

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة لونيبي علي -البليدة-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

النظام القانوني لعقد الاستثمار التكنولوجي

اطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه

تخصص: عقود ومسؤولية

اشراف:

اعداد:

بن بريح أمال

بوهنوش فتيحة

لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة البليدة -2-	استاذ التعليم العالي	- ضويفي محمد
مشرفا	جامعة البليدة -2-	استاذ التعليم العالي	- بن بريح أمال
مناقشا	جامعة البليدة -2-	استاذ محاضر أ	- بن عثمان فريدة
مناقشا	جامعة عبد الرحمان ميرة-بجاية -	استاذ التعليم العالي	-عسالي عبد الكريم
مناقشا	جامعة يحي بن فارس-المدية-	استاذ محاضر أ	- طنجاوي مراد
مناقشا	جامعة الجزائر-1-	استاذ محاضر أ	- زازون أكلي

السنة الجامعية: 2024/2023

بسم الله الرحمان الرحيم

" اقرأ بسم ربك الذي خلق (1) خلق الانسان من علق (2) اقرأ وربك الاكرم

(3) الذي علم بالقلم (4) علم الانسان ما لم يعلم (5)" سورة العلق

صدق الله العظيم

شكر وتقدير

الحمد لله الذي أعانني على انجاز هذه الرسالة و أمدني بالعزيمة والارادة

لإتمامها

ثم اتقدم بالشكر الجزيل والتقدير الى كل من مد يد العون لإخراج هذا البحث الى النور وأخص بالذكر الاستاذة المشرفة بن بريح آمال على ما أسدته لي من ملاحظات خلال مرافقتها الطبية في هذه الرحلة العلمية

والشكر موصول لأعضاء اللجنة الموقرة لقبولهم مناقشة هذه الرسالة وتكبدهم عناء قراءتها.

إهداء

اهدي هذا العمل...

الى من لا يضاھيھما أحد في الكون ، الى من أمرنا الله ببرھما، الى من بذلا

الكثير وقدا ما لا يمكن ان يرد....أبي وأمي

الى من تسعد عيني برؤية وجوھهم، ويفرح فؤادي بسماع رنات ضحكاتهم،

وتستكين روحي بوجودهم اخوتي الاعزاء

الى رفيق الدرب، وصديق الايام جميعا بخلوها ومرھا، الى الداعم الصبور

طوال فترة دراستي.... زوجي الغالي

قائمة المختصرات

أولاً: بالعربية

ص: صفحة.

ط: طبعة.

ب.ط: بدون طبعة.

ب.س.ن: بدون سنة نشر.

ب.ب.ن: بدون بلد نشر.

هـ: هجري.

م: ميلادي.

ج.ر.ج: الجريدة الرسمية الجزائرية.

ع: عدد.

ق.م: قانون مدني.

ق.إ.ج.م.إ: قانون إجراءات مدنية وإدارية.

ثانياً: باللغة الأجنبية

P : page

Op cit : référence précitée.

Trips : Trade Related aspects of Intellectual Property Rights.

Wipo: World Intellectual Property Organization.

Unctad : United Nations Conference on Trade and Development

Unido : United Nations Industrial Development Organization.

Uncitral :United Nations Commission on International Trade law.

Unesco : United Nations Educational Scientific and Cultural
Organization.

مقدمة

إن التكنولوجيا ليست وليدة العصور الحديثة، أو من اختراع الغرب، بل هي فكرة قديمة جدا كتبت في وقت لا نعلم عنه شيئا إلا من خلال ما ذكره الله لنا في القرآن الكريم¹ وما جاءت به السنة النبوية²، ومن خلال الآثار والكتابات القديمة التي بقيت كشاهد على الحضارة الأولى³، وعادت اليوم بصورة ذات حدين، أوله يمثل الجانب السلبي لها والمتمثل

¹-استوقفتني آيات القرآن الكريم في أكثر من موضع، تلك التي تخبرنا في نبذة عن العصور السابقة، وجعلتني أعيد قراءتها مرات ومرات، مستمعاً في معانيها، أين تحدثت الآيات الكريمة في سورة المؤمنون عن طوفان نوح عليه السلام، وكيف دمرت الأرض بمن فيها من قرن نوح، ثم نشأ قرناً آخر بعد الطوفان فأفسدوا وكذبوا الرسول فتم إهلاكهم وإبادة قرنهم جميعاً، ثم نشأت قرونًا بعدهم كثيرة، لم يتم ذكر عددهم في القرآن، وأرسلت رسلاً كثيرة تباعاً لكل قرن منهم، لكن كلمة قرونًا آخرين جاءت منكراً للتكثير من تعداد هذه القرون، فلو كان عدداً بسيطاً لكان الأولى استخدام كلمة بضع قرون، بضع تشير إلى العدد من 3 إلى 9 فقط، لكن كلمة قرونًا على تكثيرها تعني أكثر من هذا بكثير، ثم بعد ذلك كله جاء موسى عليه السلام، ولا ننسى إن كلمة قرن تعني جيلاً من البشر، والجيل في عهد نوح عليه السلام كان يتجاوز الألف عام، ثم في سورة الإسراء نجد إشارة لكثرة عدد القرون من بعد نوح عليه السلام لقوله تعالى: "وكم أهلكنا من القرون من بعد نوح"، فكم جيل أو كم ألف عام بين نوح وموسى عليهما السلام؟، وكم حضارة قامت وازدهرت وشيدت صروحاً، ثم أهلكنا ودمرت فقط بعد الطوفان إلى عهد موسى عليه السلام؟، ناهيك عن العصور والحضارات التي كانت قبل الطوفان، الآيات من 23، إلى 42، والآية 17 سورة الإسراء، وقوله تعالى في سورة الروم "أولم يسيروا في الأرض فينظروا كيف كان عاقبة الذين من قبلهم، كانوا أشد قوة وأثأروا الأرض وعمروها أكثر مما عمروها" الآية 8.

²-فرسول الله صلى الله عليه وسلم لما استشار أصحابه في بناء خندق حول المدينة، أشار عليه في هذا الأمر خبير فارس سلمان الفارسي، الذي كانت له الدراية الكافية بتشديد الخنادق، فالمعرفة الفنية هنا هي كيفية صناعة الشيء أو كيفية استعمال أساليب فنية في إدارة الحرب، إبراهيم بن فهد بن إبراهيم، قصة سلمان الفارسي رضي الله عنه دروس وعبر، مكتبة النور، الرياض، السعودية، 2012، ص 6.

³-بعام 1946م تم نشر مقال للعالم (روبرت أوبنهايمر) بعنوان السلاح الجديد، أين ذكر فيه مزايا الاستخدام السلمي والعسكري على حد سواء للطاقة النووية، ومدى رخص ثمنها بالمقارنة بالطاقات الأخرى، ولكن ما يثير الدهشة والفضول في المقال هو قوله "أن هذه ليست المرة الأولى التي يفجر فيها الإنسان قنبلة نووية"، قبل ذلك بنحو 70 عاماً عالم آخر هو اليكسندر جراهام المسجل لبراءة اختراع الهاتف في عام 1876م، وما أثار الدهشة تجاه العالم جراهام تصريحه الغريب للصحافة الذي قال فيه عن اختراع الهاتف "نحن لا نخترع أشياء جديدة، نحن فقط نعيد اختراع تقنيات و أجهزة كانت في القديم"، الفيلم الوثائقي، ظهور التكنولوجيا في العصور الوسطى-الجزء الأول-، مقتطف من بداية الفيديو الى غاية الدقيقة 02:06، <https://youtube.com/watch?v=KYdBG52KIQ&si=QTVSBfFdZ1NJ7vQx>، تاريخ الاطلاع عليه 2023/09/23، على الساعة: 07:20.

وكثيراً من الأبحاث الأثرية، التي استكشفت وتمثل النقيض أمام نظرية التطور التقليدي بخصوص نشأة الحضارة البشرية، منها جبال الطاسلي في الجزائر حيث وجد صور لأشخاص مرتدين نفس الملابس التي نرتديها في زماننا هذا، وفي رسومات لأشخاص يخلقون في السماء مع وجود أجهزة غريبة على رؤوسهم، متجهين على أجسام اسطوانية في السماء، ولما عملوا تحليل غباري للكهف وجدوا ان عمر الرسومات هذه أكثر من 20 ألف سنة، بما يعني انه قد كان يعيش أناس

في استخدامها لتحقيق أهداف النظام العالمي الجديد في الهيمنة الفكرية والسيطرة العسكرية وتسييس العالم باتجاه علماني إلحادي يسعى فيه لضياح الأخلاق والدين، وتفكيك الأسر، وزيادة أمراض الكآبة، وانتشار الضلالة بما يخدم مصالح شخص واحد حذرنا منه النبي محمد صلى الله عليه وسلم، كما حذرت جميع الأنبياء السابقة شعوبها ألا وهو المسيح الدجال.

أما الثاني يمثل الجانب الايجابي لها والذي يستخدم المعرفة العلمية لأغراض وتطبيقات عملية تشمل الصناعات ومختلف مجالات الحياة، حيث أصبح بإمكان الإنسان انجاز العديد من الأعمال خلال وقت قصير وذلك من ابسط الأشياء إلى اعقدها، ما جعلها تكتسب أهمية خاصة في مجال التنمية والتقدم الاقتصادي والتجاري والاجتماعي وغيره، من خلال استغلال اخر التقنيات المتطورة، ومن هذا المنظور تعد احد عوامل الانتاج، ومن ثم احد العناصر الاساسية في عملية الاستثمار.

على هذا المنظار الاخير تأسست اولى خيوط موضوع البحث، المتأثر بالاستثمار المعرفي والتكنولوجي بعد ان كان مرتكزا في صورة نقدية او عينية من خلال اجتذاب رؤوس الاموال عن طريق ايجاد البيئة الاستثمارية المناسبة، ومع ذلك فإن التدفقات النقدية كانت حاملة بشكل تلقائي للمعرفة التكنولوجية دون ان يكون عنصرا أساسيا فيها، الا انه مع التغيرات والتطورات التكنولوجية التي واكبت المجالات الصناعية والتجارية والزراعية، اصبحت التكنولوجيا بحد ذاتها عنصرا استثماريا محوريا.

من هنا كان من المتعين ان تتطور النظرة القانونية للاستثمار لتواكب التطور الذي طرأ على النظرة التقليدية، وذلك من خلال التركيز على فصل نقل المعرفة التكنولوجية وعمليات

=منذ اكثر من 20 الف سنة وعرفوا الطيران والفضاء والملابس الحديثة، فيلم وثائقي بعنوان تكنولوجيا متطورة قبل فجر

التاريخ وأسرار الحضارات السابقة، مقتطف من بداية الفيديو إلى غاية الدقيقة 03:01 <https://03:01>

، تاريخ الاطلاع عليه 2023/09/23، [youtube.com/watch?v=SVmABYjzTFc&si=l-mbkclVHnlwuLya](https://www.youtube.com/watch?v=SVmABYjzTFc&si=l-mbkclVHnlwuLya) ،

على الساعة: 10:22 .

الاستثمار لرؤوس الاموال الاجنبية، بمعنى فصل العنصر التكنولوجي في عملية الاستثمار عن بقية العناصر الاخرى، واخضاعه لتنظيم قانوني خاص يتلاءم مع طبيعته وطبيعة العمليات التي تنصب عليه، فليس من المقبول ان يترك تنظيم عملية نقل العنصر التكنولوجي بتشريع استهدف أساسا لتنظيم رؤوس الأموال الأجنبية.

برز مع هذا التركيز قدر كبير من الاهتمام الدولي بتوسيع وإضافة مفردات جديدة على مفهوم الاستثمار ليشتمل على عناصر الملكية الصناعية أو المعرفة الفنية، إلا أن إتباع هذا الأسلوب لم يكن كافيا لتحقيق الملائمة المطلوبة، ذلك انه يلزم لتحقيق تلك الملائمة لا أن تغطي القواعد القانونية ومفهوم الاستثمار الذي تعبر عنه تلك القواعد بعض صور أو آثار الاستثمار التكنولوجي فحسب، وإنما يجب أن تغطي كل النتائج التي تنتج عن اعتبار التكنولوجيا عنصرا من عناصر الاستثمار.

مما أدى إلى محاولة إيجاد تنظيم رصين يتماشى ومختلف الأنماط التعاقدية التي تتضمن في طياتها استخدام التكنولوجيا في تحقيق التنمية الاقتصادية بما يحقق العدالة، خاصة في ظل الفجوة التكنولوجية الكبيرة بين الدول المتقدمة مالكة التكنولوجيا والمحتكرة لها، وبين الدول النامية، والتي هي بحاجة ماسة إلى مثل تلك التكنولوجيا، ما جعلها تبرز قضية التكنولوجيا أمام المحافل الدولية لتلبية هذه الحاجة، وتنظيم مسألة نقل التكنولوجيا إليها بصورة تمكنها من تحقيق غايتها، وقد أتت هذه الجهود ثمارها بتبني منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية لهذه المسألة¹، وعقد أول مؤتمر في عام 1975 لهذه الغاية، من

¹ - هذا والجدير بالذكر ان منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية ليس وحدها الذي عنتت بمسألة التنمية التكنولوجية، فهناك منظمات تدخل هذه المسألة ضمن اهتماماتها، نذكر منها على وجه المنظمة العالمية للملكية الفكرية WIPO، اللجنة الاقتصادية الأوروبية CEE، منظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم UNESCO، البنك الدولي للإنشاء والتنمية.. الخ، غير أن إعداد مشروع التقنين الدولي للسلوك في نقل التكنولوجيا الذي تصدى له مؤتمر الأمم المتحدة هو -دون شك- أهم وأجدى ما بذل من جهود في هذا المجال، للاطلاع على هذه المنظمات وما قدمته في هذا المجال انظر وفاء مزيد فلهو، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، ط. 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص 27-28.

خلال إنشاء لجنة من الخبراء لإعداد مشروع لهذا التقنين، وأسفرت في دورتها الرابعة المنعقدة في نيروبي (كينيا) بتاريخ 1976/05/3 عن وضع "مشروع تقنين السلوك الدولي في مجال نقل التكنولوجيا"¹.

إلا أن هذا المؤتمر رغم ايجابياته كطرحه الأفضل نسبيا لقضية التبعية التكنولوجية للدول النامية، لم يصب المشروع بتحقيق نجاح يتحذ به، بسبب كثرة الخلاف حول صياغته، ونحن لن ندخل في تفاصيل هذه الخلافات، ولن نتصدى إلى نصوص هذا المشروع²، وما كانت إشارتنا له إلا لبيان عدم موائمة للفئة طالبة التكنولوجيا، وهي عادة ما تكون دول نامية، ومكان على هذه الدول إلا البحث عن أسلوب آخر يضمن لها تحقيق ما تصبو إليه، لأن كل ما تم في المؤتمرات التي ناقشت هذا الموضوع ليس أكثر من لعبة سياسية غير مبنية على فلسفة النظام الاقتصادي الجديد الذي أعلنته الجمعية العامة للأمم المتحدة³، كما انه لم يسفر على أي تقدم ملموس، بدليل أن المسائل الهامة العالقة ظلت كذلك، ومثالها مسألة اختيار الآليات المناسبة لتنظيم وتوجيه عمليات الاستثمار التكنولوجي(خاصة عقود الخدمات الهندسية والمساعدة الفنية)، وما يتعلق بفك الحزمة التكنولوجية.

¹- عبد الرؤوف جابر، الوحيز في عقود التنمية التقنية، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص13.

²- في شرح نصوص التقنين والتعليق عليها انظر:

- محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، ط.1، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1998، ص12-13.

- سعيد يحيى، تنظيم نقل المعرفة التقنية بين مشروع التقنين الدولي ومشروع القانون المصري، ط.1، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 2000، ص23.

³- هناك عدة حالات استقت من ارض الواقع أثبتت تحيزها للدول الصناعية أو بأحسن الفروض دلت على موقفها السلبي المتمثل بلعب دور وسيط بين طرفين غير متكافئين أصلا، حيث نجد تركيز غالبية الدول الصناعية على إبراز دور الشركات متعددة الجنسية، ومساهمتها في التقدم الاقتصادي والاجتماعي بوجه عام وللدول النامية بوجه خاص، وتدعو هذه الدول إلى ضمان حماية استثمارات هذه الشركات، بينما ترى الدول النامية أن لهذه الشركات الكثير من الممارسات السلبية، وطالبت بوضع قواعد سلوك لتنظيم نشاط هذه الشركات، كما كان للأمم المتحدة دور بارز في إلقاء الضوء على نشاط هذه الشركات ودعوتها إلى التخلي عن سياستها التي لا تخدم مصالح الدول النامية.

وإذا كانت الجهود الدولية قد باءت بالفشل إلا أنها لم تمض دون أن تترك أثراً، هذا الأثر الذي تمثل في اقتناع الدول النامية بعدم الوقوف مكتوفة الأيدي متوسلة للحصول على التكنولوجيا، لأن سلكها وهكذا طريق لن يوصلها لأية تنمية أو تقدم تسعى إليه، الأمر الذي جعلها تفكر في سن تشريعات وطنية أو انتهاج سياسات معينة تشجع فيها الابتكار وإبطال أية عقود تتضمن شروطاً معينة من شأنها إلحاق الضرر بطالب الاستثمار، خاصة وأنها لم تضع أية قيود على صياغة مثل تلك التشريعات¹، بل وقد تضمن المشروع في هذا الخصوص وضعه لأصول عامة كي تستتير بها الدول عند وضع تشريعاتها الوطنية بشأن استثمار التكنولوجيا.

وترتيباً على ذلك، فقد صدرت العديد من الدول قوانين خاصة بالتكنولوجيا جنباً إلى جنب تشريعات الاستثمارات المالية، ويعد في مقدمتها كل من دول أمريكا اللاتينية صاحبة الدور الرائد في طرح قضايا ومشكلات نقل التكنولوجيا من وجهة نظر العالم الثالث، وكذا البرازيل والأرجنتين وكوبا والمكسيك والبيرو وفنزويلا في أمريكا اللاتينية، والصين وكوريا الجنوبية والهند وماليزيا وباكستان والفلبين في آسيا².

أما عن المحاولات التشريعية الوطنية على صعيد الدول العربية فلا نجد إلا واحدة هي المحاولة المصرية، إذ بدأ رجال القانون المصريين بإعداد مشروع قانون ناظم لنقل التكنولوجيا، ثم انتهت وزارة العدل المصرية عام 1997 من إعداد مشروع قانون تجاري مصري، وقد تضمنته نصوصاً خاصة بنقل التكنولوجيا، وصدر قانون التجارة المصري

¹ - خاصة وإن الكثير من الأجهزة الدولية تدعم الدول النامية عموماً والعربية خصوصاً في صياغة وتطبيق وتقييم مثل تلك التشريعات والسياسات، نذكر منها ما قامت به اليونيسكو من تعيين بعثات لبحث سياسات عدة دول عربية فيما يتعلق بالمجال التكنولوجي وتحديداً في مصر، الأردن، ليبيا، المغرب والصومال..

UNESCO, the activities of Unesco in science and technology, paris, 1964, p11.

² - للاطلاع على هذه القوانين وما جاء فيها انظر: يوسف عبد الهادي خليل الاكياي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، ط.1، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1998/12/30، ص42.

99/17 متضمنا فصلا خاصا بعنوان نقل التكنولوجيا¹ في المواد من 72 الى 87 منه، وقد بدأ العمل به فعليا انطلاقا من تاريخ 1 اكتوبر 1999.

اما عن المشرع الجزائري لم يعط موضوع استثمار التكنولوجيا وما يثيره من منازعات اية اهتماما تشريعيًا، وانما اكتفى بجملة من المراسيم والقوانين الحديثة التي تصب في حماية الملكية الفكرية بشكل عام، وحقوق الملكية الصناعية بكافة عناصرها من علامات تجارية وتسميات منشأ، ونماذج صناعية، ودوائر متكاملة، وبراءات اختراع، وهي عناصر هامة يتم نقلها في عمليات استثمار التكنولوجيا، دون أن يتعرض لقانون صريح خاص بالقواعد المطبقة بشأن عقود الاستثمار التكنولوجي رغم كثرة الولوج إليه، ومن قبل من؟ من قبل اكبر الشركات الجزائرية كشركة سونطراك وشركة نفطال.

كانت هذه هي الرؤية التي حركت موضوع البحث، مفترضة من وراء طرحه أهمية خاصة ترصد من خلال أهدافا معينة تتخللها صعوبات شاقة مدفوعة في كل ذلك بأسباب كثيرة جعلتها تستشكل في مواطن عدة منها:

فأما عن أهمية البحث، فهي أهمية تستمد وجودها بدأً من قيمة ما يرد عليه محل عقد الاستثمار التكنولوجي في حد ذاته، الذي يتميز بطبيعة خاصة وتحكمه اعتبارات متناقضة، مما أثار خلافا حول ماهية هذه العقود، نظرا للخلط الذي وقع فيه البعض بينها وبين عقود الدولة الأخرى، وكذلك لعدم وجود عقد مسمى يطلق عليه عقد الاستثمار التكنولوجي، حيث أن هذه العقود هي اقرب ما تكون إلى كونها فكرة وصفية تنطبق على مجموعة من العقود التي تتوفر فيها خصائص معينة وهو ما يستوجب ان نحدد بدقة هذه العقود التي تقف على الحدود الفاصلة بين كل من القانون الخاص والقانون العام، او بين القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص.

¹ -تم نشره بالجريدة الرسمية العدد 19 مكرر الصادر في 17/05/1999.

بيان أهمية العقد الذي يقدم عليه الأطراف والإشكالات التي قد تعترض مصالح واستراتيجيات مختلف أطراف السوق الدولي للتكنولوجيا، خصوصا وأنه قد يكون النافذة التي تؤدي إلى تكريس مصالح الطرف القوي من خلال الشروط التي يفرضها بصورة قد تجعله ينعكس سلبا على المنشئة الاقتصادية والاقتصاد الوطني عموما أكثر من نفعها، ومن ثمة البحث عن الأدوات والوسائل القانونية التي من شأنها التخفيف من حدة هذا التعارض وتمكين طالب التقنية والتي غالبا ما يكون من الدول النامية من بلوغ أهدافه في الحصول على المطلب التكنولوجي.

كما تظهر أهمية هذه الدراسة في اعتبار هذا العقد أسلوبا مبتكرا للتعاقد يتميز بطابعه الخاص من الناحية العملية والاقتصادية والقانونية مما يحتم ضرورة الاهتمام به، لإبراز مزياته وعيوبه، لاسيما أن العديد من الدول - ومنها الجزائر - لم تضع تنظيمًا خاصًا بتلك العقود، على الرغم من أنها تشكل نسبة كبيرة من استثمارات، لذلك فإن دراسة مثل هذه المواضيع بشكل تفصيلي قد تكون عونًا للمشرع الجزائري وغيره في وضع تنظيم تشريعي مناسب لهذا النوع من العقود.

وهي الأهمية التي دفعت بالبحث وتبسيط الضوء على كافة جوانب عقد الاستثمار التكنولوجي من خلال الوقوف على التأصيل القانوني له لرصد ما أمكن من أحكام قانونية صالحة للتطبيق على معاملاته التعاقدية، وتحديد الآثار الناجمة عن خرق كل طرف لحدود التزاماته وحقوقه، وأيضا معرفة حقيقة النظريات والأنظمة القانونية المراد تطبيقها في هذا المجال، والذي تأثر بها كل من القضاء والتحكيم الدولي عند الفصل في المنازعات الناشئة بين أطراف عقود الاستثمار التكنولوجي، وذلك عن طريق دراسة وتحليل أحكام القواعد العامة لنظرية العقد، وكذا منهجية القانون الدولي الخاص بشأن القانون الواجب التطبيق على هذه عقود، وبالتالي تتضح الرؤية أمام المهتمين بتلك العقود سواء أكانوا القائمين على صياغتها أم المشرعين لقوانين تتعلق بها، محاولين بذلك تلافي القصور الذي شابها من قبل

المشرعين، وذلك من خلال طرح الحلول التشريعية والقضائية والفقهية التي تناولت هذا الموضوع.

وبقدر ما لهذا البحث من أهمية وأهداف يحذ بها، تتثير دراسته صعوبة تكمن في طبيعة العقد ذاته ، والذي وان لم يكن حديثا في دول أخرى، فهو حديث العهد في الدول العربية، إن لم نقل غير موجود في بعض الدول منها كالجزائر، وهذا الأمر ينطبق على الأحكام القضائية، مما يصعب معه معرفة موقف التشريع والقضاء من هذه المسألة.

كما أن تشعب هذا الموضوع وتشتته في أكثر نظام قانوني من الأنظمة الداخلية للدول المختلفة كالقانون المدني والتجاري والجنائي، وإلى العديد من القوانين النموذجية والتوجيهات الأوروبية، مما يجعل البحث في كل فرع من القانون له علاقة بجانب معين في هذه العقود أمرا ليس باليسير، ويمكن القول أن كل جانب من هذه الجوانب يمكن أن يشكل أطروحة مستقلة عن غيرها.

يمكن أن نشير أيضا في هذه النقطة إلى مسألة عدم تمكننا من الحصول على نماذج من عقود الاستثمار التكنولوجي رغم تواصلنا ببعض الشركات الكبرى من أجل تزويدنا بمجموعة من النماذج المعمول بها، لإقران الدراسة بجانب ميداني يعزز الجانب النظري والحصول على إحصائيات تخص نسبة استثمار التكنولوجيا في الشركات الجزائرية ومدى بلوغ مستوى الجودة المطلوبة وتطور اليد العاملة الفنية فيها، والاطلاع على بنود العقود وكيفية صياغتها، وهي الصعوبة التي جعلت من الدراسة قاصرة من هذا الجانب الذي كان يمكن أن يمنح صورة واقعية عن عملية الاستثمار التكنولوجي المعمول بها، والوصول إلى ما هو منشود من طرفنا.

قد كان من المجازفة طرق باب بحث كالذي نحن بصدده، فهو فضلا عن حداشته وعدم تلقيه بعناية تشريعية خاصة، لم يحظى بالمدارسة الفقهية إلا بالشيء القليل، حيث أن كافة

الدراسات التي تطرقت له ركزت على احد جوانب العقد دون الأخرى، كأن تتمحور حول دراسة الآثار التي يربتها العقد على أطرافه، أو حصر البحث في احد هذه الالتزامات، أو التركيز على مرحلة من مراحل تكوينه فقط، أو على احد طرق تسوية منازعاته، الأمر الذي استوجب جمع شتات هذا الموضوع في نطاق واحد من اجل الإلمام بكافة الجانب العقدي لما يعرف بالاستثمار التكنولوجي ما يجعل مطارحته المعرفية ما تشكله من صعوبة بقدر ما تشكل في الوقت ذاته حافزا للإقبال على مدارسته وفي الحدود التي تستدعي البحث.

من بين الدوافع أيضا للإقبال على هكذا موضوع كان في كثرة انتشار المعاملات التكنولوجية في الواقع العملي بصيغ جديدة تجعلها تظهر في ثوب مستقل ومتميز عن العقود المشابهة، نظرا لخصوصيتها وعدم ارتباطها بالنموذج التقليدي للعقود المنظمة قانونا، وأنا كباحثة كان علي التطرق لهذا موضوع بغية البحث فيه والوقوف على ما ينطوي عليه من نقائص من اجل محاولة تداركها، و عند ما فيه من مأخذ، خاصة وانه يدخل ضمن ميولنا ورغبتنا الشخصية في ضرورة إيجاد ربط منطقي بين متطلبات الحياة الاقتصادية التي هي عصب حياة الشعوب والأمم وبين الجانب العقدي الذي هو مجال تخصصنا.

بمناسبة الحديث عن كثرة انتشار المعاملات التكنولوجية في الحياة الاقتصادية والتجارية للدول باختلاف مستوياتها العلمي والتكنولوجي بصفة عامة، ولما كانت القواعد المكملة للعقود المختلفة التي ينظمها القانون المدني والقانون التجاري تسمح للأطراف إنشاء أنواع جديدة من العقود وبمسميات مختلفة، فإن ظهور هذه العقود باتت اليوم تطرح مجموعة من الإشكالات القانونية ما لم تثره العديد من عقود التجارة الدولية الأخرى، ويعود السبب في ذلك إلى الغياب التشريعي التام لتنظيم أحكام عقود الاستثمار التكنولوجي في الجزائر، أو حتى لتنظيم احد الأنماط التي ترد عليها، وإلى اختلاف النظام القانوني الذي ينتمي إليه أطراف العقد، الدولة ومؤسساتها العامة من جهة، والمستثمر الخاص الأجنبي من جهة أخرى، ما جعلنا نتساءل عن ما مدى كفاية القواعد التقليدية لمعالجة هذه العقود؟، ثم عن

ما مدى ضرورة إيجاد قانون ملائم يحكمها يقوم على أساس تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة للأطراف، في حال ما إذا أثبتت القواعد المذكورة عدم كفايتها أو عدم قابليتها للتعديل؟

لإشباع حاجيات بحثنا، وتحقيق النتيجة التي نهدف إليها اعتمدنا بشكل أساسي على المنهج التحليلي القائم على استقراء نصوص الاتفاقيات والقوانين ذات الصلة من خلال عرضها وتحليلها وترتيبها، لمعرفة مدى صلاحيتها للتطبيق من جهة، ولمعرفة القانون الواجب التطبيق في كل مرة تختلف فيها طبيعة الطرف المتعاقد من جهة ثانية، ذلك أن تغير طبيعته يؤدي لإسباغ العقد بأكمله بطبيعة جديدة. وكذا على المنهج المقارن لأن هذه الدراسة لا تقتصر على تناوله في ظل نظام قانوني واحد بل تتطلب الإشارة إلى أنظمة قانونية وطنية مقارنة بالإضافة إلى الاتفاقيات الدولية بهدف معرفة القواعد القانونية المعمول بها في الدول الأخرى، حتى نستبين النقائص أن وجدت وليتسنى لنا الاستفادة من الخبرات القانونية الأجنبية في هذا المجال.

للاقترب من إشكالية الدراسة، ومحاولة الإجابة عنها، ارتأينا تقسيمها وفق خطة ثنائية التبويب، عني الباب الأول منها بتأصيل عقود الاستثمار التكنولوجي قانونيا، والباب الثاني بالآثار القانونية لعقد الاستثمار التكنولوجي.

الباب الأول

التأصيل القانوني لعقد الاستثمار

التكنولوجي

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

في ظل غياب نظام قانوني خاص لعقود الإستثمار التكنولوجي، ونظرا لطبيعته المتشعبة المفاهيم والمتداخلة المصطلحات كان لابد من تأصيله تأصيلا قانونيا، لأنه كما قيل: "إن الفوضى من صنع الشيطان وإن القانون يعمل في صفوف الملائكة"¹.

ولكون محاولة تأصيل أي عقد تتطلب تحديده تحديدا دقيقا ينفي الجاهلة عنه، بغية وضع ما قد ينبثق عنه من مسائل وتفصيلات في سياقه المناسب، ضمن ما يتماشى مع خصوصية موضوعاته من أحكام، وبغرض تحليل هذه الآلية العقدية وتفعيل دورها في عملية التطوير والإنماء، فقد كان قوام الفصل الأول من هذا الباب تحديد كل ما هو متعلق بمفهوم هذه العقود بدءا من ضبط كافة جوانبه القانونية وصولا لمرحلة تكيفه، وذلك دون تجاهل لتلك الإجراءات أو الخطوات الفنية والقانونية التي تستوجب إبرامه، نظرا لما لها من تأثير على وجود العقد نفسه أو على توازنه، ومن ثمة كان مطلبنا في الفصل الثاني من هذا الباب للكيفية التي يتم من خلالها تكوين هذه العقود، ومعرفة ما إذا كانت تتم على نفس شاكلة الأنماط العقدية التي تعودنا عليها في دراساتنا السابقة.

¹-هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية" دراسة تحليلية ومقارنة للاتجاهات الحديثة في التشريعات الداخلة و الاتفاقيات الدولية وأحكام القضاء والمحكمين وتوصيات مجمع القانون الدولي"، منشأة المعارف، د.ط، الإسكندرية، 1995، ص05.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الاستثمار التكنولوجي

الفصل الأول: ضوابط تحديد عقد الاستثمار التكنولوجي

يعد عقد الاستثمار التكنولوجي صورة جديدة من صور العقود التجارية المسماة لدى بعض التشريعات، وغير المسماة لدى الأخرى، الأمر الذي يؤدي إلى عدم وجود نظام قانوني محدد يحكم هذا النوع من العقود، مما ترك لها قدرا واسعا من الحرية في تحديد نظامها القانوني، وبذلك وعلى حد قول الأستاذ كوبلماناس (عندما خلعت الشركات متعددة الجنسية عن الاستثمار ثوب الملكية، ومنحته شكلا عقديا جديدا ظهر إلى الوجود مجموعة عقود الاستثمار التكنولوجي)¹.

تبعاً لمقتضيات الدراسة كان لابد من ضبط حدود ومعالم عقود الاستثمار التكنولوجي خاصة وإن ما يطلق عليه في العمل عقود الاستثمار التكنولوجي ما هي إلا مجموعة متنوعة من العقود لكل منها طبيعتها الخاصة ونظامها القانوني المستقل، وتجتمع جميعها على نقل المعارف التكنولوجية من الطرف المورد صاحب التكنولوجيا إلى الطرف الذي ينتفع منها، فهي عقود تركز إذاً في جوهرها على عناصر معنوية تتمثل في نقل العناصر التكنولوجية، والمعونة الفنية التي تتمثل في خدمات أخرى تساعد على استثمار هذه العناصر... الخ، بغض النظر عن العناصر المادية التي قد تتضمنها، فيصير العقد مركبا ويطلق عليه اسم عقود الاستثمار التكنولوجي والتي تكون أداة في يد مستوردها لتنفيذ برامج التنمية.

انطلاقاً من هذه الفكرة المبسطة لعقود الاستثمار التكنولوجي، وبهدف الإحاطة بجوانب الموضوع ارتأينا تقسيم هذا الفصل على مبحثين نتطرق في الأول إلى مفهوم هذه العقود، والثاني منه إلى الطبيعة القانونية له

¹ - حسام محمد عيسى، نقل التكنولوجيا: دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية، ط.1، دار المستقل العربي، القاهرة،

1987، ص184.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

المبحث الأول: مفهوم عقد الاستثمار التكنولوجي

إن التعرض لأي من المسائل القانونية المتعلقة بعقد ما يستلزم - من وجهة نظر منطقية- الوقوف بداية على مفهوم هذه الآلية العقدية من جهة التعريف بها، وتحديد أهم الخصائص التي تتفرد بها فضلا عن تعداد الصور التي يمكن أن يتبلور فيها، وغيرها من الأمور الواجبة التطرق لها، لإعطائها مفهوم شامل وواضح يتسم بالدقة، إلا أننا سنقف عموما عند أهم النقاط المتعلقة بتلك الآلية العقدية الخاصة بعقد الاستثمار التكنولوجي، من خلال المطالب الثلاث المدرجة تحت هذا المبحث، يبحث أولها عن التعريف بعقد الاستثمار التكنولوجي ، وثانيها عن خصائص هذه الآلية التعاقدية، ويعنى ثالثها بذكر أهم الصور التي قد تتخذها.

المطلب الأول: التعريف بعقد الاستثمار التكنولوجي

لما يقتضي التعريف بالشيء هو بيان هويته ومعرفة المعنى الذي ينطوي عليه، لذا سنحاول في هذا المطلب التعريف بالعقود محل البحث من خلال تفكيكه الى جزئين فالاستثمار التكنولوجي تسمية مركبة من مصطلحين، الاستثمار والتكنولوجيا وهذا ما يدفعنا إلى التطرق - ولو بشكل بسيط - إلى هذين المصطلحين للتعرف على المقصود بعقد الاستثمار التكنولوجي.

الفرع الأول: المقصود بالاستثمار

يتطلب تحديد المقصود بـ " مصطلح الاستثمار " الوقوف عند كل من المعنى الاقتصادي والقانوني له، ومن ثمة نختار تعريفا إجرائيا نعتمده للدراسة .

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

أولاً: المعنى الاقتصادي للاستثمار

يعد الاستثمار مصطلح اقتصادي بحت، إذ انه مرتبط بالزيادة أو تحقيق الربح، وهذا ما يفسر أن معناه الاقتصادي لا يخرج عن مدلوله اللغوي¹، وفيما يأتي نعرض بعضها مما قدم له من تعريفات في هذا السياق على سبيل الذكر².

فهناك من يعرفه على انه: " التعامل بالأموال بغية الحصول على الأرباح"³، وهو التعريف السائد لدى مختلف الناس، ومثل هذا التعريف لا يمكن الاعتماد عليه في دراستنا لأنه ليس بالضرورة أن ينتج عن الاستثمار أرباح مادية فقد ينتج عنه قيمة ذات طبيعة مختلفة كتطوير بحث ما مثلاً .

ومنه من عرفه بأنه: "إيجاد أصول رأسمالية جديدة مثل إنشاء المباني والمصانع والمزارع وإنتاج الآلات والمعدات الرأسمالية التي تساعد على إيجاد مزيد من السلع والخدمات الإنتاجية"⁴، ويلحظ على هذا التعريف ما يلحظ على سابقه ، فلا يمكن اعتماده من باب أن الاستثمار لا يكون دائماً إيجاداً لأصول رأسمالية جديدة، فقد تكون تلك الأصول قديمة يتم تجديدها.

¹- كلمة استثمار مصدر لفعل استثمر يستثمر وهو مشتق من الثمر، وقد وردت في لسان العرب بمعنى الثمر وهو يحمل عدة معان منها ما يحمله الشجر وما ينتجه، ويطلق على أنواع المال أيضاً إذ يقال: أثمر ماله أي نماه وزوده -خالد كمال عكاشة ، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، ط.1، دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان، 2014، ص84

²- وتجدر الإشارة هنا إلى انه يوجد فرق ما بين الاستثمار بالمعنى الاقتصادي والاستثمار الاقتصادي، فالأول بحث عن دلالة مصطلح الاستثمار عند الاقتصاديين، والثاني إضافة صفة للاستثمار بعد افتراض انه معلوم الدلالة ن فيقال الاستثمار الاقتصادي أو الاستثمار السياحي أو الاستثمار الثقافي ..و غيره .

³- احمد زكريا صيام، آليات جذب الاستثمارات الخارجية للدول العربية في ظل العولمة "الأردن كنموذج"، العدد3، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة البلقاء التطبيقية، الأردن ، ص87.

⁴- خالد بن عبد الرحمن المشعل، الجانب النظري لدالة الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي، بدون طبعة، إدارة الثقافة والنشر بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 2002، ص23.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

وهو ما استدركه التعريف التالي: "تخصيص رأسمال للحصول على وسائل إنتاجية جديدة أو لتطوير الوسائل الموجودة لغاية زيادة طاقة إنتاجية"¹، إلا انه هو الأخير لا يمكن اعتماده للدراسة فالاستثمار لا يكون دائماً في رأس المال ، فقد يكون استثمار في المعرفة أو في التعليم أو في تكنولوجيا معينة...الخ.

وعموماً فإن الاستثمار بالنسبة للاقتصاديين والأقرب لدراستنا هو ذلك الاستثمار الذي يضيف طاقات إنتاجية جديدة إلى الأصول الإنتاجية الموجودة في المجتمع بإنشاء مشروعات جديدة أو تطويرها أو التوسع في مشروعات قائمة أو تجديد مشروعات انتهت عمرها الافتراضي²، ومن ثمة كل عملية من شأنها إضافة شيء لرصيد المجتمع سواء معارف أو زيادة في رأسمال أو توفير خدمات أو تحسين أوضاع أو بالأحرى كل حركة إنمائية تعتبر استثماراً، وبهذا المعنى فإنه خلق لرأسمال مادي جديد يؤدي إلى زيادة الطاقة الإنتاجية للاقتصاد القومي، وبالتالي زيادة القدرة على إنتاج السلع والخدمات.

ثانياً: المعنى القانوني للاستثمار

بالرغم من أن عملية الاستثمار عملية اقتصادية بحتة، إلا أن المشتغلين في الحقل القانوني حاولوا إيجاد تعريف لها، وذلك لأنهم ينظروا في تنظيم هذه العملية، فعرفه بعض فقهاء القانون على أنه: "تقديم أموال مادية أو معنوية من شخص طبيعي أو معنوي للمساهمة المباشرة وغير المباشرة في مشروع قائم أو سيتم إنشاؤه للقيام بنشاط اقتصادي ما

¹-عزام راشد العزومي، سياسة الاستثمار والتوظيف، بحث منشور على الموقع: <https://m.ahewar.org> تاريخ الاطلاع

عليه: 2021/03/02، على 12:30

²-مرتضى جمعة عاشور ، عقد الاستثمار التكنولوجي "دراسة مقارنة"، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،

2010 ص26.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

خلال مدة معقولة من الزمن¹، كما عرفه البعض الآخر بأنه: "كل عملية من عمليات استغلال رأسمال بهدف تحقيق عائد أو فائض مالي".²

أما بالنسبة للمشرعين فإن معظمهم لم يتعرضوا إلى تعريف الاستثمار وذلك بهدف ضمان المرونة لهذا المصطلح³، وهو ما سار عليه المشرع الجزائري حتى سنة 2001 أين أورد تعريفا للاستثمار في المادة الثانية من الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار⁴، والتي تنص على ما يلي: "يقصد بالاستثمار في مفهوم هذا الأمر ما يأتي:

-اقتناء أصول تتدرج في إطار استحداث نشاطات جديدة أو توسيع قدرات الإنتاج أو إعادة التأهيل أو إعادة الهيكلة.

-المساهمة في رأس مال شركة في شكل مساهمة نقدية أو عينية.

-استعادة النشاطات في إطار خوصصة جزئية أو كلية".

كما أكد المشرع على التعريف في القانون رقم 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار⁵، في المادة الثانية منه حيث ابقى على نفس النص مع تم تغيير وإضافة مجرد بعض العبارات حيث أن الامر 03/01 كان ينظم ثلاث صور للاستثمار ، أبقى القانون 09/16 على الصورة

¹-سويلم فضيلة، محاضرات في مقياس قانون الاستثمار في الجزائر، السداسي الأول، السنة أولى ماستر، تخصص دولة ومؤسسات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولاي الطاهر، السعيدة، الجزائر، 2023/2022، د.ص

²-مرجع نفسه، د.ص.

³-إثر بحثنا عن تعريف الاستثمار عند الاقتصاديين وجدنا تعريفات عدة لا حصر لها مقارنة برجال القانون فقد كانت جل تعريفاتهم منصبة على الاستثمار المباشر وغير المباشر، او على الاستثمار الوطني و الاستثمار الدولي ، وغير من المصطلحات المتقاربة <https://www.djelfa.info/vb/archive/index.php/t-2019121.html> تاريخ

الاطلاع: 2022/03/02، على الساعة 14:40

⁴-الأمر رقم :03/01، المؤرخ في 20/08/2001، المتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر ع 47، الصادرة ب 20/08/2001، ص4، المعدل والمتمم بالأمر رقم 08/06 المؤرخ في 15/07/2006، ج ر ع 47.

⁵-القانون رقم: 09/16، المؤرخ في 03/08/2016، المتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر.ع 46، الصادرة ب: 03/08/2016، ص18.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

الأولى نفسها مع إلغاء عبارة " إعادة الهيكلة" التي كان ينص عليها الأمر 03/01، بالإضافة لإلغائه عبارة: "في شكل مساهمة نقدية أو عينية" التي كانت تحدد نوع المساهمة في رأسمال الشركة.

أما بالرجوع لأحكام قانون الاستثمار الجديد رقم 22-18 المتعلق بالاستثمار¹، فنلاحظ انه لم يقدم تعريف للاستثمار وإنما اكتفى بتحديد أشكال الاستثمارات في نص المادة 04 منه، مع العلم ان هذه الأشكال قد تضمنها التعريف المذكور أعلاه في القانون 09-16 مع التوسيع فيها بإضافة شكل جديد يتمثل في نقل الأنشطة من الخارج، وخير ما فعل لأنه ليس من الحكمة حصر مفهوم الاستثمار في تعريف فقهي يتسم بالثبات والجمود، حيث لا يتلاءم ذلك مع كون مفهوم الاستثمار يمثل مفهوما متغيرا حسب مستجدات العصر خصوصا الاقتصادية ، وذلك نظرا لتعدد الجوانب الاقتصادية والسياسية والقانونية التي تفرض نفسها عند وضع هذا التعريف، فهو ليس بالواقعة الاقتصادية أو القانونية المحددة التي يمكن حصرها في إطار تعريف يتسم بالثبات والجمود، بل على العكس من ذلك انه يتغير ويتطور بتطور الظروف.

الفرع الثاني: المقصود بالتكنولوجيا

بالرغم من شيوع هذا المصطلح وانتشاره في واقعنا المعاصر ، إلا انه بقي يكتنفه الكثير من الخلط وعدم الوضوح من حيث معناه ومضمونه، الأمر الذي أدى إلى الاختلاف وتنوع التعريفات حوله لدى فقهاء القانون والاقتصاد نتيجة لاختلاف الزاوية التي ينظر منها إليها، وسنعرض ذلك وفق ما هو مبين في الآتي:

¹-الصادر بتاريخ 24 جويلية 2022، ج.ر.ع 50 الصادرة بتاريخ 28/07/2022.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

ثانيا: المعنى الاقتصادي لتكنولوجيا

أورد رجال الاقتصاد عدة تعريفات للتكنولوجيا ، فهناك من عرفها على أنها: " 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 أو إنتاج سلعة أو خدمة جديدة أو تحسين العمل باستعمال أساليب أخرى"¹.

وهناك تعريفا آخر يشار إليه دائما وهو ذلك الذي يرى في التكنولوجيا: " تطبيقا للمعارف في إطار مراحل الإنتاج منذ مرحلة البحث حتى تلك المتعلقة ببيع المنتج ، والعناصر الأساسية التي قد تكون ذات طبيعة مختلفة ، وذلك بدءا من النظرية العلمية حتى فن البيع على مستوى إدارة المشروع"².

وثمة من تبنى تعريفا واسعا للتكنولوجيا وعرفها بأنها: "مجموعة المعارف والطرق العملية اللازمة لتحويل عناصر الإنتاج إلى منتجات ،وتتضمن وظائف الإنتاج والإدارة والتنظيم معتمدة على العلم ومرتكزة على البحث والتطوير"³، وقد قام بعض المؤلفين بتعريف التكنولوجيا بطريقة أكثر علمية وذلك باعتبارها: " القدرة على الابتكار وإنشاء واستخدام وتكميل وإتقان الفنون الصناعية المختلفة"⁴.

ما يمكن ملاحظته من تعريفات الاقتصاديين للتكنولوجيا أنهم لم يركزوا اهتمامهم على التكنولوجيا في حد ذاتها، وإنما اهتموا بمدى تأثيرها على الحياة الاقتصادية ودورها

¹ - فؤاد عبد الدايم ، أحكام التحكيم في عقود نقل التكنولوجيا، ط.1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية ، مصر ، 2019، ص 234.

² - نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 20.

³ - فيصل احمد عبد الله الصبري، دور عقد الامتياز التجاري " الفرانشيز " في نقل التكنولوجيا، ط.01، المركز القومي للإصدارات القانونية ، مصر، 2020، ص 24

⁴ - صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، ط.1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 6.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

الايجابي والفعال في عملية الإنتاج، وبعبارة أخرى فان مرد اهتمام الاقتصاديين بالتكنولوجيا يرجع إلى اعتبارها عنصرا أساسيا من عناصر الإنتاج .

ثالثا: المعنى القانوني للتكنولوجيا

الحقيقة انه على العكس من وضوح مغزى التكنولوجيا على المستوى العلمي والاقتصادي، إلا انه قانونيا لم يكن لها مغزى معين¹، حيث انه لم يتفق فقهاء القانون على تعريف واحد في هذا الخصوص، نتيجة لاختلاف الزاوية التي ينظر منها كل منهم، فهناك من نظر إلى عناصرها المتداولة من معلومات واختراعات وعلاقات تجارية وحقوق فكرية ومعرفة فنية، حيث عرفت على أنها: "مجموعة المعارف والمهارات التي تمكن المجتمع من إنتاج السلع والخدمات" أو: "هي المعارف الفنية التي تكمل بنجاح وسائل للإنتاج الصناعي"².

وقد كان تعريف مؤتمر الأمم المتحدة للتنمية والتجارة مؤيدا لهذا الاتجاه أين عرفها هو الآخر ب: "كل ما يمكن أن يكون محلا لبيع أو تبادل على وجه الخصوص، براءات الاختراع و العلامات التجارية و المعرفة الفنية غير الممنوح عنها، براءات أو علامات أو القابلة لهذا وفقا للقوانين التي تنظم براءات الاختراع والعلامات التجارية والمهارات والخبرات التي لا تنفصل عن أشخاص العاملين والمعرفة التكنولوجية المتجسدة في أشياء مادية وبصفة خاصة المعدات والآلات"³.

في حين هناك من نظر إليها من زاوية أثرها على الإنتاج، ومن ثم عرف التكنولوجيا على أنها: "التطبيق العملي لثمرات العلم وابتكار أفضل الطرق لاستعمالها، وإنها معلومات

¹-صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا "دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي"، ط.1، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية، مصر، 2004، ص33.

²- صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، مرجع سابق، ص7 و8.

³-مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص31.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

تتعلق بكيفية تطبيق نظرية علمية أو اختراع، أي أنها الجانب التطبيقي للعلم، ويطلق عليها في الاصطلاح الدارج حق المعرفة¹ (know-how)، وعرفت أيضا: "أن العلم أساس المعرفة والتكنولوجيا هي تطبيق للمعرفة، وأن العلم هو محرك التكنولوجيا، والتكنولوجيا هي محرك التنمية"².

وهناك من نظر إليها من زاوية أنها ابتكار وسائل إنتاج وأساليب جديدة في العمل والإنتاج فعرفت على أنها: "المهارة المكتسبة في تطبيق العلوم النظرية عمليا في الصناعة أو التجارة، وكذا المهارة المكتسبة في طريقة استخدام الأدوات والمعدات المبتكرة نتيجة للتطبيق العملي لنظريات العلمية"³، وفي ذات الاتجاه يقول عنها البعض: "مجموع العمليات والطرق العلمية الخاصة بخلق وتحسين وانتشار وتطوير طرق الصنع وتحويل عناصر الإنتاج إلى منتجات، وتتضمن وظائف الإنتاج والإدارة والتنظيم معتمدة على العلم ومركزة على البحث والتطوير"⁴.

وعلى مستوى التشريعات الوطنية، نجد المشرع المصري قام بتعريف عقد نقلها دون التطرق لتعريف التكنولوجيا في المادة 73 من قانون التجارة الجديد السالف الذكر، أما المشرع الجزائري فلم يهتم لا بتعريف التكنولوجيا ولا بعقد نقلها، إلا أنه أشار إليها كمحل للتعاقد عند تعريفه للنشاط الاقتصادي للاستثمار في المادة 02 من قانون الاستثمار الجديد 22-18 السالف الذكر، ونحن نرى أنه كان الأفضل بمكان التفصيل في المعالجة القانونية للتكنولوجيا، وما يتفرع عنها من حقوق، وإلا قد يعد حقا طبيعيا لا يمكن حمايته قانونيا.

¹ - فيصل احمد عبد الله الصبري، مرجع سابق، ص 30.

² - صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا "دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي"، مرجع سابق، ص 40 و 41.

³ - فيصل احمد عبد الله الصبري، مرجع سابق، ص 30.

⁴ - نصيرة بوجمعة سعدى، مرجع سابق، ص 20 و 21.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

الفرع الثالث: المقصود بعقد الاستثمار التكنولوجي

ابتداءً نقول إن الكثير من التشريعات لم تبدي اهتماما كبيرا بتعريف عقد الاستثمار التكنولوجي، غير أن بعضها قد اتخذ اتجاهها يترجم فكرة معنية عن التكنولوجيا التي توجب التنظيم القانوني لتبادلها على المستوى الدولي أو الداخلي، وإذا ما رجعنا إلى تجزئة هذا المصطلح المركب من كلمتي "الاستثمار" و "التكنولوجيا" -كما سبق وان فعلنا- نجد أن هناك علاقة تأثير متبادل (اخذ وعطاء) بين هاذين المصطلحين، فبقدر التطور التكنولوجي في بلد ما، بقدر ما يتحدد معدل التنمية فيه.

ومن ثمة فقد وجدت بعض المحاولات التي قدمت تعاريف لعقد الاستثمار التكنولوجي كعقد قائم بذاته، وان كان يعاب عليها قصورها ونقصها، وكان من تلك التعاريف، تعريفه :

بأنه: "عقد بمقتضاه يلتزم احد الطرفين ويسمى (المستثمر)، بأن يسمح للطرف الآخر ويسمى (طالب الاستثمار)، ولمدة معينة باستغلال معرفة تكنولوجية مملوكة له، لقاء عائد معين يتم الاتفاق عليه"¹.

أو بأنه: الاتفاق المبرم بين مالك التكنولوجيا أو حائزها وبين من يبحث عنها، بغرض نقلها من الأول للثاني لاستثمار رأس ماله، ويصعب تحديد مضمون ذلك الاتفاق بسبب تعدد الإجراءات والعناصر المكونة لمحلّه والخدمات المستلزمة لهذا المحل، إذ قد ينطوي على أداءات مادية أو معنوية أو على الاثنين معا، إذ يغطي الاتفاق عمليات معينة، ويتضمن اداءات محددة، تهدف إلى اخذ احد الأطراف من الآخر نظام للإنتاج، أو للإدارة أو خليط منهما بموجب تنازل معين وخلال مدة معينة².

¹-مرتضى جمعه عاشور، مرجع سابق، ص33.

²-سارة زياد منصرة، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار التكنولوجي في المنازعات التحكيمية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة اليرموك، الأردن، 2018، ص20.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

وعرف أيضا بأنه: "استخدام للمعرفة التكنولوجية من قبل المستثمر بطريقة تمكنه من الحصول على عوائد مالية، بشرط أن يترتب على ذلك نقل حقيقي لتكنولوجيا معينة، بما يمكن تطويرها وإعادة إنتاجها محليا وليس فقط مجرد نقلها من مكان لآخر"¹.

وقد ذهب البعض الآخر إلى تعريفه بأنه: "آلية اكتساب تستعمل بواسطة الحكومة لأجل تزود بالبضائع أو الخدمات لصالح تلك الحكومة، وتستطيع من خلالها تطوير وإنشاء اكتشافات وبحوث، ومن ثم نقلها من القطاع العام إلى الخاص"².

كما وعرف بأنه: "توظيف المعرفة التكنولوجية بطريقة يمكن أن تدر دخلا على المستثمر بان لا تكون محصورة على النقل الجغرافي للتكنولوجيا بل يجب أن يكون فعلي"³.

غير أن الواقع العملي يثبت عدم قدرة وضع نماذج مستقلة خاصة بعقود الإستثمار التكنولوجي، حيث انه لكل حالة تفاصيلها وشروطها الخاصة والمراعية قبل تصميم العقد المقترح، ومما يزيد الوضع تعقيدا إن تلك العقود تتشابه مع مختلف فروع القوانين الأخرى، بل قد لا نجد لها رغم تنوعها، كعقود مستقلة بذاتها، إنما قد ترد أحكامها ضمن عقود أخرى كنقل معرفة فنية داخل عقد بيع مثلا، أو إدخال تكنولوجيا جديدة في عملية الإنتاج عن طريق عقود الشراكة الصناعية.. الخ وهذه الحالات ليست بالقليلة.

وقد حاولت أيضا بعض التشريعات الداخلية للدول فيما يتعلق بموضوع التكنولوجيا تقديم تعاريف لهذا العقد، على رأسها التشريع المصري والذي كان أول تشريع من بين الدول النامية التي اهتمت بهذا الموضوع، ففي المادة 73 من قانون التجارة الجديد السالف الذكر

¹ -مسعودي يوسف، دور التحكيم في تسوية منازعات عقد الإستثمار التكنولوجي، مجلة القانون والتنمية المحلية، المجلد 03، العدد 01، جامعة احمد دراية، ادرار، الجزائر، جانفي 2019، ص 22.

² - أتى بهذا التعريف technology research education and commercialization center في الولايات المتحدة الأمريكية من خلال وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا الى الدول النامية، ط. 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص 105.

³ -سارة زياد مناصرة، مرجع سابق، ص 20.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

عرف عقد الاستثمار التكنولوجي بأنه: "اتفاق يتعهد بمقتضاه مورد التكنولوجيا بان ينقل بالمقابل معلومات فنية إلى مستورد التكنولوجيا لاستخدامها بطريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها، أو لتركيب أو تشغيل آلات، أو أجهزة أو لتقديم خدمات، ولا يعتبر نقلا للتكنولوجيا مجرد بيع وشراء، و تأجير أو استئجار السلع، ولا بيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص باستعمالها إلا إذا ورد ذلك كجزء من نقل التكنولوجيا، أو كان مرتبطا به".

يتضح من هذا التعريف أن محل عقد الاستثمار التكنولوجي هو إدخال معارف تكنولوجية جديدة في عملية الإنتاج، سواء كانت على شكل تجهيزات أو ملكية صناعية، من المستثمر إلى طالب الاستثمار أو المستورد، مما يستخدم في إنتاج السلع أو الخدمات، و سواء تعلقت هذه المعلومات بما يعرف بتكنولوجيا المنتج، أي المعرفة التي تستهدف إنتاج معين، أو تعلقت بتكنولوجيا العملية الإنتاجية، أي التكنولوجيا الخاصة بطريقة الإنتاج، ولا تعبر تلك التصرفات التي تكون مجرد بيع أو شراء أو تأجير سلعة أو خدمة نقلا للتكنولوجيا، إلا إذا كانت جزء من عملية النقل هاته، سواء تم ذلك بعقد واحد أو عدة عقود منفصلة، والغاية من ذلك منع التحايل على أحكام القانون الذي يتم عن طريق إدراج الشروط التقييدية المحرمة في عقود التبادل التكنولوجي مع عقود بيع أو إيجار العلامات أو الأسماء التجارية¹.

كما وقد خصص المشرع المصري من قانون التجارة في الفصل الأول من الباب الثاني معالجة هذه الطائفة من العقود التي يكون محلها التكنولوجيا من نص المادة (72) ولغاية نص المادة (87) من ذات القانون، وأيضا في قانون الاستثمار المصري أين خصص الفصل الثالث من الباب الثالث معالجة بعض الاستثمارات التكنولوجية والمتعلقة بإنشاء مناطق

¹ - محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في شرح قانون التجارة الجديد، المجلد الثاني، الالتزامات والعقود التجارية،

د.ط، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2003، ص150.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

تكنولوجية في مجال صناعة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، بما تشمله من أنشطة صناعية وتصميم وتطوير الإلكترونيات، ومراكز البيانات، وأنشطة التعهيد، وتطوير البرمجيات والتعلم التكنولوجي، وغيرها من الأنشطة المرتبطة بها أو المكمل لها، وذلك كله وفقا لما تبينه اللائحة التنفيذية لهذا القانون¹.

وعرفه التشريع الفلسطيني مستعملا عبارة "المعرفة الحديثة"، وذلك في المادة 78 من قانون التجارة الفلسطيني² على أنه: "اتفاق يتعهد بمقتضاه المورد أو المستثمر بأن ينقل بمقابل معلومات فنية متطورة إلى المستورد أو طالب الاستثمار لاستخدامها بطريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها، أو لتركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة، أو لتقديم خدمات، ولا يعتبر نقلا للمعرفة الحديثة مجرد بيع أو شراء أو تأجير أو استئجار السلع، ولا بيع العلامات التجارية أو الترخيص باستعمالها إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل المعرفة الحديثة أو كان مرتبطا به ارتباطا لا يقبل التجزئة".

يتضح من نص المادة 78 من قانون التجارة الفلسطيني-السالف الذكر- بأن عقد الاستثمار التكنولوجي ليس هو العناصر المادية التي يشملها جوهر الاتفاق، بل هو العناصر المعنوية المتمثلة في المعرفة الفنية الحديثة أو المعلومات أو الخدمات الفنية، وللتأكيد على ذلك تم استبعاد من نطاق تطبيقه كل العمليات التي يكون موضوعها مجرد بيع أو شراء أو تاجي راو استئجار السلع، والمستبعد هنا هو البيع أو الإيجار الذي ينصب أساسا على العناصر المادية، كما لا يعد نقلا للمعرفة الحديثة مجرد بيع العلامات التجارية

¹-قانون رقم 72 لسنة 2017، المتضمن قانون الاستثمار، ج.ر. المصرية. العدد 21 مكرر (ج)، الصادر في 5 رمضان 1438 هـ الموافق ل 31 مايو سنة 2017.

²- رقم 02، د.ج.ر، د.ع، 2014، المنشور على الموقع الإلكتروني: <https://www.enabbaladi.net>، تاريخ الاطلاع عليه 2022/09/1، على الساعة: 11:16.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

أو الأسماء التجارية أو الترخيص باستعمالها ، إلا إذا كان واردا كجزء من النقل التكنولوجي، أو كان مرتبطا به باتفاق مستقل لا يقبل التجزئة¹.

يلحظ أن المشرع الفلسطيني قد تبني نفس التعريف الذي جاء به المشرع المصري، وبالرغم من أن هناك اختلاف في بعض المصطلحات القانونية الواردة في كلا التعريفين إلا أنه يتضمن نفس المعنى، خاصة وأن ذلك العقد هو اتفاق بين طرفين أحدهما مورد والآخر مستورد يتعهد الطرف الأول فيه لطرف الثاني باستغلال تكنولوجياته ويكون ذلك بمقابل والفائدة بذلك تعم على الطرفين.

أما على المستوى الدولي، فقد عرف مشروع التقنين الدولي لسلوك النقل التكنولوجي، وهو محل عقد الاستثمار التكنولوجي في المادة 112 بأنه: "نقل المعارف الضرورية لتصنيع منتج ما، أو تطبيق سلوك أو طريقة، أو تقديم خدمة معينة، ولكن هذا النقل لا يشمل العمليات التجارية التي تنصب حول البيع، أو مجرد تأجير الأموال"²، وقد عدت المادة 1/3 من هذه المدون العقود التي تعد استثمارا تكنولوجيا ، ويبدو من سياقها إنها جاءت على سبيل المثال وهي :

-نقل ملكية -بيع- ترخيص كل أشكال الملكية الصناعية باستثناء العلامات والأسماء التجارية، ما لم تشكل جزءا من صفقة الاستثمار التكنولوجي.

-التزويد بالمعرفة التكنولوجية الضرورية لاكتساب واستخدام المواد الأولية والوسيلة أو كليهما

-التزويد بالمعرفة التكنولوجية الضرورية لمشاريع تسليم المفتاح.

¹-حمدي محمود بارود، محاولة لتقييم التنظيم القانوني لنقل التمكين التكنولوجي في ظل الجهود الدولية ومشروع قانون التجارة الفلسطيني، مجلة جامعة الأزهر (سلسلة العلوم الإنسانية)، المجلد 12، العدد 01، كلية الحقوق، غزة، 2010، ص 839-904.

²-سارة زياد مناصره، مرجع سابق، ص 22.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

-التزويد بالمعرفة والخبرة التقنية.

-التزويد بالتسهيلات التكنولوجية الخاصة في اتفاقيات التعاون الصناعي والتقني¹.

أما بخصوص المشرع الجزائري فيلاحظ عدم ورود أي نص تشريعي لعقد الاستثمار التكنولوجي، إلا إن الدولة الجزائرية وباعتبارها دولة نامية وليس لها عدد كاف أو مناسب من العلماء والباحثين الذين يمكنهم المساهمة في الاختراع على المستوى الدولي، قامت بإبرام العديد من الاتفاقيات الجماعية والثنائية مع الدول في مجال الاستثمار التكنولوجي من جهة ومع المنظمات الدولية من جهة أخرى بهدف تحسين نقل المعارف التكنولوجيا محل عقد الاستثمار ونذكر على سبيل المثال :

- الاتفاقية الخاصة بالتعاون الاقتصادي والتقني والعلمي بين الجزائر واليونان الموقعة بالجزائر بتاريخ 13 ماي 1982 والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي 442/82 المؤرخ في تاريخ 1982/12/11 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 والملاحة والبناء والصيد البحري...الخ بجميع الوسائل الممكنة لكلا البلدين وذلك طبقا للمواد (1) و(2) من نفس اتفاقية التعاون التكنولوجي².

-اتفاقية التعاون التقني بين الجزائر واليابان الموقعة بطوكيو بتاريخ 2004/12/7 والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي 76/06 المؤرخ في 2006/02/12 ، وهي اتفاقية تسعى الى ترقية التعاون التقني بين البلدين ، وإتمام الاتفاقية على ترتيبات خاصة

¹-وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص109.

²-الاتفاقية الخاصة بالتعاون الاقتصادي والتقني والعلمي بين الجزائر واليونان، الموقعة بالجزائر بتاريخ 1982/05/13، ج.ر.ج، العدد 51، المؤرخة بتاريخ 1982/12/11، ص3276.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

بتسيير برامج هذا التعاون بموجب هذه الاتفاقية بين السلطات المختصة للحكومتين والتعاون في مختلف المجالات الاقتصادية والاجتماعية حسب نص المواد (1) (2) (4)¹.

والعديد من الاتفاقيات المتعلقة بتنقيب عن الموارد ، حيث تعتبر شركة سونا طراك الشريك الوحيد لأغلب الاستثمارات الأجنبية الواردة للجزائر في قطاع المحروقات ، وبالتالي استفادت من التكنولوجيا لهذا النوع من الاستثمارات، وذلك من خلال إبرام العديد من الاتفاقيات والعقود مع الشريك الأجنبي، حيث تم إبرام اتفاقية مع الشريك الفرنسي total finaELF companyoil والتي أبرمتها سنة 1996، وكذلك الاتفاقية مع الشريك البريطاني amocoBp خلال سنة 2002².

ومنه نستنتج أن عقد الاستثمار التكنولوجي عبارة عن بناء قانوني يشير إلى توافق إرادتين أو أكثر، على استغلال معرفة تكنولوجية معينة (منجزة كلياً أو في طور الانجاز)، مملوكة للمستثمر وعادة ما يكون طرف أجنبي مالك أو حائز لها، لطرف ثان يطلبها لأهداف استثمارية أو تنمية وعادة ما يكون هو الآخر شخص معنوي ممثل في الدولة أو احد مؤسساتها ، لقاء مقابل يتفقان عليه.

المطلب الثاني: خصائص عقد الاستثمار التكنولوجي

إن تحديد خصائص عقد الاستثمار التكنولوجي بشكل واضح، يتطلب وجود تنظيم تشريعي لهذا النوع من العقود، ونظرا لغياب هذا التنظيم التشريعي فلا يوجد من طريق إلا من خلال الاستعانة بالنصوص التشريعية التي أوردها قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 والتي على ضوءه أصبح ذلك العقد من العقود التجارية المسماة، ويمكن التمييز

¹-اتفاقية التعاون التقني بين الجزائر واليابان، الموقعة بطوكيو بتاريخ 07 ديسمبر 2004، ج.ر.ج، العدد 10، المؤرخة في 2006/02/26، ص 17.

²-خروبي مراد، بحري أميرة، الاستثمار كآلية لنقل التكنولوجيا إلى المؤسسات -دراسة حالة سونطراك-، مجلة الاقتصاد الصناعي، جامعة الحاج لخضر، باتنة، المجلد 07، العدد 20، 2017/06/02، ص 254 و 263.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

في هذا الاطار بين تلك الخصائص التي يشترك فيها مع سائر العقود الأخرى التي تعودنا عليها، وتلك التي يتميز بها و تجعل له خصوصية متميزة عن بقية العقود.

لذا سنقسم هذا الفرع إلى نقطتين نبحث في أولها عن الخصائص العامة لعقد الاستثمار التكنولوجي، وفي ثانيها عن الخصائص المميزة له.

الفرع الأول: الخصائص العامة لعقد الاستثمار التكنولوجي

من بين الخصائص العامة التي يشترك فيها عقد الاستثمار التكنولوجي مع بقية العقود الأخرى نذكر:

1- عقد الاستثمار التكنولوجي عقد ملزم للطرفين:

تنص المادة 55 من ق.م¹ على: " يكون العقد ملزما للطرفين، متى تبادل المتعاقدان الالتزام ببعضهما بعضا"، و تنص المادة 56 ق.م على: " يكون العقد ملزما لشخص أو لعدة أشخاص، إذا تعاقد فيه شخص نحو شخص أو عدة أشخاص آخريين دون التزام من هؤلاء الآخرين ".

ونفس الشيء إذا ما قيس ذلك على عقد الاستثمار التكنولوجي، فهو ينشئ منذ إبرامه التزامات متقابلة في ذمة عاقيه، بحيث يغدو كل منهما دائما ومدينا للآخر، وهذا يعني انه لا يحق لأي طرف من أطرافه أن يتحلل من العقد بإرادته المنفردة دون أن يتحمل نتائج هذا التحلل.

ولما كانت الالتزامات متبادلة بين طرفيه (المستثمر، طالب الاستثمار)، بحيث يكون محل التزام المستثمر نقل معلومات فنية بقصد تمكين طالبها بالانتفاع بها من خلال إنتاج

¹- الأمر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975م المتضمن القانون المدني، ج.ر.ع 78، الصادرة بتاريخ 24 رمضان عام 1395 هـ الموافق 30 سبتمبر سنة 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 13 جمادي الأولى عام 1426 هـ الموافق 20 جوان سنة 2005م، ج.ر.ع 44 الصادرة بتاريخ 19 جمادي الأولى عام 1426 هـ الموافق 26 جوان سنة 2005.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

سلعة معينة، أو لتركيب أو تشغيل آلات وأجهزة أو لتقديم خدمات... الخ ، بينما يكون محل التزام طالب الاستثمار دفع أجرا للمستثمر يكون عادة مبلغ مالي نتيجة استقطابه لهاته التكنولوجيا، كانت هذه العقود من العقود الملزمة للجانبين.

2- عقد الاستثمار التكنولوجي عقد المعاوضة:

عرفت المادة 58 من ق.م السالف الذكر عقود المعاوضة ب: "العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين إعطاء أو فعل شيء ما".

وبالرجوع لنص المادة 82 من قانون التجارة المصري السالف الذكر نجدها تؤكد لنا هذه الخاصية، وذلك بنصها على ما يلي: "يلزم المستورد بدفع مقابل التكنولوجيا والتحسينات التي تدخل عليها في الميعاد والمكان المتفق عليه،-يجوز أن يكون المقابل مبلغا إجماليا يؤدي دفعة واحدة أو على دفعات متعددة، كما يجوز ان يكون المقابل نصيبا من رأس مال المستثمر في تشغيل التكنولوجيا، أو نصيبا من عائد هذا التشغيل".

وبما أن كل طرف من عقد الاستثمار التكنولوجي يأخذ فيه عوضا أو مقابلا لما أعطاه، فهو بذلك من عقود المعاوضة، حيث يكون فيه المحل بالنسبة للمستثمر هو مضمون التكنولوجيا الموردة، أما بالنسبة لطالب الاستثمار فهو الثمن، ومنه فالتمكن من الانتفاع بخدمات نقل التكنولوجيا هو العنصر الجوهرى الأول في العقد والمقابل (الثمن) هو العنصر الجوهرى الثانى فيه، لكن هذا لا يعنى عدم تصور إمكانية أن تكون بعض التكنولوجيا محل عقد هبة خارج النطاق التعاقدى المعهود، إذ يمكن أن تقدم المؤسسات - خاصة الكبرى منها- في إطار الترويج لمنتجاتها التكنولوجية بعض الآلات أو المعدات، أو أن تقدم في إطار المعونات التي تقدمها الدولة أو المنظمات الدولية مع مؤسسات صاعدة بقصد دعم بعض المعارف والمعلومات، غير أن هذا لا يتصور بالنسبة للتكنولوجيات

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

المرتفعة الأثمان، أو بالنسبة للمعارف والمعلومات السرية التي من شأنها تهديد مصالحها الاقتصادية وتشكيل خطر تنافسي حولها¹.

3- عقد الاستثمار التكنولوجي عقد زمني:

يعرف العقد الزمني بأنه: "العقد الذي يعتبر الزمن معيارا لتنفيذه وعنصرا جوهريا، مثل عقد الإيجار وعقد العمل"².

ونفس الشيء بالنسبة لعقود الاستثمار التكنولوجي إذ يعد عنصر الزمن فيها عنصرا جوهريا، ذلك أن الانتفاع من التمكين التكنولوجي لا يكون بمجرد نقل التكنولوجيا مباشرة، بل لابد أن يكون ممثدا زمنيا لكي تتحقق الغاية المرجوة منه، وهذا ما يجعل منه عقدا زمنيا، والمقابل يحسب على أساس مدة الانتفاع، وتماشيا مع هذه المدة يمكن إدراج شروط تسمح بمراجعته أو تعديله وفقا لتغير الظروف المحيطة بتنفيذه بحيث يحدد لكل مرحلة فترتها الزمنية المعقولة.

ولابد للدول النامية من الانتباه عند الاتفاق على تلك المدة، بحيث لا تكون قصيرة لا تحقق الهدف وفي نفس الوقت لا تكون طويلة على نحو مبالغ فيه، خاصة وإن محل عقد التكنولوجيا يعد ذا قيمة سريعة الاستهلاك، ولا تلبث أن تتقادم هذه التكنولوجيا في ضوء التطورات المتلاحقة، وظهور تكنولوجيا جديدة ومنافسة مما يجعلها قديمة بالية أو عديمة الجدوى³، وقد حددها المشرع المصري بخمس سنوات وذلك بموجب المادة 87 من قانون التجارة السالف الذكر، بمعنى أن انقضاء هذه المدة تسمح لكل طرف إنهاء العقد أو إعادة

¹- عائشة كاملي، عقود الاستثمار العلمي وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم، القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي التبسي، تبسة، الجزائر، 2018/2017، ص34.

²- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط.5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص19.

³- فؤاد عبد الدايم، مرجع سابق، ص245.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

النظر في شروطه، ولكن المشرع المصري لم يجعل تحديد المدة كقاعدة أمرة حيث سمح للأطراف الاتفاق على مدة أخرى أو تزيد على خمسة سنوات.

4- عقد الاستثمار التكنولوجي عقد شكلي:

إذا كانت القاعدة العامة في العقود هي قاعدة الرضائية، أي أن العقد ينعقد بمجرد توافر أركانه الثلاث وهي التراضي، المحل والسبب، أي انه يتم بمجرد تطابق الإرادتين دون الحاجة إلى إفراغ الإرادة في شكل خاص، إلا انه لا يمكن تصور عدم تطلب الكتابة لهذا النوع من العقود، إذ من غير المعقول انعقادها بالرضا وحده، فطبيعتها الخاصة ومحلها الحساس تفرض عليها ان تفرغ في قالب معين، بل و تشترط فيها الرسمية تحت طائلة البطلان، فإذا كان محل التعاقد عقارا وهو شيء مادي يشترط الرسمية لانعقاده صحيحا، فما بالك بحقوق ترد على معرفة فنية يتم تبادلها دوليا والتي يفرض أن تتطلب حماية اكبر.

وعلى الرغم من عدم وجود قانون ينظم هذا النوع من العقود إلا أن الواقع العملي يثب ذلك، فالعقود التي تبرمها شركة سوناطراك لنقل التكنولوجيا واستثمارها في قطاع المحروقات مثلا تصاغ على شكل عقود وفي قالب رسمي شأنها في ذلك شأن أي عقد شكلي

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري قد أشار إلى هذه النقطة بشكل صريح في نص المادة 2/74 من القانون التجاري المصري-السالف الذكر- أين اشترط في عقد التكنولوجيا الكتابة تحت طائلة البطلان، أي جعل منه عقدا شكليا لا ينعقد إلا بتوافر أركانه الأربعة، ولم يشترط شكل معين لذلك حتى وإذا تم إفراغه في محرر عرضي، او في اي وسيلة الكترونية مستحدثة كالتعاقد عن طريق شبكة الانترنت، وهو ما استقر عليه الفقه والقضاء بخصوص المحررات الالكترونية المدونة من خلال الوسائط الالكترونية وما يصاحبها من توقيع الكتروني، اذ تعد مستوفاة شروط الكتابة متى توافرت لها الشروط

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الاستثمار التكنولوجي

الخاصة، كتوفر الثقة في صدور الكتابة والتوقيع عن الشخص مصدر التوقيع بعد التحقق من عدم امكانية اجراء تعديل عليها الا بترك اثر مادي واضح للعقود العامة¹.

ويرجع السبب إلى اشتراط الشكلية في إبرام عقود الاستثمار التكنولوجي لمدى أهميته و كثرة صورته، فهو بالإضافة الى صورته الرئيسية المتمثلة في الاستثمار التكنولوجي يلحق عادة به عقود أخرى مكمله كالاستشارات الهندسية التي تتضمن هي الأخرى التصاميم والخرائط ودراسات الجدوى وبرامج الحاسب الآلي وغيرها من الوثائق الموضحة للمعرفة الفنية محل العقد والتي تعتبر جزء من العقد

ثانيا: الخصائص الخاصة لعقد الاستثمار التكنولوجي

لعقود الاستثمار التكنولوجي مجموعة من الخصائص التي ميزتها عن غيرها من عقود التجارة الدولية، حيث إذا دخلت التكنولوجيا في هذه العقود أضافت لها سمات خاصة بها دون غيرها، بحيث تعد هذه السمات معيار تمييز قانوني لهذه العقود عن غيرها من العقود الأخرى، ويمكننا أن نحدد هذه السمات كالآتي:

1-الطابع الخاص لمحل عقد الاستثمار التكنولوجي:

يرد محل عقد الاستثمار التكنولوجي على المعرفة التكنولوجية، أيا كانت طبيعة ما تحمله من مضمون إما معرفة، أو معلومات، أو معرفة ومعلومات معا، وإما معدات وآلات، أو معدات وآلات مع طرق استخدامها(التمثلة في العمالة)، أو كانت خبرات ومهارات فنية، او كل هذه المضامين مجتمعة، فانه يتوجب أن يذكر في العقد بيان كافة عناصرها وتوابعها التي ستتقل للمستورد، ويمكن أن يرد هذا البيان مصحوبا بدراسات جدوى، والتعليمات،

¹-حمدي محمود بارود، مرجع سابق، ص866.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

والتصميمات، والرسومات الهندسية، والخرائط، والصور وبرامج الحاسوب، وغيرها من الوثائق الموضحة للمعرفة محل العقد في ملاحق ترفق بالعقد أو من خلال جزء منه¹.

وتعتبر فيه هذه المعرفة الأداء الذي اتجهت إليه إرادة طرفي الالتزام، وإن هذا الالتزام إما يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل، أو نقل حق عيني، أما عن الحالة الأولى والثانية أي القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، يكون مظهر وجوده هو مكان القيام به ويتضح هذا الأمر جلياً في عقود التدريب والبحث، حيث ينتقل عمال وفنيون إلى منشآت المجهز، أو كالالتزام العامل بالامتناع عن إفشاء أسرار المهنة، أما إذا كان محل الالتزام إعطاء شيء أو نقل ملكية أو حق عيني آخر كمعلومات أو معرفة، فهنا نكون وفق القواعد العامة أمام فرضيتين اثنتين:

-الفرضية الأولى: أن ينصرف قصد المتعاقدين إلى التعامل على شيء موجود في الحال، عقود الهندسة والمساعدة الفنية والتي غالباً تكون موجودة في الحال، ولكن ليس دائماً.

-الفرضية الثانية: أن ينصرف قصد المتعاقدين إلى التعامل في شيء لم يكن موجوداً في الحال، ولكنه ممكن الوجود في المستقبل، كعقد البحث والتطوير، وفي هذا الفرض الأخير لا يشترط في المحل إن يكون موجوداً وقت التعاقد، بل ينعقد العقد صحيحاً حتى لو لم يكن الشيء موجوداً ما دام ذلك ممكن الوجود في المستقبل². وحتى تكون هذه المعرفة ذات قيمة فلا بد أن تتوافر على مجموعة من العناصر، كما وتختلف طريقة تعيين محل العقد نظراً لطبيعته الخاصة وغيره من الأمور التي يتميز بها محل هذا العقد مقارنة بالعقود الأخرى - سيأتي بيان ذلك بالتفصيل عند دراستنا لمحل العقد في الفصل الثاني-.

¹-حمدي محمود بارود ، مرجع سابق،ص886.

²-نداء كاظم محمد المولى، الآثار القانونية لعقود نقل التكنولوجيا، ط.1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2003، ص50.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الاستثمار التكنولوجي

2- الطابع الخاص لأطراف عقد الاستثمار التكنولوجي:

يتميز عقد الاستثمار التكنولوجي من حيث الأطراف بعدم وضوح الوصف القانوني لأطرافه، حيث لا يمكن اعتبار المستثمر مجرد ناقل لتكنولوجيا، وطالب الاستثمار مجرد منقول إليه، بل تتعدى وتتجاوز التزاماتها وحقوقها ذلك، كما لا يمكن اعتبارهما مجرد بائع ومشتري، أو مؤجر ومستأجر، بل وأكثر من ذلك لم تستطع حتى الصيغ العامة لهذه العقود من إعطاء وصف قانوني محدد لأطرافه، فنجد مثلا المستثمر يوصف بأنه المصدر أو المرخص، أو المورد أو المجهز... الخ، وطالب الاستثمار يوصف بالمتلقي، أو المرخص له أو المستورد أو المكتسب... الخ، وقد حاول مشروع تقنين سلوك نقل التكنولوجيا حسم هذا الوصف في نص مادته الأولى حين وصف المستثمر بالمجهز وطالب الاستثمار بالمتلقي، أين قام بتحديد الطرف الأول بالمجهز وهو الطرف الذي ينقل التكنولوجيا بموجب اتفاق كعقد الترخيص، أو عقد البيع، أو عقد آخر كالتكنولوجيا والحقوق المتصلة أو لأحدها، في حين حدد طالب الاستثمار بصاحب الحق في استعمال واستغلال تكنولوجيا معينة، وكذلك استعمال أو استغلال الحقوق المتصلة بهذه التكنولوجيا¹، ولعل ذلك راجع إلى كون العقد في حد ذاته عقد مركب وليس بسيط، إضافة لخصوصية محله ما يجعل الأطراف تلتزم ببعض الالتزامات غير المعهودة في العقود الدولية البسيطة، كعقد البيع الدولي أو عقد المقاوله الدولي.. الخ وغيرها من العقود الدولية البسيطة محددة الأطراف.

3- عقد الاستثمار التكنولوجي عقد ذو طابع تجاري:

يعد عقد الاستثمار التكنولوجي من العقود التجارية، وممارسته تعد عملا من أعمال التجارة، لأنه يخضع بالضرورة لنظرية المشروع Enterprise ونظرية التداول circulation، فهو يخضع لنظرية المشروع أولا لان نقل التكنولوجيا لا يقوم إلا بتوافر عنصر قوة العمل وقوة رأس المال، ويخضع لنظرية التداول لأنه ينصب على تداول الثروة، ولهذا فان مشروع

¹ -المادة 01 من مشروع تقنين السلوك لنقل التكنولوجيا، 1978/12/20 لهيئة الأمم المتحدة .

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

تقنين السلوك الدولي لنقل التكنولوجيا قرر في المادة الأولى منه: "إن عملية التمكين التكنولوجي عملية ذات طابع تجاري"، وهذا يأتي في إطار أن الطرف الذي يمارس هذا العمل يقوم بها بصيغة الاحتراف والتداول، ويؤدي هذا إلى اعتبار العمل تجاري سواء من حيث الإثبات أو من ناحية الاختصاص القضائي أو من حيث التقادم¹، ولا بد من التنويه إلى أن اتفاقيات نقل التقنية التي تتم بهدف تقديم معونات دولية دون مقابل، أو تلك التي تقع لأغراض سياسية لا يمكن وصفها بعقود استثمار التكنولوجي أو العقود التجارية، وهي بذلك وتخرج من إطار هذه الدراسة .

4- عقد الاستثمار التكنولوجي عقد ذو طابع دولي في غالبه:

من أهم صفات هذه العقود أنها تعتبر من العقود الدولية ذلك ان موضوع الاتفاق ينصب على نقل تكنولوجيا عبر حدود دولة ما، مع انه يمكن أن يكون عقد وطني، كون المشروع حدد النطاق الذي يشمل من خلال تحديد طبيعة طرفي العقد دون النظر إلى جنسية أي منهما، سواء كان طرفا الاتفاق يقيمان ام يمارسان نشاطا تجاريا أو صناعيا في نفس الدولة، أم في دولتين مختلفتين، بمعنى انه لا عبرة لجنسية الطرفين وهذا هو الضابط الذي تبناه مشروع التقنين الدولي لنقل التكنولوجيا²، بالإضافة إلى ان الصفة الدولية يمكن إن تتحقق حتى إذا كان موضوع عقد الاستثمار التكنولوجي بين طرفين لا يقيمان في نفس الدولة ولا يمارسان فيها أي نشاط تجاري او صناعي، ومثال ذلك نقل معرفة تكنولوجية معينة من مورد جزائري يقيم في فرنسا إلى متلق آخر في الجزائر لاستعمالها في منشأة يملكها هذا المتلقي او المستورد في تونس.

¹ - نداء كاظم محمد المولى ، مرجع سابق، ص46، و نوغي نبيل، يوسف علاء الدين، الإطار القانوني لعقد نقل التكنولوجيا وأثاره المباشرة، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، المجلد الخامس، العدد01، افريل 2018، ص420و421.

² -نوغي نبيل، يوسف علاء الدين، مرجع سابق، ص420.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

وبالرجوع إلى المشروع السالف الذكر نلاحظ في هذا الإطار ان التقنين قد ادخل تعديلا جوهريا بإجازته لكل دولة ان تقرر سريان التقنين على نقل التكنولوجيا إلى ما وراء حدودها¹، غير ان هذا الضابط غير مستقر وقد شابه العديد من الخلافات فيما بين الدول المتقدمة والدول النامية، كما انه يثير العديد من التساؤلات كما هو الحال إذا كان المورد قد ابتكر التكنولوجيا في دولة المتلقي أو المستورد².

5- عقد الاستثمار التكنولوجي عقد تنموي يتأثر بالسياسة:

مما لا شك فيه أن عقود الاستثمار التكنولوجي تشكل دعامة قوية في مسلك صنع القرار التنموي، سواء تعلق الأمر بمؤسسات الدولة، أو بالأفراد و المؤسسات الخاصة أيا كانت طبيعتها، ووعيا من المشرع الجزائري بالدور التنموي محل هذه العقود فقد كانت الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون 11/98³ تنص على: "يهدف البحث العلمي والتطوير التكنولوجي إلى تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والتكنولوجية للبلاد".

ويلاحظ من خلال هذا القانون بصفة عامة ونص المادة بصفة خاصة أن المشرع كان يستخدم مصطلح التطوير بدل مصطلح استثمار ، ولعل سبب إضافة عبارة تطوير لمصطلح تكنولوجيا هو ارتباط دلالة استعمال عبارة تطوير بسياق التنمية والازدهار فيما يدر منافع على مستثمرها.

ويزيد احتمال صحة هذا التأويل بالرجوع إلى تعريف التطوير الذي يأتي بمعنى: "المحاولات المستمرة للوصول لمستويات أعلى من الأداء، في كل موقع من مواقعها، ويوفر

¹ -الهمشري وليد، عقود نقل التكنولوجيا: الالتزامات المتبادلة والشروط المقيدة(دراسة مقارنة)، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص43و44.

² -جابر عبد الرؤوف، مرجع سابق، ص31.

³ -القانون 11/98 المؤرخ في 22/08/1998، المتضمن القانون الخماسي التوجيهي والبرنامج الخماسي حول البحث العلمي والتطور التكنولوجي 1998-2002، ج ر ع 62، الصادرة بتاريخ 24/08/1998، ص3، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/08 المؤرخ في 23/02/2008، ج ر ع 10، الصادرة 27/02/2008

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

مجموعة من الزيادات التدريجية التي تساعد على بناء أداء رفيع المستوى¹، وهو سبب فتحه المجال لاحقا أمام المتعاقدين الاقتصاديين للاستثمار في البحث العلمي والتطوير التكنولوجي من خلال المادتين 4 و 5 من القانون رقم 21/15²، فالغاية من هذه العقود تتمثل في التطوير وتحقيق التنمية من خلال استقطابه أحدث التكنولوجيا ونشرها، وتحقيق الملائمة بينها وبين الاحتياجات المحلية للتنمية في كل القطاعات الاقتصادية، فالدولة أو احد فروعها عند إبرامها للعقد يكون العنصر المحدد فيها ليس مصلحة المستثمر الأجنبي الباحث عن العائد السريع، وإنما هو مدى مساهمة العقد في اقتصاد وخطة تنمية لدولة المتعاقدة.

وكذا يتأثر هذا العقد بالعوامل السياسية والتوجه السياسي والإيديولوجي للدولة المتلقية للمعرفة التكنولوجية، ففي كثير من الأحيان تقف هذه العوامل عائق في وجه نقل التكنولوجيا والتطور التكنولوجي، خاصة في حالة وجود صراع سياسي داخلي أو خارجي بين الدولة المصدرة والدولة المتلقية. من بين ذلك عدم تنفيذ عقد بين شركة فرنسية وباكستان لإنشاء مصنع لتخصيب اليورانيوم لتدخل العوامل السياسية لوقف إنشاء المصنع³.

المطلب الثالث: صور عقد الإستثمار التكنولوجي

افرز التعامل التجاري والتعاقدي في الدول النامية الطموحة لبلوغ مطلبها التكنولوجي مجموعة من العقود التي وظفتها من اجل رسم سياستها التنموية، تختلف باختلاف ما قد ترد عليه من محل، وفي إمكانية ورودها على مجالات مختلفة، فسحت الطريق لطالب الاستثمار

¹- عبد اللطيف مصطفى، عبد القادر مراد، اثر استراتيجية البحث والتطوير على ربحية المؤسسة الاقتصادية، جامعة قادي مرياح، ورقلة، العدد4، مجلة أداء المؤسسات الجزائرية، ديسمبر 2013، ص29.

²- القانون رقم 21/15 المؤرخ في 2015/12/30، المتضمن القانون التوجيهي حول البحث العلمي والتطوير التكنولوجي ، ج.ر.ع 17، الصادرة ب: 2015/12/30، ص06.

³- صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا "دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي"، مرجع سابق، ص84.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

في اختيار الصيغة التعاقدية الملائمة لحاجياته وظروف بيئته، بل إن البحث المستمر لطالب الاستثمار عن الصيغة التعاقدية التي تناسبه كان سببا في كثرة الصيغ المتداولة اليوم، إذ كلما كشفت صيغة عن قصورها ظهرت صيغة أخرى.

وأمام كثرة الصيغ المتداولة لنقل هذه الأخيرة، وكثرت ما لاقتها من تقسيمات ستقتصر دراستنا هذه على تناول أكثر الصيغ انتشارا¹، حيث تم تخصيص الفرع الأول من هذا المطلب لعقود تداول وتسويق التكنولوجيا والتي ينصب المحل من خلالها على تنظيم الحق في استعمال تكنولوجيا معينة دون المساس بملكيبتها، أو الاتفاق على تلقينها وتعليمها للطرف الآخر من العقد - يعبر عن التجارة التكنولوجية بين أطراف ذات مستوى متقارب كأصل عام-، أما الفرع الثاني فقد تم تخصيصه لعقود نقل السيطرة الصناعية، والتي تمكن الطرف الآخر من اكتساب التكنولوجيا الفعلية، وتنظيم العملية الإنتاجية بنفسه، وعلى نحو مستقل دون حاجة منه للتدخل

الفرع الأول : عقود تداول وتسويق التكنولوجيا

تعتبر عقود تداول وتسويق التكنولوجيا أدوات خلقت في الأصل من أجل تسهيل عملية تداول التكنولوجيا بين الدول المتطورة كأصل عام، لأنها مرتكزة على الحق باستعمال التكنولوجيا دون المساس بملكيبتها، وبالتالي تجد هذه العقود فعاليتها بين إطار المشروعات

3-من بين التقسيمات الواردة على هذه العقود نذكر تقسيم فليب كان أين اتبع أسلوبا خاصا في تقسيمها، إذ يميز بين العقود ذات الأثر على التقنية وبين العقود التي تستهدف بذاتها التقنية، بمعنى أنه يقيم تقسيما للعقود على موضوع أو أهداف العقود ذاتها، يتضمن النوع الأول عقود الاستثمار المباشر والعقود المتعلقة باستخراج الموارد الطبيعية، وقد أدرج في إطار الطائفة الأولى عقود بيع الآلات وقطع الغيار، والعقود المركبة كبيع الوحدات أو المجمعات الصناعية، تسليم المفتاح بأنواعها وغير ذلك من العقود المتعلقة بالتعاون الصناعي، أما النوع الثاني فقد أدرج فيه ما قد يؤدي لاكتساب حقيقي وفعلي للتكنولوجيا، ويدخل في إطاره عقود تنظيم المشروعات، وعقود تكوين وإعداد الكوادر الفنية المتخصصة أو عقود المساعدات الفنية، وعقود البحث والتطوير.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

ذات المستوى المتكافئ، حتى تمكنها من استيعاب وتطوير هذه التكنولوجيا، إلا أن الواقع اوجد هذه العقود في الدول النامية بالرغم من عدم وجود نقل فعلي للتكنولوجيا، وإنما اقتصر الهدف منها على مجرد تداولها وتسويقها ليس إلا¹.

والملاحظ على هذه العقود وجود قاسم مشترك يسمح بتجميعها في إطار فئة واحدة، ذلك إن وجود غايات اقتصادية مشتركة بالنسبة لمورد التكنولوجيا والدول النامية، يجد تعبيره على المستوى القانوني في التركيز بشكل أساسي على الحق في استعمال التكنولوجيا²، ومن صور هذه العقود نذكر:

أولاً: عقد الترخيص

يعد عقد الترخيص من العقود الناقلة للتكنولوجيا، التي يتم من خلالها نقل المعارف التكنولوجية بين المتعاملين في عقود الاستثمار، وهي من العقود الشائعة الاستخدام سواء من قبل الدول النامية أو الدول المتطورة، وذلك راجع لبساطة هذا العقد، وما يهمننا في دراستنا هو التعرف على هذا النمط العقدي، ثم تقييمه لنبين مدى فعاليته في تحقيق ما يعرف بالاستثمار التكنولوجي خاصة في الدول النامية.

1-تعرف عقد الترخيص

يضيف الترخيص المشروعية على استغلال احدهم للتكنولوجيا التي يملكها أو يحوزها الغير، إذ يأذن له بمقتضاها أن يمارس في حدود ما يسمح به الإذن حقوقا هي مخولة بالأساس لصاحب التكنولوجيا، أو لحائزها، ومن دون ذلك الإذن يعد استعمالها خرقا لحقوق الملكية الفكرية³.

1-حمدي محمود بارود، مرجع سابق، ص849.

2-سارة زياد مناصرة، مرجع سابق، ص26.

3-كاملي عائشة، مرجع سابق، ص169.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

أما عن تعريفه كعقد فقد ذهب الغالبية على تعريفه بأنه: "عقد يتيح بموجبه المرخص للمرخص له استغلال المعرفة الفنية، وما يشمل من حقوق الملكية الفكرية، خلال مدة معينة، وفقا لشروط وقيود معينة مقابل مبلغ دوري"¹.

ولكون عقد الترخيص لا ينصب فقط على المعرفة الفنية فحسب فقد ينصب على براءة اختراع، أو طرائق صنع، أو معرفة إدارية أو تنظيمية، أو علامات تجارية أو غيرها²، فإن التعريف التالي يبدو أكثر صوابا: "عقد يلتزم بمقتضاه صاحب حق ملكية صناعية (براءة اختراع، علامة تجارية، نموذج صناعي، اسم تجاري... الخ) بأن يمنح شخصا آخر الحق في الاستغلال لمدة معينة، في نظير مقابل معين"³.

أو بأنه: "العقد الذي يرخص بموجبه المرخص للمرخص له في الحق باستعمال واستغلال المعرفة الفنية وما قد يشمل من حقوق الملكية الفكرية خلال مدة معينة وفقا لشروط وقيود معينة، مقابل مبلغ دوري"⁴.

كما و ينصرف مفهوم عقد الترخيص إلى علاقة تعاقدية بين حائز التكنولوجيا "المستثمر" وطرف آخر يرغب في الحصول عليها "طالب الاستثمار"، ويتم ذلك بناء على شروط يتفق عليها مسبقا، إذ يتمكن من خلاله طالب الاستثمار من الحصول على حق

¹-بلغربي سليم دور الملكية الفكرية في تحقيق التنمية الاقتصادية المستدامة، ملتقى وطني حول الملكية الفكرية بين مقتضيات العولمة وتحديات التنمية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 28 و 29 افريل، 2013 ص188.

²-جمال علي العص، إشكالية نقل التكنولوجيا وتوطينها في الوطن العربي "سوريا نموذجا"، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الاقتصاد، جامعة تشرين، سوريا، 2007، ص38.

³-وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص268.

⁴-حسام الدين الصغير، ترخيص الملكية الفكرية ونقل التكنولوجيا، ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية لأعضاء مجلس الشورى، تنظمها المنظمة العالمية للملكية الفكرية بالتعاون مع وزارة التجارة والصناعة ومجلس الشورى، 23 و 24 مارس 2004، مسقط، سلطنة عمان، ص3.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

استغلال التكنولوجيا المملوكة للمستثمر لمدة معينة، وبمقابل مادي يتم الاتفاق عليه، لقاء السماح له باستغلال التكنولوجيا محل العقد¹.

نظرا لكثرة التعريفات المقدمة لعقد الترخيص، إلا أن جميعها تنصب في قالب واحد ألا وهو: تخصيص جزئي أو كلي لمعرفة تكنولوجية معينة مملوكة للمرخص²، وهو صاحب التكنولوجيا إلى طرف ثاني يرغب في الحصول عليها وهو المرخص له، من أجل استعمالها واستغلالها خلال مدة معينة، لقاء عائد مادي متفق عليه، فالمستثمر لا يمنح لطالب الاستثمار سوى حق الانتفاع بالمعرفة التكنولوجية واستغلالها صناعيا لمدة معينة، وعليه فعقد الترخيص عقد مؤقت بطبيعته يبرم لمدة زمنية محددة، وفي مقابل ذلك فحق طالب الاستثمار في استخدام المعرفة التكنولوجية هو أيضا حق مؤقت ينتهي بانتهاء مدة العقد³، وبالتالي فهو وسيلة لنقل التكنولوجيا من دولة إلى أخرى تحقيقا للاستثمار التكنولوجي المرغوب فيه محليا⁴.

2- تقييم عقد الترخيص

لتقييم أي عقد لا بد من التطرق لكل من محاسنه ومساوئه على حد سواء، وهو ما سوف نقوم بيه من خلال تقييمنا لهذا النمط العقدي لمعرفة مدى فعاليته ومساهمته في النهوض بقطاع الاستثمارات التكنولوجية.

أ-مزايا عقد الترخيص:

¹-أحمد طارق بكر البشتاوي، عقد الترخيص ببراءة الاختراع، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2011، ص9.

²-وقد يكون المرخص في عقد الترخيص إما صاحب حق ملكية لتلك التكنولوجيا او مرخص له مع الحق في إعادة ترخيصها.

³-مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص44

⁴-صلاح الدين جمال الدين، نقل التكنولوجيا...، مرجع سابق، ص100

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

يتسم الترخيص الصناعي على نقل التمكن التكنولوجي بمزايا عدة سواء فيما بين الدول المتقدمة أو بين هذه الدول والدول النامية ومشروعاتها، فهو يمثل إحدى وسائل نقل التكنولوجيا من دولة إلى أخرى، إلا أن ما يهمن هي تلك التراخيص التي تكون بين الدول المتقدمة والدول النامية على وجه الخصوص باعتبار الجزائر بلد نامي.

إذن من أهم الميزات التي يتميز بها عقد الترخيص انه يسمح بإقامة علاقة متوازنة بين الطرفين، إلا أن ذلك لا يصلح إلا فيما بين المتعاملين في سوق التكنولوجيا ممن يمتلكون كفاءات علمية وتكنولوجية متقاربة¹، فمن غير المعقول نقل تكنولوجيا في قمة التطور و الحداثة لدولة متخلفة عديمة الكفاءة العلمية أو جلب تكنولوجيا لا تتلاءم مع ظروف ذلك البلد الأمر الذي يجعلها لا تحسن استخدامها بتاتا، وبالتالي لا تحقق الغاية المرجوة من استقطابها.

كما ويمتاز الترخيص بأنه لا يتيح للمستثمر التحكم في سوق الدولة المضيفة أو في إدارة أنشطتها الإنتاجية محل الترخيص، وبالتالي يعتبر هذا النوع من الاستثمار وسيلة فعالة لخروجها من دائرة التخلف في إطار سياستها التكنولوجية نحو تحقيق التنمية الاقتصادية².

ويمكنها أيضا من تنمية التكنولوجيا الوطنية، فهناك العديد من الدول النامية تستخدم أسلوب التعاقد على التراخيص كمرحلة نحو التطور بالاتفاق على تكنولوجيا متوسطة التقدم فيما يتعلق بالصناعات الخفيفة، ثم تطور نفسها بغرض إنتاج منتجاتها المتقدمة أو إنتاجها الخاص³، من ذلك مثلا استخدام التراخيص الصناعية في الجزائر لصناعة السيارات وإعادة تركيبها ذات الأصل الفرنسي، وغير ذلك من الصناعات التي بدأت في إنتاجها فضلا عما كانت تنتجه ، فهو بذلك يساعد على تطوير الصناعات المحلية و يساهم في زيادة الإنتاج .

¹ - صلاح الدين جمال الدين، نقل التكنولوجيا...، مرجع سابق ، ص102

² -مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص49.

³ -صلاح الدين جمال الدين ، مرجع سابق، ص103.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

كما يعتبر الأسلوب الأكثر ملائمة للأنشطة الاقتصادية ذات الحجم المتوسط، حيث يلعب دوره كبدل للاستثمار المباشر بما يتطلبه هذا الأخير من حجم اقتصادي كبير، إضافة إلى ما يحققه من تنوع في المنتجات، وإمكانية التعامل بأحجام كبيرة للمبيعات، مما قد يهيئ الفرصة للوصول إلى أسواق المستثمر ذاته¹.

أما بالنسبة للدول المتقدمة المانحة للتكنولوجيا والمتمثلة عادة في المستثمر وهو صاحب التكنولوجيا محل الترخيص، فيكون في كثير من الأحيان لاعتبارات ذاتية للمستثمر ذاته، من خلال الحصول على عائد مغر من جراء الترخيص لتكريسه لخدمة أعمال البحث والتطوير التكنولوجي، فهي تعتبر مصدرا جيد من مصادر الدخل للشركة المستثمرة أو المستثمر بصفة عامة.

فضلا على انه يحمي استراتيجيته في مجال نقل التكنولوجيا من التصدع نتيجة الشيوخ والتقدم والتقليد، وكذا الحفاظ على موقعه التنافسي، وحماية أسواق صادراته خاصة إذا كان الترخيص مرتبطا بتصنيع المنتج محليا، كما هي العادة في الصناعات الهندسية².

إضافة انه من أسرع وأسهل الطرق والأساليب لغزو الأسواق الأجنبية وبصفة خاصة في حالة الشركات صغيرة الحجم³، مما قد يهيئ الفرصة للوصول إلى أسواق المرخص ذاته، مع إمكانية تحقيق التنوع في المنتجات والتعامل بأحجام كبيرة للمبيعات.

كما يعتبر وسيلة أمان للمستثمرين فقد يتخوف المستثمر من الدخول لأسواق جديدة ومجهولة، فيفضل منح ترخيص التكنولوجيا وبعد أن يطمئن للنتائج يمكن أن يقرر اللجوء

¹- انس السيد عطية سليمان، الضمانات القانونية لنقل التكنولوجيا إلى الدول النامية والمشروعات التابعة لها (دراسة في الإطار القانوني للنظام التكنولوجي الدولي السائد)، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996، ص284.

²- مرتضى عاشور، مرجع نفسه، ص48-49.

³- عبد السلام أبو قحف، الأشكال والسياسات المختلفة للاستثمارات الأجنبية، ط.2، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، 2003، ص31.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

للاستثمار في تلك الدولة، خاصة وان عمليات الإنتاج والبيع أو التصنيع ستتم بمعرفة أشخاص اقدر على تفهم ظروف بلادهم.

2-سلبيات عقد الترخيص

يتخلل عقود التراخيص التي يكون أطرافها دول نامية مجموعة من العيوب، ولعل أبرزها يتمثل في كونه عقد عال التكاليف في كثير من الأحيان، ويرجع ذلك إلى عدم وجود سوق لبيع وشراء المعرفة التكنولوجية، ومن ثم تتوقف التكلفة على القدرة التفاوضية¹.

كذلك قلة أو انعدام الأهلية التكنولوجية اللازمة بالدولة المضيفة والذي يؤثر سلبا في نجاحها لعدم امتلاكها القدر المناسب من المعارف التكنولوجية، الأمر الذي يجعلها محط رضوخ وتطويع للمستثمر، ويقلل من إمكانيتها على التفاوض، وبالتالي يفرض عليها شروط غير عادلة مستغلا وضعه الاحتكاري للتكنولوجيا في السوق، سواء ما يتعلق بمعدل العائد أو ما يطلق عليه الإتاوة².

من المتوقع أن تحرم الدول المضيفة من بعض أنواع التكنولوجيا الحديثة و المتقدمة إذا رفض الطرف الأجنبي التصريح براءات الاختراع والعلاقات التجارية وغيرها من مكونات التكنولوجيا، ومن ثم تتوقف التكلفة على القدرة التفاوضية لطرفي الاستثمار³.

كما انه يتخللها جملة من الشروط المقيدة التي من شأنها إحالة العقد عن المسار المحدد من التعاقد وإحكام سيطرة المرخص له وحرمانه من الدخول في حلبة المنافسة في الأسواق المحلية والعالمية مثالها⁴:

¹-مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق ، ص51.

²-صلاح الدين جمال الدين ، نقل التكنولوجيا.. مرجع سابق، ص104-105.

³-عبد السلام أبو قحف، مرجع سابق ، ص32.

⁴-ان الشروط الوارد ذكرها هي على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، إذ أنها كثيرة، مما يتطلب الحذر والدقة من الطرف المرخص له قبل إبرام العقد، وخاصة في مرحلة التفاوض.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

- شرط الشراء الإجباري، حيث يقوم المرخص بإلزام المرخص له بشراء الآلات والمعدات والمواد الأولية للإنتاج، وقطع الغيار منه أو من احد المشروعات التابعة له، وهذا الشرط له ما يبرره إذا كان السبب الحقيقي من وجوده ضمان الاستخدام الأمثل للتكنولوجيا، أو ضمان جودة المنتج، ولكن الأمر ليس دائما كذلك، ففي كثير من عقود الترخيص ما تكون الآلات والمعدات والمواد الأولية وقطع الغيار متوفرة في السوق المحلي أو العالمي بشرط أفضل، أو لها مثل بنفس مقاييس الجودة، وكثيرا ما يكون السبب الحقيقي من إدراج هذا الشرط هو تمكين المرخص من تحقيق أرباح إضافية، و أحكام السيطرة على المشروع¹.

- شرط السرية، فكثيرا ما تشترط عقود التراخيص منع المرخص له من استخدام التكنولوجيا عند نهاية مدة العقد، مع إلزامه برد كافة الوثائق التقنية إلى المرخص، بحجة ضرورة المحافظة على سريتها، بحيث يترتب على المرخص له عند نهاية العقد المفاضلة بين أمرين: إما تجديد عقد الترخيص، أوع التوقف عن ممارسة نشاطه، ويسعى المرخص من جهته إلى مد نطاق الالتزام بالسرية إلى أوسع حد ممكن، كما ويترتب عنه أثار سيئة ضمن الدولة المرخص لها نتيجة منع انتشار التكنولوجيا داخلها، بحيث لا يستبعد أن تقوم عدة مشاريع وطنية بالتعاقد استيراد نفس التكنولوجيا عدة مرات بعقود منفصلة وأعباء مالية جديدة².

- شرط منع المرخص له في القيام بعمليات البحث والتطوير، أو إدخال أية تعديلات أو تحسينات على التكنولوجيا محل الترخيص، خشية إمكانية تطويع تلك التكنولوجيا لتلاءم الأوضاع المحلية، مما قد يمكن المرخص له من اكتساب التكنولوجيا ومن ثم الاستغناء عن الاستيراد³.

¹-حسام الدين الصغير، مرجع سابق، ص11.

²-وفاء مزيد فلحوط ، مرجع سابق، ص324 و حسام محمد عيسى، مرجع سابق، ص352 وما بعدها.

³-حسام محمد عيسى، مرجع نفسه، ص353-355.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

- شرط منع التصدير أو الحد منه¹، ولا يخفى ما لهذه الشروط من مضار على تحقيق الأهداف المرجوة من وراء التعاقد على استغلال التكنولوجيا محل الترخيص، وتحديدًا فيما يتعلق بزيادة صادراتها، وحصتها في التجارة الدولية للسلع المصنعة، فالغاية الأساسية من إقدامها على التعاقد على هذا النوع من العقود هو استغلال تلك التكنولوجيا من أجل تحسين الإنتاج و تحقيق الأرباح قدر المستطاع، وإذا ما منعت من التصدير أو كانت صادراتها محددة، فما الجدوى من تحسينها للإنتاج وتطويره؟.

وفي سياق تقييمنا لهذا العقد، لا يسعنا القول إلا أنه وسيلة تدعم نظام الاحتكار في السوق الدولي للتكنولوجيا، فهو مجرد عقد يشتري بيه المرخص له الهدوء والسكينة في استغلال التكنولوجيا دون حيازتها، أو بتعبير آخر هو علاقة عقدية يدور محورها حول نقل حق من الحقوق الواردة على التكنولوجيا من المرخص إلى المرخص له دون نقل محل تلك الحقوق، والفرق بين نقل الحق ونقل محله فرق شاسع واسع، وهو ما دعا إلى ظهور أنماط عقدية جديدة.

وتجدر الإشارة، أنه عندما نتكلم عن عقود التراخيص يجب أن نفرق بين ما إذا كانت الدولة المضيفة أو المرخص لها دولة متقدمة أو نامية أو اقل نمواً ، فهذه النماذج من العقود لا تستوي جميعها على كفة واحدة.

فعقد الترخيص الذي تكون فيه الدولة المرخص لها اقل نمواً، فإنه بطبيعة الحال لن يحقق مطلبه التكنولوجي ذلك لعدم استيعاب الدولة للتكنولوجيا المرخص لها، وافتقارها للأهلية التكنولوجية، وستجد نفسها تتخبط في مجال ليس لها بيه أية دراية، كما ويأتي

¹-وتعد التجربة الإسبانية المناهضة لتلك الشروط من أكثر التجارب التي أثارت ضجة في العالم، إذ اصدر المشرع الاسباني مرسوما 1965،يرفض تلك الشروط بكل صراحة، الا انه اتجه بعد منع الشروط المقيدة على التصدير، باستثناء تلك الصادرات التي تتم لدولة المرخص ذاته، حسام عيسى ، مرجع نفسه، ص356-359.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

بمجموعة من الالتزامات والضمانات والشروط التي لا تخدم مصالحها وبالتالي لا تحقق الأهداف المرجوة من وراء استقطابها لهاته التكنولوجيا.

بينما النموذج الذي يكون فيه الدولة طرفا ناميا، فإنها قد تستفيد إلى حد ما من التكنولوجيا المرخص بها، كونها تملك قدرا مناسباً من الأهلية التكنولوجية، خاصة ما يتعلق منها بالصناعات الخفيفة-كما سبق وتم شرحه-، إلا أن الواقع العملي يثبت أن المرخص لهم من الدول النامية لم يصلوا إلى مستوى تكنولوجي جدير بالذكر.

أما ذلك الترخيص الذي يكون بين طرفين متقدمين، فيتمكن المرخص له من استغلال واستعمال المعلومات التكنولوجية عموماً وبالتالي يتم إزالة عقبة قانونية خالصة تقف في وجه المرخص له كونه يمتلك المؤهلات الكافية دون الحاجة لطلب المساعدة¹.

ثانياً: عقود بيع المجمعات الصناعية

اتجهت معظم الدول النامية لتسريع عجلة التنمية الاقتصادية من خلال بحثها عن صيغ تعاقدية جديدة، تكون متوافقة ومنسجمة مع مشكلات تنميتها من جهة، وظروفها التكنولوجية من جهة أخرى، وذلك من خلال إبرام مجموعة من عقود بيع المجمعات الصناعية، فالمستثمر أو الشركة متعددة الجنسية لا تلتزم فقط ببناء الوحدة الصناعية، بل بنقل التكنولوجيا في صيغة عقود منها: عقد المفتاح في اليد، وعقد المنتج في اليد، وعقد السوق في اليد.

¹ - وقد استفادة فعلاً بعض الدول المتقدمة كالصين وأمريكا واليابان من تلك العقود في تحقيق نوع من التمكن التكنولوجي، ففي إحصائية قامت بيها الويبو لعام 2000 وجدت إن أكثر من 100 بليون دولار أمريكي تأتي كعوائد عالمية من إيرادات الملكية الفكرية، حتى إن تلك الأخيرة تمثل على نحو غير ملموس أكبر عنصر لتقييم ثروة 500 شركة، وفاء مزيد فلهووط مرجع سابق، ص 261.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

1- عقد تسليم المفتاح باليد

إزاء عدم ملائمة الصيغ التي كانت سائدة في الستينيات كالأستثمار المباشر، وعقود التراخيص، اتجه بعضهم لتطويع صيغ جديدة أكثر ملائمة لعمليات نقل التكنولوجيا، وكان من بينها عقد تسليم المفتاح باليد¹، ونظرا لكونه يشتمل على العديد من الالتزامات وكثير من المفاهيم الخاصة، فقد كان علينا بالضرورة بيان مفهومه في المقام الأول، ومن ثمة تقييمه لمعرفة مدى فعاليته في تحقيق عملية الأستثمار التكنولوجي، شأنه في ذلك شأن عقود الترخيص.

01-تعريف عقد تسليم المفتاح

اختلفت التعارف المقدمة في شأنه، إلا أن ثمة قواسم مشتركة تجتمع فيما بينها، فمنهم من ذهب إلى تعريفه بأنه: "التزام المستثمر أن يسلم طالب الأستثمار مجمعا صناعيا في حالة تسمح بتشغيله، مع تحمل المستثمر المسؤولية الكاملة عن التشييد، وضمان التشغيل بالمعدلات المتفق عليها وبمعرفة العمال التابعين له، لقاء مقابل محدد"².

في حين عرفه آخرون بأنه: "عقد يلتزم المنشئ بموجبه لقاء عائد معين بانجاز وتوريد منشأة صناعية في حالة تشغيل إلى العميل وفقا لقدرات ومواصفات يبرهن عليها عند بدا التشغيل"³.

وعرف أيضا بأنه: "اتفاقا يتولى بموجبه احد الطرفين إقامة مصنع وتسليمه جاهزا للتشغيل للطرف الثاني، بما يستتبع انتقال المعارف الفنية إلى المتلقي من خلال المفتشين

¹-جلاء وفاء محبين، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا في ظل الجهود الدولية وأحكام نقل التكنولوجيا في قانون التجارة

الدولية، ط.1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2001، ص30.

²- انس السيد عطية، مرجع سابق، ص41.

³-صلاح الدين جمال الدين، نقل التكنولوجيا.. مرجع سابق، ص116.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

الإدارين القائمين على إنشاء المصنع بما يقدمونه من معارف فنية كاملة، ورسوم هندسية، وخطط تفصيلية، إضافة إلى تدريبهم لعمال المتلقي على تشغيل المصنع وصيانته¹.

بينما رأى فيه البعض: "اتفاق موضوعه الأساسي الاستثمار التكنولوجي، يبرم بين طرفين (طالب الاستثمار والمستثمر)، بحيث ينوي طالب الاستثمار القيام بمشروع معين، ويكلف المستثمر بالقيام بجميع الأعمال التي قد تؤدي إلى انجاز هذا المشروع بصورة كاملة وجاهزة للعمل حالا، وذلك عن طريق تسليم طالب الاستثمار مفتاح المشروع، وتسليم المفتاح يعني أن جميع المتطلبات اللازمة لإتمام المشروع قد تكن فعلا، وإن بإمكان طالب الاستثمار أن يبدأ استعماله في الغاية التي وجد أجلها"².

وبالرغم من صحة ما ورد من تلك التعاريف، إلا أننا نرجح عدم دقتها من جهة أن عقد تسليم المفتاح لا يأتي ضمن قالب واحد، إنما قد يرد على شكل عقد مفتاح ناقص أو خفيف ويكون ذلك عندما يلتزم المورد بتصميم المشروع والإشراف على تركيبه وتشغيله، بينما يحتفظ الطرف المتلقي بجزء من الأعمال لنفسه، كتقديم المعدات والآلات أو تركيبها تحت إشراف المورد مع القيام بأعمال تشييد المباني، كما قد يرد على شكل عقد مفتاح شامل أو ثقيل، حيث يتحدد مضمون العقد الرئيسي بتقديم خدمة مصحوبة بتوريد معدات أو منشأة، وتتجسد تلك الخدمة بتقديم المساعدة الفنية بما في ذلك تدريب عمال المتلقي لتمكنهم من حسن الاستغلال، وتقديم كافة المعلومات اللازمة لتشغيل والإنتاج.

وعموما يهدف هذا النوع من العقود إلى تسليم وحدة صناعية أو مجمع صناعي بصفة جاهزة من المستثمر إلى طالب الاستثمار³، مثالها عقود تشييد المطارات ومشروعات إنشاء معامل تكرير البترول، ومصانع المعدات الحربية والالكترونية، وكذلك يمكن أن نجد مثال في التعاقد بين البرازيل والشركة الفرنسية "turbomeca" و البريطانية "rolls royce" لإنشاء وحدة صناعية لصيانة وإصلاح محركات الطائرات طراز "رولزرويس" المستخدم في

¹-وفاء مزيد فلحوط ، مرجع سابق، ص334.

²-بشار قيس، مرجع سابق، ص263.

³-مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص53.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

الطائرات المدنية والعسكرية على حد سواء¹، كما يهدف إلى تسريع وتيرة تصنيعها ببناء قاعدة صناعية قبل التحكم في عملية الإنشاء².

أما بخصوص التنظيم القانوني، فلم يحظى باهتمام تشريعي وطني إذ يعد عقد المفتاح باليد من العقود المركبة، غير المسماة في التشريع الجزائري، ويقصد بالعقد غير المسمى بأنه "العقد الخارج عن التنظيمات النموذجية التي حددها القانون على سبيل الحصر"، والذي يتم تمييزه عن طريق خليط من العقود القائمة والداخلية في تركيبه، تسعى جميعها إلى تحقيق الهدف النهائي والمشارك، المتمثل بنقل التكنولوجيا، بينما لكل عقد من العقود هدفه الخاص³، ولذلك يتم إعمال التشريعات النازمة للملكية الفكرية، والقواعد الموضوعية العامة في القانون التجاري والقانون المدني.

أما على المستوى الدولي فقد اوجد بعض النماذج والقواعد الإرشادية التي قامت بوضعها الهيئات الدولية، مثل الشروط العامة التي صاغها الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين عام 1977 والمعدلة في عام 1987 والتي يعبر عنها بالfidic "الفيديك"، من تحديد لواجبات المهندس وسلطاته، وإمكانية النزول عن العقد، والتزامات المقاول، ومسؤولية صاحب الإشغال⁴.

¹-صلاح الدين جمال الدين، نقل التكنولوجيا، ص112.

²-بوضراف الجيلالي، التجديد ونقل التكنولوجيا مجلة أبحاث اقتصادية وإدارية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، مجلد5، العدد1، ص40.

³-فيجمع عقد المفتاح باليد ويضم سلسلة من العلاقات القانونية يشكل كل منها عقدا مستقلا عن الآخر كعقد بيع التجهيزات، عقد مشروع هندسة مدنية، عقد مساعدة تقنية، يتخللها جميعها نقل تكنولوجيا، ناصيف الياس، العقود الدولية: عقد المفتاح باليد، منشورات الحلبي الحقوقية، ط01، بيروت -لبنان، 2008، ص50.

⁴-وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص352.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

02-تقييم عقد تسليم المفتاح عمليات الاستثمار التكنولوجي

كما هو الشأن في تقييم عقود الترخيص من خلال ذكرنا لمحاسنه وعيوبه نفس الأمر بالنسبة لعقد تسليم المفتاح باليد اذ نتطرق لكل من مزياء ومساوئه هو الآخر.

أ-مزايا عقد تسليم المفتاح:

تم الدفاع عن مجموعة من المزايا التي توفرها عقود تسليم المفتاح للمتلقي من الدول النامية، سواء من الناحية الاقتصادية او القانونية .

-من الناحية الاقتصادية: يرى جانب من الفقه أن هذا النمط العقدي يسمح بتحسين وتجديد الصناعات المحلية، اذ يمكن للدولة المشتري ان تتجه الى إنتاج صناعي معين دون ان تمتلك التقنية اللازمة لإنتاجه، مما يحقق تقدما في التصنيع بسرعة اكبر، ودون مواجهة الصعوبات الإنشائية او الهندسية، وبعبارة أخرى يمكن لدولة طالبة الاستثمار رغم عدم حيازتها لطرق الإنتاج والهندسة الصناعية اللازمة ان تتحصل على ما تبتغيه من طرق التصنيع في الوقت الذي تتفرغ فيه لوظائف الإنتاج فحسب، وبالتالي يساعدها على كسب الوقت وتوفير الكلفة قدر الإمكان، حيث يسمح لها بتجميع سريع لتكنولوجيا بالحصول على تراخيص استغلال براءات الاختراع والمعرفة الفنية التي تلزم لتشغيل الوحدة الصناعية المتعاقدة عليها، مع تجنب صعوبة التنسيق بين موردين متعددين فيما لو كان طالب الاستثمار لا يملك القدرة على التحكم في التكنولوجيا المتعاقدة عليها، فضلا أنها تساعد على تجنب الأخطاء في التنفيذ، كما تسمح وحدة العقد بالحصول على ائتمان اكبر لتمويل المشروع، من ذلك الذي يتاح للعقود المنفصلة¹.

وقد عرفت الجزائر نطاق واسع للتطبيق هذه العقود خاصة في مجال المحروقات، التي زاد دخلها القومي في السبعينيات من خلال اكتسابها صناعات كاملة لاستغلال مواردها

¹ - صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق ص124-125، و وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق ، ص352-353.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

الطبيعية بتجميع وتكوين المعارف التكنولوجية -استنادا على قاعدة تكنولوجية يتم استردادها-، بغية تكوين وتطوير قدراتها الإنتاجية، ذلك في شكل بناء مركبات صناعية كبرى وفق أسلوب المفتاح باليد، كما يقوم كذلك بتدريب اليد العاملة الوطنية من أجل التحكم في المشروع، وكان الهدف من تلك المرحلة حل مشاكل التصنيع، و استثمار الموارد الطبيعية¹.

-من الناحية القانونية: تتميز عقود تسليم المفتاح باليد بطابعها البسيط والواضح الغير المعقد، خاصة من جهة إمكانية تحديد المسؤولية، نظرا لقيامها كاملة على المنشئ عن جودة وقدرة المنشأة على الإنتاج، كما تحقق تلك الصيغة ضمانا أفضل فيما يتعلق بتواريخ تنفيذ الأداء كما ونوعا²، ومن جهة أخرى يسمح هذا النظام التعاقدي للمنشئ بتخطيط عملية التنفيذ، ويسير له الالتزام بالمدة المتفق عليها، كما وتسهل من عملية التفاوض لإبرام العقد، وتمنع تجزئة الجهد عند حل المنازعات المحتمل ان تنشأ بين أطرافه نتيجة تعقد المشروع³.

ب-سلبات عقد تسليم المفتاح باليد

على الرغم من قلة من مميزات بشأن هذه العقود، إلا أنها قد وجهت إليها جملة من الانتقادات التي استطاع الفقه تسجيلها، ومن أبرزها نذكر:

-انه عقد عال التكاليف، اذ يحصل المستثمر على مقابل باهظ الثمن لقاء التزاماته، فتقديرها يكون بثمان إجمالي، دون تحديد ثمن ملائم لكل عنصر من العناصر المقدمة من المستثمر، فضلا عن الخطورة الناشئة عن عدم استيعاب المعرفة التكنولوجية من قبل طالب الاستثمار. بعد قطع العلاقة ما بين المستثمر وطالب الاستثمار، وهذا ناشئ عن التخلف

¹-صوبع صهيبي، النظام القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية(البوت) وتطبيقاته في الجزائر، رسالة لنيل شهادة

الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2012-2013، ص34.

²-وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص353.

³-صلاح الدين جمال الدين، نقل التكنولوجيا...، مرجع سابق، ص126.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

التكنولوجي والعلمي لدى الدول المتقدمة، ما يعني إمكان توقف المصنع الذي نشأ بموجب هذا العقد عن العمل¹، كما قد يأتي الثمن باهضاً نتيجة لقبول المستثمر تحمل مسؤولية المخاطر التي يصعب تقدير مداها عبر التزاماته المتعددة².

- طول الوقت اللازم للإنجاز، إذ يستغرق وقتاً طويلاً لإنجازه في الواقع العملي، زيادة عن الوقت الطويل الذي تستغرقه عمليات التفاوض بين طرفي المتلقي والشركات التي تدخل في المناقصة الدولية التي يطرحها الأول، وهي فترات قد تزيد أحياناً على الوقت الذي كان يلزم لإبرام عقود منفصلة لتجميع المنشأة الصناعية³.

- عدم كفاية الضمانات، إذ هي مقيدة بمدة زمنية قصيرة لا تتعدى سنة من بدء التشغيل، فضلاً عن تقييدها من حيث الكيف ومن حيث عدم جواز تجاوز حدود المسؤولية عن الإضرار التي قد تنتج من الوحدة الصناعية، لنسبة معينة من قيمة العقد⁴، وفي أقصى تقدير لا يجوز أن تتجاوز قيمة العقد ذاته ومن ثم فقد لا يتناسب التعويض مع الضرر الناتج، فضلاً عن أن مورد الوحدة الصناعية يغلب أن يضع هذه النسب في تقديره عند تحديد الثمن، بما يزيد الأخير بالتبعية⁵.

- عدم توفير الرقابة اللازمة للمستثمر على العمليات أو السوق أو الجودة، ومن ثمة فإن أي خلل يحدث من جانب الطرف طالب الاستثمار، في هذا المجال، قد يسئ بطريقة مباشرة أو غير مباشرة إلى سمعة المستثمر في السوق المضيف، الأمر الذي يؤدي إلى

¹-مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 57-58.

²-محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، المجلد الأول، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، ط.1، دار الثقافة، للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص 222.

³- صلاح الدين جمال الدين، نقل التكنولوجيا.. مرجع سابق، ص 128.

⁴-مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 58.

⁵-صلاح الدين جمال الدين، نقل التكنولوجيا.. مرجع سابق، ص 128.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

تقلص فرص الدخول في مشاريع أخرى تحت هذا الشكل من الإستثمار، وتحت أي شكل آخر¹.

- عدم فاعلية كل من الالتزامات، فقد لوحظ عمليا عدم فعالية مجموعة من الالتزامات خاصة منها ما هو متعلق بإعداد الدراسات الأولية ، وتقديم المعدات، وإعداد وتقديم الوثائق، والالتزام الضمان، وتقديم المساعدة الفنية².

في سياق تقييمنا لهذا العقد من طرح لمختلف الايجابيات والسلبيات المتعلقة به، فلا يسعنا القول إلا انه عقد غير كاف لتحقيق التمكن التكنولوجي، وما قيل من ميزات فما هو إلا ضرب من التفاؤل لا وجود له، وهي وجهة نظر مؤيدة لما جاء به الفقه الذي عرض لهذا النظام العقدي بأنه لم يكن الأداة القانونية الأفضل لتحقيق الإستثمار التكنولوجي، وان أثرها في تحقيق ذلك الغرض كان محدودا للغاية، فكما سبق وان رأينا أن هذا الأسلوب التعاقدى يمنع من تدخل مكتسب التكنولوجيا في أعمال متلقيها، أثناء إقامة المنشآت وتجميع المعدات والآلات وتجهيز الوحدة الصناعية للتشغيل، مما يحول دون اكتساب الأول الخبرات التي تمكنه من تشييد وتجهيز الوحدات الصناعية في المستقبل اعتمادا على الخبرات الوطنية المحلية وحدها³، وهو بذلك ناقل لتقنية أكثر من نقله للتكنولوجيا، وقد قدم الفقيه Emmanuel تشبيها لذلك العقد، بحالة المهندس المعماري أو المقاول الذي يبني منزلا ويسلمه جاهزا بالمفتاح دون أن يعلم المشتري كيف صممه أو كيف بناه⁴.

¹- عبد السلام أبو قحف، مرجع سابق، ص33.

²- وفاء مزيد فلحوط، مرجع نفسه، ص356 وما بعدها..

³- صلاح الدين جمال الدين، مرجع نفسه، ص130.

⁴- وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص354.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

2- عقد تسليم الإنتاج في اليد

انطلاقا من القناعة بمجمل الانتقادات الموجهة لعقود تسليم المفتاح، جاء الطرح الجزائري لنموذج عقد جديد وهو عقد الإنتاج باليد¹، فهدف هذا النوع من العقود هو تنمية العناصر الاقتصادية للدولة، اذ انه قد نتج عن عقد تسليم المفتاح فشل بعض المصانع وتوقفها، مما دفع بالدول النامية إلى المطالبة بزيادة في التزامات المورد، وسنوضح بطبيعة الحال المقصود من هذا النمط العقدي، وكذا مدى إشباعه للمطلب التكنولوجي في الدول النامية من خلال هذه الصيغة المطورة.

أ-تعريف عقد الإنتاج في اليد:

رغم الانتشار الواسع لهذا النوع من العقود، إلا أن تكييفه القانوني ليس محل اتفاق لدى الفقه، حيث يرى جانب من الفقه انه: "العقد الذي يلتزم فيه الطرف الأجنبي بإقامة وحدة صناعية بنظام "تسليم المفتاح باليد"، بالإضافة إلى تقديم المساعدة الفنية لاستمرار إدارتها وتشغيلها، بما في ذلك تدريب العمال المحليين حتى يكتسبوا الخبرة اللازمة للحصول على إنتاج المتفق عليه كما ونوعا"².

ويستند أنصار هذا الرأي إلى عقد المفتاح الثقيل، والذي يلتزم فيه الناقل بإنشاء وحدة صناعية كاملة وتأهيل اليد العاملة المحلية لتشغيله، بحيث يرون ان عقد الإنتاج في اليد ما هو إلا مثال عن تطور عقد المفتاح في اليد³، إلا انه وبجانب هذا الفقه ، فقد وجد اتجاها آخر يرى في هذه العقود بأنها نمطا جديدا مستقلا عنه، رؤى فيها أنها تحقق الحلول التي تم

¹-وذلك من خلال "المذكرة الجزائرية" المقدمة إلى مؤتمر ملوك ورؤساء الدول الأعضاء في منظمة البلدان العربية المصدرة للبترول المنعقد في الجزائر في مارس 1975، ويبدو ان ذلك الطرح قد اعتنق المفهوم التقليدي للتنمية، انس عطية سليمان، مرجع سابق، ص445-448.

²-وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص381-382.

³-عباسية حمزة، وسائل نقل التكنولوجيا وتسوية نزاعاتها في ضوء القانون الدولي، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة شلف، الجزائر، 2007/2008، ص54.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

تصورها لمعالجة قصور سابقتها، بحيث تتضمن نقلا فعليا للتكنولوجيا، منظورا إليه بأنه: "صيغة عقدية تتضمن ديباجتها تسليم المنتج بالأهداف التي وضعتها الدولة المتعاقدة، من خلال انجاز وتسليم الوحدة الصناعية محل التعاقد، مع استيعاب التكنولوجيا المتصلة بها، والسيطرة عليها بصورة تكفل تنمية إنتاجها، ومواجهة التطور المتلاحق للتكنولوجيا، والاحتياجات المتنامية للدولة المضيفة، وذلك خلال المدة المحددة"¹.

ويبدو أن عقد المنتج في اليد بهذا التصور ليس فقط تنمية العناصر في القطاع المحدد بالعقد، بل هو أبعد من ذلك إذ أن الهدف النهائي هو تنمية العناصر الاقتصادية للدولة ككل، لذلك أطلق عليه من قبل البعض بعقد بيع التنمية التكنولوجية، على سند من أن طالب التكنولوجيا لا يقدم على شراء المصنع كآلات وتجهيزات كان بإمكانه تجميعها بشراء كل منها على حدة، إنما يهدف إلى إنشاء مصنع في حالة تشغيل مقترنا باكتساب المعرفة الفنية اللازمة لإدارته وتشغيله بمعرفة العاملين المحليين في الدول طالبة الاستثمار، ومن ثمة فإن الهدف من إبرام العقد وتنفيذه إنما هو في المقام الأخير تحقيق التنمية في كل المجالات الاقتصادية والاجتماعية².

2- تقييم عقد المنتج في اليد عمليات الاستثمار التكنولوجي:

بما أننا اعتمدنا في تقييمنا للعقود السالفة الذكر التطرق لكل من مزاياها وسلبياتها فسيكون نفس المنهج المتبع في تقييمنا لهذا النمط العقدي، ذلك ما سنعرضه بالترتيب على النحو التالي:

¹-صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص134-135.

²- مرجع نفسه، ص135-136.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

أ- مزايا عقد المنتج في اليد:

تظهر أولى هذه المزايا من خلال صياغة مقدمة العقد، حيث كثيرا ما تكشف عن غاية نقل السيطرة الصناعية للطرف المتلقي على نحو صريح وواضح، حيث نجد في ديباجة احد العقود: "...لا ينبغي بلوغ المعدلات المتفق عليها فحسب، وإنما كذلك السيطرة على التكنولوجيا بطريقة تضمن تنمية الإنتاج تبعا لتطور التكنولوجيا والاحتياجات .."¹.

كما ويتيح تأكيد وضمان استمرارية تدفق تيار المعلومات الفنية على المدى بين مرحلة إبرام العقد، وتشديد الوحدة الصناعية، حتى مرحلة الإنتاج، مما يسمح بتجنب حالة الثبات أو الركود أو التوقف فيما يتعلق بالتطورات التكنولوجية المتلاحقة².

وبما أن التزام المستثمر يكون بتقديم المساعدة الفنية طوال فترة تنفيذ العقد فان ذلك يعني استمرار تدفق المعلومات الفنية مما قد يهيئ السبل لتحسين الإنتاج وتنميته تبعا لتطور التكنولوجيا واحتياجاتها، وكذا توفير خدمات أخرى كتأسيس نظام لضبط الجودة، أو تأسيس قسم لصيانة المعدات .. الخ³.

كما ويضمن بناء قدرات تكنولوجية لنقل واكتساب التكنولوجيا، حيث يساعد في تكوين رأس مال بشري للقدرات التكنولوجية الحيوية، والابتكارات والفرص الاستثمارية وتنمية المشروعات الصغيرة والمتوسطة.

ب- عيوب عقد المنتج في اليد:

¹-وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص375.

²-صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص140.

³-وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص377.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

يعاب عليه كعقد ارتفاع كلفته بشكل كبير، ومرد ذلك إلى كون تنفيذ العقد يمتد خلال فترة طويلة نسبياً¹، قد تصل إلى خمس سنوات على الأقل، مما يؤثر تأثيراً مباشراً على السعر لمواجهة أخطار التضخم وانخفاض قيمة العملة²، كما أنه مع القيود المفروضة على المواعيد النهائية ظهر ميل المستثمر إلى تضمين العقد هامشاً كبيراً للسعر من أجل التعاقد من الباطن، مع ميله إلى إعطاء الأولوية للموردين المنتمين إلى ذات المجموعة، بغض النظر عن الأسعار المعروضة من الشركات الأخرى خارج مجموعته³، كما كان المنشئ يعمل على احتساب هامش آخر يضاف إلى التكلفة الحقيقية، تحت بند تأمين ضد المخاطر الخارجية عن إرادته كالحوادث الفجائية، والإخطار التي قد يرتكبها المقاول من الباطن، والجزاءات التي قد توقع عليها التأخير في التنفيذ⁴، مما منح طلبه لتلك التكلفة حجة وتبريراً.

وفي حالة ظروف استثنائية طارئة يتم إعادة توزيع مخاطر ومسؤوليات العقد، تكون الدولة المضيفة في موقع تفاوضي ضعيف يضطر معه إلى قبول كافة الشروط التي يملئها عليها المستثمر الأجنبي الذي يتمتع بمركز تفاوضي قوي بسبب امتلاكه لتكنولوجيا، بينما يضطر الطرف المحلي إلى تحمل كل أو معظم نفقة هذه الظروف من أجل تكملة المشروع⁵.

بالإضافة إلى حاجة مستورد التكنولوجيا الدائمة لتواجد الخبرات الفنية الأجنبية اللازمة لتسيير مشروعه⁶، مما يخلق مشكلة التبعية التكنولوجية.

¹ - مناصره سارة، مرجع سابق، ص 32.

² - صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 142.

³ - وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص 379.

⁴ - صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق ص 141.

⁵ - بن شيجة قادة هشام، أثر عملية نقل التكنولوجيا على التنمية الاقتصادية للبلدان النامية، مجلة العلوم الاقتصادية، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، المجلد 10، العدد 10، جوان 2015، ص 94.

⁶ - كاملي عائشة، مرجع سابق، ص 178.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

وقد أوضحت إحدى الدراسات على عينة شملت عشرة مشروعات في قطاع البترول والغاز الطبيعي، والبتروكيماويات أقيمت وفقا لترتيبات على هذا العقد في الجزائر، أين اتضح أن سبعة مشروعات منها قد تأخر تنفيذها لفترات طويلة مما كلفها مبالغ باهظة و انخفاض كبير في التصنيع¹.

ومن الانتقادات التي توجه إلى هذه العقود ان المنشئ قد يضطر تحت ضغط من مستورد التكنولوجيا وخشية ان توقع عليه جزاءات التأخير الباهظة، إلى انجاز المشروع بسرعة غير ملائمة، مما قد يؤدي إلى وقوع الأخطار الفنية التي تؤثر على الوحدة الصناعية كلها².

3- عقد السوق في اليد

نتيجة الانتقادات المقدمة لكل من عقد تسليم المفتاح وعقد تسليم الإنتاج، ولد عقد جديد يجمع بين كل من العقدين ويضيف التزام آخر ألا وهو التسويق، ليضمن بذلك عدم خسارة متلقي التكنولوجيا بعد انجاز المشروع، حيث تطور فيه التزام المستثمر الأجنبي من مجرد التزام ببذل عناية في عقود تسليم المفتاح، إلى التزام بتحقيق نتيجة في عقود تسليم الإنتاج، ليصل إلى حد الالتزام بالتسويق أو شراء جزء معين من الإنتاج من خلال هذه الصيغة التعاقدية التي نحن بصدددها.

أ-تعريف عقدالسوق في اليد

يعرف عقد السوق في اليد بأنه:"اتفاق يلتزم فيه المورد بتقديم الدراسات وإقامة الوحدة الصناعية وضمان الإدارة ثم تسويق المنتج"³.

¹-بن شيجة قادم هشام، مرجع سابق، ص91-92.

²-صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص142.

³-مرجع نفسه، ص145.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

و يظهر هذا التعريف إضافة إلى العقدين السابقين التزام جديد على عاتق مورد التكنولوجيا، وهو التزام بتسويق المنتجات، وكيف الفقه هذا الالتزام على انه التزام بوسيلة فحسب وليس التزام بتحقيق نتيجة لأن السوق خارجة عن سيطرة المورد، أما إذا كان المورد محتكرا لهذه التكنولوجيا، أو كان الاتفاق يقضي بشراء المورد لكل المنتج أو جزء منه، فهنا يصبح التزاما بتحقيق نتيجة¹.

وتجدر الإشارة إلى انه قد يكون الالتزام بالتسويق التزاما دائما كما قد يكون مؤقتا، فإذا ما كان التزاما دائما فان مورد التكنولوجيا يلتزم بضمان ببيع وتصدير جزء محدد من إنتاج الوحدة الصناعية، أما إذا كان مؤقتا يكون ذلك بهدف مساعدة طالب الاستثمار أو التكنولوجيا في توزيع الإنتاج حتى يتمكن من ذلك بنفسه².

2/تقييم عقد السوق في اليد في عمليات الاستثمار التكنولوجي

يتميز هذا النوع من العقود بأنه أسلوب جديد لتوسيع دائرة نشاط المورد الحائز للتكنولوجيا، ويسمح بزيادة تدخله في أساليب الإنتاج بحجة ضمان المواصفات المناسبة للمنتج الذي يتولى توزيعه، وهو فضلا عن ذلك يتمكن من التحكم في النواحي التكنولوجية اللازمة للإنتاج، كما يسمح باستخدام العاملين محليا واستغلال الموارد المحلية، وتحقيق السيطرة الفنية على التكنولوجيا المنقولة أملا في الوصول يوما إلى التطوير و الابتكار والتصدير³.

كما ويساعد العمال المحليين اكتساب الخبرة التسويقية، إذ يعتبر نشاط التسويق من الأنشطة التي تتيح للعاملين اكتساب الخبرات الخارجية في مجال التصدير والاستيراد والاحتكاك بالأسواق الخارجية، والتعرف على كيفية التعامل مع تلك الأسواق.

¹-صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود تنمية التكنولوجيا، .. ص84

²-صلاح الدين جمال الدين، نقل التكنولوجيا.. مرجع سابق، ص146.

³-صلاح الدين جمال الدين، .. مرجع نفسه، ص148.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

فضلا عن زيادة حياة دورة المنتج، إذ تساهم الأسواق الجديدة في إتاحة اكبر فرصة ممكنة للمنتجات المحلية للاستمرار في الحصول على قبول السلع والخدمات، وينعكس ذلك على دورة حياة المنتج، حيث يساهم في زيادة بقاء السلع والخدمات في الأسواق الجديدة أطول فترة ممكنة قد تزيد عن فترة بقاء السلع أو الخدمات في الأسواق الداخلية.

الزيادة في حجم المبيعات، وذلك من خلال ممارسة المستثمر الحائز لتكنولوجيا لنشاط التسويق والقيام بتوزيع المنتجات في أسواق متعددة ، فإنها تضمن بذلك تصريف كميات معينة من المنتج، مما يساهم ذلك في ثبات حجم المبيعات والقدرة على المحافظة على استقرار الطلب، توسيع فرص الاستثمار باعتباره احد الطرق للوصول للأسواق الخارجية¹.

الفرع الثاني: عقود اكتساب السيطرة التكنولوجية

وهي عبارة عن مجموعة من العقود تمكن من نقل القدرات اللازمة لاستغلال وتطبيق التكنولوجيا، وكذلك التمكين من تطويعها وإعادة إنتاجها وتحسينها، بحيث يكون بمقدور الدولة المضيفة أو طالب الاستثمار ذلك دونما الحاجة لتدخل المستثمر صاحب التكنولوجيا، إذ يعد المحل الرئيسي لهذه العقود هو اكتساب التكنولوجيا لا مجرد استعمالها، وكان من أهم تلك العقود، عقود التعاون الصناعي، وعقود تقديم الخدمات التكنولوجية بمختلف أنواعها.

أولاً: عقد التعاون الصناعي أو " عقود المشروعات المشتركة"

ظهر مصطلح عقود التعاون الصناعي في الستينيات في إطار الدراسات الاقتصادية الدولية²، نتيجة مساوئ ومخاطر الحلول الجاهزة التي كانت توضع تحت تصرف الدولة المضيفة دون أن يكون لها الحق في المساس بملكيّتها- كما هو الشأن في العقود السابق تداولها-، مما أدى إلى ظهور لحد ما أزمة عالمية في حياة التجارة الدولية، وكان الحل

¹-نوري منير، التسويق الدولي، ط.1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2020، ص18

²-صلاح الدين جمال الدين، نقل التكنولوجيا.. مرجع سابق، ص148

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

الأمثل للخروج من تلك الأزمة هو اللجوء إلى عقود التعاون الصناعي، نظرا لما تقدمه من مزايا لطرفيها، وخاصة الدول النامية التي فضلت الدخول كشريك تجاري نظرا لما قد تحققه من مزايا تنموية لا يمكن بلوغها بجهد طرف واحد، ومن جهة مقابلة امتنعت بعض الشركات الأجنبية عن تقديم التكنولوجيا لبعض المشاريع دون مشاركتها فيها، إذ رأت في تلك الطريقة تحاشيا لمخاطر التأميم ونزع الملكية¹، وضمانا للحصول على معاملة تفضيلية، والعديد من المزايا الاقتصادية².

ومن هنا يثور التساؤل عن مدى إمكانية رصد هذه الظاهرة من الناحية القانونية؟، وهل لها دور في عمليات الاستثمار التكنولوجي في الدول النامية؟.

أ-تعريف عقود التعاون الصناعي.

لقد تعددت التعاريف الخاصة بعقود التعاون الصناعي، وقدمت مفاهيم كثيرة بشأنها، إلا أننا يمكن حصرها بتعاريف فقهية وأخرى بجهود دولية، والتي من خلالها يمكن استيعاب المفاهيم العامة لها.

-التعاريف الفقهية:

لقد مزج الفقه في تحديد مفهوم هذه العقود بين المعايير الاقتصادية والقانونية، ومن التعريفات التي قدمها الفقه في هذا الصدد نجد التعريف القائل بأن عقد التعاون الصناعي

¹-وهو السبب التي تمكنت من خلاله الحكومة الجزائرية من إقناع الشركات الأمريكية العاملة في البترول بتخليها عن عقود الامتياز لصالح عقود المشاركة، حيث نظمت فعلا علاقتها العقدية مع لشركة Getty petroleum على ذلك الأساس ، حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص186-187.

²-كالإعفاءات الضريبية وتصاريح الإقامة والعمل للموظفين الأجانب، وإمكانية تحويل الأرباح إلى الخارج، كما يمكنها من الدخول إلى أسواق الدولة الشريكة، إضافة إلى تقديم الحلول لكثير من المشاكل الجدية ذات الصلة، ومثالها مشكلة هجرة الأيدي العاملة إلى الدول المتطورة على نحو تعد سبب البطالة فيها، بحيث يمكن من خلال التعاون التقليل من تلك الهجرة، وكذلك المشاكل الأخرى مثل ما يتعلق بالبيئة، ونقص المساحة والماء والتي تشكل عوائق جدية في الدول المتطورة يمكن تجاوزها باللجوء إلى الدول النامية، وفاء مزيد فالحوط، مرجع سابق، ص436-437.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

هو: "مؤسسة يملك فيها المستثمرون الوطنيون نسبة اقل 51% من رأس المال أو يملكون نسبة أعلى، على أن هذه الحصة غير معتبرة في الإدارة الفنية والمالية والإدارية والتجارية في الشركة"¹.

ونجد أيضا تعريف الفقه الألماني الذي قام بتعريفه استنادا على عناصره فعرّفه: "العلاقة التي تنطوي على عدة عناصر هي: -التعاون التقني ويشتمل على التراخيص باستغلال التكنولوجيا، والتعاون في الإنتاج، والتعاون في بيع أو تسويق المنتجات"، ويضيف البعض عنصر استقلال الأطراف والمساواة بينهم كشركاء².

بينما عرفها الفقه اليوغسلافي بقوله: "التعاون الدولي الصناعي هو صورة خاصة للتعاون الدولي الاقتصادي، تتعاون فيها مشروعات مستقلة من دول مختلفة بهدف إنتاج منتج معين بمزيد من الفعالية في استخدام الظروف التكنولوجية، بزيادة التخصص في الإنتاج والبحث والتطوير، من أجل تحقيق الآثار الاقتصادية المستهدفة"³.

إلا أن أكثر تلك التعاريف مرونة كان ذلك الذي حدد العقد من خلال إطاره ومضمونه، بحيث يركز الإطار على المساواة بين الشركاء، والتي تتم بشكل تدريجي عن القرار المشترك، أما المضمون فيمثل المواضيع المشتركة غير المحددة تفصيلا وذات الأمد الطويل، مما يولد التزامات غير واضح يقبلها المتعاقدون استنادا على الثقة المتبادلة⁴.

¹-صالح بن بكر الطيار، العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، ط.2، مركز الدراسات العربي الاربوي، دار بلال، بيروت، لبنان، 1999، ص76.

²-صالح الدين جمال الدين، ... مرجع سابق، ص158

³-وفاء مزيد فلهوط، مرجع سابق، ص440.

⁴-مرجع نفسه، ص440

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

2-تعريف المنظمات الدولية:

تعترف اغلب الأدبيات العربية والأجنبية عن المشروعات المشتركة بوجود نوع من الغموض في تحديد المقصود بالمشروع المشترك، بمعنى أن يكون هناك أكثر من طرف ينتمون إلى دولتين أو أكثر، وهكذا فإنه يخرج من نطاق فكرة المشروع المشترك المشروعات التي تكون مملوكة لطرف واحد أنشأها بقراره، مثل الصناديق العربية القائمة على بعض الأقطار العربية لتمويل التنمية الاقتصادية في أقطار أخرى، عربية وغير عربية، فهي لا يمكن اعتبارها مشروعات مشتركة لأن كلا منها يملكه ويديره بالكامل وباستقلال مطلق القطر الذي أنشأه¹.

وقد عرفت اللجنة الاقتصادية الأوروبية التابعة للمجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة بأنها: "عمليات تتجاوز البيع والشراء البسيط للأموال والخدمات، تحتم إنشاء مصلحة مشتركة بين بلدان مختلفة لفترة معينة، وغالبا ما تكون لتلك الفترة طابعا تطوريا"².

بينما تعرفها منظمة unctad في إحدى تقاريرها الصادرة عام 1985، بأنها: "شكل جديد نسبيا، يمثل العقود المبرمة لعدة سنوات بين شركاء ينتمون إلى أنظمة أو بلدان مختلفة وتشمل في مجموعها عمليات متكاملة ومتضامنة"³، كما وترى أن المشروعات المشتركة هذه تتضمن ثلاث أنواع وهي⁴:

¹-مقروس كمال، دور المشروعات المشتركة في تحقيق التكامل الاقتصادي: دراسة مقارنة بين التجربة الأوروبية والتجربة المغربية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة فرحات عباس، سطيف، الجزائر 2013/2014، ص59.

²-مناصرة سارة، مرجع سابق، ص35.

³-وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص439.

⁴-مقروس كمال، مرجع سابق، ص60-61.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

-المشروعات التي تقوم بين بلدين أو أكثر، أو فيما بين عدة بلدان، والتي تعتبر ذات فائدة مباشرة لها، وتشكل نوعا من الاستثمار المشترك، مثل مشاريع الجسور التي تربط بلدين، أو خطوط أنابيب الغاز، أو محطة توليد كهربائية يشترك فيها أكثر من بلد.

-مشروعات بمكونات وطنية ثم التنسيق فيما بينها وجرى ربطها معا رغم أن لكل منها مواصفاته الخاصة، وتم إنشاؤه بناء على قرار استثماري منفرد، مثل شبكات الطرق وشبكات المواصلات السلكية واللاسلكية والشبكات الكهربائية.

-المشروعات التي تقام في بلد واحد وتستخدم مدخلات من بلد آخر، أو تلك التي تنتج لإشباع الحاجات من سلع وخدمات لصالح بلدين أو أكثر، مثل الصناعات الثقيلة التي تقام باتفاق بين بلدين، وكذلك الموانئ والقنوات، وفي هذه الحالة يجوز أن ينتمي المستثمرون إلى دولة واحدة أو أكثر.

يلحظ من خلال هاذين التعريفين أن الأول يميل لترجيح عقود التعاون الصناعي بين أطراف متساوية التطور لحد ما (غربية-غربية)، بينما الثاني يعتبر أكثر عمومية، بحيث يتحدث عن عقود التعاون بين أطراف غير متساوية التطور (متقدم-نامي)، كما يمكن أن يتسع ويشمل عقود تكنولوجية أخرى¹.

والتعريف المتبع لدى مجلس الاقتصادي والاجتماعي العربي، يدل على أن عقود المشروعات المشتركة هي: "تلك المشروعات المقامة وفقا للقوانين السارية المفعول في الأقطار العربية او في إطار الاتفاقيات العربية، والتي تشترك في إقامتها أطراف عربية في بلدين أو أكثر، سواء أكانت هذه الأطراف ومؤسسات قطاع عام أم خاص أم مختلط، والتي

¹-وقد لقي هذان الاتجاهان انعكاسات لهما في الوسط الفقهي، ففي الوقت الذي يؤكد فيه "ديبيزون" بأن التعاون لا يمكن ان يقوم الا بين اطراف عربية متساوية في التقدم ، يؤكد السيد" توسكوز" على التعاون الصناعي بين الشمال والجنوب، بغض النظر عن ما اذا كان طرفين متساوين في التطور، بل وإنما يشجع على التفرقة بين الطرفين ليكمل كل منها الآخر، وفاء مزيد فلحوظ مرجع نفسه ، ص439 .

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

تستهدف القيام بنشاط إنتاجي تجاري أو خدمي أو غيره، والذي من شأنه ان يحقق منافع اقتصادية لأقطار عربية، ويعزز التشابك والتلاحم بين اقتصاديات هذه الأقطار، ويزيد من متانة الروابط والعلاقات الاقتصادية والتبادل فيما بينها¹.

يتضح من خلال اطلاعنا لمجموعة مختلفة من التعريفات المقدمة بخصوص هذا العقد انه ليس له قالباً قانونياً موحداً، بل مجموعة من الصيغ المرنة ابتدعت لمواجهة الحاجات الاقتصادية، التي يفرضها التعاون الدولي في دوائر الأعمال الصناعية، فهناك من قيده بغرض صنع منتج معين -كما هو الشأن في تعريف صالح بن بكر الطيار-²، بينما اكتفى آخرون بتحديد العناصر الأساسية للمشاريع المشتركة إذ يكفي توفر هذه العناصر لاعتبار العقد من العقود الصناعية³.

ومنه نقترح التعريف التالي: اتفاق يعقد بين طرفين أو أكثر - سواء كان هذا الاتفاق بين طرفين متساوون في درجة التقدم، واحدهما متقدم والآخر نامي، أو أن تكون بين الدول النامية نفسها-، يدخل احدهما كشريك تجاري بحصة متمثلة بالتكنولوجيا، والآخر بحصة تتمثل بما لديه من وحدات صناعية والآلات، وما قد يصاحبها من رأس المال النقدي، من اجل تحقيق أهداف متنوعة تحدد باتفاق الطرفين، لأجل مؤقت أو مستمر.

وتجدر الإشارة إلى انه يمكن أن تكون الشراكة بين مؤسسة غير تجارية مثل الشراكة بين الجامعة والتنظيم الصناعي، كأن تدخل شركة أدوية في شراكة صناعية مع إحدى الجامعات عن طريق توفير الأموال من اجل البحث في بعض الأنواع من الدواء، في المقابل

¹-سميح مسعود برقاي، المشروعات العربية المشتركة الواقع والآفاق، ط.1، مركز دراسات الوحدة العربية، سلسلة الثقافة القومية، بيروت- لبنان، 1988، ص20.

²-حيث يعرفه على انه: "اتفاقية تقوم على مقايضة معقدة ينجم عنها نوع من التخصيص الكلي او الجزئي للمؤسسات المتعاقدة، حيث تقوم بتصنيع منتج معين..." صالح بن بكر الطيار، مرجع سابق، ص83

³-تتمثل العناصر المشتركة هذه في :-وجود تجمع ذي طابع عقدي، الاستغلال المشترك لما يقدمه الأطراف من موارد، تحديد محل النشاط من جهة المضمون والمدة، مشاركة الأطراف في إدارة النشاط، اقتسام نتائج النشاط، حسام محمد عيسى، مرجع سابق، ص229.

الباب الأول: التأسيس القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

فان الجامعة تجعل نتائج البحوث متاحة للشركة، فكيلاهما قد وضعا الأبحاث التي أجريت معا من اجل التقدم أكثر، ومثال آخر لمثل هذا التعاون الصناعي تصنيع سيارة ما يكون من طرف شركة والكلية تقدم التقنية، بينما تقدم الشركة الأموال للكلية التي تستثمر في الشراكة من خلال تبادل نتائج البحوث التكنولوجية.

2-تقييم دور عقود التعاون الصناعي في تفعيل الاستثمارات التكنولوجية

الثابت أن تجربة المشروعات المشتركة تجربة حديثة نسبيا ويصعب تقييمها، إلا أن ذلك لم يمنعنا من التصدي لعملية التقييم هذه، من خلال التعرض لمختلف الآثار الايجابية التي تساهم في الارتقاء بالاستثمار التكنولوجي، والآثار السلبية التي قد تعثره.

أ-الآثار الايجابية لعقود التعاون الصناعي

لاشك أن المشروعات المشتركة تتمتع بالعديد من المزايا التي تجعل منها وسيلة هامة وأداة فعالة لتحقيق التكامل الاقتصادي والنهوض به، وتزداد فعالية هذه المشروعات كصيغة عقدية متميزة لتحقيق التكامل الاقتصادي لما تنفرد به عن صيغ أخرى من سمات، سواء بالنسبة لطرف طالب التكنولوجيا أو الطرف صاحب التكنولوجيا فهي تحقق منافع لكلا الطرفين، يمكن تلخيصها في الآتي:

بالنسبة لدولة المضيفة طالبة التكنولوجيا عن طريق الشراكة هاته، فإنها تتيح لها بطبيعة الحال فرصة اكبر لتنفيذ سياستها الاقتصادية والاجتماعية سواء ما تعلق منها بالعمالة أو إعادة استثمار الأرباح أو تدريب العمال والمديرين او فرص ادني للأجور، كما تزيد احتمال اعتماد المشروع على المنتجات الأولية والوسيطه المنتجة محليا¹.

¹-احمد إبراهيم عبد الهادي، المشروعات المشتركة، بحث منشور على الموقع: <https://kenanaonline.com> تاريخ

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

ارتفاع المبيعات المحلية وتوسيع نطاق تواجد هذه المؤسسات العالمية، نظرا لزيادة حجم الإنتاج وتحسين جودته، نتيجة استعمال أحدث التكنولوجيات، وبالتالي زيادة درجة رضا المستهلكين عن المنتجات، مما يحقق الهدف المنشود وهي اكتساب الميزة التنافسية التي تجعلها تبحث وتطور وتبدع ولما لا ان تبتكر، لتلتحق من خلالها بركب الدول المصنعة الكبرى، وبالتالي التقليل من التبعية التكنولوجية لهاته الدول، والتخلص ولو بنسبة قليلة من التبعية للموارد الطبيعية كالغاز والنفط¹.

تعتبر وسيلة أساسية للتعاون في مجال الاستغلال الثروات المشتركة بين عدة دول، والتي قد لا تتمكن دولة واحدة بإمكانيتها الذاتية المتاحة من استثمارها بسبب كبر حجم الاستثمارات والموارد المطلوبة².

ويضاف إلى ذلك أنها تعتبر وسيلة هامة لتأهيل المؤسسات الاقتصادية للدول النامية، كونها تساهم في تحسين تنافسية هذه المؤسسات من خلال الحصول على المعرفة والاستفادة من التكنولوجيا المطورة التي تحوزها المؤسسات الأجنبية، وتوظيفها في العمليات الإنتاجية مما يؤثر إيجابا على جودة المنتجات، وبالتالي زيادة درجة ولاء المستهلكين.

كما يستخدم هذا النوع من العقود لتقليل مخاطر المنافسة، أو على الأقل السيطرة النسبية والمحدودة على الآثار السلبية أو التهديدات المرتبطة بهذه المخاطر، مثالها تطوير شركة Boeing من خلال شراكة دولية مع العديد من الشركات اليابانية لتقليل المخاطر المالية الخاصة بعملية التطوير، وإنتاج جديد من طائراتها وهي 777³.

¹ - احمد إبراهيم عبد الهادي، مرجع نفسه.

² - مقروس كمال، مرجع سابق، ص 62

³ - سهام موسي، نوال شين، أشكال إستراتيجية الشراكة الصناعية ودورها في تحقيق التنمية الذاتية للمؤسسة، مجلة نماء للاقتصاد والتجارة، جامعة محمد خيضر (بسكرة)، العدد 2، ديسمبر 2017، ص 135.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

كذلك تمكنها من الحصول على تكنولوجيا متقدمة وملائمة تساعد على زيادة الإنتاج وتغطي النفائص التي كانت تعترى المؤسسة المتعاقدة، مما يؤدي لاكتساب حرف جديدة لمواكبة التطورات المتسارعة التي تحدث في حقل التكنولوجيا يوما بعد يوم، بحيث ما كانت لتصل لزيادة الإنتاج تلك لولا مشاركتها للمستثمر الأجنبي صاحب التكنولوجيا.

في حين تركز أهمية عقود التعاون الصناعي بالنسبة للمستثمر الأجنبي فيما يتاح له من مميزات اقتصادية وسياسية واجتماعية، فالميزة الأولى تظهر من خلال تعظيم العائد الذي قد يحصل عليه لقاء تقديمه للتكنولوجيا محل العقد مما تساعد على زيادة الإنتاج وبالتالي تقاسم الأرباح فكلما كأنه هذه تكنولوجيا أكثر فعالية كلما زادت أرباحه، ويضاف إلى ذلك أن هناك منتجات تحتاج إلى مراكز بيع أو مراكز خدمة للمستهلك، ويمكن أن يتم ذلك تحت رعاية وإشراف الشريك المحلي بفاعلية أكثر هذا بالإضافة مصادر التمويل المحلية والتي يمكن ان يقدمها الشريك المحلي¹.

أما المزايا السياسية فتكمن في كون أن المشاركة المحلية مع المشروعات الاستثمارية لنقل التكنولوجيا يظهر المنشأة على أساس أنها محلية، ويتجنب بذلك المستثمر الأجنبي الخوف من المصادرة أو التأميم أو نزع الملكية التي قد توجه ضد المشروعات الأجنبية خاصة في الدول النامية حيث نجد الملكية الأجنبية تكتنفها بعض المخاطر الناتجة من التوترات السياسية.

هذا بالإضافة إلى تمتع المنشأة بالحماية الجمركية والإعفاءات الضريبية وغير ذلك من الحوافز التي تضعها الدول النامية من أجل التنمية الصناعية²، هذا ويضاف إلى أن الصداقة مع الموظفين المحليين تعتبر أساسية من أجل نجاح مشروع دولي جديد.

¹- أحمد إبراهيم عبد الهادي، مرجع سابق.

²- غسان عبيد محمد المعموري، المشروعات الاقتصادية الدولية المشتركة والتحكم فيها، مجلة أهل البيت عليهم السلام، جامعة كربلاء، العدد 23، د.س، ص 428.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

أما اجتماعيا فإن المشاركة المحلية تستخدم في عمل صورة ذهنية طيبة للشركة على أنها محلية يدعوا إلى زيادة فرص نجاح الشركة داخل المجتمع، وهذا أمر هام بالنسبة للشركات أو المشروعات التي تقوم بإنتاج السلع الاستهلاكية ونفس الوضع أيضا بالنسبة لمنشآت الخدمات مثل البنوك وشركات التأمين وشركات الفنادق، وفي مجال العلاقة العمالية فإن المشروع المشترك يتمتع بميزة هامة حيث أنه يمكن أن يتفاوض بسهولة مع نقابات العمال المحلية دون أن يكون عرضة للهجوم مثلما يحدث للفروع المملوكة بالكامل للأجانب هذا بالإضافة إلى تشجيع الحكومة لتلك المشروعات ومعاملتها لها¹.

ب- الآثار السلبية لعقود التعاون الصناعي

يمكن التأكيد بداية على نفعية عقود التعاون الصناعي فيما لو تم تطبيقه تطبيقا سليما إلا أنه قد كشفت الممارسات العملية لهذا العقد مجموعة من النقائص يمكن تلخيصها فيما يلي:

تتجسد أهم الثغرات العملية لهذه العقود في أن هناك ارتفاع واضح في كلفة اقتناء التكنولوجيا، سواء بشكل مباشر فغالبا ما كان مبلغا مبالغا فيه بالرغم من أنه ليس ثمة مبررا لتقاضي ذلك المبلغ مادام أن الشريك الأجنبي سيحصل على حصته من أرباح المشروع المشترك ، أو على نحو غير مباشر أين كانت هي الأخرى مرتفعة بدورها، ودلل العجز القائم في ميزان الدول النامية الناتج عن استيراد بعض المشروعات المشتركة في بعض المجالات كالصناعات الدوائية، مما زاد أحيانا عن 90% من مكونات الإنتاج من الشركة الموردة للتكنولوجيا، في الوقت الذي بلغت فيه نسبة صادراتها قيمة ضئيلة غير جديرة بالذكر².

¹-احمد إبراهيم عبد الهادي، مرجع سابق.

²-وفاء مزيد فالحوط، مرجع سابق، ص 361-362.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

كما انتقد هذا العقد لأنه لا ينشأ أهلية تكنولوجية للطرف المتلقي، حيث ان جميع العمليات التكنولوجية التي تنتمي هذا الإطار ينفرد بالقيام بها المستثمر الأجنبي الحائز للتكنولوجيا، وإذا كان للطرف المتلقي دور فهو ثانوي، ونظرا لطول مدة تنفيذ هذه العقود المستمرة فكثيرا ما تكون عرضة للأخطار، وذلك نتيجة لتغير الظروف السياسية والاقتصادية المحيطة بالعقد مثل حركات التأميم ، وهذا ما يجعل بعض رجال القانون يصنفه ضمن العقود الاحتمالية التنفيذ¹.

كما أن ما يقدمه الشريك الأجنبي من تقنية قد لا يؤدي إلى تحقيق اي تقدم ملموس في الأهلية التكنولوجية الذاتية للدولة النامية، هذا فضلا عما يؤدي إليه اشتراط الشريك الأجنبي شرط تولي تابعة إدارة المشروع المنشأ، من تبعية تنفيذ السياسة التكنولوجية للشريك الأجنبي على حساب سياسة التنمية في البلد المضيف، رغم أن ذلك قد يخلو من تحقيق المصلحة العامة للمشروع في بعض الأحيان نتيجة عدم إحاطة هؤلاء التابعين بأحوال السوق المحلي، والمنتجات المنافسة، ووسائل التسويق المتاحة والقواعد القانونية المنظمة للنشاط الصناعي محل التعامل²، فعلى الرغم من وجود تعاون إلا انه قد يصعب تحديد الأهداف والمصالح المشتركة للطرفين، خاصة إذا ما كنا أمام مشاركة بين الدولة أو احد مشروعاتها، إذ أن الدولة غالبا ما تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة ورفع المستوى المعيشي للفرد وتحقيق الانتعاش الاقتصادي بعيدا عن الربح، على عكس الشريك الأجنبي الذي يسعى إلى تحقيق الربح أولا ولا يكثرث بالمصلحة العامة.

كما ويلحظ عنها أن هناك العديد من الشركات التي تجتنب الخوض في مثل هذه العقود والدخول في مشاركة المشروع بحصتها التكنولوجية، وإنما تريد أن تسيطر عليه سيطرة كلية، من ذلك مثلا شركة "جنرال موتورز" التي تعد أضخم الشركات العابرة للقوميات والتي

¹-محسن شفيق نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، ط.1، مركز البحوث والدراسات لقانونية والتدريب المهني القانوني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1984، ص208.

²-صلاح الدين جمال الدين، نقل التكنولوجيا...مرجع سابق، ص164-165.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

ترفض اللجوء إلى أسلوب المشروعات المشتركة، ومن ثمة فهي تحجم عن القيام بأي استثمارات في تلك الدول التي تشترط قوانينها ضرورة مشاركة رؤوس الأموال المحلية في ملكية أسهم الشركات التي تقام في أراضيها¹.

ومن خلال تقييمنا لهذا العقد يمكن القول أن المشروع المشترك له دور مقبول نوعا ما في المعاملات الاستثمارية التكنولوجية التي تتم بين الشركاء، سواء من وجهة نظر الدولة المضيفة أو المستثمر الأجنبي وإن كان قد يتخلله بعض الثغرات، ومن خلال اطلاعنا على بعض الدول التي تعاملت بهذه العقود لاحظناها أن هناك دولا نجحت لسلوكها هذا الطريق الاستثماري، كتجربة الدولة الماليزية مع هذه العقود، حيث أسفرت إلى نقل فعلي للتكنولوجيا فيما يتعلق بتصميم وتنفيذ مشاريع استثمارية للبنية الأساسية فيها مثل بنائها للجسور، لاسيما في تعاقدتها مع كوريا إذ تم تنفيذ 30% من المشروع التعاوني بمساهمة محلية، وكذلك عند تعاقدتها مع سنغافورة التي قامت بتزويدها بالخبراء، وكذلك في تعاونها مع شركات هندية حيث سمحت للتقنيين الماليزيين بالتدريب في مصانع هندية حديثة².

