢٦ يونيو عام ١٩٧٨، أنه إذا كان القانون الجزائري يمكن تطبيقه استناداً لنص الماد (٣) من اتفاقية لاهاي الخاصة بحوادث الطرق لعام ١٩٧١، بوصفه القانون المحلي للعمل غير المشروع، إلا أن المحكمة لم تأخذ بأحكام تلك المادة، وقضت باعتبار القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق على دعوى التعويض التي رفعتها أرملة المجني عليه، عملاً بأحكام المادة (١/٤) من الاتفاقية، حيث أن هذه المادة تمنح القاضي، سلطة تقديرية في تعيين القانون الواجب التطبيق فيما إذا كان محل وقوع الفعل غير المشروع عرضياً بالمقارنة مع القوانين الأخرى، التي لها دور أفضل في تحقيق العدالة، وحيث أن المجني عليه فرنسي الجنسية ومتوطن في فرنسا، كما أن السيارة مسجلة في فرنسا لهذا فمن العدل أن يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الفرنسي<sup>(60)</sup>. من خلال هذا الحكم لمحكمة باريس تتضح أهمية النظرية محل الدراسة، في تعيين القانون الواجب التطبيق فيما إذا أتضح للقاضي أن قانون محل وقوع الفعل الضار، لا يحقق هدف قاعدة التنازع.

وفي حكم آخر لمحكمة استئناف (61) Hamm الألمانية عام ١٩٨٩ ذهبت إلى هذا الاتجاه المرن الذي يعتمد على منح القاضي سلطة تقديرية في تعيين قانون العلاقة، من خلال تطبيق قواعد الإسناد في قانون محل وقوع الفعل الضار، وعدم الاكتفاء بالقواعد المادية فيه، ففي قضية تتلخص وقائعها، بقيام شخص ألماني الجنسية متوطن في ألمانيا



وأثناء وجوده العابر في ميونخ قام بدهس شخص آخر أسترالي، قد دخل ألمانيا مع زوجته من أجل السياحة، ولأن محاكم ألمانيا مختصة بنظر النزاع، أقامت زوجة المجني عليه، دعوى أمام محاكمها، للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابها من جراء وفاة زوجها، وكان على المحكمة أن تختار بين القانون الألماني والأسترالي، الأول بوصفه قانون محل وقوع العمل غير المشروع، والثاني بوصفه قانون جنسية المجني عليه، وحين نظرت المحكمة بأحكام القانونين، أتضح لها بأن القانون الألماني يعوض عن الأضرار المادية فقط دون المعنوية، في حين يعوض القانون الأسترالي عن الضررين المادي والمعنوي، فعطلت المحكمة العمل بأحكام المادة (٤٠) من القانون الدولي الخاص الألماني، وقبلت إحالته إلى القانون الأسترالي، استناداً لأحكام المادة (٤١) من القانون نفسه، باعتبار أن المدعية وزوجها المتوفي يقيمان في أستراليا، وكذلك المدعى عليه، ولأن تطبيق القانون الأسترالي يستجيب لدواعي العدالة، لأنه يكفل تعويض الضرر بما يتناسب مع مصلحة المضرور، وأن المدعى عليه الألماني لم يتوقع تطبيق القانون الألماني عليه لأنه مقيم في أستراليا، وتواجهه على الأراضي الألمانية على الرغم من أنه ألماني الجنسية، إلا أن وجوده كان عرضياً ثانوياً، لا يرقى لمستوى أن يكون ضابطاً في تحديد القانون الواجب التطبيق. بالإضافة إلى كل ما تقدم فإن إلزامية ضابط محل وقوع العمل غير المشروع، لم يعد لها وجود، إذا ما سلمنا بإمكانية أن تلعب إرادة الأطراف، دوراً بتعيين القانون الواجب التطبيق، على أحكام المسؤولية التقصيرية، الناشئة عن العمل الضار، التي يبدو أن من المنطق القانوني السليم، ومن أجل تحقيق أهداف القانون الدولي الخاص، في حماية مصالح الأفراد وتحقيق الأمان القانوني لعلاقاتهم عبر الحدود، إفساح المجال لإرادتهم بلعب هذا الدور، متى رغبوا في ذلك، وتأسيساً على ذلك أخذ جانب من الفقه (62)، باعتماد دور الإرادة وتبنته العديد من التشريعات المقارنة (63)، ومنها القانون الدولي الخاص الألماني في المادة (٤٢) منه، التي أشارت إلى إمكانية قيام أطراف العلاقة، بالاتفاق (بعد قيام الفعل غير المشروع) على تحديد القانون الواجب التطبيق، على الالتزامات غير التعاقدية الناشئة عن الفعل الضار، ومعنى ذلك أن إرادة الأطراف، يمكن لها أن تختار قانوناً يحكم النزاع بينهما، اختياراً إجمالياً، أي يطبق من ذلك القانون قواعده المادية وقواعد الإسناد فيه، من أجل الوصول إلى أعلى مستوى من ضمان حقوقهم ومصالحهم عبر الحدود، فإذا أتضح للقاضي أن تطبيق قواعد



الإسناد في القانون المختار، يحقق أغراض قاعدة الإسناد، من العدالة المادية وتنفيذ الحكم ويرعى التوقعات المشروعة للأطراف، أكثر من تطبيق القواعد المادية فيه، فعلى القاضي في هذه الحالة إعمال الإحالة وفقاً للمنهج الغائي.

## المطلب الثاني

### أثر المنهج في نطاق الأموال غير المادية

من المستقر في القانون بصفة عامة، أن الملكية والحيازة، والحقوق العينية الأخرى، لا ترد إلا على الأموال المادية الملموسة، ومع ذلك فإن هناك من الأموال ما لا يدرك باللمس، بل بالحواس الأخرى ويعترف بالحقوق التي ترد عليها، وتسمى بالأموال غير المادية (الأموال المعنوية)<sup>(64)</sup>، وما يرد عليها من حقوق هي حقوق معنوية أو سلطات يقرها القانون لشخص على شيء معنوي<sup>(65)</sup>، ومن المعلوم أن معظم التشريعات أعدت لهذا النوع من الأموال، قوانين وأحكام خاصة، تختلف عن تلك التي تحكم الأموال المادية، والقانون الواجب التطبيق بالنسبة للملكية الأدبية مثلاً، كتطبيق من تطبيقات الأموال غير المعنوية، ليس بمنأى وبُعد من قواعد الإسناد، فالأخيرة تحدد القانون الواجب التطبيق بالنسبة للملكية الأدبية، ولكن الذي يميز الملكية الأدبية عن غيرها، أن معظم الأحكام التي وردت في التشريعات الداخلية، هي ثمرة اتفاقيات دولية، أو حصيلة مراعاة للعلاقات الدولية، لأن هذا الصنف من الأموال، تظهر فيه الحركة عبر الحدود، أكثر من الأموال المادية، لهذا وحتى تكتمل الرؤية بالنسبة للمنهج الغائي وأثره في تعيين القانون الواجب التطبيق على الملكية الأدبية، لابد من التطرق لموقف الاتفاقيات الدولية، فضلاً عن التشريعات الوطنية، وبشأن هذا الموضوع نعتقد أن لا يوجد في ساحة القانون الدولي الخاص إلا منهجين أو اتجاهين يتضمن قواعد الإسناد التي تعالج مسألة قانون الملكية الفكرية، فبالنسبة للاتجاه الأول، الذي يسمى بالاتجاه التقليدي، وهو يتضمن فرضيتين، الأولى متعلقة بنشر المصنف<sup>(66)</sup>، أو العمل الأدبي، والفرضية الثانية حالة عدم النشر، ففي حالة النشر يذهب جانب من الفقه الفرنسي<sup>(67)</sup> إلى عقد الاختصاص لقانون الدولة التي نشر فيها المصنف لأول مرة، وهذا ما عليه معظم التشريعات المقارنة<sup>(68)</sup>، ومنها ما نصت عليه المادة ٤٩ من قانون حق المؤلف المصري رقم ٣٥٤ لعام ١٩٥٤، والمادة (٤٩) من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم ٣

