الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة ابن خلدون تيارت

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه ـ الطور الثالث ـ

تخصص قانون الأعمال.

إعداد الطالب:

بن براهيم جمال

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:

حمر العين مقدم

لجنة المناقشة

صالح بوغرارة	أستاذ	جامعة تيارت	رئيسا
حمر العين مقدم	أستاذ محاضر أ	جامعة تيارت	مشرفا ومقررا
حمر العين عبدالقادر	أستاذ	جامعة تيارت	ممتحنا
عجالي بخالد	أستاذ	جامعة تيارت	ممتحنا
بوراس محمد	أستاذ	جامعة تيسمسيلت	ممتحنا
بن أحمد الحاج	أستاذ	جامعة سعيدة	ممتحنا

الموسم الجامعي : 2025/2024

الإهداء

إلى أمي التي فارقتنا بجسدها ولكن روحها مازالت ترفرف في سماء حياتي .

إلى أبي الرجل المثالي أطال الله في عمره ليظل عونا لي .

إلى جميع أهلي كل باسمه .

إلى كل من قدم لي يد المساعدة في انجاز هذا العمل .

إلى كل طالب علم .

شكر وتقدير

أحمد الله تعالى واشكره بتوفيقه لي على إتمام هذا العمل، وأصلي وأسلم على أشرف الأنبياء والمرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين

عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال "لا يشكر الله من لا يشكر الناس "

و اقتداء بهذا الهدي النبوي أتوجه بخالص الشكر والتقدير والعرفان إلى أستاذي الفاضل مقدم حمر العين على كل ما أسداه لي من نصح وإرشاد وتوجيه خلال إعدادي هذه الرسالة.

كما لا يفوتني أن أشكر جزيل الشكر أستاذي وقدوتي مذ وطئت قدماي الجامعة الأستاذ الدكتور بن أحمد الحاج حفظه الله وأطال عمره.

أشكر الذين كانوا عونا لي في بحثي هذا، زرعوا التفاؤل في دربي وقدموا لي المساعدات والتسهيلات والأفكار والمعلومات ، ربما دون أن يشعروا بدورهم بذلك لهم مني كل الشكر والامتنان .

كما أتقدم بالشكر والاحترام والتقدير للسادة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة الموقرين على ما بذلوه من جهد في قراءة رسالتي المتواضعة .

أتقدم بجزيل الشكر والامتنان إلى كل من أمدني بيد العون والمساعدة من قريب أو بعيد.

مقدمة

مقدمة :

إن مصطلح التكنولوجيا يبدو من الوهلة الأولى مصطلحا حديثا رغم أن ظاهرة نقل التكنولوجيا تعبر عن واقع قديم قدم الإنسانية يتمثل في القدرة على اكتساب المعلومات والمعارف ونقلها إلى الغير ، فمنذ العصور القديمة كانت هناك حلكة مستمرة لتداول وانتشار المعلومات بين الجماعات البشرية في مختلف بقاع الأرض ، مما يؤكد أن انتقال العلم والمعرفة جزءا من تاريخ الشعوب ، فقد كان الصينيون منذ قرون خلت يلقنون فن الطباعة للعرب وهذا بدوره يعد نقلا للتكنولوجيا .

ولقد شهد العالم في العصر الحديث تطورا رهيبا في مجال نقل التكنولوجيا عن طريق الشركات المتعددة الجنسيات انطلاقا من تكريس مبدأ تبعية الدول النامية لها من خلال تكريس هذا المفهوم بالترويج له في المحافل الدولية وهذا ما حققته بالفعل حيث تفاقمت معاملاتها التجارية وفاقت كل الحدود الجغرافية والسياسية وكان ذلك أحد أهم الأسباب الرئيسية في التطور والتقدم التكنولوجي .

وعقد نقل التكنولوجيا كمصطلح يشار إليه للدلالة على مجموعة واسعة من العقود التي تتضمن نقلا للمعارف والمهارات العملية مع الالتزام بنتائج معينة تختلف من نمط عقدي إلى آخر قد ظهر حقيقة نتيجة لفشل عمليات الاستثمار بمفهومها التقليدي في تحقيق المطلب الإنمائي للعديد من الدول الا انه قد خلق مع ظهوره الكثير من المشاكل القانونية التي تحتاج الى المعالجة والحلول ، منها ما تعلق بأركانه وشروطه عموما ، ومنها ما نتج عن بنوده العقدية الخاصة بالتزامات عاقديه ومسؤولياتهم في الوقت الذي مثل فيه الخلاف على تحديد اختصاصيه القضائي والتشريعي الجانب الأهم من تلك المشاكل .

وتقوم عقود نقل التكنولوجيا عادة على مجموعة من الأركان والشروط والخصائص التي لا تظهر بذات الكيفية أو الوضوح الذي عهدناه بالنسبة لباقي العقود عموما ، ما يؤثر على مجموعة من المسائل الهامة المرتبطة بها كتحديد شروطها الموضوعية ومدى اعتبارها عقودا شكلية ، وبشكل أكثر خصوصية مسألة تكييفها النهائي وما يترتب على ذلك التكييف من خلاف حول إدراجها في نطاق القانون العام أم في نطاق القانون الخاص ، وكذلك مسألة تعيين محلها تعيينا دقيقا لما لها من تأثير جوهري على تحديد التزامات الأطراف المتعاقدة ولاسيما التزامات الطرف المورد للتكنولوجيا ، هذا بالاضافة إلى أهمية القضايا المرتبطة بها كمسألة التمييز ما بين التكنولوجيا من جهة وبين التقنية من جهة أخرى .

كما يعد موضوع نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية من أكثر الموضوعات تعقيدا وتشعبا نظرا لما يأخذه من أبعاد سياسية واقتصادية واجتماعية ، ورغم كثرة الدراسات التي تناولت عقود نقل التكنولوجيا بشيء من الإسهاب والتفصيل ، لم تتمكن أي منها من الوصول إلى نتيجة مستقر عليها في أغلب المسائل الهامة

المتعلقة بها ،ولعل أحد أسباب ذلك كان مرده سرعة التطورات الهائلة التي تطرأ على العقود نفسها ، إذ يبدو من الصعب على دراسة بعينها الوقوف على كافة الأحكام القانونية والقضائية الصادرة بشأنها في مرحلة زمنية معينة .

كما أن التفاوت الواضح بين طرفي العقد سواء في مراكزهم القانونية، أو في مراكزهم الاقتصادية، كان ومازال يخلق إحساسا لدى كل منهما بأنه من يمثل الطرف الأضعف عقديا والذي يحتاج إلى الحماية، ومن هنا يقف المطلب التكنولوجي بالمقارنة بينهما على طرفي نقيض، مما ينعكس في النهاية بشكل أو بآخر على صياغة العقد بكامل بنوده وشروطه .

وفي سياق آخر ونظرا لما يتطلبه سد الفجوة التكنولوجية ما بين الدول المتقدمة والدول النامية من زيادة في عمليات نقل التكنولوجيا من الأولى إلى الثانية ضمن شروط أفضل وأكثر ملائمة بما في ذلك كلفة النقل خلافا لما هو سائد حتى يومنا الراهن فانه لابد من دراسة جدية للنظام القانوني المتعلق بالتزامات الأطراف المتعاقدة وذلك بغرض توضيح الدلالة الحقيقية لكل منها وصولا رسم الصيغة العقدية للالتزامات الكفيلة بتحقيق النقل الفعلي للتكنولوجيا والابتعاد عن الشروط المقيدة لهذا النقل .

ومما يجب التعرض له في هذا الشأن هو موضوع الإخلال بالنظام المشار إليه ، أي أوجه مسؤولية المتعاقدين بما في ذلك المسؤولية الدولية فيما لو كان الطرف المخل دولة من الدول كما لابد من توضيح مدى إمكانية تطبيق الأحكام العامة في موضوعي المسؤولية والجزاءات على عقود نقل التكنولوجيا ، مما يستلزم تعيين الخطوات اللازمة لتعديل تلك الأحكام وتكييفها حتى تنسجم مع ذاتية هذه العقود وخصوصيتها .

وفيما يتعلق بخصوصية عقود نقل التكنولوجيا وتحديدا من الطول النسبي لمدة تنفيذها ومن درجة التفاوت التكنولوجي بين عاقديها ، يوضع في الحسبان احتمال نشوء نزاع حول تلك العقود ، مما يكسب الاتفاق المتعلق بتسوية المنازعات وتحديد القانون الواجب التطبيق أهميته الخاصة ، وتزداد تلك الأهمية إذا تصورنا مدى تأثير صياغة ذلك الاتفاق على توازن العقد نفسه .

أما بالنسبة لأهمية موضوع البحث فإنها تبرز في الدور الاقتصادي الذي تلعبه هذه العقود في الاقتصاد القومي للدول المتلقية للتكنولوجيا والتي غالبا ما تكون من الدول النامية ، فبواسطة هذه العقود يتم بناء الهياكل الاقتصادية وتنظيم البنية الأساسية ، ولاسيما تشييد المنشآت الصناعية الكبرى مما يجعلها ترتبط بشكل وثيق بالاستثمار الأجنبي الذي تسعى غالبية الدول إلى جذبه .

كما تبرز أهمية هذا البحث من الناحية القانونية في محاولة فهم أوجه الخلاف الحاد بين مصالح واستراتيجيات مختلف أطراف السوق الدولي للتكنولوجيا، ومن ثم البحث عن السبل والآليات القانونية التي من شأنها التخفيف من حدة هذا التعارض وتمكين الدول النامية من بلوغ أهدافها .

أما عن أهداف الدراسة فهي تسعى لإظهار أهم الضغوطات التي يتعرض لها الطرف الضعيف في العقد وهو في الغالب الطرف الراغب في استراد التكنولوجيا عند الدخول في المفاوضات لإبرام العقد بسبب افتقاده للخبرة القانونية والفنية وتأتي في مقدمتها إدراج بعض الشروط التقييدية ضمن الالتزامات التي يرتبها العقد على طرفيه مما لذلك من آثار خطيرة على عملية نقل واكتساب التكنولوجيا هذا من جهة ، ومن جهة أحرى كذلك محاولة ذات الطرف استبعاد تطبيق قانون الدولة المتلقية للتكنولوجيا رغم أنه القانون الذي اختاره الأطراف ، أو باعتباره القانون الذي يشكل مركز الثقل في الرابطة العقدية في حال انعدام اختيار قانون العقد .

كما تهدف هذه الدراسة أيضا إلى تسليط الضوء على مختلف جوانب العقد والوقوف على التأصيل القانوني له والوصول إلى معرفة حقيقة النظريات والأنظمة القانونية المراد تطبيقها في هذا المجال وذلك عن طريق دراسة وتحليل منهجية القانون الدولي الخاص بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود نقل التكنولوجيا لإيضاح الرؤية أمام المهتمين لتلك العقود سواء كانوا القائمين على صياغتها أم المشرعين لقوانينها من وجوب تحري الدقة عند الصياغة .

وفيما يتعلق بصعوبات الدراسة فإنها تكمن في طبيعة الموضوع ذاته ونطاقه ، كون الموضوع وثيق الصلة بالاقتصاد والتكنولوجيا ، فكثيرا ما يجد الباحث نفسه أمام دراسة يختلط فيها ماهو اقتصادي محض بما هو قانوني بحث ، ومن ثم كان من السهل الانزلاق في متاهة إثارة إشكاليات ذات طابع اقتصادي قد تبتعد بالباحث عن جوهر الموضوع هذا من جهة .

ومن جهة أخرى فان عقود نقل التكنولوجيا تختلط من الناحية القانونية بعقود التجارة الدولية وتتشابه معها في كثير من الجوانب مما يتعين معه الفرز الدقيق بينها وبين ما يشتبه بها من عقود .

وفيما يخص الإشكالية المتعلقة بهذا الموضوع فإنها تتمحور في الخلاف الذي يثور بين الطرف المورد والطرف المتلقي للتكنولوجيا حول الطريقة المثالية لتسوية المنازعات التي تثور بين الأطراف ، وفيما لو كانت هي الطريقة الودية أم القضائية ، أم اللجوء إلى التحكيم باعتباره قضاء من نوع خاص ؟.

وبما أن القانون عموما قد تجاوز دوره التقليدي في حماية أهدافه المتمثلة في تحقيق الأمن والحفاظ على العدالة والتي أضحت تملك اليوم مفهوما أكثر اتساعا وعمقا من ذي قبل والى فضل ما شرع قديما من نظم قانونية بغرض حماية الاختراعات على المستوى الوطني أو الدولي في ظهور تلك الاختراعات التي هزت ثبات

البشرية فان الرغبة تكمن في لفت الانتباه إلى أهمية موضوع تحديد الإطار القانوني الناظم لآليات نقل التكنولوجيا من خلال استقراء الواقع العملي والتساؤل عنه وعن مستلزماته الراهنة .

فان كان ذالك الواقع يعكس تفضيل الجانب المورد لتطبيق قانون الإرادة ، بحيث يملي إرادته كطرف قوي على الطرف المتعاقد معه فهل من المفترض أن يتم ذلك بمعزل عن أي ضابط يربط ما بين ذلك القانون وبين عقد نقل التكنولوجيا ؟.

وان كان يرجع بالمقابل تطبيق المتلقي لقواعده الوطنية فهل هناك سندات تشريعية أو قضائية لدعم ذلك الترجيح ؟.

وفي سياق هذا التعارض كيف يمكن الوصول إلى حل يتحقق من خلاله التوازن ما بين مبدأ الحرية التعاقدية باعتباره الركيزة الأساسية في حياة التجارة الدولية وبين مطلب العدالة الاجتماعية بوصفها السند الذي يحمي الطرف الأضعف عقديا من تسلق الطرف القوي ؟.

وإذا ما عرض النزاع على قضاء التحكيم فان التساؤل يبقى قائما حول اختيار المحكم من وجهة نظر طرفي العقد :هل يتم اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين ؟ أم إلى قواعد القانون الدولي العام ؟ وان كان الأمر كذلك فهل لهذا المحكم من السندات التشريعية او القضائية أو المبررات العملية ما يثبت كفاية هذا الحل أو ملائمته ؟ وكذلك الحال بالنسبة إلى قواعد وأعراف التجارة الدولية أو المبادئ العامة للقانون في وضعها الراهن باعتقاد أن تطبيقها مازال محل شك وخلاف فيما لو كان يمثل إثراء في مستقبل العقود المدروسة أو يعدو خطرا عليها ؟.

هذه التساؤلات وغيرها من الإشكالات والقضايا المطروحة تمثل حقيقة موضوع دراستنا التي حاولنا من خلالها تجاوز ما يمكن أن يعترض الباحث من صعوبات متعددة سواء كان مصدرها يعزى إلى الموضوع نفسه أم إلى أطراف العقد أم إلى القواعد القانونية الناظمة له .

وفي ما يخص نطاق الدراسة فإن هذا الأخير يتناول النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا، من خلال تحليل الإطار المفاهيمي والعملي لهذه العقود، التي أضحت من الأدوات الرئيسة لانتقال المعارف الفنية من الدول المتقدمة إلى الدول النامية. وقد ركزت الدراسة على العقود التي تُبرم بين الشركات أو الدول (عقود الدولة) بهدف تمكين الطرف المتلقي من استخدام التكنولوجيا وتكييفها. و شملت حدود البحث دراسة طبيعة هذه العقود، خصائصها، وأطرافها، مع تسليط الضوء على الالتزامات الناشئة عنها، والمسؤولية المترتبة على الإخلال بها. كما تناولت الدراسة مختلف الوسائل القانونية والودية لتسوية النزاعات الناشئة عنها، وذلك من خلال استعراض الأنظمة القانونية الوطنية والدولية المقارنة. كما انصبت الدراسة بشكل خاص على واقع

الدول النامية، وخاصة الجزائر، لتبيان مدى فعالية العقود في تحقيق الاستقلال التكنولوجي. مما يجعل نطاق الدراسة محصورا في البعد القانوني لعقود نقل التكنولوجيا، دون التوسع في الجوانب التقنية أو الاقتصادية البحتة.

وسيتم الاعتماد في هذه الدراسة على المنهجين الوصفي والتحليلي كونهما الأنسب والأكثر ملائمة للدراسات القانونية وكونهما يتيحان لنا التعمق في مختلف أبعاد عقد نقل التكنولوجيا وتحليل النصوص للوصول إلى النتائج التي نرغب في دراستها ووصفها وصفا دقيقا ، كما اعتمدنا في بعض الأحيان على المنهج المقارن لمقارنة بعض المفاهيم النظرية عند دراسة بعض الحالات فيما يقابلها من تشريعات أخرى .

وبناء على ما سبق فإنه سيتم تقسيم هذه الدراسة إلى بابين رئيسيين، تناول أولهما ماهية عقود نقل التكنولوجيا، حيث خصص الفصل الأول لبحث مفهوم هذه العقود من خلال التطرق لتعريفها وخصائصها، ثم التعرف على أطرافها والشروط غير المألوفة التي تميزها. أما الفصل الثاني فتم فيه استعراض الطبيعة القانونية لعقود نقل التكنولوجيا والوقوف على مختلف الصور والاتفاقيات التي تمثلها. أما الباب الثاني، فقد عُني بدراسة الالتزامات الناشئة عن هذه العقود وطرق تسوية المنازعات المتعلقة بها، فتم في الفصل الأول تحليل التزامات المتعاقدين، مع بيان أوجه المسؤولية الناتجة عن الإخلال بها، بالإضافة إلى دراسة حالات الإعفاء والتخفيف من تلك المسؤولية .وفي الفصل الثاني، تم تناول آليات حل النزاعات، من خلال بيان مدى خضوع النزاع لاختصاص القضاء الوطني، ثم مناقشة اختصاص التحكيم في هذا المجال، وأخيرًا التطرق إلى الوسائل الودية الأخرى لفض النزاعات. وتُختتم الدراسة بخاتمة تتضمن النتائج والتوصيات، يليها قائمة المراجع والفهرس.

الباب الأول

ماهية عقود نقل التكنولوجيا

الباب الأول: ماهية عقود نقل التكنولوجيا.

إن التعرض لأي مسألة من المسائل القانونية المتعلقة بعقد نقل التكنولوجيا يستلزم الوقوف بداية على مفهوم هذه الآلية العقدية من جهة التعريف بها وتحديد خصائصها ومختلف أركانها وشروطها . ومع تنبه الدول النامية إلى قصور نظرية النقل التلقائي للتكنولوجيا من خلال عمليات الاستثمار المباشر، واعتبار ضعف قدراتها العلمية والتكنولوجية بعيدا عن قضية ندرة رؤوس الأموال هو السبب الحقيقي الكامن وراء تخلفها ، انطلقت تلك الدول في محاولة جادة للتصدي لإستراتيجية الشركات المتعددة الجنسيات الموردة للتكنولوجيا بغرض كسر طوق التبعية المحيط بها ، إلى الدخول في صيغ عقدية متنوعة علها تضمن شيئا من المنافع التكنولوجية وقدرا من الاستقلال القانوني ومن هنا افرز الواقع العملي على نحو متلاحق ومستمر مجموعة كبيرة من عقود نقل التكنولوجيا حاول الكثيرون ترتيبها عبر مجموعات مترابطة ومنسقة وكان غالبيتهم يذهب إلى إدراجها ضمن فئتين أساسيتين ومستقلتين هما :

مجموعة عقود تداول التكنولوجيا ، ومجموعة عقود نقل السيطرة التكنولوجية[1] .

بالنسبة للمجموعة الأولى فإنها تلك التي تقتصر على مجرد إحداث أثار معينة في المجال التكنولوجي ويدرج في مقدمتها (عقد الترخيص الصناعي) القائم على إجازة استغلال تكنولوجيا معينة كأبرز مثال عنها ، وكذلك(عقد تسليم مفتاح باليد) والذي ظهر كنموذج للعقد المركب الذي يجمع محله عدة أداءات تستقصد في النهاية تسليم وحدة إنتاجية جاهزة للتشغيل .

أما المجموعة الثانية فهي التي تسعى إلى تمكين المتلقي من الاستيعاب الفعلي للتكنولوجيا المنقولة، ولعلى اقرب إليها أكثر من غيرها كل من عقود التعاون التقني والتي تقوم على رصد القدرات المالية والبشرية والتكنولوجية المتوفرة لدى العاقدين بغية تحقيق هدفهم النهائي ، وعقود الخدمات على تنوعها المرهون بجملة معطيات في مقدمتها ظروف الطرف المتلقي ذاته ، ويعد من أكثرها شيوعا حتى يومنا هذا كل من عقود الهندسة و المساعدة (التدريب) والبحث والتطوير

1 وفاء مزيد فلحوط ،المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، بيروت ، لبنان ، ص 257

ومن هذا المنطلق فانه سيتم تسليط الضوء وفق دراسة تحليلية لكل نموذج عقدي من تلك العقود للتعرف على مدى فعاليته وتحقيقه للمطلب التكنولوجي للدول النامية كأطراف متلقية وعلى رأسها الالتزامات الخاصة بكل نموذج عقدي مع التعرض للنظام القانوني لهذه الالتزامات بنظرة أكثر شمولية على أن يتم ذلك وفقا لما يلي :

الفصل الأول :مفهوم عقود نقل التكنولوجيا

الفصل الثاني : الالتزامات الناشئة عن عقود نقل التكنولوجيا وطرق حل نزاعاتها

الفصل الأول: مفهوم عقود نقل التكنولوجيا.

لقد أسفرت التجربة التاريخية للدول النامية في نقل التكنولوجيا عن طريق الاستثمار الدولي إلى خيبة أمل كبيرة أدت بها إلى زيادة حدة التبعية التكنولوجية دون الوصول إلى نقل حقيقي للتكنولوجيا ، الأمر الذي دفع العديد منها للفصل بين عمليات الاستثمار المباشر واليات نقل التكنولوجيا ، فوضعت القيود على الأولى وفتحت الأبواب أمام استقدام التكنولوجيا مباشرة عبر القناة العقدية

ولذلك تقدمت الشركات المتعددة الجنسيات باللجوء إلى استراتيجيات تجزئة عمليات الاستثمار وصياغتها في شكل سلسلة من الأداءات والخدمات وتقديمها في إطار عقدي[1] وقد تجاوبت تلك الشركات مع هذه القناة الجديدة ،بل فضلتها في كثير من الأحيان ، وخاصة في غياب النظم القانونية الوطنية أو الدولية الناظمة لتلك العقود ، مما ترك لها قدرا واسعا من الحرية في تحديد نظامها القانوني، وسيتم في مايلي التعرض إلى هذه العقود من جهة تعريفها وتحديد خصائصها (المبحث الأول) وبيان صورها واتفاقيات نقلها (المبحث الثاني) .

المبحث الأول: تعريف عقود نقل التكنولوجيا و خصائصها

1 كل أداء من تلك الاداءات يصبح محلا لعقد منفصل ، فهناك دراسات الجدوى ويليها تحديد التكنولوجيا المتاحة تمهيدا لاختيار أصلحها.

تعد عملية نقل التكنولوجيا في حقيقتها طريقة تجارية حديثة ومتطورة في مجال العلاقات الدولية الأمر الذي يجعل من الصعوبة على التشريعات إيجاد تعريف جامع مانع لعقد نقل التكنولوجيا وأيضا لغياب مفهوم محدد له خاصة من الجانب الاقتصادي ، ولهذا يبدو من الضروري إعطاء تعريف قانوني له حتى يمكن تحديد المدى الذي يسير فيه عقد نقل التكنولوجيا [1] .

ولتحديد تعريف عقد نقل التكنولوجيا وخصائصه سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين ، نتناول في الأول منهما مختلف التعاريف الواردة في عقد نقل التكنولوجيا وذلك من عدة جوانب مختلفة كما سيتم إبراز الخصائص المميزة لهذه العقود في المطلب الثاني .

المطلب الأول: تعريف عقد نقل التكنولوجيا وأركانه

لقد اختلف الفقه والتشريع في إعطاء مفهوم دقيق لعقد نقل التكنولوجيا وهذا نتيجة لعدم وجود نظام قانوني دولي موحد يحدد عملية نقل التكنولوجيا ولدراسة هذا الأخير سيتم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع نتناول في الفرع الأول التعريف اللغوي وفي الفرع الثاني التعريف الاقتصادي ، في حين سيتم تخصيص الفرع الثالث إلى التعريف القانوني وذلك تباعا كما يلي :

الفرع الأول: التعريف اللغوي والاقتصادي .

إن العقد في مختار الصحاح هو عقد الحبل والبيع والعهد يعقده: شده، والعقد وهو ما عقد عليه، والبيعة معقودة لهم[2]، أما النقل فهو تحويل الشيء من موضع إلى موضع، نقله ينقله نقلاً فانتقل، والتنقل: التحول.[3]

أما تكنولوجيا ورد في بعض المصادر أن أول ظهور لمصطلح "تكنولوجيا(Technologie) كان في ألمانيا عام (1770) م، وهو مركب من مقطعين(techno) :وتعني في اللغة اليونانية "الفن" "أو صناعة يدوية و " (Logie)وتعني "علم" "أو نظرية". وينتج عن تركيب المقطعين معنى "علم صناعة المعرفة النظامية في فنون الصناعة أو العلم التطبيقي". وليس لديها مقابل أصيل في اللغة العربية بل عربت بنسخ لفظها حرفيا "تكنولوجيا.(Technologie) .[4]

1عيسى الصمادي ، الإثبات في عقد نقل التكنولوجيا الالكتروني عبر شبكة الانترنت ، مجلة الدراسة القانونية ، العدد السادس ، دورية فصلية ، فيفري 2010 ، ص 58 .

[2] _ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزابادي، القاموس المحيط، ب ط، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2008، ص 1118.

[3] _ ابن منظور، لسان العرب، ب ط، دار المعارف، الإسكندرية، مصر، ب س ن، ص4529.

[4] _ نور الدين زمام، صباح سليماني، تطور مفهوم التكنولوجيا واستخداماته في العملية التعليمية، العدد الحادي عشر، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، 2013، ص165.

إن المدلول الاقتصادي لمصطلح التكنولوجيا، يشير إلى مجموعة من المعارف والطرق العلمية اللازمة لتحويل عناصر الإنتاج إلى منتجات، وتتضمن وظائف الإدارة والإنتاج والتنظيم معتمدة على العلم ومرتكزة على البحث والتطوير، أما بالنسبة للعلاقة بين العلم والتكنولوجيا، فإن لكل منها وظيفة معرفية معينة إذا صح مثل هذا التعبير، فالعلم هو معرفة "لماذا" أما التكنولوجيا معرفة ب "كيف" وبتعبير آخر، فإن العلم هو نسق معرفي ينصب على البحث على العلاقة السببية العلمية وعلاقاتها.

بينما التكنولوجيا تنصب على الكيفية التي تتعلق بتطبيق العلم في مجال الإنتاج بالمعنى الواسع، والعلم مصدر هو مصدر القوانين والنظريات، بينما التكنولوجيا تطبيق هذه النظريات والقوانين في النشاطات الاجتماعية والاقتصادية المختلفة.[1]

وعرفها علماء الاقتصاد بأنها:" مجموعة من المعارف والخبرات اللازمة لتصنيع منتج أو عدة منتجات وإنشاء مشروع لهذا الغرض، وبأنها عنصر أساسي من عناصر الإنتاج يؤدي استخدامها إما إلى خفض نفقة الإنتاج وإنتاج سلعة أو خدمة جديدة أو تحسين العمل باستعمال أساليب أخرى.[2]

وعرفته منظمة (Undo) بأنه:" مجموع المعارف والخبرات والمهمات اللازمة لتصنيع منتج أو عدة منتجات وإنشاء مشروع لهذا الغرض".[3]

الفرع الثاني: تعريف عقد نقل التكنولوجيا في بعض النظم القانونية.

يعرف عقد نقل التكنولوجيا بأنه:" عقد تمكين الانتفاع من صيغ وطرق يحتفظ المرخص بها لا من الانتفاع". وأيضاً: " العملية الفكرية التي تقوم بين مورد التكنولوجيا ومستوردها أو متلقيها، إذ على المورد أن

[1] _ ياسر باسم ذنون السبعاوي، صون كل عزيز عبد الكريم، الطبيعة القانونية لعقد نقل التكنولوجيا، المجلد 8، العدد 29، مجلة الرافدين للحقوق، العراق، 2006، ص57.

[2] _ فؤاد عبد الدايم، أحكام التحكيم في عقود نقل التكنولوجيا، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2019، ص234.

[3] _ ياسر باسم ذنون السبعاوي، صون كل عزيز عبد الكريم، المرجع السابق، ص58.

يتيح فرصة للمستورد للوصول إلى معلوماته وخبراته كما عليه أن يقربها ويوفرها للمستورد، وهذا يقتضي قيام تعاون وتبادل بينهما تمهيداً لإتمام هذا النقل".[1]

وعرف أيضاً: " عندما يقوم الطرف الذي يسيطر تكنولوجيا على عملية إنتاجية معينة أو على عملية إدارية أو تنظيمية أو على توليفة من الاثنين، بتمكين طرف آخر بوسائل يتفق عليها من خلال التفاوض، وخلال فترة محدودة تختلف من حالة إلى أخرى، من القيام بشكل مستقل بهذه العملية وسواء تم ذلك دون تغيير فيها أو بعد تطويعها أو الإضافة إليها من خلال ما يتم عليها من تجديد سواء من المورد أو المستورد للتكنولوجيا محل العقد". أو " كل اتفاق يتعهد مقتضاه مورد التكنولوجيا بأن ينقل بمقابل معلومات فنية إلى مستورد التكنولوجيا لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعية معينة أو تطويرها أو لتركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات".[2]

أولاً: في القانون المصري.

وقد عرفها المشرع المصري في قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 في نص المادة 73 منه بقولها:" عقد نقل التكنولوجيا اتفاق يتعهد مقتضاه مورد التكنولوجيا بأن ينقل بمقابل معلومات فنية إلى مستورد التكنولوجيا لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو لتركيب أو لتشغيل آلات أو أجهزة لتقديم خدمات ولا يعتبر نقلاً للتكنولوجيا مجرد بيع أو شراء أو تأجير أو استئجار السلع. ولا بيع العملات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص باستعمالها إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد تكنولوجيا أو مرتبط به".

على أننا لا نستطيع الجزم بإرادة المشرع المصري على قصر نطاق عقود نقل التكنولوجيا على تلك العقود التي محلها (نقل معلومات فنية بالمعنى الضيق) ويؤكد ذلك استثناؤه الوارد في ذات الفقرة.

مما يمكن معه تصور امتداد نطاق عقود نقل التكنولوجيا لتشمل عقود نقل المعرفة الفنية السرية (المعنى الضيق) والمعرفة الفنية بالمعنى الواسع كبراءة الاختراع سواء تعلقت بتكنولوجيا العملية الإنتاجية (طريقة الإنتاج) أم بتكنولوجيا المنتج وحتى كذلك عقود بيع أو ترخيص العلامات والأسماء التجارية فيما لو تم ذلك كجزء من عقد لنقل التكنولوجيا وذلك منعاً لأي تحايل على أحكام القانون بإدراج أية شروط تقليدية

[1] _ بشار إلياس، عقود اتفاقيات نقل التكنولوجيا والممارسات الجزائرية في هذا المجال، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية-قسم الحقوق، جامعة المسيلة، الجزائر، 2013/2012، ص16.

[2] _ فؤاد عبد الدايم، المرجع السابق، ص238.

محرمة في عقود نقل التكنولوجيا (بموجب ذلك القانون على الأقل) في عقود إيجار العلامات أو الأسماء التجارية.

ثانياً: في القانون البرازيلي.

في الحقيقة إن عددا لا بأس به من نظم الدول الأجنبية بما فيها الدول النامية قد تصدر لدراسة عقود نقل التكنولوجيا إما على نحو إجمالي أو بشكل منفرد خاص ببعض العقود التي رآها تنطوي على أهمية معينة ويعتبر المرسوم التشريعي البرازيلي المتعلق بحيازة التقنية لعام 1975 مثالاً عن النموذج الأول حيث صنف عقود نقل التكنولوجيا في خمس مجموعات وهي:

أ- ترخيص باستعمال البراءات.

ب- ترخيص باستعمال علامات الإنتاج.

ت- توريد التكنولوجيا الصناعية.

ث- تعاون صناعي- تقني.

ج- خدمات تقنية متخصصة.[1]

ثم أعقب هذا التصنيف بحظر تضمين عقود توريد التكنولوجيا أو التعاون أو الخدمات (ج،د،ه) صراحة أو ضمناً أية إشارات إلى حقوق الملكية الصناعية أو بشكل عام أي شرط يستخدم أو يصطلح عليه عادة في عقود الترخيص وذلك بغية التمييز بين عقود نقل الحقوق الواردة على التكنولوجيا كعقد الترخيص وبين القوالب العقدية التي ابتدعها المشرع البرازيلي كأدوات للسيطرة التكنولوجية كعقد توريد التكنولوجيا والتعاون التقني والصناعي وبذلك يقدم لنا هذا المرسوم مثالاً حياً عن منهج الفصل ما بين العقد كوعاء لتداول التكنولوجيا والعقد كأداة للتمكن التكنولوجي.

ثالثاً: القانون الفلسطيني.

[1] _ نقلاً عن موسى خليل متري، العقود الدولية للتعاون الصناعي بين أطراف غير متساوية التطور (غرب جنوب)، أطروحة دكتوراه- كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية والاجتماعية، جامعة فرانسوارابليه، تور، 1994، ص236،237.

نصت المادة 78 من مشروع قانون التجارة الفلسطينية على أنه:" عقد نقل المعرفة الحديثة اتفاق يتعهد بمقتضاه المورد أن ينقل بمقابل معلومات متطورة إلى المستورد، لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو لتركيب أو لتشغيل آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات. ولا يعتبر نقلاً للمعرفة الحديثة مجرد بيع أو شراء أو تأجير أو استئجار السلع ولا بيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو التراخيص باستعمالها إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل المعرفة الحديثة أو كان مرتبطا به ارتباطا لا يقبل التجزئة"[1].

وللتأكيد على ذلك تم استبعاد المشروع من نطاق تطبيقه كل العمليات التي يكون موضوعها مجرد بيع أو شراء أو تأجير أو استئجار السلع والمستبعد هنا هو البيع أو الإيجار الذي ينصب أساساً على العناصر المادية، كما لا يعد نقلاً للمعرفة الحديثة مجرد بيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص باستعمالها إلا إذا كان ذلك وارداً كجزء من عقد نقل التكنولوجيا آو كمان مرتبطاً به باتفاق مستقل ارتباطاً لا يقبل التجزئة.

فيما ما معناه أن المشرع الفلسطيني أيضاَ قد تبنى نفس التعريف الذي جاء به المشرع المصري وبالرغم من أنه هناك اختلاف في بعض المصطلحات القانونية الواردة في كلا التعريفين إلا أنه يتضمن نفس المعنى، وخاصة أن ذلك العقد هو اتفاق بين طرفين أحدهما مورد والآخر مستورد يتعهد بمقتضاه الطرف الأول بنقل التكنولوجيا إلى الطرف الثاني وذلك بمقابل.[2]

رابعاً: القانون الجزائري.

لم يرد تعريف واضح ودقيق لعقد نقل التكنولوجيا في القانون الجزائري، إلا أن الدولة الجزائرية وباعتبارها دولة نامية وليس لديها عدد مناسب من العلماء والباحثين الذين يمكنهم المساهمة في الاختراع على المستوى الدولي وكان ربما من الأفضل أن لا تتحمل الأعباء المالية الباهظة للأبحاث التكنولوجية، كما يجب عليها أن تكتسب ما وصلت إليه الدول المتقدمة عن طريق عقود الترخيص وهذا ما تراه بعض مدارس الفكر.

وكما يرى فريق آخر أن نقل التكنولوجيا في الظروف الدولية الراهنة لا يحقق المأمول من حيث شروط إدارته وتكلفته والقيود التي تفرض على استخدامها وملكيتها والحرية التي تمارس في اختبارها، كما ينبغي على صناع القرار في هذا الشأن أن يوجهوا اهتماماً خاصاً إلى الجهود المحلية لاكتساب المقدرة على اختيار

[1] - فؤاد عبد الدايم ، المرجع السابق ، ص 236 .

[2] _ حمدي محمود بارود، محاولة لتقييم التنظيم القانوني لنقل التمكين التكنولوجي في ظل الجهود الدولية ومشروع قانون التجارة الفلسطيني، المجلد 12، العدد 1، مجلة جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2010، ص ص 860،861.

التكنولوجيا المنقولة، والتفاوض بشأنها والاقتدار على تطويعها وتطبيقها، وهنا يجب التنويه بأهمية ارتقاء القوة البشرية التقنية وتوطيد مكانتها الاجتماعية فهذا هو السبيل الذي يحقق الانتقال إلى مستويات تكنولوجية أعلى في الدول النامية.[1]

إلا أن الدولة الجزائرية قامت بإبرام العديد من الاتفاقيات الجماعية والثنائية مع الدول في مجال نقل التكنولوجيا من جهة ، ومع المنظمات الدولية من جهة أخرى نذكر اثنين منها:

1- الاتفاقية الخاصة بالتعاون الاقتصادي والتقني والعلمي بين الجزائر واليونان الموقعة بالجزائر بتاريخ 13 ماي 1982 المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي 442/82 المؤرخ في 11 ديسمبر 1982.[2]

وهي اتفاقية يسعى فيها الطرفان إلى المساهمة في تطوير الاقتصاد بين البلدين في جميع المجالات خاصة في مجال التجارة والصناعة والسياحة والنقل والمواصلات والأشغال العمومية والفلاحة والبناء والصيد البحري بجميع الوسائل الممكنة لكلا البلدين وذلك طبقاً للمواد 1، 2 من الاتفاقية.

2- اتفاقية التعاون التقني بين الجزائر واليابان الموقعة بطوكيو بتاريخ 7 ديسمبر 2004 المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي 76/06 المؤرخ في 18 فيفري 2006.[3]

وهي اتفاقية تسعى إلى ترقية التعاون التقني بين البلدين وإتمام الاتفاقية على ترتيبات خاصة بتسيير برامج هذا التعاون بموجب هذه الاتفاقية بين السلطات المختصة للحكومتين والتعاون في مختلف المجالات الاقتصادية والاجتماعية للجزائر حسب نص المواد 1،2،4 من ذات الاتفاقية.

خامساً: تعريف عقد نقل التكنولوجيا في النظم القانونية الدولية.

جاء تعريف عقود نقل التكنولوجيا في المدونة الدولية للسلوك بأنها:" ترتيبات بين الإطراف متضمنة نقل المعرفة المنهجية لصناعة منتج أو لتطبيق عملية أو لتقديم خدمة ولا تمتد لتشمل الصفقات المتضمنة مجرد بيع أو تأجير للوظائف وقد عددت المادة (1-3) من هذه المدونة العقود التي تمثل عقود نقل التكنولوجيا بأنها عقود :

أ- نقل ملكية بيع- ترخيص كل أشكال الملكية الصناعية (باستثناء العلامات والأسماء التجارية) مالم تشكل جزء من صفقة نقل التكنولوجيا.

---

[1] _ سينوت حليم دوس، نقل التكنولوجيا بين النظرية والتطبيق، ب ط، منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 8،9.

[2] _ المرسوم رقم 82-442 المؤرخ في 11 ديسمبر 1982 المتضمن الاتفاقية الخاصة بالتعاون الاقتصادي والتقني والعلمي بين الجزائر واليونان الموقعة بالجزائر بتاريخ 13 ماي 1982، الجريدة الرسمية الجزائرية ، العدد 51 .

[3] _ المرسوم الرئاسي رقم 06-79 المؤرخ 18 فيفري 2006 المتضمن اتفاقية التعاون التقني بين الجزائر واليابان الموقعة بطوكيو بتاريخ 7 ديسمبر 2004، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 10 المؤرخ في 26 فبراير 2006.

ب- التزويد بالمعرفة الفنية والخبرة التقنية.

ت- التزويد بالمعرفة التكنولوجية الضرورية لمشاريع تسليم المفتاح.

ث- التزويد بالمعرفة التكنولوجية الضرورية لاكتساب واستخدام المواد الأولية والوسيطة او كليهما.

ج- التزويد بالتسهيلات التكنولوجية الخاصة في اتفاقيات التعاون الصناعي والتقني .

أي أنها اشتملت على عقود نقل التكنولوجيا بالمعنى المادي والفني أو كأداة للتبادل وأداة للسيطرة التكنولوجية معاً.[1]

الفرع الثالث: أركان عقد نقل التكنولوجيا.

رغم خصوصية هذا العقد فإنه كسائر العقود يخضع للأحكام العامة من جهة اعتباره عقداً رضائياً وملزماً للجانبين، ونستطيع عموماً إسقاط بعض الأحكام العامة على شروط هذا النوع الجديد من العقود غير المسماة.

فعقد نقل التكنولوجيا كمثل أي عقد يحتاج لتكوينه إلى كل من الأركان الموضوعية التالية(الرضا، الأهلية، المحل، السبب) كما قد يستلزم بعض الشروط الشكلية او الشكليات الضرورية من وجهة نظر بعض القوانين.

أولاً: الأركان الموضوعية.

إن توافر المقومات الموضوعية الأربعة في أي عقد كان لازمة وضرورية لقيام ذلك العقد صحيحاً وهذه المقومات هي:

1- **الرضا:** يشترط لقيام عقد نقل التكنولوجيا إن تكون إرادة المورد والمتلقي موجودة أصلاً وغير معابة فإن كانت إرادة أحد المتعاقدين غير موجودة كان العقد باطلاً، أما إذا كان واقعاً تحت تأثير الإكراه أو التدليس أي كانت الإرادة موجودة لكن معابة يكون العقد قابلاً للإبطال وتكون الإرادة معابة في كل من (الغلط، التدليس، الإكراه، الاستغلال) ومن تطبيق القواعد العامة على عقد نقل التكنولوجيا فإن هذا الأخير يكون قابلاً للإبطال كلما توافر أي من[2] :

[1] _ موسى خليل متري، المرجع السابق، ص 236،237.

[2] _ وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق ، ص 109،110.

أ- **التدليس:** هو إيهام الشخص بغير الحقيقة بالالتجاء إلى الحيلة والخداع لحمله على التعاقد الذي ما كان ليقدم عليه لو تبين حقيقة الأمر، كتقديم دراسات عن جدوى المشروع ومعقوليته كاذبة أو ناقصة.[1]

ب- **الغش:** هو الخديعة التي تقع عند تنفيذ العقد بعد تمام انعقاده كتسليم تكنولوجيا غير مطابقة لما تم الاتفاق عليه.

ت- **الغلط:** بما يعنيه من وهم به يقع المتعاقد من تلقاء نفسه ويحمله على التعاقد كما لو اعتقد المتلقي بأن محل العقد تكنولوجيا جديدة خلافاً للواقع.

ث- **الإكراه:** ويقصد به ذلك الضغط المادي أو المعنوي الذي تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد دون حق.

ج- **الاستغلال:** أي استغلال هفوات الطرف الآخر للحصول على مزايا دون مقابل أو للتوصل إلى مزايا غير متعادلة، ونرى من أهم أمثلته وأكثرها شيوعاً هو توثل المورد إلى حق الحصول على التحسينات الواردة على التكنولوجيا المنقولة إلى المتلقي بدون مقابل او على نحو غير تبادلي.

ولا يقوم الاستغلال إلا بعنصرين:

1- **عنصر موضوعي:** يستند إلى عدم التعادل الفادح مقروناً بالظروف المحيطة لإبرام وتنفيذ العقد وأمثلة تلك الظروف أن يستقدم المتلقي تكنولوجيا معينة بسعر باهظ جداً مقارنة بتكنولوجيا أخرى مشابهة، إلا أنه يحتاجها لدعم أو تكملة تكنولوجيا أخرى موجودة لديه أو استوردها مسبقاً وبالتالي طرد قيمتها عندما تدمج مع تلك السابقة أكثر فعالية بكثير لذلك قد لا يرى إن استغلالا ما قد لحق به فعلاً.

2- **عنصر معنوي:** يقوم على افتراض فرصة الاستفادة من الحالة النفسية للمتعاقد وهذه كثيراً ما نجدها في عقود نقل التكنولوجيا إذ لا يتمكن المتلقي من إخفاء رغبته العارمة في الحصول على التكنولوجيا الجديدة فيعمد المورد لاستغلال ذلك الوضع ومن هنا تظهر مجدداً أهمية تكوين فريق التفاوض وإعداده إعداداً متميزاً على الصعيد القانوني والنفسي والفني.

ويمكن فيما لو ثبت الاستغلال عدم اللجوء إلى إبطال العقد والاكتفاء بانتقاص الالتزامات المرهقة وذلك بردها إلى التوازن العادي ففي المثال السابق يمكن الاكتفاء بتقرير تبادل التحسينات بمقابل على نحو تبادلي أو منحها بمقابل حسب إرادة المتلقي في ذلك.[2]

[1] _ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، ط4، دار الهدى للنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2009، ص176.

[2] _ وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص111.

2- **الأهلية:** يشترط في عقد نقل التكنولوجيا أهلية عاقديه، (ويمكن الرجوع لمعرفة وجود الأهلية من عدمها من خلال القانون الناظم له).

3- **المحل:** بداية لا بد من القول إن محل العقد يختلف عن محل الالتزام، فمحل الالتزام هو كل ما يلتزم بها المدين وقد يكون عمل أو امتناع عن عمل أو إعطاء شيء، ففي عقد نقل التكنولوجيا محل التزام المورد قد يكون تسليم الوثائق المادية أو القيام بعمل ما كتقديم الخدمات والمساعدات التقنية ومحل التزام المتلقي هو دفع الثمن(القيام بعمل) وعدم إفشاء السرية مع عدم المنافسة لمدة معينة (امتناع عن عمل[1]) .

بينما محل العقد يراد به موضوعه والذي يتحقق عن طريق إنشاء الالتزامات ذاتها، فمحل عقد نقل التكنولوجيا هو نقل التكنولوجيا بشكل عام لقاء مقابل معين.

وبما أن العقد ينشئ عدة التزامات لكل منها محله يتسنى لنا القول بان المحل ركن في العقد بينما هو حقيقة ركن في الالتزام لا في العقد.

شروط المحل: يعد محل عقد نقل التكنولوجيا صحيحاً فيما لو كان ذلك المحل شيئاً ما إذا كان:

- موجوداً أو يمكن وجوده في المستقبل، كالتعاقد على التحسينات والتعديلات التي يمكن إضافتها مستقبلاً[2].
- معيناً أو قابلاً للتعيين ومن هنا تأتي أهمية تحديد أوصاف التكنولوجيا المنقولة.
- داخلاً في دائرة التعامل فلا يجوز التعاقد على تكنولوجيا مستحيلة(كعدم منطقية الأبحاث مثلاً) أو تكنولوجيا غير قانونية كأن تكون ممنوعة لاعتبارات سياسية أو لمساسها بالنظام أو الآداب العامة.
- أن يكون مفيداً وهذا ما تقرره اعتبارات التنمية في كل دولة من الدول النامية على وجه الخصوص.

أما لو كان المحل عملاً فإن شروطها تأتي مماثلة نوعا ما لما سبق ذكره بان يكون ذلك العمل:

- ممكناً وليس مستحيلا استحالة موضوعية وهذه إما أن تكون طبيعية تعود إلى التكنولوجيا المتعاقد عليها ذاتها، أو قانونية كمنع استيراد تلك التكنولوجيا، أما الاستحالة الشخصية فلا تمنع انعقاد

[1] وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ، 113 .

[2] فؤاد عبد الدايم ، المرجع السابق ، ص 240 .

العقد كتعاقد المتلقي مع مورد (شركة صغيرة) في عقد تسليم المفتاح لتسليم وحدة إنتاجية معقدة خلال فترة زمنية قصيرة.

- معيناً أو قابلاً للتعيين كتعيين المجمع الصناعي في عقد تسليم المفتاح من جهة مواصفاته(الطاقة والكمية والنوعية) وفيما عدا ذلك في القضايا الهامة ذات الصلة.
- مشروعاً.
- من فعل الملتزم نفسه بألا يلتزم أي من العاقدين لأن غيره أراده أن يلتزم وفي ذلك إحالة واضحة إلى شرط وحرية إرادة المتعاقدين[1].
- أن يكون الأداء مالياً ولو كانت المصلحة المقصودة منه غير مالية فالمهم أن يكون لها اعتبار اجتماعي.

4- **السبب:** يستخدم مفهوم السبب للدلالة على عدة معاني يعد أهمها:

- **السبب المنشئ:** أي المصدر المولد للالتزام كالعقد كأن نقول إن عقد نقل التكنولوجيا هو سبب التزام المورد بنقل التكنولوجيا والتزام المتلقي بدفع الثمن.
- **السبب القصدي:** أي الغرض المباشر الذي يرمي إليه الملتزم وهو الحصول على التكنولوجيا من جهة المتلقي والحصول على الثمن من جهة المورد.
- **السبب الدافع:** وهو الغرض الشخصي البعيد غير المباشر الذي دفع المتعاقد للتعاقد.

ويمكن تحديده على سبيل المثال لحصول المتلقي على التكنولوجيا المنقولة لسبب استخدامها لتكملة تكنولوجيا قائمة لديه أو لإعادة بيعها أو الاتجار فيها.

وحصول المورد على الثمن لسبب حاجته لنفقات جديدة في مجال البحث والتطوير لإبداع تكنولوجيا جديدة.

وإجمالاً يمكن القول أنه في عقود نقل التكنولوجيا كونها عقوداً ملزمة للجانبين إن سبب التزام كل متعاقد هو التزام المتعاقد الآخر.

ثانياً: الأركان الشكلية والإثبات.

يختلف شكل العقد عن إثباته من جهة أن الأول يتوقف عليه وجود العقد (انعقاده)، أما الإثبات فلا يتصل بوجود العقد إنما الحاجة إليه تظهر بعد قيام العقد وفيما يتعلق بشكل العقد نميز ما بين ما يسمى

[1] محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 140 .

بالعقود الشكلية من جهة وبين العقود التي تتطلب شكليات معينة من جهة أخرى وهذا التميز ليس شكلياً فثمة اختلافات بينهما:

1- فالعقود الشكلية ترد إلى نوعين:

أ- **الرسمية:** أي تحرير العقد من قبل موظف (جهة) خاصة ولما كانت الدولة بوصفها كذلك تتدخل في إبرام العقد وفقاً للفرض قيد الدراسة فلا نشك في تطلب تلك الرسمية في هذا النمط العقدي[1].

ب- **أما الوجه الآخر للشكلية فهو الكتابة:** والكتابة تعني هنا (كشرط شكلي) شريطة جوهرية خامسة لقيام العقد وإلا فإن العقد يقع باطلاً أو معدوماً وهذا ما يميزها عن الكتابة كشرط للإثبات لا يفرز تخلفه النتائج نفسها، وقد تثبت شكلية الكتابة باشتراط العاقدين وهذه هي الشكلية الاتفاقية. كما قد تثبت الشكلية بحكم القانون وليس أفضل من مثال نورده عليها من المادة 1/74 من قانون التجارة المصري الجديد الواردة في الفصل الخاص بنقل التكنولوجيا، إذ اشترطت صراحة:

1- يجب أن يكون عقد نقل التكنولوجيا مكتوباً وإلا كان باطلاً مما يعني أن الكتابة شرط شكلي لانعقاد عقد نقل التكنولوجيا طبقاً للقانون المصري على نحو صريح وواضح وهذا ما ذهب إليه كل من المشرع الأمريكي والألماني.[2]

2- **أما العقود التي تستلزم شكلية معينة:** فلا يتطلب القانون فيها الشكل بالمعنى الدقيق للكلمة لتكوين العقد، إنما يقتصر على فرض شكليات معينة لا تعد استثناء على مبدأ الرضائية بقدر ما هي تلطيفاً له. ومن هنا فإن تخلف تلك الشكليات لا يترتب عنه بطلان العقد كما في الحالة السابقة إنما قد يؤدي إلى حجب بعض آثار العقد أو إلى عدم نفاذه وأهم تلك الشكليات فيما يتعلق بعقدنا المدروس:

- **الشكليات المالية:** وأهما التسجيل وقد أخذ مشروع القانون المصري بهذه الشكلية على نحو واضح إذا نص في الفصل الثاني تسجيل العقود المادة 5 على أنه:" يتم التعاقد على نقل التكنولوجيا بما لا يخالف الأحكام والضوابط في هذا القانون ولا يعتبر العقد نافذا إلا بعد تسجيله وفقاً للمادة 14 من هذا القانون.

وجاء في الفصل السادس: الاختصاصات المادة 14 تختص أكاديمية البحث العلمي والتكنولوجي بتنفيذ أحكام هذا القانون ولها الاستعانة بجميع الأجهزة المختصة ولها على الأخص :

---

[1] محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 142 .

[2] _ محمد محسن إبراهيم النجار، عقد الامتياز التجاري دراسة في نقل المعارف الفنية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2001، ص43.

1- في مجال عقود نقل التكنولوجيا:

- فحص وتقييم العقود...
- تسجيل العقود وإصدار الشهادات الخاصة بذلك...

وواضح بأن التسجيل ما هو إلا أداة او وسيلة لمراقبة تلك العقود يترتب على غيابها عدم النفاذ، على أن العديد من الدول النامية التي كانت رائدة في مجال تنظيم عقود نقل التكنولوجيا قد اشترطت التسجيل ضامنة بذلك نوعاً من الرقابة الصارمة عليها والأمثلة كثيرة ونكتفي بالإشارة إلى ما آل إليه:

القانون المكسيكي 1981 حيث رفضت المادة 16 منه تسجيل العقود التي تهدف إلى نقل تقنيات مستوردة من الخارج والتي تكون متواجدة في الدولة وقد أكد في موضع آخر على عدم جواز تسجيل عقد نقل التكنولوجيا إلى المكسيك في حالة تضمينه شروط مقيدة مما يهدد ببطلان العقد.[1]

أما المشرع الفرنسي فقد اشترط في معرض عقود الفرانشيز إن يكون كل تصرف أو تعديل يترتب عليه الترخيص باستغلال العلامة التجارية إلى الغير مسجلاً على أن اشتراط التسجيل لا ينشئ حقاً على العلامة التجارية وإنما يجعل الحق الجديد الذي نشا بموجب العقد حجة على الغير وتتراجع أهمية هذا الشرط حين تكون العلامة مشهورة إذ تكتسب حجية دون تسجيلها ومن هنا تتراجع أهمية التسجيل المقرر لمصلحة شبكة الفرانشيز في مواجهة الغير نظراً لقيام الفرانشيز على علامات تجارية شهيرة ومن ثمة يمكن من الناحية النظرية على الأقل قيام عقد الفرانشيز واكتسابه الحجية في مواجهة الغير بدون تسجيله.

- **الشكليات الإدارية:** تقتصي الشكليات الإدارية أحياناً التصريح عن العقود لجهة معينة وليس أدل على ذلك أكثر من الرسوم رقم 20-441 الصادر في 26 ماي 1970 في فرنسا إذ جاء في المادة 1 منها :" كل عقد أو ملحق عقد موضوعه التنازل من قبل شخص طبيعي أو اعتباري له موطن أو مركز إدارة في فرنسا إلى شخص طبيعي أو اعتباري مركز إدارته في الخارج عن حقوق الملكية الصناعية وجميع العناصر الفكرية المتعلق بالمساعدة العلمية أو التقنية في جميع أشكالها وخاصة المعرفة التقنية والدراسات تخضع للتصريح عنها لدى وزارة التطور الصناعي والعلمي".

ويعد الإعلان بموجب التشريع الفرنسي بمثابة ضمانة لاحقة على إبرام العقد إذ اشترط المشرع أن يتم في مدة غايتها شهر من تاريخ إبرامه وهذا ما يؤكد بأنه شكلية لا يتوقف عليها إبرام العقد[2].

---

[1] _ جلال وفاء محمدين، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا في ظل الجهود الدولية وأحكام نقل التكنولوجيا في قانون التجارة الجديد، ب ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2001، ص23-25.

[2] محمد محسن ابراهيم النجار ،المرجع السابق ، ص 45 .

كما أنها لا توفر ضمانة لأطرافه إنما تضع العقود التكنولوجية تحت عين الدولة التي تتدخل فقط عندما تتهدد مصلحتها من جراء تلك العقود.

3- **الإثبات:** اقتصار دور الكتابة على الإثبات في دول الجماعة الأوربية، حيث يعترف القانون الفرنسي لمالك العلامة التجارية بالحق عليها دون اشتراط التسجيل أو الكتابة وذلك بإضفاء الحماية على العلامات التجارية الشهيرة، إذ يكسبها حجية على الكافة وبالتالي يقتصر دور الكتابة على إضفاء الحجية في مواجهة الكافة إذا كانت العلامة التجارية غير مشهورة.

ولما كانت العلامة تمثل أحد العناصر الجوهرية في بعض أنماط عقود نقل التكنولوجيا كعقد الفرانشيز مثلاً فإن الحكم التقدم ينسحب على مجمل محل العقد لاستحالة الفصل بين مكوناته.

وإن كان القضاء الفرنسي قد ذهب أحياناً إلى اعتبار الكتابة أكثر من دليل إثبات، إلا أنه وفي غياب النص التشريعي تظل كذلك سواء في فرنسا أو على المستوى الأوربي.[1]

المطلب الثاني: الخصائص المميزة لعقود نقل التكنولوجيا

إلى جانب اعتبار عقد نقل التكنولوجيا من العقود الغير مسماة ، و اعتباره من عقود التنمية ، وكذا من العقود المدرجة ضمن قانون التجارة الدولية فان هناك مجموعة من الخصائص الأخرى التي تميز هذا العقد عن سائر العقود الأخرى وهذا ما سيتم تبيانه في هذا المطلب كما يلي:

الفرع الأول: عقد نقل التكنولوجيا هو عقد دولة

تبرم الدولة عقد نقل التكنولوجيا استنادا إلى القانون الخاص بحيث تتدخل هي أو احد المشروعات العامة كطرف في ذلك العقد [2]، وهذا مايبرر وجود شروط مثل ضرورة الحصول على الإذن أو الإجازة السابقة أو فحص التكنولوجيا مقدما من قبل هيئة مختصة قبل إبرام أو نفاذ العقد.

كما ينعكس ذلك التدخل على موضوع العقد ، إذ غالبا ما يتعلق بمصلحة عامة آو ملكية عامة أو بمرفق من مرافق الخدمات العامة كإنشاء مفاعل طاقة نووية ، أو بناء مطار باستخدام احدث التكنولوجيات.

---

[1] _ محمد محسن إبراهيم النجار، المرجع السابق، ص41.

2- قد يدخل طرف خاص مع طرف خاص أجنبي في علاقة تعاقدية هدفها نقل التكنولوجيا ، ولكننا نعالج في دراستنا هذه عقد الدولة لنقل التكنولوجيا.

الفرع الثاني : اختلال التوازن التكنولوجي

في معرض عقود نقل التكنولوجيا بين شركة متعددة الجنسية ، أو مورد أجنبي ذو قدرة تكنولوجية رفيعة مع دولة نامية ، نلحظ بشكل واضح ضمان بعض المزايا لصالح مقدم التكنولوجيا ، خاصة في حالة الدخول بشركة مشتركة ما بين الطرفين .

ويتجسد ذلك سواء بمنح تخفيضات أو إعفاءات ضريبية ، أو فرض قيود تشريعية (كشرط الثبات التشريعي) أو إدارية أو تقيدية بشكل عام على الدولة المتلقية ، حيث يمكن استنتاجها من العقد ذاته أو من خلال الممارسات الواقعية الحية .

ورغم أن التوازن التكنولوجي غير قائم فعلا ما بين طرفي العقد إلا أن اختلاله يختلف من عقد إلى أخر ، إذ لا تحصل كل الدول النامية على التكنولوجيا ذاتها بنفس الشروط فهناك نوع من عدم المساواة بين البلدان المستقبلة ذاتها [1].

الفرع الثالث : عقد تنموي معقد يتأثر بالسياسة

يقوم هذا العقد على إعادة النظر بالأولويات في الدولة المتلقية ، حيث تدرس مدى مساهمة التكنولوجيا في اقتصادها وخططها التنموية ومن هنا تظهر مهارة الدولة في قدرتها على اختيار أفضل التكنولوجيات وأكثرها ملائمة[2]،أما تأثر العقد بالعوامل السياسية فيدل عليه ما قد يلجأ إليه احد الأطراف من فسخ للعقد (بإرادته أو رغما عنه) رغم تحقيق مصلحته الاقتصادية فيه نظرا لتدخل العوامل السياسية كعدم تنفيذ عقد إنشاء مصنع بين باكستان وشركة فرنسية نتيجة للضغوطات السياسية[3].

أما بالنسبة لخاصية عقد التكنولوجيا عقد معقد فنجد أن الأطراف في هذا الأخير غير متساوية في درجة التطور ، فهي أطراف متعارضة بطبيعتها ، وعقد نقل التكنولوجيا حتى ولو كان من نمط عقود التعاون التقني ، يحاول التفاعل مع تلك المصالح المتعارضة أصلا ، مما يزيد من تعقيده تعدد الالتزامات فيه طول مدته نسبيا .

---

[1] -صالح بن بكر الطيار ، العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ، الطبعة الثانية ، مركز الدراسات العربي الأوروبي ، دار بلال ، بيروت،1991 ، ص119.

[2] -بينما يغيب مثل ذلك الدور للدولة في عقود أخرى مثل عقود استغلال الموارد الطبيعية .

3 -صلاح الدين جمال الدين محمد عبد الرحمن ،عقود الدولة لنقل التكنولوجيا ، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 1993 .ص 82 ،92 .

الفرع الرابع :عقد طويل الأجل وذو طبيعة متطورة

تختلف طول مدته حسب موضوع العقد ، إلا أننا نستطيع القول عموما أن مدة العقد يجب أن تكون كافية لتحقيق موضوعه وسببه ، ولما كان مطلب الدول النامية من مثل تلك العقود هو تحقيق التمكن التكنولوجي الحقيقي فان ذلك المطلب لا يتحقق بتلك السهولة ، لذلك وتمشيا مع طول مدة العقد يمكن إدراج شروط تسمح بمراجعته أو تعديله وفقا لتغير الظروف المحيطة بتنفيذه مما يعطيه طبيعة متغيرة ، كما يمكن تجزئة العقد ذاته إلى عدة مراحل بحيث يحدد لكل مرحة فترتها الزمنية المعقولة ، وعند نهاية كل مرحلة يقرر المتعاقدون فيما لو رغبوا بالانتقال للمرحلة التالية [1]. إلا أن الدول النامية بما فيها العربية يجب أن تحتاط عند الاتفاق على تلك المدة بحيث لا تكون قصيرة لا تحقق الهدف ، وبنفس الوقت إلا تكون طويلة على نحو مبالغ فيه ، خاصة وان محل العقد أي التكنولوجيا تعد قيمة سريعة الاستهلاك ما تلبث في ضوء التطورات المتلاحقة أن تتقادم ليظهر مكانها إبداع أو تكنولوجيا جديدة ومنافسة، تجعل منها تكنولوجيا بالية قديمة قليلة أو عديمة الجدوى .

الفرع الخامس :عقد يقوم على الاعتبار الشخصي

إذ يقوم ذلك العقد ابتداء على الثقة بالمتعاقد الأخر ، فمنذ لحظة اختيار المتعاقدين لبعضهم بعضا يأخذ كل واحد فيهم ميزات وصفات الطرف الأخر بعين الاعتبار .

فالدولة النامية كطرف متلق تبحث في الطرف المورد عن مدى تطوره التكنولوجي وملاءته المالية ورغبته في استثمار تقنياته المتطورة ، ومدى جديته في تمكينها من السيطرة التكنولوجية ، وقد تستعين لمعرفة ذلك بتجاوب أو عقود سابقة لذلك المورد إما معها شخصيا أو مع غيرها .

أما الطرف المورد فيتحقق من مدى مصداقية الدولة واحترامها لالتزاماتها التعاقدية ، ومدى وجود تشريعات مناسبة لنقل التكنولوجيا ، وكذلك مقدار تطور اليد العاملة فيها وقدراتها المالية وتشريعاتها المصرفية ، والعقود الدولية السابقة التي قامت بإبرامها في مجال نقل التكنولوجيا ، وفيما لو كانت من الدول التي تغير كثيرا من تشريعاتها ، أو تؤمم الشركات العاملة لديها[2] .

1- كإبرام عقد تعاون تقني في مجال البترول :بحيث يقسم على مرحلتين الأولى التنقيب والثانية الاستخراج ، فبنجاح المرحلة الأولى والتي تكون مدتها معقولة نسبيا يؤثر على المرحلة الثانية الطويلة نوعا ما ، انظر د. موسى المتري ، المرجع السابق ، ص 36 ،39 .

[2] صلاح الدين جمال الدين محمد عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص 95 .

وانطلاقا من هنا تبدأ مفاوضات مطولة لا تنتهي بالنجاح إلا وقد تحقق قدر معين ومطلوب من الثقة لدى كلا الأطراف ، وبدون تلك الثقة لا يمكن أن يتجاوز كل متعاقد شعوره بالنقص حيال المتعاقد الأخر ، فالمورد (عادة شركة أجنبية) غالبا ما يشعر بالنقص والخوف حيال تعاقده مع الدولة أو شركة أو أية هيئة تحميها دولة ذات سيادة ، وبالمقابل فان الدولة أو إحدى هيئاتها بكونها متعاقدا ثان تشعر بالخوف والنقص إزاء القدرة التكنولوجية والمالية المرعبة لتلك الشركات [1].

[1] -الدكتور موسى متري ، المرجع السابق ، ص 37 ، 49 .

المبحث الثاني : أطراف عقود نقل التكنولوجيا والشروط غير المألوفة فيها

إن للتعريف بأطراف أي عقد كان أهمية كبيرة تتمثل في تحديد معرفة القضاء المختص بنظر النزاعات وتعيين القانون الواجب التطبيق .

وعلى نحو أكثر دقة وتخصصا في ما يتعلق بعقود نقل التكنولوجيا ، وعليه فان تعريف الطرف على نحو معين يشير إلى تكييف العقد فيما لو كان عقدا دوليا أو داخليا ،أي فيما لو كانت عملية نقل التكنولوجيا داخلية أم خارجية ،مما يساهم في تحديد القانون المختص .

وفي هذا المبحث سيتم التطرق إلى أطراف عقد نقل التكنولوجيا في المطلب الأول ،كما سيتم التطرق إلى الشروط غير المألوفة في المطلب الثاني وذلك تباعا كما يلي :

المطلب الأول : أطراف عقود نقل التكنولوجيا

قد تتدخل الدولة أو احد أجهزتها العامة أو إحدى مؤسساتها او هيئاتها او شركاتها المرتبطة بها لإبرام احد العقود التي تنطوي على نقل دولي للتكنولوجيا ، وهي إذ تتدخل –الحكومة الممثلة للدولة –قد تتعاقد بصفتها تلك، او كدولة ذات سيادة .

وفيما يتعلق بالدولة كأحد أطراف العقد فان الأمر ليس سيان ،فقد تكون متلقية وأحيانا قد تكون موردة ، كما يمكن أن تتدخل بنفسها أو قد يأخذ مكانها احد الأجهزة التابعة لها .

وفي هذا المطلب سيتم التطرق إلى معرفة الدولة كطرف في عقود نقل التكنولوجيا والأجهزة التابعة للدولة أيضا كطرف ، كما سيتم التطرق إلى معرفة المتعاقد الأجنبي كطرف ثان في هذه العقود

الفرع الأول : الدولة كطرف في عقود نقل التكنولوجيا

يختلف وصف الدولة في عقد نقل التكنولوجيا تبعا لاختلاف الدول ذاتها ، فوجود الدول الصناعية المتقدمة كأمريكا ليس كوجود دول أوروبا الشرقية ، والذي يختلف بدوره عن وجود الدول النامية في مثل تلك العقود، إذ يتميز الأول بالفعالية ،والثاني بالتحفظ ، والثالث بالغياب النهائي فيما يتعلق بعرض التكنولوجيا [1]

1- فدولة مثل الولايات المتحدة ودول أوروبا الغربية و اليابان غالبا ما تكون موردة للتكنولوجيا ، بينما دولة مثل روسيا حيث تمتلك قوة علمية وتكنولوجية هائلة خاصة في مجالات معينة كالطيران قد تلعب دور المتلقي والمورد للتكنولوجيا معا ، أما دول مثل الدول النامية بما فيها الدول العربية فتأخذ دورا واحدا هو دور المتلقي

ويمكن أن نميز في مسلك الدولة السبل الآتية :

أولا: إما أن تترك الدولة زمام المبادرة للقوى الاقتصادية الخاصة بينما تتخذ هي التدابير والأساليب الكفيلة بتوجيه تلك المبادرة بما يتفق مع سياستها ، كان تترك استقدام التكنولوجيا الأجنبية لمشروعات القطاع الخاص وتقوم هي بإصدار القوانين اللوائح الناظمة لذلك النقل ، ا وان تلزم الأطراف باستصدار ترخيص معين من جهة محددة لفحص أو تقييم التكنولوجيا المنقولة ، او تضع قيودا معينة على محل العقد وتقوم الدولة بذلك في معرض سياسة الرقابة والحماية ، إلا أنها لا تعد طرفا في العقد مما يبعدها في هذا الفرض عن نطاق البحث المعني.

ثانيا : وكثيرا ما تجد كبديل عن السياسة الرقابية والحمائية أو على الأغلب إضافة لتلك السياسة ضرورة التدخل بنفسها في العقد وخاصة في عقود نقل التكنولوجيا اللازمة لصناعات معينة حساسة وسرية كالتكنولوجيا العسكرية ، أو الثقيلة والحيوية كإنشاء المطارات والجسور .

والدولة في الفرض الأول "حالة إصدار القوانين واللوائح " لا تتصرف إلا كشخص عام بما له من امتيازات سيادية ، بينما في الحالة الثانية قد تتعاقد إما هي بذاتها ، أو بواسطة احد الأشخاص العامة التابعة لها و إما أن تظهر بمظهر الشخص العام صاحب السيادة آو ترضى النزول إلى مصاف المتعاقد العادي ، وذلك حسب الظروف المحيطة واللازمة لإبرام العقد .[1]

وتجدر الإشارة في هذا السياق إلى انه عند تحديد مفهوم الدولة كطرف في عقد نقل التكنولوجيا فان الصعوبة لا تثار إذا ما تعاقدت الدولة بنفسها عن طريق من يمثلها " رئيس الدولة ، رئيس الوزراء ، وزير"

إلا أن الوضع لا يظهر بمثل هذه السهولة فيما لو تعاقد بدل الدولة احد الأجهزة التابعة لها ، أو التي تعمل لحسابها . وهنا يمكن أن يثور التساؤل الأتي كنقطة للنقاش ، هل يقصد بالدولة : الدولة نفسها عبر من يمثلها فقط (الدولة بالمفهوم الضيق) بحيث تعد عقودها عقود دولة بينما عقود أجهزتها التابعة لها تعامل كأية عقود تجارية دولية بالمعنى التقليدي " أي تقع خارج نطاق عقود الدولة " ؟ .أم ينصرف معنى الدولة للأجهزة التابعة لها أيضا ، والتي تقوم الدولة بتحديدها " المعيار الموسع : ؟ .

[1] - وفاء مزيد فلحوط ،المرجع السابق ، ص 232-233 .

وعلى الرغم من الخلاف على الإجابة إلا أن هناك ترجيحا واضحا لصالح المعيار الموسع للدولة ، حتى قيل " أن المعيار في اعتبار عقد ما من عقود الدولة هو ما إذا كان للدولة أو إحدى مؤسساتها اثر في التعاقد من عدمه [1]

وقد أيد ذلك الاتجاه جانب كبير من الفقه معتمدا لتغليب المعيار الموسع على نص المادة 25 من اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لحل المنازعات الناشئة عن الاستثمار " 18 مارس 1965 " والتي تقضي بأنه :(يختص المركز بنظر المنازعات القانونية الناشئة بين الدولة المتعاقدة او هيئة عامة أو جهاز تابع للدولة تقوم الدولة بتحديده أمام المركز ...) .

وهذا ما دفع الأستاذ verhoeven إلى اعتبار عقود الأجهزة التابعة للدولة ، عقود دولة ، ما دامت تلك الأجهزة منشأة ومعينة من قبل الدولة ذاتها لتحل محلها في العلاقات الاقتصادية الدولية خاصة وان تلك الأجهزة تخضع لسيطرة صارمة من قبل الدولة التابعة لها ، ولو تم ذلك بطريقة غير مباشرة من خلال جهاز وسيط أو مستقل [2] .

ومما يدعم وجهة نظره أن العديد من عقود تلك الأجهزة مع المتعاقد الأجنبي تخضع لموافقة أو تصديق السلطات التنفيذية آو التشريعية في تلك الدولة [3].

كنا يدعم ذلك الاتجاه عمليا ما آل إليه قضاء التحكيم الدولي في بعض القضايا المنظورة من قبله ، وتحديدا في قضية sapphire إذ اعتبر المحكم بان العقد المبرم بين جهاز تابع للدولة (الشركة الإيرانية الوطنية للبترول باعتبارها جهازا حكوميا إيرانيا يتعاقد باسم دولة إيران) وشركة أجنبية (الشركة الكندية sapphire petroleums ltd عقد دولة ، ويختلف عن أي عقد تجاري عادي .

وبالنتيجة يبدو أن الرأي الراجح يذهب إلى اعتبار عقود الدولة تشمل عقود أجهزتها ضمن ضوابط وشروط معينة ، أما بالنسبة إلى الصعوبات التي يثيرها المعيار الموسع فهي لا تنال من وجوده كما أنها ليست بمنأى عن الحسم [4] .

---

[1] - د.صلاح الدين جمال الدين محمد عبد الرحمن ، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا ،المرجع السابق ، ص211-212 .

[2] . Joe verhoen . contract entre etat et vessortissants d autre etats . quellque de louvin . brouxll . 1975 p.119

[3] - د.حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2001 ، ص 39 .

[4] -وأهمها تحديد المعيار الواجب إتباعه لمعرفة فيما لو كان الجهاز تابعا للدولة أم لا . ومدى أهلية الجهاز للتعاقد باسم الدولة ولحسابها ، وماهو القانون الحاكم لأهليته ،ومشكلة مدى إمكانية تنصل جهاز الدولة من تنفيذ التزاماته في مواجهة الطرف الأجنبي المتعاقد بذريعة إصدار دولته لقرارات تجعل تنفيذه لالتزامه صعبا أو مستحيلا .

الفرع الثاني : الأجهزة التابعة للدولة كطرف في عقود نقل التكنولوجيا

لقد مضت الإشارة إلى انه يمكن اعتبار الدولة أو احد الأجهزة التابعة لها كطرف في عقد نقل التكنولوجيا إلا أن ذلك الاتجاه لا يمكن تبنيه على عمومه فلا بد على الأقل من تحديد المقصود بتلك الأجهزة .

ومن هذا المنطلق طرحت العديد من المعايير التقليدية لتحديد الأجهزة المعنية (القادرة على التعاقد باسم الدولة أو لصالحها) ونظرا لقصور تلك المعايير فقد تم هجرها لصالح المعايير الحديثة ، وسيتم في هذا الفرع التعرض لكل من المعايير التقليدية والحديثة كأساس لتحديد تبعية جهاز ما للدولة .

أولا - المعايير التقليدية :

من أهم تلك المعايير كان معيار الشخصية القانونية المستقل ، ومعيار المرفق العام ، والمعيار الغائي ، ومعيار الصفة التي يتعامل بها الجهاز .

1-معيار تمتع المشروع العام "الجهاز" بالشخصية القانونية المستقلة : وعبر عن ذلك اتجاه قضاء المحكمة العليا الألمانية "08 يونيو 1955 " بان : "مثول الدولة الأجنبية أمام القضاء الوطني لدولة أخرى يعد انتهاكا لسيادتها ،إلا أن مثل ذلك النظر يجب التغاضي عنه إذا منحت الدولة لأحد المشروعات التي أنشأتها شخصية مستقلة ليس فقط على الصعيد الاقتصادي ولكن أيضا على الصعيد القانوني "[1].

وكان أهم انتقاد وجه إلى ذلك المعيار " تحكميته " إذ أن إضفاء الشخصية القانونية على جهاز ما من عدمه ، يعد مجرد قرار إداري ليس له دلالة سياسية ، ولا يؤثر على تمتع مشروع ما بالحصانة القضائية[2].

وبسبب وجاهة ذلك الانتقاد تم تبني معيار أخر هو :

2- معيار المرفق العام : وينطلق من مسلمة مفادها :كلما اعتبر مشروع ما مرفقا عاما ، كلما تمتع بالحصانة القضائية " بصرف النظر عن تمتعه بالشخصية القانونية المستقلة ". وتمتد تلك الحصانة للتصرفات التي يقوم أي مشروع بإجرائها لصالح مرفق عام من مرافق الدولة .

ولعل الثغرة الكامنة في ذلك المعيار هي غلبة الاعتبارات السياسية في معرض تطبيقه .ذلك أن القضاء "مثل محكمة النقض الفرنسية " عامل جهتين " الشركة الوطنية الإيرانية للغاز ، الوكالة الكويتية للأنباء " مارستا

---

[1] 1433 ets. p. 1955. neue juristische wochenschrift مشار اليه في مؤلف د.حفيظة الحداد ، مرجع سابق ، ص 45.

[2] وبعبارات أخرى إن منح الشخصية المعنوية المستقلة ماهو إلا وسيلة فنية تلجأ إليها الدولة لإدارة مرافقها بأفضل وجه ممكن ، ولا علاقة له بمنح أو عدم منح الحصانة وفقا لمبادئ القانون الدولي العام .

التصرف المتنازع عليه لصالح مرفق عام ، على نحو مغاير ، إذ قضت مرة بمنح الحصانة القضائية للشركة الإيرانية ومرة أخرى بحجبها عن الوكالة الكويتية ، وكان السبب وراء ذلك التناقض اعتبارات سياسية بحتة[1].

3-المعيار الغائي : وفقا لهذا المعيار يعد الجهاز تابعا للدولة كلما كانت غايته خدمة المصالح الأساسية لتلك الدولة ، ومن تطبيقات ذلك المعيار ما قرره القضاء الأمريكي حول اعتبار شركة انجلو الأمريكية " للبترول "، تابعة للدولة البريطانية (علما بان الأخيرة لها فقط نصف رأس مالها) ، ولكن المحكمة ذهبت إلى أن تلك الشركة تسعى لتحقيق مصلحة عامة أساسية لبريطانيا " تامين إمداد البحرية البريطانية" وبالتالي تعد تابعة للدولة البريطانية ، ورغم خروج هذا المثال عن نطاق بحثنا المحدد ، إلا انه وكما أشار البعض من المثير للانتباه أن تتمكن شركة أجنبية تملك دولة ما نصيب الأقلية فيها من أن تحصل على الحصانة القضائية لتلك الدولة.[2]

4-معيار الصفة التي يتعامل بها الجهاز : فان تصرف ذلك الجهاز باسمه ولصالحه فلا يعد تابعا ، والعكس بالعكس ، ورغم معقولية ذلك المعيار إلا انه اثبت عدم كفايته ، مما حفز إلى تبني معيارا مركبا ينطوي على قدر من المرونة ليلائم جميع الحالات والنزاعات المطروحة [3].

ثانيا : المعايير الحديثة المركبة كأساس لتحديد تبعية الأجهزة للدولة :

وهي معايير جديدة ومتطورة مقارنة بالمعايير التقليدية ، وتقوم على المزج بين عدة معايير على نحو تدرجي بحيث تعطى الأولوية لمعيار ما ليحتل الصدارة ، دون أن يكفي بذاته ، ولتوضيح ذلك نسوق مثالا قام بتبني المعيار الحديث المركب و هو :

حكم محكمة استئناف Rouen في 13 نوفمبر 1984 في معرض نزاع ثار بين شركة أوروبية " فرنسية " ودولة يوغسلافيا في معرض تنفيذ عقد من عقود نقل التكنولوجيا " عقد تسليم المفتاح " [4].

تتلخص وقائع النزاع حسب ما يعنينا في هذه الجزئية من الدراسة حول تنفيذ عقد لإنشاء خط سكة حديد في يوغسلافيا ، وإمداده بالتجهيزات اللازمة للتشغيل من قبل الشركة الأوروبية ، حيث اشتمل العقد على شرط نقدي لتفادي تقلبات العملة ، كما اشتمل على شرط تحكيم .

وقد قامت الشركة الأوروبية بتنفيذ التزامها ، إلا أن الحكومة اليوغسلافية توقفت عن الدفع بعد الحرب العالمية الثانية ، ونتيجة التفاوض بين فرنسا ويوغسلافيا دفعت الأخيرة مبلغا معينا من جديد إلا أن

[1] د.حفيظة السيد الحداد ،المرجع السابق ، ص 51 .

[2] د. حفيظة السيد الحداد ، المرجع نفسه ، ص 43-52 .

[3] د.وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ، ص 237 .

[4] د.حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 57 .

الشركة الفرنسية الموردة لجأت إلى قضاء التحكيم استنادا إلى شرط التحكيم باعتبار أن المبلغ المتفق عليه بين الدولتين ليس هو المبلغ المتفق عليه عقديا .

وما يهمنا من وقائع النزاع هي الدفوع المتعلقة بالحصانة القضائية والتي أثارتها الحكومة اليوغسلافية بغية الوصول إلى أن العقد المبرم بينها وبين شركة s.e.e.e هو عمل من أعمال السلطة العامة ، وان احتواءه شرط التحكيم لا يفسر بأنه تنازل من الدولة عن التمسك بحصانتها القضائية ،خاصة وان الحكومة الاشتراكية ليوغسلافيا قد رفضت إقرار الشرط أصلا .

ولما نظرت محكمة استئناف Rouen في ذلك الدفع ، قررت انه يتعين لتقرير الحصانة "وبالتالي تابعية الجهاز" اعتماد عدة معايير وهي : طبيعة العقد ، وتحليل شكله ،وتحديد اثر وجود شرط التحكيم فيه . ووجدت المحكمة :

1-إن غرض إنشاء خط سكك الحديد ينحصر أساسا في الوفاء باحتياجات نقل الأشخاص ، فهو من هذه الزاوية نشاط خاص ، أما الاستخدام العرضي للخط لأغراض الدفاع الوطني لا يمكنه أن يغير من طبيعة العقد .

2-إن الشكل الذي افرغ فيه العقد لا يشير بأنه تصرف من تصرفات السلطة العامة ، إذ انه لا يتضمن أي شرط تعسفي من الشروط غير المعتادة .

3-احتواء العقد شرط للتحكيم : يفيد بان إرادة الحكومة اليوغسلافية قد اتجهت لان تعامل معاملة الأشخاص العادية .

وبالتالي واستنادا إلى الضوابط المتعددة السابقة فانه لا يمكن اعتبار أن الدولة " يوغسلافيا " أو احد أجهزتها التابعة هي التي أبرمت العقد إنما تصرفت كشخص عادي ليس له التمسك بالحصانة القضائية[1].

وبالنتيجة يمكن القول بان المعيار الحديث ، والقائم على مزج عدة دلائل " قرائن " على تابعية جهاز ما أو مشروع لدولة يكتب له النجاح أكثر من غيره ، لأنه يعد من الخطر على مستقبل العلاقات الدولية اعتبار جهاز ما " شركة مثلا " تابعا للدولة ، لمجرد قيام معيار وحيد " أو قرينة ضعيفة " على تلك التابعية ، مما قد يعرضه لخطر الحجز على أمواله مثلا لسداد ديون مترتبة على تلك الدولة ، وهذا ما يحتم توخي مزيدا من الدقة الموضوعية عند تطبيق معيار تبعية جهاز ما إلى الدولة ، إذ أن العيب لا يلحق بالمبدأ " التبعية " إنما بكيفية تطبيقه .

[1] د.وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ، ص 239 .

*وأخيرا مما تجدر الإشارة إليه هو انه ، كما يمكن تصور الدولة بمفهومها الضيق أو احد أجهزتها التابعة كطرف في عقد نقل التكنولوجيا ، فانه لا يستبعد أن يتواجد الاثنان معا فيما يتعلق بالعقد كأن تقوم بينهم رابطة ضمان [1].

رأينا الخاص :

نخلص مما سبق بأن تقدير تبعية الجهاز المتعاقد مع الطرف الأجنبي للدولة هي مسألة لا تتوقف على معيار واحد بل لابد من تضافر العديد من العناصر ،وللقاضي السلطة التقديرية في تحديد تلك العناصر ، فحتى يكون الجهاز تابعا للدولة مثلا يجب أن يكون متمتعا بالشخصية القانونية ومرفقا عاما من مرافقها كما تمتلك الدولة غالبية رأسماله بالإضافة إلى التصرف لحسابها .

ويعود هذا التشدد في المعايير المتطلبة لاعتبار الجهاز تابعا للدولة إلى الآثار القانونية الخطيرة الناجمة عن اعتبار العقد من عقود الدولة أم لا ،فان كان كذلك فان الآثار المترتبة عنه ستكون مختلفة تماما عن ما لو كان من عقود التجارة الدولية المعتادة ،ومن تلك الآثار مثلا مسالة القانون الواجب التطبيق ، والقوة القاهرة ، والحجز التحفظي ، والحجز التنفيذي والاختصاص القضائي وغيرها .

الفرع الثالث : المتعاقد الأجنبي كطرف ثان في عقد نقل التكنولوجيا

من الممكن أن يتم التعاقد في إطار نقل التكنولوجيا مع مجرد شخص طبيعي ، إلا أن ذلك نادرا ما يحدث وفي الغالب الأعم يكون المتعاقد مع الدولة شخصا اعتباريا أجنبيا ، ونظرا لما يتطلبه عقد نقل التكنولوجيا من قدرات مالية وتكنولوجية هائلة ، يكاد ينحصر المورد بالشركات عبر الوطنية .

وتعد هذه الأخيرة عملاقة أكثر مما تشير إليه تلك الكلمة ، إذ تقوم بتنفيذ ما يقارب ثلثي أعمال البحث والتطوير في الدول المتقدمة صناعيا نظرا لامتلاكها الجانب الأكبر من الأموال العامة المخصصة للبحث والتطوير مما يؤهلها لابتكار تكنولوجيات جديدة في إطار من التنافس واحتكار الأقلية وتتمحور مبادلاتها حول القطاعات الأساسية كالبترول والتكنولوجيا الدقيقة مما يفسح لها المجال للتغلغل في كافة الأسواق العالمية ، وغزو أسواق الدول خاصة النامية منها .

1 ومثالها حالة الحكومة المصرية ممثلة بوزير السياحة عندما تدخلت لضمان إحدى مؤسساتها الوطنية " شركة ايجوث " في تعاقدها مع شركة جنوب الباسفيك بشان إنشاء الشركة المصرية للتنمية السياحية ، كما قد تنيب الدولة احد مشروعاتها المتخصصة في تنفيذ جزء من سياستها الوطنية في معرض تنفيذ عقد ما ، انظر د. صلاح الدين جمال الدين محمد عبد الرحمن ، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا ، المرجع السابق ، ص 212 .

أولا - ماهية الشركات عبر الوطنية :

تتعدد التعابير والاصطلاحات التي يطلقها الباحثون لوصف هذه الشركات فهناك من يطلق عليها وصف الشركات متعددة الجنسيات ،وهناك من يصفها بالشركات الدولية او العالمية ،في حين يسميها البعض الآخر بالشركات عبر الوطنية أو الشركات فوق القومية .

