



جامعة ابن خلدون – تيارت-



كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

القانون الواجب التطبيق على الأموال

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث في الحقوق

تخصص قانون دولي خاص

تحت إشراف الأستاذة :

- أ.د مكي خالدية

من إعداد الطالب :

- قرايع محمد

أمام لجنة المناقشة

الصفة في اللجنة	جامعة الانتماء	اسم العضو
رئيسا	جامعة تيارت	أ.د/ بوسماحة الشيخ
مشرفا ومقررا	جامعة تيارت	أ.د/ مكي خالدية
ممتحنا	جامعة تيارت	د/ جلجل محفوظ رضا
ممتحنا	جامعة تيارت	د/ أمحمدي محمد الأمين
ممتحنا	جامعة البيض	د/ أحمد عبد النور
ممتحنا	جامعة الشلف	د/ زنائدة عبد الرحمان

السنة الجامعية: 2023/2022



بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

﴿ اَمْاَلُوْا الْبَنُوْنَ زِيْنَةً

الْحَيٰوةِ الدُّنْيَا وَالْبَقِيَّةِ الصّٰلِحٰتِ خَيْرٌ عِنْدَ رَبِّكَ

ثَوَابًا وَخَيْرٌ اَمْاَلًا ﴾

الكهف الآية 46.

شكر وتقدير

كل الحمد والشكر لله عزّ وجلّ؛ الذي لا ينتهي فضله وعطاؤه، والذي وهبني العزيمة والإرادة لإتمام هذا العمل المتواضع.

واعترافاً بالفضل والجميل، أتقدّم بجزيل الشكر والامتنان إلى الأستاذة الفاضلة "مكي خالدية" التي تكرّمت عليّ بالإشراف على هذه الأطروحة وتصويبها من جميع جوانبها، جزاها الله عنّي كل خير.

شكر خاص إلى الأستاذ "زنائدة عبد الرحمن" على التوجيهات ومدّ يد العون في إتمام هذا العمل.

الشكر موصولاً أيضاً إلى الأستاذ "بلاق محمد" على التوجيهات والملاحظات المثمرة لإتمام هذا العمل

وخالص شكري لأعضاء لجنة المناقشة لقبولهم تصحيح هذا العمل وإثرائه.

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى من لهم الفضل بعد الله سبحانه وتعالى فيما وصلت إليه.

إلى والدي معلمي الأول، والسراج المنير الذي أضاء لي عتمة دربي.

وإلى والدتي التي يصعب حصر جميلها، والجنة تحت أقدامها.

إلى رفيقة دربي زوجتي العزيزة، إلى من سارت معي نحو الحلم ... خطوة بخطوة
بذرناه معاً ... وحصدناه معاً

إلى كل هؤلاء أقدم هذا الجهد المتواضع راجياً من الله أن يكون خالصاً لوجهه
الكريم، وأن ينفع به المسلمين.

قائمة المختصرات :

1- باللغة العربية :

الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية	ج.ر.ج.ج
الصفحة	ص
قانون المدني الجزائري	ق.م.
القانون التجاري	- ق.ت
قانون الإجراءات والإدارية	ق.إ.م.إ

2- باللغة الفرنسية :

Ibid	Ibidem : même ouvrage précité
Op. cit	Operecitato : ouvrage précité
N°	Numéro
P	Page

مقدمة

مقدمة :

إن تنظيم سلوك الأفراد وعلاقاتهم فيما بينهم، داخل المجتمع يستلزم وجود مجموعة من القواعد القانونية تحكمها، لأن الإنسان بطبيعته لا يمكنه العيش بمعزل عن الناس، لهذا من البديهي أن تنشأ علاقات قانونية واقتصادية بين أفراد المجتمع الواحد، وهذا يفرز أن كل دولة يكون لها نظامها الخاص يتماشى مع عاداتها وتقاليدها ومختلف الأسس الجوهريّة التي تبنى عليها هذه الدول، حيث أسفرت هذه الأنظمة الداخلية عن اختلاف في الأنظمة من دولة لأخرى.

وانفتاح هذه المجتمعات على بعضها البعض من خلال احتكاك أفرادها فيما بينهم، بسبب التقدم الاقتصادي والتكنولوجي وكذا وسائل النقل الحديثة، وقيامهم بتصرفات قانونية تجارية واقتصادية تتجاوز حدود الدول، طرح عدة إشكالات فيما يخص القانون الذي يحكم هذا النوع من العلاقات الخاصة الدولية، كون أن القوانين الداخلية لم يعد بإمكانها حل هذا النوع من النزاعات.

وقد أثارت هذه النزاعات القانونية إشكالات تتعلق باختلاف القوانين لاشتمال علاقاتها على عنصر أجنبي، حيث أصبح من الضروري البحث عن قواعد قانونية تكون كفيلة بحل هذا النوع من العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، حيث يتم من خلالها تحديد القانون الأكثر ملائمة من بين القوانين المتزاحمة لحكم هذه المسائل القانونية الخاصة؛ والتي تتنوع بين قواعد قانونية موضوعها الأحوال شخصية وقواعد أخرى موضوعها الأموال وهذا على الأغلب.

أن المال يمثل أهمية بالغة على صعيد العلاقات الداخلية ويزداد أهمية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، بالنظر لمكانته لدى الدول والأفراد على حد سوى؛ فهو ما دفع بالتشريعات الوضعية في تنظيم أحكام التعاملات التي ترد عليه، وهو مسلك المشرع الجزائري الذي عرفه في المادة 682 من

القانون المدني الجزائري¹ هو "كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون، يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية؛ أي هو الشيء الذي يدخل في دائرة التعامل بطبيعته أو بحكم القانون".

وبموجبها عرف المال على أساس تقسيم، الأشياء وأخذ بالتعامل المالي بها من عدمه كمعيار لاعتمادها كأموال، لأن تقسيم الأشياء في أغلب التشريعات، تقسم إلى أشياء قابل للتعامل فيها، أخرى غير قابلة للتعامل فيها.

ويعرّف المال أيضا على أنه كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل، أي في نظر القانون أنه كل ما يمكن تقييمه ماديا يعتبر مالا، أو بعبارة أخرى، أنه كل شيء يمكن حيازته ماديا أو معنويا والانتفاع به انتفاعا مشروعاً ولا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية.

وعليه فالأشياء الذي يترتب عليها حقوق مالية هي فقط التي تصلح للتعامل فيها، لذي يرى فقيه القانون المدني الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري، أن الشيء ليس دائما هو المال، إنما المال هو الشيء، إذا المال هو الحق ذو القيمة، سواء أكان عينيا أم شخصيا، أما الشيء فلا يعدو أن يكون محلا للحقوق المالية، بشرط أن لا يكون خارجا عن التعامل بطبيعته أو لحكم القانون. والأشياء إما أن تكون مادية أو غير مادية²؛ لذا ميز الفقه بين الشيء وما يرد عليه من حقوق وهذا هو معيار التمييز بين المال والشيء، فالشيء غير المال، إذ المال هو الحق المالي الذي يرد على الشيء، والشيء هو محل هذا الحق.³

¹ - تنص المادة 682 من القانون 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1795 المعدل والمتمم يتضمن القانون المدني الجزائري "كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية.

والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بجيازتها وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق".

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 8، دار الفكر المعاصر-بيروت- إعادة الطباعة، 1998، ص 07.

³ - عبد القادر بلقاسم، حدود الأشياء المعنوية المعترية والحقوق المتعلقة بها "دراسة لغوية أصولية من واقع المسميات"، مجلة الحضارة الإسلامية كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة وهران، المجلد 12 العدد 01، الجزائر، 2011، ص 137.

والأصل في الأشياء أنها مادية، لها حيز مادي محسوس كالأشجار، المباني، السفن، الطائرات والمباني، إلا أن التقدم التكنولوجي والاقتصادي أسفر عن نوع آخر من الأشياء ذات حيز غير محسوس، وهي نتاج الفكر والعقل البشري حيث أصبحت تسمى بحقوق الملكية الفكرية.

وعليه فالأموال تتنوع بتنوعها بين أموال مادية وأموال غير مادية منقولة وغير منقولة، بالإضافة إلى الأوراق المالية والصكوك القانونية، أي كان شكلها وهذا ما أكدته المادة 04 من القانون 01-23 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها.¹

ورغم التنوع الذي طرأ على فكرة الأموال، إلا أن تقسيمها ظل ثابتا على أموال مادية وأموال معنوية، أما الأموال المادية هي تلك الأموال التي تكون عينا، قابلة للرؤية بواسطة العين وقابلة كذلك للمس على غرار العقارات كالبيت أو منقولة كالسيارات والطائرات، والبواخر... إلخ، أي يكون لها وجود حقيقي، أما الأموال المعنوية أو ما يصطلح على تسميتها بالأموال الذهنية أو الاعتبارية حيث لا يمكن لمسها أو رؤيتها بصريا، لكنها تكون لها قيمة مالية كحقوق الملكية الفكرية بشقيها الأدبية والفنية وكذا حقوق الملكية الصناعية.

والمعارف عليه أن كل علاقة قانونية تشتمل على ثلاثة عناصر هي : الأطراف والمحل والسبب، ففي العلاقات القانونية الوطنية التي يكون جميع عناصرها وطنية ويكون المال موضوع لهذه العلاقات، تسمى في هذه الحالة بالعلاقات المالية، وإذا نظرنا إلى القوانين الوطنية بمختلف فروعها (قانون مدني، قانون تجاري... إلخ)، نجد أن هذه القوانين تولي أهمية كبيرة للأموال، وهذا من خلال النظر إليها سواء بصفة مجردة؛ أي قبل دخولها في الذمة المالية للأشخاص أو عندما تكون موضوع تصرفات قانونية تدخلها في هذه الذمة.

¹ - قانون رقم 01-23 المؤرخ في 16 رجب عام 1444 الموافق 07 فبراير سنة 2023، يعدل ويتمم القانون رقم 05-01 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها.

وإذا كان للأموال هذه الأهمية في العلاقات الوطنية، فإن أهميتها تتضاعف في العلاقات الخاصة الدولية، وهذا بسبب سهولة انتقالها من مكان إلى آخر وما يترتب على ذلك من صعوبات في تحديد القانون الواجب التطبيق عليها بسبب اختلاف قوانين الدول بشأنها.

والمعارف عليه في القانون الدولي الخاص بمفهومه الموسع أن فئة الأموال شكلت نظاما قائما بذاته يطلق عليه النظام العيني؛ وهو نظام يهتم بالأموال وحماية صاحبها أو الحق المالي لمواجهة الغير¹، حيث يضاهاى هذا النظام في أهميته النظام الشخصي؛ الذي يهتم بتنظيم العلاقات الشخصية بين الأفراد، كالزواج والطلاق... إلخ.

وقد بدأت ملامح هذا النظام تظهر لدى فقهاء فقه الأحوال الإيطالي القديم مروراً بفقه المدرسة الإيطالية القديمة والفقه الفرنسي القديم، والمدرسة الإيطالية الحديثة التي تزعمها الفقيه الإيطالي مانشيبي وصولاً إلى الفقه الألماني الذي مثله الفقيه سافيني، باتفاقهم جميعاً على إخضاع المال إلى قانون موقعه تحت مسميات مختلفة (قانون موقع الشيء، إخضاع الميراث لقانون موقع المال، خضوع المال للقانون الإقليمي، خضوع الملكية العقارية للقانون الإقليمي كاستثناء عن القانون الشخصي، وخضوع المال لقانون موقعه على أساس فكرة الخضوع الاختياري لقانون مركز العلاقة).

إن أغلب الحلول الفقهية التي قيلت من طرف المدارس الفقهية المذكورة آنفاً، والمتعاقبة تصدق عند النظر إلى المالبصفة إفرادية، أي عندما يكون المال يحتل حيزاً في الوجود وقد سميت هذه القاعدة، بقاعدة قانون موقع المال.

وقد أدى التطور الاقتصادي والتكنولوجي في وسائل المواصلات والاتصالات إلى ظهور أموال ليس لها حيز في الوجود، مما استدعى البحث عن بدائل من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق

¹ -بيار مايروفانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة علي محمود مقلد، ط1، مجلة المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008، ص 591.

على مختلف أنواع هذه الأموال، لأن المنهج التقليدي-المنهج التنازعي- وحده لم يعد بإمكانه إعطاء الحلول لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذا النوع من الأموال.

وعلى الرغم من ثبات قاعدة خضوع المال لقانون موقعه منذ بزوغ فجر المدرسة الإيطالية القديمة، إلا أنه وبفعل التغيرات الاقتصادية والتكنولوجية، التي طرأت على فكرة الأموال أصبح عنصر المكان الذي يشكل الأساس المتين للقاعدة، والذي بسببه صمدت هذه القاعدة في وجه كل المتغيرات، محل نظر سواء من طرف الفقه أو القضاء أو التشريع.

وقد سعت هذه الدراسة إلى إمطة اللثام عن الجهود الفقهية والتشريعية والقضائية المنصبة على تغيير فكرة عنصر المكان بسبب التنوع في الأموال التي ظهرت اثر التطور التكنولوجي والاقتصادي والذي ترتب عنه تغير مكان تواجد بعض الأموال كمكان النشر الأول للمصنف أو مكان طلب الحماية بالنسبة لهذه المصنفات أو مكان تحرير الورقة التجارية... إلخ.

إن اختيارنا لموضوع الدراسة مرجعه لأسباب ذاتية وأخرى موضوعية، أما عن الأسباب الذاتية فهي تتعلق بتخصصي الأكاديمي والذي أُرغب أن أوصل البحث فيه بصفة معمقة، أما عن الأسباب الموضوعية، فتعلق بفكرة الأموال الذي يشكل عصب الحياة، وما ترتب على ذلك من تنظيمات قانونية لها، سواء في المجال الداخلي أو في المجال الدولي.

وفيما يخص الدراسات السابقة التي اهتمت بموضوع القانون المطبق على الأموال على الأموال، فقد كانت هناك بعض الدراسات القانونية المتخصصة والقليلة جدا، جانب منها عالج مشكلة تنازع القوانين على الأموال بنوعيتها المادية والمعنوية على غرار دراسة للباحث راضي نبيه راضي علاونة المعنونة بـ: "القانون الواجب التطبيق على الأموال -دراسة مقارنة-، وهي دراسة تناول من خلالها الباحث، البحث عن القانون الواجب التطبيق على الأموال بصفة عامة، ضمن دراسة مقارنة.

وهناك دراسات أخرى لكنها كانت مركزة فقط على الشق الثاني للأموال والتي هي الأموال المعنوية، حيث تناول الباحثون في هذا المجال، القانون الواجب التطبيق على حقوق الملكية الفكرية

ونذكر منها : أطروحة دكتوراه للباحثة : هايدي عيسى حسن علي حسن الموسومة : " تنازع القوانين في مسائل الملكية الفكرية" جامعة القاهرة، مصر العربية لسنة 2018، حيث تناولت هذه الدراسة تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الملكية الفكرية ونطاقه وكذا إشكاليات تطبيقه.

هذا على المستوى الدولي، أما على المستوى الوطني فلم تكن هناك على حد علمنا دراسات عاجلت كيفية حل مشكلة تنازع القوانين على الأموال بنوعيتها المادية والمعنوية، باستثناء أطروحة الدكتوراه للباحث مقدم ياسين الموسومة : "تنازع القوانين في الملكية الفكرية -دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والاتفاقيات الدولية-، حيث تناول الباحث من خلال دراسته البحث عن القانون الواجب التطبيق لهذا النوع فقط من الأموال دون الأموال المادية وفقا للمنهج التقليدي فقط ألا وهو المنهج التنازعي.¹

إن الملاحظ أن معظم العناوين حاولت في مجملها، البحث في حل مشكلة تنازع القوانين على الأموال وفقا للمناهج التقليدية المعروفة المتمثلة أساسا فيالمنهج التنازعي-قواعد الإسناد-؛ إلا أن دراستنا الماثلة ستحاول البحث في القانون المطبق على الأموال في باقي المناهج المعروفة في نطاق القانوني الدولي الخاص على غرار المنهج المباشر الذي يستند تارة على القواعد الموضوعية لحل المشاكل التي تثيرها العلاقات الخاصة الدولية، ويتأسس تارة أخرى على تطبيق بعض القوانين تطبيقا فوريا أو ما يصطلح على تسميته بقواعد التطبيق الضروري²، حيث أصبح هذا المنهج ينافس المنهج التقليدي محاولا إزاحته عن عرشه خاصة في العلاقات الخاصة التجارية الدولية، ويرجع السبب أن قواعد المنهج

¹ - يشكل المنهج التنازع -المنهج التقليدي القائم على الإسناد- صميم القانون الدولي الخاص، وهو المعتمد في جل الأنظمة القانونية الوطنية، ويتم الفصل في العلاقات القانونية الدولية بموجبه عن طريق آلية الإسناد المقررة في قانون القاضي المعروض عليه النزاع التي تعين القانون الواجب التطبيق، ومن خصائص هذا المنهج أن القانون الوطني هو المرجع في تحديد الأوصاف القانونية للمسائل القانونية المتنازع بشأنها، ويتأتى قوام حل هذه المسائل في هذا المنهج عن طريق اختيار المشرع قاعدة الإسناد الأنسب والأكثر ملائمة أي الأكثر عدالة، الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج01، في ضوء القانون 05-10، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، ط2، مطبعة الفسييلة، الدويرة، الجزائر، 2008، ص79.

² - جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، مصر، 2005، ص03.

المباشر هي قواعد دولية موحدة وواقعية في حلولها، مصادرها متنوعة بين قوانين وطنية ومعاهدات دولية.

ومن خلال إطلاعنا على مختلف الدراسات المرتبطة بموضوع الأطروحة سنحاول الوصول من خلال بحثنا إلى إعطاء مفهوم دقيق للقانون المطبق على المال في إطار العلاقات الخاصة الدولية، للتركيز على فكرة أو ضابط قانون موقع المال، والبحث في مدى تأثير التطور التكنولوجي والاقتصادي على هذه القاعدة، حتى ولو كانت بمسميات مختلفة، هذا من جهة، ومن جهة ثانية البحث عن منهج بديل للمنهج التقليدي المستعمل في حل تنازع القوانين ومدى تأثير هذا الأخير على باقي المناهج الأخرى.

هذه المنطلقات دفعتنا بفرض الإشكاليات التالية: ما مدى فعالية قاعدة الإسناد التقليدية الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الأموال، في ظل تعدد المناهج التي تطبع القانون الدولي الخاص المعاصر؟

قد يبدو للوهلة الأولى أن موضوع الدراسة مستهلك وحظي بما يكفي من الدراسة، لكن هذه النظرة سرعان ما تتبدد عندما ينظر إلى اتساع فكرة الأموال وتنوعها، الشيء الذي ترتب عنه صعوبة كبيرة في تحديد مكان تواجد هذه الأموال، والقانون الواجب التطبيق عليها في العلاقات الخاصة الدولية، حيث بقي هذا الموضوع عسيرا، نظرا لتشعبه من جهة والنقص الكبير في المراجع المتخصصة في هذا المجال ومحدودية المراجع التي عاجلت موضوع تنازع القوانين فيما يخص الأموال خاصة على المستوى الوطني، باستثناء بعض المقالات إضافة إلى الكتب التي عاجلته بصورة عامة.

وللإجابة عن إشكالية الدراسة اتبعت المنهج الوصفي من أجل الوقوف على مدلول المصطلحات المتعلقة بفكرة الأموال والقواعد المطبقة بشأنها، إضافة إلى المنهج التحليلي بغية تحليل النصوص القانونية والاتفاقيات الدولية المختصة في هذا الشأن كما تم الاستعانة بالمنهج المقارن

للإطلاع والاستفادة من تجارب القوانين الرائدة في هذا المجال، إضافة إلى المنهج التاريخي لرصد وتتبع التطورات التي طرأت على القاعدة محل الدراسة منذ نشأتها إلى يومنا هذا.

ومن أجل بلوغ موجبات دراستنا أرتأينا تناول موضوع الدراسة من خلال خطة ثنائية على النحو التالي :

الباب الأول من هذه الدراسة، خصص لدراسة القانون الواجب التطبيق على الأموال المادية، وقبل التفصيل في هذه القاعدة وبسبب إشكالات النزاع التي تثيرها الأموال لسهولة انتقالها، ارتأينا دراسة موضوع التكييف للوقوف على أهميته وتأثيره على نظام الأموال وهذا بسبب اختلاف طبيعة الأموال من نظام قانوني إلى آخر، وكذا لإبراز تأثير الأموال بالنسبة لنظرية التكييف وهذا لكونها شكلت استثناءً من قاعدة خضوع التكييف لقانون القاضي.

لنشرع بعد ذلك، في تأصيل القاعدة تاريخياً من خلال موقف المدارس الفقهية القديمة والحديثة من القاعدة موضوع الدراسة، ولإثبات مدى صلابتها هذه القاعدة تم إبراز المبررات الفقهية والقانونية بشأنها.

ثم بعدها تم التعرّيج على تحديد نطاق اختصاص قانون الموقع وإشكاليات تطبيقه، ولتحديد نطاق اختصاص قاعدة قانون الموقع عرجنا على مضمون نظام الأموال وما يشملها (الحيازة والملكية والحقوق العينية)، لنصل إلى أن نطاق اختصاص قانون الموقع ينسحب على كل ما يتعلق بهذه الحقوق، وذلك من خلال خمسة مسائل.

كما تم التعرض بعدها إلى الإشكاليات المرتبطة بتطبيق القاعدة موضوع الدراسة، بالنسبة للأموال التي ليس لها موقع مادي ثابت والتي تثير مشكل النزاع المتغير والأموال التي يكون لها مواقع مادية متعددة والأموال التي توجد في موقع لا يخضع لأية سيادة.

وبعد تحديد نطاق القاعدة محل الدراسة وتذليل للإشكاليات المرتبطة بتطبيقها، تم التعرض إلى تطبيقات القاعدة محل الدراسة على الأموال المادية والاستثناءات الواردة عليها في العقار والمنقول،

والصعوبات المتعلقة بتحديد قانون موقع المال المنقول، عندما تكون البضائع منقولة بواسطة وسيلة نقل تحمل علما أو لا تحمل علما، والبضائع المنقولة على وسيلة نقل مستقرة في مكان ثابت لمدة معتبرة من الزمن.

وبعد دراسة كل الجوانب المتعلقة بالأموال المادية، خصص **الباب الثاني** من هذه الأطروحة لبحث القانون الواجب التطبيق على الأموال المعنوية، من خلال البحث عن القانون الواجب التطبيق على الحقوق المعنوية والمسائل المرتبطة بها المتضمنة حقوق الملكية الفكرية والحقوق الشخصية والتي يقصد بها الديون، مسلطين الضوء على قاعدة التنازع التي تحكم مسائل الملكية الفكرية، مبرزين من خلاله ضوابط الإسناد التي تحكم مسائل حقوق الملكية الفكرية، تعرضنا من خلاله للنظريات الفقهية التي قيلت بشأن تحديد هذا القانون وقد تأرجحت بين ثلاث نظريات وهي قانون بلد الأصل- بلد المنشأ- ونظرية قانون بلد طلب الحماية ونظرية التطبيق الجامع للضابطين، وبعد تعرفنا على الضوابط المستعملة في تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل حقوق الملكية الفكرية، بحثنا مجالات تطبيق هذا القانون على مسائل الملكية الفكرية بشقيها، حقوق الملكية الأدبية والفنية والمتفرعة بدورها إلى حقوق المؤلف والحقوق المجاورة والملكية الصناعية والمتفرعة حسب المادة 17 مكرر من القانون المدني الجزائري إلى براءة الاختراع والرسم والنموذج الصناعي والعلامة التجارية والاسم التجاري.

وبعد تحديد للقانون الواجب التطبيق ونطاقه على حقوق الملكية الفكرية بشقيها، انتقلنا إلى دراسة القانون الواجب التطبيق على الحقوق الشخصية -الديون- وهذا من خلال بحث القانون الواجب التطبيق على الديون العادية الناشئة عن الالتزامات التعاقدية والالتزاماتغير التعاقدية أي تلك الناشئة عن الفعل الضار والديون الثابتة في أوراق مالية والتي تكون إما اسمية أو لحاملها وأوراق تجارية والتي تكون إما سفتجة أو سند لأمر أو شيكا.

ولأن الفقه الراجح يرى أن هناك قصور المنهج التنازعي في حل مشكل التنازع المتعلق بالأموال، تم التعرض إلى المناهج المساعدة له، من خلال البحث عن كيفية إعمال المنهج المباشر على حقوق الملكية الفكرية، وذلك لكون حقوق الملكية الفكرية تعالج معالجة تشريعية مزدوجة أي أنها تنظم من

طرف المشرع الوطني والتشريعات الدولية، لذلك ارتأينا التطرق إلى منهج القواعد ذات التطبيق الضروي ومنهج القواعد الموضوعية كمنهجين يطبقان بالموازاة مع المنهج التنازعي، وذلك من خلال التطرق إلى ماهيتهما، وتطبيقاتهما في سياق الملكية الفكرية.

لنختتم دراستنا بإبراز دور النظام العام في حماية حقوق الملكية الفكرية، وذلك بالتطرق إلى ماهيته ثم تطبيقاته في العلاقات الخاصة الدولية، خاصة إذا علمنا أن حماية الأسس والمقومات التي تقوم عليها الدول من خلال المحافظة على الأموال بشقيها المادي والمعنوي، تعود للقاضي الوطني لأن دوره إيجابي في التصدي لتطبيق القانون الأجنبي في دولته باعتباره حامل لواء المشروعية وحامي العدالة، وهو من تكون له السلطة التقديرية في تحديد مستوى التقارب بين قانونه الوطني والقانون الأجنبي الواجب التطبيق، فالأمر إذا، يتعلق بفكرة إجتماعية يتوجب على القاضي الوطني أن يجسدها، مستعملا ضميره وشعوره في ذلك.¹

¹ - بوزيان عليان، أثر حفظ النظام العام على ممارسة الحريات العامة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، رسالة دكتوراه في تخصص الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2007، ص 75.

الباب الأول

القانون الواجب التطبيق على

الأموال المادية

تعتبر الأموال المادية عصب الحياة بالنسبة للأشخاص، نظرا لأهميتها في حياتهم اليومية، حيث يعرف هذا النوع من الأموال على أنه كل شيء ملموس ومحسوس ويكون له قيمة مالية، كما قد يكون محل للملكية، وما يترتب عليها من آثار، ويتم التفرقة بين المال كعقار والمال كمنقول، في عدم إمكانية نقله من مكان إلى مكان دون تلف وفي هذه الحالة يسمى عقارا والحالات التي دون ذلك يسمى منقولا.

الأموال المادية تخضع إلى قانون موقعها، سواء كانت عقارا أو منقول في العلاقات الخاصة الدولية، حيث أصبحت هذه القاعدة بمثابة عرف دوليا تلزم الدول بالأخذ بها، نظرا لاستقرارها عرفا وتشريعا وقضاء وإذا كان العقار لا يثير صعوبة كبيرة بسبب ثباته إلا فيما يتعلق بالشكل والأهلية بخصوص التصرفات القانونية الواردة عليه، وإذا كان يقع على حدود دولتين، لكن على العكس من ذلك فإن المنقول وبسبب سهولة انتقاله من مكان إلى آخر، فتعثره صعوبات في تحديد قانون موقعه، خاصة بالنسبة لبعض الأموال المنقولة التي لها طبيعة خاصة وتتميز بالحركة والتنقل، فإعطاء الإختصاص في النزاعات التي تثور بشأنها لمكان وجودها يثير صعوبة كبيرة، كالسفن والطائرات والقطارات وحتى البضائع المشحونة على متنها.

ولتحديد القانون الواجب التطبيق على الأموال المادية، يتعين علينا تحديد مفهومقاعدة التنازع الخاصة بالأموال المادية -قاعدة قانون الموقع- ثم تطبيقاتها على الأموال المادية، لذا ارتأيت تقسيم هذا الباب إلى فصلين : تناولت في الفصل الأول قاعدة التنازع الخاصة بالأموال المادية في جانبها النظري وذلك من خلال تحديد ضابط الإسناد المطبق على الأموال المادية- ثم تتبع التطور التاريخي لدى المدارس الفقهية القديمة والحديثة، بخصوص قاعدة خضوع المال لقانون موقعه وإبراز الاعتبارات الفقهية والقانونية التي تقوم عليها هذه القاعدة.

أما الفصل الثاني، فتناولت من خلاله تطبيقات هذه القاعدة على الأموال المادية، والصعوبات التي تواجه تطبيق القاعدة محل الدراسة على الأموال العقارية عندما يكون مكان تواجدها تابع

لدولتين أو أكثر وكذا الاستثناءات التي ترد على القاعدة، كالأهلية وشكل التصرف، والصعوبات التي تواجه تطبيق القاعدة بشأن الأموال المادية المنقولة سواء بالنسبة لإشكالات التي يثرها تحريك أو تحرك هذه الأموال هذا من جهة، ومن جهة ثانية كتلك الأموال المنقولة على متن وسائل نقل تحمل علما وأخرى لا تحمل علما.

الفصل الأول: قاعدة التنازع الخاصة بالأموال المادية.

تعتبر قاعد التنازع الخاصة بالأموال المادية من القواعد القديمة في فقه القانون الدولي الخاص، والتي مازالت سارية المفعول إلى يومنا هذا، حيث تقضي إلى إسناد العلاقة الدولية الخاصة لتي يكون موضوعها أموال مادية، إلى تطبيق قانون مكان تواجد هذا المال.

تقتضيدراسة قاعدة التنازع الخاصة بالأموال المادية -قانون الموقع-، التطرق أولاً إلى تحديد ضابط الإسناد في الأحوال العينية ثم نتطرق إلى تأصيل القاعدة وبيان أساس تطبيقها، ولتأصيل القاعدة ينبغي تتبع تطورها التاريخي وذلك من خلال بيان موقف المدارس الفقهية القديمة والحديثة منها، ثم عرض المبررات الفقهية والقانونية للقاعدة لنصل في الأخير إلى إبراز الإشكاليات التي يثيرها تحديد قاعدة قانون الموقع ونطاقها وللإمام بكل هذه المسائل، ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين : تناولنا في المبحث الأول ضابط الإسناد المطبق على الأموال المادية، أما المبحث الثاني فتناولنا من خلاله نطاق اختصاص قانون الموقع وإشكاليات تطبيقه.

المبحث الأول: خضوع الأموال المادية لقانون الموقع.

يقتضي دراسة تطبيق قاعدة التنازع الخاصة بالأموال، الإشارة إلى التكييف باعتبار أن قاعدة موقع المال تشكل استثناءً من مبدأ خضوع التكييف لقانون القاضي، وتأصيلها فقهما للوقوف على المبررات التي تقوم عليها هذه القاعدة، لذلك ارتأيت تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، تناولت في المطلب الأول مسألة التكييف وتعرضنا لتأصيل قاعدة قانون الموقع ومبررات تطبيقها في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مسألة التكييف كمرحلة أولية قبل تحديد قاعدة الإسناد.

إن الحلول إزاء المراكز القانونية في العلاقات الدولية الخاص التي موضوعها الأموال، لم تكن متيسرة مثلما يعتقد البعض، لأن الواقع العملي في معالجة النزاعات القائمة في الحياة القانونية الدولية الخاصة أثبت ذلك، وهذا راجع أساساً إلى الاختلاف في تفسير الأفكار المسندة ضمن قواعد الإسناد الخاصة بالأموال من دولة لأخرى أو من تشريع لآخر، وهذا ما يعرف في فقه القانون الدولي الخاص بالتكييف، حيث ارتأينا في هذا المطلب أن نعالج هذا الموضوع الحساس قبل التطرق إلى تحديد قاعدة الإسناد المطبقة على الأموال المادية.

الفرع الأول: تعريف التكييف وأهميته في تنازع القوانين.

أقر معظم الفقه على أهمية التكييف سواء في القانون بصفة عامة أو في تنازع القوانين بصفة خاصة، إلا أنه لم يتفق لحد الآن على تعريف موحد للتكييف، هذا الأخير يعنى القانون بصفة عامة "إعطاء الوصف القانوني السليم للفعل أو التصرف دون التقييد بما يضيفه الخصوم من وصف"¹، أو "هو تحليل للوقائع والتصرفات القانونية تمهيدا لإعطائها وصفها الحقيقي ووضعها في المكان الملائم بين التقسيمات السائدة في فرع من فروع القانون"².

¹ - محمد عبد العال عكاشة، تنازع القوانين، (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 95.

² - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، (الجنسية، تنازع الاختصاص القضائي، تنازع القوانين)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 46.

وعرّفه بعض الفقه الحديث "بأنه تحديد طبيعة العلاقة القانونية لإدخالها في نظام قانوني معين"، وقد أعطى المستشار أحمد فهمي تعريفا دقيقا لمصطلح التكييف في القانون، بأنه : "توحي معاني القانون في حاصل فهم الواقع في الدعوى، أي بمعنى أن التكييف هو إسقاط القانون على الواقع طبقا للمبدأ القديم في المرافعات أعطيني الواقع أعطيك القانون"¹.

أما في تنازع القوانين، فقد عرّفه بعض الفقهاء وعلى رأسهم الأستاذ الفرنسي بارتان، بأنه "مسألة معرفة ما هو القانون الواجب التطبيق على المسألة التي تتنازعها قوانين دولية مختلفة، والتي على أثرها يقوم القاضي المعروض عليه النزاع بتطبيق القانون المختص من بين مختلف النظم القانونية الخاصة التي تتنازع حكم المسألة محل النزاع"².

كما عرّفه الأستاذ نيبواييقوله : "أن التكييف هو الطبيعة القانونية المعترف بها لأحد النظم القانونية"³.

وعرّفه البعض أيضا بأنه : "تحديد طبيعة العلاقة القانونية لإدخالها في نظام قانوني معين" وعرّفه أيضا بقوله : "تحديد القاضي الطبيعة القانونية للعلاقة ذات العنصر الأجنبي المعروضة أمامه، بغية إخضاعها لقاعدة الإسناد التي تعين القانون واجب التطبيق بالنسبة لها"⁴، إذن فالتكييف في القانون الداخلي أو في تنازع القوانين واستنادا إلى التعريفات السابقة، يعني تحديد طبيعة المسألة القانونية محل النزاع، وهذا لا يعني تطابق فكرة التكييف في القانونين، وذلك لأن القاضي بموجب

¹ - بومدين ديداني وحسن زفور، أهمية التكييف الفقهي والقانوني للوقائع، مجلة الدراسات الحقوقية، العدد 1، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة، وهران 1، 2017، ص.97.

² - عمر بلمامي، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، نظرية التكييف (دراسة تحليلية ونقدية)، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص.150.

³ -Jean-Paulin NYBOYET : "le problème des qualification sur le terrain des traits diplomatiques, Revue critique de droit international prive, 1935,p.01.

⁴ - عبد الواحد كرم، معجم مصطلحات الشريعة والقانون، ص 131، نقلا عن ديداني بومدين، وأحسن زفور، المرجع السابق، ص ص92-113.

التكييف في القانون الداخلي، يسعى إلى تحديد القانون الموضوعي الواجب التطبيق، أما من خلال التكييف في تنازع القوانين فإنه يسعى إلى إدراج المسألة محل النزاع ضمن طائفة من النظم القانونية المقررة في قانونه تمهيدا لإسنادها إلى القانون المختص؛ كما يترتب على التعريفات السابقة ثلاثة عناصر أساسية يقوم عليها التكييف فيتنازع القوانين وهي¹ :

- تحديد طبيعة المسألة.

- إدراج المسألة محل النزاع ضمن فكرة مسندة محددة.

- معرفة القانون الواجب التطبيق.

تتعاظم أهمية التكييف في كل فروع القانون الأخرى وليس في القانون الدولي الخاص فقط، ولو أنها تختلف في الغاية من فرع إلى آخر، فغاية التكييف في تنازع القوانين هي إدراج المسألة محل النزاع ضمن الفئة المسندة المخصصة لها تمهيدا لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها. لذا فالقاضي المتمرس والملم بقواعد ونظريات القانون الدولي الخاص هو الذي يستطيع تحليل المسائل القانونية المطروحة عليه والخروج بحلول قانونية سليمة، لأن التكييف يخضع لرقابة المحكمة العليا، والخطأ في التكييف يؤدي إلى الخطأ في تطبيق القانون وعدم التوفيق في حل النزاع.

ويترتب على أهمية التكييف عدة نتائج في غاية الأهمية، حيث يتوقف عليه حل النزاع المطروح أمام القاضي، فمثلا في القضية المشهورة المسماة بقضية إيجدن، التي تلخص وقائعها في أن فرنسا كان متوطنا بإنجلترا يبلغ من العمر 19 سنة، تزوج من إنجليزية في إنجلترا دون حصوله على رضا

والده، مخالفا بذلك مقتضيات المادة 48 من القانون المدني الفرنسي، التي تمنع الولد الفرنسي البالغ من العمر أقل من 25 سنة الزواج بدون حصوله على الموافقة الأبوية، وعند عودة الزوج إلى فرنسا أقام دعوى أمام القضاء الفرنسي التمس من خلالها بإبطال عقد زواجه لعدم حصوله على الرضا

¹ - عبد الرحمان زنادة، التكييف في تنازع القوانين، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسينية بن بوعلوي، الشلف، مجلد 07، العدد 01، الجزائر، 2021، صص 118-127.

المطلوب، فحكم له القضاء الفرنسي ببطان عقد زواجه، وذلك بعد أن كَيَّف شرط رضا الوالد بأنه من المسائل المتعلقة بالموضوع، ثم تزوجت المرأة الإنجليزية ثانية من إنجليزي وعندما علم هذا الأخير بأن زوجته كانت متزوجة من فرنسي وقت زواجه منها رفع دعوى أمام القضاء الإنجليزي طلب من خلالها بالطلاق من زوجته لأنها كانت لازالت على ذمة الزوج الأول، ومنعا لحالة التعدد قضت المحكمة الإنجليزية ببطان الزواج الثاني.¹

يرجع السبب في اختلاف أحكام القضاء الفرنسي والقضاء الإنجليزي إلى مشكل التكييف، فشرط رضا الوالدين بالنسبة للقضاء الفرنسي يعتبر من المسائل المتعلقة بالموضوع والتي تخضع حسب القانون الفرنسي إلى قانون الجنسية، أما القانون الإنجليزي فيعتبر هذا الشرط من المسائل المتممة للشكلية، وبالتالي تخضع للقانون الذي يحكم التصرفات وهو غالبا قانون بلد الإبرام.

وفي نفس السياق كذلك قضية وصية الهولندي والتي تتلخص وقائعها في أن وصية بخط اليد أنشأها مواطن هولندي في فرنسا أي بالشكل العربي، وهي باطلة بحسب القانون الهولندي طبقا للمادة 992 من القانون المدني الهولندي، الذي كان يمنع جميع الهولنديين القيام بالإيصاء على هذا الشكل ولو كانوا متواجدين خارج التراب الهولندي، وبخلاف القانون الفرنسي الذي يسمح بهكذا إيصاء -يجوز تحرير الوصية في الشكل العربي-.²

الواقع أن الحكم في صحة هذه الوصية والقانون الذي يطبق بالنتيجة، يمكن تحديده على ضوء تكييف العلاقة القانونية محل النزاع أي تكييف علاقة الإيصاء بخط اليد، فالسؤال المطروح في هذه المسألة هل تنظيم الوصية بالشكل العربي هو مسألة شكل أم مسألة أهلية؟ وبعبارة أخرى هل الحظر المقرر في هذا النزاع يتعلق بشكل الوصية أو بأهلية الموصي؟ فإذا اعتبر مسألة شكل، تكون قاعدة الشكل هي المطبقة وبالتالي يطبق قانون محل الإبرام الذي هو القانون الفرنسي، أما إذا كان الحظر

¹ - كرم مزعل شي، التكييف في تنازع القوانين، (دراسة مقارنة)، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2017، ص24.

² - سامي بديع منصور وأسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص ص 90-91.

يرمي إلى حماية الأهلية أي حماية أهلية الموصي فإن النزاع هنا ينصب على الأهلية وبالتالي تطبق قاعدة الأهلية وهي خضوع النزاع إلى قانون جنسية الموصي الذي هو في هذه الحالة القانون الهولندي.¹

تتضح أهمية التكييف في مختلف فروع القانون وخاصة في القانون الدولي الخاص، بكونها تكتسي أهمية قصوى، فعليه يتوقف تفعيل المنهج التنازعيبرمته في العلاقات الخاصة الدولية.

الفرع الثاني: القانون الذي يحكم التكييف.

يكتسبالتكييف أهمية بالغة في تنازع القوانين، لأنه الوسيلة المثلى لاختيار قاعدة الإسناد التي تنطبق على المسألة القانونية المعروضة على القاضي، ولأن هذه المسائل لا تثير فقط تنازع بين القوانين لاختيار أيهم أنسب لحكمها، بل تثير نوع آخر من التنازع لا يقل أهمية عن سابقه، وهو التنازع بين هذه القوانين حول القانون الذي بموجبه يتم التكييف، أي إلى أي قانون يخضع التكييف؟ وما هي الاستثناءات الواردة عليه؟

للإشارة أنه سيتم الإجابة على هذا السؤال بإجابة سطحية ومختصرة لأن ما يهمنا في دراستنا هو الاستثناء الوارد على القانون الذي يخضع له التكييف إذا كان موضوع العلاقة الخاصة الدولية هو المال، فيخضع تكييف المال إذا كان عقار أو منقول إلى قانون موقعه، بدلا من قانون القاضي المعروض عليه النزاع.

أ- النظريات الفقهية لمشكلة التكييف :

اختلف الفقهاء في تحديد القانون الذي يخضع له التكييف، حيث يرى جانب من الفقه إخضاعه للقانون المقارن في حين يرى جانب آخر إخضاعه للقانون المختص لحكم النزاع، أما الفقه الراجح فأخضعه لقانون القاضي، وعليه سنتولى تبيان هذه الآراء بإيجاز على النحو التالي :

¹ - سامي بديع منصور وأسامة العجوز، المرجع السابق، ص ص 90-91.

1- إخضاع التكييف للقانون المقارن.

لقد ظهرت عدة نظريات بخصوص القانون الذي يخضع له التكييف، حيث نادى بعضها بإخضاع التكييف للقانون المقارن ويرى صاحب هذه النظرية الذي هو الفقيه الألماني رابال ومن تبعه من الفقه، أن التكييف يجب أن يتم وفقا للقانون المقارن، وعدم التقيد بقانون وطني لدولة محددة¹، لأن القانون المقارن يهتم بالدراسات القانونية المقارنة لقوانين الدول المختلفة بشأن مسألة قانونية معينة بغرض استخلاص أوجه الشبه والاختلاف بينهما.²

لذلك يتحتم على القاضي الوطني المعروض عليه النزاع، وهو بصدد القيام بعملية التكييف ألا يتقيد بأي قانون، سواء قانونه الوطني أو قانون دولة أخرى، مثلا إذا أريد إخضاع الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية عديمي الأهلية إلى قانون جنسيتهم، فإنه يقتضي على القاضي الوطني تحديد معنى الولاية والقوامة الخاصة بعديمي الأهلية على ضوء الدراسة القانونية المقارنة لقوانين الدول المختلفة، ليصل إلى تحديد مفهومها بأنها كل نظام يكون موضوعه الأفراد الذين لم يبلغوا سن الأهلية من حيث حمايتهم والنيابة عنهم في التصرفات القانونية، وبهذا نصل إلى النتيجة المطلوبة وهي تكييفات خاصة بالقانون الدولي الخاص، ومن إيجابيات هذه النظرية أنه يعطي للقاضي المرفوع أمامه النزاع بديلا مناسباً ومقبولاً عندما تعرض عليه علاقة قانونية غير معروفة في قانونه، إذ يمكنه التصدي لهذه العلاقة وتحديد طبيعتها وفقا للمفهوم العالمي.³

لم تصمد هذه النظرية وسرعان ما هجرها الفقه، ووجه لها عدة انتقادات أهمها هو مثاليتها المبالغ فيها وهذا ما يجعل من تطبيقها في الواقع أمرا صعبا.

2- إخضاع التكييف للقانون المختص لحكم النزاع:

نادى بهذه النظرية نفرٌ من الفقه على رأسهم الفقيه الأستاذ دسبانييهومن خلالها يخضع التكييف للقانون المختص الذي تشير قواعد الإسناد الوطنية⁴، بتطبيقه على النزاع المعروض أمام

¹ - عبده جميل غصون، محاضرات في القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص5.

² - يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية، ط01، بيروت، لبنان، 2016، ص107.

³ - عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص10.

⁴ - قاعدة الإسناد، هي أداة فنية ينظم عن طريقها المشرع الوطني العلاقات الخاصة الدولية، كما يعرفها بعض الفقه على أنها عبارة عن قاعدة قانونية وطنية أي من وضع المشرع الوطني وهدفها هو إرشاد القاضي المعروض عليه النزاع إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي، ومن مميزات أنها قاعدة مرشدة أي أن دورها ينحصر في إرشاد القاضي إلى القانون الأكثر صلة بالعلاقة الواجب التطبيق، هذا وتكفل بدوره بإعطاء الحل النهائي للنزاع، كما تتميز بأنها مزدوجة الجانب

القاضي الوطني، فعندما تنص هذه القواعد بأن الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج تخضع للقانون الوطني لكل من الزوجين -قانون الجنسية- فعلى القاضي في هذه الحالة الرجوع إلى قانون الجنسية المشار إليه من طرف قواعد الإسناد الوطنية لتحديد المقصود بالشروط الموضوعية ومضمونها، كذلك فيما يخص قاعدة الشكل الخاصة بالعقد التي تخضعه لقانون بلد الإبرام، فيجب على القاضي المعروض عليه النزاع أن يرجع إلى القانون- قانون بلد الإبرام - لمعرفة وتحديد الشكل وهل يعتبر جوهر النزاع متعلقا بالشكل أم بالموضوع؟¹

والقول بغير ذلك في رأي أنصار هذه النظرية هو "أن أي تكييف لا يتم عن طريق أعمال القانون الأجنبي سيؤدي إلى تطبيق هذا القانون رغما عنه على موضوع النزاع في حالات لا ينطبق عليها في الأساس"، فلو أن القانون الأجنبي يُكَيّف مسألة ما على أنها من الشروط الشكلية للعقد مثلا، ويكيف قانون القاضي نفس المسألة على أنها تدخل في فكرة الأهلية، فهذا سيؤدي حتما إلى تطبيق القانون الأجنبي باعتباره القانون الشخصي الذي يحكم الأهلية، في حين أن هذا القانون - القانون الأجنبي- يعتبرها من مسائل الشكل ويخضعها لقانون بلد الإبرام ونلاحظ هنا أن تطبيق القانون الأجنبي باعتباره القانون الشخصي، كان تطبيقا رغما عنه والحقيقة أنه لا ينطبق على الحالة بالأساس.²

ولم تصمد هذا النظرية طويلا مثل سابقتها وتعرضت لانتقادات كثيرة أهمها على الإطلاق هو أنه من غير المعقول التعرف على نوع القانون الذي يطبق على العلاقة-أجنيبا أم وطنيا- قبل قيام القاضي المعروض عليه النزاع بعملية التكييف، حيث لا يمكنه معرفة القانون المختص بحكم العلاقة

بمعنى أنها تشير إلى تطبيق قانون القاضي أو إلى تطبيق قانون أجنبي، كما أنها قاعدة محايدة أي أنها تشير إلى أكثر القوانين اتصالا بالعلاقة، بصرف النظر عن مضمونه- القانون- تتكون قاعدة الإسناد من ثلاثة عناصر : الفكرة المسندة، ضابط = الإسناد والقانون المسند إليه، عبده جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، صص 16-17.

¹ - كزيم مزعل شي، المرجع السابق، صص 79-80.

² - محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، (دراسة مقارنة للقانون الأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي) ط01، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع، 2002، صص 86.

المعروضة عليه، لأن عملية التكييف سابقة لعملية الإسناد¹، والقول بغير ذلك سيتضمن مصادرة على المطلوب.

3- إخضاع التكييف لقانون القاضي :

تدين هذه النظرية -إخضاع التكييف لقانون القاضي- بمعالها وحدودها إلى الفقيه الفرنسي بارتان حيث قدم تبريرات لمبدأ خضوع التكييف لقانون القاضي الذي قال به، كما أورد عليه عدة استثناءات.

أصبحت نظرية خضوع التكييف لقانون القاضي من أدبيات القانون الدولي الخاص، حيث تم تكريس هذه النظرية من طرف الفقيه بارتان، الذي حَلَّل من خلاله مشكلة التكييف ولا تزال رؤيته لهذا الموضوع وبهذا الاسم -التكييف- متداولاً في فقه القانون الدولي الخاص إلى يومنا هذا، ونشر مقاله الشهير الموسوم باستحالة الوصول إلى الحل النهائي لتنازع القوانين سنة 1897 بمجلة كلينيه²، حيث رد على أنصار فقهاء النزعة الدولية الذين كانوا ينادون بتوحيد القانون الدولي الخاص عن طريق توحيد قواعد التنازع، حيث أثبت لهم أن توحيد قواعد الإسناد لا يؤدي حتماً إلى توحيد القانون الدولي الخاص، وذلك بسبب اختلاف مفهوم قواعد الإسناد من دولة إلى أخرى، فما يعتبر متعلقاً بالشكل في دولة معينة، يمكن أن يكون متعلقاً بالأهلية أو عدم الأهلية في دولة أخرى³، الفقيه بارتان لم يكتف بإقرار مبدأ خضوع التكييف لقانون القاضي، بل قدم تبريرات للمبدأ الذي قال به، وأورد عليه استثناءات.

¹ - حسن الهداوي، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، دار النشر والتوزيع، 2005، ص56، أيضاً : محمدي بوزينة آمنة، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2020، ص130.

² - حسام الدين فتحي عبد اللطيف نصيف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، دراسة مقارنة، جامعة عين الشمس، 1994، ص44، نقلاً عن: بن زيادة أم السعد، القانون الجزائري في حل تنازع القوانين، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في حل تنازع القوانين، القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر -01- بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2015-2016، ص54.

³ - عبد الرحمان زناندة، المرجع السابق، ص246.

ومضمون نظرية بارتان بخصوص مشكلة التكييف هو أن التكييف مسألة أساسية في تحديد القانون الواجب التطبيق، وأنه يتم عادة الرجوع إلى قانون القاضي مستعينا بذلك بما انتهى إليه القضاء الفرنسي في حل بعض القضايا المشهورة كقضية وصية الهولندي، حيث كان القانون الفرنسي باعتباره قانون القاضي محل تنازع مع القانون الهولندي باعتباره قانون بلد إبرام الوصية، والتي أخضع فيها القضاء الفرنسي التكييف للقانون الفرنسي.¹

حيث في هذه القضية انتهى القضاء الفرنسي بإعماله لمفاهيم القانون الفرنسي، وذلك بتكييف موضوع الوصية الخطية -تمت في الشكل العربي- والتي حررت في فرنسا وبالمخالفة للقانون الهولندي الذي يحظر الوصية الخطية على الهولنديين حتى ولو كانوا متواجدين في الخارج إلا إذا تمت في الشكل الرسمي، على أنه يدخل في الفئة المسندة الخاصة بشكل التصرفات ولما كانت قاعدة الإسناد المعنية تخضع شكل التصرفات من حيث صحته لقانون محل بلد الإبرام، فإن القضاء الفرنسي حكم بصحة الوصية العرفية المحررة على الأراضي الفرنسية.²

وهنا أكد بارتان على صحة نظريته -إخضاع التكييف لقانون القاضي الوطني- بالنظر إلى بعض القضايا التي فصل فيها القضاء الفرنسي عن طريق سلوك منهجه في التكييف، وأكد أن القضاة سواء كانوا فرنسيين أو في دول أخرى عندما يقومون بعملية التكييف يستندون إلى قوانينهم الوطنية. وحدد الفقيه بارتان بعد أخذ ورد في أبحاثه، نطاق التكييف وفرّق بين التكييف الأولي-السابق- والتكييف الثانوي-اللاحق- حيث أخضع التكييف الأولي لقانون القاضي، لأن الغرض منه هو الاهتمام إلى قاعدة الإسناد التي تحوي الفئة المسندة التي تندرج تحتها المسألة القانونية محل النزاع، لمعرفة القانون المختص الذي يحكمها، أما التكييف اللاحق فيتطلبه القانون المختص التي أشارت إليه

¹ - حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول(المبادئ العامة في تنازع القوانين)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص110.

² - المرجع نفسه.

قواعد التنازع، فمثلا يتوقف دور قانون القاضي بعد التكييف أن النزاع يتعلق بالأهلية بعد تحديد القانون المختص يبقى دور هذا الأخير عن طريق التكييف اللاحق التمييز بين أهلية التصرف وأهلية الإدارة.¹

وأسس بارتان نظريته على فكرة السيادة، حيث يقول أنه عندما يكون تنازع للقوانين فهذا يعني أن هناك تنازع بين السیادات، فالمشرع الوطني عند ما يحتكم لقواعد الإسناد وترشده إلى تطبيق قانون أجنبي فوق إقليم دولته في بعض العلاقات الخاصة الدولية، فهو وحده الذي يملك تحديد القدر الذي يتنازل بموجبه عن سيادة دولته التشريعية.²

أيّد الفقه، الفقيه بارتان في نظريته لكن على أساس مختلف، إذ يرفض الفقه الحديث تأسيس نظرية إخضاع التكييف لقانون القاضي على فكرة السيادة، واستعاض عنها بحجج أخرى أهمها أن التكييف في حقيقته هو تفسير لقواعد الإسناد التي جاء بها المشرع الوطني ولا يعقل أن يطلب هذا التفسير من غير القانون الذي تنتمي إليه هذه القواعد وإلا نكون قد خرجنا على إرادة المشرع الذي وضعها. أما الحجة الثانية تفرضها طبيعة تنازع القوانين، لأن التكييف هو عملية أولية وسابقة لتحديد القانون الواجب التطبيق، فمن غير الممكن تطبيقه بناءً على قانون آخر ما نزال نجعل هويته وبالتالي وجب تطبيق القانون الوطني المعلوم لدى القاضي المعروض عليه النزاع طالما أن التكييف لم يتم بعد.³

إلا أن النظرية الحديثة في التكييف-الفقه الحديث- التي نادى بها فقهاء القانون الدولي الخاص، منهما الفقيه لاقارد، فتؤيد إخضاع التكييف إلى قانون القاضي كأصل عام، إلا أن التقيد بهذا الأصل

¹ - الطيب زروقي، المرجع السابق، ص 108.

² - حفیظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول (المبادئ العامة في تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 111، وأعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص 81.

³ - محمد وليد المصري، الوجيز في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، ط 02، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص 80.

لا يجب أن يكون على نحو مطلق، بل يجوز للقاضي التوسع في الفئات الموجودة في قانونه الداخلي¹، أي أن إخضاع التكييف لقانون القاضي لا يحول دون إمكان الاستئناس بالقانون الأجنبي المختص التي أشارت إليه قاعدة الإسناد هذا من جهة، ثم يقوم بالالتجاء إلى القانون المقارن للتوسع أكثر في مفهوم نفس قانون القاضي من جهة أخرى. لأن هذه العملية التي يقوم بها القاضي الوطني المعروض عليه النزاع بعدم تجاهله للقانون الأجنبي أو القانون المقارن تجاهلا تاما، تجعله يتعرف على طبيعة العلاقة القانونية التي تعرض عليه لأول مرة والغريبة عن قانونه حتى لا يتم تشويه طبيعتها الأصلية، وهكذا يكون الفقه الحديث قد تلافى أوجه النقد الموجهة للفقهاء بارتان بخصوص نظريته عن طريق إخراجها من إطارها الجامد وسمح للقاضي الوطني المعروض عليه النزاع باستشارة القانون الأجنبي المحتمل التطبيق للمحافظة على طبيعة العلاقة المطروحة أمامه، والأهم من ذلك أنه أتاح له أن يوسع من مضمون الفئات المسندة في قانونه حتى يسهل له إدخال مراكز قانونية كان يجهلها قانونه.²

4- نطاق تطبيق قانون القاضي في التكييف :

وإذا كان الفقه الغالب اقتنع بما جاء به بارتان حول نوع التكييف الذي يخضع إلى قانون القاضي ولو باختلاف الأساس، لكن هذا لا يعني أنه دائما يجب الرجوع إلى قانون القاضي في العلاقات القانونية الخاصة الدولية، وإنما يتحدد نطاق تطبيق هذا القانون بعدة استثناءات، لأن الفقيه بارتان لم يقرر إعمال نظريته على نحو مطلق، إذ أورد عليها عدة استثناءات³، أهمها على الإطلاق والتي تعتبر جوهر دراستنا هو تكييف وصف المال، نتولى توضيحها فيما يلي :

¹ - علي قريوع كمال، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 105.

² - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، الجنسية-تنازع الاختصاص القضائي، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص66.

³ - من بين أهم الاستثناءات التي ترد إخضاع التكييف لقانون القاضي والتي جاء بها الفقيه بارتان هي : أولا استثناء تحديد وصف الفعل هل يشكل جريمة مدنية أم جريمة جنائية؟ هنا في هذه الحالة يجب الرجوع إلى القانون الذي وقع فيه الفعل على أساس أن تطبيق القانون المحلي أي قانون المكان الذي وقع فيه الفعل هو تحقيق المساواة في الحقوق بين المسؤول والمضروب. أما الاستثناء الثاني هو الأنظمة غير المعروفة في قانون القاضي -الاستحالة المادية - يرى الفقه -المؤيد لبارتان- بأنه في مثل هذه

- الاستثناء المتعلق بوصف المال، أشار بارتان في هذا الاستثناء بضرورة الرجوع إلى قانون الموقع وليس إلى قانون القاضي المعروض عليه النزاع لتحديد وصف المال باعتباره عقار أو منقول، وأرجع الفقيه بارتان أساس الحل الذي أخذ به إلى فكرة الطمأنينة في اكتساب الحقوق العينية واستقرار المعاملات والمحافظة على الثروة التي ترتبط بالنظام العام¹، وباعتبار أن إقليم الدولة هو ركن أساسي من أركان الدولة حيث تمارس عليه سيادتها، والمال هو جزء من هذا الإقليم، فبالتالي كل ما يتعلق بنظام الأموال يجب أن يخضع لقانون موقعها استجابة لهذه الاعتبارات.²

وأضاف بارتان إلى هذه الاعتبارات، بأنه لو أخذت كل الدول بهذا الاستثناء فإن ذلك سيؤدي حتما إلى توحيد الحلول بالنسبة لمسألة وصف المال، وهو طبعاً أمر مرغوب فيه من قبل فقه القانون الدولي الخاص.³

لقد انتقد رأي الفقيه بارتان بخصوص هذا الاستثناء، من طرف جمهور كبير من الفقهاء وذلك لأن تحديد وصف المال هل هو عقار أم منقول، قد يثار في مرحلة لاحقة عن التكييف الأولي أي في

الحالات يرجع القاضي في تكييف النزاع المعروض عليه إلى القانون الأجنبي، ويعتبر ذلك استثناء حقيقياً من مبدأ إخضاع التكييف لقانون القاضي؛ أما الاستثناء الثالث هو في حالة وجود معاهدة بين دولة القاضي وبين دولة أجنبية ففي مثل هذه الحالة يلتزم القاضي بما نصت عليه المعاهدة، لأن المعاهدة تعتبر جزءاً من القانون الداخلي في أغلب تشريعات العالم، الاستثناء الآخر تكييف الالتزامات التعاقدية التي أخضعها الفقيه بارتان إلى قانون الإرادة على أساس أنه لا يجب أن نكفي التصرفات التي يبرمونها خارج إرادتهم، للاطلاع على التبريرات التي ساقها بارتان والفقه المؤيد له بشأن هذه الاستثناءات، يرجى الرجوع إلى مؤلف كل من: احمد أبو المجد محمد السيد عفيفي، المسؤولية التقصيرية عن الممارسات الخاصة وسوء استخدام الانترنت في ضوء القانون الدولي الخاص الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، 2017، ص ص 163-164، بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، المرجع السابق، ص ص 198، وزنانة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 259.

¹- فكرة النظام العام تعبر عن مجموعة من المصالح الجوهرية للمجتمع أو هي الوسيلة التي من خلالها تتجسد حماية المصالح العامة للدولة سواء كانت هذه المصالح سياسية، اقتصادية أو أدبية كما يعرفها بعض الفقه على أنها مجموع الأسس التي يقوم عليها كيان المجتمع والتي تميزه عن غيره من المجتمعات، فيصل نسيعة، النظام العام، مجلة المنتدى، العدد الخامس، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2017، ص 2.

²- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، مصر، 2007، ص 59.

³- للاطلاع على التبريرات التي ساقها الفقيه بارتان والفقيه المؤيد له بشأن إخضاع تكييف المال إلى قانون موقعه، يرجى الرجوع إلى مؤلف كل من الدكتور بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، المرجع السابق، ص 181، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 119.

مرحلة لاحقة عن عملية الإسناد وهي مرحلة تطبيق القانون المختص بحكم النزاع والذي أشارت إليه قواعد الإسناد في قانون القاضي، فمثلا إذا تصدى القاضي لإعمال قاعدة الإسناد التي تشير إلى إخضاع الحقوق العينية لقانون موقع المال وجب عليه الرجوعاً أولاً إلى قانونه لتكييف العلاقة الدولية الخاصة المعروضة أمامه، والتيقن من أنه يعتبر من قبيل الحقوق العينية، وإذا تحدد للقاضي القانون الواجب التطبيق بناء على التكييف الأولي الذي قام به، فإن ما قد يثار بشأن تكييف المال بعد ذلك هو تكييف لاحق يخضع للقانون الذي أشارت إليه قواعد النزاع بعد عملية التكييف الأولي وهو قانون الموقع، ولا يخضع إلى قانون القاضي المعروض عليه النزاع إلا إذا كان هذا الأخير هو قانون الموقع، لذا يرى الفقه أن إخضاع التكييف المال إلى قانون موقعه هو مصادرة على المطلوب، لأن مرحلة التكييف كما أسلفنا الذكر هي مرحلة أولية-سابقة- تسبق عملية الإسناد التي بموجبه يتم معرفة القانون الواجب التطبيق، فتكييف الأموال وفقاً لقانون موقعها يخالف منطق النزاع¹، ومع ذلك فهناك حالات يخضع فيها التكييف لقانون الموقع بالنسبة للأموال ويكون استثناءً حقيقياً، وهي الحالات التي يكون فيها القانون المختص بحكم المال يفرق بين المنقول والعقار كما هو الحال في القانون الفرنسي، الذي يخضع الميراث في المنقول لقانون موطن المتوفي، والميراث في العقار لقانون موقعه.

أما في بقية الفروض التي تكون فيها قاعدة الإسناد في قانون القاضي التي تعطي وصف المال لكل من العقار والمنقول معا ولا تفرق بينهما وتخضعهما إلى قانون الموقع، فإن الاستثناء الذي جاء به الفقيه بارتان في هذه الحالة لا مبرر له ويصبح بدون جدوى، لأنه لا يؤثر على القانون المختص الذي تعينه قاعدة الإسناد في قانون القاضي، فيبقى دائما هو نفسه بدون تغيير.²

ومن جهة أخرى، فإن الفقه الذي انتقد بارتان فيما جاء به من استثناء يرى أن إعمال هذا الاستثناء أمرا صعبا وتواجهه صعوبات في تحديد موقع المال قبل تحديد القانون الواجب التطبيق

¹ - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، الجنسية-تنازع الاختصاص القضائي، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 60-61.

² - بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 84-85.

ويكون ذلك في الفروض التي تكون فيها الأموال موجودة في أكثر من إقليم دولة واحدة، ويكون هنا من الصعب تحديد قانون موقع المال الذي يرجع إليه في تكييف هذا المال.¹

ورغم وجهة هذه الانتقادات، أصر بارتان على هذا الاستثناء واعتبره استثناءً حقيقياً حتى في الحالة اللاحقة، وقد تأثرت عدت تشريعات بهذا الاستثناء على غرار المشرع الجزائري.

5- موقف المشرع الجزائري من تكييف وصف المال :

تبنى المشرع الجزائري المبدأ العام للتكييف، والذي قال به الفقيه بارتان، وهو إخضاع التكييف لقانون القاضي.

إلا أنهم يساير التوجه الفقهي الحديث بخصوص تكييف المال -الذي اعتبر أن الاستثناء الذي جاء به بارتان ليس استثناءً حقيقياً- حيث أخذت بهذا التوجه أغلب التشريعات المقارنة منها التشريعات العربية على غرار التشريع المصري والتشريع الأردني أين اعتبرت هذه التشريعات بأن إخضاع تكييف المال لقانون موقعه يعد تطبيقاً للقاعدة التي وضعها بارتان وليس استثناءً عليها²، والمشرع الجزائري تمسك بنظرية بارتان، والتي نص عليها في المادة 17فقرة 1 من القانون المدني التي جاء نصها: "يخضع تكييف المال سواء كان عقاراً أو منقولاً إلى قانون الدولة التي يوجد فيها"³.

ولقد انتقد توجه المشرع الجزائري على أساس أن الاستثناء الذي أورده بارتان على نظريته لا يعتبر دائماً استثناءً حقيقياً، لأن وصف المال فيما إذا كان يعتبر عقاراً أو منقولاً قد يثار في مرحلة

¹ هشام علي صادق، قانون دولي خاص، المرجع السابق، ص 62، وصلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، دراسة في صور فقه الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 172.

² محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للقانون الأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الأولى، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002، ص 93.

³ الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، ج.ر.ج.د.ش، العدد 78، الصادرة في 24 رمضان عام 1395هـ الموافق 30 سبتمبر سنة 1975 م، ص.ص. 990-1059، المعدل والمتّم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ 13 جمادى الأولى عام 1426هـ الموافق 20 يونيو سنة 2005، ج.ر.ج.د.ش، العدد 44، الصادرة في 19 جمادى الأولى عام 1426هـ الموافق 26 يونيو سنة 2005، ص.ص. 17-25، وبالقانون رقم 07-05، المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428هـ الموافق 13 مايو سنة 2007، ج.ر.ج.د.ش، العدد 31، الصادرة في 25 ربيع الثاني عام 1428هـ الموافق 13 مايو سنة 2007، ص.ص. المتضمن القانون المدني.

لاحقة على الإسناد، وهي مرحلة تطبيق القانون المختص، وأبرز مثال على ذلك ذكر أعلاه بخصوص تصدي القاضي لإعمال قاعدة الإسناد التي تقرر إخضاع الحقوق العينية لقانون موقع المال.

إذا فكرة أن مرحلة التكييف هي مرحلة أولية تسبق مرحلة الإسناد جعلت الفقه يرفض الأخذ بهذا الاستثناء، والقول بغير ذلك يعتبر مصادرة على المطلوب¹، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإعمال هذا الاستثناء تواجهه صعوبات حمة في تحديد قانون موقع المال، الذي يرجع إليه في عملية التكييف ويكون هذا بالنسبة للأموال المادية المنقولة والأموال المعنوية التي تقع في أكثر من إقليم دولة واحدة.²

ومن خلال نص المادة 17فقرة 1 من القانون المدني، التي جاء نصها: "يخضع تكييف المال سواء كان عقارا أو منقولاً إلى قانون الدولة التي يوجد فيها". نلاحظ تأثر المشرع الجزائري بالاستثناء الذي جاء به بارتان بالرغم أن هذا الفقيه اعترف في أكثر من مرة، بأن إخضاع تكييف المال لقانون موقعه، لا يشكل خروجاً عن القاعدة العامة التي أقرها، وهذا عندما صرح أن هذا التكييف لا يتدخل في قاعدة الإسناد في دولة القاضي، ورغم وجهة هذه الانتقادات أصر بارتان على هذا الاستثناء واعتبره استثناءً حقيقياً حتى في الحالة اللاحقة.³

المطلب الثاني: تأصيل قاعدة قانون الموقع ومبررات تطبيقه .

قاعدة قانون الموقع يرجع تاريخها إلى المدرسة الإيطالية القديمة التي ظهرت في إيطاليا في بداية القرن الثاني عشر، وتم الاحتفاظ بهذه القاعدة لدى المدارس الفقهية التي جاءت بعد هذه المدرسة ولو كان ذلك بناءً على تفسيرات واعتبارات مختلفة، لذلك قمنا ببيان موقف المدارس الفقهية القديمة والحديثة منها، واستجابة للمقتضيات المنهجية قمت بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين : تناولت في الفرع الأول التعريف والنشأة وذلك ببيان موقف المدارس الفقهية

¹ - يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 116.

² - هشام علي صادق، قانون دولي خاص، المرجع السابق، ص 62، وصلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، دراسة في صور فقه الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 172.

³ - عبد الرحمان زناندة، المرجع السابق، ص 247.

القديمة من القاعدة محل الدراسة وبيان موقف المدارس الحديثة من هذه القاعدة، أما الفرع الثاني فخصصتها لإبراز مبررات تطبيق قاعدة قانون الموقع.

الفرع الأول: نشأة قاعدة خضوع الأموال لقانون الموقع.

تعتبر قاعد خضوع المال لقانون موقعه من أهم القواعد المستقرة في مختلف التشريعات الدولية، في مجال القانون الدولي الخاص، وتسمى قاعدة إخضاع المال لقانون موقعه. وتعتبر من القواعد التليدة في فقه القانون الدولي الخاص، وذلك بعد أن كان الفكر القانوني متجها نحو فكرة أن الأموال خاصة المنقولة منها، هي لصيقة بصاحبها-القانون الشخصي للمالك- قبل أن يتطور وتفرض قاعدة خضوع المال لقانون موقعه نفسها وفقا للتوجه الفكري الجديد على مختلف التشريعات الدولية إلى يومنا هذا.

ومن مسوغات القاعدة أنها تقوم على اعتبارات الملائمة التي تهدف إلى الحفاظ على مصالح الأفراد ومصالح الدولة، باعتبار أن قانون موقع المنقول يحقق الطمأنينة لأطراف العلاقة الدولية الخاصة في هذا الشأن، أما بالنسبة لمصلحة الدولة. فالقانون الإقليمي يحافظ على ثروتها الثابتة والمنقولة الكائنة بإقليمها، والتي تشكل وعاء نشاطها الاقتصادي.¹

وهناك اعتبار عملي آخر قوامه تحقيق الفعالية لممارسة الحقوق على الأموال بنوعيتها، كما أنه هناك اعتبار فني لهذه القاعدة يتلخص في أن موقع المال هو محل التركيز القانوني لكل ما يتعلق به.²

ومن المعارف عليه تاريخيا أيضا في القانون الدولي الخاص، أن المقصود بالفقه القديم يتعلق بفقه المدرسة الإيطالية والفرنسية القديمتين بالإضافة إلى المدرسة الهولندية، حيث حاولت هذه المدارس وبالخصوص في القرون الوسطى التوفيق بين مبدأي شخصية القوانين وإقليميتها³، كذا التمييز بين

¹ - مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، منشورات جامعة حلب، 2008، سوريا، ص 281.

² - المرجع نفسه.

³ - يقصد بمبدأ إقليمية القوانين؛ هو سريان القاعدة القانونية على كل ما يقع من وقائع أو تصرفات قانونية داخل الدولة وكذا على الأشخاص الموجودين داخل إقليمها سواء كانوا وطنيين أو أجناب أي أن القاعدة القانونية لا تسري خارج الدولة، وهذا ينطبق على كل دولة يكون قانونها إقليمي التطبيق ويترتب على ذلك ما يلي : أن القانون الإقليمي التطبيق وحده الذي يسري داخل الدولة المعنية دون سواه ويطبق هذا على كل الأشخاص الموجودين داخل الدولة بغض النظر عن جنسيتهم ولا يمكن لهذا القانون أن يمتد إلى الخارج حتى على مواطني هذه الدول التي تتبنى القانون الإقليمي التطبيق. أما مبدأ شخصية القوانين؛ فيقصد

الأحوال الشخصية والأحوال العينية، وذلك على الرغم من الخلافات الفقهية بين فقهاء المدرسة القديمة حول أسباب ومبررات هذا التمييز، إلا أنهم اتفقوا على أن الأموال تعتبر من الأحوال العينية وأخضعوها لقانون الموقع¹، ولتوضيح الاتجاهات الفقهية المختلفة عبر المراحل الزمنية، قسمت هذا الفرع إلى ثلاثة عناصر خصصت كل عنصر لمدرسة من المدارس المشار إليها.

أولاً : موقف المدارس الفقهية القديمة من قاعدة قانون الموقع.

تضم المدارس الفقهية القديمة كل من المدرسة الإيطالية القديمة وكذا المدرسة الفرنسية والهولندية القديمتين، حيث نتولى تبيان رأي كل مدرسة على حدة.

أ- المدرسة الإيطالية القديمة :

بدأت ملامح قاعدة تطبيق قانون الموقع كقاعدة مسندة وليس كضابط إسناد في فقه الأحوال الإيطالية القديم وذلك من خلال التعليق على القانون الروماني، نتيجة التطورات الاجتماعية والتجارية التي ازدهرت في المدن الإيطالية ونمو العلاقات القانونية ذات الصبغة المالية بين المدن، فأدى ذلك إلى ظهور تنازع داخلي بين قوانين مدن شمال إيطاليا من جهة والقانون الروماني العام من جهة أخرى، فأثار هذا الوضع انتباه الفقهاء الإيطاليين الذين وضعوا البذرة الأولى لنظرية عامة في تنازع القوانين عُرفت باسم نظرية الأحوال *les statuts*؛ والتي يقصد بها مجموعة القواعد الفقهية التي جاء بها الفقهاء منذ أواخر القرن الثاني عشر ميلادي في أوروبا لحل المسائل القانونية التي تنازعها قوانين البلد الواحد ثم تطور الأمر إلى فض التنازع بين قوانين البلاد المختلفة، وكان المنهج المعتمد في نظرية الأحوال الإيطالية يقوم على تحليل القوانين-الأحوال- التي تنازع حكم مسألة قانونية يكون أطرافها أفراد تابعين لمدين مختلفة من الإقليم الإيطالي لتحديد طبيعة هذه المسألة هل هي قوانين إقليمية أم قوانين

بمصريان القاعدة القانونية على الأشخاص المنتمين إلى الدولة بجنسيتهم، سواء كانوا هذا الأشخاص موجودين على إقليم هذه الدولة أم كانوا مقيمين في الخارج، كما أن هذه القاعدة لا تسري على الأجانب حتى ولو كانوا مقيمين داخل إقليم الدول التي تنتمي هذا المبدأ وعدم سريان هذه القاعدة على المنتمين للدول الأخرى حتى ولو كانوا مقيمين في إقليمها، أحمد سي علي مدخل العلوم القانونية، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، ط01، دار الأكاديمية للطبع والنشر والتوزيع، الدار البيضاء، الجزائر، 2011، ص 409.

¹-الطيب زوتي، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 54.

شخصية؟ إذاً فهم يبحثون في كل حالة على حدة لتحديد القانون الواجب التطبيق وتطبيقه إما إقليمياً أو شخصياً؛ أي هذا القانون يعد من القوانين الشخصية التي تتبع الشخص أينما ذهب، ويبقى الفقه التحليلي، السمة التي تميز الفقه الإيطالي حيث يهتم أساساً بتحليل القوانين المتزاحمة لحكم العلاقة المعروضة¹، حيث انتقلت هذه النظرية فيما بعد إلى الفقه الفرنسي ثم الهولندي.

وفي ضوء المنهج المتبع من الفقه الإيطالي الذي هو المنهج التحليلي تصدى لوضع حلول التنازع الملائمة لكل من الروابط القانونية المتنوعة²، حيث كان السباق في التمييز بين عدة فئات قانونية حتى يخضعها لقانون معين، وذلك كان مع نهاية القرن الثاني عشر وبداية القرن الثالث عشر حيث ميز بين:

- الإجراءات فأخضعها لقانون القاضي.
 - والموضوع : فأخضعه لقانون القاضي أو للقانون الأجنبي، بحسب المسألة التي يثور بشأنها النزاع .
 - وأخضع العقد(من حيث الشكل أو الموضوع) : إلى مكان الإبرام.
- فظهر مبدأ سلطان الإرادة الذي يرى بأن إبرام الأطراف للعقد في مكان ما يعني ضمناً أنها اختارت القانون الواجب التطبيق في حالة وقوع أي نزاع.
- كما ميز بين الآثار المباشرة للعقد (أي أثر : من حقوق والتزامات وعيوب إرادة) والآثار التنفيذية للعقد(فقط تنفيذ العقد) : فأخضع هذه الأخيرة لقانون محل تنفيذ العقد وليس لقانون محل إبرامه.

¹ - حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص15.

² - هشام علي صادق وحفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، تنازع القوانين، دار الفكر جامعي، الإسكندرية، مصر، 2004، ص37.

-وأخضع الجريمة :لقانون مكان وقوعها .

-وأخضع أحوال الشخص وأهليته القانونية :لقانون موطنه (سكناه).

-وأخضع المال :لقانون موقعه.

وعليه، تعتبر المدرسة الإيطالية المدرسة الفقهية الأولى التي ساهمت في حل مسألة تنازع القوانين بالنسبة للأموال، وأخضعتها لقانون موقعها¹.

وقد وصلت المدرسة الإيطالية إلى أوج عطائها حين وضعت الأحوال العينية في فئة مسندة خصصت لها قاعدة إسناد²، -قاعدة قانون الموقع- بقت أحكامها حتى الآن، وسطعت قاعدة خضوع المال لقانون موقعه في الفقه الإيطالي، حينما تساءل الفقيه بارتول عن مدى الحق الذي يمنحه القانون للأجنبي في البناء على عقار يملكه داخل إقليم الدولة التي يتواجد فيها هذا الأجنبي، حيث

¹ محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، دار الخلدونية للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 44 .

² تعرف قاعدة الإسناد فقهياً بأنها : قاعدة قانونية ذات طبيعة فنية، تسند العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي إلى قانون ما، قد يكون وطنياً أو أجنبياً، كما أنها ترشد إلى أكثر القوانين ملائمة وأنسبها لحكم هذه العلاقة؛ أي هي قواعد وطنية من صنع المشرع الوطني، وبمقتضاها يختار من بين القوانين المتزاحمة أكثرها ملائمة لحكم العلاقة الخاصة الدولية حيث يبحث طبعاً من خلال وضعها، تحقيق مصالحه الاقتصادية والسياسية والاجتماعية، يتبين لنا من خلال هذه التعاريف، نخلص إلى أن قاعدة الإسناد تتميز عن القواعد الأخرى في القانون الدولي الخاص، وذلك بأنها تتضمن طابع فني، باعتبارها أداة للمفاضلة بين القوانين المتزاحمة لحكم العلاقة المطروحة، لاختيار القانون الأنسب والأكثر ملائمة لحكم هذه العلاقة.

من خصائص قاعدة الإسناد أنها قاعد غير مباشرة تبين القانون الواجب التطبيق على العلاقة، لكنها لا تعطي حلاً مباشراً لها. وأنها قاعدة مزدوجة الجانب؛ أي أنها قد تشير إلى تطبيق القانون الوطني أو تشير إلى القانون أجنبي.

وتتركب قاعدة الإسناد من : الفكرة أو الفئة المسندة؛ ضابط الإسناد، القانون المسند إليه، أما الفكرة المسندة : هي مجموعة المسائل القانونية المتشابهة أو تدور حول محور واحد أو المتقاربة والتي وضع لها المشرع ضابطاً خاصاً بما ليسندها به إلى قانون معين، وضابط الإسناد : وهو الرابط بين الفئة المسندة والقانون المسند إليه، والقانون المسند إليه : هو قانون الدولة التي أحالت إليه قاعد الإسناد حكم العلاقة محل النزاع، حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين (المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني)، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، 2001، ص 49، وعكاشة محمد عبد العال. أحكام القانون الدولي الخاص اللبناني، دراسة مقارنة، الجزء الأول، (تنازع القوانين)، الدار الجامعية، بيروت، 1998، ص 8.7، جمال الدين صلاح الدين، تنازع القوانين. الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 41.

كانت الإجابة من الفقه الإيطالي وبدون تردد على أن الحق على الشيء يخضع لقانون موقعه -موقع الشيء- بل وقد ذهب إلى أبعد من ذلك حينما نوه جانب من الفقه صراحة إلى أن قانون الموقع الخاص بالمال هو الواجب التطبيق بالنسبة لكل ما يتعلق بالأشياء.¹

ليرسخ بذلك الارتباط بين الاختصاص القضائي والتشريعي في مجال تنازع القوانين حول الأموال، والذي يعني بالارتباط بين الاختصاصيين التشريعي والقضائي هو أن يجد القاضي نفسه مختصاً قضائياً وقانونه الوطني واجب التطبيق على النزاع المرفوع أمامه، وهذا يعني في مجال قاعدة خضوع المال لقانون موقعه أن النزاعات المتعلقة بالعقارات الموجودة خارج إقليم دولة القاضي، سوف لن ترفع أمامه، وبالتالي لا يتسنى له تطبيق قاعدة خضوع المال لقانون موقعه، وهكذا فمن الناحية العملية فإن إعمال قاعدة خضوع المال لقانون موقعه يسري على المنقولات بصفة عامة وعلى العقارات الكائنة في إقليم دولة القاضي.²

نخلص من كل ما سبق ذكره، أن المدرسة الإيطالية القديمة كرست مبدأ خضوع المال لقانون موقعه وفقاً لمنهجها التحليلي المعتمد في فكرة حل تنازع القوانين بصفة عامة، وقد أشار بعض فقهاء صراحة إلى وجوب تطبيق قاعدة قانون موقع المال على كل ما يتعلق بالأشياء، وعلى هذا الأساس أخضعوا الميراث لقانون موقع المال باعتباره من الأحوال، فالفقه الإيطالي لم يكن يقرر لا مبدأ الإقليمية ولا مبدأ الشخصية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الأموال، بل كان يعالج مختلف النزاعات حول الأموال كل حالة على حدة دون الربط بينها.³

¹ هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، الجنسية- تنازع الاختصاص القضائي- تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 466.

² حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 13، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 465.

³ رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 84.

ب- المدرسة الفرنسية القديمة :

انتقل فقه الأحوال الإيطالي إلى فرنسا في بداية القرن السادس عشر على يد فقهاء أبرزهم الفقيه دارجنتره الذي كان له إسهامات فقهية كبيرة في تطوير فقه تنازع القوانين، وكان يعتبر همزة وصل بين المدرستين الإيطالية والفرنسية، حيث يرجع الفضل لهذا الفقيه في وضع عدة قواعد قانونية في مجال تنازع القوانين، لا يزال العمل جاري بها لحد الآن حيث أكد على خضوع المال لقانون موقعه لكونه من الأحوال العينية التي تخضع لمبدأ إقليمية القوانين كمبدأ عام¹، وكان ذلك نتيجة قيام الفقيه دارجنتره ببلورة تقسيم الأحوال إلى أحوال عينية وأحوال شخصية التي سبقه إلى تأصيلها مواطنه الفقيه الفرنسي ديمولان، ففي تعليق له، قال دارجنتره بأن مجموع الأعراف والأحوال تتعلق إما بالأشخاص وإما بالأموال.²

ولكون أن الفقيه دارجنتره ذو نزعة إقطاعية لأنه كان من سكان مقاطعة بريتاني والتي كانت مستقلة، وتعتبر مهد النظام الإقطاعي، التي ضمت إلى التاج الفرنسي عنوة عن سكانها الذين كانوا يأبون الانصهار مع الفرنسيين، وكان ذلك سنة 1532 في عهد الملك فرانسوا الأول فقد دافع الفقيه دارجنتره كونه قاضيا، على أعراف وأحوال مقاطعته، ليضمن على الأقل استقلالها القانوني، وكان له أثر كبير في تطور نظرية تنازع القوانين بصفة عامة، من خلال تقسيمه كما أسلفنا الذكر، الأحوال إلى شخصية وعينية وجعل هذه الأخيرة هي الأصل، ولأن انحصار الثروة آنذاك كان ينحصر في العقارات، حيث أصبحت الأرض، هي محور النظام السياسي والقانوني والاقتصادي، دون المنقولات التي كانت دائمة التنقل، فأسند كل ما يتعلق بالعلاقات القانونية حول العقار من حيث طرق كسبه وما يترتب عليه من حقوق إلى القانون الإقليمي أي قانون موقع العقار، ليكون بذلك تأكيداً على إرساء قاعدة خضوع المال لقانون موقعه، انطلاقاً من مبدأ واضح ومسبق وهو مبدأ إقليمية القوانين.³

¹ - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص16.

² - بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص53.

³ - بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 53 والطيب زروقي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص58، عليعلي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص17.

و هذا الرأي كان يسير في اتجاه معاكس لمدرسة الأحوال الإيطالية كانت تخضع المال لقانون موقعه، لكن انطلاقاً من تحليل القواعد القانونية المتنازعة حول العلاقة المطروحة وليس من مبدأ سابق أو قاعدة قانونية مسبقة أو ضابط إسناد بل كانت تحلل كل مسألة قانونية على حدة وتسندها إلى قانون معين دون الربط بينها.

ونظراً للمشكل الذي طرح من طرف الفقه حول تقسيم الأحوال من طرف الفقيه دارجنترية إلى أحوال شخصية وعينية، والمتمثل في كيفية تحديد الأحوال التي تتعلق بالأشخاص وتلك التي تتعلق بالأموال، فإذا كان مثلاً سهلاً كإدراج الأهلية في الأحوال الشخصية وإدراج الحيازة في الحقوق العينية فإن الأمر يصعب في بعض المسائل القانونية لتعلقها في آن واحد بالأشخاص والأموال كالنص الخاص بمنع الزوجة من الإيضاء بالعمارة لزوجها، فهنا تتعلق المسألة القانونية من جهة بأهلية المرأة المتزوجة ومن جهة أخرى بالعمارة الذي يدخل في الأحوال العينية، وأمام هذا الصراع الفكري القانوني، أجاب الفقيه دارجنترية، على هذا الإشكال بفكرة إقليمية القوانين وهو المبدأ الذي ينطلق منه لتحديد القانون الواجب التطبيق في مسألة تحتوي أحوال عينية، قاطعاً بذلك الطريق على الفقهاء المناصرين للوحدة الوطنية وتقوية النظام الملكي آنذاك، حيث ظل هذا الفقيه معارضاً لهذا الوضع عن طريق مناداته لنظام إقليمية القوانين-الأحوال- حفاظاً على النظام والعرف الإقطاعي الخاص بكل مقاطعة.¹

لقد وُفق الفقيه دارجنترية في وضع نظرية عامة مسبقاً والتقيّد بها عند وضع حلول التنازع بشأن العلاقات المطروحة، مخالفاً بذلك الفقه الإيطالي القديم والذي اعتد بتحليل الأحوال المتنازحة بمناسبة كل حالة على حدة وذلك من أجل اختيار أنسبها لطبيعة العلاقة المطروحة، إلا أننا لا يمكن إنكار أن الفقيه دارجنترية انطلق بفكرته هذه انطلاقاً من الفكرة العامة للفقه الإيطالي القديم والتي تتمثل في وجوب تقسيم القوانين ذاتها وليست العلاقات التي تحكمها هذه القوانين، حيث قسم القوانين إلى

¹ - بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص53، الطيب زروتي، المرجع السابق، ص57.

قوانين إقليمية تنطبق على كل من يقطنون بالإقليم وقوانين شخصية تلحق بالشخص أينما ذهب، حيث اعتبر القانون الشخصي كاستثناء على نظريته ويخص الحالات التي تتصل بذاتية الشخص.¹

تجدر الملاحظة إلى أن فقهدارجنترهكان يهدف من خلال نظريته-مبدأ إقليمية القوانين- إلى محافظة المدن الإقطاعية على ثروتها والمحافظة على استقلالها عن تاج الملك، إلا أن الفقيه الفرنسي قسم فكرة الإقليمية إلى إقليمية مطلقة وإقليمية نسبية، الأولى التي تعني تطبيق قانون القاضي المعروض عليه النزاع لقانونه المحلي أيا كان موضوع النزاع أو أطرافه أو مكان إنشائه وفي هذه الحالة لا مجال لظهور فكرة التنازع، أما الإقليمية النسبية فهي البيئة المناسبة لتطبيق فكرة تنازع القوانين بمفهومها الفني، لأن الأصل فيها هو إقليمية القوانين والاستثناء هو شخصيتها، أي أن هناك مجال لتطبيق قانون غير قانون القاضي الذي يعرض عليه النزاع²، وتطبيق نظرية إقليمية القوانين بمفهومها النسبي، فإن تطبيق القانون يكون إقليميا على هذا النحو إذا كان متصلا بالأموال، وبذلك يسري القانون الإقليمي على كافة الأموال الكائنة فيه. تخضع كافة المسائل القانونية المتعلقة بالأموال إلى قانون موقعه، بصرف النظر عن موطن أطراف العلاقة القانونية، وبذلك يكون مؤدى القاعدة العامة لدى الفقيه الفرنسي هو سيادة القانون الإقليمي.³

ويكون بذلك الفقيه دارجنتره بنظريته -إقليمية القوانين- وضع حلول مختلفة لمشكلة التنازع حول الأحوال العينية بالدرجة الأولى⁴، وأكد على إرساء مفاهيم قاعدة خضوع المال لقانون موقعه،

¹ - هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 39.

² - صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 18.

³ - هشام علي صادق وحفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 39 وهشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، الجنسية، تنازع الاختصاص القضائي، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 467.

⁴ - وهذا ما يعاب على فقه دارجنتره أنه لم يحط بكافة الأحوال، ذلك أن الأحوال العينية والأحوال الشخصية ليست هي الأحوال الوحيدة الموجودة، فيوجد بجانبها أحوال أخرى كالأحوال الخاصة بالعقود والأحوال الخاصة بشكل التصرفات القانونية... إلخ، وذلك ما جعل تطبيق النظرية من الناحية العملية يكتنفه القصور والغموض، أعراب بلقاسم القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 53.54.

لكن ذلك انطلاقاً من تحليل القوانين التي تنازع العلاقة القانونية وليس تحليل الرابطة القانونية؛ حيث تبنى أسلوباً يتلخص في وضع مبدأ عام مسبق تخضع له العلاقة - مبدأ الإقليمية - أي أنه تصدى لمشكلة التنازع حول الأموال وأورد حلولاً لها في أفكار عامة تتجمع في مبدأ الإقليمية كمبدأ عام. ولقد تأثر الفقه الهولندي في القرن السابع عشر بفقه دارجنترية وتبنى نظريته كما سنرى في الفقرة الموالية.

ج- فقه المدرسة الهولندية :

نظراً لتشابه وضع هولندا في نهاية القرن السابع عشر مع وضع منطقة بريتاني من الناحية السياسية، حيث سعت إلى التحرر من محتليها، وازدهرت التجارة في المدن الهولندية، بعد تحررها من الاحتلال الإسباني والنفوذ النمساوي، تمسك الهولنديين بقوانينهم المحلية، رمزاً لاستقلالهم، وتبنوا مبدأ إقليمية القوانين بشكل مطلق متأثرين بذلك بالفقيه الفرنسي دارجنترية، إلا أنهم في بادئ الأمر كان تركيزهم في إيجاد حلول ملائمة للتنازع الدولي معتمدين على مبدأ الإقليمية المطلقة للقوانين، فحسبهم أن القوانين الإقليمية ليس لها السيادة إلا على الإقليم الذي أصدرها، مبعدين بذلك الإقليمية النسبية للقوانين التي تعطي مجالاً لقيام التنازع، لكنهم سرعان ما تراجعوا عن ذلك وفتحوا المجال لتطبيق الإقليمية النسبية التي تسمح بتطبيق القوانين الأجنبية داخل إقليم القاضي المعروض عليه النزاع، ولم يكن ذلك على سبيل الإلزام وإنما على سبيل المجاملة حفاظاً على مصالح الأفراد وعلى المصالح المشتركة للدول، لأن التطبيق المطلق لإقليمية القوانين ينجر عنه نتائج خطيرة على هذه المصالح.¹

إلا أن فكرة المجاملة التي تبنها الفقهاء الهولنديين تعرضت للنقد، فتطبيق القانون الأجنبي يكون منوطاً بتقدير القاضي حسب ما تقتضيه المصلحة، ويمكن أن يقع أطراف العلاقة تحت رحمة أهواء وتعسف القاضي الذي يطبق القانون الأجنبي ويرفضه متى شاء، إلا أن الهولنديين قاموا بتوضيح تبريرهم لفكرة المجاملة وأوضحوا أنهم يقصدون المشرع في فكرتهم وليس القاضي لأن المشرع هو من

¹ - عمر بلمامي، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، نظرية التكييف (دراسة تحليلية ونقدية)، المرجع السابق، ص 29، وأعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 54.55.

يضع القوانين وهو من يسمح بتطبيق القوانين الأجنبية على الرابطة القانونية التي يتخللها عنصر أجنبي وما على القاضي إلا تطبيق إرادة المشرع.¹

وبالتالي ظهر اصطلاح تنازع القوانين لأول مرة في هولندا وذلك باستعمال هذا المصطلح لأول مرة من قبل الفقيه هوبر، وأخذ الفقه الهولندي كذلك بتقسيم الأحوال إلى عينية وشخصية الذي أخذ به الفقيه دارجنتره، إلا أنهم خالفوا مذهبه بالنسبة للأحوال المختلطة، التي يكون لها صلة بالشخص والمال في نفس الوقت، واعتبروا أن أي علاقة موضوعها أموال تعتبر من الأحوال العينية حتى ولو تعلقت بالأشخاص، وبالتالي خضوع العلاقات التي موضوعها الأموال إلى قانون موقعها وبالتالي تكون المدرسة الهولندية نقلت هذه القاعدة من الصعيد المحلي والذي هو تنازع القوانين بين مقاطعاتها المستقلة عن بعضها إلى الصعيد الدولي وهو حل مشكل تنازع القوانين حول الأموال على المستوى الدولي، وبقي مبدأ إقليمية القوانين هو السائد في هذه الفترة وانتقل إلى المدرسة الأنجلوسكسونية واستمر الوضع على حاله إلى غاية القرن التاسع عشر حيث جاءت النظريات الحديثة وأعطت أفكار جديدة في مجال تنازع القوانين، فأصبح التنازع بين القوانين دولياً بمعنى الكلمة حقيقة واقعية²، وبسبب اعتناق المدرسة الهولندية لمبدأ إقليمية القوانين بشكل مطلق فقد تأكدت القاعدة المتقدمة-قاعدة قانون الموقع- لدى هذه المدرسة.

ثانياً : موقف النظريات الحديثة من قاعدة قانون الموقع.

لقد بقي مبدأ الإقليمية هو السائد منذ نشأته على يد فقهاء المدارس القديمة إلى غاية بداية القرن التاسع عشر، حيث ظهر فكر قانوني جديد في مجال تنازع القوانين تبناه تياران قويين : يتزعم التيار الأول الفقيه الإيطالي مانشيني ويتزعم التيار الثاني الفقيه الألماني سافيني، حيث وقف التيارين في وجه مبدأ الإقليمية الذي يعتبر من بين القواعد التي انبثقت عنه قاعدة خضوع المال لقانون موقعه لكن بأسلوب تحليلي تقليدي للقوانين المتزاحمة وليس تحليل الروابط القانونية ذاتها، وهذا ما كان يعرقل

¹ - عمر بلمامي، المرجع السابق ص.29، بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص ص54.55.

² - الطيب زروقي، المرجع السابق، ص60.

تطوير قواعد التنازع حسب وجهة نظر الفقه الحديث. ولهذا سنتطرق لأساس فكرة قانون الموقع لدى هذا الفقه من خلال المدارس الفقهية الحديثة على النحو التالي :

أ- فقه المدرسة الإيطالية الحديثة :

كان الفقيه مانشيني في منتصف القرن التاسع عشر من أبرز الفقهاء الإيطاليين الذين كان لهم فضل كبير في تطوير قواعد التنازع، ومن بينها فكرة تطبيق قانون الموقع - قاعدة خضوع المال لقانون موقعه-، بالرغم من تبنيه مبدأ شخصية القوانين إلا أنه أخضع الملكية العقارية لقانون الموقع كاستثناء على المبدأ الذي نادى به -مبدأ الشخصية -، إذن مؤدى هذا المبدأ هو سريان قانون الدولة على رعاياها أينما كانوا حتى ولو كانوا خارج حدودها، وأقام فكرته هذه على أساس ما أسماه بفكرة القوميات، أي حق كل أمة في تكوين دولة لأن القانون في رأي الفقيه مانشيني يوضع للأشخاص وليس للإقليم ويتبعهم أينما وجدوا مهما كان مركز ثقل العلاقة -موضوعها-، ويعتبر أن القوانين كالثياب المصممة خصيصاً لأصحابها.¹

وفرق بدوره بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية، لذا فالفقيه الإيطالي لم يختلف كثيراً عن الفقيه دارجنتره، من حيث منهجية البحث، فكل منهما قد بدأ بفكرة مسبقة كما أسلفنا الذكر لحل مشكلة تنازع القوانين التي من بينها مشكلة قانون موقع المال، بالرغم من تبنيه مبدأ شخصية القوانين إلا أنه وضع عدة استثناءات سمح فيها بتطبيق فكرة الإقليمية، وانطلق كذلك من مبدأ عام متبع لحل مشكلة التنازع، أي بدأ بفكرة مسبقة على غرار الفقيه دارجنتره، حيث يتم عن طريقها تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة المطروحة.²

¹ - محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، دار الكتب الوطنية بنغازي، ليبيا، ص27. وحفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول(المبادئ العامة في تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص20.

² - حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول(المبادئ العامة في تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص21.

ومن الاستثناءات التي وضعها الفقيه الإيطالي :

- خضوع الشكل لقانون محل الإبرام؛ أي كل أشكال التصرف القانوني تخضع لقاعدة محل إبرام التصرف، حتى لو كان هذا الشكل مخالفا لما هو مقرر في قانون الجنسية، وأساس هذا الاستثناء هو الاعتبارات التي تقوم عليها والتي تتضمن التيسير على المتعاقدين في إبرام تصرفاتهم وفقا للقانون المحلي - الإقليمي -، الذي يسهل عليهم معرفة أحكامه عكس قانونهم الشخصي، ضف على هذه الاعتبارات العملية، الطابع العيني الذي مازالت هذه القاعدة تتمتع به، لأنه من الصعب تطبيق القانون الشخصي على رعايا متواجدين في الخارج ويجهلون.

- الالتزامات التعاقدية تخضع لإرادة المتعاقدين - قانون الإرادة - وهو القانون الواجب التطبيق على العقود إعمالا بمبدأ سلطان الإرادة والذي يطبق على موضوع العقد.¹

- وفي إطار القوانين المتعلقة بالنظام العام²، أدرج الفقيه الإيطالي جانب من الأموال وهي تلك المتعلقة بالملكية العقارية كما أسلفنا الذكر، حيث أخضعها للقانون الإقليمي وهو ما يعتبر كما مضت الإشارة إليه من بين الاستثناءات على نظريته³، وقد استند في تقرير هذا الاستثناء إلى الإشارة أن الأحوال التي تحكم الملكية العقارية تتعلق بالنظام العام، لأنها تمس المصالح العليا للدولة وتطبق على الوطنيين والأجانب على قدم المساواة.

¹ - محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص 53.

² - تعبّر فكرة النظام العام عن مجموعة المصالح الجوهرية للمجتمع أو مجموع الأسس التي يقوم عليها كيان المجتمع، وتتمثل في المقومات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية الأخلاقية والتي تميّزه عن غيره من المجتمعات، وعرفه الفقيه جودوليوريلا مبرداندير بأنه: "مجموعة الشروط اللازمة للأمن والآداب العامة التي لا غنى عنها لقيام علاقة قانونية سليمة، وتعتبر قواعده إقليمية لأنها تمس المصالح العليا للدولة، لذا فهي تسري على جميع من يوجد داخل إقليم الدولة من مواطنين وأجانب، فيصل نسيغة، النظام العام، مجلة المنتدى، العدد الخامس، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، جامعة محمد خيضر بسكرة، بدون تاريخ نشر، ص 2. وأحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون وتطبيقاته في القوانين الجزائرية، المرجع السابق، ص 208.

³ - هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 468.

إذن الفقيه الإيطالي لم يستثن كل الأموال من مبدأ الشخصية بل اقتصر الاستثناء على الملكية العقارية حيث كانت تعتبر آنذاك أساس الثروة في الدولة وبقية الأموال الأخرى كالمنقول تخضع للقانون الشخصي، لأن شخصية القوانين عند مانشيني لها مفهوم واسع، حيث يشمل في نطاقها التركات، النظام المالي للزوجين، ونظام المنقولات، حتى المسائل المختلطة لديه كانت تفرض العودة للقانون الشخصي عملاً بالمبدأ الأساسي في النظرية¹، للإشارة فقط أن مانشيني كان يقصد بالقانون الشخصي قانون الجنسية دون الموطن، أي بنا فكرته على مبدأ الجنسية كأساس لقانون الشعوب - الشخص يخضع لقوانين الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، أينما كان تواجهه سواء داخل إقليمها أو خارجها.

وبالرغم من بعض الانتقادات التي تعرضت لها نظرية مانشيني، خاصة فيما تعلق بنكرانه لمبدأ الإقليمية بشكل مطلق في البداية وكذلك الخلط بين مفهوم الأمة والدولة، إلا أنها عرفت نجاحات باهرة ووُصفت بالعالمية وتأثر بها معظم الفقه والتشريعات اللاتينية الحديثة والدول التي نقلت عنها، وبالرغم من القصور الذي يشوب النظريتين كونهما نظريات عامة موجهة بأفكار سياسية ولا شأن لها بالمنطق القانوني المجرد، بقي التجاذب بين المبدأ الشخصي والإقليمي قائماً، إلى حين عودة المنهج التحليلي الذي اتبعته مدرسة الأحوال الإيطالية القديمة، من جديد لكن بطريقة تفكير قانوني حديثة ومختلفة، بقيادة الفقيه الألماني سافيني، حيث اعتد سافيني بتحليل الروابط القانونية تمهيداً لإسنادها للقانون الملائم بدلاً من التركيز على القوانين التي تتنازع لحكم هذه الروابط وتقسيمها إلى إقليمية وشخصية، كما كان معمول به في حقبة المدرسة الإيطالية القديمة.

