جامعة النجاح الوطنية
كلية الدراسات العليا

القانون واجب التطبيق على الأموال
دراسة مقارنة

إعداد
راضي نبيه راضي علاونة

إشراف
د. أمجد حسان

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين.

2015م

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

القانون واجب التطبيق على الأموال
دراسة مقارنة

إعداد
راضي نبيه راضي علاونة

نوقشت هذه الأطروحة بتاريخ 2015/1/29م، وأجيزت.

أعضاء لجنة المناقشة	التوقيع
- د. أمجد حسان / مشرفاً ورئيساً	.....
- د. محمد عمارنة / ممتحناً خارجياً	.....
- د. غسان خالد / ممتحناً داخلياً	.....

الإهداء

إلى وطني الغالي فلسطين ،،،

إلى أرواح الشهداء والى الاسرى في سجون الاحتلال ،،،

إلى كل من علمني علماً وساعدني على تخطي الصعاب ،،،

إلى أبي وأمي واخوتي وزوجتي وأطفالي ،،،

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الشكر التقدير

يسعدني أن اتقدم بالشكر الجزيل لأستاذي ومشرفي الدكتور أمجد حسان على ما قدمه لي من نصح وارشاد فجزاه الله خير الجزاء وإلى كل من ساعدني في اتمام هذا العمل.

كما اشكر اساتذتي الأفاضل في جامعة النجاح الوطنية على ما قدموه لي من علم ومعرفة طيلة دراستي في مرحلتيّ البكالوريوس والماجستير.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الإقرار

أنا الموقع ادناه مقدم الرسالة التي تحمل العنوان:

القانون الواجب التطبيق على الأموال – دراسة مقارنة

أقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة إنما هو نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة، لم تقدم من قبل لنيل أية درجة علمية أو بحث علمي لدى أية مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

Declaration

The work provided in this study, unless otherwise referenced, is the rsearchers own work, and has not been submitted elsewhere for any other degree or qualification.

Student name: **اسم الطالب:** راضي نبيه راضي عدوان

Signature: **التوقيع:**

Date: **التاريخ:** ٢٠١٥/٤/٢٢

فهرس المحتويات

الموضوع	الصفحة
الإهداء	ج
الشكر والتقدير	د
الإقرار	هـ
فهرس المحتويات	و
الملخص	ط
مقدمة	1
تمهيد	6
الفصل الأول: القانون واجب التطبيق على الأموال المادية	**14**
المبحث الأول: القانون واجب التطبيق على العقار	15
المطلب الأول: موقف الفقه والتشريعات المقارنة من القانون واجب التطبيق على العقار	15
الفرع الاول: التكييف المتعلق بوصف العقار	16
الفرع الثاني: موقف الفقه من القانون واجب التطبيق على العقار	18
الفرع الثالث: موقف التشريعات المقارنة من القانون واجب التطبيق على العقار	24
المطلب الثاني: نطاق القانون واجب التطبيق على العقار	25
الفرع الاول: الاتجاهات المختلفة لتحديد نطاق قانون موقع العقار	25
الفرع الثاني: موقف التشريعات المقارنة من نطاق قانون موقع العقار	27
الفرع الثالث: العقود الواردة على العقار	31
المبحث الثاني: القانون واجب التطبيق على المنقول المادي	36
المطلب الأول: موقف الفقه والتشريعات المقارنة من تحديد القانون واجب التطبيق على المنقول المادي	37
الفرع الاول: موقف الفقه من القانون واجب التطبيق على المنقول المادي	37
الفرع الثاني: موقف التشريعات المقارنة من القانون واجب التطبيق على المنقول المادي	42
المطلب الثاني: نطاق القانون واجب التطبيق على المنقول	43
الفرع الاول: نطاق قانون موقع المنقول	43
الفرع الثاني: القانون واجب التطبيق على العقد الوارد على المنقول	44

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثالث: اشكاليات تطبيق قانون موقع المنقول	53
الفرع الاول: القانون واجب التطبيق على التنازع المتغير	53
الفرع الثاني: القانون واجب التطبيق على وسائل النقل	59
الفرع الثالث: القانون واجب التطبيق على البضائع المشحونة	66
الفصل الثاني: القانون واجب التطبيق على الحقوق المعنوية	**72**
المبحث الاول: القانون واجب التطبيق على حق المؤلف	73
المطلب الاول: موقف الفقه من القانون واجب التطبيق على حق المؤلف	74
الفرع الأول: حالة نشر المؤلف	74
الفرع الثاني: حالة عدم نشر المصنف	79
الفرع الثالث: حالة النشر في أكثر من دولة في وقت واحد	80
المطلب الثاني: موقف التشريعات المقارنة من القانون واجب التطبيق على حق المؤلف	82
الفرع الاول: موقف القانون المدني الأردني	82
الفرع الثاني: موقف مجلة القانون الدولي الخاص التونسي	83
الفرع الثالث: موقف مشروع القانون المدني الفلسطيني	84
المطلب الثالث: نطاق القانون واجب التطبيق على حق المؤلف	85
المبحث الثاني: القانون واجب التطبيق على الملكية التجارية والصناعية	87
المطلب الاول: القانون واجب التطبيق على الملكية التجارية	87
الفرع الاول: القانون واجب التطبيق على العلامة التجارية	87
الفرع الثاني: القانون واجب التطبيق على المحل التجاري	95
المطلب الثاني: القانون واجب التطبيق على الملكية الصناعية	99
الفرع الاول: القانون واجب التطبيق على براءة الاختراع	100
الفرع الثاني: القانون واجب التطبيق على الرسوم والنماذج الصناعية	107
الفرع الثالث: موقف القوانين المقارنة من القانون واجب التطبيق على الملكية الصناعية	112
المبحث الثالث: القانون واجب التطبيق على الحقوق الشخصية (الديون)	116
المطلب الأول: القانون واجب التطبيق على الحقوق الشخصية العادية	116
الفرع الاول: موقف الفقه من القانون واجب التطبيق على الحقوق الشخصية	116

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثاني: موقف القوانين المقارنة من القانون واجب التطبيق على الحقوق الشخصية	119
الفرع الثالث: نطاق القانون واجب التطبيق على على الحقوق الشخصية	123
المطلب الثاني: القانون واجب التطبيق على الديون الثابتة في اوراق قابلة للتداول	124
الفرع الأول: القانون واجب التطبيق على الاوراق المالية الاسمية	124
الفرع الثاني: القانون واجب التطبيق على الاوراق المالية لحاملها	130
الفرع الثالث: القانون واجب التطبيق على الاوراق التجارية	133
الخاتمة	**141**
قائمة المصادر والمراجع	**147**
Abstract	**b**

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

القانون واجب التطبيق على الأموال

دراسة مقارنة

إعداد

راضي نبيه راضي علاونه

إشراف

د. أمجد حسان

الملخص

تناولت هذه الدراسة القانون واجب التطبيق على الاموال من الناحية التشريعية والفقهية، ومدى كفاية قواعد الاسناد التي عالجت هذه المسألة، ضمن دراسة مقارنة ما بين مشروع القانون المدني الفلسطيني والتشريعات المقارنة، وخاصة القانون المدني الاردني ومجلة "القانون الدولي الخاص" التونسية، مع التطرق في كثير من الاحيان للقانون الكويتي رقم (5) لسنة 1961 المتعلق بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي وقوانين أخرى مع الاشارة لموقف الاتفاقيات الدولية.

حيث أشار الباحث في تمهيد هذه الدراسة إلى القانون الدولي الخاص وأهميته في فض النزاعات المتضمنة عنصر أجنبي من خلال قواعد الاسناد، كما تمت الإشارة الى التكييف والاحالة وموقف التشريعات المقارنة منها، حيث تناول الفصل الأول القانون واجب التطبيق على الاموال المادية مشيرا الى القانون واجب التطبيق على العقار، من حيث خضوعه لقانون موقعه ومبررات ذلك ونطاق القانون واجب التطبيق، ومن ثم لموقف التشريعات المقارنة من خضوع العقار لقانون موقعه في مبحث أول، وتم تناول القانون واجب التطبيق على المنقول المادي في مبحث ثانٍ، أوضح الباحث من خلاله موقف الفقه من القانون واجب التطبيق على المنقول المادي ومدى خضوعه لقانون موقعه والصعوبات التي تواجه تطبيق قانون الموقع، كما تم تناول موقف التشريعات المقارنة من القانون واجب التطبيق على المنقول المادي ونطاقه خلال ذات المبحث.

أما الفصل الثاني فقد تم التركيز من خلاله على القانون واجب التطبيق على الحقوق المعنوية لكونها أموالا معنوية، حيث تم تقسيمه إلى ثلاثة مباحث، تناول الباحث القانون واجب

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

التطبيق على حق المؤلف وموقف الفقه والتشريعات المقارنة من ذلك في المبحث الاول، وتم تناول القانون واجب التطبيق على الملكية الصناعية والتجارية في المبحث الثاني، أما في المبحث الثالث فقد تناول الباحث القانون واجب التطبيق على الديون بشقيها الحقوق الشخصية العادية، والديون الثابتة في اوراق قابلة للتداول، مشيرا لموقف الفقه والتشريعات المقارنة من ذلك.

وقد حاول الباحث من خلال هذه الدراسة ادراج رأيه في المسائل التي وجد من المتاح إبداء الرأي فيها.

وفي النهاية أوضح الباحث من خلال الخاتمة مجموعة من النتائج والتوصيات التي توصل اليها خلال هذه الدراسة، وأبرزها عدم معالجة التشريعات المقارنة لمسألة الديون الثابتة في أوراق بشكل خاص والحقوق المعنوية بشكل عام، زيادة على ذلك فقد ظهر ضعف في بعض قواعد الإسناد التي تعالج مسألة القانون واجب التطبيق على المنقول المادي.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مقدمة

يعدّ القانون الدولي الخاص فرع من فروع القانون الخاص، والذي تعنى قواعده بتعيين القانون واجب التطبيق على النزاع المشوب بعنصر أجنبي، والناتج عن العلاقات الخاصة بين الأفراد في روابط أحوالهم الشخصية والمالية، فموضوعه تعيين القانون واجب التطبيق في العلاقات الخاصة بين الأفراد ذات العنصر الاجنبي وعبر الحدود.

ونظراً لتشعب العلاقات واتساعها بين الافراد على المستوى الدولي في ظل التقدم التكنولوجي، وتطور وسائل المواصلات والاتصالات، والتي انعكست على ازدياد العلاقات بين الأفراد من دول مختلفة، وبالنتيجة ظهر مايسمى بمسألة تنازع القوانين والقانون واجب التطبيق على هذه العلاقات. جدير بالذكر هنا أن العلاقات المالية تعدّ من أهم الحالات والوقائع التي تؤدي الى اثارة قواعد تنازع القوانين.

فالمال من الناحية القانونية هو كل شيء يمكن تقويمه بالنقود.[1] فهو كل عين او حق له قيمة مادية.[2] و يشمل كل من العقار والمنقول سواء كان المنقول ماديا أم معنويا.[3] لذلك فقد يكون المال موضوع علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي مما يثير تنازعا بين القوانين ذات الصلة بهذه العلاقة، لذلك يتوجب بداية تكييف المسألة لتحديد القانون المختص، ومن ثم إجراء التكييف الثانوي المتعلق بتحديد وصف المال فيما اذا كان عقاراً او منقولا (ماديا أو معنويا)، إذ أن قاعدة خضوع الأموال العقارية لقانون موقعها منصوص عليها في تشريعات الدول،[4] وهي قاعدة قديمة استقر

---

1 الكردي، جمال محمود: **تنازع القوانين**. القاهره: دار النهضة العربية.2005.ص421.

2 حيث نصت الماده (53) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 والتي عرفت المال بأنه (كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل). وكذلك نصت المادة (54) منه على أن (كل شيء يمكن حيازته ماديا أو معنويا والأنتفاع به انتفاعا مشروعا، ولا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم يصح أن يكون محلا للحقوق المالية).

3 الهداوي، حسن: **تنازع القوانين (المبادىء العامة والحلول الوضعية في القانون الاردني)**. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. ط2. 1997. ص129.

4 انظر نص المادة (19) من القانون المدني الاردني والتي تنص على أنه (يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار). ويقابلها نص المادة (26) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، والمادة (58) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية لسنة 1998، والمادة (18) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

عليها الفقه منذ القدم.[1] أما الأموال المنقولة بشقيها (المادية والمعنوية)، فهي الأخرى تخضع لقانون الموقع إلا أن الصعوبة تكمن في تركيز هذه المنقولات في موقع معين، خصوصا في الحالة التي يكون فيها للمنقول أكثر من موقع– فأي قانون سيطبق– مع العلم ان بعض التشريعات تخضعه لقانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة او الملكية او الحقوق العينية او فقدها.[2] كما أن موقف مشروع القانون المدني الفلسطيني والقانون المدني الاردني في مجال تحديد القانون واجب التطبيق على الأموال كان منصبا على العقار والمنقول المادي فقط، ولم يتطرقا للقانون واجب التطبيق على الحقوق المعنوية (الملكية الفكرية) والديون الثابتة في أوراق قابلة للتداول بقواعد إسناد خاصة على غرار التشريعات الاخرى كالقانون الكويتي.[3]

ونظراً إلى كثرة العلاقات المتعلقة بالاموال مابين الافراد في مجال القانون الدولي الخاص، سيتناول الباحث في هذه الدراسة القانون واجب التطبيق على نظام الأموال بشقيه المادي والمعنوي، ضمن دراسة مقارنة مابين مشروع القانون المدني الفلسطيني وتشريعات مقارنة (مجلة "القانون الدولي الخاص" التونسية، والقانون المدني الاردني)، مستعينا بالآراء الفقهية، وسيتم التطرق لأهم الاشكاليات التي تواجه تحديد القانون واجب التطبيق على هذه الأموال.

---

[1] صادق، هشام علي: **تنازع القوانين (دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري)**. الاسكندريسة: منشأة المعارف. ط3 .1993. ص793. للمزيد حول التأصيل الفقهي لقاعدة خضوع الاموال العقارية لقانون موقعها راجع ص19 وما بعدها من هذه الدراسة.

2 الكسواني، عامر محمد: **تنازع القوانين**. ط1. عمان. دار الثقافة للنشر والتوزيع.2010.ص239_ص240. انظر نص المادة (19) من القانون المدني الاردني والتي يقابلها نص المادة (58) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية، ونص المادة (18) من القانون المدني المصري، ونص المادة (26) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

3 انظر نصوص المواد (54)، (55)، (56) من القانون الكويتي رقم (5) لسنة 1961 بشأن تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الاجنبي.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

منهجية الدراسة

اعتمد الباحث في هذه الدراسة، المنهج الوصفي التحليلي، والمقارن حيث تم تناول النصوص القانونية المتعلقة بموضوع هذه الرسالة في كل من مشروع القانون المدني الفلسطيني وقوانين أخرى مقارنة، كالقانون المدني الاردني ومجلة القانون الدولي الخاص التونسية.

مشكلة الدراسة

تحديد القانون واجب التطبيق على الأموال العقارية والأموال المنقولة بنوعيها المادية والمعنوية، بالنظر الى موقف الفقه والتشريعات المقارنة (القانون المدني الاردني ومجلة "القانون الدولي الخاص" التونسية) ومشروع القانون المدني الفلسطيني. وضبط مجال إعمال قواعد الإسناد المطبقة على الأموال، من حيث نوع وتكييف الاموال التي تنطبق عليها قاعدة الاسناد الخاصة بها. ومعالجة القانون واجب التطبيق على بعض انواع المنقولات المادية والمعنوية، والتي لم تتطرق لها التشريعات المقارنة خصوصا القانون المدني الاردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني.

أهمية الدراسة

تكمن اهمية هذه الدراسة في انها توضح القانون واجب التطبيق على نظام الاموال المادية منها والمعنوية، من خلال دراسة قواعد الاسناد المتعلقة بكل نوع من انواع الاموال، مشيرا الى التشريعات المقارنة والفقه من القانون واجب التطبيق، خصوصا في غياب قانون يعالج هذا الموضوع في فلسطين حيث يوجد مسودة مشروع فقط، والتي جاءت متأثرة بالقانون المدني الاردني بشكل كبير، لا بل جاءت مماثلة للقانون المدني الاردني في معظم نصوصه الامر الذي دعا الباحث الى تسليط الضوء على موقف القانون المدني الاردني مشيرا لأهم الثغرات التي يعاني منها هذا القانون تمهيدا لسد النقص ومعالجة القصور الذي تعاني منه التشريعات المقارنة ومشروع القانون المدني الفلسطيني، بالطرق التي عالجها الفقه والتشريعات الاخرى والاتفاقيات الدولية فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على الاموال.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أهداف الدراسة

اولا: ابراز موقف الفقه والتشريعات المقارنة في تحديد القانون واجب التطبيق على الاموال.

ثانياً: ابراز موقف مشروع القانون المدني الفلسطيني من القانون واجب التطبيق على الاموال على ضوء القوانين المقارنه محل الدراسة.

ثالثا: اظهار القصور في التشريعات المقارنة.

رابعا: تحديد القانون واجب التطبيق على العلاقات المالية.

نطاق البحث

يقتصر نطاق البحث على دراسة مشروع القانون المدني الفلسطيني ومجلة "القانون الدولي الخاص" التونسية والقانون المدني الاردني، مع التطرق إلى بعض احكام الاتفاقيات الدولية، والاشارة لموقف القانون الكويتي.

خطة الدراسة

حاول الباحث من خلال هذه الدراسة، الوقوف على كافة المسائل والاشكاليات المتعلقة بموضوع هذه الدراسة، الأمر الذي اقتضى تقسيم هذه الدراسة إلى تمهيد وفصلين، تمت الاشارة في التمهيد الى القانون الدولي الخاص وأهميته في فض النزاعات ذات الطابع الدولي، أما الفصل الاول فقد تناول الباحث القانون واجب التطبيق على الاموال المادية، وتم تقسيمه الى مبحثين، تناول المبحث الاول القانون واجب التطبيق على العقار، مشيرا الى موقف الفقه والتشريعات المقارنة من القانون واجب التطبيق ونطاقه، وتناول الباحث القانون واجب التطبيق على المنقول المادي في مبحث ثانٍ، أوضح من خلاله موقف الفقه والتشريعات المقارنة من القانون واجب التطبيق على المنقول المادي، ومدى خضوع المنقول لقانون موقعه والصعوبات التي تواجه ذلك.

أما الفصل الثاني فتم تخصيصه للقانون واجب التطبيق على الحقوق المعنوية، وتم تقسيمه الى ثلاثة مباحث، حيث تم تناول القانون واجب التطبيق على حق المؤلف في المبحث الاول،

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والقانون واجب التطبيق على الملكية التجارية والصناعية في المبحث الثاني، ومن ثم للقانون واجب التطبيق على الديون المتمثلة بالحقوق الشخصية العادية والديون الثابتة في أوراق قابلة للتداول في المبحث الثالث، مشيرا لموقف الفقه والتشريعات المقارنة من ذلك.

وفي النهاية جاءت الخاتمة والتي تضمنت ما توصل إليه الباحث من نتائج وتوصيات.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تمهيد

إن العيش في المجتمع يستلزم وجود قواعد قانونية تنظم الروابط بين أفراده، فالعلاقات القانونية الوطنية المحضة سواء كانت مدنية أم تجارية يحكمها القانون الوطني وحده، أما العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي فلا يمكن تطبيق القانون الوطني عليها مباشرة، لأن ذلك يؤدي الى الإضرار بأطراف العلاقة وإنتفاء العدالة وإعاقة التعامل مابين أفراد الدول المختلفة، وبالنتيجة عرقلة التجارة الدولية والحيلولة دون الازدهار الثقافي والعلمي والاقتصادي بين الدول، لذلك يتلخص دور القانون الدولي الخاص بتعيين القانون الانسب ليكون واجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة، من خلال قواعد قانونية في قانون القاضي تسمى بقواعد الاسناد.[1]

وقد يبدو أن هناك تشابهًا بين مصطلح القانون الدولي الخاص وما يسمى بالقانون الخاص الدولي، فكلاهما يعالج العلاقات القانونية ذات العنصر الاجنبي إلا أن الفارق يكمن في كون قواعد القانون الخاص الدولي قواعد موضوعية تضع حلولا مباشرة للمسائل ذات العنصر الاجنبي، وهو أمر لاتتمتع به قواعد القانون الدولي الخاص، فقاعدة الاسناد في القانون الدولي الخاص هي قاعدة غير مباشرة تهدف الى تعيين القانون واجب التطبيق على العلاقات ذات العنصر الاجنبي دون أن تضع حلولا مباشرة.[2]

فهي قواعد يضعها المشرع الوطني في دولة ما لإختيار أكثر القوانين المتزاحمة ملائمة لحكم العلاقة الخاصة المتضمنة عنصرا أجنبيا، وأكثرها ايفاء بمقتضيات العدالة.[3]

ويبدو أنه كلما قل الفرق بين القوانين الخاصة في مختلف دول العالم فإن مجال تطبيق القانون الدولي الخاص يقل، بل أنه سيتلاشى إذا تشكل قانون خاص دولي عالمي موحد يعالج كافة المسائل.[4] بما فيها مركز الاموال الذي نحن بصدده وهو أمر مازال بحاجة الى مزيدا من الجهود والتفاهم مابين دول العالم الامر الذي يعني بقاء القانون الدولي الخاص كأداة فعالة تستخدم

---

1 الداودي، غالب علي:**القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)**. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. ط1. 2011. ص22.
دواس، امين رجا رشيد: **تنازع القوانين في فلسطين**. نابلس: دار الشروق للنشر والتوزيع. ط1. 2001. ص21.

2 الداودي، غالب علي: **مرجع سابق**. ص22.

3 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. **مرجع سابق**. ص5.

4 دواس، امين رجا رشيد: **مرجع سابق**. ص22.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لتنظيم العلاقات بين الافراد، وخصوصا المتعلقة بالاموال، لذلك فإن مايهمنا في هذه الدراسة هو القانون الدولي الخاص ودوره في تحديد القانون واجب التطبيق على العلاقات المالية.

وتجب الإشارة إلى أن تنازع القوانين لايتوقف على وجود علاقة قانونية بين اشخاص ينتمون بجنسياتهم الى دول مختلفة فحسب، بل قد يكون نتيجة لعلاقة قانونية يكون اطرافها من جنسية دولة واحدة عندما تتصل بعنصر اجنبي، من حيث مكان الانعقاد أو التنفيذ أو مكان وجود المال.[1]

وقبل الدخول في هذه الدراسة لابد من التعريف بمجموعة من المفاهيم القانونية والمصطلحات المستخدمة في القانون الدولي الخاص، والتي تهم هذه الدراسة وتؤدي الى تحديد القانون واجب التطبيق كما يأتي:

أولا: التكييف

بداية ولتحديد القانون واجب التطبيق فإنه ينبغي على القاضي أن يقوم بتحديد الطبيعة القانونية للمسألة المثارة، حتى يتمكن من إدراجها في طائفة من الطوائف التي وضع لها المشرع قاعدة إسناد وبالتالي معرفة القانون واجب التطبيق.[2] فمسألة التكييف تعدّ من الامور الهامة في القانون الدولي الخاص فقد تتفق قوانين الدول بشأن قواعد الاسناد ولكنها تختلف في تكييف المسألة محل النزاع،[3] فالتكييف يساهم مساهمة فعالة في تحدد قاعدة الاسناد ذات العلاقة، وبذلك فإنه يلعب دورا هاما في تعيين القانون واجب التطبيق.[4]

---

1 الداودي، غالب علي: **مرجع سابق**. ص75.

2 المرجع السابق. ص66.

3 الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**. ص68. ومن الامثلة المشهورة على الدور الفعال والحساس للتكييف في مجال القانون الدولي الخاص هو وصية الهولندي والتي تتلخص وقائعها بأن هولنديا حرر وصية في فرنسا بخطه وتوقيعه (بالشكل العرفي)، حيث يعتبر تحرير الوصية بالشكل العرفي جائزا في القانون الفرنسي، بينما لايعتبر ذلك جائزا في القانون الهولندي الذي يحرم الهولنديين من ابرام وصاياهم في الشكل العرفي حتى لو تم ذلك في الخارج، إذ يبدو أن المشرع الهولندي قد قصد من وراء ذلك حماية ارادة الموصي والتيقن من عدم تسرعه عند ابرام الوصية وبالتالي فكأنه امر يتعلق بالاهلية. وهنا يبرز دور التكييف فإذا تم تكييف المسألة وفقا للقانون الهولندي بأن المنع يتعلق بأهلية الموصي فإن ذلك يؤدي الى بطلان الوصية لأن قواعد الاسناد في القانون الفرنسي تخضع الاهلية لقانون الجنسية، وبالتالي فإن القانون الهولندي هو الواجب التطبيق وهو قانون يمنع ابرام الوصية بالشكل العرفي. أما لو اعتبر المنع داخلا في فكرة شكل التصرفات لترتب على ذلك صحة الوصية، ذلك ان القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق في هذه الحالة بوصفه قانون بلد الابرام يجيز ابرام الوصية بالشكل العرفي. انظر صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. **مرجع سابق**. ص119 وما بعدها.

4 دواس، امين رجا رشيد: **مرجع سابق**. ص56.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فالتكيف في مجال تنازع القوانين هو (تحديد طبيعة المسألة محل النزاع وردها الى إحدى الفكر المسندة تمهيداً لإسنادها الى قانون معين).[1] فهو تحليل للوقائع والتصرفات القانونية تمهيدا لاعطائها وصفها ووضعها في المكان الملائم من بين التقسيمات السائدة في فرع معين من فروع القانون.[2] فهو الذي ينقل القاعدة القانونية من الحالة النظرية الى الواقعية بتحديد طبيعة العلاقة القانونية التي يراد تعيين القانون الواجب تطبيقه عليها.[3]

ويخضع التكييف لقانون القاضي المعروض عليه النزاع وفقا للقاعدة العامة، أما التكييف الثانوي المتعلق بتحديد وصف المال وتصنيفه الى عقار أو منقول فيتم فيه الرجوع لقانون موقع المال وقت إنشاء العلاقة القانونية وليس لقانون القاضي.[4] وهو ماسيتم الإشارة اليه لاحقاً.

ثانيا: قاعدة الإسناد

هي عباره عن قاعده قانونية وطنية تهدف الى تحديد القانون الملائم لحكم العلاقة ذات العنصر الاجنبي من بين قوانين الدول التي تتزاحم التطبيق على هذه العلاقة.[5] فمضمونها ليس موضوعيا ولا يتضمن حكما نهائيا للعلاقة ذات العنصر الاجنبي، فهي قاعدة تنظيمية غير مباشرة تبين القانون واجب التطبيق على النزاع، وهذا القانون يتضمن قواعد موضوعية مباشرة يمكن للقاضي من خلالها الفصل في النزاع،[6] وتقوم قاعدة الاسناد على ثلاثة عناصر هي (الفكرة المسندة، وضابط الاسناد، والقانون المسند اليه)، يستعرضها الباحث كالآتي:

1-الفكرة المسندة: هي مجموعة من الحالات أو المسائل القانونية والتي تتركز حول محور واحد.[7]

حيث نصت المادة (19) من القانون المدني الاردني على انه (يسري على الحيازة والملكية

---

1 الكسواني، عامر محمد: **مرجع سابق**.ص98. الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**. ص67.

2 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. **مرجع سابق**. ص111.

3 الداودي، غالب علي: **مرجع سابق**. ص125.

4 صادق، هشام علي: تنازع **القوانين**، **مرجع سابق**. ص120 وما بعدها. الداودي، غالب علي: **مرجع سابق**. ص128.

5 دواس، امين رجا رشيد: **مرجع سابق**. ص23.

6 **المرجع السابق**. ص27.

7 الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**. ص37.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار فيما يختص به...) فالفكرة المسندة هنا هي الحيازة والملكية والحقوق العينية وهو مايتعلق بمركز الاموال.

2- ضابط الاسناد: وهو أداة الوصل بين موضوع القاعدة والقانون المسند اليه،[1] فهو المعيار الذي يتم عن طريقه الربط بين العلاقة محل النزاع وأكثر القوانين المتزاحمة إتصالا بها لإختيار قانون منها لحكمها، وهو يستمد من العنصر الاكثر اهمية (المهيمن) في العلاقة ذات الطابع الدولي وذلك بالنظر لطبيعتها، فقد يستمد من عنصر اطراف العلاقة كالجنسية أو الموطن، وقد يستمد من عنصر المحل أو الموضوع ، أو عنصر السبب أو الواقعة المنشئة للعلاقة بين الاطراف.[2] وهو موقع العقار في المثال السابق، ومكان وجود المال بشكل عام.

وتجب الاشارة الى انه يمكن ان تتضمن قاعدة الاسناد اكثر من ضابط اسناد إذ قد يهدف المشرع من وراء تعدد ضوابط الاسناد في القاعدة الواحدة الى التيسير على المتعاملين وإعطائهم فرصة اختيار احد القوانين، وقد يهدف الى اخضاع العلاقة الى عدة قوانين في نفس الوقت بالنظر للصلة الوثيقة التي تربط هذه القوانين جميعا بالعلاقة محل البحث، كما يمكن ان يهدف المشرع الى ترتيب درجة ارتباط القوانين المختارة بالعلاقة القانونية محل البحث.[3]

3- القانون المسند اليه: وهو عباره عن القانون الوطني لدولة معينة الذي تحيل اليه قاعدة الاسناد حكم النزاع ذو الطابع الدولي.[4] وخير مثال على ذلك قاعدة الإسناد التي تقضي (بإسناد فكرة الالتزامات التعاقدية إلى قانون الإرادة)، فالقانون المسند إليه هو القانون الذي تم تحديده من قبل الارادة صراحة او ضمناً.

---

1 جمال الدين، صلاح الدين: **تنازع القوانين**. الاسكندرية: دار الفكر الجامعي. ط2. 2007. ص41. عبد الله، عز الدين: **القانون الدولي الخاص**. القاهره: دار النهضة العربية. الجزء الثاني. ط7. 1974. ص168.

2 الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**. ص40.

3 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. **مرجع سابق**. ص17و ص18.

4 الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**. ص47.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثالثا: الاحالة

تنتج الاحالة عندما يرفض القانون الاجنبي الذي تعينه قاعدة الاسناد الوطنية الاختصاص بالنظر في المسألة وإحالته من خلال قواعد الاسناد فيه الى قانون دولة أخرى.[1]

وقد انقسم الفقه مابين مؤيد ومعارض للاحالة فيرى الفقه المؤيد للأخذ بالاحالة بأنها تؤدي الى توحيد الحلول، وضمان تنفيذ الاحكام الاجنبية، والتنسيق مابين النظم القانونية المختلفة وتحقيق التعايش المشترك بينها.[2]

أما بالنسبة لموقف الفقه الرافض للأخذ بالإحالة فقد اعتمد على مجموعة من المبررات اهمها هو أن قاعدة الاسناد هي قاعدة وطنية يستمد من خلالها القاضي الوطني سلطته من قانونه هو لا من القانون الاجنبي، وبذلك فلا داعي للأخذ بالإحالة بناء على ما تقرره قواعد الاسناد في قانون اجنبي.[3] كما أن الأخذ بالاحالة يوقع في حلقة مفرغة لامخرج منها عندما تتابع الإحالات، وهو أمر يؤدي الى عدم احترام توقعات الافراد، مما يؤثر في استقرار المعاملات.[4] كما أن حسم تنازع القوانين يتم لمرة واحدة بمقتضى قواعد الاسناد المدرجة في قانون القاضي، فالمشرع الوطني بوضعه لهذه القاعدة يهدف الى حسم التنازع باختيار انسب القوانين ملائمة لحكم العلاقة، وأنسب القوانين هو القواعد الموضوعية في القانون المشار إليه في قاعدة الاسناد.[5]

فالاخذ بالإحالة يؤدي الى أن يطبق على الشخص نظام قانوني غير معروف في قانونه الشخصي، كما هو الحال بالنسبة لأهلية انجليزي متوطن في الاردن وأثير نزاع بشأن اهليته لكونه سفيه، فهنا يطبق قانون جنسيته وهو القانون البريطاني، أما لو أن القضاء الاردني ياخذ بالاحالة

---

1 الكردي، جمال محمود : **المرجع سابق**. ص172.

2 دواس، امين: **مرجع سابق**. ص180 وص181. للمزيد انظر صادق، هشام علي: **تنازع القوانين. مرجع سابق**. ص170 وما بعدها.

3 عبد العال، عكاشة: **تنازع القوانين. الاسكندرية:** دار الجامعة الجديدة. ط1. 2007. ص194.

4 عبد الله، عز الدين: **القانون الدولي الخاص. القاهره:** دار النهضة العربية. الجزء الثاني. ط7. 1974. ص153. انظر ايضا سلامة، احمد عبد الكريم: **القانون الدولي الخاص (الجنسية والمواطن ومعاملة الاجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية)**. الطبعه الاولى. القاهره: دار النهضة العربية. ص712. عبد العال، عكاشة: **مرجع سابق**. ص194.

5 عبد العال، **عكاشة: تنازع القوانين. مرجع سابق**. ص195.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فإنه سيطبق القانون الاردني، وبذلك فإنه سيخضع لنظام الحجر الذي يخضع له السفيه في القانون الاردني وهو ليس له مثيل في القانون الانجليزي.[1]

وازاء ما تقدم فقد رفضت قوانين كثيرة الاخذ بالاحالة لعدم فائدتها وصعوبتها وخصوصا انها تؤدي الى ظهور الحلقة المفرغة.[2] وسارت التشريعات المقارنة على نفس النهج.[3] وهو أمر يؤيده الباحث.

وما يهمنا في هذه الدراسة هو القانون الدولي الخاص في مجال الأموال وكيفية تحديد القانون واجب التطبيق عليها حيث تشكل الأموال مجالا خصبا لتنازع القوانين، و ذلك لتنوعها وسهولة نقلها بين مختلف الدول باستثناء العقار.[4] فهي من الناحية القانونية كل شيء يمكن تقويمه بالنقود.[5] ويشير الباحث إلى أن الأقرب إلى الصواب هو استعمال تعبير الأشياء المادية بدلا من اصطلاح الأموال المادية ويرى الاستاذ السنهوري أن الحقوق التي ترد على الاشياء المادية هي الأموال تمييزا للمال عن الشيئ.[6] كما أن اصطلاح المال على أساس انه الشيء هو الدارج

---

1 انظر الداودي، غالب علي: **مرجع سابق**. ص145. دواس، امين رجا رشيد: **مرجع سابق**. ص183.

2 عرموش، ممدوح عبد الكريم حافظ: **القانون الدولي الخاص (الاردني والمقارن)**. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. ج1. 1998. ص61.

3 انظر نص المادة (28) من القانون المدني الأردني والتي تنص على انه (إذا تقرر ان قانونا اجنبيا هو واجب التطبيق فلايطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص). وهو مطابق لنص المادة (34) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والتي تنص على انه (إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب تطبيقه، فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص). ومشابه ايضا لنص الفصل (35) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية والذي ينص على انه (لا يقبل الرد سواء أدى إلى العمل بالقانون التونسي أو إلى العمل بقانون دولة أخرى إلا إذا نصّ القانون على قبوله). ويبدو ان النصوص في كل من المدني الاردني و مشروع القانون المدني الفلسطيني المتعلقة بالاحالة لم تكن دقيقه كما يجب، فتعبير "احكامه الداخلية" لايعني بالضرورة القواعد الموضوعية في القانون الاجنبي، فالقواعد في القانون الاجنبي سواء كانت قواعد اسناد ام كانت قواعد موضوعية هي قواعد داخلية أي ان مصدرها وطنيا. انظر دواس، امين **مرجع سابق**. ص186. ويمكن تدارك ذلك عن طريق النص على القواعد الموضوعية في القانون المختار بدلا من احكامه الداخلية.

4 المصري، محمد وليد: **الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة للقانون الأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي**. عمان: الحامد للنشر والتوزيع. ط1. 2002.

5 الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**. ص421.

6 انظر السنهوري، عبد الرزاق احمد: **الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية)**. القاهره: دار النهضة العربية. ج8 1967. ص180.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والمألوف في فقه القانون الدولي الخاص.[1] لذلك سيستخدم الباحث اصطلاح الأموال في هذا البحث للدلالة على الاشياء التي يمكن تقويمها بالنقود.

ويمكن تقسيم الموال الى اموال مادية وهي التي لها حيز مادي محسوس و أموال غير مادية (معنوية) وهي التي ليس لها حيز محسوس.[2] لذلك سيتم تقسيم هذه الدراسة الى فصلين يتناول الباحث القانون واجب التطبيق على الأموال المادية (العقارات والمنقولات المادية) في فصل أول، والقانون واجب التطبيق على الأموال المعنوية (حقوق الملكية الفكرية والديون الثابتة في الذمة)،[3] في فصل ثانٍ.

[1] للمزيد راجع الأصبحي، ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. الإسكندرية: المكتب الجامعي الحديث. ط1. 2007. ص453. هامش (1).

[2] عبد الرزاق احمد: **الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية)**. **مرجع سابق**. ص9. الداودي، غالب علي: **مرجع سابق**. ص199.

[3] عبد الكريم، ممدوح: **القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)**. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2005. ص148.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الأول

القانون واجب التطبيق على الأموال المادية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الأول

القانون واجب التطبيق على الأموال المادية

المقصود بالأموال المادية هي الأموال المحسوسة من عقارات ومنقولات مادية،[1] فالمال المادي هو كل شيء ملموس له قيمة مالية ووجود مستقل عن وجود الإنسان ويمكن حيازته وتملكه والانتفاع به،[2] ويترتب على تقسيم ألأموال المادية إلى عقار ومنقول نتائج قانونية هامة بالنسبة للقانون واجب التطبيق على كل منهما، وما يهمنا في هذا الفصل هو القانون واجب التطبيق على الأموال المادية لأن المستقَر عليه في القانون الدولي الخاص هو خضوع هذه الأموال للقانون الإقليمي،[3] أي قانون موقع المال وهو أمر أَخَذَت به التشريعات المقارنة.[4]

تجدر الإشارة إلى أن جوهر تقسيم المال الى عقار و منقول هو طبيعة الشيء وامكانية نقله من مكان إلى آخر دون تلف،[5] وبالتالي فإن القانون واجب التطبيق على المال يختلف تبعاً لوصفه، فهو يختلف فيما إذا كان المال عقاراً عنه فيما إذا كان منقولاً لذلك سيتم في هذا الفصل دراسة القانون واجب التطبيق على كل من العقار والمنقول المادي والحلول المتبعة في الفقه والتشريعات المقارنة في مبحثين، حيث سيتناول الباحث القانون واجب التطبيق على العقار في مبحث اول، والقانون واجب التطبيق على المنقول المادي في مبحث ثانٍ .

---

1 السنهوري، عبد الرزاق احمد: **الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية)**. مرجع سابق. ص10-11. انظر الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**. ص422.

2 الداودي، غالب علي: **مرجع سابق**. ص199.

3 عبد الرحمن، جابر جاد: **تنازع القوانين**. القاهرة: دار النهضة العربية.1969. ص516.

4 المصري، محمد وليد: **مرجع سابق**. ص174 . انظر نصوص المواد (19) من القانون المدني الاردني، ونص الفصل (58) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية، ونص المادة (26) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

5 السنهوري، عبد الرزاق احمد: **الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية)**. مرجع سابق. ص14.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الأول

القانون واجب التطبيق على العقار

تعتبر قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه من القواعد المستقرة والمجمع عليها من قبل المذاهب الفقهية المختلفة،[1] والتشريعات المقارنة، لذلك سيتناول الباحث في هذا المبحث موقف الفقه والتشريعات المقارنة من القانون واجب التطبيق على العقار في مطلبٍ أول، ومن ثم نطاق قانون موقع العقار وموقف التشريعات المقارنة من العقود الواردة على العقار في مطلبٍ ثانٍ.

المطلب الأول: موقف الفقه والتشريعات المقارنة من القانون واجب التطبيق على العقار

بدايةً لابد من الإشارة إلى مفهوم العقار والذي يعتبر وفقا لمجلة الأحكام العدلية بأنه (ما لا يمكن نقله من محل إلى آخر كالدور والأراضي مما يسمى بالعقار).[2] كما عرفه القانون المدني الأردني بأنه (كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف أو تغيير هيئته فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول).[3]

أما بخصوص موقف الفقه من القانون واجب التطبيق على العقار، فإن غالبية الفقه يجمع على خضوع العقار لقانون موقعه، فهذه القاعدة تعتبر من القواعد المستقرة في فقه القانون الدولي الخاص ومن أقدمها،[4] لكن وقبل الولوج في موضوع القانون واجب التطبيق على العقار يجب أن يوضح الباحث الآلية التي يتم من خلالها تحديد العقار أو ما يطلق عليه بتحديد وصف المال أو مايسمى بالتكييف الثانوي، لذلك سيتناول الباحث في هذا المطلب التكييف المتعلق بوصف المال في فرع اولٍ، وموقف الفقه من القانون الواجب التطبيق على العقار في فرع ثانٍ، ومن ثم موقف التشريعات المقارنة في فرع ثالثٍ.

---

[1] صادق، هشام علي: **تنازع القوانين. مرجع سابق.** ص793. انظر ص19 من هذه الدراسة.

2 انظر نص المادة (129) من مجلة الأحكام العدلية.

3 نص المادة (58) من القانون المدني الأردني.

4 رياض، فؤاد عبد المنعم و راشد، ساميه: **تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الاحكام الاجنبية**. القاهره: دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع. 1994. ص300. الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق.** ص423.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الاول: التكييف المتعلق بوصف المال

يخضع التكييف لقانون القاضي وفقا لنظرية الفقيه بارتن،[1] وهو أمر أخذت به التشريعات المقارنة، ولكن ما يهمنا هنا هو التكييف الثانوي والمتعلق بتحديد وصف المال وتكييفه الى عقار أو منقول، لذلك يستعرض الباحث في هذا الفرع موقف كل من الفقه والتشريعات المقارنة من تكييف المال في مسألتين.

المسألة الاولى: موقف الفقه من التكييف المتعلق بوصف المال (التكييف الثانوي)

إنّ عملية إسناد العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي إلى القانون المختص والذي تحدده قواعد الإسناد تستلزم قبل كل شيء تكييف العلاقة في موضوع النزاع، ذلك أن قواعد الاسناد لاتضع حلولا لكل مسألة من المسائل، بل إنها تبين القانون الذي يحكم كل طائفة من المسائل القانونية.[2] فالتكييف هو عبارة عن تحليلٍ للوقائع والتصرفات القانونية تمهيدا لإعطائها وصفها ووضعها في المكان الملائم من بين التقسيمات السائدة في فرع معين من فروع القانون.[3] لتحديد طبيعة المسألة محل النزاع وردها الى احدى الفكر المسندة تمهيدا لإسنادها لقانون معين.[4]

ويجب الاشارة هنا الى الفرق مابين التكييف الأولي والتكييف الثانوي ، فالتكييف الاولي هو التكييف اللازم لإعمال قاعدة الاسناد وتحديد القانون واجب التطبيق وهذا التكييف يخضع لقانون القاضي وفقا لنظرية الفقيه بارتن.[5] فهو الذي ينقل القاعدة القانونية من الحالة النظرية إلى الحالة الواقعية بتحديد طبيعة العلاقة القانونية التي يراد تعيين القانون الواجب تطبيقه عليها.[6] ولكن مايهمنا هنا في مجال الأموال هو ليس التكييف الاولي فقط بل التكييف الثانوي المتعلق بوصف المال، اي العملية التي يتم من خلالها تحديد اذاما كان المال عقارا أو منقولا.

---

[1] صادق، هشام علي: **تنازع القوانين. مرجع سابق.** ص120.

2 الهداوي، حسن: **مرجع سابق.** ص52.

3 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين.** مرجع سابق. ص111.

4 الكسواني، عامر محمد: **مرجع سابق.**ص98.

5 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين.** مرجع سابق. ص125.

6 الداودي، غالب علي: **مرجع سابق.** ص125.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فالتكييف المتعلق بتحديد وصف المال يتم الرجوع بخصوصه إلى قانون موقع المال وقت إنشاء العلاقة القانونية وليس إلى قانون القاضي كما هو الحال بالنسبة للتكييف الاولي.[1] ويعتبر اخضاع التكييف لقانون الدولة التي يوجد فيها المال هو استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بأن يتم التكييف وفقا لقانون القاضي كما مر بنا سابقاً عند تعريف التكييف الاولي.[2] وهذا الاستثناء تمليه فكرة الطمأنينة في اكتساب الحقوق العينية واستقرار المعاملات فكل ما يتعلق بنظام الاموال يجب ان يخضع لقانون موقعها استجابة لهذه الاعتبارات.[3]

المسألة الثانية: موقف التشريعات المقارنة من التكييف الثانوي

اخضع مشروع القانون المدني الفلسطيني تكييف المال فيما اذا كان عقارا أو منقولا لقانون الدولة التي يوجد فيها المال، اي لقانون دولة مكان وجود المال وقت إبرام التصرف أو تحقق الواقعة التي تكسب الحق على الشيء.[4] ولا يوجد نص مشابه في القانون المدني الاردني والذي اخضع التكييف بشكل عام لقانون القاضي ولم يرد نص يعالج التكييف المتعلق بوصف المال وتكييفه إلى عقار أو منقول.[5] إذ أن ما ورد في نص المادة (11) من القانون المدني الاردني بأن القانون الاردني هو المرجح في تكييف العلاقة، يشير إلى التكييف المتعلق بالقانون واجب التطبيق على النزاع أي التكييف الاولي وليس التكييف المتعلق بتحديد وصف المال وتحديد طبيعته عقار كان أو منقول.[6] لكن وعلى الرغم من عدم وجود نص خاص يتعلق بتكييف المال الى عقار او منقول في القانون المدني الاردني إلا أن قانون موقع المال هو الذي يطبق في تكييف المال وتحديد وصفه، إذ يعتبر اختصاص قانون موقع المال في تكييف المال وتحديده وصفه من المبادئ العامة والشائعة واستقر عليه فقها وقضائا في القانون الدولي الخاص وما شاع وانتشر دوليًا يعمل

---

1 صادق، هشام علي: تنازع **القوانين**، **مرجع سابق**. ص128. الداودي، غالب علي: **مرجع سابق**. ص128.

2 الهداوي، حسن: **مرجع سابق**. ص62. عبد الكريم، ممدوح: **مرجع سابق**. ص150.

3 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. **مرجع سابق**. ص128. الداودي، غالب علي: **مرجع سابق**. ص128.

4 انظر نص المادة (27) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والتي تنص على ان (القانون الذي يحدد ما إذا كان الشيء عقارا أم منقولا هو قانون الدولة التي يوجد فيها ذلك الشيء وقت إبرام التصرف أو تحقق الواقعة التي تكسب الحق على الشيء). ويقابلها نص الفصل (57) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية.

5 الهداوي، حسن: **مرجع سابق**. ص69.

6 نص المادة (11) من القانون المدني الاردني (القانون الاردني هو المرجح في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

به حتى في حال غياب النص.[1] وهذا يعتبر تطبيقا لقاعدة الإسناد الواردة بنص المادة (25) من القانون المدني الأردني التي تقضي بتطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص.[2]

ويؤيد الباحث ما ذهب اليه المشرّع الفلسطيني في نص المادة (27) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، والمشرع التونسي في نص الفصل (57) من مجلة "القانون الدولي الخاص" التونسية بخصوص خضوع التكييف المتعلق بوصف المال لمكان وجوده وقت ابرام التصرف أو تحقق الواقعة المكسبة للحق، كما ويرى الباحث ضرورة وجود نص يعالج مسألة تكييف المال في القانون المدني الأردني.

الفرع الثاني: موقف الفقه من القانون واجب التطبيق على العقار

تعد قاعدة خضوع الأموال العقارية لقانون موقعها من القواعد الأساسية في فقه القانون الدولي الخاص ومن أقدمها.[3] فقد توارثتها المذاهب الفقهية.[4] وتبنتها ايضاً الاتفاقيات الدولية ومن بينها اتفاقية الرياض لعام 1983.[5] فهذه القاعدة ليست حديثة بل تعود إلى القرون الوسطى و قد تطورت عبر مراحل متعددة ساهم فيها الفقه مساهمة في غاية الأهمية إلى أن وصلت إلى ما هي عليه في الوقت الحالي، حتى إن رسوخ هذه القاعده قد دفع البعض الى القول بأنها اصبحت عرفًا دوليًا يلزم الدول الأخذَ به.[6] لذلك لابد من تسليط الضوء على التأصيل الفقهي لهذه القاعدة، ومبرراتها، والصعوبات التي تواجه تطبيقها في ثلاثة مسائل.

---

1 الداودي، غالب علي: **مرجع سابق**.ص201.

2 تنص المادة (25) من القانون المدني الاردني على (تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من احوال تنازع القوانين).

3 رياض، فؤاد عبد المنعم و راشد، ساميه: **مرجع سابق**. ص300. الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**. ص423.

4 سلامة، احمد عبد الكريم: **القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص915.

5 انظر نص المادة (27) من اتفاقية الرياض للتعاون القضائي الدولي لعام 1983المنشورة على الرابط http://adala.justice.gov.ma/production/Conventions/ar/Conv_Arabe والتي تنص على انه (تعتبر محاكم الطرف المتعاقد الذي يوجد في إقليمه موقع العقار مختصة بالفصل في الحقوق العينية المتعلقة به)، انظر سلامه، أحمد عبد الكريم: **الوسيط في القانون الدولي الخاص السعودي**. الرياض: جامعة الملك سعود. 1998. ص478.

6 الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**. ص424.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المسألة الأولى: التأصيل الفقهي لقاعدة خضوع العقار لقانون موقعه

في هذه المسألة يستعرض الباحث بالتدريج موقف الفقه من قاعدة خضوع الأموال، وخصوصا العقار لقانون موقِعِهِ على النحو التالي:

1- بدأت معالم هذه القاعدة بالظهور في عهد فقه الأحوال الإيطالي القديم الذي لم يتردد في اخضاع الحقوق على الشيء لقانون موقعه.[1] حيث تساءل الفقيه "بارتول" عن حق الاجنبي في البناء على عقار يملكه وقد تمت الاجابة من الفقه الايطالي في ذلك الوقت بأن الحق على الشيء يخضع لقانون الموقع.[2]كما أن جانبًا من فقه المدرسة الإيطالية القديمة في القرون الوسطى ذهب إلى اخضاع الميراث لقانون موقع المال.[3]

2- وقد أكد هذه القاعدة الفقيه الفرنسي " دار جنتريه " المعروف بنزعته الإقليمية في القرن السادس عشر حيث أخضع كل ما يتعلق بالعقار لقانون موقعه في كافة النواحي، من حي أهلية تعاقد العقد وشكله وشروطه الموضوعية.[4]وهذا يعتبر نتيجة منطقية لنظريته في التنازع والتي أكد فيها أن الاصل هو اقليمية القوانين والاستثناء هو شخصيتها، وبالنتيجة فإن القانون السائد في الإقليم هو الذي يحكم كلَّ الأموال الكائنة فيه وكلَّ الأشخاص المتوطنين في رحابه ولذا فمن الطبيعي ان تخضع الاموال لقانون موقعها وفقا لهذه النظرية[5].

3- في القرن السابع عشر جائت المدرسة الهولندية بقاعدة القانون الاقليمي مؤكدتا موقف المدرسة الايطالية ومتأثرة بفقه الفقيه دار جنتريه.[6] وهذه النظرية استندت الى المبادئ التي جاء بها الفقه الفرنسي والذي قسم الاحوال الى عينية واخضعها للقانون الاقليمي كقاعدة عامة، وإلى شخصية واخضعها للقانون الشخصي كإستثناء، ولكنها تميزت عن المدرسة الفرنسية في أن أساس سريان القانون الشخصي على الاحوال الشخصية للشخص خارج البلاد لايستند الى

---

1 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. مرجع سابق. ص794. انظر ايضا الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**. ص423.

2 الكسواني، عامر محمد: **مرجع سابق**. ص241.

3 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. مرجع سابق. ص794.

4 الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**. ص423.

5 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. مرجع سابق. ص794.