وأمام تعدد التسميات وعدم دقتها في الدلالة على وصف الظاهرة فإننا نفضل اصطلاح الشركات عبر الوطنية على الرغم من شيوع وتداول اصطلاح الشركة متعددة الجنسيات وذلك للتناقض الذي يطبعه والذي يوهم بان للشركة جنسيات متعددة ، في حين أنها لا تتمتع سوى بجنسية واحدة هي جنسية الدولة التي يتواجد بها مقرها الرئيسي كقاعدة عامة ولبيان ماهية هذه الشركات سنتعرض للمفهوم الاقتصادي لها ثم لمفهومها القانوني وذلك كمايلي :

1-المفهوم الاقتصادي

لم يستقر الفكر الاقتصادي على تعريف محدد للشركات عبر الوطنية حيث ذهب البعض الى القول بان لكل اقتصادي عكف على دراسة هذا الموضوع تعريفه الخاص به .

وتبعا لذلك عرف البعض هذه الشركات على أنها تلك المشروعات التي تمتلك أو تسيطر على وحدات إنتاجية في دولتين على الأقل [1].

أو هي شركات صناعية تنتج وتبيع منتجاتها في أكثر من دولة واحدة أو تلك المشاريع التي تمتلك وتسيطر على وسائل الإنتاج في أكثر من دولة واحدة [2].

وكلها تعاريف قد ركزت على ضابط الحجم الذي يشترط عدد أدنى من الدول التي تمارس تلك الشركات فيها نشاطاتها .

وفي مقابل ذلك يستخدم البعض الأخر نسبة معينة من المبيعات مقارنة بمجموع مبيعاتها السنوية لإطلاق وصف الشركة عبر الوطنية على المشروع ،فيرى بأنها كل شركة تزيد مبيعاتها عن 50 % أما إن كانت تلك النسبة اقل من ذلك فهي لا تعدو أن تكون سوى شركة وطنية أو شركة ذات اتجاه دولي [3].

[1] د.يحي عبد الرحمن رضا ، الجوانب القانونية لمجموعة الشركات عبر الوطنية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1994 .ص 108.

[2] د.علي سيد قاسم ، التجمع ذو الغاية الاقتصادية ، مجلة الاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية ، مطبعة جامعة القاهرة ، 1983 ، ص 291.

[3] د. يحي عبد الرحمن رضا ، المرجع نفسه ، ص 109 .

2-المفهوم القانوني :

ذهب مجموعة من الباحثين إلى تعريف الشركة عبر الوطنية على أنها المشروع الذي يتكون من مجموعة خاصة تترابط بروابط قانونية ويخضع لإستراتيجية عامة وموزعة بين عدة أقاليم ، تخضع لسيادة دول مختلفة[1] ، وهو نفس التعريف تقريبا الذي ذهب إليه الأستاذ محسن شفيق حينما عرفها بأنها المشروع الذي يتركب من مجموعة وحدات فرعية ترتبط بالمركز الأصلي بعلاقات قانونية وتخضع لإستراتيجية اقتصادية عامة وتتولى الاستثمار في مناطق جغرافيا متعددة [2].

ويعرفها البعض الأخر على أنها "تجميع اقتصادي من عدة شركات تتمتع بجنسيات دول مختلفة وترتبط فيما بينها عن طريق المساهمة في رأس المال بقصد تحقيق هدف معين،[3] فهي ليست حسب اعتقاد هؤلاء سوى اجتماع كتلة من العناصر البشرية والمادية في تنظيم واحد لإحداث نتيجة اقتصادية معينة ،ويتمثل العنصر البشري في العقول التي تنشئ المشروع وتتولى إدارته واليد العاملة التي تقوم بتشغيله، ويتمثل العنصر المادي في أموال المشروع المادية والمعنوية، على ان اجتماع هذه العناصر لا يقع بشكل عفوي وإنما بشكل مقصود يسير وفقا لتنظيم هدفه تحقيق نتيجة اقتصادية معينة تتمثل غالبا في تحقيق الربح [4].

وإما عن مجمع القانون الدولي وفي معرض بحثه في المشاكل القانونية التي تثيرها الشركات عبر الوطنية، والتي من بينها مشكلة التعريف ، فقد رأى في توصياته بأنه وقبل وضع أي تعريف لهذه الشركات وجب البحث أولا في المشاكل الخاصة التي تتولد عن ممارستها لنشاطاتها الاقتصادية ، والتي تنبع أساسا من تواجدها على مستوى أكثر من دولة ، في حين أن مركز إدارتها يقع في دولة واحدة فقط ليصل في النهاية إلى اقتراح تعريف هيكلي مفاده أنها المشروعات التي يتركز فيها مركز قرار في إحدى الدول ولها مراكز تحقيق أرباح لكل واحدة منها شخصية قانونية مستقلة وتتمركز في دول أخرى متعددة[5].

---

[1] د.حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 52 .

[2] د.محسن شفيق ، المشروع ذو القوميات المتعددة من الناحية القانونية ، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية ، جامعة القاهرة ، 1977 ، ص 232 .

[3] د.محمود سمير الشرقاوي ، المشروع متعدد القوميات والشركات القابضة كوسيلة لقيامه ، مجلة القانون والاقتصاد ، 1975 ، ص 59 .

[4] أ.د.بن احمد الحاج ، دروس في عقود الدولة الاقتصادية ،مطبوعة بيداغوجية موجهة لطلبة السنة الثانية ماستر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة سعيدة ، 2018-2019 . .

[5] Fatouros a .a .problemes et methodes dune reglementations des e.n.n.j.p international .clunet.1974 .

وبالنظر إلى كل ما سبق يمكننا تعريف الشركات عبر الوطنية على أنها مشروعات اقتصادية مرتبطة مع بعضها بروابط قانونية ، وتمارس نشاطاتها في دول مختلفة تحت إستراتيجية واحدة يضعها ويديرها مركز إدارة رئيسي لتحقيق الهدف الاقتصادي التي أنشأت لأجله .

فالشركات عبر الوطنية تنشا هيكليا بتواجد العديد من الوحدات الاقتصادية المنتشرة على مستوى العديد من الدول ، حتى وان كانت تتمتع بشخصيات قانونية مستقلة إلا أنها ترتبط مع بعضها بروابط قانونية ، وتخضع لمركز إدارة رئيسي يتواجد على مستوى الشركة إلام والتي تسيطر على الشبكة ككل ، مما يعني وجود علاقات أفقية بين وحدات المجموعة من جهة ووجود علاقة رأسية وترتيب هرمي لتلك الوحدات يجعل الجميع يخضع لمركز قرارات واحد يعبر عن الإستراتيجية العامة للمشروعات .

وعلاوة على هذا يجب عدم إهمال كل من طبيعة النشاط والهدف الذي تسعى تلك الشركات إلى تحقيقه فنشاطها هو نشاط اقتصادي ، سواء كان صناعيا أو زراعيا أو تعلق الأمر بمجال الخدمات كالسياحة والمال والتسويق والنقل البحري والجوي وغيرها ، وكل هذا من اجل تحقيقها هدفها المتمثل في الربح ، وهو أمر طبيعي طالما أنها ترتبط أساسا بنمط الإنتاج الرأسمالي ، وهذه سمة أساسية للشركات عبر الدولية وهي في ذات الوقت السبب في تواجدها على مستوى أكثر من دولة [1].

ويستفاد من ذلك التعريف قيام الشركة عبر الدولية بعاملين متناقضين نظريا ، متكاملين عمليا وهما عامل وحدة الشركة والعامل التعددي لها [2].

أ–الطابع الموحد للشركة : ويتجسد ذلك الطابع بوحدة اتخاذ القرارات ، ووحدة التصرف ، ووحدة الاستراتيجية ، ووحدة الموارد الإنسانية والمادية والفنية .

فوجود شركة موجهة " الشركة الأم "يدعم تنفيذ إستراتيجية موحدة عبر ما تمارسه من سيطرة على الفروع لتتسق سياستها مع سياسة تلك الشركة .

ب –الطابع التعددي للشركة : إذ يدخل في تكوين الشركة الأم عدد من الشركات المتمتعة بالشخصية القانونية المستقلة التي يتم تشكيلها وفقا لقوانين وطنية متعددة وبالتالي تتمتع بجنسيات مختلفة.

[1] أ.د.بن احمد الحاج ، المرجع السابق .

[2] ثمة من عرف المشروع متعدد الجنسيات من وجهة نظر قانونية بأنه مشروع يتركب من مجموعة وحدات فرعية ترتبط بالمركز الأصلي بعلاقات قانونية ، وتخضع لإستراتيجية اقتصادية عامة ، وتتولى الاستثمار في مناطق جغرافية متعددة بحيث يغطي ذلك التعريف كل من عامل الوحدة وعامل التعدد .

ومهما بلغ الوزن الاقتصادي للشركة عبر الدولية فإنها لا تستطيع الإفلات من حكم القانون، عاما كان أم خاصا سواء على المستوى الداخلي أم حتى على المستوى الدولي ومنه يمكن التوصل إلى تعريف شامل للشركة عبر الدولية على إنها " مشروع يملك ويسيطر على عدة منشآت إنتاجية من خلال مركز رئيسي يرسم إستراتيجية واحدة لمجموعة من الفروع المساعدة ذات الشخصية القانونية المستقلة " .[1]

وعليه يمكن القول بان الشركة عبر الدولية تمتاز بمجموعة من الخصائص والسمات التي تؤثر بنحو مباشر او غير مباشر في عقود نقل التكنولوجيا والتي يمكن إدراجها كمايلي :

1-الانطلاق من الدول المتقدمة باتجاه الدول النامية :

يبدأ المشروع متعدد الجنسيات وينطلق من دولة متقدة حيث يتوفر رأس المال الكافي والخبرات الفنية والإدارية ، حتى أن تلك الشركات هي المركز الأساسي لتلقي ما تنفقه الدول الرأسمالية الكبرى على البحث والتطوير .

وتفضل تلك الشركات عادة التوجه إلى الدول النامية بسبب المناخ الملائم للاستثمار فيها [2].

2-الانتشار والضخامة :

حيث يعمل المشروع في عدة دول في آن واحد ، ولبعض الشركات أنشطة في أكثر من مائة دولة، مما يقلل من أثار تشدد بعض الحكومات ، بل يحد من تأثير تأميم فرع أو أكثر على أرباح الشركة الإجمالية .

وتملك تلك الشركات من الضخامة والعملقة ما يفوق قدرات دول بحالها .....

وترجع سمة الانتشار إلى قوة مركز الشركة في الدولة الأم لدرجة ضيق السوق المحلية هناك ، فلا يكون من مناص لها سوى الغزو الخارجي ، أما سمة الضخامة فتعزى إلى جملة من الأسباب أهمها التركيز الرئيسي للشركة ، وذلك بان تمد أنشطتها إلى صناعات عديدة ومتفرقة .

[1] د.وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ، ص 246 .

[2] خاصة من حيث وفرة اليد العاملة الرخيصة ، ووفرة المواد الأولية وما تقرره قوانينها من مزايا عديدة كإعفاء الأرباح من الضرائب أو السماح بتحويل العملة ، إعفاء الآلات المستوردة من الضرائب الجمركية .

3-الفاعلية السياسية للشركة عبر الدولية

إن الشركات عبر الدولية تعتمد في نشاطاتها على مساندة حكومة بلد الأصل وعدد من الحكومات الأخرى ، وتستطيع في حالات غير قليلة تحدي السلطة السياسية في دولة رأسمالية كبيرة ،بل في دولة الأصل ذاتها إذ أن سياستها عالمية غير مرتبطة بالضرورة بمصالح تلك الدولة[1].

إلا أنها تعكس بصورة أو بأخرى مصالح الطبقة السائدة في بلادها من رأسماليين ورجال أعمال، وبنفس الوقت لا تتردد الدول خاصة دول الشركة الأم من ممارسة سلسلة من الضغوطات لخدمة مصالح تلك الشركات وقد يصل بها الأمر لاستخدام القوة العسكرية .

وإذا ما فشلت تلك الشركات في تحقيق غايتها بالضغط الاقتصادي واستمالة الرأي العام، فقد تساعدها بتدابير الانقلابات استنادا على المعلومات والتقارير التي تقدمها تلك الشركات لحكوماتها وتسهيل اتصالهم مع الشخصيات العسكرية بنية تحقيق الانقلاب .

4-تعارض إستراتيجية الشركات عبر الدولية مع سياسات الدول المضيفة :

في حالات ليست بالقليلة يقع تعارض صارخ بين الإستراتيجية الإجمالية للشركة الأم وبين مصالح الدول المضيفة ، وخاصة بما تفرضه تلك الشركة على أنشطة شركاتها الوليدة من قيود تنطوي على انتهاكات واضحة لسيادة تلك الدول .

ثانيا: معيار التمييز بين الشخص المعنوي الأجنبي والشخص المعنوي الوطني في عقود نقل التكنولوجيا

إن معيار التفرقة بين الطرف الأجنبي والوطني في عقود الدولة هو معيار الجنسية ، وبالتالي فان الشركة التي تكون طرفا في عقد من عقود الدولة تعتبر وطنية عندما تكون متمتعة بجنسية الدولة المتعاقدة معها، بينما تكون أجنبية عندما تكون جنسيتها مختلفة عن جنسية تلك الدولة[2].

وتعرف الجنسية على أنها رابطة قانونية وسياسية تربط شخصا معينا إلى دولة معينة ، وهو مايتم تحديده من خلال الرجوع إلى تشريع الدولة المعنية والذي يحدد نصوصه شروط التمتع بجنسيتها سواء بالنسبة للأشخاص الطبيعية أو المعنوية [3].

---

[1] د .اسماعيل صبري عبد الله ، نحو نظام اقتصادي عالمي جديد ، دراسة في قضايا التنمية والتحرر الاقتصادي والعلاقات الدولية ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، 1967 ، ص 117 .

[2] أ .د.بن احمد الحاج ، المرجع السابق .

[3] د. محسن شفيق ، المرجع السابق ، ص 237 .

وعلى الرغم من إجماع غالبية الفقه على تمتع الأشخاص الاعتبارية بالجنسية إلا أنهم اختلفوا حول معايير تحديد تلك الجنسية ، حيث يأخذ البعض بمعيار مكان التأسيس ، ويأخذ آخرون بمعيار جنسية الشركاء ، بينما يأخذ البعض الأخر بمعيار الرقابة ، فيحين يعتمد جانب فقهي رابع على معيار مركز الإدارة الرئيسي .

فأما معيار مكان التأسيس فيعني منح الشخص الاعتباري جنسية الدولة التي تمت فيها إجراءات تأسيسه وإبرام العقد المنشئ له في نفس الدولة وذلك وفقا لقانونها ، وهذا ماتأخذ به العديد من الدول خاصة الدول الانجلوساكسونية[1] .

وقد تم انتقاد هذا المعيار لأنه يجعل من تحديد جنسية الشخص الاعتباري متروكا لإرادة المؤسسين فيحددون تلك الجنسية باختيار دولة معينة لتأسيس شركتهم فيها وفقا لإجراءاتها حتى ولو لم تكن مرتبطة بشكل فعلي بها ، كما قد يكون ذلك بشكل عرضي ولا يعبر حقيقة عن الانتماء القانوني للشخص الاعتباري إلى دولة معينة [2].

وأما معيار جنسية المؤسسين أو الشركاء فيعني أن الشخص المعنوي يستمد جنسيته من جنسية مؤسسيه أو الشركاء المكونين له ، وهو ما يجعل جنسية الشخص الاعتباري مرتبطة بجنسية الشركاء أو لغالبيتهم إن تعددت جنسياتهم ، فيكون الارتباط هنا موضوعيا ولا علاقة له بإرادة الشركاء هو الحال عليه في المعيار الذي يربط بين الجنسية ومكان التأسيس[3] .

وقد تم انتقاد هذا المعيار لأنه غير قادر على تحديد جنسية جميع الأشخاص المعنوية كما هو عليه الشأن في شركات الأموال التي قد يتجاوز عدد الشركاء فيها الآلاف ، وهو ما يحول دون ربط جنسياتهم جميعا وهي ليست محل اعتبار مع جنسية الخص الاعتباري ، علاوة على أن القول بهذا المعيار يتعارض مع مبدأ استقلالية الشخصية القانونية للشخص الاعتباري عن شخصية مؤسسيه ، بحيث لا تعد وفقا لهذا المعيار سوى انعكاسا لشخصية الشركاء وجنسيته مجرد كاشف عن جنسياتهم ، في حين أن الاستقلالية تسمح بإمكانية الاختلاف [4].

---

[1] د.علي علي سليمان ،مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2003 ، ص 177 .

[2] ا.د . بن احمد الحاج ، المرجع السابق

[3] د.أبو العلا النمر، موطن الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري في العلاقات الخاصة الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2008 ، ص 204 .

[4] أ.د. بن احمد الحاج ، المرجع نفسه .

أما بخصوص معيار الرقابة فالمقصود ب هان الشخص المعنوي يكون أجنبيا إذا كان خاضعا لرقابة أجنبية ، أي إذا كان القائمون على إدارته من جنسية أجنبية ، بمعنى أن جنسية المشروع لا تتبع جنسية الشركاء أو مكان التأسيس وإنما جنسية الجهة التي تمارس رقابة عليه[1] .

وقد نادى بهذا المعيار جانب من الفقه الفرنسي بعد الحرب العالمية الثانية حينما لاحظ تواجد العديد من الشركات التي تحمل الجنسية الفرنسية في فرنسا ، في حين أنها تخضع لرقابة ألمانيا ،وهو ما اعتبروه امرأ غير منطقي ، حيث لا ترتبط هذه الشركات بأية رابطة حقيقية مؤثرة مع فرنسا ومع ذلك تتمتع بجنسيتها ، بينما كان من الأجدر أن تعتبر أجنبية لممارسة جهات أجنبية رقابة حقيقية عليها [2].

وقد انتقد هذا المعيار لأنه يتجاهل مسالة هامة والمتمثلة في الرابطة الاقتصادية بين الشخص الاعتباري ومكان ممارسة النشاط الاقتصادي ، بحيث لا يؤثر تمتع القائمين بممارسة الرقابة عن توجهات الشركة بقدر ما يؤثر عليها قانون الدولة التي تمارس فيها نشاطها ، علاوة على أن القائمين بالإدارة وممارسة الرقابة قد يكونون من جنسيات مختلفة فيصعب بذلك تحديد الجهة الحقيقية التي تمارس الرقابة والهيمنة ، وهو ما يحول دون تحديد جنسية الشخص المعنوي .

وأما معيار مقر الإدارة الرئيسي فيقصد به إلحاق الشخص المعنوي بالمكان الذي تتواجد فيه أجهزة الشخص الذي تتولى تسييره وإدارته وتتحكم في إصدار قراراته ، كمجلس الإدارة والجمعية العامة فتكون بذلك جنسية الشخص هي جنسية الدولة التي يتواجد فيه ذلك المقر [3].

ولا بد من الإشارة إلى أن مقر الإدارة الرئيسي الذي يقصده المشرعون هو المقر الفعلي وليس المقر الذي يشير إليه المؤسسون في عقد إنشائه فان اتفق هؤلاء على مقر موجود في دولة معينة وكانت الإدارة الحقيقية موجودة في دولة أخرى ، فان العبرة بهذه الأخيرة حيث تكون جنسية الشخص الاعتباري هي جنسية الدولة التي تتواجد فيها أجهزة الإدارة بشكل حقيقي حتى وان مارست نشاطها في نفس الدولة التي تم الاتفاق عليها في العقد التأسيسي أو كانت تمارس أنشطة متعددة وفي أكثر من دولة.

ولقد لقي هذا المعيار تأييدا واسعا من طرف الفقه والقضاء كما تبناه العديد من المشرعين الوطنيين ، وذلك لسهولته إضافة إلى موضوعيته بحيث لا يرتبط بإرادة المؤسسين بما قد تؤدي إليه من ربط الشخص

[1] د. أبو العلا النمر ، المرجع نفسه ، ص 205 .

[2] د. أبو العلا النمر ، المرجع السابق ، ص 206 .

[3] أ.د.بن احمد الحاج ، المرجع السابق .

بمكان صوري كما هو الشأن بالنسبة للمعايير الأخرى ، بل ارتباطه دوما يكون ارتباطا ماديا ليس من العسير تحديده [1].

المطلب الثاني : الشروط غير المألوفة في عقود نقل التكنولوجيا

إن من اهمم يميز عقود الدولة علاوة على عدم التكافؤ في المراكز القانونية والاقتصادية بين أطراف العلاقة العقدية هو احتواؤها على شروط غير مألوفة يصر المتعاقدون على وضعها حماية لمصالحهم التي قد تكون متعارضة خاصة في مرحلة التنفيذ وتزداد الخطورة كلما تم الابتعاد عن لحظة إبرام العقد ، تلك الشروط هي شرط الثبات التشريعي وشرط التحكيم .

الفرع الأول :شرط التجميد الزمني لقانون العقد بوصفه شرطا غير مألوف في عقود الدولة .

على الرغم من أن شرط التجميد الزمني لقانون العقد ليس بالشرط الجديد في عقود الدولة الاقتصادية عامة وعقود الاستثمار على وجه الخصوص ، إلا أن هذا لم يحل دون وجود اختلاف حول مضمونه وطبيعته القانونية ، وهو ما سيتم التطرق لع تباعا فيما يلي :

أولا :مفهوم شرط التجميد الزمني لقانون العقد الدولي

نتيجة فشل المتعاقد الأجنبي في إقناع الدولة المتعاقدة في اختيار قانون أخر غير قانونها الوطني ليكون القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي المبرم بين الطرفين ، يسعى ذلك المتعاقد إلى محاولة غل يد الدولة من خلال تقويض دورها بإدراج شرط الثبات التشريعي للقانون على نحو يحول دون سريان أية تعديلات تقوم بها الدولة على قانونها ، فيبقى العقد محكوما بالقانون الذي ابرم في ظله حتى ولو الغي أو عدل بعد ذلك .

ومعلوم أن عقود الدولة تتسم بخاصية عدم المساواة القانونية بين أطرافها ، فالطرف الأول وهو الدولة يملك سلطة التشريع وسن القانون ، لذلك يرى الطرف الثاني والمتمثل في الطرف الأجنبي انه يعد أمرا طبيعيا وجوب حمايته من الخضوع لأية تشريعات جديدة من شانها التأثير على حقوقه التي اكتسبها وقت إبرام العقد مع الدولة، فتلك التشريعات ليست في حقيقة الأمر سوى تعديل لذلك العقد بالإرادة المنفردة للدول ، وهذا ما يتنافى مع القاعدة المعروفة والتي تقضي بعدم جواز التعديل أو الإنهاء إلا بالإرادة المشتركة للطرفين [2].

[1] د. علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 176 .

[2] د.حفيظة السيد الحداد ،المرجع السابق ، ص 320 .

ويعرف جانب من الفقه شرط التجميد الزمني على انه "ذلك الشرط الذي يهدف الى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية في تعديل آو إلغاء القواعد القانونية النافذة بينها وبين المستثمر وقت إبرام العقد على نحو يخل بالتوازن الاقتصادي بين الطرفين " ، ويعرفه جانب أخر بأنه "ذلك الشرط الذي تتعهد بمقتضاه الدولة بعدم تطبيق أي تشريع جديد أو إجراء جديد على العقد الذي أبرمته مع المستثمر[1].

وفي نفس المنحى تقريبا يرى البعض الأخر بان شرط الثبات التشريعي هو : أداة قانونية يتم من خلالها حماية المستثمر من مخاطر التشريع متى حاولت الدولة تعديل بنود العقد بسن تشريع جديد يعدل أو يلغي التشريع الذي يحكم عقد الاستثمار[2].

ثانيا : الطبيعة القانونية لشرط التجميد الزمني

على الرغم من انتشار استخدام شروط التجميد الزمني في عقود الدولة سواء كان مصدرها تعاقديا أو قانونيا ، إلا أن الفقه قد انقسم بشان طبيعتها القانونية حيث رأى البعض أنها لا تعدو أن تكون سوى استثناء على مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد ، في حين اتجه الرأي الثاني إلى اعتبارها شروطا تؤدي إلى اندماج قانون الدولة في العقد فتفقد قواعده طبيعتها المعيارية لتصبح مجرد شروط تعاقدية.

أ : شرط التجميد الزمني استثناء على مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد .

إن شرط التجميد الزمني ليس عند جانب من الفقه إلا استثناء على مبدأ التطبيق الفوري والمباشر للقانون الجديد ، هذا المبدأ يقتضي كما هو معلوم دخوله حيز التطبيق والنفاذ بمجرد نشره وفقا للأوضاع القانونية المقررة ، ولحظة النفاذ تلك هي الفاصل بين انتهاء سريان القانون القديم وبدء سريان القانون الجديد.

ويعد الاستثناء المتضمن استمرارية نفاذ أحكام القانون القديم رغم تعديلها أو إلغائها بخصوص عقود الدولة استثناء قائما بموجب النص الصريح للمشرع الذي يملك سلطة وضع القيود على المبادئ العامة كلما رأى في تلك القيود تحقيقا للمصلحة العامة .

ومعلوم انه وإعمالا لمبدأ الأثر الفوري فان القانون الجديد الذي يصدر عن السلطة المختصة هو قانون واجب التطبيق في الحال وفور نفاذه على كل مركز قانوني ينشأ في ظله ولو كانت جذوره تمتد إلى الماضي، مما يعني الامتناع عن تطبيق القانون القديم الذي جاء القانون الجديد معدلا أو ملغيا له ، كما إن هذا المبدأ

[1] د.محمد فياض ، دور الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات النظرية وإشكالات التطبيق ، المؤتمر السنوي الحادي والعشرون الطاقة بين القانون والاقتصاد ،كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة ، يومي 20 و21 ماي 2013 ، ص 606 .

[2] د ، محمد إسماعيل عمر ، صناعة وتكوير البترول ، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، 2007 ، ص 06 .

يفترض تطبيقه حتى على المراكز القانونية المستمرة التي يدركها ولو نشأت في ظل القانون القديم والذي لم يعد صالحا بعد اتجاه المشرع إلى تعديله أو استبداله بقانون اعتبره الأصلح للمجتمع[1] .

ومع ذلك فان هذا المبدأ ليس مطلقا ، بل هناك استثناءات تقع عليه من بينها الاستثناء المتعلق بالالتزامات التعاقدية التي تكونت في ظل القانون القديم وظلت سارية حتى نفاذ القانون الجديد ، ففي هذه الحالة لا مجال للتمسك بالأثر المباشر للتشريع الجديد ، بل لا بد من تمديد حياة القانون القديم ليحكم أثار العقد حتى تنتهي .

وعليه فان شرط الثبات الزمني للقانون ليس في حقيقة الأمر إلا استثناء على مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد ، وبهذا فقط تتحدد طبيعته القانونية ، مما يجعل الاتفاق المتعلق بهذا الشرط متسقا مع الاستثناءات التي قال بها فقه النظرية الحديثة بشان هذا المبدأ على خلاف النظرية التقليدية القائمة على ما يعرف بالحق المكتسب .

ب: شرط التجميد الزمني إدماج للقانون في عقد الدولة

يرى بعض الفقه أن شرط التجميد الزمني ليس استثناء على مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد ، وإنما هو شرط يؤدي إلى اندماج قانون الدولة المتعاقدة في عقد الدولة فتتحول قواعده إلى مجرد بنود في ذلك العقد ، وتفقد بالتالي طبيعتها المعيارية ، لذلك يصف العديد من الفقهاء شروط التجميد الزمني بالشروط التحويلية لطبيعة القانون ، وكل هذا امتدادا لمبدأ راسخ في القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتجارة والاستثمار هو مبدأ سلطان الإرادة[2].

وبهذا فان التعديلات أو الإلغاءات التي قد تؤطر على القانون لا تسري على العقد ، ذلك أن قواعد ذلك القانون لم تعد متصفة بالصفة المعيارية التي فقدتها بمجرد اختيارها من قبل الأطراف المتعاقدة كقواعد تحكم العقد المجسد للمشروع الاستثماري المنجز .

وعليه فان إرادة المشرع التي خلعت على هذه القواعد الطبيعية المعيارية هي نفسها التي رفعت تلك الطبيعة وهذا يعني أن المشرع هو من صهر القانون في العقد ذاته فلا يكون له أية قوة إلا التي يعطيها له الأطراف بوصفها شروطا تعاقدية وعليه يمكن القول بأن القانون أضحى بموجب شرط التجميد الزمني ملكا للمتعاقدين فهو لا يستمد من سيادته لا سلطة تعهدهم ولا سلطة تعديله دون رضائهم .

[1] د. غالب علي الداودي ، المدخل لعلم القانون ، دار وائل للنشر ، عمان ، الأردن ، الطبعة السابعة ، 2004 ، ص 187 .

[2] انظر في مبدأ سلطان الإرادة وأثاره في نطاق العلاقات التجارية الدولية.

ج: رأينا الخاص :أمام هذا الاختلاف الفقهي حول الطبيعة القانونية لشرط التجميد الزمني يمكننا القول بأن الرأي الأول والذي يعتبره استثناء على قاعدة السريان الفوري والمباشر للقانون الجديد هو الأقرب للصواب والأكثر ملائمة ، وذلك على خلاف الاتجاه الثاني الذي جعل العقد طليقا حرا بدون قانون ، وهذا يشكل مخالفة لحقيقة دور الإرادة التي تستطيع اختيار القانون وليس تجريده من طابعه الملزم ، علما إن نظرية الاندماج التي قال بها بعض الفقه قد هجرها القضاء نتيجة مثاليها التي تمس بطبيعة القانون ووظيفته.

وقد أكد هذا الاتجاه احد قرارات التحكيم الشهيرة [1]، إذ قضي بأنه "من غير المعقول أن يعيش العقد في فراغ قانوني ، ولكن يجب أن يستند في ذلك إلى القانون فالإرادة لا تستطيع خلق روابط اتفاقية إلا إذا أعطاها القانون ذلك مسبقا ، وإذا كان العقد يخضع لمبدأ سلطان الإرادة فان الإرادة يجب أن يعبر عنها في إطار نظام قانوني معين يفرض عليها ".

والى جانب كل هذا يؤدي القول بنظرية الاندماج إلى سمو الإرادة الفردية على القانون ، كما يعني الاعتراف بالقوة الملزمة لاتفاقات الأفراد ، استقلالا عن القانون وهذا يبدو غير مقبول في المنطق القانوني ، ذلك انه لا قيمة للإرادة إلا بمقتضى القانون الذي يعطيها سلطة من اجل ترتيب الأثر المراد .

وبناءا عليه فان شروط الثبات التشريعي ليست في حقيقة الأمر سوى استثناء على مبدأ معروف لدى الأنظمة القانونية والفقه والقضاء على حد السواء ، هو مبدأ الأثر المباشر والفوري للقانون الجديد ، بحيث تستثنى عقود الدولة التي تكونت في ظل القانون القديم من خضوعها للقانون الجديد بما يستتبع بقاء المستثمر محتفظا بجميع الامتيازات والضمانات التي منحت له هذا بموجب نص صريح اقره المشرع نفسه.

ثالثا :شرط التجميد الزمني للقانون ومصالح الأطراف المتعاقدة

إن البحث في دور شرط التجميد الزمني وحول ما إذا كان تكريسا لمبدأ الحرية التعاقدية أم قيدا على سيادة الدولة وسلطاتها يدعو إلى التساؤل عن مدى صحة هذا الشرط وأثاره ، وهي مسألة اختلف فيها الفقه والقضاء بين مدافع عن صحة الشرط باعتباره محققا للأمان القانوني ، وبين مناهض له باعتباره قيدا يحد من سلطان الدولة وسيادتها .

[1] وذلك في النزاع مابين شركة نفط كاليفورنيا الأسيوية وشركة نفط تكساس عبر البحار وبين الحكومة الليبية ، حيث استبعد الفقيه ديباي فكرة العقد بدون قانون ، أو العقد الذي يحكم نفسه ، مشار اليه في :يوسف عبد الهادي خليل الاكيابي ، النظام القانوني لعقود نفل التكنولوجيا ، بدون ناشر ، 1989 ، ص 449، هامش 3 .

أ:تكريس شرط التجميد الزمني للأمان القانوني

مما لا شك فيه لدى العديد من الباحثين أن الغاية الأهم لإدراج نظام التجميد الزمني هو تحقيق الاستقرار والأمان القانونيين وحفظ توقعات الطرف المتعاقد مع الدولة ، ذلك إن تطبيق أية تعديلات أو إلغاءات على القانون الساري وقت إبرام العقد قد يؤدي إلى قلب التوازن التعاقدي وتوجيه اقتصاديات العقد لصالح الدولة و إلحاق الضرر بالطرف الأخر[1] .

ومن ناحية أخرى يجب الملاحظة بان القواعد الجديدة التي قد تطرأ على القانون الساري لم تنصرف إليها إرادة أطراف العقد ، فنيتهم اتجهت إلى اختيار قانون معين هو القانون الذي ابرم العقد في ظله ، مما يعني إعمال التعديلات أو الإلغاءات التي قد تطال ذلك القانون تجعل المتعاقدين أمام قانون أخر من حيث المضمون و الأحكام غير ذلك الذي اختاراه لينطبق على عقدهم ، ولو كان القانون بعد تعديله أو إلغاءه هو القانون الساري لحظة إبرام العقد لرفضه المستثمر ليكون قانون العقد ، أو حتى رفض الاستثمار والتعاقد أصلا لعدم تماشي التشريعات السارية مع مصالحه الاقتصادية[2].

وبهذه المثابة فان قبول الدولة بقاعدة التجميد الزمني للقانون يعني أنها تنازلت بشكل ضمني عن واحدة من أهم السلطات التي تتمتع بها والمتمثلة في الانطباق المباشر للقانون الجديد على جميع العلاقات القائمة والتصرفات لحظة نفاذه ، وذلك لصالح مبدأ سلطان الإرادة الذي يعطي للأطراف حق اختيار القانون الذي ارتضوا به كقانون لعقدهم في تاريخ محدد ، وبهذا فقط يتحقق الأمان والاستقرار في مجال المعاملات الاقتصادية ، علما أن الهدف الذي يسعى إليه المشرع أصلا من وراء إدراجه لقاعدة التجميد الزمني جاء بعد اعتقاده الجازم أن مناخ الاستثمار لن يكون قادرا على جذب المستثمرين إذا شعر هؤلاء بان القانون الذي يحاولون تجسيد استثماراتهم على أساسه بما يمنحه لهم من امتيازات قد يعدل أو يلغى ، فيجد هؤلاء أنفسهم أمام قانون لا يتماشى ومصالحهم ، ولو كان ساريا وقت إبرام العقد لم أقدموا على المغامرة برؤوس أموالهم في دولة يقوم مناخها الاستثماري على عدم الاستقرار التشريعي .

والواضح أن إدراج مثل هذه الشروط في عقود الدولة سيؤدي الى جعل العقد بمنأى عن أي تعديل يمس القانون الذي يخضع له[3]، وذلك حتى في الحالات التي يكون القانون الجديد الصادر عن الدولة المتعاقدة يمنع إدراج تلك الشروط ويعتبرها باطلة ، فالقاعدة التي أقرت عدم إمكانية المساس بالأحكام التي يخضع لها

---

[1] د.احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001 ، ص 319 .

[2] د.حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 336 .

[3] د احمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص321 .

المشروع الاستثماري تؤدي إلى توقيف قوة سريان القانون خاصة إذا كانت الشروط شروطا تشريعية موجودة بالقانون نفسه ، وليس ثمة ما يمنع فنيا من تجميد الدولة لقانونها في زمان معين حرصا منها على إقرار وتحقيق الأمان القانوني الذي يحقق مصلحة جميع أطراف عقد الاستثمار .

ب:تعارض شرط التجميد الزمني مع مصالح الدولة المتعاقدة

إذا كان الاتجاه الأول يعطي الأولوية لمبدأ سلطان الإرادة ، والذي تعد قاعدة التجميد الزمني من أهم وسائل حمايته في مجال عقود الدولة ، فان الاتجاه الثاني يرى بان تلك القاعدة تشكل قيدا على إرادة الدولة وسيادتها ، وهو ما يحول في الأخير دون الوصول إلى الأهداف المرجوة من وراء إبرام هذا النوع من العقود .

إن هدف الدولة بإبرامها للعقود مع الأجانب هو تحقيق التنمية الاقتصادية ، فهي ليست عقودا تقليدية للأطراف سلطة تحصينها ضد سريان أية قواعد قانونية جديدة ، كما أنها ليست نظاما ثابتا يحدد حقوق و التزامات الأطراف على نحو نهائي طوال مدة تنفيذها ، بل هي عقود لها طبيعتها الخاصة ، وهي طبيعة لها علاقة بالاعتبارات السياسية والاقتصادية ، خاصة وأنها تتراخى في الزمن مما يجعلها عرضة للتقلبات ، أنها عقود قابلة للتغيير بطبيعتها ، وهو ما يحول دون إعمال أية قواعد تتنافى مع هذه الطبيعة، ومن تلك القواعد قاعدة الثبات الزمني للقانون الواجب التطبيق على مشروع الاستثمار[1] .

ولقد أقر قضاء التحكيم فعلا حق الدولة في تعديل أو إلغاء قانونها وسريانه على عقد الاستثمار حتى في حالة وجود شرط التجميد الزمني ، ففي نزاع بين مؤسسة الاستثمار البيروفية وحكومة دولة بيرو، قضت هيئة التحكيم بحق هذه الأخيرة في تعديل قوانينها الضريبية نظرا لحاجة اقتصادها إلى تنمية موارده المحلية وفقا لمعيار المصلحة الاقتصادية العامة وذلك على الرغم من وجود تشريع سابق نص على أن قيمة الضرائب المفروضة هي تلك القيمة الثابتة وقت نفاذه[2] .

وعلاوة على ذلك فان الأخذ بقاعدة التجميد الزمني يخالف الأصول الفنية لمنهج التنازع ، ذلك أن المتأمل في تلك القاعدة يدرك تعارضا وخلطا من طرف المشرع نفسه في أهم الأسس التي يقوم عليها هذا المنهج لأنها ستؤدي إلى تجزئة القانون وهذا يتناقض مع فكرة الإسناد الإجمالي للقانون والتي تقضي بأن الإحالة لقانون معين معناها الإحالة إليه في جملته [3]،بحيث يتعين على القاضي في حالة وقوع أي نزاع أن يطبق القانون المسند إليه بكامل أحكامه ، بحيث لا يجوز له إعمال بعضها واستبعاد البعض الأخر، فمتى اتفق الأطراف على قانون

[1] د.حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 352 .

[2] د.محمد فياض ، المرجع السابق ، ص 620 .

[3] د. احمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 333 .

معين ليكون قانونا للعقد المبرم بين الدولة والمستثمر الأجنبي التزم القاضي باحترام ذلك الاتفاق وتطبيق القانون ككل ، وليس للأطراف مكنة تجزئته كما يفعلون عند تجزئته للعقد وهي مسألة فنية مختلفة تماما عن المسألة الأولى .

وحتى ولو افترضنا إمكانية تجزئة القانون واجب التطبيق على عقد الدولة بحيث يخضع فقط للأحكام السارية وقت إبرامه دون الأحكام الجديدة التي ألغت أو عدلت الأحكام الواردة في القانون القديم فان هذا سيجعل العقد دون قانون لأنها لم تعد أحكام متصفة بالطبيعة المعيارية بعد إلغائها ،لقد أضحت بمعنى أخر نصوصا ميتة في نظر مشرعها ، وهذا يعني أن القانون قد اندمج في العقد وتحول عن طبيعته وهذا يعد في حد ذاته أمرا مرفوضا فقها وقضاء .

ج: الوظيفة المالية لشرط التجميد الزمني

يتجه جانب من الفقه والقضاء حديثا إلى القول بان الحل الوحيد الذي من شانه أن يحقق مصالح الأطراف المتعاقدة في عقود الدولة لا يكون بإنكار شرط التجميد الزمني تماما والقول ببطلانه ، كما لا يكون بغل يد الدولة عن المساس ببنود العقد من خلال تعديل أو إلغاء قوانينها ، وإنما بتحويل وظيفته من شرط يهدف إلى تجميد دور الدولة إلى شروط تلعب دور الشرط الجزائي المعروف في إطار النظرية العامة للالتزامات[1]

ومضت الإشارة إلى انه لم يعد بالإمكان الاستغناء عن هذا الشرط والذي أضحى في العديد من تشريعات الاستثمار الوطنية ضمانا من ضمانات الاستثمار ، ذلك أن مصلحة المستثمر وطنيا كان ام أجنبيا تتحقق في ثبات العقد واستقراره وعدم المساس به لارتباط ذلك بالتوازن الاقتصادي له ،مما يعني أن القول ببطلانه لا يتماشى مع مصالح الدول التي تسعى جاهدة لاستقطاب اكبر قدر ممكن من الاستثمارات ونقل المعرفة الفنية والتكنولوجيا ، وهو أمر لن يتحقق في ظل رفض إدراج هذا الضمان واعتباره باطلا .

ومع ذلك فان مبدأ التجميد الزمني لقانون العقد مبدأ غير مطلق ، حيث لا يجوز وضع الدولة على الرغم من كونها شخصا سياديا من أشخاص القانون العام على قدم المساواة مع المستثمر الأجنبي ، لان الأمر يتعلق بمصلحة عامة تهدف تلك الدولة إلى تحقيقها والتي يتعين تغليبها على المصالح الخاصة ، وهذه قاعدة معروفة في كل الأنظمة القانونية الوطنية .

[1] د. حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 350 .

وتبعا لذلك فان وجود هذا الشرط وان كان هدفه حماية المتعاقد الأجنبي من التعرض لمخاطر استثنائية ناجمة عن تدخل الدولة وتعديلها أو إلغائها لقانونها ، إلا أنها شروط لا تقيد إرادة الدولة بشكل مطلق في اتخاذ الإجراءات ذات النفع العام سواء كان العقد خاضعا لقانون تلك الدولة أو لقانون أخر .

ولكن إذا كانت الدولة طرفا سياديا يتمتع بامتيازات استثنائية بالنظر إلى المسؤوليات الواقعة على عاتقها ، إلا أن هذا لا يحول دون نفي مسؤوليتها في حالة لجوئها إلى المساس ببنود العقد عند إعادة النظر في قوانينها ذات الصلة به ، لان هذا يعني تحميل المستثمر الأجنبي تبعات مالية تترتب على استخدام المزايا التي تتمتع بها الدولة والتي تفوق المخاطر المعتادة التي تقع على عاتقه مقارنة بالمخاطر التي اعتاد على تحملها .

وبهذا فان أي تدخل من طرف الدولة المتعاقدة ويكون من شانه المساس ببنود العقد المبرم مع المستثمر على الرغم من وجود ضمان الثبات التشريعي يجب أن يقابله تعويض عادل عن الضرر الذي لحق بالمستثمر وهذا تماما مثلما يحدث عند لجوء الدولة إلى تأميم المشروعات الأجنبية القائمة على أراضيها [1]

ومعلوم أن حق الدولة في التأميم معترف له بها وفقا للقرار الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1962/12/14 تحت رقم 1803 والذي اعتبره تعبيرا عن سيادتها الإقليمية ، على الرغم من وجود تعهد من قبل الدولة بعدم القيام بالتأميم ، حيث يبقى هذا التعهد صحيحا ويكون عاملا من العوامل التي يعتمد عليها القاضي أو المحكم في تقدير قيمة التعويض الذي يتعين على الدولة المؤممة دفعه للمستثمر الأجنبي [2].

وبإسقاط هذا التوجه في مجال التأميمات على شرط التجميد الزمني، فانه يمكن القول بأنه قد أصبح لهذه الأخيرة وظيفة مالية خاصة بعدما ثبت واقعيا فشل تلك الشروط في غل يد الدولة ومنعها من استعمال إرادتها في المساس بالعقد بلجوئها إلى استخدام مزاياها الاستثنائية التي تعد لصيقة بها ولا يمكن تجريدها منها بشروط الثبات التشريعي أو غيرها، لان الأمر يتعلق وبكل بساطة بالسيادة التي تعد أحد أهم الخصائص الملازمة لها سواء في نطاق القانون الداخلي أو في نطاق القانون الدولي العام.

وبمعنى أخر فان التزام الدولة بقاعدة التجميد الزمني لا يؤدي إلى حرمانها من سلطاتها ، ولكن هذا لا يعني أيضا أن هذه القاعدة عديمة الفائدة ولا ترتب أي أثار قانونية .

[1] د. احمد عشوش ، قانون النفط ، الاتجاهات الحديثة في تحديد القانون الذي يحكم اتفاقيات التنمية الاقتصادية الدولية ، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، 2003 ، ص 41 .

[2] د. بن احمد الحاج ، المرجع السابق .

وتتمثل الآثار القانونية الناجمة عن عدم التزام الدولة بقاعدة التجميد الزمني في التزامها بتعويض المتعاقد الأجنبي تعويضا عادلا يختلف من حيث المقدار عن التعويض الذي تلتزم به في حالة عدم وجود تلك القاعدة في قانونها أو شرطا في العقد المبرم مع ذلك المتعاقد، حيث تكون قيمته اكبر في الفرض الأول مقارنة بالفرض الثاني .

ويشير بعض الفقه على أن التزام الدولة بضمان التجميد الزمني يجبرها في حالة الإخلال به تعويض المستثمر عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب كان يمكن أن يحققه لو بقي العقد خاضعا لنفس أحكام القانون الذي ابرم في ظله ، في حين تلتزم بتعويضه عما تعرض له من خسائر فقط في الحالات التي لا يتوافر فيها هذا الالتزام [1].

وبهذا فقط فان شرط التجميد الزمني يبقى محتفظا بدوره كعامل لجلب الاستثمارات للدولة لان المتعاقد الأجنبي لن يتضرر ماديا لحصوله على تعويض منصف وعادل إذا أخلت الدولة بالتزامها ،وأما القول بان التجميد الزمني للقانون ليس له أي اثر فهذا سيكون عائقا من عوائق الاستثمار لان المستثمر لن يغامر بأمواله في ظل قانون يمنحه امتيازات ثم يتراجع عنها دون تعويض عن الأضرار التي قد تلحقه بعد تجسيد مشروعه الاستثماري على ارض تلك الدولة .

الفرع الثاني : شرط التحكيم بوصفه شرطا غير مألوف في عقود الدولة

يجمع العديد من الباحثين على أن التحكيم التجاري الدولي قد أضحى بمثابة القضاء الطبيعي للمنازعات التي تثور في نطاق عقود التجارة الدولية الحديثة ، فقد احتل في الوقت الحاضر مكانة متميزة كوسيلة لفض المنازعات المتعلقة بهذا النون من العقود وذلك راجع إلى مزايا عديدة يتمتع بها هذا النظام مقارنة بقضاء الدولة .

وقبل البحث في دواعي وأسباب اللجوء إلى هذه الوسيلة وتفضيلها من قبل المتعاملين في نطاق التجارة الدولية ، وجب البحث في ماهيتها وتمييزها عن غيرها من وسائل حل المنازعات المعروفة في نفس النطاق وذلك كما يلي :

أولا: ماهية التحكيم التجاري الدولي

إن البحث في ماهية التحكيم التجاري الدولي يحتم التطرق لتعريفه ثم لبيان خصائصه، وتمييزه عن غيره من وسائل فض المنازعات في التجارة الدولية .

[1] د. احمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 324 -325 .

1-تعريف التحكيم التجاري الدولي

إن التحكيم عموما هو صورة من القضاء الخاص الاتفاقي يهدف إلى عرض النزاع على أشخاص من غير جهات القضاء العادي ليفصلوا فيه بموجب حكم واجب النفاذ [1]، أو هو تقنية ترمي إلى إعطاء حل لمسالة تكون محل اهتمام علاقات بين شخصين أو أكثر ، والذي يتولاه شخص أو أكثر يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص يحكمون على أساسه دون أن تقلدهم الدولة هذه المهمة .[2]

ويذهب الفقيه فوشارد إلى تعريف التحكيم على انه اتفاق الأطراف على أن يخضعوا نزاعهم إلى قضاء خاص يختارونه ، بينما يعرفه الفقيهان روبرت وموروبأنه نظام للقضاء الخاص يتم بموجبه إخراج المنازعة من القضاء العادي ليتم الفصل فيها بواسطة أفراد يكتسبون مهمة القضاء فيها [3].

وقد اعتبره البعض بأنه الطريقة التي يختارها الأطراف لفض المنازعات التي تنشا عن طريق طرح النزاع والبث فيه أمام شخص أو أكثر يطلق عليهم اسم المحكم أو المحكمون دون اللجوء إلى القضاء ، في حين رأى البعض الأخر بأنه خصومة ومحكم يزود بسلطة الفصل فيها بقرار ملزم ، واتفاق بين الخصوم على التحكيم .

ومهما يكن فان التحكيم ليس في حقيقته سوى مجموعة من الأعمال المتتالية ، ويتمثل العمل الأول في الفعل الذي يقوم به المتنازعان اللذان يختاران طرفا أو أطرافا محايدين للفصل في النزاع القائم بينهما ، مع ارتضائها مسبقا بما سيصل إليه من حكم ، بينما يتمثل العمل الثاني في الفعل الذي يقوم به الطرف المحايد والمختار من قبل المتنازعين ، حيث يقوم بالتحري في الوقائع والبحث عن القواعد القانونية واجبة التطبيق ، لينتهي بحكم يجسد بموجبه العدالة تماما مثل الحكم القضائي الصادر عن جهات القضاء العادي .[4]

وإذا كان المهم في تعريف التحكيم التجاري الدولي أن يتضمن مجمل العمليات التي يتألف منها بداية من اتفاق الأطراف على طرح نزاعهم على محكم معين ، وصولا إلى عمل هذا الأخير ، فان وجوب تعلق النزاع المطروح بمعاملات التجارة الدولية أمر في غاية الأهمية وذلك لتحديد المضمون الحقيقي له ، إذ ليس كل تحكيم تحكيما تجاريا دوليا مما يعني أن وجود العناصر السابقة ، وان كانت تكفي لبيان ذاتية التحكيم على وجه العموم ، إلا أنها تبقى مع ذلك قاصرة عن إدراك المعنى الحقيقي للتحكيم التجاري الدولي محل الدراسة ،

---

[1] د.حفيظة السيد الحداد ، الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2004 ،ص09- 10 .

[2] David (r) l'arbitrage dans le commerce international . paris .1982. p09 .

[3] ا.د.بن احمد الحاج ، المرجع السابق .

4 د.محسن شفيق ، التحكيم التجاري الدولي ، دراسة في قانون التجارة الدولية ، مذكرات مطبوعة لطلبة كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1974 ، ص 06 .

والذي يعد عنصر اتصال النزاع بالتجارة الدولية من العناصر المميزة له عن سائر أنواع التحكيم الأخرى ، سواء في العلاقات الخاصة الداخلية أو في نطاق العلاقات المنضوية تحت لواء القانون الدولي العام .[1]

وبهذا فان التحكيم التجاري الدولي ما هو حسب اعتقادنا إلا نظام قضائي خاص يتولى تسوية المنازعات المرتبطة بالتجارة الدولية بناء على اتفاق بين الأطراف المتنازعة .

ومن خلال هذا التعريف يمكن أن نستشف العناصر الجوهرية للتحكيم التجاري الدولي والتي يمكن حصرها في مايلي :

أ :التحكيم التجاري الدولي نظام قضائي خاص

إن التحكيم التجاري الدولي هو مسار للفصل في الادعاءات المتباينة التي يتمسك بها أطراف النزاع ، وذلك وفقا لقواعد قانونية متكاملة موضوعية وإجرائية تتولى تنظيم سير الفصل في الخصومة إلى غاية صدور حكم حاسم للنزاع حائز لقوة الشيء المقضي فيه واجب التنفيذ بواسطة السلطة العامة ، مما يعني إن التحكيم يؤدي نفس الوظيفة التي يؤديها القضاء [2].

ويعد نظام التحكيم نظاما قضائيا خاصا لان المحكمين لا يمارسون سلطتهم في التصدي للنزاع باسم دولة معينة ، ذلك أن الطبيعة القضائية لهذا النظام في نطاق العلاقات الاقتصادية الدولية إنما تؤسس على أسباب مستقلة عن الأنظمة القانونية الداخلية ، فيكون المحكم حال نظره في النزاعات المتعلقة بتلك العلاقات غير مرتبط لا إجرائيا ولا موضوعيا ولا وظيفيا بأية دولة ، وذلك على خلاف القاضي الذي يستمد سلطته أصلا من دولته التي تمنحه مكنة النظر في النزاعات التي تندرج ضمن اختصاصه .

ب:التحكيم التجاري الدولي نظام مختص بالفصل في منازعات التجارة الدولية

من بين أهم ميزات التحكيم التجاري الدولي انه نظام قضائي يختص بالفصل في المنازعات المرتبطة بمعاملات التجارة الدولية ، مما يعني انه لابد من وجود نزاع أولا ، ثم تعلق هذا الأخير بمعاملات التجارة الدولية ثانيا .

ويعد وجود عنصر النزاع أمرا لازما لقيام التحكيم ، فإذا انتفى وجود النزاع انتفى معه وجود التحكيم أصلا ، فلو قام أطراف عقد بيع دولي معين بتخويل محكم سلطة تحديد الثمن فيه او غير ذلك من المسائل

[1] ا، د. بن احمد الحاج ، المرجع السابق ، ص 30 .

[2] د .احمد مخلوف ، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعة عقود التجارة الدولية ، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ، 2000 ، ص 11 .

الجوهرية التي لا ينعقد ذلك العقد بدونها ، فان الأمر لا ولن يتعلق في هذه الحالة بنظام التحكيم [1]، وذلك لعدم وجود نزاع يعمل المحكم على حسمه طالما أن دوره يتمثل في هذه الحالة في استكمال العناصر الجوهرية للعقد حتى ولو سماه الأطراف محكما .

وترتبط فكرة النزاع في التحكيم التجاري الدولي بطبيعة قانونية أو ادعاء قانوني ، فلو تدخل شخص ثالث عينه الطرفان من اجل تطويع شروط العقد ضمانا لتحقيق العدالة بينهما ، فان الأمر لا يتعلق بتحكيم وفقا للقانون ، وذلك لان مهمة هذا المحكم لا تنصرف إلى إصدار قرار قضائي ملزم لطرفيه ، وإنما مجرد تقديم تقرير فني لهما لا يتمتع بقوة الإلزام ، لذلك فهو ليس في الحقيقة سوى تحكيم خبرة[2] .

ولا يكفي من جهة ثانية أن يتعلق التحكيم بنزاع معين حتى يعد تجاريا دوليا ، بل لابد أن يتعلق هذا النزاع بالتجارة الدولية .

ولقد كان معيار تجارية التحكيم في بداية الأمر تقليديا يقتصر على المنازعات التجارية بمفهومها في التقنينات الوطنية ، وعلى الرغم من عدم وجود معيار واحد وعالمي في شان تقسيم المنازعات الى مدنية وتجارية إلا أن الدول ذات الأنظمة اللاتينية قد اعتمدته تماشيا مع سياستها التشريعية المتحفظة اتجاه التحكيم .

إلا انه ومع تطور السياسة التشريعية لنعظم الأنظمة القانونية والتي أصبحت تشجع التحكيم في نطاق العلاقات التجارية الدولية تماشيا مع التطورات التي لحقت بهذه الأخيرة ، حل مفهوم جديد لتجارية التحكيم ، حيث أصبح يكفي في ظل تلك الأنظمة أن تتعلق المنازعة بتبادل قيم اقتصادية في مقابل حتى يكون التحكيم تحكيما تجاريا دوليا ، فالتجارة الدولية تتسع لتشمل كل العلاقات الاقتصادية التي تهدف إلى إنتاج أو تحويل أو تداول للبضائع أو أداء للخدمات والتي تتجاوز حدود الدولة الواحدة .

وقد تبنى القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية مفهوما موسعا للتجارة الدولية ، أي اخذ بالمعيار الحديث لتجارية أو اقتصادية التحكيم، فيكون هذا الأخير تجاريا كلما نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي .

ج:التحكيم التجاري الدولي نظام قائم على اتفاق الأطراف المتنازعة

[1] وقد أطلق الفقيه اوبتي على هذا النوع من العمل اصطلاح التحكيم التعاقدي على اعتبار ان المحكم إنما يحاول استكمال احد أو بعض عناصر العقد المبرم ،وليس الفصل في نزاع نشا بعد استكمال هذا العقد لأركانه ، بينما سماه الأستاذ كاسيس بالتحكيم غير القضائي .

[2] د. احمد مخلوف ، المرجع السابق ، ص 13 .

إن الميزة الأخرى للتحكيم التجاري الدولي هي انه نظام يقوم أساسا على إرادة الأطراف ، أي انه مسار اتفاقي رهين بقبول هؤلاء اللجوء إليه للفصل في النزاع المطروح بينهم ، وان سلطة المحكم وصلاحياته تستمد وتحدد بموجب هذا الاتفاق ، وذلك على خلاف القضاء الذي ينصب فيه القاضي من قبل الدولة ويستمد ولايته وسلطاته من قانونها [1].

وعليه فان التحكيم التجاري الدولي ، وان كان مسارا للفصل في النزاع إلا انه مسار لا يملك احد المتنازعين سلوكه بإرادته المنفردة ، وإنما يتعين اتفاق الأطراف على اختياره كوسيلة لحل النزاع المطروح بينهم ، مما يعني أن هذا النوع من التحكيم يختلف عن التحكيم الإجباري ، فهذا الأخير وان كان يتعلق بالتجارة الدولية ، إلا أن إرادة الأطراف تنعدم فيه ، لأنهم ملزمون وفقا لقواعد قانونية أمرة في تشريعاتهم الوطنية باللجوء إليه لفض نزاعاتهم [2].

2-تمييز التحكيم عن غيره من وسائل فض المنازعات في التجارة الدولية

لا شك أن اجتماع الخصائص المميزة للتحكيم التجاري الدولي هو الذي يميز بينه وبين غيره من الأنظمة الأخرى التي تعرفها الحياة التجارية الدولية على اعتبار أنها هي أيضا وسائل بديلة لتسوية المنازعات المرتبطة بهذا النوع من التجارة ، والتي تتمثل أساسا في الخبرة والوساطة والتوفيق .

أ:التحكيم والخبرة في التجارة الدولية : تتمثل الخبرة في مجرد إبداء الرأي والمشورة من متخصص لمن يطلبها دون التزام من هذا الأخير بإتباعها ، وبهذا فان الخبرة في التجارة الدولية إنما تقوم على حسم مسألة فنية أو واقعية يتولى فيها الخبير تقديم الرأي أو المشورة ، فهو يبحث في مسألة واقع يعطي فيها رأيه الفني حتى ولو كان غير ملزم ، أما التحكيم فهو نظام يفصل بموجبه المحكم في نزاع معين يلتزم به المحتكمون ، أي أن المحكم إنما يقوم بالبحث في مسألة قانونية وليست فنية .

وإذا كانت الحالة التي يطلب فيها المتنازعان الخبرة من شخص ثالث يعينانه تشبه حالة اللجوء إلى التحكيم نظرا لوجود اتفاق في كلاهما ، إلا أن الخبرة تبقى مع ذلك مجرد من أي عمل قضائي ، ولا يواجه فيها الخبير أي ادعاء قانوني ، والعبرة في هذا الشأن ليست بالألفاظ التي يصف بها المتنازعان من يرتضيانه القيام بالعمل المتفق عليه تحكيما كان أم خبرة ، وإنما بحقيقة مهمة التي يعهدان له بها ، وحول ما اذا كانت فصلا في

[1] وتجدر الإشارة إلى انه لم يعد للتحكيم الإجباري مكانة على الصعيد الدولي بعد سقوط الأنظمة الشيوعية ، فقد انهار مجلس المعونة الاقتصادية المتبادلة المعروف باسم الكوميكون في فبراير عام 1991 ، كما زالت اتفاقية موسكو المبرمة في 29 /1972/5 المتعلقة بالتحكيم التجاري بين المؤسسات الاقتصادية للدول الأعضاء في هذا المجلس .انظر في هذا :احمد مخلوف ، المرجع السابق ، ص 15-16 .

[2] ا، د، بن احمد الحاج ، المرجع السابق ، ص 33 .

نزاع مطروح بينهما فيكون تحكيما ، أم مجرد تقديم أي استشاري يحتاج لحكم نهائي حتى يكتسب الطابع الإلزامي فيكون صلحا [1].

ب:التحكيم والوساطة في التجارة الدولية

تقوم الوساطة على وجود شخص يسعى إلى التقريب بين وجهات نظر المتنازعين والوصول إلى حل يقبل به الطرفان ، حيث يظل في تشاور دائم مع الأطراف المتنازعة سواء في اجتماعات منفصلة أو مشتركة يجمعهما فيها معا حتى يتم التوصل إلى حل ودي مقبول ، فإذا لم يجد جدوى من وساطته تعين عليه في هذه الحالة إنهائها [2].

وعلى خلاف ما سبق فان التحكيم ينتهي دوما بحكم فاصل في النزاع المطروح يجوز لمن له مصلحة من الطرفين التمسك به رغم امتناع الطرف الأخر عن تحرير العقد المتضمن نتيجة التحكيم ، أما إن كان الأمر يتعلق بمجرد وساطة فإن نكول احد الطرفين عن تحرير العقد المتفق عليه يعني في حد ذاته فشل الوساطة مما يفتح الباب لأي منهما نحو الاتجاه إلى القضاء [3].

وبناء على ما سبق فلو اتفق طرفا نزاع معين على تعيين شخص ثالث وتحرير عقد بينهما يضمنانه ما سيتوصل إليه من حل للنزاع المطروح ، فان العبرة لتحديد حول ما إذا كان الأمر يتعلق بتحكيم أو وساطة إنما تكون بحقيقة مهمة التي عهدا بها إلى الشخص الثالث ، وحول ما إذا كان حسم النزاع سيتم بحكم ملزم لهما ، وهنا نكون أمام تحكيم ، أو مجرد التوسط بينهما للوصول إلى حل مقبول بالنسبة لهما ، وفي هذه الحالة سنكون أمام مجرد وساطة هدفها التقريب بين وجهات نظر الطرفين [4].

ج:التحكيم والتوفيق في التجارة الدولية

إن نظام التوفيق هو نظام يقوم بالأساس على قيام شخص يدعى الموفق بتقريب وجهات النظر بين الطرفين المتنازعين ، بحيث يجعلهم يشتركون معه في إيجاد تسوية للنزاع المطروح بينهما ، او يحيطهم على الأقل بمضمون القرار الذي سيتخذه بهذا الشأن ، فإذا لم يقبل احد الطرفين أو كلاهما بما اقترحه الموفق ، أو انسحب احدهما أو كلاهما أثناء سير عملية التوفيق انتهت العملية .

---

1 د.مصطفى محمد الجمال ، عكاشة محمد عبد العال :التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية ، قانون التحكيم التجاري المصري رقم 27 لسنة 1994 في ضوء القانون المقارن وقانون التجارة الدولية مع الاشارة الى قوانين التحكيم العربية ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،لبنان ،1998 ،ص 25 -26 .

[2] د. احمد مخلوف ، المرجع السابق ، ص 18 .

[3] د. مصطفى محمد الجمال ، عكاشة محمد عبد العال ، المرجع السابق ، ص 27 .

[4] أ.د ، بن احمد الحاج ، المرجع السابق ، ص 34 .

وقد عرف قانون الاونيسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي التوفيق بأنه "كل عملية سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بأي تعبير أخر له معنى مماثل ، يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر أو أشخاص آخرين مساعدتهما في سعيهما من اجل التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية أو قانونية أخرى ، دون أن يكون للقائم بالتوفيق أي صلاحية لفرض حل للنزاع على الطرفين[1].

وعلى خلاف نظام التوفيق فان التحكيم ينتهي بقرار ملزم للطرفين بصرف النظر عن قبولهم أو رفضهم إياه ، كما أنهم يجهلون مضمون القرار الذي يتوصل إليه المحكم للفصل في النزاع المطروح عليه، لأنهم لا يشاركونه في إعداده كما هو الحال في التوفيق .

ثانيا :دواعي اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي في عقود الدولة

يبدو أن التنظيم الاقتصادي العالمي الجديد الذي بدأ في الظهور مع نشأ ة المنظمة العالمية للتجارة قد أدى على خلاف ما اعتقده البعض إلى اتساع دور الدولة في مجال العلاقات التجارية الدولية، فهذه الأخيرة تحررت من كل القيود ولم يعد فيها أي فرق بين من يمارس الأعمال التجارية سواء كان من أشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاص .

وطبيعي أن تشجيع حركة التجارة وازدهارها وكفالة حريتها يقضي بإخضاع جميع المنازعات المتعلقة بها إلى قضاء التحكيم حيث اخذ هذا الأخير حيزا هاما من بين جميع وسائل تسوية المنازعات ، حتى ولو تعلق الأمر بالعقود التي تكون الدولة أو احد فروعها طرفا فيها .

وعلى العموم فان الأسباب التي تدفع بالأطراف في عقود الدولة لاختيار قضاء التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لفض المنازعات التي قد تنشأ ، أو تكون قد نشأت بينهم بالفعل إلى نوعين من الأسباب يعود الأول منها إلى الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة ، في حين يعود النوع الثاني منها إلى الدولة الطرف في العقد [2].

أ:دو افع الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة

درءا للخطر الكامن وراء انحياز القضاء الوطني لصالح الدولة المتعاقدة ، يعمد الطرف الأجنبي المتعاقد معها إلى تضمين العقد الذي يبرمه مع تلك الدولة شرطا يسلب الاختصاص من ذلك القضاء ، ومنحه لقضاء مستقل عنها هو قضاء التحكيم ، وهو شرط يتمسك به هذا الطرف ولو حال ذلك دون إبرام العقد .

[1] د.فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، المجلد الخامس ،مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1997 ، ص 19 .

2 د. محمد محجوبي ، دور التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية الداخلية في ضوء القانون المغربي والمقارن ، مجلة المحكمة العليا ، الجزء الثاني ،ص 393 .

ومعلوم أن الدولة وان كانت مجرد طرف في العقد المبرم ، إلا أنها تبقى مع ذلك طرفا غير عادي من حيث المزايا والسلطات التي تتمتع بها ، وهو ما يمكنها من التأثير على حياد القضاء فيصدر أحكاما تتماشى ومصالحها ، ومن دون الأخذ بعين الاعتبار مصالح الطرف الأخر والذي يتضرر سلبا من وراء هذا التصرف المنافي للعدالة .

ومن المخاطر المتولدة عن عقود الدولة أيضا إمكانية تمسك الدولة بحصانتها القضائية أمام القضاء الوطني لدولة أخرى على نحو يجعل يده مغلولة عن النظر في المنازعات التي تكون هذه الدولة طرفا فيها ، وهنا تكمن الخطورة العظمى بالنسبة للطرف الأجنبي والذي سيتعرض لإهدار في حقوقه بمجرد دفع الدولة بحصانتها أمام القضاء.

وطالما أن الأمر كذلك فلا مناص للطرف الأجنبي من تجنب كل تلك المخاطر سوى إدراج شرط يقضي بعرض المنازعات الناشئة بينه وبين الدولة المتعاقدة على قضاء محايد ومستقل عن قضاء الدولة هو التحكيم التجاري الدولي [1].

ب:دو افع اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للدولة المتعاقدة

تسعى الدول في ظل الوضع الاقتصادي الحالي ، وعلى اختلاف توجهاتها إلى تحقيق تنمية اقتصادية شاملة بها ، وهي بهذا تقوم بإبرام العديد من العقود مع المستثمرين والمشروعات الأجنبية ، كتلك المتعلقة بنقل التكنولوجيا وتراخيص استغلال الثروات الطبيعية والتنقيب عن المحروقات وشق الطرقات وامتياز المرافق العامة وغيرها .

وعادة ما تواجه هذه التعاقدات والاستثمارات صعوبات جمة تحول دون إتمامها وانجازها ، ومن بين هذه الصعوبات كيفية تسوية المنازعات التي قد تثور بين الدولة أو احد فروعها وبين الطرف الأجنبي، حيث يخشى هذا الأخير إهدار حقوقه لعدم وجود ضمانات كافية تحمي حقوقه واستثماراته بهذه الدولة[2]

وحتى تضمن الدولة استقطاب اكبر قدر ممكن من الاستثمارات ، فهي لا تتردد في توفير ضمانة التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لفض المنازعات بينها وبين الطرف الأجنبي ، وغير خفي إن هذا الأخير لا يجازف باستثماراته إذا لم يكن متاحا له وضع شرط التحكيم ، أو إبرام اتفاقية تحكيم لمواجهة ما قد يثور من خلافات في المستقبل ، لذلك يلاحظ اتجاه معظم قوانين الاستثمار الخاصة بالدول نحو الاعتداد بالتحكيم وتبنيه

[1] د. حفيظة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، المرجع السابق ، ص 33 .

2 د.إبراهيم قادم ، الشروط المقيدة في عقود نقل التكنولوجيا ودورها في تكريس التبعية التكنولوجية على المستوى الدولي ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 2002 ، ص 117 .

كوسيلة لفض المنازعات مع المستثمرين ، وذلك لبث الطمأنينة في أنفسهم وتشجيعهم على استثمار أموالهم ، وهو الأمر الذي لن يتحقق فيما لو اجبر هؤلاء على مواجهة العدالة الوطنية .

بل وأكثر من ذلك فان التحكيم التجاري الدولي لم يعد في الوقت الحاضر حسب العديد من الفقهاء مجرد قضاء اتفاقي يتوقف على إرادة الخصوم ، وإنما صار اقرب إلى القضاء الملزم والدائم ، ذلك أن التراضي على اللجوء إليه أصبح اقرب إلى التسليم بشروط محددة سلفا لا تترك مجالا كبيرا لحرية الاختيار ، بل تفرض على الأطراف ولو بطريق غير مباشر ، كما هو الحال في العقود النموذجية التي تحتوي غالبيتها على شرط التحكيم ، علاوة على إن انتشار هيئات التحكيم الدائمة والمتخصصة في عمليات التحكيم قد جعل من مسألة خضوع المنازعات المتعلقة بهذا النوع من المعاملات لهذا النظام أمرا واقعا يخضع له الخصوم بمجرد اختيارهم لإحدى هذه الهيئات [1].

[1] د.احمد مخلوف ، المرجع السابق ، ص 19 .

الفصل الثاني : الطبيعة القانونية لعقود نقل التكنولوجيا والصور المميزة لها

يعتبر عقد نقل التكنولوجيا من العقود الأكثر شيوعا في تنفيذ العمليات ومن أهمها العمليات التجارية ذات البعد الوطني والدولي لاحتوائها على نقل مختلف الخدمات المتعددة وخاصة في مجال العلوم الصناعية المتقدمة ،و ذلك بالنظر إلى انه يعبر عن الإرادة التعاقدية للطرفين المتعاقدين "المورد " و"المستورد " رغم اختلاف الوجهة لكلاهما وتعارض مصالحهما في بعض الأحيان وما ذلك إلا تجسيد لمبدأ سلطان الإرادة لان عقد نقل التكنولوجيا من العقود ذات الطبيعة الدولية والتي تتمتع بقوة إلزامية سواء في مواجهة أطرافها أو في مواجهة الغير فينتج عنه القيام بالمبادلات التكنولوجية بين الدول المتقدمة من جهة وبين الدول النامية من جهة أخرى .

ويعتبر عقد نقل التكنولوجيا من العقود التي تتميز وتختلف عن باقي العقود التي تبرم على المستوى الدولي لما لها من أهمية اقتصادية ولما لها من دور في قلب موازين القوى الاقتصادية ،لذلك نجد هناك اختلاف حول التكييف القانوني لهذه العقود [1].

وتجدر الإشارة هنا إلى أن التكنولوجيا تكتسح مجالا واسعا ومفتوحا لتشمل بذلك كل الجوانب المعرفية ولذلك تأخذ عدة صور .

وبناءا على ما تم التقدم إليه فانه سيتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين الأول منهما بعنوان التكييف القانوني لعقود نقل التكنولوجيا ، والثاني بعنوان صور واتفاقيات عقود نقل التكنولوجيا .

[1] وليد عودة الهمشري ، عقود نقل التكنولوجيا والالتزامات المتبادلة والشروط التقليدية ، الطبعة 01 ، دار الثقافة ، الأردن ، 2009 ، ص 22 .

المبحث الأول : التكييف القانوني لعقود نقل التكنولوجيا

يتوقف على تكييف عقد نقل التكنولوجيا ، وأي عقد عموما ، آثار هامة ومتعددة في مقدمتها تحديد النظام القانوني الذي يخضع له العقد :

فان تم تكييفه على أساس انه اتفاقية دولية فهنا يتصدى القانون الدولي العام لحكمه ، وان تم تكييفه على انه عقد إداري فوجب تطبيق القانون العام الإداري ،ومن ثم القانون الخاص فيما لو تم تكييفه على أساس انه عقد مدني [1]. وفي محاولة لتقريب هذا العقد من الفئات القانونية المعروفة نجده يأخذ أحكاما من عدة عقود وذلك دون الخلط بينها .

ولذلك على الأغلب يتم اللجوء إلى التقدير الكمي لأهمية الأداءات الواردة في العقد ، وبناءا على ذلك سيتم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب بحيث سيتم التطرق في المطلب الأول إلى عقد نقل التكنولوجيا مابين القانون العام والقانون الخاص وفي المطلب الثاني سنتعرض إلى عقد نقل التكنولوجيا مابين عقد البيع والمقاولة وبعدها نتناول في المطلب الأخير تكييف عقد نقل التكنولوجيا لذاته وذلك تباعا كمايلي :

المطلب الأول : عقد نقل التكنولوجيا مابين القانون العام والقانون الخاص

بسبب تداخل وتشابه عقود نقل التكنولوجيا مع غيرها من الاتفاقيات الدولية الأخرى يصعب تحديد الطبيعة القانونية لعقد نقل التكنولوجيا ، فهذا التحديد ليس بالعملية السهلة وبالتالي فان الفقه قد اختلف حول التكييف القانوني لهذا العقد فيما إذا كان هذا العقد اتفاقية دولية وقد انقسم إلى اتجاهين

كما يرى بعض أنصار الفقه إلى أن هذا العقد هو من العقود الإدارية ، ويستند في ذلك إلى مجموعة من الحجج والتي سنتطرق إليها لاحقا .

وهناك جانب أخر من الفقه يرى بان عقد نقل التكنولوجيا هو عقد من عقود الإذعان وذلك لاختلال التوازن فيه من جهة ،ولان الدولة كطرف سيادي فيه من جهة أخرى .

وبناءا على ذلك سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع بحيث سنتناول في الفرع الأول عقد نقل التكنولوجيا اتفاقية دولية أما في الفرع الثاني عقد نقل التكنولوجيا عقد إداري ، أما فيما يخص الفرع الثالث فسوف نتناول فيه عقد نقل التكنولوجيا عقد إذعان.

[1] وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ، ص 135 .

الفرع الأول : عقد نقل التكنولوجيا اتفاقية دولية

أثير نقاشا واسعا حول مسالة التفرقة بين مفهوم العقد والاتفاق في إطار القانون الدولي الاقتصادي، ذلك أن البعض من فقهاء القانون الدولي قد اتجه متأثرا بالخصائص المميزة لاتفاق الدولة مع الأشخاص الخاصة الأجنبية خاصة وان القانون الدولي أو على الأقل المبادئ العامة للقانون قد تختار كقانون واجب التطبيق على العلاقة ،إلى القول باعتبار هذا النوع من العقود مثل غيره من الاتفاقيات التي تبرمها الدولة مع أشخاص القانون الدولي .

بينما لا يسلم البعض الأخر بهذا الوصف ولتذليل ذلك الخلاف الفقهي بشان عقد نقل التكنولوجيا قد يبدو من الأفضل تحديد تعريف الاتفاقية والمعاهدة وخصائصها المميزة لكي تعقد بينها وبين عقد نقل التكنولوجيا المقارنة اللازمة لبيان المسألة .

لذلك يعرف البعض الاتفاقية الدولية بأنها : اتفاق تعقده الدول لإنشاء أو تعديل أو إنهاء علاقة قانونية دولية بينهما .

ويعرفها البعض الأخر أنها اتفاقات تعقدها الدول فيما بينها بغرض تنظيم علاقة قانونية دولية وتحديد القواعد التي تخضعه لها هذه العلاقة .

ويطلق عادة اصطلاح الاتفاقية على الاتفاق الدولي الذي يتسم موضوعه بصبغة سياسية[1]

1-الاتجاه المناصر لاعتبار عقد نقل التكنولوجيا اتفاقية دولية :

أ: في الفقه : من ابرز المناصرين لهذا الاتجاه الفقيه الألماني "بوكشيتجل " إذ يؤكد انتماء تلك العقود إلى نطاق الاتفاقيات الدولية كلما توفرت فيها الشروط الخمسة التالية مجتمعة :

*أن يبرم الاتفاق في صورة اتفاقية دولية .

*أن يتولى إبرامها دولة أو احد سلطاتها العامة التي يعطيها النظام القانوني الداخلي السلطة والأهلية لإبرام الاتفاقيات [2].

*أن ينتج الاتفاق التزاما على عاتق الدولة المتعاقدة بالا تمارس بعض سلطاتها العامة وعلى رأس هذه القيود شرط التثبيت التشريعي .

[1] جمال الدين صلاح الدين، عقود نقل التكنولوجيا دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي ، المرجع السابق ، ص 251 .

[2] صلاح الدين جمال الدين ، عقود نقل التكنولوجيا دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي ، المرجع السابق ، ص 252 .

*اختصاص قضاء التحكيم الدولي بنظر ما ينشب من منازعات بين الأطراف نتيجة إخلال احدهما بالشروط المتفق عليها .

*تضمين العقد صراحة أو ضمنا إرادة الأطراف باستبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة .[1]

فإذا ما توافرت هذه العناصر المتميزة كان للاتفاق السمة الدولية ولو كانت مقيدة ،بينما ذهب جانب أخر من الفقه إلى اعتبار أن الشخص الأجنبي المتعاقد يمتلك شخصية دولية " حقوقها والتزاماتها مقيدة بموجب العقد " بما لا يستبعد تكييف عقده مع دولة ما بأنه اتفاقية دولية .

وقد اثر هذا الاتجاه الفقهي في :

ب:قضاء التحكيم الدولي :قد اثر هذا الفقه في قضاء التحكيم الدولي بشان المنازعات الخاصة بعقود الدولة ، ذلك التأثير الذي بلغ ذروته في التحكيم المعروف ب Texaco إذ ارتأى المحكم أن العقد محل النزاع ما هو إلا عقدا مدلولا ومن ثم فقد اعتبره مكافئا أو مماثلا للمعاهدة الدولية ورتب على ذلك المسؤولية على عاتق الحكومة الليبية باعتبار أن عملها أو مسلكها يعد عملا غير مشروع .[2]

2-التحفظات على اعتبارعقد نقل التكنولوجيا اتفاقية دولية :

أ-في الفقه :

إن من وضع الأسس لاعتبار عقد نقل التكنولوجيا اتفاقية دولية قد رهن ذلك بان يكون غرضه تحقيق المصالح العليا للدولة ، وبالتالي فان عقد نقل التكنولوجيا لإقامة مجمع صناعي حتى ولو استهدف مصالح حيوية رئيسية لا يمكن تكييفه كاتفاقية دولية وهذا حال كل عقد لا تتوفر فيه الشروط الخمسة سابقة الذكر مجتمعة وكأن هذا الاتجاه يوحي بأن الأصل تكييف العقد بعقد دولي خاص حتى إذا توفرت له شروط معينة ينقلب إلى اتفاقية دولية .

وبالمقابل كان هناك اتجاه فقهي آخر يذهب إلى أن تلك العقود ماهي إلا عقود دولية ليست معاهدات وذلك لان لبعضها أهمية تفوق أهمية الاتفاقيات الدولية ومع ذلك ليس هناك ما يمنع من تطبيق القانون الدولي العام ماذا توفرت سبل أو أسباب ذلك ومثال ذلك اتفاق المتعاقدين عليه لتكملة النقص في القواعد الواجبة التطبيق .

[1] وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ن ص 136 .

[2] صلاح الدين جمال الدين ، عقود نقل التكنولوجيا دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي ، المرجع السابق ، ص 254.

ب-في الو اقع :

إن بعضا من تلك الشروط الخمسة السالفة الذكر لا تقبلها الدولة النامية إلا في حالات محددة كحاجتها الماسة للتكنولوجيا مثل "التكنولوجيا اللازمة لإنشاء مفاعل نووي " "أو بصدد عقد لإنتاج أسلحة حربية متقدمة " حيث المتعاقد الأجنبي يملك قدرات مالية كبيرة بالإضافة إلى احتكاره لتلك التكنولوجيا [1].

ج:في القضاء التحكيمي:

إن ما ذهب إليه تحكيم تكساكو غير مستقر عليه وقد وجهت له انتقادات حادة ،وهناك تحكيم أخر سنة 1979 انتهى إلى تطبيق بعض النصوص اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات مما يقبل التطبيق بالقياس على عقود الدولة التي يسري عليها القانون الدولي بإرادة الأطراف (العقد شريعة المتعاقدين) إلا أن المحكم انطلق في ذلك من غاية تحقيق المصالح الاقتصادية للعقود التجارية طويلة الأمد [2].

وهذان الحكمان هما كل ما طرحه القضاء الدولي في هذا السياق ومات يستشف من ذلك هو أن حكمين قاصرين وغير كافيين للقول باستقرار قضاء التحكيم على مذهب معين .

وما لا يمكن استبعاده بالنوايا من خلال استخدام ذلك المصطلح هو استبعاد تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة .

والقول في هذا المجال هو أن أطراف الاتفاق الدولي لهم أن يطلقون عليه التسمية التي يريدونها كالمعاهدة أو الاتفاقية أو الميثاق أو الشرعة أو الصك أو حتى البروتوكول .اما بالنسبة لعقد نقلب التكنولوجيا فيفضل من ناحية شكلية إبقاءه على تسميته ، أما من ناحية موضوعية فان العقد يختلف عن الاتفاقية أو المعاهدة :إذ تعني هذه الأخيرة " الاتفاق المكتوب بين شخصين أو أكثر من الأشخاص الدولية والذي من شانه أن ينشأ حقوقا والتزامات متبادلة في ظل القانون الدولي ".

بل إن اتفاقية فيينا 1969 قد عرفت قبل ذلك المعاهدة بأنها "اتفاق دولي بين دولتين أو أكثر "[3]

ولعل من ذهب إلى تكييف عقد نقل التكنولوجيا على انه معاهدة قد استفاد من النقد الموجه إلى ما آلت إليه اتفاقية فيينا من أن المعاهدة هي اتفاق دولي بين شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي العام وهؤلاء الأشخاص غير مقصورين على الدول إنما يضاف إليهم (عدا المنظمات الدولية طبعا) –الأشخاص

[1] وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ، ص 137 .

[2] وقد جاء هذا التحكيم في معرض النزاع بين ليبيا وشركة بريطانية ، نتيجة تأميم الأولى للصناعات البترولية .

[3] د.محمد عزيز شكري ، مدخل إلى القانون الدولي العام ، الطبعة الخامسة ، منشورات جامعة دمشق ، 1992 ، ص 415 .

الاعتبارية ، لا بل إلى حد ما الأفراد الطبيعيين .وبالتالي فان عقد نقل التكنولوجيا الذي احد أطرافه دولة والأخر شخص اعتباري أو طبيعي أجنبي لن يستبعد من نطاق الاتفاقيات الدولية بموجب نص القانون ذاته .

وترى الدكتورة وفاء مزيد فلحوط أن القانون الدولي العام لم يأتي صراحة بمثل ذلك التكييف بل إن فقه وعرف ذلك القانون قد استقر بشكل واضح على استبعاد الاتفاقيات بين الدول والأشخاص الأجنبية من نطاق المعاهدات الدولية [1].

ثم إن القانون الدولي العام حينما اقر للشخص الطبيعي بشيء من الشخصية الدولية المحددة (من جهة ما له من حقوق وما عليه من التزامات) إنما فعل ذلك في سياق بعيد تماما عن الأنشطة الاقتصادية أو التجارية الدولية ،أو في معرض حق الشعوب في تقرير مصيرها مما لا يصلح للاستشهاد به فيما يتعلق بعقودنا محل الدراسة ، ثم إن تلك الشخصية المحددة مازالت محال نقاش وجدل حتى الآن [2]

الفرع الثاني : عقد نقل التكنولوجيا عقد إداري

استقر الفقه على أن العقد الإداري ما هو إلا أداة قانونية طورتها محاكم مجلس الدولة الفرنسي لتسمح بوجود نمط من العقود الملزمة قانونا ، تبرمها إحدى السلطات العامة أو إحدى الحكومات مع شخص أو مشروع خاص ، حيث تظل الدولة هي المسئولة على تحقيق المصلحة العامة والنظام العام، الذي قد يضطرب في حالة التنفيذ غير المحتمل وهي أن الدولة أو السلطة المتعاقدة قد تتعاقد بناءا على اختيارها وفقا للقانون الخاص ، فتخضع تعاملاتها للمحاكم المدنية العادية وقد تخضع تعاقدها لنظام مختلط من القانون العام والقانون الخاص ، وقد تبنى الفقه الفرنسي في تعريفه للعقود الإدارية معيارين اثنين ألا وهما :

1-أن يكون الغرض من العقد الإداري هو تحقيق مصلحة عامة .

2-أن يكون أحد أطراف العقد وحدة إدارية [3].

وفي الواقع لن نقطة البدء لدى الاتجاه القائل بان عقد نقل التكنولوجيا ينتسب إلى طائفة العقود الإدارية كانت تنبع من محاولات الفقه المؤيد لمطالب الدول النامية بتحقيق العدالة الاقتصادية التي رأت أنها لا يمكن أن تحقق إلا بالتنمية العاجلة لاقتصادياتها باستغلال المصادر الطبيعية ونقل وتطوير التكنولوجيا المتقدمة وزيادة القدرات المحلية على تعجيل وزيادة التصنيع .

---

[1] د.محمد عزيز شكري ، المرجع نفسه ، ص 420 .

[2] د. وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ، ص 139 .

3 د.صلاح الدين جمال الدين ،عقود نقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي ، المرجع السابق ، ص271-272.

وقد انعكس ذلك على المستوى القانوني فطالبت الدول النامية بمراجعة النظريات التقليدية لتحل محلها أخرى أكثر تقدما ، لتحقق مساواة اكبر فيما عرف بالنظام الاقتصادي العالمي الجديد الذي كان محلا لدراسات اقتصادية وقانونية عديدة .

ومن أدوات تحقيق هذه المطالب إيجاد النظريات التي تعطي للدولة أو مشروعها العام الحرية الكاملة التي تيسر لها التخلص من التزاماتها التعاقدية او التعديل فيها وفقا لاحتياجاتها لا سيما فيما يتعلق بالعقود الدولية بإرادتها المنفردة ، و قد اتخذت تلك النظريات تسميات عديدة منها " النظرية الموسعة للعقود الإدارية"[1].

*يستند أصحاب الاتجاه القائل بان عقود نقل التكنولوجيا هي من العقود الإدارية إلى مجموعة من الحجج نذكر منها :

1-يعتبر عقد نقل التكنولوجيا عقد إداري وذلك لتمتع احد أطرافه بصفة السيادة ، وذلك يساعد على تجسيد احد أهم مبادئ القانون الدولي المعاصر وهو مبدأ السيادة الدولية الدائمة على إقليمها وثرواتها الطبيعية .

