جامعة المنصورة
كليـــــــة الحقوق
إدارة الدراســات العليا
قســم القانون الدولي الخاص

بحث مستخلص من رسالة الدكتوراه بعنوان:

دور ضوابط الإسناد الوطنية في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الترخيص الصناعي الدولي

إعداد الباحث

أحمد علي أحمد التجاني

تحت إشراف الأستاذ الدكتور

محمد السيد عرفة

استاذ القانون الدولي الخاص والعميد السابق لكلية الحقوق

جامعة المنصورة

١٤٤٢ هـ - ٢٠٢١ م

المقدمة

من المستقر عليه في القانون الدولي الخاص المعاصر أنه عند سكوت الإرادة عن الاختيار الصريح أو الضمني للقانون الواجب التطبيق على العقد، فلا يجوز للقاضي أو المحكم البحث بما يسمى بالإرادة المفترضة للأطراف؛ ذلك أن إرادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد إما أن تكون صريحة أو ضمنية؛ أما الإرادة المفترضة؛ فهي مجرد وهم ومزاج لا يستجيب إلى الواقع في أغلب الفروض، فهي لا تعدو في الحقيقة أن تكون إرادة المشرع أو القاضي الذي طرح أمامه النزاع(١).

وهكذا، فإنه يتعين على القاضي أو المحكم في بحثه عن القانون الواجب التطبيق أن يجتهد لتحديد القانون الذي يرتبط به العقد على نحو وثيق وجدّي؛ فإما أن يستند إلى أسلوب الإسناد الجامد الذي يقوم فيه المشرع مسبقاً بتحديد القانون الواجب التطبيق بضوابط إسناد موضوعة مسبقاً، يلتزم القاضي أو المحكم بتطبيقها ولا مجال للاجتهاد بشأنها باستثناء ما يلزم لفهم الضابط التشريعي وإعماله بما يتوافق مع إرادة المشرع(٢)، وإما أن يستند إلى المنهج المرن الذي يقرر فيه القاضي أو المحكم تركيز الرابطة العقدية ووزن مركز الثقل فيها، فيترك المجال للمحكم للاجتهاد بتركيز العقد في القانون الأوثق صلة في ضوء ظروف التعاقد وملابساته(٣).

والرجوع إلى المبادئ العامة لتنازع القوانين الواردة في القانون الدولي الخاص يتم سواء كانت هذه العقود خاصة، أو إذا كانت الدولة طرفاً فيها، لأن الدولة عندما تقوم بإبرام العقد مع المرخص تجري نفس الإجراءات وفي ذات الظروف التي يجري فيها أي تعاقد عادي، لذا فإن هذه العقود تدخل في إطار القانون الدولي الخاص(٤).

أولاً: أهمية البحث:

تكمن أهمية موضوع البحث في عدة أوجه، فمن الناحية العملية يلاحظ أن تجاوز مشاكل تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية ووضع ضوابط إسناد ملائمة لها يساهم في التشجيع على هذه التجارة التي تساهم في تطوير اقتصاديات مختلف الدول، كما يكون المتعاملين الاقتصاديين في مأمن من مفاجئتهم بتطبيق أنظمة قانونية على علاقاتهم التعاقدية دون أن يتوقعوها عند إبرام عقودهم الدولية، أما بالنسبة للأهمية العلمية فتتجلى في

---

(١) د. مصطفى محمد مصطفى الباز، منهج قواعد التنازع في فض المنازعات الدولية الخاصة : دراسة انتقادية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، المجلد الخمسون، العدد الأول، يناير ٢٠٠٨، ص٢٦٢ - ٢٦٣.

(٢) ساره زياد مناصره، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار التكنولوجي في المنازعات التحكيمية : دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة اليرموك، الأردن، ٢٠١٨، ص١٣٣.

(٣) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق : دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص١٥٣ - ١٥٤.

(٤) د. جلال حسين عنز، عقود الاستثمار والقانون الواجب التطبيق عليها، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، العراق، المجلد ١، الإصدار ٢، ٢٠١٢، ص١٠٠.

معالجة الإشكالات القانونية التي يطرحها هذا الموضوع، منها حالة سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق ومدى ملائمة ضوابط الإسناد المرنة والجامدة للتطبيق على عقود الترخيص الصناعي الدولي.

ثانياً: إشكالية البحث:

إن الأشكال الذي يطرح في إطار هذه العقود هو عدم وجود تنظيم قانوني خاص بها، على اعتبار أن الأمر يتعلق بمعاملات دولية تتنازع فيها الأنظمة والقوانين.

ومن هنا كانت وما زالت مسألة القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية من أهم وأعقد المشاكل القانونية التي تثيرها دراسة هذه العقود، لأن تحديد قانون معين لتنظيم العقد التجاري الدولي ليس مجرد تفضيل لقانون على آخر، وإنما تحديد أو اختيار القانون الواجب التطبيق يرتب آثاراً ونتائج حاسمة على مستوى العملية العقدية برمتها، من حيث أن تنفيذ العقد أو عدم تنفيذه، ومدى إمكانية تعديل شروطه، وتحديد مقدار التعويض المستحق عند الإخلال بمقتضياته، كلها أمور تتوقف على ضرورة تحديد القانون الذي ينظمها.

غير أن الإشكال الذي يُطرح في هذا المجال يتعلق بحالة سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق ومدى ملائمة ضوابط الإسناد المرنة والجامدة للتطبيق على عقود الترخيص الصناعي الدولي.

ثالثاً: أسباب اختيار موضوع البحث:

جاء اختيارنا لهذا الموضوع انطلاقاً من دوافع شخصية، وأخرى موضوعية، فبالنسبة للدوافع الشخصية فتتمثل في الرغبة في دراسة هذا الموضوع المهم الذي يُعَدُّ من صميم مواضيع القانون الدولي الخاص، لا سيما وأن البحث في موضوع تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، بحث يتسم بالحيوية ويثير الفضول العلمي لارتباطه بالأنظمة القانونية المقارنة وكذلك بالقواعد الدولية، أما بالنسبة للدوافع الموضوعية فتتمثل في أن الحلول المقترحة لحل مشاكل التنازع بين القوانين في إطار هذه العقود لم يتم الاستقرار عليها بشكل نهائي في التشريعات الداخلية، وحتى ضمن القواعد الدولية مثل الاتفاقيات الدولية وهو ما يجعلها موضوعاً خصباً للبحث، بالإضافة إلى حداثة الموضوع عند تناوله من جانب عقود الترخيص الصناعي الدولي.

رابعاً: منهج البحث:

سوف نعتمد في دراستنا لموضوع دور ضوابط الإسناد الوطنية في تحديد القانون الواجب التطبيق على المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل أراء الفقه، وأحكام القضاء الدولي، وأحكام التحكيم الدولية، وكذلك نصوص الاتفاقيات الدولية متعددة الأطراف، إضافة إلى ذلك اعتمدنا على المنهج المقارن وذلك من خلال المقارنة بين مواقف التشريعات الوطنية المختلفة حول نقاط معينة من مسألة القانون الواجب التطبيق.

كل ما تقدم يستدعي تقسيم هذه الدراسة إلى عدة مباحث، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: مفهوم عقد الترخيص الصناعي الدولي.

المبحث الثاني: الإسناد التقليدي الجامد للعلاقة العقدية الدولية (التركيز التشريعي للرابطة العقدية).

المبحث الثالث: الإسناد الحديث المرن للعلاقة العقدية الدولية.

المبحث الأول

مفهوم عقد الترخيص الصناعي الدولي

يعد عقد الترخيص الصناعي الدولي من أدوات نقل التكنولوجيا المهمة في العصر الحالي، ويمثل هذا العقد أهمية كبرى لمن يرغب في الحصول على التكنولوجيا، وبالذات الدول النامية، حيث تستطيع من خلاله الوصول إلى تكنولوجيا جديدة والاستفادة منها، وهو رابطة بين شخصين، الأول: حائز التكنولوجيا ويسمى المرخِّص إذ يقوم بترخيص نقل التكنولوجيا إلى الشخص الثاني، والذي يسمى المرخَّص له، وذلك وفق آليات وشروط معينه يتم الاتفاق عليها عادَة في المفاوضات التي تسبق العقد.

ومع ازدياد الاختراعات والابتكارات الحديثة وتطور التكنولوجيا، فغالباً ما تكون الابتكارات المشمولة بالحماية عن طريق براءات الاختراع غير كافية بذاتها لاستخدامها في العمليات الإنتاجية والصناعية بحيث يقتضي مثل هذا الاستخدام حصول الطرف المرخص له على المعرفة الفنية السرية المكملة لبراءة الاختراع، ولا شك أن تلك المعارف النظرية والعملية التي يحتفظ بها المرخص ويحيطها بالسرية هي جوهر عقد الترخيص الصناعي، ويطلق على هذه المعارف في مجموعها المعرفة الفنية *Know-how، أو سر التجارة والصناعة Trade secret*[٥].

ويعرّف هذا العقد بأنّه: "الإذن أو الموافقة الصادرة من مالك الترخيص، والتي قد تكون شفاهية أو كتابية مقابل عوض أو بدونه، وقد يكون صريحاً أو ضمنياً، وتُعطى براءات الاختراع والعلامات التجارية وحقوق التأليف والمعرفة والمساعدة الفنية المصحوبة بشرط قصري أو غير قصري بالنسبة لكل عقد أو بعضه"[٦].

وقد عرَفت محكمة العدل الأوروبية هذا العقد في حكمها الصادر في ٢٨/ ١/ ١٩٨٦ م، بأنه: "عقد يقوم بموجبه المرخص بصنع منتجات معينة ومحددة، طبقاً لتوجهات المرخص الذي يمنحه حق التصنيع بع أن يزوده بسر الصنعة"[٧].

---

(٥) د. محمد بن نصر القطري، أحكام القانون الدولي في عقود نقل التكنولوجيا : دراسة تطبيقية على الانظمة الوطنية والاتفاقيات الدولية، بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية (رابطة الجامعات الإسلامية)، مصر، العدد٤٩، ٢٠١٦، ص٨٣.

(٦) د. رائد أحمد خليل، عقد الترخيص باستعمال العلامة التجارية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة تكريت، العراق، المجلد ٦، العدد ٢/ ٢٠، ٢٠١٣، ص٢١٤.

(٧) انظر: د. مصطفى العدوي، القانون الواجب التطبيق على عقد الامتياز التجاري : دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة حلوان، العدد ٢٥، ٢٠١١، ص٢٠٨.

أما التعريف الذي أخذت به غالبية الفقه، فيذهب إلى أنّ عقد الترخيص الصناعي الدولي هو: "عقد يلتزم بموجبه صاحب حق ملكية صناعية (براءة اختراع، علامة تجارية، نموذج صناعي، أسم تجاري،...)، بأن يمنح شخصاً أخر الحق في الاستغلال لمدة معينة، نظير مقابل معين"(٨).

أو إنه: "التصرف القانوني الذي يتنازل بموجبه صاحب البراءة عن حقه الاستئثاري في احتكار استغلال اختراعه كلياً أو جزئياً وذلك من خلال مدة معينة لقاء مبلغ محدود في العقد يسمى الإتاوة Rèdenance ولا ينقل هذا العقد ملكية البراءة، إنما يخول - فقط - للمرخص له التمتع بحق الاستغلال"(٩).

من خلال التعريفين السابقين نستنتج أنّ هذا الاتجاه من الفقه قد قصر عقد الترخيص على براءة الاختراع أو بالأحرى على حقوق الملكية الصناعية، أي أنّ هذا العقد يقوم فقط عندما يملك الأطراف حق ملكية فكرية خاصة به، وبسبب ما له من حق قانوني يمنع الطرف الأخر من استخدامه.

وبناءً عليه فإنّ الاتجاه السابق يستبعد المعرفة الفنية كمحل مستقل أم غير مستقل عن عقد الترخيص؛ والسبب الذي جعل هذا الاتجاه يستبعد المعرفة الفنية هو اعتبار هذا العقد نوع من الإيجار فلا يمكن تصوره بالنسبة للمعرفة كونها ليست محلاً لحق استئثاري، أمّا تملك المعارف الفنية، فلا يتحقق إلا عن طريق البراءة، وبالتالي فإن عقود المعرفة الفنية ما هي إلا عقود خدمات(١٠).

إما إذا كان محل عقد الترخيص الصناعي "المعرفة الفنية" فإن مالك الترخيص هنا يلتزم بتقديم كل المعلومات والبيانات الخاصة بالعقد ومحله من خلال وثائق ومستندات تبين وتجسد المعرفة، بحيث الأخيرة مرفقة كذلك بتقديم المساعدة الفنية، ويلتزم المرخص له بدفع المقابل وبرد كافة الوثائق والمستندات إلى مالك الترخيص عند نهاية العقد والحفاظ على سريتها(١١).

ومن خلال دراسة هذه التعريفات يرى الباحث أمكانية استنتاج الأمور التالية:

١ - عقد الترخيص هو علاقة تبادلية بين طرفين يسمى الأول مرخص وهو حائز الملكية الفكرية والطرف الثاني المرخص له، وهو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يبتغي الحصول على عناصر الملكية الفكرية محل العقد، وهو عقد رضائي لم يحدد له القانون شكلاً خاصاً.

---

(٨) د. جلال وفاء محمدين، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا في ظل الجهود الدولية وأحكام نقل التكنولوجيا في قانون التجارة الجديد، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، العدد الأول، ٢٠٠٠، هامش (٤٢)، ص٣٦٠.

(٩) د. جلال أحمد خليل، النظام القانوني لحماية الاختراعات ونقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، الطبعة الأولى، منشورات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٨٣، ص٤٠٢.

(١٠) د. وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠٠٨، ص٢٦٩.

(١١) د. فهد بن بجاد بن ملافخ العتيبي، التنظيم القانوني لتسوية منازعات عقود نقل التكنولوجيا وفقاً لنظام التحكيم السعودي ١٤٣٣ هـ، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة - جمهورية مصر العربية، ٢٠١٥، ص ٧٥.

٢ - إن ترخيص الملكية الفكرية لا يؤدي إلى تنازل مالكها عنها، حيث لا تنتقل ملكيتها منه الى المرخص له، بل يقوم بترخيص استغلال الملكية الفكرية أو بعض عناصرها التي يمتلكها، ويحق له الترخيص بها إلى شخص آخر طبيعي أو معنوي لمدة زمنية محددة .

٣ - لكي يعتبر عقد الترخيص ناقلاً للتكنولوجيا يجب أن يتضمن - ليس فقط - الملكية الفكرية، بل - أيضاً - طرق استغلالها واسرارها أي ما يعرف بـ (Know-how)[١٢]، وأسرار العمل (The Secrets)[١٣]، حيث أن مجرد نقل ملكية فكرية جاهزة مثل العلامات التجارية أو النماذج الصناعية لا يعتبر نقلاً للتكنولوجيا، ذلك لأن هذا النقل يقوم على نقل ملكية فكرية جاهزة دون المنهج العلمي، وعلية يجب أن يكون محل عقد الترخيص براءة اختراع و المعرفة الفنية[١٤]، ويجب أن يتضمن العقد شروط نقل المساعدة الفنية، لكي يعتبر عقد ناقل للتكنولوجيا[١٥].

٤ - أن عقد الترخيص يرتب حقاً شخصياً وليس عينياً للمرخص له، حيث لا يؤدي إلى نقل البراءة من المرخص إلى المرخص له، وإنما يعطي إذناً بالانتفاع والاستغلال حسب الاتفاق بين الأطراف[١٦].

٥ - يقوم المرخص له بدفع مقابل الترخيص دفعة واحدة أو على اقساط دورية حسب الاتفاق.

٦ - يتم الترخيص لمدة محدودة وفي منطقة محدودة.

وبناءً على ما سبق يرى الباحث إمكانية وضع تعريف للعقد على النحو التالي:

هو عقد رضائي لم يحدد له القانون شكلاً خاصاً، وينشئ علاقة تبادلية بين شخصين معنويين أو طبيعيين يقوم بمقتضاها الطرف الأول ويسمى المرخص بمنح إذن أو رخصة للطرف الثاني ويسمى المرخص له لاستغلال حقوق ملكية فكرية أو بعضها على أن تتضمن براءة اختراع، والتقنية الفنية، ويسمح له باستغلالها

---

(١٢) تعرف الـ(Know-how) بأنها الاختراعات التي تتحقق ولا يتوافر فيها شروط الحصول على براءة اختراع، أو التي يرغب اصحابها في عدم الحصول على براءة اختراع لها، وذلك بسبب قصر مدة الحماية أو للحفاظ على سريتها (مدة الحماية في قانون براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية الليبي رقم ٨ لسنة ١٩٥٩ م هي ١٥ عام، المادة ١٠؛ وكذلك في مصر ٢٠ سنة وذلك وفقاً لنص المادة ٩ من قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢/ ٢٠٠٢)، انظر: د. ماجد عمار، عقد الترخيص الصناعي وأهميته للدول النامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، بدون سنة نشر، ص٣٧ - ٣٨.

(13) "A trade secret is any information that can be used in the operation of a business or other enterprise and that is sufficiently valuable and secret to afford an actual or potential economic advantage over others ".

- Richard A. Epstein, Trade Secrets as Private Property: Their Constitutional Protection, Law and Economics Working Paper No. 190, (2D Series), The Law School The university Of Chicago, June 2003, p.1.

(١٤) د. ماجد عمار، مرجع سابق، ص٣٨.

(١٥) د. هشام فالح طاهات، نحو إيجاد إطار قانوني للملكية الفكرية يهدف إلى تحفيز المبدعين وتشجيع الابتكار في دولة الإسكوا، دراسة استشارية، اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغرب آسيا (الإسكوا)، الأمم المتحدة، بيروت، ٢٠١٢، ص٣٧، وكذلك: د. فهد بن بجاد بن ملافخ العتيبي، مرجع سابق، ص٧٥.

(١٦) د. وجدي سليمان حاطوم، طرق استثمار براءات الاختراع : دراسة مقارنة بين القانون اللبناني والنظام السعودي، بحث منشور في مجلة جامعة الملك سعود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السعودية، المجلد ٢٥، العدد ٢، ٢٠١٣، ص٢٠٨.

ومنح تراخيص عليها، لمدة معينة بحيث تبقى ملكية هذه الحقوق للمرخص ولا تنتقل إلى المرخص له، وعادةً ما يكون ذلك مقابل مبلغ مالي يقدمه المرخص له دفعة واحدة، أو على أقساط، وفي منطقة جغرافية محددة.

ومنه فإن عقد الترخيص الصناعي يتضمن استغلالاً لبراءة الاختراع أو المعرفة الفنية بالإضافة إلى التموين بالمواد الأولية، فكلا الطرفين في العقد يعتبر منتجاً (مصنعاً)، فالعقد في حد ذاته عقد مركب أي يتضمن انتقال كل عناصر الاستغلال «المعرفة الفنية، حق الاستغلال أو التصنيع ، حق توزيع المواد المصنعة، حق الترخيص باستعمال علامة المرخص على المنتجات المشمولة بالترخيص بالبراءة، والتزود منه،...»، ففي هذه الحالة التي تجتمع فيها كل هذه العناصر يسمى العقد Lifred أو Lifreding[١٧]، ويمكن ترجمته باللغة العربية إلى: (Li) حق استغلال العلامة، (Fre) فرانشيز، (d) استثمار مباشر.

المبحث الثاني

الإسناد التقليدي الجامد للعلاقة العقدية (التركيز التشريعي للرابطة العقدية)

تمهيد وتقسيم:

يتولى المشرع، بمقتضى هذا الاتجاه، تحديد ضوابط إسناد تلزم القاضي بتطبيق قانون محدد مسبقاً على العقد متى سكتت الإرادة عن تحديد هذا القانون؛ مثل قانون الدولة التي ينتمي إليها المتعاقدون بجنسيتهم، أو بموطنهم، أو قانون بلد إبرام العقد أو بلد تنفيذه[١٨]، ويتميز هذا الاتجاه بأنه يصون توقعات الأطراف ويجنبهم ما قد يثيره سكوت العقد عن تحديد القانون من مشاكل، وما يمارسه القاضي من سلطة تقديرية في هذا التحديد قد تطيح بتوقعات الأطراف[١٩]، ولكن مما يؤخذ على هذا الاتجاه، أنه يتجاهل الطبيعة الذاتية للعلاقة العقدية المطروحة، أو لظروف التعاقد وملابساته لكل حالة على حدة[٢٠]، إذ أنه يأخذ بقاعدة إسناد عامة، وكثيراً ما لا يعبر عن مركز الثقل في العلاقة التعاقدية والأمر الذي يبدو على حد تعبير أحد الأساتذة نشازاً في إطار المنهج العام لقواعد تنازع القوانين التي تربط قاعدة الإسناد بمركز الثقل في العلاقة[٢١]، وعلى الرغم من ذلك نجد أن أغلب التشريعات قد تبنت هذا الاتجاه وأعطت موقفاً حاسماً، بالإضافة إلى بعض الاتفاقيات وأنظمة الهيئات المتخصصة.