6 الكسواني، عامر محمد: **مرجع سابق**.ص241

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فكرة العدالة بل يستند الى مبدأ المجاملة بين الدول وأن المشرّع الوطني غير ملزم بتطبيق القانون الأجنبي لأن إلزامه بذلك لا يتوافق مع السيادة بسبب القوة المطلقة للقانون في الدولة التي شرعته ويخضع له كل من يتوطن في إقليمها، ولكن الدولة بسبب المجاملة تعترف بقوانين الدول الاخرى ما لم يؤدي ذلك الى الاخلال بسيادتها.[1]

4- في القرن التاسع عشر جاء الفقيه الايطالي مانشيني الذي كان ينادي بمبدأ شخصية القوانين، وأخضع المال إلى قانون موقعه استثناء على قاعدة شخصية القوانين، وأساس هذا الاستثناء هو أن القوانين التي تحكم الملكية العقارية تتعلق بالنظام العام،[2] التي يبرر إعمالها تطبيق قانون الموقع (القانون الاقليمي) على فكرة الأموال عموما والأموال العقارية خصوصا.[3]

5- وتعتبر نظرية التركيز المكاني التي نادى بها الفقيه الألماني "سافيني" أهم النظريات التي أكدت قاعدة خضوع المال لقانون موقعه، إذ اعتمدت هذه النظرية على تحليل الروابط القانونية بقصد تركيزها في مكان معين يتفق مع طبيعتها وإخضاعها لقانون هذا المكان.[4] حيث تهدف هذه النظرية إلى إخضاع العقار لقانون موقعه، لأن مصالح الاشخاص تتركز عادة في المكان الذي توجد فيه أموالهم، و إن أساس فكرة التركيز المكاني للعلاقة قائمة على افتراض مفاده إتجاه نية الاطراف إلى تطبيق القانون السائد في المكان الذي تتركز العلاقة فيه، وتطبيقًا لذلك توصل "سافيني" إلى إخضاع نظام الاموال لقانون موقعها.[5]

مما سبق يتضح أنه يكفي لتبرير هذه القاعدة اعتبار العقار جزء من إقليم الدولة، وهو أحد أركانها بل هو المسقط الأول لسيادتها، فالفقهاء المتعصبون لفكرة اقليمية القوانين يعدون الملكية والسيادة أمرين لصيقين، فحيث توجد الملكية في الارض توجد السيادة عليها والتي يشتق منها

---

1 الداودي، غالب علي: **مرجع سابق**. ص82.

2 رياض، فؤاد عبد المنعم و راشد، ساميه: **مرجع سابق**. ص300 و ص301.

3 والكسواني، عامر محمد: **مرجع سابق**. ص241، ص242. الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**. ص423.

4 رياض، فؤاد عبد المنعم و راشد، ساميه: **مرجع سابق**. ص301.

5 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين.. مرجع سابق**. ص957.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

سلطان القانون على كافة العلاقات المتعلقة بالأرض.[1] ولتوضيح الأمر بشكل اكثر تفصيلا نستعرض مبررات خضوع الاموال، وخصوصاً العقارات لقانون موقعها.

المسألة الثانية: مبررات خضوع العقار لقانون موقعه

لقد استند الفقه في إخضاع الأموال ومن بينها العقارات لقانون موقعها إلى عدة مبررات، اهمُّها:

1- سلامة المعاملات واستقرارها وتوحيد الحلول والاحكام وتماثلها بين الدول المختلفة، بتطبيق قاعدة واحدة عليه في جميع قوانين دول العالم.[2] كما أن سلامة المعاملات تتطلب إخضاع المال لقانون موقعه إذ إنه من السهل الرجوع إليه للتحقق من وجود الحق العيني لدى المتصرف فيه،[3] زيادة على أنه يؤدي إلى سهولة في تنفيذ الحكم الصادر.[4]

2- حماية الغير، حيث إنه من مبررات خضوع المال لقانون موقعه أنه يحقق الحماية القانونية للغير، يمنكّه من الوقوف على النظام القانوني للمال بالاطلاع على السجلات الخاصة به، ومعرفة الأعباء المترتبة عليه والتصرفات التي لحقت به، فيمكن في هذا المكان التأكد من خلو صحيفة العقار من وجود إشارة رهن أو دعوى بخصوصه أو كونه مثقلا بأعباء وديون.[5] إذ يتم بموجبه إشهار الحقوق العينية العقارية،[6] وكذلك تبسيط الإجراءات كإجراءات الإشهار والعلانية الواجبة في التصرفات الواردة على العقار، فيكونون على بينة من القواعد القانونية المتعلقة به قبل إقدامهم على إبرام أيّ تصرفٍ قانونيٍ متعلقٍ به.[7]

3- التركيز المكاني، حيث برر الفقه إخضاع المال لقانون موقعه على أساس أنه عادة ما يندمج المال العقاري في الاقليم، وبالنتيجة فالمال يتمركز في موقعه، وبالتالي فإنه يوجد تركيز في

---

1 عبد الله، عز الدين: **مرجع سابق**. ص387.

2 الداودي، غالب علي: **مرجع سابق**. ص200. انظر ايضا المصري، محمد وليد: **مرجع سابق**. ص176.

3 رياض، فؤاد عبد المنعم و راشد، ساميه: **مرجع سابق**. ص299.

4 سلامه، أحمد عبد الكريم: **الوسيط في القانون الدولي الخاص السعودي**. **مرجع سابق**. ص478.

5 المصري، محمد وليد: **مرجع سابق**. ص176.

6 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. مرجع سابق. ص796. الأصبحي، ياسين محمد حيدر: **حق الاجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص463.

7 الداودي، غالب علي: **مرجع سابق**. ص200.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

هذا الاقليم وفي هذا الفرض فإنه يوجد تركيز واقعي لكافة العلاقات القانونية الخاصة بالمال.[1] فتكون مصالح الشخص مركزة حيث يوجد موضوع الحق المكتسب، فقانون الموقع هو بالنتيجة الأنسب لحكمه.

4- سيادة الدولة، وهذه الحجة قائمة على اعتبارات سياسية مفادها أن العقار يعدُّ جزءًا من إقليم الدولة الذي يقع فيه مما يوجب خضوعه لقوانينها.[2]و لما كان الإقليم وعاء لسيادة الدولة فإنه من غير المعقول أن يخضع جزء من إقليمها إلى قانون غيرِ قانونها، ومن ثمة وجب خضوع المال لقانون موقعه، لأن المسألة تتعلق بسيادة الدولة.[3] فكما أن الاشخاص يشكلون ركن الشعب في الدولة ويُطبق عليهم القانون الشخصي في احوالهم الشخصية أينما وجدوا، فكذلك الأمر بالنسبة للعقارات والتي هي جزء من اقليم الدولة وهي بمجموعها تشكل ركن الإقليم فإنها تخضع لقانونه.[4]

5- تحقيق التلازم بين كل من الاختصاصين التشريعي والقضائي،[5] حيث ذهب جانب من الفقه إلى تبرير إخضاع العقار لقانون موقعه على أساس الاختصاص القضائي ذلك أن المحاكم المختصة بالنظر في المنازعات المتعلقة بالعقار وحالة التنفيذ عليه تكون عادة هي محاكم الدول التي يوجد فيها هذا العقار.[6]زيادة على أن تلك المحكمة هي الأقدر على الفصل في تلك تلك المنازعات لقربها من العقار كما أنها الانسب لكفالة تنفيذ الحكم الصادر إذ لايتصور تنفيذ حكم متعلق بعقار خارج موقعه، وهذه المحكمة لايتصور أن تطبق غير قانونها، ويتحقق وفقاً لهذا الفرض التلازم بين المحكمة المختصة والقانون واجب التطبيق.[7]وبذلك يتوحد الاختصاص

---

1 سلامة، احمد عبد الكريم: **القانون الدولي الخاص (الجنسية والمواطن ومعاملة الاجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية)**. مرجع سابق. ص915.

2 المصري، محمد وليد: **مرجع سابق**. ص177.

3 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. مرجع سابق. ص797.

4 منصور، سامي بديع و عبد العال، عكاشه: **القانون الدولي الخاص**. بيروت: الدار الجامعية. 1995. ص306.

5 ياقوت، محمود محمد: **حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي**. الاسكندرية: منشأة المعارف. 2000. ص15.

6 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. مرجع سابق. ص796.

7 سلامة، احمد عبد الكريم: **القانون الدولي الخاص (الجنسية والمواطن ومعاملة الاجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية)**. مرجع سابق. ص915.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الاختصاص التشريعي والقضائي في حكم المسألة.[1]كما يؤدي خضوع العقار لقانون موقعه الى توفير الجهد والنفقات والوقت لأطراف النزاع عند التقاضي.[2]ويسهل على المحكمة المختصة تحقيق العدالة وسرعة إجراءات وضع اليد على القيمةوكشفها وتقديرها في حسم النزاع بالنظر لقربها من العقار.[3]

وبناء على ما تقدم يرى الباحث ان ما ورد بشأن خضوع العقار لقانون موقعه هو امر منطقي وقائم على مبررات علمية تهدف إلى سهولة الإجراءات وحماية الأطراف والغير، كما تهدف الى حماية مقوّمات الدول وسيادتها على اقاليمها، ناهيك عن أن قانون موقع العقار هو الأكثر ارتباطا وصلة بالعقار.

المسألة الثالثة: الصعوبات التي تواجه قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه

لا يثير تحديد موقع العقار أدنى صعوبة ولكن قد تثار بعض الفروض التي يمكن أن تعيق تطبيق قانون الموقع، كوقوع العقار على حدود دولتين، جزء منه في دولة والجزء الآخر في دولة أخرى، ففي هذه الحالة ذهب الفقه إلى إخضاع كل جزء منه لقانون الدولة التي يقع فيها.[4] ولكن إذا إذا وجدت اتفاقية بين الدول فإنه يؤخذ بهذه الاتفاقية.[5] وفي حالة وجود حق ارتفاق بين عقارين يقعان على حدود دولتين، فإن الراجح هو الاعتداد بقانون دولة العقار الخادم وليس بقانون دولة العقار المخدوم، وذلك لأن العقار الخادم هو المثقل بالارتفاق، إذ في هذا المكان تأخذ ممارسة الحق تعبيرها المادي، كما أن المنازعات بصدد ممارسة هذه الحقوق تثور فيه، زيادة على أن هذا الموقع يعدّ موقعا ماديا للمال موضوع الارتفاق.[6]

---

1 منصور، سامي بديع : **الوسيط في القانون الدولي الخاص (تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة)**. بيروت: دار العلوم العربية. ط1. 1994. ص437.

2 المصري، محمد وليد: **مرجع سابق**. ص176. الداودي، غالب علي: **مرجع سابق**.ص200.

3 الداودي، غالب علي: **مرجع سابق**. ص200–ص201.

4 عبد الرحمن، جابر جاد: **مرجع سابق**. ص523. صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. مرجع سابق. ص797.

5 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. **مرجع سابق**. ص797.

6 عبد الرحمن، جابر جاد: **مرجع سابق**. ص523.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثالث: موقف التشريعات المقارنة من القانون واجب التطبيق على العقار

نصت المادة (19) من القانون المدني الاردني على أنه (يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الاخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار...).[1] وهذا يشير الى إعتناق القانون المدني الاردني قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه.

وبنص مشابه أخضع المشرّع التونسي العقار لقانون موقعه وهذا واضح في نص الفصل (58) والذي ينص على أنّ (الحوز والملكية وغيرها من الحقوق العينية ينظمها قانون مكان وجود المال).[2] حيث يتبين من النص أن قانون موقع العقار هو واجب التطبيق في حال وجود منازعة متعلقة بملكية العقار أو الحقوق العينية المتعلقة به.

أما مشروع القانون المدني الفلسطيني فقد نهجت نفس نهج المشرع الأردني، حيث جاء نص المادة (26) تكرارا لما جاء في نص المادة (19) من القانون المدني الاردني إذ نصت المادة المذكورة من المشروع على أنه (يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار فيما يختص به ...).[3]وبالتالي يلاحظ أن مشروع القانون المدني الفلسطيني جاء متفقا مع نص المادة (19) من القانون المدني الاردني إذ أن كلاهما أخضع العقار لقانون موقعه على غرار مجلة "القانون الدولي الخاص" التونسية، مع العلم أن مجلة "القانون الدولي الخاص" التونسية لم تخص العقار بل استخدمت كلمة مال ليشمل كل من العقار والمنقول في حين خص القانون المدني الاردني والمسودة الفلسطينية كل من العقار والمنقول بحكم مستقل. ويجب الإشارة الى أن قانون موقع العقار هو واجب التطبيق بموجب اتفاقية الرياض للتعاون القضائي الدولي لعام 1983 والتي تعتبر دولة فلسطين طرفا فيها.[4]

---

1 انظر نص المادة (19) من القانون المدني الاردني.

2 انظر نص الفصل (58) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية.

3 نص المادة (26) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

4 انظر مقدمة اتفاقية الرياض للتعاون القضائي الدولي لعام 1983.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يتضح مما سبق أن هنالك اجماعًا مابين الفقه والتشريعات المقارنة على قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه كما تبنت ذلك اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام 1983.[1] وهو أمر يؤيده الباحث.

المطلب الثاني: نطاق القانون واجب التطبيق على العقار وموقف التشريعات المقارنة

في هذا المطلب سيتناول الباحث الاتجاهات المختلفة لتحديد نطاق قانون موقع العقار في فرع اولٍ، ومن ثم موقف التشريعات المقارنة من نطاق قانون موقع العقار في فرع ثانٍ، والعقود الواردة على العقار في فرع ثالثٍ.

الفرع الاول: الاتجاهات المختلفة لتحديد نطاق قانون موقع العقار

هنالك ثلاثة اتجاهات سائدة في مجال تحديد نطاق القانون واجب التطبيق على العقار يستعرضها الباحث في ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: الاختصاص الشامل لقانون موقع العقار

يعطي هذا الاتجاه قانون موقع العقار اختصاصا شاملا يحكم الحقوق والعلاقات المتعلقة بالعقار بعناصرها وجوانبها المختلفة بما في ذلك مسألتيّ الاهلية والشكل، وهذا الاتجاه متّبع في انكلترا وغيرها من الدول الأنجلوسكسونية والقانون الامريكي والتركي.[2] وهذا في الحالة التي يكون فيها أثر التصرف ناقلا أو منشأً أو مؤدياً الى انقضاء الحق العيني في الحال كأثر له.[3] ويرى الباحث أن هذا الاتجاه متشدد في مجال تطبيق قانون الموقع، وعلى الرغم من اهمية العقارات بالنسبه للدول وسيادتها إلا أن الهدف ليس بسط هيمنة قانون موقع العقار على جميع الجوانب فالهدف هو تحقيق العداله وليس أكثر من ذلك.

---

1 انظر نص المادة (27) من اتفاقية الرياض لعام 1983.

2 انظر الداودي، غالب علي: **مرجع سابق**. ص202. عبد الله، عز الدين: **مرجع سابق**. ص384. عبد الرحمن، جابر جاد: **مرجع سابق**. ص521.

3 عبد الله، عز الدين: **مرجع سابق**. ص384.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المسالة الثانية: الاتجاه المضيق لإختصاص قانون الموقع

يميل هذا الاتجاه إلى قصر نطاق تطبيق قانون موقع العقار على النظام القانوني للعقار بحد ذاته أي على تحديد الحقوق العينية التي تترتب على العقار ونظامها دون أن يشمل ذلك أهلية المتعاقدين والسبب المنشئ للحق العيني كالعقد مثلا والذي يبقى خاضعا لقاعدة الاسناد الخاصة بالعقود من حيث الشكل والموضوع ولا يتأثر بقانون موقع المال، وكذلك الأمر تبقى الأهلية خاضعة للقانون الذي يحكمها وهو القانون الشخصي وهذا الاتجاه هو المتبع في قوانين القارة الأوربية.[1] ويرى الباحث ان هذا الاتجاه يؤدي إلى إفلات العديد من العناصر القانونية من نطاق قانون موقع العقار وربما يشترك أكثر من قانون بحكم العلاقة وبالنتيجة لا يؤيد الباحث الاخذ به.

المسالة الثالثة: الاتجاه الوسطي

يعدّ هذا الاتجاه وسطاً بين الاتجاهين السابقين حيث يميل الى سريان قانون موقع العقار على الحيازة والملكية والحقوق العينية المتعلقة بالعقار كما يسري ايضاً على العقود الواردة على العقار ولكن يستثنى من نطاقه أهلية المتعاقدين وشكل العقد، وهذا الاتجاه هو السائد في فرنسا.[2]وهو المتبع في القانون المدني المصري،[3] والقانون المدني الاردني،[4] ومشروع القانون المدني الفلسطيني.[5]

وتجب الاشارة إلى أنه يجب التفرقة وفقاً لهذا الاتجاه بين العقد بوصفه تصرفا قانونيا يتضمن التزاما بإنشاء الحق أو كونه مرتباً لحقٍ عينيٍّ على العقار، فهو يخضع في الحالة الأولى

1 الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**. ص432. رياض، فؤاد عبد المنعم و راشد، ساميه: **مرجع سابق**. ص301.

2 كما هو وارد لدى عبد الله، عز الدين: **مرجع سابق**. ص384.

3 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. **مرجع سابق**. ص809. انظر نص المادة (11)، والمادة (20) من القانون المدني المصري.

4 رياض، فؤاد عبد المنعم و راشد، ساميه: **مرجع سابق**. ص303. فألأهلية تخضع للقانون الشخصي وفقا لنص المادة (12) من القانون المدني الاردني، وشكل التصرف يخضع لقانون مكان الابرام أو للقانون الذي يسري على الاحكام الموضوعية أو قانون الموطن المشترك أو القانون الوطني المشترك وفقا لنص المادة (21) من القانون المدني الاردني.

5 فالاهلية تخضع للقانون الشخصي وفقا لنص المادة (15) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، وشكل التصرف يخضع لمكان الابرام أو للقانون الذي يسري على الاحكام الموضوعية أو قانون الموطن المشترك أو القانون الوطني المشترك وفقا لنص المادة (28) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

للقواعد العامة في العقود وهي قانون الإرادة ماعدا الأهلية والشكل، أما بالنسبة للحالة التي يكون فيها موضوع العقد هو ترتيب حق عينيّ على عقار، والذي يجعل هذا الترتيب مجرد أثر للعقد فيخضع لقانون الموقع.[1] ووفقاً لهذا الرأي يخضع لقانون الموقع العقود المولدة للإلتزام بنقل حق عينيّ، أو التي تؤدي الى ترتيب حقوق شخصية والتزامات متعلقة بعقار كعقد الايجار.[2]

ويرى الباحث ان هذا الاتجاه منطقي ومعتدل، فالأهلية تحدد وفقا للقانون الشخصي وهو القانون الاجدر بتحديد أهلية من يتمتعون بجنسية ذلك البلد، والشكل يخضع لمكان الإبرام من حيث المبدأ إذ إن مكان إبرام التصرف هو مكان نشوء العلاقة وهو بالطبع نقطة البداية للرابطة القانونية وبالنتيجة فمن المتصور خضوع العلاقة في شكلها القانوني له، إلا أن ذلك يمكن ان يصطدم بإعتبارات النظام العام في دولة العقار والتي توجب شكلية معينة لنفاذ العقد أو انعقاده، لذلك يرى الباحث انه لاضير في استبعاد الأهلية من الخضوع لقانون الموقع ولكن الشكلية يجب أن تخضع لقانون موقع العقار، حيث أنه وبعد مراجعة القوانين المعمول بها في فلسطين والمتعلقة بالعقارات يتضح أن الشكلية هي ركن من أركان انعقاد العقد وليست وسيلة للإثبات، وبالنتيجة فهي بهذا المفهوم يجب أن تخضع هي أيضًا لقانون موقع العقار.[3]

الفرع الثاني: موقف التشريعات المقارنة من نطاق قانون موقع العقار

يختص قانون موقع المال بشكل عام والعقار بشكل خاص وفقاً للتشريعات المقارنة بالأمور التالية:

1- تحديد أحكام الحيازة والملكية واسباب كسب الحقوق العينية، فقد نصت المادة (26) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على انه (يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون

---

1 عبد الله، عز الدين: **مرجع سابق**. ص384، ص385.

2 رياض، فؤاد عبد المنعم و راشد، ساميه: **مرجع سابق**. ص303. انظر ايضا عبد الله، عز الدين: **مرجع السابق**. ص386.

3 التسجيل ركنا من أركان انعقاد البيع العقاري وفقا لقانون تسوية الأراضي والمياه رقم (40) لسنة 1952حيث نصت المادة (316) على أنه (في الأماكن التي تمت التسوية فيها لا يعتبر البيع، والمبادلة، والإفراز، والمقاسمة في الأرض، أو الماء صحيحا إلا إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل). كما نصت المادة (2) من قانون التصرف في الأموال غير المنقولة رقم (49) لسنة 1953 على أنه (ينحصر إجراء جميع معاملات التصرف ... وإعطاء سندات تسجيل بها في دائرة تسجيل الأراضي).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

موقع العقار فيما يختص به ...).[1] فقانون الموقع يختص بتحديد أحكام الحيازة من حيث كسبها وانتقالها وزوالها ووسائل حمايتها والآثار المترتبة عليها.[2] وقانون الموقع يحدد مزايا حق الملكية من استعمال واستغلال وتصرف، ويبين نطاقه من حيث العلو والعمق والقيود التي ترد عليه وطبيعتها من حيث كونها حقوق ارتفاق أو كونها من موانع التصرف.[3] وكذلك تحديد الحقوق العينية الاصلية والتبعية التي يمكن ان تُكتسب من الاشياء.[4] فهو الذي يحدد اسباب كسب الحقوق العينية الاصلية وانتقالها وانقضائها ووسائل حمايتها، كالحيازة والاستيلاء والالتصاق والشفعة والاولوية والافضلية والتقادم المكسب.[5] ويحدد الاموال التي يمكن اكتسابها بالتقادم وتلك التي لاتكون قابلة لسريان التقادم المكسب عليها بمرور الزمن نتيجة وضع اليد عليها، بالاضافة الى بيان شروط التقادم المكسب، والمدة المتطلبة في هذا الشأن ومسألة وقف التقادم وانقطاعه.[6] أما بالنسبة للحقوق العينية التبعية والتي تكون تابعة لحقوق شخصية فإنها تتأثر بالقانون الذي يحكمها وبالنتيجة فإنه لابد لنشوئها أن يقرّها كلٌ من قانون موقع المال وقانون الحق الشخصي التابعة له.[7] فالتأمينات القانونية التي تقررها بعض القوانين للزوجة على أموال الزوج أو للوصي للوصي على أموال القاصر، فإنه لن يكون بمقدور الزوجة الأجنبية الاستفادة منه في الاردن ولو كان قانونها الشخصي يسمح بذلك.[8] وهذا الامر هو المتّبع بالنسبة لحقوق الامتياز بشكل عام فيجب ان تكون مقررة بموجب القانونين معا.[9] فهذه الحقوق عندما ترد على عقار يجب أن

---

[1] يقابلها نص المادة (19) من القانون المدني الاردني، ونص الفصل (58) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية.

2 الصانوري، مهند احمد: **مرجع سابق**. ص180. المصري، محمد وليد: **مرجع سابق**. ص177.

3 عبد الله، عز الدين: **مرجع سابق**. ص380-381.

[4] ويجب الاشارة الى ان الحق العيني هو عبارة عن سلطة يعطيها القانون لشخص على شيئ معين يخول الشخص حقوقا معينة على هذا الشيئ. انظر السنهوري، عبد الرازق احمد: **شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات (نظرية العقد)**. بيروت: المجمع العلمي العربي الاسلامي منشورات محمد الدايه. ص1.

5 الصانوري، مهند احمد: **مرجع سابق**. ص180. انظر ايضا دواس، امين: **مرجع سابق**. ص129. ويجب الاشارة الى ان الحق العيني هو عبارة عن سلطة يعطيها القانون لشخص على شيئ معين يخول الشخص حقوقا معينة على هذا الشيئ. انظر السنهوري، عبد الرازق احمد: **شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات (نظرية العقد)**. بيروت : المجمع العلمي العربي الاسلامي منشورات محمد الدايه. ص1.

6 محمد، أشرف وفا: **مرجع سابق**. ص75.

7 دواس، امين: **مرجع سابق**. ص129.

8 المصري، محمد وليد: **مرجع سابق**. ص177.

9 منصور، سامي بديع: **مرجع سابق**. ص456.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تكون مقرة في كل من قانون موقع العقار والقانون الذي يحكم الدين الممتاز.[1] كما أن شرط المنع من التصرف بوصفه قيدا على سلطة المالك في التصرف يخضع لقانون الموقع على أنه إذا كان مصدر هذا الحق عقدا أو وصيةً فإنه يجب أن يكون هذا الشرط صحيحا وفقا للقانون الذي يحكم التصرف.[2]

2- تكييف المال بتحديد الوصف القانوني للمال، فقد نصت المادة (27) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أن (القانون الذي يحدد ما إذا كان الشيء عقارا أم منقولا هو قانون الدولة التي يوجد فيها ذلك الشيء وقت إبرام التصرف أو تحقق الواقعة التي تكسب الحق على الشيء).[3] فقانون الموقع يختص بتحديد الأشياء التي يمكن أن تكون محلًا للحقوق المالية وما يعدّ من الأشياء منقولًا أو عقارًا بطبيعته أو عقارًا بالتخصيص.[4]

3- يطبق قانون موقع المال على طرق اكتساب وانتقال الحق وانقضائه، كما يُحدد نطاق قانون الموقع وفقا لكل سبب من أسباب اكتساب الحق، فإذا كان سبب الحق هو الميراث أو الوصية فيقتصر تطبيق قانون موقع المال على الأثر الناقل للحق أما تفاصيل الميراث أو الوصية وشروطها فتخضع للقانون المختص، حسب قاعدة التنازع الخاصة بكل منها.[5] فهو قانون جنسية المورث وقت وفاته بالنسبة للميراث.[6] وقانون الموصي وقت الوفاة بالنسبة للوصية.[7]

---

1 رياض، فؤاد عبد المنعم و راشد، ساميه: **مرجع سابق**. ص303. صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. مرجع سابق. ص810.

2 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. **مرجع سابق**. ص807.

3 يقابلها نص الفصل (57) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية، ولايوجد نص مشابه في القانون المدني الاردني.

4 الصانوري، مهند احمد: **القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة في تنازع القوانين**. الطبعة الاولى. عمان: دار وائل للنشر. 2011. ص180.

5 المصري، محمد وليد: **مرجع سابق**. ص187.

6 انظر نص المادة (23) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والتي يقابلها نص المادة (18) من القانون المدني الاردني والفصل (54) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية.

7 انظر نص المادة (24) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والتي يقابلها نص الفصل (55) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

4- العقود المتعلقة بالعقار، فقد نصت المادة (2/25) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أنه (يسري على العقود التي أبرمت بشأن العقار قانون موقع العقار).[1] فقانون الموقع يحكم العقود الواردة على العقار سواء أكان العقد مولداً للالتزام بنقل الحق عيني في العقار أي باعتبار العقد سببا من أسباب كسب الحق العيني كعقد البيع مثلاً، أم أنه متعلق بترتيب التزامات متعلقة بعقار (حق شخصي) كعقد الإيجار مثلا.[2] فلا يرجع إلى قانون الموقع إلا فيما يتعلق بأثر العقد في إنشاء الحق العيني أو نقله أو زواله، أما العقد فلا يخضع لقانون الموقع سواء من حيث شروطه الموضوعية أو الشكلية بل يخضع للقواعد العامة المتبعة بشأن العقود.[3] وبالنسبة لمجلة لمجلة القانون الدولي الخاص التونسية فقد استثنت العقد المتعلق باستغلال العقار شكلا ومضموناً من الخضوع لقانون الموقع في الحالة التي يتفق فيها الاطراف على القانون واجب التطبيق .[4]

5- تحديد احكام ووسائل الاشهار والعلانية الواجب توافرها سواء كان الشهر لازما لنشأة الحق كما هو الحال بالنسبة للحقوق العينية الاصلية، أم متطلبا لنفاذ الحق في مواجهة الآخر كما هو شأن الحقوق العينية التبعية.[5] فقد نص الفصل (61) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية على انه (يخضع إشهار تصرفات التأسيس والحفظ والإنتقال وإنقضاء الحقوق العينية لقانون الدولة التي يتم فيها القيام بإجراءات الإشهار). ولايوجد نص مشابه في كل من القانون المدني الاردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني.

ويجب الاشارة الى انه يخرج من نطاق قانون الموقع كلٌ من أهلية المتعاقدين وشكل العقد وفقا للقوانين المقارنة كما يخرج العقد المتعلق باستغلال العقار وفقا لمجلة "القانون الدولي الخاص"

---

[1] يقابلها نص المادة (2/20) من القانون المدني الاردني.

2 عبد الله، عز الدين: **مرجع سابق**. ص386.

3 رياض، فؤاد عبد المنعم و راشد، ساميه: **مرجع سابق**. ص302.

[4] انظر نص الفصل (63) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية والذي ينص على انه (تخضع العقود المتعلقة بإستغلال العقارات من حيث شكلها ومضمونها إذا لم تحدد الأطراف القانون المنطبق لقانون المكان الذي يوجد به العقار).

5 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. مرجع سابق. ص810. انظر الصانوري، مهند احمد: **مرجع سابق**. ص181. رياض، فؤاد عبد المنعم و راشد، ساميه: **مرجع سابق**. ص303.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التونسية في حال اتفاق الأطراف على قانون معين.[1] كما يخرج أيضا كل من الميراث والوصية فيخضعان لقانون جنسية المتوفى وليس لقانون الموقع إلا فيما يتعلق بترتيب الأثر الناقل للحق العيني.[2]

واختصاص قانون الموقع هو اختصاص عام يمتد ليشمل جميع الدعاوى المتعلقة بتلك الأموال سواء كانت دعوى شخصية عقارية تستند الى حق شخصي بحت ويطلب فيها تقرير حق عيني على عقار، أم كانت دعوى عينية عقارية ترمي إلى حماية حق عيني عقاري اياً كان، كحق الملكية أو الانتفاع، أو الرهن أو الاختصاص، أو كانت دعوى مختلطة كدعوى البائع ببطلان البيع واسترداد العقار.[3]

الفرع الثالث: موقف التشريعات المقارنة من القانون واجب التطبيق على العقود الواردة على العقار

نظرا للخصوصية التي يتمتع بها العقار فقد انعكس ذلك على العقود المبرمة بشأنه، لذلك يسلط الباحث الضوء على موقف التشريعات المقارنة من القانون واجب التطبيق على العقود المتعلقة بالعقار والاستثناءات الواردة على ذلك في هذا الفرع.

حيث نصت المادة (2/20) من القانون المدني الاردني على انه (... 2- على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار). وبنص مماثل جاءت المادة (25) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.[4]

فقانون موقع العقار يسري على الشروط الموضوعية اللازمة لانعقاد العقد حتى ولو لم يرتب العقد حقوقا عينية، إذ لا يقتصر على حكم الأثر العيني للعقد من حيث انشاء الحق العيني

---

1 فهمي، محمد كمال: **اصول القانون الدولي الخاص**. الاسكندرية: مؤسسة الثقافة الجامعية.2006. ص576.

2 رياض، فؤاد عبد المنعم و راشد، ساميه: **مرجع سابق**. ص302.

3 سلامه، احمد عبد الكريم: **الوسيط في القانون الدولي الخاص السعودي. مرجع سابق**. ص478.

4 انظر نص المادة (25) من مسودة مشروع القانون المدني الفلسطيني والتي تنص على (انه (... 2- يسري على العقود التي أبرمت بشأن العقار قانون موقع العقار). يذكر أن اتفاقية روما لعام 1980 بشأن القانون المطبق على الالتزامات التعاقدية قد استثنت العقد الوارد على العقار من نطاق القانون المختص بحكم العقود بشكل عام.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أو نقله أو زواله، بل يطبق على العقد ايضاً في حالة إنشاء التزامات شخصية كعقد الإيجار.[1]على انه يستثنى من الخضوع لقانون الموقع كلٌ من الأهلية اللازمة للتعاقد والشكل فتخضع الاهلية للقانون الشخصي ويخضع الشكل الخارجي للعقد لقانون محل ابرامه من حيث المبدأ.[2] فأهلية المتعاقدين تخضع للقاعدة العامة بشأن الأهلية وهو قانون الجنسية.[3] أما بخصوص شكل التصرف فيبقى خاضعا للقاعدة العامة بشأن الأشكال الواردة في المادة (32) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والمادة (21) من القانون المدني الاردني.

ويتضح من نصوص المواد (2/20) من القانون المدني الاردني والمادة (25) من مشروع القانون المدني الفلسطيني ان العقد الذي يرد على العقار يخضع لقانون موقع العقار سواء فيما يخص اثر العقد من انشاء الحق العيني أو نقله أو زواله او ما يخص الشروط الموضوعية لانعقاد العقد أو آثاره بما في ذلك الحقوق الشخصية كعقد الإيجار، باستثناء الاهلية وشكل العقد.[4] ويرى البعض أن موقع العقار يحكم العقد بما في ذلك الاهلية والشكل اللازمين للعقد[5] إذ إن من مصلحة الطرفين والدولة ان تخضع الاهلية لقانون موقع العقار فالعقار دائم الوجود ويخص تلك الدولة،[6] ويرى جانب من الفقه أن قانون موقع العقار يسري على شكل العقود العقارية ويستند في ذلك الى انه اذا كان القانون قد أخضع موضوع تلك العقود لقانون الموقع وهو أكثر أهميةً، فلا يُتصور أنه قصد إخراج شكلها من نطاق ذلك القانون وسكوته عن النص ليس إلا اقتصادا في التقنين، كما أن هذه العقود والاشكال الخاصة بها تعتبر من قواعد البوليس، وهي غالبا أشكال تتعلق بالعلانية ولاتتم إلا لدى سلطة عامة وهي السلطات العامة في موقع المال، ناهيك عن أن هذا الحل يحقق

---

1 رياض، فؤاد عبد المنعم و راشد، ساميه: **مرجع سابق**. ص302 و ص303. انظر ايضا صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. مرجع سابق. ص808.

2 المصري، محمد وليد: **مرجع سابق**. ص178.

3 انظر نصوص المواد (19) من مسودة مشروع القانون المدني الفلسطيني والمادة (12) من القاون المدني الاردني نص الفصل (40) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية.

4 دواس، امين: **مرجع سابق**. ص130. الهداوي، حسن: **مرجع سابق**. ص131.

5 الهداوي، حسن: **مرجع سابق**. ص131 وص 132. انظر ايضا عبد الكريم، ممدوح: **مرجع سابق**. ص150.

6 عبد الكريم، ممدوح: **مرجع سابق**. ص151.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وحدة القانون واجب التطبيق على العقود العقارية ويحقق يسرا للأطراف وطمأنينة في التعامل بالنسبة للآخر.[1]

ويرى الباحث أن شكل العقد الوارد على عقار يجب أيضًا أن يخضع لقانون الموقع، فنص المادة (2/20) من القانون المدني الاردني والمادة (2/25) من مشروع القانون المدني الفلسطيني يشير إلى أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أُبرمت بشأن العقار، فهو استثناء للعقود الواردة على العقار من القاعدة العامة في العقود يقضي بتطبيق قانون الموقع على كل مايتعلق بالعقود الواردة على العقار. إذ أن ماورد في نص المادة (21) من القانون المدني الاردني قد جاء عاماً بخصوص الالتزامات التعاقدية ولا يسري بخصوص العقود المتعلقة بالعقارات وإنما بالشكلية التي تخص العقود الواردة على غير العقار.[2] ويجب الإشارة إلى أن بيع العقار الذي تمت تسويته حتى ينفذ بين المتعاقدين وفي حق الآخرين يجب تسجيله لدى دائرة بيع العقار وفي حال عدم مراعاة هذه الشكلية يعد العقد باطلا ذلك أن الشكلية المطلوبة هنا هي شكلية إنعقاد وليست شكلية إثبات، ومن ثم يعد العقد باطلًا وفقا للقانون المدني الاردني وقانون تسوية الاراضي والمياه رقم (40) لسنة 1952 المطبق في فلسطين.[3]

أما بخصوص موقف المشرع التونسي فقد أخضع العقود المتعلقة باستغلال العقارت لقانون الإرادة كضابط إسناد أول وفي حال عدم اتفاق الأطراف على قانون معين فإن قانون موقع العقار هو الذي يطبق، وهذا واضح في الفصل (63) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية لسنة 1998 والذي ينص على أنه (تخضع العقود المتعلقة بإستغلال العقارات من حيث شكلها ومضمونها إذا لم تحدد الأطراف القانون المنطبق لقانون المكان الذي يوجد به العقار)، وبالتالي فإن النص جاء مقتصراً على العقود المتعلقة باستغلال العقار ولم يتطرق للعقود المرتبة لحق عيني عليه، إذ يبدو

---

1 عبابنه، علاء الدين محمد ذيب: **تنازع القوانين في العقد الالكتروني الدولي**. البحرين: مؤسسة فخراوي للدراسات والنشر. ط2. 2009. ص431. وقواعد البوليس هي القواعد الموضوعية التي تكون داخل النظام القانوني الوطني وتبلغ في أهميتها حدا كبيرا يحول دون دخولها في منافسة مع القوانين الأجنبية. الأصبحي، مصطفى ياسين محمد: **القانون واجب التطبيق على العلاقات القانونية المتصلة بأسواق الأوراق المالية ذات الطابع الدولي**. المكتب الجامعي الحديث.2010. ص36.

2 يقابلها نص المادة (28) من مسودة مشروع القانون المدني الفلسطيني.

3 الحلايشه، عبد الرحمن احمد جمعه: شرح **القانون المدني الاردني آثار الحق الشخصي. (احكام الالتزام)**. عمان: دار وائل للنشر. ط1. 2006. ص46. انظر نص المادة (168) من القانون المدني الاردني والمادة (1/16) من قانون تسوية الاراضي والمياه رقم (40) لسنة 1952.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أن المشرع التونسي قد تركها لحكم قانون موقع العقار الوارد في نص الفصل (58) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية.

ويبدو ان المشرع التونسي لم يتبع نهج نظيره الاردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني بخصوص خضوع العقود الواردة على العقار لقانون موقعه، فقد استثنى العقود المتعلقة باستغلال العقار واخضعها للقواعد العامة في العقود وترك تحديد القانون واجب التطبيق لإرادة الأطراف، ولكنه لم يغفل عن اخضاع العلاقة لقانون موقع العقار في حال لم يتفق الاطراف على القانون واجب التطبيق على العقد الوارد على استغلال العقار.

ويرى الباحث أن ما ذهب اليه المشرع التونسي بخصوص خضوع العقود الواردة على استغلال العقار للقواعد العامة في العقود وهو قانون الارادة كضابط اسناد أوّل، ولقانون موقع العقار كضابط اسناد احتياطي هو أمر بالغ الاهمية ويؤيده الباحث، إلا أنه من الصعب تطبيقه في فلسطين لكون القوانين السارية في فلسطين تعدّ بعض العقود المتعلقة باستغلال العقار من أعمال التصرف، كما هو الحال في قانون المالكين والمستأجرين والذي يمنح المستأجر ميزات اضافية تعد عادة من النظام العام ولايجوز للطرفين الاتفاق على مخالفتها في عقد الإيجار،[1] وعقد المساطحة الوارد في مجلة الاحكام العدلية، إذ إن هذه الامور لايمكن للإرادة الاتفاق على قانون يحكمها، فهي من النظام العام وبالنتيجة تخضع لقانون موقع العقار، لذلك لايؤيد الباحث الأخذ بهذا الضابط إلا بعد مراجعة القوانين السارية في فلسطين وتعديلها. وبالنتيجة فإنه يمكن إدراج نص في التشريع الفلسطيني المرتقب يعالج العقود المتعلقة باستغلال العقار على غرار المشرّع التونسي ولكن بعد تعديل القوانين السارية في فلسطين.

ويجب الإشارة إلى أن كلًا من القانون المدني الاردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني لم يوردا نصاً خاصا بالعقود المتعلقة باستغلال العقار على غرار المشرّع التونسي، بل جاء النص عاما ليشمل العقود الواردة على العقار بشكل عام.

ويؤيد الباحث ما ذهب إليه كلٌ من القانون المدني الاردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني بخصوص خضوع العقود الوارده على العقار لقانون موقعه ومن ضمنها العقود المتعلقة

1 قانون المالكين والمستأجرين رقم (7) لسنة 1958، والذي لايمكن المؤجر من انهاء عقد الاجار طالما كان المستأجر قائما بتنفيذ التزاماته، وفي هذه الحالة اذا قام القاضي بتطبيق قانون موقع العقار فإن هذا سيكون في صالح الاجنبي المستأجر في فلسطين، إذ يجب مراعاة كافة مصالح اطراف العلاقة ولايجوز وضع الاجنبي في مركز أقوى من الوطني.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بإستغلال العقار. فقانون الموقع لايقتصر على حكم الأثر العيني للعقد من حيث إنشاء الحق العيني أو نقله أو زواله بل يمتد ليحكم الشروط الموضوعية اللازمة لانعقاد العقد وذلك حتى ولو لم يترتب على العقد انشاء حقوق عينية وإنما إنشاء التزامات شخصية كعقد الإيجار.[1]

ويرى الباحث أن ترك تحديد أهلية التصرف للقانون الشخصي هو امر منطقي ومعقول، وحسنٌ فعلُ كلٍّ من المشرع التونسي والاردني والفلسطيني ، ولكن بخصوص العقود الواردة على العقار فهي يجب أن تخضعَ لقانون موقع العقار فيما يتعلق بترتيب حقوق عينية على العقار فقط، أما بخصوص العقود المتعلقة باستغلال العقار فيجب أن تخضع لقانون الارادة ولكن ليس في ظل منظومة القوانين المطبقة حاليا في فلسطين.

على أنه لا يوجد مشكلة في خضوع جميع عناصر العلاقة القانونية المتعلقة بالعقار لقانون الموقع بما فيها شكل العقد الوارد على العقار والأهلية اللازمة للتصرف، فالشكلية المتعلقة بالتصرفات إذا كانت ركن من أركان انعقاد التصرفات المتعلقة بالعقار فيجب أن تخضع لقانون موقعه، وهي عبارة عن ركن للانعقاد وفقا للقوانين المطبقة في فلسطين، إذ إنه يجب مراعاة ما هو مطبق على الأموال غير المنقولة والذي يتطلب شكلية معينة بالنسبة للعقارات وهي التسجيل في الدائرة الرسمية، وبالنتيجة فإنه وفقا للقانون الفلسطيني يجب اخضاع الشكل أيضا لقانون موقع العقار.[2] إلا أنه بالنسبة للأهلية فيجب التمييز بين أهلية الأداء وأهلية الوجوب.[3] فإن أهلية الأداء هي التي يجب أن تبقى محكومة بقانون الجنسية، أما أهلية الوجوب فتبقى خاضعه لقانون موقع العقار لأنها اهلية تمتع، إلا أن من الدول ما يخضع اهلية الاداء لقانون الموقع كما هو الحال في القانون الامريكي والبريطاني.[4]

---

1 رياض، فؤاد عبد المنعم و راشد، ساميه: **مرجع سابق**. ص302.

2 التسجيل ركنا من أركان انعقاد البيع وفقا لقانون تسوية الأراضي والمياه رقم (40) لسنة 1952 . حيث نصت المادة (316) على أنه(في الأماكن التي تمت التسوية فيها لا يعتبر البيع، والمبادلة، والإفراز، والمقاسمة في الأرض، أو الماء صحيحا إلا إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل". كما نصت المادة الثالثة من نظام تسجيل الأراضي رقم (1) لسنة 1953 على أن (أ- تجرى معاملة بيع الحقوق والمنافع في الأراضي في دائرة تسجيل الأراضي بموجب عقد بيع لكل مشتري ... ويدون فيه اسم المشتري مع رقم وتاريخ عقد البيع).

3 اهلية الوجوب أو التمتع هي صلاحية الشخص لأن تثبت له حقوقا أو تقرر عليه التزامات وهي تثبت للشخص فور ولادته ويعتبر جميع الاشخاص متساوون في اهلية الوجوب. أما اهلية الاداء أو الممارسة فهي قدرة أو كفاءة الشخص لمباشرة التصرفات القانونية فهي مرتبطة بالتمييز. انظر سلامه، احمد عبد الكريم: **مرجع سابق**. ص825.

4 رياض، فؤاد عبد الفتاح، و راشد، سامية: **مرجع سابق**. ص301 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثاني

القانون واجب التطبيق على المنقول المادي

بدايةً لابدّ من الإشارة إلى مفهوم المنقول المادي والذي عرفته المادة (128) من مجلة الأحكام العدلية بأنه (الشيء الذي يمكن نقله من محل الى اخر، فيشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات). كما أن القانون المدني الأردني لم يضع تعريفا خاصاً وواضحا للمنقول إذ اكتفى بتعريف العقار في نص المادة (58) منه، وبمفهوم المخالفة للمقصود بالعقار فإن كل ما لا يعدّ عقار فهو منقول.[1] وبالنتيجة فإن المنقول هو كل شيء غير مستقر بحيزه وغير ثابت فيه ويمكن نقله منه دون تلف أو تغيير في هيئته.[2]

وبهذا الوصف فإن القانون المدني الاردني لم يكن دقيقاً في تحديده لمفهوم المنقول، فبمفهوم المخالفة لتعريف العقار الوارد في نص المادة (58) من القانون المدني الاردني يمكن أن تُعدّ المنقولات المعنوية في عداد المنقول إلى جانب المنقولات المادية. مع العلم إن هنالك قوانين كانت دقيقة في تحديدها لمفهوم المنقول المادي كالقانون المدني العراقي.[3] لذلك يرى الباحث أن ما ذهب اليه المشرع الاردني من عدم تحديد المقصود بالمنقول بشكل دقيق يعدّ قصوراً يتوجب معالجته.[4]

---

1 الكسواني، عامر محمد: **مرجع سابق**. ص246.

2 انظر نص المادة (58) من القانون المدني الاردني والتي عرفت العقار على انه (كل شيء مستقر بحيز ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف أو تغيير هيئته فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول).

3 انظر نص المادة (2/62) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 والتي تنص على (المنقول كل شيء يمكن نقله وتحويله دون تلف فيشمل النقود و العروض و الحيوانات و المكيلات و الموزونات وغير ذلك من الاشياء المنقولة).

4 إن تحديد مفهوم المنقول بشكل دقيق يساعد في تحديد القانون واجب التطبيق كما سنرى لاحقا، إذ إن القانون المدني الاردني تحدث عن مفهوم المنقول بشكل عام بمفهوم المخالفة للعقار، ولم يوضح فيما إذا كان المنقول مادياً ام معنوياً وإزاء هذا الغموض في تحديد مفهوم المنقول في القانون المدني الاردني فإن ذلك قد يقودنا إلى معاملة المنقول المعنوي معاملة المنقول المادي فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق وهو أمر يؤدي الى صعوبة في تحديد القانون واجب التطبيق على المنقول المادي والمعنوي، إذ يفترض خضوع كل من المنقول المادي والمنقول المعنوي لقاعدة اسناد خاصة به تتناسب وطبيعته، يذكر أن القانون المدني الأردني لم ينص على قاعدة اسناد خاصة بالمنقولات المعنوية إلا أنه ترك المجال فيما لم يرد بشأنه نص خاص إلى القوانين الخاصة ومبادئ القانون الدولي الخاص. انظر نصوص المواد (25) و (71) من القانون المدني الاردني.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما بخصوص القانون واجب التطبيق على المنقول المادي فيجب الاشارة الى أن قاعدة خضوع المال لقانون موقعه تعدّ من القواعد المستقرة فقها و قضاء وقانونا.[1] لكنّنا سنرى فيما بعد أن هذه القاعدة لاتصلح لحكم المنقول في كل الأحوال، إذ إن هنالك العديد من الصعوبات التي يمكن أن تثور بسبب طبيعة المنقول وسهولة نقله من مكان إلى آخر أو من دولة إلى أخرى، لذلك ففي هذا المبحث سيتناول الباحث القانون واجب التطبيق على المنقول المادي، من خلال استعراض موقف الفقه والتشريعات المقارنة في مطلب أول، والتنازع المتغير في مطلب ثانٍ، والقانون واجب التطبيق على وسائل النقل والبضائع المشحونة في مطلب ثالث، ومن ثم نطاق قانون موقع المنقول والعقد الوارد على المنقول في مطلب رابعٍ.

المطلب الأول: موقف النظريات الفقهية والتشريعات المقارنة من تحديد القانون واجب التطبيق على المنقول المادي

سيتناول الباحث في هذا المطلب موقف كل من الفقه والتشريعات المقارنة من القانون واجب التطبيق على المنقول في فرعين.

الفرع الاول: موقف النظريات الفقهية التي عنيت بتحديد القانون واجب التطبيق على المنقول المادي

في هذا الفرع يستعرض الباحث النظريات الفقهية التي عنيت بتحديد القانون واجب التطبيق على النزاع المشوب بعنصر أجنبي المتولد من التصرف في الأموال المنقولة المادية بدءًا من عهد مدرسة الأحوال الإيطالية الى أيامنا هذه والتي أصبحت فيها قاعدة خضوع المنقول لقانون موقعه مستقرة نسبياً لذلك لابد من تسليط الضوء على موقف هذه النظريات.

---

1 عبد الله، عز الدين: **مرجع سابق**. ص390. وقد اخذت الدول العربية بهذه القاعدة في تشريعاتها ومن بينها القانون المدني الاردني في المادة (19) ومجلة القانون الدولي الخاص التونسية في الفصل (60) والقانون الكويتي في المادة (52)، كما أخذ بها مشروع القانون المدني الفلسطيني في المادة (26).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المسألة الأولى: نظرية قانون موطن المالك

يخضع وفقًا لهذه النظرية التصرف المتعلق بمنقول لقانون موطن المالك وتعود هذه الفكرة إلى مدرسة الأحوال الإيطالية القديمة حيث كان المنقول مرتبط بذمة مالكه.[1] إذ يفترض في المنقول وجوده مع مالكه في محل إقامته المعتادة.[2] وأساس هذه النظرية هو خضوع التصرف المتعلق بمنقول إلى قانون موقعه المفترض، ويعدّ موطن المالك هو الموقع المفترض ذلك أن المنقول يبقى في حركة مستمرة، وللمحافظة على استقرار نظامه القانوني فإنه يفترض وجوده في موطن المالك.[3] إلا أن هذه النظرية كانت محلا للإنتقاد وذلك لاختلاف جنس المالك عن المال المملوك، واتحاد الجنس بالنسبة للأموال المنقولة والعقارية يقتضي خضوعهما معا لقانون واحد ألا وهو قانون موقعهما.[4] كما وصفت هذه النظرية بأنها غير عملية وتخالف العدالة وتوقعات الأطراف في معاملاتهم وتضر بحقوق الآخرين لأن المشكلة تكمن في اختيار قانون أي موطن، أهو قانون موطن المدعي أم موطن المدعى عليه، واذا طُبق قانون موطنِ احدِهما فإن الحكم سوف يختلف تبعاً الى من سعى لرفع الدعوى اولاً.[5] كما أن هذه النظرية غير واقعية، إذ قد يستوطن المالك في مكان وتكون أمواله المنقولة في مكان آخر.[6]على اعتبار ان القانون الشخصي لمالك الاموال المنقولة يمثل موقعها الحكمي.[7]

ويرى الباحث أن هذه القاعدة تفترض تواجد كلٍ من المنقول والمالك في نفس المكان أي في دولة واحدة، وبالنتيجة فإنها لن تكون مجدية في الحالة التي يكون فيها موطن المالك مختلفا

1الاسدي، عبد الرسول عبد الرضا: **احكام التنازع الدولي للقوانين**، منشورات الحلبي الحقوقية: لبنان بيروت.2012. ص103.

2 الداودي، غالب علي: **مرجع سابق**. ص203.

3 الاسدي، عبد الرسول عبد الرضا: **مرجع سابق**. ص103.

4 المرجع السابق. ص103.

5 الداودي، غالب علي: **مرجع سابق**. ص203.

6 الاسدي، عبد الرسول عبد الرضا: **مرجع سابق**. ص103.

7 الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**. ص440. ويجب الإشارة الى أن هذه القاعدة تجد جذورها في عهد مدرسة الاحوال الايطالية القديمة، ولازالت مطبقة في بعض القوانين ومنها القانون الفرنسي والبريطاني والامريكي والاسترالي في موضوعات الميراث و الوصية حيث أُخضعت التركة المنقولة في الوصية والميراث لقانون دولة موطن المتوفى الاخير. الاسدي، عبد الرسول عبد الرضا: **مرجع سابق**. ص102، ص103.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

عن مكان وجود المنقول كأن يكون المالك في دولة والمنقول في دولة أخرى، الأمر الذي يتطلب البحث عن حلٍ آخر فيما يتعلق بالقانون واجبِ التطبيقِ على المنقولِ الماديِّ.

المسألة الثانية: نظرية قانون مكان إبرام التصرف في المنقول

يخضع وفقا لهذه النظرية اي نزاع يتعلق بالاموال المنقولة لقانون البلد الذي أبرم فيه العقد المتعلق بموضوع النزاع.[1] لكنها لم تخلو من النقد فهي تصلح لبعض الأموال المنقولة مثل الأوراق التجارية ولاتصلح لبعض الأموال المنقولة الأخرى.[2] وقد أخذ المشرع الأردني بهذه النظرية بصورة استثنائية فيما يتعلق بالأهلية اللازمة للالتزام بسند السحب في قانون التجارة الأردني.[3] على أن قانون التجارة الأردني لم يتبنى هذه النظرية كضابط إسناد أول ولكنه جعلها ضابط اسناد ثانٍ في حال لم تكن أهلية من صدر عنه التصرف متوفرة وفقا لقانون بلده.