2-اعتبار هذا العقد أي عقد نقل التكنولوجيا عقدا إداريا ،يتيح للدولة الطرف في العقد أن تعدل من الاشتراطات العقدية بإرادتها المنفردة ، وهذه الخاصية يرى فيها الفقه في الدول النامية أنها أداة فعالة في وجه استراتيجيات الطرف المورد للتكنولوجيا كالشركات المتعددة الجنسيات ، والتي تطمح للسيطرة على الطرف المتلقي للتكنولوجيا ، وخاصة في ظل حالة عدم المساواة الاقتصادية السائدة في المجتمع الدولي .

3-اعتبار عقد نقل التكنولوجيا من عقود التنمية وذلك بالدرجة الأولى ، حتى أصبح يطلق عليها عقود التنمية التكنولوجية وبذلك فهي كالعقود الإدارية تماما تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة للدولة .[2]

4-مساندة أحكام التحكيم الدولي التي كان لها صدى في ظل هذا التكييف والتي صدرت بشأن منازعات عقود الدولة للتنمية الاقتصادية ، ونذكر منها تحكيم "سفير saphire/nico وتحكـــيم b-p ضد ليبيا ، حيث اعتمد التحليل القانوني على أساس اعتبار العقد الليبي عقدا إداريا[3].

[1] صلاح الدين جمال الدين ، عقود نقل التكنولوجيا دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري ، المرجع نفسه ، ص 275-276 .

[2] د. حمزة عبابسة ، المرجع السابق ، ص 36 .

[3] د.صلاح الدين جمال الدين ،عقود نقل التكنولوجيا "دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي "، المرجع السابق ، ص 279-280.

تقييم الاتجاه الفقهي :

نستنتج مما سبق انه قد بدا واضحا مدى انتشار الفقه المؤيد للنظرية القائلة بانتقال نظرية العقد الإداري إلى نطاق القانون الدولي وعقود الدولة .

إلا انه هناك معارضة كبيرة لهذه الفكرة ،يكشف عنها التعامل الجاري في المعاملات الدولية وقضاء التحكيم ، حتى أن البعض يرى بان القانون الدولي يفتقر إلى التمييز بين العقود الإدارية وغيرها من العقود ، وان القانون الدولي لا يعرف ما يطلق عليه نظرية العقد الإداري .

كما يضيف فقهاء آخرين وبافتراضهم لانتقال نظرية العقود الإدارية إلى مجال عقود الدولة ، فان ذلك لن يؤدي إلى رفع التعارض بين مصالح الأطراف ، كما انه لن يؤدي إلى حل المشكلات القانونية التي تثور بينهم ، ذلك انه هناك تعارض لا شك فيه ولو جزئيا ، بين احتياجات ومتطلبات كل طرف مع الأخر[1] .

إذا ما يسعى احدهم إلى تامين التوازن والضمان لعلاقته العقدية ، فان الدولة تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة ، وهو ما يقتضي توافر مرونة كبيرة في العقد .

وإذا كان البعض قد اشترط لجواز انتقال عناصر العقود الإدارية إلى علاقات التجارة الدولية ، أن يتواجد أيضا قضاء إداريا دوليا له استقلاله ، فهو أمر لم يتحقق حتى الآن [2].

الفرع الثالث : عقد نقل التكنولوجيا عقد إذعان

تعرف بداية عقود الإذعان[3] بأنها العقود التي يسلم فيها القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ، ولا يقبل مناقشتها ، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي ، أو تكون المناقشة محدودة النطاق بشأنها[4].

ومن تطبيق ذلك على عقود نقل التكنولوجيا فان هناك من يرى أن تلك العقود هي فعلا من العقود النمطية ،ويدعم هذا التصور شيوع العقود النموذجية في التعاملات التجارية مما يعني تغيب مسبق لإرادة الدولة المتعاقدة ، إذ ليس عليها سوى الموافقة على مثل ذلك العقد النمطي برمته أو رفضه بمجمله .

1- صلاح الدين جمال الدين ،عقود نقل التكنولوجيا "دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي "، المرجع نفسه ، ص 280-281 .

2- صلاح الدين جمال الدين ،عقود نقل التكنولوجيا "دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي "، المرجع السابق ، ص 280-281 .

3- ذهب بعضهم على أن عقد الإذعان ليس عقدا في الحقيقة إنما قانون يفرضه الطرف الأقوى على الأخر الذي عليه الانضمام إليه ، لكن الرأي السائد في فرنسا انه عقد حقيقي لان إرادة الطرف القوي لا تكفي لوحدها لإبرام العقد .

4- د.صلاح الدين جمال الدين ، المرجع نفسه ، ص 293-298 وهناك من يرفض ذلك الاتجاه بدلالة وجود مفاوضات شاقة ومطولة قبل إبرام العقد أو لدرجة إجراء بعض الفحوصات والتجارب ، انظر د.يوسف عبد الهادي الاكيابي ، المرجع السابق ، ص 333.

وان أمكننا التأكيد على حقيقة غياب العقود النمطية في إطار نقل التكنولوجيا حتى يومنا الراهن ، فهل يمكننا الجزم بان عقد نقل التكنولوجيا ليس من عقود الإذعان ؟

أولا :يمكن القول بأنه ثمة اختلافات واضحة في عقود نقل التكنولوجيا المتشبعة والمعقدة ، بحيث لم تتمكن الجهود الدولية أو الوطنية من التوصل إلى صيغة مقبولة للتعامل النمطي على أساسها إنما كل ما توصلت إليه هو مجرد معايير دنيا للتعامل ، تتجسد بشكل إرشادات أو توصيات أو أدلة لا باس بها من حيث الكم أو من جهة إمكانية الاستدلال بها في التعاملات الدولية لتفسير شروط العقود ، إلا أنها لم تكن كافية للوصول إلى عقد نموذجي لنقل التكنولوجيا .

إلا أن غياب الصيغة النمطية كصيغة واحدة تفرض على الدولة النامية لا يعني تحرر إرادتها لدرجة التدخل في وضع شروط العقد أو تعديلها بحيث ينفي عن ذلك العقد وصف الإذعان ، وتفاءل من ذهب إلى الاعتقاد بأنه لم يعد مقبولا في العلاقات الاقتصادية و التجارية الدولية في الوقت الحاضر القول بان للمتعاقد الأجنبي أن يفرض إرادته على الدولة المتعاقدة بسبب نفوذه التكنولوجي والمالي ، لان تلك الدولة تصد نفوذه بسلطاتها السيادية كدولة ، مما يخلق توازنا للعقد ويبعده عن عقود الإذعان .

إذ علينا تناول الموضوع بتحليل قانوني أكثر منه نظري ، فالطرف المورد في عقد نقل التكنولوجيا مهما اختلف شكله هو الطرف الأقوى ويتمتع باحتكار قانوني فعلي للتكنولوجيا تمكنه من السيطرة المستمرة على الطرف المتلقي الذي لا يملك البديل في ظل الظروف الاحتكارية التي تغطي سوق التكنولوجيا .

كما أن العقد يتعلق بسلع أساسية وضرورية " صحيح أن معيار ما هو ضروري متغير حسب ظروف كل دولة وبالتالي يختلف من دولة لأخرى ، ولكن هل هناك من اختلاف على ما إذا كانت التكنولوجيا ضرورية أم لا لأي متلق (حتى ولو كانت دولة متقدمة صناعيا)"؟.[1]

هذا فان الإيجاب من المورد يأتي عاما ونموذجيا بحيث لا تستطيع الدولة التعديل في شروطه وهكذا تتوفر جميع الشروط القانونية لوصف عقد ما بأنه عقد إذعان .

أما الحماية القانونية والحماية القضائية فإنهما تقفان عاجزتين عن تغيير ذلك الوصف .فبالنسبة للحماية القانونية حسب م 150 من ق.م السوري و م 149 من ق.م المصري التي تمنح القاضي فيما لو تم العقد بطريق الإذعان حق التدخل لتعديل تلك الشروط أو إعفاء المذعن منها وفقا لما تقتضي به اعتبارات العدالة على اعتبار سلطته من النظام العام حيث يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .

[1] -د.وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ، ص 145 .

وعلى ذلك فان اختلال التوازن الاقتصادي مابين طرفي العقد يجعل السلطة القضائية في دولة المتلقي تحت وطأة الضغوط الاقتصادية ،يضاف إلى ذلك أن النص القانوني السابق يجعل من تنفيذ الأحكام الصادرة بتعديل أو إلغاء شروط العقد محل شك خارج الولاية الإقليمية للمحكمة ، مما يضطر المتلقي للتواطؤ مع المانح مرتضيا الخضوع لعقد غير متوازن أفضل من عدم وجوده نهائيا ، وبالتالي يفقد القضاء كمضلة للرقابة اللاحقة لتحميه بعد أن يكون قد ابرم العقد دون وجود مظلة تشريعية لحمايته منذ البداية كما أن النص القانوني السابق يفقد فعاليته تماما حين تضمين العقد (حسب إرادة المانح) شرط تحكيم أو فرض مايريد من تشريعات لتحكم العقد ، بحيث لا يكون للمحكمة إلا دورها في تفسير العقد في حالة غموضه وحتى هذه الأخيرة يتجنبها المانح عند صياغة العقد لاستبعاد أي اختصاص لتلك المحكمة.

وهكذا يتضح في رأي الغالبية أن عقد نقل التكنولوجيا في تسلسله الموضوعي وامتداده الزمني بمختلف أشكاله يكرس اختلالا واقعيا مابين الأطراف مما يقربه من عقود الإذعان [1].

وثمة من يذهب إلى أن عقود نقل التكنولوجيا من نوع الصفقات الشاملة حصرا ، وهي الأكثر انتشارا باتجاه الدول النامية وهي فقط من تقترب من عقود الإذعان .

أما إذا تمكن المتلقي من إدراك التكنولوجيا المنقولة وتحديد البدائل وكان لديه القدرة على فك الحزمة التكنولوجية فيستطيع أن يبتعد بعقده عن ذلك الوصف [2].

وعليه فان المتلقي بهذا التصور يبتعد أيضا عن كونه دولة نامية مما يخرج عن الفرض الذي نحن بصدد دراسته ولو طرحنا كل ما سبق قوله جانبا نجمل القول بالاتي : أن القانون هو من يحكم الواقع وليس العكس فلو نظرنا إلى عقد نقل التكنولوجيا من وجهة نظر قانونية لا نجده عقد إذعان ، إذ أن شروط الأخير غير محققة على الأول فالإيجاب مثلا في عقود نقل التكنولوجيا لا يأتي عاما ونموذجيا ، والمفاوضات موجودة وطويلة وتعتمد على مهارة الطرف المتلقي ، وكون هذا الأخير لم يحصد من خلالها ما يريد بسبب عدم خبرته أو ضعف مركزه التفاوضي فهذا أمر واقع ، وهذا ما يفسر أن نقل التكنولوجيا ذاتها من نفس المورد قد يتم بشروط مختلفة من متلق إلى أخر .وكلما كان المتلقي دولة نامية نجد في عقد نقل التكنولوجيا ملامح الإذعان حينما نعامله كظاهرة اقتصادية واقعية لا قانونية .

---

[1] د.محمد محسن إبراهيم النجار ، المرجع السابق ، ص 36-39 .

2- د.نادية مصطفى الشيشيني ، التصنيع وتكوين القواعد التكنولوجية في الدول العربية "درايسة مقارنة "، الطبعة الأولى ، جامعة الكويت ،1986 ، ص 38-40 .

المطلب الثاني : عقود نقل التكنولوجيا مابين عقود البيع والمقاولة

في محاولة لتقريب عقد نقل التكنولوجيا من الفئات القانونية المعروفة نجده يأخذ أحكاما عن عدة عقود دون الخلط بينها ، وقد جرى التمييز بنحو عام فيما لو كانت المادة تمثل القاسم الرئيسي في العقد فنكون أمام عقد بيع وعلى العكس نكون بصدد عقد مؤسسة [1] كلما كان العمل يشكل الموضوع الأساسي للاتفاقية .

إلا أن الأمر لا يغدو بمثل تلك السهولة فيما يتعلق بعقود نقل التكنولوجيا خاصة مع تعدد الأداءات بحيث يمكن أحيانا الجزم بان عقدا ما مثل عقد إيصال المهارة بأنه عقد مؤسسة ، بينما في عقد أخر كعقد توريد وتركيب تكنولوجيا جديدة حيث تتداخل فيه الأداءات لا نستطيع التأكيد على انه عقد مؤسسة أو على اعتباره عقد بيع .

كما لا نستطيع الاعتماد على التمييز مابين العقارات والمنقولات لتمييز عقد البيع عن عقد المقاولة خاصة وان عقد بيع العقار ومقاولة العقارات تشترك بصورة كبيرة في نظام واحد وكذلك الأمر فيما يخص مقاولة الأموال المنقولة مع بيع المنقولات .

لذلك على الأغلب يتم اللجوء إلى تقدير كمي لأهمية الأداءات الواردة في العقد ، فإما أن ترجح لصالح البيع ،وإما لصالح المقاولة ، وإما أن تقف معلقة بينهما بانتظار ترجيح معين ، وسندرس تباعا أمثلة وتطبيقات عن تلك الفروض الثلاثة المختلفة .

الفرع الأول :عقد نقل التكنولوجيا والمعيار المختلط (بيع –مقاولة)

ومثال ذلك حالة المعدات الصناعية ذات التصميم الخاص أي المهمات الصناعية التي لم يتم تصنيعها بعد ويجب تصميمها بصورة تلائم خصائص مجمع صناعي معين ،بحيث يتردد القضاء الفرنسي باعتبارها مقاولة منقولة أو عقد بيع شيء مستقبلي .

ويقدم القانون الوضعي الفرنسي ثلاثة معايير لحسم هذه المسألة [2]:

1- ظهرت الإشارة إلى عقد المؤسسة في المادة 1779 من ق.م الفرنسي وقد عددت الأنواع الرئيسية لهذا العقد ومنه "تأجير جماعة تلتزم بالعمل لدى شخص ما كالمهندسين المعماريين والمقاولين والفنيين بعد تقديم دراسات وطرح عقود"وفتح أسواق انظر :د.صالح بن بكر الطيار ، المرجع السابق ص 99-100 .

[2] د.وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ، ص 148 .

أولا -المعيار الذاتي أو معيار التصميم :

إذا تولى المورد إعداد تصميمات تلك المعدات كان العقد عقد بيع ، أما إذا تولى المتلقي إعداد تصميمات تلك المعدات كان العقد عقد مقاولة ، وعليه فإن هذا المعيار يقف عاجزا عن تحديد نمط العقد فيما لو نوقشت التصميمات على نحو مشترك .لذلك يمكن الاستعانة ب :

ثانيا –المعيار الموضوعي والاقتصادي :

إذ يعد بموجبه العقد عقد مقاولة إذا تجاوزت قيمة العمل قيمة المادة ، أما إذا تجاوزت قيمة المادة قيمة العمل فالعقد عقد بيع .

ولكن ماذا لو تساوت قيمة العمل مع قيمة المادة ؟ أو ماذا لو لم نتمكن من التحديد الدقيق لقيمة كل منهما ؟ وهو وارد جدا في عقد مركب محله متطور ودقيق مثل عقد نقل التكنولوجيا .

لذلك يبقى لنا المعيار الأكثر منطقية وعقلانية و هو :

ثالثا –المعيار المختلط :

وهذا بدوره يستند على طريقتين في تميز تكييف العقد :

الطريقة الأولى :تقوم على تتابع الأنظمة القانونية زمنيا بحيث يظل العقد عقد مقاولة حتى تسليم الأعمال " انتقال الملكية " ثم يصبح بيعا بعد التسليم ، مما يؤدي إلى فرض ضمان العيوب الخفية على المقاول .

الطريقة الثانية : تقوم على أصل الضرر أو العيب فان كان راجعا إلى المادة فيطبق نظام البيع أما إذا رجع إلى العمل فتطبق أحكام المقاولة .

هذا وبالرغم من منطقية هذا النظام فان القضاء الفرنسي لم يعتمده إلا نادرا وظل القول من طرف هذا الأخير بان تلك المعايير لا تؤدي وظيفتها إلا في حالة عدم إعراب الأطراف عن نيتهم ويبدو أن تلك النية كانت حاضرة وواضحة في الرجوع إلى أحكام عقد البيع تحديدا [1].

الفرع الثاني :عقد نقل التكنولوجيا وعقد البيع

يمكننا تعريف عقد البيع بأنه "اتفاق يلتزم بموجبه احد الأطراف بتسليم شيء ما ، بينما يلتزم الأخر بدفع الثمن ".

[1] د.نصيرة بوجمعة السعدي ، المرجع السابق ، ص 226-229-233 .

وعليه قد نجد داخل عقد نقل التكنولوجيا ما يقترب من عقود البيع ، ولكننا لا نستطيع التعميم نظرا لذاتية ذلك العقد ، وبمعنى أخر لا نستطيع القول بان عقد نقل التكنولوجيا ككل هو عقد بيع إلا أننا قد نجد بعضا من أداءاته بالنطاق الضيق تكييف على أنها بيع [1].

أولا : عقد نقل التكنولوجيا ليس عقد بيع

ذهب بعضهم وهم في ذلك على حق على أن تسليم الوثائق الفنية التي تشكل الدعامة الأساسية للمهارة لا يؤدي إلى تكييف عقد نقل التكنولوجيا كعقد بيع ، ذلك أن تلك الوثائق ليست في المحل الحقيقي لهذا العقد ، ولكن هذا لا يمنع من أن تكون الحقوق الفكرية موضوعا لعملية بيع رغم اننا نفضل استخدام مصطلح "عقد تنازل" أكثر من "عقد بيع[2] ".

وذلك أن عقد البيع ينطوي على نقل الملكية كاملة ، ولما كان موضوع عقد نقل التكنولوجيا هو نقل الخبرة ، فانه يترتب على اعتبار عقد نقل التكنولوجيا عقد بيع ، نقل الملكية مع كافة الوثائق التفسيرية للتكنولوجيا دون أي شرط يحدد أو يخص الحق بحيث يتمكن المتلقي من استثمارها حسب مشيئته وإعادة بيعها إن أراد .

إلا أن نقل التكنولوجيا لا يأتي عادة على هذا الشكل إنما يتم في ظل ترتيبات مختلفة تبتعد تماما عن ترتيبات عقد بسيط كعقد البيع ، ويدل على ذلك عدة حقائق مثل كون التكنولوجيا (وان خضعت للتسليم الفعلي في بعض صورها) محلا مغايرا وليست مجرد شيء مادي إنما تترافق بمجموعة من الأداءات والخدمات التي قد لا يقوم عقد نقل التكنولوجيا بدونها [3].

ثانيا :بعض مظاهرعقد البيع في عقود نقل التكنولوجيا

ينطبق وصف عقد البيع على بعض الأداءات الداخلة في عقود نقل التكنولوجيا ونذكر أشهرها:

أ-بيع المعدات الصناعية الموحدة :أي تلك المعدات المصنوعة قبل إبرام العقد والتي تباع بحالتها ويشمل الحكم السابق جميع الأشياء المنقولة المادية فيما لو كانت المادة محل التعاقد قدمت عن طريق المصنع نفسه.[4]

[1] د.نصيرة بوجمعة السعدي ، المرجع السابق ، ص 228 .

[2] -د.صالح بن بكر الطيار ، المرجع السابق ، ص 111 .

[3] -د.صالح بن بكر الطيار ، المرجع السابق ، ص 92-98 .

[4] -د.نصيرة بوجمعة السعدي ، المرجع السابق ، ص 229-234-235 .

ب:تسليم المعدات وتركيبها :

لا يغير من تكييف العقد بالتصور السابق التزام المورد بالتسليم في دولة المتلقي ،حيث الأصل تسليم المبيع في المكان الذي يوجد فيه محل البيع وقت التعاقد مالم يتفق المتعاقدان على غير ذلك ،مما يعني إمكانية الاتفاق على إلزام البائع بنقل الشيء المبيع (إلزام المورد بنقل المعدات والآلات التكنولوجية إلى الدول المتلقية مكان المجمع الصناعي مثلا).

أما احتمال تكييف ذلك الالتزام بأنه عقد نقل متميز عن عقد البيع ، فانه احتمال ضعيف وذلك أن التفرقة تقوم في الحالات التي يطلب فيها المشتري القيام بالنقل بصفة لاحقة على إبرام العقد .

أما في عقود نقل التكنولوجيا فان هذا النقل ماهو إلا عنصر من عناصر العقد نفسه ، ويمكن بأحسن فروضه اعتباره التزاما تبعيا كما لا يؤثر في تكييف العقد الالتزام بتركيب تلك المعدات بحيث يغدو الشخص بائعا للمعدات وملتزما بتركيبها خاصة وان كان ذلك التركيب لازما لها [1]،ويقتصر التركيب هنا على تركيب الآلة ذاتها ،أما تركيب الآلات مع بعضها البعض في معرض إقامة الوحدة الصناعية فهو أمر مختلف وأكثر أهمية فهو يعد عقد مقاولة وهو ما سنتعرض له في الفرع الثالث :

الفرع الثالث :عقد نقل التكنولوجيا وعقد المقاولة

عرف المشرع الجزائري عقد المقاولة بأنه قد يتم بمقتضاه أن يصنع شيئا أو يؤدي عملا لقاء اجر للمتعاقد الأخر ، وعليه فان عقد المقاولة هو اتفاق بين المقاول ورب العمل على أن يقوم المقاول بعمل لصالح هذا الأخير ، وفي مقابل اجر يدفع له ، وبالتالي فان عقد المقاولة يرد على محل لا يكون موجودا أثناء التعاقد وإنما يعمل المقاول على إيجاده في المستقبل بعد دخول العقد حيز النفاذ بين طرفيه [2].

وعليه فان عقد نقل التكنولوجيا الذي تم إبرامه بين المورد والمستورد بخصوص نقل المعرفة الفنية من الدول المتقدمة بواسطة الشركات أو الأشخاص المعنوية إلى الدول النامية ممثلة في احد مؤسساتها يعد من قبيل عقود المقاولة ، أين يقوم فيها المورد بعمل (نقل المعرفة الفنية) مقابل اجر معين يقوم بدفعه المستورد والواقع في المجال الاقتصادي يوضح لنا جليا هذا النوع من المعاملة بين المتعاقدين وبكل حرية في إبرام العقد والاتفاق على بنوده [3].

---

[1] -د.نصيرة بوجمعة السعدي ، المرجع السابق ، ص 241-242 .

2-توفيق زيدن ، التنظيم القانوني لعقد المقاولة على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري ،مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة الحاج لخضر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،2010، ص 08 .

[3] د. بن صيد بنوة ، المرجع السابق ، ص 09 .

وهذا لا يمنعنا من إدراج بعض الأداءات التي ترد غالبا في عقود نقل التكنولوجيا والتي يمكن تكييفها انفراديا كعقود مقاولة ومثال ذلك :

أولا - تشييد المباني : إذ تأخذ دائما محكمة النقض الفرنسية بتكييف العقد كعقد مقاولة عندما يتواجد بناء على ارض رب العمل (المتلقي) فالأرض هي دائما الأساس بغض النظر عن قيمتها ورغم أن المقاول ينقل ملكية المواد لمالك الأرض يظل العقد عقد مقاولة ، على اعتبار المواد تابعة للأرض وثانوية في أهميتها ولكون الالتزام الأساسي يرد على العمل .

ثانيا – أعمال الهندسة الصناعية :إما أن تكون محلا لعقد مستقل وهنا يمكن القول بأنها تقترب من عقد المقاولة (عقد ذهني) وإما أن ترد في عقد مركب (مثل عقد تسليم المفتاح).

ومنا نميز بين أعمال الهندسة الصناعية كالتصميم الخاصة بالمعدات وهذه تذوب في عقد بيع المعدات ذاتها ، وبين أعمال الهندسة الصناعية الخاصة بتجهيز المنشآت فهذه لا يمكن ربطها بعقود المقاولات .

ثالثا – تركيب المعدات :نظرا لأهميته فهو يشكل التزاما رئيسيا بحيث لا يمكن اعتباره مجرد التزام تبعي في عقد بيع ،وهو ما تتجه إليه إرادة الأطراف المتعاقدة .

رابعا - بدأ تشغيل المنشأة :فيما يتعلق بعقود نقل التكنولوجيا مثل عقود انجاز المجمعات الصناعية فان المورد يلتزم بإجراء تجارب متتالية لتأكيد جاهزية المنشأة وتعد تلك التجارب داخلة في إطار عقد المقاولة كونها واردة في العمل .

خامسا – أداء الخدمات مثل تقديم المشورة وإعداد العاملين : مقدم المشورة لا يعد وكيلا لأنه لا يقوم بالتصرفات القانونية لحساب العميل ، كما تتسم أداءاته بالطابع الذهني مما يستبعد تكييف عقده كعقد بيع ، وتقديم المشورة ما هو إلا التزام منصب على تقديم خدمة "ومن هنا يستند إلى عقد مقاولة إلا أن له ذاتيته "، أما بالنسبة للتدريب سواء أورد في عقد مستقل أم كشرط في عقد فيمكن تقريبه من عقد التعليم أي هو لخدمة شخص وبالتالي يقترب من عقد المقاولة [1].

هذا ولا بد من الإشارة إلى محاولة تكييف عقود نقل التكنولوجيا من منظور الدول النامية على وجه الخصوص حيث حصرت تلك العقود بعقود نقل السيطرة التكنولوجية ، مستبعدة بذلك عقود المبادلة التي ترد على شيء مادي مقابل عوض على نحو فوري أو لفترة قصيرة .

[1] د.نصيرة بوجمعة السعدي ،المرجع السابق ر، ص 227-248 .

المطلب الثالث :تكييف عقد نقل التكنولوجيا لذاته

في الحقيقة أن كل ما سيق ذكره عن تكييف عقد نقل التكنولوجيا ما كان إلا محاولة لتكييف الأداءات الداخلة في مضمون ذلك العقد ،فبعضها يكيف على انه عقد بيع ، والبعض الأخر عقد إيجار" كعقود الترخيص "، والعديد منها كعقود مقاولة .

أما تكييف عقد نقل التكنولوجيا ككل ،قد تم من خلال محاولتين ذهبت أحداهما إلى اعتباره عقدا مسمى وذالك بالرجوع إلى تحديد الالتزام الرئيسي فيه أو إلى قاعدة الفرع يتبع الأصل (الفرع الأول).إلا إن تلك المحاولة لم تلق نجاحا ، إذ اثبت الواقع العملي خلاف ذلك وبأن عقد نقل التكنولوجيا ماهو إلا عقد غير مسمى أو بالأحرى مركب عقدي (الفرع الثاني).

الفرع الأول :تكييف عقد نقل التكنولوجيا على انه عقد مسمى

نادى بعض الفقهاء بإمكانية جذب العقود الجديدة نحو المحور الذي تدور فيه العقود الموجودة والمعروفة مسبقا ، وتحاشي تعدد استخدام التكييفات غير المعروفة قدر الإمكان .

وانقسم هؤلاء إلى قسمين إذ ذهب بعضهم إلى تطبيق قاعدة الفرع يتبع الأصل بغية التوصل إلى إدراج عقد نقل التكنولوجيا تحت إحدى مجموعات العقود المسماة ، بينما ذهب آخرون إلى محاولة البحث عن الالتزام الرئيسي في العقد لتكييفه حسب ذلك الالتزام [1].

أولا – قاعدة الفرع يتبع الأصل :

تعتبر هذه القاعدة من القواعد الفقهية التي تتمتع بجذور تاريخية قديمة ، ومفادها أن الأقل أهمية يتبع الأكثر أهمية وهذا الأخير هو من يكيف العقد ، والسؤال المطروح هنا ما هو الأداء الأقل أو الأكثر أهمية في عقد نقل التكنولوجيا .

لقد رأى بعضهم انه في عقد مثل عقد انجاز مجمع صناعي يعد نقل الملكية هو الأصل وفيما عدا ذلك يعتبر فرعا وبالتالي يتم إدخال مثل هذا العقد ضمن عقود البيع (خاصة عقد بيع عقار تحت التشييد [2]) ، إلا أن هذا الاتجاه لقي معارضة شديدة سواء من جهة ذلك التكييف"عقد بيع عقار تحت التشييد " أو من جهة اللجوء إلى قاعدة "الفرع يتبع الأصل" . فمن تحليل تعريف عقد بيع العقار تحت التشييد نجد أن نقل الملكية

1- في الحقيقة كل من قاعدة الفرع يتبع الأصل ومفهوم الالتزام الأساسي ليسا إلا وجهين لعملة واحدة فاستخدام المفهوم الوظيفي لقاعدة الفرع يتبع الأصل يؤدي إلى التمييز بين الالتزام الأساسي والالتزامات التابعة .

2- وفقا للتشريع الفرنسي فان عقد بيع العقار تحت التشييد يعني " البيع الذي يلتزم فيه البائع ببناء عقار في إطار مدة زمنية محددة ".انظر د.نصيرة بوجمعة سعدي ، المرجع السابق ، ص 253 .

يلعب دورا هاما في إطار عقد انجاز مجمع صناعي لكن ليس بصدد نقل العقار إنما أيضا فيما يتعلق ببيع المعدات ،ثم إن بيع العقار تحت التشييد يفترض فيه أن الأرض مملوكة للبائع على انه في عقد نقل التكنولوجيا "تسليم المفتاح "يقوم البناء في الغالب الأعم على ارض مملوكة للعميل .

بالإضافة إلى أن المجمع الصناعي لا يمكن مقارنته بالمبنى لاختلاف طبيعة كل منهما من ناحية قانونية ومن ناحية فنية ، فالمجمع الصناعي يتضمن فكرة القدرة على الإنتاج مثلا بينما هذه الفكرة غريبة تماما عن المبنى .و حتى ولو استخدمنا التصور الكمي لقاعدة الفرع يتبع الأصل "ترجيح المادة على العمل أو العكس " فانه لا يستقيم مع عقد نقل التكنولوجيا لأننا لن نتمكن من فصل الأداءات وقياسها ومقرنتها لتحديد الأقوى منها (الأصل) أو الأضعف (الفرع) .

وحسب ما ذهب إليه بعض الفقهاء فان تلك القاعدة لا تستعمل إلا إذا توافرت رابطة التبعية أو رابطة الإنتاج بين الفرع والأصل (الفرع تابع للأصل أو ناتج عنه) وقياسا على ذلك لا يمكن تأكيد أن احد أداءات عقد نقل التكنولوجيا يرتبط برابطة تبعية أو إنتاج مع أداء أخر [1].

ثانيا -تمييزالالتزام الرئيسي "معيارمحل العقد ":

ذهب بعض الفقهاء في محاولة منهم لتكييف عقد نقل التكنولوجيا ضمن العقود المسماة للبحث عن الالتزام الرئيسي واعتباره محلا للعقد ، أما ما تبقى من الالتزامات فتعد مجردة التزامات تابعة لا تغير في تكييفه وبالتالي فان العقد الذي التزامه الرئيسي نقل معارف تكنولوجية وحده من يعد عقد نقل تكنولوجيا ، أما إذا كان هدفه الرئيسي كبيع سلع أو خدمات أو الترخيص بحق نمن حقوق الملكية الفكرية فلا يعد عقدا من عقود نقل التكنولوجيا [2].

ويبدو ذلك الاتجاه مثيرا للغرابة والكثير من التساؤلات القانونية والتناقضات ، فلو أخذنا مثلا عقد بيع مجمع صناعي ،واعتبرنا أن الالتزام الرئيسي فيه هو بيع المعدات والالتزامات الأخرى كالمساعدة التقنية هي مجرد التزامات تابعة ، فانه حسب معيار محل العقد "الالتزام الرئيسي " سيكيف على انه عقد بيع ، بينما في عقد أخر يتضمن تقديم مساعدة فنية مرافقة لمعدات و آلات يعد الالتزام الرئيسي فيه هو تقديم المساعدة الفنية مما يستدعي تكييف العقد على انه عقد مقاولة .

[1] -د. وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ، ص 158 .

[2] د.حسام محمد عيسى ، المرجع السابق ، ص 325 .

ومن هنا يظهر التناقض الصارخ بين الحالتين إذ أننا أمام مثالين عن ذات الحزمة التكنولوجية مرة اعتبر نقلها عقد بيع ومرة أخرى عد خلاف ذلك [1].

ويمكن تلخيص هذا التوجه المتناقض بكلمتين فقط أشارت إليهما المؤلفات الحديثة في هذا المجال وهما إن عقد نقل التكنولوجيا ليس **"عقدا مركبا "** بل **"مركبا عقديا "** .

وبالتالي لا يعد عقدا يمكن أن يكون فيه التزام رئيسي واحد ، بل مركب لمجموعة عقود لكل منها التزامه الرئيسي ،والفرق ما بين المصطلحين بعيد كل البعد .

الفرع الثاني :تكييف عقد نقل التكنولوجيا كعقد غير مسمى

يصطلح على العقد غير المسمى على انه العقد الخارج عن التنظيمات النموذجية التي حددها القانون على سبيل الحصر ويذهب معنى العقد غير المسمى في ثلاثة اتجاهات :

أ – العقد الذي لا يحدد المشرع نظامه القانوني ويتم تمييزه من خلال تحليله إلى أجزائه

ب - العقد الذي يصعب تحديده بأية طريقة ، ويتم تمييزه عن طريق الخليط من العقود القائمة والداخلة في تركيبه .

ج – العقد الذي لا اسم له بحيث يصعب على الأطراف أنفسهم تعيينه . (كالعقد الذي يبرم لحل مشكلة معينة) .

وبالتحليل الدقيق لهذا العقد نستنتج انعقد نقل التكنولوجيا ينتمي إلى النمط الثاني من تلك العقود وهو غالبا ما يتكون من مجموعة عقود أو من أداءات والتزامات تمتاز جوهريا بما يلي :

1- إن تلك الأداءات تنصهر منعكسة على بعضها البعض لتصل الى مرحلة الاندماج ، ولا تعد مجرد أداءات مجمعة أو متناسقة ،بحيث لا ينتج اتفاق غير مسمى بقدر ما ينتج عقد قادر على أن يستمد نظامه القانوني من عدة عقود مسماة [2] .

وتكون تلك الأداءات المندمجة مجموعا عقديا اقرب إلى مركب العقود منه إلى العقد المركب الذي يتكون محله من مجموعة من الخدمات و الأداءات التي يمكن أن يكون كل منها محلا لعقد مستقل .

أما مركب العقود فهو مجموعة من العقود الواردة على محل واحد لتحقيق غاية واحدة ، بينما العقد المركب يهدف إلى تحقيق غاية واحدة عبر عدة محلات .

[1] -د.حسام محمد عيسى ، المرجع نفسه ، ص 326 .

[2] د. نصيرة بوجمعة السعدي ، المرجع السابق ، ص 259 .

ويأتي مركب العقود على احد الشكلين :فإما أن يتكون من عقود متوازية ومتعاصرة ،وإلا فمن عدة عقود متسلسلة ومتعاقبة في إبرامها لا تدور عادة حول شخص محوري ،خلافا لما هو عليه الوضع في العقود المتوازية.

ويمكن أن نميز في العمل الدولي مابين إبرام مجموعة عقود ذات أهمية متساوية أو إلحاق اتفاقيات تكميلية بالعقد الأساسي[1] :

أ-في الحالة الأولى تغدو كل اتفاقية خاصة غير قابلة للانفصال عن الأخرى بحيث ينعكس أي خطا في إحداها على الأخرى ، فإلغاء اتفاقية المساعدة بسبب خطأ المورد يضع مجموعة عقود نقل التكنولوجيا في موضع شك . إلا أن المورد لا يمكن المتلقي عادة من الإفادة من هذا الوضع حيث يذهب إلى تجزئة الهدف التكنولوجي بحيث يصبح المجموع العقدي قابلا للتجزئة ، وبالتالي فان إلغاء اتفاقية المساعدة في الفرض السابق لن يؤدي إلى انهيار المجموع العقدي بأكمله تلقائيا .

ب –ولما كان المتلقي لا يفضل مثل ذلك الوضع الغريب فقد يقبل اللجوء لتنظيم قانوني أخر ،حيث يقتضي توقيع اتفاق رئيسي يتبعه باتفاقيات تكميلية تسعى لتحقيق الهدف النهائي عبر الاتفاق الرئيسي .

ومثال ذلك مانجده غالبا في عقود التعاون الصناعي ، إذ يتخذ ذلك العقد عادة شكلا هرميا يوضع في رأسه اتفاق التعاون ثم يندرج أسفلها باتجاه القاعدة مجموعة من العقود المحيطة ، والتي تشكل كل منها وثيقة عقدية مستقلة خاضعة للأحكام الواردة فيها ولأحكام العقد الأساسي وتسعى جميعا لتحقيق الهدف النهائي [2].

2-الهدف الخاص لكل عقد منتمي إلى المجموع العقدي (لنقل التكنولوجيا) بصفته مركبا عقديا ، نستطيع القول بان مجموع العقود المنتمية إليه تسعى لتحقيق الهدف النهائي والمشترك للعقد غير المسمى إجمالا ، بينما لكل عقد من تلك العقود هدفه الخاص .والتمييز بين الهدف النهائي والهدف الخاص يعود بنا إلى التمييز مابين موضوع العقد وسببه .

ولا نعني في هذا الطرح تلك الأسباب التي دفعت بالأطراف للتعاقد ،كونها شخصية ومتغيرة من عقد لأخر ، بقدر ما نعني الدافع المشترك بين المتعاقدين والذي يتوافق مع هدف وموضوع العقد .

3-الهدف المشترك لمجموعة العقود المنتمية إلى المركب العقدي " ترابط العقود " :

على الرغم من تعدد الالتزامات الداخلة في عقد نقل التكنولوجيا إلا أنها تتضافر لتحقيق الهدف النهائي من العقد (بما في ذلك الهدف الخاص) ويمكن اعتبار الهدف النهائي كموضوع للعقد يسعى الهدف

[1] د.محمد محسن إبراهيم النجار ،المرجع السابق ، ص 115-116 .

2-إن تلك العقود المحيطة يمكن أن تكون عقود تعاون صناعي في مجال أضيق –أو عقودا غير تعاونية –فقد تكون عقودا عادية كالبيع أو الاستئجار ... راجع د.محمد محسن إبراهيم النجار ، المرجع السابق ، ص 118 .

الخاص لانجاز مرحلة هامة في اتجاهه ، ومن هنا فانه رغم ظهور هدف تعاقدي حالي لكل عقد فان تلك العقود تتعاون جميعا لتحقيق الهدف التعاقدي البعيد (فالتأهيل التقني مثلا سيساهم فيما بعد بتحقيق التمكن التكنولوجي)[1]

[1] د.وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ، ص 163 .

المبحث الثاني: صورو اتفاقيات عقود نقل التكنولوجيا.

تتنوع عقود نقل التكنولوجيا من حيث الشكل والمضمون ، وقد ساهمت عدة عوامل في هذا التنوع وأهمها ، تفاوت احتياجات الدول للتكنولوجيا اللازمة لعمليات التنمية ، ولقد شكل هذا التنوع مادة خصبة للفقه ، الذي حاول تصنيف هذه العقود إلى فئات ومن بين الذين قسموا عقود نقل التكنولوجيا إلى قسمين philip khan نذكر من هذه التصنيفات في القسم الأول عقود موضوعها التكنولوجيا مثل عقد بيع الآلات وقطع الغيار وبيع الوحدات الصناعية وعقود التعاون الصناعي ، أما في القسم الثاني فان العقود المندرجة فيه هدفها الحقيقي اكتساب التكنولوجيا مثل عقود تنظيم المشروعات وعقود تكوين وإعداد الإطارات الفنية وعقود المساعدات الفنية وعقود البحث والتطوير .

كما قام الفقه الحديث بتقديم تصنيفات أخرى لعقود نقل التكنولوجيا قائمة على أساس البناء القانوني لهذه العقود ،وبذلك تقسم هذه العقود حسب هذا التصنيف إلى ثلاث فئات : عقود بسيطة لنقل التكنولوجيا وعقود مركبة ، وعقود التعاون الصناعي[1] .وهذا هو التصنيف الذي سيتم اعتماده في هذا البحث كما يلي :

المطلب الأول: صورنقل التكنولوجيا.

يمكن أن نميز في معرض عقود نقل التكنولوجيا حسب تصنيفات الفقه الحديث بين ثلاثة صور لعقود نقل التكنولوجيا يأتي في مقدمتها عقود النقل البسيطة ثم يليها عقود النقل المركبة وأخيرا عقود التعاون الصناعي وذلك في ثلاثة فروع كالأتي :

الفرع الأول: عقود نقل التكنولوجيا البسيطة.

العقد البسيط هو :" اتفاق بين طرفين يتعهد بموجبه الأول أن ينقل المعرفة الفنية بجميع عناصرها أو بعضها إلى الآخر، ويعني ذلك أن محل هذا العقد يقتصر على مجرد نقل هذه المعرفة، وتنحصر العلاقات القانونية بمجرد نقل المعرفة الفنية طبقاً لما التزم به المورد عند التعاقد دون المراحل التالية".

وهذه الصورة منتشرة بين الدول المتقدمة بعضها مع بعض بسبب عدم حاجتها إلى كفاءة المورد بعكس ما هو عليه بالنسبة للدول النامية، حيث يكون المتلقي فيها غير قادر على استيعاب واستخدام تطوير المعرفة الفنية مما يضطره إلى طلب مساعدة المورد في تقديم خدمات أخرى.[2]

[1] -صلاح الدين جمال الدين ،المرجع السابق ، ص، 89 .

[2] _ محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في نقل التكنولوجيا، المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص161.

وللعقود البسيطة أنواع نذكرها فيما يلي:

أولاً: عقد ترخيص استغلال التكنولوجيا.

يشتق اصطلاح الترخيص من الاصطلاح اللاتيني Licentio ومعناه الحرية Liberty وهو ينصرف إلى حرية الفعل أو التصرف، وبعبارة أخرى ينصرف إلى شرعية ذلك التصرف، إذ بدون الترخيص بالاستغلال يعد استعمال الحق محل مثل هذا الترخيص أمراً غير مشروع.

وقد ذهب البعض في فقه القانون التجاري التقليدي إلى تعريف الترخيص تعريفاً واسعاً بأنه:" حق يعطى من سلطة مختصة لمباشرة عمل لا يعتبر مشروعاً دون هذا الترخيص".[1]

أما في الفقه الحديث فيعطى للترخيص أكثر اتساعاً وتفصيلاً إذ يقصد به" إذن من طرف يطلق عليه المرخص الحائز الأصلي للحق سواء كان شفاهة أو كتابة، بمقابل أو بدون بمقابل، صراحة أو ضمناً، لصالح طرف آخر يطلق عليه المرخص إليه باستغلال الرخصة المملوكة للأول والتي قد تغطى براءات للاختراع والعلامات التجارية وحقوق التأليف والمعرفة الفنية والمساعدات الفنية، فردية كانت أم بالاشتراك مع آخرين، وسواء كان ترخيصاً قصري أو غير قصري من حيث الزمان والمكان يسمح فيه باستغلال الترخيص".

ومع ذلك بقصد بالمقصود بعقد ترخيص الاستغلال الذي يناط به _ فرضاً_ نقل التكنولوجيا لصالح الدول النامية " الإذن لمنشأة وطنية باستعمال حقق مملوك لمشروع أجنبي قد يكون طريقة استحدثها في الصناعة أو تصميماً وضعه لآلة أو اختراعاً ابتكره أو نموذجاً ابتدعه وسواء في ذلك أكان الحق مشمولاً أم غير مشمول بالحماية المقررة للملكية الصناعية.[2]

– أنواع عقد الترخيص.

1- التمييز من حيث حصرية الترخيص.

أ- الترخيص الاستئثاري أو الحصري: ويعني بأن المرخص له وحده حق استخدام التكنولوجيا محل الترخيص، بحيث يمتنع على المرخص ذاته أو على المرخص لهم الآخرين من قبله القيام بذلك الاستغلال.[3]

---

[1] _ صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا، ب ط ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005، ص94.

[2] _ صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص51.

[3] _ وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق ،ص288.

ب- **الترخيص الوحيد**: وهو الذي يمتنع بموجبه حائز التكنولوجيا، عن منح تراخيص بالتكنولوجيا لغير المرخص له، إلا أنه يحتفظ لنفسه بحق استخدامها، فيكون حق استخدام التكنولوجيا مقصوراً على المرخص حائز التكنولوجيا وعلى المرخص له دون غيرهما.[1]

ت- **الترخيص غير الاستئثاري**: وهي ما يفضلها المرخص كونه يحتفظ بحق استغلال التكنولوجيا محل الترخيص، مع حق إعادة ترخيصها لأشخاص آخرين في ذات الوقت.[2]

2- **التمييز من حيث تقييد الترخيص.**

أ- **الترخيص المقيد زمنياً**: وهو ما كان الترخيص فيه محدداً بمدة ينتهي بانتهائها، كما لو كان عقد ترخيص ببراءة اختراع، محدداً بمدة مساوياً لصلاحيتها أو مدة أقل.[3]

ب- **الترخيص المقيد مكاناً**: وذلك عندما يأتي عقد الترخيص مقيداً بنطاق إقليمي معين، وقد يرد ذلك القيد شديداً مع عدم السماح للمرخص له بالاتجار بالمنتجات المصنعة عبر التكنولوجيا المنقولة خارج مكان إبرام العقد مثلاً، وقد يأتي أخف وطأ كعدم السماح له بالتصدير إلى منطقة معينة فقط.[4]

ت- **الترخيص المقيد استعمالاً**: وهو ما كان ترخيص التكنولوجيا فيه مقصوراً على غرض معين، يمتنع عن المرخص له باستخدام التكنولوجيا في غيره. كأن بقصر المرخص الحق في الترخيص، على التصنيع فقط، أو البيع دون غيره.[5]

3- **من حيث الرضائية:**

أ- **تراخيص جبرية**: هي جزاء تفرضه بعض التشريعات لعدم الاستغلال أو كفايته.

ب- **تراخيص بحكم القانوني**: وضع عبارة ترخيص بقوة القانون أمام براءة ما بناء على طلب صاحبها على أن يقوم مكتب البراءات بنشرها.[6]

---

[1] _ أحمد بن فهد بن حمين الفهد، عقد نقل التكنولوجيا دراسة فقهية ، أطروحة دكتوراه ،كلية الشريعة ،جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، السعودية ، 2001، ص183.

[2] _وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص298.

[3] _أحمد بن فهد بن حمين الفهد، المرجع السابق، ص183

[4] _وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص290.

[5] _أحمد بن فهد بن حمين الفهد، المرجع السابق، ص184.

[6] _وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص297،302.

ثانياً: عقد الهندسة:

يلتزم المهندس بموجب هذا العقد بأن يصمم أو يؤسس منشأة ضمن الشروط المنصوص عليها في العقد مقابل ما يتعهد الملتقي الوفاء به من أداءات، على أن التزام المهندس يأتي في إحدى صورتين: أولهما التزام استشاري لا يتضمن إجراءات الدراسات وتنفيذ المشروع بصيغته الأولية أو النهائية، ويتكفل العقد بتحديد الأداءات التي يلتزم كل طرف فيه بالقيام بها، وهي بالنسبة للمورد الالتزام بتزويد المتلقي بالسندات والرسومات والخرائط والخطط ونوعية الآلات. ويعد كل ذلك من عناصر المعرفة الفنية وتشكل مجتمعة أو منفردة محلاً في العقد لنقل التكنولوجيا.[1]

ثالثاً: عقد المساعدة الفنية والتدريب.

تعتبر المساعدة الفنية عنصر جوهري في المعرفة الفنية وجرى استعمال هذا المصطلح في غالبية العقود الناقلة للتكنولوجيا، وتأتي المساعدة الفنية في العقد، كشرط في العقد الأصلي أو في عقد لاحق ومستقل للعقد الأصلي، وتتضمن من بين عناصرها تدريب الموظفين والعمال والمهنيين في بعض أساليب التحكم في التكنولوجيا وتطويرها بتبيان عدد المتدربين ومكان ومناهج التدريب، لذا فالمساعدة الفنية هي: " تقديم الخدمات اللازمة لوضع المعرفة الفنية المنقولة موضوع التنفيذ، لذا وغالباً ما يكون هذا العقد كشرط في نقل المعرفة الفنية والتكنولوجيا بصورتها العامة وهذا لأهمية هذا النوع من العقود، وبه يطبق التطور التكنولوجي ويركز على تدريب ورسكلة عمال وموظفي الدولة المستقبلة للتكنولوجيا، وهذا لكي يتمكن الطاقم الفني للمتلقي من استعمال التكنولوجيا.[2]

رابعاً: عقد البحث.

يهدف هذا العقد إلى التوسع في مجال العلم والبحث التطبيقي والتوصل إلى اكتشافات جديدة، وحل هذا العقد هو المعرفة الفنية التي عن طريقها يمكن التوصل إلى معارف فنية جديدة.

ومن أمثلة عقود البحث، عقد التنقيب عن البترول والمعادن والعقود التي تستهدف اكتشافات طرق فنية جديدة، أو ابتكار وسائل فنية كحل لمشكلات صناعية، ويعد التزام الطرف الأول كمورد للمعرفة الفنية في هذا العقد التزاماً ببذل عناية.[3]

---

[1] _محمود الكيلاني، المرجع السابق ، ص162.

[2] _ نبيل ونوغي، يوسفي علاء، الإطار القانوني لعقد نقل التكنولوجيا وآثاره المباشرة ،المجلد الخامس ، العدد 1مجلة صوت القانون ، الجزائر ، 2018 ، ص248.

[3] _ محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص163.

خامساً: عقد التنظيم.

نظراً لنجاح التجربة التكنولوجية لدى الدول وخصوصاً تسيير الهياكل الصناعية والمؤسسات، تلجأ بعض الدول إلى محاولة الاستفادة من الخبرات والمعارف التقنية في مجال التسيير والتنظيم وذلك كجزء من التكنولوجيا، وعقد التنظيم يتميز عن العقود الأخرى أنه لا يبرم إلا بعد إجراء دراسة من الطرف المورد للتكنولوجيا حول الإمكانات التنظيمية ووسائل أهداف الطرف المتلقي للتكنولوجيا.[1]

الفرع الثاني: عقود نقل التكنولوجيا المركبة.

في ظل تطور احتياجات الدول النامية وتطور سياسات واستراتيجيات عمل الشركات المتعددة الجنسيات ظهرت أساليب جديدة للتعاقد في صورة إجمالية فيما أطلق عليه العقود المركبة.[2]

وللعقود المركبة عدة أنواع نذكرها فيما يلي:

أولاً: عقود تسليم المفتاح.

تجمع الدراسات القانونية في هذا المجال أن الأساس التاريخي لهذا العقد يرجع إلى ما بعد نهاية الحرب العالمية الثانية، حيث استعمل هذا النظام التعاقدي من طرف الولايات المتحدة الأمريكية لمساعدة الدول الحليفة والمحطمة من جراء الحرب، وذلك لإعادة بناء قاعدتها الصناعية، وهذا ضمن مشروع مارشال الاقتصادي سنة 1947، ثم انتشر استعمال هذا النظام التعاقدي في عمليات نقل التكنولوجيا بين الأطراف الحائزة للتكنولوجيا والمتلقية لها، وعرف هذا النظام ذروة استعمالاته خلال فترة الطفرة النفطية التي استفادت منها الدول النامية المصدرة للنفط.[3]

ويعرف عقد تسليم المفتاح بأنه:" تجهيز وحدة صناعية " مجمع صناعي" وتسليمه جاهز إلى الدولة مستوردة التكنولوجيا".[4] ويعرف بأنه:" عقد يلتزم خلاله المقاول رب العمل بإتمام عمليات بناء المشروع وتوريد الآلات والأجهزة وتركيبها وتجريبها والإعداد للتشغيل، بالإضافة إلى تقديم المعونة الفنية حتى تمام المصنع بكامل كفاءته وطاقته مع تدريب العمال".[5] أو :" تعهد المقاول بالقيام بالعمل كله ليسلم جهة الإدارة الأعمال الإنشائية

[1] _ عبابسة حمزة، وسائل نقل التكنولوجيا وتسوية نزاعاتها في القانون الدولي، رسالة ماجستير، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، 2008/2007، ص49.

[2] _ صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، المرجع السابق، ص58.

[3] _ عبابسة حمزة، المرجع السابق، ص49.

[4] _ موفق نور الدين، عقود نقل التكنولوجيا بين التفاوض والإذعان، المجلد 8، العدد 2، مجلة القانون، الجزائر، 2019، ص52.

[5] _ وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص334.

والأعمال الأخرى سواء كانت كهربائية أو ميكانيكية أو خلافه ويسلمها المشروع في صورته النهائية مستعداً للعمل فور تسليمه".[1]

- **صورعقد تسليم المفتاح.**

1- **عقد تسليم المفتاح الجزئي أو الخفيف:** وفيه تحاول الدولة ومشروعاتها وأجهزتها المتعاقدة الاحتفاظ بجزء من الأعمال التي ترى أنها قادرة على إنجازها، في ضوء القدرات التكنولوجيا المحلية. وقد يلتزم فيه المنشئ بإعطاء الأفضلية للمتخصصين المحليين عند إبرامه عقود المقاولة من الباطن لإنجاز بعض الأعمال المتفق عليها.[2]

2- **عقد تسليم المفتاح الشامل أو الثقيل:** وهي التي يلتزم فيها مانح التكنولوجيا بإنشاء الوحدة الصناعية، وتسليمها بشكل كامل، مع تدريب عاملي المتلقي، من أجل استيعاب التكنولوجيا المنقولة.

وقد برز مثل هذا النوع من العقود في تشييد المطارات مع تزويدها بكل ما يلزم، إنشاء معامل تكرير النفط، إنشاء مصانع البتروكيماويات، إنشاء المصانع الحربية والإلكترونية.[3]

تقييم عقود تسليم المفتاح.

1- من الناحية الاقتصادية: يرى الفقه أن هذا النمط العقدي يسمح بتحسين وتجديد الصناعات المحلية، إذ يمكن للدولة المشترية أن تتجه إلى إنتاج صناعي معين دون أن تمتلك التقنية اللازمة لإنتاجه ودون أن تضطر إلى تشييد الوحدة الصناعية، كذلك تسمح للدولة الحصول على تجميع سريع للتكنولوجيا، كما تسمح بالحصول على ائتمان أكبر لتمويل المشروع، كذلك تجنب الأخطاء في التنفيذ.

2- من الناحية القانونية: تتسم هذه العقود بالبساطة والوضوح ووحدة الأداء العقدية المستخدمة، وكذلك تسهل هذه الوحدة من عملية التفاوض لإبرام العقد، ومنع تجزئة الجهد عند حل المنازعات.[4]

أما سلبيات هذه العقود تتمثل في :

1- من ناحية سرعة تنفيذ المشروع: فقد أثبتت العديد من الأمثلة طول الوقت اللازم للإنجاز، مع وجود الكثير من حالات التأخير في مختلف مراحل العقد.

[1] _ ريتا سايد سيدة، العقود التجارية الدولية والعمليات المصرفية، ب ط، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، لبنان، 2014، ص125.

[2] _ صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا، المرجع السابق، ص122.

[3] _ أحمد بن فهد بن حمين الفهد، المرجع السابق، ص192.

[4] _ صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا، المرجع السابق، ص124-126.

2- من ناحية التكاليف: إن فرص المبالغة في تكاليف العمل تتزايد مع الاقتراب من تلك الصيغة العقدية أكثر من غيرها، ويعزى سبب ذلك لصعوبة تحديد ثمن ملائم لكل عنصر يقدمه المنشئ.

3- من ناحية الملائمة: بدا واضحاً عدم ملائمة غالبية الوحدات الصناعية المنشأة بموجب عقد تسليم المفتاح مع هيكل الإنتاج المحلي، مما فسر تزايد تبعية الدول المتلقية للتكنولوجيا.[1]

ثانياً: عقود تسليم الإنتاج في اليد.

لقد ظهرت فكرة هذا العقد بظهور مساوئ عقد تسليم المفتاح وذلك بعد أن طالبت الدول النامية بتعديل صيغة هذا العقد على إثر فشل بعض المصانع وتوقفها، وطالبة هذه الدول أسفرت عن زيادة في التزامات المورد. وهذه الزيادة أدت إلى تقبله فكرة الالتزام بتحقق النتيجة وتعهده بها كان برهاناً عن رغبته في تحقيق هدف التعاون.[2]

ويعرف عقد المنتج في اليد بأنه:" العقد الذي يلتزم به الطرف الأجنبي بإقامة وحدة صناعية بنظام تسليم مفاتح باليد، بالإضافة إلى تقديم المساعدة الفنية لاستمرار إدارتها وتشغيلها، بما في ذلك تدريب العمال المحليين حتى يكتسبوا الخبرة اللازمة للحصول على الانتاج المتفق عليها كماً ونوعاً".[3]

وهذا العقد مقارباً لعقد تسليم المفتاح، ذلك أن عقد تسليم الإنتاج في اليد متضمن للالتزامات ذاتها التي يتضمنها عقد تسليم المفتاح، غير أنه يزيد عليه التزام مانح التكنولوجيا، بتدريب العمال المحليين ليكتسبوا الخبرة اللازمة التي تمكنهم من الحصول على الإنتاج المتفق عليه.[4]

يحدد هذا العقد في نصوصه الشروط التي يلتزم بها المورد، وتشمل على وصف لقدرته على الإنتاج بكمية معينة ونوعية محددة، ويحدد العقد كذلك المستندات التي تتضمن الخدمات والمعدات والأدوات التي يتعين على المورد تسليمها للمتلقي لكي يحقق المشروع هدفه على نحو ما اتفق عليه، ولتحقيق هذا الهدف لا بد أن يتولى المورد سلطة التنظيم والإدارة الفنية وتدريب المستخدمين.[5]

وبعد انتهاء التدريب يتم التسليم المؤقت للوحدة الصناعية، وبهذا تبدأ ما تسمى بفترة" الإدارة الأولية" والتي يسعى فيها مانح التكنولوجيا إلى إثبات قدرة العمال المحليين، على استغلال المنشأة، مما يثبت اكتسابهم

---

[1] _وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق،ص 354-356.

[2] _ محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص170.

[3] _ وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص372.

[4] _ أحمد بن فهد بن حمين الفهد، المرجع السابق، ص195.

[5] _ _ محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص170.

للخبرة اللازمة، وعادة ما تكون هذه الفترة سنة كاملة، فإن فشل المانح إثبات قدرة العمال يلزمه تمديد هذه الفترة سنة أخرى، ثم يتم بعدها التسليم النهائي.[1]

تقييم عقود الإنتاج في اليد.

أولاً: المزايا.

1- تسمح الالتزامات في هذا العقد بتأكيد وضمان استمرارية تدفق تيار المعلومات الفنية بين مرحلة إبرام العقد وتشييد الوحدة وحتى مرحلة الإنتاج.

2- تجنب حالة الركود والثبات فيما يتعلق بالتطورات التكنولوجية المتلاحقة.

3- لا يتم تسليم الوحدة بمجرد إتمامها بل يلتزم بالتدريب والمساعدة الفنية لتشغيلها.[2]

ثانياً: السلبيات.

1- إن الالتزام بالتسويق في هذا العقد، لا يعدو كونه التزاماً ببذل عناية، وليس التزاماً بتحقيق نتيجة، لأن مانح التكنولوجيا لا يضمن السعر، ولا حجم المبيع، لارتباط ذلك بشروط السوق وهو غير خاضع لسلطة مانح التكنولوجيا.[3]

2- إن المنشئ قد يضطر تحت ضغط من مستورد التكنولوجيا، وخشية من توقيع الجزاءات الباهظة إلى إنجاز العمل بسرعة غير ملائمة، مما قد يؤدي إلى الوقوع في الأخطاء الفنية.

3- تزيد من التبعية التكنولوجية من خلال الحاجة إلى المستمرة للخبرات الفنية الأجنبية طوال حياة المشروع.

4- إن الشركات الأجنبية التي تحوز التكنولوجيا تبذل جهدها للسيطرة على مراحل إنشاء المشروع بزعم أنها لن تتمكن من ضمان المنتج النهائي والتحكم فيه.[4]

ثالثاً: عقد الإنتاج والتسويق.

تعرف عقود الإنتاج والتسويق بأنها:" إتفاق يلتزم فيه المورد بتقديم الدراسات، وإنجاز الوحدة الصناعية وضمان الإدارة ثم تسويق المنتجات".

---

[1] _ أحمد بن فهد بن حمين الفهد، المرجع السابق، ص196.

[2] _ صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا، المرجع السابق، ص140.

3_ أحمد بن فهد بن حمين الفهد، المرجع السابق، ص200.

[4] _ صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا، المرجع السابق، ص124.

ومن ذلك يتبين أنه قد أضيف إلى التزامات المورد التزام جديد بتسويق المنتجات. وقد يكون الإلتزام بالتسويق التزماً دائماً أو مؤقتاً بغية مساعدة طالب التكنولوجيا، في توزيع الإنتاج حتى يتمكن من ذلك بنفسه.[1]

الفرع الثالث: عقود التعاون الصناعي.

أمام مساوئ ومخاطر الحلول الجاهزة الاستثمار المباشر، تسليم مفتاح باليد، والإنتاج باليد، وقيام العديد من الدول النامية بتأميم الاستثمارات الغربية، ظهرت إلى حد ما أزمة عالمية في حياة التجارة العالمية، وكان الحل الأمثل للخروج من تلك الأزمة هو اللجوء إلى عقود التعاون الصناعي نظراً لما تحققه من مزايا لعاقديها، وخاصة الدول النامية التي فضلت الدخول كشريك تجاري في مشروع ما يخضع لرقابتها بما تقدمه تلك العلاقة العقدية من دافع نفسي لشعوبها وكثيراً ما اشترطت تشريعاتها تلك المشاركة نظراً لما قد تحققه من مزايا تنموية لا يمكن بلوغها بجهد طرف واحد.[2]

ومن جهة مقابلة امتنعت بعض الشركات الأجنبية عن تقديم التكنولوجيا لمشروع ما دون مشاركتها فيه إذ رأت في تلك الطريقة تحاشياً لمخاطر التأميم ونزع الملكية وضماناً للحصول على معاملة تفضيلية كالإعفاءات الضريبية عدا ما قد يحققه ذلك الأسلوب من مزايا اقتصادية كإمكانية الدخول إلى أسواق الدولة الشريكة والحصول على كلفة متدنية للمنتج نتيجة انخفاض أجور يد العاملة فيها إضافة إلى تقديم الحلول لكثير من المشاكل الجدية ذات الصلة[3] ، وبالنتيجة ظهر عقد التعاون الصناعي كعقد نافع لكلا الطرفين يحد من خسارتهما وينظم علاقتهما بشروط مرنة.

وعليه يمكن إعطاء عدة تعاريف لعقد التعاون الصناعي كما يلي:

ظهر في تعريف عقود التعاون الصناعي مجموعة واسعة ومختلفة من الاتجاهات إلا أننا يمكننا حصرها بجهود دولية وأخرى فقهية.

أولا: تعاريف المنظمات الدولية والتعاريف الفقهية.

1- تعريف المنظمات الدولية.

عرفت اللجنة الاقتصادية الأوربية التابعة للمجلس الاقتصادي الاجتماعي للأمم المتحدة في الدليل المتعلق بعقود التعاون الصناعي تلك العقود بأنها:" عمليات تتجاوز البيع والشراء البسيط للأموال والخدمات وتحتم إنشاء مصلحة مشتركة بين بلدان مختلفة لفترة معينة وغالباً ما يكون لتلك العمليات طابعاً تطورياً".

[1] _ صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، المرجع السابق، ص84.

[2] _ وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص436.

[3] _ موسى متري، المرجع السابق، ص172،171.

بينما عرفتها الانكتادUnctad(: في إحدى تقاريرها الصادرة عام 1975 بأنها شكل جديد نسبياً يمثل العقود المبرة لعدة سنوات بين شركاء ينتمون إلى أنظمة أو بلدان مختلفة وتشمل مجموعة عمليات متكاملة ومتضامنة".

ونلاحظ بأن التعريف الأول يميل لترجيح عقود التعاون بين أطراف متساوية التطور (غربية -غربية) بينما يعتبر الثاني أكثر عمومية بحيث يتحدث عن عقود التعاون بين طرف متقدم وطرف نام، كما يمكن أن يتسع ليشمل عقود نقل التكنولوجيا الأخرى مثل عقود تسليم المفتاح باليد أو المنتج باليد[1].

2- التعاريف الفقهية:

ذهب البعض من الفقه اليوغسلافي: إلى اعتبار التعاون الدولي الصناعي صورة خاصة للتعاون الدولي الاقتصادي ينطوي على التخصص في الإنتاج والبحث والتطوير يستهدف إنتاج منتج معين بمزيد من الفاعلية وباستخدام ظروف تكنولوجيا ما بين مشروعات مستقلة.

بينما عرفه البعض من الفقه الألماني بعناصره وهي: التعاون التقني، التعاون في الإنتاج، التعاون في بيع أو تسويق الإنتاج[2].

وأضاف الفقه البولندي إلى تلك العناصر حقيقة استقلال الأطراف والمساواة فيما بينها إلا أن أكثر تلك التعاريف مرونة كان ذلك الذي حدد العقد من خلال إطاره ومضمونه بحيث يرتكز الإطار على المساواة بين الشركاء والتي تتم بشكل تدريجي عن طريق القرار المشترك، أما المضمون فيمثل المواضيع المشتركة غير المحددة تفصيلاً وذات الأمد الطويل[3].

مما يولد التزامات غير واضحة يقبلها المتعاقدون استناداً على الثقة المتبادلة المفترضة بينهما.

3- التعريف المقترح.

من خلال البحث عن صيغة دقيقة لعقد التعاون الصناعي وجدنا عدم إتفاق واضح على تعريفه، إذ قيده البعض بغرض صنع منتج معين بما ينطوي ذلك على تضييق سلبي لمفهومه.

بينما سكت الكثيرون عن دلالته اكتفاء منهم بتعريف الاستثمار المشترك، أو بتحديد العناصر الأساسية للمشاريع المشتركة، وبالمقابل تنبه آخرون وهم في ذلك على حق إلى ضرورة عدم الخلط ما بين مفهومي الاستثمار المشترك Joint venture(والتعاون Cooperation(إذا أن الأول ما هو إلا مرحلة سابقة أو

[1] وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ، ص 441 .

[2] وفاء مزيد فلحوط ، نفس المرجع ، ص 442 .

[3] وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ، ص 443 .

تابعة للثاني بما يمتلكه من نظام قانوني متنوع وبناء عليه فإن عقد التعاون الصناعي هو :"عقد يستلزم مزيداً من العون والثقة المتبادلة بحيث يلتزم بمقتضاه كل طرف بغض النظر عن مستواه التكنولوجي بأن يضع قدراته المادية والمالية والبشرية المتاحة في خدمة تحقيق أهداف متنوعة تحدد باتفاق العاقدين"[1].

على أن لا يقيد ذلك الهدف على استباقي وجازم فقد يتعاون الأطراف لإنتاج منتج ما كما قد يصل نطاق التعاون بينهما إلى مجال البحث والتطوير بغرض تنمية قدرة الشريك الأضعف على الاستيعاب التكنولوجي.

ويضمن ذلك العقد من حيث المبدأ نقلاً للتكنولوجيا دون أن يعتدي على خصوصية أي نمط عقدي آخر من العقود التكنولوجية ودون أن يتم الخلط بينه كعقد مستقل وبين الصور الناجمة عنه كأشكال لتنظيم التعاون بين أطرافه بغية تحقيق هدفه النهائي.

كما نؤكد على عدم تأثر إمكانية عقد التعاون بمستوى عاقديه لأنه وفي مختلف الفروض تظل المصالح موجودة ويبقى التعارض قائماً ويستمر هدف العقد في التنسيق ما بين تلك المصالح المتعارضة مما يعني أن الخلاف يرد على مدى التعاون دون أن يؤثر على وجود العقد ذاته[2].

❖ إدارة العقد وتنظيمه.

أولاً :إدارة العقد.

تتم إدارة عقد التعاون الصناعي بأحد الشكلين: إما بالشكل التعاقدي أو بالشكل المؤسسي(تأسيس شركة لها شخصية اعتبارية مستقلة) ويحكم اللجوء إلى أحدهما عدة اعتبارات يحتسبها المتعاقدون جيداً .

1- **الشكل التعاقدي**: نظراً لما يستلزمه تأسيس الشركة من إجراءات شكلية معقدة ودفعات إضافية قد يفضل الأطراف إرساء أسس تعاقدية لتنظيم وتنفيذ عقدهم التعاوني.

ويتيح ذلك الشكل التعاقدي للأطراف مرونة أكبر إذا يتحررون مثلاً من قيود توزيع الأرباح وتشكيل مجلس الإدارة وكل ما يستلزمه الدخول بشركة خاضعة لقانون الشركات المحلي في الدولة المعنية ويكتفوا بعلاقة عقدية تتضمن القواعد المتفق عليها في حدود النظام العام لتلك الدولة.

وإن كنا لا نجد في النظم القانونية المختلفة تنظيماً خاصاً بتلك الصيغة أو العلاقة إلا أنها دائماً ما تكون متاحة طبقاً للمبادئ القانونية العامة للعقود.

[1] صلاح الدين جمال الدين ، عقود نقل التكنولوجيا ، المرجع السابق ، ص 134 .

[2] صلاح الدين جمال الدين ، عقود نقل التكنولوجيا ، نفس المرجع ، ص 135 .

ومتى لجأ المتعاقدون إلى تلك الصيغة وجب عليه إسنادها إلى ركيزتين هما:

- إيجاد هيئات أو أجهزة لإدارة العقد.
- قيام الإجراءات الوظيفية في تلك الأجهزة على مبدأ المساواة في أخذ القرارات.

أما بالنسبة للأجهزة فهي عادة ما تتخذه شكل أجهزة إدارية مثل مجلس المصالح الذي يمثل فيه الأطراف على نحو متساو وأجهزة تنفيذية (أجهزة وظيفية عليا وأجهزة تقنية) لتنفيذ العقد حسب تعليمات الأجهزة الإدارية.

2- **الشكل المؤسسي**: غالباً ما يسفر عقد التعاون إلى إبرام عقد شركة لها شخصية اعتبارية مستقلة نظراً للمزايا العملية والقانونية والمالية التي يوفرها هذا الأسلوب للمتعاقدين.

ورغم تمتع تلك الشركة بنظام خاص ورغم خضوعها لقانون وطني لدولة ما فإن عقدها يعد مجرد عقد محيطي تابع للعقد(الاتفاق) الأساسي ويترتب على ذلك مجموعة هامة من النتائج على رأسها تلك المتعلقة بمدة الشركة إذ يفترض أن تكون أقل أو مساوية لمدة عقد التعاون وإلا وجب على الأطراف بعد انتهاء العقد (عقد التعاون) تعديل نظام الشركة الأساسي بحيث لا تعد تابعة لبنود العقد الأساسي بما يترتب على ذلك من احتمال سلبها المزايا التي كانت قد حصلت عليها بموجب ذلك العقد المنقضي.

وبالمقابل يشكل عقد الشركة بما في ذلك العقود المحيطة الأخرى مع العقد الأساسي كلاً متكاملاً بحيث يؤثر خروج أحد الشركاء أو انتهاء أجل الشركة على عقد التعاون الصناعي[1].

ثانياً: تنظيم عقد التعاون.

- **على الصعيد الوطني**: نظمت غالبية التشريعات الوطنية أحاكم عقد التعاون ضمن قوانين الاستثمار بينما منحته دول أخرى شيئاً من الاستقلالية ضمن القوانين الخاصة بنقل التكنولوجيا / التشريع البرازيلي/، وكان حظه الأفضل مع المشرع اليوغسلافي إذ كان الوحيد الذي أفرد له تشريعاً خاصاً.

فبموجب التعليمات الخاصة لاتفاقيات التعاون الأجنبي الصادرة في الهند عام 1969 لا تنظر طلبات إقامة المشروعات المشتركة فيما لو كانت أغلبية رأس المال للطرف الأجنبي مالم يتعلق المشروع بمجال تكنولوجي جديد ويستفاد من تلك الإرشادات عموماً بأن المشاركة الأجنبية تأتي دوماً مشروطة بكونها جزء من عملية اكتساب التكنولوجيا.

[1] صلاح الدين جمال الدين ، عقود نقل التكنولوجيا ، المرجع السابق ، ص 140 .

وهذه السياسة هي ذاتها المتبعة من قبل المشرع الأرجنتيني حيث منحت تشريعات الاستثمار المشروعات الأجنبية التي تباشر خطط البحث والتطوير التكنولوجي إعفاءات ضريبية هامة[1].

وعندما نظم المشرع التايلاندي المشروعات المشتركة اشترط بألا تتجاوز نسبة مساهمة الشريك الأجنبي 49% من الأسهم بينما رفض التشريع الماليزي أن تتجاوز تلك النسبة 30% على أن يستثنى من ذلك القيد المشروع الذي يصدر أكثر من 70% من منتجاته وقد منحت اللوائح التي أصدرتها الحكومة الشعبية لمقاطعة قوتيشو/ الصين بتاريخ 2000/06/8 تخفيضاً واضحاً في الرسوم على المشاريع التي تنتج تكنولوجيا عالية وجديدة،أو كثيفة تكنولوجيا.

واتخذ التوجه التشريعي في غانا منهجاً مماثلاً في تسخير التعاون الصناعي كآلية لاكتساب التمكين التكنولوجي.[2]

كما شجع المشاريع العاملة في أنشطة البحث والتطوير بمنحها الحوافز المالية خاصة تلك التي لم يتعهد بها مشروع آخر، وفي مصر فرغم الانتقادات التي استهدفت قانون الاستثمار وأثرت على عقود التعاون الصناعي إلا أننا نرى بصدور قانون التجارة الجديد والأحكام الخاصة بعقود نقل التكنولوجيا مع إمكانية إخضاع تلك العقود لهذه الأحكام بصرف النظر عن عدم صراحتها بذلك (فرصة قوية لتجنب تلك الانتقادات).

أما في الجمهورية العربية السورية لم تفرد أية أحكام تشريعية خاصة بعقود التعاون، أو بأي عقد آخر بنقل التكنولوجيا، ولا نجد أمامنا سوى تطبيق بعض الأحكام ذات الصلة من قوانين الاستثمار رغم قصورها وعدم ملائمتها.

وقد تؤثر قوانين بعض الدول على عقد التعاون الصناعي إلى درجة قد تقلب معها تكييفها ولعل مثالها القوانين الفرنسية وخاصة القانون رقم 705/85 الصادر في 12 جوان 1985 والمتعلق بمساهمات في شركات المساهمة المغفلة والذي لا يعتمد في تحليله للشركة على الناحية الكمية فحسب بل يتعداها إلى النواحي النوعية بحيث تعد الشركة الأجنبية التي تملك السيطرة الفعلية على الحيازة التقنية في عقد تعاون ما، أمام احتمال اعتبار عقدها كاستثمار مباشر بموجب تلك القوانين.[3]

---

[1] صلاح الدين جمال الدين ، عقود نقل التكنولوجيا ، المرجع السابق ، ص 142 .

[2] _ أنس السيد عطية سليمان، الضمانات القانونية لنقل التكنولوجيا إلى الدول النامية والمشروعات التابعة له – دراسة في الإطار القانوني للنظام التكنولوجي السائد-، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996، ص199.

[3] _ وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص451.

ومن هنا تعد تجربة المشرع البرازيلي في هذا السياق تجربة متميزة حيث منحت عقود التعاون الصناعي خصوصية واضحة من خلال التصنيف الذي جاءت به المادة 1 من المرسوم التشريعي رقم 1975/15 لعقود نقل التكنولوجيا مع تأكيدها على ضرورة الفصل في ما بينهما واعتبار عقد التعاون الصناعي (كمجموعة مستقلة) من عقود السيطرة والاستيعاب التكنولوجي بدليل تشددها على امتداد العلاقة العقدية حتى تمكين المتلقي من التكنولوجيا المنقولة على اعتبار التزام المورد التزاماً بنتيجة وليس مجرد التزم ببذل عناية.[1]

ورغم أن هذه التجربة مشجعة من المشرع البرازيلي إلا أنها لم تتمكن من اللحاق بتجربة المشرع اليوغسلافي إذ أنها أبقت عقود التعاون خاضعة لمجمل القواعد الناظمة لعقود نقل التكنولوجيا. خلافاً لما ذهب إليه المشرع اليوغسلافي من جهة إفراده قانوناً خاصاً بتلك العقود في 14 جوان 1978 حيث غطى ذلك القانون ثلاثة أنواع منها وهي:

1- التعاون على المدى الطويل في مجال الإنتاج بشرط ألا تقلل مساهمة منظمة العمل المشترك في الإنتاج عن 13% من قيمة المنتج النهائي.

2- التعاون التقني والتجاري والذي يمكن أن يمتد إلى الأبحاث وتحقيق الاكتشافات.

3- اكتساب التكنولوجيا عبر اشتراط حصول الشركاء اليوغسلاف على تقنية جديدة على السوق المحلي.

ولعل أهم ما ورد في ذلك القانون هو تقيد المورد بجملة التزامات تضمن تحقيق النتيجة خلال مدة محددة وإلا تعرض المذكور لعقوبات معينة[2] مع تكليف جهاز متخصص لرقابة تلك العقود.

- على الصعيدين الإقليمي والدولي: لم يحظ عقد التعاون الصناعي على الصعيد الإقليمي بأهمية واضحة، إلا أننا قد نجد بعض الجهود في هذا السياق كتلك التي قدمتها المفوضية الأوربية لتشجيع عقود التعاون بين أطراف غير متكافئة وخاصة التي تبرم بين المجموعة الاقتصادية الأوربية والدول النامية.

وكذلك قرارات لجنة إتفاقية كارتاجينا (مجموعة دول الأندين) وخاصة القرار رقم 291 الصادر في عام 1991 والذي ترك للدول الأعضاء حرية اعتبار المساهمات أو الحصص التكنولوجية كمساهمات في رأس المال تمثل حصة الشريك الأجنبي في المشروع المشترك.[3]

[1] _ موسى متري، المرجع السابق، ص250، 251.

[2] _ كإلزامه باطلاع المكتسب على جميع التحسينات وكل ما يتعلق بالمعرفة الفنية الضرورية لاستخدامها.

[3] _ موسى متري، المرجع السابق، ص266، 267.

أما دولياً فقد جاءت المدونة الدولية (مشروع التقنين الدول الصادر عن الانكتاد) على ذكر صريح لاتفاقيات التعاون التقني والصناعي "industrial and technical co-operation arrangemennts" ضمن ما عددته من صفقات لنقل التكنولوجيا مما يعني خضوعها لأحكام تلك المدونة ولكن دون أن تفرد لها أحكاماً خاصة ومستقلة.[1]

ثالثاً: تقييم العقد.

إن تقييم عقود التعاون الصناعي ليس بالعمل السهل خاصة وإن نظام الشركة الأساسي وعقد التأسيس هما العنصران الوحيدان اللذان يشهرا رغم أنهما أقل العناصر إيضاحاً لحقيقة العلاقة ما بين الأطراف إذ أنه حسب ما سبق قوله يعامل عقد الشركة كأحد عناصر أو مظاهر عقد التعاون المختلفة دون أن يحل محله[2]، إلا أن ذلك لم يمنع من التصدي لعملية التقييم من خلال التعرف لبعض عقود التعاون التي تم الحصول عليها.

حيث يمكن التأكيد بداية على نفعية مبدأ التعاون فيما لو تم تطبيقه تطبيقاً سليماً واعتبار الصعوبات التي حالت دون تطبيق المطلب التكنولوجي للدول النامية إحدى نتائج الخلل في صياغة العقد أو تنفيذه.

ويتجسد ذلك الخلل عبر مجموعة من الثغرات التي يمكن تصنيفها إلى ثغرات عملية وثغرات حقوقية وقانونية وأخيراً ثغرات مالية.

أولاً: الثغرات العملية: تتجسد أهم الثغرات العملية بانعدام المساواة الحقيقة بين طرفي عقد التعاون إذ تغيب بعنصريها معاً، سواء أثناء إبرام العقد بعدم خلق توازن ما بين حقوق والتزامات الأطراف، أو أثناء تنفيذه بمنح سلطة متساوية ومشتركة في اتخاذ القرارات المتعلقة بسير العمل.[3]

حيث يتحمل الطرف النامي عادة كافة المخاطر التعاقدية ويلعب دوراً سلبياً في توجيه العقد بغض النظر عن نسبة مشاركته في رأس المال.

[1] _ صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا، المرجع السابق، ص183،184.

[2] _ حسام محمد عيسى، الشركات المتعددة القوميات- دراسة في الأوجه القانونية والاقتصادية للتركز الرأسمالي المعاصر-، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، بدون سنة نشر، ص227.

[3] _ وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص454.

ففي الحالة التي يملك فيها أقلية رأس المال لا يجد الشريك الأجنبي أية صعوبة في السيطرة على المشروع باعتباره صاحب أغلبية الأصوات في أجهزته المختلفة.[1]

ولا يختلف الوضع كثيراً في حالة تقاسم الطرفين ملكية رأس المال مناصفة حيث يدرك الطرف المحلي أن تعارض المصالح قد يقود مشروعهما إلى حالة التجميد التام بما يرافق ذلك من منازعات تؤثر في جوهر التعاون.

أما في الحالة الأكثر شيوعاً وهي ملكية الطرف الوطني لغالبية رأس المال اعتقاداً منه بتلازم الملكية مع السيطرة فإنها لا تجنبه خيبات الأمل السابقة لعدة أسباب نذكر أهمها، إن الشريك الأجنبي يمكن أن يقدم التكنولوجيا ذاتها محضة في رأس المال، ومع غياب سوق حقيقة يلجأ إليها لتقدير قيمتها، يبالغ ذلك الشريك في تقييمها، بحث يحصل على أغلبية الأسهم بما يستتبع ذلك من ضمان سيطرته على المشروع رغم عدم امتلاكه الأغلبية الحقيقة في رأس المال، كما يمكن أن يصل إلى تلك السيطرة بما له من قدرة توسط لدى الهيئات والمؤسسات المالية وخاصة الدولية منها.[2]

وفي جميع الأحوال وعندما تغيب الحماية القانونية أو الإدارية لمصالح ذلك الشريك، فإنه كثيراً ما يسعى للحصول على ضمانات مالية أو إدارية من خلال النص عليها في الاتفاق الأساسي ذاته، ومثال الضمانات المالية الاتفاق على عدم زيادة رأس مال المشروع إلا بموافقته، أو أن يملك حق الاختيار الأول في شراء الحصص الرأسمالية للشريك الراغب بالانسحاب.

أما عن الضمانات الإدارية فهي أكثر شيوعاً، وتظهر عادة عبر جملة من القيود المدرجة في الاتفاق الأساسي في المشروع ولعل أهمها ما يلي:

أ- اختيار أعضاء مجلس الإدارة بأغلبية خاصة بشكل يضمن للشريك الأجنبي مالك الأقلية التدخل في ذلك الاختيار.

ب- الاتفاق على أن يتولى كل طرف في المشروع اختيار عدد معين من أعضاء مجلس الإدارة خلافاً للقاعدة العامة.[3]

[1] _ موسى متري، المرجع السابق، ص51،52.

[2] _ عصام الدين مصطفى بسيم، الجوانب القانونية للمشروعات الدولية المشتركة في الدول الآخذة بالنمو، ط1، مكتبة المنهل، الكويت، 1978، ص155،156.

[3] _ وهي اختيار أعضاء المجلس من المساهمين في الجمعية العمومية بالأغلبية البسيطة 51%.

ت- الاتفاق على اختيار رئيس مجلس الإدارة وعضو مجلس الإدارة المنتدب بواسطة المساهمين في المشروع، وليس بواسطة مجلس الإدارة، على أن يترك اختيار الأول للطرف المحلي بينما يحتكر الطرف الأجنبي حق اختيار العضو المنتدب صاحب السلطة الفعالة في إصدار القرارات داخل الشركة.

ث- الاتفاق على أن تصدر بعض قرارات الجمعية العمومية ومجلس الإدارة بأغلبية خاصة، ليضمن المجلس عدم صدور أي قرار دون موافقته.[1]

وما يهمنا قوله في هذا الصدد أن تلك القيود تعد من وجهة نظر قانونية ممارسات باطلة ذلك أن حق عضو مجلس الإدارة في التصويت بحرية هو حق مقرر للشركة وليس للعضو، وبالتالي فإن أي اتفاق مفاده إلزامه بالتصويت في اتجاه معين كاختيار شخص معين كرئيس للمجلس، أو كعضو منتدب فيه، أو الالتزام بإبرام عقد معين بين الشركة وأحد أطراف المشروع يعتبر اتفاقاً باطلاً، خاصة فيما لو اعتدى عللا مبدأ توزيع الاختصاصات بين الهيئات التنظيمية، ذلك أن هذا التوزيع له طابع آمر وهو ما يفسر بدوره إصرار الطرف الأجنبي على إدراج شرط التحكيم في الاتفاق الأساسي، ليقوم المحكم بعدها بتغليب اتفاقيات الأطراف على أحكام التشريع المحلي بحجة عدم ملائمة تلك الأخيرة لمقتضيات التجارة الدولية.

ثانياً: الثغرات الحقوقية والقانونية: فيما يتعلق بمسألة الالتزامات غالباً ما يلتزم الشريك الأجنبية ببذل عنايته لحصول الطرف الآخر على المهارة الصناعية ولكن دون ضمانه تحقيق هذه النتيجة. وبالمقابل يلحق بالالتزام الأساسي تقديم الحصص والتزام الطرف النامي بالسرية وعدم المنافسة.[2]

فبالنسبة للالتزام الأول لم يكن يقتصر عادة على الوثائق التكنولوجية فحسب بل كان يشمل كذلك شروط الاتفاق الأساسي والاتفاقات التابعة.

ونجد هذا الالتزام مدرجاً بوضوح في اتفاقية مشاركة التصنيع بين سوريا وشركة سامسونغ الكورية حول إقامة صناعة محلية مع نقل الخبرة في مجال صناعة المقاسم الرقمية الآلية، إذ جاء نص المادة 26 على التزام الطرفين بسرية المعلومات الفنية وكل ما يتعلق بالتصنيع طيلة مدة نفاذ الاتفاقية.[3]

أما بالنسبة لالتزام عدم المنافسة فقد أظهرته بعض عقود التعاون بشكل أخطر مما هو متعارف عليه في العقود الأخرى، بحيث لم يقتصر على منع ممارسة نفس نشاط المشروع المشترك بل امتد ليشمل ضمان

[1] _ عصام الدين بسيم، المرجع السابق، ص160-163.

[2] _ حسام محمد عيسى، المرجع السابق، ص258،259.

[3] _ وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص459.

عدم وجود منافسة من أي نوع كان، أي بمعنى آخر إلزام الطرف النامي بإخلاء السوق للمشروع المشترك. وهو تماماً ما حصل الشركات العامة المصرية حين تعاقدت مع مجموعة كلورايد المحدودة.