---

(17) انظر: نسيمة إنوجال، عقد الفرنشيز في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠١٣، ص٦٦

(١٨) انظر: أحمد مهدي صالح، القانون الواجب التطبيق على القروض الدولية، بحث مقدم لكلية القانون، جامعة كربلاء، مجلة رسالة الحقوق، العدد الخاص بالمؤتمر الوطني القانوني الوطني العاشر، ٢٠١٣ م، ص١٧٥- ١٧٦.

(١٩) أحمد مهدي صالح، المرجع السابق، ص١٧٥.

(٢٠) د. أحمد شعبان الشاهد، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص والقانون المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، المجلد ١٠٥، العدد ٥١٦، أكتوبر ٢٠١٤، ص٣٦٢.

(٢١) انظر: د. عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية : دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٤، ص٦٠، وكذلك: ريام عباس علي، القانون الواجب التطبيق في عقود التراخيص النفطية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٥، ص٧٧.

وبناءً على ما سبق، وللتفصيل أكثر في هذه الفكرة أو الآلية، يستلزم الأمر تقسيم هذا المبحث إلى عدة مطالب، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: مفهوم الإسناد الجامد.

المطلب الثاني: ضوابط الإسناد الجامد.

المطلب الثالث: تقدير فكرة الإسناد الجامد في مجال عقد الترخيص الصناعي الدولي.

المطلب الأول

مفهوم الإسناد الجامد

يراد بالإسناد الجامد Rattachement rigide للعلاقة العقدية؛ قيام المشرع بالتصدي مباشرة لتعيين قانون العقد الدولي، في الحالات التي يتخلف فيها الاختيار الصريح والضمني المؤكد من قبل الأطراف لهذا القانون، حيث يقرر المشرع ضوابط إسناد احتياطية Subsidiaires عامة Générales، يتم التعويل عليها لتحديد قانون كل عقد، تقاعس أطرافه عن اختيار القانون الذي يحكمه، ولذا يطلق البعض على الآلية المماثلة "التركيز التشريعي للرابطة العقدية"؛ نظراً لأن المشرع لم يشأ أن يترك تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بيد القاضي، وإنما اضطلع هو بهذا التحديد؛ قناعة منه بأن القانون الذي عينه، هو أكثر القوانين ملائمة لحكم العقد، وأشدها وثوقاً بالعلاقة العقدية(٢٢).

(٢٢) انظر في تفصيل فكرة الإسناد الجامد للعلاقة العقدية:

Guillaume Weiszberg., "Le «Raisonnable» en Droit du Commerce International", Thèses de doctorat, en droit de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), 2003., n°.164 ets.

وكذلك: د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠ - ٢٠٠١، ص١٩٦ وما بعدها، وكذلك: د. محمد الروبي، عقد الامتياز التجاري في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣، ص٢٨٨ وما بعدها، وأيضاً: د. بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٥، ص٧٣ وما بعدها.

ويوصف هذا الإسناد بالجمود لأنه يجعل من مركز الثقل واحد في جميع العقود وهو الموطن المشترك للمتعاقدين أو مكان إبرام العقد، أو بلد تنفيذه، أو الدولة التي ينتمي إليها المتعاقدون بجنسيتهم، حيث يحدد المشرع بصفة آمرة مركز الثقل في الرابطة العقدية دون النظر إلى طبيعة كل عقد على حدة[٢٣].

وقد أخذت العديد من التشريعات المقارنة بفكرة الإسناد الجامد عند تخلف الاختيار الصريح أو الضمني المؤكد لقانون العقد من قبل الأطراف، من ذلك: المادة (١٩) من القانون المدني المصري[٢٤] والتي تنص على أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه".

ويتبين من هذا النص أن القانون الواجب التطبيق على العقد هو القانون الذي يختاره الأطراف صراحة أو ضمناً، فإن تخلف هذه الاختيار الصريح والضمني، وجب على القاضي الالتزام بالضابطين الاحتياطيين الواردين بالنص، على سبيل التدرج أو التتابع، وهما قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا فيجب على القاضي تطبيق قانون الدولة التي أُبرِم فيها العقد.

وقد سارت أكثر التشريعات العربية[٢٥] - حتى أحدثها صدوراً[٢٦] - على نهج المشرع المصري، ولم يشذ عن ذلك سوى القانون الدولي الخاص التونسي الصادر عام ١٩٩٨ م، والذي عدل عن فكرة الإسناد الجامد وأعتنق نظرية الأداء المتميز[٢٧]، والتي سنعرض لها لاحقاً.

كما أخذ بفكرة الإسناد الجامد القانون الدولي الخاص البرتغالي، الصادر عام ١٩٦٦ م[٢٨]، والقانون الدولي الخاص الإسباني الصادر عام ١٩٧٤ م[٢٩]، وغير ذلك من التشريعات[٣٠].

---

(٢٣) د. أشرف محمد رزق فايد، منازعات الاستهلاك المتعلقة بالعقود المبرمة على شبكة الإنترنت، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة - مصر، ٢٠١٨، ص٢٩.

(٢٤) رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد (١٠٨ - مكرر)، بتاريخ، ٢٩ - يوليو - ١٩٤٨ م.

(٢٥) انظر على سبيل المثال: (م ١٩) مدني ليبي، (م ٢٠) مدني أردني، (م ٢٢) مدني سوري، (م ١٨) مدني جزائري، (م ١٩) مدني إماراتي، (م ٢٥) مدني عراقي، انظر: د. عقيل كريم زغير، المسؤولية المدنية للمستثمر الأجنبي : دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة - مصر، ٢٠١٥، ص١٤٧.

(٢٦) على سبيل المثال: المادة (٢٧) من القانون المدني القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٤ م، والتي نصت على أنه: "يسري على العقد من حيث الشروط الموضوعية لانعقاده ومن حيث الآثار التي تترتب عليه، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه"، والمنشور في الجريدة الرسمية القطرية، العدد ١١، في ٨ - ٨ - ٢٠٠٤ م.

(٢٧) وذلك وفقاً لنص المادة (٦٢) والتي نصت على أنه: "يخضع العقد للقانون الذي تعينه الأطراف وإذا لم تحدد الأطراف القانون المطبق يعتمد قانون الدولي التي يوجد بها مقر الطرف الذي يكون التزامه مؤثراً في تكييف العقد أو مقر مؤسسته إذا كان العقد قد أُبرم في نطاق نشاط مهني أو تجاري"، من القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٨ م، مؤرخ في ٢٧ نوفمبر ١٩٩٨ م، يتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص، والمنشور في الجريدة الرسمية التونسية، السنة ١٤١، العدد ٩٦، ديسمبر ١٩٩٨ م.

(٢٨) حيث اعتد عند تخلف اتفاق الأطراف بقانون محل إقامتهم المعتادة إذا كانت في دولة واحدة، وإلا فقانون محل إبرام العقد (م ٤٢)، انظر:

Guillaume Weiszberg., op. cit., p.116.

أما بالنسبة للأدلة الدولية وأنظمة الهيئات المتخصصة فدليل الويبو لعام ١٩٧٨ م، دليل النواحي القانونية لمفاوضة وإعداد تراخيص الملكية الصناعية، واتفاقيات نقل التكنولوجيا المناسبة لاحتياجات البلدان النامية، لم تتناول القانون الواجب التطبيق على العقود المتعلقة بالاستثمار التكنولوجي، إلا أنها أشارت في المادة (٦٢٦) من دليل تراخيص المليكة الفكرية على أنه: "مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على معاملات ترخيص الملكية الصناعية ونقل التكنولوجيا هي مسألة معقدة، لأن تلك المعاملات تتسم بخصائص عديدة وتهم عدة بلدان على الصعيد الدولي"، حيث أكتفى بذكر بعض الأمثلة عن حالات تنازع القوانين لحكم عنصر أو أكثر من عناصر عقد الترخيص الصناعي، كما هو الشأن لأحد أطراف العقد الذي يخضع لقانون بلد التأسيس أو لقانون مكان تنفيذ النشاطات الرئيسية كما نصت المادة (٦٢٨) من دليل تراخيص الملكية الفكرية[٣١].

المطلب الثاني

ضوابط الإسناد الجامد

يفضل القضاء أو المشرع أحياناً أن يحدد بصفة مسبقة القانون الذي يراه أكثر صلة بالعقود الدولية عند سكوت الأطراف عن اختيار قانون العقد صراحة أو ضمناً، كما يرى غالبية فقهاء القانون الدولي الخاص أنه في غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية للطرفين المتعاقدين بخصوص تحديد واختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما، يتم الاستناد في تحديد ذلك على ضوابط ذات صلة وثيقة بالعقد، أهمها قانون دولة إبرام العقد، أو قانون دولة التنفيذ، أو قانون جنسية المتعاقدين المشتركة، أو قانون موطنهما المشترك مما قد لا يفاجئ توقعاتهم ولا يخل بأمانهم القانوني المنشود[٣٢]، والملاحظ أن أكثر المعايير شيوعاً لدى القضاء والتشريعات المعاصرة كأساس لهذا الإسناد الجامد للعقد الدولي هما معيار بلد الإبرام ومعيار بلد التنفيذ؛ وبناءً عليه سوف نبين في هذا الفرع هذه الضوابط أو المعايير الأكثر شيوعاً - بشيء من التفصيل - وأيضاً لا ننسى قانون جنسية المتعاقدين المشتركة وقانون موطنهما المشترك، ولكن بشكل موجز، مع الإشارة إلى الانتقادات التي وجهت لكل ضابط من هذه الضوابط وذلك وفق الفروع الآتية:

---

(٢٩) حيث اعتد بضابط الجنسية المشتركة للأطراف إذا اتحدوا جنسية، فإن لم يتوافر، فقانون محل إقامتهم المعتادة، وإلا فقانون محل إبرام العقد، وذلك كضوابط احتياطية يلتزم القاضي بإعمالها عند تخلف تعيين هذا القانون من قبل الأطراف (م ١٠/ ٥)، D. 31 mai 1974, art. (10/ 5): Cf: Henri Batiffol et Paul Lagarde., "Droit international privé", tome. II. 7e édition, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1983., nº.573-1, note 4.

(٣٠) راجع تشريعات أخرى اعتنقت فكرة الإسناد الجامد في رسالة:
Guillaume Weiszberg., op. cit., nº.165, p.116.

(٣١) انظر: د. وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص٩٢٨ - ٩٢٩.

(٣٢) د. بلاق محمد، مرجع سابق، ص٧٣ - ٧٤، وكذلك: قارة سليمان محمد خليد، الحلول القانونية لمشكلة تنازع القوانين في ظل التعاقد الإلكتروني، بحث منشور في مجلة الندوة للدراسات القانونية، الجزائر، المجلد ٢، العدد ٣، (٢٨ فبراير ٢٠١٥)، ص١٣١.

الفرع الأول: إسناد الرابطة العقدية لقانون دولة محل الإبرام:

يجد ضابط محل الإبرام أصله التاريخي في قاعدة أن قانون المحل يحكم التصرف (Locus regit actum)؛ وهي تُعد من أقدم قواعد التنازع إلا أنه لم يعد لها سلطان إلا على شكل العقد فحسب، بعد أن تقلص مجال إعمالها في أغلب التشريعات الحديثة بخروج موضوع العقد من نطاقها(٣٣).

ولقد ازدهر إسناد العقد لقانون محل الإبرام في العصر الذي سادت فيه نظرية سلطان الإرادة؛ على أساس أنه في هذا المكان كان الظهور الأول لإرادة الأطراف المتعاقدة، وهذا ما يفسر لماذا كان الإسناد لقانون دولة محل الإبرام ذا طابع إلزامي، إذ لم تكن لإرادة المتعاقدين القدرة على اختيار قانون آخر؛ بوصفه القانون الذي يعرفه المتعاقدون أكثر من غيره، لأنهم لحظة تبادل الإيجاب، والقبول يتوافر لديهم التّصور في خضوع عقدهم لذلك المحلّ الذي تم فيه ذلك التبادل(٣٤).

وقد تبنت بعض التشريعات الإسناد الجامد للعقد إلى قانون دولة الإبرام، عند سكوت المتعاقدين عن اختيار قانون الإرادة؛ مع اختلافهما حول موقع الأفضلية التي منحتها لهذا القانون، فالتشريع المصري على سبيل المثال في المادة (١٩/ ١) من القانون المدني قد منح لقانون دولة إبرام العقد الموقع الثاني في الترتيب بعد قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إن أتّحدا موطناً، وهي الأفضلية ذاتها التي منحها المشرع الإيطالي لهذا القانون بعد الجنسية المشتركة وذلك وفقاً لنص المادة (٢٥) من القانون المدني الإيطالي، وذلك كله على فرض سكوت المتعاقدين على اختيار قانون العقد(٣٥).

وذهب جانب من الفقه(٣٦) - في هذا الصدد - إلى أن هناك من الدول من تأخذ بنظام إسناد يتسم بالجمود والصرامة، كما هو الحال بالنسبة للقانون الإيطالي في الفترة السابقة على دخول معاهدة روما المبرمة سنة ١٩٨٠ والخاصة بالقانون الواجب التطبيق في مجال الالتزامات التعاقدية؛ وفقاً لنص المادة (٢٥) من القانون المدني الإيطالي فإن الالتزامات الناشئة عن العقد تخضع لقانون جنسية كل من الطرفين في حالة اتحاد الجنسية، ولقانون مكان إبرام العقد في حالة اختلاف الجنسية، وذلك إذا لم يتفق الطرفان على تطبيق قانون دولة أخرى؛ وقد أخذ القانون المدني المصري في المادة (١٩) بذات الحلول في غيبة قانون الإرادة وإن كان قد تبنى معيار الإسناد، الخاص بالموطن المشترك بدلاً من معيار الجنسية المشتركة الذي تبناه القانون الإيطالي(٣٧).

أولاً - مبررات إسناد الرابطة العقدية لقانون دولة محل الإبرام:

---

(٣٣) د. محمد خالد الترجمان، تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد القرض الدولي، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٤٩، ١٩٩٣، ص١٠٣.

(٣٤) د. محمد خالد الترجمان، المرجع السابق، ص١٠٣ - ١٠٥.

(٣٥) د. صالح جاد المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص٣٢٧، وكذلك: د. أحمد شعبان الشاهد، مرجع سابق، ص٣٦٣.

(٣٦) د. أشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص٥١٧، وكذلك: د. أحمد شعبان الشاهد، المرجع السابق، ص٣٦٣.

(٣٧) انظر: د. أشرف وفا محمد، المرجع السابق، ص٥١٧، وكذلك: د. أحمد شعبان الشاهد، نفس المرجع، هامش (١)، ص٣٦٤.

لم يكن لمناصري إسناد الرابطة العقدية لقانون دولة محل الإبرام، أن يؤكدوا على أهمية هذا الضابط عارياً من اي حجة؛ بل استندوا في تأييدهم لإسناد الرابطة العقدية لقانون دولة الإبرام، على الحجج التالية(٣٨):

- إن إسناد العقد لقانون دولة محل الإبرام؛ يعبر عن وجه الصلة القوية التي تربط العقد بدولة إبرامه؛ فمحل الإبرام هو المكان الذي تلاقت فيه إرادة الأطراف وبالتالي ينطوي على عنصر مادي، يتمثل في أنه المحل الذي استأثر بسبب وجود العقد، أو أنه محل ميلاد العقد الأول؛

- يتوافر لدى الأطراف لحظة تبادل الإيجاب والقبول التصور في خضوع عقدهم لذلك المحل الذي تم فيه ذلك التبادل؛ مما يكفل لهم ميزة العلم المسبق بالقانون الذي يحكم العقد، ومن ثم يكفل لهم الأمان القانوني المنشود ويصون توقعاتهم؛

- كما أن قانون دولة الإبرام هو القانون الذي يسهل على المتعاقدين الرجوع إليه للتأكد من السلامة القانونية للشروط التي يزعمون إدراجها في العقد(٣٩)، ويكفل للمتعاقدين إمكانية عرض الحلول المطبقة بشكل مفصل(٤٠)؛

وهناك أيضاً اعتبارات عملية أملت هذا التوجه على مشرعي الدول، ومنها - أن مكان إبرام العقد هو المكان الذي يولد فيه العقد، كما أن مكان الإبرام واحد ، كما أنه محدد، وتسهل معرفته من أطراف العلاقة؛ كما أنه عادة هو موطن المتعاقدين أحدهما أو كليهم، كما أنه يكون مشتركاً ومعروفاً لهما؛ لذلك يظهر من الطبيعي أن الرابط الأكثر أهمية يمنح لمكان الإبرام، فالمثل يقول "من يذهب إلى روما يجب أن يفعل كما يفعل أهلها"، "Whose goes to Rome must do as those Rome do"(٤١).

ثانياً - مآخذ إسناد الرابطة العقدية لقانون دولة محل الإبرام:

على الرغم من المزايا التي يتمتع بها هذا الإسناد، إلا أنه لم يسلم من النقد، حيث قيل في شأنه:

- أن محل إبرام العقد وإن عبر عن محل ميلاد العقد، إلا أنه لا يعبر بصدق عن حقيقة مصالح الأطراف المرتبطين بهذا العقد، كما أنه وإن أمكن أحياناً تطبيق قانون بلد الإبرام بوصفه قانون الإرادة الضمنية إلا أنه من العسير تطبيق هذا القانون بوصفه قانوناً وثيق الصلة بالرابطة العقدية(٤٢)؛

- أن محل إبرام العقد قد يتسم بالصدفة أو العرضية، ومن ثم لا يكشف عن وجود صلة بين العقد والقانون الذي يحكمه وعندئذ لا يصح الاعتماد عليه كضابط إسناد(٤٣)، ولا سيما في عقد الترخيص الصناعي الدولي إذ قد

---

(٣٨) انظر في هذه الحجج: د. محمد خالد الترجمان، مرجع سابق، ص١٠٤ - ١٠٥، وكذلك: د. بلاق محمد، مرجع سابق، ص٧٦، وأيضاً: د. الأيوبي محمد، دور مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، بحث منشور في مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، المغرب، العدد ١٢، فبراير ٢٠١٦، ص٦٤.

(٣٩) د. علاء حسين علي، تنازع الاختصاص التشريعي في عقود التجارة الدولية وفقاً للقانون العراقي والنظم القانونية الأخرى : دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة الكوفة، العراق، المجلد ١، العدد ٢٩، ٢٠١٦، ص٢٢٣ - ٢٢٤، وكذلك: د. الأيوبي محمد، المرجع السابق، ص٦٤.

(٤٠) انظر: د. أم كلثوم العطار، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة المتوسط للدراسات القانونية والقضائية، مطبعة مكتبة دار السلام، الرباط - المغرب، العدد ٥، دجنبر ٢٠١٧، ص٧٢.

(٤١) انظر: د. علاء الدين محمد ذيب عبابنه، القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي في القانون الأردني والمقارن، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، ٢٠٠٤، ص٢١٦.

(٤٢) د. علاء الدين محمد ذيب عبابنه، المرجع السابق، ص٢١٨، وكذلك: د. أحمد شعبان الشاهد، مرجع سابق، ص٣٦٤.