المسألة الثالثة: نظرية القانون الأكثر ملائمة

تخضع الأموال المنقولة وفقا لهذه النظرية للقانون الأنسب المتمثل في قانون الدولة أكثرها علاقة وصلة بالاموال المنقولة، لكن هذه النظرية لم تخلو من النقد، وذلك لصعوبة تحديد قانون الدولة الأكثر علاقة وصلة بالمال المنقول بسبب قابلية المنقول للانتقال بين أقاليم الدول المختلفة.[4] المختلفة.[4] ويرى الباحث أن هذه النظرية تكلف قاضي الموضوع عبئاً أكثر في البحث عن القانون الأنسب في الحالة التي يكون فيها المنقول مرتبطاً بعلاقة متساوية نسبيا بأكثر من دولة، ناهيك عن ماهي معايير الدولة ألأكثر علاقة وصلة بالمنقول فهي متروكة لتقدير قاضي الموضوع وهذا

---

1 الداودي، غالب علي: **مرجع سابق**. ص202.

2 المرجع السابق. ص203.

3 نص المادة (130) من قانون التجارة الاردني رقم (12) لسنة 1966 والتي تنص على (يرجع في تحديد اهلية الشخص الملتزم بمقتضى سند السحب الى قانون بلده، ومع ذلك اذا التزم شخص بمقتضى سند سحب وتوافرت فيه اهلية الالتزام به وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه هذا الالتزام كان التزامه صحيحا ولو كانت لاتتوافر فيه هذه الاهلية وفقا لقانون بلده). ولم يحدد المشرع الاردني فيما اذا كان يقصد هنا بقانون بلده هل هو قانون الموطن ام قانون الجنسية، على انه من الراجح انه قصد قانون الجنسية، وكان ألأحرى أن يذكر قانون جنسيته بدلاً من قانون بلده، علما أن القانون المدني الاردني يخضع الاهلية لقانون الجنسية فيجب أن تتفق نصوص القوانين وتقرأ كوحدة واحدة.

4 الداودي، غالب علي: **مرجع سابق**.ص203.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التقدير قد يختلف من بلد الى آخر وفقاً للإعتبارات الاقتصادية في بلد القاضي، وعلى الرغم من ذلك فإن هذه النظرية منطقية وهي أكثر النظريات ملائمةً فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على الأموال المادية المنقولة إذ أن قانون الدولة الأكثر ارتباطا بالاموال المنقولة قد يؤدي الى تطبيق قانون الموقع بالنتيجة، أو قد يؤدي الى اختيار قانون ذو صلة حقيقية بالاموال المنقولة.

المسألة الرابعة: نظرية قانون موقع المال

تخضع الأموال المنقولة وفقا لهذه النظرية لقانون موقعها أي مكان وجودها.[1] حيث تقضي هذه القاعدة بحقيقة انفصال المنقولات من الناحية العملية عن حيازة المالك، وبناءً على ذلك فإنها تخضع لقانون موقعها الفعلي لا المفترض، وبالنتيجة فإن هذه القاعدة تقضي بالاختصاص التشريعي لقانون موقع المال المنقول.[2] إذ إن هذا الحل يتفق مع توقعات الشخص متوسط الحرص الذي يتوقع خضوع التصرف في المنقول لقانون مكان وجوده.[3] كما أنها ترجح على غيرها من النظريات السابقة وذلك عند اختلاف جنسية وموطن أطراف العلاقة لأنها تؤمِّن الضمان والاطمئنان والاستقرار في المعاملات الدولية الخاصة في الأموال المنقولة.[4] ويمكن تبرير خضوع المنقول لقانون موقعة لاعتبارت منها:

1- اعتبار الملائمة وقوامه تحقيق مصالح الأفراد ومصالح الدولة، فبالنسبة للأفراد فهو يساهم في سريان قانون هم على علم به، بما يحفظ توقعاتهم، ويحقق الطمأنينة بالنسبة للآخرين. أما بالنسبة لمصالح الدولة فإنه يساهم في سريان قانونها على الثروات المنقولة الموجودة في إقليمها وتوحيد القانون الذي يحكم التصرفات الواردة على تلك الثروات.[5]

---

1 عبد الله، عز الدين: **مرجع سابق**. ص390. الداودي، غالب علي: **مرجع سابق**.ص204. وقد بنى الفقيه سافيني هذه النظرية على اساس فكرة الخضوع الارادي، أي أن من يدخل في علاقة قانونية متعلقة بمنقول يفترض أنه قبل خضوعها لقانون موقع هذا المنقول. للمزيد انظر عبد الله، عز الدين: **مرجع سابق**. ص391.

2 الاسدي، عبد الرسول عبد الرضا: **مرجع سابق**. ص103.

3 الداودي، غالب علي: **مرجع سابق**. ص204.

4 المرجع سابق. ص204.

5 سلامه، احمد عبد الكريم: **القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص922.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

2- سلامة المعاملات، إذ إن قانون الموقع هو اكثر القوانين يسرا ويقينا في التعرف إليه.[1]

3- قانون الموقع هو المكان الذي تتركز فيه العلاقات القانونية المتعلقة بالمنقول، وهو موضوعها وبذلك يكون قانون ذلك الموقع هو أنسب القوانين لحكم هذه العلاقات.[2]

4- توفير احترام النفاذ الدولي للحقوق والمنقول الذي تسري عليه هذه القاعدة هو المنقول المفرد وليس المنقولات التي تكون مجموعة كما هو الحال في ميراث المنقول، إذ يحكمه قانون المورث وقت موته.[3]

ويرى الباحث أن هذه النظرية موفقة أكثر من غيرها للأسباب سالفة الذكر ولكنها قد لاتكون مجدية في الحالة التي يصعب فيها تعيين موقع محدد للمنقول، وتجب الاشارة إلى أن هنالك العديد من الصعوبات التي يمكن أن تثار في مجال تحديد موقع المنقول، ومن بينها وجود مواقع مادية متعددة لأجزاء المنقول ففي هذه الحالة يطبق قانون الموقع على الجزء من المنقول المتواجد في ذلك الموقع،[4]وهذا بدوره يمكن أن يؤدي إلى وجود أكثر من قانون يطبق على أجزاء المنقول.

كما يمكن تصور وجود المال في موقع لايخضع لسيادة أي من الدول، كما هو الحال بالنسبة لأعالي البحار والمساحة الهوائية التي تعلو الإقليم، إلا أن هذا الأمر يمكن التغلب عليه من خلال تطبيق قانون العلم، أو قانون قاضي النزاع.[5]

كما أن هذه النظرية قد يصعب من خلالها تحديد القانون واجب التطبيق على المنقول احياناً نظراً للطبيعة الخاصة لبعض المنقولات وعدم ثبات المنقول وقابليته للتنقل والحركة من جهة

---

1 عبد الله، عز الدين: **مرجع سابق**.ص391.

2 انظر سلامه، احمد عبد الكريم: **القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص922. عبد الله، عز الدين: **مرجع سابق**. ص391.

3 عبد الله، عز الدين: **مرجع سابق**. ص391.

4 منصور، سامي بديع و عبد العال، عكاشه: **مرجع سابق**. ص309.

5 **المرجع السابق**. ص310.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الى أخرى الامر الذي يؤدي الى اختلاف الاحكام التي يجب تطبيقها عليه نتيجة تعاقب خضوعه لسلطان أكثر من قانون وهذا مايعرف بالتنازع المتغير.[1]

مما سبق يرى الباحث أن نظرية القانون الأكثر ملائمة هي افضل النظريات لحكم الاموال المنقولة في الأحوال التي يصعب معها تحديد موقع المنقول، لكونها تتيح المجال أما قاضي الموضوع البحث عن القانون الاكثر صلة وارتباطا بالمنقول وتطبيقه.

الفرع الثاني: موقف التشريعات المقارنة من القانون واجب التطبيق على المنقول المادي

نصت المادة (19) من القانون المدني الاردني على أنه (... يسري بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الاخرى أو فقدها).

ويبدو من خلال النص أعلاه أن المشرّع الأردني قد اخضع مركز الأموال المادية المنقولة لقانون الموقع القديم الذي وجد فيه المال وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها.[2] أي أنه أخذ بنظرية خضوع المنقول لقانون موقعه.

ويقابل ذلك نص الفصل (58) من مجلة "القانون الدولي الخاص" التونسية الذي ينص على أن (الحوز والملكية وغيرها من الحقوق العينية ينظمها قانون مكان وجود المال).

وبنص مشابه جاءت المادة (26) من مسودة مشروع القانون المدني الفلسطيني والتي تنص على أنه (... ويسري على المنقول قانون الدولة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب تلك الحقوق أو فقدها فإذا تغير موقعه فيطبق قانون الموقع الجديد).

من خلال نصوص المواد سالفة الذكر يتضح أن هنالك إجماع مابين القوانين المقارنة على خضوع المنقول لقانون موقعه مع الاختلاف في آلية تحديد الموقع أو ما يعرف بالتنازع المتغير والذي سيتناوله الباحث في المطلب الثالث من هذه الدراسة.

---

1 الداودي، غالب علي: **مرجع سابق**.ص205. انظر ايضا عبد الله، عز الدين: **مرجع سابق**. ص391 و ص392.

2 دواس، امين: **مرجع سابق**. ص131.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني: نطاق القانون واجب التطبيق على المنقول

يتناول الباحث في هذا المطلب نطاق كل من قانون موقع المنقول في فرع أول، والقانون واجب التطبيق على العقد الوارد على المنقول في فرع ثانٍ.

الفرع الاول: نطاق قانون موقع المنقول

يتحدد بموجب القانون واجب التطبيق على المنقول الأمور الآتية:

1- كل مايتعلق باكتساب الحقوق العينية على المنقول وانقضاء ملكيته، إلا أنه إذا كان سبب الاكتساب هو الميراث والوصية فينحصر مجال تطبيق قانون موقع المال في الأثر الناقل لملكية الأموال الموجودة في التركة والأموال الموصى بها، أما الميراث والوصية ذاتها فيحكمها من حيث الموضوع قاعدة الإسناد الخاصة بهما.[1]

2- يشمل اختصاص قانون موقع المنقول تحديد حقوق والتزامات المالك وأهلية وجوبه، أما أهلية أدائه فتخضع لقانون جنسيته بحسب القوانين العربية ومنها القانون المدني الأردني.[2]

3- التأمينات العينية، يحكمها قانون المكان الذي تتواجد فيه هذه الأموال، مالم تكن هناك نصوص تقضي بغير ذلك.[3]

4- أما بالنسبة للعقد الوارد على المنقول فيخضع لقانون الإرادة من حيث تكوينه، أما أثر العقد من حيث نشوء الحق العيني فيخضع لقانون الموقع الذي قد يجعل انتقال الحق مجرد أثر للعقد، كما هو الحال بالنسبة للقانون المدني الأردني أو قد يجعله مترتبا على التسليم كما هو الحال في القانون السويسري.[4] أما أثار العقد بالنسبة للأشخاص فتخضع للقانون الذي يحكم العقد فهو الذي يتولى بيان الملتزمين بالعقد والمستفيدين منه سواء أكانوا من المتعاقدين أو من

---

1 الداودي، غالب علي: **مرجع سابق**.ص204.

2 الاسدي، عبد الرسول عبد الرضا: **مرجع سابق**. ص104.

3 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص457.

4 كما هو وارد لدى عبد الله، عز الدين: **مرجع سابق**. ص395.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الغير.[1] أما فيما يتعلق بأثر العقد بالنسبة للخلف الخاص فيرى غالبية الفقه إخضاع هذه المسألة للقانون الذي يحكم العقد ويسري قانون العقد ايضا على أحكام التعهد للغير، والاشتراط لمصلحة الغير، أما أثر العقد بالنسبة للخلف العام فتخضع للقانون الذي يحكم العقد مع مراعاة ما يدخل في نطاق القانون الذي يحكم الميراث.[2]

5- يخرج من نطاق القانون الذي يحكم المنقول التدابيرُ التحفظية وإجراءات الحجز عليه التي يراد إتخاذها، حيث تخضع لقانون الموقع.[3]

6- تخرج الأهلية والشكل من نطاق قانون الموقع فتخضع الأهلية لقانون الجنسية والشكل للقانون الذي يحكم أشكال التصرفات.[4] كما يخرج أيضا كل من الميراث والوصية وتخضع للقواعد الخاصة بذلك.

ويشير الباحث إلى أن هناك فارقًا مابين العقار والمنقول من حيث العقود الواردة على كل منهما إذ يجوز للأطراف الاتفاق على القانون الواجب على العقد الوارد على المنقول، في حين ليس بمقدور الأطراف فعل ذلك في حالة العقد الوارد على العقار، كما أن العقد الوارد على المنقول يمكن أن يرتب حقًا عينيًا على المنقول في حين لا يكون للعقد هذا الأثر في حال وروده على العقار، لذلك سيتناول الباحث موقف التشريعات المقارنة من القانون واجب التطبيق على العقود الواردة على المنقول في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الثاني: القانون واجب التطبيق على العقد الوارد على المنقول

بدايةً وقبل الخوض في موضوع القانون واجب التطبيق على العقود الواردة على المنقول لابد من الاشارة إلى أن قواعد الاسناد المتعلقة بتحديد القانون واجب التطبيق على العقد تحتوي على ضوابط إسناد لحكم العقود بشكل عام، إلا أنه يمكن تطبيقها على العقود الواردة على المنقول.

---

1 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد: **القانون واجب التطبيق على العلاقات القانونية المتصلة بأسواق الأوراق المالية ذات الطابع الدولي. مرجع سابق.** ص43.

2 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين. مرجع سابق.** ص674.

3 الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق.**ص441.

4 عبد الله، عز الدين: **مرجع سابق.** ص395. الداودي، غالب علي: **مرجع سابق.**ص205.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فالعقود ذات العنصر الأجنبي تخضع لما يسمى بقانون الإرادة والذي يكون للأطراف بموجبه حرية اختيار القانون الذي يحكم عقدهم.[1] وتعدّ مسألة تكييف العقد ذات العنصر الأجنبي أمر لايتوقف على إرادة الاطراف وإنما يستمده القاضي من الخصائص الذاتية للرابطة العقدية.[2] والمقصود بقانون الإرادة هنا هو القواعد الموضوعية في القانون المختار، دون تلك المتعلقة بالقانون الدولي الخاص.[3] وهو مبدأ أقرته اتفاقية روما لسنة 1980.[4] ونهج سارت عليه التشريعات المقارنة فأخضعت العقد لقانون الإرادة كضابط إسناد أول.[5] لكنها اختلفت فيما يتعلق بضابط الإسناد الاحتياطي فهو مثلا قانون دولة مقر الطرف الذي يكون التزامه مؤثرا في تكييف العقد وفقا لمجلة القانون الدولي الخاص التونسية.[6]

ويرى الباحث أن ضابط الإسناد المتعلق بتطبيق قانون دولة الطرف الذي يكون التزامه مؤثرا في تكييف العقد يثير صعوبة من حيث تكييف المسألة فمن هو الطرف الذي يكون التزامه مؤثراً في تكييف العقد، وماهي أسس ذلك؟، على أنه لايمكن إنكار فضل هذا المبدأ في مساعدة القاضي في البحث عن القانون الأنسب لحكم العلاقة محل النزاع ، فهو يؤدي إلى إمكانية اختيار

---

1 عبابنه، علاء الدين محمد ذيب: **مرجع سابق**. ص75. وهو مبدأ أخذت به اتفاقية روما لسنة 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية انظر المادة (1/3) والتي تنص على
(A contract shall be governed by the law chosen by the parties ...).

2 صادق، هشام علي: **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية**.الاسكندرية: دار الفكر الجامعي. ط2. 2001 ص63. ويجب الاشارة الى ان العقد الوطني الذي يخلو من العنصر الاجنبي يخضع للقانون الداخلي الذي ينتمي اليه العقد وإذا ماتم اختيار قانون اجنبي فإنه ينزل منزلة الشروط العقدية والتي يفترض عدم مخالفتها للنظام العام في القانون الوطني.

3 عبابنه، علاء الدين محمد ذيب: **مرجع سابق**. ص141.

4 كرست اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية مبدأ الاستقلالية فأشارت المادة (1/3) إلى أن المتعاقدان بإمكانهما تسمية القانون المطبق على العقد بكامله أو على قسم منه كما أن بإمكانهما الاتفاق في أي وقت لاحق على قانون آخر بموجب اتفاق سابق . للمزيد راجع هوزيه، فانسان : **مرجع سابق**. ص26.

5 فقد نصت المادة (1/20) من القانون المدني الأردني على انه (1-يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين... هذا مالم يتفق المتعاقدان على غير ذلك...). وبنص مماثل جاءت المادة (2/25) من مسودة مشروع القانون المدني الفلسطيني والتي تنص على انه (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة ... ما لم يتفق المتعاقدان أو يبين من الظروف أن قانونا آخر هو المراد تطبيقه)، وهو نفس الموقف الذي تبنته مجلة القانون الدولي الخاص التونسية في الفصل (62) والذي ينص على انه (يخضع العقد للقانون الذي تعيّنه الاطراف ...).

6 وهو الموطن المشترك للمتعاقدين أو مكان الابرام بالنسبة للقانون المدني الاردني ومسودة مشروع القانون المدني الفلسطيني. الفلسطيني.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أفضل ضوابط الاسناد ارتباطا بالعقد كمكان التنفيذ،[1] أو قانون مكان إبرام البيع وهو المطبق في اليابان وكوريا الجنوبية بشرط عدم إقامة الفريقين في نفس الدولة،[2] أو مكان إقامة البائع.[3] ويرى الباحث أن مكان التسليم يمكن الاعتداد به كضابط إسناد في هذا المجال، وبالنتيجة فإن هذا الضابط أمر في غاية الأهمية ويجب الاعتداد به في التشريع الفلسطيني المرتقب.

وتجب الإشارة إلى أن المشرع التونسي قد تطرق للحالة التي يكون فيها أحد طرفي العقد شخصًا معنويًا .[4] وهو أمر لم يعالجه القانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني، وهذه ميزة إيجابية تميزة بها مجلة القانون الدولي الخاص التونسية عن التشريعات المقارنة، إلا أن

---

1 وهذا ما اخذ به القانون الدولي الخاص والاجراء الدولي التركي لسنة 1982 في نص المادة (24) والتي تنص على انه (وفي حال عدم اختيار قانون يحكم عقد البيع فإنه يمكن الاعتداد بقانون مكان التنفيذ). كما هو وارد لدى هوزيه فانسان: **مرجع سابق**. ص23.

2 كما هو وارد لدى هوزيه فانسان: **مرجع سابق**. ص23.

3 وقد تبنت المادة (3) من اتفاقية لاهاى لسنة 1955 حول القانون المطبق على البيع ذي الطابع الدولى للمنقولات المادية قانون الدولة التي يقيم فيها البائع، مع وجود استثناءان وهما انه إذا تلقى البائع الأمر بالشراء بواسطة فرع له فى إحدى الدول، فإن القانون الواجب التطبيق يكون قانون الدولة التى يوجد فيها هذا الفرع . اما الاستثناء الثاني فهو إذا تلقى البائع أو وكيله الأمر بالشراء فى الدولة التى يوجد فيها المشترى، فإن قانون الدولة التى يتخذ فيها المشترى محل إقامته العادية، يكون واجب التطبيق. انظر نص المادة (3) من اتفاقية لاهاي لسنة 1955 والمتعلقة بالقانون واجب التطبيق على المنقولات المادية والتي تنص على:

(In default of a law declared applicable by the parties under the conditions provided in the preceding Article, a sale shall be governed by the domestic law of the country in which the vendor has his habitual residence at the time when he receives the order. If the order is received by an establishment of the vendor, the sale shall be governed by the domestic law of the country in which the establishment is situated.

Nevertheless, a sale shall be governed by the domestic law of the country in which the purchaser has his habitual residence, or in which he has the establishment that has given the order, if the order has been received in such country, whether by the vendor or by his representative, agent or commercial traveller.

In case of a sale at an exchange or at a public auction, the sale shall be governed by the domestic law of the country in which the exchange is situated or the auction takes place).

4 انظر نص الفصل (62) والذي يص على انه (يخضع العقد للقانون الذي تعيّنه الأطراف وإذا لم تحدّد الأطراف القانون المنطبق يعتمد قانون الدولة التي يوجد بها مقر الطرف الذي يكون التزامه مؤثرا في تكييف العقد أو مقر مؤسسته إذا كان العقد قد أبرم في نطاق نشاط مهني أو تجاري).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المشرع التونسي لم يعالج الحالة التي يكون فيها للبائع أكثر من مؤسسة وهو أمر عالجته التشريعات الأخرى كالقانون النمساوي والذي عدَّ القانون واجب التطبيق في هذه الحالة هو قانون المؤسسة التي يتم عن طريقها العقد.[1] ويرى الباحث اعتماد ماورد في اتفاقية روما بخصوص العقد المبرم في إطار النشاط المهني لمؤسسة البائع في التشريعات المقارنة وأخذها بعين الاعتبار في التشريع الفلسطيني المرتقب.[2]

ويبدو أن كلًا من مشروع القانون المدني الفلسطيني والقانون المدني الأردني يعتد بالإرادة الصريحة والضمنية، فنص المشرّع الأردني جاء مطلقًا، والمطلق يجري على إطلاقه مالم يقيد.[3] فكلاهما جاء بعبارة: "مالم يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو المراد تطبيقه".[4] لكن يبدو أن الأمر مختلفٌ بالنسبة لمجلة "القانون الدولي الخاص" التونسية والتي أشارت إلى الإرادة الصريحة، إذ نص الفصل (62) على أنه (يخضع العقد للقانون الذي تعيّنه الأطراف...).علمًا أن اتفاقية روما أجازت للقاضي استخلاص الإرادة الضمنية، ولكنها قيدت ذلك بالاستنتاج المؤكد من ظروف التعاقد.[5]

ويرى الباحث أن ما ذهب إليه المشرّع الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني من حيث الاعتداد بالإرادة الضمنية أمر في بالغ الأهمية لكونه يساعد القاضي في البحث عن القانون الأنسب لحكم العلاقة، كما انه يحافظ على توقعات الأطراف في حال إغفالهم عن تحديد القانون الذي يحكم العقد.

---

1 كما هو وارد لدى فانسان، هوزيه : **مرجع سابق**. ص24

2 وقد تضمنت ذلك اتفاقية روما لسنة 1980 حيث نصت على أن يكون القانون المطبق إذا كان العقد مبرما في ممارسة النشاط المهني للبائع هو قانون البلد الذي تكون مؤسسته الرئيسية فيه إلا إذا كان التقديم المميز حسب العقد يقدم من المؤسسة غير الرئيسية ففي هذه الحالة فإن القانون الاصلح هو قانون الدولة التي توجد فيها هذه المؤسسة. انظر هوزيه فانسان: **مرجع سابق**. ص24. اما اذا لم يكن الابرام في اطار نشاط مهني فيطبق قانون دولة اقامة البائع المعتاد وليس مكان وجود مؤسسته الرئيسية هو الواجب التطبيق. للمزيد انظر هوزيه فانسان: **مرجع سابق**. ص26.

3 الداودي، غالب علي: **مرجع سابق. ص217**. عبابنه، علاء الدين محمد ذيب: **مرجع سابق**. ص150 وص293.

4 انظر نص المادة (1/20) من القانون المدني الاردني والمادة (2/25) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

5 انظر نص المادة (1/3) من اتفاقية روما.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويشير الباحث إلى أن ضوابط الإسناد الواردة في نص المادة (1/20) من المدني الأردني والمادة (25) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والمتعلقة بالقانون واجب التطبيق على العقود هي ضوابط غير كافية لتحديد القانون واجب التطبيق.[1] خصوصا في ظل وجود التعاقد الالكتروني.

ويرى الباحث ايضا أن قانون الإرادة هو الأفضل كضابط إسناد أول لحكم العقود المتعلقة بالمنقول، وخصوصا البضائع المشحونة والتي لايكون لها موقعٌ محددٌ.[2] وعلى الرغم من أن قانون الارادة لايملك السلطة بمقدار ماتملكه قواعد البوليس في الداخل والخارج.[3] إلا أنه يستجيب للتنوع الهائل والمعقد للعمليات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي عن طريق السماح للأطراف باختيار القانون الأنسب لهم، ومن جانب آخر فهو القانون الذي ينسجم مع طبيعة العلاقة التعاقدية وتحقيق مصالح المتعاقدين، فالإرادة قادرة على خلق الالتزام وتحمل آثاره باعتباره حلا وسطا يحقق رغبات الاطراف وتوقعاتهم.[4]

ولكن بقي أن نشير الى أن العقد يخضع للقواعد الآمرة في القانون المختار حيث يتضح أن القانون المدني الاردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني استخدما كلمة "يسري" فهو القانون الذي

---

1 فهي ضوابط تفترض حالات قد لاتتوافر على ارض الواقع، فالموطن المشترك وقانون الدولة التي تم فيها العقد جميعها لاتحيط بكامل الموضوع، فقد لايتوافر الموطن المشترك للمتعاقدين، إذ غالبا ما يكون أطراف العقد من دول مختلفة، وقد يكون قانون الدولة التي تم فيها العقد قانون مختلف عن قانون الموقع الفعلي للمنقول فقد يتم التعاقد في دولة ويكون المنقول في دولة أخرى، ناهيك عن الصعوبة في تحديد مكان إبرام العقد في حالة التعاقد بين غائبين، وقد يشق على القاضي البحث عن الإرادة الضمنية في حال غياب الإرادة الصريحة.

2 فالبضائع المشحونة قد تمر في أكثر من دولة ولايكون لها موقعا محدداً، وبالتالي فإن مسألة تحديد القانون واجب التطبيق عليها تصبح أكثر صعوبة، لذلك فإن اتفاق الاطراف على قانون معين ليحكمها مسبقا يضع حلاً يلائم طبيعة البضائع المشحونة.

3 عبابنه، علاء الدين محمد ذيب: **مرجع سابق**. ص124. كما أن هذا الموقف متبع في اتفاقية روما لعام 1980 والتي أشارة إلى أن تطبيق قانون الإرادة يتوقف لصالح القواعد الآمرة الوطنية والأجنبية المتصلة بالعقد، انظر نص المادة (2/7) من الاتفاقية. ومن الأمثلة على قواعد البوليس قواعد حماية البيئة واستغلال الثروات القومية وقواعد حماية المستهلك وقواعد حماية الاقتصاد الوطني، فهي قواعد آمرة من النظام العام لايسمح للأفراد بالاتفاق على مخالفتها ويتم إبطال أي اتفاق يتعارض معها، أما على مستوى القانون الدولي الخاص فيقتصر دورها على منع تطبيق القانون الدولي الذي أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيقه.

4 عبابنه، علاء الدين محمد ذيب: **مرجع سابق**. ص77- ص79.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يسري على العقد ولايندمج فيه وهو مايفيد خضوع الرابطة العقدية للقانون المختار.[1] وتجب الإشارة إلى أن القانون المدني الأردني قد تناول الالتزامات العقدية (آثار العقد) دون تكوينه.[2] فالحديث عن آثار العقد يفترض وجود عقد تم إبرامه، إلا أن أكثر الفقه لا يرى بأن المشرع قد قصد آثار العقد دون تكوينه وإنما تمتد قاعدة قانون الإرادة لتشمل آثار العقد وتكوينه.[3]

ويرى الباحث أنه لا يجوز تحميل النص أكثر مما هو عليه، فالنص جاء صريحا بخصوص الالتزامات التعاقدية فقط وهذا يشير إلى حاجة النص إلى التعديل ليشمل الالتزامات التعاقدية وتكوين العقد على النحو الآتي (1-يسري على الشروط الموضوعية للعقد وما يترتب عليه من آثار قانونية القانون الذي اتجهت إليه الإرادة صراحة أو ضمنا 2-وفي حال غياب قانون الإرادة ...).[4] إذ إن اقتصار النص على الالتزامات التعاقدية فقط يجعل العقد خاضعا لأكثر من قانون مما يؤدي إلى تجزئته الأمر الذي يتنافى مع وحدة العقد، ويؤدي إلى نتائج غير مقبولة أحيانا، وهو أمر يتعارض مع الطمأنينة للمعاملات ذات الطابع الدولي.[5] علما أن اتفاقية روما لعام 1980 أجازت تجزئة العقد وأقرت حق الأطراف في اختيار أكثر من قانون لحكم العقد بشرط عدم اختراق القواعد الآمرة في القوانين التي يرتبط بها العقد .[6]

ويدخل ضمن نطاق القانون الذي يحكم العقد مجموعة من الأمور، هي موضوع العقد ضمن حدود النظام العام ومايتعلق بتكوين العقد واركانه من رضا ومحل وسبب.[7] ويحكم ايضا آثار العقد من حيث اشخاصه وما يرد على ذلك من استثناءات،[8] وأسباب فساد الإرادة، كالغلط

---

1 **المرجع السابق**. ص149 و ص147.

2 نص المادة (1/20) والتي تنص على انه (1-يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي ...).

3 الداودي، غالب علي: **مرجع سابق**. ص220. عبابنه، علاء الدين محمد ذيب: **مرجع سابق**. ص358-361.

4 فقد نصت المادة (59) من القانون الكويتي على انه (يسري على العقد، من حيث الشروط الموضوعية لانعقاده ومن حيث الآثار التي تترتب عليه، قانون الدولة التي يوجد فيها ...)، إذ يبدو واضحا أن المشرع الكويتي قد عالج كل من الشروط الموضوعية للعقد وآثاره.

5عبابنه، علاء الدين محمد ذيب: **مرجع سابق**. ص360- ص361.

6 انظر نص المادة (3) من اتفاقية روما لسنة 1980 بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

7 الداودي، غالب علي: **مرجع سابق**. ص220.

8 ياقوت، محمود محمد: **مرجع سابق**. ص21.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والتغرير والإكراه، و الوفاء بالالتزام ومواعيده، وتفسير العقد، والمسؤولية التعاقدية، والقوة القاهرة والعطل والضرر والتأخير، وبداية الالتزام ونهايته وانتقاله، وحق الاطراف في الفسخ.[1] ويبدو أن مجلة "القانون الدولي الخاص" التونسية كانت أكثر دقة من القانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني فيما يتعلق بتحديد نطاق القانون الذي يحكم العقد، حيث أفردت نصا خاصا يعالج مسألة نطاق القانون واجب التطبيق على العقد.[2] ويرى الباحث أن يتم ادراج نص في التشريع التشريع الفلسطيني المرتقب يعالج مسألة تحديد نطاق القانون واجب التطبيق على العقد على غرار مجلة القانون الدولي الخاص التونسية.

ويخرج من نطاق قانون الإرادة القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام،[3] والأهلية والمسائل التي ينظمها المشرّع لأسباب اقتصادية مثل علاقات العمل والضمان الاجتماعي، والميراث والوصية، وعقود التأمين الواردة على النقول حيث يحكمها قانون بلد التسجيل.[4] كما تخرج مجموعة مجموعة من العقود منه، وهي عقود العمل وعقود الأحوال الشخصية والعقود الواردة على العقار.[5]

وتجب الإشارة إلى حالة تغير القانون الذي يحكم الرابطة العقدية بسبب اختيار المتعاقدين اللاحق لقانون العقد الذي يؤدي إلى تغيير القانون المختص مما يؤدي إلى انصراف آثار هذا التغيير بأثر رجعي إلى وقت التعاقد، فهنا يمكن أن يسري القانون الجديد بحق المتعاقدين على أن

---

1 الداودي، غالب علي: **مرجع سابق**. ص221.

2 انظر نص الفصل (64) والذي ينص على (ينظم القانون المنطبق على العقد خاصة: 1-وجوده. 2- صحته.3-تأويله. 4- تنفيذ الإلتزامات المترتبة عنه. 5- نتائج عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي للإلتزامات بما في ذلك تقدير الضرر وطرق التعويض. 6- الأوجه المختلفة لإنقضاء الإلتزامات وسقوطها بمرور الزمن وتقادمها المؤسسة على إنقضاءالآجال. 7- آثار بطلان العقد).

3 الداودي، غالب علي: **مرجع سابق**. ص221.

4 المرجع السابق. ص222-223.

5 ياقوت، محمود محمد: **مرجع سابق**. ص14 و ص15. ويجب الاشارة الى أن نطاق قانون العقد وفقا لاتفاقية لاهاي لسنة لسنة 1955 يحدد الموجبات المتبادلة وآلية نقل المخاطر وشروط صحة العقد وكل بند من بنوده أو نتائج بطلانه ويحدد مكان تنفيذ الواجبات وشروط معاقبة عدم مطابقة الشيئ المباع وشروط فسخ العقد وتحديد نقطة بداية الفوائد التعويضية التي ينتجها التعويض المتوجب على البائع عن الضرر الذي يصيب الشاري احتماليا بسبب عيوب الشيئ. هوزيه، فانسان: **مرجع سابق**. ص45.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تُراعى حقوق الآخرين التي يجب ألّا تتأثر بالتغيير اللاحق لقانون العقد.[1] ويرى الباحث أن هذه المسألة لم تعالجها التشريعات المقارنة، وحبذا لو تمت معالجتها في التشريع الفلسطيني المرتقب.

وفي هذا السياق ولتحديد ضابط إسناد يتلائم مع طبيعة العصر والتعاقد الإلكتروني الذي يتم عن بعد، يرتئي الباحث اعتماد نظرية الأداء المميز في العقود.[2] فهو أمر كرسته اتفاقية روما في حال غياب مبدأ استقلالية الإرادة حيث أشارة إلى خضوع العقد لقانون البلد الذي تربطه به أوثق الصلات.[3] فالعقد يعتبر أكثر ارتباطا مع البلد الذي ينفذ فيه الطرف أداءه.[4]

---

1 ياقوت، محمود محمد: **مرجع سابق**. ص110. كما اقرت ذلك اتفاقية روما لعام 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية إذ تخول المادة (2/3) من الاتفاقية المتعاقدين حق الاختيار اللاحق للقانون أو تعديله بشرط حماية حقوق الغير. وتطرقت لذلك اتفاقية لاهاي لعام 1986 بشأن البيوع الدولية للبضائع والتي اشارة الى ان التغيير اللاحق يجب ألا يؤدي الى المساس بالحقوق التي سبق اكتسابها بموجب القانون القديم. كما ان القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 كرس نفس المبدأ حيث نصت المادة (3/116) على ان (اختيار قانون العقد أو تعديل هذا الاختيار في اي وقت ... ذلك في مرحلة لاحقة على ابرام العقد فإن تطبيق القانون المختار أو تعديله اللاحق يسري بأثر رجعي يرتد الى وقت الابرام مع التحفظ الخاص بحقوق الغير). انظر ياقوت، محمود محمد: **مرجع سابق**. ص110.

2 يرى اصحاب هذه النظرية بأن كل عقد ينفرد بأداء يميزه عن غيره ويحدد خصائصه حيث يتحدد هذا الاداء بمقتضى عملية تركيز موضوعي بحت للرابطة العقدية، فعند انتفاء الارادة يكون على القاضي لتحديد القانون الذي يحكم العقد أن يعول على عنصر واحد للإسناد وهو عنصر يتغير من عقد لآخر بحسب طبيعة كل عقد، عنصر يكشف عن أوثق القواعد صلة بالعقد، فيسند المشرع كل طائفة من العقود ذات الطبيعة الواحدة للقانون المناسب لطبيعتها هذه، وهو القانون السائد في محل الأداء المميز. انظر عبابنه، علاء الدين محمد ذيب: **مرجع سابق**. ص339.

3 انظر نص المادة (1/4) من اتفاقية روما لسنة 1980 والتي تنص على
(...the contract shall be governed by the law of the country with which it is most closely connected...).

وتمتاز هذه النظرية بأنها تحقق مرونة في تحقيق العدالة لكونها تفرق في الاسناد بين طوائف العقود ذات الطبيعة المتنوعة دون أن يؤدي ذلك الى اخلال بتوقعات الافراد لكون اختلاف التركيز لايرتد الى تنوع ظروف التعاقد وملابساته الواقعية في كل حالة على حده، وانما الى طبيعة الرابطة العقدية ومحل الاداء المميز فيها مما يمكن الافراد من العلم المسبق بقاعدة الإسناد التي تحدد سلفا القانون واجب التطبيق على مثل هذا العقد المنوي ابرامه وهي تمتاز بالمرونة أيضا لاختلاف صورها حسب كل فئة من العقود. عبابنه، علاء الدين محمد ذيب: **المرجع السابق**. ص342 و ص343.

4 عبابنه، علاء الدين محمد ذيب: **مرجع سابق**. ص341. إذ يعتبر العنصر الهام في عقد بيع البضاعه هو قيام البائع بالتسليم فهو الهدف الاساسي من العقد وقانون هذا المكان هو الذي يحكم العلاقة، إذ إن اداء البائع أكثر تعقيدا من التزام المشتري فدفع الثمن هو الاداء المقابل في عقد البيع، عبابنه، وعلى النقيض من ذلك فهنالك بعض العقود التي يكون فيها الدفع هو الالتزام الجوهري كما هو الحال بالنسبة لتسديد القروض. عبابنه، علاء الدين محمد ذيب: **مرجع سابق**. ص344 وص345.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد أوردت اتفاقية روما استثناء على نظرية الأداء المميز، وهو حالة كون هنالك قانونا آخر أوثق صلةً بالرابطة العقدية، فللقاضي في هذه الحالة أن يسند االرابطة للقانون الأوثق صلةً بها وفقا لظروف التعاقد وملابساته في الحالة التي يتعذر فيها تحديد الأداء المميز في العقد.[1]

ويرى الباحث أن هذه النظرية تتيح للقاضي البحث عن القانون الأكثر صلة بالعقد مما يؤدي إلى الحفاظ على توقعات الأفراد، كما أنه يؤدي إلى وجود صلة حقيقية بالعقد.[2]

وعلى الرغم من كون مصطلح الأداء المميز منتقد لكونه مصطلحاً يعوزه الدقة في تحديد المقصود منه، إلا أن نظرية الأداء المميز تتوافق مع العقود التقليدية والعقود الحديثة أيضا ومن بينها العقود الالكترونية الواردة على المنقول في الفروض التي يصعب تركيز العقد في مكان معين.[3] ويرى الباحث أن يتم اعتماد نظرية الاداء المميز في التشريع الفلسطيني المرتقب وتبني النص الآتي (يسري على الشروط الموضوعية للعقد وما يترتب عليه من آثار قانونية القانون الذي اتجهت إليه الإرادة صراحة أو ضمنا 2-وفي حال غياب قانون الإرادة فإن قانون دولة الموطن المشترك للمتعاقدين هو الواجب التطبيق مالم يتبين أن قانونًا آخرًا أكثر ارتباطًا وصلةً بالعقد) بدلاً من نص المادة (25) من مشروع القانون المدني الفلسطيني. فهذا النص يتوافق ويتلائم مع الإسناد المناسب لقانون العقد عند غياب الإختيار الصريح أو الضمني زيادة على أنه ينسجم مع مقتضيات العقد الالكتروني الذي يصعب تركيزه في مكان معين من جهة، وانسجامه مع فكرة الإسناد المسبق من جهة اخرى، فطبيعته الفنية تقتضي الاخذ بنظرية الاداء المميز.[4]

---

1 عبابنه، علاء الدين محمد ذيب: **مرجع سابق**. ص341

2 جدير بالذكر ان القضاء الانجليزي يتطلب توفر الصلة الحقيقية بالعقد وهو ما عبر عنه القضاء الانجليزي "The system of law by reference to which the contract was made, or that with which the transaction has its closest and most real connection". نقلا عن ياقوت، محمود محمد: **مرجع سابق**. ص121. ويجب الاشارة الى ان جانب من الفقه والقضاء يشترط ان يكون القانون المختار على صلة بالعقد لأن اطلاق حرية المتعاقدين في اختيار قانون ما يتيح لهم التهرب من القواعد الامرة في القوانين المرتبطة بالعقد. انظر ياقوت، محمود محمد: **مرجع سابق**. ص120. يذكر أن جانبا من الفقه الأمريكي قد تشكك في إمكانية الأفراد في اختيار القانون الذي سيحكم صحة عقدهم، إذ أن ذلك من شأنه أن يوفر لهم أداة مصطنعة لتفادي سياسات الولاية. عبابنه، علاء الدين محمد ذيب: **مرجع سابق**. ص359.

3 عبابنه، علاء الدين محمد ذيب: **مرجع سابق**. ص341- ص348.

4 المرجع سابق. ص354.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثالث: اشكاليات تطبيق قانون موقع المنقول

ان طبيعة المنقول وسهولة نقله من مكان الى آخر تؤدي الى وجود مواقع متعددة له وهذا يؤدي الى وجود العديد من الاشكاليات التي تقف عائقاً أمام تطبيق قانون موقع المنقول كالتنازع المتغر، ووسائل النقل، والبضائع اثناء نقلها، لذلك يستعرض الباحث هذه الاشكاليات في ثلاثة فروع.

الفرع الاول: القانون واجب التطبيق على التنازع المتغير

نظرا لطبيعة المنقول وقابليته للحركة والانتقال لابد من دراسة مايسمى بالتنازع المتغير أو المتحرك والذي يكمن في الحالة التي ينتقل فيها المال المنقول من دولة تتحقق فيها أحكام الحيازة، أو أي سبب من أسباب كسب الحقوق العينية على المنقول وفقًا لقانون هذه الدولة الذي يعترف بهذه الحقوق، ثم ينتقل بعد ذلك إلى دولة أخرى وقانون جديد لا يعترف بمثل هذه الحقوق فهنا لابد من التساؤل عن القانون واجب التطبيق في مثل هذه الحالة: أهو قانون الموقع القديم؟ أم قانون الموقع الجديد؟.[1] لذلك سيتناول الباحث القانون واجب التطبيق على المنقول في هذه الحالة، مستعرضًا لموقف كلٍ من الفقه من مسألة التنازع المتغير في فرع أول وموقف التشريعات المقارنة منه في فرع ثانٍ .

المسألة الأولى: موقف الفقه من التنازع المتغير

هنالك اختلاف في الفقه حول القانون واجب التطبيق على المنقول في حالة التنازع المتغير، فهناك اتجاه يرى بتطبيق قانون الموقع الجديد بأثر فوري ومباشر، وهناك اتجاه آخر يدعو إلى تطبيق قانون الموقع القديم، يستعرض الباحث كما يلي :

1 فالقانون السويسري يشترط التسليم لإنتقال ملكية المبيع بخلاف القانون الاردني الذي لايشترط التسليم. انظر دواس، امين: **مرجع سابق**. ص131. انظر ايضا نص المادة (1/485) من القانون المدني الاردني والتي تشير الى انه تنتقل ملكية المبيع المنقول الى المشتري بمجرد تمام البيع بالتراضي ولو قبل تسليم المبيع.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أولا: تطبيق القانون الجديد بشكل فوري ومباشر

ويرى أنصار هذا الاتجاه بوجوب تطبيق أحكام قانون الموقع الجديد بمجرد انتقال المنقول إليه.[1] أي تطبيق قانون الموقع الجديد بأثر فوري و مباشر.[2] فأنصار هذا الرأي يضعون حلًا للتنازع المتغير شبيها بالحل المتّبع في شأن التنازع الزمني للقوانين داخل الدولة الواحدة.[3] فهم يرون أنّ سريان قانون الموقع الفعلي للمنقول يوفر سلامة المعاملات وهو القانون الذي يعرفه المتعاملون في المنقول ويطمئنون إليه ويؤدي إلى حماية توقعاتهم وهو ضمانة للتجارة الداخلية في دولة الموقع الجديد.[4] كما أن هذا الحل بنظرهم يؤدي إلى تحقيق وحدة القانون الذي يحكم المنقول في الدولة التي انتقل إليها.[5] ولا يهم في نظر هذا الرأي إذا أدى ذلك إلى تعطيل ما يترتب على المنقول من حقوق بموجب قانون الموقع القديم.[6]ومن أمثلة ذلك:

1- في مجال قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، فلو فرضنا وجود منقولًا في دولة لا تعترف بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز ثم نقل من طرف حائزه إلى دولة يقر قانونها بالقاعدة فبالتطبيق المباشر الفوري للقانون الجديد يعد الحائز الجديد مالكا.[7]

2- في مجال قاعدة تسليم المنقول، لنفترض أنّ منقول موجود في دولة تشترط التسليم في عقد البيع لكي تنتقل الملكية إلى المشتري كما هو الحال في القانون السويسري و قد تم شراء هذا

---

1 الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**.ص434.

2 صادق، هشام علي: **مرجع سابق**. ص801.

3 كما في الحالة التي يتم فيها إجراء تعديل تشريعي حيث يطبيق القانون الجديد تطبيقا فوريا تحقيقا للوحدة التشريعية داخل حدود الدولة وبالتالي فإنه يجب كذلك تطبيق قانون الموقع الجديد بأثر فوري تحقيقا للوحدة التشريعية في دولة الموقع الجديد للمنقول. انظر الاصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص513. انظر ايضا رياض، فؤاد عبد المنعم و راشد سامية: **مرجع سابق**. ص304.

4 رياض، فؤاد عبد المنعم و راشد سامية: **مرجع سابق**. ص304. الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**.ص434. الاصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص514. صادق، هشام علي: **مرجع سابق**. ص801.

5 رياض، فؤاد عبد المنعم و راشد، ساميه: **مرجع سابق**. ص304. انظر ايضا دواس، امين رجا رشيد: **مرجع سابق**. ص130.

6 الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**.ص434.

7 عبد الله، عز الدين: **مرجع سابق**. ص397.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المنقول في سويسرا دون القيام بالتسليم، ثم نقل إلى دولة لا تشترط التسليم كفرنسا ومعظم الدول العربية، وتم بيعه فيها فاستنادًا للتطبيق الفوري يعد المشتري مالكًا للمنقول.[1]

3- في مجال رهن المنقول، فلو فرضنا وجود رهن حيازي على منقول في دولة تجيز للدائن تملك المنقول إذا لم يفي المدين بالدين المضمون كما هي الحال في التشريع الهولندي ثم نُقل هذا المنقول إلى دولة أخرى لا يعترف قانونها للدائن المرتهن بحق تملك المنقول المرهون حيازيا، إنما يجوز له فقط اللجوء إلى التنفيذ الجبري فتطبيقا لقاعدة التطبيق الفوري للقانون ليس لهذا الدائن المرتهن أن يمتلك المنقول بل له حق التنفيذ الجبري فقط.[2]

وقد انتقد هذا الاتجاه من حيث أن الأخذ بالتطبيق الفوري للقانون الجديد يؤدي إلى إهدار الحقوق التي اكتسبت في ظل قانون الموقع القديم إذا كان قانون البلد الجديد لايعترف بها.[3] و يؤدي إلى عدم الثقة بالمعاملات لأن الأثر الناقل للملكية لايأتي طِبقا لقانون الموقع القديم.[4]كما أن أن قياس التنازع المتحرك على التنازع الزمني هو قياس غير واقعي لكون القانونين في التنازع الزمني يصدران من مشرّع واحد أما بالنسبة للتنازع المتغير فالأمر مختلف لصدور القانونين من مشرعين مختلفين، ناهيك عن أنه في التنازع الزمني يلغي القانون الجدي القديم ويحِلُّ محله بينما في التنازع المتغير يبقى كِلا القانونين ساري المفعول.[5]

ويرى الباحث أن هذا الاتجاه يؤدي ضياع الحقوق المكتسبة في ظل قانون الموقع القديم ويؤدي إلى إنكار العدالة وعدم الثقة في المعاملات التي تمت بموجب القانون القديم وهو أمر لايحبِّذه الباحث، لذلك لابد من الاشارة لإتجاه آخر وهو تطبيق قانون الموقع القديم في النقطة التالية.

---

1 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين. مرجع سابق.** ص802.

2 المصري، محمد وليد: **مرجع سابق.** ص180. انظر ايضا صادق، هشام علي: **تنازع القوانين.** مرجع سابق. ص804.

3 عبد الله، عز الدين: **القانون الدولي الخاص.** الجزء الثاني. ص398.

4 الاصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص.** مرجع سابق. ص516.

5 المرجع سابق. ص517.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانيا: تطبيق قانون الموقع القديم

يرى جانب من الفقه أنه في حالة انتقال المنقول من دولة إلى أخرى، بمعنى من ظل قانون الموقع القديم إلى ظل قانون موقع جديد فإنه يجب احترام الحقوق المكتسبة في ظل قانون الموقع القديم الذي نشأت فيه هذه الحقوق، بشرط أن تكون قد نشأت صحيحة وفقًا لقانون الدولة التي تم اكتسابها فيها، وذلك تطبيقًا لمبدأ الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة.[1] فذلك يؤدي الى استقرار المعاملات ويحفظ توقعات الأفراد بسبب علم الأطراف والغير بأحكام هذا القانون.[2] وبالنتيجة حماية الغير حسن النية،[3] ناهيك أن عدم تطبيق قانون الموقع القديم الذي تكاملت فيه عناصر الحقوق بصفة قطعية قبل انتقال المنقول يؤدي إلى الاضطراب في المعاملات.[4]

إلا أن هذا الرأي كان محل انتقاد من قبل بعض الفقه المصري لكونه يشكل عدوانًا على اختصاص قانون الموقع الجديد فهم يقررون وجوب عدم الاعتداد بالحق المكتسب بموجب قانون الموقع القديم إذا لم يكن متماشيًا مع قانون الموقع الجديد، كما أنه حل غير عملي في الحالة التي يختلف فيها القانونان المتعاقبان في شأن الصفات القانونية للمنقول، فقد يعدّ المنقول قابلًا للتصرف بموجب قانون الموقع القديم بينما لايعتبر كذلك بالنسبة للقانون الجديد.[5] ويرى الباحث أن هذه الحجة يمكن التغلب عليها إذ يمكن استبعاد تطبيق قانون الموقع القديم استناداً الى فكرة الدفع بالنظام العام في قانون الموقع الجديد في هذه الحالة.

وقد اشترط أنصار تطبيق قانون الموقع القديم مجموعة من الشروط لتطبيقه، إذ يجب أن تكتمل عناصر الحق جميعا في ظل قانون الموقع القديم.[6] وأن لا يكون هنالك تعارض بينها وبين

---

1 الهداوي، حسن: **مرجع سابق**. ص46. رياض، فؤاد عبد المنعم و راشد سامية: **مرجع سابق**. ص304. صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. مرجع سابق. ص802.

2 سلامه، احمد عبد الكريم: **القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص927. انظر ايضا الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**. ص434.

3 سلامة، احمد عبد الكريم: **الوسيط في القانون الدولي السعودي**. مرجع سابق. ص547.

4 عبد الرحمن، جابر جاد: **مرجع سابق**. 525.

5 رياض، فؤاد عبد المنعم و راشد، ساميه: **مرجع سابق**. ص305 و ص306. انظر ايضا عبد الله، عز الدين: **مرجع سابق**. ص401.

6 دواس، امين رجا رشيد: **مرجع سابق**.ص130. انظر ايضا المصري، محمد وليد: **مرجع سابق**. ص180.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

حق آخر نشأ بموجب القانون الجديد، وعدم التعارض مع النظم القانونية المقررة في قانون الموقع الجديد بحيث يكون الحق المراد التمسك به مُعترفًا به في كِلا القانونين، وإذا ما وجد مثل هذا التعارض فيطبق قانون الموقع الجديد بأثر فوري مباشر.[1] وعدم مخالفة النظام العام في دولة الموقع الجديد.[2] كالحالة التي يحق فيها للدائن المرتهن في ظل قانون الموقع القديم تملك المال المرهون عند عدم تسديد الدين وقت استحقاقه فإنه سيفقد هذا الحق اذا انتقل المال المنقول إلى دولة تمنع قوانينها هذا النوع من التملك.[3] ونضرب مثال آخر في مجال تسليم المنقول، فلو فرضنا أن المنقول قد نقل من دولة تطبِّق قاعدة انتقال ملكية المنقول بمجرد انعقاد العقد، كما هو الحال في القانون الاردني،[4] إلى دولة أخرى تشترط التسليم لانتقال الملكية، كما هو الحال بالنسبة للقانون للقانون المدني التركي أو السويسري فالمشتري هنا يبقى مالكاً في ظل القانون الجديد لأن حقه في التملك قد نشأ صحيحًا في ظل قانون الموقع القديم.[5] وإذا تم البيع في سويسرا أو تركيا ولم تتم عملية التسليم ثم انتقل المنقول بعد ذلك إلى الأردن وبيع فيها فإن المشتري في سويرا لن يتمكن من استرداد المنقول لأن حقه لم يستوفِ العناصر المطلوبة، ومن ثم يطبق القانون الأردني.

