المعهد القومى للملكية الفكرية
The National Institute of Intellectual Property
Helwan University, Egypt

المجلة العلمية للملكية الفكرية وإدارة الابتكار

دورية نصف سنوية محكمة يصدرها

المعهد القومي للملكية الفكرية

جامعة حلوان

الكتاب الأول

ديسمبر ٢٠١٩

الهدف من المجلة:

تهدف المجلة العلمية للملكية الفكرية وإدارة الابتكار إلى نشر البحوث والدراسات النظرية والتطبيقية فى مجال الملكية الفكرية بشقيها الصناعي والأدبي والفني وعلاقتها بإدارة الابتكار والتنمية المستدامة من كافة النواحي القانونية والاقتصادية والادارية والعلمية والأدبية والفنية.

ضوابط عامة:

- تعبر كافة الدراسات والبحوث والمقالات عن رأى مؤلفيها ويأتي ترتيبها بالمجلة وفقا لإعتبارات فنية لا علاقة لها بالقيمة العلمية لأى منها.
- تنشر المقالات غير المحكمة (أوراق العمل) فى زاوية خاصة في المجلة.
- تنشر المجلة مراجعات وعروض الكتب الجديدة والدوريات.
- تنشر المجلة التقارير والبحوث والدراسات الملقاه في مؤتمرات ومنتديات علمية والنشاطات الأكاديمية في مجال تخصصها دونما تحكيم في أعداد خاصة من المجلة.
- يمكن الاقتباس من بعض مواد المجلة بشرط الاشارة إلى المصدر.
- تنشر المجلة الأوراق البحثية للطلاب المسجلين لدرجتى الماجستير والدكتوراه.
- تصدر المجلة محكمة ودورية نصف سنوية.

ألية النشر فى المجلة:

- تقبل المجلة كافة البحوث والدراسات التطبيقية والأكاديمية في مجال حقوق الملكية الفكرية بكافة جوانبها القانونية والتقنية والاقتصادية والادارية والاجتماعية والثقافية والفنية.
- تقبل البحوث باللغات (العربية والانجليزية والفرنسية).
- تنشر المجلة ملخصات الرسائل العلمية الجديدة، وتعامل معاملة أوراق العمل.
- يجب أن يلتزم الباحث بعدم إرسال بحثه إلى جهة أخرى حتى يأتيه رد المجلة.
- يجب أن يلتزم الباحث بإتباع الأسس العلمية السليمة في بحثه.
- يجب أن يرسل الباحث بحثه إلى المجلة من ثلاثة نسخ مطبوعة، وملخص باللغة العربية أو الانجليزية أو الفرنسية، فى حدود ٨ ـ ١٢ سطر، ويجب أن تكون الرسوم البيانية والإيضاحية مطبوعة وواضحة، بالإضافة إلى نسخة إلكترونية Soft Copy، ونوع الخط Romanes Times New ١٤ للعربى، و١٢ للانجليزي على B5 (ورق نصف ثمانيات) على البريد الالكتروني: ymgad@niip.edi.eg
- ترسل البحوث إلى محكمين متخصصين وتحكم بسرية تامة.
- في حالة قبول البحث للنشر، يلتزم الباحث بتعديله ليتناسب مع مقترحات المحكمين، وأسلوب النشر بالمجلة.

مجلس إدارة تحرير المجلة	
أ.د. ياسر محمد جاد الله محمود	أستاذ الاقتصاد والملكية الفكرية وعميد المعهد القومي للملكية الفكرية (بالتكليف) -رئيس تحرير المجلة
أ.د. أحمد عبد الكريم سلامة	أستاذ القانون الدولي الخاص بكلية الحقوق بجامعة حلوان والمستشار العلمي للمعهد – عضو مجلس إدارة تحرير المجلة
أ.د. وكيل المعهد للدراسات العليا والبحوث	سكرتير تحرير المجلة
أ.د. جلال عبد الحميد عبد اللاه	أستاذ الهندسة الانشائية بكلية الهندسة بالمطرية بجامعة حلوان - عضو مجلس إدارة تحرير المجلة
أ.د. هناء محمد الحسيني	أستاذ علوم الأطعمة بكلية الاقتصاد المنزلي بجامعة حلوان - عضو مجلس إدارة تحرير المجلة
أ.د. وزير مفوض/ مها بخيت محمد زكي	مدير إدارة الملكية الفكرية والتنافسية بجامعة الدول العربية - عضو مجلس إدارة تحرير المجلة
اللواء أ.د. عبد القدوس عبد الرزاق العبيدلي	رئيس مجلس إدارة جمعية الامارات للملكية الفكرية - عضو مجلس إدارة تحرير المجلة
السفير/ مساعد وزير الخارجية لشئون المنظمات الدولية	عضو مجلس إدارة تحرير المجلة

المراسلات

ترسل البحوث إلى رئيس تحرير المجلة العلمية للملكية الفكرية وإدارة الابتكار بجامعة حلوان
جامعة حلوان – ٤ شارع كمال الدين صلاح – أمام السفارة الأمريكية بالقاهرة – جاردن سيتى
ص.ب: ١١٤٦١ جاردن سيتي
ت: ٢٠٢٢٥٤٨١٠٥٠ + محمول: ٢٠١٠٠٠٣٠٠٥٤٨ + ف: ٢٠٢٢٧٩٤٩٢٣٠ +
http://www.helwan.edu.eg/niip/
ymgad@niip.edu.eg

إفتتاحية العدد:

إستكمالا لمسيرة المعهد القومى للملكية الفكرية بجامعة حلوان، الذى أصبح منبرا رسميا للتنوير ونشر ثقافة الملكية الفكرية فى ربوع الوطن العربي، من خلال عقد العديد من إتفاقيات التعاون بين الجهات والمؤسسات المعنية بمجال الملكية الفكرية سواء داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها.

نظم المعهد مؤتمره العلمي الثانى للملكية الفكرية فى إبريل ٢٠١٩ تحت عنوان:"الملكية الفكرية وصعود الإقتصاد المصرى على منحنى التقدم التكنولوجى". للتأكيد على أهمية الملكية الفكرية وتأثيرها على المستويين الإقتصادى والتنموى، ومدى تأثير التقدم التكنولوجي لتوفير سبل حماية الملكية الفكرية.

ويقدم هذا العدد الانتاج العلمي لأبناء المجتمع المصري فى تخصصات مختلفة نحو بناء جيل جديد متخصص فى مجال الملكية الفكرية. وبطبيعة الحال فإن الكتابة فى هذا المجال الخصب والحيوى تحتاج المزيد من التدريب، وهو ما يعكس أن أوراق العمل المقدمة فى هذا المؤتمر تحتاج المزيد من الجهد والعمل لتطويرها مستقبلا لتأصيل علمي متميز فى هذا المجال بشتي تخصصاته الفريدة. ونأمل من المولى عز وجل أن يقدم المعهد القومى للملكية الفكرية لأبناء المجتمع المصري الطريق نحو بناء اقتصاد مصري ممنهج بفلسفة علمية ممزوجة بملكية فكرية أصيلة للمصريين.

وتؤكد هيئة تحرير المجلة على أن جميع الأفكار التى تتناولها البحوث والأوراق المقدمة لا تعكس رأى الجامعة أو المعهد، وإنما تعبر عن وجهة نظر أصحابها، ويعدوا مسئوليين مسئولية كاملة عن حقوق الملكية الفكرية التى تخص الغير فيما ورد بأوراق عملهم.

وفي النهاية تتوجه إدارة المجلة لكل من الدكتور/ محمد سمير محمد محمود، خبير الحوكمة ببرنامج دعم وتطوير التعليم الفني والتدريب المهني، والأستاذة/ إيمان عبد الحميد يس، منسق المؤتمر العلمي الثاني للمعهد القومي للملكية الفكرية، وذلك على المجهود المتميز الذي بذلاه لتنسيق وتجهيز العدد ومراعاة النواحي العلمية في ضبط الأوراق المقدمة للنشر بالمجلة فلهم كل الشكر والتقدير والاحترام.

وندعو المولى عز وجل أن يجد القارىء المتخصص العون والفائدة.