أما فيما يتعلق بالمسؤولية التي تثيرها عقود التعاون الصناعي فما من شك بصعوبة تحديدها خاصة وإن القرارات تتخذ في غالب الأحيان بالإجماع، عدا إن مسؤوليات الأطراف أنفسهم تتغير على نحو تدريجي، إذ يتخذ الشريك الأجنبي في بداية التعاقد القرارات الأهم متحملاً مسؤوليتها ثم ينسحب تدريجاً فيما بعد لصالح الشريك الوطني.[1]

ومما يجدر قوله أن سيطرة الطرف الأجنبي على المشروع المشترك لا يعني غياب الشروط التقييدية والعكس صحيح، إذ كثيراً ما نجد مثل تلك الشروط المقيدة في عقود نقل التكنولوجيا المبرمة بين الأطراف كحق الطرف الأجنبي برقابة جودة المنتج النهائي خاصة فيما لو كان يحمل علامته التجارية، كما يمكن العثور عليها ضمن الاتفاق الأساسي ذاته، كما لو اشترط الشريك الأجنبي إبرام عقود نقل التكنولوجيا مع الشركة التي ينشئها المشروع كمستلزم أساسي لاستمراره في المشرع المشترك، أو الشرط الذي يلزم فيه الشريك الوطني بإعادة شراء أسهمه فيما لو لم تقم الشركة بإبرام وتنفيذ العقد، أو بعض الاتفاقيات التي قام بتحديدها.[2]ومن هنا تظهر أهمية التنظيم القانوني لهذا العقد، وخاصة إن غالبية الدول تكتفي بتنظيم بعض قضاياه ضمن قوانين الاستثمار رغم ما يعتري هذه الأخيرة من قصور وعدم ملائمة.

ثالثاً: الثغرات المالية: كشفت الممارسة العملية عن ارتفاع واضح في كلفة نقل التكنولوجيا من خلال عقود التعاون الصناعي سواء بشكل مباشر أو على نحو غير مباشر.

ففيما يتعلق بالنفقة المباشرة للتكنولوجيا أي ما يحصل عليه الطرف الأجنبي لقاء المعارف المنقولة، وغالباً ما كان مقابلاً مبالغاً فيه.[3] علماً أنه ليس ثمة مبرراً لتقاضي مثل ذلك المقابل ما دام الشريك الأجنبية يحصل على حصته من أرباح المشروع المشترك والتي تساهم التكنولوجيا في زيادتها، كما ظهرت تلك المبالغة في تكاليف عملية المساعدة الفنية وخاصة في مرتبات المستشارين والخبراء والمدربين.

أما بالنسبة للنفقات غير المباشرة فكانت مرتفعة بدورها ودليل ذلك العجز القائم في ميزان الدول النامية الناتج عن استيراد بعض المشروعات المشتركة في بعض المجالات كالصناعات الدوائية مما زاد أحياناً عن

---

[1] _ موسى متري، المرجع السابق، ص124،125.

[2] _ كما في المادة 2/9 من الإتفاق الأساسي بين شركة أوبرلاند جلاس الألمانية وعدد من شركات القطاع العام والخاص المصرية- بغرض إنشاء شركة مساهمة مصرية-.

[3] _ ففي مشروع مشاركة شركة إيديال المصرية مع شركة طومسون الفرنسية، تم تقييم الأصول المعنوية والسمعة التجارية التي تتمتع بها الشركة الأولى وهي أنجح شركات القطاع العام المصري بخمسة مليون جنيه، بينما قيم اسم الشركة الثانية 8.1 مليون جنيه.

90% من مكونات الإنتاج من الشركة الموردة للتكنولوجيا في الوقت الذي بلغت فيه نسبة صادراتها قيمة ضئيلة غير جديرة بالذكر.

وهذا يتفق مع ما لاحظه البعض حول تجربة تلك المشاريع في بعض البلدان النامية كالجزائر مثلاً وهذا ما دفع بعض الدول النامية للقيام بعدة محاولات للتغلب على تلك الثغرات المالية، ولعل أفضلها التجربة المصرية في صياغة مشروع قانون لنقل التكنولوجيا، حيث منعت تسجيل أي عقد لنقل التكنولوجيا متى كان من شأنه إلقاء أعباء غير مناسبة على الاقتصاد القومي بمجمله (المادة 7)، إلا أنها قللت من نفعية تلك المادة عبر التحفظ الوارد فيها بجواز التسجيل لاعتبارات الصالح العام أو لطبيعة العقد أو لمقتضيات الاقتصاد القومي في الوقت الذي اعتبرت في ذلك العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً فيما لو أخل بتكافؤ العلاقة بين العاقدين (المادة2)، وكأنها وضعت مصلحة العاقدين في مرتبة أعلى من مصلحة الاقتصاد القومي!.

وفي جميع الأحوال ورغم عيوب تلك التجربة تعد أفضل بكثير مما آل إليه المشرع المصري في قانون التجارة الجديد 1999 حيث سكت نهائياً عن مناقشة تلك النقطة الهامة، واكتفي بجواز منع بعض الشروط التي يمكنها أن تزيد من نفقات العقد بشكل غير مباشر.[1]

المطلب الثاني : اتفاقيات نقل التكنولوجيا .

للاتفاقيات الدولية اثر كبير في مجال النقل الدولي للتكنولوجيا وذلك على عدة مستويات منها :

على مستوى التنظيم كرست هذه الاتفاقيات حق الدول في التكنولوجيا وما يتبعه من عمليات التبادل والنقل وذلك نظرا لأهمية التكنولوجيا في تطوير حياة الشعوب .

أما على مستوى نقل التكنولوجيا فقد أصبحت الاتفاقيات الدولية من أهم الوسائل لنقل التكنولوجيا وتنظيما لهذا النقل بعد العقود الدولية .

ولدراسة نقل التكنولوجيا عبر الاتفاقيات الدولية سيتم التطرق أولا لتعريف الاتفاقية الدولية ثم إلى خصائص هذه الأخيرة ، كما سيتم التعرض للممارسة الجزائرية للاتفاقيات الدولية الناقلة للتكنولوجيا وكذا تقييم دور الاتفاقيات الدولية في نقل التكنولوجيا .

الفرع الأول : تعريف الاتفاقية الدولية

لقد كان يقصد بالاتفاقية الدولية مع بداية تشكل المجتمع الدولي المعاصر ذالك الاتفاق الدولي الذي يتم بين الدول فقط ، حيث كان فقه القانون الدولي يحصر أشخاص القانون الدولي في الدول فقط ويعتبر أن

[1] _ حسام محمد عيسى، المرجع السابق، ص284-286.

الدولة هي الشخص الوحيد الذي توصف اتفاقاته على المستوى الدولي بالاتفاقية الدولية دون غيرها ،ومن التعاريف التي قدمت في هذا السياق نجد التعريف القائل بان الاتفاقية الدولية هي " اتفاق او عقد يبرم بين دولتين أو أكثر ، بصفتهما شخصين من أشخاص القانون الدولي العام تنظمه قواعد هذا القانون ويرتب عليه أثاره [1]"

ويلاحظ من هذا التعريف انه يخرج الاتفاقيات الدولية التي تبرمها المنظمات الدولية من دائرة الاتفاقيات الدولية ، ولقد اثر هذا الفقه في تعاريف الاتفاقيات الدولية الواردة في الكثير من الصكوك الدولية لعلى أبرزها نص المادة 02 الفقرة 01 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات التي عرفت الاتفاقية الدولية بأنها "اتفاق دولي يعقد بين دولتين أو أكثر في شكل مكتوب ويخضع للقانون الدولي سواء تم هذا الاتفاق في وثيقة واحدة أو أكثر وأيا كانت التسمية التي تطلق عليه ". إلا أن الفقه الدولي القانوني بعد الحرب العالمية الثانية بدأ يبتعد عن الأخذ بهذا التعريف و خصوصا بعدما كثرت المنظمات الدولية وتعددت أثارها على المستوى الدولي وأيضا صدور الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية في قضية التعويضات عن الأضرار التي تلحق بموظفي الأمم المتحدة سنة 1949 ،أين اعترف للمنظمات الدولية بالشخصية القانونية الدولية ذات الطابع الوظيفي فأصبح الفقه لا يحصر وصف الاتفاقية الدولية فقط في التصرفات التي تبرمها الدول بل أضاف المنظمات الدولية أيضا .

ومن التعاريف التي قدمت في هذا الاتجاه نجد تعريف الأستاذ رشاد السيد الذي عرف الاتفاقية الدولية بأنها "توافق مكتوب بين إرادتين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي يهدف إلى إحداث أثار قانونية وفقا للقانون الدولي "[2]

كما قدم الأستاذ عبد الكريم علوان تعريفا جاء فيه أن الاتفاقية الدولية هي " اتفاق يكون أطرافه الدول،أو غيرها من أشخاص القانون الدولي ممن يملكون أهلية إبرام المعاهدات ويتضمن الاتفاق إنشاء حقوق والتزامات قانونية على عاتق أطرافه كما يجب أن يكون موضوعه تنظيم علاقة من العلاقات التي يحكمها القانون الدولي [3].

1 رشاد السيد ، القانون الدولي العام في ثوبه الجديد ، الطبعة الأولى ،الأردن ،وائل للنشر ،2005 ،ص 20 .

[2] رشاد السيد ،المرجع نفسه ،ص 21 .

[3] عبد الكريم علوان ،القانون الدولي العام والمبادئ العامة للقانون الدولي المعاصر ،الطبعة الأولى ،الإسكندرية ، منشاة المعارف ، 2008،ص 259.

وقد أخذت لجنة القانون الدولي بالتعريف الموسع للاتفاقية الدولية في مشروعها لقانون المعاهدات كما أكدت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات المعقودة بين الدول والمنظمات الدولية على أن الاتفاقيات التي يكون احد أطرافها منظمات دولية هي اتفاقيات دولية وكان ذلك سنة 1986 .

الفرع الثاني : خصائص الاتفاقيات الدولية لنقل التكنولوجيا

تتميز الاتفاقية الدولية الناقلة للتكنولوجيا بمجموعة من الخصائص ، تتراوح بين خصائص عامة يشترك فيها هذا النوع مع باقي الاتفاقيات الدولية وخصائص خاصة تنفرد بها الاتفاقية الدولية الناقلة للتكنولوجيا عن باقي الاتفاقيات الدولية الأخرى ،وعلى العموم فانه سيتم حصر هذه الخصائص في النقاط التالية :

أولا :اتفاق بين شخصين من أشخاص القانون الدولي أو أكثر

إن أطراف الاتفاقية الناقلة للتكنولوجيا دائما هم أشخاص القانون الدولي ، وهم بالتحديد الدول والمنظمات الدولية ،أي أن هذا النوع من الاتفاقيات تبرم إما بين الدول مثل اتفاقية التعاون في مجال العلوم والتكنولوجيا المبرمة بين الجزائر والولايات المتحدة الأمريكية والموقع في الجزائر بتاريخ 18 جانفي 2006[1] ، أو تبرم بين دولة و منظمة دولية مثل :اتفاقية المساعدة في مجال الطاقة الذرية المبرم بين الجزائر والوكالة الدولية للطاقة الذرية الموقع في فيينا بتاريخ 2 و 6 أكتوبر 1992.

وتجدر الإشارة انه إذا كان اعتبار الاتفاقات الدولية التي تبرمها الدول بمثابة اتفاقيات دولية أمرا مسلما به في مصادر القانون الدولي ،فان الأمر ليس بهذه السهولة بالنسبة للمنظمات الدولية حيث لن تعتبر الاتفاقات الدولية التي تبرمها هذه المنظمات كاتفاقيات الدولية إلا بعد اعتراف محكمة العدل الدولية لهذه المنظمات بالشخصية القانونية الدولية ذات الطابع الوظيفي وذلك بموجب الرأي الاستشاري الشهير الذي قدمه في قضية التعويضات عن الأضرار التي تلحق بموظفي الأمم المتحدة اختصارا بقضية الكونت برنادوت سنة 1949 [2].

1 المرسوم الرئاسي رقم 06-402 ،العدد 73 المؤرخ في 2006/11/14 المتضمنة المصادقة على اتفاق التعاون في مجال العلوم والتكنولوجيا المبرم بين الجريدة الرسمية الجزائرية ،العدد 73 الصادرة بتاريخ 19نوفمبر الجزائر والولايات المتحدة الأمريكية ،الموقع في الجزائر بتاريخ 18 جانفي 2006 . 2006.

[2] محمد سامي عبد الحميد ،محمد سعيد الدقاق ،إبراهيم احمد خليفة، القانون الدولي العام ،ط 1، الإسكندرية: دار منشأة المعارف،2003.ص13.

لكن السؤال الذي يطرح هنا ماحكم الاتفاقات ذلت الطابع الدولي الناقلة للتكنولوجيا التي تبرمها بعض الأطراف الأخرى من غير الدول والمنظمات الدولية ،مثل الولايات داخل الدولة المركبة والمنظمات الدولية الغير الحكومية وأيضا الشركات والأفراد ؟.

للإجابة على هذا السؤال يجب الرجوع للقواعد العامة في مجال الاتفاقيات الدولية وتناول كل حالة على حدا .

- فبخصوص الولايات داخل الدولة المركبة يجب أولا التعرف على الشكل القانوني لهذه الدولة ، هل تمثل اتحاد فدرالي أم اتحاد كنفدرالي ، فإذا كانت دولة فدرالية فحسب القواعد العامة التي كرسها القانون الدولي والقانون الدستوري ليس للولايات أن تقوم بإبرام اتفاقيات دولية ،لان القيام بذلك من اختصاص السلطة المركزية وبذلك لا يمكن اعتبار هذه الاتفاقات كاتفاقيات دولية ناقلة للتكنولوجيا[1] ،وإذا كانت دولة كنفدرالية فالعبرة بالدستور الذي تقوم عليه هذه الدولة ،وكيف ينظر إلى المقاطعات هل يعتبرها دول متحدة فتكون اتفاقاتهم ذات الطابع الدولي اتفاقيات دولية أم مجرد ولايات تابعة لسلطة مركزية فلا تعتبر اتفاقاتهم هذه اتفاقيات دولية[2] .

- أما بخصوص المنظمات الدولية غير الحكومية فقد رفض فقه القانون الدولي اعتبار الاتفاقات ذات الطابع الدولي التي تبرمها هذه الكيانات بمثابة اتفاقية دولية ،وهذا مادلت عليه أيضا الممارسة الدولية في هذا المجال ومثال ذلك حالة رفض سويسرا وصف الاتفاق المبرم بينها وبين اتحاد النقالين الجويين A.T.I.A بمثابة اتفاقية ، وذلك لان هذه المنظمة شخص من أشخاص القانون الداخلي [3].

أما بالنسبة لاتفاقات ذات الطابع الدولي الناقلة للتكنولوجيا المبرمة مع الشركات الأجنبية ، فبالرجوع للقواعد العامة فقد حسمت محكمة العدل الدولية هذا الجدال برفض اعتبار هذه الاتفاقات كاتفاقية دولية وذلك في قضية شركة النفط الانجلو إيرانية سنة 1933 ، حيث رأت المحكمة أن الاتفاق محل النزاع ليس اتفاقية دولية بين إيران وانجلترا ظن بل عقد امتياز بين إيران وشركة B.P وانجلترا ليست طرفا فيه [4].

---

[1] محمد سامي عبد الحميد ،محمد سعيد الدقاق ،إبراهيم احمد خليفة ،المرجع نفسه ،ص 13 .

2 السعيد بو الشعير ، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة – الجزء الأول الدولة والدستور (ط 4 ،الجزائر : ديوان المطبوعات الجامعية 2000) ، ص 124-126.

3 محمد يوسف علوان ، القانون الدولي للعقود " بمناسبة قرار التحكيم في قضية شركة نفط كاريفونيا الأسيوية وشركة نفط تكساكو عبر البحار ضد الحكومة الليبية " ،مجلة الحقوق والشريعة ، جامعة الكويت ، السنة الرابعة ،العدد الثاني ، ابريل ، 1980 ، ص 117 .

[4] محمد يوسف علوان ، المرجع نفسه ، ص 117 .

وبخصوص اتفاقات الدول مع الأفراد العاديين الناقلة للتكنولوجيا فسواء كانوا فراد الدولة التي ابرم الاتفاق معها أو أفراد أجانب فلا تعد اتفاقية دولية ناقلة للتكنولوجيا[1] .

ثانيا : إنتاج أثارقانونية

تتميز الاتفاقيات الدولية بشكل عام ومنها الاتفاقية الدولية الناقلة للتكنولوجيا أنها تتضمن تعهدات قانونية ملزمة للأطراف وليس مجرد نوايا وتطلعات ، وبذلك فهي تلزم طرف بمجموعة من الالتزامات يكون عليه تنفيذها ، وابرز هذه الالتزامات في الاتفاقية الدولية الناقلة للتكنولوجيا هو التزام بنقل التكنولوجيا وقد يكون هذا التزام أحادي يقع على عاتق احد أطراف الاتفاقية فقط ، ويلتزم الطرف الأخر بدفع مقابل سواء كان هذا المقابل نفقات أو أي مصلحة للمشروع المراد انجازه ، ومثال ذلك ما نصت عليه اتفاقية التعاون التقني بين الجزائر وألمانيا الاتحادية الموقع في الجزائر في 02 افريل 2002 فحسب المادة 02 الفقرة 01 التي جاء فيها " تلتزم ألمانيا بنقل التكنولوجيا في إطار هذا الاتفاق إلى الجزائر وتشمل هذه التكنولوجيا إنشاء مراكز تدريب للإطارات الجزائرية وتقديم استشارات ن وإيفاد بعثات ، وإعداد خطط و دراسات وتوريد المواد والمعدات " ، في حين تلتزم الجزائر حسب نص المادة 03 الفقرة 1 "بتامين الظروف القانونية والإدارية والمالية لهذا التعاون التكنولوجي، كم تؤمن نفقات إنشاء البنيات والهياكل القاعدية وتحمل رسوم الجمركة لاستراد المعدات التي يحتاجها التعاون التكنولوجي[2]

كما يمكن أن يكون التزام بنقل التكنولوجيا متبادل بين الطرفين أي كل طرف ينقل للأخر ما بحوزته من التكنولوجيا ، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 03 من اتفاق التعاون العلمي والتكنولوجي المبرم بين الجزائر ونيجيريا الموقع في ابوجا بتاريخ 14 جانفي 2002 حيث تلزم كل طرف نقل المعلومات والتكنولوجيا والعلماء والأخصائيين والقيام بمشاريع بحث مشتركة في ميادين التكنولوجيا الصناعية والزراعية و الأمن الغذائي والبيوتكنولوجيا (البيئة) والعلوم الطبيعية وعلوم الحيوانات والحدائق والصحة [3] ويلاحظ أن الاتفاقية الدولية الناقلة للتكنولوجيا إذا كانت تجمع بين طرفين متفاوتين في درجة التطور التكنولوجي يكون الالتزام بنقل التكنولوجيا على عاتق طرف واحد وهو الطرف الأكثر تطورا في المجال التكنولوجي ، وإذا كانت الاتفاقية بين الطرفين على نفس الدرجة من التطور التكنولوجي يكون الالتزام بنقل التكنولوجيا متبادل بين الطرفين ،

[1] محمد سامي عبد الحميد ، محمد سعيد الدقاق ، إبراهيم احمد خليفة ، المرجع السابق ، ص 11 .

[2] المرسوم الرئاسي رقم 06 – 226 المؤرخ في 24 جوان 2006المتضمنة المصادقة على اتفاق التعاون التقني بين الجزائر و ألمانيا الاتحادية ، الموقع في الجزائر في 30 افريل 2002. الجريدة الرسمية الجزائرية ، العدد 43 الصادرة في 28 جوان2006

[3] المرسوم الرئاسي رقم 03-97 المؤرخ في3 مارس 2003 المتضمن المصادقة على اتفاق التعاون العلمي والتكنولوجي المبرم بين الجزائر ونيجيريا الموقع في ابوجا بتاريخ 14 جانفي 2002 الجريدة الرسمية الجزائرية ، العدد 16 الصادرة في 08 مارس 2003.

ولكن السؤال الذي يثور هنا ما حكم الاتفاقيات الدولية الناقلة للتكنولوجيا التي تخلو من الالتزامات ، هل تعد اتفاقية دولية ؟ ، بالرجوع إلى القواعد العامة التي نصت عليها محكمة العدل الدولية في قضية الجرف القاري بين اليونان وتركيا سنة 1978 نرى أن المحكمة رفضت اعتبار الاتفاقات الدولية الخالية من الالتزامات بمثابة اتفاقيات دولية ، وبذلك رفضت الفصل في النزاع استنادا إلى البيان المشترك محل النزاع بين البلدين لأنه لا يشكل اتفاقية دولية [1].

ثالثا : الخضوع للقانون الدولي

لا يعد التصرف القانوني المبرم بين أشخاص القانون الدولي اتفاقية دولية مالم يكن خاضعا للقانون الدولي أما في حالة اتفاق الأطراف الصريح أو الضمني على خضوع التصرف لقانون غير القانون الدولي فلا يمكن اعتبار التصرف اتفاقية دولية . وبذلك يجب أن تخضع الاتفاقية الدولية الناقلة للتكنولوجيا شكلا ومضمونا للقانون الدولي ومن أهم الصكوك الدولية التي يجب على الاتفاقية الدولية الناقلة للتكنولوجيا الخضوع لأحكامها نجد اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات بين الدول لسنة 1969 ، واتفاقية فيينا لقانون المعاهدات المعقودة بين الدول والمنظمات الدولية أو بين المنظمات الدولية لعام 1986 [2] لكن ما حكم الاتفاقية الدولية التي تقوم بنقل تكنولوجيا محظورة في القانون الدولي [3] بالرجوع إلى القواعد العامة الواردة في المادة 53 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1961 نجدها تقرر البطلان على مخالفة أي اتفاقية لقواعد القانون الدولي الآمرة ، وجاء في المادة " تقع باطلة بطلان مطلق كل معاهدة يتعارض في لحظة إبرامها مع إحدى قواعد القانون الدولي العام الآمرة ، ويعتبر في مفهوم هذه الاتفاقية قاعدة أمرة من قواعد القانون الدولي العام كل قاعدة تقبلها الجماعة الدولية في مجموعها وتعترف بها باعتبارها قاعدة لا يجوز الإخلال بها ولا يمكن تعديلها بقاعدة جديدة من قواعد القانون الدولي العام لها نفس الصفة " وتضيف المادة 64 حالة ثانية تجعل الاتفاقية باطلة بطلان مطلق إذا تبين أن محل الاتفاقية أصبح غير مشروع بموجب قاعدة دولية أمرة ظهرت بعد إبرام الاتفاقية ، فإذا ظهرت قاعدة أمرة جديدة من قواعد القانون الدولي العام فان أي معاهدة قائمة تتعارض مع هذه القاعدة تصبح باطلة وينتهي العمل بها .

[1] محمد يوسف علوان ، المرجع السابق ، ص 119 .

[2] محمد يوسف علوان ، المرجع السابق ، ص 120 .

[3] مثال ذلك تكنولوجيا الاستنساخ البشري المحظورة بموجب إعلان الأمم المتحدة بشان الاستنساخ البشري 02 مارس 2005 .

وبذلك فان مخالفة اتفاقية دولية الناقلة للتكنولوجيا لقواعد القانون الدولي الآمرة يؤدي بها إلى البطلان المطلق وينبغي على المحكمة الدولية المختصة أن تحكم به [1]، كما يمكن أن تعرض الدولة التي تبرم مثل هذه الاتفاقيات الدولية للمسؤولية الدولية على أساس نظرية العمل الدولي الغير المشروع [2]،و لكن السؤال الذي يطرح هنا هل هناك فعلا أنواع من التكنولوجيا محظورة بموجب قواعد القانون الدولي العام الآمرة ، أم أنها محظورة فقط بموجب قواعد اتفاقية لا تزال الكثير من الدول لم تنظم إليها وخير مثال على ذلك معاهدة عدم انتشار الأسلحة النووية لسنة 1968 حيث الكثير من الدول لم تنظم إليها ؟.

رابعا : اتفاق في صيغة مكتوبة

يشترط في الاتفاقية الدولية أن تكون في شكل مكتوب ، ولقد نصت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات على هذا الشرط في نص المادة 03 الفقرة أ البند 01 وقد تم اشتراط الكتابة لمتطلبات الوضوح والبساطة بالدرجة الأولى[3] ،وهو ليس شرطا للصحة حيث يجوز أن تكون الاتفاقية الدولية غير مكتوبة ولا يترتب عليها البطلان وإنما حسب نص المادة 03 لا تسري عليها اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات ن ولكن سواء كانت الاتفاقية الدولية مكتوبة أو غير مكتوبة فهذا لا يؤثر على قوتها الإلزامية ، ويفضل في الاتفاقية الدولية الناقلة للتكنولوجيا أن تكون مكتوبة وذلك حتى لا ينشا نزاع على تفاصيلها وخصوصا أن هذا النوع من الاتفاقيات يتضمن كما كبيرا من التفاصيل التقنية العلمية التي يجب كتابتها لتوضيحها .

أما بخصوص تعدد التسميات المرادفة والمستعملة لدلالة على الاتفاقية الدولية مثل اتفاق ، معاهدة ، ملحق ، مذكرة تفاهم ، فلقد استقر قضاء محكمة العدل الدولية في قضية جنوب غرب إفريقيا على أن المصطلحات ليست عنصر الحسم في تحديد طبيعة الاتفاقيات الدولية وهذا على عكس بعض القوانين الداخلية للدول التي ترتب أثارا قانونية استنادا للمصطلحات المستعملة في التسمية ومثال ذلك القانون الأمريكي الذي يشترط في المعاهدات مصادقة الرئيس وثلثي مجلس الشيوخ أما إذا كانت اتفاقية فيصادق الرئيس وحده[4].

[1] محمد سامي عبد الحميد ، محمد سعيد الدقاق ، إبراهيم احمد خليفة ، المرجع السابق ، ص 119 ، 120 .

2 بن عامر تونسي ، المسؤولية الدولية – العمل الدولي الغير مشروع كأساس للمسؤولية الدولية (ط 1 ، منشورات حلب ، الجزائر ، 1995) ص36

[3] محمد سامي عبد الحميد ، محمد سعيد الدقاق ، إبراهيم احمد خليفة ، المرجع السابق ص 16.

[4] محمد سامي عبد الحميد ، محمد سعيد الدقاق ، إبراهيم احمد خليفة ، المرجع نفسه ، ص 18.

خامسا : تختص بنقل التكنولوجيا أو بعض عناصرها

تنصب الاتفاقية الدولية الناقلة للتكنولوجيا على نقل كل أو بعض عناصر التكنولوجيا وذلك حسب الاتفاق، وبذلك فهي تنصب مثلا على نقل المصانع الجاهزة أو في حالة تشغيل كما تنصب على نقل حقوق الاختراع ، الرسوم ، المعرفة ، الخبرة الفنية بمختلف أشكالها ، النماذج ، التعليمات ، الخرائط ، الإرشادات ، التركيبات، الرسوم الهندسية والمواصفات، أجهزة التدريب، خدمات المساعدة التقنية، الخطط، الدراسات، تقارير الخبراء، الأبحاث، المعلومات العلمية، المعلومات الفنية اللازمة لتركيب أو تشغيل أجهزة أو الآلات أو معدات ....الخ .

ويتم عقد إبرام الاتفاقية تحديد مجموعة العناصر المراد نقلها، ويجب أن يكون هذا التحديد دقيقي وذلك تفاديا للنزاعات التي يمكن أن تنشا جراء عدم دقة التحديد، ومن أمثلة التحديد الدقيق ما نصت عليه اتفاقية التعاون التكنولوجي في المجال الصحي المبرمة بين الجزائر وجنوب إفريقيا الموقعة بتاريخ 06 أكتوبر 2006 حيث تضمنت تحديدا دقيقا لعناصر التكنولوجيا المراد نقلها بين الطرفين فنصت المادة 05 على نقل الخبرات الفنية الصيدلانية الخاصة بنوع معين من الأدوية بينما ذكرت المادة 07 تبادل المعلومات في مجال التحليل[1] .

الفرع الثالث : تطبيقات اتفاقيات نقل التكنولوجيا في الجزائر

لقد عرفت الجزائر ممارسة في مجال نقل التكنولوجيا عبر الاتفاقيات الدولية وتميزت الممارسة الجزائرية في هذا المجال بتعدد الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها الجزائر ،وأيضا محاولتها من خلال التجارب تكريس مجموعة من مبادئ القانون الدولي وعليه سنتناول تحليل هذه الممارسة عبر هذان العنصران .

أولا : الممارسات الجزائرية في مجال إبرام الاتفاقيات الناقلة للتكنولوجيا

في سبيل السعي لتلبية احتياجاتها من التكنولوجيا الأجنبية وذلك بغية تحقيق تنمية في مختلف القطاعات الحيوية، أبرمت الجزائر العديد من الاتفاقيات الدولية الناقلة للتكنولوجيا ، وتتراوح هذه الاتفاقيـــات بين اتفاقيات دولية ثنائية ناقلة للتكنولوجيا واتفاقيات دولية جماعية ناقلة للتكنولوجيا .

1 المرسوم الرئاسي رقم 05-225 المؤرخ في 23 جوان 2005المتضمنة المصادقة على اتفاقية التعاون التقني في المجال الصحي المبرمة بين الجزائر الجريدة الرسمية الجزائرية ،العدد 44 الصادر في 26 جوان 2005 وجنوب إفريقيا ، الموقعة في بريتوريا بتاريخ 06 أكتوبر 2004.

1- إبرام الاتفاقيات الثنائية والاتفاقيات الجماعية

أ :إبرام الاتفاقيات الثنائية

تعرف الاتفاقية الثنائية بشكل عام أنها " توافق إرادة شخصين من أشخاص القانون الدولي على إحداث أثار قانونية معينة طبقا للقانون الدولي "،وبذلك يتضح لنا أن الاتفاقية الدولية الثنائية سواء كانت في مجال النقل الدولي للتكنولوجيا أو أي مجال أخر تجمع بين شخصين من القانون الدولي العام ، وهم الدول والمنظمات الدولية[1] .

*الاتفاقيات المبرمة مع الدول

لقد أبرمت الجزائر العديد من الاتفاقيات الدولية الثنائية في مجال نقل التكنولوجيا مع الدول ومن تلك. الاتفاقيات :

-اتفاق التعاون التقني بين الجزائر وسيراليون الموقع في الجزائر بتاريخ 22 ابريل 1980 والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 80-186 في 26 جويلية 1980 وحسب المادة 04 من هذا الاتفاق انه يهدف للتعاون التكنولوجي في المجال الزراعي والصناعي بين الدولتين[2] .

-الاتفاقية الخاصة بالتعاون الاقتصادي والتقني والعلمي بين الجزائر واليونان الموقع بالجزائر بتاريخ 13 ماي 1982 والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي 82-442 المؤرخ في 11 ديسمبر 1982 وحسب المواد 02 و03 هي اتفاقية تعاون تكنولوجي في مجال التجارة والصناعة والسياحة والنقل والمواصلات والأشغال العمومية والملاحة والبناء والصيد البحري [3].

-اتفاق التعاون العلمي والتقني بين الجزائر والهند الموقع بدلهي بتاريخ 28 فبراير 1980 والمصادق بموجب المرسوم الرئاسي رقم 82 -443 ، المؤرخ في 11 ديسمبر 1982 وحسب المادة 01 منه هو اتفاق يرمي إلى التبادل التكنولوجي لأغراض اقتصادية واجتماعية للبلدين[4] .

---

[1] محمد يوسف علوان ، المرجع السابق ، ص 122 .

2 المرسوم الرئاسي رقم 80-186 المؤرخ في 26 جويلية 1980 المتضمنة نص المادة 04 من اتفاق التعاون التقني بين الجزائر وسيراليون ، الموقع في الجزائر بتاريخ 22 ابريل 1980 الجريدة الرسمية الجزائرية ،الصادرة بتاريخ 25 جويلية 1980 .

3 المرسوم الرئاسي رقم 82-442 المتعلق بالتعاون الاقتصادي والتقني والعلمي بين الجزائر واليونان المتضمن الجريدة الرسمية الجزائرية ، بتاريخ 11 ديسمبر 1982 المتضمنة نص المادة 02 و 03 ، الموقع بالجزائر بتاريخ 13 ماي 1982 ،

4 المرسوم الرئاسي رقم 82- 443 المتعلق باتفاق التعاون العلمي والتقني بين الجزائر والهند المتضمن الجريدة الرسمية الجزائرية ، بتاريخ 11 ديسمبر 1982 المتضمنة نص المادة 01 ، الموقع بدلهي بتاريخ 28 فبراير 1980

-اتفاق التعاون الاقتصادي والتقني بين الجزائر و الصين الموقع في الجزائر بتاريخ 26 أكتوبر 1985 والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 90-74 ، المؤرخ في 28 فيفري 1990 وحسب المادة 02 من هذا الاتفاق انه يهدف إلى التعاون التقني في المجالات الاقتصادية التالية : التعمير والبناء ، الهياكل القاعدية ، الصيد ، النقل ،القطاعات الصناعية ، الزراعة ، الري الطاقة ، الصحة ، التكوين المهني[1].

-الاتفاق الإطاري للتعاون العلمي والتقني والثقافي والتربوي بين الجزائر والمملكة الاسبانية الموقع بالجزائر في 05 افريل 1993 والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 2000-365 المؤرخ في 16 نوفمبر 2000 ، ويهدف هذا الاتفاق إلى التعاون التكنولوجي في الميادين الثقافية والتربوية[2] .

-اتفاق التعاون العلمي والتكنولوجي المبرم بين الجزائر ونيجيريا الموقع ب ابوجا في 14 يناير 2002 المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 79-03 .

المؤرخ في 03 مارس 2003 وحسب المادة 03 يهدف هذا الاتفاق للتعاون والتبادل التكنولوجي في مختلف المجالات مثل الصناعة والزراعة والأمن الغذائي والبيئة والصحة[3] .

-اتفاق التعاون التقني بين الجزائر وألمانيا الموقع في الجزائر بتاريخ 30 افريل 2002 و المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي 202-06 ، المؤرخ في 20 جوان 2006 . وحسب نص المواد 01 و02 و03 من الاتفاق فانه يهدف إلى التعاون والتبادل التقني لتنمية الميادين الاقتصادية والاجتماعية [4] .

- اتفاق التعاون غي مجال الثقافة والعلوم والتكنولوجيا بين الجزائر وايطاليا الموقع بالجزائر بتاريخ 30 جوان 2002 والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي 03 -202 المؤرخ غي 05 ماي 2003 ، ويهدف هذا الاتفاق إلى التعاون والتبادل التكنولوجي عبر عدة مجالات منها الثقافة والتعليم والصحة و الاتصالات [5].

---

1 المرسوم الرئاسي المؤرخ في 27 فيفري 1990 المتضمنة نص المادة 02 من اتفاق التعاون الاقتصادي والتقني بين الجزائر والصين ، الموقع في الجزائر بتاريخ 26 أكتوبر 1985، الجريدة الرسمية الجزائرية ، العدد 09 الصادرة في 28 فيفري 1990

2 المرسوم الرئاسي رقم 20-365 المؤرخ في 16 نوفمبر 2000المتضمنة المصادقة على الاتفاق الإطاري للتعاون العلمي والتقني والثقافي والتربوي بين الجزائر والمملكة الاسبانية ، الموقع بالجزائر في 05 افريل 1993 ، الجريدة الرسمية الجزائرية الصادرة بتاريخ 28 نوفمبر 2000 .

3 المرسوم الرئاسي رقم 03-97 المؤرخ في3 مارس 2003 المتضمن المصادقة على اتفاق التعاون العلمي والتكنولوجي المبرم بين الجزائر ونيجيريا الموقع في ابوجا بتاريخ 14 جانفي 2002 الجريدة الرسمية الجزائرية ، العدد 16 الصادرة في 08 مارس 2003.

4 مرسوم رئاسي رقم 06-225 المؤرخ في 24 جوان 2006 المتضمنة اتفاق التعاون التقني بين الجزائر وألمانيا ، الموقع في الجزائر بتاريخ 30 افريل 2002 الجريدة الرسمية الجزائرية ، العدد 43 الصادرة في 28 جوان 2006.

5 مرسوم رئاسي رقم 03 – 202 المتضمنة المصادقة على اتفاق التعاون في مجال الثقافة والعلوم والتكنولوجيا بين الجزائر وايطاليا ، الموقع بالجزائر بتاريخ 30 جوان 2002 ، الجريدة الرسمية الجزائرية ، العدد 32 الصادرة في 07 ماي 2003

- اتفاق التعاون التقني بين الجزائر واليابان الموقع ب طوكيو بتاريخ 07 ديسمبر 2004 ، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي 06 -76 ، المؤرخ في 18 فيفري 2006 و حسب المواد من 01 إلى 04 يهدف هذا الاتفاق إلى التعاون في مختلف الميادين الاقتصادية والتنموية[1] .

- اتفاق التعاون في مجال العلوم والتكنولوجيا المبرم بين الجزائر والولايات المتحدة الأمريكية الموقع في الجزائر في 18 يناير 2006 والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 402 – 06 المؤرخ في 14 نوفمبر 2006 ، والذي يهدف حسب المادة 01 منه على التعاون وتعزيز القدرات التكنولوجيا للطرفين ولأغراض سلمية وذلك في الميادين ذات المنفعة المشتركة للطرفين [2]،وتجدر الإشارة أن هناك بعض الاتفاقيات الدولية الثنائية التي أبرمتها الجزائر في مجلات متعددة رغم أنها غير مختصة أصلا بنقل التكنولوجيا إلا أنها تضمنت بعض البنود التي تشير إلى نقل بعض التكنولوجيات بين الطرفين ومثال ذلك -مذكرة التفاهم حول التعاون في المجال الصحي المبرمة بين الجزائر وجنوب إفريقيا الموقعة في بريتوريا بتاريخ 06 أكتوبر 2004 والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 05-225 ، المؤرخ في 23 جويلية 2005 ، وهذه الاتفاقية ليست اتفاقية دولية لنقل التكنولوجيا بل اتفاقية للتعاون الصحي ولكن المواد من 02 إلى 07 تنص على تبادل المعارف والتكنولوجيا لمكافحة الأمراض وتكوين الطواقم الصحية والبحث الصحي والأدوية[3] .

- اتفاق التعاون في المجال الفلاحي بين الجزائر والفيتنام الموقع في الجزائر بتاريخ 21 نوفمبر 2004 ، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي 06 -376 المؤرخ في 28 أكتوبر 2006 ، حيث انه بالرغم من ان هذه الاتفاقية مخصصة أصلا للتعاون في المجال الفلاحي إلا أن المادة 06 منها تشير إلى تبادل التقنيات والمساعدات العلمية التكنولوجية في المجال الزراعي .

***الاتفاقيات المبرمة مع المنظمات الدولية**

إن عمليات النقل الدولي للتكنولوجيا لم تعد حكرا فقط على الدول، بل حتى أن بعض المنظمات الدولية أصبحت تشارك في هذه العمليات وخصوصا إذا كانت متخصصة في ذلك النوع من التكنولوجيا ، وربما من ابرز اتفاقيات الجزائر في مجال النقل التكنولوجي مع المنظمات الدولية نجد اتفاق الجزائر مع الوكالة

1 مرسوم رئاسي رقم 06-79 المؤرخ في 18 فيفري 2006 المتضمنة المادة 01 التعاون التقني بين الجزائر واليابان ، الموقع ب طوكيو بتاريخ 07 ديسمبر 2004 ، الجريدة الرسمية الجزائرية ، العدد 10 المؤرخ في 26 فيفري 2006 .

2 مرسوم رئاسي رقم 06- 402 المؤرخ في 14 نوفمبر 2006 المتضمنة المادة 01 من اتفاق التعاون في مجال العلوم والتكنولوجيا المبرم بين الجزائر والولايات المتحدة الامريكية ، الموقع في الجزائر في 18 يناير 2006 الجريدة الرسمية الجزائرية ، العدد 73 المؤرخ في 19 نوفمبر 2006.

3 المرسوم الرئاسي رقم 05-225 ، المؤرخ في 23 جويلية 2005 المتضمنة المواد من 02 إلى 07 من مذكرة التفاهم حول التعاون في المجال الصحي الجريدة الرسمية الجزائرية ، العدد 43 الصادرة في 26 جويلية 2005 . المبرمة بين الجزائر وجنوب إفريقيا ، في بريتوريا بتاريخ 06 أكتوبر 2004 .

الدولية للطاقة الذرية الموقع في فيينا بتاريخ 06 أكتوبر 1992 والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 447 -92 ، المؤرخ في 06 ديسمبر 1992[1] ، ومن ملامح هذا الاتفاق بشكل عام :

1 -القيام بنقل تقنيات وتكنولوجيا تدابير السلامة في حالة حدوث خطر ناجم عن بحوث او تجارب للاستعمالات السلمية للطاقة الذرية.

2 -التأكد من استخدام الجزائر للتكنولوجيا الذرية لأغراض سلمية وتقديم ضمانات بذلك [2].

3-اتفاق على شكل الحماية المادية للمرافق والمعدات المستعملة في أبحاث التكنولوجيا النووية .

4-الاتفاق على ملكية المعدات والمواد المستخدمة في أبحاث التكنولوجيا وطرق نقل ملكيتها [3].

ب : إبرام الاتفاقيات الجماعية

على عكس الاتفاقيات الثنائية فالجزائر لم يكن لها نفس الإقبال على الاتفاقيات الدولية الجماعية الناقلة للتكنولوجيا والسبب هو قلة التنسيق في المجال التكنولوجي بين دول المنطقة على عكس ما هو الحال في دول الاتحاد الأوربي أو دول أمريكا اللاتينية التي قامت بإبرام اتفاقية دولية جماعية لنقل التكنولوجيا فيما بينها تسمى اتفاقية قرطاجنة لدول مجموع الأنديز سنة 1969 [4]، ولكن مع ذلك كانت للجزائر بعض التجارب المحدودة نذكر منها :

1-اتفاقية الاتحاد الإفريقي للاتصالات السلكية واللاسلكية الموقعة بأديس أبابا في ديسمبر 1977 والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي 205-80 المؤرخ في 30 اوت 1980 [5] وتضم هذه الاتفاقية جميع دول منظمة الوحدة الإفريقية حسب نص المادة 02 الفقرة 01 التي جاء فيها " الدول الأعضاء في منظمة الوحدة الإفريقية التي توقع وتصادق على الاتفاقية تنظم إليها ."

وحسب نص المادة 05 فمن أهداف هذه الاتفاقية هو إنشاء اتحاد إفريقي يسعى إلى تطور المواصلات السلكية واللاسلكية وذلك عبر التبادل التكنولوجي في هذا المجال بين دول الاتحاد عبر :

---

2 المرسوم الرئاسي رقم 447 -92 ، المؤرخ في 06 ديسمبر 1992 المتضمنة المصادقة على اتفاق الجزائر مع الوكالة الدولية للطاقة الذرية ، الموقع في الجريدة الرسمية الجزائرية ، العدد 88 المؤرخ في 13 ديسمبر 1992. فيينا بتاريخ 02 و 06 أكتوبر 1992 .

3 المادة 02 و03 من اتفاق الجزائر مع الوكالة الدولية للطاقة الذرية الموقع في فيينا بتاريخ 10/06/1992.

4 المادة 04 و 05 من اتفاق الجزائر مع الوكالة الدولية للطاقة الذرية الموقع في فيينا بتاريخ 10/06/1992.

[4] عبابسة حمزة ، المرجع السابق ، ص 76 .

[5] المرسوم الرئاسي 205-80 المؤرخ في 30 اوت 1980 المتضمن اتفاقية الاتحاد الإفريقي للاتصالات السلكية واللاسلكية الموقعة بأديس أبابا في ديسمبر 1977 الجريدة الرسمية الجزائرية المؤرخة في 02 سبتمبر 1980 .

-نشر وتبادل المعلومات والأبحاث العلمية التقنية حول تكنولوجيا المواصلات بين منظمة الوحدة الإفريقية .

-إجراء دراسات مشتركة في تكنولوجيا المواصلات .

-إنشاء معاهد تكوين الإطارات في تكنولوجيا المواصلات[1] .

2-اتفاق الشراكة الاورو متوسطية

أو ما يعرف أيضا بإعلان برشلونة وهو مجموعة توصيات تم الاتفاق عليها وتبنيها في المؤتمر الاورو متوسطي في 27 و28 نوفمبر من عام 1995 المنعقد في برشلونة ، والذي ضم ممثلين عن خمسة عشر دولة أوروبية تمثل دور الاتحاد الأوروبي واثني عشر دولة من دول البحر الأبيض المتوسط منهم الجزائر ، وقد نجم عن الاتفاق توصيات بالتعاون في الكثير من القطاعات ، ومنها قطاع التكنولوجيا حيث شجع المؤتمر نقل التكنولوجيا بين الدول المشاركة في المؤتمر ومن هذه التوصيات :

أ-تعزيز تبادل الخبرات في القطاعات والسياسات العلمية التي من شانها أن تسمح للشركاء المتوسطيين خفض الهوة بالنسبة لجيرانهم الأوربيين وتشجيع نقل التكنولوجيا .

ب-المساهمة في تأهيل العاملين في القطاع العلمي والتقني بتوطيد المشاركة في مشاريع البحث المشتركة .

ج-تشجيع البحث والتنمية بمواجهة مشكلة الاختلال المتصاعد للانجازات العلمية مع اخذ مبدأ المنفعة المتبادلة بعين الاعتبار [2].

وبذلك كانت للجزائر تجارب ثنائية وجماعية في عمليات نقل التكنولوجيا بموجب الاتفاقيات الدولية ولكن استطاعت فيها تكريس بعض مبادئ القانون الدولي .

2-المبادئ المكرسة في الممارسة الجزائرية

لقد حاولت الجزائر من وراء الاتفاقيات الناقلة للتكنولوجيا التي أبرمتها ليس فقط الحصول على التكنولوجيا الأجنبية لدفع التنمية فيها، بل سعت أيضا تكريس والتأكيد على بعض مبادئ القانون الدولي، وذلك حتى لا تعبير هذه الاتفاقيات مجرد سند دولي لنقل التكنولوجيا ، بل صكوك مرجعية في عمليات نقل التكنولوجيا ، ومن هذه المبادئ المكرسة.

[1] المادة 05 الفقرة د،ه،ز،ط من اتفاقية الاتحاد الإفريقي للاتصالات السلكية واللاسلكية الموقعة بأديس بابا في ديسمبر 1977 .

[2] إعلان برشلونة الصادر عن المؤتمر الاورو متوسطي في 27 و 28 نوفمبر سنة 1995.

أ – مبدأ التعاون الدولي

يعد مبدأ التعاون الدولي من المبادئ الجوهرية في القانون الدولي المعاصر والمنصوص عليه في المادة 01 الفقرة 03 من ميثاق الأمم المتحدة التي جاء فيها " إن من مقاصد الميثاق تحقيق التعاون الدولي على حل المسائل الدولية ذات الصبغة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية [1]، وقد تم النص على مبدأ التعاون الدولي في المجال التكنولوجي صراحة في نص المادة 13 الفقرة 02 من ميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة التي جاء فيها " على جميع الدول النهوض بالتعاون الدولي العلمي والتكنولوجي وبنقل التكنولوجيا مع ايلاء المراعاة الواجبة لكافة المصالح المشروعة ومن ذلك حقوق وواجبات حائزي التكنولوجيا وموردها ومتلقيها ، وينبغي على جميع الدول على وجه الخصوص تسهيل وصول البلدان النامية إلى منجزات العلم والتكنولوجيا الحديثين ونقل التكنولوجيا وخلق تكنولوجيا محلية لمنفعة البلدان النامية وذلك تبعا لإجراءات تلائم اقتصادياتها واحتياجاتها ".

وقد ساهمت الجزائر في تكريس هذا المبدأ عبر إبرامها العديد من الاتفاقيات الدولية الناقلة للتكنولوجيا وكانت فيها بمثابة مستفيد وأيضا ناشر للتكنولوجيا التنموية، فمن جهة سعت إلى الاستفادة من التكنولوجيا لمشاريعها التنموية ومن جهة أخرى تسعى إلى تمكين الدول النامية الأخرى من الحصول على التكنولوجيا التي تحتاجها لعمليتها التنموية وبذلك تساهم في عملية نقل التكنولوجيا على المستوى الدولي في إطار القانون الدولي واحترام حقوق الأطراف [2].

ب:مبدأ المساواة بين الدول

يعتبر مبدأ المساواة بين الدول من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الدولي المعاصر وقد نصت عليه المادة 01 الفقرة 03 من الميثاق ويقضي هذا المبدأ ان كل الدول على نفس الدرجة من المساواة في السيادة ولا يمكن لدولة الادعاء أنها أكثر سيادة من دولة أخرى مهما كانت درجة قوتها الاقتصادية أو السياسية أو الجغرافية[3].

ولقد أكدت الجزائر على هذا المبدأ من خلال الاتفاقيات الناقلة للتكنولوجيا التي أبرمتها حيث نصت عليه صراحة في أكثر من موقع في هذه الاتفاقيات نذكر من بينها نص المادة 01 من اتفاق التعاون الاقتصادي

---

[1] احمد أبو الوفاء ، القانون الدولي والعلاقات الدولية ، ط1 ،مصر :دار النهضة العربية ، 1999 ،ص 342 .

[2] المرسوم الرئاسي رقم 80 – 186 المؤرخ في 26 جويلية المتضمن المصادقة على اتفاق التعاون العلمي والتقني بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وجمهورية السيراليون الموقع في 22 أفريل 1980 الجريدة الرسمية الجزائرية ، المؤرخة في 29 جويلية 1980 ،

[3] محمد يوسف علوان ، المرجع السابق ، ص 129 .

والتقني بين الجزائر والصين الموقع في الجزائر بتاريخ 26 أكتوبر 1985 الذي جاء فيها " يلتزم الطرفان على أساس مبدأ المساواة والمنافع المتبادلة بسير واستغلال جميع الإمكانيات وكل أشكال التعاون الاقتصادي والتقني والتي من شانها أن تؤدي إلى ترقية التكاملات بين اقتصاديتهما الوطنية[1].

ج : مبدأ تنفيذ الاتفاقيات الدولية بحسن نية

لقد نصت على هذا المبدأ المادة 02 الفقرة 02 من ميثاق الأمم المتحدة ويقضي هذا المبدأ بشكل عام على انه حتى تستفيد دولة عضو في هيئة الأمم المتحدة من المزايا والحقوق التي يضمنها ميثاق الأمم المتحدة عليها الالتزام أولا وبخالص النية بالالتزامات التي يرتبها هذا الميثاق على هذه الدولة [2].

وقد كرست الجزائر هذا المبدأ في الاتفاقيات الناقلة للتكنولوجيا التي أبرمتها ، حيث تسعى إلى تنفيذ التزاماتها الناشئة عن هذا الاتفاق بنية حسنة خالصة ن ولقد لجأت الجزائر في ذلك إلى آلية اللجان المشتركة لضمان التنفيذ الحسن لهذه الاتفاقيات ، حيث تتكفل هذه اللجان بمتابعة الاتفاقية الدولية الناقلة للتكنولوجيا ، ومثال ذلك الاتفاق الملحق الذي يتعلق بإنشاء لجنة مشتركة جزائرية سيراليونية لتنفيذ التعاون الاقتصادي والعلمي والثقافي والتقني [3]، وأيضا ما نصت عليه المادة 08 من اتفاق التعاون في مجال الثقافة والعلوم و والتكنولوجيا بين الجزائر وايطاليا الموقع بالجزائر بتاريخ 30 جوان 2002 التي جاء فيها إنشاء لجنة مشتركة لمتابعة تنفيذ الاتفاقية .

د:مبدأ الحل السلمي للنزاعات الدولية

لم يعد القانون الدولي المعاصر يسمح بان يتم حل النزاعات الدولية بطرق غير سلمية أو غير ودية بل أصبح يجرم اللجوء إلى الوسائل العنيفة لتسوية النزاعات الدولية مثل الحرب ، وقد كرست العديد من الصكوك الدولية هذا المبدأ ولعل أبرزها المادة 33 من ميثاق الأمم المتحدة ولقد كرست الجزائر هذا المبدأ حيث أن كل الاتفاقيات التي أبرمتها كانت تتضمن مادة خاصة بتسوية المنازعات ، تقضي هذه المادة بان يتم تسوية النزاعات الناجمة عن هذه الاتفاقيات بالطرق السلمية وغالبا ما يتم الإشارة إلى أسلوب المفاوضات أو

1 المرسوم الرئاسي رقم المتضمن نص المادة 02 من اتفاق التعاون الاقتصادي التقني بين الجزائر والصين ، الموقع في الجزائر بتاريخ 28 فيفري 1985، الجريدة الرسمية الجزائرية ، العدد 09 المؤرخ في 26 أكتوبر 1985 .

[2] محمد يوسف علوان ، المرجع السابق ، ص 130 .

[3] المرسوم الرئاسي رقم 80 – 186 المؤرخ في 26 جويلية المتضمن المصادقة على اتفاق التعاون العلمي والتقني بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وجمهورية السيراليون الموقع في 22 أفريل 1980 الجريدة الرسمية الجزائرية ، المؤرخة في 29 جويلية 1980 .

أسلوب التحكيم كوسائل لحل هذه المنازعات، والسبب في ذلك هو الحفاظ على العلاقة الودية بين أطراف الاتفاقية لفترة ما بعد حل النزاع[1] ، ومن أمثلة هذه المواد :

-المادة 09 من اتفاق التعاون في مجال العلوم والتكنولوجيا المبرم بين الجزائر والولايات المتحدة الأمريكية الموقع في الجزائر في 18 يناير 2006 التي جاء فيها " يتم تسوية أي خلاف بين الطرفين حول تفسير أو تطبيق أحكام هذا الاتفاق بالمفاوضات والتشاور بين الطرفين [2].

-المادة 06 الاتفاق التكميلي المنقح للجزائر مع الوكالة الدولية للطاقة الذرية الموقع في فيينا بتاريخ 02 و 06 أكتوبر 1992 " كل نزاع ينشأ بشأن تفسير هذا الاتفاق أو تطبيقه ويتعذر تسويته بالتفاوض بأسلوب تسوية أخر متفق عليه يحال إلى التحكيم بناء على طلب أي طرف من طرفي هذا الاتفاق [3].

الفرع الرابع : تقييم الاتفاقيات الدولية كوسيلة لنقل التكنولوجيا

لقد أصبحت الاتفاقيات الدولية من أكثر الوسائل استعمالا في عمليات النقل الدولي للتكنولوجيا بعد العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ، ولا يمكن تصور وجود دولة لم تقم بإبرام اتفاقيات من هذا النوع مهما كان توجهها السياسي والاقتصادي ، ومن خلال هذه الممارسة الواسعة نستطيع ملاحظة ايجابيات هذا النظام كما نستطيع ملاحظة سلبياته .

أولا : مزايا الاتفاقيات

لقد تم تسجيل مجموعة من المزايا لهذا النظام في عمليات النقل الدولي للتكنولوجيا ومن بينها :

أ : أحسن ضمان للتنفيذ المرن لعمليات النقل الدولي للتكنولوجيا

تعد الاتفاقيات الدولية الناقلة للتكنولوجيا أحسن ضمان للتنفيذ المرن والسريع لعمليات النقل الدولي للتكنولوجيا ، حيث أن هذه الاتفاقية بعد استيفائها لشروط سريانها داخل الدول الأطراف تصبح من القوانين الداخلية لهذه الدول وبذلك لا يصعب تنفيذه[4] .كما أن الدولة قبل إبرامها لهذه الاتفاقية تتأكد من عدم وجود عراقيل قانونية ومادية تعوق تنفيذها وحتى إذا ظهرت هذه العراقيل بعد عملية الإبرام يكون

---

[1] محمد يوسف علوان ، المرجع السابق ، ص 131.

2 المرسوم الرئاسي رقم 06-402 المتضمنة المصادقة على اتفاق التعاون في مجال العلوم والتكنولوجيا المبرم بين الجزائر والولايات المتحدة الأمريكية، الموقع في الجزائر في 18 يناير 2006 ، الجريدة الرسمية الجزائرية ، العدد 73 المؤرخ في 19 نوفمبر 2006.

3 المرسوم الرئاسي رقم 92- 461 المتضمن المصادقة على الاتفاق التكميلي بين الجزائر و الوكالة الدولية للطاقة الذرية،الموقع في فيينا بتاريخ 02 و06 اكتوبر 1992 ، الجريدة الرسمية الجزائرية ، العدد 88 المؤرخ في 13 ديسمبر 1992 .

[4] محمد يوسف علوان ،المرجع السابق ، ص 130 .

للدولة القدرة على إزالتها بما تتمتع به من سلطة عامة ، وهذا على عكس العقود الدولية لنقل التكنولوجيا التي كثيرا ما يتوقف تنفيذها نظرا لعراقيل داخل الدولة المتلقية للتكنولوجيا أو الدولة الموردة للتكنولوجيا ، وغالبا ما تأخذ عملية إزالة هذه العراقيل وقتا طويلا خصوصا إذا اتبع في ذلك الطرق القضائية [1].

ب:خدمة التنمية الشاملة في الدول

يلاحظ أن الاتفاقيات الدولية لنقل التكنولوجيا أنها أكثر خدمة للتنمية داخل الدول من العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ويعود السبب في ذلك إلى عاملين وهما :

العامل الأول :إن أطراف الاتفاقية الدولية الناقلة للتكنولوجيا دائما هم الدول ، والدولة قبل قيامها بإبرام اتفاقية دولية لنقل التكنولوجيا تقوم بدراسة مستفيضة عن نوع التكنولوجيا التي هي بحاجة إليها ومجالات استعمالها ومدى خدمتها للمصلحة العامة في تلك الدولة وغالبا ما تنتهي هذه العملية باختيار التكنولوجيا التي تخدم التنمية في تلك الدولة ، وهذا على عكس العقود الدولية لنقل التكنولوجيا التي يمكن أن تبرم بين أشخاص القانون الخاص وتلعب المصلحة الخاصة دورا بارزا فيها .

العامل الثاني :يلاحظ أن الاتفاقيات الدولية الناقلة للتكنولوجيا تنصب على كل أنواع التكنولوجيا في كل قطاعات الدولة كالزراعة " اتفاق التعاون في المجال ألفلاحي بين الجزائر والفيتنام الموقع في الجزائر بتاريخ 21 نوفمبر 2004" أو الصناعة كالاتفاقية الخاصة بالتعاون الاقتصادي والتقني والعلمي بين الجزائر واليونان والموقع بالجزائر بتاريخ 13 ماي1982[2] ، أو التعليم و الثقافة مثل الاتفاق الإطاري للتعاون العلمي و التقني أو الثقافي والتربوي بين الجزائر والمملكة الاسبانية الموقع بالجزائر في 05 افريل 1993[3].

وفي المجال الصحي مذكرة التفاهم حول التعاون في المجال الصحي المبرمة بين الجزائر وجنوب إفريقيا الموقعة في بريتوريا بتاريخ 06 أكتوبر 2004[4] .

1 المادة 132 من الدستور الجزائري لسنة 1996 تضع الاتفاقيات الدولية أسمى من التشريع العادي "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون " .

[2] المرسوم رقم 81-442 المؤرخ في 11 ديسمبر 1982 يتضمن المصادقة على الاتفاقية الخاصة بالتعاون الاقتصادي والعلمي والتقني بين الجزائر واليونان الموقعة في 13 ماي 1982 الجريدة الرسمية الجزائرية الصادرة ب 11 ديسمبر 1982 ،المرجع السابق ، ص 2375 ، 2376 .

[3] اتفاق التعاون في المجال ألفلاحي بين الجزائر والفيتنام الموقع في الجزائر بتاريخ 21 نوفمبر 2004الجريدة الرسمية الجزائرية ، العدد 28 المؤرخة في 28 نوفمبر 2000.

[4] مذكرة التفاهم حول التعاون في المجال الصحي المبرمة بين الجزائر وجنوب إفريقيا الموقعة في بريتوريا بتاريخ 06 أكتوبر 2004الجريدة الرسمية الجزائرية ، العدد 43 المؤرخة في 26 جويلية 2005 ، ص 08 .

وسبب ذلك هو الرغبة في تحقيق تنمية شاملة في كل المجالات عكس العقود الدولية لنقل التكنولوجيا التي تركز غالبا على الجانب الصناعي وبذلك لا تستطيع تحقيق تنمية شاملة في الدولة .

ثانيا : سلبيات الاتفاقيات

من السلبيات التي تم تسجيلها على الاتفاقيات الدولية الناقلة للتكنولوجيا في عملية النقل الدولي للتكنولوجيا :

أ : طول إجراءات إبرام الاتفاقية

بناء على القواعد العامة في مجال المعاهدات الدولية والمنصوص عليها في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات فان المعاهدة أو الاتفاقية لا تدخل حيز التنفيذ إلا بعد استيفائها لإجراءات النفاذ داخل الدول الأطراف مثل إجراء التوقيع وإجراء المصادقة[1] ، وغالبا ما تأخذ هذه الإجراءات وقتا طويلا وخصوصا إذا كان احد أطراف الاتفاقية من البلدان النامية أين لا تتوفر هذه البلدان على أهلية تكنولوجية تسمح لها بدراسة الاتفاقية والتعرف بسرعة على أثارها المختلفة وبذلك يتم تأخير إجراءات النفاذ وهذا ما يؤثر سلبا على التكنولوجيا المنقولة التي تصبح بعد مرور تلك الفترات تكنولوجيا قديمة ويؤثر سلبيا على عملية التنمية في تلك الدولة التي تتأخر ، ومن أمثلة هذا التأخير الاتفاق الإطاري للتعاون العلمي والتقني والثقافي والتربوي بين الجزائر والمملكة الاسبانية فرغم توقيعه في 05 افريل 1993 [2] لم يدخل حيز التنفيذ إلا بتاريخ 16 نوفمبر 2000.

ب: الاقتصار على نقل التكنولوجيا التي تحت سيطرة الدول والمنظمات الدولية

إن اقتصار المشاركة في الاتفاقية الدولية الناقلة للتكنولوجيا على الدول والمنظمات الدولية يعني نقل التكنولوجيا التي تحت سيطرة هذه الأطراف فقط ، وهي قليلة لو تم مقارنتها بالتكنولوجيا التي تسيطر عليها بعض الأطراف الأخرى ، وبذلك يبقى العديد من الأطراف التي تساهم من الناحية العملية في عمليات النقل الدولي للتكنولوجيا خارج دائرة عمليات نقل التكنولوجيا بموجب الاتفاقيات الدولية وأهمها الشركات المتعددة الجنسيات التي تحتكر أغلبية براءات الاختراع العالمية، وهذا ما يؤدي إلى عدم الاستفادة من التكنولوجيا التي تسيطر عليها الشركات المتعددة الجنسيات

[1] المادة 12 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات 1969.

[2] اتفاق التعاون في المجال ألفلاحي بين الجزائر والفيتنام الموقع في الجزائر بتاريخ 21 نوفمبر 2004الجريدة الجريدة الرسمية الجزائرية ، العدد 28 المؤرخة في 28 نوفمبر 2000 ، المرجع السابق .

بواسطة الاتفاقيات الدولية [1] وذلك ما دفع بعض الصكوك الدولية إلى الطلب صراحة بان يسعى المجتمع الدولي إلى تمكين الدول النامية من التكنولوجيات وخصوصا تلك المملوكة لأطراف لا تعتبر أشخاصا قانونية دولية والتي لها اثر فعال في دفع عمليات التنمية داخل الدول [2] .

[1] احمد سي علي ، المرجع السابق ، ص 35 .

2 الفقرة 03 و04 و05 من ديباجة تقرير مؤتمر الأمم المتحدة المعني بتسخير العلم والتكنولوجيا لأغراض التنمية ، فيينا ، منشورات الأمم المتحدة ، بتاريخ 2013/7/21 .

الباب الثاني :

الالتزامات الناشئة عن عقود نقل التكنولوجيا وطرق حل نزاعاتها.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن عقود نقل التكنولوجيا وطرق حل نزاعاتها

لقد مضت الإشارة إلى أن عقد نقل التكنولوجيا من العقود الملزمة للطرفين حيث يترتب عليها التزامات قانونية تقع على عاتق كل من المورد والمستورد، إذ انه يجب على هذين الأخيرين الوفاء بما التزما به بحسن نية وحسب الاتفاق والشروط المدرجة في العقد وفي جميع مراحله .

وبما أن أحد أطراف العقد هو عبارة عن دولة فغالبا ما تكون الاتجاهات الدولية السائدة مساندة للطرف المستورد (الدولة) ، إلا أن الطابع التبادلي الدولي يلزم المستورد بتنفيذ التزاماته على الوجه الصحيح ، حيث تقع على عاتقه العديد من الالتزامات أهمها الاحتفاظ بسرية نقل التكنولوجيا .

وعلى الرغم من أهمية عقد نقل التكنولوجيا والالتزامات الناشئة عنه إلا انه قد تنشأ منازعات بين المورد والمستورد بسبب إخلال أحدهما بالتزاماته ، وفي هذه الحالة لابد من اللجوء إلى تسوية المنازعات الناشئة عن عدم تنفيذ أحد الأطراف لالتزاماته ، فمن حيث طرق تسوية المنازعات لابد من الرجوع الى اتفاق الأطراف لمعرفة الأسلوب الذي تم تفضيله ، وفيما لو كان هذا الأسلوب هو الطريق الودي أم القضائي أم التحكيمي باعتباره قضاء من نوع خاص ، رغم أن ذلك مرهون بغياب القواعد الآمرة التي تفرض على أحد الأطراف التقيد بأسلوب تسوية معين ، ومع غياب اتفاق الأطراف على إتباع الطريق التحكيمي يحال النزاع إلى القضاء المختص وفقا لقواعد الاختصاص العام الدولي .

وفي صدد البحث عن القانون الواجب التطبيق فيبدو أن تشريعات الدول والاتفاقيات الدولية ذات الصلة والاجتهادات التحكيمية نفسها تلتقي جميعا حول إخضاع العقد الدولي من حيث الموضوع إلى قانون الإرادة ، وذلك مع اختلاف في التفصيل أو التطبيق .

وسيتم التطرق في هذا الباب إلى نقطتين أساسيتين وذلك من خلال تقسيمه إلى فصلين نتناول في الأول منهما الالتزامات الناشئة عن عقود نقل التكنولوجيا، كما نتناول طرق حل المنازعات المتعلقة بعقود نقل التكنولوجيا في الفصل الثاني وذلك تباعا كما يلي :

الباب الثاني : الالتزامات الناشئة عن عقود نقل التكنولوجيا وطرق حل نزاعاتها ـــــــــــ

الفصل الأول : الالتزامات الناشئة عن عقود نقل التكنولوجيا

بعد الانتهاء من المرحلة الأولى التي تتمثل في إبرام العقد يدخل الأطراف في مرحلة جديدة ومختلفة تعرف بمرحلة تنفيذ العقد وهي أهم مرحلة في هذا الأخير ،ومما لا شك فيه أن هذه المرحلة المهمة سيكون لها آثار كبيرة على العقد ، مما يثير التساؤل عن طبيعة الالتزامات الرئيسية التي يتحملها كل من المورد والمستورد أو الاثنين معا ، على أساس أنها تعتبر الوسيلة أو الأداة التي يتم من خلالها الحكم على حقيقة العقد وما قدمه كل طرف للآخر ، وفي سياق هذه الالتزامات قد يتعرض الطرف المذعن في هذا العقد وهو مستورد التكنولوجيا إلى سيطرة الطرف القوي وهو مورد التكنولوجيا مما يؤدي فرض العديد من الشروط المقيدة والتعسفية وإدخالها ضمن بنود العقد على نحو يجعل تنفيذها مرهقا وغير عادل بحيث لا تصبح التكنولوجيا المنقولة وسيلة للارتقاء بالقدرات العلمية والفنية للطرف المتلقي .

ونظرا للخصائص الذاتية لعقد نقل التكنولوجيا وخاصة طول مدته الزمنية نسبيا ، كثيرا ما نصادف شروطا خاصة بتحديد المسؤولية أو الإعفاء منها ، إذ يجوز للمتعاقدين من حيث المبدأ الاتفاق على ما يخالف القانون بشأن المسؤولية ، لأن قواعدها ليست آمرة .

وبسبب خاصية الحداثة النسبية لهذا النمط العقدي فانه لم يتم الاستقرار حتى الآن على قواعد ثابتة ومعينة بصدد تحديد المسؤولية إلا أن السائد عموما في هذا المجال هو قانون الإرادة ، أما فيما يتعلق بالإعفاء من المسؤولية فان المدين يحصل عليه عموما كلما تمكن من إثبات وجود سبب أجنبي حال دون تنفيذ التزاماته .

وبناء على ما تقدم فانه سيتم تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث نتناول في الأول منها التزامات المتعاقدين ثم المسؤولية الناجمة عن الإخلال بهذه الالتزامات في المبحث الثاني لنتطرق إلى حالات الإعفاء والتخفيف من هذه المسؤولية في المبحث الثالث وذلك كما يلي :

الباب الثاني : الالتزامات الناشئة عن عقود نقل التكنولوجيا وطرق حل نزاعاتها ـــــــــــ

المبحث الأول : التزامات المتعاقدين في عقود نقل التكنولوجيا

يترتب على عقود نقل التكنولوجيا العديد من الالتزامات على عاتق الطرفين حيث يتعين عليهما الوفاء بها وذلك من اجل نقل التكنولوجيا كاملة وسالمة من كل نقص وقد عرف الفقه الالتزام بأنه :"حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بالقيام بعمل أو بامتناع عن عمل ذي قيمة مالية أو أدبية "[1] . وإخلال أحد أطراف العقد بالتزاماته العقدية يترتب عليه المسؤولية العقدية اتجاه الطرف الأخر ويتبين هذا الإخلال في عدم التكافؤ بين طرفي العقد ، فمورد التكنولوجيا يعتبر من الدول المتقدمة وتسير وفقا لإستراتيجية علمية وفنية عالية ، ودولة تبحث عن النمو مستوردة تفتقر لأدنى التقنيات في هذا المجال ، مما يجعل النص داخل العقد على التزامات كلا الطرفين ضرورة حتمية ، ومنه سنتناول التزامات المورد في(المطلب الأول) ثم نتطرق لالتزامات المستورد في (المطلب الثاني).

المطلب الأول : الالتزامات الواقعة على مورد التكنولوجيا

يترتب على المورد كطرف في عقد نقل التكنولوجيا التزامات يتعين عليه الوفاء بها والتي سنوردها على النحو التالي :

الفرع الأول : الالتزام بنقل التكنولوجيا

يحتوي هذا الالتزام نقل المعلومات والوسائط الفنية كافة التي تتكون منها المعرفة التكنولوجية إلى طالبها وإعطائه الأشياء المادية كاملة [2]، الملحقة بالمعرفة التكنولوجية ويجب على المورد اتخاذ كافة الوسائل والسبل التي تكفل عملية النقل الفعلي للمعرفة التكنولوجية حيث أن خصوصية الالتزام بنقل عناصر المعرفة التكنولوجية تتمثل في أن عقد نقل التكنولوجيا يعطي الحق لطالبها في استغلال المعرفة التكنولوجية يكون على شكلين :

أولا: الالتزام بنقل العناصر المعنوية للتكنولوجيا

يبدأ المورد بتنفيذ الالتزام من خلال قيامه بالعديد من التصرفات القانونية والتي تمثل أداءات يتوجب القيام بها بموجب العقد المبرم بين أطراف العلاقة ، بحيث تكون نقطة البداية هي منح الحقوق التي استقل بها ونقل هذه الأداءات حق التصنيع وحق البيع والاستخدام بالإضافة إلى حق العمل والتدريب ومن خلال هذه الأداءات فان المورد قد أعطى للمتلقي أسرار المعرفة الفنية والتي تمثل العنصر المعنوي في عقود

---

[1] -عبد الرزاق السنهوري :النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الأول ، نظرية العقد ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت لبنان ، 2005 ، ص 21 .

[2] -يتوجب على المستثمر تقديم المعدات والآلات للمورد كافية من حيث العدد أو النوعية حسب ما تقتضيه المتطلبات .

نقل التكنولوجيا .ذلك أن نقل الملكية التكنولوجيا بمعزل عن العناصر المعنوية يعد بحد ذاته غير كافي لتحقيق أهداف الدول المتلقية ، خاصة النامية منها لافتقارها إلى العديد من المعارف والبنى التحتية [1].

ثانيا : الالتزام بنقل العناصر المادية للتكنولوجيا

يلتزم المورد إلى جانب التزامه بنقل العناصر المعنوية للمعرفة الفنية بنقل العناصر المادية للتكنولوجيا ، ويأتي هذا الالتزام في إطار النقل الكامل للتكنولوجيا وتفاعل جميع عناصرها لتحقيق أهداف المتلقي من وراء هذه العملية ،ولذلك فان في كل عقد لنقل التكنولوجيا يتعهد المورد بتوريد المواد اللازمة حسب طبيعة العقد والتكنولوجيا المنقولة ،وذلك للأهمية الخاصة لهذه الآلات والمواد التي تتفاعل مع باقي العناصر الأخرى غير المادية للتكنولوجيا المنقولة ويمثل هذا الالتزام ركنا هاما في العقد المبرم وهذا من اجل صناعة منتج ما أو وضع تكنولوجيا معينة قيد التشغيل حيث تكمن أهميته من جانب المتلقي الذي يحتاج إلى المعدات و الآلات اللازمة من اجل تركيب وحدة صناعية كاملة يفتقر إليها[2] .

تجدر الإشارة إلى انه إذا كان الأصل أن من حق طالب التكنولوجيا استثمار المعرفة التكنولوجية بالكيفية التي يريدها ، فان الغالب أن يتم العقد على غير هذا الأصل فيحيط حرية المتلقي في استعمال هذه المعرفة بعضا من القيود مثل تحديد حجم الإنتاج او منعه من التصدير أو بيعه في مناطق معينة أو التحكم في سعره أو اشتراط المادة الأولية من مصدر محدد أو غير ذلك من الشروط المقيدة وهذا ما يضمن للمورد عدم تمكن المتلقي فعلا وبشكل كامل من استغلال المعرفة الفنية[3] .

الفرع الثاني : الالتزام بتقديم المساعدة الفنية

كانت الصورة الابتدائية لعقود نقل التكنولوجيا خالية تقريبا من تقرير أي التزامات أخرى على عاتق المورد ما عدا التزامه بتقديم الوثائق اللازمة مع التنازل عن براءة الاختراع ، وتوفيره تدريبا محدودا في مصانعه لقلة من العاملين الفنيين لمستقبل التكنولوجيا ، لكن وما نراه الآن من انتشار واسع لهذه العقود ومدى نجاعتها في تحقيق التنمية الاقتصادية أصبح الالتزام بتقديم المساعدة الفنية[4] عنصرا لا غنى عنه في هذه

---

1 -وليد عوده الهمشري ، عقود نقل التكنولوجيا ، الالتزامات المتبادلة والشروط التعاقدية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ط1999 ، ص 91.90 .

[2] -وليد عودة الهمشري ، المرجع السابق ، ص 93 .

3-مرتضى جمعة عاشور ، عقد الاستثمار التكنولوجي دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ط 1 ، سنة 2008 ، ص 277 –ص 278 .

4-المساعدة الفنية هي عبارة عن نقل الاهليات او التخصصات او بمعنى وضع القدرة الغنية تحت صيغة التدريب على وضع المعارف المكتسبة قيد التطبيق .

العقود ، سيما أن هذا العنصر يعني للملتقي الشيء الكثير لأنه غالبا ما يفتقر إلى الخبرة والدراسة الكافية في محل العقد ويجري تقديم المساعدة الفنية بإحدى الطريقتين أو كلاهما معا ، إما تكون بإيفاد خبراء للمتلقي وإما عن طريق تدريب وتأهيل بعض أفراد المتلقي في مشروعات مشابهة أو مماثلة .

حيث نصت المادة 77 الفقرة 01 من قانون التجارة المصري على انه ." يلتزم المورد بان يقدم للمستورد المعلومات والبيانات وغيرها من الوثائق الفنية اللازمة لاستيعاب التكنولوجيا ، وكذلك ما يطلبه المستورد من الخدمات الفنية اللازمة لتشغيل التكنولوجيا وعلى وجه الخصوص الخبرة والتدريب "[1].

ومعنى ذلك انه لا يكفي أن يلتزم المورد بتقديم المعرفة التكنولوجية محل العقد إلى المستورد ، إنما يلتزم كذلك بتقديم المعلومات والوثائق والمساعدة التقنية الضرورية لتمكينه من استيعاب المعرفة بحيث يستطيع استخدامها بنفسه عند انتهاء المورد من تنفيذ التزاماته [2].

تقدم المساعدة الفنية في إطار عقود نقل التكنولوجيا ضمن آليات معينة يحددها العقد بين أطراف العلاقة التعاقدية ، حيث شاعت طريقتين قد ألف أطراف العلاقة كمن خلالها على تنظيم آلية المساعدة الفنية ، بهدف تمكين الطرف المتلقي من اكتساب وتحصيل الخبرة والتحكم الجيد في التكنولوجيا المنقولة إليه وهذا من اجل الوصول إلى استقلالية تامة في إرادة هذه التقنية وتوظيفها حسب ما يصبو إليه وهما المساعدة الفنية المرتبطة وعقد المساعدة الفنية المستقل .[3]

أولا :المساعدة الفنية المرتبطة :

إن هذه الآلية فعالة في إطار العلاقة التعاقدية التي تجمع بين مشروعين يتمتع كلاهما بمستوى تكنولوجي متقارب كالدول المتقدمة ، بحيث تكون المساعدة الفنية بالنسبة للمتلقي مسالة ثانوية غير أساسية وهذا لتمتعه بقدرات تكنولوجية ذاتية ، ويكون هذا المورد قد وفى التزاماته بالمساعدة الفنية بمجرد وضع الملفات والوثائق الخاصة بالمنشات تحت تصرف المتلقي والذي هو في الأصل يملك من الدراية والخبرة التكنولوجية الشيء الكثير[4] ، وعلى خلاف ذلك فان هذه الآلية نثير العديد من المنازعات بين أطراف العلاقة خاصة إذا كان الطرف المتلقي لا يتمتع بالخبرة والمقدرة التكنولوجية حيث تعتبر الدول النامية هذه المساعدة

1 -المادة 77 الفقرة 01 ، قانون رقم 1999/17 ، المتضمن قانون التجارة المصري المعدل والمتمم ،نشر بالجريدة الرسمية العدد 19 مكرر الصادر في 1990/05/17 .

[2] -مرتضى جمعة عاشور ، المرجع السابق ، ص 285 .

[3] -وليد عودة الهمشري ، المرجع نفسه ، ص 99 .

[4] . وليد عوده الهمشري ، المرجع السابق ،ص 78 .

الفنية أمرا حتميا حيث تتمكن من الحصول على طاقم فني محلي مؤهل لاستغلال التكنولوجيا المنقولة والتحكم وإدارة عملية الإنتاج[1] ، لذلك يتوجب على الدول النامية التي تلجا إلى هذه الطريقة أن تتقن فن صياغة إدراج شرط المساعدة الفنية بطريقة دقيقة وواضحة في إطار عقود نقل التكنولوجيا وان يرفق الأطراف هذه المساعدة بملحق يضع تفصيلها ، وذلك من حيث نوعيتها والخبراء ومؤهلاتهم ونفقات استخدامهم ، وبيان كفاءتهم الفنية والمدة الزمنية اللازمة لتحقيق النتائج وإخضاع ذلك لمراقبة المتلقي للوقوف على جدوى التدريب خاصة الجوانب العلمية ، وضرورة إحاطة هذا الالتزام بنصوص قانونية تعكس الغاية والهدف من وراء هذه المساعدة [2].

ثانيا عقد المساعدة الفنية المستقل :

تنظم المساعدة الفنية حسب هذه الطريقة في إطار عقد قائم بذاته ومستقل عن أي عمليات أو أداءات أخرى يمكن أن تختلط بموضوعها الأساسي حيث تكون هذه المساعدة الفنية محل العقد والأداء المميز له وذلك من اجل تمكين المتلقي من التحكم واستغلال وإدارة التكنولوجيا المنقولة .

حيث أن عقد المساعدة الفنية بحسب تنظيمه القانوني من جهة وأهمية المساعدة الفنية ذاتها بالنسبة للدول المتلقية و مشروعاتها من جهة أخرى يعتبر من النماذج القانونية الراقية والفاعلة خاصة لهذه الدول ومشروعاتها ، وهذا راجع إلى أنها تستجيب لظروف المشروعات في الدول النامية وتلبية رغباتها ، من خلال إسهام هذه العقود بتقديم الخدمات الضرورية لتحويل المعرفة الفنية من مجرد موضوع نظري إلى موضوع التطبيق العملي وذلك عن طريق ما تم شرحه سابقا [3].

الفرع الثالث : التزام المورد بالضمان

ينطوي التزام الضمان عموما على مدلولين احدهما واسع يعني المسؤولية بشقيها التعاقدي وغير التعاقدي والضمان بموجب هذا المدلول يعني ضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية وإخطار المهنة والسلامة والهلاك وغيرها .... أما الضمان بمدلوله الضيق فيعني حالات عدم تنفيذ الالتزامات العقدية أو ضمان الاستحقاق فقط[4] .

---

[1] -صالح بن بكر الطيار ، المرجع نفسه ، ص 153 .

[2] - وليد عوده الهمشري ، المرجع السابق ،ص 78 .

[3] -وليد عودة الهمشري ، المرجع السابق ، ص 105 .

[4] -محمد الكيلاني ، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا ، دار الفكر العربي ، الطبعة 02 ، 1995 ، ص 237 .

ونحن إذا بحثنا في الالتزام بالضمان في العقد الدولي لنقل التكنولوجيا باعتباره كأحد الالتزامات الهامة وجب علينا تسليط الضوء على ما تثيره هذه المسالة من إشكاليات وخلافات في الواقع العملي سواء من حيث وجوده والاتفاق عليه ومدى نطاقه والمناطق الصعبة والشاقة التي يمر بها هذا الالتزام خاصة في مرحلة المفاوضات وما يتبعها من صياغة نهائية لمختلف مواد العقد التي تفرغ في الغالب جميع أنواع وصور هذا الالتزام في عقد ملحق بالعقد الأصلي [1].

وعليه فان دراسة التزام الضمان ستوجب آن نبحث عن أهمية هذا الشرط وماهيته ، ثم التعرف على الأساس القانوني لهذا الالتزام وأنواعه .

أولا : أهمية شرط الالتزام بالضمان :

لا تقتصر أحكام الضمان على عقد البيع ، بل تطبق على جميع أنواع العقود التي يستوجبها لأنه يعتبر واجبا قانونيا في جل عقود المعاوضة التي من شأنها نقل الملكية أو أي حق عيني أخر ، وإذا كانت أحكام الضمان قد أوردتها مختلف التشريعات في باب عقد البيع فليس لأنها لا تنطبق على غيرها من العقود بل لأن واضعي هذه التشريعات تأثروا بالفكرة التاريخية في وضع هذه الأحكام في باب عقد البيع والحقيقة أن أحكام الضمان في عقد البيع ماهي إلا القواعد العامة التي يتعين الرجوع إليها كلما اقتضى الأمر تطبيقها على العقود التي تستوجب طبيعتها ذلك .[2]

ثانيا : الأساس القانوني لالتزام الضمان

إن الأساس القانوني لالتزام الضمان في عقد نقل التكنولوجيا هو الطبيعة الخاصة لهذا العقد ، إذ أن المستثمر يضمن بمقتضى هذا العقد نقل المعرفة التكنولوجية المتفق عليها إلى المستقبل ، فبطبيعة عقد نقل التكنولوجيا والهدف المرجو منه يولد الالتزام بالضمان قبل طالب الاستثمار حتى دون النص عليه في العقد فهو التزام مفترض يمكن ألا يكون منصوصا عليه صراحة[3] .

ثالثا :صورالالتزام بالضمان :

للالتزام بالضمان ثلاث صور: ضمان التعرض والاستحقاق ن ضمان العيوب الخفية و ضمان المطابقة كما هو موضح كالأتي :

---

[1] -وليد عوده الهمشري ، المرجع السابق ، ص 114 .

[2] -محمود الكيلاني ، المرجع السابق ، ص 238 .

[3] -مرتضى جمعة عاشور ، المرجع السابق ، ص 297 ، ص 298 .

أ :ضمان التعرض والاستحقاق :

يضمن مورد التكنولوجيا (البائع) عدم التعرض للمتلقي (المشتري) في الانتفاع بالمبيع (محل عقد نقل التكنولوجيا) كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل شخص أخر يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري ، ويكون البائع ملزما بالضمان ولو كان هذا الشخص قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه ، حيث وجب على البائع أن يضمن وأن يطمأن المشتري على حيازة هادئة ومستقرة[1] .

وبالرجوع إلى عقود نقل التكنولوجيا فانه يسري عليها ما يسري على عقد البيع في الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق حيث يلتزم المورد بالوفاء بنقل التكنولوجيا والقيام بواجب الضمان بصورة كافية لكي يحقق لطالب التكنولوجيا استخدامها بصورة هادئة ونافعة وعدم استحقاقها للغير[2] .

ب : ضمان العيوب الخفية

إن ضمان العيوب الخفية في عقود نقل التكنولوجيا يعني التزام المورد بتسليم المعرفة التكنولوجية كمحل لهذا العقد بكل عناصرها خالية من عيوب تجعلها غير صالحة للغرض المخصصة له ، ويشترط في العيب الذي يضمنه المورد أن يكون ذو تأثير وقديم وغير معلوم للمتلقي ، فإذا ذكر المورد في العقد صراحة أو استخلص من الظروف الغرض الذي قصده من العقد فان أي عيب يحل بهذا الغرض إخلالا محسوسا يعد عيبا مؤثرا ويدخل في إطار الضمان[3] ، وهذا ما أشارت إليه المادة 379 من القانون المدني الجزائري حيث أكد المشرع الجزائري من خلالها على أن التزام المبيع بضمان العيوب الخفية ينشا غب حالة وجود عيب خفي بالشئ المبيع يؤدي إلى عدم صلاحية المبيع للأغراض التي اعد من اجلها أو المتفق عليها أو إنقاص قيمة المبيع بسبب العيب الذي فيه حتى ولو لم يشتمل على الصفات التي تعهد البائع بوجودها وقت التسليم إلى المشتري[4] .

---

[1] -محمد حسين منصور ، العقود الدولية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، الإسكندرية ، ص 245 .

[2] - مرتضى جمعة عاشور ، المرجع السابق ، ص 299 .

[3] -مرتضى جمعة عاشور ، المرجع نفسه ، ص 301 .

4 -حساني علي ، الإطار القانوني للالتزام بالضمان في المنتوجات دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه في القانون الخاص ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان - 2011-2012 ، ص 116 .

د : ضمان المطابقة :

يضمن مورد التكنولوجيا للمتلقي مطابقة المعلومات الفنية التي قدمها للمعلومات المطلوبة والمبينة في العقد ، وكذلك الرسومات ، التصميمات وبراءة الاختراع وغيرها من الوثائق ، كما يضمن كذلك السماح له بالقيام بالزيارات وطلب الاستفسارات بالكيفية المذكورة في العقد ، وقد نصت المادة 85 فقرة 01 من القانون التجاري المصري على انه : " يتضمن المورد مطابقة التكنولوجيا والوثائق المرفقة بها للشروط المبينة في العقد ، كما يضمن إنتاج السلع آو إدارة الخدمات التي اتفق عليها في العقد ".