ويرى الباحث من خلال ما تقدم بأن تطبيق قانون الموقع القديم هو أمر بالغ الأهمية، وذلك لحماية الحقوق المكتسبة التي نشأت صحيحة في ظل قانون الموقع القديم لمنع التحايل ممن قد يجدون من تطبيق قانون الموقع الجديد فرصةً للتحايل وبيع المنقول في أكثر من دولة بهدف الحصول على ثمن المنقول أكثر من مرة وهو أمر قد يؤدي إلى زعزعة الاستقرار الاقتصادي وإنكار العدالة.

---

1 الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**. ص435. المصري، محمد وليد: **مرجع سابق**. ص180. الهداوي، حسن: **مرجع سابق**. ص47.

2 الاصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص506.

3 المصري، محمد وليد: **مرجع سابق**. ص180.

4 المادة (1/485) من القانون المدني الاردني.

5 كما هو وارد لدى المصري، محمد وليد: **مرجع سابق**. ص180.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المسألة الثانية: موقف التشريعات المقارنة من مسألة التنازع المتغير

نصت المادة (19) من القانون المدني الأردني على أنه (... يسري بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الاخرى أو فقدها)، فيبدو من خلال نص المادة سالفة الذكر أن المشرّع الأردني قد أخضع الأموال المادية المنقولة لقانون الموقع الذي يوجد فيه المال وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها، بمعنى أنّه أخذ بتطبيق قانون الموقع القديم.[1]

وهو ذات الأمر المتبع في مجلة "القانون الدولي الخاص" التونسية، والتي أشارت إلى مسألة التنازع المتغير في نص الفصل (29) والذي ينص على أنه (يعيّن القانون المنطبق حسب الحالة إما بعنصر الإسناد القائم عند نشأة الوضعية القانونية أو بعنصر الإسناد القائم عند حدوث آثارها). إذ وبالنظر الى نص الفصل (58) والذي ينص على أن (الحوز والملكية وغيرها من الحقوق العينية ينظمها قانون مكان وجود المال)، يتضح أن المشرع التونسي يشير إلى تطبيق قانون مكان وجود المال وقت نشأة الوضعية التي ترتب عليها الكسب أو تحقق آثارها.

أما بالنسبة لمشروع القانون المدني الفلسطيني فقد جاء بنص يراه الباحث غير دقيق فقد نصت المادة (26) على أنه (... ويسري على المنقول قانون الدولة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب تلك الحقوق أو فقدها فإذا تغير موقعه فيطبق قانون الموقع الجديد). فبعد أن وضع المشرّع الفلسطيني حلًا لمشكلة التنازع المتغير عاد وألغى ذلك عندما أضاف عبارة: فإذا تغير موقعه فيطبق قانون الموقع الجديد، وهو بذلك لم يضع حلا لمشكلة التنازع المتغير.

كما يُلاحظ أن المادة (26) أقرّت نفس المبدأ الذي أقرّته المادة (19) من القانون المدني الأردني مع وجود فارق بسيط في الصياغة، ولكنه فارق كبير من حيث المعنى وهو عبارة فإذا

1 دواس، امين رجا رشيد: **مرجع سابق**. ص131.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تغير موقعه فيطبق قانون الموقع الجديد، وبذلك فإن مشروع القانون المدني الفلسطيني قد كان مترددا في حسم مسألة التنازع المتغير.[1]

ويرى الباحث أن موقف كلٍ من المشرع الأردني و التونسي كان موفقا أكثر من موقف مشروع القانون المدني الفلسطيني بخصوص معالجة مسألة التنازع المتغير من حيث اسنادها لقانون الموقع الذي تم بموجبه اكتساب الحقوق أو فقدها على المنقول، وذلك انطلاقا من الحفاظ على الحقوق الدولية المكتسبة كما مر بنا في الفرع الأول من هذا المطلب.

ويقترح الباحث إعادة صياغة نص المادة (26) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على النحو الآتي (... يخضع المنقول فيما يتعلق بالحوز والملكية وغيرها من الحقوق العينية لقانون مكان وجوده فإذا تغير موقعه فيطبق قانون الموقع الجديد بأثر مستقبلي على التصرفات الوارده على المنقول بعد انتقاله دون المساس بالحقوق المكتسبه وفقا لقانون الموقع القديم)، فهذا يؤدي إلى الحفاظ على الحقوق المكتسبة في ظل قانون الموقع القديم، والحقوق التي يمكن ان تكتسب في ظل قانون الموقع الجديد.

الفرع الثاني: القانون واجب التطبيق على وسائل النقل

إن القاعدة العامة فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على المنقول المادي هي خضوعه لقانون موقعه الفعلي أو الحقيقي.[2] فالأصل أن للمنقول المادي موقعاً حقيقيا وفعلياً يتركز فيه،[3] ولكن تواجه تطبيق قانون الموقع بالنسبة للمنقول المادي صعوبات ومشكلات كثيرة بسبب عدم

---

1 ومن الواضح أن مشروع القانون المدني الفلسطيني لم يضع حلا لما يسمى بالتنازع المتغير، وهو بذلك يميل الى تطبيق القانون الجديد بأثر مباشر وهذا يثير العديد من الإشكالات، حيث سيؤدي ذلك حتما إلى إضاعة الحقوق والانتقاص منها لصالح احد الاطراف على حساب الاخر، لذلك لابد من وضع ضابط اسناد يحافظ على توازن العلاقة ويحفظ حقوق الاطراف والغير. يذكر أن هنالك قوانين كانت دقيقة في معالجتها لمسالة التنازع المتغير ومن بينها القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 والذي عالج مسألة التنازع المتغير حيث نصت المادة (100) من ذات القانون على أنه (1- يسري على كسب وفقد الحقوق العينية التي ترد على المنقولات قانون موقع المنقول وقت تحقق الوقائع التي يؤسس عليها الكسب أو الفقد. 2- ويسري على مضمون وممارسة الحقوق العينية التي ترد على المنقولات قانون موقع المنقول). نقلا عن الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص 459.

2 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. مرجع سابق. ص798.

3 الاصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص469.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثباته وإمكانية تغير موقعه لسهولة تنقله من دولة إلى أخرى، الأمر الذي يترتب عليه وجود مواقع كثيرة للمنقول كما هو الحال بالنسبة لوسائل النقل والتي تمر في مواقع كثيرة أو في أماكن لاتخضع لسيادة أي من الدول وما تحمله من بضائع مشحونة، الأمر الذي يؤدي الى عدم فعالية تطبيق قانون موقع المنقول، لذلك سيتم في هذ المطلب استعراض موقف الفقه والتشريعات المقارنة من القانون واجب التطبيق على هذه المنقولات.

المسألة الاولى: موقف الفقه من القانون واجب التطبيق على وسائل النقل

هناك أنواع من الناقلات لها أهمية اقتصادية كبيرة أو يصعب تحديد مكان وجودها نظراً لحركتها الدائمة والتي تتمثل بالسفن و الطائرات والمركبات والعربات.[1] إذ من الصعب الاعتماد على قانون موقعها نظرًا لتغيره باستمرار لذا لابد من البحث عن قانون آخر يحقق مختلف المصالح.[2]

أولا: موقف الفقه من القانون واجب التطبيق على السفن والطائرات

تمتاز السفن والطائرات بالحركة والتنقل المستمرين في موانئ ومطارات العالم مما يؤدي إلى قيام منازعات بين مختلف التشريعات، فقد تكون السفينة مرهونة وفقا لأحكام قانونها الوطني ثم تسافر إلى ميناء أجنبي فيحجز عليها فيه وتباع وفاء للديون التي عليها، فيخطر التساؤل عن القانون واجب التطبيق على الرهن هل هو القانون الوطني أم قانون الموقع؟.[3] ناهيك عن أن هذه المنقولات غالبا ما تتواجد في مناطق لا تخضع لسيادة دولة معينة، كما هو الحال في أعالي البحار وأجوائها التي ليست للدول سلطة عليها أو سيادة، مما يجعل تحديد موقعها صعبا، ومن ثم يصعب تحديد القانون واجب التطبيق عليها.

---

1 الاسدي، عبد الرسول عبد الرضا: **مرجع سابق**. ص104.

2 منصور، سامي بديع: **مرجع سابق**. ص439.

3 الاصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص469. فهذه المنقولات تم استبعادها من نطاق اتفاقية لاهاي لسنة 1955 حول القانون المطبق على البيع ذي الطابع الدولي للمنقولات المادية. انظر نص المادة (2/1) والتي تنص على ان هذه الاتفاقية (لاتطبق على بيع السندات وبيع السفن والبواخر أو المناطيد المسجلة والبيع بإذن القضاء أو بناء على حجز).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ونتيجة لذلك فقد اختلفت وجهات نظر فقهاء القانون الدولي الخاص في مسألة تحديد القانون واجب التطبيق عل الملكية والحقوق العينية التي ترد على السفن والطائرات إلا أن الرأي الراجح يميل إلى إخضاع السفينة والطائرة لقانون العلم الذي تحمله و كذلك الطائرات، و يقصد بقانون العلم قانون الدولة التي سجلت أو قيدت فيها وهو قانون جنسية السفينة أو الطائرة.[1]وهو قانون المرفأ بالنسبة للسفن أو الميناء الجوي الذي تنتمي إليه السفينة أو الطائرة وتتركز فيه، وهو القانون الذي يحكم ملكيتها وتسجيلها ورهنها وأحكام معاملتها والوقوعات والحقوق المترتبة عليها، كالتأمين البحري أو العائدة لها.[2] فالسفينة عندما تسجل في ميناء دولة معينة فإنها تعد جزءًا من إقليمها وتخضع لقانونها اينما وجدت.[3] فالعلم هو بمثابة الجنسية الظاهرة التي يفترض أن تطابق الجنسية الحقيقية التي تعبر عنها وثائق تسجيل السفن و الطائرات.[4] كما أن تطبيق قانون العلم يؤدي إلى وحدة القانون الذي يحكم العلاقات المتعلقة بها، ويؤدي إلى استمرارية القانون واجب التطبيق بحيث لايتغير بتغير موقع السفينة أو الطائرة.[5] وبالنتيجة فإن الاعتداد هنا ليس بمكان وجودها الفعلي بل بمكان وجودها القانوني.[6] وهنالك من يبرر ذلك على اعتبار أن مكان التسجيل

---

1 دواس، امين رجا رشيد: **مرجع سابق**.ص131. سلامه، احمد عبد الكريم: **القانون الدولي الخاص**. القاهره: دار النهضة العربية. ط1. ص47. الاصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص470 وما بعدها. وتتمتع جنسية الطائرة بالثبات النسبي فهي لايمكن ان تتعد وفقا لإتفاقية شيكاغو الدولية للمزيد راجع الاصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. هامش ص474.

ويبدو ان هذا الموقف واضحا بالنسبة لمجلة القانون الدولي الخاص التونسي وذلك في نص الفصل (59) والذي ينص على أنه (يخضع المال المنقول المرسم أو المسجل لقانون الدولة التي سجّل أو رسّم فيه).

2 منصور، سامي بديع، و عبد العال، عكاشة: **مرجع سابق**. ص308. وانظر ايضا عبد الرحمن، جابر جاد: **مرجع سابق**. ص527. المصري، محمد وليد: **مرجع سابق**. ص179. سلامه، احمد عبد الكريم: مرجع سابق. ص47.

3 وقد اقرت ذلك ما كانت تسمى بالمحكمة الدائمة للعدل الدولي في حكمها رقم (10) لسنة 1927 حيث قررت بأن (تعتبر السفن بما فيها السفن التجارية في أعالي البحار جزءاً من أرض الدولة التي ترفع علمها ومن ثم تخضع السفينة في أعالي البحار لقانون هذه الدولة دون قانون أي دولة أخرى). الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **مرجع سابق**. ص489.

4 الاسدي، عبد الرسول عبد الرضا: **مرجع سابق**. ص104.

5 الاصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص474.

6 عبد الله، عز الدين: **مرجع سابق**. ص392 وص393. وتجدر الملاحظة أن هذا الحكم يشمل السفن التي تمارس الملاحة البحرية و السفن التي تمارس الملاحة النهرية الدولية أي تخضع لقانون العلم هي الأخرى، في حين أن السفن التي تمارس الملاحة النهرية الداخلية تخضع إلى قانون الدولة التي تمارس الملاحة في أنهارها. انظر صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. مرجع سابق. ص798. عبد الله، عز الدين: **مرجع سابق**. ص393.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

هو محل الوصول النهائي الذي تستقر وتركن فيه السفينة.[1] وبالنسة للطائرات فالأمر مشابه فالرأي الغالب مجمعاً على خضوع الطائرة للقانون الذي تحمل جنسيته وهو قانون بلد تسجيلها.[2]

ويشمل نطاق قانون العلم التكييف وما يعدّ سفينة أو طائرة، وبيان أسباب كسب الملكية ويحكم الحقوق العينية التبعية.[3]

ثانيا: موقف الفقه من القانون واجب التطبيق على السيارات والقطارات

السيارات والقطارات هي وسائل نقل تستعمل للنقل بالطرق البرية، وهي لاتحمل عَلَمًا معينًا كما هو الحال بالنسبة للسفن والطائرات، ونظراً للطبيعة الخاصة لهذه المنقولات خصوصًا أن التصرفات الواردة عليها لاترتب آثارها إلا بإجراءت معينة تُتبع في دولة تسجيلها كما أنها يمكن أن

---

1 الداودي، غالب علي: **مرجع سابق.**ص207. وهذا واضح في نص الفقره (2/أ) من المادة (7) من قانون العقوبات الاردني رقم 16 لسنة 1960 التي تعد السفينة الاردنية جزءاً من اراضي المملكة.

2 الصانوري، مهند احمد: **مرجع سابق.** ص181. الاسدي، عبد الرسول عبد الرضا: **مرجع سابق.** ص105. الداودي، غالب علي: **مرجع سابق.**ص208.

3 الاصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص.** مرجع سابق. ص475-480. وبالنسبة للرهن فإن غالبية الفقهاء يرون بتطبيق قانون العلم على كل المسائل التي تتعلق بنشوء الرهن وصحته وآثاره. وقد أخذت محكمة Rennes في حكمها الصادر في 1962/2/6 في القضية المتعلقة بحاملة البترول Leweng importer والتي تتلخص وقائعها في تمسك دائن برهن على حاملة البترول المذكورة التي وقع الحجز عليها في فرنسا وكان هذا الرهن قد منح في الاصل الى بنك امريكي ونقل بعد ذلك الى بنك هولندي حل محل البنك الامريكي، وبعد ذلك عاد الرهن إلى المقرض الاصلي الذي هو البنك الأمريكي فقضت المحكمة بأنه يجب إحالة النزاع الى قانون العلم أي القانون الأمريكي لمعرفة فيما إذا كان تدخل صاحب الحق الاجنبي لم يؤدي الى بطلان الرهن . حيث كان القانون الامريكي يحظر على اي اجنبي الاستفادة من اي رهن على سفينة امريكية . الاصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص.** مرجع سابق. ص479-480.

اما فيما يتعلق بالرهن الذي يقع على سفينة وطنية في الخارج فيرى الفقه الراجح أن إجراء شهر الرهن يجب أن يتم وفقا لأحكام قانون العلم بغض النظر عن المكان الذي ابرم فيه عقد الرهن أو الذي وقع فيه الحجز على السفينة وهذا ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 1879/11/25 حيث ذهبت الى وجوب الاعتراف بالرهن الذي ترتب في انجلترا على سفينة انجليزية حتى ولو لم تراع فيه الاجراءات التي وردت في القانون الفرنسي. الاصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص.** مرجع سابق. ص481.

وبالنسبة لآثار التي تترتب عل البيع القضائي للسفن فإن بعض الفقه يرى بوجوب الرجوع الى قانون العلم لمعرفة فيما اذا كان البيع القضائي يؤدي الى تطهير السفينة من الرهون أم انها تبقى مثقلة بها وهو امر اخذت به محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 1912/7/24 والذي قررت فيه انه اذا جاز توقيع الحجز على سفينة فرنسية وبيعها في انجلترا وفقا للقانون الانجليزي فإن هذا البيع لايؤدي الى انقضاء الرهون المبرمة بصفة صحيحة وفقا للقانون الفرنسي (قانون العلم) بحيث لاتتطهر السفينة من الرهون إلا باتباع الإجراءات المنصوص عليها في القانون الفرنسي. الاصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص.** مرجع سابق. ص482.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تتنقل من دولة الى أخرى، فهل يحمها قانون الموقع أم قانون بلد التسجيل؟، يستعرض الباحث ذلك فيما يأتي:

القانون واجب التطبيق على السيارات

إختلف الفقهاء في تحديد القانون واجب التطبيق على السيارات فذهب رأي إلى خضوعها لقانون مكان تسجيلها.[1] أي قانون الدولة التي قيدت فيها ومنحت رخصة تسيير المركبة.[2] فهي تخضع لقانون مكان تسجيلها اذا كانت مسجلة، أما إذا لم تكن مسجلة فتخضع لقانون مكان وجودها الفعلي .[3] إلا أن هذا الرأي منتَقد لأنه لايستقيم مع طبيعة السيارات لكونها دائمة الحركة وسريعة الانتقال عبر الحدود، الأمر الذي يؤدي إلى إعاقة التعامل بشأنها، كما أن هذا الرأي لايوفر الحماية اللازمة للآخر لسهولة إمكانية إخفاء هوية السيارة نظرًا لمحدودية الآثار المترتبة على قيدها أو تسجيلها وذلك في ظلِّ غياب تنظيم دولي لشهر الحقوق العينية التي تكون السيارة محلا لها.[4] وإزاء هذا النقد فقد ذهب اتجاه آخر الى خضوعها لقانون موقعها الفعلي، كما هو الحال بالنسبة للمنقولات الأخرى.[5] ويرى الباحث أنه وعلى الرغم من المساوئ التي يعاني منها قانون مكان التسجيل إلا أنه الأفضل لحكم الحقوق العينية الواردة على السيارة، لكونه يحافظ على الحقوق الدولية المكتسبة.

القانون واجب التطبيق على القطارات

غالبا ما تنظم أحكام القانون واجب التطبيق على القطارات باتفاقيات دولية، فيما يتعلق بإنشاء السكك الحديدية و تنظيم النقل عليها، وغالبًا ما تنص هذه الاتفاقيات على إسنادها إلى

---

1 منصور، سامي بديع، و عبد العال، عكاشه: **مرجع سابق**.ص308.

2 الاصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص494. وقد اخذ بذلك القانون الدولي الخاص الروماني لسنة 1992 في المادة (55/ب)، والقانون المدني لدولة بيرو لسنة 1984 حيث قضى في المادة (2092) بأن يسري على إنشاء ونقل الحقوق العينية التي ترد على وسائل النقل الخاضعة لنظام التسجيل قانون المكان الذي يتم فيه التسجيل.

3 الاسدي، عبد الرسول عبد الرضا: **مرجع سابق**. ص104.

4 الاصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص494.

5 منصور، سامي بديع، و عبد العال، عكاشه: **مرجع سابق**.ص308.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قانون الدولة الممتدة في أراضيها تلك خطوط السكك الحديدية وهو قانون الموقع الفعلي.[1] وفي حال عدم وجود اتفاقية تنظم ذلك فإن بعض الفقه يذهب إلى إخضاع القطارات وما يرد عليها من حقوق عينية لقانون موقعها الفعلي.[2] ويرى الباحث أن هذا الرأي يؤدي الى مساوئ بالنظر الى الحركة الدائمة لتلك القطارات والصفة العرضية لقانون موقعها الفعلي، لذلك فإن الفقه الراجح يميل الى تطبيق قانون الدولة التي يوجد فيها مقر الشركة التابعة لها هذه الخطوط، فتخضع لقانون البلد الذي سينتهي المطاف إليه، أي قانون البلد الذي توجد فيه مؤسسة النقل التي تعود لها هذه الوسائط باعتبار أن محل وجود هذه المؤسسة هو محل الوصول النهائي لها.[3]

المسألة الثانية: موقف التشريعات المقارنة من القانون واجب التطبيق على وسائل النقل

لم يرد في كل من القانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني نصاً يشير إلى القانون واجب التطبيق على وسائل النقل. فووفقاً لتعريف المنقول في القانون المدني الأردني فإن السفينة تعدّ منقولا، إلا أنها تخضع لنظام الأموال غير المنقولة من حيث انتقال الحقوق العينية الواردة عليها وذلك بالنظر إلى الأهمية الاقتصادية التي تتمتع بها، والتي تضاهي الأهمية الاقتصادية للعقارات، وبالنتيجة فإن القانون الواجب التطبيق عليها هو قانون دولة التسجيل.[4] وهذا واضح في قانون العقوبات الأردني.[5] وهو مبدأ تقره اتفاقية الطيران المدني المبرمة في شيكاغو لسنة 1944.[6]

---

1 عبد الله، عز الدين: **مرجع سابق**. ص393. الداودي، غالب علي: **مرجع سابق**.ص209.

2 الهداوي، حسن: **مرجع سابق** . ص138.

3 الداودي، غالب علي: **مرجع سابق**.ص209. الاصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. **مرجع سابق**. ص495.وقد اخذ بهذا الراي القانون الدولي الخاص الروماني رقم (105) لسنة 1992 في المادة (2/55) والتي تشير الى أن الحقوق العينية التي ترد على وسائل النقل بالسكك أو النقل البري تخضع للقانون المنظم لمؤسسة المشروع، كما اخذت بذلك اتفاقية برن لسنة 1890 المتعلقة بالنقل الدولي للبضائع بالسكك الحديدية.

4 الداودي، غالب علي: **مرجع سابق**. ص206.

5 انظر نص المادة (7)، والمادة (8) من قانون العقوبات الاردني رقم رقم (16) لسنة 1960.

6 سلامة، احمد عبد الكريم: **مرجع سابق**. ص47. وانظر نص المادة (17) من الاتفاقية والتي تنص على (تحمل الطائرات الطائرات جنسية الدولة التي سجلت في سجلاتها).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما بالنسبة للمشرّع التونسي فقد أخضع المنقول المسجل إلى قانون الدولة التي سجل فيها علما أن وسائل النقل تعدّ من المنقولات المسجلة، إذ جاء في نص الفصل (59) بأنه (يخضع المال المنقول المرسم أو المسجل لقانون الدولة التي سُجّل أو رُسّم فيها)، وهذا يعدّ استثناءً عن القاعدة العامة التي تقضي بخضوع المنقول لقانون موقعه، نظرًا للطبيعة الخاصة لهذا النوع من المنقولات، ويؤكد ذلك أن اتفاقية لاهاي المعقودة بتاريخ 15 حزيران 1955 حول القانون المطبق على البيع ذي الطابع الدولي للمنقولات المادية قد استثنت من نطاق تطبيقها السفنَ والبواخرَ والمناطيدَ المسجلة. [1]

ويرى الباحث أن مكان التسجيل هو المكان الذي منح هذه المنقولات السند القانوني لمباشرة عملها كما يمكن تبرير ذلك على اساس انها جزء من اقليم الدولة التي سجلت فيها وهذا ما ورد في اتفاقية شيكاغو للطيران المدني حيث نصت المادة (1) من الباب الأول على انه "تعترف الدول المتعاقدة أن لكل دولة سيادة كاملة ومطلقة على الفضاء الجوي الذي يعلو إقليمها" إلا أن ذلك لايؤدي الى المساس بقانون الدول التي سجلت فيها فيما يتعلق بالحقوق العينية الواردة عليها.

ويرى الباحث بالنظر إلى الطبيعة الخاصة لهذه المنقولات التي يجب أن تخضع لضابط اسناد مختلف عن الذي تخضع له المنقولات المادية الاخرى وغير المسجلة، إذ إن قاعدة الإسناد الواردة في كل من المدني الأردني بخصوص خضوع المنقول لقانون موقعه وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها لن يكون مجديا في هذه الحالة فقد تكتسب ملكية سفينة في دولة وتسجل في دولة أخرى ، لذلك يجب خص هذه المنقولات بقاعدة إسناد في كل من القانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني على غرار المشرع التونسي.

---

1 المادة (2/1) من اتفاقية لاهاي بتاريخ 15 حزيران 1955 حول القانون المطبق على البيع ذي الطابع الدولي للمنقولات المادية والتي تنص على (لاتطبق على بيع السندات وبيع السفن والبواخر أو المناطيد المسجلة والبيع بإذن القضاء أو بناء على حجز).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثالث: القانون واجب التطبيق على البضائع المشحونة

تقتضي القاعدة العامة في حل تنازع القوانين بشأن الملكية والحيازة والحقوق العينية الأخرى المتعلقة بالمنقولات بإختصاص قانون الموقع، وإعمال تلك القاعدة يفترض أن للمنقول موقعا يتمركز فيه مكانياً بحيث يصبح قانون هذا الموقع هو الواجب التطبيق.[1] لذلك تثور الصعوبة في تحديد القانون واجب التطبيق على البضائع المشحونة أثناء نقلها، خصوصًا أن هذه المنقولات تجتاز حدود أكثر من دولة خلال عملية النقل، وربما تمر في مناطق لاتخضع للسيادة الإقليمية لأية دولة، ومن جهة أخرى فليس من المقبول تطبيق قانون الموقع الفعلي الذي قد لايكون له صلة حقيقية بالبضائع المنقولة لكونه قانون دولة مرت بها البضاعة بصفة عابرة.[2] كما أنه كثيرا ما يتم بيع البضاعة أثناء سفرها باظهار أوراق الشحن التي تمثلها،[3]مما يؤدي إلى عدم وجود صلة حقيقية بين قانون الدولة التي تمر البضائع على إقليمها وعقد البيع الذي تمت الصفقة بموجبه.[4] فهو لايحمي توقعات الافراد وهم ليسوا على علم بأحكام قانون دولة الأقليم الذي تمر البضائع خلاله بشكل عرضي.[5] لذلك فقد ظهرت عدة اتجاهات فقهية بشأن القانون واجب التطبيق على البضائع المشحونة، يتناولها الباحث في مسألة أولى ثم يستعرض موقف التشريعات المقارنة من القانون واجب التطبيق في مسالة ثانية.

المسألة الاولى: موقف الفقه من القانون واجب التطبيق على البضائع المشحونة

إذ إن هنالك اتجاه يخضعها لقانون المقصد.[6] أي قانون الدولة المرسل إليها البضاعة باعتبار أن هذه الدولة هي المكان الذي ستستقر فيه البضائع المنقولة أو المشحونة.[7] ويكون معلوماً للأطراف الذين يجرون أي تعاملات على البضاعة، وبالنتيجة يؤدي إلى حماية توقعات

---

1 الاصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص496.

2 الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**.ص439.

3 عبد الرحمن، جابر جاد: **مرجع سابق**. ص528.

4 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. **مرجع سابق**.ص799.

5 الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**.ص439.

6 منصور، سامي بديع، و عبد العال، عكاشه: **مرجع سابق**.ص308.

7 الصانوري، مهند احمد: **مرجع سابق**.ص182. انظر ايضا صادق، هشام علي: تنازع القوانين. **مرجع سابق**. ص799.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الأطراف.[1] وهذا الرأي هو المتبع في بلدان القارة الأوروبية حيث يعدّ أن موقع البضاعة أثناء نقلها هو البلد المصدَّرة اليه.[2]على أنه لايمكن الأخذ بقانون المقصد في الحالة التي تتوقف فيها وسيلة النقل على إقليم دولة معينة لفترة زمنية ثابتة كما لو تم حجزها في ميناء معين أو كانت محلاً لتدابير احترازية فيها، ففي هذه الحالة يمكن أن تخضع لقانون دولة الميناء لكونه يعدّ مكان وجودها الفعلي.[3] أما فيما يتعلق بنطاق قانون الدولة المرسل إليها البضاعة فقد اختلف أصحاب هذا الرأي بشأنه فبعضهم يرى أنه يشمل البضائع المرسلة عن طريق البر والبحر.[4] أما البعض الاخر فيستثني البضائع المرسلة عن طريق البحر والبضائع التي يحملها المسافر ويخضعها لقانون العلم وليس لقانون الدولة المرسل إليها.[5] وبالنتيجة فإن البضائع المشحونة برًا وفقا لهذا الرأي هي فقط التي يمكن أن تخضع لقانون الدولة التي تتجه إليها البضائع أو دولة المقصد.[6]

وهناك اتجاه يخضعها لقانون الدولة المصدرة منها هذه المنقولات أو البضائع.[7] وقد ذهب البعض إلى تطبيق قانون الدولة المرسل منها المنقولات بالنسبة للبضائع المشحونة براً، إذ إن موقع التصدير يكون معلوماً ومؤكدًا في هذه الحالة وهو غالبا دولة البائع.[8] مع العلم أن اتفاقيتيّ لاهاي لعام 1955 و1986 تنصان على أن القانون المطبق على البيع هو أحد فرضيات قانون دولة

---

1 الاصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص499.

2 عبد الله، عز الدين: **مرجع سابق**. ص394. وقد اخذ بهذا الاتجاه العديد من التشريعات ومن بينها القانون الدولي الخاص الإيطالي لسنة 1995 في المادة (52) والتي تنص على أن (الحقوق العينية التي ترد على الأشياء العابرة تخضع لقانون جهة الوصول).

3 الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**.ص440. منصور، سامي بديع، و عبد العال، عكاشه: **مرجع سابق**. ص308. وقد وقد نادى الفقيه باتيفول بإخضاع البضاعة الى قانون موقعها الذي تستقر فيه لفترة من الزمن والذي يتم بيعها فيه. المصري، محمد وليد: **مرجع سابق**. ص179.

4 عبد الله، عز الدين: **مرجع سابق**. ص394. الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**.ص440.

5 الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**.ص441. انظر ايضا عبد الله، عز الدين: **مرجع سابق**. ص394

6 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. **مرجع سابق**. ص800.

7 منصور، سامي بديع، و عبد العال، عكاشه: **مرجع سابق**.ص309.

8 الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**.ص440.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إقامة البائع أو قانون دولة إقامة الشاري وذلك في الحالة التي لايتفق فيها المتعاقدان على القانون المطبق.[1]

ويذهب اتجاه آخر إلى تطبيق القانون الشخصي لمالك البضاعة وذلك باعتباره قانون الموقع الحكمي بالنسبة لها.[2] وأساس ذلك أن البضائع أثناء نقلها ليس لها موقع حقيقي، وبالنتيجة فلابد من تحديد موقع حكمي لها وهو دولة مالكها.[3] ويرى الباحث أن هذا الحل يصلح لحكم البضائع المحمولة مع الشخص.[4]

وتجب الإشارة الى أن الفقه الحديث يسلم بتطبيق قانون الدولة المرسلة إليها البضائع، ولكنه لايرى مانعًا من اتفاق الأطراف على تطبيق القانون الذي يحكم التصرف الأصلي أو قانون جهة الإرسال مع عدم الاحتجاج بهذا الاختيار على الآخر، ويؤسسون ذلك على اعتبارات التيسير على المتعاملين بشأن المنقولات وتحقيقا لانسياب السلع عبر الحدود وخاصة في عمليات التجارة الدولية.[5] إلا أنه قد يتعطل تطبيق قانون الدولة المرسلة إليها البضائع لصالح قانون الدولة التي توجد فيها البضائع المنقولة، وذلك في الحالات التي تدعوا الضرورة إلى اتخاذ اجراءات معينة كإجراء الحجز التحفظي مثلا في دولة الموقع الفعلي التي تتوقف فيها وسيلة النقل لفترة معينة.[6]

ويرى الباحث أنه قد تدعو الحاجة إلى اتخاذ اجراءات تحفظية أثناء مرور البضاعة في دولة غير الدولة المرسل إليها، إذ من المفترض أن يكون المعيار أو ضابط الأسناد أكثر مرونة بحيث يتم اتخاذ الاجراءات بأيسر مايمكن وفي اقل وقت ممكن للحفاظ على الحقوق وضمان تنفيذ الأحكام في الدولة التي توجد فيها البضاعة وقت القيام بالإجراء. إلا أنه يمكن التغلب على ذلك

---

1 هوزيه، فانسان: **المطول في العقود (بيع السلع الدولي)**. بيروت: مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع. ط1 2005. ص12.

2 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين. مرجع سابق**. ص799. انظر ايضا الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**.ص440.

3 الاصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص497.

4 وقد أخذ بذلك القانون الدولي الخاص الروماني رقم (105) لسنة 1992 في المادة (3/53) والتي تنص على أن (المال الذي يكون جزءاً لايتجزأ أو لاينفصل من اموال شخصية لمسافر ما، يخضع في هذه الحالة لقانونه الشخصي).

5 الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**. ص441.

6 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين. مرجع سابق**. ص800.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

عن طريق الاختصاص الدولي بالدعاوى المستعجلة للمحاكم الوطنية فهو اتجاه يقره غالب الإنظمة القانونية حيث يعدّ الأمر متعلقاً بإجراءات تمس الأمن المدني والسلام العام في الدولة.[1] كما أن التدابير التحفظية أو اجراءات الحجز التي يراد اتخاذها على البضائع تخرج من نطاق تطبيق القانون الذي يحكمها وتخضع مثل هذه الاجراءات لقانون موقعها.[2]

ويرى الباحث أن ما تقدم من نظريات تواجه العديد من النواقص والصعوبات في التطبيق، إلا أنه يمكن التغلب على هذه العقبات عن طريق ابرام اتفاقيات دولية تضع قواعد موضوعية واجبة التطبيق وتصاغ على أساس مصلحة جميع الأطراف (البائع، المشتري، ألغير)، أو وضع معايير دقيقة تراعيها الدول في تشريعاتها بحيث يؤدي تطبيقها إلى عالمية النص أو عالمية قاعدة الاسناد. كما ويرى الباحث أنه يمكن ضبط القانون واجب التطبيق على البضائع المشحونة عن طريق تبني نظرية الأداء المميز والتي تم التطرق لها في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المسألة الثانية: موقف التشريعات المقارنة من القانون واجب التطبيق على البضائع المشحونة

لم يتطرق القانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني للقانون واجب التطبيق على البضائع المشحونة بقاعدة اسناد خاصة، فقد جاء نص المادة (19) من القانون المدني الأردني عاما وأخضعَ المنقول بشكل عام لقانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب المنشأ للملكية أو فقدها. [3] إذ يبدو أن المشرع الأردني لم يفرّق بين المنقولات بكونها بضائع مشحونة أو غير ذلك، وبالنتيجة فإنها وفقا للقانون المدني الأردني تخضع لقانون الدولة التي اكتسب أو فقد فيها الحق العيني على البضائع. كما أنه يمكن الركون في هذه الحالة أيضا إلى نص المادة (25) من القانون المدني الأردني والتي تؤكد على اتباع مبادئ القانون الدولي الخاص

1 سلامة، احمد عبد الكريم: **الوسيط في القانون الدولي الخاص السعودي. مرجع سابق.** ص484.

2 الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق.** ص441.

3 الاسدي، عبد الرسول عبد الرضا: **مرجع سابق.** ص105.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فيما لم يرد بشأنه نص خاص من أحوال تنازع القوانين، بما في ذلك الاتفاقيات الدولية الناظمة لهذا المجال وما جرى عليه العرف والقضاء الدولي.[1]

أما المشرّع التونسي فقد أخضع الأموال أو البضائع المشحونة لقانون مكان وجودها وهذا واضح في نص الفصل (60) والذي ينص على أنه (تخضع الحقوق العينية على مال في حالة عبور لقانون البلاد التي يوجد بها)، وهو بذلك يكون قد وضع ضابط اسناد خاص بالبضائع المشحونة وحدد القانون واجب التطبيق عليها وهو قانون البلاد التي توجد فيها هذه البضائع.

وجاءت مسودة مشروع القانون المدني الفلسطيني على شاكلة القانون المدني الأردني ولم تنص على قاعدة إسناد خاصة بالبضائع المشحونة إلا أن ما ورد في نص المادة (26) يمكن أن يضع حلاً مشابهاً لنص الفصل (60) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية من حيث تطبيق قانون الموقع على البضائع المشحونة والتي سبق التطرق اليها بأنها غير دقيقة بخصوص تحديد القانون واجب التطبيق على المنقول، إلا أنها يمكن أن تلبي الغرض في حالة البضائع المشحونة.[2] ويرى الباحث إدراج نص خاص في القانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني يعالج البضائع المشحونة على غرار المشرّع التونسي، لإتاحة المجال القيام بالاجراءات اللازمة في البلد الذي توجد فيه هذه الأموال نظرا إلى الطبيعة الخاصة لهذه المنقولات والتي قد لاتحتمل التأخير وقد تتعرض للتلف، كما يمكن الاستعانة بالاتفاقيات الدولية الناظمة لهذا النوع من المنقولات بالبدء بإجراءات انضمام دولة فلسطين لهذه الاتفاقيات.

1 يقابلها نص المادة (35) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والتي تنص على (تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص في حالات تنازع القوانين فيما لم يرد بشأنها نص في المواد السابقة من هذا الفصل).

2 نص المادة (26) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والتي تنص على انه (... ويسري على المنقول قانون الدولة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب تلك الحقوق أو فقدها فإذا تغير موقعه فيطبق قانون الموقع الجديد)

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الثاني

القانون واجب التطبيق على الحقوق المعنوية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الثاني

القانون واجب التطبيق على الأموال المعنوية

الاموال المعنوية أو غير المادية هي تلك الأشياء التي لا تقع تحت الحس ومع ذلك تصلح أن تكون محلا للحق العيني، وهي ذات طبيعة منقولة لعدم ورودها على العقار.[1] فهي ترد على شيء غير مادي،[2]وتكون محلا لطائفتين أساسيتين من الحقوق هما حقوق الملكية الفكرية والحقوق الشخصية (الديون)،[3] فالملكية الفكرية "هي حق الشخص في نتاج ذهنه الإبداعي"،[4] وقد عرفتها منظمة التجارة العالمية بأنها " الحقوق التي تعطى للبشر على منتجات إبداعاتهم الذهنية".[5] فهي تشتمل على كل من الملكية الأدبية والفنية كحق المؤلف، والملكية الصناعية كحق المخترع والرسوم والنماذج الصناعية، والملكية التجارية كالعلامة التجارية والمحل التجاري.[6]

إن تحديد القانون القانون واجب التطبيق على هذه الحقوق يعتبر أمراً في غاية الأهمية، نظراً إلى تفاوت التشريعات واختلاف أحكامها فيما يتعلق بالحماية المقررة لهذه الحقوق، وتجب الإشارة هنا إلى أن التشريعات المقارنة ومشروع القانون المدني الفلسطيني لم يتطرق للقانون واجب التطبيق على هذه الأموال ولم يخصها بقاعدة إسناد خاصة على غرار التشريعات الاخرى كالقانون الكويتي رقم (5) لسنة 1961 بشان تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الاجنبي.[7] لذلك سيتناول الباحث في هذا الفصل القانون واجب التطبيق على حقوق الملكية الفكرية والديون في ثلاثة مباحث، يتناول الباحث في المبحث الأول القانون واجب التطبيق على حق المؤلف، والقانون واجب التطبيق على الملكية التجارية والصناعية في مبحث ثانٍ، والقانون واجب التطبيق على الديون في مبحث ثالث.

---

1 الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**. ص442.

2 الداودي، غالب علي: **مرجع سابق**. ص210.

3 دواس، امين رجا رشيد: **مرجع سابق**. ص132. صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. **مرجع سابق**. ص811، ص813.

4 سلطان، ناصر محمد عبد الله: **حقوق الملكية الفكرية**. الشارقه: مكتبة الجامعه. ط1. 2009. ص20.

5 انظر مصطفى، احمد عبد الله: حقوق الملكية الفكرية والتأليف في بيئة الانترنت، العدد 21، 2009، والمنشور على الموقع ttp://www.journal.cybrarians.org/ تاريخ الزيارة 2014/6/10. الساعة 10:30.

6 السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني . (حق الملكية)**. **مرجع سابق**. ص276 و ص277. انظر ايضا الداودي، غالب علي: **مرجع سابق**. ص210.

7 فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على حقوق الملكية الفكرية انظر نص المادة (57) والمادة (58) من القانون الكويتي رقم (5) لسنة 1961، وفيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الديون، والديون الثابتة في اوراق قابلة للتداول انظر نصوص المواد (53)، (54)، (55)، (56) من ذات القانون.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الاول

القانون واجب التطبيق على حق المؤلف

حق المؤلف هو عبارة عن (سلطة يمارسها المؤلف على أعماله التي يبتكرها سواء شفوية كانت، أم كتابية، أم مرئية، أم فنية مثبتة وفقا للقانون).[1] وقد عرفه الدكتور الصده بأنه (مجموعة المزايا الادبية والمالية التي تثبت للكاتب او الفنان او العالم على وضعه).[2] وتجب الإشارة إلى أن حق المؤلف يمكن أن يصدر من شخص طبيعي أو معنوي وهو حق مزدوج فهو حق أدبي ومالي في نفس الوقت يمنح المؤلف سلطة على مايثبت له من حقوق فكرية بموجب القانون، تمكنه من المطالبة بحماية هذا الحق والدفاع عنه.[3] كما أن الاختلاف مابين التشريعات في تحديد نطاق حماية حق المؤلف،[4] يعدّ محفزاً لظهور مايسمى بتنازع القوانين، لذلك ففي هذا المبحث سيتناول الباحث موقف كل من الفقه والتشريعات المقارنة من القانون واجب التطبيق على حق المؤلف ونطاقه في ثلاثة مطالب.

---

1 ابو بكر، محمد خليل يوسف: **مرجع سابق**. ص28.

2 الصدة، عبد المنعم فرج: **محاضرات في القانون المدني**. معهد البحوث والدراسات العربية. مصر.(ط.بلا). 1967. ص15.

3 انظر نص المادة (1/2/6) من اتفاقية بيرن لحماية المصنفات الادبية والفنية لسنة 1886 والتي كان آخر تعديلاتها عام 1979 والتي تنص على انه (بغض النظر عن الحقوق المالية للمؤلف، بل وحتى بعد انتقال هذه الحقوق، فإن المؤلف يحتفظ بالحق في المطالبة بنسبة المصنف إليه، وبالاعتراض على أي تحريف او تشويه أو أي تعديل آخر لهذا المصنف او آي مساس آخر بذات المصنف يكون ضاراً بشرفه وبسمعته). يذكر ان مدة الحماية المقررة للمصنف وفقا لقانون حماية حق المؤلف الاردني رقم (22) لسنة 1992 والمعدل بالقانون رقم (52) لسنة 2001 هي ثلاثون سنة ومدة حماية الحق المالي للمؤلف هي طيلة حياة المؤلف ولمدة خمسين سنة بعد وفاته، انظر نصوص المواد (30) و (31) من قانون حماية حق المؤلف الأردني.

4 ابو بكر، محمد خليل يوسف: **مرجع سابق**. ص265. فعلى سبيل المثال هنالك اختلاف في تقرير مدة الحماية لحق المؤلف وتحديد تاريخ سريانها الامر الذي يؤدي الى تفاوت نطاق الحماية مابين التشريعات.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الاول: موقف الفقه من القانون واجب التطبيق على حق المؤلف

تباينت آراء الفقهاء بشأن القانون واجب التطبيق على حق المؤلف،[1] حيث يختلف القانون واجب التطبيق على حق المؤلف تبعا لحالة نشر المؤلف لعمله أو عدم النشر أو النشر في أكثر من دولة في وقت واحد، يستعرض الباحث ذلك في الفروع الآتية:

الفرع الأول: حالة نشر المؤلف

في حالة نشر المؤلف لأول مرة في دولة معينة اتجه الفقه إلى خضوع الحقوق المتعلقة بحق المؤلف لقانون هذه الدولة وهو مايطلق عليه قانون بلد النشر الأول، ومنهم من يرى بخضوعه لقانون الدولة التي يطلب فيها الحماية ونستعرض ذلك كما يأتي:

المسألة الاولى: قانون بلد الاصل (قانون بلد المنشأ)

يرى أصحاب هذا الرأي أن القانون واجب التطبيق على حق المؤلف هو قانون الدولة التي نشر فيها المصنف لأول مرة.[2] أو ما يطلق عليه بقانون بلد الأصل[3]. وذلك راجع إلى عدة اعتبارات مفادها أن النشر هو الذي يعطي للإنتاج الأدبي أو الفني قيمته،[4] فهو المكان الذي تخرج فيه الفكرة إلى الواقع المحسوس،[5] فابتداءً من لحظة النشر أي يصبح المصنف مالاً في المجتمع الذي تم فيه النشر.[6] إذ يمكن لصاحبه وللآخرين الإفادة منه.[7] وبالنتيجة فإن قانون الدولة التي

---

1 حيث يرجع ذلك الى الفروقات بين الدول التي تتبع "النظام القانوني الانجلوسكسوني "والدول التي تتبع النظام القانوني المدني"، حيث أن معظم دول العالم التي تطبق" النظام القانوني الانجلوسكسوني" تطلب تثبيت العمل أي كتابته أو تسجيله، أما في الدول التي تطبق" النظام القانوني المدني" فإن المصنف يتمتع بالحماية منذ لحظة إبتكاره، بحيث يؤدي ذلك إلى بروز مسألة الدليل من أجل إثبات الإبتكار أمام القضاء. راجع الجازي، عمر مشهور حديثة: المبادئ الأساسية لقانون حق المؤلف بين النظرية والتطبيق. كلية الحقوق الجامعة الاردنية. 2004. بحث منشور على الرابط www.jcdr.com . ص3. تاريخ الزيارة 2014/5/5 الساعة 12:00 مساء.

2 دواس، امين: **مرجع سابق**. ص133. انظر ايضا رياض، فؤاد عبد المنعم و راشد، ساميه: **مرجع سابق**. ص311. ويعبر عنه ببلد النشر أو العرض أو التمثيل. انظر الاسدي، عبد الرسول عبد الرضا: **مرجع سابق**. ص108. أو كما يطلق عليه بقانون المصدر. انظر منصور، سامي بديع و عبد العال، عكاشة: **مرجع سابق**. ص312.

3 عبد الله، عز الدين: **مرجع سابق**. ص403.

4 المصري، محمد وليد: **الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص "دراسة مقارنة للقانون الاردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي"**. **مرجع سابق**. ص82.

5 سلامه، احمد عبد الكريم: القانون الدولي الخاص. **مرجع سابق**. ص931.

6 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص612.

7 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. **مرجع سابق**. ص813.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ظهر فيها المصنف إلى حيز الوجود هو الذي يتكفل بتنظيم الحقوق الواردة عليه.[1] فالمكان الذي يختاره المؤلف لإخراج عمله لأول مرة هو المكان المفترض الذي يرى فيه بيئة نظيفة توفر لحقه الحماية الكاملة.[2] كما أنه يؤدي إلى تحقيق الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة، إذ يتمتع المؤلف بحقوقه في أية دولة أجنبية طبقا لما هو مقرر في هذا القانون، فهو ضابط ثابت للإسناد لايتغير تبعا لتغير مكان الإلتجاء للقضاء.[3]

على أنه يجب ملاحظة أن تطبيق قانون بلد النشر الاول مقيد بقيدين، هما أنه إذا اشترطت قوانين الدول الأخرى التي يراد حماية الحقوق فيها اتباع اجراءات معينة كالتسجيل مثلًا فيجب اتباع هذه الاجراءات.[4]والثاني أنه إذا كانت حماية حقوق المؤلف في قانون بلد النشر الاول أوسع منها في قانون بلد التداول، فمثلًا إذا كانت مدة الحماية 15 سنه في بلد النشر الاول و10 سنوات في بلد التداول فالعبرة بالمدة المقرر في قانون بلد التداول اذ لايصح لأصحاب هذه الحقوق من الأجانب أن يحصلوا على حماية أكثر مما يتمتع به الوطنيون.[5]

ومن هنا فإن تطبيق قانون بلد النشر الأول لا يخلو من النقد إذ قد يؤدي إلى تطبيق القواعد الأشد في كل من قانون بلد الأصل وقانون بلد الحماية كما هو الحال في المثال السابق،[6] كما أن قانون الدولة التي نشر فيها المصنف لأول مرة قد لايعبر عن رابطة حقيقية بين الدولة التي وقع فيها أوّلُ نشرٍ، كوقوع أول نشر في دولة بصورة عرضية أو بمحض الصدفة.[7]كما أن الاعتماد الاعتماد على فكرة النشر ومكانه بات لا يتماشى مع الوسائل المعاصرة لنقل مضمون الفكرة والإبداع الذهني إلى علم الجمهور فالكتاب الذي يحتوي على آلاف الصفحات أصبح من السهل

---

1 رياض، فؤاد عبد المنعم و راشد، ساميه: **مرجع سابق**. ص311.

2 خالد، فلاس: القانون الواجب التطبيق على الاموال المعنوية في مجال القانون الدولي الخاص. بحث منشور على الرابط http://www.marocdroit.com/ تاريخ الدخول 2014/6/10. الساعة 10:00 صباحا.

3 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص. مرجع سابق**. ص613.

4 رياض، فؤاد عبد المنعم و راشد، ساميه: **مرجع سابق**. ص312.

5 عبد الرحمن، جابر جاد: **مرجع سابق**. ص530.

6 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص. مرجع سابق**. ص615.

7 المرجع السابق. ص616.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تخزينه في برامج الحاسب الآلي، ومن السهل نقل مضمون الفكرة أو المصنفات الشفوية عبر وسائل الاتصال الحديثة.[1]

ويرى الباحث أن العمل الفكري قبل إخراجه يكون حبيس الفكر وغير ظاهر للوجود، وبالنشر فإن هذا الحق يتجسد ويصبح له مظهرا امام العامة، وبالتالي فمن المنطقي أن يتكفل هذا القانون بتنظيم كافة الحقوق المتعلقة بحقوق المؤلف وبالنتيجة فهو الاكثر صلة وارتباطا بالعمل الفني، وهنا يجب الاشارة الى ان هذا الاتجاه منطقيٌ ويمكن الاعتداد به لتحديد القانون واجب التطبيق على حق المؤلف، إلا أنه قد لايتلائم مع النشر الذي يتم عبر الانترنت والذي قد يتم في اكثر من دولة في وقت واحد، يذكر أن هنالك بعض التشريعات التي أخذت به كالقانون الكويتي رقم (5) لسنة1961.[2]

المسألة الثانية: تطبيق قانون الدولة التي تطلب فيها الحماية

ويرى أصحاب هذا الرأي بتطبيق القواعد القانونية للدولة المطلوب تقرير حماية المصنف فيها أو التي تطلب فيها الحماية.[3] فهو قانون القاضي الذي يستريح لتطبيقه لعلمه به، كما أنه يؤدي إلى توحيد الاختصاص القضائي والتشريعي.[4] ويستند اختصاص هذا القانون إلى الدولة التي يطلب فيها الحماية هي عادة المكان الذي وقع فيه الاعتداء على حق المؤلف فهو غالبا المكان الذي نشرت فيه النسخة المزورة أو المقلدة، ومن ناحية ثانية فإنه يجنب مغبة اللجوء إلى

---

1 سلامه، احمد عبد الكريم: **القانون الدولي الخاص. مرجع سابق.** ص933.

2 انظر نص المادة (57) من القانون الكويتي والتي تنص على (يسري على الملكية الادبية والفنية قانون بلد النشر الاول أو قانون بلد الاخراج الاول).

3 الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق.** ص463. انظر ايضا سلامة، احمد عبد الكريم: **مرجع سابق**، ص933. وقد تبنت هذا الاتجاه كل من اتفاقيتي برن لسنة 1886 واتفاقية جنيف لسنة 1952 حيث جعل الاختصاص لحماية حق المؤلف لقانون الدولة التي تطلب فيها الحماية بشرط ألاتزيد المدة المقررة لحماية حق المؤلف في البلد الذي يطلب فيه الحماية عن المدة التي يقررها قانون بلد الاصل. راجع الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص. مرجع سابق.** ص624-627.

4 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص. مرجع سابق.** ص619.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تحديد مكان نشر المصنف في ظل العصر الحالي وتطور وسائل الاتصال. [1] وهو أمر في غاية الصعوبة بالنسبة لقاضي الموضوع في الحالة التي يكون المصنف قد نشر في اكثر من دولة.