رئيس التحرير

أ.د. ياسر محمد جادالله

قائمة المحتويات

	الموضوع	الصفحة
[١]	مقاييس التقييم الاقتصادي للعلامات التجارية في أدبيات التمويل	١١
[٢]	دور الإعلام الإلكترونى فى تسهيل انتهاك حقوق الملكية الفكرية	٤١
[٣]	الحرية التعاقدية في نطاق حق المؤلف والقيود الواردة عليها	٦٧
[٤]	إنتهاك حقوق الملكية الفكرية الموسيقية بواسطة الإنترنت	٩٧
[٥]	حقوق الملكية الفكرية في مجال تكنولوجيا الطباعة ثلاثية الأبعاد ومدى تأثيرها على الاقتصاد العالمى	١٣١
[٦]	النظام القانوني للمصنفات السمعية البصرية	١٤٧
[٧]	هل يستطيع مقدم خدمة الانترنت (الوسيط) تقديم حماية للمادة الإعلامية	١٧٩
[٨]	قاعدة قانون الإرادة ومدى إنطباقها على عقود نشر المصنفات الأدبية	٢١٣
[٩]	نطاق قواعد قانون المنافسة فى حقوق التأليف	٢٤١
[١٠]	دور الإعلام في التوعية بأهمية حماية حقوق الملكية الفكرية كمتطلبات للصعود الاقتصادي: دراسة للقائم بالاتصال بقنوات التلفزيون المصري	٢٥٥
[١١]	الاستغلال الاقتصادي لحق المؤلف	٢٨٣
[١٢]	مسئولية وسائل الاعلام التقليدية والحديثة في إطار حماية حق المؤلف ودور المجلس الأعلى لتنظيم الإعلام في الرقابة على ذلك	٣٣١
[١٣]	الحق الفكري للمصور: دراسة مقارنة	٣٧٧
[١٤]	دور براءات الاختراع فى تحقيق التقدم التكنولوجى	٤١٥
[١٥]	أطر الحماية الدولية للمؤشرات الجغرافية في ضوء الاتفاقيات الدولية والقانون المصري	٤٤١
[١٦]	النظام القانونى لحماية العلامة المشهورة: دراسة مقارنة	٤٧٥
[١٧]	الاستثناءات من الحقوق الاستئثارية لبراءات الاختراع في قانون الملكية الفكرية المصري: دراسة مقارنة بين التشريع المصري والتشريعات المقارنة	٥١١
[١٨]	القانون الواجب التطبيق على عقود الترخيص بإستغلال براءات الاختراع	٥٤٧
[١٩]	الحماية الدولية للعلامة التجارية فى عقد الامتياز التجارى	٥٨٣
[٢٠]	النظام القانوني للعلامة التجارية ومشتقاتها	٦٠٩

قاعدة قانون الارادة ومدى إنطباقها على عقود نشر المصنفات الأدبية

محمد فوزى مجد سعد خطاب

قاعدة قانون الارادة ومدى إنطباقها على عقود نشر المصنفات الادبية

محمد فوزى مجد سعد خطاب

مقدمة:

إن العقود ذات الطابع الدولى "العقود الدولية" تثير العديد من مشكلات تنازع القوانين، ويثور التساؤل بشأن القانون واجب التطبيق عليها؟ لأن هذه العلاقة بحكم كونها علاقة دولية تمس أكثر من نظام قانونى، فإنه يترتب على ذلك إمكانية تطبيق أكثر من قانون عليها، حيث يعتبر مبدأ قاعدة قانون الارادة هو المجال الخصب للاختيار التقليدي للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، حيث يكون في الغالب، هو القانون الذي يختاره أطراف العقد(١).

ويعرف العقد عموماً من منظور القانون الدولى الخاص بأنه"توافق إرادتين على إحداث أثر قانونى معين، يتمثل فى إلتزام شخص أو أكثر فى مواجهة شخص أخر أو أكثر بإعطاء شئ أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل"، والعقد تزداد أهميته فى مجال القانون الدولى الخاص ويتعاظم دوره لا سيما فى القانون الدولى للأفراد فى العقود الدولية، وذلك كونها أداة تسيير التجارة الدولية ووسيلة المبادلات الاقتصادية عبر الحدود(٢).

كما أن هذه العقود تتنوع بتنوع موضوعها، فهناك العقود التقليدية كعقد البيع الدولى وعقد النقل وعقد الهبة وعقد العمل وعقد نشر المصنفات الادبية وهو (موضوع الدراسة)، ومع ظهور قوانين الاستثمار والتنمية فى الدول المختلفة ظهرت عقود لها طبيعة إقتصادية وقانونية كعقود التوريد والتجهيز وبناء مصانع جاهزة على التسليم أو جاهزة على الانتاج وغيرها.

وبما أن العقد شريعة المتعاقدين، حيث إستقر هذا المبدأ فى مختلف النظم القانونية، وذلك فى الحدود التى ينشأ فيها وفقاً للقانون،حيث ترك القانون للأفراد حرية تنظيم عقودهم وتضمينها من الشروط ما يكفل تحقيق مصالحهم، وهو ما يعرف"بمبدأ سلطان الارادة".

---

(١) انظر :

S. Clavel : Droit international privé, Dalloz, 2009, P. 479.

(٢) أحمد عبدالكريم سلامة : الاصول فى التنازع الدولى للقوانين دار النهضة العربية، ٢٠٠٨،ص ١٠٥٥.

كما أن هذا المبدأ مستخدم فى العقود الداخلية يمكن إستخدامه أيضاَ فى العقود الدولية، فإذا كانت العقود تتصل بالنظام القانونى لأكثر من دولة، فلابد أن تخضع فى تكوينها وشروطها وأثارها لقانون معين،على أن تحديد هذا القانون هو من عمل المتعاقدين أنفسهم، فلهم إختيار القانون واجب التطبيق على عقدهم، وهذا هو "مبدأ قانون الارادة" Lex Voluntatis فى العقود الدولية[١].

إن الاعتراف بالارادة فى إختيار القانون الذى يحكم العقد الدولى، له فوائد عملية تساعد على إزدهار التجارة الدولية، فهو يعطى للمتعاقدين الطمأنينة، ومعرفة أى قانون سوف يحكم عقدهم فى المستقبل، وبما أن الحق للأطراف بأن يتولوا إختيار قانونهم على العقد المبرم بينهم، ربما لو وقع الاختيار على قانون أحد الطرفين، فمن الممكن أن يكون هذا القانون لا يتناسب مع الطرف الاخر، فبإرادتهم يستطيعون تنحية مثل هذا الافتراض[٢].

وعلى الرغم من أن ما يقدمه قانون الارادة من مكاسب للأطراف، إلا أن هناك إختلاف بين الفقه حول دور الارادة فى إختيار قانون العقد، وأن هذه القاعدة (قانون الارادة) تثير الكثير من التساؤلات فى مجال إعمالها.

وعليه ظهر مذهبان تنازعا فى إعمال قانون الارادة فى مجال العقود الدولية، أحدهما يسمى"بالمذهب أو النظرية الشخصية" والذى جاء لتقديس إرادة الاطراف بوصفها حقاَ طبيعياَ وفطرياَ له، فالفرد وحريته هى الغاية التى وجد من أجلها الجماعة وليس العكس، وهم يرون أن القانون المختار تذوب ذاتيته حتى يصبح شرطاَ من شروط العقد، وبالتالى هم لا يخضعون لقانون معين، لأن إرادتهم تسمو على القانون فإرادة الاطراف حرة طليقة فى إبرام العقد وتحديد شروطه، ويصبح بعد ذلك ملزماَ لأطرافه بوصفه شريعة المتعاقدين.

---

[١] أحمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولى، مفاوضات العقود الدولية – القانون واجب التطبيق وأزمته، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠-٢٠٠١، ص ١٥٦، ١٥٧.

[٢] بيار ماير، فانسان هوزيه: القانون الدولى الخاص ، ترجمة د/على محمود مقلد ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠٨ ، ص ١٢ ، ١٣.

وبالتالى فإن إختيارهم للقانون هو إختيار مادى لا يقوم على قاعدة من قواعد تنازع القوانين، وإنما يستند إلى مطلق الارادة[1]، وبما أن عقد نشر المصنفات الادبية عقد دولى، فهو لا يخرج من هذه القواعد، فعليه سوف نستعرض هذه النظريات ومدى إنطباقها على نشر المصنفات الادبية.

إشكالية البحث:

وتعد مشكلة قاعدة الارادة ومدى إنطباقها على عقود نشر المصنفات الادبية على المستويين الداخلى والدولى من الموضوعات العصرية الملحة وقد تبلورت عدة تساؤلات حول هذا الموضوع عليّ تناولها بالبحث والتمحيص والتأصيل لقاعدة الارادة من حيث الجذور التاريخية والمذاهب التى تناولتها والى أي مدى تصلح للتطبيق مع عقود نشر المصنفات الادبية في ضوء المستجدات الدولية.

منهجية البحث:

سيتبع فيها منهجاً تأصيلياً لسبب أن موضوع الدراسة يتسم بالنقص التشريعى ولا توجد ثمة قواعد ملائمة ممكنة وبرد بعض الأمور في قاعدة الارادة إلي أصولها الكلية.

محتويات البحث:

وسوف أتناول فى هذه الورقة قاعدة الارادة ومدى إنطباقها على عقود نشر المصنفات الادبية فى مبحثين كالتالى:

المبحث الاول : الجذور التاريخية لقاعدة الارادة وتطورها.

المبحث الثانى : قاعدة الارادة والمذاهب التى تناولتها ومدى إنطباقها مع عقود نشر المصنفات الادبية.