يخفق هذا الضابط في تحقيق الحماية المرجوة للطرف الضعيف في العلاقة العقدية وهو المرخص له، ويكون بإمكان الطرف القوي وهو المرخص (مالك التكنولوجيا) بأن ينفرد ويتحكم في تحديد محل إبرام العقد ويعمل إلى اختيار المكان الذي يحقق مصالحه وعلى أفضل وجه وبشكل يتعارض مع مصالح الطرف الضعيف[٢]؛

- إن ضابط محل الإبرام لا يمكن الاعتماد عليه لوحده في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، إلا إذا تم تدعيمه بضوابط إسناد أخرى كموطن أحد الأطراف أو محل التنفيذ[٣]، وذلك خلافاً لمكان تنفيذ تنفيذ العقد الذي يعتبر عاملاً مهماً؛ نظراً لأنه المكان الذي تنتج فيه الرابطة العقدية آثارها، على أساس أن مصالح المتعاقدين تتركز مادياً في هذا المكان، لذلك يعتبر قانون هذا المكان من أوثق القوانين صلة بالرابطة العقدية[٤]؛ كما سنبين لاحقاً.

- ومن ناحية أخرى، فهناك صعوبات متعددة تثور في الحالات التي يتم فيها إبرام العقد بالوسائل الحديثة حول تحديد محل إبرام العقد، هل هو دولة إرسال الإيجاب، أو دولة محل القبول، أو الدولة التي علم فيها الموجب بالقبول، وهو ما يجعل التركيز المكاني لمحل الإبرام بالغ الدقة[٥]، ولا شك أن صعوبة تحديد مكان إبرام العقد على هذا النحو بسبب اختلاف أماكن الإيجاب والقبول وعلم الموجب بالقبول سيظل إلى حد بعيد من شأن الادعاء بما يوفره مثل هذا الإسناد من وحدة القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية وسهولة تحديد هذا القانون؛ كما أن التوصل إلى مكان إبرام العقد لا يعني بحكم اللزوم أن القانون السائد في هذا المكان هو مناسب لحكم الرابطة التعاقدية في مجموعها[٦].

ومما لا شك فيه أن إسناد الرابطة العقدية لقانون دولة محل الإبرام يتناقض مع مقتضيات العقود التي تبرم بطرق تقليدية، وكذلك الحال مع تطور طرق التعاقد في عقود نقل التكنولوجيا عموماً وعقود الترخيص الصناعي خصوصاً، وذلك لوجود عقود إلكترونية تتخطى حاجز المكان أو المكان والزمان في ذات الوقت، وبالتالي أي قانون سيتم تطبيقه؟ وهذا ما يدعونا إلى الانتقال إلى ضابط آخر.

الفرع الثاني: إسناد الرابطة العقدية لقانون دولة محل التنفيذ:

---

(١) قارة سليمان محمد خليد، مرجع سابق، ص١٣١.

(٢) د. يونس صلاح الدين، د. وسام محمد خليفة، القانون الواجب التطبيق على إصابات العمل والأمراض المهنية ضمن نطاق عقد العمل الدولي، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، كلية القانون، جامعة تكريت، العراق، المجلد ٤، السنة ٤، العدد ١٥، ٢٠١٢، ص٢٨ - ٢٩.

(٣) د. عز الدين عبد الله، دراسات في القانون الدولي الخاص الكويتي : (٢) تنازع القوانين في العقد، بحث منشور في مجلة مصر مصر المعاصرة، المجلد ٦٤، العدد ٣٥٢، أبريل ١٩٧٣، ص٢٤٩.

(٤) د. محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة : دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، ٢٠١٣، ص١٠٦.

(٥) د. صالح جاد المنزلاوي، مرجع سابق، ص٣٢٧، وكذلك: د. الأيوبي محمد، مرجع سابق، ص٦٥.

(٦) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٤، ص٤٣٧. ص٤٣٧.

في ظل العقود الدولية كان لمحل تنفيذ العقد أهمية بالغة في فقه القانون الدولي الخاص، باعتباره ضابطاً يمكن من تلافي مشاكل محل إبرام العقد السابقة من جهة، ومن جهة أخرى هو المكان الذي تتركز فيه مصالح المتعاقدين باعتباره المكان الذي سيجنون فيه ثمار تعاقدهم[١]، ولقد تبنت العديد من التشريعات الوطنية ضابط قانون دولة محل التنفيذ؛ منها القانون الألماني الذي يعطي مكانة مهمة لمكان تنفيذ العقد بحسبانه ضابطاً مهماً في تحديد القانون، الذي يحكم العقد الدولي عند عدم تحديد القانون واجب التطبيق من طرف الأطراف المتعاقدة[٢]، أما المشرع المصري فلم يعتد به في المادة (١٩) من القانون المدني[٣].

وكان أول من نبه إلى أهمية إسناد العقود الدولية لقانون دولة محل التنفيذ هو الفقيه الألماني "Savigny"، باعتبار أن العقد يرتب آثاره في هذه الدولة، "فهو خير قانون لحكم العقد"[٤]، وقد كان من شأن ذلك التقليل من أهمية محل إبرام العقد في تحديد القانون الواجب التطبيق[٥].

وقد أخذت بعض الأحكام القضائية الفرنسية بقانون مكان التنفيذ باعتباره القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية[٦]، كما يأخذ به القضاء الإنجليزي تاركاً قانون محل إبرام العقد، وذلك عندما يكون تنفيذ العقد كلياً أو جزئياً واجباً في مكان آخر غير محل إبرام العقد[٧]، ففي قضية "Assunzione " سنة ١٩٤٥ م[٨]، كانت الروابط متوازنة بين القانون الإيطالي والقانون الفرنسي حيث وجب على المحكمة استخدام جوز من المقاييس لتحديد القانون الخاص بالعقد، فالقضية تتعلق بتحميل القمح من تجار حبوب فرنسيين، ثم نقل القمح وفقاً لموافقة متبادلة بين الحكومات الفرنسية والإيطالية، لكن مالكي السفينة الإيطالية لا يعلمون بذلك، وقد تم التفاوض على المراسلة بين سماسرة فرنسا وسماسرة إيطاليا، وتم صياغته شكلياً في باريس باللغة الإنجليزية على أن تدفع رسوم الشحن وغرامة التقاعس بعملة إيطالية في إيطاليا حيث تم الإقرار بالإجماع بأن القانون الإيطالي، هو القانون الخاص بالعقد، كان العامل الحاسم وجوب تنفيذ الطرفين في إيطاليا.

وأياً يكن فإن مكان التنفيذ يبقى مع ذلك الأفضل في حاله الإسناد الجامد من ضابط محل الإبرام، فهو يعبر بشكل أصدق عن حقيقة مركز الثقل في هذه الرابطة، فقانون بلد التنفيذ يعد أوثق صلة بالرابطة العقدية من قانون

---

(١) قارة سليمان محمد خليد، مرجع سابق، ص١٣٢.

(٢) د. صالح جاد المنزلاوي، مرجع سابق، هامش (١)، ص٣٣٠.

(٣) وكذلك الحال بالنسبة للمشرع الليبي في المادة (١٩) من القانون المدني والملحق المعدل "الجزء الأول" والمنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٠ فبراير ١٩٥٤، وكذلك المشرع الجزائري وفق المادة (١٨) من القانون المدني (الأمر رقم ٧٥ - ٥٨ المؤرخ في ٢٠ رمضان عام ١٣٩٥ الموافق ١٩٧٥ المتضمن القانون المدني "المعدل والمتمم")، وأيضاً المشرع العراقي في المادة (٢٥) من القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ م المعدل، والمنشور في جريدة الوقائع العراقية، العدد ٣٠١٥، بتاريخ ٨ - ٩ - ١٩٥١ م.

(٤) د. الأيوبي محمد، مرجع سابق، ص٦٥.

(٥) انظر: د. عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص٢٥٠، وأيضاً: د. محمد خالد الترجمان، مرجع سابق، ص١٠٤ - ١٠٦.

(٦) في تفصيل ذلك، انظر: د. هشام علي صادق، مرجع سابق، ص٤٣٩.

(٧) "وقد أخذ به القضاء المختلط في مصر (آنفاً) في بعض أحكامه"، انظر: د. عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص٢٥٠.

(٨) انظر: د. علاء الدين محمد ذيب عبابنه، مرجع سابق، ص٢٢٢.

بلد الإبرام، حيث يسمح مكان التنفيذ بحل قابل للتحقيق وذلك بكونه محدد بدون التباس، فهو أجدر بالتفضيل ومقدم في القضاء على تطبيق قانون مكان الإبرام، وهو الموقف الذي تميل إليه محكمة النقض الفرنسية[١].

أولاً - مبررات إسناد الرابطة العقدية لقانون دولة محل التنفيذ:

الغاية من إبرام عقد الترخيص الصناعي الدولي هو تنفيذه، لذا فإن الأولى بالتطبيق عند حصول أي نزاع حول ذلك هو تطبيق قانون بلد التنفيذ، لأن هناك صلة ما بين الرابطة التعاقدية والدولة التي يتم التنفيذ فيها، والإسناد لهذا القانون هو أفضل تعبير عن مصالح المتعاقدين، وبوصفه مركز ثقل في العقد باعتباره الأكثر صلة بالعقد؛ عدا عن خضوع حكم التحكيم للتنفيذ في تلك الدولة[٢]، إلا أنه في بعض الأحيان من الصعوبة بمكان إعمال هذا المعيار في عقد الترخيص الصناعي الدولي لتعدد محلات تنفيذ العقد، إذ هو عبارة عن عقد ذو طبيعة خاصة مركبة.

كما أن تنفيذ العقد يؤدي إلى ظهور العناصر المادية للعلاقة العقدية إلى العالم الخارجي في دولة التنفيذ، وهو الذي يمكن الغير من غير المتعاقدين من العلم بوجود العقد، فيصون لهم على هذا النحو مصالحهم المشروعة في تطبيق قانون هذه الدولة[٣]، ومن ناحية أخرى فإن هذا الإسناد هو الذي يتفق أيضاً مع مصالح المتعاقدين، على اعتبار أن تنفيذ العقد هو هدف المتعاقدين، والغاية التي يسعيان إلى تحقيقها؛ ويجني هؤلاء الأفراد ثمار تعاقدهم في هذه الدولة، فضلاً عن أن محل التنفيذ لا يكون عرضاً، بل يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالعقد[٤]، وذلك يعني؛ أن محل التنفيذ يمثل الرابطة الجوهرية بين العملية العقدية، والقانون الواجب التطبيق[٥].

ثانياً - مآخذ إسناد الرابطة العقدية لقانون دولة محل التنفيذ:

مما لا شك فيه أن ضابط قانون دولة محل التنفيذ يعد من أقوى ضوابط الإسناد الجامدة تعبيراً عن الصلة الوثيقة التي تربط العلاقة العقدية بالقانون واجب التطبيق عليها، وذلك بالمقارنة بالضوابط الأخرى الجامدة - سالفة الذكر وكذلك اللاحقة - كالموطن المشترك ومحل الإبرام والجنسية المشتركة للمتعاقدين؛ إلا أنه يؤخذ عليه عدة مآخذ، يمكن رصدها على النحو التالي:

- أول ما يؤخذ على قانون دولة محل التنفيذ، هو تلك الحالة التي يكون فيها التنفيذ موزعاً بين أكثر من دولة[٦]، وإن كان من المتصور تجنب مثالب ذلك التعدد أو التوزيع بتحديد محل التنفيذ الرئيسي للعقد[٧]، فإن

---

(١) د. علاء حسين علي، مرجع سابق، ص٢٢٥، وكذلك: د. علاء الدين محمد ذيب عبابنه، المرجع السابق، ص٢٢٣.
(٢) انظر: ساره زياد مناصره، مرجع سابق، ص١٣٩.
(٣) د. هشام علي صادق، مرجع سابق، ص٤٤٠.
(٤) د. الأيوبي محمد، مرجع سابق، ص٦٥ - ٦٦.
(٥) د. محمد خالد الترجمان، مرجع سابق، ص١٠٧.
(٦) د. يونس صلاح الدين، د. وسام محمد خليفة، مرجع سابق، ص٣١.
(٧) د. عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص٢٥٠.

الأمر يدق حين يتعذر ذلك، وهو ما دفع البعض إلى القول بضرورة إسناد العقد في هذه الحالة إلى قانون بلد الإبرام[١]؛

- أما إذا لم يحدد المتعاقدان محل تنفيذ العقد في البداية، كمل لو لم يتفقوا على مكان الوفاء بالثمن، فإنه يتعذر الإسناد في هذا الفرض، ولا يجدي في حل هذه الإشكالية حتى يتم تنفيذ العقد بالفعل، حيث يسهل إسناده حينئذ لقانون الدولة التي تم فيها التنفيذ[٢]؛

- وفي العقود الملزمة للجانبين؛ يمكن أن يكون تنفيذ الالتزامات في دولتين مختلفتين؛ وهذا من شأنه أن يؤدي إلى خضوع التزامات الأطراف المتعاقدة إلى قانونين مختلفين، إذ يخضع كل التزام إلى قانون محل تنفيذه، ولا شك أن تعدد القوانين واجبة التطبيق على العقد في مثل هذه الحالة، من شأنه أن يخل بوحدة الرابطة العقدية[٣]؛

- كما تعرض ضابط محل التنفيذ إلى انتقاد آخر مرده عدم قدرته في بعض الأحيان على تحقيق الحماية المطلوبة للمتعاقد الضعيف (المرخص له)[٤]، فيمكن القول بأن ضابط محل التنفيذ يمكن أن يربط العقد بنظام قانوني متجرد من كل أشكال الحماية[٥].

وإن كان لنا أن نفاضل بين الإسناد المسبق للرابطة العقدية لقانون محل الإبرام أو القانون محل التنفيذ، فلا شك أن هذا الحل الأخير هو الذي يعبر على نحو أصدق على حقيقة مركز الثقل في هذه الرابطة، فقانون بلد التنفيذ يعد أوثق صلة بالرابطة العقدية من قانون بلد الإبرام.

وإذا كنا نسلم بوجهة نظر منطق إسناد العقد لقانون المحل الذي يتم فيه تنفيذ الالتزام الرئيسي وهو على هذا النحو، قانون محل إقامة المدين بهذا الأداء، لما يمتاز به من سهولة ووضوح إلا أنها لا تخلو من مآخذ وبصورة خاصة في العقود التي يكون أحد أطرافها من الدول النامية، فمثلا في عقود الترخيص باستغلال التكنولوجيا، يطبق في الغالب قانون إحدى الدول الصناعية المتقدمة وهو قانون محل إقامة أو مركز منشأة مانح الترخيص، الأمر الذي يسبب إرهاقاً للطرف الضعيف في العقد هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى عدم تطبيق بعض القواعد التي تهدف إلى حماية الطرف الضعيف في العقد؛ وهذا يعني أن الدول النامية وهي الطرف الضعيف في مثل هذه العقود، سوف تخضع لقواعد قانونية غريبة عنها، وقد تكون مجحفة وتمس اقتصادها الوطني، وهو ما دفع البعض من الفقه الحديث والقضاء المعاصر لتفضيل الإسناد المرن للرابطة العقدية، والتي سنتحدث عنها لاحقاً.

---

(١) د. هشام علي صادق، مرجع سابق، ص٤٤١، وكذلك: د. محمد خالد الترجمان، مرجع سابق، ص١٠٧.
(٢) د. أحمد شعبان الشاهد، مرجع سابق، ص٣٦٦.
(٣) قريب من ذلك، انظر: د. أحمد شعبان الشاهد، المرجع السابق، ص٣٦٦.
(٤) د. يونس صلاح الدين، د. وسام محمد خليفة، مرجع سابق، ص٣٢.
(٥) "وهذا ما يحدث غالباً بصدد العقود المبرمة مع المستهلكين"، انظر: د. أحمد شعبان الشاهد، مرجع سابق، ص٣٦٦.

الفرع الثالث: إسناد الرابطة العقدية لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين:

للموطن أهمية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، فيعطي الاختصاص لقانون الموطن باعتباره قانون البلد الذي يتوطن فيه فعلاً أو أعتبر أنه متوطن فيه حتى لو لم يقم فيه فعلاً[١]، ولذلك أخذ القانون الليبي بنظر الاعتبار الموطن المشترك للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق، واتبعه في ذلك العديد من التشريعات[٢].

ولا شك أن حرص المشرع على الآخذ بالموطن المشترك للمتعاقدين كضابط إسناد احتياطي وتغليبه على عنصر الجنسية المشتركة، نابعاً من أهمية الموطن في المعاملات المالية والعلاقات العقدية[٣]، ويتحدد الموطن المشترك للمتعاقدين في وقت إبرام العقد وليس في وقت تنفيذه، أو وقت المنازعة فيه[٤].

وتحديد الموطن يعتمد على الرابط بين الشخص والمكان برباط قانوني، لذلك نجد الفقه يعرفه بأنه: "المكان الذي يقيم فيه الشخص أو يتخذ منه مركزاً لأعماله"[٥]، فمجرد إقامة الشخص بصورة مؤقتة في مكان ما لا يجعل من هذا المكان موطناً له.

أولاً - مبررات إسناد الرابطة العقدية لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين:

- يبرر الفقه الخضوع إلى قانون الموطن بأنه أسبق في الظهور من قانون الجنسية، وإن التجارب العملية اثبتت أنه أكثر صلاحية وأكثر استجابة لحاجات الأطراف، كما أن الموطن يعد مركز مصالح الشخص ومركزه القانوني والمكان الذي يباشر فيه حقوقه ودعواه، فمن المنطقي والطبيعي أن يخضع هذا الشخص لقانون البلد الذي توطن فيه، كما أن هناك حجة عملية هي أن قانون الموطن يوفر مزايا عملية كثيرة منها أنه يسهل على

---

(١) انظر: د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق، ١٩٨٢، ص١٧٤ - ١٧٥.

(٢) راجع نص المادة (١٩) من القانون المدني الليبي، تقابلها المادة (١٩) من القانون المدني المصري، والمادة (١٨) من القانون المدني الجزائري، والمادة (٢٥) من القانون المدني العراقي.

(٣) د. محمد أحمد علي المحاسنة، مرجع سابق، ص١٠١.

(٤) وذلك وفق ما قررته محكمة النقض السورية بقرارها رقم ٤١٠ أساس ٨٨ تاريخ ١٥/ ٥/ ١٩٦١ م، الذي جاء فيه: "إن حل التنازع على القانون الواجب تطبيقُه يستتبع التحقق من اتحاد المتعاقدين في الموطن أو اختلافه عند صدور الإيجاب والقبول، باعتبار أنّ التشريع المحلي آثر تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، وأنزله على حكم قانون الدولة التي تم فيها العقد عند الاختلاف في الموطن"، أما إذا كانا وقت إبرام العقد متوطنين في دولتين مختلفتين ثم توطنا في دولة واحدة، فلا يعتد بهذا الموطن الجديد لتحديد القانون الواجب التطبيق، انظر: د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص (٢)، منشورات الجامعة الافتراضيَّة السوريَّة، الجمهورية العربية السورية، ٢٠١٨، ص١٧٥.

(٥) د. أم كلثوم العطار، مرجع سابق، ص٧١.

قضاة المكان تطبيق قانون الموطن بدلاً من قانون الجنسية الذي قد يخطئون في فهمه وتفسيره، وكذلك سهولة تعرف الغير على قانون الموطن[١]؛

- كما يدافع أنصار هذا الإسناد عنه بالقول بأن قانون الموطن المشترك هو القانون الذي يعرفه المتعاقدون أكثر من غيره[٢]، وقد اعتادوا على أن ينظموا سلوكهم وفق أحكامه، الأمر الذي يسمح لهم بتوقع الآثار التي ستترتب عنه من جراء إعمالهم لهذا الضابط[٣]؛

- وإن توطن الأطراف في إقليم دولة معينة حتى لو لم يحملوا جنسيتها دليل على وجود مصالحهم فيها ومن ثم فإنه من المناسب خضوعهم لقانون هذه الدولة[٤]، كما أنه يمثل حلاً عملياً ووسطاً[٥].

