مجلة رسالة الحقوق ISSN-2032-2075
الإصدار 15 مارس / أبريل 2023
العدد الثاني

تأثير الصياغة المرنة في تطوير منهج قواعد الإسناد الإقليمية.

The effect of flexible wording in developing the regional imputation rules curriculum.

بحث مشترك مقدم من قِبل
الأستاذ الدكتور حسن علي كاظم
استاذ القانون الدولي الخاص
الباحثة أميره حمزه كاظم
جامعة كربلاء / كلية القانون

الخلاصة.
على الرغم من التحولات الجذرية التي حصلت في البيئة العراقية، وتبني المشرع العراقي سياسة الانفتاح ونمو العلاقات الدولية الخاصة، إلا أن نصوصه لا تزال ضحية منهج الصياغة الجامدة لقواعد الإسناد، لاسيما قواعد الإسناد الإقليمية التي تحكم الالتزامات غير التعاقدية (المسؤولية التقصيرية) والأموال غير المادية (الأموال المعنوية) ، والتي تكتفي بتحقيق العدالة الشكلية فقط، فالقاضي يتعامل معها بأنها قواعد آلية وعمياء بحيث تحدد القانون الواجب التطبيق دون النظر إلى طبيعة وخصوصية العلاقة القانونية المعروضة أمامه، إذ لا تعطي أدنى سلطة تقديرية للقاضي ولا تعترف لإرادة الأفراد باختيار القانون المناسب الذي يحمي مصالح الأفراد وتوقعاتهم المشروعة، فهي تعطي حلولا خارج أطار العلاقة القانونية، لذا لابد للمشرع الآن من التفكير بجدية لتغيير صياغة نصوصه، وتبني منهج الصياغة المرنة كبديل نوعي عن منهج الصياغة الجامدة في حل العقبات القانونية التي تواجه تطبيق تلك القواعد في ظل عدم وجود سلطة تشريعية وقضائية عليا لتوحيد قواعد القانون الدولي الخاص وتسهر على تنظيم أحكامه، مما دعانا لبحث تأثير الصياغة المرنة على قواعد الإسناد حينما يكون القانون المحلي هو ضابط الإسناد الذي يعتمده القاضي في تعيين القانون الواجب التطبيق في تطوير هذا الضابط . بحيث تعطي سلطة تقديرية للقضاء باختيار أنسب القوانين وأجدرها لحكم العلاقة القانونية.

الكلمات المفتاحية: الصياغة المرنة ، تطوير منهج ،قواعد الإسناد، الإقليمية.

Abstract.
Despite the radical transformations that took place in the Iraqi environment ,and the Iraqi legislator's adoption of a policy of openness and the growth of private international relations, his texts are still victims of the rigid formulation of the rules of attribution, especially the regional rules of attribution that govern non-contractual obligations (the tort liability) and non- material funds (moral funds), which suffice to achieve formal justice only ,so the judge deals with them as rules that define the applicable law without regard to the nature and specificity of the legal relationship before him ,as it does not give the slightest discretionary power to the judge and does not recognize the will of individuals choose the appropriate law that protects the legitimate interests and expectations of individuals.

Keywords: ***flexible wording , developing the regional, imputation rules, curriculum.***

المقدمـــــة .

أولًا / فكرة موضوع البحث.

تؤثر الصياغة التشريعية المرنة في فعالية قواعد الإسناد بنوعيها الإقليمية والشخصية، فبقدر انسجام حلول تنازع القوانين مع توقعات الأفراد وتقديم قدر من الضمانات لحماية مصالحهم المشروعة، تكون النتائج أكثر مقبولية ودعمًا للاستقرار ولديمومة العلاقات الدولية الخاصة، بيد أن ضرورات عملية كمرونة الإسناد المتطلبة لغرض مواكبة التطور الحاصل في المجال الاقتصادي والاجتماعي ، من خلال اعطاء سلطة تقديرية للقضاء بنصوص تشريعية مرنة، فالصياغة التشريعية المرنة تمكن القاضي من الاستجابة لمتغيرات الظروف وتفريد الحالات ، وتتيح له حرية التقدير والمواءمة في ظل عدم وجود سلطة تشريعية عليا تسهر على تنظيم أحكام القانون الدولي الخاص ، مما جعل الدول تستقل بوضع قواعدها مراعية لمصالحها ومصالح أفرادها، لذا نجد ان بعض أنظمة هذه الدول، تتباين في أسلوب صياغة نصوص قواعدها ، بعضها أخذت بأسلوب الاقتضاب الشديد في صياغة قواعد الاسناد، بحيث تعطي مرونة واسعة للنصوص تاركة مسألة الاجتهاد للقضاء ، وبعضها أخذت بأسلوب الاسهاب والثبات ، بحيث لا تعطي سلطة تقديرية للقضاء بتفريد الحالات ومواكبة الظروف وتطور الحياة . ففي ضوء التطورات التي حصلت في البيئة العراقية ، يحتم الواقع الجديد على المشرع العراقي التفكير بجدية من أجل تعديل أو تغيير في صياغة نصوص لقواعد الإسناد ، وبالخصوص قواعد الإسناد التي تحكم الأموال المادية وغير المادية، وقاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية، وجعلها تتناغم مع التحولات السياسية والاقتصادية والاجتماعية في العراق .

ثانيًا/ إشكالية البحث .

تكمن إشكالية البحث في منهج الصياغة التشريعية لقواعد الإسناد الإقليمية في القانون العراقي، فعلى الرغم من التطورات التي حصلت في العلاقات الدولية الخاصة وتبني المشرع العراقي سياسة الانفتاح ، ودخوله في التعامل الإلكتروني، إلا أنه ما زال يتبنى النهج التقليدي الجامد في نصوصه، التي تكتفي بتحقيق العدل المجرد، لأنها تلزم القاضي بحل عام وجامد لا تعطيه أدنى سلطة تقديرية بتحليل العلاقة القانونية المعروضة أمامه، ولحل تلك الإشكالية يتوجب على المشرع أعادة صياغة نصوص قواعد إسناده عن طريق أتباع منهج الصياغة المرنة، بحيث يترك مهمة تعيين القانون الواجب التطبيق لقاضي النزاع مستعيناً بجملة من الاعتبارات كحماية مصلحة الأفراد، وتحقيق الأمان القانوني ، حمايةً لتوقعات الأفراد المشروعة ،و وصولاً لأهداف قواعد الإسناد التي يهدف إليها المشرع الوطني.

ثالثًا / أهمية البحث وأسباب اختياره.

لا شك في أن الكتابة في أي موضوع من موضوعات القانون لا تخلو من أهمية، إذ كان الدافع إلى تناول هذا الموضوع هو :

1- عدم وجود دراسة مستفيضة تناولت الصياغة التشريعية لمنهج قواعد الإسناد في القانون العراقي.

2- إن الصياغة المرنة لمنهج قواعد الإسناد الإقليمية تمثل منهجًا جديدًا بالنسبة لنصوص قواعد القانون الدولي الخاص؛ لأننا لسنا مع حالة الجمود التي تتسم بها هذه القواعد ، وكذلك لسنا مع الآلية التي تعمل بها ، كونها تعطي حلولا خارج أطار العلاقة القانونية المعروضة أمام القاضي النزاع.

رابعًا / منهجية البحث

إن دراسة هذا الموضوع تستلزم إتباع المنهج الوصفي المقارن، و لم نتناول الصياغة التشريعية لنصوص قواعد الإسناد الإقليمية في نظام قانوني واحد، بل عقدنا مقارنة بين القوانين الأوربية الحديثة كالقانون السويسري والألماني، وكذلك بين القانون العراقي والقانونين الفرنسي والمصري، أما بالنسبة للمنهج الوصفي يتمثل بمحاولة بيان نصوص القوانين محل المقارنة والوقوف على فلسفة المشرع و الطروحات الفقهية والقرارات القضائية وصولًا إلى غرض الموضوع وغايته.

خامسًا / خطة البحث

استناداً إلى ما سبق من أهمية الموضوع والإشكالية ، ارتأينا أن نقسم هذه الدراسة إلى مبحثين ، نتناول في المبحث الأول تأثير الصياغة المرنة في تطوير قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية،

وسوف نقسمه إلى مطلبين ، نتناول في الأول المنهج التقليدي الجامد، اما الثاني نتناول فيه المنهج المستحدث المرن، أما المبحث الثاني فسوف نتناول فيه تأثير الصياغة المرنة في تطوير قاعدة الإسناد الخاصة بالأموال غير المادية، وسوف نقسمه إلى مطلبين ، نتناول في الأول المنهج التقليدي الجامد ، أما الثاني نتناول فيه المنهج المستحدث المرن.

المبحث الأول/ تأثير الصياغة المرنة في تطوير قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية.

تتراوح التشريعات القانونية محل المقارنة، في الصياغة التشريعية لقاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية بين المرونة والجمود، فبعضها لا تزال مكرسة للفكرة التقليدية القاضية بتطبيق القانون المحلي ، التي تعطي حكماً عاماً يطبق على كل الحالات والفروض، ويمكن أن نطلق عليه بالمنهج التقليدي الجامد ، وبعضها قد غيرت من موقفها إذ اعطت حرية للقضاء بتفريد كل حالة على حدة استناداً للمعطيات والظروف المحيطة بالواقعة المنشئة للعمل غير المشروع ، ويطلق على ذلك بالمنهج المستحدث المرن . وعلى هذا الأساس سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتناول في الأول المنهج التقليدي الجامد ، وسنفرد الثاني إلى المنهج المستحدث المرن .

المطلب الأول/ المنهج التقليدي الجامد.

تتراوح الصياغة التشريعية لقواعد الإسناد بين الصياغة جامدة التي تعتمد على حل عام إلزامي يكون واجب التطبيق على الحالات التي تثار بشأنها العلاقة القانونية كافة المترتبة للفعل غير المشروع، وبين الصياغة المرنة لتلك القواعد من شأنها أن ترصد حلولاً متغيرة ومتباينة تبعاً لتباين وتغير الخصومة المعروضة، وبين هذا وذاك نلاحظ أن العديد من النظم القانونية [1] ، تذهب إلى إخضاع الالتزامات غير التعاقدية لقانون محل حدوثها [2] ، فإذا كانت الواقعة المنشئة للالتزام سواءً أكانت ضارة أم نافعة قد وقعت في إقليم دولة معينة مثلاً وكان النزاع الواقع قد عرض على قاضي وطني، وجب على الأخير أن يطبق قانون إقليم تلك الدولة باعتبارها المكان الذي وقع فيه العمل غير المشروع ، وبالجدير بالذكر أنه لما كان هذا الاتجاه يتبلور في تطبيق القانون المحلي على الالتزامات غير التعاقدية على جميع الفروض المعروضة أمام القاضي الوطني دون النظر لطبيعة وذاتية المسألة المعروضة، فأن نتيجة تعميم هذا المبدأ وعدم اقتصاره على حالة دون الأخرى، إذ يقوم القاضي بتطبيقه في كل مرة تثار بشأنها المنازعة المعروضة أمامه [3] ، والواقع أن هذا الحكم التقليدي قد اعتنقته غالبية النظم القانونية كالمادة (40) من القانون الدولي الخاص الألماني ، والمادة (129) من القانون الدولي الخاص السويسري ، المادة (21) من القانون المدني المصري والمادة (27) من القانون المدني العراقي ، التي تنص على " الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام" ويتضح من ذلك أن التشريعات اخضعت المسؤولية التقصيرية لقانون الدولة التي حدثت فيها ، فالقاضي سوف يطبق القانون المحلي على المسؤولية غير التعاقدية الناشئة سواءً اكان الفعل ضارا أم أثراء غير مشروع . وقد أكدت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ذلك اذ نصت على ان "تنحصر القاعدة العامة في خضوع الالتزامات غير التعاقدية بوجه عام سواءً اكان مصدرها الفعل الضار أم الاثراء دون سبب مشروع لقانون البلد الذي وقعت فيه الحادثة المنشئة للالتزام ...ولا تدخل الالتزامات المترتبة على نص القانون مباشرة في نطاق النص لأن القانون نفسه هو الذي يكفل بتقديرها، وتعين من يلتزم بها دون أن يضع لذلك ضابطاً معيناً أو قاعدة عامة " [4]. أما بالنسبة لموقف المشرع الفرنسي ، فلم يرد نصاً صريحاً يتضمن قاعدة إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على تلك الالتزامات ، ولكن هناك جانب من الفقه الفرنسي [5] ، بين موقف المشرع الفرنسي من هذا الجانب من خلال أحكام القضاء، إذ طبق القانون المحلي أي القانون البلد المنشئ للالتزام مستنداً على مجموعة من المبررات التي أستندت عليها غالبية القوانين، ويؤسس أنصار المنهج التقليدي الجامد[6] ، بأن إعطاء الاختصاص للقانون المحلي يقوم على اعتبارات عدة أهمها أن الأفعال الضارة تكون خرقاً لقواعد سلوك الأفراد في المجتمع الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام، ولأن لكل دولة كما هو معلوم – قواعد سلوك قد تختلف عن قواعد سلوك دولة أخرى ، وأن قواعد سلوك الأفراد تدخل في نطاق قواعد الأمن المدني والبوليس في الدولة التي وقعت فيها الأفعال الضارة على إقليمها ، كما أن تطبيق القانون المحلي في نظر هذا الاتجاه يتفق مع توقعات الأفراد المشروعة ، كون

أحكامه معلومة لأفراد العلاقة القانونية المنشئة للالتزام [7] ، ويستند جانب آخر من الفقه [8] إلى التحليل المنطقي السليم لطبيعة العلاقة القانونية المنشئة للفعل الضار، إذ يرى هذا الاتجاه أن تركيز العلاقة في هذا الفرض بالنظر إلى مصدر الواقعة المنشئة للالتزام باعتباره العنصر الذي يشكل مركز الثقل بما يتعلق بالمسؤولية عن الفعل الضار [9] ، وهناك البعض يؤسس [10] قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية على اعتبار قانوني، مفاده مبدأ الإقليمية، إذ يرى أن الأصل في تطبيق القوانين هو الإقليمية فالقانون الذي تصدره الدولة يسري داخل إقليمها على كل الأشخاص والاشياء والوقائع ، فأذن من الطبيعي أن يسري أيضاً على الأفعال الضارة قانون الدولة التي ارتكبت على إقليمها، ويدعم مبدأ الإقليمية معطيات عملية نابعة من الواقع الذي يفترض على المشرع تضمينها في سياسته التشريعية، لغرض كفالة الأمن والاستقرار لكل الأفراد الموجودين على إقليم تلك الدولة، وهذا ما تؤكده الفقرة الأولى من المادة الثالثة من القانون المدني الفرنسي بقولها "أن قوانين البوليس والأمن ملزمة على جميع سكان الإقليم" [11].