في حين هناك دولا فشلت فيه، ولعل ذلك متوقف على شخصية عاقيه، وبعبارة أخرى على رغبة الطرف طالب الاستثمار بالاستيعاب التكنولوجي وقدرته على ذلك، وأمثلتها كثيرة من الدول النامية كالجزائر التي لا طالما استعانت بهذه العقود في جل صناعاتها إلا أنها لم تحقق ذلك التطور المرغوب، فلا تزال في حاجة كبيرة إلى المساعدات التقنية، وما يؤكد ذلك توجهها الدائم إلى طلب المعاونة ومشاركتها للشركات الصناعية المتقدمة والمستثمرين الأجانب لإتمامها للمشروع المراد انجازه.

كما ويلاحظ إضافة إلى نتائج متفاوتة، أنها لا تبرم في صيغة واحدة، وإنما قد ترد في شكل صيغ مختلفة، فنجد مثلا شركة مثل شركة Fluor corporation الكائن مقرها

¹-مرجع نفسه ، ص162

²-وفاء مزيد فلحوط، هامش 3، مرجع سابق، ص466.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

بلوس أنجلس عند توجهها إلى دولة نامية مثل السعودية فإنها تفضل عقود الحزمة التكنولوجية، كما حصل في أكبر عقودها عام 1985 لبناء احد المصانع، في حين عندما تواجه متلقيا مثل الحكومة الإيرانية أو التايوانية ..الخ فقد تجد ان الطريقة الوحيدة للقيام بعمليات محلية هناك، هي باللجوء إلى عقود التعاون الصناعي، كما حصل في مشروعها المشترك لإنشاء معامل تكرير النفط مع شركة النفط الإيرانية الوطنية N.I.O.C(iranian oil campany، حيث تم الاتفاق على تدريب الجانب الوطني، كجزء أساسي من ذلك المشروع، حتى تمكن الإيرانيون فعلا من الإسهام في العمليات التقنية "التصاميم الهندسية"¹.

وبالتالي لكي تحقق هذه العقود النجاحات التي حققتها قريناتها من الدول المتقدمة، ودخولها في العالم الجديد الذي لا يؤمن إلا بالعولمة وجب تطبيقه تطبيقا سليما دون السماح للمستثمر الأجنبي في التحكم في طريقة الشراكة بما يستتبع ذلك من نتائج ضارة.

الفرع الثاني: عقود الخدمات التكنولوجية

أنتج الواقع العملي عددا كبيرا من الخدمات التي كانت محلا لمجموعة من العقود والتي يمكن تصنيفها عبر مجموعتين، تشمل المجموعة الأولى خدمات ما قبل المشروع "إعداد دراسات الجدوى"، وأخرى أثناء التنفيذ "تصميم الإنتاج ومخططات الآليات والبناء"، وخدمات أنشطة الإنتاج "التأهيل والتدريب والبحث والتطوير..."، أما المجموعة الثانية منه فتشمل الخدمات المعاصرة لتحويل المواصفات الناجمة عن المرحلة الأولى وكيانات مادية ملموسة، وهي ما تسمى بـ "خدمات الإنشاء المادية"².

¹ -قامت إيران ببناء معامل مماثلة، مستخدمة ذات الفريق الهندسي والموظفين والتصاميم والمعدات المستخدمة في المعمل الأول، وكانت شركة للإيرانيين) Fluor Iran (قد شكلت في 1985 بنسبة 51%، وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص464 .

² -مرجع نفسه، ص469

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

ونظرا لطابع التعددي لهذه العقود، سنتطرق لأهمها وهي عقود المساعدة الفنية، وعقود الهندسة، وعقود البحث والتدريب.

أولاً: عقد الدعم الفني

كان أول تطبيق لهذا العقد سنة 1948 من خلال تقديم الولايات المتحدة الأمريكية المساعدات الفنية لدول الأوروبية من أجل بناء اقتصاديها التي دمرته الحرب، وعندما اتخذت عملية إعادة بناء أوروبا المجرى المناسب قل الانشغال بها في تلك الدول، ليتجه بعد ذلك لرسم طرق المساعدة الفنية لدول العالم الثالث نتيجة لافتقارها لهذا العنصر الجوهري بهدف النمو الاقتصادي وكان ذلك عام 1949، ومنذ ذلك الحين وضع الفقه المبادئ الأساسية في هذا الصدد، وتقرر أنه لا يجوز مد المساعدة الفنية إلا للحكومات، أو بالاتفاق معاً وفي الصورة التي تتطلبها هي، ومع مرور الوقت ومسايرة لتطورات وظهور مؤسسات صناعية أدت إلى تطور ملموس بتجاوزها نطاقها الأصلي لتدخل في نطاق تجاري بحث، وبالتالي تحولت المساعدة إلى سلعة تجارية فيما بين المؤسسات¹.

يجعنا هذا التحليل التاريخي السريع نتساءل عن مدى مساهمة هذه المساعدات في التطوير الصناعي والتنمية الاقتصادية؟، ذلك بعد ما أن نقوم بتوضيح مفهوم هذه العقود بطبيعة الحال .

أ-تعريف عقد الدعم الفني

رغم أن فكرة المساعدة ليست بالفكرة الجديدة-كما سبق وذكرنا-، إلا أنه لم يستقر الفقه أو ذوي الخبرة على تعريف دقيق لها، ولعل ذلك راجع إلى اتساع تلك الفكرة، التي تلازم غالبية من العقود بشروط ومستويات متغايرة، كالمساعدة بالتركيب أو بالتشغيل أو بتحسين

¹-نصيرة بوجمعة سعدي، مرجع سابق، ص 207-208.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

سير الوحدة الصناعية... الخ¹، إلا أن ذلك لم يمنع بعضهم من محاولة إعطاء تعريف لهذا النمط العقدي حيث عرف بأنه: "أداة لتغطية التدريب والتعلم، ونقل المعرفة الفنية والكفاءات والخبرات، كما تتيح اكتساب تكنولوجيا محددة"²، وهناك من يعرفها بأنها: "عبارة عن تقديم الخدمات اللازمة لوضع المعرفة المنقولة موضع التنفيذ"³، ويذهب البعض الآخر إلى تعريفه على ذلك العقد الذي يقوم فيه المستثمر بمساعدة طالب الاستثمار في السيطرة على التكنولوجيا المنقولة⁴.

كما يمكن تبيان مفهومه على أنه اتفاق يلتزم به المستثمر (الطرف الأجنبي) بتزويد طالب الاستثمار (الطرف المتلقي) بالفنيين اللازمين لتدريب الأفراد المعنية، على تشغيل الأجهزة والآلات المستخدمة في عملية الإنتاج وصيانتها، أو تدريبهم على إدارة المشروع بالأساليب الفنية⁵.

يلاحظ على التعريفات المقدمة بأنها ناقصة وغير مكتملة حيث لا يظهر فيها الهدف من تعاقد الطرف الأجنبي، وركز فقط على أهداف الدول المتلقية الذي يكمن في الاستفادة من الدعم الفني، ولا حتى الطريقة التي تتم بها المساعدة، لاسيما أنها قد تختلط مع بعض الأفكار مثل فكرة المعرفة الفنية، والتعاون الصناعي وما إلى ذلك .

بناء على ذلك نقترح التعريف التالي: هو اتفاق بين طرف أجنبي يقوم بتقديم وتوفير المعونة الفنية لكافة التطبيقات والبرامج أو أجهزة الحاسب الآلي... الخ، إلى الطرف الثاني وهو متلقي المساعدة الذي يرغب من الاستفادة من خبرات الطرف الأول في هذا المجال،

¹-صالح بن بكر الطيار، مرجع سابق، ص68.

²-نصيرة بوجمعة سعدى، مرجع سابق، ص212.

³-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص214.

⁴-حمزة عباسية، وسائل نقل التكنولوجيا وتسوية نزاعاتها في ضوء القانون الدولي، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية

الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2007-2008، ص47.

⁵-حفيفة السيد الحداد، مرجع سابق، ص191

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

ويكون ذلك بمقابل يتلقاه الطرف الأول مقابل تقديمه للمساعدة التقنية، و لمدة محددة قابلة لتجديد.

2- تقييم دور المساعدة التقنية في تنمية الاستثمار التكنولوجي

لتقييم فعالية دور المساعدة الفنية في تنمية عمليات الاستثمار التكنولوجي يهمننا تحديد مزايا هذه المساعدات سواء من وجهة نظر المورد أو المكتسب، وكذا العيوب التي قد تدرج تحت طائفة هذا النوع من العقود، وهذا ما نعرض له فيما يلي:

أ- مزايا عقد المساعدة التقنية :

يسجل عقد المساعدة التقنية العديد من النقاط الايجابية لطرفيه، سواء كان الطرف المحلي (المكتسب)، او الطرف الأجنبي (المستثمر).

- من وجهة نظر المكتسب، يدرج اللجوء إلى المساعدة الفنية بالنسبة للمكتسب من اجل المساهمة في تحقيق درجة من التقدم التكنولوجي في ميادين الإنتاج والتسويق وتنمية المهارات¹، حيث هناك من تم درجها لتحل محل صيغ عقود بيع المجمعات الصناعية - السابق ذكرها-، لان هذه العقود قد لا تضمن نتيجة المساعدة الفنية، فبعض منها يستبعد نقل الخبرة والمعارف الفنية²، وكذا من اجل المساهمة في خلق العديد من الفرص العمل الجديدة وزيادة التدفق من الاستثمارات الأجنبية المباشرة وغير المباشرة، ويؤيد ذلك ما حققته الكثير من دول العام الثالث مثل الجزائر وتونس وسيريلانكا وجزر الكاريب من عوائد جراء هذا النوع من الاستثمارات³.

¹-مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص64.

²-نصيرة بوجمعة سعدي، مرجع سابق، ص222.

³-عبد السلام ابو قحف، مرجع سابق، ص40 و مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق ص64.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

ويضاف إلى ذلك منح يد المساعدة لشركات لديها برنامج استثماري كبير قيد التنفيذ وخطط له، إلا أنها بحاجة إلى مساعدة شركة ذات خبرة ومعرفة تكنولوجية لكي تتمكن من تخطي تلك الفوهة المتمثلة في الافتقار التكنولوجي، وذلك من خلال تكليف طاقم فني مختص في تعليم وتكوين موظفي هذه الشركات على اكتساب تلك الخبرات والمهارات بغرض الاستفادة منها وتطبيقها في عملية الإنتاج، فتعليم وتكوين المساعدين الفنيين لدعم تشغيل وإدارة الوحدة الإنتاجية الخاصة بهذه الشركات طالبة الاستثمار تعتبر من الناحية القانونية احد أهم الالتزامات العقدية في عقد المساعدة التقنية.

كما وانه نوع مناسب عندما يكون المستوى التكنولوجي لمشروع طالب الاستثمار ضعيف، وهو الحال لمعظم مشروعات الدول النامية، مما سيكون أداة في يد هذه الدول لتطوير صناعاتها وتنمية قدراتها الإنتاجية، حتى يكون هناك زيادة في الاستثمارات وبالتالي تنمية الأوضاع الاقتصادية، إذا ما أحسنت استغلالها وإدارتها.

-أما من وجهة نظر المستثمر، يلجأ إليها باعتبارها وسيلة سهلة لا تكلفه رأس مال كبير لإبرام هذه الصفقة، وإنما تكفي فقط خبراته التكنولوجية والتقنية، أيضا تمكنه من دراسة سوق المكتسب بسرعة مما قد يمكنه لدخول في علاقات تجارية مستقبلية أكثر أهمية¹، ثم عدم تعرضه للأخطار السياسية، وأيضا يلاءم الشركات التي تتوافر لديها مزايا تنافسية في المجالات الفنية والهندسية والإدارية بالمقارنة بنظيرتها الإنتاجية، وأخيرا فانه يجمع بين الإنتاجية ومزايا الترخيص².

¹-نصيرة بوجمعة سعدي، مرجع سابق، ص 221.

²-عبد السلام ابو قحف، مرجع نفسه، ص 35 ومرتضى جمعة عاشور ، مرجع سابق، ص 66.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

ب- عيوب عقد المساعدة الفنية:

رغم أن عقود المساعدة الفنية من العقود المؤدية لاكتساب التكنولوجيا بالمعنى الدقيق، إلا أن الممارسة العملية قد كشفت عن عدة عيوب جردتها من جزء هام من فعاليتها:

-من وجهة نظر المكتسب، فإنه قد لا يستطيع تحديد المساعدة التقنية التي يحتاجها بشكل مسبق، لذلك يستوجب عليه إلزام المستثمر بتقديم أية مساعدة قد يراها ضرورية في وقت لاحق، كذلك لا يستطيع ضمان النتيجة فهذه العقود لا تضمن نتيجة المساعدة الفنية حتى لو استطاع المورد ضمان كفاءة المساعدين والمعارف المنقولة فهو لا يضمن النتيجة، فالضمان لا يغطي النتائج التي تتوقعها الشركة من المورد¹

لذلك يجب على ضمان المورد أن لا يقتصر فقط على كفاءة المساعدين وجودة المعارف المنقولة، وإنما يجب أن يشمل جودة المساعدة نفسها وذلك من خلال ضمان قدرتهم على التعليم والتكوين، وهذا ما يتم تقييمه من خلال النتائج، حيث كشفت الدراسات العملية حول عقود المساعدة التقنية عن الدور السلبي الذي لعبه المساعدون التقنيون، وكانت أسباب ذلك ترد إلى عدة عوامل أهمها أن المساعد التقني فيما لو كان مخصصا من قبل تنظيم معين غالبا ما يكون قليل الخبرة، ولا تمتنع المؤسسة عن اختياره على ذلك النحو.

كما وإن المساعد التقني غير المنتسب لجهة معينة يكون غير محفز كوظيفي تلك الجهات، بل إن من مصلحته عدم تحويل الخبرة ليطول مدة إقامته قدر الإمكان، كما قد يصطدم المساعدون التقنيون عادة بمجموعة من الصعوبات أهمها اختلاف اللغة وغيرها من الاختلافات الثقافية مع الجانب المكتسب²، إضافة لموقف هذا الأخير من عملية التعليم فالعلاقة بالنهاية هي اقرب إلى علاقة المعلم بالطالب، كل هذه العوامل وغيرها يتحملها المكتسب.

¹-نصيرة بوجمعة سعدي، مرجع سابق، ص222.

²-وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص492.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

وتجدر الإشارة إلى أن عقد المساعدة التقنية يعاني كسائر العقود من ارتفاع واضح في كلفته المادية، ومع ضعف القدرات المحلية على استيعاب التكنولوجيا تصبح التكلفة اعلي فاعلي، ويظهر ذلك من خلال أجور المدربين والمساعدین التي لا تتناسب مطلقا مع الأجور السائدة فالدول النامية، حيث تتجاوز أضعافا مضاعفة أجور الموظفين المحليين العاملين بذات الاختصاص، وقد أكدت إحدى الدراسات التي أجراها احد الباحثين في كينيا على أن " النفقات الناجمة عن التدريب والتعليم الخارجي تظهر كجائزة نفسية يتمتع بها الموظف المختار، أكثر من كونها آلية لنقل المهارة الفنية"¹.

كما قد لا يمددها بالمساعدة التقنية الفعالة والأكثر دقة مادامت أنها لا تفقه في هذا المجال، لذلك يستوجب أن يكون المقابل المادي المقدم نتيجة المساعدة التقنية هذه مرتبط بمدى تطوير الصناعة و حجم الإنتاج وتحقيق الأرباح، او كأن يواجه مشكلة تسرب العمال بعد تلقيهم التدريب والتكوين من قبل المساعدين الفنيين ما لم يكن قد ألزمهم مسبقا على الاستمرار في العمل.

-أما من وجهة نظر المستثمر، فقد سجل بعض الفقهاء بعض المآخذ على عقد المساعدة التقنية من جهة الشركات المتعددة الجنسيات، أهمها عدم تحقيقه الاستراتيجية الإنتاجية لهذه الشركات بسبب مشاركة رؤوس الأموال المحلية في الدول المضيفة، وما يترتب على ذلك من صعوبة إحكام الرقابة على السوق والجودة والسياسات التسويقية في كثير من الأحيان²، كما وقد يسمح بظهور منافسين جدد في الدول النامية مما قد يؤثر عليه سلبا فلا شك انه يريد أن يكون هو الأمر النهائي في تلك الدول.

ومن خلال تقييمنا لهذا العقد يمكن القول انه عقد لا بأس به في تطوير الصناعات المحلية وأداة ملائمة لاكتساب التكنولوجيا، فقط على المتعاقدين خاصة الطرف

¹-مرجع نفسه، ص495

²-مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص67

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

المكتسب يكون أكثر حذرا عند الإقدام على إبرام عقد من هذا نوع نظرا لطبيعة محله الحساسة والإحاطة بكافة جوانبه، فكلما أقيم ربط التأهيل النظري بالعمل ضمن برنامج زمني محدد بحيث يتكفل به المساعد الفني نفسه أو مؤسسة متخصصة¹ على أن يلتزم بتحقيق نتائج واداءات محددة، ويمنح للمتلقي أو المكتسب دورا هاما في إدارته، وإذا ما تبين أن مستوى الأداء المستهدف لم يتحقق، وجب القول بأن التدريب لم يتوفر له الكيف المطلوب رغم تقديم العدد المتفق عليه خلال المدة المحددة²، فذا ما تم استغلالها استغلالا سليما يجعلها تحلق باقتصادها للمستويات الدول المتقدمة. ومن هنا تظهر أهمية عملية تقييم المساعدة كمستلزم رئيسي في تقرير فعالية العقد.

ثانيا: عقود البحث

يعتبر عقد البحث احد العقود الحديثة لاكتساب التكنولوجيا، كشفت عنها واقع تعاملات الأطراف فيما بينهم، في ظل عدم قدرة العقود التقليدية على تلبية المطلوب منها، وهذا ما سيتضح من خلال تحليل فعالية العقد، وذلك بعد الوقوف بداية على مفهومه.

أ-تعريف عقد البحث

عرف بأنه: "عقد ينظم عملية نقل وحماية المعرفة العلمية، إذ تطلب مؤسسة من شخص ما القيام ببعض الأبحاث لمصلحتها والاحتفاظ بالنتائج التي توصل إليها حصريا لمصلحة المؤسسة"³.

¹ وقد تنبّهت بعض الدول العربية الى اهمية اقامة المؤسسات التدريبية المتخصصة، فاقيم مثلا في مدينة دبي للانترنت سنة 2003 مركز تدريبي لمنطقة الشرق الاوسط لتقديم الخدمات التكوينية في تلك المنطقة

² وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص496

³ -سيبيل سمير جلول، المعرفة العملية "دراسة في المفهوم والعقود وطرق الحماية"، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،

2009، ص384

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

ويلحظ على هذا التعريف انه ركز على الطرف المتلقي الممثل في المؤسسة دون تبيان الطرف الثاني القائم بهذه الأبحاث، وكأنه مجرد أداة تنفيذ تأتي في مرحلة لاحقة ولا تظهر في مرحلة الاتفاق، بل واكتفى بذكر انه شخص دون تحديد لصفته التي بناءا عليها تم التعاقد معه، فليس كل شخص مؤهلا للقيام بالأبحاث محل العقد، إضافة انه حتى عند تحديده للشخص المتلقي ضبطه بالمؤسسة في حين انه ليس بالضرورة أن يكون المتلقي مؤسسة فقط وإنما قد يكون أي شخص معنوي كان أم طبيعي راغبا في استغلال ما لدى الباحث من معرفة أو معلومات.

عرف عقد البحث كذلك بأنه: "اتفاق يتعهد بموجبه المورد بالقيام بدراسات ذات طبيعة عقلية، وإجراء تجارب عملية ذات صلة بمهارته"¹.

بخلاف التعريف السابق ركز هذا التعريف على الطرف المورد، دون التطرق للطرف الثاني وهو المتلقي الذي لا يتم إبرام العقد بدونه، فضلا عن تجاهله للهدف المرجو من التعاقد، وعلى سيرة هذا الأخير هناك من حصر تعريفه "بهدف الوصول إلى معارف جديدة غير موجودة في مجال العلم والتكنولوجيا، وكذلك استخدام طرق فنية لاكتشاف أشياء مادية كالبتروول والمعادن"².

وفي ختام الملاحظات المقدمة للتعريفات السابقة وجدنا تعريف آخر قام باستدراك هذه الملاحظات أين جاء فيه انه: "صورة من صور نقل المعلومات من الشخص صاحب التخصص إلى الشخص المستعلم عن هذه المعلومات لغاية يبتغيها من وراء هذه المعلومات"³.

¹-انس السيد عطية سليمان، مرجع سابق، ص344

²-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص123

-نصير صبار لفقة الجبوري، عقد البحث العلمي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية الحقوق،

2005، ص19

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

ويبدو هذا التعريف الأقرب دلالة لمفهوم عقد البحث وذلك استنادا لمبررين:

- انه حدد أطراف العقد، والمتمثل في "الباحث"¹ حيث تمت تسميته بصاحب التخصص، وهو الطرف الذي توكل له عملية البحث محل العقد، وكذا الطرف "المستفيد"² أين تمت تسميته بالشخص المستعلم، وسمي المستفيد لأنه هو الشخص الذي يستفيد من هذه الأبحاث.

- انه حدد محل العقد والمتمثل في نقل المعلومات والتي لا تبرم إلا لغاية يبتغيها الشخص المستعلم كما اسماه التعريف.

ومع ما تقدم من قول يلحظ على هذه التعاريف إهمالها لعنصر المقابل الذي يأخذه الباحث عما قدمه من أبحاث والتي تعد التزاما رئيسيا يقع على عاتق المستفيد، باعتباره من عقود المعاوضة التي يأخذ فيها كل طرف مقابلا لما قدمه وهو ما استدركه التعريف التالي:

" العقد الذي بمقتضاه يوكل احد الطرفين إلى الطرف الآخر مهمة القيام بأعمال ذات طبيعة ذهنية، وذلك مقابل اجر مدد³.

وهذا العقد في التحليل الأخير لا يخرج عن كونه عقدا من عقود المقايضة الواردة على الأعمال الذهنية، من شأنها أن تبرز الاعتبار الشخصي¹ كسمة خاصة لهذا العقد، كما ويمكن أن يوصف بأنه عقد يغلب عليه طابع التنوع²

¹- عرف الباحث بالشخص المتخصص في ميدان من الميادين العلمية، انجرس موريس، منهجية البحث العلمي في العلوم الانسانية، د.ط، دار قرطبة للنشر، الجزائر، 2004، ص30، ويكون الباحث حسب نصوص قانون حقوق المؤلف و الحقوق المجاورة الشخص الطبيعي الذي توصل الى انجاز بحث علمي، ولم يشترط هذا القانون درجة علمية او وظيفة معينة يشغلها المعني، حتى يطلق عليه وصف باحث، وإنما ربط الامر بوجود بحث.(المادة 1/12 من قانون حقوق المؤلف وحقوق المجاورة)

²- وهي أيضا التسمية التي اختارها المشرع الجزائري في قانون حقوق المؤلف وحقوق المجاورة في عدة مواضع، وقد يكون المستفيد شخصا او مؤسسة، متخصصا او غير متخصص (المواد 38-39-103-149).

³- عبد الحميد الشواربي، الالتزامات والعقود التجارية، د.ط، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص387

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

وفي الأخير نستخلص أن كل تعريف حُدد فيه جزء من التعريف الكلي الذي لم يقدم أصلاً. فهناك من حصر تعريفه في الهدف من وراء إبرام هذا العقد، والآخر بتحديد أحد طرفيه، والآخر بتحديد محله، ومن خلال استقراءنا لكافة هذه التعريفات التي جاءت عبارة عن جزئيات، يمكننا اقتراح التعريف التالي:

اتفاق يتعهد بموجبه الباحث للقيام بأعمال بحثية يمكن عن طريقها الوصول إلى آفاق تقنية جديدة، من شأنها تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعلمية والتكنولوجية لصالح شخص آخر يسمى المستفيد، لقاء مقابل يتفقان على تحديده.

ب-تقييم عقود البحث

تكشف عقود البحث أحياناً عن بعض المظاهر الحميدة في صياغتها القانونية إلى أنها تعاني في غالب الأحيان من نقاط قصور وسلبية لا تخدم مصالح الأطراف المتلقية وخاصة النامية منها. ومن هنا وجدنا أن نشير إلى أهم المزايا التي تعكس مدى فعاليتها وأهميتها التي ترد ومن ثم التطرق إلى جزء من سلبياتها.

01-مزايا عقد البحث

كان للأعمال البحثية تأثيرها الواضح على مناحي الحياة، على نحو يؤكد مدى فعاليتها التكنولوجية التي ترصدها الدول في صناعة القرارات التنموية سواء كانت نامية أو متقدمة، بل وفي صناعة القرارات المصيرية لأي بلد، حيث انه بغير معارف ومعلومات دقيقة قائمة

¹-ويطلب هذا الاعتبار من جهة المورد في عقد البحث المنفرد، ومن قبل الطرفين معا في عقد التعاون البحثي، وفي ذلك نصت المادة 1/12 قانون حقوق المؤلف وحقوق المجاورة " يكون المصنف مشتركا اذا شاركت في إبداعه او انجازه عدة مؤلفين" حيث يصبح كل طرف بهذا العقد مقاول بحث وعميل للمهام البحثية في نفس الوقت، اما المنفرد يقوم بابحاث معينة بمفرده او بمساعدة المستورد من خلال تزويده بوسائل مادية (آلات او المعدات مثلا) او وسائل غير مادية (المعارف الفنية والنتائج مثلا) وهو ما يعرف بعقد البحث المنفرد مع المساعدة، انس السيد عطية سليمان ، مرجع سابق، ص350-

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

على مناهج علمية سليمة لا يمكن بناء القرارات الفاعلة، وقد أكد "ريدجر إليوت" في كلمة القاها بمقر اليونسكو حول موضوع الأبحاث العلمية والتكنولوجية عن مدى فعالية هذه الأبحاث في تطوير وصنع القرارات الفاعلة في العالم جاء فيها ما يلي: "ينبغي أن يشكل البحث العلمي ونفاذ كل العلميين إلى المعلومات العلمية بكامل الحرية ودون قيد أو شرط، وكذا تطوير التعليم والتكوين العلميين، عناصر حاسمة لتعميق مستوى فهم الجمهور الواسع للبحث، إذ نحن أردنا أن يكون المجتمع مؤهلاً لاتخاذ قرارات مستنيرة"¹.

ذلك انه ما كانت التكنولوجيا لتكون لولا وجود الأعمال البحثية، فأية تكنولوجيا قائمة لا بد وان تستبقها مرحلة البحث لا محالة، بل وان كل فعل تطويري لتكنولوجيا قائمة لا بد وان يرافقه عمل بحثي²، ومن هنا استمدت عقود الأبحاث أهميتها في التطوير والاستثمار التكنولوجي، لأنها لا تنقل مجرد النتائج البحثية وإنما كذلك إمكانية استيعابها من قبل الطرف المتلقي خاصة تلك الأبحاث التي تتميز بالطابع التعاوني فيما بين أطرافها فمرافقة هذا الأخير (المتلقي) للباحث لكافة مراحل أعماله البحثية، وإطلاعه على التقارير الدورية تمكنه بأقل الفروض من فهمها واكتسابه نوعاً ما من التكنولوجيا والمعرفة التي تمكنه من إدارة أو تنظيم تلك البحوث، أو إجراء البحوث المشابهة مما يساعدهم على حل ما يجدونه اشد الحاجة من المشكلات الاجتماعية كانت أو اقتصادية أو غيرها.

وفي حقيقة الأمر أن هذه العقود تشكل أسلوباً قانونياً من شأنه تأمين الفعالية الاقتصادية، فيما لو أدركنا مدى الوفرة المادي الناجم عن إنتاج التكنولوجيا محلياً، مقارنة بكلفة استيرادها مع تسخير ذلك الوفرة لأنشطة البحث من جديد، وهكذا في حلقة مستمرة على غرار نهج الدول الصناعية المتقدمة³، وهو الأمر الذي من شأنه إثراء السوق وزيادة

¹-روجي كشمور، دور العلم والتكنولوجيا في مجتمع المعلومات، منشورات منظمة اليونسكو للقمة العالمية حول مجتمع

المعلومات، منظمة اليونسكو، 2005، ص 11

²-سارة زياد مناصره، مرجع سابق، ص 27

³-وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص 505-506

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

الفعالية الاقتصادية كلما كانت الأبحاث متطورة واحتكاكها بالمتلقي ما يكسبه المعارف العلمية والتكنولوجية والخبرات البحثية.

2- عيوب عقد البحث

من بين المساوئ التي تم رصدها عن هذا العقد كآلية لتطوير الصناعات المحلية، والتي حالت دون تطبيق المطلب التكنولوجي للدول النامية في:

كشفت الممارسات العملية لهذا العقد انه كثيرا ما يغيب فيه التزام الباحث أو المورد بتمكين المتلقي من استيعاب النتائج، لاسيما تلك البحوث التي ينفرد فيها الباحث للقيام بهذه المهمة¹، وهو النمط العقدي الأكثر تعاقدًا مع الدول النامية، مما قد يؤدي ذلك نقلها المعارف جاهزة في شكلها النهائي دون تلقينها الكامل للتكنولوجيا البحث ذاتها، ما يجعلها في تبعية تكنولوجية مستمرة للدول المتقدمة، فكل ما أردت القيام بأعمال معينة تحتاج تكنولوجيا متطورة للكشف عنها، تستعين باحثين جدد تلجا إليهم مرات ومرات وهذا إن دل على شيء دل على عدم تنمية قدرتها التكنولوجية، وإنما تسعى فقط لتحقيق النتيجة تلك الفترة أو المرحلة. وهو ما نلاحظه في عقود التنقيب على البترول مثلا، فكلما أرادت التنقيب عنه استعانة بمساعدين أو باحثين أجانب لتكرير عن هذه العملية، وكأنها عملية جديدة تقوم بها لأول مرة.

كما وانه يتخللها في كثير من الأحيان نصوصا عقدية صريحة تلزم المتلقي بعدم مباشرة الأبحاث حيث يرد كشرط عقدي بحجة الحفاظ على سرية التكنولوجيا المنقولة، هذا عدا السياسات الواقعية التي تمارسها الأطراف الموردة وصولا لذات الغرض، كرفض تجهيز الدول المتلقية لهذه الأبحاث لاسيما عندما تكون هذه الدول نامية بالمعدات والأجهزة أو الطرق والمعارف اللازمة لتسهيل عمليات البحث أيا كانت درجتها، علما انه توجد قوانين في

¹ - مرجع نفسه، ص 504

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

بعض الدول النازمة لعمليات الاستثمار التكنولوجي تمنع إبرام العقد متى تضمن أحكاما من شأنها أن تحد من نشاط المستفيد في مجالي البحث والتطوير¹، ففعالية العقود البحثية مرتبط ببادئها التكنولوجي واستغلالها الأمثل للبحث المقدم.

ومن خلال تقييمها لهذه الآلية العقدية يمكن القول أنها آلية فعالة لتحقيق التنمية الاقتصادية لإمكانية في اكتساب التكنولوجيا والبحوث والتطوير، لا كن إذا ما تم ذلك التعاقد مع دول لا تمنع مشاركتها بمثل تلك الأنشطة، كما تسمح بممارستها بعيدا عن فرض أية شروط مقيدة، فما فائدة إجراء الأبحاث إذا ما تم تقيدها بقيد عدم مشاركتها للبحث والتطوير التكنولوجي؟

ثالثا: عقود الأعمال الهندسية" الاستشارة الهندسية"

تتكون الأعمال الهندسية من مجموعة من النشاطات، غير ان ما يهنا في هذه الدراسة تلك النشاطات المتعلقة بنقل واكتساب التكنولوجيا عن طريق هذه العقود، وقد اتجهت في الآونة الآخرة غالبية الدول وخاصة المتقدمة منها للقيام بهذه الأعمال وهو ما اصطلح عليه "ببيوت الخبرة" بسبب ما تضمنته تلك المراكز من خبراء متخصصين بمختلف المجالات²، وقد أكد تقرير لجنة نقل التكنولوجيا في جلستها السادسة على أهمية هذه العقود في بناء القدرة التكنولوجية لاسيما في الدول النامية، كما أكدت على أهمية الخدمات الاستشارية المقدمة بأي مرحلة من هذه الأعمال³.

ومن هنا يعد هذا العقد من العقود الواردة على عقود العمل مما يفترض تحديده بدقة، ومن ثمة تحليل فعاليته في تحقيق التمكن التكنولوجي.

¹-وفاء مزيد فلهوط، مرجع سابق، ص505.

²-وفاء مزيد فلهوط، ص480.

³-"UNIDO": raport of committee on transfer of technology on its sixth session p12-13.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

أ- تحديد معالم العقد الهندسي

عقد الاستشارات الهندسية من العقود المستحدثة لذلك لم يعتني المشرع بذكر تعريف له، وترك الأمر للفقهاء أين وضع هذا الأخير تعريفات متعددة له منها انه: " اتفاق يلتزم بمقتضاه المستشار بان يقدم كل الوسائل التي تضمن تحقيق الأهداف التي يبتغيها من العقد"¹.

ويلاحظ على هذا التعريف انه غير كاف لتحديد معنى عقد الاستشارة الهندسية، ذلك انه ركز على الهدف من إبرام العقد المتمثل في الحصول على المعلومات التي من شأنها إنجاح الأهداف التي يسعى إليها المستفيد لتحقيقها.

ويرى جانب آخر من الفقهاء ان عقد الاستشارات الهندسية هو: " العقد الذي يتعهد فيه المهني ان يقدم بمقابل، استشارات لغير المتخصص في فرع من فروع المعارف الفنية والعلمية، يكون من شأنها ان يستند إليها غير المتخصص في قراره"².

ويلاحظ على هذا التعريف انه قيد من نطاق العقود التي تبرم في هذا المجال حيث اقتصر على العقود التي تبرم بين طرفين احدهما متخصص والآخر غير متخصص فقط، غير انه قد يكون كلتا الطرفين متخصصين لكن احدهما يفوق الآخر خبرة ومعرفة، ومن ثم قد ينشأ بين طرف متخصص قليل الخبرة وطرف آخر يفوقه في الخبرة، كأن يبرم العقد بين مكتب هندسي لمهندسين حديثي التخرج وبين احد الاستشاريين الهندسيين ذوي الخبرة ليقدم لهم مشورة في احد أعمال البناء والتشييد التي يقوم بها المكتب.

¹- عبد الله مطرش الغريبي، عقد الاستشارات الهندسية "دراسة مقارنة في القانون الاردني والعراقي" رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2015، ص13

²- محمد محمد سادات، الجوانب القانونية لعقود الإنشاءات الدولية "دراسة تحليلية في خصوصية تسوية المنازعات في عقود الفيدك، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد 19 جوان 2018، ص458

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

وعرف كذلك بانه: "اتفاق بين مهني (الاستشاري) متخصص في فرع من فروع المعرفة الفنية، يلتزم بمقتضاه في مواجهة الطرف الآخر (العميل او رب العمل) في مقابل اجر متفق، ان يقدم استشارة ودراسة هي أداء من طبيعة ذهنية من شأنها ان تؤثر بطريقة فعالة في توجيه قرارات العميل"¹.

ويتضح من هذا التعريف أن لعقد الاستشارة الهندسية طرفان رئيسيان احدهما يسمى المستشار وهو الطرف المورد، وبدوره إما أن يكون مستشارا فرديا أو قد يكون شركة استشارية هندسية مستقلة، أو شركة تجمع مهام المهندسين الاستشاريين مع المقاولين العاميين²، والآخر يسمى المستفيد وهو الطرف المتلقي، وهذا الأخير هو في فرضنا دولة نامية، وان غاية هذا العقد هو الحصول على المشورة اللازمة لدفع المستفيد إلى القيام بعمل او الامتناع عنه، حيث يلتزم فيه الطرف الاستشاري بأداءات ذات طابع عقلي وفكري تتمثل بتقديم الدعم عبر الخدمات كتهيئة تصاميم وخرائط هندسية، وخطط وتقارير تقنية... الخ، في حين يلتزم الطرف المتلقي بأداء المقابل وهو التزام عام ومتشابه في غالبية صور عقود الاستثمار التكنولوجي، بالإضافة غالى بتقديم المعلومات سواء المتعلقة منها بتنفيذ المشروع من حيث الطبيعة الجغرافية للموقع، ونوع التربة و عمق الصخر..³ الخ، او تلك المعلومات المتعلقة بالتشريع المحلي لتمكينه من الحصول على التأشيرات والإجازات وكذا معرفة حقوقه..⁴ الخ.

¹- عبد الله مطرش الغريزي ، مرجع سابق، ص14

²- لا توجد إجراءات محددة لاختياره، وانما هناك بعض القواعد العرفية حول مؤهلاته وكيفية اختياره كأن يكون معروفا مسبقا من قبل المستلم، او قد عهد اليه بعمل سابق بذات الوصف إلا ان ذلك لا يمنع من وجود إجراءات أكثر رسمية تستلزم من المتلقي تحديد مشروعه وطريقة اختيار المستشار، والجهة المفوضة بذلك، وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص484

³- محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص162

⁴- وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص477

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

ومنه نستنتج ان عقد الاستشارة الهندسية هو: اتفاق بين احد العملاء مع شخص او أشخاص آخرين متمكنين هندسيا (قد يكونون أشخاص طبيعيين مثل المستشارين الهندسيين او أشخاص معنوية مثل مكاتب الدراسات أو الشركات الهندسية ..الخ)، يطلب المتلقي (العميل) استشارتهم بهدف الحصول على المعرفة و الأفكار التي ترشده للإقدام والعزم على المضي في بناء مشروع معين للوصول إلى الاستثمار الأمثل لرأس المال مقابل تعهده بدفع مقابل لقاء ذلك.

2-تقييم دور عقد الاستشارة الهندسية في تحقيق التمكن التكنولوجي

لتقييم مدى فعالية هذه العقود في تحقيق التمكن التكنولوجي بغية الاستثمار الأمثل لرأس المال، كان لا بد من الإشارة إلى أهم مظاهرها الحميدة التي قد تعكس جزء من تحديد مدى تلك الفعالية على وجه الخصوص، وكذا الكشف عن أهم نقاط القصور التي قد تعترض او لا تخدم مصالح الأطراف المتلقية وعدم تحقيقها للهدف المنشود من هذا التعاقد.

أ-مزايا عقد الاستشارة الهندسية

ما لأحد أن ينكر ما للأعمال الذهنية في المجتمع من أهمية، حيث ان دورها لا يقل أهمية عن دور الأعمال اليدوية بصورة عامة، تلك الأعمال التي يتعاقد الشخص فيها بنفس الطريقة التي يتعاقد بها الشخص الذي يقوم بعمل يدوي بالاستناد إلى خبرته وتخصصه في عمله¹، ونظرا لفاعليتها وتحقيقها لتنمية الاقتصادية كانت منطلقا جيدا لإقدام الشركات والدول للإبرام عقود تنظم هذه العملية في صورة قانونية يتم فيها تحديد التطلعات المستقبلية من وراء إبرامها له، وقد خصت بمجموعة من المزايا التي تكفل لها ذلك، أهمها:

أنها ترد عادة على شروط أكثر فعالية عن قريناتها من العقود الأخرى، كما في حالة السماح باستعمال ما لدى المورد المستشار مما يمكنه من إتمام الخدمات في حالة فشل ذلك

¹-عبد الله عيسى مطرش الغريزي، مرجع سابق، ص41

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

الأخير في تأديتها أو إكمالها لأي سبب من الأسباب¹، كالإزام المستثمر الهندسي بتقديم تقارير عن سير العمل حتى يتسنى الوقوف على مدى فرص النجاح وفائدة المشروع المزمع إنشائه، أو إلزامه بتقديم تقارير تنفيذية لمراقبة مطابقة المشروع بالمشاءة الصناعية المتفق عليها ومتابعة جميع الدراسات والنشاطات الخاصة بالإنجاز الكامل للوحدة الصناعية من جهة، ولتزويد المتلقي بجميع المعلومات اللازمة لتقييم الصعوبات التي يواجهها المشروع من جهة أخرى.

كما تعد الدراسات التي يقوم بها المستشار الهندسي مستندات ذات قيمة عالية بالنسبة لطرف المتلقي، فهي بالفعل تشكل وسيلة لاكتساب المعارف الفنية، وأداة استثمارية بحتة لرأس المال لما تحققه من عوائد سواء مادية أو معنوية، فنقل الدراسات يعد اذن عنصرا أساسيا بالنظر الى نقل المعارف، والتي تقع أهميتها على مستوى نقل تكنولوجيا التصنيع، او على مستوى نقل تكنولوجيا التصميم، وهكذا فان الاستعانة بالأعمال الهندسية الأجنبية تمكن من اكتساب المعارف الأولية التي قد تسمح في يوم ما بالتحكم في تكنولوجيا تصميم أداة إنتاج، وعلى بناء يد وطنية مؤهلة تكنولوجيا لإنتاج مجمع صناعي كفاء، قادرا على التطوير والتصنيع دون الحاجة لتشارك مع مستثمرين أجانب في بناء مشروع ما واقتسام أرباحه، وبهذا الصدد ذكر احد المؤلفين: "ان الاكتساب يكون حقيقيا إذا كان الهدف هو تشكيل هيئات محلية للأعمال الهندسية حتى نجد هيكلا ذاتيا لتقديم الخدمات"².

كما يؤدي لنقل المعرفة والمعلومات و التقنيات للطرف المتعاقد غير المتخصص -وهو في فرضنا دولة نامية -التي من شأنها النهوض بالمشروع الصناعي، وكذا باستطاعتها تطبيق نفس التقنيات على مجمع آخر مما يؤدي إلى زيادة القدرات الإنتاجية والصناعية، ومن ثمة يعد من أحسن الأوجه الاستثمارية للتكنولوجيا إذا كان واردا على المعلومات الفنية،

¹-وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص478

²-نصيرة بوجمعة سعدى، مرجع سابق، ص184

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

ويقول في هذا الشأن الأستاذ الدكتور فيليب كان philippe kahn انه: "أحسن الأدوات القانونية للتمييز بين الضرورات المادية للمجمع الصناعي وبين العناصر غير المادية لنقل التكنولوجيا"¹.

ب- عيوب عقد الاستشارة الهندسية

مع كل المزايا التي قدمها عقد الاستشارة الهندسية، والتي تعد خارجة أصلاً عن نطاق الشك، ظل هذا العقد رغم ذلك قاصراً عن تحقيق المطلب التكنولوجي الحقيقي للطرف النامي المتلقي، وهذا ما يبدو لنا من خلال النقاط التالية:

ترجيح مصالح المستشار الهندسي أو المستثمر على حساب المتلقي طالب الاستثمار، خاصة في ظل عدم وجود ضوابط قانونية محددة كافية لتحكم العلاقة العقدية القائمة بين هذين الأخيرين، وتفاوت المراكز القانونية للأطراف، ويعزز تلك الحقيقة اعتبار التزام المستشار الهندسي أو المستثمر للخدمات التي يقدمها مجرد التزام ببذل عناية بدل من حثه أو إلزامه بتحقيق نتيجة، كما يعزز ذلك اشتراط إجازة رقابة محكمة من ممثلي المستشار على الوثائق المسلمة إلى العميل في بلده، أو البلد الذي سيتم تنفيذ المشروع فيه²، ولا مانع يمنع المهندس الاستشاري من قيامه باداءات ذات الاستشارة إلى مستفيد آخر أو أكثر مادامت الوقائع المعروضة أمامه متشابهة وتدعو إلى الأخذ بنفس الحلول³، بمعنى يستطيع تقديم نفس الاستشارة إلى منتج ثان بعد إبرامه مما يؤدي الى ظهور منتجين آخرين منافسين له، وما يبرر ذلك اشتراط المورد احتفاظه بملكية الدراسات والتصاميم التي قام بها واسترجاعها عند نهاية التعاقد ودون منح المتلقي حق الاحتفاظ بأي نسخ عنها - ما لم يتفق الأطراف على عكس ذلك-، لذلك نجده شديد الغيرة على أسرارته التكنولوجية وعدم مشاركتها

¹-الكيلاني محمود، مرجع سابق، ص 161-162

²-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 162

³-عبد الله عيسى مطرش الغريزي، مرجع سابق، 37

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

مع الطرف المتلقي، بل ونجد هذا النوع من العقود يفرض التزاما للمحافظة على السرية يقع على الطرفين، غير أن المقصود الأساسي من ذلك هو الطرف المتلقي فحسب، و عادة ما يكون هذا الالتزام ابدى غير محددة بمدة زمنية.

انحياز القوانين المنظمة لهذا العقد لطرف القوي فيه وهو الطرف المورد صاحب الاستشارة والمعرفة التكنولوجية، اذ نجد على سبيل المثال عدم استطاعة المستفيد أن يلجأ إلى قواعد التنفيذ الجبري في حال امتناع المهندس الاستشاري عن إبداء استشارته الهندسية، وذلك للارتباط الوثيق بين الاستشارات الهندسية- كمحل للعقد- وبين المهندس الاستشاري صاحب التخصص، ويقتصر حق المستفيد في المطالبة بإنهاء الرابطة العقدية والتعويض إن كان له مقتضى¹.

كما وقد كشفت الممارسات العملية عن ارتفاع واضح في كلفة نقل التكنولوجيا من خلال عقود الاستشارات الهندسية، بسبب المبالغة في تحديد أجور المستشارين من جهة، وفي تحديد مسؤوليتهم المالية بسقف معين من جهة أخرى².

ومن خلال تقييمنا لهذا العقد نرى من وجهة نظرنا انه عقد فعال للاستثمارات التكنولوجية ووسيلة فعالة لتحقيق التمكن التكنولوجي للطرف المتلقي من اجل استثمار رأسماله وتطوير صناعاته، إلا انه يجب عليه إدخال بعض الشروط التي تجعل منه أكثر استفادة من الخدمات التكنولوجية بما فيها الاستشارية، ذلك أن الخدمة التكنولوجية التي تمثل محلا لعقد مستقل يفترض ان تتمتع بفعالية اكبر من تلك الواردة في سياق مجموعة من العناصر التي يفرضها المورد المتلقي، بغض النظر عن ملائمة بعضها او عدم حاجته لها أصلا، وان كان لابد من ذلك فيجب ان تسخر تلك الحزمة بما في ذلك العنصر الخاص

¹-علي زالة أنور، مسؤولية المهندس المعماري والمقاول عن التنفيذ المعيب في نطاق عقود مقاولات المباني والمنشآت

الثابتة "دراسة مقارنة"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بغداد، 1997، ص152

²-وفاء مزيد فالحوط، مرجع سابق، ص481

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

بالخدمة التكنولوجية لصالح تنمية القدرات المحلية، وذلك من خلال اشتراكها في تنفيذ القدر الأكبر من الخدمات التكنولوجية المقدمة، وهذا ما تبنته بعض الدول النامية على رأسها الجزائر من خلال استخدامها للمقاوله من الباطن للخدمات الهندسية الأجنبية، وإعطائها المسؤولية النهائية في بعض المشاريع للمهندسين المحليين¹.

المبحث الثاني: التكيف القانوني لعقد الاستثمار التكنولوجي

يطلق على التكيف في اللغة الانجليزية اصطلاح(classification) وتعني رد الشيء، صنفه أو رتبته أو طبقته أو مستواه²، كما يعرفه جانب من الفقه الفرنسي بأنه " تلك العملية الذهنية الغائية الوظيفية التي تهدف إلى تحديد النظام القانوني الواجب التطبيق على علاقة قانونية من خلال تطبيق قواعد تنازع القوانين"³، ويذهب الدكتور جابر جاد عبد الرحمان إلى أن التكيف هو " تحديد طبيعة موضوع النزاع و إعطائه الوصف القانوني الملائم لإسناده إلى قانون معين"⁴.

وبالتالي يقصد بتكيف العقد بصفة عامة رد العقد إلى إحدى الطوائف التعاقدية المعروفة لكي تطبق عليه أحكامه، ولكن في نفس الوقت فان التكيف السليم للعقد يقتضي عدم الاقتصار على الرد العام إلى إحدى الطوائف التعاقدية الموجودة من قبل، بل يتطلب فضلا عن هذا تحديد الذاتية القانونية الخاصة للعقد محل التكيف⁵.

¹-وفاء مزيد فلحوط ، مرجع سابق، ص482.

²- ضرغام محمود كاظم، المركز القانوني للمتلقي في عقد نقل التكنولوجيا " دراسة تحليلية"، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت-لبنان-، 2017، ص123.

³-صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، مرجع سابق، ص 100.

⁴-جابر جاد عبد الرحمان، تنازع القوانين ، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969، ص201.

⁵-محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان-،

2003، ص102.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

وتبدو مسألة تكييف هذا النوع من العقود في غاية الأهمية إذ بموجبه يمكن معرفة النظام القانوني الذي تنطوي تحت ظله العلاقة القانونية، وخاصة في خضم عدم وجود تشريع جزائري مستقل ينظم المعاملات التعاقدية الواردة على الاستثمارات التكنولوجية، كان لا بد من إسنادها لأحد العقود المماثلة لها و الذي قام بتنظيم أحكامها تنظيمًا تفصيليًا، إلا أن ذلك قد لاقى اختلاف فقهي كبير في وصفها لاسيما تلك التي تبرمها الدولة والشركات والهيئات التابعة لها، هل يمكن اعتبار تلك النوعية من الاتفاقيات مما يندرج ضمن العقود الدولية أو بالاتفاقيات الدولية خاصة وأنها معاملات نازمة لعلاقات دولية ؟ وهل يمكن أن تندرج في إطار ما يطلق عليه بالعقود النموذجية التي يكثر استخدامها في بعض صور التبادل التجاري؟، وما مدى إمكانية اعتبارها من عقود الإذعان نظرا للشروط التقييدية المعروفة بكثرة في هذه الصورة من العقود؟، أما لو كيف العقد على أنه عقد أصيل جديد غير مسمى، فما هو ذلك القانون؟، ولنصل إلى بيان وافي عن تلك المسائل فقد فضلنا أن نتعرض لكل منها على حدة لبيان مدى انتماء عقود الإستثمار التكنولوجي التي تبرمها الدولة لهذه الصورة الاتفاقية، وبيان ما إذا كان لتلك العقود طبيعة قانونية تختلف عما ذكرناه آنفا.

المطلب الأول: تكييف عقد الإستثمار التكنولوجي على أساس الامتداد الإقليمي

باعتبار عقد الإستثمار التكنولوجي من العقود العابرة للحدود الوطنية، اختلفت الآراء الفقهية في تحديد طبيعة هذه الأخيرة من كونها مجرد عقود دولة أم أنها تصرف قانوني مرده إلى الاتفاقيات الدولية¹، كما ويلاحظ بأنه قد أثير نقاشا واسعا حول مسألة التفرقة بين هاذين

¹ - وإذا ما عاودنا الرجوع إلى هاذين المصطلحين (العقد، الاتفاق) يلاحظ بان هناك الكثير من القانونين ما يعتبر أنهما مصطلحين مترادفين، غير ان هناك فرقا ظاهرا بين الاتفاق والعقد، لاسيما في هذا النوع من الدراسات، والتي من بينها الدراسة التي قام بها الأستاذ "Berlin" حيث استند في استخدامه لمصطلح الاتفاق على أمرين:-

- الأمر الأول: هو افتقاد هذه التعاقدات لمبدأ المساواة القانونية بين الأطراف والذي يعد من بين أهم المبادئ التي تقوم عليها نظرية العقد، ومرجع ذلك هو أن هذه التعاقدات يكون أحد طرفيها سلطة عامة ذات سيادة وهي الدولة ويكون الطرف الآخر مفتقرا إلى ذلك.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

المصطلحين (العقد *contrat* والاتفاق *agreement*) في إطار القانون الدولي الاقتصادي، ذلك أن البعض من فقه القانون الدولي قد اتجه متأثراً بالخصائص المميزة لاتفاق الدولة مع الأشخاص الخاصة الأجنبية لاسيما و أن القانون الدولي أو على الأقل المبادئ العامة للقانون قد يختار كقانون واجب التطبيق على العلاقة-، إلى القول باعتبار هذا النوع من العقود مثل غيره من الاتفاقيات التي تبرمها الدولة مع الأشخاص القانون الدولي¹، ومن ثم ترتيب المسؤولية الدولية على الدولة المتعاقدة متى أخلت بهذه الالتزامات، كما هو الحال في الاتفاقيات الدولية²، بينما لا يسلم البعض الآخر بهذا الوصف، فتري كيف يمكن تدليل ذلك الخلاف الفقهي بشأن عقود الإستثمار التكنولوجي؟، وما هي حجج كل جانب من جوانب الاتجاهات الفقهية والقضائية؟، وما هو تقييما لكل جانب منهم؟

الأمر الثاني: تتعرض هذه التعاققات لمسائل تكون معالجتها غير مدرجة في العقود الدولية التقليدية مما يجعل من المناسب تسميتها بالاتفاقيات، عوض الله شعبة الحمد السيد، النظام القانوني لعقود إنشاء المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية الخاصة (مع دراسة تطبيقية على العقود المصرية)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، 1992، ص 06.

لكننا إذا رجعنا إلى المبادئ العامة التي عرفناها في نظرية العقد في باب مصادرا للالتزام نجد أن الفقه المدني قد عرف الاتفاق على أنه توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، أي: "تطابق إرادة طرفين على ترتيب اثر قانوني بقصد إنشاء التزام أو نقله" ولم يرد للعقد تعريف في القانون المدني الفرنسي الذي عرفه في المادة 1101 في القانون المدني الفرنسي بأنه: "العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص آخرين، بإعطاء شيء، أو بفعله، أو بالانتفاع عن فعله" والذي نقله المشرع الجزائري من خلال نص المادة 15 من القانون المدني الجزائري، ويظهر من هذين التعريفين ان الاتفاق اعم من العقد حيث يكون العقد بمثابة النوع من الجنس أو بمعنى آخر يكون العقد اخص من الاتفاق" فكل عقد يكون اتفاق، أما الاتفاق فلا يكون عقدا إلا إذا كان منشئا للالتزام أو ناقلًا له، وإذا ما كان يعدل الالتزام أو ينهيه فهو ليس بعقد، السنهوري عبد الرزاق أحمد، نظرية العقد، ج. 01، ط. 2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص 81/80.

¹-صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، مرجع سابق، ص 100-101.

²-يفرق بعض الفقهاء بين اصطلاح الاتفاقية الدولية واصطلاح الاتفاق الدولي، حيث يطلقون الأول متى كان الموضوع يتسم بصيغة سياسية، أما الثاني يمكن أن يكون موضوعه سياسيا أو اقتصاديا، حامد سلطان، القانون الدولي العام في وقت السلم، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1962، ص 207.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

الفرع الأول: تكييف عقد الاستثمار التكنولوجي بأنه اتفاقية دولية

بادئ ذي بدء يكون من المناسب بيان المقصود بالاتفاقية الدولية، وخصائصها المميزة لكي نعقد بينها وبين عقد الدولة، وقد جاءت اتفاقية فينا للمعاهدات لعام 1969 بتعريف المعاهدات الدولية وذلك في المادة الثانية بأنها: "الاتفاق المعقود بين الدول في صيغة مكتوبة والذي ينظمه القانون الدولي سواء تضمنته وثيقة واحدة أو وثيقتان أو أكثر، ومهما كانت تسميته"¹، والبعض يعطي للاتفاقية مفهوما أبسط إذ يعرفها على أنها: "اتفاقية تعقدها الدول لإنشاء أو تعديل أو إنهاء علاقة قانونية دولية بينهما"².

إذن يفهم من التعريف لكي يعد الاتفاق اتفاقية دولية، يجب أن يكون بين دول، والدولة مجموعة من الأفراد يقيمون على سبيل الاستقرار في إقليم محدد، ويخضعون لسلطة حاكمية، لها السيادة على الإقليم، وعلى أفراد المجتمع، إلا أن هناك كيانات أوجدتها الدول تعمل بإرادتها لتعمل بصورة مشتركة، ألا وهي المنظمات الدولية وهي عبارة عن هيئة دولية دائمة تتمتع بالإرادة الذاتية، وبالشخصية القانونية المستقلة، تنشأ باتفاق مجموعة من الدول لمباشرة الاختصاصات التي يتضمنها الاتفاق المنشئ للمنظمة³.

وعلى الرغم من تعريف اتفاقية فينا للمعاهدة بأنها اتفاق بين دول، إلا أنه استقر الفقه الدولي على توسيع تعريف الاتفاقية لتشمل المعاهدات بين الدول والمنظمات، أو المنظمات فيما بينها، وأن استخدام اصطلاح الاتفاقية إنما يكون للإشارة إلى الاتفاق الدولي الذي يهدف إلى وضع قواعد قانونية، ومع ذلك فقد اتجه جانب من الفقه إلى وجدة مؤدى هذه المصطلحات كلها، وهو كونها تدور حول فكرة قيام اتفاق دولتين أو أكثر تترتب عليه نتائج

¹ -سارة زياد مناصرة، مرجع سابق، ص 55-56.

² -ضرغام محمود كاظم، المرجع السابق، ص 38.

³ -سارة زياد مناصرة، المرجع السابق، ص 56.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

معينة، وإن العمل الدولي قد جرى على استعمال اصطلاحى المعاهدة و الاتفاقية كمرادفتين¹.

وفي ضوء تلك المسألة المبدئية نتعرض للأسس التي يتخذها الفقه المناصر لفكرة انتساب عقود الاستثمار التكنولوجي إلى الاتفاقيات الدولية، ومن ثم إلى التحفظات الواردة على اعتباره من الاتفاقيات الدولية.

أولاً: الاتجاه المنادي باعتبار عقود الاستثمار التكنولوجي اتفاقية دولية

اعتبر هذا الجانب من الفقه أن عقود الاستثمار التكنولوجي ما هي إلا نتاج اتفاقيات تعقدها الدول، وذلك باعتبار أن نقل المعرفة الفنية يتم بين دول وشخص آخر من أشخاص القانون الدولي بموجب اتفاقية دولية، مدافعين عن رأيهم هذا بمجموعة من المبررات لدعم موقفهم القائل بأن عقد الاستثمار التكنولوجي اتفاق دولي يخضع إلى أحكام القانون الدولي المنظم للاتفاقيات الدولية، ومن خلال تتبعه من طرف القائلين به وعلى رأسهم الفقيه الألماني بوكشتيجل (bokstiegel) يكشف عن أنهم أقاموا نظريتهم تلك على الحجج الآتية:

- أن يبرم الاتفاق في صورة اتفاقية دولية
- أن يتولى إبرامها الدولة أو إحدى السلطات العامة التي يعطيها النظام القانوني الداخلي السلطة والأهلية لإبرام الاتفاقيات.
- أن ينتج الاتفاق التزاماً على عاتق الدولة المتعاقدة بألا تمارس بعض سلطاتها العامة كشرط التثبيت التشريعي.
- اختصاص قضاء التحكيم الدولي بنظر ما ينشأ بين الأطراف من منازعات نتيجة إخلال أحد الأطراف بالشروط المتعاقد عليها.

¹-صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا، المرجع السابق، ص251-252.

الباب الأول: التأسيس القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

- تضمين العقد صراحة أو ضمناً إرادة الأطراف في استبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة في التطبيق على العقد وما قد ينشأ عنه من منازعات¹.

وما إذا توافرت هذه العناصر كان للاتفاق السمة الدولية ولو كانت مقيدة، وقد ذهب بعضهم إلى ابعاد من ذلك بان اعترف للمشروع الخاص الأجنبي بالشخصية المعنوية الدولية وان كانت مقيدة بالحقوق والالتزامات التي ينشأها العقد²، إذ أن الشخص يمكنه التمتع ببعض الحقوق الناشئة عن القواعد الدولية بل ويمكنه أيضاً المطالبة بهذه الحقوق أمام المحاكم الدولية وفق شرط معينة³، وهنا يصبح الشخص الأجنبي المتعاقد مع الدولة صاحب حق منحه له القانون الدولي، فقواعد هذا القانون الأخير وعلى الأخص الاقتصادية منها لا تتعلق فقط بالدول والمنظمات الدولية ولكنها تخاطب أيضاً وعلى نحو مباشر الأشخاص، فقواعد هذا القانون تسعى لتحقيق التقدم الاقتصادي والاجتماعي، فالفرد مخاطب بأحكام هذا القانون وهذا يعني أن الاتفاق المبرم بينه وبين الدولة هو اتفاق دولي⁴.

وقد اثر هذا الاتجاه بشكل كبير على بعض قرارات قضاء التحكيم الدولي بشأن المنازعات الخاصة بعقود الدولة، ذلك التأثير الذي بلغ ذروته في قضية التحكيم Texaco المتعلق بعقد امتياز بين الحكومة الليبية، وشركتين أمريكيتين هما Californie clasiatie وشركة Texaco overseas petroleum⁵، حيث اكتفى المحكم بالقول بان

¹-صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص253.

²-صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، مرجع سابق، ص102.

³-حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص688-687.

⁴-بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص109.

⁵-قضية الشركتين الأمريكيتين ضد الحكومة الليبية: أبرمت الحكومة الليبية مجموعة من عقود الامتياز مع الشركتين، وفي عام 1973 قامت الحكومة الليبية بتأميم الشركتين ورغم من نص المادة 16 من الاتفاقية المعقودة والتي تنص على ان تتخذ الحكومة الليبية كافة القواعد الضرورية من اجل ضمان تمتع الشركة بكل الحقوق التي يخولها لها هذا الاتفاق، ولا يمكن تعديل الحقوق الناجمة صراحة عن هذا الاتفاق الا بموافقة المتبادلة بين الاطراف، وتم اللجوء الى التحكيم بموجب نص المادة 28 من الاتفاقية المعقودة بعد رفض الحكومة الليبية بعرض النزاع على التحكيم، مما دفعها بتقديم طلب الى

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

محل النزاع إن هو إلا عقد دولي سواء من الناحية الاقتصادية لأنها تمس مصالح التجارة الدولية، أو من الناحية الاجتماعية كونها تتضمن عناصر ارتباط بدولة مختلفة ومن ثم فقد اعتبره مكافئاً أو مماثلاً للمعاهدة الدولية، ورتب على ذلك المسؤولية على عاتق الحكومة الليبية باعتبار إن عملها أو مسلكها غير مشروع¹.

ومع ذلك فإنه تجدر بنا الإشارة إلى أن من وضع هذه الأسس لاعتبار عقد الاستثمار التكنولوجي اتفاقية دولية قد وضع هو ذاته تحفظات على تطبيقها وهي أن يكون غرضه تحقيق المصالح العليا للدولة، وبالتالي فإن عقد الاستثمار التكنولوجي لإقامة مجمع صناعي حتى لو استهدف مصالح حيوية رئيسية لا يمكن تكيفه كاتفاقية دولية طالما لم يتوافر له الشروط الخمسة السابقة مجتمعة²، ويستشف من تلك التحفظات التي وضعها صاحب هذه النظرية على أنه ينبغي القول بأن عقود الدولة لا ترقى إلى مستوى الاتفاقيات الدولية إلا إذا كان الطرف الخاص الأجنبي يتمتع في علاقته بالدولة المتعاقدة بمركز احتكاري ممتاز يسمح له بالتفاوض وفرض بعض الشروط المقيدة لسلطات الدولة³، وكأنه يوحي بأن الأصل تكيف العقد بعقد دولي خاص، حتى إذا توافرت له شروط معينة ينقلب إلى اتفاقية دولية⁴.

وفي إطار دراسة استهدفت التوصل إلى كيفية حماية المستثمر الأجنبي، تعرض البعض لمشكلة مدى جواز اعتبار اتفاقيات التنمية الاقتصادية اتفاقيات دولية من حيث ما ترتبه من أثار وتساءل عما يميز تلك الاتفاقيات التي قد يكون بالإمكان نسبتها للاتفاقيات الدولية بمعناها التقليدي؟ عن تلك التي تبرم وفقاً لقواعد القانون الوطني للدولة فحسب؟.

رئيس المحكمة الدائمة للعدل الدولية لتعيين المحكم، وقد تعرض الحكم الى عقود الدولة، بتحديد طبيعتها والقانون الواجب التطبيق، سارة زياد مناصره، المرجع السابق، ص59.

¹- صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، مرجع سابق، ص103-104.

²-وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص138.

³-صلاح الدين جمال الدين ، عقود التنمية التكنولوجية، مرجع سابق، ص104.

⁴-وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص138.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

وخلص من بحثه إلى انه بالنسبة للطائفة الأولى لا يعثر للقانون الوطني على اثر أو دور يمارسه بشأن تكملة ما يظهر من ثغرات في العقد، وبعبارة أخرى لن يعد من عقود الدولة بالمعنى المفهوم من ذلك المذهب، إلا ذلك العقد الذي يكون الاختصاص بتكملة النقص فيه لقواعد القانون الدولي الذي يتولى تنظيم العلاقة العقدية بين الأطراف، وقد تعرض البعض لتلك المسألة فأضاف الى مذهب سابقه في تدويل عقود التنمية الاقتصادية وجهة نظره والتي تمثلت في أن "العقود التي تبرمها الدولة مع الخاضعين لدول أجنبية، تندمج في العلاقات الاقتصادية الدولية التي تدخل فيها الدولة وان مركز الثقل فيها -الذي يستلزم التدويل ويفترض تطبيق القانون الدولي- ينبع من دولية ذلك التعامل"¹.

وإذ أن العقد علاقة تتحرك في فلك أو إطار سياسي واقتصادي دولي فقد تسأل عما يعوق إمكانية انسحاب النتائج النابعة عن ذلك المناخ المحيط بالتعاقد إلى النواحي القانونية للعقد؟، بمعنى أن العقد يحتاج إلى نظام قانوني يمدّه بالقوة الملزمة، فانه سوف يستمدّها من النظام القانوني الدولي الذي تتصل به كل خيوط العلاقة العقدية، وهو يذهب في ذلك إلى أن "نسبة العقد الذي تبرمه الدولة مع المشروعات الخاصة الأجنبية لتحقيق التنمية الاقتصادية إلى النظم القانونية الوطنية هو ابتعاد عن الحقيقة إذ ينطوي على إقصاء مصطنع للعلاقات العقدية بعيدا عن بنيتها السياسية والاقتصادية الدولية"، ذلك بشرط أن يتوافر لذلك العقد تلك العناصر الموضوعية التي تربطه بالنظام القانوني والسياسي والاقتصادي الدولي الذي يحيط بالعلاقات بين الدول لكي يمكن أن توصف أو تكيف على أنها اتفاقيات للتنمية الاقتصادية².

ومن جهة أخرى أكدت المحكمة الدائمة للعدل الدولية في رأيها الاستشاري في قضية التعويضات عن الأضرار التي تلحق بالعاملين في الأمم المتحدة، إذ بنت المحكمة هذا الحق

¹-صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا، المرجع السابق، ص255.

²-صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، المرجع السابق، ص106.

الباب الأول: التأسيس القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

على أساس وجود شخصية قانونية للمنظمات الدولية، على أن هذه الشخصية القانونية المعنية بالقدرة على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات محدودة ومحصورة على أهدافها ووظائفها المنصوص عليها صراحة أو ضمناً في الميثاق الذي أنشئها، وتتمتع بهذه الشخصية في محاكم دول معينة يكون محدد ميثاقه¹.

والسبب في طرح ما سبق، هو لاتساع مجال الاستثمار التكنولوجي القائم على حماية براءات الاختراع والأسرار التجارية ونقل الخبرات والمعارف، سواء أكان في مجال الأدوية، أو صناعة الأسلحة، أو الأصناف النباتية، أو برامج الحاسوب أو غيره، فقد يكون مع الدولة النامية منظمة إقليمية قارية أو دولية، أو أحد الأجهزة التابعة لها، ومن هنا فإن العلاقة تخضع للقانون الدولي العام، ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك، وهذا له دور كبير في تحديد القانون الأكثر ملائمة للعلاقة².

ثانياً: تقييم الاتجاه المناهض باعتبار عقود الاستثمار التكنولوجي اتفاقية دولية

يلاحظ أن الاتجاه الفقهي المدافع والقاضي بتكليف عقد الاستثمار التكنولوجي من ضمن الاتفاقيات الدولية، لم يحظى بتأييد العديد من الفقهاء، بل تعرض إلى مجموعة من الانتقادات والتي يمكن إجمالها بالآتي:

- إذ يرى البعض أن العقد ليس اتفاقية بين دول أو منظمات دولية، فاصطلاح الاتفاقية الدولية لا ينصرف إلى الاتفاقيات المبرمة بين أشخاص القانون الدولي، بينما تبرم هذه العقود بين أحد هؤلاء الأشخاص وهو الدولة، وشخص من أشخاص القانون الداخلي، لذا لا يمكن إدراجه ضمن عداد الاتفاقيات الدولية³، فكل اتفاق مبرم بين طرفين لا يتمتع

¹-سارة زياد مناصرة، مرجع سابق، ص57.

²- وليد عودة الهمشري، مرجع سابق، ص26، وصفوان محمد، العلاقة بين الاستثمار الأجنبي المباشر والاستثمار المحلي في الاقتصاد الأردني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة اليرموك، الأردن، 1012، ص20-21.

³-مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص71.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

احدهما على الأقل بكل الشروط التي يتطلبها القانون الدولي العام لكي يكون هذا الطرف شخصا من أشخاص هذا القانون، ومتمتعاً بالأهلية التعاقدية الدولية، ولم تضاف عليه هذه الصفة بواسطة معاهدة دولية فعلية، فإنه لا يمكن أن يكون جزءاً من النظام القانوني الدولي بمجرد إقرار الأطراف المتعاقدة بان الاتفاق المبرم بينها تسري عليه قواعد القانون الدولي، وبالتالي فعقد الاستثمار التكنولوجي لا يعد اتفاقاً دولياً وفقاً للمفهوم التقليدي لهذه الفكرة في القانون الدولي بسبب وجود طرف خاص في العقد¹.

- إن الدولة المتعاقدة ومشروعاتها التابعة لها -وهي في الغالب دول ومشروعات نامية- عند اتجاهها إلى إبرام عقد الاستثمار التكنولوجي بغية تحقيق مصالحها العامة وفق الخطة التكنولوجية للدولة، لا تقبل بالنقد بالشروط غير الطبيعية التي ذكرها الفقيه الألماني (بوكشيتجل) ومن أيده في الفقه الغربي، إلا إذا كانت في حاجة ماسة وضرورية إلى هذا النوع من التكنولوجيا، كالتكنولوجيا اللازمة لإنشاء مفاعل نووي، أو بصدد عقد لإنتاج أسلحة حربية متقدمة، أو كأن تكون التكنولوجيا خاصة بصناعة الطائرات أو البتروكيماويات أو خاصة بالطاقة النووية وما إلى ذلك²، بعيداً عن الهدف الأساسي لاستقطاب هذه التكنولوجيا ألا وهو الاستثمار، حيث يكون المتعاقد الأجنبي في مثل هذه العقود في مركز احتكاري قوي نظراً لما يكون له من قدرات تكنولوجية وتمويلية ضخمة، عدا لاحتكاره لتلك التكنولوجيا التي تكون الدولة في حاجة ماسة لاستيرادها، ما يسمح له بفرض شروطه التقييدية وفرض إرادته³، لكن هل هذا يعني أن تلك العقود رغم أهميتها قد تحولت إلى اتفاقيات دولية على غرار اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات؟ أو يعني أيضاً أن هناك قاعدة آمرة في القانون الدولي تخضع بموجبها عقود الدولة ذات المصالح العليا لنظام قانوني دولي رغم إرادة الدولة، أو حتى في ظل غياب إرادة أطرافها؟

¹- حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 688.

²- وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص 138، و قيس محمد بشار، مرجع سابق، ص 113.

³- صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا..، مرجع سابق، ص 259.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

في الواقع إن القول بتحويل تلك العقود إلى اتفاقيات دولية ووجود تلك القاعدة من الصعب إثباته وإقامة الدليل عليه، وما يؤيد ذلك ما ذهب إليه الفقه وقضاء القانون الدولي أو المبادئ العامة للقانون هي القواعد الواجبة التطبيق على العلاقة العقدية، لا يعني تحول ذلك العقد إلى اتفاقيات دولية بالمعنى الذي تقصده اتفاقية فينا لقانون المعاهدات، بل إن ذلك يعني إعطاء المحكم أو محكمة التحكيم الدولي صلاحية تمكنه من تطبيق نصوص دولية تتلاءم مع العلاقة العقدية، لاسيما وإن التطبيق تلك القواعد لا يستتبع بالضرورة أن تستخدم وسائل ذلك القانون لتسوية النزاع دون اللجوء إلى طريق الحماية الدبلوماسية¹.

-إن ما ذهب إليه تحكيم Texaco غير مستقر وقد وجهت إليه انتقادات حادة، أما تحكيم B.P/1979 وان انتهى إلى التطبيق بالقياس على عقود الدولة التي يسري عليها القانون الدولي بإرادة الأطراف لاسيما المادة 62 من المعاهدة والتي كرست مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، والمادة 42 التي نصت على وجوب الالتزام بمبدأ حسن النية²، حيث ينطبقان بصدد تقرير المسؤولية عن مخالفة العقد وتحديد مقدار التعويض، إلا أن المحكم انطلق في ذلك من غاية تحقيق المصالح الاقتصادية للعقود التجارية طويلة الأمد³

والحقيقة انه بعيدا عن هذين الحكمين يصعب أن نجد في العمل والقضاء الدوليين مثالا فرض فيه القانون الدولي وسائل الحماية الدولية على اتفاقيات التنمية الاقتصادية التي تبرمها الدولة مع أشخاص أجنبية⁴، ونعتقد أن حكمين غير كافيين للقول باستقرار قضاء التحكيم على مذهب معين.

¹-بشار محمد قيس، مرجع سابق، ص114.

²-وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص138.

³-وقد جاء هذا التحكيم في معرض النزاع بين ليبيا وشركة بريطانية نتيجة تأمين الأولى للصناعات البترولية، صلاح الدين جمالالدين، عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص260-261.

⁴- المرجع نفسه، ص261.

الباب الأول: التأسيس القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

نخلص إذن أن اصطلاح اتفاقية agreement نجده في غالبية النماذج العقدية الأجنبية مثلاً Research and devlopment agreement (اتفاقية البحث والتطوير)، Partnership agreement in manufacturing and know how، transfer مع سامسونغ اليكترونيكس، Licence agreement اتفاقية ترخيص من Tele fonaktiebolget LM(ericsson)AB¹.

ونحن لا نجزم بالنوايا من خلال استخدام ذلك المصطلح كاستبعاد تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة، ولكن لنا في هذا المجال القول بأن أطراف الاتفاق الدولي لهم أن يطلقوا الحرية الكاملة في اختيار التسمية التي يريدونها كالمعاهدة أو الاتفاقية أو الميثاق أو الشرعية أو الصك أو حتى البروتوكول، أما بالنسبة لعقد الاستثمار التكنولوجي فيفضل من ناحية شكلية إبقائه على تسميته، أما من ناحية موضوعية فإن العقد يختلف عن الاتفاقية أو المعاهدة، إذ تعني الأخيرة بالتعريف الدقيق: "الاتفاق المكتوب بين شخصين أو أكثر من الأشخاص الدولية والذي من شأنه أن ينشئ حقوقاً و التزامات متبادلة في ظل القانون الدولي"، بل إن اتفاقية فينا 1969 قد عرفت قبل ذلك المعاهدة بأنها: "اتفاق دولي بين دولتين أو أكثر"².

ولعل من ذهب إلى تكييف عقود الاستثمار التكنولوجي على أنها معاهدة قد استفاد من النقد الموجه إلى ما آلت إليه اتفاقية فينا من أن المعاهدة هي اتفاق دولي بين شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي العام وهؤلاء الأشخاص غير مقصورين على الدول فقط، وإنما يضاف إليهم الأشخاص الاعتبارية، لا وبل قد يضاف حتى الأفراد الطبيعيين، وبالتالي عقد الاستثمار التكنولوجي الذي احد أطرافه دولة والآخر شخص اعتباري أو طبيعي أجنبي لن يستبعد من نطاق الاتفاقيات الدولية بموجب نص القانون ذاته.

¹-وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص138.

²-مرجع نفسه، ص139.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

- ثم إن القول بأن الشخص المتعاقد يستمد الأهلية والشخصية القانونية الدولية من العقد ذاته، قول يجافي المنطق السليم، فإذا كان العقد هو مصدر الاعتراف بالشخصية للطرف المتعاقد مع الدولية، فهذا يعني أن العقد سابق في وجوده على تمتع ذلك المتعاقد الأجنبي بالأهلية القانونية وهو الذي منحه إياها في حين تدويل العقد يؤسس على أنه يبرم ابتداء بين شخصين من أشخاص القانون الدولي، وهذا يؤدي إلى الحلقة المفرغة التي تنبه إليها الكثير من الفقه¹، كذلك فإن هذا القول يوصل إلى نتيجة مغلوطة وهي أن الاعتراف بالشخصية القانونية الدولية وما يترتب عليها من حقوق والتزامات مصدرها العقد، في حين أن الحقيقة هي أن هذا الاعتراف مصدره المباشر القانون الدولي².

- إن ما يؤكد صحة الانتقادات السابقة هو صدور عدة أحكام دولية، سواء عن طريق القضاء الدولي أو عن طريق التحكيم تؤيد ذلك، فقد أعلنت محكمة العدل الدولية في قرارها الصادر عام 1952 حول تأميم إيران لشركة (Anglo Iranian Oil Company)، عدم اختصاصها بنظر الطلب الذي تقدمت به بريطانيا بشأن بطلان قانون التأميم الإيراني على أساس عقد الامتياز المبرم في عام 1931 بين إيران وشركة النفط المذكورة، واتي تحمل الجنسية البريطانية بأنها ليست اتفاقية دولية، لذلك فإن هذا النزاع يخرج عن دائرة اختصاصها القضائي³، كما رفضت وجهة نظر البريطانية التي تقضي بأن العقد ذي طبيعة مزدوجة، فهو اتفاقية دولية بين إيران والمملكة المتحدة من جهة، وعقدا بين إيران والشركة من جهة أخرى، ولم تجد المحكمة في هذا العقد سوى عقد امتياز بين حكومة وشركة خاصة أجنبية، وقبل أن تصل المحكمة إلى إعلان عدم اختصاصها بنظر الطلب قالت - فيما معناه- انه لا توجد أي علاقة تعاقدية بين حكومة إيران وحكومة المملكة المتحدة، وكل ما هو موجود لا يعدو ان يكون عقد امتياز مبرم بين حكومة وشركة أجنبية، وان حكومة

¹-حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص694.

²-بشار محمد قيس، مرجع سابق، ص115.

³-ضرغام محمود كاظم، مرجع سابق، ص42.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

المملكة المتحدة ليست طرفا في العقد، ذلك لان الوثيقة التي تحمل توقيع ممثلي حكومة إيران والشركة لا تستهدف إلا غرضا واحدا وهو تنظيم العلاقات بين الحكومة والشركة فيما يتعلق بالامتياز، وهو لا ينظم بأي حال من الأحوال علاقة بين حكومتين¹.

وهناك من يرى في هذا الشأن أن القانون الدولي العام لم يأت صراحة بما يفيد ان عقد الاستثمار التكنولوجي هو اتفاق دولي، بل أن فقه وعرف ذلك القانون قد استقر بشكل واضح على استبعاد الاتفاقيات بين الدول والأشخاص الأجنبية (كالاتفاقيات بين الدول وشركات البترول) من نطاق المعاهدات الدولية².

فإذا ما انتهينا من هذا النقد فإننا نظل أمام تساؤل لا يزال دون إجابة ألا وهو: إذا لم تكن عقود الاستثمار التكنولوجي مما يندرج ضمن الاتفاقيات الدولية فما هو وصفها القانوني؟، نجد من يثير التساؤل عما إذا كانت عقود دولة مما يدرج تحت وصف هذه العقود باعتبارها عقود عابرة للحدود واحد أطرافها متجسد في الدولة أو احد مشروعاتها،.. وتلك هي النقاط التي نرى أن نعرض لها في المطلب التالي.

الفرع الثاني: عقد الاستثمار التكنولوجي عقد دولي

لقد تعددت الآراء واختلفت المضامين التي يمكن أن نعطيها للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية من اجل تحديد معالم هذه العقود، ونظرا لكون عقود الدولة ليست فكرة وصفية تنطبق بسهولة على عقد ما، سنحاول إيضاحه من خلال إزالة الالتباس الواقع في التداخل بين مصطلح عقود الدولة وتلك العقود التي قد تماثل عقود الدولة بصفة عامة، وعقد الاستثمار التكنولوجي بصفة خاصة في بعض خصائصها.

¹- محمد قيس بشار، المرجع السابق، ص116.

²- وفاء مزيد فالحوط، المرجع السابق، ص139.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

نعمد لبيان مفهوم العقد الدولي بالوقوف على أهم التعريفات التي قدمت بشأنه، فيرى الفقيه *jean pierre regli* عقود الدولة بأنها عقود شبيهة بعقود القانون العام، طرفاها هم الدولة أو جهاز حكومي يتبع الدولة و شخص طبيعي أو اعتباري، وتتعلق هذه العقود عادة ببناء مجمع صناعي متكامل، وبتقديم المساعدة الفنية من قبيل الشركة الأجنبية، كما أنها تتعلق في بعض الأحيان باستخراج وتصنيع وتوزيع المنتجات الأولية، وهو يقتضي إنشاء تجهيزات ضخمة، واستثمارات كبيرة مما يجعل من هذه العقود عقود طويلة المدة نسبيا، كما انه اعتبر هذه العقود بما تشمله من استثمارات ضخمة تهدف إلى تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة الطرف فيها¹.

أما الأستاذ *Macaire Walden* فقد عرف عقد الدولة من خلال تعداد العناصر المميزة للعقد فاعتبر أن: "عقود الدولة هي العقود التي تبرم بين دولة وشخص خاص أجنبي يمنح سلطات متميزة، طويلة المدة، تثير فكرة الحماية الدبلوماسية للدولة الطرف الأجنبي وتتضمن شرط التحكيم وتخضع في جانب منها للقانون العام، وفي الجانب الآخر للقانون الخاص"².

ومن خلال هذا التعريف يمكننا إبراز أهم العناصر المميزة لهذه العقود:

- عقود الدولة تبرم بين الدولة وهي شخص من أشخاص القانون العام وبين الشخص الطبيعي أو الاعتباري الأجنبي، والذي يتمتع بالشخصية القانونية بناء على أحكام قانون الدولة التي يتبعها، وهو في مجمل الأحوال شخص من أشخاص القانون الخاص او شخص من أشخاص القانون الداخلي.

¹-علاء محي الدين مصطفى أبو احمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولة في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية و وإحكام التحكيم "دراسة مقارنة"، ط.1، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص 61-62.

²-هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الأعمال على العقود الإدارية الدولية إمام المحكم الدولي، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص 40.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

- تتمثل الغاية الأساسية من إبرام عقود الدولة في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المتعاقدة والتي عادة ما تكون من الدول النامية، وذلك من خلال إنشاء مشاريع تساهم في إنعاش البنية التحتية، إذ أن الباعث من وراء إبرام هذه العقود على اختلاف نماذجها هو تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة، وذلك من خلال ما يستفيد منه اقتصاد الدولة المتعاقدة من رأس مال وتكنولوجيا وقدرات ومهارات إدارية، وغيرها من العوامل التي تسهم بشكل كبير في دفع وتيرة الاقتصاد الوطني¹.

وان الإجابة على مسألة دولية عقد الاستثمار التكنولوجي من عدمها سيكون لها انعكاس على تحديد النظام القانوني الواجب التطبيق على هذه العقود، خاصة وان الآراء انقسمت بين رافض ومؤيد لفكرة دولية عقود الاستثمار التكنولوجي، وبين من يضيفي على هذه العقود الصفة الدولية الجزئية.

أولاً: الاتجاه المؤيد لفكرة دولية عقد الاستثمار التكنولوجي

الكثير أو الأغلب من الفقهاء يدرجون عقد الاستثمار التكنولوجي من العقود الدولية نظراً للتشابه الكبير بينهما، بل وأكثر من ذلك فهناك من يعتبره إحدى نماذج عقود الدولة ، لاشتراكهما في غاية واحدة وهي تحقيق التنمية الاقتصادية للدول المضيفة، إضافة لصفة الخاصة التي يتمتع بيها طرفيهما، فكلاهما يتم بين طرفين من أشخاص القانون الخاص لكن احدهما عنصر أجنبي، ما يدخل وصف العقد الدولي على عقود الاستثمار التكنولوجي، وقد قامت مختلف هذه الآراء الفقهية على ثلاثة أسس هي:

-إن طبيعة كل من العقدين وفي غالب الأحيان مرتبطة بالخطط التنموية للدولة وتتطلب التعاون المستمر بين الأطراف، كون حجم الأنشطة المطلوب تنفيذها في مثل هذه العقود يستلزم التعاون المستمر بين الأطراف، فيقوم المستثمر مثلاً في عقود الاستثمار

¹ بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص 68، سعد الله عمر، قانون التجارة الدولية "النظرية المعاصرة"، ط.1، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 196.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

التكنولوجي بإمداد الدولة طالبة الاستثمار بأفضل المواد التكنولوجية المناسبة لمشروع التعاقد، على أن الدولة كذلك من جهتها تقدم التسهيلات من أجل إنجاز المشروع¹.

- إن الدولة عندما تتعاقد مع مستثمر أجنبي إنما تبرم اتفاقاً يجد أساسه القانوني وسند قوته الإلزامية في قاعدة من قواعد القانون العام، ألا وهي مبدأ قدسية العقد الذي يعد قاعدة أساسية لكل نظام قانوني متمدين.

- إن القانون الداخلي للدولة المتعاقدة يتعين استبعاده كلية في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق على أساس وجود قاعدة إسناد خاصة قوامها اختيار سلبي يستبعد تطبيق قانون الدولة المتعاقدة، ومما يؤكد هذا الاختيار السلبي وجود شروط تقضي بتثبيت العلاقة العقدية، وحل المنازعات عن طريق التحكيم باعتبارها عناصر تعكس حسب نظرهم، إرادة المتعاقد في إقصاء الإسناد لقانون وطني²، وبالتالي يكون للأطراف المتعاقدة دور كبير في تحديد القانون الواجب التطبيق، فالقانون الذي اختاره الطرفان هو القانون الذي سيطبق، وعادة ما يبرز الطرفان هذا النوع من الاتفاق في بند من بنود الاتفاق شأنه في ذلك شأن أي عقد دولي، وهكذا فإن تمتع عقد الاستثمار بالطابع الدولي يترتب عليه العديد من النتائج، أهمها: في تعيين القانون الواجب التطبيق، ذلك لأنه في العقد الداخلي لا خلاف أن القانون الوطني هو المختص في الفصل في منازعات أطرافه، على عكس ما هو عليه في العقد الدولي، وبالتالي إخضاع العقد لقواعد القانون الدولي الخاص، ولا ضير من تطبيق قواعد القانون الدولي العام متى اقتضت الضرورة ذلك، أو اتجهت إرادة المتعاقدين إلى ذلك، سواء أكان

¹-بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص69.

²-عدي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد-تلمسان-، 2010/2011، ص56-57.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

ذلك بتطبيق المنهج التنازعي أو القواعد الموضوعية، أو قواعد البوليس على النزاع ذاته، أو إجراءات التنازع أمام المحكم¹.

والأساس القانوني لهذا الرأي هو نص المادة 18 من القانون المدني والتي جاء فيها: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار بين المتعاقدين، إذا كانت له صلة حقيقة للمتعاقدين أو بالعقد.

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

- وفي حالة إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد

- غير انه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه"

مع الإشارة إلى أن هذه المادة لا تسري في الحالة التي يكون فيها نص يخالف فحواها، أو معاهدة دولية صادقت عليها الجزائر، وهو ما نصت عليه المادة 21 من القانون المدني بقولها: "لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص، أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر".

وقد وضعت يونيدرو قواعد عامة بشأن عقود التجارة الدولية بشأن تطبيقها عندما يختار الأطراف المتعاقدة إخضاع عقودهم لها، كما يمكن تطبيقها اذا لم يختار المتعاقدان قانونا، وفي حالات أخرى كذلك، كما حددت اليونيدرو صيغة للراغبين في إخضاع عقودهم لمبادئها بشأن العقود التجارية الدولية، وهذه الصيغة هي: "يخضع هذا العقد لمبادئ يونيدرو 2004"². - سنتطرق لشرح هذا بالتفصيل في الباب الثاني من هذه الأطروحة-

ولما كان هذا الاتجاه قد رجح دولية هذا العقد، كان علينا لزاما قياسه بالمعايير التي تجعل من عقد ما يتصف بالصبغة الدولية أم لا، كون أن المحاكم الوطنية لا يمكنها أن

3-سارة زياد مناصره، المرجع السابق، ص47، والأسعد بشار محمد، المرجع السابق، ص76.

²-عائشة كاملي، المرجع السابق، ص131-132.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

تسلم مطلقا لإرادة الأطراف بإخضاع عقدهم لقانون أجنبي لمجرد انه يوفر لهم التسهيلات المختلفة التي قد لا يمنحها لهم القانون الوطني، على الرغم من غياب أي عنصر يمنح هذا العقد الصفة الدولية¹، وقد اوجد كل من الفقه والقضاء معايير من خلالها يمكن إضفاء الصفة الدولية على العقد، وأفرزت هذه الآراء ثلاث اتجاهات رئيسية تتمثل في:

1/المعيار القانوني لتدويل العقد:

وفقا لهذا المعيار فان العقد يعد دوليا إذا ارتبطت عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد، وتتمثل هذه العناصر إما في مكان إبرام العقد أو تنفيذه أو جنسية المتعاقدين أو موطنهم²، وإذا ما نظرنا لعقد الاستثمار التكنولوجي نجده يبرم ما بين طرفين هوما: طالب الاستثمار وفي الغالب ما يكون دولة نامية، فنتعاقد بوصفها طرفا في إطار القانون الدولي، أما بشكل مباشر عن طريق الحكومة (رئيس الوزراء أو احد الوزراء)، أو من خلال الأجهزة التابعة لها مع انصراف أثار العقد إليه، تنفيذا للسياسة العامة للدولة، دون أن يؤثر في ذلك تمتعها أو عدمه بالشخصية القانونية المستقلة³، او من خلال شركاتها ذات الشخصية

¹-Glavinis Panayotis, les contrat international de construction, paris, France, 1993, p410.

²-تياب نادية، التحكيم كآلية لتسوية نزاعات عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو-، 2006، ص112، و يجدر بنا التنويه إلى أن المشرع الجزائري لم يأخذ بهذا المعيار في معرض تحديده متى تعتبر العلاقة دولية بالنسبة إلى العلاقة الداخلية، بينما اخذ به المشرع التونسي وذلك في المادة 02 من القانون 97/98 حيث جاء فيها:

"Est internationale rapport de droit rattaché au moins par l'un de ses éléments déterminants, a un plusieurs ordres juridiques que l'ordre juridique tunisien".

بمعنى انه يمكن اعتبار العقد دوليا إذا توافرت فيه العناصر الواردة في هذه المادة، أي يعتبر دوليا إذا كانت لأحد عناصره صلة على الأقل بنظام أو عدة أنظمة قانونية خارج النظام القانوني التونسي، عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص "تتازع القوانين"، ج1، ط.2، دار هومة، الجزائر، 2007، ص319.

³-مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص192.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

المعنوية¹، أما الطرف الآخر فهو المستثمر وهو الطرف الحائز للمعرفة التكنولوجية، سواء أكانت شركة أجنبية تحمل شخصية معنوية، وفي العادة تكون شركة متعددة الجنسيات²، أما موضوع العقد، فيكون بنقل المعرفة التكنولوجية كما عرفها مشروع مدونة السلوك الدولي لنقل التكنولوجيا بأنها: "عبارة عن نقل معلومات فنية لاستعمالها في إنتاج السلع، أو في تطبيق طرق فنية أو تقديم خدمات، وما قد يرافقها حسب طبيعة الاستثمار من استيراد الأجهزة، أو تنفيذ جزء من العقد خارج بلد طالب الاستثمار³، وبإسقاط عقد الاستثمار التكنولوجي في صورته النمطية الشائعة التي يتم فيها تداول هذا العقد على مفهوم دولية العقد حسب المعيار القانوني، فإن عقد الاستثمار التكنولوجي يكون ذو طابع دولي.

لكن هذا المعيار انتقد انتقاداً لاذعاً، لأنه يتسم بالجمود ويعتبر العقد دولياً لمجرد توافر عنصر أجنبي في الرابطة العقدية، بغض النظر عن ثقل هذا العنصر، أو أهميته داخل الرابطة العقدية.

لذلك حاول الفقه الحديث من مؤيدي هذا الاتجاه تلافي هذا النقد عن طريق التفرقة بين العناصر المؤثرة في العقود والتي تكسبها الصفة الدولية، وبين العناصر غير المؤثرة في مثل هذه العقود، والتي تكسبها نفس الوصف⁴.

¹-وفي هذا الجانب ثار جدل فقهي حول تبعية الشركات لأجهزة الدولة بما أنها في النهاية جاءت لتحقيق الصالح العام، وهذه المسألة تتوقف عن تواجد أكثر من عامل، وهذا ما يمكن استنباطه من القرار المنشأ للمشروع أو بمقدار ما تملك الدولة من رأس مال فيه، وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص 236-237.

²-عرفت غرفة التجارة الدولية الشركة متعددة الجنسية بأنها: "المشروع متعدد الجنسية على أنه الشركة أو مجموعة من الشركات التي تعمل على نطاق عالمي ويساهم بشكل أساسي في تدفق الاستثمارات المباشرة بين الدول المختلفة"، فهي مشروع مركب من مجموعة وحدات فرعية ترتبط بالمركز الأصلي بعلاقات قانونية، وتخضع لإستراتيجية اقتصادية عامة، وتتولى الاستثمار في مناطق جغرافية متعددة - سيتم توضيحه في الفصل الثاني جيداً-، يوسف الاكياي، مرجع سابق، ص 68.

³-جابر عبد الرؤوف، مرجع سابق، ص 29.

⁴-عدي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 61.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

وهذا ما أدى إلى ظهور صورتين متباينتين لهذا المعيار القانوني الأولى تقليدية والثانية حديثة.

أ- **المعيار القانوني التقليدي:** يذهب أنصار هذا المعيار إلى التسوية التامة بين كل العناصر القانونية للرابطة العقدية ، ومجرد تطرق احدها إلى نظام قانوني مختلف، اكتسب العقد الطابع الدولي، وقد عيب هذا المعيار بالجمود لأنه يؤدي إلى إعمال أحكام القانون الدولي الخاص لمجرد توافر عنصر أجنبي في الرابطة العقدية، وقد أطلق عليه المعيار القانوني الموسع، وإعمالاً لذلك يعد عقد الإستثمار التكنولوجي موضوع هذه الدراسة ذو صفة دولية¹.

ب- **المعيار القانوني الحديث:** على خلاف المعيار القانوني التقليدي فإن أنصار هذا الاتجاه يفرقون بين العناصر القانونية التي تنتمي إلى نظام قانوني مختلف، وبين العناصر الفاعلة أو المؤثرة، والعناصر غير الفاعلة أو المحايدة، فمثلاً الجنسية الأجنبية للمتعاقد لا تعد عنصراً مؤثراً في العلاقة التعاقدية، بحيث لا يعد بناءً على هذا المعيار - العقد دولياً لمجرد توافر العناصر المحايدة، ولا تكفي لإسباغ الطابع الدولي على هذا العقد، بل يتعين اكتساب الصفة الدولية أن تكون الصفة الأجنبية قد تطرقت إلى عنصر قانوني فاعل ومؤثر².

إلا أن اتفاقية واشنطن لعام 1965 لتسوية منازعات الإستثمار اشترطت لانعقاد اختصاص المركز أن يكون الطرف الثاني المتعاقد مع الدولة مستثمراً أجنبياً منتماً لدولة أجنبية أخرى، ويستوفي ذلك، أن يكون هذا المستثمر شخصاً طبيعياً أو معنوياً³، فباستقراء

¹ -سارة زياد مناصرة، المرجع السابق، ص50.

² -بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص80.

³ -نصت المادة 25 من الاتفاقية على أنه: "يقصد بعبارة احد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى ما يلي: أ- كل شخص طبيعي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع. ب- كل شخص معنوي يحمل جنسية إحدى الدولة المتعاقدة خلاف الدولة الطرف في النزاع".

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

ذلك، يعني أن الاتفاقية عزلت على الجنسية في عقود الاستثمار، وذلك لإضفاء الطابع الدولي للنزاع، ومن جهة أخرى، فإن محل إبرام العقد يعد معياراً مؤثراً من حيث الشكل، إلا أنهما يكون كثيراً عنصراً محايداً لا يصلح أساساً لإضفاء الطابع الدولي من حيث الموضوع¹، أما محل تنفيذ العقد، واختلاف موطن الأطراف، ولو اتحدا في الجنسية، يعدا من العناصر الحاسمة والمؤثرة في إضفاء الطابع الدولي، وكذا الأمر لكل من سبب التعاقد ووجهة البضاعة، والمكان المنوي تصديرها إليه، اعتبر كافياً لقيام عنصر الدولية، لذا فإن تحديد دولية العقد من عدمه، مسألة تتوقف على طبيعة الرابطة العقدية، وأهمية العنصر الأجنبي وطبيعة المسألة المتنازع عليها، متوقف على أهمية العنصر وتأثيره، وليس بالعدد الكمي للعناصر الأجنبية، وتجدر الإشارة بأن العنصر الأجنبي يتم اكتسابه في مرحلة لاحقة لانعقاد العقد².

وبعد أن تم البحث في المعيار القانوني واستعراض الآراء، يمكن القول بأن عقد الاستثمار التكنولوجي يعد دولياً وفق لهذا المعيار، ومن ثم استوجب التطرق إلى المعيار الثاني المقرر لإضفاء الصفة الدولية على العقود، وقياسه عن عقد الاستثمار التكنولوجي.

2- المعيار الاقتصادي لتدويل العقد: ظهر هذا المعيار على أنقاض المعيار القانوني

في أواخر العشرينات من القرن الماضي، ويعتبر العقد دولياً وفقاً لهذا المعيار إذا اتصل العقد بمصالح التجارة الدولية، وإذا ما قيس هذا الكلام على عقد الاستثمار التكنولوجي فإنه يعتبر دولياً إذا ما انطوى على علاقة تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة، يتضمنها استيراد المعرفة التكنولوجية من الخارج بمقابل مالي قد يكون بقصد تطوير منتج معين، وبالتالي التمكن من تصديره إلى الخارج، ويترتب عليها حركة للأموال وانتقالها من بلد لآخر، والمعيار الاقتصادي من هذا المنظور سيقضي بالضرورة إلى المعيار القانوني بينما العكس

¹-صادق هشام، المرجع نفسه، ص75-76، والكيلاني محمود، المرجع نفسه، ص172-173.

²-الاسعد بشار، المرجع السابق، ص80.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

غير صحيح بالضرورة، فإذا مس انتقال التكنولوجيا مصالح التجارة الدولية فهذا يؤكد ارتباطه بأكثر من نظام قانوني واحد، ولكن إذا كان نقل التكنولوجيا مرتبطاً بأكثر من نظام قانوني واحد فلا يعني بالضرورة بأنه سيمس مصالح التجارة الدولية أو سيترتب عليه حركة للأموال أو المعارف التكنولوجية ذهاباً وإياباً¹.

وقد تطورت أفكار هذا المعيار على النحو التالي:

أ- فكرة المد والجزر لسلع عبر الحدود الدولية: ظهر معيار المد والجزر لأول مرة على يد المحامي العام Mattel وذلك بمناسبة قضية Pélissier du Best والتي طرحت على محكمة النقض الفرنسية في 17/05/1927، وكانت تتعلق حول مشروعية الاتفاق على الوفاء بالأجرة في الجنية الإسترليني بمناسبة عقد إيجار عقار في الجزائر، حيث كان المؤجر إنجليزياً والمستأجر فرنسياً، وكان مكان الوفاء بالأجرة في مدينة لندن، فلم تأخذ المحكمة باختلاف جنسية أو مكان الوفاء عند التنفيذ، فقضت بعدم مشروعية ذلك الشرط، لكون المنازعة ليست ذات طابع دولي، ولكي يكون العقد دولياً، يجب أن ينشئ تحركات للأموال على شكل حركات مد وجزر، وقد غيب هذا المعيار؛ لعدم استيعابه جميع العلاقات الاقتصادية، فليس كل ذهاب يقابله إياب².

ب- العقد الذي يرتبط بعملية تتجاوز النطاق الاقتصادي الوطني: ومن خلال هذا المعيار يمكن أن نطلق على العقد بأنه عقد دولي إذا ما تعلق الأمر بعمليات تتخطى الحدود الإقليمية لدولة معينة، أي إذا انطوى العقد على رابطة تتجاوز نطاق الاقتصاد الداخلي لدولة ما، كأن يتضمن العقد نقل معرفة تكنولوجية من الصين إلى الجزائر، أو تصدير منتجات وطنية إلى دولة أجنبية، وقد طورت محكمة النقض الفرنسية فكرة الأستاذ Mattel في حكمها الصادر بتاريخ 14/02/1934، فقررت أن يكون العقد دولياً إذا تعلق بعملية تتجاوز نطاق

¹-وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص19 .

²-صادق هشام، المرجع السابق، ص83، وسارة زياد منصرة ، المرجع السابق، ص52.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

الاقتصاد الوطني، ولكن هذا المعيار لم يدم طويلا حيث رأت المحكمة ضرورة تفحص العملية في مجملها حتى يكون الحكم أكثر دقة على العق¹.

ج-العقد الذي يراعي مصالح التجارة الدولية: يتحقق المعيار متى كان العقد يتصل بعملية اقتصادية تتضمن حركة الأموال والخدمات عبر الحدود، ولو كانت في اتجاه واحد²، وقد ظهر هذا المعيار عند بحث القضاء الفرنسي شرطا لتحكيم في القضية التي طرحت أمام محكمة النقض عام 1939، وتتلخص وقائعها في عقد بيع أبرم ما بين فرنسيين بشأن بيع مئة طن قمح وفقا لشروط جمعية لندن لتجارة الحبوب، والتي تحوي على شرطا لتحكيم فقررت محكمة النقض دولية العقد المبرم لمجرد أنه قد راعي مصالح ومقتضيات التجارة الدولية، بالرغم من أن أطراف العقد فرنسيين، ومكان الإبرام والت نفيذ في فرنسا، وبالتالي حكمت بصحة شرط التحكيم³.

وقد رأى البعض ان هذه الفكرة غير محددة المعالم، كما يرون أنها تنبع من ذات فكرة الأستاذ Mattel فتتحقق الدولية إذا أدى العقد إلى تحرك للأموال والخدمات أو مقابلها عبر الحدود، ولكن هذه الفكرة أكثر اتساعا، حيث تترك للقاضي تحديد ما إذا كان العقد يراعي مصالح ومقتضيات التجارة الدولية، أم انه يظل عقدا داخليا يقع تحت سيطرة قانون وطني محدد⁴.

3-المعيار المختلط: يمزج هذا المعيار بين كل من المعيارين السابقين -القانوني والاقتصادي-، حيث أن المعيار القانوني يمكنه نظريا إثارة مشكلة تنازع القوانين، إلا انه لا يمكن الاعتماد عليه لوحده لإسباغ الصفة الدولية على العقد، فلا يكفي مثلا اختلاف جنسية

3-محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص34.

²-بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص80.

³- مرجع نفسه، ص82-83.

⁴-محمد عبد المجيد إسماعيل، مرجع سابق، ص35.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

المتعاقدين فحسب للاعتراف أن العقد يتمتع بالصفة الدولية وإخضاعه لقانون أجنبي، كأن يبرم عقد لنقل معرفة تكنولوجية بين شركة أم وفرع لها في إحدى الدول بحيث تأخذ الشركة الأم بجنسية الشخص الاعتباري استنادا إلى موطنه في تحديد الجنسية، ففي هذه الحالة تتمتع الشركة الأم والفرع بالجنسية ذاتها، فهنا لا يكفي لاعتبار العقد دولي، كما أنه من جهة أخرى قد لا يكون المعيار الاقتصادي كافيا أيضا لوحده لمنح الوصف الدولي للعقد، بسبب عدم الأهمية الاقتصادية للعقد على الصعيد الدولي، فلا يمكن اعتبار شخص يتسوق في بلد أجنبي بأنه قد أبرم عقدا دوليا، فهذا لا يحقق تماما مسألة التعلق بالاقتصاد الدولي ومصالح التجارة الدولية، بينما لو أقدم هذا المتسوق على شراء كمية كبيرة من البضائع لبيعها في بلده، أو لينقلها لبلد آخر فإن العقد هنا يعتبر دوليا لتحقيقه مصلحة التجارة الدولية¹.

وقد اتجهت بعض أحكام القضاء الفرنسي في شأن إسباغ الصفة الدولية على العقد من خلال هذا المعيار المزدوج، بالجمع بين بالمعيار القانوني والمعيار الاقتصادي، وهذا ما نلمسه في حكم محكمة باريس ب19/11/1984، وذلك بمناسبة نزاع على عقد وكالة تجارية أبرم بين شركتين سويديتين وفرنسي ليمثلها في فرنسا، وتم إبرام العقد في كل من السويد وفرنسا، وقد اعتبرته المحكمة دوليا على أساس أن: ازدواج مكان إبرام العقد فرنسا والسويد، وهنا يظهر المعيار القانوني لاتصال العلاقة بأكثر من نظام قانوني، ومن جهة أخرى إن العقد يخول الوكيل إبرام تصرفات باسم شركات أجنبية بقصد زيادة صادرات منتجات هذه الشركة، وهنا يظهر المعيار الاقتصادي لما يحققه العقد من انتقال للأموال عبر الحدود².

أما فيما يخص موقف المشرع الجزائري من تحديد الصفة الدولية للعقود التي تتم في إطار التجارة الدولية فلا يوجد نص صريح يتضمن التصريح بأي من المعيارين، إلا ما جاء

¹- محمد وليد هاشم المصري، العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، العدد 20، 2014، ص 165-167.

²- مصطفى الحبشي، التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية "دراسة مقارنة"، ط. 1، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2008، ص 46.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

في المرسوم التشريعي رقم 09/93، والذي تعرض للصفة الدولة للتحكيم عندما تكون المنازعة متعلقة بمصالح التجارة الدولية، والذي يكون فيه مقر أو موطن احد الطرفين على الأقل في الخارج¹، وهو ما يدل على الصلة الوثيقة بين التحكيم والعلاقات التجارية الدولية التي تحتل فيها عقود الاستثمار التكنولوجي مركز الصدارة في العصر الحديث، هذا بالإضافة إلى الارتباط النسبي بين التحكيم وعقود الاستثمار التكنولوجي، ما يجعل صفة الدولية عنصرا مشتركا بينهما².

وبصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08³، تجاوز اصطلاح مصالح التجارة الدولية وعدل عنه، حين أتى بمفهوم مخالف لذلك بنصه في المادة 1039 على أن التحكيم يعد دوليا وإذا كان يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل، فبينما كنا نلمس في المرسوم التشريعي 09/93 إن المشرع قيد جمع بين المعيارين من خلال أخذه بالمعيار الاقتصادي لتعلقه بمصالح التجارة الدولية والمعيار القانوني المستمد من اختلاف مقر أو موطن المتعاقدين، نجده في التعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف الذكر قد ركز على المصالح الاقتصادية للدول، وبالتالي تغليب المعيار الاقتصادي على المعيار القانوني⁴.

¹-المادة 458 المرسوم التشريعي 09/93 المؤرخ في 25/05/1993، والمتعلق بالتحكيم الدولي، المعدل والمتمم للأمر 1966/06/15408/66 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر.ع 27 لسنة 1993م.

²-محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010/2011، ص 20 .

³-القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المؤرخ في 25/02/2008، ج.ر.ع 21 لسنة 2008م

⁴-حيث انه اذا عدنا إلى المرسوم التشريعي 09/93 نجد انه أعطى تعريفا للتحكيم التجاري الدولي، حيث جاء في المادة 458 مكرر انه: " يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج"، المرسوم التشريعي 09/93 المؤرخ في 25/04/1993 يعدل ويتمم الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 8/06/1966 المتضمن ق.ا.م ، ج.ر.ع 27 لسنة 1993، والذي قد ألغاه القانون 09/08 السالف الذكر.

ومادام التحكيم التجاري الدولي يتعلق بالعقود الدولية فانه من الممكن ان ينقل هذا التعريف للعقود الدولية.

الباب الأول: التأسيس القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

وبإعمال ما ذهب إليه الرأي في المعيارين، وما نص عليه التقنين، يتضح انطباق وصف العقد الدولي على عقود الاستثمار التكنولوجي، لاتصال عناصره بأكثر من نظام قانوني واحد، ولانطوائه على علاقة تتجاوز الاقتصاد الداخلي للدولة، ومن ثم توافر كلا من المعيارين المحددان لدولية العقد على عقد الاستثمار التكنولوجي.

ثانيا: الاتجاه الرافض لدولية عقد الاستثمار التكنولوجي

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الدولة هي فقط من تتمتع بالشخصية الدولية، وحينما اقر للشخص الطبيعي بشيء من الشخصية الدولية المحددة من جهة ما له من حقوق والتزامات، إنما فعل ذلك في سياق بعيد تماما عن الأنشطة الاقتصادية أو التجارية الدولية، فقد اقرها مثلا في معرض إمكانية محاكمة مجرمي الحرب دوليا، أو في معرض حق الشعوب في تقرير المصير مما لا يصلح الاستشهاد به فيما يتعلق بعقودنا محل الدراسة، ثم إن تلك الشخصية المحددة ما زالت محل نقاش وجدل إلى وقتنا هذا¹.

ولعلنا من خلال تفحص الأحكام الصادرة عن المحكمة الدائمة للعدل الدولية نجدها قد عبرت عن موقفها الصريح بشأن تقرير حقيقة ثابتة هي عدم تدويل هذا النمط من العقود، بل ذهبت إلى اعتبارها بمثابة تصرفات قانونية داخلية تخضع للقانون الداخلي للدولة المتعاقدة، ومن بين هذه الأحكام وعلى الخصوص قرار محكمة العدل الدولية في قضية القروض الصربية والبرازيلية عام 1929، والتي تقضي بأن: "كل عقد لا يكون بين دولتين

لقد مزج هذا التعريف بين المادة 1492 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي التي تنص على: "يعتبر دوليا التحكيم المتعلق بمصالح التجارة الدولية"، والمادة 176 من القانون السويسري المتعلق بالقانون الدولي الخاص التي تنص على: "يطبق القانون الجديد:

-إذا وجد مقر محكمة التحكيم في ويسرا.

-أن يكون مقر أو موطن احد الطرفين على الأقل في الخارج وقت إبرام مشارطه التحكيم".

وبهذا تكون المادة 458 مكرر قد أخذت بمعيارين : المعيار الاقتصادي والمعيار القانوني، عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص320.

¹-وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص139.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

باعتبارهما أشخاصا للقانون الدولي، إنما نجد أساسه في قانون وطني لدولة ما، ومسألة تحديد هذا القانون تعتمد على القانون الذي سمي اليوم عادة بالقانون الدولي الخاص أو نظرية تنازع القوانين، الذي قد تشترك قواعده بين عدة دول، وقد تنشأ من الاتفاقات أو العرف الدولي، وقد تحمل في هذه الحالة الأخيرة صفات القانون الدولي الصحيح، الذي يحكم العلاقات بين الدول، بيد أن هذه القواعد تشكل جزءا من القانون الوطني¹.

ومن هذا المنطلق فالفرد لا يمكنه التمتع بالشخصية الدولية، وبالتالي ينكر هذا الاتجاه كل تدويل لأي عقد يكون احد أطرافه شخصا طبيعيا غير الدولة، وبما أن عقد الاستثمار التكنولوجي يكون احد طرفيه أو كلاهما أشخاص طبيعيا، فهو لا يعتبر من قبيل العقود الدولية، وتعتبر هذه الأخيرة عقودا إدارية تخضع فقط للقانون الداخلي، ودون أن نغوص في تفصيل مفهوم العقد الإداري لأننا سنتكلم عنه لاحقا في مقام الخلاف حول التكييف القانوني لعقد الاستثمار التكنولوجي.

ولهذا الاتجاه حجه تظهر من خلال السوابق القضائية وعوائق التدويل القانونية.

1- السوابق القضائية: تظهر حجة السوابق القضائية من خلال تأييد بعض الأحكام

القضائية للموقف الرافض لفكرة تدويل عقود الاستثمار نستعرض بعضا منها:

في القضية المشهورة المتعلقة بقضية الشركة الانجلو إيرانية للبترول بشأن الخلاف الذي وقع بين الحكومة الإيرانية والبريطانية حول طبيعة عقد الامتياز الموجه لإنجاز مشاريع استثمارية في المجال التكنولوجي بين إيران والمملكة المتحدة بخصوص استغلال النفط،²

¹ - محمد عبد العزيز بكر، منازعات الاستثمار في آسيا بين القانون والمصلحة "بحث تحليل لأحكام منازعات الاستثمار في آسيا"، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001، ص14.

² - تلخص هذه قضية في ان شركة Anglo iranain oil "منحت فيها إيران هذه الشركة امتيازاً موجهاً للاستثمار البترول التكنولوجي لأجل التنقيب عن البترول، ومعالجته ليكون جاهزا للتسويق كمنتجات بترول في المدة من عام 1933 إلى غاية 1993 وهي مدة تقارب الستون عاما، وعلى الرغم من ان الاتفاق لم يكن معاهدة فقد كان محكوما بقواعد القانون الدولي، وهو المستفاد من المادة 22 من عقد الامتياز، وبمقتضى هذه المادة فإن أي قرار أو حكم تحكيم يكون مؤسسا على

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

والذي حاولت الحكومة البريطانية تدويله بحجة ان العقد اتفاق مزدوج الصفة فله صفة عقد امتياز وصفة معاهدة بين الطرفين، فقضت محكمة العدل الدولية بأن: "هذا العقد لا يعدو إن يكون أكثر من عقد امتياز بين حكومة وشركة أجنبية....وان العقد لا ينظم روابط بين الحكومتين بحال من الأحوال"¹.

كما ذهب مجلس قضاء باريس سنة 1932 في تكييف طبيعة عقد ابرم بين الطرفين على ان: "كل شخص يتعاقد مع دولة ذات سيادة يخضع نفسه لقوانين هذه الدولة بمجرد التعاقد معها"

وهذا الاتجاه الذي يكرس الحفاظ على النظام القانوني الداخلي لقي إقبالا كبيرا في الدول النامية لما يوفره من مبررات تحفظ سيادتها التشريعية والقضائية، وهو ما تبحث عنه هذه الأخيرة².

وكما اختلف قضاء التحكيم في تحديد دور القانون الدولي حين تدخله في منازعات العقود الدولية، واختلافه كذلك في الأسلوب المتبع في معرض أعمال ذلك القانون، حيث ذهب في تحكيم "aminoil" إلى اعتباره جزءا من القانون الداخلي ليتحاشى تكييف العقد الصريح على انه تصرف قانوني دولي³.

المبادئ القانونية المتضمنة في المادة 38 من مواثيق المحكمة الدائمة للعدل الدولي، والتي تتكلم عن إمكانية واثر الخضوع للقانون الدولي العام، سعيد عبد الغفار أمين شكري، القانون الدولي العام للعقود، ط.1، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007، ص159.

¹- معاشو عمار، مرجع سابق، ص34-35.

²- مرجع نفسه، ص35.

³- حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص737.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

أما في تحكيم Texaco فقد استند المحكم إلى فكرة تركيز العقد*¹ إلى أن وصل لتدويل العقد قبل بحثه في وسائل هذا التدويل، علماً أن هذه الوسائل نفسها كانت بحاجة إلى وسائل أخرى لتدعيمها، وتعرض بتحليل سريع وناقد لهذه الوسائل تمهيداً لتقييم مذهب التدويل تقييماً إجمالياً:

أ- القانون الواجب التطبيق: حيث أشار العقد محل النزاع إلى إعمال مبادئ التشريع الليبي المتفقة مع مبادئ القانون الدولي، وفي حال غيابها يتم اللجوء إلى المبادئ العامة للقانون.

ويبدو من صياغة هذا الاتفاق بأن المصدر الأول هو القانون الليبي وإن دور القانون الدولي هو مجرد دور احتياطي لا أكثر، أما مقولة المحكم بأن دور مبادئ القانون الليبي هي مصطلح آخر أقل اتساعاً من القانون الوطني وتعتمد في إعمالها على تطابقها مع القانون الدولي أكثر من عدم تناقضها، فإنها تنطوي على مبالغة لا تجد لها سنداً قانونياً.

ب- شرط التحكيم: إذ فسر المحكم وجود هذا الشرط بضرورة إعمال القانون الدولي على إجراءات التحكيم، والمبادئ العامة للقانون على موضوع النزاع.

إلا أنه قد تردد في معرض حكمه في الربط ما بين تعيين جهة تحكيم دولية وبين إقرار دولية العقد²، خاصة مع استقرار الفقه والقضاء على عدم الربط ما بين قانون إجراءات

¹ - معيار يسعى لتدويل عقود الدولة بما فيها عقد الإستثمار التكنولوجي جاء به الأستاذ الراحل "باتيفول" إذ يجب على القاضي أو المحكم البحث عن القانون الأكثر صلة بالعلاقة التعاقدية من خلال ربط العقد بالنظام القانوني للدولة التي يؤدي فيها هذا العقد وظيفته الاقتصادية والاجتماعية، سارة زيادة مناصرة، مرجع سابق، ص 53 .

² - وقد أضاف المحكم أن طريقة المحكم الوحيد، وذلك بالرجوع إلى رئيس محكمة العدل الدولية لاختياره عن فشل الأطراف إنما هو دليل على إرادة الأطراف لوضع مؤسسة التحكيم تحت مظلة الأمم المتحدة، وبالتالي فإن القانون الذي يحكم تلك المؤسسة هو القانون الدولي العام، ويبدو أن المحكم قد تجاهل أن طريقة التعيين لا يمكنها أن تغير من حقيقة اعتبار محكمة العدل الدولية جهة خاصة بمنازعات أشخاص القانون الدولي العام فحسب، على نحو يعني حجب اختصاصها في نظر هذه العقود بل حتى على فرض قبولها ذلك فإنه لا يوجد في نظامها الأساسي ولا في قضائها السابق ما يحول دون =

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

التحكيم وقانون موضوع العقد، ولعل المحكم ذاته قد اعترف باستقلالية الشرط التحكيمي عندما أعلن اختصاصه قبل البت في الموضوع.

ج- **الطبيعة الخاصة لعقود التنمية الاقتصادية:** حيث ذهب المحكم لاعتبار العقد محل النزاع من قبيل العقود الدولية البحتة، سواء من وجهة نظر اقتصادية أو من وجهة نظر قانونية ، أو من جهة طبيعتها وما تتطلبه من تعاون دولي بين أطرافها .

وواضح أن المحكم قد تجاهل حقيقة وجود عقود بين أفراد عاديين لا تتمركز عناصرها في إقليم واحد، ورغم ذلك لا تعد عقودا دولية، كما تجاهل مدى الشك أو الخلاف حول التعاون الذي أشار إليه¹.

وبالنتيجة يمكن القول بأن المحصلة النهائية للأحكام التحكيمية التي انتهت إلى تدويل العقد هي محصلة هزيلة جدا، كما أن بعضها كما هو الحال في تحكيم تكساكو قد صدر من قبييل محكم منفرد في غياب الدولة المتعاقدة المدعى عليها².

و هذا ما يدعم بدوره ذلك الهجوم الناقد لمذهب تدويل عقود الدولة الدولية، بما في ذلك عقود الإستثمار التكنولوجي.

2- عوائق التدويل القانونية: إن ما قيل في إمكانية تدويل عقود الإستثمار التكنولوجي

قد تعرض لنقد موضوعي حاد مفاده أن الفقه يعتبر الطرف المتعاقد مع الدولة أو احد مشروعاتها يملك طبيعة تختلف عن أشخاص القانون الدولي³، حيث أن القانون الدولي لا

=إعمال القانون الوطني، بل أنها قد فعلت ذلك سابقا، في معرض نظر نزاعات بين الدول ذاتها .. ، حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص623.

¹-وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص847-848.

²-حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص738.

³-أشخاص القانون الدولي هم المخاطبون بأحكامه والذين لهم أهلية الوجوب والأداء، وهذه الصفة تثبت لكل دولة تتمتع بالاستقلال سياسي على إقليمها، حيث لها القدرة على إنشاء القواعد الدولية، وعلى الالتزام بقواعد القانون الدولي إذ أنها مخاطبة بأحكامه، والفرد بهذا الوصف قد يكون له أهلية دولية بيد انه ليس من أشخاص القانون الدولي حيث لا يملك =

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

يسري إلا على أشخاصه، ولما كان المستثمر المتعاقد مع الدولة طرف خاص، فانه لا يمكن أن يتمسك بقواعد القانون الدولي في مواجهة الطرف الآخر -الدولة- في العقد والتي تعد شخصا من أشخاص هذا القانون¹، هذا في حالة ما إذا كان طالب الاستثمار ممثل في الدولة، إما إذا كان هذا الأخير ممثلا في احد المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو احد فروعها فهنا يكون كلا الطرفين لا ينتمون ضمن هؤلاء الأشخاص، وبالتالي لا يكون لعقدهم الصفة الدولية حسب هذا الاتجاه، ويؤكد الأستاذ محمد طلعت الغنيمي أن: "على المتعاقد الأجنبي أن يتحمل افتراضا بتعاقد هـنا بعضا من المجازفة التي يحتويها التعاقد مع السيادة².

ومن خلال هذا الطرح نجد أن المتعاقد الأجنبي سيخضع للقانون الداخلي في غالب الحالات ألا الاستثنائية منها كأن:

-لا توجد أحكام في القانون الداخلي تحكم مثل هذه العقود وهذا نادرا ما يكون.

-أو أن يتضمن العقد في نصوصه تطبيق المبادئ العامة للقانون، ففي هذه الحالة فأن العقد موجب التنفيذ من قبل الدولة تكون بذلك قد تنازلت عن سلطتها السياسية³.

وفي هذا السياق نجد أن هناك ما يناقض هذا المذهب حيث أن العقد الخاضع لقانون الدولة المتعاقدة يثير مشكلة هامة تتعلق بانتهاك العقد في هذه الحالة الذي يثير مسؤولية الدولة خرق التزاماتها التعاقدية، فالدولة المدعى عليها والتي يدير قانونها العقد تكون قد

=القدرة على إنشاء قواعده، وحتى ان تقررت بعض الحقوق الدولية، فهو ليس من أشخاص القانون الدولي طالما أن معار الشخصية هذه لم يكتمل لها القدرة على إنشاء القواعد القانونية، فالإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادرة عن الأمم المتحدة في 1948/12/10 يعطي حقوقا في مواجهة الجماعة الدولية على الرغم من أن الفرد ليس له القدرة على إنشاء قواعد دولية، ومن ثمة ليس له الشخصية الدولية، سعيد عبد الغفار أمين شكري، القانون الدولي العام للعقود، ط.1، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2007، ص49.

¹-حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص687-388.

²-عدي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص52.

³-معاشو عمار، مرجع سابق، ص35.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

مارست سلطاتها التشريعية أو التنفيذية بطريقة خاصة لإلغاء العقد أو المساس بعقدها الذي التزمت بمقتضاه، والضرر يشكل الصفة التحكيمية في ممارسة سيادة الدولة أو ما يصطلح على تسميته بـ"إساءة استعمال الحق"، وهنا يطرح السؤال حول الكيفية التي يعتبر بها مسلك الدولة الذي باشرته كان استخدامها لحقها السيادي والذي مس أو ألغى أو انتهك التزاماتها التعاقدية قد رتب مسؤولية دولية على الدولة، على الرغم من أن العقد في ذاته غير محكوم بقواعد الدولي العام¹.

وتأكيدا على رفض التدويل يذهب كثير الفقهاء إلى وجود قرينة لصالح تطبيق القانون الداخلي للدولة المتعاقدة أبرزهم جورج فودال G.Vendel وجارسيا أمادور Garcia amador الذي يقول: "من المقبول به حاليا في الفقه ومما يجري عليه العمل أن العقود بين حكومة إحدى الدول واحد الأجانب يحكمها فيما يتعلق بنشأتها وتنفيذها القانون الداخلي للدولة المتعاقدة وليس القانون الدولي"، ويضيف قائلا: "لا يمكن إنكار خضوع الفرد الذي يتعاقد مع حكومة دولة أجنبية للقانون الوطني لهذه الدولة في كل ما يسمى الآثار القانونية للعقد"²، وبالتالي يعتبر هذا الاتجاه العقود المبرمة مع الدولة عقودا داخلية تشبه العقود الإدارية إلى حد بعيد.

لكن الدول الرأسمالية ومختلف شركاتها لم تتقبل هذا الموقف في مجال المعاملات التجارية الدولية، خاصة في فترة الخمسينيات والستينيات، وذلك لاستقلال العديد من الدول وقيام أغلبها بعمليات تأمين لمواردها الطبيعية.

حيث أن مثل هذه التصرفات المشروعة اصطدمت مع مصالح الشركات الاحتكارية ودولها، مما دفع بهذه الأخيرة إلى العمل بكل ما في وسعها من أجل إضفاء الطابع الدولي

¹ - سعيد عبد الغفار أمين شكري، مرجع سابق، ص 158

³ - معاشو عمار، المرجع سابق، ص 35-36

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

على العقود التجارية الدولية، وإخراجها من دائرة القانون الداخلي، ونقلها إلى المحاكم الدولية¹.

وابرز هذه المواجهات ما وقع في الجمعية العامة للأمم المتحدة بمناسبة النقاش حول الإعلان عن السيادة الدائمة للدول على ثروتها الطبيعية، بحيث عدة وفود من الدول لدى الأمم المتحدة واجهت بشدة تعديل المودع من طرف الولايات المتحدة الأمريكية والمملكة المتحدة بهدف تكريس الطابع الإلزامي للاتفاقات الخاصة بالاستثمارات، معتبرة هذه الأخيرة كبقية العقود تخضع للقانون الداخلي، وأن لكل دولة الحق في تنظيمها بكل حرية، وأن هذا الموضوع ليس له أي دخل بالقانون الدولي.

كما أن منظمة الدول المصدرة للبترول أكدت في العديد من المرات خضوع كل النزاعات التي تنشأ بين الحكومة والمتعاملين معا بصفة مطلقة لقضاء المحاكم الوطنية أن لم يكن هناك مخالفة في القوانين الوطنية لدول عضو، وقد أدت مختلف مواقف الدول النامية السالفة الذكر إلى تجاوب لدى الأمم المتحدة، فتمكنت من تكريس هذا الاتجاه وذلك باستصدار اللوائح الخاصة بالاعتراف بحق الدول من ممارسة سيادتها على ثروتها الطبيعية على أن تخضع مسألة التأمين أو نزع الملكية الأجنبية لقانونها الوطني، والتي وردت في ميثاقها الحقوق و الواجبات الاقتصادية للدول².

وفي الحقيقة، فإن هذا الموقف كان ذا أهمية عندما كان تدخل الدول في المجال الاقتصادي بشكل كبير، تاركة مجالا ضيقا للشركات الخاصة، أما الآن فكل شيء قد انقلب وأصبحت الدولة تتهرب وتترك مجالات اقتصادية كانت حكرها لها فقط إلى شركات خاصة، وطنية منها أو دولية، وامتد هذا التطور حتى إلى الدول الاشتراكية سابقا ومنها الجزائر،

¹- معاشو عمار، مرجع سابق، ص36.

²-قادري عبد العزيز، دراسة في العقود بين الدول ورعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية عقد الدولة Le contrat d'état مجلة إدارة، المدرسة الوطنية للإدارة، العدد 01، رقم 07، 1997، ص42.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

وعليه فإن هذا الاتجاه من شأنه أن يمس أو يؤثر في العلاقات الاقتصادية الدولية والحرية المعطاة للمتعاملين والمستثمرين الأجانب، في إطار النظام الاقتصادي الدولي، والاتفاقيات المبرمة في مجال الاستثمارات الدولية¹.

المطلب الثاني: تكييف عقد الاستثمار التكنولوجي على أساس السلطة التبعية

وعلى هذا الأساس هناك من نظر إلى عقد الاستثمار التكنولوجي من زاوية الطرف المتعاقد إذا ما كان سلطة أو دولة وأعطاه وصف العقد الإداري، وهناك من كيفه على أساس توازن الأطراف وأعطاه وصف العقود النموذجية أو الإذعان، وهذا ما سيتم التطرق إليه.

الفرع الأول: عقد الاستثمار التكنولوجي عقد إداري

لقد انشغل الفقه وقضاء التحكيم في الطبيعة الخاصة والمركبة للعقد الإداري الدولي، ونقطة الخلاف الأساسية كانت مركزة في أن هذا العقد يعتبر عقدا إداريا في نظر القضاء الإداري للدولة المتعاقدة، وهو عقد من عقود التجارة الدولية في نظر هيئات التحكيم الدولية.

ولعل التطور الذي لحق العقد الإداري الدولي دفع البعض إلى دعوة فقهاء القانون الإداري والقضاء الإداري إلى إيجاد أسس أكثر مرونة تحاكي العصر، نظرا لان العلاقة القانونية الخاصة تؤثر ليس فقط على الاختصاص القضائي والسلطات التي يمنحها العقد للدولة المتعاقدة، بل أيضا تؤثر على القانون الواجب التطبيق على العقد.

من هنا كان لتحديد المفهوم القانوني للعقد الإداري الدولي اثر على تحديد النظام القانوني الذي يحكم هذا العقد، وان كان الفقه والقضاء الدوليين لا يعترفان حتى الآن بفكرة العقد الإداري الدولي، وذلك لان العدد الكبير من النظم القانونية لا تعرف العقد الإداري كعقد مستقل عن العقد المدني مثل دول نظام الانجلوساكسوني، كما أن المتعاقد مع الدولة يقف موقفا عدائيا من السلطة العامة في الدول النامية التي غالبا ما يتعاقد معها، فهو يقف موقف

¹ - معاشو عمار، مرجع سابق، ص 37.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الاستثمار التكنولوجي

الريبة والتحفز لكي يحافظ على حقوقه ومنافعه ضد المخاطر التشريعية والإدارية، وهذا ما اثر على تطور فكرة العقد الإداري الدولي، إلا أنه وعلى الرغم من هذا يوجد في الفقه من يتبنى فكرة العقود الإدارية كنموذج للعقود التي تبرمها الدول مع الأشخاص الأجنبية، حيث يؤكد هذا الرأي على نظرية العقود الإدارية كما حددها الفقه والقضاء الفرنسيان تصلح نموذجا فعالا للقياس عليها وجعلها صورة من صور عقد الاستثمار التكنولوجي.

ولا نريد الخوض في تفاصيل تعريف هذا العقد، ولكن ما يمكن قوله هنا أنه قد استقر الفقه على أن العقد الإداري إن هو إلا أداة قانونية نمتها وطورتها محاكم مجلس الدولة الفرنسي، لتسمح بوجود نمط من العقود الملزمة قانونا، تبرمها إحدى السلطات العامة، أو إحدى الحكومات مع شخص أو مشرع خاص¹، ويستند ذلك إلى معيار التفرقة بين العقد الإداري عقود القانون الخاص في ظل القانون الفرنسي إلى عنصرين:

- أن يكون الهدف من العقد الإداري تحقيق مصلحة عامة

- أن يكون أحد أطراف العقد وحدة إدارية، وإن يغلب اشتماله على كراسة شروط استثنائية².

وعلى سعيد الفقه المصري يعرف الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة العقد الإداري على أنه اتفاق بين طرفين أحدهما جهة الإدارة ممثلة في شخص معنوي بقصد تسيير وتنظيم مرفق عام، ويتم إبرامه وتنفيذه بأسلوب القانون العام من خلال تضمينه شروطا استثنائية وغير مألوفة في روابط القانون الخاص أو يخول المتعاقد، ويضيف حتى يكون العقد إداريا يجب أن يتضمن عناصر ثلاث تكاملية، بحيث إذا تخلف أحدهما انتفت عنه

¹-صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا...، مرجع سابق، ص281.

²-وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص140.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

الصفة الإدارية، وأول تلك العناصر أن تكون الإدارة طرفاً في العقد، وثانيها أن تتبع الإدارة بشأنه أسلوب القانون العام أما آخر هذه العناصر أن يتصل بمرفق عام¹.

وجاء في قرار محكمة التمييز (الهيئة العامة): "أن العقد الذي تعقده الإدارة مع المقاول من أجل إنشاء مرفق عام، وتجرى فيه مناقصة عامة واشترط تأمينات وغرامات هو عقد إداري، يتميز عن العقود المدنية بما يستهدفه من تحقيق مصالح كبرى تعلو على المصالح الخاصة².

والتساؤل الجوهرى الذى يمكن أن يمثل نقطة البدء فى مناقشة هذا الاتجاه يمكن أن يصاغ على النحو التالى: هل يمكن أن تدرج العقود التى تبرمها الدولة فى إطار الاستثمار التكنولوجى ضمن العقود الإدارية على الرغم من أن الدولة أو السلطة العامة أو الشخص ذو السلطة العامة المتعاقدة على التكنولوجيا قد يبرم العقد على قدم المساواة مع المشروع الخاص؟، وهل يمكن اعتباره كذلك رغم ما قد يتضمنه العقد من شروط مقيدة تلزم بموجبها السلطة المتعاقدة بألا تعدل فى شروط العقد رغم حاجة الصالح العام إلا بعد موافقة الطرف الخاص المتعاقد؟ فضلاً عن أن تلك العقود قد لا تتعلق بتسيير مرفق عام؟.

يتنازع فى مدى اعتبار عقود الاستثمار التكنولوجى بأنه عقد إدارى اتجاهين متعارضين:

أولاً: الاتجاه المنادى بانتساب عقد الاستثمار التكنولوجى ضمن طائفة العقود الإدارية

إن إطلاق صفة العقد الإدارى على عقد الاستثمار التكنولوجى أملتة مجموعة من الاعتبارات، أهمها توفر شروط العقد الإدارى فى عقود التنمية التكنولوجية، إذ أن كليهما

¹- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الإبرام، التنفيذ، المنازعات، فى ضوء أحدث أحكام لمجلس الدولة ووفقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات، ط. 1، منشأة المعارف، 2004، ص 12-14.

²- ضرغام محمود كاظم، مرجع سابق، ص 43.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

تكون الدولة أو احد مؤسساتها طرفا فيه، في حين أن الطرف الآخر هو احد أشخاص القانون الخاص، كما انه وعلى غرار ما يمكن استقراؤه من أغلبية اتفاقات الاستثمار الثنائية فان الدولة بما لها من سيادة فرض مجموعة من الشروط على اعتبار أنها المستضيفة للاستثمار، كحقها في تأمين المشروع إذا كان ذلك من مقتضيات المصلحة العامة، هذه الشروط اصطلح على اعتبارها غير مألوفة بالمقارنة مع العقود المدنية الأخرى، التي تخلو من مثل هذه الشروط، كالمزايا العينية المقررة للمتعاقد الأجنبي أو الإعفاء من الضرائب وما إلى ذلك، وآخر تلك الاعتبارات هو أن العقد كثيرا ما ينصب على خدمة احد مرافق الدولة كالاستثمار في مرفق الاتصالات أو المواصلات أو النفط¹.

ومن ضمن حججهم الداعمة لموقفهم أيضا كانت تتبع من محاولات الفقه المؤيد لمطالب الدول النامية بتحقيق العدالة الاقتصادية التي رأت أنها لا يمكن أن تتحقق إلا بالتنمية العاجلة لاقتصادها باستغلال المصادر الطبيعية، ونقل وتطوير التكنولوجيا المتقدمة وزيادة القدرات المحلية على تعجيل وزيادة التصنيع، مما أدى إلى انعكاس ذلك على المستوى القانوني، فطالبت الدول النامية بمراجعة النظريات التقليدية لتحل محلها أخرى أكثر تقدما وتحقق مساواة اكبر فيما عرف بالنظام العام الاقتصادي العالمي الجديد الذي كان محلا لدراسات اقتصادية وقانونية عديدة²، وقد كان من أدوات تحقيق هذه المطالب إيجاد النظريات التي تعطي للدولة أو المشروعات التابعة لها الحرية الكاملة التي تيسر لها التخلص من التزاماتها التعاقدية أو التعديل فيها وفقا لاحتياجاتها بإرادتها المنفردة ودون ادني مسؤولية تتحملها، وقد اتخذت تلك النظريات مسميات عديدة منها "النظرية الموسعة للعقود الإدارية"، وأخذت الأوجه الأخرى مسميات أخرى في فقه القانون الدولي فيما عرف بنظرية

¹-مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص76.

²-صلاح الدين جمال الدين ، عقود التنمية التكنولوجية...، مرجع سابق، ص119-120.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

السيادة الدائمة على مصادر الثروة الطبيعية، والنظام الاقتصادي الدولي الجديد، مع إنكار فكرة العقد ذاتها باعتبارها معبرا عن الرأسمالية والفكر الفردي¹.

ويذهب جانب من الفقه إلى تجاوز المبادئ التي أرساها القضاء الإداري لاسيما القضاء الفرنسي بصدد العقود الإدارية وإعمالها على العقود المبرمة بين الدولة والطرف الأجنبي، إذ يعد الأمر طبيعيا بالنظر بما تتمتع به هذه العقود من خصائص تجعلها تقترب من فكرة العقد الإداري ومنها عقد الإستثمار التكنولوجي، إذ يرى في هذا الأخير انه من عقود التنمية حتى أطلق عليه تسمية عقد التنمية التكنولوجية، وعلى هذا الأساس فهو كالعقد الإداري يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة للدولة، كما أن العقد الأخير أصبح نظاما تعاقديا أكثر ملائمة في تحقيق مصالح طرفيه، سواء كان طالب الإستثمار أو المستثمر ذاته، فقد أرسى نظرية العقد الإداري² مجموعة من المبادئ منها مبدأ المحافظة على التوازن الاقتصادي للعقد والذي يسعى بدوره إلى المحافظة على مصالح الطرفين طيلة مدة العقد³.

ومن هنا ينطلق أصحاب هذا الاتجاه في توضيح فكرة العقد الإداري إلى الدفاع عن نقل المبادئ التي استخلصها القضاء واستقر عليها على تطبيقها فيما يتعلق بالعقود الإدارية - لاسيما القضاء الفرنسي - لتطبيق كذلك على العقود التي تبرمها الدولة، ومؤدى ذلك نقل الفكرة التي تهيمن على العقد الإداري التي تتمثل في تمييز أحد الأطراف المتعاقد عن الآخر بمزية تمتع الدولة طالبة الإستثمار بالسيادة ، والتي تقضي بعدم خضوع الدولة لقانون غير

¹-صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص276.

²-من المستقر عليه أن نظرية العقد الإداري هي نظرية فرنسية طورها القضاء الفرنسي ممثلا في مجلس الدولة الفرنسي كأداة تسمح بوجود نمط من العقود الملزمة قانونا، تبرم بين الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية تختص فيه بامتياز السلطة العامة، فتفضل الدولة حارسة لمشروعاتها ومراقبة لها، وهي نوعان عقود تخضع لقواعد القانون العام، وعقود تخضع لقواعد القانون الخاص، ومن هنا فإن الإدارة عند إنتاجها وإبرامها لعقد إداري خاضع للقانون العام تبرز نيتها فيه، وذلك بإبرام العقد عن طريق شخص عام لتسيير المرفق العام.

³-قيس محمد بشار، مرجع سابق، ص119.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

قانونها، فالدولة سلطة عليا أصلية لا تستند في بقائها لسلطة أخرى كما لا تخضع لأحد ولا تعلو عليها أي سلطة مهما كانت¹.

وأيضاً فقد تبنى البعض معياراً يقوم على التحليل القانوني المجرد، وذلك من خلال عقد مقابلة بين الشروط التي وضعها قضاء مجلس الدولة الفرنسي من أجل التفرقة بين العقود الإدارية وعقود القانون الخاص، وبين الشروط التي تنظمها أغلب عقود الإستثمار الدولية ومنها عقد الإستثمار التكنولوجي، تلك الشروط يمكن إيجازها بالآتي²:

- إذا كان قضاء مجلس الدولة الفرنسي يتطلب أن تكون الإرادة طرفاً في العقد لكي يكتسب صفة العقد الإداري، فلا شك أن ذلك الشرط متوفر في عقود الإستثمار أو التنمية الاقتصادية، إذ يعتبر الإرادة أحد أطرافها دائماً، فالدولة تتدخل في مجال العقود الدولية، سواء بالصورة مباشرة أو غير مباشرة عن طريق هيئاتها أو أجهزتها العامة التابعة لها والتي تخولها إبرام تلك العقود.

- بالنسبة للشرط الثاني الذي يتطلبه القضاء الإداري والذي يتعلق باتصال العقد بمرفق عام، هو شرط متوفر في العقود الدولية للإستثمار والتنمية التكنولوجية، صحيح أن ظاهر تلك العقود هو تحقيق الربح للمستثمر الأجنبي، إلا أنها من وجهة نظر الدول المتلقية للتكنولوجيا تستهدف في المقام الأول تسيير مرفق هام وحيوي، كما هو الحال في عقود الإستثمار التكنولوجي التي تتعلق في مجال الاتصال واستخراج النفط والمواصلات وغيرها.

- أما بالنسبة للشرط الثالث والمتعلق بالشروط غير المألوفة في مجال القانون الخاص والتي يتضمنها العقد الإداري، فإنه يمكن ملاحظة تلك الشروط الاستثنائية في العديد من

¹- وفي هذا الشأن أكدت المحكمة الدائمة للعدل الدولية على موضوع السيادة الدائمة في قضايا القروض الصربية والبرازيلية على أنه: "لما كان الطرف المقترض في عقود القرض دولة ذات سيادة، فلا يمكن افتراض أن الالتزامات التي قبلها والتي تتعلق بهذا القرض تخضع لأي قانون آخر غير قانونها"، المرجع نفسه، ص 119-121.

²- عبد المنعم محفوظ، قضاء المشروعية وفلسفة الانفتاح الاقتصادي في مصر (دراسة مقارنة)، ط 1، عالم الكتب للنشر والتوزيع، القاهرة، 1984، 411 وما بعدها.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

عقود التنمية التكنولوجية مثل المزايا التي تقررها الدولة متلقية التكنولوجيا إلى المورد الأجنبي، والإعفاءات من الضرائب والرسوم الجمركية، أو منحة الأرض لإقامة مشروع، بالإضافة إلى شروط أخرى غير مألوفة في القانون الخاص مثل شرط إعادة التوازن المالي للعقد، والسلطة التنظيمية للإدارة والقوة القاهرة وعدم التوقع والرقابة على تنفيذ العقد، والحق في المراجعة وغير ذلك مما تتميز به العقود الدولية، وتأكيدا لذلك فإن جميع المزايا التي تقرها قوانين الاستثمار تعد شروطا غير مألوفة تجعل عقود الاستثمار ومنها عقود الاستثمار التكنولوجي التي يتم إبرامها في ظل القوانين عقودا إدارية¹.

-إن رقابة المشروعية التي يمارسها القاضي لا يمكن أن تتحقق إلا باعتبار تلك العقود الدولية عقود إدارية، وتفسير ذلك: أن القانون يتطلب بعض الأحيان تنفيذ المتعاقد لعقد نموذجي أو يمنحه بعض المزايا التشجيعية، فهنا قد يصطدم قضاء المشروعية بالسلطة التقديرية للإدارة، في حالة عدم تنفيذ المتعاقد لتلك الضوابط التي وضعها القانون لتنفيذ هذا النموذج من المشروعات وتغاضي الإدارة عن هذا التنفيذ، أو في حالة رفض السلطات الإدارية منح المتعاقد تلك المزايا في حين أنها أقرتها لمشروعات أخرى تعمل في ذات المجال الاستثماري، وكذلك في الحالات التي تتطلب بعض عقود الاستثمار التكنولوجي ذات التركيبة المركبة والمعقدة لقرار من الإدارة منفصل عن عملية التعاقد ذاتها وسابق لها، يؤكد رغبتها في التعاقد أو رفضها له، فهنا تبرز ضرورة مراقبة القاضي الإداري مشروعية تلك القرارات في حالة تجاوز الإدارة حدود سلطتها في التعاقد.

وقد لاقى هذا الاتجاه قبولا أمام قضاء التحكيم الدولي، حيث صدرت بعض أحكام التحكيم الدولي بشأن منازعات عقود الدولة للتنمية الاقتصادية، من ذلك تحكيم saphir²,

¹-بشار محمد الاسد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص211.

²- صدر قرار التحكيم في 15/03/1993 في معرض النزاع بين الدولة الإيرانية والشركة النفطية Saphire international (petrole eum)، أين اعترف القاضي كافان ضمنا بالطبيعة الإدارية للعقد الذي سبق ان ابرم بين =شركة البترول

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

وتحكيم B.P ضد ليبيا حيث اعتمد التحليل القانوني على أساس اعتبار العقد الليبي عقدا إداريا، ورغم أن محكمة التحكيم قد ناقشت تطبيق تلك النظرية في تحكيم TEXACO ولم تستبعدا إلا أنها قد انتهت على عكس سالفاتها إلى عدم وصف العقد محل النزاع بوصف العقد الإداري، لتتخذ نفس مسار معظم محاكم التحكيم -لاسيما تلك التي تتضمن تشييد الوحدات الصناعية ونقل التقنية التكنولوجية- من نطاق العقود الإدارية، مستبقية لها وصفها كعقود خاصة دولية¹، وفي هذا الشأن أيضا نذكر قرار المحكمة في قضية (Alsing trading Co.V greec) أين كيفت العقد المبرم بين حكومة اليونان والشركة المذكورة على أنه عقد إداري يطبق عليه القانون العام، واستخلصت المحكمة من حكمها هذا المبدأ الذي يقضي بأن مقتضيات سير المرافق العامة التي تؤدي خدمات للجمهور تخول السلطة العامة بقدر الإمكان حرية اتخاذ ما تراه مناسبا من إجراءات².

وفي محاولة إسقاط شروط العقد الإداري على عقد الإستثمار التكنولوجي نجد أنه:

- أحد طرفي العقد هي الدولة أو أحد أجهزتها القائمة على النشاط الاقتصادي.
- موضوع العقد كما عقود الإستثمار التكنولوجي ترمي في ظاهرها إلى تحقيق الأرباح للمستثمر، أما في باطنها فهي تستهدف في المقام الأول إلى تسيير مرفق عام.

الوطنية الإيرانية والشركة الكندية سافير عندما صرح بأن هذا العقد يتضمن بين ثناياه عناصر تنتمي للقانون الإداري، فالشركة لها صلاحية نزع الملكية مقابل تعويض الطرف الآخر، لما تملكه من سلطات يخولها إياها القانون العام. ضرغام محمود كاظم، مرجع سابق، ص 47.

¹-صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 279-280.

²-تتلخص وقائع هذه القضية بشأن عقد امتياز ابرم بين اليونان وشركة Alsing، بأن طرفي النزاع اتفقا على تطبيق القانون اليوناني على العقد المبرم بينهما، إلا أن شركة تمسكت بتطبيق قواعد القانون الخاص فقط على العقود الحكومية طبقا للقانون اليوناني، لم تلتفت المحكمة لوجهة نظر تلك الشركة وردت طلبها عندما حددت المحكمة مضمون العقد واستخلصت النية المشتركة للأطراف وانتهت بالحكم لصالح اليونان، محمد بشير الأسعد، المرجع نفسه، ص 122.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

-يتضمن عقد الاستثمار شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، كالإعفاء من الضرائب وتخفيض الرسوم الجمركية، ومنح المستثمر أرضا يقيم عليه المستثمر مشروعه¹.

فبالنسبة للشرط الأول وهو كون الإدارة طرفا في العقد، فلا شك في تحقيقه في عقود الاستثمار، حيث تعتبر الإدارة دائما احد أطرافها، ومن ثمة تتدخل الدولة بطريقة مباشرة او عن طريق الهيئات التابعة لها بإبرام العقد².

أما بالنسبة للشرط الثاني وهو اتصال العقد بمرفق عام، فإن أنصار تكييف عقود الاستثمار كعقود إدارية يرون فيها نموذجا لتعلق العقد بالمرفق العام، فيقول البعض أن عقود الاستثمار وكافة عقود التنمية الاقتصادية، وإن كانت تستهدف في ظاهرها الربح للمستثمر الأجنبي، إلا أنها في نظر الدولة المتعاقدة تستهدف تسير مرفق عام، فلا يستطيع أحد أن ينكر أن مشروع مترو الأنفاق في الجزائر ليس مرفقا عاما ، أو قيام شركة أجنبية لصنع الأدوية ليس مرفقا عاما.

كذلك فإن مظاهر سلطة الدولة المرتبطة بالمرفق العام تظهر جلية في عقود الاستثمار كالرقابة على تنفيذ العقد، والحق في مراجعته، وأيضا الحق في التأمين، لاسيما عقود استغلال المصادر الطبيعية، حيث يتميز استكشاف مثل هذه الموارد بأن تمنح لنفسها عددا من السلطات التنظيمية تتناول تنظيم التنقيب والإنتاج وإصدار اللوائح الخاصة بها³.

أما فيما يتعلق بالشرط الثالث وهو احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، فإن عقود الاستثمار تتضمن العديد من الشروط الاستثنائية التي لا

¹-الروبي محمد، عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T "دراسة في إطار القانون الدولي الخاص"، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004، ص68.

²- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص211.

³-بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص92

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

يوجد لها مثيل في عقود القانون الخاص، مثل المزايا التي تقررها للمستثمر الأجنبي كالإعفاء من الضرائب والرسوم الجمركية، أو منحه الأرض اللازمة لإقامة المشروع، إضافة على ما تحتويه تلك العقود من مبادئ لا تعرفها عقود القانون الخاص، مثل مفهوم السلطة التنظيمية، وإعادة التوازن المالي للعقد والقوة القاهرة، وعدم التوقع مما تتميز به العقود الإدارية¹.

انطلاقاً من هذا هل تعتبر عقود الاستثمار التكنولوجي عقوداً إدارية² تخضع لدفتر شروط (الصفات العمومية) حيث يصبح القضاء الإداري هو المختص³؟.

وهذا ما ذهب إليه المحكمة العليا الجزائرية فيما يخص الصفات العمومية فجعلت المبدأ الإداري هو المختص بالفصل في منازعة منصبة على صفقة عمومية ممولة بمساهمة نهائية من ميزانية الدولة⁴، أما إذا كان أشخاص الصفقة العمومية خاضعين للقانون الخاص فالقضاء العادي هو المختص وفق اجتهاد المحكمة العليا أين صرحت أنه "يختص القضاء العادي بالفصل في المنازعات الناجمة عن صفقة عمومية مبرمة بين شخصين خاضعين للقانون الخاص⁵.

¹-بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية، مرجع سابق، ص211-212

²-لعل أن الدول النامية تفضل هذا النوع من إبرام عقود الاستثمار التقني لما فيه من عدل لها وحماية، خاصة وإن هذه الدول كانت تتادي من التحرر من النظرية التقليدية للعقد الإداري والتوجه نحو نظريات أكثر تقدماً وعدلاً، بما يتماشى والنظام الاقتصادي العالمي الجديد فاشتهرت النظرية الموسعة للعقود الإدارية، والتي تعطي الدولة أو احد مشروعاتها العمومية الحرية الكاملة في التخلص من التزاماتها التعاقدية بإرادة منفردة دون أية مسؤولية في تنفيذها لعقود الدولية، صلاح الدين جمال الدين عبد الرحمان، عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص300-375.

³-وهذا ما ذهب إليه اجتهادات المحكمة العليا الجزائرية في كون مجرد وجود طرف له الطابع الإداري في العقد فيكون القضاء الإداري المختص دون غيره حتى ولو كانت الطلبات ذات طابع مدني محض، اجتهاد المحكمة العليا في الملف رقم: 554022 قرار بتاريخ 2010/03/04، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2010، ص374، وكذا الملف رقم:

453370 قرار بتاريخ 2008/06/04، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2009، ص375.

⁴-ملف رقم: 468744 قرار بتاريخ 2008/06/04، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2009، ص176.

⁵-ملف رقم: 414667 قرار بتاريخ 2008/02/06، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2008، ص219.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

وعلى هذا الأساس فإن عقود الاستثمار التكنولوجي وفقا لهذا الرأي تعد عقودا إدارية مما يستوجب خضوعها للقانون الوطني للدولة المتعاقدة.

ثانيا: الاتجاه الرافض لتكييف عقود الاستثمار التكنولوجي كعقود إداري

إذا كان ما تقدم من الاعتبارات التي ساقها الفقه المؤيد لهذا الاتجاه ما أدى إلى التقارب بين عقد الاستثمار التكنولوجي والعقد الإداري، فإن هناك مجموعة من العوامل التي ترفض هذا التقارب بين العقدين ومن ثم انهيار فرضية إطلاق صفة العقود الإدارية على العقود الدولية للتنمية التكنولوجية، ومن تلك العوامل نجد:

- إن القانون الدولي لا يعرف أصلا ما يطلق عليه بنظرية العقد الإداري، خاصة وإن وجود مثل ذلك العقد على النطاق الدولي يحتاج إلى وجود قضاء إداري دولي له استقلالية وهو ما لم يتحقق حتى الآن هذا من جهة¹، أما من جهة تحقق شروط العقد الإداري يثبت إمكان تحقق الشرطين الأولين فقط، إذ تبرم في الغالب من قبل الدولة بوصفها سلطة عامة، وتنصب على إنشاء أو تنظيم أو تسيير مرفق عام، دون الشرط الثالث والمتمثل في أن تأخذ الإدارة أو شخص القانون العام المتعاقد بأساليب وامتيازات القانون العام في العقد، بتضمينه شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص مثل حق الإدارة في الإشراف على تنفيذ العقد، أو حقها في تعديل العقد أو نسخه أو فرض غرامات تأخيرية على المتعاقد معها، إذ إنه وفقا لما جرى عليه العمل وبخلاف العقود الإدارية تقوم الدولة عادة بوضع قيود على سلطتها العامة لصالح الطرف الأجنبي المتعاقد معها، بهدف تشجيع حركة الاستثمار الأجنبي فيها، خاصة فيما يتعلق بسلطتها في تعديل العقد أو إنهائه بإرادتها المنفردة من خلال شرط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد²، فعقد يتضمن نقل تكنولوجيا معينة مثلا يمكن أن يتضمن شرط إنهائه من قبل احدهم، وهذا النوع من الشروط معروفة في عقود القانون الخاص،

¹-وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص 141.

²-مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 76-77.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

خصوصا عندما يكون احد الأطراف في مركز اقوي اقتصاديا عن الطرف الآخر¹، وحتى في حالة وجود شروط غير مألوفة في القانون الخاص فان اغليها تكون مقررة لصالح الشخص الأجنبي في مواجهة الدولة -وليس العكس-، وذلك بغرض تشجيع حركة دخول التكنولوجيا ورأس المال إلى إقليمها -كما سبق القول-، خاصة فيما يتعلق بشرط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد، ثم إن المتعاقد يستمد عادة تلك المزايا الاستثنائية من القانون مباشرة، وليس من العقد المبرم مع الدولة، لذلك تعد الشروط الاستثنائية بالمفهوم السابق متطلبا تفرضه الاعتبارات العملية على النطاق الدولي بحيث يترتب على الدولة أن تنزل في بعض تعاقداتها إلى إمكانية الشخص الخاص والابتعاد قدر الإمكان عن أساليب القانون العام الداخلي، وهذا ما يفسر بعض الشروط مثل تثبيت تشريعاتها أو تقييد لوائحها، وهي أن ترتضي ذلك إما لتشجيع التعاقد معها من جهة، ولكونها لا تتمتع أصلا بممارسة أية سلطات على الطرف الأجنبي إلا بالقدر الذي تسمح به شروط العقد، كونه خارجا عن نطاق سيادتها الإقليمية من جهة أخرى، إذ لا يستبعد أن يبلغ الأمر فيما لو عاملته كأحد رعاياها أن تصطدم مع الدولة التي يحمل المتعاقد الآخر جنسيتها فيما لو طلب حمايتها الدبلوماسية².

وفي حال ما إذا تمعنا في الشرطين الأولين ورغم صحتهما نوعا ما، إلا انه ثمة عقود للاستثمار التكنولوجي قد لا تكون الدولة أو احد هيئاتها طرفا فيه، إذ قد يكون طرفي العقد من أشخاص القانون الخاص كالشركات مثلا³، كما انه ثمة عقود تكون الدولة طرفا فيها ولكنها تتعاقد كطرف خاص، أما بالنسبة للشرط الثاني من شروط صحة العقد الإداري والذي يتضمن تسيير مرفق عام، فنلاحظ بان الفقه يعاني من صعوبة في تكييف العقود استنادا إلى هذا الشرط، ذلك لصعوبة وعدم وضوح فكرة المرفق العام على مستوى الفقه

¹-حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص475.

²-وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص142.

³-ضرغام محمود كاظم، مرجع سابق، ص46.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

والقضاء، كما أن الأخذ بهذا الشرط على إطلاقه يؤدي إلى اعتبار جميع العقود التي تبرمها الدولة أو إحدى هيئاتها عقوداً إدارية¹.

-إن القانون الدولي لم يكرس فكرة العقد الإداري، وهو ما كشف عنه التعامل الجاري في المعاملات الدولية وقضاء التحكيم، حتى أن البعض ذهب إلى أن القانون الدولي يفتقر إلى التمييز بين العقد الإداري وغيرها من عقود القانون الخاص، فهذه المسألة من اختصاص القانون الداخلي للدول، وبعبارة أخرى إن أعمال نظرية العقد الإداري على العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية الخاصة يعني تطبيق هذه النظرية خارج النطاق المخصص لها، وحتى لو تم افتراض أن تلك النظرية انتقلت إلى مجال القانون الدولي، فإن صعوبة التمييز بين العقود التي تبرمها الدولة والتي تعتبر عقود إدارية وبين عقود القانون الخاص التي يعاني منها القضاء الإداري سوف تبقى مستمرة، خاصة في ظل التعارض القائم بين مصالح الأفراد، فبينما يسعى أحدهم إلى تأمين التوازن والضمان لعلاقته العقدية، فإن الدولة تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة وهو ما يقتضي توافر مرونة كبيرة في العقد، كما لا يوجد قضاء إداري دولي حتى الآن له استقلالية ليقوم بتلك المهمة².

-إن معظم الدول لا تعرف فكرة العقد الإداري كعقد مستقل عن العقد المدني مثل دول نظام الانجلوأمريكي، مما يؤدي إلى عدم استقرار تلك الفكرة على المستوى الدولي³، ناهيك عن أن أغلب قوانين الدول التي تشجع على الاستثمار وتحقيق التنمية تسعى لإبعاد عقود التنمية التكنولوجية عن فكرة العقد الإداري، فتدفع الاستثمارات بشكل مستمر يتطلب من

¹-حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص475.

²-صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص280-280.

³-بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية، المرجع السابق، ص213.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

الدولة وضع امتيازات تتضمن تقيد سلطتها العامة مقابل منح المستثمر الأجنبي ناقل التكنولوجيا امتيازات مهمة، وذلك لتشجيع دخول التكنولوجيا المطورة إلى أراضيه¹.

-إن الحجة القائلة بأن سيادة الدولة تجعل من العقود التي تبرمها عقود إدارية تخضع لغير قانونها، هو ادعاء غير صحيح لربطه بين تكييف العقد وتحديد القانون الواجب التطبيق، إذ ليس هناك ما يحول بين تكييف العقد على أنه عقد خاص، وتطبيق قانون الدولة المتعاقدة عليه، أي أن سيادة الدولة لا تتعارض مع تكييف العقد على أنه إداري أو خاص، وكل ما تملكه الدولة في حالة إثارة فكرة السيادة هو منح المحكمة النافذة في النزاع حق رفض تطبيق قانون آخر غير قانونها في حالة غياب إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق دون أن تملك إجبار القاضي على تكييف العقد على أنه عقد إداري²،

-إن قضاء التحكيم -في الغالب- لم يأخذ بفكرة تكييف عقود الاستثمار بصفة عامة كعقود إدارية، وهو ما أكدت عليه القرارات التحكيمية الصادرة بخصوص عقود التنمية الاقتصادية بشكل عام، من ذلك قرار محكمة التحكيم في قضية Texaco عندما رفض المحكم Dupuy اعتبار الامتيازات محل النزاع بمثابة عقود إدارية، لعدم توافر أركان العقد الإداري فيها وفقاً للقانون الليبي، حيث قام باستخدام أسلوب التحليل الدقيق للعقد حتى يقيم أسباب الحكم في هذا الشأن على ثلاثة أسباب مستمدة من القانون الليبي ذاته، إذ وفقاً لهذا القانون يجب أن تتوافر للعقد الإداري إحدى الحالات الثلاث الآتية:

1-تعلق العقد بتشغيل أو استغلال مرفق عام

2-أن يتضمن العقد شروطاً مما يتعلق بالقانون العام

3-تدخل أحد الأشخاص المعنوية في العقد.

¹-صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص282.

²-يوسف عبد الهادي خليل الاكبانى، مرجع سابق، ص307.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

وكان أن لاحظت محكمة التحكيم أن الحكومة الليبية قد ارتضت التعاقد مع المتعاقد الأجنبي على قدم المساواة، وإن العقد لم يتضمن شروطا استثنائية مما توجد في العقود الإدارية، ومن ثم فقد انتهى الحكم إلى استبعاد فكرة العقد الإداري من التطبيق عند تكييف العلاقة العقدية محل النزاع¹.

وفي قضية aramco عندما أقرت هيئة التحكيم استبعاد تكييف العقد المبرم بين الحكومة السعودية والشركة الأمريكية بأنه عقد إداري على استناد أن القانون الواجب التطبيق المستمد من الفقه الإسلامي لا يعرف فكرة العقد الإداري أو القانون العام على النحو السائد في القانون الفرنسي، وإن امتياز aramco يعد عقدا غير مسمى لا يمكن إدراجه في الطوائف القانونية المعتادة للعقود، وبهذا رفضت هيئة التحكيم الطلب الذي أيدته الحكومة السعودية والتي اعتبرت أن وجود الدولة كشخص يتمتع بالسيادة عاملا حاسما لتحديد الطبيعة القانونية له²، كما رفضت في قرارها تكييف الامتيازات النفطية والمنجمية على أنها امتيازات التزام مرافق عامة، لأن العلاقات الناشئة عن الامتيازات المذكورة تقتصر على الأطراف المتعاقدة، فقالت بهذا الصدد: "إن الامتيازات النفطية والمنجمية لا تحتوي على نص لمصلحة المستخدمين"، وبعبارة أخرى كما قال Planoir: "المنجم ليس مخصصا لاستعمال الجمهور وإنما يستثمره صاحب الامتياز لمصلحته الخاصة" ورفضت المحكمة أيضا اعتبار الامتيازات المذكورة امتيازات أشغال عامة، إذ جاء في القرار: "إن امتيازات المناجم ليست امتيازات أشغال عامة لأن الودائع المنجمية تصبح ملكا لصاحب الامتياز، الذي عليه في نهاية الامتيازات أن يعيدها إلى الدولة، وقد نقصت منها المادة القابلة لاستخراج بل وحتى نضجت"³.

¹-صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص283-284-285.

²-حفيفة السيد الحداد، مرجع سابق، ص464-467.

³-غسان رباح، الوجيز في العقد التجاري الدولي-نموذج العقد النفطي-، منشورات الحلبي الحقوقية، ط.1، بيروت-لبنان-2008، ص107.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

كذلك الأمر في قضية aminoil ضد الحكومة الكويتية، فقد رفضت هيئة التحكيم تطبيق نظرية العقد الإداري، على الرغم من أن القانون الكويتي يأخذ بتلك النظرية صراحة مستمداً إلى أن الإجراء الذي قامت به الحكومة الكويتية هو من قبيل التأمين الذي لا تتسع له نظرية العقد الإدارية، كما أن تلك النظرية غير معروفة في القانون الدولي ولا ترقى إلى مرتبة المبادئ القانونية العامة¹.

-إن القول بأن الشروط الاستثنائية التي ترد في قوانين الاستثمار هي شروط استثنائية تجعل من تلك العقود التي تعقد في ظل تلك القوانين عقود إدارية، قولاً لا يؤيده بعض الفقهاء لسببين:

1-إن المستثمر الأجنبي يستمد تلك المزايا والضمانات من القانون نفسه وليس من العقد المبرم مع الدولة، وهذه المزايا يمكن أن يستفاد منها الطرف الخاص المتعاقد معه هذا المستثمر.

2- إن تلك المزايا مقررة لمصلحة الطرف الأجنبي وليس لمصلحة الدولة، والفرض لكي تكون العقود إدارية أن تكون تلك المزايا مقررة لمصلحة الدولة².

-القول بالصفة الإدارية لعقود الاستثمار التكنولوجي يتعارض مع مقتضيات التجارة الدولية، ذلك لما يترتب هذا التكييف من مزايا وسلطات سيادية على اعتبارات عملية تتمثل في مصالح الدولة التي قد تتعرض للخطر من نفور المتعاقدين منها، أو نتيجة لاصطدام مع الدول التي ينتمون إليها، بل ويذهب بعض الفقه إلى حد أن يقرر أن القول بالطبيعة الإدارية، وتطبيق أحكام العقد الإداري على عقود الدولة يمثل دعوة مناهضة ومضادة

¹-ضرغام محمود كاظم، مرجع سابق، ص 48 .

²-يوسف عبد الهادي الاكياي، مرجع سابق، ص 305-306.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

لسياسة الدولة المعلنة بجذب الاستثمار، لأجل إقامة مشاريع استثمارية لتحقيق التنمية الاقتصادية¹.

وأخيرا ترى الدكتوراه حفيظة السيد الحداد أن تحديد طبيعة العقد والذي تكون الدولة احد أطرافه بمقابل شخص أجنبي عقدا إداريا أم لا، لا يثير أية مشكلة إذ أن هذه الطبيعة تعد مسألة لا تؤدي إلا دورا ثانويا، ويضل السؤال الحقيقي هو تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا العقد، بمعنى آخر إن تحديد الطبيعة الإدارية أو العادية (الخاصة) للعقد مسألة لا تنثور إلا بعد الانتهاء من حل مشكلة القانون الواجب التطبيق على العقد، فإذا ما تم تحديد ما إذا كان العقد إداريا من عدمه يتم الفصل فيه من خلال هذا القانون².

الفرع الأول: تكييف عقد الاستثمار التكنولوجي بين العقود النمطية وعقود الإذعان

لقد أدى شيوع العقود النمطية والتي يجري الاصطلاح على تسميتها بالعقود النموذجية في حقل التجارة الدولية، بالإضافة إلى ظهور وتطور ما يسمى بعقود الإذعان أن ذهب جانب من الفقه إلى القول بان عقود الاستثمار التكنولوجي ما هي إلا انعكاس لإحدى هاتين الصورتين من صور العقود السائدة التي تعبر في الغالب عن العلاقات الاجتماعية التي تعلي المجموعة عن الفرد، وتتميز بغياب النقاش والتفاوض المسبق على التعاقد، وللتان بدورهما تخرجان عن الأصل المعروف التي تتمتع بها عقود الدولة ألا وهو مبدأ حرية الإرادة، الأمر الذي جعل الإرادة تتلاشى تدريجيا في عقود الدولة.

وهنا يتبادر إلى الأذهان عما إذا كان تضمين العقد الذي تبرمه الدولة لنقل التكنولوجيا أو للاستثمار التقني شرطا بناء على نص تشريعي تصدره الدولة³، أو بناء على قرار تصدره

¹-الروبي محمد، مرجع سابق، ص 79-80.

²-حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 478.

³- مثلما فعل المشرع الفرنسي حيث فرض نماذج معينة واجبة الإتباع عند تعاقد الفرنسيين مع الأشخاص والدول الأجنبية على نقل التكنولوجيا، صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 264.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

السلطة التنفيذية، أو نص في عقد نموذجي تضعه وتتعامل على أساسه، يقضي بتطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة لتنظيم العلاقة بين الأطراف وتسوية ما قد ينشأ عنها من منازعات، يؤدي ذلك الشرط إلى اعتبار تلك العقود من العقود النمطية؟ أو من عقود الإذعان؟، وهو ما سنعرضه فيما يلي:

أولاً: تكييف عقد الاستثمار التكنولوجي على أنه عقد نمطي

يبدو من المناسب التعرض لمفهوم العقد النمطي في إيجاز يصحبه بيان الإجابة عن التساؤل الآتي: ما هي نوع العلاقة بين العقود التي تبرمها الدولة للتنمية الاقتصادية، ولاسيما عقد الاستثمار التكنولوجي وبين العقود النمطية؟

بداية لا بد من تعريف العقود النمطية للوقوف على حقيقة العلاقة بينها وبين عقود الاستثمار التكنولوجي، فالعقود الأولى عبارة عن مجموعة من الشروط العامة التي استقرت في عادات وواقع التجارة الدولية، والمكتوبة في صيغ معدة سلفاً والمطبوعة بأعداد ضخمة تستعمل كنماذج لعقود يتم إبرامها في المستقبل ويقوم على إعدادها الجمعيات والهيئات المهنية، ومن الناحية الشكلية فهي عبارة عن صك مكتوب على غرار عقود الإيجار والبيع والوكالة، ومن الناحية الموضوعية هي تعد بمثابة نصوص تتضمن كافة أحكام عقد البيع من إيجاب وقبول ومحل والتزامات الطرفين وأسباب الانتهاء والضمانات والجزاءات وأسباب انتهاء المسؤولية وما على المتعاقدين إلا إدراج اسميهما والتوقيع وملئ البيانات كالكمية والتمن وميعاد التسليم¹.