عام ١٩٧١، والمشرع الفرنسي وكذلك الألماني، إذ نصت هذه التشريعات على سريان أحكامها على مؤلفات الوطنيين والأجانب، التي تنشر لأول مرة في إقليم الدولة أو في دولة أجنبية. في حين يرى اتجاه آخر أن العبرة بقانون الدولة التي تم إيداع أو تسجيل المصنف فيها، دون أهمية لما كان النشر الأول لذلك المصنف، ولدى هذا الرأي فإن تسجيل المصنف لدى مكتب تسجيل المصنفات المختص في الدولة، ذو أثر منشئ لحق المؤلف وحمايته، ويصدق هذا الاتجاه لدى القوانين<sup>(69)</sup> التي تشترط صراحة قيام المؤلف بتسجيل مصنّفه حتى يتمتع بحماية القانون، ويُعترض على الرأي المتقدم لأسباب منها أن المؤلف يثبت حقه بمجرد ظهور فكره، أو خلقه وإبداعه الذهني إلى الواقع المحسوس، فهو ينبع تلقائياً من عملية الإبداع والخلق الفكري ذاتها، وهذا ما يميز الحقوق الذهنية عموماً، وكذلك فإن المادة ١٠/٢ من اتفاقية برن المبرمة في ٩ سبتمبر ١٨٨٦ الخاصة بحماية الملكية الأدبية والفنية قررت بوضوح أن تمتع حق المؤلف بالحماية لا يجوز أن يكون مرهوناً بأية إجراءات رسمية أو شكلية كالإيداع وغيره، وهذا الحكم له نظير في الاتفاقية العالمية لحقوق المؤلف المبرمة في باريس في ٦ سبتمبر لعام ١٩٥٢.<sup>(70)</sup>

أما بالنسبة للفرضية الخاصة بعدم النشر، فيذهب جانب من الفقه<sup>(71)</sup>، إلى ضرورة تطبيق قانون الموقع المادي للشيء الذي تجسّمت فيه الفكرة، ويعترض عليه آخرون بعدم وضوح هذا الرأي من جهتين الأولى أن الملكية الذهنية تثبت بمجرد إبداع الفكرة وخلقها الذهني، بغض النظر عن تثبيتها بدعامة مادية ذات واقع ملموس، والثاني أن هناك من المصنفات من ضمن القانون حمايتها رغم طابعها الشفوي كالخطب والمواعظ وتلاوة القرآن الكريم<sup>(72)</sup>، والأخذ بالرأي السابق يضيّق من الحماية القانونية، ومن ثم فإن الأقرب إلى القبول هو تقرير الاختصاص للقانون الوطني، أو القانون الشخصي لصاحب المصنف، والمبرر في ذلك أن الملكية الذهنية، هي نتاج فكر الإنسان، وعند عدم النشر فلا يوجد ما يمكن ربط ذلك الفكر به إلا صاحبه<sup>(73)</sup>. وهذا الحل أخذت به اتفاقية برن لعام ١٨٨٦ وكذلك الاتفاقية العالمية المبرمة في جنيف لعام ١٩٥٢، هذا كله كان بالنسبة للمنهج التقليدي، ولكن السؤال المهم في هذا الشأن، هو هل أن للقاضي يُعمل قواعد الإسناد في القانون الواجب التطبيق، ومن ثم قبول الإحالة إلى قانون دولة أخرى، غير ذلك الذي أشارت



إليه قواعد الإسناد في قانون القاضي، أم أنه ملزم بتطبيق القواعد المادية فيه، ومن ثم الامتناع من إعمال الإحالة، والجواب على ذلك واضح بالنسبة للمنهج التقليدي، الذي يعتمد حلولاً تقليدية مجردة ذات عدالة شكلية، تركز على عنصر الارتباط بين العلاقة القانونية والقانون الواجب التطبيق، دون الاعتداد بالنتائج العملية التي يفرضها تطبيق ذلك القانون، وبعيدة عن الاهتمام بتحقيق أهداف وغايات قاعدة الإسناد الوطنية، ومن ثم لا نعتقد أن المنهج التقليدي قادر على مواكبة التطور الحاصل في الوسائل المعاصرة لنقل مضمون الفكرة والإبداع الذهني إلى علم الجمهور، ومعنى هذا عجز المنهج التقليدي عن إيجاد حلولاً تحقق غاية قاعدة الإسناد، ومن ثم فقدان فلسفة القانون الدولي الخاص وهذا ما ركز عليه جانب مهم من الفقه<sup>(74)</sup> من خلال قوله إن نقل مضمون الفكرة، أو المصنفات الشفوية، أصبح ميسوراً عن طريق البث الإذاعي أو التلفزيوني أو عن طريق الأقمار الصناعية، وهو ما يعجز عن مواكبته المنهج التقليدي بما يحمله من منهج جامد يبحث عن تحقيق العدالة الشكلية كما تقدم البحث فيها. ومن أجل ذلك ظهر اتجاه فقهي جديد<sup>(75)</sup>، ينادي بتطبيق قانون الدولة التي تُطلب فيها الحماية بصفة أصلية، ومن أهم المبررات التي استند إليها أرباب هذا الاتجاه هو أن الدولة التي يطلب فيها الحماية القانونية هي عادة دولة المكان الذي وقع فيه الاعتداء على حق المؤلف، كما أن تطبيقه سيجنب مغبة اللجوء إلى تحديد مكان نشر المصنف، في ظل الأوضاع المعاصرة للاتصال ونظم المعلومات، ومن ناحية ثانية، فإنه على فرض الارتكان إلى فكرة النشر بمعناها الواسع، فالدولة الحماية غالباً ما تكون هي المكان الذي نُشر فيه المصنف المعتدى عليه، وهو ما ذهبت إليه بعض التشريعات المحلية والاتفاقيات الدولية.<sup>(76)</sup>