المبحث الاول: الجذور التاريخية لقاعدة الارادة وتطورها

ولكى نقف على مدى تأثير قاعدة الارادة على إختيار القانون واجب التطبيق، سنبحث مراحل تطور هذه القاعدة عبر العصور:

---

[1] محمود محمد ياقوت: حرية المتعاقدين فى إختيار العقد الدولى بين النظرية والتطبيق، دراسة تحليلية ومقارنة فى ضوء الاتجاهات الحديثة، منشأة المعارف، ٢٠٠٤ ، ص ٨.

نظرية الاحوال الايطالية:

ويقصد بها مجموعة الحلول التى وضعها فقهاء المدرسة الايطالية القديمة بزعامة (بارتول) لمشكلة تنازع أحوال المدن الايطالية، حيث تقوم هذه النظرية على فكرة المجموعات: أى تقسيم العلاقة القانونية من حيث القانون الواجب تطبيقه بشأنها إلى مجموعات، بحيث يخضع كل مجموعة إلى قانون محدد يختلف بإختلاف المجموعة التى تنتمى إليها العلاقة القانونية.

– ومن أبرز هذه الحلول كانت بشأن" العقود ": والتى أخضعوها لقانون محل إبرامها من حيث الشكل أو الموضوع، وذلك وفقاً لقاعدتهم الشهيرة(locus regit actum)، وهى خضوع العقد لقانون محل إبرامه،وذلك بإستثناء بعض المسائل الفرعية، مثل إجراءات تقديم دليل إثبات العقد، إذ ألحقوها بالإجراءات من حيث القانون واجب التطبيق، وكذلك الاثار غير المباشرة للعقد وتنفيذه التى جعلوها من إختصاص قانون مكان التنفيذ أو قانون القاضى[١].

حيث كان لدى فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة في القرن الثاني عشر والثالث عشر(١٢٣٧– ١٢٩٦)، فكرة تعميم الحكم على التصرفات القانونية، وذلك من خلال وضع قاعدة تطبق على كل تصرف سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع، على إعتبار أن تلك التصرفات تدخل ضمن القوانين الإقليمية، بالتالى تخضع لقاعدة إجبارية واحدة لا يمكن الاتفاق على تغييرها تتمثل في قانون محل الإبرام.

وفى عام ١٤٩٥م جاء أحد الفقهاء الايطاليين القدامى وهو(Rochus Curtius)[٢] ليفسر تلك القاعدة بقوله" أن أساس خضوع العقد لقانون محل إبرامه هو إرتضاء المتعاقدين ضمناً لذلك القانون"، فكانت هذه الفكرة منطلقاً فيما بعد لبعض الفقهاء اللاحقين للقول صراحة بمبدأ إخضاع العقد لقانون الارادة الصريحة.

---

[١] انظر:

D. Gutmann : Droit international privé, 6 edition ed , Dalloz, paris, 2009, P.219.

[٢] أحمد عبدالكريم سلامة : الاصول فى التنازع الدولى للقوانين ... ، مرجع سابق ، ص ١٠٥٩.

وإستقر الحال على هذا الوضع حتى نهاية القرن الخامس عشر، حيث علل فقهاء هذه النظرية بشأن خضوع العقد لقانون المحل بفكرة الخضوع الضمنى، بمعنى: أن المتعاقدين وهما يبرمان عقداً فى بلد ما قد قبلا ضمنياً الخضوع لقانون هذا البلد، وكان إختصاص المحل إختصاصاً أمراً.

وظلت هذه القاعدة ذاتها محلاً للتطبيق حتى التاريخ الحديث، ولا خلاف على أن هناك العديد من الأسباب العملية التي دعت بدورها إلي الالتزام بهذه القاعدة على مدي فترة زمنية طويلة[١].

ظهورأفكار"ديمولان" Dumoulin:

جاء المحامى الفرنسى الشهير"ديمولان" وهو محام لدى برلمان باريس في القرن السادس عشر، الذى كشف فكرة قانون الارادة وإعتبر أن قاعدة خضوع العقد لقانون محل الإبرام مبنية على رضى المتعاقدين الضمنية بهذا القانون، وقام"ديمولان" بالفصل بين الشكل والموضوع، وإعتبر أن الإرادة قادرة على خلق النظام القانوني الذي يحكم العلاقة العقدية وقصر تطبيق القاعدة المذكورة على الشكل الخارجي للتصرف، بينما أخضع الموضوع لقانون الإرادة، ومنح للأطراف إمكانية اختيار قانون آخر غير قانون محل الإبرام[٢].

حيث نادى ديمولان بإخضاع العقد لقانون محل إبرامه وذلك من خلال الفتوى التى أفتى بها، والتى كانت تتعلق بالنظام المالى للزوجين، حيث كان قد تقدم له زوجان طالبين الفتوى فى مدى إمكانية تجنب القواعد العرفية السائدة فى المكان الذى تقع فيه أموال كل منهما، وتطبيق النظام المالى فى باريس بوصفها مكان إبرام العقد وموطنهم المشترك عند الزواج، لأن النظام المالى للزوجين هو عقد ضمنى يجوز إخضاعه لقانون إرادة الزوجين، وهو فى هذه الحالة العرف السائد فى باريس، بإعتبار أن إرادتهما التى إنصرفت ضمناً الى تطبيق القانون السائد فى موطن الزوجية الاول، وهو بلد الابرام فى نفس الوقت، فقد أفتى بخضوعه لقانون موطن

---

[١] انظر :

***B. Audit** : Droit international privé, 2ème éd., Economica, 1997, P.144.*

[٢] انظر :

***Th. Vignal** : Droit international privé, ARMAND COLIN, 2005, P.220.*

الزوجية بوصفه القانون الذي إتجهت إليه الارادة الضمنية للزوجين إلى ذلك القانون.

ظهور فكرة التركيز المكانى عند الفقيه الالمانى "سافينى" Savigny:

فى القرن التاسع عشر وضع سافينى أفكاره فى تنازع القوانين فى الجزء الثامن من كتابه الشهير"القانون الرومانى" الصادر عام ١٨٤٩م، ومن أهم الافكار التى لجأ بها هى فكرة التركيز المكانى كأساس لتحديد القانون الواجب التطبيق، حيث رأى أن تركيز العقد يكون في مكان تنفيذه وذلك بناءاً على فكرة الخضوع الاختياري، وذلك بعد أن حلل الرابطة العقدية وبين مركز ثقلها، وهو المكان الذى ينتج معظم أثارها وأهمها، وبالتالى تخضع هذه الرابطة للقانون الذى يكون سائد فى هذا المكان، بإعتبار أن أطراف العقد قد قبلوا ضمناً الخضوع الارادى لقانون هذا المكان، وظلت هذه القاعدة مستقرة حتى وقت قريب في القانون الألماني، على أن مجال تطبيقها ظل مقيداً بالبحث عن الإرادة الافتراضية لأطراف العقد، وهو ما أدي بدوره إلي تعيين قانون موحد[١].

وأكد الفقيه "فوليكس" Foelix:

علي ضرورة إخضاع العقد للقانون الذي إستقرت عليه الأعراف والعادات منذ القدم: أى (قانون بلد الإبرام)، على أنه إذا كان سيجري تنفيذ العقد في بلد آخر، فإن قانون محل الوفاء هو الذي يسري بشأن المسائل التي تثور بعد إبرام العقد، وهكذا ظل الفقه حتي منتصف القرن التاسع عشر حاول هؤلاء الفقهاء التوسع في هذه المسألة، من خلال الإقرار لأول مرة بالاستعمال الصريح لمصطلح سلطان الإرادة في القانون الدولي الخاص، بحيث تستخدم فكرة سلطان الإرادة كمجرد تبرير لاحق لحلول التنازع التقليدية في شأن إسناد العقود لقانون محدد سلفاً، لكن الوضع لم يتغير كثيراً عن ما رآه (Dumoulin) وهو إما قانون بلد الإبرام أو قانون بلد التنفيذ وفي الحالتين هو إسناد آمر لا تملك الإرادة تغييره.

وكل ما في الأمر أن(Foelix) برر تطبيق هذا القانون بوصفه تعبيراً عن القانون الذي إستقرت عليه الأعراف والعادات إستناداً للارادة الضمنية،

---

[١] انظر :

B. Audit : Droit international privé, op. cit., P. 147.

في حين أن(Savigny) قرر تطبيق قانون دولة التنفيذ بإعتباره الحل الذي تمليه طبيعة الأشياء،وإستناداً لفكرة الخضوع الاختياري لهذا القانون، بحيث لا يمكن للإرادة أن تخرج على هذين القانونين المعروفين من قبل أطراف العقد [١].