1- الاتجاه المنادي لانتساب عقود الاستثمار التكنولوجي للعقود النموذجية

¹- أمل المرشدي، معلومات قانونية هامة عن العقود النمطية بحث قانوني منشور على الموقع: www.mohamah.ne،

تاريخ الاطلاع عليه 2022/02/18، على الساعة: 09:02

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

تقوم فكرة العقود النموذجية أساساً على الاستقلالية من خلال إسنادها إلى قواعد موضوعية دولية بصرف النظر على مصلحة الأطراف، وتتمثل تلك الاستقلالية في إيجاد حيز قانوني لتلك العقود يختلف عن العقود الأخرى، ونتيجة لذلك تتحقق فكرة استقلال تلك العقود عن أي نظام قانوني وطني، وذلك بإسنادها إلى قواعد موضوعية دولية¹، إلا أن وجود قواعد موضوعية تعالج عقود الإستثمار لا زال في طور التكوين².

ويعود السبب في الأهمية التي تحظى بها العقود النموذجية في ميدان التجارة الدولية كونها أضحت من الوسائل المهمة في الوصول إلى مبدأ الكفالة الذاتية للعقود الدولية، إذ يتجسد فيها مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، وعن طريقها أصبح من السهل تبادل الخدمات والسلع عبر الحدود، فهذه العقود تتضمن بين ثيابها العديد من التفاصيل الدقيقة والتي تتعلق بالتزامات وحقوق أطراف العقد، وتحديد المبيع، وزمان ومكان التسليم، وضمان العيوب الخفية، وغير ذلك من التفاصيل التي قد تمكنها من تحقيق مبدأ الكفالة الذاتية على نحو يجعل من الرجوع إلى مشكلة تنازع القوانين والقانون الواجب التطبيق أمراً ثانوياً، وهذا ما يهدف إليه قانون التجارة الدولية³.

وقد وضع مجلس المعونة الاقتصادية المتبادلة "الكوميكون" العديد من العقود النموذجية من أجل تسهيل الاستثمارات بين الدول الأعضاء من تبادل للخبرات الاقتصادية والمعونات الفنية فيما يتعلق بالمواد الأولية والمحاصيل الغذائية والآلات ومواد الصناعة والتجهيز⁴، نظراً لما تدخله من الاستقرار والاطمئنان على العقود الدولية، وهذا يرجع إلى الطريقة المتأنية التي اتبعت في إعدادها، واستجابتها إلى حاجات التجارة الدولية المعاصرة والتي تستند إلى السرعة في انجاز المعاملات، فهي خير وسيلة للتوحيد والتوفيق بين المصالح المتضاربة هذا

¹ -مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 80.

² -سارة زياد مناصره، مرجع سابق، ص 45.

³ -بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص 140.

⁴ -محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، ط. 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 19-20.

الباب الأول: التأسيس القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

من جهة، وأداة للتماشي مع سرعة الحياة التجارية من جهة أخرى، ومن أهم العقود النموذجية التي عقدت في هذا المجال، العقد الذي وضعتة غرفة التجارة الدولية (س س إ)، حيث كفلت مع نهاية سنة 1993 مجموعة من الأشخاص الخبراء في المجال التجاري والاقتصادي بصياغة عقد نموذجي للفرانشيز كباقي العقود الأخرى، وهو عبارة عن وثيقة تتكون من 27 صفحة مع الملحقات، مقسمة إلى 13 قسما و33 مادة¹.

ويأتي تأسيس البعض على وصف هذه العقود بالعقود النموذجية كونها تؤدي نفس الغرض، ونظرا للاختلاف في الأوضاع السياسية والاقتصادية للدول ما بين الدول الصناعية والأخرى النامية يجعل من الصعب إيجاد مثل هذه النماذج، وما يوجد من صيغ تعاقدية إنما هو معايير دنيا للتعامل مع الاستثمارات التكنولوجية التي تبرمها الدولة أو احد مشروعاتها، وما يعتبر عقودا نموذجية ما هو إلا قواعد إرشادية أو توجيهية مجردة كالدليل القانوني لتحديد العقود الدولية للتعاون الصناعي أو الدليل القانوني لتحديد عقود المجمعات الصناعية، يستدل بها في تفسير شروط العقود في المجال الدولي².

كما يبرر هذا الاتجاه رأيه على أساس أن العقود التي تتم في إطار نقل التمكن التكنولوجي -في الغالب- تبرمها الدولة فقط دون الأفراد، وخصوصا في الدول النامية، لعدم قدرة هؤلاء الأفراد على إبرام مثل تلك العقود التي تكلف أموالا طائلة وإمكانات ضخمة لا يستطيع تحملها لوحده، ومادامت هذه العقود تبرمها الدولة وعلى نمط واحد وشروط واحدة مع الأطراف الموردين في الدول المتقدمة، فهذا يعني أن تلك العقود لها نفس صفات العقود النموذجية الدولية، باعتبار ان هؤلاء الموردين لا يجدون في هذه الدول النامية من يتلقى التكنولوجيا من الأفراد باستثناء أجهزة الدولة ذاتها والمختصة بالتنمية التكنولوجية او

¹ -Claude verbraken , contrat model de franchise internationale de la ccl ; brucelles, 2001,p143.

²-عائشة كاملي، مرجع سابق، ص123.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

حكوماتها، وكان هذا الرأي قد تم طرحه في مؤتمر القانون الدولي المقارن والمنعقد في بروكسل عام 1980م¹.

2-تقييم الاتجاه المناادي لانتساب عقود الاستثمار التكنولوجي للعقود النموذجية

على الرغم من الجهود المبذولة من قبل جمعية القانون الدولي واللجنة الاقتصادية لأوروبا، وما تقدمه مراكز التحكيم من أحكام وقرارات في إرساء قواعد موضوعية تعالج فيها هذا النوع من العقود ما هي إلا معايير دنيا للتعامل على الاستثمارات التكنولوجية بموجب العقود التي تبرمها ومشروعاتها العامة أو حتى المشروعات الخاصة الوطنية، نظرا لوجود أوجه خلاف أساسية في النواحي السياسية والاقتصادية من دولة إلى أخرى ومن مجموعة الدول الصناعية إلى الدول النامية²، وما صدر من مشروع لبعض قواعد السلوك لعقود الاستثمار التكنولوجي أو الدليل القانوني لتحرير عقود المجمعات الصناعية، أو الدليل القانوني لتحرير العقود الدولية للتعاون الصناعي مجرد توصيات لا تحمل القوة الملزمة إلا إذا أفرغت في قواعد في اتفاقية دولية أو استقرت كقاعدة عرفية³.

كما وإذا تمعنا النظر في العقود النموذجية لوجدناها تتضمن نصوص مجردة محرة مقدما تفرض من متعاقد على آخر، بوصفها أفضل صورة للاشتراطات العقدية التي يجرى العمل عليها دوليا، لذلك فقد تلعب المعايير الواردة بهذه الأدلة دورا في المعاملات بين الدولة والأجانب باعتبارها عادات جارية يمكن استخدامها بمرونة في تفسير شروط العقد، إلا أنها لا تكفي لكي نصل إلى القول بأنها تحقق لعقد التنمية التكنولوجية وصف العقد النموذجي بالمعني الضيق الذي اشرنا إليه⁴.

¹-بشار قيس محمد ، مرجع سابق، ص143.

²-صلاح الدين جمال الدين عقود التنمية التكنولوجية، مرجع سابق، ص113.

³-سارة زياد مناصره، مرجع سابق، ص45-46.

⁴-صلاح الدين جمال الدين، عقود التنمية التكنولوجية، مرجع سابق، ص114.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

وحتى لو تم الافتراض جدلا ان تلك العقود النمطية يمكن تعميمها على عقود الاستثمار التكنولوجي، فإننا سوف نصطدم في حقيقة مفادها أن الجمعيات والهيئات التجارية التي صاغت تلك العقود كان هدفها الأساسي تفضيل مصالح أعضائها بالدرجة الأولى، سواء كانوا مصدرين أو مستوردين، ويترتب على ذلك إن الطرف الضعيف في عقد الاستثمار التكنولوجي وهو غالبا الطرف طالب الاستثمار وهو المتلقي سوف يوافق على شروط العقد نظرا لحاجته الماسة لتلك التكنولوجيا المنقولة، وهكذا سيكون الغبن الذي ستركه هذه العقود واضحا في التعامل التكنولوجي والصناعي بين الدول المتقدمة والنامية، ناهيك عن الكثرة المحبرة لهذه العقود نتيجة لتعدد الجهات المهنية ذات الطابع الإقليمي التي تخصصت في تلك العقود، وكان من نتيجة ذلك أن احد الأطراف وفي هذا الفرض "مورد التكنولوجيا" سوف يسعى لاختيار ما يحقق مصالحه من تلك العقود النموذجية، وفي المقابل فان المتلقي للتكنولوجيا سوف يسعى هو الآخر في اختيار ما يحقق مصالحه من تلك العقود، مما يؤدي إلى تضارب المصالح وتصادم في الرأي ويترتب عليه نشوب العديد من المنازعات بسبب الخلاف في اختيار العقد النموذجي¹.

ثانيا تكييف عقد الاستثمار التكنولوجي بعقد الإذعان

إذا كانت فكرتي عقود الإذعان والعقود النمطية ترتبطان ارتباطا وثيقا باعتبار أن العقود النمطية تعتبر مقدمة لعقود الإذعان، كما أن هذه الأخيرة تتضمن شروطا عامة مطبوعة مسبقا تأخذ صور العقود النمطية أو النموذجية، وإذا تأكد غياب العقود النموذجية في إطار عقود الاستثمار التكنولوجي حتى يومنا الراهن، فهل يمكن الجزم بان وصف عقد الإذعان ينطبق على عقود الاستثمار التكنولوجي حتى يومنا الراهن، فهل يمكن الجزم بان وصف عقد الإذعان ينطبق على عقود التنمية التكنولوجية؟، أو هل ان غياب الصيغة النمطية كصيغة واحدة تفرض على الدول المتلقية للتكنولوجيا، يعني تحرر إرادتها لدرجة

¹ -بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص144.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

إمكانية تدخلها في وضع شروط العقد أو تعديلها بحيث ينفي عن ذلك العقد وصف الإذعان؟

وقبل الخوض في تفاصيل ذلك قد يبدو من المفيد أن نسأل أنفسنا التساؤل الآتي: متى يوصف العقد بأنه عقد إذعان؟

بداية تعرف عقود الإذعان 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 بشأنها¹.

وعرفه البعض على انه: "العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني والفعلي، شروطا محددة غير قابلة لتعديل أو مناقشة، ويوجهها إلى الجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام إليه، ويعرض بموجبها سلعة أو خدمة معينة²."

ويفهم من هذا أن هناك عنصرا قانونيا لازما لتمييز عقد الإذعان عن غيره من العقود يتمثل في انفراد احد طرفيه وهو الموجب بتنظيم العقد وتحديد شروطه بصورة قاطعة، وبوضع لا يقبل المناقشة أو المساومة من الطرف القابل³، بحيث يكون مضمونه معد مسبقا بإرادة منفردة تنتظر انضمام إرادة أخرى لأحداث فعالية قانونية، فما من مساومة أو حوار مسبق بين الطرفين أو الغير، وإرادة القابل تسهم مساهمة فعالة في إثبات وصف العقد وإضفاء الفعالية القانونية له⁴.

¹-وفاء مزيد فلهوط، مرجع سابق، ص143-144.

²-محفوظ بن حامد لعشب، عقد الإذعان في القانون الجزائري والمقارن، ط.1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص31.

³-ضرغام محمود كاظم، مرجع سابق، ص49-50.

⁴-محفوظ بن حامد لعشب، مرجع سابق، ص27.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

ولم يرد في التشريع الجزائري تعريف مباشر لعقد الإذعان، لكن المادة 70 من القانون المدني تشير لفحواه، إذ نصت على: "يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

1- الاتجاه المناهض بانتساب عقود الاستثمار التكنولوجي لعقود الإذعان

ويأتي تأسيس البعض على وصف عقود الاستثمار التكنولوجي بعقود الإذعان مستندا في ذلك إلى الشروط التعسفية التي يفرضها في الغالب مورد التكنولوجيا على المتلقي بغية السيطرة الاقتصادية والسياسية على الأخير وإرغامه على الدخول في تبعيته، وتكرس تلك الشروط فكرة تقييد الحرية التعاقدية، إذ لا تتساوى فيها حرية الأطراف أثناء عملية التفاوض، فمن المقرر في عقود الإذعان إن القابل للعقد لا يناقش ولا يفاوض على العقد، بل هو في موقف لا يحسد عليه، فأما أن يقبل العقد بما فيه، أو أن يرفضه بأكمله، وفي حالة قبوله فانه يكون مرغما على ذلك كونه في حاجة ماسحة لتكنولوجيا محل العقد¹، مما يعني تغيب مسبق لإرادة الدولة المتعاقدة إذ ليس عليها سوى الموافقة على العقد برمته أو رفضه جملة².

وقد أكد البعض هذا الأمر بقوله: "أن مصطلح عقود الإذعان ليس مسمى لعقد واحد محدد، إنما يتعلق الأمر بطائفة من العقود يميزها أن انعقادها وتكوينها لا يكون ثمرة تفاوض بين المتعاقدين يتفقان على قدم المساواة، بل ينفرد احدها هو الموجب بوضع شروط ورسم إطار الآثار التعاقدية ولا يملك المتعاقد الآخر إلا إن يقبلها أو يرفضها دون مناقشة فيها"³.

وعلى أساس ما تقدم يعتبر عقد ما من عقود الإذعان إذا ما توافرت فيه ثلاثة شروط وهي على التوالي:

¹-بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص 145.

²وفاء مزيد فلحوط، مرجع البق، ص 144.

³-بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص 146.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

-الشرط الأول: عندما يتعلق العقد بسلع أو خدمات تعتبر من الضروريات الأساسية للمستهلكين أو المنتفعين لا يمكنهم الاستغناء عنها.

-الشرط الثاني: أن تكون هذه السلعة أو هذه الخدمات محتكرة احتكارا فعلياً أو قانونياً أو تكون المنافسة بشأنها محدودة جداً نتيجة للتفوق الاقتصادي لعارضها.

-الشرط الثالث: أن يكون العرض للانتفاع من السلعة، أو الانتفاع من المرفق الموجه للجمهور عموماً، وفق شروط وضعها الموجب (الطرف القوي في العقد)¹.

وإذا ما قيست هذه الشروط مع عقد الإستثمار التكنولوجي فإن هناك من يرى أن الطرف المستثمر في عقد الإستثمار التكنولوجي مهما اختلف مركزه يظل هو الطرف الأقوى في العلاقة التعاقدية الذي يتمتع باحتكار قانوني وفعلي للتكنولوجيا مما يمكنه من السيطرة المحكمة والمستمرة على الطرف طالب الإستثمار الذي لا يملك البديل في ظل الاحتكارية التي تحكم سوق التكنولوجيا، وحتى السلطة السيادية هنا للدولة تكون منقوصة لأنها مجبرة على التبعية نظراً للعوامل التاريخية الاستعمارية، وحاجتها الملحة للتكنولوجيا من أجل النهوض بالاقتصاد، وهذا ما يجعل من الإيجاب يأتي من طرف الدولة المتقدمة في صيغة عامة ونموذجية بحيث لا تستطيع الدولة النامية التعديل في شروطه²، كما أن العقد يتعلق بسلعة أساسية وضرورية على الرغم من اختلاف المعيار المحدد لضرورة السلعة بحسب ظروف كل دولة عن الأخرى، أو ما إذا كانت التكنولوجيا ضرورية لأي متلقي حتى

¹-جيلالي بن عيسى، بن قردي أمين، عقود الإذعان بين اختلال الالتزامات التعاقدية والحماية القانونية للمدع، مجلة الأكاديمية للبحوث في العلوم الاجتماعية، المركز الجامعي المقاوم الشيخ امود بن مختار، البيزي، المجلد 1، العدد 01، ديسمبر 2019، ص7.

²-موفق نور الدين، عقود نقل التكنولوجيا بين التفاوض والإذعان، مجلة القانون، المركز الجامعي الشهيد احمد زبانه، غليزان، المجلد 08، العدد 02، 2019، ص59.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

لو كانت دولة صناعية¹، أما من ناحية الإيجاب الصادر من المستثمر يكون موجه بصورة عامة ونموذجية، بحيث لا تستطيع الدولة التعديل في شروطه والتغيير منها، وهكذا تتوفر جميع الشروط القانونية لعقد ما بأنه عقد إذعان².

أما بالنسبة للحماية المدنية للعقد حسب مفهوم المادة 110 من القانون المدني فالواقع العملي بين إنها مجرد حبر على ورق، فاختلال التوازن الاقتصادي يجعل السلطة القضائية للدولة المتلقية للتكنولوجيا تحت وطأة الضغوط الاقتصادية، ناهيك عن كيفية تنفيذ الحكم الصادر بتعديل أو إعفاء الطرف المذعن على مستوى الدولة الأخرى ومدى قبوله كحكم له حجية، فضلا عن فقدان النص اختصاصه إذا تضمن العقد شرط التحكيم في المنازعات الخاصة بالعقد، بحيث لا يكون للمحكمة إلا دورها في تفسير العقد في حالة غموضه، وحتى هذه الحالة (الغموض) يمكن تجنبها المستثمر عند صياغة العقد لاستبعاد أي اختصاص لتلك المحكمة، مما يبرر قصور الحماية المدنية في توفير الحماية اللازمة في هذا النوع من العقود³، وبالتالي يفقد القضاء كمضلة للرقابة اللاحقة لتحميه بعد أن يكون قد أبرم العقد دون وجود مظلة تشريعية لحمايته منذ البداية، ويترك تلك الحماية لتذهب مع الريح.

وهكذا يتضح في رأي الغالبية أن عقد الاستثمار التكنولوجي في تسلسله الموضوعي وامتداده الزمني بمختلف أشكاله يكرس اختلالا واقعيًا ما بين الأطراف مما يقربه من عقود الإذعان.

¹-ويعد الطلب على التكنولوجيا في الدول الصناعية مرتبط بمفهوم الدولة بصفتها حافظة للنظام والأمن القومي، فنقوم الدولة اثر ذلك بتحديد الاحتياجات التكنولوجية المرتبطة بالأهداف القومية المستجيبة للاحتياجات الاجتماعية، ومن أهداف الدول الصناعية الحصول على التكنولوجيا، نصيرة بوجعمة سعدي، مرجع سابق، ص 57-58.

²-وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص 145.

³-موفق نور الدين، مرجع سابق، ص 34.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

2-تقييم نسبة عقد الاستثمار التكنولوجي إلى عقود الإذعان

يمكن القول بأن هناك اختلاف في الرؤية التقليدية لعقود الاستثمار التكنولوجي عند وصفها من عقود الإذعان، ذلك انه أصبحت فكرة الاحتكار غير واردة في الوقت الراهن، بحيث عجزت الجهود الدولية على إيجاد عقد نموذجي لنقل التكنولوجيا، وغياب هذه الصيغة يفرض على الدول النامية السعي إلى التحرر والتعبير عن إرادتها ووضع شروط العقد وتعديلها لكي ينتهي عنه وصف الإذعان، وقد تفاعل البعض بالاعتقاد انه لم يعد مقبولا في العلاقات الاقتصادية والتجارية الدولية في الوقت الحاضر القول بأن للمتعاقد الأجنبي أن يفرض إرادته على الدولة، بسبب نفوذه التكنولوجي أو المالي، لأنها تصده بسلطتها السيادية كدولة، وتبعد بذلك العقد عن الإذعان¹.

وهناك من يرى أن عقود إذعان ليس لها مجال تطبيق في نطاق عقود الدولة، ويعلل ذلك لسببين هما:

-انه إذا كان التوازن في القوى الاقتصادية للأطراف يميل أحيانا إلى جانب الطرف الأجنبي لتفوقه على الدولة المتعاقدة من ناحية التنظيم ومصادر التمويل والقدرات الإنتاجية، والأكثر تقدما التي تحوزها بعض شركات الغرب الصناعي على نحو احتكاري، مما قد يؤدي إلى وضع الدولة المستقبلية للتكنولوجيا في مركز التبعية التكنولوجية والاقتصادية، إلا انه قد صار ثابتا انه لم يعد مقبولا في العلاقات الاقتصادية والتجارية الدولية في الوقت الحاضر، أن يدعى المتعاقد الأجنبي ان بإمكانه أن يملئ إرادته على الدولة المتعاقدة معه، ذلك أن القوة الاقتصادية للمتعاقد الأجنبي تجد حدودها وقيودها في السلطات السيادية للدولة او المشروع العام المتعاقد، ومن ثم يصير العقد ملتقى لهذه القوى المتضادة بهدف نهائي هو تحقيق التوازن بين مصالح كل الأطراف.

¹-موفق نور الدين، مرجع سابق، ص58.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

-إن تمحيص النظر في العلاقات العقدية على ارض الواقع يكشف عن أن قليلا من تلك العقود يتضمن قيودا على التفاوض، وحتى في حالة وجودها فان الطرف الأجنبي الخاص قد قبل ذلك بإرادته الحرة، ودون قيد من سلطة الدولة المتعاقدة¹.

ونتيجة لذلك فهناك من يرى من وجهة نظر قانونية بأنه من المستبعد ان تعتبر عقود الاستثمار التكنولوجي من عقود الإذعان، لان بعض عقود التنمية التكنولوجية لا تتعلق بسلعة أو مرفق من ضروريات الحياة العامة، فالملاحظ ان هذه الأخيرة التي تتعلق ببراءات الاختراع وغيرها والتي يتم بموجبها نقل التكنولوجيا عن طريق الترخيص باستعمالها أو استغلالها وان كانت ضرورية إلا أنها لا تصل إلى مرتبة المرفق الضرورية²، كما أن الإيجاب لا يأتي عاما ونموذجيا، وإنما يختلف من متعاقد لآخر، إلا انه في حال كان الطرف المتعاقد دولة نامية، فقد يكون في مثل هذه العقود ملامح الإذعان، على عكس إذا ما تمكنت الدولة من إدراك التكنولوجيا، والقدرة على فك الحزمة التكنولوجية، حينها يبعد العقد عن تأويله على انه عقد إذعان³، أما المفاوضات فهي موجودة وطويلة ويرجع هذا إلى أهمية المصالح المعنية، وتعقيد ما يرد عليها، والتعارض الذي قد يحصل بين الأطراف خاصة وأنها تعتمد على قدرات ومهارات الطرف المتلقي، وإذا كان هذا الأخير لا يمكنه الحصول على ما يرد خلال المفاوضات بسبب عدم قدراته التكنولوجية أو ضعف خبرته التفاوضية فهذا أمرا واقعا، وهذا ما يفسر أن عملية الاستثمار التكنولوجي ذاتها من نفس المستثمر قد تتم بشروط مختلفة من مستثمر لآخر⁴.

¹-بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص148.

²-مرجع نفسه، ص149.

³-سعدى نصيرة بوجمعة، مرجع سابق، ص115.

⁴-حيث تبدأ مرحلة التفاوض على نقل التكنولوجيا بين حائز التكنولوجيا وطالبيها اتصالات أولية حول تعيين نوع المعرفة وأوصافها ومكان توريدها وما يحتاجه تطبيقها من أبنية وأجهزة ومعدات ثم التزامات الطرفين وجزاء مخالفتها وتستلزم هذه المفاوضات اتصالات وانتقالات بين الطرفين وإجراء بحوث واختبارات وعمل رسوم ونماذج، فايز احمد عبد الرحمان، عقد نقل التكنولوجيا في قانون التجارة الجديدة، ط.1، دار النهضة العربية، 2010، ص19.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

نخلص من ذلك إلى أن القول بأن جميع عقود التي تتم في إطار الاستثمارات التكنولوجية على اختلاف أشكالها هي عقود إذعان، قول لا يمكن الأخذ به على الإطلاق، ولو اتخذت الدولة المتلقية موقفا معينا نحو بعض الشروط التي ترى عدم قابليتها للتفاوض، ومن ثم تفرضها على الأجانب المتعاقدين معها أو مع تابعيها، كأن تشترط تطبيق نظامها القانوني على العلاقة أو تحدد نظام معين بشأن وسائل تسوية المنازعات التي قد تنشأ كما لو اشترطت عدم إخضاع النزاع للتحكيم أو اشترطت عدم رفع النزاع إلى التحكيم قبل استفاد طرق التقاضي العادية، فإن مثل هذه الشروط لا تكفي لكي نتكلم عن وجود عقود إذعان بمعناها المعروف، إذ تظل باقي شروط العقد محلا للتفاوض والنقاش بين الأطراف، ولا يتعدى أمر الشروط المفروضة سوى أن تكون مجرد شروط نموذجية ضمن شروط التعاقد لا يلتزم بها المتعاقد الأجنبي إلا إذا قبل المشاركة العقدية ككل متكامل بعد أن يكون قد تفاوض على معظم الشروط الواردة فيها¹.

على أية حال، وبعيدا عن الخلاف الفقهي السابق نخلص إلى عدم انتساب العقود محل الدراسة إلى العقود النموذجية إضافة إلى عدم صحة نسبتها إلى عقود الإذعان فيما لو نظرنا إلى عقد الاستثمار التكنولوجي من الناحية القانونية، إذ أن شروط الأخير غير محققة على الأول، إلا أنه إذا ما نظرنا من الناحية الواقعية نجد سمة الإذعان حاضرة في بعض عقود التنمية التكنولوجية التي تبرمها الدول النامية لاسيما المتعلقة بالطاقة النووية والصناعات الحربية الثقيلة وما إلى ذلك، وكلما كان المتلقي دولة نامية نجد في عقد الاستثمار التكنولوجي ملامح الإذعان حينما نعامله كظاهرة اقتصادية واقعية لا قانونية

المطلب الثالث: تكييف عقد الاستثمار التكنولوجي لذاته

إن ما سبق ذكره من تكييفات لعقد الاستثمار التكنولوجي ما هو إلا محاولة لتكييف الأداءات الداخلة في مضمون هذا العقد، فمنهم من ذهب إلى تكييفه على أساس الامتداد

¹-صلاح الدين جمال الدين، عقود التنمية التكنولوجية، مرجع سابق، ص116.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

الإقليمي كونه عقد عابر للحدود الإقليمية، في حين كيفه آخرون على أساس السلطة التبعية نظرا للتفاوت القائم بين مراكز طرفي العقد، مما يولد تبعية أو بالأحرى هيمنة الطرف الأكثر تقدما على نظيره الأقل تقدما، وهذه هي النتيجة الطبيعية فالأقوى دائما هو المسيطر.

أما تكييف عقد الاستثمار التكنولوجي ككل فقد تم من خلال محاولتين، ذهبت إحداها إلى اعتباره عقدا مسمى، استنادا إلى تحديد الالتزامات الرئيسية فيه، أو بالاستناد إلى قاعدة الفرع يتبع الأصل (فرع أول)، إلا أن تلك المحاولة لم تلق النجاح إذ اثبت الواقع العملي خلاف ذلك وبأن عقد الاستثمار التكنولوجي ما هو إلا عقد غير مسمى أو بالأصح مركب عقدي (فرع ثاني) .

وسندرس كلتا النظريتين على التفصيل الآتي:

الفرع الأول: تكييف عقد الاستثمار التكنولوجي على انه عقد مسمى

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

وإذا جارينا منطق النظريات الفقهية السائدة في هذا الصدد، انقسم هؤلاء ذاتهم إلى قسمين إذا ذهب بعضهم إلى إعمال قاعدة الفرع يتبع الأصل بغية التوصل إلى إدراج عقد الاستثمار التكنولوجي تحت احد مجموعات العقود المسماة، بينما ذهب آخرون إلى محاولة البحث عن الالتزام الرئيسي في العقد لتكييفه حسب ذلك الالتزام¹، فتتحدد طبيعة العقد القانونية انطلاقا من هذا العنصر الأساسي فيه².

¹-في الحقيقة ان كلا المحاولتين "قاعدة الفرع يتبع الأصل" و مفهوم "الالتزام الأساسي" ليسا إلا وجهين لعملة واحدة فاستخدام المفهوم الوظيفي لقاعدة الفرع يتبع الأصل يؤدي إلى التميز بين الالتزام الأساسي والالتزامات التابعة.

²-بلبشير هجيرة، تكييف العقد في ظل الاجتهاد القضائي في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الماجستير، العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012-2013، ص97.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

أولاً: إعمال قاعدة تبعية الفرع للأصل

وهي قاعدة فقهية قديمة مفادها أن الجزء يتبع الكل، أو الأقل أهمية يتبع الأكثر الأهمية، والجزء الأكبر أو الأكثر أهمية هو من يكيف العقد، أين يتم تغليب احد العناصر باعتباره العنصر الاساسي في العقد وماعداه يعتبر ثانويا لا يؤثر في تطبيق أحكامه دون غيره، ففي الاتفاق الذي يتم مع متعهد لإقامة مجمع صناعي متكامل يعد تسليم المفتاح فيه هو الأصل وما عداه يعتبر ثانويا، ولا عبرة لما قد يتبعه من التزامات فرعية كاستخدام العمالة المحلية واستغلال الموارد المتوافرة لديه وما الى ذلك من التزامات فرعية لصيقة وليس لها اية تأثير على تكييف العقد¹.

فلتحديد طبيعة العقد يجب البحث عن العنصر الذي يفوق في الاهمية، وذلك وفقا لمعيار اقتصادي، مثلا لتحديد ما اذا كان العقد في الاتفاق السابق عقد بيع أو مقاوله ينظر الى ما إذا كان محل المقاوله تعهد بصنع شيء، والتزام المقاول في نفس الوقت بتقديم المواد اللازمة لذلك، فالمعيار الراجح هو النظر الى ما إذا كانت المواد المقدمة من المقاول و المستعملة في صنع الشيء تفوق في أهميتها عنصر العمل الذي قام به كان العقد بيعا، والعكس صحيح إعمالا لقاعدة تبعية الفرع للأصل، ولا يتم تجاهل إرادة المتعاقدين، فقد يظهر من اتفاق المتعاقدين أن العمل هو العنصر الأساسي في العقد فيعتبر العقد أنه مقاوله، كما يمكن أن يظهر من قصدهما أن العنصر الأساسي هو المواد التي سيصنع منها الشيء فيعتبر العقد انه عقد بيع².

ومنه تطبيق قاعدة تبعية الفرع للأصل قد يؤدي -بحسب وجهة النظر-، أما إلى إضفاء وصف البيع على العقد في جملته وذلك إذا ما نظر إلى قيمة الأداء الخاص بتوريد

¹- بلشبير هجيرة، مرجع سابق، ص99-100.

²- محمد حسن قاسم، العقود غير المسماة (دراسة مقارنة)، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص47.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

الآلات والمعدات كقيمة تعلو باقي قيم الاداءات الأخرى، أو يؤدي إلى تكييفه كعقد مقاوله تغلبا لقيمة العمل في العملية بالنظر إلى باقي الاداءات.

ثم إن تلك القاعدة -حسب ما ذهب إليه بعض الفقهاء- لا تستعمل إلا إذا توفرت رابطة التبعية أو رابطة الإنتاج بين الفرع والأصل¹، وقياسا على ذلك لا نستطيع أن نؤكد أن احد اداءات عقد الاستثمار التكنولوجي يرتبط برابطة تبعية أو إنتاج مع أداء آخر.

ثانيا: التكييف حسب الالتزام الرئيسي "معياري محل العقد"

ذهب بعض الفقهاء في محاولة منهم لتكييف عقد الاستثمار التكنولوجي ضمن العقود المسماة بالبحث عن الالتزام الجوهرى باعتباره العمود الفقري الذي على أساسه تكييف العلاقة العقدية، ويتولى كل من كل من القانون² والاجتهاد القضائي تحديدها، وبالتالي تحديد ما هي من الالتزامات الاصلية وما هو دون ذلك، ولا يكفي التأكيد على أن كل عقد مهما كان صنفه يحوي على التزامات اصلية، بل ينبغي أن تكون هذه الالتزامات محددة بدقة، وإلا كان التكييف مستحيلا³، أما ما تبقى من الالتزامات فتعد مجرد التزامات تابعة لا تغير في تكييفه، إلا اذا اتفق المتعاقدان على اعتبارها أساسية وضرورية لانعقاده، وبالتالي فإن العقد الذي التزامه الرئيسي استغلال معارف تكنولوجية وحده من يعد عقد استثمار التكنولوجي، أما إذا كان هدفه الرئيسي التزاما آخر كتوفير العمالة الفنية والخبراء أو الالتزام بتدريب العمالة المحلية أو تركيب الاجهزة أو الترخيص بحق من حقوق الملكية الفكرية فلا يعد عقدا من عقود الاستثمار التكنولوجي⁴.

¹-نصيرة بوجمعة، المرجع السابق، ص 249-259.

²-المادة 2/107 ق.م.ج : "...ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام.."، حيث يتحدد مضمون العقد بتحديد الالتزامات الناشئة عنه.

³- بلشير هجيرة، مرجع سابق، ص 69.

⁴-حسام عيسى ، دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية، المرجع السابق، ص 325.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

ويبدو ذلك الاتجاه مثيرا للغربة والكثير من التساؤلات القانونية والتناقضات، فلو أخذنا مثلا عقد بيع مجمع صناعي، واعتبرنا أن الالتزام الرئيسي فيه هو بيع المعدات والالتزام الأخرى كالمساعدة التقنية هي مجرد التزامات تابعة، فانه حسب معيار محل العقد (الالتزام الرئيسي) فان العقد سيكون على انه عقد بيع، بينما في عقد آخر يتضمن نقل الخدمات و المساعدة فنية مرافقة لمعدات وآلات يعد الالتزام الرئيسي فيه هو تقديم المساعدة الفنية، بينما تقديم الآلات مجرد التزام تبقي مما يستدعي تكييف العقد على انه عقد مقاوله (عمل ذهني، خدمات ..)، ومن هنا يظهر التناقض الصارخ بين الحالتين، إذ أننا أمام مثالين عن ذات الحزمة التكنولوجية مرة اعتبر نقلها عقد بيع ، ومرة أخرى عد خلاف ذلك¹.

ويمكن نقد هذا التوجه مع تلخيص التوجه المناقض بكلمتين فقط أشارت إليهما المؤلفات الحديثة في هذا المجال، وهما ان عقد الاستثمار التكنولوجي ليس عقدا مركبا وإنما هو مركبا عقديا²، اذ لا يتضمن في هذه الحالة نقل ملكية مجمع صناعي فحسب، ولكن ايضا نقل الخدمات والعوامل المساعدة على نقلها، 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، وهذا ما سيتضح تماما في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: تكييف عقد الاستثمار التكنولوجي كعقد غير مسمى

يعرف العقد غير المسمى بأنه : "العقد الذي لم يحظى بتنظيم خاص من المشرع، وإنما ترك امره الى القواعد العامة في نظرية الالتزام، والى جهد الفقه والقضاء ليعمل كل منهما على تطبيق تلك القواعد العامة بما يتفق والاعراض المشروعة التي يسعى اليها المتعاقدون"³، ويذهب معنى العقد غير المسمى في ثلاثة اتجاهات:

¹-وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص109.

²-مرجع نفسه، ص159.

³ -عمار فلاح، العقود غير المسماة، مطبوعة بيداغوجية موجهة لطلبة السنة الثانية ماستر، تخصص معاملات مالية معاصرة، كلية العلوم الاسلامية ، قسم الشريعة، جامعة باتنة، 2021/2020، ص11.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

1-العقد الذي لم يضع له القانون إسما معيناً، ولم ينص على القواعد التي تحكم انعقاده واثاره.

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

3-العقد الذي يصعب تحديده بأية طريقة كانت، ويتم تمييزه عن طريق الخليط من العقود القائمة والداخلية في تركيبه.

وبقياس عقد الاستثمار التكنولوجي على هذه الاتجاهات نجده يأخذ مجرى العقود الغير المسماة، وبالتحليل الدقيق لهذه العقود نستنتج بأنه غالباً ما يتكون من مجموعة من العقود أو من الاداءات والالتزامات التي تمتاز جوهرياً بما يلي¹:

1-أن تلك الاداءات تنصهر منعكسة على بعضها البعض لتصل إلى مرحلة الاندماج، ولا تعد مجرد اداءات مجمعة ومتلاصقة، بحيث لا ينتج اتفاق غير مسمى بقدر ما ينتج عقد قادر على أن يستمد نظامه القانوني من عقود مسماة²، وتلك الاداءات المندمجة تكون مجموعاً عقدياً اقرب الى مركب العقود منه إلى العقد المركب الذي يتكون محله من مجموعة من الخدمات والاداءات التي يمكن أن يكون كل منها محلاً لعقد مستقل.

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

1-وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص160-163.

2-نصيرة بوجعة سعدى، المرجع السابق، ص259-263.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

-ويأتي مركب العقود على احد الشكليين: فأما أن يتكون من عقود متوازية ومعاصرة، 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 ما بين إبرام مجموعة من عقود ذات أهمية متساوية، أو إلحاق اتفاقيات تكميلية بالعقد الأساسي:

أ-ففي الحالة الأولى تغدو كل اتفاقية خاصة غير قابلة للانفصال عن الأخرى بحيث ينعكس أي خطأ في إحداها على الأخرى، فإلغاء اتفاقية المساعدة- بسبب المورد- يضع مجموعة عقود الإستثمار التكنولوجي في موضع الشك، إلا أن المستثمر لا يمكن طالب الإستثمار 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 انهار المجموع العقدي بأكمله تلقائيا.

ب-ولما كان طالب الإستثمار لا يفضل مثل ذلك الوضع الغريب فقد يقبل اللجوء لتنظيم قانوني آخر، حيث يقتضي توقيع اتفاق رئيسي أساسي يتبعه باتفاقيات تكميلية تسعى لتحقيق الهدف النهائي عبر الاتفاق الرئيسي¹.

ومثال هذا الفرض ما نجده غالبا في عقود التعاون الصناعي، إذ يتخذ ذلك العقد عادة شكلا هرميا يتموضع في رأسه اتفاق التعاون " الاتفاقية الأساسية والأولية"، 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-الهدف الخاص لكل عقد منتمي إلى المجموع العقدي "للاستثمار التكنولوجي":

¹-صالح بن بكر الطيار، المرجع السابق، ص122-123

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

وبالعودة لعقد الاستثمار التكنولوجي بصفته عقدا مركبا عقديا، نستطيع القول بان مجموع العقود المنتمية إليه تسعى لتحقيق الهدف النهائي والمشارك للعقد غير المسمى "إجمالا، بينما لكل عقد من تلك العقود هدفه الخاص.

والتمييز بين الهدف النهائي والهدف الخاص يعود بنا إلى التمييز ما بين موضوع العقد وسببه، على أننا لا نعني تلك الأسباب التي دفعت بالأطراف المتعاقدة كونها شخصية ومتغيرة من عقد لآخر، بقدر ما نعني الدافع المشترك بين المتعاقدين والذي يتوافق مع هدف موضوع العقد، ففي عقد التعاون الصناعي لإنتاج منتج مثلا بين طرفين احدهما يسعى لتسويق تقنيته، وللحصول على المنتج بأقل نفقة، والدخول لأسواق جديدة، والآخر يسعى للحصول على تلك التقنية، وإنتاج محليا بدلا من استراده، أو زيادة صادراته، تعد الحياة تقنية هي الهدف الخاص في ذلك العقد أو الدافع المشترك الذي يمكن تحديده كسبب للعقد، أي كنقطة التقاء بين مصطلحين متكاملين.

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

رغم تعدد الالتزامات الداخلة في عقد الاستثمار التكنولوجي، إلا أنها تتضافر لتحقيق الهدف النهائي من العقد، بما في ذلك الهدف الخاص، ويمكن اعتبار الهدف النهائي كموضوع للعقد يسعى الهدف الخاص لإنجاز مرحلة هامة اتجاهه، ومن هنا فانه رغم ظهور هدف تعاقدى حالي لكل عقد (مساعدة، توريد معدات، تصميمات، تأهيل..) فان تلك العقود تتعاون جميعا لتحقيق الهدف التعاقدى البعيد، فالتأهيل التقني مثلا سيساهم فيما بعد بتحقيق التمكن التكنولوجي، وهكذا..¹

فيما تقدم نكون قد انتهينا إلى تصور بخصوص الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار التكنولوجي، فهذه الطبيعة تتأثر على نحو يختلف عن ذلك الذي يطبق على العقود المدنية

¹-صالح بن بكر الطيار، المرع السابق، ص121

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

العادية أخذاً بحقيقة واقع أن الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها، وهي أحد الأطراف المتعاقدة وما ي صاحبها من سلطات سيادية، وتحملها مسؤوليات سياسية تعطيها مركزاً مستقلاً عن الطبيعة التعاقدية المجردة، وعلى الرغم من الحجج المقدمة التي سيقى بشأن تحديد طبيعة عقد الإستثمار التكنولوجي، نرى أن عقد الإستثمار التكنولوجي هو عقد ذو طبيعة خاصة التي أسهم فيها التركيب بين عملية النقل الدولي للتكنولوجيا، وبين كون هذه العملية محلاً لإطار تعاقدى مميز في حد ذاته¹.

لذلك يلاحظ أنه لا يمكن التقليل من شأن عقد الإستثمار التكنولوجي وإعطاءه وصفاً دون آخر، لما يتضمنه من أبعاد متشابهة يترتب عليها انطباق أحكام عدد من العقود عليه².

¹ - مميز في مدته الطويلة، وأطرافه المختلفة، وما يواكب ذلك من فرض شروط تقييد حرية طالب الإستثمار في الحصول على المعرفة الفنية...

² - مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 97.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الاستثمار التكنولوجي

الفصل الثاني: تكوين عقد الاستثمار التكنولوجي

ترتب العلاقات الاقتصادية الدولية عمليات تجارية مركبة، فالغالب أن تلك العقود لا تتم إلا بعد المرور بمراحل عديدة، ولا يعد عقد الاستثمار التكنولوجي استثناء من هذه القاعدة ويرجع هذا إلى أهمية المصالح المعنية، وتعقيد ما يرد عليه العقد في غالب الأحيان، والتعارض الذي قد يحصل بين الأطراف في بعض الحالات حتى يتم توقيع العقد، ولهذا ينبغي فحص هذا العقد في مجموع المراحل التي تؤدي إلى إبرامه، وعادة ما تكون هذه الإجراءات مقننة بتشريعات ونصوص قانونية يسعى المشرع إلى فرضها لكي يلتزم الأفراد بإتباعها حماية للصالح العام واقتصاد البلاد، فضلا عما يتعلق بتنظيم العقود ذاتها التي يبرمها الأطراف في خصوص نقل التكنولوجيا.

وتحديد موضوع العقد يستلزم البحث عن أفضل سبل الاتصال بين أطرافه، ليتعرف كل منهما ماله وما عليه من حقوق وواجبات نحو الطرف الآخر، والتي يتم من خلالها التفرقة بين وجهتي نظر الطرفين حول جميع المسائل الفنية والقانونية والمالية، وهذا ما يعرف بالمفاوضات السابقة لإبرام العقد.

وتأتي بعد ذلك مرحلة بناء العقد في صورته النهائية الملزمة، وتتحدد في هذه المرحلة الاداءات كعناصر في موضوع العقد، والتي يتكفل في صياغتها في معظم الأحيان خبراء قانونيين يعتمدون في أدائهم لتلك المهمة على مصادر متنوعة، سواء كانت وطنية تتمثل في القوانين واللوائح، أو مصادر دولية تتمثل في عقود وشروط نموذجية أعدت لهذا الغرض¹.

لذلك فإن عقد الاستثمار التكنولوجي يمر بمرحلتين أساسيتين تنتهيان بالتوقيع

عليه:

¹ -بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص153.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

المرحلة الأولى: هي المرحلة السابقة للتعاقد وهي مرحلة المفاوضات بين طرفيه أحدهما يحوز المعرفة الفنية، وآخر يطلبها.

المرحلة الثانية: هي مرحلة التعاقد، وهذه المرحلة يتم فيها تحرير العقد وتوقيعه حيث يصبح نافذا منتجا لأثاره.

ولغرض الوقوف على ما تقدم بشيء من التفصيل يستلزم الأمر منا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، نبين في الأول المرحلة السابقة على التعاقد أما الثاني فنخصصه لمرحلة إبرام العقد ذاتها.

المبحث الأول: المرحلة السابقة للتعاقد

قبل إبرام عقد الاستثمار التكنولوجي في أي صورة من صوره هناك مرحلة تمر بين الأطراف الراغبة في التعاقد قبل إبرام العقد، تعرف بمرحلة المفاوضات وهي فترة استكشافية ومهمة في نفس الوقت، لما تثيره من المناقشات بين الطرفين، وعادة ما تستغرق هذه المرحلة وقتا طويلا وشاقا، خاصة في العقود ذات القيمة الاقتصادية والمالية الكبيرة، والتي لا تلاؤمها القواعد الكلاسيكية المعروفة (اقتران الإيجاب بالقبول)¹.

ونميز في هذه المرحلة من تكوين العقد مرحلتين تتمثل إحداها باختيار المفاوضين (مرحلة ما قبل التفاوض)، وتليها مرحلة التفاوض ذاتها، إلا أن المرحلة الأولى إن صح القول تعد فنية إلى حد ما²، بينما تنطوي الثانية على العديد من القضايا القانونية البحتة،

¹ - حليس لخضر، مرحلة المفاوضات التعاقدية، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الأول جوان 2017، ص162.

² - وتثار في تلك المرحلة مسألة الاختيارات التكنولوجية حيث يمر بها الطرف الراغب في اقتناء المعرفة التكنولوجية -سابقة على مرحلة التفاوض-، وهي تمثل الجهد والبحث الذي قام به في سبيل اختيار المعرفة التكنولوجية الملائمة واستقراره على نوع معين ومحدد بأوصاف خاصة، والاختيار يقوم به الطالب وحده في سوق المعرفة التكنولوجية ليحدد النوع الذي يأمل التعاقد عليه والذي استقر عليه، بناء على دراساته الاقتصادية والفنية ودراسات الجدوى التي قام بها الخبراء التابعون له، ويتعين حسم تلك المسألة قبل الدخول في المفاوضات. مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص117.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

نظرا لما تحتويه من تحديد لأهم ومعظم التزامات وحقوق الطرفين المتعاقدين، وما ينشأ عنها من مشكلات قانونية عديدة.

المطلب الأول: مضمون المفاوضات التمهيدية للتعاقد

يتميز عقد الاستثمار التكنولوجي بتمتعه بسمات وخصائص تميزه عن غيره من العقود بصفة عامة، فهو من العقود التي تبرم بناء على قرارات ودراسات متعاقبة بين أطرافه تأخذ عادة مددا ليست بالقصيرة وتظل تدريجيا بين الأطراف إلى ان تصل في نهاية الى اتفاق نهائي يتسم بمحاولة التوفيق بين الرغبات المتعارضة والمتبادلة، إذ لا يمكن بأية حال من الأحوال أن تبرم بإيجاب وقبول فوريين، وإنما يحتاج في تكوينه إلى مرحلة زمنية تفصل بين الإيجاب الصادر من طالب التكنولوجيا ومتلقيها، وقبول الطرف الآخر مانح هذه التكنولوجيا، حيث تتم خلالها عدة لقاءات بين الطرفين يبدي كل طرف خلالها آراءه وأهداف تعاقد وأسابيح اختياره لهذه التكنولوجيا دون غيرها، مما يجعل من هذه المفاوضات تأخذ وقتا طويلا قد تمتد إلى سنوات كونها تتم على نحو شاق ومعقد، ولما كانت تنطوي هذه الفترة على مخاطر كثيرة، بالإضافة إلى قيمتها الهائلة، ونطاقها الواسع، جعل من عملية التفاوض بمفهومها التقليدي من إيجاب وقبول سريع لا يتوافق مع هذه العقود، وذلك بهدف محاولة التوصل إلى تفاهم مشترك على أركان وشروط العقد المزمع إبرامه.

لذلك تلعب المفاوضات دورا وقائيا هاما في إبرام عقود الاستثمار التكنولوجي، فهي بمثابة الأعمال التحضيرية للعقد، وقد يرجع إليها في المستقبل بوصفها وسيلة لتفسير العقد عن الحاجة، وكلما كان الإعداد للعقد جيدا، كلما جاء مضمون العقد متوازنا ومتعادلا ومتكافئا لا يشوبه نقص أو غموض بما يكفل تنفيذه دون خلافات.

ولعل أول ما يثير الاهتمام في هذه الدراسة هو التعرف على ماهية المفاوضات في عقود الاستثمار التكنولوجي، وحتى يتسنى لنا ذلك يجب أن نقوم بتعريف المفاوضات وبيان

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

قيمتها القانونية، بالإضافة إلى الإجراءات المتبعة في هذه المرحلة، دون ان ننسى في ذلك اثر الإخلال بهذه المرحلة المهمة وطريقة نهايتها.

الفرع الأول: تعريف المفاوضات وأهميتها القانونية

كما هو موضح من خلال العنوان المؤطر لهذا الفرع فإننا سنتطرق إلى تعريف المفاوضات أولا ومن ثمة الأهمية القانونية لها.

أولا: التعريف بالمفاوضات التمهيدية للتعاقد

نظرا لحدثة موضوع المفاوضات في العقود التجارية الدولية بصفة عامة وعقد الاستثمار التكنولوجي بصفة خاصة، ونظرا لعدم وجود نصوص قانونية خاصة تنظم مرحلة المفاوضات، فانه لا يوجد في الفقه تعريف شامل مانع للمفاوضات، ولكن توجد عدة تعريفات متعددة ومتنوعة بتنوع موضوع المفاوضات.

وحتى نستطيع تعريف المفاوضات يجدر بنا أن نبدأ أولا ببيان المعنى اللغوي للمفاوضات، ثم نقف على معناها في الاصطلاح القانوني .

1- المعنى اللغوي للمفاوضات

يقال فوض (فوض تفويضا) إليه الأمر في اللغة العربية صيره إليه وجعله الحاكم فيه، مثلا تفاوض القوم في كذا بمعنى فاوض فيه بعضهم بعضا (تفاوضوا في الحديث)¹، وتعني تبادل الرأي من ذوي الشأن، وفاوضه في أمره أي جاره، وتفاوض القوم في الأمر، أي

¹- علي احمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، بدون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2012،

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

فاوض بعضهم بعضا فيه بغية الوصول إلى تسوية واتفاق، ويقال فاوضه في الحديث بأدلة القول فيه، وتفاوضا: فاوضا كل صاحبه¹.

المفاوضة في اللغة العربية، هي المساومة والمشاركة، وهي مفاعلة من التفويض كأن كل واحد منهما رد ما عنده إلى صاحبه، وتفاوضوا في الحديث اخذوا فيه، (مفاوضة العلماء) محادثتهم ومذاكرتهم في العلم، يأخذ كل ما عند غيره، ويعطي ما عنده.

أما في اللغة الفرنسية فان كلمة التفاوض تخمل معنيين :

الأول هو التجارة، أي عملية الشراء والبيع لقيمة منقولة، أو عملية تداول الأوراق التجارية.

الثاني هو التفاوض، أي العملية التي تتضمن سلسلة في المحادثات وتبادل وجهات النظر، وبذل العديد من المساعي من الطرفين، بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن صفقة معنية، ومرادف كلمة المفاوضة باللغة الفرنسية هو كلمة محادثة².

2-المعنى الاصطلاحي للمفاوضات

لقد اجتهد الفقه كثيرا في إعطاء تعريف محدد للمفاوضات بوصفها آلية من آليات تسوية منازعات عقود التجارة الدولية بصفة عامة، والعقود ذات الصلة التقنية بخاصة، واخذ هذا التعريف اتجاهات متعددة، إذ أن البعض منها ولاه الفقه، والآخر تولته الموسوعة الدولية ذلك بسبب غياب التشريعي للتعريف وعلى النحو الذي سنراه في ما يلي :

¹ -بريش ريمة، خاصية التفاوض في عقود نقل التكنولوجيا، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، خنشلة، المجلد 08، العدد 02، 2021، ص 538-551.

² -علي احمد صالح، مرجع سابق، ص 47-48.

الباب الأول: التأسيس القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

تعريف العميد carbnnier حيث عرفها بأنها: "تلك المرحلة التمهيديّة التي يتم فيها مناقشة شروط العقد، والتي لا يكون العقد قد تم خلالها، وأيضا ليس هناك إيجاب في هذه المرحلة وإنما اقتراحات مضادة"¹.

ومن جانبه يذهب الدكتور حسن الحسين إلى تعريف المفاوضات بأنها: "الحوار والمناقشة بين طرفين حول موضوع محدد للوصول إلى اتفاق"².

ويعرف الدكتور صلاح الدين جمال الدين المفاوضات بأنها التحوار والمناقشة وتبادل الأفكار والآراء والمساومة بالتفاعل بين الأطراف من أجل الوصول إلى اتفاق معين حول المصلحة أو حل لمشكلة ما سواء اقتصادية ، قانونية، تجارية ، سياسية ...³

أما الدكتور حسام الدين كامل الاهواني فعرفها بأنها: "تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهما على بنية من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف، وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات لطرفيه"⁴.

وجاء في الموسوعة الدولية للعلوم الاجتماعية فقد عرفت المفاوضات بأنها: "شكل من أشكال التفاعل تحاول فيه الحكومات والأفراد والمنظمات إدارة بعض مصالحهم العامة المتصارعة أو هي عملية صريحة تتعلق بمشروعات أو مقترحات ومقترحات مضادة"⁵.

¹-بشار قيس محمد، المرجع السابق، ص162.

²-حسن الحسن، التفاوض والعلاقات العامة، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1993، ص11.

³-غسان عبيد محمد المعموري، المفاوضات ودورها في تسوية منازعات عقود التنمية التكنولوجية، مجلة اهل البيت عليهم السلام، غزة، فلسطين العدد22، د.س، ص380.

⁴-صابر محمد عمار، المفاوضات في عقود التجارة الالكترونية، 2004، ص3، بحث منشور في شبكة الانترنت على

<http://www.mohamoon.com/messagedetails> تاريخ الاطلاع:03-07-2022، على الساعة14:08

⁵-علي احمد صالح، مرجع سابق، ص51.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

كما قد يتسمع مفهوم المفاوضات ليشمل المقترحات الأولية التي يبديها احد الطرفين كإعلان الرغبة في التعاقد التي لا تصل إلى حد الإيجاب الكامل، والمقترحات المضادة التي قد يتقدم بها الطرف الآخر، والمناقشات التي تتم بينهما سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة¹.

ولو تعدينا العموميات باتجاه المفاوضات في عقود الاستثمار التكنولوجي لوجدناها تتمثل في تبادل وجهات النظر والاقتراحات والدراسات الفنية والاستشارات القانونية بين المستثمر وطالب الاستثمار حول التكنولوجيا محل التعاقد، كتعيين نوع المعرفة المطلوبة وحجمها ومكان توريدها ومدى ندرتها وملائمتها للظروف الاجتماعية والاقتصادية لبيئة الطرف طالب الاستثمار، وما يحتاجه تطبيقها من أبنية وأجهزة ومعدات ثم التزامات الطرفين وجزاء مخالفتها، وغير ذلك من الأمور المتعلقة بالعقد.

ثانيا: أهمية المفاوضات في عقد الاستثمار التكنولوجي

تحتل المفاوضات التي تسبق إبرام عقود الاستثمار التكنولوجي أهمية بالغة في عصرنا الراهن، خصوصا أمام ظهور مثل تلك العقود المركبة والمعقدة التي أسفرت عنها الأساليب الحديثة في العالم، إذ تنصب تلك العقود على عمليات تتسم بالتعقيدات الفنية والقانونية بالإضافة إلى المخاطر الجسيمة، ناهيك عن قيمتها الاقتصادية الكبيرة، لذلك أصبح من الضروري أن تسبق تلك العقود مفاوضات وجهود شاقة تستغرق الكثير من الوقت والتخصص والدراسات للتعرف على سوابق أعمال الشركات المتعاقدة الناقلة للتكنولوجيا وخبراتها ومنهجها في التعامل²، والتي تنتج عن تنفيذ أو تفسير العقد ضرورة كبيرة وأهمية استثنائية من جوانب كافة، ولعل أبرزها ضرورات منطقية وعملية في عقود التنمية التكنولوجية.

¹-صابر محمد عمار، مرجع سابق، ص3.

²-بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص168.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

1-الضرورات المنطقية: المتأمل فيفلسفة المفاوضات وتحديدتها يدرك أن هناك ضرورات منطقية تفرض اللجوء إليها من ناحية التواصل والتفاعل الإنساني، ومقتضاه أن الإنسان منذ أن وجد لا يستطيع أن يحيا بمفرده منكفئاً على نفسه قادراً على إشباع حاجاته اليومية اكتفاء بمساعيه وموارده الذاتية، فهو لا بد أن يدخل أو يختلط مع الغير بني جنسه في معاملات يومية لإشباع تلك الحاجات، وهذا الدخول لا يتم فجأة أو يحدث عرضاً بل تهيئ له طريق بتبادل الكلمات والأحاديث التي يعرض بها حاجته، فيلبي الآخر أو يعرض، وهذا هو التفاوض في صورته الأولى، فهو واقع بين الناس شئنا أم أبينا¹.

ومن ناحية ثانية تكون دائماً خير ضمانة لقيام عقد لا يثير منازعات بصدد تنفيذه، ذلك انه بإجراء المفاوضات يكون الأطراف قد تحصنوا بالتدابير والاحتياطات التي تمنع قيام أسباب النزاع مستقبلاً، حيث يتصورون وينقبون عن النقاط والمسائل التي قد تكون محل نزاع أو خلاف بينهم و يطرحونها قبل أن تولد في الواقع ، بمعنى آخر يقتلون دواعي الخلاف في المهد، أو يعدون الدواء لما عسى أن يطرأ من داء ، ففشل أو نجاح هذه المرحلة فيه خير للأطراف في كل الأحوال، فإذا ما نجحت المفاوضات وتم الاتفاق على كافة شروط العقد تكون خير ضمان لقيام عقد لا تشوبه أو تثور بشأنه خلافات وكل طرف يصل لمبتغاه الذي يسعى إليه من العقد، وإذا ما فشلت تبين لكل طرف حقيقة الوضع مما يقيه من الدخول في معاملات قد يفتح باب خلاف ونزاع أو خسارة لأحد الأطراف.

2-الضرورات العملية: إن اللجوء لعملية التفاوض أهمية كبيرة من الناحية العملية سواء الاقتصادية منها أو القانونية او حتى الاجتماعية وسنبحث في هذه الضرورات على فقرتين وعلى النحو الآتي:

¹- غسان عبيد محمد المعموري، مرجع سابق، ص383.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

أ-الضرورات الاقتصادية: تعد المفاوضات وسيلة فعالة لإعادة التوازن العقدي عند حدوث ظروف غير متوقعة تؤدي الى اختلال الاداءات الاقتصادية، ذلك ان الثابت في الواقع العملي ان تنفيذ عقود الاستثمار التكنولوجي ووفاء كل طرف بالتزاماته يستغرق وقتا، كما هو الحال في العقود المتعلقة بإنشاء المصانع والمطارات والموانئ ، أو بالإنتاج المشترك للطائرات والسيارات والطاقة النووية، أو بالبحث عن الثروات الطبيعية واستغلالها وغيرها، وفي تلك الأثناء قد تستجد ظروف سياسية أو اقتصادية كانخفاض سعر العملة أو ارتفاع باهظ في أسعار المواد الأولية، أو تعديلات تشريعية، فانه يصبح تنفيذ الالتزامات باهضا ومرهقا، وان لم يكن مستحيلا، ويجعل المدين في موقف حرج ويلحق به أضرار فادحة لا يستطيع تحملها¹.

ومن هنا درج التعامل في مجال العقود الدولية عموما ومنها عقد الاستثمار التكنولوجي الى تضمين عقودهم شرط المراجعة أو الصعوبة والمشقة clause de durete والمسمى في الفقه الانجليزي clause de hardship والأمريكي شرط الاختلال الكبير gross inequity، ومقتضاه التزام الاطراف بإعادة التفاوض حول العقد لمواجهة القوة القاهرة التي تحدث، بهدف تعديل الالتزامات التعاقدية الى حد المعقول لرفع الضرر الجسيم الذي تحمله احد الطرفين من جراء تلك الظروف².

ب-الضرورات القانونية: يمكن بيان أهمية المفاوضات من الناحية القانونية بالاتي:

¹-مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص140.

²-وقد نصت على التفاوض في حالة تغير الظروف hardship المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية التي اقرها معهد uni droit عام 1994 فقد جاء بالفقرة الثالثة المتعلقة من المادة26انه"في حالة شرط الصعوبة تغير الظروف يكون للطرف المتضرر طلب إعادة فتح باب المفاوضات، ويجب أن يقدم الطلب دون تأخير وان يكون مسببا" و دون الدخول في تفاصيل هذا الشرط يكفي أن تقرر أن المفاوضات تعتبر الأساس والأداة الفنية لإنقاذ العقد وتصويب مساره بتخفيف الضرر عن لحقه حفاظا على الصلة والتعاون المستمر بين أطرافه والتي من غيرها ستتوقف علاقات الطرفين مما يعمل على تفاقم الضرر بالنسبة لأحد طرفيه، وقد ينفسخ العقد أن وصل الأمر إلى حد استحالة التنفيذ، غسان عبيد محمد المعموري، مرجع سابق، ص384.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

تعد المفاوضات وسيلة مهمة للإبقاء على التعامل والتواصل بين أطراف المعاملات القانونية ، فالمتأمل في العقود الدولية عموماً يدرك من بين نصوصها وبنودها بنداً خاصاً يسمى بند أو شرط التفاوض لتسوية المنازعات ودياً¹، وبمقتضى ذلك الشرط يرتضي الأطراف الجلوس سوياً لإنهاء الخلاف بينهم بتقديم تنازلات متبادلة وفق ما تنتهي إليه المفاوضات والمشاورات ، وقد يأخذ الآخر شكل قضية مصغرة حيث يلتقي طرفي الخصومة في مواجهة الطرف الآخر ويعرض وجهة نظره ويتفاوضون ويعملون على تسوية مشكلاتهم داخلياً فيما بينهم كما لو كانوا عملاء أو زملاء صناعة أو مهنة صناعية أو مهنة واحدة، غير أن الاستجابة لتلك الضرورات والأسباب تقتضي الإعداد الجيد للدخول في المفاوضات².

والذي يزيد من أهمية المفاوضات هو كونها مرجعاً هاماً في تفسير العقد³، لما تتضمنه من دراسات ومناقشات متبادلة بين الطرفين بوصفها معبرة عن النية المشتركة لهما، فقد ترجع المحكمة المختصة أو هيئة التحكيم أحياناً إلى المفاوضات التي جرت بين المتعاقدين في مرحلة ما قبل التعاقد في حالة غموضها⁴، للتوصل إلى معرفة ما اتجهت إليه إرادة الأطراف، كأن يتمسك المستثمر بأن نسبة الاتاة في العقد هي 30% بينما يؤكد طالب الاستثمار بأنها 3% فقط، وبالرجوع إلى المفاوضات تجد أن النسبة هي 3 أو 4% من صافي الربح، مما يساعد تلك المحكمة على تفسير العقد والجزم بأن ما ورد فيه (نسبة 30%) هو مجرد خطأ كتابي⁵.

¹-مرتضى جمعة عاشور، مرجع السابق، ص141.

²-غسان عبيد محمد المعموري، مرجع سابق، ص385.

³-وخلافاً للقواعد العامة تذهب بعض العقود إلى عدم جواز الاهتداء بالمفاوضات العقدية في تفسيرها، محسن شفيق، عقد تسليم المفتاح (نموذج في عقود التنمية) د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع، ص31.

⁴-يوسف عبد الهادي الأكياي، مرجع سابق، ص102، و أمال زيدان عبد اللاه، الالتزام بالسرية في عقود نقل التكنولوجيا (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة أسيوط، كلية الحقوق، 2008، ص104.

⁵-وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص99.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

ويمكن اعتبار المفاوضات جزء من العقد عندما يحيل المفاوضون بعض المسائل الواردة في عقد الاستثمار التكنولوجي إلى ما ورد في المفاوضات، فتعد هذه المسائل جزء لا يتجزأ من العقد بقدر الإحالة إليه، ولا تستمد المفاوضات قوتها الملزمة في هذه الحالة إلا من اتفاق طرفي العقد على إعطائها تلك القوة، بعكس الحالة السابقة -عندما لا تكون المفاوضات جزءا من العقد- والتي تنزل فيها المفاوضات منزلة الدور التفسيري الذي يعين المحكمة المختصة على معرفة حقيقة ما اتجهت إليه إرادة الأطراف¹.

هذا وتكتسب المفاوضات أهمية خاصة في تحديد مضمون الالتزام العقدي، فالالتزام المتعاقد لا يقتصر على مجرد ما ورد في العقد بل يمتد أيضا ليشتمل على مستلزمات العقد، وما تقتضيه طبيعة التعامل ومقتضيات حسن النية، ومن الأساليب المعتادة لتحديد مضمون الالتزام العقدي الرجوع إلى مرحلة المفاوضات بما دار فيها من مناقشات ومراسلات وتقارير².

وفي ذات الشأن تلعب المفاوضات دورا هاما في مجال الإثبات وخصوصا عندما يقوم المستثمر صاحب التكنولوجيا مثلا بإرسال بعض المعلومات بالبريد المسجل وتحمل تاريخا ثابتا، مما يتعين معه وفاء ذلك بالتزاماته، وبيان رأيه فيما يخص ما تم التفاوض بشأنه³، إذ يمكن الاستناد الى تلك المراسلات في الإثبات فيما بعد، او كعمل محاضر مكتوبة لجلسات المفاوضات لإثباتها في وقت لاحق، كما أنها تسهم في التقليل من المخاطر الناشئة عن التعاقد عن بعد، إذ لا يستطيع طالب الاستثمار من خلال المفاوضات الاتصال بموقع المستثمر صاحب العرض ليدرس العرض المقدم منه، ويطلب ما يريد من المعلومات التي

¹-بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص169.

²-مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص146.

³-بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص169-170.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

تساعد على التأكد من جدية ومشروعية العرض، بل تمكنه في بعض الأحيان من التجربة الافتراضية للسلعة أو الخدمة التي ستكون في المستقبل محلا للتعاقد¹.

الفرع الثاني: إجراءات مرحلة التفاوض

إن التفاوض لإبرام عقد الاستثمار التكنولوجي حقيقة لا جدال فيها، وهي كفكرة تعتبر ركيزة أساسية لمفهوم أو تصور القانون العام للعقد، لما تعتبر به عن الإطار الذي تدور فيه موضوعات المفاوضات من أجل إبرام هذا العقد، غير انه لا يمكن إجراء هذه المفاوضات بصفة عشوائية دون أية ضوابط أو إجراءات يلتزم بها الأطراف

وقد عبر البروفيسور فرايس (vries) أستاذ القانون في جامعة كولومبيا عن ذلك بقوله: "إن فكرة التفاوض أو مبدأ التفاوض هي الأساسية للمفهوم ذي التصور الانجليزي لا عقد غير موجود"، وإن هذا التصور الذي تعبر عنه فكرة التفاوض يتم بموجبه تحديد الإجراءات التي سوف تنتهي إليها المناقشات والمباحثات من حيث قابليتها للنفاذ، ومدى مسؤولية الأطراف عن عدم نفاذها، أم أنها اتفاقات شرف (جنتلمان) لا ترتب غير مسؤولية أخلاقية²، ولتحديد الإجراءات المتبعة لذلك يتعين منا معرفة الأشخاص القائمة بهذه العملية وطريقة سيرها أولاً، ومن ثمة محاولة معرفة الضمانات المقدمة لهذه المرحلة خاصة وأنه عقد ينصب على عنصر حساس ألا وهو المعرفة التكنولوجية محل العقد مما يستوجب ضمانات خاصة به ثانياً، لننتقل بعد ذلك للنقطة الأخيرة من المفاوضات ألا وهي نقطة الاتفاق المبدئي ثالثاً.

¹-مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 145-146.

²-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 145-146.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

أولاً: القائمون بالتفاوض وطريقة بدء التفاوض

نتعرف في هذه النقطة عن الأشخاص التي تقوم بعملية التفاوض في عقد الاستثمار التكنولوجي ومن ثمة إلى كيفية سير هذه الأخيرة على النحو المبين:

1- القائمون بالتفاوض في عقد الاستثمار التكنولوجي:

- يمكن أن يتم التفاوض مباشرة من قبل المستثمر صاحب التكنولوجيا بصفته الشركة الأم أو باسمه الخاص أو عن طريق إدارة أو شعبة للتصدير.

- كما يمكن أن يتم على نحو غير مباشر عن طريق فرع محلي -أو وحده في الخارج كمصلحة إدارية مثلاً-، أو شركة فرعية أو تابعة أو ممثل مستقل.

-ويمكن أن يتدخل وسطاء في تلك العملية، وهؤلاء لا يمكن حصرهم تماماً فقد تكون شركات تطوير براءات اختراع أو إدارة البراءات، كما يمكن أن تكون شركات استشارة إدارية، أو شركات أعمال هندسية، وقد تتمكن مثل تلك الشركات من أن تلعب دور مورد التكنولوجيا ذاته فيما بعد¹.

على أننا نستطيع القول بأن الإجراءات الاعتيادية -خاصة فيما يتعلق بالمشاريع الكبيرة- تتمثل في تكليف الممثلين الإقليميين بإجراء المفاوضة الروتينية المتعلقة بعقود الاستثمار التكنولوجي².

¹-وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص57.

²-وفي بعض البلدان الاشتراكية أو بعض الدول ذات الاقتصاد المخطط كان بالإمكان التفاوض عن طريق منظمات التجارة التي تباشر عملها كوكالات شبه مستقلة أو كمؤسسات منفصلة ومستقلة ومتخصصة، إذ تتكفل تلك المنظمات بالحصول على التكنولوجيا ونقلها لمشاريع الإنتاج ومعاهد البحث في بلادها، وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص57.

2-طريقة بدء التفاوض

يبادر الطرف طالب الاستثمار سواء أكان شخصا طبيعيا أم معنويا إلى البحث عن المتعاقد الآخر (المستثمر)، ويبدأ التفاوض أما بناء على اقتراح مشروع يعرضه طالب الاستثمار في صورة دعوة إلى التعاقد أي مناقصة، ومن ثم يختار فيما بين مقدمي العطاءات أو من خلال إجراء تفاوض مباشر مع المستثمر أي إجراء بالممارسة¹.

-بدء التفاوض من خلال المناقصة:

قد يلجأ طالب التكنولوجيا إلى طرح مناقصة لتنفيذ مشروع معين، وذلك من خلال دعوة للمنافسة موجهة إلى العديد من المستثمرين المحتملين، مع شرح مفصل لطبيعة المشروع وشروط التنفيذ، بحيث يستطيع المستثمر الذي تتوفر بمؤسسته القدرة الكافية لتنفيذ المشروع المطلوب الاطلاع على كراسة الشروط المقدمة من قبل الطرف المتلقي، والتي تتكون عادة من عدة وثائق تعطي تفصيلا للمشروع المنوي إنشائه من الناحية الفنية، وكذلك الشروط اللازمة للتنفيذ، كما تتضمن أي شروط قانونية ترتبط بكيفية تنفيذ المشروع، وقد تكون الدعوة إلى المناقصة عامة كأن يتم الإعلان عنها في الصحف، كما قد تكون محدودة فتوجه لعدد معين من الشركات التي تتوفر بها معايير محددة بحسب ما يحدده طالب الاستثمار، وأيا كان نوع المناقصة من قبل هذا الأخير تعرض مقترحاتها بشأن تنفيذ المشروع وعلى ضوءها يستطيع من خلالها المقارنة بينها واختيار أكثرها ملائمة، ويعتبر العرض المقدم من قبل المستثمر والذي حقيقته مبادرة لتنفيذ المشروع ايجابا، فالشخص الذي يتقدم للعطاء والذي يعرض تنفيذ المشروع بسعر محدد أو شروط محددة ما هو إلا موجبا، وإذا ما قبل موجه الدعوى هذا العرض فيعتبر قابلا، وبالتالي فإن العقد ينعقد هنا برسو المزايدة، ولا بد من

¹-نصيرة بوجمعة، مرجع سابق، ص 121.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

الإشارة في هذا المجال إلى أن المناقصة قد تكون وطنية، كما قد تكون دولية، وتكون دولية عادة عندما يكون المستثمر إحدى المؤسسات الحكومية¹.

-بدء التفاوض خلال الممارسة:

تعتبر هذه الصورة الصيغة الأكثر استعمالاً لبدء المفاوضات، والتي من خلالها يلجأ طالب الاستثمار لمختلف موردي الخدمة، ويقوم بالاتصال بهم للتفاوض معهم بشأن تنفيذ مشروع معين، أو شراء آلات أو أدوات معينة، أو لإبرام أي عقد من عقود الاستثمار التكنولوجي كأن يقوم طالب الاستثمار على سبيل المثال بالاتصال بمختلف المقاولين والمهندسين للتفاوض معهم بشأن عملية بناء معماري، وفي إطار انجاز المشاريع الصناعية المعقدة يمكنه ان يلجأ إلى صورة عقد الممارسة وذلك بالالتجاء مباشرة إلى شركة ما، ولا يتم الاختيار بالطبع الاستعانة بشركة دون الأخرى بطريقة عشوائية، اذ يخضع هذا الاختيار لعدة أسباب، فقد يرغب طالب الاستثمار ألا يكون مشروعه الاستثماري محل دعاية زائدة².

وتبدأ المباحثات بين الطرفين حول المسائل الجوهرية للعقد، مثل تحديد مضمون التكنولوجيا التي يحتاجها المستورد، وكذلك التطرق الى العقود الثانوية التي قد تبرم في سبيل الاستثمار التكنولوجي، مثل شراء الآلات والمعدات الأولية، وكذلك يتناقشان بشروط التعاقد، وكيفية تنفيذ الصفقة، وكافة الالتزامات المتبادلة بين الطرفين³.

وتمتاز هذه الطريقة لبدء المفاوضات اذا ما تم مقارنتها بالمناقصة بالسرية وسرعة الانجاز، فالمناقصة تتطلب اعلاناً موجهاً للجمهور او شركات محددة يبيح لكل متقدم للمناقصة الاطلاع على شروط التنفيذ، اما من خلال التفاوض المباشر يلجأ طالب الاستثمار الى المستثمر مباشرة ويتفاوض معه دون حاجة الى وسائل الإعلان، كما ان

¹-مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص58.

²-نصرة بوجمعة سعدى، مرجع سابق، ص121.

³-جلاء وفاء محيين، مرجع سابق، ص15.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

المناقصة تحتاج الى اجراءات عديدة، ومدد محددة، ودراسة للعطاءات المقدمة، على عكس المفاوضات عن طريق الممارسة التي تتم مباشرة، مما يوفر عليه الكثير من الجهد والوقت، وربما تقليل الانفاق الذي تتطلبه اجراءات المناقصة والاعلان عنها والبحث في العروض، والاستعانة بخبراء لتقييم العروض والمفاضلة بينهما.

ثانيا: ضمانات بدء المفاوضات

نظرا لطبيعة المحل الذي ينصب عليه عقد الاستثمار التكنولوجي وما قد يستلزمه من كشف عن أسرار لمسائل فنية وتكنولوجية كمحل لهذا العقد، أو الأسرار الخاصة بالموقف المالي وحجم تعاملات احد الطرفين، ومختلف الأسرار التي تتعلق بالكيان المادي أو المعنوي، لجأ المفاوضون زيادة على الالتزامات التي تفرضها القواعد العامة، بالالتزام ببعض التعهدات أو الضمانات التي تؤمن المحافظة على عدم كشف السرية التقنية التي يملكها أو يحوزها إذا ما اطلع عليها طالب الاستثمار، فقد يكون هذا الأخير سيئ النية بحيث يستدرج المورد للكشف عن سرية التكنولوجيا محل العقد ثم يفتعل الحيل لإنهاء التفاوض دون تعاقد، وتزداد مشكلة السرية تعقيدا إذا ما استعان طالب التكنولوجيا بأهل الخبرة لفحص التكنولوجيا محل التفاوض وتقدير قيمتها، فهؤلاء لديهم العين الفاحصة ودراسة فنية عالية في الكشف عن السر التكنولوجي بدرجة تفوق غيرهم، مما يهدد بسرقتها خاصة إذا فشلت المفاوضات، ونظرا لتلك الصعوبات اوجد الواقع العملي عدة حلول تمنع من نقشي ذلك وتساعد على ضمان السرية خلال مرحلة التفاوض بإحدى الوسائل التالية:

1-التعهد الكتابي المسبق:

يتمثل التعهد الكتابي المسبق في إقرار كتابي يوقعه طالب المعرفة الفنية عند بدأ المفاوضات و يلتزم من خلاله بمتطلبات التقيد بمبدأ حسن النية أثناء التفاوض، وهو اتفاق

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

يرسي الثقة بين الأطراف لذا يطلق عليه كذلك بالتعهد المؤسس على الثقة، كما يطلق عليه أيضا تسمية عقد التفاوض أو التفاوض العقدي¹.

وهذا التعهد عبارة عن عقد ينشئ التزاما من جانب واحد - أي التزام بالإرادة المنفردة لطالب التقنية-، ويعبر عن اتفاق لحماية حقوق صاحب المعرفة الفنية، وغالبا ما يقوم طالب التكنولوجيا بالتوقيع على التعهد المذكور ضمن الأوراق التي يرسلها صاحب التكنولوجيا في المراحل المبكرة للمفاوضات، وإذا ما امتنع المتلقي عن توقيع التعهد المذكور يمكن ان يؤدي إلى فشل المفاوضات قبل أن تبدأ².

وعبر عنه الأستاذ (magnin) بأنه عقد اختيار (contrat d'option) لان طالب المعرفة الفنية يختار بين التوقيع عليه او عدم الدخول في مفاوضات لإبرام العقد، وهو تكريس لمبدأ سلطان الإرادة واستقلالها وفي ذلك يرى الأستاذ ديليز (jean marie deleuze) (إن مثل هذا التعهد مشروع وهو يعبر عن استقلال الإرادة وتطبيق لمبدأ الحرية التعاقدية³.

الواقع ان هذا التعهد يمثل اختيارا موجهها الى طالب التكنولوجيا، بمعنى ان هذا الاخير يكون بالخيار بين امرين، اما ان يحرر هذا التعهد فتبدأ المفاوضات وتستمر في جو من الطمأنينة، واما الا يوقع فلا تبدأ المفاوضات المتعاقبة وتنتهي كلية، ويلعب هذا التعهد الكتابي دورا هاما في هذه المرحلة من تكوين العقد حيث يبث الثقة والاطمئنان في نفوس المتفاوضين، ويؤكد مبدأ حسن النية الواجب إتباعه، كما يترتب عليه وصول اطراف التفاوض الى غاياتهم، حيث يستطيع طالب التكنولوجيا الوقوف على الفائدة الحقيقية دون

¹ -زواوي لورية، مرجع سابق، ص186.

² -بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص178.

³ -محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص146.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

مبالغاة للمعرفة الفنية محل التعاقد، كما يمكنه الاستعانة بمن يشاء من خبراء دون اية حساسية في هذا الخصوص¹.

والواضح أن هذا الاتفاق يشكل عقدا مستقلا يندرج تحت طائلة العقود المسماة وفقا للقواعد العامة، لذا فهو من العقود الصحيحة من الناحية القانونية طالما انه لا يخالف النظام العام والآداب العامة ، يترتب عليه نشوء التزام من جانب واحد بالإرادة المنفردة للطالب الاستثمار او مستورد التقنية، ويؤدي الإخلال به الى توقيع الجزاءات التي قد يتضمنها الاتفاق المبدئي عند بداية التفاوض أو التي نص عليها القانون المتفق على خضوع مرحلة التفاوض لأحكامه، وتتمثل هذه الجزاءات في التعويضات التي يتضمنها الاتفاق المبدئي عند بدأ التفاوض او تلك المنصوص عليها في القانون الواجب التطبيق²، ويعد طالب التقنية ضامنا للخبراء الذين يستعين بهم في أي حال من الأحوال³.

2-التعهد الأدبي:

وهو إقرار كتابي يوقعه المفاوض طالب الاستثمار أثناء زيارته هو وبعض الفنيين التابعين له لمنشأة المستثمر، حيث يضمن من خلاله عدم إفشاء الأسرار التي تم الاطلاع عليها أثناء المفاوضات وعدم استعمالها سواء بطريق مباشرة أو غير مباشر في حال ما فشلت المفاوضات، إلا أن هذا التعهد لا يعلق عليه صاحب المعرفة التكنولوجية أهمية كبيرة، وهو في نفس الوقت لا يشكل مصدر قلق لطالب الاستثمار بسبب ضعف الالتزام الذي ينشأ على عاتقه⁴.

¹-بريش ريمة، مرجع سابق، ص 547.

²-مرجع نفسه، ص 548.

³-محسن شفيق، مرجع سابق، ص 63.

⁴-مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 148.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

فالأثر القانوني لهذا التعهد ضئيل جدا ولا يترتب على مخالفته اي جزاء¹ سوى السمعة غير الجيدة والمركز المالي السيئ في السوق العالمية، والتي قد تحرمه من التعاقد مستقبلا ليس فقط مع الطرف المستثمر وإنما قد يمتد لمختلف الشركات الأخرى للتعامل معه، وفي حالة ما لحق احد الأطراف ضرر- خاصة الطرف المستثمر يكون أكثر عرضة كونه صاحب التكنولوجيا- فان المسؤولية تكون تقصيرية وفقا للقواعد العامة كما قد يتعرض المخالف للجزاء الجنائي وفقا لقواعد المسؤولية الجنائية².

3-التعهد على أساس دفع مبلغ مالي:

يلتزم فيه طالب الاستثمار بدفع مبلغ مالي لصالح المستثمر أو صاحب المعرفة الفنية لقاء اطلاعه على أسرار هذه المعرفة، ويعتبر هذا المبلغ بمثابة ضمان لعدم إفشاء اي سر من الأسرار المتعلقة بالمعرفة الفنية محل التفاوض أو استخدامها، ليخضم فيما بعد من المقابل المتفق عليه، اما في حالة عدم الاتفاق على إبرام العقد فان هذا المبلغ يعاد الى صاحبه او يفقده على أساس انه تعويض لصاحب المعرفة الفنية لقاء اطلاعه من تفاوض معه على أسرارها، وان أمر إعادته او فقدانه يتم الاتفاق عليه مقدما بين المتفاوضين³.

ومع ذلك فان على طالب الاستثمار ان يحتاط وان يأخذ جانب الحذر عند الإقدام على تقديم مثل تلك الضمانة، فقد تفشل المفاوضات ليس دون خطأ منه وإنما لاكتشاف عيوب في التكنولوجيا محل التعاقد، او نظرا لعدم إشباعها لحاجات جمهور المتلقي، وبالغرم من ذلك يمتنع المستثمر عن رد المبلغ إليه مماطلا او مفتعلا حجبا غير مبررة، لذا علي عالا يقدم تلك الضمانة الا بعد لأمانة حائز التكنولوجيا ومركزه المالي مع الاتفاق التفصيلي على كيفية رده في حالة فشل المفاوضات، ورفض تقديمه أصلا فيما لو كان مقداره مبالغا فيه

¹-ويذهب القضاء الانجليزي إلى حماية الأسرار الصناعية ولو لم يوجد تعهد كتابي مسبق وذلك لاعتبارات عدلية، محسن شفيق، مرجع سابق، هامش 1، ص 63.

²-بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص 181.

³-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 148.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

وفيما عدا ذلك من قضايا¹، كما يجب على طالب الاستثمار رفض الشرط اذا كان المبلغ مبالغاً فيه، وإذا رضي بالشرط فيفضل ان يشتمل على تفاصيل بشأن رد مبلغ الكفالة، لاسيما فيما يتعلق بتحديد المدة التي يتعين خلالها رد المبلغ بعد فشل المفاوضات، وإذا رضي بالشرط فيفضل ان يعلق الوفاء به على تقديم إثبات ما يفيد إخلال طالب التقنية بالتزامه بالسرية².

ثالثاً: الاتفاق التمهيدي أو المبدئي

وهي مرحلة تتوسط مرحلتي التفاوض والتعاقد النهائي، فبعد أن يطمئن المفاوض إلى حسن نية الطرف الآخر في المرحلة الأولية من التفاوض، ينطلقان إلى الخطوة الموالية المتمثلة في تجسيد الأهداف التي يتصورانها لموضوع العقد، وهذا التجسيد يتبلور في واحد أو أكثر من الاتفاقات التمهيديّة وفي أنماط مختلفة، خاصة عندما تتعلق المفاوضات بصفقات جوهرية ومتشابكة يكون للتسلسل الزمني فيها اثر بالغ الأهمية يعكس حرص المتفاوضين الذين يسرون دقة المفاوضات، وما يمثله هذا الحرص من وعي وإدراك لكل ما هم مقبولين على الالتزام به³.

لذلك تتجسد في فترات المفاوضات المتعاقبة اتفاقات مبدئية بين المتفاوضين يمثل كل واحد منها صيغة لما تم الاتفاق عليه من عناصر خلال فترة من فترات هذه المفاوضات، وتتعدد صور هذه الاتفاقات وتختلف مسمياتها، إلا انه يمكن حصر أهم ما شاع استخدامه في هذا الشأن بالآتي:

1-الاتفاق على المبدأ:

¹-عبد الرؤوف جابر، مرجع سابق، ص76، وجمال وفاء محبين، مرجع سابق، ص20-21.

²-بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص179.

³-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص148.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

يعتبر الاتفاق المبدئي أهم الاتفاقات التحضيرية أو التمهيدية لمرحلة المفاوضات في العقود بصفة عامة، وفي عقود الاستثمار التكنولوجي بصفة خاصة، وذلك راجع للطبيعة الخاصة لمحل هذه العقود، وما يتطلبه من تحضير قبل التوقيع النهائي عليها، ويطلق عليه أيضا تسمية الاتفاق على الأساس¹، وهو اتفاق يبرم بين الاطراف التي تستعد للدخول في المفاوضات (المستثمر وطالب الاستثمار او من ينوب عنهم من اصحاب الخبرة)، ويتم فيه وضع الخطوط العريضة او الرئيسية لتلك المفاوضات المزمع اجراءها مستقلا مثل زمان ومكان بدء لمفاوضات، وكذا بيان الأطراف التي تشارك في المفاوضات، وعددهم في كل فريق متفاوض وخبرتهم في الموضوع المنوي التعاقد بشأنه، بالإضافة الى تحديد تخصصاتهم و مدة المفاوضات غير ذلك، ويأخذ هذا الاتفاق شكل الاتفاق التمهيدي الذي يتعهد فيه اطراف العملية التفاوضية ببدا او متابعة التفاوض².

ونظرا لأن هذا الاتفاق لا يتضمن نصوصا محددة، فانه يهدف الى تشجيع الأطراف على متابعة الاتصالات فيما بينهم، وذلك لأن الإطار العام غير محدد خاصة وأنهم ليزالون في بدأ علاقتهم³، وفي الوقت المعاصر لهذا الاتفاق يقوم كل طرف بالتحري على شهرة وملاءة وصدق نوايا الطرف الآخر⁴، وبعدها يفسح المجال للبدا في المباحثات والمناقشات حتى يقف كل طرف على مطالب الآخر بعد ان يوضح كل منهما للأخر إمكانياته، فالمستثمر يوضح مزايا التكنولوجيا الواقع عليها الخيار، وبالمقابل يبين طالب الاستثمار وضعه الاقتصادي والاجتماعي والبيئي حيث تتم دراسة جميع جوانب الموضوع من حيث ملائمة المعرفة التكنولوجية لاستغلالها في المنطقة الجغرافية المحددة في ضوء المعلومات التي قدمها طالب المعرفة الفنية، بعد ذلك يتقدم كل منهما بمقترحات يتم مناقشتها على مدى

¹-زواوي لورية، مرجع سابق، ص182.

²-بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص171.

³-نصيرة بوجمعة سعدى، مرجع سابق، ص130.

⁴-وفاء مزد فلووط، مرجع سابق، ص63.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

مدة سير المفاوضات بينهما¹، إضافة إلى ما سبق يمكن للأطراف الاتفاق على تدريب الفنيين العاملين في دولة طالب الاستثمار الذي طالب هذه التكنولوجيا².

وتبرز فائدة هذا الاتفاق في مجال الفصل في النزاع على انعقاد العقد المنشود من عدمه، من خلال إضفاء وصف اتفاق المبدأ على الاتفاقات التي لا ترقى إلى مقام العقد المنشود، وبهذا المعنى يكون ما اتفق عليه الطرفان مجرد اتفاق مبدأ، كلما كان مضمون الاتفاق هو التزام الطرفين بالتفاوض وصولاً إلى العقد المنشود، أو كان مضمون تحديد العناصر اللازمة لانعقاد هذا العقد، بصفته مبدئية لا تلزم الطرفين إلا بتأكيد لاحق لهذا الاتفاق³.

ومن هنا نستنتج أن التقيد بما ورد الاتفاق عليه اثناء المفاوضات يعد بمثابة تنفيذ لهذا الاتفاق على الرغم من مصير العقد المراد إبرامه، فإذا نجح الاطراف في المفاوضات وإبرام العقد النهائي فيه ونعمة، أما إذا قرر الطرفان عدم التوقيع على هذا العقد بارادة مشتركة فلهما ذلك دون اي مسؤولية، لكن الامر يختلف في حالة ما اذا قرر احد الطرفين الاحجام عن ابرام العقد النهائي بالمقابل نجد الطرف المتفاوض معه يدعو للتوقيع النهائي على العقد، فهذا يؤدي الى عدم ابرام هذا العقد، وهذا العدول من جانب واحد في الاصل لا يترتب اية مسؤولية على الطرف العادل حيث يلتزم في هذه الحالة الطرف العادل بدفع مقدار التعويض المبين في الاتفاق ان كان محدد، اما اذا لم يكن الاتفاق محدد فتقع مسؤولية الطرف العادل في حالة ثبوت سوء نيته اي الانسحاب كان بنية الاضرار بالطرف المتفاوض

¹-حسن علي كاظم، تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الترخيص الدولي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1، 2004/2005، الجزائر، ص 65.

²-سميحة القليوبي، شرح قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999-العقود التجارية وعمليات البنوك-، ط.2، دار النهضة العربية، 2000، مصر، ص 18.

³-مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 157-158.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

معه، وهنا المسؤولية توقع عليه على اساس المسؤولية العقدية، لان مبدأ حسن النية من الالتزامات الاساسية في المفاوضات¹.

2- وعد من جانب واحد:

بعد الاتفاق المبدئي الذي يتم من خلاله وضع الخطوط الرئيسية للمفاوضات، وبعد المباحثات والمناقشات التي استمرت فترة من الزمن يصبح كل فريق على اطلاع بمتطلبات وإمكانيات الفريق الثاني، وهذا ما يشكل قناعة لدى احد المتفاوضين حول ضرورة التوقيع على العقد النهائي، بينما لا يرى الآخر ذلك، فان الفرقين يتفقان على تأجيل البت في الموضوع بدلا من إنهاء المفاوضات، فيقدم الأول وعدا بالتعاقد على ضوء ما دار من مناقشات كتشجيع من الطرف الأول للثاني، ويعتبر هذا الوعد بمثابة إيجاب ينتظر قبول خلال مدة معينة لإصدار القبول من الطرف الثاني الموجه إليه، فإذا ما أقضت تلك المدة دون صدور القبول تعتبر المفاوضات منتهية ويسقط ذلك الإيجاب².

3- الوعد بالترفض:

هو اتفاق يتعهد بموجبه احد الطرفين حيال الآخر بان يفضل هذا الأخير على شخص من الغير كمتعاقد في عقد ما سيتم فيما بعد، إذ يظل الواعد حرا بعدم إبرام العقد النهائي الذي لم يتم تحديد المبدأ بالنسبة له، كما لم يتم تحديد مضمونه، ويضل التحديد الوحيد ذلك المتعلق بحرية اختبار المتعاقد معه³، فيبقى الواعد طليقا غير ملزما بإيجاب العقد للمستفيد إلا إذا عقد الأخير النية على التعاقد، ومتى عقد النية أصبح ملزما بعدم التعاقد مع الغير وإلا أخل بوعده⁴.

¹-زاوي لورية، مرجع سابق، ص183.

²-حسن كاظم، مرجع سابق، ص68-69، و محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص148.

³-نصيرة بوجمعة سعدى، المرجع السابق، ص130.

⁴-يذكر ان الوعد بالترفض يستقل عن الاتفاق المبدئي فالأخير يرتب التزاما بالبدا بالتفاوض، أما الأول فلا يلزم الواعد=

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

4-الخيار الثنائي:

هو اتفاق يعقده الأطراف المتفاوضون بعد قطع شوط معتبر من المفاوضات، والوصول إلى عدة اتفاقات والتي تشكل الإطار العام للعقد النهائي المنوي إبرامه في ضوء الاتفاق على كل بنود هذا العقد وشروطه والتزامات أطرافه، يتفق المتفاوضون على تأجيل التوقيع على العقد لمدة معينة للتأكد من الاستعداد التام للالتزام بهذه البنود، وهذه المدة تعد بمثابة فرصة لمراجعة حساباتهم من جديد، حيث يكون لكل منهما خيار إتمام العقد أو إنهائه، وهذه الصورة لاتفاقهما غير ملزمة لأي منهما، غير انه إذا طلب احدهما مزيدا من المفاوضات لتعديل بعض الشروط المتفق عليها فلا يجوز له ذلك، لان من حقه فقط الموافقة على إبرام العقد أو رفضه، ومع ذلك إذا وافق الفريق الآخر فلا شيء يمنع¹.

5-الاتفاق على حق الرفض:

هو عبارة عن اتفاق يلجأ إليه الأطراف إذا ما اعترض المتفاوضين نقطة أساسية تمس جوهر العقد المنوي إبرامه ، ولم يتمكن الأطراف من التوصل إلى اتفاق بشأنها، حيث يكون لأي طرف الحق في رفض الاستمرار في التفاوض بشرط إدراج هذا الحق في الاتفاق الذي أبرمه الطرفان في أول جولة من المفاوضات بينهما (الاتفاق على المبدأ)، وفي حالة عدم وجود هذا الاتفاق فإن الانسحاب المفاجئ قد يسبب ضررا للطرف الآخر يوجب قيام المسؤولية التقصيرية².

=بإنجاز العقد إلا إذا عزم المستفيد على إبرام العقد، ورغم ذلك فإن كلاهما ينشأن التزاما بتوجيه اقتراح بإبرام عقد في المستقبل، بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص173.

3-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص149، بارود حمدي محمود، القيمة القانونية للاتفاقات الدولية التي تتخلل مرحلة المفاوضات قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية، مجلة الجامعة الإسلامية للبحوث الإنسانية، المجلد 13، العدد2، الجامعة الإسلامية غزة عمادة شؤون البحث العلمي والدراسات العليا، 2005/05/30، فلسطين (قطاع غزة) ص 125-148، ص134.

²-محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص149، بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص174.

الباب الأول: التأسيس القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

وبالتالي يعد الاتفاق على حق الرفض وسيلة لحماية الأطراف التفاوضية من المسؤولية التي تترتب عليهم بسبب قطع المفاوضات أو الانسحاب منها، لأن قطع المفاوضات أو الانسحاب منها أو رفض الاستمرار فيها دون هذا الاتفاق يعتبر تعسف يوجب على المنسحب مسؤولية إذا ما تسبب في ضرر للطرف الآخر¹.

6- خطاب النوايا:

يطلق على خطاب النوايا عدة تسميات منها بروتوكول الاتفاق²، أو خطاب التفاهم أو مذكرة التفاهم، أو اتفاق تمهيدي وغير ذلك من التسميات³، الأمر الذي يصعب من إيجاد تعريف له، وبالتالي تحديد وضعه القانوني، وذلك لأن الواقع العملي يدل على أن لخطاب النوايا أشكالاً مختلفة، وتتناول موضوعات شتى يتعذر الربط بينهما لاستخلاص محور تتمركز حوله، ومع ذلك حاول البعض تقديم تعريف له بالقول: "وثيقة مكتوبة قبل العقد النهائي تعكس الاتفاقات أو الفهم المبدئي لطرف أو أكثر من أطراف التعاقد التجاري بغية الدخول في عقد مستقبلي"⁴، وعرف أيضاً بأنه: "مستند مكتوب موجه من طرف يرغب في التعاقد على أمر معين إلى طرف آخر ليعرب فيه عن رغبته تلك، يطرح فيه الخطوط

¹ - فالانسحاب دون مبرر معقول يلزم المنسحب تعويض الطرف المتفاوض معه عن الأضرار التي تسبب له فيها بفعل هذا الانسحاب، زواوي لورية، مرجع سابق، ص 190.

² - وهو مصطلح مأخوذ من القانون العام والذي يعبر على محضر مؤتمر مثير الذي يقصد به في المفاوضات بمحضر الاجتماع المثير، زواوي لورية، مرجع سابق، ص 179.

³ - تختلف التسميات التي تطلق على خطاب النوايا باختلاف المناطق، حيث نجد كل من ألمانيا وبريطانيا تعبر عنه بخطاب الطمأنينة، وفي بريطانيا يسمى خطاب الثقة، في حين يعبر عنه في الولايات المتحدة الأمريكية بخطاب المسؤولية، لكن رغم هذا الاختلاف يبقى مصطلح خطاب النوايا هو الرائد في مجال عقود التجارة الدولية، نبيل إسماعيل الشبلاق، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل التعاقد (دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا) مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد الثاني، جامعة دمشق، 2013، ص 315.

⁴ - أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، ساعة الاطلاع 1: 9 تاريخ الاطلاع، 17/07/2022، https://qawaneen.blogspot.com/2018/03/blog-post_797.html?m=1

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

العريضة والنقاط الأساسية للعقد المزمع إبرامه في المستقبل، و يدعو للدخول في التفاوض والدخول في محادثات حوله"¹.

من خلال التعاريف المقدمة يمكن القول بأن خطاب النوايا هو خطوة في المفاوضات نحو العقد النهائي²، أو يمثل المرحلة قبل النهائية للمفاوضات، وبموجبه يتم عرض الخطوط العريضة أو النقاط الجوهرية للعملية التعاقدية المستقبلية، وتبادل الآراء حول المواقف النهائية للمتفاوضين من الاتفاقات الأولية³، ومثل هذا الخطاب لا يعد إيجاباً ولا وعداً بالتعاقد، وبالتالي غير ملزم لمن أصدره، ذلك لأن العبرة بتمام إبرام العقد حسب ما اتجهت إليه إرادة الأطراف، بالإضافة إلى أن العرف الجاري لا يضيف على هذا النوع من الاتفاقات الأولية أي صفة إلزامية⁴، وهو بذلك ينطوي على الالتزام ببذل عناية قصد الوصول إلى نتيجة⁵ وهي التعاقد دون الالتزام بتلك النتيجة⁶، غير أنه قد ينص هذا الخطاب على عبارات مثل يوافق، يقبل، يرضى، وبالتالي يصبح في هذه الحالة ضمن دائرة الإلزام⁷، كما قد يتضمن بين ثناياه التعهدات الجوهرية للطرفين، كدور كل منهما، وقيمة الاداءات المختلفة، ومهل التنفيذ، وجزاءات التأخير، فيشكل حينئذ هو الآخر عقداً مستقلاً حقيقياً

¹-نبيل اسماعيل الشبلق، مرجع سابق، ص315.

²-قد يعبر خطاب النوايا تارة عن مجرد الاهتمام بمشروع ما، كأن يأتي على الشكل الآتي: "تحيطكم علماً بهذا الخطاب بأنه في نيتنا قبول عرضكم مبدئياً والشروع في المفاوضات"، وقد يعبر تارة أخرى عن رغبة الأطراف المتفاوضة في إبرام العقد في ضوء الاتفاقيات التمهيدية. نصيرة بوجمعة سعدى، مرجع سابق، ص129.

³-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص149، وبشار قيس محمد، المرجع السابق، ص175.

⁴-محمود الكيلاني، مرجع نفسه، ص149-150.

⁵-والفرق بين الالتزامين كبير، إذ يلتزم المدين بموجب "الالتزام النتيجة" بتحقيق غاية محددة، بينما يكتفي منه في معرض "الالتزام الوسيلة" بأخذ الحيطة والعناية بما يترتب على ذلك من نتائج هامة تنصدي لها في معرض الحديث عن التزامات الأطراف، في الباب الثاني، محمد وحيد سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، ط.6، منشورات جامعة دمشق، 1993، ص29.

⁶-نصيرة بوجمعة سعدى، مرجع سابق، ص139.

⁷-أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص211.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

ترتكز إليه عقود لاحقة تحدد العناصر القانونية مثل النواحي الفنية، التي لم يستطع الطرفان فحصها في المرحلة السابقة جليا¹،

وعادة ما يكون خطاب النوايا في مجال عقود الاستثمار التكنولوجي أما عن طريق إبرام عقد بين المستثمر وطالب الاستثمار يهدف إلى التعرف على الإمكانيات الفنية والتقنية التي يحوزها المستثمر في مجال العقد المنوي إبرامه، ومن جهة أخرى يهدف إلى إلزام طالب التكنولوجيا بعدم إفشاء الأسرار التي يتحصل عليها من طرف صاحب التكنولوجيا، أو التزام طالب المعرفة التكنولوجية بعدم التفاوض مع مورد آخر².

المطلب الثاني: الالتزامات الناشئة عن المفاوضات التمهيدية واثر الإخلال بها

يتطلب إبرام عقد الاستثمار التكنولوجي مفاوضات بين المستثمر مانح التكنولوجيا، وطالب الاستثمار، قد تؤدي للتوصل الى الاتفاق النهائي كما قد تؤدي عكس ذلك اي الى فشل، نظرا للدور الذي تلعبه إرادة الطرفين في تنظيم عملية التفاوض، خصوصا وان الأنظمة القانونية المختلفة تكاد تخلو من اي تنظيم قانوني لهذه المرحلة، حيث تقود إرادة الأطراف بتحديد الاتفاقيات السابقة على التعاقد والقيمة القانونية لها.

وبمجرد دخول الطرفين في التفاوض يقعا تحت مظلة القانون وتتكون بينهما علاقة قانونية، تنشأ على كل منهما التزامات (فرع أول)، وفي حالة إخلال احد المتفاوضين بالتزاماته في هذه المرحلة فانه يسأل مدنيا عن خطئه، (فرع ثاني)

¹ -بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص175.

² -أحمد السعيد الزرقد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود-دراسة مقارنة مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثاني، مجلس النشر العلمي جامعة الكويت، 2001، ص177-197.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

الفرع الأول: الالتزامات في المرحلة التفاوضية

يفرض النظام العام للمرحلة التمهيدية من تكوين العقد التزامات يجب الوفاء بها قبل إبرام العقد تتدرج تحت مسميات مختلفة، إلا أن غالبيتها العظمى تتمحور حول التزامين أساسيين هما: "الالتزام بالتفاوض والاستمرار فيه" وهو التزام جوهري وأساسي لا يمكن أن نتصور وجود عقد دون هذا الالتزام، و"الالتزام بالتفاوض بحسن النية" وما يتفرع عنه من التزامات كالالتزام بالإعلام والالتزام بالتعاون والمحافظة على الأسرار وغيرها، بحيث تعد تلك الالتزامات بشكل أو بآخر أحد تطبيقات ذلك المبدأ، وهي التزامات تفرض نفسها بنفسها بغض النظر عن وجود أو عدم وجود اتفاق ينص على الالتزام بها، وبغض النظر كذلك عن طبيعة العقد المتفاوض بشأنه.

أولاً: الالتزام بالتفاوض

إذا اتفق الطرفان بمقتضى عقد مبدئي على الدخول في التفاوض بغرض التوصل إلى إبرام عقد نهائي، فإنه لا بد من الانتقال إلى الخطوة الأولى في تنفيذ ذلك العقد ألا وهي الالتزام ببدء المفاوضات في الموعد المتفق عليه، واتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك، منها توجيه الدعوة إلى الطرف الآخر ومن ثمة افتتاح المفاوضات بإجراء الحوار وتبادل المقترحات وتقديم الدراسات الفنية وتحديد وقت إجراء المفاوضات ولتي على ضوءها تتم مناقشة شروط العقد¹.

¹- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 383.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

ولتوضيح الفكرة اكثر نعرض تعريف احد الجانب الفقهي لعقد التفاوض حيث عرف بأنه " ذلك الاتفاق الذي يتعهد طرفاه ببدء التفاوض ومتابعته بقصد التوصل الى ابرام عقد معين، وذلك من خلال منهجية موضوعية وإجرائية يتفق عليها بينهما"¹.

من خلال التعريف الموضح اعلاه نستنتج ان عقد التفاوض يرتب التزاماً أساسياً وهو الالتزام بالتفاوض، والذي يقتضي البدء بالتفاوض فضلاً عن الاستمرار فيه، واعتماداً على ما ورد في التعريف فان الالتزام بالتفاوض يتكون من شقين أساسيين:

الشق الأول: الالتزام بالبدء في التفاوض

الشق الثاني: الالتزام بالاستمرار في التفاوض.

1-الالتزام بالبدء في التفاوض:

يقصد بالالتزام ببدء المفاوضات المبادرة باتخاذ الإجراءات اللازمة والأعمال الضرورية لمباشرة عملية المفاوضات، كالذهاب إلى مائدة المفاوضات في الموعد المحدد لذلك من اجل تلاقي الطرفين المتفاوضين، وهذا الشق من الالتزام بالتفاوض قد يقع على عاتق الطرفين معاً، بحيث يكون كل منهما ملتزماً ببدء المفاوضات ومن ثم لا يحق لأي طرف أن يمتنع عن البدء فيا لتفاوض في الموعد المحدد، كما قد يقع على احد الطرفين دون الآخر، فيلتزم هذا الطرف بتوجيه الدعوة إلى الطرف الآخر وتقديم الاقتراحات المتعلقة بالعملية التعاقدية محل التفاوض²، والمثال الدارج لذلك في مجال ابرام العقود التجارية الدولية، ان يكون مستورد التكنولوجيا هو الملتزم بالبدء في التفاوض، عن طريق تقديم الدراسات الأولية

¹-محمد حسن قاسم، مراحل التفاوض في عقد المكنية المعلوماتية، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002 ص187.

²-عبد المجيد قادري، مراد عمران، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 02، جامعة محمد بوضياف ، المسيلة، السنة 2019، ص782-808، ص786.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

التي تحدد احتياجات ومواصفات التكنولوجيا محل التعاقد والاهداف المتوخاة من وراء استيرادها¹.

وقد يبدو في مثل هذا الفرض ان الالتزام بالتفاوض معلق على شرط ارادي محض، يقوم الى جانب الملزم به، غير ان هذا التصور غير صحيح، ذلك ان الالتزام بالتفاوض قد تقرر بطريقة جازمة وقاطعة، وكل ما في الامر ان الوقت الذي يجب ان يتم خلاله التفاوض غير محدد، وهذا امر يمكن حسمه من خلال الرجوع الى النية المشتركة للطرفين، والى طبيعة التعامل، حيث يمكن من خلال ذلك معرفة الوقت الذي يجب ان يبدأ خلاله التفاوض، ومن ثم يقع على عاتق المدين بالبده في التفاوض او تنفيذه في الوقت المحدد، من اجل تجنب النزاعات التي قد تثور بفعل عدم تحديد زمن البدء في المفاوضات ويتعين على الاطراف تحديد وقت الاتفاق على مبدأ التفاوض نفسه، وقد يتم تحديد زمن البدء في المفاوضات وزمن الانتهاء منها في اتفاق مستقل²، ومن ابرز الاحكام القضائية التي تناولت مسألة البدء في المفاوضات وافتتاحها، الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1992³/05/15.

واذا كان في الغالب ان يحدد عقد التفاوض صراحة من يقع عليه عبئ اتخاذ هذه المبادرة غير انه في حالة لم يكن هناك اتفاق بين الطرفين التزم كل من الطرفين بالبدء في المفاوضات في المدة المعقولة، ومن اهم التطبيقات القضائية في هذا المجال ما اخذت به محكمة النقض الفرنسية بفكرة المدة المعقولة في قضية رونو الشهيرة حيث اعتبرت هذه المدة

¹-بوطبالة معمر، الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منوري، قسنطينة، الجزائر، 2016/2017، ص68.

²-عبد المجيد قادري، مراد عمراني، مرجع سابق، ص786.

³-يتلخص وقائع هذا النزاع في ان مندوب شركة التأمين وبعد تقديم استقالته قامت الشركة بتعيين من يقوم مقامه دون ان تنتظر الفترة التي يحق خلالها لهذا لامندوب ان يقترح على الشركة من يخلفه، وقد ايدت محكمة النقض حكم الموضوع والذي قضى بخطأ مسلك الشركة الشخص الذي تعتمد بشروط افضل، بوطبالة معمر، مرجع سابق، ص69.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

قد انقضت بسبب تقاعس رب العمل عن تقديم اي عرض الى طالب العمل خلال مدة عدة سنوات¹.

يتضح مما تقدم ان الالتزام ببدا المفاوضات هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاما ببذل عناية، وتفسير ذلك ان الطرف المدين بهذا الالتزام ملزم بتحقيق هذه النتيجة، والمتمثلة في مجرد البدء في المفاوضات، ومن ثم فان امتناع احد الاطراف الدخول في المفاوضات يعد اخلايا بهذا الالتزام، يؤدي الى قيام المسؤولية العقدية، ولا يستطيع المدين بهذا الالتزام ان يتملص من مسؤوليته بحجة انه بذل كل جهوده، بمعنى اخر يعتبر المتعاقد مخطئا اذا ما امتنع عن الدخول في المفاوضات دون حاجة الى اثبات اهماله او سوء نيته، او انه لم يكن مقصرا او سيئ النية²، الا في حال ما قام بإثبات السبب الاجنبي الذي منعه من البدء في التفاوض.

2- الالتزام بمواصلة التفاوض:

يقصد بالالتزام بمواصلة التفاوض ذلك الالتزام القاضي بمتابعة واستمرارية المفاوضات وعدم قطعها، وهو التزام تبادلي يقع على عاتق الطرفين المتفاوضين معا، يبذل كل منهم ما بوسعه لاستكمال العملية التفاوضية في سبيل ابرام العقد المنوي انشاءه، الا انه لا يحتم عليهما ابرام العقد النهائي، فهذا النوع من الالتزامات هو التزام ببذل عناية وليس التزام

¹- تتلخص وقائع هذه القضية في ان عاملا في مصانع رونو للسيارات كان قد ترك عمله بالشركة ليلتحق بصفوف المقاومة ابان فترة الاحتلال الالمانى لفرنسا، عقب تحرير بعث العامل برسالة الى الشركة يطلب فيها اعادة ادراجه الى منصب عمله فردت عليه الشركة برسالة تقول فيها (...نتعهد بأن نبحت من جديد امكانية اعادتك للعمل عندما يسمح نشاط الشركة)، ولكن الشركة لم تفعل رغم تحسن ظروفها الاقتصادية، ثم عرض النزاع على محكمة لاسان الفرنسية، فقضت هذه الاخيرة بان تعهد الشركة الوارد في الرسالة هو تهد نهائي يلزمها بإعادة ادراج العامل الى منصب عمله فعلا، الا ان محكمة النقض الفرنسية الغت هذا الحكم وقررت بوجود اتفاق مبدئي يلزم الشركة بأن تبحت مع العامل مدى امكانية اعادته الى منصب عمل في ضوء الظروف الاقتصادية للشركة، على احمد صالح، المرجع السابق، ص 385-386، وهكذا اعترفت محكمة النقض الفرنسية لأول مرة بوجود عقد مبدئي للتفاوض بين الطرفين، ومن الواضح ان الطرفين لم يصرحا بوجود هذا الاتفاق ولكن محكمة النقض الفرنسية استخلصته من دراسة رسالة الشركة التي ارسلتها للعامل.

²- علي احمد صالح، مرجع سابق، ص 386-387.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

بتحقيق نتيجة كما هو الشأن بخصوص التزام البدء في المفاوضات، لكن هذا لا يعني قيام المتفاوض بالانسحاب من المفاوضات متى يشاء دون مبرر موضوعي، أو ان يقف موقفا سلبيا اتجاه ما يعيق سير المفاوضات، وإنما يجب عليه بذل كل ما في وسعه من جهد لمواصلة المفاوضات بطريقة جدية وهادفة¹.

و تزداد اهمية هذا الالتزام كلما تقدمت المفاوضات وأوشكت على تحقيق الهدف المراد منها، مما يدفع الاطراف المتفاوضة الى بذل مزيدا من الحرص على مواصلة مسيرة المفاوضات والانتهاء بها الى المبتغى المرجو منها²، ومن ثمة فانه من الضروري لتحقيق ذلك عدم تضيق الخناق على الطرف الاخر الى الوضع الذي يجعله يائسا فيقوم بما لا يمكن توقعه، ولا يجب ايضا انتهاج اسلوب الاجبار دون ادنى محاولة للتنازل وارضاء الطرف الاخر، لان ذلك قد يؤدي الى حالة من اللاتفاوض³.

على هذا الأساس يتعين ان تكون المفاوضات عبارة عن مشروع تعاوني يجب البحث من خلاله عن المصالح المشتركة لجميع الأطراف المتفاوضة، ذلك ان المفاوضات هي عملية التفاهم والأخذ والعطاء بهدف الوصول الى اتفاق مشترك مع الطرف الاخر، الذي يجمعنا به بعض المصالح المشتركة، والاشتراك في حل المشكلة، يتعين ان ينصب حول المصالح والاحتياجات وليس حول المواقف، واهتماماتهما، وحاجاتهما، ومخاوفهما ورغباتهما التي تكمن وراء مواقفهما المتضادة، ثم يقوم بعد ذلك بالبحث عن الحلول المختلفة والاختيارات الممكنة لتحقيق هذه المصالح⁴.

¹- محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 202.

²- بوطبالة معمر، مرجع سابق، ص 71.

³- عبد المجيد قادري، مراد عمران، مرجع سابق، ص 788.

⁴- علي صالح احمد، مرجع سابق، ص 389.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

وكحاصل لما تقدم فإن الالتزام بالاستمرار في التفاوض ومواصلته يعتبر مظهر من مظاهر مبدأ قانوني عام هو حسن النية وشرف التعامل، الذي ينبغي أن يسود المعاملات التجارية الدولية صمانا لاستقرارهما.

ثانيا: الالتزام بالتفاوض بحسن النية

ان الالتزام بالتفاوض بحسن النية يعتبر اهم التزام ناشئ عن عقد الاستثمار التكنولوجي في مرحلة المفاوضات كسائر العقود، يهيمن عليه مبدأ سلطان الارادة والعقد شريعة المتعاقدين، إلا أن التعامل بموجب مبدأ حسن النية قد شكل عليهما قيда، كما تقول محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة العالمية بباريس¹، لذا لابد ان تتسم المفاوضات بالصدق والامانة عند التعامل بالبيانات والمعلومات المتبادلة بين الاطراف، وهو مبدأ تأخذ به اغلبية القوانين لأنها تحرص على ان تكون العلاقات التعاقدية قائمة على اساس من التعاون والتفاهم المتبادل لحفظ كيان المجتمع وضمان تطوير ظروفه لما فيه الصالح العام، وتبدو اهمية التأكيد على هذا الالتزام في مجال عقود التجارة الدولية عامة وعقد الاستثمار التكنولوجي منها خاصة كون انه يجري فيه التعاقد وفقا لاستراتيجيات تقوم على المناورات والتكتيكات، خاصة وان مستورد التكنولوجيا غالبا ما يتعاقد مع مورد محترف من الشركات العملاقة متعددة الجنسيات، الامر الذي يؤدي الى الاخلال بهذا المبدأ الذي يجب ان يتم به طوال مراحل العقد المختلفة.

بالإضافة الى الادوار المختلفة التي يؤديها على مستوى التصرفات القانونية سواء في مرحلة تكوين العقد او ابرامه او تنفيذه، فمن دلائل انتقاء حسن النية في بداية التفاوض ما نصت عليه الفقرة الثالثة من مجموعة المبادئ العامة للعقود التجارية الدولية والتي جاء فيها :".ويعتبر سيئ النية خصوصا الطرف الذي يفتح او يتابع المفاوضات وهو يعلم ان ليس لديه نية في الوصول الى اتفاق"، ومن دلائل انتقاء حسن النية ايضا عند

¹-حمدي محمود بارود، مرجع سابق، ص839-904.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

انتهاء المفاوضات ما نصت عليه الفقرة العاشرة من المادة الثالثة من ذات المجموعة السابقة انه: "يُعتبر باطلا كل عقد يعطي فيه ميزة زائدة وغير عادلة لطرف خصوصا من جراء استغلال الطرف الآخر بطريقة مشروعة حالة الاحتياج او الضائقة الاقتصادية او الحاجات المستعجلة او عدم التبصر او الجهل او القدرة على التفاوض مع الطرف الآخر"، وكذلك يعد من مظاهر سوء النية اثناء سير المفاوضات التسويف وإطالة امد التفاوض مع العلم بصعوبة الوصول الى اتفاق¹.

وسنتناول بالدراسة مفهوم حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، ثم نوضح صور حسن النية ونبين علاقة حسن النية بالمرحلة السابقة على التعاقد، ثم نوضح موقف بعض القوانين من مبدأ حسن النية.

1- مفهوم مبدأ حسن النية:

تثبت الدراسات التاريخية ان هذا المبدأ يجد اساسه في فكرة القسم والاعتقاد بوجود قوة غيبية تقرر العقاب والثواب²، ثم تبلور هذا المبدأ استنادا الى فكرة القانون الطبيعي³، الذي تعبر قواعده عن قبول عقلي وتحقيق العدل، واخيرا استقر مبدأ حسن النية في نطاق النظرية

¹-حمدي محمود بارود، مرجع نفسه، ص839-904.

²-تدلنا الدراسات التاريخية ا ناول ظهور لمفهوم حسن النية كان في المجتمعات القديمة، ويعود الى ثلاث الاف سنة، قبل الميلاد، حيث كان مفهوم الدين يسيطر على افراد شعوبها ويحكم الحياة الاجتماعية فيها، وكان الشعور بالخوف هو السمة البارزة لدى تلك الشعوب، والمقصود بالدين هنا كل من الجانب النظري وما يمثله من اعتقاد بوجود قوى اقوى من الانسان، والجانب العملي منه الذي يظهر في محاولة استعطاف هذه القوى والعمل على معاني العدالة والصدق والامانة، ويهيمن على سلوكيات الافراد دوافع اشباع الغريزة، وبلوغ المتع وكان لابد في ظل هذه الظروف التوصل الى كبح جماح هذه الدوافع بين الناس، ومن هنا ظهر مفهوم القسم بما ينطوي عليه من شعور بالخوف من تلك القوى المقسم بها، اذا لم يثبت ان ما يقوله المقسم صدق، بلال عبد المطلب بدوي، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية في عقود التجارة الدولية-

دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة عين الشمس، القاهرة، 2001، ص56.

³-وقد تناول فرانسيسكو سواريز مبدأ حسن النية في كتاباته، حيث خالص الى ان الالتزام بحسن النية انما هو امر متصل بالقانون الطبيعي الذي يفرض على الاطراف التحلي بمناقب الخير، والتخلي عن مثالب الشر، وان القانون الطبيعي هو مبدأ قانوني شائع وعادل ومستقر، وهي المبادئ التي اعلن عليها الاله وغرسها في نفوس الافراد ، المرجع نفسه، ص44-

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

القانونية بوجه عام، والتي تعددت فيها ادواره، الامر الذي ادى الى اختلاف المعنى المقصود منه، ولما تبوأَت المفاوضات التمهيدية مكانة لا تقل اهمية عن مرحلة ابرام العقد وتنفيذه، اصبح من المستقر عليه ايضا ان يسود مبدأ حسن النية مرحلة استجابة للمتطلبات التي تفرضها هذه المرحلة، ومن اجل الوقوف على مدلول حسن النية... بوجه عام، ثم دوره في مرحلة المفاوضات.

أ-تعريف مبدأ حسن النية

ان فكرة حسن النية تختلط فيها الاخلاق مع القانون، فهي نقطة اتصال وامتزاج بين القانون والاخلاق، مما يجعلها صعبة التحديد والتعريف، ويشوبها الغموض وعدم الدقة، لكون وحدة القياس في الاخلاق تختلف عن وحدة القياس في القانون¹.

لذا فقد اوجد الفقه القانوني تعريفات مختلفة لمبدأ حسن النية منها ان حسن النية في تكوين العقود هو:

"اقدام المتفاوضين او الراغبين بالتعاقد على هذه العملية على اساس من الثقة والاستقامة في التعامل والابتعاد عن اساليب الخداع والتحايل والتي من شأنها بث أو اشاعه جو من عدم الطمأنينة لدى الطرف الاخر"².

وعرفه البعض الاخر بانه: "التعامل بصدق وشرف مع الغير بصورة تبقي ممارسة الحق ضمن الغاية المقيدة والعادلة التي انشأ من اجلها، والتزام بها كل طرفي العقد بحيث لا

¹-علي احمد صالح، مرجع سابق، ص392.

²-بن أحمد صليحة، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات، رسالة لنيل شهادة الماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2006-2007، ص34.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

تؤدي هذه الممارسة الى الاضرار بالغير دون سبب مشروع، بل توصل كل ذي حق الى حقه بأمانة¹.

وهناك من عرفه بوجه عام بانه: "الاعتقاد بمراعاة جميع الشروط اللازمة لسلامة علاقة قانونية معينة².

وعرف ايضا بانه: "عنصر ذاتي يتعلق بالغير، فلا يبحث عنه خارج نطاقه، ويقصد به عدم علم الغير المخلص و النهائي والبات بالصفة الحقيقية للمتصرف"³.

كما انه يمكن ان نقيس حسن النية اعتمادا على النتائج التي تترتب على تصرف معين، وما ينتج عنها من اضرار للمنافع المقصودة من العقد او غايته، فقيام احد اطراف العقد بعمل ما من شأنه الغاء المنفعة المقصودة من العلاقة التعاقدية للطرف الاخر او الاضرار به، فان هذا الفعل يعتبر مخالفة لمبدأ حسن النية المتعارف عليه⁴.

وهكذا نجد بأن فكرة حسن النية لا تتضمن مدلولاً واحداً فهي تأتي تارة بالمفهوم الشخصي، وتارة اخرى بالمفهوم الموضوعي،

-المعيار الذاتي لحسن النية: ينظر هذا المعيار لذات الشخص ومصدر اتجاه نيته بحيث تكون نيته سليمة ولا ينوي اي ضرر بالغير، ويتجنب في نفس الوقت اي خطأ عمدي او غش او احتيال او تعسف في استعمال حق بسوء نية، وهذا الامر هو داخل الانسان لا يمكن التعرف عليه الا من خلال المعاملة المتكررة مع هذا الشخص، او من خلال تصرفات واشارات يقوم بها هذا الشخص، بحيث تتأثر مصالح الاخرين من هذه التصرفات والتي غالبا

¹-مصطفى خيضر نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة لنيل شهادة الماجستير، قانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، 2014/2013، ص55.

²-نوري حمد خاطر، عدنان إبراهيم سرحان، الأساس القانوني لالتزام المؤمن له في تقديم المعلومات، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول، 31/03/2007، ص309.

³-مصطفى خيضر نشمي، مرجع سابق، ص55.

⁴--مصطفى خيضر نشمي، مرجع سابق، ص56.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

ما تكون تصرفات سلبية تتمثل في طرح افكار غامضة اثناء سير المفاوضات، والدخول في مفاوضات مع الطرف الاخر وهو يعلم انه ليس لديه نية التعاقد، والسكوت عن الادلاء بمعلومات تؤثر في الوصول الى الاتفاق العقدي، او الانسحاب من المفاوضات عند التوقيع على العقد النهائي.

وبالتالي فكرة حسن النية بالمفهوم الشخصي تعني ذات الشخص المطلوب الحكم على تصرفاته، وفي هذه الحالة تعتبر فكرة حسن النية حالة نفسية او ذهنية، تتمثل في الجهل بواقعة معينة، او في الاعتقاد الخاطئ او المغلوط الذي يتولد في ذهن شخص ما¹.

-المعيار الموضوعي لحسن النية: يقصد به اتيان التصرف مع احكام القانون وقيم المجتمع واخلاقياته، ذلك ان القانون لا ينظر الى صحة التصرفات او عدم صحتها بناء على ما يعتقده المرء فيه، وانما اوجب لاعتبارها صحيحة ان تكون مقبولة في نظر القانون وقيم المجتمع، فليست العبرة بما يعتقده المرء في تصرفاته، اذ قد يعتقد انها صالحة في الوقت الذي تكون فيه غير ذلك بمنظار الحقيقة الموضوعية المنبثقة من راي القانون وضمير الجماعة، فهذا المعيار كما في المعيار الذاتي يجد اساسه في العدالة وقواعد الاخلاق، فيكتسي طابعا اخلاقيا بحتا، ، ذلك ان الاخلاق توصي الفرد بأن تكون تصرفاته متفقة ومنسجمة مع احكام القانون وقيم المجتمع، باعتبار قواعد القانون غالبا ما تكون مشبعة بالعنصر الاخلاقي، لان القانون متقدما ومتصلا بقواعد الاخلاق، وان هذا المعيار يشكل قاعدة للسلوك تتطلب من الشخص مراعاة النزاهة والامانة والاستقامة، وعدم الغش في المعاملات و ان يكون يقضا حريصا في تصرفاته حتى لا يضر بالآخرين، ذلك ان العدالة وقواعد الاخلاق كما لا تقرر بنية الاضرار بالغير (المعيار الذاتي) لا تقرر ايضا بالإهمال والتقصير (المعيار الموضوعي)².

¹-محمد حسين عبد العال، التنظيم القانوني للمفاوضات العقدية، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص122.

²-عبد المجيد قادري، مراد عمران، مرجع سابق، ص790.

الباب الأول: التأسيس القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

وبهذا المعنى فإن حسن النية في هذه الحالة يتخذ طابعاً موضوعياً لا شخصياً، يصبح كضابط أخلاقي للسلوك، يجري تقديره على نحو موضوعي مجرد، وفقاً للسلوك الحسن للشخص في المجتمع، ومن هنا يكون الشخص حين النية إذا سلك مسلكاً سوياً وهو مسلك الرجل العادي، ويكون سيء النية إذا ما سلك المسلك غير السوي في معاملاته مع الغير¹.

ب- صور حسن النية

تتخذ صور حسن النية في المفاوضات في العقود التجارية الدولية عموماً وعقد الإستثمار التكنولوجي خصوصاً صوراً كثيرة يصعب على الباحث حصرها، غير أنه يمكن في هذا المقام التمييز بين طائفتين من صور حسن النية، وهي تتعلق أساساً بتلك السلوكيات الإيجابية التي ينبغي على المتفاوض إتيانها أثناء سير المفاوضات، كأن يتناقش حول شروط العقد بجدية تامة واعتدال، وإن يبدي قدراً كبيراً للمحافظة على الأسرار والتعاون في سبيل انجاح المفاوضات.

فالالتزام بالجدية والاعتدال، يؤدي إلى إضفاء الثقة والأمان على المفاوضات ويقتضي ذلك أن يكون المتفاوض جاداً في الدخول في المفاوضات ومواصلتها، وإن يبدي اعتدالاً ومرونة في المواقف التي يتخذها، فالجدية تقتضي أن يكون لديهم نية حقيقة في الوصول إلى اتفاق، وعدم الجدية قد يظهر في أكثر من صورة في المفاوضات التي تسبق عقود الإستثمار التكنولوجي، فهناك عدم الجدية التي تستهدف التجسس، وهنا لا يكون ثمة نية لدى أحد الأطراف في التوصل إلى اتفاق، وقد تستهدف عدم الجدية تفويت الفرصة للتعاقد مع الغير بقصد الإضرار بالطرف المتعاقد معه².

وفي هذا السياق يذهب جانب من الفقه إلى القول بأن الالتزام بالجدية يفرض على كل متفاوض احترام العادات والأعراف المحلية أو الوطنية بشأن الصفقة موضوع التفاوض،

¹ - علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 393.

² - نبيل اسماعيل الشبلاق، مرجع سابق، ص 319.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

والتي تسري في نطاق كل مهنة أو حرفة أو تجارة أو صناعة لفرض الانضباط في المرحلة السابقة على إبرام العقد¹، أما الاعتدال يتجسد من خلال تبادل الاقتراحات والمناقشات بين الأطراف المتفاوضة، وإن يترك للطرف الآخر مهلة كافية للتأمل والدراسة والتفكير، فضلا عن ذلك فإن الالتزام بالاعتدال يستوجب أن تتم المفاوضات لكل شفافية وموضوعية، بعيدا عن الطرق التدليسية، وتعتمد إخفاء الحقائق، وعلى ذلك يرى بعض الخبراء في مجال استراتيجية واساليب ضرورة محاربة الانانية المفوضة التي تثقل على كاهل كل متفاوض في مواجهة الآخرين، والتي تقع الى تقديس مصلحة عليا على حساب مصلحة الأطراف المشتركة، وذلك من خلال العمل على تمكين الأطراف الأخرى من كل المعلومات التي تحتاجها لأغراض العملية².

ولما كنت المفاوضات في عقود الإستثمار التكنولوجي تدور حول مسائل ذات طابع فني أو تكنولوجي معقد بحيث يستلزم السير في المفاوضات وصولا الى اتفاق الكشف عن العديد من الاسرار بين الطرفين، وعادة ما يلجأ الطرفين للالتجاء الى ادراج الالتزام بالسرية المعلومات وعدم استغلالها وإفشائها، واللجوء الى مشاركة مسار المفاوضات من خلال التعاون بينهم، كان لابد من التزام الأطراف المتفاوضة ببذل كل الجهود لإزالة كل العقبات التي من شأنها أن تقف في طريق إبرام العقد، وهذا لا يتحقق الا اذا كانت المفاوضات يسودها جو من التعاون و عدم النية السيئة في افشاء الاسرار المتعلقة بالتكنولوجيا محل التفاوض، خاصة وان في هذه المرحلة لا يوجد عقد يلزم طالب التكنولوجيا في عدم افشاء ما اطلع عليه بل يبقى التزامه اخلاقي من الدرجة الاولى، خاضعا للقواعد العامة لذا وتبعاً لهذه الصعوبة فقد تم اللجوء الى الضمانات التي سبق وان اشرنا اليها.

¹ بلحاج الحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية (دراسة فقهية وقضائية مقارنة في ضوء القانون المدني الجزائري) ، ط.1، دار هومة، الجزائر، 2014، ص.150.

² -محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ط.1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006 ص.97.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

وبالنسبة للقانون الجزائري يحمي البيانات والاسرار الفنية، وكذا الاسرار التجارية والصناعية كبراءة الاختراع فضلا عن مهارات الفنية والخبرات التقنية المكتسبة التي يطلع عليها المتفاوضون في مرحلة التفاوض، وهي الاسرار المحمية مدنيا وجنائيا بشكل خاص، ذلك ان الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات او البيانات يمنع افشاء هذه الاسرار، كما يمنع استغلالها دون موافقة صاحبها¹.

ومثال عن ذلك، نجد ان طبيعة المفاوضات في عقد الترخيص مثلا تقتضي من المرخص ان يطلع المرخص له على جانب من اسرار المعرفة الفنية حتى يرغبه على التعاقد، وحتى يظهر له قيمة المعرفة الفنية التي سيتم الترخيص بها، وعادة ما يقوم الاطراف في هذه الحالة اللجوء الى ما سبقنا الاشارة اليه ضمانات، تضمن المحافظة على هذه الاسرار في حالة فشل المفاوضات ، وقد نصت المادة الثانية البند 16 من مجموعة مبادئ عقود التجارة الدولية التي اعتمدها المعهد الدولي للتوحيد القانون الخاص بروما عام 1994 بقولها: (يلتزم من يحصل على معلومة خلال المفاوضات بأن لا يفشي هذه المعلومة، او لا يستخدمها بطريقة غير سليمة في اغراضه الشخصية، ويستوي في ذلك ان يكون العد انعقد او لم ينعقد، ويترتب على الاخلال بهذا الالتزام تعويض كلما كان ذلك مناسبا، يشمل ما عاد على الطرف الاخر من نفع)²، ونصت المادة 2/107 من القانون المدني الجزائري: "لا يقتصر العقد على التزام بما ورد فيه فحسب، بل يتناول ايضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون المدني والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام"، بحيث يرى الدكتور بلحاج العربي ان من مستلزمات العقد في مرحلة التفاوض هي ضرورة الامتناع عن افشاء المعلومات السرية

¹ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص77.

² -سفة سفيان، المفاوضات في العقد الدولي لنقل التكنولوجيا، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة احمد دراية ، ادرار، 2012/2011، ص36.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

التي يطلع عليها المتفاوض اثناء سير العملية¹. وسنتطرق لهذا النوع من الالتزامات بنوع من التفصيل في الباب الثاني.

اما فيما يتعلق بالتعاون فيظهر هذا النوع من الالتزامات في كافة المراحل التعاقدية اي قبل مرحلة ابرام العقد وخلال تنفذه، غير انه ما يهمننا في هذا الشق هو كيفية تجسيده في المرحلة التفاوضية، فالمقصود بالتعاون هنا هو الالتزام بالقيام بالعديد من التصرفات من اجل ضمان السير الحسن للمفاوضات، كتنظيم مواعيد جلسات التفاوض واماكن انعقادها، فضلا عن الالتزام بحضور الجلسات دون تأخير أو تخلف، والاتفاق على تهيئة الظروف المناسبة لعمل فريق التفاوض، والذي يتكون عادة من خبراء في القانون والمحاسبة المالية... الخ حتى يتمكنوا من اداء وظائفهم على الوجه الاكمل².

ان المعيار المعتمد هنا للحكم على هاته السلوكيات هو معيار الرجل العادي المعتدل والمتوازن، والذي يهدف الى انجاح المفاوضات وعدم العودة الى الوراء بإثارة مسائل او موضوعات تم حسمها من قبل.

اما الصورة الثانية فقد تشكل مواقف سلبية يتعين على المتفاوض تركها في المعاملات التجارية، والتي تضفي على مسلك الطرف المتفاوض خلال مرحلة المفاوضات سوء النية، ومن ابرز هذه المواقف او التصرفات السلبية التي يتعين على المتفاوض تركها، محاولة معرفة بعض المعلومات عن التكنولوجيا محل التفاوض دون ان تكون له النية الصادقة والرغبة الجادة في التعاقد، وانما يكون هدفه مجرد معرفة بعض المعلومات عن الطرف الاخر الذي يتفاوض معه، فبعض المستثمرين يشرعون في المفاوضات لهدف واحد وهو جمع المعلومات التي قد تهمهم.

¹ -بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 131.

² -بلال عبد المطلب بدوي، مرجع سابق، ص 86.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

لذا يحرص مانحو التكنولوجيا على الا يزودوا طالبيها الا بمجرد الخطوط العريضة لمعلوماتهم السرية، والا قد يتعرض صاحب التكنولوجيا الى عدم اهتمام العميل المكتسب بالمشروع المقدم اليه، أو التسويف وإطالة امد المفاوضات مع العلم بصعوبة الوصول الى اتفاق، أو بإعادة طرح المسائل التي تم الاتفاق عليها دون سبب جدي او موضوعي مقبول، أو اثاره العقبات كرفع الثمن، أو السعر بطريقة جائرة تدفع الطرف الاخر الى الانسحاب من المفاوضات او استخدام وسائل غير مشروعة من شأنها اعاقه السير الطبيعي لعملية التفاوض، ويكفي الجزم بوجود سوء النية، وجود حالة من الغش والاكراه، ورفض احد الطرفين بصورة تعسفية لكل الاقتراحات التي يتقدم بها الطرف الاخر، كأن يقوم الطرف المتفاوض بتقديم عرض نهائي ويرفض مناقشة واجبار الطرف الاخر على قبول هذا العرض او تركه كلية.

وهذا المسلك يشكل انحرافا عن السلوك المعتاد للرجل العادي، كذلك تعد من قبيل سوء النية السلوكات الاستفزازية كالاستعلاء، وذلك بإشعار الطرف الاخر انه دخل في المفاوضات غير متكافئة، مما قد يتسبب في اصابته بالإحباط الشديد، والانسحاب من المفاوضات قبل نهايتها، وهذا ما نصت عليه المادة 10/3 من مبادئ العامة لعقود التجارة الدولية والتي جاء فيها: "يعتبر باطلا كل عقد يعطي ميزة زائدة وغير عادلة لطرف خصوصا من جراء استغلال الطرف الاخر بطريقة غير مشروعة، حالة الاحتياج او الضائقة الاقتصادية، او الحاجات المستعجلة او عدم التبصر، او الجهل او عدم القدرة على التفاوض مع الطرف الاول"¹.

وغيرها من السلوكات السلبية التي اذا ما اتاها احد الاطراف المتفاوضة اعتبر تصرفه مخالفا للقواعد العامة بسبب سوء نيته، وهي سلوكات لا يمكن احصائها او حصرها، لآكن مهما كثرت وتعددت هدفها واحد الا وهو الايقاع بالطرف المتفاوض او الربح على حسابه.

¹ -بوطالبة معمر، مرجع سابق، ص80، وعلي احمد صالح، مرجع سابق، ص394-395.

الباب الأول: التأسيس القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

وقد تعرضت المحكمة العليا فيس الولايات المتحدة الامريكية لهذه الصورة سنة 1952، في قضية NLRB.V.American National Ins.Co حيث خلصت المحكمة الى ان التفاوض الذي يستند الى فكرة take it or leave it اقبله كما هو أو ارفضه، يعد من قبيل التفاوض بسوء نية، اذا ما تضح ذلك من خلال الظروف المحيطة به¹.

2- علاقة حسن النية بالمرحلة السابقة على التعاقد وموقف القانون من تطبيقه

نتطرق في هذا الشق كما هو موضح في العنوان الى كل من علاقة مبدا حسن النية بالمفاوضات العقدية، وموقف الفقه القانوني ومختلف التشريعات من تطبيقه في مرحلة التفاوض على العقد.

أ- علاقة حسن النية بالمرحلة السابقة على التعاقد

نظرا لما ينطوي عليه عقد الاستثمار التكنولوجي من مخاطر وتكلفة مالية باهضة جعل من عملية التفاوض امرا مهما لا بد منه، غير ان هذه المفاوضات يشترط ان تكون مصحوبة بحسن النية، فهو وصف لصيق بالمفاوضات والاخلال به يؤدي الى فشل هذه المرحلة، وقيام المسؤولية في حال توافر شروط قيامها، وعلى العكس فالمفاوضات الصادقة بين اطراف العقد المنوي ابرامه والتي تتسم بحسن النية تؤدي الى ابرام عقد صحيح منتج لاثاره القانونية، بحيث يتحدد مركز كل طرف فيه ويتبين الالتزام الواقع عليه، كما ان المفاوضات لا تنتج اثارها الا بارتباطها بهذا الوصف .

وعليه فانه اذا قام كل طرف من اطراف التفاوض بإداء حسن النية تجاه الطرف الاخر، يؤدي ذلك اما لنجاح المفاوضات والانتقال لمرحلة ابرام العقد بشكل سليم، واما الى الاقتناع بان ابرام العقد سيعد قرارا فاشلا، وعلى الرغم من فشل هذه المرحلة في ظاهرها الا انها تعد نجاحا في باطنها كونها استبعدت خسائر او مشاكل كانت قد تقع مستقبلا.

¹ - بوطالبة معمر، مرجع سابق، ص 81.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

ب-موقف القانون من تطبيق حسن النية في مرحلة السابقة على التعاقد

قد ثار جدل واسع حول مدى التزام الأطراف بالتفاوض بحسن النية مع وجود اتفاق حوله من عدمه، وعلى مدى دلالة هذا الالتزام، ونلتمس من ذلك اختلافا واضحا في التشريعات، وسنعمد لإيضاح الموقف القانوني لجملة من تلك التشريعات، على ان نستعرض بداية ما يجري عليه العمل في بعض القوانين المقارنة والاتفاقيات الدولية.

-موقف القانون المقارن:

مبدأ حسن النية من المبادئ التي استقرت في جميع الانظمة القانونية، غير ان تطبيقه اثار مواقف مختلفة على مستوى القانون المقارن

-موقف القانون الفرنسي

يذهب القانون الفرنسي الى ان تطبيق مبدأ حسن النية يقتصر فقط على مرحلة تنفيذ العقد، ولا يمتد الى مرحلة التفاوض على العقد، حيث نص القانون المدني الفرنسي في المادة 1134/3: "الاتفاقات بالفعل يجب ان تكون منفذة بحسن النية"¹.

اما بالنسبة لمرحلة التفاوض على العقد، فلم يرد بشأنها نص في القانون المدني الفرنسي يفرض على الأطراف التفاوض بحسن نية، غير ان الفقه وبعض أحكام القضاء اتجه الى مبدأ حسن النية كضابط أخلاقي للسلوك يعتبر احد المبادئ العامة للقانون الوضعي، وان المادة 1134 والتي تشترط تنفيذ العقود بحسن نية ليست سوى تطبيق لمبدأ قانوني عام، لا يقتصر نطاقه على مرحلة تنفيذ العقد، بل يبدأ تطبيقه ومراعاته منذ بدء مرحلة التفاوض على العقد اي يمتد الى المرحلة السابقة على التعاقد².

¹بوطبالة معمر، مرجع سابق، ص82.

²-علي احمد صالح، مرجع سابق، ص398.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

وعليه يذهب الرأي الفقهي السائد في فرنسا الى الاعتراف صراحة بأن مبدأ حسن النية عند إبرام العقد، يفرض على المتعاقدين منذ لحظة بدء المفاوضات التمهيدية الالتزام ايجابيا بالصدق والأمانة ، واطلاع الآخر بكل دقة عن المعلومات التي من شأنها التأثير في قراره، وقد اصدر المشرع الفرنسي في 1989/12/31 ما يعرف (بقانون دوبان) والذي نظم من خلاله الالتزام بالإعلام، حيث كانت مراقبة تنفيذ الالتزام منوطة بالجهاز الحكومي، ثم أصبحت منوطة بالأطراف، واستنادا على ذلك القانون فان الالتزام يقع على عاتق مانح التكنولوجيا وحده باعتباره عارضا لها، ويكتفي ليفي بالتزامه مجرد البرهنة على قيمة المعرفة الفنية دون نقل التفاصيل التي تمكن المتلقي من استغلالها، ولا يشمل ذلك الالتزام الا المعلومات المتعلقة بعنصر المعرفة الفنية نظرا لطبيعتها السرية¹.

أما فيما يتعلق بالالتزام بالاعتدال والاستقامة، فلم يتردد القضاء الفرنسي بإقرار ذلك الالتزام، حيث اعتبر انه رغم حرية الدول عن المفاوضات الا ان القطع او العدول بصورة مفاجئة وغير مبررة للمفاوضات من جانب واحد بعد ان وصلت الى مرحلة متقدمة من التفاوض وقيام احد الاطراف بتنفيذ كافة طلبات الاخر، يعد سلوكا مخالفا لمقتضيات حسن النية في العلاقات التجارية الدولية².

ومن ابرز التطبيقات القضائية في مجال أعمال مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، ما قرره محكمة النقض الفرنسية في حكم لها، والذي انتهت من خلاله المحكمة

¹-وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص81.

²-صدر ذلك التطبيق في معرض القضية التالية: قام احد رجال الاعمال بالتفاوض الجاد مع موزع لمعدات امركية في فرنسا بهدف شراء هذه المعدات وعمل على تلبية كل طلبات الموزع، كما قام بزيارة للمصنع في امريكا على نفقته الخاصة، ويعد وصول المفاوضات لمرحلتها النهائية قام الموزع فجأة وبدون مبرر بانهاء المفاوضات، فجاء حكم محكمة النقض على ان ذلك التصرف يعد تعسفا في استعمال الحق موجبا للمسؤولية، هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية-دراسة مقارنة في القانون المصري والانجليزي، ط.1، دار النهضة العربية، 1998، ص28-29.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

الى ترتيب المسؤولية، وذلك تأسيسا على الإخلال بواجب الإعلام الذي يفرضه مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد¹.

وقد حسم المشرع الفرنسي هذا الامر بشكل قطعي بمقتضى التعديل الاخير للقانون المدني سنة 2016 حيث نصت المادة 1104 منه على انه:

Les contrats doivent être négociés formés et exécutés de bonne
foi. "cette disposition est d'ordre public"

بما يعني ان يتم العقد في تفاوضه وتكوينه وتنفيذه بحسن النية².

-موقف القانون المصري

اتجه المشرع المصري هو الآخر لنفس الاتجاه الذي سلكه المشرع الفرنسي، عندما نصت المادة 148 من القانون المدني المصري على انه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حين النية"، يبدو واضحا من خلال نص هذه المادة، ان المشرع المصري قصر نطاق تطبيق مبدأ حسن النية على مرحلة تنفيذ العقد، دون مرحلة

¹-تتلخص وقائع القضية في ان احد الاشخاص ابرم عقد ايجار تركيب وصيانة مواصلة تليفونية مع احدى الشركات، ودفع المشترك عربون ابرام العقد، غير انه عند لحظة توقيع العقد النهائي تمسك المشتركان الشركة المتعاقدة معه اخفت عليه الشروط الجائرة المتعلقة بالعقد وخاصة فيما يتعلق بالجزاء والمتمثل في دفع مبلغ مالي ضخم، ردت الشركة على هذا الدفع بامرين، اولهما ان السكوت او مجرد الكتمان لا يعتبر تدليسا ولا تنشأ عنه اية مسؤولية على عاتق الشركة، وثانيهما ان المشترك كان يجب ان يستعلم بنفسه عن هذه الشروط ومع ذلك فمن حقه الان عند جهله ان يتخلص من العقد مع فقد العربون، غير ان محكمة الموضوع قررت بانه حتى ولو كان المشترك قد علم لحظة توقيع العقد النهائي بهذه الشروط الجائرة، فان هذا العلم جاء متأخرا بحيث ان قراره في الاختيار بين ابرام العقد من عدمه مع خسارة العربون لم يعد قرارا صادرا عن رضا حر وسليم، ايدت محكمة النقض الفرنسية الحكم الصادر عن محكمة الموضوع، على اساس انه يحمي المتعاقد الذي يطلب منه تنفيذ تعهداته والتزاماته، دون ان يكون قد احيط علما بنطاق هذه التعهدات، ويبرر الفقه ذلك بمخالفة المتعاقد لمبدأ حسن النية، والذي يقتضي ان يقوم كل متعاقد بالإفشاء للمتعاقد الاخر بصدق وامانة، عن حقيقة التزاماته الناشئة عن العقد، علي احمد صالح، مرجع سابق، ص 399-400.

²-محمد حميداني، مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض وفقا لاحكام الامر 131-2016 المعدل للقانون الفرنسي، حوليات جامعة قلمة للعلوم الاجتماعية والانسانية، العدد 26، جوان 2019، ص 305.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

التفاوض عليه، غير ان الاتجاه الفقهي الغالب في مصر يرى ان الواقع العملي يقتضي فرض هذا الالتزام من باب اولى في مرحلة المفاوضات مسايرة للاتجاه الحديث في القانون المقارن¹.

غير ان هذا الاتجاه لم يستقر على أساس واحد يقوم عليه مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، وانما انقسم الى اربعة اراء، نجلها فيما يلي²:

ذهب الرأي الأول على انه يمكن تأسيس مبدأ حسن النية قبل التعاقد عن طريق امتداد مبدأ حسن النية من نطاق العقد الى نطاق ابرامه، وفقا لنص المادة 1/148 من القانون المدني المصري، ذلك ان هذه المادة لا يتحقق الغرض منها كما يجب قانونا، الا اذا كان العقد مبينا على حسن النية منذ البداية، اذ كيف يتم العقد بحسن نية والمتعاقدان قد ساءت نيتهم في المرحلة السابقة على التعاقد، فالعقد حسب منطق هذا الرأي إذ نشأ مريضا لا يمكن ان يستقيم فيما بعد.

بينما يؤسس الاتجاه الثاني مبدأ حسن النية قبل التعاقد على اساس نص المادة 2/123 من القانون المدني المصري والتي تنص على انه: "يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة، اذا ثبت ان المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة"، ويخلص اصحاب هذا الرأي الى ان نص هذه المادة يلزم المتعاقدين بضرورة الافصاح عن كل البيانات اللازمة، التي يكون لها تأثير على الرضا بالتعاقد، واعتبرت السكوت العمدي عن واقعة مؤثرة يعتبر تدليسا، ويعلق جانب من أصحاب هذا الرأي ان المشرع المصري قد عمم بهذا النص مبدأ حسن النية في نظرية الالتزام بوجه عام، ووضع مبدأ التعاون في مرحلة تكوين العقد، بحيث اصبح اساس التعاقد هو الثقة والتعاون المتبادل

¹-بوطبالة معمر، مرجع سابق، ص88.

²-علي احمد صالح، مرجع سابق، ص401-402.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

بين اطراف العقد بحسن النية، حيث تكون المفاوضات بهذا المنظور ساحة للتعامل بأمانة وشرف، وليس ساحة لأكاذيب والخداع.

اما الرأي الثالث فيؤسس مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد على نص المادة 2/150 من القانون المدني المصري المتعلقة بتفسير العقد والتي تنص على انه: "إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستشهاد في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي ان يتوافر من امانة وثقة بين المتعاقدین"، وعليه يرى اصحاب هذا الرأي انه يمكن استخلاص التزام قانوني يقع على عاتق الطرفين عند التفاوض على العقد، بضرورة توافر الامانة والثقة بين المتعاقدین، وان اهم مظاهر تلك الثقة ضرورة افصاح المتعاقد عن كل البيانات المتعلقة بالعقد المراد ابرامه، لتكوين رضا حر وسليم بالنسبة للمتعاقد الاخر.

اما الرأي الرابع فيؤسس مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد على نص المادة 419 من القانون المدني المصري والتي تنص على انه: "يجب ان يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا، ويعتبر العلم كافيا اذا اشتمل العقد على بيان المبيع ووصافه الاساسية بيانا يمكن من تعرفه"، من خلال نص هذه المادة يرى اصحاب هذا الاتجاه ان التزام البائع بإعلام المشتري قبل التعاقد، هو التزام عقدي يجد اساسه في عقد البيع ذاته، فيوجد هذا الالتزام اثناء عقد البيع ويستمر اثناء تنفيذه، وهو يلعب دورا حاسما في تنوير ارادة المشتري بكل تفاصيل وظروف التعاقد من حيث ملاءمة الشيء المبيع، وحسن الاستعمال للحصول على منافعه وتجنب اضراره، غير ان هذا الرأي ينتقد على اساس انه لا يمكن اعتبار التزام البائع بالإعلام هو التزام عقدي يستمد وجوده من العقد ذاته، بحكم ان العقد يبرم لم يبرم بعد، فكيف يوجد الالتزام قبل وجود مصدره.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

-موقف المشرع الجزائري

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد فرض مبدأ حسن النية على المرحلة التنفيذية للعقد حيث جعله التزاما أساسيا لها، دون التركيز على المرحلة السابقة على التعاقد، وهذا ما يتبين من خلال نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري-السالف الذكر - على أنه: " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية"، اما بالنسبة لمرحلة التفاوض على العقد فلا وجود لنص خاص يفرض صراحة الالتزام بالتفاوض بحسن نية، غير ان جانبا من الفقه الجزائري يذهب الى القول بأن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 107 من القانون المدني اشار ضمنيا الى وجود الالتزام بحسن النية في جميع مراحل العملية التعاقدية، سواء تعلق الامر بمرحلة تنفيذ العقد او مرحلة التفاوض على العقد¹.

وتماشيا مع هذا الاتجاه اشارت المحكمة العليا في قرار مشهور² لها بتاريخ 1999/10/24، بانه من المقرر قانونا ان يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية، غير انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك.

وكخلاصة لما تقدم فانه على الرغم من التطورات الحاصلة على مستوى المعاملات التجارية الدولية، والتي افرزت واقعا جديدا بالنسبة لطريقة تنظيم الاطراف لعلاقاتهم، لاسيما المرحلة التفاوضية على العقد، وفرض الالتزام بالتفاوض بحسن النية، الا ان التشريعات المقارنة لم تواكب هذا التطور، بحكم ان معظمها اقتصر تطبيق مبدأ حسن النية على مرحلة تنفيذ العقد دون مرحلة التفاوض ، وعليه فمبدأ حسن النية في حاجة ماسة واكيدة الى نص صريح خاص به يشمل المرحلتين معا، فالمرحلة السابقة لا تقل اهمية عن المرحلة التنفيذية

¹-بلحاج العربي، مرجع سابق، ص144.

²-المحكمة العليا الجزائرية، غ16/02/2000 ملف رقم 213691، م، ق، 2001، ع1، ص12.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

للعقد، بل واهم منها، لاسيما في عصرنا هذا، حتى تقوم العلاقات التعاقدية على نوع من التوازن يكفل لها النجاح وتلافي النزاعات التي قد تثور بشأنها، خاصة وانه قد اين تقدمت الحياة التعاقدية وتم استحواذ عقود جديدة كانت غير معروفة كالعقد الذي نحن بصددده، والتي تعتبر مرحلة المفاوضات فيه مرحلة مهمة لا يمكن الاستغناء عنا.

الفرع الثاني: اثر الإخلال بالاتفاقات السابقة على التعاقد

اذا اردنا معرفة النظام القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد يجب التسليم بأنها لا تنتهي إلا عند تكوين العقد، وقد جرت العادة على ان يميز بين المسائل التي تطرح في هذه المرحلة وتنتهي الى ابرام العقد، وتلك التي تطرح خلال هذه المرحلة ايضا ولم تؤدي الى اي عقد، في الحلة الاولى يقودنا مناقشة العقد الى فحص الاحداث والافعال التي جرت اثناء فترة المحادثات، وأما الثانية فان المشكلة ذات اهمية نظرا لأنها على قدر كبير من الحساسية، ذلك ان مجرد الدخول في المفاوضات يوجد وضعاً خاصاً بين الاطراف، اذ لا يعتبر احدهما من الغير بالنسبة للآخر، فبمجرد بدء المفاوضات يلقي عليهما التزامات خاصة -كما سبق وان اشرنا اليه- يتعين احترامها، ويقع المخالف لها تحت طائلة تحمل تبعة المسؤولية المدنية.

والمسؤولية في هذه الفترة تنقسم الى نوعين منها مسؤولية عقدية تقوم فيما لوكان هناك اتفاق تعاقدى ينظم مرحلة التفاوض، كاتفاق السرية مثلاً وتم خرقه، ومسؤولية تقصيرية تقوم عند الاخلال بالترام قانوني دون ان يكون لذلك الاتفاق وجود.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

أولاً: الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية في المرحلة السابقة على التعاقد

لقد اثارت مسألة تحديد طبيعة المسؤولية الناشئة عن الاخلال بمفاوضات عقود الإستثمار التكنولوجي جدلاً فقهيًا واسعاً¹، الأمر الذي انعكس على احكام القضاء وما تضمنته العديد من الاتفاقيات الدولية الخاصة بتنظيم المعاملات التجارية الدولية.

فالفقه التقليدي في عمومه يرد المسؤولية المترتبة في مرحلة المفاوضات الى فكرة الاتفاق الضمني الحاصل بمجرد اتجاه ارادة الافراد الى الدخول في المفاوضات،

وفي المقابل يذهب جانب من الفقه الحديث الى التمييز بين نوعين من المفاوضات، ويتعلق النوع الاول بالمفاوضات غير المصحوبة بعقد تفاوض والتي تقرر بشأنها المسؤولية التقصيرية، اما النوع الثاني فيتعلق بتلك المفاوضات المصحوبة بعقد تفاوض، حيث تتقرر بشأنها المسؤولية العقدية.

في حين يذهب جانب اخر من الفقه الحديث الى القول بأن المسؤولية في مرحلة المفاوضات هي دائماً مسؤولية عقدية.

وعليه سيتم في هذا الشق تناول كل موقف على حدا، وذلك على النحو التالي:

1-موقف الفقه التقليدي:

منذ ان بدأت تظهر اهمية التفاوض في مجال ابرام العقود عامة، وعقود التجارة الدولية خاصة، سعى الفقه الى محاولة البحث عن الحلول المناسبة لتحديد طبيعة المسؤولية، حيث ظهرت مجموعة من النظريات، حاولت كل نظرية وضع اساس لوجود المسؤولية خلال مرحلة تكوين العقد، لاسيما الفقه الالمانى والايطالى.

¹-مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص166.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

إن أهم النظريات التي تناولت مسألة تحديد طبيعة المسؤولية في مرحلة التفاوض على العقد هي نظرية الخطأ عن تكوين العقد، ونظرية التبعية العقدية، ونظرية المسؤولية الموضوعية.

أ- نظرية الخطأ عن تكوين العقد:

تعتبر نظرية الخطأ عن تكوين العقد من أهم وأشهر النظريات التي عالجت موضوع مسؤولية المفاوض في مرحلة المفاوضات، ويرجع الفضل في صياغة هذه النظرية الفقيه الألماني إهرينج الذي يرى أن المسؤولية المترتبة في المرحلة قبل التعاقدية هي طبيعة عقدية وليست تقصيرية، حيث يذهب إلى القول بوجود نوع من الاتفاق الضمني خلال هذه المرحلة¹، والذي ينشأ بمجرد دخول الأطراف في مباحثات أو مفاوضات وهذا الاتفاق الضمني يقتضي أن يلتزم كل طرف تجاه الطرف الآخر، بأن يتحمل نتائج الخطأ في مرحلة تكوين العقد، ففي هذه المرحلة يقع على عاتق الأطراف الرغبة في التعاقد التزامات معينة، كالالتزام بحسن النية في التصرف، وبذل العناية اللازمة واليقظة لإنجاح العملية التعاقدية².

ومنه قيام المسؤولية العقدية في مرحلة تكوين العقد، يقتضي حسب ما ذهب إليه إهرينج وجود خطأ عقدي، وهو في جوهره يشكل إخلالا بالتزام عقد ضمان أبرم ضمنا بين المتعاقدين، وتعهده فيه كل منهما أن يحافظ على سلامة العقد، أما فيما يتعلق بنطاق التعويض الذي يتحصل عليه الطرف المضرور بسبب خطأ المتعاقد الآخر، فيرى إهرينج أن التعويض في هذه الحالة، يقتصر فقط على التعويض عن المصلحة السلبية، و التي تشمل النفقات التي أنفقها المتعاقد المضرور من أجل إبرام العقد و لا تمتد إلى التعويض عن

¹ -بوطالة معمر، مرجع سابق، ص 91.

² -بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 364.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

المصلحة الايجابية، التي تعني حسب اهرينج، ما فات المتعاقد من كسب على فرض انه تم ابرام العقد، أو أن العقد لم يتقرر إبطاله¹.

من خلال هذا العرض الموجز لنظرية اهرينج، يمكن الوقوف على بعض مزايا و عيوب هذه النظرية، و ذلك على النحو التالي :

مزايا النظرية:

تتطوي نظرية الخطأ عند تكوين العقد على عدة مزايا ، فهي التي يرجع إليها الفضل، في إرساء قاعدة عدم جواز تجريد العقد الباطل من جميع آثاره ، ذلك البطلان حسب هذه النظرية ، يكون محدود الأثر ، بحيث يقتصر فقط على الركن أو الشرط الباطل فقط، فالمسؤولية قبل التعاقدية قد تقوم على العقد الباطل نفسه، كما يرجع الفضل الى هذه النظرية في ابتداع فكرة العقد الضمني ، أو الاتفاق الحاصل بين الأطراف بمجرد الدخول في المباحثات أو المفاوضات قبل ابرام العقد النهائي، و الذي يرتب التزاما أساسيا، و هو الالتزام بحسن النية، وأن الخطأ الحاصل في هذه المرحلة، و الذي يسبب ضررا للطرف الآخر، يقتصر فيه التعويض على المصلحة السلبية، دون المصلحة الايجابية.

عيوب النظرية :

على الرغم من الشهرة الواسعة التي حظيت بها هذه النظرية، وتأثر بعض التشريعات بها، لاسيما التشريع الألماني وجانب من الفقه الفرنسي، إلا أن هذه النظرية لم تسلم من النقد الشديد على نحو نال من فعاليتها، و شكك في سلامتها القانونية.

فمن ناحية أولى، فإن هذه النظرية تقوم على مجرد افتراض، و هو وجود اتفاق ضمني لا أصل له في الحقيقة، و من ثم لا يمكن الاستناد الى مجرد افتراض لتأسيس المسؤولية و فرض الالتزام .

¹ -بلحاج العربي، مرجع سابق، ص365.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

ومن ناحية أخرى، فإن جانباً من الفقه يذهب إلى القول، بأن التفرقة التي ابتدعها إيهرينغ بين المصلحة السلبية والمصلحة الإيجابية، ما هي في واقع الأمر إلا حيلة قانونية من أجل ترتيب آثار عقد باطل، هو أمر لا يتفق مع القواعد العامة و يصعب تبريره.

غير أن المأخذ الأساسي على هذه النظرية حسب جانب آخر من الفقه، هو أن الفقه عادة عندما يتناول مرحلة المفاوضات، يتناول هذه النظرية بالشرح والتحليل، و هذا تناول في غير محله، والحقيقة أن هذه النظرية ليست لها علاقة بمرحلة المفاوضات، أو بطبيعة المسؤولية عن قطع المفاوضات، فهي تتعلق فقط بمسألة التعويض عن بطلان العقد، والدليل على ذلك هو عنوان البحث ذاته، الذي تناول فيه إيهرينغ هذه النظرية (الخطأ عند تكوين العقد أو التعويض عن الاتفاقات الباطلة أو غير التامة)، وعليه يكون الفقه قد وسع مما ذهب إليه إيهرينغ نفسه.

2- نظرية التبعية العقدية

وتسمى كذلك بنظرية الخطأ العقدي، أو المخاطر Le risque contractuel ، والتي نادى بها الفقيه الألماني Windscheid، وحمل لوائها كل من Labbe و Josserand Saleiellles في فرنسا، وتقوم هذه النظرية على أن كل مقدم على التعاقد يتعين عليه أن يتحمل الاضرار الناجمة عن تبعة النشاط العقدي الذي قام به، أي كانت الأسباب التي عاقت قيام العقد، أو أدت إلى بطلانه، بل حتى ولو كانت هذه أسباب مجهولة تماماً منه، لكون النشاط التعاقدي يتضمن أخطار عديدة قد تلحق ضرراً بالأطراف القائمة به، ومن ثم يتعين على الطرف البادئ بالنشاط التعاقدي، بمجرد حدوث ضرر منه¹.

¹ - فطيمة زهرة عبد العزيز، أساس المسؤولية المدنية المترتبة عن المفاوضات قبل التعاقد، مجلة الرسالة للدراسات والبحوث الإنسانية، المجلد 06، العدد 01، جامعة العربي التبسي، تبسة، مارس 2021، ص ص 25-36.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

غير أن الطرف البادئ بالنشاط التعاقدى، يستطيع أن يدفع عن نفسه المسؤولية، بإثبات أن ذلك الضرر ناشئ بسبب الطرف الآخر، وذلك بمضيه في التعاقد مع علمه باستحالة موضوع العقد، أو إهماله النصيحة، أو عدم حيطة¹.

وتجدر الإشارة هنا، إلى أن نظرية التبعية العقدية، عرفت انتشارا واسعا، وكان لها وقع كبير على كثير من التشريعات الحديثة، منها على سبيل المثال التشريع المدني الألماني، و الذي تأثرا كثيرا بنظرية إهرينج في المادة 122 منه، إلا أنه أقام المسؤولية في الحالات الواردة في المادة 122، على فكرة تحمل التبعية العقدية².

كما أخذ بهذه النظرية كذلك قانون العمل الجزائري، فيما يتعلق بالتعويض عن حوادث العمل، حيث صدر قانون التعويض عن حوادث العمل، و أقام المسؤولية فيه على أساس تحمل التبعية العقدية³.

ان نظرية التبعية العقدية كغيرها من النظريات الأخرى، تتطوي على عدة مزايا و عدة عيوب.

مزايا النظرية :

إن الأخذ بنظرية التبعية العقدية، يؤدي بلا شك إلى توفير حماية أكيدة للطرف المضرور، ذلك أن المسؤولية تنقرر في حالة وجود الضرر، دون اشتراط الخطأ، بحكم أن الضرر غالبا ما يكون ماديا، ومن ثم يسهل إثباته⁴.

¹- محمد حسام لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، د.ط، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 1995، ص46

²- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص234.

³- ففي الجزائر صدر قانون التعويض عن حوادث العمل في سنة 1972 و اقام المسؤولية فيه على اساس تحمل التبعية العقدية، ولم يعف من المسؤولية جزئيا الا باثبات خطأ ارتكبه العامل بدون مبرر، علي علي سليمان، مرجع سابق، ص160.

⁴- بوطباله معمر، مرجع سابق، ص93.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

عيوب النظرية:

بالرغم من الحماية القانونية التي يوفرها الأخذ بنظرية التبعية العقدية للطرف المضرور، إلا أن هذه النظرية تنطوي على العديد من العيوب، ذلك أنها تنطلق من اعتقاد خاطئ مؤداه أن البادئ بالنشاط التعاقدى يتحمل تبعية نشاطه، وعليه وحده تقع المسؤولية باعتبار أنه هو الموجب، غير أن الواقع بجانب ذلك، يحكم أن البادئ بالنشاط التعاقدى ليس هو الموجب بالضرورة، ذلك أن الأدوار قد تتقلب، فالطرف الذي يقدم العرض الأول قد يصبح هو القابل، ويصبح الذي تلقى العرض هو الموجب، كما هو الحال في عقد المكالمة، فمتلقي الإيجاب يصبح موجبا عندما يتقدم بعطاءه.

ومن جانب آخر، فإن الأخذ بفكرة أن البادئ بالنشاط التعاقدى، هو الذي يتحمل تبعة نشاطه التعاقدى، يؤدي في مجال مفاوضات عقود التجارة الدولية، إلى عزوف الأطراف الراغبة في التعاقد، أو الامتناع عن الدخول في المفاوضات، ذلك أن الطرف المبادر بالتفاوض، بمجرد علمه بأنه سيتحمل تبعة هذه المبادرة باعتباره البادئ في النشاط التعاقدى، أي كل النتائج الضارة المترتبة عن فشل المفاوضات، حتى وإن لم يكن مخطئا، وهذا أمر غير مستساغ، ولا يخدم تطور المعاملات التجارية الدولية.

3- نظرية المسؤولية الموضوعية

من أشهر النظريات التي عالجت موضوع المسؤولية في مرحلة المفاوضات بشكل مباشر وصريح في الفقه الإيطالي، نادى بها المستشار الإيطالي غابريال فاجيلا Gabriel Fajella، حيث ذهب فاجيلا من أجل توضيح فكرته، إلى القول بأن الطرفين المتفاوضين يمران بثلاث مراحل متتابعة تتميز كل مرحلة عن الأخرى بخصائص معينة¹.

¹ - فطيمة زهرة عبد العزيز، مرجع سابق، ص 25-36.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

فالمرحلة الاولى حسب فاجيلا، هي مرحلة المفاوضات التمهيدية التي تسبق ابرام الصفقات الهامة و المركبة ، حيث تدخل الأطراف المتفاوضة في المفاوضات ، بهدف التوصل إلى إتفاق حول شروط الصفقة المزمع إبرامها، و يتم ذلك بواسطة تبادل الآراء و المناقشة،و تقديم العروض و العروض المضادة، فلا شيء بات ولا شيء محدد في هذه المرحلة، و متى توصلت الأطراف الى اتفاق معين بشأن مسألة معينة أو عدة مسائل، يفرغ ذلك في اتفاقات ظرفية متلاحقة، لا تصل الى مرتبة العقد النهائي، و لا تلزم الأطراف المتفاوضة.

أما المرحلة الثانية حسب ما ذهب اليه فاجيلا، فهي المرحلة الوسطى ، و يسميها بمرحلة صياغة الإيجاب ، حيث يتم خلالها جمع الجزئيات التي تم الاتفاق عليها من اجل صياغة مشروع العقد النهائي استعدادا لتوجيهه الى الطرف الاخر في شكل ايجاب نهائي للعقد وبناء عليه يتقدم كل طرف الى طاولة المفاوضات ومعه تصوره الخاص للعقد المزمع ابرامه مستقبلا.

أما المرحلة الثالثة والاخيرة، وهي مرحلة تصدير الإيجاب، فيتم فيها اتخاذ القرار الحاسم والنهائي من قبل أحد الطرفين بصياغة الإيجاب، ومن ثم يقوم بتصديره للطرف الآخر، عن إرادة باتة ونهائية في التعاقد.

يخلص فاجيلا من خلال هذا التقسيم، إلى أن لكل مرحلة من هذه المراحل الثلاث قبل العقدية قيمة قانونية حقيقية، و يترتب على كل مرحلة آثار قانونية معينة لذلك، و يعترف فاجيلا بإمكانية قيام المسؤولية في الفترة قبل العقدية، أي في مرحلة المفاوضات، وهذه المسؤولية لا تؤسس على اهمال أو خطأ من عدل عن الإيجاب، بل انها مسؤولية مفترضة¹.

