DOI:10.52113/uj05/024-17/2064-2087 ISSN : 2072-6317(P) - 2572-5440(O)

جامعة المثنى / كلية التربية للعلوم الانسانية
مجلة اوروك للعلوم الانسانية
موقع المجلة : www.muthuruk.mu.edu.iq

القانون الواجب التطبيق على عقود الترخيص باستغلال الحقوق المالية للمؤلف في ظل غياب قانون الإرادة

منتهى عباس طفار الأعرجي *

جامعة صنعاء / كلية الشريعة والقانون

معلومات المقالة

تاريخ المقالة :

تاريخ الاستلام: 2024/5/04
تاريخ التعديل : 2024/5/16
قبـول النشـر: 2024/5/19
متوفر على النت: 2024/12/22

الكلمات المفتاحية :

القانون الواجب التطبيق , عقود الترخيص , قانون الإرادة , منهج قواعد الإسناد.

الملخص

هدف البحث إلى التعرف على القانون الواجب التطبيق على عقود الترخيص باستغلال الحقوق المالية للمؤلف في ظل غياب قانون الارادة وفقاً لمنهج قواعد الإسناد , واستخدمت الباحثة المنهج الوصفي التحليلي والمقارن , وتكون البحث من مقدمة ومطلبين ؛ تضمن المطلب الأول : تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الترخيص باستغلال الحقوق المالية للمؤلف في القوانين الوطنية , وتناول المطالب الثاني : تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الترخيص باستغلال الحقوق المالية للمؤلف في القوانين المقارنة ومجموعة ماكس بلانك الأوربية, ومبادئ معهد القانون الأمريكي, وانتهى البحث إلى خاتمة تضمنت أهم النتائج والتوصيات .

©جميع الحقوق محفوظة لدى جامعة المثنى 2024

المقدمـة:

أدى التطور التكنولوجي إلى استخدام وسائل تقنية متعددة ومتنوعة في التعاقد , فأصبح التعاقد بين الأفراد في مختلف أنحاء العالم ممكناً وذلك دون التقاء أطراف العقد , وظهرت في سنوات مضت شبكة الإنترنت الناتجة عن مزج شبكة الاتصالات الدولية والكمبيوتر والتي تُعد ثورة علمية حقيقية شهدها العالم تسمى بثورة المعلومات أو المعلوماتية , وهذا ما أدى إلى تزايد التوجه نحو إبرام العقود الخاصة الدولية ومنها إبرام عقود الترخيص باستغلال الحقوق المالية للمؤلف , وفي ظل هذا الوضع - أصبحت مشكلة فض تنازع القوانين من المشاكل - التي تُثير مسائل معقدة تتعلق بالقانون الذي يحكم تلك العقود , وتطرح حقيقة إن اتفاقات تراخيص حقوق المؤلف شديدة التنوع وتفرض صعوبات إضافية أمام اعتماد وتفسير أحكام القانون الدولي الخاص في هذا المجال , وحتى في حالة الاتجاه نحو صياغة عقود مفصلة للغاية بما في ذلك استخدام الاتفاقات النموذجية أو بالإحالة إلى قواعد معينة أو استخدام الشروط والأحكام القياسية لا يستبعد الحاجة إلى النظر في حل مشكلة تنازع القوانين في العقود - محل البحث , (DE Miguel Asenio,2013,pp.312-336,p.2-3) .

وفي ضوء ما سبق قوله, تُعتبر مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الترخيص باستغلال الحقوق المالية للمؤلف ذات العنصر الأجنبي في ظل غياب قانون الإرادة , كضابط إسناد أصيل في هذا الخصوص من المسائل التي يُثار حولها الكثير من

*الناشر الرئيسي : E-mail : drmountahaalaarajy@gmail.com

الجدل والخلاف ... وبحث هذه المسألة من أهم وأدق المسائل التي تعترض القضاة المعروض أمامهم نزاع بخصوصه , (مناصف وسعدي ، 2019, ص37) .

لا سيما في حالة انعدام التحديد المباشر والصريح من قبل المتعاقدين للقانون الذي سيحكم العلاقة التعاقدية عند نشوب نزاع بشأنها , وعدم المقدرة على كشف نية طرفي التعاقد الضمنية من بنود العقد أو من ظروف وملابسات التعاقد, (المطالقة ، بدون تاريخ نشر، ص1799) .

وذلك نتيجة لاختلاف الحلول المقررة في التشريعات الوطنية والمقارنة وأحكام القضاء، فضلاً عن الاتجاهات الفقهية المتباينة.

إشكالية البحث :

في ضوء غياب التنظيم القانوني الدولي لعقود الترخيص باستغلال الحقوق المالية للمؤلف في قانون موحد , وعدم النص من قبل المقنن الوطني على قاعدة إسناد خاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود , تتجسد اشكالية البحث في التساؤل الآتي : ما هو القانون الواجب التطبيق على عقود الترخيص باستغلال الحقوق المالية للمؤلف عند غياب قانون الإرادة , في ظل التشريع المدني اليمني رقم 14 لسنة 2002 والتشريع المدني المصري رقم 131لسنة 1948 , والتشريعات الوطنية المقارنة, والمقترحات الأكاديمية الإرشادية غير الملزمة المتعلقة بالتفاعل بين القانون الدولي الخاص والملكية الفكرية, والمواثيق الدولية غير الملزمة, مثل مبادئ مؤتمر لاهاي لعام 2015, والمواثيق الإقليمية, مثل لائحة روما الأولى والثانية ؟!! .

أهداف البحث :

تمحور الهدف الرئيس لهذه الدراسة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الترخيص باستغلال الحقوق المالية للمؤلف , في ظل غياب النص على قاعدة إسناد خاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود , وسكوت إرادة المتعاقدين عن تحديد هذا القانون ؛ وذلك في ضوء التشريع اليمني والتشريع المصري, وبالمقارنة مع التشريعات الوطنية العربية والأجنبية, ومبادئ مجموعة ماكس بلانك الأوروبية "CLIP" ومبادئ معهد الأمريكي"ALI" , وكل ذلك لم يتم, إلا بعد التعرف على الاتجاهات الفقهية والقضائية التي قيلت في هذا الشأن .

أهمية البحث :

سيوفر هذا البحث رؤى جديدة حول إزالة مظاهر اللبس والغموض والخلط التي قد تكتنف تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود استغلال الحقوق المالية للمؤلف وفقاً لمنهج قواعد الإسناد في ظل غياب قانون الإرادة كضابط إسناد أصيل في هذا الخصوص؛ وبالتالي , سيمتد الأمر ذاته إلى تحديد نطاق هذا القانون في ظل منهج قواعد الإسناد بكل سلاسة ويُسر, فجاء البحث كمحاولة جادة متواضعة ؛ لتحديد القانون محل البحث , حيث أن تحديد هذا القانون سوف يُسهم مساهمة فعالة من شأنها تخفيف العبء الذي سيقع على عاتق السلطة القضائية المختصة , خاصة وأن هناك ندرة في المراجع التي تُعالج هذا الموضوع , ومن هنا تتبلور أهمية البحث بشكل خاص ؛ كونها محاولة لتسليط الضوء على موضوع ندرت الدراسات بشأنه وخاصة في الجمهورية اليمنية ولا تزال بحاجة ماسة إلى بحث ودراسة متعمقة في هذا الشأن , وهذا ينطلق من أهمية موضوع البحث ذاته .

على وجه التحديد , تفيد نتائج البحث ؛ لفت نظر المشرع الوطني في أغلب التشريعات المقارنة عموماً , والمشرع اليمني والمصري خصوصاً , إلى ضرورة إصدار نصوص قانونية لسد الفجوة التشريعية الحاصلة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود - محل البحث- من خلال وضع قاعدة إسناد خاصة في هذا الشأن في التشريعات المدنية تُضاف إلى قواعد الإسناد الخاصة في المجالات الأخرى , وإعادة النظر في جوانب القصور التشريعي في قانون حماية حق المؤلف ؛ لتكون على نسق يُلائم مستجدات العصر الراهن .

منهج البحث :

DOI:10.52113/uj05/024-17/2064-2087

اتبعت الباحثة في هذا البحث المنهج الوصفي التحليلي الذي تكفل بعرض النصوص القانونية والاتجاهات الفقهية وتحليلها وأحكام القضاء , بالاعتماد على تقديم الأدوات وأسس ومعطيات الموضوع , وتماشياً مع هذا المنهج اتبعت أيضاً المنهج المقارن .

حدود البحث ونطاقه :

يتركز البحث في نطاق منهج قواعد الإسناد من بين قواعد القانون الدولي الخاص ولاسيما تلك المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الترخيص باستغلال الحقوق المالية للمؤلف في ظل سكوت إرادة المتعاقدين , كضابط إسناد أصيل , إلى جوار انعدام النص الصريح على قاعدة إسناد خاصة بتحديد القانون محل البحث , فكان لا مفر من اللجوء إلى القواعد العامة في تنازع القوانين ؛ وذلك في ظل القانون المدني اليمني رقم 14لسنة 2002 والقانون المدني المصري رقم 131لسنة 1948 , وما يقابلها من التشريعات الوطنية المقارنة العربية والأجنبية, والاقتراحات الأكاديمية الإرشادية غير الملزمة, كمبادئ مجموعة ماكس بلانك الأوربية ومبادئ المعهد الأمريكي .

هيكل البحث :

فرضت طبيعة البحث تقسيمه إلى مقدمة ومطلبين وتحت كل مطلب فرعين؛ وانتهى البحث بخاتمة توجت بعدد من النتائج والتوصيات .

المطلب الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الترخيص باستغلال الحقوق المالية للمؤلف في القوانين الوطنية

قبل الولوج في عرض توجه المشرع في القوانين الوطنية لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الترخيص باستغلال الحقوق المالية للمؤلف في ظل غياب قانون الإرادة وفقاً لمنهج قواعد الإسناد , كان من المفيد الوقوف على التوجهات الفقهية التي قيلت في هذا الشأن ؛ لذا ستنقسم دراسة هذا المطلب إلى ثلاثة فروع وذلك على النحو الآتي :

الفرع الأول

موقف الفقه والقضاء من تحديد القانون الواجب التطبيق

على أنه يحدث أحياناً , وهذا هو الغالب , ألا يصرح المتعاقدان بإرادتهما في شأن تحديد القانون الذي سيحكم عقدهما , كما إن ظروف الحال لم تنم عن إرادتهما الضمنية في هذا الشأن , فماذا يكون الحل ؟ .

تباينت الاتجاهات الفقهية والقضائية من القانون الواجب التطبيق على العقود ومنها عقود الترخيص باستغلال الحقوق المالية للمؤلف في غيبة قانون الإرادة , **فبرز اتجاهين :**

<u>الاتجاه الأول</u> : يُنادي به الفقه والقضاء المقارن

إذا تخلفت الإرادة الصريحة ولم يتمكن القاضي من تحديد الإرادة الضمنية , جرى القضاء في مختلف دول العالم وتابعه الفقه على الاعتداد بالإرادة المشابهة للإرادة الحقيقية وهي ما أسماه الفقهاء بالإرادة المفترضة , (عبد الله ، 1977,ص420) .

والتي يكشف عنها قاضي النزاع بالنظر إلى ما كان يقصده المتعاقدان , فيما لو انصرفت إرادتهما إلى اختيار قانون معين لحكم العقد , فالقاضي لا يفسر هذا الأخير للتعرف على ما قصداه , وإنما يُعين ما كان يمكن أن يقصده المتعاقدان , أي بمعنى آخر, **إن القاضي لا يبحث عن إرادة للمتعاقدين موجودة فعلاً , وأن كانت ضمنية , بل يفرض عليهما إرادة غير موجودة أصلاً ويقيمها على قرائن مستمدة من ظروف العقد** , (السداوي، 1981 , ص89) .

وقد اختلفت وجهات النظر بشأن **القرائن القضائية** التي يعتد بها القاضي لاستخلاص الإرادة المفترضة للمتعاقدين , وقد تكون من هذه القرائن , محل إبرام العقد و محل تنفيذه , والموطن المشترك أو مركز الاعمال المشترك للمتعاقدين , والجنسية المشتركة للمتعاقدين , (عبد الله ، 1977 , ص433) .

و انتقد جانب من الفقه فكرة الإرادة المفترضة على أساس

1- إن الإرادة إما أن توجد صراحةً أو ضمناً أو لا توجد , أما الإرادة المفترضة فهي مجرد وهم وتصور يتنافى مع فكرة الإرادة في حد ذاتها , (صادق, 2007 , ص425) .

DOI:10.52113/uj05/024-17/2064-2087

2- صعوبة تقصي الإرادة المفترضة والتي تتطلب من القاضي بحث ظروف الحال بالنسبة لكل عقد , فيضع على عاتق القضاء عبئاً ثقيلاً قد ينحرف به نحو التحكم , في تحديد قانون العقد مستتراً وراء ما يسمى بالإرادة الضمنية وهي في حقيقتها إرادة مفترضة ؛ وبالتالي, يؤدي إلى الإخلال بالتوقعات المشروعة للأطراف , (صادق، 2007 , ص429) .

في حين ذهب <u>الاتجاه الثاني</u> - معتنقاً في هذا الشأن - المسلك الذي يُنادي بأنه عند سكوت المتعاقدين عن الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على عقدهم , فلا يصح للقاضي أن يبحث عن ما يسمى بإرادتهم الضمنية في هذا الصدد , وإنما عليه أن يتصدى مباشرة لتركيز الرابطة العقدية وإسنادها على هذا النحو للقانون الأوثق صلة,(صادق،2007 ,ص426-427) .