ـ ولكن بمجيء الفقيه البلجيكي "لوران" Laurent[٢]:

الذى أدخل مبدأ إستقلال إرادة أطراف العقد في نهاية القرن التاسع عشر، حيث رتب على إعمال مبدأ الإرادة نتائجه المنطقية وذلك في مؤلفه "القانون المدني الدولي" الذي نشر في نهاية هذا القرن– فقد أكد لوران الذي نصب أباَ روحياً لفقه قانون الإرادة، أن تطبيق قانون بلد الإبرام أو بلد التنفيذ فسر على أساس رضا المتعاقدين الضمني وإنه يحق لهم أن يختاروا صراحة قانوناً آخر غيره ليحكم العقد، وبالتالي لم تعد القاعدة مجرد تبرير سابق بل أصبحت حلاً يمثل مكنة لإرادة المتعاقدين لأختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم.

ـ مبدأ شخصية القوانين عند "مانشينى"MANCINI:

يقوم مبدأ شخصية القوانين عند مانشينى الايطالى على إعتبارات سياسية مستمدة من فكرة الجنسيات التى أطلقها فى محاضرته الشهيرة "الجنسية أساس الحقوق الدولية العامة"، التى ألقاها كأستاذ للقانون الدولى العام فى جامعة تورينو بإيطاليا، وملخص هذه الفكرة أنه يجب أن يخضع الشخص لقانون الدولة التى ينتمى إليها بجنسيته أى لقانونه الوطنى.

غير أن مانشينى لم يأخذ بالمبدأ على إطلاقه بل أورد عليه بعض الاستثناءات منها تطبيق القوانين المتعلقة بالنظام العام تطبيقاَ إقليمياَ[٣]، بحيث تسرى على الوطنين والاجانب على حد سواء، مثل قانون العقوبات وقوانين الملكية العقارية والقوانين العامة، لأن هذه القوانين تمثل المصالح

---

[١] انظر :

***V. Ranouil** : L'autonomie de la volonté naissance et évolution d'un concept, Presse universitaires de France 1980, p.20 et s.*

[٢] انظر :

***B. Audit** : Droit international privé, op. cit., P. 145.*

[٣] انظر :

***H.Batiffol , P. Lagarde:** Traite de droit international privé, Tome 1 , 8 eme ed., L.G.D.J., 1993, P., 568.*

العليا فى الدولة، وكذلك خضوع العقد لقانون الارادة دون النظر إلى القانون الشخصى للمتعاقدين وذلك إعمالاً لمبدأ سلطان الارادة فى العقود الذى كشف عنه"ديمولان"، وأخيراً خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون محل إبرامها.

تكريس القضاء لقاعدة الارادة تاريخياً:

إذا كان إقرار حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد قد تأكدت من قبل فقهاء القانون الدولي الخاص بصفة نسبية في القرن التاسع عشر فإن تأكيد هذا المبدأ من قبل الاجتهاد القضائي الفرنسي لم يتم إلا في نهاية هذا القرن وبداية القرن العشرين، وذلك على إثر حكم شهير في قضية نظرت فيها محكمة النقض الفرنسية وصدر فيها بالحكم في ٥ ديسمبر ١٩١٠م بمناسبة عقد النقل البحري، تعرف ب(Affaire American Trading Company)، حيث حددت بصفة صريحة وواضحة"أن القانون واجب التطبيق على العقود،سواء فيما يتعلق بتكوينها أو من حيث آثارها أو شروطها، هو القانون الذي يختاره الأطراف"[١].

حيث كشفت محكمة النقض هنا وبجلاء عن مرحلة طويلة من التطور بشأن موضوع قانون الإرادة، حيث جري التقليد على تطبيق قانون مكان إبرام العقد، لذا جاء هذا الحكم المشار إليه للخروج بصورة جزئية على هذا الوضع القديم، حيث جاء فيه وبصريح العبارة، أنه ومتى لم يتحقق إختيار الأطراف، ففي هذه الحالة لا مناص من تطبيق قانون إبرام العقد، ومن هذا التصور نستطيع القول بأن هذا الحكم لم يكن مألوفاً في زمانه، ولكن سرعان ما أضحي الاختصاص التبعي لقانون مكان إبرام العقد مثار جدل، وقد تم التكريس لهذا المبدأ في القانون الفرنسي حيث أصبح مبدأ قانون الإرادة[٢].

---

[١] انظر :

***Cass .Civ 5 Dec 1910** : S.1911, p. 129 note Lyon Caen ; voir Rev. Crit DIP.1911 , P. 395 .*

[٢] انظر

***S. Clavel** : Droit international privé, Dalloz, 2009, P. 479*

تكريس مبدأ قاعدة الارادة فى الاتفاقيات الدولية:

أبرمت العديد من الاتفاقات الدولية فى هذا الشأن، حيث نذكر الاتفاقيات الدولية التى أبرمت تحت رعاية مؤتمر لاهاى للقانون الدولى الخاص منها: إتفاقية لاهاي المبرمة عام ١٩٥٥ المتعلقة بالقانون واجب التطبيق على البيوع الدولية للأشياء المادية المنقولة، حيث نصت المادة(١/٢) من الاتفاقية على أن"يسرى على البيع القانون الداخلى الذى يحدده الاطراف المتعاقدة".

وأيضاَ إتفاقية لاهاي المبرمة عام ١٩٧٨ الخاصة بالقانون واجب التطبيق على النيابة وعقود الوساطة، حيث نصت المادة (١/٥) من الاتفاقية على أن"يسرى على روابط الوكالة أو النيابة بين الموكل والوكيل القانون الداخلى الذى يختاره الاطراف".

كما نذكر الاتفاقية الهامة التي أبرمت بين دول السوق الأوربية المشتركة في روما ١٩٨٠ والتى ألغيت وحل محلها اللائحة الصادرة عن مجلس أوروبا رقم ٢٠٠٨/٥٩٣ بتاريخ ١٧ يونيه ٢٠٠٨ (لائحة روما ١) بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات العقدية، حيث نصت المادة (١/٣) على أن"يخضع العقد للقانون الذى يختاره الاطراف .....".

وهو ما سارت عليه أيضاَ إتفاقية منظمة الدول الأمريكية حول القانون المطبق على العقود الدولية (إتفاقية مكسيكو) لعام ١٩٩٤، حيث إنه فى الواقع: إذا كان التاريخ يقول لنا أن كل الطرق تؤدي إلي روما، فإننا نأمل في الوصول إلي روما عبر درب إتفاقية مكسيكو، والبحث عن خط تماس بين كلتا الاتفاقيتين، حيث يمكن أن ينتهي بنا إلي القول بأن بعض المسارات يمكن أن تتجاوز حدود روما،على إعتبار أن الاتفاقية عبر الأمريكية تتسم بقدر أكبر من المرونة، ومن ثم أكثر ملائمة لحاجات التجارة الدولية .

إن إتفاقية (مكسيكو)[١] سارت على غرار الحال بالنسبة (للائحة روما١)، حيث تؤكد وبصورة كاملة حرية المتعاقدين فى إختيار القانون

[١] انظر :
***M.M. Albornoz**: La loi applicable aux contrats internationaux dans les pays du mercosur : Thèse Paris II,2006, p. 238.*

واجب التطبيق، حيث يشكل مبدأ استقلال الإرادة الذي يسمح لأطراف العقد إختيار القانون واجب التطبيق على عقدهم الدولي، حجر الأساس أو على أقل تقدير إحدي أحجار الأساس لكل من الاتفاقية واللائحة، وتحت تأثير إتفاقية روما تسلم إتفاقية مكسيكو بهذا المبدأ، لذلك نجد هذه الصيغة ذاتها في إتفاقية مكسيكو وفي اللائحة الأوروبية لائحة روما ١[١].

ـ إزدهار فكرة قانون الارادة فى القوانين المعاصرة[٢]:

حيث ساعد على ذلك مذهب الحرية الفردية ونظام الاقتصاد الرأسمالى أو الليبرالى، والنظر إلى حرية التعاقد وتقديس سلطان الارادة، بإعتبار أنهما من عوامل سيادة ذلك النظام عبر الحدود الدولية وترسيخه داخل الحدود الوطنية.

وهذا لا يعنى أن المبدأ إستقر وتطور فقط فى دول الرأسمالية والاقتصاد الحر ولا يوجد فى البلدان الاشتراكية، بل هو من المبادئ المستقرة فى أغلب دول العالم وكافة قوانين الدول العربية[٣].

وقد كرست مختلف القوانين المقارنة قاعدة خضوع العقود الدولية لقانون الارادة الصريحة أو الضمنية للأطراف والذى يستخلصه القاضي من ظروف الدعوى، حيث أصدرت تقنينات لقواعد تنازع القوانين: نذكر منها القانون الدولي الخاص النمساوي لعام١٩٧٩(المادة ١/٣٥) الذى نص على أن "يسرِى على الالتزامات التعاقدية القانون الذى يحدده الاطراف صراحة أو ضمناً"، والقانون الدولى الخاص الفرنسى لعام ١٩٦٧ (المادة ٢٣١٣) الذى نص على أن "يخضع العقد ذى الطابع الدولى والالتزامات الناشئة عنه للقانون الذى قصد الاطراف الخضوع له".