¹-علي احمد صالح، مرجع السابق، ص من 646 الى 651.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

أما الأساس الذي يستند إليه فاجيلا لقيام المسؤولية قبل التعاقدية، فهو فكرة الضمان القانوني، و المتمثل في واقعة القبول الإرادي بالدخول في المفاوضات، فبمجرد حصول هذا القبول، ينشأ ضمان قانوني يلتزم بمقتضاه كل طرف بعدم الانسحاب من المفاوضات، دون الاستناد على أي مبرر جدي أو موضوعي¹.

أما بالنسبة للتعويض عن الأضرار التي تلحق الطرف المضرور في مرحلة التفاوض على العقد، فيقتصر نطاقه و حسب فاجيلا، على النفقات التي أنفقها المضرور منذ بدء المفاوضات، من أجل الإعداد و التحضير للعقد المزمع إبرامه، مثل نفقات إعداد الدراسات الأولية، و نفقات الإقامة والنقل، وغيرها من النفقات التي تتطلبها عملية التفاوض².

ان نظرية فاجيلا كغيرها من النظريات الأخرى، تنطوي على بعض المزايا، كما تنطوي على بعض العيوب.

مزايا النظرية:

لقد أضفت نظرية فاجيلا على المفاوضات قيمة قانونية حقيقية، فالمفاوضات ليست مجرد أعمال مادية لا أثر لها، وإنما هي واقعة قانونية يحميها القانون، و يرتب عليها آثارا إيجابية، وهي قيام المسؤولية في حالة الانسحاب التعسفي من المفاوضات، وأن أساس وجود هذه المسؤولية هو الرضا المتبادل بين الطرفين، بالدخول في المفاوضات سواء وقع ذلك صراحة أو ضمنا، والذي يقتضي عدم قطع المفاوضات أو الانسحاب منها، دون الاستناد في ذلك إلى أسباب جدية أو موضوعية³.

¹- علي احمد صالح، مرجع سابق، ص 656.

²- ومثال الاسباب الاقتصادية التي تدفع احد الاطراف الى الانسحاب من المفاوضات هو تلقيه عروض اخرى اكثر نفعا له من تلك التي عرضها عليه الطرف الاخر، وكان الطرف المقابل قد رفض تقديم نفس المزايا المعروضة عليه من الطرف الاخر، فان هذا الانسحاب في مثل هذه الحالة لا يعد من قبيل الانسحاب التعسفي لان مصلحته الاقتصادية تقضي ذلك، وهو امر مشروع في التعامل التجاري الدولي، محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص 50.

³- علي احمد صالح، مرجع سابق، ص 657.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

عيوب النظرية :

لم تسلم نظرية فاجيلا هي الأخرى من النقد، حيث يعاب عليها أنها جاءت بتقسيم ثلاثي لمراحل العقد، وهذا التقسيم يفتقر الى الدقة، بل و يتعارض مع الواقع، و يثير مشكلات عملية عدة.

كما يعاب أيضا على هذه النظرية، أنها تستند في إقامة المسؤولية في مرحلة التفاوض على العقد، إلى فكرة الضمان القانوني، والذي يلزم الأطراف المتفاوضة بعدم الانسحاب من المفاوضات دون مبرر جدي أو موضوعي، وفكرة الضمان حسب ما يذهب إليه جانب من الفقه، هي فكرة وهمية تفتقر إلى الأساس القانوني السليم، ذلك أن الالتزام القانوني لا ينشأ إلا بنص خاص يقرره القانون، وليس هناك نص قانوني خاص، ينشئ التزاما بالضمان في مرحلة التفاوض على العقد¹.

كما يعاب أيضا على نظرية فاجيلا، أنها أخذت بمعيار غير محدد عند محاولتها التفرقة بين الانسحاب التعسفي، والانسحاب غير التعسفي، وهو معيار المصلحة الاقتصادية، ذلك أن الأخذ بمثل هذا المعيار، من شأنه أن يؤدي إلى انتقاء المسؤولية كلية في مرحلة المفاوضات على العقد، فالراغب في الانسحاب من المفاوضات، يستطيع إيجاد المبررات استنادا إلى معيار المصلحة الاقتصادية، كأن يحتج مثلا مبررا انسحابه بأن الشروط المعروضة عليه لا تتفق، أو تحقق مصلحته الاقتصادية، كما أن هذا المعيار يمنح القاضي سلطة واسعة للتقدير².

غير أنه، وبالرغم من الانتقادات الشديدة التي وجهت إلى هذه النظرية، إلا أنها يرجع إليها الفضل في إعطاء مضمون جديد للمفاوضات، بحيث أضفت عليها قيمة قانونية،

¹- بوطالة معمر، مرجع سابق، ص 95.

²- علي علي صالح، مرجع سابق، ص 671.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

منشؤها الرضا المتبادل بين الطرفين بالدخول في المفاوضات، و من ثم لم تعد المفاوضات مجرد أعمال مادية لا أثر لها.

2-موقف الفقه الحديث

يفرق الفقه الحديث بين صورتين من المفاوضات، مفاوضات غير مصحوبة بعقد تفاوض وفي هذه الحالة تكون المسؤولية تقصيرية، ومفاوضات مصحوبة بعقد تفاوض وتكون المسؤولية المترتبة انذاك مسؤولية عقدية، وعليه فسننتقل الى كل من هاذين الصورتين على النحو الاتي:

أ-المفاوضات غير المصحوبة بعقد تفاوض:

وهي تلك المفاوضات التي تجري بين الطرفين المتفاوضين، دون أن يكون بينهما اتفاق صريح ينظم عملية التفاوض، وهي الصورة الغالبة في المفاوضات التي تنصب على صفقات بسيطة، حيث تقوم الأطراف بالدخول في المفاوضات مباشرة دون وضع تنظيم اتفاقي ينظم عملية التفاوض، ويحدث هذا على وجه الخصوص في العقود ذات القيمة المالية القليلة و غير المعقدة¹، وهذا أمر نادر في عقود الإستثمار التكنولوجي فانه في هذه الحالة تكون القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية هي الضابط لهذه المرحلة².

وهنا بالضبط تكمن المشكلة الحقيقية محل الدراسة، حيث لا يوجد نص قانوني ينظم العلاقة بين الطرفين المتفاوضين، زيادة على عدم وجود عقد تفاوض ينظم عملية التفاوض، لهذا يثور التساؤل في هذه الحالة بالذات عن القيمة القانونية لمثل هذه المفاوضات المفتوحة، فهل تقلت هذه المفاوضات من رقابة القانون؟.

¹-بوطالة معمر، مرجع سابق، ص186

²-مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص167

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

وبناء على ان المسؤولية التقصيرية هي تلك المسؤولية التي تنشأ عن الاخلال بالتزام وذلك بتعويض الضرر الذي نشأ دون وجود علاقة عقدية بين المسؤول عن هذا الضرر و بين المضرور¹، يمكن إسقاط ذلك على مرحلة التفاوض فتقوم المسؤولية التقصيرية للمتفاوض في مرحلة المفاوضات، اذ ما وقع من احد الطرفين خطأ تقصيري اثناء فترة المفاوضات، والحق هذا الخطأ صررا بالطرف الاخر².

ب- المفاوضات المصحوبة بعقد تفاوض

هي تلك المفاوضات التي يتفق الأطراف قبل الدخول فيها بإبرام عقد صريح على التفاوض من اجل إبرام عقد معين، حيث يتضمن هذا العقد او الاتفاق تنظيم العلاقة بين الطرفين اثناء مرحلة التفاوض، و تحديد و رسم المسالك الإجرائية لها منذ لحظة بدئها إلى لحظة انتهائها، وذلك من اجل التوفيق بين عامل حرية المفاوضات وبين عمل أمن المفاوضات، فيحرص كل طرف على ان يتم التفاوض بناء على عقد تفاوض³، ليحكم

¹- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري مصادر الالتزام- الواقعة القانونية (العقد والإرادة المنفردة)، ج.2، ط.1، دار الهدى، الجزائر، 2004، ص34.

²- على احمد صالح، مرجع سابق، ص658.

³- ويسميه البعض باتفاق المبدأ وهي التسمية الشائعة له، والحكمة من هذا المصطلح يكشف على ان العقد ينظم من حيث المبدأ انعقاد عقد محتمل، غير ان هذه التسمية قد تتسع في بعض الحالات حيث لا يقتصر على مجرد اعتبار اتفاق لتنظيم المفاوضات، وانما قد يشكل في حالات اخرى اتفاقا مرحليا يتخلل المفاوضات، ويهدف الى صياغة المسائل التي توصلت الأطراف للاتفاق عليها، ويعتبر عقد التفاوض إحدى الوسائل الاتفاقية التي تلجأ إليها الأطراف المتفاوضة، من أجل تأمين المفاوضات ضد المخاطر التي قد تحدث بها، كما يعد عقد التفاوض من أهم وسائل تفسير العقد و إثبات وجوده، وبوطالة معمر المرجع السابق، ص24 وعرف على انه: "عقد يلتزم بمقتضاه كل طرف في مواجهة الطرف الاخر بالدخول في المفاوضات لإبرام عقد لاحق لمتحدد بعد شروطه وعناصره الاساسية او الثانوية"، محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدية، د.ط، دار النهضة العربية، 1995، ص11.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

العلاقة التفاوضية بينهما، بحيث اذا ما اخل احد المتفاوضين بالتزاماته الناشئة عن عقد التفاوض فانه يكون مسؤولا مسؤولية عقدية¹.

ومنه متى وجدت اتفاقات بين المستثمر وطالب الاستثمار في المرحلة التفاوضية، فان المسؤولية الناشئة عن الاخلال بالالتزامات التفاوضية هي مسؤولية عقدية، تكون قائمة على عدم احترام عقد التفاوض وعدم الالتزام به، وليس عقد الاستثمار التكنولوجي ذاته والذي يتم التفاوض بشأنه، وقد ازدادت هذه الصورة من المفاوضات في العصر الحديث لا سيما فيما يتعلق بالمفاوضات ذات الصفقات الهامة كما هو الشأن في الاستثمارات التكنولوجية.

وترتبا على ما تقدم، فإن المفاوضات المصحوبة بعقد تفاوض في نظر جانب من الفقه الحديث، تتحول في هذه الحالة من مجرد عمل مادي غير ملزم إلى تصرف قانوني ملزم، وبالتالي تتغير طبيعة المسؤولية، من مسؤولية تقصيرية إلى مسؤولية عقدية، وذلك عند الإخلال بالالتزامات التي يترتبها عقد التفاوض سواء كان ذلك قبل إبرام العقد النهائي، أو حتى في حالة فشل المفاوضات و عدم التوصل الى ابرام العقد النهائي².

اما عن موقف المشرع الجزائري، فلم يورد أي نص قانوني يحكم مرحلة المفاوضات قبل العقدية، ولم يهتم بهذه المرحلة تاركا للفقه والقضاء مهمة البحث لإيجاد حلول مناسبة في ضوء القواعد العامة، على عكس المرحل التالية على ابرام العقد، اذ نجد كل نصوص التقنين المدني الجزائري انصبت على تنفيذ كل طرف في العقد لالتزاماته التعاقدية، وكذا المسؤولية المترتبة على الاخلال بهذه الالتزامات، فنجد المادة 107 من القانون المدني الجزائري تنص على انه: " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية".

¹- فطيمة زهرة عبد العزيز، مرجع سابق، ص 25-36.

²- بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 381.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

وعليه ذهب جانب من الفقه الجزائري، بأن المفاوضات غير المصحوبة بعقد تفاوض في القانون الجزائري، تعد عملا ماديا وليس تصرفا قانونيا، و لا يترتب عن العدول أو الانسحاب من المفاوضات أي أثر، إلا إذا كان هذا العدول قد صاحبه خطأ مستقل من أحد المتفاوضين، أدى إلى إلحاق الضرر بالمتفاوض معه، ففي مثل هذه الحالة نكون بصدد قيام المسؤولية التقصيرية إذا توافرت شروطها¹، أما تلك المصحوبة بعقد تفاوض، شأنه في ذلك شأن نظيره المصري الذي يعترف بعقد التفاوض خاصة الصريح منه، ويعتبر بأن عقد التفاوض ينشئ على عاتق الطرفين التزاما عقديا بالتفاوض، ويستوجب تنفيذه مع ما يوجبه حسن النية طبقا لأحكام نص المادة وهو نفس موقف الفقه والقضاء الفرنسي الذي اعتبر هو الآخر المفاوضات المصحوبة بعقد تفاوض سواء الصريح أو الضمني منه الى ترتيب المسؤولية العقدية وليست المسؤولية التقصيرية².

3-الخيرة بين المسؤولية التقصيرية والعقدية:

قد يشكل الفعل الضار للمتفاوض والذي هو أساس قيام مسؤوليته المدنية في وقت واحد خطأ عقديا وتقصيريا، بمعنى آخر قد تجتمع كل من المسؤولية العقدية والتقصيرية في الفعل الضار الواحد، وهو امر وارد جدا في مرحلة مفاوضات عقود الإستثمار التكنولوجي، فمثلا لو قام طرف (س) بالتفاوض مع الطرف (ج) حول عقد الإستثمار التكنولوجي وكان الطرف (س) غير جاد في التفاوض انما يستقصد اطالة امد المفاوضات ليمنع طرف (ج) من التعاقد مع طرف (د) وبنفس الوقت كان هناك اتفاق تعاقدى لتنظيم عملية التفاوض بين (س) و (ج) فهنا يمكن اثاره المسؤولية التقصيرية والعقدية معا، الا ان موقف القضاء لم يكن ثابتا حيال ذلك، ولا يتسع المجال الآن لبحثها تفصيلا، وانما يكفي ان نشير الى محكمة النقض المصرية والفرنسية قد انتهت الى عدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين الا اذا كان

¹- علي احمد صالح، مرجع سابق، ص 681 الى 685.

²- المرجع نفسه، ص 723، 726، 727.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

الاخلال بالالتزام العقدي يكون جريمة او يعتبر غشا او خطأ جسيماً، وعلى هذا الاساس فليس امام ضحية الخطأ العقدي الا دعوى المسؤولية العقدية من حيث المبدأ، فإذا كان الخطأ العقدي يشكل جريمة او خطأ جسيماً كان للضحية حق الاختيار بين دعوى المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية¹.

وعليه اذا كان الفعل الضار للمتفاوض يشكل خطأ عقدياً وتقصيراً في ذات الوقت، فان الاصل الا يجوز للمتفاوض المضروب الاختيار بين المسؤوليتين وانما يتعين عليه ان يسلك في رجوعه على المتفاوض المسؤول طريق المسؤولية العقدية وحده، ولا يجوز له اللجوء إلى طريق دعوى المسؤولية التقصيرية حتى ولو كانت هذه الأخيرة في صالحه، أما إذا كان الفعل الضار للمتفاوض يكون جريمة او غشا او خطأ جسيماً فان المتفاوض المضروب حق الاختيار بين أن يسلك طريق دعوى المسؤولية العقدية او طريق المسؤولية التقصيرية².

وخلاصة القول فان المسؤولية الناتجة عن الخطأ في مرحلة التفاوض تكون إما عقدية أو تقصيرية، والرأي الراجح هو ما ذهب إليه الفقه الحديث، ومنه ففي حالة وجود عقد تفاوض فان المسؤولية الإخلال بالالتزامات التي ينظمها هذا العقد تعتبر مسؤولية عقدية، أما في حالة عدم وجود عقد تفاوض تكون المسؤولية التقصيرية وتخضع لأحكام هذه الأخيرة.

ثانياً: نهاية عملية التفاوض:

تنتهي المفاوضات بأحد الأمرين لا ثالث لهما، إما ان تفشل تلك المفاوضات وتقف عند حد ما، وإما أن تكمل بإبرام العقد.

¹- فطيمة زهرة عبد العزيز، المرجع السابق، ص 25-35.

²- علي احد صالح، المرجع السابق، ص 173.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

1- نجاح المفاوضات

إذا نجحت المفاوضات التمهيدية والمباحثات ومساعي الاتفاق، وأسفرت عن اتفاق الأطراف بأن كشف المستثمر عن عناصر التكنولوجيا وكيفية استخدامها وما تؤدي إليه من نتائج، واطمئنان طالب الاستثمار إلى التكنولوجيا المقدمة والتي ينبغي الحصول عليها لتحقيق ما يصبو إليه، فإن الطرفين ينتقلان لمرحلة إبرام العقد وصياغة بنوده وتحديد التزامات كل طرف، ومواعيد التنفيذ، والجزاء المترتبة على صور الإخلال المختلفة وكيفية تسوية المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد¹، وهي النهاية الطبيعية للمفاوضات .

2- حالة فشل المفاوضات

قد تنتهي المفاوضات دون أن تقضي إلى إبرام العقد، لسبب يعود إلى أحد الطرفين أو كلاهما، كما قد تكشف مرحلة التفاوض بين المستثمر وطالب الاستثمار على إبرام عقد الاستثمار التكنولوجي عن مواضع خلاف في بعض البنود يتعذر التوصل بشأنها إلى حل بسيط، وهذا يعني انتهاء المفاوضات باتفاق الطرفين، ذلك أن التفاوض لا يؤدي إلى نجاح النتائج، فقد تظهر عقبات تؤدي إلى فشل المفاوضات، وتقف عند حد معين دون إبرام العقد، وبالتالي الانسحاب من المفاوضة (إلى حل أو طرف بديل).

¹ -تجدر الإشارة إلى أن نجاح المفاوضات لا يعني أنها مثالية تماما لأحد الطرفين أو لكليهما، إذ يلمس في المفاوضات الحية، وفيما يتعلق ببعض الشروط الرئيسية تراجع في موقف أحد المتفاوضين بحيث يعكس مركزا مفيدا دون أن يكون هو المركز المأمول ومع ذلك تبقى الشروط مقبولة للأهداف النهائية لذلك التفاوض، كما قد ينشأ من جهة أخرى تعارض مباشر بين المتفاوضين حول شرط معين، ويظهر أن التوفيق حوله مستحيل إلا أن ذلك الشرط ليس مهما تماما لذلك الطرف، فيقبل أن يأخذ مركزا غير مفيد إلا أنه مقبول في سياق مركزه من الشروط الرئيسية الأخرى. وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص 97

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

والانسحاب من التفاوض لا يقيم في مثل تلك الظروف على انه فشل، بل ان صح القول انه فشل من نوع خاص بمعنى (فشل يعني النجاح)¹، وبالتالي قطع المفاوضات، فلكل متفاوض الحرية في انهاء المفاوضات، دون اجبار الاخر على المضي فيها، ولا يكون هناك مجال رجوع احدهما على الاخر بأي تعويضات مدام لا يوجد اي تعسف او سوء نية له، وكان اسنحابة لمجرد عدم ملائمة الشروط المقدمة من احدهم، اما في حالة كان الانسحاب من المفاوضات يرجع لطرق ملتوية وسوء النية المترتبة لاحد هم هنا تقوم المسؤولية المدنية الناجمة عن الاخلال بالمرحلة التفاوضية التي سبق وان اشرنا اليها.

المبحث الثاني: مرحلة إبرام العقد

بعد الانتهاء من المفاوضات الاولى بين المتعاقدين، والاتفاق على جميع التفاصيل - سواء ما كان منها متعلقا بالأمور الفنية او القانونية-، تليها مرحلة اخرى مهمة وهي مرحلة التعاقد، او ابرام العقد، والتي يتم من خلالها ترجمة استراتيجية أطرافه كما عبروا عنها في الفترة السابقة لإبرامه، و بناء العقد في صورته النهائية الملزمة وتوقيعه ليصبح نافذا منتجا لإثاره القانونية.

وقد ذكرنا في المبحث السابق ان مرحلة ما قبل التعاقد غالبا ما تكون معقدة ومشحونة بالاتصالات والمقابلات بين الطرفين، وتبادل المذكرات وغيرها من الوثائق والمستندات، الا انه في هذه المرحلة يتم تجسيد جميع تلك الاتفاقات بصورة موثقة وتطبيقها من خلال العقد، اين يتم تحرير العقد وصياغته بالطريقة المتفق عليها، ووفق الشروط المنصوص عليها قانونا.

¹- لأنه اذا وجد فريق التفاوض ان المفاوضات لن تتجح بدون التضحية بالأهداف الهامة، او تحقيق الحد الأدنى للمراكز المتفاوضة، فان القرار في استمرار التفاوض يمثل تلك الظروف حتى الاختتام بالعقد سيعد قرارا فاشلا.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الاستثمار التكنولوجي

المطلب الأول: الشروط الموضوعية لإبرام عقد الاستثمار التكنولوجي

يقوم العقد بحسب الفقه القانوني عموماً على ثلاثة أركان موضوعية هي: التراضي، السبب، والمحل، ولا يختلف عقد الاستثمار التكنولوجي عن غيره من العقود الأخرى من حيث وجوب توافر تلك الأركان لقيامه صحيحاً، وسيقتصر نطاق هذا البحث على الجانب الذي ينفرد به عقد الاستثمار التكنولوجي وحده، وفي الحدود التي تستدعي البحث، حيث ثمة أحكام عامة وإن كانت تتصل بهذا العقد إلا أنه لا يوجد فيها ما يتطلب البحث، مما سيجعل من استعراضها تكراراً قليل الجدوى، ونذكر من بينها عيوب الإرادة ومسألة التعبير عنها، وأحكام الأهلية فيما يخص التراضي¹، كذلك سبب الالتزام وشروط صحته²، وغيره من الأمور المتعلقة بهاته الأركان التي لا تعدو أن تكون تطبيقاً للقواعد العامة.

غير أنه مدام عقد الاستثمار التكنولوجي ينصب على محل ذو طبيعة خاصة تجعله يختلف عن بقية العقود كان من الضروري التركيز على هذا الركن من الزاوية التطبيقية له، نظراً للحدث النسبية التي يتمتع بها، وباعتباره النواة القانونية للعملية الاقتصادية التي يمكن تحقيقها بواسطة العقد، جعل أمر الاهتمام بمحل هذا العقد يتساوى مع أهمية العقد نفسه وذلك ناتج عن أهمية التكنولوجيا ودورها المتعاظم في ميدان العلاقات الاقتصادية الدولية.

¹ -التراضي في عقد الاستثمار التكنولوجي وكغيره من العقود يعتبر الركن الأساسي في العقد، ويقصد به تطابق الإرادتين، والإرادة هنا هي الإرادة التي تتجه إلى إبرام هذا العقد، ويشترط فيها أن تكون إرادة المستثمر وطالب الاستثمار موجودة أصلاً، غير معابة، فإن كانت إرادة أحدهما غير موجودة كان العقد باطلاً، أما إذا كان واقعا تحت تأثير أحد عيوب الإرادة والمتمثلة أساساً في الإكراه والغلط والتدليس والاستغلال يكون قابلاً للإبطال، كما يشترط فيه أن توافر أهلية عاقيه (ويمكن الرجوع لمعرفة وجود الأهلية من عدمها من خلال القانون الناظم لها) .

² -السبب وهو الغرض المباشر المراد بإبرام العقد، وبالتالي يعتبر سبب الالتزام عنصراً موضوعياً وداخلياً في العقد، فمثلاً سبب التزام المستثمر بنقل العناصر التكنولوجية هو رغبته في الحصول على الثمن، وسبب التزام طالب الاستثمار بدفع الثمن هو رغبته في الحصول على التكنولوجيا، إذ أن عقد الاستثمار التكنولوجي من العقود الملزمة للجانبين والتزام كل متعاقد هو سبباً في التزام المتعاقد الآخر، كما يشترط فيه أن يكون صحيحاً ومشروعاً غير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة، ومثاله إذا كان محل العقد استيراد معدات صناعية لتصنيع قطع معدنية، ولكن كان الغرض من استيرادها لاستخدامه في مجال تصنيع الأسلحة والذخائر، فهنا رغم أن محل العقد مشروعاً فإن سبب العقد غير مشروع وبالتالي يعتبر باطلاً.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

وانطلاقاً مما تقدم فإن محل عقد الاستثمار التكنولوجي هو مضمون هذا العقد والذي يتمثل في المعرفة التكنولوجية غير المحمية قانوناً، بالإضافة الى عناصر الملكية الصناعية مثل براءة الاختراع والرسوم والنماذج والعلامات التجارية ..الخ¹، ولما كانت المعرفة الفنية عنصراً هاماً من عناصر راس المال التكنولوجي والاستثماري وتمثل المحور الرئيسي وحجر الزاوية لعقود الاستثمار التكنولوجي أصبح من الضروري بيان المضمون الحقيقي للمعرفة الفنية كمحل في هذا العقد في محاولة لتوضيح معناها، خاصة وأن هذا النوع من العقود يقوم على اساس الثقة والاعتبار الشخصي، حيث يتعاون اطرافه للمحافظة على سرية المعرفة الفنية التي ينقلها المستثمر وفي ذلك مصلحة لكليهما، بالإضافة بيان خصائصها، وما اذا كانت متضمنة لعنصر واحد ام تتكون من عدة عناصر، كذلك فيما هو متعلق بطرق واليات حمايتها سواء وطنياً او دولياً، بدل من تعريف المحل وشروط صحته .. كما هو متعارف عليه في الدراسات التقليدية لأي عقد.

الفرع الأول: مفهوم المعرفة الفنية كمحل عقد الاستثمار التكنولوجي

ليس من سهل حصر مفهوم المعرفة الفنية، فهذا الأخير يقاوم أي تحليل، خاصة بعد ان جاءت التعريفات الاقتصادية والفنية لا تحمل اي معنى قانوني له على أساس ان التكنولوجيا بحد ذاتها لا يتصور لها اي معنى قانوني².

¹- لا يخرج محل عقد الاستثمار التكنولوجي في نظر البعض عن المعرفة المقننة أو المعرفة الضمنية، والمعرفة الاولى تشير الى المعلومات التي يمكن تحويلها أو رؤيتها بشكل واضح بحيث يجعل من السهل نقلها حتى لو كانت عبر مساحات شاسعة، اما المعرفة الفنية الثانية فلا يمكن تحويلها الى شكل واضح وعلى ذلك لا يمكن نقلها لمسافات بعيدة، وكمثال على المعرفة الضمنية نجد المهارات الخاصة بلعبة القولف أو المهارات بأداء عملية ما، والمعرفة الاخيرة عادة ما يتم تعريفها على انها معرفة الكيفية، وهذه المعرفة لا يمكن ان تباع أو تشتري في السوق، ولكن يمكن ان يتم نقلها شفاهة بين البشر، وعلى ذلك فإن نقل المعرفة لابد أن يتم ربطه مع السياق الاجتماعي، بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص195.

²- محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص64.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

لذلك رأينا ضرورة بيان المقصود من هذا المصطلح وهذا من خلال محاولة وضع تعريف لها من خلال المقاربات الفقهية والتشريعية والقضائية، كما سيتم التعرض تبعا لذلك الى خصائص هذه المعرفة الفنية.

أولاً: تعريف المعرفة الفنية

بداية لا بد من القول ان مصطلح المعرفة الفنية مفهوم مبهم وغير دقيق، رغم المحاولات الفقهية والقضائية والتشريعية في إيجاد تعريف موحد لهذا المصطلح، نظرا لتشعب وتعقيد ما تحتويه من عناصر، وسنعرض فيما يلي محاولة كل اتجاه على حدا، ويتضح ذلك من الآتي:

أ-موقف الفقه من تعريف المعرفة الفنية كمحل لعقد الاستثمار التكنولوجي

إن الدور الكبير الذي يلعبه عقد الاستثمار التكنولوجي كأحد القنوات التي يتم به استقطاب المعرفة الفنية جعل أمر الاهتمام بمحل هذا العقد يتساوى مع أهمية العقد ذاته، وذلك ناتج عن أهمية التكنولوجيا ودورها المتعاظم في ميدان العلاقات الاقتصادية الدولية.

وابتداء الحديث عن المضمون الحقيقي للمعرفة الفنية كمحل في هذا العقد في محاولة لتوضيح معناه، خاصة بعد أن جاءت التعريفات الاقتصادية والفنية لا تعبر عن المعنى القانوني له، على أساس أن التكنولوجيا بحد ذاتها لا يتصور لها أي معنى قانوني.

وكان الفقه الامركي اسبق من غيره في بحث هذا الموضوع وتصدى الى تعريف المعرفة الفنية كمحل في العقد، ليتبعه بعد ذلك الفقه الفرنسي الامر الذي جعلنا نتصدى بإيجاز الى كل من هؤلاء على النحو التالي:

1-موقف الفقه الأمريكي من محل عقد الاستثمار التكنولوجي

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

يعتبر الفقه الأمريكي اول من بحث موضوع المعرفة الفنية، اذ نجد هذه العبارة قد استخدمت للمرة الاولى في مجال الملكية الصناعية في الولايات المتحدة الامريكية سنة 1916 بعبارة know-how¹، وشاع استعماله في الاوساط التجارية الامريكية، ثم انتقلت الى باقي انحاء دول العالم، لدرجة ان مصطلح بات يستخدم في كثير من الدول خارج الولايات المتحدة الامريكية²، بدا ان معناه عبارة عن: "توضيح الفنون الصناعية او التكنيكية التي لم تعرف بدقة ولا يأتي استخدامها في التصنيع بسهولة، او انه توضيح للإجراءات والمراحل المعقدة في الصناعة"³.

غير انه يبين ان هذا المعنى لا يحمل قدرا كافيا من التوضيح لكي يستدل منه على المعنى القانوني المتصور في محل عقد الإستثمار التكنولوجي على اساس ان هذا المعنى يعبر عن تعريف الاقتصاديين والمهندسين ولا يتلاءم مع التصور القانوني لهذا المحل، وهي بهذا المفهوم تخط ما بين ما قد يمتلكه الفرد من مهارات شخصية وبين تلك المعارف الموضوعية.

لذلك اتجه الفقه الى البحث عن معنى محدد لحق المعرفة يتلاءم مع التصور القانوني الذي يوصف به كمحل في هذا العقد، فعرّفه الفقيه ماك دونالد (Mac Donald) بانه عبارة

¹-ان عبارة Know-how ذات اصل امريكي كانت شائعة في اللهجة الدارجة كاختصار لعبارة Know How to do it بمعنى كيف تعمل ذلك، أو كيف تؤدي ذلك، ثم انتشر هذا المصطلح بين رجال الأعمال مع تحميله معاني متعددة من ذلك المهارات المكتسبة عن طريق الممارسة في اداء مهنة معينة والعوامل الذهنية والتي في مقدمتها الخبرة المعتمدة على المعرفة العلمية، سعيد يحي المرجع السابق، ص15، محمد مرسى، الأسس القانونية لوصول الدول النامية لمرحلة السيطرة التكنولوجية "دراسة مقارنة"، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص59.

²-سلطاني حميد، العقد الدولي لنقل التكنولوجيا "دراسة في الآليات القانونية لحماية ونقل المعرفة الفنية الصناعية"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، في القانون، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1-بن يوسف بن خدة الجزائر، 2017، ص13.

³-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص65.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

عن "معلومات فنية تجسد معارف تقنية وتتضمن حقيقتين الأولى ان تكون المعارف سرية، والثانية ان تمنح هذه المعارف لمالكها ميزة على منافسة الذين لا يعرفونها"¹.

من خلال هذا التعريف يمكن ملاحظة ان الكاتب يستبعد المعارف التجارية من مفهوم المعرفة الفنية، كما يمكن ملاحظة ان الكاتب تطرق من خلال تعريفه الى خصائص المعرفة الفنية وهوما السرية والميزة التنافسية.

اما الفقيهان (جريد) و (بانجز) (Greed) and (Bangs) في سياق الاتجاه الفقهي الأمريكي دائما فيعرفان حق المعرفة الفنية بأنه: "مجموعة الاختراعات والاجراءات والمراحل والاشكال والرسومات غير القابلة للحصول على براءة اختراع"².

اما الفقيهان هول وجونسون (Johnson) and (Holl G.R) فميز بين انواع متعددة من التكنولوجيا ووصفا حق المعرفة كنوع منها، فالمعرفة الفنية حسبهما " تتضمن أساليب وطرق فريدة، وتقدم حولا لمشاكل تقنية او متطلبات محددة، كما ان المعرفة الفنية تعطي لحائزها ميزة تنافسية اكيدة"³.

وعلى اية حال يمكن القول ان غالبية الفقه الأمريكي يساوي بين مفهوم المعرفة الفنية وبين مفهوم الأسرار التجارية الصناعية.

2-موقف الفقه الفرنسي من محل عقد الاستثمار التكنولوجي

ناقش الفقه الفرنسي محل هذا العقد تحت اسم savoir-faire ليصبح دارجا هناك، وعبر عنه الفقيه Magnin.F والذي يعد من الأوائل الذين انتهجوا المفهوم الجديد للمعرفة

¹- مرجع نفسه، ص65.

²-سلطاني حميد، مرجع سابق، ص14.

³-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص65.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

الفنية عندما اوضح انها عبارة عن "مجموعة من العناصر التي تغطي المهارة والخبرة الفنية والدراية والأنماط الموجهة نحو صناعة معينة وأنها فن الصناعة"¹.

وفي ذات الاتجاه نجد الاستاذ موريس دهان (Mourice Dahan) يرى بانها: "الفكرة عن التكنيك المطبق على الماكينات والادوات والالات اللازمة لهذا التكنيك"².

اما الفقيه Pierre Gonod فيذهب الى ان المعرفة الفنية عبارة عن "مجموعة المعارف التي تملكها المؤسسات والمعدة لان توصلها الى نتيجة صناعية محددة"³.

وثمة تعريف اخر يبدو اكثر وضوحا على الرغم من بساطته وهو تعريف الفقيه Bertin الذي يرى ان المعرفة الفنية تشمل "جميع المعارف التقنية المطبقة في الصناعة بواسطة مالكيها، الذي يحرص على الاحتفاظ بسريتها، لاستخدامها الخاص او لنقلها للغير على نفس الأساس"⁴.

ويلاحظ على التعريفات المقدمة انه قد اقتصر نطاق تطبيقها على ميدان الصناعة وحدها، حيث اعتبرت انها مجرد معارف ذات تطبيق صناعي، وبالتالي يخرج من دائرتها تكنولوجيا التسويق او تكنولوجيا ادارة المشروعات وغيرها، بيد ان هذا الامر لم يكن من المسلمات عند جميع الفقهاء، فهناك من الفقهاء من يرى قابلية المعرفة الفنية للاستخدام في شتى قطاعات النشاط الاقتصادي، بوصفها معارف تطبيقية تسهم في انتاج السلع والخدمات، ومن بين هؤلاء الفقهاء نجد الفقيه (Deringer) اذ عرف المعرفة التكنولوجية

¹-بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص201.

²-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص66.

³-محمد احمد علي المخلافي، اثر العولمة على نقل التكنولوجيا، سلسلة دراسات وابحاث، مركز الدراسات والبحوث اليمني، ع2، ط1، 2001، ص48.

⁴-بن عزة امال، دور عقد نقل التكنولوجيا في نقل المعرفة الفنية، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، قانون خاص، جامعة ابو ابو بكر قايد، تلمسان، الجزائر، 2017/2018، ص91.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

بانها: "كل المعلومات التقنية التي تمثل اثراء تقنيا والتي تقتصر المعرفة بها على دائرة ضيقة من الاشخاص"¹.

ويعرفها الاستاذ Maerechal بانها عبارة عن "مجموعة من الطرق والمسابي العلمية الخاصة بإنشاء او تحسين الطرق والاساليب الفنية والمواد المستخدمة في اي نشاط علمي للإنتاج الاجتماعي مهما كان هدفه"².

وهناك ايضا الفقيه لو تورنو (letourneau) يعرف المعرفة الفنية بانها: "المعرف والتجارب ذات الطابع الصناعي والتجاري والمالي الضرورية في استغلال مؤسسة او ممارسة مهنة ما"³.

ويذهب الفقيه (Plaisant) في تعريفه للمعرفة الفنية بانها: "مجموعة المعارف التي تمثل قيمة فنية والتي تستعمل في الصناعة او التجارة او في اي نشاط اخر والتي يحتفظ بها صاحبها سرا لاستعماله الشخصي او لإمكانية التنازل عنها للغير"⁴.

اما الفقيه (Van notten) فيذهب الى القول ان "المعرفة التكنولوجية تستخدم في التجارة والصناعة في شأن اساليب العمل التي لا يتيسر وصفها بدقة والتي تكتسب قيمتها من جديتها وسريتها"⁵.

وعلى اية حال يمكن القول بان التعريفات التي ساقها الفقه الفرنسي كانت تبحث عن ايضاح مضمون المعرفة الفنية كمحل في العقد، مع بيان عناصر وخصائص هذا المضمون، الا ان الاتفاق على تعرف محدد لم يتحقق، فهذا المفهوم يقاوم كل تحليل قانوني.

¹-مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص2014.

²-محمود الكيلاني مرجع سابق، ص67.

³-سلطاني حميد، مرجع سابق، ص20.

⁴-سعيد يحيى، تنظيم نقل المعرفة الفنية، ط.1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص21.

⁵- المرجع نفسه، ص23.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

والسبب يرجع حسب رءينا الى ان المعرفة الفنية تتضمن العديد من المعارف يصعب حصرها، وبالتالي فكل محاولة لوضع تعريف يعدد مضمون المعرفة الفنية مآله الفشل.

ب-موقف القضاء من محل عقد الاستثمار التكنولوجي

عرفت المعرفة الفنية مجالا واسعا من الدراسات والابحاث كمحل في عقد الاستثمار التكنولوجي، ما لم تستطع قلة الاحكام القضائية ان تقلل من شأنه، ويعود السبب في قلة الاحكام القضائية الى قلة المنازعات التي عرضت على المحاكم، بسبب عزوف اطراف العقد الدولي للاستثمار التكنولوجي عن اللجوء للقضاء النظامي، وتفضيلهم للطرق البديلة عنه كالتوفيق والمصالحة والخبرة وخاصة التحكيم التجاري الدولي حفاظا على سرية المعرفة التكنولوجية محل العقد.

ومع ذلك اخترنا ان نعرض موقف القضاء الأمريكي والفرنسي ومرد اختيارنا لهذين القضائين ان الاول يعتبر الاكثر تقدما وتطورا في هذا المجال، اما الثاني لأهميته وقيمته النظرية والعملية، فضلا عن كونهما يمثلان مدرستين او نظامين قانونيين مختلفين، وذلك على النحو التالي:

1-موقف القضاء الأمريكي من المعرفة الفنية

ان اول محاولة للقضاء الأمريكي في تعريف لا محل العقد الدولي للاستثمار التكنولوجي كان ذلك الحكم الذي اصدرته المحكمة العليا في الولايات المتحدة عام 1917، حيث اعتبرت حق المعرفة عبارة عن الطرق الجديدة والسرية التي تستخدم في الصناعة¹.

¹ - تتلخص وقائع القضية في أن السيد (Mas land) كان موظفا لدى شركة Dupont Powder، وانشاء خدمته في هذه الشركة تحصل على معلومات فيما يتعلق بطرق فنية خاصة بصناعة الجلد الاصطناعي، وبعد انتهاء مدة خدمته في الشركة طالبته هذه الاخيرة بالامتناع عن استخدام او إفشاء الطرق الفنية التي علم بها، وبسبب رفضه لطلبها لجأت الشركة الى القضاء للحصول على حكم قضائي يجبره عن الامتناع عن استخدام تلك المعارف باعتبارها حقا مملوكا للشركة، ولاعبارها تتسم بالسرية، فدفع السيد ماس لاند بان الطرق التي علم بها ليس لها الطابع السري الذي تدعيه

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

وجاء بعد هذا الحكم حكمان آخران أصدرتهما المحكمة العليا في نيويورك عامي 1944 و 1950، حيث قضت في الحكم الاول ان المعرفة التكنولوجية تعود الى مرحلة من مراحل التصنيع، وايضا الى المعلومات والتجارب المرتبطة بها، وفي الحكم الثاني ميزت فيه بين الاجراءات المرحلية الحقيقية ذات الاثر المهم، وبين الاسرار غير المهمة ذات الاثر القليل، وقضت بان الاخيرة لا تعد من حقوق المعرفة التكنولوجية ما لم تكن ذات اثر فعال ومهم عند من يحتفظ بها¹.

وبهذين الحكمين افتتح القضاء الأمريكي باب المناقشة حول موضوعات كثيرة فيما يخص عقد الاستثمار التكنولوجي، ولعل ابرزها القرار الصادر عن محكمة ماري لاند سنة 1946 في القضية بين Pemco.Corp and Mycaex Corp وذلك سنة 1946، حيث عرفت المحكمة المعرفة الفنية بانها: "تتكون من معارف فنية المتوصل اليها بعد تجارب شاقة وجهد كبير، والتي بتراكمها الواحدة تلو الاخرى تسمح لمالكها بصنع منتج معين، والتي بدون هذه المعارف الفنية لم يكن بمقدوره صناعتها بنفس الشروط وبنفس الدقة والتحديد الضروريين للنجاح التجاري"².

وفي حكم لمحكمة استئناف (Douai) الصادر في 1969_05_02 جاء فيه ان المعرفة التكنولوجية تقوم على مجموعة من معلومات فنية سرية عن تطبيق اسلوب معين، وان هذه المعلومات ليست من التقنية الصناعية الشائعة وانما تتضمن خاصية جديدة³.

الشركة، تبعا لذلك اصدرت المحكمة حكما لصالح الشركة، واعتبرت ان الطرق الصناعية محل الدعوى تتسم بالسرية بما يكفي لاعتبارها ملكا للشركة، هذا الحكم يعد نواة اساسية ومرجعا للعديد من الاحكام التي صدرت لاحقا، والتي اعتبرت ان المعرفة الفنية الجديرة بالحماية يجب ان تتسم بالسرية والجدة. محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 82.

¹-مرتضى جمعة عاشور، مرجع السابق، ص 210.

²-سلطاني حميد، مرجع سابق، ص 25.

³-سعيد يحيى، مرجع سابق، ص 18-19.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

واعتبرت احدى محاكم ولاية نيويورك ان الفرق بين السر الصناعي والمعرفة الفنية غير دقيق وغير واضح، وتوصلت الى تعريف المعرفة التكنولوجية بعد مقارنتها بالاسرار التجارية ان: "المعرفة التكنولوجية عبارة عن مهارات وتجارب والتي بتراكمها تسمح لمالكها ببلوغ مستوى معين من الخدمات"¹.

وعلى اية حال يمكن القول ان القضاء الاميركي يتطلب في محل عقد الاستثمار التكنولوجي ان يتسم بطابع السرية² والجدية³، من حيث السرية حددت المحاكم الامريكية عدة شروط لاعتبارها كذلك:

-مدى استخدام المعرفة الفنية خارج نطاق الاحتفاظ بها.

-مدى معرفة الاشخاص الذين لا يرتبطون بالمؤسسة التي تملكها بهذه السرية

-الاحتياطات الواجب اتخاذها من اجل الابقاء على سرية المعرفة الفنية

اما من حيث الجدة فنجدها تشترط فيها:

-مدى شهرة المعرفة الفنية، ونعني بها مدى كفاءتها وشهرتها وانتشارها دون ان تكون متاحة للجمهور، بحيث لم تسقط بعد في الملكية العامة.

¹-مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص211.

²-من تحليل احكام القضاء الامريكي نلاحظ انها تعتبر المعرفة الفنية مرادفا لسر الصنع رغم الفروق الموجودة بينهما، فحسب الفقيه (magnin) السر الصناعي هو: "كيفية القيام بعمل بكفاءة عالية نتيجة الخبرة والمهارة المتراكمة"، و لتوضيح ذلك يعطي مثلا عن المخترع الذي يكتسب خبرة نتيجة التجارب المطلوبة المطبقة في اختراعه، فهو يعدل الرسوم والتصاميم بهدف التغلب على الصعوبات التقنية والعملية التي تعترض استغلال اختراعه ويحتفظ بما يكتسبه سرا صناعيا، ومثل هذه الاسرار تحتفظ بها ايضا الشركات مثل: نسبة الكميات التي تستخدم في تصنيع التركيبة في مشروب كوكاكولا، ونفس الشيء بالنسبة لصناعة الادوية ، ففي استخدام هذه الطرق هو ما يعرف بالسر المهني، سلطاني حميد، مرجع سابق، ص26.

³-وهناك من الاحكام القضائية لأمريكا من يرى ان الجدة احد صفة لصيقة بالمعرفة الفنية وكان ما اورده Bertagnolli و Stapies في تعليقهما على حكم المحكمة يشكل استهجانا لهذا الحكم، لان المحكمة اعرضت عن اهمية محل العقد، وقررت انه ليس ضروريا ان تكون التكنولوجيا هامة فيه. محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص83.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

-مستوى الجودة التي يجبان يتناسب مع المعرفة الفنية¹.

2-موقف القضاء الفرنسي من المعرفة الفنية

لم يورد القضاء الفرنسي اهتماما كثيرا بتعريف المعرفة الفنية كمحل في هذا العقد، وذلك راجع الى قلة المنازعات المعروضة عليه بهذا الشأن، وكان حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر سنة 1890 أول احكام هذا القضاء، اين اقرت بموجبه ان الحقوق المعنوية يمتلكها الشخص، ومن حقه التخلي عنها للغير، سواء أكانت مسجلة كبراءة اختراع، ام غير مسجلة أراد لها مالکها ان تبقى سرا لديه².

وبعدة فترة طويلة من الزمن بدأ اهتمام القضاء الفرنسي بهذا الموضوع عندما عرضت عليه منازعة استجوبت ان يتصدى الى تعريف المعرفة الفنية، فقضت محكمة استئناف (Douai) في الحكم الصادر بتاريخ 1967_03_02 قضت فيه بان "معنى سرية الصنع يختلف عن فكرة الاختراع، فالسرية تتعلق بمجموعة من الطرق ذات الالهمية البالغة في الصناعة، وان المعرفة الفنية نعني بها التقنيات التطبيقية والتشغيلية"³.

وفي حكم اخر لذات المحكمة اصدرته بتاريخ 1969_05_16 ضت فيه بأن المعرفة الفنية تقوم على مجموعة من معلومات فنية سرية عن تطبيق اسلوب معين وان هذه المعلومات ليست من التقنية الصناعية الشائعة، وانما تتضمن احكاما خاصا⁴.

وتأكيدا لهذا الحكم اكدت محكمة النقض الفرنسية ما تقدم بحكمها الصادر بتاريخ 1971_12_22 جاء فيه أن المعرفة الفنية عبارة عن مجموعة من المعارف الفنية او التكنيكية السرية التي تتعلق بتطبيق اجراء او مرحلة صناعية، وان هذه العلومات يجب ان

¹- محمود الكيلاني، مرجع سابق ، ص83.

²-مرجع نفسه، ص84.

³-سلطاني حميد، مرجع سابق، ص28.

⁴-سعيد يحي، مرجع سابق، ص18-19.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

لا تستخلص من الفن او التكنولوجيا الصناعي الخالي القائم، بل يجب ان تحتوي على مجموعة من الخصائص المستحدثة والجديدة ذات الاصلية المستقلة عما يبقها"¹.

وفي حكم حديث نسبيا صادر عن محكمة باريس الغرفة الرابعة بتاريخ 20_09_2000 جاء فيه ان: "المعارف المتعلقة بصناعة منتج او تسويقه، وكذلك المعارف الخاصة بالتسيير وتمويل المؤسسات هي ثمرة ابحاث طويلة ومكلفة وغير متاحة مباشرة للجمهور، قابلة للنقل للغير بموجب عقد"، ونفس مضمون الحكم نجده تقريبا في القرار الصادر عن الغرفة الرابعة لنفس المحكمة بتاريخ 05_05_2004.²

وهكذا بدا ان احكام القضاء الفرنسي لم تعالج على نطاق واسع فكرة المعرفة الفنية في عقد الاستثمار التكنولوجي، وما ورد في الاحكام القليلة لم يكن يفرق بين المعرفة الفنية والسر الصناعي، مع ان القضاء نفسه لجأ الى استنباط بعض الاحكام في النظريات القانونية عندما تصدى الى موضوع حماية المعرفة الفنية، واستنبط احكاما من القانون العام ليضيفي الحماية على محل هذا العقد، قياسا على حماية السر الصناعي وفق نص المادة 418 من قانون العقوبات.³

على اية حال يمكن القول بان هناك صعوبة واستحالة في وضع تعريف قانوني جامع مانع للمعرفة الفنية من خلال استقراءنا للتعاريف الفقهية والقضائية، فما هو الحال بالنسبة للتشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية من تعريف المعرفة الفنية يا ترى؟

ج-الموقف الدولي والتشريعي من محل عقد الاستثمار التكنولوجي.

موضوع الاستثمار التكنولوجي لاقى محاولات عدة على الصعيد الدولي، ابرزها محاولة منظمة الامم المتحدة بهدف وضع قانون دولي ينظم عملية نقل التكنولوجيا، على شكل

¹-مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص211.

²-سلطاني حميد، مرجع سابق، ص29.

³-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص85.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

اتفاقية دولية ونوقش مشروع القانون في عدة دورات لدى مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، ويعد هذا المشروع نقطة انطلاقا لوضع التشريعات الوطنية لتنظيم عملية نقل التكنولوجيا، وكانت مصر سباقة لذلك، حيث بادرت الى وضع قانون لتنظيم نقل التكنولوجيا، وتم وضع مشروع لذلك.

ونناقش في هذه الجزئية موقف المنظمات الدولية والتشريعات الوطنية من المعرفة التكنولوجية محل العقد.

1-الموقف الدولي من المعرفة الفنية

نقتصر دراستنا لهذا الموقف على التعاريف المقدمة من طرف بعض المنظمات الدولية الجهوية و الاتفاقيات الدولية نظرا لأهميتها بالخصوص.

1-1- مؤتمر الأمم المتحدة للتنمية والتجارة¹UNCTAD:

عرف مؤتمر الأمم المتحدة للتنمية والتجارة المعرفة الفنية بأنها: "كل ما يمكن ان يكون محلا للبيع أو الشراء، أو تبادل وعلى وجه الخصوص:

براءات الاختراع والعلامات التجارية.

-المعرفة الفنية غير الممنوح عنها براءات الاختراع أو العلامات التجارية.

-المعرفة التكنولوجية المتجسدة في اشياء مادية وبصفة خاصة والمعدات والالات².

¹-تأسس عام 1964 كهيئة غير حكومية دائمة، وهي عضو رئيسي في الجمعية العام في الأمم المتحدة، تختص بالتجارة والاستثمار، وقضايا التنمية. unctad مقال منشور على الموقع <https://m.marefa.org> تاريخ

الاطلاع: 2022/08/02، على 12.28

²-سعيد يحيى، مرجع سابق، ص 9

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

ويلاحظ على هذا التعريف انه لم يركز على مفهوم المعرفة الفنية بقدر ما ركز على تعداد عناصرها .

2-1 مشروع تقنين السلوك الدولي لنقل التكنولوجيا:

نصت المادة الثانية من الباب الاول من مشروع تقنين السلوك الدولي على تعريف نقل المعرفة التكنولوجية بأنه:"عبارة عن نقل معلومات فنية لاستعمالها في انتاج السلع أو في تطبيق طرق فنية أو تقديم خدمات"، وأورد امثلة عن الاشياء التي يجوز أن تكون محلا في عقد الاستثمار التكنولوجي فذكر عناصر الملكية الصناعية والمعرفة الفنية التي تشملها اتفاقات التعاون الصناعي والفني، أو اللازمة لتركيب أو تشغيل أجهزة أو آلات أو معدات كعقد تسليم المفتاح¹.

ويلاحظ على هذا التعريف بأنه لم يركز الا على ما يمكن ان يكون محلا لعقد الاستثمار التكنولوجي دون الاهتمام بمفهوم المعرفة التكنولوجية محل هذا العقد، كما استبعد من نطاق التطبيق جميع العمليات التي يكون موضعها بيع أو استئجار سلع

3-1 موقف الاتحاد الأوروبي

جاءت محاولات الاتحاد الاروبي لوضع تعريف موسع للمعرفة الفنية، فقد اوضح واضعو اللائحة في المادة الاولى من لائحة السوق الاروبية المشتركة رقم 2004/722 المؤرخ في 2004/04/27²، جاء في الفقرة الثانية من مادته الثانية بأن المعرفة الفنية "هي

¹ محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص89

² -تم اصدار هذه اللائحة من قبل المفوضية الاروبية، والتي هي بمثابة الجهاز التنفيذي للاتحاد الاروبي، وقد حلت هذه اللائحة محل القرار رقم 96/240 الصادر في 1996/01/31، وبموجبها تم نشر مجموعة من اللوائح التنفيذية المنظمة لنقل التكنولوجيا والارشادات المتعلقة بها، والتي دخلت حيز التنفيذ منذ الاول من ماي 2004، وهذه اللوائح المنظمة تتناول عملية النقل التكنولوجي، والتي تتضمن ايضا عقود التراخيص بمعرفة الكيفية ..، وتسعى هذه اللائحة الى تلبية اثنين من الشروط، وهي تشجيع التعاون التجاري مما ينعكس ذلك على تشجيع الابحاث التكنولوجية والتنمية، أما الشرط الثاني فيتعلق بتوفير الحماية القانونية لتلك العقود التي يكون محلها التكنولوجيا، كما تقدم إطار عام يمكن من خلاله تقييم عقود=

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

مجموع المعارف العلمية الغير مبرأة المجربة والمؤكدة، وتتميز بأنها سرية وذات قيمة محددة¹.

اذن بحسب التعريف المقدم من طرف المشرع الاروبي نستخلص ان المعرفة الفنية يجب ان تكون سرية، يعني ان تكون المعرفة الفنية في مجملها سواء في مظهرها النهائي أو مجموع العناصر المكونة لها غير معروفة، ولا يمكن الحصول عليها بسهولة، وذات قيمة يعني ان تكون المعلومات السرية التي تتضمنها المعرفة الفنية لها فائدة عملية، وبالتالي تسمح للمستفيد منها من تحسين قدرته التنافسية بالمقارنة مع منافسين آخرين لم يحصلوا عليها، اما كون المعرفة محددة يعني ان تكون العناصر المكونة للمعرفة الفنية يمكن وصفها في وثائق فنية، أو التعبير عنها باي شكل يتناسب وطبيعتها، ما يسهل عملية نقلها واستغلالها.

4-1 اللجنة الاقتصادية الأوروبية².

=ترخيص التكنولوجيا المبرمة بين الشركات والدول الأوروبية، وفقا لقانون المنافسة الخاص بالاتحاد الاروبي ولا بد هنا من توضيح ان المادة 1/81 من معاهدة إنشاء الجماعة الأوروبية تحظر العقود التي قد تؤدي الى منع أو اعاقة أي نوع من أنواع التنافس، والمادة 3/81 تسمح على سبيل الاستثناء بالعقود التي تؤدي الى منافع تفوق في أهميتها المضار الناتجة عن تأثير الاجراءات المانعة للمنافسة، والمفوضية تقدم مثل هذه الاستثناء لعقد ما، أو لمجموعة من العقود، أو لنوع معين من العقود، وتقوم هذه اللاوائح بتحديد حالات الاستثناء هذه وتوفير حاضنة امنية لها تحميها من تطبيق قانون المنافسة الخاص بالحماية الأوروبية فيما يتعلق برخص تكنولوجية محددة مثل براءات الاختراع، معرفة الكيفية، ورخص نسخ البرمجيات..الخ.

Katz, Abigail ,Technology Agreements Containing Tacit Knowledge, Master thesis, Faculty of law, University of Toronto, 2010, P28-29

¹– un ensemble d'informations pratiques, non brevetées , résultant de l'expérience et testées, secret, substantiel et identifie"

سلطاني حميد، مرجع سابق، ص33.

²– هذه اللجنة عضو في المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة والذي كلف ابتداء من شهر اوت 1959 لجنة للصناعة والمواد الأولية بدراسة مسألة المعارف التكنولوجية مع الوضع في الحسبان لموقف الصناعة الميكانيكية، صالح بن بكر الطيار، مرجع سابق، ص41/هامش 59.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

عرفت اللجنة الاقتصادية الأوروبية المعرفة الفنية من خلال المادة الرابعة من الدليل المنعقد في جنيف في 1969/05/25 خلال جلستها الثالثة والعشرين حول ابرام العقود المتعلقة بنقل المعرفة التكنولوجية¹، بأنها: "المعارف والمعلومات والمهارات اللازمة لتصنيع منتج او تصنيع بعض أجزائه او ملحقاته"².

ويلاحظ على التعريف المقدم ما لوحظ على سابقه حيث دائما هناك تركيز على العناصر والمكونات المعرفة التكنولوجية وليس المفهوم.

2-موقف التشريعات الوطنية.

نظمت دول عديدة بموجب قوانين وطنية مثل يوغسلافيا والارجنتين والبرازيل والمكسيك والفلبين ودول امريكا الجنوبية مثل البيرو وفنزويلا وكولومبيا (بعد ان تحللت من ميثاقا لأندين)، ومصر على المستوى العربي، وطبقت دول اخرى التشريعات العامة فيها على موضوعات الاستثمار التكنولوجي مثل تشريعات التكتلات في الولايات المتحدة الأمريكية³، وغيره من التشريعات الوطنية التي نظمت عملية نقل التكنولوجيا.

غير ان خطة بحثنا للتشريعات الوطنية قائمة على اساس نستعرض فيه موقف المشرع المصري وكذا الجزائري من عقد الاستثمار التكنولوجي من حيث تعريف محله وشروطه ومختلف الاحكام التي اوردها بهذا الشأن.

¹ - سلطاني حميد، مرجع سابق، ص41.

² -بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص201.

³ -قانون شيرمان الصادر في 1914/06/2، وقانون كلايتون الصادر في 1914/10/10، وقانون لجنة التجارة الاتحادية في 1914/06/14، وقوانين براءات الاختراع في انجلترا وفرنسا ، وقوانين مكافحة تقييد المنافسة والاحتكارات في المانيا الاتحادية واليابان ، محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص76.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

1- موقف التشريع المصري:

يعد المشرع المصري الوحيد الذي اعطى موضوع نقل التكنولوجيا اهمية كبيرة على مستوى الدول العربية، عندما بادرت في وضع سياستها لنقل التكنولوجيا واستغلالها اثر تشكيل لجنة لدراسة هذه السياسة، وضمنت العديد من كبار العلماء والمتخصصين من الهيئات المختلفة، بناء على اقتراح تقدمت به الهيئة العامة للاستثمار، وتبنته أكاديمية البحث العلمي لعام 1983، وعلى اثر ذلك وضعت اللجنة مشروع ينظم عملية الاستثمار التكنولوجي وقدمته إلى الجهات المختصة في أوائل عام 1987، لاستكمال إجراءات صدوره، حيث تصدى المشروع الى تعريف عملية النقل التكنولوجي في المادة الرابعة بعبارات تكاد تتشابه مع العبارات التي وردت في مشروع تقنين السلوك الدولي، اذ جاء فيه ما يلي: "يقصد بنقل التكنولوجيا في مفهوم هذا القانون، نقل المعرفة المنهجية اللازمة، او تطوير منهج ما، او لتطبيق وسيلة او طريقة، او لتقديم خدمة ما، ولا يعتبر نقلا للتكنولوجيا مجرد بيع او شراء او تاجي راو استئجار السلع"¹.

هذا وصدر قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 بعد اكثر من عشر سنوات من اعداد مشروع قانون نقل التكنولوجيا واستغلالها، وتضمن القانون الجديد فصلا ينظم فيه عملية الاستثمار التكنولوجي، اين اعطى للمعرفة التكنولوجية محل العقد مفهومًا واسعًا لا يقتصر على نقل المعرفة بخصوص انتاج سلعة معينة، بل يمتد الى نشاطات اخرى كتقديم الخدمات والتي تشمل التنظيم والادارة، او تتعلق بتطوير او تركيب او تشغيل اجهزة معينة².

¹-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص81-82.

²-عادل شمران، مقالة نقل المعرفة الفنية في اطار عقود التجارة الدولية، كلية الحقوق، جامعة كربلاء.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

ويلاحظ على المشرع المصري انه نظم عملية نقل التكنولوجيا، وليس مفهوم المعرفة الفنية محل العقد واكتفى بالإشارة اليها من خلال ذكر بعض خصائصه، وما يدخل في نطاقها¹، وما يخرج عنها²

2-موقف المشرع الجزائري من تعريف المعرفة الفنية

لم يقدم المشرع الجزائري اي تعريف للمعرفة الفنية محل العقد، اذ ان المبدأ هو الحرية التعاقدية اين ترك للاطراف الحرية الكاملة في وضع التعريف الذي يناسبهم، وبالتالي تعدد التعاريف العقدية للمعرفة الفنية، مما يستحيل معه وضع نظرية عامة لهذه العقود، الا انه وفي اطار القوانين المنظمة للمنافسة، لاسيما القانون المنظم للممارسات التجارية غير المشروعة ذكر صراحة مصطلح المعرفة الفنية الصناعية والتجارية دون تعريفه، وهذا من خلال القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية³، لاسيما عند الحديث عن الممارسات التجارية غير المشروعة، حيث جاء في المادة 27 الفقرة 03 منه وذلك عندما عدد الممارسات التجارية غير المشروعة "...استغلال المهارة التقنية الصناعية والتجارية بدون ترخيص من صاحبها"⁴.

ومن جهتها نرى ان هذا القانون جاء تماشيا مع السياسة العامة للدولة الجزائرية الرامية لتشجيع وترقية الاستثمار الأجنبي، وحماية المنافسة، وتجسيذا للإصلاحات الاقتصادية ،

¹ -ما يدخل في نطاق العقد هو تقديم المساعدة الفنية والمعلومات الفنية في انتاج او تطوير بعض السلع وتركيب وتشغيل الآلات او اجهزة، وايضا تقديم خدمات متخصصين في تقديم المشورة الفنية والادارية وتدريب العاملين، واخيرا بيع العلامات والاسماء التجارية او الترخيص باستعمالها اذا كانت جزء من عقد الاستثمار التكنولوجي او كان مرتبطا به.

² -ما يخرج من نطاق العقد وهو بيع العلامات التجارية والاسماء التجارية، أو الترخيص باستعمالها إذا كانت غير مرتبطة بعقد الاستثمار التكنولوجي، او لم تكن جزء منه.

³ -ج.ر.ع.41، الصادرة في 2004/06/27.

⁴ -الملاحظ ان الترجمة من النص الفرنسي الى النص العربي كانت في غير محلها، فالنص الفرنسي يستعمل مصطلح

Le savoir-faire technique et commercial وترجمتها الصحيحة هي المعرفة الفنية التقنية والتجارية، وليس المهارة التقنية والتجارية، وهذا الخطأ في رأينا يجب تداركه.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

وتقليصا لدور الدولة في مجال التجارة الخارجية، في اطار التوجه نحو اقتصاد السوق والاندماج في الاقتصاد العالمي، لذلك قامت الجزائر بتكييف تشريعاتها الوطنية كقانون الاستثمار¹، وقوانين الملكية الفكرية²، لتلتحق بركب الاصلاحات الاقتصادية الجارية.

ومن خلال عرضنا لمختلف التعاريف المتعلقة بالمعرفة الفنية كمحل قانوني رئيسي في عقد الاستثمار التكنولوجي من قبل الفقه والقضاء والمنظمات الدولية، يمكن القول اجمالا ان كل هذه التعاريف حاولت تحديد مضمون المعرفة الفنية وعناصرها، على نحو لا يمكن تجاهله أو اهماله، بالرغم من صعوبة المهمة، ذلك ان هذا المفهوم يقاوم كل تحليل، الا انه ورغم ذلك فإنه من الضروري إعطاء تعريف للمعرفة الفنية وذلك لضمان الحماية لها في حالة تصور نقلها الى المستفيد منها واستغلالها له في اطار عقد الاستثمار التكنولوجي، اما بالنسبة للتشريعات الوطنية فلم يكن هناك تحديد تشريعي لمدلول المعرفة الفنية، ويبدو ان ذلك سببه الغموض الذي يحيط بالفكرة من الناحية القانونية، رغم استقرارها من الناحية الاقتصادية، وهو ما يؤكد عدم وجود تنظيم تشريعي لها.

¹-وفي هذا الاطار يمكن ذكر المادة 04 من الأمر 03/01 المؤرخ في 20/08/2001 التي تنص على وجوب التصريح بالاستثمار لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار على ان يخص التصريح على وجه الخصوص، بالإضافة الى هوية المستثمر ونوع الاستثمار، مناصب العمل المستحدثة، التصريح بالتكنولوجيا المستخدمة..الخ، وكذلك ذكر المادة 09 من نفس القانون التي تنص على جملة من الحوافز والمزايا الجمركية والضريبية للاستثمارات التي تتجز في المناطق التي تتطلب تنميتها مساهمة خاصة من الدولة، بالإضافة الى الاستثمارات ذات الاهمية الخاصة للاقتصاد الوطني، لاسيما عند استخدام تكنولوجيا خاصة من شأنها ان تحافظ على البيئة وتحمي الموارد الطبيعية وتوفر الطاقة وتفضي الى تنمية مستدامة.

²-وفي هذا الإطار أصدرت الجزائر عدة قوانين تنظم حقوق الملكية الفكرية منها:
-الأمر 03/03 المؤرخ في 19/07/2003، الذي ألغى المرسوم 17/93 المؤرخ 07/12/1993 المتعلق بحماية براءة الاختراع.

-الأمر 05/03 المؤرخ في 19/06/2003 المعدل والمتمم للأمر 10/97 المؤرخ في 06/03/1997 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

فالبحث عن تعريف للمعرفة الفنية ليس ترف فكري كما انه لا يتعلق بمشكلة ذات طابع نظري وانما الامر يتجاوز ذلك باعتبار ان هذا التعريف للمعرفة الفنية تمليه الضرورة العملية التي تعتبر على قدر كبير من الاهمية.

وعلى ذلك فإن المعرفة الفنية حق يجوز التصرف فيه ويندرج ضمن الحقوق المعنوية وهي كمحل في عقد الاستثمار التكنولوجي عبارة عن مال معنوي منقول، يتصف بالاصالة والشمولية، يعبر عن مجموع تجارب ودراسات علمية وعملية، يتوصل الشخص عن طريقها الى تجسيد هذه الابحاث الى واقع مادي ملموس تحيط بها السرية التي تميزها.

ومن خلال هذا التعريف اتضح ان هناك مجموعة من الخصائص القانونية التي تتصف بها، وهي بطبيعة الحال من الحقوق المعنوية، وتنطبق على المعارف المبرئة وغير المبرئة، كما يمكن من خلالها التمييز بينها وبين بعض المعارف التقنية التي قد تختلط بها.

وبالتالي نجد ان هذا التعريف يجسد محل عقد الاستثمار التكنولوجي بما يعبر عن محل الالتزام فيه، بأنه يمثل أداء معيناً لما اتجهت اليه ارادة طرفي العقد، وهو الهدف من العملية القانونية، ولعل هذا التعريف يبلور الفكرة التي جاء بها الأستاذ ديميان Demin.P عندما قال: "ان حق المعرفة الفنية عنصر غير مادي وانه في معظم الأحيان يصير مادياً"¹.

الفرع الثاني: شروط المعرفة الفنية محل العقد

مع التعاطف الدور الذي تلعبه المعرفة الفنية كمحل لعقد الاستثمار التكنولوجي وحصرية مشروع طالب الاستثمار كان لابد ان تتمتع بمجموعة شروط تتبع من كون هذه المعرفة مالا من الاموال، وان هذا المال ذو طبيعة خاصة، يتماشى والطابع الخاص الذي يتميز به هذا النوع من العقود، وهذا في ظل التطور الذي تشهده هذه المعارف لتتماشى مع عصر السرعة، ولذلك يمكن اجمال هذه الشروط التي يجب ان تتوافر في هذا المحل فيما يلي:

¹-محمود الكيلاني المرجع نفسه، ص93.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

اولا: سرية المعرفة الفنية

تعد السرية احد اهم مقومات المعرفة الفنية غير المحمية ببراءة الاختراع، وتتبع اهمية السرية في كونها محل الحماية القانونية في مجال المعرفة الفنية، بل هي شرط لشمولها بتلك الحماية¹، اضافة في انها اداة رئيسية لاحتكارها والاستئثار باستغلالها بالإضافة لما تمنح مالکها من ميزة تنافسية على منافسيه²، فقد يحجم المستثمر عادة على الصول على براءة للابتكار الذي توصل اليه مكتفيا بالمحافظة على اسراره في طي الكتمان في صورة معرفة تكنولوجية او فنية³، لان الحصول على براءة اختراع يقتضي من الحائز او المخترع الكشف عنه للمجتمع مقابل الحصول على حق استثنائي لمدة محدودة⁴، معتقدا ان في بقاء سر الاختراع فترة اطول يمنع المنافسين والاشخاص العاملين في ذات المجال الصناعي او التجاري من الوصول الى تلك المعرفة، مما يجعل هؤلاء اكثر تمسكا بابرار عقود الاستثمار التكنولوجي للحصول الى تلك المعلومات، وتحقيق النجاح الذي توصل اليه المستثمر قبل مشاركته اليهم، وبهذا الطابع السري للمعرفة الفنية فإنها تتميز عن بقية المعارف التقنية كالمعارف المسجلة، والمعارف التقنية المنتشرة والتي تدخل في الملكية العامة بعدما سقطت عنها الحماية الخاصة⁵.

على انه ليس من الضروري ان تكون المعرفة الفنية ذات سرية مطلقة بمعنى تكون مقتصرة على صاحبها فقط، خصوصا عندما يعمد المشروع الحائز على اخفاء محل المعرفة المستحدثة والتي ابتدعها، وانما يمكن ان تكون نسبية احيانا، فمن الممكن ان تكون المعرفة

¹ -بشار قيس محمد، المرجع السابق، ص205.

² -وليد عودة الهمشري، المرجع السابق، ص46.

³ - المرجع نفسه، ص46.

⁴ -جلال وفاء محبين، فكرة المعرفة والاساس القانوني احمائها "دراسة في القانون الامريكي" د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 1995، ص428.

⁵ -بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص206.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

الفنية معلومة لدى قلة من المشتغلين بفرع النشاط¹، لاسيما عندما تتطلب العملية الانتاجية شديدة التخصص تقسيم العمل بما يتيح الفرص لدى المشتغلين داخل المشروع للوصول الى المعرفة التكنولوجية المستخدمة او على الاقل على جانب منها²، أو كأن يتوصل اكثر من مشروع الى نفس المعرفة الفنية في وقت واحد ولكنها تظل غير متاحة لباقي المشروعات العامة في ذات المجال³، ومع ذلك تبقى السرية قائمة في كل تلك الحالات مادامت باقي المشروعات المتخصصة في ذات المجال تجهل تلك المعلومات⁴.

وهذا ما يبرر وجود الشروط العقدية التي تأخذ شرط السرية او شرط عدم المنافسة، خاصة في علاقات المشروعات المنتجة للتكنولوجيا مع بعض المشروعات الصغيرة التي تلجأ اليها لتصنيع شيء من مكونات الإنتاج⁵.

ثانيا: جدة المعرفة الفنية

يشترط ان تكون الطرق والوسائل الفنية والتجارية التي يتم نقلها الى طالب الاستثمار من خلال المعرفة الفنية جديد وغير معروفة، أي لم تكن في متناوله قبل التعاقد، ولا يعلم بها منافسوه، او للمشروعات الأخرى التي تعمل في ذات نشاطه، بحيث تقدم له مزايا وفوائد خاصة في مجال نشاطه التجاري-أي مجال المنافسة-، فالفرض ان هذه المعلومات ليست سهلة المنال إلا بعد مجهود عسير ومكلف، ولذلك ترتبط فكرة الجدة في المعرفة الفنية بالسرية⁶، فعنصر الجدة هو الذي يبرر سرية المعارف المنقولة من المستثمر الى طالب الاستثمار.

¹-حسام محمد عيسى، مرجع سابق ص133.

²-مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص260.

³-وفاء مزيد فلحوط، مرجع السابق، ص392-393.

⁴-بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص206.

⁵-وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص393.

⁶-بشار قيس محمد، مرجع السابق، ص209.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

غير ان الجدة في مجال المعرفة الفنية مفهوم مرن ونسبي، فقد تكون هذه المعرفة الفنية معروفة من قبل ومع ذلك يتوصل اليها شخص او مؤسسة بطريقة مستقلة تماما، طالما ان التوصل اليها لم يتم الا بمجهودات مستقلة من جانب هؤلاء الذين قامو بإعداد الاساليب التقنية التي تتجسد فيها هذه المعرفة¹.

في هذه الحالة تتقرر الحماية لهذه المعارف طالما بقيت سرية وغير متاحة للجمهور حتى وإن كان هناك أشخاص آخرون سبقوه في التوصل الى نفس هذه المعارف.

كذلك قد تكون المعرفة الفنية معروفة من قبل مجموعة من الصناعيين ولكن تستطيع مؤسسة معينة استخدام هذه المعارف الفنية بطريقة مختلفة لايجاد حلول لمشاكل تقنية معينة، وبأسلوب جديد ومخالف لم يكن معروفا من قبل، او لم يكن باستطاعة الرجل المتخصص في نفس النشاط الصناعي ادراكه واستخدامه للتوصل الى نفس النتيجة، فهذا التطبيق الجديد لمعارف فنية معروفة يعتبر في حد ذاته مستحدثة جديدة بالحماية².

وقد اكد القضاء هذا المفهوم حيث اصدرت محكمة استئناف ديجون حكما القاضي بأن "جدة المعرفة الفنية يمكن ان تتحقق عن طريق الجمع والتنسيق بين مجموعة من المفردات المختلفة، التي وان كانت معروفة للمتلقي على استقلال، فانه لا يمكن التوصل لأسلوب الجمع والتنسيق بينهما الا بالبحث الطويل الساق والمكلف"³.

وعليه فالجدة المشترطة هي جدة نسبية، بعبارة اخرى فان معيار الجدة في مجال المعرفة الفنية معيار ذاتي، فطالما ان المعارف التكنولوجية التي يستخدمها مشروع معين غير متاحة للمشروعات الاخرى العاملة في الفرع الانتاجي نفسه أو لمعظمها على الاقل،

¹-حسام محمد عيسى، مرجع سابق، ص136.

²-سلطاني حميد، مرجع سابق، ص49.

³-بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص210.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

وطالما أن هذه المشروعات لا تستطيع التوصيل الى هذه المعارف الا ببذل جهد يتطلب المال والوقت، فإنه يمكن ادراج هذه المعارف في اطار المعرفة التكنولوجية¹.

ثالثا: قابلية المعرفة الفنية للنقل

يشترط كذلك في المعرفة الفنية ان تكون قابلة للتداول، بالطرق العقدية المختلفة² وفي اماكن متعددة لكي تحقق الهدف المرجو منها، وعليه يجب ان يكون للمعرفة الفنية قيمة اقتصادية قابلة للاستغلال الصناعي، فاذا كانت غير قابلة للاستغلال فلا تكون لها قيمة مالية، وبالتالي تصبح مجرد فكرة نظرية ليس لها تطبيق عملي ولا تقبل التداول³، وهو ما يطرح الفارق الجوهرى بينها وبين المهارة التي تعد لصيقة بالشخص المنفذ بحيث لا يمكن نقلها إلا بنقل ذلك الشخص، عاملا كان ام فنيا متخصصا⁴، وانه إذا تم في معظم حالات النقل تبادل الموظفين لتقديم المساعدة الفنية، بما يمكن للمتلقي من استيعاب المعرفة الفنية كمحل للعقد، فلا يغير ذلك من طبيعة هذه المعرفة وما تتميز به من خصائص، ولا يدخل في نطاقها ما هو مختلف عنها كالمساعدة الفنية التي تتمثل في تدريب المستخدمين او تقديم العون إلى المتلقي⁵.

وانتقال المعرفة الفنية تتم بأساليب متنوعة اتى على ذكرها الكثير من الاقتصاديين والقانونيين في تقسيمات متباينة، فيمكن ان تتم عملية النقل على نحو غير تعاقدى عن طريق الدورات التدريبية التي يقيمها المستثمر او خبراءه والتي تتم في مواقع العمل او في منشأة المستثمر، كما في المراقبة والزيارات الميدانية التي يقوم بها الباحثون للمنشآت

¹-مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص264.

²-نرى انه ليس من الاصح حصر امكانية نقل المعرفة الفنية بالطرق العقدية رغم ان تلك الطرق هي ما يدخل في نطاق دراستنا، الا انه يمكن تصور امكانية النقل على نحو غير تعاقدى كما في المراقبة والزيارات الميدانية التي يقوم بها الباحثون للمنشآت الصناعية المتطورة .

³-بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص211.

⁴-وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص395.

⁵-محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص105.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

الصناعية المتطورة فنيا، كما تنقل بصورة تحريرية وذلك عن طريق كتابة مستندات ووثائق تفصيلية تشرح المعارف التي سيتم نقلها وتعزز بكتيبات ونصائح وتوصيات تتضمن تعليمات بخصوص ما تم نقله، وهو الأسلوب الذي تنقل به المعرفة الفنية عن طريق الاستثمارات الأجنبية المباشرة أو المشروعات المشتركة بما يرافقها من مساعدة فنية كالتزام يتعهد بموجبه المستثمر ان يدرب العاملين في المشروع المشترك¹.

وفي كل الاحوال يفضل ان يكون نقل المعرفة الفنية في بداية التعاقد، كي لا تؤثر بشكل سلبي على كفاءة المتلقي وتحرمه من ميزة المنافسة التي يسعى للوصول اليها والتي يقدمها له عقد الاستثمار التكنولوجي².

وتجدر الإشارة الى انه قد جرى العرف التجاري في صفقات الاستثمار التكنولوجي على ورود عدة تعبيرات لأنواع الحقوق التي يمكن نقلها الى احد اطراف العقد، كحق الاستغلال، وحق الاستخدام، والترخيص، والتنازل، ونستقرئ من ذلك ان المعرفة الفنية كحق يتمتع به صاحبه ينتقل الى الغير كله او في جزء منه في احدى صورتين³:

الصورة الاولى: تنتقل فيها المعرفة الفنية بموجب العقد، عندما يتنازل المستثمر عن حقه في استغلال المعرفة الفنية مدة معينة يباشر اثناءها طالب الاستثمار هذا الاستغلال، ويكون هذا التنازل كاملا حيث يتمتع على المستثمر استغلال ذات المعرفة خلال تلك الفترة، ويمتتع عليه كذلك التنازل للغير عن ذات الحق، كما يكون هذا التنازل في معظم الاحيان غير كامل حيث يتنازل المستثمر لطالب الاستثمار عن حق الاستغلال في منطقة معينة، وبموجب ذلك يبقى له حق التمتع باستغلال المعرفة الفنية ذاتها او التنازل عنها للغير في

¹-حسام محمد عيسى، المرجع السابق، ص314.

²-بشار قيس محمد، المرجع السابق، 214.

³-محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص107-108.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

مناطق أخرى، وقد يكون هذا التنازل مصحوباً بإيفاد الفنيين والخبراء الذي كانت هدفاً للتعاقد¹.

الصورة الثانية: فتمثل في نقل الوضع القانوني بكامله، ويتم ذلك في حالة اندماج الشركات أو بالتعاقد، ففي الحالة الأولى فإن حقوق المعرفة الفنية تنقل كاملة لتدخل في أصول وخصوم الكيان الجديد نشأ عن حالة الاندماج، أما في الحالة الثانية فيتم بين منشأتين متطورتين تتمتعان بذات الكفاءة الفنية، حيث تتعهد الأولى تنقل حقوق المعرفة الفنية كاملة محملة بما عليها من التزامات، وبموجب هذا العقد يتمتع على المستثمر مباشرة استغلال ما نقله أو تنازل عنه، ويلتزم طالب الاستثمار بتحمل مقابل المعرفة الفنية المنقولة والالتزامات المحققة عليها.

رابعاً: عدم إخضاع المعرفة الفنية للتسجيل

ومن اللازم أيضاً عدم خضوع المعرفة الفنية كمحل للعقد الاستثمار التكنولوجي إلى التسجيل، وذلك لضمان بقائها سرية لدى حائزها، فتسجيل المعرفة يؤدي لتدمير سريتها والتي تعتبر من أهم خصائصها وأساس المعرفة الفنية، حيث إن عملية التسجيل تؤدي للكشف العلني عن المعلومات، إلا أن ذلك لا يحول دون إدخال المعرفة الفنية في نطاق براءة اختراع مثلاً طالما أحيطت بالسرية، ذلك أن الحق المعترف به لحائز المعرفة لا يسري في مواجهة الكافة، وإنما فقط بمواجهة المرخص له²، أما الغير فإن تمكنوا من التوصل إلى ذات المعرفة بمجهودهم الذاتي فلهم استغلالها، وهذا ما قد يشجع حائز المعرفة الفنية على طلب تبرئتها فيما بعد، أو على الأقل الإقدام على استغلالها وعدم استبقائها لأنفسهم³، كما أن

¹ - وهذه الصورة التي تنتقل بها حقوق المعرفة الفنية ترد في عقد الاستثمار التكنولوجي بصوره المتنوعة، كعقد تسليم

المفتاح، وعقد تسليم الإنتاج...

² - أمال زيدان عبد اللاه، مرجع سابق، ص 45.

³ - وفاء مزيد فالحوط، مرجع سابق، ص 397.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

تضمن المعرفة الفنية مع براءة الاختراع لا تضيع عند تطبيق نظام البراءة فتسجيلها لا يفرض تضمين وصف المعرفة في المنتج المحمي تحت براءة الاختراع¹.

وبالتالي عدم تسجيل براءة اختراع عن المعرفة الفنية سواء اكانت تصلح لذلك ام لا فإنها تفقد احد الاغطية القانونية للحماية دون ان تعدمها.

وملخص القول انه لابد ان يتوفر هذا المحل على الشروط العامة في جميع العقود²:

-ان يكون محل العقد مشروعاً.

-ان يكون محل العقد ممكناً.

-ان يكون محل العقد معيناً او قابلاً للتعين.

-ان يكون مشروعاً غير مخالفاً للنظام العام و الآداب العامة.

فالخبرات المعرفية كلها يمكن ان تكون محلاً للاستثمار التكنولوجي، سواء عن طريق عقود المساعدة الفنية، او ترخيص صناعي، او علامة تجارية او دوائر متكاملة..الخ، فجميع هذه العناصر يمكن ان تكون محلاً لعقد الاستثمار التكنولوجي.

ويمكن الإشارة الى ان التكنولوجيا هي مجموعة معارف قد تتجسد في اشياء مادية كالوثائق والمعدات والآلات، وقد تكون عبارة عن خبرات كما هو الحال في عقود التدريب

¹ -بن عزة امال، مرجع سابق، ص95

² -حلو أبو حلو، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون التجاري، كلية القانون، قسم القانون الخاص، جامعة اليرموك، الأردن، 2013-2014م، ص57 الى 59، والمواد من 92 الى 95 من الامر 58/75 السالف الذكر.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

مثلا سواء كان هذا التدريب داخل وحدات مصانع طالب الاستثمار، او بانتقال عمال الوحدة الى مصانع ووحدات المستثمر¹.

المطلب الثاني: وسائل حماية المعرفة الفنية كمحل في عقد الاستثمار التكنولوجي

من المهم ضمان حماية قانونية للمعرفة الفنية التي تملكها المؤسسة الصناعية، لأنها كما رأينا تمثل قيمة اقتصادية كبيرة، الا انه من الناحية العملية تطرح المؤسسة الصناعية و بصفة دائمة التسائل لمعرفة ما هي الأدوات القانونية التي تطمئن اليها لضمان معارفها؟، الإجابة على هذا التساؤل تعتبر بالنسبة للمؤسسة الصناعية مسألة حياة او موت.

ومن هنا تتبع أهمية حماية المعرفة الفنية وضرورة توفيرها لتتماشى مع مسألة دفع عملية التنمية الاقتصادية، ومع عدم تسجيل المعرفة الفنية، وخشية افشاء سريتها من المتعاقدين مع حائزها او زوار منشآتهم سواء بطريق التقليد او السرقة-كما في حالات التجسس الصناعي- وفي ظل غياب نظام قانوني يضمن هذه الحماية يتم اللجوء غالبا الى مجموعة من الطرق والاساليب بغرض تحقيق تلك الحماية.

اجمالا يمكن القول ان التشريعات الوطنية المقارنة، وكذا الاتفاقات الدولية تضمن بعض الحماية للمعرفة الفنية، فهناك على العموم اعتراف بوجوب وضرورة حماية المعرفة الفنية، سواء على المستوى الوطني او الدولي، لاسيما بعد دخول اتفاقية تريبس حيز التنفيذ، هذه الاخيرة نصت ولأول مرة على تقرير الحماية للمعلومات السرية.

لذا سيتم البحث في الاليات القانونية التي تساهم في توفير الحماية للمعرفة الفنية، خاصة فيما هو متعلق بالحماية التشريعية ضد الاخطار التي تهدد المعرفة الفنية، وفيه

¹- عرارم جعفر، الضوابط القانونية لنقل التكنولوجيا في ظل قواعد حماية الملكية الفكرية، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2021/2022، ص37.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

سنفصل الحديث عن الحماية بموجب القواعد العامة بما فيه الحماية المدنية والجنائية، وكذا الحماية المقررة في ظل اتفاقية تريبس

الفرع الأول: الحماية التشريعية للمعرفة الفنية

يتجه معظم الفقه الى القول بضرورة حمايتها ضد ما يهددها من اخطار، بل وحاول الكثيرون تأصيل هذه الحماية بردها الى احدى النظريات القانونية، ونناقش فيما يلي الحماية المدنية والجنائية للمعرفة الفنية كمحل لعقد الاستثمار التكنولوجي.

أولاً: الحماية المدنية للمعرفة الفنية

يقترح الفقه تطبيق القواعد المتعلقة بنظرية الإثراء بلا سبب في حالة الاعتداء على سرية المعرفة الفنية الا ان غالبية الفقه لاسيما الفرنسي منه يرى تأسيس هذه الحماية على نظرية المنافسة غير المشروعة.

1- الحماية العقدية للمعرفة الفنية

استقرت أحكام القضاء الأمريكي والفرنسي على صحة عقود الاستثمار التكنولوجي رغم عدم وضوح بنيانها القانوني، وهذا الاعتراف بصحة هذه العقود اعتراف بمدى الحماية التي توفرها الالتزامات الناشئة منها¹، ومن ثمة تتحقق الحماية المدنية بموجب عقد والذي يعد من أهم آليات حماية المعرفة الفنية وأكثرها شيوعاً، إذ يتمكن حائز المعرفة الفنية من ضمان تلك الحماية سواء في مواجهة العاملين لديه، او في مواجهة الغير المتعاقدين معه: فمن جهة العاملين فانه عادة ما يفرض عليهم شروطاً صريحة في عقد العمل مفادها الالتزام بالسرية وعدم المنافسة، أما من جهة المتعاقدين معه بغية نقل التكنولوجيا المعرفة التكنولوجية فإنه

¹ -محمود الكيلاني، مرجع السابق، ص114.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

يلزمهم وتابعيهم بموجب شروط عقدية قد ترد في مرحلة المفاوضات احيانا بالتزام المحافظة على السرية تحت طائلة المسؤولية¹.

ويتطلب الامر لقيامها وجود خطأ وضرر وعلاقة سببية، ويتوفر الخطأ كلما قام طالب الاستثمار بإنتاج سلع مماثلة دون اذن او قام بإحداث اضطراب في مشروع المستثمر من خلال تحريض عمال هذا الاخير على ترك العمل² او ما شابه ذلك من مخالفات التي يكون من شأنها ان تسبب ضررا للمانح او المستثمر، مما يلزم طالب الاستثمار بتعويضه عنها، وذلك في حال كان هذا الخطأ هو السبب في وقوع الضرر.

2- الحماية التقصيرية للمعرفة الفنية:

تلعب قواعد المسؤولية التقصيرية دورا هاما في حماية المعرفة الفنية، لاسيما في الدول التي لا يوجد بها تشريعات خاصة توفر هذه الحماية كالجائر مثلا، ويقترح الفقه وايدة في ذلك القضاء الفرنسي اعمال دعوى المنافسة غير المشروعة، والتي تعتبر من خلق الاجتهاد القضائي الفرنسي، الذي طور مفهوم المنافسة غير المشروعة استنادا للقانون المدني الفرنسي، فهذه الدعوى تؤسس على المبادئ العامة للمسؤولية التقصيرية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، ويتوفر الخطأ حسب رأي الاستاذ (جوزيف جيهل) كلما قام المدعي بخلق نوع من الخلط كإنتاج سلع مماثلة طبق الاصل، أو قام بعمل ادى الى احداث اضطراب داخلي في المشروع الحائز على المعرفة الفنية كتحريض عمال ذلك المشروع على ترك عملهم والالتحاق بالمشروع المنافس للتعرف من خلالهم على الاسرار الصناعية او قام بأي عمل من اعمال التجسس الصناعي حيث تعد جميعها من من قبيل اعمال المنافسة غير

¹-وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص403-405.

²-حسام محمد عيسى، مرجع سابق، ص158.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

المشروعة الموجبة للمسؤولية التقصيرية للمتضرر، مما يوجب تعويضه عما أصابه من ضرر، اضافة الى منع المتعدي من استغلال تلك المعرفة¹.

ويرى الفقه الفرنسي ان دعوى المنافسة غير المشروعة لا تكون الا احتياطية، وتجد طريقها للتطبيق في حالة ما اذا كانت صياغة عقد نقل المعرفة الفنية غير كاملة وغير كافية، او عندما يكون شرط السرية في العقد غير كامل، وفي كل الاحوال فان دعوى المنافسة غير المشروعة ورغم كثرة استعمالها الا انها لا تقوم الا لسد الثغرات والنقائص التي تشوب عقود الاستثمار التكنولوجي، أو عقد العمل، او اي عقد اخر يتم فيه افشاء المعرفة الفنية السرية محل العقد، لذلك يؤكد جانب من الفقه على ان فعالية دعوى المنافسة غير المشروعة لا تكون كاملة الا اذا زاوجناها مع الحماية العقدية لسرية المعرفة الفنية، لتجنب حصول الغير عليها في حالة تصور نقلها للغير، فالمؤسسة ملزمة بنقلها للغير اذا ارادت التوسع والنمو من خلال ابرام العقد، لذلك من المهم حماية المعرفة الفنية عقديا قبل و اثناء و بعد ابرامه، من خلال التفصيل في مدى ومدة الشرط، والجزاء المترتبة على الاخلال به، وعليه فان دمج التنظيم العقدي مع قواعد المسؤولية التقصيرية تكون اكثر فعالية في حماية المعرفة السرية، حيث ان المتعاقد الذي يخل بالتزامه العقدي بعدم الافشاء تقوم مسؤولية العقدية استنادا الى شرط السرية، من جهة اخرى فان الغير الذي يتعدى على سرية المعرفة الفنية تقوم مسؤوليته التقصيرية².

وعلى اية حال يمكن القول بان تأسيس حماية المعرفة الفنية استنادا للقواعد العامة للقانون المدني تثير الشكوك لدى المتعاملين الاقتصاديين باعتبارها غير كافية ومحدودة، لانه في نظرنا لا يمكن تعويض الخسائر اللاحقة بمالك المعرفة الفنية، لانه ببساطة وكما راينا ان السرية هي التي تعطي المعرفة الفنية قيمتها وميزتها التنافسية، فاذا فقدت هذه

¹ - حسام محمد عيسى ، مرجع سابق، ص158.

² -سلطاني حميد، مرجع سابق، ص64.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

السرية فقدت المعرفة الفنية كل قيمتها الاقتصادية، مما يتعين اللجوء الى وسائل اكثر قمعية وردعية.

ثانيا: الحماية الجزائية للمعرفة الفنية

زيادة على الحماية المدنية للمعرفة الفنية، والتي يمكن من خلالها جبر الضرر الذي لحق صاحب او مالك المعرفة الفنية من جراء الاستخدام غير المشروع لها، وذلك باقتضاء التعويض المناسب وإزالة التعدي- على النحو الذي سبق تناوله بالتفصيل-، فان هناك صورة اخرى لكفالة حماية المعرفة الفنية بطريقة غير مباشرة، تتمثل في تكييف عملية الاعتداء على المعرفة الفنية بانها اغتصاب او استلاء تم على المعرفة دون ارادة صاحبها، ويستوجب توقيع العقوبة التي ينص عليها القانون الجنائي، لاسيما اذا كانت الحماية المدنية غير كافية ومحدودة- كما سبق وان رأينا-.

تتعدد صور وطرق الاعتداء على المعرفة الفنية التي تنشأ معها المسؤولية الجنائية لمنتهك هذه المعرفة، ويتحقق ذلك في عدة امور مثل الرشوة بغرض الحصول على المعرفة الفنية التي اكتسبها من خلال العمل لدى صاحب المعرفة الفنية، وخيانة الامانة من قبل العامل الذي قام بإفشاء المعرفة للغير، او استخدامها لمصلحته الشخصية، كذلك هناك نوع من الحماية الجنائية للمعرفة الفنية في حالة السرقة، وذلك انطلاقا من الفكرة التي تقضي بان المعرفة الفنية تعتبر مالا مستقلا عن السند المادي الذي يحتوي عليها، فان القضاء -مستندا الى هذه الفكرة- لم يتردد في ادانة كافة حالات السرقة التي ترد على المعرفة الفنية او الاستيلاء عليها بطريق غير مشروع، ويشمل ذلك سرقة الاستعمال الخاص بمحض المعرفة الفنية، وكذلك سرقة المستندات والأوراق والرسومات التي تتجسد فيها¹، كذلك فان المستفيد سيئ النية من الإفشاء غير المشروع للمعرفة الفنية، والذي ساعد او حرض او سهل مهمة من قام بالإفشاء يمكن ملاحقته كشريك في الجريمة، اعمالا لما ورد في نص المادة 60 من

¹-جلال وفاء محبين، فكرة المعرفة الفنية والاساس القانوني لحمايتها، مرجع سابق، ص79.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

قانون العقوبات الفرنسي، اذ لعب دورا ايجابيا في القيام بالواقعة الاصلية، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بإدانة المستفيد سيئ النية وذلك اذا ساعد عن عمد وشارك العامل في الافعال التي اعدت وسهلت ارتكاب الجريمة بواسطة هذا الاخير¹، كما اورد في المادة 418 من قانون العقوبات نصا مفاده: "يعاقب بالحبس ولمدة سنتين الى خمس سنوات وبغرامة... كل مدير او عامل من عمال الصناعة اخبر او حاول اخبار الاجانب او الفرنسيين المقيمين في دول اجنبية بأسرار الصناعة التي يعمل بها ..".

وبالتالي فان الجريمة تقوم على افشاء عنصر السرية المتواجد في المعرفة الفنية، او محاولة القيام به بغض النظر عن الاسلوب الذي تتم فيه تلك الواقعة، والذي يكون محصورا في المانح بداية ثم ينتقل الى المتلقي عن طريق العقد، وهو ما يعبر عن الركن المادي، اما بخصوص الركن المعنوي فيتمثل في تحقق قصد الاعتداء على السر على نحو يستبعد قيامه في الافشاء القائم على الاهمال أو عدم التبصر²، وفي هذا المقام يمكن تطبيق ما جاء به المشرع الجزائري في المادة 302 من قانون العقوبات³، حيث عاقب على جريمة افشاء اسرار المؤسسة شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي، بل وهي عبارة عن ترجمة عن المادة الفرنسية المذكورة اعلاه، في انتظار ان يصدر المشرع قانونا خاصا ينظم عملية الاستثمار التكنولوجي والمعارف الفنية.

¹ - منى داؤد احمد داؤد، المرجع السابق، ص 150.

² - وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص 402.

³ - الامر 66-156 المؤرخ في 8/06/1966، المتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ع 49 الصادرة في 11/06/1966، المعدل والمتمم بالقانون 16-02 المؤرخ في 19/06/2016، ج. ر. ع 37 الصادرة في 22/06/2016، والذي تنص فيه المادة 302 على: "...كل من يعمل بأية صفة كانت في مؤسسة وادلى او شرع في الادلاء الى اجانب ا الى جزائريين يقيمون في بلاد اجنبية باسرار المؤسسة التي يعمل فيها دون ان يكون مخولا له ذلك، يعاقب بالحبس من سنتين الى خمس سنوات، وبغرامة مالية من 500 الى 10000 دينار... واذا ادلى بهذه الاسرار الى جزائريين يقيمون في الجزائر فتكون العقوبة الحبس من ثلاث اشهر الى سنتين، وبغرامة مالية من 500 الى 1500 دينار ..".

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

اذن يمكن القول إجمالاً أن الحماية الجنائية للمعرفة الفنية القائمة تعتبر محدودة وغير كافية لأن مجال تطبيق نص المادة محدود من حيث الأشخاص، حيث يقتصر على العمال والأشخاص الذين بحكم عملهم يمكنهم الاطلاع على أسرار الصنع بسبب وجود علاقة ثقة متبادلة، كما أنها تتعلق بحالات محددة فقط، ولكن مع ذلك لا يمكن اغفالها إذ يمكن أن تعطي بعض الحماية لها، وكما رأينا فإن صاحب المعرفة الفنية يمكنه اللجوء أيضاً إلى الحماية المدنية للحصول على التعويض عن الأضرار اللاحقة به، بل إنه يمكن أن يستعمل الدعويين في نفس الوقت، أي الدعوى المدنية والجزائية، مدام ليس هناك ما يمنع ذلك.

ثالثاً: حماية المعرفة الفنية بموجب نصوص قانونية خاصة في التشريع الجزائري

قد سبق وأن رأينا طرق معالجة الحماية القانونية للمعرفة الفنية كمحل في عقد الإستثمار التكنولوجي وفقاً للأحكام العامة، نجد في المقابل أن هناك بعض التشريعات التي نصت على حماية المعرفة الفنية بموجب نصوص قانونية خاصة، من بينها التشريع الجزائري وهو ما يهمنا، حيث عالج موضوع حماية المعرفة الفنية السرية في إطار المحدد للممارسات التجارية غير المشروعة، والتي جاءت نصوصه منسجمة مع ما ورد في اتفاقية تريبس، فالمشرع الجزائري لم ينظم دعوى المنافسة بموجب القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية كما فعل المشرع الفرنسي، وإنما هناك نص خاص نظم هذه الدعوى، ويتمثل في القانون 04-02 المؤرخ في 23/06/2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية¹.

يطرح التساؤل لمعرفة أسباب إدراج المشرع الجزائري حماية المعرفة الفنية ضمن القانون المنظم للممارسات التجارية وليس في إطار قوانين أخرى، كقوانين الملكية الصناعية،

¹ - من خلال هذا القانون يكون المشرع الوطني ولأول مرة قد ضمن ونص على حماية المعرفة الفنية في إطار دعوى المنافسة غير المشروعة، وفي رأينا فإن هذا القانون يأتي في سياق التحضير لانضمام الجزائر إلى المنظمة العالمية للتجارة، وتكييف تشريعاتها الوطنية لكي تتسجم مع أحكام اتفاقية تريبس الملحق بهذه المنظمة.

الباب الأول: التأسيس القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

او القواعد العامة كالقانون المدني مثلا ؟ من المهم كذلك معرفة ما مدى فعالية ونجاعة هذه الحماية كما نظمها المشرع الجزائري؟

1-أساس حماية المعرفة الفنية في القانون الجزائري

من الواضح ان المشرع الجزائري اختار ادراج حماية المعارف الفنية في اطار قانون خاص يتعلق بالممارسات التجارية غير المشروعة من أجل تكييف التشريعات الوطنية لمعايير المنظمة العالمية للتجارة، وهذا في افق الانضمام إلى هذه المنظمة، فهذه الاخيرة أدرجت أيضا حماية المعرفة الفنية ضمن إطار المنافسة غير المشروعة، كما سنرى لاحقا عند دراسة أحكام اتفاقية تريبس، حيث تجد المنافسة غير المشروعة أساسها القانوني في اتفاقية تريبس 1883 وفقا لتعديل ستوكهولم عام 1967، التي تنص في مادتها 10 مكرر المضافة " تلتزم دول الاتحاد بأن تكفل لرعايا دول الاتحاد الاخرى حماية فعالة ضد المنافسة غير المشروعة"، وقد ورد هذا الاساس صراحة في المادة 39 من اتفاقية تريبس التي تنص "..اثناء ضمان الحماية الفعالة للمنافسة غير المشروعة حسبما تنص عليه المادة 10 مكرر من اتفاقية باريس لوفقا تعديل ستوكهولم عام 1967 تلتزم الدول الاعضاء بحماية المعلومات غير المفصح عنها.."¹.

2-مدى فعالية ونجاعة الحماية بموجب النصوص الخاصة

اول ما يمكن ملاحظته على القانون 02/04 السابق ذكره لاسيما المادة 27 منه²، يتمثل في:

¹-سلطاني حميد، مرجع سابق، ص72.

²-عددت الممارسات التجارية غير المشروعة حيث تنص: "تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة في مفهوم احكام هذه القانون، لاسيما منها الممارسات التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:1-تشويه سمعة عون اقتصادي منافس بنشر معلومات سيئة تمس شخصه أو منتوجاته أو خدماته، 2-تقليد العلامات المميزة لعون اقتصادي منافس او تقليد منتوجاته او خدماته او الاشهار الذي يقوم به قصد كسب زبائن هذا العون اليه بزرع شكوك و اوهام في ذهن

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

-أن المشرع الجزائري لم يورد تعريف المعرفة الفنية، وإنما تكلم عن المهارة التقنية والتجارية.

-أن الترجمة من النص الفرنسي الى النص العربي كانت في غير محلها، اذ نجد في النص وترجمتها الصحيحة هي *savoir-faire technique et commercial* يستعمل مصطلح المعرفة الفنية التقنية والتجارية، وليس المهارة التقنية والتجارية، وهذا الخطأ في رأينا يجب تداركه، حيث يجب التفرقة بين المهارة للصيقة بالشخص والمعارف الموضوعية، فكما رأينا ان المهارة تكون لصيقة بالشخص ولا تنتقل الا به، اما المعرفة الفنية فهي اوسع من مجرد مهارة فردية، اذ تشمل المهرة والطرق والتجربة والوثائق.. وما الى ذلك.

-رغم أن المشرع نظم وعدد الممارسات التجارية غير المشروعة إلا انه لم يبين لنا ما هي شروط تطبيق دعوى المنافسة غير المشروعة ولا أساسها القانوني، وإنما اكتف بذكر بعض الممارسات التي اعتبرها غير مشروعة¹.

-ان الصورة الوحيدة التي اوردها المشرع والمتعلقة بالتعدي على المعرفة الفنية جاءت بالفقرة 03 من المادة 27 والمتمثلة في استغلال المهارة التقنية أو التجارية المميزة بدون ترخيص من صاحبها.

المستهلك،3-استغلال المهارة التقنية او التجارية المميزة بدون ترخيص من صاحبها،4-اغراء مستخدمين متعاقدين مع عون اقتصادي منافس خلافا للتشريع المتعلق بالعمل،5-الاستفادة من الاسرار المهنية بصفة أجبر قديم أو شريك للتصرف فيها بقصد الاضرار بصاحب العمل أو الشريك القديم،6-احداث خلل في تنظيم عون اقتصادي منافس وتحويل زبائنه باستعمال طرق غير نزيهة كتبديد أو تخريب وسائله الاشهارية واختلاس البطاقات او الطلبات والسمنة غير القانونية= واحداث اضطراب بشبكته للبيع،7-الاخلال بتنظيم السوق واحداث اضطرابات فيها بمخالفة القوانين و/أو المحظورات الشرعية، وعلى وجه الخصوص التهريب من الالتزامات والشروط الضرورية لتكوين نشاط او ممارسته او اقامته،8-اقامة محل تجاري في الجوار القريب لمحل منافس بهدف استغلال شهرته خارج الاعراف والممارسة التنافسية المعمول بها".

¹-ان الممارسات التجارية المنافسة للمنافسة وغير المشروعة نظمها المشرع الجزائري في المواد 26 و27 من القانون

04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

-كما ان الفقرات 5،6 يمكن ان تلعب دورا في حماية المعرفة الفنية السرية، باعتبارها اسرار بشكل عام، فالفقرة 5 والمتعلقة بالاستفادة من الاسرار المهنية بصفة اجبر قديم او شريك للتصرف فيها بقصد الاضرار بصاحب العمل او الشريك القديم، اما الفقرة 6 تشير الى احداث خلل في تنظيم المؤسسة الصناعية يتحقق من خلال استعمال عون اقتصادي لوسائل غير مشروعة لأجل الحصول على المعارف الفنية السرية لعون اقتصادي منافس عن طريق التجسس الصناعي او القرصنة.

ومنه فالأصل يتمثل في الحرية الاقتصادية وحرية المنافسة، إلا أن القانون يمنع ويعاقب الممارسات التجارية غير المشروعة وغير النزيهة، وقد قدم لنا المشرع الجزائري مجموعة من الصور التي تفيد بيان الممارسات التجارية غير المشروعة في مجال التعدي على المعرفة الفنية، ولمجلس المنافسة سلطة اجراء التحقيقات وتوجيه اعدار الى المتعاملين الاقتصاديين و الامر بوقف الممارسات غير المشروعة، وكذلك اخطار وكيل الجمهورية لتطبيق العقوبات الواردة في القانون في حالة مخالفة الممارسات التجارية النزيهة، فالاعتداء على المعرفة الفنية في القانون الجزائري يعتبر جنحة يعاقب عليها، فالقانون 04-02 السابق ذكره تضمن عقوبات في حالة الاعتداء والمساس بسرية المعرفة الفنية، الا ان الملاحظ ان تلك العقوبات لا يمكن اعتبارها ردعية وقمعية¹، وليس من شأنها منع الاعتداء على المعارف الفنية للمتعاملين، لذلك تم تعديل هذا القانون بموجب القانون 06/10²، حيث شدد من العقوبات من خلال وضع قواعد صارمة لحماية المعرفة الفنية من مختلف الاعتداءات

¹- جاء في المادة 38 من نفس القانون: "تعتبر ممارسات تجارية غير شريفة وممارسات تعاقدية تعسفية المخالفة لأحكام المواد 26-27-28-29 من هذا القانون ويعاقب بغرامة من خمسين الف دينار (50.000 دج) الى خمسة ملايين دينار (5.000.000)، اما المادة 47 فتتص: "يعتبر في حالة عود في مفهوم هذا القانون كل عون اقتصادي يقوم بمخالفة اخرى رغم صدور عقوبة في حقه منذ اقل من سنة، ويمكن للقاضي ان يمنع العون الاقتصادي المحكوم عليه من ممارسة نشاطه بصفة مؤقتة او شطب سجله التجاري، فضلا عن ذلك يمكن ان تضاف الى هذه العقوبات عقوبة الحبس من 3 اشهر الى سنة واحدة".

²- المؤرخ في 15/08/2010، الذي يعدل ويتم القانون 02/04 المؤرخ في 23/06/2004، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ع 46 المؤرخة في 18/08/2010.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

التي قد تقع عليها¹، وهو بذلك يمنح للطرف المتضرر طلب اتخاذ الاجراءات الوقائية لوقف اعمال المنافسة غير المشروعة في الحاضر ومنعها في المستقبل.

وعليه يمكن القول ان دعوى المنافسة غير المشروعة تبدو الى حد ما ملائمة لضمان الحماية للمعرفة الفنية السرية، ذلك كونها تمتاز بحمايتها لجميع المراكز القانونية، وان اساس الدعوى هو عدم الاخلال بالالتزام قانوني عام يلتزم به الجميع وهو اتباع طرق مشروعة للمنافسة².

اذن يمكن القول ان حماية سرية المعرفة الفنية اصبح امرا مستقرا الى حد ما، وثابتا فقها وقضاءا وتشريعا، باعتبار أنها قد نصت على هذه الحماية مختلف التشريعات المقارنة، لاسيما بعد دخول اتفاقية تريبس التابعة لمنظمة التجارة الدولية حيز التنفيذ، ولم يشد المشرع الجزائري على هذه القاعدة حيث نص على حماية المعرفة الفنية بموجب قانون خاص كما رأينا.

الفرع الثاني: حماية المعرفة الفنية في إطار اتفاقية تريبس

من البديهي او المنطقي طرح السؤال لماذا وجدت هذه الاتفاقية الخاصة بحماية حقوق الملكية الفكرية بالرغم من وجود عدة اتفاقيات دولية تهتم بنفس الموضوع كاتفاقية برن 1886، واتفاقية باريس 1883، مع وجوب التذكير بوجود منظمة عالمية للملكية الفكرية والتي تعتبر منظمة متخصصة تابعة للأمم المتحدة.

¹-منها المادة 11 التي تعدل احكام المادة 47 من القانون 02/04 حيث تنص على انه: "تتخذ اجراءات الغلق الادارية المنصوص عليها في المادة 46 اعلاه وفق الشروط نفسها في حالة العود لكل مخالفة اخرى لها لاحكام هذا القانون، يعد = حالة عود في مفهوم هذا القانون قيام العون الاقتصادي بمخالفة اخرى لها علاقة بنشاطه خلال سنتين 02 التي تلي انقضاء العقوبة المتعلقة بنفس النشاط، في حالة العود تضاعف العقوبة، ويمكن للقاضي ان يمنع العون الاقتصادي المحكوم عليه من ممارسة أي نشاط مذكور في المادة اعلاه بصفة مؤقتة وهذه المدة لا تزيد عن 10 سنوات، وتضاعف الى هذه العقوبات زيادة على ذلك عقوبة الحبس من 3 اشهر الى 5 سنوات".

²-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 150.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

الواقع ان اتفاقية تريبس نظمت حماية الملكية الفكرية بطريقة مختلفة تماما بالمقارنة مع الاتفاقيات السابقة، بل وتشكل قطيعة بالنسبة لهم، بحيث يمكن القول وبدون مبالغة ان هذه الاتفاقية تمثل ثورة في المفاهيم القانونية، فحسب الدول الصناعية فان الاتفاقيات الدولية المنظمة لحقوق الفكرية كاتفاقية برن واتفاقية باريس لم تسمحوا بتفعيل حماية تلك الحقوق بالقدر التي تريده الدول المتقدمة، التي تسعى للسيطرة على احتكارها التكنولوجي، ومنع كل ما يعيق تجارتها دوليا¹.

فكان من المهم لقاء الضوء على مضمون اتفاقية تريبس، مع التركيز على مدى اسهام هذه الاتفاقية في ارساء حماية فعالة وواسعة للمعرفة الفنية

أولاً: مضمون اتفاقية تريبس

فيما يتعلق بمضمون اتفاقية تريبس فقد حددت مجموعة من النصوص القانونية اهم اسباب واهداف هذه الاتفاقية وبمجرد معرفة هاتين النقطتين يتضح مضمونها، و ترجع الحاجة الى هذه الاتفاقية الى سببين:

-الاول هو انه اصبحت الملكية الفكرية عنصرا هاما في العلاقات التجارية الدولية

-الثاني وهو افتقار الاتفاقيات السارية الخاصة بالملكية الفكرية الى احكام بشأن الانفاذ الفعال من اجل مكافحة التزوير والقرصنة².

¹ - ان اتفاقية تريبس قررت ادماج المعارف السرية ضمن حقوق الملكية الفكرية، وبالتالي قررت حماية لهذه المعلومات السرية، وهذا يحدث لأول مرة، ويعتبر شئ جديد بالمقارنة مع الاتفاقيات الموجودة، لاسيما اتفاقية باريس، فالمعرفة الفنية لم تكن تعتبر من ضمن حقوق الملكية الفكرية، ولا تدخل ضمن اطار الملكية الفكرية، جاءت اتفاقية تريبس وادرجتها لأول مرة ضمن اطار الملكية الفكرية، وبالتالي تتمتع بالحماية مثلها مثل باقي الحقوق الاخرى، فانفاقية تريبس سلطاني حميد، المرجع السابق، ص91.

² -زواني نادية، اتفاق تريبس وتأثيره على البلدان النامية، بحوث جامعة الجزائر 01، الجزء الاول، العدد09، 2016، ص10-23، ص12.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

ومنه الهدف من اتفاق تريبس كما جاء في ديباجة هذه الاتفاقية هو "تقليص العراقيل والحد من العقوبات التي تعيق التجارة الدولية مع الأخذ بعين الاعتبار ضرورة توفير حماية فعالة وكافية لحقوق الملكية الفكرية.... ولا تشكل هذه التدابير والاجراءات لحماية حقوق الملكية الفكرية عراقيل في وجه التجارة الدولية"¹، وبالتالي ضمان حماية فعالة لحقوق الملكية الفكرية عالمياً²، وهذا ما يؤدي إلى حكم أنشطة البحث والتطوير وتزايد تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر وتدفقات التجارة الدولية وإلى تحقيق مستويات أعلى من الرفاهية³.

ولقد ذكرت المادة 7 من الاتفاقية انها تهدف الى اسهام حماية وانفاذ حقوق الملكية الفكرية في تشجيع روح الابتكار التكنولوجي وتعميم نقل التكنولوجيا بما يحقق المصلحة المشتركة لمالكي المعرفة التكنولوجية والمستفيدين منها بالشكل الذي يحقق الرفاهية الاقتصادية والاجتماعية للجميع، والتوازن بين الحقوق والواجبات⁴.

كما اجازت المادة 1/8 من الاتفاق للدول الاعضاء عند وضع او تعديل قوانينها ولوائحها التنظيمية اتخاذ التدابير لحماية المصلحة العامة في القطاعات ذات الأهمية الحيوية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية شريطة اتساق هذه التدابير مع أحكام الاتفاقية، كما اجازت في فقرتها الثانية من نفس المادة للدول الأعضاء أن تتخذ التدابير اللازمة لوقف ومنع حائزي حقوق الملكية من إساءة استخدامها أو منع اللجوء الى الممارسات المقيدة والتي تعيق وبصفة غير معقولة التجارة الدولية أو تؤثر سلباً على النقل

¹-سلطاني حميد، مرجع سابق، ص84.

²-من المهم الإشارة الى انها ادخلت مصطلحات جديدة لم نتعود استعمالها سواء في التشريع الجزائري أو الفرنسي او المقارن، حيث ان مصطلح الملكية الفكرية مثلاً يحلنا في القانون الجزائري او الفرنسي الى حقوق المؤلف، والحقوق المجارة، ومصطلح الملكية الصناعية يحلنا الى براءات الاختراع، والعلامات التجارية، الجديد هو أن اتفاقية تريبس تستعمل مصطلح الملكية الفكرية للدلالة على كل الحقوق المذكورة آنفاً.

³-حمد احمد المخلافي، اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية-تريبس-وأثرها على نقل التكنولوجيا، مجلة دراسات يمنية ع62-63، ديسمبر 2000، ص401.

⁴-عبد السلام مخلوفي، اتفاقية حماية حقوق الملكية الفكرية -أداة لحماية التكنولوجيا أم لاحتكارها- مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، العدد 3، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، ديسمبر 2005، ص120.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

الدولي للتكنولوجيا لاسيما للدول النامية¹، ومن خلال ذلك يمكن استخلاص أهم أهداف هذا الاتفاق وهي :

-تعميم الاستفادة من التطور التكنولوجي، من خلال إيجاد نوع من التوازن بين مصالح الدول النامية ومصالح الدول الصناعية المالكة للتكنولوجيا.

-تحقيق التنمية التكنولوجية، وتمكين الدول الاقل نموا من انشاء قاعدة تكنولوجية سليمة وقابلة للاستمرار.

-منع حائزي حقوق الملكية الفكرية من إساءة استخدامها على النحو الذي يؤثر سلبا على النقل الدولي للتكنولوجيا.

ثانيا: أحكام حماية المعرفة الفنية في اطار اتفاقية تريبس

حظيت المعرفة الفنية بأهمية كبيرة في اتفاقية تريبس²، اين وضعت نظاما لحماية المعرفة الفنية تحت اسم المعلومات غير المفصح عنها وأدخلتها ضمن حقوق الملكية الفكرية، مع تفعيلها لأليات تحث على حماية المعلومات السرية وهذا ما اكدت عليه المادة 39 منها بنصها والذي يعد تطورا في الاليات القانونية لحماية المعرفة الفنية لاحتوائها على ثلاثة شروط يجب توافرها في المعلومات حتى تتمتع بالحماية القانونية في ظل احكام هذه الاتفاقية، وهذه الشروط تتفق في كثير من النواحي مع شروط حماية الاسرار الصناعية في القانون الامريكي والفرنسي على الرغم من اختلاف التسميات، وهي السرية، والقيمة التجارية واتباع اجراءات لإبقائها سرية.

¹-زواني نادية، مرجع السابق، ص12.

²-اول ملاحظة ان اتفاقية تريبس تعتبر اول اتفاقية دولية وضعت تعريف للمعرفة الفنية وشروط تقرير الحماية لها. ثاني ملاحظة ان اتفاقية تريبس لم تستعمل عبارة المعرفة الفنية وانما المعلومات السرية الغير منشورة والتي هي تحت رقابتهم بصورة قانونية، فيمكن ان نستنتج ان هذه الاتفاقية لا تعترف بحق ملكية على المعارف السرية، أي لا تعتبر حقوق اصحاب المعارف السرية حقوق ملكية وان كانت قررت حمايتها،

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

1-سرية المعلومات:

يقصد بهذا الشرط حسب ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 39 من الاتفاقية الا تكون المعلومات سواء في مجموعها او في الشكل والتجميع الدقيق لمكوناتها معروفة عادة، او من السهل الحصول عليها من قبل اشخاص في اوساط المتعاملين عادة في النوع المعني من المعلومات¹.

والسرية المطلوبة في اتفاقية ترخيص ليست تلك السرية المطلقة، وانما يكفي ان تكون هذه المعلومات على درجة من السرية، وهو ما تقتضيه طبيعة المجال الذي تنتمي اليه هذه المعلومات، والذي يقوم على مبدأ المشاركة في العمل والمنافسة²، ذلك ان طبيعة بعض المعلومات في بعض الميادين والتجارة تتطلب بالضرورة افشاءها لعدد من العاملين المشتغلين بفرع النشاط، كما ان المعيار نسبي للسرية لا يقتصر على الاشخاص العاملين بالمعرفة الفنية وانما يمتد الى مضمون المعرفة الفنية، اذ يمكن ان ترد على توليفة جديدة لعناصر معروفة مسبقا³.

فاتفاقية ترخيص لم تشترط لتحقيق السرية ان تكون كل مكونات المعلومات وعناصرها غير معروفة وانما قد تكون تلك المكونات والعناصر معلومة للعامة غير ان ترتيبها وتجميعها وتنسيقها ضمن نظام معين يحتاج الى بذل جهد شاق او اتفاق مبالغ مالية كبيرة⁴، فالحماية اذن تنصب على مجموع المعلومات وليس على مكوناتها او عناصرها المنفردة، ونضرب مثلا على ذلك بوصفات التداوي التقليدية بالأعشاب المنتشرة بكثرة في الدول النامية

¹-سلطاني حميد، مرجع سابق، ص92.

²-رمازنية سفيان، حماية الملكية الصناعية في اتفاقية ترخيص واثرها على اقتصاديات الدول النامية، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون الملكية الفكرية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2020، ص58.

³- سلطاني حميد، مرجع سابق، ص93.

⁴-قيس علي محافظة، الآثار القانونية على حماية الأسرار التجارية والاختراعات-دراسة مقارنة-، علوم الشريعة والقانون، المجلد 38، العدد1، الاردن، 2011، ص92.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

والأقل نموا والتي عادة ما تكون مكوناتها معروفة ولكن نسب وطريقة استعمال تلك المكونات تبقى حكرا على حائزها الذي بذل جهودا معقولة للحفاظ على سريتها¹.

كما تحمي المعلومات بموجب الاسرار التجارية ولو كانت غير جديدة، كأن يستخدم المشروع طريقة قديمة من نوع جديد من الصناعة، ا وان يتوصل مشروع منافس لنفس السر التجاري، فيستخدمه محافظا على سرية فتبقى السرية قائمة ما دامت المعلومات غير متاحة للمشروعات العاملة في مجال التخصص المتصل بالنشاط².

2- القيمة التجارية للمعلومات السرية:

يعد هذا الشرط مكملا لشرط السابق فوحده لا يكفي بل يجب ان تكون المعلومات والمعارف التي حصل عليها الشخص سرية حتى تتوفر لها الحماية، بل لابد زيادة على ذلك من ارتباط هذه المعلومات بمشروع اقتصادي، بحيث تتحقق له فائدة اقتصادية، كزيادة في الارباح، وتقليص التكاليف، وجذب عملاء جدد اليه على نحو يجعل من الحائزين على هذه المعلومات في وضع متميز على منافسيهم حتى تتقرر الحماية للمعارف الفنية المتوصل اليها³، فالشرطان متلازمان فبقاء المعلومات سرية هو ما يمنح لصاحبها قيمة تنافسية في مواجهة الغير، كالوصفة الخاصة بمشروب كوكاكولا الأمريكي، فالسرية هي التي تمنح للشركة قيمة تجارية لهذه السرية وبالتالي تخرج من نطاق الحماية⁴.

¹- أيت تيفاني حفيظة، النظام القانوني لحماية الملكية الصناعية في اتفاقية تريبس، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، ص162.

²- حسام الدين عبد الغني الصغير، حماية المعلومات الغير المفصح عنها والتحديات التي تواجه الصناعات الدوائية في الدولة النامية، دار الفكر الجامعي، د.ط، الإسكندرية، مصر، 2005، ص24.

³- بدوي بلال عبد المطلب، تطور الآليات الدولية لحماية حقوق الملكية الصناعية الواردة على مبتكرات جديدة دراسة في ضوء اتفاقية التريبس والاتفاقيات السابقة عليها، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، المجلد47، العدد الأول، جامعة عين شمس، 2005، ص263.

⁴- مؤيد احمد عبيدات، النظام القانوني للأسرار التجارية في الأردن، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد الثالث والعشرون، العدد الخامس، الأردن، 2008، ص97.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

3- إتباع حائز المعلومات الإجراءات اللازمة للحفاظ على سريتها:

هذا الشرط الأخير التي وضعته اتفاقية تريبس في المادة 2/39 من أجل حماية المعلومات غير المفصح عنها يتعلق بما يجب على الحائز لهذه المعلومات القيام به للحفاظ على سرية المعلومات التي توصل إليها، حيث اشترطت المادة المذكورة قيام الشخص بالإجراءات المعقولة في إطار الأوضاع الراهنة للمحافظة على السرية¹.

وتتنوع التدابير التي يمكن اتخاذها من قبل الحائز للحفاظ على السرية باختلاف طبيعة المعلومات المراد الحفاظ على سريتها وقيمتها الاقتصادية، ونوع النشاط الذي تستخدم فيه ودرجة الخسائر التي تلحق بالمشروع من جراء الإفصاح عنها، وحجم المشروع، ومن أمثلتها تضمين عقد العمل بندا يقضي بعدم الإفصاح عن المعلومة السرية التي اطلعوا عليها بمناسبة علاقة العمل

غير أن الملاحظ أن اتفاقية تريبس قامت بوضع معيار عام لهذا الحفاظ، ولم تذكر أيًا من الطرق أو الإجراءات التي قد يتخذها الحائز للحفاظ على السرية، وإنما جعلت الأمر متروكا للأجهزة القضائية للدول الأعضاء للتحقق من معقولية هذه الإجراءات المتبعة في الحفاظ على سرية المعلومات، وإذا لم يتخذ الحائز القانوني للمعلومات غير المفصح عنها التدابير اللازمة على سريتها يفقد حقه في الحماية المقررة في اتفاقية تريبس².

¹-سلطاني حميد، المرجع السابق، ص94.

²-هذا المبدأ طبقه القضاء الأمريكي في قضية Glaxo Inc ضد Novapharm Ltd تتلخص وقائع القضية كما جاء في نص القرار القضائي أن الشركة الأولى (المدعية) ادعت قيام الشركة الثانية (المدعى عليها) بتقليد إحدى منتجاتها الدوائية، فضلا عن سرقة أسرارها التجارية المتعلقة بكيفية تحضير دواء ZANTEC، فقضت المحكمة برفض الدعوى استنادا إلى أن الشركة المدعية لم تقم باتخاذ الإجراءات والتدابير اللازمة للمحافظة على سرية المعلومات المتعلقة بالعناصر الداخلة في تركيب الدواء، وطريقة تحضيره، كون الشركة المدعية قامت بتقديم الوثائق والمستندات التي تتضمن تلك المعلومات ضمن قائمة ملف الموضوع المقدم للمحكمة في دعوى سابقة، دون أن تتخذ أي إجراءات تكفل سريتها، فأتاحت بذلك لشركات إنتاج الأدوية الأخرى فرصة للاطلاع على هذه الوثائق والحصول على صور منها، وبالتالي فقدت المعلومات طابع السرية، وعلت المحكمة قرارها انه كان من الممكن للشركة أن تقدم هذه الوثائق التي تتضمن معلومات سرية في مظاريف

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

وعليه حتى تتحقق الحماية القانونية للمعلومات السرية المقررة في اتفاقية تريبس لا بد من توافر الشروط الثلاثة مجتمعة.

وأخيرا في سياق الشروط الموضوعية لعقود الاستثمار التكنولوجي نقترح على طالب الاستثمار وخاصة من الدول النامية ألا يترك ذلك العقد محكوما بقوانين الطرف الأقوى او بعادات وأعراف التجار، اذ من الأضمن له العودة به إلى النظم القانونية الوطنية الضيقة كالتقنيات المدنية ليطالب بإبطاله كلما ثبت فيه اي عيب من عيوب الإرادة، وبطلانه فيما لو لم يتحقق محله او سببه والداعيان لتحقيق التمكن التكنولوجي.

ولا ينال من هذا المحل كونه عقدا غير مسمى، اذ يمكن خلق نظم قانونية وطنية خاصة فيه، تدرج خلالها الأحكام العامة التقليدية النازمة للعقود بما يتلاءم مع طبيعته من جهة، ومقتضيات التنمية في الدولة المشرعة من جهة.

المطلب الثاني: الشروط الشكلية لإبرام عقد الاستثمار التكنولوجي

العقد بناء قانوني يتولاه مهندس القانوني، ومن اجل ان يكون هذا البناء بعيدا عن النواقص كان لا بد من إفراغه في قالب شكلي محدد بعيدا عن الرضائية وحدها كونها لا تكفي في مثل هذه العقود نظرا لطبيعة المحل، وكذا باعتبارها عقود طويلة المدى، ذلك كله من اجل تجنب اي نزاع قد يقع بينهم مستقبلا، وحماية لطرفي العقد، لكن ومع ظهور الصيغ الجديدة في التعاقد تضائل دور هذه الإجراءات في حماية بعض الأطراف، خاصة اذا كنا بصدد عقد يحمل طرفين غير متكافئين اقتصاديا كعقد الاستثمار التكنولوجي، وأمام هذا التراجع الذي عرفتة الشكالية في حماية الطرف الضعيف -طالب الاستثمار- ظهرت إشكالية السير نحو الطرق الجديدة في إبرام العقود المتعلقة بالاستثمارات التكنولوجية(الفرع الاول)، والتي يتم صياغتها بحسب الغاية منها(الفرع الثاني)

مغلقة== ومختومة، وان تطلب من المحكمة اتخاذ الإجراءات الكفيلة بالحفاظ على سريتها، ولكنها لم تفعل، لذا سقط حقها في الحماية لأنها لم تعد أسرار تجارية، ولید عودة الهمشري ، مرجع سابق، ص265.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

الفرع الأول: المنحنى الجديد للكتابة في عقد الاستثمار التكنولوجي

تعد الكتابة الأداة أو الوسيلة التي يجري بمقتضاها نقل التفكير القانوني من الحيز الداخلي في نفس الإنسان إلى الحيز الخارجي، فهي ببساطة أداة للتعبير عن فكرة كامنة في داخل النفس لتصبح حقيقة واقعية ملموسة، يجري التعامل على أساسها، ولها دور كبير في عقود التي نحن بصددنا، باعتبارها وسيلة تقليدية في الإثبات أو شرطاً للانعقاد إذا نص القانون على ذلك، ولهذا أصبحت هذه العقود تتخذ أشكالاً مختلفة بحسب المنظور القانوني لها ، خاصة مع التقدم الإلكتروني في الميدان التجاري

أولاً: أشكال الكتابة في عقد الاستثمار التكنولوجي

تتخذ الكتابة في عقد الاستثمار التكنولوجي أشكالاً متعددة من حيث الأثر الذي تؤديه فقد تعتبر تارة ركناً للانعقاد، وتارة أخرى شرطاً للإثبات، وبين هذا وذاك يثور التساؤل عن دورها في حماية استقلال المتلقي لهذه التكنولوجيا، ومدى مساهمتها في الحفاظ على السرية المعرفة التكنولوجية خاصة مع دخول الكتابة الإلكترونية لمجال التجارة الدولية

1- الشكل القانوني:

هو الشكل الذي يفرضه القانون أو الشكل الذي يكون مصدره إرادة المشرع، فلا يجوز تجاهله، بمعنى أن طرفي التصرف ملزمين بإتباع ما فرضه المشرع من شكلية خاصة بذلك التصرف، وفي حال عدم إتباعها فإن هذا التصرف محكوم بالعدم، ويكون هذا الشكل في الغالب محرراً رسمياً.

والحقيقة أن كتابة عقود الاستثمار التكنولوجي هو أمر منطقي يتفق مع طبيعة وأهمية ذلك العقد، نظراً للقيمة المالية والمعنوية التي تتمتع بها المعرفة الفنية محل العقد، والتي تشكل ضماناً أساسياً يمكن أن يحتج به المانح في مواجهة الغير، وفي هذا الشأن نجد المشرع المصري قد سارع إلى إضفاء حماية قانونية لمثل هذه العقود، حيث أوجب إفراغ هذا

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

التصرف في قالب شكلي لوضع حد لأي تجاوز يمكن ان يعرفه هذا النوع الجديد من العقود، وتبدو هذه الخصيصة واضحة في نص المادة 1/74 من قانون التجارة المصري -السالف الذكر- والتي مفادها: "يجب ان يكون عقد نقل التكنولوجيا مكتوبا والا كان باطلا".

ويفهم من هذا النص ان الكتابة تعتبر شرط شكلي لانعقاد العقد وليس شرطا للإثبات، وهو ما يعد قيد على حرية المتعاقدين في ابرام العقد التجاري، اذ لا يكفي لانعقاده اقتران الايجاب والقبول، بل لا يكون العقد صحيح اذا لم يتبع في تكوينه شكلا خاصا حدده القانون، الا وهو شرط الكتابة وبالتالي فان تخلف هذا الشرط يبطل العقد ويعده غير موجود اصلا¹.

كما اشترط المشرع المصري في الفقرة الثانية من ذات المادة ان يشتمل العقد على بيان عناصر المعرفة التي تنقل إلى مستورد التكنولوجيا وتوابعها، كما أجاز المشرع ان يرد ذكر هذا البيان مصحوبا بدراسات الجدوى، والتصميمات، والرسوم الهندسية، والخرائط، والصور، وبرامج الحاسب الآلي، وغيرها من الوثائق الموضحة للمعرفة في ملاحق ترفق بالعقد وتعتبر جزء منه، والتي تختلف باختلاف التكنولوجيا المنقولة والمكونة لكافة عناصر المعرفة التكنولوجية.

وقصد المشرع المصري من اشتراط كتابة العقود المتعلقة بنقل التكنولوجيا والا كان باطلا، وبيان وافي للمعرفة الفنية محل العقد بكامل مستنداتها ودراساتها، هو امر في منتهى البدهاء، فمن غير المعقول ان يتم هذا العقد شفاهة وهو يتضمن على نقل اسرار صناعية بين طرفين غير متكافئين، فالطرف الأول له قوة تكنولوجية واقتصادية، والثاني متلقي مدعن²، وهذا الأمر يستوجب رقابة القضاء والجهات المختصة على عدم تضمينه للشروط التعسفية والتي تمنعه من استغلال التكنولوجيا المنقولة بالشكل الذي يتفق مع امكانياته

¹-بشار قيس محمد، المرجع السابق، ص89.

²-سينوت حليم دوس، نقل التكنولوجيا بين النظرية والتطبيق، د.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص36.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

وخبراته¹، لذلك كان حرص المشرع المصري من وراء تلك الاشتراطات هو حماية الطرف المذعن -طالب الاستثمار- في مواجهة مورد التكنولوجيا-المستثمر، وتحديد التزامات الأطراف كتابة بكل دقة منعا للخلافات التي تنتهي غالباً لصالح مورد التكنولوجيا².

ورغم ان المشرع المصري استوجب الكتابة، الا انه لم يستلزم تسجيل العقد كشرط لصحته أو نفاذه، على خلاف مشروع قانون نقل التكنولوجيا الذي اقترحتة الأكاديمية المصرية في الثمانينات يشترط إضافة إلى الكتابة تسجيل العقد، وهو ما نصت عليه المادة الخامسة منه والذي جاء فيه: "يتم التعاقد على نقل التكنولوجيا بما لا يخالف الأحكام والضوابط الواردة في هذا القانون، ولا يعتبر العقد نافذاً إلا بعد تسجيله..."³.

ولذلك كان من الأجدر بالمشرع المصري النص على هذا الشرط ضمن نصوص قانون التجارة الجديد، وذلك حتى يتسنى له فرض رقابة شاملة على هذا النوع من العقود، مما يحد بقدر الإمكان من الشروط المجحفة التي يتعرض لها المتلقي وهو الطرف الضعيف في العادة، هذا ويجب أن يذكر في العقد مصدر حيازة المانح للتكنولوجيا المراد إبرام العقد بشأنها، هل هو مبتكرها أو متلقيها، أما إذا كان محل العقد قائماً أساساً على براءة الاختراع فيجب أن يذكر بيانات هذه البراءة، كتاريخ الحصول عليها، وبلد تسجيلها ومدتها، والدعاوى القضائية المقامة عليها⁴، وذلك حتى يتم تفادي أي إشكالات أثناء تنفيذ العقد من باب حماية المتلقي ودرايته بجميع التفاصيل.

¹-نجلاء محمد سعيد قطب، الاختصاص التشريعي والقضائي في مجال نقل التكنولوجيا "دراسة مقارنة على ضوء احكام قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999"، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 2010، ص41.

²-سميحة القيلوبي، عقد نقل التكنولوجيا، المجلة الدولية للفقہ والقضاء في التشريع، المجلد3، العدد2، 2022مصر، ص234.

³-جلال وفاء محبين، الاطار القانوني لنقل التكنولوجيا في ظل الجهود الدولية واحكام نقل التكنولوجيا في قانون التجارة الجديد، مرجع سابق، ص24.

⁴ - المرجع نفسه، ص26.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

وقد اكد المشرع الجزائري في نص المادة 62 من الامر 05/03 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة¹ وهو بصدد توضيح كيفيات استغلال تلك الحقوق المتعلقة بالمؤلف والحقوق المجاورة على ان التنازل عن حقوق المؤلف المادية لا يكون إلا بعقد مكتوب، كما ذهب المشرع الجزائري بخصوص تحويل حقوق الرسوم والنماذج إلى أن تحويل الحقوق المتعلقة بها يجوز ان يكون كلياً او جزئياً، كما اشترطت في العقود المتعلقة بنقل ملكية الرسوم والنماذج الصناعية او بمنح حق الاستغلال او التنازل عن هذا الحق أو رهنه او رفع اليد عن رهنها، يجب أن يتم تثبيته كتابيا وتسجيله في دفتر خاص بالرسوم والنماذج الصناعية وإلا سقط الحق².

2- الشكل الاتفاقي

هو الشكل الذي اتفقت عليه إرادة الأطراف دون ان تتدخل ارادة المشرع في ذلك، و يكون لطرفيه حرية العدول عنه متى شاءوا، فهل من الممكن ان يحتل هذا الاخير ذات المكانة التي يحتلها الشكل القانوني، وهل يمكن ان يقال عنه بأنه شكلاً بالمعنى القانوني؟ ام مجرد

دليل معد للإثبات؟ خاصةً ونحن بصدد دراسة عقد شهد له غياب تنظيم تشريعي في الجزائر.

في الحقيقة ان هذا الامر كان مثار خلاف فقهي كبير تمخض عنه اتجاهان في الفقه المعاصر.

فمنهم من يرى أنه لا يمكن تصور وجود شكلية إلا إذا كان هناك شكل محدد يجب التقيد به، وان التصرف لا يعتبر شكلياً الا اذا تم التعبير عنه بشكلية مفروضة، وهم بذلك يضيّقون من مفهوم الشكلية بحيث يقتصر الشكل فقط على الارادة التي يكون مصدرها المشرع، ومن مؤيدي هذا الاتجاه الفقيه ايرنغ والذي يرى أن الشكلية تقتضي أن يكون هناك تنظيم وضعي يفرض شكلاً معيناً على التعبير عن الإرادة ليس لصاحبه اختيار سواه³.

¹ - المؤرخ في 2003/07/19، ج.ر. رقم 44، المؤرخة في 2003/07/23.

² - المادة 64 من الامر 05-03 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

³ -وسن قاسم غني، الشكلية الاتفاقية في العقود، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العدد الاول السنة الثالثة، 2011، ص10.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

أما البعض الآخر يرون أن التعبير عن الإرادة بحد ذاته هو شكل بالمعنى القانوني، وهم بذلك يوسعون من مفهوم الشكلية، واستند أصحاب هذا الاتجاه في أن الإرادة شيء خفي لا يمكن أن تظهر للواقع إلا عن طريق شيء مادي ملموس وهذا بالتعبير عنها، وهذا التعبير ما هو إلا شكلاً للتصرف القانوني¹، وفي هذا الصدد نص المشرع الجزائري في المادة 1/60 ق.م على "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه".

وبالتالي فإن هذا التصور للشكل لا يمكن التعويل عليه، لأنه سيقود الى القول بأن كل تعبير عن الإرادة يصدر في شكل معين يعتبر شكلاً قانونياً فرضه المشرع. وبين هذا وذاك نرجح بدورنا الاتجاه الذي أنكر الصفة القانونية على الشكل الاتفاقي، وذلك لوجود عدة فروقات تجعل من هذا الأخير يبتعد في معناه عن المعنى المفترض للشكلية القانونية منها:

- الشكل الاتفاقي مصدره إرادة الطرفين، اما القانوني مصدره ارادة المشرع
-الشكل الاتفاقي لا يتمتع بصفة الالتزام، فالأطراف غير ملزمين بذلك الشكل بحيث يمكنهم العدول متى أرادوا ذلك ما دامت ارادتهم قد قررتها، اما في الشكل القانوني فيكون طرفيه ملزمين باتباع ما فرضه المشرع من شكلية خاصة بذلك التصرف، ولا يجوز تجاهل ذلك والا اعتبر التصرف باطلا.

- يعتبر الشكل الاتفاقي أحد تطبيقات مبدأ الرضائية، ذلك أن للمتعاقدين حرية اختيار الشكل الذي يعبران به عن إرادتهما، لمل الشكل القانوني يرد قيда على مبدأ الرضائية، والاستثناء كما هو معروف لا يجوز التوسع فيه².

كان هذا لمحاولة معرفة ما اذا كان الشكل المتفق عليه بمثابة ما يقال عنه بالمعنى القانوني، اما بخصوص معرفة ما اذا كان شكلاً معد كدليل للإثبات او مما يستلزمه انعقاد العقد فيجب العودة إلى إرادة الأطراف لتحديد القصد من اشتراطه، وذلك لخلو التشريع من

¹ - وسن قاسي غني، مرجع سابق ، ص10.

² -مرجع نفسه، ص12-13.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

تكيف قانوني للشكل الاتفاقي والذي يتخذه الأطراف لتحديد آثار التصرف القانوني، والأمر هنا لا يخلو من أحد الفرضيتين:

- أ- توضيح الأطراف قصدهم من الشكل المتفق عليه سواء أكان معداً للإثبات أم للانعقاد وهنا الأمر لا يثير أية صعوبة.
- ب- إهمال الأطراف إيضاح قصدهم من اشتراط الكتابة هل هي معدة للإثبات أو للانعقاد،

وفي هذه الحالة على القاضي أن يتحرى عن القصد المشترك لطرفي العقد من اشتراط الكتابة، فإن استطاع الوصول إلى هذا القصد المشترك فإنه يجب إعماله طبقاً لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، وإن لم يستطع فعله ان يلجأ الى تطبيق حكم القانون في هذه المسألة، وإن لم يكن متاحاً فالاستئناس بما هو سار في الفقه والقضاء¹.

والحقيقة إن بعض التشريعات القانونية قد رجحت مسألة اعتبار الشكل الاتفاقي عند الشك مطلوباً للانعقاد، فمثلاً قانون الموجبات والعقود اللبناني نص في المادة 3/220 على: "إذا اتفق المتعاقدان من جهة أخرى على وضع العقد في صيغة خاصة لا يوجبها القانون كالصيغة الخطية مثلاً، فإن العقد لا ينعقد ولا ينتج مفاعيله حتى بين المتعاقدين، إلا حينما يوضع في تلك الصيغة".

أما القانون الفرنسي فلا يوجد فيه مثل هذا النص، وينبغي هنا الرجوع إلى الأحكام العامة بهذا الصدد والتي ترى ترجيح اعتبار التصرف عند الشك مطلوباً للإثبات لا للانعقاد. وهو ما ايده الفقه والقضاء المصري إعمالاً منهم للمبادئ العامة في العقود والتي ترى أن الأصل في العقود الرضائية، وبالتالي فسرت الأمر على أن الشكل المتفق عليه مطلوب للإثبات فقط²، وهو ذات الحكم في القانون الجزائري ان صح القياس ذلك بموجب نص المادة 323 مكرر ق.م، هذا وقد نص المشرع الجزائري في المادة 65 ق.م على انه: "إذا اتفق الطرفان على المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما

¹ - وسن قاسي غني، مرجع سابق، ص 14-15.

² - المرجع نفسه، ص 15.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

بعد، ولم يشترط أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد مبرماً، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة"، وبالتالي إذا اتفق المتعاقدان في عقد الإستثمار التكنولوجي على مختلف المسائل الجوهرية والأساسية في العقد كاستغلال المعرفة التكنولوجية كونها العنصر الأساسي القائم عليه العقد، أو المساعدة الفنية، أو المقابل وغير ذلك، ولم يتم إفراغه في الشكل الكتابي فإن العقد يكون مبرماً وينتج أثره فيما بينهم، وإذا حدث وأن قام نزاع بشأن الكتابة فإن أمر الفصل فيه تعود للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع والتي لا تخرج عن أحد الأمور الواردة في نص المادة أعلاه.

والذي يبدو من تحليل الطرح الذي تقدمنا به هو ان الشكلية الاتفاقية هي مجرد دليل للإثبات بين الأطراف، اذ انها لا تعدوا ان تكون قيداً على مبدأ الرضائية، كما أن الجزاء المترتب عليها لا يرقى للبطلان، كما هو الحال بالنسبة لتخلف ركن الشكلية المفروضة من قبل المشرع، ذلك أن الشكل الاتفاقي لا يتوقف على تخلف ترتيب آثار العقد وإنما يعتبر العقد قائماً بمجرد توفر أركانه وهي الرضا والمحل والسبب، وهو ما ينطبق على عقد الإستثمار التكنولوجي ما دام انه لا يوجد تنظيم قانوني خاص به.

3- الشكلية الإلكترونية

جاءت نتيجة التطور التكنولوجي الذي افرز وسائل حديثة لتحرير العقود في جميع المجالات بصيغة الكترونية، او ما يعرف برسالة البيانات او المحررات الالكترونية التي تكون مكتوبة وموقعة الكترونياً، ولم يولي الفقه أي اهتمام لتعريف المحرر الالكتروني¹. والسؤال الذي يطرح في الخصوص حول مدى إمكان استيفاء هذه الشكلية بنفس الطريقة التي يبرم بها العقد الإلكتروني، أي استيفائها بدعائم ومحررات إلكترونية، وهل ينطبق الأمر على عقد الإستثمار التكنولوجي؟

¹ - زلاشي بشري، القيمة القانونية لمحرر التجارة الالكترونية في الإثبات واثر ذلك على نموها، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مجلد 5، العدد 1، جامعة البليدة 02، البليدة، 2016، ص 157.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

قد شمل الاهتمام بالكتابة الالكترونية في معظم التشريعات، ففي فرنسا وبعد صدور القانون رقم 230/2000 بشأن تطويع قانون الإثبات لتكنولوجيا المعلومات والتوقيع الإلكتروني¹، ذهب البعض إلى أنّ الشكلية التي يتطلبها القانون لانعقاد العقد أو التصرف سواء بالكتابة أو التوقيع لا يمكن بأي شكل من الأشكال الاستغناء عنها وتعويضها بالكتابة الإلكترونية أو التوقيع الإلكتروني، لانتهاء الشروط التنظيمية والقانونية لاعتمادها، فالكتابة الالكترونية حسب رأيهم لا يمكن لها أن تكون إلا عرفية، وأن التعديل الفرنسي لنص المادة 1/1316 من القانون المدني الفرنسي² يتحدث عن الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني كوسيلة للإثبات فحسب، ولم يكن القصد منه التضحية بالشكلية في الأحوال التي يوجبها القانون لانعقاد التصرف أو العقد.

بينما ذهب البعض الآخر إلى توسيع مجال الكتابة الإلكترونية، إذ لم تعد قاصرة على الكتابة كوسيلة إثبات فقط، وإنما يتسع نطاقها بحيث تشمل الكتابة كشرط لصحة التصرف، وذلك بالنظر إلى عمومية من خلال نص المادة 1/1316 ق.م.الفرنسي فيما تضمنه من تعريف للكتابة، ولذلك يجب إعطائه معنى كاملاً دون تخصيص، ومن الجدير بالذكر أن التوجه الأوروبي رقم 2000/31 المتعلق بالتجارة الإلكترونية حظر على الدول الأعضاء وضع أي عراقيل أو عقبات أمام لعقود الإلكترونية عن طريق إقرار تشريعات لذلك، ومما لا شك فيه أن عدم الاعتراف بالآثار لقانونية للكتابة الإلكترونية، يكون مخالفاً لمقتضيات الجماعة الأوروبية³.

¹ -loin n° 2000-230 du 13/03/2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, J.O.R.F numéro 62, 14/03/2000.

² -إذ تنص المادة 1/1316 منه على: "ينشأ الإثبات الخطي بالكتابة مع تتابع أحرف أو أشكال أو أرقام أو أية إشارات لها دلالة قابلة للإدراك، وذلك آياً كانت دعامتها أو الوسائل المستخدمة في نقلها".

La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leur modalités de transmission ». Ordonnance n° 2016-131 du 10/02/2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, J.O.R.F N° 0035 du 11/02/2016.

³ -خالد ممدوح ابراهيم، الشكلية في عقود الانترنت والتجارة الالكترونية: بحث منشور على الموقع:

<http://kenanaonline.com/users/KhledMamdouh/posts/778> تاريخ الاطلاع: 2022/07/18، على 00:15

ومحمد حسن منصور، المسؤولية الالكترونية، ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص 150.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

أما المشرع المصري فقد تصدى لهذه المسألة في قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004، حيث قرر مبدأ عام مفاده أن الكتابة المطلوبة كركن في العقد تتحقق مع الكتابة الإلكترونية ذلك بنصه في المادة 15 من هذا القانون على: "الكتابة الإلكترونية للمحركات الإلكترونية في نطاق المعاملات المدنية التجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للكتابة المحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون ووفقاً للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون"¹، والنص جاء واضحاً في كونه أقر إمكانية استيفاء الشكليات التي يقرها القانون لإبرام لعقد أو لترتيب آثاره عن طريق المستندات الإلكترونية متى روعيت الشروط المحددة من قبل المشرع في اللائحة التنفيذية للقانون، كما وقد أقر هذا المبدأ أيضاً كل من التشريع الأردني للمعاملات الإلكترونية في المادة 07، وقانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية في المادة 209².

هذا وإن التشريع الجزائري وعلى غرار غيره من التشريعات المقارنة، لم يقف موقفاً سلبياً من التطورات التي عرفها نظام الإثبات، خاصةً مع وجود التقنيات الحديثة، وهو ما يستخلص من نص المادة 323 مكرر ق.م -السالف الذكر-، إذ منح لعنصر الكتابة الإلكترونية نفس المركز القانوني المعتمد عليه في الكتابة العادية سواء كانت رسمية أو عرفية وهو ما يساعد في استقرار المعاملات، وحسن سير العدالة³، كما ونجد المشرع الجزائري في هذه المادة قد كان أكثر جرأة من حيث مساواته بين الطرق التقليدية في الإثبات والطرق الحديثة، حيث اعتبر المحررات والدعائم الإلكترونية دليلاً كتابياً للإثبات وهو بهذا قد حذا حذو المشرع الفرنسي في القانون رقم 230/2000 وارتقي بالقواعد الإلكترونية المستوى القواعد العامة، وبالتالي يجب إبرام العقد الإلكتروني مثل إبرام العقد التقليدي حتى تكون له

¹-خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، د.ص

²-الصالحين محمد ابو بكر، الشكليات في عقود الانترنت والتجارة الإلكترونية، كلية القانون، جامعة قاريونس، بنغازي، ليبيا

³-ويعود المصدر التاريخي لاهتمام المشرع الجزائري بالكتابة الإلكترونية الى القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في السنة 1996، في المادة 06 من هذا القانون تحت عنوان "الكتابة الإلكترونية"، قانون الانسيترال النموذجي حول التجارة الإلكترونية رقم 162/51 الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1996/12/16.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

حجية مطلقة بين أطرافه من خلال الكتابة والتوقيع. ولكن تبقى مسألة من توكل له مهمة الكتابة والتأكد من صحة المحرر الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني؟

يرى الأستاذ خالد ممدوح إبراهيم في هذا الشأن أن إبرام العقود الإلكترونية لا يقتصر على نوع معين من العقود، بل يجوز إبرام كافة العقود إلكترونياً ولو كانت الشكلية مطلوبة للانعقاد، لاسيما وقد ظهرت مهنة جديدة في مجال المعاملات الإلكترونية وهي مهنة الموثق الإلكتروني، وهو عبارة عن وسيط محايد ومستقل وموثوق فيه، وقد يكون هذا الوسيط شخصاً طبيعياً أو معنوياً، على أن ترتكز وظيفته في إثبات مضمون المستندات والعقود الإلكترونية وتوثيقها¹.

هذا وقد اعتمد ايضا التوجيه الأوروبي رقم 93 لسنة 1999 مسمى أعم لهذه الوظيفة وهي²، الذي يقوم باعتماد التوقيع (Provider certification service) مقدم خدمة التوثيق الإلكتروني وارتباطه بالمستندات التي يرد عليها.

وهو نفس ما جاء به المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي رقم 07-162³ حيث أن ممارسة هذا النشاط يتطلب الحصول على رخصة تمنحها سلطة البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، على أن يكون الترخيص مرفقاً بدفتر شروط يحدد حقوق وواجبات مؤيدي الخدمات والمستعمل، هذا ولا يقتصر دور جهات التوثيق الإلكتروني على تحديد هوية المتعاملين إلكترونياً والتأكد من أهليتهم وإنما تقوم بالإضافة إلى ذلك بالتحقق من مضمون هذا التصرف وسلامته وجديته وبعده عن الغش والاحتيال⁴.

¹- خالد ممدوح إبراهيم، الشكلية في عقود الانترنت والتجارة الإلكترونية، المرجع السابق.

²- ويلاحظ على هذه المهنة انها تتشابه لدرجة كبيرة في بعض وظائفها مع مهنة الموثق المعروفة في فرنسا والشهر العقاري في مصر، على اعتبار ان كلا منهما يختلفان في ان الموثق الإلكتروني لا يعد موظفا عاما، في حين ان الموثق العادي هو موظف عام طبقا لقانون السلطة العامة. خالد، المرجع نفسه، د.ص.

³- المرسوم التنفيذي رقم 07/162 المؤرخ في 30/05/2007، المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 123/1 المؤرخ في 09/05/2001، والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، الصادر في الجريدة الرسمية عدد 37 المؤرخة في 07/06/2007، ص12.

⁴- الاشخاص الذين يجوز لهم ممارسة هذا النشاط يجب ان تتوفر فيهم نفس شروط للممارسة نشاط تقديم الانترنت في الجزائر وفقا لنص المادة 3 من المرسوم 07-162، ناجي الزهراء، التجربة التشريعية الجزائرية في تنظيم المعاملات = الإلكترونية المدنية والتجارية، المؤتمر العلمي المغربي الاول حول المعلوماتية والقانون، ا카데미ة الدراسات العليا، طرابلس، 28 و 29 أكتوبر 2009، ص13.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الاستثمار التكنولوجي

ومدام أن الشكلية الإلكترونية أمر أقرته غالبية التشريعات الحديثة ، وأن مجال تطبيقها ينصرف إلى كافة أنواع العقود¹، ومع غياب نصوص قانونية تجسد أعمال هذه الآلية على عقد الاستثمار التكنولوجي، فلا مانع أن تكون هذه العقود تخضع لهذا النوع من الشكلية. ومن خلال ما تقدم نخلص إلى أن عقد الاستثمار التكنولوجي يمكن أن ينعقد بواسطة الوسائل الحديثة، وفق دعامات ومحركات الكترونية، فهو لا يختلف عن العقود الأخرى التي دخلت حيز التجارة الإلكترونية، خاصة وأن المشرع ساوى بين المحرر الإلكتروني ومنحه نفس امتيازات المحرر العادي، ووفق ما سبق ذكره من مواد قانونية بخصوص مسألة الاعتداد بالشكلية الإلكترونية، فإن الأمر بالنسبة لعقود الاستثمار التكنولوجي لا تعدو أن تكون وسيلة للإثبات التصرف بين كل من المستثمر وطالب الاستثمار، أو في مواجهة أعضاء شبكة التكنولوجي ككل، أو حتى في مواجهة الغير، لأن بعض عقود الاستثمار التكنولوجي تتطلب في مرحلة تنفيذها إلى الدعامات الورقية، نظرا لتخوف المتعاقدين من المسائل الإلكترونية، خاصة إذا كنا أمام أحد العقود ذات القيمة المالية والمعنوية الضخمة، لذلك نرى ضرورة تعديل القوانين واللوائح المتعلقة بالشهر والتوثيق بما يتناسب مع المحركات الإلكترونية المستحدثة من خلال تطوير مصلحة الشهر العقاري والتوثيق وذلك بإنشاء جهة مؤتمنة لحفظ وتسجيل هذه الأخيرة، وكذلك تعميم مهنة الموثق الإلكتروني بما يتلاءم ومقتضيات المصلحة العامة في الجزائر لتفادي الإجراءات الشكلية المعقدة، خاصة في الميدان التجاري الذي يتطلب السرعة والائتمان في إبرام العقود

الفرع الثاني: أسس وأساليب صياغة عقود الاستثمار التكنولوجي

إن مراعاة الأسس والأساليب المطلوبة في صياغة عقود الاستثمار التكنولوجي أهمية كبيرة في الواقع العملي، وبرز الشواهد على أهمية مثل هذه الأسس والأساليب في صياغة عقود التجارة الدولية بصفة عامة وعقود الاستثمار التكنولوجي على وجه الخصوص ما قامت به لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة منذ عام 1981 أين تم إعداد دليل قانوني لصياغة مثل هذه العقود، حددت فيه الشروط أو القواعد القانونية الواجبة

¹ باستثناء العقود الواردة في المادة 324 مكرر 1 ق.م.ج والتي أمر فيها المشرع الجزائري بتحرير العقد لدى ضباط العمومي لإعطاء العقد الصيغة الرسمية.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

التطبيق عند صياغة العقد، وانتهت منه عام 1987، وتم نشره في نيويورك عام 1988¹، ويلاحظ على تلك الشروط أو الأسس المتعلقة بالصياغة أن منها ما يتعلق بالشكل ومنها ما يتعلق بالموضوع، وذلك على النحو التالي:

أولاً: الصياغة شكلاً

ينبغي لدى صياغة عقد الاستثمار التكنولوجي، وإفراغه في شكل كتابي بمثابة دليل عملي مراعاة بعض القواعد الشكلية، إذ لا بد من تصميم خريطة مسبقة له، لما لذلك من فوائد، وعليه يجب على من يقوم بصياغة عقد الاستثمار التكنولوجي الإلمام بجميع النقاط الأساسية للعقد بما تقتضيه الصياغة السليمة، خاصة وأن هذا العقد يتنوع بتنوع عناصره بما يسمح للمتعاقدین بإدخال الشروط التي تتوافق لكل منهم في الحدود التي لا تخالف النظام العام، وتنوع عناصر العقد يستتبع تنوعاً في الشرط التي ينص عليها، والالتزامات التي ينشئها مما يفترض في صياغة مراعاة الدقة من أجل تقليل احتمالات النزاع أثناء تنفيذه وذاك على النحو التالي:

1- لغة العقد

تكمُن أهمية اللغة التي يحرر بها عقد الاستثمار التكنولوجي من زاوية أن هذه العقود تبرم غالباً بين طرفين من جنسيتين مختلفتين، ولا يتكلمان لغة واحدة، لهذا يهتم العقد عادة بتعين اللغة التي تحرر بها بنوده، سواء أكانت لغة أحدهما أم لغة أجنبية عنهما، وفي هذا الفرض لا تقوم أية مشكلة، أما إذا اتفق الطرفان على تحريره بلغات متعددة ففي هذه الحالة تقوم العديد من المشاكل خصوصاً عن تعارض اللغة أو اللغات التي حرر بها العقد حول تفسير بعض نصوص العقد، ومن أجل تلافي المشاكل في التفسير في هذه الحالة، يفضل ألا يغفلاً عن تعيين اللغة المعتمدة².

¹ -بكاكية حسيبة، عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل شهادة المجستير، تخصص قانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012/2013، ص44.

² -حلو أبو حلو، مرجع سابق، ص65.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

وفي هذه الحالة يثور التساؤل الآتي: ما هو مصير اللغة المعتمدة في حالة وجود تعارض حول تفسير بعض النصوص المكتوبة باللغات المعتمدة الأخرى؟

وللإجابة على هذا التساؤل يرى الدكتور بشار قيس محمد ضرورة تضمين عقد الاستثمار التكنولوجي الوسيلة الفعالة لحل هذا التعارض كالنص مثلا أن في حالة اختلاف اللغات المعتمدة حول نص في العقد، فإنه يمكن الرجوع إلى النسخة المحررة بلغة دولة أخرى لاستجلاء هذا الغموض أو اعتماد لغة الدولة المتعاقدة المحرر بها العقد، رغم أن العقد نص على معاملة كل اللغات المحرر بها على قدم المساواة كلغات معتمدة في تفسيره¹.

ولذا فإن معظم العقود الدولية نصت على اعتبار إحدى اللغات الدارجة في هذا المجال مثل اللغة الانجليزية بمثابة اللغة الرسمية المعتمدة، حتى ولو كان العقد مبرم بين طرفين ليست لغتهما الأولى الانجليزية²، فمثلا عقد استثمار تكنولوجي بين شركة جزائرية وشركة فرنسية عادة ما يكون مكتوبا باللغة الانجليزية بالرغم من أنها لا تمثل لغة أيا منهما، مع احتمال وجود ترجمة له بلغات الأطراف، ويحذر الاستعانة بأكثر من مترجم لأنه يصعب أن يقوم مترجم واحد بعمله طوال ساعات المفاوضات الطويلة، وحتى لا تتقطع المفاوضات بسبب عدم قدرة المترجم على مواصلة مهامه، حيث يفضل أن يكون هناك مترجم آخر يتبادل معه القيام بعملية الترجمة، كما يتعين على الأطراف في المفاوضات رفع صوت حتى يسمع المترجم بوضوح ما يقال ويمكنه ترجمة العبارات كاملة بدون نقص كلمة³.

2- دقة الصياغة

تتطلب عملية صياغة عقد الاستثمار التكنولوجي بصفة عامة القدرة الجيدة على تجسيد رغبة الطرفين بطريقة صحيحة وواضحة مع اختيار الألفاظ المناسبة للتعبير بدقة عن المعنى المطلوب، فهو عبارة عن محصلة لعملية التفاوض، بحيث لا يثير الأمر ادني شك أو تستدعي البحث خارج وثيقة التعاقد عن حلول لأي نزاع محتمل بين المتعاقدين.

¹-بشار قيس محمد، مرج سابق، ص186.

²-جلال وفاء محبين، الإطار القانوني...، مرجع سابق، ص22.

³-أبو العلا علي أبو العلا النمر، دور المستشار القانوني في عقود التجارة الدولية، د.ط، دار الكتب القانونية، مصر،

2002، ص43.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

وفي سبيل ذلك لا بد أن تكون هذه الصياغة خالية من الخطأ أو الغموض أو الغش لأن مهمة تحرير العقد تبدو صعبة ما لم يتم بها القانونيين في ضوء الاتفاقات الأولية التي كان لها دور بارز في توضيح الأمور الفنية، أيضا من المهم جدا أن يتم التأكد من أن كل كلمة أو عبارة في العقد قد تم استخدامها بعناية تعكس المعنى المتعارف عليه لهذه العبارة من قبل أطراف العقد، لتسهيل ذلك وتوضيحه لكل من يقرأ الوثيقة مستقبلا، أو يقوم بتفسير أو تطبيق العقد من قبل الجهة المختصة سواء المحكمة أو أي هيئة قضائية أخرى ذات علاقة بنظر في النزاع ، فيما لو نشأ مثل هذا النزاع حول تفسير هذه الكلمات والعبارات المضمنة فيه¹.

لذلك لا بد على المستشارين القانونيين الذين يقومون بصياغة العقد ان يأخذوا بعين الاعتبار انه بجانب اختيار الكلمات الصحيحة والمناسبة لا بد ان يقومون بصياغة عبارات العقد بما يعبر عن المفهوم السليم الذي يرغب في التعبير عنه بواسطة الكلمات التي تم اختيارها، ومرجع ذلك أن مهمتهم تكمن في المقام الأول على التحقق والتأكد من رغبات الأطراف، وفي المقام الثاني على اختيار الطريقة الأكثر ملاءمة لتنفيذ وتحقيق هذه الرغبات².

ومن أسباب غموض الصياغة وعدم وضوح المعنى المقصود في العقود التجارية عموما وعقود الإستثمار التكنولوجي خصوصا هو عدم وضع ضمير الإشارة بالوضع الصحيح، فإذا كان الضمير في موقع الجملة بعيدا عن الشيء الذي يشير إليه، فقد يؤدي إلى اختلاف التفسير وحصول نزاع بين الأطراف مما قد يؤدي إلى تأخر تنفيذ الاتفاق³، كذلك عد استعمال الكلمات غير مناسبة فكلمات مثل البطلان والانعدام والانفساخ والفسخ تشير إلى زوال التصرف القانوني، ولكن كل كلمة منها تحقق أثارا قانونية تختلف في مدلولها عن الكلمة الأخرى⁴.

¹-صالح بن عبد الله بن عطايف العوفي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، د.ط، فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، 1998، ص157.

²-أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص38-39.

³-صالح بن عبد الله بن عطايف العوفي، مرجع سابق، ص156.

⁴- المحاضرة الخامسة، صياغة العقود الدولية مقرر العقود الدولية، كلية الحقوق، جامعة الشام الخاصة، منشورة على

الموقع: <https://eduschool40.blog> تاريخ الاطلاع: 2022/08/27، على19:22

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

وأيضاً من أسباب الغموض عدم الاستخدام السليم للمقيدات النحوية، وضمان الإشارة، والوصل، وعلى الرغم من أن العقد ليس قطعة أدبية، إلا أن صياغته بطريقة لغوية صحيحة من الناحية النحوية، إنما هو شيء ضروري لتوضيح المعنى المقصود، ومرجع ذلك أن الخطأ في القواعد النحوية أو الإملائية قد يؤدي إلى غموض يتسبب في تغير المعنى خاصة إذا كانت الصياغة بلغة أجنبية، مثلاً الشواطر الكتابية أو كما يسميها البعض علامات الترقيم وهي : الفاصلة (،) والنقطة (.) والشرطة (-) وغيرها¹.

ومن وسائل الإيضاح للمعنى المقصود في العقود التجارية على وجه العموم استخدام الجمل القصيرة والسهلة، والابتعاد على تلك العبارات الفضفاضة وذات المعاني المتعددة أو غير المألوفة، ووضوح الصياغة يقتضي ترتيب وتنظيم فقرات العقد وشروطه ترتيباً علمياً يسهل عملية الفهم وهذا يتطلب ممن يقوم بمهمة الصياغة أن يتجنب في ترتيبه وتنظيمه للعقد الشروط التي تشير في مضمونها إلى شروط أخرى فيه أو جزء أو فقرات منه²، كما يستحسن وضع عناوين لكل قسم من أقسام العقد وذلك بهدف تسهيل مهمة الرجوع إلى أحكام العقد.

إذن فدقة صياغة العقد تلعب دوراً هاماً في تحديد مضمونه الذي يتوجب أن يذكر فيه التزامات الطرفين بكل وضوح، حتى يمنع أي خطأ يستدعي ترتيب المسؤولية العقدية، ولذلك يتوجب على طالب التكنولوجيا اخذ الحيطة والحذر في هذه المرحلة من إبرام العقد، حتى يتجنب بعض الشروط التعسفية والتي غالباً ما تكتب بخط صغير عابر وفي موضع هامشي لا يمكن أن ينتبه لوجودها، ولا يتمكن حتى من قراءتها³.

ثانياً الصياغة مضمونا:

يشتمل العقد عادة على عدة أجزاء أساسية يمكن إجمالها كما يلي:

¹-ابوالعلا علي ابو العلا النمر، مرجع سابق، ص 39.

²-المرجع نفسه، ص 39.

³-محمد حسين منصور، العقود الدولية، ط.1، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2009، ص 135.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

1-الديباجة

كثيرا ما يستهل عقد الاستثمار التكنولوجي أحكامه بديباجة مطولة¹، تبين أهداف العقد والرغبة المشتركة من قبل أطرافه من اجل التعاون للنهوض بالمشروع المتفق عليه، والى خبرة المستثمر في نوع التكنولوجيا محل العقد، وكذلك الإشارة إلى حاجة طالب الاستثمار إلى التكنولوجيا وعدم معرفته بها قبل بدء المفاوضة في شأنها، وتشير الديباجة أيضا إلى ضرورة المحافظة على سرية المعلومات والبيانات التي يجب أن تحاط بعناصر التكنولوجيا ويتم تداولها فيما بينهم².

وكذلك تتضمن محاضر جلسات المفاوضات التي سبقت إبرام العقد والى العلاقات التجارية السابقة بينهما إن وجدت، وحرصهما على تفعيلها واستمرار ديمومتها، كما تتضمن الديباجة في طياتها الإشارة إلى ملكية المستثمر للمعرفة التكنولوجية محل العقد، أي تحديد مصدر امتلاكه لها ومدى حقه في التصرف فيها، هل هو مبتكرها أم متلقيها بعقد من العقود كالتراخيص أو البيع أو التنازل وما إلى ذلك من الوسائل التي تمكنه من حيازة هذه التكنولوجيا، وإذا كان قد تلقاها بعقد ترخيص مثلا فهل له إعادة الترخيص للآخرين باستعمالها ثانية؟، وإذا كان مصدر حيازة المورد للتكنولوجيا محل الاستثمار هو حصوله على براءة اختراع تمكنه بالتصرف فيها، فعندها يجب ذكر البيانات الأساسية للبراءة مثل تاريخ الحصول عليها، و بيان نوعها، وجهة تسجيلها، وتاريخ التسجيل، والتأكد من جانبه على عدم وجود براءات اختراع ممنوحة في دولة المتلقي تحول دون استعمالها استعمالا هادئا، أما إذا لم تمنح البراءة للمورد ولا يزال الاختراع فيطول الفحص، وجب ألا يهمل العقد بيان الآثار التي تنتربت في حالة رفض منح البراءة وخصوصا ما يتصل منها بالمقابل المدفوع من قبل المتلقي³.

¹-في إحصائية أجراها بعض رجال القانون، ظهر ان 85 بالمائة من العقود الدولية غالبا ما تبدأ بديباجة ويختلف طولها حسب المدرسة التي ينتمي إليها أطراف العقد والقوانين الوضعية لبلادهم، فأنصار المدرسة الأمريكية مثلها يميلون إلى إطالتها بينما يميل انصر المدرسة الفرنسية إلى التقليل منها، وفاء مزيد فلهوط، مرجع سابق، هامش 2، ص 81.

²-جلال وفاء محبين، الإطار القانوني...ص 22، عبد الرؤوف جابر، مرجع سابق، ص 77.

³-بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص 184، ومحسن شفيق، عقد تسليم المفتاح، مرجع سابق، ص 26.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

كما يجب أن تتضمن الديباجة تحديدا للأطراف العقد بوضوح مع تحديد صفة كل طرف، واختصاصاتهم، فيحدد فيما اذا كان المستورد منشأة خاصة أم عامة، كأن تتعاقد إحدى الوزارات في الدول النامية مع إحدى الشركات الصناعية الكبرى في دولة صناعية متقدمة¹، مع شرح واف لبنود العقد والظروف المحيطة والأهداف المرسومة للعقد، وإذا تعلق الأمر -كما هو في العادة- بأشخاص اعتباريين فيلزم بيان صفاتهم وممن يمثلهم قانونا كما يوضح قرين كل طرف بيان مقر إقامته أو مركز إدارته².