الفرع الثاني

موقف المشرع اليمني والمصري من تحديد القانون الواجب التطبيق

النصوص التشريعية في القانون اليمني والمصري نصت المادة (29) مدني يمني على أن "يرجع في الآثار المترتبة على العقود الى قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا أتحدا موطناً , فإن أختلف موطن كل منهما فإلى قانون البلد الذي تم فيه العقد مالم يتفق المتعاقدان على قانون آخر أو يتبين من ظروف الحال أنهما قصدا تطبيق قانون آخر وذلك..."(القانون المدني اليمني رقم 14لسنة 2002 , وزارة الشؤون القانونية, ط5, فبراير/2019 , منشور في الجريدة الرسمية العدد7/ج لسنة 2002 , ص 21) .

والمادة (1/19) مدني المصري على أن "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً , فأن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد , هذا مالم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يُراد تطبيقه", (القانون المدني المصري رقم 131لسنة 1948, منشور في جريدة الوقائع المصرية عدد 108مكرر أ صادر في 29-7-1948) .

وينحصر الكلام عن النصوص التشريعية في الآتي :

-إن المشرع اليمني والمشرع المصري لم يعتدا بضابط الإرادة المفترضة , و إنما اعتدا بفكرة تركيز الر ابطة التعاقدية , فيما لو تخلفت الإرادة الصريحة والضمنية للمتعاقدين , باعتبارهما ضابط الإسناد الأصلي,(صادق ,1979,ص 656).

وبمقتضى هذه النصوص يلتزم القاضي اليمني والمصري بأن يطبق هذين الضابطين , دون أن يخرج عليهما , ويلتزم بأن يطبقهما على سبيل التدرج , بمعنى إذا انعدمت الإرادة الصريحة والضمنية للمتعاقدين كان عليه أن يُطبق **أولاً** : قانون الموطن المشترك للأطراف , إذا اتحدوا موطناً , **ثانياً** : إذا اختلف موطن المتعاقدين طبق قانون الدولة التي أُبرم فيها العقد , وهو ما اتفقت عليه أغلب التشريعات الوطنية , ونشير إلى تحديد الموطن المشترك ومفهومه , وتحديد محل إبرام العقد من مسائل التكييف اللازمة لإعمال قاعدة الأسناد , ويخضع بالتالي لقانون القاضي , (سلامة , 2002 , ص 383) .

-أنه يجب إعطاء وصف قانوني لطبيعة القاعدة القانونية الواردة في النص التشريعي اليمني والمصري - في ضوء منهج قواعد الإسناد - فهي قاعدة إسناد مزدوجة الجانب غير مباشرة , محايدة , وتشتمل على ضو ابط احتياطية للإسناد تعقد الاختصاص لجملة قو انين تُطبق على سبيل التدرج وذلك بحسب ما ورد في الآتي :

<u>أولاً</u>- إنها قاعدة إسناد مزدوجة : لأن هذ القاعدة تتميز من حيث آثارها بأنها قواعد مزدوجة الجانب - ذات جانبين - أي قد تشير باختصاص القانون الوطني للقاضي المعروض أمامه المنازعة , وقد تشير كذلك إلى تطبيق قانون أجنبي , إذ إن هذه القاعدة تحمل بين طياتها مضموناً مزدوجاً من شأنه إمكان تطبيق القانون الوطني والقانون الأجنبي على سواء , (صادق , 1974, ص 12) .

<u>ثانياً</u>- إنها قاعدة غير مباشرة أو إرشادية : كونها لا تتكفل مباشرة بإعطاء الحل النهائي للنزاع , وإنما هي قاعدة تقوم

DOI:10.52113/uj05/024-17/2064-2087

بالإشارة إلى القانون الذي تتكفل قواعده بإعطاء الحل النهائي للنزاع المتضمن عنصراً أجنبياً , أي قاعدة مرشدة تشير إلى الحل فقط .

ثالثاً- إنها قاعدة محايدة : كونها تتسم بوصفها قاعدة غير مباشرة - بطابع شكلي - حيث يقتصر دورها على تحديد القانون الأقرب صلة بالمركز القانوني , من وجهة نظر المشرع الوطني , وذلك بصرف النظر عن مضمون هذا القانون أو آثار تطبيقه , وبهذه المثابة تُعد هذه القاعدة آلية - تكتفي بتحقيق عدالة شكلية وهي إسناد العلاقة محل النزاع إلى أكثر القوانين ارتباطا بهذه العلاقة وفقاً للسياسة التشريعية لدولة القاضي , ودون النظر إلى النتائج المادية الملموسة التي يؤدي إليها هذا التطبيق , فهي قاعدة هدفها تحقيق عدالة شكلية (عدالة القانون الدولي الخاص) ,وينتهي دور هذه القاعدة بمجرد تعيين القانون الواجب التطبيق الناتج عن العملية الآلية للربط بين قاعدة الإسناد والعلاقات أو المراكز القانونية ذات الطابع الدولي (الأصبحي, 2024, ص54 , ص57).

رابعاً- وتشتمل قاعدة الإسناد على عدة ضوابط احتياطية للإسناد تعقد الاختصاص لجملة قوانين على سبيل التدرج , ويقصد المشرع بتضمينه قاعدة الإسناد - محل الدراسة- لأكثر من ضابط إسناد , إنما يرمي إلى ربط العلاقة بأكثر من قانون , وكون هذه القاعدة , تتضمن أكثر من ضابط للإسناد لا يعني أبداً إنها تفقد صفتها التركيزية بالعلاقة , بل كل ما هنالك إن المشرع مع احتفاظه بالطابع التركيزي للقاعدة يتوخى نتيجة مادية , وبحيث يكون مضمون الحل الذي يقول به القانون المختص ونتيجة تطبيقه على النزاع داخلة في اهتمام المشرع (الأصبحي ,2024, ص61) .

-نطاق إعمال هذه النصوص التشريعية , فيما يخص النطاق الزمني : إن حكم النصوص جاء عاماً , فلم يُحدد المشرع اليمني والمصري , اللحظة الزمنية لاختيار القانون الواجب التطبيق على العقد , فهل يكون الاختيار وقت تحرير العقد أم في وقت لاحق - طالما والحال كذلك - ليس هناك ما يمنع من تبني المشرع اليمني والمصري الحل الذي يُنادي به الاتجاه السائد في الفقه والقضاء والتشريعات الوطنية المقارنة ؛ وذلك بالاعتراف للمتعاقدين في اختيار قانون العقد ليس فحسب عند إبرام العقد , بل في أي وقت لا حق ؛ حتى لو أُثير هذا الاختيار لأول مرة أمام المحكمة التي طرح عليها النزاع , ولا شك إن هذا الاختيار اللاحق لقانون العقد يتضمن بالضرورة تعديلاً للقانون الذي كان مختصاً بحكم الرابطة العقدية منذ البداية , وسواءً كان هذا القانون هو قانون الإرادة السابق اختياره عند التعاقد أو القانون الذي حدده المشرع عند سكوت الإرادة عن الاختيار, فالاختيار اللاحق لقانون العقد يتضمن بالضرورة تغييراً للقانون الذي كان مختصاً عند التعاقد , على إن هذا الحل جاء تنفيذاً لحكم المادة(33) مدني يمني , والمواد (23 ,24) مدني مصري , بشرط لا يضار من هذا التصرف , أي حق للغير الذين أبرموا اتفاقهم بناءً على القانون الذي تم تحديده , أي إن التعديل الذي تم يجب أن يكون محققاً لمصالح الأطراف المتعاقدة , وأن لا يؤثر على صحة التعاقد من خلال إيفاء التوازن العقدي , ومن ثم إيجاد القانون الأفضل ليطبق على العلاقة التعاقدية , على إن القول بغير ذلك يؤدي إلى تقويض الغاية من قاعدة الإسناد , ويتناقض مع الهدف المنشود منها, ويجرد الأفراد من المكنة التي منحهم إياها المشرع دونما سند من القانون (الأصبحي , 2024 , ص297) .

-نطاق إعمال هذه النصوص التشريعية فيمل يخص النطاق الموضوعي : أول ما ينبغي الإشارة إليه أن قاعدة الإسناد الواردة في النص التشريعي للمادة (1/29) مدني يمني, جاء مصرحاً بالقانون الواجب التطبيق على آثار العقد فقط , إلا أنه ليس هناك أي شبهة في سريان هذه القاعدة على كل ما يتعلق بالعقد من حيث تكوينه وآثاره وانقضائه, وإذا كان المشرع قد اقتصر على الإشارة إلى آثار العقد ,فإن هذا لا ينفي إمكان امتداد هذه القاعدة إلى تكوين العقد ؛ لأن المشرع اليمني يعتنق مبدأ وحدة القانون الذي يحكم العقد بمعنى أن يسري قانون واحد على كل ما يتعلق

DOI:10.52113/uj05/024-17/2064-2087

بالعقد سواء من حيث تكوينه وآثاره , وبهذا فلم يعتد المشرع اليمني بمبدأ تجزئة العقد , (السداوي , 1981, ص72-73) .

وسار المشرع المصري على النهج ذاته, إذ جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني المصري تعليقاً على المادة (42) من المشروع التي صارت المادة (19) من القانون المدني -السالفة الذكر- لذلك توخى المشروع تجنب التفاصيل واقتصر على أكثر الأحكام استقراراً في نطاق التشريع , فقرر في المادة (42) على أن الالتزامات التعاقدية "يسري عليها القانون الذي يقرر المتعاقدان الخضوع لإحكامه صراحة أو ضمناً.." , وهذا حكم عام يُمكن لسلطان الإرادة ويضمن وحدة القانون الواجب تطبيقه على العقد , وهي وحدة لا تكفلها فكرة تحليل مكونات العقد واختيار القانون الذي يتلاءم مع طبيعة كل منها , وقد استرشد المشرع في حكم هذه المادة , بالمادة (7) من القانون الملحق بالتقيين المدني الياباني لعام 1906,والتي تقضي بأن "يتحدد القانون الذي يحكم انعقاد التصرف وآثاره بمراعاة قصد المتعاقدين", والمادة (9) من القانون البولوني الخاص بالتنازع الدولي للقوانين الصادر لعام 1926 (عبد الله , 1977, ص468 467 -) .

إلا أن هناك بعض من الفقه المصري يرى أن المشرع لم يحرص على وحدة القانون الذي يحكم العقد , بمعنى أن العقد رابطة متعددة الجوانب , فهناك تكوين العقد وآثاره وزواله, وليس ثمة ما يمنع المتعاقدين من أن يخضعا كل جانب من هذه الجوانب لقانون معين مادامت تتوافر صلة ما بين الجانب والقانون الذي يختارانه لحكمه ,فيجيز للمتعاقدين اختيار أكثر من قانون لحكمه , ويستدل على ذلك في الآتي :

1-أن المشرع المصري لم يواجه في المادة(19) مدني مصري سوى الالتزامات التعاقدية, وهي تمثل آثار العقد ولم يواجه تكوين العقد , مما يلزم إتباع مبادئ القانون الدولي الخاص في شأنه, مما يفيد رغبة المشرع في تجزئة العقد , (الهداوي , 1997, ص155) .

2-يرى بعض الفقهاء أن هذا الاتجاه فيه اتجاهاً واقعياً يتفق مع ما قد يتوافر في واقع الحال من تعدد الصلات بين مختلف جوانب العقد وبين أكثر من دولة , وقد أجاز القضاء في بعض أحكامه في الولايات المتحدة الأمريكية وألمانيا وإيطاليا وفرنسا وانجلترا حرية المتعاقدين في اختيار أكثر من قانون لحكم العقد .

في حين يذهب اتجاه من الفقه المصري أيضاً إلى إن فكرة الالتزامات التعاقدية التي نص عليها المشرع في المادة (19) مدني مصري تشمل تكوين العقد وأوصافه وآثاره وانتقاله وانقضائه, فيتلخص هذا الرأي بالنظر إلى العقد باعتباره عملية واحدة من الناحيتين النفسية والاقتصادية , يجب أن تخضع في مجموعها لقانون واحد وهو ما يتفق مع ما بين أجزائها من التجانس , ويستند في ذلك إلى الآتي :

1-إنه الرأي الأكثر رواجاً عند رجال الفقه .

2- قد أخذ به المؤتمر السادس للقانون الدولي الخاص بلاهاي في تقريره المقدم لمعهد القانون الدولي , كما أخذ به القضاء في البلدان المشار إليها وإن أجاز في بعض أحكامه تعدد القوانين التي تحكم العقد , إلا أنه يوجد من أحكامه ما يتجه صوب اخضاع العقد لقانون واحد مع تحديد في مجال تطبيق هذا القانون .

3- ذلك أن الأعمال التحضيرية تكشف عن قصد المشرع في التعبير باصطلاح الالتزامات التعاقدية عن كل ما يتعلق بالرابطة التعاقدية من حيث تكوينها وآثارها, **وهذا الذي جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع** , يدل على انصراف قصد المشرع إلى الأخذ بفكرة وحدة القانون الذي يحكم العقد ,(عبد الله , 1977, ص468) .