والقانون الدولى الخاص البولندى لعام ١٩٦٥ والذى عدل عام ٢٠١٢ (المادة ٢٥) الذى نص على أن"تخضع العلاقة القانونية بين الطرفين

---

(١) انظر :

***M.-M .Albornoz** ; Une relecture de la Convention international sur la loi applicable aux contrats internationaux a la lumiere du reglement Rome 1 ،Revue trimestrielle LexisNexis JurisClasseur - J.D.I., p.11.*

(٢) أحمد عبدالكريم سلامة : لاصول فى التنازع الدولى للقوانين ... ، مرجع سابق ، ص ١٠٦٠.

(٣) أحمد عبدالكريم سلامة : قانون العلاقات الخاصة الدولية ،المكتبة العالمية بالمنصورة،١٩٨٥ ، ص ٢٩١.

فى الاالتزامات التعاقدية للقانون الذى يختارانه ..."، والقانون الدولى الخاص المجرى لعام ١٩٧٩(المادة ٢٤) الذى نص على أن"يسرى على العقود القانون الذى يختاره الاطراف..."، والقانون المدنى الاسبانى لعام١٩٧٤(المادة١٠/٥)، والقانون المدنى اليونانى لعام١٩٤٠ والنافذ من عام ١٩٦٤(المادة ٢٥)، والقانون الدولي الخاص الفنزويلي لعام ١٩٩٩(المادة ٢٩)، ويعترف النظام القانونى بقاعدة قانون الارادة فى كل من إنجلترا والذى عرف مبدأ قانون الاردة منذ عام ١٧٩٦، وإستراليا والولايات المتحدة الامريكية الذى نص على أن "يسرى قانون الدولة المختار من قبل الاطراف".

وعلى مستوى قوانين الدول العربية[١]، نذكر منها: القانون المدنى المصري لعام١٩٤٨(المادة١٩/١) نص على"يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا إتحد موطناَ، فإن إختلفا موطناَ سرى قانون الدولة التى تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناَ أخر هو الذى يراد تطبيقه"، والقانون الدولي الخاص التونسي لعام١٩٩٩، والقانون المدنى السورى(المادة٢٠/١)، والقانون الكويتى لعام ١٩٦١(المادة٥٩)، وقانون المعاملات المدنية السودانى لعام١٩٨٤(م١١/١٣).

المبحث الثانى: قاعدة الارادة والمذاهب التى تناولتها ومدى إنطباقها مع عقود نشر المصنفات الادبية:

إن مبدأ حرية إختيار المتعاقدين للقانون المطبق على العقد الدولي، يركز فى الاساس على حرية الفرد فى الاختيار، ذلك لأن الفرد لا يستكمل شخصيته إلا بالحرية، فلا يتصور أن يلتزم هذا الأخير وهو مكره على ذلك.

فكل إلتزام أساسه الرضى والاختيار، وبالتالي فإن الغاية الأولى هي إحترام حريته وإرادته، ولا شك أن إعطاء أطراف العقد الصلاحية لإختيار القانون واجب التطبيق عليه له مميزاته، حيث يسمح بإختيار قانون يتوافق

[١] أحمد عبدالكريم سلامة : لاصول فى التنازع الدولى للقوانين ... ، مرجع سابق ، ص ١٠٦١ وما بعدها.

مضمونه مع الأطراف، وبالتالى يحث على إبرام عقود دولية، ومن ثم تنمية التجارة الدولية[١].

وتخضع العقود من حيث المبدأ،للقانون الذى يختاره أطراف العقد أنفسهم، وهو ما جرى الحال على وصفه بقانون الارادة(autonomied' loi)، وهذا الاختصاص للمبدأ يقوم فى الاساس وبصورة تاريخية على المذهب الشخصى للقانون واجب التطبيق، ومن الممكن أن يؤخذ فى الاعتبار وبصورة موضوعية دور الارادة فى تحديد القانون واجب التطبيق على العقد[٢].

وعلى الرغم من إجماع الفقه على الاخذ بمبدأ قانون الارادة، إلا أنهم إختلفوا حول الاساس الذى يقوم عليه هذا المبدأ، ما بين مذهب شخصى وأخر موضوعى، وأيضاَ مدى تمتع الأطراف بالحرية في إختيار هذا القانون، وهل الحرية مطلقة أم مقيدة؟ وعلى هذا الاساس سنقوم بدراسة مضمون هذين المذهبين وأثا كلاً منهما كالتالى:

أولاَ : المذهب الشخصى لقاعدة الارادة:

إن التصور الشخصي لقانون الإرادة يعني أن الفرد يملك إمكانية إنشاء قانونه الخاص، أو إمكانية أن يختار بنفسه القانون من بين العديد من القواعد القانونية، وهذا هو جوهر التصور الشخصى لقانون الإرادة، ومن منظور عام نستطيع القول بأن قانون الإرادة يكمن في التحديد الحر للقواعد التي سوف يخضع لها الفرد الذي إختار بحرية هذه القواعد.

فالأمر يتعلق إذن بإختيار المبادئ الأساسية المشتركة التي تطبق على مجتمع إنساني في وقت وظروف معينة، وإنشاء القواعد الخاصة بطريق الرضاء أو من خلال العلاقة العقدية للقواعد التي تحكم العلاقات الفردية[١]، وأن الاختيار البسيط يعطي للفرد حق التعقيب على مجموعة القواعد المتاحة

---

[١] انظر :

***Th. Vignal** : Droit international privé, ARMAND COLIN ,2005, P.221.*

[٢] انظر :

***D.Gutmann** : Droit international privé, Dalloz, 1999, P.172.*

[١] انظر :

***G. Goldstein:** L'autonomie de la volonté dans le statut personnel, Chron. ibliographiques, P.201.*

أمامه، وبالتالى حق إختيار الأكثر ملائمة له بحيث يعتبره هنا يوافق الحل الذي يراه، بإعتبار أن الفرد هو صاحب الاختيار الملائم على مستوى القانون الدولي الخاص.

ويذهب أنصار المذهب الشخصى إلى تقديس إرادة الفرد فى التعاقد والاعتراف ليس فقط فى إبرام العقد وتحديد مختلف شروطه، بل أيضاً فى إختيار القانون الذى يراه أكثر تعبيراً عن مصالحهم المشتركة لتنظيم العقد المبرم بينهم، إلى الحد الذى وصل إلى إعتبار إرادة المتعاقدين هي شريعتهم الملزمة، وهي لا تحتاج في هذا الالتزام إلى قوة القانون، فلا يخضع بذلك العقد الدولي لحكم القانون، لأنه وحسب أنصار هذا الرأي لا يوجد قانون معد سلفاً لحكم هذه الرابطة، بل يتولى المتعاقدان وضعه[٢]، وأن تقييد هذه الحرية يؤدي بالضرورة إلى الإضرار بالتجارة الدولية.

وقد عبر الفقيه جون جاك روسو عن إنتشار المذهب الفردي الذي إعتبر فيه"أن الفرد هو أساس القانون وغايته، وليس هناك سوى الإرادة العامة التي تلزم الأفراد، فالقانون الذي يخضع له الفرد هو من صنع نفسه والقيود التي ترد على حرية الفرد إنما مرجعها هي الحرية نفسها".

بيد أن أول ظهور للمذهب الشخصى وظهور ملامحه كانت على يد الفقيه البلجيكى "لوران"، الذى يرى أن إختيار المتعاقدين لقانون العقد يرتد إلى تطبيق مبدأ سلطان الارادة، ويعد بالتالى إنعاكساً قانونياً للفلسفات الاجتماعية والاقتصادية التى كانت سائدة فى ذلك الوقت، والتى كانت تقدس الحرية الفردية وتسمو بها فوق القانون، حتى لو كان ذلك على حساب المصلحة العامة[١].

وقد لاقى المذهب الشخصى للقانون واجب التطبيق على العقد، قبولاً واسعاً وبصورة نهائية فى قضاء محكمة النقض الفرنسية بحسب حكم(American Trading Co) ، الذى صدر فيها بالحكم في ٥ ديسمبر

---

[٢] انظر :

V. Henzé : *la vente internationale de marchandises (droit uniforme) L.G.D.J، editions DELTA 2000, p 12.*

[١] محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية ، دراسة تحليلية ومقارنة ، دار الفكر الجامعى ، ٢٠٠٤ ، ص ٢١.

١٩١٠، حيث حددت بصفة صريحة وواضحة" إن القانون واجب التطبيق على العقود، سواء تعلق الامر بإنشاء العقد أو بآثاره وشروطه، هو القانون الذي يختاره الأطراف"[٢].