ويتضح من كل ما تقدم، أن الحلول التي أخذت بها الاتجاهات المتقدمة، والتشريعات المقارنة، لا تستند إلى منهج تحليلي، يأخذ بالحسبان الفهم الغائي لكل حالة من الحالات التي نحتاج فيها إلى تعيين القانون الواجب التطبيق، فالعمل الذهني ليس بعيداً عن منطق الاهتمام من قبل المشرع، لأنه يمثل مصالح الأفراد، وهذا يعني خضوعه إلى الفلسفة التشريعية التي يبني عليها المشرع قواعده المادية والإسناد، ومن هنا فالاعتبارات التي أستند إليها المشرع وحتى الاتفاقيات الدولية، لا بد وان يُستلهم منها الحل الذي يتعين الأخذ به، وهو ما لم نجده في الاتجاه التقليدي، ما يعني أن تبقى قواعد الإسناد بالنسبة للأعمال الذهنية

يعتريها الجمود والركود، بعكس المنهج الغائي فالأخير يأخذ بالحسبان طبيعة المسألة الخاصة بالعمل الذهني، وغاية قاعدة الإسناد التي وضعت لتعيين القانون الواجب التطبيق. ومن خلال تحليل قاعدة الإسناد الوطنية، أو التعاهدية التي تحكم حقوق المؤلف، فإنها لا تخرج عن الرغبة في توفير القدر الأوفر من الحماية القانونية للمصنفات الأدبية والأعمال الذهنية، وتوفير الضمانات القانونية للمؤلف الأجنبي من سطوة وتعسف الدولة الأجنبية، من خلال التسوية بينه وبين الوطني بالاستناد إلى مبدأ التشبيه بين الوطني والأجنبي<sup>(77)</sup>، وهذا لا يتحقق إلا من خلال السماح للقاضي المعروض أمامه النزاع، أن يطبق أنسب القوانين أو الاتفاقيات الدولية، وأقدرها على تحقيق غاية قاعدة الإسناد الوطنية، وأمضاها في الوصول إلى حماية مصالح الأفراد ومصالح التجارة الدولية، إذ أن الملكية الفكرية ما عادت قضية تعني أطراف العلاقة فقط، بقدر تعلقها بمصالح التجارة الدولية، وأصدق مثال على ذلك ما ذهبت إليه اتفاقية الجات لعام ١٩٤٨ من حماية للملكية الفكرية، وهذا يعني أن الملكية الذهنية، وبالخصوص حقوق المؤلف، أصبحت محل اهتمام العالم لما تحتله من مركز قوة في العلاقات القانونية، ومن ثم لا بد من تحقيق التنسيق بين النظم القانونية الداخلية والاتفاقيات الدولية من أجل الوصول إلى أضمن الحلول وأفضلها في تحقيق الضمانات القانونية للمؤلف، وهذا أمر لا غنى عنه في الوقت الحاضر فيما إذا أردنا أن نحقق أهداف القانون الدولي الخاص التي تقدم الحديث عنها، وهذا ما ذهبت إليه اتفاقية برن لعام ١٨٨٦ المعدلة، وذلك حينما نصت في المواد (١٩، ٢٠) منها، على استبعاد الحماية المقررة في نصوصها والخاصة بحقوق المؤلف لصالح قانون دولة وطنية، أي لقانون داخلي فيما إذا كان هذا القانون يمنح حماية أكبر للمؤلف، وكذلك الأمر فيما إذا كانت الحماية الأكبر للمؤلفين مقررة في معاهدة ثنائية تربط بين دولتين، لحماية حقوق رعاياهما<sup>(78)</sup>. لكن لا يجوز في ضوء ما تقدم، استبعاد اتفاقية برن من التطبيق إلا بعد التأكد من عدم وجود أحكام أخرى أكثر تشجيعاً للمؤلف، لذلك فإن تحديد الأحكام الأكثر حماية، تعد مسألة هامة يتوقف عليها الأخذ بأحكام المعاهدة أو استبعادها وإعمال أحكام التشريع الوطني، لدولة طرف في الاتفاقية وذات علاقة، ولو أخذنا مثلاً على ذلك مدة الحماية المقررة في اتفاقية برن وهي خمسين عام<sup>(79)</sup>، فإذا نص قانون وطني ذات علاقة على مدة حماية أكثر لحق المؤلف مما مقرر في الاتفاقية، فوفقاً للمبدأ الذي أقرته الاتفاقية في المادة (١٩) منها، وجب على



قاضي النزاع تطبيق أحكام القانون الوطني، واستبعاد حكم الاتفاقية، ولا يعد ذلك خرقاً لمبدأ سمو الاتفاقيات الدولية، على القوانين المحلية<sup>(80)</sup>. لأن من المتعارف عليه أن المعاهدة تسمو على القوانين الداخلية الوطنية، ولكن اتفاقية برن عطلت هذا المبدأ في الحالات التي تتحقق أغراضها في أعمال تشريع وطني يقرر حقوقاً أكثر للمؤلف، وهذا ما تروم الوصول إليه من انعقادها، وهنا توجد حالة تفوق للقانون الداخلي على الاتفاقية الدولية التي سمحت من خلال بنودها بتطبيقه في هذه الحالة، ومن الواضح أن الحكم الخاص بتعطيل مبدأ سمو الاتفاقيات الدولية الذي جاءت به الاتفاقية، إنما يمثل المنهج المرن الذي نقول به، و من خلال أعماله يتوصل قاضي النزاع إلى تحقيق غاية الاتفاقية وروحها، لأن الأخيرة عُقدت من أجل توفير القسط الأكبر من الحماية القانونية عبر الحدود للمؤلفات الفكرية، وهذا ما لا يمكن أن يتحقق إلا من خلال سلوك المنهج الغائي الذي يحقق أهداف الاتفاقية ويراعي وظيفتها وهذا ما تم التأكيد عليه في الديباجة الافتتاحية لمعاهدة برن.<sup>(81)</sup>

وبعد بيان المنهج الغائي يحق لنا التساؤل عن مدى جواز استبعاد قاعدة التنازع

المنصوص عليها في الاتفاقية وتطبيق قاعدة تنازع خاصة بقانون داخلي، ما دام يمكن أ استبعاد نصوص الاتفاقية إذا كانت الأحكام المادية في القانون الداخلي توفر حماية أكبر لحقوق المؤلف، وبعبارة أدق هل توجد هناك إمكانية لاستبعاد القانون الواجب التطبيق والمشار إليه بموجب الاتفاقية الدولية وأن يطبق القاضي بدلاً عنها القانون المختص وفقاً لقاعدة الإسناد الواردة في القانون الداخلي، إذا كان هذا القانون الأخير أكثر حماية من القانون الذي أشارت إليه الاتفاقية، أي عن طريق أعمال الإحالة إلى قانون دولة ثالثة، أشارت إليه قواعد الإسناد في القانون الواجب التطبيق وفقاً للاتفاقية الدولية، وفي نطاق الإجابة على هذا السؤال، نعتقد بإمكانية أعمال الإحالة في هذه الفرضية، كونها تتسجم مع الغرض الذي شرعت من أجله الاتفاقية الدولية، فالأخيرة تنازلت عن الاختصاص لصالح القانون الداخلي، من أجل توفير حماية أكبر للمؤلف، وهذه العلة لا تزال قائمة في فرضية السؤال من خلال أعمال القانون الثاني، فلا يوجد مبرر لرفض هذه الفرضية، مما يؤدي من ثم إلى تطوير أداء قاعدة الإسناد المنصوص عليها في الاتفاقية وفي القانون الذي أشارت إليه، وما يضمن من ثم تحقيق أهداف القانون الدولي الخاص، ويؤكد ما نذهب إليه حكم القضاء البلجيكي في قضية (Théâtre Royal de la Monnaie)، بتاريخ ١٠ مارس