تستخلص الباحثة مما تقدم :

أولاً- أن كل من المشرع اليمني والمصري عندما أضطلع بوضع قواعد تنازع القوانين من حيث المكان في التقنين المدني اليمني وكذلك التقنين المدني المصري- الأنفي الذكر- قدر مبلغ الصعوبة في تحديد القانون الذي يحكم العقد , تلك الصعوبة الآتية من

DOI:10.52113/uj05/024-17/2064-2087

ناحية تعدد أطراف هذه الرابطة وإمكان اختلاف المتعاقدين جنسية أو موطناً ,وتعدد مشاكلها من تكوينها إلى آثارها ,كما قدر إن قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة وأن وضعها الفقه في الميزان واختلفت وجهات نظر القضاء في تفاصيل تطبيقاتها , إلا أنها لا تزال هي القاعدة التي تتلقى الترحيب , وتتمتع بالاستقرار أكثر من غيرها , فآثر الأخذ بها والنص عليها بصيغة , وإن لم تخل من الضوابط , إلا أنها صيغة لا تقطع على القضاء سبيل الاجتهاد ولا تحول دون الانتفاع من كل تطور مقبل في حركة الفقه, وأودع المشرع اليمني هذه الصيغة في النص التشريعي للمادة (29)مدني يمني , والمشرع المصري في النص التشريعي للمادة(19) مدني مصري , (عبد الله ,1977, ص428).

ثانياً- إن كل من المشرع اليمني والمصري قد أعتد بمبدأ وحدة القانون الواجب تطبيقه على عقود الترخيص باستغلال الحقوق المالية للمؤلف ذات الطابع الدولي ,أي أن المشرع في كلا الدولتين لم يعتد بمبدأ تجزئة العقد - محل البحث - وأن اصطلاح الالتزامات التعاقدية الوارد في النص التشريعي اليمني والمصري - يشتمل على كل ما يتعلق بالعقد , وبهذا يكون المشرع اليمني والمصري قد أخذا بالرأي الغالب في الفقه **والذي يرى وجوب النظر إلى العقد على أنه عملية واحدة تخضع في مجموعها لقانون واحد**(رياض, وراشد , 1981, ص302) .

ثالثاً-إن مسلك المشرع اليمني والمصري في النصوص التشريعية - الآنفة الذكر- قد حقق جادة الصواب بوضعهما ضوابط احتياطية للإسناد يتعين على القاضي الأخذ بها في حالة عدم توصله إلى إرادة المتعاقدين , ولم يتفقا على قانون يحكم عقدهما , ولم يتبين له من الظروف أن قانوناً معيناً يراد تطبيقه , لأنه قد حسم مشكلة كيفية تركيز الرابطة العقدية عندما تتخلف الإرادة الصريحة والضمنية للمتعاقدين , وبهذا يكون قد أخذ خطوة أكثر تطور في حل مشكلة مازال الخلاف فيها قائماً في الفقه والقضاء الفرنسي لعدم وجود نص صريح يماثل النص التشريعي للمادة (29)مدني يمني والمادة(19) مدني مصري, ومسلك المشرع اليمني والمصري على هذا النحو يستجيب إلى أصول تشريعية مأخوذ بها في بعض التشريعات الحديثة , فقد نص القانون الدولي الخاص التشيكوسلوفاكي الصادر عام 1963, على تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين , وإلا فقانون بلد الإبرام , وذلك فيما لو لم تعين الإرادة قانوناً آخر صراحة أو ضمناً في المواد(10,9)منه ,(صادق,1974,ص-659 658) .

نتساءل هل حققت قاعدة الإسناد مزدوجة الجانب ذات الطابع المحايد فاعليتها - كأساس مسبق حدده المشرع سلفاً للعملية التعاقدية في تحديد القانون الواجب التطبيق على - عقود الترخيص باستغلال الحقوق المالية للمؤلف ذات الطابع الدولي؟ .

ترى الباحثة- بعد التمعن في هذه النصوص التشريعية- أن من أهم ما يمكن ملاحظته - من إيجابيات وسلبيات ندرجها في الآتي :

أولاً- إن المقنن اليمني والمصري قد اتبع منهج إسناد مسبق يخضع له العقد - محل البحث - في حالة غياب إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية , وهو ما يعرف بالإسناد الجامد للعملية التعاقدية ,بالنص على إخضاع العقد لقانون الموطن المشترك على أساس إن هذا القانون هو القانون الأكثر معرفة ودراية لدى الأطراف باعتبارهم قد اعتادوا على تنظيم سلوكهم وتصرفاتهم وفق أحكام هذا القانون ؛ وبالتالي معرفتهم وتوقعهم لآثار اعمالهم لهذا الضابط ,(الأنباري ,2017 , ص80) .

ثانياً- إن المقنن اليمني والمصري بوضعه لضابط الإسناد الاحتياطي , قد أقدم على رفع الحرج عن القاضي من خلال وضع ضوابط تستقر في كنفها العلاقات التعاقدية للأطراف , وأن لا يلقي على القضاء عبئاً قد ينحرف به نحو التحكم من خلال سلطته التقديرية ؛ وبالتالي يفرض على الأطراف المتعاقدة إرادة غير موجودة وتطبيق قانون معين قام القاضي باختياره , ولم

DOI:10.52113/uj05/024-17/2064-2087

يكن للأطراف العلم المسبق به- بمعنى إحلال إرادة القاضي- محل إرادة الأطراف المتعاقدة ,(عبد الله ,1977 , ص437) .

وعلى الرغم من التأييد الذي حظي به ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين , إلا أن هناك من السلبيات التي ترد على تطبيق هذا الضابط في ظل التشريع اليمني والمصري والتي تؤكد على عدم فاعلية هذا الإسناد ومنها :

1- أنه ليس في الغالب أن يشترك المتعاقدان في موطن واحد , فقد يختلف موطن المؤلف عن موطن المستغل على اعتبار إن المصنفات عالمية وسريعة الانتشار والتداول فلا تقف حبيسة الدولة الواحدة , بل هي تتسم بأنها عابرة للحدود وإنها فوق وطنية؛ وبالتالي, من اليسير أن يتم التعاقد بين أطراف تختلف في موطنها, ونتيجة لذلك, يعتبر قانون الموطن المشترك شبه عاجز عن حكم علاقات التعاقد ,إلا في الفرض الذي يتحد فيه موطن الأطراف المتعاقدة .

2 - وأن قواعد كسب وفقدان الموطن تختلف من بلد إلى آخر؛ فيصبح من السهل تغيير الموطن بموجبها الأمر الذي يثير الصعوبة أمام المحكمة في تحديد أو إثبات الموطن ,(الأنباري,2017, ص83) .

3 -إن اعتبار الموطن المشترك يمثل مركز الثقل لجميع أنواع العقود بما فيها العقود - محل البحث- أمراً يثير التساؤل حيث أن مركز الثقل للعملية التعاقدية قد يختلف من عقد إلى آخر, (المجاهد , 2013 , ص240) .

4 -إن قانون الموطن المشترك لأطراف العقد من القوانين المحلية بالنسبة لأطراف العقد , وربما تتجه رغبة الأطراف إلى تطبيق قانوناً أجنبياً بالنسبة لهم .

5- والأهم من ذلك كله, إن ضابط الموطن المشترك لم يعد موائما لما يشهده العالم المعاصر من تطورات متسارعة يصعب معها تحديد الموطن المشترك لأطراف التعاقد , وأنه يصعب الأخذ بقانون الموطن المشترك , وخصوصاً في حالة التعاقد بين غائبين, كما لو كان التعامل الكترونياً , إذ لا يوجد مكان حقيقي بالمعنى المتعارف عليه , ولعل هذه الصعوبات هي التي دعت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي إلى الإقرار بضعف قيمة التوطين, وفي ظل اختلاف ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين والتطبيق على سبيل التدرج يُصار إلى الخيار الأخير وهو قانون محل الإبرام , إذ تخضع عقود الترخيص باستغلال الحقوق المالية للمؤلف في هذا الفرض لقانون الدولة التي يتم فيها إبرام هذا العقد , (دير , 2016 , ص40) .

ثالثاً- ويُعد قانون محل إبرام العقد معياراً معتمداً في ظل المدرسة الإيطالية القديمة بوصفه أهم الضوابط المعتمدة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي عموماً, بما فيها عقود الترخيص باستغلال الحقوق المالية للمؤلف ذات الصفة الدولية, إذ كانت فكرة خضوع العقد الدولي على وجه العموم لقانون محل إبرامه هي الفكرة السائدة والمستمر العمل بها في السابق, وذلك على أساس أن محل إبرام العقد هو المكان الذي يولد فيه التصرف ويعبر عن وجود صلة حقيقية بين القانون والعقد , والاعتماد على ضابط محل إبرام العقد , كقانون يطبق في حالة غياب قانون الإرادة يرجع إلى اعتباره أول مكان تتلاقى وتتجسد فيه الإرادات, (أمين , وسامية, 2019 , ص 43).

رابعاً- ويكفل هذا الضابط للمتعاقدين ميزة العلم المسبق بالقانون الذي يحكم العقد , فيضمن قانون محل إبرام العقد وحدة الحلول القانونية؛ وعليه, فلا داعي لتجزئة العقد ؛ ومن ثم تعدد القوانين التي يخضع لها هذا العقد , ولا تتعدد القوانين إذا كان التعاقد بين حاضرين وفي مجلس واحد , (فتيون , وأبودغاسن , 2020 , ص29) .

وعلى الرغم من الإيجابيات التي حظى بها ضابط مكان إبرام العقد إلا أن هناك من السلبيات التي ترد على تطبيق هذا الضابط في ظل التشريع اليمني والمصري والتي تؤكد على عدم فاعلية هذا الإسناد ومنها :

DOI:10.52113/uj05/024-17/2064-2087

1-إن هذا المكان قد لا يكون في بعض الأحيان , إلا عرضياً وبمحض الصدفة , فلا يُعبر قانون بلد الإبرام في هذه الحالة عن تمثيل المصالح الحقيقية لأطراف العقد ؛ وبالتالي لا يكون هناك صلة إطلاقاً بتركيز هذا العقد, (أعراب , 2002 , ص311) .

2- إن الخصوصية التي تتسم بها عقود الترخيص باستغلال الحقوق المالية للمؤلف ذات الطابع الدولي , وما رافقها من التطور الهائل في مجال تكنولوجيا الإعلام والاتصال والذي يفتح الباب أمام التعاقد الواسع الانتشار لهذه النوعية من العقود التي أتاحت للمتعاقدين إمكانية التعاقد عن بُعد عبر شبكة الانترنت الدولية , كأن يحصل التعاقد عبر الهاتف أو البريد الالكتروني وغيرها من وسائل الاتصال الالكترونية , على اعتبار أنها نوع جديد من أنواع العقود التي ظهرت مع ظهور عصر المعلوماتية والتي تتم بوسائل الكترونية بشكل جزئي أو كلي, ويترتب على ذلك صعوبة تحديد قانون بلد الإبرام لاختلاف مكان الإيجاب عن مكان القبول أو الدولة التي علم فيها الموجب بالقبول؛ ولعل ذلك راجع إلى كون إن التشريعات الوطنية تختلف في معالجتها لمسألة التعاقد بين غائبين, وقد يترتب على هذا الاختلاف التشريعي صعوبة تحديد مكان إرسال واستقبال البيانات والرسائل الالكترونية(مكان التطابق بين الإيجاب والقبول) في طبيعة العالم غير المنظور الذي تُبرم فيه العقود الالكترونية حيث تُبرم في فضاء الكتروني لا يُعير اهتماماً لاعتبارات المكان , ومن ثم فإن هذا المكان يتحدد بمعيار آخر غير معهود في التعاقد العادي , (شنوف , وأخرون , 2019, ص162) .

وتؤيد الباحثة- كل الانتقادات التي طالت قانون بلد الإبرام وكانت سبباً في فقدان أهميته في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود - محل الدراسة - زد على ذلك - إن فكرة الإسناد المسبق للضوابط الاحتياطية أي الإسناد الجامد في الأصل تسعى لتحقيق غايات محددة تتجسد في اعتبار هذه الضوابط المسبقة تمثل مركز الثقل في العملية التعاقدية؛ وعليه, سيكون القانون الذي يُحدده ضابط الإسناد هو القانون الأنسب والأكثر ملائمة لحكم العلاقة التعاقدية, وهذا ما لا يتمثل بقانون بلد الإبرام , كما تسعى فكرة الإسناد المسبق إلى حماية التوقعات المشروعة ومراعاة مصالح الأطراف وهي غاية لا نتلمسها في قانون بلد الإبرام .

هذا وإذا ألقينا بنظرنا على موقف المقنن اليمني والمصري لوجدنا أنهما لم يكونا موفقين في اعتناقهما لضابط مكان إبرام العقد باعتباره ضابط إسناد احتياطي .

وتقترح الباحثة - نوعين من الحلول لمعالجة هذه النصوص التشريعية : أحدهما- كان من الممكن أن يضيف المشرع في كلا الدولتين إلى فكرة الإسناد المسبق قانون **بلد التنفيذ** في حالة سكوت إرادة المتعاقدين عن تحديد القانون الواجب التطبيق ؛ وذلك **لجملة من الاعتبارات** , نذكر منها :

أولاً- أن فقه القانون الدولي الخاص يعول كثيراً على قانون بلد التنفيذ في تحديده للقانون الواجب التطبيق بدءً من اعتباره من أهم مؤشرات الإرادة الضمنية لأطراف العقد إلى القانون الذي يحكم النزاعات التعاقدية في حالة سكوت إرادة الأطراف؛ وذلك بعدما أكد الفقيه الألماني"Savigny"على أهمية هذا القانون وتبناه الفقيه الفرنسي **"Desmoulins"** في نظرية التركيز الموضوعي باعتباره يمثل مركز الثقل في العلاقة , (الأنباري , 2017 , ص88) .