وبالرجوع إلى اتفاقية فيينا وتفحصها نجد أنها تحوي على مفهوم المطابقة حيث نصت في مادتها 35 فقرة 01 والذي يحوي كمية البضاعة "المعرفة التكنولوجية " ونوعيتها وأوصافها ويمكن إعطاء وصف دقيق للمطابقة من خلال المادة المبينة أعلاه بأنها : " اشتمال البضاعة المسلمة على المواصفات التي اشترط العقد توافرها فيها "[1]

من خلال ما تطرقنا له وكون المستورد لا يملك القدرة الحقيقية والكافية للتحكم في التكنولوجيا فانه يستوجب على المورد الالتزام بالضمان بغية تحقيق الغاية والهدف المنشود من العقد والذي هو الوصول إلى مرحلة الإنتاج وتحقيق التنمية بصفة عامة .

الفرع الرابع : التزامات أخرى على عاتق المورد

بالإضافة إلى الالتزامات السابقة الذكر التي تقع على المستورد بخصوص عقود نقل التكنولوجيا ونظرا لأهمية هذا العقد وطبيعته الخاصة وتعدد أداءاته ، سنتناول التزامات أخرى بدقة واختصار وهي كالأتي:

أولا : الالتزام بإعلام المستورد بالتحسينات عند طلبها :

يلتزم المورد طبقا لنص المادة 77 فقرة 02 من قانون التجارة المصري بان يعلم المتلقي بالتحسينات التي يدخلها على التكنولوجيا محل العقد وذلك طول مدة العقد وان ينقلها إليه إذا طلبها المتلقي أو كان متفقا على ذلك خلال العقد .

ومفهوم هذا الالتزام أن المورد ورغم عدم الاتفاق على إعلام المتلقي بالتحسينات التي يتوصل إليها خلال فترة سريان العقد ، يلتزم بذلك عند طلب المتلقي منه ذلك ، ولو لم يكن متفقا على ذلك بالعقد ويستمد المتلقي حقه في إلزام المورد بنص القانون .

[1] - مرتضى جمعة عاشور ، المرجع السابق ، ص 303 ، ص 304 .

ويستحسن في مثل هذه العقود أن يشترط المتلقي صراحة في العقد على الحصول على تحسينات عند طلبها ، حتى يقرر شراءها والحصول عليها وفق احتياجاته وزيادة فاعلية التكنولوجيا محل التحسين ، كما قد يتيح العلم بهذه التحسينات إجراء المتلقي دراسات في شانها بما يؤهله للمواكبة العلمية والبحثية في مجال التكنولوجيا محل العقد لأفضل ما يسير عليه التقدم في مجالها ، وهذا الالتزام بالإعلام بالتحسينات يلتزم به المورد عند طلبه طول فترة سريان العقد .[1]

ثانيا : الالتزام بتقديم قطع غيارعند طلبها

بالرجوع إلى نص المادة 78 من قانون التجارة المصرية والتي تنص على أن يقوم المورد طول ندة سريان العقد ، بتقديم قطع الغيار التي ينتجها وتحتاجها الآلات أو الأجهزة التي تستعمل في تجهيز وتشغيل منشآت المتلقي وذلك في حالة طلبها والاتفاق على ذلك بعقد نقل التكنولوجيا .

وبناءا على ذلك لا يلتزم المورد بتقديم قطع الغيار المشار إليها في حالة عدم طلبها من المتلقي ولكن يلزم بناءا على نص القانون بذلك عند طلبها من المتلقي ولو لم يكن متفقا على ذلك بالعقد .

وقصد المشرع من هذا الالتزام مراعاة أن يكون استخدام التكنولوجيا محل العقد ، استخداما جيدا طول فترة سريان العقد ، حيث قد تكون قطع الغيار المشار إليها الوحيدة أو الأفضل استخداما لإنتاج التكنولوجيا محل العقد وفي ما حالة ما كان المورد لا ينتج قطع الغيار التي يستلزمها استخدام التكنولوجيا في مصانعه ، التزم بنص القانون بإعلام المتلقي بمصادر الحصول عليها عند طلبها ولو لم يكن متفقا على ذلك بالعقد ويظل هذا الالتزام طول فترة سريان العقد ، وهذا الأخير قصد به استمرار تحقيق الفائدة المرجوة من عقد نقل التكنولوجيا حيث يحقق هذا الالتزام شراء قطع الغيار الأصلية من المختصين لضمان حسن التشغيل والإنتاج بواسطة التكنولوجيا محل العقد[2] .

ثالثا : التزام المورد بالإعلام :

إن القوانين الدولية ومختلف المعاهدات والاتفاقيات الدولية وخاصة التي تعنى بشان التجارة الدولية والتي تهتم بالجانب الاقتصادي تنص على وجوب والتزامه الإعلام في مختلف المبادلات التجارية بين أطراف العلاقة التعاقدية وفي عقود نقل التكنولوجية بصفة خاصة فان المشرع سواء الدولي أو المحلي قد ألزم المورد بإعلام المستورد بجل خصائص ومستلزمات ومواصفات الشيء محل العقد وهذا استنادا إلى مبدأ الحق

[1] - سميحة القليوبي ، عقد نقل التكنولوجيا ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، 2008 ، ص 37 .

[2] سميحة القليوبي ، المرجع السابق ، ص 39 .

بالإعلام والذي أقرته مختلف التشريعات والمواثيق الدولية ، إن جل عقود نقل التكنولوجيا تشترط الإعلام بالتكنولوجيا محل النقل ابتداء من مرحلة المفاوضات التي يتم فيها اختيار التقنية التي تكون محلا للعقد ومواصفاتها وطريقة عملها[1] .

هذا وقد نص المشرع المصري في المادة 76 من قانون التجارة المصري على انه : "يلتزم مورد التكنولوجيا بان يكشف للمستورد في العقد أو خلال المفاوضات التي تسبق إبرامه مايلي :

1-الأخطار التي قد تنشا عن استخدام التكنولوجيا وعلى وجه الخصوص ما يتعلق منها بالبيئة أو الصحة العامة أو سلامة الأرواح أو الأموال ، وعليه أن يطلعه علة ما يعلمه من وسائل لاتقاء هاته الأخطار .

2-الدعاوي القضائية وغيرها من العقبات التي تعيق استخدام الحقوق المتصلة بالتكنولوجيا" .

من خلال نص المادة يظهر لنا أن المشرع المصري اوجب حماية للمجتمع بشكل عام والمستورد بشكل خاص وهذا من خلال تنبيه المستورد بالأخطار التي قد تنشا عن استخدام التكنولوجيا وما تخلفه من اثر سلبي على البيئة والصحة العامة وسلامة الأرواح وحماية الأموال[2] .

وأخيرا فان المورد عندما يضمن الالتزام بنقل التكنولوجيا ويضمن عناصر المعرفة الفنية حيث ينقلها إلى المتلقي مطابقة لشروط ومواصفات معينة وعندما يلتزم كذلك بتقديم المساعدة الفنية ويضمن المواد الموردة والتصاميم الفنية خالية من العيوب ، ويتقيد بالضمان وبشروط العقد ،وكذلك يلتزم بالتزامات أخرى والتي سبق وان تطرقنا لها .فلابد أن تتحقق النتيجة بل تصبح أمرا حتميا .

المطلب الثاني : الالتزامات الو اقعة على عاتق مستورد التكنولوجيا

إن المتلقي كطرف في عقد نقل التكنولوجيا هو من ينقل إليه المورد المعرفة الفنية ويكون شخصا طبيعيا أو اعتباريا ، وكما تطرقنا سابقا في المطلب الأول الالتزامات التي تقع على عاتق مورد التكنولوجيا فان المتلقي لو المستورد كذلك يقع عليه التزامات يجب عليه الوفاء بها وأداءها وفقا لما هو متفق عليه في العقد المبرم ، والتي سنتناول أهمها فيما يلي :

[1]-وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ، ص 539 .

2-بن صيد بونوة ،وسائل نقل التكنولوجيا وتسوية نزاعاتها في ضوء القانون الدولي، رسالة ماستر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، 2014-2015 ، ص 24 .

الفرع الأول : الالتزام بدفع الثمن :

يعد الالتزام بدفع المقابل من أهم الالتزامات الملقاة على عاتق طالب التكنولوجيا ، وسوف نستعرض أشكال هذا المقابل على النحو التالي :

أولا : المقابل النقدي

المقابل النقدي مبلغ من النقود يدفعه طالب التكنولوجيا بوصفه عوضا لعناصر المعرفة الفنية التي ينقلها المورد إليه ويجب أن يبين العقد مقداره ومكان وميعاد الوفاء به ونوع النقد وأسس تحويله إلى نقد الدولة التي ينتمي إليها المورد ، وان يراعي في كل ذلك قواعد المراقبة على النقد في دولة طالب التكنولوجيا ،وتمثل هذه الصورة الأكثر شيوعا في الممارسات العملية لما يترتب عليها من محاولة لتقليل احتمالات النزاع بين الطرفين ويستلم المورد هذا المقابل بعدة طرق وأهمها ثلاثة وهي بان يقدم المبلغ النقدي إجمالا أو بشكل دوري وان يأخذ بالصيغتين فيكون مزيجا بينهما[1] .

1-المقابل الإجمالي وتقديره

أ: المقابل الإجمالي :تعتبر هذه الصورة الأكثر شيوعا في الواقع ، وتكون من خلال اتفاق الطرفين على تحديده لصورة جزافية [2]، وهو إجمالي يشمل المعرفة الفنية والرسومات والنماذج والتدريب والمواد الأولية اللازمة وكذلك التركيبات والتشغيل ، وقد يكون هذا المبلغ مقابل المعرفة الفنية فقط وينص في الغالب على مقداره وطريقة الوفاء به والمدة التي يتعين على المتلقي أن يدفعه أثناءها ،وقد يكون على دفعة واحدة آو على عدة دفعات يتم الاتفاق على مواعيدها [3].

ب : تقديره : يحوي هذا الأسلوب على جملة من المزايا تحفز الطرفين على تفضيله ، فبالنسبة إلى المورد يمكنه هذا الأسلوب أن يسترد بوفاء واحد سريعا المبالغ التي أنفقها في التوصل إلى المعرفة التكنولوجية ، وإذا كان غير راغب في إنشاء علاقات بطالب التكنولوجيا أو انه غير مطمئن إلى مركزه المالي أو إلى أمانته ، فان هذا الأسلوب يمكن المورد من اتقاء هذه الشكوك ويفضل هذا الأسلوب كلما كانت المعرفة التكنولوجية التي ينقلها المورد مهددة بظهور معرفة احدث منها أما بالنسبة إلى طالب التكنولوجيا فان هذا الأسلوب يخول له تحديد

---

[1] -مرتضى جمعة عاشور ، المرجع السابق ، ص 309-310 .

2 - جزافيا : يطلق هذا المصطلح لان الاتفاق على مقداره لا يوضح الأساس الذي تم اعتماده لتقديم هذا المقدار بمعنى أن المورد يتحكم في هذا التحديد لأنه يحتفظ بسرية المعرفة التكنولوجية التي يسعى طالبها للحصول عليها ويحتفظ المورد بالمركز التفاوضي القوي الذي يؤهله لفرض أي مساومة لإنقاص هذا المقابل .

[3] - محمد الكيلاني المرجع السابق ، ص 268 .

النفقات الكلية لتأسيس المنشاة على وجه الضبط ، وإذا كان غير راغب في إنشاء علاقة متصلة مع المورد أو غير مطمئن إلى تدخله في شؤون منشاته فالحل هنا هو أداء مقابل المعرفة التكنولوجية دفعة واحدة [1].

كذلك فان هذا الأسلوب يحوي عدة عيوب فبالنسبة إلى المورد يكون المبلغ الإجمالي عادة اقل حصة من حصيلته من العائد لاسيما إذا أتى الاستثمار التكنولوجي اكله ، أما بالنسبة لطالب التكنولوجيا فيحمله هذا الأسلوب مبالغ جسيمة قد لا تتوافر لديه مرة واحدة ، وإذا توافرت فإنها تفوت عليه فرصة استثمارها في عدد من المشاريع [2].

2-المقابل الدوري وتقديره

أ :المقابل الدوري :قد يقسط المقابل على دفعات ، وفي حالة التقسيط قد تبدأ الدفعات بمبالغ قليلة ثم تتصاعد ، أو تبدأ بمبالغ كبيرة ثم تتدرج في الهبوط والطريقة الأولى هي الأكثر انتشارا غي العمل لأنها أرفق بطالب التكنولوجيا الذي وفي كثير من الأحيان يتعذر عليه أداء مبالغ كبيرة ، وقد يتفق المتعاقدان على إطالة مدة الدفعات أو إنقاصها عن مدة العقد [3].

ب : تقديره : يلجا طرفا العلاقة التعاقدية إلى هذا الأسلوب لما فيه من مزايا ينشدانها فمن جهة طالب التكنولوجيا فانه قد لا يطمئن إلى أن المعرفة التكنولوجية التي تعاقد بشأنها إلى النتائج التي يتوقعها مما يدفعه لقبول فكرة المقابل الدوري ، ومن جهة المورد فانه يوافق على هذه الطريقة متى كان على ثقة بان المعرفة التكنولوجية التي ينقلها مضمونة النتائج وهناك من أردف لذلك أن هذا الأسلوب يخلق مشاركة بين طالب التكنولوجيا و المورد تعتبر من أنواع شركة المحاصة [4].

وعلى ذلك فان هذا الأسلوب في تحديد المقابل يعد في بعض الأحيان وسيلة غير عادلة على الأقل من جهة المتلقي خاصة إذا لميتمكن من تصريف المنتجات أو إذا ازدادت تكلفة الإنتاج في الوقت الذي لا يتمكن فيه من رفع الثمن نتيجة تحكمات ظروف السوق [5].

---

[1] - مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق ، ص 312 .

[2] -مرتضى جمعة عاشور ، المرجع نفسه ، ص 213 .

[3] - وليد عوده الهمشري ، المرجع السابق ، ص 148 .

[4] - مرتضى جمعة عاشور ، المرجع السابق ، ص 315-316 .

[5] - وليد عوده الهمشري ، المرجع السابق ، ص 149-150 .

3-المقابل المختلط

إن هذه الصورة من صور المقابل يتم الاتفاق عليها بحيث يدفع المتلقي مبلغا جزافيا عند إبرام العقد ويلتزم بدفعات أخرى دورية ، ويتم دفع مبلغ جزافي في معظم الحالات أثناء فترة المفاوضات وتكون مقابل المورد عن المعلومات السرية التي تمكن المتلقي من تقييم التكنولوجيا ، ويحتسب هذا المبلغ كدفعة أولى عند إبرام العقد، على انه إذا فشلت المفاوضات فان المدفوع يكون الضمان الذي يطلبه المورد مقابل كشفه عن المعلومات السرية [1].

ثانيا : المقابل العيني :

إن هذه الطريقة في الدفع معروفة منذ زمن طويل في مجال العلاقات التجارية الدولية ، وأيضا في مجال العقود الشخصية للقانون[2]، كذلك فان هذه الصورة من صور الدفع شائعة في العقود التي تبرمها الشركات متعددة الجنسيات من فروعها في الدول الأخرى ، ويكون المقابل العيني حصة من الإنتاج أو مما يتوفر في دولة المتلقي من مواد أولية لازمة لمشاريع الشركات الأم ، ويلجأ المورد إلى هذه الطريقة عندما يرغب في الحصول على ميزة احتكارية ينافس بها غيره سواء كان من الشركات الوطنية أو الأجنبية لأنه يجد في مصادر التمويل ميزة ينفرد بها ولا تتحقق هذه الميزة إلا إذا سمحت الدولة المضيفة بدخول الاستثمارات الأجنبية لها [3].

ثالثا : المقابل مقايضة التكنولوجيا بأخرى

ينتشر هذا الأسلوب بين الدول المتقدمة بعضها مع بعض وبين الشركات والمؤسسات الضخمة وذلك لما تتمتع به هذه الدول والمؤسسات من دراية علمية وفنية وكفاءة تطبيقية عالية ، ولأنها ترى انه من غير المربح البدء في البحث وإجراء التجارب للوصول إلى ذلك في وقت يتوفر لدى مؤسسة أخرى ويمكن الحصول عليه ، وترى هذه الدول والمؤسسات توفير للمال والجهد والوقت في مقايضة التكنولوجيا التي عندها بتكنولوجيا أخرى حيث أن هذه الطريقة في نقل التكنولوجيا تعود بفائدة علمية كبيرة تكمن في التعاون الفني بين المؤسسات التي تتقايض التكنولوجيا ، وعلى سبيل المثال فان اليابان تستورد أعلى نسبة من التكنولوجيا العالمية وتقايض ما تستورده بتكنولوجيا من عندها ، والاتحاد السفياتي سابقا يستورد من

[1] - محمد الكيلاني ، المرجع السابق ، ص 272 .

[2] - صالح بن بكر الطيار ، المرجع السابق ، ص 222 .

[3] - محمود الكيلاني ، المرجع السابق ، ص 273 .

التكنولوجيا ما يحتاجه ويقايض بالتكنولوجيا التي يمتلكها ، وهو شان معظم الدول الصناعية المتقدمة والشركات العملاقة [1].

إن هذه الطريقة قد تنطوي على العديد من المخاطر والصعوبات التي تواجه الدول الآخذة بها خاصة عند تعلق التكنولوجيا بالنظم القانونية للملكية الفكرية عن طريق تبادل البحوث أو إجراء بحوث مشتركة ، من حيث حق التصرف بنتائجها وآلية احتساب الكلفة الحقيقية للنتائج ، لكن هناك من يرى أن تجاوز هذا الإشكال يبقى في المتناول حيث يمكن حلها وتجاوزها بالاتفاق من خلال شروط العقد [2].

الفرع الثاني : الالتزام بالسرية

إن معظم التشريعات الوطنية في القوانين المقارنة لم تتصدى إلى حماية المعرفة الفنية كما فعلت بالنسبة لبراءة الاختراع ، وهذا راجع إلى إن المعرفة الفنية غير المبراة تحميها طبيعتها السرية التي أرادها لها مالكها وهي تتميز بهذه الخاصية عن المعارف المبراة التي أعلن عنها مكتشفوها طالبين حمايتها عندما بادروا إلى تسجيلها[3] .

وعند دراستنا للالتزام بالمحافظة على السرية في العقد الدولي لنقل التكنولوجيا فانه يلزمنا الحديث عن السرية ذاتها التي يسعى الأطراف على ضمان المحافظة عليها ، ومنه وجب الحديث عن ماهية السرية في المعرفة الفنية وأساس الالتزام بها ، ومراحل الالتزام بالسرية .

أولا : ماهية سرية المعرفة الفنية

إن المعارف الفنية والتقنية تشكل العمود الفقري للتكنولوجيا المنقولة لاحتوائها على طرق وأسرار صناعية ، وخبرات تراكمية ، ومهارات فنية لازمة لتشغيل فن صناعي معين ووضعه موضع التطبيق ، والقدرة على الإنتاج من خلال استغلالها[4] .

إذا كانت المعارف الفنية تحمل كل هذا الوصف فان السرية تعد العصب الرئيسي او القلب النابض لهذه التكنولوجيا والذي يغذي ديمومتها واستمراريتها ، تمنح صاحبها الاستقلالية في استثمارها واستغلالها وهذا ما يجعل من السرية الأداة الرئيسية للاحتكار التكنولوجي الذي يحقق لمنتجها الميزة التنافسية في مجالها،

---

[1] - محمود الكيلاني ، المرجع نفسه ، ص274 -275 .

[2] - وليد عوده الهمشري ، المرجع نفسه ، ص 155 .

[3] - محمود الكيلاني ، المرجع السابق ، ص 267 .

4 - حسام محمد عيسى ، نقل التكنولوجيا ، دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية ، دار المستقبل العربي ، ط1 ، القاهرة ، مصر ، 1987، ص 116 .

إن السرية هي القيمة الفعلية للمعرفة ورأس المال الذي تقوم عليه ، وتنقص هذه القيمة او تختفي إذا علم بها الجمهور ، ذلك أن شيوعها واستغلالها على نطاق واسع يعرض صاحب الحق فيها إلى منافسة كبيرة لذلك فان صاحب الحق فيها يخشى قبل إعطاء أي معلومات عنها أثناء المفاوضات بشأنها ، كما يسهر على ضمان سريتها إذا ما تعاقد مع الغير على نقلها له سواء في ذلك المتلقي أو المتعاقدين من الباطن أو العاملين في مؤسسات طرفي العقد[1] .

ثانيا : أساس التزام المتلقي بالمحافظة على سرية المعرفة الفنية

إن أساس الالتزام هو طبيعة المعرفة الفنية في حد ذاتها ، فمن جهة فان طبيعة المعرفة الفنية هي السمة التي تتميز بها ما بقيت سرا وتحدد قيمتها مع هذه السرية أو بدونها ، وبذلك يكون استمرار المعرفة الفنية استمرارا للحصول على ما يقابلها ، ويشترك طرفي العقد في معرفة هذه السرية إذا وردت محلا لعقد بينهما ، وهذا يعني أنهما يشتركان في المصلحة ومن جهة ثانية فان الشروط التعاقدية أساس لالتزام كل طرف فيما تعهد الالتزام به ، فالمتلقي يضمن المحافظة على سرية المعلومات التي حصل عليها شانه في ذلك شان المورد ، وترد هذه الشروط في العقود بصفة عامة وتكون مبنية على التراضي وتستمد القوة الملزمة للعقد[2] .

ثالثا : نطاق الالتزام بالمحافظة على السرية في عقود نقل التكنولوجيا

يتعين على طرفي العقد تحديد نطاق الالتزام بالحفاظ على السرية من حيث المحل الذي يرد عليه او من حيث الزمان ، ومن حيث الأشخاص الذين يمكن لهم الاطلاع على أسرار التكنولوجيا المنقولة .

1-نطاق الالتزام من جهة ما يعد سريا

هناك مجموعة من الضوابط المتفق عليها ، حول اعتبار معلومات معينة كمعلومات سرية ، ومثالها تلك التي لا يعرفها الطرف الأخر قبل التعاقد ، أو يحصل عليها من طرف ثالث أو تشكل جزءا من المال العام دون خرق لذلك العقد ، ومنه يمكن اعتبارها معلومات سرية تلك التي يحصل عليها المتلقي من خلال تفتيش المصانع التجريبية أو الأجهزة الفنية لدى المورد ، بينما لا تعد كذلك المعلومات التي يحصل عليها أثناء بحثه عن التكنولوجيا الملائمة عن طريق المكاتب الاستشارية [3].

[1] -محمود الكبلاني ، المرجع السابق ، ص 276 -277 .

[2] -وليد عوده الهمشري ، المرجع نفسه ، ص 217 -218 .

[3] - وليد عودة الهمشري ، المرجع السابق ، ص 217 -218 .

2-نطاق الالتزام من جهة الأشخاص الملتزمين

يمتد التزام المتلقي بالمحافظة على سرية التكنولوجيا ليشمل جميع عامليه ومقاوليه من الباطن ، وكل موظف لديه بحاجة فعلا للوقوف على أسرار تلك التكنولوجيا ، بحيث يلتزم كل منهم بالمعلومات كما تم تسليمها لهم ،على أن يعتبر التزامهم هذا من قبيل الالتزام بتحقيق نتيجة بحيث يكفي إفشاء السرية لإثارة خطئهم ومن تم مسؤوليتهم [1] .

3-نطاق الالتزام من جهة المدة الزمنية

يتفق المتعاقدون غالبا على فترة سريان التزام السرية ، وهي تشمل بالضرورة فترة نفاذ العقد وأحيانا فترة زمنية تليها تختلف من عقد إلى أخر ، إلا أنها لا تنزل عموما عن خمس سنوات ، هذا ما لم توجد نصوص قانونية لضبط تلك المدة [2] .

الفرع الثالث: التزامات أخرى تقع على المستورد

بالإضافة إلى الالتزامات السابقة ذكرها هناك التزامات أخرى لا تقل أهمية عن الأولى وتتمثل في مايلي:

أولا : الالتزام بالمحافظة على جودة الإنتاج

إن هذا الالتزام يفرض على عاتق المستورد في الحالة التي تتضمن فيها عناصر المعرفة التكنولوجية علامة تجارية للمورد ، ويأذن لطالب التكنولوجيا أو يلزمه بوضعها على الإنتاج وكذلك في الحالة التي يشترط فيها المورد وضع بيان على الإنتاج يفيد صنع بالتطبيق على المعرفة التكنولوجية التي نقلها طالب التكنولوجيا ، فيكون للمورد في مثل هذه الحالات مصلحة اشتراط المحافظة على صنف الإنتاج وجودته وذلك حماية لسمعته ومكانته التجارية ، إن هذا الالتزام يلقى على عاتق المستورد عبئا ثقيلا لا يرضى بتحمله إلا إذا لمس في نفسه وفي ظروف مشروعه القدرة على بلوغ الجودة المطلوبة في الإنتاج وإلا فانه يسمح للمورد عند أي مخالفة ولو كانت صغيرة طلب فسخ العقد أو مصادرة السلعة التي تحمل العلامة التجارية [3] .

ثانيا : الالتزام بتهيئة البيئة الملائمة للتكنولوجيا

يشكل هذا الالتزام احد الأداءات المناطة بالمتلقي حيث انه بهذا الالتزام سيساعد المورد على تنفيذ الالتزامات التي تقع على عاتقه من اجل تحقيق المطلب التكنولوجي ، ويكون الالتزام بتهيئة البيئة الملائمة

---

[1] - صالح بن بكر الطيار ، المرجع السابق ، ص 234 .

[2] - وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ، ص 561 .

[3] - مرتضى جمعة عاشور ، المرجع السابق ، ص 339-340 .

للتكنولوجيات من خلال اختيار التكنولوجيا الملائمة التي سبقتها دراسة تحليلية متخصصة منه ، وإفرازها لنتائج تؤكد ملائمتها للبيئة التي سوف تنقل إليها هذه التقنية ، إضافة كما سبق الإشارة إليه تسهيل نهمة المورد في تنفيذ التزامه من خلال توفير عوامل أو عناصر يلتزم المتلقي بتنفيذها حتى يتمكن المورد من المساعدة وهذه العناصر هي :

-**العنصر الأول** : تهيئة العناصر المادية من أراضي وأبنية وطاقة و غيرها من العناصر المادية التي تتطلب التكنولوجيا المنقولة .

-**العنصر الثاني** : تهيئة العناصر المعنوية ويتم ذلك من خلال تهيئة العناصر البشرية التي سوف تكلف بمهمة التعامل مع هذه التقنية .

-**العنصر الثالث** : وهو الجانب القانوني والغلاف للعناصر السابقة الذكر ، حيث يكون العقد هو المعالج لكل هذه المسائل المتعلقة بالتهيئة البيئية حيث تندرج هذه المسائل تحت بنود العقد [1].

ثالثا :التزام المستورد بعدم الترخيص من الباطن

يتمثل الترخيص في انتقال حق استعمال تكنولوجيا معينة من طرف إلى أخر وهذا من خلال مدة زمنية معينة ، وان هذا العقد لا يخول للمرخص له سوى حق شخصي يتمثل قفي الانتفاع من التكنولوجيا محل الترخيص طول مدة سريان العقد واحتواء العقد على شرط مقيد بعدم الترخيص من المستورد لأي كان وان هذا العقد يكون دائما تحت يد المورد من خلال الشروط التقييدية على القعد وذلك من خلال تحديد حقوق الطرف المتلقي في أضيق نطاق ممكن [2].

كما يشمل هذا الالتزام عقد نقل التكنولوجيا سواء تعلق الأمر ببراءة الاختراع أو المعرفة الفنية أو غيرها من الأشكال الملكية الصناعية والتي غالبا ما تكون محل نقل المهارات التقنية وإعطاء حلا لمشكلة صناعية من شانها أن تساعد في تطوير الإنتاج وتحسينه، وهذا كله يمنع المتلقي من منح الترخيص من الباطن دون الحاجة إلى ترخيص أو موافقة المورد وهذا لا يكون إلا بنص صريح داخل بنود العقد [3].

[1] - وليد عودة الهمشري ، المرجع السابق ، ص 166-167 .

[2] - بن صيد بونوة ، المرجع السابق ،ص 29 .

[3] - وليد عودة الهمشري ، المرجع نفسه ، ص 181 .

المبحث الثاني : المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالالتزامات في عقود نقل التكنولوجيا

إن المسؤولية المدنية بصفة عامة سواء كانت تقصيرية أو عقدية تحتل مكانة كبيرة في موضوعات القانون الخاص حيث تأخذ المجال الأوسع بالنسبة لأراء الفقهاء واجتهادات القضاء الذين يسعون لمواكبة التطورات الاقتصادية والتكنولوجية من أجل إيجاد الحلول القانونية المناسبة لما قد يطرأ من منازعات ، ومن الواضح أن تطور هذه الأوضاع على الصعيد العالمي يجد صداه في نطاق العلاقات العقدية والاقتصادية والدولية .

ومما لا شك فيه أن هذه الدراسات تسعى إلى تبيان أمرين مرتبطين يبعضهما البعض أولهما عند حدوث إخلال بتنفيذ عقود نقل التكنولوجيا هل يكفي إعمال القواعد العامة في المسؤولية المدنية أم أن الأمر يحتاج إلى تطبيق قواعد خاصة لمعالجة هذا الإخلال نظرا لما يتمتع به محل عقد نقل التكنولوجيا من مميزات تجعله يختلف عن العقود الأخرى من جهة ، وكذلك لعدم التساوي في المراكز القانونية لأطراف العقد من جهة أخرى ، أما الأمر الثاني فيتعلق بالآثار القانونية المترتبة على ثبوت إخلال أحد الأطراف بتنفيذ التزاماته وكذا نظام الجزاءات في هذا النوع من العقود .

وتبعا لذلك سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين وذلك كمايلي :

المطلب الأول : صور الإخلال بالالتزامات العقدية

بما أن عقد نقل التكنولوجيا من العقود الملزمة لجانبين فانه من الممكن أن يكون الإخلال بالالتزامات العقدية إما على عاتق المورد أو المستورد على حد سواء ، وسيتم في هذا المطلب التطرق إلى صور الإخلال بالعقد في الفرع الأول ثم إلى المسؤولية الناتجة عن هذا الإخلال في الفرع الثاني وذلك كمايلي :

الفرع الأول : صور الإخلال بالعقد

1-إخلال المورد بتنفيذ التزاماته :

يعتبر المورد مخلا بتنفيذ التزاماته في كل مرة لا يتم فيها تسليم كافة عناصر التكنولوجيا المتعاقد عليها، أو يتم تسليمها على نحو غير مطابق لما تم الاتفاق عليه، بل وأكثر من ذلك حتى في حالة التسليم خارج المكان أو الزمان المحددين .

وان كان الوضع الأخير من الإخلال من الوضوح لدرجة عدم إثارته الكثيرة من المشاكل، فان الإخلال بالتزام التسليم أو التسليم غير المطابق يثير بالمقابل –في عقود نقل التكنولوجيا تحديدا –الكثير من الجدل [1].

[1] د.وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ، ص 586 .

ومن أمثلة إخلال المورد بتنفيذ التزاماته نذكر ثلاثة أمثلة عملية ، المثال الأول حول التنفيذ المعاب أو التسليم غير المطابق للاتفاق وتتلخص وقائع القضية :في ان شركة كاميرونية للاتصالات اللاسلكية أبرمت عقدا مع شركة أمريكية لإقامة محطة أرضية للاتصال بالأقمار الصناعية ، إلا انه عند بداية التشغيل لم تعمل تلك المحطة بالكفاءة المتفق عليها ،وبذلت محاولات عديدة لإصلاحها ولكن دون جدوى مما دعا الشركة الكاميرونية لرفضها وإعادتها للطرف الأخر ، وعندما عرض النزاع على محكمة التحكيم في غرفة التجارة الدولية ،كانت الشركة الأمريكية قد احتجت بتسليم المحطة سليمة من دون عيب ، إلا أنها بحاجة إلى جهاز تقوية للتيار الكهربائي يختلف تصميمه وعمله في الولايات المتحدة الأمريكية عما هو عليه في منطقة العمل "أي في الكاميرون " مما يجعل الخطأ ليس خطأها .

إلا أن المحكمة قضت بخلاف ذلك استنادا على التزامها العقدي بتوريد وتركيب ذلك الجهاز مع اختباره للتأكد من جاهزيته ،بل ذهبت إلى ابعد من ذلك بان اعتبرت ملائمة الجهاز للتيار الكهربائي المحلي مما تفرضه طبيعة العمل دون حاجة بالضرورة لوجود مصدر خاص بذلك .

ومن هذا الحكم نستنتج أن التسليم المطابق هو التسليم المؤدي إلى تحقيق النتيجة من خلال كفاءة مجمل العناصر ذات الصلة [1].

أما المثال الثاني يتناول حالة التأخر بالتنفيذ حيث كان النزاع يدور حول عقد لنقل التكنولوجيا ابرم سنة 1984 بين ثلاث شركات بلجيكية وشركة استرالية لتمكين هذه الأخيرة من إنتاج الورق المعدني خلال فترة زمنية معينة ، وعندما عرض النزاع على التحكيم وجد المحكم أن نقل التكنولوجيا كان يجب أن يتم في وقت سابق لما قام به الجانب البلجيكي وانه رغم سوء صياغة العقد يمكن اثباث خطئه بتخلفه عن الموعد المتفق عليه مما يمنح الشركة الاسترالية حقها في الحبس أو الدفع بعدم التنفيذ .

أما المثال الثالث فيجمع بين التنفيذ المعاب والتأخر بالتنفيذ حيث أجريت في إحدى المدن السورية مناقصة عالمية لإنشاء مجمع للمنتجات الكيمياوية ورست تلك المناقصة على شركة رومانية ، حيث قامت هذه الأخيرة بإبرام عقد مقاولة من الباطن مع إحدى الشركات السورية مفاده تسليم الآلات وقطع الأجهزة في الوقت الذي تقوم فيه الشركة السورية بالتجميع والتركيب ، إلا أن الشركة قد تأخرت في تنفيذ التزامها ، في الوقت الذي كانت فيه الشركة السورية تدفع أجور العمال ونفقات الاستعدادات الفنية ،وبالنتيجة وصلت الآلات وقطع الأجهزة معابة لا تصلح للتركيب مما الحق ضررا فادحا بتلك الشركة وعند عرض النزاع على

[1] د.وفاء مزيد فلحوط ، بالمرجع السابق ، ص 587 .

محكمة التحكيم في غرفة التجارة الدولية لم تتردد في إصدار حكمها بخطأ الطرف المورد بالتنفيذ وقد صدر الحكم في 19 فيفري 1985 [1].

ومن أهم المسائل القانونية التي أثيرت فعلا في هذا السياق هي الخلاف بين ما تذهب إليه بعض التوجهات القانونية كالقانون المدني الفرنسي والمصري من اعتبار المطابقة نوعا من الالتزام بالضمان ، وبين التوجهات الأخرى كالفقه الفرنسي مثلا التي تعتبرها عنصرا أساسيا في التزام التسليم ذاته ، ذلك أن تبني النظرة الأخيرة يعني شمولية التزام المورد بالتسليم لكافة عناصر المعرفة الفنية على نحو مطابق للاتفاق ، في الوقت الذي تعني فيه المطابقة تحقيق النتيجة إسنادا إلى الكفاءة الكلية لمجمل العناصر التكنولوجية [2]

رأينا الخاص : نرى بتبني التوجه الفقهي الأخير الذي تقتضيه مصلحتنا على اعتباره يحقق النتيجة كاملة لان عدم كفاءة احد العناصر المنقولة يعني عدم المطابقة وعدم تحقق هذه الأخيرة يعد إخلالا بالالتزام بالتسليم وفي الوقت نفسه ثبوت إخلال المورد وإمكانية المساءلة .

2-إخلال المتلقي بتنفيذ التزاماته :

تثور إحدى صور إخلال المتلقي بالتزامه فيما لو تأخر في التنفيذ " كالتأخر في إصدار التعليمات" أو في حالة عدم التنفيذ "كفشله في تقديم المساعدة الفنية " ، أو عند التنفيذ المعاب "كإجراء اختبارات في مخابره الخاصة وتقديم نتائج غير صحيحة ، أو تقديم بيانات أخرى أو أية معلومات تخالف الحقائق [3].

3-إخلال احد الطرفين [4]:

ويتمثل هذا الإخلال في عدة صور نكتفي بالإشارة إلى إحداها وهي "إخلال احد طرفي العقد بشروطه المقيدة "،إذ رغم كل الانتقادات التي استهدفت سياسة الشروط المقيدة لم نستطع نفي قيامها على أساس قانوني جدير بالاحترام ، وهو مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين ".

---

[1] د.محمود الكيلاني ، المرجع السابق ، ص 435-436 .

[2] د.محمود الكيلاني ، المرجع نفسه ، ص 331 .

3 د.وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ، ص 589 .

4 إذا اتفق الطرفان على أداء بعض الخدمات من قبل الغير "طرف ثالث " فعليهم كذلك تحديد المسؤول الأخير عن نتائج عدم تنفيذ الالتزامات المسندة إليه .

ورغم كل الاستثناءات الواردة عليه [1]،ظلت حجيته قوية إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة في إبرام العقود والوفاء بالتعهدات ، ومن هنا ظهرت أهمية مسألة الإخلال بالشروط المقيدة الواردة في عقود نقل التكنولوجيا خاصة مع اتساع الخلاف بين الدول المتقدمة والدول النامية حول شرعية تلك الشروط ، حيث نفت الأولى إمكانية الحكم المسبق عليها دون إقامة الدليل على أثارها الايجابية أو انعكاساتها السلبية سواء على المنافسة أم على مصالح المورد أو على مالكي حقوق الملكية الصناعية بينما طالبت الدول النامية بالمنع المطلق لها بغض النظر عن أثارها لكونها تعيق بشكل أو بأخر النقل الدولي للتكنولوجيا وتلحق أضرارا بالغة بسياساتها التنموية [2]

الفرع الثاني :المسؤولية المدنية والدولية في عقود نقل التكنولوجيا

أولا :المسؤولية المدنية في عقد نقل التكنولوجيا

غالبا ما تحدد القوانين الناظمة بنقل التكنولوجيا مسؤولية العاقدين عن الأضرار الناجمة عن التكنولوجيا المنقولة أو إحدى منتجاتها ،فإما أن تكون هذه المسؤولية عقدية أو تقصيرية وذلك تبعا لصفة المضرور، إلا أنها تقوم عموما بشكليها السابقين على ثلاثة أركان رئيسية وهي :

1-عدم تنفيذ المدين لالتزامه نتيجة التقصير أو الخطأ العقدي .2- إصابة الدائن بضرر .3- وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر [3].

-ركن الخطأ :

استقر شراح القانون المدني على تعريف الخطأ فيما يتعلق بالمسؤولية العقدية بأنه إخلال بالتزام عقدي سابق ، بينما هو في المسؤولية التقصيرية الواجب القانوني بعدم الإضرار بالغير .

---

1 وهذه الاستثناءات هي :

-انهاء العقد بالارادة المنفردة :مع وجود نص عقدي او قانوني يجيز ذلك .

-انهاء العقد او تعديله بقوة القانون كحالة وفاة احد المتعاقدين في شركة التضامن =.

=سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الحوادث كالظروف الطارئة .

2 د.نصيرة بوجمعة سعدي ، المرجع السابق ، ص 347 .

3 المادة 85 فقرة 02 من قانون التجارة المصري : "يسأل كل من المورد والمستورد بغير تضامن بينهما عما يلحق الاشخاص و الاموال من ضرر ناشئ عن استخدام التكنولوجيا او عن السلعة الناتجة عن تطبيقها ".

وهذا الخطأ إما أن ينجم على نحو غير مقصود كإهمال المدين ، او أن يرد متعمدا بقصد عدم تنفيذ الالتزام ، أو كما في حالات الغش أو الخطأ الجسيم [1]، لأنه لا مجال للشك في اعتبار الغش خطأ عمديا من العاقد يكشف عن سوء نيته ، وهو بذلك شيء مغاير لقصد الأضرار المعروف في نطاق المسؤولية التقصيرية .

كما يمكن وضع الخطأ غير المتعمد الجسيم موضع الخطأ المتعمد نظرا لصعوبة إثبات العمد مما يجعل من جسامة الخطأ ما يكفي لقيامه [2].

-ركن الضرر:

الضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه ، أو بمصلحة مشروعة ، سواء كان ماديا أو معنويا .

واستنادا إلى علاقة السببية بين الخطأ والضرر لا يقرر التعويض إلا عن الضرر المباشر والمتوقع ، وتوقع الضرر يناط عادة بمعيار موضوعي أساسه ما يتوقعه الشخص المعتاد في ظروف مماثلة ، ومع ذلك وفيما عدا حالات الغش أو الخطأ الجسيم يمكن مساءلة المدين عن الضرر غير المتوقع الناجم عن عيوب مرتبطة بالتكنولوجيا المنقولة استنادا لبعض الأنظمة القضائية التي أخذت بخطر التقدم [3].

أ-المسؤولية العقدية في عقد نقل التكنولوجيا :

يشترط لقيام المسؤولية العقدية بشكل عام في أي نمط عقدي الإخلال بالتزام وارد في عقد صحيح [4].

والمسؤولية العقدية في عقد نقل التكنولوجيا قد تجد سبيلها للوجود إما نتيجة لإخلال احد الأطراف بالتزاماته العقدية على النحو السابق شرحه ، أو من جراء الأشياء محل العقد كالمسؤولية عن الضرر الذي يلحق بأحد الأطراف من التكنولوجيا أو احد مستلزماتها ، كما قد ترد تلك المسؤولية عن فعل الغير المكلف بتنفيذ الالتزام العقدي أو جزءا منه [5].

ومن جهة أخرى قد تثار هذه المسؤولية عن المرحلة السابقة لبدء العمل ، كما لو اخل المورد بالتزام إعداد وتقديم دراسات الجدوى ، أو امتنع المتلقي عن أداء الدفعة المتفق عليها قيل نقل التكنولوجيا كمقابل لكشف جزء من سرية تلك التكنولوجيا .

---

[1] د.محمود الكيلاني ، المرجع السابق ، ص 467-468 .

[2] د.محمد وحيد الدين سوار ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، الطبعة السادسة ، منشورات جامعة دمشق ،1994 ،ص 377-378 .

[3] د.محمد شكري سرور ، التأمين ضد الأخطار التكنولوجية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1987 ، ص 68 .

[4] د.محمد النجار ، المرجع السابق ، ص 329 .

[5] د.محمد وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص 376 .

كما يمكن إثارتها عن المرحلة المعاصرة للتنفيذ ، أو تلك اللاحقة لانقضاء العقد كحالة إخلال المورد بالتزام مفاده تحقيق نتيجة ، ومن أمثلتها عدم حيازة المنتج للمواصفات المكفولة عقديا [1]أو كحالة إخلال المتلقي بالتزامه فيما يتعلق بحماية المورد ، باعتبار تلك الحماية من مستلزمات العقد رغم تجاوزها الإطار الزمني المحدد له [2].

ب:المسؤولية التقصيرية الناجمة عن عقد نقل التكنولوجيا

تختلف مكنة إقرار المسؤولية التقصيرية في عقد نقل التكنولوجيا تبعا للنظرية المعتمدة فيما لو كانت النظرية الذاتية القائمة على الخطأ ، مما يستوجب إثباته ، أو فيما لو كانت " النظرية الموضوعية " القائمة على الضرر والتي تكتفي بقيام الرابطة المادية بين الفعل والضرر ، ورغم أن القاعدة العامة تقوم على الخطأ الواجب الإثبات " النظرية الذاتية [3]" إلا أننا نعتقد بضرورة التغيير مسايرة لروح العصر الحديث بما افرزه من نماذج عقدية جديدة ترد على ما هو أكثر دقة وتعقيدا على نحو يصعب معه مالم يستحيل إقامة الدليل على خطأ المسؤول .

ونستند في رأينا هذا على توجع بعض الأنظمة القضائية كالقضاء الفرنسي بما قدمه من ركائز قضائية وتشريعية لغالبية الدول النامية ، ونعني تحديدا "فكرة خطر التقدم " التي تبتعد بالمسؤولية التقصيرية عن معيار الخطأ واجب الإثبات ، وتخلق لنفسها حيزا واسعا فيما يتعلق بضرر المنتجات [4].

والمسؤولية التقصيرية بدورها إما أن تقوم نتيجة الأعمال الشخصية لطرفي عقد نقل التكنولوجيا أو نتيجة لعمل الغير ، أو لفعل الأشياء .

وعليه فان ما يميز " المسؤولية عن الأفعال الشخصية "ركن الخطأ ، إلا أن أهم ما يمكن ذكره في هذا الجانب هو التوجه الفقهي والقضائي إلى عدم التفرقة في معرض تقرير مسؤولية بعض الأشخاص المهن الفنية الخاصة ما بين الخطأ العادي والخطأ المهني ، أو ما بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير [5].

واستنادا إلى غاية عقد نقل التكنولوجيا الحقيقية "الاستيعاب والتمكن التكنولوجي "وما ينطوي عليه من ضرورة نقل المهارة والقدرة على الإبداع وما إلى ذلك من أصول فنية خاصة بمحل العقد المذكور ، لا نرى

---

[1] د.محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص 75وص98 حتى 102 .

[2] د.محمد النجار ، المرجع السابق ، ص 329-330 .

[3] د.محمد وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص 09-12 .

[4] د.محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص 33-35 .

[5] د.وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ، ص 595 .

ثمة مانعا لامنا دارج الطرف المورد في ذلك العقد ضمن زمرة الأشخاص ذوي الاختصاصات الفنية الخاصة السابق الإشارة إليهم ، مما يوجب عدم التفرقة في معرض إقرار خطئه سواء في نوع الخطأ أو في درجته ، وذلك في حالة تبني النظرية الذاتية للمسؤولية[1] .

أما فيما يتعلق "بالمسؤولية عن عمل الغير "سيعد أي من المورد أو المتلقي فيما لو كان متبوعا مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها على أن تقوم رابطة التبعية حتى لو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعيه كلما توفرت له السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه . وتحتل "المسؤولية عن الأشياء " حيزا لابأس به من نطاق صفقات نقل التكنولوجيا ، وتنظم غالبية القوانين الوطنية مسؤولية حارس الأشياء بحيث تشمل :

-**مسؤولية حارس البناء** :يعد حارس البناء ولو لم يكن مالكا له مسؤولا عما يحدثه انهدامه من ضرر ،مالم يثبت أن الحادث لا يرجع إلى إهمال في الصيانة أو عيب في البناء [2].وبإسقاط مثل هذا النص القانوني على الأبنية ذات الصلة بعقود نقل التكنولوجيا كالمجمع الصناعي المتفق على إنشائه في معرض عقد تسليم مفتاح أو إنتاج ، أو المختبر اللازم لإجراء البحوث في معرض تنفيذ عقد البحث و التطوير "المنفرد أو التعاوني "نتمكن من تحديد المسؤولية عن الأضرار التي تلحقها مثل تلك الأبنية بالغير .

-**مسؤولية حارس الآلات:** تنعقد بموجب النصوص القانونية مسؤولية كل من يتولى حراسة آلات ميكانيكية أو أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة ، عما تحدثه تلك الأشياء من ضرر مالم يثبت نسبة الضرر لسبب أجنبي لا يد له فيه [3].لان الإضرار التي يمكن أن تحدثها الآلات التكنولوجية الحديثة بما تحوزه من تطور وتعقيد لا يمكن أن يستهان بها ، كما أن هذا الحكم يتسع ليشمل إلى جانب تلك الآلات وفقا للتصور التقليدي للشيء كل ما تحتاج حراسته إلى عناية خاصة كالمواد الكيميائية أو الأدوات الطبية وغيرها مما نصادفه كثيرا كمحل لعقد نقل التكنولوجيا " خاصة في عقود التراخيص الصناعية ".

[1] ذلك أن تبني النظرية الموضوعية يستند على معيار الضرر مما يجعل الحديث عن الخطأ في غير محله .

[2] د.محسن شفيق ، عقد تسليم المفتاح ، المرجع السابق ، ص 99 .

[3] د.محمد وحيد سوار ، المرجع السابق ، ص 169 .

ثانيا :المسؤولية الدولية للدولة كطرف متعاقد

في إطار بحث المسؤولية الناجمة عن عقود نقل التكنولوجيا وخاصة تلك المبرمة بين طرف مورد خاص وإحدى الدول النامية ، يثور تساؤل هام حول مدى إمكانية مساءلة الدولة دوليا "أي وفقا لقواعد القانون الدولي العام "عن إخلالها بأحد التزاماتها كطرف عقدي[1] .

وعلى ذلك فان من يثير تلك الإشكالية هم نفسهم المدافعون عن حق الطرف الخاص بالتمسك بقواعد القانون الدولي العام في مواجهة الدولة من خلال تدويل عقودها ، إلا أن هؤلاء لم يستندوا إلى ذات الأفكار والحجج في تدليلهم على قيام تلك المسؤولية إذ يمكن أن نميز بين ثلاثة اتجاهات متباينة :

الاتجاه الأول : اعتبر أي تصرف من الدولة فيه مساس بالعقد يعد عملا مخالفا للقانون الدولي وموجبا لمسؤوليتها الدولية ، وحجتهم في ذلك أن العقود التي تدخل الدولة طرفا فيها تعد بمثابة " معاهدات دولية " بحيث لا يحق لها سحب أو إلغاء ما تعهدت به بإرادة منفردة ،وإلا سيفرغ العقد من معنى وجوده وتهدد مصالحها عبر هذا الوضع غير المستقر ، وهذا ما دفع القضاء الدولي إلى اعتبار مبدأ القوة الملزمة للعقود مبدأ ملزما في عقود الدول مع بعضها أو في عقودها مع الأجانب نظرا للطابع الدولي لهذه الأخيرة ، هذا وقد دفع قضاء التحكيم وتحديدا في تحكيم سفير sapphire لإعمال قواعد القانون الدولي العام على العقد محل المنازعة تمهيدا لاعتبار التنصل منه عملا غير مشروع دوليا [2].

ويبدو أن هذا الرأي السابق بمجمله قد أفرط في تفاؤله لدرجة جعلته عرضة للنقد في عدة نواحي [3].

الاتجاه الثاني :اعتبر هذا الاتجاه آن إخلال الدولة المقترن بعمل يشكل بحد ذاته مخالفة دولية وهو وحده ما يثير مسؤوليتها الدولية .هذا وقد استند أصحاب هذا الرأي على أساس سليم من جهة ابتعادهم بعقود الدولة عن المعاهدات الدولية وتركيزها في إطار القوانين الداخلية للدول ، ومن هنا فان أي تغيير تجريه الدولة على قانونها وان جاء ضد مصالح الطرف الأجنبي يعد عملا مشروعا على النطاق الدولي مالم يكن ذلك التغيير مكونا بطبيعتها خطأ دولي كما لو قامت الدول بما يدل منها على إنكار للعدالة [4].

إن هذا الرأي قد عورض بشدة خشية منح القانون الداخلي للدولة المتعاقدة أولوية التطبيق على حساب القانون الدولي مما يمكنها من التذرع بقانونها المحلي للتنصل من تنفيذ التزاماتها التعاقدية .

---

[1] د.حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 558 حتى 580 .

[2] د. حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 562 .

[3] د.حفيظة السيد الحداد ، المرجع نفسه ، ص 565-569 .

[4] د.وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ، ص 600 .

الاتجاه الثالث : حاول هذا الاتجاه التوسط بين الرأيين السابقين وذلك بان ربط المسؤولية الدولية للدولة بمضمون وقواعد القانون الدولي الناظمة للعقود التي تحدد بدورها حالات إثارة المسؤولية وذلك بعد الأخذ بعين الاعتبار كل من طابع الإجراء الذي قامت به الدولة " طابع تجاري أم سيادي " والهدف منه "تغيير هيكل الدولة أو أنظمتها أو هدف أخر" وطبيعته " هل يعد من التصرفات العامة أم من التصرفات الخاصة ؟ "[1]

وبالتالي يمكن تحريك مسؤولية الدولة في ظل ظروف معينة كما لو تعسفت في تصرفاتها كاللجوء إلى المصادرة مثلا ، أما إذا قامت بتعديل قانونها فانه يجب البحث عن الظروف الاقتصادية والسياسية التي تقف خلاف هذا التصرف قبل الحكم عليه .

رغم وجاهة هذا الرأي إلا انه يغلب عليه طابعه النظري مما يجعله خياليا أكثر منه واقعيا .

ولعل الانتقاد السابق هو ذاته احد المأخذ على تلك النظرية التي حاولت تأسيس مسؤولية الدولة مباشرة كمسؤولية شبه دولية لا تحتاج إثارتها للتعرض إلى آلية الحماية الدبلوماسية انطلاقا من إخضاع عقود الدولة لما يعرف " بالقانون شبه الدولي ".

ونتيجة ذلك يمكن القول بإمكانية إثارة المسؤولية الدولية للدولة إزاء الطرف الأجنبي كلما توفرت شروطها [2]، رغم أننا نرجح استقلالية هذه المسألة عن مسألة إخلال الدولة بالتزامها العقدي ، لأنه كثيرا ما تثار المسؤولية الدولية للدولة دون وجود عقد أصلا وهو ما يدخل في صميم القانون الدولي العام ،كما يمكن أن نصادف إخلال من الدولة بالتزام عقدي دون إثارة لمسؤوليتها الدولية ، بألا يعد عملها مخالفا لقواعد القانون الدولي العام ، كما لو أصدرت قانونا أو قرارا مس العقد دون أن تتنصل منه ، وذلك بان عوضت المتعاقد معها على نحو ملائم وعادل [3].

إلا أن ما سبق ذكره لا ينفي إمكانية تقاطع مسؤولية الدولة من هذين الوجهين كما لو كان الالتزام الوارد في العقد هو ذاته ما سبق وان نصت عليه معاهدة دولية التزمت بها الدولة المخلة . ولا ينال من الحقيقة السابقة اتفاق الأطراف عقديا على تطبيق القانون الدولي العام كونه غير كفيل بتغير وصف العقد أو قلبه إلى معاهدة دولية .

---

[1] د. حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 576 .

[2] بان يكون التصرف الذي نشأ عنه الضرر منسوبا إلى شخص من أشخاص القانون الدولي ، وأن يخالف قواعد هذا القانون .

[3] د. وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ، ص 602 .

المطلب الثاني :نظام الجزاءات في عقود نقل التكنولوجيا

إن مسألة الإخلال بعقود نقل التكنولوجيا وما يترتب عليها من نتائج قانونية قد تثير منازعات طويلة الأمد وعلى درجة من التعقيد ،لذلك يفترض منذ البداية تضمين العقد شروطا تحدد بدقة التزامات الأطراف وما يعد مخالفا لها ، وما يترتب عليها من جزاءات .

تجدر الإشارة هنا إلى انه يؤخذ بعين الاعتبار خلق نوع من التوازن والانسجام عند صياغة تلك الشروط ما بين نتائج فشل الالتزامات ودرجة جسامة خرق العقد [1]، مع صيانة أحكام القانون الواجب التطبيق فيما يتعلق بهذه المسألة إذ لا يستبعد أن تعتبر بعض من تلك الجزاءات مخالفة للنظام العام .

وعمليا تفرض الجزاءات في معرض نقل التكنولوجيا إما بمناسبة عدم تنفيذ الالتزام ، أو لسبب التأخر فيه، آو نتيجة للتنفيذ غير المطابق .

وتنص كافة التشريعات الوطنية على الأحكام الناظمة لجزاءات عدم التنفيذ عموما "بما في ذلك الفعل الضار المثير للمسؤولية التقصيرية " .كما تلتقي في عدة نقاط تعد قواسم مشتركة بينها إلا أنها تعود لتفترق من جديد عبر مجموعة هامة من الأحكام[2] ، فالتعويض والفسخ مثلا جزاءان يردان في غالبية تلك التشريعات مالم يكن بمجملها ،إلا أن شروط استحقاق التعويض وكيفية تقديره ،وشروط الفسخ وكيفية وقوعه وأثاره مازالت محل خلاف فيما بينها .

وسيتم في هذا المطلب عرض نظام الجزاءات في عقود نقل التكنولوجيا وفق أربعة فروع كمايلي :

الفرع الأول : الدفع بعدم التنفيذ

تطبيقا للقواعد العامة فانه يجوز للأطراف فيما لو كان مانع تنفيذ عقد نقل التكنولوجيا مؤقتا – اللجوء إلى تدابير مؤقتة احتياطية كالدفع بعدم التنفيذ ، أو وقف تنفيذ العقد .

أما الدفع بعدم التنفيذ فلا يمكن أن نعده جزاءا بقدر ما هو وسيلة لضمان التنفيذ تتوسط الوسائل التنفيذية كالحجز على أموال المدين والوسائل التحفظية كقطع التقادم وتستهدف الضغط على إرادة المتعاقد الأخر قبل اللجوء إلى التنفيذ العيني أو طلب الفسخ أو التعويض [3]. وتعترف غالبية القوانين بهذه الوسيلة أما بإشارة إلى حق الدائن بالحبس ،أو بذكرها على نحو صريح ،كما تستلزم عادة لإعمالها وجود

[1] د. محمد وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص 35-36 .

[2] د. نصيرة بوجمعة السعدي ، المرجع السابق ، ص 380.

[3] د.محمود الكيلاني ، المرجع السابق ، ص 456 .

عقد تبادلي ملزم للجانبين مع إخلال احدهما بتنفيذ التزاماته ،على أن يكون المتمسك بوقف العقد حسن النية من جهة استعداده لأداء التزاماته [1].

إلا أننا نجد انعكاس هذه الوسيلة في نطاق عقود نقل التكنولوجيا مختلفا أحيانا عما هو متعارف عليه في القواعد العامة حيث تأخذ عادة شكل "احتجاز الضمان " ،أو فيما لو اصدر المورد تعليماته للبنك المعتمد من قبل الأطراف بعدم الوفاء للمتلقي بسبب امتناع هذا الأخير عن تنفيذ التزامه بخصوص الثمن ،أو كما لو امتنع المتلقي عن دفع الثمن استنادا لعدم تنفيذ المورد لالتزامه بنقل التكنولوجيا على نحو ماحدث في النزاع مابين الشركات البلجيكية و الشركة الاسترالية –سالف الذكر –حيث أقرت محكمة التحكيم في غرفة التجارة الدولية بتاريخ 19 مارس 1986 بإخلال الجانب البلجيكي بتنفيذ التزامه ، مما منح الجانب الاسترالي حق الامتناع عن أداء الثمن [2].

ومن الناحية العملية ورغم أهمية هذه الطريقة في الضغط على إرادة المدين إلا انه يخشى فيما لو استعملت على نحو مطلق أن تدفع بالطرف المخل إلى التوقف عن تنفيذ التزامات أخرى غير تلك المتنازع عليها فتتفاقم الأضرار ويزداد الوضع حدة ويصعب معه تحديد المسؤولية [3].

الفرع الثاني : التنفيذ العيني

التنفيذ العيني هو جزاء يذهب إلى إلزام المدين بإعادة الحال إلى ما كانت عليه ، وذلك بمنحه مهلة كافية لتدارك الوضع أو تصحيحه ، وقد يكون ذلك المدين هو المتلقي إلا انه غالبا ما يثور طلب التنفيذ العيني لمعالجة أوجه النقص التي ظهرت من خلال تنفيذ المورد لالتزاماته ، كما لو فشلت التجارب التي أجراها المتلقي بمعرفة الخبراء الفنيين بعد التسليم ، أو ثبتت عدم مطابقة عناصر محل العقد لما تم الاتفاق عليه بعد فترة من بدء استغلال التكنولوجيا المنقولة ،أو أصبحت تلك التكنولوجيا اقل فعالية ،أو ظهر عموما أي عيب في التصميم أو في الأجهزة أو في خبرة عمال المورد حال دون تحقيق النتيجة المطلوبة ،فإذا لم يقم المورد بمعالجة هذا الوضع خلال مدة الإصلاح ، كان للمتلقي طلب الفسخ أو التعويض [4].

والأصل أن يتصدى المورد " المدين " لمعالجة الوضع بنفسه ،إلا انه من الممكن أن يقوم الدائن بذلك أو قد يكلف الغير به ثم يعود بما أنفقه على المدين ،كما حصل في العقد المبرم بين إحدى الشركات العمانية

[1] د.محمد وحيد الدين سوار ،المرجع السابق ، ص 434 .

[2] د. محمود الكيلاني ، المرجع نفسه ، ص 467 -468 .

[3] د. وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ، ص 622 .

[4] د. محسن شفيق ، المرجع السابق ، ص 98 .

مع شركة انجليزية في عام 1978 لإنشاء وصيانة وتشغيل احد المصانع ،حيث ظهر عيب بأحد الأفران أدى إلى إغلاقه و إنذار الشركة الموردة بالإصلاح حيث أنكرت من جهتها مسؤوليتها عن ذلك العيب ، مما دفع الجانب العماني للتوقف عن دفع الأقساط المستحقة وتكليف شركة أخرى بالإصلاح ،وعندما رفع النزاع لهيئة التحكيم كلفت خبيرا هندسيا للكشف عن المصنع ، فقد ذلك الخبير تقريرا يفيد بوجود نقص فغي تصميم احد الأفران ، مما مكن الهيئة من إقرار مسؤولية الشركة الانجليزية وإلزامها بدفع تعويض عن مجمل الأضرار بما فيها كامل المبالغ التي دفعتها الشركة المتلقية إلى المقاول المتعاقد معه لإصلاح ذلك العيب [1].

أما عمليا ونظرا لحاجة المتلقي من الدول النامية الملحة للتكنولوجيا ، وخاصة في الوقت الراهن فإننا نرى بالأخذ بجزاء التنفيذ العيني كجزاء أصلي في عقد نقل التكنولوجيا ،حيث يجد المتلقي مصلحته فيه دون سواه من الجزاءات الأخرى وان كانت هذه الأخيرة تخدم المورد في وقته أو جهده أو ماله ،فلا يستبعد أن تعادل أو تفوق نفقات إصلاح مجمع صناعي مثلا نفقات انجازه الأصلية ،إلا أنها لا تنفي حقيقة اعتبار التنفيذ العيني بمثابة امتداد طبيعي لتنفيذ التزاماته بحسن نية [2].

الفرع الثالث : التعويض

التعويض تطبيقا لما أقرته القواعد العامة إما أن يقدر من قبل القضاء فيسمى "التعويض القضائي " أو أن يحدد بموجب نص القانون ،أو يذهب المتعاقدون إلى تحديده فيسمى حينها بالتعويض ألاتفاقي .

وهذا الأخير هو أكثر ما يهمنا في معرض حديثنا عن عقد نقل التكنولوجيا ، حيث يمكن للأطراف الاتفاق على فرض جزاءات معينة ومن بينها التعويض دون إلزام المتلقي باثبات الضرر ، والاكتفاء بمجرد الفشل في تحقيق النتيجة المطلوبة .

كما يمكن بالمقابل الاتفاق على تحديد قاعدة تقدير التعويض على أساس الضرر [3]، او الاتفاق على إدراج شرط التعويض المبرئ الذي يلتزم فيه المدين بدفع مبلغ معين بغض النظر عن مقدار الضرر الناتج حقيقة ، مما يرجح غبن احد الطرفين لصالح الطرف الأخر [4] .

---

[1] د. وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ، 624 .

[2] د.محمود الكيلاني ، المرجع السابق ، ص 476 .

[3] كوضع حد اعلي للتعويض ان تم تجاوزه يحق للطرف الأخر المتضرر طلب فسخ العقد .

[4] د. محسن شفيق ،المرجع السابق ، ص 94-95 .

والتعويض شأنه شأن الجزاءات الأخرى إما أن يرد نتيجة لعدم التنفيذ ا وان يرد نتيجة للتنفيذ السيئ ، إلا انه كثيرا ما يثور بصدد التأخر في التنفيذ ،لذا ينص العقد عادة على أسلوب تحديد التأخير ، بحيث لا يلتزم الدائن باثباث الضرر ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك [1].

أما من الناحية العملية فان التفاوض يلعب دورا هاما في صياغة البند العقدي المتعلق بالتعويضات ، كأن يدرج المورد مثلا شرطا لاعفاءه منها كلما كان عدم التنفيذ غير راجع بإهماله أو تقصيره ،ثم يتذرع بخطأ المتلقي في استقبال التكنولوجيا لنفي مسؤوليته ، وعندما لا يتصدى العقد لمسألة التعويضات تاركا تقديرها للقضاء فان هذا الأخير يعاني من صعوبة تحديد قيمتها خاصة لو كان الإخلال بالتزام مثل التزام ضمان النتائج ، ويبدو من الممارسة العملية أن التعويض القضائي لا يغطي كامل قيمة الأضرار الحقيقية ذلك لان القضاء بشكليه العادي أو التحكيمي يمتلك قناعة بحتمية التعرض لمخاطر متنوعة تفرض على الجهة المتضررة نفسها تحمل جزء منها [2].

وتظهر أهمية التعويض كلما كان جزاءا استثنائيا مقررا في حالة استحالة التنفيذ العيني ، خاصة لو كان الإخلال قد لحق بالتزام قابل للإصلاح مما لا يستدعي فسخ العقد نهائيا ،كإخلال المتلقي بمعيار الجودة أو حجم الإنتاج ،إلا أن هذا الجزاء يفترض من المتلقي مزيدا من الحرص عند صياغة العقد بمجمله نظرا لارتباط نصوصه مع بعضها البعض ،حيث يمكنه مثلا اللجوء إلى وسائل وقائية تضمن له حقوقه بالتعويض، كاحتجازه نسبة من ثمن التكنولوجيا تعادل الحد الأقصى للتعويض إلى حين انقضاء مهلة الضمان المحددة [3].

ولقد اتجه الفقه الحديث إلى القول بان مزج طريقتي التنفيذ العيني والتنفيذ عن طريق التعويض يتمخض عنه جزاء جديد يسمى" التنفيذ بشراء البديل " ، والتي تعني حق الدائن بالحصول على ما يماثل محل الاتفاق على حساب المدين الذي يتحمل نفقات عدم التنفيذ مع فروق الأسعار أو التكلفة "تنفيذ بالتعويض " على نحو يجعله قريبا من فكرة إكمال العمل بدلا من المتعهد (المقاول) الناكل عن التنفيذ على حسابه .

والملاحظ أن هذه الطريقة على النحو السابق يفسر بدوره عدم ملائمتها لعقود نقل التكنولوجيا خاصة وان التزام المورد يتطلب تدخله شخصيا في نقل المعرفة وهو ما لا يمكن إجباره عليه لما في ذلك من

[1] د. نصيرة بوجمعة السعدي ، المرجع السابق ، ص 278 .

[2] د.محمود الكيلاني ، المرجع السابق ، ص 477 .

[3] د. محسن شفيق، المرجع السابق ، ص 98 .

مساس في حريته الشخصية ترفضه القواعد العامة ، كما أن طابع سرية المعرفة الفنية تحول دون إمكانية تطبيق فكرة الشراء البديل على نحو دقيق ، ثم إن طبيعة المعرفة ذاتها تختلف عن طبيعة المنقولات المادية على نحو يصعب معه مالم يستحيل الحصول أصلا على معرفة مماثلة لتلك المتعاقد عليها [1].

الفرع الرابع : الفسخ

الفسخ عموما هو إحدى صور زوال العقود التبادلية الصحيحة [2]، وهو نوعان فسخ قضائي يحصل عند اعذار المدين وإقامة دعوى المطالبة بالفسخ وصدور الحكم ، ويستند خلاله القاضي على القانون الواجب التطبيق ، وأخر اتفاقي تحدده إرادة الأطراف [3]والتي عادة ما تذهب إلى إعطاء الطرف المقصر أو المخل إنذارا مكتوبا تليه مهلة معينة لمعالجة الخرق ، بحيث يحق للطرف الآخر طلب الفسخ مع انقضائها دون المعالجة ورغم أن الفسخ الاتفاقي الخاضع لقانون الإرادة هو الأكثر إتباعا ،إلا أن قيام نزاع مابين المتعاقدين كفيل لأن يحيل الأمر إلى القضاء .

والفسخ بصفة عامة هو جزاء غير مرغوب فيه نظرا للنتائج الخطيرة المترتبة عليه ، لذلك يرد غالبا كجزاء استثنائي يلجأ إليه كسبيل أخير بسبب وجود مخالفة جوهرية أو خرق أساسي للعقد ولا تعرف الأطراف عمليا تلك المخالفة على وجه الدقة والتحديد بقدر ما تشير إليها على اعتبارها أي إخلال بالعقد قد يلحق بالدائن ضررا كبيرا يفوت عليه جوهر منفعة العقد ، وكثيرا ما نصادف في عقود نقل التكنولوجيا مجموعة من الأمثلة المذكورة للدلالة على تلك المخالفات ومثال ذلك تأخر المقاول في إنهاء العمليات الإنشائية رغم منحه ميعادا آخرا وأخيرا ،إبلاغ المهندس الاستشاري العميل بتخلي المقاول نهائيا عن العقد ،أو فيما لو أوقف التنفيذ دون سبب معقول وامتنع عن استئنافه خلال مدة معينة تلي إخطاره بضرورة الاستئناف...الخ[4].

ومن آثار الفسخ فنجد أن الأثر الرجعي للفسخ يصطدم بعقبة المدة التي تعد من مستلزمات عقد نقل التكنولوجيا ، حيث أن انقضاء الزمن لا سبيل إلى رده ، فلا يعقل هدم المنشآت التي تم بناؤها أو فك الآلات وإعادة تصديرها ، أو تسريح العمال بعد التعاقد معهم [5]،أو محو المعرفة الفنية من ذهن المتلقي بعد كشفه

---

[1] د. وفاء مزيد فلحوط ،المرجع السابق ، ص 629 .

[2] د.محمد وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص 399 .

[3] د.محمود الكيلاني ، المرجع السابق ، ص 494 .

[4] د.محسن شفيق ، عقد تسليم المفتاح ،المرجع السابق ، ص 89-90.

[5] د.محمود الكيلاني ، المرجع السابق ، ص 486 .

أسرارها أو حتى التدرب على تطبيقها ،ومن هنا يقتصر اثر الفسخ عمليا على مستقبل العقد [1]فقط دون ماضيه الذي يغطى بالتعويض ، كما ينظم الأطراف عقديا مختلف المسائل التي يمكن أن تعنيهم لاحقا .

ومما يعني المتعاقدان على وجه الخصوص تنظيم التزامي عدم المنافسة وال حافظة على السرية والتدابير اللازمة لإعمالهما ، ومدى استمرار الالتزامات الأخرى على عاتق المورد تحديدا [2].

ومما سبق نستنتج بأن الفسخ من وجهة نظر عملية هو جزاء لا يرد في صالح المتلقي" من الدول النامية " نظرا لحاجته الملحة لبقاء العقد قائما حتى تمام تنفيذه تنفيذا سليما لذلك يفضل عدم إيقاعه بشكل تلقائي " بإرادة منفردة " على نحو يخشى معه من فوات فرصة ممكنة لإنقاذ العقد [3].

إلا أننا نؤيده في ظل ظروف معينة ، كما لو حصل التخلف في مستهل العقد أو فيما لو وقعت أثناء تنفيذ هذا العقد مخالفة جسيمة من قبل المورد ، كإخلال بالتزام نقل التكنولوجيا ذاته ، ونعتقد هنا بأن المخالفة تثبت مع عدم تحقق النتيجة ، أو فيما لو بلغ التأخر في تنفيذ الالتزام درجة هامة لا يمكن قبولها من وجهة نظر موضوعية [4].

وبهذا نكون قد القينا الضوء على مختلف أنواع عقود نقل التكنولوجيا في محاولة جادة لتحديد أصلحها للمتلقي من الدول النامية ونشير إلى ما سبق إلى اعتبار " عقد تقديم الخدمات " النموذج الأفضل مقارنة بعقد الترخيص الصناعي أو عقود تداول التكنولوجيا ، إلا أن ذلك لا يمنعنا من وضع أي نمط عقدي في مكان أقرب إلى مطلب تلك الدول فيما لو تمت صياغته بشكل دقيق تنظمه قواعد قانونية يتكفل المشرع الوطني بإيجادها ، بشرط مراعاة اختيار النموذج العقدي الأكثر ملائمة لمرحلة التنمية التي تعيشها الدولة أو الجهة المعنية ، حيث نعتقد عموما بجدوى اللجوء إلى نماذج من قبيل عقود تسليم المفتاح أو تقديم الخدمات أو التعاون وذلك بتقديم ما تملكه تلك الدول من إمكانيات حاضرة في حينها ، في أولى مراحلها التنموية ، ثم تظهر بعد ذلك إمكانية اللجوء إلى أنماط عقدية أخرى كعقود الترخيص أو عقود التعاون البحثي التطوير [5] .

---

[1] كأن يتوقف المورد عن تقديم الخدمات والمتلقي عن دفع الثمن .

[2] كالتزام الصيانة أو تجديد المعدات وسواها من المسائل المتعددة ذات الصلة بالعقد المدروس .

[3] د.محسن شفيق ، المرجع السابق ، ص 97 .

[4] د.محمود الكيلاني ، المرجع السابق ، ص 490-491.

[5] د.وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ، ص 635 .

ولتحديد النموذج العقدي الملائم لوضع الدولة التنموي نقترح على السلطات التشريعية المختصة في تلك الدول إعادة النظر في النطاق القانوني لالتزامات ومسؤوليات المتعاقدين حتى تنسجم مع خصوصية هذه العقود مما يستدعي تشديد مسؤولية المورد العقدية .

كما نقترح من جانب آخر الخروج على القواعد العامة التي تحكم المسؤولية التقصيرية في القانون المدني السوري والتي تقوم على الخطأ واجب الاثباث ، وإعادة النظر بشأنها فيما يتعلق بعقود نقل التكنولوجيا لصعوبة إثبات الخطأ في هذه العقود ، مسايرين بذلك النظام الانجلوسكسوني القائم على معيار الضرر وكذلك الأمر فيما يتعلق بنظام الجزاءات خاصة في معرض تطبيق جزاء الدفع بعدم التنفيذ وذلك حين إعمال شروطه .

وبالمقابل نؤكد على استمرار العمل بما درج عليه الفقه والقضاء والقانون في بلادنا فيما يتعلق باعتبار التنفيذ العيني جزاء أصليا خاصة وان بعضا من الجزاءات الأخرى لا يمكن قبولها في عقود نقل التكنولوجيا كجزاء الشراء البديل وبعضها الآخر غير مستساغ بالمقارنة مع خصوصية محل هذا العقد أو بالنظر إلى مدته الزمنية كما في جزاء الفسخ

المبحث الثالث :حالات الإعفاء والتخفيف من المسؤولية

إن من مقتضيات مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، تحلي أطراف هذه الأخيرة بالنزاهة والإخلاص والأمانة و خاصة واجب التعاون الذي بفضله يلتزم الأطراف بالتعاون لإيجاد نوع من التوافق بين المصالح الاقتصادية المتعارضة لهم بالإضافة إلى واجب الاطلاع والتبصر والإعلام بكل الأحداث والوقائع ذات الأهمية في تنفيذ العقد .ونشير هنا أن هذا الالتزام يشمل كافة مراحل العقد (تكوينه ،إبرامه ، تنفيذه) .

تجدر الإشارة هنا إلى أن عقود نقل التكنولوجيا من العقود الطويلة المدى ، مما يجعل تنفيذها مهددا نوعا ما بعنصر الزمن أو على الأقل تنفيذها بالطريقة المتفق عليها خاصة في ظل طبيعة التقلبات التي تميز الأسواق الخاصة بنقل التكنولوجيا من حيث تغير أسعارها ومصادرها ، وهو الأمر الذي يدفع بأحد أطراف العقد إلى عدم تنفيذ التزاماته لأسباب خارجة عن إرادته وهو ما يمثل حالة من حالات الإخلال الغير إرادي والراجع إلى تدخل سبب أجنبي مثل التقلبات الاقتصادية أو السياسية أو الاجتماعية أو الكوارث الطبيعية ، سواء كان التأثير على تنفيذ العقد مباشر أو غير مباشر بحيث يصبح معه التنفيذ مستحيلا أو مرهقا لأحد أطراف العقد[1].

ولما كان هذا الإخلال غير إرادي فان الطرف المخل تنتفي مسؤوليته في ذلك وعليه كان لابد من التصدي لهذه الحالات بإيجاد سند قانوني لها ،وهو الأمر الذي تناولته معظم التشريعات الوطنية وحتى الفقه والقضاء الدوليين ، بحيث ساهم كل فيما يخصه في بلورة هذا الأساس وهو ما دأب على تسميته بمصطلحي القوة القاهرة والظروف الطارئة [2]وهذا ما سيتم التطرق إليه في هذا المبحث من خلال مطلبين كمايلي :

المطلب الأول :القوة القاهرة

تحتل فكرة القوة القاهرة مكانا مهما في كافة التشريعات والأنظمة القانونية المختلفة ، فهي مبدأ مسلم به في كافة الشرائع ، واعتبارها كذلك ليس من الجانب النظري فحسب وإنما لما يترتب عنها من نتائج عملية كثيرة .

وسيتم في هذا المطلب التعرف على القوة القاهرة بمفهوميها التقليدي والحديث وكذا التعرض إلى شروطها وآثارها من خلال الفرعين الآتيين كما يلي :

[1] د. محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 214 .

[2] د.علي فيلالي ، الالتزامات النظرية العامة للعقد ، الطبعة الثانية ، 2005 ، ص 290 .

الباب الثاني : الالتزامات الناشئة عن عقود نقل التكنولوجيا وطرق حل نزاعاتها ـــــــــــ

الفرع الأول :مفهوم القوة القاهرة

لا تتخذ القوة القاهرة في عقود نقل التكنولوجيا مفهوما واحدا بل تتنوع هذه المفاهيم بين مفهوم ضيق أو تقليدي و مفهوم واسع أو حديث .

أولا :المفهوم التقليدي للقوة القاهرة

يقصد بالمفهوم التقليدي للقوة القاهرة ، المفهوم المستقر الذي يرجع في أصوله إلى القانون الروماني، وهي كونها غير متوقعة ولا يمكن دفعها ، وتؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام مما يوجب انقضاء العقد، ويتميز المفهوم التقليدي بالثبات وبتوافر حد أدنى من الشروط لاكتساب هذا الوصف ، حيث يستمد الحدث هذا الوصف من القانون مباشرة [1]،وعليه ينبغي لشرح هذا المفهوم التعرض إلى النقاط التالية .

تعريف القوة القاهرة :

على الرغم من أن معظم التشريعات الوطنية قد تصدت لفكرة القوة القاهرة وقننتها إلا أنها لم تعط تعريفا مباشرا ومحددا لها ولعلى هذا النقص في تعريف القوة القاهرة من طرف المشرعين هو الذي فتح المجال أمام الفقه والقضاء لتوضيح هذه الفكرة وبيان شروطها وأثارها .

وعليه فان القوة القاهرة تعرف بأنها "حدث يقع بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه ويتصف بأنه حدث غير متوقع ولا يمكن دفعه ،ومستقل عن إرادة المدين ويؤدي إلى استحالة مطلقة في تنفيذ الالتزام ، والنتيجة المنطقية التي يرتبها مثل هذا الحدث هي انفساخ العقد وانقضاء التزام المدين تبعا لذلك "[2].

وعلى الرغم من اختلاف القوانين في تبني المصطلح الذي يعبر عن حالة القوة القاهرة إلا أن هذه القوانين تتفق في الصورة العامة لهذه النظرية ، وعليه فان وصف حدث ما بالقوة القاهرة يجب أن يكسبه صفات محددة كعدم التوقع واستحالة الدفع واستقلال الحدث عن إرادة المدين ، وهذا ما يسميه الفقه بالحد الأدنى للشروط الواجب توافرها في مفهوم القوة القاهرة .

ثانيا :المفهوم الحديث للقوة القاهرة

إن الحاجة إلى تامين تنفيذ العقد الدولي لنقل التكنولوجيا بالشكل الذي يحقق مصالح الأطراف أدت إلى تطور مفهوم القوة القاهرة وشروط تطبيقها والنتائج المترتبة عليها ، وأصبح الأطراف يتبنون مفهوما موسعا لها وقد يشمل هذا الأخير إلى جانب شروط تطبيق هذه النظرية ، التسمية التي تترتب عليها بحيث أصبحت

[1] د.محمد شريف غنام ، اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية ، دار الجامعة العربية ، 2007 ، ص 15 .

[2] د. محسن شفيق ، عقد تسليم المفتاح ، نموذج من عقود التنمية ، محاضرات ألقيت على طلبة الدراسات العليا (1982-1883).

النظرية تواجه الفروض التي يكون فيها الالتزام أكثر إرهاقا للمدين وليس فقط مستحيلا [1]، وفي حقيقة الأمر فان الأسباب التي يعزوا إليها هذا التوسع تعود إلى مايلي :

*اتساع مجال الحرية التعاقدية في مجال عقود التجارة الدولية .

*التدخل المتزايد والمباشر أو غير المباشر للدول وما صاحب هذا التدخل من مشكلات خاصة ، عجز المفهوم التقليدي للفكرة أن يجد حلا لها .

*الطبيعة الخاصة لعقود التكنولوجيا من حيث أهميتها الاقتصادية .

*الطبيعة الخاصة لأطراف العقد ، تدخل الشركات المتعددة الجنسيات .

ونشير هنا أن المفهوم الحديث يتميز بمرونة أكثر من المفهوم التقليدي ، حيث نجد هناك تخفيفا في الشدة التي يتطلبها المفهوم القديم.

وتجدر الإشارة هنا إلى انه و في ظل المفهوم الواسع للقوة القاهرة يعتمد الأطراف في تعريف القوة القاهرة عن طريق النص العام ، حيث ينص الأطراف في عقدهم على عدة خصائص عامة للحدث المكون للقوة القاهرة بحيث يطبق وصف هذه الأخيرة على كل حدث تتوافر فيه الخصائص المنصوص عليها في العقد، إذ يشير حدث القوة القاهرة في هذا النوع من التعريف إلى الظروف الطبيعية والتغيرات السياسية والاجتماعية ، وان كانت تختلف من عقد لآخر ، وتتمثل هذه الخصائص بصفة عامة في أن يشكل الحدث المشكل للقوة القاهرة عقبة في تنفيذ الالتزامات العقدية تصل إلى حد الاستحالة [2]، وان يكون الحديث مستقلا عن إرادة المدين وغير متوقع وقت إبرام العقد وألا يكون من الممكن مقاومته أو التغلب عليه .

ومن ناحية أخرى نجد انه عكس المفهوم القديم لا يتطلب المفهوم الحديث أن يكون الحدث مستحيلا في توقعه ، بل يكفي أن لا يكون هناك أسباب معقولة تجعل وقوعه محتملا ونفس الشيء ينطبق على شرط عدم التوقع ، بحيث لا يتطلب فيه الاستحالة بل يكفي أن يكون من غير المعقول توقعه .

أما بالنسبة لشرط استحالة الدفع فيظهر التخفيف في الصيغة التالية "وتعني القوة القاهرة كل الظروف التي تقع بعد إبرام العقد وتنتج عن أي حدث له طبيعة استثنائية ولا يكون قد ساهم احد الأطراف في وقوعه عند إبرام العقد "[3].

[1] د.محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2003 ، ص 241 .

[2] د.محمد عبد المجيد إسماعيل ، المرجع السابق ، ص 242 .

[3] د.محمد عبد المجيد إسماعيل ، المرجع السابق ، ص 244 .

ونفس التخفيف ملاحظه بالنسبة لشرط استقلال الحدث عن إرادة المدين وذلك باستخدام عبارة "...خارج عن سيطرة الأطراف ".

أما بالنسبة لشرط الأخطار فغالبا ما يلجأ الأطراف إلى النص عليه في العقد بطريقة أكثر مرونة سواء فيما يتعلق بالمضمون أو الشكل .

الفرع الثاني :شروط و أثار القوة القاهرة

أولا :شروط الاعتداد بالقوة القاهرة :

لكي ترتب القوة القاهرة نتائجها لا بد أن تتوافر فيها بعض الشروط منها ما يتعلق بالحدث او بالظرف المكون لها ، ومنها ما يتعلق بالمدين وهي كما يلي :

1-يجب أن يكون الحدث مما لا يمكن توقعه وقت التعاقد: إن عدم إمكانية التوقع هي أول الشروط ويجب تحققها ، فالمدين يعتبر مقصرا إذا كان من الممكن توقع الحدث ولم يتخذ الاحتياطات الأزمة لتلافي ما يمكن أن يترتب عليه من آثار .

ومعيار التوقع هو معيار موضوعي ، يجب أن يكون بمقتضاه الحدث غير متوقع حتى من اشد الناس حرصا ويقظة ، ومنه فإذا كان الحدث متوقع وقت إبرام العقد يجب أن يتخذ المدين كل الاحتياطات لتجنبه وتخفيف أثاره بالامتناع عن التعاقد أو بإيجاد حل لها .

وعموما فان خاصية التوقع هي من مميزات الحياة الاقتصادية ، وبصفة خاصة عندما يتعلق الأمر بمعاملات دولية تتعلق بنقل التكنولوجيا ، لغرض معرفة المردود المتوقع من الاستثمارات [1].

ويترتب على ذلك أن الظواهر الطبيعية ، الظروف الاقتصادية والاضطرابات السياسية قد تكون متوقعة في ظل ظروف معينة ، وقد لا تكون كذلك في ظل ظروف أخرى .

ولتبسيط شرط عدم التوقع في العقد الدولي لنقل التكنولوجيا نذكر المثال المتعلق بالحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 26 نوفمبر 1980 في معرض نزاع حول عقد تسليم المفتاح ،والذي تتلخص وقائعه بأنه في سنة 1971 اتفق المركز التعاوني الزراعي الفرنسي مع شركة سويدية على أن تقوم هذه الأخيرة ببناء صومعة غلال ضخمة ، وتلتزم بتوريد المعدات المطلوبة مستخدمة ألواح البوليستيرين لعزل تلك الصومعة حراريا ، إلا انه في عان 1974 هبت رياح قوية غير طبيعية اقتلعت غالبية الألواح فكان من الشركة أن دفعت مسؤوليتها متحججة بحدوث القوة القاهرة ،إلا أن المحكمة رفضت ادعاء الشركة وحملتها

[1] د.عصام الدين القصبي ، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار ، دار النهضة العربية ، 1993 ، ص60 .

المسؤولية من جهة ما كان يجب عليها من جمع معلومات عن قوة الرياح في منطقة العمل، خاصة وانه في عام 1972 كانت رياح مماثلة قد اقتلعت مئات من ألواح العزل المشابهة ، مما يعني أن هذه الحالة الاستثنائية وان جاءت ترتدي طابع القوة القاهرة ، إلا انه حقيقة كان بإمكان الطاعن توقعها[1].

2-أن يكون الحدث مما لا يمكن دفعه أو مستحيل الدفع :

مؤدى هذا انه متى كان دفعه أو انتفاؤه مستطاعا وتقاعس المدين عن ذلك فقد اخطأ وصار له شأن في وقوعه ، والعبرة هنا بالاستحالة المطلقة ، أي عندما لا تكون للمدين أية قدرة أو وسيلة مشروعة يستطيع بها أن يدفع أو يتجنب وقوع الحدث أو يقاوم أو يعالج بهما الآثار التي تترتب على وقوع هذا الحدث وعليه فان الاستحالة المقصودة في هذا المجال هي الاستحالة المطلقة ، ومن ثم فان الاستحالة تشتمل على استحالة التجنب واستحالة التخطي أو التجاوز ،أي يجب أن يكون مستحيلا في دفعه و مستحيلا في تجنبه .

ويستخلص من ذلك انه لوصف حدث بالقوة القاهرة يجب أن يتوافر فيه نوعان من الاستحالة: الأولى تتعلق بالحدث وهي استحالة الدفع والتجنب والثانية هي استحالة تجنب النتائج الضارة التي يرتبها الحدث وهي التي يطلق عليها استحالة التنفيذ [2].