كما أن هذا القانون يؤدي إلى توفير حماية أفضل للمؤلفين بخلاف تطبيق قانون بلد الاصل الذي قد يترتب على تطبيقه إثقال المؤلفين بالقيود المقررة فيه، زيادة على القيود المقررة في قانون بلد طلب الحماية.[2] كما أن قانون بلد الحماية هو الذي يطبق في الحالة التي يتعارض فيها تطبيق القواعد القانونية المقررة في قانون بلد النشر الأول مع المبادئ الرئيسية في دولة الحماية، إذ يرى الفقه امكانية استبعاد تطبيق قانون بلد النشر ويتم تطبيق القانون المحلي اعمالا لفكرة الدفع بالنظام العام الدولي.[3] كما أن تطبيق قانون بلد الحماية هو حل يتفق مع طبيعة الملكية الأدبية والفنية لأن المصنف لايرتبط بدولة معينة بل يتسم بطابع عالمي فهو لاينشأ في دولة معينة ثم ينتقل بعد ذلك ليمارس في دولة أخرى بل إنه ينشأ في آن واحد في كل الدول التي يمارس فيها.[4] وقد اخذ بهذا الاتجاه القانون الدولي الخاص والاجراءات التركي لسنة 2007.[5]

إلا أن هذا الاتجاه لم يخلُ من النقد، إذ يؤدي تطبيق قانون بلد الحماية إلى إهدار مبدأ الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة أو النفاذ الدولي للحقوق إذ لايمكن التمسك بحق المؤلف في دولة طالما أن قانون بلد الاصل لايقر هذا الحق، كما أن قانون بلد الحماية دائم التغير تبعا لتغير مكان حدوث الوقائع محل النزاع بخلاف الأخذ بقانون بلد النشر الأول الذي يظل ثابتا لايتغير حتى لو أعيد نشر المصنف في دولة أخرى.[6]

---

1 سلامه، احمد عبد الكريم: القانون الدولي الخاص. **مرجع سابق**. ص933.

2 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. **مرجع سابق**. ص619.

3 الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**. ص464.

4 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. **مرجع سابق**. ص619.

5 انظر نص المادة (1/23) من القانون الدولي الخاص والاجراء التركي رقم (5718) لسنة 2007 والتي تنص على انه (The rights of intellectual property are subject to the law of state according to whose law their protection is demanded).

وقد أخذ بهذا الاتجاه ايضا القانون الدولي الخاص المجري لعام 1977 كما هو وارد لدى الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. **مرجع سابق**. ص621. واخذ بهذا الاتجاه ايضا القانون الاسباني لعام 1974 والسويسري لعام 1987. كما هو وارد لدى سلامه، احمد عبد الكريم: القانون الدولي الخاص. **مرجع سابق**. ص933.

6 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص621.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وعلى الرغم من الانتقاد الموجه لهذا الرأي إلا أنه يحقق مزايا لايحققها قانون بلد النشر، إذ أن الاعتماد على بلد النشر قد لايعبر عن صلة حقيقية في الحالة التي يكون فيها قد تم النشر بشكل عرضي أو حالة النشر في اكثر من دولة، لذلك يرى الباحث أن قانون الدولة التي تطلب فيها الحماية هو أمر منطقي وتمليه الاعتبارات المتعلقة بحماية حقوق المؤلف، إذ من غير المجدي تطبيق قانون دولة بلد النشر في الحالة التي يتعارض مع القواعد القانونية المتبعة في بلد الحماية اذ يمكن استبعادها على اساس مخالفتها للنظام العام وبالتالي يصبح قانون دولة بلد النشر غير ذي جدوى، ومن ناحية أخرى فقانون بلد الحماية ينسجم مع قانون بلد النشر الأول، على اعتبار أن هذا الأخير يجب إلا يتعارض مع قانون دولة القاضي، فقانون بلد النشر هو الذي يحدد الإطار وموضوع الحماية، وقانون القاضي يحكم طرق وكيفية تحقيق الحماية، ويجب على القاضي مراعاة عدم التعارض وضرورة التنصيف بين القانونين.[1]

ويرى الباحث أن التطبيق المزدوج لكل من قانون بلد النشر الأول وقانون بلد الحماية على حق المؤلف هو أمر منطقي، إذ إنه لايمكن إغفال الرابطة الوثيقة بين المصنف والدولة التي نشر فيها فهو الذي يحكم وجود حق المؤلف ونطاقه ومدته، أما قانون بلد الحماية فهو الذي يحكم طرق أو كيفية تحقيق الحماية وهذا يقودنا الى أنه لايجوز التعارض مابين قانون بلد النشر الأول وقانون بلد الحماية، ويترتب على التطبيق المزدوج للقانونين أنه لايجوز منح الحماية في بلد الحماية إذا كانت مدة الحماية قد انقضت وفقا لقانون بلد النشر الأول، كما انه لايجوز حماية المصنفات التي تكون محمية في بلد القاضي ولاتعد من الأعمال المحمية في قانون بلد النشر الأول، وإذا كانت مدة الحماية المقررة في بلد النشر الأول تزيد عن تلك المقررة في بلد القاضي فلا تمنح الحماية إلا للمدة المقررة في البلد الأخير لأنه من غير المنطقي أن يطمع المؤلفون الأجانب بحماية أوسع من تلك المقررة للمؤلفين الوطنيين.[2]

---

1 خالد، فلاس: القانون الواجب التطبيق على الاموال المعنوية في مجال القانون الدولي الخاص. بحث منشور على الرابط http://www.marocdroit.com/ تاريخ الدخول 2014/6/10.

2 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص621 وص622..

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثاني: حالة عدم نشر المصنف

في حال عدم نشر المصنف يذهب اتجاه فقهي إلى تقرير الاختصاص للقانون الشخصي أي قانون جنسية صاحب المصنف (المؤلف).[1] فالمصنف هو نتاج الفكر، ولذلك فهو وثيق الصلة بشخص المؤلف مما يبرر تطبيق قانونه الشخصي.[2]ويستند هذا الرأي إلى أن الملكية الذهنية والإبداع الفني هي نتاج فكر الانسان وأن للإنسان حق أبوة على ما أبدعته قريحته وفي حال عدم النشر فلا يوجد ما يمكن ربط ذلك الفكر إلا لصاحبه ومبدعه. [3] وأن المصنف يتصل بالمؤلف شخصيا وتعدّ حمايته حمايةً للمؤلف نفسه.[4] وهذا ما أخذت به اتفاقية بيرن لحماية المصنفات الادبية والفنية لعام 1886 في نص المادة (5/4/ج).[5] وقد انتقد هذا الرأي بسبب احتمالية تغير بلد الاصل تبعا لتغير جنسية مؤلفيها، وصعوبة تحديد بلد الأصل نتيجة تعدد أو انعدام جنسية المؤلف.[6]

ويذهب اتجاه آخر إلى اختيار قانون الموقع المادي للدعامة المادية التي تجسد العمل الفكري باعتبار ان ذلك من شأنه حماية الغير والمصلحة الاجتماعية.[7] وهو رأي منتقد لكون الحقوق الذهنية تثبت بمجرد إبداع الفكرة وخلقها الذهني بغض النظر عن تثبيتها على دعامة ملموسة.[8]

---

1 المصري، محمد وليد: **مرجع سابق**. ص82. سلامه، احمد عبد الكريم: **مرجع سابق**.ص932. انظر ايضا رياض، فؤاد عبد المنعم و راشد، ساميه: **مرجع سابق**. ص311.

2 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. **مرجع سابق**. ص814.

3 عبد الرحيم، ممدوح: **القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)**. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2005. ص157.

4 الصانوري، مهند احمد: **مرجع سابق**.ص184.

5 انظر نص المادة (5/4/ج) من اتفاقية برن المنشورة على الرابط http://www.wipo.int/wipolex/ar/wipo_treaties/text والتي تنص على

(... in the case of unpublished works ..., the country of the Union of which the author is a national...).

واخذت بذلك المادة (60/2) من القانون الدولي الخاص الروماني لسنة 1994 والتي تنص على (المصنفات الفكرية غير المنشورة تخضع للقانون الوطني للمؤلف). كما هو وارد لدى سلامه، احمد عبد الكريم: القانون الدولي الخاص. **مرجع سابق**. ص932.

6 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. **مرجع سابق**. ص614.

7 رياض، فؤاد عبد المنعم و راشد، ساميه: **مرجع سابق**. ص312.

8 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. **مرجع سابق**. ص613.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وإزاء الانتقادات الموجهة إلى كلٍ من الرأيين السابقين فقد نادى بعض الفقه الى تطبيق قانون بلد الحماية بالنسبة للمصنفات غير المنشورة لأن ذلك يحقق ميزة وحدة القانون الذي يسري على النظام القانوني لهذه المصنفات من جهة كما ان ممارسة المؤلف لحقوقه في دولة معينة بالنسبة لمصنفه غير المنشور يعبر عن مصلحة المؤلف في تطبيق قانون هذه الدولة.[1] ويرى الباحث بأن تطبيق قانون جنسية المؤلف هو الانسب لحماية حق المؤلف في هذه الحالة لإرتباط العمل الفكري بصاحبه.

الفرع الثالث: حالة النشر في أكثر من دولة في وقت واحد

وفي حال تم نشر المصنف في أكثر من دولة فإن هنالك عدة اتجاهات بهذا الشأن، فهناك اتجاه يقضي بتطبيق قانون الدولة التي يقرر قانونها مدة حماية أقصر لحق المؤلف.[2] وقد انتقد هذا الرأي على أساس انه من غير المقبول أن يحدد القانون واجب التطبيق على أساس مضمون القوانين المتزاحمة لحكم العلاقة محل النزاع التي تربط بين العلاقة محل النزاع وقانون دولة معينة بغض النظر عن مضمون أحكامه.[3] كما أن الأخذ بهذا الاتجاه هو أمر يشق على القاضي القيام به لكونه يكلف القاضي بإجراء مقارنة بين قوانين الدول التي تم فيها النشر والتعرف إلى أحكامها للوصول إلى القانون المختار الذي يقرر مدة حماية أقل، ناهيك عن أنه لايوجد مايبرر تفضيل قانون الدولة التي يقرر قانونها مدة حماية أقل من غيرها لحق المؤلف طالما أن الهدف هو حماية حق المؤلف وليس مصالح الجمهور.[4]

---

1 **المرجع السابق**. ص614.

2 منصور، سامي بديع و عبد العال، عكاشة: **مرجع سابق** .ص312. وقد اخذت بهذا الاتجاه المادة (5/4/أ) من اتفاقية برن المنشورة على الرابط http://www.wipo.int/wipolex/ar/wipo_treaties/text. والتي تنص على انه (... in the case of works published simultaneously in several countries of the Union which grant different terms of protection, the country whose legislation grants the shortest term of protection...).

3 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين. مرجع سابق**. ص814.

4 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص615.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وهنالك اتجاه اخر يقضي بتطبيق قانون الدولة التي تم فيها النشر الرئيسي أو الأصلي.[1] فإذا كان المصنف قد نشر في وقت واحد في عدة دول مختلفة ففي هذه الحالة يتم الرجوع إلى قانون الدولة التي كان لنشر المصنف فيها أهمية أكثر من غيرها،[2]وهو قد يكون قانون الدولة التي تم فيها النشر قبيل الدول الاخرى.[3] كما يمكن الاعتداد في التقدير بعدد النسخ المباعة وما لقيمة المصنف من قبول لدى الجمهور.[4] فإن تعذر الترجيح فالعبرة بقانون دولة موطن المؤلف.[5]

وهنالك اتجاه آخر يرى بتطبيق قانون جنسيه المؤلف.[6] ويرى الباحث أن الاخذ بقانون بلد النشر الرئيسي لتحديد القانون واجب التطبيق على حق المؤلف في حالة نشر المصنف في اكثر من دولة يثير العديد من الصعوبات، وهو حل غير عملي، كما ويصعب حصره وإثباته، لذلك لايؤيد الباحث الاعتداد به لتحديد القانون واجب التطبيق على حق المؤلف، لذلك يؤيد الباحث ماجاء في اتفاقية بيرن لحماية المصنفات الادبية والفنية من حيث اعتماد قانون الدولة التي تقرر مدة حماية أقصر لحق المؤلف ألأمر الذي يؤدي الى توحيد الاحكام.

مما تقدم يستخلص الباحث ان القانون واجب التطبيق على حق المؤلف والذي يتماشى مع متطلبات العصر الحالي والسهولة في التطبيق هو قانون بلد الحماية خصوصا في ظل المستجدات الالكترونية وسرعة تداول المصنفات، كما يؤدي الى سرعة المعاملات وهو غالبا المكان الذي يطلب فيه اتخاذ الاجراءات التحفظية.[7] على أن التطبيق الامثل لقانون بلد الجماية يتطلب توحيد

---

1 رياض، فؤاد عبد المنعم و راشد، ساميه: **مرجع سابق**. ص312. انظر منصور، سامي بديع: **مرجع سابق**. ص442.

2 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. **مرجع سابق**. ص814.

3 سلامه، احمد عبد الكريم: القانون الدولي الخاص. **مرجع سابق**. ص932.

4 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. **مرجع سابق**. ص815.

5 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. **مرجع سابق**. ص615.

6 المصري، محمد وليد: **مرجع سابق**. ص82.

7 ويرجح تطبيق قانون بلد الحماية هو ان بعض القوانين اجازت في الحالات التي يخشى فيها من اعتداء وشيك على حق المؤلف التقدم بطلب الى المحكمة المختصة لإتخاذ الاجراءات التحفظية اللازمة لمنع وقوع الاعتداء والحد من الاضرار التي قد تلحق بالمؤلف. انظر ابو بكر، محمد خليل يوسف: **مرجع سابق**. ص290. انظر نص المادة (46) من قانون حماية حق المؤلف الاردني، والمواد (48) والمادة (50) من اتفاقية التريبس، يذكر ان اتفاقية التريبس هي اتفاقية دولية تديرها منظمة التجارة العالمية وتتعلق بالجوانب التجارية لحقوق الملكية الفكرية وتحدد المعايير الدنيا للقوانين المتعلقة بالعديد من أشكال الملكية الفكرية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تشريعات الدول فيما يتعلق بحق المؤلف حتى لايكون هنالك تباين مابين الحماية المقررة في دولة ما وتلك المقررة في دولة أخرى، وما يراه الباحث أنه ما زال هنالك اختلاف في الاحكام الناظمة لحق المؤلف في تشريعات الدول الأمر الذي يتطلب بقاء قانون بلد النشر في الاعتبار عند تحديد القانون واجب التطبيق على حقوق المؤلف.

المطلب الثاني: موقف التشريعات المقارنة من القانون واجب التطبيق على حق المؤلف

يستعرض الباحث موقف التشريعات المقارنة من القانون واجب التطبيق على حق المؤلف في ثلاثة فروع.

الفرع الاول: موقف القانون المدني الأردني

لم ينص القانون المدني الاردني على قاعدة اسناد خاصة بتحديد القانون واجب التطبيق على حق المؤلف ولكنه أشار إلى القوانين الخاصة، والتي يمكن أن تعالج الموضوع بشكل غير صريح وهذا واضح في نص المادة (71) من القانون المدني الأردني.[1] وهو ما يقودنا إلى البحث عن القانون واجب التطبيق على حق المؤلف في قانون حماية حق المؤلف الاردني رقم (22) لسنة 1992 والمعدل بالقانون رقم (52) لسنة 2001، والذي أخضع مصنفات المؤلفين الأردنيين للقانون الأردني، سواء تم النشرة في المملكة أم خارجها، أما بالنسبة للمؤلفين غير الأردنيين فقد أخضعها للقانون الاردني إذا تم النشر في المملكة الأردنية، وإذا تم النشر خارج المملكة فتخضع إلى ما تقضي به الاتفاقيات الدولية ومبدأ المعاملة بالمثل.[2] كما تضمن قانون حماية حق المؤلف الأردني نصوصا حول مبدأيّ المعاملة الوطنية للمؤلفين الاجانب، ومبدأ المعاملة بالمثل، وهذه المبادئ كرستها كل من اتفاقية تربس وإتفاقية بيرن.[3] إذ يبدو أن المشرّع الأردني قد اعتنق نظرية مكان النشر فيما يخص المؤلفين الأجانب وذلك في حال نشر المصنف داخل المملكة الاردنية، الا أنه

---

1 المادة (71) من القانون المدني الاردني (... 2- ويتبع في شأن حقوق المؤلف ... احكام القوانين الخاصة).

2 المصري، محمد وليد: **مرجع سابق**. ص182.

3 أبو بكر، محمد خليل: **مرجع سابق**. ص262. انظر نص المادة (3) من اتفاقية التريبس وهي الاتفاقية المتعلقة بالجوانب بالجوانب التجارية لحقوق الملكية الفكرية والتي تحدد المعايير الدنيا للقوانين المتعلقة بالعديد من أشكال الملكية الفكرية. والمادة (5) من اتفاقية برن لحماية المصنفات الادبية والفنية، والمادة (53) من قانون حماية حق المؤلف الاردني.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لم يأخذ بهذه النظرية على اطلاقها فقد تبنى نظرية جنسية المؤلف فيما يتعلق بالمؤلف الأردني، ولم يعتد بمكان النشر إذا تم خارج المملكة، وهنا نلاحظ عدم اعتناق المشرع الاردني لمعيار ثابت وواضح يحدد القانون واجب التطبيق على حق المؤلف.

ويشير الباحث الى أن المشرّع الاردني لم يعالج مسألة القانون واجب التطبيق على العقد الوارد على حقوق الملكية الفكرية وحقوق الملكية الفكرية المنبثقة عن عقد العمل وهو أمر عالجته مجلة القانون الدولي الخاص التونسية كما سنرى لاحقا في المسألة الآتية.

الفرع الثاني: موقف مجلة القانون الدولي الخاص التونسية

من الواضح أن مجلة القانون الدولي الخاص التونسي لم تشر إلى القانون واجب التطبيق على حق المؤلف بشكل مباشر، ولكنها تطرقت لموضوع العقود الواردة على حقوق الملكية الفكرية وأخضعتها لقانون الإرادة وفي حال عدم قانون الارادة فإن قانون دولة موطن الطرف الذي نقل حق الملكية الفكرية أو تنازل عنه هو واجب التطبيق.[1]وهو بذلك يكون قد اعتنق نظرية الموطن في حال غياب قانون الإرادة، ويبدو أن المشرع التونسي يميل إلى حماية صاحب الحق في الملكية الفكرية وأعطى اعتبارا للآخرين وأصحاب الحقوق المكتسبة.

زيادة على ذلك فقد جاءت مجلة القانون الدولي الخاص التونسية بحكم آخر وهو القانون واجب التطبيق على حقوق الملكية الفكرية المنبثقه عن عقد العمل إذ اخضعها للقانون الذي يحكم عقد العمل، وهذا واضح في نص الفصل (69).[2] وهذا الحال يطبق على حق المؤلف وسائر حقوق الملكية الفكرية محل الدراسة.

وتجب الإشارة إلى أن المشرّع التونسي لم يتطرق إلى القانون واجب التطبيق على حقوق الملكية الفكرية بشكل عام وحق المؤلف بشكل خاص وذلك في حال عدم وجود عقد، إذ يبدو انه

---

1 نص الفصل (69) (تخضع العقود المتعلقة بالملكية الفكرية لقانون الدولة التي بها مكان الإقامة المعتاد لمن نقل حق الملكية الفكرية أو لمن تنازل عنه و ذلك ما لم تعيّن الأطراف قانونا غيره...).

[2] انظر نص الفصل (69) والذي ينص على (... العقود المبرمة بين المؤجر والأجير والمتعلقة بحقوق الملكية الفكرية التي أنجزها العامل في إطار أدائه لعمله ينظمها القانون المنطبق على عقد الشغل).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يقرر الحماية لحق المؤلف على اساس الفعل الضار في هذه الحاله، وهذا واضح في نص الفصل (70) والتي تنص على أنه (تخضع المسؤولية غير التعاقدية لقانون الدولة التي حصل بها الفعل الضار، إلا أنه إذا نتج الضرر بدولة أخرى فإن قانون هذه الدولة ينطبق إذا طلب المتضرر ذلك. وإذا كان للمتسبب و للمتضرر مكان إقامة معتاد بنفس الدولة، ينطبق قانون هذه الدولة). ويبدو أنه قد أخذ بمعيار مكان حصول الفعل الضار ومكان وقوع الضرر كضوابط إسناد يمكن الاعتداد بها لتحديد القانون واجب التطبيق على حق المؤلف، على أن تطبيق قانون مكان وقوع الضرر هو واجب التطبيق في الحالة التي يطلب فيها المتضرر ذلك.

ويرى الباحث أن ما ذهب إليه المشرّع التونسي من حيث اعتماده لأكثر من ضابط إسناد بخصوص القانون واجب التطبيق على الفعل الضار يتلائم مع طبيعة حقوق الملكية الفكرية ويتيح مرونة أكثر في اختيار القانون واجب التطبيق، إلا أنه يجب إدراج نص يعالج مسألة القانون واجب التطبيق على حق المؤلف.

وتجب الإشارة إلى أن المشرّع التونسي قد أورد حكما في نص الفصل (5) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي يشير إلى اختصاص المحاكم التونسية بالنظر في الدعاوى المتعلقة بالملكية الفكرية إذا وقع التمسك بحمايتها في البلاد التونسية.[1] ولكنّ ذلك لايشير إلى القانون واجب التطبيق.

الفرع الثالث: موقف مشروع القانون المدني الفلسطيني

من الواضح ان مشروع القانون المدني الفلسطيني قد سار على نهج القانون المدني الاردني، ولم ينص على قاعدة اسناد خاصة بالقانون واجب التطبيق على حق المؤلف وهذا مايقودنا إلى البحث عن القانون واجب التطبيق على حق المؤلف في وقانون حماية حق المؤلف المطبق في فلسطين وهو قانون قد لايتماشى مع متطلبات العصر الحالي.[2] زيادة على أن هذا القانون قد قصر الإيداع على ما يصدر من مصنفات في أراضي المملكة المتحدة ولم يسمِّ أيّة جهة

---

1 الفصل (4/5) والذي ينص على (تختص المحاكم التونسية ايضا :... في النزاعات المتعلّقة بالملكية الفكرية إذا وقع التمسك بحمايتها بالبلاد التونسية).

2 القانون الذي يتناول حق المؤلف في فلسطين هو قانون حق الطبع والتأليف البريطاني الصادر سنة 1911 المطبق في فلسطين بموجب مرسوم سنة 1924 الذي دخل حيز التنفيذ سنة 1934. وهذا قانون ليس له علاقة بفلسطين وهو صادر عن المملكة المتحدة في عهد الانتداب البريطاني على فلسطين، فإذا امعنا النظر في المادة (1) من هذا القانون لوجدنا انه لاينطبق على دولة فلسطين. وهذا القانون بحاجة الى تعديل في جوانب كثيرة لايسعني البحث عنها هنا ولكن على الاقل فهو لايعالج مسألة المصنفات الالكترونية. انظر نص المادة (1) من ذات القانون.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

للإيداع في فلسطين، وهو ما أغفله أيضا مشروع قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة الفلسطيني لسنة 1998.[1] وقد أخذ قانون حق الطبع والتأليف البريطاني لسنة 1924 والمطبق في فلسطين بمعيار مكان النشر الأول للمصنف، وأخذ بمعيار الجنسية أو الموطن في حال عدم النشر وهذا واضح في نص المادة (1) فقرة (أ) وفقرة (ب).[2] وعلى الرغم من كونه قانونا قديما إلا أنه مازال يلبي الحاجة ويساهم في تحديد القانون واجب التطبيق على حق المؤلف.

ويرى الباحث أن يتم إدراج قاعدة إسناد خاصة بحقوق المؤلف في التشريع الفلسطيني المرتقب يعالج كافة الأمور ويحقق افضل حماية ممكنة مراعيا العقود الواردة على حقوق الملكية الفكرية وحقوق الملكية الفكرية المنبثقة عن عقد العمل حيث يمكن الاسترشاد بالنص الآتي: (القانون واجب التطبيق على حق المؤلف هو قانون بلد الحماية، ويسري على العقود المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية القانون الاكثر ارتباطا بالعقد مالم يعين الاطراف قانونا آخر، ويسري على حقوق الملكية الفكرية المنبثقة عن عقد عمل القانون واجب التطبيق على عقد العمل ذاته). بحيث يتحدد بوجه عام حقوق المؤلف المالية على مصنفه بحسب ما ورد من شروط في عقد العمل.[3]

المطلب الثالث: نطاق القانون واجب التطبيق

يدخل في نطاق القانون واجب التطبيق على حق المؤلف بيان حكم وجود حق المؤلف فهو الذي يحدد المصنفات التي تتمتع بالحماية و شروط حمايتها والمصنفات التي تشملها الحماية والتي لاتشملها.[4] كما يبين مدة الحماية اللازمة لحق المؤلف وكيفية احتساب بدايتها ومصير المصنفات

---

1 توام، رشاد و جعوان، طوافشه، عزام وجعوان، سعاد: **الإيداع القانوني وفقا لتشريعات حق المؤلف: نحو نظام فلسطيني خاص وفعال. مجلة سياسات**. رام الله: مؤسسة الايام. 2010. انظر ص121 وما بعدها.

2 نص المادة (1) من قانون حقوق الطبع والتأليف البريطاني الصادر سنة 1911 المطبق في فلسطين بموجب مرسوم سنة 1924 الذي دخل حيز التنفيذ سنة 1934 والذي ينص على انه (مع مراعاة أحكام هذا القانون، تحمى حقوق الطبع والتأليف في جميع الآثار الأدبية والتمثيلية والموسيقية والفنية في كافة أنحاء ممتلكات جلالته التي يسري عليها هذا القانون ... بشرط أن تتوفر في ذلك الشروط التالية:

(أ) إذا كان الأثر قد تم نشره فيجب أن يكون قد نشر لأول مرة في إحدى ممتلكات جلالته السابق ذكرها.

(ب) إذا كان الأثر لم ينشر فيجب أن يكون المؤلف في تاريخ تأليفه الأثر من رعايا الدولة البريطانية أو مقيمًا في إحدى ممتلكات جلالته السابق ذكرها...)

3 السنهوري، عبد الرزاق احمد: **الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية). مرجع سابق**. ص329.

4 سلامه، احمد عبد الكريم: القانون الدولي الخاص. **مرجع سابق**. ص935.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المحمية بعد انقضاء هذه المدة.[1] وتحديد مضمون حق المؤلف وعناصره فينظم الحق الادبي للمؤلف كحقه في تقرير نشر مصنفه من عدمه ونسبته إليه وتعديل مضمونه وسحبه من التداول كما يملك الحق في دفع الاعتداء عن مصنّفه، فله وحده حق التعديل والتغيير، وليس لغيره أن يباشر ذلك إلا بإذن كتابي منه أو من ورثته من بعده.[2] كما يخضع لهذا القانون الحق المالي أي استغلال نتاج فكره بالحصول على العائد المالي.[3]

كما تخضع لهذا القانون بيان مدى قابلية حق المؤلف من الانتقال للغير ووسائل نقله، ومدى تعلق دائني المؤلف بناتج الاستغلال المالي للمصنف، مع ملاحظة القوانين الاخرى التي تحكم الميراث والوصية والعقد.[4] كما يخضع لهذا القانون تعريف العمل الذهني الذي يمكن حمايته،[5]وموضوعه،[6]والاجراءات[7]. ويدخل ايضا في اختصاص القانون واجب التطبيق تقرير طرق طرق التعويض فيما إذا كان عينيا أم غير عينيّ.[8]

ويخرج من نطاق القانون واجب التطبيق، العقود التي يبرمها المؤلف مع الآخرين لاستغلال مصنفه ماليا، فهي تخضع لقانون الارادة، ومسألتيّ الأهلية والشكل فتخضع كل منهما للقاعدة الخاصة بها.[9]

---

1 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص. مرجع سابق.** ص628.

2 السنهوري، عبد الرزاق احمد: **الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية). مرجع سابق.** ص357.

3 سلامه، احمد عبد الكريم: القانون الدولي الخاص. **مرجع سابق.** ص935.

4 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص. مرجع سابق.** ص627.

5 الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق.** ص465.

6 عبد الله، عز الدين: **مرجع سابق.** ص404. انظر ايضا منصور، سامي بديع و عبد العال، عكاشه: **مرجع سابق.** ص312.

7 عبد الكريم، ممدوح: **مرجع سابق.** ص157.

8 يذكر أن المواد (47) و (49) من قانون حماية حق المؤلف الاردني تقرران التعويض العيني والتعويض غير العيني.

9 سلامه، احمد عبد الكريم: القانون الدولي الخاص. **مرجع سابق.** ص935.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثاني

القانون واجب التطبيق على الملكية التجارية والصناعية

في هذا المبحث سيتناول الباحث موقف الفقه والتشريعات المقارنة من القانون واجب التطبيق ونطاقه على كل من الملكية التجارية في مطلب أول، والملكية الصناعية في مطلب ثانٍ.

المطلب الاول: القانون واجب التطبيق على الملكية التجارية

تشمل الملكية التجارية كلًا من المحل التجاري والعلامة التجارية والتي تعدّ جزءًا لايتجزأ من المحل التجاري بوصفها متصلة به ومن مستلزماته التي يتحقق فيها عنصر الاتصال بالعملاء.[1] لذلك يستعرض الباحث القانون واجب التطبيق على كل من العلامة التجارية في فرع أول، والقانون واجب التطبيق على المحل التجاري في فرع ثانٍ.

الفرع الاول: القانون واجب التطبيق على العلامة التجارية

عرّف قانون العلامات التجارية الأردني رقم (34) لسنة 1999 العلامة التجارية بأنها (أي اشارة ظاهرة يستعملها أو يريد استعمالها أي شخص لتمييز بضائعه أو منتجاته أو خدماته عن بضائع أو منتجات أو خدمات غيره).[2]

وأشارت إليها اتفاقية التريبس بأنها كل علامة تكون قادرة على تمييز السلع والخدمات التى تنتجها منشأة ما عن تلك التى تنتجها منشأة أخرى، وتدخل فى عداد العلامة التجارية الكلمات التى

---

1 محمد، السيد خلف: **إيجار وبيع المحل التجاري**. ط2. المنصورة: دار الفكر والقانون.1996. ص24.

2 نص المادة (2) من قانون العلامات التجارية الأردني رقم (34) لسنة (1999) ويقابها نص المادة (2) من قانون العلامات التجارية الأردني رقم (33) لسنة (1952) المعمول به في الضفة الغربية والذي عرف العلامة التجارية بأنها (أي علامة استعملت أو كان في النية استعمالها على أية بضائع أو فيما له تعلق بها للدلالة على أن تلك البضائع تخص صاحب العلامة بحكم صنعها أو انتخابها أو الشهادة أو الاتجار بها أو عرضها للبيع). إذ يتضح ان هذا القانون لم يتطرق لعلامة الخدمة وهي عبارة عن شارات معينة تستخدم لتمييز خدمات معينة كالشارات التي تضعها محطات خدمة السيارات كتقديم خدمة تشحيم السيارات. الخشروم، عبد الله حسين: **مرجع سابق**. ص136. وهذا يعتبر قصورا في قانون العلامات التجارية رقم (33) علما ان اتفاقية باريس لم تقتصر على علامة السلعة، بل أدخلت أيضا علامة الخدمة وهذا واضح في نص المادة (2/16) من اتفاقية باريس.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تشتمل على أسماء شخصية والحروف والأرقام والأشكال ومجموعات الألوان أو أى مزيج منها، وهى تصلح جميعها للتسجيل كعلامة تجارية.[1]

فالعلامة التجارية تعتبر وسيلة لتلافي المنافسة غير المشروعة فهي ليست ابتكارا ذهنيا، وإنما هي وسيلة المشروع الاقتصادي في تمييز منتجاته عن غيرها من منتجات المشروعات الأخرى المماثلة.[2] بدلالتها على مصدر المنتجات أو السلع وعلى جودتها وصفاتها،[3] كما تؤدي الى حماية الاقتصاد الوطني من خلال ضمان جودة البضاعة وتحديد مصدر المنتج الحقيقي.[4] وتحدد مركز المشروع أو المنتج بالنسبة للمشروعات المنافسة.[5]وبالنتيجة فإنها تثير مشكلة تنازع القوانين لكونها تصلح لأن تكون محلًا لحق الملكية ويكون لمالكها احتكار استعمالها رمزا للمنتجات أو الخدمات التي يؤديها المشروع، فله رهنها وبيعها أسوة بغيرها من الأموال وحمايتها قانونًا ومنع غيره من استعمالها. [6] لذلك يستعرض الباحث لموقف كل من الفقه والتشريعات المقارنة من القانون واجب التطبيق على العلامة التجارية ونطاقه في ثلاثة مسائل.

المسألة الاولى: موقف الفقه من القانون واجب التطبيق على العلامة التجارية

بداية يجب الاشارة الى ان العلامة التجارية تتشابه مع كل من العلامة الصناعية وعلامة الخدمة وتعامل معاملتها من حيث القانون واجب التطبيق.[7] لذلك سيكتفي الباحث في هذه الدراسة بالإشارة الى القانون واجب التطبيق على العلامة التجارية، إذ يبدو ان هنالك اختلافًا في الفقه حول القانون واجب التطبيق على العلامة التجارية، فمنهم من رأى بتطبيق قانون الدولة التي تستعمل فيها

---

1 المادة (1/15) من اتفاقية التريبس.

2 الاصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص641.

3 سلامه، احمد عبد الكريم: القانون الدولي الخاص. **مرجع سابق**. ص942.

4 خاطر، نوري حمد: **شرح قواعد الملكية الفكرية الملكية الصناعية (دراسة مقارنة في القوانين الاردني والاماراتي والفرنسي)**. عمان: دار وائل للنشر. الطبعة الاولى.2005. ص270.

5 سلامه، احمد عبد الكريم: **القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. **ص942**.

6 الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**. ص449.

7 من الأمثلة على العلامات التجارية المراعي للألبان وعلى العلامات الصناعية مرسيدس للسيارات، وقد أضافت اتفاقية الجوانب الدولية لحماية الملكية الفكرية (تربس) علامات الخدمات، إلا أن التمييز بين العلامات التجارية والصناعية لا يترتب عليه أية نتائج قانونية من حيث الحماية حيث تخضع هذه العلامات لذات الأحكام علماً أن اتفاقية باريس قد ساوت بينها، وبالتالي فسيتم الاشارة لها على أنها علامات تجاريه.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

العلامة التجارية لأول مرة، وهنالك من يرى بخضوعها لقانون البلد الذي سجلت فيه، لذلك يتناول الباحث موقف الفقه من القانون واجب التطبيق على العلامة التجارية كما يلي:

أولا: قانون دولة الاستعمال الاول

ذهب رأي في الفقه إلى تقرير الاختصاص لقانون الدولة التي تستعمل فيها العلامة التجارية. [1] بمعنى قانون الدولة التي استعملت فيها العلامة التجارية لأول مرة.[2] أي قانون الدولة التي يوجد فيها المشروع الذي تتصل به العلامة التجارية والتي تميزه عن غيره.[3] ذلك أن الحق في العلامة التجارية يستمد من الأسبقية في استعمالها للدلالة على مشروع معين.[4]

ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى أن العلامة التجارية ليست نتاجا ذهنيا يحميه القانون بهذا الوصف بل هي وسيلة لتجنب المنافسة غير المشروعة، لذلك فالحق فيها لايثبت بمجرد ابتكارها أو إيداعها بل للأولوية في استعمالها، وبما أنها عادة ماتستخدم لأول مرة في الدولة الكائن بها منشأة الاستغلال عُدَّ موقع العلامة في هذه الدولة وخضعت لقانونها.[5]

ويرى البعض خضوع الحق المالي في العلامة التجارية للقانون واجب التطبيق على المحل التجاري بصفة عامة، إذ أن العلامة التجارية تعدّ من العناصر الهامة في المحل التجاري، إذ أن اتخاذ العلامة التجارية واجب مفروض بموجب القانون لتمييز المحل التجاري عن غيره لتنظيم المنافسة بين التجار، وبذلك فإنه من غير المتصور التصرف به استقلالاً عن المحل الذي يميزه.[6] وهذا الرأي يحقق استقرارا في تطبيق القانون على نفس المشروع، فبدلا من خضوع العلامة التجارية

---

1 سلامه، احمد عبد الكريم: **القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص943.

2 منصور، سامي بديع: **مرجع سابق**. ص443.

3 منصور، سامي بديع و عبد العال، عكاشة: **مرجع سابق**. ص313. انظر ايضا صادق، هشام علي: **تنازع القوانين** . مرجع سابق. ص817.

4 الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**.ص450. علماً أن اتفاقية التريبس أجازت للدول الأعضاء أن تشترط تشريعاتها لتسجيل العلامة سبق استعمالها، حيث أن تشريعات بعض الدول تشترط استعمال العلامة قبل تسجيلها، انظر نص المادة (3/15) و (2/15) من اتفاقية التريبس.

5 عبد الله، عز الدين: **مرجع سابق**. ص405.

6 الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**.ص450.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لقانون، والمشروع لقانون آخر مما يؤدي الى التضارب وعدم الاستقرار.[1] كما أن الأخذ بقانون دولة الاستعمال الأول للعلامة يضمن وحدة القانون واجب التطبيق حينما توجد مشروعات منافسة في أكثر من دولة تَستعمل نفسَ العلامة التجارية.[2]

وهذا الاتجاه متبع لدى النظم القانونية التي تعترف بالأثر الكاشف أو المقرر لتسجيل العلامات التجارية، وبأن ملكية العلامة تثبت بالاستعمال ومن بينها القانون البلجيكي والسويسري والهولندي وقانون العلامات التجارية الفيدرالي في الولايات المتحدة الامريكية الصادر سنة 1946.[3] وأخذ به القانون الكويتي رقم (5) لسنة 1961.[4]

ثانيا: قانون الدولة التي سجلت فيها العلامة التجارية

يذهب الفقه الراجح إلى اخضاع العلامة التجارية لقانون الدولة التي سجلت فيها.[5] وقد أخذت اتفاقية التريبس بهذا المعيار.[6] ويبرر ذلك بما يأتي:

1- العلامة التجارية هي وسيلة فنية لتمييز المنتجات، والاعتراف بتلك الوسيلة يقتضي تدخل سلطة عامة يكون باستطاعتها التحقق من عدم تطابقها أو تشابهها مع العلامات الأخرى، وبالنتيجة فإن التسجيل هو الوسيلة التي تحقق ذلك[7].

---

1 الكسواني، عامر محمد: **مرجع سابق**. ص280.

2 الاصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص642.

3 كما هو وارد لدى صرخوه، يعقوب يوسف: **النظام القانوني للعلامات التجارية**. الكويت: مطبعة ذات السلاسل. مطبوعات جامعة الكويت. 1992. ص133. وأيضاً الاصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع السابق. ص643.

4 انظر نص المادة (58) والتي تنص على (يسري على ... العلامات التجارية... قانون موقعها ... وموقع العلامة التجارية التجارية بلد منشاة الاستغلال).

5 دواس أمين: مرجع سابق. ص133. سلامه، احمد عبد الكريم: **مرجع سابق**. ص943. انظر ايضا الكسواني، عامر محمد: **مرجع سابق**.ص278. الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**. ص450.

6 حيث أشارة المادة (1/16) من اتفاقية التربس يتمتع صاحب العلامة التجارية المسجلة بالحق المطلق فى منع الغير من استعمال علامته التجارية أو أى علامة مشابهة لها بصدد السلع أو الخدمات التى تميزها العلامة، أو السلع المماثلة التى يؤدى استعمال العلامة بصددها إلى احتمال حدوث لبس. انظر نص المادة (1/16) من اتفاقية التريبس والتي تنص على انه (The owner of a registered trademark shall have the exclusive right to prevent all third parties not having the owner's consent from using in the course of trade identical or similar signs ...)

7 سلامه، احمد عبد الكريم: **القانون الدولي الخاص. مرجع سابق**. ص943.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

2- إن تسجيل العلامة التجارية هو سبب ملكية العلامة ومنشأ حق صاحب العلامة وملكيته لها.[1]

3- إن وظيفة العلامة التجارية هي الحد من المنافسة غير المشروعة بين المشروعات،[2] وبذلك فإن تسجيلها والقوانين المنظمة لها هي من قوانين المتعلقة بأمن التجارة وتعتبر ذات تطبيق ضروري ومباشر، فهي تحدد بذاتها مجال سريانها مما يعضد قانون دولة التسجيل.[3] مع العلم أن اتفاقية باريس لم توجب تسجيل العلامة التجارية المشهورة لتتمتع بالحماية.[4]

المسألة الثانية: موقف التشريعات المقارنة من القانون واجب التطبيق على العلامة التجارية

لم ينص القانون المدني الأردني على قاعدة اسناد خاصة بتحديد القانون واجب التطبيق على العلامة التجارية، إلا أنه أورد نصا يشير إلى اتباع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص، وقد سار مشروع القانون المدني الفلسطيني على نفس النهج.[5] كما أشار القانون المدني الأردني من خلال نص المادة (71) إلا أنه يتبع بشأن العلامات التجارية وسائر الحقوق المعنوية الأخرى أحكام القوانين الخاصة.[6] إذ يبدو أن قانون العلامات التجارية الأردني قد أخذ بمعيار تسجيل العلامة التجارية لتقرير الحماية لها وهو المتبع بالنسبة للإسم التجاري.[7] وهو

---

1 الاصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص644.

2 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. **مرجع سابق**. ص816.

3 سلامه، احمد عبد الكريم: **القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص943. انظر ايضا صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. **مرجع سابق**. ص818.

4 المادة (6) من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية.

5 انظر نص المادة (25) والتي تنص على "تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من من احوال تنازع القوانين". فإمكانية القاضي بتحديد القانون الواجب التطبيق على العلامة التجارية متوفرة وذلك بالرجوع الى مبادئ القانون الدولي الخاص والاستئناس بالمصادر غير الرسمية كالاجتهادات الفقهية والقضائية للتوصل لبيان القانون الواجب التطبيق. ويقابلها نص المادة (35) من مسودة مشروع القانون المدني الفلسطيني.

6 ومن القوانين التي نظمت الحقوق المتعلقة بالعلامة التجارية قانون العلامات التجارية رقم (34) لسنة 1999، وقانون المنافسة غير المشروعة والاسرار التجارية رقم (15) لسنة 2000.

7 انظر نص المادة (34) من قانون العلامات التجارية الاردني رقم 34 لسنة 1999 والتي تنص على انه (لا يحق لأحد أن أن يقيم دعوى بطلب تعويضات عن أي تعد على علامة تجارية غير مسجلة في المملكة الأردنية الهاشمية ...). يذكر أن محكمة التمييز الاردنية قد تبنت معيار التسجيل فيما يتعلق بالإسم التجاري في قرارها رقم (2008/2734) والذي ينص على "ان استخدام المدعى عليها للاسم التجاري البصريات الكبرى مقروناً باللفظ الإنجليزي (Grand Optics) يعتبر استعمالاً غير مشروعٍ وتعدياً ومنافسة غير مشروعة لثبوت حق المدعيتين باستخدام اللفظ الإنجليزي لأسبقية التسجيل والاستعمال وأن استخدام المدعى عليها اللفظ الإنجليزي يعتبر مطابقاً إلى اللفظ الذي استخدمته المدعيتين منذ عام 2000 ويثير اللبس لدى جمهور المستهلكين ويؤدي إلى تضليلهم ويشكل تعدياً على الاسم التجاري العائد للمدعيتين ؛ وذلك على اساس ان المدعية الأولى شركة تضامن مسجلة منذ تاريخ 2002/5/27 ومالكة للاسم التجاري البصريات الكبرى في الأردن والمدعية الثانية=

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يتعارض مع قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية الأردني رقم (15) لسنة 2000 والذي يقرر حماية العلامة التجارية المستعملة في الأردن سواء كانت مسجلة أم غير مسجلة.[1] وتعدّ العلامة التجارية وفقا لقانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية الأردني من الوسائل التي تستخدم لمنع حدوث المنافسة غير المشروعة، وبالنتيجة يتم اخضاعها لنفس القانون الذي يحكم المشروع التجاري أو الصناعي المستخدم لها لتمييز منتجاته أو بضائعه أو خدماته.[2] والقانون المدني الأردني يخضع النظام القانوني للشخص الاعتباري لمركز الادارة الرئيسي الفعلي، وفي حال كون النشاط الرئيسي في الأردن فهنا يطبق القانون الأردني.[3]

أما مجلة القانون الدولي الخاص التونسية فلم تعالج القانون واجب التطبيق على العلامة التجارية بنص خاص إلا انها اخضعت المال المسجل لقانون بلد التسجيل.[4] وبذلك فإنه يمكن إخضاع العلامة التجارية لقانون مكان التسجيل، وهذا مشابها لموقف القانون الدولي الخاص الروماني لعام 1994 والقانون المدني لدولة بيرو لعام 1984.[5]

=شركة تضامن ومسجلة في 1997/6/29 ومالكة للاسم التجاري مركز البصريات الكبرى في الأردن والمدعى عليها مسجلة شركة ذات مسؤولية محدودة في نهاية عام 2003 باعتبارها شركة أجنبية وتم تسجيلها (جراند أوبتكس الأردن) . وأن المدعى عليها قامت بفتح محلاتها التجارية بجانب محلات المدعيتين في السوق التجاري مكة مول وأظهرت نفسها لجمهور المستهلكين وعلى يافطاتها وعلى مغلفاتها الدعائية والتسويقية والتجارية باسم البصريات الكبرى (Grand Optics). وحيث أن المدعيتين استخدمتا واشتهرتا بالاسم التجاري البصريات الكبرى مقروناً باللفظ الإنجليزي (Grand Optics) منذ عام 2000 مما يعطى لهما الحق والحماية والملكية للاسم التجاري (Grand Optics) وأن استخدام هذا الاسم مشروعاً وجائزاً وذلك للأسبقية في التسجيل والانتشار والتداول الوطني لثبوت الحصر للمدعيتين باستخدام اللفظ الإنجليزي لأسبقية التسجيل والاستعمال ".

1 حيث نصت المادة (2/ب) من قانون المنافسة غير المشروعة والاسرار التجارية رقم 15 لسنة 2000 على انه (اذا كانت المنافسة غير المشروعة متعلقة بعلامة تجارية مستعملة في المملكة سواء اكانت مسجلة ام غير مسجلة وتؤدي الى تضليل الجمهور...). وهنا يجب الاشارة الى ان قانون العلامات التجارية هو قانون خاص ينظم احكام العلامة التجارية في حين ان قانون المنافسة غير المشروعة والاسرار التجارية يعالج احكام المنافسة غير المشروعة بشكل عام وبالتالي فإن قانون العلامات التجارية هو الاولى بالتطبيق وبالتالي يمكن الاعتداد بمكان التسجيل. انظر الخشروم، عبد الله حسين: **مرجع سابق**. ص175.

2 الكسواني، عامر محمد: **مرجع سابق**. ص280. انظر قانون المنافسة غير المشروعة والاسرار التجارية الاردني رقم 15 لسنة 2000 نص المادة (2/أ).

3 انظر نص المادة (12) من القانون المدني الاردني.

4 انظر نص الفصل (59) والذي ينص على انه (يخضع المنقول المسجل أو المرسم لقانون الدولة التي سجل فيها ...)

5 انظر نص المادة (2093) من القانون المدني لدولة بيرو لعام 1984 والتي تنص على انه (يسري على وجود وآثار الحقوق العينية المتعلقة بالاعمال الصناعية ... قانون المكان الذي سجلت فيه هذه الحقوق). ويقابلها نص المادة (61) من القانون الدولي الخاص الروماني، وأخذ بذلك القانون الالماني لسنة 1968، والياباني رقم(127) لسنة 1960، والسوفيتي للعلامات التجارية لسنة 1979، والعديد من القوانين الاخرى. كما هو وارد لدى الاصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص644 و ص645.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويشير الباحث إلى أن موقف المشرّع الكويتي الذي أخضع العلامة التجارية لقانون بلد منشأة الاستغلال كان موفقا اكثر من التشريعات المقارنة.[1] ويراه الباحث أمر منطقي، لكونه يحقق استقرارا في تطبيق القانون على المشروع والعلامة معا بدلا من خضوع كل منهما لقانون مختلف مما يؤدي إلى التضارب وعدم الاستقرار.[2] كما أن الأخذ بقانون بلد منشاة الاستغلال يضمن وحدة القانون واجب التطبيق حينما توجد مشروعات منافسة في أكثر من دولة تستعمل نفس العلامة التجارية.[3]

ويرى الباحث قيام الجهات المختصة بالبدء بإجراءات الانضمام للاتفاقيات الدولية الناظمة للعلامات التجاية ومن بينها اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية، واتفاقية التربس، علاوة على توقيع معاهدات ثنائية مع الدول الأخرى بهدف حماية رعايا الدولة الفلسطينية المتعاملين مع الأجانب في الداخل والخارج.[4]

المسألة الثالثة: نطاق القانون واجب التطبيق على العلامة التجارية

يدخل في نطاق القانون واجب التطبيق على العلامة التجارية كل ما يتعلق بشروط اكتساب الحق في العلامة،[5] ومشروعيتها ومدى وجوب تسجيلها ومن له الحق في ذلك.[6] وشروط حماية الحق على العلامة وماهية ومضمون الحق المطلوب حمايته.[7] زيادة على الاثار المترتبة على التسجيل،[8] ومدة الحماية التي يقررها هذا القانون.[9] وكيفية التصرف بالعلامة التجارية بالبيع

---

1 فقد نصت المادة (58) على انه (يسري على ... العلامات التجارية ... قانون موقعها، ... ويعدّ موقع العلامة التجارية بلد منشأة الاستغلال ...).

2 الكسواني، عامر محمد: **مرجع سابق**. ص280.

3 الاصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص642.

4 يذكر أن اتفاقية باريس تعتبر ذاتية التنفيذ بمعنى انها بمجرد المصادقة عليها تصبح جزءا من القانون الوطني للدولة دون حاجة لصدور قانون يتضمن القواعد الواردة في الاتفاقية. انظر عبد الرحمن، عبد الرحيم عنتر: **براءة الاختراع ومعايير حمايتها**. الاسكندرية: دار الفكر الجامعي. ط1. 2009. ص57.

5 منصور، سامي بديع الدين: **مرجع سابق**. ص 443.

6 الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**. ص450.

7 سلامه، احمد عبد الكريم: القانون الدولي الخاص. **مرجع سابق**. ص945.

8 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. **مرجع سابق**. ص817.

9 منصور، سامي بديع و عبد العال، عكاشه: **مرجع سابق**. ص313.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أو الرهن،[1] أو التنازل أو الترخيص،[2] أو انقضاء الحق عليها بالترك الصريح بقصد التخلي عن ملكيتها أو بالترك الضمني كعدم الاعتراض بسبب انتشار تقليد العلامة، وانقضاء الشركة وتصفيتها، أو شطب العلامة لعدم استعمالها.[3] كما يتحدد بموجب هذا القانون صاحب الحق في استغلال العلامة التجارية.[4]والتنازل عن العلامة التجارية بصفة مستقلة دون أن يرتبط التنازل عنها بالتنازل عن المنشأة التى تستخدم العلامة فى تمييز منتجاتها.[5]

ويخرج من نطاق القانون واجب التطبيق على العلامة التجارية عقود الترخيص والتنازل والرهن للعلامة التجارية حيث تخضع للقواعد العامة.[6]وفي حال عدم وجود الارادة الصريحة أو الضمنية، فيرى بعض الفقه اخضاع موضوع العقد لقانون الدولة التي تحكم الحق المتنازل عنه، إذ إن ذلك يحقق ميزة توحيد القانون المطبق على العقد، وعلى المال الذي يكون محله فتزول مشاكل الحدود بين مجال العقد ومجال الحق المتنازل عنه، ويرى بعض آخر من الفقه خضوع العقد لقانون موطن المتنازل أو صاحب الامتياز سواء أكانت الحقوق المتنازل عنها تتصل بعلامة مسجلة في دولة واحدة أم في دول متعددة.[7]

كما يخرج أيضا دعوى التعويض عن الفعل الضار التي ترفع في مواجهة من قام بتقليد العلامة التجارية أو باع أو عرض للتداول علامة مزورة أو مقلدة حيث تخضع للقواعد العامة بخصوص المسؤولية التقصيرية ويطبق قانون مكان الفعل المنشئ للالتزام.[8]ويخرج أيضا الاجراءات الاجراءات التحفظية وتدابير المصادرة والإتلاف بخصوص السلع والمنتجات التي تحمل العلامة

1 الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**. ص450.

2 المادة (21) من اتفاقية التريبس.

3 سلامه، احمد عبد الكريم: **القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص946.

4 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. مرجع سابق. ص818.

5 المادة (21) من اتفاقية التريبس.

6 حيث يخضع الشكل لمكان الابرام، والموضوع لقانون الارادة، والاهلية للقانون الشخصي.

7 الاصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص649.

8 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. **مرجع سابق**. ص818.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التجارية المقلدة والجزاءات الجنائية الأخرى حيث يسري عليها قانون القاضي الذي يفصل في النزاع.[1]

الفرع الثاني: القانون واجب التطبيق على المحل التجاري

يعدّ المحل التجاري من الاموال المنقولة المعنوية والذي يتضمن مجموعة من العناصر المادية والمعنوية المخصصة لإستغلال مشروع تجاري أو صناعي.[2] إذ إنه وعلى الرغم من أن بعض عناصره مادية كالبضائع والأثاث، إلا أن العناصر الأهم في تكوينه هي عناصر معنوية تتمثل بالزبائن، والعلامة التجارية، والاسم التجاري، والسمعة التجارية، والملكية الصناعية. [3]

والمحل التجاري هو مال منقول يشتمل على عناصر معنوية ومادية مخصصة لاستغلال مشروع تجاري أو صناعي وتكوين العملاء، وهو لايعني المكان الذي يباشر فيه ذلك الاستغلال.[4] لذلك يستعرض الباحث موقف كلٍّ من الفقه والتشريعات المقارنة من القانون واجب التطبيق على المحل التجاري ونطاقه في ثلاث مسائل.