ثانياً - وفي حقيقة الأمر, إن التوسع في هذه الاعتبارات يدفعنا إلى القول بأن بلد تنفيذ العقد هو المكان الذي تتحقق فيه الغاية النهائية المرجوة من التعاقد , وهي تنفيذ العقد .

ثالثاً - أن قانون بلد التنفيذ هو القانون الذي يُمثل وجهة العقد الأخيرة , مما يضمن وحدة القانون الواجب التطبيق على العقد .

رابعاً - أن قانون بلد تنفيذ العقد هو القانون المناسب للنظر في النزاعات المتعلقة بعدم تنفيذ هذا العقد .

خامساً- والأهم من هذا وذاك , أن قانون بلد التنفيذ يحقق الغايات المبتغاة من فكرة الإسناد المسبق ,(أمين , وسامية , 2019 , ص46) .

DOI:10.52113/uj05/024-17/2064-2087

سادساً- وبالنظر من نفس الزاوية - وعلى صعيد آخر- أن تنفيذ العقد ليس بالضرورة أن يكون مرتبط بقانون بلد واحد- بل قد يتعدد مكان تنفيذ العقد - وهنا تكون العبرة في إخضاع العقد محل البحث لقانون بلد التنفيذ الرئيسي باعتباره قانون المكان الأجدر والأفضل والأكثر ملائمة لحكم العلاقة التعاقدية استناداً للاعتبارات الآنفة الذكر .

ثانيهما - وحبذا لو أشار المقنن اليمني والمصري , على وجه العموم إلى منهج الأداء المميز في العقد , لما تميز به هذا المنهج من ميزات وعلى النحو الذي سنعرض له لاحقاً , وسوف يكون لي عودة في هذا الشأن بعد الانتهاء من دراسة هذا المنهج بشيء من التفصيل.

واستناداً إلى ما سبق ذكره , هل وردت قيود على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد محل البحث - حدت من إطلاقها ؟ .

الفرع الثالث

القيود الواردة على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق

إن حرية التعاقد هي على كل حال قوام العقود , وهي التي تقرر قواعد العقد وأصوله وأحكامه, إلا أن هناك قيود تمس هذه الحرية وتجعل أحد المتعاقدين غير متمتع بها تمام التمتع, فالدور الذي تتمتع به الإرادة ليس مطلقاً بل أن هناك قيوداً فرضها المقنن اليمني والمصري في كل المراحل التي يمر بها العقد - محل البحث - إلا إن هذا التقييد له ما يبرره وتبقى هذه القيود رغم تزايدها مجرد استثناءات على المبادئ العامة التي تحكم هذا العقد , (بن سعدية , 2022 , ص70-71) .

القيد الأول - الغش نحو القانون : بادئ ذي بدء إن العديد من التشريعات العربية, بما فيها التشريع اليمني والتشريع المصري , لم يتعرض لمشكلة الغش نحو القانون , كقيد وارد على قانون الإرادة, إذ أن الأصل يجب أن لا يكون اختيار قانون الإرادة منطوياً على غش نحو القانون أو تحايل على القانون , ويتم التحايل بتغيير ظرف الإسناد بهدف نقل الاختصاص من قانون للآخر يتفق مع رغبة الشخص ويجنبه تطبيق القواعد الإلزامية الحتمية التطبيق والآمرة للقانون المختص أصلاً, ويعبر عنه بأنه "التعديل الإرادي النظامي للعنصر الواقعي في ضابط الإسناد المتغير ومن ثم تحويل الإسناد إلى قانون معين , بنية التهرب من القانون الواجب التطبيق أصلاً , سواء كان قانون القاضي أم قانون أجنبي", وبناءً على ذلك , فقد يلجأ المتعاقدان إلى إيجاد صلة مصطنعة بين العقد والقانون الذي تم اختيارهم له لحكم العقد بقصد التهرب من الأحكام الآمرة في قانون آخر يرتبط بدوره بالعقد محل النزاع , ويعبر رجال الفقه الفرنسي عن ذلك بأن إعمال سلطان الإرادة في اختيار القانون الذي يحكم العقد يجب ألا يكون صورياً بل جدياً وأميناً , وهذا المعنى هو ما يعبر عنه القضاء الانجليزي بقوله أن اختيار القانون الذي يحكم العقد يجب أن يكون بحسن نيه وشرعياً,(السداوي , 1981,ص39) .

القيد الثاني- قواعد النظام العام : إذا تمكن القاضي من التعرف على القانون الأجنبي , واستبانت له قواعده وأحكامه , فإنه يكون ملزم بتطبيقه وإنزال حكمه على المسألة المعروضة , غير أن هذا لا يكون دائماً , فقد يطرأ مانع فني يحول دون ذلك ,فقد يتضح للقاضي أن مضمون قواعد القانون الذي اختاره المتعاقدان لحكم العقد - محل البحث- يرتطم بالمبادئ والقيم العليا الاجتماعية والخلقية والاقتصادية لمجتمعه الوطني , على نحو ظاهر , بحيث يضحى غير سائغ له تطبيقه رغم ذلك , وإلا كان حكمه مخالفاً للقانون , وهذا ما تجسده فكرة النظام العام , (سلامة , 2002 , ص206) .

وعلى الرغم من إن النظام العام يُعد من أبرز القيود التي ترد على مبدأ قانون الإرادة في العقد- محل البحث- إلا أن كل من المشرع اليمني والمصري , لم يضع تعريفاً دقيقاً لفكرة النظام العام ؛ لكنه حدد العديد من الحالات التي تُخالف النظام العام ؛ وذلك راجع لمرونة فكرة النظام العام واتساع نطاقها, وهذا ما قضت به

DOI:10.52113/uj05/024-17/2064-2087

المادة (35) مدني يمني والتي جاء فيها "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي تعين تطبيقه طبقاً للنصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تُخالف الشريعة الإسلامية أو الآداب العامة في الجمهورية", ونص المادة (28) مدني مصري والتي جاء فيها "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة , إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب في مصر" .

بعد أن انتهيت من الوقوف على تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الترخيص باستغلال الحقوق المالية للمؤلف متى ما كان النزاع قائماً على الإخلال بالتزام تعاقدي في القانون اليمني والمصري , لذا جال في الفكر ما هو القانون الواجب تطبيقه على عقد الترخيص وفقاً لمنهج قواعد الإسناد في القوانين الوطنية المقارنة ؟ وهذا ما سيتكفل البحث بالتعرض له في المطلب القادم .

المطلب الثاني

تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدالترخيص باستغلال الحقوق المالية للمؤلف في القوانين الوطنية المقارنة ومبادئ معهد القانون الأمريكي و ماكس بلانك الأوروبية

تمهيد وتقسيم :

في ظل مطالبة الفقه العربي منذ وقت طويل بضرورة تجاوز قاعدة الإسناد التقليدية الواردة في التشريعات الوطنية بشأن العقود الدولية, ومنها عقود الترخيص باستغلال الحقوق المالية للمؤلف , والبحث عن حلول بديلة تحقق المرونة والعدالة مراعية طبيعة العقود ذات الطابع الدولي , وصورها المختلفة , وفي نفس الوقت تراعي مبدأ الأمان القانوني لمعاملات الأشخاص عابرة الحدود , كما تحترم توقعات الأطراف المشروعة, أي التخلي عن منهج الإسناد الجامد الذي يتبنى فيه المشرع إسناد العقود إلى ضوابط إسناد محددة مسبقاً والعدول إلى منهج الإسناد المرن للعملية التعاقدية, والذي تجسد بمنهج الأداء المميز الذي ظهرعلى يد الفقيه السويسري"Shnitezer"والذي دعا إلى تحديد القانون الأوثق صلة بالعقد من خلال الطبيعة الذاتية له؛ وقد برز هذا المنهج في ضوء الفقه المقارن وخاصة الفقه والقضاء السويسري,(الحسون,والعيسى,2021,ص1491) .

الذي يرجع له الفضل في ظهور هذه النظرية بالشكل الحالي, ومن ثم أخذت بهذا المنهج العديد من الأنظمة القانونية, والاتفاقيات الدولية ذات الصلة, ومنها اتفاقية روما لعام 1980 الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية, التي دخلت حيز النفاذ في فرنسا عام1991, وكذلك نصوص التوجيه الاوربي رقم 2008/593 والمسمى روما 1, وأعتمدها مجلس أوربا في 17 يونيو 2008 , والذي دخل حيز النفاذ في فرنسا عام2009, إذ كان لهذه الأنظمة والاتفاقيات الدور الواضح في إبراز مفهوم الأداء المميز كضابط إسناد يشير إلى القانون الواجب التطبيق الأكثر ارتباطاً بالعقد عند سكوت إرادة المتعاقدين , (سلامة , 2002 , ص384) .

بعد الفراغ من هذا التمهيد , ستنقسم دراسة موضوع هذا المطلب إلى فرعين وذلك على النحو الآتي :

الفرع الأول

موقف المشرع في القوانين الوطنية المقارنة من تحديد القانون الواجب التطبيق

تمهيد وتقسيم :

سوف نُخصص هذا الفرع للإجابة على التساؤلات التالية التي يفرضها الواقع , ما القانون الواجب التطبيق على العقد - محل البحث- في القوانين المقارنة؟ وما هو منهج الأداء المميز في العقد؟ وهل نجح هذا المنهج في تحقيق التلاؤم والتناسق بين الاعتبارات القانونية المتناقضة التي تسعى القوانين المقارنة إلى مراعاتها عند صياغة قواعد الإسناد بشأن عقود الترخيص؟ لذا ستنقسم دراسة موضوع هذا الفرع على النحو الآتي :

أولاً- قانون الإرادة في القوانين الوطنية المقارنة : تكاد تتفق التشريعات الوطنية المقارنة والاتفاقيات الدولية المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الترخيص

DOI:10.52113/uj05/024-17/2064-2087

باستغلال الحقوق المالية للمؤلف ذات الطابع الدولي بجميع أنواعها , هو أولاً قانون الإرادة الذي يختاره الأطراف صراحة أو ضمناً , وهذا ما ورد في نص المادة(27)من القانون الدولي الخاص الألماني لعام 1987 , والتي جاء فيها"**1**- يخضع العقد لاختيار الأطراف ويجب أن يكون هذا الاختيار صريحاً أو ناتجاً عن يقين من أحكام العقد أو ظروف الحال من خلال هذا الاختيار , ويمكن للأطراف تعيين القانون المطبق على كل عقدهم أو جزء منه فقط**2**- يجوز للطرفين الاتفاق في أي وقت على ان يخضع العقد لقانون غير ذلك الذي كان يحكمه سابقاً اما بموجب اختيار سابق أو بموجب احكام أخرى من هذا القسم الشرعي أي تغيير في تحديد القانون الواجب التطبيق , يحدث بعد إبرام العقد ,لا يؤثر على الصحة الشكلية للعقد بالمعنى المقصود في الماد(11) ولا يؤثر على حقوق الأطراف الثالثة", ومثل ذلك في لائحة روما 1 الصادرة عن البرلمان الأوربي الآنفة الذكر, بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والتي تسري في كل دول الاتحاد الأوربي ؛ حيث تنص المادة(3/1) منها على أن "يسري على العقد القانون الذي يختاره الأطراف ويجب أن يكون هذا الاختيار صحيحاً", (Batiffol, et Francescakis,1987,p.179) .

واتفاقية لاهاي لعام 2015 في المادة (1/2)منها والتي تنص على أنه "يمكن للأطراف اختيار القانون الذي يحكم العقد", والقانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 الذي أورد في المادة (1/116) منه والتي تنص على أن "يخضع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف", وكذلك الفصل62 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي رقم97 لسنة1998, والذي نص على أن "يخضع العقد للقانون الذي تعينه الأطراف..", والفصل63 من مجلة القانون ذاته, والذي نص على أن "..إذا لم تحدد الأطراف القانون المنطبق ..."، والفصل65 من مجلة القانون ذاته, والذي نص على أن "يخضع انتقال الالتزام التعاقدي للقانون الذي يعينه الأطراف..." , (Batiffol et Francescakis,1982,p.132) .

ثانياً- منهج الأداء المميز في القوانين الوطنية المقارنة

-فكرة الأداء المميز في العقد : وذلك خلافاً لما كان عليه هذا المنهج في أول أمره , فمؤسس نظرية الأداء المميز الفقيه السويسري "Schnitzer", وكذلك الفقيه الفرنسي "Batiffol " وغيرهم من الفقهاء الفرنسيين قاموا بربط هذا الأداء المميز بمكان تنفيذه؛ وذلك للقوة التركيزية التي يتمتع بها مكان التنفيذ في العقود الدولية , إذ أن مركز الثقل في العلاقة التعاقدية كان في تقدير هؤلاء الفقهاء هو في مكان تنفيذ العقد باعتبار أن جميع آثاره تتركز فيه وتجتمع فيه المصالح المختلفة للأطراف المتعاقدة , ولكن لوحظ فيما بعد صعوبة تحديد مكان تنفيذ العقد في كثير من الحالات ,(الفضل , والعتوم , 2019 , ص567) .