ومن ناحية أخرى هناك اعتبار آخر يبرر الأخذ بالقانون المحلي، فهو ضابط موضوعي كونه يحقق الموازنة بين حقوق الأفراد، بالتالي يتعين تطبيق قواعد هذا القانون على كل ما يقع في إقليم الدولة التي وضعتها لتحقيق الهدف الذي ابتغته من هذه القواعد [12] ، وهناك جانب من الفقه العراقي [13] يبرر على اعتبار مختلف بالنسبة لتطبيق القانون المحلي على الأعمال غير المشروعة أو الأثراء بلا سبب، كون أن هذه الأعمال تمس حقوق الدائنين ، ويجب إجراء تسوية في المعاملة والحقوق ما بين الدائنين والمدينين، وهذه الحوادث القانونية يجب أن تخضع لقانون واحد بغض النظر عن جنسية الاشخاص أو الموطن المشترك . وأن المحكمة التي تنظر في هذه الامور غالبًا ما تدفع تعويضًا عن الأضرار الحادثة، بالتالي فأن تقدير هذه الأضرار عادة تخضع الى الظروف المحلية السائدة، كما هو الأمر بالنسبة لحوادث السيارات والمرور، وبناء على تلك الاعتبارات التي أستند عليها أنصار المنهج التقليدي، والتي دفعت المشرع في القوانين محل المقارنة الى تأكيد خضوع الالتزامات غير التعاقدية لقانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام أي للقانون المحلي ، وعليه فإن تأكيد المشرع العراقي لهذا المبدأ لم يحل دون الاعتداد بقانون القاضي ألا في حالة محددة وعلى سبيل الاستثناء، إذ نصت المادة (27) من القانون المدني العراقي على أن "الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام" ، كذلك المشرع المصري بموجب نص المادة (21) السالفة الذكر ، فمن خلال إمعان النظر في صياغة النصوص المذكورة أنها جاءت بصياغة جامدة غير مرنة ، إذ أخضع المشرع العراقي والمصري الالتزامات غير التعاقدية لضابط الزامي لا يعطي أدنى سلطة تقديرية للقاضي أو لإرادة الأفراد أن يخرجوا على صياغة النص ، ومن الجدير بالذكر أن المنهج الذي أتبعه المشرع العراقي والذي يتبلور في إخضاع الواقعة المنشئة للالتزام لقانون محل حدوثها ، الزم القاضي بحكم عام يطبق في جميع الفروض وكافة الحالات دون النظر لخصوصية العلاقة القانونية المنشئة للفعل الضار، ومن المعلوم أن المشرع لكل دولة حينما ينظم علاقة قانونية معينة ويقرر لها ضابط إسناد عام بهدف تحقيق غايات معينة كحماية التوقعات المشروعة وتحقيق التعايش المشترك لنظم قانونية مختلفة، وتحقيق مبدأ قابلية توقع الحلول والعدالة الموضوعية ، وعليه فالزام القاضي بقاعدة آمرة جامدة ، إذ لا تعطيه أية سلطة تقديرية ، بالتالي يتعذر على القاضي بلوغ تلك الغايات لأن القاضي لا يحلل الرابطة محل الخصومة، وإنما يكتفي بالتطبيق الحرفي لقاعدة الإسناد [14] ، كما نلاحظ ان النصوص السابقة يعتريها بعض الغموض ، حين أعطى المشرع العراقي اختصاص في كل ما تقدم إلى قانون البلد الذي تمت فيه الواقعة المنشئة للالتزام ، إلا أنه لم يبين المقصود بالقانون المحلي ، فهل يقصد قانون الدولة التي وقع فيها الخطأ، أم قانون الدولة التي وقع فيها الضرر، إنما أكتفى بإعطاء الاختصاص الى البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام دون وضع ضابط يتعين بمقتضاه الفعل المنشئ للالتزام ، أبقى المسألة خاضعة في هذا الشأن لاجتهاد الفقه [15] ، وعلى هذا الأساس أختلف فقه القانون الدولي الخاص حيال ذلك، فذهب اتجاه من الفقه الفرنسي [16] ، الى القول بأن القانون المحلي المختص بحكم المسؤولية التقصيرية في هذه الحالة هو قانون محل وقوع الخطأ. ويسبب هذا الاتجاه أن المسؤولية التقصيرية تهدف أساسًا إلى وقاية المجتمع من الأعمال غير المشروعة، إذ يرى أن محل وقوع الخطأ هو المعيار السليم الذي يتعين في ضوئه تركيز الالتزامات الناشئة عن العمل

غير المشروع، ويؤكد البعض هذا الحل ذلك لأن مهما قيل من أن عناصر المسؤولية لا تتكامل إلا بوقوع الضرر فانه مما لا شك فيه أن الخطأ هو العماد الرئيسي الذي تقوم عليه هذه المسؤولية وما الضرر إلا نتيجة له [17] ، إلا أنه يؤخذ على هذا الاتجاه السالف الذكر ، فيه مغالات في الاعتداد بمحل وقوع الفعل الضار وتجاهله لمكان الضرر تجاهلاً تاماً، صحيح أن عنصر الخطأ يشكل ركناً أساسياً من اركان المسؤولية المدنية إلا أن التطور الحديث في نظام المسؤولية المدنية يؤكد افتراقها عن المسؤولية الجنائية من حيث الاعتداد بعنصر الفعل غير المشروع ، فنظام المسؤولية المدنية في التطور الحديث لا يرمي الى ايقاع الجزاء على المخطئ بقدر ما يهدف الى حماية المضرور وتعويضه عما لحقه من ضرر [18] . فعلى هذا الأساس أكد فقه القانون الدولي الخاص على ضرورة الاعتداد بمحل وقوع الضرر، كونه المكان الذي يتحقق فيه الإخلال بالتوازن بين المصالح التي يهدف القانون الى حمايتها، كحماية التوقعات المشروعة للطرفين ، ومن ثم يتعين تركيز الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع في المكان الذي يحقق فيه الضرر، بوصفه عنصر جوهري للمسؤولية التقصيرية على وفق تطورها الحديث [19] ،و أكدت هذا الاتجاه العديد من تشريعات القانون الدولي الخاص المعاصرة في الواقع [20] ، كما أتجه البعض الى إعطاء المضرور الخيار بين قانون محل وقوع الخطأ وقانون مكان تحقق الضرر [21] ، إلا أن ما يعاب عليه هو ترجيح كفة المضرور ومحاباته على حساب فاعل الضرر، بما يخل بالتوازن المطلوب بين مصالح الطرفين، كما أن اعطاء المضرور حق اختيار القانون الواجب التطبيق للطرف المضرور، يشكل استبعاداً لسلطة القاضي ، وبالتالي يعطي لتعيين القانون الواجب التطبيق على المسؤولية الناشئة عن الفعل الضار طابعاً شخصياً، وهذا أمر غير مرغوب، إذ يتعارض مع غايات القانون الدولي الخاص، منها تحقيق الأمان القانوني في معاملات الأفراد عبر الحدود أكثر من توفير الحل العادل بالنظر إلى مصلحة أحد الأطراف [22] .أما من جانبنا يمكن القول، فعلى الرغم من وجاهة الآراء الفقهية المذكورة، فأن المشرع العراقي بموجب نص المادة (27) السالفة الذكر، لم يحدد مدلول ضابط الإسناد ، إنما أورد مبدأ عاماً هو خضوع كل الحالات التي تنشا عنها الافعال غير المشروعة لقانون محل حدوثها ، دون الأخذ بنظر الاعتبار بقانون الموطن المشترك للأطراف أو قانون الجنسية المشتركة لأطراف العلاقة، وهذا يدل على أن صياغة هذه القاعدة تتصف بالجمود المفرط وعدم التلائم مع ظروف الحياة المعاصرة وأجراء موازنة المصالح بين الأطراف المتعددة وقانون دولة المحكمة وظروف الحياة من كثرة التبادل والحركة المستمرة ما بين البشر في العالم . في حين أن غالبية التشريعات الحديثة أتجهت إلى تطوير صياغة القاعدة القاضية ب "خضوع الالتزامات غير التعاقدية لقانون محل حدوثها" . فضلاً عن الصعوبات التي يثيرها هذا الضابط عندما تكون الواقعة المنشئة للالتزام قد وقعت على سبيل الصدفة أو بصورة عرضية، كذلك من الصعوبات التي يثيرها هي عندما تتوزع مظاهر الضرر في أكثر من دولة ، وغيرها من الصعوبات التي تثبت عجز وقصور المنهج التقليدي الجامد لصياغة قاعدة الإسناد للتطورات في العلاقات الدولية الخاصة ، لذا لا بد من العمل على التخفيف من جمود الصياغة التشريعية لضابط محل نشوء الالتزام ومنح سلطة تقديرية للقضاء لتحديد القانون الأوثق صلة والجدير بمصلحة الأفراد الخصومة المعروضة في ضوء المعطيات والأهداف التي تسعى إليها قواعد القانون الدولي الخاص لتحقيقها، حتى يكون متماشياً مع التطورات الحديثة التي شهدتها العلاقات الدولية الخاصة، وبالتالي من شأنه أن يحقق العدالة المادية ، وهذا ما سوف نتناوله في المطلب التالي من هذا المبحث.

المطلب الثاني/ المنهج المستحدث المرن.

على الرغم مما حققه المنهج التقليدي الجامد الذي اعتنقته معظم النظم القانونية المعاصرة من إيجابيات، إلا أن فقه القانون الدولي الخاص قد اثبت قصور قانون محل نشوء الفعل غير المشروع وعجزه عن مواكبة التطورات في العلاقات القانونية العابرة للحدود، ونتيجة عدم قناعتنا بالاستدلال القانوني لأغلب التشريعات المقارنة، وللاستفادة من نصوص تلك التشريعات والمتضمنة معالجة مسألة الالتزامات غير التعاقدية ، ولغرض استعراض نموذج من تلك النصوص لنرى مدى إمكانية الاستناد إليها في تطبيق المنهج المرن للصياغة التي تبنتها بعض نصوص التشريعات الحديثة، لأجل معالجة النقص الوارد في المنهج التقليدي الجامد لدى النصوص القانونية لأنظمة القوانين المعاصرة [23] ، إذ أنتقد جانب من