فى الواقع، إن هذا الحكم يلقى المزيد من الضوء والبيان على الارادة، من حيث أنها قد تكون صريحة، وبالمقابل قد تكون ضمنية والتى يمكن إستنباطها من الوقائع والظروف التى أحاطت بالعقد، وفى هذه الحالة نجد أن الحكم المشار إليه قد أخضع بدوره العقد للقانون الوطنى المشترك للأطراف، وفى حالة غياب الجنسية المشتركة لأطراف العقد، فلا مناص من تطبيق قانون مكان إبرام العقد[٣].

الاثار التى تترتب على المذهب الشخصى:

إن الأخذ بسلطان الإرادة على إطلاقه وفق المذهب الشخصى، يفرض علينا بعض الآثار المنطقية الراجعة لعدم تقييد إرادة الأطراف في تحديد القانون المطبق على العقد الدولى، وهذه الاثار تتمثل فى حالة إندماج قانون الإرادة في العقد بإعتباره مجرد شرط تعاقدي.

ذلك لأنه وفقاً للنظرية الشخصية التي تمنح للفرد سلطة على القانون، فإنه بمجرد إختيار القانون المطبق على العقد صراحة أو البحث عنه وإستخلاصه من نية المتعاقدين وهو ما يعرف (بالإرادة الضمنية)، يفقد هذا القانون صفته الإلزامية ويتحول إلى مجرد شرط تعاقدي يذكر في العقد مثله مثل الشروط الأخرى: طريقة الدفع في هذا العقد والشرط التحكيمي في حالة وجود نزاع، فيعتبر هذا القانون جزءاً من العقد، وبالتالى فهى تنبع من طابع أمر لقواعد القانون الداخلى، ويصبح القانون المختار من قبل الاطراف شرطاً من شروط العقد ويندمج فى العقد[١].

---

[٢] انظر :

Civ. 5 déc. 1910, *S. 1911.1.129, note Lyon-Caen, Rev. De. Int. Pr. 1911.395, J.D.I.1912 .1156, GA. ,°11.*

[٣] انظر :

D.Gutmann *: Droit international privé, op. cit., P.173.*

[١] انظر :

H. Batiffol : *Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats ,Méanges, Maury, Dalloz- Sairy, 1960, t. I, , p. 39 ets.*

وهذا ما أقره الحكم الشهير الصادر عن محكمة النقض الفرنسية السابق الاشارة إليه، ومن المنطقي لتوفر شرط الإدماج أن يكون إختيار القانون الواجب التطبيق واضحاً، فلا يمكن تصور إندماج القانون المختار كشرط تعاقدي من غير إختيارِ الأطراف الصريح أو الضمني،بينما الاختيار المفترض كما سنوضحه لاحقاً فيختص القاضي بتحديد قانون العقد فيه بأخذه بالقانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، وبالتالي لا وجود للإرادة في الاختيار المفترض بل القاضي هو الذي يتولى مهمة إفتراضها، فلا مجال لفكرة الإدماج لعدم وجود الإرادة أصلاً[٢].

ويترتب أيضاً على إندماج القانون المختار كشرط تعاقدي في العقد، أن المعاملة التي يعامل بها القانون المختار أمام القاضي الوطني معاملة شرط من شروط العقد، فيأخذ نفس الحكم المتعلق بالشروط الأخرى المدرجة في العقد، ولا يعامل معاملة القانون سواء من حيث الإثبات أو رقابة محكمة النقض على تفسيرها لأعتبار هذا القانون جزءاً في العقد.

وتمنح الأطراف فيه الحرية المطلقة التي على إثرها يمكنهم اختيار قانون محايد، بحيث يجب أن يأخذ به ما دام يعبر على إرادة حقيقية للأطراف، فلا مجال هنا لفكرة التحايل على القانون، بحيث لا يمكن إقامة الدفع بالغش نحو القانون لعدم وجود صلة بين القانون المختار والعقد[١].

كما يمكن للأطرف إدراج شروط متعددة في العقد متعلقة بالقانون المختار والمأخوذة من قوانين مختلفة، بحيث يمكن بذلك تجزئة العقد وإختيار أكثر من نظام قانوني واحد لتنظيم العلاقة العقدية، وفي حالة وجود تعارض بين هذه القوانين، فأحدهما يبطل العقد والآخر يصححه فمن المنطقي أن تستبعد الأحكام التي تؤدي إلى بطلان عقدهما والأخذ بالنصوص التي تصحح للعقد.

وعلى المستوى العملى يقوم المذهب الشخصى على أساس إمكانية أن يختار أطراف العقد بين عدد لا متناهى من القوانين (تجزئة العقد)، أو عدم

---

[٢] انظر :

***D.Gutmann** : Droit international privé, op. cit., P.17 ه.*

[١] انظر :

***P. Mayer:** Droit international privé, 6 ème éd., Montchrestien, 1998, P. 454.*

إخضاع العقد لأى قانون، حيث يوصف العقد فى هذه الحالة بالعقد بلا قانون[٢].

وبما أن الإرادة هي أساس اختيار المتعاقدين لقانون العقد، وأن المتعاقدين يمكنهم إختيار أكثر من نظام قانوني واحد لينظم العلاقة التعاقدية الدولية، فيمكن للأطراف وفقا للحرية التي يتمتعون بها أن لا يخضعوا عقدهم لأي قانون، فالإرادة العقدية وحدها تكفي بذاتها، فيمكن لأطراف العقد الإشارة للقانون بإرادتهم، فالمسألة هي إرادية صرفة ونرى أن أهم نتيجة تترتب على الاندماج هي ثبات القانون المختار، وإستقراره بحيث يبقى هذا الاخير على الحالة التي كان عليها وقت إختياره، وبذلك فإن أي تعديل تشريعي يطرأ على هذا القانون بعد إختياره لا يدرج في العقد مثله تتمثل في القانون ولو كانت هذه النصوص أمرة[٣].

وهو الشرط الذي نجده أيضا في الاختيار المادي للعقد ذلك لأنه وفقا للنظرية الشخصية التي تقر بإدماج القانون المختار كشرط تعاقدي تقر أن هذا القانون يبقى جامد بحيث لا يأخذ بالتعديلات اللاحقة على العقد إلا إذا وافق المتعاقدين صراحة على قبولها في النصوص الجديدة التي طرأت على العقد بعد إبرامه، فالموافقة على هذه التعديلات دليل على أن إرادة الأطراف هي أساس العقد والقانون في آن واحد[١].

نقد المذهب الشخصى :

وأخيراَ يمكن القول بأن هذه النتائج كانت عرضة للانتقادات، ذلك لأنه من المستحيل تجريد القانون من قوته الملزمة وجعله مجرد شرط تعاقدي، كما أن إعطاء حرية مطلقة للأطراف التي يمنحها المذهب الشخصى في تحديد القانون الواجب التطبيق، ممكن أن يدفعهم إلى جعل العقد الدولي غير خاضع لأي قانون أي ما يعرف بالعقد المتجرد(contrat sans loi) ، وهذا مخالف لما إستقر عليه الاجتهاد من القانون والقضاء وخاصة الفرنسي منه، والذي يعتبر"أن العقد يجب أن يخضع لقانون دولة

---

[٢] انظر :

***D.Gutmann** : Droit international privé, op. cit., P.17 ٣.*

[٣] انظر :

***S. Clavel** : Droit international privé, op. cit., P.481.*

[١] انظر :

***B. Audit** : Droit international privé, op. cit., P. 146.*

ما"،كما أنه يؤدي في بعض الحالات إلى إختيار أطراف لقانون يبطل العقد، فإذا أخذنا بحرية إختيار الأطراف فإن العقد يكون باطلا رغم أن المتعاقدين أبرما عقديهما لكي يعتبر صحيحا[٢].

كل هذا دفع إلى وجود إتجاه مختلف عن المذهب الشخصى تهرباً من النتائج التي كانت محل إنتقادات هذا الاتجاه ويعرف بالمذهب الموضوعى الذي يعطي أهمية للقانون المختار، باعتبار أن الإرادة هي التي تخضع للقانون وليس القانون خاضع لإرادة الأطراف.

ثانياً : المذهب الموضوعى لقاعدة الارادة :

ترجع بداية المذهب الموضوعي إلى فكرة"تركيز أو توطين العقد"التى أتى بها الفقيه الفرنسى"باتيفول"BATIFFOL، والذى إعتبر أن القانون الذي تعينه القاعدة تم تحديده على أساس أنه قانون مركز العلاقة العقدية، حيث أن العقد لا يملك بذاته وبصفته مركزاً مادياً ملموساً، بل هناك علامات خارجية مادية يمكن الاستدلال عليها من خلال مسائل تتصل بمكان معين، كالمحل مثلاً الذي يتم فيه تطابق الإرادتين، وعليه فإن المتعاقدان لا يختارون قانوناً معيناً بل يركزان عقدهما فى مكان معين[١].