وخاصةً عند تعدد أماكن التنفيذ , لتشمل أكثر من دولة, ومن هنا اجتذبت فكرة الأداء المميز تأييد هؤلاء الفقهاء , وهي تلتقي في بعض النقاط مع نظرية التوطين أو التركيز , على أن لحظة تقدير أو وزن الأداء المميز هي وقت إبرام العقد عادةً , وتصور الأطراف لها في ذلك الوقت , ولا يلزم التنفيذ المادي أو الفعلي للأداء , فذلك يأتي في مرحلة لاحقة, وهنا تفترق فكرة الأداء المميز من نظرية التوطين أو التركيز التي يميل أنصارها إلى محل التنفيذ , **فما هو منهج الأداء المميز في العقد؟ .**

من استقراء أحكام القوانين -محل الدراسة- التي اعتمدت منهج الأداء المميز في إسناد العقود الدولية الخاصة وكذلك أحكام اتفاقية روما لعام1980, تبين أنها لم تُعرف الأداء المميز ولم تضع له معياراً محدداً لتحديد هذا الأداء أو تعين الطرف المدين به بصورة مباشرة ؛ لكي يُطبق على كافة العقود -إلا أن تعريفه تم في التقرير المفسر لاتفاقية روما لسنة 1980م الذي وضعه الفقيه الفرنسي "Julian", والفقيه الإيطالي "Lagard"- على أنه "**ذلك الأداء الذي بمقتضاه يكون دفع المقابل النقدي واجباً**" (الفضل,والعتوم ,2019, ص565).

وأن كان من المتفق عليه أن الالتزام بدفع الثمن لا يعد هو الأداء المميز؛ لأنه ثابت في غالبية العقود ,لذلك يُعبر عن الأداء المميز في العقد هي "فكرة تقوم على تفريد معاملة العقود وتحديد القانون

DOI:10.52113/uj05/024-17/2064-2087

واجب التطبيق على كل عقد حسب الوزن القانوني والأهمية الواقعية للأداء أو للالتزام الأساسي في العقد ومكان الوفاء به أو تقديمه , ولما كان ذلك الأداء أو الالتزام ليس سواء في كل العقود فإنه من الطبيعي أن يختلف القانون الذي يحكمه في كل عقد على حدة" (Almawla,2012,p.65) .

واستنادا على ذلك , فلا يتم تحديد هذا الأداء بصورة عشوائية أو بصفة تلقائية من قبل القاضي .

-وسائل الفقه في تحديد الأداء المميز

تقسم العقود من حيث أثرها إلى عقود ملزمة لجانب واحد وأخرى ملزمة لجانبين , وفي معرض تحديدهم للأداء المميز يدرس الفقه أهمية التزامات أطراف العقود الملزمة لجانب واحد وتلك الملزمة لجانبين, ويُحللون كل منها لتحديد الطرف المدين بالأداء المميز لإسناد العقد لقانونه-إذا انعدم القانون المختار - فالعقد الملزم لجانب واحد هو العقد الذي يُنشئ التزاماً على عاتق أحد طرفيه دون الآخر, إذ يكون هذا الطرف مديناً غير دائن ويكون الآخر دائناً غير مدين ,(DE Miguel Asensio, 2013, p.14) .

وأما العقد الملزم لجانبين أو العقد التبادلي , هو العقد الذي يُنشئ التزامات متقابلة على عاتق طرفيها بحيث يكون كل منهما دائناً للآخر ومديناً له بالوقت ذاته , ويدخل العقد - محل الدراسة- ضمن طائفة هذه العقود ,ومادام هذا العقد يُرتب التزامات على عاتق طرفيه , فينبغي تحليل الالتزامات وتحديد الأهم منها وصولا إلى الأداء المميز, والضابط في تحديد الأداء المميز في هذا العقد كما **ويذهب الرأي الراجح في الفقه هو بالالتزام الذي يميز العقد عن سواه .**

-موقف اتفاقية روما من تحديد الأداء المميز

ويعتمد أغلب الفقه المقارن في ذلك على المعيار المقدم حكماً في اتفاقية روما لسنة 1980 وذلك بمقتضى المادة (2/4) منها , والذي ورد فيه جملة من المؤشرات تُعد بمثابة دليل لقاضي النزاع بتحديد الأداء المميز على مختلف العقود , غير أن هذه المؤشرات ليست مذكورة على سبيل الحصر, كما أنها ليست ملزمة لقاضي الموضوع , فهذا الأخير يستطيع وبموجب سلطته التقديرية أن يُقرر أي الأداءات في العقد تُعد جوهرية؛ وبالتالي اعتبارها أداءً مميزاً يتقرر بموجبه القانون الواجب التطبيق على العقد,(أمين, وسامية,2019 , ص59) .

واعتدت اتفاقية روما - بقانون الإرادة كضابط إسناد أصيل لحكم العقد الدولي الخاص -إذ قررت في المادة (3) حكماً يقضي بأنه "يسري على العقد القانون الذي يختاره الأطراف , ويمكن أن يكون هذا الاختيار صريحاً أو مستخلصاً بصورة مؤكدة من أحكام أو من ظروف القضية , وعن طريق اختيار القانون يستطيع الأطراف اخضاع كل العقد للقانون المختار, أو جزء منه فقط "**وفي حالة عدم الاتفاق على قانون ما فإن الاتفاقية قد تبنت ضابطاً احتياطياً لتغطية احتمال انعدام القانون المختار, حيث قررت في المادة (1/4)حكماً يقضي بأنه "إذا لم يكن ثمة قانون مختار وفقاً للمادة الثالثة يسري على العقد قانون الدولة الأكثر صلة به..."** , ثم جاءت بمعيار أو ضابط لتجسيد الصلة الأوثق بالعقد بقانون معين دون سواه وذلك في المادة(2/4) والتي نصت على أنه "مع مراعاة حكم الفقرة الخامسة من هذه المادة يفترض أن العقد يكون أكثر صلة بالبلد الذي يكون فيه للطرف الذي يتعين عليه القيام بالأداء المميز للعقد وقت إبرام العقد محل إقامة معتاد , وبالنسبة للشخص المعنوي فإنه يكون المكان الذي يوجد فيه مركز الإدارة , وعلى أية حال إذا ما تم إبرام العقد في إطار تجارة أو مهنة أحد الأطراف , فيكون هو المكان الذي يوجد فيه المقر الرئيس لمزاولة التجارة أو المهنة, أو حيثما يتوجب وبموجب بنود العقد أن يتم التنفيذ من خلال مقر آخر غير المقر الرئيس ,فإنه يكون في البلد الذي يوجد فيه موقع ذلك المكان "

بعد عرض أحكام الاتفاقية أعلاه , أن من أهم ما يمكن ملاحظته الآتي:

<u>أولاً</u>- حددت الاتفاقية في هذه المادة ضابط الإسناد الاحتياطي الذي يحل محل قانون الإرادة في حكم العلاقة العقدية عند

DOI:10.52113/uj05/024-17/2064-2087

سكوت إرادة المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق , بأنه قانون الدولة الأوثق صلة بالعقد وأقامت قرينة أو افتراض تشريعي مؤداه - أن القانون الأوثق صلة بالعقد هو قانون موطن المدين بالأداء المميز .

ثانياً- أن الاتفاقية وبصدد تحديد موطن المدين بالأداء المميز قد تصدت لفروض ثلاثة هي الآتية:

1- موطن الشخص الطبيعي وحددته الاتفاقية بمحل إقامته .

2- موطن الشخص المعنوي وحددته الاتفاقية بمركز الإدارة .

3-موطن التاجر أو ذوي المهن وغيرهم حددته الاتفاقية بأنه المكان الرئيس لمزاولة النشاط أو المكان الذي يشير العقد أن التنفيذ يتم من خلاله (صادق ,2007 , ص593) .

ثالثاً- إن الاتفاقية عُنيت بتحديد موطن المدين بالأداء المميز أكثر من عنايتها بتحديد فكرة الأداء المميز ذاته , لكن يمكن وبالاستعانة ببعض المؤشرات التي ذكرتها الفقرة (2) من المادة(4) تحديد الأداء المميز وعلى النحو الآتي :

1-إن العقود التي يكون أحد طرفيها مهنياً كالفنان والمحامي والطبيب أو تاجراً, فما دامت الاتفاقية قد اعتدت بمقر النشاط الرئيسي وجعلت قانونه هو الواجب التطبيق ؛ لأنه قانون موطن المدين بالأداء المميز فيكون **استنباط قاعدة عامة بهذا الخصوص مفادها إن العقود التي يكون أحد طرفيها مهنياً أو تاجراً هو الذي يكون المدين بالأداء المميز.**

2-إن العقود التي يكون أحد طرفيها مؤسسة تجارية أو شخصاً معنوياً خاصاً , فإن تطبيق قانونها على أنه قانون المدين بالأداء المميز يفترض بالضرورة عد إداءه هو المميز من بين إداءات أطراف العقد .

رابعاً- إن المعايير أو القواعد العامة التي تستشف من حكم نص المادة (4) غاية في الدقة ولكنها ليست جامعة - ما يعني إن الاتفاقية ذاتها قصرت عن توضيح فكرة الأداء المميز وعجزت عن وضع وسائل فاعلة لتغطية جميع الفروض التي تتصور في الحياة الخاصة الدولية , كالعقود التي يبرمها أشخاص عاديون من أشخاص القانون الدولي الخاص .

ويقوم منهج الأداء المميز : على تحليل فئة معينة من العقود ذات الطبيعة الواحدة وتحديد الأداء المميز فيها , إذ يوجد لكل عقد أداء يميزه عن غيره من العقود ويعبر عن جوهره وخصوصيته (صادق ,2007 , ص563) , فيتم تحديد القانون الواجب التطبيق على كل فئة من تلك العقود المتشابهة , وفقاً للوزن القانوني والأهمية الواقعية للأداء الأساسي أو المميز في تلك العقود , فلابد من الكشف عن الأداء المميز في كل عقد أو في فئة عقدية متشابهة ؛ليكون الضابط الذي سيسند العقد وفقاً له قانون المكان الذي يؤدي فيه وظيفته الاقتصادية والاجتماعية, إذ يتم التركيز الوظيفي للعلاقة,(الأنباري , 2017,ص95) .

-تحديد القانون واجب التطبيق ومنهج الأداء المميز : فضابط مكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز, هو ضابط إسناد وظيفي, وليس ضابطاً إقليمياً , كضابط مكان إبرام العقد أومكان تنفيذه (DE Miguel Asensio,2013, p.20)

ولتحديد الأداء المميز في العقد أهمية كبيرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي , إذ أن ذلك الأداء ليس واحداً في جميع العقود, وهذا يؤدي إلى اختلاف القوانين الواجبة التطبيق على هذه العقود , وتُعد مسألة تحديد هذا الأداء المميز من المسائل الصعبة التي يواجهها القاضي في سبيل الوصول إلى قانون العقد , وذلك بسبب اختلاف طبيعة العقود عن بعضها البعض و بسبب صعوبة وضع تعريف أو معيار شامل يحدد ذلك الأداء ,(الفضل , والعتوم, 2019, ص565 , ص575) .

ولأجل الوصول إلى القانون الأكثر ارتباطاً بالعقد من خلال منهج الأداء المميز هناك خطوات لابد للقاضي من القيام بها وتتمثل بتحديد الأداء المميز في العقد ومن ثم تركيز العقد في نظام قانوني معين , فيتم تحديد الأداء المميز **إما وفقاً لطبيعة العقد الذاتية أو وفقاً لمهنة أطراف العقد** , إذ أن **تحديد الأداء المميز**

DOI:10.52113/uj05/024-17/2064-2087

وفقاً لطبيعة العقد , تقوم على تحديد الالتزام الجوهري من طبيعة العقد ذاته , فالالتزامات التعاقدية الناشئة عن العقد متعددة ولكن لا بد من وجود التزام أو أداء مميز في العقد يميز هذا العقد عن سواه .

وقد يتم **تحديد الأداء المميز في العقد وفقاً لمهنة القائم به**, حيث يتم تصنيف أطراف العقد إلى طرف عادي وطرف رئيس مهني يقوم بتنفيذ العقد بمقتضى نشاطه المهني الذي يمارسه بانتظام واحتراف؛ فيكون أداء هذا الأخير هو الأداء المميز في العقد وهو المدين به , فالأداء المميز هنا هو ذلك الأداء الذي يدخل ضمن النشاط المهني لمحترف العمل المهني أو التجاري , ولا يكفي لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود ذات الطابع الدولي بموجب منهج الأداء المميز مجرد تحديد هذا الأداء , وإنما لابد من تركيز هذا العنصر المميز في مكان معين ؛ ليكون قانون ذلك المكان هو القانون الواجب التطبيق على العقد باعتباره الأكثر ارتباطاً به, حيث يتركز هذا الأداء المميز في مكان إقامة المدين بهذا الأداء , (صادق , 2007 , ص590-591) .