الفقه[24] ، المنهج التقليدي الجامد لصياغة قاعدة الإسناد التي تقضي بـ "خضوع الالتزامات غير التعاقدية إلى القانون المحلي ، التي اعتنقتها التشريعات العربية محل المقارنة ، كالقانون العراقي بموجب المادة (27) من القانون المدني العراقي ، وتقابلها نص المادة (21) من القانون المدني المصري السالف الذكر، يرى هذا الاتجاه أن تطبيق القانون المحلي يفتقر إلى الأساس القانوني السليم ، ويضرب أنصار هذا الاتجاه مثالًا توضيحيًا يبين فيه قصور المنهج التقليدي الذي يقضي ب "خضوع الواقعة المنشئة للالتزام لقانون محل وقوعها"، ولنفترض ان فرنسيين يقضيان عطلتهما الصيفية في أحدى المناطق السياحية في مصر أو العراق تشاجرا وأصاب أحدهما بأضرار تم نقله على أثرها الى المستشفى لتلقي العلاج الخاص به ، بعد عودته إلى بلاده أقام دعوى التعويض على زميله مطالبًا أياه بتعويضه عما لحقه من ضرر، ففي هذه الحالة سوف يطبق القاضي المعروض أمامه الخصومة القانون المحلي وهو القانون المصري أو العراقي ، باعتباره قانون المكان الذي وقع فيه الفعل الضار استناداً لنص المادة (27) مدني عراقي ، والمادة (21) مدني مصري . بالتالي فأن تطبيقه لا يتفق مع توقعات الأفراد ؛ لأن وجودهم كان على سبيل الصدفة ، فضلًا عن ذلك لا يحقق مصالح الطرفين وفي ذات الوقت مصلحة المضرور، فلو طبق القانون الفرنسي باعتباره القانون الأوثق صلة بالواقعة ، على اعتبار أن الطرفين من الجنسية الفرنسية ومؤمن عليهما في فرنسا كما ان وجودهما عرضي وكان على سبيل الصدفة، وكذلك أن المضرور سوف يحصل على تعويض أكثر من ذلك التعويض فيما لو طبق القانون الفرنسي ، ويخلص هذا الفقه إلى القول أن تطبيق القانون المحلي في هذه الحالة لا يصلح معيارًا سليمًا للإسناد ، مادام أن الواقعة لها صلة وثيقة بالقانون الفرنسي [25] .كما أنتقد جانب آخر من الفقه [26]، الذي يرى أن الأخذ بالمنهج التقليدي للقاعدة محل الدراسة من شأنها أن تؤدي إلى نتائج غير سليمة، إذ تعطي المنازعات ذات الطابع الدولي حلًا مختلف عن ذلك الذي يقضي به القانون الأجنبي فعلاً، فمن المعلوم أن ضوابط الإسناد تتحدد في كل دولة وفقًا لاعتبارات ومقتضيات خاصة بهذه الدولة وفي ضوء ما تمليه مصالح هذه الدولة وواقعها الاجتماعي ، ومن ثم فإن إعمال قاعدة الإسناد في دولة القاضي لتحديد القانون الواجب التطبيق على الواقعة المنشئة للالتزام قد تؤدي الى حكم مخالف لذلك الذي يقضي به القانون الأجنبي، بالرغم تطابق قاعدة الإسناد لكل من القانونين كون أن تحديد مدلول ضابط الإسناد لا يكون واحداً في كل منهما، فلو افترضنا مثالاً أن قاعدة الإسناد في كلا القانونين ، تقضي بإخضاع المسؤولية عن الفعل الضار لقانون محل وقوع الفعل ، فإن الحل النهائي للنزاع قد يختلف تبعاً لاختلاف القانونين في تحديد المقصود بمحل وقوع الفعل ، فقد يحدد قانون القاضي محل وقوع الفعل على أنه محل تحقق الضرر، بينما يحدده النظام الأجنبي على أنه محل حدوث الخطأ .لذا أخذ جانب من الفقه [27] ، إلى تلافي النقد السابق بإخراج قاعدة إسناد الالتزامات غير التعاقدية من الصياغة التقليدية الجامدة التي لا تعطي أدنى سلطة تقديرية للقاضي ، إلى الصياغة المرنة التي تبيح الحرية للأفراد وكذلك تمنح للقضاء سلطة واسعة باختيار القانون الملائم وفقاً لتحليله لظروف وملابسات كل دعوى على حدة، فأن تركيز العلاقات التي يحكمها القانون الدولي الخاص لا يتأتى بالنظر الى العناصر الخارجية للعلاقة، أي العناصر المادية التي يمكن أن تظهر الى العالم الخارجي فلابد من تركيزها استناداً الى معطيات وأهداف معينة التي تهدف إليها قواعد القانون الدولي الخاص وتصون توقعات الأفراد وحمايتهم [28]، فضلاً عن ذلك أن الحلول الواجب أعتمادها بموجب المنهج المرن لصياغة قاعدة الإسناد لن يكون حلاً موحداً يسري في سائر الحالات التي تعرض بمناسبة دعوى المسؤولية التقصيرية، إذ أن الحل يختلف من مسألة الى أخرى ضوء الحكمة التشريعية التي يسعى المشرع الى تحقيقها [29]. ولكن السؤال الذي يثار بهذا الصدد ، ما مدى توافق الصياغة المرنة للقاعدة التي تبنتها التشريعات الحديثة للتطورات التي شهدتها العلاقات الدولية الخاصة ؟ .

للإجابة عن التساؤل المذكور ، يمكن القول أن مقتضيات تأمين المعاملات عبر الحدود وتأكيد الفعالية الدولية للأحكام القضائية ، تفرض عدم الاعتراف بطبيعة الصياغة التشريعية الجامدة لقاعدة الإسناد المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية وخضوعها للقانون المحلي، أذا لم يكن هو القانون المناسب والملائم لأن القاضي ملزم بتطبيق قانون المحل الذي وقع فيه الفعل الضار ، بالنظر الى وقائع وظروف الحال دون الأخذ بمعطيات وظروف وخصوصية الواقعة المنشئة للالتزام بالتعويض، بينما المنهج المرن لصياغة

قاعدة الإسناد لا ترصد حكمًا عامًا يسري بالنسبة لكافة الحالات والفروض ، فعلى القاضي وفق هذا المنهج أن ينظر لحل تنازع القوانين في ضوء معطيات العلاقة القانونية التي ثار بشأنها النزاع، وهذا المنهج أقدر على الوصول إلى حلول عادلة ، نظرًا لقيامه على معايير مرنة تكفل ربط كل حالة بالنظام القانوني الذي يتبين أنها أكثر اتصالاً به [30] ، ففي ضوء التطور الصناعي المعاصر وتزايد الأنشطة الخطرة التي يجب وقاية الأفراد منها، وكثر حركة الأفراد العابرة للحدود، كما أن الأنسان المعاصر لم يعد كما كان من قبل يكتفي بحكم القضاء والقدر، فهو دائمًا يبحث عن مسؤول يعوضه جراء الضرر الذي لحقه، مما أدى ذلك الى تغيير التشريعات الحديثة من موقفها الذي اضحى زائفاً وغير مناسب ، إذ اضعف الصلة بالوضع الناشئ عن الواقعة الضارة [31]، كالقانون الدولي الخاص الألماني بموجب النص المادة (41)، إذ نصت على "إذا كان هناك قانوناً آخر أكثر ارتباطًا بالواقعة المنشئة للالتزام بالتعويض، يكون هو واجب التطبيق" [32] ، بإمعان النظر في النص نجده يتمتع بطابع المرونة ، كون أن المشرع الألماني أباح للقضاء سلطة تقديرية واسعة بالبحث وتحليل العلاقة القانونية المعروضة أمامه ، على وفق المعطيات وعناصر داخلية بغية الوصول إلى أنسب القوانين لحكم الواقعة المنشئة للالتزام ، وبالشكل الذي يحقق الحكمة التشريعية التي يهدف إليها المشرع ، كحماية مصالح الطرفين واحترام توقعاتهم المشروعة . وتطبيقاً لذلك في حكم لمحكمة الاستئناف الألمانية (Hamm) [33] عام 1989 إذ تبنت هذه المحكمة المنهج المرن الذي يعتمد على اعطاء سلطة تقديرية للقاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق على الواقعة المعروضة أمامه، وتتلخص وقائع هذا الحكم، في ان شخصا الماني الجنسية مقيم في أستراليا، وأثناء وجوده في أحدى ولايات المانيا، قام بدهس شخص آخر أسترالي ، ودخل المانيا هو وعائلته لغرض السياحة ، أقامت الزوجة دعوى أمام المحاكم الألمانية للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابتها جراء وفاة زوجها ، ففي هذه القضية كان القانون الألماني هو واجب التطبيق وفقاً للقاعدة العامة التي تقتضي تطبيق قانون محل وقوع الفعل الضار، وأن القانون الأسترالي هو قانون جنسية الزوج المتوفى ، ومن خلال سلطة القاضي التقديرية واستنادًا لنص المادة (41) من القانون الدولي الخاص الألماني، بالبحث عن القانون الأوثق صلة الذي يصون مصلحة الطرفين ، إذ أستبعد القاضي القانون الألماني باعتباره قانون محل وقوع الفعل غير المشروع ، فطبق القاضي القانون الأسترالي وهو قانون جنسية المجنى عليه ؛ لأن القاضي وجد أن أحكام القانون الماني لا يعوض المضرور إلا عن الاضرار المادية فقط دون المعنوية ، كما أن وجوده بصورة عرضية في المانيا ، بينما القانون الاسترالي يعوض عن نوعين من الأضرار (الضرر المادي والضرر المعنوي) ، وكذلك وجد القاضي أن الزوجة والزوج المتوفى مقيمين في أستراليا، وأن المدعى عليه أيضاً في أستراليا، فطبقت المحكمة القانون الاسترالي بدلاً من القانون الألماني استنادًا لنص المادة (41) من القانون الدولي الخاص الألماني، وعطلت المحكمة العمل بنص المادة (40) من ذات القانون [34] ، القاضية بتطبيق القانون المحلي للفعل غير المشروع، لكونه ضعيف الصلة بالواقعة المنشئة للالتزام . كما نصت المادة (132) من المجموعة القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 على " يجوز للطرفين أن يتفقا في أي وقت بعد وقوع الحادث الذي تسبب في ضرر، يكون قانون القاضي هو واجب التطبيق" ، تقابلها المادة (42) من القانون الدولي الخاص الألماني ، كذلك المادة (133) من القانون نفسه إذ تنص "1- إذا كان للمحدث الضرر والمضرور مكان إقامة معتادة في نفس الدولة، تخضع دعوى المسؤولية الناشئة عن التزام غير تعاقدي لقانون تلك الدولة" [35] ، ومن خلال دراسة تحليلية للنصوص المذكورة ، نلاحظ أن المشرع السويسري والألماني تبنى في صياغتهما المنهج المرن حينما أعترف للأفراد حرية تعيين القانون الواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الفعل غير المشروع، فضلاً عن ذلك وجه المشرع السويسري القاضي بأن يأخذ بموطن المشترك للطرفين أو الجنسية المشتركة لهما بالاعتبار لحظة تعيين القانون الواجب التطبيق ، بهدف حماية مصلحة الطرفين تحقيقًا للعدالة المادية التي يهدف إليها القانون الدولي الخاص [36] ، أما بالنسبة الى موقف المشرع الفرنسي ، فعلى الرغم من تمسك الفقه والقضاء بالمنهج التقليدي الجامد للفكرة التقليدية للقانون المحلي، فإن الدراسات الحديثة في الفقه لا تخفى اقتناعها بالمنهج المرن لصياغة قاعدة الإسناد ، ويشير إلى أن القضاء الفرنسي سوف يحيد عن منهج الصياغة الجامدة ، خصوصًا بعدما

انضمام فرنسا الى بعض الاتفاقيات الدولية التي تتميز قواعدها الموضوعية بطابع المرونة [37] ففي حكم لدى محكمة باريس بدعوى بخصوص حادث سيارة وقع في الجزائر، لشخص فرنسي أثناء تجوله بإحدى المدن الجزائرية ، فقد قضت محكمة باريس في حكمها الصادر في 26 يونيو عام 1978 ، نتيجة لدعوى التعويض التي رفعتها أرملة المجنى عليه، بتطبيق القانون الجزائري استنادًا لنص المادة (3) من اتفاقية لاهاي الخاصة بحوادث الطرق باعتباره قانون المحل الذي وقع فيه الفعل غير المشروع ، إلا أن المحكمة عطلت العمل بنص المادة المذكورة ، وطبقت القانون الفرنسي استناداً لنص المادة (4/أ) من اتفاقية نفسها، إذ وجدت المحكمة أن المجنى عليه فرنسي ومتوطن في فرنسا، كما أن السيارة مسجلة في فرنسا ، ويتضح من ذلك أن المادة (4/أ) من الاتفاقية ، قد جاء بصياغة مرنة ؛ لأنها أعطت سلطة تقديرية للمحكمة في تعيين القانون الأكثر ارتباطًا بالواقعة المعروضة أمامها ، وهذا له دور كبير في تحقيق العدالة[38] ، ذلك لأن من العدل والانصاف تطبيق القانون الفرنسي باعتباره القانون الأوثق صلة بالواقعة المنشئة للالتزام .أما بالنسبة للاتفاقيات الدولية، نجد أنها تبنت المنهج المرن لصياغة قاعدة الإسناد الخاصة بالمسؤولية التقصيرية، ومن ذلك اللائحة الأوربية (المسماة بروما الثانية رقم 2007/864) المتعلقة بالالتزامات غير التعاقدية والتي دخلت حيز النفاذ اعتبارًا من 11 كانون الثاني 2009 [39] ، فالمشرع الأوروبي قد كرس المبدأ العام القاضي بتطبيق القانون المحلي للفعل غير المشروع ، وهذا واضح من صياغة الفقرة الأولى من المادة الرابعة من اللائحة [40] ، ويمكن القول أن اعتماد المشرع الأوروبي على التركيز المكاني وتطبيق قانون حدوث الفعل المنشئ للالتزام يقوم على اعتبار أن القواعد التي تحكم الأعمال الضارة على رأي البعض تدخل في مفهوم قواعد الأمن المدني وقواعد البوليس [41] ، لكنه قد أتجه الى منهج الصياغة المرنة للتخفيف من المنهج الجامد القاضي بتطبيق القانون المكان وقوع الفعل غير المشروع، وذلك في نص المادة الرابعة بفقرتها الثالثة ، حين تبنى نظرية التركيز الاجتماعي للواقعة المنشئة للالتزام، إذ نصت على "إذا كان واضحًا من ظروف الواقعة - مسؤولية أو جنحة – بأنها مرتبطة بشكل وثيق مع دولة أخرى غير التي تم تحديد في الفقرة 1 و2 فأن قانون هذه الدولة هو الذي يكون واجب التطبيق، وأن هذا الارتباط الوثيق مع هذه الدولة الأخرى قد يؤسس بصورة خاصة على علاقة سابقة بين الطرفين مثل عقد ذات صلة بالواقعة" ، ويتضح من صياغة النص أن المشرع الأوربي أتبع المنهج المرن في كيفية اختيار أنسب القوانين لحكم المسألة، وذلك بتطبيق قانون الدولة التي يتبين من مجموع الظروف أن الفعل الضار ينطوي على روابط بدولة أخرى أكثر ارتباطًا مما يربطها بدولة مكان تحقق الواقعة المنشئة للالتزام ، وذلك يعد خروجًا من جمود المنهج التقليدي للنصوص السابقة [42] .