المسألة الاولى: موقف الفقه من القانون واجب التطبيق على المحل التجاري

تعدّ المحلات التجارية وجها من أوجه الملكية التجارية، وقد يتبادر إلى الذهن هنا أن القانون واجب التطبيق هو قانون موقع العقار لكونه يشكل قانون موقع المحل التجاري.[5] فقد ذهب غالبية الفقهاء الى أن العقار الذي يمارس فيه التاجر نشاطه التجاري لايعد من عناصر المتجر ولو كان مملوكا له ولا تنتقل ملكيته إلى المشتري في حالة بيع المحل التجاري.[6] إذ إن المسالة هي هي ليست مسألة مكان فقط كما – أشار الباحث سابقا– فهي مجموعة من الأمور تتمثل بالعناصر المعنوية إلى جانب العناصر المادية.

---

1 الاصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص650.

2 القيلوبي، سميحة: **المحل التجاري**. القاهرة: دار النهضة العربية. 1989. ص3.

3 محمد، السيد خلف: **مرجع سابق**. ص12. الاسدي، عبد الرسول عبد الرضا: **مرجع سابق**. ص106. الاصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص650.

4 سلامه، احمد عبد الكريم: **القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص944.

5 وانظر سلامه، احمد عبد الكريم: **القانون الدولي الخاص. مرجع سابق**. ص944.

6 محمد، السيد خلف: **مرجع سابق**. ص28.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لذلك فإن القانون واجب التطبيق على المحل التجاري وفقا للرأي الراجح فقها هو قانون الدولة التي يوجد فيها معظم العناصر الاساسية المكونة للمحل التجاري والمتمثلة بموقع المحل ومكان الاستغلال والاتصال بالعملاء والزبائن.[1] إذ يتمركز في المكان الذي تستقر فيه مجموعة الزبائن حيث يشكل قانون هذا المكان قانون موقع المحل التجاري، واذا كان للمحل التجاري عدة فروع في بلدان مختلفة فإن كل فرع من هذه الفروع يخضع لقانون البلد الذي يوجد فيه.[2] وفي حالة توزع عناصر المحل التجاري في أكثر من دولة فتكون العبرة في الاختصاص لقانون المركز الرئيسي للمحل التجاري.[3]

ومن أهم مبررات خضوع المحل التجاري لقانون مكان الاستغلال هو أن العملاء من أهم عناصر المحل التجاري، وبالنتيجة فإن التركيز المكاني للعملاء يكون في المكان الذي يستطيعون الوصول فيه إلى التاجر ومحله.[4] وإن مجموع عناصر المحل تتمركز في موقع الاستغلال، اي بلد التركيز باعتباره بلد الاستغلال التجاري للمشروع.[5] زيادة على أن المشرع في دولة المحل يقوم بوضع قواعد قانونية لتنظيم الاستغلال التجاري، إذ من غير المتصور هجر تلك القواعد وتطبيق قواعد أجنبية.[6] زيادة على أن تطبيق قانون الموقع يضمن سلامة المعاملات وحماية حقوق ومصالح الآخرين لسهولة الاستعلام عن ذلك الموقع.[7]

المسألة الثانية: موقف التشريعات المقارنة من القانون واجب التطبيق على المحل التجاري

اخضعت المادة (2/12) من القانون المدني الأردني النظام القانوني للأشخاص الحكمية الاجنبية لقانون مركز الادارة الرئيسي، واذا باشرت هذه الاشخاص نشاطها في الأردن فإن القانون

---

1 سلامه، احمد عبد الكريم: **القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص944.

2 الاصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص651.

3 الاسدي، عبد الرسول عبد الرضا: **مرجع سابق**. ص106. ص107

4 سلامه، احمد عبد الكريم: **القانون الدولي الخاص. مرجع سابق**. ص944.

5 فلاس، خالد: القانون واجب التطبيق على الاموال المعنوية في مجال القانون الدولي الخاص. موقع العلوم القانونية. بحث منشور على الرابط http://www.marocdroit.com/. تاريخ الزيارة 2014/9/15 الساعة الواحدة مساء.

6 سلامه، احمد عبد الكريم: **القانون الدولي الخاص. مرجع سابق**. ص944.

7 الاصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص651.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الأردني هو الواجب التطبيق، وجاء مشروع القانون المدني الفلسطيني بنفس النهج، حيث نصت المادة (16) من ذات المشروع على انه (1-يسري على النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية قانون الدولة التي اتخذت فيها مركز إدارتها الرئيسي الفعلي. 2-يسري القانون الفلسطيني على الأشخاص الاعتبارية الأجنبية إذا باشرت نشاطها الرئيسي في فلسطين). وهذا يتفق مع قانون الشركات رقم (12) لسنة 1964 والذي أوجب تسجيل الشركة في سجل الشركات.[1]

أما بالنسبة لمجلة القانون الدولي الخاص التونسية فقد أخضع الفصل (43) الحقوق المتعلقة بشخصية الشخص المعنوي لقانون الدولة التي أنشئ فيها الشخص المعنوي وأخضعه لقانون الدولة التي يتعاطى فيها نشاطه فيما يخص نشاطه.[2] كما جاءت مجلة "القانون الدولي الخاص" التونسية بحكم خاص يتعلق بأهلية الشخص المعنوي واخضعتها لقانون الدولة التي يتعاطى فيها نشاطه.[3] وهو امر لم يذكر في القانون المدني الاردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني والذي اخضع الاهلية لقانون مركز الادارة الرئيسي الفعلي مع العلم أن هذا القانون لم يحدد فيما اذا كان الشخص طبيعيا او معنويا إذ نصت المادة (1/12) من المدني الاردني على أنه (يسري على الحالة المدنية للاشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون اليها بجنسيتهم ...). ويشير النص الى بعض الغموض بخصوص جنسية الشخص المعنوي أهو قانون الدولة التي يتعاطى فيها نشاطة أم قانون الدولة التي أنشئ فيها.[4]

---

[1] انظر نص المادة (38) من قانون الشركات رقم (12) لسنة 1964 والتي تنص على انه(لا يجوز لأية شركة عادية مؤلفة خارج المملكة وليست مسجلة فيها حتى الآن أن تتعاطى أعمالها في المملكة ما لم تكن مسجلة بسجل الشركات ...).

2 انظر نص الفصل (43) والذي ينص على (... أما إذا تعّلق الأمر بالذوات المعنوية فيخضع وجود الحقوق المتعّلقة بشخصيتها لقانون الدولة التي أنشئت فيها وفيما يخصّ نشاطها إلى قانون الدولة التي تتعاطى فيها ذلك النشاط).

3 نص الفصل (40) على انه (تخضع أهلية التصرّف للقانون الشخصي ... أما بالنسبة للذوات المعنوية فهي تخضع إلى قانون الدولة التي تتعاطى فيها ذلك النشاط).

4 فقد ورد في نص الفصل (43) منها على انه (يخضع وجود الحقوق المتعلّقة بالشخصية للقانون الشخصي بالنسبة للذوات الطبيعية. أما إذا تعّلق الأمر بالذوات المعنوية فيخضع وجود الحقوق المتعّلقة بشخصيتها لقانون الدولة التي أنشئت فيها أو فيما يخصّ نشاطها إلى قانون الدولة التي تتعاطى فيها ذلك النشاط). ويبدو من خلال النص السالف الذكر ان مجلة القانون الدولي الخاص التونسي قد فرقت مابين الحقوق المتعلقة بالاشخاص الطبيعية والحقوق المتعلقة بالاشخاص المعنوية واخضعة كل منها لضابط اسناد مختلف فهو بالنسبة للذوات الطبيعية القانون الشخصي اي قانون الجنسية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويرى الباحث ان مجلة القانون الدولي الخاص التونسية كانت موفقة اكثر من القانون المدني الاردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني فيما يتعلق بمعالجتها للقانون واجب التطبيق على الشخص المعنوي لذلك يقترح الباحث على المشرع الفلسطيني في التشريع الفلسطيني المرتقب تبني نصوص مشابهة لمجلة القانون الدولي الخاص التونسية فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على الاشخاص المعنوية واهليتها ونشاطها.

المسألة الثالثة: نطاق القانون واجب التطبيق على المحل التجاري

يحدد القانون الذي يخضع له المحل التجاري ماهيته وطبيعته كموضوع لحق الملكية المعنوية، وتنظيم الحق في ايجار المحل التجاري.[1] ويحدد أسباب وطرق كسب ملكية المحل التجاري، إذ يبين كيفية إنشاء المحل بواسطة التاجر ابتداءً، واكتسابه بالعقد والميراث والوصية والشفعة والهبة، ومدى قبول التقادم المكسب كسبب لملكية المحل التجاري، حيث يذهب الرأي الراجح في الفقه الى أن التقادم المكسب ليس من أسباب ملكية المحل التجاري لكون المحل التجاري هو عبارة عن شيء معنوي والأشياء المعنوية لاتقبل الحيازة.[2]

ويشمل نطاق القانون واجب التطبيق جميع حقوق وواجبات التاجر فالقواعد التي تحكم هذه الأوضاع قواعد موضوعية ذات تطبيق ضروري ومباشر، أي أن كل دولة تختص بحكم الاوضاع المتعلقة بالحقوق التجارية من حيث انتقالها واكتسابها وانتهائها وآليات توثيقها ومسك الدفاتر التجارية المتعلقة بها تحقيقا لاستقرار التعامل في الاسواق والأمن القانوني والثقة بين المتعاملين، وهذا ما يفسر غياب قواعد اسناد متخصصة تتعلق بالحقوق التجارية.[3]

وبخصوص الحقوق العينية الأصلية التي ترد على المحل التجاري يسري القانون المختص على تحديد أسباب كسب الملكية من حيث شرائه أو هبته، أو ميراثه والتقادم المكسب للملكية

---

1 سلامه، احمد عبد الكريم: **القانون الدولي الخاص. مرجع سابق.** ص946.

2 الاصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص.** مرجع سابق. ص652.

3 الاسدي، عبد الرسول عبد الرضا: **مرجع سابق.** ص107

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويسري ذلك القانون على اسباب انقضاء الملكية كهلاك عناصره أو فقد العملاء أو وقف نشاطه نهائيا بما في ذلك الافلاس.[1]

أما الحقوق العينية التبعية أو التأمينات المنقولة فإن قانون موقع المحل التجاري يختص بتحديد شروط رهن المحل التجاري ومدى جواز رهن العلامة التجارية أو براءة الاختراع مستقلة عن المحل التجاري والآثار التي يرتبها الرهن كحق التقدم أو التتبع، كما يختص ذلك القانون ببيان احكام امتياز بائع المحل التجاري من حيث شروطه واشكال الشهر اللازمة.[2]

ويخرج من نطاق القانون واجب التطبيق المسائل المتعلقة بتكوين وآثار العقود التي ترد على المحل التجاري لاتخضع لقانون موقعه بل تخضع لقانون الارادة وفقا للقواعد العامة في هذا الشأن.[3] وكذلك الأمر شكل العقود ويخضع للقانون الذي يحكم الشكل بوجه عام.[4] كما يخرج ايضا إجراءات التنفيذ الجبري على المحل التجاري التي يطلب اتخاذها البائع صاحب حق الامتياز أو الدائن المرتهن وذلك بسبب عدم الوفاء بباقي الثمن أو بالدين في تاريخ الاستحقاق حيث يسري عليها قانون القاضي.[5]

وتجب الإشارة إلى أنه إذا كان التعامل خارج المحل التجاري فتخضع العناصر المادية لقانون مكان وجودها حكمها في ذلك حكم الأموال المادية.[6]

المطلب الثاني: القانون واجب التطبيق على الملكية الصناعية

---

1 سلامه، احمد عبد الكريم: **القانون الدولي الخاص. مرجع سابق.** ص946.

2 الاصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص.** مرجع سابق. ص652.
سلامه، احمد عبد الكريم: **القانون الدولي الخاص. مرجع سابق.** ص946.

3 سلامه، احمد عبد الكريم: **علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع.** المنصورة: مطبعة النسر الذهبي مكتبة الجلاء. ط1. 1996. ص1054. وقد قررت ذلك محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر سنة 1966 الذي جاء فيه إنه إذا كان المحل التجاري موضوع عقد البيع يقع في دولة ساحل العاج فإن هذا لايبرر تطبيق قانون تلك الدولة على انعقاد البيع وشروطه، ولما كان البائع والمشتري يتوطنان في فرنسا وكان كلاهما فرنسي الجنسية وكان العقد قد ابرم في فرنسا فإن القانون الفرنسي يكون هو واجب التطبيق، وانتهت المحكمة الى القضاء ببطلان عقد البيع لمخالفته لأحكام هذا الاخير. راجع الاصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص. مرجع سابق.** ص653.

4 سلامه، احمد عبد الكريم: **علم قاعدة التنازع. مرجع سابق.** ص1054.

5 الاصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص.** مرجع سابق. ص654.

6 الاسدي، عبد الرسول عبد الرضا: **مرجع سابق.**ص106 و ص107.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

في هذا المطلب سيتناول الباحث القانون واجب التطبيق على الملكية الصناعية مشيرا للقانون واجب التطبيق على براءة الاختراع في فرع أول، وللقاون واجب التطبيق على الرسوم والنماذج الصناعية في فرع ثانٍ.

الفرع الاول: القانون واجب التطبيق على براءة الاختراع

عرف قانون امتيازات الاختراعات رقم (22) لسنة (1953) وهو القانون المعمول به في الضفة الغربية الاختراع بأنه (نتاجًا جديدًا أو سلعة تجارية جديدة، أو استعمال أية وسيلة اكتشفت أو عرفت أو استعملت بطريقة جديدة لأية غاية صناعية). [1]

فبراءة الاختراع هي الوثيقة التي تصدرها الدولة للمخترع إعترافا منها بحقه فيما اخترع، أو للمكتشف فيما اكتشف نظير اختراع يتيح طريقة جديدة لإنجاز عمل ما أو تقديم حل تقني جديد لمشكلة ما.[2] فيكون لصاحبها حق إحتكار إستغلال إختراعه أو إكتشافه زراعيا أو تجاريا أو صناعيا لمدة محدودة وبقيود معينة، كما يكون له التمسك بالحماية القانونية للإختراع في مواجهة الآخرين.[3]

وتعتبر حماية الاختراع من من أهم الوسائل التي تشجيع الابتكار والاختراع من خلال مكافئة المبتكر باستئثاره في استغلال اختراعه، كما أن حماية الاختراع تعطي ضمانة للمشاريع لتطوير قابليتهم للمنافسة، كما أن الهذه الحماية تساهم ايضا في نقل التكنولوجيا وخلق فرص عمل وتنمية الاستثمارات.[4] الامر الذي يعد حافزا للأفراد والشركات من الوطنيين والأجانب للاستثمار ونقل التكنولوجيا، وبالتالي لابد من وجود قواعد اسناد تعالج القانون واجب التطبيق على براءة

---

1 انظر نص المادة (2) من قانون امتيازات الاختراعات والرسوم رقم (22) لسنة (1953) .

2 حمدالله، محمد حمدالله: **الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية**، القاهرة: دار النهضة العربية. 1997. ص11. انظر ايضا عبد الرحمن، عبد الرحيم عنتر: **مرجع سابق**. ص15- ص17.

3 حمدالله، محمد حمدالله: **مرجع سابق**. ص11.

4 الخشروم، عبد الله حسين: **مرجع سابق**. ص60 وص65.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الاختراع، لذلك سيتناول الباحث في هذا الفرع موقف كل من الفقه والتشريعات المقارنة من القانون واجب التطبيق على براءة الاختراع ونطاقه في ثلاث مسائل.

المسألة الاولى: موقف الفقه من القانون واجب التطبيق على براءة الاختراع

ان براءة الاختراع تخول المخترع الحق الاستئثاري بفكرته الابتكارية والتمتع بحق استغلالها اقتصاديا والحصول على ما تدره من ربح أو مردود مادي.[1] وبالنتيجة فهي تشكل بيئة خصبة لتنازع القوانين من حيث اختلاف أحكام معالجتها في تشريعات الدول.[2] ويستعرض الباحث موقف الفقه من القانون واجب التطبيق على براءة الاختراع الى كما يأتي:

اولا: تطبيق قانون الدولة مانحة براءة الاختراع

يرى جانب من الفقه أن القانون واجب التطبيق على حق المخترع يتحدد بقانون الدولة مانحة براءة الاختراع أو ما يسمى بقانون دولة الأصل أي قانون الدولة التي نظمت حماية براءة الاختراع أولاً.[3] ويستند هذا الرأي الى الحجج الآتية:

1- إن البراءة هي التي تنشئ حق المخترع.[4] فهي مصدر هذا الحق، وبذلك فإن قانون الدولة المانحة للبراءة هو أجدر القوانين بالتطبيق، فمنح البراءة لايتم إلا بعد المرور بعدة إجراءات منها التسجيل والايداع وهي إجراءات تتم بوساطة مرفق عام وهذا المرفق لايعمل إلا بموجب قوانين الدولة التي أنشأته.[5]

---

1 الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**.ص446.

2 فعلى سبيل المثال يعتبر من ملامح الاختلاف بين التشريعات في حمايتها لحق المخترع هو تفاوت مدد الحماية المقررة للإختراع فقد حدد قانون امتيازات الاختراعات والرسوم رقم 22 لسنة 1953 مدة الحماية ب (16) سنه وهذا واضح في نص المادة (15) من ذات القانون والتي تنص على انه (يعمل بامتياز الاختراع لمدة ست عشرة سنة من تاريخه ...). في حين حددها المشرع الاردني في قانون براءات الاختراع رقم (32) لسنة 1999 والمعدل بالقانون رقم (22) لسنة 2007 بعشرين سنة، وهذا واضح في نص المادة (17) والتي تنص على أن (مدة حماية الاختراع عشرون سنة تبدأ من تاريخ إيداع طلب تسجيله ...).

3 عبد الرحمن، جاد جابر: **مرجع سابق**.ص530.

4 الداودي، غالب علي: **مرجع سابق**. ص213.

5 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص632.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

2- إن القواعد المنظمة لبراءة الاختراع تتصل بالتنظيم الاقتصادي وامن الصناعة في الدولة بمعنى انها من القواعد ذات تطبيق المباشر وهي بهذا الوصف تكون إقليمية التطبيق إذ لا يتصور أن يهجر القاضي الوطني تطبيقها لصالح قواعد أجنبية.[1]

3- إن الاخذ بقانون الدولة مانحة البراءة يتماشى ومبدأ إقليمية واستقلال البراءات السائد في كل التشريعات والمقرر في الاتفاقيات الدولية.[2]

ثانيا: تطبيق قانون دولة منشأ الاختراع

يخضع حق المخترع وفقا لهذا الاتجاه لقانون بلد منشأ الاختراع، إذ أن الاختراع كمال معنوي يتركز فيه، وبذلك فهو بلد موقع المال، إذ أن الحق في الاختراع ينشأ بمجرد الابتكار وأن البراءة لاتنشئ حقا جديدا بل هي ذات أثر مقرر أو كاشف،[3] ويؤدي تطبيق قانون دولة المنشأ إلى احترام الحقوق المكتسبة[4] كما أن تطبيق قانون آخر غير قانون بلد المنشأ كقانون الدولة التي منحت البراءة لاحقا عن نفس الاختراع يحمل مغبة القضاء بعدم جدة الاختراع، كما أن تطبيق قانون دولة مشأ الاختراع قد يؤدي الى التعارض ومبدأ استقلال البراءات وأقليميّتها الذي أقرته الاتفاقيات الدولية.[5]

ثالثا: تطبيق قانون الدولة التي يطلب فيها الحماية

و يجب التفرقة هنا بين امرين هما حالة صدور براءة الاختراع في دولة واحدة، وحالة صدورها في أكثر من دولة.

---

1 المرجع سابق. ص632.

2 سلامه، احمد عبد الكريم: **علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع**. مرجع سابق. ص1032.

3 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص630.

4 عبد الرحمن، جاد جابر: **مرجع سابق**. ص530.

5 لأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص631.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أ- صدور براءة الاختراع في دولة واحدة، وفي هذه الحالة يطبق قانون الدولة مانحة البراءة على الحقوق العينية المتعلقة ببراءة الاختراع.[1] ذلك أن حق المخترع لا ينشأ إلا بالحصول على البراءة ،وبذلك فإن قانون الدولة التي منحت البراءة هو أجدر القوانين بالتطبيق على هذا الحق بصرف النظر عن جنسية طالب البراءة.[2]

ب- صدور براءة الاختراع في دولة الاصل وحصول المخترع على براءة الاختراع في دولة أو دول اخرى طلبت فيها الحماية وهنا يوجد رأيان الأول يقضي بتطبيق قانون دولة الاصل وذلك استناداً إلى احترام الحقوق المكتسبة للمخترع طالما استوفت شروط تكوينها في البلد المانح للبراءة وهو يشابه النظام المطبق على المنقولات المادية فهي تخضع لقانون الدولة التي يوجد فيها المنقول وقت تحقق سبب الملكية، إذ إن تطبيق قانون آخر خلافا لقانون الدولة التي منحت براءة الاختراع لأول مرة (بلد المنشأ) كقانون الدولة التي منحت البراءة لاحقا عن نفس الاختراع يؤدي إلى عدم جدية الاختراع ومن ثم التأثير على حقوق المخترع، وهذا الرأي يتعارض مع مبدأ استقلال البراءات وإقليميتها والذي اقرته الإتفاقيات الدولية.[3]

ويرى أصحاب الرأي الثاني بتطبيق قانون الدولة التي تطلب فيها الحماية، وهو الرأي الراجح طالما قد اودع صاحب الاختراع طلب البراءة في تلك الدولة، وذلك لعدة اعتبارات أبرزها هو تعلق الامر بصميم المصالح الوطنية لدولة المحكمة المعروض أمامها النزاع.[4] كما أنه يتماشى مع مبدأ استقلال البراءات وإقليميتها الذي يقر بأن لكل دولة وحدها الحق في منح احتكار استغلال الابتكار على إقليمها.[5] وهو ما يتماشى مع المعاهدات الدولية.[6] زيادة على أن القواعد المنظِّمة لبراءة الاختراع لها علاقة بالتنظيم الاقتصادي وأمن الصناعة في الدولة، ولايتصور ان يمتنع

---

1 منصور، سامي بديع الدين و عبد العال، عكاشه : **مرجع سابق**. ص312. انظر ايضا سلامه، احمد عبد الكريم: **القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص937.

2 رياض، فؤاد عبد المنعم و راشد، ساميه: **مرجع سابق**. ص312. وانظر ايضا الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**. ص446.

3 سلامه، احمد عبد الكريم: **القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق.ص937.

4 الصانوري، مهند احمد: **مرجع سابق**، ص189. انظر ايضا سلامه، احمد عبد الكريم: **القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص937.

5 سلامه، احمد عبد الكريم: **القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص937.

6 عبد الكريم، ممدوح: **مرجع سابق**. ص157.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

القاضي الوطني عن تطبيقها لصالح قواعد أجنبية، وأنه اذا كان للبراءة مجرد أثر مقرر أو كاشف لحق المخترع ولا تولد إلا حق احتكار الاستغلال الاقتصادي للإختراع، وبالنتيجة فإنه لامحل لتطبيق قانون بلد الاصل الذي لم ينشأ ذلك الحق بمقتضاه.[1]

وتجب الإشارة هنا إلى أنه يتم تطبيق قانون المحكمة التي يطلب منها الحماية أو المرفوع امامها النزاع في حال عدم وجود قواعد اتفاقية تشير إلى القانون واجب التطبيق.[2] مع العلم أن الاتفاقيات الدولية جاءت بمبادئ هامه من شأنها التقليل من فرص التنازع في مجال حقوق المخترع، فقد تضمنت اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية مجموعة من المبادئ أهمها مبدأ اقليمية البراءة.[3] ومبدأ التشبيه.[4] ومبدأ إلغاء سقوط البراءة.[5] ويرى الباحث أن مبدأ إقليمية البراءة واستقلالها يساهم إلى حدٍ كبير في التقليل من فرص تنازع القوانين المتزاحمة لحكم براءة الاختراع إلا أنه لم يساهم بالقضاء على ظاهرة التنازع، لذلك يقترح الباحث لتقليل فرص التنازع أنه يجب وضع قواعد من شأنها توحيد الاحكام المتعلقة ببراءة الاختراع في جميع الدول الاعضاء بناء على اعتماد معايير واضحة لمنح البراءة في الدول الاعضاء والاقلاع عن مبدأ استقلال البراءة، كما يمكن إصدار قانون موحد بهذا الخصوص.

---

1 سلامه، احمد عبد الكريم: **القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق.ص938

2 الصانوري، مهند احمد: **مرجع سابق**، ص189.

3 ومقتضى هذا المبدأ أنه اذا منحت براءة اختراع في دولة انحصر الاثر القانوني على حدود اقليمها بحيث لا يتمتع صاحب البراءة بحماية حقه في احتكار الاستغلال الاقتصادي لاختراعة إلا داخل اقليم تلك الدولة واذا اراد صاحب الاختراع توسيع النطاق الدولي لحماية اختراعة علية ان يستصدر براءة اختراع في كل دولة ينوي استغلال اختراعة فيها، وقد تمخض عن هذا المبدأ قاعدة استقلال البراءات ومقتضاها حسب المادة (4) من اتفاقية باريس ان براءة الاختراع التي تمنح في الدولة تكون مستقلة عن البراءات التي تمنح في غيرها من الدول الاطراف عن ذات الاختراع من حيث النظام القانوني لها. انظر سلامه، احمد عبد الكريم: **القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص940.

4 مبدأ التشبية والذي يقضي بمعاملة الاجانب معاملة الوطنيين بحيث يتمتع رعايا كل دولة من الدول الاطراف في جميع الدول الاخرى فيما يتعلق ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية بالمزايا الممنوحة او التي تمنحها في المستقبل قوانين تلك الدول لمواطنيها فيكون لهم ما للوطنيين من حق الحماية او التظلم من كل مساس بحقوقهم بشرط اتباع الشروط والاوضاع المفروضة بالنسبة للوطنيين وهو ما يطلق عليه بمبدأ المعاملة الوطنية، وهذا المبدأ يقرر تطبيق قانون دولة الحماية اذا كانت من الدول الاعضاء. وهذا ما تمت الاشارة اليه بنص المادة (1/2) من اتفاقية باريس والتي تنص على (يتمتع رعايا كل دولة من دول الاتحاد في جميع دول الاتحاد الأخرى، بالنسبة لحماية الملكية الصناعية، بالمزايا التي تمنحها حاليا أو قد تمنحها مستقبلا قوانين تلك الدول للمواطنين، وذلك دون الإخلال بالحقوق المنصوص عليها بصفة خاصة في هذه الاتفاقية).

5 مبدأ الغاء سقوط البراءة او الرسم او النموذج الصناعي لعدم الاستغلال والاكتفاء عند الاخلال بالالتزام بالاستغلال بمنح ترخيص اجباري. انظر سلامه، احمد عبد الكريم: **القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص940.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويرى الباحث أن تحديد القانون واجب التطبيق على براءة الإختراع يلعب دوراً هاماً في تحديد الحقوق التي يقررها هذا القانون فكما مر بنا سابقا هنالك أكثر من رأي إلا أن الباحث يرى أن الأنسب منها هو تطبيق قانون الدولة مانحة البراءة لأول مرة، فالاختراع يجب أن يكون جديداً مبتكرا غير معروف من ذي قبل، وقد أقرت محكمة العدل العليا الأردنية ذلك بقراراتها أن العنصر الرئيسي الواجب توافره في الإختراع ليكون قابلا للتسجيل هو أن يكون الشيء المخترع شيئا جديدا مبتكرا غير معروف من ذي قبل.[1] وبالنتيجة فإنه يترتب على عدم جديّة الاختراع عدم اعتباره اختراعاً، إذ يرى الباحث أن مبدأ استقلال البراءات الذي جاءت به اتفاقية باريس هو أمر لايتناسب مع طبيعة الاختراع من حيث وجوب تسجيل الاختراع في كل دولة حتى يحظى بالحماية في تلك الدولة فتسجيل الاختراع في أكثر من دولة يؤدي الى عدم الجدة فهو يكون جديدا مبتكرا عند تسجيله لأول مرة ويفقد الجدة إذا ما أريد تسجيله مرة أخرى.

المسألة الثانية: نطاق القانون واجب التطبيق على براءة الاختراع

1- يتحدد بموجب قانون الدولة التي منحت البراءة شروط منح البراءة وصحتها،[2] كشرط الابتكار والقابلية للابتكار الصناعي وموضوع براءة الاختراع والبيانات المتعلقة بطلب البراءة واجراءاته، والآثار التي تترتب على تقديم طلب البراءة كإحتفاظ المخترع بحق الاسبقية في منحه البراءة وحقه في احتكار استغلال حقه ماليا ومدة البراءة التي يمارس فيها حق الاحتكار وبداية سريان مدتها والالتزامات التي تترتب على صدور البراءة من حيث الترخيص الاجباري ودفع الرسوم والاستغلال.[3]

2- تحديد حقوق المخترع،[4]ومدى جواز التنازل عنها ونقل ملكيتها كليا أو جزئيا بعوض أو بدون عوض.[5]

---

1 قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم 90/219، والمنشور في مجلة نقابة المحاميين الأردنيين، لسنة 1991. ص1038. وقرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم 54/3، مجلة نقابة المحاميين الأردنيين لسنة 1954. ص357. وقد اخذ قانون قانون امتيازات الاختراعات والرسوم رقم 22 لسنة 1953 المطبق في الضفة الغربية بمبدأ الجدة في الاختراع فقد نصت المادة (2) من ذات القانون والتي عرفت الاختراع على انه (انتاج جديد او سلعة تجارية جديدة او استعمال اية وسيلة اكتشفت او عرفت او استعملت بطريقة جديدة لاية غاية صناعية).

2 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. مرجع سابق. ص815. منصور، سامي بديع الدين و عبد العال، عكاشه : **مرجع سابق**. ص312.

3 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص634.

4 منصور، سامي بديع الدين و عبد العال، عكاشه : **مرجع سابق**. ص312.

5 الكردي: جمال محمود: **مرجع سابق**.ص446.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

3- بيان مدى رهن البراءة من عدمه وسائر الحقوق العينية التي يمكن أن ترد عليها.[1]كما يحكم ايضا أسباب سقوط البراءة وبطلانها.[2]

على أنه يخرج من مجال ذلك القانون، وخصوصا عند ظروف الاستعجال .

1- التدابير التحفظية في حالة الاعتداء على حق صاحب البراءة واستغلالها بغير موافقته او استغلالها في اغراض غير مشروعة حيث يسري قانون القاضي المختص.[3] كما يسري على الجزاءات الجنائية التي يمكن الحكم بها عندما تشكل أفعال الاعتداء جريمة معاقب عليها قانونيا.[4]

2- اجراءات الحجز على البراءة .[5]

3- عقود الترخيص والتنازل والرهن للبراءة حيث تخضع في شكلها لقانون مكان ابرامها وتخضع فيما يتعلق باهلية التعاقد للقانون الشخصي، وتخضع لقانون الارادة بالنسبة لموضوعها.[6] أما

---

1 سلامه، احمد عبد الكريم: **القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص941.

2 الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**.ص447.

3 سلامه، احمد عبد اللكريم: **القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص941. وانظر نص المادة (23) من القانون المدني الاردني والتي تنص على (يسري قانون البلد الذي تقوم فيه الدعوى أو تباشر فيه اجراءاتها على قواعد الاختصاص وإجراءات التقاضي). وانظر ايضا الفصل (4/8) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي والتي تنص على (تختص المحاكم التونسية دون سواها بالنظر: ... 4-إذا كان موضوع الدعوى طلب إجراء تحفظي أو تنفيذي بالبلاد التونسية ويستهدف مالا موجودا بها).

4 سلامه، احمد عبد اللكريم: **القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص941.

5 حيث تعتبر براءة الاختراع مالا وتدخل في عناصر الذمة المالية لمالكها، وبذلك فانه يجوز لدائني مالك البراءة الحجز عليها، استنادا إلى قاعدة أن جميع أموال الشخص ضامنة للوفاء بديونه. وقد يؤدي الحجز على براءة الاختراع إلى زوال ملكية البراءة، إذا ما استمر الدائن الحاجز في إجراءات التنفيذ حتى النهاية، ولم يستطع مالك البراءة دفع ما عليه من الدين لدائنه الحاجز. إلا أن الباحث لايرى من المنطق زوال ملكية البراءة على انه من الممكن للدائن استغلال البراءة واسترداد العائد منها، فلو افترضنا زوال ملكية البراءة فلمن ستنتقل ملكيتها، إذ أن الامر مختلف هنا فلو انتقلت ملكيتها الى شخص آخر لأصبح هو المخترع وهذا مخالف للواقع فهو ليس المخترع مما يؤدي تحريف الحقائق وانكار العدالة، على أن ذلك لايمنع الدائن من الحصول على مردود مالي يمكن أن يتحقق من البراءة. انظر المادة(365) من القانون المدني الأردني. المراشده، ماجد احمد: الترخيص الإتفاقي باستغلال براءة الإختراع. بحث منشور على الرابط http://www.startimes.com تاريخ الزيارة 2014/4/10 الساعة 09:00 صباحاً.

6 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص635. ورهن الإختراع موضوع البراءة يعتبر رهنا لمال منقول، لذلك يجب تطبيق الأحكام العامة لرهن المال المنقول في القانون المدني إذا كان الدين مدنيا أو القانون التجاري إذا كان الدين تجاريا، كما يلزم القانون تسجيل عقد الرهن لدى مسجل براءات الاختراع حتى يعتد به ويكون حجة على الكافة. انظر نص المادة (28) من قانون براءات الإختراع الأردني. وانظر ايضا

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إذا انعدمت الإرادة فيترك المجال لقواعد الاسناد الاحتياطية المتعلقة بالعقود من حيث اعتماد قانون البلد الذي يكون أوثق صلة بالعقد، وهو أمر متروك لقاضي الموضوع وفقا لمعطيات كل حالة وهو على الأغلب قانون موطن الطرف الذي تنازل عن حقوق الملكية الصناعية.[1]

ويرى الباحث أن القانون الأوثق صلة بالعقد المتعلق ببراءة الاختراع هو قانون الدولة المانحة لبراءة الاختراع أو قانون دولة استغلال الاختراع إلا اذا كان هنالك موطنا مشتركا فيطبق قانون دولة الموطن المشترك.

المراشده، ماجد احمد: الترخيص الإتفاقي باستغلال براءة الإختراع. بحث منشور على الرابط http://www.startimes.com موقع ستار تايمز تاريخ الزيارة 2014/4/10 الساعة 09:00 صباحاً.

1 للمزيد انظر الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص636.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثاني: القانون واجب التطبيق على الرسوم والنماذج الصناعية

الرسم الصناعي هو كل تنسيق جديد للخطوط على سطح المنتج يضفي عليه رونقا جميلا كالرسوم والنقوش الخاصة بالمنسوجات والسجاجيد والجلد والورق الخاص بتغطية الجدران.[1] والنموذج الصناعي هو الهيئة الخارجية للمنتج كهياكل السيارات وعلب العطور.[2] فالرسم أو النموذج الصناعي هو كل ترتيب للخطوط على سطح المنتجات أو كل شكل أو قالب خارجي تصب فيه المنتجات أو السلع بألوان أو بدون ألوان ويستخدم في الانتاج الصناعي بوسيلة يدوية أو آلية أو كيميائية .[3] إذ يكون لصاحب الرسم أو النوذج الصناعي في مثل هذه الحالات حق ملكية عليها بإعتبارها أموال أو منقولات معنوية تقبل التعامل وترد عليها الحقوق العينية الاصلية والتبعية.[4]

فالرسوم والنماذج الصناعية قوامها ابتكار وخلق ذهني يتناول المنتجات من حيث شكلها فينشأ لصاحبها حق ملكية عليها، وبذلك فهي أموالا معنوية قابلة للتعامل وتكون محلا للحقوق العينية الأصلية والتبعية، ولكون الرسوم والنماذج خلقا ذهنيا مطبقا على المنتجات الصناعية فهي إذن تمتاز بطبيعة مختلطة.[5] فهي تأخذ موقفا وسطا بين الملكية الفنية وبراءة الاختراع ذلك أن الحق فيها يثبت بمجرد الابتكار، إذ أن الإيداع هو أمر شكلي يترتب عليه أولوية صاحب الحق في الرسم أو النموذج، وعلى ذلك تبدو وحدة الحق في الرسم أو النموذج المودع في أكثر من دولة أكثر جلاء منها بالنسبة لبراءة الاختراع الممنوحة عن ذات الاختراع في أكثر من دولة.[6] ولتحديد

---

1 انظر الخشروم، عبد الله حسين: **مرجع سابق**. ص225. وعرفت المادة (2) من قانون امتيازات الاختراعات والرسوم رقم 22 لسنة 1953 الرسم بأنه (صور الأشكال أو الهيئات أو النماذج أو الزخرفة فقط المستعملة لأية مادة، بعملية أو وسيلة اصطناعية، سواء أكانت يدوية آلية أو كيماوية، منفصلة عن غيرها أو مركبة مما تستحسنه أو تقدره العين مجردة إذا كانت المادة منجزة، ولكنها لا تشمل طريقة الصنع أو كيفيته أو أي شيء آخر ليس هو في جوهره سوى استنباط آلي).

2. **المرجع سابق**. ص225.

3سلامه، احمد عبد الكريم: القانون الدولي الخاص. **مرجع سابق**. ص938. الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**. ص447.

4 الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**. ص447.

5 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص637. سلامه، احمد عبد الكريم: **القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص938.

6 عبد الله، عز الدين: **مرجع سابق**. ص404.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

القانون واجب التطبيق على الرسوم والنماذج الصناعية يتوجب التطرق لموقف الفقه من القانون واجب التطبيق عليها ومن ثم التطرق لنطاق القانون واجب التطبيق.

المسألة الاولى: موقف الفقه من القانون واجب التطبيق على الرسوم والنماذج الصناعية

اختلفت آراء الفقهاء بشأن القانون واجب التطبيق على الرسوم والنماذج الصناعية، فرأي يقرر الاختصاص لقانون الدولة التي تم فيها تسجيل الرسم أو النموذج الصناعي لأول مرة ، ورأي يرى بتطبيق قانون الدولة التي يتم فيها استغلال الرسوم أو النماذج الصناعية، وهنالك من يرى بتطبيق قانون المحكمة المعروض امامها النزاع، لذلك يسلط الباحث الضوء على ذلك كمايأتي:

اولا: قانون بلد الايداع أو التسجيل الاول

يذهب جانب من الفقه الى تقرير الاختصاص لقانون الدولة التي تم فيها تسجيل الرسم أو النموذج الصناعي لأول مرة .[1] أو قانون الدولة التي تم فيها إيداع الرسم أو النموذج الصناعي.[2] فالتسجيل هو الأداة القانونية التي تقابل نشر المصنف بالنسبة لحق المؤلف[3] فهو يعد قرينة على وجود حق صاحبه على الأقل منذ وقت التسجيل.[4] ومستند ذلك أن الايداع أو التسجيل هو الوسيلة الوسيلة القانونية للعلانية أو النشر بالنسبة لمبتكرات الرسوم والنماذج الصناعية فهو الذي يحدد الوسط الذي سيمارس فيه الحق فيكون قانون هذا الوسط هو الذي يتناسب معه.[5] إذ إنه بالتسجيل أو الإيداع يتجسد الحق على الفكرة الابتكارية وتتركز مكانيا، زيادة على أن الايداع أو التسجيل غرضه تكريس الحماية لصاحب الرسم أو النموذج الصناعي، والحفاظ على حقه في احتكار الاستغلال والذي هو جوهر الحق ويجب حمايته إذ لايوجد الحق الاحتكاري إلا من لحظة

---

1 الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**.ص447. دواس، امين: **مرجع سابق**. ص133. انظر ايضا الصانوري، مهند احمد: **مرجع سابق**. ص189. انظر ايضا ممدوح، عبد الكريم: **مرجع سابق**. ص157.

2 المصري، محمد وليد: **مرجع سابق**. ص183.

3 الداودي، غالب علي: **مرجع سابق**. ص213

4 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. **مرجع سابق**. ص638.

5 الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**. ص448. انظر ايضا الصانوري، مهند احمد: **مرجع سابق**، 190. انظر ايضا صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. مرجع سابق. ص816. الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص638.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التسجيل، وإن منح شهادة الايداع أو التسجيل التي تعد بمثابة دليل اثبات ملكية الرسم أو النموذج الصناعي بحاجة إلى قيام السلطة المختصة بفحص الإبتكار الفني.[1]

إن الأمر يتعلق بتدخل سلطة عامة من سلطات الدولة تعمل وفق أحكام قانونها الوطني مع ما يترتب على ذلك من آثار.[2] وقد أخذ بهذا الرأي القانون الكويتي.[3] وأخذت اتفاقية باريس بقانون بلد الأصل.[4]

ثانيا: قانون دولة استغلال الرسم أو النموذج

يذهب جانب من الفقه إلى تطبيق قانون الدولة التي يتم فيها استغلال الرسم أو النموذج دون الاعتداد بقانون الدولة التي تم فيها الايداع أو التسجيل لأول مرة.[5]

ويستند أنصار هذا الرأي إلى حجة مؤادها أن القوانين التي تتعلق بالملكية الصناعية تعدّ من قواعد البوليس والأمن المدني والتي يتعين تطبيقها تطبيقا اقليميا محضا لأنها تمس التنظيم الاقتصادي للدولة ويترتب على ذلك أنها قواعد ذات تطبيق مباشر تحدد بذاتها مجال سريانها المكاني.[6]

ثالثا: قانون دولة الحماية

يتجه رأي في الفقه الى الاعتداد بقانون دولة المحكمة المعروض أمامها النزاع.[7] مع الأخذ بالاعتبار قانون الدولة التي تم فيها التسجيل أو الإيداع لأول مرة.[8] فهذا الحل يتفق مع مبدأ

---

1 سلامه، احمد عبد الكريم: **القانون الدولي الخاص. مرجع سابق.**ص938.

2 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص.** مرجع سابق. ص638.

3 انظر نص المادة (58).

4 نص المادة (6) من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية.

5 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص.** مرجع سابق. ص639.

6 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين. مرجع سابق.** ص816.

7 الصانوري، مهند احمد: **مرجع سابق**، ص190.

8 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص.** مرجع سابق. ص639.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الاقليمية واستقلال تسجيل الرسوم والنماذج الصناعية.[1] ذلك أن المسألة ترتبط بحق استغلال الرسم أو النموذج الصناعي والذي يمنحه المشرع لأسباب تتعلق بأمن التجارة والصناعة في الدولة، وبالنتيجة يجب مراعاة هذه الاعتبارات لإتصالها بالطابع الاقليمي لتشريعات الدولة التي تكفل حماية الرسم أو النوذج الصناعي.[2] فهي عادة الدولة التي يتم فيها التعدي على عنصر الاحتكار في الملكية الصناعية كما انها الدولة التي يتم فيها الاستغلال او التطبيق الصناعي للرسم او النموذج.[3] وتطبيق قانون الدولة التي يطلب منها الحماية يجب ألا يكون مطلقا بل يتعين مراعاة قانون الدولة التي تم فيها الإيداع أو التسجيل لأول مرة فلا يجوز منح الحماية إذا ما كان الحق في الرسم او النموذج قد أبطل أو سقط بانتهاء مدة الحماية في بلد الايداع أو التسجيل الأول كما لايجوز التمسك بمدة الحماية المقررة في قانون الدولة التي يطلب منها الحماية إذا ما كانت هذه المدة أطول من المدة المقررة في قانون بلد الإيداع أو التسجيل الأول، بل يتعين الأخذ بمدة الحماية المقررة في القانون الأخير لأن ذلك يؤدي الى تحقيق مصالح الدول النامية.[4]

ويرى الباحث أن قانون الدولة التي تم تسجيل لأول مرة هو أمر ضروري لانه القانون الذي يحكم وجودها وظهورها فبموجبه دخلت حيز الوجود، وبموجب هذا القانون قد نشأت وبالمقابل فإنه لايمكن اهمال قانون الدولة التي يتمسك أمامها صاحب الحق على الرسم أو النموذج الصناعي بحقه، أو يطلب منها الحماية، لذلك يقترح الباحث أنه على غرار التنازع المتغير يتم تطبيق القانون الذي اكتسب الحق بموجبه استنادا الى الحقوق المكتسبة ويطبق القانون الجديد بأثر مباشر على الحقوق الناشئة بعد ذلك.

وفي حالة تسجيل الرسم أو النموذج الصناعي في اكثر من دولة من بينها الدولة التي يطلب فيها الحماية فإن قانون الدولة التي يطلب فيها الحماية هو الذي يطبق وذلك استناداً إلى أنها إحدى الدول التي تم فيها الإيداع أو التسجيل فهي الدولة التي تم فيها التعدي على عنصر

---

1 **المرجع السابق**. ص640.

2 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. مرجع سابق. ص816.

3 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص639.

4 **المرجع سابق**. ص640.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الاحتكار في الملكية الصناعية، وهي الدولة التي يتم فيها الاستغلال أو التطبيق الصناعي للرسم أو النوذج، وهو الحل الذي يتفق مع مبدأ الاقليمية واستقلال تسجيل الرسوم والنماذج الصناعية فيما بين الدول والذي تقرره الاتفاقيات الدولية.[1]

وتجب الإشارة إلى أنه يمكن حماية الرسوم والنماذج الصناعية بقانون حماية حق المؤلف وذلك في حالة غياب الإيداع للرسم أو النموذج الصناعي، فهنالك دول تقر صراحة بالحماية المزدوجة لكل من الرسوم والنماذج الصناعية وحق المؤلف مثل دولة الإمارات العربية المتحدة وفرنسا.[2] أو في الحالة التي لم يسجل فيها الرسم أو النموذج.[3] وأشارة الى ذلك كل من المادة (5) من اتفاقية باريس للملكية الصناعية، والمادة (7/2) من اتفاقية برن للملكية الأدبية والفنية، والمادة (1/25) من اتفاقية التريبس.

المسألة الثانية: نطاق القانون واجب التطبيق

يخضع للقانون واجب التطبيق تحديد ماهية الرسم و النموذج الصناعي وشروط جدته وسائر شروط الحماية، ومدة الحماية ونظام الايداع، وإثارة والتزامات المودع، ونظام التنازل أو التصرف في الحق على الرسم أو النموذج الصناعي والحقوق العينية التي ترد عليه، ونظام بطلانها او سقوطها وانقضاء الحق عليها .[4]

على أنه يخرج من مجال ذلك القانون وخصوصا عند ظروف الاستعجال التدابير التحفظية في حالة الاعتداء على حق صاحب البراءة أو الرسم أو النموذج الصناعي، واستغلاله بغير موافقته أو في اغراض غير مشروعة ،حيث يسري قانون القاضي المختص كما يسري على الجزاءات الجنائية التي يمكن الحكم بها عندما تشكل أفعال الاعتداء جريمة يعاقب عليها قانونيا.[5]

---

1 سلامه، احمد عبد الكريم: **القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص939.

2 خاطر، نوري حمد: **مرجع سابق**. ص178.

3 **المرجع سابق**. ص183.

4 الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**. ص448. وانظر سلامه، احمد عبد اللكريم: **القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص941.

5 سلامه، احمد عبد الكريم: **القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص941. انظر الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص640.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثالث: موقف القوانين المقارنة من القانون واجب التطبيق على الملكية الصناعية

من الواضح أن القانون المدني الاردني لم يعالج مسألة القانون واجب التطبيق على حقوق الملكية الصناعية بقواعد اسناد خاصة كسائر الحقوق المعنوية الاخرى وترك الأمر للقوانين الخاصة والاتفاقيات الدولية.[1]

وبنفس النهج جاء مشروع القانون المدني الفلسطيني، ولم يعالج مسألة القانون واجب التطبيق على الملكية الصناعية كما هو الحال في القانون المدني الاردني الذي لم يعالج مسألة القانون واجب التطبيق على الملكية الصناعية بقواعد اسناد خاصة، إلا أن الأمر مختلف بالنسبة للوضع الفلسطيني، ففلسطين ليست عضوًا في اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية واتفاقية التريبس، في حين تعتبر اللملكة الاردنية دولة عضو في هذه الاتفاقيات، وبالنتيجة فإن أحكام هذه الاتفاقات تسري في المملكة الأردنية الهاشمية فيما يتعلق بكل من براءة الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية وتساهم أحكامها في تحديد القانون واجب التطبيق.[2]

---

1 علما ان المشرع الاردني قد نظم احكام حماية الرسوم الصناعية في بداية الامر مع براءات الاختراعات ضمن قانون واحد هو قانون امتيازات الاختراعات والرسوم رقم 33 لسنة 1953، وعلى ضوء انضمام الاردن لمنظمة التجارة العالمية، فقد تطلب استيفاء شروط الانضمام وضع احكام للبراءات والرسوم تتماشى مع الحماية الدولية لهما مما ترتب عليه فصل هذين الحقين من حقوق الملكية الفكرية وتنظيمهما بموجب قانونين منفصلين. صدر قانون الرسوم الصناعية والنماذج الصناعية رقم 14 لسنة 2000 والذي بموجبه تم الغاء قانون امتيازات الاختراعات والرسوم رقم 33 لسنة 1953. ونظم احكام الحماية المقررة لبراءة الاختراع في قانون براءة الاختراع رقم (32) لسنة 1999 والمعدل بالقانون رقم (22) لسنة 2007.

2 يذكر أن المملكة الاردنية الهاشمية قامت بمراجعة قوانينها وتحديثها قبيل الانضمام لمنظمة التجارة العالمية في حين بقيت القوانين السارية في فلسطين كما هي ولم يتم تعديلها. كما ان القوانين التي مازالت سارية في فلسطين هي قوانين قديمة لاتلبي متطلبات العصر الحالي. ويجب الاشارة الى ضرورة توجه دولة فلسطين للبدء بإجراءات الانضمام للمعاهدات الدولية المتعلقة بالملكية الصناعية ومن بينها اتفاقية باريس الخاصة بحماية الملكية الصناعية لسنة 1883 وتعديلاتها، و اتفاقية لاهاي الخاصة بالايداع الدولي للرسوم والنماذج الصناعية واتفاقية التريبس وذلك لتحقيق حماية أكبر للملكية الصناعية وذلك بعد تعديل التشريعات الناظمة لهذا الموضوع لتكون مطابقة للمواصفات المطلوبة تمهيدا للانضمام لمنظمة التجارة العالمية.
نص المادة (2) من اتفاقية باريس "يتمتع رعايا كل دولة من دول الاتحاد في جميع الدول الاخرى للاتحاد لمواطنيها وذلك مع عدم الاخلال بالحقوق المنصوص عليها بصفة خاصة في هذه الاتفاقية وبذلك يكون لهم ما لهؤلاء المواطنين من حق في الحماية ...". وتنص المادة (6) من اتفاقية باريس "على دول الاتحاد أن تقبل إيداع كل علامة تجارية أو صناعية سجلت في بلدها الأصلي وفقاً للأوضاع القانونية وأن تمنحها الحماية بالحالة التي هي عليها ...".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وفي هذا الصدد يمكن الإشارة إلى قانون امتيازات الاختراع والرسوم رقم (33) لسنة 1953 نجد أنه يتيح لمن تضرر القيام باجراءات معينة لتأمين حقوقه، حيث نصت المادة (6/53) من ذات القانون على انه (ليس في هذه المادة ما يمنع أي شخص لحق به حيف أو ضرر من جراء أي عمل تسري عليه هذه المادة ، من اتخاذ الإجراءات لتأمين حقوقه عن طريق استصدار أمر تحذيري أو الحصول على عطل وضرر عمّا أصابه من الضرر سواء أبلغ ذلك أم لم يبلغه أو اتخاذ أية تدابير تؤدي إلى محاكمة المجرم جزائياً بمقتضى هذه المادة على العمل المسبب لتلك الإجراءات أو يقصد بها أن تؤدي إلى ذلك). ولكن هذا غير كافي مما يشير إلى ضرورة معالجة مسألة القانون واجب التطبيق على الملكية الصناعية بقاعدة اسناد خاصة في التشريع الفلسطيني المرتقب.