ثانياً - مآخذ إسناد الرابطة العقدية لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين:

على الرغم من المزايا التي يتمتع بها هذا الإسناد، إلا أنه لم يسلم من النقد، حيث قيل في شأنه:

- أن الاعتماد على ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين في العقود الدولية قد يؤدي إلى عدم الوصول إلى القانون الواجب التطبيق، كما لو لم يكن للمتعاقدين موطن مشترك، وغالبية عقود التجارة الدولية يختلف فيها الموطن المشترك[٦]؛

- كما أن قانون الموطن المشترك قد يتعارض مع المصالح الوطنية لدولة المحكمة التي تنظر النزاع أو لأطراف العقد الدولي، لانعدام الرابطة بين الموطن والعقد أو انعدام العلاقة المباشرة مع تنفيذ العقد؛ كما ان سهولة تغيير الموطن الدولي يثير صعوبة في تحديده وإثباته، وينعكس ذلك على تحديد القانون المختار على أساس الموطن المشترك؛ لذلك فإن قانون الموطن المشترك قد لا يمثل الواقع في كثير من الأحيان[٧]؛

ومن هنا نرى بأن أهمية هذا الضابط في مجال تنازع القوانين ضئيلة جداً، وبالأخص في عقود التجارة الدولية ومنها عقد الترخيص الصناعي الدولي خصوصاً، لذلك نقترح على المشرع الليبي العدول عن ضابط الموطن المشترك، والأخذ بضابط آخر ينسجم مع طبيعة وظروف التجارة الدولية، ويؤدي إلى تطبيق قانون على صلة وثيقة بعناصر العقد، كالإسناد إلى قانون التنفيذ على سبيل المثال.

الفرع الرابع: إسناد الرابطة العقدية لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين:

---

(١) د. علاء حسين علي، مرجع سابق، ص٢٢٢.

(٢) "ومن جهة أخرى فهو تطبيق للقاعدة الدستورية المعروفة في غالبية النظم القانونية التي تقضي بألا يعذر بجهل القانون"، انظر: د. بلاق محمد، مرجع سابق، ص٧٥، وكذلك: قارة سليمان محمد خليد، مرجع سابق، ص١٣٢.

(٣) د. أم كلثوم العطار، مرجع سابق، ص٧١.

(٤) د. علاء حسين علي، مرجع سابق، ص٢٢٢.

(٥) د. علاء الدين محمد ذيب عبابنه، مرجع سابق، ص٢٢٥.

(٦) د. محمد أحمد علي المحاسنة، مرجع سابق، ص١٠٣، وكذلك: د. أحمد شعبان الشاهد، مرجع سابق، ص٣٦٢.

(٧) د. علاء حسين علي، مرجع سابق، ص٢٢٣.

إذا كان ضابط الجنسية المشتركة قد لعب دوراً في مجال العلاقات العائلية والأحوال الشخصية، فإن نجاحه في مجال العلاقات المالية ومنها العقود قد بدا محدوداً، لضآلة الاعتبار الشخصي في تلك العلاقات، فلم يناصره غير نفر قليل من الفقه والقوانين المقارنة[١]، ومن هذه القوانين القانون المدني الإيطالي في سنة ١٩٤٢ م، حيث نصت المادة (٢٥) منه على إعطاء الاختصاص لقانون الجنسية المشتركة، الذي له الأفضلية في حالة عدم وجود اختيار صريح[٢]، وكذلك المادة (١٠/ ٥) من قانون ٣١ أيار لعام ١٩٧٤ الإسباني الذي أعطى الاختصاص لقانون الجنسية المشتركة، عند عدم وجود اختيار صريح، وفضلت قانون الجنسية على كل من محل الإقامة المشترك ومكان الإبرام[٣]، ومن هذه القوانين أيضاً القانون المغربي حيث جعله في الترتيب الخامس بين ضوابط الإسناد الاحتياطية[٤]، ولم يأخذ المشرع الليبي بهذه القرينة كضابط للإسناد وحسناً فعل.

واختلفت معظم التشريعات حول موقع الأفضلية لقانون الجنسية المتحدة للأطراف المتعاقدة، كما أختلف القضاء في شأن قانون الجنسية المشتركة[٥]، فاعتبرته بعض أحكام القضاء الفرنسي قرينة على الإرادة المفروضة، بينما اعتبرته أحكام أخرى دليلاً على الإرادة الضمنية أو مركز الأعمال المشترك[٦].

ويقدم الفقهاء تبريرات عدة في الاعتماد على ضابط إسناد الجنسية، فهو يتصف بالثبات والاستقرار، كما أن ضابط الجنسية يمثل الشعور القومي تجاه القانون الواجب التطبيق، إلا أن صعوبة الأخذ بنظام الجنسية تظهر في حالات تعدد الجنسية وانعدامها[٧]، وإذا كان المتعاقدون ينتمون بجنسيتهم إلى دولة واحدة فإنه يجب افتراض قبولهم القانون الشخصي الذي يعلمون مضمونه تماماً ويكون ذلك افتراضاً قوياً ومقبولاً أنهم أرادوا الخضوع لهذا القانون الذي يحكم طبيعة اتفاقهم وشروطه وآثاره في حدود النظام العام ما لم توجد إرادة مخالفة وصريحة[٨].

في حين أن هناك من يرى صعوبة الاعتماد على الجنسية المشتركة للأطراف في تحديد القانون الوجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، وذلك لضعف الصلة بين القانون الواجب التطبيق وفقاً لهذا الأساس والعقد، ولا تعد الجنسية الأجنبية للتعاقد عنصراً مؤثراً في عقود المعاملات الدولية، ولا تصلح وحدها أساساً لإضفاء الطابع الدولي على هذه العقود[٩]، ويأخذ القضاء الفرنسي بالجنسية في تحديد القانون الوجب التطبيق، وقد تأكد

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص٢٠٢؛ وكذلك: د. محمد خالد الترجمان، مرجع سابق، ص١١٣.

(٢) انظر: د. عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص٢٥١.

(٣) D. 31 mai 1974, art. (10/ 5): Cf: Henri Batiffol et Paul Lagarde., op. cit., nº.573-1, note 4.

(٤) انظر: د. علاء الدين محمد ذيب عبابنه، مرجع سابق، ص٢٢٦.

(٥) د. صالح جاد المنزلاوي، مرجع سابق، ص٣٣٣، وكذلك: د. بلاق محمد، مرجع سابق، ص٧٥.

(٦) د. عصمت عبد المجيد بكر، دور التقنيات العلمية في تطور العقد، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ٢٠١٥، ص٤٧١.

(٧) انظر: د. علاء حسين علي، مرجع سابق، ص٢٢٤ - ٢٢٥.

(٨) د. علاء حسين علي، المرجع السابق، ص٢٢٥.

(٩) د. عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص٤٧١.

ذلك في حكم محكمة النقض الفرنسية، الصادر في ٢ نوفمبر ١٩٣٧ م، عندما قضت بأن: "القانون الواجب التطبيق على العقد هو قانون الدولة التي يتبعها المتعاقدان بجنسيتها"[١]، أما القضاء الفرنسي الحديث فهو لا يأخذ بالجنسية المشتركة كقرينة على الإرادة الضمنية إلا إذا أقترن ذلك بعنصر آخر من عناصر الكشف عن هذه الإرادة[٢].

والحقيقة أن إسناد الرابطة العقدية إلى قانون الجنسية المشتركة هو إسناد منتقد، ومن الصعوبة التعويل عليه في مجال العقود التجارية وعقود المعاملات المالية ذات الطابع الدولي، وما تأكيد الفقه على أن الجنسية الأجنبية لا تعد عنصراً مؤثراً في عقود المعاملات المالية إلا دليلاً على ذلك[٣].

ومن جانبنا نرى صعوبة الاعتماد على الجنسية المشتركة للأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، فمن ناحية نجد أن ضابط الجنسية ليس له إلا دور ثانوي في تحديد صفة الدولية في العقد، وهو كذلك لا يؤدي إلا دوراً احتياطياً في تركيز العلاقة العقدية في نطاق قانوني معين، كذلك يكون دور الجنسية قليل الأهمية في عقود التجارة الدولية، كون جنسية الأطراف لا تحقق الرابطة الفعلية والوثيقة بين العقد والقانون الواجب التطبيق.

المطلب الثالث

تقدير فكرة الإسناد الجامد في مجال عقد الترخيص الصناعي الدولي

قيل في تبرير ما كان سائداً في كثير من التشريعات المقارنة، من بينها لآلية الإسناد الجامد، وما زال سائداً في بعضها حتى الوقت الحالي، إن تحديد القانون الوجب التطبيق عبر هذه الآلية، يتسم بسهولة معرفته والإحاطة

(١) أشار إلى ذلك: د. حسن علي كاظم، تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الترخيص الدولي، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الجزائر، ٢٠٠٤ - ٢٠٠٥ ، ص٢٦٧.

(٢) في تفصيل ذلك، انظر: د. هشام علي صادق، مرجع سابق، ص٣٣٣.

(٣) د. بلاق محمد، مرجع سابق، ص٧٥، وكذلك: د. أم كلثوم العطار، مرجع سابق، ص٧١.

به مقدماً، مما يجنب الأطراف خطر المفاجأة، بأن يطبق على عقدهم قانون لم يتوقعوا تطبيقه على العقد، وهو ما يحقق الأمان القانوني للمعاملات الدولية[١].

ويبدو لنا أن التبرير السابق إن كان يصح القول به قديماً؛ عندما كانت المعاملات والتجارة الدولية تتسم بالبدائية، وتحيطها البساطة، إلا أنه لا يقبل بعد أن بلغت المعاملات والتجارة الدولية ما بلغت من تطورات وتعقيدات، حيث قد يفضي إعمال الآلية المماثلة، إلى العصف بالأمان القانوني الواجب توافره لها، وإهدار التوقعات المشروعة لأطرافها على عكس ما روج لها أنصارها؛ وذلك نظراً لقيام القاضي بإعمال الضوابط الاحتياطية في كافة الأحوال، بغض النظر عن نوعيه العقد، أو طبيعة الرابطة العقدية، وبغض النظر عما إذا تبين عند الفصل في النزاع، أن القانون الواجب التطبيق، - بموجب هذه الضوابط الاحتياطية - تتوافر بينه وبين المسائل المثارة روابط وثيقة وجدية، أم ضوابط ضعيفة وواهية[٢].

ولا يخفى، بناءً على ما سبق، أن فكرة الإسناد الجامد، أو التركيز التشريعي، لا تستجيب لما تقتضيه المعاملات الدولية من مرونة، وما يحدث على صعيدها من تطورات متسارعة، وخصوصا فيما يتعلق بنقل التكنولوجيا منها، كما أنها لا تراعي خصوصيات بعض العقود، التي لا يفضي إعمال الضوابط الاحتياطية الشائعة، في التشريعات التي تعتنق فكرة الإسناد الجامد بصددها، إلى تطبيق القانون الأوثق صلة بالعقد عليها، كالعقود الإلكترونية، وعقود الاستهلاك، وعقود العمل،... الخ، كما لا تأخذ في حسبانها تعقيدات البعض الآخر من العقود الدولية، كالعقود الإطارية، والعقود المرتبطة، وعقود الترخيص باستغلال التكنولوجيا، وعقود إنشاء المجمعات الصناعية،...، وغيرها[٣].

وفضلاً عن كل ما تقدم فإن آلية الإسناد الجامد، تبدو قاصرة، وغير منتجة، في الحالات التي يتفق فيها على تسوية النزاع عن طريق التحكيم، كما سنوضح عند الحديث عن مدى ملائمتها للإعمال بصدد عقد

---

(١) انظر في هذا المعنى:

Dominique Holleaux, Jacques Foyer et Gérard de Geouffre de la Pradelle., "Droit international privé", Masson, Paris, 1987., n°.1388, p.598.

F. Deby-Gérard., "Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux", thèse Dalloz, Paris, 1973., n°.323, p.258 ets.

وكذلك: د. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص٦٠، وكذلك: د. عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص٢٤٩ وما بعدها، وكذلك: د. بلاق محمد، مرجع سابق، ص٧٣ وما بعدها، وأيضاً: أحمد مهدي صالح، مرجع سابق، ص١٧٥.

(٢) انظر قريباً من ذلك وبتفصيل أكثر:

Guillaume Weiszberg., op. cit., n°.167, p.117.

وانظر كذلك: د. محمد أحمد علي المحاسنة، مرجع سابق، ص١٠٩، وكذلك: د. أشرف محمد رزق فايد، مرجع سابق، ص٢٩، وأيضاً: د. أحمد شعبان الشاهد، مرجع سابق، ص٣٦٥.

(٣) انظر: د. محمد الروبي، مرجع سابق، ص٢٩٢، وأيضاً: د. أحمد شعبان الشاهد، المرجع السابق، ص٣٦٥.

الترخيص الصناعي الدولي؛ ونظراً لهذه المثالب كانت فكرة الإسناد الجامد، أو التركيز التشريعي، محل انتقاد أكثرية الفقه المقارن(١).

أما فيما يتعلق بتطبيق فكرة الإسناد الجامد على عقد الترخيص الصناعي الدولي ومدى ملائمة إعمالها بصدده:

فيرى الباحث، وبناءً على ما سبق بيانه: أنه وبالنظر إلى الضوابط الاحتياطية الشائعة في التشريعات المقارنة، يتبين أنها ستفضي إلى تطبيق أحد قوانين أربعة على العقد الدولي، في حال تخلف اختيار الأطراف هي: قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين، قانون موطنهما المشترك، قانون محل إبرام العقد، قانون محل تنفيذه.

ومن الجلي أنها جميعاً، باستثناء الأخير، لا تتلاءم مع خصوصية العقد محل الدراسة، حيث الجنسية المشتركة والموطن المشترك منتفيان في أكثر الحالات بشأنه.

أما بالنسبة لضابط محل إبرام العقد فلا شك أن إعماله مجرداً - أي غير معضد بغيره من الضوابط - أمر يتسم بالعرضية ولا يراعي مصالح المرخص له باعتباره طرفاً ضعيفاً، ويعصف بتوقعات طرفيه معاً، بل قد ينجم عنه حكم العقد بمقتضى قانون منبث الصلة بالعملية العقدية برمتها، مما يجعل فكرة الإسناد الجامد لا تتلاءم مع ما يتمتع به العقد محل الدراسة من خصوصية، وما يعتريه من اختلال توازن، وما تتسم به علاقة طرفيه من تداخل وتعقيد.

وحتى إذا أمكن تصور أن تفضي فكرة الإسناد الجامد، في بعض الحالات، إلى تطبيق قانون وثيق الصلة بالعقد، ويمكن أن يتلافى الانتقادات السابقة، كقانون محل تنفيذ العقد - كما تقرر بعض التشريعات التي أشرنا إليها سابقاً من إسناد العقود، عند تخلف اختيار الأطراف إلى قانون الدولة التي نفذت، أو كان واجب التنفيذ فيها - فإن إعمال فكرة الإسناد الجامد قد يكون غير منتج ولا فعال بصدد عقود الترخيص الصناعي الدولي، التي يتفق في أكثرها على التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنها، إذ من المسلم به أن المحكم ليس له قانون قاضي Lex fori، ولا قواعد إسناد خاصة به، ليتسنى له إعمال تلك الضوابط الاحتياطية العامة، التي وضعها المشرع لتعيين القانون الواجب التطبيق عند تخلف اختيار الأطراف، مما ينجم عنه عملاً، ترك الأمر لمطلق تقدير هيئات التحكيم، وهو أمر غير مأمون العواقب.

المبحث الثالث

الإسناد الحديث المرن للعلاقة العقدية الدولية

(١) انظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص١٩٨ وما بعدها، وكذلك: د. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص٦٠ وما بعدها، وكذلك: د. محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص١٥٣، وكذلك: د. بلاق محمد، مرجع سابق، ص٧٤ وما بعدها، وكذلك: د. محمد الروبي، المرجع السابق، ص٢٩٢؛ وأيضا:

F. Deby-Gérard., op. cit., n°.322 ets, p.258 ets.

Dominique Holleaux, Jacques Foyer et Gérard de Geouffre de la Pradelle., op. cit., p.598 ets.

تمهيد وتقسيم:

يتم البحث بمقتضى هذا الاتجاه عن القانون الأكثر ارتباطاً بعقد الترخيص الصناعي الدولي بناءً على ضوابط إسناد مرنة في حال غياب قانون الإرادة، وذلك من خلال مراعاة مقتضيات التعاقد ودواعيه في كل حالة على حدى، حيث يقوم القاضي أو المحكم بالبحث عن أكثر القوانين ارتباطاً، والذي يعبر عن مركز الثقل في هذه العلاقة أو الأداء المتميز لها[1]، وهذا ما سيتم دراسته في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: التركيز الموضوعي بالنظر إلى ظروف وملابسات التعاقد.

المطلب الثاني: التركيز الموضوعي بالنظر للأداء المتميز في العقد.

المطلب الأول

التركيز الموضوعي بالنظر إلى ظروف وملابسات التعاقد

(١) انظر: ساره زياد مناصره، مرجع سابق، ص١٤٧.

يرجع أصل فكرة التركيز الموضوعي إلى الاستاذ الألماني الشهير "سافيني"[١]، تم تطورت فيما بعد على يد الفقيه الفرنسي "باتيفول"[٢].

وتقوم نظرية التركيز الموضوعي على البحث عن القانون الواجب التطبيق عن طريق إسناد العلاقة إلى الدولة التي يكون قانونها أكثر صلة وارتباطاً بها[٣]، وذلك من خلال إسناد العقد للقانون الأوثق صلة به في ضوء ظروف وملابسات التعاقد وذلك وفقاً لكل حالة على حدة؛ وذلك لتحقيق العدالة على أحسن وجه[٤].

ويرى الفقه والقضاء - المؤيد لإعمال نظرية التركيز الموضوعي جزئياً - أنه عند غياب الاختيار الصريح، والضمني المؤكد من قبل الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، فإنه يجب توطين أو تركيز العلاقة العقدية، وإسنادها، من ثم إلى القانون الأوثق صلة بها، أي القانون السائد في مركز ثقل العقد de gravité du contrat[٥]، فينحصر دور القاضي في التركيز الموضوعي للرابطة العقدية في إطار نظام قانوني معين يرتبط به في ضوء مقتضيات التعاقد وظروفه وملابساته، فإذا ما تم هذا التركيز قام القاضي بتطبيق القانون السائد في المكان الذي يشكل مركز الثقل في الرابطة العقدية[٦]، ويعبر على هذا النحو عن أوثق الصلات بها.

ويرى الفقيه "باتيفول" أن العقد كتصرف قانوني في حد ذاته هو حدث غير مادي فلا يشغل حيزاً مكانياً مما يصعب معه على هذا النحو التركيز المكاني للرابطة العقدية، إلا أنه يحيط بالعقد أحداث مادية خارجية يمكن تركيزها مكانياً، ولهذا فإن تركيز العقد يعني اختيار مقره استناداً لما يحيطه من أحداث خارجية ، ثم اختيار أحد هذه الأحداث وترجيحه على باقي الأحداث الأخرى واعتبار أن محل وقوع هذا الحدث هو مقر العقد[٧].

---

(١) د. محمد خالد الترجمان، مرجع سابق، ص٩٠.

(٢) "التي أكد فيها أن إرادة المتعاقدين لا تقوى على اختيار قانون العقد، وإنما فقط تقوم بإبداء رغبتها في تركيز الرابطة العقدية في مكان معين، على ضوء طبيعة هذه الرابطة ومعطيات التعاقد وملابساته المادية"،

Cf: Henri Batiffol et Paul Lagarde., op. cit., n°.573.

(٣) د. عقيل كريم زغير، مرجع سابق، ص١٤٩، وكذلك: أحمد مهدي صالح، مرجع سابق، ص١٧٦.

(٤) ريام عباس علي، مرجع سابق، ص٧٨.

(٥) "ويتحدد مركز الثقل في العلاقة العقدية - من وجهة نظرهم - في كل حالة على حدة على ضوء ظروف التعاقد، ومجموع العناصر الموضوعية والشخصية للعلاقة العقدية، ويتم من خلال استعراض القاضي أو المحكم، كافة هذه العناصر الموضوعية والشخصية للعلاقة المعروضة، ثم يقوم بالموازنة بينها، ليتسنى له أن يعين من بينها ذلك العنصر، الذي يرجح على ما عداه من العناصر الأخرى، وذلك بالنظر إلى أهميته، وصلته بالعقد، وثقله في ميزان العلاقة العقدية، وبحيث يتبين أن هذا العنصر يمثل مركز ثقل العلاقة العقدية، ويعكس وجود روابط وثقى بينها وبين نظام قانوني معين؛ وفي حالة عدم تمكن القاضي أو المحكم، من القطع بوجود هذا العنصر، فله أن يزاوج بين عنصرين أو أكثر من عناصر العلاقة العقدية، التي يراها تتركز في إطار نظام قانوني معين، فيكون هو الواجب التطبيق على العقد"، انظر في تفصيل ذلك:

F. Deby-Gérard., op. cit., n°.302 ets, p.241 ets, and, n°.322 ets, p.258 ets, and, n°.324, p.259.
Dominique Holleaux, Jacques Foyer et Gérard de Geouffre de la Pradelle., op. cit., n°.1375 ets, p.592 ets.