١٩٧٠، وذلك حينما عرض عليه، نزاع يتعلق بتحديد مدة الحماية القانونية لحق المؤلف، وقد إستبعدت محكمة استئناف بروكسل القانون النمساوي، بوصفه قانون الدولة الأصلية الواجب التطبيق، وفقاً لنصوص الاتفاقية الدولية النافذة في حكم العلاقة، وطبقت المحكمة بدلاً منه القانون الفرنسي، الذي أحالت إليه قواعد الإسناد في القانون النمساوي، لأن المؤلف المراد حمايته كان فرنسي الجنسية، ولأن القانون الفرنسي يأخذ بمدة أطول من تلك المقررة في القانون النمساوي<sup>(82)</sup>. ومن الملاحظ أن محكمة استئناف بروكسل قد توصلت إلى تطبيق القانون الفرنسي، إعمالاً لأسلوب الإحالة، بواسطة قاعدة الإسناد المقررة في القانون البلجيكي، ومن ثم يمكن أن نستند إلى هذه المعطيات (التنازل عن مبدأ سمو الاتفاقيات الدولية، وحكم محكمة بروكسل المتقدم، والأهداف الأخرى للقانون الدولي الخاص)، في التأسيس لمنهج جديد يراعي الحماية القانونية لحقوق المؤلف، من خلال منح القاضي سلطة بتطبيق أكثر القوانين حماية لحق المؤلف. علاوة على ما تقدم فإن المادة (٢٠) من اتفاقية برن، قضت بإمكانية الخروج على القواعد الواردة فيها إذا كانت هنالك اتفاقية أخرى تتبنى وتقرر حماية أكثر فعالية لحقوق المؤلف، وقد تمكن القضاء الفرنسي من تطبيقها بخصوص نزاع يتعلق بتحديد مدة الحماية لحق المؤلف، في قضية ((Albeniz))، إذ لم يعتد بمدة الحماية المنصوص عليها في معاهدة برن، وقرر أن يطبق المعاهدة الفرنسية الإسبانية، والتي تقرر مدة حماية أطول للأعمال الذهنية والتي كانت فرنسا عضواً فيها، والعدول إلى اتفاقية أخرى فرنسا أيضاً عضواً فيها، وهو ما اشترطته اتفاقية برن لتطبيق المادة أعلاه، وهو كون دولة الخصم عضواً في الاتفاقية التي يُراد العدول إلى أحكامها، والجدير بالذكر أن القاضي الفرنسي، قد طرح معايير الإسناد المتعارف عليها وفقاً للاتفاقيات الدولية، لأنه لم يلجأ إلى قانون المملكة المتحدة وهي الدولة التي نشر العمل بها لأول مرة، بإعتبار أن الاتفاقيات تشترط تطبيق قانون دولة النشر كقاعدة إسناد، ولكن القاضي وجد أن هذا التطبيق سيفوت على الخصم حقوقاً تقرها الاتفاقية الأخرى والتي فرنسا عضواً فيها، من ثم أعتد بجنسية أطراف العلاقة وقرر تطبيق المعاهدة الثنائية المبرمة بين فرنسا وإسبانيا، مستنداً إلى السماح القانوني الذي جاءت به اتفاقية برن متى كان في تطبيقه ضماناً وتشجيعاً للمؤلف، وفي ذلك إقرار بالمنهج الذي يهتم بالحلول العادلة من حيث النتائج العملية التي يوصل تطبيقه إليها.<sup>(83)</sup>



وفي ضوء ما تقدم يتضح أن للمنهج الغائي دوراً لا يمكن إنكاره في تحقيق التوازن القانوني، في مواجهة التحديات التي يفرضها الواقع المعاصر من تطور وسائل النشر، وسرعة حركة انتقال الحقوق الذهنية عبر الحدود، ما يؤكد حجم الحاجة إلى المنهج الموضوعي المرن، الذي يضيف على قواعد التنازع التعاهدي والداخلي فلسفة جديدة، يسهم إعمالها في إثراء وتطوير عمل قواعد الإسناد، بالمستوى الذي يضمن تحقيق العدالة المادية في نطاق القانون الدولي الخاص.

### الخاتمة:

بعد أن انتهينا من تقديم دراسة تحليلية لقواعد الإسناد في اطار المنهج الغائي، وبعد أن تبين لنا أهمية هذا المنهج الجديد من التعامل مع روح قاعد الإسناد الوطنية وتعيين القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية محل المنازعة نبين أهم النتائج التي تم التوصل لها في هذا النطاق، وبعدها نقدم جملة من التوصيات نتمنى على المشرع العراقي أن يأخذها بالحسبان لحظة إجراء التعديلات في اطار نصوص القانون الدولي الخاص.

### أولاً: النتائج:

١. إن المنهج الغائي يعتمد في تعيين قانون العلاقة محل الخصومة على الغاية التي أنشأت قاعدة الإسناد من أجل الوصول إليها، ولا يكفي بالتطبيق الحرفي لتلك القواعد، لأن هناك معطيات وخصوصية في كل علاقة تختلف عن خصوصيات العلاقات القانونية الأخرى.
٢. إن المنهج الغائي يمنح القاضي سلطة تقديرية واسعة نسبياً في تعيين القانون الواجب التطبيق، من خلال البحث عن انسب القوانين حكماً للعلاقة، باعتبار أن العلاقة يتنازعها أكثر من قانون واحد، ومن ثم الوصول إلى انسب الحلول انسجماً مع أهداف قاعدة الإسناد الوطنية.
٣. أن رقابة المحاكم العليا على أداء القاضي تتمثل بالتأكد من التناسب بين طبيعة العلاقة محل الخصومة وغاية قاعدة الإسناد، بخلاف المنهج التقليدي الذي تبحث فيه المحاكم العليا عن وجود الارتباط بين العلاقة محل النزاع والقانون الواجب التطبيق تحقيقاً لما يسمى بالعدالة الشكلية في نطاق القانون الواجب التطبيق.

## ثانياً: التوصيات:

١. تعديل الفقرة الأولى من المادة (٢٧) من القانون المدني العراقي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية من خلال النصّ على أن "الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الجنسية المشتركة للمتخاضمين، أو قانون موطنهما المشترك أو قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام".
٢. نقترح على المشرع العراقي الانضمام إلى الاتفاقيات الدولية التي تتّظم مسألة القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية، متى كان في ذلك الانضمام تحقيقاً للمنهج الغائي وضماناً لتحقيق العدالة المادية في اطار القانون الدولي الخاص.
٣. التّأصيل لفكرة منح القاضي سلطة تقديرية واسعة في تعيين القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية محل الخصومة بنص واضح صريح سواء في القوانين الموضوعية أم الأخرى الإجرائية، منعاً للاختلافات التي قد تحصل في أوساط الفقه حول حدود تلك السلطة.