3-استقلال الحدث عن إرادة المدين :

ومعنى ذلك أن يكون الحدث الذي نشأت عنه الاستحالة أجنبيا عن فعل المدين ، فإذا كان للمدين شأن في وقوعه فلا اثر للاستحالة في حياة الالتزام ، وبمعنى أخر أن لا يكون المدين قد تسبب أو شارك بأي شكل من الأشكال في وقوع الاستحالة التي تسبب فيهل الحدث .

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا السياق أن تحديد معنى ومضمون استقلال الحدث عن إرادة المدين في عقود نقل التكنولوجيا ، قد أثير بشأنه معياران :حيث يقيس المعيار الأول (المعيار الشخصي) هذا الاستقلال بالمقارنة بإرادة الأطراف وخاصة المدين المتمسك بالحدث .

فالمقصود بالمفهوم الشخصي لاستقلال الحدث عن إرادة المدين أن لا تشارك هذه الإرادة في أي وقت وبأي شكل من الأشكال في إحداث الفعل ، أو كما يقول البعض "يظهر استقلال الحدث من عدم مشاركة المدين في وقوع العائق "[3].

---

[1] د.محمود الكيلاني ، المرجع السابق ، ص 390-391 .

[2] د. محمود الكيلاني ، المرجع نفسه ، ص 394 .

[3] د.محمود الكيلاني ، المرجع السابق ، ص 396 .

أما المعيار المادي أو الموضوعي فانه يقيس الاستقلال بالمقارنة بعمل أو نشاط المدين ، فلا يكفي أن لا تشارك إرادة المدين في وقوع الحدث ، بل يجب بالاضافة إلى ذلك أن يكون هذا الحدث بعيدا عن عمل أو نشاط المدين ، وعلى نفس المنوال ،وهذا يعكس أهمية شرط الاستقلال وفاعليته في مجال المسؤولية العقدية[1].

4-إخطار الدائن بالحدث :

يعتبر الإخطار شرط بالغ الأهمية لكلا الطرفين، حيث يقع على المدين المتمسك بالقوة القاهرة أن يقوم بإخطار الدائن بكل الظروف المحيطة بالعقد حتى يستطيع أن يتخذ كل الإجراءات التي يتفادى بها الخسائر التي تصيبه من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه ،فهو يهدف إذن في مجموعه إلى إشاعة الطمأنينة لدى المتعاملين في ميدان نقل التكنولوجيا حتى تقوم علاقاته على أسس واضحة المعالم ،بحيث يعرف كل طرف مصير العقد الذي ابرمه ، وقدرة المتعاقد الأخر على تنفيذه والظروف المحيطة بهذا العقد ، وهذا يؤدي في النهاية بلا شك إلى استقرار المعاملات التجارية وازدهارها [2].

ويهدف الإخطار بالاضافة إلى ذلك إلى إعلام الدائن بأسرع وقت ممكن بوقوع حدث القوة القاهرة ، حتى يتسنى اتخاذ الإجراءات المناسبة لتوخي النتائج الضارة لهذا الحدث ، كما يعتبر وسيلة هامة لاثبات الحدث ونتائجه ، خاصة إذا علمنا أن الأطراف عادة ما يتفقون على أن يتضمن الأخطار شهادات صادرة من جهات رسمية (جهة إدارية ، قضائية ، غرفة تجارية ، ...) تؤكد وقوع الحدث ونتائجه على تنفيذ العقد ،ولفظ السرعة في هذا المجال يقصد به أهمية تحديد المدة لان هذه الأخيرة من شأنها إن تسمح للدائن بتحديد اللحظة التي يمكن فيها إسناد الخطأ للمدين في حالة عدم الإخطار .

ونشير في هذا الصدد إلى أن أطراف العقد قد تتفق على تضمين نصوص عقودهم بنود تتعلق بسقوط حق المدين في التمسك بالقوة القاهرة عند عدم القيام بالإخطار في الميعاد المتفق عليه [3].

ثانيا :آثار القوة القاهرة :

هناك العديد من الآثار المترتبة عن القوة القاهرة منها ما يتعلق بالاستحالة المطلقة التي يخلفها حادث القوة القاهرة بمفهومها التقليدي ، ومنها ما يتعلق بالاستحالة المؤقتة التي يخلفها حادث القوة القاهرة بمفهومها الموسع أو الحديث .

---

[1] د.محمود الكيلاني ، المرجع نفسه ، ص 397 .

[2] د.حمزة احمد حداد ، العقود النموذجية في قانون التجارة الدولية ، دراسة في البيع الدولي ، جامعة القاهرة ، 1975 ، ص 367 .

[3] د. حمزة احمد الحداد ، المرجع السابق ، ص 368 -369 .

1-آثارالاستحالة المطلقة :

تأخذ الاستحالة المطلقة أكثر من شكل بحيث كما أنها تأخذ شكل الاستحالة الطبيعية والمادية ، تأخذ شكل الاستحالة الاقتصادية والمالية ،وعلى ذلك فان الاستحالة يجب أن يكون موضوعية مطلقة .

والجدير بالذكر هنا انه ليس هناك ترادف أو تشابه يساهم بين هاتين الميزتين ، فكل منهما يشكل ميزة مستقلة وضرورية بالإضافة إلى الأخرى . فميزة موضوعية الاستحالة هي التي تتعلق بالأداء محل الالتزام ، بمعنى ان يكون موضوع الالتزام ذاته مستحيل التنفيذ . اما ميزة الإطلاق فتعني الا يستطيع أي شخص وليس فقط المدين ان يتغلب على العائق او يتجنب نتائجه .

وإذا كانت الاستحالة مطلقة في التنفيذ تعد النتيجة المباشرة للقوة القاهرة بمفهومها التقليدي ، فان السؤال الذي يطرح في هذا السياق هو طبيعة ومدى الآثار المترتبة عن هذه الاستحالة على العقد الدولي لنقل التكنولوجيا ؟ .

وفي حقيقة الأمر فان القوة القاهرة بالمفهوم التقليدي تؤدي إلى فسخ العقد بقوة القانون وانقضاء التزام المدين تبعا لذلك ، فإذا توافرت شروط القوة القاهرة فان الأثر الطبيعي الذي يترتب عليها هو غياب مسؤولية المدين التعاقدية عن نتائج عدم التنفيذ [1].

ولا يقتصر اثر القوة القاهرة على عدم انتفاء مسؤولية المدين ولكن يمتد أثرها أيضا إلى فسخ العقد بحكم القانون وبمعنى أخر فهي تؤثر على مسؤولية المدين باستبعادها وتؤثر على العقد بانفساخه .

ولهذا فان القوة القاهرة بمفهومها التقليدي تعد سببا لفسخ العقد وانقضاءه لا سببا للحفاظ عليه وبقائه .

وعليه فان الأثر المباشر الأول للاستحالة المطلقة هو انتفاء مسؤولية المدين ، فهذا الأخير يبرأ من التزامه ولا يكون مسؤولا عنه لان استحالة التنفيذ لم تكن بسبب خطئه ، ومادام المدين لم يخطئ فهو غير مسؤول عن عدم التنفيذ الذي يعزى إلى سبب خارج عن إرادته ، لم يشارك في وقوعه ، لان وقوع حدث القوة القاهرة يترتب عليه تهدم علاقة السببية بين الخطأ والضرر [2].

يستشف من ذلك أن اثر الاستحالة المطلقة هو انقضاء الالتزام أصلا ، فلا يكون واجب التنفيذ عينا حيث أن هذا الأخير أصبح مستحيلا ، ولا بطريق التعويض حيث أن المفروض عدم صدور خطأ من المدين

[1] د. عبد الحي حجازي ، عقد المدة، رسالة دكتوراه ، جامعة إبراهيم باشا ، 1950 ، ص 71 .

[2] د.عبد الرزاق الصنهوري ، المرجع السابق ، ص 454 .

يمكن أن يحاسب عليه بالإضافة إلى انتفاء مسؤولية المدين ، فان الأثر المباشر الثاني الذي تؤدي إليه الاستحالة المطلقة هو انقضاء الالتزام الذي يؤدي بدوره إلى انفساخ العقد بقوة القانون [1].

فالانفساخ هو انحلال العقد التبادلي أو الملزم للجانبين بقوة القانون تبعا لانقضاء الالتزام بسبب أجنبي .

إن تطبيق الاستحالة المطلقة على العقد الدولي لنقل التكنولوجيا تكون له نتائج وخيمة على مستقبل العلاقات وعلى حياة العقد والأهداف المتوخاة منه لأنها تؤدي إلى انهياره بأثر رجعي .

2-آثارالاستحالة المؤقتة :

لعل الطبيعة الخاصة التي تتميز بها عقود نقل التكنولوجيا، من حيث الأهمية الاقتصادية والاجتماعية ، ومن حيث الأهمية التي يوليها كل من المورد والمتلقي للعلاقة التعاقدية كمبرر لإبرامها ، تصب كلها في هدف واحد هو تحقيق مصلحة مالية بالنسبة للأول والحصول على وسيلة للتنمية بالنسبة للثاني ، وكل ذلك يقتضي كمهما بذل جهود كبيرة للحفاظ على سيرورة واستمرار العقد رغم الظروف التي تعيقه ، فعقود نقل التكنولوجيا تبرم لمدد طويلة ، وتسبقها مرحلة طويلة من المفاوضات والأعداد للعقد وبذل الجهد والمال ، وموافقة السلطات الرسمية في الدول المعنية على هذه العقود ، ولا تقصر أهمية هذه العقود على طرفيها ، وإنما تمتد أهميتها الاقتصادية والاجتماعية إلى دول الأطراف الذين ابرموها ، بل تمتد أحيانا إلى الدول المجاورة التي قد تستفيد في حالة نقل تكنولوجيا تفتقر إليها .

وعليه فان هذه العقود تبرم بهدف بقائها والاستمرار في تنفيذها رغم تدخل أي ظروف وفي حالة حدوث أي صعوبات أو عوائق ، تمنع أو تعرقل تنفيذ الالتزامات ، فان أطراف هذه العقود والمشتغلين في التحكيم التجاري الدولي يبذلون قصارى جهدهم لتجنب الفسخ وإنهاء العلاقة والمحافظة على بقاء العقد [2]، ولما كانت الاستحالة مؤقتة هي الأثر المباشر للقوة القاهرة لمفهومها الحديث فان السؤال الذي يطرح نفسه يتمحور حول سيرورة العقد والالتزامات الناشئة عنه في فترة الاستحالة المؤقتة ، أو بمعنى أخر ماهي الآثار التي تتولد عن هذه الاستحالة المؤقتة ؟.

---

1 المادة 121 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على انه "في العقود الملزمة للجانبين ، اذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه ، انقضت معه الالتزامات المقابلة له ويفسخ العقد بحكم القانون ".

2 د.محمد نصر الدين منصور ،نحو نظام قانوني لوقف عقود العاملين حال توقف العاملين في المنشآت ، دار النهظة العربية ، 1989 ، القاهرة ، ص 12-11 .

إن الواقع التعاقدي في هذا المجال جعل الآثار المترتبة على الاستحالة المؤقتة تتلخص في نتيجتين اثنتين: وقف تنفيذ العقد ، وإعادة التفاوض .

أ-وقف تنفيذ العقد كأثر للاستحالة المؤقتة :

لقد نشأ نظام وقف العقد تمشيا مع رغبة الأطراف في الإبقاء على العقد واستمرار العلاقة بينهما تجنبا وتفاديا لزواله بسبب استحالة تنفيذه لفترة معينة .

ويعرف الوقف على انه تعطيل أو إعاقة مؤقتة في تنفيذ العقد ناجمة عن حدث يخرج عن سيطرة الأطراف ويهدف إلى الحفاظ على الرابطة العقدية خلال فترة الانقطاع من اجل استئناف العقد مرة أخرى [1].

ومنه يمكن الاستنتاج ان الوقف يحقق مصلحة الطرفين ، فكما انه يحافظ على العقد ويحميه من الزوال في حال وقوع ظروف تعيق التنفيذ لمدة معينة ، كما انه يساهم في الحفاظ على السيرورة العادية للعقد بإنتاجه لنفس الآثار التي كان ينتجها من قبل .

والجدير بالذكر أن التشريعات الوطنية وان كانت لا تعالج نظام وقف العقد بنصوص صحيحة ، فإنها تشير إلى نظام الدفع بعدم التنفيذ الذي يقترب في مضمونه إلى نظام وقف العقد [2].

وعلى الرغم من أن الدفع بعدم التنفيذ يعتبر وسيلة ضغط ، تهديد وضمان ، يقصد به حمل المدين المتقاعس على التنفيذ دون اللجوء إلى القضاء إلا انه يتمثل في حقيقته في وقف تنفيذ الالتزام فترة ثم يستأنف بعدها سريان العقد ، ونود الإشارة هنا إلى إن نظام وقف سريان العقد يكون في حالة :

الحالة الأولى : وقف تنفيذ العقد طوال فترة الاستحالة المؤقتة وهنا تثور مسألة تحديد مدة بقاء الحدث ، والتي في غالب الأحيان تترك لطبيعة ظروف الواقع ونية الأطراف والمجهودات التي يقومون بها للتخلص من العائق وجعل إثره مؤقتا ، وعلى أي حال فانه يشترط في تحديد مدة الوقف أن يظل التنفيذ مجديا ومفيدا بعد زوال الحدث آو المانع [3].

الحالة الثانية : وقف تنفيذ العقد أثناء إعادة التفاوض ، وهنا قد يتقرر الوقف أثناء هذه الفترة سواء باتفاق الأطراف أو حتى بدون اتفاق صريح منهم على أساس أن الوقف هو الحل الأنسب في هذه الحالة

---

[1] د.محمد نصر الدين منصور ، المرجع السابق ، ص 13 .

[2] د. حسام الدين كامل الاهواني ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، الطبعة الثانية ، 1995 ، ص 379 .

[3] د.حسام الدين كامل الاهواني ، المرجع السابق ، ص 353 .

وعموما فان نظام وقف تنفيذ العقد يترتب عليه وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية التي يفرضها العقد، كما انه يترتب على عاتق الأطراف المحافظة على العقد والامتناع عن كل ما من شأنه أن يهدد بقاءه [1].

وفي الأخير نشير إلى أن نظام وقف العقد ينقضي بطرق متعددة ، كما ينقضي باستئناف سريان العقد فهو كذلك ينقضي إذا أصبح التنفيذ غير مجد وقد ينقضي باتفاق الطرفين .

ب-إعادة التفاوض بحسن نية كأثر للاستحالة المؤقتة :

يعتبر مبدأ إعادة التفاوض وسيلة لتبادل الآراء والمقترحات حول تعديل أحكام العقد الذي يربط بين الأطراف ، كما يعتبر من أهم طرق حل النزاعات التي تثور بين الأطراف أثناء تنفيذ عقد نقل التكنولوجيا .

تجدر الإشارة هنا إلى أن مضمون هذا المبدأ هو تعديل أحكام العقد بحيث يتم تحديد الجزء المتأثر بتغيير الظروف ودرجة هذا التأثر ، والأداء الذي يجب تعديله استجابة لهذا التغيير ودرجة هذا التعديل ، وكل هذا يمثل النقاط الرئيسية التي تدور حولها المفاوضات [2].

وفي هذا الصدد نشير إلى أن هناك بعض المسائل الشكلية يجب مراعاتها أثناء إعادة التفاوض وخاصة تلك المتعلقة بالمدة التي يلزم أن يجيب فيها المتعاقد على طلب المتعاقد الأخر لإعادة التفاوض، فبالنسبة للمدة غالبا ما يكون تحديدها بصفة ضمنية ، غير أن الرد على طلب المتعاقد المتضرر في الدخول في عملية التفاوض يكون مفيدا ويحفظ مصلحة الطرفين كلما تم في أسرع وقت ممكن وذلك كون عقود نقل التكنولوجيا تتسم بضخامتها وأهميتها الكبيرة بالنسبة للأطراف المتعاقدة ودولهم .

أما بالنسبة للشكل الأساسي الذي يتم به القبول فانه يجب أن يكون بخطاب مسجل بعلم الوصول، وتلعب العلاقات الحسنة بين الأطراف التي لا يشوبها التوتر وعدم الثقة والمنازعات دور كبير فيما يخص هذه الإجراءات لكونها قد تساهم في تخفيفها ، والأمر على خلاف ذلك إذا كانت العلاقات مضطربة وتسودها الخلافات [3].

وعموما تتوقف عملية إعادة التفاوض على الهدف الذي يريده الأطراف منها فهل كانوا يقصدون إعادة التوازن الأساسي للعقد (المعيار الموضوعي) الذي اختل بسبب تغير الظروف ، أم أنهم يهدفون إلى البحث عن عدالة الأداءات بين التزامات المتعاقدين (المعيار الشخصي) ، أم يهدفون إلى التوازن الأساسي للعقد وعدالة أداءات المتعاقدين معا (المعيار المختلط) .

---

[1] د. محمد نصر الدين منصور ، المرجع السابق ، ص 20 .

[2] د.حسام الدين كامل الاهواني ، المرجع السابق ، ص 389 .

[3] د.حسام الدين كامل الاهواني ، المرجع نفسه ، ص 390 .

وإذا كان مبدأ حسن النية يلعب دور المحرك في العلاقة العقدية على مختلف مراحلها ، فان النية الحسنة كذلك مفترضة لدى كل متعاقد أثناء عملية التفاوض ، ولما كانت عقود نقل التكنولوجيا تتميز بطول مدتها ، فان واجب التفاوض بحسن نية يفرض عليهم الدخول في ذلك بإخلاص ونزاهة وأمانة مع واجب التعاون بينهم والامتناع عن كل تصرف يشوبه الغش والتدليس [1].

والجدير بالذكر هنا انه من تطبيقات مبدأ حسن النية هو الحضور المادي والذهني والنفسي لكلا المتعاقدين وذلك من خلال العزم على إيجاد حل ايجابي بتقديم اقتراحات جادة أثناء التفاوض وان يبدلوا كل ما في وسعهم للوصول إلى اتفاق فان فشلوا فلا مسؤولية في ذلك .

ومجمل القول حول هذه النقطة هو أن المفاوضات كما أنها قد تنجح فهناك إمكانية كذلك لفشلها، وفي الحالتين تترتب على ذلك أحكاما .

ففي حالة النجاح فان المفاوضات تؤدي إما إلى تعديل العقد الأصلي وإما إلى تجديده ، أما في حالة فشلها فان ذلك يؤدي إلى فسخ العقد أو اللجوء إلى التحكيم [2].

المطلب الثاني :الظروف الطارئة في عقد نقل التكنولوجيا

إن من المبادئ المستقرة والراسخة في القوانين الدولية والوطنية مبدأ تمتع العقود بالقوة الإلزامية إذ لا يمكن تعديلها أو نقضها إلا بتوافق إرادات أطرافها ، غير أن هناك استثناءات ترد على هذا المبدأ يتم فيها تعديل العقد بالإرادة الاتفاقية للأطراف متى استدعت الضرورة ذلك وهو ما يسمى بنظرية الظروف الطارئة التي تطبق من أجل إعادة التوازن الاقتصادي بين الالتزامات المتقابلة لأطراف العقد .

وسيتم التطرق في هذا المطلب إلى مفهوم هذه النظرية في الفرع الأول ثم إلى أثر تدخل الظروف الطارئة في الفرع الثاني.

الفرع الأول :مفهوم نظرية الظروف الطارئة

جاءت نظرية الظروف الطارئة كحل لمعالجة الحالة التي يصبح فيها تنفيذ الالتزام أفدح خسارة وأكثر إرهاقا للمدين ،وهي النظرية التي تمثل نقطة خلاف عميق بين القوانين الوطنية سواء من ناحية الأخذ بها أو من حيث طريقة تنظيمها أو الآثار المترتبة عن إهمالها ،بحيث لا تتفق القوانين الوطنية في معالجة واحدة لهذه النظرية، وفي هذا السياق يمكن تقسيم هذه القوانين إلى ثلاث مجموعات ، الأولى وتشمل القوانين التي ترفض

[1] د. محمد نصر الدين منصور ، المرجع السابق ، ص 21 .

[2] د.محمد نصر الدين منصور ، المرجع نفسه ، ص 22 .

الأخذ بالنظرية وعلى رأسها القانون المدني الفرنسي، وبالرغم من أن للقضاء الإداري الفرنسي رأي مخالف لذلك [1]، فهذا النظام يعارض منح القاضي سلطة التدخل لتعديل شروط العقد إذا اختل توازنه بسبب إحداث غير متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف .

ويندرج ضمن المجموعة الثانية القوانين التي تعترف قضائيا بالنظرية دون وجود نص تشريعي وعلى رأسها القانون المدني الألماني ، أما المجموعة الثانية فهي التي تظم الدول التي ينص تشريعها على هذه النظرية ومنها القانون المدني الجزائري[2] والقانون المدني المصري[3] .

أولا - مفهوم النظرية بوجه عام :

إن الموقف المتناقض للقوانين الوطنية تجاه نظرية الظروف الطارئة أدى إلى وجود مفهومين لهذه النظرية ، مفهوم عام يتعلق بالعقود المبرمة على المستوى المحلي ، ومفهوم خاص بالعقود الدولية كعقد نقل التكنولوجيا .

إن مبدأ القوة الملزمة للعقد يقتضي تنفيذ العقد بدقة وفقا لما تم الاتفاق عليه ،ولا يجوز تعديله الا باتفاق الطرفين ، وعليه يقوم المتعاقدان بتحديد الحقوق والالتزامات موضوع التعاقد على ضوء الظروف والمعطيات القائمة والمتوقعة عند إبرام العقد ، بحيث يتم تنظيم العلاقة التعاقدية بصورة تحقق التوازن الاقتصادي بين الطرفين .

وإذا كان الأمر كذلك فان العقود التي يمتد تنفيذها فترة زمنية طويلة مثل عقد التوريد وعقود المدة "هي العقود التي تقضي طبيعتها أن يكون تنفيذها على مراحل زمنية متعاقبة تتوالى على مر الأيام "[4] يعترض تنفيذها بعض المخاطر وذلك عندما تحدث ظروف غير متوقعة تؤدي إلى انهيار التوازن الاقتصادي للعقد، كاندلاع حرب ينتج عنها انخفاض قيمة العملة وارتفاع الأسعار ، وهي الحالة التي يصبح فيها تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين ،ويتعارض مع مبادئ العدالة من جهة ،ونية المتعاقدين بحيث لا يقومون على إبرام العقد لو كان بإمكانهم توقع مثل هذه التغيرات ، و كنتيجة لذلك وتماشيا مع مبادئ العدالة بغية الاستمرار في تنفيذ

1 لقد لعب القضاء الإداري الفرنسي دور بارز الأهمية في إرساء القواعد والمبادئ الرئيسية لنظرية الظروف الطارئة ، مبررا ذلك بضرورة سير المرافق العامة بانتظام واستمرار ، حيث تبنى هذه النظرية مجلس الدولة الفرنسي في قضية الشركة العامة للغاز ببوردو بتاريخ 30مارس 1916 ، انظر د.محمود الكيلاني ،المرجع السابق ، ص 407 .

2 تنص المادة 107 ، الفقرة الثالثة من القانون المدني الجزائري "غير انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وان لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز القاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد العقول ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .

3 د.حسبو الفزاري ، المرجع السابق ، ص 98 .

4 د. محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص192 .

العقد ، خول القانون للقاضي سلطة تعديل العقد عند تحقق هذه الظروف وذلك حتى يعود التوازن الاقتصادي للعلاقة التعاقدية ، وذلك عن طريق رد الالتزام المرهق والثقيل إلى الحد المعقول [1]وليس من اجل إعفاء المدين من التزامه .

ثانيا :مفهوم النظرية في العقود الدولية (عقد نقل التكنولوجيا):

تحتل هذه النظرية مكانة بارزة في هذا النوع من العقود ، ولعل أهمية هذه المكانة ترجع إلى عنصر طول المدة الذي سبقت الإشارة إليه ،الذي يميز عقود نقل التكنولوجيا الذي يمتد تنفيذها فترة زمنية طويلة ،قد تحدث أثناءها ظروف استثنائية غير متوقعة تؤدي إلى اختلال غير عادل في توازن العقد مما يجعل تنفيذه ضارا بشكل كبير بأحد الأطراف .

هذا ونود الإشارة إلى أن الصورة الغالبة للظروف الطارئة في عقد نقل التكنولوجيا ذات طابع سياسي أو اقتصادي أو تكنولوجي ، كان تتطور التكنولوجيا المنقولة أو الحالة التقنية لأحد الأطراف [2]"وهو ما واجه الشركة الوطنية للصناعات الميكانيكية sonacom التي لاقت صعوبات في استقبال واستيعاب وتفهم التكنولوجيا المقدمة إليها من إحدى الشركات الأجنبية" .مما يؤدي إلى عدم ملائمة التكنولوجيا المقدمة للمناخ الصناعي ، والمهارات الفنية لدى الطرف الأخر ، أو ظهور طريقة فنية جديدة ترفع بدرجة كبيرة حجم الإنتاج ونسبة الربح ، أو ظهور اختراع جديد يحدث تغيير جذري في أوجه المفاضلة عند المستهلك ، أو تم حضر تصنيع منتج معين لأسباب تتعلق بالصحة والأمن العموميين .

وعليه فان المقصود بهذه النظرية هو إبرام عقد نقل التكنولوجيا في ظروف عامة معينة وتوضع شروطه بما يلائم هذه الظروف ، ثم يحدث قبل البدء في تنفيذه أو خلال تنفيذه أن تتغير الظروف نتيجة أحداث اقتصادية أو سياسية أو تكنولوجية لم تكن في الحسبان أثناء مرحلة التعاقد بحيث لا تؤدي إلى الاستحالة في التنفيذ كما هو معروف بالنسبة للقوة القاهرة ، بل تؤدي إلى جعل الالتزام مرهقا يهدد المدين بخسارة فادحة تتجاوز الحد المعقول .

ونلاحظ في هذا المجال أن مضمون هذه النظرية في عقود نقل التكنولوجيا ، يعبر عنها باصطلاح ومسميات عديدة لعل أشهرها وأهمها اصطلاح شرط الطوارئ clouse hardshipفي القانون الانجليزي و Gross

[1] د.حسبو الفزاري ، اثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1979 ، ص 177 وما بعدها .

2 وهو ما واجه الشركة الوطنية للصناعات الميكانيكية سوناكوم التي لاقت صعوبات في استقبال واستيعاب وتفهم التكنولوجيا المقدمة إليها من إحدى الشركات الأجنبية .

indeqiuty clause في القانون الأمريكي و la théorie de l'imprévision في القانون الفرنسي ، حيث يهدف هذا الشرط إلى إعادة تعديل بنود العقد عن طريق إعادة التفاوض بين الأطراف وذلك لمواجهة الظروف الطارئة التي أثرت على التوازن العقدي .

وعموما يتوقف تطبيق مضمون هذه النظرية إذا طرأت الظروف الاستثنائية في الفترة الممتدة بين انعقاد العقد وتنفيذه ، أما إذا كانت هذه الظروف موجودة قبل إبرام العقد فلا تؤثر عليه ، ولا تطبق النظرية إذا كان العقد قد تم تنفيذه فإذا طرأت الظروف بعد تنفيذ الالتزام فإنها لا تخول القاضي سلطة تعديل هذا الالتزام[1] .

فضلا عن ذلك نشير أن التراخي في تنفيذ العقد بسبب خطأ المدين لا ينجم عنه تطبيق هذه النظرية لأنه لا يجوز للمدين الاستفادة من تقصيره ، فإذا حل أجل الوفاء بالالتزام وتم اعذار المدين من طرف الدائن بإلزامية الوفاء ولكن المدين تقاعس عن ذلك ثم طرأ ظرف جعل التنفيذ مرهقا فلا يجوز للمدين الاستناد إلى هذا الظرف ليطلب تعديل التزامه . أما في حالة عدم الاعذار فالمدين لا يعتبر مقصرا لأنه يمكن تفسير سكوت الدائن عن المطالبة بالوفاء من قبل العفو .

ثانيا : شروط تطبيق النظرية

إذا كانت القوانين الوطنية قد اتخذت مواقف مختلفة ومتناقضة تجاه الأخذ بنظرية الظروف الطارئة ، فإنها تتفق من حيث شروط تطبيقها التي تتمحور حول مايلي :

1-حادث استثنائي :

يجب أن يكون الحادث استثنائي غير عادي يخالف المعتاد من الأمور ويندر حصوله إذ يبدو شاذا بحسب المألوف من شؤون الحياة [2]، فلا يعول عليه الرجل العادي ولا يدخل في حسبانه ، فهو حادث نادر الوقوع ، فالزلازل مثلا يعد حادثا استثنائيا إذا وقع في منطقة لا تتعرض له عادة ، بينما لا يعتبر كذلك إذا وقع في منطقة اعتادت على التعرض له .

ولا يشترط أن يكون مجرد وقوع الحادث غير مألوف ، بل تكفي أن تكون الجسامة التي وقع بها غير مألوفة ، فإصابة محصول زراعي معين بالدودة حادث مألوف لكن قد يبلغ من الجسامة حدا غير مألوف وينطبق عليه وصف الحادث الاستثنائي ، فالحادث الطارئ يكون استثنائي بمفرده وذلك لندرة وقوعه ، وقد

[1] حسبو الفزاري ، المرجع السابق ، ص 185 .

[2] د. على فيلالي ، المرجع السابق ، ص 299 .

يكثر وقوعه فلا يكون استثنائيا بحيث يؤدي إلى انطباق النظرية إلا إذا بلغ حدا يجاوز المألوف كفيضان غير منتظر يكون قد اغرق مساحة واسعة من الأرض أو هجوم غير متوقع للجراد أو انتشار وباء .

وتتمثل الصورة الغالبة للحادث الاستثنائي في نوازل الطبيعة والوقائع المادية كالحروب والزلازل والحرائق والسيول والأعاصير وغارات الجراد والتهام المحصول بالآفات غير المألوفة ، وينطبق وصف الحادث كذلك على التقلبات الاقتصادية الجسيمة كالارتفاع أو الانخفاض الحاد أو المفاجئ في الأسعار ، وقد يتمثل الحادث الاستثنائي في صدور تشريع مفاجئ غير متوقع كفرض التسعيرة الجبرية ورفعها .

هذا ويرى البعض أن الاستثنائية لا تتعلق فقط بالحادث الطارئ المكون للنظرية بل تشمل كذلك الآثار الناتجة عنه والتي هي ذات طبيعة استثنائية [1].

2-حادث عام

من مميزات الحادث الطارئ انه عاما غير قاصر على المدين ، وإنما يصيب المدين وغيره من الناس كالحروب والزلازل ، ولا يلزم أن يشمل جميع الناس ، بل يكفي أن يمس طائفة من الطوائف أو فئة من الفئات أو إقليم أو مدينة أو حي من الأحياء كما هو الشأن إذا أصاب الزلزال مدينة واحدة من الدولة.

ونشير هنا أن الحادث الطارئ يكون عاما إذا كان أثره لا يقتصر على مدينين معينين بالذات ، بل يشمل طائفة معينة من الناس ، وعلى ذلك فإصابة المدين بمرض أو عجز لا يعتبر ظرف عاما إلا إذا كان ناجما عن وباء اجتاح البلد وسقوط منزل لا يعتبر بذاته حادثا عاما ولكن يعتبر كذلك إذا وقع نتيجة حرب أو زلزال أو فيضان أصاب المدين وغيره من الناس ، وعلى هذا المنوال فان كان الحادث خاص بالمدين أيا كانت جسامته كالوفاة أو الإفلاس ، فلا يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة بل يجب أن يصيب الحادث المدين من خلال طائفة من الناس .

فالحادث الطارئ يكون عاما عندما ينشئ عن ظروف اقتصادية أو سياسية يمتد أثرها إلى الناس كافة ا والى فئات أو طوائف معينة كالتجار مثلا ، فإذا كان الحادث خاصا بالمدين كمرضه أو اضطراب أعماله أو احتراق مصنعه أو مخزنه فلا يعتد به .

3-يجب أن يكون الحادث غير متوقع الحصول عند إبرام العقد

إذا كان الحادث متوقعا أو من الممكن توقعه كان غير مؤثر والضابط هو كما في حالة القوة القاهرة موضوعي لا يقاس بما يتوقعه المدين ، وإنما كان يتوقعه الشخص الحريص اليقظ لو كان في نفس مركزه ،

[1] د.علي فيلالي ،المرجع السابق ، ص 300 .

فيجب ألا يكون في مقتدر الشخص العادي أن يتوقع حصول الحادث لو وجد في نفس ظروف المدين وقت التعاقد[1] .لهذا لا يجوز للمتعاقد أن يطالب بتعديل العقد بسبب حادث لم يكن يتوقعه وقت إبرام العقد مادام انه كان بوسع الرجل العادي أن يتوقع حدوثه ، فلا يلزم لاعتبار الحادث متوقفا أن يقع وفقا للمألوف من الأمور ، بل يكفي أن تشير الظروف والملابسات إلى احتمال حصوله كما لا يشترط أن يكون المدين على علم بهذه الظروف إذا كانت لا تخص كل شخص يقظ ومتبصر .

ومثال ذلك أن الحرب يمكن اعتبارها حادث طارئ وفي نفس الوقت قد لا يمكن اعتبارها كذلك ، فإذا تخللت مرحلة إبرام العقد ظروف مؤشرة تنذر فيها الحالة الدولية باندلاع حرب ، بحيث يستطيع معها الشخص العادي أن يتوقع نشوبها ، فان أحكام النظرية لا تنطبق حتى ولو كان المدين نفسه لم يتوقع قيامها وعلى خلاف ذلك فقد تكون الحرب متوقعة وفي نفس الوقت تعتبر ظرفا طارئا إذا ترتبت عليها نتائج غير متوقعة .

ويرى البعض أن لشرط عدم التوقع مفهومين ، الأول متشدد ويقصد به استحالة التوقع ، فالأحداث غير المتوقعة في ظل هذا المفهوم هي إحداث مستحيلة الوقوع أي التي ليس من الممكن أبدا أن تقع ، غير أن هذا المفهوم واجه انتقادات كثيرة بحيث أن التقدم التكنولوجي والعلمي الذي يميز أنشطة الحياة جعل تقريبا كل الأحداث متوقعة ، أو على الأقل حصر مجال التوقع في نطاق ضيق [2]، بالإضافة إلى أن تبني هذا المفهوم سيؤدي إلى رفض فكرة عدم التوقع ذاتها ، فلا توجد أحداث غير متوقعة بشكل مطلق وعلى ذلك نادى البعض الآخر بمفهوم مرن لشرط عدم التوقع يتمثل في احتمال الجاد لوقوع الفعل أو الاحتمال المعقول .

أما بالنسبة لوقت تقدير عدم التوقع فالأصل أن يتم التقدير في مرحلة إبرام العقد ، ولكن التساؤل الذي يطرح نفسه هل يجب أن يستمر عدم التوقع أثناء تنفيذ العقد ؟.

للإجابة عن هذا التساؤل لم يتفق الفقهاء فقد انقسمت الآراء ، رأي لا يعترف بشرط عدم التوقع إلا في مرحلة إبرام العقد ، في حين يذهب الرأي الثاني إلى قبول عدم التوقع في مرحلة تنفيذ العقد .

أما الرأي الراجح يميل إلى الرأي الثاني وذلك نظرا لان الواقع العملي يبرز أهمية تقدير عدم التوقع عندما يمر وقت طويل بين إبرام العقد وتنفيذه ، فالحادث الطارئ يمكن أن يكون غير متوقع بالنسبة للأطراف لحظة إبرام العقد ثم يصبح أثناء تنفيذه متوقعا لهما أو على الأقل لأحدهم ، وبالتالي فان مبادئ

[1] د.عبد الرؤوف جابر، الوجيز في عقود التنمية التقنية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2005 ، ص 234 .

[2] د.حسبو الفزاري ، المرجع السابق ، ص 234 .

حسن النية والعدالة تقتضي عدم حرمان هذا الظرف من الاستفادة من شرط عدم التوقع ولكن يقع عليه إخطار الطرف الأخر بالصعوبات التي طرأت وبالنتائج المتوقعة لهذه الظروف .

4-يجب أن يكون الحادث مما لا يمكن دفعه أو تفاديه :

ينبغي أن لا يكون في استطاعة المدين أن يدفع هذا الحادث عن نفسه فلا تطبق النظرية عند وقوع حادث استثنائي كان من الممكن تفاديه أو درء النتائج المترتبة عليه ، ببذل الجهد المعقول ففي هذه الحالة يكون المدين مقصرا ، ولا يستطيع أن يحمل دائنه نتائج تقصيره ، فلو حدث فيضان غير عادي وكان في وسع المدين تفاديه ببذل جهد معقول ولكنه لم يفعل فلا يحق له أن يستفيد من هذه النظرية [1]، ومعيار تحديد كون الحادث ممكن تفاديه أو دفعه هو معيار موضوعي قوامه الرجل المعتاد ، وليس معيارا ذاتيا قوامه المدين نفسه وتلك مسألة واقع تترك لتقدير قاضي الموضوع ومهما يكن من أمر فان المدين لا تكون لديه أي قدرة أو وسيلة مشروعة يستطيع بها أن يدفع أو يتجنب وقوع الحادث أو يقاوم أو يعالج بها الآثار التي تترتب على وقوع هذا الحادث .

5-استقلال الحادث عن إرادة المدين :

يعد هذا الشرط ضروريا لقيام نظرية الظروف الطارئة ، وهو أمر منطقي لأنه من غير المنطقي أن يستفيد المدين من أحكام هذه النظرية بغية تعديل العقد في حين يعود هذا التغيير إلى خطأ المدين ، كما إن أهميته لا خلاف عليها في عقود التجارة الدواية فتحليل الشروط التعاقدية وقرارات التحكيم التجاري الدولي تسمح بان نستخلص حقيقة ثابتة مفادها انه إذا تأثر تنفيذ العقد بالتغير في الظروف الخارجية له ، أيا كانت صورة هذا التغيير (قوة قاهرة أم ظروف طارئة) يجب أن يكون الحادث الذي تسبب في هذا التغيير مستقلا عن إرادة المدين لا شأن له به ، وذلك حتى ينتج أثره بتعديل العقد [2].

وتجدر الإشارة في هذا المجال ، إلى أن استقلال الحدث عن إرادة المدين ، يأخذ عدة معاني ، نذكر منها " حالة وقوع أحداث مستقلة عن إرادة الأطراف وتؤدي إلى استحالة كلية أو جزئية في تنفيذ التزامات احد المتعاقدين "وكذلك "....ولا تعتبر كحادث مفاجئ او قوة قاهرة إلا الأحداث أو الأعمال أو المواقف أو الظواهر التي تخرج عن سيطرة الأطراف .."وعليه فان الحدث الطارئ يسبب إرهاقا واختلال في التوازن التعاقدي الذي

[1] د.وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ، ص 613-614 .

[2] وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ، ص 616 .

يجب أن يكون خارجا عن إرادة الأطراف ، بحيث لا يمكنهم السيطرة عليه ومن ثم لا يعقل أن يطلب منهم توقعه ووضعه في الحسبان عند إبرام العقد [1].

ومثال ذلك قد تخطئ الشركة مقدمة التكنولوجيا على سبيل المثال في عقد تسليم الإنتاج في السوق في وضع التصميم الملائم للمنتج الذي سوف يعرض في السوق المحلي لمتلقي التكنولوجيا مما يترتب عليه عدم تسويقه ،أو تخطئ في تقدير وقت التنفيذ ، بحيث يتبين أن احتياجات السوق قد تغيرت ا وان التقنيات المقدمة قد تقادمت وان أسعار المواد الأولية والمعدات اللازمة لانجاز المشروع وتشغيل الوحدة الصناعية ازدادت ازديادا كبيرا ، مما يؤدي في جميع الحالات إلى الإخلال بالتوازن العقدي أو تعثر التنفيذ أو الاستمرار في التشغيل ، إلا أن هذا قد لا يكفي في كل الأحوال لتفعيل شرط الالتزام المرهق ، إذ أن الحالات التي تقبل إعادة التفاوض تقتصر على الحالات التي يكون فيها السبب المحقق للعسر والإرهاق سببا خارجا عن إرادة الطرف المتضرر بحيث لا يمكنه حماية نفسه منه و المعيار في ذلك مقدم (مورد) التكنولوجيا أو متلقيها الفطن .

6-أن يكون التغير جوهريا :

الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين ، فان وجد تغيير طارئ يستلزم إعادة النظر في التزامات الإطراف، أن يكون هذا التغيير قويا جوهريا ، بحيث يقلب موازين العقد عما كانت عليه وقت إبرامه ، وأن ينتج نتائج تختلف عن تلك التي استهدفها العقد اختلافا كبيرا وبالتالي فلا اعتبار للتغيير الطفيف او غير المؤثر أو الذي يرتب أثارا متوقعة ويمكن تحملها [2].

7-أن يؤدي التغير في الظروف إلى نتائج غير عادلة :

لما كان تغير الظروف من وقت لأخر أمرا طبيعيا لم يكن الإرهاق الناشئ عن هذا التغير مبررا كافيا لطلب إعادة التوازن إلى التزامات المتعاقدين إلا إذا كانت العدالة تقتضي ألا يحتمل احد الأطراف المشقة والإرهاق ويواجه الصعوبات الطارئة بمفرده [3].

8-إخطار الدائن بالحادث الطارئ :

رأينا فيما سبق أن الحق في التمسك بشرط القوة القاهرة يخضع إلى بعض الإجراءات الشكلية يؤدي عدم احترامها في بعض الحالات إلى سقوط هذا الحق ، وعلى نفس هذا المنوال فان التمسك بشرط الظرف الطارئ يخضع لبعض الإجراءات الواجب إتباعها والتي تتمثل في إخطار الدائن بالحادث مع إرفاق هذا

[1] د. محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 196 .

[2] د. وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ن ص 614 .

[3] د.محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 199 .

الإخطار ببعض الشهادات الرسمية التي تؤكده والتي تشتمل على بيان نوع الحادث والظروف التي وقع فيها ومقدار جسامته وغير ذلك من الوقائع التي تسمح للدائن من تقدير جديته ومدى تأثيره في تنفيذ الالتزام [1].

ولإعادة التوازن للالتزامات العقدية المضطربة كان من المنطقي أن يقع على الطرف المتضرر الالتزام بإخطار الطرف الأخر بوجود الظروف المستجدة التي يستند إليها ، وبالإضرار التي أفرزتها والوسائل المقترحة لتعويضها، وان كان ذلك ينبغي على الأخير تحديد موقفه في اقصر وقت ممكن ، وقد يترتب على ذلك اتفاقهما على البدء في التفاوض ، وقد يكتفي غير المتضرر بقبول مقترحات الطرف الذي تعرض للإرهاق والمشقة ، وقد يرفضها وإحالة الأمر إلى الخبراء الفنيين ا والى التحكيم للفصل في توافر العناصر اللازمة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة لإعادة التوازن من عدمه [2].

ونشير في هذا السياق انه في مجال عقود التجارة الدولية عامة وعقود نقل التكنولوجيا خاصة ينبغي لتطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة أو كما هو متعارف عليه في هذا المجال شرط الطوارئ أو " شرط إعادة التفاوض " أن يقوم المدين بإخطار الدائن على وقوع الأحداث التي أخلت بتوازن العقد والتي إصابته بضرر فادح ، ويخطره كذلك بالحلول المقترحة من جانبه لمواجهة هذه الأهداف حتى يتسنى لهذا الطرف الأخير أن يشارك في عملية إعادة التفاوض ولديه العلم الكافي بكل الظروف التي تحيط بالعقد والتي تعينه على التوصل إلى حل مقبول أو تقبل الحلول المعقولة التي يصيغها الطرف الأخر .

وتجدر الإشارة انه بالرغم من الأهمية التي يمثلها الإخطار سواء بالنسبة للعقد اذ يوقف تنفيذه فترة من الوقت لحين تحديد موقف المدين من التنفيذ ، أو بالنسبة للدائن حيث يحيطه بكل ما يعوق التنفيذ الطبيعي للعقد ، الأمر الذي يمكنه من البحث عن بدائل أخرى للتنفيذ وتجنب الأضرار التي قد تنتج من عدم التنفيذ ، إلا أن معظم التشريعات الوطنية لا تنص عليه بطريقة صريحة . وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة للتشريعات الوطنية فان للفقه والشروط التعاقدية التي تحتويها عقود نقل التكنولوجيا دور بالغ الأهمية في تامين التزام المدين بإخطار الدائن بكل الظروف التي من شأنها إعاقة التنفيذ العادي للعقود ، يستندون في ذلك إلى نبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الذي يفرض بدوره على المتعاقدين التعاون فيما بينهم [3].

[1] د.الياس نصيف ،العقود الدولية ،عقد المفتاح في اليد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2008 ، ص 190 .

[2] د.الياس نصيف ، المرجع السابق ، ص 191 .

[3] الياس نصيف ، المرجع السابق ، ص 193 .

أما بالنسبة إلى شكل الإخطار ومدته فهناك اختلاف في الأمر، فقد يتخذ الإخطار شكل خطاب موصى عليه عن طريق البريد الجوي وقد يتخذ شكل برقية أو تلكس ونفس الشيء بالنسبة للمدة التي يجب أن تكون معقولة (في أسرع وقت) فقد يتم تحديدها بعشرة أيام مثلا من تاريخ وقوع الحادث او من تاريخ علم المدين به .

ونظرا لأهمية الإخطار في عملية تنفيذ العقد الدولي لنقل التكنولوجيا بحيث يتم عن طريقه تبادل المتعاقدان للمعلومات المتعلقة بالوقائع والظروف التي طرأت على عملية التنفيذ ومنه معرفة الإجراءات الواجب اتخاذها ، فان هذا الحق "التمسك بحدث تغير الظروف " قد يسقط في الحالات التالية [1]:

*إذا لم يقم المدين بالإخطار .

*إذا لم يحترم المدين الشكليات المنصوص عليها في العقد بخصوص الإخطار .

*التأخير في القيام بالإخطار.

الفرع الثاني : أثر تدخل الظروف الطارئة

لما كان تغير الظروف من وقت لأخر أمرا طبيعيا ، لم يكن الإرهاق الناشئ عن هذا التغير مبررا كافيا لطلب إعادة التوازن إلى التزامات المتعاقدين إلا إذا كانت العدالة تقتضي إلا يتحمل احد الأطراف المشقة ويواجه الصعوبات الطارئة بمفرده ، فالعبرة إذن بان يؤدي تغير الظروف إلى نتائج غير عادلة .

وبداية يمكننا الإشارة إلى أن نظرية الظروف الطارئة كما هو متعارف عليه في عقود التجارة الدولية عامة وعقود نقل التكنولوجيا خاصة بشرط الطوارئ لا تؤدي إلى استحالة التنفيذ وإنما تؤدي إلى الإرهاق في تنفيذ الالتزامات بمعنى اختلال التوازن التعاقدي ، بحيث يكون التغيير قويا وجوهريا بحيث يقلب موازين العقد عما كانت عليه وقت إبرامه ، وهو الأمر الذي يؤدي بدوره إلى اللجوء لمراجعة العقد وتعديله وعليه سوف نناقش هذه الآثار فيمايلي :

أولا :اختلال التوازن

يعتبر اختلال التوازن العقدي الأثر الرئيسي الناتج عن تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة أو شرط الطوارئ /شرط إعادة التفاوض وهو يعبر عن نتيجة غير عادلة لتغير الظروف ، وعليه سنتطرق إلى ماهية الاختلال و طرق التعبير عن الاختلال في عقود التجارة الدولية ، خصائصه ومعايير تقديره [2].

[1] د.نصيرة بوجمعة السعدي ، المرجع السابق ، ص 275 .

[2] د.عبد الرؤوف جابر ، المرجع السابق ، ص 236 .

أ-المقصود بإخلال التوازن :

يجمع فقه التجارة الدولية على أن اختلال توازن العقد يعد شرطا ثابتا وأساسيا في تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة أو شرط الطوارئ ، ويقصد باختلال التوازن الناتج عن تغير الظروف هو جعل الالتزام مرهقا للمدين يهدده بخسارة فادحة تجاوز بكثير الخسارة المألوفة في التعامل ، فلا يشترط إذن أن يؤدي الحادث إلى استحالة التنفيذ وإلا صار قوة قاهرة تغني المدين عن الاستعانة بنظرية الظروف الطارئة وإنما المطلوب أن يكون من شأن الحادث أن يجعل الالتزام بالغ الإرهاق والعنت للمدين ، بحيث يهدده بخسارة فادحة غير معتادة ، وتصبح الأعباء غير عادلة لأحد الأطراف أثناء تنفيذ التزاماته العقدية وذلك إما لكون قيمة تنفيذ الالتزامات ارتفعت أو لان قيمة الأداء قد انخفضت .

ونشير هنا أن العبرة ليست بتغير الظروف وإنما بتغير الالتزام ، أي النتائج التي تتركها هذه الظروف في اقتصاد العقد ، فقد يشهد التغير في المحيط الخارجي للعقد تغيرا جذريا في الظروف دون أن تتأثر التزامات المتعاقدين ودون أن يختل اقتصاد العقد وتوازنه[1] . ومن البديهي الإشارة إلى انه يعد مخالفا لمبدأ حسن النية ومبدأ توازن الأداءات اللذان يحكمان العقد الدولي لنقل التكنولوجيا أن يغبن احد المتعاقدين بشكل كبير جراء تنفيذ العقد وعليه ولتمكين هذا المتعاقد من الوصول الى مراجعة العقد عن طريق إعادة التفاوض مع المتعاقد الأخر ، يجب أن يكون هذا الغبن كبير بشكل يخل بتوازن العقد ويسبب له ضررا فادحا .

إن عقود نقل التكنولوجيا تتضمن قدرا من المخاطر المألوفة التي يتوقعها المتعاقد وتدخل في حساباتهم ،ومنه فان التغير في الظروف الذي يطرأ على العقد ولا يحدث نتائج تندرج في مجال هذه المخاطر العادية ، فان هذه التغيرات لا تكفي لتبرير طلب مراجعة عن طريق تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة أو شرط الطوارئ .

وإذا كان الأمر كذلك فان مجرد التغير في الثمن أو في سعر التكلفة أو في سعر المواد الأولية التي تنتج من التقلبات الاقتصادية لا تكفي وحدها للقول بأننا بصدد اختلال توازن الأداءات التعاقدية هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فانه من الواقع العملي فان مبدأ حسن النية يلزم الأطراف أن يتحملوا جزء من المخاطر التي يحتويها أي عقد مادامت لم تتجاوز الحد المعقول أو التي تدخل في دائرة التعاقد ،فالاختلال الذي يعتد به هو ذلك الذي يتميز بانهيار الأساس التعاقدي للعقد ويحدث اختلال فادح في توازن الأداءات التعاقدية[2] .

[1] د.عبد الرؤوف جابر ، المرجع السابق ، ص 238 .

[2] د.محمود الكيلاني ، المرجع السابق ، ص 417 .

ب-طرق التعبيرعن اختلال التوازن :

لما كان العقد الدولي لنقل التكنولوجيا ذو طبيعة خاصة من حيث أطرافه ومضمون التزاماته ومدة تنفيذه التي غالبا ما تستغرق مالا يقل عن ثلاث سنوات وتصل إلى عشر سنوات ، فانه غالبا ما يلجأ أطراف العقد إلى اخذ جميع الاحتياطات لتلافي وتجنب الآثار السلبية لتغير الظروف فيلجؤون إلى الاتفاق على تسوية منازعاتهم بسبب الحادث الطارئ بالنص عليه في العقد موضحين ما يجب عليهم القيام به [1]وطلق على الظرف الطارئ اصطلاح شرط الطوارئ .ويرد هذا الشرط عادة بصيغ مختلفة منها ما يؤدي إلى فتح باب المفاوضة لإنهاء أثار الظرف الطارئ أو اللجوء إلى التحكيم [2].

وفي سبيل ذلك يلجأ الأطراف إلى استخدام بعض طرق التعبير عن اختلال التوازن بشكل لا يترك معه أي غموض أو إشكال ، ويمكن تقسيم هذه الطرق إلى طرق عامة وطرق خاصة .

فبالنسبة للطرق العامة المستخدمة للتعبير عن اختلال التوازن في عقود نقل التكنولوجيا نتيجة تغير الظروف يمكن الإشارة إلى الأساليب التالية "انقلاب توازن العقد أو اختلال في الاقتصاد العقدي "أو إذا تعدل اقتصاد العقد لدرجة انه جعل تنفيذ احد المتعاقدين لالتزامه ضارا .

أما بالنسبة للطرق الخاصة فيمكن الإشارة إلى الأساليب التالية والتي ترد على عنصر معين من عناصر العقد "ارتفاع تكلفة الحصول على النقد والائتمان أو تخفيض المبلغ الأساسي أو الفائدة التي يمنحها البنك " او عائد غير كاف لتغطية تكلفة العملية .ومهما يكن الأمر فان العبرة ليست في استخدام الطرق الخاصة بشكل مسرف لان من هذه الطرق مايستخدم مصطلحات غير محددة وتحتاج إلى تفسير ، بل العبرة في التحديد الدقيق من جانب الأطراف لنسبة الاختلال التي يقصدونها سواء بنسبة معينة أو بربط الاختلال بتعبير معين في الظروف مثل انخفاض محدد في العملة أو في سعر التكلفة .

ج-خصائص الاختلال ومعيارتقديره :

كما سبق الإشارة إليه فان الحادث الطارئ الذي يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي ، لا يكفي أن يكون هذا الأخير عبارة عن إصابة المدين بخسارة عادية ، لان ذلك أمر مألوف في مجال التعامل في هذا النوع من العقود ، بل يجب أن يكون الاختلال جوهري أي يصيب الطرف المتضرر بخسارة فادحة بحيث يقلب موازين العقد كما كانت عليه وقت إبرامه فتصبح الأداءات المتقابلة غير متوازنة ، تهدد الطرف المتضرر بخسارة

[1] د.نداء كاظم محمد المولى ، الآثار القانونية لعقود نقل التكنولوجيا ، دار وائل للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، 2003 ، ص 205 .

[2] د.محمود الكيلاني ، المرجع السابق ، ص 418 .

فادحة .بالإضافة إلى الصفة الجوهرية التي يجب أن يتميز بها اختلال التوازن ،لابد كذلك أن يؤدي هذا الاختلال إلى عدم عدالة ظاهرة بالنسبة لهذا المتعاقد فالعدالة تقتضي ألا يتحمل احد الأطراف المشقة والصعوبات الطارئة بمفرده[1] .

ونشير هنا أن تقدير عدم العدالة يخضع لمعيارين لثنين فالأول شخصي يقاس فيه الاختلال بالتغيير الذي طرأ على الظروف الشخصية للمتعاقدين وخاصة المدين المتضرر ، فالاختلال يكون ضارا غير عادل وفقا لهذا المعيار متى تحمل المدين ضررا شديدا جراء فقد العقد لتوازنه بحيث لم يعد من العدل أن يلزمه بان يتحمل مثل هذا الضرر .

وتظهر أهمية هذا المعيار في الحالات التي لا يكون فيها الموقف الاقتصادي للمدين قويا ، ففي هذه الحالة يصبح الاختلال ضارا متى أصيب هذا المتعاقد بضرر شديد حتى ولو لم يكن الضرر كذلك من الناحية الموضوعية .

والثاني موضوعي يقاس فيه الاختلال بصفة مجردة قوامها وضع شخصي معتاد في نفس ظروف المدين المتعاقد لمعرفة قدر الضرر الذي أصابه جراء توازن اختلال العقد ، فتبنى هذا المعيار يراد به أن الأطراف لا يأخذوا في اعتبارهم عند تقدير الاختلال ظروفهم الشخصية وخاصة ظروف المتضرر من هذا الاختلال ، ومهما يكن فان تقدير مدى اختلال التوازن العقدي يترك لقاضي الموضوع وذلك باستخدام أسلوب مرن لتقدير الاختلال وفقا لظروف كل حالة على حده ومراعاة لمصلحة الطرفين [2].

ثانيا :مراجعة العقد :

إذا توفرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة السابق بيانها ، كان للمتعاقد المرهق أن يطلب من القضاء تعديل ومراجعة العقد ، نشير هنا أن هذه النظرية تقرها معظم التشريعات الوطنية [3]في القوانين المقارنة بتطبيقات مختلفة ، وعليه تجب الإشارة إلى انه إذا كان حكم مراجعة العقد يقصد تعديله ، يعتبر نتيجة حتمية لاختلال التوازن في العقود الداخلية ، فان واقع عقود التجارة الدولية عامة ، وواقع عقود نقل التكنولوجيا خاصة ، يرتب آثارا أخرى هي وقف تنفيذ العقد ، وإعادة التفاوض في العقد .

[1] د. محمود الكيلاني ، المرجع السابق ، ص 419 .

[2] د.محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 200 .

[3] د.شريف محمد غنام ، المرجع السابق ، ص45-52 .

أولا : بالنسبة لمراجعة العقد فانه لا يجوز للمدين أن يقوم بالتعديل بإرادته المنفردة ، هذا من جهة ومن جهة أخرى لا يمكن للقاضي القيام بهذا التعديل بصفة تلقائية وان كان ملزما بذلك [1]، لان تطبيق نظرية الظروف الطارئة أمر يتعلق بالنظام العام ومن ثم لا يجوز الاتفاق في العقد على استبعاد تطبيقها ، بحيث يقع باطلا كل اتفاق يحالف ذلك وقد أراد المشرع بهذا تحقيق التوازن الاقتصادي والعدالة الاجتماعية في العقود . وعليه يستطيع القاضي أن يدخل في العقد مايرى من تعديلات مادامت تحقق الهدف المنشود وهو إعادة التوازن إلى العقد توزيعا لتبعة الظرف الطارئ على طرفيه توزيعا معقولا .

وتجدر الإشارة هنا أن سلطة القاضي لا تصل إلى حد الحكم بفسخ العقد ، لان هذا الحق لم يمنحه له النص القانوني ، فالقاضي إذن ملزم بمراجعة العقد إذا توافرت الشروط المقررة لذلك ، غير انه يتمتع بسلطة تقديرية واسعة بشأن تقدير الخسارة الفادحة وكيفية رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول .حيث يقوم القاضي برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول الذي يراه متفقا مع العدالة وحسن النية ، وذلك بعد إجراء الموازنة بين مصلحة الطرفين ، وللقاضي حرية اختيار الطريقة التي بها يحد من إرهاق المدين في تنفيذ التزامه من خلال طريقتين :

-يقوم القاضي بزيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق كزيادة السعر او الثمن بالقدر اللازم لرفع الإرهاق .

-يقوم القاضي بإنقاص الالتزام المرهق ، فيجوز له أن ينقص من قيمة الالتزام أو إنقاص كميته أو تخفيض فوائده .

ونشير هنا إلى أن القاضي هو من يقوم بتعديل الالتزام المرهق ، لا يرفع كل الخسارة على عاتق المدين ، بل يقوم بالحد من الخسارة إلى القدر المألوف حيث يقوم بتوزيع ما يزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة على المتعاقدين سواء مضاعفة أو بالنسبة التي يراها ملائمة مع مصلحة الطرفين واعتبارات العدالة[2].

ثالثا :وقف تنفيذ العقد وإعادة التفاوض

لقد استنتجنا في سابقا أن أثار القوة القاهرة بمفهومها الحديث أو الموسع أو المرن هي الاستحالة المؤقتة التي بدورها ترتب آثارا أخرى تتمثل في وقف تنفيذ العقد وإعادة التفاوض بحسن نية ،حيث تم مناقشة أساس وقف التنفيذ ، حالاته ، الالتزامات التي يرتبها الوقف على المتعاقدين ، كيفية انقضائه ، كما

1 تنص المادة 107 من ق م ج "غير انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين ،بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .

2 د.عبد الرؤوف جابر ،المرجع السابق ، ص 235 .

تطرقنا بالتحليل إلى مبدأ إعادة التفاوض بحسن نية ، حيث بينا مضمونه وأهدافه والقواعد التي تحكمه ، معايير التفاوض ونتائجه في حالة النجاح أو الفشل .

وباعتبار أن القوة القاهرة بمفهومها الحديث أو الموسع أو المرن ونظرية الظروف الطارئة أو شرط الطوارئ استثناءان على مبدأ القوة الملزمة للعقد فإنهما يتطابقان في وحدة الآثار (وفق تنفيذ العقد وإعادة التفاوض بحسن نية) المترتبة على الإعمال بهما [1].

ومما تجدر الإشارة إلي انه إذا كان الأطراف يتمتعون بحرية كبيرة في إبرام العقود الداخلية فان هذه الحرية تبدو في أقصى نطاقها إذا تعلق الأمر بعقود التجارة الدولية عامة وعقود نقل التكنولوجيا خاصة ، حيث يتمتع الأطراف بحرية كبيرة في تضمين عقودهم بنود تنظم كيفية التصدي لتغير الظروف عن طريق وسائل معينة ، سواء أدى تغير الظروف إلى جعل تنفيذ العقد مستحيلا أو مرهقا .

وتتجلى كذلك هذه الحرية التعاقدية في أن كلا الطرفين يهدفان من خلال إبرام العقد الدولي لنقل التكنولوجيا بالرغم من تغير الظروف ، إلى بقائه وسيرانه بالصفة التي تحقق مصلحة كلا الطرفين بصفة عادية .

وعليه نستخلص أن نظام وقف العقد وإعادة التفاوض أصبحا الأصل الذي تتجه إليه إرادة الأطراف ولا يوجد اعتراض عليه من احدهما ، بحيث صارا مسلمة من مسلمات عقود نقل التكنولوجيا.

والغالب أن يتفق الأطراف في العقد الدولي لنقل التكنولوجيا على وقف تنفيذ العقد لمدة معينة لحين زوال عائق التنفيذ ، ويرجع ذلك إلى اعتبارات عملية هي التي تفرض على الأطراف اتخاذ هذا المسلك وتتمثل هذه الاعتبارات في الأهمية الكبيرة التي تمثلها هذه العقود بالنسبة للمتعاقدين والتي تجبرهم على الحفاظ على العقد وبقاء استمراره.

إن إبرام هذا النوع من العقود يتطلب مجهودات واستثمارات كبيرة في التفاوض ، كما أنها تتميز بقيمة صفقاتها المرتفعة بالمقارنة بالصفقات الداخلية ، كما أن أهميتها لا تقتصر فحسب على أطراف العقد وعلى الدول التابعة لهذه الأطراف ، وإنما تمتد إلى الدول الأخرى الواقعة في المنطقة الجغرافية التي تقع فيها دول الأطراف ، ولهذه الاعتبارات فان فرص فسخ العقد و إنهاء الروابط التعاقدية يعد المصير الأخير الذي تواجهه هذه العقود ،أما المصير الأول فهو وقف تنفيذ العقد فترة من الوقت ليرى الأطراف إمكانية زوال الحادث بعدها واستمرار العقد في التنفيذ أو إعادة التفاوض عن طريق تبادل الآراء والمقترحات حول تعديل أحكام

[1] د.حسام الدين كامل الأهواني ، المرجع السابق ، ص 321 .

العقد الذي يربط بين الأطراف ، إذ تعتبر عملية إعادة التفاوض طريقة هامة من طرق حل الخلافات والنزاعات التي قد تثور بين الأطراف أثناء تنفيذ عقود نقل التكنولوجيا [1].

وخلاصة القول في هذا المجال أن أطراف العقد الدولي لنقل التكنولوجيا قد تنبهوا للتغيرات في الظروف المحيطة بالعقد ، فحاولوا واجتهدوا لإيجاد الحلول المناسبة حيث بادروا إلى تضمين عقودهم نصوص شروط بصيغ مختلفة توضح كيفية حل النزاعات المحتملة الناتجة عن حدوث الظروف الطارئة أو شرط الطوارئ [2].

ونشير في الأخير انه إذا كان المفهوم الاتفاقي للظروف الطارئة أو ما يعرف بشرط الطوارئ يقدم مزايا ويخفف من جمود النصوص التشريعية ومن تشدد القضاء في تطبيق نظرية الظروف الطارئة المنصوص عليها في مختلف التشريعات الوطنية ، فانه يتولد عنه صعوبات كبيرة في التطبيق ، فنظرا لغياب مفهوم قانوني موحد لهذه النظرية فان تطبيقها يتطلب اتفاق الأطراف عليها صراحة في العقد فلا ينطبق الشرط دون النص الصريح عليه من جانب الأطراف .

وإثارته (المفهوم الاتفاقي)من احد الأطراف بهدف تعديل أحكام العقد دون وجود نص صريح سوف يثير تطبيق نظرية الظروف الطارئة المعروفة لدى التشريعات الوطنية وسوف يرتبط تعديل العقد في هذه الحالة بمدى معرفة القانون المطبق على العقد لهذه النظرية .

ومهما يكن من أمر فان عدم تنفيذ الالتزام بسبب تدخل الظروف الطارئة يعتبر إخلال بالعقد الدولي لنقل

التكنولوجيا سواء كان عدم التنفيذ من قبل المتلقي أو المورد ، غير أن هذا لا يؤسس لمسؤولية احدهما لان الإخلال لم يكن إرادي بل تسبب فيه سبب أجنبي لم يكن لكلا المتعاقدين أي دخل في ذلك .

[1] حسام الدين كامل الأهواني ، المرجع السابق ، ص 322 .

[2] د.محسن شفيق ،المرجع السابق ، ص 98 .

الباب الثاني : الالتزامات الناشئة عن عقود نقل التكنولوجيا وطرق حل نزاعاتها ـــــــــــ

الفصل الثاني : حل المنازعات المتعلقة بعقود نقل التكنولوجيا

تعتبر مسألة حل المنازعات المتعلقة بعقود نقل التكنولوجيا من أهم الموضوعات التي يحرص أطراف العقد الدولي على الاتفاق عليها لما لذلك من اثر على حقوق وواجبات كل طرف .

وإذا كان الأصل طبقا لما هو متعارف عليه هو خضوع عقود الدولة بما فيها عقد نقل التكنولوجيا عموما لقانون الإرادة ، أي القانون الذي يتفق عليه الأطراف ، إلا أن تضارب مصالح هؤلاء قد يؤدي إلى اختلاف موقف كل طرف ، إذ وبينما تسعى الدولة إلى إخضاع العقد لقانونها طالما أن هدفها هو تحقيق التنمية الاقتصادية ، فان المتعاقد الأجنبي قد يرى في ذلك إضرار بمصالحه ، وان تحقق هذه الأخيرة لن يكون إلا في ظل الابتعاد عن قانون الدولة وتدويل النظام القانوني لعقد الدولة ، خاصة في ظل معاناة منهج التنازع الذي يحيل إلى القانون الوطني الذي يعتبر أزمة حقيقية في ظل الأوضاع الاقتصادية العالمية الجديدة .

وعليه فانه سيتم التطرق في هذا الفصل إلى مشكلة أساسية تتمحور حول القانون الواجب التطبيق على عقود نقل التكنولوجيا في حالة ما إذا طرح النزاع أمام القضاء الوطني وهل هو نفس الحال إذا طرح أمام قضاء التحكيم ؟ .

الباب الثاني : الالتزامات الناشئة عن عقود نقل التكنولوجيا وطرق حل نزاعاتها ـــــــــــ

المبحث الأول : خضوع النزاع لاختصاص القضاء الوطني

عادة ما يلجأ الأطراف لحل المنازعات المتعلقة بعقود نقل التكنولوجيا إلى احد الخيارين أما التحكيم أو القضاء الوطني ، إذ يجوز الاتفاق على إحالة النزاع أمام الأجهزة القضائية لدولة معينة، وحتى في حالة التحكيم قد يقتضي الأمر اللجوء إلى المحاكم لتنفيذ قرار المحكمين ، إلا أن حرية الأطراف في اختيار أسلوب تسوية المنازعات عموما قد تقيد بموجب بعض القوانين الضابطة لنقل التكنولوجيا كما لو رفضت هذه الأخيرة أي عقد يحيل الاختصاص لغير المحاكم الوطنية .

ويبدو أن المتعاقدين أمام القضاء الوطني سيجدون أنفسهم بصدد تطبيق قانون الإرادة لحكم عقدهم إن هم اتفقوا على ذلك ، غير أن المشكل يثور حول القانون الواجب التطبيق في حالة سكوت الأطراف عن اختيار قانون العقد وكيفية تحديده في حالة عدم الاختيار ، وكذا ملائمته لحكم هذا النوع من العقود وهذا ما سيتم التطرق إليه في هذا المبحث على النحو التالي :

المطلب الأول :اختصاص قانون الإرادة بحكم العقد

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة والذي يعني حرية الاتفاقات في القانون الداخلي هو المبدأ المهيمن في ميدان العقود والالتزامات عموما ولقد اخذ نفس الحيز في مجال العقود الدولية ولم يعد دوره ينحصر في تلك الوظيفة فقط بل أصبح يستخدم كمبدأ يسمح بحل مشكلة التنازع ، ومقتضاه خضوع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف صراحة أو ضمنا ، أو بما يستشفه القاضي من ظروف وملابسات الحال وهذا ما يعرف بمبدأ قانون الإرادة [1].

ولقد استقر في مختلف النظم القانونية الاعتداد بالإرادة كضابط للإسناد بالنسبة للعقود الدولية ، اذ يجب على القاضي أن يحدد أولا طبيعة العقد لمعرفة ما إذا كان داخليا او دوليا لان هذا الأخير هو وحده من يثير مشكلة التنازع لاتصاله بأكثر من نظام قانوني ، فدولية العقد مسألة أولية لازمة لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص [2].

وانطلاقا مما سبق فانه سيتم بحث مضمون منهج التنازع في عقود نقل التكنولوجيا من خلال تقسيمه إلى ثلاثة فروع نتناول في الأول المقصود بمبدأ قانون الإرادة ثم كيفية تحديد هذا القانون على أن نتطرق في فرع ثالث لنطاق تطبيقه وذلك على النحو التالي :

---

[1] د.احمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الاولى ،2001 ، ص 5.

[2] د.هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، الطبعة 3، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، 1974 ، ص 181 .

الفرع الأول :المقصود بمبدأ قانون الإرادة :

لقد بقي تحديد مضمون هاته القاعدة محل خلاف فقهي كبير حيث انقسم الفقهاء بشان ذلك الى قسمين ليرى الأول منهما بان للمتعاقدين حرية مطلقة في اختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم العقدية وهؤلاء هم أنصار النظرية الشخصية ، في حين يرى القسم الثاني وهم أنصار النظرية الموضوعية بان حرية المتعاقدين لا يتصور وجودها أبدا طليقة من كل قيد .

وللوقوف على مضمون مبدأ قانون الإرادة سيتم التطرق إلى النظريتين السالفتا الذكر وأثرهما على دور الإرادة في اختيار قانون العقد الدولي وذلك في مايلي :

أولا : النظرية الشخصية

لما بلغت الحرية الرأس مالية أقصاها في نهاية القرن التاسع عشر وازدادت معها النزعة الفردية فكانت النتيجة الطبيعية ظهور قاعدة قانون الإرادة التي لم يعد لها سلطة تنظيم العقد فقط بل أصبحت لها القدرة كذلك على اختيار القانون واجب التطبيق عليه بصفة مستقلة [1].

ولان النظرية الشخصية لزعامة laurent قد ولدت في رحاب الفكر الفلسفي للمذهب الفردي فقد رد أنصارها قدرة الإرادة على اختيار قانون العقد إلى مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية فجعلوا للإرادة مرتبة تسمو على القانون الذي يستمد قوته الملزمة من اتفاق الأطراف على اختيار أحكامه لتنظيم رابطتهم العقدية فتندمج تلك الأحكام وتصبح شروطا عقدية يحق للمتعاقدين الاتفاق على ما يخالفها حتى ولو تضمنت قواعد آمرة [2].

ووفقا لفكرة النظرية الشخصية يبدو واضحا أن للإرادة القدرة على التنظيم الذاتي للعلاقة العقدية إذا كانت هذه الإرادة صريحة أو يمكن استخلاصها ، وان لم تكن كذلك فعلى القاضي تحديدها افتراضا بالرجوع إلى قواعد الإسناد الاحتياطية المقررة في قانون دولته .

ومن أهم النتائج التي تترتب على منح الإرادة سلطانا مطلقا في اختيار قانون العقد الدولي هي اندماج هذا القانون في العقد وتجريده من سلطانه الآمر [3] ، لتصبح أحكامه مجرد شروط تعاقدية يتعامل معها القضاء الوطني معاملة الوقائع، كما يؤدي اندماج أحكام القانون في العقد إلى إمكانية استبعاد المتعاقدين لأحكامه لأنها أصبحت مجرد شروط تعاقدية فيكون بداهة للأطراف الاتفاق

[1] أ.د.بن احمد الحاج ، المرجع السابق ، ص 40.

[2] د. محمود محمد ياقوت ، المرجع السابق ، ص 79 .

[3] محمود محمد ياقوت ، الرجع نفسه ، ص 81 .

على ما يخالفها، ويسمح الأخذ بهذه النظرية أيضا للمتعاقدين في إطار تصرف قانوني واحد اللجوء إلى اختيار أكثر من قانون لتنظيم الجوانب المختلفة للعقد تماشيا ومصالحهم وهذا ما يعرف في القانون الدولي الخاص بتجزئة العقد [1].

ومن ناحية أخرى يرفض أنصار هذه النظرية فكرة إبطال العقد استنادا لأحكام القانون المختار الذي أصبح مجردا من طابعه الأمر ومن غير المتصور أن تؤدي نصوصه إلى بطلان العقد تماشيا وتوقعات المتعاقدين فمن المستحيل أن يختار هؤلاء قانونا يبطل عقدهم .

وإذا كان فكر هذه النظرية قد اتجه إلى تحرير العقد الدولي من سلطان القانون تحريرا مطلقا فان الفقه الحديث مدعما بموقف القضاء الغالب قد رفض الأخذ بهذا المنطلق حينما ارجع قدرة الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق على روابطهم العقدية إلى قواعد تنازع القوانين في قانون دولة القاضي وليس إلى مطلق سلطان الإرادة التي لا لاتقوى تبعا لذلك على تحريره من حكم القانون وإنما ينحصر دورها في إخضاعه لذلك القانون[2] .

ثانيا : النظرية الموضوعية

يرى أنصارها أن حق الأطراف في اختيار قانون العقد يستند إلى حكم القانون الذي يسمح للإرادة بإمكانية الاختيار ، ومثل هذا الاختيار هو اختيار تنازعي يخضع العقد لحكم القانون وهو ما يؤدي لبطلان أي شرط تعاقدي يخالف قاعدة أمرة في ذلك القانون [3].

وعلى الرغم من اتفاق فقه النظرية الموضوعية على أن الإرادة هي المناط في تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، إلا أنهم اختلفوا حول الدور الحقيقي لإرادة الأطراف ، ومدى سلطة القاضي في احترام تلك الإرادة ، فظهر بذلك اتجاهان أساسيان يأخذ الأول بنظرية التركيز ووحدانية التحديد في حين يأخذ الثاني بنظرية ازدواجية التحديد [4].

[1] د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، المرجع السابق ، ص ، 183 .

[2] ا.د.بن احمد الحاج ، المرجع السابق ، ص 42 .

[3] أ .د.بن احمد الحاج ، نفس المرجع ، ص 43 .

[4] د.هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ، ص 42 .

1-نظرية التركيزو وحدانية التحديد

يرى أنصارها بتوطين الرابطة العقدية في إطار نظام قانوني معين فالمتعاقدون لا يختارون قانونا معينا بل يركزون عقدهم في مكان معين ، ومن هذا التركيز يستخلص القاضي القانون واجب التطبيق على العقد، وبهذه المثابة فان اختيار قانون العقد ليس إلا احد عناصر التوطين الموضوعي للعقد أي أن المتعاقدين أحرار متى أرادوا أن يركزوا عقدهم في وسط معين ، فيكون قانون هذا الوسط هو الذي يحكم العقد بينهم [1].

وقد حضيت نظرية التركيز بدعم بعض الفقه وأحكام القضاء لعدة اعتبارات ، فهي تحقق وحدة القانون واجب التطبيق على الرابطة العقدية لان الوسط الذي تتمركز فيه المصالح يكون واحدا دائما ولا مجال لإعمال نظرية الإحالة [2]، ومن ناحية ثانية تحول دون تحايل المتعاقدين بالغش نحو القانون الذي له أوثق صلة باقتصاديات العقد مما يعني عدم إمكانية التنصل من الأحكام الآمرة فيه ، كما يؤدي إعمال هذه النظرية إلى تكريس أكثر الحلول ملائمة وقدرة على ضمان المصالح المختلفة .

غير انه وعلى الرغم من بساطة هذه النظرية إلا أنها انتقدت كونها تعطي الدور الأساسي في تحديد قانون العقد للقاضي حتى وان كان هناك اختيار صريح لذلك القانون من طرف المتعاقدين ، الامر الذي قد يؤدي في النهاية إلى الإخلال بتوقعات أطراف العقد [3].

2-نظرية ازدواجية التحديد

يرى أنصارها ضرورة التفرقة بين حالة الاختيار وحالة عدم الاختيار ففي الحالة الأولى يجب على القاضي التقيد بهذا الاختيار واحترامه ، إذ من غير الممكن اعتبار دور الإرادة يكمن في مجرد توطين العلاقة في وسط معين يستخلص منه القاضي ذلك القانون ، بل وعلى العكس من ذلك وجب على القاضي عدم تجاهل الاختيار الصريح للقانون واجب التطبيق والأخذ به [4].

أما إذا انعدم الاختيار الصريح فيتعين إعمال نظرية التركيز ،ويتعين على القاضي البحث عن الإرادة الضمنية أو المفترضة للمتعاقدين .

ومن أهم النتائج المترتبة عن الأخذ بهذه النظرية إطلاق حرية المتعاقدين في اختيار القانون المختص بحكم العلاقة المبرمة بينهم دون اشتراط وجود أية رابطة موضوعية بن العقد والقانون المختار ، ومن جهة

---

[1] أ.د. بن احمد الحاج ، المرجع السابق ، ص 43 .

[2] د.عكاشة محمد عبد العال ، قانون العمليات المصرفية الدولية ، دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية ، 1994 .ص 95 .

[3] د. عكاشة محمد عبد العال ، المرجع السابق ، ص 96 .

[4] د. احمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، المرجع السابق ، ص 172.

أخرى يمكن وقوع اختيار قانون العقد لاحقا لوقت إبرامه حتى ولو كان ذلك أثناء نظر النزاعات المتعلقة بهذا العقد أمام القضاء [1].

ويرى أنصار هذا الاتجاه التمييز بين وضعين يتمثل الأول في حالة وجود الاختيار الصريح والثاني في حالة عدم وجود مثل هذا الاختيار .

ففي الحالة الأولى يطبق القانون المختار ، فقيام الأطراف بتحديد القانون صراحة يعني انه على علم بالمشاكل القانونية المنجرة عن عدم ذكره ، وعليه فليس هناك أي مبرر لإعمال فكرة التركيز لان في ذلك تعسف ومساس لقيمة الإرادة وإنزالها إلى درجة العنصر المادي طالما أن هذه الفكرة لا تقيم للاختيار وزنا إلا في إطار ضيق .

ومما يأخذ على نظرية ازدواجية التحديد أنها تتجاهل الإرادة الضمنية للأطراف حيث تساوي بين حالات وجودها وانعدامها ، مع أنها إرادة حقيقية من المتصور وجودها ، ويستعين القاضي في الكشف عنها بقرائن لتحديد القانون الذي قصد المتعاقدون إخضاع عقدهم له [2].

الفرع الثاني: كيفية تحديد القانون الذي يحكم عقد نقل التكنولوجيا

لقد مضت الإشارة إلى أن غالبية النظم القانونية الحديثة خلصت إلى الاعتداد أساسا بالإرادة كضابط للإسناد في العقود الدولية لتحديد القانون واجب التطبيق عليها فيكون للمتعاقدين حق ممارسة هذا الاختيار صراحة، وقد يغفل الأطراف في بعض الأحيان عن تضمين اتفاقهم شرط الاختصاص التشريعي، مما يستوجب ضرورة البحث عن إرادتهم الضمنية، وفي حالة غياب هذه الأخيرة يتعين على القاضي التدخل لتعيين قانون العقد وعليه سنكون أمام ثلاث حالات لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد .

الحالة الأولى : الاختيار الصريح لقانون العقد

قد يتفق المتعاقدين على تحديد القانون الذي يحكم عقدهم بشكل صريح وذلك هو الأصل، وهنا يجب على القاضي الاعتداد به مادام العقد متسما بالصفة الدولية [3] .

وباستقراء الواقع يظهر أن العديد من نماذج العقود الدولية تتضمن بندا يحدد القانون واجب التطبيق على هذا العقد وهذا ما درج الفقه على تسميته بشرط الاختصاص التشريعي، فأطراف العقد يأملون في كل الأحوال أن يتم تنفيذ الالتزامات المنبثقة عن العقد تنفيذا سليما ، غير أن ذلك لا يمنع من توقيعهم لاتفاق

[1] د. احمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 173 .

[2] د. عكاشة محمد عبد العال ، المرجع السابق ، ص 107 .

[3] د.هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ، ص 418 .

مسبق يحدد القواعد القانونية التي تكون أساسا لحل نزاعاتهم مستقبلا [1]، ويرى جانب من الفقه ضرورة توافر صلة جوهرية بين العقد والقانون المختار فان انعدمت تلك الصلة أصبح اختياره عديم القيمة ،وجاز للقاضي أن يبحث بنفسه عن القانون المشتمل على الصلة المطلوبة ، بينما يرى رأي فقهي أخر ان للمتعاقدين كامل الحرية في اختيار قانون عقدهم ولو لم تكن له أية صلة بهذا العقد ، وذلك تيسيرا للمتعاملين في مجال التجارة الدولية ، وما يشترط فقط هو ان يكون الاختبار بحسن نية غير متعارض مع النظام العام ،غير مشوب بالغش نحو القانون ، والقول بخلاف ذلك إنكار لمبدأ قانون الإرادة[2] .

وهناك رأي ثالث يرى بضرورة وجود صلة بين العقد الدولي وقانون الدولة الذي اختاره الأطراف دون استلزام وجود صلة جوهرية إذ يكفي أن تكون تلك الصلة فنية، كأن يبرم العقد في صورة عقد نموذجي متعارف عليه وتقبله أوساط التجارة الدولية ،وبذلك يبدو أن هذا الاتجاه يوازن بين إطلاق حرية المتعاقدين في اختيارهم قانون العقد وبين ضرورة تأسيس تلك الحرية على ضابط فني [3].

الحالة الثانية : الاختيار الضمني لقانون العقد

في حالة عدم اتفاق المتعاقدين على تحديد القانون واجب التطبيق على عقدهم صراحة يتعين على القاضي البحث عن إرادتهم الضمنية والتي هي اختيار حقيقي غير معلن يجب الأخذ به وعدم تجاهله .

ويبدو ان الفقه والقضاء في معرض بحثهما عن الإرادة الضمنية قد استقرا على مجموعة من القرائن يتم من خلالها تحديد القانون الذي قصد الأطراف إخضاع عقدهم لحكمه ،مع العلم أن تلك القرائن قد تكون مستمدة من الرابطة العقدية ، أو خارجية تستشف من ظروف وملابسات التعاقد ومن أمثلة القرائن الذاتية قرينة شرط الاختصاص القضائي، إذ يعتبر بعض الفقه أن إخضاع المتعاقدين منازعاتهم إلى قضاء دولة معينة فيه دلالة على اتجاه إرادتهم إلى اختيار قانون هذه الدولة [4] .

وفيما يتعلق بالقرائن الخارجية فمنها ما يستمد من اتفاق المتعاقدين على إبرام العقد في دولة معينة فيكون قانونها هو الذي اتجهت إليه الإرادة الضمنية للمتعاقدين ،وكذا القرينة المستخلصة من اتفاق الأطراف على اختيار مكان معين لتنفيذ العقد بعد أن امتنعا عن ذلك وقت إبرامه [5].

---

[1] د.احمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 190.

[2] أ.د.بن احمد الحاج ، المرجع السابق ، ص 48 .

[3] د.فؤاد عبد المنعم رياض ومحمد خالد الترجمان ، تنازع القوانين والاختصاص القضائي وأثار الأحكام الأجنبية ،بدون نشر ، 1997 ،ص326.

[4] د. احمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، المرجع السابق ، ص 195 .

[5] د.هشام على صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ، ص 423 .

وتجب الإشارة هنا إلى أن الواقع العملي ينبئ بان القاضي عند محاولته استخلاص الإرادة الضمنية لتحديد القانون واجب التطبيق على العقد، لا يكتفي عادة بقرينة واحدة للدلالة على النية غير المعلنة للأطراف، بل الغالب هو قيامه بجمع أكثر من مؤشر للتأكد من اتجاه تلك الإرادة للقانون المختار .

ومما سبق يمكن القول أن استخلاص إرادة المتعاقدين على النحو السابق بيانه هي مسألة واقع يتمتع بموجبها القاضي بسلطة تقديرية واسعة ، فلا يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض ، طالما كانت استنتاجاته مبنية على أسباب سائغة [1].

الحالة الثالثة : سكوت المتعاقدين عن اختيارقانون العقد

في حالة عدم اتفاق أطراف عقود التجارة الدولية صراحة على اختيار القانون الذي يحكم العقد ، وتعذر في نفس الوقت استخلاص إرادتهم الضمنية ، وقع على القاضي مهمة تحديد قانون العقد .

ولقد اسند جانب من الفقه في مثل هذه الحالات الرابطة العقدية إلى القانون الأوثق صلة بها ،والذي يشكل مركز الثقل في تلك الرابطة ، ويتولى القاضي تعيين القانون الواجب التطبيق بإسناد الروابط العقدية لضوابط جامدة ومعلومة من طرف المتعاقدين مسبقا كقانون الدولة التي تم فيها إبرام العقد أو مكان تنفيذه، أو الموطن المشترك للمتعاقدين، وإما بإسنادها بناء على ضوابط مرنة تستمد من الطبيعة الذاتية للعقد [2].

الفرع الثالث: نطاق تطبيق قانون الإرادة

مما لا شك فيه أن عقود التجارة الدولية تخضع للقانون الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين ، وذلك فيما يخص جوانبه الموضوعية ، فينطبق بالتالي على كل ما يتعلق بتكوينه وأركانه بالإضافة إلى الآثار المترتبة عنه إلا أن هناك حقيقة يجب تبيانها وهي ان غالبية العقود الدولية الحديثة هي عقود ذات طبيعة فنية معقدة ، تنصب على تعاملات مالية ضخمة مما يتطلب اللجوء إلى مفاوضات سابقة لمرحلة التعاقد النهائي ، حيث تترتب بعض الالتزامات على عاتق الأطراف [3].

---

[1] د.احمد عبد الكريم سلامة ، المرجع نفسه ، ص 196 .

[2] د.صالح المنزلاوي ،القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2006 ،ص 324 .

[3] أ.د.بن احمد الحاج ، المرجع السابق ، ص 60 .

ومن جهة أخرى فان العقود الدولية ليست دوما عقودا رضائية بل قد يشترط المشرع في بعض الحالات إفراغها في شكل معين، فهل تخضع هذه العقود في شكلها لنفس القانون الذي تخضع له من حيث موضوعها؟.