ومن الجدير بالذكر، أنه على الرغم من المزايا التي حققها المنهج المرن لصياغة قاعده إسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية ، إلا أنه لا يسلم من النقد، إذ أنتقد جانب من الفقه [43] ، المنهج المرن للصياغة التي تبنتها التشريعات الحديثة محل المقارنة، إذ يرى أن إعطاء سلطة للقاضي في تعيين القانون الملائم استناداً لتحليله للظروف المحيطة بالواقعة المعروضة أمامه بالنظر الى كل حالة على حدة بمقتضى حكم ينسجم مع طبيعة المسألة ، تمهيداً لتحديد القانون الأوثق صلة بها، من شأنه أن يخل بمبدأ استقرار التعامل الدولي ، فإن أعماله يؤدي الى مفاجأة الخصوم لأنه قد يختار قانونًا لا يعرف اطراف العلاقة القانونية بأحكامه ، وهذا بدوره يؤدي إلى الأخلال بالأمان القانوني ، كما يترك المتقاضين تحت رحمة سلطة القاضي التقديرية دون أي ضوابط أو معايير [44] ، خلافًا للحل التقليدي في شأن تطبيق القانون المحلي الذي يتميز بالوضوح والبساطة ، ومن ثم اعماله من شأنه أن يقود إلى اليقين القانوني للأفراد. إلا أننا يمكن القول أن هذا الرأي التقليدي الذي يعتبر قاعدة الإسناد محل الدراسة ، أداة لتحديد مدى ولاية القوانين في المكان، ولكن هذا الرأي يغفل أن وظيفة قاعدة الإسناد هي قبل كل شيء البحث لتحديد القانون الذي يضع أنسب الحلول لمسألة معينة [45]، فضلًا عن ذلك أن سلطة القاضي تخضع للرقابة القضائية .ومن هنا يمكننا أن نبرز أهمية الصياغة المرنة لقاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية ، يمكن أجمالها في عدة نقاط :

1- تحقيق التوازن بين مصالح الطرفين العلاقة القانونية الناشئة عن العمل غير المشروع .

2- إعطاء سلطة تقديرية للقضاء بتحليل ظروف وملابسات الدعوى لكل حالة على حدة ، استنادًا للمعطيات داخلية بغية الوصول إلى القانون الملائم، والذي يحقق حلولاً عادلة ومقبولة تصون توقعات المشروعة للأفراد .

3- تكفل تنفيذ الأحكام الصادرة من القضاء في إقليم دول أخرى ، لان صدور الحكم على وفق أسلوب آلي، معزول عن البحث والتحليل العلاقة القانونية المعروضة أمام القاضي ، وهو ما يشكل أمام الحكم عائقًا قد يرفض تنفيذه خارج إقليم الدولة الصادرة من قبل دولة أخرى ، إذا كانت العلاقة لها صلة بالواقعة .

4- إن اعتماد منهج الصياغة المرنة للقاعدة يساعد القاضي على تفادي مشكلة التكييف القانوني للعلاقة المعروضة.

5- تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة .

6- التأكيد على تحقيق العدالة المادية التي تهدف إليها قواعد القانون الدولي الخاص، التي تقتضي باختيار القانون الأصلح للمضرور، ذلك لأنه ليس من العدل تطبيق القانون المحلي على الواقعة المنشئة للالتزام ، إذا تبين أن هناك قانوناً آخر يكون أوثق صلة بالواقعة محل الخصومة .

لذا نقول إن التركيز المادي للقانون المحلي لا يمكن قبوله بسهولة مع تطور العلاقات العابرة للحدود وتقدم في وسائل الاتصالات والتقنيات، كذلك لا يستطيع المشرع الإلمام بكل التغييرات التي تطرأ على المجتمع بنصوص قانونية ، لذا نرى أن اعطاء سلطة تقديرية للقضاء بالتركيز الاجتماعي للواقعة المنشئة للالتزام، استنادًا للمعطيات والظروف المحيطة بها هو الحل الذي يعتبر أكثر ملائمة ، مما يفترض من المشرع العراقي أن يستجيب لتلك التطورات أسوةً بالتشريعات الحديثة ، من خلال التخفيف من حدة سريان القانون المحلي على الالتزامات غير التعاقدية. لذا نقترح على مشرعنا أضافة فقرة ثالثة لمادة (27) من القانون المدني العراقي والتي تنص "3- إذا تبين من ظروف الواقعة المنشئة للالتزام ، أن هناك قانوناً آخر أكثر ارتباطًا يكون هو واجب التطبيق " .

المبحث الثاني/ تأثير الصياغة المرنة في تطوير قاعدة الإسناد الخاصة بالأموال غير المادية.

أخذت بعض النظم القانونية تعول على المنهج المرن لصياغة نصوصها كبديل عن المنهج التقليدي الجامد الذي يعتمد على التطبيق الحرفي للنصوص في حل جانب مهم من العقبات القانونية التي تواجه تطبيق قواعد الإسناد الوطنية التقليدية ذلك في ظل تطور العلاقات الدولية الخاصة ، بالخصوص المنازعات الخاصة بالأموال غير المادية، إذ ان الاخيرة ما عادت قضية تعني الأطراف بقدر تعلقها بمصالح التجارة الدولية ، حتى أخذت الدول تعقد الاتفاقيات الدولية لغرض تبني قواعد موحدة مرنة في ظل عدم وجود سلطة تشريعية عليا . وعلى هذا الأساس سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين ، نتناول في الأول المنهج التقليدي الجامد ، وسنفرد الثاني إلى المنهج المستحدث المرن .

المطلب الأول/ المنهج التقليدي الجامد.

من المستقر أن الملكية، والحيازة، والحقوق العينية الأخرى، لا ترد إلا على الأموال المادية الملموسة[46] ، فإن هناك من الأموال ما لا يقع تحت الحس ، مع ذلك يصلح لأن ترد عليه الحقوق ، وتسمى بالأموال غير المادية (الأموال المعنوية) ، وما يرد عليها من حقوق ، فهي حقوق معنوية ، وتشمل هذه الحقوق ما يرد على الإنتاج الفكري والمعروفة بالملكية الأدبية والفنية والصناعية كحق المؤلف، وحق المخترع وحق صاحب النموذج الصناعي وحق العلامة التجارية وغيرها من الحقوق[47]، ومن المعلوم أن من طبيعة استعمال هذه الحقوق أن تثير تنازعاً بشكل أوسع مما في الحقوق الأخرى، وذلك بسبب قابلية هذه الحقوق للانتشار والاستعمال في دول مختلفة ، لذا اتجهت العديد من الدول الى تنظيم استعمال هذه الحقوق بموجب قوانين خاصة [48] ، ووضع قواعد موحدة عن طريق الاتفاقيات الدولية لغرض تبني حلولاً مرنة لحكم الحقوق الذهنية والفنية ولمنع ظهور التنازع بين القوانين ، إلا أن وضع هذه النصوص لا يؤدي إلى اختفاء التنازع وذلك بسبب وجود دول لم تشترك في مثل هذه الاتحادات، إذ تبقى الصعوبة قائمة بالنسبة للعلاقات التي يكون أبناء الدول غير المشتركة طرفًا فيها يستلزم الكشف عن القانون المختص في حالة إثارة مثل هذا التنازع [49] ، فعلى الرغم من التطورات والتقدم المذهل لوسائل الاتصال والاستنساخ ومن بث مباشر بالأقمار الصناعية، بيد أن مشكلة حماية

الحق الذهني أضحت ملحة باعتبارها حقوق يصعب تركيزها ماديًا ومكانيًا في دولة معينة، فهي حقوق عالمية، إلا أن غالبية نصوص التشريعات محل المقارنة، لا تزال تتبنى أسلوب المنهج التقليدي الجامد الذي لم يعد يتناسب مع طبيعة وتطور هذه الحقوق ، إذ أصبحت التشريعات لم توفر الحماية الكافية في ظل تزايد حركة السرقات الأدبية ، وتقليد أو تزييف المصنفات عبر الحدود، وبشأن هذا الموضوع وفي أطار المنهج التقليدي الجامد الذي تبنته غالبية الدول ، يمكن التفرقة بين حالتين ، حالة نشر المصنف[50]، أو العمل الأدبي أو الفني أو العلمي، وحالة عدم نشره . ففي حالة النشر، ذهب بعض الفقه [51] إلى إعطاء اختصاص القانون الواجب التطبيق على حقوق الملكية الذهنية لقانون بلد الاصل، أي قانون الدولة التي نشر فيها المصنف لأول مرة، قد أخذت غالبية التشريعات المقارنة [52] ، كالتشريع المصري يميل الى هذا الحل بموجب نص المادة (49) من قانون حق المؤلف رقم (354) لسنة 1954 ، فالنسبة للمشرع العراقي نجد أن قواعد التنازع المنصوص عليها في القانون المدني في المواد (17- 33) لم تشر الى قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق على الحقوق المعنوية (حق المؤلف)، ويبدو انها منظمة بموجب قانون خاص ، بموجب المادة (49) من قانون حماية حق المؤلف رقم (3) لسنة 1971، إذ نصت على "تسري أحكام هذا القانون على مصنفات المؤلفين العراقيين والأجانب التي تنشر أو تمثل أو تعرض لأول مرة في الجمهورية العراقية وكذلك مصنفات المؤلفين العراقيين التي تنشر أو تمثل أو تعرض لأول مرة في بلد أجنبي ، أما مصنفات المؤلفين الأجانب التي تنشر لأول مرة في بلد أجنبي فلا يحميها هذا القانون إلا إذا شمل هذا البلد الرعايا العراقيين بحماية مماثلة لمصنفاتهم المنشورة أو الممثلة أو المعروضة لأول مرة في الجمهورية العراقية وأن تمتد هذه الحماية إلى البلاد التابعة لهذا البلد الأجنبي" . ويتضح من صياغة نص أن المشرع العراقي قد أعتنق المنهج التقليدي الجامد ، حين أخضع مصنفات المؤلفين العراقيين والأجانب التي تنشر أو تمثل أو تعرض لأول مرة في العراق إلى أحكام القانون العراقي ، وهذا تطبيق للمبادئ العامة التي تعطي الاختصاص الى قانون بلد النشر أو الإخراج الأول . ولكنه مع ذلك قد خرج عن هذه القاعدة حينما أخضع لأحكام القانون العراقي مصنفات المؤلفين العراقيين التي تنشر أو تمثل وتعرض لأول مرة في بلد أجنبي [53] ، وقد تم تعديل هذا النص المذكور بموجب الأمر الاداري الصادر عن سلطة الائتلاف المؤقت في العراق رقم 83 لسنة 2004، إذ أصبحت صياغة النص بالشكل الآتي "تسري أحكام هذا القانون على كل مصنفات المؤلفين العراقيين والأجانب التي تنشر أو تمثل أو تعرض لأول مرة في بلد أجنبي وتشمل الحماية حق المؤلف والحقوق المجاورة بموجب هذا القانون والأجانب سواء كانا اشخاص طبيعية أو معنوية على أساس لا يقل عما هو مناسب أن يتمتع للمواطنين العراقيين فيما يتعلق بالحماية والتمتع بحقوق الملكية الفكرية الأخرى وأية مزايا تستمد من هذه الحقوق" وبإمعان النظر في صياغة النص المعدل ، أن المشرع العراقي جاء بطابع الجمود والركود ، لأنه لا يزال متبنيا لأسلوب التنازع أحادي الجانب ، فقام ببيان حالات تطبيق القانون العراقي ولم يبين الحالات التي يطبق فيها القانون الأجنبي، كما أن المشرع العراقي أخذ بقانون بلد الأصل للعمل الذهني، وهي الدولة التي تنشر أو تمثل أو تعرض فيها لأول مرة العمل الذهني كأصل والاستثناء أخذ بالقانون الشخصي . كذلك أنه اشترط المشرع مبدأ المعاملة بالمثل لغرض توفير حمايته لمصنفات المؤلفين الأجانب التي تنشر أو تمثل أو تعرض لأول في بلد أجنبي [54].وتجدر الإشارة إلى إن هناك من أنتقد ما جاء في تعديل النص السالف الذكر ، إذ يجد أن النص يكتنفه الغموض فهو بعد أن أخذ بمعيار بلد الأصل في مطلع النص أخذ أيضًا بمعيار القانون الشخصي للمؤلف فاذا كان القانون الشخصي للمؤلف يصلح لحماية حق المؤلف للارتباط الأخير مثلًا بجنسيته بدولة القانون الشخصي، فما هي علاقة القانون الشخصي لحماية حق المؤلف الذي لا يمت له بأي صلة لا من قريب ولا من بعيد [55] ، أما بالنسبة للحالة الثانية، عدم النشر ، فذهب هذا الاتجاه إلى أن العبرة بقانون البلد الذي تم إيداع أو تسجيل المصنف فيها، دون أهمية لما كان النشر الأول لذلك المصنف ، ولدى هذا الرأي فإن التسجيل في مكتب تسجيل المصنفات المختص في الدولة، ذو أثر منشئ لحق المؤلف وحمايته، ويصدق هذا القول لدى الكثير من القوانين [56] ، إذ تشترط صراحةً قيام المؤلف بتسجيل مصنفه حتى يتمتع بحماية القانون . إلا أنه أنتقد هذا الرأي بجملة من الأسباب ، منها أن المؤلف يثبت حقه بمجرد ظهور فكره وأبداعه الذهني الى الواقع الملموس، فهو ينبع تلقائياً من عملية الإيداع والخلق الفكري ذاتها، وهذا ما يميز