وكذلك: د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص١٧٣ وما بعدها، وأيضاً: د. محمد الروبي، مرجع سابق، ص٢٩٦ - ٢٩٧.

(٦) انظر: د. محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص١٣٧، وكذلك: د. عقيل كريم زغير، مرجع سابق، ص١٤٩.

(٧) Henri Batiffol et Paul Lagarde., op. cit., n°.572 ets.

ويتفق هذا الإسناد المرن مع ما تسير عليه المحاكم في البلاد الأنجلو سكسونية في تحديد القانون (الملائم) عند غياب الاختيار الصريح أو الضمني لهذا القانون، إذ يعمل القاضي في هذه البلاد على تحديد القانون الملائم من خلال وضع نفسه محل الشخص المعقول ثم يحاول التحقق ليس فقط من نية الطرفين وإنما بما يحمله الشخص المعقول من اهتمام لحل المشكلة، وإلى مجمل المسائل التي يأخذها بالحسبان، وبصفة أساسية محل التعاقد، محل التنفيذ، محل الإقامة أو محل أعمال الطرفين، وطبيعة ومحل العقد، كما يعتمد أيضاً على أسس الإقناع وأن يكون القانون (الملائم) هو القانون الذي يضفي على العقد (الصفة العملية)، فيكون هذا القانون الأوثق ارتباطاً والأكثر جدية بالتعامل المعني[١].

وفي عقد الترخيص الصناعي الدولي، إذا لم يختر أطراف العقد القانون الواجب التطبيق، تستطيع المحكمة أو هيئة التحكيم البحث عن القانون من أجل تطبيقه على النزاع المعروض عليها، وحتى يمكن معرفة القانون الواجب التطبيق يجب الاهتداء إلى قاعدة الإسناد في القانون الذي يرى القاضي أو المحكم انه أكثر ارتباطاً بالعقد؛ ويثور التساؤل في هذا الشأن وهو، ما هو القانون الذي يبحث فيه القاضي أو المحكم ليجد قاعدة الإسناد؟.

أختلف الفقهاء في الإجابة عن هذا التساؤل، فمنهم من ذهب إلى تطبيق قواعد تنازع القوانين للبلد الذي يجري فيه التحكيم[٢]، وهذا الاتجاه يتزعمه الأستاذ "سيزار هل"، وفيه يرى انطلاقاً من الطبيعة القضائية لنظام التحكيم التجاري الدولي، أنه في حالة غياب اختيار الأطراف في المنازعة اختياراً صريحاً أو ضمنياً للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإنه ليس على المحكم إلا أن يحرك قواعد تنازع القوانين في قانون الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم، لكي يحدد القانون الذي يحكم موضوع النزاع، بمعنى آخر قانون الدولة التي يجري التحكيم على إقليمها يكون بمثابة قانون القاضي بالنسبة للمحكم الدولي، ليس فقط لإجراءات سير المنازعة، بل وأيضاً بالنسبة لقواعد تنازع القوانين التي يتحدد على ضوئها القانون الذي يحكم موضوع النزاع[٣].

وتمكن هذا المعيار من خلق صدى واسع، وظهر ذلك من خلال القواعد الصادرة عن معهد القانون الدولي، والمعروفة بأسم "قواعد نيوشاتل"، حيث تنص المادة (١١) منها بضرورة إعمال قواعد إسناد دولة مقر التحكيم، وقد ظهر هذا المعيار في التحكيم الصادر في قضية "Sapphire"، حيث أستند المحكّم على معيار دولة التحكيم، وقام بتطبيق قواعد الإسناد في القانون السويسري[٤].

إلا أن هذا المعيار لم يسلم من النقد، وقد قيل في حقه، بأن: مقر التحكيم قد يتعذر تحديده خصوصاً في حال التحكيم بالمراسلة أو التحكيم الإلكتروني، وأن اختيار مقر التحكيم قد يكون بدافع لا علاقة له بالقانون

---

(١) د. مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠١٠، ص٥٠١ - ٥٠٢.

(٢) انظر: د. مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص٥٠٢؛ وكذلك: د. محمد السيد عرفة، القانون الواجب التطبيق على النزاع أمام هيئة التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص٢٣٧ - ٢٣٨.

(٣) أشار إلى ذلك: د. حسن علي كاظم، مرجع سابق، ص٢٨٠ - ٢٨١.

(٤) د. وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص٨٢١ - ٨٢٦.

الواجب التطبيق على موضوع النزاع، كما لو كان الدافع إلى اختيار مقر التحكيم راجعاً إلى بحث أطراف النزاع عن مكان يمثل موقعاً حيادياً[١]، ويمكن أن نضيف سبباً آخر يتمثل في أن اللجوء إلى قواعد التنازع في مقر التحكيم أمر غير مقبول بالنسبة للمحكم لأن هذا القانون لا يشكل قانون اختصاصه.

وذهب اتجاه آخر إلى تطبيق قواعد تنازع القوانين لبلد المحكم[٢]، استناداً إلى حسن درايته به أكثر من غيره[٣]، أو انطلاقاً من اعتبار اختيار أطراف عقد الترخيص الصناعي الدولي له بمثابة قبول ضمني لإعمال قانونه الدولي الخاص[٤].

ومن الأحكام التي أخذت بهذا الاتجاه، ما انتهى إليه المحكم الإنجليزي في تحكيم (Abu Dhabi) إلى إعمال قواعد القانون الإنجليزي، أي قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته[٥].

إلا أن هذا الاتجاه يعاب بأنه يشكل التفافاً أو تحايلاً على قواعد تنازع القوانين[٦]، وذلك عندما يتم اختيار بلد المحكم ومن ثم اختيار قانون لا علاقة له بالعقد ولم يخطر ببال أطراف عقد الترخيص الصناعي الدولي[٧].

كما يصطدم هذا الاتجاه المذكور بصعوبة تطبيقه كلما كنا أمام هيئة تحكيم مؤلفة من عدة محكمين مختلفين في الجنسية[٨].

وذهب اتجاه ثالث إلى تطبيق قانون الإقامة أو الجنسية المشتركة للأطراف، المانح والمتلقي (المرخص والمرخص له)[٩]، ويحصل ذلك في حالة انتفاء الإرادة الصريحة أو الضمنية.

إلا أن هذا الرأي يصعب الأخذ به في مجال عقود الترخيص الصناعي؛ حيث لا يكون في الغالب للأطراف جنسية مشتركة أو موطن مشترك.

---

(١) انظر: د. محمد السيد عرفة، مرجع سابق، ص٢٣٧ - ٢٣٨؛ وأيضاً: د. نور حمد الحجايا، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الخاضع للتحكيم، بحث منشور في المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مؤتة، الأردن، المجلد ٣، العدد ٣، رجب ١٤٣٢ هـ/ تموز ٢٠١١ م، ص٨٤.

(٢) سواء كانت البلد التي يحمل جنسيتها أو البلد التي يقيم فيها إقامة دائمة، انظر: د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨١، ص١٥٤ - ١٥٥.

(٣) ساره زياد مناصره، مرجع سابق، ص١٣٧.

(٤) وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص٨٢٨.

(٥) أشار إلى ذلك: د. مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، هامش (١)، ص٥٠٣.

(٦) زياد محمد حمود عبد الله السبعاوي، التحكيم التجاري الدولي ما بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٤، ص١٢٥.

(٧) د. أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص١٥٥.

(٨) د. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٢٦٥.

(٩) انظر: د. خالد منصور إسماعيل، إشكاليات التحكيم في منازعات عقود النفط : دراسة معمقة وفقاً للتشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأحكام التحكيم الدولية المتعلقة بمنازعات النفط، الطبعة الأولى، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض - المملكة العربية السعودية، ٢٠١٥، ص٣٩٦، وكذلك: زياد محمد حمود عبد الله السبعاوي، مرجع سابق، ص١٢٥.

وذهب آخرون إلى تطبيق قواعد التنازع في بلد التنفيذ[١]، وذلك لتأمين أكبر قدراً من الفعالية لقراره على المستوى الدولي، مع تسهيل تنفيذه[٢]، ويتأسس الإسناد لبلد التنفيذ أيضاً على سند من القول بأن معظم الآثار الرئيسية للتعاقد تبرز في بلد التنفيذ، كما أن التنفيذ هو الهدف الأسمى من وراء التعاقد[٣].

وبإسقاط فكرة التركيز الموضوعي اعتماداً على ضابط محل التنفيذ على عقد الترخيص الصناعي الدولي يؤدي إلى تطبيق قانون الدولة المتلقية للتكنولوجيا؛ سواء كانت هي المتعاقد أو أحد رعاياها؛ نظراً لتمركز الجزء الأعظم من أداءات المرخص والمرخص له في دولة الأخير، لا سيما استغلال وتطبيق المعرفة الفنية، فضلاً عن بناء المنشآت الصناعية فيها وتنفيذ بنود العقد المبرم.

وقد أيدت وجهة النظر السابقة بعض أحكام التحكيم الدولية، ومن ذلك الحكم الصادر عن محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس، والتي قضت بأن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الامتياز المبرم بين الدولة وشركة بلجيكية في حالة عدم اختيار الأطراف صراحة لقانون يحكم العقد هو قانون الدولة المتعاقدة بناءً على تركيز هذا العقد في قانون هذه الأخيرة، باعتبار أن العقد سوف ينفذ على إقليمها[٤].

إلا أن هذا الرأي يعاب عليه أنه، غالباً ما يصطدم بصعوبة تحديد مكان التنفيذ على نحو مسبق وأكيد، مع صعوبة تحديده فيما لو تعين التنفيذ بأكثر من دولة[٥].

وذهب اتجاه[٦] إلى تطبيق قواعد تنازع القوانين في قانون دولة القاضي الذي استبعد اختصاصه بموجب شرط أو اتفاق التحكيم.

إلا أنه يعاب على هذ الرأي أنه لا يمكن تطبيقه من الناحية العملية، لأنه في المعاملات الدولية ليس من السهل تحديد المحكمة المختصة بالنزاع التي تكون قد استبعدت بموجب شرط التحكيم أو المشارطة[٧]، كما يعاب عليه أنه قد يترتب عليه الاصطدام بالصعوبات المتعلقة بمشكلة الاختصاص القضائي الدولي[٨].

وأخيراً يرى جانب من الفقه[٩] إعطاء القاضي أو هيئة التحكيم البحث عن القواعد التي تراها مناسبة دون التقيد بقواعد تنازع القوانين في قانون معين أو من خلال ربط النزاع بقواعد الإسناد التي تعتبر أكثر

---

(١) انظر: د. مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص٥٠٣، وكذلك: د. حسن علي كاظم، مرجع سابق، ص٢٨٤.
(٢) ساره زياد مناصره، مرجع سابق، ص١٣٧.
(٣) انظر: د. عبد المنعم زمزم، عقود الفرانشيز بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة أتحاد الجامعات العربية، العدد ٢٩، نيسان ٢٠١١، ص١٦٨ - ١٦٩.
(٤) C.C.I. no. 1968. Clunet 1976, p.916.
أشار إليه: د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب : تحديد ماهيتها و النظام القانوني الحاكم لها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص٥٠٨.
(٥) انظر: د. وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص٨٢٧، وكذلك: ساره زياد مناصره، مرجع سابق، ص١٣٧.
(٦) وكان من أنصار هذا الاتجاه الفقيه الإيطالي (Anzilotti)، انظر: د. أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص١٥٨ - ١٥٩، وكذلك: د. خالد محمد القاضي، مرجع سابق، ص٢٦٥.
(٧) انظر: زياد محمد حمود عبد الله السبعاوي، مرجع سابق، ص١٢٥.
(٨) د. خالد محمد القاضي، مرجع سابق، ص٢٦٥.
(٩) انظر: د. خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص٢٦٥ - ٢٦٦، وأيضاً: ريام عباس علي، مرجع سابق، ص٧٨.

أتصلاً به[١]، إذ يتمتع القاضي في ظل هذا المنهج بسلطة واسعة بالاعتماد على العناصر الموضوعية والشخصية[٢].

فقد أسند القضاء الانجليزي الروابط الدولية إلى ما اسماه بالقانون الخاص بالعقد (The proper law of contract) والذي يحدده القاضي في ضوء ظروف التعاقد وملابساته وفقا لما تشير إليه أحداثه المادية[٣].

وقد اخذ القضاء الفرنسي الحديث بهذه النظرية قبل نفاذ معاهدة روما لعام ١٩٨٠ في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، إذ قررت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها في ٢٦ يوليو/ تموز ١٩٥٩، أنه: "إذا لم يقم المتعاقدان باختيار قانون العقد صراحة، فعلى قضاة الموضوع أن يتصدوا لتحديد القانون الواجب التطبيق في ضوء ظروف التعاقد وملابساته"[٤].

كما حرصت العديد من أحكام التحكيم الصادرة تحت رعاية غرفة التجارة الدولية على التأكيد على حرية المحكم في اختيار قواعد تنازع القوانين التي يراها أكثر ملائمة لحكم موضوع النزاع؛ من ذلك حكم التحكيم الصادر في القضية رقم (٣١٣٠٠) في سنته ١٩٨٠ م، ففي هذا الحكم المحكم الوحيد الذي أتخذ من باريس مقراً له بعد أن ثبت عدم وجود اتفاق بين الأطراف بخصوص القانون واجب التطبيق على العقد أكد على أن من حقه تحديد هذا القانون، وذلك عن طريق إعمال قواعد تنازع القوانين الأكثر ملائمة وتطبيق القانون الذي تعينه هذه القاعدة[٥].

ومن الاتفاقيات التي حدت هذا النهج الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٦١ م، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة السابعة منها على أنه: "... في حالة عدم الاتفاق يتعين على المحكمين تطبيق القانون الذي تحدده قواعد تنازع القوانين الملائمة للموضوع"[٦]، وأيضاً ما جاء في قواعد الأونسيترال للتحكيم

---

(١) بل أن بعض التشريعات نصت على إمكان تطبيق القواعد الموضوعية مباشرة في القانون الوطني الذي يراه المحكم أنسب واكثر اتصالاً، إذ نصت الفقرة الثانية من المادة (٣٩) من قانون التحكيم المصري على إنه: "وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه أكثر اتصالاً بالنزاع"، وكذلك القانون الفرنسي للمرافعات الذي أعطى المحكم حرية اختيار القانون الملائم لتطبيقه على موضوع النزاع من خلال المادة (١٤٩٦)، انظر: زياد محمد حمود عبد الله السبعاوي، مرجع سابق، ص١٢٥.

(٢) ريام عباس علي، مرجع سابق، ص٧٨.

(٣) أشار إلى ذلك: ريام عباس علي، المرجع السابق، ص٧٨.

(٤) Cass .26/7/1959 . Rev.Crit,1959, p.708.

أشار إليه: د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٤، ص٢٥٧، وكذلك: د. عقيل كريم زغير، مرجع سابق، ص١٤٩.

(٥) أشار إلي ذلك: د. عامر علي سمير الدليمي، المنازعات الدولية في عقود النفط وطرق تسويتها، الطبعة الأولى، شركة دار الأكاديميون للنشر والتوزيع، المملكة الأردنية الهاشمية، عمان، ٢٠١٦، ص١٥٧.

(٦) European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 Done at Geneva, April 21, 1961 United Nations, Treaty Series , vol. 484, p. 364 No. 7041 1963-1964), European Commission for Europe 1961.

بصيغتها المنقحة لعام ٢٠١٠ م، حيث نصت المادة (٣٥/ ١) منها على أنه: "... فإذا لم يعين الأطراف تلك القواعد، طبقت هيئة التحكيم القانون الذي تراه مناسباً" [١].

أما فيما يتعلق بمواقف القوانين الوطنية فقد أشرنا إليها سابقاً، وذلك في تحديدها لعناصر الإسناد التي يعول عليها في تحديد القانون الواجب التطبيق في غياب قانون الإرادة، ولن نذكرها منعاً للتكرار.

إلا أنه وعلى الرغم من ذلك، لم تسلم هذه النظرية من أوجه النقد؛ والتي تركزت حول:

أنه من الصعب في ضوء فكرة التركيز الموضوعي للرابطة العقدية وفقاً لظروف التعاقد وملابساته أن يعلم المتعاقد مسبقاً بالقانون الواجب التطبيق على العقد، وذلك نظراً لتوقف تحديد هذا القانون على ظروف التعاقد في كل حالة على حدة[٢] ولعل هذا هو السبب في اتجاه بعض التشريعات الحديثة إلى اعتناق نظرية الأداء المتميز عند إسناد العقود.

كما أخذ البعض من الفقه الحديث[٣] على نظرية التركيز المكاني؛ أنها تعتمد نظاماً يستم بالتعقيد، ويكتنفه الغموض، لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، نظراً لأنها تستند في ذلك إلى عناصر غير متجانسة، ولا توجد رابطة منطقية تبرر الجمع بينها؛ كما يؤخذ عليها - أي النظرية - أنها لم تفلح في تحديد المقصود بالقانون الأوثق صلة بالعلاقة العقدية تحديداً دقيقاً، يقضي على الخلاف، ومن ثم لم يجد أنصارها مناصاً من العهدة في تحديد هذا القانون إلى القاضي أو المحكم، وهو الأمر الذي ترتب عليه تخويل القاضي أو المحكم سلطات تقديرية واسعة، قد تفضي في نهاية الأمر إلى تحديد قانون العقد بطريقة تحكمية أو مصطنعة، لا تأخذ في حسبانها التوقعات المشروعة للأطراف، مما يخل بالأمان القانوني الواجب توافره للمعاملات الدولية[٤].

أما فيما يتعلق بإعمال نظرية التركيز الموضوعي بشأن عقد الترخيص الصناعي الدولي؛ فيرى الباحث، أنه وعلى الرغم من أن نظرية التركيز الموضوعي، باتت نظرية مرجوحة فقهاً وقضاءً وتشريعاً، وعلى الرغم من تسليمنا بأكثر الانتقادات التي وجهت إلى هذه النظرية، إلا أنها تصلح، فيما نرى، كآلية لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الترخيص الصناعي الدولي، في غيبة اختيار الأطراف لهذا القانون.

وبيان ذلك أن القاضي، أو المحكم، عند إعماله لهذه النظرية بصدد العقد محل البحث، لا يخرج عما يأتي: إما أن يعتبر العنصر الذي يمثل مركز ثقل العلاقة العقدية هو ما يقوم به المرخص له من نشاط فيطبق قانون الدولة التي يباشر فيها نشاطه؛ استناداً لهذا العنصر الموضوعي، ومراعاة لعنصر شخصي يتمثل في ضعف المركز التعاقدي والواقعي للمرخص له.

---

(١) راجع نص المادة (٣٥/ ١) من قواعد الأونسيترال للتحكيم (بصيغتها المنقحة في عام ٢٠١٠)، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، نيسان/ أبريل ٢٠١١.

(٢) انظر: د. علاء الدين محمد ذيب عبابنه، مرجع سابق، ص٧٨ - ٧٩.

(٣) F. Deby-Gérard., op. cit., n°.296, p.237.

(٤) انظر: د. بلاق محمد، مرجع سابق، ص٨٠ - ٨١، وكذلك: د. عقيل كريم زغير، مرجع سابق، ص١٤٩، وكذلك: د. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص٢٥٨، وأيضاً: د. أحمد شعبان الشاهد، مرجع سابق، ص٣٥٧.

وإما أن يعتبر مركز ثقل العلاقة العقدية يتمثل في الأداءات التي يلتزم بها المرخص، فيطبق قانون الدولة التي توجد بها مؤسسته.

وإما أن يتبين، من مجمل العناصر الشخصية والموضوعية للعملية العقدية، أن مركز ثقلها يوجد في دولة ثالثة فيطبق قانونها باعتباره الأشد ارتباطاً بالعملية العقدية.

ولعل النتيجة السابقة هي ما دفعتنا أن نقرر - فيما اقترحناه سابقاً - أننا لا نسلب القاضي إمكانية تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الترخيص الصناعي الدولي، وإنما يعترف له في هذا الصدد بدور احتياطي، في حالة تقاعس الأطراف عن اختيار هذا القانون، أو عدم اتفاقهم بشأنه، شريطة أن يحدد القانون الواجب التطبيق على العقد محل البحث من بين القوانين الثلاثة التي أقترحها البحث.