وبالنسبة لمجلة القانون الدولي الخاص التونسية فلم تورد قاعدة اسناد خاصة بالقانون واجب التطبيق على الملكية الصناعية، ولكن وبالرجوع الى نص الفصل (4/5) والذي ينص على انه (تنظر المحاكم التونسية أيضا: ...4- في النزاعات المتعّلقة بالملكية الفكرية إذا وقع التمسك بحمايتها بالبلاد التونسية)، وهذا يشير الى إمكانية تطبيق قانون بلد الحماية وفقا لمجلة القانون الدولي الخاص التونسية.

وفي حال الاعتداء على هذه الحقوق فقد أخضعها المشرع التونسي لقانون مكان ارتكاب الفعل الموجب للمسؤولية أو وقوع الضرر في البلاد التونسية (1/5) والتي تنص على أنه (تنظر المحاكم التونسية أيضا: 1- في دعاوى المسؤولية المدنية التقصيرية إذا ارتكب الفعل الموجب للمسؤولية أو حصل الضرر بالبلاد التونسية...). إذ يتضح من النصوص السابقة أن المشرع التونسي يشير بشكل ضمني الى إمكانية تطبيق قانون الدولة التي تطلب فيها الحماية.

ويمكن الرجوع إلى نص الفصل (59) والذي أخضع المال المنقول المرسم أو المسجل لقانون مكان التسجيل او الرسم، وهذا واضح من خلال النص (يخضع المال المنقول المرسم أو المسجل لقانون الدولة التي سجّل أو رسّم فيها)، ويقودنا ذلك إلى أنه يمكن الاعتداد بقانون الدولة التي سجلت فيها الملكية الصناعية ليكون واجب التطبيق على براءة الاختراع، و الرسوم والنماذج الصناعية وفقا لمجلة القانون الدولي الخاص التونسية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد عالجت مجلة القانون الدولي الخاص التونسية العقود المبرمة بخصوص الملكية الصناعية إذ نص الفصل (69) على أنه (تخضع العقود المتعلقة بالملكية الفكرية لقانون الدولة التي بها مكان الإقامة المعتاد لمن نقل حق الملكية الفكرية أو لمن تنازل عنه و ذلك ما لم تعيّن الأطراف قانونا غيره).. وموقف مجلة القانون الدولي الخاص التونسية بخصوص العقود الواردة على الملكية الصناعية أعطى صنفا جديدا، وياحبذا لو يأخذ ذلك بعين الاعتبار عند تعديل المدني الاردني وصياغة القانون المدني الفلسطيني المرتقب.

وزيادة في ذلك فقد جاءت مجلة القانون الدولي الخاص التونسي بحكم آخر وهو القانون واجب التطبيق على حقوق الملكية الفكرية المنبثقه عن عقد العمل وتم اخضاعها للقانون الذي يحكم عقد العمل.[1] وهو بذلك يكون قد اورد حكما جديدا لم يتناوله المدني الاردني والمسودة الفلسطينية.

ويرى الباحث ويرى الباحث أن هنالك قوانين اشارت بدقة للقانون واجب التطبيق على الملكية الصناعية كالقانون رقم 5 لسنة 1961 لدولة الكويت والمتعلق بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي والذي أخضع براءة الاختراع والنماذج الصناعية لقانون مكان وجودها، وحدد هذا القانون بالنسبة لبراءة الاختراع بقانون البلد الذي منحها، وبالنسبة للرسوم والنماذج الصناعية البلد الذي أودع أو سجل فيه.[2] بالنتيجة فإن القانون الكويتي قد حدد بدقة القانون واجب التطبيق على براءة الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية، وحبذا لو سارت التشريعات المقارنة على نفس النهج. وهو بذلك كان موفقا أكثر من القوانين المقارنة لذلك يرى الباحث خصوصا في ظل المستجدات الدولية المتسارعة أنه يتوجب على مشرعنا الفلسطيني أن يخص براءة الاختراع والرسوم النماذج الصناعية بقاعدة إسناد خاصة على غرار المشرع الكويتي.

ويقترح الباحث صياغة قاعدة الاسناد المتعلقة بالملكية الصناعية على النحو الآتي: (يسري على براءات الاختراع ، قانون الدولة مانحة براءة الاختراع ، ويسري على الرسم والنموذج

---

1 وهذا واضح في نص الفصل (69) والذي ينص على (... والعقود المبرمة بين المؤجر والأجير والمتعلقة بحقوق الملكية الفكرية التي أنجزها العامل في إطار أدائه لعمله ينظمها القانون المنطبق على عقد الشغل).

2 نص المادة (50) (يسري على براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات التجارية، والاسم التجاري قانون موقعها. ويعتبر موقع براءة الاختراع البلد الذي منحها، وموقع الرسم والنموذج الصناعي البلد الذي أودع أو سجل فيه ...).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الصناعي البلد الذي أودع أو سجل فيه، أما بالنسبة للعقود الواردة على الملكية الصناعية فيطبق قانون الدولة الاكثر صلة وارتباطا بالعقد مالم يتفق الاطراف على قانون آخر، واذا كانت حقوق الملكية الصناعية ناتجة عن عقد عمل فإن القانون الذي يحكم عقد العمل هو واجب التطبيق في هذه الحالة).

ويجب الاشارة إلى أن الحماية المدنية لصاحب الملكية الصناعية أو الاختراع يمكن أن تقوم على القاعدة القانونية القائلة بأن" كل إضرار بالآخر يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر".[1] وضمان الضرر يكون عن طريق تعويض المتضرر تعويضا ماديا عن الأضرار التي لحقت به من جراء تعدي الآخر على حقه أو الاختراع موضوع البراءة، وهذا يمكن ان يتم في الدولة التي يطلب منها الحماية والتي يقع على اقليمها الاعتداء على الملكية الصناعية.

1 انظر المادة 256 من القانون المدني الأردني.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثالث

القانون واجب التطبيق على الحقوق الشخصية (الديون)

تتمثل هذه الحقوق بالديون الثابتة في الذمة أو الموثقة على شكل اوراق قاللة للتداول.[1] وتختلف الحقوق الشخصية العادية عن الحقوق الثابتة في اوراق قابلة للتداول من حيث القانون واجب التطبيق على كل منهما، فتخضع الديون بصفتها حقا شخصيا من حيث مصدرها إما لقانون الارادة بالنسبة للحقوق الناشئة عن العقد،[2] او للقانون المحلي بالنسبة للحقوق الناشئة عن الفعل الضار أو الفعل النافع.[3] في حين تخضع الاوراق القابلة للتداول لقانون معين طبقا لنوع الورقة فيما اذا كانت تعد ورقة تجارية أو مالية وطبيعتها من حيث كونها اسمية، أو للحامل، أو إذنية.[4] لذلك يتناول الباحث القانون واجب التطبيق على كلٍّ منهما في مطلبين.

المطلب الأول: القانون واجب التطبيق على الحقوق الشخصية العادية

في هذا المطلب سيتم استعراض موقف الفقه والقوانين المقارنة من القانون واجب التطبيق على الديون الثابتة في الذمة.

الفرع الاول: موقف الفقه من القانون واجب التطبيق على الحقوق الشخصية العادية

اختلف الفقه بشأن القانون الذي يحكم الحقوق الشخصية العادية الى عدة اتجاهات فقد اتجه الفقه التقليدي في فرنسا إلى اخضاع الحق الشخصي أو الدين لقانون موقعه كما هو الحال بالنسبة للأموال المادية، ولكنهم اختلفوا بشأن تحديد موقع هذا الحق بإعتباره موطن الدائن أم

---

1 الاسدي، عبد الرسول عبد الرضا: **مرجع سابق**. ص110.

2 عبد الرحمن، جابر جاد: **مرجع سابق**. ص531.

3 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. **مرجع سابق**. ص818. الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**. ص473.

4 فالورقة التجارية هي عبارة عن صك مكتوب وفق شكل حدده القانون يتضمن التزاما بدفع مبلغ معين من النقود ويستحق الاداء بمجرد الاطلاع أو في أجل قصير، وتكون قابلة للتداول بالطرق التجارية وتعتبر اداة وفاء تقوم مقام النقود. العكيلي، عزيز عبد الامير: **الأوراق التجارية**. عمان: دار مجدلاوي للنشر والتوزيع. ط1. 1993. ص10. اما الاوراق المالية فهي عبارة عن السندات التي تصدرها الشركات التجارية كالاسهم وسندات القرض وتشبه الورقة التجارية من حيث قابليتها للتداول. الشاوي، خالد: **الاوراق التجارية في التشريعين الليبي والعراقي**. لبنان. مطابع دار القلم. ط2. 1974. ص13.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

موطن المدين، إلا أن غالبية الفقه تتجه إلى تركيزه في موطن المدين،[1] فالدين لو فصل عن شخص الملتزم به لأصبح لامعنى له، ومن ثم فإنه وتجسيداً لهذا الدين فيجب ربطه بالمدين وإخضاعه لقانون موطنه، إذ إنه واجب الدفع في هذا المكان كما أنه المكان الذي يمكن أن تباشر فيه كافة الدعاوى والحجوزات.[2]علاوة على ذلك فهو المكان الذي يسهل فيه على الغير التعرف على مركز الاموال.[3] فتركيز الديون في موطن المدين يعطي لها محلًا دائمًا مما يساهم في حماية الدائنين الذين يظهرون فيما بعد.[4] ويحقق الأمن والثقة في المعاملات من حيث كونه المكان الذي تتخذ فيه اجراءات الشهر للحق الشخصي،[5] وهو الذي يسري في شأن انتقال الدين أو رهنه.[6] أما فيما يتعلق بالاجراءات اللازمة لنفاذ الحوالة في حق المدين أو حق الغير فهي تخضع لقانون موطن المدين حيث يسهل على الغير العلم بأحكام هذا القانون مسبقا.[7] وبخصوص التصرف القانوني بين الدائن المحيل والمحال له، فيخضع لقانون الارادة كما هو الشأن بالنسبة للمنقول المادي، الذي يخضع ترتيب الحق فيه لقانون موقعه ويخضع العقد المتعلق به لقانون الاردة.[8]

وقد انتُقد قانون موقع الدين لكونه يقوم على تشبيه الاموال المعنوية بالأموال المادية وهذا يعد مجازا ومخالفا للحقيقة.[9]

بينما يميل الفقه الفرنسي الحديث الى اخضاع الحقوق الشخصية للقانون الذي يحكم العلاقة بين الدائن والمدين أي تخضع للقانون الذي يحكم مصدر الدين.[1]سواء كان عقدا أم فعلا

---

1 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين. مرجع سابق.** ص819. الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق.** ص474. ويميل الفقه الفرنسي الحديث الى اخضاع حوالة الحق الى للقانون الذي يحكم العلاقة بين الدائن والمدين سواء كان الفعل نافعا أم ضارا. انظر الكردي، جمال محمود: مرجع سابق. ص474. ص475.

2 عبد الرحمن، جابر جاد: **مرجع سابق.** ص531.

3 الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق.** ص474.

4 عبد الرحمن، جابر جاد: **مرجع سابق.** ص531.

5 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص.** مرجع سابق. ص656.

6 الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق.** ص474. وقد اخضع القانون الكويتي انتقال الدين لقانون موطن المدين وهذا واضح واضح في نص المادة (53) منه والتي تنص على أنه (يسري على انتقال الدين في ذاته قانون موطن المدين).

7 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين. مرجع سابق.** ص820. انظر ايضا الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق.** ص475. ص475.

8 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص.** مرجع سابق. ص656.

9 الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق.** ص475. صادق، هشام علي: **تنازع القوانين.** مرجع سابق. ص820.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

(ضارا أو نافعا) وذلك انطلاقا من الحرص على توحيد القانون الذي يحكم مصدر الدين أو الحق ذاته،[2] وهو الذي يحكم في الوقت نفسه قابلية هذا الحق للإنتقال عن طريق الحوالة أو الرهن.[3]

ويستند اصحاب هذا الرأي الى أن تطبيق قانونٍ غير قانون مصدر الحق على انتقال الدين قد يؤدي إلى إعطاء الدائن المحال له حقوقا تفوق حقوق الدائن المحيل، كما قد يؤدي الى تحميل المدين بالتزامات تفوق تلك الناشئة عن العلاقة الأصلية، التي تولّد عنها الدين الأمر الذي يعد مفاجئة له وإخلالا بتوقعاته وهذا لايجوز، لذلك فإن تطبيق قانون مصدر الدين على انتقاله يؤدي إلى توحيد القانون واجب التطبيق على كل من مصدر الحق والعلاقة الناشئة بين طرفيه من جهة ومدى قابلية الحق للإنتقال الى الآخر عن طريق الحوالة من جهة أخرى.[4] فهذا الرأي لايستند إلى الخيال والمجاز كما هو الحال بالنسبة للرأي الأول القائل بتطبيق قانون موقع الدين كما أنه أمر يستريح إليه كل من القاضي والفقه.[5]

ويجب الاشارة هنا الى أن اتفاقة روما لسنة 1980 قد اخضعت الالتزامات بين المحيل والمحال له في حوالة الحق لقانون العقد الذي يربط بينهما، وأخضعت قابلية الحق للحوالة، والعلاقة بين المحال له، والمدين، وشروط سريان هذه الحوالة على المدين، والصفة المبرئة للدين التي تمت من قبل المدين للقانون الذي يحكم الحق موضوع الحوالة .[6]

ويرى الباحث أن تطبيق قانون مصدر الحق الشخصي، هو الذي يطبق على نشوء الالتزام وتقرير وجود الدين، إلا أن القانون واجب التطبيق على الدين ذاته يجب أن يخضع لقانون موطن

---

1 الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**. ص474.

2 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. مرجع سابق. ص820. انظر ايضا الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**. ص475.

3 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص657.

4 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. مرجع سابق. ص820. لأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص657.

5 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص. مرجع سابق**. ص658.

6 انظر نص المادة (12) من اتفاقية روما لسنة 1980 والتي تنص على

"The mutual obligations of assignor and assignee under a voluntary assignment of a right against another person ("the debtor") shall be governed by the law which under this Convention applies to the contract between the assignor and assignee..."

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المدين من حيث النتيجة لأن التنفيذ سيكون في موطن المدين، فالدين مستحق الأداء في هذا المكان، كما أنه ولضمان التنفيذ يجب مراعاة قانون دولة موطن المدين الذي يحقق ميزة السهولة في التنفيذ والحصول على الدين.

الفرع الثاني: موقف القوانين المقارنة من القانون واجب التطبيق على الحقوق الشخصية

الحقوق الشخصية أو الديون يمكن أن تكون نتيجة لتصرفا إرادياً أي تعاقدياً وهنا تخضع لقانون الارادة،[1] و يمكن أن تكون ناتجة عن التزام غير تعاقدي، ويقصد بالالتزامات غير التعاقدية الالتزام الناشئ عن الفعل الضار المولد لقواعد المسؤولية التقصيرية، والالتزام الناشئ عن الفعل النافع الذي يترتب عليه قواعد الإثراء بلا سبب،[2] لذلك يتناول الباحث القانون واجب التطبيق على الديون التي مصدرها التزامات عقدية والديون التي يكون مصدرها التزامات غير عقدية في مسألتين.

المسألة الاولى: مصدر الديون التزامات عقدية

إذا كان مصدر الديون هو العقد فإن القانون واجب التطبيق على الديون في هذه الحالة يختلف تبعا لاتفاق الاطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد من عدمه، ففي حالة اتفاق الأطراف على تطبيق قانون معين يخضع له العقد، فهنا يعدّ قانون الارادة المشتركة هو واجب التطبيق وتتفق التشريعات المقارنة على هذا المبدأ.[3]

أما في حالة عدم وجود اتفاق بخصوص القانون واجب التطبيق على العقد، فإن العلاقة تخضع لضوابط اسناد اخرى فيمكن تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو مكان إبرام العقد

---

[1] عبد الرحمن، جابر جاد: **مرجع سابق**. ص533 وما بعدها. أنظر نص المادة (20) من القانون المدني الاردني، ونص المادة (25) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

[2] صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. مرجع سابق. ص717.

3 انظر نص الفصل (62) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي والتي تنص على (يخضع العقد للقانون الذي تعيّنه الاطراف ...). والمادة (1/12) من القانون المدني الاردني والتي تنص على (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا ... مالم يتفق المتعاقدان على غير ذلك). (1/25) من مشروع القانون المدني الفلسطيني(يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، فان اختلفا موطنا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ما لم يتفق المتعاقدان أو يبين من الظروف أن قانونا آخر هو المراد تطبيقه).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إذا اختلفت موطن المتعاقدين وهذا هو موقف القانون المدني الاردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني.[1]

وبخصوص موقف مجلة القانون الدولي الخاص التونسية فقد ورد في نص الفصل (65) على أنه (يخضع إنتقال الإلتزام التعاقدي للقانون الذي يعيّنه الأطراف ولا يمكن معارضة الدائن أو المدين الأصليين بهذا الإختيار بدون مصادقته عليه. وإذا لم يعين الأطراف القانون المنطبق، يخضع إنتقال الإلتزام التعاقدي للقانون المنطبق على الإلتزامات المحالة). وهو بذلك يتفق مع نظيريه الأردني ومسودة مشروع القانون المدني الفلسطيني، من حيث خضوع العقد لقانون الإرادة، ولكنه يختلف عنهما في حال عدم الاتفاق على القانون واجب التطبيق على العقد، اذ جعل القانون واجب التطبيق في هذه الحالة هو القانون المطبق على الالتزامات المحالة.[2]

ويرى الباحث أن موقف مجلة القانون الدولي الخاص التونسية والتي خصت العقد المتعلق بالديون بقاعدة إسناد خاصة هو أمر بالغ الأهمية، ويقترح تبني نص مشابه في التشريع الفلسطيني المرتقب.

المسألة الثانية: مصدر الديون التزاماتٌ غير عقدية

اما اذا كان مصدر الديون التزامات غير عقدية (فعل ضار أو نافع) والتي تتخذ صفة المطالبة بالتعويض (فعل ضار) أو ردّ قيمة ما تم دفعه (فعل نافع)، فتخضع لقانون الدولة التي حصل فيها الفعل مصدر الالتزام بالديون.[3] وقد أورد المشرّع الأردني استثناءً على ذلك، وهو حالة كون الفعل المنشئ للالتزام المترتب عن الفعل الضار قد وقع في دولة أخرى تعدّه غير مشروع وتوجب المسؤولية عليه، ولكنه يعدّ مشروعا في الأردن، ففي هذه الحالة لايطبق قانون مكان وقوع

---

1 انظر نص المادة (1/20) من القانون المدني الاردني. والمادة (1/25) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والتي تنص على أنه (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، فان اختلفا موطنا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ما لم يتفق المتعاقدان أو يبين من الظروف أن قانونا آخر هو المراد تطبيقه).

2 وتجب الإشارة الى موقف اتفاقية روما لسنة 1980 بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والتي تخضع الحوالة للقانون الذي يحكم نشأت الدين فيما يتعلق بالتزامات المحال عليه، أما علاقة المحيل بالمحال له فتخضع لقانون العقد. المادة (12) من اتفاقية روما لسنة 1980

3 الصانوري، مهند احمد: **مرجع سابق**. ص193.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفعل بل يطبق القانون الأردني، وقد سار المشرع الفلسطيني في مشروع القانون المدني الفلسطيني على نفس نهج نظيره الأردني.[1] ويبدو أن المشرع الاردني قد تشدد في حماية رعايا المملكة الاردنية الهاشمية ومواطنيها في الخارج، وحسنًا فَعَلَ كلٌ من القانونِ المدنيِّ الأردنيِّ، ومشروع القانون المدني الفلسطيني.

أما بخصوص مجلة القانون الدولي الخاص التونسية فقد نص الفصل (70) على أنه (تخضع المسؤولية غير التعاقدية لقانون الدولة التي حصل بها الفعل الضار إلا أنه إذا نتج الضرر بدولة أخرى فإن قانون هذه الدولة ينطبق إذا طلب المتضرر ذلك، وإذا كان للمتسبب و للمتضرر مكان إقامة معتاد بنفس الدولة، ينطبق قانون هذه الدولة). ويبدو أن المشرّع التونسي قد كان أكثر مرونة في مجال تحديد القانون واجب التطبيق عندما أورد ضوابط اسناد بديلة الى جانب قانون مكان وقوع الفعل الضار فقد أضاف ضابط الموطن المشترك ومكان وقوع الضرر وهذا في الحالة التي يتمسك فيها الدائن بذلك.

ونلاحظ أيضا نص الفصل (76) والذي يخضع تصرف الفضولي والإثراء بلا سبب ودفع ما لا يلزم لقانون الدولة التي حصل فيها الفعل الذي تولدت عنه.[2] اي يخضعها لمكان وقوع الفعل الذي أدى الى نشأتها كما تطرق الفصل (75) للقانون المطبق على الفعل الضار من حيث تحديد القانون واجب التطبيق على الفعل الضار على وجه الخصوص، وأخضع الأهلية الخاصة بالمسؤولية

---

1 الاسدي، عبد الرسول عبد الرضا: **مرجع سابق**. ص111. انظر نص المادة (22) من القانون المدني الاردني، ويقابلها نص المادة (29) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والتي تنص على (1- يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام. 2- لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، الذي وقع في الخارج وكان مشروعا في فلسطين ولو كان غير مشروع في البلد الذي وقع فيه). وهو نفس الموقف المتبع في القانون الكويتي رقم (5) لسنة 1961 والذي اخضع كل من الفعل النافع و الفعل الضار لقانون مكان وقوع الفعل وهذا واضح في نصوص المواد (66) و (67) من القانون الكويتي انظر نص المادة (66) من القانون الكويتي والتي تنص على انه (يسري على الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام. على أنه لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الكويت، ولو كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه). والمادة (67) كويتي والتي تنص على انه (يسري على الالتزامات الناشئة عن الإثراء بلا سبب ودفع غير المستحق و الفضالة قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام).

2 الفصل (76) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي والذي ينص على (يخضع تصرف الفضولي والإثراء بدون سبب ودفع ما لا يلزم لقانون الدولة التي حصل فيها الفعل الذي تولدت عنه).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المدنية ومدى تلك المسؤولية وشروطها، وكذلك الشخص المسؤول، مع الاخذ بعين الإعتبار قواعد السلامة والسلوك السارية بمكان حصول الفعل الضار[1].

ويرى الباحث ان مجلة "القانون الدولي الخاص" التونسية قد تميزة في معالجتها لمسألة القانون واجب التطبيق على المسؤولية غير العقدية حيث اعتدت بمكان وقوع الفعل الضار ومكان تحقق الضرر في الحالة التي يقع فيها الضرر في دولة اخرى إذ اتاحت المجال تطبيق قانون الدولة التي يتحقق فيها الضررى إذا طالب المتضرر بذلك، وزيادة في ذلك فقد اوجبت تطبيق قانون دولة الموطن المشترك للمتسبب والمتضرر، وهذه الضوابط تشير إلى المرونة التي توخاها المشرع التونسي لتحقيق العدالة والسهولة في التطبيق كما أنه يعطي لقاضي الموضوع امكانية البحث عن القانون الملائم لحكم العلاقة، ويتيح للمتضرر اختيار أنسب القوانين لجبر الضرر وتحقيق التوازن لذمته المالية.[2] كما أتاحت مجلة القانون الدولي الخاص التونسة إمكانية اتفاق الأطراف على القانون واجب التطبيق على الفعل الضار بعد وقوعه، وهذه ميزة يراها الباحث في غاية الدقة والصواب فهي تتيح للقضاء سهولة الفصل في المنازعات، وللمتخاصمين السرعة في الحصول على حكم وسهولة تنفيذه.[3] كما أن مجلة القانون الدولي الخاص أتاحت المجال أمام الأطراف الاتفاق على القانون واجب التطبيق، وذلك في حال الفعل الضار بعد وقوعه.[4] الامر الذي لايوجد له نظير في القانون المدني الاردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني.

---

1 نص الفصل (75) (يحدد القانون المنطبق على الفعل الضار على وجه الخصوص، الأهلية الخاصة بالمسؤولية المدنية وشروط ومدى تلك المسؤولية، وكذلك الشخص المسؤول. وتؤخذ بعين الإعتبار قواعد السلامة والسلوك السارية بمكان حصول الفعل الضار).

2 انظر نص الفصل (70) (تخضع المسؤولية غير التعاقدية لقانون الدولة التي حصل بها الفعل الضار.إلا أنه إذا نتج الضرر بدولة أخرى فإن قانون هذه الدولة ينطبق إذا طلب المتضرر ذلك. وإذا كان للمتسبب و للمتضرر مكان إقامة معتاد بنفس الدولة، ينطبق قانون هذه الدولة).

3 انظر نص الفصل (71) والذي ينص على انه (يمكن للأطراف، بعد حصول الفعل الضار، الإتفاق على تطبيق قانون المحكمة ما دامت القضية في الطور الإبتدائي).

4 نص الفصل (71) والذي ينص على انه (يمكن للأطراف، بعد حصول الفعل الضار، الإتفاق على تطبيق قانون المحكمة ما دامت القضية في الطور الإبتدائي).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما عالجت مجلة القانون الدولي الخاص التونسية مسألة انقضاء الدين بالمقاصة حيث نص الفصل (66) على أنه (يخضع إنقضاء الدين بالمقاصة للقانون المنطبق على ذلك الدين)، وهو أمرٌ لم تعالجه مسودة مشروع القانون المدني الفلسطيني والمدني الأردني. ومن اخلال استعراض موقف القوانين المقارنة من القانون واجب التطبيق عل الديون أو الحقوق الشخصية الناتجه عن التزامات غير عقدية يتضح أن مجلة القانون الدولي الخاص التونسية قد أحاطت بالموضوع بالتفصيل الدقيق، وبالنتيجة فهي تمتاز بالأفضلية والتفوق على القوانين المقارنة، كما أن القانون الكويتي أحاط بالموضوع بشكل جيد يمتاز بالبساطه والوضوح، ونرجو من مشرعنا الفلسطيني اتباع النهج الذي سار عليه المشرع التونسي في هذا المجال عند صياغة التشريع الفلسطيني المرتقب.

الفرع الثالث: نطاق القانون واجب التطبيق على الحقوق الشخصية

يحكم القانون واجب التطبيق مسألة قابلية أو عدم قابلية الحق للإنتقال والرهن، ويحكم شروط هذه التصرفات.[1] وإذا ماتمت الحوالة فإنه يحكم العلاقة بين المحال له والمحال عليه (المدين)، ذلك أن المحال له قد اكتسب حقا معينا يخضع لقانون مصدره فمن المنطقي سريان ذات القانون ليحدد مضمون ما آل اليه من حق.[2] كما يجب الرجوع لقانون موطن المدين لما يلزم اتخاذه لنفاذ الحوالة في حق الآخرين حماية لهم وحتى يكون نفاذ الحوالة في حقهم خاضعا لقانون يسهل عليهم أن يتعرفوا عليه وهو مايتحقق في قانون موطن المدين أكثر من قانون مصدر الحق.[3] ويخرج من نطاق هذا القانون مسألة الاجراءات اللازمة لنفاذ الحوالة في مواجهة الآخرين، فهذه يحكمها قانون موطن المدين وأساس ذلك هو تغليب مصلحة الآخرين على مصلحة الأطراف.[4]ويخرج أيضا عقد الحوالة فيما يتعلق بعلاقة الدائن المحيل والمحال له إذ تخضع لقانون الإرادة كسائر الالتزامات التعاقدية.[5]

---

1 فهمي، محمد كمال: **مرجع سابق**. ص573.

2 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص659.

3 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. مرجع سابق. ص821.

4 **المرجع سابق**. ص820. الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص659.

5 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص659. صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. مرجع سابق. ص820.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني: القانون واجب التطبيق على الديون الثابتة في اوراق قابلة للتداول

الاوراق القابلة للتداول وهي مايطلق عليها الاستاذ الفاضل السنهوري في شرح القانون المدني بسندات التداول التجارية وهي نوعان: الاوراق التجارية والاوراق المالية.[1] ولكل من هذه الاوراق ميزاتها الخاصة بها إذ تصدر الأوراق المالية في صورة صكوك متساوية القيمة، بينما تصدر الأوراق التجارية لتسوية معاملات تجارية معينة وتختلف قيمتها في ورقة عنها في ورقة أخرى، ويكون حامل الورقة التجارية دائنا بمبلغها، أما بالنسبة للأوراق المالية فيكون حامل السهم شريكًا في الشركة وحامل سند القرض دائنا للشركة.[2]

وقد اشار قانون التجارة رقم (12) لسنة 1966 الى ان الاوراق المالية (السهم والسند) يمكن ان تصدر (اسمية، أو للأمر، أو للحامل) وذلك في نصوص المواد (284–289)، إلا ان كل من قانون الشركات رقم (12) لسنة 1964 وقانون الاوراق المالية رقم (12) لسنة 2004 قد اشارا الى ان الاوراق المالية تصدر اسمية فقط في فلسطين، وعلى الرغم من ذلك سيقوم الباحث بدراسة القانون واجب التطبيق على كل من الاوراق المالية الاسمية والاوراق المالية لحاملها، وبالنسبة للأوراق المالية الاذنية فإن الباحث لن يتطرق لها هنا على اعتبار انها تعامل معاملة الاوراق المالية الاسمية كما هو وارد في القانون الكويتي رقم (5) لسنة 1961.[3] لذلك يتناول الباحث القانون واجب التطبيق على كل من الاوراق المالية الاسمية في فرع أول، والاوراق المالية لحاملها في فرع ثاني، والاوراق التجارية في فرع ثالث.

الفرع الاول: القانون الواجب التطبيق على الاوراق المالية الاسمية

اشار كل من قانون الشركات الاردني رقم (12) لسنة 1964 المطبق في فلسطين، وقانون الاوراق المالية الفلسطيني رقم (12) لسنة 2004 الى ان الاوراق المالية وهي عبارة عن الاسهم

---

1 السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني. حق الملكية**. مرجع سابق. ص277. وتشمل الاوراق المالية: الاسهم والسندات وسندات قرض الدولة، وتشمل الاوراق التجارية: الكمبيالة، وسند السحب، والشيكات.

2 الشاوي، خالد: **مرجع سابق**. ص65.

3 انظر نص المادة (54) من القانون الكويتي والتي تنص على انه (يسري على انتقال الأسهم والسندات الاسمية والأذنية القانون الذي تخضع له الهيئة التي أصدرتها).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والسندات لاتصدر إلا إسمية فقط.[1] لذلك ففي هذا الفرع يسلط الباحث الضوء على الاوراق المالية الاسمية، من حيث موقف الفقه من القانون الواجب التطبيق ونطاقه ومن ثم لموقف التشريعات المقارنة من القانون واجب التطبيق في ثلاث مسائل.

المسألة الاولى: موقف الفقه من قانون الواجب التطبيق على الاوراق المالية الاسمية

الاوراق المالية الاسمية هي عبارة عن الأسهم والسندات الاسمية، وهي الاوراق التي يدون فيها اسم مالكها ولايتم تداولها إلا بالقيد في سجل خاص تحتفظ به الشركة وتقيد فيه الأسهم والتصرفات التي ترد عليها.[2]

وقد اختلف الفقه بشأن القانون الذي تخضع له هذه الاوراق، فهناك من يرى بخضوعها لقانون مقر الشركة او الهيئة التي اصدرتها.[3] أي القانون الذي يحكم النظام القانوني للشخص الاعتباري الذي اصدرها.[4] بوصفها أموالا منقولة معنوية موقعها الحكمي هو مركز إدارة الجهة التي أصدرتها والذي توجد به سجلات قيدها.[5] وإذا اصدرت الشركة صكوكا بواسطة فرع لها في دولة غير الدولة التي يوجد بها مركز إدارتها واتخذت لقيدها سجلات خاصة فإنها تخضع لقانون الدولة التي يوجد بها الفرع.[6] فهي تختلف عن الاوراق لحاملها بكون الحق الثابت فيها لايندمج في الورقة ولايتداخل بها كما هو شأن الاوراق لحاملها.

---

[1] انظر نص المادة (6/47) من قانون الشركات رقم (12) لسنة 1964. ونص المادة (68) من قانون الاوراق المالية الفلسطيني رقم (12) لسنة 2004.

2 انظر نص المادة (48) من قانون الشركات رقم (12) لسنة 1964 والتي تنص على (تحفظ الشركة سجلاً لمساهميها تدون فيه أسماؤهم وأرقام اسهمهم وتحويلات الأسهم وأية تفاصيل أخرى ...). انظر العبيدي، عباس مرزوق فليح: **مرجع سابق**. ص79. كما وتصدر الاسهم والسندات عن شركة او هيئة مالية لزيادة رأسمالها أو لتغطية خسارة، فالأسهم تمثل حصة في رأس مال الجهة المصدرة في حين تمثل السندات دينا عليها. عبد الكريم، ممدوح: **مرجع سابق**. ص159. الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص662.

3 الكسواني، عامر محمد: **مرجع سابق**.ص307. رياض، فؤاد عبد المنعم و راشد، ساميه: **مرجع سابق**. ص315. وقد اخذ بهذا الراي القانون الكويتي رقم (5) لسنة 1961 حيث نصت المادة (54) على انه (يسري على انتقال الأسهم والسندات الإسمية والإذنية القانون الذي تخضع له الهيئة التي اصدرتها).

4 الهداوي، حسن: **مرجع سابق**. ص147. عبد الكريم، ممدوح: **مرجع سابق**. ص159.

5 عبد الله، عز الدين: **مرجع سابق**. ص412. صادق، هشام علي: **القوانين. دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري**. مرجع سابق. ص823.

6 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص663.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد ذهب رأي في الفقه التقليدي الفرنسي إلى اخضاع انتقال الديون والحقوق الثابتة فيها ورهنها لقانون الدولة التي يوجد بها سجل الشركة المخصص لقيد عمليات التنازل عن هذه الاوراق وتداولها.[1] وهو غالبا مايكون قانون مركز الإدارة الرئيسي.[2] لذلك يرى الباحث أن هذه الاوراق تشابه الأموال المنقولة ذات الطبيعة الخاصة كالسفن والطائرات والتي تخضع لقانون الدولة التي سجلت فيها، علما أن الباحث يرى بأن هذه الاسنادات هي عبارة عن منقولات مادية فهي، وعلى الرغم من كونها تعدّ اموالا معنوية إلا أنه تساوي قيمة معينة وهي قيمتها المدونه فيها، ناهيك عن أنها عبارة عن دعامة ورقية مادية فهي ليست معنوية وإنما يمكن لمسها ومعرفة مضمونها، وبذلك فهي منقولات مادية، ولكن اعتبار التسجيل ومراعاة الشكلية المطلوبة لتداولها هي التي تجعلها غير خاضعة لقانون المكان الذي تتواجد فيه فهي وفقا لرأي الباحث اموالاً منقولة ذات طبيعة خاصة حتى يتم التصرف بها لابد من الخضوع لإجراءات شكلية معينة كالتسجيل وهذا واضح في قانون الاوراق المالية الفلسطيني.[3] وبالتالي يجب ان تخضع لقانون الدولة التي يوجد فيها سجل الشركة المختصة بتسجيل العمليات تداول هذه الاوراق.

ويميل جانب من الفقه الحديث وهو الراجح الى ضرورة التمييز بين السهم الاسمي والسند الاسمي، فهو يرى بأن السهم الاسمي هو الذي يخضع للقانون الذي يحكم الشركة التي اصدرته كونه يمثل حقا للشريك.[4] أي حصة للشريك في رأس مال الشركة فيكون من الطبيعي أن يحكمها القانون الذي يحكم الشركة وهو قانون مركزها.[5] وإذا كانت الأسهم تمثل حصص المؤسسين فإنها تخضع لقانون الدولة التي تأسست الشركة فيها.[6] أما بشأن السند فهو يمثل حق دائن بين مالك

---

1 فهمي، محمد كمال: **مرجع سابق**. ص574. الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص663. الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**. ص476.

2 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص664.

3 انظر نص المادة (14) من قانون الأوراق المالية الفلسطيني رقم (12) لسنة 2004 والتي تنص على انه (يقوم المركز بالأعمال الآتية: 1. تسجيل مصدري الأوراق المالية ... 5. الأعمال التي تتعلق بتحويل ملكية الأوراق المالية ... 6. عمليات الرهن والحجز وفك الرهن وفك الحجز للأوراق المالية ... 8. تزويد الجهات المصدرة للأوراق المالية بالتغييرات التي تتم على سجلات مالكي الأوراق المالية بشكل دوري ... 11. أية أعمال أخرى تتطلبها عمليات الأوراق المالية لدى المركز).

4 الكسواني، عامر محمد: **مرجع سابق**.ص307.

5 منصور، سامي بديع و عبد العال، عكاشه: **مرجع سابق**. 314.

6 منصور، سامي بديع : **مرجع سابق**. ص444.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

السند والشركة المصدرة، لذلك فهو يخضع للقانون الذي يحكم عقد القرض،[1] وهو قانون الإرادة الذي يحكم الالتزامات التعاقدية.[2] فهو ينطوي على علاقة تعاقدية بين الشركة المصدرة له ومن قام بشرائه أو بين الشركة ومن انتقل الحق الثابت في السند اليه، فيخضع عقد القرض لقانون الارادة لكونه يشكل التزاما تعاقديا.[3]وإذا لم توجد إرادة صريحة او ضمنية لأطراف العلاقة فإن السند يخضع للقانون الذي يحكم الشركة بإعتبار أن قانون الشركة يعد بمثابة الإرادة المفترضة للأطراف.[4]

المسألة الثانية: موقف التشريعات المقارنة من القانون واجب التطبيق على الاوراق المالية الاسمية

لم يعالج القانون المدني الاردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني مسألة القانون واجب التطبيق على الاوراق المالية الاسمية، إلا أنه يمكن ان نجد نصا في مجلة القانون الدولي الخاص التونسية والذي يمكن أن يلبي الحاجة بهذا الشأن حيث نص الفصل (59) على أنه (يخضع المال المنقول المرسم أو المسجل لقانون الدولة التي سجّل أو رسّم فيها)، وكما نعلم فإن السندات و الأسهم الاسمية لايتم تداولها إلا بالقيد في سجلات خاصة لدى الشركة المصدرة، إذن فهي تعتبر بهذا الوصف اموالا منقوله، وبالتالي يمكن أن يشملها نص الفصل (59) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية إلا أن هذا النص جاء عاما ولم يفرق بين المنقول المعنوي أو المادي.

وتجب الإشارة إلى موقف القانون الكويتي والذي كان أكثر تفصيلا فقد أخضع كل من السهم والسند الاسميين لقانون الهيئة التي أصدرتهما.[5] وبهذا يكون المشرع الكويتي قد عالج مسالة القانون واجب التطبيق على الاوراق المالية الاسمية، وهو أمر ليس له نظير في التشريعات المقارنة التي جاءت خالية من النص على القانون واجب التطبيق على الاوراق المالية الاسمية.

---

1 عبد الله، عز الدين: **مرجع سابق**. ص413.

2 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص664.

3 الكسواني، عامر محمد: **مرجع سابق**.ص308. الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**.ص477.

4 الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**.ص477. رياض، فؤاد عبد المنعم و راشد، ساميه: **مرجع سابق**. ص315.

5 وهذا واضح في نص المادة (54) والتي تنص على انه (يسري على انتقال الأسهم والسندات الاسمية والأذنية القانون الذي الذي تخضع له الهيئة التي أصدرتها).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وبالرجوع الى قانون التجارة الاردني رقم (12) لسنة 1966 والمطبق في فلسطين والذي أوجب تسجيل الاوراق المالية في سجلات خاصة لدى الشركة المصدرة وأشار الى أن ملكيتها تكتسب منذ هذا التسجيل،[1] زياد على ذلك فقد اخضع قانون الأوراق المالية الفلسطيني رقم (12) لسنة 2004 تداول الاوراق المالية لأحكامه، وبذلك يتضح أن قانون الاوراق المالية الفلسطيني هو واجب التطبيق بالنسبة لتداول الاوراق المالية في فلسطين.[2] لذلك فإنها حتما ستخضع للقواعد التي تم بموجبها التسجيل، وهي بالطبع تتبع قانون الدولة التي يوجد فيها مقر الشركة المصدرة.

وبشأن عقود البيع التي تتم في أسواق الاوراق المالية (البورصة) فإنها تخضع لقانون دولة البورصة، وهذا ما أخذ به المشرع الكويتي في نص المادة (60) والتي تنص على أنه (يسري على العقود التي تتم في البورصات والاسواق العامة قانون البلد الذي توجد فيه هذه البورصات والاسواق)، فمن خلال النص السابق يتضح أن المشرع الكويتي قد أخرج العقود التي تبرم في البورصات من نطاق قاعدة خضوع العقد لقانون الارادة واخضعها لقانون البلد الذي توجد فيه البورصة، ولايوجد نص مشابه في كل من القانون المدني الاردني ومجلة القانون الدولي الخاص التونسية ومشروع القانون المدني الفلسطيني. مع العلم أن المادة (3) من الاتفاقية الخاصة بالبيوع ذات الطابع الدولي للمنقولات المادية الذي اقره مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص سنة 1955 تنص على خضوع البيع الذي يتم في البورصة للقانون الداخلي للدولة التي توجد فيها البورصة.[3] إذ يؤدي ذلك إلى وحدة القانون المطبق على المعاملات التي تبرم في البورصة والتي قد تتطلب الاخذ

---

1 انظر نص المادة (286) من قانون التجارة الاردني رقم (12) لسنة 1966 والتي تنص على (1- إذا كان السند اسميا فحق مالكه يثبت بإجراء تسجيل بإسمه في سجلات المؤسسة التي اصدرت السند2- وتنشأ ملكية هذا السند من هذا التسجيل).

2 المادة (68) (تكون سندات القرض اسمية قابلة للتداول وتسجل بأسماء مالكيها ويوثق البيع الواقع عليها في المركز، وتكون هذه السندات قابلة للتداول في السوق وفقا لأحكام هذا القانون). ومما يؤكد خضوع السندات لقانون الاوراق المالية ما جاء في نص المادة (71) من قانون الاوراق المالية الفلسطيني رقم (12) لسنة 2004 والتي تنص على انه (إذا كانت سندات القرض مضمونة بأموال منقولة أو غير منقولة أو بموجودات عينية أخرى أو بغير ذلك من الضمانات أو الكفالات أو الرهن، فيجب أن يتم وضع تلك الأموال والموجودات تأميناً للقرض وتوثيقها قبل تسليم أموال الاكتتاب في سندات القرض إلى الشركة وفقاً للتشريعات المعمول بها). وهذا يشير قانون الشركة المصدرة هو واجب التطبيق على السندات الاسمية.

3 انظر نص المادة (3) من معاهدة لاهاي لسنة 1955 المتعلقة بالقانون المطبق على بيع المنقولات. نقلا عن هوزيه، فانسان: **مرجع سابق**. ص38. إضافة الى ذلك فقد استبعدة اتفاقية فينا لسنة 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع من نطاق سريانها الاوراق المالية والتجارية والنقود. انظر المادة (2) من اتفاقية فينا لسنة 1980.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بعين الاعتبار التفصيلات الفنية التي تنظمها أحكام تلك البورصة، مما يؤدي الى خضوع هذه القيم المتداولة لأحكام قانونية خاصة هي في الغالب ملزمة.[1]كما أن قوانين وانظمة البورصات قد تنص على قيود بخصوص تداول الاوراق المالية.[2]

وبالنسبة لمجلة القانون الدولي الخاص التونسية والقانون المدني الاردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني فلا يوجد قاعدة اسناد خاصة بالعقود التي تتم في البورصة على غرار المشرع الكويتي الذي اخضع العقود التي تتم في البورصة لقانون دولة البورصة، وهذا يؤدي إلى خضوع العقود التي تبرم في البورصة لقانون واحد، مما يؤدي الى استقرار المعاملات في البورصات والاسواق المالية، ناهيك عن الطبيعة الخاصة للبورصة وأن قواعدها تعتبر ذات تطبيق ضروري لتعلقها بالنظام العام.[3]

ويرى الباحث أن ما ذهب اليه المشرع الكويتي هو في غاية الوضوح و يتفق مع ما استقر عليه الفقه، وبذلك يتوجب ادراج نص في التشريع الفلسطيني المرتقب والتشريعات المقارنة يعالج مسالة القانون واجب التطبيق على الاوراق المالية الاسمية على غرار المشرع الكويتي.

المسألة الثالثة: نطاق القانون واجب التطبيق على الاوراق المالية الاسمية

يشمل نطاق القانون الواجب تطبيقه على الاوراق المالية الاسمية شروط قيد الورقة في سجلات الشركة.[4] باعتبار أن هذا القيد هو المنشئ لحق ملكية الورقة المالية.[5] ويحكم ايضا كيفية تداولها،[6] و كل ما يتعلق بهذه الديون من حوالة ورهن.[7] وبشأن العلاقة بين صاحب الورقة المالية وبين من انتقل اليه الحق فيه فتخضع لقانون الاراده بوصفها علاقة تعاقدية مع مراعاة قانون البلد

---

1 الشرقاوي، محمود سمير: **العقود التجارية الدولية (دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع)**.القاهره: دار النهضة العربية. ط2. 2002. ص59.

2 الشاوي، خالد: مرجع سابق. ص14.

3 نصت المادة (105) من قانون التجارة الاردني (12) لسنة 1966 على انه (إن عمليات التوسط والسمسرة في بورصات الأوراق المالية وفي بورصات البضائع تخضع على قدر الحاجة لتشريع خاص). وهذا يشير الى الطبيعة الخاصة لطبيعة البورصة.

4 منصور، سامي بديع: **مرجع سابق**. ص444.

5 عبد الله، عز الدين: **مرجع سابق**. ص412.

6 عبد الكريم، ممدوح: **مرجع سابق**. ص161.

7 عبد الرحمن، جابر جاد: **مرجع سابق**. ص531. انظر نص المادة (68) من قانون الشركات رقم (12) لسنة 1964 والتي تنص على (... يجوز رهن السهم على أن يثبت ذلك في سجل الشركة ويذكر الرهن في وثيقة المساهمة أو شهادة الأسهم...).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الذي توجد فيه البورصة التي تم تداول السند فيها لأن قواعد تداول السندات في البورصة تعد من قوانين البوليس والأمن المدني، على اعتبار تدخل السلطة العامة ورقابتها للبورصة.[1]. أما بخصوص علاقة الشخص المعنوي وصاحب الورقة أو من انتقل اليه الحق الثابت فيا فتخضع للقانون الذي يخضع له الشخص المعنوي مصدرها.[2] كما يحكم هذا القانون حق الشركة في اصدار اوراق مالية اسمية، وكذلك القواعد الموضوعية والشكلية اللازم اتباعها لإصدار هذه الاوراق.[3]

الفرع الثاني: الاوراق المالية لحاملها

في هذا الفرع يسلط الباحث الضوء على الاوراق المالية لحاملها، من حيث موقف الفقه والتشريعات المقارنة من القانون واجب التطبيق عليها ومن ثم نطاق القانون واجب التطبيق في ثلاث مسائل.

المسألة الاولى: موقف الفقه من القانون واجب التطبيق على الاوراق لحاملها

تتكون الاوراق المالية لحاملها من السهم والسند لحامله وهذه الاوراق تصدر بأرقام متسلسلة دون ذكر اسم شخص معين، ويتم تداولها بين البائع والمشتري بالمناوله اليدوية دون حاجة الى اتباع إجراءات شكلية وينطبق بشأنها قاعدة الحيازة في المنقول سند ملكية.[4] فهي تتكون من

---

1 عبد الله، عز الدين: **مرجع سابق**. ص413. صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. **مرجع سابق**. ص824. ويرى جانب اخر انه يمكن الاتفاق على قانون غير قانون البورصة وتختلف الدول في هذا المجال فمنها من يعتبر ان قواعد البورصة قواعد آمره من النظام العام، ومنها من لايعتبر قواعد البورصة من النظام العام ويبدو في فلسطين أن قواعد البورصة هي من النظام العام وهذا واضح في نص المادة (68) من من قانون الاوراق المالية الفلسطيني رقم (12) لسنة 2004 التي تنص على انه (تكون سندات القرض اسمية قابلة للتداول وتسجل بأسماء مالكيها ويوثق البيع الواقع عليها في المركز، وتكون هذه السندات قابلة للتداول في السوق وفقا لأحكام هذا القانون).

2 منصور، سامي بديع: **مرجع سابق**. ص444. الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص664.

3 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص663. علما ان القواعد التي تنظم التداول بالاوراق سواء اكانت تجارية ام مالية ام نقدية هي قواعد موضوعية ذاتية تطبيق مباشر، لان هذه الاوراق متعلقة بالنظام العام وبالتالي فالقواعد المنظمة لها تكون امرة وهي من قواعد البوليس والامن المدني. انظر سلامه، احمد عبد الكريم: **القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص**. القاهره: دار النهضة العربية.1985. ص26.

4 العبيدي، عباس مرزوق فليح: **الاكتتاب في رأس مال الشركات المساهمة**. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1998. ص79. فالاسهم تستخدم لتكوين رأس مال الشركة، أما السندات فهي ديون على الشركة تجاه المقرضين وهي سندات قابلة للتداول تصدرها الشركة للوفاء بالتزاماتها تجاه الدائنين. انظر البستاني، سعيد يوسف: **القانون الدولي للأسناد التجارية**. منشورات الحلبي الحقوقية. ص36.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

اجتماع منقولين أحدهما معنوي وهو الحق الثابت في المحرر وثانيهما مادي وهو الورق نفسها.[1] وقد اختلف الفقهاء بشأن القانون واجب التطبيق عليها، فمنهم من رأى بأن المنقول المعنوي يخضع لقانون الدولة التي يوجد بها مركز الادارة الرئيسي للجهة، أو الهيئة التي صدر عنها الورقة، أو لقانون الدولة التي يوجد بها فرع هذه الجهة إذا كان هو المصدر للورقة المالية، ومنهم من يرى بخضوع الورقة لقانون موقعها الحقيقي أو الفعلي وقت تداولها كما هو الحال بالنسبة للمنقول المادي.[2] فحيازتها تعدّ سند ملكية شأنها في ذلك شأن المنقول المادي.[3] وهو أمر يؤيده الباحث ويراه ملائما لطبيعة الورقة المالية لحاملها، فهو وإن كان الدين الثابت في الورقة معنويا إلا أن إلا انها عبارة عن منقول مادي يمكن تدوله بالمناولة وله قيمة مدونة فيه بغض النظر عن حامله وبالتالي يمكن تطبيق قاعدة الحيازه في المنقول سند ملكية وهنا يمكن تطبيق قانون موقع الورقة كما هو الحال بالنسبة للمنقولات المادية.

المسألة الثانية: موقف التشريعات المقارنة

يتضح ان الاوراق لحاملها تعامل معاملة المنقول المادي، وبذلك فإن قانون موقعها وقت تحقق السبب الناقل للحق هو واجب التطبيق، وهذا ما يمكن استخلاصه ضمنياً من نص المادة (19) من القانون المدني الأردني.[4] وهذا مشابه لنص المادة (56) من القانون الكويتي رقم (5) لسنة 1961 والتي نصت صراحة على أنه (يسري على انتقال الصكوك لحاملها قانون موقعها وقت تحقق السبب الناقل للحق الثابت لها). فكلاهما ينص على تطبيق قانون الموقع وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحق في الصك أو فقده.

---

1 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص660

2عبد الله، عز الدين: **مرجع سابق**. ص416. عبد الكريم، ممدوح: **مرجع سابق**. ص159. عبد الرحمن، جابر جاد: **مرجع سابق**. ص531. سلامه، احمد عبد الكريم: **الوسيط في القانون الدولي السعودي**، مرجع سابق. ص548. الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**. ص475. الكسواني، عامر محمد: **مرجع سابق**. ص305.

3 فوده، عبد الحكم: **الاوراق التجارية**. الاسكندرية: دار الفكر الجامعي. ص141.

4 انظر نص المادة (19) والتي تنص على انه (... ويسري بالنسبة للمنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها). وهو مشابه لموقف مجلة القانون الدولي الخاص التونسية وذلك بالنظر لنص الفصل (58) والذي ينص على (الحوز والملكية وغيرها من الحقوق العينية ينظمها قانون مكان وجود المال).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما بشأن نص المادة (26) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والتي تنص على انه (...، ويسري على المنقول قانون الدولة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب تلك الحقوق أو فقدها فإذا تغير موقعه فيطبق قانون الموقع الجديد). فمن ظاهر النص يبدو انه يختلف مع نظيره الاردني، لكونه ينص على تطبيق قانون الموقع الجديد في حال تغير موقع المنقول، وهذا يعني ان القانون واجب التطبيق على الاوراق لحاملها هو قانون دولة موقع الورقة.