إن أصحاب المذهب الموضوعي نادوا بفكرة الاختيار التنازعي (الموضوعي) لضرورة خضوع العقد للقانون وليس العكس، فلا يمكن للأطراف إختيار القانون الذي يحكم علاقتهم، فالقانون هو الذي يحدد العلاقة التي يحكمها، فالإرادة تكون حرة بشرط أن تكون في حدود القانون، بحيث أن العقد لا يكون ملزماً مدنياً إلا بمقتضى الجزاء الذي يفرضه القانون، لأن الهدف الكلي للقانون هو فرض إحترام الإرادة لهذا الأخير[٢] .

فالمتعاقدان يحددان بإرادتهما مكان تركيز العقد،سواء بصريح العبارة أو ضمناً يستنتج من ظروف وملابسات التعاقد، ويتولى بعد ذلك القاضي مهمة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي على ضوء هذا

---

[٢] انظر :

***D.Gutmann** : Droit international privé, op. cit., P.17 ٥.*

[١] انظر :

***P. Mayer** : Droit international privé, op. cit., p. 455.*

[٢] انظر :

***D.Gutmann** : Droit international privé, op. cit., P.223.*

التركيز، وبذلك يتم الحد من إرادة المتعاقدين عن طريق القاضي، لتمتع هذا الأخير بسلطة تقديرية إذا تبين له أن إرادة الطرفين لم يقصد بها تركيز العقد في ذلك المكان، مدعياً في ذلك الإسناد إلى وقائع متعلقة بتبادل التعبير.

ذلك لأن هناك حالات قد لا يقوم فيها الأطراف بتركيز العقد، فيتولى القاضي مهمة تركيزه، وبالتالى يوكل له مهمة تحديد القانون الواجب التطبيق للإرادة، مما يجعل الاختيار منصباً على تركيز الأطراف للعقد لا على تحديد القانون مباشرة، وبذلك فإن المذهب الموضوعى يرجع فى إختيار القانون واجب التطبيق إلى قاعدة تنازع القوانين فى دولة القاضى، واصفة دور الارادة بقاعدة الاسناد[٣].

وهو ما أقرت به حكم محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر فى١٩٥٠/٦/٢١[١]، بأن كل عقد دولى يجب أن يستند إلى قانون دولة معينة، وأن الارادة ليس لها مطلق الحرية فى أن تخرج عن القوانين الوطنية، وبالتالى فإن فكرة العقد بدون قانون، فكرة لا تتفق مع فكرة التوطين الموضوعى للعقد، وأن الارادة لا تحدث أثراً إلا فى الحدود التى يسمح بها القانون.

لذا يعتبر "التركيز أو التوطين" الموضوعى للعقد هو المناط الوحيد لتحديد القانون واجب التطبيق عليه، وليس للأرادة سواء الصريحة منها أو الضمنية للمتعاقدين شأن فى ذلك التحديد، غير دور ثانوى أو إحتياطى، أى أن القاضى فى النهاية هو الذى يحدد القانون واجب التطبيق.

الاثار التى تترتب على المذهب الموضوعى :

إن للمذهب الموضوعى نتائج تترتب عليه مثله مثل المذهب الشخصى، لكن هذه النتائج جاءت معارضة تماماً للنتائج الأولى التي قمنا بإستعراضها وهذه النتائج تتمثل فى الاتى:

---

[٣] انظر :

***B. Audit** : Droit international privé, op. cit., P. 149.*

[١] انظر :

***Cass Cive . 21 juin 1950,** Messageries maritimes, Grand arrets de droit international, privé , 1995, n°22.*

النتيجة الاولى: أن أطراف العقد تتمتع بحرية الإختيار، لكن في حدود القانون، وبهذا فحرية إختيار القانون المطبق لا تسمح للمتعاقدين إبعاد نصوص مهمة في هذا القانون، لأن عدم وجودها قد يؤثر سلباً على القانون، لذلك يجب أن يكون للقانون قوة ملزمة، بحيث لا يمكن إحداث تغيير فيه وذلك بإستبعاد الأطراف النصوص الآمرة وحتى المكملة التي لا تخدم مصالحهم، لأن هذه النصوص وضعت لحماية المصالح العامة وتقييد إرادة المتعاقدين[٢].

النتيجة الثانية :إبعاد فكرة إدراج القانون في العقد كشرط تعاقدي، ذلك لأن الاختيار التنازعي يجب أن يكون في حدود القانون، وبالتالي فإعتبار القانون مجرد بند في العقد شيء مرفوض، لأن القانون هو الذي يسبق العقد وليس العكس، لأن المشرع عند وضعه لقواعد الإسناد المتعلقة بتنازع القوانين في العقود الدولية أوكل المهمة للإرادة، بالتالي تعتبر الإرادة ضابط الإسناد الذي يحدده القانون، وبالتالى فمن غير المنطقي أن تسبق إرادة المتعاقدين القانون[١].

النتيجة الثالثة :أن الاختيار التنازعي لا يتجاهل إرادة الأطراف كلياً، بل يترك للأطراف حرية إختيار القانون الواجب التطبيق سواء بشكل صريح أو ضمني، لكنه فرض بعض القيود التى يجب عدم تجاهلها، من ضمن هذه القيود ومنعاً لاحتمال الغش نحو القانون، فرض شرط والذي أصبح يأخذ به حديثا بديلا عن الفكرة القديمة والمتمثلة في"التركيز"، وهي وجود صلة وثيقة بين العقد والقانون المختار أو القانون المختار و المتعاقدين، وكل هذا من أجل منع إختيار قانون لا يمت للعقد بأي صلة[٢].

---

[٢] أحمد عبدالكريم سلامة : الاصول فى التنازع الدولى للقوانين ... ، مرجع سابق ، ص ١٠٧٠.

[١] انظر :

***P. Mayer** : Droit international privé, op. cit., P. 454.*

[٢] على سبيل المثال: الحكم الشهير الصادر عن المجلس الخاص الانجليزي ، الذي قضي " بأن إختيار أطراف العقد للقانون واجب التطبيق ، يجب أن يتم بحسن نية ومشروعية " .

Vita Food Products v. Unus Shipping, (1939) A. C. 277.

النتيجة الرابعة :لا يمكن تصور منح الأطراف حرية تجعلهم لا يخضعوا عقدهم لأي قانون، والتي تعرف بنظرية "العقد المتجرد من كل قانون"، وهو ما أقرت به محكمة النقض السابق الاشارة له[٣]، بحيث أصبح هذا التيار مرفوض وفقاً للنظرية الموضوعية.

النتيجة الخامسة :لا يمكن تصور- وفقاً للمذهب الموضوعى- تجزئة العقد، ذلك لأن العقد يركز في مكان معين في دولة معينة، وتصبح هذه الدولة هي التي تحكمه برمته وليس بجزء منه وإبقاء الجزء الآخر دولة أخرى، وبالتالي محاولة إخضاع أجزاء العقد إلى أنظمة قانونية مختلفة، يؤدي إلى المساس بفكرة تركيز العقد، لأن العقد يصبح خاضعاً إلى دولة أخرى غير الدولة الي ركز فيها.

النتيجة السادسة: لقد حاول بعض أنصار المذهب الموضوعى التجديد في هذا المذهب، وذلك من خلال فكرة"إزدواجية الرابطة العقدية"من خلال تكريسه لإرادة الأطراف، بحيث يعتد بإرادتهم متى تم التعبير عنها، فإذا لم يتم التعبير عنها فإنه يلجأ حينئذ إلى منهج تركيز العقد، وتأسيسهم في ذلك مؤداه أن الطرفين حينما يختاران قانوناً معيناً لحكم عقدهم الدولي، فإن هذا لا يعني كما يقول الأستاذ "باتيفول" أنهما بذلك قد قصدا تركيز العقد، بل كل ما في الأمر أنهما قد إختارا هذا القانون لكونه أكثر ملاءمة لحكم العقد المبرم بينهما، إلا في حالة عدم وجود الإرادة فيتم الرجوع إلى تركيز العقد[١].

لكن هذه النظرية قد تم التراجع عنها لأنها تجعل التركيز الذي هو أساس النظرية الموضوعية كحل احتياطي يتم الرجوع إليه فقط في حالة عدم التعبير عن الإرادة، إضافة إلى أنه أعطى الحل فقط في حالتين هما: حالة وجود

ومن الملاحظ ، أن الضابط الخاص بالطابع الدولي للعقد يظهر في بعض الأحيان في النصوص (الوطنية ، ونصوص الاتفاقيات الدولية) الواجبة التطبيق في مسائل دولية ، وهو ما جري عليه الحال في المشروع الفرنسي لعام ١٩٦٧.

انظر : ***B. Audit** : Droit international privé, op. cit., P. 153.*

(٣) انظر :

***Cass 1re Civ . 21 juin 1950,** Messageries maritimes, Grands arrets, n°22.*

(١) انظر :

H. Batiffol , P. Lagarde : Droit international privé, Tome 2, sixième edition ,1976, p.236.

الإرادة وحالة انعدامها الكلي، لكن هناك حالات أخرى تكون وسطية بين الحالتين تكون الإرادة موجودة لكن غير معبر عنها لم تعط لهذه الفكرة حلا مناسبا لها.