¹ - سامي بديع منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 146.

ب : فقه سافيني.

يختلف فقه سافيني الذي ساد في القرن التاسع عشر ميلادي، في طريقة وضعه حلول تنازع القوانين، عن فقه الأحوال الذي تبنته المدرسة الإيطالية القديمة، حيث يعتد سافيني بتحليل الروابط القانونية تمهيدا لإسنادها إلى القانون الأكثر ملائمة لحكمها، بدلا من تحليل القوانين المتنازعة حول حكم العلاقة¹، ويقوم ابتداء سافيني لفقه جديد في مجال تنازع القوانين على فكرة الاشتراك القانوني²، كما اعتمد معيار تحليل الروابط القانونية ذاتها وتحديد مقرها- التركيز المكاني³، ثم البحث عن القانون الأكثر ملائمة لحكمها الذي هو قانون مقر هذه الرابطة القانونية.⁴

ومن هذا المنطلق، تصدى الفقيه الألماني للعلاقات الدولية الخاصة عن طريق تحليلها وتقسيمها إلى فئات أو أفكار مسندة لإسناد كل منها إلى قانون معين حسب طبيعتها. وهكذا، فإن الفقيه سافيني لم يتبع طريقة المدرسة الإيطالية للأحوال، كما أنه لم يعتمد مبدأ مسبق يحدد من خلاله تقسيمه الأحوال -القوانين- إلى أحوال عينية وأحوال شخصية، لتصبح بذلك طريقته الحديثة-تحليل الروابط القانونية- عالمية التطبيق⁵..

على ضوء هذه الأفكار القانونية الجديدة التي جاء بها الفقيه الألماني، توصل إلى عدة حلول عالمية لمشكل تنازع القوانين من بينها ما تعلق بدراستنا، حيث أكد على قاعدة خضوع المال لقانون

¹ محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للقانون الأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي، المرجع السابق، ص38.

² مؤدى هذه الفكرة أن الدول الأوروبية، تربطها وحدة الثقافة القانونية والفكر القانوني، لأنها ورثت القانون الروماني وسادت فيها الديانة المسيحية، حيث يترتب على هذا الاشتراك، وحدة حلول تنازع القوانين لدى جميع الدول الأوروبية، محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص25.

³ مؤدى معيار التركيز المكاني هو أن لكل رابطة قانونية مركزا مكانيا لذا يتعين على القاضي المعروض عليه النزاع تحليل الرابطة القانونية محل النزاع وتحديد طبيعتها لتركيزها في مكان معين، ليطبق بعدها قانون هذا المكان -قانون المقر - بشأنها، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص23.

⁴ الطيب زروقي، المرجع السابق، صص62-63.

⁵ بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص61.

موقعه، سواء كان عقارا أم منقولاً وبالتالي وسّع سافينيمن فكرة المال حيث جعلها تشمل العقار والمنقول، عكس ما كان ينادي به الفقه السابق وعلى رأسه الفقيه مانشيني الذي أخضع العقار فقط لقانون موقعه دون المنقول حيث كان يخضعه للقانون الشخصي.¹

وكان الفقيه سافيني يُخضع المال لقانون موقعه على أساس أن المال شيء محسوس يحتل حيزاً مكانياً، أي مركزه هو المكان المتواجد فيه، أو ما يسمى عنده بفكرة الخضوع الاختياري لقانون مركز العلاقة محل النزاع- التركيز المكاني للعلاقة- وجاءت فكرة التركيز المكاني على أساس أن نية أطراف العلاقة محل النزاع كانت متجهة إلى تطبيق قانون مقر هذه العلاقة²، بهذا يكون الفقيه الألماني قد أكد قاعدة خضوع المال لقانون موقعه دون التمييز بين العقار والمنقول، إلا أنه لغاية بداية القرن التاسع عشر لم تظهر فكرة الأموال المعنوية بعد.

إذن ولتطبيق نظرية سافيني وتحديد بموجبها القانون الواجب التطبيق لجأ إلى طوائف الإسناد التقليدية الأخرى وأكدها على النحو التالي³ :

- فيما يتعلق بالعلاقات القانونية التي يكون مقرها الأشخاص، فتطبق على الحالة والأهلية قانون الموطن على أساس أن الشخص اختار هذا الموطن وأراد الاستقرار فيه.

- بالنسبة للالتزامات التعاقدية أكد سافيني على أن شكل التصرف يخضع لقانون محل الإبرام، أما موضوعه والشروط اللازمة لصحته، فيطبق عليها قانون محل تنفيذه، على أساس أن طرفي العلاقة اختاره ضمناً كمكان لتركيزه فيه-خضوع إرادي واختياري لأطراف العلاقة- ما لم يثبت انصراف إرادة الأطراف إلى قانون آخر أو يتبين ذلك من الظروف.

- بالنسبة للأفعال الضارة، اعتبر سافيني مقرها هو مكان وقوعها وبالتالي القانون الواجب التطبيق هو قانون مكان وقوعها.

¹ - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 467.

² - المرجع نفسه، ص 467.

³ - الطيب زروقي، المرجع السابق، ص 62-63.

وتماشيا مع ما تم ذكره، وإعمالا لفكرة التركيز المكاني فقد أكد سافيني ورسخ فكرة خضوع الأموال لقانون موقعه، مع الإشارة إلى أنه كان يقصد بالأموال، العقار والمنقول دون تمييز بينهما، حيث أصبحت نظريته تتصف بالعالمية، وأكد هذه النظرية أغلب الفقه الحديث وكذا التشريعات الوضعية الحديثة حيث أصبحت قاعدة خضوع المال لقانون موقعه من القواعد التليدة في مجال القانون الدولي الخاص، كما حرصت بعض الدول على تأكيدها بنصوص صريحة في قوانينها الوضعية، على غرار المشرع الجزائري في المادة 17 من القانون المدني الجزائري.¹

إذن، فكرة سافيني بتركيز العلاقة، أصبحت في القوانين الوضعية هي أساس الحلول تضعها أغلب التشريعات المقارنة في قواعدها التشريعية ويأخذ بها القضاء في اجتهاداته، حيث تشكل في مجموعها قواعد إسناد لحل تنازع القوانين²، وعلى أساسها تتأكد قاعدة خضوع المال لقانون موقعه وترسخ في أغلب التشريعات بنصوص قانونية إلى درجة جعلها عرفا دوليا يجب الأخذ به، ويكون بذلك الفقيه الألماني وضع منهج تجريدي حقيقي لتسوية تنازع القوانين.³

أصبحت فكرة تركيز العلاقة القانونية أساس التوجهات الحديثة لنظرية تنازع القوانين، خاصة حول فئة الأموال، حيث سار على نهج هذه الفكرة أغلب زعماء الفقه الحديث أمثال⁴ :

الفقيه جيرك الذي تحدث عن مركز ثقل العلاقة حيث أخضع المال سواء منقولا كان أم عقارا إلى قانون موقعه، لأن مركز ثقل العلاقة هو الوجود المادي للمال وبالتالي يخضع لقانون المكان الموجود فيه، والفقيه الفرنسي باتيفول، والذي تحدث عن توطين موضوعي للعلاقة، حيث استند إلى المعيار الموضوعي والذي يتمثل في ربط العلاقة القانونية التي موضوعها مادي ثم تركزي المحل الذي تقع فيه هذه العلاقة كخضوع العقار لقانون موقعه وهو أنسب القوانين لحكمه. ثم الفقيه الفرنسي بيللي،

¹ - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 468.

² - سامي بديع، أسامة العجوز، المرجع السابق، ص 66.

³ - محمد سعادي، المرجع السابق، ص 55.

⁴ - سامي بديع منصور، نصري أنطوان ديابو عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 152.

الذي كان مثل سابقه يبيّن فكرته على أن أساس التركيز المكاني للعلاقة، لكن بتفكير أو أسلوب مختلف في تجسيد هذه الفكرة وهو التنازع بين السیادات، أي إلى أي حد يمكن أن تنحني سیادة الدولة لسیادة أخرى، لأن قانون الدولة عنده يتمتع بخاصيتين هما خاصية الدوام وخاصية العمومية¹، ولحل تنازع القوانين يقوم فكر الفقيه بيللي على التضحية بخاصية الدوام، لحكم الروابط القانونية الدولية المتعلقة بالأموال حيث تخضع لخاصية العموم كونها من مكتسبات المجتمع وتعد حمايتها هي حماية النظام العام.

وهكذا صمدت قاعدة خضوع المال لقانون موقعه منذ أن أكدها الفقيه الألماني سافيني، مبتدعاً طريقته الحديثة لمشكل تنازع القوانين لاسيما العلاقات القانونية المتعلقة بالمال، حيث كما أسلفنا الذكر فإنه لم يتبع طريقة المدرسة الإيطالية للأحوال، كما أنه لم يعتمد مبدأ مسبق يحدد من خلاله تقسيمه الأحوال -القوانين- إلى أحوال عينية وأحوال شخصية، لتصبح بذلك طريقته الحديثة -تحليل الروابط القانونية- عملية التطبيق.²

ثم جاء الفقيه الفرنسي بارتانوعلى غرار الفقه الذي سبقه فإنه جعل كذلك من قاعدة التركيز المكاني أساساً لنظرته فيما يخص تحديد القانون الواجب التطبيق على الأموال -تطبيق قانون الموقع-

¹ - عن طريق خاصية الدوام يطبق القانون من يوم صدوره على الأشخاص والأموال الخاضعة له إلى غاية تاريخ إلغاءه، ويقصد بخاصية العموم تطبيق القانون على كافة الأشخاص والأموال الموجودة عبر الإقليم دون استثناء، اتخذ الفقيه بيللي من هاتين الخاصيتين وسيلة لحل تنازع القوانين لكن بتفعيل إحداها على الأخرى دون تفعيلهما معاً، لأن تفعيلهما معاً يؤدي حتماً إلى استحالة تطبيق القوانين الأجنبية وبالتالي استحالة تطبيق نظرية تنازع القوانين، لذا لجأ إلى التضحية بإحدى هاتين الخاصيتين في العلاقات الدولية الخاصة، وجعل الروابط القانونية الخاصة بالأموال تخضع لخاصية العموم على حساب خاصية الدوام، وأدرج الأموال في الفئة التي تكون فيها القوانين، إقليمية التطبيق لأن في هذا الحالة الفقيه بيللي يسعى لحماية المجتمع والنظام العام وليس الأشخاص للقوانين الشخصية التطبيق عبر خاصية الدوام، لأن القانون في هذه الحالة يكون ممتد، وتعتبر الأموال من المكتسبات الهامة للمجتمع وتعتبر من النظام العام لأنها تكون الثروة الوطنية، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 64.65.

² - بلقاسم أعراب، المرجع نفسه، ص 61.

حيث كان يلجأ بارتان إلى تحليل العلاقات القانونية وفقاً للقانون الداخلي لتحديد القواعد القانونية التي يندرج تحتها، ثم يقوم بتحديد هذه القواعد لمعرفة ما هو القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقات وتسمى هذه العملية بعملية التكييف والتي سبق لنا التفصيل فيها، واعتبر خضوع المال لقانون موقعه متأثراً بفقهاء سافيني، إلى أنه أضاف لهذا التوجه قاعدة تكييف وصف المال سواء كان عقار أم منقول، وأخضع تكييفه إلى قانون الموقع بالرغم من الانتقادات الموجهة له في هذا الشأن على اعتبار أن تكييف وصف المال ما هو إلا تكييف لاحق يخضع للقانون الواجب التطبيق وليس لقاعدة الإسناد الوطنية، يضاف إلى ما سبق أن أعمال هذا الاستثناء تواجهه صعوبات في تحديد قانون موقع المال وذلك فيما يخص الأموال المعنوية والأموال المادية التي تقع في أكثر من إقليم دولة واحدة، حيث يصعب في هذه الحالات تحديد قانون موقع المال الذي يرجع إليه في تكييف هذا المال.¹

وتأكيد الفقه والقضاء على قاعدة خضوع المال لقانون موقعه واستقرارها وصمودها إلى حد الآن، وكذا أخذ معظم التشريعات بها وتأكيدها بنصوص تشريعية صريحة، ما هو إلا دليل على سلامة الأساس الذي تقوم عليه هذه القاعدة وهو ماسنراه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: مبررات تطبيق قاعدة قانون الموقع.

إن تعميم القاعدة محل الدراسة لأكثر من تسعة قرون، جعلها تتحول إلى عرف دولي وهذا يؤكد مدى سلامة الاعتبارات التي قامت عليها منذ نشأتها الأولى، ولتوضيح ذلك تعرضت في هذا الفرع للمبررات الفقهية والقانونية التي تقوم على هذه القاعدة.

¹ - هشام علي صادق، قانون دولي خاص، المرجع السابق، ص 62. وصلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، دراسة في صور فقه الشريعة الإسلامية، دارالفكر الجامعي، مصر، 2006م، ص. 172، وأعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 65.

أولاً: المبررات الفقهية.

اختلف الفقه في تبرير قاعدة خضوع المال لقانون موقعه، وتمحض عن هذا الاختلاف الفقهي تبريرات تقوم على اعتبارات سياسية وأخرى تقوم على اعتبارات عملية.

أ- التبريرات الفقهية النابعة من اعتبارات سياسية.

وهذا قياساً على مبدأ شخصية القوانين الذي يعني أن القانون يطبق على المسائل المتعلقة بالأشخاص أينما وجدوا وكذلك العقارات لكونها تشكل مصلحة الدولة وثروتها، وتعتبر جزء من إقليم الدولة، ولذلك يجب أن تخضع لقانونها¹، ومن الفقهاء الذين أكدوا فكرة خضوع المال لقانون موقعه انطلاقاً من مبررات سياسية هو الفقيه الفرنسي دارنجتريه الذي كان ينتمي للمدرسة الفرنسية القديمة في القرن السادس عشر، حيث أكد بدوره فكرة تطبيق قانون الموقع على الروابط القانونية التي موضوعها الأموال، حيث من المعروف عليه أنه كان ينطلق من مبدأ مسبق في تحليله لتنازع القوانين هو مبدأ الإقليمية، كونه كان ينتمي إلى الطبقة الأرستقراطية التي كانت تدافع على بقاء النظام الإقطاعي، وبالتالي كان تأكيداً للقاعدة، يقوم على أهداف سياسية وهي المحافظة على الثروة. بالإضافة إلى كون أن العقار يعتبر جزء من المقاطعة التي كانت تحاول الاستقلال آنذاك على الأقل من الجانب القانوني عن التاج الفرنسي، وكانت الثروة العقارية هي محور النظام السياسي والقانوني والاقتصادي، دون المنقولات التي كانت دائمة التنقل²، حيث كان الفقيه دارنجتريه يهدف من خلال نظريته-مبدأ الإقليمية القوانين- إلى محافظة المدن الإقطاعية على ثروتها والمحافظة على استقلالها عن تاج الملك في آن واحد.

¹ - عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص، ج1، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الأردن، طبعة 2010، ص243.

² - بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 67، والطيب زروقي، المرجع السابق، ص58، وعلي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص17.

نفس النهج تقريبا اتخذه الفقيه الإيطالي مانشيني الذي انطلق من وضع مبدأ عام مسبق لحل مشكلة تنازع القوانين، هو مبدأ شخصية القوانين كأصل عام، واستثناءً من المبدأ العام الذي أقره، استثنى بعض القوانين منها القوانين المتعلقة بالملكية العقارية والتي أخضعها لقانون موقعها على أساس تعلقها بالنظام العام.

وقد قلص مانشيني من فكرة الأموال لكونه أبقى الأموال المتعلقة بالشخص كالوصية والهبة والميراث خاضعة للمبدأ العام الذي أقره.

ب- المبررات الفقهية المرتكزة على اعتبارات عملية :

والمتمثلة في الحاجة إلى الاستقرار والثبات في المعاملات¹، وحماية الغير²، وسهولة التقاضي³، ولقد جسدت هذه الاعتبارات الفقيه الألماني سافيني على أساس أن المال عادة ما يتمركز في الإقليم الذي يعتبر موقعا له، وبالتالي فإن قانون موقع المال يعتبر أنسب القوانين لحكم العلاقات المتعلقة به.

ثانيا : المبررات القانونية.

من الجدير بالملاحظة، أن أغلب التشريعات الوضعية أخذت بقاعدة خضوع المال لقانون موقعه، مؤكداً بذلك ما تناوله الفقه على مر العصور انطلاقاً من مدرسة الأحوال الإيطالية وصولاً إلى فقه سافيني ومن تبعه من الفقهاء المعاصرين، الذين تأثروا خاصة بفكرة التركيز المكاني للمال.

لقد أصبحت قاعدة خضوع المال لقانون موقعه كما أسلفنا ذكره بمثابة عرف دولي تأخذ به أغلب التشريعات الوضعية الحالية، على غرار التشريعات العربية، منها المشرع الجزائري في المادتين

¹ - نعني بالاستقرار والثبات في المعاملات أن مكان المال هو عادة مكان ظاهر ثابت بذاته وبالتالي يسهل معرفة القانون الذي يحكم العلاقة المتصلة بذاتيته.

² - نعني بحماية الغير وذلك من خلال الإعلان وشهر كافة التصرفات القانونية الواردة على الأموال عموماً والعقارية على وجه الخصوص التي تمت وفقاً لقانون الدولة التي يقع ضمن إقليمها المال محل هذه التصرفات، فالمال الموجود في الجزائر يسجل عقد بيعه في الجزائر والمركبة المرهونة لصالح بنك من بنوك الجزائر يسجل عقد رهنها في الجزائر وهكذا.

³ - يؤدي إخضاع المال إلى قانون موقعه في الغالب الأعم إلى انعقاد الاختصاص القضائي والتشريعي لقانون موقع المال.

17 و 17 مكرر من القانون المدني، وكذا المشرع المصري في المادة 18 من القانون المدني، حيث أن المشرع الجزائري أكد خضوع المال لقانون موقعه بل ذهب إلى أكثر من ذلك حينما أخضع تكييف وصف المال سواء كان عقار أو منقول إلى قانون الدولة التي يوجد فيها، وكان هذا في الفقرة الأولى من المادة 17 من القانون المدني، على عكس المشرع المصري الذي اعتبر أن تكييف وصف المال هو مسألة تكييف لاحق -ثانوي-، كما أخضع المشرع الجزائري المال بصفة عامة لقانون موقعه سواء كان عقار أو منقول مادي أو معنوي، مع تغيير في فكرة المكان بالنسبة للمنقول المعنوي، كذلك تم تأكيد القاعدة في القانون المدني الفرنسي من خلال الفقرة الثانية من المادة 03 والتي جاء في محتواها أن جميع العقارات الموجودة على التراب الفرنسي تخضع للقانون الفرنسي مهما كان مالكيها، وطنيين أم أجنبان¹.

إذن، لا مناص من القول أن أخذ التشريعات المقارنة بقاعدة خضوع المال لقانون موقعه يعود إلى أن المال بطبيعته له حيز مكاني يوجد فيه دائما، بغض النظر عن صعوبة تحديد هذا المكان في بعض الأحيان، خاصة بالنسبة للمنقول المادي والمعنوي، إلا أن الشيء المؤكد أن المكان الذي تتركز فيه العلاقة هو المكان الذي يكون قانونه أنسب للقوانين لحكمها، وهذه النتيجة الحتمية لفكرة التركيز المكاني، وذلك لعدة أسباب أهمها :

بالنظر للاعتبارات السياسية، خاصة بالنسبة للعقار كونه جزء من إقليم الدولة، فإن إخضاعه لغير قانون هذه الدولة يعتبر مساسا بسيادتها، ولهذا الأساس فإن إخضاع العلاقة القانونية التي موضوعها العقار وبعض الأموال المنقولة لقانون الموقع هو أنسب القوانين لحكمها، وأكدت بعض التشريعات ذلك على غرار المشرع الجزائري في المادة 119 من قانون 90-30 المتعلق بالأموال الوطنية التي تنص : "إن المال جزء من إقليم الدولة الذي تمارس عليه سيادتها".²

¹ - كمال عليوشقربوع، المرجع السابق، ص 281.

² - كمال عليوشقربوع، المرجع نفسه، ص 281-282، والمادة 119 من قانون 90-30 المؤرخ في 14 جمادى الأول عام 1411 الموافق أول ديسمبر سنة 1990، يتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج.ر العدد 52، الجزائر، 1990، ص 1681.

أما بالنسبة للاعتبارات العملية، فالتشريعات المقارنة لم تخرج عما أخذ به الفقه من توحيد الاختصاص القضائي والتشريعي بالنسبة للروابط القانونية التي موضوعها عقار أو بعض المنقولات، وهذا داخل إقليم الدول التي أخذ مُشرعوها بهذه القاعدة، وهذا عامل أساسي في استتباب الطمأنينة في المعاملات ومعرفة النظم القانونية المعمول بها داخل الدولة، خاصة من طرف الأجانب بمختلف أطيافهم كالمستثمرين.

وهذا ما يشجع الأجانب في إقبالهم على الاستثمار مما يعود بالفائدة على النمو الاقتصادي لهذه الدول، لأن ذلك من شأنه تعزيز حماية المعاملات وسلامتها، إذ من الناحية الاقتصادية فإن إخضاع المال لقانون موقعه عامل أساسي في استقرار اقتصاد البلد وديمومته.¹

كما يكون تطبيق قاعدة الموقع حماية للغير، لأنه كما أسلفنا الذكر، أن المكان هو الذي يحدد عادة النظام القانوني للأموال وبالتالي يسهل لهذا الغير الاطلاع عليه، إضافة إلى سهولة التقاضي، لأن عادة ما يعقد الاختصاص للمحكمة الموجودة في دائرة اختصاصها المال-عقار أو منقول- موضوع العلاقة القانونية المطروحة.²

فإذا كانت هذه التبريرات التي ساقها الفقه ساهمت في استقرار قاعدة خضوع المال لقانون موقعه، فإن تحديد موقع المال قد يثير بعض الصعوبات بالنسبة لبعض أنواع الأموال وهو ما سنتناوله فيما يلي :

المبحث الثاني: نطاق اختصاص قانون الموقع وإشكاليات تطبيقه.

يشمل نظام الأموال في القانون الدولي الخاص كل ما يتصل بالحيازة والملكية والحقوق العينية، لذلك يطرح موضوع تحديد نطاق اختصاص قانون الموقع أو مجالها عدة إشكاليات فقهية وقانونية تتعلق بصعوبة الحالات التي يكون موقع المال غير ثابت أو يقع في أماكن متعددة أو يقع في مكان لا

¹ - حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1995، ص 130 .

² - هشام علي صادق وحفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 469-470.

يخضع لأية سيادة، وللإلمام بنطاق اختصاص قانون الموقع وإشكاليات تطبيقه، ارتأيت تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين : تناولت في المطلب الأول مجال اختصاص قانون الموقع وخصصت المطلب الثاني لدراسة الإشكاليات المرتبطة بتطبيق قاعدة قانون موقع المال.

المطلب الأول :مجال اختصاص قانون الموقع.

يتصل نظام الأموال في القانون الدولي الخاص بالحيازة والملكية والحقوق العينية، لذلك يطرح موضوع تحديد نطاق اختصاص قانون الموقع أو مجالها موضوع تحديد المركز القانوني للأموال ومسألة الأوصاف القانونية للأموال، وكذا تحديد الحقوق العينية التي تخضع لقانون الموقع وبيان أسباب كسب الحقوق العينية ومدى خضوعها لقانون الموقع، بالإضافة إلى تحديد الحقوق العينية والشخصية التي تخضع لقانون الموقع.

وللإلمام بمختلف هذه المسائل ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى خمسة فروع : حيث تناولنا بيان المركز القانوني للأموال، ثم بيان الأوصاف القانونية للأموال، ثم تحديد الحقوق العينية التي تخضع إلى قانون الموقع، لنصل إلى بيان أسباب كسب الحقوق العينية ومدى خضوعها لقانون الموقع، وفي الأخير تناولنا مسألة تحديد الحقوق العينية والشخصية التي تخضع لقانون الموقع.

الفرع الأول :تحديد المركز القانوني للأموال.

يقصد بالمركز القانوني للأموال في هذه المسألة هو بيان جواز التعامل فيها من عدمه، حيث أن قانون الموقع هو الذي يحدد من خلاله هذه المراكز القانونية بالنسبة للأشياء والحقوق، وتطبيقاً لذلك فلو افترضنا في مسألة قانونية ما، أن قانون الموقع هو القانون الجزائري، فنرجع في معالجة هذه العلاقة القانونية الدولية الخاصة إلى نص المادة 682 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه "كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلاً للحقوق المالية".

نفس الشيء بالنسبة لتعريف المال في الفقه القانوني على أنه كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل، أي في نظر القانون أنه كل ما يمكن تقييمه مادياً يعتبر مالاً، على غرار ما ذهبت إليه بعض

التشريعات الوضعية كالقانون المدني الأردني في المادة 54 "كل شيء يمكن حيازته ماديا أو معنويا والانتفاع به انتفاعا مشروعاً ولا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية".¹

وتماشيا مع ما تم ذكره، يجب الإشارة إلى الأشياء التي تخرج عن التعامل، وهي نوعان² :

أولا : الأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها.

وهي الأشياء التي لا يستطيع الشخص أن يستأثر بحيازتها، وهي الأشياء التي تنتفع بها الإنسانية جمعاء، كالهواء وأشعة الشمس ومياه الأمطار، ففي هذه الحالة لا يتصور أن يستأثر الشخص بأشعة الشمس لوحده، دون غيره من الناس، لكن تجدر الملاحظة أنه يمكن الاستيلاء على مقادير محدودة من تلك الأشياء لأشخاص معينين كمصنع تعبئة الأكسجين الذي مصدره الهواء وإعادة بيعه في قارورات معبئة للمستشفيات مثلا، وكذلك بالنسبة لشركات تصفية مياه البحر والتي تحترف تقنية التنقية وتصفية وتوزيع الماء الصالح للشرب فتصبح بذلك مستأثرة بحق هذه المياه.

ثانيا : الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون.

وتتمثل هذه الأشياء التي يحظر التعامل فيها بحكم القانون، هي الأشياء التي جاء بشأنها نص قانوني واضح يمنع التعامل فيها كالأموال الوطنية والمخدرات، كما يخرج من التعامل بحكم القانون، الأشياء التي يعتبر التعامل فيها مخالفا للنظام العام والآداب العامة، كدور القمار وأعضاء الإنسان.

حيث يكون حكم التصرفات الواردة على الشيء الخارج عن التعامل، هو بطلان هذه التصرفات، لهذا ينبغي القول أن قانون الموقع هو من يحدد حكم التصرفات الواردة على الأشياء والحقوق الخارجة عن التعامل فيها سواء لطبيعتها كما أسلفنا ذكره أو بحكم القانون، وتطبيقا لذلك

¹ - غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 199.

² - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص ص 127-129.

في الفرض الذي يمكن للفرد المطالبة بحقوقه المالية نتيجة بيعه لعضو من أعضاء جسمه ضد شخص آخر مشتري في دولة تجيز التعامل في هذا النوع من الحقوق، ثم ينتقل الشخص المشتري لدولة أخرى تمنع بيع هذه الأعضاء بنص قانوني صريح، ففي هذا الفرض لا يمكن للشخص البائع المطالبة بهذا الحق.

الفرع الثاني: بيان الأوصاف القانونية للمال.

لقد ترك الفقيه بارتان مهمة تحديد صفة المال عامة إلى قانون الموقع، وذلك استثناء من قاعدته العامة، التي تقضي خضوع التكييف في العلاقات الدولية الخاصة إلى قانون القاضي المعروض عليه النزاع؛ ويكمن السبب في ذلك حسب اعتقاد هذا الفقيه الفرنسي، إلى أن نظام المال في كل دولة يرمي إلى تحقيق الطمأنينة في المعاملات والمحافظة على الثروة الوطنية لأن ذلك فيه ارتباط بالنظام العام الذي لا يجوز المساس به. حيث أقر أغلب الفقه هذا التوجه، وأخضع تكييف المال لقانون موقعه كاستثناء، فقانون الموقع هو الذي يختص ببيان طبيعة المال ما إذا كان عقار أم منقول بما يترتب على ذلك من آثار، حيث أصبح هذا التوجه عالمي التطبيق، والذي أدى إلى توحيد ضابط الإسناد الخاص بالأموال، ولو أن مضمون الفكرة المسندة لم يحدد.¹

وقد وجه بعض الفقه وعلى رأسهم الفقيه باتيفول انتقادا لادعا للاستثناء الذي قال به بارتان، حيث قال: "أن التردد بدون شك يأتي من عدم إدراك مفهوم مضمون التكييف، فهي قد تُحرف القانون بأكمله، فالقانون مجموعة من القواعد العامة، والعمل اليومي لرجل القانون يتمثل في تحديد النوع أو الصنف العام الذي يطبق على حالة ملموسة، وهذا يعني تكييف الحالة الملموسة وأحكام التمييز بين الأموال المنقولة والعقارات."²

¹ - آمنة محمدي بوزينة، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2020، ص 450-451.

² - كريم مزعل شبي، المرجع السابق، ص 60-61.

وقد يبدو لنا مفاجئاً أن لا يكون التكييف وفقاً لقانون القاضي، ويجب أن نذهب إلى أبعد من ذلك ونعني بمصطلح (مسألة التكييف) ليس هو فقط التنازع بين التكييفات الفرنسية والأجنبية، إلا أن صدور القاعدة الفرنسية التي تتعلق بالنزاع، مع امتناع المقارنة مع القاعدة الأجنبية تطرح المسألة التي تتعلق بالتكييف"، مستندة في ذلك إلى قاعدة الإسناد الفرنسية المادة 03 فقرة 02 التي أبرزت مشكل تكييف طبيعة المال في هذه الدولة التي تميز في الميراث بين العقار والمنقول، خاصة بما تعلق بالتركة، فإنها تطبق على العقارات قانون مركزها الفعلي والمنقولات تخضعها لقانون موطن المتوفي، وهذا يستلزم معرفة هل أن النزاع المعروض يتعلق بعقار أم بمنقول؟¹

واستناد لما سبق ذكره، ورغم وجاهة هذه الانتقادات، إلا أن الاستثناء الذي قال به بارتان، قد تأثرت به عدة تشريعات على غرار المشرع الجزائري الذي أخذ بهذا الوصف قبل الشروع في تطبيق قاعدة خضوع المال لقانون موقعه، وهذا ما جاء في نص المادة 17 من القانون المدني الجزائري الفقرة الأولى: "يخضع تكييف المال سواء كان عقاراً أو منقولاً إلى قانون الدولة التي يوجد فيها".

وجدير بالذكر، أن مسألة بيان وصف المال بصفة خاصة ما إذا كان يعد عقاراً أم منقولاً، يتوقف على عملية التكييف الذي يترتب عنها القانون الواجب التطبيق والنتيجة النهائية للحكم، لأن العلاقة القانونية ذات الطابع الدولي تحتاج إلى تكييفها قانونياً، مثلها مثل العلاقات الوطنية، والغرض من هذه العملية هو إعطاء الوصف الملائم للنزاع المعروض على القاضي الوطني، بغية الوصول إلى قاعدة الإسناد التي تنطبق على هذا النزاع.

الفرع الثالث: تحديد الحقوق العينية التي تخضع إلى قانون الموقع.

الحق بالمعنى العام هو "الاستثناء الذي يقره القانون لشخص من الأشخاص، ويكون له بمقتضاه إما التسلّط على شيء معين أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر"²؛ ومجال دراستنا هي الحقوق

¹ - كريم مزعل شي، المرجع السابق، ص 60-61.

² - سعد نبيل إبراهيم ومحمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون - نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص 35.

المالية-مادية ومعنوية-دون الحقوق غير المالية، ويكون الحق المالي إما حقا شخصيا، إما حقا عينيا، وإما حقا معنويا.

فالحق الشخصي أو الحقوق الشخصية هي الحقوق المالية التي يكون محلها مقوم بنقود. ويعرف الفقه الحق الشخصي على أنه: "علاقة بين شخصين أحدهما دائن والآخر مدين بمقتضى هذه العلاقة يكون على المدين الالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل، أو الالتزام بإعطاء شيء"¹.

واستفاء الحق الشخصي لا يكون إلا بتدخل المدين. ومقتضى الحق الشخصي هو استئثار بقيمة مالية لصالح طرف في العلاقة القانونية يسمى الدائن تجاه شخص آخر يسمى المدين، وبمقتضى هذه العلاقة أو الرابطة القانونية يكون للدائن أن يطالب من المدين الالتزام إما بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء"².

أما بالنسبة للحقوق العينية هي: "مزايا أو سلطات يقررها القانون لشخص معين على شيء ويكون هذا الشيء أو مجموعة من الأشياء محددة بذواتها، بحيث يستطيع صاحب الحق أن يستعمل حقه القانوني على الشيء محل الحق بما يخوله له القانون من قدرات أو سلطات أو مزايا عليه، دون أن يحتاج لوساطة شخص آخر"³.

كما عرّفها بعض الفقه، على أنها: "الحقوق الناشئة عن ذاتية المال سواء كان مصدرها واقعة قانونية أو تصرف قانوني أو قانون"⁴؛ إذن فالحقوق العينية هي سلطة لشخص على شيء؛ أي أن هناك عنصرين وليس ثلاثة عناصر كما هو الحال في لحقوق الشخصية- صاحب الحق والملتزم بالحق ومحل

¹ - إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا الحق والقانون وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجزائرية- الجزائر- 1990، ص 295.

² - توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، مطابع الأمل، بيروت، لبنان، 1990، ص 468.

³ - إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 291.

⁴ - سامي بديع منصور، نصري أنطوان دياب وعبد جليل غصوب، المرجع السابق، ص 564.

الدين-، إذ أن الحق العيني يعني السلطة المباشرة التي يمارسها صاحب الحق على محل الحق ويستأثر بالحق مباشرة دون تدخل من شخص آخر، وطبقا لذلك فإن مالك عقار فلاحي يخول لصاحبه سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف دون أن تعترضه أي إرادة خارجية في ذلك.¹

يحدد قانون الموقع بيان الحقوق العينية التي تترتب على المال، وما إذا كانت واردة على سبيل الحصر أو على سبيل المثال، كما هو معروف كذلك فقها وتشريعا، أن لحقوق العينية تشمل كل من حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية وكذا تعيين هذه الحقوق وتعدادها كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق ... إلخ.

ويذهب أغلبية الفقه إلى أن الحقوق العينية تكون متعلقة بالأشياء أو الأعيان التي تكون مقومة بالمال، ولذلك، فهي تكون واردة على سبيل الحصر لا المثال وهو ما يظهر جليا في أغلب تشريعات العالم التي أكدتها في نصوص قانونية صريحة تبين هذه الحقوق التي سنحوض في التفصيل فيها :

أولا :الحقوق العينية الأصلية.

ان الحقوق العينية ترد على أشياء وبهذا تشترك بأنواعها في هذه الخاصية، لكنها تختلف من حيث مضمونها ومصدر نشوئها، فبعضها ينشأ مستقلا وغير متصل بحق آخر وهذه تسمى الحقوق العينية الأصلية، والبعض الآخر لا ينشأ إلا بوجود حق آخر يستند إليه وهذه تسمى الحقوق العينية التبعية، حيث في هذا العنصر يتم إبراز مفهوم الحقوق العينية الأصلية وأحكامها ثم يكون تبيان كيفية تحديد قانون الموقع لهذه الحقوق بصفة عامة والتي سبق وأن وضعنا أنها تدخل في نطاقه.²

هي كذلك تلك الحقوق التي تقوم بنفسها مستقلة ولا تستند في وجودها إلى حق آخر تتبعه فهي تكون مقصودة لذاتها، لما تخوله لأصحابها من المزايا على الأشياء المادية المعينة بذاتها التي ترد

¹ - عمار بوقريفة، ترجمة مصطلحات الحقوق العينية التبعية : صعوبات ومخاطر، مجلة التواصل في اللغات والآداب، كلية الآداب واللغات، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، الجزائر، مجلد 25، العدد 01، 2020، ص ص45-60.

² - سعد نبيل إبراهيم، ومحمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون - نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص60.

عليها تلك الحقوق والتي تنحصر في الاستعمال والاستغلال والتصرف. وقد يكون لصاحب الحق كل هذه السلطات أو بعضها، بحسب ما يتضمنه مضمون هذا الحق، وتمثل هذه الحقوق حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه وهي حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكن وحق الارتفاق، وحق الحكر.¹

ويعتبر حق الملكية، أهم الحقوق العينية جميعا التي يمكن أن تترتب على المال سواء كانت أموال مادية أو أموال معنوية، والتي تدخل في نطاق قانون الموقع، كما أنه يعتبر أوسع الحقوق نطاقا من حيث السلطات التي يخولها لصاحبها، حيث يخول له سلطة كاملة على الشيء ويتميز بأنه حق جامع مانع ولا يسقط بعدم الاستعمال، وعرفها المشرع الجزائري في المادة 674 ق.م.ج "الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء، بشرط ألا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة" وقد عرفها القانون المدني المصري على أنه "مالك الشيء وحده، في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه"، وهذا النص حول للمالك مكنات ثلاث هي الاستعمال والاستغلال والتصرف، وهي تمثل جميع السلطات المتصورة على الحق.²

من خلال النصين، نلاحظ أن إرادة المشرعين الجزائري والمصري، في الحالة التي يكون قانون الموقع في نطاقهما، فيحدد الحقوق العينية على سبيل الحصر لا على سبيل المثال، بمعنى أنه لا يوجد للإرادة دور في إنشاء حقوق عينية جديدة، بل تنحصر هذه الحقوق فيما نص عليه القانون دون تجاوز.

وتعرف السلطات الثلاث في الفقه والتشريع كما يلي³:

¹ - توفيق حسين فرج، المدخل للعلوم القانونية، موجز النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، مؤسسة الثقافة الجامعية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، بدون سنة نشر، ص 183. وينظر أيضا إلى : إنجي هند زهدور، التصرفات الخاضعة للشهر العقاري، والحقوق العينية والحقوق الشخصية، مجلة حوليات كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، المجلد 06، العدد 01، الجزائر، ص ص 166-203.

² - علي سيد حسن، المدخل إلى القانون، الكتاب الثاني، نظرية الحق، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، مصر، 1989، ص 56.

³ - علي سيد حسن، المرجع السابق، ص 56.

سلطة الاستعمال: هي استعمال الشيء في حدود الغرض الذي أُعد له فيما عدا ثماره، فمثلا استعمال الدار يكون بسكناها، والأرض بزراعتها، والدراجة بركوبها.

وسلطة الاستغلال: فهو الاستفادة من ثمار الشيء دون المساس بأصله، كالأجرة التي يحصل عليها المالك مقابل تأجير مسكنه.

وسلطة التصرف: إما أن يكون تصرفا قانونيا ينقل به المالك كل أو بعض عناصر حقه إلى الغير، إما تصرف مادي، أي يتناول الشيء محل الحق بإهلاكها أو استهلاكها.

هذا فيما يخص عناصر الملكية، فإذا اجتمعت هذه العناصر الثلاثة بيد المالك فتتحقق فيه صفة المالك ملكية تامة، أما فيما يخص الحقوق التي تنفرع عن حق الملكية هي¹: حق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الاستغلال والسكنى. وتشمل في القانون المصري زيادة على ذلك حق الحكر.

ثانيا : الحقوق العينية التبعية التي يحددها قانون الموقع.

يحدد قانون الموقع أيضا الحقوق العينية التبعية، وهي الحقوق التابعة لحق شخصي للوفاء به، فهي لا توجد مستقلة وتشمل في القانون الجزائري الرهن الرسمي، والرهن الحيازي، وحق الاختصاص، وحقوق الامتياز. وتمثل وظيفة الحقوق العينية التبعية في تأمين الدائن ضد مخاطر الضمان العام، الذي لا يرد على مال معين بالذات وإنما على جميع أموال المدين، كما أنه لا يتقرر لدائن معين وإنما لجميع الدائنين على قدم المساواة، وهذا فيه خطر على أموال حق الدائن، لذا يلجأ الدائن إلى ضمان حقه عن طريق حق عيني تبعية يضمن له كامل حقوقه، ويسمى هذا بالتأمينات العينية - الحقوق العينية

¹ - يعتبر حق الانتفاع هو حق عيني متفرع عن حق الملكية يعطي لصاحبه مكنة الاستعمال والاستغلال دون التصرف، حق الاستعمال هو حق عيني يخول لصاحبه استعمال الشيء الذي يقع عليه، وذلك بالقدر اللازم لما يحتاجه هو وعائلته الخاصة أنفسهم، أما حق السكنى فهو أضيق نطاق من حق الاستعمال، إذ ليس لصاحب الحق أن يستعمل المنزل لغير حق السكنى، وحق الارتفاق هو حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره = يملكه شخص آخر، ويكتسب بمقتضى القانون، كما يكتسب بالعقد والوصية والميراث، هذه هي الحقوق المتفرقة على حق الملكية التي جاء ذكرها في القانون الجزائري، توفيق حسين فرج، المرجع السابق، ص 187-188.

التبعية-، والتي كما أسلفنا الذكر أنها لا تقوم مستقلة بذاتها كما هو الحال بالنسبة للحقوق العينية الأصلية التي تنشأ مستقلة بذاتها ولا تستند في وجودها إلى أي حق آخر. وحرى بنا التطرق إلى الحقوق العينية التبعية، وسوف نكتفي بإعطاء لمحة تعريفية مختصرة لكل من هذه التأمينات لأن موضوع دراستنا هو تحديد قانون الموقع لهذه الحقوق :

1- الرهن الرسمي :

يتقرر الرهن بالاتفاق وهو نوعان : رهن رسمي ورهن حيازي¹، أما الرهن الرسمي فعرفه بعض الفقهاء أنه حق عني ينشأ بموجب اتفاق، ويتقرر ضمناً للوفاء بدين، وهذا الحق العيني يتقرر على عقار مملوك للمدين أو لكفيل عيني وبموجبه يكون للدائن الحق في استفاء دينه من ثمن هذا العقار متقدماً في ذلك على الدائنين العاديين لمالك هذا العقار وللدائنين أصحاب الحقوق العينية على هذا العقار المتأخرين في المرتبة ومنتبعا هذا العقار تحت يد من انتقلت له ملكيته.²

ويعرفه الأستاذ سمير عبد السيد تناغو بأنه : "حق عيني تبعي فينشأ بمقتضى عقد رسمي وبتقرير ضمان لدين على عقار مملوك للمدين أو غيره ويكون للدائن بمقتضاه أن يتقدم في استفاء حقه في المقابل النقدي لهذا العقار مفضلاً عن غيره من الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة وأن يتبع العقار في أي يد يكون."³

¹ - الفرق بين الرهن الرسمي والرهن الحيازي هو أن الرهن الرسمي، لا يستلزم انتقال حيازة الشيء المخصص لضمان الحق للدائن أم الرهن الحيازي فيستلزم ذلك، الرهن الرسمي لا يرد إلا على عقار أو بعض المنقولات الخاصة كالسفن والطائرات، أما الرهن الحيازي فيرد على العقار ومنقول.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة في الملكية، ج5، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، طبعة 1952، ص 270.

³ - سمير عبد السيد، تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة الرهن الرسمي، حق الاختصاص الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، مطبعة الأطلس، مصر، 1994، ص 127.

وقد نظم المشرع الجزائري الرهن الرسمي في المواد من 639 إلى 888 من القانون المدني الجزائري، فبعد تعريفه وبيان مصادره والنص على آثاره بالنسبة للمتعاقدين والغير، انتهى بذكر أسباب انقضائه، وما يمكن قوله في هذا الشأن أن الرهن الرسمي ينشأ بموجب عقد رسمي بين الدائن المرتهن والمدين الراهن، ولا يشترط أن يكون الراهن هو المدين نفسه، فقد يكون شخصا آخر ويسمى في هذه الحالة بالكفيل العيني. والرهن الرسمي كأصل عام، لا يرد إلا على العقارات، ولكن استثناءً قد يرد على بعض المنقولات كما هو الحال بالنسبة للسفن والطائرات، كما يخول للدائن المرتهن حقي التبع والتقدم في استيفاء حقه من المقابل النقدي للشيء المرهون على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة، على أن ينقضي الرهن الرسمي بطريقتين أصلي وتبعي، فهو ينقضي بصفة تبعية بانقضاء الدين المضمون "تبعية الرهن للدين"، كما ينقضي بصفة أصلية بتطهير العقار المرهون والبيع بالمزاد العلني والتنازل على الرهن، وهلاك العقار المرهون هالكا كلياً.¹

الرهن الرسمي بما انه حق عيني تبعي لا يقوم مستقلاً وإنما يستند إلى حق الشخصي لضمان الوفاء به، ولذلك فهو يتبع هذا الحق في نشأته، وفي أوصافه، وفي انقضائه، فيدور معه وجوداً وعدمه، لذلك فإنه من غير الممكن لتقرير حق هذا النوع من الرهون، الاكتفاء بموقع المال الذي يجيزه، وإنما ينبغي أن يكون القانون الذي يحكم هذا الحق العيني، يقره أيضاً. وطبقاً لذلك فإن الرهن القانوني الذي تقرره بعض التشريعات للزوجة على أموال زوجها لا يكفي أن يقره فقط قانون الموقع، وإنما ينبغي أن يقره أيضاً القانون الذي يحكم آثار الزواج²، وبناءً على ذلك لو كانت الزوجة أجنبية وكان قانونها الوطني يخول لها حق الرهن على الأموال العقارية لزوجها، وكانت هذه الأموال موجودة في الجزائر، حيث أن القانون الجزائري لا يقر هذا الحق بوصفه قانون الموقع الذي تتواجد فيه هذه

¹ - زويبربراحلية، القرض العقاري والرهن الرسمي في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في العلوم القانونية تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة باتنة 1، الجزائر، السنة الجامعية 2017، ص 90.

² - حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 56.55، بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 290.

الأموال، فلا يمكن لهذه الزوجة الاستفادة من هذا الحق، ويقاس نفس التوجه على كل الحقوق العينية التبعية الأخرى.

2- الرهن الحيازي:

تنص أغلب التشريعات أسوة بآراء كثيرة من الفقه القانوني، على أن الرهن الحيازي ينشأ عن عقد- قد يكون رسمي في بعض التشريعات وقد يكون رضائي في البعض الآخر- يخول للدائن سلطة حبس الشيء- محل الحق- المقدم كضمان للدائن لاستفاء دينه من الدائن، كما يمنح للدائن كذلك سلطة التقدم على الدائنين العاديين، والدائنين التاليين له في المرتبة، في اقتضاء دينه من ثمن الشيء المرهون في أي يد يكون، وقد يقع هذا النوع من الرهن على العقار أو المنقول على السواء، ويترتب على حق الرهن الحيازي أيضا، بقاء الشيء المرهون ضمن ملك المدين الراهن، بالرغم من انتقال حيازته إلى الدائن المرتهن أو من ينوب عنه.¹

كما عرفته المادة 948 من القانون المدني الجزائري أسوة كذلك بباقي التشريعات المقارنة "الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص، ضمنا لدين عليه أو على غيره أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئا يرتب عليه للدائنين العاديين والدائنين التاليين له في الرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن الشيء في أي يد يكون".

والملاحظ من خلال تعريف المشرع الجزائري للرهن الحيازي على أنه عقد قبل أن يكون حق، لكن الجدير بالذكر أن حق الرهن هو حق وهذا الحق ينشأ بموجب عقد وليس العكس، كما عرفه الأستاذ محمود جمال الدين زكي "حق عيني تبعي يقوم على نقل حيازة المال الذي يترتب عليه إلى الدائن المرتهن الذي يستطيع بمقتضاه حبس هذا المال حتى استيفاء حقه وتكون الأولوية على ثمنه في

¹ - حسن كبيرة، المدخل إلى القانون، القانون بوجه عام، النظرية العامة للقاعدة القانونية، القسم الثاني، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2014، ص 465.

أي يد يكون، فتخلي الراهن عن حيازة المال المرهون هي جوهر هذا الرهن ولذلك يطلق عليه اسم الرهن الحيازي.¹

3- حق الاختصاص :

لا ينشأ هذا الحق كحق الرهن بمقتضى عقد، لكنه ينشأ بأمر من القضاء، وهو لا يتقرر لكل دائن بل يتقرر للدائن حسن النية الذي بيده حكم واجب التنفيذ ضد المدين، ويتقرر على الأموال العقارية للمدين، أي منقولات المدين لا تدخل في نطاق حق الاختصاص، وذلك ضماناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات، يختلف حق الاختصاص على حق الرهن الرسمي في أن الأول يتقرر بموجب حكم قضائي بطلب من الدائن، في حين الرهن الرسمي يتقرر بموجب عقد رسمي، ويكون للدائن الذي حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التي للدائن الذي حصل الرهن الرسمي، أي يكون له حق التتبع وحق التقدم، أي الأولوية في اقتضاء الدين من ثمن الشيء، ولذلك يرد على الاختصاص في الأصل ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام، فيما عدا ما ورد في شأنه من أحكام خاصة.²

4- حق الامتياز :

الامتياز أولوية يقرها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته-صفة الدين- فحق الامتياز مقرر لبعض الديون بذاتها، حيث أعطاها المشرع رعاية خاصة نظراً لأهميتها، فأصبحت جديرة بالرعاية، فالقانون يراعي صفة خاصة لبعض الحقوق، فيقرر لأصحابها حق الأولوية، على سائر الدائنين، إذا فالحق هو الممتاز وليس الدائن، وحق الامتياز لا يتقرر إلا بنص قانوني، قد يرد حق الامتياز على جميع أموال المدين مهما كان نوعها ويسمى هذا بالامتياز العام ومثاله امتياز الحكومة بالنسبة لبعض الضرائب لصالح الخزينة العمومية، كما قد يرد على أموال خاصة من أموال المدين- عقارات أم

¹ - محمود جمال الدين ركي، التأمينات الشخصية والعينية، ط03، دار الكتاب الحديث، 1979، ص 359.

² - حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 64، حسن كيرة، نفس المرجع، نفس الصفحة.

منقولات-، وتطبيقا لذلك الامتياز المقرر للمؤجر على أموال المدين الخاصة الموجودة في العين المؤجرة، ويسمى هذا بالامتياز الخاص.¹

إن ما يفرق حق الامتياز، عن الرهن وحق التخصيص، هو أنه لا ينشأ إلا بنص قانوني، فمصدر الامتياز إذا ليس عقدا أو أمر القاضي، وإنما مصدره القانون، وهو من يحدد تقدم حق ما، على غيره من الحقوق الأخرى، وهو من يقضي تحديد الحقوق التي تقضي طبيعتها أن تكون ممتازة.²

وبما أن قانون الموقع هو الذي يحدد أنواع الحقوق العينية التبعية، والتي من بينها حق الامتياز، فيرى الأستاذ هشام علي صادق، أنه لا يكفي في نظر البعض أن يكون قانون الموقع يجيز حق الامتياز، بل يتعين فوق ذلك أن يكون الحق مقررا في القانون الذي يحكم الدين. وعلى ذلك فإن حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار كائن في مصر تخضع لقانون الموقع-القانون المصري- وكذلك "باعتباره القانون الذي يحكم الدين الممتاز لأن هذه الحقوق كلها تنشأ عن عقود أبرمت في شأن العقار، وهذه تخضع للقانون المصري".³

الفرع الرابع: مدى خضوع الحقوق العينية لقانون الموقع.

يشمل قانون موقع المال بيان أسباب كسب الحقوق العينية وانتقالها وانقضائها وهذه الأسباب منها الخاصة فقط بالحقوق العينية، ومنها المشتركة بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية.⁴

أولا: الأسباب الخاصة فقط بالحقوق العينية.

الأسباب الخاصة فقط بالحقوق العينية هي: الأسباب الخاصة فقط بالحقوق العينية بالدرجة الأولى في الحياة، حيث ينبغي علينا أن نعرض على أحكامها.

¹ - جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص 96، وينظر

أيضا إلى : حسن الهداوي المرجع السابق، ص 65.

² - إنجي هند زهدورد، المرجع السابق، ص 191.

³ - هشام علي صادق المرجع السابق، ص 472.

⁴ - بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 291.

الحيازة في المفهوم القانوني :

كل حق سواء كان عينيا أو شخصيا ينشأ عن تصرف قانوني أو واقعة قانونية، سواء كانت هذه الواقعة اختيارية أو طبيعية، ومن الوقائع الاختيارية نجد الحيازة كواقعة مادية تكون إرادة الإنسان فيها العنصر البارز، واجتهاد أغلب الفقه في تعريف الحيازة أفرز عدة تعريفات نذكر منها :

- الحيازة هي : "سلطة فعلية أو واقعية يباشرها الحائز على شيء بحيث تكون في مظهرها وفي قصد الحائز مزاولة لحق الملكية أو لحق عيني آخر، وهذه السلطة الفعلية قد تكون مستندة إلى حق يعترف به القانون وذلك حين يكون الحائز مالكا للشيء أو صاحب حق عيني".¹

وفي تعريف آخر هي : "سيطرة شخص بنفسه أو بواسطة غيره على شيء مادي ظاهرا عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر"، وهي سلطة فعلية يمارسها الشخص على شيء تظهره بمظهر صاحب الحق".²

والحيازة من حيث أحكامها العامة وضع مادي، يسيطر عن طريقه الحائز سيطرة فعلية على شيء ما أو حق، بحيث يجب أن يكون هذا الشيء من الأشياء التي يجوز التعامل بها، وترد الحيازة على الأموال المادية (العقار والمنقول).³

وبما أن الحيازة تحمي الوضع الظاهري كونها قرينة على الملكية فلكي تنتج آثارها يجب أن تتوفر على أركانها وشروط صحتها، فمن حيث الأركان فهي تتوفر على ركنين أساسيين هما : الركن المادي والركن المعنوي؛ أما الركن المادي؛ فهو السيطرة المادية أو الفعلية على الشيء، وتكون هذه السيطرة

¹ - فرج الصدة عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت، دون سنة نشر، ص 498.

² - فريدة محمدي زواوي، الحيازة والتقدم المكسب، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 7.

³ - أشرف أحمد عبد الوهاب، إبراهيم سيد أحمد، كسب الحيازة وانتقالها وزوالها، في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء، ط1، دار العدالة للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2018، ص7.

من طرف الشخص صاحب الحق على الشيء عادة¹، كما يمكن أن تكون هذه السيطرة أو السلطة الفعلية، بالوساطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز، إذ قد تتحقق هذه السيطرة ابتداء وقد تتحقق انتقالا من الغير.²

أما الركن المعنوي للحيازة، هو توافر نية الحائز في تملك الشيء، ويكون ذلك بظهور الحائز من خلال استعماله للشيء على أنه المالك - مظهر المالك -، كما هو الشأن بالنسبة لصاحب الحق من الحقوق المتفرعة عن الملكية، إذن يتحقق العنصر المعنوي للحيازة أن يقصد الحائز استعمال الشيء لحساب نفسه على أنه ملك له، أي يقوم بسلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف في مضمون هذا الحق.³

استنادا لما سبق ذكره، فإن الحيازة بذلك تهدف إلى حماية الحائز حتى ولو لم يكن مالك بالمعنى القانوني، وهذا ما يؤدي إلى حماية الأمن والنظام العام داخل الدولة، وحتى تتمتع الحيازة بالحماية المقررة لها يجب توفر إلى جانب الأركان المذكورة آنفا شروطا حددها القانون⁴، حتى تنتج أثارها يجب أن تكون الحيازة هادئة، علنية ومستمرة لا لبس فيها.

¹ - محمد أمقرانوبشير، قانون الإجراءات المدنية، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 94، نقلا عن جيلالي عبد الحق، النظام الإجرائي لدعاوى الحيازة في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للدراسات التاريخية والقانونية، المركز الجامعي تندوف، المجلد 01، العدد01، الجزائر، 2017، ص ص133-150.

² - حسن محمد كاظم، الحيازة في القانون المدني، kufastudies center journal، كلية القانون، جامعة كربلاء، المجلد 1 العدد 18، العراق، 2010، ص ص137-167.

³ - محمود السيد عمر التيجوي، نظام القضاء المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 290.

⁴ - شروط الحيازة حسب المادة 524 قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري هي : "استمرار الحيازة لمدة سنة أي استمرار السيطرة على الشيء لمدة لا تقل عن السنة، كما يجب أن تكون الحيازة علنية واضحة؛ والتي يكون فيها الحائز يظهر بمظهر المالك أمام الناس أو على الأقل أمام المالك ويجب ألا تكون مشوبة بعيب الخفاء أو عدم العلنية، ومن شروط الحيازة أيضا أن تكون هادئة؛ مثلا في العقار يجب أن يكون الحائز يمارس السلطة الفعلية على العقار في هدوء دون اللجوء إلى العنف أو القوة سواء كان ذلك من طرفه شخصا أو كان بوساطة شخص آخر يعمل لحسابه، رمضان جمال كامل، الحماية القانونية للحيازة، ط1، دار الألفي لتوزيع الكتب، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 163، حسن كبير، الموجز في أحكام القانون المدني، منشأة المعارف، مصر، 1995، ص 175.

ومن الأسباب الخاصة لكسب الحقوق العينية والتي تدخل في مجال قانون الموقع نجد الشفعة؛ حيث عرفها بعض الفقه : "أنها رخصة تمنح للشفيع، له أن يأخذ بها أو يستغني عنها وبمقتضاها يمكن له أن يحل محل المشتري على العقار موضوع عملية البيع، متى ثبت له الحق في استعمالها كآلية- يتوفر شروط استعمالها- ولو جبرا على المشتري وتكون الشفعة بموجب حكم قضائي حيث يحل فيه هذا الحكم محل الإرادة أي يكون الحكم هو العقد".¹

كما يرى الأستاذ عبد الرزاق السنهوري أن الشفعة هي : "سبب لكسب الحق وليست حقا بحد ذاته أي ليست لا حقا عينيا ولا حقا شخصيا لأن بالشفعة يكسب الشفيع الملكية على العقار أو الحق العيني وبالتالي يصبح الحق واضحا بين الحق نفسه وبين سبب كسبه"²، وبالنسبة للمشرع الجزائري عرف الشفعة في المادة 794 من القانون المدني الجزائري على أنها : "سببا من أسباب كسب الملكية، ولا يمكن تطبيق أحكامها إلا بعملية بيع العقار أي هي آلية في يد الشفيع في تملك العقار الذي باعه صاحبه لغيره"، كما توجد أسباب أخرى لكسب الملكية والتي تدخل في مجال قاعدة قانون الموقع، كالاستيلاء والاتصاق لا يتسع المقام للخوض في تعريفها وذكر أحكامها.

ثانيا : الأسباب المشتركة بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية.

ومن أسباب كسب الحقوق العينية نجد الأسباب المشتركة بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية والتي تثير بعض الصعوبات خصوص لما يتعلق الأمر بالسبب الناقل للملكية والمتمثل في العقد الذي يكون لزاما علينا توزيع الاختصاص في حل المسائل القانونية المتعلقة بهذا السبب بين قانون الموقع وقانون الإرادة، في الفرض الذي يكون فيه العقد متعلقا بعقار، واستنادا لما جاء في الفقرة الثانية من المادة 18 من القانون المدني الجزائري فإنه يخضع لقانون موقعه، أي خضوع أثر العقد في إنشاء الحق العيني أو نقله أو زواله لقانون موقع العقار، لكن تجدر الإشارة أنه إذا كان قانون

¹ - نواره حسين، ممارسة حق الشفعة قيد على حرية الاستثمار في الجزائر، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، المجلد 56، العدد 02، الجزائر، 2019، ص ص 364.347 .

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج9، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1968، ص 474.

الموقع يشترط اتخاذ إجراءات معينة كالتسليم أو الشهر، فإن الأثر العيني لا يترتب إلا باستثناء هذه الشروط. أما بالنسبة للعقد في حد ذاته بوصفه تصرفاً قانونياً - شروط انعقاده والتزامات المتعاقدين - فإنه حسب رأي الأستاذ هشام علي صادق فهو يخضع لقانون الإرادة.¹

ومع ذلك، فإن الفقرة الرابعة من المادة 18 من القانون المدني الجزائري، استثنت العقود المتعلقة بال عقار وأخضعها لقانون الموقع في جميع الأحوال، سواء تعلق العقد بإنشاء حق عيني أو نقله أو زواله، حتى لو كان العقد متعلقاً بحق شخصي على العقار كالإيجارات.

أما بخصوص أهلية المتعاقدين وشكل التصرف بالنسبة للعقود المتعلقة بالعقار، فهي تخضع لقانون الجنسية بالنسبة للأولى، وهذا باتفاق أغلب الفقه والتشريعات على غرار ما تقضي به المادة 10 من القانون المدني الجزائري والمادة 11 بالنسبة للقانون المدني المصري، ويخضع لقانون محل الإبرام بالنسبة لشكل التصرف كما يؤكد المشرع الجزائري في المادة 19 من القانون المدني وكذا المشرع المصري في المادة 20 من القانون المدني المصري، حيث تعتبر كل من الأهلية وشكل التصرف استثناءين من مجال تطبيق قاعدة قانون الموقع بالنسبة للعقود الواردة على العقارات والتي سنفصل فيها لاحقاً.²

كما توجد مصادر للحق العيني، إلا أنها تخضع للقانون الشخصي كالوصية والميراث والهبة والتي تخضع لقانون الجنسية أو قانون الموطن، حسب كل تشريع، فالوصية مثلاً في القانون الجزائري تخضع للجنسية، لكن في إنجلترا تخضع لقانون الموطن.³

¹ - بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 291، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 477.

² - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 487.

³ - هشام علي صادق، نفس المرجع، ص 477.

الفرع الخامس: تحديد الحقوق المعنوية والحقوق الشخصية التي تخضع إلى قانون الموقع.

نتناول أولاً تحديد الحقوق المعنوية التي تخضع إلى قاعدة قانون الموقع ثم نعرض على تحديد الحقوق الشخصية التي تخضع إلى نفس القانون.

أولاً: تحديد الحقوق المعنوية التي تخضع إلى قاعدة قانون الموقع.

تنص المادة 17 مكرر من القانون المدني الجزائري: "يسري على الأموال المعنوية قانون محل وجودها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدانها.

- يعد محل وجود الملكية الأدبية والفنية مكان النشر الأول للمصنف أو إنجازها.
- يعد محل وجود براءة الاختراع البلد الذي منحها.
- يعد محل وجود الرسم والنموذج الصناعيين البلد الذي سجلا أو دعا فيه.
- ويعد محل وجود العلامة التجارية منشأة الاستغلال.
- ويعد محل وجود الاسم التجاري بلد المقر الرئيسي للمحل التجاري".

يتبين لنا من نص المادتين أن المشرع الجزائري تناول الأموال المادية المتمثلة في العقار والمنقول المادي والأموال غير المادية المتمثلة في الحقوق الذهنية كحق المؤلف وحق المخترع وحق صاحب الرسم والنموذج الصناعيين وحتى العلامة التجارية والاسم التجاري، حيث قام بمسايرة التطور الذي تعرفه الأموال.¹

¹ - نصت المادة 682 ق.م.ج "كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلاً للحقوق المالية"، يجب تعريف المال بمفهوم المخالفة وعرفته بعض التشريعات على غرار المشرع الأردني في المادة 53 من القانون المدني الأردني: "كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل" وفي المادة 54 من نفس القانون: "كل شيء يمكن حيازته مادياً أو معنوياً والانتفاع به انتفاعاً مشروعاً ولا يخرج عن التعامل بطبيعته، أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلاً للحقوق المالية"، فالمال إذاً هو الشيء أو الحق الذي له قيمة مالية، سواء كان هذا الحق من فصيلة الحقوق العينية أم الحقوق المعنوية، فقد يكون المال مادياً كالعقار أو

ويمكن تعريف الأموال المعنوية بأنها تلك الحقوق التي ترد على أشياء ليست لها كيان مادي، أي لا تقع تحت الحس، إلا أنها تصلح لأن تكون محلا للحق، كما تمتاز بأنها ذات طبيعة منقولة لعدم ورودها على عقار، والطبيعة القانونية للأموال المعنوية، حسب الرأي الراجح من الفقه فإنها تتسم بكونها حقوق مزدوجة تنطوي على نوعين من الحقوق، الحق الأول هو حق أدبي يتمثل في حق الإنسان في نسبة أفكاره إليه، والحق في تعديلها والإضافة إليها ودرء الاعتداء على مصنفه، والحق الثاني هو حق مالي يتجسد في حق الشخص في الاستفادة ماديا من نتاجه الذهني وهو ما يعرف بحق الاستغلال والذي يعد حقا ماليا يمكن تقويمه بالمال والتصرف فيه.¹

وبما أن الأموال المعنوية هي محل لطائفتين أساسيتين من الحقوق هما : حقوق الملكية الفكرية والحقوق الشخصية-الديون-، إذ الأموال غير المادية التي تدخل في مجال قاعدة قانون الموقع هي ماتحتويه هذه الطائفتين من الحقوق، وتحتوي الملكية الفكرية باعتبارها سلطة مباشرة، يمنحها القانون للشخص على شيء غير مادي، أي منتجات عقله وفكره، تمكنه من حق الاستئثار والانتفاع بما تدر عليه هذه الأفكار من مردود مالي قسمين.²

حقوق الملكية الأدبية والفنية والتي تتضمن حق المؤلف والحقوق المجاورة، وحقوق الملكية الصناعية والتجارية من جهة أخرى. حيث يدخل في مجال الملكية الصناعية المبتكرات ذات القيمة النفعية والجمالية، والشارات المميزة والتي تتمثل في براءة الاختراع والدوائر الشكلية، والرسوم والنماذج الصناعية وتسميات المنشأ. ونظرا للطبيعة الخاصة للأموال المعنوية التي تدخل في طائفة الملكية الفكرية فإن المشرع الجزائري خصص لكل نوع من هذه الأموال ضابط إسناد خاص بها.

المنقول كما قد يكون معنويا مثل الملكية الفكرية، غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص 199.

¹ - يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ط 1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016، ص 362، الكردي، جمال محمود، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005، ص 442.

² - عامر الكسواني، الملكية الفكرية، ماهيتها، مفرداتها، طرق حمايتها، دار الحبيب للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص 54، نقلا عن : زواني نادية، حماية الملكية الفكرية من التقليد والقرصنة، دراية مقارنة، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، يوسف بن خدة، الجزائر، 2013، ص 3.

ثانيا :تحديد الحقوق الشخصية التي تخضع إلى قاعدة قانون الموقع.

هذا بالنسبة لطائفة حقوق الملكية الفكرية، أما بالنسبة لطائفة الحقوق الشخصية- الديون-. حيث يسود الاتفاق لدى الفقه والتشريعات المقارنة على أن الحق الشخصي أو الحقوق الشخصية تكون الفئة الثانية من الحقوق المالية، لأن محلها قابل للتقويم بالنقود، ويمكن تعريف الحق الشخصي بأنه رابطة قانونية بين شخصين، يلتزم بمقتضاها أحدهما يسمى المدين بالقيام بأداء مالي معين لمصلحة شخص آخر يسمى الدائن، ويتمثل الأداء المالي في القيام بعمل أو الامتناع عنه أو إعطاء شيء.¹

نجد ما تتضمنه طائفة الحقوق الشخصية باعتبارها أموال منقولة معنوية قد تكون محلا للتعامل والانتقال، تدخل بدورها في مجال قاعدة قانون الموقع، حيث تتضمن حوالة الحق التي تعتبر حقوق شخصية عادية، أو حقوق ثابتة في أوراق مالية قابلة للتداول، كالأوراق التجارية والأوراق المالية.² سنتناول بالتفصيل القانون الواجب التطبيق على الحقوق الشخصية في الباب الثاني في الفصل الخاص بقاعدة الإسناد الخاصة بهذا النوع من الحقوق.

واكب للمشرع الجزائري تطور الأموال وأخضع حكم الأنظمة المالية للأموال سواء المادية أو المعنوية إلى قانون موقعها، مخالفا بذلك بعض الأنظمة المقارنة كالمشرع الفرنسي في المادة الثالثة، فقرة 02 من قانونه المدني، والمشرع المصري في المادة 18 من قانون المدني اللذين أغفلا النص على الأموال غير المادية (المعنوية)، ويتضمن قانون موقع المال وفقا للمادة 17 و 17 مكرر ق.م.ج، كل ما يتصل بالحيازة أولا من حيث كسبها وانتقالها وزوالها.

وتتضمن هذه المواد أيضا الحقوق العينية الأصلية والتبعية التي يمكن أن تترتب على الأموال المادية وغير المادية، لأنه بين من خلالها مضمون هذه الحقوق كحق الملكية مثلا وما يخوله لصاحبه من تصرف واستغلال واستعمال، أي أنه يختص بما اتفق عليه فقهاء القانون الدولي الخاص على تسميته بمركز الأموال أو نظامها، لأن هذه الأنظمة تشمل عدة مسائل أهمها بيان المركز القانوني للأموال هل يجوز التعامل فيها أم لا، كما يشمل تكييف المال ما إذا كان عقارا أم منقولا وهو ما

¹ - نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 5.

² - يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 372.

نص عليه المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من نص المادة 17 ق.م.ج¹، ويعاب على المشرع الجزائري أنه لم يسن قاعدة إسناد خاصة بالأموال التي تدخل في طائفة الحقوق الشخصية.

حيث يتفق أغلب الفقه والتشريعات المقارنة على أن نطاق اختصاص قانون الموقع -مجال تطبيق قانون موقع المال- يشمل المركز القانوني للأموال، وفي هذه المسألة هو بيان جواز التعامل فيها من عدمه، كما يشمل تحديد وصف المال أي تكييفه على أنه عقار أم منقول، وبيان الحقوق العينية المترتبة على الأموال بصفة عامة، وهذه الحقوق قد تكون أصلية وقد تكون تبعية، وما إذا كانت واردة على سبيل الحصر أو على سبيل المثال، كما يدخل أيضا في نطاق قاعدة قانون الموقع بيان أسباب كسب الحقوق العينية وانتقالها وانقضائها، وتطبيقا لذلك بيان أحكام الحيازة من حيث كسبها وانتقالها ووسائل حمايتها باعتبارها سببا من أسباب كسب هذه الحقوق، كذلك يحدد قانون الموقع مضمون الحق العيني والسلطات التي يخولها لصاحبه ونطاقها والقيود التي ترد عليها.²

المطلب الثاني: الإشكاليات المرتبطة بتطبيق قاعدة قانون موقع المال.

إن تحديد قانون موقع المال ليس بالأمر اليسير والهين في كل الأحوال، وذلك لأن موقع المالك قد يكون له موقع مادي ثابت، وقد يقع المال في مواقع متعددة، كما يمكن أن يتواجد موقع المال في مكان لا يخضع لأية سيادة وقد لا يكون للمال موقع مادي محدد، ولتذليل هذه الصعوبات التي يثيرها تحديد قانون موقع المال، ارتأيت تقسيم هذا المطلب إلى فرعين: خصصت الفرع الأول منهما للحالات التي يتعسر فيها مسألة تحديد الموقع المادي للمال، وخصصت الفرع الثاني للحالات التي لا يكون فيها للمال موقع مادي محدد أصلا.

الفرع الأول: الحالات التي يصعب فيها تحديد الموقع المادي للمال.

توجد هناك حالات عديدة يتعقد فيها تحديد الموقع المادي للمال³:

- عندما لا يكون للمال موقع مادي ثابت.

¹ هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، الجنسية- تنازع الاختصاص القضائي- تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، إسكندرية، مصر، 2014، ص475.

² هشام علي صادق، المرجع السابق، ص475.476، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص290-291.

³ سامي بديع منصور وأسامة العجوز، المرجع السابق، ص341-342.

- عندما يكون للمال مواقع مادية متعددة.
 - عندما يكون للمال موقع مادي لا يخضع لأية سيادة.
- وستتولى شرح كل حالة من هذه الحالات الثلاثة في ما يلي :

أولاً : عدم وجود موقع مادي ثابت للمال.

المنقولات على غرار العقارات، تخضع لقانون موقعها وهذه قاعدة تليدة في القانون الدولي الخاص كما أسلفنا ذكره في العناوين السابقة، غير أنه يصعب تطبيق هذه القاعدة في بعض الحالات بالنسبة للمنقول، حيث تتعدد مسألة تحديد موقع المنقولات مادياً، وهذا عندما لا يكون لهذا النوع من الأموال موقع مادي ثابت نتيجة تنقلها باستمرار بين الدول، وينجر عن هذه الوضعية حالتين : تتمثل الأولى في تحرك المال، والحالة الثانية هو تحريك المال، سنتولى شرح الحالتين والصعوبات التي تعترض تحديد الموقع المادي للمال في الحالتين، حيث نكتفي في هذا الفرع بتحديد الحالات فقط وتبيين هذا الصعوبات ونترك طرق تدليل هذه الصعوبات التي تكتنفه إلى العناوين القادمة وبالضبط العنوان الذي نبين فيه القانون الواجب التطبيق على الأموال المنقولة المادية¹ لنبين الحلول التي جاء بها الفقه والتشريعات الوضعية في هذا الصدد.

الحالة الأولى : تحرك المال.

ليس بالأمر الهين تطبيق قاعدة قانون الموقع على بعض وسائل النقل مثل السفن والطائرات والقطارات والسيارات، بسبب تخصيصها لممارسة النقل يصعب أن يكون لها موقع تثبت فيه، وهذا لكونها تصبح دائماً الحركة بسبب هذا التخصيص، لذلك استبدل قانون الموقع بقانون مركز ثابت وهو قانون العلم عندما تحمل هذه الوسيلة علم معين كالسفن والطائرات أو قانون تسجيل هذه المركبات عندما لا تحمل هذه الوسيلة علماً محددًا كالقطارات والسيارات. ولذلك فضل البعض

¹ - ينظر لاحقاً إحصاء 102 وما يليها.

إخضاعها إلى قانون موقعها الفعلي مما يؤدي ذلك إلى مساوئ متعددة بالنظر إلى حركتها الدائمة والصفة العرضية لذلك الموقع وبالنتيجة تعدد القوانين التي يخضع لها هذا النوع من الأموال.¹

أما بسبب طبيعتها كالبضائع المنقولة وكثيرا ما يكون مرورها على حدود الدول هو مرور عرضي، وفي حالة نشوب النزاع حولها لا يكون بمقدور المتعاقدين معرفة أحكام قانون تلك الدول التي يكون المرور عبر حدودها للبضائع مرورا عرضيا، كما أنها قد تمر بإقليم لا يخضع لأي سيادة دولية، لذلك أخضعها بعض الفقه إلى قانون مقصدها أي قانون الدولة التي تتجه إليها تلك البضائع وأخضعها إلى قانون علم وسلطة النقل إذا كانت هذه الوسيلة تحمل علم دولة معينة.²

الحالة الثانية : تحريك المال.

المنقول بطبيعته غير ثابت في حيزه ويمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف، وهو ما يفترض إمكانية تحريكه بين الدول بسبب هذه الطبيعة، هذه هي الخاصية الأساسية التي يميز فيها الفقه هذا الأخير على العقار في تحديد عناصر الأموال المادية، قد يتم نقل المنقول من دولة إلى أخرى هذا ما يطرح مشكل تحديد مكان وجوده-موقعه المادي-، وبالتالي يطرح مشكل القانون الواجب التطبيق على المنقول هل يخضع لاختصاص قانون موقعه القديم الذي اكتسب الحق في ظل أم قانون موقعه الجديد هو الواجب التطبيق على آثار ذلك الحق وانقضاءه³؟ والجدير بالملاحظة أنه في هذه الحالة اقترن عنصر المكان بعنصر الزمان بين نشوء العلاقة والمنازعة فيها، وهذا ما نسميه التنازع المتحرك⁴،

¹ - سامي بديع منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 548.

² - سامي بديع منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، المرجع نفسه.

³ - أحمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات الدولية الخاصة، ط1، دار النهضة العربية، 2008، ص 324.

⁴ - التنازع المتحرك - المتغير - هو موضوع حديث النشأة وتكوينه النظري تنقصه الدقة والوضوح، رغم جهود الفقه في إذلال الصعوبات التي تكتنفه حيث يعرفه بعض الفقه : "التنازع المتحرك ينشأ بين قانونين متعاقبين لحكم موضوع واحد ولكن من ناحية ينشأ بين قانونين صادرين عن مشرعين مختلفين"، ونقول أنه يوجد تنازع متغير عندما نكون أمام علاقة قانونية تخضع إلى قانونين مختلفين بفعل تغيير ضابط الإسناد، إلى طيب زروقي، المرجع السابق، ص 127.

-المتغير-، ونرى ذلك في الفرض الذي يملك فيه شخص-مشتري- لمنقول دون تسلمه من البائع، في ظل قانون يميز ذلك، أي تنتقل الملكية فيه دون تحقق شرط التسليم، ثم ينتقل هذا المنقول لدولة أخرى يعتبر قانونها، التسليم شرطا لصحة عملية البيع في حالة نشوء نزاع حول هذه العلاقة فيما يخص القانون الواجب التطبيق عليها، هل يعتبر الشخص مالك للمنقول وفقا لقانون الموقع القديم أم غير مالك وفقا للقانون الجديد الذي يعتبر التسليم شرطا أساسيا لتملك المبيع¹؟ ونلاحظ في هذه الحالة أن التنازع بشأن هذه العلاقة قد تغير فيها اعتبار الزمان والمكان.²

ولا بد من التأكيد على أن قانون الموقع هو الذي يحكم المال المنقول، للإشارة أن المشرع الجزائري وضع ضابطا يجب مراعاته لتحديد القانون الواجب التطبيق على المنقول، وذلك في نص المادة 17 من القانون المدني الجزائري الفقرة الثانية التي جاء نصها: "... يسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الحقوق العينية الأخرى، أو فقدها" إذن، العبرة في تحديد القانون الواجب التطبيق هي المكان الذي يوجد فيه المال وقت تحقق السبب التي ترتب عليه كسب هذه الحقوق أو فقدها.

ومن هذا المنطلق، فالجدير بالذكر أنه لا صعوبة بالنسبة للحيازة والحقوق العينية التي تتحقق في ظل قانون الموقع الجديد، فالأمر يتعلق فيما لو تحققت أسباب اكتساب هذه الحقوق أو فقدها في ظل قانون الموقع القديم ثم انتقل المنقول إلى الموقع الجديد.³

: v. nouhadrizkallah , droit international privé, M.A.J.D entreprise universitaire, beyrou, 1er , édition, 1985, p75 : -v, loussarnyvon et bourel pierre , droit international privé , 7ém edition, dalloz,2001,p 262.

¹ - الطيب زروقي، المرجع السابق، ص 128، وينظر كذلك : أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 285.

² - عز الدين عبد الله، الموجز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الفنية للطباعة والنشر، مصر، 1997، ص 9، نقلا عن: محمد محمد الأمين أبا صالح، أحكام التنازع في القانون الدولي الخاص، دراسة فقهية مقارنة، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون والفقهاء المقارن، كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2010، ص 32 .

³ - أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص، ط1، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2004، ص 131.

ومن الأمثلة على ذلك : هو الفرض الذي إذا باع شخص منقولا في ألمانيا لآخر ولم يتسلمه هذا الأخير فلم تنتقل الملكية وفقا للقانون الألماني مثلا، ثم نقل المنقول إلى دولة أخرى حيث التسليم ليس لازما لانتقال الملكية، في هذه الحالة يصبح المشتري مالكا وفقا لقانون الدولة الأخيرة، قانون الموقع الجديد؛ وفي الفرض كذلك بالنسبة للمنقولات المعنوية، كأن يقوم للمؤلف حق على تأليفه في بلده، ثم اعتدى شخص آخر في بلد آخر على هذا الحق، هل يكون للمؤلف أن يطالب باحترام حقه في هذا البلد؟ إذ ثور في هذه الحالة مشكلة التنازع المتغير - المتحرك-، يصبح التساؤل هو ما مصير الحقوق التي نشأت وتكونت على المنقول؟، وهل تخضع لقانون الموقع القديم أم تخضع لقانون الموقع الجديد؟¹

هناك مقترحان لحل هذا الإشكال القانوني، حيث يرى فريق من الفقهاء وجوب تطبيق فكرة الحقوق المكتسبة، في حين يرى فريق آخر تطبيق قانون الموقع الجديد بأثر فوري-مباشر- وتأسيسا على ذلك، سنتولى في هذا الفرع معالجة الآراء الفقهية المذكورة بشكل عام ومدى تأثير مشكل التنازع المتغير على المنقول المادي.²

أ- تطبيق نظرية الحقوق المكتسبة :

نكون أمام تنازع متحرك عندما يتوفر شرطين أساسيين هما : أولا، الفاصل الزمني بين نشأة العلاقة القانونية والمنازعة فيها³، والشرط الثاني هو تغيير ضابط الإسناد يكون بإرادة طبيعية لا تكون من تحايل على القانون- الغش نحو القانون-، ويتجه بعض من الفقه إلى حل هذا الإشكال، عن طريق نظرية الحقوق المكتسبة، ومؤدى هذه النظرية هو الاستبعاد المطلق للقانون الجديد، ووجوب احترام ومراعاة أحكام قانون الموقع القديم.

¹ - أحمد الفضلي، المرجع السابق، ص 131.

² - محمد المبروك اللاني، المرجع السابق، ص 165، الطيب زروقي، المرجع السابق، ص 129، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 472، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 124.

³ -Dominique Holleaux jaque foyer Géraud de geoffre de la pradelle, DROIT INTERNATIONAL PRIVE.MASSON, PARIS, 1987,p228.

ومن فقهاء نظرية الحقوق المكتسبة، الفقيه بيه، الذي جعل من الحقوق المكتسبة مشكلة قائمة بذاتها غير مشكلة تنازع القوانين، في واقع الحال ومن الجدير بالملاحظة أن أغلبية الفقه يرى أن مشكلة التنازع المتحرك تعتبر من أنواع تنازع القوانين، ولا يختلف عنه إلا في أنه ينصب على الحق بعد نشوئه، بينما تنازع القوانين ينصب على الحق عند نشوئه، ومن هذا المنطلق صاغ الفقيه الفرنسي مبدأ سماه "الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة"، ومؤدى هذا المبدأ هو أن قانون الموقع القديم يبقى ساري المفعول على الحق المكتسب في ظلّه ويتبعه من حيث التطبيق في أي مكان وزمان حتى ولو تغير ضابط الإسناد على العلاقة القانونية التي محلها هذا الحق المكتسب تحقيقا لاحترام هذا الأخير - الحق المكتسب - ولا يعترف للقانون الجديد بأي اختصاص¹، حيث وضع الفقيه الفرنسي شروطا²، للتمسك باحترام الحق المكتسب.

أما الفقيه بارتان الذي تمسك بالنظرية واستبعد من خلالها تطبيق قانون الموقع الجديد، متمسكا برأيه التاريخي المشهور وهو الحفاظ على الاستقرار في المعاملات والمراكز القانونية، لذا يجب أن تبقى آثار الحق المكتسب على المال المنقول أو أي حق آخر، خاضع لأحكام القانون القديم الذي

¹ - سعاد يوي، الصعوبات التي تعترض القانون الواجب التطبيق، في العلاقات الدولية الخاصة (الحضانة نودجا)، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي النعامة، المجلد 02، العدد 02، الجزائر، 2006، ص 383-407.

² - الشروط التي وضعها الفقيه بيه تتمثل أولا : يجب أن ينشأ الحق صحيحا، طبقا للقانون الواجب التطبيق الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية. ثانيا : أن يكون الحق في مرحلة النفاذ وليس مرحلة الإنشاء، بمعنى أن يكون الحق قد تجاوز مرحلة التكوين في بلد منشأه، لا أن يكون مجرد أمل، ثالثا : ألا ينشأ حق مضادا له في البلد الذي يراد التمسك فيه بنفاذه، رابعا : ألا يكون الحق قد اكتسب عن طريق التحايل على القانون أو مخالف للنظام العام في الدولة التي يراد التمسك فيها بآثار هذا الحق، وتطبيقا لهذه الشروط فإن الشخص الذي حاز منقولا في دولة تأخذ بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، يبقى محتفظا بملكية هذا المنقول رغم نقله إلى دولة أخرى لا يأخذ قانونها بهذه القاعدة، والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري سار على هذا النهج من خلال المادة 17 فقرة 02 من القانون المدني المشار إليه أعلاه، عندما قال بالاعتداد بقانون الموقع الذي يوجد فيه المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 129.130، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 288.

نشأ صحيحا في ظلّه¹، لذا ينبغي أن يتمتع هذا الحق بقوة نفاذ دولية حتى لا يكون محل حماية كاملة في الخارج وإلا ظل مهددا بالزوال بمجرد خروجه من الدولة التي أنشئ فيها.²

الفقيه الفرنسي بارتان، من خلال نظريته هذه حاول تلافي الانتقادات التي وجهت للفقيه بيه ومن تبعه، وذلك بأن اقترح لحل مشكلة التنازع المتغير عن طريق الحفاظ على الاستقرار في المعاملات والمراكز القانونية، لذلك ينبغي الأخذ بعين الاعتبار باستقرار النظم في مادة التنازع، التي تقتضي عدم التقييد بالمكان، لذلك إذا قلنا أنه يسري على المنقول قانون الموقع -تركيز مكاني- يجب تحديد الزمن الذي يعتد به لتطبيق هذه القاعدة، وهو تاريخ تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب هذا الحق، وبالتالي وسائل كسب هذا الحق أو الحقوق بصفة عامة، تظل خاضعة للقانون الساري المفعول عند استعمالها، وهذا يكفل استقرار النظام القانوني (نظام أشخاص وأموال) في هذا الحل أكبر قسط من الاستقرار والثبات.³

أ-1- نقد نظرية احترام الحقوق المكتسبة :

لم يسلم رأي أنصار مذهب احترام الحقوق المكتسبة- من النقد، حيث يعاب عليه في الفرض الذي يبين المركز القانوني للأموال من حيث جواز وعدم جواز التعامل فيها، حيث يمكن أن يكون المركز القانوني للأموال محل اختلاف بين القانونان المتعاقبان عليه، فيمكن أن تعتبر أموالا محل علاقة قانونية دولية قابلة للتصرف فيها، في حين يقضي قانون الموقع الجديد بعدم قابلية التصرف فيها، وفي هذا الفرض يتحتم على القاضي المعروض عليه النزاع استبعاد تطبيق قانون الموقع القديم، لهذا السبب قال الأستاذ بارتان بضرورة تفعيل الدفع بالنظام العام، في "الفرض الخاص بالسندات لحاملها المسروقة

¹ - نسرينشريقي، سعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ط1، دار بلقيس للطباعة والنشر، الجزائر، 2013، ص102.

² - الطيب رزوتي، المرجع السابق، ص128.

³ - الطيب رزوتي، المرجع نفسه، ص ص131-132.

أو الضائعة، والتي بمجرد الإعلان عن سرقتها أو ضياعها تصبح غير قابلة للتصرف فيها وهذا وفقاً لمقتضيات القانون الفرنسي".¹

في نفس السياق يقول الأستاذ الطيب زروقي : "أن بناء فكرة الحقوق المكتسبة كحل لتنازع التحرك في شكلها المطلق تنطوي على غموض وعدم دقة، وتتجاهل كل أثر للقانون الجديد ولو تعلق الأمر بالمركز القانوني مستقبلاً، وعلى هذا الأساس اقترح بعض الفقهاء، مساندة لموقف المشرع في بعض الدول، حل التنازع المتحرك بين القوانين على أساس فكرة المفاضلة والملائمة بين القوانين المتنازعة".²

كما أن نتائج نظرية احترام الحقوق المكتسبة قد تكون غير منطقية، حيث يطرح السؤال حول ماهية الحق المكتسب، وهل العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي تخضع لفكرة المجاملة الدولية؟، ثم إن إبقاء العلاقة الدولية الخاصة خاضعة لأحكام قانون الموقع القديم منذ نشأتها، حتى ولو طرأت تغييرات في المستقبل على أحد عناصرها، يعتبر تحجير لتلك العلاقة وتجميدها مما يؤدي إلى ضياع حقوق أطرافها، ومنعهم من تطبيق أحكام قانون الموقع الجديد الذي يتلاءم مع تطوراتهم بعد التغيير الذي طرأ على أحد عناصر العلاقة.³

ب- نظرية تطبيق قانون الموقع بأثر فوري أو مباشر-القانون الجديد- :

يرى أصحاب هذا الرأي أن حل مشكلة التنازع المتحرك تكمن في تطبيق قواعد التنازع الزمني⁴، المطبق في القوانين الداخلية على التنازع المتحرك، والذي مفاده أنه يطبق على الرابطة القانونية التي

¹ - محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 579-580.

² - الطيب زروقي، المرجع السابق، ص 134.

³ - سامي بديع منصور وأسامة العجوز، المرجع السابق، ص 123-124.

⁴ - مؤدى فكرة التنازع الزمني هو : أن يطبق القانون -القاعدة القانونية- منذ صدوره ونفاذه إلى حين إلغائه، فهو لا يسري على الوقائع أو الروابط القانونية قبل نفاذه، وهو لا يعالج في حكمه ما ينشأ عن العلاقة القانونية بعد إلغائه، وإنما ينحصر تأثيره بين لحظة نشأته ولحظة إلغائه-نهايته-، وينتج عن هذا التشريع الجديد أنه يطبق بأثر فوري ومباشر، منذ نفاذه بالنسبة إلى المستقبل، ويعرف هذا بمبدأ الأثر الفوري للقانون، ويسمى التطبيق الفوري للتشريع بالأثر المباشر له، أما عدم سريانه على الماضي فيسمى مبدأ عدم رجعية القوانين -عدم رجعية التشريع- إذا وتقوم فكرة التنازع الزمني -تنازع القوانين من حيث الزمان في القانون الداخلي - على فكرتين، أما الفكرة الأولى هي الأثر المباشر للتشريع وهذا يقتضي تطبيق القاعدة القانونية الجديدة فوراً، ووقف العمل

موضوعها منقولاً أو حقاً شخصياً، قانون الموقع الجديد الذي ينقل إليه هذا الحق، ويكون ذلك بأثر فوري - مباشر - ودون ترتيب أثر رجعي له.

إذا أنصار هذا الرأي تصدوا لمشكل التنازع المتحرك، بالقياس على حل التنازع بين القوانين من حيث الزمان المعتمد في التشريع الداخلي، ومقتضى هذا التوجه كما أسلفنا الذكر، هو خضوع العلاقة المطروحة لأحكام القانون الجديد بأثر فوري دون خضوعه للقانون القديم إلا بنص قانوني، ويبرر أنصار هذا الرأي وجهة نظرهم هذه على أساس أن هذا المبدأ يؤدي إلى وحدة التشريع في الدولة حيث يفترض في القانون الجديد أنه جاء بعد دراسة أولية، ما يجعله أفضل من القانون القديم وإلا ما جدوى إصداره، وهذا ما جعلهم يقيسون التنازع من حيث الزمان على التنازع المتحرك بالرغم من الفروق البارزة بين التنازعين.¹

وتطبيقاً لهذا المبدأ، ميّز جانب كبير من الفقهاء القائلين به، بين مضمون الحق ووسائل كسبه، إذ أنه في حالة تغيير موقع المنقول فإن وسائل كسب الحقوق العينية عليه، تخضع لقانون موقعه القديم أي تظل خاضعة للقانون الساري المفعول عند استعمال هذه الوسائل، لأن هذه الحقوق نشأت وأنتجت جميع آثارها في ظلّه، بينما مضمون الحقوق العينية التي يكون المنقول محلها فإنها تخضع

بالتشريع السابق، أما الفكرة الثانية، فهي عدم رجعية التشريع وهذا يقتضي عدم سريان التشريع الجديد على الماضي، عدم سريان القانون الجديد بأثر رجعي على روابط قانونية نشأت وترتبت آثارها في ظل القانون القديم، على أساس أن إلغاء المراكز القانونية في كل مرة تستحدث قاعدة قانونية جديدة من شأنه المساس باستقرار المعاملات وكذا فقدان الثقة بالقانون، لكن لا يفوتنا أن نوه أن لكلا المبدأين استثناءات تفرضهم الضرورة العملية حيث يمكن إلغاء التصرفات والوقائع الناتجة في ظل تشريع قديم ويكون ذلك بنصوص تشريعية واضحة، كالقانون الأصح للمتهم في النصوص الجنائية، هشام القاسم، المدخل إلى علم القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2013، ص 159.، رمضان محمد أبو السعود ومحمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، منشورات الحلبي الحقوقية³، بيروت، لبنان، 2003، ص 254.

¹ - الفروق بين التنازع المتحرك والتنازع الزمني تتمثل في : " - في التنازع الزمني يصدر القانون من مشروع واحد وسيادة واحدة، بينما في التنازع المتحرك يصدر كل من القانونين من سيادة مستقلة - في التنازع الزمني القانون الجديد يلغي القانون القديم كمنشأ عام ويحل محله، بينما في التنازع المتحرك يظل القانونان ساري المفعول - في التنازع الزمني يستطيع المشرع أن يجعل للقانون الجديد أثراً رجعياً أو يعمل للقانون الممتد أثراً ممتداً، في حين لا يتصور ذلك في التنازع المتحرك لاستقلال مصدرَي القانونين - إن حدوث التنازع الزمني لا دخل بإرادة الشخص فيه، بينما في التنازع المتحرك يخضع الحق للقانون الجديد بإرادة الشخص. " الطيب زروقي، المرجع السابق، ص 132.

لقانون موقعها الجديد، "كالدائن المرتهن الذي يجيز له قانون موقع المنقول تملكه عند عدم الوفاء لا يمكنه تملكه بهذه الطريقة إذا ما نقل إلى فرنسا، لأن قانون موقعه الجديد لا يقر بهذا الحق، وهذا هو التطبيق المباشر لقانون الموقع الجديد على مضمون الحق، وأيضا في المنقول الذي لا يجوز التعامل فيه وفقا لقانون موقعه القديم الذي يصبح بالإمكان التعامل فيه إذا ما أجاز ذلك موقعه الجديد، لأن الأمر يتعلق أيضا في هذا الغرض بمضمون الحق.¹

أما لو أن شخصا حاز منقول وكان ذلك من غير مالكة، في بلد لا يعترف بقاعدة المنقول سند الملكية، ثم نقل هذا المنقول إلى بلد آخر يجيز له التمسك بها، في هذه الحالة يمكن لهذا الشخص التمسك بهذه القاعدة، لأن الأمر هنا يتعلق بالحيازة كوسيلة لكسب الحق العيني وليس كمضمون للحق، وبالمثل لو أن عقد بيع تم في دولة تشترط التسليم لتحقيق انتقال الملكية للمشتري، وهذا الشرط لم يتم في عملية البيع المذكورة، ثم انتقل هذا المنقول إلى دولة أخرى لا تشترط التسليم لانتقال الملكية، يرجح أنصار هذا الرأي أن الملكية لا تنتقل، لأن تطابق الإرادتين -رضا طرفي العقد- تمت في الوقت الذي كان فيه المنقول في الدولة الأولى فيطبق عليه قانون الموقع القديم، لأن الأمر يتعلق بوسيلة كسب الحق -يطبق عليها القانون الساري المفعول وقت استعمالها- وليس بمضمون الحق.²

ب-1- نقد نظرية تطبيق قانون الموقع بأثر فوري-مباشر- :

انتقد أصحاب هذا الرأي لخلطهم بين الروابط القانونية الوطنية التي تخضع لأحكام التنظيم الداخلي والعلاقات القانونية الدولية - التي يتخللها عنصر أجنبي- والتي تخضع لأحكام قواعد التنازع، كما يعاب عليه أيضا أنه يؤدي أحيانا إلى حلول غير واقعية، ولا تخضع للمنطق القانوني، ومن ذلك حيازة شخص لمنقول يكون محل سرقة أو ضياع في بلد لا يعترف بوسيلة الحيازة، ثم ينتقل إلى بلد آخر يعترف بهذه القاعدة- الحيازة سند الحائز- فيصبح مالكا في ظل القانون الجديد. حيث

¹ بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 286، نقلا عن Batiffol, Henri et Paul, Lagarde. *Droit international privé*, tome 1, 7e édition. Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1981, p510.

² بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 286.

يرى الأستاذ الطيب زروقي "أنه إذا أجرينا موازنة بين الرأيين السابقين يتبين أن قياس التنازع المتحرك على التنازع الزمني هو قياس مع الفارق لاختلاف طبيعة كل منهما"¹.

ويشوب هذا المذهب كذلك أنه يؤدي إلى حلول غير منطقية بسبب الفهم الخاطيء لطبيعة قاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية"²، وطبيعة الحالة القانونية للمنقول؛ ذلك أن القاعدة وباعتبارها سببا من أسباب كسب الملكية تؤدي وظيفتين : الوظيفة الأولى هي أنها قاعدة موضوعية ترتب أثرا ناقلا للملكية إذا استولى الشخص على الحيازة بحسن نية وسبب صحيح، وشرط ترتيب هذا الأثر، هو تحقق واقعة الحيازة في ظل قانون يعترف بهذه الوسيلة، وبالتالي الشخص الحائز يعتبر كذلك في ظل القانون القديم الذي تحققت فيه الحيازة وليس القانون الجديد. لكن لا يفوتنا أن نوه أن المنقول يمكن أن يكون عرضة للسرقة أو الضياع، ففي هذه الفروض يمكن للشخص حسن النية أن يجوزه بسبب صحيح، لكن دون ترتيب أثر نقل الملكية إلى حين مرور المدة - انقضاء الأجل - التي يجوز فيها للمالك الحقيقي استرداد المنقول من حائزه؛ لكن تحديد هذه المدة يتغير من قانون لآخر وكذا قيمة التعويض، السؤال المطروح في هذه الحالة ما هو القانون الواجب التطبيق إذا تغير موقع المنقول من دولة إلى أخرى أي من موقع قديم إلى موقع جديد؟³

¹ - الطيب زروقي، المرجع السابق، ص 132-133.

² - سنتناول قاعدة الحيازة بمزيد من التفصيل في فرع نطاق تطبيق قانون الموقع، وسنبرز من خلاله الوظائف التي تؤديها هذه القاعدة .

³ - يرى الأستاذ الدكتور : محمد كمال فهمي، معقبا على الفقه الفرنسي الذي يقول بأن قانون الموقع القديم هو الذي يحدد مدة الاسترداد وكذا قيمة التعويض، يقول الأستاذ محمد كمال فهمي "أنه إذا اكتسب المنقول المسروق أو الضائع بحسن نية وبسبب صحيح وانتقل إلى إقليم آخر قبل انقضاء المدة التي يجوز فيها للمالك الحقيقي استرداده، فإن مسألة تحديد المدة التي يجوز فيها الاسترداد وتحديد التعويض الذي يلتزم به المالك الحقيقي لا يمكن أن تعرض بعد انتقال المنقول. وبيان ذلك أن شروط انتقال الملكية في المنقول لا تتجزأ من الوجهة الإقليمية كما ذكرنا نم قبل؛ ويلاحظ أنه إذا كان المنقول مسروقا أو ضائعا يوقف الأثر الناقل للملكية إلى أن تنقضي المدة التي يجوز فيها الاسترداد إذا انقضت المدة في ظل = نفس القانون الذي اكتسب المنقول بحسن النية وسبب صحيح طبقا لأحكامه أصبح حائز المنقول مالكا له، أما إذا انتقل المنقول إلى إقليم آخر قبل أن تنقضي تلك المدة فإن الملكية لا يمكن أن تنتقل بعد ذلك لتصبح قاعدة (الحيازة سند الحائز)، مبطللة المفعول، ولا يمكن أن تنتقل الملكية بموجبها بانقضاء مدة الاسترداد في ظل قانون الموقع الجديد، وعلى ذلك فإنه يمكن للمالك الحقيقي أن يسترد المنقول بعد نقله دون التقيد بمهلة معينة ودون التزام بالتعويض، مصطفى كمال فهمي، المرجع السابق، ص 578-579.

واستنادا لما سبق، فالأمر في الفرض السابق يتعلق بالآثار المستقبلية لما يرد على المنقول من حقوق، حيث يتفق الفقه في هذه الحالة على خضوع هذه الحقوق لقانون الموقع الجديد، دون مراعاة للحقوق المكتسبة، كما هو الحال في حالة نشوء حق مضاد في دولة الموقع الجديد، وهو أمر تقتضيه اعتبارات سلامة المعاملات ووحداية القانون في الموقع الجديد، وتطبيقا لذلك في الفرض المتعلقة بسرقة المنقول أو ضياعه، المشابه للمثال السابق في الهامش، حيث إذا سرق منقول من مالكة الحقيقي في بلد يجيز قانونه استرداده في مدة محددة بـ 10 سنوات كما هو الشأن في ألمانيا، ثم نقل هذا المنقول¹، إلى الجزائر الذي تقتضي أحكام قانونه، 03 سنوات كأقصى مدة لاسترداد المنقول المسروق²، ففي هذا الحالة لا يستطيع المالك الحقيقي أن يسترد المنقول إذا أنقضت مدة الثلاث سنوات، لكن يمكنه الاسترداد قبل انقضاء هذه المدة، لأن قانون الموقع الجديد قد قرر حقا مضادا وهو تحديد مدة أقصر من المدة المقررة في القانون الألماني بوصفه قانون الموقع القديم.

أما الوظيفة الثانية التي تؤديها قاعدة "الحيازة سند الملكية"، هي أنها قاعد إثبات أي تطبيقها يخضع لمبدأ الإقليمية باعتبارها من النظام العام -الأمن المدني-، وإذا كان القانون الجديد يعترف بواقعة الحيازة، فإن أثر الملكية ينتقل إلى الحائز ويبقى مالكا إلى حين ثبوت العكس.