ويبدو أن القانون الكويتي رقم (5) لسنة 1961 كان موفقا أكثر من التشريعات المقارنة من حيث معالجته لمسألة خضوع الاوراق لحاملها لقانون الدولة التي توجد فيها الورقة وقت تحقق السبب الناقل للحق الثابت فيها، ويرى الباحث أن ما ذهب إليه القانون الكويتي هو الأنسب فيما يخص الاوراق لحاملها، ويقترح الباحث أن يتم ادراج نص في التشريع الفلسطيني المرتقب والتشريعات المقارنة يعالج مسألة القانون واجب التطبيق على الاوراق لحاملها على غرار المشرع الكويتي.

المسألة الثالثة: نطاق القانون واجب التطبيق

يحكم قانون موقع الالورقة المالية لحاملها العلاقة مابين الحائزين المتعاقبين للسند ويحكم كل ما يتعلق بالاثر العيني المترتب على تداول السند أو السهم.[1] أما بالنسبة للعلاقة مابين حائز الورقة والجهة التي أصدرتها، فتخضع للقانون الذي يحكم الجهة المصدرة.[2] أي النظام القانوني للشركة أو قانون مركزها الرئيسي.[3] ويترتب على ذلك أنه إذا قضى هذا القانون بإبطال الورقة أو استهلاكها تحقق انفصام الحق عن الورقة الثابت بها ولا يبقى بيد الحائز سوى ورقة لاقيمة لها.[4] وتخضع لهذا القانون ايضاً القيود المفروضة على تداول الورقة من قبل الشركة المصدرة.[5] وهذا

1 رياض، فؤاد عبد المنعم و راشد، ساميه: **مرجع سابق**. ص314.

2 عبد الكريم، ممدوح: **مرجع سابق**. ص159. دواس، امين: **مرجع سابق**.ص135.

3 المصري، محمد وليد: **مرجع سابق**. ص185.

4 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص662.

5 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. **مرجع سابق**. ص823.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يمكن الشركة من الدفع بعدم نفاذ التداول الذي وقع مخالفاً لهذه القيود.[1] كما يخضع الجانب التعاقدي لقانون الارادة كما هو الحال طبقاً للمبادئ العامة في العقود.[2]

الفرع الثالث: القانون واجب التطبيق على الاوراق التجارية

عرف قانون التجارة الاردني رقم (12) لسنة 1966 والساري في الضفة الغربية الاوراق التجارية على أنها "اسناد قابلة للتداول بمقتضى احكام هذا القانون" وتشمل سند السحب، سند الأمر، الشيك، السند لحامله، الاسهم والسندات".[3] وتستخدم هذه الاوراق التجارية كأداة لتسوية معاملات مدنية أو تجارية بين أشخاص قد يقيمون في دول مختلفة، إذ من الممكن تحرير الورقة في دولة ويتم تداولها في دولة أخرى غير الدولة التي تكون مستحقة الوفاء فيها، مما يؤدي الى وقوع التنازع بين قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى المتعلقة بالورقة والقوانين التي حدثت في ظلها العمليات التي أجريت على الورقة.[4] ويجب الاشارة الى التفرقة مابين انواع الاوراق التجارية، فالشيك يمكن ان يكون للحامل أو اسميا، أو للأمر.[5] بينما الكمبيالة وسند السحب لاتصدر إلا لأمر.[6]

لذلك يتناول الباحث موقف الفقه والتشريعات المقارنة من القانون واجب التطبيق على هذه الاوراق ونطاقه في ثلاث مسائل.

---

1 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص662.

2 الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**.ص476. صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. مرجع سابق. ص822.

3 انظر نصوص المادة (284) والمادة (123) من قانون التجارة الاردني رقم (12) لسنة 1966 والساري في الضفة الغربية. ويسمى الالتزام الناشئ عن توقيع الورقة التجارية بالالتزام الصرفي والذي يمكن تعريفه بأنه التزام صرفي مستقل عن غيره من الالتزامات الثابتة بالورقة التجارية ومجرد عن العلاقات التي كانت سبب إنشائه.

4 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص665. وهذه الاوراق مستثناة من قانون الاوراق المالية الفلسطيني رقم (12) لسنة 2004 وتخضع لقانون التجارة الاردني رقم (12) لسنة 1966 والساري في الضفة الغربية. انظر نص المادة (4) من قانون الاوراق المالية الفلسطيني والتي تنص على (لا تعتبر أوراقا مالية: 1- الأوراق التجارية بما في ذلك الشيكات والكمبيالات ...).

5 انظر نص المادة (233) من قانون التجارة رقم (12) لسنة 1966.

6 انظر نص المادة (223) والمادة (125) من قانون التجارة رقم (12) لسنة 1966.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المسألة الاولى: موقف الفقه من القانون واجب التطبيق

قبل الدخول في موضوع القانون واجب التطبيق على هذا النوع من الاوراق تجب الإشارة الى مسألة تكييف الورقة وتحديد وصفها ومدى اعتبارها ورقة تجارية أو مدنية، وتحديد نوعها فيما إذا كانت كمبياله أو سند سحب أو شيك فهي تخضع لقانون القاضي، والذي يجب عليه عدم التقيد بما يستلزمه قانونه الوطني من شروط أو بيانات يجب توفرها في هذا النوع من الاوراق، فيكفي توافر المميزات العامة للورقة من حيث كون الامر يتعلق بصك مكتوب موضوعه الوفاء بمبلغ نقدي معين ومحدد واجب الوفاء بمجرد الاطلاع أو بعد فترة من الاطلاع، يحتوي على مجموعة من البيانات الالزامية التي لاتتباين من دولة الى أخرى.[1]

ويجب الاشارة بأدء ذي بدء الى ان القانون الواجب التطبيق على كل من الشروط الموضوعية والشكلية للورقة التجارية ونشاة الالتزام الصرفي تخضع لقواعد الاسناد الخاصة بها فتخضع الشروط الموضوعية لقانون الارادة،[2] باستثناء الاهلية حيث تخضع اهلية الملتزم بالورقة التجارية لقاعدة الاسناد الخاصة بها وهي قانون الجنسية،[3] ويخضع شكلها لقانون بلد تنظيمها،[4] وهو مبدأ متبع في اتفاقيات جنيف لسنة 1930 و 1931.[5]

---

1 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص667.

2 عبد العال، عكاشة: **مرجع سابق**. ص149.

3 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين**. مرجع سابق. ص826. انظر نص المادة (15) من مشروع القانون المدني الفلسطيني. ولكن يجب الاشارة الى ان هنالك استثناء على ذلك وهو حالة حدوث التوقيع على الورقة من قبل اجنبي ناقص الاهلية وفقا لقانون بلده ولكنه كامل الاهلية بالنظر الى القانون الفلسطيني ففي هذه الحالة يجب اعتباره اهلا للالتزام متى تبين انه لم يكن من اليسير على الدائن الوقوف على نقص اهليته. انظر نص المادة (2/15) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والتي تنص على انه (على أنه بالنسبة للتصرفات المالية التي تعقد في فلسطين وترتب آثارها فيها، إذا كان أحد أطرافها أجنبياً ناقص الأهلية بحسب قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته وكان نقص أهليته مما لا يستطيع الطرف الثاني تبين سببه ولو بذل في ذلك جهد الرجل المعتاد فإن هذا السبب لا يؤثر في صحة تصرفه). وهو نفس الاستثناء الذي جائت به المادة (2) من اتفاقيتي جنيف لسنة 1930 الخاصة بتنازع القوانين في الكمبياله والسند الاذني و1931 الخاصة بتنازع القوانين في الشيك.

4 الكسواني، عامر محمد: **مرجع سابق**. ص306.

5 اخضعت اتفاقية جنيف لسنة 1930 الخاصة بتنازع القوانين في الكمبيالة والسند الاذني شكل الالتزام الصرفي لقانون الدولة الدولة التي تم فيها حيث نصت الفقرة الاولى من المادة (3) على انه (يخضع شكل التعهدات الواردة في كمبيالة أو سند للأمر لقانون الدولة التي حررت هذه التعهدات في اقليمها). وبنفس النص جائت اتفاقية جنيف لسنة 1930 الخاصة بتنازع القوانين في الشيك حيث اشارة الفقرة الاولى من المادة (4) الى تطبيق القانون المحلي على شكل الالتزام ولكن مع وجود استثناء واحد وهو أنه يكفي مراعاة الشكل المطلوب في قانون دولة محل الوفاء. للمزيد راجع الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص678-679.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

اما فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على آثار الالتزام الصرفي فقد انقسم الفقه الى اتجاهين هما: قانون مكان نشوء الالتزام، وقانون مكان الوفاء يستعرضهما الباحث كما يأتي:

اولا: تطبيق قانون مكان نشوء الالتزام

يرى انصار هذا الاتجاه بتعدد القوانين واجبة التطبيق على الالتزامات التي تتضمنها الورقة التجارية، حيث يتم وفقا لهذا الرأي إسناد آثار كل تصرف على حدة لقانون الدولة الذي يحكم آثار هذا الالتزام الامر الذي يؤدي الى تعدد هذه القوانين بتعدد الالتزامات الواردة في الورقة.[1] وهذا إتجاه كرسته اتفاقيات جنيف لسنة 1930 و 1931 حيث يخضع التزام الساحب في الكمبيالة لقانون مكان الاصدار والتزام المظهر لقانون مكان التظهير والتزام المسحوب عليه لقانون مكان القبول.[2] فتظهير الورقة يخضع لقانون بلد التظهير.[3]وإنتقال الحق فيها فيخضع لقانون بلد الوفاء بها،[4]

ويستند انصار مذهب تعدد القوانين واجبة التطبيق على اثار الالتزام الصرفي بتعدد الالتزامات الى مجموعة من المبررات، أهمها هو أن مذهب التعدد يتفق ومبدأ استقلال التواقيع والذي مفاده أن كل توقيع بوصفه مصدرا لإلتزام بذاته ومستقل عن غيره من الالتزامات الاخرى فإذا كان احد الالتزامات باطلا فإن ذلك لايؤثر على صحة الالتزامات الأخرى ويكون المظهر ملتزما بوفاء قيمتها متى امتنع المدين الاصلي عن الوفاء.[5] وإنه يمكن الملتزم من الوقوف على مدى

---

1 المرجع السابق. ص682. انظر ايضا عبد العال، عكاشة: **مرجع سابق**. ص187. انظر نص المادة (4) من اتفاقية جنيف لسنة 1930، ونص المادة (5) من اتفاقية جنيف لسنة 1931.

2 هذا الموقف تبنته كل من اتفاقية جنيف المتعلقة بتنازع القوانين في الكمبيالة والسند الاذني المعقودة في سنة 1930، واتفاقية جنيف المتعلقة بتنازع القوانين في الشيك المعقودة سنة 1931. ومعنى ذلك تعدد القوانين بتعدد الالتزامات في السند التجاري. انظر ايضا الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**. ص478. انظر نص المادة (1/4) من اتفاقية جنيف والتي تنص على "تخضع آثار التزامات قابل الكمبيالة لقانون المكان الذي تكون فيه مستقلة الوفاء، وتخضع الآثار الناتجة عن توقيعات الملتزمين الآخرين في الكمبيالة لقانون الدولة التي أعطيت هذه التوقيعات في إقليمها."

3 الكسواني، عامر محمد: **مرجع سابق**. ص306.

4 سلامه، احمد عبد الكريم: **الوسيط في القانون الدولي الخاص السعودي**. مرجع سابق. ص548. عبد الله، عز الدين: **مرجع سابق**. ص414.

5 سامي، فوزي محمد: **شرح القانون التجاري**. "**الاوراق التجارية**". عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. ط1. ج1. 1999. ص9. انظر ايضا عبد العال، عكاشة: **مرجع سابق**. ص188.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التزامه بالرجوع الى القانون الاقرب اليه كقانون الدولة التي التزم فيها.[1] وقد وجهت انتقادات الى هذه النظرية لكونها تتجاهل الروابط بين الالتزامات الصرفية، إذ إن كل قانون قد ينص على نظام خاص بالرجوع عند عدم الايفاء بالورقة، مما يؤدي الى اخضاع هذا النظام الى تحديدات مختلفة باختلاف أمكنة التظهير هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن مكان التظهير لايكون واضحا دائما في الورقة، في حين أن الصفة المجردة للورقة تقضي بأن يسمح للجميع بالوقوف على قيمة الالتزامات التي تتضمنها، وهو ما يحققه قانون مكان الوفاء، فهنا يوجد دين واحد يفرض اخضاعه لقانون واحد، وإن تعدد القوانين التي تسري على آثار التزامات الموقعين على الورقة قد تؤدي إلى نتائج تتنافى مع مبادئ العدالة، فقد تجيز بعض القوانين التمسك بدفوع لاتجيز القوانين الاخرى التمسك بها الأمر الذي يترتب عليه أن يكون بعض الملتزمين في الورقة مجبرين على الوفاء بها دون أن يكون لهم حق الرجوع على ضامنيهم.[2] كما أن مذهب التعدد لايتفق مع مذهب الارادة المحتملة لأطراف الالتزام الصرفي، لأن ما يتفق وعناصر التركيز الحقيقية فيما يتعلق بالاوراق التجارية هو مكان الوفاء على اساس أن في هذا المكان يتحقق وجود الحق وتثار المنازعات وتتخذ الاجراءات التحفظية.[3]

ويرى الباحث أن الرأي الذي ينادي بإخضاع كل التزام في الورقة التجارية لقانون المكان الذي تم فيه يؤدي إلى التعقيد من حيث تزاحم قوانين كثيرة لحكم الورقة التجارية، إلا أن الباحث يختلف مع من يرى وجود دين واحد فالواقع يشير الى وجود أكثر من دين وليس دينا واحداً فهي سلسلة من الديون تنتقل من مدين الى دائن، ولكن يمكن اللجوء الى قانون بلد الوفاء لتفادي الدخول في دائرة تداخل القوانين مما يؤدي ذلك الى انكار العدالة.

ويستند الباحث الى أن التظهير يؤدي الى نشوء علاقة جديدة مستقلة تهم الآخرين بالدرجة الاولى، فمن آثار التظهير ينشأ مبدأ استقلال الالتزام الصرفي عن الالتزام الأساسي.[4] فاستقلال

---

1 صادق، هشام علي: **تنازع القوانين. مرجع سابق.** ص836.

2 منصور، سامي بديع و عبد العال، عكاشه: **مرجع سابق.** 316.

3 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص. مرجع سابق.** ص684.

4 منصور، سامي بديع و عبد العال، عكاشه: **مرجع سابق.** 315.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التواقيع في الالتزام الصرفي يشكل كل منها مصدراً لالتزام قائم بذاته ينفرد عن غيره من الالتزامات وهوما يقضي بتطهير الدفوع في الورقة التجارية.[1] وهذا يقودنا الى وجود أكثر من دين، كل واحد منها منفصل عن الآخر إلا أن الوعاء لهذه الديون هو واحد وهو الورقة التجارية لذلك يمكن التركيز على هذه الورقة لكونها تشكل محور العلاقة، ويقودنا ذلك الى احتمال آخر وهو تطبق قانون بلد الوفاء، ويرجح الباحث تطبيق قانون مكان الوفاء.

ثانيا: تطبيق قانون مكان الوفاء

يرى انصار هذا الرأي تطبيق قانون الدولة التي يتم فيها الوفاء على كل ما يتعلق بالوفاء وضماناته بصفة عامة وما يخص تنفيذ الالتزام الصرفي.[2] على أساس أنه المكان الذي تنشأ فيه المنازعات المتعلقة بها وهو المكان الذي يتم اتخاذ الاجراءات القضائية والتدابير الوقتية كالاجراءات التحفظية فيه، فهو المكان الذي يتم فيه القيام بالتنفيذ الجبري.[3] وهو المكان الأقرب للارادة الضمنية لكل من الساحب والحامل والمظهر والقابل، وهو المكان الذي تنتهي فيه حياة الورقة التجارية المثبتة للحق وينقضي فيه الحق ذاته.[4] ناهيك عن أنه يؤدي إلى تحقيق وحدة القانون الذي تخضع له الورقة.[5] وهو يتفق مع الأسباب التي على اساسها اعتمد قانون موقع المال في النظام العيني.[6] كما يؤدي إلى تلافي الصعوبات المترتبة على تطبيق قوانين متعددة إذ أن الورقة الاذنية وإن كانت تتضمن التزامات متعددة فهي ترد على دين واحد.[7] ناهيك عن أن مكان التظهير عادة لايظهر في الورقة، وبذلك يكون من المتعذر الوقوف على القانون الذي يحكم نشأة

---

1 منصور، سامي بديع: **مرجع سابق**. ص445.

2الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**.ص479.

3 عبد العال، عكاشة: **تنازع القوانين في الاوراق التجارية**. بيروت: الدار الجامعية. 1988. ص158. رياض، فؤاد عبد المنعم و راشد، ساميه: **مرجع سابق**. ص315. الكسواني، عامر محمد: **مرجع سابق**.ص306.

4 الكردي، جمال محمود: **مرجع سابق**.ص478.

5 عبد الله، عز الدين: **مرجع سابق**. ص414. عبد العال، عكاشة: **مرجع سابق**. ص158.

6 منصور، سامي بديع و عبد العال، عكاشه: **مرجع سابق**. 315.

7 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. **مرجع سابق**. ص686.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الالتزام الصرفي للمظهر، الأمر الذي لايتمكن معه الحامل أو الحملة المتعاقبون من معرفة ما لهم من حقوق إلا في مراحل لاحقة وبالتحديد عندما يعرض الأمر أمام القضاء.[1]

لذلك يؤيد الباحث الأخذ بهذا الرأي ويرى أنه موقع الاداء المميز لكون واقعة الوفاء تكون مركزة في هذا المكان ناهيك عن كونه المكان الذي تتجه اليه الارادة المفترضة.[2]

المسالة الثانية: موقف التشريعات المقارنة من القانون واجب التطبيق

لم تعالج التشريعات المقارنة ومشروع القانون المدني الفلسطيني مسألة القانون واجب التطبيق على الاوراق التجارية وهو أمر تمت معالجته في القانون الكويتي رقم (5) لسنة 1961، فقد تبنى المشرع الكويتي قانون بلد الوفاء وهذا واضح من خلال نص المادة (55) والتي تنص على (يسري على انتقال الكمبيالة والسند الأذني والشيك قانون بلد الوفاء). ولايوجد نص مشابه في القانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني، وكذلك شأن مجلة القانون الدولي الخاص التونسية، مع العلم أن اتفاقية جنيف لسنة 1930 بشأن مسائل تنازع القوانين المتعلقة بالكمبياله والسند الاذني قد جائت بحكم يعدّه الباحث في غاية من الاهمية فهي تخضع كل التزام بالسند لقانون البلد الذي تم فيه، وكذلك الامر بالنسبة للشيك وهذا واضح في نص المادة الثانية من اتفاقية جنيف لسنة 1931 الخاصة بالشيكات، إلا انه حل غير عملي على ارض الواقع، نظراً للأسباب التي تم ذكرها سابقاً، وليس من السهل اخضاع كل التزام لقانون البلد الذي تم فيه.

وبالرجوع الى نص المادة (23) من القانون المدني الأردني والتي تنص على (يسري قانون البلد الذي تقوم فيه الدعوى أو تباشر فيه إجراءاتها على قواعد الاختصاص وإجراءات التقاضي) فمن خلال هذا النص يبدو أن المشرع الاردني قد اخضع الإجراءات التحفظية والتنفيذية للمكان

---

1 عبد العال، عكاشة: **مرجع سابق**. ص158 وما بعدها.

[2] إذ غالبا مايكون مكان نشوء الالتزام عرضيا في حين يعتبر مكان الوفاء ثابتا ومعروفا ويمكن للغير بطبيعة الحال الوقوف عليه في جميع الاحوال. عبد العال، عكاشة: **مرجع سابق**. ص158.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه اجراءاتها لكونه المكان الذي تنشأ فيه المنازعات على افتراض أنه مكان الوفاء.[1].

ويرى الباحث أن ما ذهب اليه المشرع الكويتي من خلال تبنيه لقانون بلد الوفاء ليكون واجب التطبيق على الاوراق التجارية هو أمر توجبه سرعة تداولها، ويتلائم مع الطبيعة الخاصة التي تتمتع بها، وما تقتضيه الظروف بوجود نظام قانوني متجانس يحكمها ويحول دون تجزئة الالتزامات الواردة فيها.[2] لذلك يقترح الباحث تضمين التشريعات المقارنة بنصوص تعالج مسألة القانون واجب التطبيق على هذه الاوراق مراعية قانون بلد الوفاء على أساس أنه قانون الارادة الضمنية في حال عدم الاتفاق على قانون معين ليحكمها، فعلى سبيل المثال يمكن أن يكون النص (يسري على انتقال سند السحب، والكمبيالة والشيك قانون بلد الوفاء).[3]

المسألة الثالثة: نطاق القانون واجب التطبيق

يشمل نطاق القانون واجب التطبيق على الاوراق التجارية تحديد مدى صحة هذه الاوراق، ومدى توفر البيانات الجوهرية اللازمة، والجزاء المترتب على اغفالها، والشروط الشكلية والموضوعية لصحتها، ويحكم أيضا شروط صحة تداولها وتظهيرها وانتقالها من ذمة الى ذمة اخرى، وبيان الاثار المترتبة عليها من حيث استلام قيمتها وبراءة ذمة منشئها أو انتهاء الالتزام الصرفي بكامله.[4] وأحكام تقديم الورقة للقبول وشروطه أما الشروط الموضوعية والشكلية لقيام القبول فتخضع لقانون محل وقوع القبول.[5] والقبول الجزئي يخضع لقانون الدولة التي تكون فيها فيها

---

1 الصانوري، مهند احمد: **مرجع سابق**. ص194. ويقابل ذلك نص المادة (30) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والتي تنص على انه (يسري قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات على قواعد الاختصاص وإجراءات التقاضي).

2 الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص688.

3 وهو مشابه لنص المادة (55) من القانون الكويتي رقم (5) لسنة 1966.

4 الكسواني، عامر محمد: **مرجع سابق**.ص306.

5 منصور، سامي بديع: **مرجع سابق**. ص446.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الورقة مستحقة الوفاء.[1] والقبول بالواسطة والذي يكون بمثابة كفيل أو ضامن احتياطي فهناك أكثر من رأي بخصوصه، إلا أن الراجح لدى الفقه المصري هو خضوعه لقانون محل إعطاء الضمان.[2]

زيادة على ما سبق فإن القانون واجب التطبيق يحكم ايضا الرهن وإيداع هذه الاوراق في الحساب الجاري وهو الذي يحكم الاجراءات التي تتخذ في حال السرقة أو الضياع.[3] كما يحكم ايضا الاجراءات القضائية المتبعة للمطالبة القضائية ورفع الدعاوى المتعلقة بها.[4]

ويجب الاشارة الى أنه يخرج من نطاق القانون واجب التطبيق على الاوراق التجارية مسألتي الاهلية والشكل، كما هو واضح في التشريعات المقارنة هو خضوع الاهلية للقانون الشخصي، والشكل لمكان الإبرام.

أخيراً يبدو أن القانون الكويتي رقم 5 لسنة 1961 م والمتعلق بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي قد تميز بمعالجته لموضوع الأموال المعنوية والثابتة في أوراق قابلة للتداول بشكل واضح ودقيق أكثر من نظرائه التشريعات المقارنة، لذلك يرى الباحث أن يتم أخذ هذا القانون بعين الاعتبار عند صياغة التشريع الفلسطيني المرتقب فيما يتعلق بالاوراق القابلة للتداول. ومن جهة أخرى يرى الباحث ضرورة البدء بالاجراءات اللازمة للإنضمام للمعاهدات الدولية الناظمة لهذا المجال.

---

1 المادة (7) من اتفاقية جنيف لسنة 1930.

2 منصور، سامي بديع: **مرجع سابق**. ص447.

3 عبد الرحمن، جابر جاد: **مرجع سابق**. ص532 ، ص533.

4 عبد الكريم، ممدوح: **مرجع سابق**.ص160.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الخاتمة

وفي ختام هذه الرسالة ومن خلالها فقد خلص الباحث الى النتائج والتوصيات الآتية:

النتائج

1- يرى الباحث أن مشروع القانون المدني الفلسطيني لم يكن دقيقا في معالجته لمسألة التنازع المتغير، فقد جاء نص المادة (26) مناقضا لبعضه، ولم تكن دقيقة بالشكل الذي جائت به المادة (19) من القانون المدني الأردني والتي اخضعت الحقوق العينية الواردة على المنقول لقانون الموقع الذي نشأة بمقتضاه.

2- لم يعالج القانون المدني الاردني و مشروع القانون المدني الفلسطيني القانون واجب التطبيق على المنقول المسجل والبضائع المشحونة على غرار مجلة "القانون الدولي الخاص" التونسية التي خصت المنقول المسجل بقاعدة اسناد خاصة واخضعته لقانون مكان التسجيل، كما اخضعت البضائع المشحونة لقانون المكان الذي توجد فيه، بينما اقتصر النص في القانون المدني الاردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني على المنقول فقط دون التطرق لماهية المنقول فيما اذا كان مسجلا أو غير مسجل.

3- لم تعالج التشريعات المقارنة القانون واجب التطبيق على حقوق الملكية الفكرية بقواعد إسناد خاصة على غرار المشرع الكويتي والذي عالجها في نصوص المواد (57) و (58) من القانون الكويتي رقم (5) لسنة 1961 بشأن تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الاجنبي.

4- لم يعالج مشروع القانون المدني الفلسطيني وكذلك الحال بالنسبة للقانون المدني الاردني مسألة انقضاء الدين بالمقاصة على غرار مجلة القانون الدولي الخاص التونسية، والتي عالجتها في نص الفصل (66) الذي اخضع إنقضاء الدين بالمقاصة للقانون المنطبق على ذلك الدين.

5- إعتدت مجلة "القانون الدولي الخاص" التونسية بمكان وقوع الفعل الضار ومكان تحقق الضرر كضوابط اسناد بخصوص المسؤولية التقصيرية، كما أنها أتاحت مجالًا للاتفاق بين الاطراف على القانون واجب التطبيق على الفعل الضار بعد وقوعه، وهو امر ليس له مثيل

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

في مشروع القانون المدني الفلسطيني والمدني الاردني، اللذين اعتمدا مكان وقوع الفعل الضار فقط، ولم ينصا على امكانية اتفاق الاطراف على القانون واجب التطبيق بعد وقوع الفعل الضار. كما أنها اتاحت المجال تطبيق قانون دولة الموطن المشترك للمتسبب والمتضرر، وهذه الضوابط تشير إلى المرونة التي توخاها المشرع التونسي لتحقيق العدالة وسهولة اختيار القانون الملائم لحكم العلاقة.

6- جاء مشروع القانون المدني الفلسطيني متأثرة بشكل كبير بالقانون المدني الاردني ولم تراعي بعض الاختلافات مابين الوضعين، إذ تعدّ الاردن طرفا في عدة اتفاقيات دولية من بينها اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية، واتفاقية التريبس (اتفاقية الجوانب المتصلة لحماية الملكية الادبية والفنية)، واتفاقيات جنيف لسنة 1930 و 1931 والمتعلقة بالاوراق التجارية، وهذه الاتفاقيات تسد بعض الثغرات التي لم يعالجها القانون المدني الاردني بخصوص القانون واجب التطبيق على حقوق الملكية الفكرية والديون الثابتة في اوراق قابلة للتداول، وهو أمر ليس له مثيل في الوضع الفلسطيني، ففلسطين ليست طرفا في هذه المعاهدات الدولية.

7- لم تعالج التشريعات المقارنة مسألة القانون واجب التطبيق على الديون الثابتة في اوراق قابلة للتداول، وكذلك الامر لم تعالج القانون واجب التطبيق على العقود المتعلقة بتداول الاوراق المالية في البورصات، علما أن القانون الكويتي رقم (5) لسنة 1961 كان موفقا اكثر من القوانين المقارنة في معالجته لموضوع ألأموال المعنوية والثابته في اوراق بشكل واضح ودقيق في نصوص المواد (53، 54، 55، 56).

8- عالجت مجلة "القانون الدولي الخاص" التونسية العقود المبرمة بخصوص الملكية الفكرية، وكذلك الأمر حقوق الملكية الفكرية المنبثقة عن عقد العمل وهو امر لم يعالجه القانون المدني الاردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني.

9- اجمعت التشريعات المقارنة على خضوع العقد لقانون الارادة، ولكن المشرع التونسي تميز عنها بضابط الاسناد الاحتياطي، والمتمثل بخضوع العقد لقانون دولة مقر الطرف الذي يكون التزامه مؤثرا في تكييف العقد، إذ من الواضح أنه تبنى نظرية الأداء المميز وهو أمر

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ليس له مثيل في المدني الاردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني، كما أن كلًا من المدني الاردني ومسودة مشروع القانون المدني الفلسطيني لم تتبنى نصا يعالج مسألة العقود المبرمة والتي يكون أحد طرفيها شخصًا معنويًا على غرار ما جاء في مجلة القانون الدولي الخاص التونسية، لكن المشرع التونسي اغفل عن معالجة الحالة التي يكون فيها للشخص المعنوي أكثر من مؤسسة، وهو أمر عالجته التشريعات الأخرى كالقانون النمساوي الذي عدَّ القانون واجب التطبيق في هذه الحالة قانونَ المؤسسة التي يتم عن طريقها العقد.

10- إن مجلة "القانون الدولي الخاص" التونسية كانت أكثر دقة من القانون المدني الاردني ومسودة مشروع القانون المدني الفلسطيني فيما يتعلق بنطاق القانون الذي يحكم العقد حيث افردت نصا خاصا يعالج مسألة نطاق القانون واجب التطبيق على العقد الأمر الذي لم يعالجه المدني الاردني ومسودة مشروع القانون المدني الفلسطيني.

11- لم تعالج التشريعات المقارنة حالة تغير القانون الذي يحكم الرابطة العقدية، بسبب اختيار المتعاقدين اللاحق لقانون العقد، مما يؤدي إلى تغيير القانون المختص وانصراف آثار هذا التغيير بأثر رجعي الى وقت التعاقد.

التوصيات

1-اعادة صياغة نص المادة (26) من مشروع القانون المدني الفلسطيني فيما يتعلق بالتنازع المتغير على غرار نص المادة (19) من القانون المدني الاردني، بحيث يصبح القانون الواجب التطبيق في حالة التنازع المتغير قانون موقع المنقول وقت تحقق الوقائع التي يؤسس عليها الكسب أو الفقد، كما يجب معالجة مسألة التأمينات العينية في التشريعات المقارنة. حيث يمكن الإستعانة بالنص التالي: (1- يسري على كسب وفقد الحقوق العينية وكذلك التأمينات العينية التي ترد على المنقولات قانون موقعها وقت تحقق الوقائع التي يؤسس عليها الكسب أو الفقد).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

2- ادراج نص في مشروع القانون المدني الفلسطيني يعالج مسألة القانون واجب التطبيق على البضائع المشحونة والمنقول المسجل على غرار المشرع التونسي والذي أخضع المنقول المسجل لقانون مكان التسجيل والبضائع المشحونة للمكان الذي توجد فيه.

3- تبني نص المادة (58) من القانون الكويتي رقم (5) لسنة 1961 المتعلق بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي والتي تنص على أنه (يسري على براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات التجارية، والاسم التجاري قانون موقعها. ويعدّ موقع براءة الاختراع البلد الذي منحها، وموقع الرسم والنموذج الصناعي البلد الذي أودع أو سجل فيه، وموقع العلامة التجارية بلد منشأة الاستغلال، وموقع الاسم التجاري بلد المركز الرئيسي للمحل التجاري). واعتماد بلد الحماية كضابط اسناد بخصوص القانون واجب التطبيق على حق المؤلف.

4- يقترح الباحث ادراج نص في كل من المدني الاردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني يعالج مسألة انقضاء الدين بالمقاصة على غرار مجلة "القانون الدولي الخاص" التونسية والتي عالجتها حيث اخضعت إنقضاء الدين بالمقاصة للقانون المنطبق على ذلك الدين.

5- تضمين نصوص التشريع الفلسطيني المرتقب فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على المسؤولية غير العقدية قواعد اسناد على غرار مجلة القانون الدولي الخاص التونسية بحيث تتضمن هذه القواعد مايأتي:

أ. إتاحت المجال امام الاطراف الاتفاق على القانون واجب التطبيق على الفعل الضار بعد وقوعه.

ب. امكانية المتضرر بالمطالبة بتطبيق قانون دولة مكان وقوع الضرر في الحالة التي يقع فيها الفعل الضار في دولة وينتج الضرر في دولة اخرى.

ت. اعتماد الموطن المشترك للمتسبب والمتضرر كضابط اسناد.

6- البدء في اجراءت انضمام فلسطين لمجموعة من الاتفاقيات الدولية ومن بينها واتفاقية باريس الخاصة بحماية الملكية الصناعية، واتفاقية التريبس (اتفاقية الجوانب المتصلة لحماية الملكية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفكرية)، وذلك في ظل غياب قانون فلسطيني يعالج مسألة القانون واجب التطبيق على الملكية الفكرية بشكل خاص والاموال بشكل عام، لتكون بديلا مؤقتا لحين صدور التشريع الفلسطيني المرتقب.

7- يقترح الباحث أن يتم اخذ القانون الكويتي رقم 5 لسنة 1969 بعين الاعتبار عند صياغة التشريع الفلسطيني المرتقب فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على الاوراق القابلة للتداول كالاسهم والسندات والاوراق التجارية، وتخصيص قاعدة اسناد تعالج مسألة القانون واجب التطبيق على هذه الاوراق والعقود المتعلقة بتداولها. بحيث يتم اخضاع العقود التي تتم في البورصات والاسواق المالية لقانون الدولة التي يوجد فيها مقر البورصة، والاوراق المالية لحاملها لقانون موقعها وقت تحقق السبب المكسب للحق الثابت فيها، والاوراق المالية الاسمية لقانون الهيئة التي اصدرتها، والاوراق التجارية لقانون بلد الوفاء.

8- تضمين كل من القانون المدني الاردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني بنص يعالج العقود المبرمة بخصوص الملكية الفكرية، وكذلك الامر حقوق الملكية الفكرية المنبثقة عن عقد العمل على غرار مجلة القانون الدولي الخاص التونسية بحيث يتم اخضاع العقد المتعلق بحقوق الملكية الفكرية في ظل غياب قانون الارادة لضابط اسناد احتياطي وهو قانون موطن الطرف الذي تنازل عن حق الملكية الفكرية، وحقوق الملكية الفكرية المنبثقة عن عقد العمل للقانون واجب التطبيق على عقد العمل.

9- ابقاء قانون الارادة كضابط اسناد اول فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على العقود ويقترح الباحث اعتماد نظرية الاداء المميز كضابط اسناد احتياطي في التشريع الفلسطيني المرتقب وتبني نصا مشابها لما ورد في اتفاقية روما مراعيا الاعتبارات المتعلقة بالمنقول. فهذه النظرية تتلائم وطبيعة المعاملات الالكترونية والتقليدية. ويحبذ الباحث تضمين نصوص التشريع المرتقب نصا يشير الى القانون واجب التطبيق على العقود المبرمة والتي يكون احد طرفيها شخصا معنويا كما هو الحال بالنسبة لاتفاقية روما لعام 1980 بحيث يطبق قانون البلد الذي تقع فيه المؤسسته الرئيسية للبائع، وإذا كان التقديم المميز حسب العقد يقدم من المؤسسة غير الرئيسية فإن القانون الأصلح هو قانون الدولة التي توجد فيها هذه المؤسسة،

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إذا كان العقد مبرما في ممارسة النشاط المهني للبائع. كما يجب ان يتضمن النص كل من آثار أثار العقد وتكوينه. ويقترح الباحث ان يكون النص كالآتي: (1-يسري على الشروط الموضوعية للعقد وما يترتب عليه من آثار قانونية القانون الذي اتجهة إليه الارادة صراحة أو ضمنا 2-وفي حال غياب قانون الارادة فإن قانون دولة الموطن المشترك للمتعاقدين هو الواجب التطبيق مالم يتبين أن قانون آخر اكثر ارتباطا وصلة بالعقد3-واذا ابرم العقد في اطار نشاط مهني أو تجاري فإن قانون الدولة التي يوجد فيها مقر المؤسسة هو الواجب تطبيقه).

10- تبني كل من القانون المدني الاردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني نصا يحدد نطاق القانون واجب التطبيق على العقد على غرار مجلة القانون الدولي الخاص التونسية.

11- تبني التشريعات المقارنة نصا يعالج حالة تغير القانون الذي يحكم الرابطة العقدية بسبب اختيار المتعاقدين اللاحق لقانون العقد مع مراعاة سريان القانون الجديد بحق المتعاقدين على ان يراعى حقوق الغير التي يجب الا تتأثر بالتغيير اللاحق لقانون العقد، كما هو الحال بالنسبة للتنازع المتغير.

12- قيام دولة فلسطين بإبرام اتفاقيات دولية ثنائية تهدف الى تبني قواعد اسناد منصفة للفلسطينيين في الداخل والخارج.

13- العمل على اصدار قانون مدني فلسطيني وقوانين خاصة تتلائم مع العصر الحالي ومن بينها قانون لحماية حق المؤلف والملكية الصناعية والتجارية، ومراجعة القوانين السارية في فلسطين والتي تعالج نظام الاموال بشكل عام.

14- في ظل المستجدات والمتغيرات التي نعيشها في هذا العصر فقد يصعب الاحاطة بالقانون واجب التطبيق على نظام الاموال بشكل تام، لذلك لابد من التسهيل على قاضي الموضوع بترك نوع من المرونه في تحديد القانون واجب التطبيق بتضمين القانون المدني نصوصا تسمح بالرجوع لمبادئ القانون الدولي الخاص والمعاهدات الدولية والاعراف الدولية لتحديد القانون واجب التطبيق في مجال ما لم يعالج في التشريع الفلسطيني المرتقب.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

مجلة القانون الدولي الخاص التونسية لسنة 1998.

القانون المدني الاردني رقم (43) لسنة 1976.

القانون الكويتي رقم (5) لسنة 1961 بشأن تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الاجنبي.

قانون الأوراق المالية الفلسطيني رقم (12) لسنة 2004.

القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

قانون التجارة الاردني رقم (12) لسنة 1966.

قانون التصرف في الأموال غير المنقولة رقم (49) لسنة 1953 .

قانون العلامات التجارية الأردني رقم (33) لسنة 1952.

قانون العلامات التجارية الأردني رقم (33) لسنة 1999.

القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.

قانون الملكية الادبية والفنية التونسية رقم 36 لسنة 1994.

قانون المنافسة غير المشروعة الأردني رقم (15) لسنة 2000.

قانون امتيازات الاختراعات والرسوم قانون رقم (22) لسنة 1953.

قانون براءات الاختراع رقم (32) لسنة 1999 الاردني والمعدل بالقانون رقم (22) لسنة 2007.

قانون تسوية الأراضي والمياه رقم (40) لسنة 1952 .

قانون حق الطبع والتأليف البريطاني رقم (16) الصادر سنة 1911 المطبق في فلسطين بموجب مرسوم سنة 1924 الذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 1924/3/21.

القانون الدولي الخاص والاجراءات التركي رقم 5718 لسنة 2007.

القانون الدولي الخاص الروماني رقم (105) لسنة 1992.

قانون حماية حق المؤلف الاردني رقم 22 لسنة 1992 والمعدل بالقانون رقم (52) لسنة 2001.

مجلة الاحكام العدلية الصادره سنة 1876.

قانون العقوبات الاردني رقم (16) لسنة 1960.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانياً: المراجع

ابو بكر، محمد خليل يوسف: **حق المؤلف في القانون**.المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع. لبنان. بيروت.2008.

الاسدي، عبد الرسول عبد الرضا: **احكام التنازع الدولي للقوانين**، منشورات الحلبي الحقوقية: لبنان بيروت.2012.

الأصبحي، مصطفى ياسين محمد: **القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية المتصلة بأسواق الأوراق المالية ذات الطابع الدولي**. المكتب الجامعي الحديث.2010.

الأصبحي، ياسين محمد حيدر: **حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص**. الإسكندرية: المكتب الجامعي الحديث.ط1. 2007.

البستاني، سعيد يوسف: **القانون الدولي للأسناد التجارية**. منشورات الحلبي الحقوقية.

العكيلي، عزيز عبد الامير: **الأوراق التجارية**. عمان: دار مجدلاوي للنشر والتوزيع. ط1. 1993.

توام، رشاد و جعوان، طوافشه، عزام وجعوان، سعاد:**الإيداع القانوني وفقا لتشريعات حق المؤلف: نحو نظام فلسطيني خاص وفعال. مجلة سياسات**. رام الله: مؤسسة الايام. 2010.

جمال الدين، صلاح الدين: **تنازع القوانين**. الاسكندرية: دار الفكر الجامعي. ط2. 2007.

الحلايشه، عبد الرحمن احمد جمعه: **شرح القانون المدني الاردني آثار الحق الشخصي. (احكام الالتزام)**. عمان: دار وائل للنشر. ط1. 2006.

حمدالله، محمد حمدالله: **الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية**، القاهرة: دار النهضة العربية.1997.

خاطر، نوري حمد: **شرح قواعد الملكية الفكرية الملكية الصناعية (دراسة مقارنة في القوانين الاردني والاماراتي والفرنسي)**. عمان: دار وائل للنشر. الطبعة الاولى.2005.

الداودي، غالب علي:**القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)**. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. ط1. 2011.

دواس، امين رجا رشيد: **تنازع القوانين في فلسطين**. نابلس: دار الشروق للنشر والتوزيع. ط1. 2001.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

رياض، فؤاد عبد المنعم و راشد، ساميه: **تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الاحكام الاجنبية**. القاهره: دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع. 1994.

سلامة، احمد عبد الكريم: **القانون الدولي الخاص (الجنسية والمواطن ومعاملة الاجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية)**. الطبعه الاولى. القاهره: دار النهضة العربية.

سلامه، احمد عبد الكريم: **القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص**. القاهره: دار التهضة العربية. 1985.

سلامه، احمد عبد الكريم: **الوسيط في القانون الدولي الخاص السعودي**. الرياض: النشر والمطابع جامعة الملك سعود.1998.

سلامه، احمد عبد الكريم: **علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع**. المنصورة: مطبعة النسر الذهبي مكتبة الجلاء. ط1. 1996.

سلطان، ناصر محمد عبد الله: **حقوق الملكية الفكرية**. الشارقه: مكتبة الجامعه. ط1. 2009.

السنهوري، عبد الرازق احمد: **شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات (نظرية العقد)**. بيروت : المجمع العلمي العربي الاسلامي منشورات محمد الدايه.

السنهوري، عبد الرزاق احمد: **الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية)**. القاهره: دار النهضة العربية. ج8 .1967.

الشاوي، خالد: **الاوراق التجارية في التشريعيين الليبي والعراقي**. لبنان. مطابع دار القلم. ط2. 1974.

الشرقاوي، محمود سمير: **العقود التجارية الدولية (دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع)**. القاهره: دار النهضة العربية. ط2. 2002.

صادق، هشام علي: **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية**.الاسكندرية: دار الفكر الجامعي. ط2. 2001.

صادق، هشام علي: **تنازع القوانين (دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري)**. الاسكندريسة: منشأة المعارف. ط3. 1993.

الصانوري، مهند احمد: **القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة في تنازع القوانين**. الطبعة الاولى. عمان: دار وائل للنشر.2011.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الصدة، عبد المنعم فرج: **محاضرات في القانون المدني**. معهد البحوث والدراسات العربية. مصر .(ط.بلا). 1967.

صرخوه، يعقوب يوسف: **النظام القانوني للعلامات التجارية**. الكويت: مطبعة ذات السلاسل. مطبوعات جامعة الكويت. 1992.

عبابنه، علاء الدين محمد ذيب: **تنازع القوانين في العقد الالكتروني الدولي**. البحرين: مؤسسة فخراوي للدراسات والنشر. ط2. 2009.

عبد الرحمن، جابر جاد: **تنازع القوانين**. القاهرة: دار النهضة العربية.1969.

عبد الرحمن، عبد الرحيم عنتر: **براءة الاختراع ومعايير حمايتها**. الاسكندرية: دار الفكر الجامعي. ط1. 2009.

عبد الرحيم، ممدوح: **القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)**.عمان:دار الثقافة للنشر والتوزيع.2005.

عبد العال، عكاشة: **تنازع القوانين في الاوراق التجارية**. بيروت: الدار الجامعية. 1988.

عبد العال، عكاشة: **تنازع القوانين**. الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة. ط1. 2007.

عبد الكريم، ممدوح: **القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)**. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2005.

عبد الله، عز الدين: **القانون الدولي الخاص**. القاهره: دار النهضة العربية. الجزء الثاني. ط7. 1974.

العبيدي، عباس مرزوق فليح: **الاكتتاب في رأس مال الشركات المساهمة**. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1998.

عرموش، ممدوح عبد الكريم حافظ: **القانون الدولي الخاص (الاردني والمقارن)**. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. ج1. 1998.

فهمي، محمد كمال: **اصول القانون الدولي الخاص**. الاسكندرية: مؤسسة الثقافة الجامعية. 2006.

فوده، عبد الحكم: **الاوراق التجارية**. الاسكندرية: دار الفكر الجامعي.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

سامي، فوزي محمد: **شرح القانون التجاري**. "**الاوراق التجارية**". عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. ط1. ج1. 1999.

القيلوبي، سميحة: **المحل التجاري**. القاهرة: دار النهضة العربية. 1989.

الكردي، جمال محمود: **تنازع القوانين**. القاهره: دار النهضة العربية.2005.

الكسواني، عامر محمد: **موسوعة القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)**. ط1. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2010

كنعان، نواف: **حق المؤلف (النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته)**. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. ط1. الاصدار الخامس.2009.

مأمون، عبد الرشيد وعبد الصادق، محمد سامي :**حقوق المؤلف والحقوق المجاورة في ضوء قانون حماية حقوق الملكية الفكرية الجديد رقم 82 لسنة 2002 الكتاب الأول حقوق المؤلف** . بدون بلد نشر .دار النهضة العربية 2004 .

مأمون، عبد الرشيد :**الحق الأدبي للمؤلف النظرية العامة وتطبيقاتها** .ب.ط .القاهرة :دار النهضة العربية. 1978.

محمد، أشرف وفا: **تنازع القوانين في مجال التقادم**. القاهره: دار النهضة العربية. ط1. 2006.

محمد، السيد خلف: **إيجار وبيع المحل التجاري**. ط2. المنصورة: دار الفكر والقانون.1996.

المصري، محمد وليد: **الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة للقانون الأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي**. عمان: الحامد للنشر والتوزيع. ط1. 2002.

منصور، سامي بديع : **الوسيط في القانون الدولي الخاص (تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة)**. بيروت: دار العلوم العربية. ط1. 1994.

منصور، سامي بديع و عبد العال، عكاشه: **القانون الدولي الخاص**. بيروت: الدار الجامعية. 1995.

هارون، جمال : **الحماية المدنية للحق الأدبي للمؤلف في التشريع الأردني دراسة مقارنة**، ط .1 عمان : دار الثقافة ،2006.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الهداوي، حسن: **تنازع القوانين (المبادىء العامة والحلول الوضعية في القانون الاردني)**. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. ط2. 1997.

هوزيه، فانسان: **المطول في العقود (بيع السلع الدولي)**. بيروت: مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع. ط1 .2005.

ياقوت، محمود محمد: **حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي**. الاسكندرية: منشأة المعارف. 2000.

ثالثا: الدوريات

مجلة نقابة المحاميين الأردنيين، لسنة 1991. ص1038.

مجلة نقابة المحاميين الأردنيين، لسنة 1954. ص357.

ثالثاً: المنشورات

خالد، فلاس: القانون الواجب التطبيق على الاموال المعنوية في مجال القانون الدولي الخاص. بحث منشور على الرابط http://www.marocdroit.com/ . تاريخ الزيارة 2014/6/10 الساعة 10:00 صباحاً.

المراشده، ماجد احمد: الترخيص الإتفاقي باستغلال براءة الإختراع. بحث منشور على الرابط http://www.startimes.com. تاريخ الزيارة 2014/4/10 الساعة 9:00 صباحاً.

الجازي، عمر مشهور حديثة: المبادئ الأساسية لقانون حق المؤلف بين النظرية والتطبيق.2004. كلية الحقوق الجامعة الاردنية. بحث منشور على الرابطwww.jcdr.com . ص3. 2014/5/5 الساعة12:00 مساءً.

مصطفى، احمد عبد الله: حقوق الملكية الفكرية والتأليف في بيئة الانترنت، العدد 21، 2009، والمنشور على الموقع ttp://www.journal.cybrarians.org/ تاريخ الزيارة 2014/6/10. الساعة 10:30 صباحاً.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

رابعاً: الاتفاقيات الدولية

الاتفاقية الخاصة بالبيوع ذات الطابع الدولي للمنقولات المادية الذي اقره مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص سنة 1955.

/http://www.jus.uio.no/lm/hcpil.applicable.law.sog.convention.1955

اتفاقية (التريبس) وهي الاتفاقية المتعلقة بالجوانب التجارية لحقوق الملكية الفكرية والتي تحدد المعايير الدنيا للقوانين المتعلقة بالعديد من أشكال الملكية الفكرية. والمنشورة على الرابط

www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/trips

اتفاقية الرياض للتعاون القضائي الدولي لعام 1983والمنشورة على الرابط

http://adala.justice.gov.ma/production/Conventions/ar/Conv_Arabe

اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية لسنة 1883 والتي كان اخر تعديلاتها عام 1979 والمنشورة على الرابط

http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/ar/ip/paris

اتفاقية بيرن لسنة 1886 والتي كان اخر تعديلاتها عام 1979 والمنشورة على الرابط

http://www.wipo.int/wipolex/ar/wipo_treaties/text.

اتفاقية جنيف المتعلقة بتنازع القوانين في الشيك المعقودة سنة 1931.

http://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/09/9-03/law-cheques.xml

اتفاقية جنيف المتعلقة بتنازع القوانين في سند السحب والسند الاذني المعقودة في سنة 1930،

http://www.jus.uio.no/lm/bills.of.exchange.and.promissory.notes.convention

اتفاقية روما لسنة 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والمنشورة على الرابط http://www.jus.uio.no/lm/ec.applicable.law.contracts

اتفاقية فينا لسنة 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع.

http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

خامساً: مواقع الانترنت

بوابة العدل في تونس http://www.e-justice.tn/index.php?id=36

القوانين الاردنية http://homatalhaq.com/view_categories.php?sc_id=42&sc

القوانين السارية في فلسطين http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation

القوانين العراقية http://iraq-lg-law.org/.

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

An-Najah National University
Faculty of Graduates Study

Law Applicable To Movable Immovable and Moral Properties

A Comparative Study

By
Radi Nabieh Radi Alawnih

Supervised by
Dr. Amjad Hassan

This Thesis is Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Master of praivet law, Faculty of Graduates Study, An Najah National University, Nablus, Palestine.
2015

www.manaraa.com

Law Applicable To Movable Immovable and Moral Properties
A Comparative Study

By
Radi Nabieh Radi Alawnih
Supervised by
Dr. Amjad Hassan

Abstract

This studsy investigated the law applicable to money from the jurisprudence and legislation perspective the extent of sufficiency of the referency rule that approached this issue within a comparative study of the palestinian civil law draft and the contrastive legislations including the Jordanian civil law,the Tunisian special international law gazette and referrhing more than often to the Kuwaiti act NO.(5) of year 1961 related to organize the legal relationships of foreign parties other laws.

The present study is divided to a preface and two chapters .in the preface, it has been referred to the special international law and its significance in settling disputes that include a foreign party through reference rule. Arefernce has also been made to adjustment transferring, and the position of the contrastive legislations towads them.in the first chapter, the researcher investigated the law applicable to physical monies and the law applicable to realty subject to the location law, justifications, the extent of the applicable law, and then the position of the contrastive legislation regarding this rule. In the second section of first chapter the researcher investigated the law applicable to the physical movable to demonstrate the stand of jurisprudence regarding the law applicableto the physical movable to demonstrate the stand of jurisprudence regarding the

www.manaraa.com

law applicable to the physical movable and to what extent it is subject to the law of its location and the exceptionsin this regard. In the same section, the reasearcher approached the position of the contrastive legaislations regarding the law applicable to the physical movable and its range.

The second chapter focuses on law applicable to the intangible money. This chapter is divided to three sections. In the first section, researcher approached the law applicable to the author's right and the relative stand of jurisprudence and contrastive legislations. In the second section, the researcher discussed the law applicable to industrial and commercial property.in the third section, the researcher discussed the law applicable to debts and fixied debts in securities, By referring to the relative stand of jurisprudence and contrastive legislations.

In this study, the research attempted to demonstate his opinion in the issue wherever it is permissible.

In the conclusion, the researcher reached some findings and supplied some recommendations that he reached in the study. The most significant of them are: the contrastive legislations do not treat the issue of fixied debts insecurities in particular and the Intangible rights in general in addition to weakness in some reference rules that approach the law applible to money in generalto determine the applicable law.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com