الحقوق الذهنية عمومًا، ثانيًا أن المادة (10/2) من اتفاقية (برن) المبرمة في 9 سبتمبر 1886 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 بتأريخ 6 ستمبر 1992 [57] .فبالنسبة لحالة عدم النشر المذكورة ، ذهب رأي آخر [58] إلى تطبيق قانون الموقع المادي للشيء الذي تجسمت فيه الفكرة. وهذا الرأي غير مفهوم لاعتبارين : الأول أن الملكية الذهنية تثبت بمجرد إيداع الفكرة وخلقها الذهني ، بصرف النظر عن تسجيلها بدعامة مادية ذات موقع ملموس . ثانياً أن هناك من المصنفات التي كفل لها القانون الحماية رغم طابعها الشفوي كالخطب والمواعظ وتلاوة القرآن [59] .إلا أن الأخذ بالرأي الأخير يضيق من نطاق الاختيار بالتالي تضيق من الحماية القانونية لتلك المصنفات والاقرب الى القبول هو تقرير الاختصار للقانون الوطني أو الشخصي لصاحب المصنف ، لأن الملكية الذهنية والابداع الفني هي إنتاج فكر الانسان ، ففي حالة عدم النشر فلا يوجد ما يمكن ربط ذلك الفكر ، الا بصاحبه ومبدعه [60] ، وهذا الحل أخذت به اتفاقية (برن) لعام 1886 المعدلة في استكهولم عام 1967 بموجب نص المادة (1/3) ، وفي باريس عام 1971 بموجب نص المادة (4/4) ، كذلك الاتفاقية العالمية المبرمة في جنيف عام 1952 بالنسبة لمصنفات المؤلفين الذين ينتمون الى دولة عضو فيها ، إذا تم النشر الأول في دولة غير عضو بموجب نص المادة (5/4) . نجد أن كلا مما تقدم هي حلول تقليدية لتنازع القوانين في مجال حق المؤلف ، أي أن غالبية الدول لا تزال تتبنى المنهج التقليدي الجامد، فأن الحلول التي أخذت بها الاتجاهات والتشريعات محل المقارنة، في مجال انطباق القانون الوطني الخاص بحق المؤلف دون الاهتمام بتحديد وتحليل الحالات وبيان ما هو مضمون القانون الواجب التطبيق في حالة عدم انطباق القانون الوطني، مما يؤكد حرص تلك التشريعات على الأخذ بمبدأ الإقليمية ، لأنها معظمها تشترط من أجل تطبيق قانونها على الحقوق الذهنية ضرورة توافر صلة ما بين الدولة والمؤلف أو العمل الذهني ذاته، فتنص معظم القوانين على أنها تطبق فقط على مؤلفات الوطنين وعلى مؤلفات الأجانب المتوطنين داخل الدولة، كما قد تكون الصلة متعلقة بالعمل الذهني ذاته كأن تكون الدولة المعنية هي الدولة الأصلية التي يتم نشر المصنف بها لأول مرة وبصرف النظر بطبيعة الحال عن جنسية المؤلف أو توطنه، كما تشترط بعضها مبدأ المعاملة بالمثل لحماية المؤلفات الأجنبية في أراضيها [61] ، إلا أن هذا المنهج لا يتناسب مع ما ينبغي أن يتوافر للحقوق الذهنية من الحماية الكافية باعتبارها حقوق يصعب تركيزها مادياً ومكانياً في دولة معينة فهي حقوق ذات صفة عالمية يمكن أن تتواجد في عدة أماكن مختلفة في الوقت نفسه، فضلاً عن ذلك أن هذا المنهج لا يقوم على تحليل الحالات لكل حالة على حدة، فلا بد من النظر بطبيعة المسألة الخاصة بالعمل الذهني أو الفكري والحكمة التشريعية التي يهدف إليها المشرع عند صياغته لقاعدة الإسناد واضفاء طابع المرونة لغرض تحديد أنسب القوانين وأجدرها لضمان حماية حقوق الأفراد كذلك مواكبة التطور على الصعيدين الدولي والداخلي .

المطلب الثاني/ المنهج المستحدث المرن.

درجت نصوص القوانين الخاصة المقررة لقاعدة التنازع المتعلقة بالحقوق الذهنية باعتبارها أحدى تطبيقات الأموال المعنوية، على التعبير عن القانون الواجب التطبيق في حالة نشر المصنف فيطبق "قانون الدولة التي نشر فيها المصنف لأول مرة" ، وحالة عدم النشر فيطبق "القانون الشخصي أو الوطني" [62] ، إلا أن التعبيرات يعيبها الغموض والجمود وعدم التحديد، إذ لا تعد صالحة ولا تتلاءم مع تطور الوسائل المعاصرة لنقل مضمون الأفكار والإبداع الذهني الى علم الجمهور، كالنقل بواسطة البث الإذاعي أو التلفزيوني، أو بالأقمار الصناعية عبر غالبية دول العالم ، لكن سرعان ما غيرت بعض التشريعات من موقفها بعد ما أتضح عجز وقصور المنهج التقليدي الجامد عن مواكبة التطورات الدولية والداخلية، لذا أتجه جانب من الفقه [63] الى تطبيق قانون الدولة التي تطلب الحماية فيها بصفة أصلية ، أي تطبيق القواعد القانونية المنصوص عليها في قانون القاضي، من شأنه أن يؤدي الى توحيد الاختصاص القضائي والتشريعي، ويستند هذا الاتجاه الى عدة مبررات ، منها أن إعطاء الاختصاص لقانون الدولة المطلوب تقرير الحماية فيها هي عادة المكان الذي وقع فيه الاعتداء على حق المؤلف . وكما يؤدي الى تجنب مغبة اللجوء الى تحديد مكان نشر المصنف خصوصاً في ظل تطور الأوضاع المعاصرة وتطور

وسائل الاتصال ونظم المعلومات ، وأيضًا إن إعطاء الاختصاص لقانون بلد الحماية يؤدي إلى توفير حماية أفضل للمؤلفين بخلاف تطبيق قانون بلد الأصل الذي قد يترتب على تطبيقه تجريد المؤلف من حقه ،كذلك قد يرتب على تطبيقه فرض قيود قد تزيد على القيود المقررة في قانون البلد المطلوب الحماية فيها [64] ، وقد أخذت غالبية التشريعات الحديثة المقارنة والاتفاقيات الدولية بهذا الاتجاه القاضي بتطبيق قانون البلد المطلوب فيها الحماية على حق المؤلف كونه القانون الأوثق صلة بالموضوع ، فنجد له أيضًا تطبيقًا في القضاء الفرنسي ، إذ قضت محكمة السين الفرنسية في الحكم الصادر لها في قضية تتلخص وقائعها في تنازل بعض المؤلفين الموسيقيين الروس عن حقوق الاستغلال لبعض أعمالهم لشخص يدعى "Bassel" ، وعلى أثر قيام الثورة الفرنسية تم تجريد كل من يحمل الجنسية الروسية من المؤلفين، من الحقوق أما بواسطة الاستيلاء البحت أو بالتضييق من نطاق الحماية الممنوحة لحقوقهم ومدتها. إذ رفضت شركة المؤلفين الموسيقيين الفرنسية دفع عائد الأعمال المشار إليها استنادًا إلى أن قانون الدولة الأصل وهو القانون الروسي ، كونه لا يعترف بأي حق لمن تم التنازل إليه ، من جانب المؤلفين الفعليين، فثار النزاع فيما بين الشركة الفرنسية والمتنازل إليه، وبذلك قررت المحكمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة الحماية – أي القانون الفرنسي [65] كما أخذ القانون الدولي الخاص السويسري الصادر عام 1987، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة (110) وبشكل صريح على أن "تخضع الحقوق الفكرية لقانون الدولة المطلوب تقرير الحماية بها" [66] ، كذلك أشارت الى ذات الحكم اتفاقية (برن) لعام 1886، إذ نصت على "مدى الحماية ، ووسائل الطعن المقررة للمؤلف لحماية حقوقه يحكمها تشريع الدولة المطلوب منها الحماية دون غيره، وذلك بصرف النظر عن أحكام هذه الاتفاقية... والحماية في دولة الأصل يحكمها التشريع الوطني " [67] ، كما تبنت ذلك اتفاقية جنيف لعام 1952 المعدلة في باريس بتاريخ 24 يوليو 1971 إذ تنص على "تخضع مدة حماية حق المؤلف ... لقانون الدولة المطلوب توفير الحماية فيها" [68] .

والجدير بالذكر إن اللجوء إلى الاتفاقيات الدولية من شأنه أن يخفف من جمود قواعد الإسناد الوطنية، إذ تجد الدول في إبرام الاتفاقيات الدولية الوسيلة الأفضل في تحقيق أهداف القانون الدولي الخاص والتي تأتي بقواعد موضوعية مرنة وموحدة لتحكم مسألة معينة وتعد حقوق المؤلف أحد المجالات التي لعبت دوراً بارزاً في تنظيمها، فمن المعلوم أن الحقوق الذهنية قد تم تنظيمها بواسطة معاهدات دولية وبصفة خاصة معاهدة برن ومعاهدة جنيف العالمية السالف الذكر، لأن هذا الصنف من الأموال ما عادت قضية تعني أطراف الرابطة القانونية بقدر تعلقها بمصالح التجارة الدولية [69] . ومن المسلم به، وفقًا لقواعد القانون الدولي، أن المعاهدة أسمى من القانون الداخلي، أي عندما تتعارض نصوص المعاهدة و نصوص القانون الداخلي ، يكون الغلبة لنصوص المعاهدة ، وعلى ذلك فإنه في حالة وجود تعارض بين النصوص التعاهدية الخاصة بحق المؤلف مع نصوص القانون الوطني لدولة عضو فإن النصوص الواردة في المعاهدة هي التي ينبغي تغليبها وفقاً لمبدأ سمو المعاهدة على القانون الداخلي . لكن في بعض الحالات أن المعاهدة ذاتها قد تسمح بتطبيق القانون الوطني أي القانون الداخلي ، على الرغم من أنه قد يتبنى قاعدة مغايرة للقاعدة المنصوص عليها في المعاهدة، كما هو الحال إذا كان القانون الوطني يكفل للمؤلف حماية أكبر من تلك التي تمنح له في المعاهدة ، وهذا ما ذهبت إليه اتفاقية برن لعام 1886 المعدلة بموجب النص المادة (19) إذ تنص "لا تمنع أحكام هذه الاتفاقية المطالبة بتطبيق أحكام تشريعات الاتحاد أذا كانت تقرر حماية أوسع" . ويتضح على صياغة النص أنه يتمتع بطابع المرونة، كونه أعطى للمعاهدة الدولية تفسيرًا موحداً من جانب الأطراف بها، وذلك لغرض تحقيق الهدف الأساسي من أبرامها وهو تحقيق أكبر قدر من الحماية لحقوق الفكر ، فضلاً عن ذلك أنه أعطى المشرع الدولي سلطة للقضاء بتعطيل مبدأ سمو النصوص المقررة في المعاهدات الدولية الخاصة بحق المؤلف على نصوص القوانين الوطنية للدول الأطراف، أذا كانت تلك النصوص تقرر حماية أكبر لحقوق المؤلف [70] ، كما لو تضمنت نصوص القوانين الوطنية مدة الحماية أكثر من خمسين عاماً المحددة في اتفاقية برن ، فهنا يتم استبعاد نصوص الاتفاقية وتطبيق نصوص القانون الوطني . وصفوة القول أن الحكم الذي جاء به النص المذكور إنما يدل على الرغبة بصفة أكيدة في توفير القسط الأوفر من الحماية للمصنفات الفكرية، وهذا ما تم تأكيده في الديباجة الافتتاحية لمعاهدة برن [71] ، وكما أشارت نصوص الاتفاقية بأن لا يجوز استبعاد أحكامها إلا بعد