ج : موقف المشرع الجزائري من النظريتين.

من خلال استقراءنا للمادة 17 من القانون المدني الجزائري، يتبين لنا أن المشرع الجزائري قد عمل على توفير الاحترام الدولي للحق المكتسب، مما يقتضي وفقا لما ورد في المادة 17 المذكورة أعلاه، التي تقتضي بتطبيق قانون الدولة التي يوجد بها المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى، ولو نقل المنقول إلى إقليم دولة أخرى.³

¹ - الطيب زروقي، المرجع السابق، ص 216.

² - تنص المادة 836 من القانون المدني الجزائري "يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا فقده أو سرق منه أن يسترده ممن يكن حائزا له بحسن النية وذلك في أجل ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة".

³ - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 474، محمد المبروك اللاني، المرجع السابق، ص 166.

ولا مناص من القول أن استعمال المشرع الجزائري لعبارة وقت تحقق السبب، أنه اعتنق مذهب احترام الحقوق المكتسبة، وينبني على ذلك نفاذ الحق الذي اكتسب بحسن نية وبسبب صحيح في ظل قانون الموقع القديم، إلا أن بعض الفقه يرى بأنه يشترط لنفاذ الحق أن يكون من الحقوق التي يقرها القانون الجديد، وإلا قام القاضي المعروض عليه النزاع الدفع بالنظام العام للتصدي لتطبيق مبدأ احترام الحقوق المكتسبة على هذا المنقول بسبب التعارض بين القانونين في الصفات القانونية للحقوق المذكورة. وتطبيقاً لهذا الرأي، إذا اكتسب الشخص حق الرهن الرسمي على منقول ثم نقل المنقول إلى بلد لا يقر قانونه هذا الحق، لا يتمتع صاحب الحق بحقه في الموقع الجديد.¹

هذا بالنسبة لشروط نفاذ الحق، أما بالنسبة لمضمون الحق، فإنه يخضع لقانون الموقع الجديد الذي نقل إليه المنقول وعلى ذلك، فإذا كان قانون الموقع القديم يعطي للدائن المرتهن حق تملك المنقول المرهون بعد عدم وفاء المدين بالدين المضمون، ونقل المنقول محل الرهن إلى موقع آخر يخضع لقانون جديد لا يجيز للدائن المرتهن تملك المنقول، فيجب إعمال قانون الموقع الجديد الذي يقضي بعدم تملك المرهون حتى ولو لم يوفي المدين الراهن ما عليه من التزامات اتجاه الدائن المرتهن.²

- في الفرض الذي يكون فيه للمال مواقع مادية متعددة، ويكون ذلك في بعض المنقولات المادية الخاصة بسبب تخصيصها، كالسفن والطائرات والبضائع المشحونة على متنها، لأن هذه المنقولات الخاصة تكون دائمة الحركة بين الدول وبالتالي يصعب تحديد موقعها المادي، لأنه يتغير باستمرار، إذ سنوضح لاحقاً رأي الفقه والتشريعات المقارنة، وماهي القواعد القانونية المعتمدة لحل هذا النوع من التنازع؟

ثانياً: عندما لا يكون للمال موقع مادي لا يخضع لأي سيادة.

كما لو وقع نزاع بشأن تصادم بحري مثلاً بين سفينتين في أعالي البحار، التي لا تخضع إلى أي سيادة، وهي ملك للإنسانية جمعاء، أو في المساحة الهوائية تعلو هذه المنطقة بالنسبة للطائرات.

¹ - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 474.

² - هشام علي صادق وحفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 474-475.

الفرع الثاني: الحالات التي لا يكون فيها للمال موقع مادي محدد.

من الحالات التي تتعدّد فيها مسألة تحديد الموقع المادي للمال، وتتناول الأموال غير المادية- أموال معنوية- والتي هي مجموعة الحقوق المعنوية والتي لا تقع تحت الحس- لا تتصل بمال مادي يقع تحت الحس - إلا أنها تصلح محلاً للحق المالي، ويكون محل هذا الحق شيء غير مادي- إنتاج فكري أو ديون-، وهناك من الفقه من يعتبرها ذات طبيعة خاصة وهناك من يعتبرها منقول غير مادي انطلاقاً من النصوص الوضعية التي تعتبر كل ما هو ليس عقاراً، فهو منقول وهي تتألف من طائفتين من الحقوق هما : حقوق الملكية الفكرية والتي تتضمن الحقوق الأدبية والفنية، وحقوق الملكية الصناعية، والطائفة الثانية المكونة للحقوق المعنوية هي الحقوق الشخصية والتي تتضمن الديون¹، كما توجد حقوق ليست حقوق عينية ولا هي حقوق شخصية، وتسمى بالحقوق الخارجة عن الذمة المالية وهذا يقع خارج مجال دراستنا.

وتكمن صعوبة تحديد الموقع المادي للأموال المعنوية في أنها لا تمارس على أشياء مادية ملموسة، والتي لا تعتبر حقوق عينية ولا حقوق شخصية، وارتباط هذه الأموال بما تجود به قريحة الإنسان- العقل البشري- من أفكار وإبداعات، ونتيجة للتطور التكنولوجي الهائل الذي تعرفه البشرية، فيصعب حصر الأموال المعنوية، لا من حيث مكان وجودها المادي ولا من حيث ما تحتويه من عناصر، فالعقل البشري هو ما يفرز هذا النوع من الأموال باستمرار، هذا من جهة ومن جهة أخرى بالنسبة للديون-الحقوق الشخصية- التي تعتبر أموال معنوية هي الأخرى ولا يمكن تحديد مكان وجودها المادي بسهولة وستحاول السطور القادمة في الباب الثاني الإجابة على كيفية تحديد الموقع المادي لهذه الحقوق ذات الطبيعة الخاصة.

¹ - الطيب زروتي المرجع السابق، ص217، غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 210، أمين رجا رشيد دواس، تنازع القوانين في فلسطين، الطبعة الأولى، دار الشروق للنشر والتوزيع، فلسطين، 2001، ص 132، لكردي جمال محمود، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، 2005، ص442.

الفصل الثاني: تطبيقات قانون موقع المال على الأموال المادية.

بعد أن تعرفنا على قاعدة خضوع المال لقانون موقعه من خلال تأصيلها وتبيان مبررات تطبيقها، ارتأينا في هذا الفصل تبيان كيفية تطبيقها على الأموال المادية-غير المنقولة والمنقولة-، وتحديد القانون المختص في حكمها بدقة، خاصة إذا علمنا أن المال المادي هو ذلك الشيء المحسوس الذي له وجود مادي يمكن إحساسه وحيازته والسيطرة عليه لأنه يمثل الحقيقة التي يمكن إدراكها، وهو الشيء محل الحق الذي يمكن تقويمه بمال، أي تكون له قيمة مالية كما يكون صالح للتعامل فيه، ويكون عقارا كما يكون منقولا، أي يكون ثابت كما يمكن أن يكون متحركا أو مشحونا كالبضائع. وبناء على ذلك فإن الأموال المادية تشمل نظام الأموال من حيث ما يمكن كسبه من حقوق عليها ومضمونها وطرق كسبها وانقضائها.

واستنادا إلى ما سبق ذكره ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين : خصصت المبحث الأول لدراسة القانون المختص في حكم الأموال المادية غير المنقولة -العقار- وقسمته إلى مطلبين : تناولت في المطلب الأول منهما مفهوم القاعدة، وعالجت في المطلب الثاني الاستثناءات الواردة على قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه.

أما المبحث الثاني، فتناولنا من خلاله القانون المختص لحكم الأموال المادية المنقولة حيث قسمته إلى مطلبين : تناولت في المطلب الأول القاعدة العامة في القانون الواجب التطبيق على المنقول المادي، وخصصت المطلب الثاني لصعوبات تحديد موقع بعض الأموال بسبب حركيتها الدائمة ووظيفتها مثل الطائرات والسفن والبضائع المشحونة على متنها.

المبحث الأول: القانون المختص في حكم الأموال المادية غير المنقولة.

يُعرف القانون المدني الجزائري العقار- مال مادي غير منقول- في المادة: 683 على أنه : "كل شيء مستقر بجيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ماعدا ذلك من شيء فهو منقول...". كما نصت المادة 684 من نفس القانون : "يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على عقار بما في ذلك حق الملكية وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار".¹

والعقار بالمعنى المتقدم يعتبر صورة من صور الأموال المادية غير المنقولة، وبالتالي طالما أن العقار مال ويكون محل علاقات دولية خاصة أي محل لتنازع القوانين، وبعد أن ثبت نسبيا بأن تعريف العقار محل اتفاق فقهي وتشريعي، وإذ ثبت لنا بأن العقار في العلاقات الخاصة الدولية يخضع لقانون موقعه، فإن السؤال الذي يطرح نفسه، هو ما المقصود بقاعدة خضوع العقار لقانون موقعه ومما مضمون قانون الموقع؟ وماهي الاستثناءات الواردة على هذه القاعدة؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه في هذا المبحث من خلال مطلبين : حيث نتناول في المطلب الأول مفهوم قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه ونتناول في المطلب الثاني الاستثناءات الواردة على هذه القاعدة.

المطلب الأول : مفهوم قانون موقع العقار.

لتحديد مفهوم قاعدة قانون موقع العقار، يتعين علينا التطرق إلى تعريف القاعدة وتحديد نطاقها، لذلك قسمت هذا المطلب إلى فرعين: تناولت في الفرع الأول تعريف القاعدة أما الفرع الثاني فتناولت فيه مضمون القاعدة.

¹ - حميد بن شنيقي، مدخل لدراسة العلوم القانونية، الجزء الثاني، نظرية الحق، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2008، ص154.

الفرع الأول: تعريف قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه.

تعتبر قاعدة خضوع العقار¹، لقانون موقعه من القواعد الأساسية التقليدية -التليدة- في القانون الدولي الخاص، كما أسلفنا الذكر أن أول ظهور لقاعدة خضوع العقار لقانون موقعه ظهرت لأول مرة في الفقه الإيطالي القديم عندما تساءل الفقيه الايطاليارتول عن مدى الحق الذي يمنحه القانون للأجنبي في البناء على عقار يملكه داخل إقليم الدولة التي يتواجد فيها هذا الأجنبي، حيث كانت الإجابة من الفقه الإيطالي وبدون تردد على أن الحق على الشيء يخضع لقانون موقعه - موقع الشيء - بل وقد ذهب إلى أبعد من ذلك حينما نوه جانب من الفقه صراحة إلى أن قانون الموقع الخاص بالمال هو الواجب التطبيق بالنسبة لكل ما يتعلق بالأشياء.²

ومنذ ذلك الحين أصبحت العلاقة الدولية الخاصة المتضمنة نزاع قائم حول العقار تخضع لقاعدة خضوع العقار إلى قانون موقعه، بمعنى أن العقار يخضع في كافة ما يرد عليه من معاملات لقانون موقع العقار وكان ذلك بدون جدال، منذ ظهور القاعدة لأول مرة في فقه المدرسة الايطالية القديمة المذكورة، كما أكده الفقه ورسخه في القرون الوسطى نظرا لأهمية العقار ذلك الوقت كونه كان هو أساس الثروة أي أساس الدولة، حيث أكد هذه القاعدة الفقيه دارجنتريه، الذي تبني مبدأ إقليمية القوانين في حل مشكلة تنازع القوانين، في القرن السادس عشر حينما أخضع كل ما يتعلق بالعقار سواء من حيث أهلية التعاقد بشأنه وشكل العقد وشروطه الموضوعية إلى قانون موقعه.³

¹ - العقار بطبيعته كل شيء مستقر بجيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلفه فهو عقار، وكل ماعدا ذلك من شيء فهو منقول، خوية محمد بن قادة، النظام القانوني للعقارات ذات الطبيعة الخاصة، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 2، العدد 2،

كلية الحقوق، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، ص ص 23-35، نقلا عن المادة 683 من القانون المدني الجزائري

² - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 466.

³ - حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، ط2، دار الثقافة، الأردن، 2005، ص 215.

واستمر الوضع على حاله إلى حين ظهور أفكار قانونية جديدة في الفقه الحديث بقيادة الفقيه الألماني سافيني الذي أكد على قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه، لكن على أساس مختلف وهو أن العقار شيء محسوس يحتل حيزا مكانيا، أي مركزه هو المكان المتواجد فيه، أو ما يسمى عنده بفكرة الخضوع الاختياري لقانون مركز العلاقة محل النزاع-التركيز المكاني للعلاقة¹، ومنذ ذلك الوقت أصبحت تشير قاعدة الإسناد التي تنص على خضوع العقار لقانون موقعه، في نظام الأموال إلى تطبيق القانون الإقليمي، أو المكاني أو المحلي لأن محل الحق هو العقار والذي يكون كائنا فوق مكان معلوم. حيث صمدت هذه القاعدة وترسخت عبر الأجيال ولم يؤثر تطور القانون الدولي الخاص على صمودها.

لقد أخذ المشرع الجزائري بقاعدة خضوع العقار لقانون موقعه، على غرار بقية القوانين المقارنة الأخرى سواء في تكييفه أو في تنازع القوانين بشأنه وذلك في المادة 17 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها "يخضع تكييف المال سواء كان عقار أو منقول إلى قانون الدولة التي يوجد فيها.

يسري على الحياة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار..."، نفس الحكم أخذت به معظم القوانين العربية²، كما نصت عليه كثير من التقنينات الغربية على غرار، القانون المدني اليوناني في المادة 27 لسنة 1940 والقانون المدني الإيطالي في المادة 22 لسنة 1942 والقانون المدني الفرنسي في المادة 3 فقرة 2.

إذا فكل ما يتعلق بالعقار ونظامه القانوني يخضع لقانون موقعه، وبالتالي فإن قاعدة الإسناد المتعلقة بقانون موقع العقار، هي قاعدة مزدوجة أسوة بقواعد الإسناد الأخرى، فهي تشير إلى تطبيق

¹ - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 467.

² - المادة 18 من القانون المدني المصري، المادة 19 ق.م.سوري، المادة 18 ق.م.لبي، المادة 31 ق.م.كويتي، المادة 18 قانون إماراتي رقم 5 لسنة 1985، المادة 12 من قانون المعاملات المدنية السوداني، المادة 29 من القانون اليمني لسنة 1979، المادة 19 ق.م.أردني، الفصل 28 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية لسنة 1998، الفصل 17 من ظهير 12 أوت 1913 في المغرب مع اختلاف في الصياغة والمضمون، الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 208.

قانون الموقع على كل التصرفات المتعلقة بال عقار والحقوق العينية المترتبة عليه، سواء كان هذا القانون هو قانون القاضي المعروض عليه النزاع أو القانون الأجنبي¹، لكن من ناحية الوجهة العملية، فلا صعوبة بالنسبة للعقارات الموجودة في الجزائر إذ يتعين على القاضي المعروض عليه النزاع تطبيق المادة 17 من القانون المدني الجزائري، في شأن الحقوق العينية المترتبة على هذا العقار، أما بالنسبة للعقارات الموجودة خارج حدود الدولة الجزائرية، فوفقاً للمبادئ العامة للقضاء الدولي فإن القضاء الجزائري غير مختص، وبالتالي لا يمكن تطبيق المادة 17 من طرف القاضي الوطني على النزاع المعروض عليه في هذا الشأن، وبالتالي يقتصر إعمال هذه المادة على النزاعات المتعلقة بعقارات كائنة داخل التراب الوطني. إلا أنه بعض الفقهاء الجزائريين يرون أن المادة 41 و42 من قانون لإجراءات الجزائرية يمكن تفسيرها تفسيراً واسعاً عندما يكون أحد أطراف العلاقة جزائرياً، فيمكن أن يكون القضاء الجزائري مختصاً.

ويقول الأستاذ هشام علي صادق في هذا الشأن بأن: "لا شك أن مثل هذا الوضع قد يغيرى بالقول بأن قاعدة الإسناد الواردة في المادة 18 من القانون المدني المصري، تكاد أن تكون من القواعد المفردة الجانب بالنسبة للأموال العقارية، على الأقل من الوجهة العملية"².

الفرع الثاني: مبررات خضوع المال لقانون موقع العقار ومضمونها.

مما سبق، يتبين لنا أنه كمبدأ عام فإن العقار يخضع بشأن التصرفات المتعلقة به لقانون موقعه، وهذا المبدأ العام له مبررات سياسية واقتصادية وعملية.

أولاً: المبررات.

أما المبررات السياسية، تتمثل في أن العقار يعد جزءاً من إقليم الدولة لا يتجزأ بأي شكل من الأشكال، كما يكون مظهرها من مظاهر سيادتها على إقليمها، ومن مظاهر هذه السيادة تطبيق

¹ - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 424.

² - المرجع نفسه.

قانون الدولة المتواجد فيها العقار، لأن إخضاع جزء من إقليم الدولة لقانون آخر يتنافى مع مبدأ السيادة، فكما أن ركن الشعب في الدولة هم الأشخاص يخضعون للقانون الشخصي في أحوالهم الشخصية أينما وجدوا، فكذلك الأمر بالنسبة للعقارات والتي هي جزء من إقليم الدولة وبالتالي تخضع لقانون هذه الدولة¹، أما المبررات الاقتصادية، من وراء تطبيق قاعدة قانون موقع العقار، فتتمثل في أنه سبق لنا وقلنا أن العقار يعد جزء من الثروة الوطنية وبالتالي يكون جزءا مهما في اقتصاد الدولة التي يتواجد في إقليمها، كالأراضي الزراعية مثلا، بحيث لا يمكن إخضاع هذه الثروة إلا للقانون الوطني - قانون مكان تواجد العقار - دون القانون الأجنبي لأن هذا يُعرض الاقتصاد القومي للخطر. أما المبررات العملية، تتمثل في أن استقرار المعاملات يقتضي تطبيق قاعدة قانون الموقع، وهذا يوفر حماية للغير الذي يكون بإمكانه الاطلاع على قواعد قانون التسجيل والشهر السائد في دولة الموقع للتحقق من وجود الحق العيني لدى العقار المتصرف فيه، كما يضمن توحيد الأحكام وتمائلها بين الدول المختلفة².

وما يعزز هذه المبررات هي نظرة الفقه والتشريعات المقارنة، حيث انطلقا من نظرتهم لفكرة تنازع القوانين وكيف عالجوا هذا المشكل القانوني، جاءت الآراء متباينة حول حل مشكل تنازع القوانين بين المدارس الفقهية القديمة، حيث نحاول إسقاط ما توصل إليه الفقه من نتائج في حل مشكل التنازع على مر العصور، وباعتبار أن المسائل القانونية المتعلقة بفئة الأموال هي جزء من المسائل القانونية المختلفة التي عالجها الفقه الذي أخضع كل فئة لضابط إسناد معين.

حيث عالج الفقه مسألة تنازع القوانين حول العقار في القرون الوسطى تجسيدا لمبدأ الإقليمية الذي نادى به الفقيه دارجنترية، بشكل كامل، أبيتضمن هذا الحل أهلية المتعاقدين وشكل العقد

¹ - راضي نبيه راضي علوان، المرجع السابق، نقلا عن : منصور، سامي بديع وعبد العال عكاشه، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1995، ص 306.

² - يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 356، فؤاد عبد المنعم وراشد ساميه، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1994، ص 299.

وشروطه الموضوعية، إلا أن نظرة الفقيه الايطالي مانشيني لحل مشكل تنازع القوانين حول العقار كانت مختلفة، حيث أخضعه لقاعدة خضوع العقار لقانون موقعه كاستثناء من المبدأ العام عنده هو مبدأ شخصية القوانين تأسيساً على النظام العام، وأكد الفقيه سافيني هذه القاعدة على أساس مختلف وهو الخضوع الإرادي-الاختياري- للأطراف، أي أن الروابط القانونية حسبته تخضع لفكرة التركيز المكاني أو كما يصطلح على تسميته بمركز ثقل العلاقة والتي هي الحقوق العينية والشخصية المترتبة على العقار في المسائل القانونية المتعلقة به-موضوع دراستنا هذا-، في حين ذهب الفقه الحديث إلى تبرير هذه القاعدة على أساس اعتبارات ملائمة المعاملات ومبدأ التركيز الموضوعي للعلاقات القانونية.¹

أما بالنسبة للتشريعات المقارنة فإن المشرع الجزائري نص صراحة على خضوع العقار لقانون موقعه في المادة 17 فقرة 2 ق.م.ج، حيث كان النص واضحاً على الشكل التالي : "يسري على الحياة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار"، ونفس النهج سارت عليه معظم التشريعات العربية، كالمشرع العراقي في المادة 24 من القانون المدني العراقي، والمادة 18 من القانون المدني الليبي بالنسبة للتشريع الليبي، والمادة 18 من القانون المدني المصري بالنسبة للتشريع المصري. كما أكدتها أيضاً المادة 58 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية والتي نصت على : "الحوز والملكية وغيرها من الحقوق العينية الأخرى، فهو مكان وجود المال"، كما كان تأكيد القاعدة في القانون المدني الفرنسي بمفهوم المخالفة من خلال الفقرة الثانية من المادة 03 والتي جاء في محتواها أن جميع العقارات الموجودة على التراب الفرنسي تخضع للقانون الفرنسي مهما كان مالكيها وطنيين أم أجنبان²، وهذا ما يؤكد الفكرة العالمية التي وصل إليها الفقه بجعل قاعدة خضوع المال لقانون موقعه قاعدة عالمية التطبيق، حيث أصبحت بمثابة عرفاً دولياً ملزماً للدول.

¹ - الطيب زروقي، المرجع السابق، ص 209.

² - كمال عليوشقربوعة، المرجع السابق، ص 281.

هذا بالنسبة لمفهوم قاعدة خضوع العقار والأسس التي تتركز عليها، أما بالنسبة لمجال تطبيق قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه- القانون الذي يحكم العقار كمال غير منقول - فقد تعددت الاتجاهات الفقهية في تحديد مجال تطبيق قاعدة خضوع المال لقانون موقعه، وانقسمت بين التشريعات الانجلوسكسونية-انجلترا وأمريكا- ومن وراءها الفقه المؤيد لها؛ والتي أعطت الاختصاص الشامل لقاعدة قانون موقع العقار حيث يحكم الحقوق والعلاقات المتعلقة بالعقار بعناصرها وجوانبها المختلفة بما في ذلك مسألتى الأهلية والشكل، في جميع حالات التصرفات الواردة على العقار هذا من جهة. ومن جهة نجد الاتجاه اللاتيني بقيادة الفقه والتشريع الفرنسي حيث يميل هذا الاتجاه إلى اقتصار دور قاعدة قانون موقع العقار على إخضاع التصرفات القانونية الواردة على العقار والمحددة للحقوق العينية المترتبة عليه، في إطار نظامه القانوني دون أن يشمل ذلك الأهلية والشكل.¹

ثانيا: المضمون.

وبما أن المشرع الجزائري أخذ بالاتجاه اللاتيني والذي يعتبر اتجاهها سائدا في المنطقة العربية كمصر والأردن، فتكون دراستنا لمجال تطبيق قاعدة خضوع المال لقانون موقعه وفقا لهذا الاتجاه، ومن المتفق عليه أن قانون موقع العقار هو الذي يحدد صفاته القانونية وهي تلك الصفات التي تستمد من تقسيمات الأموال²، إذا فقانون موقع العقار يشمل أولا معرفة ما إذا كان العقار قابلا للتعامل أم لا؛ أي أن بعض العقارات لا يمكن أن تكون محل مسألة قانونية خاصة أي علاقة دولية خاصة كما هو الحال بالنسبة للمشرع الجزائري فيما يخص الأملاك الوطنية العمومية المنصوص عليها في قانون التوجيه العقاري 29/90 والقانون 30/90 المتعلق بالأملاك الوطنية المحمية بالقاعدة الثلاثية، وهي عدم جواز التنازل عنها، لا يمكن اكتسابها بالتقادم، ولا يمكن الحجز عليها العقارات المستعملة كمرافق

¹ - راضي نبيه راضي علوان، مرجع، سابق، ص ص26.25

² - محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، مصر، بدون سنة نشر، ص575.

عامّة مرافق العام، الحداثق، وكذا الأملاك الوقفية المحمية كذلك بالقاعدة الثلاثية وفقا للقانون 10/90.

كما يتضمن قانون موقع العقار بيان نظام الأموال وتقسيمها إلى عقارات ومنقولات، حيث رأينا في الفقرات السابقة من بحثنا أن أغلب التشريعات الحديثة أسندت التكييف لقانون القاضي إلا في مسألة بيان نظام الأموال، كاستثناء فأخضعت التكييف إلى قانون الموقع، وهذا مسألة مهمة بالنسبة لتكييف المال.¹

فإخضاع التكييف إلى قانون موقع المال، نادى به الفقيه بارتان وذلك بضرورة الرجوع إلى قانون الموقع وليس إلى قانون القاضي المعروض عليه النزاع لتحديد وصف المال باعتباره عقار أم منقول، وأرجع الفقه المؤيد لنظرية بارتان أساس الحل الذي أخذ به بارتان، إلى فكرة الطمأنينة في اكتساب الحقوق العينية واستقرار المعاملات والمحافظة على الثروة التي ترتبط بالنظام العام. استنادا إلى أهمية ما تمثله الأموال وخاصة العقارات بالنسبة لإقليم الدولة كما أكد الفقيه الفرنسي على أهمية الأخذ بقاعدة خضوع المال لقانون موقعه من طرف الدول، في توحيد الحلول بالنسبة لمسألة تنازع القوانين خاصة في المسائل القانونية التي يكون موضوعها عقارات.²

وبالرغم من الانتقادات التي تعرض لها الفقيه الفرنسي بارتان بخصوص هذا الاستثناء عن نظريته، على أساس أن تحديد وصف المال هل هو عقار أم منقول، قد يثار في مرحلة لاحقة عن التكييف الأولي أي في مرحلة لاحقة عن عملية الإسناد، كما سبق لنا توضيحه سابقا، ورغم وجهة هذه الانتقادات كما أسلفنا الذكر كذلكأصر بارتان على هذا الاستثناء وتأثرت به عدة تشريعات على غرار المشرع الجزائري في المادة 17 فقرة 1 ق.م.ج

¹ - الطيب زروقي، المرجع السابق، ص 209.

² - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، الجنسية-تنازع الاختصاص القضائي، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 60-61.

وأنه بالنسبة للعقار، يرى أغلب الفقه أن هذا الاستثناء يخالف منطق التنازع في الفرض بالنسبة للعقار الذي يكون، إلا في الحالات التي يكون فيها القانون المختص بحكم المال يفرق بين المنقول والعقار كما هو الحال في القانون الفرنسي، الذي يخضع الميراث في المنقول لقانون موطن المتوفى، والميراث في العقار لقانون موقعه.

كما يسري قانون موقع العقار أيضا، على جميع الحقوق العينية والأصلية التي ترد عليه، كحق الملكية باعتبارها أهم الحقوق العينية على الإطلاق¹، التي يمكن أن تترتب على العقار كما يحدد قانون الموقع السلطات المخولة لصاحب حق الملكية، كسلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف وكذلك كل القيود والأعباء التي تخضع له ممارسة هذه الحقوق، بمعنى أنه إذا أسند للقاضي الوطني الجزائري الفصل في النزاع المعروض وفقا للقانون الجزائري، فهذا الأخير تحديد هذه السلطات والقيود في التعامل مع المال موضوع النزاع²، وهل هي مذكورة على سبيل الحصر أم على سبيل المثال؛ إذا فقانون الموقع هو من يحدد مضمون الحق العيني والسلطات التي يخولها لصاحبه ونطاقها والقيود التي ترد عليها ومن بين هذه القيود، نجد القيود التي ترجع إلى حالات خاصة من التجاور؛ كحق المسيل وحق المجرى وحق المرور.³

¹ - حق الملكية من الحقوق العينية الأصلية التي تنشأ بصفة مستقلة بذاتها، لا تستند في قيامها ووجودها إلى حقوق أخرى تتبعها. يعتبر الحق في الملكية من أهم الحقوق العينية وأوسعها نطاقا لأنه يخول صاحبه سلطة كاملة وانفرادية على الشيء، من حيث الاستعمال والاستغلال والتصرف، علي فيلاي، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2011، ص ص 65-79، وعبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، الطبعة الثالثة، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى الباي الحلبي وأولاده، مصر، 1967، ص ص 15.14 نقلا عن : علاوة العايب، حق الملكية حق من حقوق الإنسان بين الحريات المدنية والحقوق السياسية والاقتصادية، كلية الحقوق، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر - 01 بن يوسف بن خدة، مجلد 5 العدد 50، الجزائر، ص ص 19-47.

² - محمد سعادي، المرجع السابق، ص 132.

³ - يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 356.

فضلا عن ذلك فان قانون الموقع يبين الحقوق العينية الأصلية الأخرى المنفردة عن حق الملكية كالانتفاع وحق السكنى وحق الارتفاق، ويحدد مضمون هذه الحقوق وآثارها والقيود التي ترد عليها وطبيعتها القانونية. إلا انه وبالرغم من بساطة قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه، لأنه بالنسبة للعقار وتعريفه من طرف أغلب التشريعات أنه كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف، حيث قال بهذا التعريف أيضا المشرع الجزائري في المادة 683 ق.م.ج. ومع ذلك قاعدة قانون موقع العقار إلى صعوبات في الحالة التي يكون فيها العقار واقعا على حدود فاصلة بين إقليميين دولتين مختلفتين، جزء منه في دولة والجزء الآخر في دولة أخرى، ففي هذه الحالة ذهب الفقه إلى

ضرورة تجزئة العقار وإخضاع كل جزء منه لقانون الدولة التي يوجد فيها هذا الجزء من العقار على إقليمها¹، وهذا في الحالة التي لا توجد فيها اتفاقيات دولية تنظم هذا النوع من النزاع. وفيما يخص حق الارتفاق، فيقودنا هذا الحق إلى الحديث حول الصعوبات التي يترها تواجد عقار مثقل بالارتفاق بصفته عقار خادم في دولة بينما يتواجد العقار المستفيد من الارتفاق والمصطلح على تسميته العقار المخدوم في دولة أخرى، حيث تباينت آراء الفقهاء حول أي القوانين يأخذ به في حل التنازع بشأنهما، هل يأخذ بقانون دولة العقار الخادم أم بقانون دولة العقار المخدوم؟ حيث تم ترجيح الرأي القائل بوجوب الأخذ بقانون موقع العقار الخادم كونه مثقل بقيد الارتفاق.²

ويشمل اختصاص قانون موقع العقار الحقوق العينية التبعية؛ والتي لا توجد مستقلة، أي لا تقوم مستقلة بذاتها بل أنها تستند إلى حق شخصي وتقوم ضمانا للوفاء به ثم إنها من جهة أخرى لا تخول صاحبها سلطة استعمال الشيء أو استغلاله أو التصرف فيه، كما هو الشأن بالنسبة للحقوق العينية الأصلية ولكنها توجد ضمانا لحق شخصي، وتشمل في القانون الجزائري الرهن الرسمي والرهن الحيازي وحق التخصيص وحق الامتياز.³

¹ - بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 283، وينظر أيضا إلى: نسرین شریف وسعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص، دار بلقيس، الجزائر، 2013، ص 70.

² - الطيب زروقي، المرجع السابق، ص 290.

³ - بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 290.

ونظرا لطبيعة الحق العيني التبعية الذي لا يقوم مستقلا بذاته، وإنما يتبع الحق الشخصي، فإنه من غير الممكن الاكتفاء بقانون الموقع لتقريره، ومثال ذلك فيما يتعلق بالرهن القانوني الذي ترتبه بعض القوانين الغربية مثل القانون الفرنسي لصالح الزوجة على عقارات زوجها، حيث قضت المحاكم الفرنسية بأنه لا يكفي لترتيب هذا الرهن أن يكون قانون موقع العقار يجيزه، وإنما ينبغي أن يقر هذا الرهن، أيضا قانون جنسية الزوجة، باعتباره من آثار الزواج.

وبالنسبة للرهن الرسمي يتحدد القانون المختص بحسب التفسير المعطى للمواد 883 و 17 و 18 مدني على التعاقب، فإما أن يعتد بصحة الرهن المبرم لدى موثق أجنبي، مادامت المادة 883 مدني لا تخص بالذكر الموثق الوطني، وفي هذه الحالة لقيد الرهن الخاص بالعقار موجود في الجزائر لا بد من منح العقد الرسمي المبرم في الخارج الصيغة التنفيذية طبقا للمادة 325 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ومرعاة الأحكام الخاصة بالقيود المنصوصة في المادة 904 ق.م.ج، وحينئذ العبرة في ترتيب الرهن لآثاره بتاريخ القيد وحده، وإما أن يعطى للمادتين 17 فقرة 2 و 18 فقرة 3 تفسيرا موسعا وموحدا مما يستوجب اختصاص القانون الجزائري باعتباره قانون موقع العقار فيما يخص الإنشاء والآثار معا.¹

هذا من جهة ومن جهة أخرى، نجد حقوق الامتياز الواردة على العقار والذي يعتبر حق عيني يخول صاحبه سلطة مباشرة يقررها القانون لأصحاب الديون الممتازة مراعاة منه لصفة ديونهم وهي تقع على جميع منقولات المدين وعقاراته أو على منقول معين أو على عقار معين²، ومن المعلوم أن حق الامتياز يمكن أن ينصب على عقار، كما يمكن أن ينصب على منقول؛ نعني بهذا الكلام أن حق الامتياز يخضع لقانون موقع العقار إذا كان ينصب على العقار وحده، أما إذا كان حق الامتياز غير خاص بالعقار وحده، بل ينصب على الذمة المالية كلها للمدين، يعني حق الامتياز ينصب على جميع أموال المدين بما فيها العقارات والمنقولات، ففي هذا الفرض، يرى غالبية الفقه بأن التنازع بشأن

¹ - الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 210.

² - محمد وحيد الدين سوار شرح القانون المدني، الحقوق العينية التبعية، الرهن المجرد، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 283.

العقار يخضع إلى قانون موقعه والقانون الذي يسري على الدين الذي يقرر عليه حق الامتياز الوارد بشأنه؛ أي حقوق الامتياز يجب أن تكون مقررة في القانونين معا وهذا هو الرأي الراجح.¹

كما يكفل قانون موقع العقار بيان شهر التصرفات العقارية من تسجيل وقيد، حيث بين ماهية الشهر العقاري والذي يعتبر في الفقه والتشريع الجزائري، مجموعة من الإجراءات والشكليات القانونية بسعي من المحافظة العقارية حماية للأموال العقارية، والقيام بالإعلام لفائدة الغير بالوضعية القانونية للغير²، وفي هذا التطبيق فإذا كان العقار المتنازع عليه موجود في إقليم الدولة الجزائرية، فإن قانون موقع العقار الذي هو قانون التوجيه العقاري الجزائري رقم : 29/90، حيث يبين معنى شهر التصرفات العقارية، وكذا تبيان نوع الشهر المأخوذ في قانون موقع العقار هل هو الشهر العيني أم الشهر الشخصي ونفس الشيء بالنسبة للتسجيل والقيد، لأن هذه الأمور تحقق الائتمان العام وحماية الغير³، وذلك من حيث تبسيط الإجراءات كإجراءات الشهر الواجبة في التصرفات الواردة على العقار كما أن الأطراف المعنية، تفكر بصفة طبيعية في قانون موقع العقار مدام أنه القانون الذي يتواجد فيه العقار محل التصرف.

ويحكم قانون موقع العقار كذلك أسباب كسب الملكية على العقار، أي يحدد وسائل كسب هذه الحقوق ونقلها وانقضائها، سواء كانت تلك الوسائل قاصرة على الحقوق العينية فقط، كالالتصاق والشفعة⁴، والحيازة الاستيلاء، أم كانت مشتركة بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية

¹ - منصور سامي بديع، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة، ط1، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، 1994، ص 456.

² - يوسف يحيوي، الشكلية غير مباشرة وأثرها على فاعلية العقود، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، في القانون الخاص، عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، 2014/2013، ص 43، نقلا عن : حسين بطيمي وسعداوي نذير، دور نظام الشهر العيني في حماية الملكية العقارية الخاصة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي آفلو، الجزائر، جامعة عمار ثلجي الأغواط، المجلد 3، العدد 1، 2020، ص ص 94-110.

² - محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 178.

³ - محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 178.

⁴ - في هذا الفرض إذا اسند النزاع للقانون الجزائري بصفته قانون موقع العقار، فإن هذا الأخير هو الذي يحدد ماهية الشفعة من خلال المواد من 794 إلى 879 ق.م.ج، حيث يعرف لنا الشفعة على أنها رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية للمادة 794، ويبين لنا أن الشفعة هي طريقة من طرق اكتساب الملكية على غرار الحيازة والاستيلاء، ويبين لنا أن الشفعة تقتصر على العقار فقط دون المنقول. فالمسألة بالنتيجة تتعلق بالنظام القانوني الذي يخضع له موقع العقار.

كالعقود والميراث¹، أي أنه إذا عرض على القاضي الوطني نزاع يخص علاقة دولية خاصة وكان موقع العقار في الجزائر مثلاً، فإن القانون الجزائري بصفته قانون موقع العقار، فهو مختص وهو الذي يبين هذه الأسباب.

وبما أن الحيازة هي سبب من أسباب كسب الحقوق العينية على العقار، فإن قانون الموقع هو الذي يبين أحكام الحيازة، أي هو من يبين لنا نطاق دعوى الحيازة، بمعنى أنه إذا اسند النزاع في هذا الموضوع للقانون الجزائري بصفته قانون موقع العقار، فإن هذا الأخير هو الذي يبين لنا نطاق دعوى الحيازة المتمثل في أن دعوى الحيازة تحمي الحقوق العينية الأصلية دون الحقوق الشخصية، أي أن دعاوي الحيازة تحمي الحقوق العينية الأصلية، ويكون حائز العقار الذي تتوفر فيه شروط الحيازة وأركانها وفقاً للقانون الجزائري، يمكنه الدفاع عن ملكيته للعقار عن طريق دعاوى الحيازة دون أن يثبت ملكيته لهذا العقار بوسائل أخرى كالدفتري العقاري أو عقد الملكية في الأراضي الغير المسوحة.

كما يبين لنا قانون موقع العقار في المثال السابق، الذي هو القانون الجزائري أن الحقوق الشخصية لا تقبل السيطرة المادية وبالتالي لا تكون محمية بدعاوي الحيازة، وإنما تكون استثناءً في النزاع حول حق الإيجار لفائدة المستأجر لما يتعلق بعقار.²

وفي نفس السياق، لما يكون القانون الجزائري هو قانون موقع العقار، فهو من يبين لنا أن الحيازة تحمي العقار دون المنقول، والعلة في ذلك أنه يمكن تمييز الحيازة في العقار عن الملكية، بينما في المنقول وفقاً لقاعدة حيازة المنقول سند الملكية تجعل دعاوى الحيازة تختلط مع دعوى الحق.³

كما يبين قانون موقع العقار الآثار المترتبة على الحيازة وسائل حمايتها ويحدد عناصرها، ويبين ما إذا كانت الحيازة المادية تعتبر قرينة على الحيازة القانونية، وما إذا كانت الحيازة القانونية قرينة على الملكية حتى تثبت العكس، وهو الذي يقرر دعاوى الحيازة وشروطها⁴، بمعنائه إذا عرض النزاع على القاضي الوطني، فإنه يلجأ إلى قانون موقع العقار للبحث عن شروط دعاوى الحيازة، كأن يشترط

¹ - محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 575.

² - شوقي بناسي، الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011، ص 102.

³ - المهدي صدوقي، شرايطي خيرة، غريبي محمد، دعاوى الحيازة في التشريع الجزائري، مجلة الفكر القانوني والسياسي، جامعة عمر ثليجي الأغواط، المجلد 03، العدد 01، الجزائر، ص 11-29.

⁴ - محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 575.

لقبول دعاوى الحيابة توافر الشروط العامة للدعوى، وهي قانونية الدعوى، والشروط المتعلقة بأطراف الدعوى، كالصفة والمصلحة، والإذن، وكذا الشروط المتعلقة بالعريضة، كاليانان الشكلية مثلاً، وكذلك شرط الميعاد، المنصوص في القانون الجزائري بالمادة 524 ق.م.جوقاعدة عدم الجمع بين دعاوى الحيابة ودعاوى الملكية المنصوص بالمادة 527 من ق.إ.م.إ.ج.

هذا فيما يخص الأسباب الخاصة **بالحقوق العينية فقط**، أما الأسباب المشتركة بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية، كالعقد، فتحدد القانون الواجب التطبيق بشأنها يكون على النحو التالي: اختلف الفقه في الحالة التي يكون فيها العقار موضوع عقد دولي، حيث يرى الفقيه "نبوييه" إخضاع العقد الواقع على العقار لقانون موقع العقار سواء من حيث الموضوع أو الشكل أو الأثر وقد اتبعت المدرسة الهولندية هذا الرأي واخذ به كذلك الفقيه الأمريكي ستوري وأصبح خضوع العقد الواقع على العقار لقانون موقع العقار هو المعمول به فقها وقضاء في أمريكا وكذلك القضاء الانجليزي فإنه يأخذ بهذا الرأي ولكنه رجع عنه حديثاً تحت تأثير الفقه الانجليزي الذي أصبح يرى إخضاع العقد المتعلق بالعقار كله لقانون العقد لا لقانون الموقع أما في فرنسا فقد كان القضاء في بداية الأمر متأثراً بقانون الموقع غير انه استقر أخيراً على أن العقد الواقع على العقار يخضع من حيث الموضوع لقانون الإرادة ولا يخضع لقانون موقع العقار إلا ما يرتبه من حقوق عينية عليه.¹

وعليه يكون عندما يكون العقد، سبباً ناقلاً لملكية العقار، فقد وزع الاختصاص بين قانون الموقع وقانون الإرادة، حيث نبين في هذا الفرع من الدراسة العقد لما يخض قانون الموقع ونترك الاستثناء للتحدث عنه في الفرع القادم من دراستنا. حيث يقصد بالعقد الدولي هو عقد يتضمن عنصراً أجنبياً مؤثراً سواء تعلق هذا العنصر بأطرافه أو بموضوعه أو بمكان انعقاده، أو بمحل إبرامه، وكمبدأ عام فمعظم التشريعات المختلفة اتفقت على حل مشكلة تنازع القوانين بالنسبة للعقود الدولية على تحويل المتعاقدين حق اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي المبرم بينهما.²

وبالنسبة للعقد ذاته بوصفه تصرفاً قانونياً، وسواء بالنسبة لشروطه أو ما يترتب عليه من التزامات بين المتعاقدين، فهو يخضع لقانون الإرادة أو للقوانين الأخرى، كقانون الموطن المشترك، أو

¹ - عليي سليمان، المرجع السابق، ص 96.

² - هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 337.

قانون الجنسية المشتركة أو قانون محل إبرام التصرف، ومع ذلك فإن المادة 18 من القانون المدني الجزائري، في فقرتها الثانية قررت استثناءً هاما هو انه إذا كان العقد متعلقا بعقار فإن قانون الموقع هو الذي يسري عليه. حيث جاء في الفقرة 2 من المادة المذكورة : "غير أن العقود المتعلقة بالعقار يسري عليها قانون موقعه"، فحسب هذه المادة فإنموقع العقار لا يقتصر على حكم الأثر العيني للعقد من حيث إنشاء الحق العيني أو نقله، أو زواله، بل يمتد ليحكم الشروط الموضوعية اللازمة لانعقاده.¹

حيث نلاحظ أن هذه المادة توسع من نطاق تطبيق قاعدة قانون موقع العقار، كما يستفاد من هذا النص أن جميع العقود الدولية الخاصة التي يكون موضوعها عقار تخضع لقانون موقعه ولو كانت مرتبة لحقوق شخصية فحسب²، وهو ما يؤدي إلى تحقيق وحدة الأحكام القانونية المتعلقة بالعقود العقارية.³

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد فضل إخضاع العقد المتعلق بعقار في مجموعه إلى قانون الموقع، ولم يقتصر على الأثر العيني فقط، كما هو الحال بالنسبة للعقود الواردة على المنقول، حيث بهذا الاستثناء يكون قد حسم الأمر في الاختلاف الفقهي حول هذه المسألة.⁴

نفس الرأي أخذ به المشرع المصري، حيث قيل في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري أن هذا الحكم منقول من القانون البولوني الصادر في سنة 1926¹، إذا نطاق الاستثناء الوارد في نص

¹ - بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 291.

² - محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 576.

³ - سيف الدين قباري محمد، نظرية الغش في القانون الخاص، من المنظور الفقهي والقضائي، دار الفكر الجامعي، مصر، 2019، ص 175.

⁴ - يتمثل الخلاف الفقهي بالنسبة للقانون الواجب التطبيق بالنسبة للعقد الوارد على عقار، حيث هناك عدة اتجاهات فقهية وتشريعية منها من يعطي قانون موقع العقار اختصاصا شاملا بالنسبة للعقود، أي يتضمن حكم الأثر العيني للعقد من حيث إنشاء الحق العيني أو نقله أو زواله، ويمتد أيضا إلى حكم الشروط الموضوعية اللازمة لانعقاده، كالرضا والسبب والمحل، بالإضافة كذلك إلى مسألتي الأهلية والشكل، وهذا الاتجاه نادى به الفقه والتشريع الأنجلوسكسوني مثل ما هو معمول به في التشريع الإنجليزي والأمريكي. هذا من جهة ومن جهة أخرى فهناك فقه نادى بالاتجاه المضيق لقانون الموقع، يعرف بالإتجاه الواسع حيث يرى أن قانون موقع العقار يقتصر على الحقوق العينية الأصلية والتبعية، وكذا العقود الواردة على العقار ويستثني من نطاقه مسألتي الأهلية والشكل، وهذا هو الاتجاه المتبع من طرف الفقه اللاتيني الفرنسي وكذا بعض التشريعات العربية على غرار المشرع الجزائري والمصري والتونسي، راضي نبيه راضي علوانة، المرجع السابق ص 36.

المادة 18 فقرة 2 من القانون الجزائري يخص العقد كمصدر للحق العيني الوارد بخصوص العقار، وبالرغم أن المبدأ العام بالنسبة للعقد ذاته بوصفه تصرفاً قانونياً، سواء بالنسبة لشروطه أو ما يترتب من آثار عقدية متعلقة بالموضوع، أي مجموع الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد والمتمثلة في التزامات المتعاقدين، فإنها لا تخضع لقانون الإرادة، وإنما تخضع لقانون موقع العقار في جميع الأحوال.

والخلاصة، أن العقد المبرم في شأن العقار يخضع من حيث موضوعه لقانون موقع العقار ولا يخضع لقانون إرادة أطرافه إلا فيما يخص الحقوق الشخصية، أي أنه لا يدخل في نطاق الاستثناء المنصوص عليه من طرف فقهاء القانون الدولي الخاص والتشريعات المقارنة.

المطلب الثاني : الاستثناءات الواردة على قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه.

المبدأ العام هو أن مجال تطبيق قانون موقع العقار، يتسع ليشمل كل ما تعلق بالحقوق العينية الأصلية والتبعية الواردة عليه، بما فيها مثلاً : الطرق المعتمدة قانوناً لكسب ملكيته من حيازة وشفعة والتساق، وأخذت بهذا المبدأ جل التشريعات المقارنة على غرار المشرع الجزائري في المادة 18 الفقرة الأخيرة.

غير أنه تجدر الملاحظة أن تطبيق قانون موقع العقار لا يتم تلقائياً في كل الحالات؛ حيث اختلفت التشريعات الأنجلو-سكسونية واللاتينية، بالنسبة لقاعدة خضوع العقار لقانون موقعه حيث، يمثل الاتجاه الأول في أن اختصاص قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه تشمل كامل الحقوق الواردة على العقار والتصرفات المنصبة عليه كذلك. أما الاتجاه الثاني المتمثل في النظام اللاتيني فقانون الموقع عنده يستثني الأهلية والشكلية.²

ومن هذا المنطلق، سوفنسلط الضوء على الاستثناءات من وجهة نظر الفقه اللاتيني، لأنه الاتجاه المتبع من طرف جل التشريعات العربية على غرار المشرع الجزائري، وهذا من خلال فرعين نخصص الفرع الأول : لاستثناء الأهلية اللازمة للتعاقد كاستثناء من قاعدة خضوع العقار لقانون

1- عليعلي سليمان، المرجع السابق، ص 97.

2- عبد الكريم ممدوح، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 149.

موقعه، وبتناول في الفرع الثاني : الشكل اللازم للتعاقد كاستثناء من قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه.

الفرع الأولي : استثناء أهلية التعاقد من قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه.

تنص المادة 10 من القانون المدني الجزائري "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم.

ومع ذلك في التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة...".

إلا أن المادة 10 من ق.م.ج لم تحدد المقصود بالأهلية التي تخضع للقانون الوطني -قانون الجنسية-، من هذا المنطلق يتوجب علينا إعطاء مفهوم للأهلية وتحديد نوع الأهلية التي تخضع لقانون الجنسية كمبدأ عام في المادة 10 من التقنين المدني الجزائري¹، وذلك على النحو التالي :

يقصد بالأهلية صلاحية الشخص، لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات، ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن ترتب له هذا الأمر أو ذاك- تكسبه حقاً أو تحمله التزاماً-ومن هذا التعريف يتبين لنا أن الأهلية تنقسم إلى نوعين : أهلية وجوب وأهلية أداء فالأولى هي صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات، للتمتع بالحقوق والالتزام بالواجبات وأهلية الوجوب تثبت لكل شخص منذ ولادته بغض النظر عن السن أو مدى الإدراك والتمييز لديه، وفي هذه الحالة تثبت الأهلية حتى ولو لم يمارس الشخص بنفسه حقه والتزامه، ولكن تكون أهلية وجوب ناقصة، ويكتسب الشخص في هذه الحالة حقوق، أي يكون صاحب حق كحق الملكية أو حق انتفاع على عقار، كما يتحمل الشخص في هذا المركز القانوني كذلك الالتزامات أي له صلاحية أن يكون مدينا لشخص آخر يسمى الدائن ويكون محل الدين مبلغ من المال مثلا، إذا تثبت أهلية الوجوب لكل

¹ - بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول : تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 214.

إنسان مجرد أنه إنسان وبمجرد ولادته حياً حيث تدور وجوداً وعدمًا مع الحياة، فمناط أهلية الوجوب هو الحياة أي ولادة الشخص حياً.¹

وتأسيساً على ما سبق، فإن أهلية الوجوب بهذا المفهوم تخرج من مجال المادة 10 من القانون المدني الجزائري الذي يخضع الأهلية لقانون الجنسية، وتبقى محكمة بالقانون الإقليمي، حيث سار على هذا النهج كل من القانون الفرنسي والقانون المصري.²

أما أهلية الأداء هي قدرة الشخص على القيام بالتصرفات القانونية بذاته، كالبيع، والإيجار، والوصية، أو صلاحية الشخص لصدور التصرف الإرادي منه أو أنها قدرة الشخص على ترجمة إرادته لإنشاء آثار قانونية، إذا فمناط أهلية الأداء هو التمييز والإدراك، ولكي يكون الشخص كامل الأهلية من وجهة نظر التشريع الجزائري، يشترط فيه البلوغ أي بلوغه سن 19 كاملة وهذا ما أكدته المادة : 40 فقرة 2 من ق.م.ج³، إذ أهلية الأداء ترتبط بسن الشخص ودرجة تمييزه⁴، أي أن يكون راشداً، بمعنى وجود الإرادة الواعية المدركة، وتكون إرادته هذه خالية من عيوب الإرادة، كالعته، والسفه، والجنون.

ومن المتعارف عليه فقها وتشريعاً أن الأهلية تنقسم إلى قسمين، أهلية أداء عامة وأهلية أداء خاصة، فأيهما يدخل في نطاق المادة 10 من القانون المدني؟⁵

¹ - محمد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007، ص152.

² - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الطبعة الثامنة، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، دار النهضة العربية، 1977، ص223.

³ - محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقصي الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلاميين، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 119، نساخ فطيمة، أثر الإعاقة على نطاق أهلية الأدمعمرض التوحد نموذجاً، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، المجلد 13، العدد2، صص63-74.

⁴ - لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، الجزائر، 2012، ص 94.

⁵ - آمنة حمدي بوزينة، المرجع السابق، ص 85.

أما أهلية الأداء العامة : "هي تلك الأهلية التي مناطها القدرة على التعبير عن الإرادة، لذلك فإن نطاقها يتحدد بالأعمال القانونية أو التصرفات القانونية التي تحتاج إلى الإرادة في إنشائها، وكذلك في ترتيب آثارها فتخرج بذلك من نطاقها الأعمال المادية، لأنها لا تحتاج إلى الإرادة مطلقا، لأن القانون هو الذي يرتب عليها الآثار القانونية المناسبة لها حتى ولو لم يرد الشخص ترتيب تلك الآثار. فمرتكب الفعل الضار مثلا يلتزم بتعويض المضرور عما لحقه من ضرر بصرف النظر عن الإرادة المصاحبة للفعل، هل صدر عن عمد أم عن غير قصد؟ يتضح مما سبق، أن أهلية الأداء العامة محورها التمييز. ولذلك لا خلاف بين الفقهاء أن هذه الأهلية تدخل في نطاق قانون الجنسية، فهذا الأخير هو الذي يبين لنا سن الرشد وعوارض الأهلية وحكم التصرفات التي يقوم بها غير المميز".¹

بينما أهلية الأداء الخاصة : "تتعلق بأشخاص معينين يمنعمهم القانون من مباشرة بعض التصرفات القانونية مع أنهم راشدون، ومن أمثلتها ما نصت عليه المادة 402 من القانون المدني الجزائري "لا يجوز للقضاة ولا للمدافعين القضائيين ولا للمحامين ولا للموثقين ولا لكتاب الضبط، أن يشتروا بأنفسهم مباشرة ولا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها، وإلا كان البيع باطلا"، ومن أمثلة ذلك أيضا ما نصت عليه المادة 408 من القانون المدني الجزائري " : إذا باع المريض مرض الموت لوارث، فإن البيع لا يكون جائزا إلا إذا أقره باقي الورثة"، نلاحظ أن أهلية الأداء الغرض منها حماية الغير وليس حماية الشخص نفسه، وبالتالي مناط أهلية الأداء الخاصة ليس التمييز وإنما حماية مصلحة الغير، لهذا أخرج الفقه هذا النوع من الأهلية من نطاق قانون الجنسية.²

نطاق المادة 10 من القانون المدني الجزائري يشمل أهلية الأداء العامة وحدها دون أهلية الأداء الخاصة وأهلية الوجوب، وبهذا يمكن القول أن أهلية المتعاقدين التي تخضع للقانون الشخصي-قانون الجنسية- في التصرفات القانونية الواردة على عقار هي أهلية الأداء الخاصة، بمعنى أنه إذا كان العقار

¹ - بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص ص 216-217 .

² - بلقاسم أعراب، المرجع والموضع نفسه.

موجود في الجزائر، فإن أهلية المتعاقدين تستثنى من القانون الجزائري الذي ينظم العقود الواردة على هذا العقار، وشروطها الموضوعية، وبالتالي أهلية المتعاقدين تخضع لقانون جنسيتهم، وهو في هذه الحالة القانون الجزائري فيما يخص الشخص الجزائري، والقانون الإيطالي إذا كان المتعاقد الثاني إيطالي الجنسية.

وإذا كان بعض الفقهاء¹، يرى غير ذلك وهو ما ذهب إليه الدكتور ممدوح عبد الكريم بالقول أنه من مصلحة الطرفين وللدولة أن تخضع الأهلية أيضا إلى قانون موقع العقار، لأن العقار دائم الوجود ويخص تلك الدول بالذات. لكن من جهة أخرى، أجمع الفقه والتشريع المقارن أن قاعدة الأهلية أصبحت لها قاعدة خاصة بها يجب أن تكون شاملة كافة التصرفات²، وبالتالي تخضع أهلية المتعاقدين بالنسبة للعقار، إلى قانونهم الوطني -قانون جنسيتهم-؛ وهو ما يعتبر استثناء على قاعدة خضوع العقد الدولي الوارد على عقار إلى قانون موقعه.

الفرع الثاني: استثناء شكل التعاقد من قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه.

لقد خص المشرع الجزائري المادة 18 لموضوع التصرف، حيث أخضع التصرف لقانون الإرادة "يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد...".

في حين خصص المادة 19 ق.م.ج لشكل التصرف، "تخضع التصرفات في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه.

ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية".

¹-Fauchard philipe, l'état face aux usage du commerce international, op.cit ; p75.

²- عبد الكريم ممدوح، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الإختصاص القضائي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص ص 150-151.

وتعتبر قاعدة خضوع الشكل لقانون محل إبرامه من القواعد التليدة في القانون الدولي الخاص، حيث كانت مقررة منذ عهد المدرسة الإيطالية القديمة وتبناها المحشون اللاحقون، بزعامة بارتول وهي تقضي بأن المحل يحكم التصرف أي إخضاع شكل التصرفات القانونية إلى قانون بلد الإبرام، حيث نشأت هذه القاعدة في بادئ الأمر في نطاق ضيق كان يتعلق بالوصية، ثم تطورت لتشمل جميع التصرفات القانونية سواء المتعلقة بالأحوال الشخصية أو بالأحوال العينية وصمدت هذه القاعدة منذ نشأتها، بسبب سلامة الاعتبارات التي تقوم عليها، حيث الحكمة من وضعها هي تسيير المعاملات الدولية وملائمة الشكل المحلي لها، حيث يكون من السهل على أطراف العلاقة إجرائه وإن كانوا مختلفين في الجنسية أو الموطن، وقد أملت الحاجة المعاملات الدولية إلى الاستقرار.¹

ومن المعلوم أيضا، أن المقصود بشكل التصرف القانوني هو المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة، وهذا نتيجة للجدال الفقهي الذي وقع حول تحديد مجال شكل التصرف، فمنهم من اعتبره مقرا للإثبات ومنهم من اعتبره مقرا للانعقاد، إلى أن استقر في الأخير على تحديده في الشكلية اللازمة لإثبات التصرف القانوني. وهذا بعد اهتداء الفقه الحديث إلى حقيقة أن مكان الإبرام هو تعبير عن الإرادة الحقيقية لطرفي العقد، على أساس أن الاعتبارات التي تقوم عليها قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون بلد الإبرام، تتضمن التيسير على المتعاقدين في إبرام تصرفاتهم وفقا للقانون المحلي، لأنهم يعلمون بالأحكام الموجودة في الدولة التي أبرم فيها التصرف القانوني، وهذا يمكنهم من الوقوف بكل سهولة على صحة تصرفهم أو عدم صحته²، والحكمة كذلك من وضع هذه القاعدة هو ملائمة الشكل المحلي لها وتسهيل بين أطراف يختلفون جنسية أو موطنا، كما أملت كذلك حاجة المعاملات الدولية إلى الاستقرار.³

¹ - الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 233.

² - أمجد عبد الفتاح أحمد حسان، هاشم ناصر الدين محمود سويدان، القانون الواجب التطبيق على منازعات شكلية العقود الدولية "دراسة مقارنة"، مجلة الحقيقة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة النجاح الوطنية فلسطين، المجلد 20، العدد 3، 2021، فلسطين، ص ص 01-19.

³ - الطيب زروقي، المرجع السابق، ص 234.

إذن فالشكل الذي يخضع لقاعدة الشكل هو المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة، وهذا ما ذهبت إليه أغلب التشريعات المقارنة، على غرار المشرع الجزائري الذي أخضع شكل العقد الدولي في مظهره الخارجي لقانون المكان الذي تم فيه، وهذا ما جاء في المادة 19 ق.م.ج التي تنص: "تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه..."، ثم أجاز في الفقرة الثانية من نفس المادة خضوع شكل التصرف، لقانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة لطرفا التصرف أو للقانون الذي يسري على الأحكام الموضوعية للتصرف القانوني.

أما فيما يخص شكل التصرف القانوني في صورة العقد الوارد على عقار، لا يخضع لقانون موقعه، وإنما يخضع لقانون المكان الذي أبرم فيه، بمعنى أنه إذا كان المال عقارا موجودا في الجزائر، فإن القانون الجزائري هو الذي ينظم العقود الواردة عليه وشروطها الموضوعية دون الشكل، حيث يطبق على العقد من حيث الشكل قانون مكان إبرام هذا العقد، فإذا أبرم في الجزائر يطبق عليه القانون الجزائري وإن أبرم في مصر يطبق عليه القانون المصري، أو القانون الإيطالي إذا أبرم العقد في إيطاليا، أو يطبق عليه دائما من حيث الشكل قانون موطن المتعاقدين المشترك، فإذا كان هذا الموطن في الجزائر يطبق القانون الجزائري، أو يطبق قانون جنسيتيهما المشترك، فإذا كان المتعاقدين مصريان ويقطنان في الجزائر يطبق القانون المصري، لأنه قانونهم الوطني المشترك، أو يطبق القانون الذي يحكم عقدهما من حيث الموضوع.¹

ومن بين الأسباب المشتركة بين الحقوق العينة والحقوق الشخصية كذلك، نجد التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت كالميراث والوصية، حيث أخضعتها التشريعات المقارنة إلى جنسية المتوفى وقت الوفاة وجنسية الموصي وقت الوفاة على التوالي كأصل عام، وبهذا أخذ القانون المدني الجزائري في المادة 16 "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صد منه التصرف وقت موته".

¹ - محمد سعادي، المرجع السابق، ص 134.

ومع ذلك فالفقه يرى أن قانون الموقع يسري بالنسبة لبعض المسائل مثل مدى تعلق حقوق الدائنين بالتركة وشهر حق الإرث وشهر الوصية، كما أشار الفقه إلى أن المرجع في تنظيم حالة الشيوخ بين الورثة أو بين هؤلاء والموصى له.¹

ومن هذا المنطلق، أنه عندما يكون سبب اكتساب الحق هو الميراث أو الوصية، فإن مجال تطبيق قانون البلد الذي يوجد فيه العقار ينحصر في الأثر الناقل لهذا الحق، أما الميراث والوصية فيحكمهما القانون الذي تحدده القاعدة الخاصة بكل منهما؛ بمعنى أنه إذا كان سبب كسب الحق على العقار هو الميراث فإن قانون جنسية المالك وقت الوفاة هو الواجب التطبيق، وإذا كان سبب كسب الحق وصية فإن قانون جنسية الموصى أو من صدر منه التصرف وقت وفاته هو الواجب التطبيق²، إلا أن اختصاص هذا القانون يبقى قاصراً على مصدر الحق فقط. أما أيلولة الحق فتبقى دائماً محكومة بقانون العقار، وإن كنا قد رأينا أن المشرع الجزائري خرج على هذه القاعدة حينما نص في المادة 774 ق.م.ج على أن تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث وعلى انتقال أموال التركة، إلا أن الأستاذ الدكتور الطيب زروقي ينتقد هذا التوجه ويراه غير سليم في نظره، لأن هذا الحكم يخالف المادة 17 ق.م.ج، التي تشكل قاعدة الإسناد الأساسية العامة بالنسبة للمال بصفة عامة وليس بالنسبة للعقار فقط، كما أنه مخالف لما استقر عليه الرأي الراجح فقها وتشريعاً في القانون المقارن.³

إلا أن الأهلية والشكل هما استثناءين محل اتفاق بين الفقه وأغلب التشريعات المقارنة، أما بالنسبة لشرط حق المنع من التصرف، فإنه لصحة هذا الشرط هو وجوب الأخذ به في كلا القانونين، أي القانون الذي يحكم العقد الذي يتضمن مثلاً هذا الشرط وكذا قانون موقع العقار، مع

¹ - هشام علي صادق وحفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 479-480.

² - حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص 131.

³ - الطيب زروقي، المرجع السابق، ص 211.

وجوب تطبيق هذين القانونين تطبيقاً جامعاً، حتى يكون هذا الشرط يشكل استثناءً على قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه يجب الاعتراف به من طرف القانونين، فإذا كان أحد القانونين لا يعترف بهذا الشرط، فإن ذلك لا يشكل استثناءً من هذه القاعدة.¹

المبحث الثاني: القانون المختص لحكم الأموال المادية المنقولة.

نتناول في هذا المبحث القاعدة العامة التي تخضع لها الأموال المادية المنقولة والصعوبات التي تعترض تحديد موقع المال والاستثناءات الواردة على تطبيقها، وهذا من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين خصصت المطلب الأول للقاعدة العامة التي يخضع لها المنقول في العلاقات الخاصة الدولية أم المطلب الثاني فتناولت من خلاله الاستثناءات الواردة على هذه القاعدة العامة.

المطلب الأول: خضوع المنقول لقانون الموقع كقاعدة عامة.

لتحديد قاعدة خضوع المنقول المادي لقانون موقعه ارتأيت التعرض إلى تحديد مفهوم المنقول المادي في فرع أول، أما الفرع الثاني فعالجت من خلاله النظريات الفقهية التي قيلت بشأن تحديد قانون موقع المال المادي.

الفرع الأول: تحديد مفهوم المنقول المادي.

لقد نظم المشرع الجزائري المسائل الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الأموال المادية المنقولة في المادة 17 في الفقرة الثانية التي جاء نصها كما يلي: "... ويسري على المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية، أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها"، وهذا استناداً إلى القاعدة العامة خضوع المال لقانون موقعه "LexReiSitee"، حيث تعتبر هذه القاعدة من أقدم المسلمات في فقه القانون الدولي الخاص.²

¹ - حبار محمد، المرجع السابق، ص 174.

² - سمية عبد العزيز، حساين سامية، إشكالات تطبيق قانون موقع المنقول المادي في ظل القانون الجزائري، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أحمد درايا أدرار، المجلد : 7 العدد : 2، الجزائر، 2019، ص ص 166-189.

ونعني بالمنقولات المادية التي يسري عليها قانون موقعها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينة الأخرى أو فقدها، هي المنقولات المادية المنفردة¹؛ أي إخضاعه لقانون موقعه في حالة ثباته وعدم تحريكه-أي يبقى مستقرا في مكانه- لا يثير إشكالا، لأنه في هذه الحالة يخضعه القاضي المعروض عليه النزاع إلى قانون موقعه، وهو قانون الدولة التي يوجد بها هذا المنقول.²

ومن جهة أخرى، برر سافيني صلاحية القانون العيني بأن لاحظ أن المكان الذي يوجد فيه الشيء هو مكان العلاقة القانونية لأنه يشكل مادتها، وكما أسلفنا الذكر فإن فكرة التركيز المكاني للعلاقات القانونية؛ تقرر أن مقر الشخص هو موطنه، ومقر الأموال مكان تواجدتها، ومقر الالتزامات التعاقدية مكان تنفيذها، ومقر الأفعال الضارة مكان وقوعها. إذ أن المكان هو العنصر المرئي بين جميع هذه الحالات، والذي يحدد لنا القانون الواجب التطبيق على العلاقة الدولية الخاصة.³

وقد أكد سافيني أن التركيز المكاني للروابط القانونية التي سبق التطرق إليها، يقوم على الخضوع الاختياري؛ أي اتجاه إرادة الأشخاص-أطراف العلاقة- ضمنا إلى الخضوع إلى قانون مركز ثقل العلاقة، أي المكان الذي تركز فيه أثارها، ونظرا لوجهة نظرية سافيني وخضوعها للمنطق القانوني المجرد، أصبح منهجه هو المنهج المتبع الآن في معظم التشريعات المعاصرة، خاصة فيما تعلق بالأموال المنقولة المادية التي تكون مركز ثقل العلاقات الخاصة الدولية كونها تعتبر موضوعها.⁴

¹ - المنقول المنفرد ut singuli هو المنقول الذي لا يكون داخلا ضمن مجموعة من الأموال ut universitas، كما هو الحال في الموارث فهناك يطبق قانون آخر وذلك حسب الأحوال، القانون الدولي المصري، حامد زكي، الطبعة الأولى، مطبعة نوري بالقاهرة، مصر، 1936، ص 310.

² - محمد حبار، المرجع السابق، ص 175.

³ - بيار مايروفانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة علي محمود مقلد، ط1، مجلة المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008، ص 595.

⁴ - هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 42-43.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى اهتمت التشريعات المقارنة بالمال وحرصت على وضع نصوص خاصة بها نظرا لأهميتها في الحياة اليومية للناس، على غرار المشرع الجزائري الذي نص على الأموال المادية في الكتاب الثالث من القانون المدني تحت عنوان الحقوق العينية الأصلية بما فيها العقارات والمنقولات في القسم الثاني المعنون بـ: "تقسيم الأشياء والمنقول"، حيث أفرز هذا التقسيم على تسمية جزء من الأموال بالمنقولات المادية، إذ عرفها بأنها كل شيء قابل للنقل من مكان إلى آخر دون تلف وله كيان خارجي¹؛ هذا وبمفهوم المخالفة لنص المادة 683 ق.م.ج، التي تنص "أن كل شيء مستقر بجيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول".

بخصوص نص المادة السابقة، فإن المنقول بصفة عامة هو كل ما ليس عقارا بطبيعته أو عقارا بالتخصيص وقد يكون المال منقولاً إما بطبيعته وإما بحسب المآل أو يكون معنوياً، كما تنقسم المنقولات إلى **منقولات بطبيعتها**؛ وهي المنقولات المادية، حيث عرفتها المادة 527 قانون مدني فرنسي على أنها هي الأشياء التي يمكن نقلها من مكان إلى آخر دون أن تتلف عن طريق التحرك سواء كان تحرك داخلي أي ذاتي كالحيوان الذي يتحرك بقدرته الذاتية أو تحرك خارجي الذي يكون عن طريق إرادة الشخص، أي بقوة عمل خارجي كالجماذ فهي منقولات بطبيعتها، لأنها قابلة للتحرك دون تلف؛ إذن، الأموال المادية هي الأشياء المادية التي ليست أموالاً ثابتة بطبيعتها ولا بطريق التخصيص كما سبق بيانه؛ أي الأجسام التي يمكن نقلها من مكان إلى آخر دون تلف سواء تحرك بنفسها أو بفعل قوة خارجية.²

¹ - نسرين شريف، سعيد بوعللي، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2013، ص 69-70.

² - محمد كامل مرسي بك، الأموال، الطبعة الثانية، مطبعة فتح الله فوزي وأبناءه، مصر، 1937، ص 40.

كما توجد منقولات باعتبار مآلها، أو مصيرها ويشمل هذا النوع بعض الأشياء¹، التي تعتبر من الأموال الثابتة بطبيعتها إلا أنها ستفصل بعد مرور مدة زمنية معينة لتصبح منقولات بحكم القانون، لأنها ستفصل عن الحيز الثابتة فيه- تفصل على الأرض ولا تصبح متصلة اتصال قرار-، كالأنقاض التي تتخلف عن البناء والتي يتم بيعها لا حقا.²

وهناك كذلك نوع آخر من المنقولات، وهي المنقولات المعنوية التي سوف نخوض في مفهومها والقانون الواجب التطبيق عليها في الباب الثاني من هذه الأطروحة، حيث نص المشرع الجزائري على هذا النوع من الأموال في المادة 687 ق.م.ج والتي جاء نصها "تنظم قوانين خاصة الحقوق التي ترد على أشياء غير مادية"، حيث وباستقراء هذه المادة بمفهوم المخالفة فإنه توجد هناك منقولات مادية ومنقولات غير مادية والتي يقصد بها الأشياء التي يمكن تصورها كالأفكار والمخترعات.

ونظرا لأن المنقولات المادية ذات كيان حسي ظاهر ومستقل، فإن تعيين موقعها لا يكون بالأمر الصعب، إلا أن هناك بعض المنقولات الخاصة سواء بحكم وظيفتها أو طبيعتها فإنه يصعب تحديد مكانها، ومن بين هذه المنقولات نجد المنقولات التي هي في الأصل تأخذ أحكام العقارات أوجبت معظم التشريعات المقارنة تسجيل وإشهار تصرفاتها القانونية، ومع ذلك فهي منقولات بطبيعتها مثال ذلك الطائرات والسفن والسيارات، نظرا لأهميتها. كما سنرى لاحقا كيفية تعيين موقعها وتحديد القانون الذي يحكمها³، وطبقا كذلك لأحكام المادة 350 من ق.ع.ج فإننا للكهرباء

¹ - للتوضيح فقط بالنسبة للتمييز بين الأشياء والحقوق، فالأشياء يمكن أن تقسم إلى أشياء مادية تدرك بالحواس، وأشياء غير مادية لا تدرك بالحواس، أما الحقوق فهي دائما غير مادية، والمادي هو الشيء محل الحق، أما الحق نفسه فهو معنوي، يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 354 نقلا عن بدران شكيب عبد الرحمن، تنازع القوانين في الأموال المعنوية، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، 2000، ص 19.

² - محمد كامل مرسي بك، المرجع نفسه، ص 40.

³ - فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، الجمهورية العربية السورية، 2018، ص 161.

والغاز وغيرها من الطاقات التي يمكن إحرازها في أنابيب وأسلاك ثابتة على الأرض أو على البناء فتعتبر من المنقول وتأخذ حكمه لأنها تدخل في باب سرقة النقود.

وأما بخصوص تبرير خضوع المال المنقول لقانون الموقع كقاعدة عامة، فسبب اختياره يرجع إلى تطابق قانون الموقع مع قانون القاضي، كما أن الأخذ بقانون الموقع يؤدي إلى زيادة الثقة المالية للمتعاقدين كما أن قانون الموقع يتدخل كقانون ضابط-بوليسي تعطى له الأولوية-فيستبعد القانون المعترف به صالحا ويطبق محله قانون الموقع قانون موقع المال، ونظرا لوجهته أستثني من نظرية التكييف كما رأينا سابقا، وأخضع المال في تكييفه إلى قانون موقعه بدلا من إخضاعه إلى قانون القاضي.¹

الفرع الثاني: النظريات التي تحكم القانون الذي يخضع له المنقول المادي.

تجدر الإشارة إلى أن قانون موقع المال هو الذي يبين لنا هل المال محل العلاقة الدولية الخاصة بمنقول أم عقار؟ كما سبق الإشارة إليه سابقا، أما مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على الأموال المادية المنقولة والتصرفات التي ترد عليه²، اختلفت الآراء الفقهية بشأنه، والتي يمكن رصدها خلال ثلاث مراحل تاريخية.³

أولا: موقف الفقه من القانون الذي يحكم المنقول المادي.

في أواخر القرن الثالث عشر ظهر في إيطاليا فقها قانونيا يسمى فقه الأحوال الإيطالي، حيث أنفئة من الفقهاء أخذوا على عاتقهم شرح النصوص القانونية الغامضة من القانون الروماني، فأنتجوا بذلك فقها واسعا في تنازع الأحوال العينية، مقابل ذلك مرت قاعدة الإسناد الخاصة بالمنقول بمراحل⁴:

¹ - بيار مايروفانسان هوزيه، المرجع السابق، ص 595.

² - غالب علي الداودي وحسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي، بدون جهة نشر، العراق، 1996، ص 122.

³ - ممدوح عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص 148.

⁴ - عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، التنازع الدولي للقوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مكتبة السنهوري، بيروت، 2017، ص 325-326.

المرحلة الأولى: خضوع التصرفات المتعلقة بالمنقول لقانون موطن المالك.

والتي أقرت فيها المدرسة الإيطالية القديمة بخضوع التصرفات المتعلقة بالمنقول لقانون موطن المالك، حيث أخذ بهذه القاعدة القانون الفرنسي والقانون البريطاني والأمريكي والأسترالي في العلاقات الدولية الخاصة التي موضوعها الميراث والوصية حيث أخضعت التركة المصنفة كأموال منقولة لقانون دولة موطن المتوفي الأخير.

إلا أن هذا الموقف سرعان ما تعرض للنقد على أساس أن اختلاف جنس المالك عن المال المملوك واتحاد الجنس بالنسبة للأموال المنقولة والعقارية يقتضي خضوعهما لقانون واحد ألا وهو قانون موقعهما.

وفي أعقاب هذه المرحلة أقرّ الفقه إخضاع التصرف المتعلق بالمنقول لقانون موقعه المفترض، حيث افترض أن المنقول موجود في موطن المالك وهو موقعه المفترض، وذلك لأجل المحافظة على استقرار نظامه القانوني نظرا لحركته المستمرة، إلا أن هذا التوجه انتقد هو الآخر، لأنه توجد كثير من الحالات التي يكون فيها المالك متوطن في مكان وأمواله في مكان آخر، كأن يكون المالك موجود في الجزائر والأموال موجودة في روسيا. كما وصفت هذه النظرية بأنها غير عملية وتخالف مبادئ العدالة فيما يخص توقعات الأطراف في معاملاتهم، كما أنها تضر بحقوق الشخص الثالث وهذا ما جعل بعض التشريعات المقارنة قديما كأمريكا وإنجلترا تقر تطبيق هذا القاعدة فقط على التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت مثل الإرث.¹

المرحلة الثانية: إخضاع المنقول لقانون بلد إبرام العقد.

وفيها يخضع فقه المنازعات المتعلقة بالأموال المنقولة المادية لقانون بلد إبرام العقد المنشئ لهذه الحقوق أو المحول لها، إلا أن هذه النظرية تعرضت هي الأخرى للنقد على أساس أن هذا الفرض لا

¹ - غالب علي الداودي وحسن محمد الهداوي، المرجع السابق، ص 122.

يستقيم مع التطور التكنولوجي للتجارة الدولية لأنه أصبح هناك ما يعرف بالتجارة الإلكترونية - تمارس عن طريق العقد الإلكتروني-، وتحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني¹، من الصعب جدا إذ لم نقل أنه مستحيل تقنيا، كونه يتم عن طريق معالجة آلية ليس لها مكان جغرافي، هذا من جهة ومن جهة أخرى فالعقود التي يتخللها عنصر أجنبي سواء من حيث موضوعها أو أطرافها أو مكان إبرامها، فهي بصفة عامة تخضع لقانون الإرادة²، -إرادة أطراف العقد-، ويمكن أن لا تتجه إرادتهما سواء صراحة أو ضمنا لتطبيق قانون مكان إبرام العقد، وهذا ماورد في نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري : "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه³.

كما أخضع الفقه كذلك في أعقاب هذه المرحلة، المال المنقول للقانون الأنسب-الأكثر ملائمة- وهو قانون الدولة الأكثر علاقة بهذه الأموال المادية المنقولة، أي القانون الأكثر ارتباطا والأوثق صلة بالمال المنقول المادي، ويخضع تحديد هذا القانون إلى عدة معايير، يتم من خلالها اختيار

¹ يعرف العقد الإلكتروني في الفقه الفرنسي على أنه "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول بشأن سلع وخدمات عبر شبكة دولية للاتصال عن بعد وذلك بواسطة وسيلة مسموعة ومرئية تتيح التفاعل الحواري بين الموجب والقابل"، ويعرف أيضا على أنه "تقابل لعرض مبيعات أو خدمات يعبر عنه بوسيلة اتصال سمعية مرئية من خلال شبكة دولية للاتصالات عن بعد مع قبول، والذي يكون قابلا لأن يظهر باستعمال النشاط الحواري بين الإنسان والمعلومات التي تقدمها الآلة"، JEAN-BAPTISTE.(M) : Gérer et exploiter un commerce électronique, éd.LITEC,paris,

1998, p.98، نقلا عن : بن جبارة عباس، تكوين العقد الإلكتروني في ظل نظرية العقد في القانون المدني الجزائري.

² يقصد بقانون الإرادة هو القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين، حيث نظم المشرع الجزائري قاعدة الإسناد التي تحكم الالتزامات التعاقدية وذلك في المادة 18 من القانون المدني الجزائري والتي تنص " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد..."، وباستقراء هذه المادة فإن العقود الدولية الخاصة هي المعنية بتطبيقها، وبالتالي فإن إرادة الأطراف قد تتجه إلى تطبيق قانون غير القانون الوطني وكذلك يمكننا الاتفاق على تطبيق قانون بلد آخر غير البلد الذي أبرم فيه العقد.

³ - المادة 18 من القانون 05-10 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 07.

ضابط الإسناد الأكثر ارتباطا وملائمة بالعلاقة الدولية الخاصة التي تنازعها القوانين، والذي بدوره يحيل العلاقة إلى القانون الواجب التطبيق المناسب لها¹، إلا أن هذا التوجه هو الآخر تعرض للنقد، لصعوبة تحديد الدولة الأكثر ارتباطا بالمال المنقول محل العلاقة الدولية الخاصة، بسبب قابلية انتقاله من دولة إلى أخرى في أي لحظة وبسرعة غير متوقعة.²

المرحلة الثالثة: انفصال المنقولات من الناحية العملية عن حيازة المالك.

في هذه المرحلة تم التسليم بحقيقة انفصال المنقولات من الناحية العملية عن حيازة المالك³، ومن ثم أخضعت العلاقة الدولية الخاصة التي يكون موضعها المال المنقول إلى قانون مكان تواجد هذه الأموال، لأن هذا الحل يتفق مع توقعات أطراف العلاقة بالنسبة لخضوع التصرف القانوني الذي موضوعه الأموال إلى قانون محل وجودها. هذه النظرية هي الراجحة مقارنة بالنظريات السابقة، خاصة في الحالة التي يكون هناك اختلاف في الجنسية أو الموطن بالنسبة لأطراف العلاقة الدولية الخاصة، لأنها تؤمن الضمان والاطمئنان والاستقرار في المعاملات الدولية الخاصة بالأموال المنقولة.⁴

أصبح موقع المال المنقول أكثر وثوقا وصلة بالعلاقة الدولية الخاصة، وهذا لارتباطه بأهم عنصر فيها الذي هو موضوعها باعتباره مركز ثقلها، هذا المركز يكون هو المختص بحل النزاع القائم بشأنها، ويتجسد بمكان وجود هذه الأموال.⁵

¹ - بسام محمد داود، تنازع القوانين في منازعات التجارة الدولية، بحث مقدم لنيل شهادة البكالوريوس في القانون، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ديالى، العراق، 2017، ص 31.

² - نفس المرجع، نفس الصفحة.

³ - عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، المرجع السابق، ص 326.

⁴ - فلو تنازع جزائري مع تونسي حول أموال موجودة في الجزائر، ثم نقل هذا الجزائري الأموال للشخص آخر مصري إلى دولة مصر، فإن النزاع عليها بين الجزائري والتونسي يحكمه القانون الجزائري، والنزاع بين الجزائري والمصري يحكمه القانون المصري، غالب علي الداودي وحسن محمد الهداوي، المرجع السابق، ص 122.

⁵ - محمد عبد العال عكاشة، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 22، وحسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الكويتي، جامعة الكويت، 1974، ص 48.

كما يعتبر ضابط موقع المال المنقول ضابط إسناد مادي، على أساس إمكانية الوقوف على هذا الضابط الإسنادي بالحس مقارنة مع ضابط الإسناد المعنوي الذي لا يمكن إدراكه بالحس.¹

ومن الانتقادات التي طالت هذه النظرية، هو أنها لم تراعي الصعوبات التي قد تنشأ، جراء تغير مكان وجود الأموال المنقولة وبالتالي يصعب تحديد مكان وجودها نظرا لسرعة تحركها غير المتوقع ولأسباب تفرضها الحياة العملية، مما يؤدي إلى اختلاف القانون الواجب التطبيق عليها بحسب اختلاف القوانين من دولة إلى أخرى، إذ ينشأ ما يسمى بالتنازع المتغير - المتحرك.²

بالرغم من كل ما قيل في هذا الشأن والانتقادات التي تعرضت له قاعدة خضوع المال لقانون موقعه، إلا أن هذه النظرية صمدت والدليل ماتبنته التشريعات المقارنة، العربية منها والغربية في صياغات تشريعية صريحة كما سبق وأن رأينا سابقا، بالرغم من أن قاعدة خضوع المال لمكان وجودها لم تشمل كل الحلول إزاء المراكز العلاقات الدولية الخاصة، خاصة التي موضوعها أموال مادية منقولة.

ثانيا : موقف التشريع الجزائري من القانون الذي يحكم المنقول.

أخذ المشرع الجزائري بنظرية خضوع المال لقانون موقعه، وذلك في نص المادة 17 من القانون المدني الجزائري الفقرة الثانية التي جاء فيها: "... يسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الحقوق العينية الأخرى، أو فقدها"، كما سبق التطرق إليه وهو أن العبرة في تحديد القانون الواجب التطبيق هي بمكان وقت تحقق السبب التي ترتب عليه كسب هذه الحقوق أو فقدها.

وتماشيا مع موقف المشرع الجزائري بعد استقراء المادة 17 المذكورة، فإن القانون الواجب التطبيق على الأموال المنقولة محل العلاقة الدولية الخاصة، هو القانون الذي كسب بموجبه الحق في هذه

¹ - هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 256، نقلا عن كريم مزعل شيبي الساعدي وهناء عبد الحسين جاسم النصراوي، المرجع السابق، ص 683.

² - للإشارة فقد سبق الخوض بإسهاب في موضوع التنازع المتغير من خلال الفصل الأول لهذه الأطروحة، ص : 17 وما يليها، وغالب علي الداودي، وحسن محمد الهداوي، المرجع نفسه، ص 123.

الأموال، أو القانون الذي كان بموجبه اكتملت عناصر الحق في المنقول بحيث ارتقى الحق إلى الحق المكتسب الذي لا يقبل النزاع بشأنه، ونلاحظ ذلك من خلال عبارة: "... يسري وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الحقوق العينية الأخرى، أو فقدها"؛ "كأن يشترط قانون الموقع الأول لاكتساب الحق من قبل المشتري التسليم ولم يسلم ثم نقل البائع المنقول إلى دولة أخرى وفيها بيع مرة أخرى وكان قانونها لا يشترط لاكتساب الحق فيه التسليم للمشتري فيكون الاختصاص هذا لقانون الموقع الثاني، ومن ثم تكون الملكية انتقلت لا يستطيع المشتري الأول الاحتجاج بضمان الاستحقاق وتتبع المنقول.¹

المطلب الثاني : صعوبات تحديد قانون موقع المال.

نعالج في هذا المطلب الصعوبات التي تثيرها بعض الأموال المنقولة في تحديد موقعها لكونها دائمة الحركة بحكم وظيفتها أو طبيعتها، وبسبب تخصيصها، كوسائل النقل-السفن والطائرات، ووسائل النقل بالسكك الحديدية الدولية كالقطارات، والسيارات- في الفرع الأول. ونعالج في الفرع الثاني من هذا المطلب القانون الواجب التطبيق على البضائع أثناء نقلها والصعوبات المتعلقة بها من خلال ثلاثة مسائل.

الفرع الأول : صعوبات تحديد قانون موقع المبالنسية لوسائل النقل.

إذا كان العقار لا يثير صعوبات في تحديد قانون موقعه بسبب طبيعته -الثبات-، فإن المنقول وبسبب طبيعته -التنقل- قد يثير صعوبات في تحديد قانون موقعه، لذلك أتناول في هذا الفرع بعض الأموال التي تثير صعوبة في تحديد قانون الموقع بسبب وظيفتها كوسائل النقل التي تحمل علما والتي لا تحمل علما.

¹ - عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، المرجع السابق، ص 327.

أولاً: الصعوبات المتعلقة بالقانون المطبق على وسائل النقل التي تحمل علما.

وسائل النقل تنقسم إلى قسمين: وسائل نقل تحمل علما كالسفن والطائرات، لذا وجب التطرق إلى الصعوبات المتعلقة بالقانون المطبق عليها بدراسة القانون الواجب التطبيق على السفن والطائرات.

أ: السفن والقانون الذي يحكم النزاع بشأنها.

السفينة كمال منقول ذو طبيعة خاصة¹، وأداة رئيسية تستعمل في الملاحة البحرية وبالتالي تخضع للقانون الدولي للبحار والقانون البحري في نفس الوقت²، وعلى هذا الأساس فإنها تأخذ هذا الوصف مهما كان حجمها أو حمولتها أو طريقة بنائها، وهذا ما يعتبر معيارا لتعريفها مهما كانت الجهة التي تمتلكها أو تسييرها³، وعرفت أيضا اتفاقية الأمم المتحدة على أنها: " السفينة تعني أي مركب يستعمل في نقل البضائع بحرا"⁴.

وجاء تعريف السفينة في التشريعات المقارنة⁵، على غرار المشرع الجزائري في القانون البحري من خلال نص المادة 13¹: "تعتبر سفينة في عرف هذا القانون كل عمارة بحرية، أو آلية عائمة تقوم

¹ - مصطفى كمال طه، القانون البحري، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 7.

² - محمد الحاج حمود، القانون الدولي للبحار الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر، 2008، ص 64.

³ - علاء الدين زكي، المسؤولية الجنائية لريان السفينة في القانون البحري، طبعة أولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014، ص 37.

⁴ - ياسر مبارك رابع مصطفى وتوفيق قريب الله نمر، رهن السفينة في قانون النقل البحري السوداني لسنة 2010، والاتفاقيات الدولية وبعض التشريعات البحرية العربية والأجنبية-دراسة تحليلية- كلية القانون، جامعة البحر الأحمر، المجلد 06، العدد 02، السودان، 2021، ص 117، نقلا عن اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا أو جزئيا، لسنة 2008، في المادة الأولى، الفقرة 25 التي خصصت للتعريف.

⁵ - عرفت بعض التشريعات السفينة على غرار المشرع المصري في قانونه البحري لسنة 1990 فقد نص في المادة 03 منه بأن "السفينة هي كل منشأة تعمل عادة أو تكون معدة للعمل في الملاحة البحرية ولو لم تهدف إلى الريح"، في حين عرفه المشرع الأردني في المادة 03 من القانون التجاري الأردني لسنة 1972 بأن السفينة هي: "كل مركب صالح للملاحة أيا كان محمولة وتسميته سواء كانت هذه الملاحة تستهدف الريح أم لم تكن تعتبر جزءا من السفينة جميع التفرعات الضرورية لاستثمارها وتعتبر السفن أموالا منقولة تخضع للقواعد الحقوقية العامة مع الاحتفاظ بالقواعد المنصوص عليها في هذا القانون"، باستثناء هذه المواد نلاحظ أن هذه التشريعات المقارنة تتفق إلى حد كبير في تعريف السفينة على أنها منشأة تعمل عادة أو تكون معدة للملاحة البحرية بغض النظر على كونها تجارية أم لا، ياسر مبارك رابع مصطفى، وتوفيق قريب الله نمر، المرجع السابق، ص 116.

بالملاحة البحرية، أو بوسيلتها الخاصة، أو إما عن طريق قطرها بسفينة أخرى أو مخصصة لمثل هذه الملاحة"، وكما سبق الإشارة إليه أن السفينة ذات طبيعة خاصة، يترتب عليها وجودها في مواقع كثيرة، لأنها معدة للسير في مياه قد تكون تابعة لسيادة دولة أجنبية أو تكون مياهها حرة كأن تتواجد في إقليم بحري لا يخضع لسيادة أي دولة²، لذلك فمن غير المستساغ الاعتماد على قانون موقعها في هذه الحالات، حيث يصعب تحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل القانونية التي تكون السفينة موضوع لها.

وعليه، اجتهد الفقه في البحث على قانون آخر - قانون مركز ثابت - يحقق مختلف المصالح، ويمكن الاعتماد عليه لحل مشكل تنازع القوانين بالنسبة للسفينة كمال مادي منقول.

وتأسيسا على ما سبق ذكره، فإن السفينة تقوم بالملاحة البحرية في أغلب الأوقات خارج إقليم الدولة التي ينتمي إليها مالكتها، وبعيدا عن رقابته وإشرافه وسيطرته، مما يصعب تحديد القانون الذي يحكم النزاع بشأنها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسبب الحيازة أو الحقوق العينية أو فقدها، إلا أن أغلب الفقه يُخضع السفينة لنظام الأموال من حيث طرق انتقالها سواء بالبيع أو الهبة أو الإرث أو الوصية ورهنها³، وهذا من حيث أثارها في إنشاء الحق العيني عليها لقانون مكان تسجيلها، وذلك بسبب الأهمية الاقتصادية لها - أي يكون القانون الواجب التطبيق بالنسبة للنزاعات القائمة

¹ - الأمر 76-80 المؤرخ في 29 شوال عام 1396 الموافق ل 23 أكتوبر 1976 والمتضمن القانون البحري - جريدة رسمية رقم 29 مؤرخة في 10 أبريل 1977 - المعدل والمتمم بالقانون 98-05 المؤرخ في أول ربيع الأول عام 1419 الموافق ل 25 يونيو سنة 1998 - جريدة رسمية رقم 47 مؤرخة في 27 يونيو 1998 - المعدل والمتمم بالقانون رقم 04-10 المؤرخ في 05 رمضان عام 1431 الموافق ل 15 أوت 2010، ج.ر لسنة 2010.

² - غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 206.

³ - إضافة إلى طرق امتلاك السفينة المذكورة فهناك كذلك وفقا للمشرع الجزائري في المادة 50 من القانون البحري، فإن امتلاك السفينة يكون عن طريق الشراء أو البناء، ولو أن أهم سبب لكسب ملكية السفينة هو الشراء، الذي يخضع للأحكام العامة في عقد البيع والأحكام الخاصة بالأموال المنقولة باعتبار السفينة مال مادي منقول، إضافة إلى أنها كذلك تخضع لبعض الأحكام الخاصة نظرا لما تتصف به من خصائص ذاتية، بن حمو فتح الدين، ملكية السفن في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، المركز الجامعي مغنية، الجزائر، المجلد 06، العدد 01، ص 162.

بشأنها هو قانون العلم¹، أي قانون دولة الميناء الذي تم تسجيلها فيه - بغض النظر عن مكان وجودها الفعلي، في الغالب أن العلم يعتبر بمثابة الجنسية الظاهرة التي يعبر عنها عن طريق وثائق التسجيل²، وقت التصرف القانوني بشأنها³، وقد أخذ بهذا المبدأ أغلب التشريعات المقارنة، وهذا أيضا ما تنص عليه اتفاقيات قانون البحار والملاحة المدنية، كما أقرته معاهدة بروكسل لسنة 1926 ومعاهدة جنيف لعام 1958.⁴

وتجدر الملاحظة أن تطبيق قانون العلم في التصرفات القانونية الواردة على السفينة في العلاقة الدولية الخاصة، يشمل فقط السفن التي تمارس الملاحة البحرية الدولية، والسفن التي تمارس الملاحة النهرية الدولية وتستثنى من هذه الأحكام، السفن التي تمارس الملاحة النهرية الداخلية والملاحة البحرية الداخلية والتي تخضع لأحكام القانون الدولة التي تمارس فيها هذا النوع من الملاحة-الملاحة الداخلية- ويبرر بعض الفقه اتجاهه بخضوع التصرفات القانونية المتعلقة بالسفينة إلى قانون دولة التسجيل، بأن السفينة عندما تسجل في ميناء دولة معينة فإنها تعد جزءا من إقليم تلك الدولة شأنها شأن العقار، لأنها تضاهي من حيث أهميتها الاقتصادية الأهمية الاقتصادية للعقار، وبالتالي تخضع لقانونها

¹ يقصد بقانون العلم: قانون الدولة التي سجلت أو قيدت فيها السفينة، وبالتالي العبرة بقانون العلم وليس بمكان وجودها الفعلي، حيث يكون قانون العلم هو الواجب التطبيق على كل ما يتعلق بالحقوق العينية الواردة عليها، بصرف النظر على وجودها الفعلي. نسرين الشريف وسعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013.

² عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012، ص 105.

³ - إلا أن بعض التصرفات القانونية حول السفينة لا تخضع للقانون المكان الفعلي الذي تتواجد فيه ولا لقانون العلم وهو الفرض الذي تكون فيه مثلا السفينة محل إيجار أو مشاركة إيجار فيجب التساؤل على القانون الذي يحكم هذا النوع من العقود المهمة، يرى بعض الفقه إخضاعه لقانون العلم لكن يستثنى من هذا الحكم الحالة التي تتجه فيها إرادة المتعاقدين المؤجر والمستأجر، إذا اتجهت نحو اختيار قانون آخر غير قانون العلم وهذا يمكن استنتاجه من البنود الموضوعية في العقد أو من موضوع العقد أو من الظروف التي تعامل فيها، ففي هذه الحالة يتبع القانون الذي اصطفه إرادتهما الصريحة أو الضمنية، عبد الحميد بوهيف، القانون الدولي الخاص في ارويا ومصر، مطبعة الاعتماد شارع حسن الأكبر مصر، 1924، ص 614.

⁴ - غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، ص 207، نقلا عن : ثروت علي عبد الرحيم، القانون البحري العراقي، الجزء الأول، مطبعة حداد، البصرة،

1969، ص 8 وما بعدها و. Omer Akipek, Devletler Hukuku kitab.2 basi, ankara, 1965, sf.40.

أينما وجدت، في حين يبرر نفر آخر من الفقه تطبيق قانون دولة التسجيل¹، -دولة العلم-²، على اعتبار أن البلد الذي تم تسجيل السفينة فيه والذي منح العلم للسفينة هو محل الوصول النهائي لها بعد ممارستها للملاحة وإكمال مهمتها- أي المكان الذي ترسو فيه بعد انتهاء رحلة الإبحار ذهابا وإيابا أو الميناء الذي انطلقت منه أول مرة -، وعلى هذا الأساس يجب أن يخضع لهذا لقانون هذا الموقع الثابت، ونفر آخر من الفقه يرى أن قانون البلد الذي تحمل السفينة علمه يمتد ويصبح هو القانون الواجب التطبيق على مجمل التصرفات القانونية الواردة عليها³، لأن عقد بيع السفينة يعد من العقود الشكلية التي تستوجب التسجيل فضلا عن التصرفات القانونية كالوصية والهبة والتي من شأنها نقل مقل ملكية السفينة موضوع العلاقة الدولية الخاصة، وفي نفس السياق، يرى نفر من الفقه الفرنسي بأن قانون دولة التسجيل من شأنه تذييل الصعوبات الناجمة عن الحركة الدائمة لهذا النوع من المنقولات المادية.⁴

بالرغم من الاختلاف الفقهي حول الأساس الذي بموجبه تخضع التصرفات القانونية الواردة على السفينة، إلا أنه-الفقه-أجمع على نتيجة واحدة هي خضوع جميع التصرفات الواردة على السفينة لقانون العلم، لكن في حالة توقف السفينة في ميناء معلوم ولمدة زمنية طويلة نسبيا يرى بعض الفقه أنه يسري عليها قانون هذه الدولة التي ترسو السفينة في مينائها باعتباره قانون موقعها الحقيقي أو الفعلي، كما يخض أيضا لهذا القانون إجراءات الحجز التحفظي أو التنفيذي التي يراد

¹ - يهدف إجراء التسجيل إلى جمع المعلومات الخاصة به سواء من حيث تشخيصه أو تحديد مالكه أو ترسيم التصرفات القانونية التي تعلق به مثل البيوعات والرهون، بذلك يؤدي التسجيل وظيفة إخبارية تزداد أهميتها بالنسبة للغير خاصة إذا كان المنقول محل معاملة دولية، لطفي الشاذلي، مالك الغزواني، مجلة القانون الدولي الخاص، عربية، فرنسية، إنجليزية، معلق عليها، بدون دار نشر، تونس، 2008، ص 682.

² - ينتقد جانب من الفقه تسمية قانون دولة العلم بدلا أو مرادف لقانون دولة التسجيل، لأنه يوجد هناك عرف دولي في العلاقات الدولية يسمى بالمعاملة الدولية، يعطي الحق للدول أن تضع على سفنها وطائراتها أعلام أخرى إضافة لأعلامها الوطنية تطبيقا لهذا العرف، يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 361.

³ - غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 207.

⁴ - يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 361.

اتخاذها على السفينة¹، ونفس الشيء على الاختصاص التشريعي بالنسبة للوقائع التي تظهر على ظهر السفينة فإن قانون جنسية السفينة²، المتمثل في قانون دولة التسجيل هو الذي يحكمها أيضا، حيث يبرر بعض الفقه هذا الاتجاه على أساس أن السفينة هي جزء متنقل من إقليم الدولة التي تحمل جنسيتها³، حتى من ناحية الاختصاص القضائي فالاختصاص يعود لدولة العلم وهذا ما أكدته المادة 92 المادة 94 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار.⁴

ب- الطائرات والقانون الذي يحكم النزاع بشأنها :

تتميز الملاحة الجوية بعدة مزايا تتمثل في السرعة والأمان، مما يجعل الإقبال على استخدام الطائرات يتزايد من أهم الأموال المادية المنقولة، وهي وسيلة للملاحة الجوية، ونظرا لأهميتها الاقتصادية فهي تخضع بدورها لنظام الأموال غير المنقولة من حيث طرق انتقال ملكيتها ورهنها⁵،

¹ - سمية عبد العزيز، سامية حساين، المرجع السابق، ص 170.

² - للضرورة العملية، أجازت بعض التشريعات منح الجنسية للسفينة، نظرا لطبيعتها الخاصة والأهمية الاقتصادية الكبرى التي تتمتع لها، لكن بعض التشريعات وضعت بعض الشروط لمنح الجنسية للسفينة أو المعيار الذي يمكن بمقتضاه منح هذه الجنسية، فمنهم من أخذ بمعيار بناء السفينة ومنح البعض الآخر الجنسية على أساس معيار الطاقم الوطني، كما أنه هناك معيار آخر هو معيار الملكية الوطنية، في حين اشترط المشرع الجزائري بموجب المادة 28 من القانون البحري الجزائري : "لكي تحصل السفينة على الجنسية الجزائرية، يجب أن تكون ملكا كاملا لشخص طبيعي من جنسية جزائرية أو لشخص اعتباري خاضع للقانون الجزائري"، بن عيسى حياة، جنسية السفينة ودورها في حل المنازعات البحرية، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، المجلد 03، العدد 01، الجزائر، 2016، ص 39.

³ - تنص الفقرة 02، من المادة 07 من قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960 التي تعد السفينة الأردنية جزءا من أراضي المملكة الأردنية الهاشمية، والفقرة 02 من المادة 08 من التي تعد السفينة الأجنبية جزءا من إقليم الدولة التي تتمتع بجنسيتها بقولها : "لا يسري القانون الأردني على الجرائم المقترفة في البحر الإقليمي الأردني أو في الجو الذي يغطيه على متن سفينة أو مركبة هوائية أجنبية إذا لم تتجاوز الجريمة شفير السفينة أو المركبة الهوائية". غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 207.