وإذا كانت تلك هي نتيجة إعمال نظرية التركيز الموضوعي بالنظر لظروف وملابسات التعاقد، بشأن العقد محل البحث، فماذا بشأن نظرية التركيز الموضوعي بالنظر للأداء المتميز في العقد؟، وهذا ما سنبينه في المطلب التالي:

المطلب الثاني

التركيز الموضوعي بالنظر للأداء المتميز في العقد

نظراً للمآخذ التي أتخذت على كل من فكرة الإسناد الجامد، ونظرية التركيز المكاني، والسابق بيانها، فقد أتجه الفقه المقارن، والتشريعات الحديثة، والاتفاقيات والاعمال الدولية، نحو نظرية الأداء المتميز Théorie de la prestation caractéristique *ou* Theory of characteristic performance ، والتي وإن كانت من إبداعات الفقه والقضاء في سويسرا، إلا أنها قد سادت في مختلف النظم القانونية الحديثة(١)، على نحو ما سيتبين لاحقاً.

وهي نظرية تقوم على التركيز الموضوعي للعقود في ضوء طبيعتها الذاتية، بغض النظر عن ظروف التعاقد وملابساته وفي كل حالة على حدة، ولهذا فإن الإسناد لا يقوم على أساس تنوع ظروف التعاقد، وإنما على طبيعة الرابطة العقدية ومحل الأداء المتميز فيها(٢).

ونتناول هذه النظرية في المطلب الماثل، حيث نلقي الضوء على مفهومها (كفرع أول)، وكذلك نبين موقف الاتفاقيات والاعمال الدولية، والتشريعات المقارنة منها (كفرع ثاني)، ونختم حديثنا عن هذه النظرية بالكشف عن نتيجة إعمالها على العقد محل البحث (كفرع ثالث)، وذلك على التفصيل التالي:

الفرع الأول: مفهوم نظرية الأداء المتميز:

تقوم هذه النظرية على أساس استعمالها لضابط موضوعي يتمثل بالأداء المتميز في الرابطة العقدية، وهو معيار يتصف بالمرونة، ويؤدي إلى تفريد معاملة العقود وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل عقد حسب أهمية الالتزام الأساسي ووزنه، فإذا كان العقد يتضمن أداءات عدة فلا شك أن هناك أداءً جوهرياً يميز العقد عما سواه ويكشف عن خصائصه الذاتية، لذلك يجب أن يتم الاستناد إلى هذا الأداء في تحديد القانون الواجب التطبيق(٣)، وبالتالي يعد أداء متميز التزام البائع بتسليم المبيع، أو التزامه بنقل الملكية للمشتري، والتزام المورد بتوريد الخدمة في عقود المقاولة وعقود الوكالة، على أساس أن هذه الأداءات تعبر عن مركز الثقل الاقتصادي والاجتماعي في الرابطة العقدية(٤).

---

(١) انظر في تفصيل نظرية الأداء المتميز:

Guillaume Weiszberg., op. cit., n°.171 ets.

وكذلك: د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص١٩٩ وما بعدها، وكذلك: د. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص٦٢ وما بعدها، وكذلك: د. محمد الروبي، مرجع سابق، ص٣٠٠ وما بعدها، وكذلك: د. بلاق محمد، مرجع سابق، ص٨١ وما بعدها، وأيضاً: د. مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص٥٠٩ وما بعدها.

(٢) انظر: أحمد مهدي صالح، مرجع سابق، ص١٧٦.

(٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص١٩٩، وأيضاً: د. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص٢٥٩.

(٤) خالد حسن أحمد، الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة - مصر ، ٢٠١٨، ص٢٩٥.

فالتشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية التي تبنت منهج الأداء المتميز لم تضع تعريفاً للأداء المتميز ولم تطبق معياراً يحدده ويطبق على كافة العقود، فاتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ (كما سنبين لاحقاً) و التوجيه الأوروبي (روما ١ لسنة ٢٠٠٨)، لم يعرفا الأداء المتميز وإنما عرفه التقرير المفسر لاتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ الذي وضعه الأستاذ الفرنسي "Lagarde"، والأستاذ الإيطالي "Giuliano" بأنه: "الأداء الذي عادة ما يكون مركز الثقل والغرض الاجتماعي والاقتصادي للمعاملة التعاقدية"(٥)، وعُرِف كذلك بأنه: "الأداء الذي يسمح بوصف العقد وتمييزه عن غيره من العقود الأخرى"(٦).

إن فكرة الأداء المتميز هي عباره عن تركيز موضوعي بحث لا دور فيه للإرادة على الإطلاق، ولا حتى بوصفها عنصراً من عناصر التركيز، قوامها أن كل عقد ينفرد بأداء يميزه ويحدد خصائصه، مشيدة بذلك التركيز بناءً على عناصر مادية وموضوعية مستوحاة من طبيعة الرابطة العقدية محل الاعتبار، فإذا كان من المؤكد أن معظم العقود تتحدد بأداء أحد الأطراف، وهذا الأداء هو الذي يميز العملية التعاقدية بالنظر لوظيفتها الاقتصادية، بينما لا يكون الأداء الآخر إلا مقابل نقدي، فإنه يبدو عادلاً ومقبولاً ومتوافقاً مع احترام توقعات الأطراف وإخضاع العقد لقانون موطن المدين بالأداء المتميز في العقد، وهو ما يجعل وسيلة تحديد القانون الواجب التطبيق في ظل نظرية الأداء المتميز أمراً ميسوراً، بوصفها الوسيلة التي بمقتضاها يتم تعيين أكثر القوانين اتصالاً بالعقد، نظراً لبساطتها ووضوحها وحمايتها لتوقعات الأطراف(٧)، أي يعتمد القاضي أو المحكم على عنصر واحد لتحديد أكثر القوانين ملائمة وهو الأداء المتميز للعقد(٨).

وهي بذلك تختلف عن نظرية التركيز الموضوعي التي نادى بها "باتيفول"، والتي استندت على تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بواسطة القاضي الذي ينظر النزاع في كل حالة على حدة في ضوء الظروف وملابسات التعاقد، في حين أن نظرية الأداء المتميز تستند على فكرة التركيز الموضوعي للرابطة التعاقدية في ضوء طبيعتها الذاتية بالبحث عن أكثر القوانين ارتباطاً وصلة بها، مما يساعد على تحديد الالتزام الجوهري الذي يفرضه العقد(٩).

وقد ذهب جانب من الفقه في تأييده لهذا الضابط إلى أن الاستناد إليه في تحديد القانون الواجب التطبيق يحول دون تجزئة العقد، ويمنع بالتالي إخضاع تنفيذ الالتزامات المتولدة عنه إلى قوانين تتباين الحلول التي تتضمنها(١٠).

---

(٥) Cf: John O'Brien., "Conflict of Laws", Second Edition, Cavendish Publishing Limited, London • Sydney, 1999., p.341.

(٦) انظر: د. أم كلثوم العطار، مرجع سابق، ص٧٢، وكذلك: قارة سليمان محمد خليد، مرجع سابق، ص١٣٣.

(٧) د. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص٦٢.

(٨) ساره زياد مناصره، مرجع سابق، ص١٤٩.

(٩) انظر: د. عبد السلام علي الفضل، د. نعيم علي العتوم، منهج الأداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي، بحث منشور في مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، الأردن، المجلد ٤٦، العدد ١، ملحق ١، ٢٠١٩، ص٥٦٧، وكذلك: ريام عباس علي، مرجع سابق، ص٧٩.

(١٠) انظر: د. الأيوبي محمد، مرجع سابق، ص٦٩ - ٧٠.

ويرى جانب أن إمكانية تعريف وتحديد المقصود بالأداء المتميز في التصرفات القانونية بوضع تعريف جامع مانع له أو صياغة قاعدة تجمع سماته...، أمر غير ممكن كون أن الأمر يعتمد على الأداء المعتبر والذي يعد متميزاً في الرابطة التعاقدية والذي يختلف من عقد لآخر، ومن ثم يتم البحث عن صاحب الأداء المتميز فنعمل بقانونه(١١).

ومهما يكن توجه الفقه أو الشراح في وضع تعريف محدد للنظرية أم لا، فإنهم متفقون على أن تحديد القانون الذي يحكم الرابطة التعاقدية، إنما يتحدد من خلال تحديد محل إقامة صاحب هذا الأداء المتميز ليكون قانونه هو القانون الواجب التطبيق على العقد من خلال تحليل الرابطة التعاقدية، في ضوء طبيعتها الذاتية وربطها بأكثر القوانين صلة بها.

ويرجع الفضل في ضبط فكرة الأداء المتميز والكشف عن معالمها إلى الفقيه السويسري "Schnitzer"(١٢)، والذي يتصدى لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي في حالة عدم اختيار المتعاقدين لقانون العقد من خلال وضع معيار سبق يكشف عن القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، وذلك بأن يتم التركيز الموضوعي لهذه الرابطة في ضوء طبيعتها الذاتية التي يمكن من خلالها أن نحدد منذ البداية الالتزام الجوهري في العقد، ومن ثم إسناد العقد في مجموعه لقانون محل إقامة المدين بالأداء المتميز(١٣).

وعلى هذا النحو قررت المحكمة الفيدرالية السويسرية في حكمها الصادر في ١١ مايو ١٩٦٦، أنه: "وفقاً لقواعد القانون الدولي، وعند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية، تخضع هذه الرابطة للقانون الذي يرتبط بالعقد بأوثق صلة إقليمية، وهو بصفة عامة قانون محل إقامة الطرف الذي يعد أداؤه متميزاً في العقد محل النزاع"(١٤).

وفي فرنسا تبنت محكمة استئناف باريس ضابط الأداء المتميز في حكمها الصادر في ٣١ سبتمبر ١٩٩٥ م، وذلك بصدد عقد بيع مبرم بين شركة إيطالية يوجد مركزها الرئيسي في إيطاليا ومشتري فرنسي، حيث قررت المحكمة تطبيق القانون الإيطالي بصفته قانون المدين بالأداء المتميز في العقد، واستندت المحكمة في ذلك إلى المادة (٤/ ٢) من اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ م، والتي تطبق في حالة عدم وجود اختيار صريح أو ضمني من جانب الأطراف للقانون الذي يحكم العقد، فيكون العقد خاضعاً هنا للنصوص العامة في اتفاقية روما(١٥).

كما ذهبت إحدى هيئات التحكيم المشكلة في إطار نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بشأن منازعة بيع منازل سابقة التجهيز بين بائع من تكساس وإحدى الوزارات السورية إلى اختيار قانون ولاية تكساس، ذلك أن

---

(١١) د. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص١٢٤.

(١٢) أشار إلى ذلك: د. محمد أحمد علي المحاسنة، مرجع سابق، ص١٢٠.

(١٣) وكان أول من أقترح فكرة إسناد العقد لمحل المدين بالأداء المتميز الرئيسي أو المتميز هو القاضي السويسري Stauffer في الأربعينيات، انظر: د. محمد الروبي، مرجع سابق، هامش (١٩٤)، ص٣٠٢.

(١٤) أشار إلى ذلك: ريام عباس علي، مرجع سابق، ص٧٩ - ٨٠.

(١٥) أشار إلى ذلك: د. بلاق محمد، مرجع سابق، ص٨٤.

الأداء المتميز للعقد يتمثل في بيع مواد تتصف أساسا بكونها أمريكية عن طريق شركة في ولاية تكساس بموجب البيع "سيف"(C.I.F) انطلاقاً من ميناء تكساس والوفاء في الولايات المتحدة الأمريكية[١٦].

ويرجع ترجيح قانون محل إقامة المدين بالأداء المتميز - وهو ليس بالضرورة قانون محل تنفيذ هذا الأداء - إلى وضوح معيار هذا الإسناد وسهولة العلم المسبق به، بدلاً من الاعتداد بمحل التنفيذ الفعلي، الذي قد يكون مجهولاً عند التعاقد، فضلاً عن أن الراجح هو أن يتم التنفيذ الفعلي للالتزام الرئيسي في العقد محل إقامة المدين بهذا الأداء، وهو ما يعني تطابق كل من محل التنفيذ الفعلي ومحل التنفيذ المفترض في أغلب الأصول[١٧].

إلا أنه يذهب أنصار نظرية الأداء المتميز إلى وجود استثناء على القاعدة العامة التي يعني مضمونها إلى أن قانون المدين بالأداء المتميز هو الأكثر صلة والواجب التطبيق على العقد وهذا الاستثناء يطلقون عليه أنصار النظرية بالشرط الاستثنائي أو القيد الاستثنائي بحيث يعطل العمل بالمبدأ العام السابق[١٨]، ويتحقق هذا الاستثناء في الحالات الأتية:

الحالة الأولى: إذا تبين للقاضي أن ظروف التعاقد وملابساته تشير إلى وجود قانون آخر يعتبر أوثق صلة بالرابطة التعاقدية[١٩].

الحالة الثانية: عندما يتعذر فيها تحديد الأداء المتميز أو الالتزام الرئيسي في العقد، مثال ذلك عقود المقايضة، أو تتساوى الأداءات أو الالتزامات التي تقع في دمة كل من الطرفين[٢٠].

الحالة الثالثة: عند قيام المدين بالأداء المتميز بتصرفات، تؤكد عدم حرصه على تركيز العلاقة التعاقدية في إطار قانون إقامته المعتاد، أو مركز نشاطه المهني، أو قانون مركز إدارته الرئيسي، ومثال ذلك، أن يأخذ زمام المبادرة، ويسعى إلى محل إقامة الدائن بالأداء المتميز، ويبرم العقد هناك، أو أن يتخذ الشخص المعنوي فرعاً له في موطن الطرف الآخر المتعاقد معه، ففي هذه الحالات يجب تطبيق قانون الدائن بالأداء المتميز[٢١].

وعلى الرغم من اختلاف الرأي بشأن القيد الاستثنائي، بين التأييد والرفض؛ إلا أن القيد أو الشرط الاستثنائي الذي قرره أنصار النظرية، وأن بدأ للوهلة الأولى أنه يمثل خروجاً على النظرية، واستثناءً عليها، كما يرى الفقه الناقد، إلا أنه يعد في الحقيقة إعمالاً لجوهرها، وتكريساً لمضمونها وتحقيقاً للغاية منها، وإن خرج عليها ظاهرياً[٢٢].

---

(١٦) ينظر: القضية رقم ٤٣٣٨ لسنة ١٩٨٤ في مؤلف د. عبد الحميد الأحدب ، التحكيم (وثائق تحكيمية) ، الجزء الرابع ، بيروت ص٢٠٢، ٢٠٣، أشار أليه: ريام عباس علي، مرجع سابق، ص٨٠.

(١٧) د. مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، هامش (٣)، ص٥١٠.

(١٨) د. محمد الروبي، مرجع سابق، ص٣٠٦.

(١٩) د. علاء الدين محمد ذيب عبابنه، مرجع سابق، ص٢٤٨.

(٢٠) انظر: د. محمد أحمد علي المحاسنة، مرجع سابق، ص١٢٣؛ وكذلك: د. عبد السلام علي الفضل، د. نعيم علي العتوم، مرجع سابق، ص٥٦٦

(٢١) د. محمد الروبي، مرجع سابق، ص٣٠٧.

(٢٢) في عرض هذه الآراء الفقهية، انظر: د. محمد الروبي، المرجع السابق، ص٣٠٨ - ٣٠٩، وكذلك:
Guillaume Weiszberg., op. cit., nº.174.

وهكذا، واستناداً إلى هذه المرونة، التي تتسم بها النظرية، أمكنها أن تتلافى الانتقادات التي وجهت إلى مبدأ الإسناد الجامد، وإلى نظرية التركيز الموضوعي وفقاً لظروف التعاقد وملابساته، على نحو ما رأينا، وهو ما يمكنها أيضاً من استيعاب التطورات التي تحدث على صعيد المعاملات الدولية، والاستجابة لمقتضيات التجارة الدولية، وحماية مصالح الأفراد عبر الحدود(٢٣).

ولعل ذلك يفسر اعتناقها من قبل الاتفاقيات والاعمال الدولية والتشريعات المقارنة، وهو ما نوضحه فيما يلي:

الفرع الثاني: نظرية الأداء المتميز في الاتفاقيات والأعمال الدولية والتشريعات المقارنة:

نكتفي هنا ببيان موقف اتفاقيات لاهاي، والاتفاقيات والأعمال الصادرة في إطار الاتحاد الأوروبي، ثم نختتم بعرض موقف التشريعات المقارنة، على التفصيل التالي:

أولاً - موقف اتفاقيات لاهاي في نظرية الأداء المتميز:

اعتنقت العديد من اتفاقيات لاهاي نظرية الأداء المتميز، حيث جسدتها نصوصها، وأقرتها مبدأ واستثناء، من ذلك: اتفاقية لاهاي الموقعة في ١٥ يونيو ١٩٥٥ م، والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية والتي قررت في مادتها الثالثة (م ٣) خضوع عقد البيع لقانون محل الإقامة المعتادة للبائع بصفته الملتزم بتقديم الأداء المتميز للعقد(٢٤)، وكذلك اتفاقية لاهاي الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة والنيابة (عقود الوكالة والتمثيل التجاري) والمبرمة في ١٤ آذار ١٩٧٨ م، فقد ورد في المادة (١١) منها: "في العلاقات بين الوكيل والغير، يخضع وجود ونطاق سلطات الوكيل و آثار تصرفات الوكيل في ممارسة سلطاته الفعلية والمداعاة، للقانون الداخلي للدولة التي كان للوكيل بها مؤسسته المهنية وقت التصرف..."(٢٥).

وأيضاً اتفاقية لاهاي لعام ٢٠٠٦ م، بشأن القانون الواجب التطبيق على بعض الحقوق المتعلقة بالأوراق المالية المتحفظ بها لدى وسيط وذلك في نص المادة (٥) منها(٢٦).

ثانياً - موقف الاتفاقيات والأعمال الصادرة في إطار الاتحاد الأوروبي:

نذكر أولاً موقف اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، ثم نتبع ذلك بموقف التنظيم الأوروبي رقم ٥٩٣ لسنة ٢٠٠٨ المعروف بتنظيم روما ١، على النحول التالي:

---

(٢٣) د. محمد الروبي، نفس المرجع، ص٣٠٩.

(٢٤) انظر: د. أحمد شعبان الشاهد، مرجع سابق، هامش (٥)، ص٣٧٠.

(٢٥) انظر: د. رمزي أحمد عوني ماضي، سامر نجيب المعايطه، نظرية الأداء المميز كضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العمليات المصرفية الدولية، بحث منشور في المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، جامعة مؤتة، الأردن، المجلد ٩، العدد ١، ٢٠١٧ م، ص١١٢.

(٢٦) انظر في تفصيل موقف هذه الاتفاقية:

Jean-Pierre Deguée et Diego Devos., "La loi applicable aux titres intermédiés", Revue de Droit Commercial Belge, No 1, 2006, p.5 ets.

١ - موقف اتفاقية روما:

نصت المادة الرابعة منها اتفاقية روما على أنه: "١ - في الحالات التي لا يتم فيها اختيار القانون الواجب التطبيق وفقاً لنص المادة الثالثة يخضع العقد لقانون الدولة الأوثق صلة به..."، ٢ - ومع عدم الإخلال بالفقرة الخامسة يفترض أن القانون الأوثق صلة بالعقد هو قانون الدولة التي يوجب بها محل الإقامة المعتاد للمدين بالأداء المتميز وقت إبرام العقد، أو مركز إدارته الرئيسي إذا كان شركة أو مؤسسة أو شخصاً معنوياً آخر..."(٢٧).

ثم نصت الفقرة الخامسة على أنه: "يستبعد تطبيق الفقرة الثانية في الحالات التي لا يمكن فيها تحديد الأداء المتميز، كما يمتنع إعمال القرينة المنصوص عليها في الفقرات ٢ و ٣ و ٤ عندما يتبين من مجموع الملابسات المحيطة بالعملية التعاقدية أن العقد يرتبط بصلات أكثر وثوقاً مع دولة أخرى"(٢٨).