التأكد من وجود أحكام أخرى أكثر تشجيعًا للمؤلف، لذلك فأن تحديد الأحكام الأكثر حماية تعتبر مسألة هامة، إذ يتوقف عليها الأخذ بأحكام معاهدة برن أو على العكس استبعادها [72] ، إذ اجازت اتفاقية برن بموجب النص المادة (20) لدول الأعضاء في اصدار اتفاقيات ثنائية تربط بين دولتين تمنح بمقتضاها حماية أكبر للمؤلفين التابعين لها[73]. وبإمعان النظر في روح النص نجده يتميز بالمرونة ، كونه منح للدول الاعضاء في الاتفاقية بعقد اتفاقيات ، إذا كان الغرض منها توفير حماية أكبر لضمان حق المؤلف ، أي يجوز للقاضي المعروض أمامه النزاع الخروج على قواعد أحكام الاتفاقية وتطبيق احكام اتفاقية أخرى إذا كانت توفر حماية أكبر لحق المؤلف ، وقد تمكن القضاء الفرنسي من الأخذ بها في قضية (AIbeniz) ، وتتلخص وقائعها بخصوص نزاع بشأن تحديد مدة الحماية المقررة لحق المؤلف ، إذ كان لم يعتد بالمدة المنصوص عليها بموجب الاتفاقية برن، فقرر القاضي العمل بموجب الاتفاقية الثنائية بين فرنسا وإسبانيا ، والتي كانت تقر بمدة حماية أطول للأعمال الذهنية ، فضلاً عن كونها فرنسا عضوًا في الاتفاقية [74] . فعلى الرغم من التطور وازدياد مستخدمي شبكة الأنترنت في شتى المجالات وخاصة في مجال حقوق الملكية الفكرية، كذلك إنشاء شركات النشر والتوزيع مواقع خاصة للنشر ، مما ترتب على ذلك ازدياد في المنازعات القانونية ، بهدف ضمان حماية أكبر للمنصفات التي تنشر بواسطة شبكة الانترنت، فضلا عن القصور في نصوص القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية لمواجهة تلك المنازعات ، أتجهت الجهود الدولية الى أدخال تعديلات على اتفاقية برن لمواجهة النقص الذي ظهر في نصوص تلك الاتفاقية، نتيجة التقدم العلمي والتكنولوجي في مجالات نقل الأفكار والاتصالات [75] ، بالفعل فقد أسفر ذلك الى اصدار اتفاقية الويبو بشأن حق المؤلف عام 1996، وقد اعتبرت الاتفاقية أن الحاسب الآلي من ضمن المصنفات المحمية قانوناً وذلك بموجب النص المادة (4) ، حيث نصت على "تتمتع برامج الحاسب الآلي بالحماية باعتبارها مصنفات أدبية في مفهوم المادة (2) من اتفاقية برن. وتطبق تلك الحماية على برامج الحاسب الآلي أيا كان طريقة التعبير عنها أو شكلها" . كما أشارت الاتفاقية في نص المادة (8) منها الى حماية المصنفات التي تنشر عبر وسائل الأنترنت، إذ نصت المادة على " يتمتع مؤلفو المصنفات الأدبية والفنية بالحق الاستئثاري في التصريح بنقل مصنفاتهم إلى الجمهور بأي طريقة سلكية أو لاسلكية، بما في ذلك إتاحة مصنفاتهم للجمهور بحيث يكون في استطاعة أي شخص من الجمهور الاطلاع على تلك المصنفات من مكان وفي وقت يختارها أي فرد من الجمهور بنفسه..." [76] . ومن القواعد الموضوعية المرنة التي جاءت بها اتفاقية برن المعدلة ، إذ أشارت إلى مبدأ التسوية بين المؤلفين الأجانب والوطنين، رغبة في توفير أكبر قدر من الحماية للمصنفات الأدبية، وضعت المعاهدات الدولية الخاصة بحق المؤلف مبدأ التشبيه في الحقوق بين المؤلف الأجنبي والمؤلف الوطني، إذ نصت المادة الخامسة بفقرتها الأولى من اتفاقية برن، والمادة الثانية من اتفاقية جنيف العالمية، على تمتع المؤلفين الأجانب المتواجدين في أية دولة من الدول الأعضاء بنفس الحقوق التي تمنحها هذه الدولة لمواطنيها [77] ، وقد أكدت محكمة أثينا باليونان على هذا المبدأ في حكمها الصادر عام 1983 ، والذي قرر أن نطاق الحماية التي تمنح للمؤلفين الأجانب هي نفسها التي تقرر للمؤلفين الوطنين [78] ، كما أكدت على المبدأ الاتفاق المتعلق بالملكية الفكرية في النواحي المتعلقة بالتجارة المنبثق من اتفاقيات الجات لسنة 1994 بموجب المادة الثالثة ، إذ أكدت المادة على مبدأ تشبيه المؤلف الأجنبي بالوطني في المعاملة [79] . ويتضح من كل ما تقدم، أن الحلول التي جاءت بها الاتجاهات المتقدمة، ونصوص الاتفاقيات الدولية كانت تمثل المنهج المرن ، لأنها تأخذ بعين الاعتبار مصلحة الأفراد على ضوء الحكمة التشريعية التي يبني عليها المشرع الداخلي والدولي عند صياغة قواعد الإسناد، وهذا بدوره يؤدي الى تحقيق التوازن القانوني لمواجهة التطورات المعاصرة في وسائل النقل والنشر، وكذلك تشجيع حركة تداول المصنفات الأجنبية عبر دول العالم . لذا يفترض على العراق الإسراع بالانضمام للاتفاقيات الدولية برن وجنيف العالمية المتعلقة بشأن حماية حق المؤلف أسوةً بمصر ، لغرض توفير أكبر قدر ممكن من الحماية للمؤلفين . كذلك يفترض على المشرع العراقي تعديل صياغة نص المادة (49) من قانون حق المؤلف رقم (3) لعام 1971، ويجعلها أكثر مرونة، لأن الصياغة المرنة لقاعدة الإسناد تتناسب مع أهداف قواعد القانون الدولي الخاص التي تقضي بحل المنازعات من خلال اختيار أنسب القوانين لحكم العلاقة القانونية المعروضة بغض النظر عما إذا

كان ذلك يقضي بتطبيق قانون القاضي أو قانونًا أجنبيًا ، وذلك بإعطاء سلطة تقديرية للقاضي بالبحث عن القانون الذي يوفر حماية فعالة للمؤلفين سواءً كان القانون البلد الأصلي أي القانون الذي تم نشر المصنف فيه أول مرة ، أو القانون الشخصي أو الوطني، أو قانون الدولة المطلوب تقرير الحماية بها أو كان قانونا تعاهدي. وبناءً على ذلك نقترح على المشرع العراقي تعديل في صياغة نص المادة (49) من قانون حق المؤلف السالف الذكر، بأن تكون صياغة أكثر مرونةً، وذلك بإعطاء سلطة تقديرية للقاضي باصطفاء أنسب القوانين التي تؤمن حماية فعالة للمؤلفين سواءً كانوا عراقيين أم أجانب ، وتكون الصياغة النص بالشكل الآتي " تخضع حقوق المؤلفين الوطنين والأجانب لقانون الدولة المطلوب فيها الحماية". أو تكون بصيغة ثانية " تسري أحكام هذا القانون على مصنفات المؤلفين العراقيين والأجانب التي تنشر أو تعرض أو تمثل لأول مرة في العراق وعلى مصنفات المؤلفين العراقيين التي تنشر أو تعرض أو تمثل لأول مرة في بلد أجنبي إذا لم يكفل قانون البلد الأخير الحماية الكافية" ، وبذلك نكون قد أخذنا بمبدأ التشبيه بين المؤلفين الوطنيين والأجانب وكذلك ضمان لهم الحماية الكافية .

الخاتمـــة .

بعد أن انتهينا من دراسة موضوع البحث توصلنا إلى جملة من النتائج والتوصيات وهي كالآتي:

أولًا/ النتـــائج .

1- إن الصياغة المرنة تعطي سلطة تقديرية واسعة للأفراد والقاضي بتعين القانون الواجب التطبيق الملائم على العلاقة القانونية .

2- لم يعد تحديد القانون الواجب التطبيق مسألة شكلية تخضع للتطبيق الإلزامي والحرفي للنص التشريعي، بل أصبح الأمر يعتمد على معطيات وظيفية يعتمد عليها مطبق النص التشريعي وصولاً لتحقيق العدالة الموضوعية، وتأكيد الأمان القانوني للأفراد.

3- لم تعد صياغة قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية تكفي لمعالجة تحديد القانون الواجب التطبيق في ظل تطور العلاقات الدولية الخاصة ، لأن المشرع لم يعطِ أي دور لإرادة الأفراد ولم يعطِ أدنى سلطة تقديرية للقاضي باصطفاء القانون الملائم للعلاقة القانونية .

4- لم تعد صياغة قاعدة الإسناد الخاصة بالأموال غير المادية ملائمة لتعيين القانون الواجب التطبيق في ظل تطور وسائل التواصل، والأبداع الفكري، وكثرة حركة الأفراد عبر الحدود، لأنها تعطي حلولا خارج أطار الرابطة القانونية المثار بشأنها النزاع ، ولا تصون مصالح الأطراف المشروعة.

ثانيًا/ التوصيات.

ندعو المشرع العراقي الى أن تكون صياغة قواعد القانون الدولي الخاص، وبالخصوص قواعد الإسناد التي تحكم المسؤولية التقصيرية والأموال غير المادية (الأموال المعنوية) صياغة سهلة الفهم والتطبيق من قبل المتقاضين لغرض تعزيز العدالة والمرونة ، لذا ندعو المشرع الوطني أن يجري مجرى التشريعات الحديثة بتبني معايير مرنة ، كمعيار تعدد نقاط أتصال الرابطة والبحث عن الروابط الأكثر ارتباطا بالعلاقة القانونية المعروضة.

1- نقترح على المشرع العراقي إعادة صياغة نص المادة (27) مدني عراقي وجعلها أكثر مرونة ، وذلك بإضافة فقرة ثالثة، والتي تقضي "3- إذا تبين من ظروف الواقعة المنشئة للالتزام، أن هناك قانوناً آخر أكثر ارتباطاً يكون هو واجب التطبيق".

2- نقترح على المشرع العراقي إعادة صياغة نص المادة (49) من قانون حماية حق المؤلف رقم (3) لسنة 1971، ويتبنى المنهج المرن للصياغة؛ لأن الصياغة المرنة لقاعدة الإسناد تتناسب مع أهداف قواعد القانون الدولي الخاص التي تقتضي حل المنازعات من خلال اختيار أنسب القوانين وأجدرها لحماية أطراف العلاقة القانونية، لذا يفترض أن تكون صياغة النص بالشكل الآتي " تخضع حقوق المؤلفين الوطنين والأجانب لقانون الدولة المطلوب فيها الحماية". أو تكون بصيغة ثانية " تسري أحكام هذا القانون على مصنفات المؤلفين العراقيين والأجانب التي تنشر أو تعرض أو تمثل لأول مرة في العراق وعلى مصنفات المؤلفين العراقيين التي تنشر أو تعرض أو تمثل لأول مرة في بلد أجنبي إذا لم يكفل قانون البلد الأخير الحماية الكافية"

3- ندعو المشرع الوطني الإسراع بالانضمام إلى اتفاقية برن المبرمة في 9 أيلول لعام 1886 الخاصة بحماية الملكية الأدبية والفنية، واتفاقية جنيف العالمية لحقوق المؤلفين المبرمة في باريس في 6 أيلول لعام 1992 ، لغرض توفير حماية فعالة لحق المؤلف الوطني والأجنبي.

الهوامش.

(1) ينظر نص المادة (1/20) من القانون المدني الأردني، والمادة (20) من القانون المعاملات المدنية الإماراتي ، والمادة (70) من القانون الدولي الخاص التونسي لعام 1998، والمادة (66) من القانون المدني الكويتي .

(2) يرجع أصول هذه القاعدة إلى المدرسة الإيطالية القديمة في القرن الثالث عشر، إذ أخضع فقهاء هذه المدرسة الفعل الضار مما أسموه "قانون محل وقوع الجريمة" ، إذ أستقر هذا المبدأ حتى أخذ به فيما بعد فقهاء القانون الدولي الخاص أبرزهم الفقيه "مانشيني" في القرن التاسع عشر حين أخذ بقانون محل وقوع للفعل الضار كاستثناء على نظرية المؤسسة على مبدأ شخصية القوانين ، وذلك استثناءاً على السيادة الإقليمية. ينظر د. جمال محمود الكردي ، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، كلية الحقوق ، القاهرة ، 2005، ص 542 .

(3) د. حسام الدين فتحي ناصف، المرونة المتطلبة في تطبيق القانون المحلي على وقائع المسؤولية التقصيرية المعقدة دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1998 ، ص 15- 18 .

(4) د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن ، ط1 ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، 1973 ، ص 292 .

(5) ينظر Loussouarn et BREDIN , droit du commerce International , paris ,sirry, 1969, p. 174 .

(6) د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، ط3، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 1974 ، ص 728 .

(7) د. ممدوح عبد الكريم ، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2005، ص117 ، د. غالب علي الداودي ، ود. حسن الهداوي ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام الأجنبية ، ج2 ، العاتك لصناعة الكتاب ، بيروت ، لبنان ، 2018 ، ص 180 .

(8) د. أشرف وفا محمد ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن- قواعد الإسناد في القانون المصري – قواعد الاختصاص القضائي- آثار الأحكام الأجنبية ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2008 ، ص 571 ، د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص 729 .

(9) د. عوض الله شيبه السيد ، الوجيز في القانون الدولي الخاص ، ط2 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997، ص549

(10) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في تنازع الدولي للقوانين ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008 ، ص 1173 .

(11) ينظر Guillaumè weiszberg , Article 3 du Code Civil francais et droit international Privè, Article demagazine jurisPedia “ LègiGlobe”, France, 2014, p.1.

(12) د. عوض الله شيبه السيد ، مصدر سابق ، ص 549 .