والأصل أن الديباجة تعتبر جزءا لا يتجزأ من العقد ومتممة له إذ تتمتع بالقوة الإلزامية³، وهي بهذا الوصف تقوم بدورها في استظهار مقاصد المتعاقدين عندما لا يكشف عنها ظاهر النصوص، وهناك تشريعات لا تعتبر الديباجة جزءا من العقد إلا إذا نص فيه على ذلك، ولذلك يحسن إضافة هذا البيان⁴، ومثال ذلك أن ينص العقد على: "حيث ان الفريق الأول شركة متخصصة بإعداد برامج الكمبيوتر لتجارة الأوراق المالية في البورصات العالمية، وحيث ان الفريق الثاني يعمل في محل تجارة الأوراق المالية في البورصات العالمية فإنه يحتاج الى جهة متخصصة لعمل مثل هذا برنامج كمبيوتر لتخدمه في تجارته كما هو مبين في الاتفاقية.."⁵.

وفي هذا الأمر يقول الأستاذان (بون)و (جوفين) (boen)et (goffin)، في مؤلفهما عقود تسليم مفتاح (les contrats clé en main) انه لا شيء في هذا العقد خال من الأهمية وإن الديباجة بالرغم من أنها ليست من مضمونه الا أنها ذات اثر كبير في تحديد موقع اتفاق الأطراف بالنسبة للأعمال التحضيرية، ذلك لان المفاوضات الأولية التي تتجسد في تبادل الوثائق والاتفاقات المبدئية وخطابات إعلان النوايا غالبا ما تكون نتيجة حصول الأطراف على موافقات وتصاريح إدارية وحكومية تمكن من حصل عليها من الارتباط مع غيره تعاقديا، وإن الديباجة توضح إجراءات التنفيذ بما تعطيه لكل مرحلة القيمة الحقيقية

¹ - يزيد محمود نوافلة، مرجع سابق، ص 66.

² - بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص 184.

³ - بن عزة آمال، مرجع سابق، ص 48.

⁴ - عبد الرؤوف جابر، مرجع سابق، ص 88.

⁵ - المحاضرة الخامسة، صياغة العقود الدولية مقرر العقود الدولية، مرجع سابق، د.ص.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

والصحيحة لها، وهي لا تترك لطرف في العقد ان يتمسك بخطأ ارتكبه الآخر يبطل معه الرضا¹.

فالدباجة إذن تعتبر مدخلا للعقد والتي لا غنى عنها في مثل هذا النوع من العقود، والتي ينجم عنها مسائل شائكة ومعقدة بالنظر الي طبيعة المحل الذي ترد عليه، وبالتالي فهي الطريقة التي يساعد في إظهار نية المتعاقدين، وإزالة الغموض الذي يعتري بعض نصوص العقد من جهة، وما يترتب عليه من تسهيل تفسير التزامات الطرفين في حالة نزاع من جهة أخرى²، لذلك يمكن اعتبارها بمثابة مذكرة إيضاحية للعقد دون أن تعد جزءا منه إلا إذا رغب الأطراف في ذلك، فحينئذ تعد جزءا من العقد ويترتب نفس الأثر القانوني ينشئه أي بند من بنود العقد³.

2- أحكام العقد

وهي صلب العقد نفسه أو منطوقه أو موضوعه، وهو القسم الرئيسي في العقد حيث ويتم تحديد موضوع عقد الاستثمار التكنولوجي في موجز افتتاحية العقد، وهي عبارة عن عدة سطور تتضمن المهام الأساسية لكل طرف، وكذلك القانون الواجب التطبيق والقضاء المختص بنظر النزاع أو جهة التحكيم، ويشار في هذه الافتتاحية إلى الشروط والملاحق التي ستحدد على أساسها الالتزامات⁴.

كما يتم تعيين نوع التكنولوجيا والتعريف بها من حيث مواصفاتها وجدتها والسرية التي تتمتع بها وما تؤدي إليه من نتائج، بالإضافة إلى كافة العناصر التابعة لها وكيفية استعمالها من قبل المورد، وعادة ما يكون هذا الوصف تفصيليا وموثقا بالملاحق التي تشمل على دقائق تلك التكنولوجيا والمعلومات الجوهرية عنها-كما سيتم بيانه لاحقا-، مع الإشارة إلى أن الأصل أن يعطى الحق للمستورد باستعمال التكنولوجيا محل الاستثمار بالكيفية التي يراها مناسبة، وله الحق في حرية التصرف بالإنتاج المتحصل من استعمال التكنولوجيا

¹-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص156-157.

²-يزيد محمود نوافلة، مرجع سابق، ص64.

³- بشار قيس محمد ، مرجع سابق، ص185.

⁴-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص158، محمد علي جواد، العقود الدولية"مفاوضاتها، ابرامها، تنفيذها"، ط.1، دار

الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص45-46.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

بالطريقة التي يراها مناسبة أيضا، وكذلك بيعه بالأسعار التي يحددها وبالأماكن التي تناسبه، إلا أن المورد عادة ما يفرض شروطا ذائعة في العمل على المستورد لتقييد حريته في استعمال التكنولوجيا التي تنقل له، وهي ما يطلق عليها تسمية "الشروط المقيدة"¹، والتي تعتبر وسيلة من الوسائل التي تلجأ إليها الدول المتقدمة صناعيا للسيطرة على صناعات الدول النامية، التي ليس أمامها سوى الموافقة على تلك الشروط، وتقبل تبعيتها للدول الصناعية الكبرى لشدة حاجتها إلى هذه التكنولوجيا، وفي سبيل التخلص من حالة لتخلف الصناعي والإنتاجي، ومن هذه الشروط تقييد حجم الإنتاج بقدر معين، أو ثمنه، أو كيفية توزيعه أو تصديره، اشتراك المورد في إدارة منشأة المستورد أو تدخله في اختيار العاملين الدائمين بها... وغيرها من الشروط الأخرى²، ولا شك أن الغاية من وضع تلك الشروط تكمن في رغبة الدول المتقدمة في السيطرة الاقتصادية أو السياسية على المنشآت التابعة للدول النامية، وفي ظل غياب تشريع دولي ملزم بهذا الشأن يحرم تلك الشروط بشكل صريح، فلا يوجد حل أمام المستورد إلا أن ينتبه لخطورة تلك الشروط والتي تقيد حقه في استغلال التكنولوجيا محل العقد بشكل يعيق الغرض الذي تعاقد من أجله³.

والى جانب تلك الشروط المقيدة لحرية المستورد في الاستغلال قد ترد في العقد شروط تتسم بالمشروعية وتعد ضرورية لحماية مصالح المورد، كأن يتضمن العقد على اشتراط التكنولوجيا محل العقد في صناعة دون غيرها أو في انتاج معين، أو احتفاظ المورد بحق اختيار العاملين اللازمين لتشغيل المنشأة في مراحلها الاولى حتى يتوافر العاملين المحليين، وفي الواقع ان تلك الشروط لا تؤثر على مصالح المستورد، اذ ان المقصود من ايرادها هي تنظيم استعمال المعرفة الفنية محل العقد⁴.

¹-محسن شفيق، مرجع سابق، ص26.

²-ان إخلال أي من المتعاقدين بتنفيذ الشروط المقيدة التي ترد في العقد تخضع في النهاية لسلطة القضاء التقديرية وفقا للتشريع المصري، وكذلك القواعد العامة في التشريع الأردني، والذي له وفقا لظروف كل واقعة وحيثياتها إبطال تلك الشروط، وبالتالي فإن عدم مراعاتها لا تعد مخالفة توجب مسؤولية الطرف الآخر، كما قد يعتبر القضاء ان تلك الشروط فيها مصلحة مشروعة لاحد المتعاقدين، وبالتالي فإن الإخلال بتنفيذها يوجب المسؤولية باعتبار ان الطرف الملزم بها قد اخل بتنفيذ التزامه التعاقدي،يزيد محمود نوافلة، المرجع السابق، ص32-33.

³-المرجع نفسه، ص67.

⁴-يزيد محمود نوافلة، مرجع سابق، ص68.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

كما يستوجب تعيين أطرافه، وهو أمر شائك ومعقد بالنسبة لهذه العقود إذ تختلف تسمياتهم باختلاف صيغة العقد المبرم فتارة يطلق على صاحب الحق في استغلال التكنولوجيا الذي يقوم بالبحث والتطوير والمتحكم في عرض التكنولوجيا والذي ينتمي في غالب الأحيان إلى الدول المتقدمة مصطلح (المورد)، (المستثمر)، (المرخص)، (المجهز) .. الخ، أما الطرف الثاني فهو من يرغب في الحصول على ملكية هذه التكنولوجيا، أو الإذن باستغلالها، وعادة ما ينتمي هذا الطرف في الغالب إلى دول نامية¹، فقد يطلق عليه مصطلح (المستورد)، (طالب الاستثمار)، (المرخص له) (المتلقي) .. الخ²، وغيره من الأحكام التي يتم إيرادها في هذا القسم إذ لا يمكن حصرها بصفة دقيقة فلأطراف الحرية الكاملة في إضافة أي بند يروونه مناسباً ويشكل التزاماً أو جزءاً أساسياً في عقدهم، وإنما فقط تم التطرق للعناصر الجوهرية الواجب الإشارة لها.

ومجمل القول إن تحديد المضمون التعاقدية في عقد الاستثمار التكنولوجي يعني رسم الأهداف الذي يسعى إليها أطراف العقد ليعرف كل منه ماله وما عليه، ويكون العقد هو طريقة تنفيذ هذه الاستراتيجية بما يوضحه في نصوصه من أهداف وشروط لتحقيقها، وهو ما يظهر في تحديد موضوع الذي يتم توضيحه أثناء صياغة العقد وتنظيم المضمون الذي يتم الاتفاق عليه.

3- الملاحق

وهي ما يرفق بالعقد من وثائق، وتعتبر جزءاً متمماً للعقد، خاصة في عقود الاستثمار التكنولوجي، إذ يشترط إضافة ملاحق للمسائل الفنية المتصلة بالتكنولوجيا محل الاتفاق، تحدد مشتملات وطرائق استعمال تلك التكنولوجيا وكل ما يتعلق بها، مثل الرسومات والتصميمات والصور الخاصة بها، وكذلك ملحق بالأجهزة والآلات التي تستخدم، وملحق

¹ - ليس هناك مانع من إبرام عقد الاستثمار التكنولوجي بين منشأتين ينتميان إلى دول صناعية متقدمة، كعقد بين شركة ألمانية وأخرى كندية، محسن شفيق نقل التكنولوجيا...، مرجع سابق، ص 67.

² - نداء كاظم المولى، مرجع سابق، ص 38، ونميل إلى استخدام مصطلح "مستثمر" و "طالب الاستثمار"، لأنهم الأقرب و الأشهل لعقد الاستثمار التكنولوجي دون تعقيد، بما أنه عقد استثمار فمن البديهي أن يكون هناك طرف مستثمر وطرف آخر طالب لهذا للاستثمار، أو كما يقال اسم على مسمى.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

بالمواد الأولية اللازمة للإنتاج، وملحق بيان قطع الغيار، ودليل التعليمات والإرشادات الخاص بتركيب الأجهزة وإعدادها، والصيانة، والإنتاج، والتخزين، وتعتبر هذه الملاحق جزءا من العقد المبرم بين الطرفين، وعادة ما يوضع تاريخ على هذه الملاحق مع توقيع الأطراف على جميع صفحاتها لإرفاقها بالعقد¹، ونظرا لأهمية ما تحتويه تلك الملاحق فإن المشرع المصري جاء بالمادة 2/74 من قانون التجارة المصري-السالف الذكر - على وجوب ذكر محل العقد بشكل دقيق -كما اشرنا سابقا- إذ نصت تلك المادة على انه: "ويجب ان يشمل العقد على بيان عناصر المعرفة وتوابعها التي تنقل إلى طالب التكنولوجيا، ويجوز ان يرد ذكر هذا البيان مصحوبا بدراسات الجدوى والتعليمات والتصميمات والرسومات الهندسية والخرائط والصور وبرامج الحاسب الآلي وغيرها من الوثائق الموضحة للمعرفة في ملاحق ترفق بالعقد وتعتبر جزءا منه".

ويلاحظ على نص هذه المادة أن المشرع قد جعل إعداد هذه الملاحق أمرا وحيويا واعتبرها جزءا من العقد، إلا انه اغفل -وفي نفس الوقت- إلى جزاء مخالفتها وعدم إيراد مضامينها في العقد، وعليه فإن عدم ذكر تلك الملاحق أمر لا يستوجب البطلان. وتجدر الإشارة إلى انه يتولى الفنيون عادة إعداد هذه الوثائق، وهذا للعناية بعدم وجود تناقض بين شروط العقد ومضمون هذه الوثائق أو الملاحق لتفادي أية نزاعات مستقبلا، والأمر الذي وجه إليه القائلون على إعداد العقد أقصى عنايتهم هو تجنب قدر المستطاع هذا التناقض لأنه يؤدي حتما إلى منازعات تحدد حياة العقد².

4-التعاريف

ومع انه ليس بالضرورة أن يحتوي العقد تعريفات، إلا انه جرى العمل في العقود الدولية الهامة مثل عقد الاستثمار التكنولوجي -ونظرا لاختلاف لغات الأطراف- على تخصيص مقدمة العقد³ أو بند من بنوده أو ضمن ملحق مستقل، للدلالة على مقاصد

¹-جلال وفاء محبين، مرجع سابق، ص28-29.

²- عبد الرؤوف جابر، مرجع سابق، ص78.

³-وضع قائمة التعريفات في مطلع العقد عادة انجلوا أمريكية يمارسها أطراف العقد بغية الامتناع عن استخدام المعاني المرادفة للاصطلاحات الرئيسية التي تتكرر في العقد والتي يعول الأطراف على إعطائها مدلول معين في عقدهم، محمود الكيلاني مرجع سابق، ص158.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

المصطلحات القانونية والفنية الغامضة، ولتحديد المعاني اللغوية التي تثير لبسا حول تحديد مضمونها¹، خاصة المصطلحات التجارية أو المصرفية أو الهندسية أو الكيميائية ..الخ، وخصوصا إذا كانت محلا لاتفاقيات أو قواعد موحدة كالقواعد الخاصة بالاعتمادات المستندية أو المصطلحات الخاصة بأنواع النقل المختلفة أو بوسائل الاتصال الالكتروني². وقد أثبتت الممارسة العملية أن العقد الذي ترفق به قائمة تحدد المعاني اللغوية والمصطلحات الفنية تقل فيه احتمالات نشوب النزاع حول تحديد هذه المعاني أو تلك المصطلحات³.

ويذكر ان تلك القائمة التي تضم بين ثناياها أهم التعاريف التي تستخدم في العقد تختلف من عقد لآخر وفقا لطبيعته وطبيعة الالتزامات الواردة فيه⁴. وقد ذهب الأستاذ Jean Marie Deleuze إلى ضرورة إعداد مجموعة من التعريفات التي توضح معاني الألفاظ المستخدمة في لعقود الدولية الخاصة بنقل التكنولوجيا، وفي هذا الشأن قد تم الاستعانة بمجموعة التعاريف تتولى وضعها الهيئات الدولية المتخصصة مثل دليل incoterms الذي وضعته غرفة التجارة الدولية، وكذا دليل التراخيص⁵.

¹ - طارق الحموري، قراءة مبسطة في عقود التجارة الدولية، ندوة صياغة وإبرام عقود التجارة الدولية، شرم الشيخ، مصر، من 25 إلى 29 ديسمبر، ص 11.

² - بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص 187، وفي هذا الشأن وضعت الغرفة التجارية الدولية في باريس دليلا للمصطلحات الدولية يطلق عليه ب"الانكوترمز" وذلك لتوضيح معاني الألفاظ الرئيسية المستعملة في العقود، محمد حسين منصور

³ - محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 157، ويضرب بعض الباحثين أمثلة عملية لما تنص عليه بعض العقود في تحديد المقصود ببعض المصطلحات مثل:

المعرفة الفنية: يقصد بها جميع المعلومات الفنية والاختراعات التي ليست لها براءة اختراع مسجلة

حقوق الملكية الصناعية: يقصد بها جميع الرسوم والنماذج والعلامات وبراءات الاختراع

سنة التعاقد: يقصد بها الفترة السنوية التي تبدأ من تاريخ المثبت في العقد وحتى التاريخ السنوي التالي، وكذلك كل مدة سنوية أخرى لاحقة، بشار قيس محمد، هامش 2، ص 187.

⁴ - فإذا كنا أمام عقد تسليم مفتاح مثلا، فيمكن تناول تعريف لمصطلحات مثل المعدات، التصميم، الموقع، المخططات، الإدارة، قيمة العقد ... الخ، اما في ما كنا أمام عقد ترخيص مثلا فيمكن تناول تعريف لمصطلحات مثل خدمات اتفاقية،

المعرفة الفنية، براءة اختراع حقوق الطبع والنشر .. الخ، وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص 83.

⁵ - بن عزة آمال، مرجع سابق، ص 48.

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

وتبدو أهمية وجود قائمة للتعريفات في عقود الاستثمار التكنولوجي تحديدا نظرا لطبيعة الموضوع الذي ترد عليه هذه العقود، وطبيعة المصطلحات المستخدمة في أوساط فن معين، والتي لا تكون معروفة لرجال القانون¹، ومما يستدعي الانتباه في هذا الشأن أن العقد الدولي قد يتم تحريره -كما سبق وان ذكرت- بلغتين أو أكثر مع اتفاقهم على مفاهيم المعاني والألفاظ التي يتضمنها العقد، لذا يستوجب الأمر التأكيد على اعتماد نسخة واحدة يتم ترجمتها في حال الاختلاف².

¹-يزيد محمود نوافلة، مرجع سابق، ص65-65.

²-محسن شفيق، نقل التكنولوجيا...، المرجع السابق، ص65.

خلاصة الباب الأول

خلاصة لما تم طرحه في الباب الأول من هذه الأطروحة والمعنون ب التأصيل القانوني لعقد الاستثمار التكنولوجي، نستنتج ان عقد الاستثمار التكنولوجي من العقود الحديثة التي أوجدتها التطورات العلمية والتكنولوجية، يشار اليه للدلالة على مجموعة واسعة من العقود التي تتضمن نقلا للمعارف والمهارات العملية، مع الالتزام بنتائج معينة تختلف من عقد الى آخر وهذا ما جعله يفتقد الى تعريف جامع مانع رغم الجهود المبذولة في مجال الاستثمار التكنولوجي سواء على المستوى الدولي او الداخلي للدول.

يقوم على مجموعة من الخصائص العامة التي يشترك فيها مع باقي العقود، ومجموعة أخرى تتميز بالضرورة بسمات خاصة به دون غيره، بحيث تعد هذه السمات معيار تمييز قانوني لهذه العقود عن غير من العقود الأخرى أهمها خصوصية المحل الذي يرد عليه، وكذا الأطراف التي تبرم هذا العقد فغالبا ما تكون بينهما فجوة علمية وتكنولوجية، إضافة الى المركز القانوني الذي يحظى به احد طرفيه، زيادة على انه عقد تنموي يسمح بنقل العلوم التطبيقية واستغلالها لتحقيق التنمية الاقتصادية الاجتماعية والثقافية والعلمية والتكنولوجية للبلاد.

ومن هنا تظهر حتمية التعرض لأهم الصور التي طرحها التعامل الدولي بشأن النماذج العقدية للاستثمار التكنولوجي، بدءا من عقود تداول التكنولوجيا وانتقالا الى عقود اكتساب السيطرة التكنولوجية، وذلك بتحديد مفهوم كل صورة منها، وألية تنظيمها .. وذلك كله في معرض البحث عن النمط العقدي الأصح للدول النامية، مع بيان للشروط والظروف التي يمكن ان يعد فيها كذلك، ولا يتسنى هذا حقيقة الا من خلال تقييم مختلف تلك العقود تقييما اجماليا يلقي الضوء على مجمل محاسنها وسيئتها على الصعيدين العملي والقانوني.

وتتعدى هذه الدراسة لتشمل دون جدل تكييف العقد لما له من أثار هامة ومتعددة لعل أهمها تحديد النظام القانوني الذي يخضع له العقد، خصوصا بعد زيادة تدخل الدولة ومؤسساتها في مجال التجارة الدولية، وما يترتب على ذلك التكييف من خلاف حول ادراجها في نطاق القانون العام ام في نطاق القانون الخاص، مرتكزا في ذلك على معيار طبيعة الطرف المتعاقد، وقد تناولنا في هذا السياق جميع الفرضيات التي يمكن طرحها للوصول

الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الإستثمار التكنولوجي

إلي تكييف حقيقي شامل للعقد ليتبين لنا في الأخير بأن عقد الاستثمار التكنولوجي ما هو إلا عقد غير مسمى او بالأصح مركب عقدي.

أما القضية الثانية التي عني بدراستها من هذا الباب فتتمثلت في تكوين عقد الاستثمار التكنولوجي وهي مرحلة حساسة جدا في حياة العقد، تبدأ حقيقية بالظهور على مستوى سابق لعملية التعاقد نفسها، أي في مرحلة اختيار المتعاقدين المحتملين، ومرحلة التفاوض فيما بينهم، حيث يصبح من الضروري معرفة فيما لو كان لهذه المراحل نفس المواصفات التقليدية للمراحل السابقة على إبرام العقود عامة، ام ان لها من الخصائص ما يكفي لتمييزها في العقود قيد الدراسة، مما يستدعي قيام حرص طالب الاستثمار المحتمل بدءا منها وحتى بلوغ المرحلة التعاقدية.

هذه الأخيرة التي تقوم عادة على مجموعة من الأركان والشروط لا تظهر بذات الكيفية او الوضوح الذي ألفناه بالنسبة للعقود عموما، ما يؤثر على مجموعة من المسائل الهامة المتعلقة بها، كتحديد شروطها الموضوعية ومدى اعتبارها عقودا شكلية، وذلك راجع لطبيعة المحل باعتباره الجزء الغامض في العقد، خاصة بالنسبة لطالب التكنولوجيا الذي لا يمتلك خبرة التعامل المسبق في هذا المجال، والغموض الذي يشوب المعرفة الفنية محل العقد الأمر الذي جعلنا نقف على إعطائها تعاريف شاملة تنزع عنها صورة الإبهام والغموض، وكذا الشروط الواجب توافرها فيها، وبما أنها عنصر حساس في العقد إذا ما ذاعت فشل الهدف من وراء أبرام العقد فقد عنيت بحماية خاصة وجب علينا اطلاع المهتمين بهذا المجال على كافة الحمایات المقررة لها سواء على الصعيد الدولي او الداخلي.

الباب الثاني

الآثار القانونية لعقد الاستثمار

التكنولوجي

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

بعد إبرام عقد الاستثمار التكنولوجي يدخل الأطراف مرحلة جديدة وهي مرحلة تنفيذه، ولا شك أن تلك المرحلة تلقى بظلالها على آثار العقد، مما يترتب عليها حقوقا والتزامات قانونية تقع على عاتق كل من المستثمر وطالب الاستثمار على حد سواء، والتي غالبا ما يتم تحديدها في المرحلة الأولية من إبرام العقد بهدف الوصول للبناء القانوني الذي سيحيى على أساسه العقد وفق أفضل الصيغ التي تحقق المصلحة المرجوة لكل طرف، بما يضمن المسؤوليات والتعهدات المنوطة بهم، وهذا ما تضمنه الباب الخامس من تقنين مدونة سلوك الدولية التي تتحدث عن ابرز هذه الأداءات والحقوق سواء في مرحلة التفاوض او التعاقد، وهي في مجموعها تشكل قواعد أخلاقية تقوم على حسن النية الذي يجب ان يسود كل اتفاق لنقل التكنولوجيا¹، لاسيما وان هذه العقود تتطوي على مخاطر، إضافة لقيمتها المادية والمعنوية الهائلة وحساسية الغاية من إبرامها، التي تشكل استراتيجية وطنية من اجل النهوض والقضاء على جيوب التخلف والتأخر التقني للدول المتلقية، وبما ان العقد يترتب حقوقا والتزامات متقابلة في ذمة طرفيه فلا بد من التطرق الى تحديد تلك الالتزامات والحقوق الناشئة عن إبرام العقد هذا من جهة، وبيان صور الإخلال بتلك الالتزامات والجزاء المترتبة عليها، وكذا كيفية تسوية النزاعات التي قد تنشأ بين الطرفين من جهة أخرى.

وبناء عليه سيتم تنفيذ هذا الباب إلى فصلين كما هو مبين في الآتي:

الفصل الأول: الالتزامات والحقوق الناشئة عن عقد الاستثمار التكنولوجي

الفصل الثاني: الإخلال بتنفيذ عقد الاستثمار التكنولوجي وكيفية تسوية المنازعات

الناشئة عنه

¹ -محسن شفيق، نقل التكنولوجيا...، مرجع سابق، ص35.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

الفصل الأول: الالتزامات والحقوق الناشئة عن عقد الاستثمار التكنولوجي

يعد عقد الاستثمار التكنولوجي مصدر أداءات وحقوق أطرافه، ويتعين على كل منهما الوفاء بما التزم به بحسن نية وحسب الاتفاق الدارج في العقد في جميع مراحله، وذلك من أجل نقل تكنولوجيا كاملة وسالمة من كل نقص، وتختلف تلك الأداءات والحقوق باختلاف الصورة التي يأخذها هذا العقد، إذ يخرج بعضها عن مألوف أداءات الأطراف في العقود القانونية الأخرى، فمثلا الالتزامات والحقوق التي تنشأ عن عقد الترخيص تختلف عن تلك التي تنشأ عن عقد المساعدة التقنية وهكذا، وتأسيسا على ذلك قمنا بمعالجة تلك الأداءات والحقوق بشيء من العمومية والشمولية من خلال جمع القواعد التي تشكل قاسما مشتركا لكل الصيغ، تطبيقا لما تقضي به مقولة "ما لا يدرك كله لا يترك جله"، فتطرقنا لأهم الالتزامات والتي عادة ما نجدها في اغلب صوره، والتي تناط بكل طرف وهي تمثل بنفس الوقت حقوقا للطرف المقابل، وهذا ما يطلق عليه بالالتزامات والحقوق المتقابلة، من جهة أخرى فإن هناك بالوقت نفسه اداءات وحقوق متماثلة، اي بمعنى ان كل من الطرفين المتعاقدين يلتزم بذات الاداءات ويتمتع بذات الحقوق التي يربتها العقد اعتياديا، والتي أطلقنا عليها تسمية الاداءات والحقوق المشتركة مورد التكنولوجيا ومتلقيها.

وبهدف بيان ذلك فقد أثرنا تقسيم دراسة هذا الفصل إلى مبحثين خصصنا الأول لبيان الاداءات والحقوق المتقابلة، أما الثاني فخصصناه لبيان الاداءات والحقوق المشتركة.

المبحث الأول: الاداءات والحقوق المتقابلة

عقد الاستثمار التكنولوجي من العقود المعاوضة الملزمة للجانبين، مما يعني انه يربط التزامات وحقوق متقابلة في ذمة طرفيه على السواء، وبموجب هذه الالتزامات يتحمل كل طرف فيه واجبا قانونيا يعد في الوقت ذاته حقا للطرف المقابل، ونعني بذلك إن الأداء الذي

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

يقع على احد طرفي العقد يقابله حق لطرف الآخر، ولهذا السبب أطلقنا عليه تسمية الاداءات والحقوق المتقابلة.

وسوف نعالج من خلال هذا المبحث ابرز الالتزامات التي تقع على عاتق المستثمر، وتعتبر في الوقت ذاته حقا لطالب الاستثمار، ونكون بذلك أصبنا عصفورين بحجر واحد، إذ حددنا التزامات المستثمر وحقوق طالب الاستثمار في آن واحد، على نحو بيان اداءات المستثمر باعتباره الطرف القوي والمؤثر في العلاقة العقدية وذلك قبل بين التزامات الطرف المذعن في هذه العلاقة وهو طالب هذا الاستثمار على أن نرفد هذا البيان بالشرح والتحليل ما تطرقت إليه مختلف التشريعات.

المطلب الأول: الالتزامات الخاصة بالمستثمر

في الحقيقة تتعدد التزامات المستثمر لصالح طالب الاستثمار تبعا للنمط العقدي المدروس، إلا انه ثمة التزامات رئيسية نصادفها في مجمل العقود تنفرد بأهمية خاصة مقارنة بالالتزامات الأخرى، مثل التزام نقل عناصر المعرفة التكنولوجية، وفضلا عن هذا الالتزام الأساسي قد يلزمه العقد بضمان نتيجة التكنولوجيا أو بتقديم المساعدة التقنية.

الفرع الأول: الالتزام بنقل عناصر المعرفة التكنولوجية

يرتب عقد الاستثمار التكنولوجي في ذمة المستثمر التزاما بنقل عناصر المعرفة التكنولوجية الى طالب الاستثمار، و يعد بذلك الالتزام الرئيسي الذي يقع على عاتقه، شأنه في ذلك شأن بقية العقود المعاوضة، بمعنى آخر الكشف وبطريقة واضحة وكاملة لطالب الاستثمار عن معرفته وخبرته الفنية بحيث يصبح هذا الأخير في وضع يسمح له باستغلالها بصفة مرضية¹.

¹-سلطاني حميد، مرجع سابق، ص176.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

ليس من السهل كما رأينا تحديد مفهوم المعرفة الفنية التي يلتزم بها المستثمر بنقلها وتسليمها لطالب الاستثمار، فتحديد محل العقد أي المعرفة الفنية لا يتم دون ان يطرح بعض الصعوبات على أطراف العقد، ونكتفي هنا بتحديد مضمون هذا الالتزام في عقد الاستثمار التكنولوجي، لنصل لكيفية أو طرق نقلها لطالب الاستثمار، مع تحديد طبيعة هذه الالتزام.

أولاً: مضمون الالتزام بنقل عناصر المعرفة التكنولوجية

إن محل عقد الاستثمار التكنولوجي هو المعارف الفنية التي يتعين على المستثمر نقلها إلى طالب الاستثمار كما هي مبينة في العقد، لذا وجب توضيح تفاصيل التسليم لكل عنصر، وفي حال وجود أي تغير في أي عنصر وجب إعادة صياغة البند المقابل له في العقد¹، ويرجع أساس وجوده هو القواعد العامة التي توجب تسليم محل العقد بين الأطراف، وهذا ما تبينه المادة 1/367 من القانون المدني الجزائري-السالف الذكر- بنصها: " يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري"، وتقابلها المادة 431 من القانون المدني المصري-السالف الذكر-.

وقد نظمت عملية التسليم في عقود البيع الدولية اتفاقية فينا 1980 للبيع الدولي حيث بينته في بعض المواد من 30 إلى 52 منها²، هذا فيما هو متعلق بالقواعد العامة للالتزام بالتسليم في عقود البيع، أما فيما يخص التزام المستثمر بنقل عناصر التكنولوجيا إلى طالب الاستثمار فهناك نصوص خاصة نصت على هذا النوع من الالتزامات سنتعرف عليها لاحقاً.

وبناء على ما تقدم فإننا نعالج آلية نقل العناصر التكنولوجية والتي تشكل أحد أهم الاداءات المنوطة بالمستثمر من خلال ما يلي:

¹-وليد علي ماهر، التبصير في عقود نقل التكنولوجيا"دراسة مقارنة"، د.ط، مركز الدراسات الوحدة العربية، القاهرة، مصر 2017، ص108.

²-اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي تم التوقيع عليها في افريل 1980، دخلت حيز النفاذ 1988/01/01.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

1- الالتزام بنقل العناصر المادية للتكنولوجيا:

يبدأ المستثمر بتنفيذ هذا الالتزام من خلال قيامه بنقل جميع العناصر الملموسة إلى طالب الاستثمار الذي يستعملها في استغلال العنصر المعنوي للتكنولوجيا محل العقد، ويقصد بالعناصر الملموسة جميع الوسائل المادية التي تحقق الاستثمار الفعلي للتكنولوجيا، وتكون على شكل سلع رأسمالية كالآلات والأجهزة وقطع الغيار والمواد الأولية اللازمة لعملية الإنتاج، بل قد تكون في شكل تسليم وحدة صناعية كاملة بما تتضمنه من تركيب وتشغيل لها، ويأتي هذا الالتزام في إطار النقل الكامل للتكنولوجيا وتفاعل جميع عناصرها لتحقيق أهداف طالب الاستثمار من جراء هذه العملية المركبة في التنمية التي يرغب في تحقيقها¹.

لذا فإن في كل عقد يكون محله نقل تكنولوجيا معينة بغية استغلالها واستثمارها لتحسين منتج ما وما إلى ذلك، تزويد طالب الاستثمار في حالة التعاقد على توريد أجهزة ومعدات معقدة بكافة المعلومات والإرشادات والنصائح اللازمة لتركيب وتشغيل تلك الأجهزة، وإرسال الخبراء الفنيين للإشراف على عملية التركيب والتشغيل².

هذا ما نص عليه المشرع المصري في المادة 78 من قانون التجارة المصري -السالف الذكر-: "يلتزم المورد -طوال مدة سريان العقد- بأن يقدم للمستورد بناء على طلب قطع الغير التي ينتجها وتحتاجها الآلات أو الأجهزة التي تستعمل في تشغيل منشأته وإذا كان المورد لا ينتج هذه القطع في منشأته وجب أن يعلم المستورد بمصادر للحصول عليها"، وقد نجد المستثمر يوفي بهذا الالتزام عن طريق نقل وحدة صناعية مركبة كاملة إلى طالب الاستثمار جاهزة لتشغيلها³، ويشكل هذا الالتزام ركنا هاما في العقد المبرم، وذلك من أجل صناعة منتج ما، أو وضع تكنولوجيا معينة قيد التشغيل حيث تكمن أهميته من جانب

¹-وليد عودة الهمشري، مرجع سابق، ص93

²-محسن شفيق، نقل التكنولوجيا...، مرجع سابق، ص74

³-جلال وفاء محبين، الاطار القانوني... مرجع سابق، ص44

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

الطرف المتلقي لها، الذي يحتاج إلى المعدات والآلات اللازمة من أجل تركيب وحدة صناعية كاملة يفتقر إليها، وهذا الالتزام تبرز أهميته من خلال العديد من الصيغ والأنماط المنتشرة في عملية الاستثمار التكنولوجي مثل صيغة عقد مفتاح باليد، أو عقد الإنتاج باليد، أو تسويق في اليد¹.

ويتم نقل العناصر المادية للتكنولوجيا من المستثمر إلى طالب الاستثمار بواسطة صورتين إما عن طريق ما يسمى بالنقل الأفقي للتكنولوجيا وتتمثل في النقل المكاني للتكنولوجيا ولاسيما فيما يتعلق باستيراد المكائن والمعدات والآلات..من الخارج، وهو النقل السائد في البلدان النامية عموما في واقعنا المعاصر، وإما أن يكون النقل رأسي يتمثل في نشاطات البحث والتطوير اللازم لتكييف وتطوير التكنولوجيا المنقولة²، والذي يجمع في طياته المعارف الأساسية التي تكون القاعدة التقنية للبلد طالب الاستثمار والتي تشمل الخبرات والأسرار الصناعية بالإضافة إلى العدد والآلات اللازمة لتشغيل هذه التكنولوجيا، والتي تمنح في النهاية السيطرة والابتكار وتوليد أنماط جديدة للتكنولوجيا الوطنية، لان لتنمية المجتمع وتحقيق استقلاله يتطلبان من الدول النامية ألا تسعى فقط إلى نقل واستخدام المنتجات التكنولوجية، بل ينبغي توفير الأجواء المناسبة لتجذير التكنولوجيا وابتكارها محليا، مع استثمار الموارد والإمكانات المحلية لتحقيق ذلك³.

وللوفاء بنقل العناصر المادية للتكنولوجيا على أكمل وجه لا بد ان يتضمن العقد بنود تفصيلية تبين مجموع هذه العناصر إلى الطرف طالب الاستثمار مثل مكان التسليم وزمانه، وطريقة النقل التي تتناسب مع طبيعة هذه العناصر المنقولة، فضلا عن تحديد تبعة الهلاك

¹-وليد عودة الهمشري، مرجع سابق، ص93

²-نداء كاظم محمد المولى، مرجع سابق، ص88

³-وليد عودة الهمشري، مرجع سابق، ص94

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

والمسؤولية عن التأخير، وشروط الإعفاء منها وغير ذلك من الشروط العقدية الأخرى¹، وينقضي هذا الالتزام في ذمة المستثمر بعد التأكد من مطابقة العناصر المسلمة للشروط المتفق عليها في العقد، وهذا يثبت عند تحقق نفس القدرة الإنتاجية المشروطة في العقد على منشأة طالب الاستثمار، أما في حالة إحجام المستثمر عن التسليم أو كان معيبا وجب عليه التعويض أو يحق لهذا الأخير طلب فسخ العقد².

ب-الالتزام بنقل العناصر المعنوية للتكنولوجيا:

يلتزم المستثمر إلى جانب التزامه بنقل العناصر المادية لطالب الاستثمار بنقل العناصر غير المادية او المعنوية والمتمثلة في المعرفة الفنية، هذه الأخيرة التي تعتبر بمثابة روح عقد الاستثمار التكنولوجي، فلا يمكن أن نتحدث عن وجود هذا العقد إلا بتوفر هذا العنصر، وهذا ما أكدته محكمة استئناف باريس في 07 يوليو 1990 بقولها لا يمكن تصور وجود عقد لاستثمار تكنولوجي بدون معرفة فنية جديدة وأساسية، وأضافت ان العقد الذي يخلو من عناصر المعرفة الفنية وتحديدها لا يمكن اعتباره مطلقا من عقود الاستثمار التكنولوجي، وانتهت إلى تكييف العقد المطعون فيه بأنه مجرد عقد توريد³.

هذه المعرفة التي تتجسد أساسا في مجموع المعارف والمعلومات والمهارات اللازمة لتحقيق عملية الإنتاج المستقل كأساس لاكتساب طالب الاستثمار الخبرة الصناعية في مجال أو مجالات معينة و استيعابها⁴، حتى يتسنى له الانتفاع من هذه التكنولوجيا في إطار التنمية الشاملة التي انتهجها طالب الاستثمار من اجل عملية الإنتاج، لان نقل ملكية

¹-أحمد بن فهد بن حمين الفهد، عقد نقل التكنولوجيا -دراسة مقارنة-، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الفقه، كلية الحقوق، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1433/1432، ص296.

²-سارة صفوان، اثر الإخلال بالعقد الدولي لنقل التكنولوجيا، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، المركز الجامعي مرسلبي عبد الله، تيبازة، العدد السابع، جوان، 2019، ص121.

³-وليد علي ماهر، مرجع سابق، ص112.

⁴-جمعة مرتضى عاشور، مرجع سابق، ص279.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

التكنولوجيا بمعزل عن العناصر المعنوية يعد بحد ذاته غير كاف لتحقيق أهداف الدولة طالبة الاستثمار، خاصة النامية منها لافتقارها العديد من المعارف والبنى التحتية وعلى وجه الخصوص الكوادر البشرية المؤهلة لاستغلال هذه المهارات والمعارف الصناعية، مما يجعل من المستثمر يلتزم بتقديم جميع المستندات الشارحة للتكنولوجيا والمتصلة بها والتي من شأنها أن يحقق الأهداف الاقتصادية المتوقعة¹، وتكمل هذه المستندات والبيانات والإيضاحات والشروح والتعليمات والتي ترد غالبا كملاحق في العقد وتسمى ملاحق تقنية ترفق بالعقد وتعتبر جزءا منه²،

وقد ألزمت المادة 1/77 من قانون التجارة المصري-السالف الذكر- مورد التكنولوجيا بأن 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".

قد ابتغى المشرع من وراء هذا النص تحقيق الغرض الذي من اجله تم إبرام العقد، وهو الاستفادة من المعرفة الفنية المتفق عليها، ولا شك أن الاستفادة لن تتحقق إلا بقيام المستثمر بتقديم مختلف أو كافة البيانات والمعلومات اللازمة أو تلك التي يطلبها المستثمر³، بل لا بد من تسليمها بما يتفق وطبيعتها، ويمثل ذلك من خلال شرح وإيضاح

¹- فإذا كانت التكنولوجيا المنقولة عن طريق عد الترخيص محمية ببراء الاختراع محل البراءة دون عوائق قانونية، نقل بعض العناصر السرية التي مازالت في حوزته والتي من شأنها تمكين طالبها من الاطلاع على كافة عناصر او تفاصيل الاختراع، وكذلك الحال اذا كانت التقنيات غير مشمولة ببراءة اختراع فانه يتعين على المستثمر الكشف عن كافة التفاصيل للمتلقي، صالح بن بكر الطيار، مرجع سابق، ص147 وما بعدها، ووليد عودة الهمشري، مرجع سابق، ص87.

²- وهي عبارة عن كتيبان تبين التعليمات الخاصة بتركيب المصنع ومباشرة التشغيل وطرق الصيانة، وهي كما عبر عنها الأستاذ ديليز بأنها: "مجموعة العمليات التي تمكننا من تشغيل شئ ما. محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص186.

³- محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في شرح قانون التجارة، المجلد الثاني، ط.1، دار محمود للنشر والتوزيع د.س، ص184.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

طرق استخدام التكنولوجيا وطرق تشغيلها بما يحقق الأهداف المرجوة من التعاقد¹، لاسيما وان النص استخدم لفظ الاستيعاب ليصرف مفهوم النقل إلى معنى التمكن والقدرة التكنولوجية إلا انه ورغم ذلك يؤخذ على هذا النص بعض الملاحظات الآتية:

-إغفال المشرع النص على لفظ "كافة" مقارنة بنص المادة 8/هـ من مشروع أكاديمية البحث العلمي، والذي ألزم فيه بتقديم كافة الوثائق اللازمة لاستيعاب التكنولوجيا مما يوحي بضرورة تقديمه لكافة الوثائق التي في حوزته وذات الصلة بمحل العقد، على نحو يقطع عليه طريق التذرع بلزومية وثيقة من عدمها².

-قيد المشرع في هذا النص تقديم الخدمات الفنية ذات العلاقة بتشغيل التكنولوجيا، في حين ربط مصطلح الاستيعاب التكنولوجي بالالتزام بتقديم الوثائق والمعلومات، فلا يجد الباحث مبررا لهذا التمييز، وكان الأجدى بالمشرع عدم الفصل بين الالتزام بتقديم الوثائق والالتزام بتقديم الخدمات من حيث الهدف، بل توحيد النص بالاستيعاب التكنولوجي لكي تنتشعب التزامات المستثمر وتترابط فيما بينهما³.

ويطرح التساؤل لمعرفة حالة ما إذا كانت المعرفة الفنية غير موصوفة بدقة وبصفة كافية و واضحة في العقد، فهل يعتبر المستثمر في هذه الحالة أنه قد أوفى بالتزامه بنقل المعرفة الفنية؟

¹-سميحة القيلوبي، شرح قانون التجارة... مرجع سابق، ص88.

²-وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص510.

³-بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص307.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

تفسير العقد هنا يكون استنادا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، وعليه فإن المستثمر يجب ان ينقل معرفته الفنية بدقة وبصفة كافية و واضحة، وان تكون محددة استنادا إلى الحاجات الخاصة لطالب الاستثمار¹.

إضافة إلى مبدأ آخر مهم وهو الحق في الإعلام، فليطالب الاستثمار الحق في تزويده وإعلامه بكافة المعلومات المتعلقة بالتكنولوجيا محل التعاقد، وكذلك كل ما يتعلق باستعمالها، إضافة إلى مكاشفتها بجميع الظروف المحيطة بالمسائل محل العقد²، وفي حال لم يفي المستثمر بالتزامه بنقل وتلقين المعرفة الفنية بصفة كاملة، فعلى طالب الاستثمار أن يثبت أن المستثمر كان يعلم بعدم خبرته في المجال الصناعي، وأنه كان ملزم بتكييف وملائمة طرق نقل وتلقين معرفته الفنية لظروف طالب الاستثمار³.

والخلاصة من نقل عناصر المعرفة التكنولوجية تقديم كل ما هو متعلق باستغلال هذه التكنولوجيا استغلالا حسن، وتأهيل طالب الاستثمار لاستعمالها.

¹-Ralph Schlossen ,contrat de transfert de savoir- faire, thèse de doctorat en droit suisse, université Lausanne suisse 1996,p149.

²-وفيما يتعلق بالنقطة الأخيرة تطالعنا أهم قضية أثرت في هذا السياق، وهي قضية شركة klockner في تعاقدتها مع حكومة الكاميرون، حيث رفضت الأخيرة دفع القيمة الكاملة لمصنع الأسمدة الذي أقامته تلك الشركة نظرا لإخلالها بالتزام الإخبار والإعلام بالظروف المحيطة بالعقد، إذ تعمدت خداعا وتدليسا إخفاء حقائق مستجدة في إطار السوق الاقتصادي للتعامل بالأسمدة مما أدى لاتخاذ الحكومة مجموعة من القرارات الخاطئة ما كانت لتتخذها لو علمت بتلك المستجدات، وعندما طرح النزاع أمام محكمة التحكيم قررت عدم وجود قرائن أو أدلة تشير إلى وجود خداع أو تدليس، إلا انه يوجد خلل واضح من قبل klockner بالتزامها المتعلق بالإعلام، وبناء عليه أصدرت حكمها بعدم استحقاق الشركة للثمن كاملا، وعندما طعن تلك الشركة بالحكم أمام المركز الدولي لحل المنازعات الناشئة عن الاستثمار تم تشكيل لجنة خاصة (ad hoc) انتهت لإلغائه مع إقرار صعوبة القبول بوجود التزام عام بالإخبار مصدره التقنيات المدنية في الدول، ما لم يتم ذلك بالاستناد إلى مبدأ حسن النية، مما يتطلب لإعمال ذلك الالتزام تحديد شروط وقيود تطبيقه، إلا أن تلك المحكمة وقعت في الحقيقة في خطأ جوهري نتيجة تجاهلها قانون دولة الكاميرون كقانون واجب التطبيق، وذلك حسب المادة 1/42 من معاهدة واشنطن والتي تقضي بإعمال قانون الدولة المتعاقدة في حال عدم اختيار الأطراف الصريح للقانون واجب التطبيق، وفاء مزيد فلهو، مرجع سابق، ص 540-541.

³ -Dessementet François, le savoir- faire industriel, définition et protection du know-how en droit américain librairie Droz Genève , 1974, p06 .

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

ثالثا: الطبيعة القانونية للالتزام بنقل عناصر المعرفة التكنولوجية

الجدير بالذكر أن التزام المستثمر بنقل عناصر المعرفة التكنولوجية يعد التزاما بتحقيق نتيجة وليس بذل عناية، بحيث يلتزم المستثمر أن يقدم لطالب الاستثمار كل المعلومات الفنية والتقنية التي في حيازته واللازمة للقيام بالعملية الإنتاجية، كما يضمن له فعالية هذه المعلومات، أي لا بد أن يتوصل لاستيعاب الحقيقي لهذه المعرفة الفنية وتحقيق النتائج المرجوة، وكذا القدرة على تطوير عناصرها¹، إلا أنه لا يضمن لطالب الاستثمار تمكنه فعلا وبشكل كامل من استغلال المعرفة التكنولوجية، فصحيح أن المستثمر يلتزم بتقديم المساعدة التقنية لطالب الاستثمار ولكنه لا يلتزم بأن يجعل الأخير متمكنا من انجاز المشروع الاستثماري بشكل عام²،

مبدئيا فإن المستثمر لا يكون مسئولا إلا إذا كان هناك شرط صريح في العقد بضمان تحقيق النتائج، وإن يثير طالب الاستثمار وجود عيب في المعرفة المنقولة³، هذا مع العلم بأن هذا الالتزام لا يمكن تشبيهه بالالتزام ذوي المهن، لأن المستثمر إذا تعهد بتحقيق عمل تقني معين بواسطة عمالة طالب الاستثمار فهو يبيع في الواقع طرف ووسائل فنية وخبرة، لذا فإنه يكون مسئولا بالكامل عن النقل، وبحسن النية طبقا للقواعد العامة، وفي حال الإخلال المستثمر بتسليم تلك العناصر يحق لطالب الاستثمار طلب التنفيذ العيني، وفي حالة استحالة ذلك لسبب أجنبي يتم تنفيذه بمقابل أو طلب فسخ العقد مع التعويض، وقد يكون الفسخ اتفاقيا إذا ما نص العقد على أنه في حالة عدم تسليم التكنولوجيا في الموعد المتفق

¹ -بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص311، محمود مختار بريري، ط.1، قانون المعاملات التجارية الالتزامات والعقود، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص100.

² -مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص278.

³ -سلطاني حميد، مرجع سابق، ص178.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

عليه يكون من حق طالب الاستثمار اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بغير حكم قضائي¹.

ويلاحظ أن كافة المنازعات الفنية والتجارية التي تنشأ أثناء تنفيذ العقد يكون سببها إخلال المستثمر أو طالب الاستثمار عندما يخالف احدهما الشروط الواردة فيه، وأنه إذا كان هذا الإخلال من جانب المستثمر فذلك لأنه لم يراع حسن النية أثناء التنفيذ، أو إخلاله بأحد شروط العقد مستغلا جهل طالب الاستثمار، وإذا كان الإخلال من جانب طالب الاستثمار فلأنه لم يوضح الظروف الاقتصادية والاجتماعية للمنطقة التي تم فيها استغلال المعرفة التكنولوجية²، ويقع عبئ الإثبات على طالب الاستثمار الذي يثير غياب التعليمات أو عدم كفاية التلقين، إذ يجب أن يثبت أن المستثمر لم ينفذ التزامه بنقل المعرفة الفنية بصفة مرضية وكافية³.

الفرع الثاني: الالتزام بتقديم المساعدة الفنية.

كانت الصورة التقليدية لعقود الاستثمار التكنولوجي خالية تقريبا من تقرير بعض الالتزامات الملقة على عاتق المستثمر، والتي لا تتجاوز التزامه بتزويد طالب الاستثمار العناصر المادية التي تشمل عليها التكنولوجيا مثل الآلات، والأجهزة، والمواد الأولية اللازمة للإنتاج، بالإضافة إلى تزويده بدراسات جدوى المشروع والوثائق الشارحة للتكنولوجيا محل العقد مع السماح باستغلال الاختراع محل البراءة في أحيان أخرى، لكن مع التخصص الذي شهدته هذه العقود في مجالات معينة وخاصة تلك التي ليس لطالب الاستثمار فيها خبرة كافية، ومدى فاعليتها في إحداث التنمية الحقيقية في الدول النامية، أصبح التأهيل المهني والتدريب عن طريق تقديم المساعدة الفنية من الأمور الهامة الداخلة في تكوين المعرفة، وقد

¹-بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص310.

²-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص188.

³-سلطاني حميد، مرجع سابق، ص178.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

نشأت نتيجة لذلك العديد من المراكز المتخصصة في هذا الشأن، من خلال اتفاق يبرم مع المستثمر على تنفيذ التزامه بتقديم المساعدة الفنية لطالب الاستثمار، خاصة في مجال خدمات الاتصال ومحطات توليد الطاقة الكهربائية والتنقيب عن البترول، وغير ذلك من القطاعات الحيوية¹.

الأمر الذي يجعلنا نقف عند تحديد مضمون هذا الالتزام من خلال تبين ما قد يشتمل عليه هذا الالتزام، وتميزه عن المعرفة الفنية والتعاون الاقتصادي، مراحل تقديم المساعدة الفنية، لنأتي على بيان الأساس القانوني لها.

أولاً: مضمون الالتزام بتقديم المساعدة الفنية

نستهل هذا المضمون بتعريف المساعدة الفنية، وبعدها نميز بينها وبين المصطلحات المشابهة، ونظراً لتشعب المحل في هذه العقود يتم الوفاء بهذا الالتزام عبر عدة مراحل يتم بيانها من خلال مضمون الالتزام وذلك على النحو التالي:

1-تعريف المساعدة الفنية

يرجع الفضل في تحديد ملامح المساعدة الفنية لرجال السياسة والاقتصاد في أمريكا، بعد أن تعالت الأصوات التي تطالب بضرورة إعادة إصلاح ومعالجة ما أثارته الحرب على اقتصاد الدول الأوروبية، بهدف إعادة تيار التبادل الاقتصادي الأمريكي، من أجل ضمان الحد الأدنى للقوة الشرائية للمستهلك الأوروبي، وفعلاً استجاب لهم الرئيس الأمريكي ترومان آنذاك، ووقع على قانون التعاون الاقتصادي عام 1948 حسب الخطة التي عرفت بخطة مارشال، والتي صادق مجلس النواب الأمريكي على نهج هذه الخطة عام 1950 في صورة قانون سمي بقانون التطوير الدولي، والذي يسمح فيه بممارسة أربعة نشاطات اتجاه دول العالم الثالث، والدول التي تحتاج إلى مساعدات فنية في العديد من المجالات، وذلك من

¹ -وليد عودة الهمشري، مرجع سابق، ص96، جلال وفاء محمدين، الإطار القانوني...، مرجع سابق، ص47-48.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

خلال إرسال الفنيين آلة هذه الدول، وتشجيع استثمارات في القطاع الخاص، وكذا إمكانية استقبال مواطني الدول المتخلفة صناعيا لتدريبها في الولايات المتحدة الأمريكية¹.

يتضح مما تقدم ان مصطلح المساعدة الفنية ذو أصل سياسي في الأول، وبعدها تبنته التجارة بمفهوم التعاون الدولي، حيث تحول إلى سلعة تجارية ذات قيمة مالية قابلة للتداول والتعامل بين الدول في إطار تعاقدات من الباطن مع المورد².

ولاشك أن هذا التطور الذي شهده مفهوم المساعدة الفنية، كان احد الأسباب التي حالت دون الاستقرار في وضع تعريف دقيق لها، بحيث تباينت هذه التعاريف حسب الزاوية التي ينظر إليها، نذكر بعضها:

تعرف المساعدة الفنية على أنها: " تدخل ذو طابع تقني لشخص يتمتع بالمهارة والكفاءة لفائدة شخص آخر تتقنه الخبرة والكفاءة في أداء عمل معين، فهي تتمثل في تقديم الخدمات اللازمة لوضع المعرفة الفنية موضع التنفيذ"³، وتعرف أيضا على أنها عبارة عن التدريب والتأهيل الذي يقدمه المستثمر بهدف تكوين طاقم تابع لطالب الاستثمار او محلي قادرا على الاستثمار واستغلال التكنولوجيا محل العقد، بغرض الوصول إلى تحقيق الأهداف المرجوة من عملية الاستثمار التكنولوجي⁴.

إن يراد بالتزام المستثمر بتقديم المساعدة الفنية قيامه عن طريق خبراءه بتدريب وتعليم عاملي طالب التكنولوجيا، ومهندسيه على استعمال التكنولوجيا محل العقد، ويكون ذلك إما

¹-نصيرة بوجمعة، مرجع سابق، ص208

²-وليد عودة الهمشري، مرجع سابق، ص97.

³- « l'assistance technique peut être définie comme l'intervention d'une personne compétente pour un travail détermine agent caractère technique qu'une autre personne est dans l'impossibilité d'effectuer » Jehl. J, le commerce international de la technologie, approche juridique litée, paris, 1985,p465 .

⁴-أحمد بن فهد بن حمين الفهد، مرجع سابق، ص312.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

عن طريق قيام المستثمر بإرسال عددا من تابعيه إلى منشأة طالب الاستثمار لتقديم المساعدة الفنية في مواقع العمل¹، سواء عن طريق النصح والإرشاد، أو عن طريق المشاركة الفعلية في التطبيق العملي للتكنولوجيا محل العقد، كأن يكونوا من القائمين على تطبيقها من الناحية العملية أو من الذين ساهموا في ابتكارها وتطويرها، أو العكس من خلال الزيارات الميدانية التي يقوم بها طالب الاستثمار وتابعوه الفنيون إلى منشأة المستثمر للاطلاع على أسلوب العمل والطرق المستخدمة لاكتساب المهارات²، ويفضل ان يتم ذلك قبل البدء بتشغيل مصنع طالب الاستثمار حتى يتمكن من الإنتاج ويكون لديه العمال المؤهلين لمباشرة العمل³، وأيا كان شكل تقديم هذه المساعدة فإن غايتها الأخذ بيد طالب الاستثمار لاستيعاب المعرفة الفنية واستخدامها بما يلاءم ظروف المنطقة الاقتصادية والاجتماعية لتحقيق قدر من التنمية يتناسب مع ما أنفقه طالب الاستثمار⁴.

¹ ويلتزم المساعدون الفنيون طوال فترة تواجدهم في مواقع العمل بإتباع نظام العمل بإتباع نظام العمل في منشأة طالب الاستثمار واحترام القوانين الوطنية، ولا يعني ذلك ان هناك روابط تبعية تحدد علاقة هؤلاء المساعدون بطالب الاستثمار، بل ان علاقتهم المباشرة ترتبط بالمستثمر، وهذا يعني إنهم ينفذون التعليمات الفنية التي يصدرها الأخير وفقا لتلك العلاقة التي تقوم بينهم، ويلاحظ في هذا الشأن ان طالب الاستثمار يلتزم بسداد نفقات ومرتببات المساعدون الفنيون، وذلك ضمن التكاليف الكاملة التي يلتزم بسدادها الى المستثمر، على ان يقوم الأخير بعد ذلك بسداد تلك المرتببات مباشرة إلى عامليه وخبرائه الفنيين، هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص50-51

² -محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص177 ويجب أن يفصل العقد شروط ومواعيد هذه الزيارات من حيث مواعيدها والمدة التي تستغرقها كل زيارة واللغة التي تستعمل فيه، وتعيين تابعي المستورد الذين لهم حق القيام بها، وتابعي المستثمر الذين يتولون استقبال الزبائن وتقديم الشروح والإيضاحات لهم، ونفقات إقامتهم وانتقالاتهم وأجورهم وغير ذلك من الشروط وكثيرا ما يكتفي العقد بالإشارة إلى الالتزام بالمساعدة ثم ينظمه المتعاقدان بعقد منفصل، خاصة إذا ما كان يتعلق عقد الاستثمار التكنولوجي بمجال تخصص ليس لطالب الاستثمار خبرة فيه وحينئذ لا يكفي مجرد قيام المستثمر بتقديم المستندات التفصيلية والشارحة للمعرفة التكنولوجية وإنما يستلزم القيام بالتدريب والتكوين وتقديم المساعدة الفنية لنقلها، جلال وفاء مجدين، الإطار القانوني...، مرجع سابق، ص47-48، محسن شفيق، نقل التكنولوجيا...، مرجع سابق، ص78.

³ -يوسف عبد الهادي الاكيابي، مرجع سابق، ص180-181

⁴ -محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص178.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

ولابد من صياغة هذا الالتزام في العقد بدقة شديدة، ويكون في ملحق تودع فيه تفاصيل ذلك من حيث النوعية، ومؤهلات الخبراء، ونفقات استقدامهم، وبيان كفاءتهم الفنية¹، وهنا يتوجب احترام مقتضى هذا العقد تطبيقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وفي حالة وقوع نزاع حول تلك الشروط فبإمكان القاضي أو المحكم إضافة بعض الشروط التكميلية استكمالاً لمقتضى هذا الالتزام، وهذا ما قرره المادة 2/107 ق.م.ج. -السالف الذكر- والتي جاء فيها: "...ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام"².

2- التمييز بين المساعدة الفنية والمصطلحات المشابهة لها

في إطار التعريف الغامض للمساعدة الفنية والتي تركزت على المعنى الشائع لها والمتمثل في مساعدة شخص ما تعني معاونته ومساندته أو حتى الحلول مكانه في عمل ما لفترة معينة لكي يتمكن بعدها من ممارسة عمله بنفسه، نتج عنه اختلاط بين المساعدة الفنية وبين المعرفة الفنية من جهة، وبينها وبين التعاون الصناعي من جهة أخرى، وسنتعرض لهذا الخلط من خلال النقطتين التاليتين:

أ- الفرق بين المساعدة الفنية والمعرفة الفنية

إن عنصر المساعدة الفنية يدخل في تكوين المعرفة الفنية، وهي أحد الاداءات التي يتوجب على المستثمر الالتزام بتقديمها إذا كانت تابعة لعقد المعرفة الفنية ولو خلا العقد من النص عليها، ما لم يشترط المستثمر إسقاطه من بين التزاماته، ولا يغير من هذا أن المساعدة الفنية ترد في عقد مستقل في بعض الأحيان يسمى بعقد المساعدة الفنية -كما سبق ورأينا في الباب الأول عند التطرق لصور عقد الإستثمار التكنولوجي-، ولا يعتبر العقد الذي يتضمن شرطاً بتقديم المساعدة الفنية من العقود المركبة لأنه كما ذكرنا تكون هذه

¹- أحمد بن فهد بن حمين الفهد، مرجع سابق، ص 312.

²-تقابلها المادة 2/48 من ق.م. المصري.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

المساعدة عنصرا في محله، وان تنازل طالب الاستثمار عن هذا العنصر أو التعاقد بشأنه في عقد مستقل أو لاحق لعقد نقل المعرفة الفنية لا يغير من طبيعة هذا العقد، ويبقى مختلفا عن العقود المركبة كعقد تسليم مفتاح وعقد تسليم إنتاج¹.

والمعرفة الفنية كما أوضحنا عناصرها وعرفناها في الفصل الأول من الباب الأول تتمثل في مجموع المعارف التي تتسم بالجدة والسرية ولها قيمة مالية تنقل بواسطة وثائق وتصميمات ورسوم وخرائط، غير أن ذلك يكون غير كافي في بعض الأحيان لاستغلال هذه المعرفة بصفة مرضية هنا تظهر فائدة المساعدة الفنية لاسيما إذا تعلق الأمر بميدان تقني متخصص، وكان طالب الاستثمار لا يتمتع بالدراية والخبرة الكافية، إذن فهذه الأخيرة تعد وسيلة لنقل المعرفة الفنية.

وتجدر الإشارة ان هذه المساعدة تكون من ضروريات عقد الاستثمار التكنولوجي إذا كان المستثمر وطالب الاستثمار غير متكافئين علميا وتكنولوجيا في هذا العقد، ويمكن الاستغناء عنها في حالة وجود تقارب علمي وتكافؤ تكنولوجي بين الطرفين².

ومع هذا الاختلاف فيما بينهما إلا أن هناك سمة مشتركة بين كل منهما، وهي المعلومات الفنية التي يعتمد صاحبها إلى بقائها سرا، والتي تصدر براءة بحقها والتي تكون محلا للنقل بشكل منفصل لأن البراءة تعني التنازل عن شرط السرية³.

ب- الفرق بين المساعدة الفنية والتعاون الصناعي

تتركز نقطة البدء بالتفريق بين المساعدة الفنية والتعاون الصناعي في أن الأولى عبارة عن وسيلة لنقل المعرفة الفنية من دولة متقدمة تكنولوجيا إلى دولة أو طرف اقل منه تكنولوجيا في مجال ما، أما الثاني يتمثل في التزام مشترك في عقود تبرم بين أطراف تتسم

¹-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص172.

²-صلاح بن بكر الطيار، مرجع سابق، ص160.

³-وليد عودة الهمشري، مرجع سابق، ص98.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

بالتكافؤ في المستوى العلمي والمعرفي في مجال أو موضوع العقد¹، كما أن الهدف من المساعدة الفنية يكون في الحصول على مقابل مالي لقاء تأدية مانح التكنولوجيا هذه الخدمات التدريبية للطرف المتلقي، وهذا بخلاف التعاون الصناعي والذي يسعى أطرافه إلى رفع المستوى المشترك لكل من الطرفين في إطار الصالح المشترك، ونجاح العملية والمشاركة في الأرباح المستخلصة منه حسب الاتفاق²، بالإضافة إلى أن التعاون الصناعي التزام مشترك بين الأطراف يبدأ الوفاء به من مرحلة المفاوضات، في حين المساعدة الفنية التزام من جانب واحد وهو الطرف مانح التكنولوجيا، ويخص بالدرجة الأولى مرحلة تنفيذ العقد، ونادرا ما يتم الاستعانة بها في المرحلة السابقة للتعاقد³.

ومع هذا الاختلاف فيما بينهما إلا أن هناك قواسم مشتركة بين كل منهما، فكلاهما عبارة عن سبيل لتبادل المعارف بين الأفراد أو الدول، يتم اللجوء إليهما من أجل الوصول إلى النتائج المرجوة، كما أنهما يجسدان مبدأ حماية مصلحة الطرف الآخر في العقد.

3-مراحل تقديم المساعدة الفنية

إذا ما طرحنا سؤال في أي مرحلة يتم تقديم هذه المساعدة الفنية؟، تتبادر الإجابة في ذهن الكثير أنها تأتي في مرحلة تنفيذ العقد، لكن الممارسات العملية لتقديم هذه الأخيرة كانت شاملة لكافة مراحل العقد بل وحتى تبقى سارية طوال مدة العقد، ننتعرف على كيفية تقديمها بإيجاز في كل مرحلة على حدا.

-المرحلة الأولى: وهي المرحلة التي تسبق إبرام العقد أو ما تسمى بمرحلة المفاوضات، وتتمثل المساعدة في هذه المرحلة من خلال تقديم الإرشادات والنصائح، والمساعدة في إعداد المنشأة من حيث التنظيم الداخلي والشكل الخارجي، وإعداد برامج

¹-زواوي لورية، مرجع سابق، ص279.

²-وليد عودة الهمشري، مرجع سابق، ص98-99.

³- زواوي لورية، مرجع سابق ، ص280.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

التدريب لطالب الاستثمار ومستخدميه من عمال وفنيين، وإيفاد الخبراء لتوضيح مفهوم المعرفة التكنولوجية المنقولة إليهم، باعتبار هذا الأخير اقل خبرة ودراية بموضوع التكنولوجيا المراد استغلالها مقارنة بالطرف المانح لها¹.

-المرحلة الثانية: وهي مرحلة إبرام العقد ، وتتجسد المساعدة فيها عند بدء النشاط ، بحيث يقوم المستثمر بالإشراف على دعاية مشروع طالب الاستثمار وتنظيم كل ما يرتبط بالإنشاءات، وذلك من اجل التحقق من مطابقة المواقع والمنشآت والآلات وطرق العمل وشكل المنتج للمواصفات والمعايير المطلوبة².

المرحلة الثالثة: مرحلة تنفيذ العقد وتعتبر صميم التزام المستثمر بالمساعدة الفنية، فبالإضافة إلى كل ما يلتزم به في المرحلة السابقة لإبرام العقد وعند الإبرام، يلتزم في هذه المرحلة بالتدريب وتقديم الخبرة ورقابة الإنتاج من حيث الكمية والجودة والعلامة التجارية المستعملة³، وتضل قائمة طوال مدة سريان العقد، وذلك لأن المعرفة الفنية بطبيعتها تتسم بالتطور، بحيث يعلم المستثمر بشكل دائم على كافة التعديلات التي تطرأ على هذه المعرفة، وتلقينها لطالب الاستثمار ومستخدميه، بالإضافة إلى ذلك تقدم بشكل دوري ومستمر خلال فترة العقد، خاصة فيما يتعلق بالاستشارات الفنية والقانونية⁴.

ثانيا: الأساس القانوني لالتزام تقديم المساعدة الفنية

التحليل الذي قمنا به لمضمون المساعدة الفنية يدفعنا لطرح سؤال مهم، وهو مدى التزام المورد بتقديم المساعدة الفنية في حال سكوت العقد، أي عدم ورود شرط صريح في العقد ينظمها؟.

¹-أحمد أنور محمد، المحل في عقد الامتياز التجاري، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص235

²-منى داود أحمد داود، مرجع سابق، ص211.

³-محمد محسن إبراهيم النجار، عقد الامتياز التجاري (دراسة في نقل المعارف الفنية)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2001، ص224-225.

⁴-منى داود أحمد داود، مرجع سابق، ص211.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

لقد انقسم الفقه فيما يخص أساس التزام المستثمر بتقديم المساعدة الفنية لطالب الاستثمار إلى فريقين، فريق يرجع الأساس إلى العقد، ويؤسسون موقفهم على أساس أن غياب نص في العقد معناه أن المتعاقدان استبعدا هذا الالتزام، لأن العلاقة التعاقدية لا تأتي بغير شروط صريحة، بمعنى آخر أن المساعدة الفنية لا تفترض وإنما يجب النص عليها صراحة في العقد¹

بينما اعتبر آخرون، أن الالتزام بتقديم المساعدة الفنية واجب على المستثمر حتى عند عدم ذكره صراحة في العقد، بمعنى أن الالتزام ذو أساس قانوني، ويؤسسون موقفهم على أساس أن التزام المستثمر بتقديم المساعدة الفنية يعد من مقتضيات العقد، وضرورة تنفيذه بحسن النية، فهو لازم ليتمكن طالب الاستثمار من استثمار التكنولوجيا محل العقد².

وان كنا نميل مع الاتجاه الأخير كونه رأي منطقي، وإذا أردنا تبرير رأينا نشير إلى الطبيعة القانونية لالتزام المساعدة الفنية، وتحديدًا حول معرفة ما إذا كانت المساعدة الفنية تعتبر اده مكملة لتكنولوجيا أو لا، فإذا كان الجواب نعم فإن الحل يبدو بسيطًا حسب القواعد العامة للعقود في القانون المدني أيا كان، والتي تؤكد على أن تسليم الشيء يتضمن أدواته وكل ما يهدف إلى استعماله الدائم، وعليه فإذا كانت المساعدة الفنية ذات أهمية كبيرة لاستثمار الاختراع أو التكنولوجيا المنقولة محل العقد، فإن المساعدة الفنية في هذه الحالة تفترض، لأنها تعتبر ضرورية لتحقيق وضمان النتيجة المنتظرة، وهي بذلك تعد من مستلزمات العقد، وذلك حسب نص المادة 107 ق.م.ج، وبالتالي فهي هنا لا تحتاج إلى نص صريح يحددها مادّات من مستلزمات العقد، كونها تنشأ من الالتزام العام بالتسليم الذي يقع على عاتق المستثمر لأنها أداة حتمية لطالب التكنولوجيا، خاصة إذا كان هذا الأخير لا يتمتع بالخبرات التقنية كما في الدول النامية، وقد أكدت هذا الرأي محكمة باريس عندما

¹-سلطاني حميد، مرجع سابق، ص182.

²- زواوي لورية، مرجع سابق، ص283.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

اعتبرت انه يقع على عاتق كل مورد لآلة الكترونية واجب تقديم إرشادات، وهذا الواجب يصبح في منتهى الجدية والصرامة إذا كانت معلومات الزبائن في هذا الشأن غير كافية وناقصة¹.

أما إذا كانت المساعدة الفنية عنصرا ثانويا وهذا أمر نادر الوقوع في الدول النامية، إذ نجده عند إبرام العقد مع دولتين متقدمتين تكنولوجيا فلا يفترض، إلا أن تجنبنا ولعدم الدخول في متاهات ما إذا كانت المساعدة الفنية تشكل عنصرا جوهريا في العقد أم ثانويا، خاصة في ظل جهل طالب الاستثمار بالتكنولوجيا المقدمة وبالتالي لا يعرف ما إذا كانت التكنولوجيا عنصرا أساسيا أم ثانويا، لذا ينصح بتضمين العقد هذا الالتزام المناط بالمستثمر، وذلك لسد أي ثغرة يمكن للمستثمر اللجوء إليها للتهرب من هذا الالتزام، أو أي دفع يثيره بمواجهة طالب الاستثمار بأن العقد مثلا لم ينص على هذه المساعدة، وإن المساعدة الفنية كانت عنصرا ثانويا فقط بجانب الالتزام الجوهري، مما يتطلب من المشرع النص والتشديد على ورود هذه المساعدة في العقد ذاته سواء كانت ثانوية أو جوهرية، وإن يطلبها طالب الاستثمار لخطورتها هذا من جهة.

وعمليا تقديم المساعدة الفنية من طرف المستثمر بفرض على طالب الاستثمار أعباء مالية إضافية، مما يحتم تنظيمها محكما في العقد من خلال النص على المقابل المالي، هذه التكاليف والأعباء المالية لا يمكن إلزام طالب الاستثمار بها في غياب نص صريح في العقد، لذلك من المهم القول أن التزام المستثمر بتقديم المساعدة الفنية لا يفترض، إذ يتعين النص عليه صراحة في العقد بدقة شديدة، ويكون في ملحق تودع فيه تفاصيل ذلك من حيث النوعية، ومؤهلات الخبراء، ونفقات استقدامهم، وبيان كفاءتهم الفنية..الخ².

¹-صالح بن بكر الطيار، مرجع سابق، ص154.

²-Ralph Schlossen, op cit, p153

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

الفرع الثالث: الالتزام بالضمان

لما كان طالب الاستثمار يهدف من إبرام العقد للحصول على التكنولوجيا التي بمقتضاها يتمكن بموجبها من تنفيذ مشروعه الاستثماري واستغلالها وفق ما يسمح به العقد أو القانون، فلا يكفي لذلك أن ينقل المستثمر إلى طالب الاستثمار عناصر التكنولوجيا، وأن يقوم بالتقديم المساعدة الفنية له، بل يلتزم فضلا عن ذلك بأن يضمن له استغلال هذه التكنولوجيا والانتفاع بها انتفاعا هادئا، ولا يقلل من أهمية هذا الالتزام كون أحكامه ليست من النظام العام، ومن حق أطراف العقد الاتفاق على إنقاصه أو زيادته، بل وحتى إسقاطه إذا تعمد المستثمر إخفاء حق طالب الاستثمار¹.

وتأسيسا على ذلك نجد ان للضمان شروطا يندرج بموجبها في فئتين، الأولى الضمان الواجب بنص القانون، وهنا لا ضرورة للنص عليه في العقد، فالقانون قد حل محل إرادة أطراف العقد في هذه الحالة كضمان التعرض و الاستحقاق وضمان العيوب الخفية، والتي تلقت جميعها حول فكرة الحياة الهادئة والمستقرة والنافعة وغير المملوكة للغير²، ويسمى ذلك بالضمان القانوني، أو ضمان يتفق عليه أطراف العقد ويرد على شكل شرط في صلبه³، فيجوز لأطراف العقد تعديله وحتى استبعاده باستثناء الحالات التي نص عليها القانون، والتي تأتي في إطار عدم الإضرار بالمشتري والغير، وذلك تطبيقا للقواعد العامة في القانون المدني⁴، ويطلق عليه بالضمان الاتفاقي.

¹-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص179.

²-إذا كان ضمان التعرض والاستحقاق يهدف الى تحقيق الحياة الهادئة، فإن ضمان العيب الحفي يحقق الحياة النافعة، عبد القادر أقصاصي، مضمون التزام البائع بضمان تعرضه الشخصي، دراسة تحليلية في ضوء القانون المدني الجزائري،مجلة الحقيقة للعلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة قاصدي احمد، ادرار، الجزائر، المجلد11، العدد2012،02، ص308-338.

³- بشار قيس محمد، المرجع السابق، ص319.

⁴-المادة384 من القانون المدني الجزائري.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

ونحن إذ نعالج أحكام الضمان كأحد الالتزامات الهامة المنوطة بالمستثمر، سواء أكان ضمانا قانونيا أو ضمانا اتفاقيا، من خلال الضمان في عقود الإستثمار التكنولوجي وما تثيره من إشكالات وخلافات في الواقع العملي، خاصة وإن أحكام الضمان قد ورد ذكرها في القانون المدني الجزائري والمقارن والذي لا يزال متأثرا بالفكرة التاريخية في وضع الأحكام في باب عقد البيع، قد يتساءل سائل لمعرفة مدى إمكانية نقل وتطبيق هذه الأحكام المتعلقة بالضمان في العقد الذي نحن بصدد دراسته؟ وما حكمة إعمالها في هذا العقد، هل يختلف عما هو وارد في أحكام عقد البيع أم لا؟، وما إذا كان هذا الضمان يقتصر على إيصال المعرفة الفنية فقط دون الأخذ بالاعتبار التزام المستثمر بتحقيق نتيجة إذا كانت تشكل الغاية الأساسية والهامة والباعث الدافع لإبرام هذا التعاقد، مع الإشارة إلى القوانين النازمة لهذا الالتزام، وستوضح الإجابة على ذلك في الآتي:

أولاً: مضمون الالتزام بالضمان

حظي هذا الالتزام باهتمام واسع بين رجال القانون والفقه، وبخاصة القانون المدني كما سبق وقلنا الذي عالج العديد من المسائل العامة والخاصة المتعلقة بهذا الالتزام في إطار عقود البيع، ويثار التساؤل في هذا المقام حول فكرة الضمان إذ أنها وردت في عقد البيع فهل يمكن تطبيقها على عقد الإستثمار التكنولوجي؟.

في الواقع يشكل تطبيق هذه الأحكام في نطاق عقود الإستثمار التكنولوجي إحدى التحديات الأساسية للفكر القانوني نظرا لخصوصية هذه العقود، والتعقيد الذي تتسم به خصوصية المراحل التي تمر بها عمليات نقل التكنولوجيا، ومن ثمة لاقى هذا النوع من الالتزامات خلاف فقهي حول مدى إمكانية نقل و تطبيق الأحكام المتعلقة بالضمان والواردة في إطار عقود البيع على عقد الإستثمار التكنولوجي، إذ هناك من ذهب إلى عدم إمكانية تطبيق أحكام الضمان لاسيما ضمان العيوب الخفية إلا في نطاق عقدي البيع والإيجار، وعدم امتداد هذا التطبيق إلى عقد الإستثمار التكنولوجي إلا من خلال اتفاق خاص، تأسيسا

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

على أن الأخير لا ينصب على شيء مادي وإن الالتزام بنقل المعرفة الفنية له صفة معنوية، فلا يمكن أن يوصف بأنه شيء يتضمن عيبا خفيا، وإذا كان من الممكن قبول هذا الاتجاه لتطبيق فكرة العيوب الخفية في مجال عقد الاستثمار التكنولوجي، فيجب أن يقتصر تطبيقها على الأشياء المادية فقط¹.

بيد أن هناك رأي آخر وهو الرأي الغالب والأرجح يذهب إلى قبول فكرة الضمان في العقود التي تستوجب تفعيلها، لأنه واجب قانوني على سائر عقود المعاوضة التي من شأنها نقل الملكية أو أي حق عيني آخر، ولا يقتصر ذلك على عقد البيع فحسب، 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 تعتبر من الشريعة العامة التي يتعين الرجوع إليها كلما اقتضى الأمر تطبيقها بالنسبة للعقود الأخرى، والتي تستوجب طبيعتها ذلك².

وبالتالي يمكن تعريف الالتزام بالضمان في عقود الاستثمار التكنولوجي بذلك الالتزام الذي يقع على عاتق المستثمر لضمان تحقيق طالب الاستثمار لنتائج مطابقة للعناصر التكنولوجية المقدمة للمواصفات المتفق حولها في العقد، وكذا ضمانه لإنتاج سلع وتقديم خدمات بنفس الشروط المحددة في العقد³، كما يقصد به أيضا التزام المستثمر بضمان

¹-مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 296-297.

²-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 178-179.

³-الحاج بن احمد، التزامات الأطراف وجزاء الإخلال في عقود نقل التكنولوجيا على ضوء الأعراف السائدة، مجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية المجلد 01، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثلجي، الاغواط، الجزائر، 2018، ص 32.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

الحصول على المعرفة التكنولوجية المتفق عليها، وإمكانية استغلالها والوصول إلى النتائج الموجودة، دون أن يلحق هذا الاستغلال ضررا بالأشخاص أو الأشياء¹.

يفهم مما سبق أن الالتزام بالضمان في عقود الاستثمار التكنولوجي التزام ذو شقين، الأول يتمثل في ضمان المستثمر تحقيق النتيجة المحددة في العقد، والغرض المنشود منه، والثاني يتحقق بالالتزام المستثمر بضمان الأضرار الناشئة عن استخدام عناصر هذه التكنولوجيا².

بعد هذا التقديم وفي إطار معالجتنا الالتزام بضمان نتيجة التكنولوجيا تبين لنا بأن لضمان صور متعددة، لا بد من التطرق إليها ومعرفة مدى إمكانية تطبيقها على عقود الاستثمار التكنولوجي؟.

ثانيا: صور الالتزام بالضمان

تتمثل صور الضمان في القانون الجزائري والمقارن عموما حسب القواعد العامة بضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية وضمان المطابقة، وهذا التصور يبدو ضروريا حسب تقديرنا في عقود الاستثمار التكنولوجي، لأنها كما سبق وشرنا إلى ذلك بخصوص ورودها على نقل عناصر المعرفة الفنية، ولكي يمكن التأكد من نقل المعرفة لا بد أن تتطابق مع ما ورد في العقد إضافة لضمان السلامة وهذه الصورة تتجسد في العلاقة القائمة بين المستثمر وطالب الاستثمار فعلى الأول (المستثمر) ان يضمن التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية في التقنية، وعليه كذلك أن ينقل جميع هذه التقنية بصورة لا تلحق أي إضرار (بطالب الاستثمار)، ونعرض لكل من هذه الصور بالتتابع.

¹-انس السيد عطية سليمان، مرجع سابق، ص517.

²- المرجع نفسه، ص518.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

1-ضمان التعرض والاستحقاق

نظم المشرع الجزائري أحكام هذه الصورة من الضمان في المواد 371-378 من التقنين المدني الجزائري، دون أن يجعله التزاما مستقلا كبقية التزامات البائع، فقد وردت هذه المعالجة كجزء من أحكام الالتزام بالتسليم، وهذا ما نجده في المادة 371 ق.م التي جاء فيها: "يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير، يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري، ويكون البائع مطالبا بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه".

بمعنى يلتزم بتسليم المبيع بحالة تمنعه هو وغيره عن أي تعرض قانوني للمشتري، وبهذا يكون المشرع جمع فيها بين نوعي التعرض الذي يلتزم البائع بضمانها الشخصي والصادر من الغير، بالنسبة للأول يكون فيها التزام البائع التزاما سلبيا بحيث يمتنع من كل عمل من شأنه أن يؤدي إلى تعكير صفوة وحيازة المشتري بالمبيع والانتفاع به انتفاعا هادئا، رغم أن الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق أوسع من ذلك، كونه يشمل كل صور التعرض الصادر منه شخصا المادي والقانوني، إذ لا يكفي أن يقوم البائع بما يلزم لنقل ملكية المبيع إلى المشتري أو تسليم العين المستأجرة أو نقل المورد المعرفة الفنية إلى المتلقي، بل يتعين أن يطمئن المشتري وكذلك المستأجر والمتلقي ومن في حكمهم إلى حيازة المبيع أو المعرفة المنقولة حيازة هادئة لا يعكر صفوها شيء، كونه يضمن التعرض من كل عمل مادي أو قانوني يقوم به البائع من شأنه أن يعرقل حيازة المشتري لكل المبيع أو في جزء منه¹.

كما يلتزم فضلا عن ذلك بأن يضمن له التعرض الصادر من الغير كما وردة فنص المادة أعلاه، فالالتزام البائع في مثل هذا النوع من الضمان هو التزام ايجابي، إذ لا يكفي أن يبذل جهده في دفعه، بل يكون ملزما بتحقيق نتيجة، باعتبار أن محل الالتزام في هذا

¹- عبد القادر اقصاصي، مرجع سابق، ص 308-309.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

الضمان هو دفع تعرض الغير عن المشتري أو المتلقي أو المستأجر، وعلى خلاف ما هو عليه الحال في ضمان التعرض الشخصي والذي يكون البائع ملزماً بضمانه سواء كان مادياً أو قانونياً، فإن البائع لا يكون ضامناً لتعرض الغير إلا قانونياً، سواء انصب التعرض من الأجنبي في كل المبيع أو جزء منه، ومن البديهي أن البائع لا يضمن التعرض المادي الصادر من الغير لأن السلطة العامة هي التي تتكفل بذلك¹.

ولما كان العقد محل الدراسة من عقود المعاوضة فهذا يعني أن أحكامه سوف تدخل ضمن القواعد العامة لأحكام الضمان، والتي من آثارها التزام المستثمر بضمان تعرضه المادي² و القانوني³، ولا يجوز إعفائه من هذا الالتزام⁴، وكذلك يلتزم بضمان دفع تعرض الغير إذا كان يستند إلى سبب قانوني⁵، بمعنى هو التزام له صلة وثيقة بالتزام المستثمر بتسليم عناصر التكنولوجيا المادية منها والمعنوية، حيث يلتزم بضمان حيابة طالب الاستثمار لهذه العناصر حيابة هادئة، وهذه الأخيرة لا تتأتى إلا بامتناع المستثمر عن التعرض لطالب

¹ - عبد القادر اقصاصي، مرجع سابق، ص 308-338.

² - يقصد بالتعرض المادي: كل تعرض يصدر من المستثمر يكون من شأنه أن يحد من حقوق طالب الاستثمار للتكنولوجيا بصورة كاملة أو ناقصة، دون أن يستند في القيام به إلى حق قانوني يدعيه على التكنولوجيا، تركي وليد، ضمان التعرض والاستحقاق في عقدي البيع والايجار طبقاً لاحكام القانون الدني الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجيستر، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة، 2011، ص 60.

³ - يقصد بالتعرض القانوني: ان يدعي المستثمر حقا على التكنولوجيا، يتعارض مع حق طالب الاستثمار في كسب ملكيته، سواء كان حق عيني ا واصلي يؤدي الى نزع المبيع كلياً او جزئياً من يد طالب الاستثمار، كما لو كانت التكنولوجيا محل العقد متجسدة في براءة اختراع، وتبين ان المستثمر لم يكن مالكا لها، او صاحب حق وقت التعاقد ثم اكتسب الملكية، او الحق بعد التعاقد، قريب في ذلك الى عبد القادر اقصاصي، مرجع سابق، ص 308-338

⁴ - نصت المادة 1/378 من ق.م.ج على انه: "يبقى البائع مسؤولاً عن كل نزع يد عن فعله ولو وقع الاتفاق على عدم الضمان ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك".

⁵ - نصت المادة 371 من ق.م.ج على انه: "يضمن البائع عدم التعرض للمشتري.....أو من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري....".

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

الاستثمار بصفة شخصية سواء تعرضا قانونيا أو تعرضا ماديا، إضافة إلى التزامه بضمان التعرض الصادر من الغير ذات الأساس القانوني دون المادي¹.

وأكثر عقود الاستثمار التكنولوجي التي يتجسد فيها هذا النوع من الضمان هي عقود التراخيص باستغلال براءات الاختراع، فيترتب على هذه العقود التزام المرخص بضمان التعرض والاستحقاق، بحيث يضمن ان البراءة التي تم التعاقد بشأنها خالية من أي نزاع وبالتالي يضمن للمرخص له استغلالها بصورة هادئة ونافعة، وبخلاف ذلك يتحمل المرخص المسؤولية المدنية والجنائية لتعديه على حق الغير، باعتباره مقلدا أو مزورا أو سارقا²، وهنا فمن الضروري أن يقوم متلقي التكنولوجيا بإجراء تحريات كافية قبل الإقدام على إبرام العقد حتى لا يقع ضحية غش أو خداع كإجراء يحمي نفسه من تعرض الغير له، ولاشك في ان هناك طرقا عديدة لإجراء هذا التحري، مثل شهادة البراءة أو تسجيلها، إضافة لمدى تمكن المستثمر من خفايا هذه البراءة وأسرارها³.

وإذا تعذر عليه القيام بهذا الإجراء وقت إبرام العقد فمن الخير ان يبرمه مصحوبا بشرط فاسخ يخوله حق طلب الفسخ إذا أظهرت التحريات المستقبلية عدم ملكية المستثمر للبراءة ما يجعل العقد يفسخ تلقائيا وإذا صدرت البراءة بعد إبرام العقد ترتب على ذلك حرمان المتلقي من استثمار الاختراع ومن استعمال التكنولوجيا المرتبطة به بالتبعية ولهذا يجب أن يحتاط لهذا الاحتمال بدوره فيشترط تأجيل دفع جزء الثمن أو تخفيضه أو الاحتفاظ بحق الفسخ⁴.

وهكذا فان المعرفة الفنية المبرأة وغير المبرأة لا بد من ضمان الحيافة الهادئة والنافعة عند التنازل عنها أو نقلها، وفي ذلك يتعين ان تكون مملوكة للمتنازل له، ويملك حق

¹-زواوي لورية، مرجع سابق، ص300.

²-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص183.

³-وليد عودة الهمشري، مرجع سابق، ص127.

⁴-عبد الرؤوف جابر، مرجع سابق، ص104.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

التصرف فيها قانوناً¹، فإذا كانت هذه المعرفة مملوكة للغير وصدرت بشأنها براءة اختراع فإن استثمار التكنولوجيا التي تدخل البراءة في عناصرها يعتبر تعدياً على حقوق هذا الغير يعرض طالب الاستثمار الى طالب الاستثمار لمسؤوليات مدنية وجنائية²، وفي ذلك يتعين ان تكون مملوكة للمستثمر او له حق التصرف فيها قانوناً، ومن واجبه ان يضمن لطالب الاستثمار او المتلقي تعرض الغير واستحقاقه بالوقوف الى جانبه للدفاع عنه في أثناء الاستغلال، وإذا فشل في رد هذا التعرض وحكم بالاستحقاق فلا مناص من فسخ العقد وتحمل المستثمر تبعه ذلك كالتعويض عن الضرر وكافة التضمينات، بالإضافة الى رد المقابل، فمن واجب المستثمر منع التعرض لطالب الاستثمار سواء كان هذا التعرض صادراً منه شخصياً او من الغير، مع الإشارة الى ان التعدي الأخير هو الغالب في عقود الاستثمار التكنولوجي³.

بالإضافة إلى ما سبق نجد أن التزام المستثمر بالضمان في عقود التسليم بنوعيتها لا يقل أهمية عما يلتزم به المورد في عقود ترخيص استغلال البراءة، حيث أنه في عقود تسليم المفتاح في اليد أو تسليم الإنتاج في اليد يضمن الاستيعاب الكامل والسيطرة المحكمة للتكنولوجيا محل العقد من طرف عمال طالب الاستثمار، والقدرة على تشغيل المصنع والإنتاج بواسطة الكفاءات المحلية دون مساعدة من المستثمر أو تابعيه، ولا يعد بذلك قد وفى بالتزامه بالضمان حتى يتمكن من تحقيق ذات المنتج المحدد في العقد بنفس المواصفات ودرجة الجودة والنوعية والكمية التي حققها المستثمر سابقاً⁴.

¹ - محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 183.

² - عبد الرؤوف جابر، مرجع سابق، ص 104.

³ - جمعة مرتضى عاشور، مرجع سابق، ص 299.

⁴ - سميحة القيلوبي، عقود نقل التكنولوجيا..، مرجع سابق، ص 25.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

ونظرا لخطورة هذا الالتزام نص المشرع المصري في المادة 76 من قانون التجارة¹ على ضرورة كشف المستثمر في العقد او في مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد لطالب الاستثمار عن الدعاوى القضائية، او أي عقبات من شأنها عرقلة استخدام الحقوق المتصلة بالتكنولوجيا خاصة ما يتعلق منها ببراءة الاختراع.

اما المشرع الجزائري والذي لم يتولى هذا النوع من العقود بالتنظيم الا اننا ذكرنا سالفا بأن قواعد ضمان التعرض والاستحقاق الواردة في القانون المدني وتحديدًا ضمن احكام البيع تطبق على عقد الاستثمار التكنولوجي، باعتباره من عقود المعاوضة وان تلك القواعد تعتبر الشريعة العامة لهذه العقود، فتطبق عليها بالقدر الذي تتعارض به مع طبيعتها، فنجد ان هذا الحكم الذي تطرق اليه المشرع المصري في المادة 76 ينسجم حسب تقديرنا مع نص المشرع الجزائري في المادة 375 من القانون المدني والتي نصت على انه: "في حالة نزاع اليد الكلي عن المبيع فللمشتري ان يطلب من البائع: -قيمة المبيع وقت نزاع اليد.

-قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها الى الملاك الذي نزاع يد المشتري عن المبيع. -المصاريف النافعة التي يمكنه ان يطلبها من صاحب المبيع وكذلك المصاريف الكمالية اذ كان البائع سيء النية

-جميع مصاريف دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق باستثناء ما كان المشتري يستطيع ان يتقيه منها لو اعلم البائع بهذه الدعوى الأخيرة طبقا للمادة 373 -ويوجه عام تعويضه عما لحقه من الخسائر وما فاتته من كسب نزاع اليد عن المبيع

كل ذلك ما لم يقيم المشتري في دعواه على طلب فسخ البيع او إبطاله".

¹ - جاء في نص المادة 76 من قانون التجارة المصري: "يلتزم مورد التكنولوجيا بأن يكشف للمستورد في العقد او خلال المفاوضات التي تسبق إبرام العقد عما يلي: -الأخطار التي قد تنشأ عن استخدام التكنولوجيا وعلى وجه الخصوص ما يتعلق منها بالبيئة او الصحة العامة او سلامة الأرواح او الأموال، وعليه ان يطلعه على ما يعلمه من وسائل لاتقاء هذه الأخطار. - الدعاوى القضائية وغيرها من العقبات التي قد تعوق استخدام الحقوق المتصلة بالتكنولوجيا لاسيما ما يتعلق ببراءات الاختراع. -أحكام القانون المحلي بشأن التصريح بتصدير التكنولوجيا".

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

فقد ميزت هذه المادة بين التعويض الواجب في دعوى ضمان الاستحقاق، والتعويض في كل من دعوى البطلان والفسخ، باعتبار كلتا الدعويتين تفترضان ان عقد البيع قد زال بالبطلان او بالفسخ، والتعويض يتخذ هنا صورة استرداد للثمن لعدم وجود عقد، اما دعوى ضمان الاستحقاق فتفترض بقاء العقد، ويتحقق الضمان برد قيمة المبيع وقت الاستحقاق، ويعد هذا التعويض تنفيذا بمقابل بعد ان تعذر التنفيذ العيني له، وهذا ما ذهب اليه المشرع المصري من خلال نص المادة 443 من القانون المدني¹.

ويدفعنا الحديث الى التساؤل عن إمكانية إعفاء المستثمر من الضمان او إسقاطه؟.

للإجابة عن ذلك، يمكن القول صحيح ان أحكام ضمان الاستحقاق ليست من النظام العام طبقا للقواعد العامة، والتي تقرر إمكانية اتفاق المتعاقدين على زيادة في ضمان او نقصا منه او يسقطاه، بيد ان مثل هذا الشرط يقع باطلا إذا كان المستثمر قد تعمد إخفاء حق الغير²، كما لا يجوز له ان يشترط عدم ضمان الاستحقاق الناشئ عن فعله الشخصي³.

وهناك رأي يذهب الى ابعد من ذلك،(فكل شرط يؤدي الى إفراغ العقد من محتواه، بحيث لا يحصل المتعاقد الآخر على غايته من العقد هو شرط باطل، فاشتراط البائع مثلا عدم نقل ملكية المبيع او اشتراط المشتري عدم دفع الثمن، تعتبر شروطا باطلة اذا كانت إرادة المتعاقدين قد انصرفت الى إبرام عقد البيع لا أي عقد آخر سواه، ويعلق على ذلك قائلا "أن هناك حد أدنى من الالتزامات لا يتصور عقلا إمكان الهبوط عنه عند إبرام العقد،

¹- حيث نصت على انه: "اذا استحق المبيع كان للمشتري ان يطلب البائع: .. قيمة المبيع وقت الاستحقاق من الفوائد

القانونية من ذلك الوقت، كل هذا ما لم يكن رجوع للمشتري مبينا على المطالبة بفسخ المبيع او ابطاله".

²- وهو ما يستفاد من نص المادة 377 ق.م.ج على انه: "يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص ان يزيذا في ضمان نزع اليد، او ينقصا منه او يسقطاه، ويفترض في حق الارتفاق ان البائع قد اشترط عدم الضمان اذا كان هذا حقا ظاهرا واكان البائع قد اعلم به المشتري، ويكون باطلا كل شرط يسقط الضمان او ينقصه اذا تعمد البائع اخفاء حق الغير".

³- اذ تنص المادة 1/378 من ق.م.ج على انه: "يبقى مسؤولا عن كل نزع يد ينشأ عن فعله ولو وقع الاتفاق على عدم الضمان ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك ...".

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

فإذا كان العقد من العقود التي لا ينشأ عنها غير التزام واحد مثلا، فلا يتصور عقلا تفرغ العقد من ذلك الالتزام، اذ يصبح العقد بهذه العملية لغوا لا معنى منه"¹.

ويضيف في موضع آخر (وهناك إلى جانب هذا الحد الأدنى الكمي حد أدنى كيفي اذ ليس في وسع المتعاقدين الاتفاق على استبعاد التزام من تلك الالتزامات الأساسية التي تتركز فيها العناصر المكونة للعقد او التي تحدد طبيعة هذا العقد)².

وبالتالي كل شرط من شأنه أن يسقط او يضعف مصالح طالب الاستثمار يقع باطلا ، وفي هذا الخصوص تقول الأستاذة سميحة القليوبي: "إما التنازل عن البراءة بعوض وهو الوضع الغالب فهو عقد البيع"³. وقد اعتبر القضاء المصري أن شرط المتنازل أو المرخص في عقد الترخيص أو استثمار براءة الاختراع يعد شرطا غير مشروع إذا تضمن قيда على المتنازل له أو المرخص له على نحو يفرغ العقد من محتواه يكون باطلا⁴.

2-ضمان العيوب الخفية التي تمس المعرفة الفنية

أورد المشرع الجزائري أحكام ضمان العيوب الخفية في المواد 379-386 من التقنين المدني الجزائري، حيث عمل على الفصل في أحكام التعرض والاستحقاق عن أحكام ضمان العيوب الخفية، كما تم فصل الأحكام الأخيرة عن الالتزام بنقل الملكية وعن الالتزام بالتسليم، وجعل منه التزاما مستقلا كما هو الحال في أحكام التعرض والاستحقاق، وتلك الأحكام تنطبق على عقد الاستثمار التكنولوجي باعتبارها أحكاما عامة يمكن تطبيقها على سائر عقود المعاوضة وفقا لما اشرنا إليه سابقا.

وقد قدمت مجموعة من التعريفات للعيوب الموجب للضمان منها ما عرفه بأنه شائبة أو نقیصة لا توجد عادة في مثل المبيع ولكن وجدت بالمصادفة فيما اشتراه المشتري⁵، ومنها

¹-مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص300.

²- المرجع نفسه، ص301.

³-سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، ط.2، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 1998 ص165.

⁴-ماجد عمار، عقد نقل التكنولوجيا، د.ط، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر 1987 ص180.

⁵-محمد شكري سرور، شرح أحكام عقد البيع، ط.2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص357.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

ما عرفه أيضا بأنه كل خلل في محل العقد يجعله غير نافع، أو اقل نفها، بحيث لو علم المتلقي لما اقدم على التعاقد، أو لتعاقد في ظل شروط مغايرة كدفع ثمن اقل¹، في حين عرفه المشرع الفرنسي في المادة 1641 من القانون المدني-السالف الذكر- بأنه: "عيب ينقص من قيمة الشيء أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه"²، أما المشرع المصري فقد صرح بالتزام البائع بضمان الصفات التي كفل للمشتري وجودها في المبيع، وكذا كل عيب يؤدي للإنقاص من قيمة المبيع أو المنفعة المقصودة منه، سواء المحددة في العقد المبرم بين البائع والمشتري، أو تستخلص من طبيعة الشيء محل البيع³، وبالإطلاع على القانون المدني الجزائري نجد المشرع لم يعرف العيب الموجب للضمان، إنما تطرق للالتزام البائع بضمان العيوب الخفية، والصفة المشروطة بين الطرفين في عقد البيع للمشتري، وذلك بموجب المادة 379 منه بنصها "يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري، وإذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله..⁴".

ونستنتج من ذلك ام مختلف التشريعات تتشابه في موقفها القانوني بشأن ضمان العيوب الخفية الى حد القول انها اقرب للتوحيد، لدرجة ان العديد من هذه الأحكام تبدو منقولة بعضها عن البعض⁵، كون هذا الالتزام متققا مع المنطق ومع النية المشتركة للطرفين.

¹-وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص125.

²-عولمي منى، مسؤولية المنتج في ظل تعديل القانون المدني، مذكرة لنيل اجازة المدرسة العليا ، المدرسة العليا للقضاء، مجلس قضاء البليدة، 2006، ص17.

³-المادة 1/447 من ق.م. المصري، السالف الذكر

⁴-الامر رقم 75-58 المعدل والمتمم،السالف الذكر

⁵-أوردت نصوص التشريعات في القانون المقارن أحكاما تلزم البائع بضمان خلو المبيع من العيوب الخفية مثل القانون المدني الفرنسيحيث نصت المواد من 1641-1649 على أحكام الضمان ومن أهمها نص المادتين 1641و1643 اذ نصت الأولى على ان:"البائع ضامن للعيوب الخفية ولو لم يكن عالما بها الا اذا اشترط في الحالة الأخيرة عدم الضمان مطلقا"، وباستقراء هذا النص نجد ان المشرع قصد إلزام البائع بضمان العيوب التي يعلم بها حتى ولو اشترط عدم الضمان المطلق، وهو ما يستنتج من مفهوم المخالفة بالنسبة لضمان البائع العيوب التي لا يعلم بها الا اذا اشترط عدم الضمان مطلقا، وأورد القانون المدني المصري أحكاما مشابهة لما ورد في القانون الفرنسي في المواد 445-447 بشأن ضمان=

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

والحكمة من تقرير ضمان البائع للعيوب الخفية في المبيع هي تمكين المشتري من حيازة هادئة ونافعة، لأن المشتري يأخذ بعين اعتباره الفائدة التي سيجنيها، ولا تتحقق إلا إذا كان الحال التي توقعها في المبيع ثابتة فيه من حيث صلاحيته للغرض الذي يخصص له¹.

أما في نطاق عقود الاستثمار التكنولوجي فيعد هذا الضمان حقيقة منطقية تملئها طبيعة هذه العقود لوجود علاقة طردية بين التنمية وبين صلاحية العناصر المنقولة للاستغلال، فهو لا يختلف عن ذلك المتعارف عليه في القواعد العامة، ومن ثم يشكل احد الالتزامات والاداءات التي يتوجب على المستثمر الالتزام بها من خلال تسليم المعرفة الفنية كمحل للعقد بكامل عناصرها خالية من عيوب تجعلها غير صالحة للغرض الذي تم التعاقد من اجله²، مع العلم ان التزام المستثمر بضمان العيوب يضمن الحيازة النافعة لعناصر التكنولوجيا سواء العناصر المادية أو المعنوية، على عكس سابقه الذي يهدف إلى تحقيق الحيازة الهادئة، لأن طالب الاستثمار عند إقدامه على إبرام العقد فإنه يقصد بذلك تحقيق غرض معين لا يجسد مجرد النقل المادي لهذه العناصر، وإنما يشترط أن يكون المحل الذي يسلمه المستثمر صالحا لتحقيق الغاية المرجوة من هذا الاتفاق³، فحصوله على تلك

=العيوب الخفية، ونصت المادة 447 منه على ما يلي: "يكون البائع ملزما بالضمان اذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه، او اذا كان في المبيع وقت التسليم عيب ينقص من قيمته او نفعه بحسب الغاية المقصودة، مستفادة مما هو مبين في العقد او مما هو ظاهر من طبيعة الشيء او الغرض الذي اعد له، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالما بوجوده"، كما نصت الفقرة الثانية من هذه المادة على ما يلي: "ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع او كان يستطيع ان يتبينها بنفسه لو لانه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، الا اذا اثبت المشتري ان البائع قد اكد له خلو المبيع من هذا العيب او اثبت ان البائع قد تعمد إخفاء العيب غشا منه"، وأورد القانون المدني الجزائري أحكاما بشأن العيوب الخفية في المبيع في المواد 379-386 كما سبق واشرنا، وجاء نص المادة 379 مشابها لسابقه عندما اعتبر البائع ملزما بالضمان اذا لم يتوافر المبيع على الصفات الذي تعهد بوجودها وقت التسليم الى المشتري او اذا كان المبيع عيب ينقص من قيمته، او من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور في عقد البيع، او مما هو ظاهر من طبيعته او استعماله، ويكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها.

¹- عبد القادر اقصاوي، مرجع سابق، ص 308-338.

²- مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 301.

³- وليد عودة الهمشري، مرجع سابق، ص 129.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

التكنولوجيا لا يعد غاية في ذاتها، بل وسيلة لتحقيق غرضه الذي يشكل الدافع الباعث للتعاقد¹، ومن ثم لكي يكون الضمان قائما يجب أن تتوافر شروطه وهي:

- حدوث خلل في العناصر التكنولوجية: ان الضمان يرد أساسا على الآلات والمعدات التي يوردها المستثمر لطالب الاستثمار في تشغيل المنشأة وتحقيق نفس النتائج المتفق عليها، وبالتالي فإن الخلل الذي يحدث لها يؤثر على تحقيق النتائج المرجوة التي تعاقدها عليها الطرفان، اذ قد يكون الخلل كليا يصيب كافة العناصر كتوقفها عن العمل، او قد يكون جزئيا كأن يتعلق بأحد العناصر دون الأخرى، او قد يمس كفاءة العناصر المنقولة كأن لا يدر بالمردودية المبينة في العقد سواء في إنتاج السلعة او أداء الخدمات.

- ان يؤثر الخلل على صلاحية هذه العناصر التكنولوجية: اذ يغطي الضمان أي خلل يصيب عناصر التكنولوجيا مهما كان بسيطا ما دام انه يؤثر على صلاحية هذه العناصر، فالصلاحية للأداء هي المعيار الذي يستند اليه للتدلل على وجود الخلل من عدمه.

- حدوث خلل في العناصر التكنولوجية خلال مدة الضمان: وتختلف هذه المدة بحسب طبيعة المشروع والنتائج التي ينبغي تحقيقها، فغالبا ما تقسم إلى ثلاثة مراحل الأولى يكون الضمان فيها كاملا بمعنى تشمل كل العيوب التي تظهر فيما نقله لطالب الاستثمار من عناصر، أما الثانية يمكن التخفيف منه ليشمل بعض العيوب فقط (المؤثرة جدا)، وفي المرحلة الأخيرة قد يتفق الطرفين على أن يقتصر فيها الضمان على قطع الغيار مثلا².

فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة في العيب، وخطر طالب الاستثمار المستثمر بها في الوقت الملائم كان له ان يرجع عليه بالضمان، غير ان مشكلة الخفاء تثير صعوبة بسبب الطبيعة المعنوية للمعرفة الفنية وافتقار طالب الاستثمار-في الغالب- للمقومات التي تمكنه من تحديد عيوبها، فالكشف عن العيب الخفي يكون مربوطا بوضع هذه المعارف موضع التطبيق العملي، وهو امر من الصعب حصوله نظرا للسرية التي تحيط بها وللوقت الطويل

¹-بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص321.

²-مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص99-100.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

الذي تستغرقه¹، ولهذا أوجدت التزامات أخرى خاصة بطبيعة العقد بالإضافة للالتزام بالضمان كالالتزام بالصيانة والذي يرتبط غالبا بالالتزام بتقديم المساعدة الفنية.

ولنا أن نتساءل عن الحل عند وجود شرط يسقط ضمان العيب، وفشل المعرفة الفنية في تحقيق النتيجة المطلوبة بسبب عيب في احد عناصرها؟

تعالج هذه المسألة في ضوء وجود شرط من قبل المستثمر يسقط ضمان العيب مما يتسبب في فشل التكنولوجيا محل الاستثمار في تحقيق النتيجة المطلوبة بسبب هذا العيب، هنا نميز بين أمرين الأول يخص عدم تطابق التكنولوجيا المسلمة مع النصوص العقدية التي تم الاتفاق عليها، وهذا غير قابل للتنازل عنه لارتباطه الوثيق بالالتزام بالتسليم الذي لا تبرأ منه ذمة المورد بمجرد التسليم المادي لهذه العناصر-كما سبق التفصيل فيه في التزام المستثمر بنقل عناصر المعرفة التكنولوجية، والثاني يكمن في فشل هذه العناصر عن تحقيق النتائج المسطرة في بنود العقد، وهنا أيضا نميز بين مرحلتين الأولى التي يبقى فيها المستثمر ملتزما بضمان اي عيب يمس العناصر المنقولة او طرق التركيب او التشغيل، وذلك منذ التسليم الأولي لهذه التكنولوجيا، ويستمر طول مرحلة التدريب التي يبقى ضمانا للنتائج المبينة في العقد، ويبقى مسئولا حتى وان تخلفت نتيجة خطأ من قبل عمال تابعين لطالب الاستثمار، كونه تعهد طبقا لعقد الاستثمار التكنولوجي بضمان حسن التشغيل للوحدة الصناعية المطلوبة من قبل طالب الاستثمار من اجل تحقيق أهدافه، ولكن بعد التسليم النهائي للمنشأة يعفى المستثمر من ضمان أي عيب ناتج عن سوء التشغيل أو خطأ مرتكب من قبل أشخاص تابعين لطالب الاستثمار².

ولاضير للمستثمر ألا يكفل ضمان عدد معين من القطع الصناعية ذات الطبيعة الهشة، سهولة الكسر والتي قد تصاب بالعطب نتيجة استعمال مادي سيئ أو إهمال من قبل طالب الاستثمار، لأن الطرق العملية لسريان مفعول الضمان تتضمن بصفة رئيسة الصفات التقنية والمادية للتكنولوجية المنقولة، وعليه فإن ضمان حسن التشغيل يمكن ان يحل محل

¹-والجدير بالذكر أن شرط الخفاء يزول ليس فقط إذا كان طالب الاستثمار يعرف العيب، إنما أيضا إذا كان يستطيع معرفتها، وذلك بقيامه بتفحص مطابق للممارسة العملية، مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص302.

²-زواوي لورية، مرجع سابق، ص306.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

ضمان العيوب الخفية هذا من جانب، إضافة إلى أن التزام الصيانة المنصوص عليها والذي يقع على عاتق المستثمر يمكن أن يتطابق أو يتلاقى مع التزام ضمان العيوب الخفية¹، ومع ذلك يجوز للمتعاقدین الاتفاق على إسقاط هذا الضمان أو أن ينقصا منه غير أنه إذا تعمد المستثمر إخفاء أي عيب في أحد عناصر المعرفة التكنولوجية غشا منه هنا يعد باطلا، طبقا لنص المادة 384 قانون المدني الجزائري.

3-ضمان المطابقة

يتجلى فيما سبق بيانه أن المعرفة الفنية عبارة عن مال منقول معنوي والتي تجتمع عناصرها عند انتهاء تطبيقها إنتاجا معينا، لذلك ينبغي أن تكون هذه العناصر مطابقة تماما للمواصفات المتفق عليها أو التي تقتضيها قواعد المهنة وعرف التعامل²، وهو ما جاءت به المادة 03 من قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش³ والتي تنص على: "يقصد في مفهوم أحكام هذا القانون ما يأتي: المطابقة: استجابة كل منتج موضوع للاستهلاك للشروط المتضمنة في اللوائح الفنية، وللمتطلبات الصحية والبيئية والسلامة والأمن الخاصة به"، لذا يضمن المستثمر مطابقة المعلومات الفنية التي قدمها للمعلومات المطلوبة والمبينة في العقد، وكذلك الرسومات والتصميمات وبراءات الاختراع.. وغيرها من الوثائق كما وكيفا لما هو مبين في العقد، كما يضمن لطالب الاستثمار السماح له بالقيام بالزيارات وطلب الاستفسارات والشروح بالكيفية المذكورة في العقد⁴.

وعلى هذا الأساس إذا لم تؤدي المعرفة الفنية النتيجة المطلوبة وفقا لما اتفق عليه المتعاقدین فإن المستثمر يعتبر مخلا بتنفيذ التزامه، لأنه قام بتسليم شيء غير مطابق لما تم الاتفاق عليه، ذلك لان تحقيق النتيجة يرتبط إيجابا وسلبا بصلاحية المعرفة الفنية لتحقيق هذه النتيجة، ولأجل ذلك فإن هذا الضمان لا يكون احتماليا، لذا فإن المستثمر عادة يتخذ

¹-وليد عودة الهمشري، مرجع سابق، ص131-132.

²-محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط.2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص240.

³-المؤرخ في 29 صفر عام 1430هـ، الموافق ل 25 فبراير 2009، ج.ر.ع 15 الصادرة بتاريخ 11 ربيع الأول عام 1430هـ، الموافق ل 8 مارس 2009م.

⁴-مرتضى جمعة عاشور مرجع سابق، ص303.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

من الاحتياطات ما يضمن تحقيق نتيجة ابتداء من تسليم المعرفة الفنية بشكل مطابق لما تم الاتفاق عليه، وغير محملة بأعباء للغير، وانتهاء بمباشرة استغلالها في منشأة طالب الاستثمار، ولا يتخذ المستثمر مثل هذا الاحتياطات الا لأنه يعلم ان أحكام الضمان التي وضعت لحماية طالب الاستثمار تحمله مسؤولية عدم تحقيق النتيجة اذا كان ذلك راجعا إلى عيب في المعرفة التي تم نقلها¹.

وقد حسم المشرع المصري في المادة 1/85 من قانون التجارة المصري-السالف الذكر- هذه المسألة وذلك بالنص على التزام المستثمر بضمان مطابقة التكنولوجيا لما تم الاتفاق عليه، حيث جاء فيها: "يضمن المورد مطابقة التكنولوجيا والوثائق المرفقة بها للشروط المبينة في العقد، كما يضمن إنتاج السلعة أو أداء الخدمات التي اتفق عليها بالمواصفات المبينة في العقد، ما لم يتفق كتابة على خلاف ذلك".

والملاحظ من هذه المادة انه يتوجب على المورد (أو المستثمر قياسا عليه) أن يسعى إلى تحقيق النتيجة عن طريق تسليم العناصر المطابقة وغير المستحقة للغير، وان ينفذ جميع الاداءات التي تم الاتفاق عليه في العقد، ووفقا للغرض الذي تم استيراد التكنولوجيا من اجله، ما لم يتفق كتابة على خلاف ذلك، لان الضمان يسقط في بعض الأحيان بموجب نصوص قانونية أو باتفاق الأطراف².

ورغم حرص المشرع على هذا الضمان من جانب مستثمر التكنولوجيا، إلا انه جعل هذا الالتزام غير متعلق بالنظام العام، أي أن المشرع أجاز مخالفته من خلال إمكانية المستثمر وضع شرط عقدي يفيد بإعفائه من الضمان، فيتحمل طالب الاستثمار بمفرده كافة المخاطر، الاتفاق على عدم الضمان شرط إن يكون هذا الاتفاق مكتوبا وصريحا وبعبارة ذلك فإن النص القانوني يلزم المستثمر بالضمان³.

¹ -يزيد محمود نوافله، مرجع سابق، ص85.

² -علاء عزيز حميد الجبوري، عقد الترخيص، ط.1، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر، عمان، الأردن 2003، ص109.

³ -من الجدير بالذكر أن المستثمر قد يكون صاحب مصلحة حقيقة في تطبيق هذا الالتزام حتى لو لم يتضمن العقد النص على ذلك الضمان، ففي حال اقتران الإنتاج عن طريق التكنولوجيا المنقولة بعلامة تجارية مشهورة تعود للمستثمر وذات =

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

-ضمان السلامة

يعد الالتزام بضمان السلامة فكرة وليدة الحاجة، أنشأه القضاء الفرنسي نتيجة التقدم التكنولوجي الذي عرفه العالم نتيجة قصور القواعد التقليدية في حماية المستهلك، عن طريق تفسير موسع لمضمون العقد أو حتى دون النص عليه صراحة في بنود العقد.

وقد تبني المشرع الجزائري حماية الأفراد بإقراره مبدأ الالتزام الضمان بالسلامة سواء استنادا إلى المسؤولية العقدية أو التقصيرية، وهو التزام ذو طبيعة خاصة وفقا لما نصت عليه المادة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري¹.

وعلى هذا النحو وقياسا عن القواعد العامة يمارس المستثمر (الملتزم) سيطرة فعلية على كافة العناصر التي يمكن ان تسبب ضررا لطالب التكنولوجيا، حيث يرجع هذا الضرر الى خصائص تلك العناصر التي تجعلها شيئا ذا خطر عل من يضع يده عليها جاهلا بهذه الخصائص، بيد ان السؤال الذي يطرح هو ما الحكم إذا ما تسببت العناصر المنقولة بإلحاق الأذى البدني الشخصي بطالب الاستثمار أو تابعيه؟، هل يلتزم المستثمر بتعويض هذا الضرر؟، وهل يعد هذا الالتزام نابعا من عقد الاستثمار التكنولوجي ذاته؟.

إن إدخال مفهوم الالتزام بضمان السلامة في العقود يستجيب لحاجة معاصرة، سواء في القانون الوطني او المقارن، و يبدو هذا الضمان جليا في عقود الاستثمار التكنولوجي إذا كان الضرر الذي يلحق طالب الاستثمار ناشئا عن العناصر التكنولوجية المنقولة ذاتها، وليس من تقصيره أو إهماله، فمن يشتري أسلحة مثلا لا يستطيع مطالبة المستثمر بالتعويض عن الأضرار التي تحدث إذا كانت نتيجة إهماله في تفريغها أو في حالة خطأ في استعمالها، على أن هذه المسألة لا تعرض إذا كان الضرر ناشئا عن عيب خفي في

=سمعة عالية في السوق الدولية، ففي تلك الحالة يكون من مصلحة المستثمر ضمان هذا الإنتاج للحفاظ على سمعته من جهة، وعلى ثقة المستهلك من جهة أخرى، قيام شركة تويوتا عام 2010 بسحب 8 ملايين سيارة تعود لشركتها من العديد من الدول، وذلك لظهور عيوب في تكنولوجيا الفرامل أدت إلى مشاكل عديدة تتعلق بالسلامة العامة، بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص 326-327.

¹ -بطيمي حسين، غزالي نصيرة، طبيعة وأساس الالتزام بضمان السلامة، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد الثالث عشر 13، جامعة عمار ثلجي، الاغواط، الجزائر، مارس 2017، ص 65.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

التكنولوجيا المنقولة لأن الضمان الأخير هو ضمان عقدي ونكون عندئذ أمام مسؤولية عقدية¹، فـضمان السلامة يتحقق في حالة وقوع الضرر نتيجة جهل المتلقي وعدم معرفته بخصائص هذه التكنولوجيا، لذا يثور السؤال في هذه الحالة هل تكون مسؤولية المستثمر عقدية ام تقصيرية؟

ذهبت المحكمة العليا في كندا بهذا الصدد إلى تكييف مسؤولية المستثمر في هذا الجانب أنها مسؤولية تقصيرية، وسندها في ذلك هو أن المستثمر أوفى بالتزاماته كاملة وسلم العناصر إلى طالب الاستثمار كما تم الاتفاق عليه، بيد أن هذا الحكم انتقد من قبل الفقهاء على أساس انه في الحالات التي يتميز فيها المبيع بخصائص تجعله شيئاً ذا خطر على من يضع يده عليه جاهلاً بهذه الخصائص²، لذا ينبغي على المستثمر الملتزم بضمان السلامة أثناء التنفيذ توقع الحوادث المستقبلية التي يمكن أن يترتب عليها ضرر للمتعاقد، فمن المقرر فقها وقضاءاً وتشريعياً أن آثار العقد لا تقتصر على ما ورد فيه فقط وإنما تمتد إلى ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة وبحسب طبيعة الالتزام، وهذا ما يستشف من نص المادة 107 ق.م-سالف الذكر³، فيكون التزام المستثمر باطلاع طالب الاستثمار على هذه المزايا والخصائص الخطرة ضرورياً، وإذا لم يفعل ذلك نشأت عندئذ مسؤوليته وفقاً لأحكام العقد، بل يكون المستثمر مسؤولاً مسؤولية عقدية حتى ولو لم يكن هو شخصياً ممن قام بتسليم العناصر إلى طالب الاستثمار وإنما قام بذلك بعض أتباعه⁴.

ثالثاً: طبيعة الالتزام بالضمان

شهدت طبيعة هذا الالتزام جدلاً واسعاً على الصعيدين الدولي والفقهي، حول التزام المستثمر بالضمان نفسه، هل هو التزام بذل عناية⁵ أم التزام بتحقيق نتيجة⁶؟، فعلى الصعيد

¹-نداء كاظم محمد المولى، مرجع سابق، ص103.

²-مرجع نفسه، ص103.

³-جاء فيها: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن النية، ولا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة حسب طبيعة الالتزام"، المادة 107 ق.م.ج.

⁴-نداء كاظم محمد المولى، مرجع سابق، ص104.

⁵-يكون من واجب الملتزم بذل الجهد في سبيل تحقيق غاية معينة ولا يعني ذلك تحقيق نتيجة.

⁶- يكون من واجب الملتزم تحقيق نتيجة محددة، كنقل ملكية شيء معين، أو توصيل بضاعة الى مكان محدد، أو إقامة=

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

الدولي وفي إطار جهود الأمم المتحدة سعت الدول المتقدمة تكنولوجيا إلى تضيقه قد الإمكان -لأن ذلك يخدم مصلحتها بطبيعة الحال-، حيث اكتفت بجعل التزام المستثمر في ذلك التزاما ببذل عناية، أي أن الأخير لا يتحمل أية مسؤولية تذكر في حال عدم تحقيق نتيجة، مستثنين في ذلك إلى أسباب عديدة منها ما هو متعلق بالظروف المحيطة بالمنشأة المتلقية كالظروف الجغرافية، أو نقص الطاقة الكهربائية، أو عدم كفاءة العمالة المحلية، أو عدم جودة المواد الأولية المستخدمة في الإنتاج..الخ، الأمر الذي يجعل المستثمر يفقد السيطرة على إتمام عملية تحقيق التمكن التكنولوجي بالشكل المرغوب فيه، وبالتالي عدم تحقيق النتائج المرجوة، ومنها ما هو متعلق بالتكنولوجيا ذاتها باعتبارها دائمة التغيير والتبديل، وإن الدول النامية ترغب بالحصول على مميزات من عقود الاستثمار التكنولوجي تفوق ما تدفعه مقابل ذلك¹.

بينما تمسكت الدول النامية بضرورة جعل الالتزام بالضمان الملقى على عاتق المستثمر التزاما بتحقيق نتيجة، فلا يكفي لتحقيق النتائج المرجوة مجرد تزويد المتلقي بالمعلومات الفنية ومطابقتها لما ورد في العقد، بل ينبغي أن تحقق النتائج المطلوبة من حيث حجم الإنتاج ونوعه وجودة أي ملائمة التكنولوجيا المنقولة لإنتاج السلع والخدمات المتفق عليها²، مما يعني الإخلال به إخلالا بالالتزام رئيسي لعدم تنفيذ العقد طبقا لما اشتملت عليه مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة³.

أما على الصعيد الفقهي، فقد ذهب بعض فقهاء القانون إلى التأكيد على التزام المستثمر بالضمان في عقد الاستثمار التكنولوجي هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، قاصدين من وراء ذلك التخفيف من وطأة هذا الالتزام والتقليل من فاعليته، وذلك بإدعاء أن مسؤولية المستثمر تنتهي بمجرد اتخاذ الاحتياطات المناسبة لتحقيق النتيجة المقصودة من التكنولوجيا المتعاقد عليها بغض النظر عن تحقيق هذه النتيجة أم لم تتحقق، بعبارة أخرى أن

منشأة بوصف معين ..الخ.=

¹-جلال وفاء محبين، الاطار القانوني...، مرجع سابق، ص50-51، انس السيد عطية سليمان، مرجع سابق، ص644.

²-جلال وفاء محبين، مرجع سابق، ص50.

³-وفاء مزيد فالحوط، مرجع سابق، ص528.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

التزام المستثمر ينهض بمجرد أن يثبت انه بذل جهدا كافيا في سبيل تحقيق غاية معينة حتى لو لم تتحقق النتيجة المقصودة¹.

وثمة موقف آخر، يحاول الالتفات على الالتزام بضمان النتيجة من خلال إيهام المتلقي انه يقف مع مصلحته، وذلك بالقول انه عندما لا يتضمن العقد صراحة ضمان تحقيق النتيجة الواجب تحقيقها ولم يستبعد أيضا هذا الضمان صراحة، فإن اغلب الأحكام القضائية ستكون في صالح طالب الاستثمار، وستقرر الالتزام بضمان تحقيق نتيجة حتى عند عدم وجود نص في العقد، إلا أن ذلك مرهون بإثبات طالب الاستثمار أن المستثمر ارتكب خطأ مهنيا².

إلا أننا لا نتفق مع هذا الرأي المتقدم لأنه مجحف في حق طالب الاستثمار والذي عادة ما يكون الطرف الضعيف في العقد نتيجة جهله للتكنولوجيا المستوردة، وما يعلمه عنها إلا الشيء القليل فلا يمكنه تدارك كل تفاصيل ومحتويات وأسرار هذه التكنولوجيا حتى يقع عليه عبئ الإثبات في وقوع الخطأ المهني من قبل المستثمر والذي هو ليس بالأمر الهين، وحتى مع وجود الخبرة القضائية فإنها قد لا تسعفه في حصر هذا الخطأ المهني لذات الأسباب، كما أن هذا الرأي لا ينسجم واقعيًا مع طبيعة هذه العقود فهو ينكر ركنا من أركان العقد وهو ركن السبب والباعث الدافع إلى إبرامه³، والتي لا بد من أن تكلل بالحصول على النتيجة المطلوبة التي مثلت هذا الدافع وتلك الغاية، وهذا الأساس هو الذي يقوم عليه التزام المستثمر بضمان تحقيق نتيجة التي يحرص عليها طالب الاستثمار للحصول إليها في إطار التعاقد.

¹-ويشبه هذا الفقه التزام المستثمر بالضمان بالتزام الطبيب اتجاه المريض، وكذلك التزام المدرس اتجاه طلابه، فالاول يلتزم بعلاج المريض وليس بشفاؤه، والثاني يلتزم بتدريس الطلاب الذين يؤهلهم للنجاح وليس ضمان النجاح ومنحهم الشهادات، سميحة القليوبي، تقييم شروط التعاقد والالتزام بالضمان في عقود نقل التكنولوجيا، مجلة مصر المعاصرة، سنة 77، العدد 406، 1986، ص 105.

²-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 188.

³-نداء كاظم محمد المولى، مرجع سابق، ص 102.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

وبين هذا التضارب بين مؤيد من قبل الدول النامية ومعارض من قبل الدول المتقدمة لفكرة ضمان تحقيق النتيجة، ولما كان لإرادة أطراف العقد السلطان الأكبر في تحديد شروط العقد، كان بديهياً أن يكون لهذه الإرادة دور بارز في تعيين شرط إحداث النتيجة جراء استغلال المعرفة الفنية وهذا بتفضيلهم نظام التعاون، وفي حالة سكون العقد فإن الأطراف عادة ما يسعون إلى تبني نفس النظام.

في الحالة الأولى، وهي حالة وجود شرط في العقد يقضي صراحة بتحقيق النتائج، ويحمل المستثمر مسؤولية تخلف النتائج سواء بسبب تقاعسه أو بتعمده ذلك، يقول الفقيه Magnin في هذا الشأن ان المستثمر تقوم مسؤوليته بمجرد عدم تحقق النتائج، أو عدم كفايتها بالمقارنة مع ما تعهد والتزم بتحقيقه¹، ويقول الفقيه Deleuze انه "من الناحية العملية فالمستثمر لا تقوم مسؤوليته بضمان النتائج في حالة عدم احترام طالب الاستثمار لالتزاماته"، ويواصل بالقول "أن ملاحظة تحقيق النتائج عند إجراء التجارب الأولية لا تتم بصفة انفرادية، وإنما بحضور طالب الاستثمار...وبالتالي في حالة وجود خلاف بين الطرفين حول هذه المسألة فعلى الأطراف اللجوء إلى التحكيم والخبرة اللازمة"².

ولدفع هذه المسؤولية يشترط على المستثمر أن ينفي الخطأ عنه ويثبت أن عدم التوصل للنتائج الكمية و النوعية مرده لسبب أجنبي خارج عن إرادته كأن يكون خطأ طالب الاستثمار، أو قوة قاهرة...الخ، فنكون هنا بصدد تطبيق القواعد العامة فيما يخص تنفيذ الالتزام بتحقيق نتيجة³.

لذا عادة ما نجد الأطراف يدرجون شرطاً جزافياً يحدد فيه قيمة التعويض في حال ما لحق طالب الاستثمار من أضرار نتيجة عدم تحقق نتائج استغلال هذه التكنولوجيا، كما قد

¹-Magnin François, know-how et propriété industrielle, Ed litec, paris,1974 , p394.

² -Deleuze Jean Marc, le contrat de transfert de processus technologique, Ed 3 maison, paris, 1982,p190.

³-لا يوجد نص في القانون الجزائري ينص صراحة على هذه التفرقة بين الالتزام بتحقيق نتيجة، والالتزام ببذل عناية، فهذا التقسيم مصدره الفقه والقضاء، ويستعمل بصفة منظمة من طرف المتعاملين والصناعيين لتحديد مستوى ودرجة التزام المدين.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

يتم دفع الثمن في شكل إتاوات وأقساط يمكن أن تأخذ شكل الشرط الجزافي، فالمستثمر يتضرر بطريق غير مباشر بسبب عدم كفاية نتائج الاستغلال، فالإتاوات هذه يمكن اعتبارها أداة للضغط عليه لتقديم نتائج أفضل.

وفي بعض الأحيان نجد العقد ينص بالاحتفاظ على نسبة معينة من المبلغ المستحق لا تدفع إلا بعد التسليم النهائي للمعرفة الفنية، والتي تتأكد بملاحظة تحقيق النتائج من الاستغلال، وفي حالة عدم ملاحظة تحقيق النتائج يقوم طالب الاستثمار بالاحتفاظ بها لنفسه، زيادة عن التعويضات التي يمكن أن يطالب بها نتيجة الأضرار التي لحقت به جراء ذلك¹.

أما في حالة عدم وجود نص بضمان هذه النتائج الفنية للاستغلال الصناعي للمعرفة الفنية، يقول البروفيسور Burst في مقاله المقدم إلى ندوة جامعة مونبلييه عام 1977 "أن مورد التكنولوجيا يلتزم بضمان النتائج حال عدم وجود شرط في العقد في حالات ثلاث:

-عندما تكون الطريقة الفنية التي استغلها المرخص له قد أظهرت عيبا في التصنيع.

-عندما يكتشف المرخص عيبا في تصميم الطريقة الفنية.

-إذا لم تكن الطريقة الفنية ملائمة لظروف المنطقة التي اشتغلت فيها"².

يشكل هذا الرأي رؤية منطقية في حال عدم اشتراط طالب الاستثمار ضمان النتيجة في العقد المبرم مع المستثمر، كونه ركز على مسائل عملية في غاية الأهمية من خلال ظهور عيوب في التصنيع، ووجود أخطاء في تصميم الطريقة الفنية، أو عدم ملائمة هذه الطريقة للظروف المحلية لطالب الاستثمار، حيث تشكل هذه الأمور تحديات حقيقية له التي ينبغي على المستثمر تحقيقها من هذا النقل لهذه المعرفة³.

¹-Ralph Schlossen, contrat de savoir, faire en droit suisse thèse de doctorat, université Lausanne suisse , 1999, p123.

²-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص177.

³-وليد عودة الهمشري، مرجع سابق، ص133.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

كما ان هذا الرأي عزز بطريقة غير مباشرة فكرة الاحتمال، والتي اخذ بها العديد من المؤلفين في إطار التفرقة بين التزام تحقيق النتيجة والتزام الوسيلة في عقود الاستثمار التكنولوجي، وذلك في حالة ما إذا لم يظهر في المعرفة الفنية عيبا في التصنيع أو في التصميم مع ملاءمتها للظروف المحلية لطالب الاستثمار، فإن فكرة الاحتمال تكون قد تحققت بشكل ايجابي، وهذا ما عبر عنه من اخذوا بفكرة الاحتمال الذي "يتم تحققه عبر تلاحم عاملي التكنولوجي، والقانوني، وطبقا لهذا التصور تصبح التكنولوجيا احتمالية حينما تستعملها الشركة خلال فترة التجربة ولا تتعدها، أما القانوني فهو يتعلق بالالتزامات والاداءات ذات الطابع المعنوي أو الفكري مثل التكوين والمساعدة الفنية، حيث تدخل جزء كبير من الاحتمال في العلاقة العقدية"¹.

وعليه أن النتيجة المنتظرة لا تتوقف فقط على المدين أي المستثمر، ولكن أيضا على الدائن أي طالب الاستثمار، فمثلا ما هو متعلق بعملية التكوين يمكن أن يكون مضمونه جيدا، ومرضي من الناحية الموضوعية، ولكن عمليا قد تنتهي عملية التكوين بالفشل لأسباب متعددة كعدم ملائمة التكوين للظروف والمحيط والثقافي لطالب الاستثمار².

لذا لابد من معيار حقيقي يأخذ بعين الاعتبار موضوع التكنولوجيا ونمطها وهذا لا يتم إلا من خلال إرادة الأطراف في كل عقد كونهم الوحيدين القادرين على تحديد التزاماتهم التي تختلف فيها وتتنوع من عقد لآخر، فنجد شروطا تعاقدية تنص مثلا على أن المستثمر له الخيار بين اتخاذ الإجراءات المناسبة للحصول على النتائج المرجوة، أو دفع تعويضات مالية يتم تنظيمها عقديا، وذلك إن دل على شيء دل على أن هذا النوع من العقود يطغى عليه روح التعاون والمصلحة المشتركة والرغبة في إنجاح المشروع الصناعي، ويظهر ذلك

¹-صالح بن بكر الطيار، مرجع سابق، ص176.

² - "la qualité de l'exécution dépend non seulement de débiteur mais aussi de créancier .l'obligation acte juridique unilatéral est ici transformée par le fait que cet exécution est une œuvre commune recalâmes une certaine coopération des deux parties", Salem.M et Sanson. M.A., contrat clé en main et contrat produit en main technologie et vente de développement, Ed littec, paris, 1979,p118.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

جليا من خلال النص على طرق ووسائل التي تتيح التوصل إلي النتائج المرجوة، مثل منح أجال إضافية للمستثمر، أو إدخال تغييرات في الثمن وغيره، فالاستثمار الحقيقي يتجسد في وصول كل طرف إلى مبتغاه من التعاقد ألا وهو تحقيق أرباح.

وان ما ذكرناه يتفق مع ما أعلنته الدكتورة سميحة القليوبي في محاضرتها في الندوة التي نظمتها أكاديمية البحث العلمي عام 1986 أن " الأساس القانوني لهذا الضمان هو طبيعة عقد الاستثمار التكنولوجي والهدف المرجو منه، والذي يختلف في مداه اختلافا جوهريا بالنسبة للالتزام بالضمان في عقد تسليم المفتاح فقط، وان كل منهما يلقي على عاتق المستثمر التزاما بنتيجة، وليس مجرد تحقيق وسيلة، وتفسير ذلك الالتزام بالضمان ومداه هو ان طالب التكنولوجيا في هذا العقد إنما تعاقد مع المستثمر لتحقيق إنتاج معين سبق لهذا الأخير إنتاجه بطرقه ووسائله ومعرفته الفنية، وهذا الإنتاج بأوصافه ومزاياه وخصائصه هو أساس وسبب التعاقد، لذلك يعد الإخلال بهذه النتيجة المحددة إخلالا بتنفيذ الالتزام الرئيسي في العقد"¹.

ونرى مع جانب من الباحثين² بأن الالتزام بتحقيق نتيجة يعتبر من بديهيات عقود الاستثمار التكنولوجي، حتى وان خلا العقد من شرط واضح وصريح بضمان النتيجة، ذلك أن هدف طالب الاستثمار من إبرام هذا العقد هو الوصول إلى المعرفة الفنية المطلوب نقلها، والتي رأى نتائجها سلفا عند المستثمر أو عند غيره، لا لما تحتويه من أفكار رائعة، فإذا كانت هذه المعرفة لا تضمن له نتائج فلا خير فيها، والقول بخلاف ذلك يقضي على كل فائدة عملية لهذه العقود، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن المستثمر بنقله كافة العناصر المطلوبة بصورة مطابقة فانه يكون قد أوفى بجميع التزاماته بضمان النتيجة، وهكذا يكون

¹-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص193.

²-منى داؤد احمد داؤد، مرجع سابق، ص206، نداء كاظم محمد المولى، مرجع سابق، ص102، مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص305، محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص193، صالح بن بكر الطيار، مرجع سابق، ص174، وليد عودة الهمشري، مرجع سابق، ص135.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

الالتزام بضمان تحقيق النتيجة في عقد الاستثمار التكنولوجي مصدره القانون أو العقد الذي يخضع لسلطان الإرادة.

المطلب الثاني: التزامات طالب الاستثمار في عقد الاستثمار التكنولوجي

ان الالتزامات التي تقع على عاتق طالب الاستثمار تمثل في الوقت نفسه حقوقا للمستثمر، والعكس صحيح، فكل ما هو التزام للمستثمر يعد حقا لطالب الاستثمار، باعتبار عقد الاستثمار التكنولوجي من عقود المعاوضة الملزمة للجانبين التي ترتب التزامات وحقوق متقابلة للطرفين، ويأتي في مقدمة هذه الحقوق التزام طالب الاستثمار بدفع مقابل جراء استخدام التكنولوجيا، وتهيئة البيئة الملائمة لها، وقد يضاف إلى ذلك التزامات أخرى يفرضها العقد أو التشريع الذي ينظم العقد منها تنفيذ الشروط التي يتضمنها العقد على سبيل المثال لا الحصر، إذ ان الواقع العملي يلعب دورا اكيدا بتعيين وتحديد هكذا شروط، وهذا ما سنبينه تباعا وفق الفروع التالية:

الفرع الأول: الالتزام بأداء مقابل التكنولوجيا

يعد مقابل التكنولوجيا¹ الأساس الذي تم من اجله نقل المستثمر لعناصر المعرفة الفنية محل العقد لطالب الاستثمار في سبيل الحصول على الربح الذي يسعى إلى تحقيقه واسترداد ما أنفقه في ابتكارها، أو الحصول عليها²، ومن ثمة يعتبر هذا المقابل احد أهم الحقوق المقررة للمستثمر والتي يتعين على طالب الاستثمار الوفاء بها بموجب أحكام العقد.

لذا فإن الالتزام الرئيسي الذي يقع على عاتق طالب الاستثمار هو الالتزام بدفع المقابل نظير تلقيه للعناصر التكنولوجية³، ولأهمية هذا الالتزام في تحديد الطبيعة القانونية للعقد،

¹ - والمقابل هو ثمن التكنولوجيا التي يحصل عليها طالب الاستثمار من المستثمر، ولا يوجد اتفاق حول التسمية التي تطلق على هذا المقابل، فيطلق عليه أحيانا السعر أو الثمن أو الأجرة أو التعويض أو الدخل أو الفوائد أو العمولة أو الإيراد أو المصاريف أو الإتاوة، يوسف الاكياي، مرجع سابق ص 198.

² - Salem Mahmoud ,op, cit, p72-78.

³ - ضرغام محمود كاظم، مرجع سابق، ص 157.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

يحرص كلا الطرفين على تحديده ووضع ضوابط بإحكام شديد¹، سواء في مرحلة التفاوض أو مرحلة التعاقد، ولا يعتبر عقد الاستثمار التكنولوجي نافذا بدونه، فإذا كان استغلال التكنولوجيا مجانا كان العقد باطلا، فاستحقاق المقابل هو الغاية التي يحقها العقد².

ولكن هل المقابل محل الدراسة يقع دائما وابدأ في صورة واحدة؟، ثم كيف يتم تقدير هذا المقابل؟، وما هي الوسائل والآليات التي يتم من خلالها دفع هذا المقابل؟.

هذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال دراستنا لهذا النوع من الالتزامات.

أولاً: صور المقابل

يتخذ المقابل في عقود المعاوضة بشكل عام، وفي عقد الاستثمار التكنولوجي بشكل خاص، صوراً عديدة وأشكالاً مختلفة، فتارة يكون هذا المقابل نقداً، وأخرى قد يكون عينا، وثالثة قد يكون هذا الأداء كمقابل للتكنولوجيا (مقايضة)، وقد يكون خليطاً بين بعض الصور السابقة، وهذا ما سيتم توضيحه على النحو الآتي:

1-المقابل النقدي

المقابل النقدي هو مبلغ من النقود يقوم طالب الاستثمار بمنحه للمستثمر كمقابل لاستغلاله للمعرفة التكنولوجية محل العقد، والتحسينات التي يتم إدخالها عليها فيما بعد³، وتعد هذه الصورة الأكثر شيوعاً كما أثبتتها الممارسة العملية، ويفضلها المتعاقدون لما فيه

¹-جلال وفاء محمد، الإطار القانوني.. مرجع سابق، ص58.

²-ابراهيم منجي، مرجع سابق، ص139.

³-فقد نصت المادة 1/82 من قانون التجارة المصري على ان: "يلتزم المستورد(طالب التكنولوجيا) بدفع مقابل التكنولوجيا والتحسينات التي تدخل عليها في الميعاد والمكان المتفق عليهما...".

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

من تقليل لاحتتمالات النزاع¹، حيث يمكن تحديد مقداره وكيفية الوفاء به لاسيما مكان وميعاد الدفع وضمانته، فضلا عن تحديد نوع العملة وأسس تحويله إلى نقد الدولة التي يعينها المستثمر دون صعوبة، ويستفاد طالب الاستثمار من هذه الصورة في الحقيقة من انه يتمكن من مراقبة النقد وتقلب أسعاره في دولته².

وقد بين المشرع المصري في قانون التجارة الجديد الآليات المتبعة لدفع هذا المقابل كأحد الالتزامات المناطة بطالب الاستثمار حيث جاء في المادة 2/82 منها على أن: "...يجوز أن يكون المقابل مبلغا إجماليا يؤدي دفعة واحدة أو على دفعات متعددة، كما يجوز أن يكون المقابل نصيبا من رأس المال المستثمر في تشغيل التكنولوجيا أو نصيبا من عائد هذا التشغيل، ويجوز أن يكون المقابل كمية معينة من السلع التي تستخدم التكنولوجيا في إنتاجه أو مادة أولية ينتجها المستورد ويتعهد بتصديرها إلى المورد".

والواضح من هذا النص أن الوفاء بالثمن كمقابل للتكنولوجيا المنقولة، يتسلمه المستثمر بطريقتين، إما أن يكون مبلغا إجماليا أو مبلغا دوريا ، بالإضافة إلى طريقة ثالثة أوجدتها طبيعة المعاملة، ولم يذكرها النص وهي المزج بين الطريقتين أي مبلغا إجماليا يدفع عند إبرام العقد ونصيبا من العائد السنوي بعد تشغيل التكنولوجيا³.

أ-المقابل مبلغ إجمالي:

يعتبر هذا النمط المتبع الصورة الأكثر شيوعا فلو وقع العملي، حيث يتم من خلاله تحديد المقابل بطريقة جزافية يشمل الحزمة التكنولوجية بما فيها نقل المعرفة الفنية والرسومات والنماذج والتدريب والمواد الأولية اللازمة وكذا التركيبات والتشغيل⁴، وما إلى ذلك من مكملات للتكنولوجيا محل العقد، ويتم تسديد هذا المقابل مباشرة وذلك من خلال دفع كامل

¹-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص198.

²-محسن شفيق، نقل التكنولوجيا...، مرجع سابق، ص80.

³-مرجع نفسه، ص80.

⁴-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص199.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

المبلغ المتفق عليه في العقد دفعة واحدة، أو دفع جزء من المقابل مقدما ثم يكمل الجزء الآخر من المبلغ خلال التنفيذ¹، على أن لا يعتبر ذلك من قبيل دورية التسديد، وأيا كانت الطريقة التي يتم الاتفاق عليها فيجب أن يحدد العقد بدقة مقدار الدفعات، وميعاد الوفاء ومكانه والضمانات الخاصة بذلك²، وإذا خلا الاتفاق من بيان هذه الأمور فإنه يصار إلى تطبيق القواعد العامة، ومن ابرز القواعد العامة التي تعالج مسألة زمن دفع الثمن ما نصت عليه المادة 1/388 من القانون المدني الجزائري-السالف الذكر- على انه: " يكون ثمن المبيع مستحقا في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك".

والمقصود هنا إذا لم يتفق الأطراف على الميعاد المحدد للوفاء بالثمن يرجع إلى العرف ان وجد، وإلا وجب على طالب الاستثمار (المدين) ان يقوم بالوفاء في الزمان الذي سلم فيه المبيع، لكن يرى بعض الفقهاء أن هذا الحكم يعتبر خروجاً عن القواعد العامة، فالأصل انه إذا لم يتفق على تأجيل الوفاء بالثمن فإنه يكون مستحق الأداء فور نشوئه، حتى ولو كان هذا الالتزام ناشئ عن عقد تبادلي³، إذن نفهم من خلال نص المادة 388 بان زمان الوفاء بالثمن ليس من النظام العام، فيجوز الاتفاق على خلافه.

¹- ويرى البعض ان تضمين العقد شرطاً بإلزام طالب الاستثمار بدفع جزء من المقابل مقدماً يعد بمثابة عربون يدفع قبل التنفيذ ويقع هذا الشرط بهذه الصورة في حالة عدم ثقة المستثمر بطالب الاستثمار، نداء كاظم محمد المولى، مرجع سابق، ص125، الا اننا نرى خلاف ذلك اذ ان هذه العقود كما أسلفنا تقوم على الثقة والاعتبار الشخصي، وقد يكون تضمين العقد مثل هذا الشرط بموافقة الطرف طالب الاستثمار وخصوصاً اذ ما كان عقد الاستثمار التكنولوجي يتمثل في صورة عقد مركب يتضمن عدداً من الاداءات المختلفة.

²- ضرغام محمود كاظم، مرجع سابق، ص158.

³- انور العمروسي، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني، د.ط، دار الفكر الجامعي، مصر، 2000، ص223.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

اما المادة¹387 من نفس القانون التي تعرضت لمكان الدفع أيضا، فإنها تمنح الأطراف حرية واسعة في تحديد المكان، وفي حالة غياب الاتفاق والعرف فان المشرع حدد هذا المكان مفردا بين ما اذا كان الثمن مستحق الوفاء عند تسليم المبيع، وبين ما إذا كان الثمن غير مستحق الوفاء وقت تسليم المبيع، ففي الحالة الأولى يكون مكان الدفع هو نفسه مكان تسليم المبيع، اما الحالة الثانية تطبق القواعد العامة أي يكون الوفاء في موطن المشتري أو مركز أعماله وقت استحقاق الثمن، ولاشك في ان هذه الأحكام تطبق على عقد الاستثمار التكنولوجي إذا خلت من الاتفاق على طريقة الدفع ومكانه وزمانه.

وتظهر ملائمة هذه الطريقة من الأداء كلما كان بالإمكان نقل التكنولوجيا دفعة واحدة كبيع براءة اختراع مثلا، او في الحالات التي تكون فيها التكنولوجيا المتعاقد عليها سهلة الاستيعاب، أي بإمكان طالب الاستثمار تحقيق أهداف العقد دون الحاجة لخدمات المستثمر²، أما إذا كان العكس فلا ينصح بهذا الأسلوب في الدفع، فمن غير المعقول أن يقوم طالب الاستثمار بسداد كل المبلغ وهو لا يزال في حاجة إلى خدمات المستثمر وذلك تجنباً لأي خلافات أو تهاون من قبل المستثمر مستقبلاً، أما بالنسبة للمستثمر فالأمر ليس بأحسن حالاً، فقد يكون المبلغ الإجمالي المقدم ضئيل مقارنة بالعائد المترتب على تشغيل التكنولوجيا، أي إذا نجح الاستثمار فحقق أرباحاً عالية، والعكس أيضاً قد يكون المبلغ يفوق النتائج المتحصل عليها. لذلك تم اللجوء إلى ابتداء آلية جديدة في إطار الكلف التكنولوجية وهي المبلغ الدوري.

ب-المقابل النقدي مبلغ دوري

¹ - جاء فيها: "يدفع ثمن البيع من مكان التسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك، فإذا لم يكن ثمن المبيع مستحقاً وقت تسليم المبيع وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاقه الثمن".

² - وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق ص550

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

وهو مبلغ دوري يتم الاتفاق على دفعه بمقدار معين وبانتظام، يحدد على أساس الطاقة المستغلة (طاقة الإنتاج الفعلي)، وتكون في الغالب نسبة من عائد استثمار التكنولوجيا¹، ويتم ربط هذه النسبة عادة بمقدار المبيعات²، أو مقدار الإنتاج³، أو الأرباح⁴، بحيث يستمر طالب الاستثمار على أداء هذه الدفعات طيلة مدة العقد بصرف النظر عن تقلبات التكلفة والأسعار والعملات⁵.

وقد لا يكتفي المستثمر على تحديد النسبة من عائد استثمار التكنولوجيا على النحو السابق، بل يتم الاتفاق على وضع شرط الحد الأدنى، وبمقتضى ذلك يتعهد المستفيد (طالب الاستثمار) أن يكفل للناقل (المستثمر) أجرا معينا أيا كانت نتيجة الاستثمار، حتى لو كان ذلك الأجر اعلي من العوائد الواجبة والمستحقة فعلا، وذلك بسبب الاستغلال الضعيف للتكنولوجيا⁶، أو بالاتفاق على وضع حد أقصى للعوائد، وبمقتضى هذا الشرط يتم إعفاء

¹ - وليد عودة الهمشري، مرجع سابق، ص 148

² - وهنا لا يتم الدفع الا اذا تحققت عملية البيع، بغض النظر عن تحقيق الربح من عدمه، كما يتعين هنا تحديد السعر المعبر في احتساب المقابل، وفيما لو كان سعر البيع او صافي سعر البيع او سعر السوق، يوسف الاكياي، مرجع سابق ص 201

³ - هنا يدفع طالب الاستثمار مبلغا معينا مقابل كل وحدة يقوم بإنتاجها، بغض النظر عن تقلبات أسعار تلك الوحدات او العمليات التي يتم التعامل على أساسها ومقدار التكلفة الحقيقية، نصيرة بوجمعة سعدي، مرجع سابق، ص 294-295

⁴ - هنا لا يتم دفع المقابل الا في حالة تحقيق أرباح من وراء استثمار التكنولوجيا والتحسينات التي يتم إدخالها عليها، الا انه نادرا ما يقبل المستثمر اللجوء الى هذه الطريقة كونها تحمله مخاطر المشروع، خاصة وان غالبية مشاريع طالب الاستثمار تبدأ بالبيع والخسارة، او لقاء ربح متواضع، بشار قيس ممد، مرجع سابق، ص 335

⁵ - وتوضح عدم عدالة هذه الطريقة فيما لو عجز طالب الاستثمار عن تصريف منتجاته، او في حالة زيادة التكاليف مع إمكانية رفع الثمن مقارنة بظروف السوق، يوسف الاكياي، مرجع سابق، ص 200-203

⁶ - فمثلا لو كانت النسبة المتفق عليها هي 10% من قيمة عوائد الاستثمار، في حين كان شرط الحد الأدنى هو دفع مبلغ 10000 دولار، وكانت قيمة العوائد المتحققة فعلا وفق نسبة 10% هو 50000 دولار، توجب دفع المبلغ الأول التزاما بشرط الحد الأدنى، وليد عودة الهمشري، مرجع سابق، ص 148-149

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

طالب الاستثمار من دفع أي فائض حال تجاوز قيمة عوائد الاستثمار التكنولوجي حدود معينة¹.

ومن هنا فقد يشترط في العقد أن يكون المقابل النقدي في عقد الاستثمار التكنولوجي والتحسينات التي تدخل عليها على شكل نصيب من رأس المال المستثمر في استغلال التكنولوجيا، ولكي يتسنى تحديد العوائد من أرباح استثمار التكنولوجيا محل العقد، لابد من تقييم الأخيرة كحصة عينية، أي أن المقابل النقدي الذي يحصل عليه المستثمر يكون على شكل نسبة تحسب من رأس مال الشركة التي تقوم باستثمار التكنولوجيا محل العقد²، أو يشترط بالإضافة إلى تحديد النسبة أن لا يقل مبلغ الدفعة عن حد معين على النحو السابق.

وأيا كانت الطريقة التي يتم الاتفاق عليها في تسديد المبلغ الدوري، إلا أن لكل شكل من الأشكال السابقة مزايا وعيوب، فمن جهة طالب الاستثمار فتمنحه مزيدا من الاطمئنان خاصة إذا كان لديه شك أن هذه التكنولوجيا التي أبرم العقد من شأنها قد لا تؤدي إلى النتائج التي يتوقعها مما يدفعه لقبول فكرة المقابل الدوري، ومن جهة المستثمر فإنه يوافق على هذه الطريقة متى كان على ثقة بتكنولوجياته التي ينقلها ومدى فعاليتها³، وبالتالي فإن هذه الأسلوب ينشئ نوعا من الشراكة بين الأطراف، غير أن ذلك قد يحدث نزاعات بينهم فقد تكون الشراكة في غير صالحهما لما يترتب عليه من ضرورة متابعة المورد للمستورد بشكل دوري، للاطلاع على كمية المبيعات والإنتاج والأرباح بشكل دقيق ليتسنى تحديد حصته منها، وهذه الطريقة بدورها تفرض نوعا من السيطرة السياسية والاقتصادية على طالب الاستثمار وتجعله خاضعا لرقابة المستثمر بصفة دورية⁴.

¹-بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص336.

²-مرجع نفسه، ص333.

³-وليد عودة الهمشري، مرجع سابق، ص149.

⁴-محسن شفيق، مرجع سابق، ص85.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

أما بخصوص النص على الحد الأدنى لا يعد ذلك في صالح طالب الاستثمار لاسيما في السنوات الأولى من بداية الاستثمار، فقد يحصل الا يحقق النسبة المطلوبة فيلزم نفسه بأعباء تفوق قدرته المالية، وفي المقابل قد يحقق ذات الشرط مصلحة حقيقة للمورد إذ يتمكن بموجبه من ضمان حدود دنيا للعوائد لاسيما عند منح تراخيص استثمارية يتمتع بموجبها من إعطاء تراخيص أخرى للغير¹، والعكس فقد لا يكون لصالح المورد لاسيما إذا نجح الاستثمار فحقق أرباحا عالية، لذا فالأفضل أن يحتاط لمثل هذا الشرط كأن يضع نسب تدريجية لحد ادني منخفض ثم يتدرج بشكل تصاعدي، او العكس اي دفع مبلغ كبير ثم تأخذ بالهبوط أولا بأول مع تقدم الأعمال او بطريقة الأقساط من تحت الحساب²، وهذا يمثل نوعا من الائتمان في التعامل، وتعد الطريقة الأولى الأفضل في الواقع العملي لأنها أرفق بطالب الاستثمار، فقد يتعذر عليه دفع مبالغ كبيرة في بداية حياة المشروع، لاسيما عندما يكون مشروع تابع لدولة نامية وبجاجة إلى مبالغ مالية لاستكمال عملية الاستثمار التكنولوجي المتعاقد عليها³.

وفي جميع الأحوال تنتهي مدة هذه الدفعات بمرور مدة معينة وهي عادة مدة استمرار العقد، أو انقضاء المدة المتفق عليها بين الطرفين، فقد تطول هذه المدة أو تقصر بحسب شروط العقد⁴، على أن لا يبالغ في تقدير المدة تفاديا لظهور تكنولوجيا جديدة لمشاريع أخرى، مما يؤدي إلى إضعاف القدرة التنافسية لطالب الاستثمار في الأسواق وربما التلاشي والاضمحلال في النهاية⁵، وهو ما يسمى بالتقادم التكنولوجي، وبالتالي تطول أمد الدفعات

¹ -يزيد نوافله، مرجع سابق، ص92.

² -مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص313-314.

³ -بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص332.

⁴ -محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص201.

⁵ -مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص314.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

الدورية ويصبح الوفاء بها من قبل المستثمر أمراً مشكوكاً به، نظراً لفقدان التكنولوجيا قيمتها في التعامل ويدخل بنزاعات هم في غنى عنها¹.

ج-المقابل مبلغ مختلط(مبلغ إجمالي ودوري)

هو عبارة عن أسلوب وسط بين دفع المقابل على شكل صفقة جزافية واحدة ودفعه بشكل دوري²، قد ينص عقد الاستثمار لتكنولوجي على إتباعه بشأن المقابل الذي يدفع كضمن للمعرفة التكنولوجية محل الاستثمار، حيث يدفع طالب الاستثمار مبلغاً جزافياً عند إبرام العقد، و دفعات أخرى دورية خلال مدة تنفيذ العقد³، ففي الحالة الأولى يكون المقابل بمثابة عربون من أجل تغطية بعض التكاليف التي تكبدها المستثمر حتى تاريخ إبرام العقد، أو كضمان لما يكشفه عن بعض المعلومات السرية لديه والتي تمكن طالب الاستثمار من تقييم التكنولوجيا في حال ما فشلت المفاوضات⁴.

وتختلف قيمة الدفعة الأولى (المبلغ الإجمالي) حسب طبيعة العلاقة ما بين طرفي العقد، وتبعاً لاختلاف طبيعة وأنواع التكنولوجيا المنقولة، فيتراوح هذا المقابل ما بين مبلغ ضئيل مقابل الكشف عن التكنولوجيا بصورتها النهائية وما تتضمنه من بحث ودراسة وتطوير⁵، ويلتزم في الحالة الثانية بدفعات دورية أخرى خلال مدة تنفيذ العقد كمقابل لاستغلال المعرفة الفنية، وذلك حسب حجم الإنتاج أو المبيعات أو صافي الأرباح كما سبق بيانه، ويلجأ طالب الاستثمار إلى طريقة الجمع هذه عندما يكون غير واثق تماماً في فعالية

¹-يزي دمحمود نوافلة، المرجع السابق، ص92.

²-مرتضى جمعة عاشور مرجع سابق، ص316.

³-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص201، نداء كاظم محمد المولى، مرجع سابق، ص128-129.

⁴-مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق ص316، بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص337، نداء كاظم محمد المولى، مرجع

سابق، ص128، ضرغام محمود كاظم، 160.

⁵-جلال وفاء محبين، مرجع سابق، ص65-66.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

التكنولوجيا المتعاقد عليها ويريد معرفة جدواها¹. كما يمنحه نوع من الأمان القانوني، وهذا دون أن يفرض على طالب الاستثمار مبلغ جزافي كبير جدا أو مكلف، لذلك فهذا النظام يأخذ به كثيرا من الناحية العملية.

وبالرجوع إلى نص المادة 82 المذكورة أعلاه لا نجدها تنص بشكل صريح على هذه الطريقة في دفع المقابل، إلا أنها وفي نفس الوقت لم تمنع ذلك، بل ترك للأطراف الحرية الكاملة في اختيار الطريقة التي تناسبهم في الدفع، وهذا ان دل على شيء دل على ان الطرق الوارد ذكرها جاءت على سبيل المثال لا الحصر.

2-المقابل العيني

المقابل العيني هو مال من غير النقود يتعهد طالب الاستثمار بدفعه إلى المستثمر نظير انتفاعه بالتكنولوجيا المنقولة، وقد أشارت المادة 2/82 من قانون التجارة المصري إلى جواز أن يكون المقابل نصيبا من رأس المال المستثمر في التكنولوجيا، أو نصيبا من عائد هذا التشغيل، وبهذا الاتفاق يتعهد المستثمر بنقل معرفة التكنولوجيا معينة إلى طالب الاستثمار، في حين يتعهد الأخير بتقديم حصة من الإنتاج بدل النقود، كأن يكون المقابل النصف أو الربع من الإنتاج، وقد يتمثل المقابل في تقديم طالب الاستثمار مما يتوفر في دولته من مواد أولية يحتاجها المورد لمشاريعه الاستثمارية²، كما لو تعلق الأمر بمصافي تكرير النفط في دولة طالب الاستثمار التي يتوافر فيها خزين من النفط، أو تعلق التقنية

¹ -يوسف الاكيابي، مرجع سابق ص206.

² -كما هو الحال ما قد تم بين شركتين "بيونج" الأمريكية للطائرات والخطوط الجوية السعودية بتزويد السعودية بعشر طائرات طراز جامبو بقيمة مليار دولار أمريكي عام 1984 مقابل 34.48 مليون برميل نفط خام، رعد حسن الصرن، العقود الدولية-أساسيات التجارة الدولية المعاصرة، د.ط، دار الرضا للنشر، 2002، ص332.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

بصناعة الأسمدة في دولة يتوافر فيها الفوسفات، وقد تكون محاصيل زراعية¹، وغيرها من أنماط الثروة الطبيعية، كما قد يتمثل بإجراء بحوث وتحاليل مختبريه يقوم بها طالب التكنولوجيا على مواد خام متوفرة لديه، كما لو تم الاتفاق على أن يقوم طالب الاستثمار بتقديم التحسينات التي يحققها على التكنولوجيا محل الاستثمار²، كما يمكن أن يكون المقابل العيني التزاما بعمل يؤديه طالب الاستثمار للمستثمر، إلا انه أمر نادر الحدوث بالنسبة للمتلقي من الدول النامية³.

وغالبا ما يصار إلى هذا الأسلوب في حالات تعاقد شركات متعددة الجنسية مع فروعها في الدول الأخرى، فالعلاقة التي تربط الشركة الأم والشركة الوليدة في مناطق الاستثمار علاقة متداخلة تماما، حيث تشكل تداخلات بين الطرفين، فمن جانب الشركة الأم تقدم التكنولوجيا وكيفية تطبيقها لضمان النتيجة، لتحصل على نصيب من الإنتاج أو اخذ حصة من المواد الأساسية التي تدخل في استثماراتها كما تقدم بيانه⁴.

ويصار إلى نفس المقابل في حالة المشروعات المشتركة في مجال استثمار الموارد الطبيعية، وخاصة البترول، حيث تحل عقود الخدمات وهي نوع من عقود الاستثمار التكنولوجي محل علاقات الامتياز، والتي يعهد طالب الاستثمار الذي يكون في الغالب دولة نامية إلى المستثمر ضمن اتفاقية تعقد بينهما لإدارة عمليات الإنتاج ، أو القيام بعمليات تسويقها مقابل حصة من الإنتاج او حصة من الأرباح أو الاثنين معا⁵، ولا يتعدى الأمر هنا حسب رأينا أعمال الإدارة، ومن ثم فلا يتخذ صورة من صور المشاركة بل قد يبدو صيغة

¹ -بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص338، محسن شفيق، مرجع سابق ص84، كما أجازت المادة 3/82 من قانون التجارة المصري ان يكون المقابل كمية معينة من السلعة التي تستخدم التكنولوجيا في إنتاجها، او مادة أولية ينتجها المستورد ويتعهد بتصديرها إلى المورد.

² - بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص338.

³ -محسن شفيق، مرجع سابق ص84.

⁴ -حسام عيسى، نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص216.

⁵ -وليد عودة الهمشري، مرجع سابق، ص154.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

من عقد الإيجار، يتم الاتفاق بمقتضاه على دفع اجر معين من المستثمر لإدارة المشروع بصفته مستأجرا، والأجر يأخذ احد الصيغ المذكورة أنفا.

ويصار هذا المقابل بشكل واسع أيضا من طرف الدول ذات الأسواق المغلقة التي تمتاز بصعوبة إجراءات السماح بخروج العملات الأجنبية، أو تعاني من ضعف رأس مالها، لذا يغدو من الأفضل لها اللجوء إلى الدفع العيني بدلا من الدفع النقدي¹.

ولا شك في أن المستثمر يلجأ إلى هذه الطريقة عندما يرغب في الحصول على مصادر تمويل من الدول المضيفة والتي تعمل بها الشركات الوليدة، وذلك من اجل الحفاظ على المزايا الاحتكارية التي تمنحها القوة التنافسية من اجل بقائها قوية ومتطورة²، كما قد يغتنم الفرصة للمغالاة في تقدير المقابل مما يرهق كاهل طالب الاستثمار، كاشتراط ان يكون المقابل مادة أولية نادرة او صعبة المنال، لذلك على هذا الأخير توخي الحذر وعدم إظهار نقاط الضعف أثناء مرحلة التفاوض.

وفضلا عما سبق قد يأخذ المقابل العيني صورة مقايضة تكنولوجيا بأخرى، وهي طريقة قديمة تستخدم لمقايضة بضائع أو خدمات من اجل الحصول على بضائع أو خدمات أخرى ذات أثمان متعادلة³، ومثل هذا النظام يستخدم بين طرفين متكافئين تكنولوجيا بحيث يستطيع كل منهما الوصول إلى التكنولوجيا المتوفرة لدى الآخر⁴، لا لعدم قدرتهم على التوصل إلى ما يحتاجان إليه، بل لأنه يرون انه من غير المربح البدء في البحث وإجراء التجارب للوصول إلى ذلك في حين يتوفر لدى الطرف الآخر ويمكن الحصول عليه بسهولة، وبالتالي فيه توفيراً للوقت والجهد والمال، بالإضافة إلى أنها تعود بفائدة علمية كبيرة تكمن في التعاون

¹-وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص555.

²-محسن شفيق، المرجع السابق، ص82، محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص202.

³-منى داود احمد داود، مرجع سابق، ص217.

⁴-وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص555.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

الفني والعلمي بين المؤسسات التي تتقايض التكنولوجيا¹، وهي طريقة لا تعنينا كمتلقين من الدول النامية كثيرا، ومن يرغب في إضاعة الوقت والجهد والنفقات مع إمكانية قيام بتعاون تكنولوجي مع طرف آخر ذو مستوى رفيع من العلم والمعرفة لتحقيق ذات الأهداف المرجوة؟، وعلى سبيل المثال فإن اليابان تستورد أعلى نسبة من التكنولوجيا العالمية وتقايض ما تستورده بتكنولوجيا من عندها، كذلك الاتحاد السوفيتي كان سابقا يستورد من التكنولوجيا ما يلزمه مقايضة بتكنولوجيا من عند دولة أخرى، وهذا هو من الشأن معظم الدول الصناعية المتقدمة والشركات العملاقة².

إلا أن هذا النوع من المقابل يثير بعض الصعوبات التي تواجه الدول الآخذة بها لاسيما عند تعلق التكنولوجيا بالنظم القانونية للملكية الفكرية (حق المؤلف)، من خلال تبادل البحوث البحوث المشتركة من حيث حق التصرف بنتائجها، والية احتساب الكلف الحقيقية للنتائج³، وهناك من يرى انه يمكن حل تلك الصعوبات وتجاوزها بالاتفاق من خلال شروط العقد⁴، ونحن نؤيد ذلك.

ثانيا: الآليات القانونية لدفع المقابل

تختلف الوسائل القانونية لدفع باختلاف صوره، كما تتنوع بتنوع عقود الاستثمار التكنولوجي ذاتها، ويمكن تلخيصها عموما بوسيلتين نبين كل منها فيما يلي:

¹-محسن شفيق، مرجع سابق، ص85.

²-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص203.

³-ضرغام محمود كاظم، مرجع سابق، ص162.

⁴-نداء كاظم محمد المولى، مرجع سابق، ص131.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

1-فتح الاعتماد المستندي

يستمد الاعتماد المستندي أحكامه من القواعد والأعراف الدولية الموحدة والتي وضعتها غرفة التجارة الدولية في مؤتمرها المنعقد في ينا سنة 1933 والمعدلة سنة 1951 بمؤتمرها المنعقد ببرشلونة ثم تعديلها سنة 1962 و 1974 وكان آخر تعديل لها سنة 1983 وصارت نافذة من 10/10/1984¹.

ولقد وجدت عدة تعاريف لهذا الأخير منها:

الاعتماد المستندي تعهد كتابي صادر من مصرف بناء على طلب مستورد بضائع لصالح مصدرها، يتعهد فيه المصرف بدفع أو قبول كمبيالات مسحوبة عليه في حدود مبلغ معين ولغاية اجل محدود، مقابل استلامه مستندات الشخص طبقا لشروط محددة، والتي تظهر شحن بضاعة معينة بمواصفات وأسعار محددة².

ويعرف أيضا بأنه عقد يتعهد المصرف بموجبه بفتح الاعتماد بناء على طلب الأمر، مفاده الاعتماد لصالح شخص آخر وهو المستفيد بضمان مستندات تمثل بضاعة معدة للنقل أو منقولة³.

كما عرفه جانب من الفقه بأنه اتفاق بين المصرف (البنك) و عميله (المستورد)، يتعهد بموجبه المصرف بنفسه او من خلال مصرف آخر في بلد المورد بدفع قيمة البضائع للمورد

¹-طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، ط.7، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 210، ص78.

²-كتوش عاشور، "دور الاعتماد المستندي في تمويل التجارة الخارجية حالة مؤسسة SNVI"، مداخلة مقدمة في الملتقى الدولي حول سياسات التمويل وأثرها على الاقتصاديات والمؤسسات النامية، يومي 21 و 22 نوفمبر 2006، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، ص3 و4.

³-وليد عودة الهمشري، مرجع سابق، ص161.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

عند التأكد من شحنها طبقا للمواصفات المتفق عليها من خلال المواصفات التي قدمها المستورد¹.

الحقيقة أن هذه التعريفات تحقق معنى واحد الهدف منه شرح عملية الاعتماد المستندي، ولكن نلاحظ أن تعريف المشرع الفرنسي في القانون التجاري في المادة 720 ابرز سمة هامة للاعتماد المستندي وهي استقلال العلاقة القانونية الناشئة بمناسبة الاعتماد المستندي عن العلاقة الناشئة عن العقد، وتتص هذه المادة على إن: "الاعتماد المستندي اعتماد يفتحه مصرف بناء على طلب شخص يسمى الأمر، لصالح شخص آخر يسمى المستفيد، ومضمون بحيازة مستندات ممثلة ببضاعة أو خدمات تكون موضوعا لعملية نقل أو معدة لنقلها"².