كما حددت الاتفاقية قواعد إسناد احتياطية بشأن العقود الواردة على عقارات، وعقود النقل الدولي للبضائع(٢٩)، وأفردت عقود الاستهلاك وعقود العمل الفردية بقواعد إسناد خاصة بها(٣٠).

يتبين من النصوص السابقة، أن اتفاقية روما قد جسدت نظرية الأداء المتميز، كآلية لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي عند غياب الإرادة الصريحة والضمنية المؤكدة لأطرافه، خير تجسيد، حيث أقرت مبدأها العام، وقننت القيد الاستثنائي الخاص بها، وقدمت بذلك تطبيقاً عملياً نموذجياً لهذه النظرية؛ وهو ما يثير التساؤل عن مدى استمرار هذا الموقف النموذجي في ظل تنظيم روما ١ ؟، حيث نجيب على ذلك فيما يلي:

٢ - موقف التنظيم الأوروبي رقم ٥٩٣ لسنة ٢٠٠٨ من نظرية الأداء المتميز:

اقتفى هذا التنظيم أثر اتفاقية روما، من حيث اعتناق نظرية الأداء المتميز، كآلية لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، في غيبة اختيار الأطراف الصريح والضمني المؤكد لقانون العقد، بل وفاقها عصرية وتقدماً، حيث طور حلوله بما يتناسب مع تطور المعاملات والتجارة الدولية بوجه عام، والتجارة البينية الأوروبية على وجه الخصوص، وما تفرزه من أنماط عقدية جديدة، حيث أدخل تعديلات جوهرية على المادة الرابعة من الاتفاقية، فاستهلها بالفقرة الأولى التي استحدثها، واضطلع فيها بتحديد القانون الواجب التطبيق على بعض العقود عند تخلف الاختيار الصريح والضمني المؤكد لقانون العقد من قبل الأطراف، ولم يترك ذلك لتقدير

---

(٢٧) Cf Article (4/ 1, 2): Convention on the law applicable to contractual Obligations, opened for signature in Rome on 19 June 1980, Official Journal of the European Communities, C 27, Volume 41, 26 January 1998.

(٢٨) Cf Article (4/ 5): Convention on the law applicable to contractual Obligations,..., op. cit.

(٢٩) Cf Article (4/ 3, 4): Convention on the law applicable to contractual Obligations,..., op. cit.

(٣٠) Cf Article (5), (6): Convention on the law applicable to contractual Obligations,..., op. cit.

وفي تفصيل موقف اتفاقية روما انظر:

John O'Brien., op. cit., p.340 ets.

و أيضاً: د. محمد أحمد علي المحاسنة، مرجع سابق، ص١١٨ وما بعدها.

القاضي، أو المحكم، كما كانت تفعل اتفاقية روما؛ وذلك مراعاة لخصوصية هذه العقود، وتقديراً لطبيعتها الذاتية، ودعماً للوظيفة الاقتصادية التي تؤديها في وسط معين(٣١).

وبالإضافة إلى العقود السابقة التي قرر لها ضوابط احتياطية، وبرز بها اتفاقية روما، لم يكتف التنظيم بإفراد عقود الاستهلاك وعقود العمل الفردية بقواعد إسناد حمائية خاصة (م ٦ و م ٨) على غرار ما فعلت الاتفاقية المذكورة، بل أضافت قواعد إسناد خاصة بعقود النقل المتنوعة (م ٥)، وعقود التأمين (م ٧)(٣٢).

وفيما عدا الطائفتين السابقتين من العقود، اعتنق التنظيم القاعدة التي قررتها اتفاقية روما انطلاقاً من النظرية الماثلة، أي اضطلاع القاضي بتحديد الأداء المتميز في العلاقة العقدية المعروضة (م ٤/ ٢، ٣، ٤)(٣٣).

---

(٣١) جاءت المادة الرابعة من التنظيم المذكور بالمتن تحت عنوان "Applicable law in the absence of choice"، ونصت فقرتها الأولى على أنه:

1 - «To the extent that the law applicable to the contract has not been chosen in accordance with Article 3 and without prejudice to Articles 5 to 8, the law governing the contract shall be determined as follows:
(a) a contract for the sale of goods shall be governed by the law of the country where the seller has his habitual residence;
(b) a contract for the provision of services shall be governed by the law of the country where the service provider has his habitual residence;
(c) a contract relating to a right in rem in immovable property or to a tenancy of immovable property shall be governed by the law of the country where the property is situated;
(d) notwithstanding point (c), a tenancy of immovable property concluded for temporary private use for a period of no more than six consecutive months shall be governed by the law of the country where the landlord has his habitual residence, provided that the tenant is a natural person and has his habitual residence in the same country;
(e) a franchise contract shall be governed by the law of the country where the franchisee has his habitual residence;
(f) a distribution contract shall be governed by the law of the country where the distributor has his habitual residence;
(g) a contract for the sale of goods by auction shall be governed by the law of the country where the auction takes place, if such a place can be determined;
(h) a contract concluded within a multilateral system which brings together or facilitates the bringing together of multiple third-party buying and selling interests in financial instruments, as defined by Article 4 (1), point (17) of Directive 2004/39/EC, in accordance with non-discretionary rules and governed by a single law, shall be governed by that law».

- Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), Official Journal of the European Union (EN), L 177/6, 04 July 2008.

راجع تفاصيل وافية حول هذه الفقرة:

James Fawcett and Janeen M Carruthers., " Cheshire, North & Fawcett : Private International Law", Fourteenth Edition, Oxford University Press, New York, 2008, p.722 ets.

وكذلك: د. عبد السلام علي الفضل، د. نعيم علي العتوم، مرجع سابق، ص٥٧٠ وما بعدها.

(٣٢) انظر في تفصيل ذلك:

James Fawcett and Janeen M Carruthers., op. cit., p.722 ets.

(٣٣) انظر في تفصيل ذلك:

James Fawcett and Janeen M Carruthers., Ibid., p.724.

وبناءً على الاعتبارات السابقة؛ يتعين القول أن الاتفاقيات والأعمال الصادرة عن الاتحاد الأوروبي اعتنقت نظرية الأداء المتميز وتعدتها بالتحديث والتطوير، وقدمت أفضل وأحدث التطبيقات بشأنها.

والوضع السابق يجعلنا نأمل، أن تحذو الدول العربية حذو الاتحاد الأوروبي، في إعداد اتفاقية عصرية، بشأن المسائل القانونية بوجه عام، وتلك المتعلقة بفروع القانون الدولي الخاص بوجه خاص، تعرف سبيلها نحو التطبيق من قبل أقضية الدول العربية، ولا تظل حبراً على ورق، وتتعهدها بالرعاية والتحديث؛ لتتماشى مع المستجدات، وتستوعب التطورات، وتلبي طموحات الشعوب العربية في تشجيع نمو المعاملات وازدهارها، وإزالة المعوقات التي تعترض سبيلها.

ثالثاً - موقف التشريعات المقارنة من نظرية الأداء المتميز:

تكاد تجمع التشريعات الحديثة على اعتناق نظرية الأداء المتميز نذكر هنا، على سبيل المثال، القانون الدولي الخاص السويسري الصادر عام ١٩٨٧، في مادته (١١٧) والتي نصت على أنه: "١ - يسري على العقد عند غياب اختيار القانون، قانون الدولة التي له بها أكثر الروابط وثوقاً. ٢ - وتعتبر تلك الروابط موجودة مع الدولة التي بها محل الإقامة العادية للطرف الذي يجب أن يقدم الأداء المميز..."[٣٤]، والقانون الدولي الخاص المجري لعام ١٩٧٩ فقد نص في المادة (٢٩) منه على أنه: "إذا لم يستطع القاضي تحديد القانون واجب التطبيق يسري على العقد قانون موطن أو محل الإقامة العادية أو مركز منشأة الشخص الملتزم بتقديم الأداء المميز للعقد بطريقة جوهرية، ويتم تحديد الأداء المميز عند إبرام العقد"، وكذلك أخذ بتلك الفكرة القانون الدولي الخاص التركي لعام ١٩٨٢ في المادة (٢٤) منه[٣٥].

وكذلك القانون النمساوي في المواد (٣٨ - ٣٩ - ٤٠) من قانون ١٩٧٨ م، وقانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ م، (المادة ١٣٦ فقرة ب...)[٣٦]، وأيضاً نجد نص المادة (٦٢) من القانون الدولي الخاص التونسي الصادر في ٢٧ نوفمبر ١٩٩٨ م، والتي تقضي بأن: "يخضع العقد للقانون الذي تعينه الأطراف وإذا لم تحدد الأطراف القانون المنطبق يعتمد قانون الدولة التي يوجد بها مقر الطرف الذي يكون التزامه مؤثراً في تكييف العقد أو مقر مؤسسته إذا كان العقد قد أبرم في نطاق نشاط مهني أو تجاري"[٣٧].

وكذلك أخذ القانون المدني ل Québec الصادر عام ١٩٩١ بهذه النظرية عندما نص على أن العقد يحكمه القانون الذي يحدده الأطراف صراحة أو الذي يتضح بصورة مؤكدة من خلال نصوص التصرف، ويضيف

---

(٣٤) انظر نص المادة باللغة السويسرية: د. محمد أحمد علي المحاسنة، مرجع سابق، ص١٢١، وأيضاً باللغة العربية: د. جلال حسين عنز، مرجع سابق، ص١٠٢، وأيضاً: د. يونس صلاح الدين، د. وسام محمد خليفة، مرجع سابق، ص٣٥.

(٣٥) أشار إلى ذلك: د. مهند عزمي أبو مغلي، د. منصور عبد السلام الصرايرة، القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية ذات الطابع الدولي، بحث منشور في مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، الأردن، المجلد ٤١، العدد ٢، ٢٠١٤، ص١٣٥٧ - ١٣٥٨.

(٣٦) أشار إلى ذلك: د. بلاق محمد، مرجع سابق، ص٨٣.

(٣٧) والمنشور في الجريدة الرسمية التونسية، والمشار إليها سابقاً.

بعدها أنه وفي حال التخلف عن تعيين هذا القانون أو في حال تعيين قانون من شأنه أن يجعل التصرف غير صحيحاً، فأنه يتم تطبيق قانون الدولة التي يرتبط التصرف بها بروابط أكثر صلة، مع الأخذ بعين الاعتبار طبيعة التصرف والظروف التي تحيط به؛ ويفترض وجود تلك الروابط الأكثر صلة بقانون الدولة التي يكون فيها محل إقامة أو مقر الطرف الملزم بتقديم الأداء المميز في العقد(٣٨)،... وغير ذلك من القوانين.

وهكذا يتضح أن الاتفاقيات والأعمال الدولية والتشريعات المقارنة، قد تقبلت نظرية الأداء المتميز بقبول حسن، وذلك لما تتسم به من مرونة ومعقولية، وما تتميز به من مراعاة لذاتية العلاقة العقدية، وعدم إغفال خصوصيتها في كل حالة على حدة، كما يترتب على الأخذ بها حفظ مصالح الأطراف واحترام توقعاتهم المشروعة، وتتقلص في ظلها سلطة القاضي أو المحكم، وهو ما يجعل نظرية الأداء المتميز تتلافى الانتقادات التي وجهت إلى غيرها من النظريات، كما ذكرنا سابقاً(٣٩).

وإزاء المزايا السابقة للنظرية يثار التساؤل حول كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الترخيص الصناعي الدولي بموجبها؟، ونجيب على ذلك في الفقرة التالية:

الفرع الثالث: إعمال نظرية الأداء المتميز على عقد الترخيص الصناعي الدولي:

يتعين حتى يتسنى الإجابة على التساؤل السابق أن نحدد ما هو الأداء المتميز في عقد الترخيص الصناعي الدولي، إذ يعد ذلك بمثابة مسألة أولية يجب حسمها، لنتمكن من تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا العقد؛ وبما أن الفقه قد أختلف في بيان الأداء المتميز في العقد محل الدراسة وكذا في تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا العقد، عليه سوف نجيب على هذا التساؤل ببيان الأداء المتميز والقانون الواجب التطبيق في كل رأي من أراء الفقهاء والأسانيد التي أعتمد عليها وأيضاً الانتقادات التي وجهت له إن وجدت، ونفصل ذلك فيما يلي:

يذهب البعض(٤٠) إلى أن الأداء الأكثر تمييزاً في عقود نقل التكنولوجيا عموماً وعقد الترخيص الصناعي الدولي خصوصاً، هو تقديم المعرفة الفنية والمساعدة التقنية؛ وإن المدين بالأداء المتميز في هذا العقد هو المالك

---

(٣٨) أشار إلى ذلك: د. رمزي أحمد عوني ماضي، سامر نجيب المعايطه، مرجع سابق، ص١١٤ - ١١٥.

(٣٩) قارن مع ذلك: د. أحمد محمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص١٥١ وما بعدها، ومتابعته أيضاً في مصدره: د. أحمد محمد الهواري، مستحدث القول في حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة حلوان، العدد ٧، ٢٠٠٧، ص٢٨٣ وما بعدها، حيث يأخذ على نظرية الأداء المتميز عدم استجابتها دائماً لاعتبارات حماية الطرف الضعيف؛ وأيضاً أستبعد الفقيه الفرنسي P.Mayer قرينة الأداء المتميز عندما يتعلق الأمر بحماية الطرف الضعيف.

Cf: P.Mayer., «La protection de la partie faible en droit international privé », in collection Le protection de la partie faible dans les rapports contractuels, L.G.D.J, Paris., 1996, 514.

أشار إليه: د. أحمد شعبان الشاهد، مرجع سابق، ص٣٧١، وانظر في إثبات أن النظرية تحقق حماية فعالة للطرف الضعيف وإيراد العديد من الأحكام القضائية التي تؤيد ذلك:

Guillaume Weiszberg., op. cit., nº.175 ets, p.121 ets.

(٤٠) Jacques Béguin et Michel Menjucq., Droit du commerce international, Paris, Litec, Nº.1105, p.448.

الأصلي للتكنولوجيا، أي المرخص، ورتب على ذلك أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة موطن أو محل الإقامة العادية أو مركز نشاط صاحب الترخيص أو مورد التكنولوجيا، وهو ما قننه المشرع المجري في المادة (٢٥/ د) من القانون الدولي الخاص الصادر عام ١٩٧٩، وكذلك المشرع السويسري في المادة (١٢٢/ ١) من القانون الدولي الخاص والتي نصت على أنه: "يسري على العقود الواردة على الملكية الذهنية قانون الدولة التي بها محل الإقامة العادية للمالك أو المتنازل عن حق الملكية الذهنية"(٤١).

وعلى الرغم من مرونة هذا الإسناد ووضوحه فإنه له بعض المثالب، وخاصة عندما يكون أحد أطراف العقد دولة نامية، (وهو ما يميز عقود نقل التكنولوجيا عموماً وعقد الترخيص الصناعي الدولي خصوصاً)، إذ أن مفهوم نظرية الأداء المتميز يهدف إلى تطبيق قانون محل إقامة المورد، أي الطرف الملتزم بنقل المعرفة التكنولوجية، وهو ما يعني خضوع الدولة النامية لقوانين وتشريعات الدول الصناعية المتقدمة والتي لا تتناسب وظروفها، وتمثل إجحافاً بها، وتضر باقتصادها الوطني(٤٢).

ونذهب مع جانب من الفقه(٤٣) إلى أن الأداء المتميز في عقد الترخيص الصناعي الدولي وعقود نقل التكنولوجيا عموماً، يجب النظر إليه في المكان الذي يتجسد فيه، ويرتب فيه آثاره الاقتصادية بالنسبة لأطرافه ومن ثم يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي فيها مركز نشاط أو موطن أو محل إقامة مستورد التكنولوجيا أو المرخص له، ويفرض هذا الحل ليس فقط أن الطرف الأخير هو الأضعف والمستحق للحماية، بل أيضاً لأن قواعد دولته تهدف إلى حماية اقتصادها، ولا تسمح باستيراد التكنولوجيا إلا في الحدود التي تساهم فيها خطة التنمية وبما لا يمس حماية وتشجيع التكنولوجيا المحلية، وبما يحمي الاقتصاد الوطني من الشروط التي يفرضها الطرف القوي(٤٤).

أشار إليه: د. بلعزام مبروك، عقد الترخيص التجاري الدولي، بحث منشور في مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، العدد ١٧، سبتمبر ٢٠١٨، ص١٠١، وكذلك: د. محمد الروبي، مرجع سابق، ص٣١٧ - ٣١٨.

(٤١) انظر: د. صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص٢٩٤ - ٢٩٥، وكذلك: د. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص٢٥٢، وكذلك: د. علاء الدين محمد ذيب عبابنه، مرجع سابق، ص٢٤٦، وأيضاً: د. مهند عزمي أبو مغلي، د. منصور عبد السلام الصرايرة، مرجع سابق، ص١٣٥٨.

(٤٢) د. مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص٥١٣.

(٤٣) انظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، الطبعة الأولى، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٦، ص١١٦، وكذلك: د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص٢١٠ وما بعدها، وكذلك: د. صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص٢٩٥، وكذلك: د. علاء الدين محمد ذيب عبابنه، مرجع سابق، ص٢٤٦، وكذلك: د. مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص٥١٤، وكذلك: د. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص٢٧٠، وأيضاً: د. جلال حسين عنز، مرجع سابق، ص١٠٢ - ١٠٣.

(٤٤) انظر: د. حسن علي كاظم، مرجع سابق، ص٢٦٤، وكذلك: د. يونس صلاح الدين، د. وسام محمد خليفة، المرجع السابق، ص٣٤.

كما أن هناك اعتبارات مهمة تقود الباحث للاعتقاد بهذا الرأي، ومنها اعتبارات موضوعية ترتكز على تحليل جملة الالتزامات الملقاة على عاتق المرخص والمرخص له أو المورد والمتلقي، والتي يتضح بأن أغلبها تتم في دولة الأخير ولا سيما منها استغلال المعرفة الفنية ووضعها موضع التنفيذ، فضلاً عن كونها المكان الذي يتم فيه نقل التحسينات على تلك المعارف المنقولة والمكان الذي يتم فيه بناء المنشأة الخاصة بالمشروع، والمكان الذي يمارس فيه المورد أو المرخص رقابته على نشاط ذلك المشروع.

وفضلاً عن هذه الاعتبارات فإن هناك اعتبارات منطقية تتجسد في الترابط الفعلي بين المجموع العقدي والذي ينتج عنه تحقيق الأهداف الرئيسية التي يطمح من خلالها المتلقي أو المرخص إلى استنساخ منشأة المورد وتكرار نجاحه وهذا النشاط يمارس في معظم أجزائه على إقليم دولة المتلقي التي يسعى نظامها القانوني في مجموعه إلى بلوغ هذه الغاية على اعتبار أن معظم عناصر العقد الأساسية تتصل بتنفيذ العقد(٤٥).

وفي معرض تأييده لهذا الرأي يرى الدكتور "محمد الروبي"، بأنه بالإمكان تطبيق قانون الدولة التي يباشر فيها المتلقي أو المرخص نشاطه، ولكن يكون ذلك على سبيل الاستثناء وفي حالتين: الأولى، حالة اتخاذ المرخص من المبادرات والتصرفات، ما يؤكد عدم حرصه على تركيز العلاقة العقدية في إطار قانون مركز نشاطه المهني، أو قانون مركز إدارته الرئيسي، كأن يتخذ فرعاً له في موطن المرخص أو المتلقي، أو يبادر بالسعي إلى التعاقد معه ويقوم بالتفاوض وإبرام العقد بمحل إقامته المعتادة... الخ، والثانية، إذا تبين من مجموع العناصر الموضوعية للعملية العقدية، ومجمل الملابسات المحيطة بها، أن العقد يرتبط بهذه الدولة بروابط أكثر وثوقاً، مما يربطه بالدولة التي توجد بها مؤسسة المرخص أو المورد، ففي هاتين الحالتين تتعطل القاعدة العامة، ويطبق قانون الدولة التي يباشر فيها المرخص له أو المتلقي نشاطه(٤٦)، إعمالاً للقيد الاستثنائي كما ذكر سابقاً.

وقد وجد الرأي الفقهي السابق صدى لدى المشرع النمساوي في المادة (٣٤/ ١) من القانون الدولي الخاص، وكذلك المشرع المصري الذي نص على تطبيق القانون المصري على عقود نقل التكنولوجيا؛ إذ نصت المادة (٨٧/ ٢) من قانون التجارة المصري على أنه: "في جميع الأحوال يكون الفصل في موضوع النزاع بموجب أحكام القانون المصري، وكل اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلاً"(٤٧).