لمعرفة ذلك سيتم التطرق أولا لمدى انطباق قانون الإرادة على مرحلة ما قبل التعاقد وكذا نطاق انطباقه على موضوع العقد ثم شكله وذلك على النحو التالي .

أولا : مدى انطباق قانون الإرادة على مرحلة ماقبل التعاقد

نظرا لما تكتسيه مرحلة ما قبل التعاقد من أهمية بالغة على الصعيدين القانوني والعملي في مجال المعاملات المالية الدولية الحديثة لم يعد بالإمكان إبرام العقود في لحظة وجيزة ، بل أصبح إعدادها يحتاج وقتا طويلا قد يمتد لسنوات عديدة تبعا لأهمية موضوع التعاقد وتشعبه [1].

وإذا كانت المفاوضات قد تسمح في كثير من الأحيان باتفاق الأطراف وإبرام العقد النهائي ، فإنها قد تنتهي بالفشل أيضا عند عدم تمكن هؤلاء من التوصل إلى اتفاق بشأن جميع المسائل الخاصة بالعقد الذي كانوا يسعون إلى إبرامه وذلك لأسباب مختلفة ، وهنا يثور التساؤل حول ما إذا تم قطع المفاوضات تعسفيا من قبل احد الأطراف ، فما هو القانون الواجب التطبيق على المسؤولية المترتبة على عاتق الطرف الذي سعى إلى ذلك القطع دون سبب جدي ؟.

والملاحظ هنا أن الفقه اختلف بشأن هذه المسألة ، فذهب البعض منه إلى اعتبار المسؤولية المترتبة هنا هي مسؤولية تعاقدية ، ومن ذلك الفقه الألماني الذي يرى أن القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة هو القانون الذي كان سيحكم العقد المراد إبرامه ، وعليه فلو حدد الأطراف القانون المختص بحكم رابطتهم العقدية أثناء المفاوضات ثم تم قطعها بشكل تعسفي فان ذلك القانون ،أي قانون الإرادة هو القانون الواجب التطبيق على مرحلة المفاوضات ، أما في حالة عدم كشف هذه المرحلة عن ذلك التحديد ، كان لزاما على القاضي القيام بنفسه بتحديد ذلك القانون [2]، لان هذا الجانب الفقهي يعتبر بان المفاوضات ليست في الحقيقة سوى مقدمة لإبرام العقد ، والتي يجب أن تجرى بناءا على ما ترسخ لدى الأطراف من ثقة وتعاون بينهم ، مما يؤدي إلى ظهور العديد من التأثيرات بخصوص العقد المراد إبرامه ، فان حدث وأخل احد الأطراف بواجبه أثناء التفاوض متسببا بذلك في عدم إبرام العقد أمكن مساءلته على أساس فكرة الخطأ في تكوين

[1] د.محمد ابراهيم الدسوقي ، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات وإبرام العقود ، بدون دار نشر ،1995 ، ص 6.

[2] د.هشام على صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ، ص 365 .

العقد، وذلك لوجود نوع من الاتفاق الضمني بين المتفاوضين، والذي يلقي على عاتقهم التزاما ببذل عناية أثناء مرحلة التفاوض، وهذه الفكرة تندرج في إطار المسؤولية العقدية [1].

بينما اعتبرها جانب أخر من الفقه مسؤولية تقصيرية ومن ذلك الفقه الفرنسي الذي اعتبر المسؤولية الناجمة عن قطع أو إنهاء المفاوضات العقدية مسؤولية تقصيرية، وذلك لعدم وجود عقد تمهيدي أو وعد مسبق بالتعاقد، مما ينفي وجود التزام عقدي، وبالتالي استحالة القول بالمسؤولية العقدية في هذه الحالة.

وبناء على ما سبق فان المسؤولية عن القطع التعسفي للمفاوضات أو إنهائها ، تخضع لقاعدة الإسناد المقررة بشأن المسؤولية عن الفعل الضار ، وليس لقاعدة الإسناد الخاصة بالعقود ، وبالتالي فان القانون المختص بحكم هذه المسألة هو قانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام بالتعويض [2] .

ثانيا : موضوع العقد

يتفق اغلب الفقهاء على أن قانون الإرادة ينطبق على جميع الجوانب الموضوعية في العقد سواء تعلق الأمر بأركانه أو شروط انعقاده أو الآثار المترتبة عنه .

وعلى الرغم من ذلك يتجه جانب فقهي إلى إمكانية تجزئة العقد، وإخضاع كل جانب منه إلى قانون، فيخضع في تكوينه لقانون الدولة التي ابرم فيها، بينما يخضع في الآثار المترتبة عنه لقانون الإرادة على أن هذا الأخير ليس بالضرورة قانونا واحدا ، بل يجوز للأطراف اختيار أكثر من قانون لحكم عقدهم [3].

1-مرحلة تكوين العقد

يقتضي نشوء العقد الدولي صحيحا توافر ثلاثة أركان أساسية هي التراضي ، المحل والسبب ، وذلك ما لم يشترط القانون أوضاعا معينة إلى جانب التراضي لاكتمال بناء العقد [4].

وبخصوص خضوع التراضي لقانون الإرادة يذهب رأي فقهي إلى أن وجوده هو نوع من الأهلية ، وبالتالي فانه يخضع للقانون الشخصي للمتعاقد ، في حين يذهب رأي أخر لإخضاعه لقانون محل إبرام العقد ، بينما يتجه رأي ثالث إلى تطبيق قانون دولة القاضي [5].

---

[1] د. احمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، المرجع السابق ، ص 92 .

[2] أ.د.بن احمد الحاج ، المرجع السابق ، ص 63.

[3] د.هشام على صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ، ص 17 .

[4] ومثال ذلك اشتراط المشرع لانعقاد العقد تسليم الشيء محل التعاقد بحيث يكون التسليم ركنا لا ينعقد بدونه ، وهو ما يعرف بالعقد العيني ، او يشترط استفاء شكل معين للعقد ، فتكون الشكلية كذلك ركن وهذا ما يعرف بالعقد الشكلي .

[5] د.احمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 118 .

والرأي الراجح فقها هو إخضاع وجود التراضي للقانون الذي اختاره المتعاقدون صراحة، أو الذي استخلصه القاضي من ظروف وملابسات التعاقد ، بغية تحقيق وحدة القانون الواجب التطبيق على جميع مراحل العقد ، فلا يفقد هذا الأخير انسجامه، ولا تتشوه طبيعته [1].

أما بخصوص محل العقد فقد رأى غالب الفقه بان القانون الواجب إعماله في شأن وجوده أو إمكانية وجوده هو قانون الدولة التي يتم فيها تنفيذ الالتزامات المترتبة عنه أما فيما يخص قابلية التعامل فيه فالقانون المختص هنا هو قانون دولة القاضي، والراجح فقها هو إخضاع محل العقد لقانون الإرادة كقاعدة عامة، فيتولى هذا الأخير تحديد شروطه من حيث وجوده او إمكانية وجوده ومن حيث تعيينه أو إمكانية تعيينه ، كما يختص بحكم مدى مشروعيته[2].

وأما بخصوص سبب العقد فيشترط أن يكون موجودا ومشروعا وفقا لما اتجهت إليه العديد من التشريعات والتي استندت إلى رأي الفقه الراجح الذي يجعل للسبب وجود مستقل عن الإرادة .

وعن تحديد القانون المختص بحكم مشروعية السبب يذهب بعض الفقه إلى اختصاص قانون القاضي، لان تقدير مسألة المشروعية تتصل بالنظام العام الوطني، إلا أن الرأي الراجح يقضي بإعمال كل من قانون القاضي وقانون العقد معا، حيث تشترط مشروعية السبب وعدم مخالفتها للنظام العام والآداب في كلا القانونين حتى يكون العقد الدولي صحيحا [3].

2-مرحلة تنفيذ العقد

بعد إبرام العقد فان أحكامه تصبح بمثابة القانون الذي لا يستطيع أي من الأطراف التحلل منه، كما لا يجوز لهم إدخال أية تعديلات على بنوده بالإرادة المنفردة ، إلا في الحالات التي يجيزها القانون تطبيقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد، ويخضع العقد الدولي في تحديد مضمون هذا المبدأ بما في ذلك القاعدة التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين وحكم نقض وتعديل بنود العقد، وكذا نظرية الظروف الطارئة، ونظرية القوة القاهرة في ذلك لقانون العقد حسب الرأي الراجح فقها [4] .

وفيما يتعلق بنسبية الأثر الإلزامي للعقد فإن القانون الواجب التطبيق في هذا الشأن هو قانون العقد، وأما عن مسألة تفسير العقد فقد اختلف الفقه بشأنها فرأى البعض إخضاعها لقانون محل إبرام

---

[1] د.علي علي سليمان ، مذكرات في القانون الدولي الخاص ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1984 ، ص 212 .

[2] د.علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 220 .

[3] د. علي فيلالي ، النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر ، الجزائر ، 2001 ، ص 187 .

[4] د.احمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، المرجع السابق ، ص 226 .

العقد لان المصطلحات التجارية المستعملة هي تلك المصطلحات الجارية في مكان الإبرام ، مما يعني ضرورة تفسيرها وفقا لقانون ذلك المكان ، وعلى خلاف ذلك ذهب البعض إلى تفسير المصطلحات الغامضة في العقد لقانون الدولة التي يتم فيها تنفيذ ذلك العقد وذلك على أساس أن عملية التفسير ستحدد نطاق التزامات الأطراف وان تلك الالتزامات ستتجسد في مكان تنفيذها .

والراجح فقها هو أن قانون العقد هو الذي يحكم مسألة التفسير[1] في حالة وضوح عبارات العقد وكذا حالات غموضها والبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، وقواعد التفسير في التعرف على إرادة المتعاقدين، وذلك بالإضافة إلى العوامل التي يستعان بها لتكملة العقد

3-شكل العقد

لقد استقرت غالبية النظم القانونية بما في ذلك فقه القانون الخاص على إخضاع شكل العقد الدولي لقانون الدولة التي يبرم فيها [2]، ويتمثل الأساس الذي تبنى عليه قاعدة خضوع العقد الدولي لقانون محل إبرامه في الاعتبارات العملية التي تقتضي التيسير على المتعاملين في ميدان التجارة الدولية ، لان ذلك يسهل عليهم معرفة أحكام ذلك القانون ، وما يشترطه من إجراءات شكلية لصحة العقد ، وذلك على خلاف ما لو تم إخضاع هذا الشكل لقانون دولة أخرى غير التي يبرم فيها العقد ، حيث يتعذر عليهم معرفة أحكام ذلك القانون ، وهو ما يخل بتوقعاتهم إذا ابرموا عقدهم وفقا لشكل معين ثم ثبت لهم بأن ذلك القانون يشترط استفاء شكل آخر [3].

المطلب الثاني :القانون الواجب التطبيق في حالة سكوت الأطراف عن اختيارقانون العقد

من المبادئ المستقرة في القانون انه لا يمكن للقاضي أو المحكم الامتناع عن نظر النزاع المطروح أمامه بحجة عدم وجود قانون يحكم موضوع النزاع وإلا اعتبر مرتكبا لجريمة إنكار العدالة ، وفي هذا السياق برزت عدة نظريات تعنى بتحديد القانون الواجب التطبيق في مثل هذه الحالات ، ومن اجل التصدي لمشكلة وجود العقد في فراغ قانوني في حالة عدم اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق او تعذر الكشف عن إرادتهم الضمنية بصفة مؤكدة ، وهذا ما سيتم تبيانه في هذا المطلب كما يلي :

[1] د.على علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 221 .

[2] د.حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 237.

[3] د.حفيظة السيد الحداد ، المرجع نفسه ، ص 381 .

الباب الثاني : الالتزامات الناشئة عن عقود نقل التكنولوجيا وطرق حل نزاعاتها ـــــــــــ

الفرع الأول :كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة عدم الاختيار

إذا لم يتم اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل أطراف العقد وعدم النص عليه صراحة ، وتعذر استخلاص الإرادة الضمنية بشكل مؤكد ، يبرز هنا دور كل من القاضي والمحكم في التصدي لاختيار القانون الواجب التطبيق فليس من المعقول إنكار العدالة بحجة عدم وجود قانون ليحكم العقد ، وفي هذا السياق ظهرت عدة مناهج أو نظريات يمكن للقاضي أو المحكم إتباعها من اجل تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع.

أولا : نظرية التركيز التشريعي أو المنهج التشريعي

ومفادها تدخل المشرع لتحديد القانون الواجب التطبيق بصفة مباشرة وعدم ترك الحرية للقاضي لتحديده وذلك بوضع ضوابط معينة يلتزم القاضي بتطبيقها ولا يمكنه الاجتهاد بشأنها عدا ما يلزم لفهم هذه الضوابط التشريعية وإعمالها على نحو سليم ،وبقيام المشرع بهذه المهمة فهو يرى ان تلك الضوابط من شأنها أن تؤدي إلى تعيين القوانين الأكثر ملائمة لحكم العقد [1].

وقد أخذت العديد من التشريعات الوطنية بمنهج التركيز التشريعي عند تخلف اتفاق على القانون الواجب التطبيق صراحة أو ضمنا على غرار ذلك المشرع الجزائري حيث نصت المادة 18 من القانون المدني الجزائري على انه "يسري على الالتزامات التعاقدية للقانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد وفي حالة عدم إمكان ذلك تطبيق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة وفي حالة عدم إمكان ذلك تطبيق قانون محل إبرام العقد، غير انه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه" [2].

كما تضمنت اغلب التشريعات العربية نصوصا مماثلة او مشابهة ومن بين القوانين العربية التي تبنت منهج التركيز التشريعي القانون المصري في المادة 19 فقرة 01 من القانون المدني المصري وكذلك القانون السوري والإماراتي والسوداني والكويتي والأردني واليمني ، والمشرع التركي في المادة 24 من القانون الصادر سنة 1992 ، وكذلك المشرع الاسباني في المادة 11 فقرة 05 من القانون المدني الاسباني [3].

---

[1] د.محمد الروبي ، عقود التشييد والاستغلال والتسليم ،بدون طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،سنة 2006 ، ص 275 .

[2] المادة 18 من القانون 05-10 المعدل والمتمم للأمر 75-58 المؤرخ في 20 جوان 2005 المتضمن القانون المدني ، الجريدة الرسمية العدد 44 ، سنة 2005 .

3 د.بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، سنة 2006 ، ص 256 .

إن اعتماد منهج التركيز التشريعي عند تخلف اتفاق الأطراف يرجع إلى أن تحديد القانون واجب التطبيق بمقتضى هذا المنهج يتصف بسهولة المعرفة والإحاطة والإلمام به مسبقا مما يجنب أطراف العقد خطر المفاجئة من تطبيق قانون لم يكونوا يتوقعون تطبيقه على عقدهم وهو ما يضمن الأمان القانوني للمعاملات الدولية [1].

ثانيا: نظرية التركيز الموضوعي

يسند أنصار هذه النظرية العلاقة إلى الدولة التي يعتبر قانونها أوثق صلة بهذه العلاقة في حالة انعدام الاختيار إذ يتم إسناد العقد إلى القانون الأكثر صلة به على ضوء ظروف وملابسات التعاقد في كل حالة على حدا سعيا لتحقيق العدالة على أحسن وجه [2]، وينحصر عمل القاضي في التركيز الموضوعي للرابطة العقدية في نظام قانون معين مرتبط به على ضوء مقتضيات التعاقد وظروفه وملابساته ومن خلال هذا التركيز يقوم القاضي بتطبيق القانون السائد في المكان الذي يشكل مركز الثقل في الرابطة العقدية ، كما يرى أنصار هذه النظرية أن مركز ثقل هذه العلاقة يتحدد في كل حالة على ضوء ظروف التعاقد ومجموع العناصر الموضوعية والشخصية للعلاقة التعاقدية ويكون ذلك باستعراض القاضي او المحكم جميع هذه العناصر والموازنة بينها ثم تعيين العنصر الراجح على بقية العناصر بالنظر إلى أهميته وصلته بالعقد وثقله في ميزان العلاقة العقدية، حيث يعكس هذا العنصر وجود روابط وثيقة مع نظام قانوني معين ومنه يحدد القاضي أو المحكم القانون الواجب التطبيق إسنادا لهذا العنصر وفي حالة عدم القطع بوجود هذا العنصر يزاوج القاضي أو المحكم بين عنصرين أو أكثر من عناصر العلاقة العقدية التي يراها تتركز في نظام قانوني معين يكون بذلك هو القانون الواجب التطبيق على العقد [3].

ومن النظم القضائية التي قامت بإعمال هذه النظرية النظام القضائي الانجليزي وكذلك القضاء الفرنسي قبل نفاذ معاهدة روما حيث قررت محكمة النقض الفرنسية في حكم صادر سنة 1909 انه إذا لم يقم المتعاقدون باختيار قانون العقد صراحة ، فعلى قضاة الموضوع أن يتصدوا لتحديد القانون الواجب التطبيق في ضوء ظروف التعاقد وملابساته. [4]

[1] د.محمد الروبي ، المرجع السابق ، ص 277 .

[2] د.مرتضى جمعة عاشور ، المرجع السابق ، ص 501 .

[3] د.محمد الروبي ، المرجع السابق ، ص 286 .

[4] د. بشار محمد الأسعد ، المرجع السابق ، ص 258 .

ثالثا : نظرية الأداء المميز

إن فكرة الأداء المميز تقوم على تفريد معاملة العقود وتحديد القانون الواجب التطبيق في كل فئة من العقود المتماثلة حسب الوزن القانوني وأهمية الأداء او الالتزام الرئيسي في العقد ومكان الوفاء به بحيث يتميز كل عقد بأداء يحدد خصائصه ويميزه عن بقية العقود مما يؤدي إلى اختلاف القانون الواجب التطبيق في كل عقد على حدا [1].

يرى أنصار هذه النظرية انه بالإمكان وضع قواعد إسناد مسبقة خاصة بكل عقد او كل طائفة من العقود المتماثلة بحسب طبيعتها الذاتية ووظيفتها الاقتصادية ،ومعنى ذلك انه يتوجب على القاضي عند تحديده للقانون الذي يطبق على العقد في حالة انعدام الإرادة يقوم بالتركيز الموضوعي للرابطة العقدية في ضوء طبيعتها الذاتية والتي من خلالها يمكن منذ البداية أن تحدد الأداء المميز في هذه الرابطة وهو الالتزام الجوهري والرئيسي الذي يفرضه العقد والذي يتم إسناد العقد في مجموعه إلى محل التنفيذ المفترض لهذا الأداء الرئيسي والذي يعتبر مركز للرابطة العقدية في مجموعه [2].

وبعد أن يتم هذا الالتزام الرئيسي أو الأداء المميز فانه يمكن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد إذ أن هذا الأخير حسب نظرية الأداء المميز هو القانون محل إقامة المدين بهذا الأداء المميز أو قانون المكان الذي يزاول فيه نشاطه المهني إذا كان شخصا طبيعيا أو قانون مركز إدارته إذا كان شخصا اعتباريا[3].

ونظرا لتميز عقود نقل التكنولوجيا بطبيعة خاصة وذلك لارتباطها بالخطط التنموية للدولة المضيفة للاستثمار، مما يستوجب إخضاعها لنظام قانوني يراعي هذه الخصوصية ، وهو قانون الدولة المضيفة الذي يعتبر القانون الطبيعي واجب التطبيق على عقود الاستثمار .

ولذلك فان نظرية الأداء المميز هي الأنسب لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذا النوع من العقود لأنها تحفظ مصالح الأطراف المتعاقدة وتصون توقعاتهم المشروعة ، وتتقلص في ضلها سلطة القاضي أو المحكم [4].

---

[1] د. بشار محمد الأسعد ، المرجع السابق ، ص 259 .

[2] د. بشار محمد الأسعد ، المرجع نفسه ، ص 260 .

[3] د. محمد الروبي ، المرجع السابق ، ص 293 .

[4] د. بشار محمد الأسعد ، المرجع السابق ، ص 265 .

الفرع الثاني :تكريس تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار

بما أن القانون الداخلي للدولة المضيفة للاستثمار هو القانون الأكثر صلة بالعقد إذ أن هذا الأخير يرتبط بالدولة المستضيفة وقانونها بروابط تعد أكثر قوة ووثوقا من أي ضوابط أخرى تربطه بقوانين دول أخرى وهو الأمر الذي يحتم بان يكون قانون الدولة المضيفة هو الواجب التطبيق على عقود الاستثمار وهو ما تم تكريسه في العديد من الاتفاقيات الدولية والقضاء الدولي .

أولا : تكريس تطبيق قانون الدولة المضيفة في الاتفاقيات الدولية

من بين الاتفاقيات التي كرست تطبيق قانون الدولة النظيفة للاستثمار والتي أبرمت بشأن القانون الواجب التطبيق اتفاقية واشنطن لسنة 1965 بخصوص إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى ، وكذا اتفاقية روما لسنة 1980 المبرمة بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية واتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى لسنة 1974 .

1-اتفاقية واشنطن لسنة 1965 :

حسب نص المادة 42 من الاتفاقية فانه "تفصل المحكمة في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي يقرها طرفا النزاع ، وإذا لم يتفق الطرفان على مثل هذه المبادئ فان المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين بالاضافة إلى مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع "[1].

يستشف من نص هذه المادة أن محكمة التحكيم تطبق قانون الدولة المتعاقدة عند عدم الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، إذ أن اتفاقية واشنطن قد فسرت وافترضت أن سكوت الأطراف المتعاقدين عن تحديد القانون الواجب التطبيق يجب أن يفسر على أن إرادة الأطراف قد اتجهت إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة الطرف في النزاع ثم إلى تطبيق القانون الدولي ، وبذلك أزالت هذه الاتفاقيات غموض مشكلة البحث عن القانون الواجب التطبيق في غياب الاتفاق الصريح بين الأطراف[2] .

---

1 اتفاقية واشنطن ل18 مارس 1965 الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الاخرى ، المصادق عليها في الجزائر بالمرسوم رقم 95-346 بتاريخ 30 أكتوبر 1995 ج ر رقم 66 بتاريخ 05 نوفمبر 1995 .

2د. علاء محي الدين مصطفى أبو احمد ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم ، بدون طبعة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، سنة 2008 ، ص 370 .

ثانيا : تكريس تطبيق قانون الدولة المضيفة في القضاء الدولي

لقد أقرت محكمة العدل الدولية تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة في الحكمين الشهيرين في قضيتي القروض الصربية والبرازيلية حيث ذهبت محكمة العدل الدولية إلى أن " كل عقد ليس عقدا بين دولتين باعتبارهما من أشخاص القانون الدولي العام يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما " [1].

وقد كرس القضاء الفرنسي أيضا تطبيق قانون الدولة المتعاقدة استنادا للاعتبارات السيادية مع الطرف الخاص الأجنبي فقد نصت محكمة الاستئناف الفرنسية بباريس في حكم لها أن كل شخص خاص يتعاقد مع دولة ذات سيادة يخضع لهذا السبب وحده لقوانين هذه الدولة ، كما ذهبت محكمة النقض الفرنسية وفي نفس السياق إلى انه كل شخص خاص يتعاقد مع دولة ذات سيادة يخضع لقوانين هذه الدولة .

وكذلك القرار الصادر عن غرفة التجارة الدولية في 18 ديسمبر 1985 بشأن النزاع الذي وقع بين الجزائر وشركة أمريكية حول إنشاء خط للسكة الحديدية ، ولم يكونوا قد اتفقوا على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، قرر المحكم أن العقد ابرم ونفذ في الجزائر أي انه يتركز في القانون الجزائري ، ولذلك طبق القانون الجزائري باعتباره قانون الدولة المتعاقدة. [2]

الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري من مسألة القانون الواجب التطبيق على عقود نقل التكنولوجيا

غداة الاستقلال مباشرة كانت عقود الدولة الجزائرية تخضع للقانون الفرنسي المنبثق عن اتفاقيات ايفيان والمسمى بقانون البترول الصحراوي والذي كانت فرنسا من خلاله تسعى الى اخراج العلاقات البترولية بين الدولة الجزائرية والشركات الفرنسية من السيادة الجزائرية وإدخالها تحت حكم قانون البترول الصحراوي ، وفي انعدام النص على القانون الواجب التطبيق يتم تطبيق المبادئ العامة للقانون وهذا ما أثر سلبا على مصالح الدولة الجزائرية الى غاية تأميم قطاع المحروقات سنة 1971 ، فأصبحت عقود الدولة تخضع للقانون الجزائري كأصل عام سواء كان بشكل صريح أو بشكل نسبي مع وجود استثناءات على القاعدة العامة [3].

[1] د.علاء محي الدين مصطفى أبو احمد ، المرجع السابق ، ص 365 .

[2] د.مراد محمود المواجدة ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة ، الأردن ، سنة 2010 ، ص 222.

[3] د.عيبوط محند وعلي ،الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري ، بدون طبعة ، دار هومة ، الجزائر ، سنة 2013 ، ص 238-239.

أولا :تطبيق القانون الجزائري على عقود الاستثمار كقاعدة عامة

يخضع عقد الاستثمار في الجزائر على غرار باقي الدول المضيفة للاستثمار إلى القانون الوطني للدولة المضيفة بمعنى خضوع عقد الاستثمار الأجنبي للقانون الداخلي الجزائري، إضافة إلى ذلك فان تطبيق القانون الجزائري على عقود الاستثمار يكون بطرق وأساليب مختلفة .

1-أسس قاعدة تطبيق القانون الجزائري على عقود الاستثمار

يتجسد مبدأ سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية من خلال علاقة الجزائر بالشركات الاستثمارية الأجنبية والذي أكدته العديد من المواثيق الدولية والقرارات الصادرة من الجمعية العامة للأمم المتحدة ، ومن بين هذه القرارات القرار رقم 3171 الصادر عن الجمعية في دورتها 22 حول السيادة الدائمة على مواردها الطبيعية وأنشطتها الاقتصادية ويمثل احد المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام الاقتصادي الجديد، وقد أوضح إعمال مبدأ التأمين بواسطة الدولة على اعتبار انه تعبير عن السيادة بغية المحافظة عن الثروات، وكذا حقها في تحديد قيمة التعويض، وكيفية الوفاء به، وان تفصل في النزاع الناشئ عن المسألة وفقا لقانونها الوطني وبواسطة محاكمها.[1]

2-أساليب تطبيق القانون الجزائري على عقود الاستثمار

إن خضوع عقد الاستثمار للقانون الوطني الجزائري يكون وفق أسلوبين احدهما بشكل صريح ومباشر والأخر بشكل نسبي وسيتم التطرق لهاذين الأسلوبين على النحو التالي :

أ: خضوع عقد الاستثمار للقانون الجزائري بشكل صريح ومباشر

من المسلم به ان يضمن المتعاقدون عقدهم شرط الاختصاص التشريعي والقواعد القانونية التي تمكنهم من حل ما يمكن ان يثور من منازعات حول العقد ، وبذلك يستجيبون لقاعدة التنازع الموجهة لهم، وذلك باختيارهم او تعيينهم صراحة القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهم [2]، وهو الملاحظ في الشأن الجزائري اذ تتضمن بعض عقود الاستثمار في الجزائر عبارات دالة على ذلك مثل "ان القانون الواجب التطبيق هو القانون الساري المفعول في الجزائر " .

[1] د. علاء محي الدين مصطفى ابو احمد ، المرجع السابق ، ص 369 .

[2] د. محمد الروبي ، المرجع السابق ، ص 223 .

ب:خضوع عقود الاستثمار للقانون الجزائري بشكل نسبي

بغية تشجيع الاستثمارات الأجنبية في الجزائر أدرجت الدولة الجزائرية ضمن منظومتها التشريعية ما يسمى بشرط التجميد الزمني المكرس في المادة 15 من الأمر 01-03 المعدل والمتمم المتعلق بتطوير الاستثمار حيث نصت المادة السالفة الذكر على انه "لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة [1]" .

وكنتيجة لذلك فان الأحكام التشريعية والتنظيمية الجديدة الصادرة من قبل الدولة لا تطبق على العلاقات التعاقدية التي تظل خاضعة للقانون الذي ابرم العقد في ظله إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة [2].

ثانيا : الاستثناءات الواردة بخصوص تطبيق القانون الوطني الجزائري على عقود الاستثمار

تنص المادة 19 من القانون المدني الجزائري على انه " تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه ، ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك أو القانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية "، بمعنى أن المشرع الجزائري اخضع العقد من حيث الشكل لقانون محل إبرامه ، كما أن المادة 18 فقرة 01 من نفس القانون تجيز للأطراف المتعاقدة الاتفاق حول القانون الواجب التطبيق إلا إذا كان العقد ينصب على عقار حيث نصت المادة 18 فقرة 01 على انه " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من طرف المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين او بالعقد ، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك او الجنسية المشتركة ، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد، غير انه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه " [3] .

يتبين من نص المادة 18 أن القانون الجزائري يعطي للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق وفقا لمبدأ سلطان الإرادة شريطة أن تكون له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد ، حيث وضع المشرع الجزائري قاعدة إسناد مرنة ذات خيارات متعددة قادرة على حل مشاكل تنازع القوانين [4].

وإذا تضمن العقد الدولي شرط التحكيم فان المادة 485 مكرر 14 من قانون الإجراءات المدنية تجيز للأطراف الاستعانة بأعراف التجارة الدولية أو الاتفاقيات الدولية ، أما المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد فإنها تسمح بتطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو المنظم لموضوع النزاع

---

[1] الأمر 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 ، المتعلق بتطوير الاستثمار ، الجريدة الرسمية العدد 47 ، الصادرة بتاريخ 22 اوت 2001 .

[2] د. عيبوط محند وعلي ، المرجع السابق ر، ص 240 .

[3] المادتين 19-18 من القانون 05-10 المعدل والمتمم للأمر 75-58 السابق الذكر .

[4] د. عليوش قربوع كمال ، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر ، دون طبعة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، سنة 2001 ، ص54 .

أو الذي يراه المحكم ملائما حيث تنص المادة 1050 السالفة الذكر على انه " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والقواعد التي تراها ملائمة "[1].

يتبين من خلال نص المادة أن المشرع الجزائري أخذ باتجاه الذي يتسم باحترام مبدأ سلطان الإرادة في نصوصه المنضمة للتحكيم التجاري الدولي ، أما في حالة تخلف اتفاق الأطراف حول تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع تتولى هيئة التحكيم تحديد القانون الأكثر اتصالا بالنزاع أو الأكثر ملائمة فقد تلجأ الهيئة إلى اختيار قانون دولة معينة وقد تطبق العادات والأعراف الجاري التعامل بها في مثل موضوع النزاع [2].

1 القانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المادة 1050 ، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية ، الجريدة الرسمية العدد 21 ، الصادرة في 23 افريل 2008 .

[2] د. لزهر بن سعيد ، التحكيم التجاري الدولي ، دون طبعة ، دار هومة ، الجزائر ، سنة 2012 ، ص 315 .

المبحث الثاني : اختصاص قضاء التحكيم بالفصل في منازعات عقود نقل التكنولوجيا

لم يعد التحكيم التجاري مجرد نظام استثنائي لمنافسته للعدالة التي تؤديها الدولة او حتى نظام مصاحب وقرين لها ، وهو الآن يعيش أزهى عصور ازدهاره ، حيث أصبح في الآونة الأخيرة نظام بديل عن قضاء الدولة .

وهذا الازدهار الذي لحق بنظام التحكيم مرجعه المزايا التي يقدمها هذا القضاء الخاص في حل المنازعات الناشئة عن العلاقات الاقتصادية الدولية المعتادة أو المنازعات الناشئة عن العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبية التابعة لدولة أخرى [1] .

وتتميز العقود المبرمة بين الدولة أو الأجهزة التابعة لها وطرف أجنبي بأن المنازعات الناشئة عنها هي من اختصاص قضاء التحكيم على نحو يمكن القول معه أن قضاء التحكيم يعتبر الجهة المعتادة للفصل في المنازعات الناشئة عن هذه العقود وذلك على الرغم من الاتجاه العدائي لنظام التحكيم من جانب بعض الدول [2] .

وسيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول منهما دواعي اللجوء إلى التحكيم وكذا منهج المحكم عند عدم اختيار قانون العقد في المطلب الثاني على النحو التالي :

المطلب الأول : دواعي اللجوء إلى التحكيم في عقود نقل التكنولوجيا

نظرا لما يتميز به التحكيم من مجموع المزايا التي تدفع الأفراد المتعاملة على صعيد التجارة الدولية إلى تفضيل اللجوء إليه كبديل عن قضاء الدولة . وتتمثل هذه المزايا في أن التحكيم يتسم بالسرعة والسرية، والحرية التي يتمتع بها الأطراف في ظل هذا القضاء الخاص وأخيرا اختلاف العدالة التي يقدمها هذا القضاء عن العدالة التي تقدمها محاكم الدولة .وسيتم التعرض لكل ميزة من هذه المزايا على النحو التالي:

[1] د. حفيظة السيد الحداد ، النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، المرجع السابق ، ص 09 .

[2] د. حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب ، المرجع السابق ، ص 255 .

الفرع الأول : سرعة الإجراءات وسرية قضاء التحكيم

سيتم في هذا الفرع التعرض لميزتي السرعة والسرية في التحكيم على وجه الترتيب كالأتي :

أولا :سرعة الإجراءات أمام قضاء التحكيم

مما لا شك فيه أن جميع الأنظمة القضائية في العالم أيا كانت درجة تقدمها تعاني من بطئ في الإجراءات والتراخي في الفصل في الدعاوى على نحو يؤدي إلى زيادة عدد المنازعات المعروضة على الجهاز القضائي في الدولة وتكدسها بكم هائل ، مما أدى إلى عزوف الكثير من المتقاضين عن اللجوء إلى القضاء العادي ، واختيار التحكيم كبديل مضمون من حيث سرعته في الفصل في المنازعات [1].

إن الأطراف المتعاملة على صعيد التجارة الدولية ، والتي تتعامل بملايين وملايير الدولارات ليس من صالحها إهدار الكثير من الوقت أمام القضاء العادي لأن عامل الوقت بالنسبة لها عامل جوهري لذلك يلجأ المتعاملون في هذا المجال إلى اختيار التحكيم لما يقدمه من عدالة سريعة، ولعل ما يتوجب الإشارة إليه في هذا الصدد أن بعض أنواع التحكيم يتم في مدة زمنية لا تتجاوز أيام معدودة وهي ميزة لا يملك القضاء المستعجل في أكثر الدول تقدما تحقيقها [2].

والعدالة السريعة التي يقدمها قضاء التحكيم ترجع إلى عاملين أولهما التزام المحكم بالفصل في المنازعة المعروضة عليه في زمن معين يحدده الأطراف كأصل عام ، أما العامل الأخر فانه يتعلق بان التحكيم نظام للتقاضي من درجة واحدة .

1-التزام المحكم بالفصل في المنازعة في الوقت المحدد

يلتزم المحكم في ظل القوانين الوطنية المعاصرة المنظمة للتحكيم بأن يفصل في المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم في خلال فترة زمنية محددة لا تتجاوز عادة اثنا عشر شهرا وذلك ما لم تحدد له الأطراف فترة زمنية أطول ولا يملك المحكم تمديد هذه المدة كأصل عام إلا إذا اتفقت الأطراف صراحة على هذا التمديد .

وفي هذا الصدد وعلى سبيل المثال ينص القانون المصري للتحكيم في المادة 45 فقرة 01 منه على انه يتعين "على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان ، فان لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثني عشر شهرا من تاريخ بدء إجراءات التحكيم . وفي جميع

[1] حفيظة السيد الحداد ، النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، المرجع السابق ، ص 11 .

[2] د. حفيظة السيد الحداد ، النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، المرجع السابق ، ص 12 .

الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على أن لا تزيد فترة المد على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك "[1].

وتنص الفقرة الثانية من ذات المادة على أنه : "وإذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار اليه في الفقرة السابقة جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة التاسعة من هذا القانون أن يصدر أمرا بتحديد ميعاد إضافي أو بإنهاء إجراءات التحكيم .ويكون لأي من الطرفين عند إذن رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلا بنظرها "[2].

الواضح من نص المادة 45 أن المحكمين ملزمين بالفصل في المنازعة المعروضة عليهم بحكم منهي للخصومة خلال المدة المتفق عليها ، والمدة الاتفاقية قد ترد في الاتفاق على التحكيم ذاته أيا كانت صورته سواء كان شرطا في عقد أو مشارطة تحكيم ، كذلك فان المدة الاتفاقية قد يتم تحديدها بطريق غير مباشر عن طريق الإحالة إلى نظام مؤسسة تحكيمية يتضمن هذه المدة سواء كانت هذه الهيئة ستباشر تنظيم التحكيم ام لا .[3]

والحرص على ضرورة إصدار المحكم للحكم المنهي للخصومة في ميعاد محدد احتراما لخصوصية التحكيم والسرعة التي يتعين أن يتبارك بها هذا القضاء أمر شارك فيه المشرع الجزائري المشرع المصري وغيره من المشرعين الذين انتهجوا ذات النهج .

2-قضاء التحكيم قضاء من درجة واحدة

إن ما يميز قضاء التحكيم كقضاء خاص ، على خلاف قضاء الدولة الذي يعتبر مبدأ التقاضي على درجتين من مبادئه الأساسية ، لأنه قضاء من درجة واحدة ، وتتمتع أحكامه بحجية الأمر المقضي فيه ولا يجوز الطعن فيها إلا في نطاق ضيق ومحصور .

وسرعة الفصل في المنازعات باعتبارها الميزة الأساسية في قضاء التحكيم ، لا تعني أن هذا القضاء يتجاوز من اجل الوصول إلى تحقيق هذه العدالة الخاصة السريعة الضمانات الأساسية للتقاضي ، كاحترام حقوق الدفاع والمساواة بين الأطراف المتخاصمة واحترام مبدأ الوجاهية [4].

---

[1] قانون التحكيم المصري رقم 27 الصادر سنة 1994 والمعدل في 06 يناير 2001 ، المادة 45 فقرة 01 منه .

[2] المادة 45 فقرة 02 من نفس القانون أعلاه .

[3] د. حفيظة السيد الحداد ، النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، المرجع السابق ، ص 14.

[4] د. حفيظة السيد الحداد ، الاتجاهات المعاصرة في شأن اتفاق التحكيم ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 1996 ، ص 125 .

أما إذا تعلق الأمر برفع ذات النزاع أمام القضاء العادي على الرغم من وجود اتفاق تحكيم ، فانه أخذ بفكرة الأثر السلبي لاتفاق التحكيم فان المحاكم العادية ملتزمة بعدم قبول نظر الدعوى وإحالة أطرافها إلى التحكيم ، واحتراما أيضا للأثر الايجابي لاتفاق التحكيم .

ثانيا :سرية قضاء التحكيم

إن مبدأ علنية الجلسات من الضمانات الأساسية للتقاضي ومن أهم الخصائص المميزة لقضاء الدولة، بل أنها تعد وفقا لما يذهب اليه البعض من حقوق الإنسان التي نصت عليها العديد من المواثيق الدولية .

وهذه الميزة التي تميز قضاء الدولة تعد احد أسباب عزوف الأشخاص عن اللجوء إلى قضاء الدولة واختيارهم لقضاء التحكيم ، ومبعث هذا الاختيار هو ما يتميز به التحكيم من سرية على خلاف قضاء الدولة، فالمتعاملون على صعيد التجارة الدولية يرغبون في عدم معرفة المنازعات الناشئة بينهم وأسبابها ودوافعها ، نظرا لما قد تؤدي إليه هذه المعرفة من المساس بالمراكز المالية أو الاقتصادية لهؤلاء المتعاملين ، وعلى الرغم من أن مبدأ سرية جلسات التحكيم من الأمور اللصيقة بهذا النظام ، وهو ما لا يدعو الى ضرورة نص الأطراف على احترام هذا المبدأ في عقودهم فانه من الملاحظ أن العديد من لوائح التحكيم تفرد نصوصا خاصة تقتضي هذه السرية ، ومثال ذلك نص المادة 20 فقرة 07 من لائحة غرفة التجارة الدولية في باريس التي نصت على مبدأ سرية جلسات التحكيم وكذلك المادة 35 من لائحة المؤسسة الأمريكية للتحكيم .

وسرية قضاء التحكيم تترجم في صور عدة لعل من أخطرها التزام المحكم بعدم إفشاء كل ما يتعلق بالمنازعة المعروضة عليه ، حيث ينبع هذا الالتزام من دوافع أخلاقية تتصل بنظام التحكيم ، حيث يعتبر هذا الالتزام التزاما مدنيا تعاقديا [1].

الفرع الثاني : حرية الأطراف والطبيعة المختلفة للعدالة في ظل قضاء التحكيم

سيتم التطرق في هذا الفرع إلى ميزتين أساسيتين ومهمتين من مزايا التحكيم كما يلي :

أولا :حرية الأطراف أمام قضاء التحكيم

إضافة إلى الميزتين السابقتين أيضا من الأسباب التي تدفع المتعاملين على صعيد العلاقات التجارية الدولية إلى اختيار التحكيم كوسيلة لحل المنازعات الناشئة بينهم ما يتمتعون به من حرية لا تتحقق لهم في ظل قضاء الدولة. حيث يمتد نطاق الزمن لتلك الحرية من لحظة الاتفاق على التحكيم ويستمر حتى بعد

[1] د. حفيظة السيد الحداد ، النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، المرجع السابق ، ص 22 .

صدور حكم التحكيم .لذلك فانه يتعين في هذا الصدد التفرقة بين الحرية التي يتمتع بها الأطراف في ظل قضاء التحكيم قبل صدور حكم التحكيم وتلك التي يتمتع بها الأطراف بعد صدور حكم التحكيم [1].

1-حرية الأطراف قبل صدورحكم التحكيم

تحوز الأطراف المتنازعة على قدر غير محدود من الحرية في ظل قضاء التحكيم بدءا من اختيارها نوع التحكيم ، كما لها أيضا أن تختار إما أن يكون التحكيم مؤسسيا او تحكيما من تحكيمات الحالات الخاصة ، تحكيم ad hoc .أن يكون هذا التحكيم مطلقا أو تحكيم بالقانون .

كذلك فالأطراف تملك أن تحدد مكان انعقاد التحكيم وزمانه والقانون الذي يطبقه المحكمون على اتفاق التحكيم وكذا إجراءاته وموضوع المنازعة محل التحكيم، كما تحدد للمحكم المدة التي يتعين عليه أن ينهي فيها المنازعة المعروضة عليه ، وتلك الحرية شبه المطلقة التي يتمتع بها الأطراف تنعدم في إطار القضاء العام [2].

2-حرية الأطراف المتعاقدة بصدد حكم التحكيم ذاته

إن بعض الأنظمة القانونية المعاصرة المنظمة للتحكيم تعترف للأطراف بالحرية في عدم الطعن على حكم التحكيم ، وذلك على الرغم من وجود حالة من حالات الطعن بالبطلان ، وذلك إذا اتفقت الأطراف صراحة على التنازل عن هذا الطريق من طرق الرجوع .

ويعتبر كل من القانون البلجيكي والسويسري في مقدمة هذه الأنظمة التي تسمح للإرادة الفردية في ظل شروط محددة بالاتفاق على عدم الطعن بالبطلان على حكم التحكيم [3].

ثانيا : الطبيعة المختلفة للعدالة في ظل قضاء التحكيم

إن قضاء التحكيم على خلاف قضاء الدولة يقدم عدالة تستجيب لرغبات الأطراف المتنازعة، ومبعث تلك الاستجابة ما يتمتع به التحكيم كقضاء خاص من مزايا أساسية .

1-التحكيم قضاء متخصص

يتسم التحكيم بالتخصص ، فهناك هيئات تحكيم متخصصة في المنازعات البحرية وأخرى متخصصة في حل المنازعات المتصلة بالمواصفات المتصلة ببعض البضائع والسلع .فوجود قضاء متخصص في المنازعات

[1] د.حفيظة السيد الحداد ، النظرية العامة في التحكيم التجاري ، المرجع السابق ، ص 27 .

[2] د. حفيظة السيد الحداد ، المرجع نفسه ، ص 28 .

[3] د. حفيظة السيد الحداد ، النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، المرجع السابق ، ص 28 .

المتصلة بهذه المسائل من شأنه أن يحقق عدالة تستجيب لرغبات الخصوم التي تلجأ إلى التحكيم التي يتم في ظلها [1].

2-التحكيم قضاء مرن

والمرونة في هذا السياق لا تعني أن التحكيم قضاء يتحرر من القيود والقواعد القانونية الأساسية. فالمحكم حتى لو كان محكما بالصلح يحترم المبادئ الأساسية للتقاضي من احترام حقوق الدفاع والمساواة بين الأطراف المتنازعة واحترام مبدأ الوجاهية ، وإنما المقصود بمرونة التحكيم هو عدم تقيد المحكم كالقاضي بالعديد من القواعد الإجرائية التي لا يمكن للقاضي التحلل منها خاصة في علاقته بإدارة الخصومة المطروحة أمامه ، كذلك فان هناك فلسفة وروحا مغايرة تسيطر على قضاء التحكيم تختلف عن تلك السائدة في إطار قضاء الدولة .

ولعله مما يفسر روح التعاون السائدة بين هيئة التحكيم والأطراف المتنازعة أن هذه الأخيرة تلجأ إلى التحكيم

وهي تنظـر إلى الأمـام وليس إلى الخلـف ، تذهب إليـه دون تردد في الخصومـة كذلك الذي نشاهـده في إطار القضاء العادي .

فالأطراف المتعاملة على صعيد التجارة الدولية ترغب في استمرار العلاقات القائمة بينها ، وتحقيق هذه الرغبة يتطلب مفهوم مرن للعدالة لا يقدر عليه إلا قضاء التحكيم [2].

الفرع الثالث : خوف المستثمرالأجنبي من عدم حياد القضاء الوطني وتمسك الدولة بالحصانة

سيتم التطرق في هذا الفرع للحديث عن دافعين أساسيين للجوء إلى التحكيم وهما كما يلي :

أولا-خوف المستثمرالأجنبي من عدم حياد القضاء الوطني :

تعد الدولة مجرد طرف متعاقد في العقود المبرمة بينها وبين الطرف الأجنبي ، إلا أنها مع ذلك طرف غير عادي كم حيث المزايا السيادية التي تتمتع بها والتي تمكنها بالاضافة إلى إمكانية الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد ، الإخلال أيضا بالحياد الذي يجب أن يتوافر للسلطة القضائية الوطنية والتي يمكن عرض النزاع عليها في حالة إثارته [3].

---

[1] د. حفيظة السيد الحداد ، النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق ، ص 29 .

[2] د. حفيظة السيد الحداد ، النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، المرجع السابق ، ص 30 .

[3] د. حفيظة السيد الحداد ، المرجع نفسه ، ص32 .

بالرغم من المزايا التي يتمتع بها القضاء الوطني للدولة المتعاقدة من حياد واستقلال عن الدولة ذاتها ، فانه في نهاية المطاف قضاء غير محايد بالنسبة للمنازعات التي تكون الدولة أو احد أجهزتها طرفا فيها مع متعاقد أجنبي وتكون ناشئة عن عقد متصل بالمصالح الاجتماعية أو الاقتصادية للدولة .

ودفع هذا الخطر الكامن في تصور البعض من انحياز القضاء الوطني للدولة المتعاقدة لمصالحها ، لن يكون الا بنزع الاختصاص منه ومنحه إلى قضاء آخر محايد " قضاء التحكيم "، وهو الهدف الذي تتمسك به الأطراف الأجنبية المتعاقدة مع الدولة وتصر عليه حتى ولو كان على حساب عدم إتمام التعاقد .

ثانيا : خوف المستثمر الأجنبي من تمسك الدولة بالحصانة القضائية

تتمتع الدولة بالحصانة القضائية بما لها من استقلال وسيادة تجعلها متساوية مع الدول الأخرى ، وهذه الحصانة تغل يد القضاء الوطني لأية دولة أخرى عن نظر المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها ، وعلى الرغم من أن الاتجاه الحديث يميل إلى التقييد من الحصانة التي تتمتع بها الدولة مما يؤدي الى عدم استفادة الدولة منها إلا في الأحوال التي يكون التصرف الصادر عنها تصرفا سياديا مارست فيه مزاياها كسلطة عامة أو كان التصرف من تصرفات القانون العام ، وهذا لا يعني انتهاء التمتع بالحصانة كمبدأ عام بل يبقى الأصل هو التمتع بها [1]. وهنا تكون الخطورة القصوى بالنسبة للمشروع الأجنبي المتعاقد مع الدولة أو مع الأجهزة التابعة لها المستفيدة من الحصانة شأنها في ذلك شأن الدولة ،اذ أن هذا المشروع في حالة قيامه برفع دعواه ضد الدولة أمام القضاء الوطني لدولة أخرى فانه سوف يواجه بهذه العقبة الأساسية المتمثلة في تمتع الدولة بالحصانة القضائية والتي تؤدي في نهاية الأمر إلى إهدار الحقوق الخاصة له احتراما لحصانة الدولة .

وعليه فقد كان حرص المشروعات المتعاقدة مع الدولة أو مع الأجهزة التابعة لها على ضرورة إدراج شرط التحكيم في العقود المبرمة بينها لتفادي الأخطار الناجمة عن طبيعة شخصية الطرف المتعاقد معها باعتباره دولة تتمتع بالسيادة وما يتبعها من التمتع بالحصانة القضائية .

فدفع المخاطر الناجمة عن هذه السيادة والمتمثلة في إمكانية إهدار حياد القضاء الوطني أو إعمال الحصانة القضائية ، تعتبر سببا من الأسباب التي تدفع المشروع المتعاقد مع الدولة إلى عدم إبرام العقد إلا بتوافر شرط التحكيم [2].

[1] د. حفيظة السيد الحداد ، القانون القضائي الخاص الدولي ، الإسكندرية ، سنة 1990 ، ص 177 -178 .

[2] د. حفيظة السيد الحداد ، النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، المرجع السابق ، ص 34 .

المطلب الثاني : منهج المحكم عند عدم اختيارقانون العقد

عند غياب اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق فانها تظهر امكانية تدخل المحكم في تحديد ذلك القانون ، أو اذا تم منحه تلك المهمة .

ولان المحكم الدولي لا ينتمي إلى قانون وطني محدد فانه غير مقيد باللجوء إلى قواعد إسناد معينة في معرض ذلك التحديد ، ولذلك فان الحديث عن هذا المجال الواسع من الحرية الممنوحة للمحكم إلى درجة قد تصل إلى حسم النزاع دون التقيد بأحكام قانون معين "التفويض بالصلح " [1]، بل ذهب الباحثون في هذا المجال إلى انه في الوقت الراهن ، نظرا لعدم وجود تشريع قانوني وضعي خاص بالغالبية العظمى من عقود نقل التكنولوجيا ومع نقص الوضوح والدقة في أحكامها يصبح من الضروري تبني هذا الحل بمزيد من الشجاعة[2] .

و في معرض البحث عن أسس اختيار المحكم للقانون الواجب التطبيق فيبدو من الواضح غياب تلك الأسس الثابتة الناظمة لهذا الاختيار ، إلا أنها لا تخرج عن واحدة من عدة احتمالات تعد الأكثر شيوعا :فإما أن يتجه إلى قانون وطني معين عبر قواعد الإسناد ، أو أن يحاول التحرر من تلك القوانين باتجاه القانون الدولي العام، أو قانون التجارة الدولية ، بما في ذلك المبادئ العامة للقانون وقواعد العدالة والإنصاف .

وبناء عليه سيتم تقسيم هذا المطلب إلى أربعة فروع على الترتيب السالف الذكر كمايلي :

الفرع الأول : إعمال قواعد تنازع القوانين

قد يلجأ المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع إلى قواعد القوانين الدولية الخاصة ، إلا أن تفضيل احد هذه القوانين مازال محل خلاف ، مما يجعل مبدأ سلطان الإرادة يعود للصدارة من جديد لتكون قواعد التنازع التي اختارها الأطراف هي الفرض الأهم دون أن تمثل الفرض الوحيد :

[1] د. وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ، ص 821 .

[2] د.محمود الكيلاني ، المرجع السابق ، ص 541 .

الباب الثاني : الالتزامات الناشئة عن عقود نقل التكنولوجيا وطرق حل نزاعاتها ـــــــــــ

أولا : إعمال قواعد تنازع القوانين التي تشير إليها الإرادة الصريحة أو الضمنية لأطراف عقد نقل التكنولوجيا :

أساس هذه الفكرة ينبع من حق المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم بغض النظر عن كيفية الاختيار ، سواء بطريقة مباشرة وذلك باختيار القواعد المادية لقانون الإرادة ، أو بطريقة غير مباشرة باللجوء إلى قواعد إسناد معينة ، أو باللجوء الى مؤسسة نظامية توجب إتباع قواعد تنازعية محددة [1].

غير أن الأطراف قد يعرضون أنفسهم باللجوء إلى هذا الفرض إلى خطر حدوث تغيير في القانون الموضوعي الذي كانت تشير إليه قاعدة الإسناد التي وقع عليها اختيارهم على نحو يخل بتوقعاتهم ، وهذا ما يبرر بدوره الندرة العملية لهذا الاختيار لاسيما وأن الأطراف الخاصة في عقود نقل التكنولوجيا _وهي غالبا الشركات متعددة الجنسيات _ لا تعلم فعلا بآلية عمل قواعد التنازع التقليدية وترحب من جهة أخرى بقواعد مختلفة تماما كقواعد العدالة أو المبادئ العامة للقانون على نحو ما سيتم التطرق إليه في الفروع القادمة[2] .

وفيما يتعلق بالإرادة الضمنية فهي أقل حظا من الإرادة الصريحة إذ لا يقبل الأخذ بها في عقد دولي كعقدنا محل الدراسة ، يمر بزمن طويل من المفاوضات الشاقة ، خاصة و أن الدولة كسلطة عامة طرفا فيه، إلا من باب اعتبارها مجرد إرادة مفترضة [3] .

ثانيا : إعمال قواعد الإسناد في قانون دولة مقر التحكيم

تمكن أنصار هذا الاتجاه من خلق صدى واسع له تجسد في القواعد الصادرة عن معهد القانون الدولي وبشكل أكثر أهمية ووضوحا في أحكام القضاء التحكيمي، حيث لجأ هذا الأخير في أكثر من مرة لإعمال قواعد تنازع دولة المقر ، ونذكر عموما على سبيل المثال الحكم الصادر في قضية sapphire حيث استند على قواعد القانون الدولي الخاص السويسري [4].

ثالثا :إعمال قواعد الإسناد في قانون دولة تنفيذ قرار التحكيم

عادة ما يلجأ المحكم لإعمال هذه القواعد لتأمين أكبر قدر من الفعالية لقراره على المستوى الدولي مع تسهيل شروط تنفيذه ، إلا انه غالبا ما يواجه صعوبة تحديد مكان التنفيذ على نحو مسبق وأكيد ، مع صعوبة تحديده فيما لو تعين التنفيذ في أكثر من دولة ، وما يعاب على هذا الاتجاه هو خلطه الواضح ما بين

---

[1] وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ، ص 824 .

[2] د. حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب ، المرجع السابق ، ص 491 .

[3] د.صلاح الدين جمال الدين ، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا ، المرجع السابق ، ص 607.

[4] د.وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ، ص 826 .

مهمة المحكم الرامية إلى الفصل في النزاع وفقا لقواعد التنازع التقليدية ، ومهمة القاضي الوطني المتمثلة في الاعتراف بالقرار التحكيمي وإعطائه صيغة النفاذ بعد التأكد من شروط صدوره وفقا للقانون المختص بموجب قواعد الإسناد الوطنية في بلده [1].

رابعا : إعمال قواعد الإسناد في قانون المحكمة التي كانت مختصة أصلا بنظر النزاع

بمعنى القياس على الأصل ، غير أن هذا الإعمال يهدر حقيقة الحكمة المتوخاة من نظام التحكيم الدولي، وهي إعتاق العلاقات التجارية الدولية من قواعد التنازع كما تقرها التشريعات المحلية وتفرضها على القضاة الوطنيين ، ووضع المحكم في حلقة مفرغة ، اذ عليه لتحديد المحكمة المختصة استشارة قواعد الاختصاص القضائي الدولي ، في الوقت التي تعد فيه قواعد تنازع الاختصاص قواعد وطنية أحادية الجانب ، أي تحديد اختصاص المحاكم الوطنية دون الأجنبية[2] .

خامسا :إعمال قواعد الإسناد في القانون الوطني للمحكم أو القانون الوطني للمتعاقدين :

يستند هذا الاتجاه إلى حسن دراية المحكم بقانونه الوطني أكثر من غيره ، أو إلى اعتبار اختيار المتعاقدين له بمثابة قبول ضمني لإعمال قانونه الدولي الخاص .

غير أنه ما يعاب على هذا الاتجاه هو تأسيسه على اعتبارات شخصية ، دون النظر إلى الاعتبارات الموضوعية الأكثر أهمية ، كما أنه من المفروض الاستناد عليه لتبرير إعمال قانون المحكم الموضوعي دون التنازع ، كما يصطدم هذا الاتجاه بصعوبة تطبيقه كلما كنا أمام هيئة تحكيم مؤلفة من عدة محكمين مختلفين في الجنسية [3].

وفيما يتعلق بإعمال قواعد الإسناد في القانون الوطني للمتعاقدين فيما لو اتحد في الجنسية أو قواعد الإسناد في قانون موطنهم المشترك في حال اختلافهما فيها باعتبارها أقرب وأفضل القوانين من جهة ارتباطها بالنزاع ، فان هذا الاتجاه مقيد بفرض محدد مما يؤكد قصوره وحاجته إلى حلول مكملة [4].

---

[1] د. أبو زيد رضوان ، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي ، 1981 ،ص 160 .

[2] د. وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ، ص 828 .

[3] د. حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب ، المرجع السابق ، ص 493 .

[4] د. فؤاد ديب ، مجموعة محاضرات (غير منشورة) ألقيت على طلاب الدراسات العليا ، كلية الحقوق ، جامعة دمشق ، 1997 .

سادسا : إعمال قواعد تنازع القوانين في قانون الدولة المتعاقدة المتلقية للتكنولوجيا :

يعتبر كاتجاه مستقل وأكثر خصوصية فيما يتعلق بعقود الدولة التنموية _بما في ذلك عقد نقل التكنولوجيا _ وهو ما ذهبت إليه بعض الاتفاقيات الدولية كاتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية 1965 من إمكانية تطبيق قانون الدولة المتعاقدة، بما في ذلك قواعد التنازع عند غياب إرادة الأطراف الصريحة في هذا السياق [1].

الفرع الثاني ، تطبيق القانون الدولي العام

يعرف القانون الدولي على انه "مجموعة القواعد القانونية التي تحكم أشخاص المجتمع الدولي في علاقاتها المتبادلة "[2].

لقد حاول القضاء التحكيمي في الكثير من المرات تطبيق تلك القواعد بمناسبة نظر منازعات العقود الدولية، بما في ذلك عقود نقل التكنولوجيا ، مما يجرنا للبحث عن الآلية التي قام بتبنيها في ذلك التطبيق، وصولا لتحديد مدى ملائمتها .

أولا :الموقف الفقهي من التدويل

لقد ظهرت ثلاث اتجاهات فقهية بخصوص تدويل عقود نقل التكنولوجيا ،حيث تباينت اراءها على النحو التالي .

الاتجاه الأول : يعطي هذا الاتجاه صورة عن موقف الفقه التقليدي الرافض للتدويل وذلك بالاستناد على حكم المحكمة الدائمة للعدل الدولي 1929 الذي ذهب إلى اعتبار كل عقد بين دولة وشخص خاص أجنبي إنما يجد أساسه في قانون وطني معين ، في الوقت الذي تخضع فيه اتفاقات الدول مع بعضها البعض إلى القانون الدولي العام [3].

الاتجاه الثاني :لقد تشدد هذا الاتجاه في إعمال القانون الدولي العام باعتباره الفقه المدافع عن مصالح الدول الصناعية المتقدمة ، أو بالأصح مصالح الشركات متعددة الجنسية انطلاقا من متطلبات التجارة الدولية وما تفرضه من ضرورة اللجوء إليه لحل المشاكل المستعصية على القوانين الوطنية لبعض الدول التي

[1] د. صلاح الدين جمال الدين ، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا ، المرجع السابق ، 692 .

[2] د. وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ، ص 835 .

[3] د. وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ، ص 836 .

مازالت دون الأهلية الدستورية أو الاجتماعية أو السياسية لحكم مثل تلك العلاقات، إضافة إلى ضرورة المواءمة بين مصالح الأطراف، لحماية الطرف الخاص من احتمال تقصير الدول او إخلالها بالتزاماتها اتجاهه [1]

الاتجاه الثالث : وهو إن صح القول اتجاه توفيقي بين الاتجاهين السابقين وقد استند في ذلك على المادة 42 من اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية لعام 1965 والتي نصت على انه في حال غياب إرادة المتعاقدين الصريحة يطبق المحكم قانون الدولة المتعاقدة بما في ذلك قواعد التنازع ويمكن له إعمال قواعد القانون الدولي في المسألة محل النزاع لتغطية ثغرات النظام الوطني [2] .

التقييم العملي لمذهب التدويل :

لقد تعرض المذهب الرامي إلى تدويل عقود نقل التكنولوجيا لنقد موضوعي حاد مفاده عدم صلاحية القانون الدولي نفسه لحكم هذه العلاقات خاصة مع غياب الأساس القانوني لإرادة الأطراف والذي يشير إلى تلك الإمكانية .

1-عدم صلاحية القانون الدولي لحكم العقد

إن ما أكد عدم الصلاحية على وجه الخصوص هو عدم وجود قواعد خاصة في هذا القانون تصلح للانطباق على عقد نقل التكنولوجيا وكذا عدم انتماء المتعاقد الخاص (احد أطراف العقد) إلى أشخاص هذا القانون .

2-غياب الأساس القانوني لإرادة الأطراف لاختيار القانون الدولي

ذهب الأستاذ (باتيفول) إلى القول بأنه "من المشكوك فيه أن يكون للأطراف الخاصة إمكانية إضفاء الصفة الدولية على نفسها ، إذ أن قواعد ذلك القانون هي وحدها من تحدد الخاضعين لها ، فلا يتعين مثلا إعمال القانون التجاري على أشخاص لا يصدق عليها وصف التجار نظرا لانصراف إرادتهم إلى ذلك ،أو يتصور عقد الاختصاص لمحكمة العدل الدولية لنظر نزاع رأى أطرافه إضفاء الصفة الدولية عليه ".[3]

ولم نجد في القانون الدولي الوضعي عبر مصادره المتنوعة ما يذهب إلى خلاف ذلك سواء فيس المعاهدات الدولية ، أو في العرف الدولي أو في أحكام القضاء الدولية.

وفي هذا الشأن فإننا نشاطر الدكتورة وفاء مزيد فلحوط الرأي بخصوص تدويل عقود نقل التكنولوجيا حيث لا يراودنا أدنى شك بالمساعي المشبوهة لمذهب تدويل عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية ولاسيما

[1] د. صلاح الدين عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص 689 .

[2] مشار إلى نص المادة السابقة لدى د .صلاح الدين عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص 292-293 .

[3] د.حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 695 ،696 .

من جهة انحيازها لخدمة مصالح الأطراف الموردة الخاصة ، والتي هي عادة شركات متعددة الجنسيات ، إذ لم نجد لهذا التدويل أي سند قانوني ،عدا عن قيامه على جملة واسعة من التناقضات كاعتباره أن العقد المدول يحدد قاضيه ،وأن المحكم الدولي هو من يحدد قانون اختصاصه "القانون الدولي " ، وهكذا لا نجني من تبني المذهب الذكور سوى نقل معاناة الدول النامية باعتبارها أشخاصا في المجتمع الدولي الذي تحكمه قواعد مرنة نعتقد أنها علاقات سياسية أكثر منها مبادئ قانونية أي باعتبارها أطرافا في العقود الدولية بما في ذلك عقود نقل التكنولوجيا .[1]

الفرع الثالث : تطبيق قانون التجارة الدولية

يعرف قانون التجارة الدولية على انه مجموعة القواعد التي تحكم العلاقات التجارية ذات الصلة بالقانون الخاص والتي ترتبط بأكثر من دولة واحدة .حيث يتألف تقليديا من عادات وأعراف التجار ،إلا أن مجددي منهج هذه النظرية أضافوا قواعد مادية نشأت من خلال التنظيمات والاتفاقيات الدولية وكذلك إلى حد ما المبادئ العامة المتفق عليها في كل النظم القانونية ، ونظرا لما يتسم به عقد نقل التكنولوجيا من خصوصية تنعكس في طبيعته وسرعة تطور محله ،جاءت ضرورة أن يحكمه نظام قانوني جديد يتألف من القواعد التي يضعها المتعاملون في هذا المجال [2].

تجدر الإشارة هنا إلى أن الواقف على حقيقة قواعد القانون التجاري الدولي يمكن أن يستبعده بوضعه الحالي عن منازعات عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية لعدد من الأسباب لعل أهمها مايلي:

أولا :قواعد القانون التجاري الدولي خطر على مستقبل عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية :

عادة ما يتم اللجوء إلى تدويل العقد بغية استبعاد تطبيق القانون الوطني المختص (استبعاد قانون الدولة المتلقية للتكنولوجيا) ، خاصة وأن المحكم قد يلجأ إلى إعماله حتى مع وجود إرادة صريحة للأطراف تشير إلى إعمال نظام قانوني معين مما يعني فصله في النزاع وفقا لهواه وتقديم حلول مخالفة لتوقعات الأطراف [3].

[1] د. وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ، ص 854-855 .

[2] د.صلاح الدين عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص 780 .

[3] د.صلاح الدين عبد الرحمن ، نفس المرجع ، ص 862.

ولقد اثبت الواقع العملي الكثير من الحالات التي خرقت فيها القوانين الوطنية لصالح هذه الظاهرة التي غدت شبه مألوفة ،ففي تحكيم تكساكو texaco نجد أن المحكم فيه رغم إهماله لنظرية القانون العابر للدول إلا انه قام بطرحها كإحدى نظريات تدويل العقد ،في الوقت الذي يسوقها مبتدعوها من الفقه في معرض استبعاد كل من القانون الدولي والقانون الداخلي على حد سواء [1].

ثانيا :قانون التجارة الدولية ينتمي إلى نظام غير محدد وغير متكامل :

إن غالبية قواعد هذا القانون الموضوعية ذات طابع مكمل ومفسر لإرادة المتعاقدين كما أنها ذات طابع اتفاقي ، عدا عن كونها غير كافية لتغطية كل المواضيع ،ومثال ذلك خلو هذه الأعراض من حلول لمواجهة مشاكل أهلية المتعاقدين ، أو سلامة الرضا مما يؤكد عدم قدرة تحرر عقود الدولة نهائيا من سيطرة القوانين الداخلية ، بما في ذلك القانون الوطني في الدول ذات الصلة ، خاصة لو أدخلت اعتبارات النظام العام من قبل أحدها .

وأمام توسع التجارة الدولية لتشمل أشخاصا ينتمون إلى دول وقوانين مختلفة ، أصبحنا اليوم أمام جماعات متعددة من التجار لكل منها أعرافه وتقاليده الخاصة والتي تعكس بشكل أو بآخر مجموعة من المصالح المتعارضة .

ثالثا : قانون التجارة الدولية نظام غامض وغير ملائم

ويرجع ذلك الغموض إلى عدم تقنين الكثير من قواعده في نصوص معلومة للكافة ، مع عدم تسبيب أو نشر أحكام التحكيم الصادرة استنادا إلى تلك القواعد والأعراف على نحو يجعل من الصعب الكشف عن مضمونها [2].

أما عدم ملائمته فمرده أن هذا القانون وجد أصلا ليحكم العلاقات التجارية بين الأشخاص الخاصة على أن يمتد إلى عقود الدولة باعتبارها شخصا غير سيادي ، عدا أن عقد نقل التكنولوجيا لا يعد على الأقل من وجهة نظر هذه الدولة صفقة تجارية بقدر ماهو عقد تنموي غالبا ما يحتاج انجازه السليم لمدة طويلة نوعا ما ، كما أن الدول الصناعية المتقدمة هي من كونت تلك العادات والأعراف وعملت على استقرارها لتحقق لها الأمان القانوني انطلاقا من علمهم المسبق بها مع الكثير من الثقة بخدمتها لمصالح هذه الدول ، وذلك خلافا لما هو عليه وضع المتعاملين مع هؤلاء من الدول النامية أو الأشخاص المنتمية إليها [3].

---

[1] د.وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ، ص 875 .

[2] د. هشام صادق ، المرجع السابق ، ص 222 .

[3] د .هشام صادق ، المرجع السابق ، ص 244 .

يمكن القول بأن خطورة تطبيق القانون التجاري الدولي لا تتعلق بسلامة المنهج المباشر المتبع من قبل قضاء التحكيم، ذلك أن قدرا من العلاقات العقدية الدولية الخاصة بنقل التكنولوجيا مهما كان يسيرا سيبدو في معزل عن أي قانون وطني على نحو تترك معه فسحة نموذجية لصالح إعمال تلك الأعراف ، خاصة وانه من واجب المحكم التأكد من أن حكمه المستند إليها سيكون مقبولا في إطار القانون الذي سيطبق في إطاره [1].

إلا أن الخطر الحقيقي يكمن في انحياز تلك الأعراف لصالح واضعيها ، ومن هنا إذا ما أرادت الدول النامية الاستفادة منها ، فانه يتوجب عليها توحيد جهودها بقصد خلق نوع من التوازن النسبي مع الدول المتقدمة في مجال نقل التكنولوجيا ، ولها في هذا الصدد تشكيل هيئات تحكيم دائمة خاصة بها والكشف عن الأعراف والمبادئ العامة المعبرة عن مصالحها في هذا المجال لتتمكن من خرطها لاحقا بما تم تسميته بالقانون العابر للدول [2].

الفرع الرابع :تطبيق المبادئ العامة للقانون وقواعد العدالة والإنصاف

سيتم التطرق في هذا الفرع إلى المبادئ العامة للقانون أولا ثم إلى قواعد العدالة والإنصاف ثانيا

أولا - المبادئ العامة للقانون :

يقصد بالمبادئ العامة للقانون تلك المبادئ السائدة في الأمم المتحضرة ، أي مجموعة المبادئ العامة في القانون الداخلي التي يمكن تطبيقها على النطاق الدولي في ظل عدم وجود مصدر قانوني دولي آخر معترف به كالمعاهدة أو العرف [3] ،بشرط أن تستقى تلك المبادئ من الدول المتمدنة ،أما في يومنا هذا فقد أصبحت المبادئ العامة تستمد من مختلف الدول الأعضاء في الجماعة الدولية وبغض النظر عن درجة تقدمها الفعلية وذلك استنادا على مبدأ المساواة وسيادة الدول [4] .

تجدر الإشارة هنا أن هناك مبادئ عامة متصلة بالقانون الدولي العام وهي تلك المستخلصة من روح الأعراف والمعاهدات الدولية ويمكن الإشارة إليها من خلال الإشارة إلى مبادئ القانون الدولي .

كما أن هناك مبادئ عامة متصلة بالقوانين الداخلية وهي ما يشار إليها عادة بالمبادئ القانونية المشتركة بين دولتين أو مجموعة من الدول بما في ذلك المبادئ العامة للأمم المتحضرة .

---

[1] د.صلاح الدين عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص 834 .

[2] د.وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ، ص 878 .

[3] د. محمد عزيز شكري ،المرجع السابق ، ص 58 .

[4] يقصد بالمبدأ العام : كل قاعدة سلوك إجبارية لها صفة العموم والتجرد .

بالإضافة إلى ما تم ذكره نشير إلى المبادئ العامة المشتركة في القانون الدولي الخاص فيما يتعلق بتنازع القوانين في مختلف الدول كقاعدة خضوع شكل التصرف إلى قانون محل الإبرام ،والتي يلجأ القاضي إلى إعمالها عند غياب قواعد الإسناد التشريعية بما في ذلك الاتفاقيات الدولية باعتبارها جزءا من التشريع مع غياب قواعد إسناد عرفية في موضوع النزاع .

وأخيرا المبادئ العامة للقانون كمنهج مستقل بحيث يتم تطبيقها مباشرة على موضوع النزاع باعتبارها قواعد موضوعية أوجدتها مقتضيات التجارة الدولية إلى جوار قواعد الإسناد في القانون الدولي العام [1].

ومن هنا يمكن الوقوف على أهم المبادئ العامة للقانون في مجال نقل التكنولوجيا ، ونذكر على سبيل المثال:- مبدأ حرية المتلقي في استخدام التكنولوجيا المنقولة – مبدأ حرية البحث وتطوير القدرات التكنولوجية – مبدأ حرية المتلقي في بيع منتجاته – مبدأ حق المتلقي بالامتناع عن أداء المقابل نتيجة زوال السرية أو انقضاء اجل حق الملكية – مبدأ تحديد مدة العقد – مبدأ حق الطعن في صحة حق المعرفة وحقوق الملكية الصناعية – ومبدأ حرية الإدارة واختيار العاملين [2].

التقييم الإجمالي للمبادئ العامة للقانون في نطاق نقل التكنولوجيا

وبهذا الخصوص وفيما يتعلق بتطبيق المبادئ العامة للقانون فان هناك جانبين متعارضين أولهما مؤيد لهاته المبادئ وآخر معارض له .

أولا - الجانب المناصر لتطبيق المبادئ العامة :

ذهب مناصرو هذه المبادئ إلى ضرورة التمسك بإعمالها انطلاقا من منظورين رئيسيين وهما :

1-أزمة منهج تنازع القوانين ومقتضيات التجارة الدولية : حيث أن قواعد التنازع تشير إلى تطبيق أحد القوانين بطريقة معصوبة العينين وغير ملائمة لحاجات التجارة الدولية .

2-انتشار نظام التحكيم : مع ما منحه للمحكم الدولي من مكنة واسعة بغرض الإفلات من النظم الوطنية لصالح إعمال هذه المبادئ كفكرة موضوعية مستقلة لحكم العلاقات الدولية الحديثة[3].

ثانيا –الجانب المعارض لتطبيق المبادئ العامة :

انتقد جانب من الفقه التقليدي على وجه الخصوص هذه المبادئ على الصعيدين القانوني والعملي ومن جملة هذه الانتقادات ما يلي :

---

[1] د.يوسف عبد الهادي خليل الاكيابي ، النظام القانوني لعقد نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص ، 1989 ،ص 477 .

[2] د. وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ، ص 883 .

[3] د.يوسف عبد الهادي خليل الأكيابي ، المرجع السابق ، ص 507 .

1- خطر إهدار مبدأ الفصل بين السلطات :حيث يجمع القضاء بين يديه إلى جوار مهامه الطبيعية سلطة التشريع حين يضع القاضي الوطني نفسه محل الأطراف في صياغة اتفاقهم .

2-أما الانتقاد الثاني فينطلق من حقيقة مفادها أن النظام القانوني الواجب التطبيق على العقد الدولي يجب أن لا يتعدى أحد الفرضين وهما القانون الدولي ، أو أحد القوانين الوطنية ، أما إذا تدخلت المبادئ العامة للقانون فان ذلك سيكون بوصفها جزءا أو مصدرا لأي منهما .

3-أما عن الانتقاد الثالث والذي يعد من أهم ما أعيب على هذه المبادئ ، وهو اعتبارها بأحسن الفروض مصدرا احتياطيا حسب ما استقر عليه العمل على صعيد القانون الدولي أو على مستوى القوانين الوطنية حيث لم تصل إلى مرتبة التطبيق الشامل .

4-غموضها وصعوبة الكشف عنها :بسبب افتقادها لتعريف قانوني محدد ، كما أنها تعتمد في تطبيقها السليم على ثقافة المحكم القانونية وقدرته الذهنية على التحليل المقارن للعديد من القوانين الوطنية .

5-وجه إلى تلك المبادئ انتقاد آخر يتمثل في قدرتها على تحويل التحكيم الدولي إلى تحكيم طليق قادر على الإفلات من أي رقابة .

6-يعتمد هذا الانتقاد على تعارض إعمال هذه المبادئ مع حق الدولة في تعديل قوانينها ، بمعنى أن إصدار الدولة لتشريع جديد ، أو تعديل تشريع قائم على نحو يخدم مصالحها العامة ويؤثر على الحقوق التي تناولها العقد ، لن يمس بهذا الأخير باعتباره مسندا في المبادئ العامة للقانون دون سواها [1].

ثانيا –قواعد العدالة والإنصاف :

تتجه إرادة الأطراف أحيانا إلى إعمال قواعد العدالة والإنصاف رغم ما تنطوي عليه تلك القواعد من عمومية تبدو غير ملائمة لفض منازعات العقود الدولية –بما في ذلك عقد نقل التكنولوجيا –مما يستدعي الوقوف على مفهومها .

1-مفهوم العدالة : نظرا لان العدل مفهوم ثابت لا يتغير ، خلافا للتعبير عنه الذي يتبدل من وقت لأخر ، فقد رأى أنصار هذا الاتجاه ضرورة التقيد بالقوانين الوضعية التي يفترض تعديلها بشكل مستمر سعيا وراء مطلق العدل ، خاصة وأن القوانين الوطنية أو الاتفاقيات الدولية لم تتمكن من تجاهل اللجوء الى تلك القواعد حينما تذهب إرادة الأطراف إلى ذلك [2].

[1] د.حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب ، المرجع السابق ، ص 775 .

[2] د.هشام صادق ، المرجع السابق ، ص 179 .

2-جدوى إعمال قواعد العدالة والإنصاف في سياق عقود نقل التكنولوجيا :من الواضح انه لا يمكن تجاهل ما تنطوي عليه قواعد العدالة والإنصاف من عمومية وعدم تحديد قد يضعا المتعاقدين في خطر الابتعاد عن توقعاتهم ويحرمانهم من الأمان القانوني ،ولعل القضاء التحكيمي الدولي نفسه عازف عنها لهذا السبب ، ويكفي أن ندلل على ذلك بتجاهله إعمالها في بعض المنازعات رغم النص الصريح عليها [1]،ونذكر على سبيل المثال موقف محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس حينما نظرت في النزاع بين الشركة الأمريكية والكاميرونية حول إنشاء محطة أقمار صناعية ، حيث كان العقد ينص على تطبيق قانون ولاية كاليفورنيا مع تفويض المحكمة بالصلح ، ورغم ذلك فقد تجاهلت المحكمة ذلك التفويض وقررت إعمال القانون المذكور [2].

[1] د.صلاح الدين عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص 552 .

[2] د.وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ، ص 898 .

المبحث الثالث : الوسائل الودية الأخرى لفض منازعات عقود نقل التكنولوجيا

مهما بلغ حجم الثقة المتبادلة بين أطراف عقد نقل التكنولوجيا فانه كثيرا ما تنشب بينهم خلافات مردها أسباب مختلفة ، خاصة مع عدم قدرة العقد على الإلمام بجميع النقاط التي يمكن أن تثير المشاكل ، وتقديم الحلول المرنة لحسمها ، ولعل أحد أهم الأسباب التي تقف وراء تلك المنازعات في العقود الدولية عموما هو اختلاف لغات المتعاقدين ، ففي كثير من الأحيان تقف اللغة كعقبة جدية في وجه تنفيذ العقد على النحو المطلوب ، كما في صعوبة فهم المتلقي للنصوص التقنية المكتوبة بلغة أجنبية ، مع عدم قدرة المساعد التقني على تمكينه من ذلك لنقص إلمامه بلغته الوطنية[1] ، لذلك ونظرا لاختلاف لغة المورد عن لغة المتلقي فان الاتفاق الواضح على لغة تحرير العقد من جهة ، وعلى اللغة الحاكمة له ، أي مرجحة في حالة الشك بالتفسير من جهة أخرى ، يعد من المستلزمات الأساسية في هذه النماذج العقدية .

وبغض النظر عن اختلاف الأسباب لقيام المنازعات ، فان ما يهم الأطراف في ذلك الحين هو حل خلافهم في أسرع وقت ، وبأقل الأضرار الممكنة ، ولهم في معرض ذلك اللجوء إلى التسوية الودية الأخرى بمختلف أنواعها وهذا ما سيتم التطرق إليه في هذا المبحث عن النحو التالي :

المطلب الأول :التفاوض

نظرا للأهمية العظمى التي يكتسيها أسلوب التفاوض بتسوية النزاعات فقد جاءت الكثير من النصوص القانونية الدولية بشكل عام على ذكر التفاوض أو المفاوضات كوسيلة لتسوية النزاعات ، والنصوص القانونية الدولية المتعلقة بعقود نقل التكنولوجيا على غرار باقي العقود الدولية حملت في طياتها نصوصا تتعلق بالتفاوض ، وسيتم التطرق في هذا المطلب إلى طبيعة التفاوض في نزاعات نقل التكنولوجيا وكذا تقييم هذه الوسيلة في تسوية هذا النوع من النزاعات .

الفرع الأول : طبيعة التفاوض في نزاعات نقل التكنولوجيا

لم تأتي النصوص القانونية الدولية المعاصرة بتعريف جامع مانع لمصطلح التفاوض على الرغم من جوهريته في مجال تسوية النزاعات الدولية غير أن الكثير من فقهاء القانون الدولي تصدوا لذلك بتقديمهم لعدة تعريفات أهمها :

عرف الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة التفاوض بأنه "تبادل لوجهات النظر وتسوية الخلافات والبحث عن

[1] كثيرا ما سجلت حوادث نتيجة نقل أجهزة تكنولوجية حساسة اكتفي خلالها بترجمة قسم من المعلومات ، في الوقت الذي لم تعامل فيه معلومات أخرى بما فيها تأثيرات الأجهزة المحتملة على النحو الكافي ، مما أدى الى رفع خطر الضرر الذي وصل في بعض الاحيان لدرجة الحوادث الصناعية ، فاكتسب نقل التكنولوجيا اسما سيئا .

مناطق محل اتفاق مشترك والمصلحة المتبادلة والوصول لبعض أشكال الاتفاق شفويا أو تحريريا ، رسميا أو غير رسمي ".[1]

كما عرفه الأستاذ حسن الحسن بأنه "التحاور والمناقشة للوصول إلى اتفاق مشترك بين طرفين للوصول إلى حل متفق عليه للحفاظ على مصالح الأطراف المتفاوضة و حل ما بينهما من مشكلات أو تقريب وجهات نظرها بأسلوب حضاري[2] ".

وفي سياق آخر عرف الأستاذ عمر سعد الله المفاوضات على أنها "حوار يجري ضمن جلسات أو مداولات عامة ، سرية أو علنية بين مفوضين لأشخاص دولية ، للوصول الى اتفاق ينشئ أو يعيد تنظيم العلاقات القائمة بينهم[3] .

وعليه يمكن أن نعرف التفاوض على أنه " ذلك الحوار والمناقشة التي من خلالها يتم تبادل وجهات النظر والآراء بغية الوصول إلى النقاط المشتركة لتوطيد مصالح الأطراف ، وتفادي أو حلحلة النقاط محل الخلاف ، سواء كان ذلك بين أطراف العقد و فقط أو بتدخل طرف أو أطراف أجنبية ...".

والملاحظ أنه في معرض سياق النصوص القانونية الدولية التي تعرضت لموضوع نقل التكنولوجيا لا تكاد تخلو من أسلوب المفاوضات كوسيلة ودية على رأس وسائل تسوية النزاعات المتعلقة بهذه العقود ، ويعزى ذلك لكونها الوسيلة الأكثر واقعية وعدالة لمعرفة وجهة نظر أطراف النزاع في تسوية خلافاتهم .

ومن بين الأمثلة التي تذكر في هذا السياق نجد الملحق الثاني لاتفاقية منظمة التجارة العالمية تحت مسمى مذكرة تفاهم بشأن القواعد والإجراءات التي تحكم تسوية النزاعات حيث كرس هذا الصك الدولي التفاوض كأسلوب لتسوية نزاعات النقل الدولي للتكنولوجيا في فقرته الأولى من المادة الرابعة التي جاء فيها " تؤكد الأعضاء تصميمها على تعزيز وتحسين فعالية إجراءات التفاوض التي يتبعها الأعضاء ،وفي هذا حث للدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية على إتباع أسلوب التفاوض للتوصل إلى حل أو تسوية مرضية للأطراف ، وقد جاء في إحدى الإحصائيات لمنظمة التجارة العالمية أن 20 % من النزاعات التي تم اللجوء فيها إلى أسلوب التفاوض وصلت إلى تسوية[4] .

---

[1] د.أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 20 .

[2] د. حسن الحسن ، التفاوض والعلاقات العامة ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع ، لبنان ، 1993 ، ص 11 .

[3] د. عمر سعد الله ، دراسات في القانون الدولي المعاصر ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثالثة ، الجزائر ، 2004 ، ص 117 .

[4] د. مروك نصر الدين ، تسوية المنازعات في إطار منظمة التجارة العالمية ، دار هومة للنشر ، الطبعة الأولى ، الجزائر ، 2005 ، ص 48 .

الفرع الثاني : دور التفاوض في تسوية نزاعات نقل التكنولوجيا

إن دور التفاوض ليس محصورا كما يعتقد البعض في تسوية النزاعات بعد حدوثها ، بل له دور وقائي كونه وسيلة لتفادي حدوث النزاعات قبل نشوبها ، كما أنه وسيلة يستشف من خلالها معرفة نوايا الأطراف والاطلاع عليها عن كثب وبذلك أصبح للتفاوض العديد من الأدوار :

أولا :حسم النزاع وتسويته

عادة ما يتم اللجوء للتفاوض من أجل تسوية النزاع وهذا ما نلمسه من خلال كل المواثيق الدولية التي عنيت بتسوية نزاعات نقل التكنولوجيا وقد سبقت الإشارة إلى ذلك في الفقرة الأولى من المادة الرابعة السالفة الذكر و في نفس السياق تضمنت بعض الاتفاقيات الدولية في إطار نقل التكنولوجيا المبرمة من طرف الجزائر إشارة إلى اللجوء إلى التفاوض لتسوية المنازعات المتعلقة بهذه العقود ومثال ذلك المادة 09 من اتفاقية التعاون التكنولوجي بين الجزائر والولايات المتحدة الأمريكية لسنة 2006 التي جاء فيها "تتم تسوية أي خلاف بين الطرفين حول تفسير أو تطبيق أحكام هذا الاتفاق بالمفاوضات والمشاورات بين الطرفين[1] ".

ثانيا : الدور الوقائي للتفاوض

مما لا شك فيه أن الغرض من إبرام عقود نقل التكنولوجيا هو الانتفاع بها ، لذلك فان حدوث نزاعات في مثل هذه العمليات يلحق الضرر بأطراف النزاع ويعيق انتفاعهم من التكنولوجيا ، ومن هذا المنطلق برزت ادوار جديدة للتفاوض لعل أهمها الدور الوقائي .

ويبرز هذا الدور الجديد للتفاوض في الاتفاق الذي نقلت بموجبه التكنولوجيا سواء كان عقد دولي أو اتفاقية دولية حيث يدرج فيه كبند أو يضاف إليه كملحق يقضي بالمراجعة أو إعادة التفاوض من حين إلى آخر أو بصفة دورية ، أو في حالة تغير ظروف وملابسات العقد مع ذكر مفصل لهذه الظروف إذا كان من شأنها المساس بالتوازن العقدي والتي تكون غالبا السبب في نشوب النزاعات بين أطراف العقد[2].