## المصادر والهوامش

(1) يتساءل جانب من الفقه الفرنسي عن إمكانية الأخذ بالإحالة فيما إذا كان القانون الذي يحكم الطلاق أو النفقة هو القانون الذي أختاره أطراف العلاقة الزوجية، فهل يطبق من القانون المختار قواعده المادية فقط، دون استشارة قواعد الإسناد أم أن هناك محلاً لتطبيق تلك القواعد، ووفقاً للمنهج الغائي فإن الإجابة على هذا التساؤل تتوقف بدورها على تحديد الهدف الذي بسببه سمح المشرع لأطراف العلاقة باختيار قانون العقد، فإن كان تحقيق تلك الأهداف يكمن بالأخذ بالإحالة فعلى القاضي أن لا يتردد في المضي بذلك وإن كان الأخذ بها يؤدي إلى ضياع وظيفة قاعدة الإسناد، فعلى القاضي أن يمتنع عن إعمالها رعاية لتلك الوظيفة، ومن خلال ذلك يتأسس منهج لا يعتمد على حلول بعيدة النظر تركز عن طبيعة العلاقة العقدية، وغايات قاعدة الإسناد الوطنية.

-Yvon Lossouarn et Pierre Bourel: Droit international Prive, 6edition, Dalloz, Paris,

1999 p.223

(2) دهشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية دراسة تحليلية ومقارنة للاتجاهات الحديثة في التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية وأحكام القضاء والمحكمين...، ط٢، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص١٢٨ وما بعدها، دعاكشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية، ط١، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص١٣ وما بعدها، دبلق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٦، ص٥٨ وما بعدها.

(3) ينظر نص الفقرة الأولى من المادة (٣٥) من القانون الدولي الخاص الألماني لعام ١٩٨٦.



(4) ينظر المادة (٣) الفقرة الأولى من القانون المدني الفرنسي والمادة (٢٧) من القانون المدني المصري والمادة (٣١) الفقرة الأولى من القانون المدني العراقي.

(5) ينظر نص المادة (١٥) من اتفاقية روما الموقعة في ١٩ يونيو لعام ١٩٨٠.

(6) ينظر الأستاذ:

-Ulrich Kartzke: Renvoi und Sinn derverweisung, IPR A X1988p.9.

(7) ينظر الأستاذ:

- Kropholler: Internationales Einheitsrecht la Haye 1975p335- 337.

(8) للمزيد ينظر دمحمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص١٢٥، دهشام صادق، دكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ١١٠، دكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية، ط١، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص١٣ وما بعدها، وخلاف هذا الرأي دغالب الداودي، نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص وتطورها في قوانين الشرق الأوسط خاصة، دار الطباعة الحديثة، بغداد، ١٩٦٥، ص ٣٧.

(9) دكاشة محمد عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٤٣.

(10) ينظر الأستاذ:

-Bernard Audit: international privé, 3e édition économique, paris, 2000.p.141 et s.

(11) ينظر الأستاذ:

-Wengler, Zur Rodification des ungarischen international privat rechts, Neue justiz, 1981 p210 et s.

(12) ينظر:

- Vekas: Zur Rodification des ungarischen international privat rechts, Neue justiz, 1981, p122 et s.

(13) ينظر الأستاذ:

Yvon Lossouarn et Pierre Bourel: op, cit, p.224.-

(14) أشار إليه الأستاذ:

-Wengler: op,cit, p224 et s.

(15) ينظر:

-Kegel: Internatioales privatrecht, 5 edi- 17, 1985 & 10, IV p221-229.

(16) ينظر نص المادة (٣) من القانون المدني العراقي.

(17) ينظر الأستاذ:

-Keller, Sieher: *Allegemeine Lehren des International en privât récits*, 1986, p465.

(18) للمزيد ينظر:

- Dimitrios J Evrigenis, *Tendances doctrinales actuelles en droit international privé*, Recueil des cours, La Haye, voi118, 1966, T, 2p335 et 336.

أشار إليهدشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية دراسة تحليلية...، ط٢، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص٦٤٣

(19) وللمزيد عن وظيفة الإرادة كضابط للإسناد ينظر دنرمين محمد محمود صبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة عليه في علاقات التجارة الدولية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢، ص٨٥ وما بعدها.

(20) ينظر الأستاذ:

-Bernard Audit: op, cit, p101.

(21) أشار إلى معنى قريب دهشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية...، مصدر سابق، ٦٥٧.

(22) دكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين "دراسة مقارنة"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص٢٧٣.

(23) دسعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص٦٥٥، هشام صادق، دكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص...، مصدر سابق، ص١١٠.

(24) ينظر نص المادة (٢/٩) من القانون الدولي الخاص التشيكوسلوفاكي الصادر في ١٢/٤ / ١٩٦٣ والتي أكدت رفضها للإحالة ما لم يصرح الأطراف بغير ذلك.

(25) إن هذا الضابط ذات أصول إيطالية، فمنذ ظهور مشكلة تنازع القوانين في العصور الوسطى بمناسبة العلاقات التجارية الناشئة بين مدن شمال إيطاليا، تصدى الفقهاء القدامى من المحسنين، والمحسنين اللاحقين لوضع الحلول الملائمة عن طريق التعليق بالحواشي على نصوص القانون الروماني، وكان من بين المبادئ التي قررها هؤلاء في القرن الثاني عشر والثالث عشر خضوع التصرف لقانون بلد الإبرام، أي لم يفرقوا بين شكل التصرف وموضوعه، فأخضع كلاهما إلى قانون واحد هو قانون بلد الإبرام، وبعد أن فطن الفقه إلى ذلك جرت محاولات إلى التفرقة ومن تاريخ خضوع موضوع التصرف إلى قانون إرادة الأطراف، في نهاية القرن الخامس عشر على يد الفقيه الإيطالي " كورتيس " والذي فسر خضوع موضوع التصرف إلى قانون بلد إبرامه على أساس أن إرادة الأطراف قد اتجهت ضمناً إلى اختيار هذا القانون وبعدها أصبح مفهوماً أن قاعدة إخضاع التصرف إلى قانون بلد الإبرام تقتصر على شكل التصرف دون موضوعه.

ينظر ديونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ج٢، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٦، ص٤٢٨ دهشام علي صادق، دكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص...، مصدر سابق، ص٢٢٨ وما بعدها.



(26) دمدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص في القانونين العراقي والمقارن، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٣، ص ١٤٠

(27) دهشام علي صادق، دكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص...، المصدر نفسه، ص ٢٣١.

(28) دسعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص...، مصدر سابق، ص ٦٥٦.

(29) أشار إلى ذات المعنى دهشام خالد، الإحالة دراسة تطبيقية في نطاق القانون الدولي الخاص العربي، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٤، ص ٢٦٤.

(30) دسعيد يوسف البستاني، المصدر نفسه، ص ٦٥٦.

(31) ينظر الأستاذ:

- Kropholler: op, cit, p352.

(32) دأحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٦٢٥.