ثالثاً- غياب قانون الإرادة في القوانين الوطنية المقارنة: تتعدد مناهج الإسناد والطرق من أجل الوصول إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية في ظل غياب قانون الإرادة , فعند البحث في ضوابط الإسناد على صعيد القانون الدولي الخاص المعاصر , نجد إن الحلول التشريعية التي تعتمدها القوانين المختلفة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الخاصة الدولية- في حالة غياب قانون الإرادة - لا تخرج عن فروض ثلاثة : **أولها** - الإسناد الجامد لقانون معين (محدد سلفاً من المشرع) كما في تطبيق قانون الموطن المشترك أو قانون محل إبرام العقد الذي خذت به المادة(29) مدني يمني, والمادة (19)مدني مصري , **والثاني**- هو الإسناد المرن الذي يؤدي إلى تطبيق قانون غير محدد سلفاً ويلقي على عاتق القاضي مهمة تحديد القانون الذي يرتبط بالعقد بصلة أو علاقة وثيقة وهذا هو النظام المتبع في القانون الانكليزي , إذ يحدد القاضي في كل قضية معروضة عليه القانون الأوثق صلة بالعقد والذي يختلف في كل مرة عن القانون الواجب التطبيق في قضايا أخرى , مثل مكان التنفيذ مكان الإبرام أو غيرها ,**والثالث** - هو الجمع بين الإسناد الجامد والإسناد المرن بإخضاع العقد إلى قانون محل إقامة المدين بالأداء المميز .

على أن المتفق عليه هو اللجوء إلى تركيز العلاقة التعاقدية في قانون يكون هو الأكثر قرباً وارتباطاً بها , وهذه العملية قد يقوم بها المشرع أو قد تُترك للقاضي , إذ أن كل من المشرع أو القاضي يجب أن يبحث عن القانون الأخلق والأجدر لحكم العلاقة التعاقدية, (الفضل , والعتوم , 2010 ,ص596) , وبالنظر للمزايا التي يتمتع بها منهج الأداء المميز بشأن تحديد هذا القانون في غيبة قانون الإرادة , مقارنة مع الحلول التي تقدمها المناهج الأخرى , إذ يتسم منهج الأداء المميز بالوضوح والتحديد وسهولة العلم المسبق بالقانون الذي سوف يطبق على العقد والاستجابة لاعتبارات العدالة ويُراعي طبيعة العقود ويوفر الأمان القانوني لأطرافها ؛ لأنه ينسجم مع توقعاتهم فلا يتفاجؤون بقرار القاضي الناظر في النزاع عند اختياره لقانون العقد ,(أمين , وسامية , 2019 ,ص59) .

وترتيباً على ما سبق , أن معظم التشريعات الوطنية المقارنة قد أخذت بمنهج **الأداء المميز** ومنها القانون الدولي الخاص السويسري الجديد لعام 1987 - كما نوهنا- إذ ظهرت تلك الفكرة أولاً في الفقه والقضاء السويسري, وكان طبيعياً أن تُقنن في بلد إبداعها, وبالفعل جاءت المادة(117) من مجموعة القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 ناصة عليها "**1**- يسري على العقد عند غياب اختيار القانون , قانون الدولة التي له بها أكثر الروابط وثوقاً **2**- وتعتبر تلك الروابط موجودة مع الدولة التي بها الإقامة العادية للطرف الذي يجب أن يُقدم الأداء المميز..." , وعلى النقيض من ذلك , وبموجب المادة (1/43) من القانون الدولي الخاص النمساوي لعام 1979حيث كانت تلك العقود محكومة بقانون الدولة الحامية في حالة العقود الخاصة بأكثر

DOI:10.52113/uj05/024-17/2064-2087

من دولة واحدة - قانون الإقامة المعتادة للمرخص له , (DEMiguelAsensio,2013,p12.) .

وهذا نفس الموقف الذي اتخذته بعض من التشريعات المختلفة , وأخذت بهذا المنهج أيضاً فرنسا التي طبقت اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية اعتباراً من 1/4/ 1991, والتي تحولت إلى تشريع عام لدول الاتحاد الأوربي رقم 593 لسنة 2008 , والمسمى روما1, ومن التشريعات العربية التي أخذت بهذا المنهج أيضاً , مجلة القانون الدولي الخاص التونسي رقم 97 لسنة 1998 , بمقتضى الفصل 62 منها على أن "يخضع العقد للقانون الذي تعينه الأطراف وإذا لم تُحدد الأطراف القانون المنطبق يعتمد قانون الدولة التي يوجد بها مقر الطرف الذي يكون التزامه مؤثراً في تكييف العقد أو مقر مؤسسته إذا كان العقد قد أُبرم في نطاق نشاط مهني أو تجاري",(مجلة القانون الدولي الخاص التونسي رقم 97 لسنة 1998, ص17) .

وهذا الحل هو ما تبنته بعض الأحكام القضائية, نذكر منها على سبيل المثال , قرار المحكمة الفيدرالية السويسرية الصادر في 11مايو عام 1966, الذي حكمت فيه بخضوع الروابط العقدية الدولية في حالة سكوت المتعاقدين على اختيار القانون الواجب التطبيق للقانون الذي يرتبط بالعقد برابطة وثيقة, وحددت المحكمة هذا القانون بأنه قانون محل إقامة الطرف المدين بالأداء المميز في العقد,(أمين , وسامية , 2019 , ص60) .

أما في ألمانيا ففي حال تعذر الوصول إلى القانون المختار من خلال الإرادة الصريحة أو الضمنية لأطراف التعاقد, فإنه عملاً بأحكام المادة(2/32) من القانون الدولي الخاص الألماني لعام 1987, والتي جاء فيها "يفترض أن العقد له أقرب الروابط مع الدولة أو الطرف الذي يجب أن يُقدم الأداء المميز في وقت إبرام العقد , أو محل إقامته المعتاد أو في حالة الشركة , يكون الشخص الاعتباري , الإدارة المركزية , ومع ذلك إذا تم إبرام العقد في ممارسة النشاط المهني لهذا الطرف , فإن هذا البلد هو المكان الذي توجد فيه مؤسسته الرئيسية , أو إذا كان يجب وفقاً للعقد , تقديم الخدمة من قبل مؤسسة أخرى, غير المؤسسة الرئيسية, المكان الذي توجد فيه هذه المؤسسة الأخرى, عندما يتعذر تحديد أداء الخاصية , تكون هذه الفقرة غير قابلة للتطبيق", (Batiffol , etFrancescakis, 1987,p.180) .

والمادة (4/4/28) أيضاًمن القانون المدني الألماني رقم 20بصيغته المعدلة لعام2017, قد حددت أربعة افتراضات لتحديد القانون الواجب التطبيق لأكثر أنواع العقود ذات الصلة, وعملاً بالمادة (5/28)مدني ألماني, فإن هذه الافتراضات يمكن استبعادها إذا تبين من مجمل الظروف أن العقد له صلات أقرب أو أوثق مع دول أخرى , وبحسب ما تنص عليه المادة (2/28)مدني ألماني , يفترض أن الصلة الأوثق للعقد تكون للدولة التي يقع فيها مكان الإقامة المعتاد للطرف الذي يؤثر في الفعالية التي يتسم بها العقد ويتميز بها الأداء المميز, (بشاشة وأخرون , 2012 , ص371).

رابعاً- عقد الترخيص ومنهج الأداء المميز: وطبقاً للقاعدة العامة ,فإن عقد الترخيص باستغلال الحق المالي للمؤلف يخضع لقانون الإرادة الصريحة أو الضمنية- وعند انعدام تلك الإرادة - فإن التساؤل يثور حول كيفية تحديد قانون العقد في القوانين الوطنية المقارنة؟.

ويُلاحظ في الخصوص ذاته ,إن مكان استغلال حق المؤلف قد يتعدد ويشمل أكثر من دولة , إذ قد تباع حقوق النشر المترتبة على المصنف في دول عديدة في نفس الوقت ؛ وبالتالي, تتعدد القوانين الواجبة التطبيق على عقد الاستغلال بتعدد الدول التي يُنشر بها المصنف ؛ وذلك **ما عارضه جانب من الفقه المناهض لفكرة تجزئة القانون الواجب التطبيق واعتبره أمر مرفوض؛ لذلك اتجه الرأي حديثاً إلى تبني ضابط الأداء المميز للعقد** ,(محمد ,1999, ص203) .

والذي ينطلق من القول : فإذا ما تم تحليل عقد الترخيص باستغلال الحق المالي للمؤلف- يؤدي إلى الكشف عن أهم ما

DOI:10.52113/uj05/024-17/2064-2087

يميزه - وهو الاستغلال ذاته, وإعمالاً لضابط محل الأداء المميز في العقد - محل البحث- وتحديد قانون العقد في ظل غياب قانون الإرادة , **كان للفقه رأيين :**

<u>الرأي الأول</u> : ذهب أنصار هذا الرأي إلى أن صاحب الأداء المميز هو المالك الأصلي لحق المؤلف - مانح الترخيص - أو منتج التسجيل الصوتي ؛ وبالتالي يكون واجب التطبيق على عقد الترخيص- قانون دولة موطن أو محل الإقامة العادية للمؤلف أو منتج التسجيل الصوتي ,أو قانون مركز الإدارة لصاحب المصنف أو منتج التسجيل الصوتي أو دار النشر, وقد ساد هذا الرأي في الدول الصناعية المتقدمة حماية لمصالحها كمورد رئيسي للتكنولوجيا, كما أخذ به القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987, حينما نصت المادة (1/122) على أن "يسري على العقود الواردة على الملكية الذهنية قانون الدولة التي بها محل الإقامة العادية للناقل أو المتنازل عن حق الملكية الذهنية", وهذا ما نص عليه أيضاً الفصل(69) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي رقم (97) لسنة 1998, والذي جاء فيه "تخضع العقود المتعلقة بالملكية الفكرية لقانون الدولة التي بها مكان الإقامة المعتاد لمن نقل حق الملكية الفكرية أو لمن تنازل عنه وذلك مالم تعين الأطراف قانوناً غيره...",(مجلة القانون الدولي الخاص التونسي رقم 97 لسنة1998, ص19) .

ومع ذلك فإنه بالنظر إلى صعوبة وضع المعيار موضع التطبيق في حالة تعدد من قام بتأليف المصنف واختلاف محال إقامتهم , فإن البعض ينادي بأن يطبق أيضاً قانون الدولة التي يتوطن بها من سيقوم باستغلال المصنف في هذه الحالة,(محمد , 1999 , ص 204) .

<u>الرأي الثاني</u> : وذهب أصحاب هذا الرأي , إلى أن الأداء المميز في مجال عقود الترخيص , يجب النظر إليه في المكان الذي يتجسد فيه , ويرتب فيه آثاره الاقتصادية ومنافعه بالنسبة لأطرافه , وعلى ذلك يكون واجب التطبيق قانون الدولة التي بها مركز نشاط أو موطن أو محل الإقامة العادية للمرخص له - **قانون موطن الناشر أو المستغل أو محل إقامته المعتادة** - وهذا الحل الذي يتعلق بإسناد عقد استغلال حق المؤلف إلى قانون موطن أو محل إقامة المستغل أو الناشر , فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق إذا كان العقد يتضمن التزاماً باستغلال حق المؤلف .

وهذا الرأي الذي يؤيده بعض الكتاب , قننته بعض التشريعات , منها القانون الدولي الخاص النمساوي لعام 1979 - كما نوهنا سلفاً- الذي نص في المادة (1/34)على أنه "إذا كان العقد يمتد إلى عدة دول فيكون واجب التطبيق قانون الدولة التي بها الإقامة العادية ,أو مركز منشأة المرخص له", إلا أن **الرأي الراجح** اتجه إلى أن القانون الواجب التطبيق على عقد الترخيص باستغلال الحقوق المالية للمؤلف وفقاً لمنهج قواعد الإسناد في ظل غيبة قانون الإرادة في القوانين الوطنية المقارنة, هو محل الإقامة المعتادة للمؤلف أو منتج التسجيل الصوتي أو دار النشر, وليس المستغل, (الكردي , 2003 , ص157) .

ترى الباحثة :

أولاً- تُعد مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الترخيص باستغلال الحقوق المالية للمؤلف المشتمل على العنصر الأجنبي - في حالة غياب اختيار الأطراف لذلك القانون - من أكثر المسائل إثارة للنقاش في القانون الدولي الخاص , وقد أدى ذلك إلى طرح حلول مختلفة في التشريعات الوطنية المقارنة في هذا الخصوص , ومن أهم هذه الحلول منهج الأداء المميز الذي يقدم تصوراً جديداً للقانون الواجب التطبيق على العقد - محل الدراسة - وذلك بتحديده القانون الأكثر ارتباطاً به من خلال الطبيعة الذاتية للعقد , إذ يفترض هذا المنهج أن القانون الأكثر ارتباطاً بالعلاقة التعاقدية هو مكان الإقامة المعتاد للمدين بالأداء المميز وقت إبرام العقد .

<u>ثانياً</u>- إن منهج الأداء المميز يُمثل التطور المنطقي للقانون الدولي الخاص المعاصر وجاء بضابط مهم في إسناد العلاقات العقدية ظهرت أهميته بشكل عالمي بعد تبينه من اتفاقية روما لعام

DOI:10.52113/uj05/024-17/2064-2087

1980 ,والتي خطت بالنظام الأوروبي إلى مرحلة جديدة في توحيد القواعد العامة التي تحكم مؤسسة العقد الدولي وذلك للآتي :

1-أن البحث في هذا الضابط له من الأهمية ما للضابط ذاته في تحقيق الفاعلية الإسنادية للعلاقات الخاصة الدولية ,فهو يُحقق غايات منطقية من أهمها إسناد العقود الدولية الخاصة للقانون الأوثق صلة في ظل غيبة قانون الإرادة .