⁴ - تنص المادة 92 من اتفاقية الأمم المتحدة على أن كل سفينة ملزمة أن تضع على متنها علم دولة واحدة والسفينة التي تكون بدون علم تعتبر من بين سفن القرصنة وجب التصدي لها، كما تنص المادة 94 من نفس الاتفاقية على أن الدولة صاحبة العلم هي التي تمارس الاختصاص القضائي في أعالي البحار، وفي السياق نفسه سار المشرع الجزائري من خلال نص المادة 590 من قانون الإجراءات الجزائية، حيث أخضع كل الجرائم المرتكبة على ظهر السفينة التي تحمل الراية الجزائرية إلى ولاية القضاء الجزائري، مبررا ذلك بمبدأ إقليمية القانون الجزائري، بن عيسى حياة، المرجع نفسه، ص 43.

⁵ - غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 208.

ونظرا لتعذر تحديد موقع الطائرة وقت تحقق السبب المنشئ للحقوق المتعلقة بها بسبب تنقلها الدائم ولوجودها في غالب الأحيان في أجواء غير تابعة لأي دولة - تواجهها في فضاء جوي يعلو البحار العامة¹، أو مرورها في رحلة واحدة على أجواء عدة أقاليم دولية، فلا يمكن في هذه الحالة الاعتماد بمكان وجودها الفعلي²، أي لا يقبل عدة قوانين تتداول على تحديد نظامها القانوني بسبب مرورها على عدة دول، الشيء الذي يوجب على الفقه البحث عن ضابط إسناد ثابت لها، لأن الطائرات منقول من نوع خاص ذات طبيعة خاصة لاتصالها على غرار السفينة بحالة مدنية متكونة من اسم وجنسية وموطن إلا أنهما لا يتمتعان بالشخصية القانونية.³

استنادا إلى ما سبق ذكره، فإن الطائرة باعتبارها وسيلة ملاحية جوية، فإن تواجهها في مطارات الدول للتزود بالوقود مثلا أو للصيانة الاضطرارية، يعتبر تواجد مؤقت وتعتبر هذه الدول هي دول عبور، وبالتالي فإن علاقة الطائرة بالأنظمة القانونية لهذه الدول يعتبر ظرفي وضعيف، لذا وبسبب الطبيعة الخاصة للطائرات كما سبق الإشارة إليه، ركن الفقه والتشريع المقارن وكذا الاتفاقيات الدولية إلى وضع ضابط إسناد ثابت وهو قانون العلم- أو دولة التسجيل أو قانون الميناء الجوي- الذي عوض قانون الموقع الذي هو التواجد الفعلي لهذا النوع من الأموال.

إذن قانون دولة العلم هو قانون الدولة التي تحمل الطائرة جنسيتها، وهذا الرأي هو الراجح بحيث يصبح قانون جنسية الطائرة هو الواجب التطبيق على التصرفات القانونية التي تبرم بشأنها، ولقد عالج هذا التوجه كذلك الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية شيكاغو واتفاقية مونتريال، كما يطبق أيضا في بعض التشريعات كالتشريع الأردني قانون الدولة التي تتمتع الطائرة بجنسيتها على الأفعال

¹ - مجد الدين جربوط، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، منشورات كلية الحقوق جامعة حلب، محاضرات مقدمة لطلاب السنة الرابعة، سوريا، 2008، ص 284.

² - محمود مصيلحي، مبادئ تنازع القوانين والاختصاص القضائي وآثار الأحكام الأجنبية، محاضرات ملقاة بكلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، 2000، ص 297.

³ - كريم مزعل شبي، المرجع السابق، ص 361.

الضارة التي تحصل على متنها أثناء طيرانها أينما وجدت، إلا إذا كانت هناك مبادئ القانون الدولي الخاص المسلم بها تقضي بغير ذلك.¹

المبررات التي ساغها الفقه بمناسبة اعتماده لقانون العلم كضابط ثابت لحكم العلاقات القانونية الدولية الخاصة التي يكون موضوعها الطائرة، هي أن التنظيم والترتيب والمحافظة على الحقوق التي تتعلق بالطائرة وكذا تثبيتها يتطلب تطبيق قانون واحد موحد وليس مجموعة من القوانين بعدد الدول التي تمر عليها هذه الطائرة والتي تعتبر قوانين وقتية، لأن موقع الطائرة في هذه الحالات يتغير باستمرار بسبب تغير الأقاليم التي تمر عبرها في طيرانها السريع ورحلاتها المتعددة.²

كما أن إعطاء الاختصاص إلى قانون دولة التسجيل-قانون دولة العلم- من شأنه تذليل الصعوبات الناجمة عن الحركة المستمرة لهذا النوع من المنقولات.³

كما أن عقد بيع الطائرة ونظرا لأهميتها، هو عقد يخضع للشكلية وبالتالي يخضع للتسجيل، فضلا عن كافة التصرفات القانونية الأخرى التي تنقل الملكية، وبالتالي فإن قانون موقع التسجيل يحقق الغرض المذكور للاعتبارات التي سبق التحدث عليها بشأن القانون الواجب التطبيق على السفينة. مثل مبرر خضوع هذا النوع من المنقولات إلى قانون دولة العلم على أنه محل الوصول النهائي لها - الطائرة-، وهو المطار الذي تركز إليه وتتوقف فيه بعد رحلتها الجوية عبر مطارات العالم.

ونافذة القول أن الرأي الراجح، هو خضوع الطائرة كمال مادي منقول، إلى قانون العلم أو كما يصطلح على تسميته قانون دولة التسجيلي جميع التصرفات القانونية المتعلقة بها، وحتى الوقائع المادية التي تقع على متنها.

¹ - غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 208-209.

² - غالب علي الداودي، المرجع والموضع نفسه.

³ - يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 361.

"وتجب الإشارة إلى ظهور نوع آخر من المنقولات يتشابه في أحكامه مع السفينة والطائرة وهي الأقمار الصناعية أو المركبة الفضائية، وهذه الأخيرة تتمتع بجنسية الدولة التي تطلقه، وبالتالي تطبق عليه قوانينها وتخضع مثلها مثل الطائرة لنفس الأحكام، فما ينطبق على جنسية الطائرات ينطبق أيضا على جنسية الأقمار الصناعية مع فارق واحد هو أن الأجواء الفضائية التي تدور فيها الأقمار الصناعية في الوقت الحاضر هي حرة، وليست إقليمية تابعة لدولة معينة بعكس الأجواء الفضائية التي تطير فيها الطائرات العسكرية والمدنية، قد تكون حرة أو إقليمية وطنية أو إقليمية أجنبية، لأن الأجواء الفضائية التي تدور فيها الأقمار الصناعية هي خارج نطاق ملكية الدولة وسيادتها".¹

ثانيا: بالنسبة لوسائل النقل التي لا تحمل علما كالقطارات وعربات السكك الحديدية والسيارات.

بالنسبة للقطارات وعربات السكك الحديدية والسيارات كأموال منقولة مادية، وتعتبر أيضا من أهم وسائل النقل الدولي الحديثة والمتطورة فهي لا تحمل أي علم، وبسبب تخصيصها للنقل سواء نقل أشخاص أو بضائع، فهي دائمة الحركة كذلك من مكان إلى آخر، قد يتعدى في بعض الحالات حدود الدولة الواحدة. حيث يصعب أن يكون لها موقع ثابت فيه.²

فصعوبة تحديد موقع هذا النوع من المنقولات بسهولة دفع بالمجتمع الدولي البحث عن توحيد الأحكام القانونية التي تضبط التصرفات القانونية التي ترتب الحقوق العينية على القطارات وعربات السكك الحديدية والسيارات وذلك عن طريق إبرام معاهدات واتفاقات سواء ثنائية أو جماعية تتعلق بها³، التي أخضعتها لقانون الدولة التي توجد فيها -مكان وجودها الفعلي- مع ما يؤدي ذلك إلى

¹ - آمنة محمدي بوزينة، المرجع السابق، ص 460.

² - سمية عبد العزيز وسامية احساين، المرجع السابق، ص 171، نقلا عن بلعير عبد الكريم، محاضرات في القانون الدولي الخاص على ضوء التعديلات التي جاء بها قانون 05-10 لسنة 2010، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2011، ص 113.

³ - سمية عبد العزيز، سامية إحساين، المرجع والموضع نفسه.

مساوى متعددة بالنظر لحركتها الدائمة، والصفة العرضية لذلك الموقع¹، وفي معاهدة قبرن المنعقدة سنة 1952 تم الاتفاق على إخضاع عربات السكك الحديدية لقانون الدولة التي تملكها.²

وحريا بنا أن نتطرق إلى مختلف الآراء الفقهية حول القانون الواجب التطبيق على مختلف التصرفات القانونية التي تترتب عنها مختلف الحقوق على هذا النوع من وسائل النقل وهي الوسائل التي لا تحمل علما كما سبق الإشارة إليه، فالبعض من الفقه يخضعها لقانون البلد التي سجلت فيه وإن لم تكن مسجلة في أي بلد فتخضع لقانون مكان وجودها الفعلي، ولنا أن نتصور المساوى الناتجة عن هذا التوجه خاصة وإن أخذنا بعين الاعتبار الصفة العرضية لقانون الموقع وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها، ولتجنب هذه المساوى خاصة بالنسبة للقطارات والسكك الحديدية، فاهتدت كثيرا من الدول إلى الاتفاقيات الدولية التي نادى بتوحيد هذه الأحكام القانونية وإخضاعها إلى قانون الدولة المسجلة فيها، ومن بين هذه الاتفاقيات هي اتفاقية اتحاد برن المنعقدة عام 1980، أما بالنسبة للسيارات، أخضعها بعض الفقه هي الأخرى لقانون الدولة التي تم فيها القيد والتسجيل، بالرغم من المشاكل المطروحة حول تسجيلها حيث يثير الغموض حول الآثار المحدودة الناجمة عن قيدها وتسجيلها في كثير من دول العالم.³

الفرع الثاني: الصعوبات المتعلقة بالبضائع المشحونة.

تكملة منا لتحليلنا للقانون الواجب التطبيق على المنقولات المادية المنفردة التي نعني بالمنقول الذي لا يكون داخلا ضمن مجموعة من الأموال والذي سبق التطرق إليه⁴، حيث يسري على هذا المنقولات قانون موقعها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية

¹ - نسرين شريقي، سعيد بوعلي، المرجع السابق، ص 72، وسامي بديع منصور، أسامة العجوز، المرجع السابق، ص 339.

² - عليعلي سليمان، المرجع السابق، ص 103.

³ - كريم مزعل شبي، المرجع السابق، ص 368-369.

⁴ - راجع هامش، ص 108.

الأخرى أو فقدها، أي إخضاعه لقانون موقعه في حالة ثباته وعدم تحريكه-أي يبقى مستقرا في مكانه- لا يشير إشكالا، لأنه في هذه الحالة يخضعه القاضي المعروض عليه النزاع إلى قانون موقعه، وهو قانون الدولة التي يوجد بها هذا المنقول.¹

لكن السؤال الذي يطرح هل البضائع -البضائع المعدة للتصدير والبضائع التي ينقلها المسافرون معهم-²، باعتبارها منقولات مادية منفردة تخضع لهذه القاعدة، في الحالات التي يتمنقلها على متن وسائل نقل مختلفة منها من تحمل العلم كالسفن والطائرات وأخرى لا تحمل علما كالقطارات وعربات السكك الحديدية والسيارات؟

للإجابة على هذا التساؤل ينبغي التطرق إلى ثلاثة مسائل، المسألة الأولى هي البحث في تحديد القانون الواجب التطبيق على البضائع أثناء شحنها أو نقلها على وسائل نقل تحمل علما من أجل نقلها عبر الدول، ونعالج في المسألة الثانية القانون الذي يحكم هذه البضائع أثناء نقلها على متن وسائل نقل لا تحمل علما في رحلتها عبر الدول، ونتطرق في المسألة الثالثة إلى البضائع الثابتة ولو تكون مشحونة على وسيلة نقل مهما كان نوعها إلا أنها لا تنتقل، مثال ذلك البضائع المستقرة على متن شاحنة أو طائرة متوقفة في ميناء أو مكان ثابت لمدة معتبرة من الزمن.

1- المسألة الأولى: البضائع المنقولة على متن وسائل نقل تحمل علما.

اختلف الفقه بخصوص هذه المسألة، فقد ساد آراء مختلفة في هذا الصدد وتباينت الآراء، حيث أنجانب من الفقه أخضع البضائع المشحونة على هذا النوع من وسائل النقل التي هي الطائرات والسفن إلى قانون العلم؛ أي أن أي تصرف يتعلق بنقل الملكية كالبيع مثلا أ ترتيب أي حق عيني آخر عليها يخضع لقانون دولة تسجيل السفينة أو الطائرة الذي تتم عملية الشحن على متنها،

¹ - محمد حبار، المرجع السابق، ص 175.

² - يشير الفقيه سافيني إلى هذين النوعين من البضائع عندما لاحظ أنه : "... وإن كانت القاعدة بالنسبة للأشياء هي خضوعها لقانون موقعها الحقيقي على أساس الخضوع الإرادي، إلا أنه يوجد من الأشياء ما يتعذر معه تحديد موقعا كالأمتعة التي يحملها المسافرون والبضائع المصدرة..."، كريم مزعل شي، المرجع السابق، ص 368-369.

حتوان كانت السفينة تقوم بالملاحة في أعالي البحار أو في إقليم دولة أخرى، نفس الشيء بالنسبة للطائرة حتى ولو كانت تحلق في أجواء إقليمية تابعة لدولة أخرى¹، وهذا ما استقر عليه الفقه الفرنسي وهو ما قرره معهد بروكسل للقانون الدولي في اجتماعه المنعقد 1885.²

يبرر الدكتور مظفر ناصر حسين متأثراً بالفقيه نيبوايه ومؤيداً لهذا الاتجاه أن "...القانون الواجب التطبيق في مثل هذه الحالات هو قانون العلم باعتبار أن القانون غير قابل للتغيير إلا في ميناء التسجيل أو مطار التسجيل عند تغيير جنسية السفينة أو الطائرة"، أما إذا تعلق بالأمر بالبضائع التي يحملها المسافرون في أيديهم أثناء سفرهم، فأخضعها بعض الفقه للقانون الذي تتبعه وسيلة النقل.³

2- المسألة الثانية: البضائع المنقولة على متن وسائل نقل لا تحمل علماً.

من بين وسائل النقل التي تحمل علماً هي القطارات والسيارات وعربات السكك الحديدية، تشحن على متنها البضائع يتم تصديرها إلى بلدان أخرى عبر البر، أي تركت دولة المنشأ متوجهة إلى دولة أخرى، وهي الأخرى يصعب معرفة أو تحديد موقعها الفعلي، حيث يذهب أغلبية الفقه في هذا الفرض وخاصة في أوروبا⁴، إلى إخضاع التصرفات القانونية المتعلقة بهذه البضائع إلى قانون الدولة التي تتجه إليها البضائع، لأنه في هذه اللحظة تغير مكان وجودها الفعلي الذي هو مكان نشأتها، وبالتالي مكان وصول البضاعة يصبح هو المكان النهائي لها - قانون الموقع النهائي - الشيء الذي يسهل لأطراف العلاقة الدولية الخاصة التعرف على أحكامه، حيث يبرر الفقه هذا التوجه على أن لهذا القانون أهميته العملية، بسبب أن البضاعة أحياناً تباع بمجرد تظهير أوراق الشحن الخاصة بها، هذا من جهة ومن جهة أخرى يرى بعض الفقه أن نطاق تطبيق هذه القاعدة - قانون الجهة المرسل إليها

¹ - يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 362.

² - عليعلي سليمان، المرجع السابق، ص 103.

³ - آمنة محمد بوزينة، المرجع السابق، ص 462.

⁴ - تنص المادة 10 من القانون الدولي الخاص السويسري على أنه "... يحكم قانون دولة جهة الوصول، التملك أو فقدان وكذلك الأعمال القانونية للحقوق العينية في الأموال العابرة المنقولة".

البضاعة- يحكم حتى البضاعة المشحونة والمرسلة على متن السفن والطائرات والتي تعد من وسائل النقل التي تحمل علما في حين يقترح الفقيهان باتيفولوليربوريجونير، قصر هذه القاعدة على البضائع المشحونة على متن وسائل النقل التي لا تحمل علما المذكورة آنفا.¹

لكن تجدر الإشارة أن التقدم التكنولوجي الهائل ومجال التجارة الدولية أحيانا تجعل البضائع المشحونة على مختلف وسائل النقل سواء التي تحمل علما أو التي لا تحمل علما، تباع في الطريق قبل وصولها إلى وجهتها النهائية وبالتالي تصبح هذه القاعدة غير مجدية.²

ويرى نفر آخر من الفقه أن البضائع المشحونة والمنقولة على متن وسائل نقل لا تحمل علما، يجب أن تخضع للقانون الشخصي، لملك البضائع وذلك باعتبار أن هذا قانون الموقع الحكمي للبضائع، لأنها لا تملك موقع حكمي أثناء نقلها، وبالتالي يحكمها قانون جنسية مالكها- القانون الشخصي-.³

في حين ذهب نفر آخر من الفقه، إخضاع البضائع المنقولة برا إلى قانون الدولة المرسله منها، باعتبار أن الموقع الذي تم تصديرها من خلاله معلوم.⁴

ونافلة القول بخصوص القانون الواجب التطبيق على البضائع ينبغي الإشارة إلى الفقه الراجح من بين هذه الآراء المتباينة، أن البضائع المشحونة والمنقولة على متن وسائل النقل التي تحمل علما، فالقانون الأكثر صلة بها هو قانون دولة التسجيل أو ما يصطلح على تسميته بقانون العلم.

أما بالنسبة للبضائع المنقولة براً على وسيلة لا تحمل علما، التي يصعب تحديد مكان تواجدها الفعلي وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب حق عيني عليها، لأنها قد تمر على أكثر

¹ - كريم مزعل شبي، المرجع السابق، ص 358.

² - هذا رأي الدكتور مظفر ناصر الذي أشار إليه كريم مزعل شبي في المرجع السابق، ص 360.

³ - هشام خالد، القانون الدولي الخاص، النظرية العامة - النظرية العاملة للجنسية، الجنسية المصرية، مركز الأبحاث، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2014، ص 1001.

⁴ - سمية عبد العزيز، سامية إحسانين، المرجع السابق، ص 173.

من إقليم دولة في رحلة توصيلها إلى وجهتها النهائية، فإن قانون الدولة المرسل إليها يعتبر القانون الأكثر ملاءمة، تأسيساً على أن محل وصولها هو مكان الموقع النهائي لها.¹

وبالنسبة للبضائع التي ينقلها أشخاص بصفتهم مسافرين كالأمتعة، ولو أن تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات الناشئة بشأنها، نظراً لصعوبة تحديد قانون موقعها الحقيقي، يرى الفقه الراجح إخضاعها لقانون البلد المصدرة إليه إذا كانت منقولة براء، وإذا كان المسافر يسافر على متن سفينة أو طائرة فيرى هذا النفر من الفقه إخضاعها لقانون العلم بالنسبة لهذه الوسائل.²

3- البضائع المستقرة على متن شاحنة أو طائرة متوقفة في ميناء أو مكان ثابت لمدة معتبرة من الزمن :

يحدث وأن تستقر وتتوقف وسيلة النقل كالشاحنة أو الطائرة في ميناء أو مكان مدة من الزمن سواء بسبب عطل أو إجراءات إدارية معقدة أو أي طارئ آخر، وبما أن البضائع تكون قد اجتازت حدود أكثر من دولة على متن الوسائل المذكورة، في نفس الوقت قد ينشأ نزاع بشأن القانون الواجب التطبيق عليها، فالسؤال المطروح في هذه الحالة، هل يخضع النزاع لقانون موقعها الفعلي، أم لقانون الدولة التي تمر البضائع على إقليمها بصفة عابرة، بالرغم من انتفاء علم المتعاقدين بأحكام قانون هذه الدولة؟، فأبي القوانين المذكورة يكون له صلة حقيقية بالبضائع المنقولة؟

للإجابة على هذا التساؤل واستناداً إلى ما سبق ذكره في الفروض السابقة، يرى الفقه الغالب، خضوع البضائع في هذه الحالة خضوع البضائع إلى قانون مكان استقرارها، هذاكونه القانون الأكثر صلة بالبضائع المنقولة.³

¹-Loussouarn et Bourel, Droit international privé, 03 éme édition, paris, Dalloz, 1988, p295.

²- الطيب زروقي، المرجع السابق، ص 215.

³- الطيب زروقي، المرجع السابق، ص 215.

الباب الثاني

القانون الواجب التطبيق على

الأموال المعنوية

بعد أن تأكد لنا في الباب الأول أن التقسيم التقليدي للحقوق أصبح لا يستوعب الأموال المعنوية التي ظهرت بفعل التطور التكنولوجي والاقتصادي، وفي إطار البحث عن بدائل للقاعدة محل الدراسة تناولنا في هذا الباب القانون المختص بحكم مسائل الملكية الفكرية والمسائل المرتبطة بالحقوق الشخصية، باعتبارها من الحقوق المعنوية الواجب حمايتها، ولكونها تنصب على نتاج الفكر والعقل وتتعلق بشخصية صاحبها. وفي معرض بحثنا عن هذا القانون شرعنا في دراسة النظريات الفقهية التي قيلت في هذا الصدد، ومدى تأثيرها في التشريعات الاتفاقية والوطنية في الفصل الأول.

وبسبب الطابع الدولي المميز لهذه الحقوق، وعجز المنهج التنزعي في حل إشكالات التنازع المتعلقة بهذا النوع من الحقوق، تناولنا في الفصل الثاني من هذا الباب القانون الواجب التطبيق على الحقوق المعنوية من خلال قواعد المنهج المباشر والمتمثلة في القواعد ذات التطبيق الضروري والقواعد الموضوعية المباشرة، وبالنظر للطابع الأمر لقواعد الملكية الفكرية وحرص المشرع الوطني الحفاظ على المبادئ الأساسية للمجتمع تناولنا دور النظام العام في حماية حقوق الملكية الفكرية ذات الطابع الوطني.

الفصل الأول: القانون المختص بحكم مسائل الملكية الفكرية والمسائل المرتبطة بالحقوق الشخصية.

لكون الحقوق المعنوية تنقسم إلى قسمين : حقوق الملكية الفكرية وحقوق شخصية، بحثنا في هذا الفصل على القانون الواجب التطبيق على حقوق الملكية الفكرية بشقيها : حقوق الملكية الأدبية والفنية، وحقوق الملكية الصناعية، ولإدراج الديون الشخصية بشقيها : الديون العادية والديون الثابتة في أوراق مالية قابلة للتداول ضمن الحقوق المعنوية سعينا إلى البحث عن القانون الواجب التطبيق على هذا النوع من الحقوق بالنظر إلى مصدرها- العقد، الفعل الضار، الفعل النافع-، أو بالنظر إلى ثبوتها في أوراق مالية قابلة للتداول.

المبحث الأول: قاعدة التنازع التي تحكم مسائل الملكية الفكرية.

بعد تتبعنا للنظريات الفقهية التي قيلت بشأن القانون الواجب التطبيق على حقوق الملكية الفكرية، اقتصرنا على دراسة قانون بلد الأصل-المنشأ- وقانون بلد طلب الحماية، باعتبارهما الأكثر انتشارا وإعمالا لدى الفقه والتشريعات الوطنية وكذا الاتفاقيات الدولية المختصة بهذا الشأن للوصول إلى ضابط الإسناد الملائم لكل نوع من حقوق الملكية الفكرية.

المطلب الأول: ضوابط تحديد القانون الذي يحكم مسائل الملكية الفكرية.

لقد اختلفت الاتجاهات الفقهية بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات الملكية الفكرية بالنظر للطبيعة الخاصة لهذه الحقوق التي لها قابلية للانتشار والاستعمال في دول مختلفة، كما أنها تصلح لأن تكون محلا لعلاقات دولية خاصة.

وبناءً على ذلك، لم يستقر الفقه ولا حتى القضاء والتشريعات المقارنة على قانون واحد يحكم حقوق الملكية الفكرية، حيث اختلفت الاتجاهات الفقهية بشأن القانون الواجب تطبيقه في النزاع المتعلق بحقوق الملكية الفكرية، وانجر على إثره تعدد النظريات الفقهية التي قيل بها في هذا الشأن، ما بين نظرية قانون بلد الأصل- بلد المنشأ- ونظرية قانون بلد طلب الحماية، أي قانون الدولة المطلوب تقرير الحماية بها، ونظرية التطبيق الجامع للنظريتين، لذا يتعين علينا إقامة مقارنة بين هذه

النظريات للوصول إلى ضابط الإسناد الأصل والأفضل والأكثر ملائمة لحماية حقوق الملكية الفكرية بأنواعها المختلفة، من حيث رعاية مصالح الأشخاص المبدعين والمخترعين وجبر الضرر عنهم وتعويضهم سواء ماديا أو معنويا أو كلا التعويضين معا على النحو التالي :

الفرع الأول: نظرية قانون بلد الأصل (بلد المنشأ).

نتطرق في هذا الفرع إلى المقصود بقانون البلد الأصل، وماهي الحجج التي قال بها أنصار هذا الرأي والانتقادات التي وجهت إلى هذه النظرية على النحو التالي.¹

أولا : المقصود ببلد الأصل-بلد المنشأ.

إن التطورات الحديثة في قوانين الملكية الفكرية²، والحرص الكبير من طرف مختلف دول العالم والمصنعة منها خاصة على أحكام القواعد القانونية التي جاءت بها مختلف المعاهدات الدولية التي لها صلة بحقوق الملكية الفكرية، كل هذا لم يمنع تدخل قواعد الإسناد التقليدية في فض مختلف مجالات تنازع القوانين في العلاقات الدولية الخاصة التي موضوعها حقوق الملكية الفكرية.³

وبناءً على ذلك، لم يستقر الفقه ولا حتى القضاء على قانون واحد يحكم حقوق الملكية الفكرية، حيث اختلف الفقهاء بشأن القانون الواجب تطبيقه في النزاع المتعلق بحقوق الملكية الفكرية، وانجر على إثره تعدد النظريات الفقهية التي قيل بها في هذا الشأن، ما بين نظرية قانون بلد الأصل-بلد المنشأ- ونظرية قانون بلد طلب الحماية أي قانون الدولة المطلوب تقرير الحماية بها، ونظرية التطبيق الجامع للنظريتين.

¹ - الموقع الرسمي للجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي <https://eur-lex.europa.eu/oj/direct-access.html>.

² - تُعرف الملكية الفكرية على أنها النتاج الفكري للإنسان نتيجة لجهوده الذهنية، ويتجسد هذا النتاج في أشياء ملموسة كالمؤلفات الأدبية والمنتجات الصناعية والتجارية.

³ - خالد عبد الفتاح محمد خليل، مشكلات إنفاذ وتنازع قوانين الملكية الفكرية، دراسة مقارنة في ضوء أحكام القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية وقواعد تنازع القوانين، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2017، ص75.

ويقصد بقانون بلد الأصل، الدولة التي نُشر فيها الإنتاج الفكري لأول مرة، أو تلك التي يحمل مبتكر العمل جنسيتها أو له موطن ثابت بها وهذا في حالة عدم نشر العمل الفكري¹؛ أي أنه في هذه الحالة فإن دولة العمل الأصلي تعني الدولة التي يحمل جنسيتها أو يتوطن فيها الشخص الذي قام بالإنتاج الذهني-الفكري².

وحرى بالذكر، أنه تم اعتماد معيارين لتحديد بلد المنشأ، أحدهما إقليمي والآخر شخصي، فلا ضير أن نبين هذين المعيارين وذلك من خلال التفرقة بين اتفاقيتي باريس للملكية الصناعية وبرن لحماية الملكية الأدبية والفنية، على النحو التالي³ :

أ- المعيار الإقليمي لبلد المنشأ :

استعانت اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية بضابطين لتحديد المقصود بالمعيار الإقليمي، الضابط الأول هو مكان وجود المنشأة سواء صناعية كانت أو تجارية، حيث حددت هذا المكان بدولة الإتحاد التي يكون للشخص الذي يقدم طلب إيداع منتجته الفكري- ملكية صناعية أو تجارية، سواء تمثل ذلك في رسم أو نموذج صناعي، حيث قدرت هذه الاتفاقية بأن الدولة المذكورة هي الدولة الأكثر وفرة بأن يستغل مقدم الطلب ما يملك من حقوق صناعية أو تجارية، فلا يحق له أن يجعل دولة أخرى هي دولة الأصل وذلك طبعاً إذا توفر الضابط المذكور-دولة المنشأة الصناعية أو التجارية حقيقية وفعالة-.

¹ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج2، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ط7، الهيئة العامة المصرية للكتاب، القاهرة، ص 403. نقلا عن : مقدم ياسين، تنازع القوانين في الملكية الفكرية، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والاتفاقيات الدولية، أطروحة دكتوراه في الحقوق قسم القانون، جامعة الجزائر 01، بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، الجزائر، 2018/2017، ص 36.

² أشرف وفا محمد، تنازع القوانين في مجال الحقوق الذهنية للمؤلف، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص9. نقلا عن : رامي سمير كمال الصويص، تنازع القوانين في مجال حق المؤلف، دراسة مقارنة، قدمت هذه الأطروحة استكمالاً للحصول على درجة دكتوراه فلسفة في القانون الخاص، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، كلية الدراسات القانونية العليا، عمان، 2005/2004، ص 40.

³ عبد الكريم محسن أبو دلو، تنازع القوانين في الملكية الفكرية، دراسة مقارنة، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2004، ص ص 197-199.

أما الضابط الثاني لتحديد بلد المنشأ هو مكان الإقامة-، حيث حددته الاتفاقية المذكورة بدولة الاتحاد التي يوجد فيها محل إقامة الشخص مقدم الطلب إذ لم يكن له منشأة داخل الاتحاد، إلا أن الإشكال يكمن في الفرض الذي يكون فيه للشخص مقدم الطلب أكثر من ضابط لتحديد دول المنشأ، لذا قرر بعض الفقه أمام هذا الفرض أن اختيار دولة المنشأ يرجع لإرادة الشخص صاحب العلاقة.

هذا بالنسبة لاتفاقية باريس لحماية الملكية الفكرية، أما بالنسبة لاتفاقية برن لحماية الملكية الأدبية والفنية فاعتمدت هذه الأخيرة دولة المنشأ هي مكان نشر المصنف؛ أي أنه الدولة التي تم نشر المصنف لأول مرة هي دولة المنشأ، طبعاً يجب أن تكون هذه الدولة من ضمن دول الاتحاد - الدول المنضمة إلى الاتفاقية-.

وفي نفس السياق، إذا نشر المصنف في أكثر من دولة في آن واحد¹، فالعبرة بالدولة التي يمنح تشريعها مدة حماية أقصر مقارنة بالمدد المختلفة للدول الأخرى المنضمة للاتفاقية، أما في الحالة التي يكون فيها النشر في آن واحد في دول خارج الاتحاد ودول داخل الاتحاد فدولة المنشأ تكون من بين الدول الاتحاد.

ومن تطبيقات المعيار الإقليمي، مكان موقع المصنف وهذا يكون بالنسبة للمصنفات الثابتة كأن يكون المصنف متعلق بأعمال تخص العقار، كالمصنفات المعمارية المقامة في إحدى الدول المنضمة للاتفاقية أو أعمال أخرى تخص المباني، حيث يعتقد بعض الفقه أن ذلك جاء تأثراً بالقواعد

¹ - "يعتبر منشور في آن واحد في عدة دول كل مصنف ظهر في دولتين أو أكثر خلال ثلاثين يوماً من تاريخ نشره لأول مرة"، المادة 05 فقرة 04 من اتفاقية برن 1986، التي انضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 97-341 المؤرخ في 13 سبتمبر 1997 الصادر بالجريدة الرسمية العدد 61 بتاريخ 14 سبتمبر 1997، والمتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مع التحفظ إلى اتفاقية برن، حيث تنص المادة الأولى منه على: "تنظم الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مع التحفظ إلى اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية المؤرخة في 09 سبتمبر سنة 1986 والمتممة بباريس في 04 مايو سنة 1896 والمعدلة ببرلين في 13 نوفمبر 1908 والمكملة ببرن في 20 مارس 1914، والمعدلة بروما في 02 يونيو سنة 1928 وبروكسل في 20 يونيو 1948 واستوكهولم في 14 يوليو 1967 وباريس في 24 يوليو 1971 والمعدلة في 28 سبتمبر 1979، وتنتشر هذه الاتفاقية في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية".

العامة لتنازع القوانين التي تقضي بتطبيق قانون الموقع بالنسبة للعقار بسبب التصاقها بدولة الموقع. وأيضا من تطبيقات المعيار الإقليمي هناك المصنفات السينمائية، فمحل إقامة منتج هذه الأعمال أو مقر شركته السينمائية الذي يجب يكون في دولة من الدول المنضمة -دولة الاتحاد- هي دولة المنشأ، لهذا السبب يرجح كفة محل الإقامة أو المقر على كفة الجنسية، حيث يمكن أن يكون للطالب أكثر من جنسية وبالتالي يخلق مشكلات عدة في تحديد بلد المنشأ¹.

ب- المعيار الشخصي لبلد المنشأ :

ثمة معيار آخر لتحديد بلد المنشأ هو المعيار الشخصي-رابط الجنسية-، والذي تبنته أحيانا الاتفاقيتين -اتفاقية باريس واتفاقية برن- على النحو التالي² :

1- بالنسبة لاتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية، فجعلت من ضابط جنسية طالب إيداع علامة تجارية أو رسم أو نموذج صناعي، كدولة منشأ بناء على رابط الجنسية المذكور؛ أي أن دولة المنشأ هي دولة الاتحاد التي ينتمي إليها هذه الأخير بجنسيته وذلك في الحالة التي لا يكون لهذا الشخص مقدم الطلب أي منشأة أو محل إقامة داخل الاتحاد وكان من رعايا إحدى دول الاتحاد.

2- بالنسبة لاتفاقية برن، فاعتدت هذه الأخيرة بالمعيار الشخصي إلى جانب المعيار الإقليمي في تحديد المقصود بدولة المنشأ، تجنبا لبعض عيوب المعيار الإقليمي؛ كالحالة التي يكون فيها دولة المنشأ غير عضو في الاتفاقية خاصة في الفرض الذي يكون فيه المصنف غير منشور، أو نشر في دولة خارج دول الاتحاد، فجعلت في هذه الحالة من الدولة التي ينتمي إليها صاحب الإبداع الفكري بجنسيته هي دولة المنشأ، إلا أن هذا التوجه الذي اتخذته اتفاقية برن قوبل بالنقد على أساس أن النتيجة المتوصل إليها غير منطقية، لأن الاتفاقية سبق وأن اعتمدت بلد أول نشر في المعيار الإقليمي، بأنه بلد المنشأ ثم لجأت في نفس الوقت إلى معيار آخر يتنافى مع المعيار الأول لتحديد ذلك البلد غير

¹ - عبد الكريم محسن أبو دلو، نقلا عن Fawcett James and Torrereans Paul, Intellectual Property and Private International law, Oxford University Press, London, 1998, p465، وكلود كولومبييه، المبادئ الأساسية لحق المؤلف والحقوق المجاورة، ترجمة المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، باريس، 1995، ص 143.

² - عبد الكريم محسن أبو دلو، تنازع القوانين في الملكية الفكرية، المرجع السابق، ص 200.

آبه بما يترتب على وقوع أول نشر لذلك المصنف في بلد آخر ليس طرفا فيها، حيث كان على الاتفاقية لتجنب كل هذا اعتمادها على معيار ثابت في تحديد بلد المنشأ.

ثانيا : الحجج المؤيدة لتطبيق نظرية بلد المنشأ.

تمسك الفقه القديم بهذه النظرية ودافع عنها منذ نشأة فكرة تنازع القوانين، ونقطة الانطلاق تكمن في اعتبار أن هذا النوع من الحقوق هو جزء من نظام الأموال، مما يوجب تطويع قاعدة الإسناد التقليدي الخاصة بالأموال والتي هي قاعدة قانون موقع المال -قانون دولة الموقع-، لتشمل هذا النوع الحديث من الأموال باعتباره ضابطا يربط بين دولة الموقع والحق الفكري.¹

هذا من جهة، ومن جهة أخرى يرى أنصار هذه النظرية أن تطبيقها يستند إلى عدة تبريرات، نستعرضها على النحو التالي² :

أن الدولة الأصلية -دولة المنشأ-، هي الدولة التي نشر فيها أول مرة المصنف بالنسبة لحقوق الملكية الأدبية والفنية³، وهي كذلك الدولة التي تمنح براءة الاختراع أو التي قدم فيها طلب تسجيل

¹ - عبد الكريم محسن أبو دلو، تنازع القوانين في الملكية الفكرية، أطروحة دكتوراه، المرجع السابق، ص 17.

² - خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص 80-81.

³ - حقوق الملكية الأدبية والفنية واسعة جدا ولا يمكن حصرها، لأنه مع مرور الوقت والتقدم التكنولوجي الهائل دائما ما تظهر أصناف من الملكية الأدبية والفنية، لذا يلاحظ أن معظم التشريعات لم تقم بتحديد هذا النوع من المصنفات ولم توردها على سبيل الحصر بل أرادت ذلك على سبيل المثال، تاركة المجال لأي مصنفات تظهر مستقبلا لتتمتع بالحماية، لذا سنذكر بعض المصنفات المشمولة بالحماية في معظم التشريعات : حيث نص المشرع الجزائري في المادة 04 من الأمر 05/03 المذكور أعلاه، وتنقسم إلى قسمين : القسم الأول هو حق المؤلف : الذي يعتبر ذلك الحق الناتج عن إبداعه الفكري حيث يخول له القانون سلطة ممارستها المؤلف وهي كذلك مجموعة المزايا الأدبية والمالية التي تقرر للشخص المؤلف سواء كان كاتب أو عالم أو فنان أو رسام ... إلخ، على أعماله التي أبتكرها والمذكورة على سبيل المثال في أغلب التشريعات المقارنة كالطبع للأعمال الأدبية والفنية والدرامية والموسيقية بما في ذلك التسجيلات الصوتية وبرامج الحاسوب وتشمل أيضا حقوق النشر ونسخ الكتب والروايات والقصائد. إذا هي الحقوق التي تحمي المواد المكتوبة كالكتب، والمواد الفنية الأدبية كالمسرحيات والموسيقى، والقسم الثاني هو الحقوق المجاورة لحق المؤلف التي هي الحقوق الخاصة بالأشخاص الذين تدور أعمالهم في فلك استغلال المصنف الأدبي أو الفني وذلك بالعزف أو الأداء لمصنفات فكرية أو مصنفات من التراث التقليدي على سبيل المثال، أو من خلال إنتاج تسجيلات سمعية أو تسجيلات سمعية بصرية تتعلق بهذه المصنفات كما ورد في المادة 107 والمادة 108 من الأمر 05/03 المتضمن حقوق المؤلف والحقوق المجاورة. كما ورد لها تعريف في الموقع الرسمي لمنظمة العالمية، WIPO كما يلي : "هي مجموعة منفصلة من الحقوق التي تكتسي

العلامة التجارية أو الرسم أو النموذج الصناعي، بالنسبة لحقوق الملكية الصناعية¹، فلا يتحقق الأمان القانوني لأطراف العلاقة إلا بالرجوع إلى قانون ميلاد الأعمال المذكورة، وذلك بالنظر إلى القواعد العامة بالنسبة للحقوق المكتسبة وفقا لقانون هذه الدول؛ أي أنالأخذ بنظرية بلد الأصل من شأنه أن يوفر الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة وهذا يضمن للمؤلف أو المخترع حماية حقوقهما الأدبية والفنية أو الصناعية.

ومن جهة أخرى، ينتج عن تطبيق نظرية بلد المنشأ-الدولة الأصل - توحيد حلول تنازع القوانين في مجال الملكية الفكرية، ويعلمه الطالب - صاحب الإبداع الفكري مقدم طلب التسجيل، وبهذه المثابة : "يحدد قانون دولة المنشأ من هو المؤلف أو صاحب الحق المجاور في حقوق الملكية الفكرية، كما يبين المبتكر وصاحب الحق في العلامة أو الاسم التجاري في حقوق الملكية الصناعية أو أي حق من هذا الصنف، وحقوق هؤلاء والمدة المقررة لحماية الحق والمزايا المالية، والتعويضات المقدرة عند الاعتداء على هذه الحقوق أو النيل منها، وكيفية جبر الضرر المادي والمعنوي. يضاف إلى ذلك تدليل الصعوبات والعوائق أو النزاعات التي تدور حول تحديد القانون الواجب التطبيق، حتى في حالة التعدي على حقوق الملكية الفكرية في الدول الأخرى، حيث يؤدي الرجوع إلى قانون الدولة

طابع حق الملكية وتمنح لبعض الأشخاص أو الهيئات التي تساعد على إتاحة المصنفات للجمهور. والمستفيدون من الحقوق المجاورة في التشريعات الوطنية هم عادة فنانون الأداء ومنتجو التسجيلات الصوتية وهيئات البث"؛ إذا أصحاب هذه الحقوق هم من يقومون بنقل المصنف إلى الجمهور، بصفتهم أشخاص طبيعيين أو اعتباريين، بن عيادة جلية، التنظيم القانوني للحقوق المجاورة لحق المؤلف، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 01، جامعة بومرداس، الجزائر، 2020، ص 25. وبوراوي أحمد، الحماية القانونية لحق المؤلف = =والحقوق المجاورة في التشريع الجزائري والاتفاقيات الدولية، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية، جامعة باتنة 1، الجزائر، 2015/2014، ص 95. وكنتزة مباركي، حماية حق المؤلف في المؤلفات متعددة الوسائط في التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، مجلة الرواق للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة غليزان، المجلد 07، العدد 01، الجزائر، 2021، ص 636.

¹ - حقوق الملكية الصناعية، يدخل تحت مظلة الملكية الصناعية كل من العلامة التجارية، براءة الاختراع، الرسم والتصميمات والنماذج الصناعية والتصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة، والتي سيأتي التفصيل فيها والقانون الواجب التطبيق عليها في العناوين القادمة.

الأصلية للعمل إلى فض مجالات التنازع بين القوانين الأجنبية وتطبيق قانون محدد على هذه النزاعات".

كما أنه إذا نظرنا إلى قانون بلد الأصل-المنشأ- من ناحية حقوق الملكية الأدبية والفنية، فإن النشر¹، هو الذي يجعل الإنتاج الذهني له قيمة مالية ويدخل في دائرة الحقوق المالية وتخرج الفكرة إلى الواقع المحسوس ونفس الشيء بالنسبة لحقوق الملكية الصناعية، فهو البلد الذي يودع فيه الطالب، طلب تسجيل العلامة التجارية أو الاسم أو النموذج الصناعي. كما أن ضابط الإسناد المذكور - بلد المنشأ- هو ضابط ثابت لا يتغير²، في العادة المؤلف ينشر مصنفة في الدولة التي توفر له شروط النجاح والانتشار الجيد لمصنفة³.

ويتخذ تطبيق هذه النظرية عدة مظاهر على المستويين الدولي والداخلي، فعلى المستوى الدولي كان لهذه النظرية صدى لدى بعض الاتفاقيات، منها الاتفاقيات الدولية المعقودة بين الدول الأمريكية، كاتفاقية منتفديو بشأن توحيد قواعد تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي في مختلف المسائل المتعلقة بالملكية الأدبية والفنية والمسائل المدنية والمهن الحرة المبرمة بين دول أمريكا الجنوبية لسنة 1889.⁴

¹ - كما سبق الإشارة أن معيار النشر ليس هو المعيار الوحيد بل توجد عدة معايير تتدخل في تحديد بلد الأصل بالنسبة لحق المؤلف، كونه كان محل اعتراض ونقد من قبل جانب من الفقه وذلك للأسباب التالي : أنه يوجد هناك اختلاف حول تعريف النشر وشروطه خاصة في الدول الغير منضمة==للالاتفاقيات النازمة لحقوق الملكية الأدبية والفنية كاتفاقية برن، كما أن أول نشر قد يقع في عدة دول في آن واحد خاصة مع التقدم التكنولوجي الحاصل - المصنفات الإلكترونية-، كما أنه يمكن للمؤلف أن لا يضع مؤلفه للنشر ويكتفي بإيداعه فقط، كذلك في الفرض الذي يكون النشر في دولة ما بصورة عرضية من طرف المؤلف كتواجده في دولة تشتهر فيها دور النشر، ومن المعايير التي يمكن من خلالها تحديد بلد الأصل معيار مدة الحماية حيث يتجه كثير من الفقه أن قانون الدولة التي يقرر قانونها المدة الأقصر لحماية المؤلف هي دولة المنشأ ويستند هذا الرأي على اتفاقيتي برن وجنيف لكن في حالات فقط نظرا للانتقادات الموجهة لهذا المعيار حيث أنه من غير المقبول أن يلجأ القاضي لكل الدول التي يتم فيها النشر في آن واحد وإجراء مقارنة بين قوانينها للتعرف أحكامها واختيار أيها يقرر حماية أقصر، عبد الكريم محسن أبو دلو، تنازع القوانين في الملكية الفكرية، أطروحة دكتوراه، المرجع السابق، صص 25-26.

² - راضي نبيه راضي علوانة، المرجع السابق، صص 74-75.

³ - راضي سمير كمال الصويص، المرجع السابق، صص 46-47.

⁴ - عبد الكريم محسن أبو دلو، تنازع القوانين في الملكية الفكرية، أطروحة دكتوراه، المرجع السابق، صص 18.

والقضاء من جانبه لم يهمل هذه النظرية واعتنقها في عدة مناسبات حيث تبنتها بعض أحكامه، ومن بين هذه الأحكام نذكر: "حكم محكمة النقض الفرنسية الصادرة في 22 ديسمبر 1959 في حكم، حيث تلخص وقائع القضية بقطعة موسيقية لفنانين روس اشتركوا في تأليفها وقدمت في عرض سينمائي أمريكي تم في فرنسا، ثم نشأ بشأنها نزاع قانوني، حيث رفضت محكمة الطعن المقدم على حكم محكمة استئناف باريس، وانتهت إلى تطبيق القانون الروسي الخاص بحق المؤلف لأنه قانون الدولة الأصلية للعمل، وأيدت المحكمة هنا حكم محكمة الاستئناف في تطبيق قانون الدولة الأصلية للعمل الذي هو القانون الروسي الخاص بحق المؤلف. كما قضت محكمة استئناف باريس في قضية مماثلة بمناسبة حكمها الصادر بتاريخ 06 جوان 1989، بأن حقوق المؤلف يحددها قانون الدولة الأصلية.¹

وفي نفس السياق كذلك اعتنق القضاء الفرنسي قانون الدولة الأصلية للعمل - بلد المنشأ-، حيث كان ذلك بمناسبة مسألة قانونية دولية خاصة تلخص وقائعها: "أن أحد استوديوهات رومانيا كان قد أنتج فيلما للمنتج بيسولونيسكو، لحساب شركة إنتاج أمريكية وفي عقد يهدف لاستغلال الفيلم في الدول الناطقة بالفرنسية، تنازل المدعي المذكور عن الفيلم لشركة التوزيع الأمريكية، فيما تضمن العقد بندا بمقتضاه يحق للمتنازل إليه أن يعدل وأن ي حذف في الفيلم وفق ما يراه مفيدا لعرضه وتسويقه، حيث قامت الشركة الموزعة بالتعديل فعلا للفيلم تعديلا كبيرا انطوى على تغيير كامل في محتواه، وعلى إثر ذلك قام المدعو بيسولونيسكو برفع دعوى أمام القضاء الفرنسي بغية الحكم له بأن الفيلم قد تم تغيير محتواه على نحو أدى إلى إفساده، غير أن المحكمة الفرنسية المرفوع إليها (محكمة باريس) لم تستجيب إلى هذا الطلب للمدعي، مقررة عدم أحقيته في دعواه لعدم توافر صفة المؤلف لديه بالتطبيق لأحكام القانون الروماني بوصفه قانون الدولة الأصلية التي تم نشر وإصدار الفيلم بها

¹ - خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص 83.

لأول مرة، إذ يقضي هذا القانون بثبوت صفة المؤلف حال الارتباط بعلاقة عمل وقيام المنتج للعمل بابتكاره أثناء تأدية وظيفته، وليس لمن قام بالابتكار وإنما للأستوديو الذي يؤدي العمل لمصلحته".¹

ثالثاً : موقف التشريعات المقارنة من النظرية.

تبنت بعض التشريعات المقارنة الغربية منها والعربية فكرة قانون بلد الأصل، نذكر منها قانون حق المؤلف والنماذج والبراءات بالمملكة المتحدة، حيث نصت المادة 153 منه على أنه : "من موجبات منح الحماية القانونية للمصنف كون الأخير قد تم نشره لأول مرة بالمملكة المتحدة" The work will be granted copyright protection if ..., or the work is first published in Britain", والموقف ذاته سارت عليه دولة البرتغال في قانونها المدني وقانون حق المؤلف اليوناني في مادته 67 فقرة 1.²

كما نصت المادة 82 فقرة 02: "تخضع حقوق الملكية الأدبية والفنية لقانون بلد أول نشر للمصنف، فإذا لم يحصل النشر طبق قانون جنسية المؤلف".

ومن التشريعات العربية التي اندفعت بقوة نحو هذه لنظرية، نجد المشرع العراقي في المادة 49 من قانون حماية حق المؤلف رقم 3 لسنة 1971 المعدلة بموجب أمر سلطة الائتلاف المؤقت رقم 83 سنة 2004، والتي تنص على أنه : "تسري أحكام هذا القانون على مصنفات المؤلفين العراقيين والأجانب التي تنشر أو تمثل أو تعرض لأول مرة في جمهورية العراق، وكذلك على مصنفات المؤلفين العراقيين والأجانب التي تنشر أو تمثل أو تعرض لأول مرة في بلد أجنبي، وتشمل حماية حق المؤلف

¹ - جمال محمود الكردي، حق المؤلف في العلاقات الخاصة الدولية والنظرة العربية والإسلامية للحقوق الذهنية في منظومة الاقتصاد العالمي الجديد، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 77 نقلاً عن : مقدم ياسين، المرجع السابق، ص 38.

² - Paul Tormans, Choice of law in EU Copyright directives : Research handbook on the future of EU Copyright, Edward Elgar, United Kingdom, 2009, p.457,458. و Axel Metzger, Applicable Law under the clip principles : a pragmatic Revolution of Territoriality, Mohrsiebeck, garmany, 2010, p4 : نقلاً عن : هايدي عيسى حسن علي حسن، تنازع القوانين في مسائل الملكية الفكرية، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق قسم القانون الدولي الخاص، جامعة القاهرة، 2017.2018، ص 111.

والحقوق المجاورة بموجب هذا القانون الأجانب سواء أكانوا أشخاص طبيعية أو معنوية على أساس لا يقل عما هو مناسب أن يمنح للمواطنين العراقيين فيما يتعلق بالحماية والتمتع بحقوق الملكية الفكرية الأخرى وأية مزايا من هذه الحقوق".¹

والمشرع القطري في المادة 05 من القانون 07-2007 بشأن حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة التي تنص على أنه: "تسري أحكام هذا القانون على ما يلي: ... المصنفات التي تنشر لأول مرة داخل دولة قطر، والمصنفات التي نشرت للمرة الأولى في دولة أخرى...".²

ومن التشريعات العربية أيضا التي أقرت قانون بلد الأصل ونصت صراحة على إتباعه، القانون الكويتي الذي ينص في مادته 57 من المرسوم الأميري رقم 05 لعام 1961 على أنه: "يسري على الملكية الأدبية والفنية قانون بلد النشر الأول أو قانون بلد الإخراج الأول".³

في الجزائر تبني المشرع الجزائري نظرية قانون بلد الأصل، وهذا ما نلاحظه من خلال المادة 17 مكرر التي تنص على أنه: "يسري على الأموال المعنوية قانون محل وجودها ... يعد محل وجود الملكية الأدبية والفنية مكان النشر الأول للمصنف أو انجازه".

ويعد محل وجود براءة الاختراع البلد الذي منحها...".

الملاحظ من خلال نص المادة المذكورة، أن المشرع الجزائري تبني نظرية بلد الأصل، حيث تضمن نص المادة 17 على ضابط إسناد ثابت، وبالتالي حصول الحق محل المسألة الدولية الخاصة على نفس الحلول في جميع الدول، خصوصا وأن المشرع الجزائري لا يميز بين العمل الذي تم نشره فعلا أو الذي لم ينشر بعد، ولا يميز أيضا بين الشخص الوطني والأجنبي، فالحقوق مكفولة لكليهما على حد سواء، على غرار ما أخذ به المشرع الفرنسي في قانون حق المؤلف الفرنسي لعام 1964.

¹ - المادة 49 من قانون حماية حق المؤلف رقم 3 لسنة 1971 المعدلة بموجب أمر سلطة الائتلاف المؤقت رقم 83 سنة 2004.

² - المادة 05 من القانون 07-2007 بشأن حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة، نقلا عن حبيب عبيد مرزح العماري، عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، تنازع الاختصاص التشريعي بشأن حق المؤلف واستغلاله، مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، المجلد 27 العدد 03، العراق، 2019، ص 90.

³ - عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 294.

جاء نص المادة 03 من الأمر 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة¹، على أنه :
 "تمنح كل صاحب إبداع أصلي لمصنف أدبي أو فني الحقوق المنصوص عليها في هذا الأمر. تمنح الحماية مهما يكن نوع المصنف ونمط تعبيره ودرجة استحقاقه ووجهته، بمجرد إبداع المصنف سواء كان المصنف مثبتاً أو بأية دعامة تسمح بإبلاغه إلى الجمهور".

رابعا: تقدير النظرية.

قام الفقه المعارض لهذه النظرية بدحض الحجج التي قدمها الفقه المؤيد لها، سواء بالنسبة لحقوق الملكية الأدبية والفنية أو بالنسبة لحقوق الملكية الصناعية وفق الآتي :

أ- في مجال حقوق الملكية الأدبية والفنية :

في ظل التقدم التكنولوجي الهائل وظهور ما يسمى بالمصنفات الرقمية²، التي أصبح من الممكن نشرها في آن واحد وبكبسة زر في جميع دول العالم، وهذا ما يقزم فكرة النشر ومكانه، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنه يمكن أن يكون أول نشر بصورة عرضية أو بمحض الصدفة³، وهذا لا يعبر فعلا عن رابطة حقيقية بين المصنف والدولة التي وقع فيها أول نشر.

¹ - الأمر رقم 05/03 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق لـ 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، الجريدة الرسمية العدد 44 بتاريخ 23 يوليو 2003.

² - لم يعرف المشرع الجزائري المصنف الرقمي عكس بعض التشريعات المقارنة على غرار المشرع المصري الذي عرف في المادة 138 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم 82 المؤرخ في 02 جوان 2002 "كل عمل مبتكر أدبي أو فني أو عملي أيا كان نوعه أو طريقة التعبير عنه أو أهميته أو الغرض من تصنيفه"، والملاحظ أن المصنف الرقمي لا يختلف عن المصنف التقليدي إلا من حيث الوسيلة التي يتم من خلالها عرضه على الجمهور أو نشره وهي الوسائل التكنولوجية الحديثة مصل الكمبيوتر والانترنت، سامية كسال، الحماية القانونية للمصنفات الرقمية، دراسة مقارنة، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 01 العدد 06، الجزائر، 2018، ص 33.

³ - راضي نبيه راضي علوانة، المرجع السابق، ص 76.

كما أنه بالنسبة للمصنفات الموسيقية والسينمائية فطبيعتها الخاصة تفرض عرضها في دور السينما والمهرجانات في دول لا ترتبط بالمؤلف أو المصنف بأي صلة، وعلى هذا فإن الأخذ بنظرية بلد الأصل يتوقف على الصدفة التي أدت إلى اختيار الدولة المحتضنة للتظاهرة-المهرجان-¹ ضف إلى ذلك فإن تحديد قانون بلد الأصل يطرح صعوبة في الفرض الذي لم تنشر فيه، أو كما رأينا سالفا في الفرض الذي تنشر فيه المصنفات في أكثر من دولة في نفس الوقت²، وهناك وجه آخر من النقد طال نظرية قانون بلد الأصل بالنسبة لهذا النوع من الحقوق، وهو خاصة بالنسبة لحق المؤلف، حيث أن الأخذ بقانون بلد الأصل في بلد لا يساوي بين حقوق الوطنيين والأجانب من شأنه إهدار حقوق المؤلفين الجانب في هذه الدول.³

ونافلة القول أنه تظهر بعض الصعوبات في التطبيق العملي لقانون الدولة الأصلية للعمل، لأن من الناحية العلمية ممكن أن يتم نشر المصنف في عدة دول في آن واحد، وهذا يجزنا إلى ضرورة العدول على تطبيق نظرية قانون بلد الأصل منفرة في كل المسائل الخاصة بحقوق الملكية الأدبية والفنية، بل يجب الاستعانة بنظريات أخرى لحل بعض المسائل القانونية الدولية الخاصة التي يكون موضوعها هذا النوع من المنازعات.

ب- في مجال حقوق الملكية الصناعية.

يرى بعض الفقه أن تطبيق قانون بلد الأصل- بلد المنشأ- لا يتماشى مع ما جاء في الاتفاقيات الدولية النازمة لحقوق الملكية الفكرية، كاتفاقية برن حيث أن هذه الاتفاقية تنص في قواعدها على اللجوء إلى هذه النظرية كاستثناء وليس كقاعدة عامة، كما أن طبيعة حقوق الملكية الصناعية تتعارض مع الأخذ بنظرية قانون بلد الأصل، ذلك أن معظم الدول تضع شروط يجب على الطالب

¹ - عامر محمود الكسواني، القانون الواجب التطبيق على مسائل الملكية الفكرية، ط.1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص ص 417-418.

² - سنين الحلول لهذه الفروض وذلك في العناوين القادمة عندما نكون بصدد تبيان مجالات تطبيق ضابط الإسناد الأكثر ملائمة بالنسبة لمسائل تنازع القوانين في الملكية الفكرية.

³ - هايدي عيسى حسن علي حسن، المرجع السابق، ص 117.

القيام بها قبل المطالبة بالحماية القانونية لحقوقه الفكرية، وفي حالة عدم قيامه بذلك فلن يعترف له بهذا الحق في تلك الدولة، إضافة إلى أن حماية هذه الحقوق تتعلق بالأمن المدني والصناعي لهذه الدول مما يتوجب عليها حمايتها عن طريق تطبيق قانونها الوطني دون القوانين الأجنبية.¹

بالرغم من الانتقادات الموجهة لنظرية قانون بلد الأصل - دولة المنشأ - إلا أنها بقيت في نظرنا صامدة إلى حد الساعة، والدليل على ذلك تبنيها في بعض المسائل القانونية من طرف الاتفاقيات الناظمة لحقوق الملكية الفكرية كاتفاقية برن لحقوق الملكية الأدبية والفنية واتفاقية باريس للملكية الصناعية، وكذلك تبنيها من طرف بعض الفقه والتشريعات المقارنة على غرار المشرع الجزائري كما سبق ذكره، وهذا نظرا للأسس المتينة التي تقوم عليها هذه النظرية لحماية قانونية أقوى لحقوق الملكية الفكرية بشقيها.

الفرع الثاني: نظرية قانون بلد طلب الحماية-الدولة المطلوب تقرير الحماية بها-

تبني الفقه الحديث نظرية جديدة وهي نظرية قانون الدولة المطلوب تقرير الحماية بها أو ما يصطلح على تسميته بدولة طلب الحماية، عكس ما استقر عليه الفقه التقليدي بخصوص أعمال قانون بلد الأصل، سنحاول من خلال هذا الفرع أن نبين هذه الفكرة الحديثة نسبيًا مقارنة بسابقتها- بلد المنشأ-، خاصة مع التطور الكبير في حقوق الملكية الفكرية بسبب التقدم التكنولوجي الهام الذي يشهده العالم المعاصر، وسنرى إذ كان بإمكان هذا التوجه أن يتخطى الانتقادات الموجهة للنظرية السالفة الذكر.

أولاً: المقصود بقانون بلد طلب الحماية.

لقد أعطيت عدت تسميات لهذه النظرية، بعض الفقه يطلق عليها اسم قانون الدولة بلد الحماية، والبعض الآخر يسميها قانون الدولة المطلوب الحماية فيها والبعض يطلق عليها اسم قانون الدولة المطلوب الحماية بها، إلا أن جميع هذه التسميات لها معنى واحد.

¹ - عبد الكريم محسن عواد أبو دلو، المرجع السابق، ص 33.

وعليه فالمقصود بقانون طلب الحماية هو : "قانون الدولة التي يلجأ إليها صاحب الحق الفكري طالبا للحماية"¹، ويعرفها الأستاذ ستوارت ستيفان، على لسان الأستاذ عبد الكريم محسن أبو دلو : "إن تطبيق قانون بلد طلب الحماية يعني أنه للأشخاص الذين يحميهم القانون أن يطالبوا بالحماية التي يمنحها قانون تلك الدول لمواطنيها"².

ولتبرير ذلك، يرى أنصار هذه النظرية أنها أنسب النظريات التي تحكم حقوق الملكية الفكرية، حيث أتبع تطبيقها، لتلافي العيوب التي ظهرت على نظرية قانون بلد الأصل، وهذا بشكل لافت للانتباه في آراء الأغلبية العظمى من رجال الفقه والقضاء والتشريعات المقارنة وكذا قرارات المؤتمرات العامة والمعاهدات الدولية المختصة في هذا المجال .

وما يلفت الانتباه أكثر، هو التساؤل حول المقصود بقانون بلد طلب الحماية، هل قانون القاضي أو قانون البلد الذي تم الاعتداء فيه على الحق؟ إذ قد يبدو للوهلة الأولى أن المقصود هو قانون دولة القاضي المعروض عليه النزاع، لأن صاحب الحق غالبا ما يلجأ إلى هذا القاضي ملتتمسا منه العدالة وتطبيق القواعد التي تحقق مصالحه، إلا أن البلد الذي تم على الاعتداء على الحق فيه هو غالبا البلد الذي تم فيه نسخ المؤلف بطريقة مخالفة للقانون أو دون رضا صاحب الحق، أو طبعه أو نشره بدون إذن منه، أو هو البلد الذي تم فيه استعمال العلامة التجارية، أو الاسم التجاري بدون وجه حق، كما يمكن أن يكون أيضا هو البلد تم استغلال الاختراع به وتطبيقه دون علم ورضا صاحبه- المبتكر- أو صاحب الحق في براءة الاختراع، لذا وجب علينا توضيح المقصود بقانون الدولة المطلوب الحماية بها وذلك في اتجاهين.³

¹ - هايدي عيسى حسن علي حسن، المرجع السابق، ص 145.

² - Stewart, Stephen, International Copyright and Neighbouring Rights, Butter Worth and Tanner, London, 1983, p40..61 نقلا عن : عبد الكريم محسن أبو دلو، المرجع السابق، ص 61.

³ - خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص 86.

1-الاتجاه المؤيد لترادف المصطلحين :

يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه لا يوجد فرق بين المصطلحين أي قانون بلد طلب الحماية (Loidu pays ou'la protection) وقانون القاضي (la loi du Juge) دون إعطاء ما يبرر هذا الاتفاق¹، باستثناء تبرير الحالة التي يطلب فيها صاحب الحق الفكري حماية حقه في نفس الدولة التي طلب فيها الحماية -دولة القاضي-، حيث يمكن في هذه الحالة أن يحل مصطلح قانون القاضي محل مصطلح قانون بلد الحماية لأنهما يعتبران قانوناً واحداً في الأصل. والفرض الذي "يطلب فيه صاحب الحق الفكري حماية حقه في نفس الدولة، لكن من غير المحكمة، إلا أن هذا الفرض نادر الوقوع في الحياة العملية"².

2-الاتجاه الراض لترادف المصطلحين :

يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه يوجد خلاف بين المصطلحين، بالرغم أنهم يقرون بتزواج قانون بلد طلب الحماية وقانون القاضي في أغلب الأحوال، لكن ليس بشكل مطلق، لأنه قد يظهر فارق بين المصطلحين أحياناً، كالفرض الذي يلجأ فيه الطالب-صاحب الحق الفكري- للدولة ما-غير الدولة التي سجل فيها براءة اختراعه- لطلب حماية حقه، وهنا يختلف قانون بلد طلب الحماية على قانون القاضي، كما أن يقوم المؤلف ببعض الإجراءات لحماية حقه، وذلك دون أن تحصل المنازعة في هذا الحق، فلا يكون هناك مجال لتطبيق قانون القاضي، وفي الفرض كذلك الذي يلجأ فيه المؤلف³ إلى محاكم الدولة التي يقيم فيها لإصدار حكم ضد محطة إرسال تلفزيوني مباشر بالأقمار الصناعية توجد في دولة أخرى، وسيختلف بذلك قانون بلد طلب الحماية عن قانون القاضي.⁴

¹ - عبد الكريم محسن أبو دلو، المرجع السابق، ص 60.

² - هايدي عيسى علي حسن، المرجع السابق، ص 155.

³ - يمكن تعميم المثال على جميع أصناف الملكية الفكرية، كما هو الحال بالنسبة لحقوق براءة الاختراع أو العلامة التجارية ... الخ.

⁴ - عبد الكريم محسن أبو دلو، المرجع السابق، ص 60، وهايدي عيسى علي حسن، المرجع السابق، ص 154.

ويتفق الأستاذ عبد الكريم محسن أبو دلو، مع الرأي الثاني إلى حد ما، بقوله "مع اتفاقي مع الرأي الثاني إلى حد ما، إلا أنني لا أعتقد بوجود مساحة واسعة من الاختلاف بين قانون بلد طلب الحماية وقانون القاضي، فالفارق بينهما يظهر عندما يتخذ صاحب الحق بعض الإجراءات فقط التي تضمن المحافظة على حقه دون أن يصل القضاء، وأيضا عندما يطبق القانون على ذلك الحق بهدف تقرير وجوده، مثل الإجراءات التي يقوم بها مكتب العلامة التجارية في وزارة الصناعة بهدف تسجيل العلامة التجارية فيطبق عليها أحكام قانونه الوطني، ولكن إذا وصل نزاع يتعلق بهذا الحق إلى القضاء فعندها سيتفق قانون بلد الحماية مع قانون القاضي ولا يكون بينهما أي فرق، وعليه فإن قانون القاضي يعد جزءا من قانون بلد طلب الحماية الدائرة الأوسع"¹، والمفهوم من كلام الأستاذ، أنه مع الاتجاه الوسط الذي يتفق مع الاتجاه الأول في بعض الفروض ويتفق مع الاتجاه الثاني في فروض أخرى يسمى هذا الاتجاه بالاتجاه الوسطي.

ثانيا :تقدير نظرية قانون بلد طلب الحماية.

يتضمن هذا العنصر توضيح مبررات النظرية ومن ثم نقدها.

1- المبررات التي ترجح تطبيق قانون بلد طلب الحماية :

- منطبق إرساء قواعد الأمن المدني داخل الدولة، لتعزيز توفير الحماية داخلها لمجموع عناصر الإبداع الفكري من حقوق الملكية الأدبية والفنية أو حقوق الملكية الصناعية. كما أن قانون بلد طلب الحماية يستجيب لمبدأ الإقليمية²، وبالتالي قانون الدولة المطلوب فيها الحماية لا يمتد تطبيقه خارج حدودها، حماية لأمنها المدني والاقتصادي لهذه الدول.

¹ - عبد الكريم محسن أبو دلو، المرجع السابق، ص 61.

² - غني عن البيان أن مبدأ الإقليمية هو تطبيق القانون بصورة إقليمية أي تطبيق القانون على كل المسائل التي تحدث داخل إقليم الدولة التي أصدرته، وفي صورة الفرع الذي نحن بصدد معالجته، يطبق القانون الإقليمي على كافة الاعتداءات على حقوق الملكية الفكرية بكل أصنافها، وحماية هذه الحقوق بتقرير الجزاءات المدنية والجنائية والإدارية، خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص 87، وجبران خليل ناصر، حماية الملكية الفكرية : حقوق المؤلف في ظل التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، أطروحة دكتوراه علوم في علم المكتبات والعلوم الوثائقية، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية قسم علم المكتبات والعلوم الوثائقية، جامعة وهران 1 أحمد بن بلة، وهران، الجزائر، 2018/2017، ص 16.

- الطابع الجنائي والإجرائي لنوعية الاعتداءات التي تطال حقوق الملكية الفكرية بأصنافها، يفرض تطبيق قانون بلد طلب الحماية، لأنه كما هو معلوم في الفكر القانوني أن الطابعين الإجرائي والجنائي هما من المسائل الإقليمية التطبيق، ونظرا للطابع العالمي لهذا النوع من الحقوق، كأن يمنح لجزائري براءة اختراع في ألمانيا، ويستغل في الجزائر ويعتدى عليه في فرنسا، ففي هذا الفرض يكون من العدالة والإنصاف، تطبيق قانون الدولة التي طلب فيها المخترع الجزائري الحماية لبراءته، كما أن حقوق الملكية الصناعية على الخصوص تتصل بالتنظيم الاقتصادي وأمن الصناعة في الدولة، لذا يكون لزام على القاضي المعروض عليه النزاع -القاضي الوطني- تطبيق قانونه الوطنيين بدلا من البحث في قوانين أجنبية يجهلها ولم تدخل في تكوينه عكس القوانين الوطنية وهذا ما يسهل من مهمته.

- صاحب الحق في الملكية الفكرية يطمح دائما في اختيار قانون البلد الذي يحقق طموحاته لحماية حقه على أكمل وجه، ويحمي مؤلفاته ويشجعه على الإبداع، لذا يجب عليه اتخاذ القرار في اختيار قانون هذه الدولة بروية وتأني.¹

- قانون بلد طلب الحماية يزود صاحب حق الملكية الفكرية الأجنبي قدرا أقصى من الحماية القانونية، ويجرره من تطبيق قانون بلد الأصل إذا كان مستوى الحماية فيه أقل من المستوى المقرر في قانون بلد طلب الحماية²، كما أنه ليس من العدالة والإنصاف تقييد صاحب الحق الفكري بمستوى معين من الحماية طوال حياته على حقه الذي كفله قانون بلد الأصل الذي صدر فيها المصنف أو الاختراع، خاصة مع التقدم الهائل لأساليب القرصنة وأساليب الاعتداءات الحديثة على حقوق الملكية الفكرية.

¹ - خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص 88.

² - عبد الكريم محسن أبو دلو، المرجع السابق، ص 66.

- كما أن ما تقوم به الدولة من تقرير للحقوق الفكرية يعد ذا طابع كاشف وليس منشأ، وبالتالي لا يتسع المقام لتطبيق قانون بلد الأصل الذي لم ينشئ الحق الاحتكاري وإنما كشف عنه فقط، وبالتالي قانون بلد طلب الحماية يتكفل بمهمة حماية هذه الحقوق.¹

- من صور هذا القانون هو عندما تكون العلاقة مركز في المكان الذي أعتدي على الحق فيه، حيث يعبر هذا المكان عن مركز ثقل العلاقة، حيث ذهب جانب من الفقه إلى حد المساواة بين إخضاع العقار لقانون موقعه وإخضاع الحق الفكري لقانون بلد طلب الحماية، وأن الأخير يمثل تركيز حقيقي وفعال لهذه الحقوق.²

2- نقد نظرية قانون بلد طلب الحماية :

كسابقتها لم تسلم هذه النظرية من النقد على الرغم مما لقيته من تأييد منقطع النظير نظرا لواقعيته وأساسيتها القوية -الحجج القوية والمنطقية- التي قدمها أنصارها والتي أعطت انطبعا حسنا لدى المختصين في القانون الدولي الخاص، ومن أهم هذه الانتقادات الموجهة إلى النظرية نذكرها فيما يلي :

- خلق معاملة تمييزية لحقوق الملكية الفكرية : ما من شأنه أن يحقق عدم الاستقرار القانوني للحق ذاته محل الحماية؛ إذ أن الحماية لحقوق صاحب الطلب ستختلف باختلاف الدولة التي يطلب فيها الحماية. يتحقق عدم وحدة النظام القانوني بسبب نوعية ومستوى الحماية التي تقدمها الدولة لذلك الحق، وترتبط بمستوى رقي الفكر القانوني فيها.³

وقد رد على هذا النقد بالقول بأن معظم دول العالم، المتقدمة منها والسائرة في طريق النمو، قد انضمت للمعاهدات المتخصصة في حماية الملكية الفكرية، نظرا للحاجة للتكنولوجيا والابتكار والتأليف هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن هذه المعاهدات توجه أطرافها إلى توحيد أحكام قوانين

¹ - عبد الكريم محسن أبو دلو، المرجع السابق، صص 63-64.

² - خالد عبد الفتاح، المرجع السابق ص 88، نقلا عن O.Boskovic : la réparation du préjudice endroit international privé, paris, lg.d.g, 2003, p.126.

³ - عبد الكريم محسن أبو دلو، المرجع السابق، ص 70.

الملكية الفكرية، وتكييف قوانينها الداخلية مع المبادئ العريضة لهذه الاتفاقيات، والرقي بمستوى الحماية التي تنظمها، وجعل هذه القوانين تستجيب على الأقل للحد الأدنى من الحماية المنصوصة بأحكام المعاهدات المذكورة.¹

- يرى جانب آخر من الفقه أن الأخذ بقانون طلب الحماية يؤدي إلى إهدار الحقوق المكتسبة²؛ فاكساب حق من حقوق الملكية الفكرية في دولة وفقا للقانون المختص وجب الاعتراف بوجوده في دول أخرى دون أن يثير ذلك تنازع بين القوانين، خاصة إذا اكتسب الحق اكتسابا صحيحا وأصبح له قوة نفاذ دولية³، وهو الفرض الذي لا يتحقق في ظل قانون بلد طلب الحماية.

ويمكن الرد على هذا النقد، بأن عدم نفاذ الحقوق التي سبق لطالب الحماية اكتسابها في الدولة الأصلية لن يجرمه من الحماية، ذلك أن قانون بلد طلب الحماية سيحكم الحقوق وبالتالي سيزودها بالحقوق والحماية الواردين فيها، كما يورد بعض الفقه أنه حتى الحق المكتسب خارج الدولة المطلوب الحماية بها مهدد، وذلك في الفرض الذي لا تعترف فيه الدولة الثانية بهذا الحق أصلا.⁴

مما تقدم، يمكننا القول أن قانون بلد طلب الحماية أصبح يحقق حلولا ملائمة لحقوق الملكية الفكرية، بحيث يتوقع أطراف العلاقة الدولية الخاصة التي محلها هذه الحقوق تطبيقه، لأنهم على دراية مسبقة بأحكامه خاصة مقدم الطلب، حيث يؤدي تطبيق هذا القانون حسب رأي جانب واسع جدا من الفقه إلى تحقيق المصلحة العامة سواء الاقتصادية أو الثقافية للدول، والمصلحة الخاصة للمبدع، لتشجيعه على الاستمرار في إبداعه الفكري في كل المجالات، بدلا من العزوف عن الابتكار والاحتفاظ بمخترعاته في طي الكتمان، الأمر الذي يؤثر سلبا على اقتصاد الدول.⁵

¹ - عبد الكريم محسن أبو دلو، المرجع السابق، ص 70.

² - إبراهيم أحمد إبراهيم، الحماية الدولية لحق المؤلف، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996، ص 235.

³ - محمد بلاق، إشكالية النزاع المتحرك في العلاقات الخاصة الدولية، مجلة طينة للدراسات العلمية الأكاديمية، المركز الجامعي سي الحواس بركة، جامعة باتنة، المجلد 04، العدد 03، الجزائر، 2021، ص 111.

⁴ - عبد الكريم محسن أبو دلو، المرجع نفسه، ص 71.

⁵ - خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص 88.

ثالثا: موقف التشريع والقضاء والفقهاء من تطبيق قانون دولة طلب الحماية.

لاقت نظرية قانون بلد طلب الحماية قبولا من جانب القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية وحتى القضاء، وكان ذلك على النحو التالي :

1- الوضع في الاتفاقيات الدولية :

تبت مختلف الاتفاقيات المتخصصة في حماية حقوق الملكية الفكرية هذه النظرية بشكل لافت، واعتبرت قانون بلد طلب الحماية هو الأنسب لحكم مسائل العلاقات الدولية الخاصة التي يكون موضوعها حقوق الملكية الفكرية، وبما أن الاتفاقيات التي تنظم حقوق الملكية الفكرية عديدة سأقتصر الدراسة في هذا المقام على اتفاقية برن المتصلة بحماية حقوق الملكية الأدبية والفنية لسنة 1886¹، واتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية لسنة 1883²، واتفاقية روما لحماية حقوق فناني الأداء والحقوق المجاورة ومنتجات التسجيلات الصوتية وفناني الأداء لسنة 1961.³

أ- اتفاقية برن 1986، تبت نظرية قانون بلد طلب الحماية واعتبرته الواجب التطبيق ليحكم أغلب المسائل المتعلقة بالملكية الأدبية والفنية كأصل عام، حيث نصت المادة 05 فقرة 2 على أنه : "لا يخضع التمتع أو الممارسة هذه الحقوق لأي إجراء شكلي، فهذا التمتع وهذه الممارسة مستقلان

¹ - انعقدت اتفاقية "برن" بمدينة برن السويسرية وهي أول اتفاقية أبرمت بهدف حماية حقوق الملكية الأدبية والفنية، وقد تم تعديلها عدت مرات على النحو التالي : النص المتعلق باتفاقية برنصدر في 09 سبتمبر، أيلول 1886، والمكملة بباريس في 04 ماي 1896 والمعدلة ببرلين في 13 نوفمبر 1908، والمكملة ببرن في 20 مارس 1914، والمعدلة بروما في 02 جوان 1928، وبروكسل في 26 جوان 1948، واستكهولم في 14 جويلية 1967، وباريس في 24 جويلية 1971، والمعدلة في 28 سبتمبر 1979، المصدر موقع الويبو للمنظمة العالمية للملكية الفكرية <https://www.wipo.int/portal/ar>، خديجة حسان، حماية حق المؤلف رقميا في إطار المعاهدات الدولية ذات الصلة، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد 06، العدد 01، جامعة عمار ثليجي الأغواط، الجزائر، 2022، ص 1038.

² - اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية أبرمت هذه الاتفاقية بمدينة باريس في 20 مارس 1983، والمعدلة في بروكسل في 19 ديسمبر 1900، وفي واشنطن في 12 جوان 1911، وفي لاهاي في 06 نوفمبر 1925، وفي لندن في 02 جويلية 1934، وفي برشلونة في 31 أكتوبر 1958، غريب شلقامي شحاتة، الملكية الفكرية في القوانين العربية، ط2، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2008، ص 135.

³ - محررة في روما في 26 أكتوبر سنة 1961 بروما بإيطاليا، حيث انضمت إليها لغاية 1999، وفقا لإحصائية منظمة الملكية الفكرية 63 دولة.

عن وجود الحماية في دولة منشأ المصنف، تبعاً لذلك فإن نطاق الحماية وكذلك وسائل الطعن المقررة للمؤلف لحماية حقوقه يحكمها تشريع الدولة المطلوب توفير الحماية فيها دون سواه، وذلك بصرف النظر عن أحكام هذه الاتفاقية".¹

باستقراءنا للمادة السالفة الذكر، يتبين لنا أن اتفاقية برن جعلت من قانون بلد طلب الحماية، الضامن الأمثل لحماية حقوق المؤلف لبلوغ هدفها المنشود وهو حماية الإبداع الفكري - الذهني - له وتشجيعه على الاستمرار، إذا علمنا أن من المبادئ الأساسية لهذه الاتفاقية هو إجبار الدول الأعضاء في تشريعاتها المنظمة لحقوق الملكية الأدبية على توفير الحد الأدنى من الحماية لهذه الحقوق والمنصوص عليها في الاتفاقية؛ ويفهم من هذا المبدأ، أنه ليس هناك أي مانع إذا كانت هناك قواعد داخلية في تشريعات الدول المنضمة تنص على حماية أفضل لحقوق الملكية الأدبية حتى ولو على حساب تطبيق قانون بلد طلب الحماية الموصى به في الاتفاقية.

واستناداً إلى ما سبق بيانه، يرى بعض الفقه أن النص المذكور، يحتوي ضابطاً إسناداً اختياري بطريقة غير مباشرة، غرضه المفاضلة بين قانون طلب الحماية وقانون البلد الأول للنشر - بلد المنشأ - وحتقانون القاضي، وعلى القاضي المعروض عليه النزاع المفاضلة بينهم وتطبيق القانون الأكثر ملاءمة لحكم العلاقة الدولية الخاصة المعروضة أمامه، لحماية فعالة لحقوق المؤلف، وبمفهوم الموافقة يمكن تطبيق هذا الحل على جميع أصناف الملكية الفكرية - الملكية الأدبية والفنية والملكية الصناعية، وهذا ما يتجلى من خلال اتفاقية الترييس²، المنظمة لكافة الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية، المؤرخة في 15 أبريل 1994، التي تلزم الدول الأعضاء بتبني تشريعاتها الداخلية مع المعايير

¹ - المادة 05 من اتفاقية برن، سألغة الذكر.

² - تعتبر اتفاقية ترييس بديلة للاتفاقية العامة للتعريفات والجمارة الجات، تهدف هذه الاتفاقية إلى وضع قواعد قانونية توفر الحماية اللازمة والفعالة لإنفاذ الملكية الفكرية بجميع أصنافها والمتصلة بالتجارة.

والمبادئ الواردة بها¹، بالإضافة إلى توفير الحد الأدنى من الحماية للمبدع والمبتكر²، عدم التمييز بين الدول الأعضاء في المنظمة، الشفافية، المعاملة الوطنية.³

ب- إتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية لسنة 1883.

نصت الاتفاقية في المادة 02 فقرة 02 المعنونة بالمعاملة الوطنية لرعايا دول الاتحاد : "مع ذلك لا يجوز أن يفرض على رعايا دول الاتحاد أي شرط خاص بالإقامة أو بوجود منشأة في الدول التي تطلب فيها الحماية للتمتع بأي حق من حقوق الملكية الصناعية"، يشير النص إلى تطبيق بلد طلب الحماية بصورة غير مباشرة عندما يشير إلى عدم تقييد طالب الحماية من أي شرط خاص بإقامته داخل الدولة التي يطلب فيها الحماية، أو بوجود منشأة فيها.⁴

ج- اتفاقية روما لحماية حقوق فناني الأداء والحقوق المجاورة لسنة 1961.

تبني اتفاقية روما لنظرية قانون بلد طلب الحماية، يتضح من خلال المادة 07 فقرة 02 من الاتفاقية والتي تنص : "يختص القانون الوطني للدولة المتعاقدة التي تطلب الحماية في أراضيها بتنظيم الحماية من إعادة بث أي أداء، وتثبيتته بغرض إذاعته واستنساخ بغرض إذاعته، شرط موافقة فنان الأداء على إذاعة أدائه"، يتضح من خلال المادة المذكورة أن الاتفاقية تأخذ بالنظرية بشكل واضح وصريح.⁵

¹ - خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص 89 وما يليها.

² - من خلال هذا المبدأ، تلتزم كل دول الاتحاد بعدم النزول عن حدود النصوص الواردة في الاتفاقية المذكورة، فيما يخص درجة الحماية؛ أي أن الدول الأعضاء يمكن لها أن توفر الحماية في حدود نصوص الاتفاقية، أو تزيد عنها لتكون الحماية أكبر.

³ - يقصد بالمعاملة الوطنية هو تمتع جميع المصنفات المصنفة داخل الاتفاقية في إقليم أي دولة من دول الاتحاد بنفس الحماية التي تتمتع بها المصنفات الوطنية في هذه الدولة، إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 327.

⁴ - However, no requirement as to domicile or establishment in the country where protection is claimed may be imposed upon nationals of countries of the industrial property rights. = Union for the enjoyment of any

تريس، المرجع السابق، وينظر أيضا : هايدي عيسى حسن علي حسن، المرجع السابق، ص 166.

⁵ - المادة 07 فقرة 02 من اتفاقية روما، السالفة الذكر، ص 07.

2- الوضع في التشريعات والقضاء الوطنيين.

نظرا لطبيعة حقوق القانونية للملكية الفكرية والأهمية التي تحظى بها بين الدول بسبب إسهامها في تطور اقتصادياتها على كل المستويات، وبسبب كذلك النزعة الإقليمية لأغلب تشريعات دول العالم، وهو ما يتوافق مع نفس النزعة بالنسبة للنظرية المذكورة، وذلك قصد الحفاظ على المقومات الاقتصادية والاجتماعية، وجدت هذه الدول الحل في تطبيق نظرية قانون بلد طلب الحماية، ومن أمثلة ذلك القانون الدولي الخاص المجري الذي ينص في المادة 19: "تخضع حقوق المؤلف لقانون الدولة التي طلبت الحماية على إقليمها". وفي نفس الاتجاه سار المشرع الإسباني من خلال المادة 10 فقرة 03 من قانونه المدني: "يتم حماية حقوق الملكية الذهنية والصناعية على الإقليم الإسباني طبقا للتشريع الإسباني دون المساس بالاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تكون إسبانيا طرفا فيها".¹

أما عن مشرعي الاتحاد الأوروبي من خلال تنظيم روما 02 لعام 2007²، بدورهم استجابوا لنظرية قانون بلد طلب الحماية من خلال التنظيم المذكور وهو ما يتجلى في المادة 08 فقرة 01 التي تنص على أن: "القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية الناتجة عن التعدي على حقوق الملكية هو قانون الدولة المطلوب تقرير الحماية بها".

إضافة إلى الدول السابقة الذكر، هناك دول أخرى، نكتفي بذكر موادها القانونية التي تشير إلى اعتناقها لنظرية قانون بلد طلب الحماية، نذكر منها: المادة 17 فقرة 01 من القانون العراقي، المادة 10 من القانون المدني الليبي، المادة من القانون المدني المصري، والمادة 11 من القانون المدني السوري.

وبدوره القضاء الدولي لم تغب عنه فكرة قانون بلد طلب الحماية ونظرا لأهميتها كرسها في أحكامه، حيث حكمت محكمة السين الفرنسية بتطبيق قانون بلد الحماية لأول مرة، بمناسبة حكمها الصادر في 1931/02/14 في قضية بيسال (Bissel)؛ "حيث تقدم الإخوة بيسال وهم خلف

¹ - عبد الكريم محسن أبو دلو، المرجع السابق، ص 62.

² - تنظيم روما 02 رقم 2007/864، الصادر عن البرلمان الأوروبي في 11 يوليو 2007.

لمورثهم في حق الملكية الفنية إلى محكمة السين مطالبين بحقوقهم المالية عن حقوقهم الفنية فيما يخص مصنفهم الذي وقع أول عرض له في الاتحاد السوفييتي عام 1814 فحكمت لصالحهم، حيث اعتبرت أن حق المؤلف يدخل في النطاق الإقليمي للدولة مما يعني أن وجوده يتحقق في كل دولة يتم فيها نشره ولم تكن بلد أول نشر، وحكمت باستبعاد تطبيق القانون السوفييتي قانون بلد أول نشر، لمخالفة أحكام النظام العام في فرنسا الذي كان يقضي بمصادرة الملكية الأدبية والفنية بدون تعويض، ولا يعني هذا أن قانون بلد أول نشر ينعقد له الاختصاص أصلاً، حيث أن المحكمة صرحت بأن القانون الواجب التطبيق هو قانون بلد طلب الحماية وهو القانون الفرنسي، وجاء ذكرها مخالفة القانون السوفييتي النظام العام الفرنسي من قبيل التزديد".¹

الفرع الرابع: التطبيق الجامع لنظرية قانون بلد الأصل وقانون بلد طلب الحماية.

دافع جانب آخر من الفقه على الدمج بين النظريتين، وذلك بهدف تجاوز المشاكل الناجمة عن النظريتين، كون تطبيقهما ينحصر على مسائل محددة من مسائل حقوق الملكية الفكرية، ولم تستطع أي نظرية لوحدها الإمام بكل الحلول لمشكل تنازع القوانين في المسائل المذكورة. لذا جاء أنصار هذا الرأي بضرورة المزج بينالنظريتين.

حيثتقوم هذه النظرية على مفهوم أن قانون بلد الأصل لا يكفي وحده لحكم المسائل المتنازع فيها في مجال حقوق الملكية الفكرية بشقيها، ونفس الشيء ينطبق على نظرية قانون بلد طلب الحماية، لذا يتجه أنصار نظرية التطبيق الجامع للنظريتين، إلى أن الأخذ بإحدى النظريتين لا يكون على انفراد بصورة مطلقة مهما كانت مبررات النظرية الأقوى - نظرية قانون بلد طلب الحماية-، هذا من جهة، ومن جهة أخرىصعب إغفال العلاقة الوثيقة بين نظرية بلد الأصل لواقعيتها، وبين حقوق الملكية الفكرية، كما أن نطاق تطبيق قانون بلد طلب الحماية ينحصر غالباً في المسائل المتعلقة بالجانب الجزائري - الاعتداء على الحق فكري جزائياً- كون طبيعة القاعدة إقليمية، تتسم بطبيعة جزائية وإجرائية- وسيلة لحماية الحق-.

¹ - عبد الكريم محسن أبو دلو، المرجع السابق، ص 62.

كما أن القاعدة باستطاعتها ملأ العجز الذي تركته سابقتها بخصوص حكم المصنفات غير المنشورة في مجال حق المؤلف، وبالمقابل فإن نظرية قانون بلد الأصل، نطاقها في مجال حقوق الملكية الصناعية يتحدد في شروط وموضوع هذه الحقوق، تاركا المجال لتطبيق قانون بلد الحماية على وسائل الحماية.¹

وعلى هذا الأساس، فإن أنصار هذه النظرية يرون أن مجال تنازع القوانين في مسائل حقوق الملكية الفكرية يتسع للنظريتين معا، ولا يمكن لأي منهما إقصاء الأخرى، وهما نظريتين متكاملتان، وذلك في الحالات التي تعجز إحدهما على حل مسألة ما في إطار حقوق الملكية الفكرية؛ كالفرض الذي تعجز فيه نظرية قانون بلد الأصل في حل مشكل تنازع القوانين بخصوص العلاقة الدولية الخاصة التي موضوعها التعدي على حق المؤلف عندما يقوم بنشر مصنفه في أكثر من دولة في وقت واحد، أو الاعتداء على مصنفاته غير المنشورة، فتتدخل هنا قاعدة قانون بلد طلب الحماية لإعطاء الحل القانوني للمسألة.

أولا: تقدير النظرية.

سننولى فيما يلي عرض مجموعة من المبررات التي ساقها أنصار التوجه القائل بالتطبيق الجامع لضابطي بلد الأصل وبلد طلب الحماية، والتي لم تسلم بدورها من سهام النقد التي وجهها لها بعض الفقه القانوني.

ومن بين أهم المبررات التي استند عليها أنصار هذه النظرية، نذكر تلك الأسانيد النابعة من فكرة أن قاعد الإسناد بشكل عام مهمتها الأساسية هي العمل على حل مشكلة تنازع القوانين، وذلك بتحديد القانون الأنسب والأجدر بحكم العلاقة ذات الطابع الدولي الخاص - القانون الأكثر ملائمة-، وعلى هذا الأساس يبرر أنصار نظرية التطبيق الجامع بأنها تؤدي هذا المبتغى إذا يتم الأخذ بكل نظرية حسب ملائمتها للمسألة محل النزاع، وهذا يعطي الحماية اللازمة لصاحب الحق الفكري.

¹ - عبد الكريم محسن أبو دلو، المرجع السابق، ص 72.

ومن هذا المنطلق، فإن تنازع القوانين في الملكية الفكرية، يجب أن ينتج من جمع قوانين عدة¹؛ كأن يطبق قانون بلد طلب الحماية على وسائل حماية الحق الفكري، في حين يطبق قانون بلد الأصل على شروط وموضوع هذه الحقوق.²

والمبرر الآخر لأنصار النظرية، هو بعض القيود الواردة على تطبيق قانون بلد الأصل في حكم وجود حق الملكية وإجراءات التمسك به، كضرورة تطبيق مبدأ المعاملة الوطنية المنصوص عليها في أغلب الاتفاقيات التي توصي بضرورة معاملة المواطنين الأجانب بنفس المعاملة التي يحظى بها الوطنيون، لذا لا يمكن لأصحاب الحقوق الأجانب أن يطمعوا في حماية أكثر مما يتمتع به الوطنيون³؛ أي أنه لا يمكن منح الحماية من طرف قانون بلد طلب الحماية لحقوق المؤلف مثلا إذا كانت مدتها قد انقضت حسب قانون بلد الأصل الذي هو قانون بلد النشر، كما أنه لا يمكن منح حماية المصنف الذي لا يعد من الأعمال المحمية أو لا تتوفر فيه الشروط الموضوعية لحمايته في قانون بلد الأصل.⁴

أما الفقه المعارض فتكفل بدوره بتقديم بعض المبررات ليدحض بها أسانيد الاتجاه المؤيد لفكرة الجمع :

حيث اعتبر أن نظرية قانون بلد طلب الحماية يعد القانون الأنسب لحكم مسائل تنازع القوانين التي موضوعها حقوق الملكية الفكرية، بسبب الأسس المتينة التي تقوم عليها، وخاصة أنها قاعدة ذات

¹ - عبد الكريم محسن أبو دلو، المرجع السابق، ص 73.

² - كما هو الحال في الفرض الذي يستدعي تطبيق قانون بلد الحماية على المسائل المتعلقة بالجزاء على الاعتداء على الحق لأنها قواعد إقليمية بحتة أو استبدال قانون الأصل به وذلك في حالة استبعاد قانون بلد الأصل دفعا بالنظام العام، نظرا للطبيعة الإقليمية لقاعدة قانون بلد طلب الحماية، عبد الكريم محسن أبو دلو، المرجع نفسه.

³ - وذلك في الفرض الذي يكون فيه مستوى الحماية في قانون بلد الأصل أوسع مدى منها في بلد قانون طلب الحماية، ففي هذه الحالة لا يجوز التمسك بهذا المستوى، لأنه يؤدي إلى تفضيل المبدعين أو المؤلفين الأجانب عن نظرائهم الوطنيين وهذا غير منطقي، عبد الكريم محسن أبو دلو، المرجع السابق، ص 73.

⁴ - هايدي عيسى حسن علي حسن، المرجع السابق، ص 190، عبد الرحمن جابر جاد، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، مصر، 1962، ص 52.

طابع إقليمي تتعلق بمسائل الأمن المدني والاجتماعي في الدولة. نظرا لأهمية حقوق الملكية الفكرية بشقيها وتأثيرها على التطور الاقتصادي للدول.

كما أن مصلحة المبدعين لا تتفق مع تطبيق القواعد الأشد في كلتا النظريتين هذا من جهة، ومن جهة ثانية فيرى بعض النقاد أن نظرية التطبيق الجامع ما هي في الحقيقة إلا مرحلة انتقالية من قانون بلد الأصل إلى قانون بلد طلب الحماية الذي أريد له أن يكون القانون الأكثر ملائمة الذي يحكم كل العلاقات الدولية الخاصة المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية.¹

والملاحظ، أن الأسس التي بنيت عليها نظرية التطبيق الجامع، ليست بالأسس المتينة التي تبنى عليها النظريات بصفة عامة والتي تجعلها تصمد وتحقق المبتغى منها، الشيء الذي جعلها لا تصمد في وجه أبسط المسائل، خاصة أن النظرية تدعو إلى إعطاء حلول لكل حالة على حدة، كتطبيق قانون بلد النشر الأول على المصنفات المنشورة وقانون بلد طلب الحماية على المصنفات الغير منشورة، بحيث يصبح هذا الحل صعب في الفرض الذي يكون فيه النشر الكترونيا أو بالنسبة لحقوق الملكية الصناعية التي تستخدم في ترويجها التكنولوجيا الحديثة.²

ثانيا :تقنين نظرية التطبيق الجامع.

اعتمدت الاتفاقيات المتخصصة في حماية حقوق الملكية الفكرية على النظريتين كل في اختصاصها، إيماناً منها أنه لا يمكن حماية مصنف مثلا في دولة ما دون التأكد والتحقق من قيام الحق في حد ذاته، ويكون ذلك وفقا لقانون بلد الأصل، وعليه فقانون بلد الأصل يختص فيتحديد نطاق الحماية وموضوعها، كتحديد مدى ملكية المؤلف لحقه مثلا، بينما يختص قانون بلد طلب الحماية بتحديد طرق أو كيفية تحقيق هذه الحماية.³

¹ - عبد الكريم محسن أبو دلو، المرجع السابق، ص 74.

² - هايدي عيسى حسن علي حسن، المرجع السابق، ص 188.

³ - إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 253، نقلا عن : هايدي عيسى حسن علي حسن، المرجع نفسه، ص 189.

تم تقنين نظرية التطبيق الجامع في بعض التشريعات الدولية، تمثل ذلك في بعض الاتفاقيات الدولية، التي تبنت هذه النظرية في شقا الملكية الفكرية، حيث نصت اتفاقية باريس على تطبيق قانون بلد طلب الحماية في بعض المواضيع وتطبيق قانون بلد الأصل في مواضيع أخرى، وذلك في مجال الملكية الصناعية، كاتفاقية برن، في مجال الملكية الأدبية، كما سبق لنا الإشارة إليه في بحثنا هذا، تفاديا للتكرار.

المطلب الثاني: مجالات تطبيق القانون الذي يحكم مسائل الملكية الفكرية.

رأينا في المطلب الأول أبرز القوانين التي قيل بها لتحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل القانونية الدولية الخاصة، والتي يكون موضوعها حقوق الملكية الفكرية، وخلصنا إلى أن من أهم هذه النظريات، توجد نظرية قانون بلد الأصل ونظرية قانون بلد طلب الحماية، وأنه لا يمكن تطبيق أي منهما على إطلاقها لتحديد القانون المختص، بل أن كل واحدة تكمل الأخرى، وأن العلاقة بينهما هي علاقة تكامل، تتدخل كل قاعدة في مجال مناسب لها.

ومن خلال هذه النتيجة المتوصل إليها، نحاول في هذا المطلب تحديد القانون المطبق على مسائل حقوق الملكية الفكرية بشقيها، حيث نقوم بتحديد القانون المطبق على حقوق الملكية الفكرية والأدبية في الفرع الأول، ثم نحدد القانون الواجب التطبيق على حقوق الملك الصناعية في الفرع الثاني، وذلك على النحو التالي :

الفرع الأول: القانون المطبق على حق الملكية الأدبية والفنية.

تنقسم حقوق الملكية الأدبية والفنية إلى شقين، يتمثل الأول في حق المؤلف أما الشق الثانفهو الحقوق المجاورة للحق الأول، لذا سنتولى تحديد القانون الواجب التطبيق على كلا منهما على النحو التالي :

أولا: القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف.

نعالج هذه الجزئية من خلال التطرق إلى مفهوم حق المؤلف، ثم نتطرق إلى حل مشكلة تنازع القوانين في مجال حق المؤلف ويكون ذلك على النحو التالي :

1- مفهوم حق المؤلف وطبيعته القانونية.

نتناول مفهوم هذا النوع من الحقوق وطبيعته القانونية على النحو التالي :

أ-تعريف حق المؤلف.

يتجاذب مفهوم حق المؤلف اتجاهين، اتجاه أخذ بالابتكار كشرط لمنح صفة المؤلف هو الاتجاه الفرنسي، أما الاتجاه الثاني وهو الاتجاه الأنجلوسكسوني، فاشترط توافر جملة من الشروط القانونية كشرط النشر والتسجيل وغيرها وهذا ما يطلق على تسميته الافتراض القانوني، بمعنى أن صفة المؤلف مسألة قانونية¹، ومنه يتبين أن المفهوم الأنجلوسكسوني لحق المؤلف يكرس مبدأ النفع والمصلحة العامة وبالأساس هو تجاري، بحيث لا يولي ميزة خاصة للفرد أو للمؤلف شخصيا كما هو الحال بالنسبة للاتجاه الأوروبي.²

وقد عرفت المنظمة العالمية للملكية الفكرية WIPO المؤلف تعريف مقتضبا، بأنه : "... ذلك الشخص الذي يبتكر"، أي أنها أخذت الابتكار كمعيار لتعريف حق المؤلف، واتبع هذا المنهج من حيث التعريف، المشرع الجزائري من خلال الأمر رقم 97 لسنة 1997 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة والذي تنص المادة 12 منه "يعتبر مؤلف مصنف أدبي أو فني في مفهوم هذا الأمر، الشخص الطبيعي الذي أبدعه"، كما سار على نفس النهج المشرع المصري من خلال المادة 138 فقرة 03 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري، رقم 82 لسنة 2002 والتي جاء فيها تعريف المؤلف بأنه : "الشخص الذي يبتكر المصنف ويعد مؤلفا للمصنف من يذكر اسمه أو ينسب عند نشره باعتباره مؤلفا له ما لم يقيم الدليل على غير ذلك".³

¹ - السعيد الشرقاوي، حقوق الملكية الفكرية، أسس الحضارة، والعمران وتكريم للحق والخلق، ط 1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1995، ص 163، نقلا عن زواني نادية، حماية الملكية الفكرية من التقليد والقرصنة -دراسة مقارنة- أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم -تخصص القانون- جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2013، ص 26.

² -Baudel Jules-Marc, La législation des Etats-Unis sur le droit d'auteur, édition Bruylant et Frison-Roche, Paris, 1990, p. 228.