و بناءَ على هذه النتائج يمكن القول أن سلطة الأطراف في اختيار القانون المطبق يتم تحديده من خلال آلية التنازع(منهج تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص)، والتي يضعها المشرع ويحددها بنصوص قانونية دقيقة، وتعتبر في نصوصها أن الإرادة هي ضابط الإسناد الأصلي في العقود الدولية، بحيث تقيد هذه الإرادة بإختيار قانون دولة ما، التي يرتبط بها وتكون لها صلة وثيقة بالعقد أو المتعاقدين، وهذا ما أصبح يأخذ به من قبل الفقه والقضاء الفرنسي وهو ما يعرف بالتركيز الموضوعي للرابطة العقدية الذي يطبق سواء عندما يختار المتعاقدان صراحة القانون المطبق أو بطريقة الضمنية التي تستنتج من نصوص العقد.

نقد المذهب الموضوعى :

يؤخذ على هذا المذهب تجاهله لأختيار الاطراف سواء الصريح أو الضمنى لقانون العقد، وذلك تحت ستار"نظرية التركيز الموضوعى"، حيث أنها تخالف قاعدة التنازع التى تعترف للمتعاقدين بحق تحديد ذلك القانون، وبالتالى ينتج عنه إرباك للأطراف وإخلال بتوقعاتهم حول مصير عقدهم، بالأضافة إلى إعطاء كامل الدور"لقاضى" فى تحديد قانون العقد، مما يؤثر على الثقة التى وكلها القانون لأرادة الاطراف، وبالتالى تؤثر على إزدهار المبادلات الاقتصادية عبر الحدود.

وفى الختام وبعد ما إستعرضنا كلاً من المذهبين- مع بيان أثارهما ونقدهما:

حيث يتبين لنا وجوب التمييز بين ثلاث حالات: الاولى، وجود إختيار صريح لقانون العقد من قبل الاطراف، وهنا يجب إحترام وإعمال القانون المختار. الثانية، تخلف الاختيار الصريح،مع وجود دلالات وظروف ومعطيات التعاقد، على نحو يقينى على إتجاه إرادة المتعاقدين إلى تطبيق قانون معين، وهو ما يطلق عليها الضمنية، والتى ينبغى إحترامها وعلى القاضى إستجلائها. الثالثة، وفيها يكون من الصعب والعصى على القاضى تلمس إرادة المتعاقدين سواء صريحة أو ضمنية وهو ما يسمى بفرض الانعدام الحقيقى لقانون الارادة، وبالتالى لا يصح الحديث فيه عن ما يسمى

بالارادة المفترضة للمتعاقدين، حيث هنا يبدو واقعياً اللجوء إلى فكرة "التوطين أو التركيز" للوصول إلى تحديد قانون العقد[1]. وعليه فأن عقد نشر المصنفات الادبية عندما يكون عقد دولى، فهو لا يخرج من القواعد العامة لقاعدة الارادة والتى سبق وأن عرضناها بهذه الورقة البحثية.

الخاتمـة:

عرضنا في هذه الدراسة لمشكلة قاعدة الارادة ومدى إنطباقها على عقود نشر المصنفات الادبية، تمثلت ببحث الجذور التاريخية لقاعدة الارادة مع توضيح المذاهب التى تناولتها مع بيان نتائجها ومزاياها وبيان نقدها.

فقد توصلنا إلى النتائج التالية:

أولاً: أن عقد نشر المصنفات الادبية عندما يكون عقد دولى، فهو لا يخرج من القواعد العامة لقاعدة الارادة والتى عرضناها بهذه الورقة.

ثانياً: إن الاعتراف بالارادة فى إختيار القانون الذى يحكم العقد الدولى، له فوائد عملية تساعد على إزدهار التجارة الدولية، فهو يعطى للمتعاقدين الطمأنينة، ومعرفة أى قانون سوف يحكم عقدهم فى المستقبل، وبما أن الحق للأطراف بأن يتولوا إختيار قانونهم على العقد المبرم بينهم، ربما لو وقع الاختيار على قانون أحد الطرفين، فمن الممكن أن يكون هذا القانون لا يتناسب مع الطرف الاخر، فبإرادتهم يستطيعون تنحية مثل هذا الافتراض.

ثالثاً: أن عقد نشر أعمال المؤلفين وعلاقتها بالناشر مرده التطور الكبير، والانتشار الواسع بين دول العالم من تطور لعقود طبع ونشر المصنفات الادبية وتنظيم العلاقة بين المؤلف والناشر، الذي أدى إلى سهولة انتقال المصنفات العائدة إلى أصحاب تلك الحقوق إلى خارج الحدود الوطنية التي حدث فيها نشر المصنف.

وإستناداً إلى هذه النتائج فإننا نوصي بما يلي:

أن الحق المالي للمؤلف من الموضوعات المهمة على المستويين الإقليمي والدولي الذي شهد في السنوات الأخيرة تطوراً ملحوظا على نحو

---

[1] أحمد عبدالكريم سلامة : الاصول فى التنازع الدولى للقوانين ... ، مرجع سابق ، ص ١٠٧٣.

صارت معه القواعد القانونية التي تحكم حق المؤلف محل تطور مستمر، لذلك يجب على المستوى الدولى أن يتم إبرام إتفاقيات دولية لوضع حد ادنى لحماية وتنظيم عقد النشر خصوصاً فى وجود عدم تنظيم صريح لتلك الاتفاقيات وتركها للتشريعات الداخلية لكل دولة بتنظيمها وأيضاً تركها خاضعة للقواعد العامة المعمول بها فى قاعدة الارادة ومذاهبها .

قائمة المراجع

أولاَ: المراجع العربية :

أحمد عبدالكريم سلامة :

– الاصول فى التنازع الدولى للقوانين دار النهضة العربية،٢٠٠٨.

– قانون العقد الدولى، مفاوضات العقود الدولية – القانون واجب التطبيق وأزمته، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠-٢٠٠١.

– قانون العلاقات الخاصة الدولية ،المكتبة العالمية بالنصورة،١٩٨٥ ، ص ٢٩١.

بيار ماير ، فانسان هوزيه : القانون الدولى الخاص ، ترجمة د/ على محمود مقلد ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠٨.

محمود محمد ياقوت :

– حرية المتعاقدين فى إختيار العقد الدولى بين النظرية والتطبيق، دراسة تحليلية ومقارنة فى ضوء الاتجاهات الحديثة، منشأة المعارف ، ٢٠٠٤.

– الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية ، دراسة تحليلية ومقارنة ، دار الفكر الجامعى ، ٢٠٠٤.

ثانياَ: المراجع الاجنبية:

- ***B. Audit** : Droit international privé, 2ème éd., Economica, 1997.*
- ***D. Gutmann** :*
- *Droit international privé, 6 edition ed , Dalloz, paris, 2009.*
- *Droit international privé, Dalloz, 1999.*
- ***G. Goldstein:** L'autonomie de la volonté dans le statut personnel, Chron. ibliographiques.*
- ***H.Batiffol , P. Lagarde**: Traite de droit international privé, Tome 1 , 8 eme ed., L.G.D.J., 1993.*
- ***H. Batiffol :** Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats ,Méanges, Maury, Dalloz- Sairy, 1960, t. Iets.*

- ***H. Batiffol*** *,* ***P. Lagarde*** *: Droit international privé, Tome 2, sixième edition ,1976.*
- ***M.M. Albornoz****: La loi applicable aux contrats internationaux dans les pays du mercosur : Thèse Paris II,2006.*
- ***M.-M .Albornoz*** *; Une relecture de la Convention international sur la loi applicable aux contrats internationaux a la lumiere du reglement Rome 1 ،Revue trimestrielle LexisNexis JurisClasseur - J.D.I.*
- ***P. Mayer:*** *Droit international privé, 6 ème éd., Montchrestien, 1998.*
- ***S. Clavel*** *: Droit international privé, Dalloz, 2009.*
- ***Th. Vignal*** *: Droit international privé, ARMAND COLIN, 2005.*
- ***V. Ranouil*** *: L'autonomie de la volonté naissance et évolution d'un concept, Presse universitaires de France 1980.*
- ***V. Henzé :*** *la vente internationale de marchandises (droit uniforme) L.G.D.J، editions DELTA 2000.*
- ***Cass .Civ 5 Dec 1910*** *: S.1911, p. 129 note Lyon Caen ; voir Rev. Crit DIP.1911 , P. 395 .*
- ***Civ. 5 déc. 1910,*** *S. 1911.1.129, note Lyon-Caen, Rev. De. Int. Pr. 1911.395, J.D.I.1912 .1156, GA. ,°11.*