(33) ينظر الأستاذ:

-Loussouarn, et Bourel: Droit international privé, 7 ed, paris, 2001, p243.

(34) للمزيد من التفصيل ينظر دكاشة محمد عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٢٦.

(35) ينظر الأستاذ:

- Kropholler: op, cit, p353.

(36) ينظر الأستاذ:

Loussouarn, et Bourel: op, cit, p.244.-

(37) دسعيد يوسف البستاني، مصدر سابق، ص ٦٥٦،

(38) يترتب على الاعتبارات أعلاه ضرورة التسليم بالمنهج الغائي وبالتالي تغيير منهج التعامل بالصفة الإلزامية مع قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون بلد الإبرام، فالسماح للأطراف باتباع الشكل المقرر في بلد الإبرام يهدف أساساً إلى التيسير عليهم، دهشام صادق، دكاشة محمد عبد العال، مصدر سابق، ص ٢٣٢.

(39) ينظر دكاشة محمد عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص ٤٨.

(40) دهشام خالد، مصدر سابق، ص ٢٦٤.

(41) ولتوضيح كيفية الاستناد إلى المنهج الغائي في الأخذ بالإحالة بالنسبة للضوابط التخيرية في نطاق شكلية العقود، يذكر جانب من الفقه تفصيل حول المادة (٢٠) من القانون المدني المصري بالقول أن هذه المادة والتي وفقاً لها يكون التصرف صحيحاً من الناحية الشكلية إذا جاء كذلك وفقاً لقانون بلد الإبرام، أو القانون الذي يحكم العقد من الناحية الموضوعية، أو قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، أو قانون جنسيتيهما المشتركة، فإذا ثار نزاع أمام القاضي المصري فيجب عليه أن يتأكد من أنه متى صادف التصرف في صحته واحداً من هذه القوانين المذكورة كان التصرف صحيحاً من الناحية الشكلية والحل الذي يصل إليه عن ذلك لا يكون وليد إحالة من هذه القوانين على الآخر، لأننا بصدد قاعدة إسناد أشارت إلى عدة ضوابط فإن لم يكن هذا فذاك، وهكذا حتى يستنفذ مراجعة القوانين المتاح له الاختيار بينها، فإذا فرغ من مراجعة المضمون الموضوعي وأنتهى إلى نتيجة أنها كلها تبطل العلاقة من الناحية

الشكلية، كان عليه أن يعيد أوراقه بحثاً عما تسفر عنه الإحالة، وعلى ذلك يمكن الأخذ بالإحالة فيما لو كانت العلاقة باطلة وفقاً للقواعد الموضوعية المقررة في مختلف القوانين التي أشارت إليها قاعدة الإسناد متعددة الضوابط، متى كانت قاعدة الإسناد في أي من تلك القوانين تحيل إلى قانون آخر، يحكم بصحة العلاقة من الناحية الشكلية وهذا الهدف النهائي لقاعد الإسناد لا يلفظه القانون وفق الاطار العام لروح النصوص القانونية والفلسفة التشريعية التي تقوم عليها العلاقات الدولية الخاصة.

ينظر: المصدر نفسه، ص ٢٦٧.

(42) نصت المادة (١/١٩) من القانون المدني الإماراتي على أنه " يخضع شكل العقد لقانون الإرادة الصريحة أو الضمنية أو قانون الموطن المشترك أو قانون بلد الإبرام" ويتضح من هذا النص أن المشرع الإماراتي أخضع شكل العقد لذات الضوابط القانونية التي يخضع لها الجانب الموضوعي، إذ أعطى أطراف العلاقة إمكانية الاتفاق على تحديد القانون الذي يحكم شكل العقد، سواء كان صريحاً أم ضمنياً، وهو تطور لم تذهب إليه التشريعات العربية الأخرى

(43) دحفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣، ص ٦٥.

(44) دكاشنة محمد عبد العال، تنازع القوانين...، مصدر سابق، ص ٢٧٩.

(45) دهشام علي صادق، دكاشنة محمد عبد العال، دحفيظة السيد الحداد، (القانون الدولي الخاص تنازع القوانين الاختصاص القضائي الدولي الجنسية)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ١١١.

(46) ينظر المادة (٩/١٠) من القانون المدني الإسباني الصادر عام ١٩٧٤، والمادة (١٠٧) من القانون الدولي الخاص الروماني الصادر عام ١٩٩٢، والمادة (١٠٢/٣٢) من القانون الدولي الخاص المجري لعام ١٩٧٩، والمادة (١٣٣) من القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧، والمادة (١٢١٩) من القانون المدني الروسي الصادر عام ٢٠٠١ وغير ذلك من القوانين الأجنبية الأخرى كما ينظر نص المادة (٢٠) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة (٢٢) من قانون المعاملات المدنية الأردني، والمادة (٦٦) من القانون المدني الكويتي، والمادة (٧٠) من القانون الدولي الخاص التونسي لعام ١٩٩٨ كما ينظر في الفقه الفرنسي باتيفول ولاجارد، مصدر سابق، ص ٢٨٥، وفي الفقه المصري دحسام الدين فتحي ناصيف، المرونة المتطلبية...، ص ٥ وما بعدها، دسامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط ١، دار العلوم العربية، بيروت، ١٩٩٤، ص ٤٧٥ وما بعدها، داحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، الطبعة الأولى، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٦، ص ١١٦٩.

(47) ينظر الأستاذ:

Loussouarn, et Bourel: op, cit, p.173.-

(48) للمزيد دمحم كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص الجنسية الموطن مركز الأجانب مادة التنازع، الطبعة الثانية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨١، ص ٦٠٠.

(49) ومن تلك التبريرات أن اختيار المشرع لقانون محل نشوء الالتزام يستند إلى مبدأ إقليمية القانون، بوصفه قانون إقليم الدولة الذي وقعت عليه الحادثة المنشئة للالتزام، أو أن سبب تطبيق هذا الضابط هو أستناذه إلى فكرة أن القواعد



التي تحكم مسائل المسؤولية التصهيرية تعد من قبيل قوانين البوليس، وفقاً لما جاءت به المادة (١/٣) من القانون المدني الفرنسي، أو تستند إلى نظرية الحقوق المكتسبة ومنهم من فسرها وفقاً لمبدأ الإقليمية السائد في نظرية الأحوال الإيطالية:

- Kropholler: op, cit, p.432 et s

(50) أقرح جانب من الفقه الفرنسي بان يسري على المسؤولية التصهيرية الناشئة عن العمل غير المشروع قانون القاضي المعروف أمامه النزاع بدلا عن قانون محل نشوء الالتزام، وقد أنتشر هذا الرأي في أوساط الفقه الفرنسي إبان أنتشار النظرية القائلة بأن قواعد المسؤولية التصهيرية تعد من تطبيقات قواعد الأمن المدني (قواعد البوليس)، وفقاً لأحكام المادة (١/٣) من القانون المدني الفرنسي، وبالتالي لا يمكن تصور مزاحمة قانون آخر، أي سيكون هناك تلازم بين الاختصاصين التشريعي والقضائي، في مجال العمل غير المشروع، في حين ذهب البعض الآخر إلى منح الاختيار إلى المضرور بين القوانين المتنازعة حكم المسؤولية، بداعي أن المضرور هو الطرف الضعيف في العلاقة وتجب حمايته ومن مظاهر تلك الحماية منحه اختيار تطبيق القانون الذي يتناسب مع مصلحته.