³ - وعليه فإثبات صفة المصنف من منظور المشرع المصري هو الشخص الذي يظهر اسمه على المصنف وهذه تعتبر قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، ومن تطبيقا لذلك : بأن قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1990/06/03 بأن "صفة المؤلف تكون

والملاحظ على هذه التعريفات أنها تنصب على صفة المؤلف وليس على حق المؤلف، عكس ما ذهب إليه الفقه الذي اعتبر حق المؤلف من الحقوق الفكرية.¹

وعليه، فقد وردت تعريفات مختلفة لحقوق المؤلف، منها تعريف الأستاذ: محمد خليل أبو بكر الذي عرف حق المؤلف على أنه: "سلطة يمارسها المؤلف على أعماله التي يبتكرها سواء شفوية كانت أم كتابية، أم مرئية، أم فنية"²، حيث يقترب هذا التعريف من تعريف أصحاب النظرة الحديثة في تعريفهم للحق بصورة عامة حيث يرون أن الحق هو: "ميزة يمنحها القانون لشخص ما ويحميها بطرق قانونية حيث يكون بمقتضاها أن يتصرف صاحب الحق متسلطاً على مال يتعرف له بامتلاكه أو استحقاقه."³

في حين يذهب أندري لوكاس في تعريفه لحقوق المؤلف بأنها هي الإنتاج الذهني التي تكون نتيجة لنشاط إبداعي يصدر في شكل ظاهري مستقل عن الداعم الذي يحمله.⁴

ويتضمن حق المؤلف وفقاً للفقه الراجح نوعان من الحقوق؛ حقوق أدبية وحقوق مادية ونقصد هنا بالاتجاه الفقهي اللاتيني، لأن الاتجاه الأنجلوساكسوني لا يقر للمؤلف إلا حق مادي، أما

لذلك الذي ينشر باسمه، وهذه القرينة لا يدحضها إلا الدليل المضاد". محمد علي فارس الزغبى، الحماية القانونية لقواعد البيانات وفقاً لقانون حق المؤلف - دراسة مقارنة بين النظام اللاتيني والنظام الأنجلوأمريكي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 170-171.

¹ - حبيب عبيد مرزح العماري وعبد الرسول عبد الرضا الأسدي، تنازع الاختصاص التشريعي بشأن حق المؤلف واستغلاله، مجلة بابل للعلوم الإنسانية، مجلد 27، العدد 03، العراق، 2019، ص 84.

² - محمد خليل يوسف أبو بكر، حق المؤلف في القانون - دراسة مقارنة -، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص 337.

³ - وهذا ما يؤكد تكوين الحق من عنصرين هما عنصر الاستثثار ويقصد به انفراد الشخص بالانتفاع بالشيء دون منازعة والاستفادة منه مادياً ومنحه مكنة التصرف فيه بكل حرية. والعنصر الثاني هو إمكانية حماية هذا الحق حماية يقرها القانون مع إمكانية رفع دعوى كوسيلة حماية، نايلي نورة، حقوق الملكية الفكرية في الجزائر في ظل الإعلام الجديد، جامعة أم البواقي، المجلد 03، العدد 02، الجزائر، 2015، ص 220.

⁴ - "je la suivrai donc, pour dire qu'en droit français, l'œuvre de l'esprit peut se définir comme le résultat d'une activité créative S'exprimant dans une forme extérieur indépendamment du support : André Lucas, droit d'auteur et numérique, LITEC, 1998, p 20.

الحق الأدبي : هو ذلك الحق الذي يمنح للمؤلف، نتيجة ابتكاره الذهني وثمره فكره، حيث يرتبط هذا النوع من الحقوق بالشخص المؤلف ارتباطا وثيقا بشخصيته، إضافة إلى الجانب المالي. واستنادا إلى ما سبق ذكره، فإن الحق الأدبي ينصب على حماية شخصية المؤلف من جهة، وحماية المادة المؤلفة في حد ذاتها من جهة ثانية، وهذا ما يميزه عن باقي الحقوق بعدة خصائص : باعتباره حق لصيق بشخصية صاحبه لأنه من خلق ذهنه البشري وهو جزء من فكره وملكاته، وباعتباره أيضا حق دائم وابدئي يبقى طوال حياة المؤلف وحتى بعد مماته، على عكس الحق المادي الذي ينتهي بعد فترة من مماته، كما أنه لا يجوز التصرف في الحق الأدبي للمؤلف ولا الحجز عليه، وعدم قابليته للانتقال للورثة.¹

أما الحق المادي للمؤلف يعرف على أنه : "حصول الشخص صاحب الابتكار الذهني على عائد مالي نتيجة انتفاع الجمهور من مصنفه"، ومنه يعتبر الحق المالي بمثابة الأثر المترتب على الاستفادة من الحق الأدبي من طرف الغير.²

¹ - إضافة إلى خصائص الحق الأدبي المذكورة نجد أيضا حق الأبوة وسلامة المصنف والتي بدورها تنفرج إلى عدة حقوق كالحق في الكشف أو تقرير نشر المصنف والتي تكون للمؤلف وحده حيث نص المشرع الجزائري على هذا الحق في المادة 22 من الأمر 03-05، إضافة إلى حق المؤلف أيضا في نسبة مصنفه إليه حيث اعترف بهذا الحق معظم القوانين المقارنة حيث تعطي للمؤلف الحق في نسبة العمل إلى مؤلفه لأنه من الحقوق اللصيقة بعملية الإبداع الفكري، وبالتالي يكون من حق المؤلف صاحب الابتكار الحق في نسبة عمله لنفسه، بذكر اسمه أو اسم مستعار يختاره بإرادته، وهناك كذلك الحق في إجراء التعديل، بحيث يجيز القانون في هذا المجال الحق للمؤلف أو صاحب الابتكار أن يعدل على مصنفه بعد نشره سواء بالزيادة أو الحذف، غير أن المشرع الجزائري لم يفصح صراحة على هذا الحق واكتفى بإمكانية سحب المؤلف لمصنفه من التداول، والحق الأخير هو الحق في احترام سلامة المصنف ودفع الاعتداء عليه، لأنه قد يحصل اعتداء من الناحية الموضوعية كأن يتم تعديل في محتوى المصنف دون موافقة صاحبه أو يكون الاعتداء شخصي كأن يتم بيعه أو استثمارة بطريقة تسيء للمصنف ولصاحبه، زواني نادية، المرجع السابق، ص 35-48.

² - أمل كاظم سعود وزهراء سالم، حق المؤلف في نطاق شبكة المعلومات الدولية بين الإطلاق والتقييد، الجامعة المستنصرية، المجلد 01، العدد 54، العراق، 2021، ص 86.

ويعرف أيضا بأنه : "منح كل صاحب حق إنتاج ذهني مبتكر الحق في الاحتكار والاستغلال لهذا الإنتاج، بما يعود عليه من منفعة مادية وذلك في المدد الزمنية المقرر قانوناً".¹

أما عن خصائص حق المؤلف، يمكن القول انه حق مثل الحقوق المالية بحيث يمكن يكون قابل للتصرف فيه، كما يجوز نقله من شخص إلى آخر. وهو حق مانع أي يستأثر المؤلف وحده دون غيره بمباشرة حقه بأي طريقة يراها مناسبة في استغلاله²، كما يمكنه منع الغير من استغلال مصنفه أو الاعتداء عليه.³

ب- الطبيعة القانونية لحق المؤلف :

اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لحق المؤلف بسبب اختلافهم على المحل الذي يرد عليه هذا الحق، وترتب عن هذا الاختلاف ظهور ثلاث نظريات :

¹ - صبري حمد خاطر، الملكية الفكرية، دراسة مقارنة في القانون البحريني، ط1، مطبعة جامعة البحرين، البحرين، 2007، ص 91، وسعيد سعد عبد السلام، الحماية القانونية لحق المؤلف والحقوق المجاورة في ظل قانون الحماية حقوق الملكية الفكرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 107.

² - في هذا المعنى تنص المادة 27 من الأمر 03-05 المتعلق بحقوق الملكية الأدبية والفنية المشار إليه سابقاً على أنه : "يحق للمؤلف استغلال مصنفه بأي شكل من أشكال الاستغلال والحصول على عائد مالي منه".

كما يحق له دون سواه مع مراعاة أحكام هذا الأمر، أن يقوم أو يسمح لمن يقوم على الخصوص بالأعمال التالية :

- استنساخ المصنف بأي وسيلة كانت./- وضع أصل المصنف السمعي البصري أو نسخ منه رهن التداول بين الجمهور بواسطة التأخير أو التأجير التجاري لبرامج الحاسوب./- إبلاغ المصنف إلى الجمهور عن طريق التمثيل أو الأداء العلنيين.

- إبلاغ المصنف إلى الجمهور عن طريق البث الإذاعي السمعي أو السمعي البصري.

- إبلاغ المصنف المذاع إلى الجمهور بالوسائل السلوكية أو الألياف البصرية أو التوزيع السلوكي أو أية وسيلة أخرى لنقل الإشارات الحاملة للأصوات أو للصور والأصوات معا./- إبلاغ المصنف المذاع بواسطة البث اللاسلكي من قبل هيئة أخرى غير هيئة البث الأصلية./- إبلاغ المصنف المذاع إلى الجمهور بواسطة مكبر الصوت أو مذياع أو تلفاز موضوع في مكان مفتوح.

- إبلاغ المصنف إلى الجمهور بأية منظومة معالجة معلوماتية./- الترجمة والاقتباس والتوزيع وغير ذلك من التحويلات المدخلة على مصنف المؤلف التي تتولد عنها مصنفات مشتقة.

³ - فاطمة محمد نجم، تنازع القوانين في حق المؤلف، دراسة مقارنة، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 01 : العدد 15، العراق، 2018، ص 231، نص المادة 54 من الأمر 03-05 التي تنص على أنه : "تحظى الحقوق المادية بالحماية لفائدة المؤلف طوال حياته ولفائدة ذوي الحقوق مدة 50 سنة ابتداء من مطلع السنة المدنية التي تلي وفاته".

النظرية الأولى: يرى أنصارها أن حق المؤلف هو حق ملكية مع ما يترتب على هذا الحق لصاحبه من سلطات ومزايا.

أما النظرية الثانية: التي تعتبر حق المؤلف من الحقوق الشخصية، وهذا لكون محله يرد على يرد على الإنتاج الفكري لصاحب المصنف، وهذا المحل - الإنتاج - لصيق بشخصية صاحبه ولذلك اعتبروا هذا الحق حق معنوي.

وبسبب الإفراط في موقف النظريتين، جاءت النظرية الثالثة لتوفق بينهما، ولذلك سميت بنظرية الطبيعة المزدوجة حيث لم يهمل أنصارها جانبي حق المؤلف المادي والمعنوي، ولذلك اعتبروا أن حق المؤلف يحتوي في تكوينه على قسم يعتبر حقا اقتصاديا والقسم الثاني معنوي.¹

وقد أخذت معظم التشريعات الداخلية والدولية بهذه النظرية على غرار المشرع الجزائري الذي أفصح عن تبنيه لنظرية الازدواج، بالرغم من ظهور نظريات أخرى أكثر حداثة²، وذلك من خلال الأمر 03-05 المتعلق بالحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، والذي نص على أن حقوق المؤلف هي حقوق أدبية ومالية. كما يتضح جليا من خلال المادة 21 تبنيه لنظرية الطبيعة المزدوجة لحق المؤلف،

¹ - نعيم مغنغ، الملكية الأدبية والفنية، والحقوق المجاورة، دراسة في القانون المقارن، ط1، 2000، ص 17، نقلا عن: أحمد بوراوي، المرجع السابق، ص 26.

² - خرج بعض الفقه بنظريات جديدة في مجال تحديد الطبيعة القانونية لحقوق المؤلف، على غرار الفقيه البلجيكي آدمون بيكار الذي بنادى النظرية الحقوق الفكرية، كحق جديد مستقل تماما عن تقسيمات الحقوق المعروفة كالحق الشخصي أو الحق العيني وإنما سماها بحقوق الملكية الفكرية، معتبرا أن الحق هو فكرة المؤلف نفسها وليست المادة التي نفذت عليها كالمخطوطات مثلا، وأعتبر أن هذا النوع من الحقوق يرد على أشياء غير مادية تسمى بالحقوق المعنوية، كونها تستنتج عن العمل الذهني، وفكري، وأطلق على هذا النوع من الحقوق، الحقوق الأدبية والفنية أو الصناعية والتجارية، وبالتالي أصبحت الحقوق المالية تقسم إلى ثلاثة أقسام بدلا من قسمين: وهي قسم الحقوق الشخصية وقسم الحقوق العينية وقسم الحقوق المعنوية، وأيد هذا التوجه الفكري، وبالرغم من وجهة هذه النظرية إلا أن أغلب الفقه والتشريعات الدولية والاتفاقيات والمعاهدات الدولية، أكدت على تبنيها الطبيعة المزدوجة لحق المؤلف على غرار اتفاقية برن للملكية الأدبية والفنية في المادة 06 مكرر السابق الإشارة إليها، وكذا اتفاقية الجوانب المتصلة بحقوق الملكية الفكرية. أحمد بوراوي، المرجع السابق، ص 33-37.

والتي جاء نصها : "يتمتع المؤلف بحقوق معنوية ومادية على المصنف الذي أبدعه". وبالرجوع دائما إلى أحكام الأمر 03-05.¹

2- القانون الذي يحكم منازعات حق المؤلف من وجهة نظر الفقه والقانون الاتفاقي.

بعد دراستنا للجوانب النظرية لحق المؤلف، ووقفنا على أن هذا الحق قد ينشر في بلد أو ينشر في عدة دول في نفس الوقت، وهذا بالنظر لطبيعته الدولية ولوسائل الاتصال الحديثة التي ساعدت في انتشاره. أصبح هذا الحق يثير إشكالية تنازع القوانين، خاصة بالنظر إلى الازدواجية في الحماية التي يكتسبها هذا الحق بين القوانين الوطنية والدولية، ولكل هذه الاعتبارات سنقوم ببحث مسألة القانون الواجب التطبيق على هذا الحق، في الفقه والاتفاقيات الدولية ثم نبين موقف المشرع الجزائري.

أ- القانون الواجب التطبيق وفقا للفقه.

اختلفت آراء الفقهاء بشأن القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف تبعا لحالة نشر المؤلف لعمله أو عدم نشره أو نشره في أكثر من دولة في نفس الوقت. ففي الحالة الأولى، - حالة نشر المؤلف -، انقسم الفقه بشأن القانون الواجب التطبيق عليها إلى فريقين: الأول رأى بإخضاع حق المؤلف إلى قانون بلد النشر الأول، أما الفريق الثاني فأخضع هذا الحق إلى قانون الدولة التي يطلب فيها الحماية.

وقد برر الاتجاه الفقهي الأول موقفه على أساس أن النشر هو الذي يعطي للمصنف قيمته الذاتية في إطار العلاقات الاجتماعية، إذ أنه ومن تاريخ النشر يصبح المصنف يشكل مالا يمكن الاستفادة منه من طرف الغير، لذلك فإن قانون مكان النشر الأول هو الذي ينظم حقوق المؤلف والغير على المصنف، ورأى هذا الاتجاه الفقهي أن هذا القانون يؤدي إلى الاحترام الدولي للحقوق

¹ - تبني المشرع الجزائري لنظرية الطبيعة المزدوجة لحق المؤلف تتجلى في المواد من 22 إلى 26 بخصوص الحقوق المعنوية ومن 27 إلى 32 بخصوص الحقوق المادية، ينظر أيضا : أحمد بوراوي، المرجع السابق، ص 31.

المكتسبة، حيث يتمتع المؤلف في أي دولة أجنبية أخرى من حقوقه طبقاً لقانون بلد النشر وأن هذا الضابط ثابت لا يتغير تبعاً لتغير مكان الالتجاء إلى القضاء.¹

ويؤخذ على هذا الاتجاه أنه يفترض أن المصنف قد تم نشره فعلاً في بلد معين، في حين أنه قد يحدث وأن المصنف لم ينشر بعد، أو نُشر في أكثر من دولة.²

أما الفريق الثاني، فبرر وجهة نظره المتضمنة قانون بلد طلب الحماية، بوصفها قوانين بوليس أو قواعد ذات تطبيق ضروري تنطبق مباشرة على المسألة المعروضة، وأن الأخذ بهذا القانون، باعتباره قانون القاضي فإن هذا الأخير يستريح له لكونه يعرفه ويحبه، كما أن هذا القانون يؤدي إلى توحيد الاختصاص التشريعي والقضائي، ضف إلى ذلك، أن هذا القانون عادة يكون هو المكان الذي قد وقع فيه الاعتداء على حق المؤلف، فهو غالباً المكان الذي نشرت فيه النسخة المزورة أو المقلدة، وهذا القانون يتفق مع حقائق الأشياء لاسيما في الدول التي تعتبر صفة المؤلف مسألة واقع، حيث تمنح هذه الصفة للشخص بالنظر لواقعة الابتكار التي ينبغي التعويل عليها لإثبات المؤلف أو نفيها.³

ومع ذلك، يورد الفقه عدة استثناءات على إخضاع حق المؤلف لقانون الدولة المطلوب تقرير الحماية بها منها⁴:

- لتطبيق هذا القانون يشترط الفقه أن يكون هذا الحق معترف به وموجود في دولة العمل الأصلية-، وبخصوص الأعمال الذهنية التي يتم نشرها بواسطة الأقمار الصناعية على أراضي دولة معينة نحو دولة أو دول أخرى، ويعتبر هذا الاستثناء من أهم الاستثناءات التي ترد على قانون بلد

¹ - راضي نبيه راضي علوانة، المرجع السابق، ص 75 وأعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 294.

² - بلقاسم أعراب، المرجع نفسه، ص 295.

³ - فاطمة محمد نجم، تنازع القوانين في حق المؤلف دراسة مقارنة، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بغداد، العدد 15، بدون مجلد، العراق، 2018، ص 232. وراضي نبيه راضي علوانة، المرجع السابق، ص 76.

⁴ - فاطمة محمد نجم، المرجع السابق، ص 233.

الحماية، والذي انقسم بشأنه الفقه إلى فريقين : أخذ الاتجاه الأول بنظرية بوش والتي مفادها تطبيق قانون بلد الإرسال، أما الاتجاه الثاني، فأخذ بقانون بلد الاستقبال.

- أما بخصوص الأعمال الذهنية المنشورة بواسطة الحاسب الآلي، ففي حالة اختلاف مكان مقدم الخدمة ومكان تواجد المستفيد أو المستعمل أو المستقبل لها، فقد اختلف الفقه في حل هذا النزاع، فمنهم من رأى بتطبيق قانون الدولة المستقبلية للعمل الذهني بواسطة الحاسب الآلي، ومنهم من ترك الخيار للمؤلف بين قانون الدولة الأصلية أي دولة الإرسال وبين قانون الدولة المستقبلية للعمل لكون الأكثر رعاية للجانب المعنوي لحق المؤلف.

وقد اعترض على نظرية قانون بلد طلب الحماية، بأن الأخذ بها يؤدي إلى إهدار مبدأ الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة لصاحب حق التأليف، وأن هذا القانون دائم التغيير لكونه يرتبط بمكان وقوع الفعل الضار.

أما بخصوص الحالة الثانية وهي حالة عدم نشر المؤلف، فقد انقسم الفقه بصددها إلى فريقين: أخذ الرأي الأول بالقانون الشخصي للمؤلف، أما الاتجاه الثاني فأخذ بقانون بلد طلب الحماية.

وقد برر الاتجاه الأول موقفه بأن المصنف هو نتاج الفكر، ولذلك فهو وثيق الصلة بشخص المؤلف، وهذا ما يبرر تطبيق قانونه الشخصي، وذلك على أساس أن للمؤلف حق أبوة على إنتاجه الفكري ينعكس على تحديد القانون الواجب التطبيق، ولكون حماية الحق الفكري تمثل حماية لشخص المؤلف نفسه، بل وذهب فقهاء هذا الاتجاه إلى أبعد من ذلك، عندما قرروا أن هذا القانون يطبق حصوله كان المصنف منشورا، وقد أخذت بهذا الحل اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية لعام 1886، في نص المادة 05 فقرة 04 منها¹، كما تبني هذا الرأي الفقهي الفقيه الفرنسي بارتان.

¹ - عبد الكريم محسن أبو دلو، المرجع السابق، ص 49، وراضي نبيه راضي علوانة، المرجع السابق، ص 79.

وقد انتقد هذا الرأي بسبب احتمالية تغير بلد الأصل تبعاً لتغير جنسية صاحب الحق، وصعوبة تحديد بلد الأصل في حالة انعدام جنسية المؤلف، وسعي المؤلف في بعض الحالات لتغيير جنسيته كنوع من التحايل سعياً وراء تطبيق قانون آخر يردده هو بالذات يراه هو الأنسب له ويحقق مصلحته أكثر من قانون جنسيته السابقة التي كان يحملها، وبالتالي إمكانية تغيير بلد الأصل بالنسبة للمصنفات غير المنشورة، لكنه رد على هذا النقد بأن تغيير جنسية المؤلف لا يؤدي بالضرورة إلى تغيير قانون بلد الحماية، لأن العبرة بقانون جنسية المؤلف بلحظة خروج إبداءه إلى الجمهور، وهذا الارتباط بين قانون بلد الأصل وجنسية المؤلف هو الذي يبرر القول بأن هذا القانون هو الأول بالتطبيق.¹

أما الرأي الثاني الذي أخضع القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف إلى قانون بلد طلب الحماية، وبرر هذا الاتجاه موقفه بأن تقديم المؤلف لطلب حماية مصنفه غير المنشور في دولة ما، يمثل تعبيراً عن مصلحته، لأن هذا القانون هو قانون المكان الذي وقع فيه الاعتداء على حق المؤلف، وأن هذا القانون يحقق وحدة النظام القانوني لهذا النوع من المصنفات وهذا ما يجعله القانون الأنسب، خاصة في ظل انعدام أي رابطة فعلية بين المصنف وبلد آخر بسبب عدم نشر هذا المصنف، وأن هذا القانون هو الأوثق صلة والأقرب إلى الواقع، كما أن هذا القانون يحقق مصلحة للمؤلف، وهذا القانون يتناسب مع طبيعة المسألة -عدم النشر-، لذلك يكون هذا القانون -قانون بلد طلب الحماية- هو الأنسب في حالة الاعتداء على حق المؤلف.²

أما في حالة نشر المصنف في أكثر من دولة في آن واحد، وقد قيل بصدد هذا الفرض عدة آراء فقهية، ذهب الرأي الأول منها إلى تطبيق في هذا الفرض قانون الدولة التي يقرر تشريعها مدة حماية أقصر وهو ما يعرف بمعيار الحماية، وهو الموقف الذي أخذت به اتفاقية برن.

¹ - هايدي عيسى حسن علي حسن، المرجع السابق، ص 128-129.

² - هايدي عيسى حسن علي حسن، المرجع والموضع نفسه.

وقد اعترض على هذا الرأي من قبل جانب من الفقه، على أساس أنه يحدد القانون المختص من بين القوانين المتزاحمة على أساس مضمون القانون، والذي يتضمن اتخاذ موقف من الموضوع، وذلك من خلال تفضيل مصلحة الغير على مصلحة المؤلف.¹

أما الرأي الثاني، فذهب تطبيق في هذا الفرض، قانون موقع النشر الرئيسي، والذي يتحدد إما بالدولة التي طرح فيها العدد الأكبر من نسخ المصنف المنشور، أو بالدولة التي لقي المصنف فيها أهمية أكثر من غيرها مثل عدد النسخ المباعة أو حتى عن طريق استطلاعات الرأي لدى الجمهور، وقد اختلف في تحديد موقع النشر بين قانون الإخراج الأول أو قانون الدولة التي طرح فيها العدد الأكبر من نسخ المصنف، أو قانون الدولة التي يتوطن فيها صاحب المصنف، ورغم الانتقادات التي وجهت إلى هذا الرأي بسبب الاختلاف في تحديد قانون الدولة التي تم فيها النشر، إلا أن هذا الرأي ظل هو الرأي الأولي بالتأييد بوصفه القانون الأكثر ملائمة بالمقارنة مع قانون الدولة التي يقرر قانونها مدة حماية أقصر.

ب- القانون الواجب التطبيق وفقا للقانون الاتفاقي - اتفاقية برن وجنيف أنموذجين -.

تضمنت اتفاقية برن لسنة 1886 حلولا موضوعية وأخرى تتعلق بقواعد الإسناد في تنظيمها لمسائل حق المؤلف، وهذا لتحقيق هدفها الأسمى والمتمثل في توفير قدر أكبر من الحماية للمؤلفين وورثتهم وأعمالهم، تشجيعا للعمل الذهني.

وتبنت الاتفاقية أسس حماية تمثلت في جنسية المؤلف أو حصول نشر المؤلف في إحدى دول الاتحاد - الدول المنظمة إلى الاتفاقية- بموجب المادة 03 فقرة 01 بند أ وب، وبعامل المؤلف من غير رعايا دول الاتحاد معاملة المؤلفين من رعايا تلك الدول إذا كانت له إقامة معتادة في هذه الدول - المادة 03 فقرة 02 من الاتفاقية-، ويعتبر المصنف منشورا لأول مرة ولو ظهر في دولتين أو أكثر خلال 30 يوما من نشره الأول.²

¹ - بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 295.

² - الطيب رزوتي، القانون للملكية الفكرية، تحليل ووثائق، المرجع السابق، ص ص 11-16.

كما اعتمدت اتفاقية جنيف لسنة 1952 المتعلقة بحقوق المؤلف لإضفاء الحماية، ضابط الجنسية -المادة 02 فقرة 01-، وإذا لم ينشر المصنف فتمنح الحماية له حسب القانون الشخصي، وحسب الأحكام الموضوعية للحماية الواردة في الاتفاقية-المادة 02 فقرة 02 منها- ويحق لكل دولة أن تعامل رعايا دولة أخرى ليس طرفاً في الاتفاقية معاملة رعاياها إذا كانوا مقيمين بها وفقاً للمادة 02 فقرة 03 من نفس الاتفاقية، وحسب المادة 07 فقرة 02 من الاتفاقية، فإن الحماية يحكمها تشريع الدولة المطلوب توفير الحماية فيها ما لم يقر تشريع هذه الدولة غير ذلك، على ألا تتجاوز المدة المحددة في دولة منشأ المصنف، أي أن القانون المتضمن أقل مدة للحماية هو المطبق¹.

ويلاحظ أن القانون الاتفاقي استعمل وسائل متعددة لتحديد القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف، منها ما هو موضوعي ومنها عن طريق قواعد الإسناد، كاتفاقية مونتيبيديو لسنة 1889 بشأن توحيد قواعد تنازع القوانين.

أما عن المشرع الجزائري وبالرجوع دائماً إلى نص المادة 17 مكرر من ق.م.ج يتضح في الوهلة الأولى أنه أخذ بمعيار قانون بلد الأصل، إلا أنه وبالتمعن جيداً في محتوى المادة القانونية المذكورة أنه جعل ضابط الإسناد اختياري، يمكن القاضي من خلاله إما الأخذ بمكان النشر الأول أو مكان إنجاز المصنف الأدبي والفني، وهو ما يؤدي إلى إصدار أحكام مختلفة بين محكمة وأخرى، لكون مكان النشر الأول قد يختلف عن مكان المصنف، وهنا فمن الممكن للقاضي الوطني أن يفضل ضابط الإسناد الذي يمنحه الاختصاص المزدوج إذا كان مكان النشر الأول غير معروف².

إلا أن البعض الآخر من الفقه يرى أن المشرع الجزائري تبني معيار النشر بصورة صريحة لتحديد القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف، متأثراً بذلك بنظرية قانون بلد الأصل، لأنه يهدف من

¹ - الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 219.

² - أحمد بوراوي، المرجع السابق، ص 309.

خلال هذه النظرية إلى ثبات ضابط الإسناد وبالتالي حصول الحق الواحد على نفس المعاملة في جميع الدول.¹

ثانيا : القانون الواجب التطبيق على الحقوق المجاورة لحق المؤلف.

والتي نعالجها من خلال مسألتين نتناول في المسألة الأولى مفهوم الحقوق المجاورة لحق المؤلف ثم نرجع على القانون المطبق على هذه الحقوق ويكون ذلك على النحو التالي :

1- تعريف الحقوق المجاورة لحق المؤلف.

يعرف بعض الفقه الحقوق المجاورة على أنها : "الحقوق الخاصة بالأشخاص الذين تدور أعمالهم في فلك استغلال المصنف الأدبي أو الفني والمترتبة لهم بناء على الدور الذي نفذوه فيه".² في حين يرى البعض أنها : "مجموعة من الحقوق، تمنح لأشخاص لا بصفتهم كمؤلفين، بل بسبب دورهم في نشر هذه الأعمال وتقديمها للجمهور".³

وتعرف أيضا على أنها : "تلك الحقوق التي تخرج من تصنيف المؤلفين، ولكنها تساهم في إيصال وإبلاغ المصنفات إلى الجمهور، وتتميز هذه المساهمة بمهارات ابتكارية أو فنية أو تنظيمية في عملية النقل للجمهور"⁴، ويدل مصطلح الجوار بالنسبة للحقوق المجاورة على رابطة التبعية بين حق

¹ - ياسين مقدم، المرجع السابق، ص 41.

² - بعد أن كانت الأدوار التي يؤديها فنانو الأداء تنتهي بتمامها، ولا تكون محل حماية بعد ذلك، إلا أن التطور الرهيب في مجال النشر وإمكانية التسجيل ووسائل الإذاعة، مع إمكانية بثه أكثر من مرة وفي أماكن مختلفة من العالم، أصبح لزاما على التشريعات الدولية حماية حقوق هؤلاء الأشخاص كل حسب الدور الذي يقوم به، وذلك بقوانين تضمن حماية هذه الحقوق. حسن جمعي، مدخل إلى حقوق الملكية الفكرية، ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية، للصحفيين ووسائل الإعلام، المنظمة من قبل المنظمة العالمية للملكية (الويبو)، بالتعاون مع وزارة الإعلام، المنامة، البحرين، 16 يونيو/حزيران 2004، ص 25 .

³ - صلاح زين الدين، المدخل إلى الملكية الفكرية، ط3، دار الثقافة، عمان، 2011، صص 30-31، نقلا عن : إبراهيم البطش، عصام الأطرش، الضمانات القانونية لحماية الملكية الفكرية، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمر ثليجي الأغواط، المجلد 04، العدد 01، الجزائر، 2020، ص 360.

⁴ - الجليلي عجة، أزمات حقوق الملكية الفكرية، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 297.

المؤلف والحقوق المجاورة بحيث لا يمكن ممارسة هذه الأخيرة بدون وجود مصنف سابق يمكن أن يكون محلاً للأداء أو التمثيل أو التسجيل بواسطة الفونوغرام أو الفيديوغرام.¹

تم التطرق إلى أصحاب الحقوق المجاورة دون إعطاء تعريف محدد لهذا النوع من الحقوق، وذلك بموجب المادة 107 من الأمر 03-05 والتي جاء نصها كالتالي: "كل فنان يؤدي أو يعزف مصنفاً من المصنفات الفكرية أو مصنفاً من التراث الثقافي التقليدي، وكل منتج ينتج تسجيلات سمعية أو تسجيلات سمعية بصرية تتعلق بهذه المصنفات وكل هيئة للبث الإذاعي السمعي البصري تنتج برامج إبلاغ هذه المصنفات إلى الجمهور يستفيد من آرائه حقوقاً مجاورة لحقوق المؤلف تسمى الحقوق المجاورة".

اتفقت أغلبية التشريعات الوطنية والاتفاقية الدولية على قصور الحماية على ثلاثة طوائف وهي فنان الأداء ومنتجي التسجيلات السمعية والسمعية البصرية وهيئات البث الإذاعي.²

2- القانون الواجب التطبيق على الحقوق المجاورة.

ارتباط الحقوق المجاورة بحق المؤلف لا يمكن فهمها على أنها مجرد حقوق خادمة لحق المؤلف، لأن لكل حق طبيعة قانونية مختلفة عن الآخر، فعمل المؤلف هو إبداع وابتكار بينما الحقوق المجاورة هي إذاعة ونقل المصنف للجمهور بالوسائل التقنية المختلفة.³

هذا الاستقلال الذاتي لهذا النوع من الحقوق جعلها تكون عرضة لتنازع القوانين إذا كانت موضوع مسألة دولية خاصة، وعلى هذا الأساس يمكننا تبيان القانون المطبق بشأنها على النحو التالي:

¹ - يصرف الحاج، الحماية القانونية للمصنفات الرقمية وأثرها على تدفق المعلومات في الدول النامية، أطروحة دكتوراه علوم الإعلام والاتصال، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، قسم علوم الإعلام والاتصال، جامعة وهران 01 أحمد بن بلة، الجزائر، ص 64.

² - المواد: 107، 108، 113، 114، 116، 117، 118، من الأمر 03-05 السابق الإشارة إليه.

³ - الحاج يصرف، المرجع السابق، ص 64.

قرر المشرع الجزائري حماية خاصة في مجال تنازع القوانين لحقوق الملكية الأدبية والفنية بشكل عام، سواء كانت حقوق المؤلف أو الحقوق المجاورة لحق المؤلف، وأخضعها لقانون محل وجودها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها. وحدد محل وجود الملكية الأدبية والفنية بمكان النشر الأول للمصنف أو إنجازها.

وباستقراءنا لنص المادة 17 مكرر ق.م.ج المشار إليها آنفا، نستنتج أن القانون الواجب التطبيق على الحقوق المجاورة لحق المؤلف هو قانون المكان الذي تم نشرها فيه لأول مرة أو إنجازها، وهكذا، يكون المشرع الجزائري قد ضبط المعيار الأقرب لتحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات الدولية الخاصة عندما يكون موضوعها حقوق مجاورة لحق المؤلف¹، وهو نفس الحكم بالنسبة لتحديد القانون الواجب التطبيق على حقوق المؤلف.

أما على المستوى الفقهي، فاختلف الفقه بين إخضاع مسألة التنازع بشأن الحقوق المجاورة بين معيار قانون بلد الأصل وقانون بلد طلب الحماية، كما سبق التفصيل في هذا الشأن بالنسبة لتحديد المعيار الأنسب لحكم مثل هذه النزاعات الدولية الخاصة، ولتفادي التكرار، لا بأس أن نذكر أنه لا يمكن أخذ أي من المعيارين بصورة مطلقة، بل يجب دائما الاحتكام إلى المعيار المناسب حسب طبيعة النزاع، إذا كان مديني أو جزائي (يقصد بالجزائي هنا التعدي على هذا النوع من الحقوق بالتقليد). حيث في الفرض الأخير يكون من الأنسب تطبيق قانون بلد طلب الحماية باعتباري قانونا إقليميا.

أما على مستوى القانون الاتفاقي، فقد جاءت اتفاقية برن بقواعد قانونية كرسست من خلالها حماية الحقوق المجاورة إلى جانب حقوق المؤلف، حيث تعتمد هذه الاتفاقية أحيانا مكان نشر المصنف لأول مرة، بالنسبة لحقوق الملكية الأدبية والفنية بشكل عام، واعتمدت بالنسبة للحقوق المجاورة معيار بلد الأصل - بلد المنشأ - وجعلت أول بلد للنشر هو الضابط، حيث أنه بالنسبة

¹ - راجع المادة 17 مكرر ق.م.ج المشار إليها آنفا.

للمصنفات التي تنشر في أكثر من دولة في آن واحد¹، فدولة المنشأ هي الدولة التي يكون فيها مدة حماية أقصر مقارنة بالمدد المقررة في بقية دول الاتحاد المنشور فيها نفس المصنف. فدولة المنشأ بالنسبة للمصنفات السينمائية هي الدولة التي يقع مقر منتجها أو محل إقامته فيها²؛ هذا من جهة، ومن جهة ثانية إذا كان هذا المصنف منشور في أكثر من دولة تختلف فيها مدد الحماية، فضابط بلد المنشأ- بلد الأصل- هو قانون الدولة التي تقرر مدة حماية أقصر.

وأحياناً أخرى تعتمد قانون بلد الحماية، خاصة إذا علما أن قوانين الملكية الفكرية ومن بينها اتفاقية برن لا تنص على تحديد المسائل التي يحكمها قانون معين عندما تتعلق بتنازع القوانين، لهذا استقرت الاتفاقيات الدولية المتخصصة على تأييد ضابط بلد طلب الحماية كأصل عام، ومنه القانون الواجب التطبيق الذي يحكم على الحقوق المجاورة بدءاً من تكوينها حتى انقضائها يحكمه قانون بلد طلب الحماية. ويشمل نطاق هذا الضابط تحديد وسائل حماية هذا النوع من الحقوق، والتي يجب أن تكون في حدود الإقليم الذي يطبق فيه هذا القانون.³

أما بالنسبة لاتفاقية روما لعام 1961 والمتعلقة بحماية فنانين ومنتجي التسجيلات الصوتية وهيئات الإذاعة التي تتميز بالطابع المرن، فقد تاركت المجال لدول الاتحاد في تقرير قوانينها الداخلية لحماية الحقوق المجاورة في حدود ملائمة قوانين الاتفاقية، حيث لا يجب الخروج على ثلاث ضوابط إسناد هي : ضابط جنسية منتج التسجيل، أو ضابط التثبيت أين تم التسجيل الأول، أو ضابط بلد النشر.⁴

¹ - بينت الاتفاقية المقصود بالنشر في آن : أنه كل مصنف ينشر في أكثر من دولة في مدة أقل من 30 يوماً يعتبر وكأنه نشر في آن واحد في كل هذه الدول حتى ولو كان الفرق الزمني مثلاً 10 أيام بين النشر الأول والنشر الذي يليه في دولة أخرى من دول الاتحاد.

² - عبد الكريم محسن أبو دلو، المرجع السابق، ص 199.

³ - عبد المجيد عصمت، وصبري خاطر، الحماية القانونية للملكية الفكرية، بيت الحكمة، بغداد، العراق، 2001، ص 203، نقلاً عن مقدم ياسين المرجع السابق، ص 105.

⁴ - أحمد محمد الهواري، الجات والحماية الدولية لحقوق الملكية الفكرية، المجلة القانونية الاقتصادية، جامعة الرزازيق، العدد 10، مصر، 2002، ص 211، نقلاً عن : مقدم ياسين، المرجع السابق، ص 104.

الفرع الثاني: القانون المطبق على الملكية الصناعية.

قبل التطرق إلى القانون الواجب التطبيق على الملكية الصناعية، نرى أنه من الأنسب، إعطاء نبذة عن المقصود بهذا النوع من الحقوق، ويكون ذلك بالتطرق إلى تعريف أبرز مجالاتها، ثم نتطرق بعدها إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على كل من هذه المجالات على حدة.

أولا: مفهوم حقوق الملكية الصناعية.

ظهرت الملكية الصناعية بصورة كاملة بعد الثورة الصناعية، حيث لقيت اهتمام كبير من طرف الدول المصنعة أدى ذلك إلى انعقاد عدت اتفاقيات تدعو لحماية هذه الحقوق، ومن أهم هذه الاتفاقيات على الإطلاق هي اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المنعقدة عام 1883 والسابق الإشارة إلى ظروف انعقادها، حيث انضمت الجزائر إلى هذه الاتفاقية بموجب الأمر رقم 48-66 المؤرخ في 25 فيفري سنة 1966¹، وصادقت على الاتفاقية بموجب الأمر رقم 02-75 المؤرخ في 09 يناير 1975².

ويمكن القول، أن الملكية الصناعية بما تتضمنه من مجالات مختلفة، تعتبر معيار للتقدم والرقى، لمختلف الدول، وتعتبر كذلك معيار لتطور الدول من الناحية الاقتصادية، لذا حظيت باهتمام دولي كبير وأهمية بالغة لحماية حقوق أصحاب هذا النوع من الملكية، وذلك من خلال توفير عدت آليات للتجسيد الأمثل لهذه الحماية، وتأتي هذه الحماية في عدت أشكال كبراءة الاختراع مثلا.

ومن بين الدول التي اهتمت كثيرا بحماية حقوق الملكية الصناعية، نجد دولة الجزائر، حيث نص المشرع صراحة على حماية هذه الحقوق، خاصة في العلاقات الدولية الخاصة، وكان ذلك من خلال المادة 17 مكرر من القانون 05-10 المتضمن قواعد القانون المدني وهي: براءة الاختراع، الرسوم والنماذج الصناعية، والعلامة التجارية. والملاحظ أن المشرع الجزائري من خلال قاعدة الإسناد المذكورة

¹ - الأمر رقم 48-66 مؤرخ في 05 ذي القعدة عام 1385 الموافق 25 فبراير سنة 1966 يتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية إلى اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المبرمة في 20 مارس 1883، ج ر العدد 10، عام 1966.

² - أمر رقم 02-75 مؤرخ في 26 ذي الحجة عام 1391 الموافق 05 يناير سنة 1975 يتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية إلى اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية ج.ر العدد، 10 عام 1975.

لم يتطرق إلى المجالات الحديثة المنصوص عليها في الاتفاقيات الحديثة كاتفاقية تريبس والتي نصت على مجالات جديدة مثل : الدوائر المتكاملة، حماية المؤشرات الجغرافية، وبلد المنشأ وحماية الأسرار التجارية والمنافسة غير المشروعة.

ولاكتساب حق الملكية الصناعية يجب أن تتوفر عدة شروط بعضها موضوعية عامة كشرط الجدة، بحيث يجب أن يكون الاختراع جديد وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 04 من الأمر 03-07¹. والشروط الموضوعية العام الثاني هو عدم الإخلال بالنظام العام أو الآداب العامة، حيث نص المشرع الجزائري على هذا الشرط من خلال المادة 08 من الأمر 03-07²، والبعض الآخر شروط موضوعية خاصة، كالنشاط الابتكاري والذي يجب أن يكون فيه الاختراع ينطوي على خطوة إبداعية، حيث حددته المادة 05 من الأمر 03-07 بأنه : "... ناتجا عن نشاط اختراعي إذا لم يكن ناجما بداهة من حالة التقنية"، والشروط الموضوعية الخاص الثاني هو التطبيق الصناعي، بحيث يجب أن يكون الاختراع قابلا للتطبيق الصناعي إذا كان موضوعه قابلا للصناع أو الاستخدام في أي نوع من الصناعة³. أما الصفة المميزة فتكون في مجال العلامات التجارية⁴. إضافة إلى الشروط الموضوعية، يجب أن يتوفر حق الملكية لحمايته على شروط شكلية، كالتسجيل لدى الهيئات المختصة حسب كل مجال⁵.

¹ - تنص المادة 04 من الأمر 03-07 على أنه : "يعتبر الاختراع جديدا إذا لم يكن مدرجا في حالة التقنية، وتتضمن هذه الحالة كل ما وضع في متناول الجمهور عن الطريق وصف كتابي أو شفوي أو استعمال أو أي وسيلة أخرى عبر العالم، وذلك قبل يوم إيداع طلب الحماية أو تاريخ مطالبة الأولوية بها".

² - نص المادة 08 من الأمر 03-07 : "لا يمكن الحصول على براءات اختراع بموجب هذا الأمر بالنسبة لما يأتي : ... الاختراعات التي يكون تطبيقها على الإقليم الجزائري محلا بالنظام أو الآداب العامة...".

³ - أنظر نص المادة 06 من الأمر 03-07.

⁴ - تنص المادة 07 فقرة 02 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات : "تستثنى من التسجيل ... الرموز الخاصة بالملك العام أو المحررة من صفة التمييز...".

⁵ - المرسوم التنفيذي 05-277 الذي يحدد كفاءات طلب براءة الاختراع وإصدارها والمرسوم التنفيذي 05-277 الذي ينظم كيفية اكتساب الحقوق على العلامة وينظم الإجراءات الخاصة بالإبداع، التسجيل والنشر.

واستنادا إلى ما سبق الإشارة إليه، وبما أن بحثنا يتعلق بدراسة قاعدة التنازع المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الملكية الصناعية بالشكل المشار إليه في قاعدة الإسناد الجزائية والمتمثلة في المادة 17 مكرر، فإننا سنسلط الضوء على عناصر الملكية التي تتضمنها ضابط الإسناد في هذه المادة.

ولا ضير أن نتطرق في مستهل هذه المسألة إلى تحديد مضمون حق الملكية الصناعية، من خلال تعريف عناصرها وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل عنصر وذلك على النحو التالي :

1- مفهوم براءة الاختراع :

يقصد بالاختراع في حد ذاته أنه : "هو ابتكار شيء جديد أو النتيجة التي تترتب على العمل الذهني والعقلي" ويعرفه البعض أنه : "إيجاد شيء جديد لم يكن موجودا من قبل، أو الكشف عن شيء موجود ولكنه لم يكن ملحوظا أو معروفا".¹

أما المشرع الجزائري فقد عرف الاختراع بأنه :فكرة تسمح عمليا بإيجاد حل لمشكلة محددة في مجال التقنية. ومنح لصاحبه حماية قانونية عن طريق وسيلة -شهادة- تسمى براءة الاختراع، تمنح له وفقا لشروط معينة ينص عليها القانون، يكون له بمقتضاها حق استغلال اختراعه ماليا.²

أما عن براءة الاختراع فيعرفها بعض الفقه على غرار الأستاذ فاضلي إدريس على أنها : "الشهادة التي تمنحها الدولة للمخترع، فيثبت له حق احتكار واستغلال اختراعه ماليا، لمدة محددة أو بأوضاع معينة"³، ويعرفها الأستاذ محمد إبراهيم الوالي بأنها : "شهادة تمنحها الإدارة لشخص ما،

¹ - درويش عبد الله درويش إبراهيم، شرط الجدة في الاختراعات، وفقا لاتفاقية باريس ومدى ملائمتها للدول النامية، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1992، ص 76 وعبد الرحيم عنتر عبدالرحمان، براءة الاختراع ومعايير حمايتها، ط.1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009، ص 17، نقلا عن : مقدم ياسين، المرجع السابق، ص 115.

² - نعيمة علواش، الملكية الصناعية في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 02، الجزائر، 2015، ص 48.

³ - إدريس فاضلي، الملكية الصناعية في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 47.

يستطيع من خلالها التمسك بالحماية التي يضيفها القانون على الاختراعات، ما دام قد استوفى الشروط المحددة قانونا يخول له من خلالها منح براءة الاختراع".¹

خص المشرع الجزائري براءة الاختراع، نظرا لأهميتها بمجموعة من النصوص القانونية تضمنها الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الاختراع²، وفي نفس الوقت أعطى تعريفا لبراءة الاختراع على أنها: "وثيقة تسلم لحماية اختراع".³

2- الرسوم والنماذج الصناعية :

تنصب الرسوم والنماذج الصناعية على مجرد الشكل لتحديد المظهر الخارجي للمنتجات، والذي يكون الغرض منه هو التأثير على ميول الجمهور ورغباته، حيث يلعب شكل المنتج ومظهره دورا هاما في التأثير على البون بصفة خاصة.⁴

ويرى بعض الفقه أن الرسوم والنماذج الصناعية تتميز بطبيعة مزدوجة أي أنها تجمع بين الفن والصناعة، إلا أن الفقه الغالب يجمع على أنها ذات طبيعة صناعية وبالتالي يخضعها لقوانين الملكية الصناعية، سواء كانت هذه القوانين وطنية أو دولية.

وعلى هذا الأساس أدرجت بعض الاتفاقيات المتخصصة في هذا المجال هذا النوع من الحقوق

ضمن فئة الملكية الصناعية، على غرار اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة تريس ضمن موادها : 25

¹ - محمود إبراهيم الوالي، حقوق الملكية الفكرية في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983، ص 30.

² - الأمر رقم 03-07 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق ل: 19 يوليو 2003 المتعلق ببراءة الاختراع، ج.ر. العدد 44 المؤرخة في 23 يوليو 2003.

³ - المادة 02 من الأمر 03-07 المؤرخ في 19/07/2003 المتعلق ببراءات الاختراع الجريدة الرسمية العدد 44، المؤرخة في 23 يوليو 2003.

⁴ - همو فرحات، حماية الرسوم والنماذج الجديدة بين قانون حقوق المؤلف وقانون الرسوم والنماذج الصناعية، جامعة غليزان، المجلد 03 العدد 01، الجزائر، 2014، ص 105.

و 26 على التوالي، كما تركت في نفس الوقت حرية الاختيار للدول الأعضاء بالنسبة لنظام الحماية سواء كان نظام الملكية الصناعية أو نظام الملكية الأدبية والفنية، وهو نفس النهج اتبعته اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية.¹

المشرع الجزائري بدوره لم يخرج عن النهج المتبع في كثير من التشريعات الدولية المقارنة، واعتبر الرسوم والنماذج الصناعية كحق من حقوق الملكية الصناعية، بدليل أنه خصص لها قانونا خاص والمثل في الأمر 66/86 المتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية، حيث وجب حمايتها إذا توفرت فيها الشروط الموضوعية والمتمثلة في شرط الجودة والصالة والمظهر الخارجي لقابلية التطبيق الصناعي وعدم المساس بالآداب العامة.²

3- العلامة التجارية :

تعتبر العلامة التجارية شعارا للمنتج أو البضاعة، يتخذها التاجر أو المنتج لتمييز بضاعته أو منتجه عن باقي السلع الأخرى المماثلة لها، كما تعتبر أيضا وسيلة لتمكين المستهلك من التعرف على المنتجات أو السلع والخدمات التي يقدمها الطرف الآخر له.

كما يعرفها جانب آخر من الفقه على أنها : " كل ما يتخذ من تسميات أو أشكال أو رموزا توضع على المنتجات والبضائع التي يبيعها التجار أو يضعها المنتج لتمييزها عن بقية المبيعات المشابهة أو الخدمات"، أو " كل شارة أو دلالة يضعها الصانع أو التاجر على المنتجات التي يقوم ببيعها أو صنعها لتمييز هذه المنتجات عن غيرها من السلع".³

¹ -فايزة سقار ومسعودة عمارة، الحماية القانونية المزدوجة للرسوم والنماذج الصناعية وفق قواعد الملكية الفكرية بين النظام الخاص ونظام حقوق المؤلف (دراسة مقارنة)، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، المجلد 07 العدد 03، الجزائر، 2021، ص 651.

² -فايزة سقار ومسعودة عمارة، المرجع السابق، ص 654.

³ -علي أحمد صالح، الحماية القانونية للعلامة التجارية، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، المجلد 05، العدد 02، الجزائر، 2018، ص 394.

لكي تتمتع العلامة التجارية بالحماية يجب أن تتوفر فيها شروط شكلية والمتمثلة أساسا في إجراءات التسجيل والنشر ويكون طلب التسجيل لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية، تطبيقا لنصوص الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات. وتضاف إلى شروط الشكلية، شروطا موضوعية وتمثل في : الصفة المميزة للعلامة؛ أي يجب أن يكون للعلامة المراد حمايتها طابعا مميزا على العلامات الأخرى.¹

ثانيا : القانون الواجب التطبيق على حقوق الملكية الصناعية.

نتناول تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا النوع من الحقوق على النحو التالي :

1- القانون الواجب التطبيق على براءة الاختراع.

يكتسي موضوع القانون الواجب التطبيق على براءة الاختراع أهمية بالغة، وهذا بالنظر للأهمية الكبيرة التي تكتسبها الاختراعات، سواء على الصعيد الوطني أو على الصعيد الدولي.

تكيف الاختراعات ضمن فئة الأموال المعنوية، أما بشأن القانون الواجب التطبيق عليها يرى جانب من الفقه أن هذا القانون يتحدد بقانون الدولة مانحة لبراءة الاختراع، واستند هذا الاتجاه الفقهي في تبرير رأيه بجملة من الحجج منها : أن تطبيق قانون الدولة المانحة للبراءة يجد أساسه في كون براءة الاختراع هي التي تنشئ حق المخترع، فهي مصدر هذا الحق، ولذلك اعتبر هذا القانون هو أنسب القوانين للتطبيق عليها، باعتبار أن كل ما يتعلق بالاختراع من إجراءات يتم وفقا لهذا القانون.²

يضاف إلى ذلك أن القواعد المنظمة لبراءة الاختراع تعتبر من المسائل المتعلقة بالأمن المدني، لكونها تتعلق بالتنظيم الاقتصادي في الدولة، ولذلك فإن هذا النوع من القوانين تعتبر من القواعد ذات التطبيق الضروري والتي يتم تطبيقها تطبيقا إقليميا، لأنه لا يتصور أن يستبعد القاضي تطبيقها

¹ - ينظر : المادة 02 من الأمر رقم 05/03 السابق الإشارة إليه.

² - ياسين مقدم، المرجع السابق، ص 132.

لصالح قانون أجنبي¹. كذلك يجب أن تكون العلامة مشروعة غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة². وكذلك شرط الجدة؛ أي أنه لم يسبق وأن استعملت علامة مماثلة لها من قبل. ورغم وجاهة الأساس الذي يقوم عليه هذا الرأي، إلا أنه لم يكن محل إجماع لدى الفقه، لعدة اعتبارات لعل أهمها : أنه لا يستند على أساس قانوني متين وهذا لكونه يقوم على أساس نظرية الموقع المفترض، والتي لا تشكل أساساً متيناً لإخضاع الاختراعات للقانون الإقليمي، وتبني هذا الرأي يحرم المخترع من الحماية داخل الدولة التي يصل إليها اختراعه، كما أن تبني هذا الموقف سيؤدي إلى عدم الاعتراف للاختراعات بالإنفاذ الدولي لها بسبب الإقليمية المطلقة والتي تفرض على الدولة حماية الاختراعات المسجلة بها فقط.³

أما الاتجاه الفقهي الثاني، فيرى تطبيق قانون بلد طلب الحماية، لما يوفره من حماية للمصالح الوطنية، للمحكمة المعروض أمامها النزاع، ويتمشى مع مبدأ استقلالية البراءات وإقليميتها والذي يقضي بأن لكل دولة الحق في توفير الحماية واستغلال الابتكار على إقليمها وهو ما يتمشى مع المعاهدات الدولية وغالبية التشريعات المقارنة. استناداً كما ذكرنا على مبدأ إقليمية واستقلالية البراءات المعمول بها دولياً، وتمسك القاضي الوطني بمبدأين المبدئين تفادياً لتطبيق قانون دولة أخرى كون هذه القاعدة تتصل بالتنظيم الاقتصادي وأمن الصناعة في دولته.⁴

أما على الصعيد القانون الاتفاقي، فتضمنت اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية لسنة 1883 نوعين من القواعد : قواعد موضوعية، وقواعد اسناد، وبموجب النوع الأول، أرسيت هذه الاتفاقية أربعة قواعد.⁵

¹ - ياسين مقدم، المرجع نفسه، ص 132، نبيه راضي نبيه علوانة، المرجع السابق، ص 102.

² - المواد 07 فقرة 04، 05 و 06 و 07 و 08 و 09، من الأمر 06/03 .

³ - المواد 07 فقرة 04، 05 و 06 و 07 و 08 و 09، من الأمر 06/03.

⁴ - هايدي عيسى وحسن علي حسن، المرجع السابق، ص 173.

⁵ - راضي نبيه راضي علوانة، المرجع السابق، مشار إليه في الهامش، ص 104.

- مبدأ إقليمية البراءة : والذي يعني أن براءة الاختراع الممنوحة على نفس الاختراع في مختلف الدول تعتبر مستقلة عن بعضها، وقد تمخض عن هذا المبدأ قاعدة استقلال البراءات التي نصت عليها المادة الرابعة من الاتفاقية.

- مبدأ التشبيه : والذي يعني معاملة الأجانب بنفس معاملة الوطنيين من حيث المزايا الممنوحة لهم أو التظلم من كل مساس بحقوقهم بشرط احترام الشروط والأوضاع المفروض بالنسبة للوطنيين وهو ما يطلق عليه بمبدأ المعاملة الوطنية، وقد ورد النص على هذا المبدأ في المادة 02 فقرة 01 من اتفاقية باريس.

- مبدأ إلغاء سقوط البراءة أو الرسم أو النموذج الصناعي لعدم الاستغلال، الاكتفاء عند الإخلال بالالتزام باستغلال بمنح ترخيص إجباري.

- مبدأ عدم المعارضة مع اتفاقية باريس : من أجل تحقيق هدف توحيد القوانين والتشريعات الوطنية لدول الأعضاء، منحت اتفاقية باريس وفقا للمادة 19 الحق لكل دولة إبرام اتفاقيات فيما بينها بشرط عدم التعارض مع أحكامها. كما أنها رخصت للدول الأعضاء في الاتحاد، منح حق الحماية للاختراعات من أي اعتداء قد يتم عليها شريطة أن تتطابق مع نصوص الاتفاقية فيما يخص المواعيد والإجراءات، وهذا ما تقره المادة 11 من اتفاقية باريس.¹

أما بخصوص قواعد الإسناد، فقد تضمنت اتفاقية باريس في مادتها 05 ج 03 التي تنص على أنه : "لا يجوز استعمال نفس العلامة في وقت واحد على منتجات متماثلة أو متشابهة بمعرفة منشآت صناعية أو تجارية تعتبر شريكة في ملكية العلامة وفقا لأحكام القانون الوطني للدولة التي تطلب فيها الحماية دون تسجيل العلامة أو الإنقاص بأية حال من الحماية الممنوحة لتلك العلامة في أية دولة من دول الاتحاد، بشرط ألا يؤدي هذا الاستعمال إلى تظليل الجمهور وألا يتعارض مع المصلحة العامة". وإن كانت هذه المادة تتعلق بالعلامات فإنه يستخلص منها أن الاتفاقية تبنت

¹ - سفيان محمود العزام، القانون الواجب التطبيق على براءة الاختراع، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة جرش الأهلية، الأردن، 2019، ص 87.

قانون بلد طلب الحماية، وحصرت تطبيقه على بعض المسائل فقط، كالإجراءات التي تسمح للنقابات الممثلة لأصحاب الصناعة والتجارة باللجوء إلى القضاء أو السلطات الإدارية لقمع أعمال المخالفة.

أما على مستوى التشريعات الوطنية فقد تباينت مواقفها في شأن القانون الواجب التطبيق على براءة الاختراع فمنها تبنى قانون بلد الحماية كالقانون المصري، والبعض منها تبنى قانون البلد المانح للبراءة بعد إيداع الطلب كالمشروع الجزائري الذي أخضعها في المادتين 20 و23 من الأمر رقم 03-07 المؤرخ في 19-07-2003 المتعلق ببراءات الاختراع بإخضاعها إلى قانون الدولة التي منحت فيها بعد إيداع الطلب بغض النظر عن جنسية المخترع ومكان حصول الاختراع¹، وبعد تعديل 2005 للقانون المدني، أكد المشروع الجزائري موقفه بموجب المادة 17 فقرة 03 والتي جاء نصها : "... يعد محل وجود براءة الاختراع البلد الذي منحها".

2- القانون الواجب التطبيق على الرسوم والنماذج الصناعية.

اختلفت آراء الفقه بشأن القانون الواجب التطبيق على الرسوم والنماذج الصناعية إلى ثلاثة آراء : فرأي ذهب إلى إخضاع هذه الحقوق لقانون الدولة التي تم تسجيل الرسم والنموذج الصناعي لأول مرة، بينما ذهب رأي ثاني إلى تبنى قانون الدولة التي يتم فيها استغلال الرسوم والنماذج الصناعيين، في حين ذهب رأي ثالث إلى تطبيق قانون المحكمة المعروض أمامها النزاع. ويعتبر الرأي الأول هو الرأي الراجح في الفقه، ورغم ذلك وفي حالة إيداع الرسم أو النموذج الصناعي أو تسجيله في أكثر من دولة فيسار إلى تطبيق قانون بلد طلب الحماية، مع العلم أن نطاق القانون الواجب التطبيق على الرسوم والنماذج الصناعيين يتضمن : ماهية الرسم والنموذج الصناعيين وشروط حمايتهما ومدة حمايتهما وكيفية التصرف بها والحقوق العينية التي ترد عليهما.²

¹ - آمنة محمدي بوزينة، المرجع السابق، مشار إليه في هامش، ص 489.

² - يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 369.

أما على صعيد الاتفاقيات الدولية، والتي يوجد على رأسها اتفاقية باريس لسنة 1883 واتفاقية تريبس لسنة 1994، فإنها لم تنص صراحة على القانون الواجب التطبيق على الرسوم والنماذج الصناعية بل اكتفت بالتلميح فقط إلى تطبيق قانون طلب الحماية¹، لذلك في الجزائر ولكون المشرع حسم المسألة في المادة 17 مكرر في القانون المدني عندما أخضع الرسم والنموذج الصناعيين لقانون البلد الذي سجلا أو أودعا فيه، فإنه أمام انعدام نص اتفاقي، يجعل القانون الأصلي هو المطبق.

3 - القانون الواجب التطبيق على العلامة التجارية.

اختلف الفقه حول القانون الواجب التطبيق على العلامة التجارية، فمنهم تبنى قانون الدولة التي تستعمل فيها العلامة التجارية لأول مرة، واستند أنصار هذا الاتجاه في تبرير رأيهم أن العلامة التجارية ليست نتاجا ذهنيا يحميه القانون بهذا الوصف، بل هي وسيلة لتجنب المنافسة غير المشروعة لذلك، فالحق فيها لا يثبت بمجرد ابتكارها أو إيداعها بل للأولوية في استعمالها، ولكون العلامة التجارية تستعمل عادة لأول مرة في الدولة التي توجد بها منشأة الاستغلال اعتُبر موقع العلامة في هذه الدولة وخضعت لقانونها²، وتبنى هذا القانون يؤدي إلى تحقيق الاستقرار وتوحيد القانون المطبق على المشروع والعلامة التجارية³، وقد تبنى هذا الرأي القانون الفرنسي الصادر عام 1857.

أما الرأي الثاني، فذهب إلى إخضاع العلامة التجارية لقانون الدولة التي سجلت فيها وهو المعيار الذي أخذت به اتفاقية تريبس، وتبريرا لموقفه ذهب هذا الاتجاه أن العلامة التجارية هي وسيلة فنية لتمييز المنتجات والاعتراف بتلك الوسيلة يقتضي تدخل سلطة عامة، يكون باستطاعتها تمييزها عن العلامات الأخرى ولذلك اعتبر هذا الاتجاه، التسجيل هو الوسيلة التي تحقق ذلك، يضاف إلى ذلك أن تسجيل العلامة التجارية هو السبب المنشئ لملكيتها وأن القوانين المتعلقة بتسجيلها تعتبر من القوانين ذات التطبيق الضروري التي تحدد بذاتها مجال سريانها، وهذا يعزز قانون دولة التسجيل⁴،

¹ - ياسين مقدم، المرجع السابق، ص 150.

² - راضي نبيه راضي علوانة، المرجع السابق، ص 89-90.

³ - ياسين مقدم، المرجع السابق، ص 188.

⁴ - المرجع نفسه، ص 90.

ويضيف هذا الاتجاه لتدعيم موقفه أن العلامة التجارية تعتبر من قبيل الاحتكارات الوطنية، ولذلك تدخل فيما يسمى بالأمن الصناعي والتجاري وبالتالي يتحدد القانون الواجب التطبيق عليها بقانون الدولة التي تحتكر استغلالها، لذلك تخضع للقانون الإقليمي باعتبارها احتكارا لصاحب الفكرة المبنية عليها هذه الملكية¹، وتبنى هذا الرأي القانون الفرنسي الحديث الصادر بتاريخ : 1664/12/31. ورغم الانتقادات الموجهة للاتجاهين الفقهيين، إلا أن لهما جانب كبير من الصواب، لذلك تأرجحت مواقف التشريعات بين الموقفين الفقهيين، فهناك من التشريعات من أخذت برأي الاتجاه الفقهي الأول ولو أنها قليلة، إلا أن أغلبها أخذت بالرأي الثاني -قانون الدولة التي سجلت فيها العلامة التجارية-، على غرار المشرع الجزائري الذي نص في المادة 17 مكرراتي جاء نصها : "... يسري على الأموال المعنوية قانون محل وجودها ..."، وفي الفقرة 05 من نفس المادة: "... ويعد محل وجود العلامة التجارية منشأة الاستغلال".

أما بخصوص القانون الواجب التطبيق على العلامة التجارية وفقا للاتفاقيات الدولية، فإن هذه الأخيرة ألزمت الدول الأعضاء تطبيق أحكامها الموضوعية مباشرة أو دمجها في قوانينها الداخلية، فقد نصت المادة 25 من اتفاقية باريس أن تتعهد كل دولة عضو لاتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان تطبيق الاتفاقية، كما ألزمت معاهدة التريبس TRIPS بموجب مادتها 41، إلزام الدول الأعضاء أن تضمن قوانينها الداخلية الإجراءات والقواعد التي نصت عليها الاتفاقية باتخاذ التدابير الفعالة ضد أي تعدي على حقوق الملكية الفكرية، وهكذا يظهر أن الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالعلامات التجارية أرست نظاما قانونيا دوليا للعلامات التجارية، أصبحت أحكامه موحدة في كل الدول الأعضاء في الاتفاقيات.²

أي أنها شكلت بقواعدها القانونية نظاما موضوعيا لعب دورا حاسما في حل المنازعات المتعلقة بالعلامات التجارية، بعيدا عن منهج قواعد الإسناد التقليدي، خاصة من خلال تبنيها لمبدأ

¹ - ياسين مقدم، المرجع السابق، ص 189.

² - إيمان نبيل ذيب حداد، القانون الواجب التطبيق على العلامات التجارية، رسالة ماجستير في القانون، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2016، ص 54 وما يليها.

المعاملة الوطنية كدعامة أساسية لتوحيد القوانين الوطنية لكل الدول الأعضاء، ولعب هذا المبدأ دورا فعالا في حماية العلامات التجارية عن طريق تسجيلها دوليا، فبموجبه أصبحت الدول تسمح بتسجيل العلامات التجارية دون أي تمييز بينها وبين العلامات الوطنية.¹

وقد شكل هذا المبدأ نقطة الانطلاق في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلامات التجارية، وترتب عنه تطبيق قانون بلد طلب الحماية أو ما يعرف بقانون دولة القاضي التي سجلت فيها العلامة التجارية والذي يتم فيه الاعتداء على العلامة التجارية، وهو الاتجاه الحديث الذي تبناه فقه القانون الدولي الخاص.²

وتمشيا مع السياق العام للاتفاقيات الدولية النازمة للعلامات التجارية التي تضمنت قواعد موضوعية، تؤدي كلها إلى تطبيق قانون بلد طلب الحماية، فاتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية لسنة 1883 والتي خضعت لعدت تعديلات كان آخرها 1979/10/02 تضمنت أربعة مبادئ ترسخ تطبيق قانون بلد الحماية، منها مبدأ المعاملة الوطني، ومبدأ الأولوية المكرس بموجب المادة 04 من الاتفاقية³، ومبدأ الاستقلال المكرس بموجب المادة 06 فقرة 03⁴، ومبدأ وجوب قبول تسجيل العلامات الأجنبية المسجلة في بلدها الأصلي المكرسة في المادة 06 من نفس الاتفاقية.⁵

¹ - إيمان نبيل ذيب حداد المرجع السابق، ص 54 وما يليها.

² - المرجع نفسه، ص 55.

³ - تنص المادة 04 من الاتفاقية : " كل من أودع طلب تسجيل علامة تجارية في إحدى دول الاتحاد التي يطلب فيها الحماية والمستوفي لأحكام إيداع العلامة التجارية بمقتضى التشريع الداخلي لكل دولة من دول الاتحاد التي يطلب فيها الحماية يتمتع هو أو خلفه في دول الاتحاد الأخرى بحق الأولوية خلال 06 أشهر من تقديم طلب التسجيل".

⁴ - تنص المادة 06 فقرة 03 من الاتفاقية على ما يلي : "تعتبر العلامة التي سجلت طبقا للقانون في إحدى دول الاتحاد مستقلة عن العلامات التي سجلت في دول الاتحاد الأخرى بما في ذلك دولة المنشأ، فإذا سجلت علامة وفقا للأوضاع القانونية في بلدها الأصلي ثم سجلت في الدولة العضو والتي يطلب الحماية فيها تعتبر كل من هذه العلامات الأصلية مستقلة عن الأخرى، إلى أن انتهت مدة حماية أي من العلامات لا تنسحب على مدة حماية العلامة الأخرى".

⁵ - تنص المادة 06 من اتفاقية باريس : "لا يجوز رفض تسجيل علامة مودعة من قبل رعايا دولة من دول الاتحاد في أي دولة من دول الاتحاد أو إبطال صحتها استنادا إلى عدم إيداعها أو تسجيلها في دولة المنشأ".

أما القانون الواجب التطبيق على الاسم التجاري، الذي يعتبر عنصراً من عناصر المحل التجاري، والذي يكتف على أنه مال منقول معنوي يتضمن مجموعة من العناصر المادة والمعنوية.

حيث يخضع المحل التجاري حسب الفقه الراجح إلى قانون الدولة التي توجد فيها معظم العناصر الأساسية المكونة للمحل التجاري، المتمثلة في موقع المحل ومكان الاستغلال والاتصال بالعملاء، الاسم التجاري، الشعار، حق الإيجار والسمعة التجارية، واسم النطاق والموقع الإلكتروني للمحل التجاري...¹

ولكون الاسم التجاري لصيق بالمحل التجاري، إذ لا يمكن التصرف في الاسم التجاري مستقلاً عن المحل التجاري²، ولذلك يخضع كل من المحل التجاري والاسم التجاري إلى قانون واحد وهو قانون المقر الرئيسي للمحل التجاري³، وهو المكان الذي سجل فيه التاجر في السجل التجاري، ولذلك فإن ملكية الاسم التجاري تنشأ بعد القيد في السجل التجاري، لأن الاسم التجاري يذكر ضمن البيانات الواردة في السجل التجاري، وابتداءً من هذه اللحظة تنقرر له الحماية القانونية.

ومهما اختلفت تسميات القانون الواجب التطبيق على الاسم التجاري بين قانون البلد المسجل فيه التاجر في السجل التجاري أو قانون بلد قيد الاسم، فإن هذه التسميات تؤدي إلى معنى واحد وهو قانون المقر الرئيسي للمحل التجاري، وهو الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري بموجب المادة 17 مكرر 07 السالف الإشارة إليه. وحماية الاعتداء على الاسم التجاري تنقرر وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، أي القانون الواجب التطبيق على الاعتداء على الاسم التجاري في العلاقات الخاصة الدولية يخضع لقانون موقع الفعل الضار أو قانون موطن المضرور.⁴

¹ - راضي نبيه راضي علوانة، المرجع السابق، صص 95-96.

² - إدريس فاضلي، الملكية الصناعية في القانون الجزائري المرجع السابق، ص 257، نقلاً عن مقدم ياسين، المرجع السابق، ص 202.

³ - أنظر المادة 17 مكرر الفقرة 07 ق.م.ج.

⁴ - ياسين مقدم، المرجع السابق، ص 253.

إضافة إلى مجالات حقوق الملكية الصناعية التي تطرقنا إلى القانون الواجب التطبيق بشأنها، توجد هناك مجالات حديثة لم تبلور مواقف الفقه والتشريعات بشأن القانون الواجب التطبيق عليها لحداتها، كالتصاميم الشكلية والدوائر المتكاملة، والتي يجري العمل لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها بقياسها على الاختراعات باعتبارها نوع من أنواعها تتعلق بالجانب الإلكتروني، وعلى هذا الأساس، فإن القانون الملائم لها هو قانون المحل، ولكونها تنعدم لموقع مادي فإنه يتعين البحث بشأنها عن موقع افتراضي للوصول إلى معرفة بلد الأصل، وقد اختلفت الآراء حول هذا الموقع بين قانون البلد الذي منح البراءة وقانون بلد أول براءة، ولحداتها لم يتطرق المشرع الجزائري للقانون الواجب التطبيق عليها.

المبحث الثاني : القانون الواجب التطبيق على الحقوق الشخصية -الديون-.

يتفق الفقه على أن الحق الشخصي هو السلطة التي يقرها القانون لشخص يسمى الدائن على شخص آخر يسمى المدين، حيث يلتزم هذا الأخير بأداء عمل أو الامتناع عنه أو تقديم شيء ما يحقق من خلاله مصلحة للدائن وتكون هذه المصلحة مشروعة¹، ويسمى هذا الحق الشخصي التزاما إذا نظرنا إليه من ناحية المدين، كما أن الحق الشخصي بالصفة المذكورة آنفا إذا كان ناشئا عن عقد فيخضع لقانون الإرادة²، وإذا كان ناشئا عن فعل فيخضع للقانون المحلي³.

¹ - ويعرفه نفر آخر من الفقه على أنه : "الحق الشخصي هو رابطة قانونية بين شخصين، يلتزم بمقتضاها أحدهما، ويسمى المدين بالقيام بأداء مالي معين لمصلحة شخص آخر يسمى الدائن، وهذا الأداء المالي قد يكون قياما بعمل أو امتناعا عن عمل أو إعطاء شيء".

² - لقد مر معنا في الباب الأول، أن التصرفات الواردة على المنقول المادي تخضع لقانون الإرادة من حيث الموضوع، وهنا نحاول التكلم على الحقوق الشخصية عندما تكون ناشئة عن عقد بوصفه تصرفا قانونيا، سواء بالنسبة لشروطه أو ما يترتب عليه من التزامات بين المتعاقدين، فهو يخضع لقانون الإرادة أو للقوانين الأخرى، كقانون الموطن المشترك، أو قانون الجنسية المشتركة أو قانون محل إبرام التصرف، وهذا ما تؤكد المادة 18 من القانون المدني الجزائري السابق الإشارة إليها.

³ - وهذا ما تؤكد المادة 20 من القانون المدني الجزائري التي تنص : "يسري على الالتزامات غير التعاقدية، قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام...".

كما يعتبر الدين في نفس الوقت مال معنوي، وبالتالي يمكن التصرف فيه عن طريق الحوالة¹، وهنا يطرح السؤال التالي : هل يرجع فيما يتعلق بانتقال هذه الديون إلى نفس القانون الذي يحكم مصدرها-قانون الإرادة، القانون المحلي(قانون الفعل المنشئ للحق)-؟ أم إلى قانون آخر يمكن أن يكون قانون محل إبرام الحوالة؟ أم أنها تخضع إلى قانون موطن المدين؟

للإجابة عن هذا التساؤل، ينبغي علينا دراسة هذا النوع من الأموال المعنوية، لمعرفة القانون الواجب التطبيق عليها، من زاويتين :

من زاوية الديون العادية، ثم من زاوية الديون الثابتة في أوراق قابلة للتداول. وذلك من خلال مطلبين :نخصص المطلب الأول للقانون الواجب التطبيق على الحقوق الشخصية العادية، أما المطلب الثاني فنتناول فيه القانون الواجب التطبيق على الديون الثابتة في أوراق قابلة للتداول.

المطلب الأول :القانون الواجب التطبيق على الحقوق الشخصية العادية.

الالتزام يمكن أن يكون تعاقديا ناتج عن علاقة عقدية -تصرف قانوني-، كما يمكن له أن يكون غير تعاقدي ناتج عن فعل ضار أو نافع. عندما تكون هذه العلاقات القانونية وطنية بحتة فلا تثير صعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، لكن الأمر يدق عندما تكون العلاقة علاقة دولية خاصة في هذه الحالة فانتقال الالتزام وفقا للوضعيات القانونية المذكورة يثير عدة صعوبات فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق عليها.²

¹ - بما أن الديون هي أموال معنوية ملك للدائن يكون له الحق في التصرف فيها عن طريق الحوالة دون التقييد بإرادة المدين، الطيب زروقي، المرجع السابق، ص 222. كما ينتقل الحق الشخصي بموجب اتفاق بين شخصين عن طريق **حوالة الحق**، حيث تنص المادة 239 من القانون المدني الجزائري : "يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا منع ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين". إذا حوالة الحق هي : "عقد بمقتضاه ينقل المحيل وهو الدائن القلم في الالتزام حقه إلى شخص آخر يعرف بالتحال له، وهو الدائن الجديد في الالتزام، في مواجهة شخص ثالث يسمى التحال عليه، وهو المدين في الالتزام، يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 374.

² - قد يتصل الالتزام بعدة دول، وهذا يعني ارتباط الدين بعدة نظم قانونية، مما يطرح مشكل تنازع القوانين حول النظام الذي يحكمه.

ولتحديد القانون الواجب التطبيق على هذا النوع من الديون، سنعالج محتوى هذا المطلب من خلال فروع، نخصص الفرع الأول : للقانون الواجب التطبيق على الديون الناشئة عن علاقة تعاقدية، والفرع الثاني نخصصه للقانون الواجب التطبيق على الديون الناشئة عن التزاماتغير تعاقدية، ونخصص الفرع الثالث لنطاق تطبيق القانون الواجب التطبيق على الحقوق الشخصية العادية.

الفرع الأول : القانون الواجب التطبيق على الديون الناشئة عن التزامات تعاقدية.

يرى جانب من الفقه أن الديون تخضع لقانون موقعها على غرار الأموال المادية؛ أي الديون هنا بوصفها أموال معنوية تتساوى من حيث القانون واجب التطبيق عليها مع الأموال المادية- عقار ومنقول-¹.

ووفقا للرأي الغالب لدى هذا الاتجاه، فإن موطن المدين هو موقعها على أساس أنه المكان الذي يسهل فيه على الغير التعرف على الدين، وكونه المكان الذي تتركز فيه العلاقة بين الدائن والمدين²، وهو الرأي السائد في فرنسا، وقد علل الفقهاء الفرنسيون هذا الإسناد على أساس أنالدعاوى ضد المدين ترفع في موطنه، لقطع الطريق أمام المحال له - المدين الجديد- من الاستفادة من حقوق تفوق ما للدائن المحيل.³

وتنطوي وجهة نظر هذا الرأي بصفة عامة، على أن عملية انتقال الدين وفقا لعملية حوالة الدين التي يقوم بها المدين نفسه تخضع لقانون موطنه، أما إذا نظرنا من زاوية الدائن فإن انتقال الحق الذي في ذمته، فتعتبر علاقة تعاقدية بحتة بينه بصفته محيل وبين الدائن الجديد المسمى المحال له، تخضع لقانون الإرادة المشتركة بينهما، دون تدخل المدين الذي يعتبر خارج هذه العلاقة⁴، وهذا هو مسلك الاتجاه التقليدي.

¹- عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص 304.

²- بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 298.

³- الطيب زروقي، المرجع السابق، ص 222.

⁴- عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص 304.

أما الاتجاه الحديث، فيعارض بشدة نظرية قانون الموقع بالنسبة للديون - الحقوق الشخصية، إذ يفضل إخضاع عملية انتقال الديون إلى نفس القانون الذي يحكم مصدرها، وهذا هو الرأي السائد في ألمانيا وسويسرا والبلاد الإسكندنافية، وإما إلى قانون محل إبرام الحوالة وهذا الرأي سائد في إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية.¹

وبالنسبة للاتجاه الذي يُخضع انتقال الديون للقانون الذي يحكم مصدرها، فيتعلق الأمر بالعلاقة بين الدائن الأصلي المحيل والدائن الجديد المحال له، كما يمكن تطبيقه على العلاقة بين الدائن والمدين.²

إذا تخلل العقد كما أشرنا في الهامش عنصر أجنبي، فنكون بصدد معالجة مشكل تنازع القوانين على عقد دولي، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري وفقا للمادة 18 من ق.م.ج التي جاء نصها كالآتي : "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد...".

ووفقا للقاعدة المذكورة، فضابط الإسناد فيها يشير إلى تطبيق قانون الإرادة المشتركة للمتعاقدين - المحيل والمحيل له في حالة حوالة الحق، أو الدائن والمدين في حالة حوالة الدين - . نلاحظ أن الالتزام العقدي في هذه الفروض ينشأ عن عقد دولي بالمواصفات التي سبق ذكرها.

إذن، فالعلاقة التعاقدية بين المحيل والمحال له، هي علاقة تعاقدية مستقلة عن العقد الأصلي الذي يبرم بين الدائن والمدين وهي أيضا تخضع لقانون الإرادة المشتركة بين الطرفين. كما يشير

¹ - آمنة محمدي بوزينة، المرجع السابق، ص 490.

² - يتعلق هذا التوجه بالقانون الواجب التطبيق، على العقد الذي يتخلله عنصر أجنبي سواء في أطرافه أو محله أو سببه، ويطلق عليه اسم العقد الدولي، حيث يتفق أطرافه على إحداث أثر قانوني أو أكثر من أجل إحداث أثر قانوني، ويكون فيه البعد الدولي بسبب إحدى عناصره سواء أطرافه أو محله أو سببه.

الاعتداد بقانون الإرادة¹، المشتركة في ق.م.ج، على غرار غالبية القوانين المقارنة، إلى تطبيقه على الحقوق الشخصية العادية، وهو ضابط الإسناد في الالتزامات التعاقدية كأصل عام، ويمكن أن تخضع هذه الحقوق كما سبق الإشارة إليه إلى قانون مصدر الدين، والذي يحكم مصدر الدين الأصلي بين الدائن الأصلي والمدين على اعتبار أن الدين يعد عنصر في الذمة المالية.²

هذا من جهة، ومن جهة أخرى وبالرجوع للمادة 18 من ق.م.ج السالفة الذكر، فإن ضابط الإسناد المتمثل في قانون الإرادة كأصل عام؛ تصاحبه ضوابط إسناد احتياطية، وذلك في الفرض الذي لا تتفق فيه إرادة المتعاقدين على تحديد القانون الذي يحكم علاقتهم التعاقدية الدولية، أو في الفرض الذي لا تظهر فيه الإرادة الصريحة ويصعب في نفس الوقت على القاضي المعروض عليه النزاع الكشف عن الإرادة الضمنية³، من خلال ملابسات وظروف العقد بالرغم من استعانتة بالوسائل المساعدة على الكشف عنها سواء من حيث بنود العقد التي لا يوجد فيه ما يشير إلى هذا النوع من الإرادة، أو استخدام اصطلاحات واردة في قانون معين.⁴

يمكن إجمال الضوابط الاحتياطية التي جاءت بها المادة 18 ق.م.ج في ثلاثة ضوابط :

ضابط الموطن المشترك، وهنا يطبق قانون الدولة التي يكون فيه هذا الموطن المشترك. فتحديد مفهوم الموطن يختلف من دولة إلى أخرى، إلا أن أغلب الفقه عندما يعطي الاختصاص لقانون الموطن فيعتبره قانون البلد الذي توطن فيه الطرفان فعلاً أو اعتبروا أنهم متوطنين فيه، لأن الفقه يعتبر

¹ - قانون الإرادة هو القانون الذي انصرفت إرادة المتعاقدين إلى اختياره صراحة أو ضمناً، ويتحقق هذا الأمر، إذا توفرت جملة من الشروط في العلاقة العقدية نذكر من بينها : - أن تتسم العلاقة بين الطرفين بالصفة الدولية، سواء من حيث أطراف هذه العلاقة أو موضوعها أو سببها. كما يجب أن تكون العلاقة لها صبغة مالية، ترتب التزامات متقابلة بين أطرافها؛ حق شخصي والتزام، إبراهيم حمود مهنا ورود خالد محمد، القانون الواجب التطبيق على الديون الناشئة عن العلاقة الدولية ذات العنصر الأجنبي، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 01، العراق، 2015، ص 249.

² - يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 374.

³ - الوسائل المساعد للقاضي للكشف عن الإرادة الضمنية كثيرة ومتعددة، نذكر منها كذلك تحرير العقد بلغة معينة أو توثيق العقد لدى ضابط عمومي لدولة معينة، حيث يمكن للقاضي استنتاج أن إرادة المتعاقدين تتجه نحو بلد الذي وثق ضابطه العمومي لهذا العقد.

⁴ - عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص 199.

الموطن من الناحية العملية أكثر تحقيقاً لمصلحة الأطراف مقارنة بالجنسية، كون قانون الموطن يوفر على قاضي الموضوع البحث في قوانين دول كثيرة يصعب فهمها وتفسيرها مقارنة بقانون الموطن الذي يسهل على القاضي فهمه وتفسيره. كما أن قانون الموطن هو قانون مألوف لدى أطراف العقد ويدركون أحكامه، مادام أنهم يتوطنون في إقليم الدولة، حتى ولم يكونوا يحملون جنسيتها.¹

ضابط الجنسية المشتركة بين المتعاقدين، حيث تعتبر الجنسية من أهم مواضيع القانون الدولي الخاص، والجنسية هي الرابطة القانونية والسياسية التي تربط الفرد بدولته، وهي معيار التفرقة بين المواطن والأجنبي، نلاحظ من خلال المادة من 18 ق.م.ج أن المشرع الجزائري في حالة عدم وجود اختيار صريح أو ضمني من طرف المتعاقدين، يمكن اللجوء إلى ضابط الموطن أو الجنسية، والمشرع الجزائري في هذا الفرض لم يفضل ضابط عن آخر بل وضعهما في نفس المقام، حيث أعطى مكنة للقاضي المعروض عليه النزاع التخيير بينهما وأيهما يحقق مصلحة المتعاقدين حسب الظروف التي تحيط بالعقد.

يرى بعض الفقه أن الاعتماد على ضابط الجنسية المشتركة للمتعاقدين في العقد الدولي من شأنه تحقيق الثبات والاستقرار للمراكز القانونية بالرغم من الصعوبات التي تتخلله، خاصة عندما يكون للأطراف جنسيات متعددة أو عدم وجود الجنسية أصلاً²، عكس ضابط الموطن الذي يتصف

¹ - علاء حسين علي شيع، تنازع الاختصاص التشريعي في عقود التجارة الدولية وفقاً للقانون العراقي والنظم القانونية الأخرى - دراسة تحليلية مقارنة - مجلة الكوفة للقانون والعلوم السياسية، المجلد 01 العدد 29، الكوفة، العراق، 2016، ص 222، وجابر إبراهيم الراوي، مبادئ القانون الدولي الخاص في الموطن ومركز الأجانب وأحكامها في القانون العراقي والمقارن، مطبعة المعارف، بغداد، العراق، 1976، ص 39.

² - ترتب ظاهرة تعدد الجنسيات ما يصطلح بالتنازع الإيجابي للجنسيات ويكون في الفرض الذي تدعي فيه أكثر من دولة تبعية أحد أطراف العلاقة العقدية لها، ومن المشاكل التي ترتبها هذه الظاهرة هي مشكل تنازع القوانين، حيث يجب في هذه الحالة ترجيح إحدى هذه الجنسيات وفقاً لمعيار قانوني معين، ينتج عنه اختيار قانون واحد من بين القوانين المتنازعة على حكم العلاقة العقدية، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 22 ق.م.ج. كما يمكن أن يكون تنازع سلمي - حالة عدم الجنسية - وهو الشخص الذي ترفض أي دولة إعطائه الجنسية ولا تعتبره من مواطنها، وفي هذا الفرض لا يوجد تنازع قوانين وفي هذه الحالة يتدخل قانون الموطن بوصفه أقرب القوانين للشخص، إلياس نصيف، الوصية للمسلمين في القانون الدولي الخاص، الجزء 02، دون دار نشر، 2003، ص 447. أمحمدي بوزينة آمنة، المرجع السابق، صص 292-293.

بمثل هذه الصفات. وأخذ بضابط الجنسية العديد من التشريعات المقارنة على غرار المشرع الإيطالي، والألماني والإسباني.¹

ضابط محل الإبرام : في حال اختلاف موطن وجنسية المتعاقدين فيطبق قانون محل الإبرام، وهذا هو موقف المشرع الجزائري من خلال نص المادة 18 المذكورة آنفا، حيث أعطى الأولوية لإرادة الصريحة بين المتعاقدين، والتي تظهر كبند في العقد يحدد من خلاله أطراف العقد القانون الواجب التطبيق على علاقتهم الدولية الخاصة، وإن لم يظهر ذلك، يعتد القاضي المعروض عليه النزاع بالإرادة الضمنية والتي له أن يستخلصها بالوسائل التي سبق لنا ذكرها آنفا.

ونافلة القول في هذا الشطر من البحث، أنه إذ لم يصرح أطراف العلاقة عن إرادتهم لا صراحة ولا ضمنا وفقا لما سبق بيانه، فيقرر المشرع الجزائري في هذه الحالة الأخذ بضوابط الترتيب المذكورين سابقا، ونخلص هنا أن الالتزامات التعاقدية تخضع بحسب الأصل إلى القانون الواجب التطبيق الذي حددته الإرادة المشتركة لأطراف العلاقة الدولية الخاصة، لكن السؤال الذي يطرح هل الحرية الممنوحة للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق هي حرية مطلقة أو مقيدة؟²

انقسم الفقه بين مؤيد ومعارض بخصوص تقييد حرية المتعاقدين، فنفر من الفقه يعارض فكرة تقييد حرية المتعاقدين، ويؤيد إطلاق فكرة حرية المتعاقدين بدون شروط - حرية مطلقة -، بحيث يمكن من خلالها لأطراف العلاقة اختيار قانون جنسية أحدهما أو قانون موطن أحدهما كقانون واجب التطبيق على حريتهم، بل أكثر من ذلك يحق لهما اختيار قانون آخر كقانون موقع المال أو قانون تنفيذ العقد أو حتى قانون غريب عنهما لا تربطه أي علاقة بالعقد - قانون غريب -.³

¹ نصت المادة 25 من القانون المدني الإيطالي على إعطاء الاختصاص لقانون الجنسية المشتركة. الذي له الأفضلية في عدم وجود اختيار صريح والمادة 10 فقرة 05 من قانون 31 أيار لعام 1974 الإسباني الذي أعطى الاختصاص لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين في الفرض الذي لا يكون هناك اختيار صريح للقانون الواجب التطبيق من طرف المتعاقدين، وأعطى الأولوية لقانون الجنسية على قانون الموطن وقانون محل إبرام العقد، علاء حسين علي شبع، المرجع السابق، ص 224.

² - عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص 200.

³ - المرجع والموضع نفسه.

وفريق آخر من الفقه يرى أنه يجب تقييد حرية المتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق على علاقتهم التعاقدية-التزاماتهم التعاقدية-، وتقييد هذه الحرية يتجسد في تحديد قانون واجب التطبيق تكون له علاقة وثيقة بالعقد وأن لا يكون غريبا عنه، حتى يقطع الطريق أمام المتعاقدين للتحايل على القانون، للهروب من القواعد الآمرة بالقوانين المرتبطة بالعقد¹، وهذا هو الاتجاه السائد عند أغلب الفقه الحديث وكذا التشريعات المقارنة ومنهم المشرع الجزائري في المادة 18 من ق.م.ج التي تنص: "يسري علالتزامات التعاقدية القانون المختار من التعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد...".

كل ما سبق بيانه، يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع الالتزامات التعاقدية، أما القانون الواجب التطبيق على شكل الالتزامات التعاقدية، فيخضع لقانون محل إبرام التصرف القانوني، لأن الشكلية في التصرف القانوني عبارة عن إجراءات خارجية يتم بها إشهار هذا التصرف، مثل التسجيل والكتابة... إلخ، فالشكلية المطلوبة في التصرفات التعاقدية تخضع حسب المادة 19 من ق.م.ج لقانون المكان الذي تمت فيه هذه التصرفات القانونية. لأن القوانين الداخلية قد تفرض شكلية معينة، يجب مراعاتها ليصبح العقد نافذا منتجا لآثاره، وبالتالي ترتيب التزامات لدى الطرفين.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الديون الناشئة عن الالتزامات غير التعاقدية.

درجت أغلب التشريعات المقارنة على حماية ثروات الأشخاص بتطبيق قانون موقع المال وحماية إرادتهم واحترامها عن طريق الأخذ بالقانون الذي يختارونه لتنظيم الآثار على التزاماتهم التعاقدية، وحماية أرواحهم ومصالحهم بتطبيق القانون المحلي -قانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام-².

¹ وهذا ما يطلق على تسميته في مجال القانون الدولي الخاص بالغش نحو القانون، الذي يعد صمام الأمان الذي يستخدمه القاضي لضمان قيام قواعد الإسناد بوظيفتها التي أرادها المشرع، وهي اختيار القوانين الأكثر ملائمة لحكم علاقة دولية خاصة، وفي نفس السياق، يمكن أن يستعمل المشرع الوطني هذا الدفع كآلية لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي تم التوصل إلى اختصاصه غشا وتحايلا على القانون الوطني من طرف المتعاقدين، ويضمن ذلك تطبيق القواعد الآمرة التي تعكس مصالح الدولة العليا، سوف نخوض في هذه الآلية بشكل موسع في العناوين القادمة من هذا البحث.

² - حامد زكي، المرجع السابق، ص 319.

ومن هذا المنطلق، باعتبار أن الالتزامات غير التعاقدية هي إحدى مصادر الالتزام، سواء التزامات ناتجة عن فعل نافع أو فعل ضار، فقد أخضع الفقه والتشريع الوقائع الناتجة عنها في مجال تنازع القوانين إلى قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام.

ولقد ساير المشرع الجزائري هذا الرأي من خلال المادة 20 منق.م.ج التي جاء نصها كالتالي:
"يسري على الالتزامات غير التعاقدية، قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام.
غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه".

يتبين من هذا النص، أن المشرع الجزائري أخضع كأصل عام كافة الالتزامات غير التعاقدية، على اختلاف أنواعها، ومن بينها الديون الناشئة عن هذا النوع من الالتزامات لقانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام، سواء كان هذا الفعل نافعا أو ضارا، إلا أن التساؤل الذي يطرح، هو كيفية تحديد ضابط الإسناد في الفروض التي يكون فيها وقوع الفعل المنشئ للالتزام في أكثر من مكان؟
نكون في هذه الحالة أمام ثلاثة فروض¹:

الفرض الأول : حالة وقوع الفعل الضار في أكثر من دولة، حيث تعتد بعض التشريعات بآخر واقعة مكونة للفعل المنشئ للالتزام على غرار المشرع الأمريكي، في حين اتجه الفقه الفرنسي إلى الاعتداد بالواقعة الرئيسية التي يترتب على أساسها التعويض عن الضرر إذا كان مصدر الالتزام فعل ضار.

الفرض الثاني : وقوع خطأ في دولة، والضرر في دولة أخرى، حيث تباينت الآراء في هذا الفرض بين قانون مكان تحقق الضرر وقانون مكان وقوع الخطأ.

¹ - سالم حماد الدحدوح، الوجيز في القانون الدولي الخاص في ظل التشريعات المطبقة في فلسطين، ج2، في تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ط08، مكتبة القدس، غزة، فلسطين، 2006، ص 208.

الفرض الثالث: يقع في هذا الفرض الفعل الضار خارج حدود السيادة الإقليمية للدولة، كأن يقع في أعالي البحار مثلاً ففي هذه الحالة كما سبق بيانه، فإنه ينبغي تطبيق قانون دولة العلم للسفينة التي تقع على متنها الواقعة المنشئة للالتزام.

ونطاق تطبيق القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية يشمل جميع المسائل ذات الصلة بشروط وأركان قيام المسؤولية التقصيرية، سواء من حيث المشروعية ومن حيث مسألة التعويض عن الضرر.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى ينبغي علينا التنويه إلى أن المشرع الجزائري جعل إخضاع الالتزامات غير التعاقدية لقانون مكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام، ولم يفرق في هذه الحالة بين الفعل النافع والفعل الضار، وبالتالي يحكم كل الالتزامات الناشئة عن هذين الفعلين إلى قانون واحد-قانون مكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام-.

وعند تمحيص الفقرة الثانية من المادة 20، نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يأخذ بقاعدة خضوع الفعل للالتزامات غير التعاقدية لقانون موقع الفعل المنشئ للالتزام بصفة مطلقة، بل أورد عليه استثناء يتمثل في أنه في الحالة التي يتعلق فيها الأمر بالتزامات ناشئة عن فعل ضار وقع في الخارج إلا أنه يعتبر مشروع في الجزائر، في هذا الفرض لا تسري أحكام المادة 20 حتى ولو كان هذا الفعل غير مشروع في البلد الأجنبي الذي وقع فيه، ويريد المشرع على غرار أغلب التشريعات حماية القانون الوطني.¹

يمكن لأحد أطراف العلاقة رفع دعوى بشأن التزام غير تعاقدي نتج عن فعل ضار منصوص عليه في قانون دولة خارج الجزائر، إلا أن هذا الفعل مشروع في الجزائر، ففي هذه الحالة ترفض الدعوى، لأنه يجب أن يكون هذا الفعل المنشئ للالتزام الذي وقع خارج تراب الجمهورية غير مشروع

¹ - تقابل المادة 20 من ق.م.ج المادة 27 من القانون المدني العراقي.

أيضا وفقا للقانون المحلي، هنا يقوم القاضي الوطني باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي لأن الأمر يتعلق بالنظام العام.¹

وإذا قمنا بإسقاط ما سبق بيانه على الديون عندما تكون ناتجة عن التزامات غير تعاقدية، فإنها تخضع لقانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام سواء كان هذا الفعل هو فعل ضار، وبالتالي يخضع لنص للمادة 20 من ق.م.ج، فقرة 01 وفقرة 02، أو كان هذا الفعل هو فعل نافع وكما يصطلح على تسميته في القانون الجزائري بالإثراء بلا سبب، كما أن المشرع الجزائري لم يفرد قاعدة قانونية يحدد بها القانون الواجب التطبيق على الديون الشخصية، لذا يتوجب تطبيق القاعدة العامة والاستثناء الوارد في المادة المذكورة، خاصة وأن المشرع الجزائري لم يفرق في الالتزامات التعاقدية بين الفعل الضار والفعل النافع، بل جعل لهما قاعدة واحدة تحكمهما معا.

الفرع الثالث : نطاق القانون الواجب التطبيق على الحقوق الشخصية العادية.

لتحديد نطاق تطبيق القانون الواجب التطبيق على الحقوق الشخصية العادية، وجب علينا التذكير أنه توصلنا إلى تحديد ثلاث ضوابط إسناد يمكن أن تحكم القانون الواجب التطبيق على انتقال الديون، وهي **قانون الإرادة وقانون مصدر الدين وقانون موطن المدين**، بحيث سنبين نطاق كل ضابط، أما بالنسبة لنطاق قانون الإرادة فإنه يحكم العلاقة التعاقدية بين الدائن الأصلي والدائن الجديد-المحيل والمحال له-، ويكون هذا الفرض في حوالة الحق، أما بالنسبة لحوالة الدين، فيحكمها كما أسلفنا الذكر قانون مصدر الدين، وبالتالي يحكم العلاقة التعاقدية بين الدائن والمدين-المحال له والمحال عليه-، لأن في هذا الفرض الدائن الجديد يحل محل الدائن الأصلي في مواجهة المدين، ويخضع

¹ - فكرة النظام العام هي فكرة مرنة قابلة للتغيير والتطور باختلاف الزمان والمكان، وفتح المشرع مجال إقليمه لتطبيق القانون الأجنبي، لكن هذا لا يعني منح صك على بياض لمشرعي العالم وتطبيق القوانين الأجنبية، يفترض حد أدنى من التقارب بين القانون الأجنبي وقانون القاضي، هذا بالنسبة لإعطاء فكرة عن وسيلة الدفع بالنظام العام، وسنحوض في الموضوع بشكل موسع في الأسطر القادمة من البحث، القروي بشير سرحان، دور القاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي على ضوء المادة 23 مكرر من القانون المدني، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد 03، جامعة خميس مليانة 2016، ص 84. وفاطمة الزهراء زاير، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011، ص 07.

الحق في هذه الحالة لقانون المصدر، وهذا القانون هو الذي يحدد مقدار ومضمون الحق الذي انتقل إلى الدائن الجديد. كما يحكم قابلية انتقال الديون أو رهنها، سواء أكان المصدر عقد أم مسؤولية تقصيرية- فعل ضار -، أو إثراء دون سبب- فعل نافع-، أما موطن المدين من حيث النطاق أنه يحكم الإجراءات اللازمة لنفاذ الحوالة في حق المدين أو في حق الغير.¹

المطلب الثاني : القانون الواجب التطبيق على الديون الثابتة في أوراق قابلة للتداول - أوراق مالية اسمية، لحاملها، وأوراق تجارية -.

القانون الواجب التطبيق على الأوراق القابلة لتداول يتحدد وفقاً لنوع الورقة فيما إذا كانت ورقة مالية أو ورقة تجارية-سندات إذنيه-، أما بالنسبة للورقة المالية فتكون إما اسمية أو لحاملها. والورقة التجارية تكون إما سفتجة أو سند لأمر أو شيكا، بحيث يختلف القانون الواجب التطبيق الذي يخضع له تداول الدين باختلاف طبيعة هذه الورقة الثابت فيها هذا الدين، وعلى ضوء ذلك نحاول تحديد القانون الواجب التطبيق لكل ورقة على النحو التالي :

الفرع الأول : القانون الواجب التطبيق على الأوراق المالية.

قد يكون الدين ثابت في سندات مالية، تتداول من بلد لآخر، فيثور التساؤل عن القانون الواجب التطبيق بخصوص الدين الثابت فيها، تنص المادة 19 مكرر 1 من القانون 03-04 المتعلق ببورصة القيم المنقولة المعدل والمتمم : "عندما يستخدم مصدر السندات، سواء كانت الدولة أو

¹ - لتوضيح العلاقة بين هذه القوانين ونطاق تطبيقها يفترض الأستاذ يونس صلاح الدين علي المثال التالي : "قيام شخص مصري الجنسية موطنه في العراق بارتكاب حادث سير مروري في الأردن، نجم عنه إلحاق أضرار بشخص سوري الجنسية، وصدر الحكم وفي الأردن بالتعويض للشخص السوري استناداً إلى القانون الأردني، باعتباره قانون محل حدوث الفعل الضار، ثم أحال الشخص السوري حقه إلى شخص لبناني عن طريق حوالة الحق، ثم طالب الشخص اللبناني بالحق المحال به في العراق من الشخص المصري المحال عليه وموطنه العراق، ففي هذا المثال فإن قانون الإرادة هو الذي يحكم العلاقة ما بين الشخص السوري واللبناني أي ما بين المحال له، أما العلاقة ما بين الشخص اللبناني والمصري أي ما بين المحال له والمحال عليه فتخضع للقانون الذي يحكم مصدر الدين، وهو في هذه الحالة القانون الأردني، قانون محل حدوث الواقعة المنشئة للالتزام، وأما بخصوص نفاذ الحوالة في حق المدين وفي حق الغير، فيحكمها القانون العراقي، أي قانون موطن المدين، إذ اشترطت المادة 363 من القانون المدني العراقي، لنفاذ الحوالة في حق المدين إعلانها بما إعلاناً رسمياً أيضاً، أو قبوله لها قبولا ثابت التاريخ"، يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 374-375.