(13) د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن،مصدر سابق،ص292وما بعدها

(14) ينظر : حسام الدين فتحي ناصف، مصدر سابق ، ص 14 وما بعدها .

(15) د. غالب علي الداودي ود. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، الجزء الثاني، العاتك ، لبنان، 2018 ، ص 184 .

(16) نقلا عن د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص 737 .

(17) د. عوض الله شيبه السيد ، الوجيز في القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص 553 .

(18) د. ممدوح عبد الكريم ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص 120 .

(19) د. جمال الدين الكردي ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص 548 ، د. أشرف وفا محمد ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص 576 ، د. جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص ، ج2 ، ط1 ، مطبعة الهلال ، بغداد ، 1949 ، ص195 .

(20) القانون الدولي الخاص التركي في المادة (2/25) إذ تنص على "عندما ينتج العمل المنشئ للمسؤولية والضرر في دول مختلفة، فيطبق قانون الدولة التي تحقق فيها الضرر"، والقانون الدولي الخاص الروماني لعام 1992 بموجب النص المادة (108)، والقانون الايطالي لعام 1995 بموجب النص المادة (1/62) .

(21) د. حسن الهداوي ،تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي في العراقي ، مطبعة الرشاد ، بغداد ، 1967 ، ص 197

(22) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في التنازع الدولي للقوانين ، مصدر سابق ، ص 1199 .

(23) وقد قننت من التشريعات قاعدة خضوع الالتزامات غير التعاقدية لقانون المحلي ، كالقانون المدني السوري رقم 84 لسنة 1949 في المادة (1/22)، والقانون الكويتي لعام 1961 (1/66) وقانون المعاملات المدنية السوداني لعام 1984 في

المادة (14/11) ، كما قننت هذا المبدأ التشريعات الحديثة كالقانون الإسباني لعام 1974 في المادة (9/10) والقانون الدولي الخاص النمساوي عام 1979 في المادة (47) والمادة (1/32) من القانون الدولي الخاص المجري لعام 1979 .

([24]) د. فؤاد عبد المنعم رياض ، ود. سامية راشد ، الوسيط في القانون الدولي الخاص في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي (النظرية العامة وأحكام القانون الوضعي المصري)، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1979 ، ص 414 – 415 ، د. هشام علي صادق ، دراسات في القانون الدولي الخاص ، ط1 ، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت ، 1981 ، ص236 .

([25]) هناك الكثير من الأمثلة التوضيحية التي تثبت عجز المنهج التقليدي الجامد للصياغة قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية عن مواجهة التطورات في التعاملات الدولية الخاصة ، فقد أثبت الفقه الأمريكي في هذا المثال عجز وقصور هذا النهج المذكور، ومفاده فلو أن أحدى المدارس الأمريكية قد أقامت معسكراً صيفياً للطلبة في مكان ناء بكندا بعيداً عن العمران ، ثم حدث أن أصيب أحد الطلبة بناء على فعل غير مشروع ارتكبه طالب أخر أو أحد منظمي المعسكر، فأقام المضرور دعوى المسؤولية لمطالبة بالتعويض ، فالقاضي الأمريكي سوف يطبق القانون الكندي باعتباره قانون المحل الذي وقع فيه الفعل غير المشروع ، إلا أن تطبيق القانون الكندي يخلو من أي معنى ، فمرتكب الفعل والمضرور والمشرف على المعسكر جميعهم يتمتعون بالجنسية الأمريكية ويتوطنون في الولايات المتحدة، ومن ثم أن وقوع الفعل المنشئ للالتزام في إقليم الكندي كمجرد ظرف عارض ، بالتالي فأن تطبيقه لا يتفق مع التوقعات الافراد ولا يصون مصالحهم، ولكن الأمر مختلف فيما لو أعطى سلطة تقديرية للقاضي بموجب النهج المرن للصياغة ، إذ يبحث القاضي المعروض امامه النزاع عن القانون الملائم الذي يكون له صلة الأوثق بالواقعة استناداً لمجموعة من المعطيات والعناصر وملابسات التي يستند عليها القاضي ، كالقانون الأمريكي باعتباره القانون الذي يرتبط كلا جنسية الأطراف أو الموطن المشترك وهو القانون الأمريكي . ينظر د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص733 ، د.عوض الله شيبه السيد ، الوجيز في القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص550 .

([26]) د . فؤاد عبد المنعم رياض ، د. سامية راشد ، مصدر سابق ، ص131 .

([27]) ينظر Bourel, Lesconflits de lois en matiére d'obligations extracontractuelles, thèse , paris, 1961, p.42

([28]) د. هشام صادق ، تنازع القوانين، مصدر سابق ، ص 739 ، د. هشام علي صادق ، دراسات في القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق، ص236 .

([29]) د. سعيد يوسف البستاني ، الجامع في القانون الدولي الخاص ، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان، ، ص 656 وما بعدها .

([30]) د. فؤاد عبد المنعم رياض، ود. سامية راشد ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص18 .

([31]) د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين ، مصدر سابق ، ص1182 .

([32]) وتقابلها المادة (35) من القانون الدولي الخاص التركي 1982 والتي تنص "في الحالة التي تكون فيها الرابطة القانونية الناتجة عن العمل غير المشروع على صلة وثيقة ببلد آخر يصير من الممكن تطبيق هذا القانون، كذلك المادة (1/48) من مجموعة القانون الدولي الخاص النمساوي لعام 1979 .

بالإضافة الى تبني الكثير من التشريعات (الصياغة المرنة) بالنسبة للمسؤولية التقصيرية، فقد طالب المعهد تقنيين القانون الدولي الخاص الأمريكي تعميم الصياغة المرنة لقاعدة الإسناد ، وجعلها قاعدة القانون الاكثر ملائمة (proper law) ، حيث نصت المادة (379) من تقنيين القانون الدولي الخاص الأمريكي لعام 1963 على "أن القانون المحلي للدولة الذي له العلاقة الاكثر اهمية بالحادثة والاشخاص يقرر الحقوق والمسؤوليات في العمل الضار هو الواجب التطبيق". أشار الى ذلك د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، مصدر سابق ، ص296 .

([33]) أشار الى هذا الحكم صالح مهدي كحيط ، نظرية الحل الوظيفي وأثرها في تطوير قواعد الإسناد دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه تقدم بها الى مجلس كلية القانون ، جامعة كربلاء ، 2018 ، ص143 .

([34]) ينظر الفقرة الاولى من نص المادة 40 من القانون الدولي الخاص الألماني متاح على الموقع الانترنت https://www.bmjv.de/ تاريخ الزيارة 2020 /3/23 .

([35]) Art(1/133) "If the tortfeasor and injured party have their place of habitual residence in the same State, claims founded in tort shall be governed by the law of that State" .

([36]) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في تنازع الدولي للقوانين ، مصدر سابق ، ص1190 .

([37]) كاتفاقية لاهاي المبرمة في 4 مايو 1971 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على حوادث الطرق متاحة على الموقع الانترنت الاتي بتاريخ 2020/7/12 www.admin.ch

([38]) أشار لهذا الحكم د. أحمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في التنازع الدولي للقوانين،مصدر سابق،ص1187 هامش 59

([39]) للأطلاع على اللائحة الأوروبية (المسماة بروما الثانية 2007) الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية على الموقع الإلكتروني .تاريخ الزيارة 2020/9/24 www.eur-lex.europa.

([40]) تنص المادة (1/4) على " فإن القانون المطبق على الالتزام غير التعاقدي الناجم عن الفعل الضار هو القانون الدولة التي وقع فيها الضرر، بغض النظر عن البلد الذي وقع فيه الفعل الذي تسبب فيه الضرر أو البلد الذي رفعت فيه الدعوى ، مالم تنص هذه اللائحة على خلاف ذلك".

([41]) ينظر فكرة الأمن المدني د. عز الدين عبدالله ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني ، دار النهضة العربية ، ط6 ، القاهرة ، 1969 ، ص 418 هامش رقم (3) .

([42]) ينظر د. حسين عبدالله عبد الرضا الكلابي، الاتجاهات الحديثة في تحديد القانون واجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية دراسة في نطاق اتفاقية روما الثانية ، بحث منشور على الرابط المتاح https://www.researchgate.netjhvdo تاريخ الزيارة 20/6/ 2020 .

([43]) د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص733، هامش 2 .

([44]) أن المنهج المرن لصياغة النصوص التشريعية، يترك حرية للقاضي في اختيار القانون الواجب التطبيق ، وهو امر يتسم بمخاطر ، فتحديد الحل الملائم لكل حالة معروضة امام القاضي في قضايا القانون الدولي الخاص يتغير من قاضي إلى آخر باستناد على علمه وثقافته القانونية .

([45]) د. محمد سليمان الأحمد ، التحليل المنطقي لقاعدة الإسناد ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية ، المجلد 16، العدد2، 2009 ، ص 422 وما بعدها.

([46]) من الأسباب التي دعتنا إلى عدم تخصيص دراسة مستفيضة لطبيعة وتأثير الصياغة المرنة على تطوير قاعدة الإسناد الخاصة بالأموال المادية، هي أن الدعاوي المتعلقة بالعقار والمنقول (الأموال المادية) الموجودة في الخارج ، قد أجمعت عليها الاتجاهات التقليدية والحديثة والتشريعات القانون الدولي الخاص المقارن على إخضاعها لقانون الموقع، وهذا يعني أن التشريعات محل الدراسة، لاتزال مكرسة المنهج التقليدي الجامد في صياغة قاعدة الإسناد المتعلقة (بالأموال المادية) ، ممالا شك فيه أن استقرار هذه القاعدة واستمرارها وانتشارها الواقع لدى جميع دول العالم ، يعبر عن سلامة الاعتبارات السياسية والاجتماعية والاقتصادية والعملية، فالنسبة للاعتبارات السياسية ، هو أن العقار يعتبر جزء من اقليم الدولة وأساس السلطة الدولة مما لا يتفق مع الدولة السياسية السماح لقانون دولة أخرى لينظم ويحكم على ترابها، أما بالنسبة للاعتبارات العملية، أن اعطاء الاختصاص لقانون موقع المال المادي يؤدي إلى تحقيق الاستقرار في المعاملات وخضوعها لقانون واحد، كذلك يؤدي إلى سهولة تنفيذ الأحكام الأجنبية، لأن المحكمة المطلوب منها التنفيذ يسهل عليها من وضع اليد والسيطرة على المال، أضافة الى أنه يصون توقعات الأفراد وحماية مصالهم، أما الاعتبارات الاقتصادية هي أن الدولة رغبة في حماية اقتصادها القومي فليس من المعقول أن تخضع هذه الأمور الى القوانين أجنبية، هذا من جانب ، ومن جانب آخر أن المشرع عند صياغته لقانون تنازع عمومًا، يحدد ضابط الإسناد انطلاقاً من العنصر الذي يشكل مركز الثقل في العلاقة القانونية ذات الطابع الدولي ، يبدو واقعيًا وملائمًا أتخاذ موقع ذلك المحل ضابطاً لقاعدة التنازع بالنسبة للأموال المادية ، فضلاً عن حكم إثباتها بالنسبة للعقار في أرض اقليم تلك الدولة ، بحيث لا يمكن نقلها من مكان الى آخر دون ضرر، وكان من بين القوانين التي أشارت الى ذلك القانون المدني العراقي بموجب نص المادة (1/62) إذ نصت على "العقار كل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله أو تحويله دون ضرر ..." ، كذلك المادة (24) من القانون نفسه ، تقابها نص المادة (18) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948. إلا أننا نرى من جانبنا أن صياغة قاعدة قانون موقع العقار أصبحت فكرة تقليدية وجامدة لا تتلاءم مع التطورات ، فضلاً عن التطور العلمي والتقني الهائل الذي مكن الأنسان بما يمتلك من تقنيات حديثة متطورة أن يحول بناية من مكان الى آخر دون تلف أو ضرر ، حيث أصبحت تلك القاعدة من المسلمات التي لا بد من نقضها من قبل المشرع الوطني . ينظر في ذلك د. أحمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في التنازع الدولي للقوانين ،مصدر سابق ، ص 987 ، ود. غالب علي الداودي ، د. حسن الهداوي ، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص 147 .

([47]) د. فؤاد عبد المنعم رياض ، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية ، دار النهضة العربية ، 1998 ، ص 311 .

([48]) ينظر نص المادة (2/70) من القانون المدني العراقي إذ تنص " ويتبع في الحقوق المؤلفين والمخترعين والفنانين وعلامات التجارة ونحو ذلك من الأموال المعنوية أحكام القوانين الخاصة" . وتقابلها نص المادة (86) من القانون المدني المصري بقولها" الحقوق التي ترد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة " .

([49]) د. غالب علي الداودي ، د. حسن محمد الهداوي ، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص 158 .

([50]) ويراد بنشر المصنف أو العمل الذهني، وهو حمل مضمون المصنف الى الجمهور ، وبشكل محسوس وبالأسلوب والطريقة التي تتلاءم مع طبيعة ذلك المصنف، فهناك النشر بطريق الطباعة بالنسبة لكتب والرسائل ، والمحاضرات ، وهناك النشر بطريق الأداء العلني ونقل محتوى المصنف إلى الجمهور مباشرة بطريقة علنية، ينظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في التنازع الدولي للقوانين ، مصدر سابق ، ص 1013 هامش رقم (5) .