ومنه فان الأطراف في هذا الدور يلجئون للتفاوض تفاديا لوقوع أي نزاع ، وتتم عملية التفاوض بواسطة الأطراف أنفسهم أو بموجب لجان تشكل لهذا الغرض ، ويتم التوصل الى اتفاق يعيد التوازن للعلاقة قبل أن تتأزم الأمور وتصل لدرجة نزاع[3] .

---

[1] مرسوم رئاسي رقم 06-402 مؤرخ في 14 نوفمبر 2006 يتضمن التصديق على اتفاق التعاون بين الجزائر وحكومة الولايات المتحدة في مجال العلوم والتكنولوجيا الموقع في الجزائر في 18 جانفي 2006 الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 73 ، الصادرة في 19 نوفمبر 2006 ،.

[2] د.عمر سعد الله ، المرجع السابق ، ص 288.

[3] د. صلاح الدين جمال الدين ، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية ، المرجع السابق ، ص 132 .

الفرع الثالث : تقييم دور التفاوض في تسوية نزاعات نقل التكنولوجيا

على الرغم من جملة المزايا التي يتمتع بها أسلوب التفاوض في تسوية نزاعات نقل التكنولوجيا إلا أن هناك بعض الانتقادات التي وجهت لهذا الأسلوب وهذا ما سيتم التطرق إليه كما يلي :

أولا :المزايا

1-الحفاظ على العلاقات الودية بين أطراف النزاع

إن الحلول التي تأتي عن طريق أسلوب التفاوض غالبا ما تكون من صنع الأطراف واملاءاتهم **مما** يساعد على الحفاظ على العلاقة الودية بين متلقي التكنولوجيا وموردها ، اذ أن عملية النقل الدولي للتكنولوجيا تستوجب الودية التي تعني التنسيق والاستمرارية والتكامل والثقة المتبادلة ، وهذا لن يتأتى الا عن طريق أسلوب التفاوض [1] .

2-الحفاظ على السرية

ان تشدد العقود والاتفاقيات الدولية الناقلة للتكنولوجيا على موضوع الحفاظ على أسرار التكنولوجيا حتى بعد نهاية الاتفاق الذي نقلت بموجبه أمر بديهي وذلك قصد إبعاد إعطاء أية فرصة للغير من أجل منافسة صاحب هذه التكنولوجيا .

وعادة ما يتم تسرب بعض الأسرار غالبا إذا ما كانت التسوية عبر طرف ثالث مثل موفق ، أو محكم أو وسيط ....الخ ، لذلك وتفاديا لهذه التسريبات يحبذ الأطراف اللجوء لوسائل التسوية التي تعتمد على الطرفان فقط [2].

3-قلة تكلفة التسوية

يبدو أن التفاوض في مجال نزاعات النقل الدولي للتكنولوجيا أقل تكلفة عن باقي أساليب التسوية الأخرى ، ومرد هذا الانخفاض يعود إلى قلة الإجراءات حيث يتم اللجوء إلى التفاوض بطلب من أحد الأطراف أو باتفاق كلا الطرفين ، وفي حالة نجاح المفاوضات يتم تنفيذ القرارات الصادرة عنها طواعية ، وبذلك لا تكلف الطرفان أكثر من تكلفة الاتفاق [3].

---

[1] د.حسن الحسن ، التفاوض والعلاقات العامة ، المرجع السابق ، ص 21 .

[2] د. صلاح الدين جمال الدين ، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية ، المرجع السابق ، ص 147 .

[3] د. حسن الحسن ، المرجع السابق ، ص 27 .

ثانيا :العيوب

1-عدم مراعاة القواعد القانونية في أسلوب التفاوض

يسلك المفاوض أساليب عديدة من أجل بلوغ هدفه المتمثل في تسوية النزاع وفي غالب الأحيان لا تنشئ هذه الأساليب قواعد قانونية لتكون مرجعا للفصل في نزاعات لاحقة ، كما أن الأطراف يخرجون في بعض الأحيان عن دائرة المشروعية في سبيل تسوية النزاع ، لذلك يمكن القول أن المفاوض ليس قاضيا يحمي القانون أو مشرعا يسنه ، بل باحثا عن تسويات للنزاعات المطروحة أمامه [1].

2-استطالة أمد النزاع

ما يعاب أيضا على أسلوب التفاوض هو إمكانية استمراره لعدة جولات مما يؤدي إلى استطالة أمد النزاع وهذا ما ينعكس سلبا على استغلال التكنولوجيا محل النقل وعوائدها ، وتفاديا لذلك يرى بعض الفقه الدولي المتخصص في هذا المجال حصر عدد جولات التفاوض في عدد معين من الجولات [2].

3-التأثر بالعوامل الخارجية

من الطبيعي أن يسعى كل طرف من الأطراف المتفاوضة إلى الانتصار لنفسه وفرض إستراتيجيته على الطرف الآخر ، حيث لا يتمتع المفاوض بذلك القدر من الصلاحيات للوصول الى تسوية ، بل ان نشاطه محدد بجملة من الضوابط نذكر منها على سبيل المثال :

-تحقيق أكبر مكسب ممكن من المفاوضات وليس تحقيق تسوية عادلة .

- سعي كل طرف إخضاع الطرف الأخر للنظام القانوني الذي يخدم مصالحه.

ومن الواضح أن التأثر بالعوامل الخارجية عن النزاع يزداد إذا كان أحد الأطراف شركة متعددة الجنسيات وهذا بسبب إتباعها استراتيجيات تفاوض تمكنها من الهيمنة ليس فقط على العلاقة محل النزاع بل حتى على الطرف الأخر [3] .

---

[1] د. مروك نصر الدين ، المرجع السابق ، ص 53 .

[2] د. مروك نصر الدين ، المرجع السابق ، ص 54 .

[3] د. احمد سي علي ، النظام القانوني للشركات عبر الوطنية المعاصرة والقانون الدولي العام ، رسالة ماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية جامعة الجزائر ، 1987 ، ص 36 .

المطلب الثاني : التوفيق

يعد التوفيق أسلوبا مهما من الأساليب البديلة لحل النزاعات ، وذلك عبر قيامه بمحاولة التوفيق بين طرفي النزاع ومحاولة إنهاء الخلاف بينهما والوصول إلى تسوية ودية ، على أن قرارات الموفق لا تحوز قوة الشيء المقضي به إلا بقبول الأطراف لها ، وسيتم التطرق في هذا المطلب إلى طبيعة التوفيق وإجراءات التسوية لهذا الأسلوب وأخيرا إلى تقييم دور التوفيق .

الفرع الأول : طبيعة التوفيق في تسوية نزاعات نقل التكنولوجيا

يعتبر التوفيق من بين أهم الطرق الودية لتسوية النزاعات بشكل عام ونزاعات نقل التكنولوجيا بشكل خاص ، وعلى الرغم من أن كل الاتفاقيات الدولية كرست هذا الأسلوب كوسيلة لتسوية النزاعات إلا أنها لم تقدم أي تعريف لهذا الأسلوب تاركة ذلك للفقه الذي قدم عدة تعاريف أهمها :

تعريف الأستاذ محمد إبراهيم موسى الذي عرفه على أنه " طريق ودي لتسوية المنازعات التي تنشأ بين الأطراف قوامه اختيار أحد أو البعض من الغير للقيام بتوفيق وصول إلى حل للنزاع عن طريق تقريب وجهات النظر المختلفة دون أن يمتد دوره إلى اقتراح حل يرتضيانه[1] ".

كما عرفه الأستاذ محمد بوسلطان بأنه " أسلوب لتسوية المنازعات الدولية هدفه إحالة النزاع على لجنة تتكون من مختصين لبحث وتحليل الوقائع والمشاكل القانونية ثم إعداد تقرير بذلك [2].

وعرفه أيضا الأستاذ حسني محمد جابر على أنه " إحالة النزاع إلى لجنة تتمتع بثقة الدول أطراف النزاع ويكون واجبها أن تختبر وتستعرض أوجه النزاع ثم تحيله إلى الأطراف " [3].

والملاحظ من خلال هذه التعاريف الفقهية أن أسلوب التوفيق يتميز بمجموعة من الخصائص أهمها :

أ-أسلوب ودي :

يعتبر التوفيق أسلوب ذو طبيعة ودية وليست قضائية حيث يسعى الطرفان إلى حل النزاع المطروح أمام الموفق دون قيام الخصومة القضائية حفاظا على ودية العلاقات بين أطراف النزاع وضمانا لاستمرارها .

---

1 د .محمد إبراهيم موسى ، التوفيق التجاري الدولي وتغير النظرة السائدة حول سبل تسوية منازعات التجارة ، نشر دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2005 ، ص 23 .

[2] د. محمد بوسلطان ، مبادئ القانون الدولي ، ديوان المطبوعات الجزائرية ، الجزء الاول ، الجزائر ، 1994 ، ص 217 .

[3] د. حسني محمد جابر ، القانون الدولي ، نشر دار النهضة العربية ، الطبعة الاولى ، مصر ، 1973 ، ص 264 .

ب-أسلوب اختياري :

حيث تتجلى ملامح الاختيارية في إتباع هذا الأسلوب لتسوية النزاع وما يتبع ذلك من تقديم إرادي للتنازلات وصولا إلى تسوية ترضي الأطراف .

كما أن جانب من الفقه يرى بإمكانية أن يصبح التوفيق إلزاميا وذلك في حالة وجود اتفاق مسبق يقضي انه في حالة قيام نزاع فان الأسلوب المتبع لحله هو التوفيق ، فبمجرد وقوع النزاع يصبح لزاما على الأطراف اللجوء إلى التوفيق [1].

ج-أسلوب يعتمد على الغير في تسوية النزاع :

يتولى عملية التوفيق شخص غير أطراف العلاقة محل النزاع ، حيث يكلف هذا الشخص الذي يمكن أن يكون فردا أو لجنة بمقاربة وجهات نظر الأطراف وتقديم المساعدة وتبادل المعلومات والوثائق من أجل وصول الأطراف إلى نقطة تلتقي فيها وجهات نظرهم وصولا بذلك إلى حل للنزاع [2] .

الفرع الثاني : إجراءات التسوية عن طريق التوفيق في نزاعات نقل التكنولوجيا

تتجه معظم المصادر التي تناولت نزاعات نقل التكنولوجيا عبر أسلوب التوفيق الى القول بان عملية التسوية تمر بثلاثة مراحل أساسية ولكل مرحلة قواعد تحكمها وهذه المراحل هي :

أولا :مرحلة إبداء الرغبة في التسوية عبر التوفيق

وهب بمثابة الخطوة الأولى في التسوية عبر أسلوب التوفيق وتقوم على إجراءين هما :

أ-تقديم طلب التسوية

1-بناء على مبادرة أحد الطرفين بعد نشوء النزاع .

2-بناء على اتفاق مسبق بين الطرفين قبل نشوء النزاع .

3-بناء على دعوة من طرف ثالث كمنظمة دولية ، أو مركز لحل المنازعات وذلك نظرا لخطورة نزاعات النقل الدولي للتكنولوجيا و آثارها على الأطراف والغير ، وهناك بعض الاتفاقيات التي اشترطت بعض الشكليات في هذا الطلب منها اتفاقية واشنطن لسنة 1965 بشأن تسوية النزاعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى وذلك في نص المادة 28 من هذه الاتفاقية [3].

---

[1] د. عمر سعد الله ، المرجع السابق ، ص 77 .

[2] د. محمد إبراهيم موسى ، المرجع السابق ، ص 155 .

[3] د . محمد إبراهيم موسى ، المرجع السابق ، ص 159 .

ب-قبول طلب التسوية بالتوفيق

يتم تقديم الطلب بالتسوية عبر التوفيق ولا يمكن الشروع في الإجراءات دون قبول الأطراف والموفق، وفي حالة رفض الطلب الأول يمكن إعادة الطلب بالتسوية وقد سعت بعض الاتفاقيات الدولية إلى تحديد اجل لإبداء القبول مثلما جاء في نص المادة 03 من نظام التسوية لغرفة التجارة الدولية التي حددته ب 15 يوما من تاريخ وصوله إلى الأطراف والموفق .

تجدر الإشارة إلى أن إبداء الرغبة في التسوية عبر التوفيق وقبول الطرف الأخر ، لا يمثل التزاما على عاتق الطرف المقدم للطلب ولا الطرف القابل ، حيث يجوز لأي منهما اقتراح أسلوب آخر للتسوية موازاة مع التوفيق كالتحكيم أو الوساطة وإنهاء التسوية عبر التوفيق قبل البدء فيها ، كما أن قرارات الموفق لا تعدو سوى توصية غير ملزمة للأطراف [1].

ثانيا : مرحلة تشكيل هيئة التوفيق وضوابط اختيارها

عادة ما يتم اختيار أعضاء هيئة التوفيق من قبل الأطراف ، وفي حالة عدم الاتفاق على تشكيلتها فان الاتفاقيات الدولية على العموم قد رسمت الخطوط العريضة لكيفية تشكيل هيئة التوفيق وضوابط اختيارها.

أ-كيفية تشكيل الهيئة

هناك شرطين أساسيين لتشكيل هيئة التوفيق هما على التوالي :

1-وترية التشكيلة : تفاديا لحالة تساوي الأصوات التي تجمد سلطة الهيئة في اتخاذ القرار فانه لابد من أن تتشكل الهيئة من عدد فردي من الأعضاء ، وقد أكدت على هذا الشرط العديد من الاتفاقيات الدولية حيث نصت المادة 29 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 على انه " تتشكل هيئة التوفيق إما من عضو أو ثلاثة أعضاء أو خمسة أعضاء أو سبعة أعضاء أو تسعة أعضاء ".

وقد نصت نفس المادة في فقرتها الثانية على أن مخالفة هذا الشرط يؤدي إلى بطلان إجراءات التوفيق غير أن الاتفاقيات الدولية اختلفت بشأن هذا الشرط حيث تنص المادة 07 من القانون النموذجي الذي أعدته الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية على جواز تشكيل هيئة التوفيق من عدد زوجي ، وقد أيد الفقه هذا الموقف [2].

[1] د. محمد إبراهيم موسى ، نفس المرجع ، ص 160 .

[2] د. محمد إبراهيم موسى ، المرجع السابق ، ص 164 .

2-الاختيار المشترك لأعضاء الهيئة

إن ضرورة مشاركة أطراف النزاع على قدم المساواة في تشكيل أعضاء هيئة التوفيق قاعدة أساسية في كل الأساليب الودية لتسوية النزاعات بما في ذلك التوفيق ، وتتفق الاتفاقيات الدولية على بطلان كل شرط مخالف لهذه القاعدة [1].

ب-ضوابط اختيار الهيئة

سعيا منها للوصول إلى نتائج تقرب وجهات نظر أطراف النزاع ، وسير عملية التوفيق بسهولة فقد وضعت بعض الاتفاقيات الدولية ضوابط لاختيار أعضاء هيئة التوفيق ومن ذلك نذكر نص المادة 14 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 التي جاء فيها "يكون الأشخاص المعينون في قوائم المركز من ذوي الأخلاق العالية وأن يكون معترف بكفاءتهم في مجال قانون التجارة والصناعة والمال بحيث يمكن الاعتماد عليهم في ممارسة الحكم على الأمور حكما مستقلا " .

وعليه يمكن حصر هذه الضوابط في مايلي :

1-حياد عضو الهيئة واستقلاليته عن أطراف النزاع .

2-أن يكون عضو الهيئة حائزا على الثقة في مجال تسوية النزاعات .

3-أن يكون العضو متمتعا بالكفاءة وخصوصا في مجال النقل الدولي للتكنولوجيا .

تجدر الإشارة إلى أنه ورغم الجدال القائم حول إمكانية اختيار شخص معنوي لعضوية هيئة التوفيق الا أن الفقه لم يقبل هذا الطرح ، وتم حسم هذا الجدال في نص المادة 13 من اتفاقية واشنطن السالفة الذكر التي اعتبرت أن اتفاق الأطراف حول اختيار شخص معنوي لعضوية الهيئة بعد اتفاقا باطلا [2].

الفرع الثالث :تقييم دور التوفيق في تسوية نزاعات نقل التكنولوجيا

على الرغم من أن أسلوب التوفيق من الأساليب الأكثر استعمالا في تسوية النزاعات الدولية فقد سجلت بعض الجوانب الايجابية وفي المقابل سجلت عليه بعض الجوانب السليبة وسيتم التعرض للجانبين على التوالي :

[1] د. محمد إبراهيم موسى ، المرجع نفسه ، ص 172 .

[2] د. محمد إبراهيم موسى ، المرجع السابق ، ص 173 .

أولا :الايجابيات

من بين الايجابيات التي يمكن ذكرها في أسلوب التوفيق مايلي :

أ-السهولة في الإجراءات

والمقصود بها تجنب كل أشكال القواعد الشكلية والإجرائية في عملية التسوية مثل الاستعانة بهيئة دفاع أو تأجيل أو انتداب خبرة ...الخ ، وهذا ما ينتج عنه نتيجتين مهمتين في مجال النقل الدولي للتكنولوجيا وهما :

1-سرعة التسوية : حيث تعد السرعة من بين أهم الأهداف التي يسعى الأطراف إلى تحقيقها بسبب التطور المستمر والسريع للتكنولوجيا والحاجة الماسة لها والتي لا يستطيع الأطراف الانتظار لفترة طويلة للفصل في النزاع حتى يمكنهم الاستفادة منها.

2-قلة تكلفة التسوية :من الواضح أن الابتعاد عما تستلزمه الإجراءات من رسوم وتكاليف يؤدي إلى قلة تكاليف هذا الأسلوب ، على عكس الأساليب الودية الأخرى التي ترتفع تكاليفها بشكل ملحوظ[1].

ب-المحافظة على الودية في العلاقة محل النزاع

بما أن الأطراف قد لجئوا إلى اختيار أسلوب التوفيق فهذا يعني أنهم يسعون إلى الحفاظ على العلاقة الودية بينهم في العلاقة محل النزاع ، ضمانا لاستمرارية هذه العلاقة لفترة ما بعد التسوية وهذا ما سيتناسب ونزاعات النقل الدولي للتكنولوجيا حيث أن من مصلحة الأطراف الاستمرارية في هذه العلاقة مستقبلا ، خاصة أن انقطاع العلاقة يؤدي حتما إلى كشف الكثير من أسرار التكنولوجيا ،كما أن الحفاظ على هذه العلاقة يتولد عنه عنصران هما :

-إصلاح الضرر القائم .

-إقامة توازن وتعادل في العقد تفاديا للنزاعات المستقبلية[2] .

ثانيا : السلبيات

[1] د.محمد إبراهيم موسى ، المرجع السابق ، ص 182 .

[2] د.محمد إبراهيم موسى ، المرجع السابق ، ص 184 .

لقد تم انتقاد أسلوب التوفيق في جملة من النقاط لعل أهمها مايلي :

أ-عدم إلزامية قرارات التوفيق

من الواضح أن قرارات التوفيق ليست سوى توصيات يصدرها الموفق في نزاع معروض عليه ويتوقف الالتزام بها وتنفيذها على إرادة الأطراف ، لهذا السبب نلاحظ عزوف المتعاملين الدوليين وخصوصا في مجال النقل الدولي للتكنولوجيا عن هذا الأسلوب [1] .

ب-تأثيره على موازين القوى في العلاقات محل النزاع المعروضة عليه

يرى جانب من الفقه في الدولة المصدرة للتكنولوجيا أن خاصية إقامة توازن وتعادل في العقد هي عيب وليست ميزة في أسلوب التوفيق ، حيث أن الموفق في سبيل حصوله على تسوية للنزاع يفقد بعض الأطراف شيئا من المكاسب التي حصلوا عليها ، والتي تعد سببا في إنشائهم لهذه العلاقة أصلا ، وبذلك فان طرح الموفق لفكرة إقامة توازن وتعادل في العقد قد يؤدي إلى اتساع دائرة الخلاف [2].

ج-عدم إنشاء قواعد منظمة لعمليات نقل التكنولوجيا

ما يعاب على أسلوب التوفيق أنه لا يمد الساحة القانونية بقواعد جديدة بشكل عام وقواعد لعمليات نقل التكنولوجيا بشكل خاص ، على خلاف التحكيم والقضاء اللذان يثريان الساحة القانونية بشكل كبير، ويرجع هذا للدور الذي يلعبه الموفق فهو يبحث عن حل للنزاع المطروح أمامه دون أن يكلف نفسه عناء البحث عن قاعدة أو أساس لهذا الحل لمجابهة الحالات المشابهة مستقبلا [3].

المطلب الثالث :الوسائل الحديثة لتسوية نزاعات نقل التكنولوجيا

مع زيادة خطورة نزاعات النقل الدولي للتكنولوجيا وأخذها أشكالا جديدة ومتنوعة فقد حاولت الجهود الدولية التصدي لهذه الظاهرة السلبية باستحداث وسائل تسوية حديثة بديلة ، وقد تجسدت فكرة الاستحداث على أرض الواقع بإنشاء أجهزة دولية تختص بتسوية النزاعات الناشئة عن النقل الدولي للتكنولوجيا ، سيتم التطرق لوسائل التسوية الحديثة عبر استعراض التسوية لدى أبرز الأجهزة في هذا المجال وهي مركز الويبو للوساطة ، و منظمة التجارة العالمية و غرفة التجارة الدولية .

الفرع الأول :تسوية النزاعات عبر مركز الويبو للوساطة

[1] د. محمد إبراهيم موسى ، نفس المرجع ، ص 185 .

[2] د.علي الصادق أبو هيف ، القانون الدولي العام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، الطبعة 11 ، مصر ، 1975 ، ص 241 .

[3] د.على الصادق أبو هيف ، المرجع السابق ، ص 242 .

لقد نشأت المنظمة العالمية للملكية الفكرية سنة 1967 المعروفة اختصارا بالويبو، حيث كان لها دور جد فعال في عملية النقل الدولي للتكنولوجيا ، فيما يتعلق بتنظيم هذا المجال أو على الأقل تنظيم سلوكيات الفاعلين فيه ، وهذا عبر مجموعة من الأعمال كدعم احترام حقوق الملكية الفكرية وتقديم استشارات قانونية وفنية للدول ، بل توسع نشاطها وبلغ ذروته بإنشاء آلية للتسوية ، وهي مركز المنظمة العالمية للملكية الفكرية للتحكيم والوساطة[1] وهذا ما سيتم التعرض له في هذا الفرع .

أولا : تعريف مركز الويبو للوساطة

هو وحدة إدارية تابعة للمكتب الدولي للويبو ، يقدم خدمات تسوية لنزاعات ذات صلة لنقل التكنولوجيا وبالضبط بحقوق الملكية الفكرية عبر إجراءات تمثل البديل عن اللجوء للقضاء وهي :

-الوساطة ، التحكيم ، التحكيم المعجل ، والوساطة التي يليها التحكيم .

وكانت بدايات هذا المركز بموافقة الجمعية العامة للويبو في 23 سبتمبر 1993 على إنشاء خدمات الويبو للتحكيم وذلك بموجب القرار رقم 04 فقرة 31 ، كما تضمن هذا القرار إنشاء هيئة تشرف على عمليات التحكيم التي تجري في الويبو ، وهي مجلس الويبو للتحكيم والوساطة .

وبعد وضع نظام الويبو وقائمة المحكمين والوسطاء ، شرع المركز في مهامه سنة 1994 ، ومع مرور الوقت توسع دور المركز كثيرا فأصبح يوفر مجموعة من الخدمات المتعلقة بتسوية نزاعات نقل التكنولوجيا ، ليصبح بعدها مركزا مرجعيا ينظم ندوات للمحكمين والوسطاء وغيرهم في مجال تسوية نزاعات النقل الدولي للتكنولوجيا [2].

ثانيا :شكل التسوية عبر مركز الويبو

لقد قام الويبو بإنشاء مركز للتحكيم والوساطة تماشيا مع الاتجاه السائد بتسوية النزاعات بالطرق الغير قضائية ، ويسهر هذا المركز على تنظيم المؤتمرات والندوات المتعلقة بالتحكيم والوساطة ، وهدفه الأساسي هو تسهيل الانتفاع بعدد من السبل البديلة لتسوية النزاعات ، وهي التحكيم ، الوساطة ، الوساطة المتبوعة بالتحكيم ، التحكيم المعجل ، ويجري حاليا تطوير آلية أخرى ترمي إلى إتاحة تدابير استعجالية في الحالات الطارئة [3].

---

[1] د.الطيب زروتي ، القانون الدولي للملكية الفكرية ، تحاليل ووثائق ، نشر مطبعة الكاهنة ، الطبعة الاولى ، الجزائر ، 2004 ، ص 85 -86.

[2] الجمعية العامة للويبو سلسلة الاجتماعات السادسة والثلاثون جنيف ، من 02 سبتمبر إلى 03 أكتوبر ، 2001 ، الوثيقة رقم 02 /27 ،ص 02 .

[3] د.على الصادق ابو هيف ،القانون الدولي ، المرجع السابق ، ص 742 .

وبإمكان الأطراف اللجوء إلى تلك الإجراءات إن هم أدرجوا في عقدهم بندا يقضي بالاحتكام للمركز ، حيث يقع على عاتق المركز مهمة إدارة كل إجراء من إجراءات التسوية بناء على أنظمة الويبو المطبقة ،ويمكن أن نشير في هذا السياق إلى أن تحكيم الويبو أو وساطته يمكن أن يتم في أي مكان في العالم ، حيث أن نظام الويبو يعطي للأطراف حرية اختيار مكان التحكيم ومكان انعقاد الجلسات واللغة التي تناسب الظروف المحيطة بنزاعهم [1] .

يتميز دور الويبو بالاحتياطية في تعيين المحكين ، إذ لا يعين المركز المحكمين إلا اذا تخلف الأطراف عن ذلك ، ولتعيين المحكم يتشاور المركز مع الأطراف ويستعين بقائمة تتضمن خياراتهم .

كما يولي نظام الويبو أهمية كبيرة للجانب الزمني للإجراءات اذ لابد من تفادي التأخيرات المعهودة في الإجراءات القضائية ، حيث يحدد المركز فترات لكل مرحلة من مراحل التحكيم ولا سيما مراحل تقديم الحجج الكتابية والإجراءات وإصدار قرار التحكيم ، وذلك مع مراعاة صلاحيات محكمة التحكيم وحرية الأطراف في الاتفاق بطرق أخرى .

تجدر الإشارة إلا أن نظام الويبو يسعى أيضا إلى الحفاظ على السرية ، إذ يجوز لأي طرف التمسك بسرية المعلومات التي يرغب في تقديمها ، ولمحكمة التحكيم أن تعين خبيرا استشاريا في الشؤون السرية لمساعدتها على البث في جواز الكشف عن المعلومات وفي تحديد الجهات التي يجوز الكشف لها عن تلك المعلومات .

وللمركز أن ينظم الزيارات الميدانية والتجارب وتعيين الخبراء ، وتسمح تلك الخيارات للمحكمين بتنظيم الإجراءات في إطار مرن وبطريقة فعالة تناسب متطلبات القضية .

وتفاديا لارتفاع تكاليف التسوية يركز المركز على ضرورة ضبط التكاليف بتطبيق رسوم معتدلة للتسجيل والإدارة وبتحديد أتعاب المحكمين ما بين مبالغ دنيا ومبالغ قصوى يتم تحديدها مسبقا على أساس المبلغ محل التنازع بين الأطراف [2].

الفرع الثاني : تسوية النزاعات عبر منظمة التجارة العالمية

لقد أولت منظمة التجارة العالمية أهمية بالغة لتسوية نزاعات النقل الدولي للتكنولوجيا وخاصة ما تعلق بالملكية الفكرية التي تعد عنصرا من عناصر التكنولوجيا حيث تعتمد منظمة التجارة العالمية في تسوية هذه النزاعات على وثيقتين دوليتين هما :

[1] د.على الصادق ابو هيف ، المرجع السابق ، ص 744 .

[2] د.على الصادق أبو هيف ، المرجع نفسه ، ص 745 .

أ-اتفاقية منظمة التجارة العالمية المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية والمسماة اختصارا ب trips والتي اشتملت على جزء كامل خاص بتسوية النزاعات المتعلقة بنقل حقوق الملكية الفكرية وهو الجزء الخامس في المواد 63-64 .[1]

ب-مذكرة التفاهم بشأن القواعد والإجراءات التي تحكم تسوية المنازعات .

وتقوم تسوية النزاعات في إطار منظمة التجارة العالمية على أسلوبين هما :

أولا : أسلوب تجنب النزاعات

بما أن النزاعات التي قد تثور بصدد عمليات نقل التكنولوجيا ذات خطورة كبيرة فقد عملت اتفاقية trips على تلافي حدوثها وقد استخدمت الاتفاقية للوصول لذلك الهدف ثلاثة وسائل

أ:نشر القوانين

إن الغرض من وراء هذا النشر هو أن تكون حقوق الملكية الفكرية المتعلقة بالتكنولوجيا المراد نقلها معلومة للكافة حيث يتوجب على الدول الأعضاء نشر كل من القوانين واللوائح والتنظيمات والأحكام القضائية المتعلقة بالتكنولوجيا المراد نقلها في إطار هذه الاتفاقية ، حيث يتم بيان كل الحقوق أو تحديد نطاقها وكيفية اكتسابها والحصول عليها أو انتهاء مدة حمايتها وسبل انقضائها وكل ما يتعلق بها .[2]

ب: اطلاع الدول الأعضاء بالقوانين

سواء كانت هذه القوانين تشريعات أو لوائح أو قرارات إدارية فان الدول الأعضاء في الاتفاقية ملزمة بتقديم المعلومات بشأنها ، وكل ذلك بناءا على طلب مكتوب من أي دولة أخرى عضو في الاتفاقية وهذا متى كان لديها أسباب تحملها على الاعتقاد بأن الحكم أو القرار أو الاتفاق في مجال حقوق الملكية الفكرية يؤثر على حقوقها المنصوص عليها في هذه الاتفاقية .[3]

ج:اخطار مجلس اتفاقية منظمة التجارة العالمية المتعلقة بالملكية الفكرية

نصت اتفاقية trips على إنشاء مجلس متعلق بحقوق الملكية الفكرية بغية متابعة تنفيذ أحكامها، ومراقبة مدى أداء الدول الأعضاء لالتزاماتها الناشئة بموجب الاتفاقية والإشراف على ما يتم في إطارها من

[1] راجع المواد 63-64 من اتفاقية منظمة التجارة العالمية المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية .

2 د. إبراهيم أحمد إبراهيم، منع وتسوية المنازعات وفقا لاتفاقية منظمة التجارة العالمية المتعلقة بالملكية الفكرية ، مقال منشور على موقع، ص3 www.arablawinfo.com

[3] د.إبراهيم أحمد إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 04 .

معاملات، وإعطاء الدول فرصة للتشاور بشأن الأمور المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية ، كما يمكن للمجلس أن يقدم مساعدات في إطار إجراءات تسوية هذا النوع من النزاعات[1].

ثانيا : أسلوب تسوية النزاعات

تتمثل ملامح التسوية بشكل عام عبر هذا الجهاز فيمايلي :

أ:تسوية ذات أساليب متنوعة

لقد ألزمت المادة الرابعة من مذكرة التفاهم بشأن القواعد والإجراءات التي تحكم تسوية المنازعات الدول الأعضاء أن تسعى في بداية الأمر إلى التسوية الودية للمسائل محل النزاع عن طريق المفاوضات أو المساعي الحميدة أو التوفيق أو الوساطة قبل اللجوء إلى إجراءات التحكيم [2].

ب: إجراءات تعطي خصوصية للدول الأقل نموا

نصت المادة 24 من مذكرة التفاهم على أنه في حالة حدوث نزاع يكون أحد أطرافه دولة من الدول الأقل نموا فانه يجب مراعاة الوضع الخاص لهذه الدولة ، حيث يمكن تدخل رئيس جهاز تسوية النزاعات بناء على طلب منه من أجل تقديم مساعيه الحميدة بعد فشل المفاوضات في حل النزاع والحيلولة دون الوصول إلى التحكيم وإجراءاته الصارمة .

-عدم التسرع في اتخاذ إجراءات جزائية ضد الدول الأقل نموا في حالة التأخر في تنفيذ قرارات التسوية ومراعاة وضعية هذه الدول في تحديد قيمة التعويضات المستحقة منها [3].

ج: استئناف قرارات التسوية

نصت المادة 16 فقرة 04 على أنه "يعتمد الجهاز تقرير الفريق في أحد اجتماعاته خلال 60 يوما من تاريخ تعميم التقرير على الأعضاء ، مالم يخطر أحد الأطراف للجهاز بقراره بتقديم استئناف ".

ولهذا الغرض فقد تم إنشاء جهاز دائم للاستئناف للنظر في القضايا المستأنفة من هيئات التحكيم ، ويتكون من سبعة أعضاء يخصص ثلاثة منهم لكل قضية ويعملون بالتناوب ولا تتجاوز إجراءات الاستئناف 60 يوما من تاريخ تقديم أحد الأطراف لاستئنافه [4].

---

[1] راجع المادة 68 من اتفاقية منظمة التجارة العالمية المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية المؤرخة في 15 افريل 1994 .

[2] راجع نص المادة 04 من مذكرة التفاهم بشأن القواعد والإجراءات التي تحكم تسوية المنازعات .

[3] راجع نص المادة 24 من مذكرة التفاهم بشأن القواعد والإجراءات التي تحكم تسوية المنازعات .

[4] راجع نص المادة 17 من مذكرة التفاهم بشأن القواعد والإجراءات التي تحكم تسوية المنازعات .

د: إلزامية قرارات التسوية

نصت المادة 21 من مذكرة التفاهم على أن قرارات التسوية ملزمة وواجبة التنفيذ وعلى الدول الامتثال لها دون إبطاء ، وأضافت المادة 22 من المذكرة أنه في حالة عدم الامتثال لقرارات التسوية خلال فترة زمنية معقولة يتعرض الطرف المتقاعس لإجراءات جزائية تتمثل في تعليق التنازلات وتقديمه لتعويض جراء هذا التقاعس [1].

الفرع الثالث : تسوية النزاعات عن طريق غرفة التجارة الدولية

إن من بين الأجهزة ذات الطابع الدولي المتولدة عن الحاجة الملحة لتنظيم التجارة الدولية ما يعرف بغرفة التجارة الدولية التي تم إنشاءها سنة 1919 والتي تعتبر بعض نزاعات النقل الدولي للتكنولوجيا من أهم مواضيعها .

أولا :التعريف بمحكمة التحكيم لغرفة التجارة الدولية

لقد تم إنشاء محكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة الدولية سنة 1923 وهي جهاز منبثق عن غرفة التجارة الدولية يناط به مهمة تسهيل حل النزاعات التي تثور في إطار التجارة الدولية عبر التحكيم الدولي ، غير أن هذه الهيئة لا تنظر بنفسها في النزاعات بل تنظر فيها محكمة التحكيم التي يتم إنشائها من طرف الهيئة الدولية للتحكيم [2].

وتتشكل محكمة التحكيم بشكل عام من محكم واحد أو ثلاثة محكمين يختارهم أطراف النزاع، وفي حالة عدم اتفاق الأطراف تقوم الهيئة الدولية للتحكيم بتشكيلها بمحكم واحد إلا إذا تبين لها أن موضوع النزاع يحتاج إلى ثلاثة محكمين ، وذلك في حدود ثلاثين يوما من تاريخ انقضاء المدة المحددة للتعيين ، وقد اشترطت المادة 08 من نظام التحكيم لدى الغرفة أن يودع المحكم قبل تعيينه تقريرا كتابيا موقعا باستقلاليته عن أطراف النزاع ، كما يراعى كفاءة المحكمين في إدارة التحكيم وخصوصا الجوانب التقنية مثل نزاعات نقل التكنولوجيا [3].

تجدر الإشارة أنه وفقا لنظام التحكيم لدى الغرفة فانه يمكن رد المحكمين في حالة عدم الاستقلالية ، أو عدم التمتع بالكفاءة اللازمة للفصل في النزاع المطروح ،وقد نصت المادة 11 من نظام التحكيم لدى الغرفة

---

[1] راجع نص المواد 21-22 من مذكرة التفاهم بشأن القواعد والإجراءات التي تحكم تسوية المنازعات .

2 أ.عبابسة حمزة ، وسائل نقل التكنولوجيا وتسوية نزاعاتها في ضوء القانون الدولي ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العام ، جامعة حسيبة بن بوعلي ، شلف ، 2008، ص 126 .

[3] راجع نص المادة 08 فقرة 01 و02 من نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية .

على إجراءات الرد ، وأهم هذه الإجراءات أن يكون طلب الرد مكتوبا ومسببا وفي آجال 30 يوما من تاريخ تعيين المحكم ، ويمكن استبدال المحكم في حالة الوفاة أو الاستقالة أو التعذر عن القيام بالمهمة لأسباب قانونية أو واقعية [1].

ثانيا : كيفية التسوية عبر محكمة التحكيم الدولية لغرفة التجارة الدولية

إن محكمة التحكيم الدولية لدى الغرفة تعتمد وسيلتين أساسيتين ، تتمثل الوسيلة الأولى في التحكيم، أما الوسيلة الثانية فهي الوسيلة المستحدثة والمتمثلة في جملة الوسائل البديلة لتسوية النزاع .

أ-التسوية عبر التحكيم الدولي

يبقى التحكيم الدولي هو الاختصاص الأصيل لمحكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية، حيث يأخذ التحكيم صورتين : التحكيم المؤسساتي، أي التحكيم الذي تكون إجراءاته مضبوطة بموجب نصوص وقواعد قانونية يتوجب على الأطراف إتباعها ، وتتمثل هذه القواعد في نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية الذي أصبح نافذا منذ الفاتح جانفي 1997 .

أما النوع الثاني من التحكيم فهو التحكيم الحر ، بحيث يكون للأطراف حرية تنظيم إجراءات التحكيم واختيار النظام القانوني الذي يطبق على هذا النزاع [2].

وفي كلا الصورتين فانه وحتى ينعقد الاختصاص لهذه المحكمة بالنظر في نزاعات نقل التكنولوجيا لابد من توافر الشروط التالية :

-أن يكون النزاع المطروح للتحكيم ذو طابع دولي .

-أن تكون القضية ذات طابع تجاري دولي مثل النزاعات الناشئة عن عمليات النقل الدولي للتكنولوجيا بموجب العقود الدولية .

-أن يتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم لدى الغرفة لتقديم طلب الى الأمانة العامة للهيئة ، وينص نظام التحكيم لدى الغرفة باستخدام الصيغة التالية في الطلب كشرط لقبول التحكيم (جميع النزاعات الناشئة فيما يتعلق بهذا العقد تجري تسويتها بصفة نهائية وفقا لقواعد التصالح والتحكيم لغرفة التجارة الدولية بواسطة محكم أو أكثر يجري تعيينه وفقا لتلك القواعد) ، كما يشترط أن يتضمن الطلب بعض المعلومات

[1] راجع نص المادة 12 من نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية .

[2] أ . عبابسة حمزة ، المرجع السابق ، ص 128 .

مثل : هوية الأطراف ، عرض طبيعة وظروف النزاع ، بيان موضوع الطلب ، إشارة للمبلغ المطالب به ، عدد المحكمين ، إشارة للقانون أو القواعد الواجبة التطبيق [1].

وبعد استفاء الإجراءات ترسل الأمانة العامة ملف النزاع إلى محكمة التحكيم ، ويحدد مكان التحكيم من قبل الأطراف وفي حالة عدم الاتفاق فانه يمكن للمحكمة أن تعقد التحكيم في أي مكان تراه مناسبا بعد استشارة الأطراف [2].

تجدر الإشارة أن للأطراف الحرية المطلقة في اختيار القواعد القانونية التي يرونها مناسبة ، وفي حالة عدم الاتفاق تطبق المحكمة القانون الذي تراه ملائما مع مراعاة أحكام العقد والعادات التجارية ذات الصلة .

أما فيما يخص شكل المرافعات لدى المحكمة فقد نصت عليها المواد 19 و20 و21 مثل التحقق من الوقائع عبر سماع الشهود وانتداب الخبرة الفنية وكيفية إدارة الجلسات ، كما يمكن لمحكمة التحكيم اتخاذ تدابير تحفظية مؤقتة في حالة الضرورة [3].

وبعد الانتهاء من باب المرافعات تصدر محكمة التحكيم حكمها الذي لا يمكن أن يتعدى ستة أشهر من تاريخ تقديم الأطراف لطلب التحكيم ، مع جواز تمديد هذه المدة أذا تطلبت طبيعة النزاع ذلك ، ويكون إقرار حكم التحكيم لدى الغرفة بالأغلبية ، وحالة المحكم الواحد يصدر رئيس المحكمة حكمه منفردا ، وبعد موافقة هيئة التحكيم تبلغ الأمانة العامة للهيئة الأطراف بحكم التحكيم ، وهو حكم ملزم للأطراف لأنهم تنازلوا عن كل طرق الطعن القانونية بمجرد الاتفاق على التحكيم لدى محكمة التحكيم الدولية لغرفة التجارة الدولية ، غير أنه يمكن تصحيح الحكم في حالة الخطأ المادي مع إعادة عرض هذا التعديل على الهيئة ، كما يمكن أن يكون حكم التحكيم قابلا للتفسير أذا طلب أحد الأطراف ذلك [4].

ب-التسوية عبر الوسائل البديلة

على الرغم من أن الاختصاص الأساسي للمحكمة هو تسوية النزاعات وفق إجراءات التحكيم الدولي، الا أن طبيعة التجارة الدولية والتي تعتبر نزاعات نقل التكنولوجيا أحد أهم مواضيعها فرضت على هذه المحكمة اللجوء الى طرق تسوية أخرى تكون بمثابة الحل البديل للأطراف لتسوية نزاعاتهم دون عرضها على الوسائل ذات الطبيعة القضائية كالتحكيم ، ويصطلح على هذه الوسائل المستحدثة لتسوية النزاعات في إطار غرفة

[1] راجع نص المادة 04 من نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية .

[2] راجع نص المادة 13-14 من نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية .

[3] راجع نص المادة 23 من نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية .

[4] راجع نص المادة 29 من نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية .

التجارة الدولية بالوسائل البديلة لتسوية النزاع ، وقد اعترف الملحق الثالث لنظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية ضمنيا لهذه المحكمة بإمكانية ممارسة هذا الاختصاص .

وفي ظل هذا الاختصاص فان لمحكمة التحكيم قبل أن تشرع في تسوية النزاع عبر آلية التحكيم اللجوء لتسوية النزاع عبر التفاوض أو الصلح أو التوفيق أو الوساطة ، فان تمت التسوية بإحدى هذه الوسائل فان المحكمة تقوم بتثبيت هذا الاتفاق في منطوق حكم له نفس درجة الإلزامية التي يحظى بها حكم التحكيم [1].

الفرع الرابع :تسوية النزاعات عن طريق الخبراء الفنيين

إن ما يميز نزاعات نقل التكنولوجيا عن باقي العقود في القانون الدولي العام أنها نزاعات ذات طابع فني وتقني، ونظرا لهذه الميزة فان الرجوع والاستعانة بالخبراء في حل النزاعات أمر جد ضروري ، كون الخبير شخص محايد ومستقل عن أطراف النزاع بالاضافة إلى انه شخص تقني يتلاءم والطبيعة التقنية للتكنولوجيا ووسائل نقلها .

ويمكن اللجوء إلى طلب الخبرة كأسلوب مستقل وذلك بانتداب أطراف النزاع لخبير لتسوية النزاع بينهم أو اللجوء إلى أسلوب تسوية آخر مثل التحكيم أو القضاء حيث يكلف خبير للمساعدة في تسوية النزاع ، ويتم اللجوء إلى هذا الأسلوب بناء على بند وارد في الاتفاق الدولي الذي نقلت بموجبه التكنولوجيا ومثال ذلك المادة 20 الفقرة 02 من العقد المبرم بين الشركة الجزائرية SONACOME و POCLAIN الذي نص على التسوية عبر الخبراء الفنيين [2] .

تجدر الإشارة إلى أن تعيين واختيار الخبراء يتم بنفس الطريقة التي يتم بها اختيار الموفقين وقد تمت الإشارة إليها سابقا ، حيث يتم تسوية النزاع الدولي لنقل التكنولوجيا عبر هيئة خبراء تتكون إما من فرد أو لجنة خبراء متكونة من عدد فردي ، وان لم يتم الاتفاق على خبراء اللجنة يعهد إلى شخص يتفق عليه لاختيار خبراء اللجنة كرئيس غرفة التجارة الدولية .

وفي هذا السياق يمكن الإشارة إلى أن مهام الخبراء وسلطتهم في عملية التسوية محددة بموجب الاتفاق الذي نص على أسلوب التسوية عن طريق الخبرة ، وعموما فان مهام الخبراء في التسوية تأخذ إحدى الصورتين الآتيتين :

-الاكتفاء بمجرد تقديم رأي فني لتسهيل عملية التفاوض للأطراف أو ترك الأمر إلى هيئة التحكيم لتصدر حكمها في أسرع وقت ممكن بناء على ذلك الرأي الفني .

[1] راجع نص المادة 04 من الملحق الثالث لنظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية .

[2] أ.عبابسة حمزة ، المرجع السابق ، ص 131 .

-ترك مجال واسع و صلاحيات أوسع للخبير لاتخاذ قرارات ملزمة للجانبين ، حيث يستمد هذا الإلزام أساسه من الاتفاق المبرم بين الأطراف والذي يقضي بالتسوية عبر الخبراء .

ويمكن القول أن أسلوب الخبرة هو أسلوب ملائم لتسوية نزاعات النقل الدولي للتكنولوجيا ، كما أنه أسلوب وقائي لتفادي حدوث هذه النزاعات وذلك بعدما تعطى الفرصة لهيئة الخبراء لمتابعة عملية النقل الدولي للتكنولوجيا والحرص على مدى تنفيذ الالتزامات .

والملاحظ أن أسلوب الخبرة يكون أكثر فعالية عندما يتم اللجوء إليه قبل اللجوء إلى أي أسلوب تسوية آخر ، حيث يمكن تدارك أسباب النزاع وإيجاد الحل الملائم قبل اتساع بؤرة النزاع وتدهور العلاقة بين الأطراف المتعاقدة [1] .

[1] د.صلاح الدين جمال الدين ، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية ، المرجع السابق ، ص 153 .

خـاتمـة

خاتمة:

في نهاية هذه الدراسة التي تعرضنا من خلالها إلى النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا ،حاولنا الوقوف على معالم هذا النظام وحصره في ثلاث إشكاليات رئيسية مترابطة ترابطا حقيقيا لأبعد الحدود .

وأول هذه الإشكاليات تظهر من خلال صياغة العقود نفسها وتحديدا من حيث بيان أركانها وشروطها والاتفاق على تكييف ملائم لها بما تمثله هذه المسائل من حسم لقضايا أخرى أكثر أهمية .

أما الإشكالية الثانية فقد ظهرت مع إهمال الواقع والقانون لذلك القدر المطلوب من الخصوصية لكل نموذج عقدي من عقود نقل التكنولوجيا ، والذي بدا واضحا من خلال افتقاره لنظام قانوني شامل ودقيق لضبط التزامات المتعاقدين وتحديد مسؤولياتهم في معرض الارتقاء بتلك العقود إلى الذروة العملية المقدرة لها.

أما عن المشكلة الثالثة والأخيرة فان الأمر يتعلق بمسألة تحديد الاختصاصين القضائي والتشريعي في إطار تسوية النزاعات الناشئة عن هذه العقود ، بحيث تزداد المسألة تعقيدا بسبب الخلاف الشديد حولها في الاجتهادات الفقهية والقضائية من جهة والاجتهادات التحكيمية من جهة أخرى ، وبسبب القصور التشريعي على الصعيدين الوطني والدولي معا من جهة ثالثة .

ورغم الأهمية القصوى التي تحضى بها عقود نقل التكنولوجيا ، إلا أنها لم تنج من القصور من الناحية الفنية والقانونية لاسيما فيما يتعلق بتلك التعقيدات المحيطة بالإطار ألمفاهيمي كمفهوم نقل التكنولوجيا والمقصود بعقود نقلها خاصة في ظل تدخل الدولة في ممارسة الأنشطة الاقتصادية والتكنولوجية بنفسها وما لذلك من آثار حساسة في التعامل مع الشخص الخاص الأجنبي ، ضف إلى ذلك تعقيد مضمونها والعناصر المكونة لها فضلا عن طرق تسوية النزاعات المتعلقة بها والقانون الواجب التطبيق عليها .

وفيما يلي وفي ختام هذا البحث فقد توصلنا لبعض النتائج التي تلح الضرورة على تسجيلها والتي حاولنا من خلالها تحديد المعالم الرئيسية للمشاكل المتعلقة بهذه العقود بغرض الوصول إلى حلول جديدة أكثر ايجابية تندرج في الإطار القانوني الخاص بعقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية وذلك على النحو التالي :

أولا : النتائج

1-إن مصطلح "عقود نقل التكنولوجيا " ليس حكرا على طائفة معينة من العقود فهناك العديد من الأنماط العقدية المختلفة بحسب الشكل يطلق عليها هذا المصطلح .

2-عقود نقل التكنولوجيا هي عقود ذات طابع خاص ، حيث ترجع هذه الخصوصية إلى طبيعة أطرافها كونها تبرم بين شخصين أحدهما ينتمي إلى أشخاص القانون العام وهو الدولة أو احدي الأجهزة التابعة لها والآخر ينتمي إلى أشخاص القانون الخاص وهو مورد التكنولوجيا .

3-هناك في هذه العقود عدم التكافؤ من الناحية القانونية يرجح لصالح الدولة باعتبارها صاحبة سيادة كونها شخصا من أشخاص القانون العام يسعى لتحقيق التنمية الاقتصادية ، وهناك أيضا عدم التكافؤ الاقتصادي المرجح لصالح الشخص الأجنبي الذي يملك التكنولوجيا والمعرفة الفنية .

4-تبين من خلال هذه الدراسة أن هناك بعد تكنولوجي كبير يفصل بين الدول النامية والدول المتقدمة حيث أسفرت هذه المسافة بين الدول عن تبعية تكنولوجية سادت العلاقات بينها وبرزت من ضمن السمات الأساسية للنظام التكنولوجي القائم .

5-ان التكنولوجيا في العصر الحالي أصبحت من أهم الأصول المالية للمشروعات كونها أكثر أسلحة المنافسة تأثيرا وفعالية على الأسواق لذلك فمن الطبيعي أن تتجه المشروعات المنتجة للتكنولوجيا إلى تعزيزها .

6-على الرغم من اختلاف طبيعة ومضمون وصور عقود نقل التكنولوجيا إلا أن الآثار القانونية المترتبة على ذمة أطرافها قد تتشابه في كثير من الأحيان مع الآثار المترتبة على عاتق أطراف باقي العقود

الأخرى لاسيما أهم الالتزامات الرئيسية كالتزام المورد بنقل عناصر التكنولوجيا المتفق عليها والتزام المتلقي بدفع الثمن .

7-نظرا للدور الذي تلعبه الشروط المقيدة للاستقلال التجاري والتكنولوجي بالنسبة للطرف المتلقي فان صلة التبعية التكنولوجية لهذا الأخير إزاء المورد لا تنقطع ،حيث أن آثار هذه التبعية لا تقف عند المتلقي فحسب بل تتعداه لتشمل بذات الأهمية اقتصاد وتنمية البلد الذي ينتمي إليه .

8-إن اللجوء إلى قضاء التحكيم في هكذا عقود يعد من الوسائل الأكثر شيوعا لحسم المنازعات ولا نبالغ في القول بأن هذا النظام أصبح القضاء الطبيعي في هذا المجال ، ومن هنا حرصت الدول النامية على إقرار هذا النظام في محاولة منها لجذب الاستثمارات الأجنبية في مجال نقل التكنولوجيا خاصة .

9-إن الطبيعة الخاصة والمركبة لعقود نقل التكنولوجيا جعلت من إمكانية تجزئة العقد وإخضاعه لعدة قوانين أمرا واقعا لأن مثل هذه العقود تنبثق عنها عقودا فرعية مثل عقد المساعدة الفنية وعقود الاستثمارات الفنية والهندسية وعقود التسويق ....الخ .

10-كما هو معروف بان هناك العديد من عقود نقل التكنولوجيا طويلة المدى مثل عقود إنشاء المجمعات الصناعية وهذا ما جعل الفقه الحديث والتحكيم الدولي يلح على ضرورة تطبيق المبادئ العامة للقانون وأعراف التجارة الدولية خاصة في حالة عدم الاختيار ، لأنه أثناء فترة التنفيذ الطويلة تقف التشريعات الوطنية عاجزة أمام التطورات الطارئة التي تلحق بالعقد أثناء فترة تنفيذه .

11-مهما بدا القانون الذاتي للعقد كنظام قانوني مستقل بذاته قادرا على حكم عقود نقل التكنولوجيا فانه لا يمكن استبعاد القوانين والتشريعات الوطنية بشكل مطلق ، لأنه مهما بلغت فصاحة الأطراف القانونية ودقة اختيارهم فهم غير قادرين على تغطية جميع الأحداث وإدراك كل الثغرات التي قد تظهر مستقبلا ، خاصة وأن قواعد القانون الدولي الحالي هي قواعد حديثة نسبيا ولا تزال في طور التكوين ومن ثم فان هذا القانون لن يصل إلى مرتبة النظم القانونية الوطنية ولا يتضمن حلولا لكل المسائل لذا فان هذا المنهج بحاجة إلى تكملة النقص والقصور الذي يشوبه .

ثانيا : التوصيات

من خلال ما تم التوصل إليه من نتائج في هذا البحث المتواضع فانه سيتم اقتراح بعض التوصيات والتي نأمل أن يكون لها بعض النفع ولو بجزء يسير في توجيه المشرع الجزائري والمشروعات الاستثمارية الوطنية عند اضطلاعهم بتنظيم القواعد والأحكام المتعلقة بعقود نقل التكنولوجيا مستقبلا وذلك على النحو التالي :

1-اللجوء إلى وضع تقنين خاص لعقود نقل التكنولوجيا لما لها من ذاتية وتفرد مع دعمه بضمانات حقيقية تكفل تنفيذ الأحكام كأن يعلق سداد ثمن التكنولوجيا المنقولة على ثبوت تنفيذ النصوص ذات الصلة بذلك القانون .

2-تجدر الإشارة إلى أن إبرام عقد من عقود نقل التكنولوجيا ليس بالأمر السهل أو الهين ، لذلك فانه يتوجب على الدول النامية أو غيرها الاستعانة برجال ذوي خبرة فنية إلى جانب رجال القانون لضمان نجاح صياغة تلك العقود .

3-يجب على الدول التي تعنيها التكنولوجيا خاصة الدول النامية ايلاء الأهمية القصوى لمواضيع البحث العلمي وتشجيعها وزيادة إبرام اكبر قدر ممكن من الاتفاقيات الدولية في مجال نقل التكنولوجيا وإتاحة الفرصة أمام الدارسين والباحثين للتوصل إلى أبحاث واختراعات قد تساهم في عملية التطور التكنولوجي لهذه الدول .

4-يجب الإشارة إلى انه عند صياغة شروط التحكيم في عقود نقل التكنولوجيا فانه يجب مراعاة حسن ودقة صياغة العبارات والمصطلحات وذلك على النحو الذي يغلق باب التأويل والتحايل على وجود هذه الشروط ومضمونها ، وبما يغلق باب المماطلة والتسويف وهذا ما ينعكس بدوره على فاعلية هذه الشروط في حسم المنازعات .

5-ضرورة إعطاء أهمية كبيرة لحسن اختيار المحكمين الذين سيتولون الفصل في منازعات نقل التكنولوجيا ، من ناحية تمتعهم بخبرة فنية وقانونية تأهلهم لمراعاة خصوصية هذا العقد .

6-نوصي المشرع الجزائري بضرورة توخي الدقة في صياغة شروط القانون الواجب التطبيق على عقود نقل التكنولوجيا وعدم الاكتفاء بالإشارة إلى القانون الوطني لحكم العقد بأي شكل من الأشكال ،وكذا التنبه لمحاولات الطرف الأجنبي الخاص إلى تضمين عقود نقل التكنولوجيا شروطا تخفي وراءها محاولات إفراغ القانون المختار من مضمونه وإدماجه في العقد على نحو يصبح معه ذلك القانون مجرد برود لا قيمة لها .

7-ضرورة الابتعاد عن الشروط المركبة والتي يمتزج فيها اختيار القانون الواجب التطبيق بالمبادئ العامة والأعراف التجارية الدولية ،حيث أنه في غالب الأحيان تصر محاكم التحكيم على تفسير تلك الشروط لصالح الشركات الأجنبية وذلك بتطبيق المبادئ والأعراف الدولية والتي هي في الغالب من صنع تلك الشركات تحت عدة ذرائع وحجج واهية بغية استبعاد القانون الوطني للدولة المتلقية .

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا : المراجع باللغة العربية

1-الكتب

1-ابن منظور ،لسان العرب ، ب، ط ، دار المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، ب، س ، ن.

2-أبو العلا النمر ، موطن الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري في العلاقات الخاصة الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2008 .

3-أبو زيد رضوان ، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي ، 1981 .

4-أحمد أبو الوفاء ،القانون الدولي والعلاقات الدولية ،الطبعة 01 ، مصر ، دار النهضة العربية ، 1991 .

5-أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، دار النهضة العربية ،القاهرة ، الطبعة الأولى ، 2001.

6-احمد عشوش ، قانون النفط الاتجاهات الحديثة في تحديد القانون الذي يحكم اتفاقيات التنمية الاقتصادية الدولية ، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، 2003 .

7-إسماعيل صبري عبد الله ، نحو نظام اقتصادي عالمي جديد ،دراسة في قضايا التنمية والتحرر الاقتصادي والعلاقات الدولية ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، 1967 .

8-السعيد بو الشعير ، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة ، الجزء الأول الدولة والدستور ، الطبعة 04 ، الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2000 .

9-الياس نصيف ، العقود الدولية ، عقد المفتاح في اليد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2008 .

10-أنس السيد عطية سليمان ، الضمانات القانونية لنقل التكنولوجيا إلى الدول النامية والمشروعات التابعة له ،دراسة في الإطار القانوني للنظام التكنولوجي السائد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1996 .

11-بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2006 .

13-جلال وفاء محمدين ، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا في ظل الجهود الدولية وأحكام نقل التكنولوجيا في قانون التجارة الجديد ، ب، ط، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر ، 2001 .

14-حسام الدين كامل الأهواني ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، الطبعة الثانية، 1995 .

15-حسام محمد عيسى ، الشركات المتعددة القوميات ، دراسة في الأوجه القانونية والاقتصادية للتركز الرأسمالي المعاصر ، المؤسسة العربية للدراسات والنشر ، بيروت ، بدون سنة النشر .

16-حسام محمد عيسى ، نقل التكنولوجيا ، دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية ، دار المستقبل العربي ،الطبعة 01 ، القاهرة ، مصر ، 1987 .

17-حفيظة السيد الحداد ، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 1996 .

18-حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2001 .

19-حفيظة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة 01 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2004 .

20-حمزة أحمد حداد ، العقود النموذجية في قانون التجارة الدولية ، دراسة في البيع الدولي ، جامعة القاهرة ، 1975 .

21-حمدي محمود بارود ، محاولة لتقييم التنظيم القانوني لنقل التمكين التكنولوجي في ظل الجهود الدولية ومشروع قانون التجارة الفلسطيني ، المجلد 12 ، العدد 01 ، مجلة جامعة الأزهر ، غزة ، فلسطين ، 2010 .

22-رشاد السيد ، القانون الدولي العام في توبه الجديد ، الطبعة الأولى ، الأردن ، وائل للنشر ، 2005 .

23-ريتا سايد سيدة ،العقود التجارية الدولية والعمليات المصرفية ، ب ، ط ، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب ، بيروت ، لبنان ، 2014 .

24-سميحة القليوبي ،عقد نقل التكنولوجيا ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، 2008 .

25-سينوت حليم دوس ، نقل التكنولوجيا بين النظرية والتطبيق ، ب، ط ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، 2005 .

26-صالح المنزلاوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2006 .

27-صالح بن بكر الطيار ، العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ، الطبعة الثانية ، مركز الدراسات العربي الأوروبي ،دار بلال ، بيروت ، 1991 .

28-صلاح الدين جمال الدين ،التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية ، الطبعة 01 ،دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، 2006 .

29-صلاح الدين جمال الدين ، عقود نقل التكنولوجيا ، ب، ط،دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، 2005 .

30-عبد الرؤوف جابر ، الوجيز في عقود التنمية التقنية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2005 .

31-عبد الرزاق السنهوري ، النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الأول ، نظرية العقد ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، 2005 .

32-عبد الكريم علوان ، القانون الدولي العام والمبادئ العامة للقانون الدولي المعاصر ، الطبعة الأولى ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، 2008 .

33-عصام الدين القصبي ،خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار ، دار النهضة العربية ، 1993.

34-عصام الدين مصطفى بسيم ، الجوانب القانونية للمشروعات الدولية المشتركة في الدول الآخذة بالنمو ، الطبعة 01 ، مكتبة المنهل ، الكويت ، 1978 .

35-عكاشة محمد عبد العال ، قانون العمليات المصرفية الدولية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1994 .

36-علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم ، بدون طبعة ،دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، سنة 2008 .

37-علي علي سليمان ، مذكرات في القانون الدولي الخاص ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1984 .

38-علي علي سليمان ، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2003 .

39-علي سيد قاسم ، التجمع ذو الغاية الاقتصادية ، مجلة الاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية ، مطبعة جامعة القاهرة ، 1983 .

40-علي فيلالي ، النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر ، الجزائر ، 2001 .

41-عليوش قربوع كمال ،التحكيم التجاري الدولي في الجزائر ، دون طبعة ، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 2001.

42-عيبوط محند وعلي ، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري ، بدون طبعة ، دار هومة ، الجزائر، سنة 2013 .

43-غالب علي الداودي ، المدخل لعلم القانون ، دار وائل للنشر عمان ، الأردن ، الطبعة 07 ، 2004.

44-فؤاد عبد الدايم ، أحكام التحكيم في عقود نقل التكنولوجيا ، الطبعة 01 ، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية ، مصر ، 2019 .

45-فؤاد عبد المنعم رياض ومحمد خالد الترجمان ، تنازع القوانين والاختصاص القضائي وآثار الأحكام الأجنبية ، بدون نشر ، 1997 .

46-فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، المجلد الخامس ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1997 .

47-لزهر بن سعيد ، التحكيم التجاري الدولي ، دون ط ، دار هومة ، الجزائر سنة 2012 .

48-مجد الدين محمد بن يعقوب الفيرو زابادي ، القاموس المحيط ، ب.ط، دار الحديث ، القاهرة ، مصر .

49-محمد إبراهيم الدسوقي ،الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود ، بدون دار نشر ، 1995.

50-محمد إسماعيل عمر ، صناعة وتكرير البترول ، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، 2007 .

51-محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال ..... bot ، بدون طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة، سنة 2006 .

52-محمد الكيلاني ، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا ، دار الفكر العربي ، الطبعة 02 ، 1995 .

53-محمد حسين منصور ، العقود الدولية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، مصر .

54-محمد سامي عبد الحميد ، محمد سعيد الدقاق ، إبراهيم أحمد خليفة ، القانون الدولي العام ، الطبعة الأولى ، الإسكندرية ، دار منشأة المعارف ، 2003 .

55-محمد شريف غنام ، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية ، دار الجامعة العربية ، 2007 .

56-محمد شكري سرور ، التأمين ضد الأخطار التكنولوجية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1987 .

57-محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، الطبعة 04 ، دار الهدى للنشر والتوزيع ، عين مليلة ، الجزائر ، 2009 .

58-محمد عبد المجيد إسماعيل ، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2003 .

59-محمد عزيز شكري ، المدخل إلى القانون الدولي العام ، ، الطبعة 05 ،منشورات جامعة دمشق ، 1992 .

60-محمد محسن إبراهيم النجار ، عقد الامتياز التجاري دراسة نقل المعارف الفنية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، مصر ، 2001 .

61-محمد نصر الدين منصور ، نحو نظام قانوني لوقف عقود العاملين حال توقف العاملين في المنشآت، دار النهضة العربية ، 1989 ، القاهرة .

62-محمد وحيد الدين سوار ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، الطبعة السادسة ، منشورات جامعة دمشق ، 1994 .

63-محمود الكيلاني ، عقود التجارة الدولية في نقل التكنولوجيا ، المجلد الأول ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2009 .

64-مراد محمود المواجدة ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي ، الطبعة 01 ، دار الثقافة ، الأردن ، سنة 2010 .

65-مرتضى جمعة عاشور ، عقد الاستثمار التكنولوجي ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة 01 ، سنة 2008 .

66-مصطفى محمد الجمال ، عكاشة محمد عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ، قانون التحكيم التجاري المصري رقم 27 لسنة 1994 في ضوء القانون المقارن وقانون التجارة الدولية مع الإشارة إلى قوانين التحكيم العربية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 1998 .

67-نادية مصطفى الشيبشيني ، التصنيع وتكوين القواعد التكنولوجية في الدول العربية "دراسة مقارنة"، الطبعة 01 ، جامعة الكويت ، 1986 .

68-نداء كاظم محمد المولى، الآثار القانونية لعقود نقل التكنولوجيا ، دار وائل للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، 2003 .

69-نصيرة بوجمعة سعدي ، عقد نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 1992 .

70-هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، الطبعة 03 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1974 .

71-وفاء مزيد فلحوط ، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، بيروت ، لبنان .

72-وليد عودة الهمشري ، عقود نقل التكنولوجيا ، الالتزامات المتبادلة والشروط التعاقدية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ط1999 .1.م.

73-وليد عودة الهمشري ، عقود نقل التكنولوجيا والالتزامات المتبادلة والشروط التقليدية ، الطبعة 01، دار الثقافة ، الأردن ، 2009 .

74-يحي عبد الرحمن رضا ، الجوانب القانونية لمجموعة الشركات عبر الوطنية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1994 .

75-يوسف عبد الهادي خليل الأكيابي ، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا ، بدون ناشر ، 1989 .

2-الرسائل الجامعية

قائمة المراجع

أ:رسائل الدكتوراه

1-إبراهيم قادم ، الشروط المقيدة في عقود نقل التكنولوجيا ودورها في تكريس التبعية التكنولوجية على المستوى الدولي ، رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 2002 .

2-أحمد بن فهد بن حمين الفهد ، عقد نقل التكنولوجيا دراسة فقهية ، أطروحة دكتوراه ، كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، السعودية ، 2001 .

3-أحمد مخلوف ، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 2000 .

4-حسبو الغزاري ،أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1979 .

5-صلاح الدين جمال الدين محمد عبد الرحمن ، ، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا ، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ،جامعة عين شمس ، 1993 .

6-عبد الحي حجازي ، عقد المدة ، رسالة دكتوراه ، جامعة إبراهيم باشا ، 1950 .

7-موسى خليل متري ، العقود الدولية للتعاون الصناعي بين أطراف غير متساوية التطور (غرب جنوب)، أطروحة دكتوراه ،كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية والاجتماعية ، جامعة فرانسو رابليه ، تور ، 1994 .

ب:رسائل الماجستير

1-توفيق زيدن ، التنظيم القانوني لعقد المقاولة على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة الحاج لخضر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 2010 .

2-عبابسة حمزة ، وسائل نقل التكنولوجيا وتسوية نزاعاتها في ضوء القانون الدولي ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العام ، جامعة حسيبة بن بوعلي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، الشلف 2007-2008 .

3-المقالات

1-إبراهيم أحمد إبراهيم ، منع وتسوية المنازعات وفقا لاتفاقية منظمة التجارة العالمية المتعلقة بالملكية الفكرية ، مقال منشور على موقع ww.arablawinfo.com

2-عيسى الصمادي ، الإثبات في عقد نقل التكنولوجيا الالكتروني عبر شبكة الانترنت ، مجلة الدراسة القانونية ، العدد السادس ، دورية فصلية ، فيفري 2010 .

3-محسن شفيق ، المشروع ذو القوميات المتعددة من الناحية القانونية ، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية ، جامعة القاهرة ، 1977 .

4-محمد محجوبي ، دور التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية الداخلية في ضوء القانون المغربي والمقارن ، مجلة المحكمة العليا ، الجزء الثاني .

5-محمد يوسف علوان ، القانون الدولي للعقود بمناسبة قرار التحكيم في قضية شركة النفط كاريفونيا الأسيوية وشركة نفط تكساكو عبر البحار ضد الحكومة الليبية ، مجلة الحقوق و الشريعة ، جامعة الكويت ، العدد الثاني ، افريل 1980 .

6-محمود سمير الشرقاوي ، المشروع متعدد القوميات والشركات القابضة كوسيلة لقيامه ، مجلة القانون والاقتصاد ، 1975 .

7-موفق نور الدين ، عقود نقل التكنولوجيا بين التفاوض والإذعان ، المجلد 08 ، العدد 02 ، مجلة القانون ، الجزائر ، 2019 .

8-نور الدين زمام ، صباح سليمان ، تطور مفهوم التكنولوجيا واستخداماته في العملية التعليمية ، العدد الحادي عشر ، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية ، 2013 .

9-ياسر باسم ذنون السبعاوي ، صون كل عزيز عبد الكريم ، الطبيعة القانونية لعقد نقل التكنولوجيا ، المجلد 08 ، العدد 29 ، مجلة الرافدين للحقوق ، العراق ، 2006 .

3-النصوص القانونية

أ-النصوص القانونية الوطنية

1-1القوانين

-القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج.ر العدد 21 الصادرة بتاريخ 23 أفريل 2008 .

2-1 الأوامر

-الأمر 03/01 المؤرخ في 20 أوت 2001 ، المتعلق بتطوير الاستثمار ، ج.ر ، العدد 47 الصادرة بتاريخ 22أووت 2001 .

3-1 المراسيم

1 المرسوم رقم 82 -433 المؤرخ في 25 صفر 1403 الموفق ل 11 ديسمبر 1982 المتضمن المصادقة على اتفاق التعاون العلمي والتقني بين حكومة الجمهورية الجزائرية و حكومة جمهورية الهند الموقعة في 28 فبراير 1980 بدلهي الجديدة

2- المرسوم رقم 82 -442 المؤرخ في 25 صفر 1403 الموفق ل 11 ديسمبر 1982 المتضمن المصادقة على الاتفاقية الخاصة بالتعاون الاقتصادي والعلمي و التقني بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة الجمهورية اليونانية ، الموقعة بالجزائر في 13 ماي 1982 .

3- المرسوم الرئاسي رقم 90 -74 المؤرخ في 2 شعبان 1410 الموافق ل 27 فبراير 1990 المتضمن المصادقة على اتفاق التعاون الاقتصادي والتقني بين حكومة الجمهورية الجزائرية وجكومة جمهورية الصين الشعبية الموقع في مدينة الجزائر يوم 26 أكتوبر 1985.

4-المرسوم الرئاسي رقم 92 -477 مؤرخ في 11 جمادى الثانية 1413 الموافق ل 6 ديسمبر 1992 المتضمن المصادقة على الاتفاق التكميلي المنقح بشأن قيام الوكالة الدولية للطاقة الذرية بتقديم المساعدة التقنية إلى حكومة الجمهورية الجزائرية الموقع بفينا في 1 و 6أكتوبر 1992.

5-المرسوم الرئاسي رقم 03-97 المؤرخ في 30 ذي الحجة 1423 الموافق ل 3مارس 2003 المتضمن التصديق على اتفاق التعاون العلمي والتكنولوجي بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة جمهورية نيجيريا الاتحادية الموقع بأبوجا في 14 جانفي 2002.

6-المرسوم الرئاسي رقم 03 -202 المؤرخ في 3 ربيع الأول 1424 الموافق ل 5 ماي 2003 المتضمن التصديق على اتفاق التعاون في مجال الثقافة والعلوم والتكنولوجيا بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة الجمهورية الايطالية الموقع بالجزائر في 03 جوان 2002.

7-المرسوم الرئاسي رقم 05-224 المؤرخ في 16 جمادى الأولى 1426 الموافق ل 23 جوان 2005 المتضمن التصديق على مذكرة التفاهم بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة جمهورية جنوب افريقيا حول التعاون في مجال الصحة الموقعة ببريتوريا في 6 أكتوبر 2004.

8-المرسوم الرئاسي رقم 06-226 المؤرخ في 28 جمادى الأولى 1427 الموافق ل 24 جوان 2006 المتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة جمهورية ألمانيا الاتحادية حول التعاون التقني الموقع في الجزائر في 30 أفريل 2002.

9-المرسوم الرئاسي رقم 06 – 402 المؤرخ في 22 شوال 1427 الموافق ل 24 نوفمبر 2006 المتضمن التصديق على اتفاق التعاون بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة الولايات المتحدة الامريكية في مجال العلوم والتكنولوجيا الموقع في الجزائر في 18 جانفي 2006.

10-المرسوم الرئاسي رقم 06-79 المؤرخ في 19 محرم 1427 الموافق ل 18 فيفري 2006 المتضمن التصديق على الاتفاق حول التعاون التقني بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة اليابان الموقع بطوكيو في 07 ديسمبر 2004.

ب-النصوص القانونية الأجنبية

1-قانون التحكيم المصري رقم 27 الصادر سنة 1994 المعدل في 06 يناير 2001 .

2-قانون التجارة المصري المعدل والمتمم ، ج.ر العدد 19 مكرر الصادر في 1990/05/17 .

الجرائد الرسمية :

-الاتفاقيات والمواثيق الدولية :

1-اتفاق التعاون التقني بين الجزائر وسيراليون الموقع في الجزائر بتاريخ 22 ابريل 1980 .

2-اتفاقية واشنطن 18 مارس 1965 الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى المصادق عليها في الجزائر بالمرسوم رقم 95-346 بتاريخ 30 أكتوبر 1995 ج.ر رقم 66 بتاريخ 05 نوفمبر 1995 .

3-إعلان برشلونة الصادر عن المؤتمر الأورو متوسطي في 27 و 28 نوفمبر سنة 1995 .

المحاضرات

1-بن أحمد الحاج ، محاضرات في عقود الدولة الاقتصادية ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة سعيدة

2-فؤاد ديب ، مجموعة محاضرات (غير منشورة)ألقيت على طلاب الدراسات العليا ، كلية الحقوق ، جامعة دمشق ، 1997 .

3-محسن شفيق ، التحكيم التجاري الدولي ، دراسة في قانون التجارة الدولية ، مذكرات مطبوعة لطلبة كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1974 .

4-محسن شفيق ، عقد تسليم المفتاح ، نموذج من عقود التنمية ، محاضرات ألقيت على طلبة الدراسات العليا 1982-1983.

-المراجع باللغة الفرنسية

1-joe verhoen.contract entre etat et vessortissants d autreetats.quellque de louvin .brouxll.1975

2-fatouros a.a.problemes et méthodes dune réglementations des e.n.n.j.p international .clunet.1974.

3-david r l'arbitrage dans le commerce international .paris .1982 .

الفهرس

الفهرس

المقدمة 1

الباب الأول: ماهية عقود نقل التكنولوجيا..... 7

الفصل الأول: مفهوم عقود نقل التكنولوجيا. 9

المبحث الأول: تعريف عقود نقل التكنولوجيا وخصائصها 10

المطلب الأول: تعريف عقد نقل التكنولوجيا وأركانه. 10

الفرع الأول: التعريف اللغوي والاقتصادي 11

الفرع الثاني: تعريف عقد نقل التكنولوجيا في بعض النظم القانونية 13

الفرع الثالث: أركان عقد نقل التكنولوجيا 17

المطلب الثاني: الخصائص المميزة لعقود نقل التكنولوجيا 23

الفرع الأول:عقد نقل التكنولوجيا هو عقد دولة. 23

الفرع الثاني: اختلال التوازن التكنولوجي 23

الفرع الثالث :عقد تنموي معقد يتأثر بالسياسة 24

الفرع الرابع :عقد طويل الأجل وذو طبيعة متطورة 24

الفرع الخامس : عقد يقوم على الاعتبار الشخصي 25

المبحث الثاني : أطراف عقود نقل التكنولوجيا والشروط غير المألوفة فيها 26

المطلب الأول : أطراف عقود نقل التكنولوجيا 26

الفرع الأول :الدولة كطرف في عقود نقل التكنولوجيا 26

الفرع الثاني : الأجهزة التابعة للدولة كطرف في عقود نقل التكنولوجيا 28

الفرع الثالث :المتعاقد الأجنبي كطرف ثان في عقود نقل التكنولوجيا..... 32

المطلب الثاني: الشروط غير المألوفة في عقود نقل التكنولوجيا 39

الفرع الأول :شرط التجميد الزمني لقانون العقد بوصفه شرطا غير مألوف في عقود نقل التكنولوجيا 39

الفرع الثاني: شرط التحكيم بوصفه شرطا غير مألوف في عقود نقل التكنولوجيا 47

الفصل الثاني : الطبيعة القانونية لعقود نقل التكنولوجيا والصور المميزة لها 56

المبحث الأول: التكييف القانوني لعقود نقل التكنولوجيا..... 57

المطلب الأول: عقد نقل التكنولوجيا مابين القانون العام والقانون الخاص..... 57

الفرع الأول: عقد نقل التكنولوجيا إتفاقية دولية. 58
الفرع الثاني: عقد نقل التكنولوجيا عقد إداري. 61
الفرع الثالث: عقد نقل التكنولوجيا عقد إذعان. 63
المطلب الثاني: عقود نقل التكنولوجيا مابين عقود البيع والمقاولة 65
الفرع الأول: عقد نقل التكنولوجيا والمعيار المختلط (بيع-مقاولة) 66
الفرع الثاني: عقد نقل التكنولوجيا وعقد البيع 67
الفرع الثالث: عقد نقل التكنولوجيا وعقد المقاولة 69
المطلب الثالث: تكييف عقد نقل التكنولوجيا لذاته 70
الفرع الأول :تكييف عقد نقل التكنولوجيا على انه عقد مسمى 70
الفرع الثاني : تكييف عقد نقل التكنولوجيا كعقد غير مسمى 72
المبحث الثاني: صور واتفاقيات عقود نقل التكنولوجيا..... 75
المطلب الأول: صور نقل التكنولوجيا. 75
الفرع الأول: عقود نقل التكنولوجيا البسيطة. 75
الفرع الثاني: عقود نقل التكنولوجيا المركبة. 79
الفرع الثالث: عقود التعاون الصناعي. 83
المطلب الثاني: اتفاقيات نقل التكنولوجيا. 93
الفرع الأول: تعريف الاتفاقية الدولية. 93
الفرع الثاني: خصائص الاتفاقية الدولية لنقل التكنولوجيا..... 94
الفرع الثالث : تطبيقات اتفاقيات نقل التكنولوجيا في الجزائر 99
الفرع الرابع: تقييم الاتفاقيات الدولية كوسيلة لنقل التكنولوجيا. 107
الباب الثاني :الالتزامات الناشئة عن عقود نقل التكنولوجيا وطرق حل نزاعاتها 111
الفصل الأول: الالتزامات الناشئة عن عقود نقل التكنولوجيا .... .112
المبحث الأول: التزامات المتعاقدين في عقود نقل التكنولوجيا..... 113
المطلب الأول: الالتزامات الواقعة على مورد التكنولوجيا. 114
الفرع الأول: الالتزام بنقل التكنولوجيا. 114
الفرع الثاني: الالتزام بتقديم المساعدة الفنية. 115

الفرع الثالث:التزام المورد بالضمان. 117
الفرع الرابع :التزامات أخرى تقع على عاتق المورد 120
المطلب الثاني: الالتزامات الواقعة على مستورد التكنولوجيا. 122
الفرع الأول: الالتزام بدفع الثمن. 122
الفرع الثاني: الالتزام بالسرية. 126
الفرع الثالث: التزامات أخرى تقع على المستورد. 128
المبحث الثاني : المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالالتزامات في عقود نقل التكنولوجيا 129
المطلب الأول :صورالإخلال بالالتزامات العقدية 129
الفرع الأول :صور الإخلال بالعقد 130
الفرع الثاني : المسؤولية المدنية والدولية في عقود نقل التكنولوجيا 133
المطلب الثاني : نظام الجزاءات في عقود نقل التكنولوجيا 138
الفرع الأول : الدفع بعدم التنفيذ 139
الفرع الثاني : التنفيذ العيني 140
الفرع الثالث : التعويض 141
الفرع الرابع : الفسخ..... 142
المبحث الثالث : حالات الإعفاء والتخفيف من المسؤولية 145
المطلب الأول :القوة القاهرة 145
الفرع الأول :مفهوم القوة القاهرة 145
الفرع الثاني :شروط وأثار القوة القاهرة 148
المطلب الثاني : الظروف الطارئة في عقد نقل التكنولوجيا..... 155
الفرع الأول :مفهوم نظرية الظروف الطارئة 155
الفرع الثاني :أثر تدخل الظروف الطارئة 164
الفصل الثاني: حل المنازعات المتعلقة بعقود نقل التكنولوجيا. 171
المبحث الأول: خضوع النزاع لاختصاص القضاء الوطني 172
المطلب الأول :اختصاص قانون الإرادة بحكم العقد..... 172
الفرع الأول :المقصود بمبدأ قانون الإرادة 173

الفرع الثاني :كيفية تحديد القانون الذي يحكم عقد نقل التكنولوجيا 176
الفرع الثالث : نطاق تطبيق قانون الإرادة 178
المطلب الثاني :القانون واجب التطبيق في حالة سكوت الأطراف عن اختيار قانون العقد ... .182
الفرع الأول : كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة عدم الاختيار 182
الفرع الثاني : تكريس تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار 185
الفرع الثالث :موقف المشرع الجزائري من مسألة الفانون الواجب التطبيق على عقود نقل التكنولوجيا ...186
المبحث الثاني : اختصاص قضاء التحكيم بالفصل في منازعات عقود نقل التكنولوجيا 190
المطلب الأول : دواعي اللجوء إلى التحكيم في عقود نقل التكنولوجيا... 190
الفرع الأول : سرعة الإجراءات وسرية قضاء التحكيم 190
الفرع الثاني :حرية الأطراف والطبيعة المختلفة للعدالة في ظل قضاء التحكيم 193
الفرع الثالث : خوف المستثمر الأجنبي من عدم حياد القضاء الوطني وتمسك الدولة بالحصانة 195
المطلب الثاني :منهج المحكم عند عدم اختيار قانون العقد 196
الفرع الأول :إعمال قواعد تنازع القوانين 197
الفرع الثاني : تطبيق القانون الدولي العام 199
الفرع الثالث : تطبيق قانون التجارة الدولية 201
الفرع الرابع : تطبيق المبادئ العامة للقانون وقواعد العدالة والإنصاف 203
المبحث الثالث :الوسائل الودية الأخرى لفض منازعات عقود نقل التكنولوجيا..... 207
المطلب الأول :التفاوض 207
الفرع الأول : طبيعة التفاوض في نزاعات نقل التكنولوجيا 207
الفرع الثاني :دور التفاوض في تسوية نزاعات نقل التكنولوجيا.....208
الفرع الثالث :تقييم دور التفاوض في تسوية نزاعات نقل التكنولوجيا 210
المطلب الثاني : التوفيق 211
الفرع الأول :طبيعة التوفيق في تسوية نزاعات نقل التكنولوجيا 212
الفرع الثاني :إجراءات التسوية عن طريق التوفيق في نزاعات نقل التكنولوجيا 213
الفرع الثالث : تقييم دور التوفيق في تسوية نزاعات نقل التكنولوجيا.....215
المطلب الثالث: الوسائل الحديثة لتسوية نزاعات نقل التكنولوجيا. 217

الفرع الأول : تسوية النزاعات عبر مركز الويبو للوساطة.....217
الفرع الثاني : تسوية المنازعات عبر منظمة التجارة العالمية 219
الفرع الثالث : تسوية النزاعات عن طريق غرفة التجارة الدولية.....221
الفرع الرابع : تسوية النزاعات عن طريق الخبراء الفنيين 224
الخاتمة 226
قائمة المصادر والمراجع 331
الفهرس.....242

ملخص: إن عقد نقل التكنولوجيا ليس مجرد عقد من العقود المألوفة بل إنه يعد في حد ذاته ظاهرة من أعمق الظواهر في الحياة المعاصرة، وذلك لامتداد آثاره إلى مختلف مراحل الإنتاج والخدمات بل ويمتد تأثيره إلى قطاعات أخرى تعد من ركائز الدولة وسيادتها، لأن هذا العقد يجمع بين طرفين غير متكافئين وبين مصلحتين متعارضتين، الدولة كطرف قانوني ذو سيادة والطرف المقدم للتكنولوجيا الذي يمتلك رأس المال والمعرفة الفنية، ومن منطلق هذا التعارض فقد بات الطرف القوي يفرض شروطه التقييدية على الطرف الضعيف، ويستجيب هذا الأخير إلى كافة الشروط التي تقيد من حريته بغية تحقيق المصلحة الاقتصادية التي يسعى لها من خلال هذا العقد وإبقاء المستورد في حالة تبعية دائمة مما يحول دون ادخال تحسينات ضرورية على المشروع التكنولوجي مما يمنعه من تحقيق المنافسة المشروعة على المستوى الوطني والدولي ويزيد من تكلفة المشروع وهذا يحتاج إلى إيجاد إطار قانوني دولي ملزم وعادل لتنظيم عقود نقل التكنولوجيا.

Résumé : Le contrat de transfert de technologie n'est pas simplement un contrat parmi les accords conventionnels, mais constitue en lui-même un phénomène des plus profonds dans la vie contemporaine, en raison de l'étendue de ses effets sur les différentes phases de production et de services, et même sur d'autres secteurs considérés comme des piliers de l'État et de sa souveraineté. En effet, ce contrat réunit deux parties inégales et deux intérêts opposés : l'État, en tant qu'entité juridique souveraine, et la partie fournissant la technologie, qui détient le capital et le savoir-faire technique. En raison de cette opposition, la partie la plus forte impose ses conditions restrictives à la partie la plus faible. Cette dernière se soumet à toutes les conditions qui limitent sa liberté dans le but de réaliser l'intérêt économique recherché à travers ce contrat, tout en maintenant l'importateur dans un état de dépendance permanente. Cela empêche d'apporter les améliorations nécessaires au projet technologique, entravant ainsi sa capacité à concurrencer légitimement aux niveaux national et international, et augmentant le coût du projet. Cela nécessite la mise en place d'un cadre juridique international contraignant et équitable pour régir les contrats de transfert de technologie.

Summary: The technology transfer contract is not only a known contract, but it is in itself one of the most deeply phenomena in modern life because its effects extend to different stages of production and services and even extend to other sectors that are among the pillars of the state and its sovereignty, because this contract brings together two unequal parties and between two conflicting interests, the state as a sovereign legal party and the technology provider that possesses capital and technical knowledge, and on the basis of this conflict, the strong party oblige restrictive conditions on the weak party, and the latter responds to all the conditions restricting its freedom in order to achieve the economic interest it seeks through this contract and keep the importer in a state of permanent dependence. The strong party imposes its restrictive conditions on the weak party, and the latter responds to all conditions that restrict its freedom in order to achieve the economic interest it seeks through this contract and keep the importer in a state of permanent dependence, which prevents the introduction of necessary improvements to the technological project, which prevents it from achieving legitimate competition at the national and international level and increases the cost of the project, and this requires the creation of a binding and fair international legal framework to regulate technology transfer contracts.