-Mazeaud: conflits de lois dans le domaine de la responsabilité délictuelle et quasi délictuelle, revCrit, 1978, p376 et s.-

(51) للمزيد دحسام الدين فتحي ناصيف، المرونة المتطلبية في تطبيق القانون المحلي على وقائع المسؤولية التصهيرية المعقدة دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ١٥  
(52) دعكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين...، مصدر سابق، ص ٥٩.

(53) ينظر دحسام الدين فتحي ناصيف، المرونة المتطلبية...، مصدر سابق، ص ١٥ وما بعدها.  
(54) ويضرب جانب من الفقه أمثلة عديدة تتخلف فيها قدرة المنهج التقليدي عن تلبية حاجة التطورات في العلاقات ومنها على سبيل المثال لو أن فرنسيين يقضيان عطلتهما الصيفية في أحد المناطق السياحية في مصر تشاجرا فأصاب أحدهما الآخر إصابات خطيرة فتلقى علاجه الأولي في مصر ثم عاد إلى بلاده حيث قام برفع دعوى على مرتكب السلوك مطالباً إياه بالتعويض عما أصابه من ضرر، فلو أخذت المحكمة بقاعدة سريان القانون المحلي لكان القانون المصري هو الواجب التطبيق، على الرغم من أن صلته بالواقعة هي صلة عرضية ساقته الصدفة، كما أن تطبيقه لا يتفق مع توقعات الأطراف، ولا يحقق في الوقت ذاته مصلحة المضرور، إذ سيحصل على تعويض أقل من ذلك التعويض الذي سيحصل عليه إذا ما طُبق القانون الفرنسي على الواقعة، أما تطبيق (المنهج الغائي) على الواقعة وبالخصوص فيما إذا كان القانون المصري يحيل حكم المسألة إلى القانون الفرنسي وهو أيضاً قانون موطنهما المشترك، فعلى القاضي الفرنسي في هذه الفرضية أن يقبل بتلك الإحالة لأنها ستحل هذه الإشكالية، علماً بأن القانون الفرنسي يقبل الإحالة من الدرجة الأولى.

ينظر دمحم الروبي، تنازع القوانين في مجال الالتزامات غير التعاقدية " دراسة تحليلية مقارنة وفقاً لمشروع التنظيم الأوربي (روما ٢) بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية، وعلم تنازع القوانين، والاتفاقيات الدولية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص ٦٨، دفؤاد عبد المنعم رياض، دسامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي (النظرية العامة وأحكام القانون الوضعي المصري)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩، ص ٤١٤.

(55) دحسام الدين فتحي ناصيف، المرونة المتطلبية...، المصدر السابق، ص ٣٢ وما بعدها.

(56) ينظر الأستاذ:

- Mayer: op, cit, p458.

بالإضافة إلى الانتشار الذي حققه هذا الإتجاه (الإتجاه المرن) بالنسبة للعمل غير المشروع، فقد أعتده معهد القانون الأمريكي ( American law Institute ) في تقنيته الثاني والذي أصدره بشأن تنازع القوانين عام ١٩٧١ وذلك لتستهدى به مختلف الولايات الأمريكية في تشريعاتها، حيث نصت المادة (١٤٥) منه على قاعدة الإسناد الأصلية في مجال المسؤولية التصبيرية فجاء بها " إن القانون الداخلي للولاية التي يكون لها علاقة ذات قوة ودلالة، بالنظر إلى ظروف الواقعة وأطرافها، هو الذي يحدد الحقوق والالتزامات لهؤلاء الأطراف"  
لمزيد ينظر محتوى الرابط على الأنترنت بتاريخ ٢٠١٧/٧/٣:

[https://en.wikipedia.org/wiki/American\\_Law\\_Institute-](https://en.wikipedia.org/wiki/American_Law_Institute-)

(57) داحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع...، مصدر سابق، ص ١١٨٩، دقوادم رياض، دسامية راشد، الوسيط

في القانون الدولي الخاص...، مصدر سابق، ص ٤١٤.

(58) ينظر الفقرة الثانية من المادة (٣١) من القانون الدولي الخاص البولندي لعام ١٩٦٥، والمادة (٢/٣٢) من القانون الدولي الخاص المجري لعام ١٩٧٩، والمادة (١٣٣) من مجموعة القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧، والتي جاء فيها جميعاً توجيه القاضي بأن يأخذ ضابط الجنسية المشتركة = للطرفين وموطنهما المشترك بالاعتبار لحظة تحديد القانون الواجب التطبيق، لأجل الوصول إلى أفضل الحلول تحقيقاً للعدالة المادية، وحماية لتوقعات الأطراف ومصالحهم المشروعة، وما هذا إلا تطبيق من تطبيقات المنهج الغائي محل الدراسة التي تؤكد على هذه المضامين، وندعو إلى تنظيم أحكامها بنصوص تشريعية صريحة، أما بخصوص التشريعات العربية فإنها خلت من أحكام شبيهة بالتى تقدمت إلا القانون الدولي الخاص التونسي لعام ١٩٩٨ وبالصصوص المواد من (٧٠) الفقرة الأخيرة - (٧٥)

(59) كاتفاقية لاهاي المبرمة في ٤ مايو لعام ١٩٧١ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على حوادث الطرق متوفرة على

شبكة الأنترنت على الرابط الآتي بتاريخ ٢٠١٧/٧/٣:

<https://www.unece.org.->

(60) أشار إليه داحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص

١١٨٧ الهامش رقم ٥٩.

(61) أشار إليه الأستاذ:

-Wengler: op, cit, p232.

(62) ينظر الأستاذ:

Beitzke" Die Alternative Anknüpfung", Festschrift Murad Ferid, Munchen, Neue justiz, 1978, p72..

(63) ينظر نص المادة (٤/١٣٣) من القانون الدولي الخاص السويسري، والمادة (٨) من مشروع الاتفاقية التي أعدتها

المجموعة الأوروبية للقانون الدولي الخاص بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية



(64) إن السبب الذي دعانا إلى تخصيص بحث أثر النظرية في الأموال غير المادية هو أن المنازعات المتعلقة بعقار أو منقول واقع في الخارج (الأموال المادية) والتي ترفع أمام القضاء الوطني، فالأصل في هذا الفرض إلا تثور مسألة الإحالة بشأنها، فغالبية التشريعات لا تعقد الاختصاص لقضائها الوطني بنظر الدعاوى المتعلقة بعقار أو منقول موجود في الخارج، وفي الحالات الاستثنائية التي ينعقد فيها الاختصاص بنظر النزاع للقضاء الوطني وتشير قاعدة الإسناد فيه إلى قانون أجنبي يتخلى عن اختصاصه لقانون القاضي، أو إلى قانون آخر، فالمشرع الوطني يخضع عادة الأموال العقارية إلى قانون موقعها، بوصفه القانون الأكثر قدرة وملائمة لحكمها، فدولة موقع العقار هي صاحبة السلطة الفعلية عليه، بما يكفل تنفيذ الحكم الصادر بشأنه، وفي الحالات التي لا يعترف فيها القانون الأجنبي (قانون موقع المال المادي) بهذه الإمكانيات ويعقد الاختصاص لغيره فيجب قبول هذه الإحالة منه طالما أن الحقوق المكتسبة وفقاً للقانون المحال إليه سوف يعترف بها قانون موقع المال، فلا وجه إذن لرفض الإحالة عندما يحيل القانون المحلي إلى قانون آخر.