([51]) ويستند هذا الرأي إلى عدة حجج ، أولًا، أن النشر يجسد الحق المالي للمؤلف ويركزه مكانيًا في المكان الذي تخرج فيه الفكرة الى الواقع المحسوس . ثانيًا ، أن النشر يظهر قيمة الفكر والابداع الذهني كمال يمكن تملكه والإفادة منه، حيث أن

الفكر عمومًا لا يؤتى ثماره إلا بالذيوع والانتشار . ثالثًا ، أن بلد النشر هي البلد الذي أستشعر فيه المؤلف القدرة على تحقيق مصالحه الأدبية والمالية، بتقدير الاحتكار والاستئثار . وغير من الحجج التي أستند عليها هذا الفقه . ينظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، مصدر سابق ، ص 1014 .

([52]) كالقانون حماية حق المؤلف الاردني رقم 22 لسنة 1992 المعدل بقانون رقم 14 لسنة 1998 . وقانون الملكية الأدبية والفنية الكويتي لعام 1961، إذ نصت المادة (57) على "يسري على الملكية الأدبية والفنية قانون بلد النشر الأول أو قانون بلد الإخراج الأول" .

([53]) د. غالب علي الداودي ، د. حسن محمد الهداوي ، مصدر سابق ، ص 160 .

([54]) ينظر م . فاطمة محمد نجم ، تنازع القوانين في حق المؤلف دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ، العدد 15 ، 2018 ، ص 237 . بتاريخ 14/ 7/ 2020 .

([55]) د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي ، القانون الدولي الخاص ، ط1 ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، 2013 ، ص 289.

([56]) كالقانون حق المؤلف في الولايات المتحدة الامريكية لعام 1976 ، والقانون السوداني لحماية حق المؤلف لعام 1974، كذلك القانون البيروئي عام 1984 بموجب النص المادة (2093) من الباب الختامي للقانون المدني الجديد "يسري على وجود وآثار الحقوق العينية المتعلقة بالأعمال الذهنية والفنية ...قانون المكان الذي سجلت فيه هذه الحقوق" .

([57]) إذ نصت المادة (3) من الاتفاقية على أنه "إذا كانت أية دولة طرف تشترط لحماية حق المؤلف استيفاء اجراءات معينة كالتسجيل أو الإيداع أو التأشير أو الشهادات الموثقة أو دفع رسوم ، فإن استيفاء هذه الاجراءات لا يكون لازماً إذا كانت جميع النسخ المنشورة تحمل منذ الطبعة الاولى علامة التأشير بحفظ حق المؤلف مصحوبة باسم صاحب حق التأليف وسنة الاصدار الأول" .

([58]) ينظر د. جابر جاد عبد الرحمن ، التنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ، قانون الدولي الخاص ، الكتاب الثاني ، دار النهضة العربية ، 1987 ، ص51 هامش رقم (3) .

([59]) أشار الى ذلك نص المادة (11/2) من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم 3 لعام 1973 .

([60]) ينظر الأستاذ :

DESBOIS: propriéte Littéraire et artistique, Droit international privé, paris ,1993, p.39-42 .

([61]) ينظر د. أشرف وفا محمد ، تنازع القوانين في مجال الحقوق الذهنية للمؤلف ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1999 ، ص 101 وما بعدها .

([62]) نص المادة(49)القانون المدني العراقي رقم40لسنة1951،والقوانين العربية الأخرى كالقانون المصري الذي أشرنااليه

([63]) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، مصدر سابق ، ص 1018 .

([64]) د. جمال محمود الكردي ، المصدر سابق ، ص 465 .

([65]) أشار لهذا الحكم د. جمال محمود الكردي ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص 466 هامش رقم (436) .

([66]) اتبعت نفس الحكم نص المادة (19) من القانون الدولي الخاص المجري، إذ تنص "تخضع حقوق المؤلف لقانون الدولة التي طلبت الحماية على إقليمها" ، كذلك نص المادة (3/10) من القانون المدني الإسباني ، والمادة (34) من القانون الدولي الخاص النمساوي .

([67]) تنص المادة (2/5) من الاتفاقية :

jouissance et "La jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité; cette cet exercice sont indépendants de l'existence de la protection dans le pays d'origine de l'oeuvre. Par suite, en dehors des stipulations de la présente Convention, l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée".

([68]) تنص المادة (1/4) من الاتفاقية :

protection "La durée de la protection de l'œuvre est réglée par la loi de l'État contractant où la est demandée conformément aux dispositions de l'article II et aux dispositions ci-dessous.

([69]) د. اشرف وفا محمد ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص 420 وما بعدها .

([70]) د. أشرف وفا محمد ، مصدر سابق ، ص 439 .

([71]) ينظر في مقدمة الافتتاحية للاتفاقية برن لعام 1886 .

([72]) ينظر المادة (4/5) من اتفاقية ذاتها .

([73]) ينظر المادة (20) من الاتفاقية :

"Les Gouvernements des pays de l'Union se réservent le droit de prendre entre eux des arrangements particuliers, en tant que ces arrangements conféreraient 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. Les dispositions des arrangements existants qui répondent aux conditions précitées restent applicables."

([74]) أشار لهذا الحكم د. أشرف وفا محمد ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص 116 .

([75]) ينظر د. حسام الدين الصغير ، حلقة الويبو الوطنية التدريبية حول الملكية الفكرية للدبلوماسيين ، سلطنة عمان ، 2005 ، ص 4 .

([76]) ينظر اتفاقية الويبو متاحة باللغة العربية والفرنسية على الرابط بتاريخ https: //www.wipo . int/2020/7/21

([77]) نصت المادة (1/5) من الاتفاقية برن على أن :

vertu de la "Les auteurs jouissent, en ce qui concerne les oeuvres pour lesquelles ils sont protégés en présente Convention, dans les pays de l'Union autres que le pays d'origine de l'oeuvre, des droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux, ainsi que des droits spécialement accordés par la présente Convention .

كما نصت المادة (2) من اتفاقية جنيف العالمية على أن :

"Les oeuvres publiées des ressortissants de tout État contractant ainsi que les oeuvres publiées pour la première fois sur le territoire d'un tel État jouissent, dans tout autre État contractant, de la protection que cet autre État accorde aux œuvres de ses ressortissants publiées pour la première fois sur son propre territoire, ainsi que de la protection spécialement accordée par la présente Convention"

"Les oeuvres non publiées des ressortissants de tout État contractant jouissent, dans tout autre État contractant, de la protection que cet autre État accorde aux oeuvres non publiées de ses ressortissants, ainsi que de la protection spécialement accordée par la présente Convention .

([78]) أشار لهذا الحكم د.أشرف وفا محمد ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق،ص 443 هامش رقم (299)

([79]) ينظر المادة الثالثة من اتفاقيات الجات الصادرة عام 1994 :

" Chaque member accordera aux ressortissants des autres membres un traitement favorabl que celui qu'il accorde ….".

المصادر.

أولًا / الكتب القانونية .

1) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في التنازع الدولي للقوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2008.
2) د. أشرف وفا محمد ، تنازع القوانين في مجال الحقوق الذهنية للمؤلف ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1999.
3) د. أشرف وفا محمد ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن- قواعد الإسناد في القانون المصري – قواعد الاختصاص القضائي- آثار الأحكام الأجنبية ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2008 .
4) د. جابر جاد عبد الرحمن ، التنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ، الكتاب الثاني ، دار النهضة العربية ، 1987.
5) د. جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص ، ج2 ، ط1 ، مطبعة الهلال ، بغداد ، 1949 .
6) د. جمال محمود الكردي ، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، كلية الحقوق ، القاهرة ، 2005.
7) د. حسام الدين الصغير ، حلقة الويبو الوطنية التدريبية حول الملكية الفكرية للدبلوماسيين ، سلطنة عمان ، 2005
8) حسام الدين فتحي ناصف، المرونة المتطلبة في تطبيق القانون المحلي على وقائع المسؤولية التقصيرية المعقدة دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1998 .
9) د. حسن الهداوي ، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي ، مطبعة الرشاد ، بغداد ، 1967 .
10) د. سعيد يوسف البستاني ، الجامع في القانون الدولي الخاص ، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان، 2009.
11) د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، القانون الدولي الخاص ، ط1 ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، 2013 .
12) عز الدين عبدالله ، القانون الدولي الخاص في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين ، ج2 ، ط 6 ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1969 .
13) د. عوض الله شيبه السيد ، الوجيز في القانون الدولي الخاص ، ط2 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997.
14) د. غالب علي الداودي، ود. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، الجزء الثاني، العاتك ، لبنان، 2018 .
15) د. فؤاد عبد المنعم رياض ، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية ، دار النهضة العربية ، 1998.
16) د.فؤادعبد المنعم رياض ، ود.سامية راشد ، الوسيط في القانون الدولي الخاص تنازع القوانين،دارالنهضة العربية1979القاهرة .
17) د.ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن ، ط1 ،دار الحرية للطباعة ، بغداد ، 1973
18) د. ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2005.
19) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، ط 3 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 1974 .
20) د. هشام علي صادق ، دراسات في القانون الدولي الخاص ، ط1 ، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت ، 1981 .

ثانيًا / الأطاريح.
1) صالح مهدي كحيط ، نظرية الحل الوظيفي وأثرها في تطوير قواعد الإسناد دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه تقدم بها الى مجلس كلية القانون ، جامعة كربلاء ، 2018 .
ثالثًا/ البحوث والمقالات.
1) م .فاطمة محمد نجم ، تنازع القوانين في حق المؤلف دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ، العدد 15 ، 2018
2) د.محمد سليمان الأحمد ، التحليل المنطقي لقاعدة الإسناد ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية ، المجلد 16، العدد2، 2009 .
رابعًا / المواقع الالكترونية.
1. د. أحمد عبد الحميد عشوش ، القانون الدولي الخاص كتاب منشور على الرابط https:// www. Bibliotdroit .com
2. اتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على شكل الوصايا 1961، بما في ذلك من الوثائق ذات صلة متاحة على الموقع مؤتمر الالكتروني www.hcch.net تحت عنوان "الاتفاقات" ، تاريخ الزيارة 2020/4/3.
3. د. حسين عبدالله عبد الرضا الكلابي، الاتجاهات الحديثة في تحديد القانون واجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية دراسة في نطاق اتفاقية روما الثانية ، بحث منشور على الرابط المتاح https://www.researchgate.netjhvdo تاريخ الزيارة 6/20/ 2020 .
خامسًا/ القوانين .
1- القوانين العراقية.
أ- القانون المدني العراقي المعدل رقم (40) لسنة 1951 .
ب- قانون حماية حق المؤلف العراقي المعدل رقم (3) لعام 1973 .
2- القوانين العربية.
أ- القانون المدني المصري المعدل رقم (131) لسنة 1948 .
ب- قانون المعاملات المدنية الإماراتي المعدل رقم (5) لسنة 1985 .
ت- القانون المدني الكويتي المعدل رقم (15) لسنة 1996 .
ث- القانون المدني السوري المعدل رقم (84) لسنة 1949 .
ج- قانون المعاملات المدنية السوداني المعدل لعام 1984 .
ح- قانون حماية حق المؤلف الأردني رقم (22) لسنة 1992 المعدل بقانون رقم (14) لسنة 1998 .
خ- القانون الدولي الخاص التونسي لعام 1998 .
د- القانون المدني الاردني المعدل رقم (43) لسنة 1976 .
ذ- القانون السوداني لحماية حق المؤلف لعام 1974 .
3- القوانين الاجنبية.
أ- القانون المدني الإسباني لعام 1974.
ب- القانون الدولي الخاص الألماني المعدل الصادر (25) تموز لعام 1986 .
ت- القانون الدولي الخاص النمساوي لعام 1979.
ث- القانون الدولي الخاص الروماني لعام 1992 .
ج- القانون الدولي الخاص النمساوي الجديد 1999.
ح- القانون الدولي الخاص البيروئي عام 1984 .
خ- القانون الدولي الخاص التركي المعدل لعام 1982 .
د- القانون الدولي الخاص المجري لعام 1979 .
ذ- القانون الدولي الخاص الإيطالي لعام 1995 .
ر- قانون حق المؤلف في الولايات المتحدة الامريكية المعدل لعام 1976.
4- الاتفاقيات .
أ- اللائحة الأوربية المسماة (اللائحة روما الثانية لسنة 2007) المتعلقة بالالتزامات غير التعاقدية.
ب- اتفاقية لاهاي المبرمة في 4 آيار لعام 1971 بشأن القانون الواجب التطبيق على حوادث الطرق .
ت- اتفاقية برن المبرمة في (9) أيلول لسنة 1886 الخاصة بحماية الملكية الأدبية والفنية.
ث- اتفاقية العالمية المبرمة في جنيف عام 1952.
ج- اتفاقية الويبو عام 1996 المتعلقة بحق المؤلف .
ح- اتفاقيات الجات الصادرة عام 1994.
المصادر الأجنبية.
1) Bourel, Les conflits del ois en matiére d'obligations extracontractuelles, thèse , paris, 1961 .
2) DESBOIS: propriéte Littéraire et artistique, Droit international privé, paris ,1993.
3) Guillaumè weiszberg , Article 3 du Code Civil francais et droit in ternational Privè, Article demagazine jurisPedia " LègiGlobe", France, 2014
4) LOUSSOUARN et BREDIN , droit du commerce International , paris ,sirry, 1969 .