جماعات محلية أو هيئة عمومية أو شركة ذات أسهم، حق إصدار سندات مقيدة في الحساب، لا يمكن أن تسجل السندات لحاملها..."، وتنص المادة 43 من نفس القانون: "تعد من الشركات التي تلجأ إلى الادخار العلي، الشركات ذات السندات المقبولة للتداول ابتداء من تاريخ تسجيلها، أو تلك التي تلجأ إلى توظيف سنداتهما مهما كان نوعها، إما إلى البنوك أو المؤسسات المالية أو الوسطاء"، المشرع الجزائري لم يعطي تعريف واضحاً للأوراق المالية إلا أنه بمفهوم الموافقة، من خلال نص المادتين فإن الأوراق المالية هي: "السندات التي تصدرها الشركات والبنوك والمؤسسات المالية والوسطاء المذكورة في المادتين ويجب أن تكون هذه السندات مسجلة ومؤرخة"¹، إذن تحديد القانون الواجب التطبيق يتحدد حسب طبيعة الورقة على النحو التالي:

أولاً: القانون الواجب التطبيق على الأوراق المالية الاسمية.

تتمثل هذه الأوراق في الأسهم والسندات²، التي تصدرها الشركات التجارية أو الهيئات المالية يكون الغرض منها زيادة رأسمال هذه الهيئات أو تغطية بعض خسائرها، حيث يذكر في هذه الأوراق اسم مالكيها الذي يصبح مساهماً في الشركة، عن طريق تسجيل هذه الأسهم والسندات في حسابات الشركات والبنوك-هيئة مالية-.

¹ - قانون رقم 03-04 مؤرخ في 16 ذي الحجة عام 1423 الموافق 17 فبراير سنة 2003، يعدل ويتمم المرسوم التشريعي رقم 93-10 المؤرخ في 02 الحجة عام 1413 الموافق 23 مايو سنة 1993 والمتعلق ببورصة القيم المنقولة والمعدل والمتمم. ج.ر. رقم 11 الصادرة في 18 ذو الحجة عام 1423 الموافق 19 فبراير سنة 2003، ص 20.

² - يعتبر السهم من الناحية الموضوعية، حصة المساهم في الشركة، ومن الناحية الشكلية يجب أن يكون سند مكتوب يثبت المساهم به حقه لدى الشركة المعنية، وتغرق الأسهم كذلك على أنها سندات متساوية القيمة قابلة للتداول بالطرق التجارية، حيث تعتبر كحق يثبت للمساهم في رأسمال الشركة، وتكون غير قابلة للتجزئة، والجهة المختصة لإصدار هذا النوع من الأوراق المالية هي الشركات التجارية أو الهيئات المالية كالبنوك، لعور عثمان، إصدار أسهم شركة المساهمة في التشريع الجزائري، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المجلد 09، العدد 01، جامعة العربي تبسي، تبسة، الجزائر، 2016، ص 305.

- أما السند فيختلف عن السهم وهو تعهد مكتوب من هيئة مالية أو شركة، لحامله، بمقتضاه تتعهد بسداد مبلغ مقدر من قرض محدد التاريخ ونظير فائدة معلومة، فالسند تتغير قيمته بالربح والخسارة حسب ظروف التجارة للشركة أو البنك أما السهم فهو قيمة ثابتة تمثل جزء من رأسمال الشركة، حامل السند يعتبر مقرضاً أو دائناً للشركة أما حامل السهم يعتبر مالكا لجزء من الشركة بقيمة السهم، محمد مزياي، حكم الأسهم والسندات، مجلة الإصلاح، المجلد 02، العدد 08، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 30.

إذن حامل الورقة المالية الاسمية إما أن يكون شريكا في الشركة أو دائنا لها، عن طريق سند قرض الذي يحمله.

1- ضابط الإسناد الخاصة بالأوراق المالية الاسمية.

المشرع الجزائري لم ينص على قاعدة إسناد خاصة بانتقال الديون الثابتة في الأوراق المالية، لذا يتوجب علينا البحث عن القانون الواجب التطبيق في الفقه المقارن. حيث اختلف هذا الأخير بشأن القانون الواجب التطبيق على هذا النوع من الأوراق، إذ ذهب جانب من الفقه إلى تطبيق القانون الذي يحكم النظام القانوني للشخص المعنوي الذي أصدر هذه الأوراق، سواء كان شركة أم هيئة مالية حكومية أو خاصة، والعبرة بالمركز الرئيسي لهذه الهيئات أو الشركة- المقر الرئيسي للشركة التي أصدرت الورقة المالية -، وبرر هذا الاتجاه رأيه على أن الأوراق المالية هي أموال معنوية تابعة في طبيعتها إلى الشركة صاحبة تلك الأموال. إذا ضابط الإسناد هو قانون المكان الذي يتواجد فيه مركز الإدارة الرئيسي الفعلي، والمبرر الثاني هو أن الأوراق المالية الاسمية لا تكون لها قيمة إلا إذا كانت مسجلة لدى الشركة أو الهيئة التي أصدرتها¹، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري المادة 19 مكرر1 من القانون 03-04 المشار إليه آنفا : "... حق إصدار سندات مقيدة في حساب ...".

وإذا كان للشركة فروع تابعة للمقر الرئيسي، وقام هذا الفرع بإصدار أوراق مالية اسمية، أسهم كانت أو سندات، فيرى الفقه في هذا الفرض أن القانون الواجب التطبيق هو قانون المكان الذي يتواجد فيه هذا الفرع وذلك لأن سجلات قيد هذه الأوراق المالية موجود فيه²، وتبقى سجلات القيد هي المعيار الأساسي لتحديد ضابط الإسناد لهذه الأوراق بالنسبة لها الاتجاه، لأن الأسهم تعتبر كما سبق ذكره جزء من رأسمال الشركة وبالتالي من الطبيعي أنها تخضع لقانون الشركة.

ويرى بعض الفقه أنه يجب التمييز بين ما إذا كان مقر الشركة هو مكان تأسيسها، وفي هذا الفرض يسري قانون المركز على الأوراق المالية الاسمية، أما إذا اختلف المركز على مكان التأسيس،

¹ - يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 377.

² - إبراهيم حمود مهنا، ورود خالد محمد، المرجع السابق، ص 254.

فالقانون الواجب التطبيق في هذا الفرض هو قانون الدولة التي تم تأسيس الشركة فيها، وذلك لاعتبار أن الأسهم تمثل حصة المؤسسين للشركة، فمنطقياً تخضع لقانون دولة التأسيس، أما عن السندات التي تمثل قرض من طرف دائن الشركة أو الهيئة المالية، فيسري عليها القانون المطبق على العقد باعتبارها جزء من بنود عقد القرض بين الدائن والشركة.¹

ويبقى الرأي الراجح من بين الآراء الفقهية السالفة الذكر، هو أن الأوراق المالية - الأسهم والسندات - التي تصدرها الشركات والبنوك، تخضع في التعامل فيها بين حامل السند والهيئة المصدرة له إلى قانون مركز إدارتها الرئيسي، أو القانون الذي يحكم النظام القانوني للشركة للاعتبارات التي سبق ذكرها.²

2- نطاق تطبيق القانون الذي يحكم الأوراق المالية الاسمية :

تماشياً مع ما تم ذكره، بأن الأوراق المالية الاسمية يحكمها ضابط مقر الإدارة الرئيسي للشركة أو الهيئة المالية التي أصدرتها وبالتالي فهذا القانون ينظم كيفية تسجيل الأسهم والسندات الاسمية في سجلات الشركة، حيث جعل المشرع الجزائري التسجيل شرطاً أساسياً، وتقبل هذه السندات والأسهم للتداول ابتداءً من تاريخ تسجيلها، حيث تنص المادة 17 من القانون 03-04 المتعلق ببورصة القيم المنقولة المعدل والمتمم : "تعد الشركات التي تلجأ إلى الادخار العلي، الشركات ذات السندات المقبولة للتداول ابتداءً من تاريخ تسجيلها، أو تلك التي تلجأ إلى توظيف سنداتهما كان نوعها، إما إلى البنوك أو المؤسسات المالية أو الوسطاء"³، وكما ينظم قيد هذه الأوراق في السجلات المذكورة، وجعلت أغلب التشريعات شرط القيد شرط منشئ لحق ملكية الأسهم الاسمية أو السندات الاسمية، ويحكم أيضاً كيفية تداولها، وكل ما يتعلق بهذه الديون من حوالة ورهن، ويحكم

¹ - إبراهيم حمود مهنا، ورود خالد محمد، المرجع السابق، ص 254.

² - يجب أن ننوه أن المشرع الكويتي انفرد حين خص القيم المنقولة بأحكام تنازع القوانين بشأنها، مقارنة بالمشرعين العرب، وذلك بالقانون رقم 05 لسنة 1961، المتعلق بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، حين خص الطيب زوتي، المرجع السابق، ص 223.

³ - المادة 17 تعدل وتتم المادة 43 من المرسوم التشريعي رقم 93-10 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1413 الموافق 23 مايو سنة 1993، المعدل والمتمم والمذكور أعلاه.

أيضا حق الشركة التي لها الحرية الكاملة في إصدار هذه الأوراق أو عدم إصدارها، كما يتضمن القواعد الموضوعية والشكلية التي تنظم إصدار هذا النوع من الأوراق المالية.¹

يستثنى من نطاق تطبيق قانون المقر الرئيسي للشركة، العلاقة القانونية التي تكون بين مالك السهم أو السند الاسمي الأصلي وبين المالك الجديد في حالة حوالة الحق، فتحضغ العلاقة الدولية الخاصة في هذا الفرض إلى قانون العقد الذي هو قانون الإرادة.²

ثانيا : القانون الواجب التطبيق على الأوراق المالية لحاملها.

تختلف الأوراق المالية لحاملها عن الأوراق المالية الاسمية في أن الأولى لا تحمل اسم صاحبها وإنما تثبت للشخص الذي يحملها عن طريق المناولة اليدوية بين المالك الأصلي والمالك الجديد، هذه المواصفات جعلت من الورقة المالية لحاملها لا تثير كثير من الإشكالات في مجال تنازع القوانين مقارنة مع الأوراق الاسمية.

1- ضابط الإسناد الخاص بالأوراق المالية لحاملها :

كما أسلفنا الذكر، فإن الأوراق المالية لحاملها لا تخضع لشروط القيد لدى الجهة أو الهيئة التي أصدرتها، وهذه الخاصية تتيح لحاملها حرية تامة في التصرف فيها سواء بالبيع أو التنازل... إلخ، لذا اتجه أغلب الفقه إلى إخضاعها لقانون موقعها وقت تحقق السبب الناقل للحق في حالة حوالة الحق بين الدائن الأصلي والدائن الجديد، أو الدين في حالة حوالة الدين بين المدين والدائن الثابتين في الورقة لحاملها، حيث تأخذ حكم الأموال المنقولة المادية، يبرر الفقه رأيه هذا في أن الدين أو الحق يندمج في الورقة المالية المذكورة، وهو جزء لا يتجزأ عنها، وبالتالي يخضعان معا لقانون واحد هو قانون الموقع الذي نشأ فيه السبب الناقل للحق أو الدين.³

¹- راضي نبيه راضي علوانة، المرجع السابق، ص 130.

²- عبد الله عز الدين، القانون الدولي الخاص، ط 7، دار النهضة العربية، مصر، 1974، ص 413.

³- عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص 305.

إذن، الجهة التي تحقق فيها السبب الذي ترتب عليه كسب الحق أو فقده هو ضابط الإسناد بالنسبة لهذا النوع من الأوراق المالية، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري عملا بالمادة، 17 من ق.م.ج: "يسري بالنسبة للمنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها"¹، والتي تعتبر كقاعدة عامة للمال المنقول، مع العلم أن المشرع الجزائري لم يفرد قاعدة تنازع تحكم التصرفات على الأوراق المالية القابلة للتداول، وبالتالي تأخذ حكم المنقول المادي من حيث انتقالها لقانون الجهة التي وجدت فيها وقت تحقق السبب الناقل للحق أو الدين الثابتين بها.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن العلاقة بين حائز السهم أو السند والجهة التي أصدرته²، كالبنك، فتخضع للقانون الذي يحكم النظام القانوني لهذه الهيئة المصدر للورقة.

2- نطاق القانون الواجب التطبيق على الورقة المالية لحاملها.

ينظم ضابط موقع المال الفعلي الأوراق لحاملها وقت تحقق السبب الناقل للحق أو الدين الثابتين فيها، كما يحكم هذا الضابط أيضا كل ما يتعلق بالأثر العيني المترتب على تداول السند أو السهم للحامل. ويحكم سائر الحقوق العينية الأخرى التي ترد على هذه الأسهم والسندات ولاسيما التبعية منها كرهنها رهنا حيازيا، إضافة إلى المسائل الخاصة بملكية هذه الأوراق. ويستثنى من نطاق تطبيق قانون الموقع العلاقة بين حائز السند وبين الشخص المعنوي أو الجهة التي أصدرت السند، حيث تخضع هذه العلاقة كما سبق ذكره آنفا، إلى القانون الذي يحكم هذه الجهة أو الهيئة المصدرة له، وفي نفس السياق تستثنى العلاقة التعاقدية بين صاحب السند ومن انتقل إليه الحق في السند

¹ - المادة 17 من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 06.

² - محمد حبار، المرجع السابق، ص 182.

ليحكمها قانون الإرادة، وعادة ما يكون هذا القانون هو قانون البورصة التي تم تداول السند فيها لأنه القانون الملائم لطرفي العقد.¹

الفرع الثاني : القانون الواجب التطبيق على الأوراق التجارية-السندات الإذنية-

لم تعطي أغلبية التشريعات المقارنة تعريفا صريحا للأوراق التجارية، تاركة هذا الاختصاص للفقهاء، حيث يتجه أغلبه إلى تعريف الأوراق التجارية بأنها : "صكوك مكتوبة وفق أشكال يحددها القانون قابلة للتداول بالطرق التجارية، تمثل حقا موضوعه مبلغ من النقود يستحق العطاء بمجرد الاطلاع أو في ميعاد معين أو قابل للتعين، ويجري العرف على قبولها كأداة وفاء بالديون تقوم مقام النقود".²

لقد أورد المشرع الجزائري السندات التجارية في الكتاب الرابع من القانون التجاري وخصص الباب الأول منه للسفتجة وسند لأمر والشيك، وسند الشحن وسند النقل وعقد تحويل الفاتورة ولم يعطي هو الآخر تعريفا لهذه السندات، إلا أنه هناك بعض التشريعات أعطت تعريف لهذا النوع من الأوراق القابلة للتداول، منها المشرع العراقي الذي أورد تعريف الأوراق التجارية بموجب المادة 39 من القانون التجاري العراقي التي جاء نصها على النحو التالي : "محرر شكلي بصيغة معينة يتعهد بمقتضاه شخص أو يأمر شخصا آخر فيه بإبداء مبلغ محدد من النقود في زمان ومكان معينين ويكون قابلا للتداول بالتظهير أو بالمناولة".³

واستنادا إلى الخصائص التي جاء بها الفقه والتشريع العراقي يمكن الاستنتاج أن الأوراق التجارية هي إسناد أو صكوك محررة وفق أشكال معينة وقابلة للتداول بالطرق التجارية يحددها قانون كل

¹ - سمية عبد العزيز، التنازع في المسائل المتعلقة بالأشخاص والأموال وفقا للقانون الجزائري، أطروحة لنيل الدكتوراه في العلوم تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بودواو، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، 2021، ص 122-123. الطيب زروقي، المرجع السابق، ص 223.

² - نايف عبد العال الفراء، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، مجلة جامعة الأزهر، المجلد 19، عدد خاص بمؤتمر كلية الحقوق الخامس المحكم، جامعة غزة فلسطين، 2017، ص 257.

³ - قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984.

دولة، وتتضمن التزاما بدفع المبلغ النقدي المقيد في السند مستحق الوفاء في تاريخ محدد، ويمكن نقل هذا الحق من شخص إلى آخر عن طريق التظهير أو المناولة.¹

رأينا من خلال مقدمة المبحث المتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الديون بشكل عام أن هذه الديون قد تكون عادية، وبالتالي تخضع للقواعد العامة المذكورة آنفا وقد تكون ديون ثابتة في أوراق قابلة للتداول، وتكون هذه الأخيرة في شكل أسهم وسندات أو تكون في شكل أوراق تجارية أو ما يصطلح على تسميته بالسندات الإذنية (أو الأوراق الإذنية) في بعض التشريعات العربية.

من هذا المنطلق سنحوض في البحث عن تحديد ضابط الإسناد المتعلق بالأوراق التجارية من زاوية الآثار التي تنشئها المعاملات بهذه الأوراق، ما يصطلح على تسميتها بالالتزامات المصرفية²، لأطراف العلاقة القانونية عندما يتخللها عنصر أجنبي، ونظرا لطبيعة هذه الأوراق فيحكمها على المستوى الداخلي القوانين والأنظمة الخاصة بالالتزام المصرفي، خاصة وأنه سبق وأن توصلنا أن الالتزام العادي يخضع لقواعد عامة خاصة به سواء من حيث نشأته أو من حيث تداول الدين الناتج عنه، أما إذا تخلل العلاقة عنصر أجنبي فهذا يكون أمام مشكل تنازع القوانين بشأنها.

تتخذ الأوراق التجارية ثلاث أشكال رئيسية: الحوالة التجارية-السفحة-، والسند لأمر والشيك، للإشارة أن تعداد هذه الأوراق المذكور على سبيل المثال لا الحصر، حيث يصعب تحديد القانون الواجب التطبيق على الديون الثابت في هذه الأوراق، الأمر الذي خلق صعوبات لدى الفقه والقضاء في تحديد ضابط الإسناد الذي يحكم هذا النوع من الديون.

يميز هذا النوع من الأوراق المالية أنها تتعدد فيها أطراف العلاقة القانونية التي تكون موضوع لها، ويمكن أن تكون هذه العلاقات بين أشخاص يقيمون في دول مختلفة، كما يمكن أن يختلف مكان تحرير الورقة التجارية عن مكان الوفاء بها، وهذا ما يثير مشكل تنازع القوانين بشأن الالتزامات

¹ - عبد القادر العطير، الوسيط في القانون التجاري، الأوراق التجارية، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان، 1998، ص 158.

² - بشرى خالد المولى، أفراح عبد الكريم خليل، أثر التعامل بالورقة التجارية في الالتزام الأصلي، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، المجلد 11 العدد 41، العراق، 2009، ص 143.

الصرفية التي تقع على عاتق أطراف العلاقة سواء كان التزام الساحب أو التزام المسحوب عليه أو التزام المظهر أو التزام الضامن الاحتياطي.¹

أولاً : مضمون قاعدة الإسناد الخاصة بالأوراق التجارية.

لتحديد القانون الواجب التطبيق على الأوراق التجارية، لا بد لنا من الرجوع إلى الآراء الفقهية وبعض الاتفاقيات نظراً لقصور التشريع على هذا النوع من العلاقات، باستثناء بعض التشريعات القليلة على غرار **المشروع الكويتي** الذي انفرد على بقية المشرعين العرب خاصة، ووضع قواعد إسناد تتعلق بهذا النوع من الأوراق التي تنشئ التزامات صرفية وذلك بالقانون رقم 05 لسنة 1961 المتعلق بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي بموجب نص المادة 54 التي جاء نصها الآتي : "يسري على انتقال الأسهم والسندات الإسمية والإذنية القانون الذي تخضع له الهيئة التي أصدرتها"، وبالنسبة للأوراق التجارية فخصها بالمادة 55 من نفس القانون التي جاء نصها كالتالي : "يسري على انتقال الكمبيالة والسند الإذني والشيك قانون بلد الوفاء"، وأخضعت المادة 56 انتقال الصكوك لحاملها لقانون موقعها وقت تحقق السبب الناقل للحق الثابت بها.²

أما بالنسبة للفقه، فتباينت الآراء بخصوص القانون الواجب التطبيق على انتقال الأوراق التجارية، من خلال اتجاهين بارزين وهما : **تعدد القوانين الواجبة التطبيق بشأن هذه الالتزامات، ووحدة القانون الواجب التطبيق عليها والتي نبينها على النحو الآتي :**

1- الاتجاه الأول : يمثله أنصار مبدأ تعدد القوانين الواجبة التطبيق على آثار كل التزام صرفي

ناشئ عن ورقة تجارية - قانون بلد نشوء الالتزام-.

¹ - راضي نبيه راضي علوانة، المرجع السابق، ص 134، نقلاً عن الأصححي مصطفى ياسين محمد حيدر، حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص، ط1، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 665.

² - الطيب زروقي، المرجع السابق، ص 223.

يخضع هذا الاتجاه، آثار كل التزام صرفيلقانون الدولة التي نشأ فيها الالتزام¹؛ مع العلم أن الورقة التجارية الواحدة يمكن أن تنشأ التزام على عاتق الساحب والتزام على عاتق المسحوب عليه والتزام على عاتق المظهر والتزام على عاتق الضامن الاحتياطي، ويكون ذلك حسب طبيعة الورقة المطروحة للتداول.²

وتعتبر السفتجة أحسن مثال على هذا الكلام، كما تعتبر مثالا حيا لتنازع القوانين، فتنشأ في دولة وتظهر في دولة أخرى، وتضمن ضمانا احتياطيا في دولة ثالثة ثم يتم قبولها في دولة رابعة، ومن ثم تكون عرضت لتنازع قوانين عدة دول بشأن انتقالها والالتزامات الناشئة عن كل ملتزم سواء كان صاحب أو مسحوب عليه أو مظهر أو ضامن، وبالتالي نكون أمام مجموعة من التوقيعات يختلف كل توقيع عن آخر وبالنتيجة اختلاف كل التزام عن آخر وعما يلحقه من التزامات لأطراف العلاقة الموقعين عليها.³

وبناء عليه، فإن تعدد الموقعين على الورقة التجارية الواحدة، يؤدي إلى إنشاء التزامات صرفية عديدة مما جعل هذا الاتجاه الفقهي يؤيد فكرة تعدد القوانين الواجبة التطبيق على الالتزامات التي تتضمنها الورقة التجارية، بحيث يخضع التزام الساحب لقانون بلد الإصدار ويخضع التزام المسحوب عليه لقانون بلد القبول ويخضع التزام المظهر للورقة التجارية لقانون الدولة تم تظهيرها فيها، ويخضع انتقال الحق إلى قانون مكان الوفاء⁴، لأن كل عملية تتضمنها الورقة التجارية تعتبر مستقلة بذاتها، فساحب الورقة التجارية أو محررها يلتزم بضمان قبول المسحوب عليه للحوالة، وبضمان أداء قيمتها

¹ - أو ما يعرق بقانون البلد التي تم فيه الالتزام.

² - أن مسألة تحديد طبيعة الورقة التجارية إذا كانت سفتجة أو سند لأمر أو شيك وكذا تحديد إذا كانت ورقة تجارية أم لا، فهذه تدخل في عملية التكييف والتي تخص قانون القاضي، وهو الرأي السائد في أغلب تشريعات العالم، ونص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 09 من القانون المدني الجزائري، حيث سبق لنا التطرق إلى هذه المسألة بالتفصيل في الباب الأول من هذا البحث.

³ - سالم إرجيعة، الوجيز في القانون الدولي الخاص الليبي، تنازع القوانين من حيث المكان - تنازع الاختصاص القضائي الدولي - الجنسية ومركز الأجانب -، ط4، دار الكتب الوطنية، بن غازي، ليبيا، 2007، ص 319.

⁴ - محمد حبار، المرجع السابق، ص 183.

في ميعاد استحقاقها، والمسحوب عليه القابل أو محرر السند لأمر يلتزم وبالتضامن مع غيره من الملتزمين بالورقة التجارية بأداء قيمة الورقة، كما أن المظهر يلتزم بضمان قبول ووفاء الورقة التجارية.¹ يبرر أنصار تعدد القوانين مبدأهم بأن رأيهم ينسجم مع مبدأ استقلال التوقيع²، المعمول بها في التشريعات الداخلية؛ الذي يقضي بأن كل توقيع يرد على ورقة تجارية يكون مستقلاً عن التوقيع الذي يرد بعده من طرف الملتزم الموالي، وهكذا إلى آخر توقيع لآخر شخص ملتزم بنفس الورقة، وبالتالي يكون كل التزام قائماً بذاته ولا يؤثر بطلانه مثلاً على التوقيع الذي يسبقه أو يليه³، يرى أنصار هذا المبدأ أنه يمكن توسيع هذه القواعد الداخلية لتشمل العلاقة الدولية الخاصة المتعلقة بالالتزام الصرفي. كما يستند أنصار هذا الرأي إلى مبررات أخرى أهمها :

أن إرادة الموقعين قد تتجه لقانون بلد التوقيع، لأنه القانون الأقرب إليه أثناء التزامه، الموضوع الذي يشترك فيه جميع الملتزمين في الورقة التجارية الواحدة هو مبلغ الدين الثابت فيها، واستقلالية كل ملتزم تجعله مجبر على تسديد هذا الدين الذي في ذمته، لأنه سبق وأن ضمن قبولها وأدائها من طرف الملتزم النهائي وهو المسحوب عليه. ومبدأ استقلال التوقيع في هذه الحالة يضمن للحامل القانوني للورقة التجارية حقه⁴. حيث يكون مطمئناً بأنه سيتحصل على قيمتها عند الاستحقاق.

تعرض أنصار هذا الرأي إلى عدت انتقادات، أهمها على الإطلاق هو أن اختلاف أمكنة الالتزام والتوقيع قد تجعل العلاقة تخضع إلا عدة قوانين مما يضاعف مشكل تنازع القوانين، وهذا قد

¹ - علي حميد عبد الرضا، أطروحة دكتوراه، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، دراسة مقارنة، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، 2005، ص 4.

² - التوقيع على الورقة التجارية يلزم صاحبه بالالتزام الملقى على عاتقه، وهو الوفاء بقيمة الورقة للشخص الذي يليه إن كان مظهراً، كما يلتزم المسحوب عليه بالوفاء بقيمتها للمظهر الذي يقدم له الورقة، لأن التوقيع هو الضمان بالنسبة لجميع الملتزمين في الورقة، نادية فضيل، الأوراق التجارية في القانون التجاري الجزائري، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1998، ص 45.

³ - مثلاً في ورقة تجارية كان التزام الساحب فيها باطلاً، في هذه الحالة يكون المظهر ملتزماً بوفاء متى أمتنع المسحوب عليه عن الوفاء، علي حميد عبد الرضا، المرجع نفسه، ص 98، سامي فوزي محمد، شرح القانون التجاري، ج1، الأوراق التجارية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص 09.

⁴ - علي حميد عبد الرضا، المرجع السابق، ص 100.

يؤدي إلى نتائج سلبية على حقوق الملتزمين في الورقة قد يجعلهم معزولين في الوفاء بها دون أن يكون لهم الحق في الرجوع على الملتزمين الآخرين- عن طريق التضامن.¹

كما أن الدفع بشأن الورقة التجارية بين الملتزمين تختلف من دولة لأخرى مما يطرح مشكل تحقيق العدالة بين الملتزمين.²

ولقد أخذت معاهدة جنيف لسنتي 1930 و 1931³، بمبدأ تعدد القوانين الواجبة التطبيق على آثار كل التزام صرفي على حدة، حيث تنص المادة 04 فقرة 01 من اتفاقية جنيف 1930 على أنه : "تخضع آثار التزامات قابل الكميالة ومحرر السند للأمر لقانون المكان الذي تكون فيه مستقلة الوفاء، وتخضع الآثار الناتجة عن توقيعات الملتزمين الآخرين في الكميالة لقانون الدولة التي أعطيت هذه التوقيعات في إقليمها".⁴

2- الاتجاه الثاني: يمثله أنصار مبدأ توحيد القانون الواجب التطبيق على آثار كافة

الالتزامات الناشئة عن تداول الورقة تجارية - قانون مكان الوفاء -.

يرى أنصار هذا الاتجاه بضرورة إخضاع كل آثار الالتزامات الناشئة عن تداول الأوراق التجارية إلى قانون واحد، بحيث يخضع التزام الساحب(المنشئ للورقة التجارية) والمظهر والمسحوب عليه(الملتزمين الآخرين للورقة)، والحامل، لنفس القانون الواجب التطبيق، الذي هو قانون مكان الوفاء، فيسري هذا الضابط-مكان الوفاء- على الالتزام الصرفي جميع ضماناته؛ أي يحكم الالتزام

¹ - نبيه راضي نبيه علوانة، المرجع السابق، ص 137، نقلا عن منصور سامي بديع وعبد العال عكاشة، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1995، ص 315.

² - جمعة حسين خلف، شرح القانون الدولي الخاص الليبي، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، 1999، ص 65.

³ - تم عقد هذه الاتفاقيات ضمن مؤتمر جنيف تحت عاصية عصبة الأمم، عام 1930 عقدت ثلاث اتفاقيات الأولى اعتمدت قانون موحد للسفتحة والسند لأمر والمعاهدة الثانية تعاملت مع حالات تنازع القوانين في السفتحة والسند لأمر ثم اتفاقية رسم الطابع وفي العام الموالي أي سنة 1931، عقدت كذلك ثلاثة اتفاقيات خاصة بالشيك تمثلت واحدة منها في حالات تنازع القوانين في الصكوك، علي حميد عبد الرضا، المرجع السابق، ص 96.

⁴ - المادة 04 من اتفاقية جنيف الخاصة بتوحيد الحوالة التجارية والسند لأمر. حيث يتبين من المادة أنها سارت بنفس الاتجاه لأنصار مبدأ تعدد القوانين الواجبة التطبيق.

النشئ عن الورقة التجارية على اختلاف أنواعه، بيد أن هذا الاتجاه الفقهي قد يحل مشكلة عدم تحديد مكان الالتزام في الحالات المذكورة آنفا.¹

يستند هذا الاتجاه في ترجيحه لهذا المبدأ إلى عدة حجج نذكر منها :

أن مكان الوفاء هو آخر محطة لتداول الورقة التجارية، إذ هو المكان الذي يكون فيه تحصيل قيمتها من قبل صاحب الحق، وهو المكان الذي تظهر فيها الإرادة الضمنية لأطراف العلاقة إلى العلن، كما أن مكان الوفاء هو المكان الذي تتم فيه جميع الإجراءات القضائية في حالة قيام النزاع بين أطراف العلاقة وهو المكان كذلك الذي تتم فيه إجراءات التنفيذ بموجب الورقة التجارية، وهو القانون الذي يتوافق مع ضابط قانون الموقع بالنسبة للمال المنقول، كما أن عدم ذكر المكان الذي تم فيه الالتزام وهذا أمر عادي لدى أغلب التشريعات يصعب من مهمة معرفة القانون الواجب التطبيق في مبدأ تعدد القوانين الذي ينتج عنه تناقض الأحكام بالنسبة لعلاقة قانونية واحدة، كما أنه يضمن وحدة القانون الذي يحفظ حقوق أطراف الالتزام الصرفي.²

كما أن الورقة التجارية ترد على دين واحد في الأخير والذي يلتزم جميع أطراف الالتزام الصرفي الناتج عنها، مما يستوجب إخضاعها لقانون واحد يحكمها.³

ثانيا : نطاق القانون الواجب التطبيق الذي يحكم الأوراق التجارية.

اتجه الفقه الراجح إلى تقرير ضابط مكان الوفاء أنه الأنسب لحكم آثار الالتزام الصرفي للورقة التجارية، وهو الأكثر ملائمة للقانون الواجب التطبيق على تداول الورقة التجارية، وبالتالي يدخل في نطاقه كل آثار الالتزام الصرفي بالنسبة كل أطرافه، فهو الذي يحكم مدى صحة هذه الأوراق للتداول ومدى صحة الالتزام الثابت على أطراف العلاقة، ومدى حق الحامل في تحصيل حقه وهو كذلك من

¹ - إبراهيم حمود مهنا وورود خالد محمد، المرجع السابق، صص 258-259، ويونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 381.

² - مصطفى ياسين محمد، حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص، ط1، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 686، وإبراهيم حمود مهنا، ورود خالد محمد، المرجع السابق، ص 258.

³ - يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 381.

يحدد من هو الساحب والمظهر والمسحوب عليه والقابل والضامن ... إلخ، كما يحكم أيضا شروط صحة تداولها من ملتزم إلى آخر وكيفية قبول هذه الورقة والوفاء بقيمتها، ومدى توفر البيانات الجوهرية اللازمة في الأوراق التجارية والجزاء المترتب على إغفالها.¹

من جهة أخرى، يستثنى من نطاق القانون الواجب التطبيق كل من القانون الواجب التطبيق على أهلية الملتزم وكذا القانون الواجب التطبيق على شكل الورقة التجارية، سنوضح ذلك ضمن عنوان الشروط الموضوعي والشكلية لصحة الالتزام المصرفي.

ثالثا : القانون الواجب التطبيق على شروط صحة الالتزام المصرفي.

لقد سبق لنا تحديد ضابط الإسناد الذي يحكم آثار الالتزام المصرفي بالنسبة لتداول الأوراق التجارية، لكن يجب التنويه إلى أمر مهم وهو أن هذا الالتزام المصرفي لكي يكون صحيحا وناظدا في حق كل أطراف الورقة التجارية، يجب أن يخضع لشروط صحة سواء من حيث الشكل أو الموضوع، وسوف نعالج هذا الأمر على النحو التالي :

1- القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لصحة الالتزام المصرفي - الورقة

التجارية- :

إنَّ تحديد ما يعتبر من الموضوع وما يعتبر من الشكل في الورقة التجارية من طرف القاضي المعروض عليه النزاع هو مسألة تكييف، حتى يتسنى له إدراج المسألة تحت طائفة من طوائف قواعد الإسناد المنصوص عليها في قانونه الوطني. تتضمن الشروط الموضوعية في الورقة التجارية بشكل عام كل من الرضا والمحل والسبب، إضافة إلى أهلية الملتزم، نقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق على كل شرط على حدة وذلك كما يلي :

¹ - نبيه راضي نبيه علوانة، المرجع السابق، ص 140، منصور سامي بديع، المرجع السابق، ص 446.

أ- القانون الواجب التطبيق على الرضا :

لصحة الورقة التجارية يجب أن يكون رضا الملتزم بها صحيحا ولا يشوبه أي عيب من عيوب الرضا¹، لأن الرضا في الورقة التجارية يظهر في توقيع الملتزم بها، سواء كان الساحب أو المظهر أو المسحوب عليه في حالة قبولها، ولم تتطرق أغلب التشريعات المقارنة إلى القانون الواجب التطبيق على الرضا بالنسبة للملتزم بالورقة التجارية، ولا حتى الاتفاقيات الدولية المتخصصة، ونقصد بها اتفاقيتي جنيف².

وعليه الرجوع إلى الآراء الفقهية حيث تتجه أغلبها إلى القواعد العامة وتُخضع الشروط الموضوعية بصفة عامة إلى قانون الإرادة معتبرة إياه كتصرف قانوني، وعليه فإن قانون الإرادة هو ضابط الإسناد الذي يحكم رضا الملتزمين كشرط موضوعي، ويخضع هو الآخر للقاعدة العامة المذكورة³.

ب- القانون الواجب التطبيق على المحل.

المحل هو ركن من أركان صحة التصرف الإرادي بشكل عام، وبالتالي ركن في الالتزام الصرفي. المحل في الورقة التجارية يجب أن يكون مبلغ من النقود معيننا نافية للجهالة، ويبقى هذا التعيين- تعيين قيمة الورقة- من حيث نشأتها إلى غاية الوفاء بها⁴، هذا ما يؤكدده المشرع الجزائري من خلال المادة 392 من القانون التجاري الجزائري التي جاء مصها على النحو التالي : "إذا كتب مبلغ السفتجة بالأحرف الكاملة والأرقام معا فالعبرة عند الاختلاف للمبلغ المحرر بالأحرف الكاملة

¹ - يقصد بعيوب الرضا في الالتزام الصرفي هو أن الملتزم تلحق بإرادته أمور تفسد رضاه، ولقد نص المشرع الجزائري على عيوب الرضا في القانون المدني الجزائري ابتداء من المادة 81 إلى غاية المادة 91 وتمثل هذه العيوب في الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 161 وما يليها .

² - فوزي محمد سامي، وفائق الشماع، القانون التجاري، الأوراق التجارية، مطبعة جامعة بغداد، العراق، بدون سنة النشر، ص 26.

³ - علي حميد عبد الرضا، المرجع السابق، ص 53، نقلا عن أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1989، ص 85.

⁴ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 212.

إذا كتب مبلغ السفتجة عدة مرات بالأحرف، أو بالأرقام فالعبرة عند الاختلاف لأقلها مبلغاً".¹

بمفهوم الموافقة فإن المشرع يشير أن محل السفتجة كورقة تجارية هو مبلغ من النقود²، ويعالج في نفس الوقت مشكل تعدد عدم التحديد الدقيق لقيمة الورقة، كما يجب أن يكون المحل غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، إضافة إلى أنه لا يكون معلقاً شرطاً.³

على غرار ركن الرضا، فلم تتطرق أغلب التشريعات المقارنة للقانون الواجب التطبيق الذي يحكم المحل، وعليه فإن الآراء الفقهية تتجه إلى إخضاعه للقانون الواجب التطبيق على العقد وهو قانون الإرادة.

ج- القانون الواجب التطبيق على السبب :

يعتبر السبب كركن من أركان صحة الالتزام الصرفي الذي ينشأ عن تداول الورقة التجارية، ويقصد به الغرض الذي يقصد الملتزم بالورقة التجارية الوصول إليه وراء رضائه قبول تحمل ما يرد فيها من التزام، إذا كان مسحوب عليه مثلاً فله سبب في قبولها وإذا كان ساحباً له سبب في إنشائها وإذا كان ضامناً له سبب في ضمانها وهكذا.

أما فيما يخص تحديد ضابط الإسناد الذي يحكم السبب في الورقة التجارية، فلم تفرد التشريعات المقارنة ولا حتى اتفاقيتي جنيف قواعد تحدد هذا الضابط، لذا يتم الرجوع دائماً إلى فقه القانون الدولي الخاص والذي أخذ دائماً بقانون العقد أي قانون الإرادة، وفي حالة عدم وجود إرادة واضحة للمتعاقدين - صريحة أو ضمنية - يتجه بعض الفقه إلى تطبيق قانون البلد الذي نشأ فيه الالتزام

¹ - المادة 392 من الأمر رقم 75-59، مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون التجاري، ج.ر.ج. عدد 101 صادر في 16 ذو الحجة عام 1395 الموافق 19 ديسمبر سنة 1975، معدّل ومتمّم، المتضمن القانون التجاري الجزائري .

² - وهو نفس التوجه الذي ذهبت إليه اتفاقية جنيف الموحدة للأوراق التجارية، في المادة 1 فقرة 02: "... تشمل البوليصه على الأمر المحض المجرد باداء مبلغ معين".

³ - "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب العامة، كان العقد باطلاً". المادة 97 ق.م.المرجع السابق، ص 28.

أو قانون بلد الوفاء. لكن الفقه الراجح يتجه إلى تطبيق قانون محل الوفاء بالورقة في حالة غياب الإرادة، وهذا على كل الشروط الموضوعية باستثناء الأهلية.¹

د- القانون الواجب التطبيق على أهلية الملتزم بالورقة التجارية.

الملتزم بالورقة التجارية هو كل شخص وقع على الورقة التجارية يتمتع بأهلية الأداء²، لإبرام هذا النوع من التصرفات القانونية، أي يجب أن يكون أهلا لهذا الالتزام مهما كانت صفته في الورقة، سواء كان ساحبا أو مظهرا أو مسحوب عليه أو ضامنا احتياطيا³..

يقصد بالأهلية صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن ترتب له هذا الأمر أو ذلك. يجب أن يتوفر في الملتزم بالورقة التجارية أهلية الأداء⁴، ونقصد هنا بالشخص، هو الشخص الطبيعي أو الشخص المعنوي، لأن هذا الأخير يتمتع أيضا بالشخصية القانونية منذ تاريخ القيد في السجل التجاري لعقد الشركة، والتي تمكنه من التمتع بكل الحقوق والالتزامات في المعاملات التجارية ومنها الأوراق التجارية.

بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص المعنوي الملتزم بالورقة التجارية والذي لم تنطبق له اتفاقيتي جنيف، لذا سوف نعالج القانون الواجب التطبيق لهذه الفروض باللجوء إلى القوانين العامة في القانون المقارن وكذا رأي الفقه بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على أهلية الملتزم بالورقة .

يتفق الفقه الراجح بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص المعنوي الملتزم بالورقة التجارية على خضوعها لقانون مركز إدارتها الرئيسي. وهذا الرأي أخذت به أغلب التشريعات المقارنة على غرار المشرع الجزائري من خلال المادة 10 من ق.م.ج فقرة 03 التي جاء نصها كالاتي :

¹ - عبد العال عكاشة محمد، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، ط 2، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، مصر، 1995، ص 164. نقلا عن علي حميد عبد الرضا، المرجع السابق، ص 70.

² - أهلية الأداء في الالتزام الصرفي هي أهلية التصرف التجاري.

³ - فوزي محمد سامي، فائق محمود الشماع، القانون التجاري، الأوراق التجارية، المكتبة القانونية، بغداد، 2008، ص 14.

⁴ - تنقسم الأهلية إلى نوعين أهلية أداء وأهلية وجوب، وأهلية الوجوب هي : صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات، وأهلية الأداء هي صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية التي تكسبه حقوق أو تحمله التزامات على الوجه المشروع، محمد الصبري السعدي، المرجع السابق، ص 152.

"... أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، يسري على نظامها القانوني، قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي، غير أنه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطها في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري"، نلاحظ من خلال الفقرة الأخيرة من المادة 10، أن المشرع الجزائري وضع استثناء، إذا باشر الشخص المعنوي نشاطه في الجزائر حتى ولو كان مقره الرئيسي في دولة أخرى، فإنه يخضع للقانون الجزائري، وهذا ما تقتضيه المصلحة الوطنية والرأي الذي تبنته أغلب التشريعات المقارنة.¹

أما بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص الطبيعي الملتزم بالورقة التجارية، فأخضعتة اتفاقيتي جنيف لسنة 1930 و 1931 لقانون جنسية الملتزم بالورقة التجارية، وهذا كمبدأ عام، وقد تبنت هذا الرأي أغلب التشريعات المقارنة على غرار المشرع الجزائري من خلال المادة 10 ق.م.ج التي جاء نصها كالتالي : "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم".²

أوردت اتفاقيتي جنيف بخصوص أهلية الملتزم استثناءات على ضابط الجنسية :

د-1 الإحالة من القانون الوطني إلى قانون آخر³، حيث أخذت اتفاقية جنيف في المادة 2

الفقرة 01 بالإحالة من الدرجة الأولى عندما أشارت أنه إذا أحال القانون الوطني على قانون آخر،

¹ - المادة 03 منق.م.ج، المرجع السابق، صص 4-5.

² - المادة 10، ق.م.ج، المرجع السابق، ص 4.

³ - تعرف الإحالة بأنها إحالة الاختصاص التشريعي في موضوع النزاع المعروض أما القاضي الوطني، من القانون الأجنبي المختص بموجب قواعد إسناده الوطنية إلى قانون آخر عملا بقواعد الإسناد في هذا القانون الأجنبي الواجب تطبيق، وتقوم الإحالة على دعامين، استشارة قاعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص حول اختصاصه في النزاع المحال إليه أم لا، وعمّا إذا كان يشير إلى قانون آخر، والدعامة الثاني هي حدوث نزاع سلمي أو إيجابي بين قاعدة الإسناد الوطني وقاعدة الإسناد في القانون الأجنبي، بحيث أن كل قاعدة تحيل النزاع إلى الآخر أو إلى قانون ثالث أو العكس عندما تدعي قاعدة الإسناد في كل من القانونين الوطني والأجنبي بعقد الاختصاص لقانونيهما.

- الإحالة ثلاثة أنواع: إحالة من الدرجة الأولى : وتكون في الفرض الذي تحيل فيه قواعد الإسناد في القانون الأجنبي برد الاختصاص إلى قواعد الإسناد لقواعد الإسناد الوطني، والإحالة من الدرجة الثانية : تكون في الفرض الذي تحيل فيه قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص النزاع المحال إليها من قواعد الإسناد الوطني، إلى قانون أجنبي ثالث، غالب علي الداودي،

فإنه يجب تطبيق القانون الذي تمت الإحالة إليه، أي يمكن أن يكون قانون الموطن عوض قانون الجنسية. وهذا سعيا منها إلى الانضمام للاتفاقيتين أكبر عدد مكن من الدول بمختلف التوجهات الفكرية القانونية المختلفة، كالدول الأنجلوسكسونية التي تأخذ بقانون الموطن، أو قانون نشوء محل الالتزام بدل قانون الجنسية كضابط يحدد القانون الواجب التطبيق على الأهلية في التصرفات القانونية الدولية الخاصة بصفة عامة، والتي تتضمن طبعا أهلية الملتزم بالورقة التجارية، إضافة إلى أنالأخذ بهذا الاستثناء يجنب القاضي الوطني المعروض عليه النزاع البحث في قانون جنسية الملتزم بالنسبة لحكم الأهلية والذي يجهله أصلا مقارنة مع قانونه الوطني.¹

د-2 إذ كان ناقص الأهلية بالنسبة لقانون جنسيته امضي الورقة التجارية، فإن هذا الإمضاء يرتب آثاره المتمثلة في التزام الموقع بالورقة التجارية، إذا كان مكان التوقيع في بلد يعتبر الشخص الموقع على الورقة كامل الأهلية، وهذا تصديا لما يعرف بالغش نحو القانون الذي سنوضحه في العناوين القادمة.

استنادا لما سبق التطرق إليه، بالنسبة للمشرع الجزائري أخذ بالمبدأ العام فيما يخص أهلية الشخص التي تسمح له بإبرام التصرفات القانونية، والتي هي أهلية الأداء حين بلوغه سن الرشد 19 طبقا لنص المادة 40 ق.م.ج والتي تنص على أنه : "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. و سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة"، يتحمل الشخص في هذه الحالة كامل مسؤولياته في كامل تصرفاته القانونية، والتي تتضمن الميدان التجاري.

نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص، دار الطباعة الحديثة، بغداد، 1965، ص 11. ومحمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص - دراسة مقارنة لتشريعات العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الثانية، دار الثقافة، الأردن، ص 92. نقلا عن : عيشوبة فاطمة، الإحالة في القانون الدولي الخاص، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، المجلد 01، العدد 02، الجزائر، 2015، ص 425.

¹ - معمر شنوف، الأسناد التجارية وتنازع القوانين، إعمال نص المادة 21 من القانون المدني الجزائري واتفاقية جنيف لقانون الصرف الموحد، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة المنار، المجلد 01 العدد 22، تونس، 2015، ص 288.

هذا بالنسبة لأهلية التصرف في المسائل القانونية المدنية بصفة عامة، ويصطلح تسميتها بالأهلية القانونية، أما في المجال التجاري، فإن الأهلية التجارية تعني صلاحية الشخص لاحتياز الأعمال التجارية¹، وما ينتج عن ذلك من آثار قانونية وتحميل الشخص القاصر المسؤولية في الميدان التجاري، حددها المشرع الجزائري وفقا للمادة 05 من ق.ت.ج.المادة 88 ق.إ.ج.جيشروط، لأن عدم تحديد هذه المسألة ينجر عنه عدة عواقب تضر بمصلحة القاصر المرشد خاصة في حالة الإفلاس.

لذا، إذا كان هناك ضرورة لمصلحة القاصر بممارسة التجارة، أعطى له المشرع الجزائري على غرار بقية أغلب التشريعات المقارنة مكنة لممارسة التجارة وفقا لشروط مذكورة في المادة 05 والمادة 06 من ق.ت.ج.²، حيث يشترط على كل قاصر الذي يريد ممارسة التجارة الحصول على إذن من والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة في حالة غياب الوالدين، مصادق عليه من المحكمة.

يكتسب القاصر بموجب هذا الترخيص الأهلية التجارية، ويمكن له مزاولة الأعمال التجارية في حدود الإذن الممنوح له؛ إذا كان الإذن مطلق فله أن يمارس كل الأعمال التجارية بما فيها إنشاء الأوراق التجارية، حيث يتحمل الالتزامات المصرفية الناتجة عن هذا النوع من التصرفات، أما إذا كان

¹ - احتياز الأعمال التجارية يتطلب اكتساب صفة التاجر، وفقا للمادة الأولى من القانون التجاري الجزائري والتي تنص : "يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذ مهنة معتادة له ما لم يقض القانون بخلاف ذلك"، حساين سامية، الأهلية التجارية للقاصر وحماية أمواله في التشريع الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق جامعة أحمد بوقرة، المجلد 09 العدد 01، بومرداس، 2014، ص 187.

² - المادة 05 : "لا يجوز للقاصر المرشد، ذكرا أم أنثى، البالغ من العمر ثمانية عشر سنة كاملة والذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال تجارية :

- إذا لم يكون قد حصل مسبقا على إذن والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصادق عليه من المحكمة، فيما إذا كان والده متوفيا أو غائبا أو سقطت عنه سلطة الأبوية أو استحال عليه مباشرة أو في حال انعدام الأب والأم.

- يجب أن يقدم الإذن الكتابي دعما لطلب التسجيل في السجل التجاري".

- تنص المادة 06 : "يجوز للتجار القصر المرخص لهم طبقا للأحكام الواردة في المادة 05، أن يرتبوا التزاما أو رهنا على عقاراتهم. غير أن التصرف في هذه الأموال سواء كان اختياريا أو جبريا لا يمكن أن يتم إلا بإتباع أشكال الإجراءات المتعلقة ببيع أموال القصر أو عديمي الأهلية"، المادة 05 والمادة 06 من القانون 05-02 المرجع السابق، ص 05.

الإذن مقيد في ممارسة التجارية في نطاق محدود دون أن يتضمن ذلك المعاملات الواردة على الأوراق التجارية، فلا يمكنه إبرام التصرفات القانونية في هذا المجال¹، ونطاق القانون الواجب التطبيق على أهلية الملتزم يتضمن مدى صلاحية هذا الشخص للتوقيع على الورقة التجارية ومدى صحة الآثار المترتبة على هذا التوقيع، ومدى تأثير الشخص بالسن هل هو بالغ سن الرشد القانونية أو سن الرشد التجارية أم لا وما هي عوارض الأهلية وما يترتب عليها من آثار.

2- القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لصحة الالتزام المصرفي :

تعتبر قاعد شكل التصرفات القانونية من القواعد التليدة في فقه القانون الدولي الخاص، ولعل ثباتها منذ نشأتها في نهاية القرن الثاني عشر ميلادية إلى يومنا هذا، دليلا على أهميتها في التيسير على المتعاقدين في معرفة مدى صحة تصرفاتهم القانونية، حيث أملت الاعتبارات العملية الأخذ بقاعدة الشكل في كل التصرفات القانونية، كالتصرفات المدنية والتجارية.

ومن هذا المنطلق، فإن قاعدة الشكل تحكم القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للورقة التجارية، وتخضعها لقانون بلد تنظيمها، وهذا ما يتوافق معخصائص الورقة التجارية، إذ نجد أنها تقوم على مبدأ الكتابة؛ أي أن الورقة التجارية لكي ترتب آثارها من التزام صرفي لأطرافها، يجب أن تكون مفرغة في شكل معين، يتمثل في بيانات إلزامية تحدد لنا طبيعة الورقة ونوعها وأطرافها²، وهنا نلاحظ أن أغلب التشريعات اهتمت بتوفير الثقة في هذه الأوراق عندما قررت أن تفرغها في شكل معين إلزامي، أكثر من اهتمامها بإرادة الأطراف بالرغم من أن إنشاء الأوراق التجارية ما هي إلا علاقات تعاقدية بين محرر الورقة والمستفيدين الآخرين من مظهرين وضامين وغيرهم.

¹ إقبال مبدر نايف، القانون الواجب التطبيق على أهلية الملتزم بالورقة التجارية-دراسة مقارنة- مجلة التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية، المجلد جامعة بابل، المجلد 2018 العدد 38، العراق، 2018، ص ص 12-13.

² تعتبر الشكلية في الورقة التجارية ركن للإنشاء وليس شرطا للإثبات، فإذا خلت من البيانات الإلزامية فلا يعتد بحجية الورقة في مواجهة الغير ولا يعتد بها، وخرج من أحكام الصرف وتصبح غير ملزمة لأطرافها، شنوف معمر، المرجع السابق، ص 279.

للعلم أن هذا المبدأ متبع في اتفاقيات جنيف لسنة 1930 و 1931، حيث نصت المادة 03 من اتفاقية جنيف 1930 في شأن بعض المسائل الخاصة بالالتزام الصربي، كالسفتحة والسند لأمر¹، حيث أخضعت شكل التصرفات الواردة عليها لقانون الدولة التي حررت هذه التعهدات على إقليمها أو ما يصطلح عليه بقانون محل الإبرام. ويعتبر إخضاع الالتزام الصربي في جانبه الشكلي لقانون محل الإبرام كمبدأ عام، حيث ينسحب هذا المبدأ إلى إنشاء الورقة التجارية وكافة التصرفات الواردة عليها في جانبها الشكلي.

لكن، المبدأ العام في الاتفاقيتين ورد عليه استثناءات نذكر منها : صحة الالتزام وفقا لقانون الدولة المحرر فيها تعاهد لاحق حتى ولو كان الالتزام باطل من وجهة قانون بلد الإبرام، وهذا تشجيعا لإقدام المتعاملين بالقيام بالالتزام الصربي. أما فيما يخص الشيك فأعطى المشرع الخيار لأطراف العلاقة بين إخضاع شكل الالتزام الصربي لقانون بلد الإبرام أو قانون بلد الوفاء²، وهذا ما نصت عليه المادة 04 من اتفاقية جنيف 1931 المذكورة آنفا، والاستثناء الآخر مفاده أنه يجوز لكل دولة أن تنص على أن الالتزامات الواردة في ورقة تجارية - سفتحة، سند لأمر، شيك-، والصادر عن أحد

¹ - تنص المادة 03 من اتفاقية جنيف 1930 على مايلي : "يخضع شكل التعهدات الواردة في سفتحة أو سند لأمر لقانون الدولة التي حررت هذه التعهدات في إقليمها، ومع ذلك إذا كانت التعهدات الواردة في سفتحة أو سند لأمر غير صحيحة طبقا للفقرة السابقة، ولكنها جاءت مطابقة لتشريع الدولة التي حرر فيها تعهد لاحق، فإن العيب الشكلي الذي لحق التعهدات الأولى لا يؤثر في صحة التعهد اللاحق، ولكل دولة من الدول المتعاقدة الحق في أن تنص على أن التعهدات الواردة في سفتحة أو سند أمر والصادرة في خارج إقليمها عن أحد رعاياها تكون صحيحة في إقليمها بالنظر إلى رعاياها الآخرين بشرط أن تكون هذه التعهدات مطابقة للشكل المنصوص عليه في القانون الوطني.

ونصت المادة 04 من اتفاقية جنيف المتعلقة بتوحيد قواعد التنازع في مسائل الشيك : "... يكفي مع ذلك مراعاة الأشكال المنصوص عليها في قانون محل الوفاء"، شنوف معمر، المرجع السابق، ص 284.

² - ورد على هذا الاستثناء شروط هي : أن يرد التزام أو أكثر على السفتحة وتكون هذه الالتزامات غير صحيحة وفقا لقانون محل إنشائها.

- أن يتم تحرير التزام لاحق في دولة أخرى على نفس الورقة التجارية أي إذا كان الالتزام الأول مثلا وارد على سفتحة فإنه يتعين أن يكون الالتزام اللاحق على نفس السفتحة في دولة أخرى، وأن يكون هذا الالتزام وفقا لقانون دولة إنشاء الالتزام صحيحا.
- أن تكون الالتزامات السابقة غير صحيحة وفقا لقانون محل الإبرام وصحية وفقا لقانون الدولة التي تم فيها التعهد اللاحق بالالتزام، عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2012، ص 74.

رعاياها خارج إقليمها، تكون صحيحة في إقليمها بالنسبة لرعاياها الآخرين بشرط أن تكون هذه الالتزامات مطابقة للشكل المنصوص عليها في قانونها الوطني.¹

- قاعدة شكل صحة الالتزام المصرفي وفق أحكام القانون الجزائري :

القاعدة العامة الواردة في المادة 19 منق.م.ج تخضع شكل الالتزامات المصرفية لقانون محل الإبرام، وهي نفسها القاعدة التي تحكم الالتزامات التعاقدية، حيث تستجيب هذه القاعدة لحجة المعاملات الدولية على تداول الأوراق التجارية لتحقيق المبادئ التي تقوم عليها التجارة وهي السرعة والائتمان، وكذا التيسير على المتعاملين الذي يصعب عليهم إجراء تصرفهم في شكل قد يكون مختلف على قانون محل إجرائهم المعاملة -إنشاء التزاماتهم المصرفية-.

ولتحسيد هذا الاعتبار العملي، قرر المشرع الجزائري عملا بقاعدة لوكيس - قانون محل الإبرام- إخضاع التصرف القانوني على الورقة التجارية في جانبه الشكلي إلى قانون محل الإبرام، أو إلى قانون وطنهما المشترك، أو إلى جنسيتهما المشتركة، أو إلى القانون الذي يحكم التصرف من حيث الموضوع، وبهذا يكون من السهل على المتعاملين في الورقة التجارية الاطلاع على القانون بيسر، لمعرفة مدى صحة التصرفات الواردة على الورقة التجارية مهما كان نوعها سفتجة أو سند لأمر أو شيك، كما أن التزام أحد أطراف الالتزام المصرفي الذي يحمل نفس جهة الطرف الآخر يمكنه من الاطمئنان على صحة التداول، كما أن الأخذ بضابط الموطن المشترك يحقق الوظيفة الرئيسية للورقة التجارية وهي سرعة التداول، حيث تسهل على الحامل الأخير الوقوف على صحة الالتزام المصرفي في جانبه الشكلي.²

¹ - معمر شنوف، المرجع السابق، ص 284.

² - محمد عبد العال عكاشة، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 84. وعلوشقربوعة كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 370.

الفصل الثاني : إعمال المنهج المباشر في حماية وإنفاذ حقوق الملكية الفكرية.

بالرغم من إثبات المنهج التنازعي أنه من أهم المناهج التي يتم الاعتماد عليها في حل مشكل تنازع القوانين، إلى أن محدوديته كانت واضحة بالنسبة لحل بعض المسائل الدولية الخاصة التي يكون موضعها متعلق بالتجارة الدولية. خاصة مع التقدم التكنولوجي والاقتصادي الذي يعرفه العالم في السنوات الأخيرة، وكنتيجة لهذه المؤشرات، أصبح من الضروري البحث عن منهج آخر يجسد مواكبة قانونية لهذا التطور السريع، ويكون ذلك من خلال وضع قواعد قانونية حديثة تسير هذا التطور العلمي والتكنولوجي خاصة في مجال التعامل التجاري الدولي الذي يعتبر تداول المال فيه بمثابة عصب الحياة.

ولدرء خطر تطبيق قوانين تكون غريبة على أطراف العلاقة الدولية الخاصة بسبب انتهاج طريق المنهج التقليدي- المنهج التنازعي عبر وسيلته الرئيسية المتمثلة في قواعد الإسناد، سعى الفقه والتشريع الوطني والدولي وحتى القضاء إلى البحث عن وسائل جديدة تلاءم التطور الحاصل.

وعليه، سنحاول في هذا الفصل الحديث عن منهج جديد يسمى المنهج المباشر، والذي يرى فيه المختصين أنه منهج الذي من خلاله يمكن تلافي القصور الذي اعترى آلية التنازع وقواعد الإسناد. خاصة وأن المختصين يرفضون أن تبقى كل العلاقات الخاصة الدولية بكل جوانبها خاضعة للمنهج التقليدي، بل يجب أن يكون هناك مناهج أخرى تنسجم مع طبيعة كل علاقة.

لذا، سنتناول في هذا الفصل تبيان كيفية إعمال المنهج المباشر في حماية وإنفاذ حقوق الملكية الفكرية، حيث سنتطرق إلى منهج القواعد ذات التطبيق الضروري ومنهج القواعد الموضوعية في مجال الملكية الفكرية في المبحث الأول، ثم نتطرق إلى دور النظام العام في حماية هذا النوع من الحقوق في المبحث الثاني.

المبحث الأول: منهج القواعد ذات التطبيق الضروري ومنهج القواعد الموضوعية في مجال الملكية الفكرية.

ارتأينا الجمع بين المنهجين في هذا المبحث نظرا لكونهما يشتركان في آلية التطبيق المباشر؛ أي أن كلا قواعد المنهجين تطبق مباشرة على النزاع، خاصة إذا علمنا أن طبيعة حل مشكل تنازع القوانين في الملكية الفكرية يتصل بالاتفاقيات الدولية المعروفة والتي تعتبر قواعدهما تطبق في إطار منهج القواعد الموضوعية وذات التطبيق المباشر.

لذا سنحاول من خلال هذا المبحث تبيان إلى أي مدى يمكن للمنهجين منافسة منهج قاعدة التنازع في تنظيم المسائل القانونية التي يتخللها عنصر أجنبي؟ وهل يمكن للمنهجين تجاوز السلبيات المصاحبة للمنهج التنازعي؟

ولإمارة اللثام عن هذا التساؤل، سنتناول منهج القواعد ذات التطبيق الضروري في مجال الملكية الفكرية ثم نعرض على منهج القواعد الموضوعية في مطلب ثاني.

المطلب الأول: منهج القواعد ذات التطبيق الضروري في مجال الملكية الفكرية.

أدى زيادة تدخل الدولة في الجوانب الاقتصادية والسياسية والاجتماعية إلى ظهور قوانين سميت بقوانين الأمن والبوليسفي بداية الأمر ليطلق عليها فيما بعد القوانين ذات التطبيق الضروري أو المباشر من طرف الفقيه الفرنسي فرانسوا كايس، والتي عرفها بأنها القوانين أو القواعد التي يتعين تطبيقها ضروريا للحفاظ على الأسس السياسية والاجتماعية والاقتصادية للدولة. وازدياد عددها، حاول بعض الفقه أن يجعل منها منهجا قائما بذاته سمي باسمها (منهج القواعد ذات التطبيق الضروري)، فما مفهوم هذه القواعد؟ وهل فعلا أصبحت تشكل منهجا قائما بذاته؟ وما تأثير فكرة القواعد ذات التطبيق الضروري في نطاق حقوق الملكية الفكرية؟

نتولى الإجابة على هذه الإشكالية في فرعين: نتناول في الفرع الأول مضمون فكرة القاعدة ذات التطبيق المباشر، ونتناول في الفرع الثاني تطبيقات القواعد ذات التطبيق الضروري في سياق حقوق الملكية الفكرية.

الفرع الأول: مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري.

نحاول من خلال هذا الفرع تبيان أهمية منهج القواعد ذات التطبيق الضروري في الحد من دولية قاعدة النزاع فيما يخص حكم بعض المسائل القانونية المرتبطة بشدة بقانون القاضي المعروض عليه النزاع، حيث سنتناول ذلك من خلال تعريف القواعد ذات التطبيق الضروري، ومن ثم تبيان مجال ومعايير تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري.

أولاً: تعريف القواعد ذات التطبيق الضروري.

هذا النوع من القواعد وضع من طرف المشرع الوطني ليحكم الروابط الداخلية مع إمكانية امتداد تطبيقها على العلاقات الخاصة الدولية، ولذلك عرفها بعض الفقه بأنها مجموعة القواعد الموضوعية التي تبلغ في أهميتها بمجتمع الدولة حدا كبيرا يحول دون دخولها في تنازع مع القوانين الأجنبية، ومن ثم يتعين تطبيقها مباشرة دون النظر على تصنيفها فيما إذا كانت تنتمي إلى القانون العام أو القانون الخاص ودونما حاجة إلى أعمال قواعد الإسناد.¹

وعرفها البعض أيضاً، بأنها تلك القواعد التي تستلزم مقتضيات المصلحة الوطنية تطبيقها مباشرة على النزاع دون المرور لقاعدة التنازع.²

وعرفها الدكتور عبد الكريم سلامة بأنها القواعد التي قد تلازم تدخل الدولة، وترمي إلى تحقيق وحماية المصالح الحيوية والضرورية الاقتصادية والاجتماعية للجماعة، والتي يترتب على عدم احترامها إهدار ما تبغيه السياسة التشريعية، وتكون واجبة التطبيق على كافة الروابط التي تدخل في مجال سريانها أب كانت طبيعتها ووطنية أم ذات طابع دولي.³

وعليه، يمكننا تعريفها بأنها مجموعة القواعد الموضوعية والمباشرة الموضوعية أصلاً لمواجهة العلاقات القانونية الوطنية البحتة بجميع عناصرها تحقيقاً لسياسة المشرع الاجتماعية الاقتصادية، إلا

¹ - محمد عبد العال عكاشة، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001، ص 534.

² - محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص 68.

³ - عبد الرسول عبد الرضا الأسدي وعلي حسين وريج، القانون الواجب التطبيق على العلامة التجارية الإلكترونية، من خلال منهج القواعد ذات التطبيق الضروري، مجلة المعهد، معهد العلميين للدراسات العليا، المجلد، العدد 0، العراق، 2020، ص 29.

أن صفتها الآمرة تبلغ حداً يقتضي معه تطبيقها على العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق عليها بموجب منهج تنازع القوانين، أي أن هذه القوانين تشكل استثناءً عن المنهج التنازعي¹، ومن أمثلتها: القواعد الآمرة المنظمة لعلاقة العمل والقواعد الهادفة لحماية المستهلك وقوانين الصرف والنقد وقوانين التصدير والاستيراد والقوانين المنظمة للتجارة الخارجية وقوانين الضمان الاجتماعي.

ومجال السريان المكاني لهذه القواعد تحدده هذه القواعد بنفسها دون حاجة لإعمال منهج التنازع، وهذا بالنظر لطبيعتها الآمرة واختلافها عن قواعد الإسناد سواء منها المزدوجة أو الأحادية، وذلك لأن قواعد الإسناد المزدوجة كما هو معروف تقتضي حل مشكلة التنازع تحليل العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي التي تكون محل تنازع، وذلك من أجل توطئها أو تركيزها في إقليم الدولة التي ارتبطت به أكثر من غيره، ومن ثم إسنادها إلى قانون تلك الدولة باعتبار أنه القانون الأصلح والأكثر ملائمة لحكم هذه العلاقة، سواء كان هذا القانون هو قانون القاضي أو القانون الأجنبي.²

أما منهج القواعد ذات التطبيق الضروري فيبدأ من القاعدة القانونية نفسها لبحث عن نطاق تطبيقها، وذلك من خلال تحديد القاعدة القانونية من حيث نطاق سريانها المكاني، بغية فرض اختصاص قانون القاضي في حالات معينة دون الالتفات إلى طبيعة العلاقة محل النزاع الوطنية كانت أم دولية، ثم يقوم القاضي بالمرحلة الأخير بالبحث عن العلاقة القانونية التي يجب تطبيق القاعدة ذات التطبيق الضروري عليها، لأن هذه القاعدة تسعى إلى توفير الحماية القانونية للنظام القانوني لدولة القاضي.³

ورغم أن قواعد الإسناد الأحادية تتشابه مع قواعد الإسناد المزدوجة لكونهما قواعد غير مباشرة ومجردة لا تتضمنان أي حكم موضوعي أو مادي للمسألة محل النزاع، كما تتشابهان في كونهما

¹ - يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 73.

² - المرجع نفسه، ص 76 وما يليها.

³ - يونس صلاح الدين علي، صص 76-80.

تستندان إلى ضوابط إسناد شخصية أو إقليمية، إلا أن أعمال ضوابط الإسناد في قواعد الإسناد الأحادية يؤدي دائما إلى اختصاص قانون القاضي المطروح عليه النزاع، وفي هذا تتشابه هذه القواعد الأحادية مع القواعد ذات التطبيق الضروري، رغم أن القاضي الوطني قد يطبق أحيانا قواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية غير المنتمية إلى القانون الذي باختصاصه قاعدة الإسناد الوطنية، وهذا إذا وجدت صلة عقلانية بين مضمون القاعدة الأجنبية وأهدافها من جهة، ونطاق تطبيقها من جهة أخرى، وتتشابه أيضا قواعد الإسناد الأحادية مع وقاعد ذات التطبيق المباشر كون كلاهما يعتبر تعبيرا عن سياسة الدولة الاجتماعية والاقتصادية الرامية إلى حماية فئة معينة من الأشخاص، كما فعل ذلك المشرع الجزائري في المادة 13 من القانون المدني الجزائري حينما استبعد تطبيق القوانين الأجنبية على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج في المادة 11 وآثار الزواج الشخصية والمالية في المادة 12 فقرة 1، وانحلال الرابطة الزوجية في المادة 12 فقرة 02 عندما يكون أحد الزوجين جزائريان وقد برر الفقه هذا الاستبعاد كون قاعدة الإسناد الواردة بموجب المادة 13 من القواعد ذات التطبيق الضروري. وهذا لأن المشرع من خلالها أراد حماية المرأة الجزائرية في الزواج المختلط.¹

ونشير في الأخير أن القوانين ذات التطبيق المباشر كثيرة ومتنوعة، ولذلك يصعب تحديدها تحديدا جامعا مانعا، وهذا ما حاد بالفقه إلى أعمال معايير لتحديد مجال تطبيقها.

ثانيا :مجال ومعايير تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري.

1- مجال تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري :

لتحديد مجال تطبيق القواعد ذات التطبيق المباشر، يتعين التمييز بين حالتين : حالة إفصاح المشرع عن رغبته في تحديد مجال تطبيقها، وحالة عدم إفصاحه عن ذلك، وتبرز إرادة المشرع في تحديد المجال الذي تطبق فيه هذه القواعد حينما يصدر قانونا يشتمل على قواعد لحماية فئة معينة في المجتمع كفئة المستهلكين أو فئة القصر أو العمال والمرأة أو في نطاق تشريعات ضريبية وتشريعات العمل

¹ - يونس صلاح الدين علي، صصمن 76-80.

والتأمينات الاجتماعية وقوانين الصرف والنقد والتشريعات التي تمنع الاحتكار، ففي هذه الحالة ينبغي على القاضي الأخذ بهذه القواعد امتثالا لأوامر مشرعه الوطني.¹

أما في حالة عدم إفصاح المشرع عن رغبته في تحديد مجال تطبيق هذه القواعد، نجد أنفسنا أمام احتمالين²:

الأول حسب رأي غالبية الفقه يرى أن هذه القوانين تترتب عنها نتائج استثنائية خطيرة، مادام أنها تستبعد الوسيلة الأصلية (قاعدة الإسناد)، لفظ النزاع الدولي للقوانين وتحل محلها تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري لحماية لمصالح المجتمع، ولذلك لا يجب أن يترك أمر تطبيقها للسلطة التقديرية للقاضي، لما في ذلك من تحكم في تحديد مجالها، وهذا إعمالا للقاعدة الفقهية المعروفة التي تقول الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع فيه.

أما الاحتمال الثاني والذي يمثله الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، فلا يرى مانعا من إعمال السلطة التقديرية للقاضي في تحديد مجال القواعد ذات التطبيق الضروري، لأن السلطة التقديرية المخولة للقاضي في مجال تفسير القوانين تخضع لرقابة المحكمة العليا، فإن هو أخطأ في تحديد مجال القوانين ذات التطبيق المباشر فإن تحديده يكون معرضا للإلغاء من طرف المحكمة العليا.

2- معايير تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري.

للكشف عن هذا النوع من القوانين اعتمد الفقه على معايير عديدة يمكن إجمالها في أربعة معايير:

أ- المعيار الشكلي:

وفقا لهذا المعيار، يعتبر القانون من القوانين ذات التطبيق الضروري عندما يحدد المشرع سريانه من حيث المكان، ويعلن عن رغبته في تطبيقه في إقليم دولته دون الرجوع إلى قواعد الإسناد المزدوجة،

¹ - محمد بلاق، منهج القواعد ذات التطبيق الضروري في إطار العلاقات الخاصة الدولية، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، المجلد 07، العدد 01، الجزائر، 2021، ص 243.

² - المرجع نفسه، ص 243 وما يليها.

وهذا لكونه يتعلق بسياسته التشريعية في مجال من المجالات العليا للدولة، أو سعيه من خلال هذا التحديد إلى حماية فئة من فئات المجتمع.¹

ويأخذ على هذا المعيار أنه يضيفي الصفة الضرورية والمباشرة على بعض القوانين التي يحدد المشرع سيرانها من حيث المكان بالرغم من أنها لا تتعلق بالسياسة التشريعية للدولة في مجال من المجالات العليا للدولة، كقانون موقع العقار الذي يسري على كل العقارات الموجودة في إقليم الدولة سواء كانت هذه العقارات مملوكة للوطنية أو للأجانب وهذا بالرغم من أن هذه القاعدة لا تعتبر من القواعد القانونية ذات التطبيق الضروري، ولهذا اعتبر هذا المعيار غير كاف لتحديد الطابع الضروري والمباشر للقانون.²

ب- المعيار المادي.

ويعتبر القانون وفقا لهذا المعيار من قوانين البوليس إذ أن احترامه ضروريا لحماية التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة، وهو المعيار الذي تبناه الأستاذ الفرنسي اليوناني الأصل فرانسوا كاكيس، عند تعريفه للقواعد القانونية ذات التطبيق الضروري (قواعد البوليس)، حيث برر احترامها ومراعاتها بسبب تعلقها بالتنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة، ويؤدي اعتماد هذا المعيار إلى توسيع نطاق القوانين المتصلة بالتنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة ليشمل تلك القوانين العامة كالقانون الإداري الجنائي والمالي والضريبي.³

ج- المعيار التقني :

ويقصد به السير العادي للتفكير من أجل فهم ما هو مجهول عن طريق فئات التصورات المعروفة، ولتحديد قوانين البوليس يتم تقريبها من القوانين الإقليمية وقوانين النظام العام باعتبارها أفكار معروفة في القانون الدولي الخاص وبناء عليه، فإن قوانين البوليس هي قوانين ذات تطبيق إقليمي ولن يكون تطبيقها مضمونا إلا من طرف هيئات الدولة التي وضعتها، باعتبار أن القانون الإقليمي

¹ - محمد بلاق، المرجع السابق، ص 244.

² - عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، وعلي حسين وريج، المرجع السابق، ص 32.

³ - المرجع نفسه.

يطبق من طرف الهيئات المسؤولة عن الإقليم، كما أن اعتبار القواعد ذات التطبيق الضروري من قبيل قواعد النظام العام تفرض تطبيق القاضي لها حتى ولو أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي.¹

ويأخذ على هذا المعيار عدم انضباطه، لأنه ليس بالضرورة كل قانون إقليمي هو من قوانين ذات التطبيق الضروري، مثال ذلك قانون موقع العقار قانون إقليمي لكنه ليس من القواعد ذات التطبيق الضروري، ضف إلى ذلك أن الأخذ بالإقليمية بصفة مطلقة يقضي على التنازع من الأساس، كما أن فكرة النظام العام الاستبعادي كفيلة باستبعاد تطبيق كل قانون أجنبي يخالف النظام العام في دولة القاضي، وفكرة النظام العام الايجابي كفيلة بمنع تنازع القانون الأجنبي مع القانون الوطني.²

د- المعيار الغائي :

وحسب هذا المعيار تكون القوانين ذات تطبيق ضروري إذا كان الهدف من وضعها حماية النظام العام ومصلحة الجماعة، ويمتد تطبيق هذا النوع من القوانين على العلاقات الوطنية والعلاقات الخاصة الدولية بغض النظر عن القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد في قانون القاضي المعروض عليه النزاع.³

ثالثا : خصوصية منهج القواعد ذات التطبيق الضروري مقارنة مع مناهج القانون الدولي الخاص.

رغم اختلاف الفقه حول كل ما يتعلق بالقواعد ذات التطبيق المباشر سواء فيما يتعلق بالتسمية (قواعد البوليس والأمن المدني)⁴، أم القواعد ذات التطبيق المباشر، أم القواعد ذات التطبيق الضروري، أم القواعد التي تحدد بذاتها نطاق تطبيقها من حيث المكان، أم قواعد متعلقة بالنظام

¹ - محمد بلاق، المرجع السابق، ص 244 وما يليها، عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، المرجع السابق، ص 32 وما يليها.

² - محمد بلاق، المرجع السابق، ص 244 وما يليها.

³ - المرجع نفسه.

⁴ - Batiffol Henri, Le pluralisme des méthodes en droit international privé, rec cours, 139(1973-11),

أخذ بهذه التسمية الأستاذ باتيفول في المرجع المشار إليه. p.79ets.

العام، أم أنها قواعد تأمين المجتمع ذات المضمون الاستثنائي)، أو بشأن المعيار الذي يمكن أن يستعين به القاضي في تشخيص هذه القواعد والكشف عنها عندما لا يكون هناك إفصاح صريح من جانب المشرع، أو بشأن نطاق تطبيقها، إلا أن هذا الاختلاف لم يحول دون إجماع الفقه على وجود هذه القواعد.¹

1- التمييز بين منهج القواعد ذات التطبيق الضروري ومنهج التنازع :

بل الأكثر من ذلك، فإن الفقه يرى أن هذه القواعد تمثل منهجا لحل التنازع الدولي للقوانين مستقلا و متميزا عن منهج التنازع التقليدي، يسيران جنبا إلى جنب ويعملان معا في إطار القانون الدولي الخاص، رغم اختلاف كل منهما في طريقة تصديده لمشكلة التنازع سواء من حيث مدى الاعتداد بالعنصر الأجنبي في العلاقة المطروحة أو من حيث إعمال فكرة الاختيار من بين القوانين المتزاحمة لحكم العلاقة محل النزاع أو في الهدف الذي يسعى إليه كل منهما، فمن حيث إعمال فكرة الاختيار من بين القوانين المتزاحمة لحكم العقد يعتمد منهج التنازع التقليدي على اختيار أنسب القوانين لحكم العلاقة المتضمنة عنصرا أجنبيا، بحيث يمكن للقاضي بمقتضى معايير الإسناد المتداولة ربط العلاقة القانونية بأحد هذه القوانين، باعتباره الأقرب صلة لتلك العلاقة هو ما يقوده إلى نوع من الاعتدال في معاملته للقانون الأجنبي.²

أما منهج القواعد ذات التطبيق الضروري، فلا تثار معه أصليا مسألة الاختيار هذه أمام القاضي الوطني، وهذا لأن هذا الأخير لا ينظر إلى القانون الأجنبي عند وجود تلك القواعد التي تصدر لمواجهة لمقتضيات ضرورية تتعلق بجانب من جوانب السياسة العليا للدولة، بحيث يكون تطبيقها ضروريا تجسيدا لسياسة الدولة في المجالات التي ترفض أن تكون قوانينها محل تنازع مع القوانين الأجنبية، وهكذا يظهر الخلاف البين بين المنهجين، حيث يقوم المنهج التقليدي وبسبب ازدواجية

¹ - صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2006، صص 280-281.

² - محمد بلاق، المرجع السابق، ص 245.

قاعدة الإسناد، الاختيار بين القوانين المرتبطة بالعلاقة لاختيار أنسبها، فإن هذا الاختيار منعدم في منهج القواعد ذات التطبيق المباشر لأن القاضي لا يلتفت إلى القانون الأجنبي بوجود هذا النوع من القواعد.¹

أما من حيث أهمية العنصر الأجنبي، فإذا كان العنصر الأجنبي يشكل نقطة الانطلاق بالنسبة للمنهج التنازعي فإن أعمال هذا الأخير لا يكون إلا في مجال العلاقات الخاصة المشوبة بعنصر أجنبي، بحيث وبموجب قاعدة الإسناد يتم تحليل العلاقة أو المسألة القانونية محل النزاع المطروحة على القاضي والمرتبطة بأكثر من قانون، لينتهي أعمال قاعدة الإسناد إلى اختيار قانون دولة معينة باعتباره القانون الأنسب لحكمها، فإن العنصر الأجنبي مغيب في منهج القواعد ذات التطبيق الضروري، لأن تطبيق هذه القواعد لا يعتمد على وجود العنصر الأجنبي، بل يعتمد على المضمون الموضوعي للقاعدة نفسها ودخول العلاقة محل النزاع في نطاق سريانها، وذلك من أجل توسيع نطاق تطبيق القانون الوطني على العلاقة القانونية محل النزاع سواء كانت وطنية أم مشوبة بعنصر أجنبي، لذلك فإن الطبيعة الدولية للعلاقة ليست محل اهتمام بالنسبة إلى منهج القواعد ذات التطبيق الضروري.²

كما يختلف المنهجين من حيث الهدف الذي يسعى إليه كل منهما، فبينما تهدف قاعدة الإسناد بوصفها الوسيلة الفنية لحل مشكلة التنازع، الوصول إلى حل ملائم للنزاع المترتب على العلاقات الخاصة الدولية، وهذا من خلال تعيين القانون الواجب التطبيق الأكثر ارتباطا بالعلاقة محل النزاع بغرض تحقيق استقرار المعاملات وتحقيق العدالة بين أطراف العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، أو تحقيقا للأمن القانوني خدمة لمصالح العلاقات الخاصة الدولية، وهذا بفضل الصفة المزدوجة

¹ - أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 61 ويونس صلاح الدين، المرجع السابق، ص 77.

² - محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 173 وعكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1998، ص 539. وأحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص 61.

لقاعدة الإسناد ومبدأ المساواة الذي تستند إليه عند اختيار القانون الأنسب لحكم العلاقة محل النزاع، أما منهجية القواعد ذات التطبيق الضروري، فإنها لا تلتفت إلى الاعتبارات التي تهتم بها قاعدة التنزع، وهذا لأن القواعد ذات التطبيق الضروري تهدف بالدرجة الأولى إلى حماية المصلحة الوطنية وتأكيد اختصاص النظام القانوني لدولة القاضي، بالإضافة إلى سعيها إلى تحقيق التدخل الاقتصادي والاجتماعي للدولة، سواء تعلق الأمر بقوانين ذات تطبيق ضروري وطنية وأجنبية أشارت باختصاصها قاعدة الإسناد في قانون القاضي المعروض عليه النزاع.¹

أما من حيث إمكانية الدفع بالنظام العام، بالنظر لطبيعة المنهج التنزعي المجردة وقواعد الإسناد المزدوجة وعدم اهتمام قواعد الإسناد بالمضمون الموضوعي للقانون الأجنبي قد يؤدي ذلك إلى اختيار قانون أجنبي يتعارض مع النظام العام الداخلي لدولة القاضي المطروح أمامه النزاع، والمعروف أن السلاح الذي يستعمله القاضي في مثل هذه الحالات هو إعمال فكرة الدفع بالنظام العام في مواجهة القانون الأجنبي لاستبعاده وإحلال قانونه الوطني محله، وإعمال الدفع بالنظام العام في إطار منهج القواعد ذات التطبيق المباشر غير واردة في ظل منهج القواعد ذات التطبيق الضروري وهذا من جهة أن الدفع بالنظام العام يستعمل ضد القانون الأجنبي والقواعد ذات التطبيق المباشر في الأصل هي قواعد وطنية تطبق بصفة مباشرة على كل العلاقات التي تدخل في نطاقها، ومن ثمة لا يتصور إعمال فكرة النظام العام ضدها وفي الحالة التي تكون هذه القواعد أجنبية ويضطر القاضي الوطني لإعمالها عندما يظهر له أن أهداف هذه القواعد الأجنبية لا تتعارض مع النواحي الاجتماعية والاقتصادية في بلاده وهذا بسبب الارتباط العقلائي بين مضمون هذه القواعد وأهدافها من جهة ونطاق تطبيقها من جهة أخرى، ففي هذا النوع من القواعد ذات التطبيق الضروري يفقد الدفع بالنظام العام أهميته.²

¹ - يونس صلاح الدين، المرجع السابق، ص 78.

² - المرجع نفسه، ص 79.

وإذا كان قد ثبت من خلال ما سبق ذكره أن قواعد التطبيق الضروري هي سمة من سمات الدول الحديثة بسبب كثرة تدخلها، إذا كان تطبيق هذه القواعد من طرف القاضي الوطني يشكل استثناء من قاعدة التنازع لكون الدولة تعرب صراحة أو ضمنا بموجب بعض القوانين المتعلقة بسياساتها الاقتصادية والاجتماعية رفضها أن تكون قوانينها محل تنازع مع القوانين الأجنبية، فإن السؤال الذي يطرح ويالحاح في هذا الصدد هو، هل يمكن للقاضي الوطني أن يطبق القواعد القانونية ذات التطبيق الضروري الأجنبي وهو بصدد الفصل في النزاعات المطروحة عليه؟

للإجابة عن هذا التساؤل ينبغي التمييز بين فرضيتين¹:

الفرضية الأولى : عندما تكون القواعد ذات التطبيق الضرورية الأجنبية تنتمي إلى القانون

الوطني الواجب التطبيق بمقتضى منهج الإسناد، حيث رفض الفقه التقليدي في بداية الأمر رفضا مطلقا تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية التي تنتمي إلى القانون الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، على أساس أن تطبيق هذه القوانين الإقليمية التطبيق، وبداعي أن التنازع الدولي للقوانين لا يكون إلا بين قواعد القانون الخاص بالمفهوم الاصطلاحي لهذه الكلمة، فهذه القوانين وحدها هي التي يمكن أن يكون تطبيقها ممتدا؛ أي يمكن تطبيقها خارج إقليم الدولة التي أصدرتها، على عكس القواعد ذات التطبيق الضروري التي لا يمكن تطبيقها خارج إقليم الدولة التي صدرت عنها، لأن القضاء الأجنبي لا يكون مختصا بتطبيقها، ولأنها لا تثير إلا مشكلة تنازع الاختصاص القضائي ولا تثير مشكلة تنازع الاختصاص التشريعي، فالقاضي الوطني مثلا لا يكون مختصا بدعوى تتعلق بتحصيل ضريبة لصالح دولة أجنبية أو تطبيق نص من نصوص قوانينها الجبائية، ولكون مشكلة تنازع الاختصاص القضائي تطرح قبل مشكلة تنازع القوانين، فإن القاضي يدفع في مواجهة هذا النوع من القوانين بعدم الاختصاص القضائي ولا يتطرق إلى مشكلة تنازع القوانين بصدها، وقد كرس القضاء التقليدي هذا الموقف التقليدي ورفض في العديد من أحكامه تطبيق القوانين الضرورية الأجنبية استنادا إلى مبدأ الإقليمية تارة، وصفحتها السياسية تارة أخرى حتى ولو كانت هذه القوانين

¹ - صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، صص 290-292.

تشكل جزءاً من القانون الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد، ومن أمثلة هذا القضاء، حكم محكمة السين الفرنسية¹ la seine، المدنية الصادر في 31 ماي 1933 الصادر بمناسبة دعوى تتعلق بوفاء البنك العقاري المصري بديونه الخارجية، حيث رفضت هذه المحكمة تطبيق المرسوم المصري الصادر في 02 أوت 1914 والذي قرر السعر الإلزامي للجنه المصري وأن يكون الوفاء بالديون الخارجية على أساس القيمة الاسمية للجنه المصري وليس على أساس القيمة الذهبية حيث قررت المحكمة بموجب حكمها أن السعر الإلزامي إجراء اتخذ للمصلحة الوطنية يقتصر على الدولة التي قررتها ولا يتبع القيم والسندات المتداولة في الخارج، وقد تم تأييد هذا الحكم من طرف محكمة استئناف باريس، بموجب قرارها المؤرخ في 13 أبريل 1936.²

ونجد نفس الاتجاه القضائي في ألمانيا الغربية، حيث قضت المحكمة العليا هناك في 16 أبريل 1975 برفض تطبيق القوانين الروسية التي تجعل العمليات التجارية حكراً على الدولة وأجهزتها، وتمنع على الأفراد ممارستها على أساس أن هذه القوانين من القانون العام التي لا أثر لها خارج روسيا.³ لكن هذا الموقف الفقهي والقضائي التقليديين، لم يكتب لهما الدوام إزاء تطور الفقه القانوني نتيجة للنمو المتزايد في المعاملات عبر الحدود، وبسبب ما تعرض له من انتقادات من طرف الفقه الحديث بشأن اتخاذه لفكرة الإقليمية كمانع لتطبيق القوانين ذات التطبيق الضروري الأجنبي والتي أصبحت لدى الفقه الحديث لا تشكل مانعاً لتطبيق القوانين العامة الأجنبية أو القوانين ذات التطبيق الضروري الأجنبي.⁴

يضاف إلى ذلك، أن قاعدة الإسناد كوسيلة فنية لحل مشكل تنازع القوانين يمكن أن تكون وسيلة لتطبيق هذه القوانين، لذلك حاول الفقه الحديث هدم التفرقة التي قال بها الفقه التقليدي

¹ - حكم محكمة السين المدنية الصادر في 31 ماي 1933، منشور في Gazette du palais sk, 1933، ص 1936.

² - راجع حكم محكمة استئناف باريس في 13 أبريل 1936 منشور في Dalloz, 1936، ص 78.

³ - راجع حكم المحكمة العليا الفدرالية الألمانية في 16 أبريل 1985، في قضية Agus d'Alexandre

SoljentsyneRev.d Crit.1977.p.72 Note E.MEZGER

⁴ - صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 292 .

بشأن القوانين الخاصة التي تصلح وحدها مجالاً لتنازع القوانين وقوانين عامة أو سياسية لا يتصور بشأنها أن يكون تطبيقها ممتداً، مبرراً ذلك بأن صفة العام والخاص ما هي إلا خصيصة تلحق العلاقات القانونية دون التشريعات ومن ثم لا يوجد ما يحول قانوناً دون أن يعرض القانون الدولي الخاص لحكم كافة العلاقات الدولية حتى ولو كانت هذه العلاقات منظمة بقواعد تشريعية ذات تطبيق ضروري، خاصة وأن التفرقة بين القانون الخاص والقانون العام لم تعد سهلة في العصر الحالي، وهذا بسبب زيادة تدخل الدولة في مختلف المجالات والذي أدى إلى اختفاء المعالم بين القانون العام والقانون الخاص، وأصبح على إثر ذلك التمييز بينهما في كثير من الحالات صعباً.¹

ويظهر ذلك خاصة في القوانين المتعلقة بالرقابة على النقد وتشريعات الاحتكار وحماية المستهلك والضمان الاجتماعي، حيث أن هذا النوع من القوانين تنتمي في شق منها إلى القانون الخاص، وتنتمي في الشق الآخر إلى القانون العام، لذلك لم يجد الفقه الحديث بُدأً من التسليم في النهاية بمبدأ تطبيق قواعد القانون العام والقواعد ذات التطبيق الضروري التي تمثل جزءاً من القانون الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية متى كانت هذه القواعد لازمة للفصل في النزاع وغير متعارضة مع النظام العام في دولة القاضي، لما يؤدي إليه ذلك من مساهمة في التنسيق الدولي للحلول وتسهيل الاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها.²

وبذلك أصبح الفقه الحديث لا يمانع في تطبيق هذا النوع من القواعد متى كانت لازمة للفصل في النزاع، لكونها تشكل جزءاً من القانون الواجب التطبيق عليها، حيث يلتزم القاضي بتطبيق هذا النوع من القوانين قصراً على الحالات التي ترغب فيها هذه القواعد في الانطباق وفقاً لمعايير انطباقها على النحو الذي أراده وحده مشرعها، ووسيلة القاضي في القيام بهذا التحديد هي ما تسمى **بفكرة الإسناد الإجمالي**، والتي برزت بوصفها الطريق التي يمكن بواسطتها تطبيق أحكام القانون الأجنبي المشار إليه في جملته، وهذا لأن اختصاص القانون الأجنبي تقرر بموجب قاعدة الإسناد في قانون

¹ صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، صص 292-295.

² - المرجع نفسه، ص 292 وما يليها ومحمد بلاق، المرجع السابق، ص 247.

القاضي، والتي أسندت الاختصاص لهذا القانون بصفة إجمالية، لذلك يجب على القاضي تطبيق القانون المختص في مجمله أي كافة نصوصه الآمرة والمكملة دون تمييز بين القواعد ذات التطبيق الضروري وغيرها من القواعد الضرورية الأخرى التي ليس لها هذا الوصف، وهذا لأن قاعدة الإسناد ينحصر دورها في تعيين القانون الواجب التطبيق ولا تعتبر معيارا للفرقة بين قواعد ذلك القانون عامة أو خاصة أو قواعد ذات التطبيق الضروري، لأن أمر ذلك التمييز متروك للنظام القانوني الواجب التطبيق نفسه، يضاف إلى ذلك.¹

الفرضية الثانية : وتمثل الفرضية الثانية في تطبيق القواعد ذات التطبيق المباشر الأجنبية التي لا تنتمي إلى القانون الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد، وفي هذا الشأن اختلف الفقه حول الوسيلة التي من خلالها يتم تطبيق هذا النوع من القواعد أمام القاضي الوطني، حيث حاول بعض الفقه أن يساوي في المعاملة بينها وبين القواعد ذات التطبيق المباشر الوطنية من حيث أسلوب التطبيق، مع اختلافهم في طريقة تطبيقها فمن ربط تطبيق القواعد الضرورية الوطنية بفكرة قاعدة الإسناد نادى بضرورة التفسير المزدوج لمعايير انطباق هذه القواعد من أجل التوصل إلى تطبيق القواعد الأجنبية، ومن رفض ربط تطبيق قواعد البوليس الوطنية بفكرة الإسناد، يرى أن المنهج الأحادي هو وسيلة تطبيق هذه القواعد، سواء الوطنية أو الأجنبية.²

2- منهج القواعد ذات التطبيق الضروري ومنهج القواعد المادية :

ارتبط ظهور المنهجين بالقصور الذي انتاب المنهج التنازعي في إفراطه في الصفة الدولية في بعض الحالات وتضييقه من نطاق العلاقات الخاصة الدولية في حالات أخرى وعلى أنقاض هذين النقدين ظهر منهج القواعد المادية، في مجال العلاقات التجارية الدولية لمعالجة القصور الذي أخذ على منهج قواعد التنازع في هذا المجال، وظهر منهج القواعد ذات التطبيق الضروري لمعالجة القصور الذي انتاب المنهج التنازعي في بعض العلاقات التي تتطلب تطبيق القانون الوطني بدون منازع، ولهذا فإن

¹ صفوت أحمد الحفيظ، المرجع السابق، صص 292-298، ومحمد بلاق، المرجع السابق، ص 247.

² - المرجع نفسه، ص 299.

المنهجين يتشابهان في طريقة تطبيق قواعدهما دون الاستعانة بقاعدة التنازع¹، ولكنهما رغم ذلك يختلفان في عدة نقاط وعدة أسس بالنظر إلى صفات ومنشأ كل منهما، وهذا ما سنحاول توضيحه من خلال النقاط التالية :

أ- من حيث دولية العلاقة :

من المعلوم أن القواعد ذات التطبيق الضروري تطبق بغض النظر عن طبيعة العلاقة سواء كانت وطنية أو دولية، نظرا للأهداف التي تسعى إلى تحقيقها بسبب هدف المنهج وغايته، على عكس القواعد المادية -الموضوعية- ذات المصدر التشريعي الوطني، فإنها تتميز عن قواعد التطبيق الضروري بالاعتماد على إرادة المشرع، فعندما يقرر هذا الأخير تطبيقها بصورة مطلقة على العلاقات الداخلية أو الدولية فإنها تكون ذات تطبيق ضروري، وعندما يقصر تطبيقها على العلاقات الخاصة الدولية تكون قواعد مادية.²

ب- من حيث الهدف :

يختلف منهج القواعد ذات التطبيق الضروري عن منهج القواعد المادية من حيث الهدف، الذي إلى تحقيقه كل منهما، فبينما يهدف منهج القواعد المادية إلى حماية مصالح العلاقات الخاصة الدولية التي يعنى بها القانون الداخلي أو يعطي حلا ملائما بشأنها من خلال منهج القواعد ذات التطبيق الضروري، عندما تكون ذات مصدر تشريعي داخلي، ويكون مجال سريانها شاملا للعلاقات الوطنية والعلاقات الدولية.³

يهدف منهج القواعد ذات التطبيق الضروري إلى حماية المصالح السياسية والاقتصادية والاجتماعية للدولة دون أدنى مراعاة للطابع الدولي للعلاقة، ولذلك وصفها الفقيه Frances cakis، بأنها تظهر بروح الأنانية والتي تغلب من خلالها الدولة مصالحها على مصالح الدول

¹ - أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص 16، بلاق محمد، المرجع السابق، ص 248.

² - محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دراسة تحليلية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 465. وطه كاظم حسن المولى، المرجع السابق، ص 244.

³ - محمد بلاق، المرجع السابق، صص 248-249.

الأخرى، وإن كان الفقه الحديث حاول التخفيف من هذا الغلو بقوله أن النظام العام الداخلي يشكل حالياً الواجب الأول الذي يجب أن تمارسه الدولة من أجل حماية النظام العام ذاته، إذا فالقواعد ذات التطبيق الضروري يكمل هدفها الأسمى في حماية المصالح ذات الطابع الاقتصادي والاجتماعي وتسري على كل العلاقات التي تدخل في مجالها سواء كانت وطنية أو دولية، في حين ينحصر مجال القواعد المادية في حماية العلاقات التجارية الدولية المتعلقة بالتجارة الدولية، خدمة لمجتمع التجار.¹

ج- من حيث الأولوية في التطبيق :

القواعد ذات التطبيق الضروري تكون لها الأسبقية في التطبيق، سواء على القواعد المادية أو على قواعد التنازع، بحيث يجب على القاضي أن يبحث في قواعد قانونه، أولاً لمعرفة مدى انطباقه على العلاقة أو بمعنى آخر أن العلاقة تدخل في نطاق سريانها أم لا، فإذا لم يجد اتجاهه إلى القواعد المادية في نظامه القانوني، سواء بصورة مباشرة أو إعمالاً لقاعدة تنازع القوانين، وعند عدم وجود لمثل هذه القواعد حينئذ يمكنه اللجوء إلى قواعد التنازع.²

د- من حيث المصدر.

تمتاز القواعد ذات التطبيق الضروري بأنها ذات مصدر تشريعي وطني، وأن هذا الأخير يعتبر المصدر الوحيد لها، ولذلك فإنها وطنية المنشأ والهدف وهذا ما يجعلها تتغاضى عن الطابع الدولي للعلاقة حتى ولو انطبقت عليها مادامت أنها تدخل في مجال سريانها، أما القواعد المادية فتمتاز بتعدد مصادرها داخلية ودولية، ومجال تطبيقها هو علاقات تجارة دولية.³

¹ - محمد بلاق، المرجع السابق، نقلاً عن : محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع السابق، ص 465، وعبد الله فاضل حامد ميراني، القواعد الآمرة وتطبيقها على العقد الدولي، دراسة تحليلية، رسالة ماجستير في القانون، جامعة دهوك، 2005، ص 81.

² - عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية انتقادية، دار النهضة العربية القاهرة، 1985، ص ص 81-83.

³ - طه كاظم حسن المولى، المرجع السابق، ص 244، أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية انتقادية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص 361.

الفرع الثاني: إعمال منهج القواعد ذات التطبيق الضروري في منازعات حقوق الملكية الفكرية.

بعد هذا العرض العام لمنهج القواعد ذات التطبيق الضروري، تأكد لدينا أن القانون الدولي الخاص ولتوسيع نطاقه بات يستعمل إلى جانب كلا من المنهج التنازعي ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري منهج القواعد الموضوعية.

وبناء على ما تقدم، ولتطبيق هذا المنهج في مجال حقوق الملكية الفكرية ينبغي الإجابة عن سؤال مُلح يتصل بمدى اعتبار الأحكام المتعلقة بالملكية الفكرية متمتعة بالصفة الآمرة، وعلى أي أساس يستند ذلك؟ وبصدد الإجابة عن هذه التساؤلات ظهرت نظريتين: حيث ذهبت النظرية الأولى لتأكيد الطابع الأمر لقواعد الملكية الفكرية بالنظر إلى العلاقة التي تربط بين قانون المنافسة وحقوق الملكية الفكرية¹، بينما استندت النظرية الثانية في تبرير الطابع الأمر لقواعد الملكية الفكرية على أساس مبدأ الإقليمية، وعلى هذين الاعتبارين انتهت النظريتين إلى اعتبار أغلب أحكام الملكية الفكرية من القواعد ذات التطبيق الضروري.²

أولاً : أهمية منهج القواعد ذات التطبيق الضروري وأثرها على إنفاذ حقوق الملكية الفكرية.

تطبيقاً لوجهة النظر الفقهيّة التي اعتبرت أن معظم أحكام قواعد الملكية الفكرية قواعد ضرورية التطبيق، على اعتبار أن هذه القواعد وضعت خصيصاً لحماية هذه الحقوق من الاعتداءات التي يمكن

¹ - استندت هذه النظرية على فكرة النطاق الشديد الاتساع لقانون المنافسة، وانطلقت من طرح مؤداه أن القواعد التي يقوم عليها قانون المنافسة هي دائماً قواعد أمرّة وهو طرح محل إجماع، ولتبرير تطبيق القول السابق على قواعد الملكية الفكرية اعتبرت هذه الأخيرة على أنها مجموعة من القواعد التي تنظم المنافسة في مجال الإنتاج الإبداعي والابتكاري للعقل وانتهت هذه النظرية إلى اعتبار قواعد الملكية الفكرية قواعد أمرّة ولذلك تطبق بالأولوية على قواعد القانون الأخرى، هايدي عيسى حسن علي حسن، المرجع السابق، ص 348.