2-ويمتاز المنهج بأنه يُقدم حلولاً مرنة تراعي تنوع العقود الدولية واختلافاتها ؛ لأنه يجمع بين الإسناد الجامد والإسناد المرن , وفي الوقت نفسه يُراعي مبدأ الأمان القانوني لمعاملات الأشخاص التي تتجاوز الحدود , كما أنه يحترم توقعات الأطراف المشروعة , وبالنظر إلى هذه المزايا فقد تبنت التشريعات المقارنة واتفاقيةروما لعام 1980 هذا المنهج .

ثالثاً- ورغم المزايا التي حققها تبني منهج الأداء المميز ومع إيمان واضعي الاتفاقية بأن هذا المعيار هو معيار ناجح للتركيز الفعلي والموضوعي للعلاقة العقدية ؛لأنه خير دلالة على المكان الأوثق صلة بالعقد , لكنهم مع ذلك اعترفوا بأنه معيار غير جامع فتنبهوا إلى أهمية إباحة نقض القرينة التي جاءت بها الاتفاقية بالسماح بإسناد العقد لقانون تدل الظروف على أنه الأوثق صلة وذلك بإيراد حكماً تقضي به الفقرة الخامسة من المادة الرابعة وحسناً فعلوا ؛ لأن الغاية هي إسناد العلاقة العقدية لقانون المكان الذي يتصل به أكثر من غيره , وليست الغاية مجرد الجمود على حل واحد يراد لذاته, إذ أن الاتفاقية جاءت بحل عملي عزز من حسنات الإسناد التفصيلي القائم على الأداء المميز أو الإسناد الوظيفي .

رابعاً- أخفق الفقه في وضع تعريف جامع للأداء المميز ولا صياغة قاعدة تجمع كل سمات هذا الأداء ؛لأن الأمر قائم على تحليل العقود أو طوائف العقود للوقوف على الأداء الذي يمكن وصفه بالمميز ثم نبحث عن صاحب هذا الأداء لنطبق قانون محل إقامته على العقد الدولي الخاص .

خامساً- إن القانون الواجب التطبيق على العقد - محل الدراسة - باعتباره من العقود الخاصة الدولية , والذي يحل محل قانون الإرادة في حكم العلاقة العقدية إذا لم يوجد الأخير أو لم يمكن التوصل إليه , مركز نشاط أو موطن أو محل الإقامة العادية للمرخص له - **قانون موطن الناشر أو المستغل أو محل إقامته المعتادة**- و المرخص له, وذلك للآتي :

1- يؤدي إلى وحدة القانون المطبق على عقد الاستغلال بغض النظر عن تعدد الدول التي يستغل بها المصنف الذهني,(محمد , 1999,ص204).

2- ينظر إليه بأنه المكان الذي يتجسد فيه , ويرتب آثاره الاقتصادية ومنافعه بالنسبة لأطرافه , وعلى ذلك يكون واجب التطبيق قانون الدولة التي بها مركز نشاط أو موطن أو محل الإقامة المعتادة للمرخص له, وهو ما أخذت به اتفاقية روما لعام 1980 بمقتضى نص المادة (2/4) .

3- على أنه الرأي الذي يؤيده الكتاب وقننته معظم تشريعات القانون الدولي الخاص الحديثة,(سلامة, 2002 ,ص387-388) .

4 - حتى في الفرض الذي يكون فيه قانون محل الإقامة المعتادة للمؤلف -أو المرخص واجب التطبيق - عندما لا يتضمن العقد بند الاستغلال - تماشياً مع ما يدعو إليه الفقيه السويسري"Schnitzer"صاحب نظرية الأداء المميز من تطبيق قانون محل إقامة الطرف المدين بالأداء أو الالتزام الجوهري في العقد الدولي الخاص, بناءً على قرينة لتحديد الأداء المميز مفادها إنه الاداء الذي يتم دفع المقابل النقدي لقاءه , ويرى الفقيه أنه يوجد طرف واحد في الحياة الاقتصادية للعقد يكون له دور فاعل وظاهر في إبرام العقد, **فهو الذي ينقل أو يتنازل** , أما الطرف الآخر-المستغل أو المرخص له, فهو مجرد عميل عادي ؛ لذا يدعو بعد تحديد صاحب الأداء المميز من أطراف العقد الدولي الخاص إلى إخضاع العقد لقانونه, فإنه يكون من الصعوبة وضع هذا المعيار موضع التطبيق في حالة تعدد من قام بتأليف المصنف واختلاف محال إقامتهم , فإن البعض يُنادي أن

DOI:10.52113/uj05/024-17/2064-2087

يطبق قانون الدولة التي يتوطن بها من سيقوم باستغلال المصنف في هذا الفرض أيضاً .

الفرع الثاني

موقف مبادئ معهد القانون الأمريكي"ALI" ومجموعة ماكس بلانك "CLIP" من تحديد القانون الواجب التطبيق

في البدء نذكر,أنه طبقاً للمواد (3:501) (3:502) من مجموعة ماكس بلانك CLIP فإن استقلالية الطرفين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود الترخيص باستغلال حقوق الملكية الفكرية , هي القاعدة العامة, أما في ظل غياب هذا الاختيار, ينبغي أن يكون القانون الواجب التطبيق في هذا الفرض هو قانون الدولة ذات الصلة الأوثق بالعقد, وعند تحديد هذه الأخيرة يتم سرد عدة عوامل للمساعدة في تحديد ما إذا كان العقد وثيق الصلة بحالة الناقل (المرخص) أو المنقول إليه (المرخص له) , ومع ذلك , إذا كان العقد نقلاً أو ترخيصاً للملكية الفكرية , ويمتد ذلك إلى حقوق المؤلف محل البحث - لدول متعددة - فإن الدولة التي يُفترض أنها أكثر ارتباطاً بجهة الاتصال ستكون تلك الدولة التي يُقيم فيها المحول أو المرخص بشكل اعتيادي في وقت إبرام العقد ,(Almawla, 2012 ,p.58) .

وعلى نفس المنوال- عالجت المادة(3:301) من مجموعة ماكس بلانك الأوربية- مسألة قابلية النقل والترخيص في عقود استغلال حقوق الملكية الفكرية عموماً, ويمتد ذلك إلى حقوق التأليف , فوفقاً لهذه المادة , يكون قانون الدولة التي تُلتمس الحماية لها هو الذي يُحدد ما إذا كان من الممكن الاحتجاج بالنقل أو الترخيص أم لا, وهذا يعني أن قانون هذه الدولة هو من سيُحدد صلاحية التنازل عن هذه الحقوق- فعلى سبيل المثال- إذا كانت فرنسا هي الدولة التي تُطلب الحماية لها, فلن يُسمح بالتنازل عن هذه الحقوق- كمبدأ عام - ومع ذلك إذا كانت إنجلترا هي الدولة التي يتم السعي للحصول على الحماية لها , فسيتم اعتبار التنازل عن - حقوق الملكية الفكرية بصفة عامة - على الأرجح صالحاً , (Almawla, 2012,p. 63) .

وقد أشارت المادة(3:502) من مجموعة ماكس بلانك الأوربية إلى أنه لا شيء في مجموعة ماكس بلانك يتعامل مع منهج الأداء المميز, حيث لا يتم استخدام هذا المصطلح ؛ لأنها مبادئ مصممة خصيصاً لحقوق الملكية الفكرية, ومع ذلك, فإن القواعد المعتمدة في هذه المادة , والتي تتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق في ظل غياب قانون الإرادة تتبنى نفس المنهج , وعندئذ نكون أمام أمرين :**أولهما** - إذا كان العقد يقضي من المرخص له استغلال المصنف , فهو المؤدي المميز , ويحكم العقد قانون الدولة التي يُقيم فيها عادةً , **وثانيهما**, خلو عقود الترخيص باستغلال حقوق المؤلف من بند الاستغلال , عندها يكون المؤدي المميز هو المؤلف؛ وبالتالي , سيكون القانون المعمول به هو قانون البلد الذي يقيم فيه المؤلف بشكل معتاد , .Almawla, 2012,p) (66-67 .

ولم تبتعد **مبادي المعهد الأمريكي "ALI"**عن القاعدة المعتمدة في **مجموعة ماكس بلانك الأوربية"CLIP"** , فقد نصت المادة (314) من مبادئ المعهد الأمريكي على أن قانون الدولة التي يتم نقل الحقوق إليها , يُحدد مدى قابلية هذه الحقوق للنقل والتحويل , ويكون المقصود بالدولة التي تُنتقل إليها الحقوق هي الدولة التي يتم فيها الاستغلال المالي لهذه الحقوق , وهي ذاتها الدولة التي تُطلب الحماية لها .

وفي الشأن ذاته, فقد تناولت المادة(315) من مبادئ المعهد الأمريكي"ALI" نقل حقوق الملكية الفكرية ومنح التراخيص باستغلال هذه الحقوق وطبقاً لهذه المادة- فإن القاعدة العامة- فيما يتعلق بالقانون الواجب تطبيقه على الالتزامات التعاقدية هو القانون الذي اختاره الطرفان - قانون الإرادة - **أما في ظل غياب قانون الإرادة** , ينطبق قانون الدولة الأقرب صلة بالعقد ؛ حيث يفترض في هذه الحالة أن الدولة الأقرب صلة بالعقد هي الدولة التي يُقيم فيها المحيل أو المرخص وقت تنفيذ العقد , وهذه القاعدة هي بمثابة تأييد لمنهج "الأداء المميز", ومع ذلك , فإن الأمر مختلف من حيث أن المرخص يفترض دائماً أنه هو

المؤدي المميز للعقد , وفقاً لذلك فإن المؤلف الذي يتنازل عن حقوقه, سوف يكون هو دائماً المؤدي المميز للعقد , وسيتم تطبيق قانون البلد الذي أقام فيه وقت تنفيذ العقد,(Almawla, 2012,p. 64, p.67) , ومن الجدير بالذكر, أن مبادئ المعهد الأمريكي تتجنب هي الأخرى استخدام مصطلح "الأداء المميز", ومع ذلك, تختلف هذه المبادئ عن مجموعة ماكس بلانك, فيما يتعلق باعتمادها لقاعدة واحدة , فيما يخص القانون الواجب التطبيق على العقد في ظل غياب قانون الإرادة .

ومن المهم تحديد خصائص الأداء من أجل تحديد القانون الأكثر ارتباطاً بالعقد , قد تكون هذه المهمة مباشره نسبياً في العقود بصفة عامة, ومع ذلك , فإن الأمر أكثر تعقيداً في عقود الترخيص باستغلال حقوق المؤلف؛ لذا فإن عامل الربط الموضوعي بموجب المادة (2/4) من لائحة روما الأولى, هو محل الإقامة المعتادة , أو على التوالي الإدارة المركزية للطرف الذي سيؤثر على الأداء الذي يُميز العقد- كما نوهنا سلفاً- , ضف إلى ذلك , تخضع المادة (1/10) من لائحة روما الأولى وجود وصحة العقد , أو أي شرط في العقد إلى القانون الذي سيحكمه بموجب هذه اللائحة إذا كان العقد أو الشرط صالحاً, وفيما يخص حقوق الملكية الفكرية, فإن القانون الذي سيُحدد صحة التنازل هو القانون الذي يختاره الطرفان ,"قانون الإرادة", إذا لم يتم اتخاذ أي خيار آخر بعد ذلك ؛ وعليه يكون قانون الدولة التي يكون فيها الطرف المطلوب منه التأثير على الأداء المميز للعقد مقيماً بشكل معتاد في تلك الدولة,(Almawla, 2012,p. 63, p.99) .

<u>ترى الباحثة</u> - وبناءً على ما تقدم - حبذا لو تبنى المقنن اليمني والمصري على وجه العموم - منهج الأداء المميز - لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد في ظل غياب قانون الإرادة الصريحة أو الضمنية ؛ بالنظر لما يمتاز به ضابط مكان الإقامة المعتاد للمدين بهذا الأداء من مزايا ؛ كون هذا المنهج استطاع التغلب على العديد من صعوبات مناهج الإسناد الأخرى التي سبقت لتحديد القانون واجب التطبيق على العقود , وأن هذا الضابط يجمع بين منهج الإسناد التشريعي الجامد وبين منهج الإسناد التشريعي المرن ,إذ أنه يُراعي تنوع طبيعة العقود , وأنه يُجنب القاضي مغبة البحث في ملابسات التعاقد وظروفه , كما أن تطبيق هذا المنهج فيه إضفاء نوع من المرونة والعدالة في الحلول ؛ **لذا تقترح الباحثة** - أنه ليس هناك ما يمنع المشرع اليمني من العدول عن منهج الإسناد الجامد إلى النص صراحة على هذا المنهج المرن في نص قانوني منفرد ؛ ليكون بالشكل الآتي :

"1- يسري على العقد عند غياب اختيار القانون , قانون الدولة التي له بها أكثر الروابط وثوقاً 2- وتعتبر تلك الروابط موجودة مع الدولة التي بها الإقامة العادية للطرف الذي يجب أن يقدم الأداء المميز".

وفيما يخص تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الترخيص باستغلال الحقوق المالية للمؤلف في ظل غياب قانون الإرادة الصريحة والضمنية؛ **تقترح الباحثة** أن يكون النص بالشكل الآتي :

"يسري على العقود الواردة على الملكية الفكرية قانون الدولة التي بها محل الإقامة العادية للناقل أو المتنازل عن حق الملكية الفكرية" .