وتجدر الإشارة إلى أن المستندات في عقود التجارة الدولية تختلف وفق اتفاق المتعاقدين والأعراف السارية في كل نوع من العقود الدولية، فالنسبة للعقود التي نحن بصدد دراستها يتم اللجوء إلى الدفع بواسطة هذه الوسيلة عندما تكون المعرفة الفنية عنصرا ثانويا تنتقل ضمن العدد والآلات والأجهزة وما إلى ذلك، حيث يتم تسديد القيمة لدى مصرف متفق عليه، ويتم تزويد المصرف (البنك) بنسخة من شروط التعاقد ومعلومات كافية عن هذه المواد و أوصافها وكميتها ودرجة جودتها، وكذا بيان عنوان المستثمر، فيأمر هنا طالب الاستثمار المصرف بالدفع لصالح المستثمر بعد تقديمه مستندات تبين شخن البضاعة

¹- محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة "دراسة فقهية مقارنة"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص فقه وأصول، جامعة الملك سعود، 1425هـ-1426هـ، ص129.

²- شاعة عبد القادر، الاعتماد المستندي أداة دفع وقرض "دراسة الواقع في الجزائر"، رسالة لنيل شهادة الماجستير، فرع التحليل الاقتصادي، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2005-2006، ص49.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

وكشف مواصفاتها¹، كما تساعد الطرفين في حالة البعد بينهم، أو إذا كان العقد بمثابة أول معاملة، ضف إلى ذلك حالة إبرام العقد إلكترونيا فيعقبه التسديد بواسطة البنك ربحا للوقت.

2-التسديد المباشر

وسيلة تتسم بالسهولة نتيجة تجنب الوساطة، بحيث يتم الدفع بطريقة مباشرة من طالب الاستثمار إلى المستثمر، على عكس الاعتماد المستندي، إضافة إلى توفير مقابل الخدمة التي يقدمها البنك، يتم اللجوء إلى إليها عندما يكون نقل المعرفة الفنية عنصرا أساسيا ورئيسيا في اتفاق أطراف العلاقة، وذلك من خلال الاتفاق على مقدار هذا المقابل وتحديد صورة الدفع في مرحلتي التفاوض والإبرام التي تكمل كل منهما الأخرى².

وهنا يثور سؤال في غاية الأهمية في حال اتفاق المفاوضون على دفع مبلغ من المال يسدد مباشرة إلى المستثمر لضمان جدية طالب الاستثمار، وضمان محافظة على سرية المعلومات التي سوف يتم الكشف عنها له، هو ما مصير تلك الأموال التي دفعت من قبل طالب الاستثمار هل تعتبر حقا للمستثمر مقابل هذا الكشف؟ أم أنها تعود للطالب الاستثمار إذا ما انتهت المفاوضات بالفشل؟

يرى الدكتور محمود الكيلاني "أن هذا المبلغ يكون كمقابل لاطلاع المتلقي على أسرار المعرفة الفنية، ويعد هذا المبلغ أيضا بمثابة ضمان لعدم إفشاء سرية المعلومات أو

¹-دعاء كاظم محمد المولى، مرجع سابق، ص131، عادة ما يتم دفع هذا المقابل بعملة دولة المنشأة المستقبلية لهذه التكنولوجيا(عملة طالب الاستثمار)، ولكن إذا كان هذا الأخير احد الدول النامية تشترط الدول المصدرة دفع المقابل بواسطة العملة الأجنبية، سواء عملة دولة المستثمر او الاتفاق على عملة دولة أخرى غير دولة الأطراف، أو يقسم المقابل على عدة عملات مع وجوب تحديد قيمة كل عملة من المقابل، أما إذا تم الاتفاق على أن يكون جزء من هذا المقابل يدفع بالعملة الوطنية لطالب الاستثمار فغالبا تخصص لتغطيته ما يتم توريده من السوق المحلية أو أتعاب الخدمات الداخلية، وكذا مصاريف ورواتب الفنيين ونفقات النقل والضرائب والرسوم الجمركية، السيد مصطفى أبو الخير، عقود نقل التكنولوجيا، د.ط، ايتراك للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 2006، ص470.

²-دعاء كاظم محمد المولى، المرجع السابق، ص132.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

استخدامها، وانه في حالة التوصل إلى إبرام العقد فإن المبلغ يحتسب دفعة من قيمة المقابل الطي يتم الاتفاق عليه، أما في حال عدم الاتفاق على إبرام العقد فإن المبلغ يعاد إلى صاحبه أو يفقده على أساس انه تعويض لصاحب المعرفة الفنية بسبب اطلاق من تفاوض معه على أسرارها، وان أمر إعادته أو فقدانه يتم الاتفاق عليه مقدما بين المتفاوضين¹.

غير أننا نخالف ما ذهب إليه محمود الكيلاني من حيث اعتبار المبلغ المدفوع تعويضا بسبب كشف جزء من تلك الأسرار التي تحويها التقنية في حال ما انتهت المفاوضات بالفشل، ونؤيد ما ذهبت إليه الباحثة نداء كاظم محمد المولى من عدم اعتبار المبلغ المذكور تعويضا، و سبب ذلك هو أن مجرد الاطلاع على السرية لا يعد خطأ من قبل طالب الاستثمار يستلزم التعويض خاصة وان ما اطلع عليه يتم بموافقة المستثمر، لذا ترى الباحثة أن المبلغ المؤدى من قبل طالب الاستثمار لا يخرج عن كونه في الواقع عربونا، وتدل على هذا الرأي ان المبلغ المذكور يحتسب دفعة من قيمة المقابل الذي يتم الاتفاق عليه، وهذا الرأي بلا شك يتفق وأحكام العربون المنصوص عليها في القانون المدني وتحديدًا في عقد البيع، وهو الأصل الذي لا يمنع الاتفاق على مخالفته بإرادة الطرفين².

لذا يقترح الأستاذ وليد عودة الهمشري للخروج من هذه الإشكالية في إطار عقود الاستثمار التكنولوجي إما بالاتفاق على التعامل مع المبلغ المدفوع على أساس انه عربون، وبالتالي تطبيق الأحكام العامة السارية على هذا المقابل، أو بالاتفاق على إرجاع ذلك المبلغ بعد فشل المفاوضات وعدم إتمام الإبرام النهائي للعقد بين الأطراف، في حال الحفاظ على الأسرار التي اطلع عليها، خاصة و أن المستثمر لا يقوم باطلاع طالب الاستثمار على كافة أسرار المعرفة الفنية، وإنما يعتمد إلى إخفاء العديد من الأسرار الحقيقة وهو صاحب الخبرة والدراية في مجال الاتفاقات المتعلقة باستغلال ونقل التكنولوجيا، الأمر الذي يجعله يرفض

¹-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص204.

²-نداء كاظم محمد المولى، مرجع سابق، ص133.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

من خلاله أن يضع مصير تلك المعرفة تحت رحمة جموع المتعاقدين في السوق الدولي، وإيمانه بأن بعض من يأتون إليه من أجل التعاقد هم جواسيس واستخبارات لجهات منافسه له، مما يستوجب المزيد من الحذر والترقب من قبله¹.

الفرع الثاني: الالتزام بتهيئة البيئة الملائمة للتكنولوجيا

إضافة إلى التزام طالب الاستثمار بدفع المقابل كالتزام رئيسي هو ملزم كذلك بتهيئة الأرض التي يشيد عليها منشأته من أجل أن تتفاعل مع التكنولوجيا المنقولة وتحقيق المطلب التكنولوجي الذي من أجله تم التعاقد، ولكي تحقق عملية نقل التكنولوجيا ذلك، وتكون ذات فعالية من الناحية الاقتصادية والاجتماعية للدول النامية، فانه لا بد لها من خلال تأثيرها الايجابي في تنفيذ خطة التنمية والاستناد إلى العناصر والمقومات الشمولية والبعيدة المدى، ولذلك سيتم تحديد مقصود هذا الالتزام، وبيان الآليات اللازمة لتحقيقه.

أولاً: المقصود بتهيئة البيئة الملائمة

يقصد بتهيئة البيئة الملائمة للتكنولوجيا بناء الأرضية اللازمة لترسيخ أو إرساء هذه التكنولوجيا في سبيل إنجاح آليات الاستثمار وانسجامها مع البيئة المتلقية، ويأتي ذلك في نطاق بناء قدرات الإنسان وتمكينه من الانتفاع بالتقنية المذكورة بشكل فعال على استثمار هذه التكنولوجيا، ابتداء من التعليم والتدريب لتلبية احتياجات التنمية من الكوادر اللازمة لتطبيق وتكييف التقنية وانتهاء بتطوير المعرفة الفنية المنقولة ذاتها²، وفي هذا الصدد نص المشرع المصري على هذا الالتزام بموجب المادة 79 من قانون التجارة الجديد-السالف

¹-وليد عودة الهمشري، مرجع سابق، ص161.

²-غير انه في الدول النامية نجد في مراحل اكتساب التكنولوجيا انها فهمت ومورست بشكل مغلو، حيث تركز مفهوم الاكتساب التكنولوجي على نقل مصنع لمنتج او عدة منتجات، والتدريب على تشغيله وتسويقه وفق عقد ترخيص مجسد في سند قانوني يحدد عددا من الممارسات التي تنصب على تعديل عملية الإنتاج في السوق المتاحة، او استغلال براءة اختراع تحقق مزيدا من التحسين والتطور في أساليب الإنتاج، وليد عودة الهمشري، مرجع سابق، ص165.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

الذكر - على انه: "يلتزم المستورد بأن يستخدم في تشغيل التكنولوجيا عاملين على قدر من الدراية الفنية وان يستعين كلما لزم الأمر بخبراء فنيين، على ان يكون اختيار هؤلاء العمالة او الخبراء من المصريين المقيمين في مصر او في الخارج كلما كان ذلك متاحا"، ويرى الدكتور محسن شفيق في هذا الاتجاه ان هذه المسألة تعد مهمة لأن العامل الذي ليست لديه أية خلفية فنية تساعد على استيعاب التدريب تكون محاولة تدريبه عديمة الجدوى، وتؤدي إلى ضياع الوقت والجهد والمال سدى، فضلا عن وجوب اختيار العاملين الذين لديهم الرغبة في التعليم بغير عقد نفسية كادعاء العلم والتباهي والغرور والتعالي على المدرب"، وقد جاء في تقرير أعده احد مهندسي شركة (Poulenc - phone) لتدريب عاملين في منشأة في دولة نامية "أن من أسباب فشل التدريب أخلاق العاملين الذين يتولون هذا التدريب لا تتلاءم مع واقع الحال"¹.

ونحن نتفق مع الرأي المتقدم كون عملية استثمار التكنولوجيا تعتمد وبشكل أساسي وجوهري على استيعابها كعنصر فكري تستقر في ذهن الشخص لتظهر على شكل ممارسات عملية، لذا يتوجب على طالب الاستثمار تقديم الطاقات التي يستطيع من خلالها الاستيعاب وتسهيل مهمة الاستثمار ومن تحقيق النتيجة المطلوبة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنه لا بد من أن تكون لدى طالب الاستثمار فكرة واضحة عن أنماط وخصائص التكنولوجيا التي ينبغي الحصول عليها ومقادير تكاليفها حتى لو كانت تلك العناصر تحميها براءات الاختراع Know-How، ومن الضروري هنا كذلك التمييز بين تلك العناصر الأنماط التي تتصف بالتقادم عن غيرها ومدى ملاءمتها لظروف البلد الاجتماعية والجغرافية، لان اختيار الملائم يساعد على تحقيق النتيجة، وفقا لما تم التعاقد عليه²، كما أن تهيئة البيئة اللازمة لنجاح عملية الاستثمار التكنولوجي تعتمد في الغالب على بناء جاهز متخصص يقوم

¹-محسن شفيق، مرجع سابق، ص78.

²-دعاء كاظم محمد المولى، مرجع سابق، ص136.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

بأعمال متنوعة منها على سبيل المثال إنشاء مراكز بحوث تمارس مهمة البحث والدراسة، وإبداء الرأي والمشورة عند الطلب، وتوجيه الاهتمام وتحديد الأولويات التي تركز عليها السياسة العامة والتكنولوجية¹، كما هو الحال بالنسبة للمجلس الوطني للبحث العلمي والتكنولوجي في الجزائر².

ثانيا: الآليات المتبعة لتهيئة البيئة الملائمة للتكنولوجيا

يعد التزام طالب الاستثمار بتهيئة المناخ المناسب لتنفيذ عملية الاستثمار التكنولوجي احد الحقوق التي يستمدها المستثمر من عقد ذاته، بل ومنذ مرحلة المفاوضات التي تسبق مرحلة إبرام العقد النهائي بين الطرفين، وذلك من خلال اختيار التكنولوجيا الملائمة التي سبقتها دراسة تحليلية متخصصة، وإفرازها نتائج تؤكد ملاءمتها للبيئة التي سوف تنتقل إليها هذه التقنية، إضافة إلى توفير عوامل وعناصر يلتزم طالب الاستثمار بتنفيذها حتى يتمكن المستثمر من المساعدة، وإبراز هذه العناصر وهي:

-تهيئة العناصر المادية من أراضي وأبنية ومعدات وآلات وغيرها من العناصر المادية التي تساعد و تسهل مهمة المستثمر في الوفاء بالتزاماته.

-تهيئة العناصر المعنوية، ويكون ذلك من خلال تهيئة الكوادر البشرية التي سوف تتناط بها مهمة التعامل مع هذه التكنولوجيا، والتي لا بد ان يتم اختيارها وفق آلية تخدم هذه

¹-ضرغام محمود كاظم، مرجع سابق، ص165.

²-هو هيئة دستورية استشارية موضوعة تحت سلطة رئاسة الجمهورية يتولى مهمة ترقية البحث الوطني في مجالات الابتكار التكنولوجي والعلمي واقتراح التدابير التي من شأنها تنمية القدرات الوطنية للبحث والتطوير وكذا تقييم الآليات الوطنية لتأمين نتائج البحث خدمة للاقتصاد الوطني، ويضم 45 عضوا من مختلف الكفاءات المهنية والعلمية من داخل الوطن وخارجه من بينهم مدراء مؤسسات عمومية كمؤسسة النفط والغاز (سونطراك)، بحث منشور على شبكة الانترنت

الاطلاع:2023/01/21، وقت الاطلاع:12:10 تاريخ www.maghrebvoices.com

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

الغاية، اذ قدرت طالب الاستثمار البشرية هي التي تتولى عملية التنفيذ التطوير التقنية المنقولة للعمل حسب معطيات بيئة طالب الاستثمار ويقومون بتطبيقها.

-تهيئة التشريعات والقوانين المنظمة لعملية الاستثمارات الأجنبية بصفة عامة والتكنولوجية بصفة خاصة وإطلاع المستثمر عليها، وهذا العنصر يعد السياج الذي تتحدد من خلاله العوامل السابقة، والذي تنتظم داخل الإطار القانوني للعقد المبرم بين الأطراف والذي يعالج جميع هذه المسائل، سواء في مرحلة المفاوضات التي تسبق إبرام العقد او بعد الإبرام النهائي للعقد الذي يعمق هذه الاداءات كالالتزامات تقع على عاتق طالب الاستثمار، بحيث يضمن التطابق مع شروط العقد، والتي تمثل حقوقا للمستثمر يستطيع الدفع بعدم تنفيذ التزاماته او التحلل منه ان لم يبادر طالب الاستثمار من الوفاء بالتزاماته العقدية، إضافة إلى تعرضه للمساءلة القانونية، كون مركزه في هذه الحالة يعد سلبيا¹.

الفرع الثالث: الالتزام بعدم التنازل للغير عن التكنولوجيا

إلى جانب التزام طالب الاستثمار بدفع مقابل التكنولوجيا المتحصل عليها، والتزامه بتهيئة المناخ والبيئة الملائمة لها، يقع على عاتقه التزام آخر يتوجب الوفاء به من خلال التزامه بالامتناع عن عمل مفاده او محله عدم الترخيص من الباطن²، أو عدم التنازل للغير إلا بشروط نعرف عليها بتعريف هذا الالتزام وبيان أساسه القانوني.

¹-ضرغام محمود كاظم، مرجع سابق، ص166، وليد عودة الهمشري، مرجع سابق، ص167.

²-يختلف الترخيص من الباطن عن حالة المقولة من الباطن من حيث انه يتم في الحالة الاولى تنازل المستورد عن محل العقد الى الغير، وبالتالي يكون للغير الحق في استغلال العناصر المعرفية لمصلحته، أما المقاول من الباطن فيعهد إليه استغلال جزء من العناصر المعرفية لمصلحة المستورد وليس لمصلحته الشخصية، وبموجب المقولة من الباطن يجوز لطالب الاستثمار ان يتعامل مع موردين محليين وان يقوم باستخدام ما يتوفر من موارد محلية عند القيام ببناء منشأة صناعية كتوريد المواد الخام وغيرها من السلع والخدمات الوسيطة، مرد محمود المواجهة، مرجع سابق، ص150.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

أولاً: تعريف بالالتزام عدم الترخيص من الباطن

يعتبر التزام المستثمر بتمكين طالب الاستثمار من استثمار واستغلال التكنولوجي المنقولة إليه عن طريق عقد الاستثمار التكنولوجي حق بديهي له، ويتحمل المستثمر هذا الالتزام بصفة تلقائية دون الحاجة إلى النص عليه صراحة في العقد كبنود مستقل في العقد، لكن هذا لا يعني انه يؤدي إلى نقل ملكية هذه التكنولوجي من المستثمر إلى طالب الاستثمار، كما لا يعطي لهذا الأخير حق التصرف فيها، إنما لا يملك سوى حق استعمالها في عملية الإنتاج وتطويره، والتسويق وتقديم الخدمات حسب ما تم الاتفاق عليه في العقد، سواء بصفته الشخصية أو بواسطة الطاقم التابع له، ونتيجة لهذا يلتزم طالب الاستثمار بالامتناع عن إبرام أي عقد ترخيص من الباطن أو الترخيص الفرعي يمنح الغير حق استغلال التكنولوجي المنقولة إليه معنوية كانت أو مادية¹.

في نطاق هذا الالتزام نصت المادة 81 من قانون التجارة المصري على انه: "لا يجوز للمستورد النزول للغير عن التكنولوجي التي حصل عليها إلا بموافقة موردها".

مفاد هذا النص انه لا يجوز لطالب التكنولوجي النزول الى الغير عن التكنولوجي محل العقد إلى بموافقة مالك التكنولوجي، فالحظر ليس مطلقاً، ولكنه مقيد بضرورة الحصول مقدماً على موافقة هذا الأخير²، وشرط الموافقة هذا لا بد أن يكون في جميع أنواع الترخيص الفرعية التي يقوم بها متلقي التكنولوجي سواء كان لكل العناصر المادية والمعنوية للتكنولوجي التي يحصل عليها من المورد، أو ينصب على جزء منها، وسواء كان الترخيص بالاستغلال الفرعي استفاد منه شخص واحد أو عدة أشخاص، ومهما كانت مدة عقد الترخيص أيضاً³.

¹ -زواوي لورية، مرجع سابق، ص 260.

² -بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص 342.

³ -زواوي لورية، مرجع سابق، ص 261.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

وفي الواقع يرد هذا الالتزام بصيغة شرط في العقد متفق عليه بين الطرفين، إذ يحرص المستثمر على النص عليه في مختلف العقود الناقلة للتكنولوجيا سواء تمثلت في براءة اختراع، أو معرفة فنية محددة، فيمتنع على المرخص له (طالب الاستثمار) القيام بأي عمل من شأنه الترخيص من الباطن لشخص آخر إلا بموافقة¹.

يتضح مما سبق أن حق طالب الاستثمار في استغلال التكنولوجيا المنقولة إليه بموجب عقد الاستثمار التكنولوجي تقيده عدة حدود، أولها أن يكون الاستغلال وفق الشروط المبينة في الاتفاق، وثانيها أن يتم الاستغلال من طالب الاستثمار شخصيا أو من خلال أتباعه دون أن يكون له حق التصرف فيها بنقلها للغير بأي صورة كانت، وكاستثناء يمكنه ذلك بشرط الحصول على موافقة الكتابية على ذلك، هنا تظهر سيطرة المستثمر على التكنولوجيا في يد طالب الاستثمار برسم حدود الترخيص.

ثانيا: أساس الالتزام بعدم الترخيص من الباطن

لاشك أن مثل هذا الالتزام تقضيه طبيعة عقد التكنولوجيا، بالنظر إلى السمات والخصائص الأساسية له نجد بأنه قائم على الثقة والاعتبار الشخصي، إذ أن شخصية المتعاقد غالبا ما يكون محل اعتبار، وبالتالي لا يحق للمرخص له أن يسمح للغير باستغلال المعرفة الفنية محل العقد إلا بموافقة المورد والذي يعتبر المالك أو الحائز لهذه المعرفة²، وبالتالي فهو الأقدر على معرفة كافة الأمور المتعلقة بالتكنولوجيا المنقولة، خاصة في أنواع معينة من التكنولوجيا المتطورة أو المتعلقة منها بالترسانة العسكرية والأسلحة البيولوجية والكيمياوية، أو نقل المعارف التقنية والخبرات التي تخدم إنشاء البرامج النووية، وهناك

3- زيد محمود نوافلة، مرجع سابق، ص 97.

2- الحاج بن احمد، التزامات الأطراف وجزاء الإخلال في عقود نقل التكنولوجيا على ضوء الأعراف السائدة، مجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، العدد الثالث، المجلد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثلجي الاغواط، الجزائر، 2018، ص 34.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

مجموعة من الاعتبارات الدولية التي من شأنها تعزيز هذا الاعتبار الشخصي للطرف المتلقي¹.

واقع الأمر ان الاعتبار الشخصي في مثل تلك العقود ينحصر على وجه الخصوص بالمحافظة على السرية المعلومات التكنولوجية التي يقوم المستثمر بنقلها لطالب الاستثمار، وقيام هذا الأخير بنقلها لشخص ثالث دون موافقة المالك ألا وهو المستثمر فيه اعتداء على الحق الاستثنائي له يترتب عليه إفشاء سريتها²، وعليه فان أي محاولة يقوم بها طالب الاستثمار لإدخال شريك ثالث يؤدي إلى هدم الثقة والاعتبار الشخصي، مما يعطي للمورد الحق في فسخ العقد والمطالبة بالتعويض العادل على أساس المسؤولية العقدية³.

وتجدر الإشارة إلى أن المورد نفسه قد يرغب في بعض الأحيان بالترخيص من الباطن وخاصة في الحالات التي يقدم فيها طالب التكنولوجيا ضمانات حقيقية تشجع على هذا المسلك منها استمرار الأخير بدفع مقابل التكنولوجيا مع إضافة نسبة معينة مقابل الترخيص من الباطن، فضلا عن تعهد المرخص لهم من الباطن بعدم إفشاء سر التكنولوجيا⁴.

¹-وليد عودة الهمشري، مرجع سابق، ص179-180.

²-هاني صلاح سري الدين، مرجع سابق، ص66-67.

³-يوسف عبد الهادي الاكيابي، مرجع سابق، ص158، وتوجد قضية في هذا الشأن على مستوى القضاء الياباني مفادها ان إحدى الشركات اليابانية لصناعة الأدوية Fujisawa كانت قد أبرمت عقد ترخيص مع شركة فرنسية SECIF عام 1965، وذلك لصناعة دواء يستعمل لصعوبات الهضم، وفي عام 1971 قامت ثلاث شركات يابانية أخرى بصناعة ذات الدواء بترخيص من الشركة اليابانية الأولى، وعندما علمت الشركة الفرنسية المالكة الترخيص بذلك، رفعت دعوى على الشركة اليابانية الأولى والشركات الثلاث المرخص لهم بدعوى الترخيص من الباطن دون موافقتها، وبناء على ذلك حكمت المحكمة العليا اليابانية عام 1982 بعدم جواز استمرار الشركات المذكورة بهذا الإنتاج مع وجوب إيقافه ودفع تعويض تضامني بين الشركات الثلاث والشركة الأولى المرخص لها Fujisawa لمصلحة الشركة الفرنسية،

www.oedolcourt.com، تاريخ الاطلاع 2023/01/27، وقت الاطلاع: 20.57

⁴-يوسف الاكيابي، المرجع السابق، ص159.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

هنا يثور عن فترة سريان هذا الالتزام فيما لو كانت تمتد إلى ما بعد نهاية العقد؟، وكذلك الأشخاص المقصودين من ذلك المنع، فيما لو كانوا الأشخاص الأجنبية أم المشاريع الوطنية؟.

في معرض الإجابة على هذه التساؤلات يرى البعض من المنطقية أن يسري هذا الالتزام فيما يتعلق بالنزول عن المعرفة الفنية للأشخاص الأجنبية خلال الفترة التعاقدية، وعكس ذلك فيما يتعلق بالجهات المحلية¹.

أما الإجابة على الشق الثاني من التساؤل السابق فيرى البعض انه لا بأس من امتداد المنع على الأجانب دون المشاريع الوطنية، وذلك للحد من التكاليف الباهظة التي يعتمد المستثمر على فرضها، والذي يحاول دائما المغالاة في أسعار التكنولوجيا كما هو معروف، ناهيك عن الشروط التعسفية التي سوف يفرضها مما يعيق اكتساب التمكن التكنولوجي لتلك المشاريع، كما تتسبب نتيجة المغالاة في الأسعار بتحميل الاقتصاد القومي أعباء لا مبرر لها، وقد استند هذا الفقه في تعضيد رأيه على بعض تشريعات الدول النامية والتي نصت على السماح لطالب الاستثمار من الترخيص لطرف محلي ثالث ووفقا لذات الشروط المتفق عليها بين الأطراف الأصليين مع الحصول على موافقة الحكومة على تلك الشروط ومن ذلك القواعد الإرشادية التي وضعتها التكنولوجيا²، أحسن من استيراد نفس التكنولوجيا مرات عديدة بعقود جديدة وأعباء مالية جديدة.

ومن الجدير بالملاحظة أن النصوص القانونية التي تبنتها بعض الدول النامية وخاصة دول أمريكا اللاتينية، قد أثارت انتقادات عدة من جانب الشركات المتعددة الجنسيات التي تعتبر المصدر الرئيسي للتكنولوجيا المتطورة، وقد أشار الأستاذ جون دال في مقال له عن

¹-وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص566.

²-بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص344.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

ابر هذه الانتقادات حيث قال: " يبدو أن هناك تناقضا حادا في المفاهيم الأساسية المتعلقة بطبيعة عقود الاستثمار التكنولوجي، إذ ترى فيها دول أمريكا اللاتينية بيعا للتكنولوجيا، وبالتالي يكون للطرف المتلقي بعد دفع الإتاوات المستحقة طوال المدة المسموح بها أن يفعل بها ما يشاء بما في ذلك بيعها للغير، أما نحن ويقصد بذلك الشركات المتعددة الجنسيات فعلى العكس تماما تعتبر التكنولوجيا جزءا من أموالنا المعنوية التي نملكها والتي لا يملك الغير المرخص له إلا الحق في استعمالها"¹.

ونحن نوافق إلى ما ذهب إليه جون دال باعتبار عقد الترخيص احد الأدوات التي من خلالها يتم استثمار رأس المال التكنولوجي، وله أن يفعل فيها ما يشاء بحسب نوع العقد المبرم فإذا كان اقتناء التكنولوجيا عبارة عن مجرد عقد إيجار للمعرفة الفنية او عقد ترخيص بالاستغلال أو ما إلى ذلك، أما في الحالة التي يكون في عقد الاستثمار التكنولوجي عقد بيع حقيقي لمعرفة فنية او تنازل عن البراءة -وان كان نادر الحدوث- فانه يثبت لطالب الاستثمار كافة التصرفات التي يخولها له حق الملكية، بما فيه إعادة ترخيصها أو بيعها للغير.

المبحث الثاني: الالتزامات والحقوق المشتركة

سبقت الإشارة إلى الأداءات التي يستقل بها كل طرف بتنفيذها والتي تشكل حقوقا للطرف الآخر في نفس الوقت كل بحسب دوره ووظيفته في العقد، فان هناك أداءات وحقوق مشتركة يرتبها ذات العقد ويلتزم بأداءها كلا الطرفين تتحدد وفق بنود العقد المبرم بينهم، تدعيما لخاصية التعاون التي تهدف لتحقيق النقل الحقيقي للتكنولوجيا من المالك إلى طالبها.

¹-وليد عودة الهمشري، مرجع سابق، ص188.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

ونظرا للاعتبارات العديدة التي ترافق هذا النوع من العقود، سواء كانت سياسية او اقتصادية من جهة، أو كونها من العقود المركبة والتي تتسم بالتعقيد و التعدد من جهة أخرى، فإن البحث في مسألة الأداءات و الحقوق المشتركة لأطراف العلاقة التعاقدية ذات أهمية في الإطار القانوني للاستثمار التكنولوجي، من اجل الوقوف وبشكل دقيق على مجمل هذه الأداءات والحقوق المشتركة بين المستثمر وطالب الاستثمار، لانعكاس ذلك على النقل الحقيقي للتكنولوجيا المنقولة بما يتلاءم وغاية طالب الاستثمار من تحقيقه للتمكن والسيطرة التكنولوجية وفق الخطط التنموية الشاملة التي أعدها لهذا الشأن، هناك من يرى¹ أن مجمل الأداءات المتبادلة والمشاركة يمكن حصرها بالاتي:

-أداءات الجوهرية: التي تعد من مستلزمات العقد ومنها على سبيل المثال السرية والحفاظ عليها .

-أداءات الثانوية: وهي الالتزامات التي تعد من مكملات العقد ومنها على سبيل المثال تبادل التحسينات، والالتزام بقصر التعامل، ولا شك ان هذه الالتزامات تعد من الحقوق المشتركة لأطراف العلاقة القانونية، وتثير هذه الأداءات الثانوية المشتركة في الواقع الكثير من نقاط الخلاف بالنسبة لوجودها وتحديد مداها او نطاقها وعادة ما ينص عليها في عقد ملحق بالعقد الأصلي، أن لم يتم الاتفاق عليها في إطار العقد الأصلي.

لذا ومن خلال ما تقدم سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول الاداءات والحقوق الجوهرية، وفي الثاني منه الاداءات والحقوق الثانوية.

المطلب الأول: الاداءات والحقوق الجوهرية المشتركة

وهي تعد اداءات منعكسة بصورة مباشرة على التكنولوجيا المراد استغلالها واستثمارها، وتتصب على جوهر التكنولوجيا المرخص بها ذاتها، وبدونها لا يمكن تصور حدوث نقل

¹-دءاء كاظم محمد المولى، مرجع سابق، ص163.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

حقيقي للتكنولوجيا، لذا سنتطرق في هذا المطلب إلى أهم الاداءات والحقوق الجوهرية المتبادلة و المشتركة بين طرفي العقد، والتي يمكن إما بنص القانون، أو بالاتفاق فيما بينهما جازها فيما يلي:

الفرع الأول: الالتزام بالمحافظة على سرية التكنولوجيا

يشارك كل من المستثمر وطالب الاستثمار عند الإقدام على إبرام عقد الاستثمار التكنولوجي في الاحتفاظ بالتكنولوجيا بصفة سرية سواء تلك التي اطلع عليها في أثناء المفاوضات او تلك التي نقلت بعد إبرام العقد، لان انتشارها يقلل من قيمتها الاقتصادية ما يسبب خسارة لكلا الطرفين، الأمر الذي يجعلهما يلتزمان بالمحافظة على سريتها حتى ولو لم يتضمن العقد هذا الالتزام، ذلك أن هذا الالتزام تفرضه طبيعة العقد ذاته بوصفه من العقود المؤسسة على الاعتبار الشخصي، فضلا عن مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود.

ونحن إذ نتحدث عن الالتزام بالمحافظة على السرية فإنه لا بد من الحديث عن السرية ذاتها التي يحرص المتعاقدون على ضمان المحافظة عليها، والتي تظهر من خلال تحليل مضمون هذا الالتزام، وكذلك أساس المحافظة عليها وفق ما يلي:

أولاً: مضمون الالتزام بالمحافظة على السرية

السرية هي جوهر المعرفة الفنية والقيمة الفعلية لها، وتنتقص هذه القيمة أو تتلاشى إذا علم الجمهور بها، وذلك لان ذيوها واستغلالها على نطاق واسع يعرض صاحبها و طالبها إلى خسارة فادحة لا يمكن إصلاحها، وذلك لأن قيمة المعرفة الفنية تكمن في جدتها وسريتها، فالسرية -كما هو متعارف عليها- ما لا يجب إذاعته من شخص إلى آخر¹، لذا فقد حظيت بأهمية خاصة في اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (اتفاقية تريبس) حيث جاء في القسم السابع تحت عنوان حماية المعلومات السرية وضمن

¹ -نصيرة بوجمعة، مرجع سابق، ص301.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

المادة 39 منها ان المعلومات السرية هي تلك المعلومات السرية في جوهرها والتي تمتلك قيمة تجارية بسبب سريتها، بشرط ان تخضع لخطوات معقولة للحفاظ على سريتها من قبل الشخص المسيطر عليها شرعياً¹.

كما انعكست تلك الأهمية في قانون التجارة المصري الجديد ضمن المادة 83، ويضع على طالب الاستثمار بان لا يستعمل التكنولوجيا ألا في الأغراض المحددة لها، وان لا يجوز نقلها للغير، كما ان استعمالها يجب ان يتم بعد موافقة حائزها، وبالمقابل الذي يحدده ان يتم الاتفاق على ذلك، وعليه من هذا المنطلق سنهتم بصفة متلاحقة بدراسة التزام السرية كأداء مشترك من حيث مدى التزام أطراف العلاقة القانونية وتابعيهم، كيفية تنفيذ هذا الالتزام، وأخيراً دراسة معيار الكشف عن السرية بالنسبة لكل من المستثمر وطالب الاستثمار.

1- نطاق السرية

يتعين على طرفي العقد تحديد نطاق الالتزام بالمحافظة على السرية من حيث الأشخاص الذين يشملهم هذا الالتزام، ومن حيث المدة المقررة لنفاذ لنفاذ هذا الالتزام، ومن حيث المحل الذي يرد عليه.

-نطاق الالتزام بالسرية من حيث الأشخاص: يمتد الالتزام بالمحافظة على سرية التكنولوجيا ليشمل جميع المعاونين ومستخدمي طالب الاستثمار من داخل المشروع، فضلاً عن الغير كالمقاولين من الباطن الذين يحصلون على تراخيص تتعلق بالتكنولوجيا الأصلية²، على ان يعتبر التزامهم هذا من قبيل الالتزام بتحقيق نتيجة، بحيث يكفي إفشاء السرية لإثارة خطئهم ومن ثم مسؤوليتهم³.

¹-جلال وفاء محبين، الحماية القانونية للمليكة الصناعية، مرجع سابق، ص143.

²-بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص 349.

³-صالح بن بكر الطيار، مرجع سابق، ص234.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

- نطاق الالتزام بالسرية من حيث المدة: يتفق المتعاقدان غالبا على فترة بداية ونهاية سريان التزام السرية¹، وهي تختلف من عقد لآخر، إلا أنها لا تقل عن خمس سنوات²، هذا ما لم توجد توجهات قانونية لضبط تلك المدة، كما في القواعد الصينية القديمة التي أشارت صراحة إلى ضرورة عدم تجاوز التزام السرية لفترة صلاحية العقد المتضمن الالتزام، كما يمكن لتلك القواعد توجيه الأطراف لتحديد بعض النقاط الأساسية في هذا السياق كتحديد مصير ذلك الالتزام فيما لو فسخ العقد لسبب خارج عن إرادة طرفي الالتزام³.

- نطاق الالتزام من حيث المحل: من المهم بالنسبة لأطراف العقد تحديد وبدقة المعارف التي تكون محلا للالتزام بالسرية، وهي عادة ما تكون تلك المعارف الموجودة وقت إبرام العقد، إلا أنه قد ترد على هذه المعارف تحسينات لاحقة لإبرام العقد وبالتالي على الأطراف تحديد مصير هذه التحسينات فيما يخص شرط السرية⁴، وإذا ما حصل وان أعلن جزءا من محل العقد فإن الالتزام السرية سيبطل بالقدر المتعلق بذلك الجزء فقط، وكلما كانت المعلومات السرية ذات طابع ملموس كلما تمكن المستثمر من إحكام رقابته عليها⁵، وهذا ما يجعل المستثمرين يبذلون جهدهم لدعم الطابع المادي لمختلف المعلومات⁶، كأن تحدد في

¹- فمن المهم ألا يهمل الطرفان تحديد المدة التي يجب من خلالها الامتناع عن إفشاء المعرفة الفنية، وما إذا كانت هذه المدة تتطابق مع انقضاء العقد، فانه من الأحسن تحديد ما إذا كان هذا الالتزام يظل ساريا بعض الوقت لاسيما في حالة فسخ العقد قبل انقضاءه، دليل التراخيص، المعد لصالح الدول النامية المنظمة العالمية للملكية الفكرية OMPI سنة 1978 رقم 620، ص 74.

²- كمعقد رينو كانت فيه مدة الالتزام خمس سنوات من تاريخ توقيع العقد، صالح بن بكر الطيار، المرجع السابق، ص 233، وهناك من امتد إلى 10 سنوات وأكثر كالعقد الألماني الصيني، ويعود ذلك الاختلاف إلى تباين المدد الإفادة من التكنولوجيا تبعا لاختلاف التكنولوجيات محل التعاقد ذاتها، إذ يقدر بعض الخبراء بخمس سنوات بينما آخرون بثلاث فقط، وفي بعض الحالات الاستثنائية حين يتعلق الأمر بدراسة عملية معقدة تطور المدة أكثر من ذلك بكثير، دليل التراخيص، مرجع سابق، ص 84.

³- وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص 561.

⁴- عمليا يتبنى الأطراف عبارات عامة مثل "المعلومات المعينة" أو "المعلومات المنقولة" أو "المعلومات ذات الطابع السري"، إلا أنه من الأفضل تجنب مثل هذه العبارات العامة وتحديد بدقة المعارف التي تكون محلا للسرية، وهذا مفيد لطرفي العقد. سلطاني حميد، مرجع سابق، ص 250.

⁵- كأن يعين مكان وطريقة الاحتفاظ بها، أو يحد من إعداد صور عنها أو يحرم ذلك، إضافة إلى تسجيل شروط وكيفية تداولها.

⁶- دليل التراخيص، مرجع سابق، ص 83-84.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

شكل وثائق تقنية من ورق أو مخزنة في برامج الحاسوب والتي تبين بوضوح وبدون لبس ملكيتها للمستثمر، ومن المهم أيضا أن تكون هذه الوثائق مؤرخة¹.

2-مراحل الالتزام بالسرية:

يثار نطاق السرية في عقد الاستثمار التكنولوجي من خلال مرحلتين، هما مرحلة ما قبل التعاقد، ومرحلة إبرام العقد.

-**مرحلة المفاوضات:** وهي مرحلة سابقة على إبرام العقد بموجبها يحصل طالب الاستثمار على بعض الأسرار المتعلقة بالتكنولوجيا محل العقد، من خلال المعلومات التي يطلع عليها بهدف الموازنة بين حاجاته الفنية والاقتصادية، وفي هذه المرحلة لا يوجد عقد التزام طالب الاستثمار في عدم إفشاء ما اطلع عليه من معلومات، وإنما يبقى التزامه هذا التزاما أخلاقيا أساسه الإخلال بعلاقة الثقة²، والتي في الأصل تخضع للقواعد العامة، لذلك ومن أجل تفادي هذا الموقف يحرص حائز التكنولوجيا غالبا على إحاطة نفسه بالعديد من الضمانات للحفاظ على السرية، كما سيق وذكرناها في الباب الأول عندما ناقشنا مرحلة المفاوضات في تكوين العقد.

-**مرحلة إبرام العقد:** ويتم في هذه المرحلة تحديد طبيعة التزام كل من الطرفين بموجب العقد تحديد واضح ودقيق مع بيان الالتزامات التي يستقل بها كل طرف، والالتزامات المشتركة، والتي تعد السرية جوهر هذه الالتزامات الأخيرة³، ويترتب على مخالفة هذا الالتزام

¹ -Deleuze. J.M, op cit, p126, paragraphe3 .

² -يوسف الاكيابي، مرجع سابق، ص223، محسن شفيق، مرجع سابق، ص87.

³ -تجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري قرر مسؤولية طرفي العقد في حالة إفشاء السرية أيا كانت المرحلة التي تم فيها الإفشاء سواء في مرحلة التفاوض أو في مرحلة إبرام العقد وتنفيذه، وذلك حسب ما جاء في نص المادة 83 منه، ضرغام محمود كاظم، مرجع سابق، ص184.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

التعرض للجزاءات المنصوص عليها وفقا لأحكام المسؤولية العقدية، ومن تلك الجزاءات فسخ العقد، وإلزام المخالف بالتعويض¹.

وإذا كان ما سبق تفصيله من التزام بالسرية ينطبق على طالب الاستثمار، فهو لا يقل أهمية عن تلك المعلومات التي يكشف عنها طالب الاستثمار للمستثمر بما يكون قد أبرمه من اتفاقات سابقة تؤثر في اتفاق نقل التكنولوجيا التي تجرى المفاوضات بشأنه، وإطلاعه على المعلومات المتاحة له والخاصة بالظروف الفنية في دولته، وخططها في التنمية، وتشريعاتها ذات الصلة بنقل التكنولوجيا، وهذا ما أوضحتها مدونة السلوك الدولية بإشارتها إلى المبدأ الأخلاقي العام: "التزام المستورد بتزويد المورد بالمعلومات المتاحة له والخاصة بالظروف الفنية في دولته وأهدافها في التنمية وتشريعاتها ذات الصلة بنقل التكنولوجيا وذلك بالقدر اللازم لتمكين المورد من تنفيذ التزاماته"²، وعليه فإننا نعتبر هذا الالتزام هو التزام متقابل يقع على عاتق المورد و الطالب، ومن ثم يتوجب على كل منهما أن يحاط بذات الضمانات المقترحة لحائز التكنولوجيا السالف ذكرها في الباب الأول، كي يضمن سلامة الحفاظ على سرية المعلومات التي اطلع المستثمر عليها³.

¹ - والجزاء هنا اشد نظرا لأن التكنولوجيا قد انتقلت إلى طالب الاستثمار بجميع عناصرها، محسن شفيق، مرجع سابق ص 85-86.

² - محسن شفيق، المرجع السابق، ص 87.

³ - ولم يتردد المشرع المصري مطلقا في تقرير هذا الالتزام التبادلي على عاتق طرفي عقد الاستثمار التكنولوجي باعتبار ان هذا الالتزام هو من مقومات العقد بصفة عامة، فقد جاء في المادة 83 منه: "1- يلتزم المستورد بالمحافظة على سرية التكنولوجيا التي يحصل عليها وعلى سرية التحسينات التي يدخلها عليها، ويسأل عن التعويض الضرر الذي نشأ من إفشاء هذه السرية سواء وقع ذلك في مرحلة التفاوض على إبرام العقد او بعد ذلك، 2- وكذلك يلتزم المورد بالمحافظة على سرية التحسينات التي يدخلها المستورد وينقلها إليه بموجب شرط العقد، ويسأل المورد عن تعويض الضرر الذي ينشأ عن إفشاء هذه السرية.

3- معيار السرية

تبين أن السرية والحفاظ عليها يعدان أهم الالتزامات الجوهرية التي تنطأ بأطراف العلاقة العقدية، ويتعرض من يفشي المعلومات الخاصة بالتقنية إلى المسؤولية، بيد أنه ومن المتعارف عليه أن مرحلة التفاوض تؤدي بالضرورة إلى اطلاع بعضهم البعض على بعض الأسرار والمعلومات المتعلقة بتلك المعرفة، وهذا ما يؤدي إلى نقلها للغير، من هنا تثار مسألة تحديد معيار كشف السرية للمعلومات الخاصة بالتكنولوجيا؟ وما مفهوم كشف السرية ذاته؟

إن مفهوم السرية ذاته وبحسب رأي الفقهاء ينحصر بالاتي: "علم الغير بالمعرفة الفنية بأي وسيلة كانت سواء عن طريق الوصف أو النشر في احد المجالات أو المؤلفات"¹، ونظرا لضيق هذا التصور فقد استعان الفقه باتجاه القضاء في تحديد مقدار أو درجة كشف السرية إذ يذهب العميد روبيه roubier إلى أن النشر الذي يفقد المعرفة جدتها هو ذلك الذي يكون كافيا لتنفيذها"²، وبهذه الصورة يكون القضاء قد وضع معيارا موضوعيا عاما يتمثل في درجة الكفاية لفقد هذه المعرفة بجدتها، بحيث تكون هذه الدرجة ذات اثر في الوقوف على أسرار المعرفة التكنولوجية من حيث تنفيذها من رجل الحرفة، وبهذا الاتجاه سارت محكمة النقض الفرنسية، ففي حكم لها قضت بأن النشر (الإفشاء) يعد متحققا في حالة توزيع النشرات على العملاء، تشرح مضمون المعرفة، بحيث يكفي مجرد إلقاء نظرة عليها من قبل رجل الحرفة لمعرفة طريقة وموضوع الصنع³.

والى جانب المعيار الموضوعي الذي اخذ به القضاء هناك معيار آخر لدرجة الحفاظ على السرية، استخلص من مجموعة أحكام القضاء الدولي، والذي ركز في تقديره لطابع

¹-نداء كاظم محمد المولى، مرجع سابق، ص189.

²-وليد عودة الهمشري، مرجع سابق، ص214.

³-جلال احمد خليل، النظام القانوني لحماية الاختراعات ونقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، مطبعة جامعة الكويت، ط1 1983، ص96.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

السرية على مراعاة أهمية المعرفة الفنية، من جهة تقديمها حلاً لمشكلة صناعية أو مقدرتها على مواصلة الإنتاج بأقل كلفة، مع الأخذ بعين الاعتبار الجهد الذي يبذل والأموال التي تنفق في سبيل الوصول إليها¹، وفي جميع الأحوال يتعين على المحكمة مراعاة الأهمية الاقتصادية للمعلومات وهي التي تقدر الطابع السري للتكنولوجيا².

يلاحظ من ذلك أن هناك معيارين لنطاق السرية، الأول عام يستند إلى درجة الكفاية لفقد المعرفة أصالتها وجدتها، والثاني معيار الأهمية الاقتصادية للمعرفة والعوامل التي أسهمت في التوصل إليها من جهد ومال ينفق في سبيل الوصول إليها³، ومن جانبنا نؤيد ما ذهب إليه الاتجاه أو المعيار الأول باعتباره الاتجاه الأكثر منطقية وواقعية من المعيار الثاني الذي يستند على الأهمية الاقتصادية وذلك لأنه يتسم بالتوسع وعدم الموضوعية في بعض الأحيان، مما يصعب إثبات إخلال طالب الاستثمار بالتزام المحافظة على السرية.

ثانياً: أساس الالتزام بالمحافظة على السرية

مما لا شك فيه أن أساس الالتزام بالمحافظة على السرية مستمد من طبيعة المعرفة الفنية ذاتها، إضافة إلى الشروط التعاقدية ذاتها، كيف ذلك؟

أ- بالنسبة لطبيعة المعرفة الفنية:

فهي طبيعة ذات سمة تتميز بها إذا ما بقيت سرا، وتحدد قيمتها مع هذه السرية أو دونها، وبذلك يكون استمرار سرية المعرفة الفنية استمراراً للحصول على ما يقابلها، ويشترك

¹- ضرغام محمود كاظم، مرجع سابق، ص 186.

²- محسن شفيق، مرجع سابق، ص 85.

³- نداء كاظم محمد المولى، مرجع سابق، ص 189.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

المستثمر والطالب لهذا الاستثمار في معرفة هذه السرية إذا وردت محلاً لعقد بينهما، وهذا يعني أنهما يشتركان في المصلحة¹.

ب- بالنسبة للشروط التعاقدية:

تعتبر أساساً لالتزام كل طرف فيما تعهد بالالتزام به، فطالب الاستثمار يضمن المحافظة على سرية المعلومات المتحصل عليها شأنه في ذلك شأن المستثمر، وترد هذه الشروط في العقود بصفة عامة، وتكون مبنية على التراضي، وتستمد قوتها من القوة الملزمة للعقد².

الفرع الثاني: الالتزام بتحمل المخاطر (التبعة) الناتجة عن استغلال وتطبيق التكنولوجيا

كثيراً ما ينشأ عن استثمار التكنولوجيا أضراراً سواء أثناء استغلالها أو أثناء تركيب المصنع وتشغيله، أو نتيجة استعمال السلع المنتجة، وتتجاوز هذه الأضرار في معظم الأحيان طرفي العقد لتلحق بالغير أو المستهلك، كالضرر الناتج عن عيوب الإنتاج، أو عن تصميم الأجهزة والآلات، الأمر الذي يضع طرفي العقد أمام التزام آخر أو يعطي حق لطرفي العقد يتمثل في حق استبعاد المخاطر التي قد تطرأ أو تؤثر بشكل مباشر أو غير مباشر على تنفيذ عقد الاستثمار التكنولوجي أو على محل هذا العقد³.

الأمر الذي يوجب البحث عن مضمون هذا الالتزام وأساسه القانوني كما تعودنا في الالتزامات السابقة له.

¹-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص205.

²-منى داود محمد داود، مرجع سابق، ص231.

³-عبد الرؤوف جابر، مرجع سابق، ص104، محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص226.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

أولاً: مضمون الالتزام بتحمل المخاطر

يشمل نطاق هذا الالتزام المخاطر التي تصاحب عمليات نقل التكنولوجيا واليات درءها، والجهة المسؤولة عن تحمل تلك المخاطر إذا ما ألحقت ضرراً بالبيئة أو الإنسان أو الأموال، فرغم المزايا التي تحققها عقود الاستثمار التكنولوجي في بناء الحضارة الإنسانية الحديثة، وما صاحبه من تحولات في مجال الإنتاج، وانعكاس ذلك على تغيير المجتمعات التقليدية في الدول الصناعية إلى مجتمعات تكنولوجية فاعلة¹، إلا أن تطبيق التكنولوجيا محل العقد أو السلعة المنتجة بواسطتها يؤدي بل يفرز أحياناً أخطاراً متنوعة ومتباينة تبعاً لاختلاف صور هذا العقد، غير أنه ومع ذلك يمكن تصنيف هذه المخاطر إلى صنفين²:

الصنف الأول: المخاطر العامة الشاملة التي لا تقتصر آثارها على مدى معين، أو فئة محددة من المستخدمين، مثل ذلك ما ترتب عن التسرب الإشعاعي في مفاعل فوكوشيما النووي باليابان عام 2011³، وانفجار المفاعل الذرية بمدينة تشيرنوبل بجمهورية أوكرانيا عام 1986.

الصنف الثاني: المخاطر الناتجة من عيوب في الإنتاج، وتتسبب هذه المخاطر إنشاء استعمال التكنولوجيا من المستخدمين منها أو استخدامها للأغراض المخصصة لها، مثل ذلك حادث السيارة الذي أدى إلى الوفاة بسبب خلل في تصنيع الفرامل، والماس الكهربائي الذي أصيب به مالك جهاز التلفزيون عندما حاول إيصال الهوائي⁴، وغيرها من الأمثلة التي قد تلحق ضرراً بالإنسان أو بالبيئة جراء استعمال التكنولوجيا المتطورة.

¹ -وليد عودة الهمشري، المرجع السابق، ص 237.

² -نداء كاظم محمد المولى، مرجع سابق، ص 182.

³ -بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص 360.

⁴ -محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 226.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

وفي حدود ما تقدم يتأكد لنا أن التكنولوجيا تسبب أضرارا سواء أثناء استغلالها، أو أثناء تركيب المصنع وتشغيله، أو نتيجة استعمال السلعة المنتجة، الأمر الذي يعني تجاوز هذه الأضرار في معظم الأحيان أطراف العقد ومستخدميهم لتشمل الغير، وهذا يتطلب البحث عن الضمانات التي تكفل للغير خاصة للمستهلكين والسلع المنتجة درء هذه المخاطر الأضرار التي قد تلحقهم.

وهذا القول يثير تساؤلا حول الطرف الذي يتحمل تبعة هذه الأضرار التي تسببت بها التكنولوجيا المنقولة؟ هل هو المستثمر، أم طالب الاستثمار، أم الدولة التي سمحت بإدخال واستيراد هذه التكنولوجيا؟.

تنطلق الإجابة على هذا التساؤل من المنطق القانوني، والمبادئ التي تحتم على المستثمر ضمان نتائج التكنولوجيا المتوصل إليها على نحو يوفر الأمان للمستهلكين عند استخدام السلع المنتجة بواسطة تلك التكنولوجيا، لأن هذه النتائج هي من دفعت بطالب الاستثمار الإقدام على هكذا عقد ويقوم بنقلها إلى موطنه¹، ولما كان هذا الأخير هو الصانع في مواجهة المستهلك، وهو الذي يقف في مواجهة الملاحقات القضائية في بلده، ويتحمل التضمينات المادية تعويضا للمتضررين²، ومن هنا فإنه يقع على عاتق كل من المستثمر وطالب الاستثمار التزام توقي تلك المخاطر، ويتجسد ذلك عموما من خلال ضمان المحصلة النهائية للمعرفة التكنولوجية المنقولة عند الاستخدام والاستعمال والاستفادة، كما يقع عليهما ولنفس السبب بيان طريقة الاستعمال الصحيحة للتقنية، على أن يكون ذلك البيان منسجما من حيث الفحوى والمضمون مع حسن النية، وعدم إلحاق الضرر بالغير³.

¹-وليد عودة الهمشري، مرجع سابق، ص238.

²-محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص226.

³-نداء كاظم محمد المولى، مرجع سابق، ص183.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

وتأسيسا على ذلك فإن التزام الأمان مقرر أصلا لمصلحة المستهلك الذي يعود بما يلحقه من أضرار على البائع والصانع¹، إلا أنه في مجال عقود الإستثمار التكنولوجي يعد من الالتزامات المشتركة التي تقع على عاتق كل من طرفيه، وفي الوقت الذي ينظر إلى هذا الالتزام كونه من الالتزامات المشتركة بين أطراف العلاقة العقدية، فإنه يختلف من حيث المضمون والفحوى بالنسبة لكل منهما، فإذا نظرنا إلى مضمون الالتزام المذكور بالنسبة للمستثمر، فإن على هذا الأخير يتوجب عليه القيام بجميع التجارب والدراسات اللازمة لضمان النتيجة النهائية الأمانة لاستعمال التكنولوجيا المتعاقد عليها، وكذلك قيامه بإطلاع طالب الإستثمار خلال مرحلة المفاوضات التي تسبق إبرام العقد، أو مرحلة تنفيذ العقد عن الأخطار التي قد تنشأ عن استخدام التكنولوجيا، خاصة ما يتعلق منها بالبيئة أو الصحة العامة أو سلامة الأرواح أو الأموال، وعليه أن يطلع على ما يعلمه من وسائل لاتقاء هذه الأخطار، في حين أن مضمون هذا الالتزام بالنسبة لطالب الإستثمار يتمثل في استيعابه لجميع مقومات التكنولوجيا المنقولة، ولا يقتصر دوره كمستلم أو مستعمل لها فقط، بل عليه أن يلم بمختلف العوامل التي تجعل استعمال تلك التكنولوجيا آمنة من جميع النواحي².

ويضاف إلى هذا الالتزام التزام آخر هو الالتزام بضمان السلامة³، وإن كان قد يتراءى للوهلة الأولى بأنه يتداخل مع الالتزام بالأمان الذي يضمن نتيجة التكنولوجيا التي تم التعاقد عليها بين المستثمر وطالب الإستثمار، في حين نجد أن التزام السلامة يقصد به مجموعة العوامل التي تقع على عاتق كل طرفي العقد من خلال إعلام وتنبيه المنتفع بالتكنولوجيا

¹- وفكرة الالتزام بالأمان قديمة اقراها القانون البريتوري في الدولة الرومانية، ولم يكن يقبل الدفع بعدم مسؤولية الصانع الذي يصنع الأشياء الفنية، وإن كان ذاع صيته في الوقت الراهن فمرده إلى كثرة حجم التصنيع والأشياء الفنية، محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 226.

²- وليد عودة الهمشري، مرجع سابق، ص 239-240.

³- انشأ الالتزام بضمان السلامة الفقه والقضاء الفرنسي نتيجة التطور في مجال المسؤولية التقصيرية، وهكذا انتهى هذا القضاء إلى الاستقرار بترسيخ قاعدة موضوعية مقتضاها إلزام المنتج والبائع والمحترف بتعويض الضرر الناتج عن عيوب المنتجات بغض النظر عن علمه أو عدم علمه بوجود هذا العيب، ضرغام محمود كاظم، مرجع سابق، ص 196.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

بوسائل تقيه المخاطر التي يمكن أن تسببها التكنولوجيا المنقولة من جراء الاستعمال الخاطئ، أو الجهل بطريقة الاستعمال، وذلك من خلال عدة وسائل أو طرق تسلك من قبل الأطراف لتنفيذ هذا الالتزام تجاه المنتفع بالتكنولوجيا، وقد اثبت القضاء هذه الوسائل بصيغ مختلفة يمكن إجمالها بالاتي¹:

-بيان طريقة الاستعمال بصورة واضحة لافتة للانتباه، لا يشوبها الغموض أو عدم الاستيعاب.

-أن يكون التنبيه أو الإخبار مفهوما، فإذا كان استعمال التكنولوجيا يتعدى بلد كل من المستثمر وطالب الاستثمار فإنه يجب أن يذكر التنبيه أو الإخبار بعدة لغات أساسية إلى جانب لغة بلدين طرفي العقد، ولغة البلد الذي يستعمل فيه تلك التكنولوجيا، وعليه لا يجوز استعمال لغة واحدة لا تكون مستوعبة أو لا يسهل استيعابها.

-بيان تاريخ الصلاحية، وذلك لأن بعض المواد تشكل خطرا إذا ما تجاوزت مدة زمنية معينة، كتكنولوجيا الخاصة في صناعة الأدوية.

-استعمال كل الاحتياطات المادية من تعبئة وتغليف واختيار مناسب للعبوات التي لا تتفاعل مع المواد وتشكل خطرا.

-أن يكون التنبيه ظاهرا ملتصقا بالتكنولوجيا ذاتها غير مفصول عنها.

وترتبيا على ما سبق فإن طائفة تلك الوسائل التي تقود إلى الإعلام والإخبار، يركز هدفها على توفير السلامة من مخاطر استخدام التكنولوجيا، وعلى الأطراف المتعاقدة بذل العناية اللازمة قانونا في تهيئة الوسائل المطلوبة للإخبار والإعلام، وكل إخلال بهذا الالتزام يؤدي إلى قيام المسؤولية المدنية للمخل، بيد انه يجب التنويه إلى أن تقدير مدى كفاية ما بذله كل من المستثمر وطالب الاستثمار من عناية في التنبيه إلى كيفية استعمال

¹-نداء كاظم محمد المولى، مرجع سابق، ص188.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

التكنولوجيا، من أجل تحقيق السلامة ولا شك في أن هذه الوسائل تختلف من تكنولوجيا إلى أخرى¹.

نستنتج مما تقدم أن التزام السلامة من قبل الأطراف هو إحدى الوسائل الهامة التي يتطلبها التزام الأمان المقرر أصلاً لمصلحة المستهلك، والذي استقر في وقتنا هذا نتيجة لكثافة حجم التصنيع والأشياء الفنية المصنعة، بالإضافة إلى فشل الكثير من التكنولوجيا في الوصول إلى تحقيق نتائجها، أو تحقيق نتيجة غير التي توقعها أطراف العقد على نحو غير آمن في السلع التي توصلت إليها².

وما تجدر الإشارة به في الواقع العملي أنه يرغب كل طرف متعاقد بتحميل الآخر مسؤولية مثل هذه الأضرار، ومن هنا تبرز أهمية تحديد العقد لمن يتحمل التبعة، وتحديد مدى هذا الالتزام وصوره وأشكاله بما يؤمن للعقد المبرم بين طرفي عقد الاستثمار التكنولوجي التوازن الاقتصادي والقانوني³.

وفي ذلك أحسن المشرع المصري صنعا عندما جعل كل من المستثمر وطالب الاستثمار مسئولا عن الأضرار الناشئة عن استخدام التكنولوجيا، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 85 من قانون التجارة الجديد-السالف الذكر- على أنه: "يسأل كل من المورد والمستورد بغير تضامن بينهما عما يلحق بالأشخاص والأموال من ضرر ناشئ عن استخدام التكنولوجيا، أو عن السلعة الناتجة عن تطبيقها"، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون التجاري المصري أن كلا من المورد والمستورد مسئولا، بغير تضامن بينهما عما يلحق

¹-نداء كاظم محمد المولى، مرجع سابق، ص188.

²-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص227.

³-محسن شفيق، مرجع سابق، ص92.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

بالأشخاص أو الأموال من أضرار ناشئة عن استخدام التكنولوجيا أو عن السلع الناتجة عن تطبيقها¹.

ونلاحظ في ذلك أن المشرع المصري نظم مسؤولية المستثمر وطالب الاستثمار، وجعل هذه المسؤولية تبادلية بغير تضامن في تعويض الضرر الناشئ عن استعمال هذه التكنولوجيا، ومعنى ذلك أن المضرور لا يستطيع الرجوع إلى المستثمر وطالب الاستثمار بكل التعويض، بل يرجع على كل طرف بقدر حصته التي يحكم بها عليه، ومن هنا أصبح هذا الالتزام قانوني يلتزم به كل من الطرفين حتى لو لم ينص العقد على ذلك²، مما يستوجب قيام المسؤولية التقصيرية بصورها الثلاث، المسؤولية عن الأعمال الشخصية (م124-133 ق.م)، والمسؤولية عن عمل الغير (م134-137)، والمسؤولية عن الأشياء (م138-140 مكرر1)، بالإضافة لأحكام تشريعات التأمينات والعمل إذا كانت الأضرار قد أصابت العمال، كما يمكن تنظيم هذا الالتزام بموجب العقد تحت مسمى الالتزام "بتحمل التبعة"³، وتكون المسؤولية عندئذ عقدية للإخلال بالالتزام عقدي.

ورغم ذلك فإن النص لم يمنع اتفاق طرفي العقد على تحمل مسؤولية الأضرار الناجمة عن استخدام التكنولوجيا بالتضامن بينهما، وفي تلك الحالة يجوز للمضرور الرجوع على أي من الطرفين بكامل التعويض، وللطرف الذي يدفع التعويض الكامل الحق بالرجوع على الطرف الآخر في حدود الحصة في التعويض وفقا لما تم الاتفاق عليه⁴.

ونحن نتفق مع موقف المشرع المصري بالنص الصريح على مسؤولية كل من المستثمر وطالب الاستثمار غير التضامنية عن الأضرار التي تصيب الغير والناجمة عن

¹-وليد عودة الهمشري، مرجع سابق، ص241.

²-بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص362.

³-إبراهيم المنجي، عقد نقل التكنولوجيا، التنظيم القانوني لعقد نقل التكنولوجيا، التجارة الالكترونية، ط.1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص207.

⁴-بشار قيس محمد، مرجع نفسه، ص363.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

استثمار التكنولوجيا، أو التحسينات المضافة عليها، أو استعمال السلع والمنتجات الناتجة عن تطبيقها، وفي ظل غياب النص في القانون الجزائري المشابه للقانون المصري فلا بد من الرجوع إلى القواعد العامة للمسؤولية العقدية والتقصيرية لتحديد المسؤول عن الأضرار التي تلحق بالغير وتحديد التعويض عنها، وإن كنا نتمنى على المشرع الجزائري أن ينظم أحكام هذا العقد بما فيه تحديد هذا الالتزام، خاصة في هذا الوقت الذي أصبح فيه التعاقد على استثمار المعارف التكنولوجية احدي سمات الاقتصاد الجزائري وخططه التنموية.

ثانيا: الأساس القانوني لالتزام تحمل التبعة

نقصد بالأساس السبب القانوني الذي يبرر قيام المسؤولية مشتركة لطرفي العقد اتجاه الغير الذي يكون قد تعرض لأضرار مادية او معنوية جراء استعمال التكنولوجيا المنقولة، أو ما أنتجته تلك التكنولوجيا بصورة مخالفة تستوجب التعويض، ذلك تماشيا مع التوجه الجديد الذي يرحح حماية حق الضحية في التعويض على حماية المسؤول، وارتكاز نظرية تحمل التبعة على إثبات الضرر الذي يعتبر من أسهل المسائل إثباتا.

ولكن بالرغم من اتفاق الفقهاء على جوهر الالتزام بتحمل تبعة الضرر الناشئ عن استخدام التكنولوجيا، وبالرجوع إلى أحكام القواعد العامة نجد أن هناك اختلاف حول الأساس الذي تقوم عليه نظرية تحمل التبعة ذاتها، إذ تقوم على اتجاهين في التفكير اتجاه ينظر إلى المسؤولية نظرة اقتصادية ويرى أن الشخص الذي يمارس نشاطا وينتفع منه يجب عليه بالمقابل انه يتحمل عبء الضرر الناتج عنه وتلك هي نظرية تحمل التبعة المقابلة للربح. وهناك من الفقه من يطلق عليها تسمية الصورة المقيدة لنظرية تحمل التبعة، و اتجاه آخر ينظر إلى المسؤولية نظرة اجتماعية ويرى أن الضرر يرتبط بالنشاط ومخاطره وتلك هي نظرية الخطر المستحدث وتسمى كذلك بالصورة العامة أو المطلقة لنظرية تحمل التبعة¹.

¹-قجالي مراد، نظام التعويض عن انتهاك الحق في السلامة الجسدية ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2015، ص21.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

1- نظرية تحمل التبعة المقابلة للربح:

مفاد هذه النظرية أن يسأل صاحب الشيء عن النتائج الضارة التي تنجم عن استعماله، مقابل النفع الذي يجنيه من استغلاله، وعليه يجب على أي شخص يمارس نشاطا مربحا ويتسبب هذا النشاط في ضرر حتى بدون خطأ أن يتحمل مسؤولية ما أحدثه نشاطه كصورة من صور تحمل التبعة¹، وهو ما يعرف أيضا تحت مسمى قاعدة "الغرم بالغنم" فيكفي فقط أن تغتتم من نشاط حتى ولو لم تكن مخطئا فتلتزم بالتعويض مادام انك تربح فتتحمل التبعة بالرغم من اتخاذ كل الاحتياطات المطلوبة، وأول تجسيد لهذا المبدأ كان في القضاء الفرنسي في الحادثة المعروفة بحادثة تيفال سنة 1792 فبالرغم انه لم يكن منصوص عليها إلا أن القضاء رجع إلى المادة 1382 الخاصة بالانحراف في السلوك وقال: رب المصنع ملزم بتعويض حوادث العمل بغض النظر عن إثبات الخطأ لأنه يغتتم من نشاطه، وارتبطت بحوادث العمل في البداية ثم بدأت تتطور لتشمل كافة الميادين المهنية فيما بعد²، كما اعتمد فيدل على حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية *comes* (C.E.21.Juin,1895) فيما يتعلق بإصابات العمال في المصانع أو المساهمين في أداء خدمات عامة ترتبط بجهة الإدارة، حيث يرى أن جهة العمل (الإدارة) تتحمل نتائج هذه الأضرار على أساس أن المخاطر الناشئة عن ممارسة نشاط ما، يجب أن يتحملها من يجني ثمار ذلك النشاط وفوائده³.

وفي هذا الصدد يقول الفقيه Esmein في تعليقه على حكم محكمة النقص الفرنسية الصادر في 1898 "... إن أي شخص يستخدم من الوسائل ما يمكن أن ينشأ عنها خطر وذلك لغرض الوصول إلى هدف ما، سواء كان ذلك بنفسه أو عن طريق الآخرين، فعليه أن يتحمل عبء المسؤولية الناشئة عن الأضرار التي يتسبب في وقوعها، وذلك في مقابل الفوائد التي يجنيها من المشروع الذي يعمل لحسابه، سواء كانت هذه الفوائد زهيدة أم كبيرة،

¹ -براج يمينية، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، المجلد السابع، العدد 02، نوفمبر 2021، ص 203.

² -قادة شهيدة، محاضرات في مقياس المسؤولية المدنية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015/2016، ص 22.

³ -عاشور سليمان شوابل، مسؤولية الإدارة دون خطأ والتطورات الحديثة في القضاء الفرنسي، مجلة آفاق الاقتصادية، جامعة بنغازي، مجلد 5، الباب 9، 2019، ص 5.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

كما يقع عليه عبء إصلاح الأضرار التي تصيب العاملين لديه، ولو لم يكن ثمة خطأ ينسب إليه، ولو أنه اتخذ الاحتياطات اللازمة لمنع وقوع الضرر إلا إذا كان الضرر ناشئاً بفعل المصاب أو الغير..¹.

وعليه فإن نظرية تحمل التبعة مقابل الربح بهذا المعنى تقوم على أساسين هامين:

-الأساس الأول لقيام المسؤولية هو الضرر، أي عند وقوع ضرر من الشيء غير الحي وتتوفر العلاقة السببية بين الضرر الحاصل وهذا الشيء، فإن مسؤولية حارس هذا الشيء تكون متحققة بغض النظر أن كان سلوكه خاطئاً أم غير خاطئ، لأن الخطأ ليس ركناً من أركان هذه المسؤولية.

-الأساس الثاني أن المسئول طبقاً لنظرية المخاطر هو من يستفيد من الشيء غير الحي، فمن يحصل على مغنم الشيء يتحمل مغارمه، ومن هنا كان من الطبيعي أن يتحمل المتصرف في الآلة الميكانيكية مسؤولية تعويض الضرر الذي يحدثه للغير، والذي يقضي بإلزام صاحب العمل بالتعويض عن الأضرار التي تصيب عماله دون خطأ جسيم منهم².
ولقد وجهت لهذا التوجه عدة انتقادات تذكر منها:

- إن مسؤولية الحارس، تقوم على الحراسة وفق المادة 138 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري، والتي تنص على " كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة يعتبر مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء "، في حين نظرية تحمل التبعة المقابلة للربح تقيم المسؤولية على المنفعة الاقتصادية لا على الحراسة.

¹-عمر بن الزويبر، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2016/2017، ص350.

²-عمر بن الزويبر، المرجع سابق، ص351.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

-يعاب كذلك على هذه النظرية أنها تقتل في الإنسان روح المبادرة، فطالما يسأل الفرد عن الأضرار التي تتسبب فيها أشياءه دون النظر إلى سلوكه فإن الأمر سيدفعه إلى أحد الأمرين:

- إما أن يقوم بتأمين كل ما يملك

-إما أن يمتنع عن كل نشاط وبذلك تقتل في الإنسان روح المبادرة الفردية وتنشط الهمة لإقامة مشروعات نافعة مما يترتب عن الجمود وعدم التطور¹.

-ليس كل نشاط يعود على صاحبه بالغنم، بل هناك نشاطات قد تعود على صاحبها بالخسارة.

إن هذه النظرية تتناقض مع حالة إعفاء الحارس من مسؤوليته إذا اثبت الدور السلبي للشيء.

ونظرا لهذه الانتقادات التي وجهة النظرية تحمل التبعة المقابلة للربح، فقد تحول أنصارها إلى المرحلة الثانية هي نظرية الخطر الذي تم إنشاؤه أو ما يعرف بالخطر المستحدث.

2- نظرية الخطر المستحدث

بمقتضى هذه النظرية فإن كل ما استحدث خطرا سبب ضررا للغير نتيجة لاستعماله أشياء معينة، يلزم بالتعويض الضرر الذي يصيب الغير، فمن ينشئ بفعله في المجتمع مخاطر مستحدثة يتعين عليه تحمل تبعاتها دون اشتراط وقوع خطأ منه بغض النظر عن طبيعة المنفعة التي يجنيها من الشيء، سواء اقتصادية أو معنوية، ودون حاجة إلى السعي نحو إثباتها أو التحقق من وجودها²، وهو ما يعرف أيضا تحت مسمى نظرية الخطر الموجود أو المحدث، وهنا توسعت النظرية وأصبحت المسؤولية نتيجة حتمية للنشاط الإنساني بصفة عامة، حيث يرى الفقيه Savetier أن المسؤولية القائمة على فكرة الخطر

¹-علي فيلالي، الالتزامات (الفعل المستحق للتعويض)، دار الهومة، ط3، الجزائر، 2014، ص221.

²-عمر بن الزبير، مرجع سابق، ص356.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

تتمثل في الالتزام بتعويض الضرر الناشئ عن نشاط يخدم مصلحة المتسبب فيه، والمصلحة هنا مصلحة مالية قد تكون مصلحة معنوية¹.

ونظرية الخطر المستحدث بهذه الصورة تقوم على أساسين هما:

-ان الضرر هو الأساس في تحقيق المسؤولية الناشئة عن الأشياء، فإذا أوقع المرمء باستعماله الشيء ضررا بالغير، كان عليه أن يتحمل تبعه ذلك، ولا يشترط أن يكون سلوكه كما لا يطلب من المضرور إثبات خطئه، ومن جانب آخر لا يمكن للحارس أن ينفي المسؤولية عنه بإثبات انه لم يخطئ.

-يعتبر مسئولا طبقا لهذه النظرية كل من يستعمل الشيء، ويهيئ له الفرصة لإيقاع الضرر بالغير، ومن هنا أمكن اعتبار مالك الشيء مستأجره مسئولين طبقا لهذه النظرية، كما يكون مسئولا كذلك عديم التمييز، لأنه يستطيع إنشاء مخاطر قد تحدث ضررا بالغير².

ولم تسلم نظرية الخطر المستحدث من النقد، وتعرضت للعديد من الانتقادات:

-معظم النشاطات إن لم تكن كلها تتطوي على مخاطر تسبب للغير أضرارا مباشرة أو غير مباشرة مما سيؤدي الأخذ بهذا الاتجاه إلى عزوف الناس عن القيام بأي نشاط خوفا من المساءلة.

- إن الضرر ليس له سبب واحد، وإنما هو نتيجة اجتماع عدة أسباب قد تقل وقد تكثر، فالمضرور نفسه على الأقل لو لم يكن موجودا لما وقع الضرر، وهذا الأمر لا يستقيم مع العدالة فإن يتم اختيار نشاط الفاعل من بين جميع الأسباب لربطه بالمسؤولية.

- إن استحداث المخاطر كان نتيجة تلبية لمطالب اجتماعية مما يضيف عليه طابع اجتماعيات الخطر وحدة العبء، وتبقى الجماعة التي تستفيد من هذا النشاط في منأى عن ذلك³.

¹-برايح بن يمينه، مرجع سابق، ص204-205.

²عمر بن الزبير، المرجع السابق، ص350.

³-قادة شهيدة، مرجع سابق، ص22.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

بالرغم من الانتقادات التي وجهت إلى نظرية المخاطر إلا أنها تعتبر أكثر توافقاً مع انتشار المخاطر التي ترافق التكنولوجيا التي تهدد البيئة والإنسان على حد سواء الأمر الذي يوجب التعويض سواء كان هذا الشخص مالك التكنولوجيا أو المستأجر أو المستعير أو حتى لو كان عديم التمييز وأنشأ مخاطر أحدثت ضرراً بالغير، وتستقيم فكرة الخطر المستحدث بالنسبة للمسؤولية عن فعل الأشياء الخطرة، كالضرر الناتج عن عيوب الإنتاج، أو تصميم الأجهزة أو الآلات.

الالتزام بالتبصير¹

يعتبر الالتزام بالتبصير من أهم الحقوق التي يجب ضمانها كل طرف للآخر كحماية خاصة له، ذلك أن الغاية من هذا الالتزام تبصير الطرف الآخر بما قد يعزز أو يؤثر على إنشاء العقد، لاسيما أن أحد الأطراف وهو طالب الاستثمار يقدم على إبرمه وهو ليس على قدم المساواة مع الطرف الآخر، هذا الأمر استدعى تدخل العديد من التشريعات لإنشاء التزام عام على عاتق كل طرف والذي يجد مجاله الطبيعي في المرحلة السابقة على نشوء العقد وهي مرحلة ميلاد الرضا وتصحيحه، وأقرت ما يسمى بالالتزام بالتبصير.

ودراسة الالتزام بالتبصير تستدعي منا التطرق إلى تحديد مضمونه مما يساعدنا على رسم حدود نطاقه ومجاله، ثم نستعرض الأساس القانوني الذي يستند إليه.

¹ -لقد تعددت تسمية الالتزام بالتبصير من الناحية الفقهية بعدة تسميات، حيث انقسم الفقه في تسميته إلى ثلاث اتجاهات، فمنهم من أطلق عليه تسمية التزام عام بالإعلام أو التزام بالتبصير، ومنهم من أطلق عليه تسمية الالتزام بتوضيح= البيانات و المعلومات، ومنهم من قال بأنه التزام بأنه الإخبار، وبالرغم من تعدد هذه الأسماء على الالتزام بالتبصير إلا أن مضمونه من الناحية القانونية يبقى واحد لا يتغير،

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

1-مضمون الالتزام بالتبصير

باعتبار أن الالتزام بالتبصير بصورة رئيسية يقع على عاتق كل طرف، ويرجع ذلك إلى حجم المعلومات الكاملة والدقيقة المتوفرة لدى كل منهما، مما يستلزم اطلاع بها الطرف الآخر في مرحلة المفاوضات أو وقت إبرام العقد، أو تلك التي يطلبها احد الأطراف وتكون ذات صلة بالظروف التي تمس التكنولوجيا المتوقع استغلالها من خلال ذلك العقد، وانطلاقاً مما سبق فإن تحديد مضمون هذا الالتزام لا يأتي إلا من خلال تعريفه، مع معرفة النطاق أو المجال الذي يشغله أو حدود امتداده، وتحديد مبررات تقريره.

أ-تعريف الالتزام بالتبصير

لمعرفة المقصود بالالتزام بالتبصير في عقود الإستثمار التكنولوجي لا بد أولاً من تعريفه من الناحية اللغوية، وبعدها نبين المقصود منه في المجال التعاقد. التبصير لغة مأخوذ من الفعل الثلاثي بصر وتعني عِلِمَ، وبصرت بالشيء علمته، والتبصير هو التعريف والإيضاح¹.

أما اصطلاحاً فيعرف بعدة صيغ وذلك تبعاً للزاوية التي ينظر من خلالها لهذا الالتزام، منها الالتزام بالتبصير تنبيه أو إعلام طالب التعاقد بمعلومات من شأنها إلقاء الضوء على واقعة معينة، أو عنصر ما من عناصر العقد المزمع إبرامه حتى يكون الطالب على بينة من أمره، بحيث يتخذ القرار الذي يراه مناسباً على ضوء حاجته وهدفه من إبرام العقد².

ويقول الدكتور نزيه محمد الصادق المهدي: "الالتزام سابق على التعاقد يتعلق بالالتزام احد المتعاقدين أو كلاهما بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل متطور على علم بكافة تفاصيل هذا العقد، وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد، أو صفة احد طرفيه، أو طبيعة محله، أو أي اعتبار آخر

¹-جمال الدين بن الفضل محمد بن مكرم ابن منظور الأنصاري، معجم لسان العرب، الجزء الرابع، منشورات محمد علي دار الكتب العلمية، ط01، بيروت، لبنان، 2003، ص75.

²-سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، د.ط، القاهرة، مصر، 1990، ص91.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

يجعل من المستحيل على احدهما أن يلم ببيانات معينة، أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر الذي يلتزم بناء على جميع هذه الاعتبارات بالالتزام بالإدلاء بالبيانات"¹. كما عرفه الدكتور عمر محمد عبد الباقي بأنه: "الالتزام بالإدلاء المعاصر لتكوين العقد والسابق عن إبرامه بكافة المعلومات والبيانات الجوهرية والمؤثرة المتعلقة بالسلعة أو الخدمة محل التعاقد والتي يجهلها الدائن، ويعتذر حصوله عليها عن طريق من غير طريق المدين، وذلك بهدف تكوين رضا حر وسليم لديه حال إقباله على التعاقد"².

ويقصد به في العقود بصفة عامة " إخطار أو إعلام أو تحذير أحد المتعاقدين الذي يكون عادة في مركز أقوى مقارنة بالمتعاقدين الآخر بكافة البيانات قبل إبرامه للعقد، والتي تساهم في تكوين الرضا الحر المستنير، والتي تمكن هذا المتعاقد من اتخاذ القرار النهائي في الإقدام على إتمام العقد من عدمه"³.

ولقد كان لهذه التعريفات الفقهية دعوة إلى تدخل الكثير من التشريعات لتكريس خاص بالإعلام التعاقدي أو ما قبل التعاقدي خاصة في حالة بروز الاختلال في العلاقة التعاقدية والتي تتحقق معها عدم المساواة الواقعة بين الطرفين كما هو الحال في عقود الاستثمار التكنولوجي وذلك لضمان النقل الفعال للتكنولوجيا الذي يحقق الغاية منه، إضافة لتنبه المنظمات الدولية لهذا الأداء حيث أكدت مدونة السلوك الدولية لنقل التكنولوجيا في الباب الخامس منه، وذلك في معرض حديثه عن قواعد السلوك التي يجب مراعاتها في مرحلة المفاوضات على وجوب مراعاة الأصول التالية:

1- تزويد المستورد بالمعلومات اللازمة لتمكينه من الوقوف على عناصر التكنولوجيا وتقدير قيمتها، على أن تكون هذه المعلومات مفصلة قدر المستطاع.

¹ -نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات وتطبيقاته على بعض أنواع العقود (دراسة فقهية وقضائية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص 15 .

² -عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط. 1، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2004، ص 190 .

³ -تغريد عبد الحميد أبو المكارم، لالتزام بالإعلام في عقود نقل التكنولوجيا (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عن الشمس، مصر، 2007، ص 55-56.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

2- التصريح بما يكون قد أبرمه كل من الطرفين من اتفاقيات سابقة تؤثر في اتفاق نقل التكنولوجيا التي تجري المفاوضات بشأنها، وذلك بالقدر المستطاع الذي لا يحدث ضرراً.

3- التزام المستورد بتزويد المورد بالمعلومات المتاحة له والخاصة بالظروف الفنية في دولته وأهدافها في التنمية، وتشريعاتها ذات الصلة بنقل التكنولوجيا، وذلك بالقدر اللازم لتمكين المورد من تنفيذ التزاماته.

4- يتعهد المورد باطلاع المستورد على ما لديه من أسباب أو معلومات تجعله يعتقد أن استعمال التكنولوجيا بالكيفية المقترحة أو استعمال السلع الناتجة عن تطبيقها لا يناسب البيئة بدولة المستورد، أو أنه يمثل خطراً على الصحة العامة أو من بها.

5- تعهد المورد باطلاع المستورد على ما يعلمه من قيود أو منازعات تتعلق بالحقوق التي تشملها التكنولوجيا¹.

ويفهم من خلال هذه الأصول التي تمثل سلوكيات وأخلاقيات التجارة الدولية خاصة ما يتعلق منها بالعقود الناقلة للتكنولوجيا أنها تحث وبشكل واضح وصريح على ضرورة تبصير كل طرف للطرف المتعاقد معه بجميع المعلومات والبيانات ذات الصلة بالعقد، سواء كان لها تأثير مباشر أو غير مباشر على نتائج العقد، فهذا الإدلاء من شأنه المساهمة في صياغة واضحة ودقيقة لبنود العقد مما يبين التزامات كل طرف.

أما في إطار التشريعات الوطنية، فهناك العديد من التشريعات التي أكدت على هذا الالتزام من بينها المشرع المصري في المادة 76 من قانون التجارة المصري -السالف الذكر- والتي نصت على: " يلتزم مورد التكنولوجيا بأن يكشف للمستورد في العقد أو خلال المفاوضات التي تسبق إبرامه عما يلي:

-الأخطار التي قد تنشأ عن استخدام التكنولوجيا وعلى وجه الخصوص ما يتعلق منها بالبيئة أو الصحة العامة أو سلامة الأرواح أو الأموال، وعليه أن يطلعه على ما يعلمه من وسائل لاتقاء هذه الأخطار.

¹-وليد عودة الهمشري، مرجع سابق، ص231.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

-الدعاوى القضائية وغيرها من العقوبات التي قد تعوق استخدام الحقوق المتصلة بالتكنولوجيا لاسيما ما يتعلق منها ببراءة الاختراع.

-أحكام القانون المحلي بشأن التصريح بتصدير التكنولوجيا".

وفي مقابل التزام المستثمر جاء نص المادة 80 من قانون التجارة المصري-السالف الذكر - ليضع التزاما على عاتق طالب التكنولوجيا مفاده " يلتزم المستورد بأن يطلع المورد على أحكام التشريعات الوطنية المتعلقة باستيراد التكنولوجيا".

وينطوي التزام المتلقي بإعلام المورد بأحكام التشريعات الوطنية المتعلقة بالاستيراد في مجال التكنولوجيا على عدة التزامات فرعية منها:

-يلتزم المتلقي بالكشف عن أنواع التكنولوجيا المحظور استيرادها في قانون دولته.

-يلتزم المتلقي بإعلام المورد بجميع الالتزامات المالية التي يتحملها عند نقل هذه التكنولوجيا محل العقد إلى بلده.

-يجب على المتلقي أن يبين للمورد القيود والحدود القانونية التي يفرضها قانون دولته على استيراد التكنولوجيا بشكل عام والتكنولوجيا محل العقد بشكل خاص¹.

يتضح مما سبق أن غاية المشرع المصري من فرض هذا الالتزام على طالب الاستثمار والمستثمر معا هو إحداث التوازن بين التزام كل منهما، ففي الوقت الذي ألزم المستثمر بتبصير طالب الاستثمار عن كافة المعلومات والبيانات بالتكنولوجيا محل العقد، من أجل الاستغلال والانتفاع الأمثل لهذه التكنولوجيا، وتجنب الأخطار التي قد تنشأ عن استخدامها، خاصة تلك المتعلقة منها بالبيئة أو الصحة العامة أو سلامة الأرواح أو الأموال²، بالمقابل فقد ألزم طالب الاستثمار بتبصير المستثمر بأحكام التشريعات الوطنية المتعلقة بالتكنولوجيا المنوي استثمارها، خاصة فيما يتعلق بأنواع التكنولوجيا المحظور استيرادها، والمواصفات التي يشترط توافرها في التكنولوجيا المستوردة، ونسبة المكون الأجنبي

¹-وليد عودة الهشري، مرجع سابق، ص235.

²-ابراهيم المنجي، مرجع سابق، ص177.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

الحائز استخدامها في تشغيل التكنولوجيا¹، ويمتد هذا الالتزام بالتبصير عن القوانين الجمركية، وقوانين الاستثمار والقوانين الخاصة بتحويل العملات الأجنبية²، حتى يكون المستثمر على بينة من أمره، ودراسة مدى ملائمة تلك التشريعات لظروفه الخاصة ولطبيعة التكنولوجيا محل الاستثمار.

ب- مبررات تقرير الالتزام بالتبصير

تنص القوانين الدولية ومختلف المعاهدات والاتفاقيات الدولية خاصة منها تلك المتعلقة بالتجارة الدولية، والتيتهم بالشأن الاقتصادي على وجوب وإلزامية الإعلام في مختلف المبادلات التجارية بين المتعاقدين، وفي عقود الاستثمار التكنولوجي بصفة خاصة فإن المشرع سواء الدولي أو الوطني ألزم المورد بإعلامطالب الاستثمار بكافة خصائص ومستلزمات ومواصفات الشيء محل العقد³، ونفس الشيء بالنسبة للمستثمر -كما سبق بيانها- نتيجة توفر مجموعة من المبررات تحتتمه، سواء في مرحلة التفاوض أو أثناء تنفيذ العقد وذلك راجع إلى سببين رئيسيين:

الأول: أن الالتزام بالتبصير أو الإفصاح بالبيانات -لاسيما أثناء تنفيذ العقد- من شأنه إبراز الثقة العقدية وحسن النية في مجال تنفيذ العقود.

الثاني: هو أن الالتزام من شأنه تحقيق المساواة في العلم بين أطراف العقد، نظرا لما يحوز عليه الطرف القوي في العقد من معلومات غالبا ما يفتقر إليها الطرف الآخر، وكذا تحقيق التكافؤ بين طرفيه نتيجة لاتساع فجوة عدم التوازن في العلاقة العقدية بسبب تطور الصناعة وتقديم الخدمة مما أدى إلى التفاوت وعدم التكافؤ بين الأطراف⁴، وقد تطور هذا الالتزام من مجرد التزام معنوي (أخلاقيا) إلى كونه التزام قانوني يترتب على مخالفته الدخول في دائرة مخالفة الالتزام القانوني، الذي يعد سببا لإبطال العقد في بعض الأحيان، وأصبح بالتالي التزاما قائما لذاته مجردا عن آداب وقواعد المهنة⁵.

¹-ضرغام محمود كاظم، مرجع سابق، ص191.

²-بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص359.

³-زواوي لورية، مرجع سابق، ص221.

⁴-سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح عن العقود، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص89

⁵-وفي هذا الشأن يرى البعض ان تراخي الطرف المستثمر بتنفيذ هذا الالتزام الى ما بعد توقيع العقد وتنفيذه يكون تدليسا

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

وقد أحسن المشرع المصري صنعا حينما جعل هذا الالتزام التزاما تبادليا ، لاسيما اطلاع كل طرف الآخر بأحكام التشريعات المحلية التي تخص موضوع التكنولوجيا محل العقد، وذلك لمنع تنازع القوانين الناتجة عن التناقضات والمفارقات التشريعية أثناء مرحلة إبرام وتنفيذ العقد.

2- الأساس القانوني للالتزام بالتبصير

يذهب جانب من الفقه إلى أن الالتزام بالإفصاح يستند إلى مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، وهذا ما اتجهت إليه محكمة النقض الفرنسية في تأسيس الالتزام بالتبصير على أساس الفقرة الثالثة من المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، والتي تقابلها المادة 3/107 من القانون المدني الجزائري المشار إليها سابقا، ويؤكد البعض الآخر أن هذا الالتزام ينطوي على واجب الأمانة والثقة بين المتعاقدين، ويرى جانب آخر انه ينطوي على واجب الأمانة والثقة بين المتعاقدين، ويرى جانب آخر انه ينطوي على واجب التعاون والاشتراك الذي يتطلب أن يقوم كل من المتعاقدين بإبلاغ الآخر مضمون العقد، وبالتالي يتيسر على طرفي العقد تنفيذ التزاماتهم التي يفرضها عليهم العقد¹.

وبما أن عقد الاستثمار التكنولوجي من العقود التي يراعى فيها الاعتبار الشخصي فإنه في حالة الإخلال بالمبدأ السابق الذكر في مرحلة المفاوضات التي لم تتكلل بالنجاح بين الأطراف في إبرام العقد النهائي تكون المسؤولية الناجمة عن هذا الإخلال والالتزام بالتبصير تقصيرية، فتخضع بالتالي لقانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ لهذا الالتزام، كون

يخول الطرف طالب الاستثمار ان يطعن في العقد بالإبطال باعتبار ان هذه المعلومات جوهرية يتعين الكشف عنها للأخير وقت التفاوض او وقت التعاقد، فاروق احمد زاهر القانون التجاري المصري العقود المستحدثة عقد الإيداع في المستودعات العامة، عقد نقل التكنولوجيا، عقد النقل البري، الكتاب الثالث، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص27

¹-موفق حماد عيد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية، مكتبة السنهوري الحقوقية، 2011، ص345.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

المرحلة سابقة على وجود أي عقد، أما إذا أبرم العقد بناء على معلومات وبيانات غير صحيحة وتبصير اتسم بالتضليل فإن المسؤولية الناشئة عن هذا الإخلال تكون عقدية¹.

وعليه فإن الأساس القانوني للالتزام المتعاقدين بالتبصير يجد أساسه من المبدأ الأساسي وهو مبدأ حسن النية، إذ يعد هذا الالتزام من الالتزامات التبعية القانونية لضمان حسن تنفيذ الالتزامات الأصلية الناشئة عن العقد، وبالتالي فإن هذه السلطة تجد أساسها أولاً وأخيراً في القانون ذاته، وهذا ما ورد في القانون المصري الذي حدد من خلال تلك النصوص هذا الالتزام المناط بطرفي العقد تحقيقاً للغاية المقصودة من استثمار التكنولوجيا²، ويعود أصل هذا الالتزام إلى عقد الاستهلاك، حيث يقع على عاتق المهني تجاه المستهلك، ولكن بعدها استفادت منه معظم العقود³.

المطلب الثاني: الاداءات والحقوق الثانوية

وهي تلك الاداءات المكملة للعقد او المنعكسة بصورة غير مباشرة على التكنولوجيا المرخص بها للاستثمار، من اجل ضمان حسن نقل واستخدام واستعمال التكنولوجيا، وفعالية سير عملية استثمارها ككل، والغالب أن هذه الاداءات توجد في عقد ملحق بالعقد الأصلي، بيد أن ذلك لا يعني انه لا يمكن ان يكون في ذات العقد الأصلي نفسه⁴، يضيفها العقد أحياناً إلى احد المتعاقدين ا واليهما معا، وسنتطرق من خلال الفروع الآتية إلى الأكثر وقوعاً في العمل وهي: الالتزام بتبادل التحسينات، الالتزام بمواصلة الاستثمار والتقيد بشروط القصر، الالتزام بالأداء الضريبي، نوردها على التوالي في الفروع الآتية:

¹-وليد عودة الهمشري، مرجع سابق، ص236.

²-حلو أبو حلو، مرجع سابق، ص105.

³-ليلي عمر مسقاوي، عقد نقل الفرائشيز (دراسة على ضوء الفقه والاجتهاد والعقد النموذجي المعتمد في غرفة التجارة الدولية)، ط.1، المؤسسة العربية للكتاب، لبنان، 2012، ص100.

⁴-نداء كاظم محمد المولى، مرجع سابق، ص163.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

الفرع الأول: الالتزام بتبادل التحسينات

نظرا للطبيعة الخاصة للتكنولوجيا، وما تتميز به من طابع الحركة الدائم والمستمر أكثر من كونها ان تبقى جامدة وساكنة، بل ويشير استغلالها ذاته إلى تحسينات مختلفة ترد عليها، لاسيما تحت ضغط الابتكار والتطور التقني والتكنولوجي السريع، كان من البديهي ان يعنى به طرفا عقد الاستثمار التكنولوجي للحصول على آخر تطورات التكنولوجيا، وان كان الغالب ان يكون ذلك الإدخال من طرف المستثمر مالك التكنولوجيا ومحتكرها، ولكي نوضح طبيعة هذا الالتزام تراودنا بعض الأسئلة المهمة والتي يجب الإجابة عليها، لاسيما حول مضمون التحسينات التي تكون محلا للتبادل؟ و هل تكون بمقابل ام مجانا؟، ما هي مدة الالتزام بتبادل التحسينات؟، ما مدى إلزامية نقل التحسينات للطرف الآخر؟، وهو ما نبينه تباعا.

1-مضمون الالتزام بتبادل التحسينات

تحديد التحسينات التي تكون محلا للالتزام بالتبادل بين الطرفين يطرح نفس الصعوبات فيما يخص تحديد مفهوم المعرفة الفنية ذاتها، فالمعرفة الفنية كما سبق وذكرنا مفهوم يصعب الإحاطة والإمساك به، فهو يقاوم كل تحليل، والأكد انه اذا كان الأصل صعب التحديد فالفرع يكون اكثر صعوبة، فمن الصعب تحديد ما اذا كنا أمام مجرد تحسينات على التكنولوجيا الأساسية ام أننا امام تكنولوجيا جديدة قائمة بذاتها، ومتى تعد تلك التحسينات عامل تغيير أساسي في طبيعة التكنولوجيا المتعاقد عليها؟، ومتى لا تعد كذلك؟

يتبين لنا من السؤال ان هناك تحسينات تشكل محلا لهذا الالتزام وأخرى لا تعتبر، وهذا ما يدفعنا إلى البحث عن مفهوم التحسينات التي تتخذ في الواقع صفتين اثنتين هما تحسينات ذات أهمية بسيطة وأخرى تعتبر جوهرية وأساسية.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

-**التحسينات البسيطة:** وهي تلك التحسينات التي ليس من شأنها تغيير طبيعة التكنولوجيا، وإنما تزيد فقط من كفاية فعاليتها بنسبة محدودة¹، دون أن يكون لها تأثير جذري في تغيير المنتج أو طريقة الصنع.

-**التحسينات الجوهرية:** ويقصد بها التحسينات التي من شأنها تغيير من طبيعة التكنولوجيا، كونها تنصب على تعديلات أساسية يدخلها المستثمر أو طالب الاستثمار على التكنولوجيا محل العقد، وتؤثر فيها تأثيرا مباشرا ونوعيا، كأن يكون هناك إدخال عناصر جديدة على إنتاج كيماوي معين مثلا، أو يتم استبدال بعض مكونات جهاز معين²، فإذا كانت التحسينات الجوهرية تؤثر تأثيرا كبيرا في التكنولوجيا التي تم التعاقد عليها وجب عندئذ الإعلام بها، أما إذا كانت تشكل عناصر تكنولوجيا قائمة بذاتها ترقى إلى درجة التجديد والابتكار فلا تدخل حيز هذا الالتزام.

وهنا العبرة لا تكمن في كون التحسين طفيفا أو كبيرا، إنما العبرة تتجسد في ما إذا كان التعديل أو التحسين مستقلا عن المعرفة الفنية محل العقد، أو مرتبط بها، ولاشك أن هذا يثير العديد من النزاعات لكثرة ثغرات التهرب المتواجدة به، ولعل أهم هذه الثغرات هي ادعاء كل طرف لم يتم بتنفيذ التزامه بتبادل التحسينات إنها من قبيل التجديد أو الابتكار التي تستقل عن التكنولوجيا محل الاستثمار، لذلك يتطلب الأمر وضع معيار أو ضابط معين يتم على أساسه الفصل بين التحسينات التي تضاف إلى التكنولوجيا محل العقد، وبين الابتكارات التي تشكل تكنولوجيا قائمة بذاتها.

¹ - كما هو الحال على سبيل المثال تلك التحسينات التي تمادخالها على مشروع الصلب (كاسكو) الذي تعاقدت عليه دولة قطر مع الشركتين اليابانيتين (Kobe Steel) (Tokyo Boeki) عام 1978 حيث عدت هذه التحسينات بعد نزاع بين الطرفين حول طبيعتها من النمط البسيط التي لا تمس طبيعة التقنية المنقولة، نداء كاظم محمد المولى، مرجع سابق، ص215.

² - مرجع نفسه، ص214.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

ورغم المحاولات العديدة التشريعية والفقهية الرامية إلى وضع ضوابط بينهما، إلا أنها لم تصل جميعها إلى اتفاق دقيق حول ذلك التمييز، إذ ورد تعريف الاختراع بشكل يسمح للتحسينات المضافة ان تكون اختراعا قائما بذاته، فالمشرع الجزائري مثلا عرف الاختراع بمقتضى الامر 03-07¹ بموجب المادة 02 منه بأنه: "فكرة لمخترع تسمح عمليا بإيجاد حل لمشكل محدد في مجال التقنية"، ووفقا للتعريف المقدم يمكن الحصول على براءة اختراع على التحسينات التي تطرأ على المعرفة الفنية محل العقد.

أما بخصوص القانون الفرنسي رقم 68 لسنة 1968 نصت المادة 09 منه على تعريف الابتكار بما يلي: "انه عبارة عن نشاط ابتكاري، اذا لم يكن هذا النشاط نتيجة واضحة لحالة الفن الصناعي"، وبهذا التحديد لمعنى الاختراع يكون مجرد التجديد في آلة صناعية من قبيل التحسينات التي طرأت عليها، ولو ترتب على ذلك مزايا كبيرة، مادامت هذه التحسينات تستند إلى المهارة الفنية اللازمة للتطور العادي للصناعة، ذلك لأنه يختلف عن ابتكار طريقة صناعية جديدة تستند إلى فكرة حديثة ارتفعت إلى المستوى الذي يعطيها ميزة الابتكار بما يحققه من تقدم في الفن الصناعي يجاوز المؤلف في التطور العادي للطرق الصناعية².

أما القانون المصري المتعلق بحماية حقوق الملكية الفكرية رقم 82 لسنة 2002 لم ينص على أي تعريف للاختراع أو الابتكار -وحسنا ما فعل- ذلك أن المدلول القانوني لكلمة اختراع هي محل جدل بين المختصين نظرا لتشعب مجلاته وتعدد صوره واتساع ميادينه، وإنما اكتفى بتحديد شروطه في المادة الأولى منه بقولها: "تمنح براءة الاختراع طبقا لأحكام هذا القانون عن كل اختراع قابل للتطبيق الصناعي، يكون جديد، ويمثل خطوة إبداعية، سواء

¹- الامر 03-07 المؤرخ في 19 جمادي الأولى سنة 1424هـ، الموافق ل 19/07/2003م المتعلق ببراءة الاختراع، ج.ر.ع 44، الصادرة بتاريخ الصادرة بتاريخ 23 جمادي الأول عام 1424هـ الموافق ل 23 يوليو سنة 2003م.

²-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 211.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

كان الاختراع متعلق بمنتجات صناعية جديدة، أو بطرق صناعية مستحدثة، أو بتطبيق جديد لطرق صناعية معروفة..¹، وبموجب هذا النص لا يمتنع الحصول على براءة عن التحسينات التي تطرأ على الاختراعات، وتتم إجراءات الحصول على البراءة في الموضوعين بطريقة واحدة، ولم يبين المشرع المصري الفرق بينهما من الناحية الموضوعية.

أما الفقه والقضاء فقد انقسم إلى اتجاهين في معيار التمييز بين التحسينات المضافة، وبين الاختراعات و الابتكارات، اعتماداً لما يجري عليه العمل في إطار عقد الترخيص والذي اعتبره البعض احد أنواع عقود الإستثمار التكنولوجي²، حيث اعتمد الاتجاه الأول على تصوريين اثنين، الأول يقوم على أساس وجود علاقة مباشرة بين الفكرة الأساسية للمعرفة والتحسينات اللاحقة عليها³، وما يجدر ملاحظته بشأن هذا التصور هو صعوبة اعتماده كقاعدة عامة للتمييز بين التكنولوجيا والتحسين وذلك لسبب بسيط وهو أن كلا من الفكرة والتحسين مرتبطان حتماً ارتباطاً وثيقاً ببعضهما، خاصة وأنه لم يشر إلى ضابط آخر يقرأ إلى جانب الارتباط بين الفكرة والتحسين، أو يعطي أمثلة لهذا التحسين، أو حصر الأمور التي تعد من التحسينات الجوهرية مثل زيادة كفاءة أو فعالية الإنتاج بنسبة معينة، وغيرها من الأمور ذات العلاقة بهذا الشأن⁴، أما التصور الثاني فيقوم على أساس وحدة الهدف النهائي للمعرفة والتحسينات ولو كانت النتيجة النهائية للتحسينات يمكن التوصل إليها بطريقة تختلف عن طريق المعرفة موضوع العقد⁵، ولا يمكن كذلك اعتماد مثل هذه الصيغة كقاعدة عامة للتمييز بين التكنولوجيا والتحسين، وذلك لتداخلهما تداخلاً تاماً ببعضهما، لأن التحسين الذي يدخل على التقنية لا حقا لا بد من أن يدخل في إطار تحقيق هدف واحد⁶،

¹-سميحة القليوبي، الملكية الصناعية...، مرجع سابق، ص86.

²-وليد عودة الهمشري، مرجع سابق، ص249.

³-ضرغام محمود كاظم، مرجع سابق، ص203.

⁴-نداء كاظم محمد المولى، مرجع سابق، ص217.

⁵-جمعة مرتضى عاشور، مرجع سابق، ص352.

⁶-نداء كاظم محمد المولى، مرجع سابق، ص218.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

في حين ذهب الاتجاه الآخر -والذي نحن نؤيده¹- إلى التوسع في مضمون العلاقة التي تربط التكنولوجيا الأصلية بالتحسينات التي ينظر إليها على أنها كل ما يؤدي تطبيقه إلى منافسة الاختراع الأصلي، ويزيد من قيمته بصرف النظر عن الوسائل المتبعة في التوصل إلى هذه التحسينات².

وبناء على هذا التحديد لمعنى الاختراع ذهبت الأستاذة سميحة القليوبي بهذا الشأن إلى القول "إن مجرد التجديد في آلة صناعية يعد من قبيل التحسينات التي طرأت عليها، ولو ترتب على ذلك مزايا كبيرة ما دامت هذه التحسينات تستند إلى المهارة الفنية اللازمة للتطور العادي الصناعي، لأن الاختراع طريقة صناعية جديدة تستند إلى فكرة حديثة تعطيها ميزة تتجاوز المؤلف في تطور الطرق الصناعية وبهذا يختلف التحسين"، وكذلك تقول "أن طلب البراءة الإضافية وفقا لما تقدم من شروط بأن يتعلق التعديل أو التحسين بالاختراع الأول، فإذا كان لا صلة له به وجب رفض البراءة، ما لم يكن هذا التعديل يمثل في جوهره ابتكار جديدا يصبح محلا لطلب براءة مستقلة"، وتمضي بالقول "أما إذا كان هذا التعديل تافها، كأن يقتصر على مجرد تحسين المظهر الخارجي فلا تعطي عنه براءة إضافية"³، بينما ترى منظمة اليونيدو استبعاد هذا النمط من التحسينات كون المعرفة الفنية لا ترقى إلى مستوى الابتكار، وأن التعديلات الجزئية البسيطة هي فقط ما يتم تبادلها بين طرفي العقد⁴، إلا أننا لا نتفق مع هذا الرأي لأن الاختراع والمعرفة الفنية يعد كلا منهما عنصرا من عناصر

2-لأنه ينسجم مع عقود الاستثمار التكنولوجي التي تتطلب ضرورة البحث على ضرورة الفصل بين ما يعد تحسين للتكنولوجيا والتحسينات أو التعديلات الطارئة، لأن من خصائص التكنولوجيا الحركة والتطور المستمر والبحث عن البدائل الأقل كلفة وذات الفعالية، الأمر الذي يجعل التعديل والتطوير يواءم ما تمليه استراتيجيات التنمية الوطنية. وهو ما يؤيد ما قالته بحق نداء كاظم ، مرجع سابق، ص218.

²-وليد عودة الهمشري، مرجع سابق، ص250.

³-سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص139.

⁴-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص213.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

التكنولوجيا ولا يختلفان إلا من حيث طريقة الحماية، فالاختراع تتم حمايته بالتسجيل، و المعرفة الفنية فمن قبل أصحابها.

وعليه فإن المعيار المقترح للتفرقة بين ما يعد من قبيل التحسين أو التعديل وبين ما يعد من ابتكار أو اختراع جديد، هو معيار مادي يتمثل في كل ما يطرأ من تعديلات أو تطويرات على التقنية المتعاقد عليها من شأنها حل مشكلة فنية تتعلق بالمنتج أو بطريقة صنع أو بكليهما، أو إضافة تحديثات جديدة تستهدف تطوير التقنية، شريطة ان تكون لها علاقة بالتكنولوجيا الأصلية التي تم التعاقد عليها بين الأطراف.

كما تجدر الإشارة إلى أن هذا الالتزام يأخذ في الواقع العملي أوصافا مختلفة، فقد يكون التزاما تبادليا، أو قصريا أو دائما مطلقا أو التزاما بمقابل أو جبريا، كما قد يأتي عكس ذلك تماما، يمكن إيجاز هذه الأوصاف بشكل مختصر كالآتي:

- الالتزام التبادلي وغير التبادلي: ويعتمد الالتزام الأول وهو الحالة التي تعنينا على وجه الخصوص على مدى التعاون الشخصي بين أطراف عقد الاستثمار التكنولوجي، وبموجبه يتعهد كل من طرفي العقد بنقل ما يحوزه من تحسينات للآخر، أما الالتزام الثاني فبموجبه يتعهد احد الطرفين دون الآخر للقيام بذلك¹.

-الالتزام القصري وغير القصري: وبموجب الالتزام الأول يتعذر على احد المتعاقدين نقل أية تعديلات أو تحسينات إلى الغير، إنما يقتصر ذلك بصفة احتكارية على الطرف الآخر في العقد، أما الالتزام الثاني فبموجبه يتمتع كلا الطرفين بحرية في نقل التحسينات

¹- هنا يبقى للمستثمر كامل الحرية في اتخاذ القرار بنقل التحسينات التي يتوصل إليها طالب الاستثمار أو عدم نقلها، وقد يتم الاتفاق على خلاف ذلك، بمعنى أن يلتزم المستثمر وحده بنقل التحسينات التي يتوصل إليها طالب الاستثمار دون التزام الأخير بنقل التحسينات التي يتوصل إليها المستثمر، ولید عودة الهمشري، مرجع سابق، ص252

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

إلى الغير، وهذا الالتزام الأخير يثير في الواقع عدة إشكالات لاسيما ما يتعلق منها بكشف السرية¹.

-الالتزام النسبي والمطلق: بموجب الالتزام الأول يقتصر نقل التحسينات في حدود ما توصل إليه احد الأطراف بنفسه، دون التحسينات التي يتحصل عليها من طرف ثالث مستقبلا²، أما في الالتزام الثاني فيتم بموجبه نقل كافة التحسينات التي يحصل عليها كل طرف إلى آخر، فضلا عن التحسينات التي يتوصل إليها الغير³.

-الالتزام المؤقت وغير المؤقت: بموجب الالتزام الأول يتم تحديد مدة معينة يتفق عليها الطرفان يتم من خلالها تبادل التحسينات⁴، أما الالتزام الثاني فيبقى ساري المفعول حتى بعد انتهاء مدة العقد، بحيث لا ينقضي هذا الالتزام إلا بانتهاء استعمال التكنولوجيا وزوالها⁵.

-الالتزام الجبري وغير الجبري: بموجب الالتزام الأول يشترط احد طرفي العقد على الآخر أن يشتري جميع التحسينات التي يدخلها على التكنولوجيا أو يتحصل عليها من طرف ثالث مستقبلا، حتى ولو لم يتم طلبها، أو عدم حاجته إليها، وما يؤخذ على هذا الالتزام انه يجعل من ميزان القوى التعاقدية فيما بين الطرفين غير متكافئ، أما الالتزام الثاني فيتم

¹-ومرد ذلك التمييز يعزى حقيقة إلى كيفية نقل التكنولوجيا الأصلية، ذلك انه لو قام المستثمر بنقلها على نحو غير قصري إلى عدة متلقين فإنه سيثبت حقهم جميعها في الحصول على تحسينات كونهم قد سبق وان دفعوا ثمنها للمستثمر، يوسف الاكياي، مرجع سابق، ص233-236.

²-وفي هذه الحالة يكون الالتزام هنا من قبيل الشروط المقيدة التي تفرض على الطرف الآخر، ضرغام محمود كاظم، مرجع سابق، ص206.

³-ويثير الالتزام الثاني صعوبات معينة لا يمكن تجاهلها، وذلك بسبب تدخل طرف من الغير إلى جانب طرفي العقد، فمثلا في البلدان النامية عادة ما تشرف المؤسسات العامة على نشاطات البحث والتطوير، وعندما تقدم نتائج بحثها لطالب الاستثمار لا تسمح له بإبلاغها إلى الغير الا بعد حصوله على إذن من السلطات المختصة، دليل التراخيص، مرجع سابق، ص66.

⁴-يوسف الاكياي، مرجع سابق، ص234.

⁵-وليد عودة الهمشري، مرجع سابق، ص253.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

بموجبه الاتفاق على أن يكون نقل التحسينات بشكل اختياري، بحيث لا يلتزم أي طرف بذلك إلا بمحض إرادته، دون ممارسة أي ضغط من الطرف الآخر¹.

-الالتزام مجاني أو بمقابل: يكون الالتزام مجاني إذا ما سكت العقد عن ذلك حسب رأي الفقيه Mousseron، بحيث يتم نقل التحسينات بسهولة من المستثمر إلى طالب الاستثمار مجانا، وبالعكس يكون هذا النقل بمقابل اذا كان طالب الاستثمار هو من توصل إلى تلك التحسينات، ويبرر موقفه هذا على اعتبار أن الأخير قد دفع ثمنها مسبقا عند تعاقدته على التكنولوجيا الأصلية، ونظرا للإتاوات التي يدفعها والتي من شأنها ان تغطي تلك التحسينات²، أما إذا اختار الطرفان جعل نقل التحسينات بمقابل فإن الصعوبة تظهر فيما يخص تحديد الثمن عند إبرام العقد، وبصفة قبلية، مما يؤدي بالأطراف إلى إدراج بند أو شرط ينص على انه في حالة التوصل إلى تحسينات فإن أطراف العقد يلتزمون بالدخول في مفاوضات من اجل التوصل إلى إبرام عقد لاحق حول التحسينات المستقبلية³.

2-أساس الالتزام بتبادل التحسينات

لبيان أساس الالتزام بتبادل التحسينات ينبغي التفريق بين فرضيين:

-حالة وجود نص في عقد الاستثمار التكنولوجي على تبادل التحسينات: يصبح هنا التزام الطرفين بالإعلام التزاما عقديا، ويرتب آثاره القانونية بموجب العقد طبقا للقواعد العامة

¹-بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص371.

²-استثناء اذا كانت تلك التحسينات مهمة ومعتبرة ودفعت مبالغ مالية كبيرة للتوصل اليها بحيث لا يمكن للأطراف توقعها عند إبرام العقد، فهنا يكون على طالبي الاستثمار دفع مبالغ اضافية للمستثمر اذا راد الاستفادة منها، الا اذا وجد اتفاق مخالف.

³ - mousseron.M, aspect juridique du know- how, cahier de droit de l'entreprise, n°01,1972, p 22.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

في تنفيذ العقود، الأمر الذي يعني وجوب تنفيذ هذا الالتزام حسب ما اشتمل عليه العقد، وأنه عند الإخلال به ينشأ المسؤولية العقدية تجاه الطرف الذي اخل بالتزاماته¹.

-حالة غياب نص في عقد الاستثمار التكنولوجي حول تبادل التحسينات: عمليا فإن الأطراف يدرجون دائما في العقد شرطا صريحا بتبادل التحسينات²، لكن في حل غياب نص صريح في العقد يتضمن هذا الالتزام فقد تباينت الآراء الفقهية بهذا الصدد في اتجاهين:

الاتجاه الأول: وهو ما تبناه غالبية الفقه الفرنسي والذي يري ضرورة التزام الطرف الذي توصل إلى التحسينات بالإعلام حتى ولو لم يوجد نص في العقد، ويستند في ذلك إلى ما يقتضيه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، والمتمثلة في نص المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي، التي تقرر إن العقود المنصوص عليها في القانون يجب تنفيذها بما يقتضيه حسن النية طبقا لطبيعة العقد³، ما دفع من بعده بالاجتهاد القضائي إلى الاعتراف بوجود التزام ضمني بنقل التحسينات ويقرر أن الإخلال به يؤدي إلى طالب الفسخ مع الاحتفاظ في الحق بالتعويض إن كان له مقتضى⁴،

ونذهب إلى تأييد الرأي المتقدم والذي يمكن تأسيسه على أحكام المادة 3/107 من التقنين المدني الجزائري باعتبار أن هذا الالتزام يتطلبه تنفيذ العقد بحسن النية لكونه من متطلبات العقد.

¹-نداء كاظم محمد المولى، مرجع سابق، ص221.

²-chaque partie informera annuellement l'autre des résultats techniques qu'elle obtiendra dans son exploitation et de tous les compléments apportés au savoir-faire qui seront ipso facto, soumis au présent contrat, fahs Dania, le contrat de communication de savoir-faire, thèse de doctorat Montpellier, 2007, p207 .

³- نداء كاظم محمد المولى، المرجع السابق، ص221.

⁴-وليد عودة الهمشري، مرجع سابق، ص256.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

الاتجاه الثاني: يرى جانب آخر من الفقه أن عدم النص على الالتزام بالإعلام يجعل هذا الالتزام خارج نطاق العقد، و بالتالي يجب أن يكون هذا الالتزام الذي محله الإعلام بالتحسينات و التعديلات المضافة محلا لعقد آخر مستقل عن عقد الإستثمار التكنولوجي¹، بمعنى أن التحسينات و التعديلات المضافة إلى التكنولوجيا المنقولة إذا لم ينص عليها من خلال العقد الناقل للتكنولوجيا لا تكون محل التزام قانوني بالإعلام عنها إذا لم يتم الاتفاق عليها من خلال عقد مستقل، وتبعا لذلك فان الإعلام عن التحسينات يجب أن يخضع لهذا الاتفاق الأخير دون أن تكون له علاقة بالعقد الأول².

وبناء على مجمل ما سبق، ونظرا لما تنطوي عليه تحسينات التكنولوجيا المستعملة من أهمية مميزة، يطلب من المشرع أو المفاوض المحلي التنبه لجملة من الأساسيات عند تعرضه لهذا الالتزام في عقد الإستثمار التكنولوجي، ولعل أهمها:

- ضرورة تحديد التزام نقل التحسينات في عقود الإستثمار التكنولوجي التي يقع فيها طالب الإستثمار في درجة ادني تكنولوجيا من المستثمر، كالتزام منفرد على هذا الأخير شامل لكافة التحسينات حتى تلك المقدمة من قبل الغير ومن دون مقابل.

- وجوب التحديد العقدي او التشريعي لدلالة مصطلح "التحسين"، مع امكانية تدعيم ذلك التحديد بجملة من الامثلة تمكن القضاء من القياس عليها فيما لو اقتضت الحاجة لذلك³.

¹-محسن شفيق، مرجع سابق، ص89.

²-ضرغام محمود كاظم، مرجع سابق، ص208.

³-ويمكن درءا للمنازعات ان يقرر العقد حق أفضلية لكلا الطرفين فيما يتعلق بالحصول على التغيرات الجوهرية التي يبتكرها الطرف الاخر، مع بيان شروط استعمال هذا الحق، محسن شفيق، مرجع سابق، ص90 كما يمكن في بعض الحالات المستعصية استشارة خبير حيادي ليقرر نزح التقدم فيما لو كان ابتكارا ام تحسينا، دليل التراخيص، مرجع سابق، ص67، ف234.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

- على المتلقي تتبع نشاط المستثمر للوقوف على وجود ومدى تلك التحسينات، وله تحقيق ذلك بعدة سبل أهمها، الزيارات الميدانية لمواقع العمل مما يقتضي ادراج ذلك الشرط صراحة في مجمل العقد.

- اعتبار التزام المستثمر بتقديم التحسينات نابعة من غاية العقد نفسها، كما ان ضرورة اللاحق بالتطور التكنولوجي تستلزم صياغته بصورة تخدم ذلك الغرض، كاشتراط استمرار لمدة زمنية معقولة.

الفرع الثاني: الالتزام بمواصلة الاستثمار والتقييد بشروط القصر.

عندما يكون المقابل في العقد نصيبا من عائد التكنولوجيا على شكل إتاوة أو دفعات كما هو الحال في العقد الذي نحن بصدد دراسته، فإن للمستثمر مصلحة في مواصلة الاستثمار بالتكنولوجيا وبالطريقة المتفق عليها، وتتحقق له ذات المصلحة عندما يشترط المحافظة على مستوى معين من الإنتاج في الحالة التي تتضمن فيها عناصر التكنولوجيا لعلامة تجارية له صونا لسمعته التجارية، وغني عن البيان أن لطالب الاستثمار في مثل هذه الفروض مصلحة في المحافظة على صنف الإنتاج وجودته، وبالتالي يمكن القول أن هذا الالتزام مشروط بين الطرفين وهذا لحماية المنتج الذي يحمل العلامة التجارية من جهة، ولتحقيق أهداف العقد من جهة أخرى، علاوة على ذلك تتحقق مصلحة أخرى للمستثمر عندما يشترط قصر استخدام المعرفة الفنية محل الاستثمار في ميادين معينة دون غيرها، أو توزيع منتجاتها في منطقة جغرافية لا تتعدها.

وسوف نستعرض في هذا المطلب الالتزام بمواصلة الاستثمار من حيث استمرار العملية الإنتاجية وضمان جودة المنتج وحجمه في الفرع الأول، على أن نناقش الالتزام بمراعاة شروط القصر في الفرع الثاني.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

أولاً: الالتزام بمواصلة الإستثمار

إن استمرار استغلال المعرفة الفنية هو الهدف الأساسي من إبرام العقد، وذلك بالنظر للاستثمارات الكبيرة والضخمة التي يتم صرفها لاسيما من طرف طالب الإستثمار.

من زاوية المستثمر فإن هذا العقد كما رأينا يعتبر أداة للتوسع الاقتصادي، فمن مصلحته أيضا أن يقوم طالب الإستثمار باستمرار استغلاله لهذه المعرفة على أكمل وجه، وهو يحاول بذلك تجنب تجميد التكنولوجيا، والمحافظة على سمعته التجارية، إضافة إلى الثمن الذي يقطع من حجم الاستغلال وما إلى ذلك، مما جعل هذا الالتزام مهما لكلا الطرفين

الأمر الذي يدفعنا للبحث عن مضمون هذا الالتزام، وتحديد أساسه القانوني

1-مضمون الالتزام بمواصلة الإستثمار.

كما سبق وقلنا أن استمرار استغلال المعرفة الفنية يعد هدفا يسعى من ورائه المتعاقدين إلى تحقيق غاية كل منهما، وهذه الغاية في العقود التجارية هي تحقيق الربح المادي وان كانت أهداف عقود الإستثمار التكنولوجي في الغالب تتعدى ذلك إلى الإسهام في عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

ولما كانت الغاية تقريبا واحدة فإنه من مصلحة كلا الطرفين مواصلة الإستثمار، ويظهر ذلك من خلال اعتماد المستثمر على أساليب متعددة من شأنها تحفيز طالب الإستثمار على الإستمرار بنشاطه منها فرض نسب تنازلية على المبالغ الدورية التي يدفعها لإغراء طالب الإستثمار على مواصلة الإنتاج بالنظر لزيادة أرباحه المتحصلة من النسب المتناقصة من حصة المستثمر، إضافة إلى فرض أساليب من شأنها أن تمنع طالب الإستثمار من التوقف وتجعله يستمر في نشاطه، منها فرض مقدار معين من الإتاوة يمثل

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

الحد الأدنى الذي يلتزم طالب الاستثمار بدفعه دوريا سواء حقق إنتاجا أم لا، وضمان عدم تقاعس طالب الاستثمار لتوفير متطلبات هذا الحد¹.

في حين نجد طالب الاستثمار يسعى جاهدا إلى توفير نجاح نقل المعرفة الفنية واستيعابها عن طريق تطوير قدراته الذاتية وظروفه المادية وتوليه تنمية الموارد الطبيعية والبشرية اللازمة والملائمة لذلك، إذ أن قدرات طالب الاستثمار البشرية هي التي تتولى عملية التنفيذ وتطويع التقنية المنقولة للعمل حسب معطيات بيئة طالب الاستثمار ويقومون بتطبيقها²، ويظهر ذلك أيضا من خلال تهيئته للبيئة اللازمة لنجاح نقل المعرفة الفنية والتي قد تعرضنا لها بشيء من التفصيل في مواقع سابقة.

عادة ما يضاف هذا الالتزام في العقد عندما يكون المقابل نصيبا من عائد التكنولوجيا، ويبين فيه المدة التي يلتزم فيها الطرفان بمواصلة استثمار التكنولوجيا والحد الأدنى للكمية التي يجب مراعاتها في الإنتاج، ودرجة جودته³.

وعليه يشمل هذا الالتزام عموما:

أ-الالتزام بالمحافظة على جودة الإنتاج

الجودة هي إحدى مطالب المستهلك عند تطلعه للبضاعة بغض النظر عن المؤسسة التي تصدر عنها هذه الأخيرة أي سواء كانت مانحة أو متلقية، ومن ثمة أصبح هذا الالتزام يعنى به كلا الطرفين كل حسب مصلحته الشخصية في ذلك، فبالنسبة للمستثمر يحرص على وضع هذا الالتزام خوفا من أن تصاب سمعته التجارية ويتضرر مركزه التنافسي في السوق، في الحالات التي يتم فيها الترخيص لطالب الاستثمار بإنتاج سلع تحمل الاسم التجاري أو العلامة التجارية للمنتجات الأصلية الخاصة به، إذ ينسب الإنتاج في هذا

¹-مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص337.

²-مرتضى جمعة عاشور، مرجع نفسه، ص338.

³-عبد الرؤوف جابر، مرجع سابق، ص100.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

الفرض إلى مؤسسات الأخير، وبالتالي خسارته المالية قد تفوق المقابل الذي حصل عليه من نقله للتكنولوجيا¹.

كما يحرص جاهدا على تحقيق جودة الإنتاج في الحالات التي يكون فيها مقابل التكنولوجيا نسبة من قيمة المبيعات، ففي هذا الفرض سوف تتأثر قيمة المقابل إذا اخل أو تقاعس في ذلك، أما بالنسبة طالب الاستثمار فنجد أنه يحرص جاهدا هو الأخير على تنفيذ هذا الالتزام من أجل بلوغ مستوى الجودة المطلوبة، وتحقيق التمكن التكنولوجي، وكل ما هو مرتبط بأهداف العقد.

وبالتالي يكون التزام طالب الاستثمار بهذا الضمان يهدف إلى عدم الإضرار بسمعة المستثمر خاصة إذا سمح باستغلال علامته التجارية، وبهذه الحالة يلتزم طالب الاستثمار بالمحافظة على جودة الإنتاج ويسأل عن الأضرار التي تلحق بالمستثمر نتيجة فقدان منتجاته، ويكون التزام المستثمر بضمان الجودة في حال ما ورد العقد في صورة تسليم إنتاج، فإنه يهدف بذلك إلى تفادي المسؤولية عن الإنتاج، حيث يتحمل المستثمر عبء الخسائر التي تحدثها منتجات المتدنية الجودة، بالإضافة إلى الأضرار التي تلحق بالمتلقي نتيجة ذلك².

ومن خلال الاهتمام بموضوع الجودة برزت الكثير من المعاني والمفاهيم التي تبدو غامضة لدى الكثيرين، فبالنسبة لعامة الناس فالجودة تعني كل ما هو أفضل، إلا أنه ونظرا للغموض الذي يكتنف هذا المصطلح برز العديد من المفكرين والجمعيات المختصة في مجال الجودة والتي عملت ولا تزال تعمل على توضيح هذا المفهوم، فهناك من يرى أن الجودة تعني المنفعة المحققة من مطابقة المنتج للموصفات وبالتكلفة المقبولة³.

كما عرفت أيضا بأنها مدى ملائمة مواصفات المنتج مع رغبات ومتطلبات المستهلك⁴، ويعبر عنها آخرون بأنها قابلية منتج (سلعة أو خدمة) لتلبية الحاجات المعبر

¹- السيد مصطفى احمد أبو الخير، عقود نقل التكنولوجيا، ط.1، ايتراك للنشر والتوزيع، مصر، 2007، ص 477-478.

²- محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 220.

³- محمود إبراهيم، إدارة الجودة من المنظور الإداري، الدار الجامعية للنشر، الإسكندرية، 2009، ص 22.

⁴- محمد عيشوني، مقدمة عن ضبط الجودة، 2004، تاريخ الاطلاع: 2023/05/2، وقت الاطلاع، 11:33

<https://hctmetrology.tripod.com/quality/chap1.pdf>

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

عنها أو الكامنة للمستعملين¹، في حين أن الجمعية الأمريكية للجودة والمنظمة الدولية للمواصفات العالمية تعرف الجودة بأنها: "الدرجة التي تشبع فيها الحاجات والتوقعات الظاهرية والضمنية للمستهلك من خلال جملة من الخصائص الرئيسية"².

لاحظنا من خلال التعاريف السابقة أن كل واحد يعرف الجودة بطريقته ومن وجهة نظره، وبما يتماشى مع مصلحته، فالبعض يعتمد في تعريفه على أساس المنتج وهو في إطار دراستنا طالب الاستثمار، فرجال الاقتصاد يرون أن الجودة العالية تعني أداء أفضل وبالتالي منتج جيد، أما بالنسبة لوجهة نظر المستثمر فإن الجودة في نظره تقوم على أساس المطابقة بين المعايير والمواصفات المذكورة في عقد الاستثمار التكنولوجي.

ومن وجهة نظرنا فمن الصعب تحديد مفهوم الجودة في إطار هذا النوع من العقود لأن قياس الجودة أمر نسبي ويختلف من منتج لآخر ومن خدمة للأخرى، فصورتها ترتبط بأمور ذاتية، ولهذا على طرفي العقد عند وجود هذا الشرط وضع أهدافه بدقة وتحديد تكاليفه، ما يضمن تنفيذاً جيداً لهذا العقد، وبالتالي ضمان المطابقة وتلاقي الفرق بين القيمة والتكلفة، فكلية جودة لا معنى لها إلا إذا عرف الغرض الذي تستعمل فيه السلعة أو الخدمة.

وفي سبيل المحافظة على هذه الأخيرة نجد المستثمر يقوم بمجموعة من الأنشطة التقنية التي من شأنها مراقبة الجودة والتي يطلق عليها ضبط الجودة، وينبغي على المستثمر قبل تنفيذ هذه الأنشطة تحديد التقنيات التي يلزم استخدامها ومكان وزمان تطبيقها، فهي شرط مسبق للنجاح في الوصول إلى الأسواق ولتحسين القدرة التنافسية في الإقليم الذي يحوزه طالب الاستثمار، فمفهوم الجودة بهذا الشأن يولد المنافسة، لذا فإن مراقبة جودة الإنتاج في المصانع أمر مهم، بما في ذلك مراقبة المستثمر لعمليات

¹-Alain courtois, Chantal Maritain, et autres, gestion de production, 3éme édition, 2éme tirage, édition d'organisation, paris, 2002, p319.

²-فجر نجم الدين عيد بلوله، العليش محمد الحسن، ضبط جودة الإنتاج ودورها في رضا المستهلك، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة النيلين، السودان، المجلد3، العدد6، يونيو 2022، ص444.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

البحث والتصميم والإشراف على الإنتاج واختيار العاملين الفنيين، أو تنظيم زيارات لمنشآت طالب الاستثمار للتأكد من استغلال التكنولوجيا¹، بحيث يؤدي امتناع المستثمر عن القيام بالرقابة إلى سقوط حقه في العلامة التجارية ضمن حدود طالب الاستثمار الذي لم يحم بالرقابة عليه².

إلا أنه يجب أن نشير إلى أن هذا النوع من الالتزامات قد يلقي على طالب الاستثمار عبئا ثقيلا ينبغي ألا يرضى بتحملة، فهذا الأخير عندما يتعاقد على نقل التقنية فإنه لا ينبغي من هذا النقل مجرد إنتاج سلعة معينة وبيعها في السوق، وإنما يهدف كذلك إلى تطبيق تلك التكنولوجيا والتعرف على محتواها وأسرارها بشكل فعال تتيح له فرصة الاستغناء عن المستثمر نفسه والاستقلال عنه، وليس فقط إنتاج سلعة معينة وبيعها في الأسواق، لذا تلجأ أغلب قوانين الدول النامية إلى تحريم تلك الشروط إذا وجدت فيها قيد لحريتها³، وفي ذات الوقت يتوجب على طالب الاستثمار الحذر عند التفاوض وصياغة العقد من وضع تلك الشروط التعسفية، وفي حال عدم تمكنه من التحلل من هذا الالتزام، فينبغي أن يكون واثقا من قدرته على تحقيق الجودة المطلوبة في الإنتاج، وإلا فإنه يتيح للمستثمر عند أية مخالفة ولو كانت يسيرة طلب فسخ العقد أو مصادرة السلعة التي تحمل العلامة، أو تطبيق الشرط الجزائي إن وجد⁴.

وفي هذا الصدد تقترح الدكتورة نداء كاظم إجراء يحقق وبإنصاف موضوعي مصلحة الطرفين في هذا المجال، وهو قريب للصواب يتمثل في أن يتفاوض ثم يتفق كلا الطرفين وبدون الإضرار بمصلحة أحدهما على الاستخدام الأنسب والأصلح للتقنية وللإنتاج على مستوى الجودة والجودة الاقتصادية وعلى أن يأخذ بنظر الاعتبار الجانب

¹- عبد الرؤوف جابر، مرجع سابق، ص101.

²- وفاء مزيد فلهوط، مرجع سابق، ص414.

³- نداء كاظم محمد المولى، مرجع سابق، ص116.

⁴- محسن شفيق، مرجع سابق، ص89، يوسف الاكياي، مرجع سابق، ص220، عبد الرؤوف جابر، مرجع سابق،

ص101.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

المعنوي والنفسي وحرية في العمل من جهة، والسمعة التجارية المعقولة والموضوعية للمستثمر من جهة أخرى¹.

ب- الالتزام بمراعاة حجم الإنتاج

عادة ما يتضمن عقد الاستثمار التكنولوجي شرط يقيد احد المتعاقدين بإنتاج حد ادني أو حد اعلي، إلا انه في معظم الأحيان يرد كالتزام على طالب الاستثمار لضمان حق المستثمر في الحصول على مستوى مضمون من الربح، أو التقييد بإنتاج حد أقصى كوسيلة للمحافظة على سعر السلع المنتجة، أو عدم منافسة هذه السلع لأسواق أخرى²، وتتشدّد بعض التشريعات كالتشريع الأوروبي في تحديد ذلك الحد، ولذلك تلزمه على سبيل الاستثناء بالتزود بالسلع الضرورية من المستثمر³.

ومن الواضح أن هذا الالتزام يلقي عبئاً ثقيلاً على طالب الاستثمار لما فيه من قيود على حرية طالب الاستثمار، الأمر الذي جعل اغلب التشريعات الوطنية لاسيما في الدول النامية لمنع هكذا شروط، وحظر إدراجها في عقود المتعلقة بنقل التكنولوجيا على نحو لا يجوز معه الاتفاق عليه⁴، نذكر منها ما جاء به مشروع تنظيم نقل التكنولوجيا المصري - السالف الذكر - حيث نصت المادة السادسة فقرة هـ منه على انه: "يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً ويحظر تسجيله في الحالات الآتية... وإذا كان العقد يفرض على متلقي التكنولوجيا قيوداً تتعلق بحجم الإنتاج أو بسعر البيع سواء السوق المحلي أو الأجنبي"، كذلك ما ورد في

¹-دعاء كاظم محمد المولى، المرجع السابق، ص117.

²-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص218.

³-وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص419.

⁴-كالقانون البرازيلي رقم 15 لسنة 1975، حيث نصت المادة الثامنة منه على انه: "لا يجوز أن يتضمن العقد أي شرط يقيد أو يمنع ضمناً أو صراحة الاستغلال الفعال للبراءة أو الأنشطة التي يقوم بها المرخص له.. لاسيما الشرط الذي ينظم الإنتاج أو يحد منه أو يقيده". والقانون المكسيكي المتعلق بنقل التكنولوجيا الصادر عام 1972 أين نصت المادة السابعة منه على انه: "لا يجوز لوزارة الصناعة والتجارة أن تسجل أية وثيقة أو اتفاق أو عقد ... عندما تكون أحجام الإنتاج محددة"، وقانون نقل التكنولوجيا المكسيكي الصادر عام 1976 ونصت المادة السابعة منه على انه: "لا يجوز لوزارة الصناعة والتجارة أن تسجل أية وثيقة أو اتفاق أو عقد .. عندما تكون احجام الانتاج محددة"، محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص218.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

المادة 75 من قانون التجارة المصري أين أجاز إبطال العديد من الممارسات منها تقييد حجم الإنتاج.

في حين أجازته بعض تشريعات الدول التي يخدم مصالحها هذا الشرط -وهي الدول المتقدمة- مثل قوانين منع الاحتكار في الولايات المتحدة الأمريكية¹، واتفاقية السوق الأوروبية المشتركة (معاهدة روما عام 1985)².

من جهة أخرى فإن تحديد حجم الإنتاج يمكن أن يخفي في بعض الأحيان إرادة المستثمر في الحفاظ على مستوى معين من الأسعار، وهذا طبعا على حساب المستهلك المحلي مبدئيا وعلى الرغم أن هذه الممارسات لا تعتبر مخالفة لقوانين المنافسة، غير انه إذا ما كان الهدف منها تقاسم السوق، أو كانت نتيجة التعسف في استعمال الوضعية المهنية، فهنا الشرط يحد من القدرة التنافسية لطالب الاستثمار، وبالتالي يمكن اعتباره شرطا تعسفيا.

ومن هنا يظهر لنا مدى النقص التشريعي للقانون الجزائري، وقصوره في هذا المجال، فالمشرع الجزائري لم يول هذا الموضوع الاهتمام الذي يستحقه، واكتفى بتضمين قانون المنافسة نص عام من خلال ما جاء في الفصل الثاني من قانون 03/03 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بالمنافسة-السالف الذكر- في المادة 06 منه على حظر كل الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات الصريحة أو الضمنية والتي تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها، أو الإخلال بها، في نفس السوق أو جزء جوهري منه، لاسيما عندما تهدف إلى:

¹- ففي الولايات المتحدة الأمريكية ورغم قوانين محاربة الاحتكار كقانون شيرمان (Sherman act)، وقانون كلايتون (Clayton)، وقانون لجنة التجارة الاتحادية (fédéral Trade commission act)، لم تعالج في نصوصها عملية نقل التكنولوجيا مباشرة إلا ان القضاء الأمريكي مارس دورا كبيرا في تقييم الشروط المتعلقة بحجم الإنتاج حسب طبيعة كل عقد والعلاقة التعاقدية، وقد أجاز هذا القضاء الشرط الذي يقيد طالب الاستثمار بالحد الأدنى من الإنتاج لضمان حق المستثمر في الحصول على ربح معقول، كما أجاز التقييد بحد اعلي، وإن أجازة هذا القضاء لهذا الشرط يتفق حسب وجهة النظر التي تبناها مع القوانين الأمريكية ضد الاحتكارات، مرجع نفسه، ص 219.

²- وقد ورد ذلك في التقرير الرابع الذي أصدرته لجنة دول السوق عام 1974، وورد ذلك في الفقرتين 28 و 31 من هذا التقرير وانه لا يتعارض مع أحكام المادة 1/85 من الاتفاقية. المرجع نفسه، ص 219.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

- الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيه.
- تقليص و مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني.
- اقتسام الأسواق أو مصادر التمويل.
- عرقلة تحديد الأسعار أو الإنتاج حسب قواعد السوق
- تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات اتجاه الشركاء التجاريين، مما يحرمهم من منافع المنافسة..".

اما المادة 07 من نفس القانون فتحظر كل تعسف ناتج عن وضعية مهيمنة على السوق، او احتكار لها او على جزء منها قصد... (تكرار لنفس الحالات والممارسات الواردة في المادة 06 السالفة الذكر).

وأخيرا نص المادة 09 من نفس القانون أيضا التي تنص على الاستثناءات الواردة على المادتين السابقتين، حيث تسمح وتجزئ بالممارسات والاتفاقات السابقة الذكر اذا اثبت أصحابها انها تؤدي الى تطور تقني او اقتصادي او تساهم في تقليص البطالة او من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق، وتنص نفس المادة على ان الجهة المخولة بالترخيص واجازة هذه الممارسات المقيدة هو مجلي المنافسة فقط.

من خلال عرض المواد السابقة الذكر يتضح ان المشرع الجزائري تكلم عن القيود التي تمس المنافسة بشكل عام، وليس تلك الشائعة الاستعمال في عقود الاستثمار التكنولوجي، مما قد يخلق إشكالا في الواقع العملي، والملاحظة الاخرى المهمة انه ورغم التعديلات التي ادخلها على التشريعات المتعلقة بالمنافسة من خلال تقرير وضمان حماية المعرفة الفنية في اطار القانون 02/04 المؤرخ في 2004/06/23 -السالف الذكر- لاسيما في المادة 3/27 والتي جاءت في سياق تكييف القوانين الجزائرية لمقتضيات المنظمة العالمية للتجارة، وخاصة اتفاقية تريبس، الا انه لم يورد أي نص قانوني خاص لمنع هكذا ممارسات في عقود المتعلقة باستثمار التكنولوجيا، وهذا بالرغم من ان اتفاقية تريبس ذاتها لاسيما في مادتها 40 تمنح الدول الاعضاء في الاتفاقية في اتخاذ كافة التدابير التي محاربة او منع اية ممارسة من شأنها اعاقا او تقييد احد الاطراف، والذي غالبا ما يكون هو الطرف المتلقي او طالب الاستثمار.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

فالأكد ان هناك نقص تشريعي كبير في هذا المجال، حتى وان كانت الجزائر ليست عضوا في المنظمة العالمية للتجارة، وبالتالي غير منضمة لاتفاقية تريبس، إلا ان ذلك حسب رأينا لا يمنع من أن يول المشرع أهمية لهذا الموضوع، والتي لها تأثير سلبي على المؤسسات الصناعية الجزائرية من خلال الحد من المنافسة ورفع كلفة نقل التكنولوجيا، وعرقلة نقل التحكم التكنولوجي لهذه المؤسسات.

2- أساس الالتزام بمواصلة الإنتاج

إن الهدف الأساسي من إبرام عقد الاستثمار التكنولوجي هو استغلال المعرفة الفنية المستوردة وذلك بقصد تحقيق الربح والمشاركة في عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية، ومن ثم فإن استمرار المشروع أمر يحقق مصلحة الطرفين، وبالتالي يحصل كل متعاقد على جزء من الأرباح، ولكن ذلك لن يتأتى إلا إذا اشترط المستثمر مواصلة الإنتاج بالكمية المتفق عليها بشرط المحافظة على مستوى محدد من الجودة حرصاً على علامته التجارية التي تشكل أحد عناصر عقد الاستثمار التكنولوجي، ومن ثمة يكون أساس التزام طرفي العقد اما بموجب نص قانوني أو اتفاق ما بين الأطراف¹، وهذا الأخير قد يكون صريحا أو ضمنيا يفهم من العقد كأن يكون المقابل جزءا من عائد استغلال المعرفة الفنية على شكل إتاة، أو يتضمن العقد بالإضافة لنقل المعرفة الفنية إمكانية استخدام العلامة التجارية، فالفقه والقضاء لاسيما الفرنسي منه يقبلون بوجود التزام ضمني بواصلة الاستغلال، خاصة في حالة منح طالب الاستثمار الاستئثار بالاستغلال في إقليم معين².

فمن المهم للمستثمر النص في العقد على هذا الالتزام، كون أن استغلال المعرفة الفنية هو سبب وجود العقد، فهو بذلك ينتظر من طالب الاستثمار القيام بالاستغلال بصفة جدية ومرضية طوال مدة العقد، كما رأينا أن الإتاءات التي يدفعها هذا الأخير تتناسب عادة مع

¹-مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص337.

²-سلطاني حميد، مرجع سابق، ص225.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

حجم هذا الاستغلال، فالذي يبرر وجود الالتزام هو طريقة تحديد الإتوات التي يختارها أطراف العقد¹.

من جهة أخرى ولضمان مصالح طالب الاستثمار فإن هذا الأخير لا يلتزم بالقيام بعملية مواصلة الاستثمار إلا إذا كان هذا الاستغلال ممكنا صناعيا وقانونيا، وكذلك بشرط ألا تفقد المعرفة الفنية قيمتها بسبب تجاوزها بتقنية جديدة نظرا للتطور التقني السريع، أو بسبب فقدانها لسريتها، مما يتطلب منه تقديرا حكيما للمستقبل، إذ قد تزول سرية التكنولوجيا خلال مدة الالتزام فيستعملها منافسوه ويغرقون الأسواق بالإنتاج الذي كان يختص به، وقد تظهر تكنولوجيا احدث فتبور التكنولوجيا التي بين يديه، ويجد نفسه مضطرا إلى مواصلة إنتاج سلعة انصرف عنها الجمهور، ولهذا ينبغي ان يحتاط فيما يختص على مدة عقد الاستثمار التكنولوجي بحيث لا تكون قصيرة لا تحقق الهدف من إبرام العقد، ولا تكون طويلة على نحو كبير، لاسيما أن المعرفة الفنية تعد قيمة سريعة الاستهلاك نظرا للتطور التقني السريع².

فالمعرفة الفنية قد تفقد قيمتها الاقتصادية في حالة فقدانها لطابعها السري، وبالتالي سقوطها في الملكية العامة، لذا نجد بعض العقود تخفف من التزام طالب الاستثمار بالاستمرارية في مواصلة الاستغلال من خلال إدراج شرط في العقد يسمح له من التحلل مسبقا من العقد اذا كانت المعرفة الفنية محل العقد تجاوزها الزمن نظرا للتطور التقني السريع³، لذلك نجد المشرع المصري مثلا في المادة 86 من القانون 99/17 -السالف الذكر- يحدد مدة 5 سنوات كمدة للعقد يجوز خلالها للطرفين إما تجديد العقد أو إنهاءه، فالمشرع المصري أراد تنبيه طالب الاستثمار إلى ضرورة مراعاة مدة العقد، وان لا تكون طويلة على

¹ - المرجع نفسه، ص226.

² - عبد الرؤوف جابر، مرجع سابق، ص100.

³ - "le preneur, néanmoins est attentif a ne pas s'engager de la sorte que dans les limites d'une exploitation rentable, et pour autant que la valeur de know-how n'ait pas été rendue caduque par une nouvelle invention pendant ma durée du contrat ou n'ait pas été annulée par la perte du caractère secret" Ralph Schlossen, op cit, p256.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

ضوء التغييرات المتلاحقة والسريعة للتكنولوجيا حرصا من المشرع عن مصالح طالب الاستثمار الاقتصادية.

ثانيا: الالتزام بالتقيد بشروط القصر

شرط القصر لا يخرج عن كونه عموما أداءً ثانويا مشتركا، ينبغي لطرفي العقد الاتفاق على مضمونه والالتزام به من حيث التنفيذ، لأن الغرض منه هو حماية الطرفين من المنافسة، علاوة على ذلك فإنه يؤدي إلى الحفاظ على السمعة التجارية للمستثمر في حالة استعمال العلامة التجارية أو الاسم التجاري أو بقية عناصر الملكية الصناعية والتجارية، وي طرح التزام شرط القصر باعتباره أداءً ثانويا مشتركا في عقود التقنية ضرورة تحديد مفهومه القانوني وإبعاده من جهة، وتحديد طبيعته القانونية من خلال بيان خصائصه وخصوصيته من جهة ثانية.

1- مفهوم شرط قصر

شرط القصر عبارة عن قيد يرد على حرية احد المتعاقدين في عقد الاستثمار التكنولوجي، يلتزم بموجبه الامتناع عن إتيان فعل معين تتحقق به مصلحة الطرف الآخر، ويتحدد بموجبه الغرض الذي يجوز فيه استخدام المعرفة الفنية، أو تحديد نطاق استغلالها¹، وبهذا الشكل فإن التزام القصر يعد في الواقع التزاما سلبيا يحول دون قيام الملتزم به بالتعامل في إطار معين²، وينصب من حيث المفهوم على ما يأتي:

-قصر الاستغلال بتحديد الغرض: حيث يتم في هذه الحالة تحديد مجال استثمار المعرفة الفنية في مجال دون غيره، كما لو كانت المعرفة الفنية معدة لإنتاج أنواع متعددة من السلع ويقتصر استغلالها على نوع واحد أو عدة أنواع دون الأخرى، فعلى سبيل المثال

¹ - وهذا الشرط يشبه معه شرط القصر في عقود الوكالة التجارية من حيث كونه قيда يمتنع على أساسه المتعاقد من القيام بعمل معين، محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص223.

² -محسن شفيق، مرجع سابق، ص82-83.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

بالإمكان استغلال طريقة صناعية في مجال الطب البشري والطب البيطري أو استغلال طريقة صناعية لصناعة الماس الصناعي المستعمل لقطع الزجاج أو لقطع الأحجار الكريمة التي ترصع بها المجوهرات¹.

وبالتالي على طالب الاستثمار استعمال المعرفة الفنية في المجال أو المجالات التي يحق له استغلال المعرفة الفنية فيها، الأمر الذي يعني استبعاد المجالات الأخرى من نطاق الاستغلال تلافياً للمنافسة بين عدة متلقين لذات المعرفة الفنية، لاسيما في الأحوال التي تكون فيها تلك التكنولوجيا صالحة للاستخدام في عدد من الطرق الصناعية، و كان بمقدورهم منافسة بعضهم البعض في مختلف المجالات².

-**قصر الاستغلال بتعيين الإقليم:** حيث يتم في هذه الحالة تحديد المنطقة التي تستغل فيها المعرفة الفنية، أو يتم فيها التسويق في حدوده، ومن ثم عدم تجاوز تلك الحدود، وقد أطلقت المنظمة العالمية للملكية الفكرية (wipo) في الدليل المعد من قبلها والخاص بالعقود المتعلقة بنقل التكنولوجيا على هذا اسم الإقليم الاستثنائي، أما الأقاليم الأخرى فيبقى لطالب الاستثمار حق استغلال المعرفة الفنية أو تسويق منتجاتها فيها دون حق استثنائي له في هذه الأقاليم حيث يتسع هذا الإقليم لمنافسة متلقين آخرين، ويطلق على هذا النوع اسم الإقليم غير الاستثنائي على أنه في الإقليم يجوز للمستثمر أن ينافس طالب الاستثمار في المنطقة المستأثر فيها، ولا يجوز له أيضاً أن يتعاقد مع الغير لنقل معرفة فنية لاستغلالها في هذه المنطقة³.

ويبدو أن الغرض من هذا التحديد يكمن عادة في منع منافسة الملتزم به سواء منه شخصياً أو من خلال من يتعامل معهم، نجد في هذا الإطار ما تضمنه أحد عقود التعاون الصناعي، بندا تلتزم بمقتضاه إحدى الشركات المغربية بوصفها طرفاً متلقياً، بعدم بيع الآلات أو الأجهزة أو قطع الغيار خارج المغرب سواء بشكل مباشر أو غير مباشر⁴.

¹-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص223.

²-نداء كاظم محمد المولى، مرجع سابق، ص226-227.

³-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص224.

⁴-أبرم هذا العقد سنة 1984 بين شركة مغربية MMA وشركة فرنسية SE.B، إبراهيم قادم، مرجع سابق، ص233.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

إضافة إلى عقد الترخيص في استقلال المعرفة الفنية - faire savoir المبرم بين شركة جزائرية وأخرى فرنسية أين حددت هذه الأخيرة منطقة جغرافية معينة خاضعة لتقدير انفرادي من جانبها، بحيث يشترط على الشركة الجزائرية باعتبارها طرفا متلقيا على موافقة مسبقة لها من أجل التصدير¹.

-قصر الاستغلال بتحديد الأشخاص، يتم في هذه الحالة قصر التعامل مع شخص معين يحدده العقد بالذات، ويكون هذا الشخص عموما مؤسسة صناعية تقوم بتجهيز مواد ومعرفة وغيرها².

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الأداء لا يأتي عموما على سبيل الحصر، إذ قد يكون مطلقا كأن يحدد شخصا أو منطقة معينة بشكل عام كأن تكون على سبيل المثال منطقة الشرق الأوسط، وقد يكون أداء القصر مقيدا بشكل نسبي كأن يحدد أماكن أو أشخاص أو أغراض دون سواها، فقد يحدد مثلا إقليما جغرافيا معينًا بالذات أو منشأة محددة أو يخصص من أجل تصنيع سلعة معينة باستعمال التقنية محل الاستثمار³.

كما وأن الغرض من هذا الالتزام في الواقع يحقق غاية مشروعة ترمي إلى إزالة المنافسة غير المشروعة بين عدة متلقين من خلال تحديد المجال الذي تستخدم فيه التكنولوجيا المنقولة، كحق استثنائي للمستثمر أو المورد دون غيره، الأمر الذي يعطي الحق لمتلقي آخر يستخدم نفس التكنولوجيا في مجال آخر، ولأكثر من مستورد، والشئ نفسه يتحقق عند قصر استغلال المعرفة الفنية وتسويقها بمنطقة محددة دون غيرها بحيث يتمتع على المستثمر أن يستغل المعرفة الفنية بالمنطقة ذاتها، أو أن يتعاقد مع مستثمر آخر لاستغلال المعرفة الفنية بالمنطقة ذاتها، في حين يحق للمستثمر استغلال المعرفة الفنية المنقولة أو التعاقد مع مستورد آخر لاستغلالها في منطقة أخرى⁴.

بيد أن هذا الأداء يفترض تقريره عادة لمصلحة المستثمر خصوصا، وبهذا الصورة فإن عملية الاستثمار التكنولوجي تكتسي خصوصية معينة وتضفي من جانب آخر على

¹-مرجع نفسه، ص234.

²-نداء كاظم محمد المولى، المرجع السابق، ص228.

³- نداء كاظم محمد المولى، المرجع السابق، ص228.

⁴-حلو أبو حلو، مرجع سابق، ص102-103.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

العقد صفة الإذعان، الأمر الذي جعل بعض التشريعات الوطنية تعتبره غير مشروع بما يقيد حرية طالب الاستثمار تأسيساً على أنه لا يستمد مشروعيته من حقوق الملكية الصناعية، وحظر إدراجه في العقود المتعلقة بنقل التكنولوجيا، كما وتعتبره ممارسة تجارية غير مشروعة تلحق أضراراً بالاقتصاد الوطني مما دفع بالدول النامية بتنشيط تشريعاتها بهذا الصدد على نحو تحكم وتعالج حالات الأخذ بالتزام شرط القصر وحددته في إطار المصلحة العامة¹، ونجد المشرع المصري سلك نفس الطريق من خلال نص المادة 84 من قانون التجارة- السالف الذكر- التي جاء فيها: "يجوز الاتفاق على أن يكون مستورد التكنولوجيا وحدة حق استخدامها والاتجار في الإنتاج وبشرط أن يحدد هذا الحق بمنطقة جغرافية معينة وبمدة يتفق عليها الطرفان".

في حين هناك تشريعات أخرى اعتبرته مشروعاً تأسيساً على أنه جزء من حقوق الملكية الصناعية، ويلاحظ أن معظم هذه التشريعات لدول عادة ما تكون هي الطرف المسيطر تكنولوجياً²، نذكر منها ما جاء في نطاق اتفاقية روما المبرمة بين دول السوق الأوروبية المشتركة في نصها 43 على أنه: "يجوز الترخيص لبراءة من البراءات إما بكاملها أو في جزء منها، وذلك في كافة الأقاليم التي يسري مفعولها عليها أو في جزء منها، ويجوز أيضاً أن يكون الترخيص حصري"³.

¹-من تلك الدول نذكر على سبيل المثال الأرجنتين، البرازيل، كولومبيا، الهند، المكسيك، الفلبين، محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص224.

²-فمنها ألمانيا الاتحادية وقد تضمن قانون مكافحة تقييد المنافسة الصادر بتاريخ 28 /07 /1985 في المادة 21 منه النص التالي: "يعتبر منح التراخيص الحصرية جزءاً من حقوق تحديد ميدان الاستخدام الذي تخوله التشريعات الخاصة بحقوق الملكية الصناعية"، محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص224.

³-وان هذا الحكم من الاتفاقية خالفته لجنة المجموعة الأوروبية عندما قالت ان منح ترخيص حصري قد يندرج في نطاق المادة 85 من المعاهدة حيث لابد من تقييم مشروعيته على ضوء المادة 3/85، وترى اللجنة "أن وجود البراءة لا يعطي في أي حال من الأحوال الحائز الحق في حماية احد المرخص لهم من المنافسة من قبل مرخص له آخر، ويجوز أن ينظر إلى شرط من الشروط في عقد يحظر على المرخص له التوريد لأقاليم مرخص له آخر على أنه في حدود الحظر الوارد في المادة 1/85، وأنه غير مؤهل للإعفاء إلا إذا تم الوفاء بالنقاط الواردة في المادة 3/85 ثم لا يكون ذلك إلا لفترة محدودة"، مرجع نفسه، ص225.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

ويلاحظ غياب تام للمشرع الجزائري في هذا الخصوص، حيث لم يورد أي نص قانوني يجيز أو يرفض هكذا شروط، وإنما تكلم عن القيود التي تمس المنافسة بشكل عام، والتي خلقت إشكالا حقيقيا في الواقع العملي.

2-أساس التقيد بشروط القصر

إن الأساس القانوني لهذا الالتزام حسب تقديرنا يكون بموجب اتفاق ما بين الأطراف، طالما أن أطراف عقد الاستثمار التكنولوجي يعبرون عنه بالضرورة من خلال إرادتهم التعاقدية، ويتضح ذلك من خلال كونه التزام لا يفترض، وإنما يتعين التصريح به بوضوح ودون لبس في العقد¹، ولأهمية هذا الموضوع تقرر تشريعات الدول النامية ضرورة تجنب النص على هذا الأداء بأنواعه، لأن هذه التشريعات أباحت الأداء النسبي في جميع الأحوال التي تقتضيها المصلحة الوطنية، وب نفس الاتجاه سار المشرع الدولي لنقل التكنولوجيا الصادر سنة 1981، بيد انه لا بد من الإشارة إلى أن قواعد هذا المشروع ليست لها صفة الإلزام، أما قانون التجارة المصري كما سبق وذكرنا سالفا فإنه قد نص على التزام التقيد بشروط القصر شريطة أن يحدد بمنطقة جغرافية معينة وبمدة محددة يتفق عليها الطرفان²، غير انه عادة ما يعتمد المستثمر إلى تضمين فقرات أو نصوص تحد من حرية المتلقي في التصرف بالتكنولوجيا المنقولة، أو تمنعه بنفس الوقت من تطويعها بما يتلاءم وحاجاته من خلال قصر التعامل معه، ولعل من اخطر ما يقوم به المستثمر هو وضع عناصر التكنولوجيا في حزمة واحدة فلا يمكن فصل عنصر عن الآخر، وعلى طالب التكنولوجيا إما قبولها دفعة واحدة أو رفضها كلها، ابتداءً من دراسات الجدوى وتجهيز التكنولوجيا حتى تشغيل المصانع و إدارتها، بحيث يرغب طالب الاستثمار على إسناد كل هذه الحلقة للمستثمر وحده³.

¹-محسن شفيق، مرجع سابق، ص73.

²-نداء كاظم محمد المولى، مرجع سابق، ص230.

³-تعلل غاية المستثمر من ذلك برغبته بعدم نقل الحقيقي للتكنولوجيا وما تحويه من معارف فنية وتقنيات ومهارات وخبرات، وهذه الغاية للمستثمر تأتي في إطار حرصه على عدم منح طالب الاستثمار التمكن التكنولوجي الذي يمكنه في

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

وبالتالي يقصر طالب الاستثمار تعامله معه على جميع العناصر اللازمة لتشغيل المنشأة أو المصنع، ويقبل طالب الاستثمار هذا الواقع عموماً مضطراً وذلك لحاجته الماسة لهذه التكنولوجيا، إذ أنه ما كان ليقبل بالعديد من عناصر الحزمة لو كان يمتلك الخبرة والدراية اللازمة لتشغيل التكنولوجيا، وعلى أية حال فإن أياً من طرفي العقد لا يعتمد إلى النص على هذا الأداء إلا إذا اقتضت مصلحته ذلك أو فرضته الضرورة، وفي حالة اشتراطه أو إذا تضمنه العقد فإنه يعد صحيحاً لا يمكن الطعن به اللهم إلا إذا كان المنع عاماً مطلقاً من حيث الزمان والمكان¹.

الفرع الثالث: الالتزام بأداء الأعباء الضريبية

ينتج عن عقد الاستثمار التكنولوجي مجموعة من الضرائب والرسوم، سواء أكانت تستحق للمستثمر الأجنبي أو طالب الاستثمار، كالضرائب الجمركية على الأجهزة أو الآلات الملحقة بالتكنولوجيا، ورسوم توثيق العقد، ونفقات تحويل العملة، وضريبة الأرباح التجارية والصناعية المفروضة على أرباح طالب الاستثمار².

ونظراً لاختلاف الأنظمة الضريبية ذات الصلة، وتحاشياً لحدوث الازدواج الضريبي يتعين على المستثمر وطالب الاستثمار الإلمام الكامل بكافة المعلومات الضريبية في دولة كلا منهما من أجل تحقيق مصلحتهم، حيث أنه إذا كانت دولة المستثمر تفرض ضرائب ضخمة قد يكون دافعاً لعدم التعاقد عندما يصطدم بالأعباء الضريبية التي سيقوم بدفعها عند تنفيذ العقد، والعكس صحيح بالنسبة لطالب التكنولوجيا³، لذا ينبغي أن يبين في العقد صراحة من من الطرفين يتحمل هذه الأعباء، وبأية نسبة يسهم كل منهما فيها أن اتفقا على أن تكون مشاركة بينهما، ويجب أن يراعي الطرفان في تقدير هذه الأعباء أحكام القانون

النهاية من تحقيق أهدافه التنموية بتلك المعارف، ويبقى بذلك للمستثمر السيطرة على ذلك السلاح الفعال الذي يرخص مبدأ تبعية طالب الاستثمار له.

¹ - نداء كاظم، مرجع نفسه، ص 231.

² - عبد الرؤوف جابر، مرجع سابق، ص 105، محسن شفيق، مرجع سابق، ص 93.

³ - مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 179.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

الواجب التطبيق، والاتفاقيات الدولية السارية في دولتهما بشأن منع الازدواج الضريبي، ويحسن الاستعانة بخبير في الضرائب عند تحرير هذا الجزء من العقد¹.

اما في حالة عدم الاتفاق على هذه المسألة يفترض تسديد كل طرف للضرائب المفروضة عليه بمقتضى تشريعه الضريبي، لأن سكوت الطرفين المتعاقدين عن اثاره هذه المسألة وتنظيمها اثناء عملية التفاوض يعني انه يتوافر لدى كل منهما رضى ضمني بأن ياتزم كل طرف منهما بالخضوع لتشريعه الضريبي الوطني، وهذا هو الأصل وهو أن الضرائب والرسوم المستحقة في دولة المورد الناشئة عن تنفيذ العقد يلتزم بها المستثمر، ويلتزم المستورد بدفع الضرائب والرسوم التي تستحق في دولته، وهذا يعني ان الالتزام بأداء الضرائب يكون موزعا على أساس إقليمي، وهذا يضيف على أداء الضرائب أهمية عملية²، وإذا ما راجعنا بعض النماذج العقدية نجد انه من المقبول عمليا للطرف طالب الاستثمار تسديده للضرائب والمستحقات المتعلقة بتنفيذ العقد والمفروضة داخل بلاده، وتسديد المستثمر لتلك الضرائب المفروضة خارجها³.

الفرع الرابع: الالتزام بعدم المنافسة

قد يكون الالتزام القانوني بالمحافظة على السرية في عقد الاستثمار التكنولوجي لا يوفر الحماية الكافية لطرفيه، ما يدفع بهم الى إضافة شرط اتفاقي الى العقد يمنع فيه من المنافسة او من قيام بنشاط مماثل لنشاط احدهم بعد انتهاء العقد، وذلك للطابع المعنوي التي تتسم به المعرفة الفنية، ما يضعنا أمام خطر المنافسة لكل من المستثمر وطالب الاستثمار. وعليه ستكون دراستنا لهذا الالتزام مقتصرة على مضمونه، وكذا الطبيعة القانونية له خاصة اذا علمنا انه يعتبر قيда لحرية الأطراف في ممارسة نشاطهم، وهذا ما يتعارض مع

¹- عبد الرؤوف جابر، مرجع سابق، ص105.

²- يوسف محمد الاكياي، مرجع سابق، ص227.

³- مثلا المادة 10 من العقد الألماني الصيني، اذ تحمل المرخص له (الصيني) كافة الضرائب المفروضة داخل جمهورية الصين PRC، بينما تحمل المرخص (الألماني) الضرائب المفروضة خارجها، وفاء مزيد فلووط، مرجع سابق، ص583.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

حرية العمل المكفولة دستوريا كمظهر من مظاهر الحرية الفردية التي يجب صونها وترقيتها، وذلك من خلال ما يلي:

أولاً: مضمون الالتزام بعدم المنافسة

واقع الأمر يظهر أن الالتزام عدم المنافسة يتضمن تصور اقتصادي محض، يتمثل في المنافسة، التي يجب أن تكون مبنية على قاعدة العرض والطلب دائما في ظل إطار قانوني اقتصادي اجتماعي تسوده النزاهة والشفافية لخلق نظام سوق متناغم يضمن تنافسية خلقة، ويحقق رفاهية الفرد المستهلك¹، لكن غالبا ما نجد أن المنافسة تتم وفق القواعد التي يفرضها نظام السوق، بمعنى أن السوق لا يمكن أن يتوازن دون تدخل آلة ضابطة، إذ من المستحيل أن ينظم السوق نفسه بنفسه²، ففساد المتنافسين يدفعهم إلى التحسس على بعضهم البعض بكل الطرق الممكنة، ومن ثم يبرز مضمون ومفهوم هذا الالتزام، حيث يتم اللجوء إليه بصفة واسعة في عقود الاستثمار التكنولوجي.

ويعني هذا الالتزام امتناع طرفي العقد أو احدهما عن إتيان أي فعل يستهدف المنافسة، على نحو يلتزم معه ببذل عناية لحماية الطرف المقابل متى كان ذلك ممكنا³، بحيث يعتبران مخلان بالتزامهما متى أقدم احدهم على فعل ايجابي يستهدف منافسة الطرف الثاني بشكل مباشر، كقيام طالب الاستثمار بالحصول على تكنولوجيا منافسة، أو تصدير منافسة لإقليم محظور عليه التصدير إليه، أو منافسته بأي شكل يؤثر على المستثمر كإبرام عقود مع المؤسسات المنافسة له، أو العكس قيام المستثمر بنقل المعرفة التكنولوجية نفسها لعملاء اقتصاديين كثيرين على ارض واحدة.

¹ -أحمد محمد محرز، الحق في المنافسة المشروعة في مجالات النشاط الاقتصادي، (الصناعة والتجارة والخدمات)، د.ط،

دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007، ص93.

² -Friedman David, laws order, what economics has to do whith and why it matters, Princeton university press, 2000, p123.

³ -صالح بن بكر الطيار، مرجع سابق، ص237 وص246.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

ولما كان هذا الالتزام من قبيل الاستثناء، فقد قيد ببعض الشروط بما ينسجم مع وروده كاستثناء على الأصل العام، من حيث الزمان والمكان ونوع النشاط لحماية مصالح العقد المشروعة، فبالنسبة من حيث الزمان، يجب ان يكون المنع محددا بمدة معينة ومعقولة، ولا يجوز ان يكون المنع مؤبدا¹.

أما بالنسبة من حيث المكان، فمفني ذلك ان يكون الحظر قاصرا على إقليم محدد، أو رقعة جغرافية معينة، وذلك بتحديد المنطقة التي تستغل فيها المعرفة الفنية أو يتم فيها تسويق المنتجات، ومن ثم عدم تجاوز تلك الحدود، وهذا التحديد لا يمكن وصفه بالتحكيمي، فلا يتطلب أن يكون المكان محصورا ماديا، ولكنه يضع معيارا مرنا يتوافق والقدر الضروري لحماية مصالح احد الأطراف سواء المستثمر أو طالب الاستثمار، وهذه المرونة تؤدي بدورها إلى تفاوت الحلول العملية لكل حالة، كما تسمح بأن يأخذ في الاعتبار مدى اتساع نشاط المشروع، ومدى خطورة المنافسة على مصالحهم في نطاق جغرافي، يضيق أو يتسع حسب الأحوال، ذلك أن هناك من المشروعات ما يتسع نشاطه ليشمل معظم أقاليم الدول، كأن يكون ممارسة النشاط محصورا في دول جنوب شرق آسيا فقط²، وبالتالي قد لا يحقق حصر نطاق الشرط في رقعة جغرافية صغيرة الهدف من إدراجه، وتعبير آخر فإن من المشروعات ما تؤدي منافسته في مكان ما إلى منافسته في كل مكان³.

وقد أطلق على هذا الإقليم في الدليل الذي أعدته المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) الإقليم الاستثنائي، أما الأقاليم الأخرى فيبقى لطالب الاستثمار حق استغلال المعرفة أو تسويق منتجاتها فيها دونما حق استثنائي له في هذا الأقاليم، بحيث يتسع هذا الإقليم

¹ - ناصر موسى ، التزام العامل بعدم منافسة المستخدم في التشريع الجزائري (شرط عدم المنافسة في عقد العمل)، مجلة قانون العمل والتشغيل، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، المجلد 04، العدد 02، ديسمبر 2019، ص 529-552.

² - إن معظم نشاطات التي تكون مع هذه الدول وخاصة كوريا الجنوبية تكون متضمنة لهذا الالتزام، وتحظره على كافة أقاليم الدول الأخرى.

³ - المرجع نفسه، ص 529-552.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

لمنافسة متلقين آخرين، ويطلق على هذا النوع الإقليم غير ألاسثناري، على انه في الإقليم ألاسثناري لا يجوز للمستثمر أن ينافس طالب الاستثمار في المنطقة المستأثر فيها، ولا يجوز له أيضا أن يتعاقد مع الغير لنقل المعرفة التكنولوجية لاستغلالها في هذه المنطقة¹.