ينظر دسامي بديع منصور، دكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص...، مصدر سابق، ص ١٠٦

(65) داحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين...، مصدر سابق، ص ١٠١٠.

(66) يقصد بنشر المصنف حمل مضمونه إلى الجمهور بشكل محسوس، وبالأسلوب والطريقة التي تناسب طبيعة ذلك المصنف، فهناك النشر بطريقة الطباعة بالنسبة للكتب والبحوث، ويمكن أن يكون النشر عن طريق الأداء العلني، وغير ذلك من الطرق المعروفة في أوساط الاختصاص للمزيد من التفصيل ينظر المصدر نفسه، ص ١٠١٣ هامش رقم ٥.

(67) ويستند هذا الرأي إلى جملة من الحجج منها أن النشر يجسد الحق المالي للمؤلف ويركزه مكانيا في المكان الذي تخرج فيه الفكرة إلى الواقع المحسوس، كما أن مكان النشر الأول تظهر فيه قيمة الفكر والإبداع الذهني، كما يمكن تملكه والإفادة منه، حيث أن الفكر عموماً لا يؤتي ثماره إلا بالذويع والانتشار، ثالثاً أن بلد النشر هي البلد التي استنشر فيها المؤلف القدرة على تحقيق مصالحه الأدبية والمالية، وغيرها من الحجج التي أستند إليها أصحاب هذا الاتجاه.

ينظر الأستاذ:

- GKhairallah: les suretés mobilières en Droit international privé, paris, 1982, p.458.

(68) كما نص على ذلك الحكم قانون الملكية الأدبية والفنية الكويتي لعام ١٩٦١، إذ جاء النص في المادة (٥٧) منه على أن "يسري على الملكية الأدبية والفنية قانون بلد النشر الأول أو قانون بلد الإخراج الأول".

(69) من تلك القوانين القانون السوداني لحماية حق المؤلف رقم ٤٩ لعام ١٩٧٤، والتي نصت على أن " لا يتمتع أي مؤلف بحماية حقوق المؤلف المقررة في القانون إلا اذا قام بتسجيل مصنفه وفقاً لأحكام هذا القانون"، وكذلك القانون المدني البيروني بنصه في المادة (٢٠٩٣) من الباب الختامي على أن " يسري على وجود وأثار الحقوق العينية المتعلقة بالأعمال الذهنية والفنية. قانون المكان الذي سجلت فيه هذه الحقوق".

(70) نصت المادة (٣) من الاتفاقية العالمية على أنه "إذا كانت أية دولة طرف تشترط لحماية حق المؤلف استيفاء إجراءات معينة كالتسجيل أو الإيداع أو التأشير أو الشهادات المؤقتة أو دفع رسوم فإن استيفاء هذه الإجراءات لا

يكون لازماً إذا كانت جميع النسخ المنشورة تحمل منذ الطبعة الأولى علامة التأشير بحفظ حق المؤلف مصحوبة باسم صاحب حق التأليف وسنة الإصدار الأول".

(71) دجابر جاد عبد الرحمن، التنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، قانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، دار النهضة العربية، ١٩٨٧، ص ٥١ هامش رقم (٣).

(72) ينظر نص المادة (١١/٢) من قانون حماية المؤلف العراقي رقم (٣) لعام ١٩٧٣  
(73) ينظر الأستاذ:

- Desbois: propriété Littéraire et artistique, Droit international privé, paris, 1993, p39.

(74) ينظر الأستاذ:

- Elmer: protection des auteurs lors de la transmission par satellite des programmes de Radiodiffusion, in ibid, 1977, p195 ets.

(75) دأحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي...، مصدر سابق، ص ١٠١٨

(76) منها القانون الدولي الخاص النمساوي لعام ١٩٧٩ في المادة (٣٤) والتي نصت على أن " يسري على إنشاء ومضمون وانقضاء حقوق الملكية الذهنية قانون الدولة التي وقع فيها أحد أعمال الاستغلال أو التعدي"، وكذلك المادة (١/١١٠) من القانون الدولي الخاص السويسري، كما نصت المادة (٢/٥) من اتفاقية برن لعام ١٨٨٦ على أن " مدة الحماية...يحكمها تشريع الدولة المطلوب منه الحماية دون غيره، وذلك بصرف النظر عن أحكام هذه الاتفاقية..والحماية في دولة الأصل يحكمها التشريع الوطني"، كما نصت المادة (١/٤) من اتفاقية جنيف لعام ١٩٥٢ على أن تخضع مدة حماية حق المؤلف..لقانون الدولة المتعاقدة والمطلوب توفير الحماية فيها".

(77) دأشرف وفا محمد، تنازع القوانين في مجال الحقوق الذهنية للمؤلف، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ١٠٢ وما بعدها.

(78) نصت المادة (١٩) من الاتفاقية على

" Les dispositions de la présente Convention n'empêchent pas de revendiquer l'application de dispositions plus larges qui seraient édictées per la législation d'un pays de l'Union".

كما نصت المادة (٢٠) منها على

"Les Couvrements des pays de l'Union se réservent le droit de prendre entre eux des arrangements particuliers en tant que ces arrangement confèreraient aux auteurs des droits plus étendus que ceux accordés par la convention, ou qu'ils renfermeraient d'autres stipulations non contraires à la présente convention

(79) ينظر نص المادة (٤/٥) من الاتفاقية.

(80) يقصد بسمو الاتفاقيات الدولية في حالة وجود أختلاف أو تعارض بين حكم وارد في المعاهدة ونظيره المنصوص عليه في القانون الداخلي فإن العبرة هي بالحكم الوارد في المعاهدة، وهذا يعد مبدأ لأغلب الدساتير الدولية والقوانين الداخلية، ينظر في ذلك نص المادة (٢٩) من القانون المدني العراقي.



(81) فقد جاء في مقدمة اتفاقية برن لعام ١٨٨٦ النص الآتي:

"Les Etats membres sont animés du désir de protéger d'une manière aussi efficace et aussi uniforme que possible les droits des auteurs sur leurs œuvres littéraires et artistiques"

(82) أشار لهذا الحكم دأشرف وفا محمد، تنازع القوانين...، مصدر سابق، ص ١١٦.

(83) ينظر الأستاذ:

- jean- Sylvestre Berge: La protection international et communautaire du droit d'auteur, paris, 1997, p333 ets

أشار إليه دأشرف وفا محمد، تنازع القوانين...، مصدر سابق، ص ١١٨ هامش رقم (١٣٥).