الخاتمة :

بغية الوصول بالبحث لغايته لابد أن يسجل في أخر محطاته أهم النتائج التي توصل إليها وذلك في نقطة رئيسية أولى تتبعها أهم التوصيات التي تراءت للباحثة بنقطة ثانية , وذلك على الوجه التالي :

أولاً - النتائج

1- خلصت الدراسة إلى إن المشرع اليمني والمصري لم يعتدا بضابط الإرادة المفترضة , وإنما اعتدا بفكرة تركيز الرابطة التعاقدية , فيما لو تخلفت الإرادة الصريحة والضمنية للمتعاقدين .

DOI:10.52113/uj05/024-17/2064-2087

2- كشفت الدراسة وجود قصور يعتري تنظيم التشريع المدني اليمني والمصري في معالجته لمشكلة تنازع القوانين , فيما يتعلق بعدم تخصيص قاعدة إسناد عامة تبين القانون الواجب التطبيق على عقد الترخيص باستغلال الحقوق المالية للمؤلف في ظل غياب قانون الإرادة .

3- كشفت الدراسة إن القانون الواجب التطبيق على عقد الترخيص باستغلال الحقوق المالية للمؤلف ؛هو قانون الإرادة الصريحة والضمنية , وفي ظل غياب قانون الإرادة يمكن اعتماد منهج الأداء المميز المطروح في تشريعات القانون الدولي الخاص الحديثة والاتفاقيات الدولية .

ثانيا- التوصيات

1- حبذا لو تبنى المشرع اليمني والمصري على وجه العموم - منهج الأداء المميز - لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد في ظل غياب قانون الإرادة الصريحة أو الضمنية؛ وذلك للعدول عن منهج الإسناد الجامد إلى النص صراحة على هذا المنهج المرن في نص قانوني منفرد , ولهذا ؛فإننا نقترح أن يكون النص التشريعي بالصيغة الآتية :

"1- يسري على العقد عند غياب اختيار القانون , قانون الدولة التي له بها أكثر الروابط وثوقاً 2- وتعتبر تلك الروابط موجودة مع الدولة التي بها الإقامة العادية للطرف الذي يجب أن يقدم الأداء المميز" .

2- تخصيص قاعدة إسناد تُحدد القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين المؤلف- المرخص والمستغل- المرخص له ذات العنصر الأجنبي في ظل غيبة قانون الإرادة الصريحة أو الضمنية؛ ولهذا؛ فإننا نقترح أن يكون النص التشريعي بالصيغة الآتية :

"يسري على العقود الواردة على حق المؤلف قانون الدولة التي بها محل الإقامة العادية للناقل أو المتنازل عن حق المؤلف"؛ كون ضابط مكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز , يجمع بين منهج الإسناد التشريعي الجامد ومنهج الإسناد التشريعي المرن ,إذ أنه يُراعي تنوع طبيعة العقود ,وأنه يُجنب القاضي مغبة البحث في ملابسات التعاقد وظروفه, وأن تطبيق هذا المنهج فيه إضفاء نوع من المرونة والعدالة في الحلول .

قائمة المراجع

أولاً-المراجع العربية

1-محمد ،أشرف وفا , (1999)، تنازع القوانين في مجال الحقوق الذهنية للمؤلف ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،

2-بلقاسم، إعراب, (2002)،القانون الدولي الخاص الجزائري ، تنازع القوانين ، دار همسة للطباعة والنشر ، الجزائر.

3- الكردي ، جمال محمود, (2003) ،حق المؤلف في العلاقات الخاصة الدولية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية .

4- الهداوي ، حسن , (1997) القانون الدولي الخاص تنازع القوانين ، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الاردني ، دراسة مقارنة ، مكتبة دار الثقافة للنشر ، عمان ، الاردن.

5- المجاهد ، طارق عبد الله , (2013) تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة للطباعة والنشر ، صنعاء ، اليمن .

6- الدوليين , ط8 ، دار النهضة العربية ، القاهرة .

7- رياض ، فؤاد عبد المنعم و راشد، سامية , (1974) الوسيط في القانون الدولي الخاص , في تنازع القوانين ، ج2، دار النهضة العربية ، القاهرة.

8- رياض ، فؤاد عبد المنعم , و راشد، سامية (1981)الوجيز في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي , دار النهضة العربية ، القاهرة.

9- السداوي ، ماهر إبراهيم (1981) تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي في القانون المقارن والقانون اليمني , الكتاب الثاني , مكتبة سعيد رأفت .

10- صادق، هشام علي , (1974) تنازع القوانين , دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية والمقررة في التشريع المصري ، ط3 ، منشأة المعارف في الاسكندرية ، مصر.

DOI:10.52113/uj05/024-17/2064-2087

11- صادق، هشام علي , (1986) دروس في القانون الدولي الخاص , الدار الجامعية للطباعة ، بيروت ، لبنان ، .

12- صادق ، هشام علي , (2007) عقود التجارة الدولية , دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية.

ثانياً-الرسائل والأطاريح

1-الانباري، أحمد حميد , (2017) سكوت الارادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي , دراسة مقارنة ، رسالة مقدمة الى جامعة الشرق الاوسط ، عمان.

2- بن سعدية ، مسعودة ,(2022) القيود الواردة على مبدأ سلطان الارادة في مجال العقود ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة محمد بو ضياف المسلية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، الجزائر .

3- فتيون، ايمان وأبودغاسن، جبار, (2020) الالتزامات التعاقدية في قواعد التنازع الجزائرية ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة عبد الرحمن ميره ، بجاية ، الجزائر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية.

4- مسعودة، دير, (2016) ،القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الدولية ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة العربي بن مهيدي ، ام البواقي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، الجزائر.

5- مناصف، أمين و سعدي، سامية ,(2019) تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة محمد الشريف مساعدية ، سوق اهراس ، الجزائر.

ثالثاً- البحوث والمجلات المحكمة

1-الحراكي ، أحمد و قطان ،عماد و بشاشة ، زياد محمد فالح (2013) ، دور ارادة اطراف التعاقد في اختيار القانون واجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية الدولية , وفقا للقانون الاردني ، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات ، العدد/ 30، ج/1.

2- شنوف، بدر و بوشول، عبد الغني و شنوف ، عبد الرؤوف,(2017)إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، بحث مقدم للملتقى الدولي، للاتجاهات الحديثة للتجارة الدوائية وتحديات التنمية المستدامة نحو رؤى مستقبلية واحدة للدول النامية .

3- الفضل ،عبد السلام علي و العتوم ، نعيم علي, (2019) منهج الأداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي , بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون , تصدرها كلية القانون , جامعة اليرموك , الأردن , المجلد 46 , العدد 1 , ملحق 1 .

4 - المطالقة ،محمد فواز, بدون تاريخ نشر, الارادة ودورها في القانون الواجب التطبيق على المتاجر الافتراضية ، بحث منشور في جامعة البلقاء التطبيقية ، كلية اربد الجامعية ، الاردن .

رابعاً-القوانين

1-القانون المدني اليمني رقم14لسنة2002، اصدار وزارة الشئون القانونية ، صنعاء ، 2002 .

2-القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 .

3-القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987.

4- قانون مجلة القانون الدولي الخاص التونسي رقم 97لسنة 1998 .

خامساً-المراجع الاجنبية:

1-Pedro Alberto DE Miguel Asenio,(2013) The Law Governing International Intellectual Property Licensing Agreements, (A Conflict of Laws Analysis), published in Research Handbook on International Property Licensing (edited by J.de Werra),Cheltenham, Edward Elgar Publishing, ISBN9781849804400,pp.312-336..

2- Hanan Mohamed Almawla (dec 2012) ,Moral rights in the conflict of law ,alternative to copyright qualification ,submitted for the degree of doctor of philosophy, school of law queen Mary university of London.

3- Henri Batiffol et de Ph. Francescakis (1987) Revue Critique DE Droit International Prive`,

DOI:10.52113/uj05/024-17/2064-2087

10- 14-Fahmy, Muhammad Kamal (1981) Private International Law, Nationality, Domicile, Foreigners' Status, Conflict Matters, 2nd edition, University Culture Foundation, Egypt.11-Sadiq, Hisham Ali (1974) Conflict of Laws, a comparative study of the general principles and positive solutions established in Egyptian legislation, 3rd edition, Ma'sha'at al-Ma'arif in Alexandria, Egypt.12-Sadiq, Hisham Ali (1986) Lessons in Private International Law, University Printing House, Beirut, Lebanon.13-Sadiq, Hisham Ali (2007) International Trade Contracts, University Press House, Alexandria.

-:**Messages and theses**

1-Al-Anbari, Ahmed Hamid, (2017) The silence of the will in determining the law applicable to the international contract, a comparative study, a thesis submitted to the Middle East University, Amman.

2- Ben Saadia, Masouda, (2022) Restrictions on the principle of the authority of will in the field of contracts, a master's thesis submitted to the Mohamed Bou Diaf Al-Masliya University, Faculty of Law and Political Science, Algeria.

3-Fatyoun, Iman and Aboudgassen, Djebar, (2020) Contractual Obligations in the Algerian Conflict Rules, Master's Thesis Submitted to Abderrahmane Mira University, Bejaia, Algeria, Faculty of Law and Political Science.

4-Masouda, Dir, ((2016), The Law Applicable to International Contractual Obligations, Master's Thesis Submitted to Larbi Ben M'hidi University, Oum El Bouaghi, Faculty of Law and Political Sciences, Algeria.

5-Mansef, Amin and Saadi, Samia, (2019) Conflict of Laws in International Trade Contracts, Master's thesis submitted to Mohamed Sharif Musadia University, Souk Ahras, Algeria.

Research and peer-reviewed journals :

1-Al-Haraki, Ahmed and Qattan, Imad and Bashasha, Ziyad Muhammad Faleh (June 2013), the role of the will of contracting parties in

Re`publique Fe`de`rale d' Allemagne, Droit international Prive`, Dalloz, Paris.

4-Henri Batiffol et de Ph. Francescakis (1982),Revue Critique DE Droit International Prive`,Turquie - Dorit international Prive, 75240Dalloz,paris..

ترجمة المراجع العربية الى الانجليزية:

1-Muhammad, Ashraf Wafa (1999), Conflict of Laws in the Field of the Author's Intellectual Rights, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo,

2-Belkacem, Parsing (2002), Algerian Private International Law, Conflict of Laws, Dar Hamsa for Printing and Publishing, Algeria.

3-Al-Kurdi, Gamal Mahmoud (2003), Copyright in International Private Relations, New University Publishing House, Alexandria.

4-Al-Hadawi, Hassan (1997) Private international law, conflict of laws, general principles and positive solutions in Jordanian law, a comparative study, Dar Al-Thaqafa Publishing Library, Amman, Jordan.5-Al-Mujahid, Tariq Abdullah (2013) Conflict of Laws in International Trade Contracts, A Comparative Study, Dar Al-Jami'ah for Printing and Publishing, Sana'a, Yemen.

6-Abdullah, Ezz El-Din, (1977) Private International Law, Part 2, on the Conflict of Laws and International Conflicts of Jurisdiction, 8th edition, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo.

7-Riad, Fouad Abdel Moneim and Rashid, Samia (1974) The mediator in private international law, in the conflict of laws, vol. 2, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo.

8- Riad, Fouad Abdel Moneim, and Rashid, Samia (1981), Al-Wajeez on the Conflict of Laws and the Conflict of

International Jurisdiction, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo.

9-Al-Sadawi, Maher Ibrahim (1981) Conflict of Laws and Conflict of International Jurisdiction in Comparative Law and Yemeni Law, Book Two, Saeed Raafat Library

will. The researcher used descriptive, analytical, and comparative methods. The research consisted of an introduction and two sections; the first section included: determining the applicable law according to the conflict of laws approach in licensing contract disputes under national laws, and the second section addressed: determining the applicable law according to the conflict of laws approach in licensing contract disputes under comparative laws, the Max Planck European Group "CLIP," and the principles of the American Law Institute "ALI." The research concluded with a summary that included the most important findings and recommendations.

Keywords: Applicable law, licensing contracts, law of will, conflict of laws approach.

choosing the applicable law in international contractual obligations, according to Jordanian law, a comparative study, research published in the Journal of Al-Quds Open University for Research and Studies , Issue/30, Part/1.

2-presented to the international forum, on modern trends in pharmaceutical trade and the challenges of sustainable development towards one future vision for developing countries.

3-Kazem, Hassan Ali, (2022) Rules of Attribution and Application Mechanisms in Iraq, research published in Ahl al-Bayt Magazine, University of Karbala, Issue/20.

4-Rashid, Hassan Hantoush and Muhammad, Rasha Musa (2014) The scope of copyright protection in international private relations, research published in the Resalaat al-Huqouk magazine, University of Karbala, College of Law, Iraq, Issue/1, sixth year.

5-Al-Fadl, Abdul Salam Ali and Al-Atoum, Naeem Ali, (2019) The distinctive performance approach in determining international contract law, research published in the Journal of Sharia and Law Studies, issued by the College of Law, Yarmouk University, Jordan, Volume (46), Issue (1), Appendix (1.(

6-Al-Matalaqa, Muhammad Fawaz, (without publication date) Will and its role in the law applicable to virtual stores, research published at Al-Balqa Applied University, Irbid University College, Jordan. Laws:

The law applicable to licensing contracts to exploit the author's financial rights in the absence of a will law

Mountaha Abbas Tafar Al-aarajy

Sana'a University / College of Sharia and Law

Abstract:

The research aimed to identify the law applicable to licensing contracts for the exploitation of authors' financial rights in the absence of a law of

DOI:10.52113/uj05/024-17/2064-2087