² - أما النظرية الثانية، فاعتبرت أن قواعد الملكية الفكرية لا تطبق إلا داخل الدولة التي أصدرتها، تطبق على كل الوقائع والتصرفات التي تقع داخل الدولة، فمثلاً في حالة وقوع انتهاك لحقوق المؤلف في إنجلترا فالقانون الإنجليزي هو الذي يتولى تحديد نطاق قانونه الإقليمي مسبقاً، هايدي عيسى حسن علي حسن، المرجع السابق، ص 349.

أن تطالها، مايرر تفرد كل مشرع وطني بوضع القواعد الكفيلة لذلك من وجهة نظره وهو ما نتج عنه وجود عدد كبير من القوانين الوطنية المنظمة لحقوق الملكية الفكرية، كما أدى إلى ظهور تنازع القوانين في هذا المجال.

ومع التنوع والاختلاف في أحكام القوانين المنظمة لحقوق الملكية الفكرية تعمل القواعد ذات التطبيق الضروي بشكل فعال وتتدخل لتطبق مباشرة على النزاع بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق في إطار النطاق الحمائي للحقوق الذهنية، وقد نتج على الطابع الأمر لقواعد الملكية الفكرية وجود تشريعات وطنية ذاتية التطبيق تطبق دون المرور عبر قاعدة الإسناد، كنص المادة 139 من قانون الملكية الفكرية المصري التي نصت¹ :

"تشمل الحماية المقررة لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة لها المصريين والأجانب من الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين الذين ينتمون إلى إحدى الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية ومن في حكمهم وتعتبر في حكم رعايا الدول الأعضاء :

أ- بالنسبة لحق المؤلف : المؤلفون الذين تنشر مصنفاتهم لأول مرة في إحدى الدول الأعضاء في المنظمة أو تنشر في إحدى الدول غير الأعضاء وإحدى الدول الأعضاء في آن واحد، ويعتبر المصنف منشورا في آن واحد في عدة دول إذا ظهر في دولتين أو أكثر خلال 30 يوما من تاريخ نشره لأول مرة.

ولا يعد نشرًا تمثيل مصنف مسرحي موسيقي أو سينمائي أو أداء مصنف موسيقي والقراءة العلنية لمصنف أدبي والنقل السلبي أو إذاعة المصنفات الأدبية والفنية وعرض مصنف فني وتنفيذ مصنف معماري.

- منتج المصنفات السينمائية ومؤلفوها التي يكون مقر منتجها أو محل إقامته في إحدى الدول الأعضاء في تلك المنظمة.

¹ - هايدي عيسى حسن علي حسن، المرجع السابق، ص 355-354.

- مؤلفو المصنفات المعمارية المقامة في إحدى الدول الأعضاء أو المصنفات الفنية الأخرى داخله في مبنى أو منشأة أخرى كائنة في إحدى الدول الأعضاء".

ب- بالنسبة للحقوق المجاورة لحق المؤلف :

- فنانون الأداء إذا توفر شرط من الشروط التالية :

1- إذا تم الأداء في دولة عضو في منظمة التجارة العالمية.

2- إذا تم تفرغ الأداء في تسجيلات صوتية ينتمي منتجه لدولة عضو في منظمة التجارة العالمية أو تم التثبيت الأول للصوت في إقليم دولة عضو في المنظمة.

3- إذا تم بث الأداء عن طريق هيئة إذاعة يقع مقرها في دولة عضو في منظمة التجارة العالمية وأن يكون البرنامج الإذاعي قد تم بثه من جهاز إرسال يقع أيضا في دولة عضو.

- منتجو التسجيلات الصوتية إذا كان التثبيت الأول بالصوت قد تم في دولة عضو في المنظمة.

- هيئات الإذاعة إذا كان مقر الإذاعة كائنا في دولة عضو في منظمة التجارة الإذاعية وأن يكون البرنامج الإذاعي قد تم بثه من جهاز إرسال يقع أيضا من إقليم عضو في المنظمة.

وكان من نتيجة الطابع الدولي لمعظم حقوق الملكية الفكرية وجود العديد من الاتفاقيات الدولية المتصلة بهذه الحقوق وأهمها اتفاقية تريبس، التي خطت خطوات هامة في تجسيد فكرة القواعد ذاتية التطبيق الضروري، وألزمت الدول الأعضاء بموجب المادة 41¹، منها أن تضمن قوانينها لإجراءات الإنفاذ المنصوص عليها في الجزء الثالث منها، الأمر الذي يترتب عنه بالضرورة وجود قواعد ضرورية التطبيق في كافة تشريعات الدول الأعضاء لحماية حقوق الملكية الفكرية، خاصة وأن هذه الاتفاقية لن تضع من العراقيل أو العقبات ما يحول الدول النامية من الابتكار والإبداع، ولذلك يتعين

¹ - نص المادة 41 من اتفاقية تريبس، المشار إليها آنفا.

على هذه الدول تضمين قوانينها بقواعد ذاتية التطبيق وفقا للمعايير العالمية استجابة لتعهداتها الدولية.¹

ومن الاتفاقيات الدولية ضرورة التطبيق نجد اتفاقية باريس، المتعلقة بحماية حقوق الملكية الصناعية والتي خضعت لعدة تعديلات كان آخرها تعديل عام 1979، والتي عبرت بوضوح عن حماية حقوق الملكية الصناعية على نطاق دولي ولم تكتفي بالحماية الإقليمية لكل دولة وعملت على توحيد معايير الحماية، وهذا من خلال نصها على سيرورتها جزءا لا يتجزأ من القانون الوطني بمجرد مصادقة الدولة عليها دون حاجة لإصدار قانون يشمل القواعد الواردة بها، وتشمل حماية الملكية الصناعية حسب المادة الأولى فقرة 02²، من هذا الاتفاقية (براءات الاختراع، ونماذج المنفعة والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات الصناعية والتجارية وعلامات الخدمة والاسم التجاري، وبيانات المصدر أو تسميات المنشئة، وكذلك قمع المنافسة غير المشروعة).³

¹ - خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص 148.

² - المادة 01 الفقرة 02 من اتفاقية باريس.

³ - عرف بعض الفقه المنافسة غير المشروعة بأنها : " استخدام التاجر لأساليب مخالفة للقوانين، أو العادات التجارية أو المنافسة للأمانة والصدق عند التعامل في ميدان التجارة" وعرفته اتفاقية باريس المتعلقة بالملكية الصناعية والتجارية في المادة 10 مكرر 2 بأنها : " كل منافسة تتعارض مع العادات الشريفة الصناعية أو التجارية"، أما المشرع الجزائري فاعتفى فقط بتبيان الأفعال المكونة للمنافسة التجارية وذلك من خلال المادة 27 من الأمر 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية الصادر في ج.ر. عدد 41 الصادرة بتاريخ 27 جوان 2004. ومن خلال التعريفات السابقة يمكننا استخلاص بعض خصائص المنافسة غير المشروعة، وهي إنها تكون منافية للعادات التجارية والقوانين المعمول بها في هذا المجال سواء كانت قوانين داخلية أو اتفاقية ويعتبر هذا الفعل منافيا لمبادئ الشرف والأمانة المتعارف عليها، وتكون أيضا هذه المنافسة بين شخصين يمارسان نفس النشاط، ويكون الغرض من المنافسة غير المشروعة هو نية الإضرار الطرف الآخر في المنافسة وليس الربح التجاري، كما يمكننا أن نذكر بعض أنواع المنافسة غير المشروعة، والتي تكون إما قانونا أي تقع جوار أفعال منافية للقوانين والاتفاقيات - منافسة غير مشروعة اتفقا- المعمول بها في المجال التجاري، مصطفى كمال طه، الوجيز في القانون التجاري، ج1، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، مصر، 1971 ص 548. نقلا عن مختار حزام، استغلال حقوق الملكية الصناعية في ظل حرية المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص ملكية فكرية، جامعة باتنة 01، 2016، الجزائر، ص 94-96.

ومن الاتفاقيات كذلك نجد اتفاقية بيرن لعام 1886 المتعلقة بحماية حقوق الملكية الأدبية والفنية، والتي خضعت هي الأخرى لعدة تعديلات كان آخرها في 28/09/1979، وتحمي هذه الاتفاقية المصنفات الأدبية والفنية المتعلقة بالإنتاج الأدبي والفني والعملي، أي كانت طريقة أو شكل التعبير عنه طبقا للمادة الأولى¹ منها، وتطبق نصوصها بطريقة تلقائية لضمان الحد الأدنى للحماية لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة لها، ولا يجوز التخلي عن ذلك إلا في حالة وجود معاهدة أخرى توفر حماية أفضل لحقوق الملكية الأدبية والفنية تطبيقا للمادة 20² منها.

أما عن المشروع الجزائري، فقد عبر صراحة على ضمان الحماية لأصحاب الحقوق الأدبية والفنية، أي كانت طريقة التعبير عنها سواء كان أصحابها وطنيين أو أجانب وذلك بموجب المادة 03 من الأمر 03-05 والتي تنص على أنه : "يمنح كل صاحب إبداع أصلي لمصنف أدبي أو فني الحقوق المنصوص عليها في هذا الأمر.

تمنح الحماية مهما يكن نوع المصنف ونمط تعبيره ودرجة استحقاقه ووجهته، بمجرد إبداع المصنف سواء أكان المصنف مثبتا أم لا بأية دعامة تسمح بإبلاغه إلى الجمهور".

ثانيا : تطبيقات قضائية للقواعد ذات التطبيق الضروري في منازعات حقوق الملكية الفكرية.

من التطبيقات القضائية في سياق الملكية الفكرية، نذكر الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية الدائرة المدنية الأولى في 22 سبتمبر لعام 2012 في قضية فيدار، وهو مؤلف إيطالي نشر مصنفه لأول مرة في فرنسا، وطالب بتطبيق القانون الإيطالي على عقد النشر الذي أبرمه مع ناشر فرنسي، لكن المحكمة رأت أن تطبيق القانون الإيطالي باعتباره قانون البلد الأصلي يكون ممكنا في مسائل المسؤولية التقصيرية خاصة عندما يكون هو قانون بلد مكان وقوع الفعل الضار لكن الأمر في القضية الماثلة يتعلق بعلاقة عقدية، وحسب وجهة نظر المحكمة في هذه الواقعة أن الأمر ينصب على

¹ - نص المادة الأولى من اتفاقية بيرن وفقا لآخر تعديل عام 1979.

² - نص المادة 20 من اتفاقية بيرن، وفقا لآخر تعديل عام 1979.

قانون البوليس ويستوجب تطبيق القانون الفرنسي، باعتبار أن فرنسا هي أول دولة تم النشر فيها وهي الدولة المطلوب تقرير الحماية بها، كما أنها تعتبر بلد الموطن الفعلي للمؤلف وبناء على ذلك طبقت القانون الفرنسي بصفة مباشرة لحماية الحقوق.¹

وباستقراء منطوق الحكم السابق الإشارة إليه، يظهر أن محكمة النقض الفرنسية اعتمدت في تطبيق القانون الفرنسي على وجود محل إقامة للمؤلف الايطالي بفرنسا، بالإضافة إلى وجود المركز الرئيسي لدار النشر بفرنسا، بالإضافة إلى اعتبار أداء دار النشر هو الأداء المميز في العقد خاصة وأن أطراف العقد لم يختارا القانون الواجب التطبيق على عقد استغلال الملكية الفكرية، ويعتبر هذا الحكم بحق تطبيقاً للمادة 04 فقرة 02 من تنظيم روما لعام 2008 الخاص بالقانون الذي يحكم العلاقات العقدية الدولية.

والحكم الصادر عن نفس المحكمة الفرنسية في 10 أبريل 2012، والتي تلخص وقائعه في وجود عقد عمل تم إبرامه بين مصور كاميرا فرنسي وشركة أمريكية وهي شركة ABCINTERNATIONAL في عام 1987، وبموجب هذا العقد تستخدم الصور والتعليقات الخاصة في العرض على شاشات التلفزيون الأمريكي نظير المقابل المتفق عليه بين الأطراف، واستطاع المصور أن يتقدم إلى مكتب باريس عام 1994 للحصول على رخصة لعمل تحقيقات صحفية وإنتاج وتصوير أفلام وثائقية وحصل على الرخصة المطلوبة مباشرة هذه الأعمال، وبعد انتهاء عقد العمل عام 2004، قامت الشركة الأمريكية بعرض هذه التحقيقات والأفلام الوثائقية والاستمرار في عرضها على شاشات التلفزيون بدون ترخيص أو الحصول على إذن من صاحبها، ولجأ الأخير إلى القضاء مطالباً بالتعويض على الأضرار المادية والأدبية التي لحقت به نتيجة لاستغلال حقوق المؤلف دون موافقته وطلب بتطبيق القانون الفرنسي وتقدير التعويض عن الأضرار التي لحقت به وفقاً لهذا القانون، بينما تسكت الشركة الأمريكية بتطبيق القانون الأمريكي باعتباره قانون الدولة الأصلية للعمل، وهذا لأن العقد تم مع الشركة بخصوص عمل معين يتم تأديته في فرنسا، بينما استند المدعي

¹ - خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، صص 153-154.

على المادة 05 الفقرة 02 من اتفاقية بيرن لعام 1886¹، والتي تقضي بتطبيق قانون الدولة المطلوب الحماية بها على الحقوق التي يمارسها المؤلف أو المستفيد من هذه الحقوق، والتي قضت بتطبيق القانون الفرنسي إعمالاً لفكرة النظام العام الدولي، وذكرت المحكمة أن المادة 05 فقرة 02 من اتفاقية بيرن لعام 1986 المتمسك بها المدعي، تهدف إلى تطبيق قانون البلد المطلوب تقرير الحماية به، وأن ذلك يترتب عليه تطبيق القانون الفرنسي، كما أشارت أنه يجب الرجوع إلى المادة 03 فقرة 01 من القانون المدني الفرنسي التي تقضي بتطبيق القانون الفرنسي على كافة الوقائع والأشخاص المقيمين على أرض الدولة باعتباره قانون بوليس.²

من وجهة نظرنا، نرى أن التشريعات الوطنية المتعلقة بالملكية الفكرية ولتوسيعها من نطاق الحماية لهذه الحقوق، استعملت معيار الإقليمية بمفاهيم مختلفة (ضابط الجنسية، ضابط الموطن، ضابط محل الإقامة)، وهذا لحماية حقوق الأجانب، بالإضافة إلى قواعد المنافسة غير المشروعة المبنية على أسس المسؤولية التقصيرية.

أما التشريعات الدولية المتعلقة بالملكية الفكرية، فقد تبنت إلى جانب القواعد الموضوعية الضرورية للتطبيق، قواعد إسناد (قانون بلد الأصل وقانون بلد الحماية)، من خلالها تبنت مبدأ الإقليمية والنظام العام الدولي.

المطلب الثاني: منهج القواعد الموضوعية في مجال الملكية الفكرية.

بعد أن ساد لدى فقهاء المنهج التنازعي اعتقاد بهيمنة منهج قواعد الإسناد في حل مشكلة تنازع القوانين، أصبح في الفترة الأخيرة هذا الأمر وبفعل تضافر عدة عوامل إنسانية ودولية وقانونية ومنهجية مستبعدا، وأضحى تعدد المناهج لحل مشكلة تنازع القوانين أمراً واقعياً، وما زاد من هذه الحقيقة والانتقادات الكثيرة الموجهة لقاعدة التنازع من طرف الفقه الأمريكي هو ظهور مناهج أخرى كمنهج ذات التطبيق الضروري السابق دراسته، ومنهج القواعد الموضوعية -المادية- الذي ظهر

¹ - المادة 05 من اتفاقية بيرن لعام 1986، ينظر أيضاً : خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، صص 153-154.

² - المرجع نفسه، ص 151.

خصيصا لتلبية حاجات المجتمع الدولي المختلفة ظروفه ومعطياته ومشكلاته عن المجتمع الداخلي، لذلك سنتناول في هذا المطلب هذا المنهج من حيث مفهومه وطبيعته القانونية.

الفرع الأول: مفهوم منهج القواعد الموضوعية في مجال الملكية الفكرية، وطبيعته القانونية.

نحاول من خلال هذا الفرع الحديث عن منهج القواعد الموضوعية كمنهج بديل للمنهج التنازعي الذي يراه الفقه أنه يفتقد للصفة الدولية، لذا يجب استعادة الانسجام بين طبيعة العلاقة من جهة، والقاعدة القانونية واجبة التطبيق عليها من جهة ثانية.

لذا ارتأينا الحديث في هذا الفرع على تعريف القواعد الموضوعية وبيان خصائصها ثم التعرّيج على طبيعتها القانونية .

أولا :تعريف القواعد الموضوعية وبيان خصائصها.

اختلف الفقه حول مدى صحة تسمية هذه القواعد(بالمادية أم الموضوعية)، فمنهم من سماها بقانون عبر الدول، أو القانون اللاوطني، أو القانون التجاري بين الشعوب أو بالقانون العرفي عبر الدول، أو القانون الموضوعي للتجارة الدولية، أو القواعد المادية عبر الدولية. وترتب عن هذا الاختلاف الفقهي في التسمية لهذه القواعد ظهور اتجاهين فقهيين¹ : حيث ذهب فريق من الفقهاء إلى تسميتها بالقواعد الموضوعية، وعلى هذا الأساس عرّفها بأنها مجموعة القواعد الموضوعية ذات المضمون الدولي أو العالمي الموجودة أصلا أو المعدة خصيصا لتعطي حلا مباشرا ينهي النزاع، أو يتفاداه في علاقة خاصة ذات طابع دولي.²

بينما ذهب جانب آخر إلى التسوية بين تسميتها (قواعد موضوعية أو قواعد مباشرة)، وعلى هذا الأساس عرّفها بأنها قواعد قانونية مجردة تطبق مباشرة على النزاع دون المرور بقواعد الإسناد، ومن

¹-Ferari Franco, le champ d'application des principes pour les contrats commerciaux internationaux, élaborés par unidroit, Rev.int.dr.comp,1995,p 985.

²- علي عبد الكريم جلال، القانون الواجب التطبيق على عقد الاحتراف الدولي، منشورات زين الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2018، ص 137.

أسمائها بالقواعد الموضوعية برر ذلك بأن القانون بصفة عامة يقسم بين قانون موضوعي وقانون إجرائي من حيث مضمون قواعده، ويقسم إلى قانون عام وقانون خاص من حيث أشخاصه وعلاقاته، وليس هناك قانون مادي وإن وجد فلا بد أن يقابله قانون معنوي وهذا الأخير يختلف عن القانون الوضعي لأنه يعبر عن الضمير والأخلاق.¹

ومن أطلق عليها تسمية القواعد المادية برر ذلك بأن هذه القواعد تقوم بتنظيم العلاقات الخاصة الدولية ولا تقتصر على ما تضعه الدول وتطبقه باعتبارها صاحبة السيادة والسلطان كما في العلاقات الداخلية وهو الفقه الغالب وقد استبعد تسمية هذه القواعد بالقواعد المباشرة بسبب الخوف من اختلاطها بالقواعد ذات التطبيق المباشر -الضروري-².

وفي تعريفها اختلف الفقه أيضا، فالإتجاه الفقهي الموسع الذي يعتبر أن هذه القواعد تشكل نظاما قانونيا ومستقلا عن أي نظام قانوني داخلي يعرفها: "بأنها مجموعة القواعد الموضوعية أو المادية المستقاة من مصادر متعددة وتقدم تنظيما قانونيا، وحلولا ذاتية لمعاملات التجارة الدولية، على نحو يجعل منها قانونا خاصا مستقلا عن القانون الذي يحكم الروابط الداخلية البحتة".³

أما أنصار النظرة المضيقه لهذه القواعد -القواعد الموضوعية-، فيعرفون قواعد الموضوعية، أو المادية، بالنظر لوظيفتها، وأيضا مقارنة بقواعد الإسناد التي يعرفها القانون الدولي الخاص بأنها القواعد التي تضع مباشرة تنظيما خاصا ومستقلا عن كل قانون داخلي لبعض العلاقات الداخلية بالنظر إلى صفتها الدولية.⁴

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية، الإسكندرية، ج2، 1989، ص

² - طه كاظم حسن المولى، المرجع السابق، ص 232.

³ - أحمد عبد الكريم سلامة، أصول المرافعات المدنية والدولية، مكتبة العالمية بالمنصورة، مصر، 1984، ص 267.

⁴ - أشرف شوقي مسيحة، القواعد المادية الدولية، وانكماش السيادة التشريعية الوطنية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، 2008،

ص134.

وللتوفيق بين الاتجاهين الفقهيين، يمكن تعريف القواعد الموضوعية-المادية- بأنها مجموعة القواعد القانونية المادية أو الموضوعية المتماثلة مع طبيعة العلاقات الخاصة الدولية، والتي تضع حلا مباشرا لتلك العلاقة والمتعددة المصدر والتي تختلف عن قواعد الإسناد التي تحتويها القوانين الوطنية.¹

ثانيا :مصادر القواعد الموضوعية.

ومن خلال التعريف العام للقواعد المادية يمكن استخلاص مصادرها وخصائصها كما يلي :

تتنوع مصادر القواعد الموضوعية بين مصادر وطنية كالتشريع الوطني والمبادئ القضائية والدولية كالمعاهدات والأعراف والعادات الدولية، وعلى هذا النحو نتناول مصادر القواعد الموضوعية في نقطتين :الأولى المصادر الوطنية والثانية المصادر الدولية.

أ- المصادر الوطنية :

تتخذ القواعد الموضوعية صورتان الأولى : من صنع المشرع الوطني والثانية من صنع القضاء.

أ-1 : القواعد الموضوعية ذات الأصل التشريعي.

الأصل في النظام القانوني الداخلي امتناع المشرع عن تنظيم العلاقات الدولية والاهتمام بتنظيم العلاقات الداخلية، ولكن استثناءً يمكن للمشرع الداخلي الاهتمام بالتنظيم المادي للروابط الدولية، وهذا ما قام به المشرع التشيكوسلوفاكي والألماني، حيث أصدر المشرع التشيكي تقنين التجارة الدولية في 04 ديسمبر 1963، والذي بدأ العمل به في أول جانفي 1964، كما نظم المشرع الألماني العقود الدولية في 1976، وكذا قانون المعاملات التجارية الدولية للإمارات العربية المتحدة رقم 18 لسنة 1993²، وفي نفس السياق نشير إلى قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، الذي جاء مؤكداً وجوب مراعاة هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع، لشروط العقد محل النزاع والأعراف التجارية في نوع المعاملة، وفي نفس الاتجاه أكدت الفقرة الأولى من المادة 1496 من قانون

¹ - أحمد أبو المجد محمد السيد عفيفي، المسؤولية التقصيرية عن الممارسات الخاصة وسوء استخدام الانترنت في ضوء القانون الدولي الخاص الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2017، ص 231.

² - المرجع نفسه.

المرافعات الفرنسي الجدي على أن المحكم سوف يحسم النزاع وفقا للقواعد القانونية التي يراها مناسبة وفي كل الأحوال تأخذ هيئة التحكيم العادات التجارية في الاعتبار.¹

وتتركز القواعد المادية أو الموضوعية ذات الأصل التشريعي بوجه خاص في مجال تمتع الأجانب بالحقوق، لذلك حرصت العديد من التشريعات الوطنية على تنظيم المسائل المتعلقة بحقوق والتزامات الأجانب على الإقليم الوطني لهذه الدول كحق الأجنبي في العمل، وتعويضه عن نزع ملكية أمواله ومدى حق الأجنبي في الالتجاء للقضاء الوطني.²

وقد زاد انتشار هذا النوع من القوانين بعد الانتشار الواسع للتجارة الإلكترونية، ومن التشريعات الوطنية التي صدرت في هذا المجال نذكر تشريع الولايات المتحدة المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية الموحد لعام 1999، وقانون التجارة الإلكتروني الموحد الكندي، لعام 1999، وقانون التجارة الإلكترونية الصيني.³

أ-2- القواعد الموضوعية ذات الأصل القضائي :

لعب القضاء العادي والتحكيم العادي والإلكتروني دورا مهما في إرساء الكثير من القواعد المادية على مستوى التجارة الدولية والتجارة الإلكترونية.⁴

* القضاء العادي :

ومن بين القواعد المادية التي استقر عليها القضاء في هذا الشأن، القاعدة التي تقضي بصحة الدفع بالذهب في العقود الدولية، والقاعدة التي تقرر حرية اختيار عملية العقد في مجال التجارة الخارجية عن طريق إقراره شروط نقدية تستهدف توقي مخاطر تقلبات سعر العملة، وذلك بتثبيت سعر التعامل على أساس ربطه بسعر الذهب أو بسعر عملة أجنبية أخرى بالرغم من بطلان مثل

¹ - صادق زغير محيسن، الأسانيد القانونية لتطبيق القواعد الموضوعية في الحياة الدولية الخاصة، مجلة جانعة ذي قار العملية، مجلد 10، العدد 03، العراق، 2015، ص14.

² - أحمد أبو المجد محمد السيد عفيفي، المرجع السابق، صص 248-249.

³ - طه كاظم حسن المولى، المرجع، السابق، ص 257.

⁴ - المرجع نفسه، ص 260.

هذه الشروط في عقود القانون الداخلي، وكذلك القاعدة التي تقضي باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمنه والقاعدة التي تؤكد على حق الدولة في الخضوع للتحكيم في الروابط العقدية الدولية رغم الحظر الوارد في القانون الداخلي.¹

وقد حاول القضاء عموماً والقضاء الفرنسي على وجه الخصوص في إطار إرسائه للقواعد القضائية المنضمة لمسائل التجارة الدولية التستر وراء أفكار أخرى في القانون الدولي الخاص، حتى يضيف على هذه القواعد السمة الوضعية في إطار المبادئ العامة، مثل فكرة النظام العام أو بالاستناد إلى أعمال المنهج التنازعي، بعد أن كان يستتر وراء الاجتهادات القضائية الصادرة بمناسبة الفصل في المنازعات المتعلقة بالتجارة الخارجية والمعاملات الدولية، الأمر الذي دفع بالبعض إلى القول بأن هذا القضاء تدهور ولم يتطور بشأن هذه القواعد وهذا من خلال تتبعه لأحكام محكمة النقض الفرنسية في العديد من القضايا²، ولقد أدى الاستعمال الواسع لأحكام هذه القواعد إلى ظهور منهج مع مرور

¹ محمد أحمد علي محاسنة، تنازع القوانين في العقود الالكترونية، ط1، دار النشر والتوزيع، الأردن، 2013، ص 178.

² ففي حكم محكمة النقض الصادر 1950/06/21 في قضية الرسائل البحرية Messageries Maritimse، والذي قررت بموجبه صحة شرط الدفع بالذهب الوارد في عقد قرض خاضع للقانون الكندي الذي يقضي ببطلان هذا الشرط مبررة ذلك بأن القانون الكندي المختص بمقتضى قاعدة الإسناد والذي يحظر هذا الشرط هو مخالف للنظام العام في فرنسا، وفي تعليق الفقه على التبرير الذي ساقته محكمة النقض توصل هذا الأخير أن الدفع بالنظام العام يقتضي استبعاد تطبيق القانون الكندي وإحلال القانون الفرنسي محله والذي هو الآخر كان يحظر هذا الشرط لينتهي إلى أن هذا الحكم قرر قاعدة مادية جديدة في القانون الدولي الخاص الفرنسي مخالفاً بذلك القاعدة المقررة بشأن العقود الداخلية، في القانونين الفرنسي والكندي المختصين بمقتضى منهج التنازع وهي القاعدة التي تحظر شرط الدفع بالذهب، تحت تأثير هذا الانتقاد الفقهي قرر محكمة النقض الفرنسية لاحقاً أن ما تضمنه من قواعد يتعلق بعقود العلاقات الاقتصادية الدولية، إنما هي قواعد واجبة التطبيق مباشرة على هذه العقود دون الاستناد في ذلك إلى منهج الإسناد، وبصرف النظر عن مضمون القانون التي تسري قواعد الإسناد باختصاصه ويتضح هذا القضاء من خلال الحكم الصادر عن هذه المحكمة في 07 مايو 1963، والذي بموجبه قررت استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي في مجال الروابط العقدية الدولية، لتعود محكمة النقض مرة أخرى الاستناد إلى تطبيق منهج التنازع في ما تقرره من قواعد مادية تتعلق بالتجارة الدولية ويتبين هذا من حكمها الصادر في 14 أبريل 1964 الذي قررت فيه أهلية الدولة للخضوع للتحكيم خروجاً عن المادتين 83 و1004 مرافعات فرنسي، اللتان تحضران إدراج شرط التحكيم في العقود التي تكون الدولة أو أحد أشخاصها العامة طرفاً فيه، مبررة ذلك بأن الحظر المقرر في القانون الداخلي الفرنسي على حق الدولة في هذا الصدد إنما هو حيز يتعلق بالعقود الداخلية، بينما حق الدولة في الخضوع للتحكيم إنما هو نوع من الأهلية الخاصة، التي تخضع لقانون العقد، مادام أن الأمر يتعلق بعقد دولي، لكن الفقه رفض التبرير الذي ساقته محكمة النقض بشأن إخضاع أهلية الدولة لقانون أجنبي حتى ولو كان الأمر يتعلق بعقد دولي وأكد أن الأساس الخفي لقرار محكمة النقض يتمثل في اتفاق المضمون بين القاعدة التي انتهت إليها والقانون الأجنبي

الوقت اتسم بطابع العموم والتجريد الذي لا يخلو من قوة الإلزام النابعة من الاستقرار القضائي بشأنها، حتى انتهى الأمر إلى تقرير استقلال هذه القواعد بوصفها من قواعد القانون الدولي الخاص المادي ذات الأصل القضائي والتي يتم تطبيقها مباشرة على النزاع دون المرور عبر قاعدة الإسناد.¹

* قضاء التحكيم :

تتمتع هيئات التحكيم باختصاص فض المنازعات المحتملة في مجال التجارة الدولية، التي تأتي تقييد القاضي الوطني الذي يكون ملزم بتطبيق القانون المختص حسب الإجراءات الشكلية المفروضة عليه، كونه يأتمر بأمر مشرعه ويتقيد بنواياه. لذا خرج الجهاز القضائي المتخصص في التحكيم على هذا التقليد لإعطاء ديناميكية أكثر فعالية لفض المنازعات المتعلقة بمعاملات التجارة الدولية، حيث بات يقوم بدور إبداعي في استنباط الحلول المناسبة خارج النظم القانونية الوضعية، حيث يكون المحكم الدولي يتمتع بحرية كبيرة في استنباط الأحكام- لا يخضع لقانون شكلي معين-، آخذا بعين الاعتبار إرادة أطراف النزاع في اختيار القانون الذي يحكم عقدهما وبذلك يكون قد تحرر من تطبيق القوانين الوضعية. ووفقا لهذه المعطيات كان للتحكيم دورا بارزا في استنباط القواعد الموضوعية كمنهج مستقل لمنهج الاستناد.²

هذا من جهة، ومن جهة ثانية فالمحكمون غالبا ما يخلقون قواعد موضوعية استنادا إلى تكرار العمل بالسوابق القضائية التي تعد بالنسبة لهم عرفا قضائيا وجب اللجوء إليه، خاصة وإن علمنا أن القضاء يعد مصدرا ولو شكليا أو تفسيريا للقانون، فيكون بالتالي المحكمين ملزمين في كثير من

المختص وفقا لمنهج الإسناد، وتأثرا بما ذهب إليه الفقه انتهت محكمة النقض في حكمها الصادر في 06 ماي 1966 في قضية قولاكيس Golakis، إلى تقرير حق الدولة في الخوض = = للتحكيم والعلاقات العقدية الدولية، دون الاستناد في ذلك إلى منهج الإسناد، وقد أكدت محكمة النقض هذا المنحى بكل وضوح في حكمها الصادر في 04 جوان 1972 في قضية Hecht الذي أكدت فيه على وجود قاعدة خاصة بالمعاملات الدولية تقضي باستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وهي قاعدة واجبة التطبيق على عقود التجارة الدولية، بغض النظر عن مضمون القانون الواجب التطبيق الذي أشارت إليه قواعد الإسناد، صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، صص 228-230.

¹ - محمد بلاق، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 108.

² - الطيب زروني، مقال : مناهج تنازع القوانين في القواعد الدولية، المرجع السابق، ص 71.

الحالات بالأخذ بما توصل إليهم زملائهم في حالات سابقة، حيث يكون باستطاعة المحكم القيام بتطبيق قواعد موضوعية في المجال التجاري الدولي تنفيذاً لإرادة أطراف النزاع والتي بدورها تجرد العقد من أحكام القانون الوطني الوضعي.

ويلجأ المحكم في حل منازعات التجارة الدولية حتى المجال الإلكتروني، حيث يستمد التحكيم الإلكتروني تعريفه هو الآخر من الوسيلة التي يتم عبرها وهي شبكة الانترنت، ولذلك فهو لا يتطلب التقاء أطراف النزاع والمحكمين في مكان معين.

كما عرّفه الفقيه كاسينوسينيتيا: "بأنه ذلك التحكيم الذي يتفق بموجبه الأطراف على إخضاع منازعاتهم الناشئة عن صفقات أبرمت غالباً بوسائل إلكترونية إلى شخص ثالث يفصل فيها بموجب سلطة مستندة ومستمدة من اتفاق أطراف النزاع وباستخدام وسائل اتصال حديثة تختلف عن الوسائل التقليدية المستخدمة في التحكيم التقليدي".¹

ويبرز دور التحكيم من خلال قرارات التحكيم التي تشكل مصدراً هاماً للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية، وفي هذا المجال نشير إلى اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف لأحكام المحكمين وتنفيذها لعام 1958، التي تلزم على الدول المشاركة فيها الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين ووجود اتفاقية دولية بهذا الشكل يؤكد أهمية التحكيم والتعويل عليه في حل منازعات التجارة الدولية على خلاف أحكام القضاء والتي ولحد الآن لا توجد اتفاقية تلزم الدول بالاعتراف والتنفيذ الدولي للأحكام القضائية، في البلاد الأجنبية باستثناء الاتفاقيات الإقليمية والثنائية، هذا فيما يخص التحكيم التقليدي، أما في مجال التحكيم الإلكتروني نشير في هذا الصدد لبرنامج القاضي الافتراضي (Magistrate Virtual)، باعتباره التجربة العملية الأولى لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية باستخدام شبكة الانترنت، وهو مشروع أطلق تجريبياً في مارس 1996 للتحكيم عبر الانترنت بهدف فض المنازعات الناشئة بين مستخدمي الانترنت والمتضررين من الرسائل أو الملفات غير المشروعة وبين

¹ - خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 248-249.

القائمين على الأنظمة المختلفة من حيث توجيه الشكاوى والمطالبات بالتعويض ضدهم، وهو مشروع أمريكي أعد بين مركز القانون وأمن المعلومات بجامعة فيلانوفيا Villa nova center Law And information policy، وبين معهد القانون المتخصص في مجال حل المنازعات بالطريقة الالكترونية، وفي سنة 1999 انتقل المشروع إلى كلية كَانْت شِيكاغو KENTCHICAGO للحقوق بمعهد انينويلللتكنولوجيا، وتم تدعيمه من طرف جمعية المحكمين الأمريكية (A.A.A)، ومعهد قانون الانترنت والمركز الوطني لأبحاث المعلوماتية الأمريكي، ومن القرارات المهمة في مجال التحكيم الالكتروني، نشير إلى القرار الصادر في قضية Tierney and Email America، حيث طلب مقدم الشكوى E.TERNEY GAMES، إلغاء إعلان تم عرضه من قبل شركة AOL، حيث قام بإرسال الطلب بواسطة البريد الالكتروني على العنوان : AMERCA EMAIL وبناء على مقدم الشكوى كان موضوع الإعلان يتمثل في بيع قائمة بعناوين البريد الالكتروني التي تقوم ببيع الإعلانات الالكترونية وأن هذا قد يؤثر على مصالح مستخدمي الانترنت بأن الإعلان أقنعهم بأنه مقدم بواسطة جماعة الانترنت (PAR LA COMMUNAUTE CYBERNETIQUE)، بالإضافة إلى طريقة عرض الإعلان التي كان فيها نوع من التضليل بحيث تؤدي إلى تشجيع التعدي على الحياة الخاصة للآخرين وبناء على ذلك كان قرار القاضي هو مطالبة شركة AOL بسحب الإعلان من الموقع مستندا في قراره على الحجج المقدمة من قبل مقدم الدعوى، ويتضح أن هذا القرار قد أرسى قواعد مادية داخل مجتمع الانترنت التي تنادي بضرورة منع الإعلانات الالكترونية غير المشروعة (BUALK E-MAITING)، إضافة إلى التأكيد بضرورة رعاية مصالح مستخدمي الانترنت داخل المجتمع الالكتروني¹.

ب- المصادر الدولية :

نظرا للانتقادات الموجهة للمصادر الداخلية للقواعد الموضوعية -المادية- بسبب الطابع الوطني لها، ظهرت الحاجة إلى إيجاد قواعد قانونية مادية ذات أصل دولي تستجيب في مضمونها لاعتبارات

¹ - طه كاظم حسن المولى، المرجع السابق، ص 265-266.

دولية، ولعل من أهم القواعد المادية التي تشكلت خارج الإطار الوطني لمواجهة المشكلات الخاصة بعقود التجارة الدولية، هي تلك المستمدة من المعاهدات والاتفاقيات الدولية والأعراف والعادات التجارية الدولية، وهذا ما يدفعنا إلى التعرض إلى كل منهما على النحو التالي :

ب-1 المعاهدات والاتفاقيات الدولية.

تعتبر الاتفاقيات الدولية إحدى الأساليب المتبعة لتوحيد قواعد القانون الدولي الخاص ومصدر هام من مصادره، وتنوع الاتفاقيات الدولية بتنوع الغرض الذي تبرم من أجله، فقد يكون الغرض من إبرامها توحيد قواعد التنازع كما هو الشأن بالنسبة لاتفاقية روما واتفاقيتي لاهاي المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ذات الطابع الدولي، وقد يكون الغرض من إبرام الاتفاقية الدولية توحيد القواعد الموضوعية لتنظيم العلاقات الداخلية والعلاقات الدولية، ومن أمثلتها اتفاقية جنيف لسنة 1939 التي وضعت قانونا موحدًا بشأن الكمبيالة والسند الإذني والشيك، وأخيرا قد يكون الغرض من إبرام الاتفاقية الدولية وضع قواعد موضوعية موحدة تنظم نوع معين من العلاقات الخاصة الدولية ومن أمثلة هذا النوع الاتفاقيات المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية، كاتفاقية تريبس واتفاقية برن والاتفاقية العالمية لحقوق المؤلف، والاتفاقية الخاصة بعقد نقل البضائع الدولي برا الموقعة في جنيف 1956، واتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقد نقل البضائع الدولي بوسائل متعددة موقعة في جنيف، 1988 واتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع في البحر لسنة 1978، وغير ذلك من الاتفاقيات الدولية المبرمة في مختلف ميادين العلاقات التجارية الدولية.¹

وأهم ما يميز القواعد الموضوعية الموحدة التي وضعت لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية، استجابتها لطبيعة هذه العلاقات، وهذا ما يجعل تطبيقها يتم بطريقة مباشرة دون المرور عبر قاعدة التنازع التي تحكم بحسب الأصل العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، يضاف إلى ذلك أن هذا النوع من القواعد يعتبر جزءا من القانون الداخلي لكل دولة متعاقدة وهذا ما يجعلها متمتعة بعنصر الإلزام الذي تتميز به القواعد القانونية الداخلية بل وتسمو عليه، لذلك يلزم القضاء داخل الدول

¹ - محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 185.

المتعاقدة بتطبيقها في كل الدول المتعاقدة على كل العلاقات المعروضة عليه بصورة تلقائية ودون حاجة لإعمال منهج تنازع القوانين.¹

وينبغي الإشارة أن القواعد الموضوعية الموحدة التي تضمنتها الاتفاقيات الدولية التي أبرمت بغرض تنظيم العلاقات الخاصة الدولية لا تطبق دائما تطبيقا مباشرا، وهذا لأن تطبيقها في بعض الأحيان يعتمد على منهج التنازع، فعلى سبيل المثال لو رجعنا إلى نص المادة الأولى من اتفاقية فيينا، نلاحظ أنها قد حددت في فقرتها الأولى نطاق تطبيقها على عقود بيع البضائع بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة، وذلك في حالتين : **الحالة الأولى**، عندما تكون هذه الدول دول متعاقدة، و**الحالة الثانية** عندما تؤدي قواعد الإسناد إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة وفي هذه الحالة لا يشترط أن توجد مراكز عمل طرفي البيع في دولتين مختلفتين كما هو الوضع في الحالة الأولى، وإنما تفترض أنهما موجدين في دولتين مختلفتين قد تكونا غيرمتعاقدين أو تكون إحداهما متعاقدة والأخرى غير متعاقدة.²

ومهما يكن، فإنه بات من المؤكد أن الاتفاقيات الدولية تعتبر مصدرا هاما من مصادر القانون الدولي الخاص، خاصة تلك الاتفاقيات الموحدة للقواعد الموضوعية للعلاقات الخاصة الدولية.

أما في مجال **التجارة الإلكترونية**، ونظرا لحدثة هذا المجال والعقبات التي توجهه والاختلاف بين الدول بشأنه، فإن الاتفاقيات الدولية التي تعالج مسائل التجارة الإلكترونية محدودة جدا، نذكر منها على سبيل المثال محاولة المجلس الأوروبي على مستوى الدول الأوروبية بتوحيد نظام القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف على البيانات بعد معالجتها آليا والكتابة الآلية للمعلومات والوثائق والمستندات المعلوماتية، ولقد توجت هذه الجهود بإبرام اتفاقية في هذا الشأن في سبتمبر 1995، كما تم التوقيع في جنيف عام 1996 تحت رعاية المنظمة العالمية للملكية الفكرية (o m p i) على

¹ - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 733، محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 186.

² - محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 187.

اتفاقية تتعلق بالملكية الأدبية والفنية في العالم الرقمي شريطة أن تكون الدول الأعضاء في اتفاقية برن، أعضاء في هذه الاتفاقية.¹

وفي ظل شح الاتفاقيات الدولية في مجال التجارة الالكترونية، أصبح هذا المجال يعتمد في تنظيمه على التوصيات والتوجيهات الصادرة عن المنظمات والهيئات المشتغلة في هذا المجال.

ب-2 الأعراف والعادات التجارية الدولية.

تختلف العادة التجارية عن العرف التجاري في أن العادة التجارية هي سلوك تعود عليه المتعاملون في ميدان التجارة الدولية القيام به في مسألة تجارية معينة، أما العرف التجاري فهو أشمل من العادة، لأنه يتضمن إلى جانب عنصر الاطراد على سلوك معين الشعور بالإلزام، وتعتبر الأعراف والعادات التجارية مصدرا من مصادر القواعد المادية التي تحكم المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية، حيث جرى قضاء التحكيم التجاري الدولي باعتباره القضاء العام الذي تشكلت في إطاره العادات والأعراف على تطبيقها تطبيقا مباشرا على المنازعات التي ينظر فيها، على خلاف القضاء الداخلي الذي لا يتصور تطبيقه للأعراف والعادات التجارية في منازعات التجارة الدولية المطروحة عليه، وهذا لأن هذه الأعراف والعادات غريبة عن نظامه القانوني، كما أن التنازع لا يتصور قيامه إلا بين القوانين الداخلية للدول المختلفة، وإن كان القضاء الحديث يميل إلى السماح بتنفيذ أحكام المحكمين التي طبقت الأعراف التجارية الدولية، والأكثر من ذلك فإن بعض القوانين الداخلية تحيل نصوصها على العادات والأعراف التجارية السائدة والتي قد تتطابق مع عادات وأعراف التجارة دولية، مثلما لو خضع عقد للقانون الفرنسي والذي تحيل المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي إلى عادات التجارة الدولية، وبالتالي لا يتم تطبيق هذه الأعراف بوصفها القانون المختص بمقتضى قواعد التنازع وإنما بناءً على إحالة النصوص الداخلية في قانون الدولة التي أشارت هذه القواعد باختصاصه، وقد أكدت محكمة استئناف باريس في 10/02/1981 أن عادات التجارة التي استقرت في مجال البيع والشراء هي قواعد قانونية تطبق حتى ولو لم يتفق الأطراف على ذلك صراحة، ولا يمكن قبول

¹ - طه كاظم حسن المولى، المرجع السابق، ص 270 وما بعدها.

الدفع بجهلها وإن كان يمكن الاستناد إلى الإرادة الضمنية للأطراف في تطبيق تلك العادات، لأن الأطراف باعتبارهم من المهنيين يفترض علمهم بعادات فرع التجارة التي يمارسونها.¹

كما نصت بعض الاتفاقيات على وجوب مراعاة الأعراف والعادات الدولية كاتفاقية فيينا خاصة بالبيع الدولي للبضائع لسنة 1980، حيث نصت في مادتها التاسعة فقرة الأولى: "يلتزم الطرفان بالأعراف التي اتفقا عليها وبالعادات التي استقر عليها التعامل بينهما"، وبمفهوم هذه المادة يصبح اختيار المتعاقدين للأعراف والعادات اختيار تنازعي وليس مجرد اختيار مادي على أساس أن أحكام المعاهدة قد أصبحت جزءاً من القوانين الداخلية في الدول المتعاقدة.²

ثالثاً : خصائص القواعد الموضوعية وطبيعتها القانونية.

تتميز القواعد الموضوعية بمختلف مصادرها، بمجموعة من الخصائص تميزها عن قواعد القانون الدولي الخاص أهمها :

1- قواعد مباشرة وموضوعية : - لكون منهج القواعد الموضوعية ظهر لسد النقص الذي اعترى المنهج التنازعي في ميدان العقود الدولية الخاصة بالمعاملات التجارية، أوجد هذا الأخير قواعد موضوعية كافية بذاتها لحل النزاع، لكونها تطبق بصفة مباشرة على النزاع على عكس قواعد التنازع التي يقتصر دورها على إرشاد القاضي للقانون الواجب التطبيق، ولكون هذا النوع من القواعد يجد مصدره في الأعراف والعادات والعقود النموذجية والشروط العامة، لذلك فإن الحلول المتضمنة في هذه المصادر تعتبر حلولاً نهائية على غرار القانون الداخلي بالنسبة للعلاقات الوطنية.³

¹ - محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2011، صص 113-115.

² أبو العلا علي أبو العلا النمر، مقدمة في القانون الدولي الخاص، دار الكتاب الجامعية، مصر، 2003، ص 51 وص 74. نقلاً عن : محمد بلاق، المرجع نفسه.

³ - أحمد عبد الكريم سلامة، حماية حقوق الملكية بين منهجي قاعدة التنازع والقواعد الموضوعية، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، المجلد 01، العدد 1، الإمارات، 2017، ص 18.

2- قواعد نوعية وطائفية : وبصدد هذه الخاصة قال الأستاذ كان بان Kan Ban : " هذا القانون معمول به ليحكم جماعة صغيرة أو كبيرة من المهنيين أما غير المهنيين فلا يمسه القانون المادي إلا عرضاً"، وهذا القول يعبر عن هذه الخاصة باعتبار أن قواعد التجارة الدولية تخاطب طائفة التجار وهي نوعية لأنها من وضع وابتكار ممارسي التجارة الدولية.¹

3- قواعد تلقائية في أغلبها : وتتميز القواعد الموضوعية بالتلقائية في أغلبها باستثناء القواعد الموضوعية ذات الأصل التشريعي التي لا تتجرد من هذه الميزة، لأن وجودها يتأتى عن طريق مصدر رسمي أو شكلي كالقواعد القانونية الأخرى، أما القواعد الموضوعية التي تجد مصدرها في الأعراف والعادات التجارية والشروط العامة وتلك التي يستنبطها القضاء خروجاً عن القانون الواجب التطبيق كشرط الوفاء بالذهب أو بقيمة عملة أجنبية في العقود الدولية فإنها تتميز بالتلقائية، لأنها لا تتأتى من مصدر شكلي أو رسمي كما هو المعهود في القوانين الوضعية، لأنه لا يوجد جهاز خاص يتمتع باختصاص قاعدي أي بسلطة وضع القواعد التي يتكون منها الثاني وأن تطبيقها لا يحتاج إلى تدخل السلطة العامة، ويعزز هذه الميزة رضا الأطراف بها مقدماً، وهذا ملائمتها للمنازعات التي وجدت من أجلها، ويترتب عن هذه الميزة العديد من المزايا أهمها : أنها قواعد مرنة تتلاءم مع طبيعة النزاعات التي تثيرها التجارة الدولية، كما أنها تتفق مع توقعات المتعاملين لكونها وليدة سلوكياتهم.²

4- قواعد ذات مضمون دولي : تتميز القواعد الموضوعية بالطابع العالمي، وهذا لأن نطاق تطبيقها لا ينحصر في نطاق جغرافي معين، أي أنها عابرة للدول وهذا لأنها ليست من وضع سلطة وطنية معينة، ولأن وجودها جاء لتنظيم علاقات دولية، حتى ولو كانت بعض عناصرها وطنية، وهذا الطابع يتناسب وطبيعة وجودها، ويترتب على الطابع الدولي للقواعد الموضوعية، إشكالية التنظيم

¹ - أحمد مهدي صالح، القواعد المادية في العقود الدولية، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون دولي، جامعة بغداد، العراق، 2004، ص 78.

² - أحمد عبد الكريم سلامة المرجع السابق، ص 18، ومحمد محمد حسن الحسيني، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، 2012، ص 333.

والسهر على احترام هذا النوع من القواعد، وهذا بسبب غياب هيئة عالمية تشرف على تنظيم العلاقات القائمة مجال التجارة الدولية.¹

5- قو اعد ذات وظيفة وقائية وعلاجية : فباعتبارها ذات وظيفة وقائية وهذا لأنها سهلة العلم والتطبيق سواء من طرف القاضي أو المحكم، كما أنها تحمي توقعات الأطراف، بالإضافة إلى أنه يستعان بها في المرحلة الأولى لتنظيم المركز القانوني، وهذا ما يقلل من نشوء النزاع في المستقبل، أما باعتبارها ذات وظيفة علاجية، وهذا لكونها تعطي الحل الموضوعي الذي ينهي النزاع على عكس قاعدة الإسناد التي يقتصر دورها على إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق.²

الفرع الثاني :إعمال منهج القواعد الموضوعية في منازعات الملكية الفكرية.

بعد أن أصبح راسخا لدى الفقه الموضوعي -أصحاب النظرة الموسعة- أن القواعد الموضوعية أصبحت تشكل منهجا قائما بذاته لحل مشكل تنازع القوانين في العلاقات الخاصة الدولية، نحاول أن نعالج من خلال هذا الفرع كيفية حل إشكالية تنازع القوانين في سياق قوانين الملكية الفكرية، من خلال إعمال منهج القواعد الموضوعية. ولكون مصادر هذا المنهج متعددة، سنحاول أن نلقي الضوء على كيفية حل هذا الإشكال، أولا في القانون الداخلي ثم في الاتفاقيات الدولية.

أولا : دور القانون الداخلي الموضوعي المتعلق بالملكية الفكرية في حل مشكل تنازع القوانين.

رأينا فيما سبق أن الفقه انقسم بشأن منهج القواعد الموضوعية إلى فريقين : فريق يرى أنها تشكل نظاما قانونيا كاملا ومستقلا عن أي نظام قانوني داخلي يطلق على أصحابه أصحاب النظرة الموسعة أو الاتجاه الموضوعي الأساسي، ومنهم من ينظر إلى هذه القواعد من خلال تعدد المناهج في

¹ هشام خالد، العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2001، ص 10.

² محمد بلاق، المرجع السابق، ص 92.

القانون الدولي الخاص، ويطلق على أصحابه أصحاب النظرة المضيقية، أو الاتجاه الموضوعي أو المادي التكميلي.¹

ونتيجة لهذا الانقسام الفقهي فإنه وحسب رأي الاتجاه الأول أن القواعد المادية المنظمة لحقوق الملكية الفكرية الواردة في القانون الداخلي تقصي المنهج التنازعي وتطبق مباشرة على أي نزاع يتعلق بهذه الحقوق، حتى وصل الأمر إلى وصف هذا النظر بالمتطرف وهذا لأن المشرع الوطني لا يمكنه أن يلم بمختلف جوانب موضوع الملكية الفكرية والتي ثبت أنها تتميز بالطابع العالمي.

أما حسب رأي الاتجاه الثاني -الموضوعي أو المادي التكميلي-، فإن القواعد الموضوعية مساوية لقواعد الإسناد التقليدية، وهذا بسبب إخفاق مقني القانون الوضعي الداخلي في السيطرة وملاحقة التطور في المعاملات الدولية خاصة في مجال الملكية الفكرية التي تتميز بالانتشار السريع عبر العالم خصوصاً بعد التطور الضخم لوسائل الاتصال وبشكل خاص الانترنت.

وإذا أردنا طرح مشكلة تنازع القوانين في مجال الملكية الفكرية في إطار الاتجاهين الفكريين السابقين، نتوصل إلى أن الاتجاه الفقهي الأول وإيمانه العميق بالمنهج الموضوعي كمنهج قائم بذاته ومستقل عن أي منهج آخر، تكون إجابته بأن القواعد الموضوعية المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية تطبق مباشرة على أي نزاع يتعلق بهذا المجال، أما حسب الاتجاه الثاني فإن حله للمسألة محل البحث تكون متأرجحة بين الأخذ بهذا النوع من القواعد، وفي حالة عدم تضمنها حلاً للنزاع، يرجع إلى قواعد الإسناد التقليدية.

لكنه وبالنظر إلى الاتجاهين الفقهيين وطبيعة قواعد الملكية الفكرية التي تدخل ضمن نطاق القانون الدولي الخاص بمفهومه الموسع وينظمها قانون مركز الأجانب في الجانب المتعلق بالحقوق المكفولة لهم المعروف عن قواعده، بأنها قواعد مباشرة وأنه قانون غير اتفاقي تنص عليه قوانين الدول الداخلية، لذلك فإذا نص هذا القانون الأخير على حقوق الملكية الفكرية فإن قواعده تطبق تطبيقاً مباشراً وإن كانت لا تعتبر من القواعد الموضوعية.

¹ - أحمد أبو المجد محمد السيد عفيفي، المرجع السابق، ص 229.

وقد أثبت الفقه أن قواعد الملكية الفكرية ساهمت مساهمة كبيرة في الرفع من حقوق الأجانب المتواجدين في دول غير دولهم، لذلك فإذا تضمن القانون الوطني أحكاماً قانونية تحمي حقوق الأجانب الفنية والأدبية والصناعية، فإن تطبيق هذه القواعد يكون بالأولوية على قواعد الإسناد. والمسألة محل البحث تضم شقين: يتعلق الشق الأول منهما بنص القانون الداخلي على الحق موضوع النزاع، أما الشق الثاني من المسألة محل البحث فتتعلق بالبحث عن القانون الواجب التطبيق، فإذا تأكد أن القانون الداخلي نظم الحق محل النزاع فإن القانون الواجب التطبيق على ممارسة هذا الحق يستمد من قواعد قانون الملكية الفكرية باعتباره يندرج ضمن موضوع مركز الأجانب وتطبق قواعده كما سبق بيانه مباشرة على النزاع.¹

وقد كرّس المشرع الجزائري بموجب المادة 03 من القانون 03-2005، المتعلق بحق المؤلف والحقوق المجاورة، حينما لم يفرق في حماية أصحاب المصنفات سواء كانوا من المواطنين أو الأجانب، حيث استعمل عبارة "يمنح لكل صاحب إبداع أصلي لمصنف أدبي أو فني، الحقوق المنصوص عليها في هذا الأمر"، حيث قرر لهم بموجب هذه المادة نفس الحقوق القانونية لمصنفاتهم الإبداعية. وذلك إذا توفرت في مصنفاتهم الشروط المنصوص عليها في هذا القانون.

وهكذا، يظهر جلياً بأن قواعد قانون الملكية الفكرية وباعتبارها تندرج ضمن مركز الأجانب وأن هذه الأخيرة تنظم بقواعد مباشرة، فإن ذلك يترتب عليه إقصاء قواعد الإسناد المتعلقة بالموضوع؛ أي أن اللجوء إلى المنهج التنزعي في نطاق الملكية الفكرية لا يكون إلا في حالة عدم وجود قاعدة موضوعية في القانون الداخلي.

¹ - هايدي عيسى حسن علي حسن، المرجع السابق، ص 377-378.

² - نص المادة 03 من القانون 03-2005 المشار إليها آنفاً.

ثانيا : دور القواعد الموضوعية الاتفاقية المتعلقة بالملكية الفكرية في حل مشكل تنازع القوانين .

تشكل الاتفاقيات الدولية في مجال الملكية الفكرية الرافد الأساسي للمنهج الموضوعي، وهذا بالنظر إلى محدودية دور التشريع الوطني في تنظيم حقوق الملكية الفكرية التي تتميز بالطابع الدولي خاصة في ظل الثورة التكنولوجية التي تساعد على انتشار الأفكار، لذلك أدرك المجتمع الدولي ضرورة الاهتمام بحقوق الملكية الفكرية كضرورة ملحة لتحقيق فرص الاستثمار وتطوير الخدمات ودعم المجتمعات الصناعية والزراعية.

وعلى هذا الأساس أصبحت حقوق الملكية الفكرية تكتسي طابعا دوليا بامتياز، ولذلك تعددت الاتفاقيات الدولية المنظمة لحقوق الملكية الفكرية، وكثرتها وتعددتها أصبح يطلق عليها اسم قانون الملكية الفكرية الدولي، وهذا بعد أن ثبتت محدودية التشريع الداخلي في تنظيم مسائل الملكية الفكرية. وبالرغم من تبني معظم دول العالم مبدأ سمو المعاهدات على التشريع الداخلي، فإن ذلك لم يحول دون تنازع المعاهدات مع التشريع الداخلي، وتنازع الاتفاقيات فيما بينها.

ف عند تنازع نصوص اتفاقية دولية مع تشريع داخلي لدولة موقعة على الاتفاقية، فإن هذه الدولة تلتزم بتغيير تشريعها الداخلي بما يتوافق ونصوص الاتفاقية الداخلية طبقا لمبدأ سمو العلو والأولية في التطبيق Priority and supermacy المكرس بموجب اتفاقية تريبس، هذا بشأن العلاقة بين القانون الداخلي والاتفاقيات الدولية. أما بشأن علاقة الاتفاقيات الدولية فيما بينها فإن السمو يكون للاتفاقية الأكثر شمولا كاتفاقية تريبس والتي أكدت في مادتها الثانية موقفها الداعم لبعض اتفاقيات الملكية الفكرية إذ نصت : " لا ينتقص أي من الأحكام المنصوص عليها في الأجزاء من الأول وحتى الرابع من هذه الاتفاقية من أي من الالتزامات الحالية التي قد تترتب على البلدان الأعضاء بعضها تجاه الأخرى بموجب معاهدة باريس، ومعاهدة برن، ومعاهدة روما، ومعاهدة الملكية الفكرية فيما يتصل بالدوائر المتكاملة"، وفي حالة الاختلاف بين نصوص هذه الاتفاقيات فيما بينها، يتم الاحتكام إلى اتفاقية فيينا للمعاهدات لسنة 1969، والتي تقضي

بالأخذ بنصوص الاتفاقية الأحدث، وبالتالي تكون اتفاقية تريس هي الأولى بالتطبيق عندما تكون الدولة المعنية عضو في اتفاقية أو أكثر من اتفاقيات الملكية الفكرية المعروفة.¹

المبحث الثاني: دور قواعد النظام العام في حماية حقوق الملكية الفكرية.

تعتبر فكرة النظام العام كوسيلة لتقويم مدى احترام القانون الواجب التطبيق الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية للمبادئ والأسس الجوهرية التي يقوم عليها نظام دولة القاضي الوطني المعروض عليه النزاع.

ونظر للأهمية البالغة التي أصبحت تتمتع بها حقوق الملكية الفكرية في جميع دول العالم، أصبحت قواعد النظام العام تلعب دورا محوريا في حماية هذه الحقوق، لأن تشجيع الأشخاص على الابتكار والإبداع لن يتأتى إلا إذا تبلور لديهم شعور بحماية لأفكارهم بموجب قوانينهم الوطنية عن طريق قواعد مدعمة للتشريعات الدولية في هذا المجال.

حيث خصصنا هذا المبحث لتبيان مضمون فكرة النظام العام وأهميتها في مجال الملكية الفكرية، ثم نعرض على تطبيقات الدفع بالنظام العام على صعيد العلاقات الدولية الخاصة في مجال الملكية الفكرية في مطلب ثاني.

المطلب الأول: مضمون فكرة النظام العام وأهميتها في مجال الملكية الفكرية.

تختلف فكرة النظام العام من دولة لأخرى، وتختلف أيضا من حيث الزمان والمكان كونها فكرة مرنة قابلة للتطور والتغيير²، وتكتسي قواعد النظام العام دورا بالغ الأهمية في الحفاظ على حقوق الملكية الفكرية خاصة بالنسبة للأشخاص المبدعين والمبتكرين الوطنيين، حيث سنحاول من خلال هذه الفكرة تبيان ماهية قواعد النظام العام ثم نتطرق إلى أهمية هذه القواعد في مجال الملكية الفكرية.

¹ - هايدي عيسى حسن علي حسن، المرجع السابق، صص 373-419.

² - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ج 02، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 6، 1969، ص 535.

الفرع الأول: ماهية قواعد النظام العام.

تعتبر فكرة النظام العام عن مجموعة المصالح الجوهرية والأسس التي يقوم عليها كيان المجتمع، وتمثل في المقومات السياسية والاقتصادية والثقافية والأخلاقية التي تميزه عن غيره من المجتمعات¹، وقواعد النظام العام هي قواعد أمرة تهدف إلى استبعاد أحكام القانون الأجنبي في حالة عدم توافيقها مع أحكام قانون القاضي المعروض عليه النزاع²، وجاءت فكرة النظام العام لترافق فكرة الملائمة التي تقوم عليها قاعدة الإسناد الوطني، لأن فتح المشرع الوطني المجال لتطبيق القانون الأجنبي لا يكون بمثابة صك على بياض لمشرعي العالم، حيث يجب حماية المصالح الأساسية في الدولة، سواء تعلق الأمر بمصالح اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية. في إطار حد أدنى من التقارب بين القانون الأجنبي والقانون الوطني- قانون القاضي-، لذا وضعت أغلب التشريعات المقارنة قواعد أمرة للدفع بالنظام العام ليكون صمام أمان من أجل بسط الرقابة على تطبيق القانون الأجنبي داخل الوطن.³

تعتبر فكرة الدفع بالنظام العام وسيلة -أداة- لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق، متى تعارضت أحكامه مع الأسس التي يقوم عليها كيان المجتمع، ومعظم تشريعات العالم أوجبت على القاضي عدم تطبيق القانون الواجب التطبيق إذا كان مخالفا للنظام العام⁴، فالغرض من النظام العام في القانون الدولي الخاص بمفهوم ما جاء به المشرع الجزائري في المادة 24 ق.م.ج⁵، هو استبعاد

¹ - أحمد سي علي، مدخل العلوم القانونية، النظرية العامة للقانون وتطبيقاته في القوانين الجزائرية، ط1، دار الأكاديمية للطبع والنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص 208.

² - القروي بشير سرحان، دور القاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي على ضوء المادة 23 مكرر من القانون المدني، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد 01، جامعة عمر ثليجي، الأغواط، الجزائر، 2015، ص 84.

³ - فاطمة الزهراء زاير، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011، ص 10، والطيب زروقي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 291، وخالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص 129.

⁴ - آمنة محمد بوزينة، المرجع السابق، ص 178.

⁵ - تنص المادة 24 ق.م.ج على أنه : "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون". ق.م.ج، المرجع السابق، ص 09.

تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية، لأن مضمونه يصطدم مع المصالح الجوهرية الأساسية والمثل العليا التي ترتضيها الدولة الجزائرية لنفسها ويتأسس عليها كيانها، وفي هذه الفروض يستبعد القاضي المعروض عليه النزاع القانون الأجنبي الواجب التطبيق، لأنه مخالف للنظام العام والآداب العامة.

أولاً : تعريف الدفع بالنظام العام.

قبل أن نُعرف الدفع بالنظام العام كآلية للدفع في مواجهة القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وجب علينا تعريف النظام العام في حد ذاته والذي يمثل الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة، والنظام العام شيء متغير يصعب حصره، حيث يقول بعض الفقه أن البحث في مفهوم النظام العام هو بمثابة إرهاب الفكر لأنه يشبه امتطاء لجواد جامح لا يعرف مسبقاً المكان الذي ينتقل إليه، كما يشبهه أيضاً بالمغامرة في الرمال المتحركة. إنها عبارات معبرة عن صعوبة دراسة فكرة النظام العام.¹

إلا أن أغلب الفقه في محاولته التعريف بالنظام العام اتفق على أنه مجموعة المصالح الجوهرية للمجتمع أو مجموع الأسس التي يقوم عليها كيان المجتمع، وتمثل هذه الأسس في المقومات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والثقافية التي تميزه عن غيره من المجتمعات، وتعتبر فكرة النظام العام فكرة مرنة قابلة للتغيير والتطور باختلاف الزمان والمكان حي لا يمكن حصرها.²

إن كثرة المعايير التي جاء بها فقه القانون الدولي الخاص محاولاً توضيح الفكرة، صعب من مأمورية حصر مختلف الحالات التي يمكن فيها استعمال فكرة النظام العام، وكما سبق الذكر أن النظام العام فكرة نسبية متطورة ومتغير حسب الزمان والمكان وحسب التوجهات السياسية للدول، فما يعتبر من النظام العام في دولة قد لا يعتبر كذلك في دولة أخرى، وما هو محرم في دولة ما في زمن معين قد

¹ - سلطان عبد الله محمود، الدفع بالنظام العام وأثره، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق جامعة الموصل، المجلد 12، العدد 43، العراق، 2010، صص 88-89.

² - غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 240، وأحمد سي علي، المرجع السابق، ص 208.

يكون مباح في زمن لاحق، كما كان عليه الحال في فرنسا عندما كان الطلاق يعتبر من النظام العام ويمنعه القانون حتى سنة 1884، ثم تم السماح به لاحقا، هذا من حيث اختلاف النظام العام من حيث الزمان، أما من حيث المكان فالمثال ينطبق في التصرف في التركات المستقبلية والذي يعتبر من النظام العام في الجزائر، بينما لا يعتبر مخالفا له في القانون السويسري.¹

كما كانت هناك تعريفات فقهية أخرى للنظام العام على أنه : "تلك الوسيلة التي يستبعد بها القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة القانونية وإحلال القانون الوطني محله بسبب اختلافه مع هذا الأخير اختلافا جوهريا، بحيث يتنافى مع المصالح الحيوية للدولة"²، أو هو "كل شيء يتضمن في جوهره حماية للمبادئ والأسس العليا السياسية والاجتماعية والاقتصادية والأخلاقية التي يقوم عليها المجتمع. ويعرفه الدكتور أحمد مسلم بأنه الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة، حيث يقوم هذا الكيان على الأمن والديمقراطية والحرية ومعتقدات اجتماعية تتعلق بالمساواة أمام القانون أو احترام أفكار دينية وأخرى اقتصادية."³

ويعرفه بعض الفقه الفرنسي بأنه : "مبادئ العدالة العالمية ذات القيمة الدولية المطلقة وكل ما يدخل تحت راية القانون الطبيعي كحضر الرق، وحضر التمييز العنصري، وما تم إدراجه في ضوء الاتفاقيات الدولية لحماية حقوق الإنسان التي ترسي أبسط حقوق الإنسان، وعليه فهي كل المبادئ التي ترمي إلى حماية الأصول السياسية والاجتماعية للحضارة الفرنسية مثل العلمانية ومنع تعدد الزوجات".⁴

وبناءً عليه، فإن الفقه يتفق على أن النظام العام بمثابة نقطة تفتيش جمركية يتم من خلالها مراقبة أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية، ويعتبر بمثابة

¹ - آمنة محمدي بوزينة، المرجع السابق، ص 179-180.

² - نادية فضيل، الغش نحو القانون، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 38.

³ - أحمد مسلم، موجز القانون الدولي الخاص المقارن، دار النهضة العربية، بيروت، 1966، ص 203، ومحمدي بوزينة آمنة، المرجع السابق، ص 181، ويونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 262.

⁴ - Daniel GUTMANN? Droit internationale privé, 5^{ème} edition, Dalloza, paris, 2007, p105.

صمام الأمان الذي يحمي أسس النظام السياسي والاقتصادي والاجتماعي للدولة ووسيلة لتقييم القوانين الأجنبية قبل منحها تأشيرة الدخول لدولة القاضي المعروض عليه النزاع.

أما النظام العام كآلية للدفع بعدم تطبيق القانون الأجنبي عندما تكون أحكامه مخالفة للنظام العام، فيلعب دورا هام للحفاظ على مقومات الدولة والحفاظ على كيانها واقتصادها بتفعيل هذه الآلية، حيث عرّفه الفقه بأنه أداة لاستبعاد تطبيق القانون الواجب التطبيق إذا كان قانون أجنبي الذي تتعارض أحكامه مع الأسس الجوهرية في قانون القاضي المعروض عليه النزاع، كما عرفه الأستاذ يونس صلاح الدين علي بأنه : "أداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص عندما يصطدم بالمصالح العليا السياسية والاجتماعية والاقتصادية والأخلاقية لدولة القاضي". **نلاحظ الاختلاف الواضح بين النظام العام والدفع بالنظام العام، حيث يعتبر النظام العام في ذاته مجموعة من الأسس الجوهرية التي يقوم عليها كيان الدولة، أما الدفع بالنظام العام هو أداة أو وسيلة لدرأ أو دفع القانون الأجنبي واستبعاده من التطبيق طالما تعارض في أحكامه مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي.**¹

أما مفهوم الدفع بالنظام العام بالنسبة للمشرع الجزائري، فيظهر من خلال نص المادة 24 من ق.م.ج، على أنه دفعا عاما يلجأ إليه القاضي الوطني لإبطال تطبيق أحكام القانون الأجنبي التي تخالف الأسس الرئيسية التي يقوم عليها نظام الدولة، بمعنى مخالفة القواعد الآمرة، حيث سمح للقاضي تطبيق القواعد الوطنية واستبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق من تلقاء نفسه، حتى ولو لم يتمسك الخصوم بذلك.²

إلا أن بعض الفقه يرى أن التوسع في استعمال الدفع بالنظام العام بصورة دائمة قد يمس بمبدأ الملائمة الذي يقوم عليه المنهج التنازعي عن طريق قواعد الإسناد، وبالتالي يؤثر ذلك على ازدهار المعاملات الدولية الخاصة وحاجياتها، لذلك يوصي الفقه باللجوء إلى هذه الآلية فقط عندما يتعلق الأمر بالمقومات الكبرى والجوهرية التي يقوم عليها نظام دولة القاضي، لذلك يستوجب على هذا

¹ - يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 263.

² - الطيب زروقي، المرجع السابق، ص 275، وآمنة أمحمدي بوزينة، المرجع السابق، ص 182.

الأخير وهو يتفحص أحكام القانون الأجنبي بخصوص العلاقة الدولية الخاصة أن يراعي خصوصية العلاقة، ويجعل من تطبيق آلية الدفع بالنظام العام وسيلة لحماية الأسس الجوهرية فقط؛ ولن يتأتى ذلك إلا إذا كان القاضي الوطني المعروض عليه النزاع متفتحا على هذا القانون، ومراعيا في نفس الوقت قاعدة الإسناد الوطنية، لذلك شبّه الفقهاء النظام العام بالفرس الجامح الذي يحتاج إلى فارس متمرّن لترويضه¹، أي أنه وسيلة حمائية لتجنب تطبيق القوانين الأجنبية التي تتعارض مع القيم والمبادئ التي يقوم عليها النظام القانوني لدولة القاض. ²

ثانيا : شروط الدفع بالنظام العام.

سمّح المشرع الوطني بتطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية لا يعني منح المشرع صك على بياض لأحكام هذا القانون، لهذا إذا نظرنا من الجهة المقابلة، فإن مكنة استعمال آلية الدفع بالنظام العام من طرف القاضي الوطني لا يعني هو الآخر منحه صك على بياض لاستعمال هذه الآلية وإنما قيدت هذا العملية من طرفالفرقة والتشريع المقارن بشروط.

1- شرط اختصاص القانون الأجنبي بحكم النزاع.

يجب أن يثبت الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي بموجب قواعد الإسناد الوطنية، التي تشير إلى تطبيق قواعده الموضوعية.

بمفهوم المخالفة، فلا داعي لاستعمال آلية الدفع بالنظام العام في الفرض الذي تشير فيه قاعدة التنزع الوطني إلى عدم اختصاص القانون الأجنبي أصلا، مادامت هناك وسائل أخرى يمكن الاستعانة بها تقوم بمهمة الاستبعاد، كالفرض الذي يثبت فيه الاختصاص لقانون القاضي باعتباره قانون موقع المال في العلاقات الدولية الخاصة التي يكون موضوعها الأموال. كذلك يستبعد تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق الذي رسا الإسناد إليه في الفرض التي تقرّر القاعدة الموضوعية للقانون الأجنبي إحالة

¹ - الطيب زروقي، المرجع السابق، ص 275، وآمنة أمحمدي بوزينة، المرجع السابق، ص 182.

² - عبد الله فاضل حامد، مبدأ اليقين القانوني في العلاقات الخاصة الدولية (دراسة تحليلية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2019، ص 270.

النزاع إلى قانون القاضي، فقط يجب أن يكون قانون القاضي يقبل الإحالة، وهذا ما يصطلح على تسميته بالإحالة من الدرجة الأولى التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 23 مكرر 1 : "... إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق، فلا تطبق أحكامه منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان".¹

كما يمكن أيضا استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق في حالة الالتزامات التعاقدية؛ ويكون ذلك في الفرض الذي يختار في أطراف العلاقة العقدية القانون الواجب التطبيق، ويكون قانون البلد المختار لا تربطه صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، حيث تنص المادة 18 في هذا الشأن : "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد..."، حيث يتم استبعاد هذا الضابط ليحل محله حد الضابطين الاحتياط الذين هما قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حالة تعذر تطبيق هذين الضابطين في حالة عدم اشتراك أطراف العلاقة في الموطن ولا حتى في الجنسية، فيطبق قانون محل إبرام العقد حسب الفقرة 03 : "... وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد..."².

ونافذة القول، أن هذا الشرط يترتب عليه أن حالة استعمال آلية الدفع بالنظام العام من طرف القاضي المعروض عليه النزاع لا تكون إلا إذا لم تكن هناك أي وسيلة بديلة للحفاظ على الأسس الجوهرية التي يقوم عليها نظام الدولة، أما إذا توفرت تلك الوسائل فلا داعي لاستعمالها. إن تطبيق هذه الوسيلة يجب أن يكون مبنيا على المنطق والمصلحة والحاجة التي تتضمنها الأسباب الجوهرية التي يقوم عليها نظام دولة القاضي، كي لا يؤثر ذلك في ازدهار المعاملات الدولية الخاصة وحاجياتها.

¹ - آمنة أمحمدي بوزينة، المرجع السابق، ص 184.

² - الطيب زروقي، المرجع السابق، ص 179.

هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن الاستمرار في تطبيق النظام العام يؤدي إلى انكماش التجارة والتبادل والتعاون الدولي، كما يؤدي إلى تقهقر وضمور مبادئ القانون الدولي الخاص وعدم الالتفات إلى هذه الحقيقة يؤدي إلى مجافاة المجتمع.¹

2- شرط تعارض أحكام القانون الأجنبي المختص مع مقتضيات النظام العام الوطني :

ويعني ذلك أن تتوفر إحدى مقتضيات النظام العام في دولة القاضي المعروض عليه النزاع، التي تجعل تطبيق القانون الأجنبي الذي أشار إليه ضابط الإسناد غير مقبول، لأن حكمه الموضوعي يختلف اختلافا جذريا بصورة جزئيا أو كلية مع الحكم الموضوعي في قانون دولة القاضي المعروض عليه النزاع، ولتذليل الصعوبات المتعلقة بنسبية فكرة النظام العام التي تختلف من دولة إلى أخرى ومن زمن إلى زمان آخر، ومن مكان إلى مكان آخر، وبالتالي فمفهوم النظام العام ليس مطلقا ولا جامدا، بل هو نسبي ومتغير حسب الحالات المذكورة. حاول الفقه وحتى المؤتمرات الدولية التي تعنى بقواعد القانون الدولي الخاص فرض قواعد خاصة فقط بالنظام العام، حيث اقترح الفقه عدة معايير تساعد القاضي الوطني على معرفة حالات إعمال الدفع بالنظام العام، منها وجوب عدم المساس بمبادئ العدالة وقواعد القانون الطبيعي وعدم التعارض مع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها نظام الدولة، إلا أن هذه المهمة كانت شبه مستحيلة، نظرا للأسباب السالفة الذكر، منها مثلا ظاهرة تعدد الزوجات التي هي مباحة في الدول الإسلامية عكس الدول المسيحية التي تمنع ذلك وتعتبره من النظام العام، كذلك الزواج المثلي هو مباح في أغلب الدول الغربية حاليا، إلا أنه محرم في أغلب الدول الإسلامية ويعتبر من النظام العام.²

ويمكن القول أن معيار الحد الأدنى من التقارب بين أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق ونظيرتها في قانون القاضي، يعد من أهم المعايير التي قيل بها، لأنه يبين مدى اشتراك القانون من عدمه بين القانون الأجنبي وقانون القاضي، فإذا كان معيار الحد الأدنى من التقارب يشير إلى الاشتراك القانوني بين القانونين المذكورين ففي هذه الحالة القاضي الوطني لا يستعين بوسيلة الدفع بالنظام

¹ - ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص، وفق القانون العراقي والمقارن، ط2، دار الحرية للطباعة بغداد، العراق، 1977، ص 335.

² - مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، محاضرات أقيمت على طلبة السنة الرابعة، كلية الحقوق منشورات جامعة حلب، سوريا، 2008، ص 160. والطيب زروتي، المرجع السابق، ص 179.

العام، لأن أحكام القانون الأجنبي لا تمس بالأسس الجوهرية لنظام دولة القاضي، أما إذا أشار إلى عدم التقارب بين قانون القاضي والقانون الأجنبي، فهنا يدق الأمر ويتدخل القاضي الوطني بتفعيل وسيلة الدفع بالنظام العام، لأن حكم القانون الأجنبي تعارض مع المبادئ والأسس الجوهرية التي يقوم عليها نظام دولة القاضي الوطني.

حتى ولو كان المعيار المذكور عملياً إلى درجة ما، إلا أن تحديد نطاق النظام العام يبقى من الأمور المستعصية على القاضي الوطني، وهذا ما أجبر المشرع الوطني على منح القضاء سلطة تقدير واسعة، بمعيار آخر يسمى معيار المصلحة العامة، حيث يقدر القاضي المعروض عليه النزاع مدى إضرار أحكام القانون الأجنبي بالمصلحة العامة داخل دولته، وتخضع السلطة التقديرية للقاضي في هذا الفرض لرقابة المحكمة العليا، لأن إعمال آلية الدفع بالنظام العام تعتبر بالنسبة للفقهاء الغالب مسألة قانونية وليست مسألة واقع حتى لا يسيطر الرأي الشخصي للقاضي الذي يمكن أن يكون منحازاً لأحكام قانون على أحكام قانون آخر نتيجة لآرائه ومعتقداته الشخصية هذه على حساب ما يدين به المجتمع.¹

¹ - ومن جهة أخرى، قد ينشأ الحق مخالفاً للنظام العام وقت نشوئه، وقد يصبح غير ذلك وقت رفع الدعوى، لذا يجب على القاضي المعروض عليه النزاع، البحث في مدى مخالفة الحق للنظام العام وقت رفع الدعوى وليس وقت نشوئه الحق، ومن ذلك مثلاً الطلاق الذي كان ممنوعاً على الفرنسيين حتى عام 1884 ثم أصبح مباحاً بعد ذلك، وفي هذا الفرض فإن البحث من طرف القاضي على مدى مخالفة أحكام القانون الواجب التطبيق إذا كان أجنبياً يكون وقت عرض النزاع عليه، وليس البحث في مدى تطبيق هذا الحكم وقت نشوئه الحق في الخارج، وفي نفس السياق، ما حكم به القضاء الفرنسي سنة 1936 في قضية تتلخص وقائعها في أن فرنسيين تبني طفلاً وهما بالخارج قبل سنة 1923، وكان القانون الفرنسي في ذلك الوقت يشترط لصحة التبنى أن يبلغا الزوجان سناً معينة تجعلهما في حكم اليائسين من الإنجاب، بعدها صدر سنة 1923 قانون أباح التبنى حتى ولم تتوافر فيه الشرط المذكور، طعن أمام القضاء في صحته على أساس أنه مخالف للنظام العام في وقت التبنى، لكن القضاء الفرنسي رفض الدعوى معللاً حكمه على أساس أن التبنى أصبح غير مخالفاً للنظام العام وقت المنازعة ورفع الدعوى وعبرت محكمة النقض الفرنسية على ذلك بقولها: " إن تحديد معنى النظام العام يتوقف إلى حد كبير على الرأي السائد في كل لحظة في فرنسا"، وفي أحداث أخرى، أباح القضاء الإيطالي بعد سنة 1947، الطلاق لكل الزوجات، الذي كان محرماً قبل هذا التاريخ، لذا يتوجب على القاضي الوطني الاعتداد بالمخالفة للنظام العام وقت النزاع وليس وقت نشوئه الحق، لأن القانون الجديد ألغى كل ما كان محرماً وبالتالي الاعتداد به أصبح ضرورياً حتى ولو نشأت المخالفة قبل صدوره، وذلك احتراماً لخاصية الآنية التي يتميز بها النظام العام، الطيب زروني، المرجع السابق، ص 281.

لكن يثار تساؤل في الفرض الذي يكون فيه قانون القاضي الوطني يتضمن قاعدة تكون أحكامها مشابهة لأحكام قاعدة موجودة في القانون الأجنبي الواجب التطبيق، هل يعتبر هذا الأخير مخالفا للنظام العام؟ هنا يصعب الحكم على أن أحكام القانون الأجنبي مخالفة للنظام العام. غير أنه قد يحدث ذلك إذا كانت قاعدة قانون القاضي تهدف إلى تحقيق غرض يكون معاكسا تماما للغرض التي تهدف إليه قاعدة القانون الأجنبي، ومثال ذلك قاعدة 49-51% في مجال الاستثمارات الأجنبية في القطاعات الاستراتيجية في الجزائر، بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2020 والتي تهدف إلى حماية الاقتصاد الوطني. وإذا كانت نفس القاعدة موجودة في القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية، والذي يهدف بدوره إلى حماية اقتصاده الوطني هو الآخر ضد قوانين الدول الأخرى، منها قانون القاضي الجزائري المعروض عليه النزاع في هذا المثال. لذا لا يسع هذا الأخير إلا يستعمل وسيلة الدفع بالنظام العام لتجنب تطبيق القاعدة الأجنبية التي قد تضر بالاقتصاد الوطني وبمقتضيات القاعد 49-51% التي تحمي اقتصاد دولة القاضي.¹

ثالثا : آثار الدفع بالنظام العام.

نظرا لطبيعة النظام العام الخاصة المتمثلة في أنه نسبي ومتغير بحسب المكان والزمان، يتفاوت تطبيق آلية الدفع به من دولة إلى أخرى باختلاف الأنظمة والتيارات الفكرية والاقتصادية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي تسود هذه الدول، لأن النظام العام يعتبر الممر الذي تمر عبره الاجتهادات الفقهية والقضائية، الأمر الذي أحدثتباين كبير على الصعيد العملي.²

لذا، يترتب على أعمال الدفع بالنظام العام عدة مسائل معقدة نظرا لتباين المواقف الفقهية والقضائية كما أسلف ذكره، حيث يطرح السؤال حول الكيفية التي يتم استبعاد بها الأحكام الموضوعية للقانون الأجنبي الواجب التطبيق الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية، والذي يختلف

¹ - صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 117.

² - غالب علي الداودي وحسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجنسية، الوطن، مركز الأجناب في القانون العراقي، المرجع السابق، ص 145.

ومفاهيم النظام العام لقانون دولة القاضي المعروض عليه النزاع، هل يكون الاستبعاد كلي للحكم الأجنبي؟ أم يكون بصفة جزئية مع إبقاء اختصاص هذا القانون لحكم المسائل الأخرى؟. لكن الوقوف عند هذا الحد قد يؤدي إلى عدم فض النزاع وفق القانون المختص، وعدم تعيين قانون آخر يحل محله يعتبر إنكاراً للعدالة ضد القاضي الوطني، لذا يتوجب على هذا الأخير فض النزاع وفق قانون يحل محل القانون المستبعد. يثور هنا كذلك تساؤل آخر حول القانون الذي يعطى له الاختصاص، إن الإجابة على كل هذه المسائل تقتضي التمييز بين آثار الدفع بالنظام العام فيما يخص إنشاء الحقوق وأثر الدفع بالنظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة، ويكون ذلك على النحو التالي :

1- أثر الدفع بالنظام العام فيما يخص إنشاء الحقوق في دولة القاضي.

يترتب على أعمال الدفع بالنظام العام، وفق بعض الآراء الفقهية، فيما يخص الحقوق التي أنشئت في دولة القاضي، أثر سلبي يتمثل في استبعاد أحكام القانون الأجنبي الذي يختلف ومفاهيم النظام العام في دولة القاضي المعروض عليه النزاع، نظراً للتناظر القائم بينهما مع الإجابة على التساؤل الذي سبق طرحه وهو مدى استبعاد أحكام القانون الأجنبي، هل نستبعد القانون الأجنبي برمته أم نقتصر على استبعاد الجزء المتعارض مع النظام القانوني لدولة القاضي. الأثر الآخر إيجابي يتمثل في إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي الواجب التطبيق المستبعد.

أ- الأثر السلبي للنظام العام.

يكون ذلك في الفرض التي تكون فيه قاعدة النظام العام في بلد القاضي ناهية، والأثر السلبي هنا يتمثل في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص وفقاً لقواعد الإسناد الوطنية، وبالتالي يرفض الطلب. ويرى نفر من الفقه وجوب استبعاد الأحكام الموضوعية للقانون الأجنبي المخالفة للنظام العام برمتها- الاستبعاد الكلي-، وفي هذه الحالة يتم استبعاد تطبيق القانون الأجنبي استبعاداً كلياً أي بمحمل أحكامه، لأن استبعاد جزء منها فقط وتطبيق الجزء الباقي غير المتعارض مع النظام العام في دولة القاضي المعروض عليه النزاع، يؤدي إلى مسخ القانون الأجنبي وتطبيقه على نحو يخالف إرادة المشرع الذي وضعه، فضلاً عن أنه يؤدي إلى مخالفة قاعدة الإسناد الوطنية التي قصدت تطبيق

الأحكام الموضوعية للقانون الأجنبي كاملة. ومثال ذلك أن يطالب الإنجليزي مسيحي بنصيبه من الإرث من قريبه الإنجليزي المسلم أمام قضاء دولة مسلمة مثل الجزائر، فيرفض القاضي الجزائري طلبه لعدم جواز التوارث في هذه الحالة استناداً إلى قاعدة عدم جواز التوارث بين المسلم وغيره وهي قاعدة من النظام العام في التشريع الجزائري، نلاحظ هنا أن الاستبعاد كان كلياً، لكن يبقى المشكل المطروح في كيفية حل هذا النزاع، هل يترك كما هو بدون حل؟ وهذا من الناحية العملية غير مقبول لأنه يترتب عنه جنحة إنكار العدالة ضد القاضي الوطني المعروض عليه النزاع.¹

يرى الفقه الغالب وجوب استبعاد الجزء المخالف للنظام العام في القانون الأجنبي الواجب التطبيق، دون بقية الأجزاء الأخرى غير المخالفة للنظام العام - الاستبعاد الجزئي -، ويكون بذلك قد احتفظ للقانون الأجنبي ولقاعدة الإسناد التي أشارت إلى تطبيقه بأكبر قدر من الفعالية، لأنها تهدف إلى تطبيق القانون الأجنبي كاملاً لا بعض أحكامه دون البعض الآخر. كما يؤدي الاستبعاد الجزئي إلى مسخ القانون الأجنبي وتطبيقه بشكل يخالف إرادة المشرع الذي وضعه.²

أخذ القضاء الفرنسي بهذا الرأي في عدة مناسبات، حيث استبعد الجزء المخالف للنظام العام من الأحكام الموضوعية للقانون الأجنبي المخالفة للنظام العام، وأبقت على الأجزاء الأخرى غير المخالفة له، ومن هذه الأحكام نذكر الحكم الصادر في قضية Fayeulle في 08 نوفمبر 1943، فقد استبعدت طرق إثبات النسب الطبيعي المقررة في القانون الألماني المختص، ولكنه لم يستبعد تطبيق هذا القانون فيما يتعلق بآثار هذا النسب لكون الآثار في نظره غير مخالفة للنظام العام الفرنسي.³

¹ - مجد الدين خربوط، المرجع السابق، ص 162. والطيب زروقي، المرجع السابق، ص 281، وسعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية (تنازع القوانين، المعاهدات، التحكيم التجاري الدولي)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 236.

² - بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، صص 176-177.

³ - المرجع نفسه.

ومن هذه الأحكام أيضا، "أن ما تنص عليه أحكام الشريعة الإسلامية في الميراث لا يمس النظام العام في فرنسا إلا في منعها التوارث بين المسلم وغير المسلم، ومن يتعين استبعاد أحكام الشريعة الإسلامية في هذه النقطة فحسب من دون أن يحل القانون الفرنسي محل القانون الأجنبي الإسلامي في بيان مراتب الورثة وأنصبتهم".¹

ويبرر هذا الاتجاه موقفه بعدة حجج منها : أن إعمال الدفع بالنظام العام لا يهدف إلى إصدار حكم على القانون الأجنبي الواجب التطبيق في ذاته، وإنما إلى منع النتيجة المنافية للنظام العام التي يؤدي إليها تطبيق بعض أحكام القانون الأجنبي. فلو أمكن تلافي هذه النتيجة باستبعاد الجزء المخالف للنظام العام، فإن الجزء المتبقي الذي لا يتعارض مع النظام العام لا داعي لعدم تطبيقه، حتى لا نمس بقاعدة الإسناد الوطنية ولا يتم تجاهل المشرع الأجنبي. ونكون بذلك قد استخدمنا آلية الدفع بالنظام العام بالقدر الذي يمنع المساس بالأسس الجوهرية التي يقوم عليها نظام دولة القاضي، وحافظنا في نفس الوقت على فاعلية قاعدة الإسناد والقانون الأجنبي.²

ومن الأمثلة على ذلك "لو تعلق النزاع المعروض على القاضي الجزائري بعقد يتضمن شرط الدفع بالذهب في الجزائر، فإن القاضي هنا وجب عليه استبعاد هذا الشرط وحده لمخالفته للنظام العام في الجزائر، حيث أن التعامل بالعملة الجزائرية إجباريا بين كل المتعاملين الاقتصاديين على مستوى الإقليم الوطني بموجب قانون النقد والقرض، والنصوص التنظيمية المكملة له، أما الشروط الأخرى فتبقى خاضعة للقانون الأجنبي طالما لا تخالف النظام العام في الجزائر، أو كأن يتعلق النزاع المطروح أمام القاضي الجزائري والمشمول على عنصر أجنبي بعقد قرض بين أشخاص طبيعيين مقترن بفائدة ربوية، فيتعين على القاضي الجزائري هنا أيضا استبعاد شرط الفائدة وحده لأنه مخالف للنظام

¹ - آمنة أمحمدي بوزينة، المرجع السابق، صص 192-193.

² - مجد الدين خربوط، المرجع السابق، ص 162.

العام الجزائري مع بقاء شروط عقد القرض الأخرى خاضعة للقانون الأجنبي مادامت غير متعارضة مع النظام العام".¹

لكن، قد يكون القاضي الوطني المعروض عليه النزاع مجبر على استبعاد القانون الأجنبي برمته- استبعاد كلي-. ويكون ذلك في الفرض الذي يتعذر فيه الاستبعاد الجزئي، ومثال ذلك إجازة القانون المكسيكي باعتبارها القانون الأجنبي المختص الذي أشارت إليه قاعد الإسناد الوطنية، الاعتراف بولد الزنا، بينما لا يعترف القانون الجزائري بإنشاء هذا الحق أصلا، لأنه مخالف للنظام العام، ويكون نشوء هذا الحق غير مقبول، فإذا عرض هذا الحكم الأجنبي على القاضي الجزائري، فقد يكتفي برفض تطبيقه دون إحلال القانون الجزائري محله، وهذا ما يصطلح على تسميته أيضا بالأثر السلبي المنفرد؛ أي هو منع تطبيق القانون الأجنبي المختص لعدم توافقه مع النظام العام في دولة القاضي المعروض عليه النزاع الذي هو القاضي الجزائري، دون أن يستتبعه إحلال قانون القاضي محله.²

ب- الأثر الإيجابي للنظام العام.

يترتب على أعمال الدفع بالنظام العام أثرا إيجابيا، يتمثل في إحلال قانون القاضي المعروض عليه النزاع محل القانون الأجنبي المستبعد، هذا ما استقر عليه القضاء الفقهي والقضاء الفرنسيين، والإحلال قد يتم بشكل صريح، حيث يحل قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد، ومثال ذلك، عندما تنص أحكام القانون الأجنبي عن منع الزواج بسبب اختلاف الجنس عكس قانون القاضي الذي يبيح الزواج في هذا الفرض، وهنا يتدخل القاضي الوطني ويستبعد أحكام القانون الأجنبي الذي يمنع هذا الزواج، ليحل محله قانون دولة القاضي الذي يسمح بإنشاء هذه العلاقة. أما الإحلال الضمني، فيكون بطريقة عكسية للمثال السابق؛ أي عندما يكون القانون الأجنبي يسمح بالعلاقة، في حين قانون دولة القاضي لا يسمح بإنشائها، كانعقاد الزوجين مسلمة وغير مسلم،

¹ - أمحمدي بوزينة آمنة، المرجع السابق، صص 193-194.

² - غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 248.

كما هو الحال في القانون الفرنسي. فيستبعد في هذا الفرض تطبيق أحكام القانون الأجنبي الذي يجيز مثل هذا الزواج المخالف للنظام العام في دولة القاضي. الملاحظ هنا أن قانون دولة القاضي لم يطبق بشكل مباشر ولم يحل محل القانون الأجنبي مباشرة وبطريقة مباشرة كما هو موضح في المثال الأول، ولكنه حل بشكل ضمني لمنع نشوء العلاقة باعتباره يقرر منع قيام العلاقة الزوجية في مثل هذه الحالات.¹

غير أن بعض الفقه لا يوافق على فكرة إحلال قانون دولة القاضي المعروض عليه النزاع أو الدعوى مكان القانون الأجنبي المستبعد على غرار الفقه الألماني والسويسري، ويبرر توجهه هذا انطلاقاً من فكرة أن أحكام قاعدة الإسناد الوطنية الموضوعية من طرف المشرع الوطني هي الأصل، وأن وسيلة الدفع بالنظام العام تعد استثناء عن هذا الأصل، وبالتالي يتعين تطبيق هذا الاستثناء في أضيق الحدود؛ أي أن النظام العام باعتباره وسيلة وقاية النظام القانوني لدولة القاضي من الضعف التي قد تتسرب إليه أحكام القانون الأجنبي المخالفة له، لا يلجأ إليه إلا في الحالة المذكورة- حالة الضرورة-، وبالتالي نكون قد أعطينا لقاعدة الإسناد قدراً كبيراً من الفعالية، والتي بدورها تشير إلى القانون الأجنبي باعتباره القانون الأكثر ملاءمة لحكم هذا النوع من العلاقات هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن إحلال قانون القاضي محل القانون المستبعد من شأنه جعل تحديد القانون الواجب التطبيق من طرف القاضي الوطني، وهو أمر خاضع للصدفة.²

يرى الفقه الألماني أنه يجب البحث عن قاعدة أخرى بديلة عن أحكام القانون الأجنبي المستبعد، وليس بالضرورة أن تكون قاعد قانون دولة القاضي، لأن مقتضيات الدفع بالنظام العام

¹ - جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 206.

² - هذا من جهة، ومن جهة أخرى يرى هذا الاتجاه أن إعمال الدفع بالنظام العام وإحلال قانون القاضي محله، هو وسيلة سهلة في يد القاضي الوطني، مما يجعل سلطته تتقارب مع سلطة المشرع، وهذا أمر غير مرغوب فيه، حيث يمنع تطور وازدهار مبادئ تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، خاصة وأن القاضي الوطني يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في هذا المجال، إلى المرجع نفسه، وغالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2001، ص 251.

تستلزم استبعاد الأحكام المخالفة لهذا النظام العام في دولة القاضي، لكنها لا تشترط قانون معين بالذات أن يحل محل القانون الأجنبي المستبعد. بل يجب فقط سد الفراغ التشريعي أولاً لكي يكون القاضي المعروض عليه النزاع في حكم الناكر للعدالة، ولهذا عليه أن يلجأ إلى البحث على قواعد أخرى في نفس القانون المستبعد لتحل محل القاعدة المستبعدة، ويجب فقط أن تكون غير مخالفة للنظام العام في قانون دولة القاضي، وهذا من شأنه في النهاية كما سبق الإشارة إليه، أن يحفظ لقاعدة الإسناد الوطنية وظيفتها الحقيقية التي وضعت من أجلها.¹

أيدت المحكمة العليا الألمانية هذا التوجه الفقهي بمناسبة قضية شهيرة عرضت عليها تلخص وقائعها: "حول دين خاضع للقانون السويسري وكان هذا الأخير يقضي بعدم تقادم الدين، في حين لا يقرر القانون الألماني هذا المبدأ ويعتبره مخالفاً للنظام العام القانون الألماني، فاستبعدت المحكمة المذكورة في حكمها الصادر في 19 ديسمبر 1922، قاعدة القانون السويسري التي تقضي بعدم التقادم، ولكنها لم تحل محلها قاعدة التقادم المنصوص عليها في قانون القاضي الألماني، وإنما أحلت محلها قاعدة بديلة من ذات القانون السويسري وهي الخاصة بالتقادم، وأخذت في ذلك بأطول مدة تقادم يأخذ بها القانون السويسري في هذا الشأن".²

لكن السؤال الذي يطرح نفس، ما هو القانون الذي يطبقه القاضي إذ لم يجد قاعدة بديلة عن القاعدة المستبعدة في القانون الأجنبي الواجب التطبيق؟ لم يجد في هذا الحالة الفقه الألماني حلاً آخر غير تطبيق قانون دولة القاضي المعروض عليه النزاع، لذا كان هذا الاتجاه الفقهي محل انتقاد على اعتبار أن تطبيق قاعدة أخرى بديلة على القاعدة المخالفة للنظام العام في نفس القانون الأجنبي، هو حل شاذ، لأنه يتنافى مع المبدأ القاضي بتطبيق القانون الأجنبي لقاعدة قانونية على مسألة دولية خاصة وفقاً لمبدأ الملائمة، وهذا يعتبر تحوير لهذا القانون وتغيير لطبيعته. لهذا ظهر فريق آخر من المعارضين لفكرة إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد، ويرى هذا الفريق أنه يجب

¹ - سلطان عبد الله محمود، الدفع بالنظام العام وأثره، مجلة الرافدين، كلية الحقوق، جامعة الموصل، المجلد 12، العدد 43، العراق، 2010، ص 11.

² - جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 207.

البحث عن أصلح القوانين- غير قانون القاضي والقانون الأجنبي-، بحيث تكون هذه القوانين تخدم الطرف الضعيف في العلاقة لتحل محل القانون المستبعد، ويستند هذا الاتجاه إلى أن إحلال قانون القاضي محل القانون المستبعد قد يخل بتوقعات الأفراد، كما أنه يلحق ضرراً بمصلحة الطرف الضعيف في العلاقة، وخاصة إذا كان قانون القاضي لا يتوقعونه.¹

نافلة القول، أن أغلبية الفقه ومعظم التشريعات أخذت بالأثر الإيجابي المتمثل في إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد لمخالفته للنظام العام، ويعد أسلم وأفضل الحلول. وقد أخذت بعض التشريعات بشكل صريح على غرار المشرع النمساوي في المادة 06 فقرة 1 من القانون الدولي الخاص النمساوي لسنة 1979، والتي نصت على استبعاد القانون الأجنبي بناء على النظام العام، ثم أضافت الفقرة الثانية من نفس المادة أنه يجب أن يطبق مكانه الحكم المقابل في القانون النمساوي.²

2- أثر الدفع بالنظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة في الخارج.

استقر الفقه والقضاء في مختلف دول العالم على أن إعمال أثر الدفع بالنظام العام يتوقف على

فرضين :

الفرض الأول، إنشاء حق أو مركز قانون وفقاً لأحكام قانون أجنبي أشارت إليه قاعد الإسناد الوطنية، لكن هذه الأحكام تتعارض مع النظام العام في قانون دولة القاضي في مجملها أو بعض منها، **والفرض الثاني**، عندما يراد فقط الاحتجاجاً وترتيب آثار معينة لحق أو مركز قانوني أنشئ صحيحاً في الخارج وفق أحكام القانون الأجنبي المذكور، لكنه مخالف للنظام العام في قانون دولة القاضي؛ أي أنه ما كان لقانون دولة القاضي أن يسمح بنشأة هذا المركز أو الحق ابتداءً.

أ- بالنسبة للفرض الأول : فالأمر مفصول فيه من طرف غالبية الفقه والتشريعات المقارنة،

حيث ينتج النظام العام في هذا الفرض آثاره كاملة، وتستبعد أحكام القانون الأجنبي المخالفة له كلياً أو جزئياً، ويحل محلها قانون دولة القاضي، بحيث يصبح تكوين الحق، أو المركز القانوني طبقاً لقانون

¹ - بلقاسم أعراب، المرجع السابق، صص 180-181، جمال محمود الكردي، المرجع السابق.