أما بالنسبة من حيث نوع النشاط، فمعنى ذلك يجب تحديد الغرض الذي يجوز فيه استغلال المعرفة الفنية أو تحديد نطاق هذا الاستغلال، فمن ناحية الغرض ينبغي عدم التعامل بالمعرفة لغير الغرض المنقولة من اجله، إذ قد يتم تحديد مجال الانتفاع بها، لاسيما في الأحوال التي تكون فيها تلك المعرفة صالحة للاستخدام في أكثر من غرض، وهذا الشرط يشكل وسيلة من وسائل تنفيذ اتفاق يرمي إلى إزالة منافسة بين عدد من طالبي الاستثمار لذات المعرفة الفنية، لاسيما إذا كان بمقدورهم منافسة بعضهم في مختلف المجالات²، وبالتالي فإن حظر ممارسة كل نشاط على الملتزم يجعل من الالتزام غير معتبر.

ثانيا: أساس الالتزام بعدم المنافسة

يذهب بعض الشراح والمفكرين إلى أن الالتزام بعدم المنافسة في عقد الاستثمار التكنولوجي هو التزام إرادي، نابع من حرية إرادة الأطراف، ولا منافسة بدون حرية، فهو لا يفترض ولا يمكن استخلاصه من مبادئ حسن النية، وإنما يتعين عن طريق الاتفاق الخاص أو بتضمين العقد نصا صريحا يوجب عدم المنافسة، في حين يرى آخرون³ الالتزام بعدم المنافسة يعد التزاما قانونيا يقع جراء أي فعل يتعارض مع معطيات التعامل التجاري، لذا فإن عدم النص عليه في العقد لا يعني عدم وجوبه.

¹-مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص344-345.

²-مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص344.

³-سميحة القليوبي، الوجيز في التشريعات الصناعية، مرجع سابق، ص72، محسن شفيق، نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص72.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

ونذهب بدورنا إلى تأييد الاتجاه الأول ، الذي هو اقرب إلى واقع العمل التجاري وما يجري عليه العمل فيه، وهذا ما جسده المشرع الجزائري في المادة 43 من القانون 16-01 المتعلق بتعديل الدستور الجزائري¹ بقوله: "حرية الاستثمار معترف بها وتمارس في إطار القانون، وتعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال، وتشجيع ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية، وتكفل الدولة ضبط السوق، ويحمي القانون حقوق المستهلكين، ويمنع القانون الاحتكار والمنافسة غير النزيهة".

كما أن اتفاقية التريبس بما تتطوي عليه من أهمية خاصة، قد جاءت فيما بعد بنصوص صريحة تترك لدول الأعضاء حرية الاتفاق على اعتبار أي شرط كشرط سلبى يؤثر على التجارة، أو يعرقل استثمار أو نقل التكنولوجيا، مع حرية تضمين تشريعاتها لتلك الشروط مع المقاييس الملائمة لمنعها أو الرقابة عليها.

ونفس الشيء بالنسبة للمدونة الدولية لنقل التكنولوجيا، عندما أجازت لكل دولة إقرار صحة أي شرط مقيد فيما لو اقتضت مصلحتها العامة بذلك، بما فيها شرط عدم المنافسة².

أما القواعد القانونية الوطنية والإقليمية النازمة لحرية المنافسة فيبدو أنها تقبل شروط عدم المنافسة في ظل ضوابط معينة، كما هو الحال في كل من القانون الأمريكي³ والقانون الفرنسي¹ والقانون الأوروبي لحرية المزاومة².

¹ - المؤرخ في 06 جمادي الأولى عام 1437هـ، الموافق ل 06 مارس 2016، ج.ر.ع. 14، الصادرة في 27 جمادي الأولى عام 1437هـ، الموافق ل 07/03/2016.

² - محسن شفيق، مرجع سابق، ص 34.

³ - بالعودة إلى بعض أحكام قانون شيرمان وقانون كيلاتون الخاصة بمنع تقييد التجارة ما بين الولايات المتحدة مع بعضها أو مع دول أجنبية، وتنظيم عمليات الاندماج التي من شأنها إعاقة المنافسة، نجد انها تقر بصحة التقييد متى كانت مدته محددة، ومتى كان تقسيم السوق لا يمثل الغرض النهائي من العقد، على ان تطبيق تلك الأحكام على كل عقد يبرم داخل او خارج الولايات المتحدة الأمريكية، ولو لم تتبع جنسية أطرافه لها، فيما لو اثر على نحو مباشر او غير مباشر على السوق الأمريكية، وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص 564.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

ومما يثير الريبة في هذا النوع من الالتزام ويجدر الإشارة إليه انه يطرح في العديد من المواضع ممارسات تعسفية على الطرف طالب الاستثمار كمنع استعمال المعرفة الفنية بعد انتهاء العقد، الا في حالة سقوطها في الملكية العامة وفقدانها سريتها، ويكمن هدف المستثمر مانح التكنولوجيا من وراء هذا المنع تجنب ان يستفيد طالب الاستثمار من المعارف المكتسبة بفضل عقد الاستثمار التكنولوجي لمنافسة المستثمر بمجرد انتهاء العلاقة التعاقدية، وبالتالي يعد تقييدا كبيرا على حرية المتلقي، وهذا مثال واحد من أمثلة عديدة عن الممارسات التعسفية التي طرحها العمل الدولي في هذا السياق، مما يكون من مصلحة الدول النامية كأطراف متلقية للتكنولوجيا في هذه العقود ان تتبنى تشريعات ترفض خلالها تلك الشروط أو تضع على الأقل ضوابط صارمة لإعمالها.

¹-وفقا للمراسيم الصادرة في فرنسا تمنع جميع التصرفات بما في ذلك العقود متى كانت ترمي الي تقييد او منع المنافسة، الا أنها ستعتبر قانونية متى تمكن الأشخاص المعنيين من إثبات تحقيق تلك الأفعال للتطور الاقتصادي، او انها تقدم للمستخدمين جزءا مناسبا من الأرباح، المرجع نفسه، ص564.

²-قانون المجموعة الاقتصادية الأوروبية للمنافسة هو عموما تلك المبادئ المتعلقة بالمنافسة الواردة في معاهدة روما، إضافة الى القواعد العملية الهامة التي تم إنشاؤها من قبل مجلس أوروبا والمفوضة الأوروبية المكلفين أصلا بتطبيق مبادئ المعاهدة المذكورة، او الإعفاء منها، وقد اعتبرت المادة 85 من معاهدة روما من الممارسات المحظورة كل تصرف يستهدف تقسيم الأسواق او تطبيق شروط غير متعادلة تؤدي الى خلق وضع ضار بالمنافسة، إلا أنها عادت واستثنت المنع كلما ساهمت الاتفاقيات السابقة في تحسين الإنتاج او توزيع المنتجات او في ترويج التقديم التقني مع الاحتفاظ بنصيب عادل من الأرباح، على ان تطبق تلك الأحكام على أية اتفاقية تؤثر على المنافسة في السوق الأوروبية وبغض النظر عن جنسية أطرافها، وواضح أن مجمل الأحكام السابقة تواجه بالانتقاد لجهة إمكانية تطبيقها خارج نطاقها الإقليمي، إلا أن ذلك الانتقاد لا يؤثر كما يبدو في مسلك تلك الدول وغيرها من الأغلبية السائرة على نهجها، ولعلها تتأثر في منحها السابق بنظرية الإقليمية الموضوعية، حيث يتعقب المنع الأثر الضار أكثر من معيار الجنسية، المرجع نفسه، ص565.

الفصل الثاني: الإخلال بتنفيذ عقد الاستثمار التكنولوجي وكيفية تسوية

المنازعات الناشئة عنه

الأصل ان يتم تنفيذ عقد الاستثمار التكنولوجي وفقا لما تم الاتفاق عليه، وطبقا لما يمليه واجب الاعتبار الشخصي وحسن النية في تنفيذ العقود، شأنه في ذلك شأن باقي العقود الأخرى، الا ان هذه القاعدة قد تخرج عن أصلها في الكثير من الأحوال، والتي أحيانا يكون مصدرها المتعاقدان أنفسهم، وأحيانا أخرى يكون للظروف المحيطة بالعقد دور بارز في ذلك، وان قيام المسؤولية كأثر لهذا الإخلال يرتب جزاءات متنوعة تصدر من جهة مختصة، وطبقا لقانون معين تطبق أحكامه على النزاع المعروض على هذه الجهة، حيث تعتبر هذه الأخيرة والقانون الواجب التطبيق من بين أهم المسائل التي تثار بمناسبة الفصل في المنازعات بين أطراف العقود الدولية عموما، نظرا لاختلاف وتباين إستراتيجية وهدف كل طرف في العقد، فهي تمثل معادلة في شقها الأول المورد كمستثمر أجنبي، وفي شقها الثاني المتلقي وهو طالب الاستثمار .

لذلك رأينا ان نخصص هذا الفصل للبحث عن الإخلال في تنفيذ عقد الاستثمار التكنولوجي في المبحث الأول، اما المبحث الثاني فخصصناه لمناقشة موضوع تسوية المنازعات هذه العقود وفق ما يلي:

المبحث الأول: اثر الإخلال بتنفيذ عقد الاستثمار التكنولوجي

تحدثنا سابقا بأن عقد الاستثمار التكنولوجي من العقود الملزمة للجانبين، اذ انه يرتب التزامات متبادلة في ذمة طرفيه، وحددنا في الفصل الاول من هذا الباب طبيعة تلك الالتزامات، والاصل ان انقضاء هذه الاخيرة يكون من خلال الوفاء بها اما اختيارا او جبرا، ذلك لانهم ملزمون بالوفاء كما لو كان القانون فرض ذلك، وهذه القاعدة من اثار مبدأ سلطان

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

الارادة تملئها اعتبارات دينية واخلاقية واقتصادية، وهي تفرض تنفيذ العقد بجميع ما اشتمل عليه، وما هو من مستلزماته وفق القانون والعرف والعدالة وحسب طبيعة الالتزام.

غير ان هذه القاعدة قد تخرج عن اصلها في الكثير من الاحيان، وذلك بسبب امتناع احد اطراف العقد بما قد التزم به، او عدم مراعاة الشروط المتفق عليها، ومن ثم تنشأ عنه مسؤولية المخل في تنفيذ التزاماته، على نحو يتحمل معه نتائجها جزاء اخلاله.

وهكذا فإن خطتنا لدراسة موضوع اثر الاخلال بتنفيذ عقد الاستثمار التكنولوجي ستكون مقسمة الى مطلبين نناقش في الاول المسؤولية المترتبة عن الاخلال بهذا العقد، وفي الثاني نناقش اثار تقرير المسؤولية عن هذا الاخلال، وفق ما يلي:

المطلب الاول: المسؤولية الناشئة عن الإخلال بتنفيذ عقد الاستثمار التكنولوجي

يلتزم المتعاقد بمقتضى العقد الصحيح بذل كل الجهود من اجل تنفيذ العقد تنفيذا كليا وبالطريقة التي تستلزمها الأمانة، النزاهة، عدم الإخلال وشرف التعامل، وقد عبر عنه المشرع بأنه "شريعة المتعاقدين" مما يستلزم احترامه وتنفيذه، فلا يجوز تعديله إلا باتفاق الطرفين، غير انه في كثير من الحالات ولأسباب مختلفة يتم الخروج على هذه القاعدة، والتي أحيانا يكون مصدرها المتعاقدين أنفسهم من خلال الامتناع إراديا عن مباشرة التنفيذ بصفة جزئية او غير جزئية،.. وبالتالي قيام المسؤولية العقدية من اجل بيان الإخلال الذي ارتكبه احد الطرفين المتعاقدين، وكذلك تحديد الضرر الذي لحق بالدائن والعلاقة السببية بينهما.

ولما كانت الأحكام القانونية للمسؤولية التعاقدية ليست من القواعد الآمرة، فإنه يجوز للمتعاقدين الاتفاق على تحديد هذه المسؤولية بتشديدها او تخفيفها او الإعفاء منها رغم تحقق أركانها، بما يعني اتفاق الأطراف على تعديل أحكام المسؤولية في حدود ما يسمح به النظام العام، وهذا ما سنراه في النقاط التالية:

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

الفرع الأول: أركان المسؤولية المدنية الناتجة عن الإخلال بتنفيذ عقد الاستثمار

التكنولوجي

ان المسؤولية المدنية التي تثار في نطاق الإخلال بتنفيذ عقود الاستثمار التكنولوجي لا تختلف عن تلك المسؤولية التي قد تثار في نطاق العقود الأخرى من حيث توافر أركانها الثلاثة وهي:

-عدم تنفيذ المدين لالتزاماته وهو ما يسمى بالتقصير التعاقدى او الخطأ العقدي.

-إصابة الدائن بضرر

-توافر علاقة السببية بين خطأ المدين والضرر الذي أصاب الدائن.

أولاً: ركن الخطأ

درج شراح القانون المدني على تعريف الخطأ فيما يخص المسؤولية العقدية بأنه إخلال بالتزام عقدي سابق، بينما هو في المسؤولية التقصيرية الإخلال بالتزام قانوني، غير ان ما يهمننا في دراستنا الآن هي المسؤولية العقدية، حيث انه اذا نشأ العقد صحيحا يكون واجب التنفيذ على أطرافه سواء باختيارهم او عن طريق إجبارهم، ذلك لأنهم ملزمون بالوفاء كما لو كان القانون فرض ذلك¹، و ان لم يقم المدين بتنفيذ التزامه العقدي فإن الركن الأول من المسؤولية يكون قد تحقق الا وهو الاخلال او الخطأ العقدي، الذي سنبحث عن مفهومه ، معياره، وطرق اثباته

¹ - ومن النصوص القانونية التي تقيد هذا المعنى متعددة وكثيرة منها المادة 106 ق.م.ج: "العقد شريعة المتعاقدين"، المادة 107: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية"، والمادة 164 والتي تجبر المدين بعد اعذاره على حسب المادتين 180-181 على تنفيذ التزاماته عينيا متى كان ذلك ممكنا.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

1- تحديد مقصود الإخلال العقدي في تنفيذ عقد الاستثمار التكنولوجي

يتمثل الإخلال العقدي في عقود الاستثمار التكنولوجي في عدم تنفيذ المدين مستثمرا كان أو طالبا للاستثمار لما التزم به سواء كان هذا الالتزام بتحقيق نتيجة أو كان التزاما ببذل عناية، فالمدين إذا لم ينفذ التزامه الذي ينشأ من العقد يكون قد انحرف عن السلوك الواجب في ذلك على نحو لا يقوم بإثباته المدين الرشيد¹.

وهذا الخطأ إما يكون متعمدا إذا قصد من ورائه عدم تنفيذ الالتزام سواء بشكل كلي أو بشكل جزئي، أو غير متعمد اذا كان نتيجة تراخي المدين في التنفيذ، يكون كذلك نتيجة حالات الغش أو الخطأ الجسيم، ويشمل أيضا الامتناع عن عمل وإتيان عمل ما يفرضه العقد².

2- معيار الإخلال بتنفيذ عقود الاستثمار التكنولوجي

يختلف ضابط التخلف عن التنفيذ باختلاف نوع الالتزام فإذا كان التزام بتحقيق نتيجة اعتبر المدين متخلفا اذا لم تتحقق النتيجة المطلوبة، حتى لو اثبت انه قد قام بكل الوسائل الضرورة واللازمة من اجل تحقيق النتيجة، فالشيء المهم هو تحقيق النتيجة من عدمه، اما اذا كان التزاما ببذل عناية اعتبر متخلفا عن التنفيذ اذا لم يبذل العناية التي يبذلها الشخص العادي، ومتى قام ببذل هذه العناية المطلوبة منه فإنه يكون قد نفذ التزامه حتى ولو لم يتحقق الفرق المطلوب.

ولنا ان نتساءل في هذا الصدد عن كيفية معرفة الالتزام اذا كان من قبيل الالتزام بتحقيق نتيجة، او التزام ببذل عناية ؟، وكذا عن طبيعة التزامات الاطراف في عقود

¹-مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص69.

²-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص310.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

الاستثمار التكنولوجي، هل هي التزامات بتحقيق نتيجة ام التزامات ببذل عناية، وذلك حتى يتم تحديد نطاق الإخلال في هذه العقود.

ولمعرفة طبيعة الالتزام اذا كان بذل عناية او تحقيق نتيجة، فإنه يتعين الرجوع الى المصدر الذي انشأه، وهنا نشير ان القانون والعقد يعتبران مصدران للالتزام، وبالتالي فإن الرجوع الى احدهما من شأنه ان يوضح طبيعة الالتزام، فإذا كان القانون هو الذي انشأ الالتزام فإنه يتكفل ببيان نوعه، اما اذا كان العقد فلا بد من الرجوع الى شروطه للوقوف على نوع هذا الالتزام، حتى اذا ورد بشأنه نص صريح فلا خلاف في الامر، والا وجب تفسير العقد وطبيعة العلاقة التعاقدية لمعرفة نوع الالتزام¹.

وقد وضعت قواعد ال(Unidroit) نصا جامع مانع (م05) يحدد عناصر تستطيع من خلالها تبين وتحديد طبيعة التزام المدين هل هو التزام بتحقيق نتيجة ام التزام ببذل عناية، حيث نصت على انه: "يراعى في تحديد ما اذا كان الالتزام هو التزام ببذل عناية او تحقيق نتيجة عدة عناصر من بينها: أ-طريقة صياغة الالتزام في العقد، ب-ثمن العقد وشروطه الأخرى، ج-درجة المخاطر التي ينطوي عليها عادة تحقيق النتيجة المتوقعة، د-قدرة الطرف الآخر في التأثير على عدم تنفيذ الالتزام"².

وباستقراء مضمون التزامات طرفي عقد الاستثمار التكنولوجي الأساسية والمشار اليها سابقا يتضح انها غالبا ما تكون التزامات بتحقيق نتيجة، وذلك ما لم يتفق على غير ذلك، اذ ان طالب الاستثمار لا يتعاقد الا من اجل الوصول الى الهدف والنتيجة التي ينتظر الحصول عليها وهي حصوله على العناصر التكنولوجية، ولا يتعاقد المستثمر الا بقصد الحصول على ما يترتب من مقابل في ذمة طالب الاستثمار.

¹ -يامير محي الدين، الإخلال بالعقد الدولي لنقل التكنولوجيا، رسالة لنيل شهادة الماجستير، عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2011، ص114.

² -مراد محمود المواجهة، مرجع سابق، ص74.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

وبالتالي فإن المستثمر في عقود الاستثمار التكنولوجي مدين في التزام تسليم العناصر التكنولوجية و مستلزماتها الى طالب الاستثمار طبقا لما يفرضه عليه العقد، وبذلك يتعين عليه ان يقوم بتبليغها وتلقينها الى الطرف طالب الاستثمار بالكيفية التي تمكنه من تحقيق النتائج التي تعاقدها من اجلها، كما انه يلتزم كذلك بتسليم كل عناصرها في الزمان والمكان المتفق عليهما، ذلك لان اي خطأ في التسليم او التأخر عنه يعد مخالفة جوهرية غالبا ما تكون سببا من اسباب عدم تنفيذ العقد، كما يتسلف ان تكون مطابقة لما نص عليه العقد واي اخلال بالتزاماته وعدم بلوغه النتيجة المرجوة منه يعدا مخلا ومسؤولا في نفس الوقت، ولا يفيد ادعائه بأنه قد قام ببذل كل جهد ممكن من اجل تحقيق النتيجة التي ينتظرها طالب الاستثمار، فهو مجبر لا مخير بتحقيق النتيجة المرغوبة، حيث انه عند تحقيق النتيجة المعيبة يترتب الاخلال¹.

وبالمقابل لا يكون طالب الاستثمار نفذ التزاماته الاساسية المترتبة عليه بموجب العقد، الا اذا قام بتسليم هذه العناصر التكنولوجية من المستثمر، ومن ثم دفع ما يترتب عليه من مقابل، او احد أقساطه في المواعيد المحددة للوفاء بالعقد، بل واكثر من ذلك اذ لا يكفي

¹-وفي هذا الإطار لنا قضية في ذلك، تمثلت وقائعها في ان شركة كاميرونية للاتصالات اللاسلكية ابرمت عقدا مع شركة امريكية لاقامة محطة أرضية للاتصالات بالاقمار الصناعية، وتم توريد المحطة وتركيبها، الا انه وعند بداية التشغيل ظهر انها لا تعمل بكفاءة وحاولت اصلاحها لكن بدون فائدة، مما ادى بالشركة الكاميرونية الى رفض المحطة واعادتها الى الشركة الامريكية رغم انها قد وقعت على استلامها، وردت الشركة الامريكية على طلبات الشركة الكاميرونية بأن تسليم المحطة سليم، وليس بها أي عيب من العيوب يؤدي الى رفضها، وكان استنادها في ذلك الى ان عدم تشغيل المحطة بكفاءة يرجع اساسا الى التيار الكهربائي وتوصيلاته الموجودة في منطقة العمل، وان تشغيل المحطة يحتاج الى جهاز تقوية التيار العالي طاقته 10 كيلو وات، وان هذا الجهاز يتم تصميمه في الولايات المتحدة الامريكية على نظام المحايد الاراضي على خلاف ما هو عليه في منطقة العمل، وان اختلاف النظامين كان سببا في عدم كفاية المحطة لتحقيق النتيجة، وكان دفع الشركة الامريكية بأن جهاز التقوية لم يكن مخالفا للمواصفات الفنية التي تضمنها العقد، وانما كانت المواصفات الفنية في العقد مخالفة ومنافية لاحتياجات موقع المحطة، وهو الخطأ الذي لا ينسب اليه، ومن هنا رأت محكمة التحكيم ان العقد ينص على التزام الشركة الامريكية بتوريد وتركيب جهاز تقوية التيار العالي في الموقع وجعله يؤدي عمله كما ينبغي، ورأت انه حتى وان لم يشمل العقد التيار الكهربائي فإن طبيعة العمل تتطلب ذلك، ومن هنا حكمت المحكمة بمسؤولية الشركة الامريكية على اساس انها لم تقم باختبار احد الاجهزة التي وردتها لتتأكد من ملائمة التيار الكهربائي لذلك الجهاز، اقلولي محمد، مرجع سابق، ص 191-192.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

بتركيز على دفع طالب الاستثمار مقابل حصوله على المعرفة المعرفة وانما تمتد للمحافظة عليها وعدم التنازل عنها للغير الا بموافقة المستثمر، مع تهيئة المناخ والبيئة الملائمة التي تستطيع ان تتفاعل مع التكنولوجيا محل الاستثمار، ولا يفيد ادعائه ايضا انه قد بذل الجهد من اجل الوصول الى ذلك.

ونشر هنا ان جعل التزام طرفي عقد الاستثمار التكنولوجي التزامات يغلب عليها طابع تحقيق النتيجة، هو امر صائب جدا ذلك لعدم التملص من تنفيذ العقد، خاصة وان الطرف المتلقي للتكنولوجيا يجهل أسرارها، وفي نفس الوقت من الصعب إثبات تقصير المورد وانه لم يبلغ القدر الكافي من العناية الواجبة عليه.

3-إثبات الإخلال بتنفيذ عقد الاستثمار التكنولوجي

المبدأ الذي يسود تنفيذ عقود الاستثمار التكنولوجي يتمثل في التزام المدين بإتمام التزاماته العقدية، والعمل على تنفيذها بصورة تتفق مع مبدأ حسن النية، وطبقا لما اشتمل عليه العقد ومستلزماته، وعليه في سبيل ذلك ان يبذل في تنفيذها كل ما في وسعه حتى يوفي الدائن حقه، وليس هناك في الواقع وسيلة لإثبات عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه بالكامل، فإنه لا يكون من الضرورة اثبات الإخلال في جانبه مادام ان عدم تنفيذه يعد دائما إخلال¹، ولا سبيل امامه لدفع المسؤولية الا بإثبات السبب الأجنبي، ونتفق في رايانا مع قلة من الفقه²، ونخالف فيه الاكثرية³ لانه في نظرنا لا فرق بين امتناع المدين عن التنفيذ بصفة كلية او التنفيذ بطريقة غير كافية لتحقيق النتيجة والتي كانت هدف التعاقد.

¹ -مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص81.

² -سميحة القيلوبي، تقييم شروط العقد، مرجع سابق، ص590.

³ -يكاد الفقه الفرنسي يجمع ان عقد الاستثمار التكنولوجي بصورة المتعددة من عقود المعاولة وبهذه الصفة يكون التزام المدين التزام ببذل عناية، محسن شفيق، نقل التكنولوجيا، المرجع السابق، ص76.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

اما بخصوص الطرف الذي يقع عليه عبئ الإثبات فهو من يدعي وقوع الإخلال، فإذا ادعى طالب الاستثمار ان المستثمر لم يقوم بتنفيذ التزاماته بنقل العناصر التكنولوجية بصورة سليمة وصالحة للاستعمال، كعدم اخذه بعين الاعتبار بعض الامور اللازمة للتسليم او اثناء قيامه بالدراسات اثبتت ان نسبة نجاحها في تحقيق النتيجة غير مضمونة، ومع ذلك اقدم على ابرام العقد، فذلك يشكل من جانبه خطأ موجبا للمسؤولية، ويتحمل التعويض الذي لحق بطالب الاستثمار، وكذلك اذا ادعى المستثمر ان طالب الاستثمار اخل بشرط الذي يفرض عليه الالتزام بالحفاظ على سرية المعرفة الفنية، او لم يدفع مقابل هذه العناصر، فإن عليه ان يثبت ذلك.

اما اذا كان الالتزام يتطلب بذل عناية، فإنه يتعين على المدين بذل قدرا معينا من العناية او الجهد للوصول الى النتيجة، وعليه فإن الخطأ في هذا المجال يتحقق بعدم بذل هذه العناية وهي عناية الرجل العادي اليقظ والحريص، وعلى ذلك يثبت الخطأ في اذا ثبت تقصير المدين عن عناية الرجل العادي، واثبات عدم التنفيذ في الحالة الأولى ايسر من الإثبات في احالة الثانية خاصة في عقد يقوم على الاعتبار الشخصي.

ثانيا: ركن الضرر في المسؤولية عن الإخلال بتنفيذ عقد الاستثمار التكنولوجي

الضرر هو الركن الثاني للمسؤولية المدنية وعلتها التي تدور معها وجودا وعدما، فلا يكفي لقيام المسؤولية ركن الخطأ وحده، بل يجب أن ينتج على هذا الخطأ ضرر، قد يصيب المستثمر إذا كانت نتيجة خطأ طالب الاستثمار أو تقصيره، وقد يصيب طالب الاستثمار اذا ما اخل المستثمر بتنفيذ ما يترتب عليه من التزامات، وبناءا على ذلك يسأل الطرف المخل بتنفيذ التزاماته عن الضرر الذي ألحقه، وعليه سنتناول فيما يخص موضوع الضرر النقاط التالية:

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

1- تحديد مقصود الضرر

بالرغم من ان فكرة الضرر وردت في كل النصوص م124 ق.م.ج¹، وكذلك المادة 176 ق.م.ج²، وتقديمها توضيحات هامة بخصوص الضرر القابل للتعويض، الا انه لم يعثر على اي معنى او تعريفا محدد لها، وإنما يستنتج من دراستها ضرورة وجوده ولا مسؤولية بدونه، وهذا ما لا يعاب على المشرع لأنه امر مخول للفقهاء.

تكفل الفقه بمهمة تعريف الضرر نظرا للأهمية التي يحوزها في المسؤولية المدنية بوجه عام سواء العقدية او تقصيرية، حيث عرف بأنه الأذى الذي يلحق شخص في حق من حقوقه او مصلحة مشروعة له³، ويستوي ان يكون ماديا كخسارة مالية او معنويا كأن يصيبه في سمعته، وهو في المسؤولية المدنية كل ما من شأنه ان ينقص من حقوق ذلك الشخص على نحو تتأثر معه ذمته المالية⁴.

أما بالنسبة للضرر الذي ينتج عن عدم تنفيذ عقود الاستثمار التكنولوجي فيمكن تعريفه بأنه كل ما يلحق الدائن -مستثمرا كان أم طالبا للاستثمار- من خسارة مادية او معنوية من جراء القيام او الامتناع عنه من جانب المدين⁵.

وعليه تتصب جل التعاريف على اعتبار الضرر كل مساس بمصلحة مشروعة للشخص، والمصلحة المشروعة تحدد بحسب النظام العام القائم في دولة معينة سواء بالنظر الى الاعتبارات السياسية الاجتماعية او الاقتصادية¹.

¹- جاء فيها ما يلي: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"

²- جاء فيها ما يلي: "إذا استحال على المدين ان ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، مالم يثبت ان استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك اذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

³- وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق ص592.

⁴- محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص319.

⁵- مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص184.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

وبالتالي فكل ضرر ينشئ عن التكنولوجيا المنقولة او إحدى منتجاتها يرتب قيام مسؤولية العاقلين، وإما ان تكون هذه المسؤولية عقدية او تقصيرية تبعا لصفة المضرور، وقد نصت المادة 2/85 من قانون التجارة المصري-السالف الذكر - على: "يسأل كل من المورد والمستورد بغير تضامن بينهما عما يلحق الأشخاص والأموال من ضرر ناشئ عن استخدام التكنولوجيا او عن السلعة الناتجة عن تطبيقها".

2-شروط تحقق الضرر في عقود الاستثمار التكنولوجي

ينبغي لكي يتوافر ركن الضرر حتى تتعقد مسؤولية المدين في عقود الاستثمار التكنولوجي ان يتوافر عدة شروط وهي:

-ان يكون الضرر الناتج عن الإخلال بتنفيذ عقود الاستثمار التكنولوجي محقق الوقوع: اي وقع بالفعل بالنسبة للدائن جراء الخطأ العقدي الذي ارتكبه المدين أثناء تنفيذه للالتزام، و يكون الضرر محقق الوقوع اذا كان حالا²، ويتحقق ذلك في عقود الاستثمار التكنولوجي في حال ما اذا كانت العناصر التكنولوجية مثلا قد أصابها التلف أثناء عملية نقلها، ففي هذه الحالة مثلا يكون طالب الاستثمار قد لحقه ضرر محققا من جراء تلف هذه العناصر، حيث انه ليس في مقدوره الاستفادة منها من اجل الوصول الى الهدف والنتيجة التي ينتظر الحصول عليها.

اما بالنسبة للضرر المستقبلي فقد يكون محقق الوقوع، وقد يكون محتملا، فإذا ما كان محققا كأن يصيب بعض العناصر التكنولوجية تلف ولم يعرف مدى التلف او درجة خطورته، كان للدائن ان يطالب بالتعويض نظرا لإمكانية تقدير الأضرار التي يمكن ان تقع

¹-عبد الرزاق دريال، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، د.ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2004، ص78.

²-خليل احمد حسن قادة، الوجيز في شرح ق.م.ج، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ط.2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص152.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

بالفعل، أما إذا كان التقدير غير ممكن في الحال فإن القاضي أو المحكم يحكم بالتعويض عما وقع من ضرر ويحتفظ للمضرور الحق في أن يرجع بعد ذلك بالتعويض عند استفحال الضرر في المستقبل¹، أما في حالة ما إذا كان محتملا فلا يعوض عنه الا إذا تحقق، لأن المدين لا يسأل عن التعويض غير المتوقع إلا إذا ارتكب في إخلاله بالالتزام غشا أو خطأ جسيما²، وقد أوضحت المحكمة الدائمة للعدل الدولي هذا الشرط في حكمها في قضية شورزوف قائلة: "ان الأضرار المحتملة والغير محددة لا محل لوضعها في الاعتبار.." ³.

- ان يكون الضرر الناتج عن الإخلال بتنفيذ عقود الاستثمار التكنولوجي مباشرا: اي ان يترتب على الفعل أو النشاط بطريقة مباشرة، فهو النتيجة الطبيعية لإخلال المدين بالتزامه أو التأخير فيه، ويعد الأمر كذلك إذا لم يكن في استطاعة الدائن ان يتوقاه ببذل جهد معقول، وهذا ما نص عليه القانون المدني الجزائري⁴.

أما إذا كان الضرر غير مباشرا، فلا يسأل المدين عنه، ذلك لأنه لم يكن النتيجة الطبيعية لعدم التنفيذ، ولا يربطه بإخلال المدين اي صلة قانونية، وإنما يكمن سببه الحقيقي في إخلال الدائن الذي كان في مقدوره ووسعه ان يتوقاه ببذل جهد معقول⁵.

- أن يكون الضرر الناتج عن الإخلال بتنفيذ عقود الاستثمار التكنولوجي متوقعا: وهو الضرر الذي يمكن توقعه عادة عند إبرام العقد، أما الضرر غير المتوقع فلم تتصرف

¹ - خليل احمد حسن قادة، مرجع سابق، ص153.

² - بالحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في قانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص287.

³ - خالد بن محمد اليوسف، مفهوم الضرر في القانون الدولي وأنواعه وشروطه، مجلة الدراسات الإسلامية والعربية للنبات العدد الثامن والثلاثين، الإصدار الثاني، الإسكندرية، بدون سنة، ص577.

⁴ - نصت المادة 1/182 ق.م: "اذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد، او في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فته من كسب، بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام او للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن ان يتوقاه ببذل جهد معقول..".

⁵ - بالحاج العربي، مرجع سابق، ص288.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

إليه إرادة المتعاقدين ومن ثم لا تعويض عنه، فيما عدا حالات الغش أو الخطأ الجسيم¹، على خلاف المسؤولية التقصيرية التي يعوض فيها عن الضرر المباشر حتى لو كان غير متوقع، وهذا ما نص عليه القانون المدني الجزائري².

لإيضاح هذا الشرط أكثر في عقود الاستثمار التكنولوجي نورد على سبيل المثال تعرض عناصر تكنولوجية إلى التلف أو الغرق كان يعتقد أنها الناقل قطع من الحديد الخردة مثلاً مغلقة بشكل شديد الأحكام حتى لا يكتشفها، أو أطلعها المستثمر أن الصناديق هي مجرد مواد قديمة سيتم إعادة تجديدها، ثم وقع حادث تسبب في تلفها فإن الناقل في هذه الحالة لا يلتزم إلا بتعويض المستثمر عن القيمة المألوفة للحديد الخردة، أو المواد القديمة وليس عن العناصر التكنولوجية التي لم يكن يعلم بها والتي تصل إلى ملايين الدولارات، ذلك لأن الناقل لم يكن في مقدوره أن يتوقع وجودها وقت إبرام عقد النقل مع المستثمر.

- أن لا يكون الضرر الناتج عن الإخلال بتنفيذ عقود الاستثمار التكنولوجي قد سبقه تعويض: لأنه لا يجوز التعويض عن ضرر واحد مرتين، وهذا الشرط تقضيه اعتبارات العدالة، وقد أوضحت ذلك المحكمة الدائمة للعدل الدولي في حكمها الصادر في 13 سبتمبر عام 1928 في قضية مصنع (شورزوف) إذ رفضت المحكمة إجابة ألمانيا بطلبها بمنع تصدير منتجات المصنع في نفس الوقت، الذي ستحصل فيه على تعويض مرتين عن نفس الضرر، وقد جاء بالحكم "أنه لا يمكن إجابة الحكومة الألمانية لطلبها بمنع التصدير حتى لا تعطي نفس التعويض مرتين"³.

¹- إذ يمكن مساءلة المدين عن الضرر غير المتوقع الناجم عن عيوب مرتبطة بالتكنولوجيا المنقولة استناداً لبعض الأنظمة القضائية التي أخذت بخطر التقدم، وفاء مزيد فلهو، مرجع سابق، ص 592.

²- نصت المادة 2/182 ق.م: "...غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يتركب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

³- خالد بن محمد اليوسف، مرجع سابق، ص 580.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

3- إثبات الضرر الناتج عن الإخلال بتنفيذ عقد الاستثمار التكنولوجي

وفقا للقواعد العامة يقع اثبات الضرر كركن من اركان المسؤولية على عاتق الدائن لان البينة على من دعى، وعليه نشير الى ان المتضرر هو من يقع عليه اثبات خطأ المدعي عليه، وكذا اثبات رابطة السببية المباشرة بين الخطأ والضرر واقامة الدليل على توافرها، اما فيما يخص استحقاق الفوائد التأخيرية لا يشترط فيه اثبات الضرر الذي اصاب الدائن نتيجة هذا التأخير، فالضرر يكون مفروضا في هذه الحالة بحيث لا يكلف الدائن اثباته¹.

ويستطيع المضرور من اجل اثبات الضرر الذي لحقه من قبل المدعي عليه ان يسلك جميع طرق الاثبات الذي اباحها القانون للشخص كي يمكنه ان يقيم الدليل على صحة ما يدعيه، وذلك باعتبار ان الضرر واقعة مادية تقدرها محكمة الموضوع، ولقد حددت التشريعات هذه الطرق بالكتابة والشهادة والقرائن والمعاينة والخبرة والاقرار، وكذلك اليمين طبقا للقواعد المدنية للمدعي عليه².

في حين يجوز للمدعي عليه ان يدحض عن نفسه الادعاءات المقدمة ضده بتقديم هو الآخر كافة الإثباتات التي تنفي الخطأ عليه، فإذا كان المستثمر مثلا يدعي بأن طالب الاستثمار قد قام بإفشاء سرية التكنولوجيا، فإن لطالب الاستثمار الحق في ان يدحض هذا الادعاء من خلال إثبات ان الإفشاء كان بواسطة الغير أو بسبب أجنبي أدى إلى انكشاف السر التكنولوجي، وليس عن طريقه هو او عن طريق تابعيه، وانه قد اتخذ جميع الاحتياطات اللازمة للحفاظ عليها الا انه لم يستطع، كأن يكون حدث زلزال في منشأة طالب الاستثمار أدى إلى هروب العمال داخل المنشأة، وأثناء ذلك تمكن احدهم من التسلل للداخل وقام بسرقة المخططات والرسومات والنماذج التي توضح الطرق والأساليب المستخدمة في عملية الإنتاج.

¹ - محمد حسين منصور، العقود الدولية، د.ط، دار النهضة الجديدة، لبنان، 2007، ص 370.

² - نظم المشرع الجزائري طرق الإثبات في المواد من 323 الى 350 من القانون المدني، والمواد 70 الى 193 من ق.إ.م.إ.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

ثالثاً: العلاقة السببية بين الإخلال والضرر في عقود الاستثمار التكنولوجي

لا يكفي لقيام المسؤولية المدنية تحقق ركني الخطأ والضرر فقط، بل يشترط إضافة الى ذلك ان يكون هذا الخطأ هو السبب المباشر في حدوث الضرر، وهذا الشرط الأخير هو ركن العلاقة السببية الذي يمثل ركن أساسي وجوهري لقيام هذه المسؤولية سواء كانت عقدية او تقصيرية.

لهذا فإنه ينبغي البحث في تحديد فكرة وجود رابطة السببية، وكذلك البحث في طرق اثبات هذه العلاقة باستخدام كافة وسائل الإثبات، ومن ثم التطرق الى نفي هذه العلاقة بسبب وجود سبب اجنبي حال دون تنفيذ التزامه، وهي النقاط التي سنتطرق اليها بدراستنا لهذا الركن.

1- تحديد فكرة السببية

تعني رابطة السببية في معناها الخاص ان يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي في المسؤولية العقدية، وان يكون نتيجة مباشرة لإخلال بواجبه القانوني في المسؤولية التقصيرية، ولا فرق بين النتيجة الطبيعية والنتيجة المباشرة من حيث المعنى¹.

وبمعنى آخر هي " تلك الرابطة التي تربط الإخلال بالضرر رابطة سبب بنتيجة، اي انها تجعل الضرر نتيجة للإخلال، بمعنى اخر تعني إثبات ان الضرر الذي اصاب المضرور كان بسبب اخلال المدعي عليه وان الاخلال المذكور هو من احدث الضرر"²، ويمكن استخلاص ذلك من نص المادة 125 ق.م: "...ويسبب.."، والمادة 127 ق.م: "...المتسبب..".

¹ -بحث قانوني بعنوان الخطأ والضرر والرابطة السببية في المسؤولية عن الفعل الشخصي، منشور على الموقع:

www.mohamah.net، تاريخ الاطلاع عليه: 2023/07/02، على الساعة 18:45.

² -مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص213.

2- معيار تحقق العلاقة السببية

يكون تعين العلاقة السببية سهلا عندما يكون السبب الذي احدث الضرر واضحا بين الخطأ والضرر، حيث لا يبقى الا اسناد الفعل للفاعل، ولكن يدق تعيين رابطة السببية بوجه خاص عند تعدد الاسباب التي اجتمعت على احداث ضرر واحد، او في حالة تعاقب هذا الأخير،

أ-تعدد الأسباب: قد تتعدد النظريات بشأن المعيار المعتمد في تحديد السبب الذي يعتبر الضرر نتيجة طبيعية له من بين مجموعة من الاسباب القائمة ومن بينها، نظرية تكافؤ الاسباب ونظرية السبب المنتج، مفاد الاولى انه يجب ان يؤخذ في الاعتبار كل الاسباب التي تدخلت في احداث الضرر مهما كانت اسبابا بعيدة طالما كانت ضرورية، بصرف النظر عن اهميتها او درجة تأثيرها في احداث الضرر، وانما كل الاسباب تكون متعادلة في ذلك¹.

وقد انتقدت هذه النظرية على اساس انها قد تؤدي الى اتساع نطاق السببية اتساعا شديدا، وعدم حصر الاسباب التي تعبر انها احدثت الضرر، واذا كانت فكرة الخطأ في المسؤولية الخطيئة يمكن ان تحدد السببية نوعا ما وتمنع التوسع المجاوز للحد في نطاقها، فإن عيوب نظرية تكافؤ الاسباب تتضاعف في اطار المسؤولية عن تحمل التبعة او الخطأ المفترض، ذلك انه يكون من اليسير استظهار خطأ مفترضا في جانب المدعي عليه ينضم الى اخطاء اخرى اكثر وضوحا².

اما النظرية الثانية نراهم يميزون بين الاسباب العارضة والاسباب المنتجة، ويقفون عند الثانية دون الاولى ويعتبرونها وحدها السبب في احداث الضرر، واذا كان كلاهما تدخل في

¹-عزري الزين، العلاقة السببية كشرط لمسؤولية الادارة في مجال العمران، مجلة العلوم الانسانية، عدد22، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، ديسمبر2004، ص92.

²-مرجع نفسه، ص92.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

أحداث الضرر ولولاه لما وقع ، الا ان السبب المنتج هو السبب المؤلف الذي يحدث الضرر حسب المجرى العادي للأمور¹، وقد ايد المشرع الجزائري الاخذ بهذه النظرية حسب مفهوم المادة 182 من القانون المدني السابق ذكرها.

ب-تعاقب الأضرار: ويحدث عندما يؤدي الفعل الخاطئ الى ضرر الشخص ثم يؤدي هذا الضرر الى ضرر ثان، وهذا الاخير يؤدي الى ضرر ثالث وهكذا، والتساؤل مطروح عما اذا كان الفعل الخاطئ يعتبر مصدرا لجميع هذه الاضرار ام لبعضها فقط؟.

استنادا الى علاقة السببية بين الخطأ والضرر لا يقرر التعويض الا عن الضرر المباشر، ونص القانون المدني على ذلك في نص المادة 1/182، مع ان هذه المادة في نشأة المسؤولية العقدية الا ان حكمها يسري على المسؤولية عموما، لأنها تستند الى فكرة علاقة السببية وهي شرط في المسؤولية مهما كان نوعها².

3-عبئ نفي العلاقة السببية

يقع على الدائن عبئ اثبات العلاقة السببية بين عدم تنفيذ الالتزام والضرر الذي لحقه، اما علاقة السببية بين عدم تنفيذ الالتزام وسلوك المدين فهي مفترضة في نظر المشرع الذي يفترض ان الخطأ راجع الى الضرر، وعلى المدين اذا كان يدعي عكس ذلك ان يقوم بنفي السببية بين عدم تنفيذ الالتزام وسلوكه³، وذلك بإثبات وجود سبب اجنبي حال دون تنفيذ التزامه، والذي يتجسد عادة بواحدة من ثلاث حالات هي القوة القاهرة، او حادثا مفاجئا، او

¹ بحث قانوني بعنوان الخطأ والضرر والرابطة السببية في المسؤولية عن الفعل الشخصي، منشور على الموقع: www.mohamah.net، مرجع سابق.

² -عسالي صباح، أركان المسؤولية التقصيرية في ضوء المادة 124 ق.م.ج، محاضرات موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس في مادة القانون المدني (مصادر الالتزام)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2023/2022، د.ص.

³ -بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 290.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

يكون خطأ المضرور نفسه، أو فعل الغير¹، إلا أن القوة القاهرة و الظروف الطارئة أكثرها اثاراً للجدل فيما يتعلق بعقود الإستثمار التكنولوجي.

أ- تدخل القوة القاهرة في العقد

بالرغم أن مفهوم القوة القاهرة قد استقر في أذهاننا على أنه حادث غير متوقع بعد إبرام العقد وغير منسوب إلى المدين ينشأ عنه استحالة تنفيذ الالتزام، إلا أن سرية عقود الإستثمار التكنولوجي وتنوع صورها قد جعل من الصعب الاتفاق على مفهوم مستقر لها عبر هذا النمط العقدي الحديث نسبياً.

وفي هذا الصدد يثار التساؤل حول الأثر المترتب على حدوث القوة القاهرة أثناء مرحلة تنفيذ عقد الإستثمار التكنولوجي، حيث لم يعد من المقبول القول بإفساخ العقد في كافة الأحوال، نظراً للآثار السلبية التي قد تترتب على الانفساخ، والتي تصيب أحد طرفي العقد، مما يؤثر ليس فقط على الطرف المتضرر بمفرده، بل يمتد الأثر ليصيب الاقتصاد الوطني برمته.

وبدءاً من هذا المنطلق أبرمت العديد من الاتفاقيات الدولية التي عينت بوضع التنظيم القانوني المتعلق بمعالجة الآثار المترتبة على حدوث قوة القاهرة أثناء مرحلة تنفيذ العقد، وبيان الحلول التي يمكن إتباعها حيال ذلك.

وقبل التعرض لتلك الآثار جرى بنا التعرض بداية إلى مفهوم القوة القاهرة والتي من شأنها إعمال الآثار القانونية الواجب إتباعها حال توافر شروطها، ويمكن بيان ذلك على النحو التالي:

¹- دليل التراخيص، مرجع سابق، الفقرة 267، ص 180، وكذلك الفقرة 553 حيث أجازت تحميل المورد أو المرخص مسؤولية كافة الأضرار والخسائر اللاحقة بالغير، كما أشارت الفقرة 554 إلى وجود قوانين نازمة للإستثمار التكنولوجي تنص على عدم جواز إعفاء المورد من أية مسؤولية في حالة الدعاوي المرفوعة من الغير بسبب أخطاء أو عيوب متصلة بالتكنولوجيا محل الإستثمار.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

أ-1- المفهوم الحديث للقوة القاهرة

نظرا لأهمية الاقتصادية لعقود التجارة الدولية عموما، والحاجة الماسة الى تأمين تنفيذ هذه العقود، والرغبة الصادقة لأطراف العقد في تجنب اثر القوة القاهرة بمفهومها التقليدي دفع بهم الى تبني مفهوما أكثر استجابة لمتطلبات العقود الدولية، وذلك من خلال إضفاء وصف أكثر مرونة على ما يمكن اعتباره من قبيل القوة القاهرة وفقا للمفهوم التقليدي، كما أصبح الأطراف يميلون الى مراجع أحكام العقد على نحو يضمن الاستمرار في تنفيذ العقد، ولا ينتظرون حتى زوال حدث القوة القاهرة من اجل تنفيذ التزاماتهم، بل ذهبوا إلى ابعاد من ذلك حيث أصبحوا ينظمون أحكام القوة القاهرة مسبقا، وهذا ما يطلق عليه بالتنظيم ألتفاقي للقوة القاهرة لتفادي آثارها والنزاعات التي يمكن ان تنشأ عنها ويندرج كل هذا ضمن المفهوم الحديث للقوة القاهرة او المفهوم غير التقليدي.

وفي ظل هذا المفهوم، يعتمد الأطراف على تضمين عقدهم عدة خصائص توضح فكرة القوة القاهرة، ومتى توافرت تلك الخصائص يطبق وصف القوة القاهرة على الحدث¹، وان كانت تختلف من عقد لآخر، وتعتبر غرفة التجارة الدولية في باريس من بين اهم الجهات التي أسهمت في توضيح كثير من المسائل المتعلقة بالتجارة الدولية، و بالإضافة الى الأعمال الكثيرة التي قدمتها، وضعت نموذج عقد أوضحت فيه المعنى المقصود بالقوة القاهرة وعددت الحوادث التي تشكل هذه الحالة مثل الحرب والتخريب والمصادرة والتأميم والإضراب واستحالة الحصول على المواد الأولية.. الخ².

¹-مثلا ورد في عقد رينو-رومانيا في المادة 16 حيث نصت على ما يلي: "يفهم من القوة القاهرة كافة الأحداث المستقلة عن إرادة الأطراف، غير المتوقعة أو المتوقعة غير الممكن اجتنابها، والتي طرأت بعد سريان العقد، وتعوق التنفيذ الكلي أو الجزئي للالتزامات المترتبة على العقد"، صالح بن بكر الطيار، مرجع سابق، ص189.

²-حيث ورد في نموذج العقد الدولي الذي أعدته غرفة التجارة الدولية

« Tout événement imprévu qui se trouve en de hors du contrôle de cette »

partie le débiteur en ce sens qu'elle ne pourrait empêcher sa sur venante ou

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

وأوردت في نموذج هذا العقد امثلة للحوادث التي لا تعتبر سببا للإعفاء من المسؤولية مثل رفض السلطة العامة منح التراخيص أو تأشيرات الدخول أو الإقامة أو الموافقات اللازمة لتنفيذ العقد، في حين بقي في هذا النموذج بعض الفراغات التي يملؤها المتعاقدون بما يتفقون عليه¹.

ونحن واذ بصدد الحديث عن معنى القوة القاهرة في ثوبها الجديد جرى بنا الإشارة الى ان العرف التجاري اجاز ان يتضمن العقد بنودا تجعل المدين دوما مسئول عن عدم التنفيذ حتى ولو تعلق الامر بقوة القاهرة خارجة عن إرادته².

وورد تعريف القوة القاهرة في الشروط العامة التي وضعتها اللجنة الاقتصادية الأوروبية بأنها ليست تلك التي يستحيل معها تنفيذ الالتزام استحالة قطعية فحسب، بل وتلك التي يستحيل معها تنفيذ الالتزام استحالة نسبية، حيث يكفي بالاستحالة التي تعوق التنفيذ بصورة عادية دون أن تتطلب من المدين بذل جهد كبير للتغلب عليها وقالت في ذلك:

«Toute circonstance Independent de la valonte des parties
intervenant après la conclusion du contrat et en empêchant
l'exécution dans des conditions normales sont considérées comme
causes d'exonération».³

prévenir ses effets et auer l'empêche temporairement ou définitivement,
d'accomplir en tout ou en partie ses obligations contractuelles, compte tenu
» de ta diligence que l'on peut raisonnablement requérir d'elle

محسن شفيق، عقد تسليم مفتاح، مرجع سابق، هامش 1، ص81 هامش 2 ص87.

¹-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص281.

²-أحمد منصور، القوة القاهرة وأثرها في عقود التجارة الدولية، <https://jordan-lawyer.com>، تاريخ الاطلاع: 02 مارس 2022، على الساعة: 16:02 .

³-محسن شفيق، عقد تسليم المفتاح، مرجع سابق، ص87.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

ولعل نموذج العقد الذي وضعته غرفة التجارة الدولية، وكذلك الشروط العامة التي وضعتها اللجنة الاقتصادية الأوروبية في توضيح فكرة القوة القاهرة وذكر الأمثلة لحالاتها، يعتبر نقطة البداية في نقاش جديد لهذه الفكرة، ومدى انطباقها وفق معيار ملائم في العقود المتعلقة بالاستثمار التكنولوجي توصلنا الى الحلول المناسبة، وقد كانت صياغة الشروط في نموذج العقد الذي وضعته غرفة التجارة الدولية يجمع بين طريقتي النظامين اللاتيني والانجلو أمريكي¹، وهي حسب النظام اللاتيني تكتفي بذكر تعريف مجرد للمسألة المعينة، بينما هي النظام الانجلو امريكي تحدد تعريفا مجردا للقوة القاهرة، ثم تعقبه بمجموعة من الأمثلة².

وتثير هاتين الطريقتين نقاطا مثيرة للجدل منها احتمال غموض التعريف او نقصه او خضوعه الى تفاسير متعددة حتى يتم تأويله لصالح الطرف المدين، وفي الوقت ذاته اذا لجأ الأطراف الى تعداد حصري للأمثلة القوة القاهرة فإنه يخشى أن يؤدي ذلك إلى نتائج لا تسوى فيها المنازعات بصورة عادلة، خاصة فيما يتعلق بعقود مثل عقود الاستثمار التكنولوجي اين يفترض ظهور أمثلة جديدة يعتقد ان عدم إدراجها كان بغرض استبعادها، وذلك خلافا للحقيقة.

لذلك فإن منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية اليونيدو UNIDO قد لفتت أنظار طالبي الاستثمار في الدول النامية لهذه الحالة وقالت: "ان شرط القوة القاهرة جاء يحمي الأطراف من المطالبات عن التقصير في الوفاء بالالتزامات التعاقدية بفعل القضاء والقدر وهو على جانب كبير من الأهمية، وتزداد هذه الأهمية عندما يكون موضوع العقد تكنولوجيا

¹ -محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص692، ويقول كمثال على الشرط الذي جمع بين طريقتي النظام اللاتيني والانجلو أمريكي "انه في حالة حدوث قوة قاهرة أو حالة مفاجئة بعيدة عن إرادة الأطراف كالحرب والتمرد والثورة والعصيان المدني والإضراب والتخريب والكوارث الطبيعية أو الحوادث الأخرى مثل الزلزال والرياح العاتية والفيضانات والحرائق..الخ، فعلى احد الأطراف أن يخطر الآخر بالحال وعليه في مدى ثلاثين يوما أن يتخذ الوسائل اللازمة وان يبذل الجهود لمواجهة هذه الظروف والسيطرة عليها ويخطر الطرف الآخر بما قام به لإنهاء الحالة نهاية مناسبة".

² -وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص611.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

متطورة او مركبة، ويكون عدم التسليم او التوريدات المتأخرة للبيانات الهندسية الأساسية او توريد الآلات راجعا إلى مثل هذه الأسباب، لذا يجب ضمان عدم النص على هذا الشرط حتى لا يتمكن المستثمر على أساسه من دفع المسؤولية إذا تأخر في التنفيذ متذعرا بأسباب كان يمكنه توقعها او كان له بعض التحكم فيها¹.

أ-2- اثر استحالة تنفيذ عقد الاستثمار التكنولوجي بسبب القوة القاهرة

يختلف مآل العقود الدولية عموما في حالة القوة القاهرة عما هو عليه في العقود الداخلية، فرغم غياب المسؤولية في كليهما، إلا أن عدم التنفيذ يعد أمرا مقبولا في العقد الداخلي مقارنة بالعقد الدولي، وخاصة بالنسبة لعقد الاستثمار التكنولوجي حيث يكون المستثمر قد اطلع او كشف عن سرية المحل، في الوقت الذي حفز فيه المتلقي نفسه للاستثمار، ومن هنا تفسر رغبة الطرفين في إنقاذ العقد والحفاظ عليه الا بأضيق الظروف، فلم يعد الأطراف يودون إنهاء علاقتهم التعاقدية بسبب القوة القاهرة خلافا للقواعد المستقرة حسب المفهوم التقليدي، وإنما يحاولون إعادة النظر في الالتزامات العقدية بطريقة تسمح لهم بالاستمرار في تنفيذ التزاماتهم ومواجهة المعطيات القانونية والاقتصادية الجديدة، من خلال فكرة او شرط إعادة التفاوض²، وذلك بالابتعاد عن عدم التنفيذ اتجاها نحو وقف التنفيذ³، فغالبية الشروط التي يدرجها الأطراف في عقودهم تنص على وقف التنفيذ التزاماتهم لفترة معينة، وهي فترة قيام عائق التنفيذ، ويعود بعدها العقد إلى السريان العادي، بشرط ألا

¹-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص293.

²-قد ينظم هذا الشرط من البداية ضمن الشروط التعاقدية عند صياغة بنود العقد من خلال التنظيم الاتفاقي للقوة القاهرة، أو يتم الاتفاق على إعادة التفاوض بعد حدوث القوة القاهرة.

³-نصيرة بوجمعة سعدى، مرجع سابق، ص275-276.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

تتجاوز فترة من الزمن قد يرى الأطراف تضرر مصالحهم مع استمرار فترة التوقيف أكثر منها¹.

لذا يمكن القول بأن الوقف في ظل المفهوم الحديث يجد أساسه الأول في اتفاقات الأطراف، بعكس الحال في ظل المفهوم التقليدي لها حيث يفرضه القاضي على الأطراف عند لجوئهم إليه²، وإن كان حكمه في هذه الحالة يعد مقررا وليس منشئا.

كما تقرر العديد من الاتفاقيات الدولية والشروط النموذجية بنظام وقف التنفيذ، منها اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع فيينا 1980 وفي الفقرة الثالثة من المادة 79 على أن "يحدث الإعفاء المنصوص عليه في هذه المادة اثره خلال الفترة التي يبقى فيها العائق قائما"³.

اما عن الشروط النموذجية، فنجد الشرط النموذجي الذي أعدته غرفة التجارة الدولية فيما يتعلق بشرط القوة القاهرة، حيث نصت في الفقرة السابعة منه على انه: "وعلاوة على ذلك فإنه اي السبب المنصوص عليه في الفقرة السابعة، يوقف مدد التنفيذ اثناء مدة معقولة، مستبعدا بذلك في نفس الوقت حق الطرف الاخر في ان يلغي او يفسخ العقد..⁴

ب: تدخل الظروف الطارئة في العقد

نظرا للخصائص الذاتية لعقد الاستثمار التكنولوجي، وخاصة طول مدته الزمنية نسبيا، كثيرا ما يصادف صعوبة تثبيت الظروف المحيطة به، اقتصادية كانت أم سياسية ام قانونية

¹-مثلا ورد في المادة 13 من عقد (ايركسون، سوريا)، اين تم الاتفاق على انه اذا استمرت فترة التعليق مدة معينة من 4 اشهر الى 6 اشهر مثلا كان لأي طرف -حسب الاتفاق العقدي- انهار العلاقة بإخطار مكتوب، وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص 612.

²-وان كانت اتفاقات الأطراف على وقف العقد قليلة الوجود في العقود الداخلية، إن لم تكن نادرة.

³- شريف محمد غانم، اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، ط.1، مطبعة الفجر الوطنية، دبي، 2010، ص 310.

⁴- شريف محمد غانم، مرجع سابق، ص 313.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

أم تكنولوجية، مما قد يصبح فيها تنفيذ الالتزامات مرهقا للمدين على نحو يكبده خسارة فادحة إذا اجبر على الوفاء بها، كأن تتطور التكنولوجيا محل الاستثمار او الحالة التقنية لأحد الأطراف مما يؤدي على عدم ملائمة التكنولوجيا المقدمة للمناخ الصناعي¹، أو ظهور اختراع تكنولوجي جديد احدث ثورة عامة أدت إلى عزوف الناس عن محل عقد الاستثمار التكنولوجي المعني.. الخ.

والسؤال الذي يفرض نفسه في هذا المجال هو معرفة الكيفية التي يجب أن يتعامل بها المتعاقد للخروج من هذه الوضعية الحرجة، فمن جهة لا يستطيع التنفيذ لفداحته، ومن جهة أخرى لا يستطيع الامتناع وهو ملزم بذلك عقديا، لأن هذا يعتبر إخلالا بالتزاماته التعاقدية.

لمثل هذا المتعاقد جاءت نظرية الظروف الطارئة لمعالجة الحالة التي يصبح فيها تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين، والتي تعتبر حالة من حالات الإخلال غير الإرادي، وعليه سنناقش في نطاق دراسة نظرية هذه الظروف التعريف بها، وأثارها على التزامات أطراف عقد الاستثمار التكنولوجي، وذلك بالقدر الذي تقضيه دراستنا.

ب-1- التعريف بالظروف الطارئة

هذه النظرية مستمدة من النظرية اللاتينية ومفادها ان العقد ينفذ مادامت الظروف الاقتصادية التي عقد في ظلها لم تتغير، فإن تغيرت هذه الظروف تغيرا جوهريا وجب تعديل العقد لدفع الحيف الناشئ عن هذا التغير المفاجئ في الظروف²، وهي النظرية التي تمثل نقطة خلاف عميق بين القوانين الوطنية سواء من ناحية الاخذ بها، او من حيث طريقة تنظيمها، او الآثار المترتبة عن إهمالها، بحيث لا تتفق القوانين الوطنية في معالجة واحدة

¹- وهو ما واجه الشركة الوطنية للصناعات الميكانيكية.. التي لاقت صعوبات في استقبال واستيعاب وتفهم التكنولوجيا المقدمة إليها من إحدى الشركات الأجنبية، يامير محي الدين، مرجع سابق، ص82.

²- موسى خليل متري، بحث حول الظروف الطارئة (نظرية)، منشور على الموقع الالكتروني <https://arab-ency.com>

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

لهذه النظرية¹، إلا ان جميعها لم يتطرق الى اي تعريف محدد لها وانما تم الاكتفاء بذكر مقومات هذه النظرية لوضعها موضع التطبيق².

وأمام هذا الصمت من قبل مختلف التشريعات الوطنية والمقارنة عن إعطاء تعريف محدد للظرف الطارئ وتشخيصه، إلا ان جل التعريفات الفقهية تنصب على انها حادث استثنائي على غير المألوف لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول، ولا يمكن دفعه أو درءه في نفس الوقت، تؤدي إلى تغير الظروف التي ابرم أثنائها العقد، مما يجعل من تنفيذ الالتزام مرهقا له، حيث إذا اجبر على تنفيذه تحمل خسارة كبيرة.

ب-2- اثر تدخل الظروف الطارئة على العقد

يمكننا بداية الإشارة إلى أن الظرف الطارئ كما تعنيه النظرية يجب ان يمثل تغيرا في الظروف التي ابرم العقد إنشاءها، على انه لا بد ان يكون هذا الظرف سابقا لتنفيذ العقد

¹ - وفي هذا السياق يمكن تقسيم هذه القوانين إلى ثلاث مجموعات: الأولى وتشمل القوانين التي ترفض التسليم بها حرصا على استقرار المعاملات، وعلى رأسها القانون المدني الفرنسي، بالرغم من ان للقضاء الإداري دور بارز في إرساء القواعد والمبادئ الرئيسية لنظرية الظروف الطارئة، مبررا ذلك بضرورة سير المرافق العامة بانتظام واستمرار.

ويندرج ضمن المجموعة الثانية القوانين التي تعترف قضائيا بالنظرية دون وجود نص تشريعي وعلى رأسها القانون المدني الألماني، أما المجموعة الثالثة فهي القوانين الآخذة بنظرية الظروف الطارئة على أساس أن العقود المستمرة إذا صادفت تغيرا في الظروف وأصبح تنفيذها مرهقا وجب ملائمة شروط هذه العقود مع الظروف الملائمة ومنها القانون المدني الجزائري (م3/107) والقانون المدني المصري (2/147). محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 295 إلى 302.

² - حيث ورد في التفهيمات المدنية الحديثة المتضمنة لنص تشريعي عام في نظرية الظروف الطارئة على ما يلي:
- نصت المادة 3/107 من القانون المدني الجزائري على: "...غير انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"، وهو نص منقول حرفيا تقريبا على نص المادة 2/147 عن المشرع المصري.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

وإتمام هذا التنفيذ، بما يعني أن يكون العقد متراخيا يتم تنفيذه في فترة زمنية تلي إبرامه، وكافية بأن تتغير إثناءها الظروف السابقة¹.

وهذا الظرف كسبب يصبح معه تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين بمعنى يؤدي إلى اختلال التوازن التعاقدي، بحيث يكون التغيير قويا وجوهريا يقلب موازين العقد عما كانت عليه وقت إبرامه، و أن يكون استثنائيا يخالف المعتاد و عاما غير قاصر على المدين، وغير متوقع الحصول، ومما لا يمكن دفعه أو تفاديه، وهذه الصفات هي شروط ثابتة وأساسية في تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة أو شرط الطوارئ لدى مختلف النظم القانونية، بالرغم من اختلافها في تعاملها مع هذه الحالة، وعليه سنناقش هذه الآثار في نقطتين مهمتين:

-حالة تدخل الطرفين في تعديل العقد-

على خلاف العقود الداخلية أين يتم تدخل القاضي في تعديل العقد في حالة حدوث ظرف طارئ، فإن الأمر مختلف في عقود الإستثمار التكنولوجي حيث يكون للإرادة دور أكبر لما عليه في العقود الداخلية، حيث يتمتع الاطراف 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، كما تتجلى هذه الحرية التعاقدية في ابقاء العقد ساريا المفعول بالصفة التي تحقق مصلحة كلا طرفيه بالرغم من تغير الظروف.

إذن ومما لاشك فيه إن أهم وسيلتي يعتمدهما أطراف عقد الإستثمار التكنولوجي في المحافظة على توازن العقد هي وقف تنفيذ العقد، وإعادة التفاوض في العقد، ويرجع ذلك إلى اعتبارات عملية هي التي تفرض على الأطراف اتخاذ هذا المسلك، وتتمثل في قيمة صفقاتها المرتفعة المقارنة مع الصفقات الداخلية، والأهمية الكبيرة التي تمثلها هذه العقود بالنسبة للمتعاقدین، بل وحتى على الدول التابعة لهذه الأطراف والتي تجبرهم على الحفاظ على العقد

¹-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص304.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

وبقاء استمراره، مما يجعل من فرص فسخ العقد وإنهاء الرابطة التعاقدية المصير الأخير الذي قد يواجه هذه العقود.

لذا تتنبه أطراف الاستثمار التكنولوجي وحاولوا وضع الحلول لكل ما من شأنه ان يؤثر في تنفيذ الالتزامات، وبإدراك والى النص على ذلك ضمن شروطهم وبصيغ مختلفة توضح كيفية تسوية النزاعات المحتملة الناشئة عن حدوث الظرف الطارئ بسبب أن معظم الظروف الطارئة في هذا العقد غالبا ما تكون ذات طابع سياسي او اقتصادي او تكنولوجي، وتمثل تغييرا على نحو يختلف عن مألوف تطبيق هذه النظرية¹.

ويلاحظ في هذا المجال ان مضمون هذه النظرية في عقود الاستثمار التكنولوجي يعبر عنها باصطلاح ومسميات عديدة، لعل أشهرها وأهمها اصطلاح شرط الطوارئ Clause de Hardship في القانون الانجليزي، و Gross inequity في القانون الأمريكي، و La théorie de l'imprévision في القانون الفرنسي²، حيث يسمح هذا الشرط بإعادة التفاوض من جديد عند وقوع حادث طارئ بهدف الوصول الى صيغة عقدية أخرى تتجاوز آثار ذلك الحدث او اللجوء الى التحكيم³.

¹ - محمود الكيلاني، مرجع سابق ، ص305.

² - ويعترف فقهاء التجار الفرنسيين بأنه لا توجد ترجمة حقيقة للشرط حتى اليوم تعكس مضمونه الصحيح، ولهذا يطلقون عليه عدة مصطلحات، وفي كثير من الاوقات يذكرونه كما هو دون البحث عن ترجمة له، ومن هذه الترجمات نذكر "شرط الطوارئ" clause de l'imprévision ، شرط الحماية clause de sauvegarde ، شرط العدالة clause d'équité ، شرط المراجعة clause de révision ، شرط الصعوبة clause de dureté.

Fontaine(M), droit des contrats internationaux, analyses et rédaction de clause, FEC,1989, p253.

³ - ويمكن ان يميز العقد ذاته ما بين المتغيرات الأساسية في الظروف الضرورية لإنجاز الهدف، حيث يمكن الاتفاق على إعادة التفاوض وتكييف العقد بنحو مقبول مع تلك الظروف.

وبين تغييرات أخرى قد تمنع انجاز الهدف إلا أنها تتطوي على أهمية اقل من سابقتها فهذه لا تؤدي إلى إلغاء العقد، فإن فشل الأطراف في الاتفاق على تعديل العقد او إلغائه، فقد يحال الموضوع إلى طرف ثالث المحكم مثلا، ولكن يجب ان يتحققوا فيما لو كانت بلادهم تمنح قيمة شرعية لتعديل العقد من قبل طرف ثالث.

Fontaine(M), op, cit, p264.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

ورغم ما يقدمه هذا الشرط من مزايا وتخفيف من جمود النصوص التشريعية، ومن تشدد القضاء في تطبيق نظرية الظروف الطارئة المنصوص عليها في مختلف التشريعات الوطنية، فإنه يتولد عنه صعوبات كبيرة في التطبيق لعدة اسباب كان أهمها سببين أولهما الطبيعة المميزة لهذه العقود، واختلاف الأنظمة القانونية نفسها حول الأخذ بهذه النظرية، فعلى سبيل الافتراض ان القانون الانجليزي مثلا هو القانون الواجب التطبيق، فإن اقرار وجود تلك الظروف سيؤدي الى فسخ العقد كما في حالة القوة القاهرة، بينما إعمال القانون الجزائري مثلا قد يسفر الى تعديل العقد دون فسخه مع توزيع أعباء الحادث على المتعاقدين، وبالمقابل يترك القانون الايطالي للأطراف أنفسهم حرية إعادة تقييم شروط العقد الذي يمكن فسخه في حالة عدم اتفاقهم، بينما يتخذ القانون البولندي حلا وسطا بمنح المحكمة صلاحية اتخاذ ما يلزم لإبقاء العقد قائما وإلا قضت بفسخه¹.

أما الثاني هو استعمال التعابير المطاطة للدلالة على مقومات الظرف الطارئ، كالقول مثلا حادث يفوق التوقعات المألوفة للدلالة على فجائية الحدث، أو حادث بالغ الأهمية أو غير عادي للدلالة على جوهريته²، أو الإشارة إلى أضرار كبيرة أو غير عادلة من شأنها أن تهدد المستثمر بخسارة فادحة، وهذه الخسارة هي نوع من الاضطراب في اقتصاديات العقد أي درجة معينة من الاختلال تصيب التوازن الاقتصادي للعقد، وبين مجرد التغيير البسيط أو الطفيف الذي قد يطرأ على اقتصاديات العقد دون أن يجعل التنفيذ مستحيلا أو حتى مرهقا بالنسبة للمستثمر أو الدولة المضيفة³.

¹-محمود الكيلاني ، مرجع سابق، ص308.

²-وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص614.

³-زواق نجاة، نظرية الظروف الطارئة وتطبيقاتها في العقود الدولية، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد الخامس، جامعة تلجي عمار، الاغواط، العدد الثاني، السنة 2021، ص1473.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

-إحالة تعديل العقد لطرف ثالث

إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة السابق بيانها، وفشل الاطراف في الاتفاق على تعديل العقد او الغائه، كان للمتعاقد المرهق ان يطلب بإحالة الموضوع الى طرف ثالث كالمحكم او القاضي من اجل مراجعة العقد، ونشير هنا الى انه اذا كان حكم مراجعة العقد يقصد تعديله في العقود الداخلية، فإن واقع عقود التجارة الدولية عموما، وواقع عقود الاستثمار التكنولوجي خصوصا يرتب اثارا اخرى حسب طريقة تنظيم بلد القانون المطبق على العقد لهذه النظرية¹.

غير ان الطابع الاعم لمختلف النظم القانونية يتفق في منح القاضي او المحكم على رد الالتزام المرهق للمدين الى الحد المعقول الذي يراه متقنا مع العدالة وحسن النية، وذلك عن طريق انقاص مدى الالتزام الذي اصبح مرهقا، او عن طريق زيادة قيمة الالتزام المقابل، وفقا لما يريانه مناسبا ومتسقا مع الظروف وعلى النحو الذي تقضيه العدالة، وما يمليه التوافق بين مصلحة الطرفين المتعاقدين في عقد الاستثمار التكنولوجي².

¹-نشير هنا ان هذه النظرية تقرها معظم التشريعات الوطنية في القوانين المقارنة بتطبيقات مختلفة، فإذا كان القانون الجزائري مثلا هو القانون المطبق فيإمكان القاضي التدخل لتعديل العقد وإزالة الارهاق على المدين الى الحد المعقول دون ان تصل الى حد الحكم بفسخ العقد(م03/107 ق.م.ج)، بينما اذا كان القانون الانجليزي هو القانون المطبق فإنه ينهي العقد بفسخه، وتوجد صورة اخرى للتناقض تتمثل في الاختلاف حول مفهوم رد الالتزام الى الحد المعقول، فالمشرع الجزائري وكذلك المصري وضع النص على اساس ان اعادة التوازن في العلاقات التعاقدية بسبب حدوث تغيير في الظروف لا تؤدي الى غير توزيع اعباء الحادث الطارئ على المتعاقدين، بينما جاء حكم القانون الايطالي مختلفا وترك لأطراف حرية اعادة تقييم شروط التعاقد بما يلائم الوضع الجديد الناتج عن تغير الظروف اذا كان هدفهم المحافظة على بقاء العقد قائما، واذا لم يتقفا فإن الحل هو فسخ العقد كما ورد في حكم نص القانون الايطالي، اما القانون البولندي فجاء الحكم فيه مختلفا، ويمكن وصفه بأنه وسط بين التشريعات التي ذكرناها، لأنه اعطى المحكمة سلطة تعيين طريقة تنفيذ الالتزام او تحديد مقداره حتى اذا لم تجد المحكمة سلطة بدا من المحافظة على العقد قائما قضت بفسخه، وهي اذ تفعل ذلك لاشك انها تكون قد رأت ان التنفيذ قد اصبح مستحيلا. محمود الكيلاني مرجع سابق، ص308.

²-يامير محي الدين، مرجع سابق، ص253.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

ومهما يكن من أمر فإن عدم تنفيذ الالتزام بسبب تدخل الظروف الطارئة يعتبر إخلال بالعقد سواء كان عدم التنفيذ من قبل المستثمر أو طالب الاستثمار، 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.

الفرع الثاني: الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية في عقد الاستثمار التكنولوجي

وفقا للقواعد العامة المنظمة للعقود فإن هذه الأخيرة هي وليدة إرادة المتعاقدين، مما يجيز لهم تنظيم اتفاقاتهم بما يتلاءم مع طبيعة هذه الاتفاقات ومصلحة كل منهم، ولهم حق الخروج على أحكام المسؤولية المقررة قانونا بما يخالف النصوص الخاصة الواردة في التشريع كقواعد آمرة يتعين عدم الخروج عليها¹، بحيث يجوز الاتفاق على تشديد أو تخفيف أو الإعفاء منها وذلك في حدود النظام العام والآداب العام، غير انه ونظرا لحدثة عقد الاستثمار التكنولوجي فهو يتميز عن غيره من العقود في كونه يحقق مصلحتين الأولى الخاصة بالأطراف، والثانية تتعلق بالمصلحة العامة، فلهذا تدخلت بعض الدول لتنظيم هذا النوع من العقود الخاصة فيما يتعلق بتنظيم أحكام تحديد المسؤولية بحيث لم تترك الحرية التامة للأطراف خوفا من المساس بالمصلحة العامة²

أولا: الاتفاق على تشديد المسؤولية

يقصد بالشرط المشدد ذلك الشرط الوارد في العقد أو في وثيقة منفصلة، يقضي بمسؤولية المدين في حالة أو في احوال تكون فيها مسؤوليته غير قائمة بموجب القواعد³، وعموما تتخذ الاتفاقيات المشددة للمسؤولية العقدية صورة متعددة منها:

¹-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص323.

²-سارة صفوان، مرجع سابق، ص120.

³-احمد سليم فريز نصر، الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية نابلس، 2006، ص36.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

1-الاتفاق على جعل الالتزام ببذل عناية التزاما بتحقيق نتيجة:

الاصل العام في الالتزام بعناية تكون درجة العناية المطلوبة هي عناية الرجل العادي، فلا يكون مسئولا الا عن فعله العمدى، وخطئه الجسيم، ولكن لا يوجد مانع من الاتفاق على التشديد من هذه المسؤولية فينقلب الالتزام من بذل عناية الا تحقيق نتيجة، اذ يصبح المدين مسئولا عن تحقيق غاية لا يتخلص من المسؤولية الا بإثبات السبب الاجنبى¹.

ومن بين الامثلة الدالة على هذا الوجه من التشديد الاتفاق على ان التزام الشركة التي تتولى ارادة مصانع شركة اخرى بأن تتضمن تحقيق ارباح تصل الى مائة الف على الاقل عند نهاية السنة الاولى لتنفيذ العقد، ففي الاصل ان هذه الشركة التي تتولى الادارة تسأل فقط على حسن ادائها للإدارة وتلقين اليد العاملة للتقنيات الجديدة، ولكنها في ظل هذا التشديد تسأل عن تحقيق النتيجة المتفق عليها، ولو كانت معظم التزامات طرفي عقد الاستثمار التكنولوجي وخاصة منهم المستثمر التزامات تعنى بتحقيق النتيجة.

2-الاتفاق على تحديد قيمة الشرط الجزائي:

اجاز القانون للطرفين الاتفاق مقدما على تحديد مقدار التعويض الذي يستحقه الطرف المتضرر، ويتم الاتفاق على هذا التعويض غالبا في العقد او باتفاق لاحق، وتكون المحكمة عندئذ ملزمة بالحكم بهذا المبلغ عند تحقق الضرر، وهذا ما تنص عليه صراحة المادة 183 من ق.م.ج²، وهنا يظهر الدور المشدد للشرط الجزائي في المسؤولية العقدية، اذا كانت قيمة التعويض المتفق عليه اكبر من الضرر الذي اصاب الدائن نتيجة خطأ المدين.

¹-يامير محي الدين، مرجع سابق، ص119.

²-تنص على انه: "يجوز للمتعاقدان ان يحددا مقدما مقدار التعويض بالنص عليه في العقد او في اتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 الى 181".

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

وتجدر الإشارة انه يمكن للقاضي ان ينقص من قيمة الشرط الجزائي وذلك في حالتين¹:

-في حالة ما اذا اثبت المدين ان التقدير كان مبالغاً فيه، وهنا لا يخفض الشرط الجزاء ليجعله مساوياً للضرر، بل يزيل ما فيه من مبالغة.

-وفي حالة اذا كان الالتزام الاصيلي قد نفذ في جزء منه، ذلك ان الشرط الجزائي يوضع اصلاً لحالة عدم التنفيذ الكامل.

وهذان الحكمان يعتبران من النظام العام فيبطل كل اتفاق من شأنه مخالفة ذلك طبقاً للفقرة الثالثة من المادة 184 من ق.م.ج -السالف الذكر-، وللقاضي او المحكم ادخال مثل هذا التعديل بشروط معينة، فله تخفيض التعويض اذا اثبت المدين ان المبلغ مبالغ فيه بدرجة كبيرة من الالتزام الذي يغطيه الشرط او الذي نفذ في جزء منه، وله ايضاً زيادته اذا جاوز الضرر المبلغ المتفق عليه، واثبت الدائن ان المدين قد ارتكب المدين غش او خطأ جسيماً².

3-الاتفاق على تحمل المدين تبعة القوة القاهرة والحادث المفاجئ:

في حالة تحقق شروط القوة القاهرة او الحادث المفاجئ يعني المدين في الاصل من المسؤولية العقدية نتيجة استحالة تنفيذ الالتزام، وهذا ما تنص عليه المادة 127 من ق.م.ج، ولكن لا مانع قانوناً من اتفاق الطرفين على ان يكون المدين مسؤولاً في مواجهة الدائن، حتى ولو كان سبب عدم تنفيذ الالتزام العقدي يرجع الى قوة القاهرة او الحادث المفاجئ، ويعتبر هذا الاتفاق كنوع من التأمين للدائن³، ويظهر هذا التشديد في الفقرة الاولى من المادة

¹-محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، العقد والارادة المنفردة، د.ط، دار الهدى، الجزائر، 2008، د.ص.

²-عبد الرؤوف جابر، مرجع سابق، ص 219.

³-خليل احمد حسن قدارة، مرجع سابق، ص 150.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

178 ق.م.ج اذ جاء فيها: "يجوز الاتفاق على ان يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ او القوة القاهرة".

وبالنظر الى الفقرة السابقة من المادة 178 ق.م. نلاحظ ان المشرع اقتصر فكرة الاتفاق على التشديد من مسؤولية المدين على صورة واحدة من صور السبب الاجنبي وهي الحادث المفاجئ او القوة القاهرة، وذلك نابع بحسب الاعتقاد الى ضرورة عملية تتعلق بصعوبة الاثبات، ولما كانت هذه الصعوبة موجودة في حالتي خطأ الغير وخطأ الدائن فإن مثل هذا الاتفاق يكون غير سليم قانونيا¹.

والجدير بالذكر أيضا بخصوص هذا النوع من التشديد انه فاضل بين القوة القاهرة وبين الظروف الطارئة، حيث ادخل هذه الأخيرة ضمن نطاق النظام العام، وبالتالي لا يمكن الاتفاق على مثل هذا التعديل في حالة الظروف الطارئة، رغم أن اثر الظروف الطارئة على الالتزام ينحصر في وصفه بالإرهاق فقط، على خلاف القوة القاهرة التي تجعل من الالتزام مستحيلا، ولعل ذلك راجع إلى الصفة العمومية التي تتسم بها الظروف الطارئة والتي تجعلها مؤثرة في استقرار المجتمع ككل، او حتى في جزء منه، على خلاف القوة القاهرة او الحادث المفاجئ التي تثبت دون توافر ركن العمومية مما يجعل أثرها منحصرا فقط على المتعاقدين بصفة خاصة².

وهكذا فإنه في حدود ما يتميز به عقد الاستثمار التكنولوجي وما له من طبيعة خاصة، ومن أهمية تمتد لأن تمس بالمصالح العامة (الدولة) فإن التشديد في أحكام المسؤولية غالبا ما يحمي هذه المصالح، لان هذا النوع من العقود يرتبط بالاقتصاد الوطني للدولة المضيفة للاستثمار، فهو يهدف إلى إشباع حاجات اجتماعية واقتصادية في نفس الوقت، وعليه فإن

¹- خشمون ناهد، الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2016/2017، ص 161.

²- خشمون ناهد، مرجع سابق، ص 162-163.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

التشديد في المسؤولية من شأنه ان يكفل تحقيق هذه الأهداف (المصالح العامة)، كتشديد مسؤولية المهندس المعماري والمقاول بجعل مدة ضمان سلامة البناء أطول من عشرة سنوات.

ثانيا: الاتفاق على تخفيف المسؤولية .

يقصد بالشرط المخفف من المسؤولية ذلك البند الوارد في العقد او في اتفاق منفصل تخفف بموجبه مسؤولية المدين وذلك بحصرها في جزء من المسؤولية وهي حالة إعفاء جزئي من المسؤولية، او بالتخفيف في تقييم مسلك المدين بحيث لا يطالب المدين بالعناية التي تفرضها القواعد العامة وانما بالعناية التي ينص عليها الاتفاق والتي تكون اقل منها في القواعد العامة¹.

ومن خلال التعريف المقدم يتضح ان اتفاق التخفيف يعدل المسؤولية من ناحيتين، الاولى من الناحية الكمية وذلك في حصر اثرها في جزء منها فقط، والثانية من ناحية نوعية الالتزام نفسه، ولهذا سنتعرض لاهم هذه الصور من خلال الأوجه التالية:

-الاتفاق على تحويل الالتزام من التزام بتحقيق نتيجة الى التزام ببذل عناية: ان هذا النوع من الاتفاقات يعتبر من قبيل اتفاقات التخفيف من المسؤولية المترتبة على إخلال المدين بالتزاماته، فلا تثور مسؤوليته الا اذا اثبت الدائن تقصيرا منه في بذل العناية المطلوبة²، كأن ان يتفق المستثمر على ان يلتزم بتوريد آلات بجودة معينة دون ان يشمل التزامه تركيبها، ولا ضمان تشغيلها لتحقيق من صلاحيتها، فالمستثمر هنا حول التزامه الأصلي من تحقيق نتيجة وهي ضمان تشغيل الآلات الى التزام ببذل عناية، فيكون بذلك قد تحقق التزامه ولو لم يتم تشغيل هذه الماكينات.

¹ - احمد سليم فريز نصره، مرجع سابق، ص36.

² -يامير محي الدين، مرجع سابق، ص120.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

و في الالتزام بذل عناية يجوز تخفيف العناية المطلوبة بعناية اقل حرصا من عناية الرجل العادي، فلو كان ينبغي على طالب الاستثمار أن يبذل في الحفاظ على العناصر التكنولوجية المقدمة إليه العناية التي يبذلها في الحفاظ على أمواله الخاصة، يصبح بعد الاتفاق لا يكلف بأكثر من عناية الرجل العادي في حفظه على أشياءه، ولا يكون مخطئا إذا كانت استغلال هذه العناصر عن طريق عمال فنيين عاديين.

-الاتفاق على إنقاص التعويض المستحق عن القدر الذي يحدده القانون: كالاتفاق على استبعاد بعض الأضرار دون الأخرى من التعويض، فيتم الاتفاق مثلا على أن المدين يسأل عن تعويض الأضرار الناجمة عن خطئه المادي جراء عدم تنفيذ التزامه أو التأخر في التنفيذ، أو تنفيذه تنفيذا معيبا، دون أن يسأل عن تعويض أية أضرار أدبية لحقت بالدائن جراء ذلك الخطأ¹، وقد يتم الاتفاق على تحديد مقدار التعويض المستحق للدائن بمبلغ معين لا يجوز له المطالبة بأكثر من ذلك، ولو تجاوزت قيمة الضرر هذا المبلغ².

-الاتفاق على تخفيف من ضمان التعرض والاستحقاق: كما سبق وذكرنا يعد الالتزام بالضمان من أهم الالتزامات الأساسية الملقة على عاتق المستثمر والذي يتمكن بموجبه طالب الاستثمار من استغلال التكنولوجيا واستثمارها خلال مدة العقد بصورة هادئة ونافعة، غير ان أحكام هذا الالتزام ليست من النظام العام³، وبالتالي يجوز الاتفاق على تخفيف من المسؤولية الشخصية للمستثمر، وهذا النوع من التخفيف من الضمان كثير الوقوع في الحياة العملية، وقد يكون مرد ذلك إلى كثرة طغيان صفة الإذعان على هاد النط العقدي، وانفراد المستثمر بموضوع شروط العقد دون مناقشة الطرف الآخر، ومن دون شك أن المستثمر

¹-رحمة بريق، الشرط المعفي من المسؤولية العقدية والقيود الواردة عليه، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 06، العدد 02، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2020، ص 220-242.

²-يامير محي الدين، مرجع سابق، ص 171.

³-بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص 319.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

عند وضعه لهذه الاتفاقات فهو يسعى غالبا لتحقيق مصلحة على حساب مصلحة طالب الاستثمار، فيضمن بهذا الشرط في العقد الحد من مسؤوليته اتجاه طالب الاستثمار.

والملاحظ عن تخفيف المسؤولية في عقود الاستثمار التكنولوجي قد يخلف الكثير من الآثار السلبية على صيرورة الأهداف المرجوة من هذه العقود، حيث يؤدي إلى تهاون احد طرفيها في إتمام و انجاز المشروع كما كان محددًا من قبل، خاصة بعد التيقن من أن دور الشركات المتعددة الجنسيات أصبح واضحا وجليا في استغلال موارد الدول المضيفة، وليس حسب الاعتقاد الذي كان سائدا بأن هذه الشركات تساهم في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، لذا كان من المفروض ان هكذا عقود تعنى بتشريع خاص يشدد فيها المسؤولية فقط، ولا تعنى بامتياز التخفيف او الإعفاء التي تطبق على العقود الداخلية.

ثالثا: الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية

يقصد بالاتفاقات المعفية من المسؤولية ذلك البند الذي يرد في العقد او في اتفاق منفصل، يعفي بموجبه الدائن مدينه مسبقا من المسؤولية التي قد تترتب في ذمة هذا الاخير اعفاء تام جراء عدم تنفيذه للالتزامه، فلا تتحقق المسؤولية بالاتفاق، رغم تحققها بموجب القواعد العامة¹.

وتعد الاتفاقات المعفية من المسؤولية أوضح خروج عن الضوابط العامة لقواعد المسؤولية العقدية بمختلف صورها ما جعلها على وجه اخص محل جدل فقهي لأثرها الكبير على الطرفين في الرابطة العقدية²، الأمر الذي دفع الفقهاء الى الاهتمام بهذا الشرط من خلال تبين مضمونه وصوره، وكذلك محاولة إيجاد حلول للإشكالات التي قد يطرحها.

¹- احمد سليم فريز نصرة، مرجع سابق، ص35.

²- حيث ظهر هذا الجدل في القرن 19 بسبب ظهور الثورة الصناعية وقيام المشروعات الكبرى، فأصبحت الشركات تسيطر على المعاملات المالية بين الاشخاص وخدماتهم خاصة في مجال النقل الجوي والبحري، خوفا من مسائلة الناقل يلجأ الناقلون الى ادراج هذا الاتفاق في عقودهم، محمد دمانة، شرط الاعفاء من المسؤولية بين مقتضيات سلطان الارادة

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

والجدير بالذكر ان هذا الشرط لا يعدم المسؤولية وانما يعفي من تبعاتها، وبالتالي يدفع تعويضا لجبر الضرر المتحقق، وعموما تتمثل صور الاتفاقات المعنية من المسؤولية العقدية بحسب نوع المسؤولية ووفقا لما جاء في القانون في صورتين تتعلق الصورة الاولى بالاتفاق على الإعفاء من المسؤولية الناجمة عن الفعل الشخصي، اما الصورة الثانية فتخص الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية عن فعل الغير وسنقوم بتوضيح هاتين الصورتين في ما يلي:

1-الاتفاقات المعفية من المسؤولية الشخصية:

تتصف اتفاقات الإعفاء من المسؤولية الشخصية بأنها "تجعل من المدين بالالتزام العقدي في وضع وسط ما بين كونه ملتزما بتنفيذ التزامه العقدي، وما بين عدم مسؤوليته عن الأضرار الناجمة عن عدم تنفيذ هذا الالتزام التي تلحق الدائن"¹.

اما فيما يخص الفقه فقد اخذ غالبية بصحة هذا الاتفاق المعفي من المسؤولية العقدية، ويبررون ذلك على اعتبار ان العقد ولید ارادة المتعاقدين وبأن المسؤولية منشؤها العقد، وبالتالي فلهم الحق في تضمين عقودهم بأي اتفاق شريطة عدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة².

هذا ونجد معظم التشريعات المدنية حاولت وضع نصوص قانونية تجيز هذه الاتفاقات في بعض الحالات، وتتص على بطلانها في حالات أخرى لتعارضها مع النظام العام، او اذا كانت هناك حالة غش او خطأ جسيم او مساسها بجوهر العقد³، مثلما وردة في الفقرة

وسلطان القانون، مجلة دفاتر السياسة والقانون، المجلد 3، العدد5، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، جوان2011، الجزائر، ص241.

¹-ناهد خشمون، مرجع سابق، ص102.

²-عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص673.

³-يجب التنويه انه اذا كان الشرط المعفي في المسؤولية العقدية جائز، فالأمر على خلاف ذلك في المسؤولية التقصيرية حيث نص المشرع الجزائري بموجب المادة178 ق.م.في فقرتها الأخيرة على انه يبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

الثانية من المادة 178 ق.م.ج، وكذا المادة 217 من القانون المدني المصري، والمادة 2/218 من القانون المدني السوري، والمادة 100 من قانون الالتزامات السويسري¹.

ومن أمثلة الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية عن الخطأ الشخصي، اشتراط البنك عدم مسؤوليته اذا لم يتم بتحصيل حقوق العميل من الغير كون القانون لا يمنع من الاتفاق على إعفاء الوكيل او حتى المودع لديه من المسؤولية لان الإعفاء من المسؤولية عن الخطأ العقدي جائز ويجب في هذه الحالة احترام الاتفاق المعفي من المسؤولية التي أدرجها الطرفان في العقد²، ونجد هذا النوع من الأمثلة بكثرة عند أداء المقابل من قبل طالب الاستثمار للمستثمر أين يتم فتح اعتماد مستندي كما سبق واشرنا في الآليات القانونية لدفع المقابل.

2- الاتفاقات المعفية من المسؤولية عن فعل الغير.

ان الغالبية العظمى من القوانين المدنية المختلفة لم تتضمن نصوصا خاصة تحدد المقصود بمسؤولية المدين عن فعل الغير، او الاتفاقات الواجب توافرها لقيامها، فضلا على عدم التطرق لتنظيم الأحكام التي يمكن ان تطبق في حال قيامها، وإنما أشار إليها بطريقة ضمنية في بعض نصوص القوانين المدنية³، مما ألقى على كاهل الفقه المدني حملا ثقيلا تمثل بالبحث في هذه الصورة من صور الإعفاء من المسؤولية العقدية⁴.

لقد وردت تعريفات حول المسؤولية العقدية الناشئة عن فعل الغير إلا أنها في معظمها شابها بعض الغموض والقصور في حين نجد أفضلها هو الذي عرفها بأنها: "مسؤولية

¹ -رحمة بريق، مرجع سابق، ص223.

² - ناهد خشمون، مرجع سابق، ص103.

³ -على رأسها القانون المدني الجزائري ويظهر ذلك من خلال بعض النصوص التي تضمنها لاسيما في المواد 580 و564 ق.م، والفقرة الثانية من المادة 217 ق.م. المصري، السالف الذكر.

⁴ -محمد حنون جعفر، مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير -دراسة مقارنة-، ط.1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان،

2011، ص64.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

المدين في التزام عقدي عن فعل شخص آخر غيره، ممن يقومون مقامه في تنفيذ التزام، او ممن يساعدونه في تنفيذه، او عن فعل الأشخاص الذين يمارسون بالاشتراك مع المدين حق اكتسبه هذا الأخير بواسطة العقد، وأدى سلوك واحد من هؤلاء إلى الإخلال بالالتزامات التي يفرضها العقد على المدين"¹.

فمن الملاحظ على هذا التعريف انه قام بتوضيح ماهو المقصود من المسؤولية العقدية عن فعل الغير، حيث حاول بيان ملامحها الرئيسية وحالاتها، الا انه قد اغفل جانب مهم من هذه المسؤولية وهو عدم الإشارة الى حق المدين بالالتزام العقدي في الرجوع بالمسؤولية والمطالبة باسترداد ما دفعه من تعويض للدائن على الشخص الذي كان فعله او خطئه السبب في الاخلال بالالتزام العقدي².

وعليه تقوم مسؤولية المدين عن فعل الغير اذا توافر شرطان، الأول وجود عقد صحيح بين المدين والدائن، فإذا كان العقد باطلا فقواعد المسؤولية التقصيرية هي الواجبة الإلتباع، والثاني ان يكون المدين قد عقد الى الغير تنفيذ العقد، ا وان يكون الغير مكلفا بموجب الاتفاق او القانون بتنفيذ العقد³.

لكن قد يثور التساؤل عن نطاق جواز اعفاء المدين من المسؤولية العقدية عن فعل الغير؟ وهل يشمل هذا الاعفاء كافة الاخطاء التي يرتكبها هذا الغير؟ بخصوص نطاق جواز اعفاء المدين من المسؤولية العقدية عن فعل الغير، نجد ان المشرع اجاز اشتراط المدين الاعفاء من المسؤولية التي تترتب عن افعال الغير الذي استعان بهم في تنفيذ التزامه العقدي، وهو ما اكدته المادة 178 من القانون المدني حيث جاء فيها " وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه

¹ - ناهد خشمون، مرجع سابق، ص104.

² - مرجع نفسه، ص104.

³ - احمد سليم فريز نصره، مرجع سابق، ص79.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم ..".

ويلاحظ أنه يستثني من إعفاء المدين حالتي الغش والخطأ الجسيم، مما يعني أنه لا يجوز شرط الإعفاء أيضاً في الأحوال التي يكون فيها الخطأ أكثر من جسيم، مثال ذلك ما يسمى بالخطأ غير المغتفر المعروف لدى الفقه والقضاء الفرنسيين¹، أما في غير ذلك من الأحوال فيجوز شرط الإعفاء بموجب النصوص القانونية، إلا أن الفقه يضيف حالة أخرى لا يجوز فيها الإعفاء هي حالة الأضرار الجسدية².

كذلك يستفاد من النص بأن الاتفاق على الإعفاء يكون في ركن الخطأ فقط فقد جاءت عبارة النص حاسمة في هذا الصدد، حيث استعمل المشرع عبارة (عدم تنفيذ التزامه التعاقدية) أي أن شرط الإعفاء يجب أن يرد على عدم التنفيذ، أما ورود الشرط على ركن الضرر فإن ذلك يعني إيجاد تنازع بين نظام الإعفاء ونظام التعويض سبق وأن عرضت له.

هكذا إعفاءات وأن كانت مناسبة للعقود الداخلية بين الأفراد فإنه من وجه نظرنا فكرة غير مناسبة لعقود الإستثمار التكنولوجي، وأن طبقت واضح من هي الفئة التي تستفاد منها، حيث نتصور محاولة اثبات المستثمر للسبب الاجنبي من خلال هذا الخطأ بشكل قد يعيدنا الى مشكلة الشروط المقيدة، ومدى اعتبار تقييد طالب الإستثمار بها كافياً لقيام خطئه على نحو يعفي المستثمر من مسؤولية عدم تنفيذ التزامه، بما في ذلك عدم تحقيق النتيجة المطلوبة الا وهي النقل الفعلي والحقيقي للتكنولوجيا.

¹ - وهو الخطأ الذي يبلغ حداً غير عادي من الجسامة، ونتج عن فعل ارادي او عن معرفة بالخطر كان يجب ان توجد لدى الفاعل، مع تخلف أي سبب مبرر، وهو بذلك يقترب من الخطأ العمد من حيث ارادة الفعل او الترك، لكنه لا يماثله لعدم

توافر نية الاضرار قصداً، <https://jawak.com> تاريخ الاطلاع: 2023/07/14، على 18:26

² - احمد سليم فريز نصره، مرجع سابق، ص 70.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

المطلب الثاني: آثار تقرير المسؤولية في عقد الاستثمار التكنولوجي

تنص كافة التشريعات الوطنية على الاحكام النازمة لجزاءات عدم تنفيذ العقد (المسؤولية العقدية) وأحكام أخرى تنظم جزاءات الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية)، وهذه الاحكام وان كانت تختلف في جزئياتها في كل تشريع على حدة¹، فإنها تلتقي في عدة نقاط تعد قواسم مشتركة بينها، فالتعويض والفسخ مثلا جزاءان يردان في غالبية تلك التشريعات -ما لم يكن بمجملها-، الا ان شروط استحقاق التعويض وكيفية تقديره وآثاره، وشروط الفسخ وكيفية وقوعه وآثاره، مازالت محل خلاف فيما بينها².

وليس في عزمنا عمل دراسة مقارنة بين مختلف الأنظمة القانونية في شأن احكام المسؤولية العقدية او المسؤولية التقصيرية، فمثل هذه الدراسة تخرجنا عن موضوع هذا الحديث، ولكننا نريد فقط ان نذكر في عجالة بأمهات هذه الأحكام ليتبين لقارئ الحديث كيف فرضت الاعتبار العملية على عقد الاستثمار التكنولوجي الميل عنها في بعض المواضيع.

الفرع الأول: التعويض كصورة للجزاء عن الإخلال بعقد الاستثمار التكنولوجي

ان تقرير مسؤولية احد أطراف العقد مرده ثبوت اخلاله بالالتزام الملقى على عاتقه على نحو يصبح معه للآخر حق الحصول على تعويض يجبر به الضرر الذي لحقه، وينحصر موضوع دراستنا لهذه الصورة عن جزاء عدم تنفيذ الالتزام في بحث الاحكام القانونية المتعلقة بها الواردة في القواعد العامة، ومدى تطبيقها على عقود الاستثمار التكنولوجي وهذا ما سنتعرف عليه من خلال الآتي:

¹-كما في جزاء التنفيذ العيني مثلا اذ يعد حقا استثنائيا في التشريع الانجليزي، محسن شفيق، نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص94، بينما جزاء اصلي وفقا للاتجاه الجزائري.

²-محسن شفيق، عقد تسليم المفتاح، مرجع سابق، ص89.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الاستثمار التكنولوجي

أولاً: مفهوم التعويض عن الإخلال في عقود الاستثمار التكنولوجي

يعد التعويض وسيلة قانونية مناسبة لجبر الضرر الذي لحق الدائن في عقد الاستثمار التكنولوجي بسبب عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه، كما أنه قد يكون الوسيلة الأفضل عن قرائنه الأخرى من الجزاءات كالفسخ والدفع بعدم التنفيذ، فمثلاً لو فرضنا أن طالب الاستثمار أفشى السر التكنولوجي الذي هو رأسمال المستثمر فلن يفيد إلا الحصول على تعويض مناسب بدل اللجوء إلى فسخ العقد أو الدفع بعدم التنفيذ، ولكي يحكم القاضي أو المحكم بالتعويض لابد أن تتوافر فيه مجموعة من الشروط سنبينها فيما يلي:

1- تحديد المقصود بالتعويض في عقد الاستثمار التكنولوجي

لم يرق القانون بإعطاء تعرف واضح للتعويض¹، وإنما قصر الأمر على بيان مداه والوسائل التي يمكن للدائن من خلال مطالبة المدين به، فإذا أمعن النظر في نص المادة 124²، لوجد أنها تنص على الأثر المترتب عن ارتكاب شخص خطأً يسبب ضرراً للغير، وهذا الأثر هو الالتزام بالتعويض.

أما الفقه فذهب إلى تعريفه بأنه: "وسيلة لإصلاح الضرر وعلى وجه التحديد يقصد به الإصلاح وليس المحو التام والفعلي للضرر الذي وقع"³.

أو أنه عبارة عن "مبلغ من النقود يساوي المنفعة التي كان سيحصل عليها المتعاقد لو أن المتعاقد الآخر نفذ التزامه على النحو المتفق عليه، على النحو الذي يقضي به حسن النية والثقة المتبادلة بين الناس"⁴.

¹ - يحد اتجاه المشرع الجزائري سليم، فتحديد معنى أي مصطلح من مهام الفقه وليس المشرع.

² - حيث جاء فيها: "كل فعل أيا يرتكبه شخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير، يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض"، يقابله نص المادة 1382 ق.م.الفرنسي، ونص المادة 163 ق.م.المصري.

³ - عبد المومن شرقاوي، مفهوم التعويض، <https://jordan-lawyer.com> تاريخ الاطلاع: 2023/07/15، على 06:26

⁴ - يتضح أن هذا التعريف يركز على أن التعويض هو مبلغ من المال، بينما سنجد عند البحث في طرق التعويض أنه قد

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

هناك من الفقهاء من ربط بين التعويض وبين أركان المسؤولية بقوله ان التعويض هو جزاء توافر أركان المسؤولية، وان المقصود من التعويض هو تصحيح التوازن الذي اختل نتيجة وقوع الضرر الذي أصاب المضرور، وذلك بإعادته إلى الحالة التي من المفترض والمتوقع ان يكون عليها لولا وقوع الضرر¹.

ونجد مفهوم التعويض في المعاملات التجارية الدولية مدون في اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي لعام 1980 عالجت في المواد 74-77 المبدأ العام في التشريعات الوطنية هو ان التعويض ما يلتزم به المسؤول في المسؤولية المدنية تجاه من أصابه ضرر، والضرر هنا يصيب احد المتعاقدين نتيجة عدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته او مخالفتها².

يتضح من خلال التعاريف السابقة ان التعويض هو التزام جزائي يفرض على كل من سبب بخطئه ضررا للغير بجبر هذا الضرر.

2- شروط استحقاق التعويض

بما أن التعويض هو أساس المسؤولية المدنية وأثرها سواء كانت عقدية او تقصيرية، فالشروط الواجب توافرها لاستحقاق التعويض هي نفسها شروط قيام المسؤولية المدنية بشكل الذي كنا قد أوردناه، اي يشترط فيه ان يكون التأخير او عدم التنفيذ بسبب خطأ المدين، وهو في الالتزامات التعاقدية مفترض ويتحقق بثبوت عدم الوفاء، اضافة لثبوت حصول الضرر، وان تكون هناك علاقة سببية تجعل الخطأ علة الضرر وسبب وقوعه على النحو السابق شرحه.

يكون عيني او غير نقدي، فهو لا يتخذ بالضرورة صورة النقد، منير قرمان، التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء، ط.1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص93.

¹ - احمد شوقي، محمد عبد الرحمان، مدى التعويض عن تغير الضرر في جسم المضرور وماله في المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، ط.1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص65.

² - قدة حبيبة، التعويض عن المسؤولية في التجارة الدولية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد الثاني العدد التاسع، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، مارس 2018، ص828.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

زيادة عن ذلك يشترط وجوب توافر شرط الاعذار على وجه الخصوص لكي يمكن المطالبة به، اذ تنص المادة 179 من القانون المدني الجزائري-السالف الذكر- على انه: "لا يستحق التعويض إلا بعد اعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك"، وقياسا على ذلك ينشأ حق الدائن (مستثمر او طالب الاستثمار) في المطالبة بالتعويض عن الإخلال بالالتزام في عقد الاستثمار التكنولوجي ابتداء من وقت قيامه بإعذار مدينه بضرورة تنفيذ التزامه ما دام ان التنفيذ العيني ممكنا، لأنه اذا استحال التنفيذ العيني فلا فائدة تكون عندئذ من توجيه الاعذار¹.

ويكون اعذار المدين بإنذاره²، او ما يقوم مقام هذا الإنذار³، ويجوز ان يتم الاعذار عن طريق البريد، كما يجوز ان يكون مترتبا على اتفاق ضمني⁴ مؤداه اعتباره معذرا بمجرد حلول اجل تنفيذ العقد من دون حاجة إلى إنذار⁵، كالاتفاق في العقد على ان يتم تسليم العناصر التكنولوجية فورا، او الاتفاق في عقد المفتاح في اليد على إتمام العمل في الوقت المحدد، وبالتالي يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل مدام لم يتقدم الدائن بالتنفيذ، أما إذا ثار شك حول الاتفاق من الاعذار، فإن هذا الشك لا يعفي الدائن من الاعذار تطبيقا للقاعدة العامة "الشك يفسر لمصلحة المدين"⁶.

¹- مسعودي يوسف، التعويض عن الضرر الناتج عن الإخلال بتنفيذ عقود نقل التكنولوجيا، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية المجلد العاشر، العدد الثالث، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2017، ص 272-285.

²- يكون في ورقة رسمية يعبر فيها الدائن عن رغبته في اقتضاء حقه، ويتم ذلك على يد محضر، ويثبت هذا التسليم بتوقيع من تسلمها، او ذكر سبب امتناعه عن التوقيع ليكون دليلا على حصول الانذار، بيطار صبرينة، التعويض في نطاق المسؤولية المدنية في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون الخاص الاساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة احمد دراية، ادرار، الجزائر، 2015، ص 159.

³- ويقصد به اي ورقة اخرى يعلنها الدائن لمدينه تتضمن تمسك الدائن باستقاء حقه اتجاه مدينه، كمحضر الحجز على أموال المدين، او إعلان عريضة الدعوى للحضور امام المحكمة، مرجع نفسه، ص 160.

⁴- بشرط ان يكون قاطعا في دلالاته ولا يحتمل الشك.

⁵- المادة 180 من القانون المدني الجزائري.

⁶- عبد الله ولداند كجلي، التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الادارية، جامعة الجزائر، 2001/200، ص 161.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

الا ان هناك حالات ترد كاستثناءات على هذا الأصل، حيث يعتبر المدين بمجرد حلول الدين ملزما بتنفيذ التزامه والا كان مسؤولا عن التعويض، فقاعدة لزوم الاعذار ليست متعلقة بالنظام العام، حيث أورد المشرع الجزائري من خلال المادتين 180 و 181 ق.م.ج حالات لا ضرورة فيها لاعذار المدين فيها، وهي حالة اتفاق الطرفان المتعاقدان على عدم الأعذار واعتبار المدين معذرا بمجرد حلول اجل التنفيذ كما سبق و اشرنا، او في الحالة التي يكون فيها المدين معذرا بقوة القانون، وهي حالات وردت في نص المادة 181 ق.م.ج على سبيل الحصر، حيث جاء فيها ما يلي: "لا ضرورة اعذار المدين في الحالات الآتية:

-اذا تعذر تنفيذ الالتزام او أصبح غير مجد بفعل المدين

-اذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل مضر

-اذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين انه مسروق، او شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.

-اذا صرح المدين كتابة انه لا ينوي تنفيذ التزامه"¹.

ثانيا: طرق التعويض

نصت المادة 132 ق.م المعدلة بموجب القانون رقم 05-10 سابق الذكر بأنه: "1- يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح ان يكون التعويض مقسما، كما يصح ان يكون إيرادا مرتبا، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأمينا.

2-ويقدر التعويض بالنقد، على انه يجوز للقاضي، تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور ان يأمر بإعادة الحالة الى ما كانت عليه، ا وان يحكم وذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع".

¹-تقابلها المادة 221 ق.م.المصري.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

ويلاحظ على هذه المادة أنها أشارت إلى طرق التعويض وهي التعويض العيني، والتعويض بمقابل، وسنخصص في هذه الجزئية بدراسة هذه الطرق، ومدى صلاحية الأخذ بها في عقد الاستثمار التكنولوجي، وفق ما يلي:

1- التعويض العيني في عقد الاستثمار التكنولوجي

تجيز القواعد العامة قيام المدين بإعادة الحال إلى ما كنت عليه، أو أداء أمر متصل بالعمل غير المشروع، أو أداء شيء غير النقود، أو القيام بعمل لحساب الدائن¹، وهذا هو الأصل في الشريعة الإسلامية، التي تقضي بأن الأشياء المثلية إذا أتلقت أو أدمت وجب تعويضها بمثله².

قد يهدف التعويض العيني إلى إصلاح الضرر إصلاحاً تاماً، وذلك بإعادة المضرور إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر، بإجبار المسؤول على الوفاء بما التزم به³، مثال ذلك أن يتم الاتفاق على إنشاء مصنع بطريقة المفتاح في اليد، ولكن المستثمر اخل بالتزامه وقام بتشيد مصنع آخر مشابه له لمصلحة شخص آخر، فإنه يكون من حق طالب الاستثمار أن يطالب بإعادة الحال إلى ما كان عليه وتقنيك المصنع، لأن محل العقد بالنسبة للدائن طالب الاستثمار ذو اعتبار⁴.

وقد يهدف كما يرى بعض الفقه إلى إزالة الضرر أو تخفيفه، أو التخلي عن الوضع الضار أو منع تحقق الخطر⁵، كما لو قام المستثمر باقتناء معدات لبناء مصنع بصورة عقود المفتاح في اليد، وبعد تجربتها ينتشر منها دخان يضر بالبيئة، ثم يعرض النزاع على المحكم

¹ -المادة 2/132 ق.م، تقابلها المادة 2/271 ق.م. المصري، والمادة 1382 ق.م. الفرنسي.

² -يوسف عبد الله الشريفي، ضمان المثليات في الفقه الإسلامي، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد الحادي والعشرون، العدد الأول، يناير 2013، ص 552.

³ -ببطار صبرينة، مرجع سابق، ص 45.

⁴ -مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 395-396.

⁵ -ببطار صبرينة، مرجع سابق، ص 45.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

او القاضي فقد يحكم بتعويض عيني يتمثل في الزام المستثمر بإصلاح هذا العيب، او توريد عناصر جديدة صالحة للاستخدام.

ونشير في هذا الصدد ان القاضي يتمتع بسلطة تقديرية فيما يخص تقدير التعويض وشكله، آخذا بعين الاعتبار الظروف المحيطة بأسباب الدعوى ومصلحة الدائن¹.

وعموما ينحصر التعويض العيني بدرء العيوب او بمعالجة النقائص التي تم التثبت منها، فمثلا عند فشل التجارب على التكنولوجيا المنقولة، أو يثبت ان التكنولوجيا محل الاستثمار غير مطابقة لعناصر محل العقد التي تم الاتفاق عليها، أو تم التحقق من عدم فعاليتها في تحقيق النتائج المرجوة، وكلها حالات يقع بشأنها التزام المستثمر بالتعويض العيني، ويجب عليه معالجة ما ظهر في المعرفة من عيوب²، فإذا كان محل العقد طريقة فنية لإنتاج مادة الكلور، وبعد إقامة المصنع والبدء في استغلال الطريقة أنتجت مادة البنزين، ففي هذه الحالة لا اقل من الزام المستثمر بالتدخل لتعديل هذه الطريقة، واكتشاف مكان الخطأ للوصول بها إلى إنتاج الكلور، وهذا التعويض يتفق مع مصلحة طالب الاستثمار³.

كما يمكن إجبار المدين على التعويض العيني إذا تمثل الإخلال في الامتناع عن عمل، فإذا التزم المستثمر في عقد تسليم المنتج في اليد، وامتنع عن تنفيذ التزامه، أمكن إجباره على ذلك بأن يسلم الإنتاج ووفق الطريقة المتفق عليها مع طالب الاستثمار.

والواقع التعاقدي في مثل هذه العقود تمثلت في ان التعويض العيني الذي يقع على المستثمر انما ينظر اليه من زاوية مصلحة طالب الاستثمار، كما يستطيع هذا الأخير ان يعهد به إلى الغير بإصلاح العيوب على نفقة المستثمر، ومثال ذلك الحكم الصادر عن

¹-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص341.

²-مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص389.

³-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص341.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

محكمة التحكيم في غرفة التجارة الدولية بتاريخ 16/01/1985 في نزاع بين شركة عمانية وأخرى انجليزية، قضت فيه بإلزام الشركة الانجليزية بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالشركة العمانية نتيجة تعاقدتها مع الغير لإصلاح عيوب ظهرت بعد التشغيل¹.

أما في حال استحالة إعادة الحال إلى ما كانت عليه، أو إصلاح عيوب المعرفة الفنية المنقول، أو ممكناً غير أنه لا يتفق مع مصلحة طالب الاستثمار، كما لو كان إصلاح العيوب يقلل من فرض تحقيق النتائج المتوقعة أو جودة المنتج، فيتم التعويض نقداً عن نتيجة الضرر المتمثلة بالخسارة والربح الفائت.

جرى بالإشارة إلى أنه إذا كان التعويض العيني شائع الوقوع في المسؤولية العقدية، فلا يكون له في نطاق المسؤولية التقصيرية إلا منزلة الاستثناء¹، فغالبا ما يتعذر الحكم به في هذه الأخيرة.

¹ - تتلخص وقائع القضية في أن إحدى شركات سلطنة عمان تعاقدت مع شركة انجليزية لإقامة مصنع للجير عام 1978 على أن تقوم الأخيرة بتوريد المصنع وتسليمه ومراقبة إنشائه وإعداده وصيانته، ونص العقد على أن يشمل التصميم، الصناعة والاختبار والتعبئة والتشييد والتشغيل والصيانة، واستعانت الشركة الانجليزية بأخرى كمتعاقد من الباطن، وكان العقد ينص على تقسيط المقابل بموجب سندات، وبعد ستة أشهر من التشغيل تم اكتشاف عيب في أحد الأفران فأغلق وأذرت الشركة الانجليزية بأن تقوم ببعض الإصلاحات وإجراء اختبار جديد للمتانة غير أنها لم تقم بذلك وأنكرت مسؤوليتها عن الإصلاحات أو إعادة اختبار الكفاءة فما كان من الشركة العمانية إلا أن كلفة شركة أخرى لاستكمال اعداد الفرن و توريد قطع الغيار والمعدات الناقصة أو التالفة وتوقفت الشركة العمانية عن دفع الاقساط المستحقة، اقامت الشركة الانجليزية دعوى التحكم و طلبت الحكم لها بإلزام الشركة العمانية بدفع هذه الاقساط وتعويضات أخرى عن اضرار لحقتها نتيجة عدم الدفع وردت الشركة العمانية مطالبة بتعويضات عن تأخير الشركة الانجليزية في استكمال الاشغال المتفق عليها، وامتناعها عن إعادة التجارب، وانها اضطرت الى استخدام مقلول جديد لذلك، وانها في ضمان لحقوقها قبل الشركة الانجليزية طلبت الحكم لها بأحقيتها في تقاضي قيمة خطاب الضمان، وحجزها ما للشركة الانجليزية من مبالغ والغاء السندات الى الحد الكافي لاستثناء التعويضات المطلوبة، وكلفت هيئة التحكيم خبيراً هندسياً للكشف على المصنع وتقديم تقرير بذلك، وتبين أن هناك نقصاً في تصميم أحد الأفران فحكمت محكمة التحكيم بأن اختبار صلاحية الأفران وغيرها من اجزاء المصنع هي مسؤولية الشركة الانجليزية، ومن حق الشركة العمانية رفض اعطاء شهادة تسلم نهائية الا بعد ان يثبت لديها ان كل الاشغال المنفذة قد أجازت اختبارات الصلاحية وبالنسبة للزمت المحكمة الشركة الانجليزية بتعويض الشركة = العمانية عن قيمة الاضرار التي لحقتها ومن بينها ما دفعته من مبالغ الى المقلول الذي تعاقدت معه على إصلاح العيوب، مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 390-391، محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 342-343.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

2-التعويض النقدي في عقد الاستثمار التكنولوجي

أعطت القوانين الوضعية الأولوية للتعويض النقدي، ويعود سبب ذلك الى الجذور التاريخية لهذه القوانين²، والى كون التعويض النقدي هو الأيسر في التطبيق³ وليس لأنه الأقرب للعدل، ويعتبر هذا التعويض الوجه الغالب لسببين، أولهما سهولة التنفيذ، وثانيهما باعتباره الأنسب والأمثل لجبر الضرر سواء كان ماديا او معنويا، وجزاء للمسؤول ينقص ثروته ويحرمه من بعض منافعها⁴.

يكون التعويض نقديا متى تضمن الحكم إلزام المدين بدفع مبلغ من النقود للدائن كمقابل للضرر الذي أصابه نتيجة إخلال الأول بتنفيذ الالتزامات التي أنشأها العقد، اذ يدخل المسؤول في ذمة المضرور قيمة معادلة لتلك التي حرم منها، وقد أثبتت الممارسات العملية ان هذا النوع من التعويض يقف عند حدود معينة، حيث لا يتم جبر الضرر غير المباشر، ويقتصر على تعويض الضرر المباشر الذي كانت نتيجة طبيعية لعدم الوفاء او التأخير فيه، بشرط ان يكون الضرر متوقعا او من الممكن توقع⁵.

¹-خليل احمد حسن قادة، مرجع سابق، ص263.

²-كانت المحاكم الرومانية تفضل تغريم الطرف الممتنع عن تنفيذ العقد مقدارا من النقود، وقد تأثرت القوانين المستمدة من القانون الروماني بهذه الفكرة، فأعطت الأولوية لتعويض النقدي.

³-التعويض النقدي صالح للحكم به ايا كان نوع الضرر المحدث، فالنقود نظرا لكونها وسيلة للتبادل والتقييم، لها من المميزات ما يجعلها وسيلة نادرا ما يختلف عليها في تعويض الاضرار المادية والادبية، وهو الطريقة الاكثر اهمية لتعويض الضرر المرتد، هذا لان المضرور بالارتداد لن يجد طريقة تزيل ضرره افضل من التعويض النقدي، بل انه الحل الوحيد لجبر الضرر المرتد في معظم الحالات، لهذا يكون التعويض النقدي هو الحل لمحو الضرر واصلاحه في كل حالة يتعذر فيها الحكم بالتعويض العيني، ولم يكن هناك سبيل للحكم بالتعويض الغير نقدي، عزيز كاظم جبر، الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة، ط.1، دار الثقافة، الاردن، 1998، ص168.

⁴-الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء الرابع، تنفيذ العقد، المجلد الثاني، التنفيذ البدلي، دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، دون دار النشر، لبنان، 2004، ص81.

⁵-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص343.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

و تقدير التعويض طبقا للقواعد العامة بثلاث طرق فإما ان يقدر من قبل القضاء فيسمى التعويض القضائي، او ان يحدد بموجب نص القانون ويسمى التعويض القانوني، او يذهب المتعاقدون الى تحديده فيسمى حينها بالتعويض الاتفاقي.

وهذا الاخير هو اكثر ما يهتما في معرض حديثنا عن عقد الاستثمار التكنولوجي، حيث غالبا ما يوضح طرفي هذا العقد شروط استحقاق التعويض وكيفية تقديره على نحو يحدد مقداره والشروط الواجب توافرها لاستحقاقه، وهذه الشروط لا تخرج في معظم الحالات عن الشروط والقواعد العامة كالخطأ والضرر وعلاقة السببية، غير انه في بعض القيود يخرج المتعاقدان على هذه الشروط ويتفقان على فرض جزاءات معينة ومن بينها التعويض دون إلزام طالب الاستثمار بإثبات الضرر، والاكتفاء بمجرد الفشل في تحقيق النتيجة المطلوبة¹.

كما يتفقان في حالات أخرى على تحديد قاعدة تقدير التعويض على أساس الضرر الذي لحق الدائن والكسب الذي فاتته، ومع ذلك كثيرا ما يجد العقد من منطلق هذا التقدير وجهين:

الأول: استبعاد ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب من تقدير القيمة الحقيقية للتعويض، لأن الأحكام التي تصدر سواء عن القضاء العادي أو التحكيمي تعتمد على تقدير الخبراء، وهؤلاء يجمعون على عدم إمكانية تعويض المتضرر عن كل الأضرار، وذلك نظرا لكون الشركات الموردة للتكنولوجيا او المتلقية لها معرضة لبعض الأخطار التجارية، بحيث تعتبر هذه الأخيرة أمورا طبيعية في عالم التجارة، وعليه وجوب تحمل هذه الشركات لجزء هذه المخاطر².

¹-وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص625.

²-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص345.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

الثاني: وضع حد اعلي للتعويض تخفيفا للمسؤولية التي اذا تركت وشأنها قد تصل في عقد ضخمة كعقد الاستثمار التكنولوجي إلى مبالغ طائلة ترهق المدين، وقد تقعه عن مواصلة نشاطه، لاسيما أن تحديد المسؤولية العقدية لا يصطدم في غالبية التشريعات الوطنية بالنظام العام، بل انه أمر تجيزه نصوص صريحة في كثير منها، ويقع تحديد التعويض في العقد بأحد الأسلوبين إما أن يحدد بمبلغ معين كتحديده المبلغ مباشرة كاستعمال لفظ مليون دولار مثلا، وأما بنسبة معينة من الثمن كاستعمال لفظ 20% مثلا، وفي الحالتين يقدر التعويض على أساس الضرر الذي وقع، ولكنه لا يجاوز على أية حال الحد الأعلى المعين في العقد¹.

ويحدث أحيانا أن يدرجا طرفي العقد شرط التعويض المبرر الذي يلتزم فيه المدين بدفع مبلغ معين بغض النظر عن مقدار الضرر الناتج حقيقة، اي ولو وقع ضرر لكنه يقل عن التعويض المتفق عليه، او اذا جاوز الضرر هذا التعويض، فلا يستحق الدائن الا المبلغ المتفق عليه دون أية زيادة²، مما يرجح غبن احد الطرفين لصالح الطرف الآخر.

وبناء على ما تقدم، فإن التعويض في عقود الاستثمار التكنولوجي يخضع لشروط معينة يتفق الأطراف على إدراجها في نصوص العقد، وذلك تقاديا لأي نزاع، ومنه فتعويض طالب الاستثمار يتقرر وفق شروط العقد، وهذه الشروط ترد عادة على النحو التالي³:

¹- كأن يقال مثلا: "اذا لم ينجز المقاول منشآت المصنع في الميعاد المعين في هذا العقد، التزم بدفع تعويض عن التأخير مقداره 5000 دولار عن كل أسبوع"، وقد يتم الاتفاق على تدرج التعويض فيقال مثلا: "5000 دولار عن الأسبوع الأول و10000 عن الأسبوع الثاني، وهكذا حتى يصل المبلغ حده الأعلى المشروط في العقد، عبد الرؤوف جابر، مرجع سابق، ص218.

²- محسن شفيق، عقد تسليم المفتاح في اليد، مرجع سابق، ص94.

³- محسن شفيق، نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص67، مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص392، محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص346.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

-إذا امتنع المستثمر عن تسليم المعرفة الفنية او عدم تسليم عناصرها الأساسية، يكون من حق طالب الاستثمار فسخ العقد و المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بيه، وتشمل استرداد ما تم دفعه من مقابل.

-إذا تم التسليم وظهرت عيوب في المعرفة الفنية، يكون لطالب الاستثمار حق المطالبة بالتعويض العيني (إصلاح العيب)، فضلا عن التعويض النقدي إذا كان له مقتضى.

-إذا تخلف المستثمر عن تقديم المساعدة الفنية وفق شروط التعاقد من تدريب لطالب الاستثمار وتشغيل المنشأة الصناعية، يكون من حق طالب الاستثمار المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن قعود المستثمر عن تقديم هذه المساعدة.

-إذا تخلف المستثمر عن تزويد طالب الاستثمار بالتحسينات التي نص عليها العقد

-إذا خالف الشروط التعاقدية في تنفيذ العقد على نحو ينتج عن مخالفته ضرر بطالب الاستثمار.

أما فيما يتعلق بالتأخير في تنفيذ الالتزام لاستثمار التكنولوجيا، فغالبا ما ينص العقد على مقدار التعويض ويحتسب على أساس المدة الزمنية، وفي هذه الحالة لا يلتزم طالب الاستثمار بإثبات وقوع الضرر إلا إذا نص القانون الواجب التطبيق او العقد على ذلك¹.

والأمر شبيه به في حال إخلال طالب الاستثمار بالتزاماته، كما لو امتنع في أداء الثمن، حيث يتم منحه مهلة بغية استدراك الأمر والقيام بدفع المقابل، بالإضافة إلى انه يجوز للمستثمر أثناء هذه المهلة التوقف عن أداء التزاماته إلى حين قيام طالب الاستثمار بدفع المستحقات المالية، غير انه وفي حالة تمادي هذا الأخير في الامتناع عن دفع هذه

¹-ونشير هنا إلى مقدار أن مقدار التعويض إذا بلغ السقف المحدد في العقد، فغنه يؤدي إلى فسخ العقد، محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مرجع سابق، ص94.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

المستحقات فإنه يجوز للمستثمر فسخ العقد بموجب نصوص العقد، أو اللجوء إلى القضاء¹، أو في حالة ارتباط الثمن بحجم المبيعات وجودة الانتاج، حيث يسري تعويض المستثمر اذا لم يستمر المتلقي في مواجهة الاستثمار بالجودة العالية المتفق عليها².

ومجمل القول في التعويض انه احد اهم الآثار القانونية المترتبة على انعقاد المسؤولية، يستمد اهميته كلما كان جزاء استثنائيا مقررا في حالة استحالة التنفيذ العيني، خاصة لو كان الإخلال قد لحق بالتزام قابل للإصلاح مما لا يستدعي فسخ العقد نهائيا، لانه لن يكون في صالحهم، والطرفان في مثل هذه الحالة لا يجدان امامهما سبيلا غير الوصول الى اتفاق ودي³، الا ان اللجوء الى هكذا جزاءات يستلزم من طرفي العلاقة حرصا كبيرا عند صياغة العقد بمجمله نظرا لارتباط نصوصه مع بعضها البعض⁴، اذ يمكنه مثلا اللجوء الى طرق وقائية تضمن له حقوقه بالتعويض، كاحتجاز طالب الاستثمار نسبة من ثمن التكنولوجيا تعادل الحد الأقصى للتعويض الواجب على المستثمر في حالة إخلاله بالتزاماته، كضمان النتائج حتى انقضاء مهلة الضمان المحدد لإتمام الخدمة المطلوبة⁵.

-ونشير هنا الى تطبيق احكام الفسخ بأثر رجعي له نتائج سلبية بالاضافة الى صعوبة تنفيذها على ارض الواقع في هذا

¹النوع من العقود، يامير محي الدين، مرجع سابق، ص 126.

²-مرجع نفسه، ص 126.

³-ومن ضمن الأمثلة التي فضل خلالها المتعاقدون التعويض بدلا من الفسخ كان النزاع الذي ثار بمعرض عقد ابرم بين شركة أمريكية، وأخرى فرنسية لنقل طريقة صنع منتج معين لقاء مقابل تم دفعه سلفا، وإتاوة دورية سنوية بمعدل 2.5% من حجم رقم الأعمال الصافي، وابتدأت الشركة الفرنسية بتطبيق الطريقة وحقت نتائجها، وبعد سنتين من نفاذه توصل الطرف المتلقي (الشركة الفرنسية) الى طريقة جديدة لصنع ذات المنتجات، فأعلمت الطرف المورد (الشركة الأمريكية) بنيتها في تصنيع المنتجات بالطريقتين معا، وقصر الإتاوة المدفوعة إليها على تلك المصنعة بموجب الطريقة الموردة فقط، فاعترضت الشركة الأمريكية بأن مضمون الاتفاق كان دقيقا وواضحا في استخدام طريقتها فقط، وان مضمون الاتفاق لا يوضح ضرورة استخدام المعرفة الفنية لكي يستحق المقابل، وان إذاعة سرية هذه المعرفة كاف لدفع إتاوة، وبعد مراسلات عديدة توصل الطرفان الى اتفاق ودي بشأن ما اختلفوا عليه، وبالفعل تمكنوا من إزالة أسباب النزاع بالتوصل الى ابرام عقد جديد بشروط جديدة، محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 347.

⁴-كأن يتمكن في موضع آخر من إلزام المستثمر بتحقيق النتائج بما يعني افتراض خطئه دون حاجة للإثبات.

⁵-ويمكن كذلك إصدار خطاب ضمان من احد البنوك المعتمدة يعادل الحد الأقصى للتعويض، ويكون صالحا طيلة مدة الضمان على نحو يوفر الحماية لطالب الاستثمار، ولا يضر بنفس الوقت بالمستثمر الذي يحصل على كامل ثمن

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

3-التنفيذ عن طريق الشراء البديل

نشير بداية أن هذه الصورة من التعويض جاءت كاستجابة لمتطلبات التجارة وما تميزت به من سرعة وائتمان¹، وهي عبارة عن مزيج من طريقتي التعويض العيني والتعويض النقدي، والتي تعني حق الدائن بالحصول على ما يماثل محل الاتفاق (التنفيذ العيني)، على حساب المدين الذي يتحمل نفقات عدم التنفيذ مع فروق الأسعار أو التكلفة (التنفيذ عن طريق التعويض)، على نحو يجعله قريباً من فكرة إكمال العمل بدلاً من المتعهد (المقاول) الممتنع عن التنفيذ بواسطة شخص آخر وعلى نفقة المتعهد أو المقاول².

وبهذا التعريف يكون التنفيذ عن طريق شراء البديل مشابهاً لصورة التنفيذ العيني من جهة، والتنفيذ عن طريق التعويض من جهة أخرى، ذلك لأنه في الحالة الأولى يحصل الدائن على بضاعة مماثلة للبضاعة التي تم الاتفاق عليها في العقد، وفي الحالة الثانية يستعيز عن البضاعة المتفق عليها عن طريق الشراء البديل من السوق³.

وتحديد هذه الطريقة على النحو السابق يفسر بدوره عدم ملائمتها كوسيلة للتنفيذ في عقد الاستثمار التكنولوجي، ويعود ذلك لعدة أسباب منها⁴:

التكنولوجيا دون حجز ذلك المبلغ، دليل التراخيص، المرجع السابق، ص122، فقرة565-566، جلال وفاء محبين، مرجع سابق، ص84-85.

¹-ونجد تطبيقاً لهذا الجزء في نصوص القانون الموحد الدولي فيما يتعلق بعقد البيع الدولي للمنقولات المادية، في المواد 25-29 حيث أوردت نصوص هذا القانون الاتفاقيتان الدوليتان الموقعتان في لاهاي سنة1964، وكانت الأولى تتعلق بتنظيم الالتزامات الناشئة عن عقد البيع الدولي للمنقولات المادية، والثانية تتعلق بتنظيم تكوين هذا العقد، محمود الكيلاني، هامش رقم 2، مرجع سابق، ص349.

²-وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص629.

³-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص348.

⁴-مرجع نفسه، ص394.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

-اختلاف طبيعة المحل (المعرفة الفنية) عن طبيعة المنقولات المادية، وهو الاختلاف الذي يسبب صعوبة واستحالة الحصول على المعرفة الفنية على نحو تتطابق فيه مع تلك المتعاقد عليها.

-ان التزام المستثمر يتطلب تدخله شخصيا لضمان نقل المعرفة الفنية، وهو ما لا يمكن إجباره عليه لما في ذلك من مساس في حريته الشخصية ترفضه القواعد العامة في التشريعات المختلفة.

-ان طابع سرية المعرفة الفنية تحول دون إمكانية تطبيق فكرة الشراء البديل لأن في ذلك تفاوتاً كبيراً في قيمة المعارف الفنية المماثلة من جهة، وصعوبة في الحصول على المعرفة الفنية على نحو دقيق من جهة أخرى.

الفرع الثاني: الفسخ كصورة للجزاء عن الإخلال بعقد الإستثمار التكنولوجي

لا تختلف عقود الإستثمار التكنولوجي عن سائر العقود الأخرى من حيث الجزاءات التي يقرها القانون بسبب إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته، ويعتبر الفسخ أشد أنواع هذه الجزاءات أو الإجراءات التي يمكن للدائن أن يباشرها في مواجهة مدينه المخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية، لما يلحقه بالعقد فيهدمه، لذلك يتم اللجوء اليه عندما تستنفذ الوسائل الأخرى التي يبقى العقد معها مستمرا.

وتتشابه أحكام الفسخ من حيث نطاقه وشروطه وأثاره في التشريعات المختلفة، غير ان هذه الأحكام تختلف مع ما ورد في الاتفاقيات الدولية في بعض الأحيان، وسنناقش فيما يلي مفهوم هذه الصورة، والآثار المرتبة عنها.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

أولاً: مفهوم الفسخ عن الإخلال في عقود الاستثمار التكنولوجي

يعد نظام الفسخ حماية اقراها القانون للمتعاقد الدائن في العقود الملزمة للحائنين ليضمن به حقوقه الناشئة عن العقد الذي يربطه بالمدين، ويترتب عليه عودة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد.

وقد نظمت الاتفاقيات الدولية والتي يدخل في تكوينها عنصر أجنبي ومنها على سبيل الخصوص اتفاقيات لاهاي وفيينا للبيع الدولي للبضائع وغيرها الفسخ كجزاء على إخلال احد المتعاقدين بالتزاماته، لكنها أظهرت تفضيلها الحفاظ على العقد وعدم اللجوء إلى فسخه، لما يترتب على هكذا نوع من الجزاءات في مجال التجارة الدولية عموماً من آثار اقتصادية غير مرغوب فيها، تتمثل في نفقات إضافية يتحملها احد الطرفين، ومخاطر جديدة يتعرض فيها محل العقد للهلاك، فوضعت شروطاً تقييدية تحد من استعماله، ومهدت الطريق لإنقاذ العقد من الفسخ بعد وقوع المخالفة التي تبرره، وعلى ذلك نتعرض لدراسة الفسخ من خلال التطرق إلى المسائل التالية:

1- تحديد مقصود الفسخ في عقد الاستثمار التكنولوجي

لم تقم التشريعات المقارنة بتقديم تعريف تشريعي للفسخ، وإنما اكتفت بذكر شروطه وأثاره¹، وحسنا فعلت إذ ترتب عن ذلك ثراء فقهي حيث ظهرت تعاريف عديدة ومختلفة للفسخ، وبمراجعة هذه التعاريف نجدها تنصب في مجملها على انه حل الرابطة العقدية بناء على طلب المتعاقد متى لم يقم الطرف الآخر بتنفيذ الالتزامات التي يربتها العقد في ذمته، وذلك بعد انعقاد العقد صحيحاً نافذاً، وقبل أن يتم تنفيذه بسبب إخلال احد المتعاقدين أو تقصيره المتمثل في عدم تنفيذه، فإذا حصل هذا الإخلال للمتعاقد الآخر حل الرابطة العقدية حتى يتحرر من التزاماته الناشئة بسبب العقد.

¹- نص عليه المشرع الجزائري في المواد من 119 الى 123 من القانون المدني، والمادتين 1184 و 1234 من القانون المدني الفرنسي، والمادة 373 من القانون المدني المصري.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

وعليه فإن جزاء الفسخ هو حق معترف به أوردته معظم التشريعات على أنه حق للمتعاقد يمارسه عند إخلال من تعاقد معه بتنفيذ التزاماته، ولهذا فإن هذا الحق يكون ثابتاً لكل منهما بنص القانون، وهو من النصوص المكملّة لإرادة المتعاقدين، وبالتالي لا يجوز حرمان المتعاقدين من هذا الحق، أو الحد منه إلا باتفاق صريح، ومؤدى ذلك أن نظام الفسخ لا يتعلق بالنظام العام، ومن ثم يجوز الاتفاق على استبعاده ويمكن أن يتم ذلك عند إبرام العقد أو في تاريخ لاحق، إلا أنه ينبغي ذلك ممن يدعي على نحو قاطع لأنه يخالف الأصل الثابت في القانون، وهذه الأحكام ما هي إلا تطبيق لما هو مقرر في القواعد العامة في العقود.

2- شروط الفسخ في عقد الاستثمار التكنولوجي

لإمكان طلب الفسخ في عقد الاستثمار التكنولوجي فإنه يشترط توافر نفس الشروط التي ينبغي توافرها في القواعد العامة للعقود، والتي تتمثل في وجوب وجود عقد ملزم للجانبين، وأن يتخلف أحد المتعاقدين عن الوفاء بالتزامه، وأخيراً استعداد المتعاقد الآخر لتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، وقدرته على إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد.

وفي ممارسة هذا الأسلوب العملي على عقد يتطلب تنفيذه نفقات وتجهيزات وجهود بشرية ضخمة كعقد الاستثمار التكنولوجي يضاف شرط آخر لهذه الشروط يتمثل في وجود "مخالفة جوهرية"¹ أو "خرق أساسي للعقد"¹ حتى يقوم الفسخ، وذلك لما قد يحدثه هذا الأخير من ضرر لطرفيه المخطئ منهما والمصيب، يفوق ما يرجى منه من نفع.

¹ -أوردت قواعد المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص جزاء الفسخ ضمن أحكامها، فأجازت لأي طرف إنهاء العقد إذا كان إخلال الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته يرتقي إلى مرتبة الإخلال الجوهري بالعقد، وقد استخدمت النسخة الفرنسية للقواعد العامة التي وضعها المعهد الدولي للتعبير عن ذلك الاصطلاح "بالفسخ"، بينما استخدمت النسخة الانجليزية لذات القواعد باصطلاح "الإنهاء"، محمد بن نصر القطري، أحكام القانون الدولي العام في فسخ العقود الدولية للتجارة، دراسة مقارنة مع أحكام الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 07، جانفي 2017، جامعة عباس لغرور خنشلة، الجزائر، ص48.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

وكثيرا ما نصادف في عقود الاستثمار التكنولوجي مجموعة من الأمثلة المذكورة لدلالة على تلك المخالفات، نذكر منها على سبيل المثال قيام نزاع بشأن صلاحية آلة عند إجراء تجربة تشغيل المصنع، يدعي طالب الاستثمار فيها عدم مطابقة الآلة للمواصفات المذكورة في العقد ويطلب استبدالها، ويصر المستثمر على المطابقة ويبيدي استعداده لإصلاح عيبها²، هكذا نزاع ان ترك للحلول القانونية التقليدية قد يؤدي إلى الفسخ بما يتبعه من تفويض العقد في الماضي والمستقبل على السواء، ولكن هل يحقق هذا الفسخ مصلحة جدية لأي من الطرفين؟، ماذا يجني طالب الاستثمار إذا بلغت إنشاءات المصنع مرحلة متقدمة ولم يبق على البدء في الاستثمار إلا القليل؟، وأي ترضية تعوض المستثمر بعد أن تكبد بشأن ذلك المال الكثير، وجهد كبير لبناء المصنع كإجراء الدراسات والأبحاث ومختلف التجهيزات؟.

بسبب هكذا اعتبارات عملية يعالج عقد الاستثمار التكنولوجي الفسخ بفلسفة تختلف من بعض الوجوه عن نظرة الشارع إليه، فالفسخ في هذا العقد ليس جزاءا عاديا للتخلف عن تنفيذ الالتزام كما يعامله القانون، وإنما هو إجراء استثنائيا يلجأ إليه كسبيل أخير للخروج من علاقة تعاقدية ضارة تشكل بالنسبة لأحد الأطراف اعترافا بفشل هذه العلاقة.

وهنا تجدر الإشارة إلى أن هذه العقود لا تضع تعريف للمخالفة الجوهرية على وجه الدقة والتحديد بقدر ما تشير إليها بتطبيقات وأمثلة وشروط توضح صفة الجوهرية لمخالفة أي التزام، ونورد لذلك الأمثلة التالية³:

- تأخر وتراخي المستثمر في تنفيذ الالتزامات الرئيسية على نحو يؤدي إلى تفاقم أضرار كبيرة مقارنة بما يجنيه طالب الاستثمار لو تم التنفيذ بعد ذلك.

- حدد دليل التراخيص بعضا من الحالات التي تعد خرقا أساسيا للعقد، كعدم تقديم المعلومات الفنية أو الخدمات أو

¹المساعدة التقنية من جانب المستثمر،.

²- عبد الرؤوف جابر، مرجع سابق، ص 213.

³- محمود الكسلاني، مرجع سابق، 357.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

- عدم تنفيذ المستثمر لالتزامات الملقاة على عاتقه بالشكل الذي يؤدي إلى زوال كل منفعة أو فائدة من التنفيذ إذا تم بعد انقضاء الميعاد المتفق عليه في العقد،

- نزول طالب الاستثمار إلى الغير عن التكنولوجيا محل العقد دون الحصول مقدما على موافقة المستثمر، ذلك لأن عقود الاستثمار التكنولوجي تقوم على الاعتبار الشخصي، والتي يكون لشخصية المتعاقدين فيها ولعنصر الثقة المتبادلة محل اعتبار فيها، فمن المتوقع أن يثق المستثمر بطالب الاستثمار ولا يثق بالمرخص له من الباطن.

- توقف طالب الاستثمار عن أداء الثمن أو احد أقساطه في المواعيد المحددة للوفاء في العقد دون مبرر، وبعد انتهاء مهلة اذاره، وكذلك في حالة ارتكابه إفشائه لسرية المعرفة الفنية.

ويلاحظ أيضا عن الشروط الواجب توافرها لتطبيق جزاء الفسخ في هذه العقود انه غالبا ما يمنح فيها مهلة لتصحيح الوضع قبل ممارسة حق الفسخ، حتى إذا انقضت هذه المهلة دون معالجة الإخلال يعتبر العقد مفسوخا، وأمثلة ذلك كثيرة، منها ما ورد في احد عقود تسليم المفتاح أين جاء فيها ما يلي: "إذا تأخر المقاول عن إنهاء العمليات الإنشائية في الميعاد المعين في العقد، جاز للعميل ان يحدد له ميعاد أخيرا لإنهاءها، فإذا انقضى هذا الميعاد ولا يزال المقاول متخلفا جاز للعميل فسخ العقد"¹.

والأمر الذي يلفت الانتباه في هذا النص انه لا يجيز الفسخ بمجرد تخلف المقاول عن مراعاة الميعاد المحدد في العقد لإنهاء العمليات الإنشائية، وإنما يلزم العميل بمنحه أجلا أخيرا قبل أن يلجأ إلى الفسخ ليتيح للمقاول فرصة اتقاء هذا الإجراء المدمر.

¹- عبد الرؤوف جابر، مرجع سابق، ص214.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

و يؤيد ذلك أن العرف التجاري قد جرى في عقد الاستثمار التكنولوجي على اذار الطرف المخل وإعطائه وقتا للتنفيذ، وينبغي أن تكون المدة معقولة¹ بالنسبة للمخل تمكنه من اتخاذ قرار بشأن تصحيح الوضع الذي نتج عنه الإخلال، ويكون انقضاء هذه المهلة المعقولة دليلا على استحالة التوصل الى اتفاق بشأن النزاع بالطرق الودية، ويكون الفسخ في هذه الحالة مبررا من جانب واحد او من الجانبين².

3- صور الفسخ في عقد الاستثمار التكنولوجي

بالرغم ان حالات الفسخ في عقود الاستثمار التكنولوجي قليلة وخاصة بعد البدء في تنفيذ الالتزامات، غير انه قد يكون في بعض الأحيان ذا فائدة تتمثل في وقف تفاقم الأضرار المترتبة على النزاع، قد أثبتت الممارسات العملية في عقد الاستثمار التكنولوجي ان الفسخ يقع في إحدى الحالات التالية:

-**الفسخ القضائي:** نصت عليه المادة 1/119 ق.م.ج-السالف الذكر³، وهو الذي يتقرر بحكم القاضي، بناء على طلب يرفع من احد المتعاقدين الى القاضي يطلب فيه فسخ العقد، بعد ان يوجه إذار للمدين⁴، ولا يعتبر الدائن نفسه متحلا حتى ينطق القاضي بالحكم الذي يفسخ العقد بموجبه، ويستند في ذلك على أحكام القانون الواجب التطبيق.

¹-أورد القانون الموحد لبيع البضائع الدولي المدة المعقولة في المواد 1/26، 1/30، 42، 61 ولم يضع تعريفا او تحديدا لها، وعرفها الأستاذ محسن شفيق بأنها الوقت اللازم ليتحرى المشتري عن اسباب التأخير بالنسبة لميعاد التسليم ويتبين نتائجه ويفكر في القرار الذي يتخذه بشأن العقد، محسن شفيق اتفاقيات لاهاي لعام 1964 بشأن البيع الدولي، مجلة القانون والاقتصاد، مجلد 44، عدد 4، جامعة القاهرة، مصر، سبتمبر 1974، ص 36.

²-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 357.

³-جاء فيها ما يلي: "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد او فسخه مع التعويض في الحالتين اذا اقتضى الحال ذلك"، قد يظهر من هذا النص أن المشرع لم يفرض تدخل القضاء لأنه لم يفصح عن ذلك صراحة، إلا أن عبارات النص تدل ضمنا على ذلك كقوله "يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه"، فالمطالبة لا تكون إلا من القضاء.

⁴-وهذا لا يعني أن دعوى الفسخ لا تكون غير مقبولة دون الاعذار لان رفع الدعوى في حد ذاته يعتبر اذار أن فإذا رفع الدائن دعوى الفسخ دون اذار فإنه يتحمل مصاريفها، وتظهر أهمية الاعذار في كونه:

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

-**الفسخ الاتفاقي:** نصت عليه المادة 120 ق.م.ج.¹، وهو الذي يتحدد بإرادة الأطراف، فينص على الفسخ دون حاجة إلى الحصول على حكم، فيقع الفسخ تلقائياً دون أن يضطر الخصوم إلى رفع الأمر إلى القضاء أو إلى التحكيم، إلا إذا جادل المدين في توافر شروط الفسخ كما ينظمها العقد، أو إذا اختلف الخصوم على تقدير التعويض الذي يصحب الفسخ.²

وعقد الاستثمار التكنولوجي غالباً ما يتضمن نصوصاً تحكم علاقات أطرافه ابتداءً من تكوينه إلى لحظة انقضائه، ويأخذ بعين الاعتبار كل ما من شأنه أن يكون سبباً في إثارة نزاع بين الطرفين³، مثل بيان الحالات التي تبرر الفسخ ومقدار التعويض الذي يستحقه المتضرر، وفي هذه النوع من الفسخ قد يترتب على هذا الأخير إزالة آثار العقد في الماضي والمستقبل.

-**حالة وقوع الفسخ قضائياً أو اتفاقياً:** وهي الحالة التي يترتب عليه إزالة آثار العقد في المستقبل دون الماضي، حيث يتحلل الطرفان من الالتزامات التي لم تنفذ، ويتم التعويض عن أضرار الالتزامات التي نفذت.⁴

ثانياً: آثار الفسخ في عقد الاستثمار التكنولوجي.

يحصّر عقد الاستثمار التكنولوجي آثار الفسخ في أضيق حدود، ويبدو ذلك في أمرين:

-يجعل القاضي أكثر استجابة لطلب الفسخ إذ أن المدين يصبح في صورة الممتنع عن التنفيذ.
-يجعله أقرب إلى الحكم بالتعويض على المدين فوق الحكم بالفسخ، كما وسبق وإشرنا في شروط التعويض، وقد نصت المادة 179 ق.م.ج. على "لا يستحق التعويض إلا بعد اعدار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك"
-جاء فيها ما يلي: "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً بحكم القانون عند الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقق الشروط المتفق عليها، وبدون حاجة إلى حكم قضائي".
²-عبد الرؤوف جابر، مرجع سابق، ص216.
³-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص38.
⁴-مرجع نفسه، ص356.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

الأول: ان العقد يرفض عادة فكرة الأثر الرجعي للفسخ، نظرا لما يترتب عليها من آثار اقتصادية غير مقبولة، فلا يعقل هدم المنشآت التي تم بناؤها، او فك الآلات وإعادة تصديرها، او تسريح العمال بعد ان تم التعاقد معهم، او محو المعرفة الفنية من ذهن طالب الاستثمار بعد كشفه أسرارها او حتى التدريب على تطبيقها¹.

ومن هنا يقتصر اثر الفسخ عمليا على مستقبل العقد وحده، فيعامله على انه إنهاء للعقد وليس تفويضا له، فتزول فاعلية العقد في المستقبل، ويبقى ما تم تنفيذه منه قائما ويسوي أمره بين الطرفين على هذا الأساس²، كأن يتوقف المستثمر عن تقديم الخدمات، وطالب الاستثمار عن دفع الثمن، كما ينظم الأطراف عقديا مختلف المسائل التي يمكن ان تعنيهم لاحقا³، واذا ما اختلفا وجب الرجوع الى القضاء ا والى التحكيم، كأن يتفقا على استرجاع المستثمر لكافة المعلومات التقنية المنقولة فيما لو وقع الفسخ، مع الزام طالب الاستثمار بدفع تعويض مقابل اطلاعه عليها او استعمالها، او يتفقا على السماح باستعمال التكنولوجيا بعد ذلك التاريخ.

الثاني: ان الفسخ المترتب على التخلف عن تنفيذ جزء من العقد لا يؤدي الى انتهاء العقد برمته، وانما يقتصر اثره على هذا الجزء وحده وتضل باقي اجزائه قائمة⁴.

ومما سبق نستنتج بأن الفسخ من وجهة نظر عملية هو جزء لا يرد في صالح طالب الاستثمار -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.

¹-عبد الرؤوف جابر، مرجع سابق، ص216.

²-مرجع نفسه، مرجع سابق، ص216.

³-وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص633.

⁴-عبد الرؤوف جابر، مرجع سابق، ص216.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

وكخلاصة عما سبق نؤكد على استمرار العمل بما درج عليه الفقه والقضاء والقانون في بلادنا فيما يتعلق باعتبار التنفيذ العيني جزءاً أصلياً¹، خاصة وأن بعضاً من الجزاءات الأخرى لا يمكن قبوله في عقود الاستثمار التكنولوجي كجزاء الشراء البديل، وبعضها الآخر غير مستساغ بالمقارنة مع خصوصية محل هذا العقد، أو بالنظر إلى مدته الزمنية كما في جزاء الفسخ.

الفرع الثالث: الدفع بعدم التنفيذ في عقد الاستثمار التكنولوجي

يجوز للأطراف تطبيقاً للقواعد العامة فيما لو كان مانع تنفيذ عقد الاستثمار التكنولوجي محتمل الوقوع بشكل مؤكد لا يدع مجالاً للشك أن المدين سوف لن يقوم بتنفيذ التزامه عند حلول أجله اللجوء إلى تدابير مؤقتة احتياطية كالدفع بعدم التنفيذ، أو وقف تنفيذ العقد.

والدفع بعدم التنفيذ كنظرية استقرت في الفقه والقضاء والتشريع لها تطبيقات عديدة في العقود التكنولوجية، لأن تشابك العلاقات وتنوعها يترك مجالاً للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، وهذا الحق إذا ما تم استعماله على نحو مطلق يترك أثراً خطيراً لا تتوقف عند حد وقف العقد انتظاراً لاستمراره بزوال أسباب الخلاف، بل يتعداه إلى توقف الطرف المخل عن تنفيذ التزامات أخرى غير تلك المتنازع عليها، ما يؤدي حتماً إلى تفاقم الأضرار ويصعب معها تحديد المسؤولية²، وقد لجأ أطراف عقد الاستثمار التكنولوجي إلى وضع نصوص تحدد الشروط والجزاءات في حالات الإخلال، وهو ما يفيد ضمناً أنهم يتنازلون عن حق التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في الصورة التي وردت بها في القانون³.

لذا كان لا بد من التطرق لأحكام هذا النظام لنرى إلى أي مدى يمكن تطبيقه على عقد الاستثمار التكنولوجي وفق ما يلي:

¹ -المادة 107 ق.م.ج والتي توجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه العقد وبحسن نية، .

² -وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص 622.

³ -لا يعتبر الدفع بعدم التنفيذ من النظام العام ومن حق أطراف العقد الاتفاق على ما يخالف أحكامه.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

أولاً: مفهوم الدفع بعدم التنفيذ

للقوف على حقيقة فكرة الدفع بعدم التنفيذ لأبد من تحديد تعريفه وبيان شروط اعماله.

1-تعريف الدفع بعدم التنفيذ

لم تتضمن نصوص القوانين المدنية في فرنسا¹ ومصر² والجزائر¹ اي تعريف للدفع بعدم التنفيذ، ولعل ذلك راجع الى ان تعريف الانظمة القانونية لا يدخل ضمن مهمة

¹-لم ينص المشرع الفرنسي على الدفع بعدم التنفيذ صراحة الا بعد صدور الامر رقم 131-2016 الصادر في 10/02/2016 المتعلق بإصلاح قانون العقود والنظام العام وأثبت الالتزامات، ج.ر. رقم (0035)، الذي تضمن في الفرع الأول من القسم الخامس منه المعنون ب"الدفع بعدم التنفيذ" مادتين هما 1219 و 1220،
L'article 1219 : "une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave".
L'article 1220 : "une partie peut suspendre l'exécution de son obligation des lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas a l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment grave pour elle, cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais".

²-ان القانون المدني المصري القديم لم ينص بدوره على مبدأ الدفع بعدم التنفيذ متأثراً في ذلك بالقانون المدني الفرنسي القديم، وإنما اكتفى بالنص على بعض تطبيقاته مثلاً المادة 345/274 والمادة 350/279 والمادة 411/331، ثم تدارك هذا النقص حيث قرر مبدأ الدفع بعدم التنفيذ في المادة 22 من المشروع التمهيدي التي تنص على انه: "1- في العقود الملزمة للجانبين يجوز لكل من المتعاقدين ان يتمتع عن تنفيذ التزامه اذا لم يتم المتعاقد الاخر بتنفيذ ما التزم به، الا اذا اختلف ميعاد الوفاء لكل من الالتزامين، 2- على انه لا يجوز للمتعاقد ان يتمتع عن تنفيذ التزامه اذا كان ما لم ينفذ من الالتزام المقابل ضئيلاً بحيث يكون امتناعه عن التنفيذ غير متفق مع ما يجب توفره من حسن النية"، غير انه حذف لجنة المراجعة الفقرة الثانية وادخلت تعديلات لفظية على الفقرة الاولى، واصبح رقم المادة 165 من المشروع النهائي ووافق مجلس النواب على النص، كما وافقت عليه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة 161، ووافق عليه مجلس الشيوخ، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الاول (العقد)، ط3، دار النهضة العربية 1981، ص1006، بالإضافة الى ورود نصوص اخرى تعنى على تطبيقات جزئية متفرقة للمبدأ نذكر منها المادة 2/457 ق.م. المصري جاء فيها انه: "2- فإذا تعرض احد للمشتري مستندا الى حق سابق على البيع او آيل من البائع، او اذا خيف على المبيع ان ينزع من يد المشتري، جاز له ما لم يمنعه شرط في العقد، ان يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض او يزول الخطر، ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة ان يطالب باستيفاء الثمن على ان يقدم كفيلاً"، و نصت الفقرة الثالثة من نفس المادة على ان: "يسري حكم الفقرة السابقة في حالة ما اذا كشف المشتري

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

المشرعين، و ترتب عن ذلك ثراء فقهي حيث ظهرت تعاريف عديدة ومختلفة له، وبمراجعة هذه التعاريف نجدها تنصب حول انه وسيلة يلجأ إليها احد المتعاقدين في العقود التبادلية للضغط على المتعاقد الآخر وحمله على تنفيذ التزامه اذا كان المطالب بالتنفيذ نفسه مقصرا او ممتنعا عن تنفيذ التزامه، دون حاجة الى الترافع الى القضاء.

وتجدر الإشارة الى ان المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بروما (Unidroit) قد أجاز في نص المادة 7-3-4 من المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية لسنة 2004 وقف تنفيذ العقد والمطالبة بتأمينات كافية لضمان حدوث التنفيذ في أجله².

كما يشرح بعض الفقه الدفع بعدم التنفيذ المكرس في الاتفاقيات الدولية كالتالي: "الأصل في العقد الدولي هو التنفيذ، فإن توقع الدائن في حالات محددة وجود عقبات تحول دون قيام المدين بالوفاء بالتزاماته، امتنع الدائن عن تنفيذ التزاماته، ويمكن للمدين رغم صعوبات

عيبا في المبيع"، والمادة 459 من نفس القانون ايضا جاء فيها ان "1- اذا كان الثمن كله او بعضه مستحق الدفع في الحال، فللبائع ان يحبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له ولو قدم المشتري رهنا او كفالة، هذا ما لم يمنح البائع المشتري اجلا بعد البيع، 2- وكذلك يجوز للبائع ان يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل المشتري لدفع الثمن اذا سقط حق المشتري في الاجل طبقا لأحكام المادة 273".

¹- ان المشرع الجزائري نص صراحة على الدفع بعدم التنفيذ في المادة 123 ق.م.ج وجاء فيها: "في العقود الملزمة للجانبين اذا كانت الالتزامات المتعاقبة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين ان يمتنع عن تنفيذ التزامه اذا لم يقم المتعاقد الاخر بتنفيذ ما التزم به"، ويكون بذلك خالف المشرع الفرنسي والمصري لانه نص على الدفع بعدم التنفيذ بمجرد صدور الامر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني، وظل نص المادة 123 دون تغيير خلال كل التعديلات التي مست القانون المدني، كما اورد المشرع الجزائري تطبيقات لقاعدة الدفع بعدم التنفيذ في الفقرة الثانية من المادة 388 ق.م.ج، زالمادة 390 ق.م.ج المتعلقة بعقد البيع.

²- تنص على ما يلي: "يجوز للطرف الذي يعتقد استنادا للأسباب معقولة ان الطرف الآخر سوف يخل إخلالا جوهريا بالتنفيذ ان يطالب بتقديم تأمينات كافية لحسن التنفيذ، ويحق له الى ان تقدم التأمينات ان يمتنع عن تنفيذ ما يخصه من التزامات، فإذا لم تقدم هذه التأمينات خلال ميعاد معقول فيجوز له فسخ العقد، سيهام قارون، الدفع المسبق بوقف التنفيذ في العقد الدولي، مجلة الباحث القانوني في العلوم القانونية والسياسية، المجلد الثاني، العدد 03، جامعة محمد الشريف، سوق أهراس الجزائر، 2020/06/30، ص185.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

التنفيذ المتوقعة الإبقاء على العقد قائما، ينتج كافة آثاره إذا استطاع أن يقدم للدائن تأمينا كافيا يؤكد عزمه او قدرته على الوفاء بالتزاماته¹.

2-شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في عقد الاستثمار التكنولوجي

لإمكان إعمال قاعدة الدفع بعدم التنفيذ في عقد الاستثمار التكنولوجي فإنه يشترط توافر نفس الشروط التي ينبغي توافرها في القواعد العامة للعقود، والمتمثلة في وجود عقد تبادلي ملزم للجانبين، مع إخلال احدهما بالتزامه، على أن يكون المتمسك بوقف العقد حسن نية من جهة استعداده لأداء التزاماته².

وتضيف الاتفاقيات الدولية شرطين حتى يتسنى لأي طرف من أطراف البيع الدولي إثارة الدفع بعد التنفيذ نظرا لأهمية ومكانة هذه العقود، والتي يمكن من وجهة نظرنا تطبيقها على عقد الاستثمار التكنولوجي، والمتمثلة في:

- قيام ظروف جدية تفيد بعدم التنفيذ المستقبلي للالتزام: بمعنى لا يكفي مجرد الشك حول عدم قدرة المدين على تنفيذ التزامه عند حلول أجله، بل يجب ان يتم تقدير هذه الظروف وفق معيار موضوعي يتمثل في الشخص العادي الذي يوجد في نفس ظروف المدين³، ومن أمثلة تلك الظروف قيام دولة طالب الاستثمار بحظر التكنولوجيا المراد استغلالها في النشاط المتفق عليه.

¹-سيهام قارون، مرجع سابق، ص185.

²-سالم زينب، الدفع بعدم التنفيذ في العقود الادارية "دراسة مقارنة"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر ، بسكرة، الجزائر، 2018-2019، ص68 الى 91.

³-قاسم محيي، محمود البازي، نظرية الاخلال المسبق للعقد، دراسة مقارنة بين اتفاقية فيينا لعقود البيع الدولية والأنظمة القانونية للبلدان الاسلامية، مجلة العلوم السياسية والقانون، المركز الديمقراطي العربي، برلين، المانيا، العدد12، المجلد الثاني، نوفمبر 2018، ص223

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

وعليه أتاحت المادة 71 من اتفاقية فينا لكل من المورد والمستورد الاستفادة من هذا الدفع بطريقة وقائية¹، حيث نصت على: "يجوز لكل من الطرفين ان يوقف تنفيذ التزامه، إذا تبين بعد انعقاد العقد أن الطرف الآخر لن ينفذ جانباً هاماً من التزامه، بسبب وقوع عجز في قدرته على تنفيذ هذا الجانب من التزامه، أو بسبب إعساره، أو بسبب الطريقة التي يعدها لتنفيذ العقد، أو يتبعها فعلاً في تنفيذه"².

ويتضح من ذلك ان تكون المخالفة جوهريّة لكي يستطيع الدائن إيقاف تنفيذ الالتزامات، والإشكال هنا يكمن في صعوبة تطبيق هذا المعيار عملياً بسبب دقة الاعتراف لمخالفة ما غير جوهريّة بطابع عدم تنفيذ جزء أساسي من العقد³، علماً أن الاتفاقية لم تحدد المقصود بالإخلال بجزء هام من التزام المدين، وبذلك فإن المعنى سنصرف إلى الجزء الأساسي أو الكبير⁴.

كما لا يشترط توفر الخطأ في جانب المدين الذي يتوقع الإخلال بجزء أساسي من التزامه، فقد تكون الظروف الاقتصادية في بلده هي سبب تدهور مركزه المالي، حتى أن

¹ - Houria yessad , le contrat de vente international de marchandise, thèse de doctorat, faculté de droit, université mouloud mammeri de tizi ousou, 2008 , p352.

² - قاسم محيي، محمود البازي، مرجع سابق، ص22.

³ - فانسان هوزيه، المطول في العقود، بيع السلع الدولي، ط.1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2005، ص408.

⁴ - ونحن نرى ان عدم المساواة بين معنى الإخلال الجوهري والإخلال الهام بالالتزام، أمر يقتضيه التمييز بين شروط تحقق حالة وقف تنفيذ الالتزامات وبين شروط الفسخ، فمن شروط الفسخ كما سبق ورئينا ان يتيقن المتعاقد بأنه سوف يتحقق = الإخلال بالتزام جوهري من التزامات المدين، ولكن مع ذلك يجوز للدائن في هذا النوع من الإخلال أيضاً، ان يوقف تنفيذ التزاماته بدلاً من الفسخ، أما اذا كان الإخلال المتوقع للعقد يتعلق بالتزام هام وأساسي من التزامات المدين، حينها لا يستطيع الدائن الا ان يسلك طريق وقف الالتزامات، ولمعرفة فيما اذا كان الإخلال المسبق للعقد يشكل إخلالاً هاماً ام لا، فإن الفصل في هذا الموضوع يكون بالرجوع الى بنود العقد، وما تم الاتفاق عليه بين الطرفين، فعلى سبيل المثال لو تم الاتفاق على تسليم التكنولوجيا في موعد محدد بوضوح في العقد، فيعني ان هذا الالتزام اساسي ومهم، وعلى كل حال يجب ان يتفق هذا الوصف مع مبدأ حسن النية الذي يعد من اهم المبادئ التي تستند عليها اتفاقية فيينا.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

الفقرة الخامسة من المادة 79 من اتفاقية فيينا تعفي المدين من التعويض في هذه الحالة دون التأثير عن بقية الحقوق للمتعاقد الآخر اتجاهه¹.

كذلك اشترطت المادة 73 من اتفاقية لاهاي بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية لسنة 1964، ان يكون الاضطراب الذي وقع في المركز الاقتصادي للمدين خطيرا، بمعنى ضرورة وجود دلائل قوية على ان هذا المدين سوف لن يتمكن من تنفيذ التزامه عند استحقاقه كانهيار ائتمانه او إعساره²، وبالنسبة للمشرع الفرنسي فلقد اشترط في نص المادة 1220 من القانون المدني-السافة الذكر- لوقف التنفيذ ان تتبين نية المدين في عدم تنفيذ الالتزام عند حلول اجله، وان نتائج عدم التنفيذ ستكون جسيمة بما فيه الكفاية بالنسبة إليه.

ورغم ان الاتفاقيات الدولية وكذلك المشرع الفرنسي لم يحددوا درجة الجسامة الواجب توافرها في الاخلال المتوقع والذي يبرر وقف التنفيذ، فإن اغلب الفقه يرى ان تقديرها يكون على ضوء بنود العقد في حد ذاته، وما تم الاتفاق عليه بين الطرفين، وعند النزاع تمنح للقاضي أو المحكم الدولي السلطة التقديرية لتبيين ذلك.

-الإخطار بوقف التنفيذ: أي إعلام المدين بأن الدائن أوقف تنفيذ التزامه المقابل او شرع في وقفه، وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة 71 من اتفاقية فيينا على: "يجب على الطرف الذي يوقف تنفيذ التزاماته قبل إرسال البضائع او بعد إرسالها، ان يرسل إلى الطرف الآخر مباشرة إشعارا بذلك، وعليه ان يستأنف التنفيذ اذا قدم له هذا الطرف ضمانات كافية وتؤكد عزمه على تنفيذ التزاماته"³.

¹-سيهام قارون، مرجع سابق، ص191.

²-مرجع نفسه، ص191.

³- قاسم مجدي، محمود البازي، مرجع سابق، ص224.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

يفهم من كلمة "مباشرة" في هذه الفقرة عدم التراخي أو التريث في إعلام الطرف الآخر بالوقف، بل لابد من إصدار الإخطار فوراً دون تأخير منذ اللحظة التي يقوم فيها المتعاقد بتعليق التزاماته المستقبلية¹، أما عن شكل الإخطار فإن اتفاقية فيينا لم تحدد شكل معيناً للإخطار، فيجوز أن يتم توجيهه بأي شكل كان سواء شفويًا أو مكتوبًا، أو أن يكون عن طريق برقية تلغرافية أو الفاكس، تلّكس، أو عن طريق البريد الإلكتروني، على أن الضابط المهم في ذلك أن تكون الوسيلة التي اعتمدها الدائن في توجيه الإخطار تضمن وصول الإخطار إلى المتعاقد الآخر في وقت مناسب، كي يتمكن من تهيئة نفسه لتقديم الضمانات الكافية لقدرته على تنفيذ التزامه².

ولكن السؤال المطروح هو عندما لا يقوم الطرف الذي أرسل الإخطار إليه، بتقديم ضمانات كافية أو قام بتقديم ضمانات ناقصة لا تكفي لحصول اطمئنان لدى الدائن، ماذا سيحدث في مثل هذه الحالة؟.

يبدو أن الطرف الذي قام بتعليق تنفيذ التزاماته يستطيع الاستمرار بهذا التعليق، ويستطيع كذلك أن يقوم بالامتناع عن تنفيذ الأعمال التحضيرية اللازمة لتنفيذ التزامه، كأن يمتنع المستثمر عن تقديم المساعدة التقنية المقرر ممارستها طوال العقد، وعلاوة على ذلك عند امتناع الطرف الذي أرسل الإخطار إليه عن تقديم الضمانات الكافية، يتضح أن هذا الطرف ليس لديه النية بتنفيذ التزاماته المستقبلية أصلاً، وبناء عليه يحق للطرف الذي علق التزاماته أن يطالب بفسخ العقد محتجاً بعدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته التعاقدية³.

¹ -ناصر خليل جلال، مصطفى سميرة عبد الله، وقف تنفيذ الالتزام كجزاء على الإخلال المبستر للعقد (بحث مقارنة)، المجلد 13، العدد الثاني، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2011، ص 83.

² - مرجع نفسه، ص 83-84.