وكذلك نصت اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ م، على أنه: "... عند غياب مثل ذلك الاتفاق على الهيئة تطبيق قانون الدولة المتعاقدة طرف النزاع، بما في ذلك قواعدها في شأن تنازع القوانين، وكذلك قواعد القانون الدولي واجبة التطبيق"(٤٨).

---

(٤٥) د. عبد المنعم زمزم، مرجع سابق، ص١٧٨ وما بعدها.

(٤٦) د. محمد الروبي، مرجع سابق، ص٣١٩.

(٤٧) انظر: د. مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص٥١٤.

(٤٨) Cf: Article (42/ 1), «...In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable» ICSID Convention, Regulations and Rules, International Centre for Settlement of Investment Disputes, Document ICSID/15 (April 2006).

والخلاصة: أن نظرية الأداء المتميز تعد هي الأنسب في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود نقل التكنولوجيا عموماً وعقد الترخيص الصناعي الدولي خصوصاً، في حالة سكوت الأطراف عن الاختيار، للمزايا العديدة لهذه النظرية، وأهمها، مراعاة الطبيعة الذاتية للرابطة العقدية، ومما يؤكد ذلك الاستثناء الذي أوردته النظرية بالسماح للقاضي أو المحكم في ظروف استثنائية فيما لو تبين له أنّ قانون محل إقامة المدين بالأداء المتميز منبت الصلة الحقيقية بالعلاقة المطروحة، أن يعتد بظروف التعاقد وملابساته على نحو يسمح بإسناد العقد للقانون الأوثق صلة به.

وأخيراً، فهناك تساؤل يطرح نفسه في هذا الصدد، ما هو موقف المشرع الليبي من فكرة التركيز الموضوعي في حال غياب اتفاق الأطراف نهائياً عن اختيار قانون العقد؟، إذا تم العلم بأن المشرع المصري قد استبعد نص المادة (١٩/ ١) مدني لصالح قاعدة الإسناد (٨٧/ ٢) من قانون التجارة الجديد، والتي تنص بتطبيق القانون المصري في جميع الأحوال؟؛ وذلك على اعتبار أن عقد الترخيص الصناعي الدولي من عقود نقل التكنولوجيا، كما ذكرنا سابقاً.

في الحقيقة أن مطالعة نص المادة (١٩/ ١) من القانون المدني الليبي يبين بوضوح أن المشرع أخذ من حيث المبدأ بفكرة التركيز الموضوعي في حال غياب اتفاق الأطراف، إلا أنه حرم القاضي من السلطة التقديرية الكاملة التي يتعين ممارستها في ضوء الظروف والملابسات المتعلقة بكل عقد على حدة، مع الاستعانة بأحد ضوابط التركيز الموضوعي للروابط العقدية السابق بيانها، وذلك عندما الزم القاضي في حال غياب اتفاق الأطراف بتطبيق قانون معين وبحسب الأولوية، وهو قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، وقانون محل الإبرام في المرتبة الثانية.

وعلى الرغم من اتباع المشرع لضوابط محددة سلفاً، والتي تنم عن سلوكه لمنهج مغلق وجامد، إلا أن الباحث يرى إمكانية تطبيق قانون الدولة المتلقية من قبل القضاء الليبي من خلال الاستعانة بنظرية الأداء المتميز في الأحوال التي يصمت فيها المتعاقدين تماماً عن اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد الترخيص الصناعي الدولي وعقود نقل التكنولوجيا عموماً، وذلك بالرجوع إلى نص المادة (٢٤) من القانون المدني الليبي والتي تنص - رغم عدم صراحتها في الدلالة على المقصود - على أنه: "تتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص"، ويستند الباحث في هذا القول على أن نص المادة (١٩) رغم صراحته وشموله لكافة أنواع العقود، إلا أنه نص عام يمكن تقييده بما تتضمنه قواعد التنازع الأخرى المستقاة من المبادئ العامة من أحكام خاصة بكل طائفة من العقود ومنها عقود الترخيص الصناعي الدولي وعقود نقل التكنولوجيا عموماً، وذلك لطبيعتها وخصوصيتها التي تميزها عن باقي العقود الأخرى.

الخاتمة

بعد أن تناولت في هذا البحث موضوع دور ضوابط الإسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الترخيص الصناعي الدولي، سنسعى أن نقدم أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها من خلال دراستنا للمسائل المتعلقة بهذا البحث:

أولا: النتائج:

١ - أن الإسناد الجامد كآلية لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، عند تخلف اختيار الأطراف الصريح والضمني المؤكد لقانون العقد، لا تتلاءم مع مقتضيات التجارة الدولية، ولا تراعي كثير من خصوصيات العقود المستحدثة، ولا تتماشى مع تعقيدات البعض الآخر من هذه العقود، كما أنها تعصف بالتوقعات المشروعة للأطراف وتهدر الأمان القانوني الواجب توافره للمعاملات الدولية.

٢ - تبين خلال الدراسة أن نظرية التركيز الموضوعي بالنظر إلى ظروف وملابسات التعاقد كآلية لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي عند تخلف اختيار الأطراف، وإن كانت ووجهت إليها كثير من الانتقادات التي أقرت الدراسة صحتها، إلا أنها تصلح كآلية لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الترخيص الصناعي الدولي عند عدم اختيار الأطراف لقانون هذا العقد.

٣ - أن نظرية الأداء المتميز تعد هي الأنسب في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود نقل التكنولوجيا عموماً وعقد الترخيص الصناعي الدولي خصوصاً، في حالة سكوت الأطراف عن الاختيار، للمزايا العديدة لهذه النظرية، ولذلك لم يكن غريباً أن يمم الفقه الحديث وجهة شطر هذه النظرية، وتقننها التشريعات الحديثة والاتفاقيات والاعمال الدولية.

ثانيا: التوصيات:

١ - نوصي المشرع الليبي بضرورة إعادة النظر بقواعد تنازع القوانين في العقود الدولية، فقواعد التنازع المقررة حالياً غير قادرة على مواجهة التطورات المستمرة في العلاقات التجارية الدولية لا سيما فيما يتعلق بعقد الترخيص باستغلال التكنولوجيا، فهي قواعد تقليدية لا تساير التطور التشريعي.

٢ - نقترح على المشرع الليبي العدول عن ضابط الموطن المشترك، والأخذ بضابط آخر ينسجم مع طبيعة وظروف التجارة الدولية، ويؤدي إلى تطبيق قانون على صلة وثيقة بعناصر العقد، كالإسناد إلى قانون التنفيذ على سبيل المثال.

٣ - وأخيراً، صياغة شروط القانون الواجب التطبيق على عقد الترخيص باستغلال التكنولوجيا وفض المنازعات الناجمة عنه وفقاً لقواعد محددة يتعين رسم أحكامها على مستوى التشريع الوضعي والدولي؛ كما ندعو الحكومة الليبية إلى توخي الدقة في صياغة مثل هذه الشروط.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية:

أ - الكتب القانونية العامة:

- د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨١.
- د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، الطبعة الأولى، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٦.
- د. أحمد محمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.
- د. أشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
- د. جلال أحمد خليل، النظام القانوني لحماية الاختراعات ونقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، الطبعة الأولى، منشورات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٨٣.
- خالد حسن أحمد، الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة - مصر ، ٢٠١٨.
- د. خالد منصور إسماعيل، إشكاليات التحكيم في منازعات عقود النفط : دراسة معمقة وفقاً للتشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأحكام التحكيم الدولية المتعلقة بمنازعات النفط، الطبعة الأولى، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض - المملكة العربية السعودية، ٢٠١٥.
- د. عامر علي سمير الدليمي، المنازعات الدولية في عقود النفط وطرق تسويتها، الطبعة الأولى، شركة دار الأكاديميون للنشر والتوزيع، المملكة الأردنية الهاشمية، عمان، ٢٠١٦.
- د. عصمت عبد المجيد بكر، دور التقنيات العلمية في تطور العقد، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ٢٠١٥.
- د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق، ١٩٨٢.
- د. فهد بن بجاد بن ملافخ العتيبي، التنظيم القانوني لتسوية منازعات عقود نقل التكنولوجيا وفقاً لنظام التحكيم السعودي ١٤٣٣ هـ، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة - جمهورية مصر العربية، ٢٠١٥.
- د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص (٢)، منشورات الجامعة الافتراضيَّة السوريَّة، الجمهورية العربية السورية، ٢٠١٨.

- د. محمد السيد عرفة، القانون الواجب التطبيق على النزاع أمام هيئة التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
- د. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠.

ب - الكتب القانونية المتخصصة:

- د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠ - ٢٠٠١.
- د. أشرف محمد رزق فايد، منازعات الاستهلاك المتعلقة بالعقود المبرمة على شبكة الإنترنت، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة - مصر، ٢٠١٨.
- د. بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٥.
- د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب : تحديد ماهيتها و النظام القانوني الحاكم لها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
- د. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٢.
- زياد محمد حمود عبد الله السبعاوي، التحكيم التجاري الدولي ما بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٤.
- د. صالح جاد المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨.
- د. صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
- د. عقيل كريم زغير، المسؤولية المدنية للمستثمر الأجنبي : دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة - مصر، ٢٠١٥.
- د. عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية : دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٤.
- د. محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة : دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، ٢٠١٣.
- د. محمد الروبي، عقد الامتياز التجاري في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣.

- د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق : دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
- د. مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ـ لبنان، ٢٠١٠.
- د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٤.
- د. وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ـ لبنان، ٢٠٠٨.

ج ـ الرسائل العلمية:

- د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٤.
- د. حسن علي كاظم، تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الترخيص الدولي، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الجزائر، ٢٠٠٤ ـ ٢٠٠٥.
- ريام عباس علي، القانون الواجب التطبيق في عقود التراخيص النفطية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٥.
- ساره زياد مناصره، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار التكنولوجي في المنازعات التحكيمية : دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة اليرموك، الأردن، ٢٠١٨.
- د. علاء الدين محمد ذيب عبابنه، القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي في القانون الأردني والمقارن، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، ٢٠٠٤.
- د. ماجد عمار، عقد الترخيص الصناعي وأهميته للدول النامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، بدون سنة نشر.
- نسيمة إنوجال، عقد الفرنشيز في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠١٣.

د ـ البحوث المنشورة في الدوريات:

- د. أحمد شعبان الشاهد، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص والقانون المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، المجلد ١٠٥، العدد ٥١٦، أكتوبر ٢٠١٤.

- د. أحمد محمد الهواري، مستحدث القول في حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة حلوان، العدد ٧، ٢٠٠٧.
- أحمد مهدي صالح، القانون الواجب التطبيق على القروض الدولية، بحث مقدم لكلية القانون، جامعة كربلاء، مجلة رسالة الحقوق، العدد الخاص بالمؤتمر الوطني القانوني الوطني العاشر، ٢٠١٣ م.
- د. الأيوبي محمد، دور مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، بحث منشور في مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، المغرب، العدد ١٢، فبراير ٢٠١٦.
- د. أم كلثوم العطار، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة المتوسط للدراسات القانونية والقضائية، مطبعة مكتبة دار السلام، الرباط - المغرب، العدد ٥، دجنبر ٢٠١٧.
- د. بلعزام مبروك، عقد الترخيص التجاري الدولي، بحث منشور في مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، العدد ١٧، سبتمبر ٢٠١٨.
- د. جلال حسين عنز، عقود الاستثمار والقانون الواجب التطبيق عليها، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، العراق، المجلد ١، الإصدار ٢، ٢٠١٢.
- د. جلال وفاء محمدين، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا في ظل الجهود الدولية وأحكام نقل التكنولوجيا في قانون التجارة الجديد، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، العدد الأول، ٢٠٠٠.
- د. رائد أحمد خليل، عقد الترخيص باستعمال العلامة التجارية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة تكريت، العراق، المجلد ٦، العدد ٢/ ٢٠، ٢٠١٣.
- د. رمزي أحمد عوني ماضي، سامر نجيب المعايطه، نظرية الأداء المميز كضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العمليات المصرفية الدولية، بحث منشور في المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، جامعة مؤتة، الأردن، المجلد ٩، العدد ١، ٢٠١٧ م.
- د. عبد السلام علي الفضل، د. نعيم علي العتوم، منهج الأداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي، بحث منشور في مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، الأردن، المجلد ٤٦، العدد ١، ملحق ١، ٢٠١٩.
- د. عبد المنعم زمزم، عقود الفرانشيز بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة أتحاد الجامعات العربية، العدد ٢٩، نيسان ٢٠١١.

- د. عز الدين عبد الله، دراسات في القانون الدولي الخاص الكويتي : (٢) تنازع القوانين في العقد، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، المجلد ٦٤، العدد ٣٥٢، أبريل ١٩٧٣.
- د. علاء حسين علي، تنازع الاختصاص التشريعي في عقود التجارة الدولية وفقاً للقانون العراقي والنظم القانونية الأخرى : دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة الكوفة، العراق، المجلد ١، العدد ٢٩، ٢٠١٦.
- قارة سليمان محمد خليد، الحلول القانونية لمشكلة تنازع القوانين في ظل التعاقد الإلكتروني، بحث منشور في مجلة الندوة للدراسات القانونية، الجزائر، المجلد ٢، العدد ٣، (٢٨ فبراير ٢٠١٥).
- د. محمد بن نصر القطري، أحكام القانون الدولي في عقود نقل التكنولوجيا : دراسة تطبيقية على الانظمة الوطنية والاتفاقيات الدولية، بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية (رابطة الجامعات الإسلامية)، مصر، العدد٤٩، ٢٠١٦.
- د. محمد خالد الترجمان، تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد القرض الدولي، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٤٩، ١٩٩٣.
- د. مصطفى العدوي، القانون الواجب التطبيق على عقد الامتياز التجاري : دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة حلوان، العدد ٢٥، ٢٠١١.
- د. مصطفى محمد مصطفى الباز، منهج قواعد التنازع في فض المنازعات الدولية الخاصة : دراسة انتقادية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، المجلد الخمسون، العدد الأول، يناير ٢٠٠٨.
- د. مهند عزمي أبو مغلي، د. منصور عبد السلام الصرايرة، القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية ذات الطابع الدولي، بحث منشور في مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، الأردن، المجلد ٤١، العدد ٢، ٢٠١٤.
- د. نور حمد الحجايا، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الخاضع للتحكيم، بحث منشور في المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مؤتة، الأردن، المجلد ٣، العدد ٣، رجب ١٤٣٢ هـ/ تموز ٢٠١١ م.
- د. هشام فالح طاهات، نحو إيجاد إطار قانوني للملكية الفكرية يهدف إلى تحفيز المبدعين وتشجيع الابتكار في دولة الإسكوا، دراسة استشارية، اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغرب آسيا (الإسكوا)، الأمم المتحدة، بيروت، ٢٠١٢.
- د. وجدي سليمان حاطوم، طرق استثمار براءات الاختراع : دراسة مقارنة بين القانون اللبناني والنظام السعودي، بحث منشور في مجلة جامعة الملك سعود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السعودية، المجلد ٢٥، العدد ٢، ٢٠١٣.

- د. يونس صلاح الدين، د. وسام محمد خليفة، القانون الواجب التطبيق على إصابات العمل والأمراض المهنية ضمن نطاق عقد العمل الدولي، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، كلية القانون، جامعة تكريت، العراق، المجلد ٤، السنة ٤، العدد ١٥، ٢٠١٢.

هـ - القوانين:

- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد (١٠٨ - مكرر)، بتاريخ، ٢٩ - يوليو - ١٩٤٨ م.
- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ م المعدل، والمنشور في جريدة الوقائع العراقية، العدد ٣٠١٥، بتاريخ ٨ - ٩ - ١٩٥١ م.
- القانون المدني الليبي والملحق المعدل "الجزء الأول" والمنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٠ فبراير ١٩٥٤.
- القانون المدني الجزائري (الأمر رقم ٧٥ - ٥٨ المؤرخ في ٢٠ رمضان عام ١٣٩٥ الموافق ١٩٧٥ المتضمن القانون المدني "المعدل والمتمم").
- القانون الدولي الخاص التونسي رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٨ م، والمؤرخ في ٢٧ نوفمبر ١٩٩٨ م، والمنشور في الجريدة الرسمية التونسية، السنة ١٤١، العدد ٩٦، ديسمبر ١٩٩٨ م.
- القانون المدني القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٤ م، والمنشور في الجريدة الرسمية القطرية، العدد ١١، في ٨ - ٨ - ٢٠٠٤ م.

و - الوثائق:

- قواعد الأونسيترال للتحكيم (بصيغتها المنقحة في عام ٢٠١٠)، لجة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، نيسان/ أبريل ٢٠١١.

ثانياً: المراجع باللغة الأجنبية:

أ - الكتب:

- Dominique Holleaux, Jacques Foyer et Gérard de Geouffre de la Pradelle., "Droit international privé", Masson, Paris, 1987.

- F. Deby-Gérard., "Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux", thèse Dalloz, Paris, 1973.

- Guillaume Weiszberg., "Le «Raisonnable» en Droit du Commerce International", Thèses de doctorat, en droit de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), 2003.

- Henri Batiffol et Paul Lagarde., "Droit international privé", tome. II. 7e édition, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1983.
- James Fawcett and Janeen M Carruthers., " Cheshire, North & Fawcett : Private International Law", Fourteenth Edition, Oxford University Press, New York, 2008.
- John O'Brien., "Conflict of Laws", Second Edition, Cavendish Publishing Limited, London • Sydney, 1999.

ب - الدوريات والمقالات:

- Jean-Pierre Deguée et Diego Devos., "La loi applicable aux titres intermédiés", Revue de Droit Commercial Belge, No 1, 2006.
- Richard A. Epstein, Trade Secrets as Private Property: Their Constitutional Protection, Law and Economics Working Paper No. 190, (2D Series), The Law School The university Of Chicago, June 2003.

ج - الاتفاقيات والقوانين والأنظمة والمواثيق الدولية:

- Convention on the law applicable to contractual Obligations, opened for signature in Rome on 19 June 1980, Official Journal of the European Communities, C 27, Volume 41, 26 January 1998.
- European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 Done at Geneva, April 21, 1961 United Nations, Treaty Series , vol. 484, p. 364 No. 7041 1963-1964), European Commission for Europe 1961.
- ICSID Convention, Regulations and Rules, International Centre for Settlement of Investment Disputes, Document ICSID/15 (April 2006).
- Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), Official Journal of the European Union (EN), L 177/6, 04 July 2008.

الفهرس

مقدمة : ١

المبحث الأول : مفهوم عقد الترخيص الصناعي الدولي ٣

المبحث الثاني : الإسناد التقليدي الجامد للرابطة العقدية الدولية (التركيز التشريعي للرابطة العقدية) ٦

المطلب الأول : مفهوم الإسناد الجامد ٧

المطلب الثاني : ضوابط الإسناد الجامد ٩

الفرع الأول: إسناد الرابطة العقدية لقانون دولة محل الإبرام ٩

الفرع الثاني: إسناد الرابطة العقدية لقانون دولة محل التنفيذ ١٢

الفرع الثالث: إسناد الرابطة العقدية لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين ١٥

الفرع الرابع: إسناد الرابطة العقدية لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين ١٧

المطلب الثالث : تقدير فكرة الإسناد الجامد في مجال عقد الترخيص الصناعي الدولي..... ١٩

المبحث الثالث : الإسناد الحديث المرن للرابطة العقدية الدولية..... ٢١

المطلب الأول : التركيز الموضوعي بالنظر إلى ظروف وملابسات التعاقد ٢٢

المطلب الثاني : التركيز الموضوعي بالنظر للأداء المتميز في العقد ٢٩

الفرع الأول: مفهوم نظرية الأداء المتميز ٢٩

الفرع الثاني: نظرية الأداء المتميز في الاتفاقيات والأعمال الدولية والتشريعات المقارنة **:** ٣٣

الفرع الثالث: إعمال نظرية الأداء المتميز على عقد الترخيص الصناعي الدولي .....
٣٧

* **الخاتمة** ٤١
* **النتائج** ٤١
* **التوصيات** ٤١

* قائمة المراجع .....
٤٢
* الفهرس ٤٩