² - جمال محمود الكردي، المرجع نفسه.

القاضي. لقد أخذ أغلب القضاء بهذا الحل، منه القضاء المصري في نزاع بشأن مدى صحة طلاق أوقعه مسلم على زوجته في بلد أجنبي يمنع الزوج المسلم من إيقاع الطلاق، وهذا ما يعتبر مخالفا للنظام العام المصري الذي يميز ذلك، حيث تعين على القاضي المصري في هذا النزاع، استبعاد القانون الأجنبي وتطبيق القانون المصري الذي يقر بهذا الحق للزوج المسلم على زوجته، وبالتالي تقرير صحة الطلاق من الزوج الواقع على زوجته.¹

ب- بالنسبة للفرض الثاني : لا يكون للنظام العام نفس الأثر في الفرض الأول، لأنه في حالة الفرض الثاني، نكون بصدد التصدي للاحتجاج، بأثر الحق أو المركز القانوني الذي أنشأ صحيحا في الخارج، على خلاف النظام العام لقانون القاضي؛ أي أن نشوء الحق أو المركز القانون لم يكن في دولة القاضي وإنما فقط أريد التمسك بآثاره التي لا تخالف النظام العام. يرى أغلبية الفقه والقضاء في هذه الحالة أن النظام العام لا يتم إعماله رغم أن نشأة هذا الحق أو المركز القانوني كان مخالفا للنظام العام، وعبر الفقه عن أثر النظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة في الخارج، ويراد الاحتجاج به داخل دولة القاضي، **بالأثر المخفف للنظام العام**، وبالتالي فإذا كانت هذه الآثار لا ترقى إلى نفس درجة الاستهجان والشذوذ من حيث مخالفة النظام العام في قانون دولة القاضي، فإن الاعتراف بها لا يشكل خطرا على المبادئ والأسس الجوهرية للنظام القانوني داخل دولة القاضي، مما يستوجب على القاضي المعروض عليه النزاع السماح بتطبيقها ولا داعي لتحريك الدفع بالنظام العام.²

¹ - جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 211.

² - إن تجربة القضاء غنية بهذه الحالات ومنها اعتراف المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية بآثار حق اكتسب في الخارج، لأنه لا يتعارض مع مقتضيات النظام العام الجزائري، وذلك بتاريخ 2006/04/12، وجاء نص القرار كالاتي: "حيث أن الحكم الصادر عن جهة قضائية أجنبية، والذي قضى بتخصيص أجرة شهرية للحاضنة مقابل قيامها بحضانة أولادها الذين أسندت حضانتهم لها لم يخالف أية قاعدة جوهرية في الإجراءات كما أنه لم يخالف القانون الوطني حتى وإن كان القانون الجزائري لا ينص عليها، ومع ذلك فهي تشجع وتدفع الحاضنة للقيام بمحسونها بكل ما تملك من جهد مما يجعل القرار الأجنبي محل خلاف لا يتعارض والسيادة الوطنية أو القيم الوطنية"، القرار المنشور في مجلة المحكمة العليا لسنة 2006، العدد 01، ص 480-481، وأمنة محمدي بوزينة، المرجع السابق، ص 199، والطيب زروتي، المرجع السابق، ص 285، وجمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 211.

ويؤسس أنصار هذا الاتجاه موقفهم على أن المبادئ الأساسية والمصالح والأسس الجوهرية في مجتمع القانون الوطني لدولة القاضي، لا تتأذى ولا تتأثر، طالما أن نشأة الحق أو المركز القانوني بطريقة مخالفة للنظام العام في قانون دولة القاضي قد تم في الخارج، في ظل قانون أجنبي يسمح بإنشائها، والمراد فقط هو الاعتراف ببعض آثارها في دولة القاضي، وهذا هو الاتجاه الحديث الذي يميل إلى احترام آثار الحقوق المكتسبة في الخارج.¹

ونافذة القول أن فكرة تخفيف أثر الدفع بالنسبة لآثار المراكز القانونية المنشئة بالخارج - الأثر المخفف لنظام العام -، تنطبق فقط على هذه المراكز والحقوق التي أنشأت في الخارج دون التي أنشأت داخل دولة القاضي، ويتعلق الأمر بامتداد آثار هذه الحقوق داخل دولة القاضي، طالما أنها لا تخالف المبادئ الأساسية والمصالح والأسس الجوهرية في مجتمع القانون الوطني لدولة القاضي، وبالتالي ليس هناك حاجة لإعمال الدفع بالنظام العام²، لأن الحق نشأ في الخارج وأريد فقط التمسك بآثاره في بلد القاضي وهذا لا يعد مخالفا للنظام العام.³

3- موقف المشرع الجزائري من الدفع بالنظام العام

حذا المشرع الجزائري حدو ما سبقه من تشريعات قبل 2005 حين أورد في المادة 24 من ق.م.ج التي تقضي بأنه لا يجوز تطبيق أحكام القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان

¹ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 212.

² لكن إذا تبين أن آثار الأحكام القانونية للقانون الأجنبي الواجب التطبيق، تخالف النظام العام داخل دولة القاضي، فيتعين في هذه الحالة إعمال الدفع بالنظام العام ليشمل أحكام القانون الأجنبي وآثاره معا. حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ : 1984/06/23 من أجل قرار صادر عن مجلس قضاء تيزي وزو في 1982/04/19 بصفة جزئية، بخصوص موافقته على الصيغة التنفيذية لحكم فرنسي الصادرة بموجب حكم من الدرجة الأولى والتي بموجبها، تم منح تعويضات للمدعى عليها من غير تمييز التعويض المستحق عن أصل الحق المطالب به طبقا لاتفاق الطرفين، ومبلغ الفائدة المتفق نسبة معينة، رغم جوازها في القانون الأجنبي المختص، لكنها مخالفة للنظام العام في الجزائر بنص المادة 453 من ق.م.ج لهذا عمدت المحكمة العليا إلى نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يتعلق بالحق المدعى اكتسابه طبقا للحكم الأجنبي المتضمن مبلغ الفائدة وحده، على أساس أن تنفيذ الحكم الأجنبي بهذا الشكل في الجزائر يخالف النظام العام فيها فيما يتعلق بهذه المسألة. ينظر بخصوص المثال : نادبة فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، ط4، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 128.

³ محمد السيد عرفة، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني في تنازع القوانين، دار النهضة العربية 1993، القاهرة، ص 153.

مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، وبالتالي يكون المشرع الجزائري قد أبرز أن إعمال فكرة النظام العام في مجال تنازع القوانين، يكون إما في حالة إنشاء الحقوق في الجزائر والاحتجاج بها أمام القاضي الوطني، أو في حالة إنشاء هذه الحقوق أو المراكز القانونية في الخارج والاحتجاج بها في الجزائر. والدفع بالنظام العام يكون ضد الأحكام الموضوعية المتضمن لهذه الحقوق بموجب القانون الأجنبي المخالفة للنظام العام في قانون الدولة الجزائرية باعتباره قانون دولة القاضي المعروض عليه النزاع.

حيث أخذ المشرع الجزائري في المادة 24 منق.م.ج بعد تعديل 2005 بالأثر الإيجابي للنظام العام، على غرار أغلب التشريعات المقارنة حين حدد موقفه من مسألة ترجيح أحد آثار النظام العام، أين استتبع الأثر السلبي بالأثر الإيجابي، حيث أنه نص بشكل صريح على الأثر الإيجابي من خلال الفقرة الثانية من نص المادة 24 ق.م.ج : "... يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة"، متأثرا بالرأي الفقهي الذي يرى أن تبين الأثر السلبي وحده قد يعتبر غير كافي لأنه يؤدي بالقاضي إلى إنكار العدالة، كونه يترك النزاع دون حل؛ أي يترك العلاقة دون قانون يحكمها. هذا من جهة ومن جهة ثانية فإن قانون القاضي يعد صاحب الاختصاص الاحتياطي والقانون الأنسب لحل النزاع في هذا الفرض، باعتبار أن القاضي الوطني له سلطة تقديرية واسعة في معرفة مدى مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام والآداب العامة من عدمه.

الفرع الثاني: أهمية فكرة النظام العام وأثرها على حماية الملكية الفكرية.

مقولة الفقه على أن قواعد النظام العام بمثابة صمام الأمان الذي يحمي المقومات والأسس الجوهرية التي يقوم عليها النظام القانوني في دولة القاضي المعروض عليه النزاع أو الدعوى، ما هو إلا دليل على أن هذه الوسيلة تعمل بطريقة وقائية في كل المجالات منها مجال الملكية الفكرية. حيث تمنع تسرب الأحكام الموضوعية في القانون الأجنبي الواجب التطبيق في هذا المجال، والتي تتعارض مع النظام العام.

حيث تؤدي قواعد النظام العام في مجال الملكية الفكرية إلى استبعاد الاختراعات والمؤلفات الأدبية والفنية استنادا إلى مبدأ حماية المبادئ الأساسية والمصالح والأسس الجوهرية في مجتمع القانون الوطني لدولة القاضي، ويتجلى إبراز أهمية الدفع بالنظام العام في موضوعات الملكية الفكرية على الشكل التالي :

أولا : أهمية فكرة النظام العام وأثرها على الملكية الأدبية والفنية.

يتعين على القاضي الوطني مراعاة قواعد النظام العام والآداب العامة عند نشر مؤلفات أو ابتكار أعمال فنية وأدبية.

المشرع الجزائري لم يتطرق للأعمال الأدبية والفنية التي يكون مضمونها يتصادم مع مقتضيات النظام العام، حيث جاء الأمر 03-05 خالي من هذه المسألة، عكس الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الاختراع الذي نص على صور خاصة بالنظام العام في مجال براءة الاختراع وتشريعات الملكية الصناعية والتجارية والتي سنتطرق إليها لاحقا من الصور الخاصة للنظام العام كقيود على حرية التأليف والحقوق المجاورة له، والتي قد تسيء للدين الإسلامي مثلا عن طريق منشورات أو تداول مؤلفات تسيء إلى الوحدة الوطنية، أو تدعو للتطرف، أو الدعوى للتفرقة والعنصرية على أساس قبائلي¹، أو نشر المؤلفات التي تسيء إلى رموز الدولة في الجزائر، أو المؤلفات التي تسيء إلى سمعة الثورة التحريرية، هنا يطرح السؤال نفسه كيف للقاضي الوطني التصدي لهذا الوضع؟

جاء نص المادة 141 من الأمر 03/05 على النحو التالي : "يعمل الديوان على مراقبة مدى الاستغلال الملائم للمصنفات المنصوص عليها في المادة 139 من هذا الأمر، وله أن يرفض أو يعلق كل استغلال مضر بها"، باستقراءنا لنص هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري أعطى مكنة الدفع بالنظام العام للديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة لاتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع تداول المؤلفات التي تمس بالنظام العام للدولة الجزائري، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن صدور القانون

¹ - أحمد بوراوي، المرجع السابق، ص 93.

15-03 المؤرخ في 2015/07/15¹، المتعلق بأنشطة سوق الكتاب نص في مادته 08 : "تمارس

الأنشطة الخاصة بنشر الكتاب وطبعه وتسويقه في إطار احترام ما يلي :

- الدستور وقوانين الجمهورية.

- الدين الإسلامي والديانات الأخرى.

- السيادة الوطنية والوحدة الوطنية.

- الهوية الوطنية والقيم الثقافية للمجتمع.

- متطلبات الأمن والدفاع الوطني.

- متطلبات النظام العام

- كرامة الإنسان والحريات الفردية والجماعية.

- يجب ألا يتضمن الكتاب تمجيد الاستعمار والإرهاب والجريمة والعنصرية.

يجب ألا يتضمن الكتاب الموجه للأطفال والمراهقين أي كتاب أو أي رسم من شأنها المساس

بصحتهم النفسية أو بحساسيتهم".

باستقراءنا لهذه المادة بمفهوم المخالفة، نجد أن المشرع الجزائري نص على ضرورة تفعيل الدفع

بالنظام العام من طرف القاضي الوطني في الحالات المذكورة، ويجب على المؤلفين للكتب أن يلتزموا

بمقتضيات النظام العام المتضمن في هذا المجال الحالات المذكورة في المادة 08، كاحترام الدستور

الجزائري، والدين الإسلامي وحتى الديانات الأخرى، احترام السيادة الوطنية، والهوية الوطنية والقيم

الاجتماعية ... إلخ من مقتضيات النظام العام.

¹ - قانون رقم 15-13 مؤرخ في 28 رمضان عام 1436 الموافق 15 يوليو سنة 2015، يتعلق بأنشطة وسوق الكتاب، ج ر

ج ج ر، العدد 39، الصادرة 03 شوال عام 1436 الموافق 19 يوليو سنة 2015، ص 21.

ثانيا : أهمية فكرة النظام العام وأثرها على الملكية الصناعية.

كرست الآراء الفقهية والقضائية ومن ورائها التشريعات المقارنة ضابط النظام العام كصمام أمان للنظام القانوني لدولة القاضي وحمائته من أي تعدي قد يعرض في الصميم المصلحة الوطنية والمبادئ الجوهرية للدولة للخطر.

ومن هذا المنطلق، يمكن القول أن حرية الابتكار في مجال الملكية الصناعية مكفولة لأي فرد داخل المجتمع، بشرط أن لا يكون هذا الابتكار أو الاختراع مهما كان نوعه في مجال الملكية الصناعية سواء كان ذا طابع اقتصادي أو تجاري مخالفا للنظام العام لقانون الدولة المراد تسجيل فيها حق الاختراع. فهو مقيد بمقتضيات النظام العام لقانون هذه الدولة. ونص المشرع الجزائري عملا بمحتوى اتفاقية الترييس على مسألة الدفع بالنظام العام التي تمتد وتتوسع لتشمل الرسوم والنماذج الصناعية، والعلامات التجارية وتسميات المنشأ وبراءات الاختراع¹، كما نص في المادة 08 فقرة 02 صراحة على استبعاد كل حق براءة الاختراع يكون مخالفا للنظام العام.

ولو أخذنا براءة الاختراع كنموذج لدراستنا هذه، فأى حق اختراع منافي لمبدأ عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة²، مآله الاستبعاد، لأنه لا يخدم المصلحة العامة والأسس الجوهرية التي يقوم عليها النظام القانوني لدولة القاضي، وتكون بذلك هذه الحقوق غير مقبولة. حيث نصت المادة 08 من القانون 03-007 المتعلق ببراءة الاختراع الفقرة 02³: "لا يمكن الحصول على براءة اختراع بموجب هذا الأمر بالنسبة لما يلي :

¹ - المادة 07 من الأمر 66-86 المؤرخ في 28 أبريل 1966، المتعلق بالرسوم والنماذج، المادة 07-04 من الأمر 03-06 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالعلامات، المادة 03-04 من الأمر 76-65 المؤرخ في 16 يوليو 1976 المتعلق بتسميات المنشأ، جميعها تنص على وجوب احترام النظام العام والآداب العامة .

² - ومن الأمثلة على براءات الاختراع المنافية للنظام العام والآداب العامة الذي يكون محله آلة قمار، أو آلة تزوير وثائق أو عملة، أو آلة صنع أدوية مخدرة أو مخدرات، أو أدوية تستعمل في جريمة الاجهاض، هذه كلها اختراعات منافية للنظام العام في الجزائر، ليندرة رقيق، براءة الاختراع في القانون الجزائري واتفاقية الترييس، مذكرة ماجيستر في الملكية الفكرية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية 2015، ص 84.

³ - المادة 08 من الأمر 03-07 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003، يتعلق ببراءة الاختراع، ج.ر.ج. العدد 44 الصادرة 23 جمادى الأولى عام 1424 23 يوليو 2003، ص 29.

- الأنواع النباتية أو الأجناس الحيوانية وكذلك الطرق البيولوجية المحضة للحصول على نبات أو حيوان.

- الاختراعات التي يكون تطبيقها على الإقليم الجزائري محلا بالنظام العام أو الآداب العامة.

- الاختراعات التي يكون استغلالها على الإقليم الجزائري مضرا بصحة وحياة الأشخاص والحيوانات أو مضرا بحفظ النبات أو يشكل خطرا جسيما على حماية البيئة".

يتبين من هذا النص أن المشرع الجزائري توسع بشكل كبير في مفهوم النظام العام والآداب العامة¹، في مجال الملكية الفكرية، ونلاحظ أن النص جاء متوافقا مع نص المادة الثامنة من اتفاقية الترييس التي تنص :

- "يجوز للأعضاء عند وضع أو تعديل قوانينها ولوائحها التنظيمية، اعتماد التدابير اللازمة لحماية الصحة العمومية والتغذية وخدمة المصلحة العامة من خلال القطاعات التي تلعب دورا حيويا في التنمية الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية، شريطة اتساق هذه التدابير مع أحكام الاتفاقية الحالية.

- قد تكون هناك حاجة لاتخاذ تدابير مناسبة شريطة أن تكون متوافقة مع أحكام هذه الاتفاقية لمنع إساءة استخدام حقوق الملكية الفكرية من قبل أصحاب الحقوق، أو اللجوء إلى الممارسات التي تقيد التجارة بشكل غير معقول، أو تؤثر سلبا على النقل الدولي للتكنولوجيا.

وعند مطالعتنا نص الفقرة الأولى من المادة 08 المذكورة أعلاه، يوضح لنا أنه يجوز لأعضاء الاتفاقية، منها الجزائر، عند وضع قوانينها أو تعديلها أن يعتمد أسس جوهرية في نظامه العام التي من شأنها أن تحمي الصحة العامة وتحافظ على التغذية وتخدم المصلحة العامة داخل القطاعات التي تلعب دورا حيويا في التنمية الاقتصادية، وبما أن بلد مثل الجزائر له عدة قطاعات حيوية كبرى مثل الزراعة والمنتجات الطاقوية، فمن البديهي سن قوانين تدخل في إطار النظام العام يجعل من خلالها، الحصول

¹ - خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص 131.

على حق براءة الاختراع في الجزائر مقيد بشروط هذا النظام، وأي حق من هذا النوع يكون مخالفا لهذا النظام مآله الاستبعاد.

من خلال الفقرة الأولى من المادة 08 من الأمر 03-07، يحاول المشرع الجزائري الحفاظ على الأنواع النباتية أو الأجناس الحيوانية وكذلك الطرق البيولوجية المحضة للحصول على نبات أو حيوان. يجعلها خارج مجال حق براءة الاختراع، وحماتها من الاحتكار على أشخاص معينين داخل الدولة، حيث أراد المشرع بهذا المنع حماية الأسس الجوهرية المتمثلة في الحفاظ على الثروة الحيوانية والنباتية التي تمتاز بها الجزائر وجعلها نشاط متاح لكل فرد يرغب بممارسة هذا النشاط.

نفس الطريق سلكه المشرع الجزائري بغرض حماية البيئة باستبعاد الاختراعات التي تكون لها آثار سلبية على البيئة من خلال الفقرة 03 من نفس المادة، بمفهوم المخالفة نص المشرع الجزائري في هذه الفقرة، على أن كل حق براءة اختراع يكون استغلالها مضر بصحة المواطن الجزائري عبر كامل التراب الوطني أو يهدد الحياة أو السلامة الجسدية للأشخاص أو حتى الحيوانات أو يكون مضرا بالثروة النباتية أو الغابية حيث يؤدي إلى التأثير على طريقة نموها الطبيعي. وإتلافها مع مرور الزمن مما يهدد معه الغطاء النباتي، أو يكون هذا الاختراع يشكل كارثة بيئية أو يؤثر على البيئة البرية أو البحرية أو الجوية، فيكون مآله المطالبة بحق الاختراع في الحالات المذكورة الاستبعاد، بموجب مقتضيات الدفع بالنظام العام.

يجب الإشارة فقط أن حق وضع قواعد تدخل ضمن مقتضيات النظام العام هو أمر مكفول من قبل اتفاقية تريبس لجميع أعضائها، وهذا ما كرسته المادة 27 من هذه الاتفاقية.¹

¹ - تنص المادة 27 من اتفاقية التريبس المهمشة أنفا :

² - تتاح إمكانية الحصول على براءة اختراع لأي اختراع، سواء أكانت منتجات أو عمليات في كافة مجالات التكنولوجيا مع مراعاة أحكام الفقرتين، شريطة كونها جديدة وتنطوي على خطوة إبداعية وقابلة للاستخدام في الصناعة. كما تمنح براءات الاختراع دون تمييز من حيث مكان الاختراع أو المجال التكنولوجي أو ما إذا كانت المنتجات مستوردة أو منتجة محليا، مع مراعاة أحكام الفقرة 04 من المادة 65، والفقرة 08 من المادة 07 والفقرة 03 من هذه المادة .

المشروع الفرنسي بدوره تبنى فكرة النظام العام في قانون الملكية الصناعية الفرنسي رقم 96-579 المعدل بالقانون 94-635 بموجب المادة 721 الفقرة 17، واقتضت هذا المادة أن أي اختراع من شأنه المساس بالنظام العام وحسن الأخلاق في النظام القانوني الفرنسي وجب استبعاده، وهو ما يعرب أيضا فكرة النظام العام في اتفاقية الترييس.¹

ونافلة القول، فإن السياسة التشريعية للدول في حماية أمنها القومي، هي الفاصل بين حقوق المبدعين في مجال الملكية الفكرية من جهة، وبين مصلحة المستغلين ومصلحة الجمهور من جهة ثانية، وأي تعدي على هذا السياسة المتضمنة قواعد النظام العام، تؤدي بالإبداع الفكري مهما كان نوعه ومهما كانت أهميته إلى الاستبعاد.

المطلب الثاني : تطبيقات الدفع بالنظام العام على صعيد العلاقات الدولية الخاصة في مجال الملكية الفكرية.

للبحث عن تطبيقات الدفع بالنظام العام في مجال الملكية الفكرية، يتطلب منا الخوض في هذا المفهوم عبر الاتفاقيات الدولية لأنها المرجع بالنسبة للتشريعات المقارنة، ثم عرض بعض مواقف التشريعات الوطنية، ثم موقف القضاء ويكون ذلك على النحو التالي :

² - يجوز للأعضاء استثناء الاختراعات التي من الضروري أن يمنع استخدامها تجاريا في أراضيها ضروريا لحماية النظام العام أو الأخلاق الحميدة من قابلية الحصول على براءة، بما في ذلك حماية الحياة أو الصحة البشرية أو الحياتية أو النباتية أو لتجنب الأضرار بالبيئة، شريطة ألا يكون ذلك الاستثناء ناجما فقط عن حظر قوانينها لذلك الاستخدام .

³ - يجوز أيضا للأعضاء أن تستثنى من قابلية الحصول على براءات الاختراع ما يلي :

أ- طرق التشخيص والعلاج والجراحة اللازمة لمعالجة البشر أو الحيوان.

ب- النباتات والحيوانات، عدا الأحياء الدقيقة، ومعظم الطرق البيولوجية المستخدمة لإنتاج النباتات إما عن طريق براءات الاختراع أو عن طريق نظام فريد وفعال خاص بهذه الأنواع أو من خلال مزيج منها. ويعاد النظر في أحكام هذه الفقرة الفرعية بعد أربع سنوات من تاريخ نفاذ اتفاقية منظمة التجارة العالمية".

¹ - خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص 132.

الفرع الأول: الاتفاقيات الدولية.

يتطلب البحث في الدور الذي يلعبه النظام العام وأثره على إنفاذ قواعد الإسناد في مجال حقوق الملكية الفكرية في دولة القاضي، أن نبين موقف الاتفاقيات الدولية في هذا المجال.

أولاً : من اتفاقية باريس إلى اتفاقية تريبس.

بعد الثورة الصناعية الأولى التي كانت في القرن التاسع عشر، ونظراً لعدم كفاية الحماية الفكرية على الصعيد الداخلي، بدأت الدول في البحث عن اتفاقيات ذات طابع دولي متعدد الأطراف¹، لكن الانضمام إلى هذه الاتفاقيات كان بشكل حذر للمحافظة على النظام العام داخل الدول الأعضاء، وكان ذلك واضحاً في اتفاقية باريس المعدلة باتفاقية تريبس على النحو التالي :

- إعمال النظام العام في العقود الدولية : هناك بعض عقود التجارة تنشأ عبر الشبكة الدولية، الانترنت، إلا أن هذه العقود قد تكون منافية للأسس الجوهرية القائم عليها نظام مجتمع دولة القاضي المعروض عليه النزاع، بالرغم من تطابقها للأحكام القانونية لبعض الدول، كعقود ألعاب القمار، أو عقود إشهار المشروبات الكحولية، حيث تكون المواقع الالكترونية محل متابعة من طرف قوانين الدول التي تمتع هذا النوع من المعاملات، ويثير القاضي المعروض عليه النزاع الدفع بالنظام العام في الفرض الذي يتنافى فيه العقد مع مقتضيات النظام العام في دولته، فالجزائر مثلاً تفرض حضر على تعاقد المتعاملين الاقتصاديين مع الشركات الصهيونية في كل المجالات، فالقاضي الجزائري له السلطة في إبطال كل العقود التقليدية أو الالكترونية التي يبرمها المتعاملين الاقتصاديين مع هذا الاحتلال.²

¹ - حسن البدرابي، مداخلة بعنوان : الحماية الدولية للملكية الصناعية : من اتفاقية باريس إلى اتفاقية تريبس، ندوة الويبو الوطنية حول الملكية الفكرية للمسؤولين الحكوميين وأعضاء غرفة التجارة، المنظم من قبل المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو)، بالتعاون مع وزارة الصناعة والتجارة في جمهورية اليمن، ايم 10، 11 يوليو/ تموز 2004، المنشور على موقع الويبو في الرابط التالي : https://www.wipo.int/edocs/mdocs/arab/ar/wipo_ipr_saa_04/wipo_ipr_saa_04_4.pdf : تم الاطلاع عليه يوم 2022/10/19 على الساعة : 11:00.

² - تكلترونية، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية الدولية، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2010، 2011، ص 24-25.

تتفق أغلب التشريعات المقارنة في مجال الملكية الفكرية على أن الحق الأدبي لصاحب الحق الفكري هو من النظام العام كونه لصيق بشخصية صاحبه، لذلك يمكن أن يكون هذا الحق محلاً للتنازل أو الحجز أو التصرف¹، فإذا تقرر أن قانوناً أجنبياً واجب التطبيق وكانت أحكامه الموضوعية تقضي بخلاف ذلك، استبعدت هذه الأحكام بموجب الدفع بالنظام العام، والحكم نفسه ينسحب على القانون الذي يسمح للغير بنشر مؤلف دون إذن وموافقة صاحبه، ونفس الحكم يسري على الحقوق المجاورة، الحقوق الأدبية للملكية الصناعية.

وعليه، يمكن استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق إذا كان يجيز استغلال العلامة التجارية مثلاً، دون الحصول على إذن صاحبها أو إذا كان يسمح بالتنازل على هذا الحق أو الحجز عليه أو جعله قابلاً للتقادم بعد مضي مدة معينة.²

ثانياً : اتفاقية روما.

تتعلق اتفاقية روما 01 لعام 2007 بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية، ولقد أخذت هذه الاتفاقية بموجب المادة 21 بفكرة الدفع بالنظام العام عند تعارض نصوص هذه الاتفاقية الواضح مع قانون القاضي كشرط أساسي لاستبعاد القانون الأجنبي، وهو نفس الحل الذي اعتمده اتفاقية روما 02 لعام 2007 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على المسؤولية غير التعاقدية-التقصيرية-، حيث نصت المادة 26 منها على أنه لا يمكن استبعاد نصوص القانون المحدد بموجب الاتفاقية إلا إذا كان هذا التطبيق يتعارض بوضوح مع النظام العام في دولة القاضي، مع العلم أن نصوص هذه الاتفاقية تضمنت نصاً خاصاً بالقانون الواجب التطبيق على حقوق الملكية الفكرية في المجال التقصيري، حيث أقرت المادة 08 فقرة 01 تطبيق قانون الدولة المطلوب تقدير الحماية بها عند

¹ - المادة 28 من الأمر 03-05، المرجع السابق، ص 7.

² - هايدي عيسى حسن علي حسن، المرجع السابق، ص 330-332.

التعدي على هذه الحقوق، وأشارت الفقرة الثالثة من هذه المادة إلى عدم إمكان مخالفة ذلك بموجب المادة 14 التي تبنت مبدأ حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على مسائل المسؤولية التقصيرية¹. وبالرجوع إلى المادة 26 نجد أن قانون بلد الحماية يعبر عن الحد الأدنى لحماية حقوق الملكية الفكرية ولا يمكن استبعاده بموجب اختيار أطراف المسؤولية، وبالرغم من ذلك يمكن استبعاد هذا القانون عندما يظهر أنه يتعارض بوضوح مع قواعد النظام العام في دولة القاضي، وتطبيقاً لذلك تتدخل قواعد النظام العام عندما يكون القانون الأجنبي الواجب التطبيق يقرر الإعفاء من المسؤولية أو عندما يكون هذا القانون يجرم المضرور من الحصول على التعويض المناسب عن على حقوق الملكية الفكرية².

الفرع الثاني: موقف والتشريع والقضاء من أعمال النظام العام على حقوق الملكية الفكرية.

سنعرض من خلال هذا الفرع موقف التشريعات الوطنية وكذا موقف القضاء من أعمال النظام العام على حقوق الملكية الفكرية على النحو التالي :

أولاً: موقف التشريعات الوطنية.

ومن التطبيقات التشريعية المتعلقة بأعمال فكرة النظام العام في مجال الملكية الفكرية، نذكر القانون الدولي الخاص التونسي لعام 1998، والذي نصت المادة 69 منه على تطبيق القانون المختار من جانب الأطراف على عقود استغلال الملكية الفكرية وتطبيق قانون المكان الذي يوجد به محل الإقامة المعتادة لصاحب الحق (الناقل أو المانح) في الملكية الفكرية عند غياب قانون الإرادة، وأسندت هذه المادة اختراعات العامل للقانون الذي يحكم عقد العمل، أما المسؤولية التقصيرية المنصبة على حقوق الملكية الفكرية فنصت عليها المادة 70 من نفس القانون والتي أخضعت الفعل الضار الذي يطل حقوق الملكية الفكرية إلى قانون مكان وقوعه أو إلى قانون محل الإقامة المعتادة

¹ - خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، صص 133-134.

² - المرجع نفسه.

للشخص المسؤول عند اتحاد محل إقامتهما، أما المادة 71 فنصت على إمكانية تطبيق القانون المختار عندما يقع هذا الاختيار على قانون القاضي، شريطة أن يتم اتفاق عند نظر الدعوى أمام قاضي أول درجة.

وقريب من هذه الحلول، نص القانون السويسري لعام 1987 في المادة 122 منه على تطبيق قانون محل الإقامة المعتادة لناقل أو مانح الحق في الملكية الفكرية، أما الفقرة الثانية من هذه المادة فأجازت تطبيق القانون المختار من الأطراف، في حين نصت الفقرة الثالثة من ذات المادة على تطبيق القانون الذي يحكم عقد العمل على الاختراعات التي يتوصل إليها العامل أثناء تأديته لواجباته المرتبطة بتنفيذ العقد، ورغم ذلك فإنه وعند إغفال الأطراف عن اختيار القانون الواجب التطبيق وإخلال قانون محل الإقامة محله فإن هذا لا يعطل تطبيق نص المادة 17 من هذا القانون والتي نصت على استبعاد تطبيق نصوص القانون الأجنبي عندما تكون متعارضة مع النظام العام في سويسرا هو نفس الحكم ينسحب على القانون التونسي بحيث يمكن تفعيل نص المادة 36 من القانون الدولي الخاص التونسي التي تنص على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المخالف للنظام العام التونسي.¹

أما القانون الدولي الخاص الصيني لعام 2010، فقد نصت المادة 05 منه على الدفع بالنظام العام واستبعاد القانون الأجنبي الذي يتعارض مع المصالح المشتركة للمجتمع الصيني وعليه يمكن استبعاد القانون المختار من الأطراف ليطبق على عقود الملكية الفكرية بموجب المادة 41.²

ونفس الحل تبناه المشرع الجزائري بموجب المادة 24 من ق.م.ج، والتي بموجبها يمكن استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المتعلق بالأموال الواجب التطبيق، الذي تتعارض أحكامه مع النظام العام والآداب العامة في الجزائر.

¹ - خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، صص 135-138.

² - المرجع نفسه.

ثانيا :تطبيقات القضاء.

من التطبيقات القضائية لفكرة إعمال الدفع بالنظام العام في مجال الملكية الفكرية، نذكر قضية ياهو (yahoo.com)، والتي تتلخص وقائعها بغلق موقع إلكتروني مختص في بيع عن طريق المزاد العلني لأشياء تذكارية تتعلق بعهد الحكم النازي المتواجد بمحرك البحث ياهو yahoo.com ، بحجة أن معاملات الموقع تخالف النظام العام بفرنسا، فأصدر قاضي محكمة باريس أمرا استعجاليا قضى بموجبه من جهة بغلق الموقع الإلكتروني، ومن جهة أخرى أمر بإجراء تحفظي مفاده انتداب مجموعة من الخبراء لإعداد برنامج إلكتروني يحول دون استعمال المواطنين الفرنسيين لهذا الموقع.¹

وفي نفس السياق، نذكر حكم محكمة السين الفرنسية الصادر بتاريخ 1931/02/14، والذي كان بمناسبة المراسم السوفياتية الصادرة في 1918/11/26، والتي أقرت مصادرة العديد من المصنفات الأدبية والفنية لصالح الدولة بدون مقابل، حيث اعتبرت المحكمة أن القانون السوفياتي مخالفا للنظام العام الفرنسي وهو ما يجيز استبعاده وإحلال القانون الفرنسي محله.

كما يمكن الإشارة في هذا السياق إلى حكم المحكمة الفرنسية الصادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 2013/04/10، والذي تتلخص وقائعه في وجود عقد عمل تم إبرامه بين مصور كاميرا فرنسي وشركة أمريكية وهي شركة A.B.C INTERNATIONAL في عام 1987، وبموجب هذا العقد تستخدم الصور والتعليقات الخاصة في العرض على شاشات التلفزيون الأمريكي مقابل المبلغ المتفق عليه بين المتعاقدين، مع العلم أن هذه التحقيقات الصحفية والأفلام الوثائقية التي قام بها المصور كانت بموجب ترخيص سنة 1994، ولكون العقد ينتهي بتاريخ 2004 وبسبب استمرار الشركة الأمريكية في عرض هذه التحقيقات والأفلام الوثائقية على شاشات التلفزيون بدون ترخيص أو الحصول على إذن من صاحبها، لجأ المتعاقد معها إلى القضاء مطالبا بالتعويض عن الأضرار المادية والأدبية التي لحقت به نتيجة استغلال حقوق المؤلف دون موافقته مطالبا بتطبيق القانون الفرنسي تقدير التعويض عن الأضرار التي لحقت به وفقا لهذا الأخير، في حين تمسكت الشركة الأمريكية

¹ - تكلترونية، المرجع السابق، ص 25.

بتطبيق القانون الأمريكي باعتباره قانون الدولة الأصلية للعمل، وهذا لكون التعاقد معها بخصوص هذا العمل كان بأمريكا على أن يتم تنفيذه بفرنسا، بينما تمسك المدعي بتطبيق المادة 05 فقرة 02 من اتفاقية بيرن لعام 1886، والتي تقضي بتطبيق قانون الدولة المطلوب تقدير الحماية بها على الحقوق التي يمارسها المؤلف أو المستفيد منها.

وقد استجابت محكمة استئناف باريس لطلب الشركة الأمريكية وطبقت القانون الأمريكي باعتباره قانون الدولة الأصلية للعمل، فطعن المدعي في هذا الحكم أمام محكمة النقض، والتي انتهت إلى أن تطبيق القانون الأمريكي على هذا النزاع مخالف للمادة 111 فقرة 01 من قانون الملكية الفكرية الفرنسي، والتي تنص على تطبيق القانون الفرنسي على كل من يقيم بالإقليم الفرنسي عندما يتعلق الأمر بقوانين البوليس الآمرة والواجب التطبيق، ورأت أيضا أن النظام العام يقتضي تطبيق القانون الفرنسي على هذا النزاع، وهذا لكون النزاع ينصب على حقوق المؤلف والحقوق المجاورة والتي تعد من القواعد اللصيقة من النظام العام الدولي والتي يجب أن تتدخل لتقدير التعويض على حقوق الملكية الفكرية.

الخاتمة

الخاتمة :

يعتبر موضوع القانون الواجب التطبيق على الأموال من المواضيع القديمة في فقه القانون الدولي الخاص، التي ثار بشأنها إشكالات قانونية عديدة تتعلق بالقانون الأنسب لحكم هذه العلاقات من خلال البحث عن أفضل القواعد القانونية التي تتماشى مع فكرة الأموال وطابعها المرتبط بالبعد الزماني والمكاني ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع انتهينا إلى أن قاعدة خضوع المال لقانون موقعه قد تسيدت الحلول المقترحة من طرف الفقه والتشريعات الوضعية على اعتبار أنها قاعدة قانونية تضرب بجذورها في اعماق التاريخ، إلا أن التطور الذي لحق بفكرة الأموال والتغير الذي صاحب الطابع المادي لها إلى الطابع المعنوي، فرض ضرورة التفكير والبحث عن قواعد أخرى تتماشى والمستجدات الحاصلة على الصعيد التصرفات الواردة الأموال.

حيث سادت في التشريعات القديمة وترسخت قاعدة خضوع المال لقانون موقعه وفقا للوجهات المدارس القانونية القديمة، إلا أن حركية هذه الأموال وتغير طبيعتها كونها أموال لا يمكن رؤيتها ولا تخضع للحس المادي، كما تعتبر كذلك جانب مهم في معاملات التجارة الدولية، فرض ضرورة البحث والتوجه نحو مناهج وقواعد أخرى تتفادى إلى حد بعيد تعقيدات المنهج التنازعي ووسائله وهو ما كان في صالح المنهج المباشر في صورته - منهج القواعد الموضوعية ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري -.

تضمنت العديد من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، نماذج لقواعد هذا المنهج، عنيت بتحديد و إيجاد حلول مباشرة للمنازعات المتعلقة بالأموال المعنوية على وجه الخصوص، كون هذه الأخيرة تعتبر نتاج التطور العلمي والتقني في العصر الحديث، مما أستوجب إيجاد قواعد تتماشى وخصوصية الأموال المعنوية، بأشكالها المختلفة.

هذه التركيبة من مناهج القانون الدولي الخاص، حتمت ضرورة إيجاد نوع من التكامل والتعايش لتسوية ما يثور من منازعات بخصوص التصرفات الواردة على الأموال، لتسبغ فكرة استئثار منهج بعينه لتسوية هذه المنازعات وهو عين ما يسبو إليه الفقه القانوني الدولي الخاص المعاصر.

ومن خلال ما تقدم، اهتدينا إلى مجموعة من النتائج التي خلصت إليها دراستنا ثمثت أساسا في أنه بموجب المادة 17 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري، أخذ المشرع الجزائري بالقاعدة العامة لخضوع الأموال إلى قانون موقعها المنصوص عليها في معظم التشريعات المقارنة.

- وبموجب المادة 17 مكرر من نفس القانون استحدث المشرع قواعد إسناد خاصة بالأموال المعنوية أخضع بموجبها هذه الأموال إلى قانون موقعها المناسب لها؛ (حيث أخضع الملكية الأدبية والفنية لقانون مكان النشر الأول للمصنف أو انجازه، وأخضع براءة الاختراع لقانون البلد الذي منحها، كما أخضع الرسم والنموذج الصناعيين لقانون بلد التسجيل أو قانون بلد الإيداع، وأخضع أيضا العلامة التجارية لقانون البلد الذي تتواجد فيه منشأة الاستغلال، والاسمالتجاري لقانون بلد المقر الرئيسي للمحل التجاري)، ليكون بذلك قد واكب التطور الحاصل في مجال الأموال بمفهومها القديم والحديث، متجاوزا بذلك معظم التشريعات العربية التي لم تنص لحد الآن على القانون الواجب التطبيق على الأموال المعنوية.

- والملاحظ على القوانين التي أخضع لها المشرع الأموال المعنوية أنها هي عينها الحلول المقترحة من طرف الفقه والمنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية.

- وإيماننا من المشرع الجزائري بأهمية الأموال في مجال العلاقات الدولية نص بموجب المادة 17 فقرة 01 على إخضاع تكييفها إلى قانون موقعها استثناءً من القاعدة العامة في التكييف الواردة في المادة 09 من القانون المدني، والتي أخضع بموجبها المشرع التكييف الضروري لقانون القاضي.

- كما توصلنا من خلال هذه الرحلة البحثية سواء عبر المدارس الفقهية القديمة والحديثة، أو من خلال التطور الذي طرأ على مفهوم الأموال بفعل التطور الاقتصادي والتكنولوجي والذي أدى إلى ظهور فكرة الأموال التي ليس لها حيز مكاني، أن النظرة إلى المال بصفة مجردة في العلاقات الخاصة الدولية بقي خاضعا لقانون موقعه تحت مسميات مختلفة، وهذا يدل على صلابة الاعتبارات التي قامت عليها هذه القاعدة والتي مازلت قائمة إلى يومنا هذا، أما عندما ينظر إلى المال كثروة

للإنسان أو كموضوع للتصرفات القانونية، توصلنا أن هناك أنظمة قانونية أخرى تتفاعل في تأثيرها وتأثيرها بالقاعدة محل الدراسة كالعقد والأموال الناشئة عن التصرفات المتعلقة بالأحوال الشخصية كالوصية والهبة والوقف... إلخ.

- ورغم أهمية وثبات القاعدة، إلا أنها تواجه صعوبات في تطبيقها بالنسبة لبعض الأموال التي ليس لها مكان ثابت، كتلك المنقولة على متن وسائل نقل التي تحمل علما ووسائل النقل التي لا تحمل علما، وترد عليها استثناءات في التصرفات القانونية التي ترد على العقار كالأهلية وشكل هذه التصرفات.

- وبالرغم من تتبع المشرع الجزائري للتطورات الحاصلة على الأموال، إلا أنه لم يرصد حلا للتنازع المتغير الذي تثيره الأموال المنقولة لسهولة انتقالها من مكان إلى آخر، ولذلك تبقى الحلول الفقهية التي قيلت بشأن هذا الموضوع ملاذا للقاضي لحل المنازعات التي تثيرها الأموال المنقولة عند تحريكها.

- وتجدر الإشارة أن قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه بالنظر إليها كقاعدة إسناد انفرادية وفقا لبعض الفقه يترتب عنها حرمان القاضي الجزائري من النظر في المنازعات المتعلقة بالعقارات الواقعة خارج الجزائر.

- أما فيما يتعلق بإعمال القاعدة محل الدراسة في مجال الأموال المعنوية والتي وبعد تحديدها لمفهومها ونطاقها، توصلنا في معرض بحثنا على القانون الواجب التطبيق عليها أنها تتجاوزها آراء فقهية عديدة، لعل أبرزها نظرية خضوع حقوق الملكية الفكرية لقانون بلد الأصل - المنشأ - ونظرية قانون بلد طلب الحماية به.

- ومن خلال بحثنا في الحلول المتبعة في التشريع الوطني والدولي، وقفنا على أن نظرية قانون بلد طلب الحماية هي الأكثر انتشارا مقارنة بنظرية قانون بلد الأصل، وهو نفس الحل الذي اعتمده القضاء، ورغم ذلك أثبت الواقع العملي أن هناك حقوق تأبى الخضوع لهذا القانون. وهذا ما جعله لا

يشكل قاعدة عامة في هذا المجال، خاصة عندما تكون هذه الحقوق مصدرها التصرفات القانونية كالعقد أو الفعل الضار، والتي تخضع في هذه الحالات للقواعد العامة المقررة في نظرية التنازع.

- وفي القانون الجزائري، فإن القانون الواجب التطبيق على حقوق الملكية الفكرية بشقيها الأدبي والفني من جهة، والملكية الصناعية من جهة أخرى، فحسب المادة 17 مكرر من القانون 10-05 المتضمن القانون المدني الجزائري، هو قانون البلد الأصل حسب مسميات قانون المحل الواردة في فقرات هذه المادة.

- وفي معرض بحثنا في مسألة تنازع القوانين التي تثيرها حقوق الملكية الفكرية تبين لنا أنه وبالنظر لتعلق هذه الحقوق بالمصالح العليا للدولة، فإن هذا أدى إلى ظهور قواعد ذات تطبيق ضروري تطبق بالأولوية على المسائل المتعلقة بهذه الحقوق عندما يكون النزاع يتعلق بهذه المسائل؛ وهذا أدى إلى التسليم بتعايش المنهج التنازعي مع قواعد المنهج ذات التطبيق الضروري، ولكون حقوق الملكية الفكرية أيضا تعتبر حقوق دولية بامتياز- تجارة دولية-، فإن هذا الطابع أدى إلى ظهور قواعد موضوعية تطبق مباشرة على النزاعات المتعلقة بهذه الحقوق، وهذا بدوره أدى إلى ظهور الحاجة إلى استعمال منهج القواعد الموضوعية كمنهج يتعايش هو الآخر مع المنهجين السابقين، وبالتالي توصلنا أن حل المنازعات الخاصة الدولية المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية يستعمل في حلها كل هذه المناهج.

- توصلنا أنه وبالنظر لتشعب مجالات النظام العيني وتنازع القوانين بشأنه فإن النظام العام يلعب دورا فعالا في حماية المصالح المالية العليا للدولة ويخفف من وطأة اختلاف الحلول التشريعية والفقهية والقضائية والاتفاقية.

هذه النتائج دفعتنا إلى تحديد مجموعة من الاقتراحات أهمها أننا نقترح على المشرع الجزائري، تعديل الفقرة الأولى من المادة 17 التي اعتبرت المال استثناء من نظرية إخضاع التكييف لقانون القاضي، لأن هذا الاستثناء لا مبرر له في القانون الجزائري، ولأن التنازع يرد على الحقوق

الواردة على العقار والمنقول ولا يتعلق بالمال في حد ذاته، ليتطابق القانون الجزائري مع التشريعات العربية الأخرى.

- ولحماية العقارات الجزائرية المتواجدة في الخارج نقترح على المشرع الجزائري بإبرام اتفاقيات دولية في مجال تنازع الاختصاص القضائي والحرص على إخضاعها للقانون الجزائري، حماية للاقتصاد الوطني حتى نستفيد من تمديد تطبيق القاعدة محل الدراسة.

- نص المشرع صراحة على حماية هذه الحقوق، خاصة في العلاقات الدولية الخاصة وكان ذلك من خلال المادة 17 مكرر من القانون 05-10 المتضمن قواعد القانون المدني وهي: براءة الاختراع، الرسوم والنماذج الصناعية، والعلامة التجارية. والملاحظ أن المشرع الجزائري من خلال قاعدة الإسناد المذكورة لم يتطرق إلى المجالات الحديثة المنصوص عليها في الاتفاقيات الحديثة كاتفاقية تريبس والتي نصت على مجالات جديدة مثل: الدوائر المتكاملة، حماية المؤشرات الجغرافية، وبلد المنشأ، وحماية الأسرار التجارية والمنافسة غير المشروعة، لذلك نقترح استكمال النظام القانوني الذي أرساه المشرع للأموال بنوعيتها المادية والمعنوية، بالتنصيص على المجالات الحديثة المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية الحديثة المنوه عنها.

- نقترح على المشرع الجزائري تعديل المادة 03 من القانون 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، وذلك بتبني مبدأ المعاملة الوطنية المكرس في الاتفاقيات الدولية بشكل صريح يزيل كل لبس في تفسير هذه المادة.

- في مجال حقوق الملكية الفكرية، ولتوفير الحماية لهذه الحقوق سواء بالنسبة للوطنيين أو الأجانب، وللتنسيق بين مواقف الاتفاقيات الدولية والقانون الجزائري وذلك باعتماد ضابط بلد طلب الحماية بدلا من ضابط بلد الأصل، وهذا لتوفير الحماية للمؤلفين والمخترعين الجزائريين بالخارج.

- بالنظر للطبيعة الدولية لحقوق الملكية الفكرية، نقترح توسيع نطاق منح القواعد المباشرة وذلك من خلال السعي إلى الانضمام إلى الاتفاقيات الدولية وتبني حلولها في القانون الوطني والعمل

على نشر مضمون هذه الاتفاقيات على نطاق واسع، خاصة بين صفوف المعنيين بمجال هذه الحقوق كالباحثين والقضاة والطلبة... إلخ.

- بالنظر لتعلق حقوق الملكية الفكرية بالاقتصاد والاستثمار، نقترح ضرورة عدم التوسع في أعمال الدفع بالنظام العام وجعله قاصرا للحفاظ على المبادئ الأساسية في المجتمع لكي لا يقف حجر عثرة في وجه الاستثمارات الأجنبية، وهذه المهمة ملقاة خاصة على عاتق القضاة.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع :

❖ القوانين :

➤ الاتفاقيات الدولية :

1. اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية أبرمت هذه الاتفاقية بمدينة باريس في 20 مارس 1983، والمعدلة في بروكسل في 19 ديسمبر 1900، وفي واشنطن في 12 جوان 1911، وفي لاهاي في 06 نوفمبر 1925، وفي لندن في 02 جويلية 1934، وفي برشلونة في 31 أكتوبر 1958.

2. اتفاقية روما لفناني الأداء والحقوق المجاورة انعقدت بتاريخ 26 أكتوبر سنة 1961 بروما بإيطاليا، حيث انضمت إليها لغاية 1999، وفقا لإحصائية منظمة الملكية الفكرية 63 دولة.

3. اتفاقية برن 1986، التي انضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 97-341 المؤرخ في 13 سبتمبر 1997 الصادر بالجريدة الرسمية العدد 61 بتاريخ 14 سبتمبر 1997. والمتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

4. اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا أو جزئيا، لسنة 2008. لم يدخل تعديل 2008، حيز النفاذ بسبب عدم المصادقة عليها لحد الآن لأكثر من 20 دولة وهو النصاب القانوني المطلوب، حسب ما جاء في المادة 94 من نفس الاتفاقية.

➤ النصوص التشريعية :

✓ القوانين :

1. قانون 90-30 المؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411 الموافق أول ديسمبر سنة 1990، يتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج.ر، العدد 52، الجزائر، 1990.

2. قانون رقم 03-04 مؤرخ في 16 ذي الحجة عام 1423 الموافق 17 فبراير سنة 2003، يعدل ويتم المرسوم التشريعي رقم 93-10 المؤرخ في 02 الحجة عام 1413 الموافق 23

قائمة المصادر والمراجع

مايو سنة 1993 والمتعلق ببورصة القيم المنقولة والمعدل والمتمم. ج.ر. رقم 11 الصادرة في 18 ذو الحجة عام 1423 الموافق 19 فبراير سنة 2003.

3. قانون رقم 15-13 مؤرخ في 28 رمضان عام 1436 الموافق 15 يوليو سنة 2015، يتعلق بأنشطة وسوق الكتاب، ج.ر.ج.ج. العدد 39 الصادرة 03 شوال عام 1436 الموافق 19 يوليو سنة 2015.

✓ الأوامر :

1. الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 78، الصادرة في 24 رمضان عام 1395 هـ الموافق 30 سبتمبر سنة 1975 م، ص.ص. 990-1059، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ 13 جمادى الأولى عام 1426 هـ الموافق 20 يونيو سنة 2005، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 44، الصادرة في 19 جمادى الأولى عام 1426 هـ الموافق 26 يونيو سنة 2005، ص.ص. 17-25، وبالقانون رقم 07-05، المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 هـ الموافق 13 مايو سنة 2007، ج.ر.ج.ج. العدد 31، الصادرة في 25 ربيع الثاني عام 1428 هـ الموافق 13 مايو سنة 2007، ص.3. المتضمن القانون المدني.

2. الأمر رقم 75-59، مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون التجاري، ج.ر.ج.ج. عدد 101 صادر في 16 ذو الحجة عام 1395 الموافق 19 ديسمبر سنة 1975، معدّل ومتمّم، المتضمن القانون التجاري الجزائري.

3. الأمر 76-80 المؤرخ في 29 شوال عام 1396 الموافق لـ 23 أكتوبر 1976 والمتضمن القانون البحري - جريدة رسمية رقم 29 مؤرخة في 10 أبريل 1977 - المعدل والمتمم بالقانون 98-05 المؤرخ في أول ربيع الأول عام 1419 الموافق لـ 25 يونيو سنة 1998 - جريدة رسمية رقم 47 مؤرخة في 27 يونيو 1998 - المعدل والمتمم بالقانون رقم 04-10 المؤرخ في 05 رمضان عام 1431 الموافق لـ 15 أوت 2010 - جريدة رسمية لسنة 2010.

قائمة المصادر والمراجع

4. الأمر رقم 05/03 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق ل 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، الجريدة الرسمية العدد 44 بتاريخ 23 يوليو 2003.
5. الأمر رقم 66-48 مؤرخ في 05 ذي القعدة عام 1385 الموافق 25 فبراير سنة 1966 يتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية إلى اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المبرمة في 20 مارس 1883، ج ر العدد 10، عام 1966.
6. الأمر رقم 75-02 مؤرخ في 26 ذي الحجة عام 1391 الموافق 05 يناير سنة 1975 يتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية إلى اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية ج.ر. العدد 10 عام 1975.
7. الأمر رقم 03-07 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق ل 19 يوليو 2003 المتعلق ببراءة الاختراع، ج.ر. العدد 44 المؤرخة في 23 يوليو 2003.
8. الأمر 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية الصادر في ج.ر. عدد 41 الصادرة بتاريخ 27 جوان 2004.
9. الأمر 66-86 المؤرخ في 28 أبريل 1966، المتعلق بالرسوم والنماذج، المادة 04-07 من الأمر 03-06 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالعلامات، المادة 04-03 من الأمر 76-65 المؤرخ في 16 يوليو 1976 المتعلق بتسميات المنشأ، جميعها تنص على وجوب احترام النظام العام والآداب العامة .
10. الأمر 03-07 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003، يتعلق ببراءة الاختراع، ج.ر.ج، العدد 44 الصادرة 23 جمادى الأولى عام 1424 23 يوليو 2003.

➤ النصوص التنظيمية :

✓ المراسيم :

1. المرسوم التنفيذي 05-277 الذي يحدد كفاءات طلب براءة الاختراع وإصدارها والرسوم التنفيذية 05-277 الذي ينظم كيفية اكتساب الحقوق على العلامة وينظم الإجراءات الخاصة بالإيداع، التسجيل والنشر، ج.ر، العدد 54 الموافق 7 غشت سنة 2005.

✓ القرارات القضائية

1. حكم محكمة السين المدنية الصادر في 31 ماي 1933. منشور في Gazette du Palais sk, 1933.

2. حكم محكمة استئناف باريس في 13 أبريل 1936 منشور في Dalloz, 1936.

3. حكم المحكمة العليا الفدرالية الألمانية في 16 أبريل 1985، في قضية Agud'Alexandre Soljentisyne Rev.d Crit.1977.p.72 Note E.MEZGER

4. القرار منشور في مجلة المحكمة العليا لسنة 2006، العدد 01، ص 481-480.

5. المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ : 1984/06/23 من أجل قرار صادر عن مجلس قضاء تيزي وزو في 1982/04/19.

➤ الكتب العامة باللغة العربية :

1. أبو العلا أو العلا النمر، مقدمة في القانون الدولي الخاص، دار الكتاب الجامعية، مصر، 2003.

2. أحمد أبو المجد محمد السيد عفيفي، المسؤولية التقصيرية عن الممارسات الخاصة وسوء استخدام الانترنت في ضوء القانون الدولي الخاص الالكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2017.

3. أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2004.

4. أحمد سي علي، مدخل العلوم القانونية، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، ط01، دار الأكاديمية للطبع والنشر والتوزيع، الدار البيضاء، الجزائر، 2011.

قائمة المصادر والمراجع

5. أحمد سي علي، مدخل العلوم القانونية، النظرية العامة للقانون وتطبيقاته في القوانين الجزائرية، ط1، دار الأكاديمية للطبع والنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.
6. أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، 2003.
7. أحمد عبد الكريم سلامة، أصول المرافعات المدنية والدولية، مكتبة العالمية بالمنصورة، مصر، 1984.
8. أحمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات الدولية الخاصة، ط1، دار النهضة العربية، 2008.
9. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1989.
10. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية انتقادية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987.
11. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية، الإسكندرية، ج2، 1989.
12. أحمد مسلم، موجز القانون الدولي الخاص المقارن، دار النهضة العربية، بيروت، 1966.
13. إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا الحق والقانون وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، ط2، ديوان المطبوعات الجزائرية- الجزائر، 1990.
14. أشرف أحمد عبد الوهاب، إبراهيم سيد أحمد، كسب الحيازة وانتقالها وزوالها، في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء، ط1، دار العدالة للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2018.
15. الأصبحي مصطفى ياسين محمد حيدر، حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص، ط1، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2007.

قائمة المصادر والمراجع

16. إلياس نصيف، الوصية للمسلمين في القانون الدولي الخاص، الجزء 02، دون دار نشر، 2003.
17. آمنة محمدي بوزينة، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2020.
18. أمين رجا رشيد دواس، تنازع القوانين في فلسطين، الطبعة الأولى، دار الشروق للنشر والتوزيع، فلسطين، 2001.
19. بشير سرحان القروي ، دور القاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي على ضوء المادة 23 مكرر من القانون المدني، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 03 ، العدد 01، جامعة عمر ثليجي الأغواط، الجزائر، 2015.
20. بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، دار هومة للنشر والتوزيع، 2003.
21. بيار مايروفانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة علي محمود مقلد، ط1، مجلة المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008.
22. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، مطابع الأمل، بيروت، لبنان، 1990.
23. جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2006.
24. جمال محمود الكردي ، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005.
25. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، مصر، 2005.
26. جمال محمود الكردي، حق المؤلف في العلاقات الخاصة الدولية والنظرية العربية والإسلامية للحقوق الذهنية في منظومة الاقتصاد العالمي الجديد، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.

27. جمعة حسين خلف، شرح القانون الدولي الخاص الليبي، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، 1999.
28. الجيلالي عجة، مدخل للعلوم القانونية ج2 "نظرية الحق"، دار برتي للنشر، الجزائر، 2009.
29. حسام الدين فتحي عبد اللطيف نصيف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 1994.
30. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين (المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني)، دراسة مقارنة، ط2، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، 2001.
31. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1995.
32. حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الكويتي، جامعة الكويت، 1974.
33. حسن الهداوي، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، دار النشر والتوزيع، 2005.
34. حسن كبير، الموجز في أحكام القانون المدني، منشأة المعارف، مصر، 1995.
35. حسن كبيرة، المدخل إلى القانون، القانون بوجه عام، النظرية العامة للقاعدة القانونية، ق2، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2014.
36. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول (المبادئ العامة في تنازع القوانين)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
37. حميد بن شنيقي، مدخل لدراسة العلوم القانونية، ج2، نظرية الحق، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2008.

38. خالد عبد الفتاح محمد خليل، مشكلات إنفاذ وتنزع قوانين الملكية الفكرية، دراسة مقارنة في ضوء أحكام القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية وقواعد تنزع القوانين، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2017.
39. خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
40. رامي سمير كمال الصويص، تنزع القوانين في مجال حق المؤلف، دراسة مقارنة، قدمت هذه الأطروحة استكمالاً للخصوص على درجة دكتوراه فلسفة في القانون الخاص، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، كلية الدراسات القانونية العليا، عمان، 2004.2005.
41. رمزي محمد علي دراز، فكرة تنزع القوانين في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2004.
42. رمضان جمال كامل، الحماية القانونية للحيازة، ط1، دار الألفي لتوزيع الكتب، الإسكندرية، مصر، 2002.
43. رمضان محمد أبو السعود ومحمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، منشورات الحلبي الحقوقية3، بيروت، لبنان، 2003.
44. سالم إرجيعة، الوجيز في القانون الدولي الخاص الليبي، تنزع القوانين من حيث المكان- تنزع الاختصاص القضائي الدولي- الجنسية ومركز الأجانب-، ط4، دار الكتب الوطنية، بن غازي، ليبيا، 2007.
45. سامي بديع منصور وأسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
46. سامي فوزي محمد، شرح القانون التجاري، ج1، الأوراق التجاري، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999.

قائمة المصادر والمراجع

47. سعد نبيلابراهيم ومحمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون - نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.
48. سعد نبيلابراهيم، ومحمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون - نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
49. السعيد الشرقاوي، حقوق الملكية الفكرية، أسس الحضارة، وال عمران وتكريم للحق والخلق، ط 1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1995.
50. سعيد سعد عبد السلام، الحماية القانونية لحق المؤلف والحقوق المجاورة في ظل قانون الحماية حقوق الملكية الفكرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
51. سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية (تنازع القوانين، المعاهدات، التحكيم التجاري الدولي)، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
52. سمير عبد السيد، تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة الرهن الرسمي، حق الاختصاص الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، مطبعة الأطلس، مصر، 1994.
53. سيف الدين قباري محمد، نظرية الغش في القانون الخاص، من المنظور الفقهي والقضائي، دار الفكر الجامعي، مصر، 2019.
54. صبري حمد خاطر، الملكية الفكرية، دراسة مقارنة في القانون البحريني، ط 1، مطبعة جامعة البحرين، البحرين، 2007.
55. صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي، في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2006.
56. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط 2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.
57. صلاح زين الدين، المدخل إلى الملكية الفكرية، ط 3، دار الثقافة، عمان، 2011.

قائمة المصادر والمراجع

58. الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1، في ضوء القانون
10-05، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الثانية، مطبعة الفسييلة، الدويرة،
الجزائر، 2008.
59. الطيب زروقي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة للنشر والتوزيع،
الجزائر، 2011.
60. عامر محمود الكسواني، القانون الواجب التطبيق على مسائل الملكية الفكرية، ط.1، دار
وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011.
61. عامر محمود الكسواني، الملكية الفكرية، ماهيتها، مفرداتها، طرق حمايتها، دار الحبيب
للنشر والتوزيع، الأردن، 1998.
62. عبد الرحمن جابر جاد، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، مصر، 1962.
63. عبد الرحيم عنتر عبدالرحمان، براءة الاختراع ومعايير حمايتها، ط.1، دار الفكر الجامعي،
الاسكندرية، 2009.
64. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة في الملكية،
ج5، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، طبعة 1952.
65. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج9، دار النهضة العربية،
القاهرة، مصر، 1968.
66. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، ط1، منشورات الحلبي
الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012.
67. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز
الأجانب، التنازع الدولي للقوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مكتبة السنهوري، بيروت،
2017.

قائمة المصادر والمراجع

68. عبد العزيز سمية، حساين سامية، إشكالات تطبيق قانون موقع المنقول المادي في ظل القانون الجزائري، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أحمد درايا أدرار، المجلد 7 العدد 2، الجزائر، 2019.
69. عبد القادر العطير ، الوسيط في القانون التجاري، الأوراق التجارية، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان، 1998.
70. عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية انتقادية، دار النهضة العربية القاهرة، 1985.
71. عبد الكريم محسن أبو دلو، تنازع القوانين في الملكية الفكرية، دراسة مقارنة، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2004.
72. عبد الله فاضل حامد، مبدأ اليقين القانوني في العلاقات الخاصة الدولية (دراسة تحليلية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2019.
73. عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، ط3، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1967.
74. عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، مصر، 2007.
75. عبده جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.
76. عبده جميل غصون، محاضرات في القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.
77. عجة الجيلالي، أزمات حقوق الملكية الفكرية، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
78. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ط8، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، دار النهضة العربية، 1977.

قائمة المصادر والمراجع

79. عز الدين عبد الله، الموجز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الفنية للطباعة والنشر، مصر، 1997.
80. عصمت عبد المجيد وصبري خاطر، الحماية القانونية للملكية الفكرية، بيت الحكمة، بغداد، العراق، 2001.
81. علاء الدين زكي، المسؤولية الجنائية لريان السفينة في القانون البحري، طبعة أولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014.
82. علي سيد حسن، المدخل إلى القانون، ك2، نظرية الحق، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، مصر، 1989.
83. علي عبد الكريم جلال، القانون الواجب التطبيق على عقد الاحتراف الدولي، منشورات زين الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2018.
84. عليعلي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
85. علي فيلاي، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2011.
86. علي قربوع كمال، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، ط3، دار هومة للطباعة النشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
87. غالب علي الداودي وحسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي، بدون جهة نشر، العراق، 1996.
88. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2021.

قائمة المصادر والمراجع

89. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2001.
90. غريب شلقامي شحاتة، الملكية الفكرية في القوانين العربية، ط2، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2008.
91. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، الجمهورية العربية السورية، 2018.
92. فؤاد عبد المنعم وراشد ساميه، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الاحكام الاجنبية، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1994.
93. فوزي محمد سامي، فائق محمود الشماع، القانون التجاري، الأوراق التجارية، المكتبة القانونية، بغداد، 2008.
94. كمال عليوشقربوعه ، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2006.
95. مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، منشورات جامعة حلب، سوريا، 2008.
96. محمد أحمد علي محاسنة، تنازع القوانين في العقود الالكترونية، ط1، دار النشر والتوزيع، الأردن، 2013.
97. محمد الحاج حمود، القانون الدولي للبحار، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر، 2008.
98. محمد السيد عرفة، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني في تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1993.

قائمة المصادر والمراجع

99. محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، دار الكتب الوطنية بنغازي، ليبيا، 1994.
100. محمد خليل يوسف أبو بكر، حق المؤلف في القانون - دراسة مقارنة-، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008.
101. محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، دار الخلدونية للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.
102. محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقصي الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2010.
103. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2008.
104. محمد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007.
105. محمد عبد العال عكاشة، أحكام القانون الدولي الخاص اللبناني، دراسة مقارنة، الجزء الأول، (تنازع القوانين)، الدار الجامعية، بيروت، 1998.
106. محمد عبد العال عكاشة، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، ط 2، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، مصر، 1995.
107. محمد عبد العال عكاشة، تنازع القوانين، (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.
108. محمد عبد العال عكاشة، تنازع القوانين، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 1998.

قائمة المصادر والمراجع

109. محمد عبد العال عكاشة ، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001.
110. محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دراسة تحليلية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
111. محمد علي فارس الزغبى، الحماية القانونية لقواعد البيانات وفقا لقانون حق المؤلف - دراسة مقارنة بين النظام اللاتيني والنظام الأنجلو أمريكي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
112. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأبحاث، مادة التنازع، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، بدون سنة نشر.
113. محمد محمد حسن الحسيني، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، 2012.
114. محمد مزباني، حكم الأسهم والسندات، مجلة الإصلاح، المجلد 02 العدد 08، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
115. محمد وحيد الدين سوار شرح القانون المدني، الحقوق العينية التبعية، الرهن المجرد، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
116. محمد وليد المصري، الوجيز في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للقانون الأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي، ط02، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011.
117. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، (دراسة مقارنة للقانون الأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي) ط01، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع، 2002.
118. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.
119. محمدي زاوي فريدة، الحيازة والتقدم المكسب، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.

قائمة المصادر والمراجع

120. محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة، دار الكتاب الحديث، 1979.
121. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
122. محمد أمقرانوبشير، قانون الإجراءات المدنية، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
123. مصطفى كمال طه، القانون البحري، دار الفكر الجامعي، ط1، الإسكندرية، مصر، 2007.
124. مصطفى ياسين محمد، حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص، ط1، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2007.
125. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص، وفق القانون العراقي والمقارن، ط2، دار الحرية للطباعة بغداد، العراق، 1977.
126. ممدوح عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.
127. ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.
128. منصور سامي بديع، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة، ط1، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، 1994.
129. منصور، سامي بديع وعبد العال عكاشه، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1995.
130. نادية فضيل تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، ط4، دار هومة، الجزائر، 2005.

قائمة المصادر والمراجع

131. نادية فضيل، الغش نحو القانون، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
132. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009.
133. نسرين الشريف وسعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013.
134. نسرين شريف، سعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2013.
135. نسرين شريقي، سعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ط1، دار بلقيس للطباعة والنشر، الجزائر، 2013.
136. نعيم مغيب، الملكية الأدبية والفنية، والحقوق المجاورة، دراسة في القانون المقارن، ط1، مكتبة معهد الحقوق، بيروت، 2000.
137. هشام القاسم، المدخل إلى علم القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2013.
138. هشام خالد، العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2001.
139. هشام خالد، القانون الدولي الخاص، النظرية العامة - النظرية العاملة للجنسية، الجنسية المصرية، مركز الأجنبي، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2014.
140. هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008.
141. هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، (الجنسية، تنازع الاختصاص القضائي، تنازع القوانين)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2004.

قائمة المصادر والمراجع

142. هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، الجنسية- تنازع الاختصاص القضائي- تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، إسكندرية، مصر، 2002.
143. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
144. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية، ط01، بيروت، لبنان، 2016.

➤ الكتب المتخصصة :

1. أحمد أبو المجد محمد السيد عفيفي، المسؤولية التقصيرية عن الممارسات الخاصة وسوء استخدام الانترنت في ضوء القانون الدولي الخاص الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، 2017.
2. إدريس فاضلي، الملكية الصناعية في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
3. عمر بلمامي، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، نظرية التكييف (دراسة تحليلية ونقدية)، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
4. كريم مزعل شبي، التكييف في تنازع القوانين، (دراسة مقارنة)، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2017.
5. محمود إبراهيم الوالي، حقوق الملكية الفكرية في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983.

➤ الكتب باللغة الأجنبية :

1. Loussouarn et Bourel, Droit international privé, 03 éme édition, paris, Dalloz, 1988.
2. André Lucas, droit d'auteur et numérique, LITEC, France, 1998.
3. Axel Metzger, Applicable Law under the clip principles :a pragmatic Revolution of Territoriality, Mohr siebeck, garmany, 2010.
4. Batiffol Henri, Le pluralisme des méthodes en droit international privé, rec cours, 1973
5. **Batiffol**, Henri et Paul, **Lagarde. Droit international privé**, tome 1, 7e édition. Paris, Librairie générale de Droit et de. Jurisprudence, 1981.

6. Baudel Jules-Marc, La législation des Etats-Unis sur le droit d'auteur, édition Bruylant et Frison-Roche, Paris, 1990.
7. Daniel GUTMANN? Droit internationale privé, 5°eme edition, Dalloza, paris, 2007.
8. Dominique Holleaux jaque foyer Géraud de geoffre de la pradelle, DROIT INTERNATIONAL PRIVE.MASSON, PARIS, 1987.
9. FawcettJames and Torrерemans Paul, Intellectual Property and Private International law, Oxford University Press, London,1998.
10. Ferari Franco, le chanp d'application des principes pour les contrats commerciaux internationaux, élaborés par unidtoit, Rev.int.dr.comp,1995.
11. JEAN-BAPTISTE.(M) : Gérer et exploiter un commerce électronique, éd.LITEC,paris, 1998.
12. Loussarnyvon et bourelpierre , droit international privé , 7ém edition, dalloz,2001.
13. Nouhadrizkallah , droit international privé, M.A.J.D entreprise universitaire, beyrou, 1er , édition, 1985.
14. O.Boskovice : la réparation du préjudice en droit international privé, paris, lg.d.g, 2003.
15. Omer Akipek, DevletlerHukukuikinici kitap.2 basi, ankara, 1965.
16. Paul Tormans, Choice of law in EU Copyright directives :Research handbook on the future of EU Copyright , Edward Elgar, United Kingdom, 2009.
17. Stewart, Stephen, International Copyright and Neighbouring Rights, Butter Worth and Tanner, London, 1983.

❖ الأطروحات والرسائل الجامعية :

➤ أطروحات الدكتوراه :

1. أشرف شوقي مسيحة، القواعد المادية الدولية، وانكماش السيادة التشريعية الوطنية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، 2008.
2. براحلية زوبير، القرض العقاري والرهن الرسمي في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في العلوم القانونية تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة باتنة 1، الجزائر، السنة الجامعية 2017.

قائمة المصادر والمراجع

3. بن زيادة أم السعد، القانون الجزائري في حل تنازع القوانين، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في حل تنازع القوانين، القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر -01- بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2016.
4. جبران خليل ناصر، حماية الملكية الفكرية : حقوق المؤلف في ظل التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، أطروحة دكتوراه علوم في علم المكتبات والعلوم الوثائقية، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية قسم علم المكتبات والعلوم الوثائقية، جامعة وهران 1 أحمد بن بلة، وهران، الجزائر، 2018.
5. درويش عبد الله درويش إبراهيم، شرط الجدة في الاختراعات، وفقا لاتفاقية باريس ومدى ملائمتها للدول النامية، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1992.
6. زواني نادية، حماية الملكية الفكرية من التقليد والقرصنة، دراية مقارنة، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، يوسف بن خدة، الجزائر، 2013.
7. عبد العزيز سمية، التنازع في المسائل المتعلقة بالأشخاص والأموال وفقا للقانون الجزائري، أطروحة لنيل دكتوراه، في العلوم تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بودواو، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، 2021.
8. علوش نعيمة، الملكية الصناعية في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 02، الجزائر، 2015.
9. علي حميد عبد الرضا، أطروحة دكتوراه، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، دراسة مقارنة، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، 2005.
10. عن زواني نادية، حماية الملكية الفكرية من التقليد والقرصنة -دراسة مقارنة- أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم - تخصص القانون - جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2013.

11. مقدم ياسين، تنازع القوانين في الملكية الفكرية، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والاتفاقيات الدولية، أطروحة دكتوراه في الحقوق قسم القانون، جامعة الجزائر 01، بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، الجزائر، 2018.
12. نادية فضيل، الأوراق التجارية في القانون التجاري الجزائري، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 1998.
13. هايدي عيسى حسن علي حسن، تنازع القوانين في مسائل الملكية الفكرية، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق قسم القانون الدولي الخاص، جامعة القاهرة، 2018.
14. وبوراوي أحمد، الحماية القانونية لحق المؤلف والحقوق المجاورة في التشريع الجزائري والاتفاقيات الدولية، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية، جامعة باتنة 1، الجزائر، 2015.
15. يصرف الحاج، الحماية القانونية للمصنفات الرقمية واثرها على تدفق المعلومات في الدول النامية، أطروحة دكتوراه علوم الإعلام والاتصال، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، قسم علوم الإعلام والاتصال، جامعة وهران 01 أحمد بن بلة، الجزائر، 2014.

➤ رسائل الماجستير :

1. راضي نبيه راضي علاونة، القانون الواجب التطبيق على الأموال، دراسة مقارنة، أطروحة قدمت استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2015.
2. أحمد مهدي صالح، القواعد المادية في العقود الدولية، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون دولي، جامعة بغداد، العراق، 2004.
3. إيمان نبيل ذيب حداد، القانون الواجب التطبيق على العلامات التجارية، رسالة ماجستير في القانون، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2016.

قائمة المصادر والمراجع

4. بدران شكيب عبد الرحمن، تنازع القوانين في الأموال المعنوية، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، 2000.
5. بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2011.
6. حامد ميراني، القواعد الآمرة وتطبيقها على العقد الدولي، دراسة تحليلية، رسالة ماجستير في القانون، جامعة دهوك، 2005.
7. سفيان محمود العزام، القانون الواجب التطبيق على براءة الاختراع، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة جرش الأهلية، الأردن، 2019.
8. عبد الكريم محسن عواد أبو دلو، تنازع القوانين في الملكية الفكرية - دراسة مقارنة- رسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة العراق، بدون تاريخ نشر.
9. فاطمة الزهراء زاير، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011.
10. ليندة رقيق، براءة الاختراع في القانون الجزائري واتفاقية التريبس، مذكرة ماجستير في الملكية الفكرية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، لابتنة، السنة الجامعية 2014-2015
11. محمد محمد الأمين أبا صالح، أحكام التنازع في القانون الدولي الخاص، دراسة فقهية مقارنة، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون والفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2010.
12. مختار حزام، استغلال حقوق الملكية الصناعية في ظل حرية المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص ملكية فكرية، جامعة باتنة 2016.

قائمة المصادر والمراجع

13. وفاطمة الزهراء زاير، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011.
14. يحيوي يوسف، الشكلية غير مباشرة وأثرها على فاعلية العقود، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، في القانون الخاص، عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، 2014.

➤ المطبوعات الجامعية :

1. بلعور عبد الكريم، محاضرات في القانون الدولي الخاص على ضوء التعديلات التي جاء بها قانون 05-10 لسنة 2010، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2011.
2. تكلتروينة، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية الدولية، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2011.
3. مجد الدين حربوط، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، منشورات كلية الحقوق جامعة حلب، محاضرات مقدمة لطلاب السنة الرابعة، سوريا، 2008.
4. مجد الدين حربوط، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، محاضرات أقيمت على طلبة السنة الرابعة، كلية الحقوق منشورات جامعة حلب، سوريا، 2008.
5. محمود مصيلحي، مبادئ تنازع القوانين والاحتصاص القضائي وآثار الأحكام الأجنبية، محاضرات ملقاة بكلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، 2000.

❖ المقالات والأبحاث :

1. إبراهيم البطش، عصام الأطرش، الضمانات القانونية لحماية الملكية الفكرية، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمر ثليجي الأغواط، المجلد 04 ن العدد 01، الجزائر، 2020.

قائمة المصادر والمراجع

2. إبراهيم حمود مهنا ورود خالد محمد، القانون الواجب التطبيق على الديون الناشئة عن العلاقة الدولية ذات العنصر الأجنبي، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 10 ن العدد 01، العراق، 2015.
3. أحمد عبد الكريم سلامة، حماية حقوق الملكية بين منهجي قاعدة التنازع والقواعد الموضوعية، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، المجلد 01، العدد 1، الامارات، 2017.
4. أحمد محمد الهواري، الجات والحماية الدولية لحقوق الملكية الفكرية، المجلة القانونية الاقتصادية، جامعة الزقازيق، المجلد 1، العدد 10، مصر، 2002.
5. اقبال مبدر نايف، القانون الواجب التطبيق على أهلية الملتزم بالورقة التجارية- دراسة مقارنة- مجلة التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية، المجلد جامعة بابل، المجلد 2018 العدد 38، العراق، 2018.
6. أجد عبد الفتاح أحمد حسان، هاشم ناصر الدين محمود سويدان، القانون الواجب التطبيق على منازعات شكلية العقود الدولية "دراسة مقارنة"، مجلة الحقيقة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة النجاح الوطني، المجلد 20، العدد 3، فلسطين، 2021.
7. أمل كاظم سعود، زهراء سالم، حق المؤلف في نطاق شبكة المعلومات الدولية بين الإطلاق والتقييد، الجامعة المستنصرية، المجلد 01 العدد 54، العراق، 2021.
8. إنجي هند زهدور، التصرفات الخاضعة للشهر العقاري، والحقوق العينية والحقوق الشخصية، مجلة حوليات كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، المجلد 06 العدد 01، الجزائر، 2014.
9. بشرى خالد المولى، أفراح عبد الكريم خليل، أثر التعامل بالورقة التجارية في الالتزام الأصلي، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، المجلد 11 العدد 41، العراق، 2009.

10. بلاق محمد، إشكالية التنازع المتحرك في العلاقات الخاصة الدولية، مجلة طبينة للدراسات العلمية الأكاديمية، المكنز الجامعي سي الحواس بريكة، جامعة باتنة، المجلد 04، العدد 03، الجزائر، 2021.
11. بلاق محمد، منهج القواعد ذات التطبيق الضروري في إطار العلاقات الخاصة الدولية، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، المجلد 07، العدد 01، الجزائر، 2021.
12. بن حمو فتح الدين، ملكية السفن في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، المكنز الجامعي مغنية، الجزائر، المجلد 06، العدد 01، الجزائر، 2019.
13. بن عيادة جلييلة، التنظيم القانوني للحقوق المجاورة لحق المؤلف، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة بومرداس، المجلد 10، العدد 01، الجزائر، 2020.
14. بن عيسى حياة، جنسية السفينة ودورها في حل المنازعات البحرية، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، المجلد 03، العدد 01، الجزائر، 2016.
15. بناسي شوقي، الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011.
16. جيلالي عبد الحق، النظام الإجرائي لدعاوى الحيازة في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للدراسات التاريخية والقانونية، المكنز الجامعي تندوف، المجلد 01، العدد 01، الجزائر، 2017.
17. حبيب عبيد مرزه العماري وعبد الرسول عبد الرضا الأسدي، تنازع الاختصاص التشريعي بشأن حق المؤلف واستغلاله، مجلة بابل للعلوم الإنسانية، مجلد 27، العدد 03، العراق، 2019.
18. حبيب عبيد مرزه العماري، عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، تنازع الاختصاص التشريعي بشأن حق المؤلف واستغلاله، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 27 العدد 03، العراق، 2019.

قائمة المصادر والمراجع

19. حساين سامية، الأهلية التجارية للقاصر وحماية أمواله في التشريع الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق جامعة أحمد بوقرة، المجلد 09 العدد 01، بومرداس، 2014.
20. حسن محمد كاظم، الحيازة في القانون المدني، kufastudies center journal، كلية القانون، جامعة كربلاء، المجلد 1 العدد 18، العراق، 2010.
21. حسين بطيمي وسعداوي نذير، دور نظام الشهر العيني في حماية الملكية العقارية الخاصة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي آفلو، الجزائر، جامعة عمار ثليجي الأغواط، المجلد 3، العدد 1، الجزائر، 2020.
22. خديجة حسان، حماية حق المؤلف رقميا في إطار المعاهدات الدولية ذات الصلة، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد 06، العدد 01، جامعة عمار ثليجي الأغواط، الجزائر، 2022.
23. خويرة محمد بن قادة، النظام القانوني للعقارات ذات الطبيعة الخاصة، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، 2، كلية الحقوق، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، المجلد 2، العدد، الجزائر، 2016.
24. ديداني بومدين وحسن زفور، أهمية التكييف الفقهي والقانوني للوقائع، مجلة الدراسات الحقوقية، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة، المجلد 04 العدد 01، وهران، 2017.
25. زناندة عبد الرحمان، التكييف في تنازع القوانين، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، مجلد 07، العدد 01، الجزائر، 2021.
26. سقار فايزة، عمارة مسعودة، الحماية القانونية المزدوجة للرسوم والنماذج الصناعية وفق قواعد الملكية الفكرية بين النظام الخاص ونظام حقوق المؤلف (دراسة مقارنة)، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، المجلد 07 العدد 03، الجزائر، 2021.

قائمة المصادر والمراجع

27. سلطان عبد الله محمود، الدفع بالنظام العام وأثره، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق جامعة الموصل، المجلد 12، العدد 43، العراق، 2010.
28. سلطان عبد الله محمود، الدفع بالنظام العام وأثره، مجلة الرافدين، كلية الحقوق، جامعة الموصل، المجلد 12، العدد 43، العراق، 2010.
29. شنوف معمر، الأسناد التجارية وتنازع القوانين، إعمال نص المادة 21 من القانون المدني الجزائري واتفاقية جنيف لقانون الصرف الموحد، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة المنار، المجلد 01، العدد 22، تونس، 2015.
30. صادق زغير محسن، الأسانيد القانونية لتطبيق القواعد الموضوعية في الحياة الدولية الخاصة، مجلة جانعة ذي قار العملية، مجلد 10، العدد 03، العراق، 2015.
31. صدوقي المهدي، شرايطي خيرة، غربي محمد، دعاوى الحيازة في التشريع الجزائري، مجلة الفكر القانوني والسياسي، جامعة عمر ثلجي الأغواط، المجلد 03، العدد 01، الجزائر، 2019.
32. عبيد سيف الطنجي، الجرائم التي ترتكب ضد الطائرات والعوامل المؤثرة في معدلات خطف الطائرات، مجلة الشارقة للعلوم القانونية، كلية القانون، جامعة الشارقة، المجلد 15، العدد 1، الإمارات العربية المتحدة، 2018.
33. علاء حسين علي شبع، تنازع الاختصاص التشريعي في عقود التجارة الدولية وفقا للقانون العراقي والنظم القانونية الأخرى-دراسة تحليلية مقارنة- مجلة الكوفة للقانون والعلوم السياسية، المجلد 01، العدد 29، الكوفة، العراق، 2016.
34. علاوة العايب، حق الملكية حق من حقوق الإنسان بين الحريات المدنية والحقوق السياسية والاقتصادية، كلية الحقوق، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر -01 بن يوسف بن خدة، مجلد 5 العدد 50، الجزائر، 2013.
35. علي أحمد صالح، الحماية القانونية للعلامة التجارية، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، المجلد 05 العدد 02، الجزائر، 2018.

قائمة المصادر والمراجع

36. عمار بوقريقة، ترجمة مصطلحات الحقوق العينية التبعية : صعوبات ومخاطر، مجلة التواصل في اللغات والآداب، كلية الآداب واللغات، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، مجلد 25، العدد 01، الجزائر، 2020.
37. عيشوبة فاطمة، الإحالة في القانون الدولي الخاص، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، المجلد 01، العدد 02، الجزائر، 2015.
38. فاطمة محمد نجم، تنازع القوانين في حق المؤلف دراسة مقارنة، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بغداد، بدون مجلد، العدد 15، العراق، 2018.
39. فاطمة محمد نجم، تنازع القوانين في حق المؤلف، دراسة مقارنة، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 01 : العدد 15، العراق، 2018.
40. فرحات همو، حماية الرسوم والنماذج الجديدة بين قانون حقوق المؤلف وقانون الرسوم والنماذج الصناعية، جامعة غليزان، المجلد 03 العدد 01، الجزائر، 2014.
41. فيصل نسيعة، النظام العام، مجلة المنتدى، العدد الخامس، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، جامعة محمد خيضر، بسكرة، المجلد 01 ن العدد 05، الجزائر، 2017.
42. القروي بشير سرحان، دور القاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي على ضوء المادة 23 مكرر من القانون المدني، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة خميس مليانة، المجلد 02، العدد 01 الجزائر، 2016.
43. لعور عثمان، إصدار أسهم شركة المساهمة في التشريع الجزائري، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المجلد 09، العدد 01، جامعة العربي بتسي، تبسة، الجزائر، 2016.
44. محمود السيد عمر التيحوي، نظام القضاء المدني، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2001.

45. مكّي خالدية وقرابح محمد، "قاعدة الشكل في مجال الالتزامات التعاقدية والصرفية في إطار القانون الدولي الخاص، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، المجلد 07، العدد 01، الجزائر، 2021.
46. نايف عبد العال الفراء، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، مجلة جامعة الأزهر، المجلد 19، عدد خاص بمؤتمر كلية الحقوق الخامس المحكم، جامعة غزة فلسطين، 2017.
47. نايلي نورة، حقوق الملكية الفكرية في الجزائر في ظل الإعلام الجديد، جامعة أم البواقي، المجلد 03، العدد 02، الجزائر، 2015.
48. ندى صالح هادي الجبوري وحوراء محمد حسن الطالقاني، الأحكام الموضوعية لجريمة الاستيلاء غير القانوني على الطائرات المدنية "دراسة مقارنة"، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة، المجلد 01، العدد 148، العراق، 2021.
49. نساخ فطيمة، أثر الإعاقة على نطاق أهلية الأداء مرض التوحد نموذجاً، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، المجلد 13، العدد 2، الجزائر، 2021.
50. نواره حسين، ممارسة حق الشفاعة قيد على حرية الاستثمار في الجزائر، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، المجلد 56، العدد 02، الجزائر، 2019.
51. وكنزة مباركي، حماية حق المؤلف في المؤلفات متعددة الوسائط في التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، مجلة الرواق للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة غليزان، المجلد 07، العدد 01، الجزائر، 2021.
52. ياسر مبارك رابح مصطفى وتوفيق قريب الله نمر، رهن السفينة في قانون النقل البحري السوداني لسنة 2010، والاتفاقيات الدولية وبعض التشريعات البحرية العربية والأجنبية - دراسة تحليلية - كلية القانون، جامعة البحر الأحمر، المجلد 06 العدد 02، السودان، 2021.

قائمة المصادر والمراجع

53. يوبي سعاد، الصعوبات التي تعترض القانون الواجب التطبيق، في العلاقات الدولية الخاصة (الحضانة نودجا)، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي النعامة، المجلد 02، العدد 02، الجزائر، 2006.

➤ المواقع الالكترونية :

1. الموقع الرسمي للجريدة الرسمية للاتحاد الأوربي //eur-lex.europa.eu/oj/direct-access.html
2. موقع الويبو للمنظمة العالمية للملكية الفكرية //www.wipo.int/portal/ar

الفهرس

شكر.

إهداء.

1	مقدمة :
12	الباب الأول : القانون الواجب التطبيق على الأموال المادية
13	الفصل الأول : قاعدة التنازع الخاصة بالأموال المادية.
14	المبحث الأول : خضوع الأموال المادية لقانون الموقع.
14	المطلب الأول : مسألة التكييف كمرحلة أولية قبل تحديد قاعدة الإسناد.
14	الفرع الأول : تعريف التكييف وأهميته في تنازع القوانين.
18	الفرع الثاني : القانون الذي يحكم التكييف.
28	المطلب الثاني : تأصيل قاعدة قانون الموقع ومبررات تطبيقه.
29	الفرع الأول : نشأة قاعدة خضوع الأموال لقانون الموقع.
30	أولا : موقف المدارس الفقهية القديمة من قاعدة قانون الموقع.
38	ثانيا : موقف النظريات الحديثة من قاعدة قانون الموقع.
46	الفرع الثاني : مبررات تطبيق قاعدة قانون الموقع.
47	أولا : المبررات الفقهية.
48	ثانيا : المبررات القانونية.
50	المبحث الثاني : نطاق اختصاص قانون الموقع وإشكاليات تطبيقه.
51	المطلب الأول : مجال اختصاص قانون الموقع.
51	الفرع الأول : تحديد المركز القانوني للأموال.

- 52.....أولا : الأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها.
- 52.....ثانيا : الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون.
- 53.....الفرع الثاني : بيان الأوصاف القانونية للمال.
- 54.....الفرع الثالث : تحديد الحقوق العينية التي تخضع إلى قانون الموقع.
- 56.....أولا : الحقوق العينية الأصلية.
- 58.....ثانيا : الحقوق العينية التبعية التي يحددها قانون الموقع.
- 63.....الفرع الرابع : مدى خضوع الحقوق العينية لقانون الموقع.
- 64.....أولا : الأسباب الخاصة فقط بالحقوق العينية.
- 64.....الحيازة في المفهوم القانوني :
- 66.....ثانيا : الأسباب المشتركة بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية.
- 68.....الفرع الخامس : تحديد الحقوق المعنوية والحقوق الشخصية التي تخضع إلى قانون الموقع.
- 68.....أولا : تحديد الحقوق المعنوية التي تخضع إلى قاعدة قانون الموقع.
- 70.....ثانيا : تحديد الحقوق الشخصية التي تخضع إلى قاعدة قانون الموقع.
- 71.....المطلب الثاني : الإشكاليات المرتبطة بتطبيق قاعدة قانون موقع المال.
- 71.....الفرع الأول : الحالات التي يصعب فيها تحديد الموقع المادي للمال.
- 72.....أولا : عدم وجود موقع مادي ثابت للمال.
- 83.....ثانيا : عندما لا يكون للمال موقع مادي لا يخضع لأي سيادة.
- 84.....الفرع الثاني : الحالات التي لا يكون فيها للمال موقع مادي محدد.
- 85.....الفصل الثاني : تطبيقات قانون موقع المال على الأموال المادية.

- المبحث الأول : القانون المختص في حكم الأموال المادية غير المنقولة. 86.....
- المطلب الأول : مفهوم قانون موقع العقار. 86.....
- الفرع الأول : تعريف قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه. 87.....
- الفرع الثاني : مبررات خضوع المال لقانون موقع العقار ومضمونها. 89.....
- أولا : المبررات. 89.....
- ثانيا : المضمون. 92.....
- المطلب الثاني : الاستثناءات الواردة على قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه. 101.....
- الفرع الأولى : استثناء أهلية التعاقد من قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه. 102.....
- الفرع الثاني : استثناء شكل التعاقد من قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه. 105.....
- المبحث الثاني : القانون المختص لحكم الأموال المادية المنقولة. 109.....
- المطلب الأول : خضوع المنقول لقانون الموقع كقاعدة عامة. 109.....
- الفرع الأول : تحديد مفهوم المنقول المادي. 109.....
- الفرع الثاني : النظريات التي تحكم القانون الذي يخضع له المنقول المادي. 113.....
- أولا : موقف الفقه من القانون الذي يحكم المنقول المادي. 113.....
- ثانيا : موقف التشريع الجزائري من القانون الذي يحكم المنقول. 117.....
- المطلب الثاني : صعوبات تحديد قانون موقع المال. 118.....
- الفرع الأول : صعوبات تحديد قانون موقع المال بالنسبة لوسائل النقل. 118.....
- أولا : الصعوبات المتعلقة بالقانون المطبق على وسائل النقل التي تحمل علما. 119.....

ثانيا : بالنسبة لوسائل النقل التي لا تحمل علما كالقطارات وعربات السكك الحديدية والسيارات.....	126
الفرع الثاني : الصعوبات المتعلقة بالبضائع المشحونة.....	127
الباب الثاني : القانون الواجب التطبيق على الأموال المعنوية	132
الفصل الأول : القانون المختص بحكم مسائل الملكية الفكرية والمسائل المرتبطة بالحقوق الشخصية.....	134
المبحث الأول : قاعدة التنازع التي تحكم مسائل الملكية الفكرية.....	134
المطلب الأول : ضوابط تحديد القانون الذي يحكم مسائل الملكية الفكرية.....	134
الفرع الأول : نظرية قانون بلد الأصل (بلد المنشأ).....	135
أولا : المقصود ببلد الأصل - بلد المنشأ-.....	135
ثانيا : الحجج المؤيدة لتطبيق نظرية بلد المنشأ.....	139
ثالثا : موقف التشريعات المقارنة من النظرية.....	143
رابعا : تقدير النظرية.....	145
الفرع الثاني : نظرية قانون بلد طلب الحماية -الدولة المطلوب تقرير الحماية بها-.....	147
أولا : المقصود بقانون بلد طلب الحماية.....	147
ثانيا : تقدير نظرية قانون بلد طلب الحماية.....	150
ثالثا : موقف التشريع والقضاء والفقهاء من تطبيق قانون دولة طلب الحماية.....	154
الفرع الرابع : التطبيق الجامع لنظرية قانون بلد الأصل وقانون بلد طلب الحماية.....	158
أولا : تقدير النظرية.....	159

- 161 ثانيا : تقنين نظرية التطبيق الجامع .
- 162 المطلب الثاني : مجالات تطبيق القانون الذي يحكم مسائل الملكية الفكرية .
- 163 الفرع الأول : القانون المطبق على حق الملكية الأدبية والفنية .
- 163 أولا : القانون الواجب التطبيق على حق المؤلف .
- 174 ثانيا : القانون الواجب التطبيق على الحقوق المجاورة لحق المؤلف .
- 178 الفرع الثاني : القانون المطبق على الملكية الصناعية .
- 178 أولا : مفهوم حقوق الملكية الصناعية .
- 183 ثانيا : القانون الواجب التطبيق على حقوق الملكية الصناعية .
- 191 المبحث الثاني : القانون الواجب التطبيق على الحقوق الشخصية -الديون- .
- 193 المطلب الأول : القانون الواجب التطبيق على الحقوق الشخصية العادية .
- 193 الفرع الأول : القانون الواجب التطبيق على الديون الناشئة عن التزامات تعاقدية .
- 199 الفرع الثاني : القانون الواجب التطبيق على الديون الناشئة عن الالتزامات غير التعاقدية .
- 202 الفرع الثالث : نطاق القانون الواجب التطبيق على الحقوق الشخصية العادية .
- المطلب الثاني : القانون الواجب التطبيق على الديون الثابتة في أوراق قابلة للتداول - أوراق مالية اسمية، لحاملها، وأوراق تجارية - 203
- 203 الفرع الأول : القانون الواجب التطبيق على الأوراق المالية .
- 204 أولا : القانون الواجب التطبيق على الأوراق المالية الاسمية .
- 206 ثانيا : القانون الواجب التطبيق على الأوراق المالية لحاملها .
- 208 الفرع الثاني : القانون الواجب التطبيق على الأوراق التجارية -السندات الإذنية- .

- أولا : مضمون قاعدة الإسناد الخاصة بالأوراق التجارية. 210
- ثانيا : نطاق القانون الواجب التطبيق الذي يحكم الأوراق التجارية. 215
- ثالثا : القانون الواجب التطبيق على شروط صحة الالتزام الصربي. 215
- الفصل الثاني : أعمال المنهج المباشر في حماية وإنفاذ حقوق الملكية الفكرية. 226
- المبحث الأول : منهج القواعد ذات التطبيق الضروري ومنهج القواعد الموضوعية في مجال الملكية الفكرية. 227
- المطلب الأول : منهج القواعد ذات التطبيق الضروري في مجال الملكية الفكرية. 227
- الفرع الأول : مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري. 228
- أولا : تعريف القواعد ذات التطبيق الضروري. 228
- ثانيا : مجال ومعايير تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري. 230
- ثالثا : خصوصية منهج القواعد ذات التطبيق الضروري مقارنة مع مناهج القانون الدولي الخاص. 233
- الفرع الثاني : أعمال منهج القواعد ذات التطبيق الضروري في منازعات حقوق الملكية الفكرية. 243
- أولا : أهمية منهج القواعد ذات التطبيق الضروري وأثرها على إنفاذ حقوق الملكية الفكرية. 244
- ثانيا : تطبيقات قضائية للقواعد ذات التطبيق الضروري في منازعات حقوق الملكية الفكرية. 247
- المطلب الثاني : منهج القواعد الموضوعية في مجال الملكية الفكرية. 249
- الفرع الأول : مفهوم منهج القواعد الموضوعية في مجال الملكية الفكرية، وطبيعته القانونية. 250
- أولا : تعريف القواعد الموضوعية وبيان خصائصها. 250

- 252 ثانيا : مصادر القواعد الموضوعية.
- 261 ثالثا : خصائص القواعد الموضوعية وطبيعتها القانونية.
- 263 الفرع الثاني : إعمال منهج القواعد الموضوعية في منازعات الملكية الفكرية.
- أولا : دور القانون الداخلي الموضوعي المتعلق بالملكية الفكرية في حل مشكل تنازع القوانين.
- 264
- ثانيا : دور القواعد الموضوعية الاتفاقية المتعلقة بالملكية الفكرية في حل مشكل تنازع القوانين.
- 266
- 267 المبحث الثاني : دور قواعد النظام العام في حماية حقوق الملكية الفكرية.
- 267 المطلب الأول : مضمون فكرة النظام العام وأهميتها في مجال الملكية الفكرية.
- 268 الفرع الأول : ماهية قواعد النظام العام.
- 269 أولا : تعريف الدفع بالنظام العام.
- 272 ثانيا : شروط الدفع بالنظام العام.
- 276 ثالثا : آثار الدفع بالنظام العام.
- 287 الفرع الثاني : أهمية فكرة النظام العام وأثرها على حماية الملكية الفكرية.
- 287 أولا : أهمية فكرة النظام العام وأثرها على الملكية الأدبية والفنية.
- 289 ثانيا : أهمية فكرة النظام العام وأثرها على الملكية الصناعية.
- المطلب الثاني : تطبيقات الدفع بالنظام العام على صعيد العلاقات الدولية الخاصة في مجال الملكية الفكرية.
- 293
- 293 الفرع الأول : الاتفاقيات الدولية.

293	أولا : من اتفاقية باريس إلى اتفاقية ترييس.
295	ثانيا : اتفاقيتي روما.
296	الفرع الثاني : موقف التشريع والقضاء من إعمال النظام العام على حقوق الملكية الفكرية.
296	أولا : موقف التشريعات الوطنية.
297	ثانيا : تطبيقات القضاء.
298	الخاتمة :
303	قائمة المصادر والمراجع

الملخص:

يحتل نظام الأموال في القانون الدولي الخاص مكانة هامة وهذا بالنظر لأهميتها من جهة وتنازع القوانين التي تثيره في نطاق العلاقات الخاصة الدولية من جهة ثانية، وقد تبين من خلال هذه الدراسة أن قاعدة خضوع الأموال لقانون موقعها لم يأفل بريقها، بل كل ما ترتب عن التطور الذي لحق فكرة الأموال على إثر التطور الاقتصادي والتكنولوجي هو إيجاد بدائل بمسميات مختلفة لمصطلح المكان، سواء في ظل المنهج التنازعي التقليدي أو في ظل المناهج المباشرة التي أصبحت تقدم كبديل للمنهج التنازعي أو كمساعد له.

Résumé :

Le Système des fonds en droit international privé occupe une place primordiale, d'une part en raison de son importance ; et du conflit des lois qu'ils suscitent dans le cadre des relations internationales privées, d'autre part.

Il ressort de cette étude que la règle de la sujétion des fonds à la loi du lieu où ils se trouvent n'a pas décliné, mais que l'évolution de la notion de fonds à la suite du développement économique et technologique est conditionnée par la recherche de substituts aux dénominations différentes au terme « lieu », que ce soit dans le cadre de la méthode traditionnelle du conflit ou des approches directes qui sont devenues des substituts ou des auxiliaires de la méthode du conflit.

Mots-clés :

Les fonds, la méthode du conflit, la loi du lieu, le programme des règles matérielles.

Summary:

The system of funds in private international law occupies an important place, in view of the importance of the system and the conflict of laws that it provokes within the international private relations.

This study has shown that the rule of subjection of funds to the law of their location has not decline.

Rather, all that has resulted from the development of the idea of funds following economic and technological development is the creation of alternatives with different names to the term “place”, both under the traditional conflict approach and under the direct approaches that have come to be presented as an alternative to or an adjunct to the conflict approach.

Keywords : Funds, conflict approach, location law, material rules approach.