³ -نشير هنا إلى أنه عند امتناع المدين عن تقديم ضمانات كافية، فإن الطرف الآخر يستطيع المطالبة بالتعويض عن الضرر الحاصل، سواء فسخ العقد أم لم يفسخ، استناداً لنص المادة 74 من اتفاقية فيينا، قاسم محدي، محمود البازي، مرجع سابق، ص 224.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

وتجدر الإشارة إلى أن اتفاقية لاهاي بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية لسنة 1964 لم تتطرق للإخطار كشرط لممارسة وقف التنفيذ¹، بالمقابل نصت المادة 1220 من ق.م. الفرنسي-السالف ذكرها- على إجراء الإخطار بوقف التنفيذ على أن يتم في اقرب فرصة.

ثانيا: نطاق تطبيق قاعدة الدفع بعدم التنفيذ في عقد الاستثمار التكنولوجي

إذا تحققت الشروط السالفة الذكر جاز للمدين المطالبة بالدفع بعدم التنفيذ، لكن تطبيق هذه القاعدة على عقود الاستثمار التكنولوجي يكون مختلفا أحيانا عما هو متعارف عليه في القواعد العامة، حيث تأخذ عادة شكل "احتجاز الضمان".

واحتجاز الضمان عبارة عن إجراء يقوم به احد أطراف عقد الاستثمار التكنولوجي، ويتمثل في الامتناع عن دفع المقابل أو جزء منه لحين قيام الطرف الآخر بتنفيذ ما التزم به، كتسليمه المشروع كاملا أو إصلاح العيوب التي ظهرت بعد التسليم، واحتجاز الضمان لا يشكل ازدواجا مع الشرط الجزائي إذ لكل نظامه، ومن الجائر أن يقترنا في عقد واحد².

وتتلخص صورة احتجاز الضمان في أن احد أطراف العقد ولنفترض انه طالب الاستثمار ملتزم بدفع أقساط دورية محددة المقدار، وقدم ضمانا للمستثمر بذلك معلقا على شرط، فإن حقه في احتجاز هذا الضمان ينشأ بتحقق الشرط، أو عدم تحققه حسب مقتضى الحال³.

ويتخذ في بعض الأحيان صورة خطاب مقدما من مصرف إلى احد أطراف العقد يبيدي فيها استعداده بدفع مبلغا معينا أو قابل للتعين لدى تقديم مطالبة بسيطة أو مشفوعة بمستندات أخرى، حسب أحكام التعهد وأي من الشروط المستدينة، تبين أو يستدل منها استحقاق السداد بسبب تقصير في أداء التزام ما، أو بسبب حدث طارئ آخر، أو سداد لمال

¹-سيهام قارون، مرجع سابق، ص192.

²-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص337.

³-مرجع نفسه، ص337.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

مفترض أو مستلف، أو سداد لأي دين مستحق السداد واقع على الأصل الطالب أو شخص آخر¹.

ولتوضح ذلك نسوق المثال التالي:

يتعهد البنك بأن يدفع لطالب الاستثمار مبلغا من النقود اذا امتنع أو تأخر المستثمر عن تنفيذ التزامه بخصوص تسليم العناصر التكنولوجية، أو عن تقديم المساعدة التقنية اللازمة، أو امتناعه عن إدخال التحسينات الجديدة.. الخ، هذا ما لم يدفع المستثمر بإخلال طالب الاستثمار هو الآخر بالعقد، ففي حال لو اصدر المستثمر تعليماته للبنك المعتمد من قبل الأطراف بعدم الوفاء لطالب الاستثمار بسبب امتناع الأخير عن تنفيذ التزامه بخصوص الثمن، أو كما لو امتنع طالب الاستثمار عن دفع الثمن استنادا لعدم تنفيذ المستثمر لالتزامه بتسليم العناصر التكنولوجية، على نحو ما حدث في النزاع ما بين الشركات البلجيكية والشركة الاسترالية، حيث أقرت محكمة التحكيم في غرفة التجارة الدولية بتاريخ 1986/03/19 بإخلال الجانب البلجيكي بتنفيذ التزامه، مما منح الجانب الاسترالي حق الامتناع عن أداء الثمن².

واحتجاز الضمان كصورة من صور الدفع بعدم التنفيذ يتشابه دوره مع الدور الذي تلعبه شركات التأمين في عقودها ضد المخاطر التكنولوجية، لأن الهدف منها ضمان تنفيذ التزامات أطراف هذه العقود³.

أما ما يميز الضمان عن فكرة التأمين ضد المخاطر وعن الضمان المصرفي بصوره المتعددة، انه ليس إلا وسيلة تهديد يقوم بها صاحب الحق للضغط على إرادة الممتنع عن

¹-نسيغة فيصل، الضمانات المصرفية المستقلة "دراسة مقارنة"، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، عدد 09، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر، مارس 2020، ص58.

²-لمزيد من التفاصيل حول القضية انظر اقلولي محمد، مرجع سابق، من 201 الى 204.

³-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص338.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

التنفيذ لإجباره على الوفاء بالتزامه، وهو في ذلك عقوبة احتياطية يمكن إن تؤدي إلى محو نتائج الإخلال بالتنفيذ¹.

بناء على ما تقدم يمكن الخروج بنتيجة مفادها انه لا يمكن اعتبار الدفع بعدم التنفيذ جزاء بقدر ما هو وسيلة لضمان التنفيذ تتوسط الوسائل التنفيذية كالحجز على أموال المدين، والوسائل التحفظية كقطع التقادم وقيد الرهن او تجديده، و تستهدف الضغط على إرادة المتعاقد الآخر قبل اللجوء إلى التنفيذ العيني أو طلب الفسخ أو التعويض².

وتحديد هذه الوسيلة على النحو السابق يفسر بدوره ملاءمتها لعقود الاستثمار التكنولوجي بشرط تجاهل بعض الأحكام والقواعد العامة، التي لا تخدم هكذا عقود فمثلا فيما هو محدد بالاداءات المتقابلة التي يشترط فيها ان تكون متعادلة في الأهمية كما هو الحال في العقود الشائعة كعقد الإيجار حيث تظهر فيه التزامات كل طرف بشكل جلي وواضح كالالتزام المستأجر بدفع الأجرة، والتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة، او الالتزام بنقل ملكية الشيء المبيع والتزام بسداد الثمن كما في عقد البيع، الا انها لا توجد بذات الكيفية في عقودنا محل الدراسة، اذ ثمة التزامات متعددة ومتضافرة لا يمكننا الحكم على احداها منفردا بأنه التزام قليل الاهمية على نحو قد يسفر في النهاية الى عدم تمكين احد الاطراف من التمسك بحق الدفع بعدم التنفيذ.

المبحث الثاني: تسوية منازعات عقد الاستثمار التكنولوجي

ان عقد الاستثمار التكنولوجي شأنه شأن باقي العقود التي يمكن ان ينشأ عن تنفيذها الكثير من المشاكل والمنازعات بين كل من طرفيه، ومع وجود الدولة او احدى مؤسساتها العامة طرفا في هذا العقد تظهر مسألة تحديد وسائل تسوية المنازعات على نحو اكثر تعقيدا

¹-مرجع نفسه، ص338.

²-وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص620.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

مما هي عليه في العقود الداخلية التي تحال منازعاتها بالضرورة للمحاكم الداخلية للفصل في النزاع الناشئ عنها.

ويرتبط موضوع تحديد الوسيلة التي يتم بها تسوية المنازعات بالقانون الواجب التطبيق ارتباطا وثيقا باعتباره مسألة أولية لازمة للفصل في منازعاته، بصرف النظر عن الوسيلة المستخدمة في فض النزاع، لذلك كان من الاجدر معرفة الوسائل المتبعة في الفصل فيه ، ومن ثمة تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا الاخير.

المطلب الأول: وسائل تسوية منازعات عقود الإستثمار التكنولوجي

رغم الثقة المتبادلة بين طرفي عقد الإستثمار التكنولوجي الا ان نشوء نزاعات او خلافات بينهما ليس بالأمر المستحيل، ويعود ذلك الى أسباب مختلفة لاسيما مع عدم قدرة أطراف العقد على الإحاطة بجميع النقاط التي يمكن ان تثير المشاكل، وإمكانية تقديم الحلول المرنة لحسمها.

وبصرف النظر عن الأسباب المختلفة لقيام المنازعات فإن ما يهم الأطراف في ذلك الحين هو حل خلافهم عبر مختلف الطرق، وبأقل الأضرار الممكنة، ولهم في معرض ذلك اللجوء الى التسوية الودية، او اللجوء الى القضاء، أو الى التحكيم باعتباره قضاء من نوع خاص. وسنشرح هذه الطرق تباعا بالقدر المتعلق بموضوع بحثنا وذلك من خلال المطالب التالية:

الفرع الأول: الوسائل غير القضائية لحسم منازعات عقود الإستثمار التكنولوجي

نظرا للطبيعة الخاصة والأهمية البالغة لعقود الإستثمار التكنولوجي بالنسبة لطرفي العقد -الدولة ومؤسساتها العامة من جهة والمستثمر من جهة أخرى-، ونظرا لارتباط تلك العقود بخطط التنمية في الدولة المضيفة مما جعلها أكثر تعلقا بحياة ملايين البشر، فقد تزايد الاهتمام بوسائل حل منازعاتها والعمل على حل الخلافات التي تنشأ أثناء تنفيذها أولا بأول

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

حتى لا تتحول هذه الخلافات إلى منازعات تحتاج إلى إجراءات أكثر تعقيدا لحسمها كالقضاء والتحكيم¹، وقد كانت الوسائل البديلة الحسم دون اللجوء إلى القضاء من أهم الوسائل المحبذة لدى الأطراف، وذلك نظرا لمزاياها وفوائدها الملموسة كالسرعة في الفصل في المنازعة، وبالتالي توفير الكثير من النفقات والجهود والوقت، ويمكننا بداية ذكر بعض هذه البدائل على سبيل المثال في المساعي الحميدة، الوساطة، الصلح، التفاوض، التشاور، اللجوء إلى الخبراء، التحكيم..الخ.

ومن هذا المنطلق وجب أن نتناول بالمناقشة أهم هذه الوسائل والاكثرها شيوعا في عقد الاستثمار التكنولوجي الا وهي الوساطة، و التوفيق، وأخيرا الخبرة الفنية²

أولا: الوساطة

تحتل الوساطة بصفة عامة كوسيلة ودية لتسوية المنازعات أهمية كبيرة بين دول العالم المختلفة، فنجد أن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي قد أصدرت "اتفاقية الأمم

¹- تتميز الوسائل الودية عن عملية القضاء والتحكيم في أنها تعنى بأسباب النزاع أكثر من اعتنائها بجوانبه القانونية وتستهدف الوصول إلى حلول سريعة للنزاع، رغم ان تلك التسوية التي يتم التوصل إليها عن طريق هذه الوسائل تسوية غير ملزمة كأصل عام إلا إذا قبلها أطراف النزاع، في حين نجد ان عملية القضاء والتحكيم لا تبدأ إجراءاتهما الا بعد تفاقم النزاع بين طرفي العقد، بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص402.

²- ويذكر ان هناك وسيلة أخرى شائعة الاستعمال في مثل هكذا عقود تتمثل في التفاوض، ويظهر ذلك من خلال ماورد في الفقرة 299 من دليل التراخيص اذ نصت على ان أي خلاف او فسخ او الغاء له يتم تسويته بالمفاوضة الودية بين طرفي هذا الاتفاق" وكذلك الفقرة 140 من دليل اعداد عقود الاستشارة الهندسية حيث نصت على ضرورة التفاوض الودي بين= الاطراف قبل اللجوء الى التحكيم وذلك عبر فواصل زمنية محددة عقدياً، وفاء مزيد فلحوط، هامش رقم 1، مرجع سابق، ص 649، الا ان سبب عدم تطرقنا لها يرجع الى كونها لا تخرج في طبيعة مفهومها عن تلك التي تناولناها بالبحث في المرحلة السابقة على التعاقد، لا سيما في كونها تحاور واتصال بين الاطراف بصورة مباشرة دون تدخل طرف ثالث من اجل الوصول الى تصور مشترك حول موضوع ما، وانما الاختلاف يأتي في الاحكام المرتبطة بدورها في تسوية المنازعات او التنسيق لابرار عقد ما، كما ان هناك شكلا اخر من اشكال الاليات البديلة لحل المنازعات قد حظي بقبول متزايد في الولايات المتحدة وهو المحكمة المصغرة وفيها يقوم كل طرف بتقديم مطالبة ويقدم ملخص على ادلته عليها الى مستشار او لجنة، واللجنة قد تتضمن ممثلين من اعضاء الادارة الرئيسيين لدى كل طرف، وعضو الادارة لكل طرف يجبر على حضور والاستماع الى المحاكمة.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

المتحدة بشأن اتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة" في ابريل 2019، وذلك لتسوية المنازعات التي تنشأ في سياق العلاقات التجارية الدولية للتسوية الودية، ودخلت حيز النفاذ في 12/09/2020¹، كذلك قام البرلمان الأوروبي بإصدار التوجيه رقم 2008/25 في 12/05/2008 بشأن جوانب معينة من الوساطة في الأمور المدنية والتجارية².

وعلى الصعيد العربي نجد ان هناك عددا من الدول نظمت الوساطة كألية لتسوية المنازعات ضمن تشريعها، منها مصر بمقتضى قانون انشاء المحاكم الاقتصادية رقم 120 لسنة 2008، والمعدل بالقانون رقم 146 لسنة 2019 من خلال هيئة تسمى بهيئة التحضير والوساطة، ولبنان التي اصدرت القانون رقم 86 لسنة 2018 بشأن الوساطة المدنية والتجارية³، وكذا المشرع الجزائري عام 2008 عندما ادخل الوساطة ضمن قانون الإجراءات المدنية والادارية (الفصل الثاني).

وعليه سوف نسلط الضوء على هذه الآلية من خلال التطرق إلى تعريفها، ثم لإجراءات تسوية النزاع عن طريقها.

¹ - جاءت هذه الاتفاقية في اطار سعي اليونسترال الى التنسيق والتوحيد التدريجين للقانون التجاري الدولي، وقد اقيم حفل التوقيع على الاتفاقية في سنغافورة في 7/08/2019، ولذلك تمت التوصية بأن تعرف الاتفاقية باسم اتفاقية سنغافورة بشأن الوساطة، وكذلك تم إدخال تعديلات على قانون اليونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي الصادر في 2002 بمقتضى هذا القانون، واتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة لعام 2018 وتمثل هذه الاتفاقية الخطوة الاله في هذا المجال، محمد سالم ابو الفرج، اتفاقية سنغافورة للوساطة ومنازعات الاستثمار الدولي: دراسة تحليلية للاتفاقية وتحديات الوساطة في منازعات الاستثمار، المجلة القانونية، جامعة القاهرة، المجلد 8، د.ع، نوفمبر 2020، ص 181-182، والواقع أنها بدأت تأخذ حيزا واسعا في حسم مختلف أنواع النزاع، و باتت تبدو وكأنها الوجه أو الصورة الأنسب للعدالة الحديثة والفعالة، وتدل الإحصاءات على أن أربع من أصل خمس من قضايا الوساطة تنتهي بالتسوية، مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 411.

² - كوثر سعيد عدنان خالد، الوساطة وفقا لاحكام قانون تنظيم اعادة الهيكلة والصلح الواقي والافلاس رقم 11 لسنة 2018، مجلة الدراسات القانونية، جامعة اسبوط، مصر العدد الثالث والخمسون (الجزء الأول) سبتمبر 2021، ص 544.

³ - المرجع نفسه، ص 545.545

1- تعريف الوساطة

تعرف الوساطة في القاموس القانوني "معجم القانون الخاص" بأنها: "تقنية اجرائية لحل النزاعات التي تنشأ بين الاشخاص او التي يرغبون في منع نشوبها باستخدام المساعي الحميدة لشخص يسمى الوسيط، وتتم إما من قبل الاطراف خارج اي اجراءات قانونية او تقررها المحكمة التي رفع النزاع امامها"¹.

ويقصد بها كذلك العمل الودي الذي يقوم به طرف ثالث محايد يسمى الوسيط من اجل حل الخلاف بين الطرفين المتنازعين وذلك من خلال الاشتراك في المفاوضات التي تتم بينهما بغية الوصول إلى حل للنزاع يرضي الطرفين².

وان كانت قد أعطيت لها مجموعة من التعاريف، إلا أن جميعها ينصب في معناه واحد ألا وهو أنها وسيلة تهدف إلى وضع حلول في حسم النزاع بطريقة ودية عن طريق تدخل شخص ثالث يقومون بتعيينه للفصل في النزاع، وذلك باقتراح حلول عملية ومنطقية تقرب وجهات النظر فيما بينهم، وبدون ان يفرض عليهم حلا أو يفرض عليهم قرارا ملزما.

2-: إجراءات الوساطة

إن عملية الوساطة أخذت بها الكثير من الهيئات الدولية فقد تبنتها المنظمة العالمية لحماية الملكية الفكرية ووضعت أحكاما ونظاما لها، كما أن غرفة التجارة الدولية تبنت فيها الوساطة وأصبحت تدرس في جامعة مونتريال، كما اخذ بها المشرع الجزائري من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 وهذا في المواد 994 إلى 1005، وسوف نتطرق لإجراءات تسوية النزاع عن طريقها فيما يلي:

¹ -serge Braudo : dictionnaire du droit privé, médiation définition, dictionnaire juridique, p 1.

<https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/mediaton.php>, Daté : 14/03/2023, à 21h36

² -مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص407.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

أ-من حيث تعيين الوسيط:

حسب التشريع الجزائري ومن خلال نص المادة 994 من قانون إ م إ 08/09¹ فإنه "يجب على القاضي عرض إجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد باستثناء البعض منها كقضايا الأسرة والقضايا العمالية، وكل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام، إذا قبل الخصوم هذا الإجراء يعين القاضي وسيطا لتلقي وجهة نظر كل واحد منهم ومحاولة التوفيق بينهم".

إذن من تحليل هذه المادة نجد أن القاضي هو الذي يعين الوسيط بعد قبول الوساطة من طرف الخصوم ، كما تسند الوساطة إلى شخص طبيعي أو جمعية. أما على المستوى الدولي فيتم تعيين الوسيط إما باختياره بصورة مباشرة من قبل المتنازعين وتحدد واجباته ومسؤولياته وإما يتم ذلك باللجوء إلى مركز الوساطة أو مراكز حل النزاعات²، كما هو الحال في غرفة التجارة الدولية³.

ب-من حيث سلطات الوسيط أثناء حل النزاع

الوسيط لا يحسم النزاع وإنما يلفت النظر للمستثمر الأجنبي وطالب الاستثمار على مصالحهم وحقوقهم والتزاماتهم المتبادلة، من خلال تشجيعهم على تبادل الآراء والمناقشة وتقليل الهوة بينهم، وذلك عن طريق الكشف عن بعض الحقائق أو الوقائع التي تكون محققة بعض المزايا ولم تكن قد أثرت من قبل، أما الجوانب الأخرى والتي قد يشتد الخلاف بشأنها فيفضل أن يسعى إلى التقليل من أهميتها⁴، وعليه فإن دور الوسيط ينحصر في تقريب

¹- المؤرخ في 2008/02/25، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ع. 21، المؤرخة في 2008/05/23.

²-والجدير بالملاحظة ان بعض المراكز المعنية بالتحكيم الدولي قد اتخذت خطوات جادة نحو تشجيع الاطراف على سلوك طريق الوساطة، وذلك من خلال استحداث قواعد وإجراءات جديدة تتناسب مع تطورات العلاقات التجارية الدولية، على سبيل المثال نجد أن محكمة لندن والخاصة بالتحكيم الدولي قامت بتطوير مجموعة من القواعد التي خصصت صراحة للوساطة، وذلك وفقا لآخر تعديل في يونيو عام 2004، كما قام المركز الدولي لفض النزاع التابع لجمعية التحكيم الأمريكية (A A A) بإضافة باب جديد لإجراء فض المنازعات الدولية عن طريق الوساطة عام 2003، بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص412.

³-مراقة آسيا، تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، رسالة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007، ص120.

⁴-مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص410.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

وجهات النظر دون أن يفرضها عليهم، وفي حال قبول الأطراف لقرار التسوية يتم التوقيع عليه من قبلهم، وهذا يعني أن إجراءات التسوية تبقى غير ملزمة حتى يتم التوقيع على اتفاق التسوية.

ج- من حيث إنهاء الوساطة

تنتهي الوساطة بتوقيع أطراف النزاع على محضر التسوية وبذلك يصبح القرار ملزم لهما، كما وتنتهي بناء على طلب الخصوم أو الوسيط في إنهاء هذا الإجراء من القاضي، حيث يمكن لهذا الأخير إنهاؤها في أي وقت، كما يمكن له إنهاؤها تلقائيا عندما يتبين له استحالة السير الحسن لها وذلك طبقا لما ورد في نص المادة 1002 من ق إ م إ. أما من حيث المدة التي بموجبها ينهي الوسيط مهمته فإنه لا يمكن أن تتجاوز ثلاثة (3) أشهر، وهذا حسب نص المادة 996 من القانون 08-09 المتعلق ب قانون إ م إ الجزائري -السالف الذكر-.

ثانيا: التوفيق

يعد التوفيق من بين الطرق الودية كذلك في تسوية منازعات الاستثمار التكنولوجي، فبعد تطرقنا إلى الوساطة سوف نسلط الضوء على هذه الآلية التي لا تقل أهمية عن سابقتها من خلال بيان تعريف لها، ثم نبين إجراءات تسوية النزاع من خلالها.

1-تعريف التوفيق

ويقصد به اتفاق طرفي النزاع على اختبار شخص معين يسمى "الموفق" يعمل على التقريب بين وجهات النظر وأداء المقترحات الكفيلة لوضع حل يرضي الطرفين وتقديم تقرير بهذه المقترحات إلى طرفي النزاع¹، والذي يكون طرفا محايدا وغالبا ما يكون فنيا بما يناسب

¹-مرتضى جمعة عاشور، مرجع نفسه، ص412.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

الطبيعة التقنية للمعرفة الفنية التكنولوجية محل التعامل¹، غير أن هذا التقرير ليس له صفة الإلزامية نظرا لأن الموفق لا يملك على غرار القاضي أو المحكم صلاحية اتخاذ أي قرار، وكل ما له هو مساعدة الأطراف للوصول إلى حل، وذلك إما بتسيير اتصالاتهم بغرض مساعدتهم على تفهم بعضهم البعض، أو بمنحهم تقييمه غير الملزم للنزاع².

وعموما فإن هذه الوسيلة -محل الدراسة- وإن كانت تشبه إلى حد ما الوساطة، إلا أنها تختلف عنها في بعض الحالات، فالوسيط يجتهد ويعمل بغية إيجاد نقاط الأكثر تقديرا ومقارنتها مع الأكثر أهمية، ومحاولة مقاربتها بغرض الوصول إلى حل يرضي المتنازعين، أما الموفق فبعد أن يقابل أطراف النزاع يحاول أن يقترح بنفسه اتفاق صلح يمكن أن يكون مخرجا سليما للنزاع³، كما ويفضل في الموفق أن يكون خبيرا في المجال الذي يحاول فيه الفصل في الأمور، من ناحية أخرى الوسيط هو خبير في تقنيات الاتصال والتفوض في محاولة لجعل الطرفين تصل إلى حل ودي، كما أن الموفق يسعى للحصول على تنازلات من الأطراف المتنازعة في حين يحاول الوسيط أن يرى الأطراف مصالحهم واحتياجاتهم في ضوء أفضل⁴.

¹-صلاح الدين جمال الدين، نقل التكنولوجيا...، مرجع سابق، ص149.

²-وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص652.

³-مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص413.

⁴-الفرق بين التوفيق والوساطة، تاريخ الاطلاع: 2023/05/14، على الساعة 15:47

<https://ar.weblogographic.com/difference-between-conciliation-and-mediation-2858-2858>

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

ب-إجراءات التوفيق

إن طريقة التوفيق أخذت بها العديد من قواعد واتفاقيات وأجهزة دولية على قدر عال من الأهمية في سياق محاولة تسوية منازعات الاستثمار¹، ومن بين هذه الاتفاقيات ما جاء ضمن الاتفاقية الجزائرية الفرنسية حول تشجيع وحماية الاستثمارات في المادة الثامنة منها "أن النزاع أو الخلاف يسوى بالتراضي أي عن طريق التوفيق وإذا يسو الخلاف في مدة ستة أشهر يرفع النزاع إلى المحكمة المختصة سواء كانت المحكمة الجزائرية أو المركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمارات"²، وبصدد إجراءات التوفيق والتي لا تختلف كثيرا عن الوساطة سنحاول التطرق فقط لتلك لأهم الجزئيات الخاصة به فيما يلي:

أ-من حيث تعيين الموفق

يتم تعيين الموفق عبر الاختيار المشترك من الأطراف نظرا لسمعته أو مؤهلاته الشخصية التي تجعله محلا لثقتهم، فضلا عن وضع قواعد والإجراءات التي تحكم عمله، كما كان لهم إسناد النزاع الى هيئة مؤلفة من عدة أعضاء تسمى (Conciliation Board)

¹-نذكر منها نظام التوفيق لدى غرفة التجارة الدولية بباريس، حيث تقدم لجنة التوفيق مشروع تسوية للطرفين يعلق على فشله حق الأطراف في طلب اللجوء الى وسيلة اخرى كالفضاء او التحكيم، وكذلك الحال بالنسبة لقواعد الفيديك اذ أجازت اللجوء الى قواعد التوفيق والخاصة بغرفة التجارة الدولية، وقد منحت اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الاخرى "اتفاقية واشنطن للاستثمار" لجنة التوفيق صلاحية الفصل في موضوع اختصاصها اذ لها ان تفصل في الدفوع التي يثيرها احد الأطراف باعتبار ان موضوع النزاع ليس من اختصاصها، ويجوز لها الفصل في الطعن باعتباره مسألة اولية، او ضمه الى موضوع النزاع للفصل فيهما معا، على ان تطبق القواعد الاجرائية الواردة في الاتفاقية عند غياب اتفاق الاطراف عليها، حتى تصل الى قرارها الذي يعد مجرد توصيات لا تلحق الضرر باي من الطرفين، وفاء مزيد فلهووط ، مرجع سابق ص 653-657.

²-الاتفاق الجزائري الفرنسي المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، المصادق عليها بمقتضى المرسوم الرئاسي

رقم 01/94، بتاريخ 13/02/1994، ج. ر. ع. 1، لسنة 1994.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

أي "مجلس التوفيق"، إلا أن إجراءات اللجوء إليه كانت أكثر شكلية من تلك المتبعة في اختيار الموفق الفردي¹.

ويمكن أن يدرج شرط اتفاق على التوفيق في شكل شرط في العقد أو في شكل اتفاق لاحق تتم الموافقة عليه ضمناً، كما هو الحال عند لجوء أحد الأطراف إلى مؤسسة أو منظمة مختصة بشؤون التوفيق طالبا منها البدء بإجراءات التوفيق، فتقوم الأخيرة بعرض هذا الطلب على الطرف الآخر، والذي بدوره قد يقبل العرض وعندئذ تبدأ إجراءات التوفيق².

ب- من حيث سلطة الموفق

تكمن سلطة الموفق في البحث عن الحل الودي المناسب لكل الطرفين، وإن يعرض عليهما مقترحات تكون مقبولة لهم والذي بموجبه ينهي النزاع، كما يجب أن يعرف نقاط النزاع بكل دقة وذلك بحصرها وتحديد طبيعتها، شريطة أن تكون المعلومات المقدمة من الطرفين دقيقة وغير مبهمة، وهذا ما أكدته المادة 34 من اتفاقية واشنطن³ على إلزام طرفي النزاع بالتعاون بحسن النية مع لجنة الموفقين حتى يتسنى لها أن تقوم بوظيفتها، وكذلك من لائحة التوفيق أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار⁴، وهذا ما أكدته أيضا الاتفاقية العربية الموحدة لسنة 1980 عندما نصت المادة 1/2 منها "على الأطراف تزويد الموفق بالبيانات التي تساعد على القيام بمهمته"⁴، إلا أنه يجب على الموفق أن يقترح حلاً وسطاً

¹ - رغم الاختلاف بين التوفيق الفردي والتوفيق بواسطة هيئة، ثمة تشابه جوهري بينهما وهو أن العمل في حالة الهيئة ينتقل بشكل رئيسي إلى رئيسها الذي يقوم بمهام المجلس كطرف ثالث محايد مستعملاً بذلك طرق وتقنيات الموفق الفردي، وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص 566.

² - بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص 419.

³ - قبائلي الطيب، نظام تسوية المنازعات في إطار المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2002، ص 78.

⁴ - بوالقرارة زايد، تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، الجزائر، 2011، ص 19.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

وليس حكم، وان يطرح عليهم مقترحات تكون مقبولة دون أن يفرض عليهم سلطته لقبول هذا الحل.

ج- من حيث انتهاء التوفيق

تختتم عملية التوفيق بكتابة الموفق (فردا كان أم هيئة) تقريراً نهائياً عن تدخله في النزاع¹، هذا التدخل الذي يسفر بدوره إما بالإيجاب أو بالسلب، بمعنى أنه يمكن أن ينتهي النزاع بين المستثمر و طالب الاستثمار بالوصول الى حل مجدي ، او بإحالة النزاع للطرق القضائية أو التحكيمية، ورغم ذلك قد يتدخل الموفق أيضا لمساعدة الأطراف في عدة قضايا هامة كاختيار المحكم او رسم حدود صلاحياته، او لإظهار فيما لو كانت الشكليات المطلوبة بموجب قانون المختص لإحالة النزاع إلى التحكيم قد تمت مراعاتها من قبل المتعاقدين².

اما من حيث المدة التي بموجبها يعمل الموفق على إيجاد حل ودي منذ تاريخ إشعاره بالنزاع، تحددها اغلب التشريعات بستة أشهر وهي مدة نهائية وذلك من اجل تسوية النزاع في اقرب وقت، وهذا ما اتفقت عليه الدولة الجزائرية أيضا في اغلب الاتفاقيات المنعقدة مع العديد من الدول نظرا لخصوصية هذه النزاعات³، لكن اغلب الفقهاء يؤكدون ان هذه المدة مأخوذة من الاتفاقيات المبرمة بان الحرب الماضية التي كان النزاع يسوى خلالها، ولا يمكن تطبيقها على النزاعات الاستثمارية نظرا لتعقيديها حيث تبدو أنها غير كافية لذلك⁴.

¹-وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص655.

²وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص655.

³-نص المادة 02/07 من الاتفاقية الجزائرية الرومانية، والمادة 02 /07 من الاتفاقية الجزائرية الأردنية المتعلقةان بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الأولى الموقعة بالجزائر بتاريخ 1994/06/28، ج.ر.ع 69، المؤرخة في 1994/10/23، ص05، والثانية الموقعة في عمان بتاريخ 1996/08/01، ج.ر.ع 20، المؤرخة في 1994/04/06، ص04.

⁴-بوالقرارة زايدن مرجع سابق، ص20.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

ثالثا: الخبرة الفنية

قد ينشب خلاف بين اطراف العقد ولا تجدي الطرق الودية -سאלفة الذكر- في وضع حد له، ولا يرغب اي منهم في رفع الامر للقضاء او للتحكيم، من هنا تظهر أهمية الخبرة الفنية كوسيلة خاصة لتسوية منازعات عقد الاستثمار التكنولوجي، حيث تساعد على استمرار التعاون بين أطرافها¹، لاسيما في العقود التي تهدف الى خلق مجتمعات صناعية كاملة مثل عقود تسليم المفتاح في اليد أو في عقود تسليم الإنتاج في اليد، حين يساعد الخبراء في تحديد السبب الذي أدى الى عدم كفاية أداء المشروع الذي يتم تنفيذه بعد التسليم النهائي²، ومنه سوف نسلط الضوء على هذه الطريقة ببيان تعريف لها، ثم نبين إجراءات تسوية النزاع عن طريقها.

1-تعريف الخبرة الفنية

لم تولي التشريعات اهتماما كبيرا بتعريف الخبرة الفنية وتركها هذه المسألة للفقه القانوني، وبالرجوع إلى التعريفات الفقهية نجد معظمها تعرض لتعريف الخبرة في المسائل الجزائية لا تلك الخبرة التي يتفق الأطراف عليها لتسوية الخلافات التي قد تنشأ بينهم، إلا أننا يمكن تعريفها على أنها الاستشارة الفنية التي يستعين بها الأطراف في تقدير المسائل الفنية التي يحتاج تقديرها إلى دراية علمية لتوضيح الرؤى لكل منهما بشكل يسهل فهمها وإدراكها، وهي بذلك أسلوب حديث نسبي يتم فيه اللجوء إلى خبير فني يكون طرفا محايدا وعلى دراية بطبيعة التقنية او الخدمة محل التعامل، من اجل فهم موضوع النزاع ووضع الحل المناسب له، بل انه لا يجوز للمحكمة أن تقضي في مسائل فنية بعلمها بل يجب الرجوع فيها إلى رأي أهل الخبرة، وذلك لما للخبير من قدرة تفوق غيره على تحديد المسؤوليات بالإضافة إلى

¹-صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، مرجع سابق، ص149.

²-نصيرة بوجمعة، مرجع سابق، ص388.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

سرعة تدخله، الأمر الذي يفسر بدوره تدخله حتى أثناء إجراءات التقاضي أو التحكيم¹، للاستئناس برأيه في المسائل الفنية المعقدة التي يحتويها العقد عند إصدار الحكم في المسائل القانونية². فقد اظهر الواقع العملي ارتباط العديد من المنازعات الناجمة عن عقد الاستثمار التكنولوجي إلى أسباب فنية بحتة تتعلق بعيوب خفية في الآلة، أو نتيجة عدم مطابقة التكنولوجيا للمواصفات المتفق عليها عقدياً، أو مدى إحرازها للتقدم التكنولوجي ومراعاتها لمعايير الجودة المتعارف عليها، أو مدى الوفاء بالتزام الضمان بشكل عام³.

2- إجراءات الخبرة الفنية

ان الحديث عن إجراءات الخبرة الفنية يقودنا بالدرجة الأولى البحث عن كيفية تعيين الخبير الفني وزمن تدخله، وكذا نطاق تدخل الخبير الفني وأهم مهامه وذلك على النحو التالي:

أ- من حيث تعيين الخبير الفني

فيما يخص حرية تعيين الخبير فقد يتفق الأطراف ابتداءً في وثيقة العقد على تعيين خبير منفرد أو على تعيين أكثر من واحد في شكل لجنة ثلاثية يعين كل منهم واحد على أن

¹ -ومهمة الخبير هنا تكون مستقلة عن مهمة المحكم فلا تستأنف قرارات الخبير امام المحكم، ولا يغني تقريره عن اجراء التحكيم، كما لا يقيد تقريره المحكم عند نظر النزاع، ومع ذلك فقد يقتنع أطراف النزاع برأي الخبير فينهيان النزاع بينهما صلحا وفق لرأي الأخير، محسن شفيق، نقل التكنولوجيا...، مرجع سابق، ص 101-102.

² -يذكر ان تدخل الخبير الفني قبل اللجوء الى التحكيم يكون اكثر فعالية في تدارك المشكلة الحقيقية للنزاع، ومن ثم اقترح الحل الملائم له، اما بعد اللجوء الى التحكيم فإن فعالية الخبرة تقل عن سابقتها، وذلك سبب طول فترة الاجراءات مما يؤدي الى تباعد زمن حدوث وقائع المسألة عن زمن بحثها من قبل الخبير المكلف ومن ثم تتعقد عليه تحديد عناصر المسؤولية بشكل دقيق، صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين ...، المرجع السابق، ص 149-150.

³ -وفاء مزيد فالحوط، مرجع سابق، ص 656-657، نصيرة بوجمعة سعدى، مرجع سابق، ص 388.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

يعين الثالث باتفاق الخبيرين المعينين أو بمعرفة جهة أو شخص يتفق عليه، كأن يناط برئيس غرفة التجارة الدولية بباريس القيام بهذه المهمة¹.

إما عن وقت تدخل الخبير فإما أن يتدخل بداية واستقلالاً عن إجراءات التحكيم، وهو ما يفضل عادة أطراف العقد وذلك من خلال إدراج بند يوصي باللجوء إلى الخبراء قبل التحكيم،¹ وإن يأتي تدخله معاصراً لتلك الإجراءات أو بعد انتهائها، إلا أنه يرد هنا بعد مضي فترة طويلة من قيام أسباب النزاع مما قد يتعذر معه تحديد المسؤولية².

ب- من حيث سلطة الخبير الفني

أما فيما يخص سلطات الخبير الفني فتتحدد بموجب شروط العقد، وقد تقتصر على الجانب التقني كالبحث عن أسباب نقص كفاءة التكنولوجيا المقدمة، وقد تتسع لتشمل الجانب القانوني كتدخله في ظروف طلب إعادة التوازن أو وجود قوة قاهرة، كذلك قد يتخذ صفة مختلطة كما لو طلب منه تقدير قيمة التعويض، إذ يضطر آنذاك إلى أن يأخذ في اعتباره العناصر الفنية والقانونية كأساس لتقدير قيمة ذلك التعويض³.

ورغم الدور الذي يقوم به الخبير في الكثير من عقود التجارة الدولية ولاسيما عقود الاستثمار التكنولوجي إلا أن لقراره عموماً طبيعة تعاقدية محضة لا تقبل التنفيذ جبراً كحكم التحكيم⁴ -الذي سنشير إليه لاحقاً- وإنما يقتصر دوره على إبداء الرأي والملاحظات فيما

¹-صالح الطيار، مرجع سابق، ص364، و صالح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين...، مرجع سابق، ص151

²-صالح بن بكر الطيار، مرجع نفسه، ص365.

³-صالح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين...، مرجع سابق، ص151، وفاء مزيد فلحوط، مرجع السابق، ص659.

⁴- ما لم تكن نية الأطراف صريحة وواضحة في لجوءهم إليه للفضل في الخلاف الناجم عن التعارض الذي لم يتمكنوا من رفعه، فالعبرة هنا ليست بالألفاظ إذ يعد محكماً كل من كلفه الخصوم للفصل في النزاع ولو قاموا بتسميته خبيراً أو مستشاراً، أما إذا قرر الأطراف أن يكون قرار الشخص المكلف بنظر النزاع استشارياً فإن الأمر يكون خبرة وليس تحكيمياً. وفاء مزيد فلحوط، مرجع نفسه، ص660.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

يطرح عليه من مسائل، وذلك من خلال التقدير الذي يتم إعداده لهذا الغرض¹، إلا إذا اتفق الطرفان أن يكون قرار الخبير ملزم ضمن شروط العقد أو بعد صدور القرار².

الفرع الثاني: الوسائل القضائية لحسم منازعات عقد الاستثمار التكنولوجي

مع فشل الطرق الودية في تسوية النزاع يلجأ الأطراف عادة إلى احد الخيارين، وهما التحكيم او القضاء، اذ بمقتضاها يمكن الوصول إلى أحكام ملزمة لأطراف النزاع ويتم تنفيذها، وحتى في حالة التحكيم قد يقتضي الأمر اللجوء إلى المحاكم لتنفيذ قرار المحكمين³.

واللجوء الى القضاء في المنازعات الناشئة عن العقود الدولية يجب ان يتجه الى المحكمة المختصة، وذلك يعني انه ليس بالضرورة ان تكون المحاكم الوطنية لأحد أطراف العقد هي المختصة، وإنما يمكن ان يكون القضاء الدولي هو المختص للنظر في النزاع، وهو ما يقصد به بيان الحدود التي تباشر الدولة سلطاتها القضائية بالمقابلة للحدود التي تباشر فيها الدول الأخرى هذه السلطات، وهو ما يعني تحديد القضاء المختص من الوجهة الدولية لنظر المنازعة المشتملة على عنصر أجنبي في ميدان القانون الخاص، او تعيين الجهة القضائية المختصة للفصل في الخصومات من خلال تحديد سيادة السلطة للدولة إزاء سيادة السلطة القضائية للدول الأجنبية⁴.

ولكون عقد الاستثمار التكنولوجي من العقود الدولية، فإن القضاء المختص بالنظر في النزاع قد يكون وطنيا(داخليا) أو دوليا، لذلك سيتم تقسيم هذا الفرع إلى جزأين يخصص الأول

¹-بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص423.

²-نصيرة بوجمعة سعدى، المرجع السابق، ص389-390.

³-دليل التراخيص، مرجع سابق، ف643، ص134، إضافة إلى الفقرة644، ص135.

⁴-محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص359.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

منه لبيان القضاء الوطني كوسيلة لفض المنازعات، أما الآخر فيخصص لبيان القضاء الدولي في التسوية.

أولاً: القضاء الداخلي (الوطني) وسيلة لفض المنازعات

يعتبر القضاء الداخلي صاحب الاختصاص الأصيل بالفصل في منازعات عقود الاستثمار التكنولوجي، و يمكن اللجوء في تسوية منازعات هذه العقود إلى محاكم الدولة لنظر القضية وإصدار حكم في موضوع النزاع، إذ يمكن للأطراف اللجوء إلى المحاكم الوطنية للدولة طالبة الاستثمار، وهذا تطبيقاً لمبدأ سيادة الدولة على الأشخاص والأموال الموجودة على إقليمها ما لم يوجد بند متفق عليه مسبقاً¹، أو اللجوء إلى محاكم الدولة التي يتبع لها المستثمر الأجنبي أو إلى محاكم دولة ثالثة، وسنتكلم عن الصور الثلاث المتقدمة على النحو التالي:

1- القضاء الداخلي للدولة طالبة الاستثمار

يعتبر خضوع منازعات الاستثمار الأجنبي إلى القضاء الداخلي للدولة طالبة الاستثمار كمبدأ عام معترف به دولياً وداخلياً ولدى أغلب الدول النامية، وقد اتضح ذلك خاصة في قوانينها الوطنية المتعلقة بالاستثمار أو في بعض الاتفاقيات المبرمة مع الدول الأخرى في مجال الاستثمار، والسبب في ذلك يكمن في أن الدول النامية غيرة على سيادتها الوطنية وبالأخص على مواردها الطبيعية، بالإضافة إلى ضرورة استنفاد المستثمر الأجنبي للوسائل التي يتيحها القانون الداخلي للدولة المضيفة، والتي تسمى بقاعدة استنفاد إجراءات التقاضي الداخلية².

¹ - زروق يوسف و رقاب عبد القادر، ضمانات وحوافز الاستثمار الأجنبي في الجزائر وفق قانون 09/16، مجلة العلوم

القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، المجلد 02، العدد 08، 2017/12/01، الجزائر، ص106

² - بالقرارة زيد، مرجع سابق، ص25.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

وعموما فإنه يصار في مسألة الخضوع للقضاء الداخلي للدولة طالبة الاستثمار بأحد الأسلوبين:

الأول: أن يشار في عقد الاستثمار التكنولوجي إلى ضرورة انعقاد النظر في النزاعات التي قد تنشأ مستقبلا للقضاء الوطني للدولة طالبة الاستثمار¹، وهذا الأمر يتجسد بشكل واضح في المادة 1/23 من العقد المبرم بين مصر وشركة Amoco والتي نصت على أنه "يلزم إحالة أي نزاع ينشأ بين الحكومة والأطراف وحول تفسير أو تطبيق أو تنفيذ الاتفاقية إلى محاكم جمهورية مصر العربية المختصة"².

الثاني: أن تستند الدولة طالبة الاستثمار لأحكام قوانينها الوطنية التي تقضي بعرض مثل تلك النزاعات على قضائها الوطني³، من ذلك ما نص عليه المشرع المصري في المادة 87 من قانون التجارة الجديد⁴، والذي قرر بموجبها معاملة العقود التي تتضمن استثمارا للتكنولوجيا معاملة خاصة من حيث جهة المحاكم المختصة بنظرها، واعتبر جميع المنازعات التي تثيرها هذه العقود من اختصاص المحاكم المصرية على سبيل الحصر، طالما انطبق عليها المفهوم الذي أقرته المادة 72 من ذات القانون⁵، وبذلك فإن المشرع عند تحديده الاختصاص القضائي للمحاكم المصرية بالفصل في المنازعات التي تنشأ عن عقد الاستثمار التكنولوجي استرشد بالقاعدة العامة للسريان المكاني للعقد، والتي رسمت النطاق

¹ - مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 456.

² - صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا...، مرجع سابق، ص 117.

³ - مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 456.

⁴ - تنص المادة 87 على أنه: "تختص المحاكم المصرية بالفصل في المنازعات التي تنشأ عن عقد نقل التكنولوجيا المشار إليه في المادة 72 من هذا القانون، ويجوز الاتفاق على تسوية النزاع وديا أو بطريق التحكيم...، وكل اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلا".

⁵ - نصت المادة 72 على ما يلي "تسري أحكام القانون التجاري المصري على كل عقد نقل التكنولوجيا لاستخدامها في جمهورية مصر العربية سواء أكان هذا النقل دوليا يقع عبر الحدود الإقليمية لمصر أم داخليا ولا عبره في الحالتين لجنسية أطراف الاتفاق أو محل إقامتهم".

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

المسموح به مكانيا سواء لاستثمار التكنولوجيا واستخدامها دوليا عبر الحدود الإقليمية أم داخليا، دون ما اعتبار لجنسية أطراف العقد او لمواطنهم¹.

ولا يختلف الأمر كثيرا في الجزائر، فمن المعلوم انه لا يوجد تنظيم تشريعي خاص بعقد الاستثمار التكنولوجي يوضح فيه الاختصاص القضائي للمحاكم الجزائرية، إلا انه بالرجوع لقانون الاستثمار 09/16 والخاص بتنظيم الاستثمار الأجنبي في الجزائر عندما أوضح بأن الاختصاص القضائي الجزائري هو صاحب الاختصاص الأصيل في حل النزاعات الناشئة بين الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي، وذلك من خلال نص المادة 24 الذي جاء فيها: "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر او يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا...".

والملاحظ من عرض النزاع أمام القضاء الداخلي للدولة طالبة الاستثمار وبالرغم من النص على ضمانات تكفل سلامة العدالة التي يهدف إليها المتقاضي أمامها، إلا انه قد تعرض للعديد من الانتقادات التي تشكك في قدرته على حسم منازعات عقود الاستثمار التكنولوجي حيث أصبحت هناك قناعة شبه عامة بأن التسوية القضائية ليست أفضل الوسائل لحسم مثل تلك المنازعات، ويرجع ذلك لعدة أسباب منها ان المحاكم قد لا تكون قادرة على البت في المنازعات التقنية والفنية المعقدة التي تثيرها هذه العقود، فالقائمين على الأمر فيها لا يملكون التدريب والخبرة الفنية الكاملة لحسم مثل هكذا منازعات²، كذلك فإن انتماء القاضي الوطني إلى الدولة الخصم في المنازعة وأيا ما كانت المزايا التي يتمتع بها من استقلال وحياد عن الدولة ذاتها، فانه في نهاية المطاف قضاء غير محايد لعدة أسباب منها تأثير الدولة على هذا القضاء، أو بسبب تأثر هذا الأخير بالتيارات الفكرية والسياسية

¹ - بالقرارة زيد، مرجع سابق، ص 27.

² - بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص 437.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

السائدة في تلك الدولة، أو تحيز القاضي لمصلحة دولته، ولنفس الأسباب لا تفضل المؤسسات طالبة التكنولوجيا إخضاع منازعاتها أمام قضاء دولة المستثمر وذلك خشية عدم حياده¹، وغيره من الأسباب التي جعلت من المتنازعين يفضلون اللجوء إلى التحكيم الدولي الذي يعتبرانه الوسيلة الأنسب.

2-القضاء الوطني للمستثمر أو قضاء دولة ثالثة

قد تدفع ظروف القضية المستثمر الأجنبي الى رفع دعوى امام محاكم دولته الوطنية، او محاكم دولة ثالثة، ومن حيث المبدأ يستطيع الشخص الأجنبي الخاص المتعاقد مع الدولة طالبة الاستثمار أن يلجا إلى قضاء دولته أو قضاء دولة ثالثة لتسوية المنازعات التي قد تنشأ بينه وبين الدولة طالبة الاستثمار بيد إن ذلك يتوقف على مدى تطبيق مبدأ الحصانة القضائية للدولة ذات السيادة².

وهكذا فقد ادى تطور وظائف الدولة وتوسع نشاطها الى بروز عدة اتجاهات فقهية حول حصانتها، وتتمركز تلك الاتجاهات في محورين، الاول ينادي بالحصانة او الاعفاء المطلق من الخضوع لقضاء المحاكم الوطنية في جميع المنازعات التي تكون طرفا فيها الا برضاها، والثاني ينادي بالحصانة النسبية، اذ يتحدد الخضوع للقضاء الوطني من عدمه حسب طبيعة النشاط الممارس اذا ما كان من قبيل اعمال السيادة او من قبيل اعمال الادارة العادية³.

والملاحظ بشكل عام هو ندرة لجوء المتخاصمين لحل منازعتهم عن طريق محاكم دولة المستثمر او محاكم دولة ثالثة، ، لأن اللجوء إلى هاذين الخيارين لا يمكن أن يسهم كثيرا في تسوية النزاع بين الدولة المستضيفة للاستثمار وبين المستثمر الأجنبي، وذلك لعدة أسباب

¹-صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا...، مرجع سابق، ص155.

²-مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق ، ص461.

³-مرجع نفسه، ص462.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

تتعلق بسيادة الدولة طالبة الاستثمار وحصانتها وعدم إمكانية خضوعها بأية صورة من الصور لسلطات القضاء في دول أخرى، فمقاضاة الدولة أمام محاكم دولة معينة أخرى ينطوي على انتهاك صارخ لسيادتها ومساس باستقلالها¹، كذلك ليس من مصلحة المستثمر فعل ذلك لأنه اذا حصل على حكم قضاء دولته او دولة ثالثة فما قيمته، خاصة في حالة عدم وجود اموال يمكن التنفيذ عليها تخص الدولة المضيفة لدى دولة المستثمر او الدولة الثالثة، وهو ما لا يسهم في حل منازعات الاستثمار².

2-القضاء الدولي كوسيلة لتسوية منازعات عقد الاستثمار التكنولوجي

بعد التطور الرهيب الذي عرفه المجتمع الدولي ووصوله الى ما يسمى بعصر التنظيم الدولي الذي تكاد تنعدم فيه القوة المفرطة، أصبحت حرية الدول وسيادتها تقف حين تبدأ سيادة الدول الأخرى، بعدما كانت الدول ترفض بوجود سلطة قضائية عليا تحكمها في بعض المسائل القانونية، الأمر الذي جعل من القضاء الدولي اليوم من أهم الوسائل لفض منازعات عقود الاستثمار الدولية بصفة عامة، بين تمسك المستثمر باللجوء اليها لاعتقاده بأنها تتميز بالاستقلالية والحيادية، وتوفير ضمانات قانونية على حقوقه، وبين دولة تسعى لتأمين بيئة استثمارية كفيلة لجذب الاستثمار الأجنبي، وتبديد مخاوف المستثمر الأجنبي من القضاء الوطني³، وتجدر الإشارة ان هذه الوسيلة تباشر عملها وفق عدة أجهزة سنعمل على تعدادها فيما يلي:

¹ -بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص429.

² -فتيسي شمامة، منازعات الاستثمار الأجنبي في الجزائر بين القضاء الوطني والتحكيم التجاري الدولي، مجلة صوت القانون، المجلد السادس، العدد02، نوفمبر2019، هامش27، ص1279.

³ -رضوان ربيعة، فض منازعات عقود الاستثمار الدولية بين القضاء والتحكيم، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون الاستثمار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2019-2020، ص32.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

أ- محكمة العدل الدولية

تعد محكمة العدل الدولية احد الأجهزة الرئيسية التي أوردتها المادة 1/7 من ميثاق الأمم المتحدة، وتبرز أهميتها ضمن هذه الأجهزة وفقا لما نصت عليه المادة 92 من الميثاق، حيث نص صراحة على أنها الأداة القضائية الاساسية لها،¹ أما فيما يتعلق باختصاص محكمة العدل الدولية في حسم منازعات الاستثمار فان المادة 34 من النظام الأساسي لهذه الأخيرة حصرت اختصاص المحكمة في الفصل في منازعات الناشئة بين الدول فقط ، الأمر الذي يعني عدم منح المستثمر الأجنبي فردا كان أم شركة حق المثل أمام هذه المحكمة مباشرة، وبالتالي فان الوسيلة الوحيدة لعقد اختصاصها هو قيام دولة المستثمر الأجنبي بعرض النزاع على هذه المحكمة استنادا إلى مبدأ الحماية الدبلوماسية، حيث يعترف الفقه الدولي بحق الدول في حماية حقوق و مصالح رعاياها نتيجة مخالفة دولة أخرى لأحكام وقواعد القانون الدولي.²

ب- محكمة التحكيم الدائمة

هي منظمة دولية مقرها في لاهاي بهولندا، وهي توفر للمجتمع الدولي خدمات متنوعة في مجال حل النزاعات، تأسست عام 1899 نتيجة لمؤتمر لاهاي للسلام، مما جعلها أقدم مؤسسة للتسوية الدولية³، أما عن دورها في حل المنازعات الاستثمارية فهذه المحكمة لا تخرج عن كونها هيئة ينتهي دورها بمجرد الفصل في النزاع المعروض عليها، إذ أنها لا تعتبر محكمة بالمعنى الدقيق لهذا المصطلح، كما أنها كانت تختص فقط بتسوية المنازعات بين الدول الأطراف في اتفاقية لاهاي لسنة 1907 إلى أن وافق المجلس الإداري التابع لها

¹-مرتضى جمعة عاشور ، مرجع نفسه ، ص464.

²-سالم ليلي ،الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمر الأجنبي ،رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق ،جامعة وهران، 2011/2012، ص218.

³-دريد محمد السامرائي،الاستثمار الأجنبي،المعوقات والضمانات القانونية، ط.1، مركز دراسات الوحدة العربية، لبنان، 2006، ص323.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

على الاعتماد على قواعد التوفيق والتحكيم لتسوية المنازعات التي تقوم بين دولة ما واحد أشخاص القانون الخاص، وبالتالي أصبح بإمكان هذه المحكمة أن تفصل في المنازعات التي تنشأ بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، إلا أن هذه الإمكانية لم تفسح المجال أمام كل المستثمرين الخواص باللجوء إلى محكمة التحكيم الدائمة، إذ ينبغي أن تكون الدولة التي يحمل المستثمر الأجنبي جنسيتها طرف في اتفاقية لاهاي 1907¹.

ج- محكمة الاستثمار العربية

أنشئت بموجب الاتفاقية الموحدة للاستثمار لرؤوس الأموال العربية الدول العربية لسنة 1980، وتم وضع نظامها الأساسي من قبل الهيئة العربية للاستثمار سنة 1985، بينما لم يتم تشكيلها حتى سنة 1991 بموجب قرار المجلس الاقتصادي لجامعة الدول العربية، وتختص هذه المحكمة بتسوية المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام الاتفاقية المنشئة لها، حيث أصبح بإمكان المستثمر العربي اللجوء إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة أو لهذه المحكمة، إلا أنه لا يستطيع إقامة دعواه أمام كل منهما في نفس الوقت وذلك استناداً إلى المادة 31 من الاتفاقية الموحدة لرؤوس الأموال في الدول العربية لسنة 1980، وتعتبر أحكامها نهائية غير قابلة لأي طعن وتنفذ في الدول العربية الأطراف في الاتفاقية وتأخذ حكم الأحكام الصادرة من محاكمها الوطنية، إلا أنه واستناداً للمادة 35 من هذه الاتفاقية فإن المحكمة تستطيع إعادة النظر في الأحكام التي تصدرها إذا تضمن انتهاكاً جسيماً لقاعدة أساسية من هذه الاتفاقية، أو عند اكتشافها وقائع جديدة حسب ما نصت عليه المادة 60 من ذات الاتفاقية²، الأمر الذي يعتبر تطوراً ملموساً على المستوى العربي في حسم النزاعات الاستثمارية ومنح المستثمر العربي الثقة اللازمة التي تجعله يقدم على الاستثمار في الدول العربية.

¹-سالم ليلي، مرجع سابق، ص219.

²-المرجع نفسه، ص220.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

ويلاحظ أن اللجوء إلى هذا النوع من الوسائل في حسم النزاع مجهود ومرهق جدا لكثرة الشروط الموضوعية من اجل النظر في النزاع، كضرورة طلب المستثمر الحماية الدبلوماسية قبل البدء في إجراءات التقاضي الدولي -المشار إليها سابقا في المادة 34 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية-، إضافة لمحدودية الاختصاص لبعض الأجهزة مثل محكمة التحكيم الدائمة، وكذا محكمة الاستثمار العربية على الرغم من ان هذين الجهازين يمثلان قضاء متخصص للفصل في النزاع الذي يثور بين المستثمر الأجنبي و الدولة طالبة الاستثمار، فمثلا يتعذر على اغلب مستثمري الدول النامية من اللجوء إلى محكمة التحكيم الدائمة إذا لم تكن طرفا في اتفاقية مؤتمر السلام الدولي الثانية لعام 1907، لذا ليس لها جدوى إلا على دول الأعضاء فيها فقط، وهو نفس الحال بالنسبة لمحكمة الاستثمار العربية التي اشترطت أن يكون أطراف النزاع له خصوصية عربية، مما أضحى يعرف غياب شبه تام في اللجوء والفصل في المنازعات الاستثمارية.

الفرع الثالث: التحكيم كقضاء خاص اتفاقي لنظر منازعات عقد الاستثمار

التكنولوجي

نظرا لكثرة الانتقادات التي تعترض القضاء الداخلي كوسيلة في حسم النزاعات الاستثمارية، ومع غياب القضاء الدولي والمعني بنظر علاقات القانون الخاص، فقد اتجهت رغبة المتعاقدين في الأسواق الدولية إلى التحكيم التجاري للتخلص من القيود الموجودة في الأنظمة القانونية لمختلف الدول، ولذلك كان إذا لم يتفق أطراف عقد الاستثمار التكنولوجي من تسوية خلافهم بالطرق الودية، كثيرا ما يقضي اتفاقهم بالرجوع إلى التحكيم، ويبدو ان ظاهرة ارتباط العقود الدولية باتفاقية التحكيم قد غدت ظاهرة معاصرة ترافق غالبية العقود بصرف النظر عن موضوعها.

وانطلاقا من أهمية هذه الوسيلة من كثرت اللجوء إليها، سنقف عندها بشيء من التفصيل دون التعرض لمجمل جوانبها نظرا لما يحتاجه ذلك من دراسات مستفيضة تخرج

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

عن نطاق البحث، وبناءا عليه سنشير إلى أهم القواعد العامة في التحكيم مما يمكن إسقاطه على عقدنا المدروس، وذلك من خلال تحديد مفهوم هذا الاتفاق في العقد، لنصل إلى أهم قواعده الأكثر ارتباطا بعقود الاستثمار التكنولوجي، ونعني على وجه الخصوص كل من شروطه وإشكاله وأثاره، ثم نختم حديثنا عن هذه الوسيلة بتقييم نهائي عنه من خلال بيان مدى ملائمة في تسوية منازعات عقود الاستثمار التكنولوجي.

أولاً: مفهوم اتفاق التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي

يمتاز عقد الاستثمار التكنولوجي بكونه عقدا يربط بين الاستثمار والتكنولوجيا وهذا ما يعطيه طبيعة خاصة تنعكس على ما يدرج فيه من بنود، ومن ضمنها اتفاق التحكيم الذي يحتل حيزا كبيرا في تسوية المنازعات الناشئة عن هذا العقد، وناقش في هذا الفرع التعريف باتفاق التحكيم كنظام معترف به عالميا من حيث مضمونه، ومن ثم إسباغ الوصف القانوني له في ضوء القوالب القانونية القائمة.

1-مضمون اتفاق التحكيم

إن مضمون اتفاق التحكيم عبارة عن اتفاق بين طرفين قوامه إحالة النزاع إلى شخص أو أشخاص أنيطت لهم مهمة الفصل في النزاع بدلا من أن يحال إلى القضاء، وعلى هذا الأساس فإن الاتفاق على التحكيم يعد بمثابة تنازل الخصوم منذ البداية عن اللجوء إلى القضاء الرسمي والتعهد بالإرادة الصريحة بأن يتم حل أي نزاع يقع بطريقة اتفاقية أي عن طريق التحكيم، فالقاعدة العامة في هذا الشأن هي انه لا تحكيم بدون اتفاق تحكيم¹،

ويرد هذا الاتفاق على احد الشكليين إما على شكل شرط في العقد، اي يرد ضمن بنود عقد الاستثمار التكنولوجي يقرر فيه اللجوء الى التحكيم لحل المنازعات التي قد تثور

¹ -بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص442.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

مستقبلا بين المتعاقدين حول العقد وتنفيذه¹، او على شكل مشاركة التحكيم، اي ان يتفق الاطراف بعد نشوب النزاع على عرضه على التحكيم طبقا لاتفاق مكتوب يحدد فيه الأطراف موضوع النزاع وأسماء المحكمين ومكان التحكيم وإجراءات التحكيم².

وأيا كان شكل الاتفاق يجب ان تتوافر فيه شروط عامة لتصبح معها الالتزامات صحيحة كالرضي والأهلية والمحل والسبب، وشروط خاصة كتحديد موضوع النزاع وتعين المحكمين والكتابة³.

ويترتب على إبرام اتفاق التحكيم سواء كان شرطا او مشاركة متى استوفى شروطه وأحكامه اثار قانونية منها التزام أطراف الاتفاق بعرض نزاعهم على التحكيم بدلا من اللجوء الى القضاء الرسمي وقبولهم طوعيه بالحكم الذي يصدر عن طريق المحكم او هيئة التحكيم، فيكون بحسب الأصل ملزما لأطرافه ما لم يطعن فيه احدهم ، فأحكام التحكيم تحوز حجية الأمر المقضي به⁴، وفي ذلك تنص المادة 1031 قانون إ م إ على: "تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه"، كذلك فإن

¹ -عرفته المادة 1007 من قانون إ.م.إ: "شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بموجب المادة 1006 أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا التحكيم"، الا ان ذلك لا يمنع من ورود هذا الشرط في وثيقة مستقلة تلتحق بالعقد الأصلي تنص على اللجوء للتحكيم قبل نشوء أي نزاع، وهذا التحديد هام في عقد الاستثمار التكنولوجي اذ ان الورقة او العقد المستقل يشتمل على تفصيل اكثر الامور المتعلقة بالتحكيم، كوقت بدايته واجراءاته وكيفية تشكيل هيئة التحكيم..الخ، فضلا على انه يؤكد استقلالية اتفاق التحكيم عن عقد الاستثمار التكنولوجي فبطلان الاول لا يؤدي الى بطلان الاخير واستنادا الى فكرة استقلال كل منها عن الاخر، ويشترط كقاعدة عامة ان يكون هذا الشرط واضحا ليس فيه لبس او غموض، غني ريسان جادر الساعدي، الجديد في اشكاليات المسؤولية المدنية "دراسة مقارنة"، ط 1، المركز العربي للنشر والتوزيع، 2020، ص 68، بل ورغم تضمين العقد الاصلي شرط التحكيم واعتباره جزء من ذلك العقد الا انه يعتبر مستقلا تمام الاستقلال عنه، فقد اقرت العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية صراحة مبدأ استقلالية شرط الحكم بصفة عامة، كما ذهب القضاء في بعض الدول الى الاعتراف بهذا المبدأ، لمزيد من التفاصيل بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص 450-451.

² عرفته المادة 1011 من قانون إ.م.إ: "الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوبه على التحكيم".

³ -لمزيد من التفاصيل في الشروط الموضوعية العامة والخاصة لصحة اتفاق التحكيم ينظر في غني ريسان جادر الساعدي، مرجع سابق ، ص 74-88.

⁴ -محمود مختار بربري ، التحكيم التجاري الدولي ، ط 03 ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 6.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

الآثر الذي يترتب على وجود اتفاق التحكيم ليس التزام المتخاصمين به فقط، بل يمتد إلى القضاء ويتعين على المحاكم احترامه ويترجم في الواقع العملي إلى إجراء قضائي وهو عدم قبول نظر الدعوى طالما وجد اتفاق التحكيم، ولما كان هذا الاتفاق مقرر لمصلحة الخصوم ولا يتعلق بالنظام العام، فقد تطلب المشرع تمسك أحد الخصوم بذلك قبل ابدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى كي تمتنع المحكمة من النظر فيها، حتى لو تمسك الطرف الآخر بإمكانية تصدي القضاء للفصل في ذلك النزاع، على أنه يجوز للأطراف التنازل عن هذا الحق والالتجاء إلى القضاء المختص أصلاً ورفض اتفاق التحكيم، وبذلك يكونوا قد عاد وإلى الأصل ورفضوا الاستثناء¹.

2- الطبيعة القانونية للتحكيم

يبرز التحكيم من خلال عمليتين متميزتين، فالعمل الأول هو اتفاق الأطراف المتنازعة للجوء إلى التحكيم لحل النزاع سواء كان اتفاقهما شرطاً أو مشاركة، والعمل والثاني هو الذي يقوم به المحكم الذي تم اختياره من قبل الأطراف من أجل الفصل في النزاع من خلال حكم يكون حائزاً لحجية الأمر المقضي به، وهذا الأخير عمل قضائي بخلاف عمل الأطراف الذي يعتبر عملاً إتفاقياً، وهنا يمكن أن نتساءل هل للتحكيم طابع قضائي أو طابع اتفاقي أم مزيج بين الاثنين؟.

وقد كان لهذا التساؤل أثره في تعدد الآراء الفقهية للإجابة عنه، فذهب بعضهم إلى اعتباره أنه ذو طبيعة عقدية، وذهب بعضهم الآخر إلى أنه ذو طبيعة قضائية، في حين ذهب آخرون إلى أنه ذو طبيعة مزدوجة (قضائية واتفاقية).

¹ - محمود مختار بربري، مرجع سابق، ص 6-7.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

يرى أنصار الطبيعة التعاقدية للتحكيم، أن اتفاق التحكيم هو عقدا رضائيا ملزما للجانبين¹، وإن إرادة الأطراف والتي تمخض منها اتفاق التحكيم تمثل الأساس وحجر الزاوية في جميع الأعمال التي يتشكل منها التحكيم²، كما يستند أنصار هذا الاتجاه في تدعيم رأيه إلى حجة مفادها أن هدف التحكيم يختلف عن هدف القضاء، فالتحكيم يهدف إلى تحقيق المصلحة الخاصة لأطراف النزاع بخلاف القضاء الذي يركز على تحقيق المصلحة العامة للمجتمع³، كما أن المحكم يمكن أن يكون وطنيا أو أجنبيا بخلاف القاضي الوطني، ولا يتمتع المحكم بصلاحيات القاضي الوطني من حيث إجبار الشهود بالحضور أمامه وتوقيع الغرامة عليهم في حالة الغياب وغيرها⁴.

إلا أن ما يعيب هذا الاتجاه في تدعيم رأيه انه بالغ في منح إرادة الأطراف الدور الأساسي في التحكيم، فواقع الأمر أن الأطراف لا يطلبون من المحكم الكشف عن إرادتهم وإنما الكشف عن إرادة القانون، فالمحكم هو الذي يقوم بالفصل في النزاع المعروض مطبقا في ذلك إرادة القانون وليس تطبيق إرادة الأطراف⁵، كما يعاب عليه أيضا انه يعد اتفاق الأطراف نزولا ضمنيا عن الدعوى، وهذا القول غير سليم، إذ أن نزول شخص عن حق من حقوقه يمنعه من المطالبة به مرة أخرى، وهذا خلاف ما هو موجود في التحكيم وبالأخص التحكيم الاختياري، إذ يحق للأطراف إلغاء اتفاق التحكيم ورفع الدعوى للمحكمة المختصة

¹-ابراهيم احمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، ط.04، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص29.

²- عصام الدين القسبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم "دراسة تحليلية لقواعد القانون الدولي لاتفاقي والقانون المقارن"، د ط، جامعة الإمارات العربية المتحدة، بدون سنة طبع، ص16.

³-مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص434.

⁴-عباس عبد القادر، التحكيم التجاري الدولي وأثاره، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، المجلد 09، العدد4، 2016/12/15، ص314.

⁵-منى داؤد منى دؤد، مرجع سابق، ص268.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

أصلاً بالنزاع¹، كما ان الادعاء بان المحكمين مجرد وكلاء كلام غير صحيح، فالمحكم يقوم بعمل قضائي وهو الحكم في النزاع، وهذا ما لا يستطيع الأطراف القيام به بأنفسهم².

أما أنصار الطبيعة القضائية للتحكيم، يرون أن التحكيم هو قضاء مواز لقضاء الدولة الفرق أن الأول قوامه القانون والثاني إرادة الأطراف، أما من حيث المضمون والشكل والآثار بالنسبة للحكم الصادر عنهما فهو متشابه، وكذلك بالنسبة للمركز القانوني لكل من المحكم والقاضي³، ويذهب فريق من أنصار الطبيعة القضائية للتحكيم إلى اعتباره وجه من أوجه قضاء الدولة إلى جانب القضاء العادي، وعلى هذا ابقى هذا الفريق بوجود قضائين هما قضاء التحكيم وقضاء الدولة⁴، ويضيف هذا الاتجاه في تدعيم رأيه ان ما يعول عليه في التعرف على طبيعة التحكيم هو تغليب المهمة التي يقوم بها المحكم والهدف الذي يقف وراء نظام التحكيم، وليس الوقوف عند اتفاق الأطراف فقط⁵.

وعلى أية حال لم يسلم هذا الاتجاه كسابقه من النقد رغم الحجج القوية التي ساقها المناصرين له، ومن ذلك القول بأن هناك فرق بين القاضي والمحكم فالأول يتمتع بالسلطة الولائية(الجبر والأمر) أما الثاني يقتصر دوره فقط على حل نزاع معين ولمدة محددة⁶، كما أن عمل المحكم يختلف عن عمل القاضي، خاصة في مجال العلاقات الدولية الخاصة ذات العنصر الأجنبي، فليس للمحكم في هذا المجال ما للقاضي من حصانة ودوام واستقرار، بالإضافة إلى أن انتشار هيئات التحكيم الدائمة وتطبيقها لواعد خاصة وإتباعها لإجراءات

¹-مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص434-435.

²-عصام الدين القصبي، المرجع السابق، ص17.

³-بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص464.

⁴-علاء محي الدين مصطفى أبو احمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، ط.1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص21.

⁵-مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص435.

⁶-مرجع نفسه، ص437.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

مستقلة لا تسلب الأطراف القدرة على إتباع قواعد وإجراءات أخرى، بل إمكانية اللجوء إلى تحكيم آخر، مثل التحكيم الخاص أو التحكيم الفردي¹.

ويذهب اتجاه آخر إلى التقريب بين الاتجاهين السابقين وعدم إبطال أحدهما، فكل فريق أصاب في جانب من الطرح الذي قدمه، ويستوي الحل المناسب في القول بأن نظام التحكيم هو نظام مختلط ليس اتفاقا محضا ولا قضاء محضا، إنما هو نظام ذو طبيعة عقدية قضائية معا، أو بمعنى آخر هو نظام يمر بمراحل متعددة يلبس في كل منها لباسا خاصا، ويتخذ طابعا مختلفا، فالعنصر الإرادي هو الجانب السائد في المرحلة الأولى منه، ثم يترك الغلبة منذ بدء مرحلة الادعاء للخصائص التي يتسم بها العمل القضائي²، وهذا الرأي يجد تبريره من وجهة نظر أنصاره بمصالح التجارة الدولية والتي تتطلب إطلاق حرية الاتفاق التحكيمي في أوله، ثم تحويله في مرحلة أخيرة إلى قضاء ليكتسب القرار الذي يصدر فيه حجية ذاتية، فلا يحتاج إلى دعوى يعقبها حكم يضيف عليه هذه الحجية³.

ورغم وجاهة هذه النظرية إلا أنها انتقدت على أساس كونها تحمل في طياتها محاولة للهروب من الحقيقة، فيجب حصر العناصر ذات الطابع التعاقدية وتمييزها عن العناصر القضائية، حيث يمكن بعد ذلك تحديد مدى التداخل بينهما في تكوين نظام التحكيم ومنحه طبيعته الذاتية المستقلة، وفي الحقيقة لا يمكن القول بالطبيعة التعاقدية للتحكيم فalcقد لا يحسم النزاع، وفي نفس الوقت لا تتفق النظرية القضائية مع طبيعة التحكيم، فالقضاء سلطة عامة من سلطات الدولة لا يمارسها إلا القاضي، والمحكم لا يمكن ان يتمتع بكل السلطات التي يتمتع بها القاضي⁴، كما أن هذه النظرية لا تميز بين حجية حكم التحكيم وبين قوته

¹-ابراهيم احمد ابراهيم، مرجع سابق، ص36.

²-محسن شفيق، التحكيم التجاري...مرجع سابق، ص20.

³-بشار قيس محمد، المرجع السابق، ص468.

⁴-سلام أمينة، محاضرات في مقياس التحكيم الدولي، القانون العام(محاضرات)، وقانون دولي(أعمال موجهة)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، سنوات التدريس 2012-2019، ص 32.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

التنفيذية، فحجية الأمر المقضي تثبت لحكم التحكيم بمجرد صدوره، أما القوة التنفيذية فلا تثبت له إلا بصدور أمر قضائي بتنفيذه من السلطات المعنية¹، وبالتالي فإن أصحاب هذا الاتجاه لم يحلوا المشكلة وإنما اختاروا الحل السهل الذي ابقى الخلاف قائماً بين أنصار النظريتين.

وهناك اتجاه آخر يرى أن التحكيم يتمتع بطبيعة ذاتية ومستقلة، ولا يمكن تفسيره تحت مظلة أي مبدأ تقليدي في محاولة فهم طبيعته وربطه بالعقد أو القضاء، وإنما يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار الهدف من وراء ولوجه والمنفعة المرجوة منه، ألا وهو السعي لتحقيق عدالة من نوع خاص، وبذلك ينتهي التحكيم إلى كونه أداة خاصة لتطبيق قواعد خاصة يتحقق من وراءها الهدف الذي يسعى الخصوم للوصول إليه²، ويستند أنصار هذا الاتجاه في محاولة لإبعاد التحكيم عن فكرتي العقد والقضاء إلى أن الأول -العقد- ليس أساس التحكيم إذ أنه يختفي في التحكيم الإجباري و تعين المحكمة لهيئة التحكيم في بعض الحالات، كذلك بالنسبة للثاني -القضاء- ليس أساس التحكيم، فالقضاء يتميز بالسلطة الولائية (الجبر والأمر)³، كما أن الغاية ليست واحدة يهدف، فغاية التحكيم هي تحقيق مصالح اجتماعية واقتصادية تخص أطراف العلاقة، في حين تكمن غاية القضاء في إنزال حكم القانون بواسطة السلطة العامة من أجل تحقيق المصالح العليا للمجتمع بالدرجة الأساس⁴.

ويؤخذ على هذا الرأي أنه تجاهل مدى تداخل كل من عناصر العقد والقضاء، في تكوين وإنشاء التحكيم، إذ أنهم أسسوا رأيهم في إنكار دور العقد في نشأة التحكيم على حالة

¹ -بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص469.

² -إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص243.

³ -مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص437.

⁴ -إبراهيم احمد إبراهيم، مرجع سابق، ص44.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

واحدة وهي التحكيم الإجباري، كذلك فإن القرار التحكيمي لا يخرج إلى حيز التنفيذ ما لم يصدق عليه المحكمة المختصة لينفذ لدى دوائر الدولة¹.

وفي خضم هذا الخلاف الفقهي والقضائي حول تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، نرى ان التحكيم ذو طبيعة خاصة تجعله يتمتع بخصائص تميزه عن غيره من وسائل النزاعات سواء الاتفاقية أو القضائية، إذ يمكن القول انه قضاء اتفاقي يتقيد بنصوص اتفاق التحكيم وكذا بالنصوص القانونية التي يفترض للمحكم الالتزام بها، وهو رأي قريب في ذلك أو بالأحرى للاتجاه الآخذ بازدواجية التحكيم.

ثانيا: جدوى التحكيم في تسوية منازعات عقد الاستثمار التكنولوجي

رغم الدور الحساس الذي يقوم به المحكم الدولي في مجال تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار التكنولوجي، إلا أن ذلك يصطدم بعدد كبير من الخلافات التي أسفرت عن تباين وجهات النظر فيما بين المناصرين لمصالح الدول الصناعية الكبر مالكة التكنولوجيا والمناصرين لمصالح الدول النامية المتلقية للتكنولوجيا، ففي الوقت الذي يناضل فيه أنصار الاتجاه الأول بالتوسع في مجال التحكيم، يقف الآخر موقف ريبة وشك منه، ولتوضيح ذلك ينبغي التطرق لوجهة نظر كل طرف.

1- أنصار فكرة التوسع في اللجوء إلى التحكيم

يرى أنصار هذا الرأي أن نجاح أسلوب التحكيم والتوسع في اللجوء إليه في مجال عقود التجارة الدولية بشكل عام وعقود الاستثمار التكنولوجي بشكل خاص لم يعد محل شك، بل إن ازدهار تلك العقود في الإطار الدولي يعد في حد ذاته من أسباب انتشار ورسوخ هذا الأسلوب كوسيلة لفض المنازعات الخاصة الدولية².

¹-مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص438.

²-عصام الدين القصبي، مرجع سابق ص3.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

كما أن النجاح الذي صادفه التحكيم في مجال العلاقات الخاصة الدولية يعتبر في الوقت نفسه عن ميل الدول المتقدمة صناعيا وتشريعاتها للأخذ بهذا الأسلوب بغية التخفيف عن كاهل القضاء الوطني وتحرير المنازعات المتعلقة بهذا النوع من العقود من رقابة القوانين والأجهزة القضائية التابعة لتلك الدول¹، ويدافع أنصار هذا الاتجاه عن رأيهم بالآتي:

- إن عقد الاستثمار التكنولوجي نشأ بعيدا عن القواعد التقليدية وعن واقع المنازعات المتعلقة به التي تعرض على القاضي، فنظرا للطابع الفني الذي يتميز به فإن القاضي كثيرا ما يواجه الحرج عند التصدي لها، ما يجعل بالتحكيم الوسيلة الوحيدة القادرة على الفصل في هذه المنازعات لارتباطها في الغالب بأعراف وعادات وممارسات مهنية لا علم للقاضي بمضمونها، وذلك على خلاف المحكم الذي يكون على علم بكافة المسائل المتعلقة بالنزاع على حد تعبير بعضهم².

- يحرص أطراف عقد الاستثمار التكنولوجي على سرية البيانات والأسرار الصناعية التي تعتبر كل رأسمالها، ويحقق التحكيم ميزة هامة في هذا الصدد، إذا أن جلسات التحكيم سرية ويظهر ذلك في مراحله كافة، ولا يجوز نشر أحكام المحكمين إلا باتفاق المتخاصمين، وذلك بخلاف إجراءات التقاضي التي تقوم على مبدأ العلانية وما يصاحبها من أخبار قد تنتشر في وسائل الإعلام، مما يؤدي إلى المساس بالخصوصية المطلوبة لنظر هذه المنازعات³.

- إن عملية التنمية الاقتصادية الشاملة التي تسعى الدول النامية لتحقيقها تتطلب منها ومن أشخاص القانون العام التابعة لها التدخل في إبرام أو في الإشراف والرقابة على دقة عقود التنمية التكنولوجية، وفي ظل عدم وجود قضاء دولي متخصص - في الوقت الراهن -

¹-مرجع نفسه ص2-3.

²-مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص440-441.

³-ماهر محمد حامد، وسائل تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار التكنولوجي، مجلة مصر المعاصرة، مجلد97، العدد 483، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، القاهرة، 2006، ص149.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

قادر على حسم تلك المنازعات، فقد كان نظام التحكيم هو الأداة الرئيسية التي استخدمت لتحقيق هذا الغرض، خاصة وإن الدولة وما يتبعها من مؤسسات كطرف في العقد يصعب عليها الخضوع لقضاء دولة أجنبية¹، وبالمقابل وفي ظل رأي سائد - بغض النظر عن مدى صحته - بأن الأجهزة القضائية ليست لها الدرجة الكافية من الاستقلال في مواجهة السلطة السياسية، كما أن عجز القضاء المحلي عن تلبية حاجات التجارة الدولية الحديثة، ونقض الدراية بشئون التكنولوجيا ومجالاتها المعقدة، فإن التحكيم الدولي أصبح الوسيلة الوحيدة والمقنعة من وجهة نظر الطرف الخاص الأجنبي لتسوية وفض منازعاته مع الدولة متلقية التكنولوجيا².

-يتطلب عقد الاستثمار التكنولوجي حلاً سريعاً لما يطرأ من مشاكل، ونظراً لما يتميز به التحكيم من سرعة في الإجراءات الخاصة للفصل في النزاع في أقل وقت ممكن، وما يترتب عليه من سرعة اتخاذ القرار التحكيمي إذ ما قورن بالنظم القضائية التقليدية المقيدة ببعض النصوص القانونية، والتي تعيق سرعة الفصل في النزاع، إضافة إلى إطالة أمد النزاع بسبب تعدد درجات التقاضي، على عكس السرعة المطلوبة في حسم منازعات عقود الاستثمار التكنولوجي لما تحمله من تقنيات متطورة يخشى مالكوها من أن تتقادم بمرور الزمن³.

-إن لجوء الأطراف إلى التحكيم إنما يهدف إلى خلق قانون خاص بهم، ومثل هذا القانون إنما يختلف بدرجة معينة عن قانون الدولة ويصدق ذلك على المستوى الدولي، فالتجار المتعاملون على هذا المستوى إنما يرفضون الخضوع للقوانين الوطنية المختلفة والتي تشير إليها قواعد الإسناد المعنية بتلك القواعد الموجودة في قانون دولة القاضي الذي يطرح عليه النزاع، وما ينتهي إليه من تطبيق قواعد مادية⁴.

¹-مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص443.

²-بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص486.

³-بشار قيس محمد، مرجع نفسه، ص485.

⁴-عصام الدين القصبي، مرجع سابق، ص2.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

- يترتب على عرض النزاع أمام التحكيم تقادي مشكلة تنازع الاختصاص القضائي، وفي ذات الوقت يتقادي ارتباك القضاء من وراء تدخل عناصر جديدة عليه، كوجود نظام عام دولي إلى جانب النظام العام الوطني واختلاف مكان صدور الحكم عن مكان تنفيذه¹.

2- أنصار فكرة الحد من اللجوء إلى التحكيم

إذا كان نظام التحكيم على صعيد التجارة الدولية قد اكتسب استقلالية خاصة به كنظام صار تدعيمه من معظم الأنظمة القانونية، فذلك لا يقلل من أهمية الصعوبات العديدة التي قد يصطدم بها، والتي تمثل أحيانا من وجهة نظر أطراف عقد الإستثمار التكنولوجي سببا كافيا للإحجام عنه، لاسيما الدول النامية منها، مما انعكس بدوره في الحد من اللجوء إلى قضاء التحكيم وقصر الاختصاص بنظر المنازعات التي تثيرها عمليات الإستثمار التكنولوجي على القضاء الوطني التابع لتلك الدول²، وقد فسرت موقفها المعادي للتحكيم بعدد من الحقائق الواقعية والقانونية والتي كان على رأسها:

-ان التسليم بالتحكيم التجاري كوسيلة لتسوية منازعات عقود الإستثمار التكنولوجي لم يتوصل في الحقيقة إلى تطبيق عدالة محايدة، لأن الواقع العملي اثبت أن شرط التحكيم الذي يرد في عقود الإستثمار عامة ليس من هدف وراءه سوى استبعاد القوانين الوطنية للدول المتلقية كخطوة لاحقة لاستبعاد نظامها القضائي³، وعقود الإستثمار التكنولوجي بصفة خاصة تدل على قدرة المستثمر ليس في فرض شروطه فحسب، بل أيضا في اللجوء إلى نظام التحكيم ليحميه من قواعد التشريع الوطني، ويجعل هذا الشرط وسيلة فعالة لاستبعاد تطبيق هذه القواعد، ويعد ذلك من الممارسات المقيدة في عقد الإستثمار التكنولوجي، وقد دفعت هذه الممارسات إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي أو

¹-نصيرة بوجمعة سعدي، مرجع سابق، ص393.

²- صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، مرجع سابق، ص159.

³-ولما كانت الدول النامية تعتبر كل ما يتعلق بنقل التكنولوجيا بالمعنى الضيق أو بالسياسة التكنولوجية بالمعنى الواسع من الأمور ذات الصلة بالنظام العام، فإن تحديد مدى صحة تلك العقود وتفسيرها وتنفيذها يجب أن يخضع من وجهة نظرها لقانونها من خلال قضائها الوطني تحديدا خشية الاصطدام بذلك النظام، وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص764.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات في عقود التجارة الدولية، مثل المملكة السعودية، ومنظمة الدول المصدرة للبترول ومجموعة دول الاندين¹.

-ان الاستثمار التكنولوجي عادة ما يستتبع نوع من التبعية الاقتصادية والتكنولوجية بين طالب التكنولوجيا ومالكها²، ومن ثم فهي تحرص على الحد من هذه التبعية بعدة وسائل من ضمنها قصر الاختصاص بنظر المنازعات التي تنشأ عن استثمار التكنولوجيا على قضائها الوطني³.

-إن التحكيم يضع المستثمر الأجنبي في مركز أفضل من المواطن، وهو ما جعل معظم الدول النامية تتجه إلى حظر الاتفاق على شرط التحكيم استنادا إلى وجوب المساواة في المعاملة ما بين المواطنين والأجانب، ما يلزم منه قبول المشروع الخاص الأجنبي بالاختصاص المطلق للقضاء الوطني للدولة المضيفة، فضلا عن تنازله عن الحماية الدبلوماسية تطبيقا لمبدأ "كالفو"⁴، ورغم مهاجمة الفقه لهذا الشرط واعتباره باطلا استنادا إلى اعتبار حق الدولة في حماية رعاياها هو في جوهره حق ثابت للدولة لا رعاياها بحيث لا يملك هؤلاء التنازل عنه مسبقا، ورغم ما قدمته بعض الدول للمستثمرين الأجانب من مراكز قانونية مختلفة عن تلك الممنوحة لمواطنيها، ظل ذلك الشرط واقعا يفرض نفسه على صعيد

¹- لكن ذلك لم يأت بنتيجة تذكر لوقف هذه الممارسات وبقيت الشركات الموردة للتكنولوجيا تفرض شروطها وبشكل خاص شرط التحكيم، وهذا ما أوصت به جمعية مصممي الآلات الألمانية أعضائها بعدم قبول تطبيق قوانين الدول العربية على العقود التي تبرمها مع الدول متلقين من هذه الدول، وأهابت بهؤلاء الأعضاء أن يدخلوا شرط التحكيم في هذه العقود وأنه المانع من تطبيق أحكام القانون الموحد لبيع البضائع، محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 381.

²- بل والدولة التي يتبعها طالب التكنولوجيا والدولة التي يتبعها مقدم التكنولوجيا.

³- كما تحرص على حظر أنماط معينة من الشروط التقييدية التي تقيد حريتها في الاستغلال والإنتاج أو التسويق أو المنافسة، مثل القيود على حجم الإنتاج ومصادر الإمداد بالمواد الأولية وقطع الغيار والمنتجات الوسيطة والمعدات والقيود على استخدام علامة أو اسم تجاري معين أو على التصدير أو على تثبيت السعر..، فضلا عن حرصها على إصدار القواعد القانونية التي تحدد في مجموعها السياسة التكنولوجية وتضعها محلا للتطبيق مثل إصدار المكسيك لقانون تنظيم نقل التكنولوجيا في 12/28، 1972، ثم إصدارها قانونا آخر في 29/12/1981، صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، مرجع سابق، ص 159.

⁴- من أهم المبادئ التي تمسكت بها الدول النامية في سياق هجومها على التحكيم، الذي كان محلا لانتقاد واسع نظرا لأنه لا يجوز للدولة أن تستر وراء قانونها للإفلات من المسؤولية الدولية. مرجع نفسه، ص 162-163.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

العلاقات الدولية، بل أن بعض الدول ذهبت إلى أبعد من ذلك عندما أدرجته في نصوص قوانينها الوطنية¹.

- من المبادئ المستقر عليها في القانون الدولي العام، مبدأ تمتع كل دولة بالحصانة القضائية في مواجهة قضاء الدولة الأجنبية، وذلك انطلاقاً من فكرة السيادة بين الدول، ويقصد به أن النزاع الذي يكون أحد أطرافه الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة الأخرى، لا يخضع لاختصاص قضاء دولة أجنبية².

ورغم تلك المبررات و الحجج للدول النامية من القبول بالتحكيم، إلا أنه عملياً ومن خلال إحصائية تمت في السنوات الأخيرة (1989 حتى 1999) ظهر أن الغالبية المدعية في القضايا التحكيمية كانت من دول نامية³، ورغم استمرار تغت بعض القوانين في حظرها له، فإن الغالبية منها أصبحت تقبله ضمن ضوابط وشروط محددة مسبقاً، فالنصوص القانونية النازمة لعقود الإستثمار التكنولوجي في ماليزيا مثلاً كانت قد قبلت التحكيم ضمن شرط تطابق إجراءاته مع قانون التحكيم الماليزي لعام 1956، أو مع قواعد اليونسترال⁴، وهذا الموقف يقترب من موقف المشرع المصري والوارد في المادة 87 من قانون التجارة

¹ - نجد من بين هذه النصوص ما قننه المشرع الهندي في المادة 51 من قانون الإستثمار الأجنبي الصادر في 1976/11/30 التي نصت على أنه: "لا يجوز إدراج أي شرط في العقود ذات العلاقة بالإستثمار أو نقل التكنولوجيا يكون من شأنه استبعاد المنازعات والخلافات من اختصاص قضاء الدولة المضيفة.."، وفاء مزيد فلهوط، مرجع سابق، ص 825، وكذا المشرع الكولومبي بالمادة 74 من القانون 222 الصادر في 1983/2/2 التي نصت على أن: "عقود الدولة يحكمها القانون الكولومبي وتخضع المنازعات الناشئة عنها لاختصاص المحاكم الكولومبية"، هذا فضلاً عن المادة 155 من الدستور الأرجنتيني التي تحظر إدراج شرط التحكيم في العقود التي تبرمها الدولة أو إحدى مؤسساتها إذا ما كانت تتعلق بمسألة مما يقضي تطبيق القوانين الفيدرالية وهي المسائل المتعلقة باقتصاد الدولة ومصالحها السياسية والمرافق العامة. صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، مرجع سابق، ص 159-160.

² - بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ط. 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 385.

³ - وهو ما يستدل عليه من توقيع كثير من الدول النامية على اتفاقية نيويورك لسنة 1975 بشأن التحكيم التجاري الدولي، صالح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين، مرجع سابق، ص 167، وفاء مزيد فلهوط، مرجع سابق، ص 765.

⁴ - وفاء مزيد فلهوط، مرجع نفسه، ص 762.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

الجديد الذاهب إلى جواز قبول التحكيم متى تم إجراءه في مصر ووفقا لأحكام القانون المصري-السالف الذكر-.

وان كان ما سبق ذكره هو واقع التحكيم عموما، فإن ما يهمنا على وجه التحديد هو موقف المشرع الجزائري من نظام التحكيم في العقود المتعلقة بالاستثمار الأجنبي عموما والتكنولوجي خصوصا، إذ لا نتكبد عناء في استظهار قبولها له، سواء من خلال انضمامها للاتفاقيات النازمة له، كاتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، واتفاقية واشنطن لعام 1965 المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني دول أخرى¹، أو من خلال تشريعاتها الوطنية، إذ نجد أن أهم القوانين التي كرسّت التحكيم الدولي في الجزائر هو القانون 09/08 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية²، وإذا ما انتقلنا إلى المسلك العقدي بدا واضحا خضوع عقود الاستثمار التكنولوجي على مختلف أشكالها إلى التحكيم الدولي وذلك في شتى الميادين، نذكر من بينها عقود المفتاح باليد أو المنتج باليد، أما العقود الأخرى كعقود التكوين والمساعدة الفنية فغالبا ما كانت تخضع للمحاكم الجزائرية³.

¹- محمد نذير ضبعي، ضمانات التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 05، العدد 2، ديسمبر 2018، ام البواقي، الجزائر، ص 35.

²- وهو القانون الذي يأخذ بالمعيار الاقتصادي للتحكيم الدولي حيث يعتبر دوليا كلما تعلق بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل، على عكس القانون السابق الذي كان يضيف معيار آخر وهو المعيار القانوني أي وجود عنصر أجنبي في النزاع، كما وأنه يكون لجميع الأشخاص الحق في اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي يكون لهم مطلق الحرية في التصرف فيها حسب المادة 1006 منه، وإذا أردنا إسقاط هذه القاعدة على المؤسسة الاقتصادية العمومية فإن الحقوق التي يكون لها مطلق التصرف فيها والتي يكون لها الحق باللجوء إلى التحكيم بشأنها هي موجودات الشركة والتي لا تكون جزء من رأس مالها الذي يمثل الضمان العام لدائني هذه الشركة، محمد نذير ضبعي، مرجع نفسه، ص 35، كما أضافت بعض الحالات التي يمكن فيها للأشخاص المعنوية اللجوء إلى التحكيم في الفقرة الثالثة من ذات المادة، بحيث أصبح بإمكان الأشخاص المعنوية العامة أن تلجأ إلى التحكيم إذا كان الأمر متعلقا بالصفقات العمومية، أو الاتفاقيات الدولية التي تصادق عليها الجزائر، عندما تتضمن هذه الأخيرة شرطا تحكيميا أو بخصوص علاقتها الاقتصادية ذات الطابع الدولي، (العقود الخاضعة لقانون الصفقات العمومية وقانون الاستثمار يطلق عليها العلاقات الاقتصادية الدولية).

³- لقد تم تبرير هذه الوضعية على أساس أن عقود نقل التكنولوجيا لا تمس بالسيادة الوطنية، وهناك تفسير آخر مفاده أن الشركات الأجنبية المهيمنة على التكنولوجيا تكون قد فرضت على الجزائر الخضوع إلى التحكيم، والجزائر بالمقابل تكون قد فرضت القانون الجزائري كقانون واجب التطبيق، خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 14.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

ونحن وان اتفقنا مع المشرع الجزائري في قبول التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقود الاستثمار بصفة عامة، إلا انه ولمسايرة التطور الاقتصادي الحاصل لا يكفي سن القوانين فقط، بل يجب خلق آليات ضرورية لتطبيق هذه القوانين وهذا من خلال التكفل بنظام لتحقيق عدالة سريعة وحاسمة، لاسيما وان التكنولوجيا مال سريع التقدم، وبحيث توضع الضمانات التي تكفل الحيطة المطلوبة عند الفصل في النزاع، بالإضافة لإعداد فريق تحكيمي متخصص لنظر هكذا منازعات دون اللجوء لحكام غربيين¹.

المطلب الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في عقد الاستثمار التكنولوجي

إذا ما وقع نزاع بين طرفي عقد الاستثمار التكنولوجي ولم يتم تسويته وديا، أو أصر كل طرف من أطراف العقد على رأيه من دون التوصل إلى حل لهذا الخلاف، فإنه يحال بطبيعة الحال أمام القضاء أو التحكيم للنظر في تسويته، وهنا تظهر الحاجة إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد، وهو أمر في غاية الصعوبة ويرجع ذلك إلى الخصوصية التي يتمتع بها هذا العقد، والمتمثلة في الطابع التجاري للعلاقة العقدية ذات العنصر الأجنبي، مما أعطى تعين القانون المطبق على منازعات هذه العقود مفاهيم جديدة فرضتها ظروف وملابسات التجارة الدولية، الأمر الذي أدى إلى عدم ملائمة القواعد والنظم القانونية المختلفة لدى التشريعات التي تعنى بتنظيم العقود الداخلية، وإتباعها للمبادئ العامة التي تحكم تحديد القانون الواجب التطبيق في العقود الدولية.

وفي هذا الشأن، وحسب ما هو مقرر لدى معظم النظم القانونية هو خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة، غير أن خصوصية هذا العقد تجعلنا نتساءل بحق حول مدى ملائمة

¹-وتعد هذه بحق خطوة جادة وحقيقية لتجاهل القوانين العربية أصلا.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

هذا القانون؟، وكذا الحل المتبع عند عدم اتفاق الأطراف حول قانون يحكم عقد الاستثمار التكنولوجي؟.

وبناء عليه سنناقش مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار التكنولوجي في فرعين خصص الأول لدراسة القانون الواجب التطبيق في ظل اختيار الأطراف للقانون المراد تطبيقه على عقدهم، أما الثاني تم تخصيصه للقانون الواجب التطبيق في حالة غياب إرادة الأطراف.

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار التكنولوجي في ظل مبدأ سلطان الإرادة

إن التطور الذي عرفته العلاقات الاقتصادية والتجارية العابرة للحدود اقتضت تخويل أطراف هكذا عقود إمكانية حل مشكلة تنازع القوانين التي تثور بشأن عقدهم في جانبه الموضوعي لما يسمى بمبدأ خضوع العقد لقانون الإرادة¹، والذي أضحى من المبادئ المستقرة في إطار القانون الدولي الخاص²، إلا أن ذلك لم يكن مطلقاً في نطاق التشريعات

¹ -في الحقيقة لا يغفل عقد الاستثمار التكنولوجي من القاعدة الأساسية التي تحكم عقود التجارة الدولية والمتعلقة بحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، فالعقود الأخيرة عموماً وعقود الاستثمار التكنولوجي خصوصاً تخضع من حيث موضوعها لمبدأ سلطان الإرادة، وتحديد الجوانب العقدية المنبثقة عن العقد بين أطرافه (الدولة طالبة الاستثمار و المستثمر مورد التكنولوجيا) والتي تتعلق بمصالحهم الخاصة، أما من حيث شكل العقد وأهلية التعاقد فتستبعد في هاتين الحالتين قانون الإرادة من نطاق تطبيقه، إذ تنفرد كل حالة منهما بقاعدة إسناد خاصة تختلف عن تلك التي تحكم العقد من حيث الموضوع، فيخضع الشكل لقانون محل الإبرام، أما الأهلية فرغم أنها شرط لصحة التعاقد إلا أنها تستقل بفكرة خاصة هي الأخرى وتخضع لقاعدة إسناد تقضي بتطبيق القانون الشخصي سواء كان قانون الجنسية أو قانون الموطن، محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، د. ط. الإسكندرية، 2004، ص18-19.

² -محمد بشار الاسعد، مرجع سابق، ص119.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

الوطنية وإنما حدد بمجموعة من الضوابط اللازمة لإعماله¹، وهذا ما سنوضحه في الجزئين الآتيين:

أولاً: قاعدة خضوع عقد الاستثمار التكنولوجي لقانون الإرادة

لقد حظي هذا المبدأ باهتمام واسع في مجال العقود التجارية الدولية عموماً، وعقود الاستثمار التكنولوجي خصوصاً ومرد ذلك كما يبدو أحد الأمرين، أولهما يتعلق بعدم التكافؤ الذي يغلب على أطرافه²، أما الآخر فهو يرتبط بالنقص أو بالأصح بالفراغ القانوني فيما يتعلق بقضايا الاستثمار التكنولوجي في الغالبية العظمى من الدول النامية المضيفة للتكنولوجيا، يثور التساؤل عن مدى تكريس مبدأ قانون الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق؟، ونطاق وكيفية تحديده في ظل عقود الاستثمار التكنولوجي؟.

1- تكريس مبدأ قانون الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار التكنولوجي.

بعيدا عن الخوض المفصل في النشأة التاريخية لقانون الإرادة والجدل الفقهي الذي ثار في شأنها³، والذي توصل إلى أن النقد الذي يوجه لقاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة لم

¹ - كما في السياسة التشريعية النيجيرية، والتي ذهبت الى ضرورة اعمال القانون النيجيري على بعض اصناف العقود ومن بينها عقود نقل التكنولوجيا الى اية وحدة محلية، اما فيما يتعلق بالعقود التجارية الاخرى فتعود حرية الاطراف للظهور بما في ذلك حرية اختيار القانون الواجب التطبيق، وفاء مزيد فلحوط، هامش 1، مرجع سابق، ص 840 .

² - ففي حين يتمتع المستثمر بخبرة عالية وتخصص دقيق في مجال تخصصه، فإن المتعاقد الآخر (طالب الاستثمار) تغيب عنده هذه الخبرة ويجهل غالبا هذا التخصص، مما يفرض نوعا من التعاون بين طرفيه، ويظهر التفاوت ايضا في مراكز الأطراف من الناحية القانونية والاقتصادية، فالدولة هي شخص من اشخاص القانون الدولي العام والقانون العام الداخلي، والاثنين يمنحانها سلطان او مزايا سيادية لا يتمتع بها الشخص الاجنبي المتعاقد معها سواء كان فرادا ام شركة.

³ - حيث مرت قاعدة خضوع العقود او الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية لقانون الإرادة بعدة مراحل اهمها عندما اخضع فقه الاحوال الايطالي القديم تلك العقود لقانون الإرادة سواء من حيث الشكل او الموضوع لقانون الدولة التي ابرم بها، ثم جاء الفقيه الإيطالي Curtius ليعلل خضوع العقد لقانون بلد ابرامه على اساس ان ارادة الاطراف قد اتجهت ضمنا لاختيار هذا القانون، الا انه لم يوفق فيها كثيرا، لتظهر بعد ذلك بواكير لفكرة قانون الإرادة على نحو اوضح وذلك على يد المحامي الفرنسي Dumoulin من خلال فتوى للإحدى القضايا اين اكد اخضاع العقد لقانون الإرادة ، ولا يخفى انه هو الآخر =

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

ينجح في محو تلك القاعدة ومازلت موطدة الدعائم عند القضاء الفرنسي وفي معظم دول العالم¹، ولذا نجد ان معظم التشريعات الوطنية والمقارنة الحديثة قد قننته، والتي من بينها التشريع الجزائري من خلال نص المادة 18 في فقرتها الأولى من القانون المدني التي نصت على انه: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين اذا كانت له صلة بالمتعاقدين او بالعقد، وفي حالة عدم امكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك او الجنسية المشتركة..."².

ويفهم من نص المادة ان المشرع اعتد بمبدأ قانون الارادة ويظهر ذلك من خلال سماحه للمتعاقدين من اختيار القانون الذي يحكم علاقتهم التعاقدية، غير انه قيد هذه الإرادة بلزوم توافر صلة جادة وحقيقية بين القانون المختار وبين العقد، أو بينه وبين المتعاقدين، عكس ما كان عليه الوضع قبل تعديل هذه المادة³، أين لم يكن أي اثر لهذا القيد وترك امر اختيار القانون الواجب التطبيق حسب حرية الأطراف، حتى ولو لم يكن له

=تعرض لانتقادات لازعة من قبل الفقه، السيد عبد المنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، ط.1، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، 2018، ص21 وايضا محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص24 وما يليها، هشام علي صادق، ص19 ومايليها.

¹-حيث استقرت تلك القاعدة عن القضاء الفرنسي منذ 5 ديسمبر 1910 من خلال الحكم الذي يعتبره البعض بمثابة دستور قانون الارادة ومقننه حيث قررت فيه المحكمة ان:"القانون الواجب التطبيق على العقود سواء من حيث تكوينها او من حيث اثارها وشروطها هو ذلك القانون الذي يتبناه الأطراف..."، ويؤكد جانب من الفقه أن اذا المبدأ أصبح عالميا بل وأغلق باب المناقشة والجدل الفقهي حول اقراره. بن عصمان جمال، اشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار التكنولوجي، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد06، العدد01، جامعة عمار ثلجي، الاغواط، الجزائر، جانفي 2020، ص256.

²- القانون رقم 10/05 المعدل والمتمم للأمر 58/75 المؤرخ في 20/06/2005، المتضمن القانون المدني، ج.ر.ع.44، لسنة 2005.

³-حيث حررت في ظل الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 كما يلي: "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان الذي ينبرم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر".

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

صلة بالعقد، وحسب بعض الفقه ان مثل هذا الموقف يتماشى مع ما تستوجبه متطلبات التجارة الدولية¹.

وقد أقر المشرع المصري أيضا ذات المبدأ، أي حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد المبرم بينهما، إذ جاءت المادة 19 من القانون المدني المصري في نفس السياق، حيث نصت على أنه: "يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك المتعاقدين إذا اتحد الموطن، فإن اختلفا موطنا يسرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه..."².

بالإضافة إلى إقراره من قبل العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتنازع القوانين في موضوع العقود الدولية، نذكر منها اتفاقية لاهاي لعام 1955 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على بيوع المنقولات المادية ذات الصلة الدولية في المادة 02 الفقرة الأولى منها على أنه: "يسري على البيع القانون الداخلي للبلد الذي يحدده الأطراف المتعاقدة"³، وكذا مشروع مدونة سلوك نقل التكنولوجيا، حيث جاء في الفصل التاسع من القسم الأول لمشروع مدونة السلوك للنقل التكنولوجي بأنه: "يستطيع الأطراف في صفقات نقل التكنولوجيا وبالرضا المتبادل ان يختاروا القانون الذي ينطبق على علاقاتهم التعاقدية"⁴، وغيرها من الاتفاقيات والمؤتمرات التي وان كانت على غير صلة بموضوع هذه الدراسة، إلا انه كان لها دور كبير في ترسيخ وإرساء مفهوم قانون الإرادة بإيجاد قاعدة موضوعية ومصدر استرشاد للمحكم عند اختياره للقانون الواجب التطبيق.

¹- اعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، د.ط، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص307.

²- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم 108 بتاريخ 16/07/1948

³- سارة زياد مناصرة، مرجع سابق، ص80.

⁴- صالح بن بكر الطيار، مرجع سابق، ص330.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

ولا تكاد تخلو اتفاقية او تشريع وطني متعلق بالتحكيم من الاشارة الى قانون الارادة وتطبيقه من قبل المحكم على النزاع المعروض عليه، حيث اصبح هذا المبدأ من مبادئ القانون الدولي، يحمل في طياته حرية الاطراف في اختيار القواعد المناسبة التي تحكم علاقاتهم، فوجد المشرع الجزائري في المادة 1050 من ق.أ.م.إ -السالف الذكر-، تنص على انه: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي يختاره الاطراف.."، وهو ما نص عليه ايضا المشرع المصري في قانون التحكيم من خلال المادة 39 حيث جاء فيها: "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الأطراف"، وقد اقر المشرع الفرنسي أيضا نفس اتجاه تقريبا عند نصه في المادة 1511 من قانون المرافعات المدنية: "يحسم المحكم النزاع وفقا لقواعد القانون الذي اختاره الاطراف"¹، علاوة عن الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم حيث جاءت لتكريس مبدأ قانون الإرادة، كاتفاقية واشنطن 1965 الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى وذلك في المادة 42 في الفقرة الأولى منها التي تنص في جملتها الأولى على أن المحكمة التحكيم تفصل في النزاع طبقا للقواعد القانونية المقررة من قبل الأطراف²،

ويرجع الأخذ بهذا المبدأ إلى أسباب عملية ونظرية، إذ أن فكرة حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق الذي يسري على عقودهم تستجيب للتعدد الكبير وكثرة الشعب في التعاملات العقدية الدولية عموما، فهذا المبدأ يسمح للمتعاقدین باختيار القانون الملائم لتحقيق النتيجة المثلى التي يرغبان في تحقيقها، كان يختاروا أو يتفقوا على تطبيق قانون دولة أخرى أجنبية عنهم نظرا لما يتضمن من أحكام تنظم عقودهم بصورة معنية أو بصورة مفصلة أفضل من تلك التي كانت تستحق لو أنهم طبقوا الأحكام التي وردت في قوانينهم الوطنية، وبيان ذلك انه وان كانت عملية الاستثمار التكنولوجي تعتمد أساسا على الشروط المنظمة للاستثمار، إلا انه يعتمد كذلك على المنهج الذي يلتزم الأطراف بإتباعه عند إساءة التنفيذ، إذ أن حسن الصياغة هذه الشروط وحسن اختيار القانون الواجب التطبيق يؤديان إلى

¹-سارة زياد منصرة، مرجع سابق، ص 81.

²-جلال وفاء محبين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، ط.1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 58.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

ضمان استمرار العلاقة التعاقدية وصولاً للتنفيذ النهائي، بل وقد يؤثران على مسلك الأطراف بحيث يتجنب نشوب أي نزاع طوال فترة التنفيذ¹

2- نطاق وكيفية تحديد قانون الإرادة في ظل عقود الاستثمار التكنولوجي

إذا كانت معظم تشريعات الدول قد اعترفت بمبدأ قانون الإرادة كمبدأ عام تخضع له كافة العقود الدولية ومن بينها عقد الاستثمار التكنولوجي، وإن كان هذا الاختيار بسيطاً من الناحية النظرية، إلا أنه يثير العديد من الإشكالات والتي تظهر من خلال الإجابة على تساؤلات عدة كمعرفة وقت اختيار القانون الواجب التطبيق، وعن إمكانية تجزئة العقد واختيار أكثر من قانون يحكم كل جزئية على حدى؟، وإذا ما كان عقد الاستثمار التكنولوجي شأنه شأن كافة العقود الدولية الأخرى عند خضوعه لقانون الإرادة؟، وإن الإجابة على هذه التساؤلات تدخل ضمن نطاق تعيين قانون الإرادة.

أما عن كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق فإن التساؤل يثور حول طريقة التعبير عنها، هل يلزم في إرادة الأطراف أن تكون صريحة؟، أم يمكن الاكتفاء بالإرادة الضمنية والتي يمكن استخلاصها من ظروف وملابسات العقد؟، وما هو دور القاضي أو المحكم في الحالة الأخيرة، وهذا ما سنجيب عنه في الآتي:

أ- نطاق تحديد قانون الإرادة في ظل عقد الاستثمار التكنولوجي

إن الحديث عن نطاق تحديد قانون الإرادة يتطلب معرفة الوقت المناسب الذي يستطيع من خلاله المستثمر وطالب الاستثمار ممارسة حق اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقتهم العقدية، فضلاً عن مدى إمكانية تجزئة العقد وإخضاعه لأكثر من قانون وذلك على النحو التالي:

¹-صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، مرجع سابق، ص184.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

أ-1- وقت اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار التكنولوجي

ان القاعدة العامة تقضي ان يقوم الاطراف باختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم وقت ابرام العقد، بحيث يتم ادراجه كبند من بنود العقد، او في اتفاق مستقل يتحدد من خلاله القانون الواجب التطبيق، ولا يخفى ان تحديد قانون الارادة بهذا الشكل من شأنه تحقيق الامان القانوني اللازم لاستقرار العقود الدولية¹، وخاصة العقود الحديثة منها مثل عقد الاستثمار التكنولوجي، لما تتسم به من تعقيدات فنية وقانونية تستوجب علم المستثمر وطالب الاستثمار من البداية بطبيعة القانون الذي سيتم تطبيقه على عقدهم.

وفي هذه الحالة لا يثور أي اشكال، مدام ان الاطراف قد اتفقا بتضمين عقدهم شرطا اوبندا يحدد الاختصاص التشريعي وقت ابرام العقد، لكن السؤال الذي يطرح هو ماذا عن ذلك الشرط الذي يحدد القانون الواجب التطبيق بعد فترة ابرام العقد؟، او وقت حدوث النزاع؟، فهل يعتد القاضي او المحكم بهذا الاختيار اللاحق لقانون العقد؟.

هناك اتجاهان متعارضان بخصوص هذا الموضوع، الاول يتجسد في حكم للمحكمة العليا في ايطاليا اين قضت بأن اختيار الاطراف للقانون الواجب التطبيق لن يكون مقبولا في الحالة التي يتبين فيها ان هذا الاختيار قد تم في تاريخ لاحق²، وهذا يعني ان تحديد القانون الواجب التطبيق بعد ابرام العقد او وقت وقوع النزاع، او تعديله فيما بعد غير جائز، وبالتالي يتعين على القاضي او المحكم المعروض عليه النزاع تعيين هذا القانون في وقت عرض النزاع.

ويبرر بعض مؤيدي هذا الاتجاه، بأن السماح للمتعاقدین باختيار قانون العقد لحظة ابرامه ليس معناه السماح لهم بالعودة عن هذا الاختيار سواء بتعديله او بمخالفته من خلال اختيارهم لقانون اخر، لان ذلك سيؤدي بطبيعة الحال الى مشاكل اكبر من تلك الموجودة في

¹- محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم bot، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص222.

²-بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص550.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

حال التمسك بالقانون الاصلي، ولذلك ينبغي على الأطراف عند ابرام العقد ان تختار القانون المتاح من بين القوانين العديدة ولمرة واحدة، بحيث تغطي الشروط الأساسية للعقد، وليس من واجب القانون المختار تغطية جميع شروط العقد¹.

وفي ذات السياق يرى آخر بأن عدم السماح للمتعاقدين بتحديد قانون العقد في وقت لاحق على أساس ان الاختيار الأول لهذا القانون ينهي دور قاعدة الإسناد، وان إعطائهم الصلاحية في الاختيار اللاحق يعني نشأة تنازع القوانين للمرة الثانية، وبالتالي إعمال قاعدة إسناد ثانية².

أما الاتجاه الثاني وهو ما ذهب إليه اغلب الفقه فإنه يجيز منح الحق للمتعاقدين في الاختيار اللاحق للقانون الواجب التطبيق على العقد، بل يمتد ايضا حقهم في تعديله متى اتضح لهم ان القانون الاول لا يتفق مع اقتصاديات العقد او الطبيعة الخاصة لمحل العقد، او بمكان تنفيذه او اذا تفاجأ الاطراف ان القانون المختار يتضمن احكام مختلفة لا تتفق مع التطور الذي لحق القانون المراد تطبيقه³، ويكون ذلك في اي مرحلة لاحقة للتعاقد، حتى ولو اثير هذا الاختيار أمام المحكمة المختصة او المحكم على ان لا يتعداه الى مرحلة تالية⁴، لان مسألة الاختيار او التعديل اللاحق هي مسألة واقع لا يجوز التمسك بها أمام محكمة النقض، والقول بعكس ذلك معناه الطعن على حكم قضاة الموضوع في عدم تصديهم لتطبيق قانون الإرادة الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، في حين ان الأطراف لم يستخدموا هذه الرخصة أصلا حتى يمكن ان يعاب على قضاة الموضوع مسلكهم هذا⁵.

¹ -مرجع نفسه، ص551.

² - بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص550-551.

³ -خضراوي الهادي، جعيرن بشير، اختيار قانون الارادة وتحديد مدى ملائمتة لعقود الدولة الاستثمارية، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، جامعة عباس لغرور ، خنشلة، المجلد9، العدد01، الجزائر 2016، ص ص129-138، ص134

⁴ -بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص113.

⁵ -بشار قيس محمد، المرجع السابق، ص552، هشام صادق، عقود التجارة الدولية...، مرجع سابق، ص475-476.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

وقد عرف هذا الاتجاه إقبالا كبيرا من قبل العديد من التشريعات الوطنية¹ والاتفاقيات الدولية²، فضلا عن الممارسات التحكيمية³، والمعاملات المتعلقة بعقود الاستثمار التكنولوجي قد سمحت للمستثمر وطالب الاستثمار بالاختيار أو التعديل اللاحق للعقد⁴،

وإذا كان بالإمكان السماح بفكرة الاختيار أو التعديل اللاحق للقانون الواجب التطبيق، بل وإمكانية الأخذ بها في مجال عقود الاستثمار التكنولوجي في الجزائر استنادا للمادة 18 ق.م والتي جاءت عباراتها عامة دون تقييد بوقت محدد لاختيار قانون العقد، كذلك يمكن ان يأتي هذا الاختيار تجسيدا أو إعمالا لنص المادة 23 مكرر 2 من القانون المدني والتي أشارت بالرجوع الى المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين، غير انه وفي ذات الوقت ينبغي التشديد على ضرورة ألا يؤدي هذا التعديل إلى المساس بسلامة العقد، والذي ينشأ صحيحا في ظل القانون السابق، كما يتعين ان لا يؤدي هذا التعديل إلى الإضرار بالحقوق المكتسبة للغير حتى لو كان القانون المختار لاحقا يزيد من الأعباء الملقة على عاتق المدين بالالتزام في هذه الرابطة العقدية.

¹ -المادة 2/27 من القانون الدولي الخاص الألماني الصادر لعام 1986 والتي نصت: "يجوز لأطراف في أي وقت الاتفاق على إخضاع العقد لقانون غير ذلك الذي كان يحكمه سلفا.."، وايضا في نفس السياق المادة 24 من القانون الدولي الخاص المجري، والمادة 3/166 من القانون الدولي الخاص السويسري، محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص 107.

² -نص المادة 2/3 من اتفاقية روما 1980: "يجوز للأطراف في أي وقت الاتفاق على إخضاع العقد لقانون غير ذلك الذي يحكمه سابقا". خضراوي الهادي، جعيرن بشير، مرجع سابق، ص 134.

³ -نذكر على سبيل المثال العقد الذي أبرمته حكومة الكونغو مع شركة SARL benvenuti et bonfant، اذ بعد نشوء نزاع بين طرفي العقد تم طرح القضية على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، ولفياف نص يتعلق باختيار القانون الواجب التطبيق، فإن الأطراف قاموا باختيار القانون الواجب التطبيق في احدى الجلسات اذ فوضوا هيئة التحكيم للفصل في نزاعهم طبقا لقواعد العدالة والانصاف، بشار محمد الاسعد، المرجع السابق، ص 114.

⁴ -نذكر على سبيل المثال العقد المبرم بين الحكومة السلوانكية والشركة اليابانية ..وذلك من اجل انشاء محطة ارضية للاتصال التجارية بالاقمار الصناعية وذلك بنظام تسليم المفتاح مع التزام بتدريب العاملين اين نصت المادة 25 من هذا العقد بخصوص القانون الواجب التطبيق على انه: "تخضع المناقصة وما نشأ عنها من عقود وتحرر وفقا للقوانين السيرلانكية"، صلاح الدين جمال الدين، نقل التكنولوجيا.. مرجع سابق، ص 206-207.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

أ-2-مدى إمكانية تجزئة عقد الاستثمار التكنولوجي

إذا كان للمستثمر وطالب الاستثمار الحق في الاختيار اللاحق للقانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار التكنولوجي، ولهم أيضا حق العدول عنه في مرحلة لاحقة، استنادا لمبدأ سلطان الإرادة، فهل بإمكان الأطراف استنادا لهذه الحرية أن يختاروا إخضاع العقد بأكمله لأكثر من قانون واحد؟، أي أن يقوموا بتجزئة العملية العقدية من خلال إخضاع كل جزء من أجزاء العقد لقانون معين؟.

قبل الإجابة على هذه التساؤلات قد يكون من المناسب أن نشير إلى فكرة التجزئة في العقد الدولي¹ والتي تظهر في صورتين، الأولى هي تجزئة العقد الدولي إلى عدة أفكار مسندة يخضع كل منها لقانون مختلف، وهي تجزئة يتولها المشرع في الغالب، والثانية هي تجزئة قانون العقد وهي تجزئة يسعى إليها المتعاقدين عن اختيارهم لأكثر من قانون لحكم العقد²، و إن كانت من وجهة نظرنا انه لا يوجد فرق بين تجزئة العقد الدولي وتجزئة قانون العقد، إذ أن تجزئة العقد الدولي بالمفهوم السابق ما هو إلى امتداد لتجزئة قانون العقد، كما أن النتيجة واحدة في كلا الأمرين، وهي إخضاع العقد لقانون مختلف عن القانون الذي يحكم بقية أجزائه، أو تطبيق قانون معين على عنصر معين من العقد يختلف عن القانون الذي يحكم باقي عناصره، وبالتالي تتعدد القوانين الواجب التطبيق عليه سواء تم ذلك عن طريق المشرع بالنسبة لتجزئة العقد الدولي أو المتعاقدين بالنسبة لتجزئة قانون الإرادة.

وبالعودة الى التساؤل السابق، فقد اهتم الفكر القانوني حديثا وبشكل خاص بمدى قدرة أطراف العقد على تقسيمه الى أجزاء متعددة وإخضاع كل جزء من هذه الأجزاء الى قانون

¹-تعني فكرة تجزئة العقد الدولي بأنها تجزئة عناصر مجتمعة ضمن مجموعة واحدة والتي في الأصل ينطبق عليها قانون واحد وإخضاع كل عنصر من هذه العناصر لقانون مختلف، بحيث نكون أمام تعدد في القوانين الواجبة التطبيق على العقد، محاضرة في العقود الدولية، دور الإرادة في تجزئة العقد الدولي ج2، جامعة الشام الخاصة، كلية الحقوق، منشورة على الموقع: <https://eduschool40.blog> تاريخ الاطلاع: 2023/05/02، على 22:23

²-هشام صادق، عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص482، بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص553-554.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

مختلف، وانقسم في الإجابة عليه الى اتجاهين، اقر الأول منه بإمكانية تجزئة عناصر العقد واختيار أكثر من قانون ليحكمه، استنادا إلى ان الإرادة هي التي تحكم العقد إلى غاية وصوله الى مرحلة الكفاية الذاتية وهي مرحلة تغني العقد عن الحاجة في التنظيم الى اي قانون آخر¹، أضف الى ذلك ان كل عنصر من عناصر العقد المختلفة يرتبط من وجهة النظر الفعلية بقانون معين، ومن ثمة فإنه من المناسب ان تطبق في شأن كل عنصر وأثاره القانون الذي يرتبط به أكثر من غيره².

وينبه البعض في هذا المقام انه مدام للقاضي الحق في تجزئة العقد الدولي احتراماً لسلطان القانون، ويحدث ذلك عندما يخرج القاضي بعض المسائل العقدية من نطاق قانون الارادة ويخضعها لقواعد البوليس التي تنتمي لقانون اخر مرتبط بالعقد³، وكذلك في الحالات التي يتم فيها تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري في قانونه، او حتى في القوانين ذات الصلة بالرابطة العقدة محل النزاع⁴، وكذلك الامر بالنسبة للمشرع الذي يخول له ايضا هذا الحق من خلال اسناد كل فكرة لقانون معين، فمثلا شكل العقد الدولي يندرج في فكرة مسندة مستقلة تخضع لقانون بلد الابرار، وكذا في اهلية التعاقد اذ تعد محلا لإسناد مستقل في الكثير من الأنظمة القانونية المعاصرة بحيث تخضع للقانون الشخصي للمتعاقد⁵ وغير ذلك من الأمثلة، فإنه لا مانع ان يكون للمتعاقد الحق في تجزئة العقد وإخضاعه لأكثر من قانون، خاصة وان الأصل هو إخضاع العقد لقانون الإرادة.

3- محاضرة في العقود الدولية، مرجع سابق، د.ص.

2- محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص274.

3- محاضرة في العقود الدولية، مرجع سابق، د.ص.

4- محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص283.

5- بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص554-555.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

غير ان على النقيض من ذلك هناك جانب من الفقه يرى ضرورة إخضاع العقد لقانون واحد من حيث تكوينه وأثاره، انطلاقا من مبدأ العقد عبارة عن وحدة واحدة يجب المحافظة عليها بهدف تحقيق التجانس بين الأحكام التي تطبق بشأن عناصر هذه الوحدة¹،

ونحن نتفق مع هذا الاتجاه الاول الذي سار على نهج امكانية تجزئة العقد واختيار اكثر من قانون ليحكمه لكن يكون ذلك بضوابط، وليس بصفة مطلقة خاصة وان عقود الاستثمار التكنولوجي عقودا مركبة تتضمن في طياتها عمليات عقدية مختلفة، كما هو الحال في عقود تسليم المنتج في اليد او تسليم المفتاح في اليد، اذ تتضمن مجموعة من العقود الثانوية كعقد المساعدة الفنية وعقد انشاء المجمعات الصناعية وما الى ذلك، والتي يمكن تجزئتها الى عدة عناصر وتحديد القانون الذي يحكم كل جزء منها على حدة، الا ان الخبرة العملية تشير الى ان هناك بعض العناصر العقدية التي تكون متشابهة فيما بينها تقريبا، وان كانت تختلف بعض الشيء فهو اختلاف بسيط يكمن في بعض اجزائه فقط، والتي يجوز فصلها عن القانون المختار واخضاعها لقانون اخر يكون ملائم لها، فعلى سبيل المثال قد يقوموا اطراف العقد بإخضاع توريد المعدات ونقل معرفة تقنية مرتبطة بها والتزامات المساعدة الفنية لقوانين مختلفة، وهذا الخيار لا بد ان يتم استخدامه بحرص شديد فقط عندما يكون هناك اسباب ملحة لذلك، وبذلك يشترط على الاطراف لقبول اخضاع عقدهم لأكثر من قانون واحد والاعتراف بحقهم في تجزئة العقد ان لا تؤدي التجزئة الى الاخلال بانسجام الرابطة العقدية، ويحدث هذا الاخلال عندما تتعدد القوانين التي تحكم اثار العقد، فضلا عن اقتضاء توافر صلة بين هذه القوانين والعقد، حتى لا يتمكن الاطراف من التهرب من أحكامه الآمرة، كما يجب ان تكون عناصر العقد فيما تقبل التجزئة، وبذلك المثابة لا يمكن القبول بتجزئة عقد الاستثمار التكنولوجي اذا كان من العقود البسيطة، والتي لا تقبل عناصره هذه التجزئة، والقول بخلاف ذلك معناه الاخلال بانسجام الرابطة العقدية.

كما ويمكن القول انه رأي يقارب رأي المشرع الجزائري اذ يتضح من خلال استقراء نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري انه لا يمانع من اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق لأكثر من مرة كونه سكت عن ذلك واكتفى بالسماح لهم لاختيار القانون

¹ - خضراوي الهادي، جعيرن بشير، مرجع سابق، ص 134.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

الواجب التطبيق، مع وجوب مراعاة بعض الضوابط في تحديد ذلك تاركا تلك المسألة للاجتهاد مما يتعين معه الرجوع لمبادئ القانون الدولي الخاص، وهذا من شأنه ان يؤدي بطبيعة الحال الى تجزئة العقد.

ب- كيفية تحديد قانون الإرادة في ظل عقود الإستثمار التكنولوجي

إذا كان تحديد القانون الواجب التطبيق يستند إلى اختيار الأطراف، فإن هذا الاختيار ينبأ بوجود مشاكل وراء كيفية إعماله، لذلك يتطلب الأمر في هذا المجال التمييز بين حالة الاختيار الصريح، وحالة الاختيار الضمني، وهذا ما سنوضحه وفق الآتي:

ب-1- الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار التكنولوجي

وذلك بأن يتضمن عقد الإستثمار التكنولوجي نصا صريحا يدرج ضمن بنود العقد أو بموجب اتفاق مستقل عنه يحدد فيه القانون واجب التطبيق، بحيث يتم الفصح عن الإرادة بطريقة مباشرة لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود، وقد أشار المشرع الجزائري إلى طرق التعبير الصريح في المادة 60 من القانون المدني والذي قد يكون باللفظ أو بالكتابة أو الإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه، ومتى كان هذا الاختيار صريحا وواضحا وجب على كل من القاضي أو المحكم احترام تلك الإرادة¹.

وهكذا فإن الاختيار الصريح لقانون العقد من شأنه الوقاية المسبقة من وقوع المشاكل ويمثل الحلول المتفق عليها من البداية لحل المشاكل اللاحقة، بالإضافة إلى العديد من المزايا فهم بتصرفهم هذا كمن يبرم عقد تأمين على الحياة، لذا نجد جميع العقود المبرمة بين

¹ومن ذلك الحكم الصادر عن محكمة تحكيم CCI في النزاع الذي نشب بين إحدى الدول الإفريقية وبين شركة ألمانية بشأن عقد يتعلق بتكنولوجيا الاستكشاف، والذي طبقت بموجبه المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الذي أشار له شرط العام بالعقد، بناء على الاختيار الصريح للأطراف، محمد عبد العزيز علي بكر، فكرة العقد الإداري بلا حدود (النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول وبين الأشخاص الأجنبية الخاصة)، مجلد 01، ط. 01، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2000، ص 292-293.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

الدول وأحد الأشخاص الخاصة الأجنبية ومن بينها عقد الاستثمار التكنولوجي تحت على ضرورة هذا الخيار¹، فأطراف هذه العقود مخاطبون بموجب قواعد التنازع، والتي تطلب منهم ان يعينوا قانون عقدهم صراحة، وذلك حتى يتجنبوا ما قد يترتب في المستقبل من مشاكل محتملة، والذي كان في وسعهم تجنبها لو قاموا بهذا الاختيار، حيث يحاول مورد التكنولوجيا -فيما بعد- إخراج العقد من نطاق القوانين الوطنية لاسيما قانون الدولة المضيفة للاستثمار، بينما تحاول هذه الأخيرة الدفاع عن نفسها بالتمسك بقانونها الوطني وذلك تعبيرا عن سيادتها، وهكذا فإن تحديد القانون المطبق على العقد لن يثير أي صعوبة في الإثبات طالما أعلن المتعاقدون صراحة عن النظام القانوني الذي يخضع له العقد².

ب-2-الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار التكنولوجي

من المتعارف ان التعبير عن الارادة يكون ضمنيا متى كان المظهر الذي اتخذه هذا التعبير لا يكشف بذاته عن الارادة، وانما يستشف من الظروف والعوامل المحيطة به، اي ان القاضي او المحكم يجد نفسه مضطرا في غياب الاختيار الصريح لقانون العقد استجلاء لإرادة الأطراف الضمنية اذا كانت هناك قرائن او مؤشرات تدل على وجود هذه الارادة³، ورغم انه من النادر ان تخلو العقود الدولية عموما من هذا الاختيار الا انه قد يغفل الأطراف

¹- ويتضح ذلك من خلال قرارات مجمع القانون الدولي عند حثه لمسألة القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدول وأحد الأشخاص الخاصة الأجنبية في دورته المنعقدة بمدينة أثينا سنة 1979، على دعوته أطراف العقد إلى ان يعينوا بأنفسهم وعلى نحو صريح القانون الواجب التطبيق على عقودهم فنصت المادة 1/4 من قرار المجمع على انه: "من المأمول فيه ان يعين الأطراف صراحة القانون الواجب التطبيق على عقدهم"، وكذلك من خلال المادة 1/2 بدورته المنعقدة في أوسلو عام 1977 عندما قام بتأكيد على أهمية الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق للعقود المبرمة للمنظمات الدولية وأحد الأشخاص، ونص المادة 1/3 من معاهدة روما، والمادة 1/1 من القواعد الموحدة لعقود التجارة الدولية والتي وضعها المجمع الدولي لتوحيد القانون الخاص سنة 1994، محمد عبد العزيز علي بكر، مرجع نفسه، ص 293، إضافة إلى حرص بعض التشريعات المقارنة على ضرورة النص الصريح للأطراف في حال اختيارهم لقانون العقد، ومن ذلك نص المادة 54 من القانون الدولي الخاص التركي لعام 1982 والذي جاء فيه: "تخضع الالتزامات التعاقدية للقانون الذي يقع عليه اختيار الأطراف صراحة"، بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص 574.

²- بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص 572.

³- هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 118.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

على تحديد هذا الأخير في الأحوال التي يعهد فيها مهمة إبرام العقد أو التفاوض إلى اختصاصيين فنيين أكثر من كونهم رجال قانون، مما قد يفترض معه حصول هذا الإغفال¹، اما في عقود الاستثمار التكنولوجي فإن الغالب ان يتدخل المحامين المتمرسين في إرساء شروط العقد، وذلك لأهميتها فضلا عن تعقيدها، مما يستبعد بشأنه الفرض السابق لصالح رغبة الأطراف أنفسهم تخطي عقبة إبرام العقد، مفضلين تأجيل النظر في مسألة قانون الواجب التطبيق الى حين حدوث النزاع فعلا، خاصة اذا ما وجدت بينهم تعاملات سابقة قد تمت بدون نزاع².

ونظرا لصعوبة وظيفة إيجاد هذه الإرادة واستخلاصها على نحو سليم، لما تتضمنه من تعقيدات شديدة دفعت بعض المشرعين لتجنب الدخول في متاهات الإرادة الضمنية كما فعل المشرع الجزائري مثلا عندما اوجب تطبيق قواعد التركيز الموضوعي بمقتضى ضوابط اسناد محددة مسبقا-سنأتي على التفصيل فيها من خلال المطلب الموالي- في الحالة التي يتعذر فيها الاختيار الصريح لقانون العقد³، خلافا للمشرع المصري⁴ وغيره من المشرعين سواء العرب منهم⁵، أو الأجانب⁶ الذين يعتدون أيضا بالإرادة الضمنية، وان كان قد أحسن صنعا

¹-وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص851.

²-بشار قيس محمد، مرجع السابق، ص577.

³-بالرجوع للمادة18، قانون المدني الجزائري السالفة الذكر كانت عكس القوانين العربية والاتفاقيات الدولية، لا تشمل على الفقرة التي تقرر الأخذ بالإرادة الضمنية في حالة عدم وجود إرادة صريحة على أساس أن المادة60 قانون مدني تطبق على العقود الداخلية وليس الدولية، غير ان هناك اتجاه يرى ترك المسألة في يد القاضي لكن هذا الرأي منتقد نظرا لاحتمال تعسف القاضي بعدم الأخذ بالإرادة الضمنية وهذا راجع للسلطة التي قد تمنح له، خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008-2009، ص49

⁴-المادة 1/19، القانون المدني المصري: "...هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه".

⁵-نذكر منها نص المادة 25من القانون العراقي والذي جاء فيها: "...هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانونا اخر هو الذي يراد تطبيقه"، بشار قيس محمد، المرجع السابق، ص579.

⁶-نذكر منها نص المادة1/16 من القانون الدولي الخاص السويسري لسنة1987 على ان : "اختيار القانون يجب ان يكون صريحا او يستخلص بطريقة مؤكدة من أحكام العقد او من الظروف"، بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص109.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

بذلك الا ان واقع العمل الدولي وتحديد القضاء التحكيمي يذهب كما يبدو في اتجاه نقيض، ولا يقف عند هذا الحد، بل يفرز لنا الى جانب الإرادة الضمنية بالمعنى الذي يمكن ان يفهمه أي قانوني، إرادة ضمنية سلبية ذات معنى غريب وهدف محدد مسبقا.

-الإرادة الضمنية الايجابية: هي تلك الارادة التي تشير الى تطبيق قانون معين، إما استنادا الى النظرية الموضوعية المتمثلة بالقانون الاكثر صلة بالعقد، او من خلال اعمال النظرية الشخصية اي بالبحث في نية الاطراف من خلال عدة ضوابط، وهذا الامر ليس بالسهل على القاضي او المحكم في عقد كعقد الإستثمار التكنولوجي حيث يصطدم الناصر بأمره بعدة صعوبات لعل اهمها انه عقد مركب في الغالب الأعم، بالاضافة الى تعقد شروطه التي قد يجد القاضي او المحكم الحيرة بإسقاط التكييف القانوني الصحيح له¹، فإذا تم الاخذ مثلا بعقد تسليم المفتاح باليد فإن تكييف هذا العقد من قبل القاضي او المحكم على انه عقد بيع فإنه سيخضع لقانون دولة البائع اي المستثمر، لاسيما اذا شهد هذا العقد نشاطا كثيفا في اقليم الاخير من توريد للالات والمواد الاولية، اما اذا تم تكييفه على انه عقد مقاوله فيرجح تطبيق قانون محل المال أي قانون الدولة المضيفة للاستثمار، اما اذا تم تكييفه على انه عقد استثمار تكنولوجي مستقل فيمكن ان يخضع للقوانين الخاصة بالاستثمار التكنولوجي ان وجدت.. وهكذا².

-الإرادة الضمنية السلبية: هي تلك الارادة التي تستهدف استبعاد قانون معين، ولعله تحديدا قانون الدولة المضيفة للاستثمار، ومن هنا تنطوي هذه الارادة على خلط فاضح بين ارادة القاضي أوالمحكم وارادة طرفي العلاقة، وان كانت كامنة³، وكثيرا ما يؤدي ذلك الى

¹-سارة زياد مناصرة، مرجع سابق، ص91، وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص852.

²-جمال الدين، صلاح الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، مرجع سابق، ص، 277.

³وقد وجد هذا الامر صدق لدى بعض احكام التحكيم لاسيما في قضيتي texacosaphier وtexaco حيث تداخلت الارادة الضمنية التي كان يمكن للاطراف التسريح بها والارادة المفترضة التي راها المحكم من خلال تكوينه القانوني وميوله الشخصية=

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

تجاهل الناظر في الامر للكثير من الظروف المحيطة بالعقد، مثل وجهات نظر المتعاقدين وما يحيط بهم من ضغوط سياسية واقتصادية، فضلا عن اختلاف نوايا المتعاقدين طبقا للنظام العام الذين ينتمون اليه، وقد وضعت ضوابط مستمدة من الظروف المحيطة بالعقد، وهذه الضوابط حقيقة لا يستدل بها على ارادة المتعاقدين ومثال ذلك التحليل الموضوعي لبنود العقد وظروفه المحيطة، كأن يعتد مثلا بمكان ابرام العقد او مكان تنفيذ الالتزامات او باستعمال مصطلحات او شروط او لغة معينة تستخدم على وجه الخصوص في نظام قانوني دون سواه¹، -على نحو ما سنوضحه في المطلب التالي-.

ثانيا: القيود الواردة على قانون الإرادة

سمحت التشريعات لأطراف العلاقة الدولية في عقد الاستثمار التكنولوجي اختيار القانون الواجب التطبيق لاعتبارات عدة سبق ان تناولناها في مطلع هذا الفرع واهمها تحقيق الامن القانوني لطرفي العلاقة، ومواكبة تطورات النواحي الاقتصادية وازدهار التجارة الدولية، والتشجيع على الاستثمار..الخ.

ولكن وبالرغم من ان التشريعات قد سمحت بذلك، الى ان هناك استثناءات تمنع تطبيق القانون المختار من الاطراف المتعاقدة بصفة مطلقة، ويبرز ذلك اذا كان القانون المختار مخالفا للمثل العليا والمبادئ الاساسية والجوهرية في دولة القاضي التي تنظر الى النزاع، اضافة الى حالة الغش نحو القانون التي تتجسد في تهرب وتحايل الاطراف على احكام قانون معين، وكذلك من موانع تطبيق قانون الارادة نجد القواعد ذات التطبيق الضروري، وعليه سنتعرض لدراسة هذه الاستثناءات على النحو التالي:

=والتي اتجهت الى استبعاد قانون الدولة المتلقية من اجل الدفاع عن مصالح الشركات المتعددة الجنسيات، صلاح الدين جمال الدين، مرجع نفسه، ص 275-276، وفاء مزيد فلهوط، مرجع سابق، ص 853.

¹ - سارة زياد مناصرة، المرجع السابق، ص 91.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

- توافر الصلة بين القانون المختار والمتعاقدين أو العقد

من خلال نص المادة 18 من التقنين المدني الجزائري-السالف الذكر- نجدها تنص على انه:"يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين اذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين او العقد.."، يتضح من خلال هذا النص ان المشرع يشترط في اختيار قانون العقد ان يكون هناك صلة حقيقية بين القانون المختار والمتعاقدين او بالعقد، وبذلك فهذا الشرط يمثل قيда على حرية الارادة في اختيار اي قانون يحكم علاقتهم التعاقدية ، عكس ما كان عليه الوضع في السابق او قبل تعديل هذه المادة، اين لم يكن اي اثر لهذا القيد، بحيث ترك المشرع للمتعاقدين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما حتى ولو لم يكن له صلة بالعقد¹، وحسب بعض الفقه ان مثل هذا الموقف يتماشى مع ما تستوجبه متطلبات التجارة الدولية²، بل واشترط ان تكون هذه الصلة حقيقية، بمعنى يجب ان يكون قانون الارادة يمثل مركز الثقل الفعلي في العلاقة، اي يجب ان يكون الاوثق صلة الى المتعاقدين، او الاوثق صلة بالعقد، واذا ما انعدمت هذه الصلة فإن ذلك يعتبر قرينة على التهرب من القانون واجب التطبيق على العقد وعليه تكون الارادة قد تخطت دائرة التنازع التي تعمل في إطارها مما يشكل خرقا لأهداف تلك القاعدة³.

¹-حيث حررت في ظل الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26/09/1975 كما يلي:"يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان الذي ينبرم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر".

² -أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري(تنازع القوانين)، د.ط، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص307.

³-محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2010/2011ص46.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

-ضابط عدم مخالفة النظام العام¹

يمكن القول ان عدم مخالفة النظام العام والاداب العامة من اهم القيود التي ترد على حرية اطراف العقد في اختيار القانون الواجب التطبيق، اي لا يكون القانون المختار مخالفا لقواعد النظام العام والاداب العامة التي تضيق وتتسع تبعا للافكار السائدة في المجتمع، وتعني مجموعة المصالح الاساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع، ويمنع على الارادة بالتالي ان تتجه الى ما يخالفها.

على صعيد الاتفاقيات الدولية فإن مبدأ حرية اختيار القانون الواجب التطبيق لا يصار الى تطبيقه اذا كان مخالفا للنظام العام في بلد القاضي، بحيث يكون من مقدور القاضي استبعاد تطبيقه كلما اتضح له انه يتنافى مع الافكار الاساسية التي يقوم عليها النظام العام في مجتمعه، وإحلال قانونه الوطني، وهذا ما أشارت إليه اتفاقية منازعات الإستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى في المادة 1/42 منها والتي جاء فيها: "تحكم الهيئة في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي يتفق عليها الأطراف، وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق تطبق الهيئة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع (بما في ذلك قواعد تنازع القوانين الخاصة

¹- هناك نظام عام داخلي وهولا ينعيننا في دراستنا لانه مختص بالعلاقات الداخلية المجردة التي لا تحتوي على عنصر اجنبي، على عكس النظام العام الدولي فمجاله العلاقات الدولية المشوبة بعنصر اجنبي، واذا كان لنظام العام مفهوم واحد الا ان ذلك لايعني توافق مجال كل منهما، مجال النظام العام الداخلي يتمحور حول عدم القدرة على تجاوز القوانين المتصلة بالنظام العام في مجال القانون الداخلي، والتي لا يمكن للأفراد تجاوزها بالارادة، اما مجال النظام العام الدولي = فيكون في القوانين الاجنبية المطبقة سندا لقاعدة اسناد وطنية من قبل المحكم وتخالف القواعد الامرة في تلك الدولة المشروعة لقاعدة الاسناد، أي ان الاثر المترتب هو استبعاد تطبيق هذا القانون، اذا فهي جزءا من النظام العام في القانون الداخلي المتعلق بالعلاقات الدولية، وبالتالي تعبر عن المبادئ العامة ذات الطابع الدولي، ومن هنا يبدو الطابع الاستثنائي لفكرة النظام العام في عقود الإستثمار التكنولوجي الذي يكون الدولة طرفا فيه، - سارة زياد منصرة، المرجع السابق، 102-

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

بها)، وما ينطبق من قواعد القانون الدولي...¹، وايضا اتفاقية نيويورك التي ترفض تنفيذ حكم التحكيم لمخالفته النظام العام الداخلي المراد التنفيذ فيها²،

اما على المستوى التشريعات فيظهر هذا القيد جليا بقراءة كل من نص المادة 1051 ق.ا.م.ا الجزائري والتي يقابلها نص المادة 39 من قانون التحكيم المصري³، والمادة 1514 من قانون 2011 المنظم للتحكيم التجاري الدولي⁴ التي تنص على انه: "يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر اذا اثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي"، ويتضح من نص المادة ان هناك اشارة ضمنية الى القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع والتي لا يتم الاعتراف بأحكام هيئات التحكيم اذا كانت مخالفة للنظام العام الدولي، هذه الهيئات التي تفصل في النزاع وفقا للعقد المبرم بين الطرفين، واحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان، او وفقا لأحكام القانون الاكثر ارتباطا بموضوع النزاع التي سنتعرف عليها لاحقا عند البحث في منهج القواعد الموضوعية، لكونها جزء من هذا المنهج.

ومن التطبيقات التحكيمية المتعلقة بقواعد النظام العام العابر للدول نجد الرشوة على سبيل المثال، حيث أقرت كل من منظمة الامم المتحدة، ومنظمة التعاون والتنمية الاقتصادية وغرفة التجارة الدولية، والمجلس الأوروبي عدم مشروعيتها، ويشكل ذلك توافقا دوليا حظر

¹ - سارة زياد منصرة، مرجع نفسه، ص 107.

² - اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم الاجنبية وتنفيذها لسنة 1958 الساري مفعولها تاريخ 1979/7/8، المادة 2، 05/ب من الاتفاقية: "2.. يمكن رفض الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه اذا رأت السلطات في البلد المطلوب تنفيذه القرار فيه.. ب- ان الاعتراف بذلك القرار وتنفيذه يناقض السياسة العامة لذلك البلد".

جاء فيها: "تقضي المحكمة المختصة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم فيما تضمن ما يخالف النظام العام"، او اذا وجدت ان موضوع النزاع من المسائل التي لايجوز التحكيم فيها..".

⁴ - بن تريكية ليندة أديبة، مطابقة أحكام التحكيم التجاري الدولي للنظام العام الدولي في القانون الجزائري والقانون الفرنسي - دراسة مقارنة-، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، المجلد 08، العدد 02، ديسمبر 2022، ص 719-730، ص 720.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

الرشوة¹، وهناك عدة امثلة لقرارات تحكيمية متعلقة بالرشوة منها القرار التحكيمي الصادر عام 1988 بشأن قضية شركة Hilmarton²، زيادة عن الرشوة هناك العديد من القرارات الصادرة من قبل الامم المتحدة والتي تقر بسيادة الدولة على ثرواتها، طالما كان ممارستها لحقها بحسن النية ويهدف الى تحقيق الصالح العام، ومن التطبيقات التحكيمية في هذا المجال.

شيخ ابو ظبي³، قضية تكساكو الليبية¹، وغيرها من القضايا التي اثارت جدلا كبيرا على مستوى التحكيم التجاري الدولي المتعلقة بالنظام العام العابر للدول.

¹ - بالنسبة للامم المتحدة فقد تبنت الجمعية العامة بالقرار رقم 3514 لعام 1975. تضمن فيها ادانة كل عمل يتضمن في مفهومه الرشوة، وكذلك حق كل دولة باتخاذ الإجراءات القانونية المناسبة ضد كل من قام بهذا الفعل، اما منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية القانوني (O.C.D.E) فقد وضعت مبادئ لمحاربة الرشوة، ومن هذه المبادئ المقطع السابع منها والذي ينص على انه: "يجب على المؤسسات عدم منح او توسل او قبول اي دفع غير مشروع من قبلها، او اي منفعة غير واجبة مباشرة او غير مباشرة لاي موظف او مكلف بوظيفة عامة"، وقد صدر من بعدها توصيات تجرم فيها الرشوة، وتدعو الدول الأعضاء اتخاذ الإجراء المناسب حولها في كل من العامين 1989 و 1997، وعلى أثرها تم توقيع اتفاقية دولية متعلقة بتجريم الرشوة، اما بالنسبة لغرفة التجارة الدولية فقد قامت بتشكيل لجنة عام 1975 أوكلت فيها مهمة وضع توصيات بشأن مكافحة الرشوة، وذلك من خلال إجراءات يتعين على الدول إتباعها لمواجهة الرشوة، وإقرار قواعد سلوك متعلقة بذلك، سارة زياد منصرة، مرجع سابق، ص 109.

² - ملخص هذه القضية هو انه أرادت الشركة الفرنسية المشاركة في مناقصة دعت اليها السلطات الجزائرية، فأبرمت عقد مع شركة Hilmarton، تعهدت فيه تقديم استشارات اقتصادية وحربية لقاء مبلغ 4% من القيمة الكلية للصفقة، الا ان شركة O.t.v لم تلتزم بالاتفاق، واستوضح للمحكم بأن شركة Hilmarton مارست نشاط الاستخبارات وممارسة النفوذ لدى السلطة الجزائرية لقاء دفع مبالغ لهذه السلطات، من اجل تفصيل العرض المقدم من شركة O.T.V مما يعد ذلك مخالفا للنظام العام العابر للدول، والعقد المبرم ما بين كل من الشركتين مخالف للقانون الجزائري. للمزيد من التفاصيل عن القضية انظر: محمد عيساوي، دراسة نقدية لقضية.. في التحكيم التجاري الدولي، مجلة معارف، المجلد 06، العدد 10، جامعة اكلي محند اولحاج، البويرة، الجزائر، 2011، ص 11-29.

³ - تتلخص وقائع هذه القضية في ان شيخ ابو ظبي منح امتيازاً بترولياً لشركة تنمية البترول المحددة للبحث والتنقيب واستغلاله فوق اقليم الامارة البري والبحري، ثم شرع في اعطاء امتياز بترولي للبحث والتنقيب واستغلال البترول في منطقة الجرف القاري لشركة اخرى، فرفعت الشركة الاولى النزاع الى التحكيم الدولي على اساس ان امتيازها المبرم عام 1939 يشمل منطقة الجرف القاري، وتم الاتفاق على المحكم البريطاني الوحيد...، علما بأن شرط التحكيم الوارد في عقد الامتياز لم يتضمن تحديدا ضريحا للقانون الواجب التطبيق، فاستبعد المحكم تطبيق قانون الإمارة بحجة ان الشيخ يحكم وفق عدالة تقديرية مستعينا بالقرآن، ولا يمكن الجزم بوجود مجموعة من المبادئ القانونية يمكن تطبيقها على ادوات التجارة الدولية،

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

-وجود الغش نحو القانون

أخذ به المشرع الجزائري في المادة 1/24 من القانون المدني -السالف الذكر- وعرفه الفقه بأنه قيام الفرد بإرادته بتغيير ضابط الاسناد قصدا تطبيق قانون هو غير القانون المختص اصلا بحكم النزاع، ويشمل الغش عنصرين المادي والمتمثل فياجراء تغيير ارادي في ضابط الاسناد وجيب ان يكون هذا التغيير فعلي ومشروع، والعنصر المعنوي المتمثل في توافر نية التهرب من احكام قانون ما، او التحايل نحو القانون²، لكن طرح جدل فقهي حول الاثر الذي يترتب على ذلك مجرد عدم نفاذ النتيجة التي هدف الافراد اليها من وراء تغيير ضابط الاسناد؟، ام انه يوسع من نطاق الاثر فيجعل الجزء يمتد ليطول فوق ذلك الوسيلة التي لجأ اليها الشخص لبلوغ النتيجة غير المشروعة التي قصدها؟.

اختلف الفقهاء بين من ينادي بضرورة الاستبعاد الكلي للقانون المختار، وبين من يؤيد الاستبعاد الجزئي لذلك القانون، بالنسبة للاتجاه الاول المنادي بالاستبعاد الكلي للقانون فيرى ان اثر الغش ينصب على استبعاد تطبيق قانون الارادة المختص طبقا لضابط الاسناد المفتعل، وإعمال القانون المختص اصلا لحكم النزاع، حيث يعد اثر الغش هنا اثر حلولي او استبدالي اي القانون المختص اصلا، يحل محل القانون الذي اراد الشخص تطبيقه من وراء تغيير ضابط اسناد تهربا من احكام القانون المختص³، لكن هذا لا يسمح لنا بالقول ان كل الحالات التي ستبعد فيها قانون الارادة للغش نحو القانون يحل محله قانون القاضي، بل قد تطرأ بعض الحالات يكون القانون المتهرب منه اجنبي مما يؤدي الى الرجوع الى ذلك

لذلك رأى ضرورة تطبيق ما اسماه المبادئ الراسخة في العقل السلم والممارسة المشتركة للامم المتحدة المتحضرة كنوع من القانون الطبيعي الحديث، وانتهى الى تطبيق قانونه الانجليزي، محمد عيساوي، هامش 03، مرجع نفسه، ص 11-12.

¹-المتعلقة بالنزاع الناشئ ما بين الحكومة الليبية وشركتين أمريكيتين عاملتين في مجال النفط نتيجة التأمين كونه يعتبر عن سيادتها، بشار الأسعد، مرجع سابق، ص 272-273.

² -كوثر مجدوب، حدود الارادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الاستهلاكي، مجلة تاريخ العلوم، العدد الثامن ج 2، جوان 2017، ص 269.

³-حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 292-293.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

القانون الاجنبي¹، اما الاتجاه الثاني المنادي بالاستبعاد الجزئي للقانون المختار المختار يتم بطريقتين، الاولى تتمثل في استبعاد القانون المختار بحرمان التصرف المشوب بغش من اي اثر قانوني، حيث يرى جانب من الفقه الفرنسي ومن بينهم (فيدال) ان اثر الغش يقتصر فقط على الجزء الذي وقع فيه الغش، اما الثانية فتتمثل في استبعاد القانون المختار بعدم الاحتجاج بالاثار الذي اراد المتعاقدين الحصول عليه بواسطة الغش، اي عدم الاخذ بالنتيجة التي يهدف الشخص تحقيقها من وراء الغش²، وهذا ما نؤيده مدام انه لا توجد علة او مبرر لاستبعاد الجزء المتوافق مع القانون، وبالتالي يكفي استبعاد الجزء الذي وقع فيه الغش، ونفس الامر بالنسبة عند مخالفة النظام العام السابق ذكره، اذ يكفي هو الآخر استبعاد الجزء المتعارض مع النظام العام لأنه وبالرجوع الى النصوص التشريعية المتعلقة بالنظام العام السابق ذكرها نصت على عدم جواز تطبيق الاحكام وليس القانون ككل، والقول بغير ذلك يؤدي الى التوسع بفكرة النظام العام.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار التكنولوجي في حالة

غياب الإرادة

استقرت معظم النظم القانونية -كما سبق إيضاحه- على قانون الإرادة، وفي حال عدم إمكان ذلك³ فإنه يتعين على القاضي او المحكم ان يجتهد للوصول الى تحديد قانون العقد بالاستناد الى القواعد العامة لتنازع القوانين الواردة في القانون الدولي الخاص، ليحدد بموجبها وبطريقة موضوعية القانون الواجب التطبيق، والذي يتصل بالعلاقة العقدية بأواصر وثيقة، وهناك اتجاهات في ذلك نوردها على النحو التالي:

¹-خالد شويرب، المرجع السابق، ص89.

²-خالد شويرب، مرجع سابق، ص88-89.

³-قد يحدث في بعض الاحيان ان يغفل الاطراف التعبير عن هذه الارادة، فيبرم عقد الاستثمار التكنولوجي دون تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع الذي قد نشأ بينهم، وقد يرجع ذلك الى سهو المتفاوضين، أو رغبتهم في تجنب إعاقة تنفيذ الاتفاق بالاختلاف على مسألة قد تبدو لهم آنذاك نظرية او احتمالية لاسيما اذا كان بينهم تعاملات سابقة، او انهم ببساطة قد افترضوا أن قانون ما هو الذي لابد ان يطبق.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

أولاً: إسناد العقد للقانون الأوثق صلة به

يتمثل هذا الاتجاه في ضرورة البحث عن القانون الواجب التطبيق عن طريق إسناد العلاقة العقدية الى القانون الأوثق صلة به في ضوء ظروف التعاقد وملابساته في كل حالة على حدا، سعياً إلى إدراك العدالة على أحسن وجه، مما يؤدي في كثير من الأحوال باستعانة القاضي أو المحكم في تنازع متعلق بعقود الإستثمار التكنولوجي بأحد الأسلوبين في تحديد ذلك القانون، فإما أن يستند إلى أسلوب الإسناد الجامد الذي تكون طرقة محددة سلفاً في النصوص القانونية حيث يلتزمان بتطبيقها ولا مجال للاجتهاد بشأنها، أما الأسلوب الثاني فهو أسلوب الإسناد المرن الذي يقوم فيه القاضي أو المحكم بالبحث في كل حالة على حدا عن أقرب القوانين ذات الصلة بالرابطة العقدية، والذي يعبر عن مركز الثقل في هذه الرابطة كما تشير به ظروف التعاقد وملابساته¹، وسنتعرف بشكل موجز عن كلا هاذين الأسلوبين كما هو موضح في الآتي:

1- اعتماد الإسناد الجامد للرابطة العقدية

يتمثل هذا الضابط في اسناد العقد عند غياب الاختيار الصريح للعقد من قبل الاطراف لضوابط اسناد محددة مسبقاً ومعلومة للأطراف، حددها المشرع ورتبها بحيث اذا لم توجد احداها انتقل القاضي او المحكم للضابط الذي يليها .. وهكذا²، وقد تبنت اغلب التشريعات الوطنية هذا الاتجاه واعطت موقفاً حاسماً ومحدداً لهذه الحالة، ومن بينها المشرع الجزائري الذي منح القاضي الحق في تطبيق ضابطين للاسناد بمقتضى المادة 18 من القانون المدني الجزائري في فقرتها 3 و 4 اين جاء فيها: " .. وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون

¹ - محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص 153، هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع

¹ سابق، ص 562.

² - بن عصمان جمال، مرجع سابق، ص 259.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد...¹.

ويستفاد من هذا النص انه يحدد القانون الواجب التطبيق من ضمن القوانين التي لها صلة وثيقة بالرابطات العقدية، حيث أتى بضوابط احتياطية منها ما هو متعلق بطرفي العلاقة العقدية كقانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين، ومنها ما هو متعلق بالعقد ذاته كقانون مكان إبرام العقد.

وفي نطاق تحليلنا لهذه المعايير المعتمدة والمستند عليها في تحديد القانون الواجب التطبيق انه معيار لا يمكن التعويل عليه بمفرده في تحديد هذا القانون، لانه وببساطة في العقود التي نحن بصدد دراستها نجدها تتعدد فيها جنسية الاطراف ومحل اقامتهم، لتكونه من مجموعة من العقود المركبة كقاعدة عامة، والتي يهدف من خلالها تصدير التكنولوجيا وتنميتها، بالاضافة الى ان تطور طرق التعاقد في عقود الاستثمار التكنولوجي لوجود عقود الكترونية تتخطى حاجز المكان ما يجعل معيار مكان إبرام العقد معيار ضعيف هو الآخر ولا يمكن التعويل عليه بطريقة حاسمة.

ومما لاشك فيه أن اعتماد هذا المنهج من شأنه أن يحيط أطراف العلاقة بمعرفة القانون الواجب التطبيق مقدما، مما يحقق معه الأمان القانوني، ويصون توقعاتهم المشروعة، غير انه قد يعجز عن مواجهة التطورات الجديدة التي تواكب العقود الحديثة التي ظهرت في عصر التكنولوجيا، وما ينشأ عنها من منازعات، لأنه منهج عام يسري على كافة العقود دون تمييز فيما بينها من ناحية، وبالظروف المحيطة بذات الصنف من عقود الاستثمار التكنولوجي من ناحية أخرى.

¹ - وتجدر الإشارة إلى أنه هناك من التشريعات من أدرجت ضابط آخر من الضوابط الجامدة، وهو ضابط محل تنفيذ العقد، نذكر منها: القانون الدولي الخاص التركي لعام 1982م في المادة 24، التي تقضي بأنه: "إذا لم يتفق الأطراف صراحة على القانون الواجب التطبيق خضع الالتزام التعاقدي لقانون دولة تنفيذ العقد..."، بشار قيس محمد، هامش 4، مرجع سابق، ص 587.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

وبصرف النظر عن الضوابط الجامدة، ومدى صلاحية الأخذ بها، ظهرت ضوابط الإسناد المرنة التي يمكن الاستعانة بها والتي يراعى فيها طبيعة العقد محل النزاع، وتتعرض لتلك الضوابط فيما يلي:

2- اعتماد ضوابط الإسناد المرن للرابطة العقدية

يلجأ إلى هذا الحل في الحالة التي يمختر فيها المتعاقدان القانون المختص، ولم يحدد فيها المشرع ضوابط إسناد محددة مسبقا ، فيعتمد القضاء إلى استخلاص القانون الواجب التطبيق من خلال تركيز العقد عن طريق تحديد طبيعته الذاتية¹، والواقع أن هذا الأمر يتنازعه نظريتان، الأولى نظرية التركيز الموضوعي للعقد للكشف عن القانون الأوثق به، أما الثانية فتتمثل في نظرية الأداء المميز والتي تركز على محل الأداء الرئيسي في العقد، كما هو مبين في الآتي:

ب-1- التركيز الموضوعي بالنظر إلى ظروف وملابسات التعاقد

يقوم هذا الضابط على فكرة مؤداها أن تحديد القانون الواجب التطبيق يتم عن طريق تركيز العقد حسب معطياته الخارجية، والتي يرجع فيها القاضي أو المحكم في تعين القانون المختص استنادا إلى التحليل الإجمالي للعناصر القانونية والواقعية المرتبطة بالعقد المدروس، وذلك في سياق البحث عن مركز الثقل الذي يرتبط به ارتباطا وثيقا²، فالروابط التي تربط عقد الإستثمار التكنولوجي بعدة دول ليست جميعها على نفس الدرجة من الأهمية، فهناك روابط ضعيفة، وروابط قوية، وروابط اشد قوة، ويتعين على القاضي الأخذ بعين الاعتبار بالروابط الأخيرة لاتمام عملية التركيز بنجاح³، فمثلا في عقد المفتاح باليد المبرم بين الدولة الجزائرية و شركة فرنسية في ايطاليا، لا يكون لمحل الابرام في ايطاليا الا

¹- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق...، مرجع سابق، ص563.

²- وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص785.

³- بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص586.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

علاقة عرضية مع عقد الاستثمار التكنولوجي المبرم، وقد يكون أيضا للعقد عدة امكنة للتنفيذ، لذلك يقتضي على الناظر في النزاع-القاضي، المحكم- البحث في كل نزاع على حدى في العنصر الاكثر اتصالا بالعقد فيكون مركزا له، مما يؤدي في كثير من الأحوال الى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة على اعتبار ان اقليمها هو المكان الطبيعي لإبرام العقد وتنفيذه، فضلا عن ارتباط عقود الاستثمار التكنولوجي بالمصالح الاساسية لتلك الدولة.

وباسقاط فكرة التركيز الموضوعي اعتمادا على ضابطي محل الابرام او التنفيذ على عقد الاستثمار التكنولوجي يؤدي الى تطبيق الدولة المتلقية للتكنولوجيا نظرا للمركز الجزء الاعظم من اداءات المستثمر وطالب الاستثمار في دولة الاخير، لاسيما استغلال وتطبيق المعرفة الفنية، فضلا عن بناء المنشآت الصناعية فيها وتنفيذ بنود العقد المبرم، وفي حال اختلاف مكان الابرام عن مكان التنفيذ فإن القضاء يرجح في العادة قانون مكان التنفيذ لاسيما اذا كانت الدولة طرفا في العقد الدولي، ويتأسس الاسناد لبلد التنفيذ على سند من القول بان معظم الآثار الرئيسية لتعاقد تبرز في بلد التنفيذ، كما ان التنفيذ هو الهدف الاسمي من وراء التعاقد¹.

وعلى الرغم من المزايا الواضحة لهذه النظرية أهمها تفادي الإسناد الجامد والمحدد سلقا ومحاولاتها لإدراك العدالة على نحو أفضل، إلا أنها لا تتفق مع فكرة الأمان القانوني الذي ينشده المتعاقدون، والذي تهدف إليه قواعد القانون الدولي الخاص، لتعذر معرفة القانون الذي سيحكمها، عدا انها تقسح مجالا واسعا لناظر في النزاع -سواء القاضي او المحكم- الامر

¹- وهذا ينسجم بدوره مع بعض احكام التحكيم الدولية، منها الحكم الصادر من محكمة تحكيم غرفة باريس بتاريخ 16 فبراير 1983 في قضية هضبة الاهرام، والذي بموجبه طبقت المحكمة القانون المصري على موضوع النزاع، وذلك من منطلق ان العقدين المتنازعين بشأنهما قد ابرما في مصر، وكما ان التنفيذ لهذين العقدين باكماله على الاقليم المصري بالاضافة الى وجود اشارات في كثير من نصوص العقدين للقانون المصري وهو في هذا المجال قانون الاستثمار السابق رقم 43 لسنة 1974، كذلك الحكم الصادر عن محكمة عن محكمة التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس والتي قضت بان تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الامتياز المبرم بين الدولة و شركة بلجيكية في حالة عدم اختيار الاطراف صراحة لقانون يحكم العقد هو قانون الدولة المتعاقدة بناء على تركيز هذا العقد في قانون هذه الاخيرة باعتبار ان العقد سوف ينفذ على اقليمها، بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص 588-587.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

الذي يخشى معه الخطأ والتجاوز، بالإضافة الى عدم وضوح العنصر الذي يشكل مركز الثقل، فهل المعول على العناصر كمية او نوعية؟، لذا تحولت الأنظار -وبصفة خاصة - بعد دخول اتفاقية روما لعام 1980م. حيز النفاذ في أول أبريل 1991 نحو نظرية التركيز الموضوعي للعقد بمقتضى فكرة الأداء المميز، كضابط إسناد مرن يمكن أن يحقق للمتعاقدین العلم المسبق بقانون العقد، فضلا عن الوضوح¹، فما مدى ملائمة هذه الفكرة لعقود الاستثمار التكنولوجي، هذا ما سنحاول الإجابة عنه في التالي.

ب-2- التركيز الموضوعي بالنظر للأداء المميز في العقد

يقوم هذا الضابط على فكرة مؤداها تنوع معاملة العقود وتحديد القانون الذي يحكم العقد وفقا للالتزام الرئيسي فيه، والتي على ضوءها يتم تحليل كل عملية تعاقدية على حدى للوقوف على طبيعة الاداء المميز او الأكثر تميزا فيها، بمعنى انها تقوم عند تحديد القانون الاوثق صلة بالعقد الى تفريد معاملة عقود الاستثمار، حسب الوزن القانوني والأهمية الفعلية والواقعية للالتزام والأداء الاساسي في العقد، ومكان الوفاء به أو تقديمه²، فوسيلة تحديد القانون الواجب التطبيق بناءا على هذا المعنى تعد امرا ميسورا مقارنة لتركيز الموضوعي بالنظر الى ظروف وملابسات التعاقد، لاعتماد القاضي او المحكم على عنصر واحد لتحديد القانون الاكثر ملائمة للعقد، وهو الاداء المميز له والذي يتم استخلاصه من مجموع الالتزامات التي تترتب على الاطراف، اين يتم تكييف العناصر الواقعية المرتبطة بالعقد ووزنها في ميزان الاشياء من اجل معرفة اي الاداءات يمثل الالتزام الاساسي في العقد، والذي على ضوءه يتم اسناده الى قانون محل اقامة المدين بهذا الالتزام،

¹- السيد عبد المنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، ص123-124.

²- بن عصمان جمال، مرجع سابق، ص261.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

أو في مركز إدارته إذا كان شخصا اعتباريا عند التعاقد، فهذا التوقيت هو الذي يكفل للمتعاقدین العلم المسبق بالقانون للواجب التطبيق وبالتالي يصون توقعاتهم¹.

وبإسقاط فكرة الأداء المميز على عقود الإستثمار التكنولوجي نرى إعمال قانون دولة طالب الإستثمار من جديد، نظرا لعدة اعتبارات تقودنا للاعتقاد بهذا الرأي، منها اعتبارات موضوعية تركز على تحليل جملة الالتزامات الملقاة على عاتق كل من المستثمر و طالب الإستثمار، والتي يتضح بأن أغلبها يتم في دولة الأخير خاصة الالتزام المتعلق باستغلال المعرفة التكنولوجية ووضعها موضوع التنفيذ، فضلا عن كونها المحل المفترض لتنفيذ الالتزام الرئيسي، والمكان الذي يباشر فيه المستثمر رقابته وتكوينه ونشاطه للمشروع الإستثماري، ومنها اعتبارات منطقية تتجسد في الترابط الحقيقي بين المجموع العقدي، والذي يتمخض عنه تحقيق الغايات الرئيسية التي يطمح إليها طالب الإستثمار من وراء التعاقد، والتي تتجسد في استنساخ منشأة المستثمر وتكرار نجاحه، وأخيرا اعتبارات سياسية متعلقة بسيادة الدولة، حيث تعد ممارسة هذه السيادة حق مطلق للدولة على إقليمها، وأخرى اقتصادية تستمد من الطبيعة الخاصة لعقود الإستثمار التكنولوجي والتي تمس نحو أكيد بالاقتصاد القومي للدولة المتلقية للتكنولوجيا، والتي تهدف بالضرورة تحقيق سياسة الدولة في المجال التنموي عموما والتكنولوجي خصوصا، وعلى هذه الاعتبارات فإن الأخذ بنظرية الأداء المميز سيؤدي في النهاية إلى إخضاع هذه العقود للقانون الوطني لاعتباره الذي يتم فيه الوفاء بالالتزام المميز أو الالتزام الرئيسي في هذه العقود، وعادة ما يتم هذا في إقليم الدولة المتعاقدة.

وقد تبنت العديد من التشريعات الوطنية المقارنة والحديثة هذه النظرية¹، كما وجدت تطبيقا لها في العديد من الأحكام القضائية²، على خلاف المشرع الجزائري الذي اخذ بفكرة

¹- عكاشة عبد العال محمد، قانون العمليات المصرفية الدولية، ط.3، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007،

ص63-64.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

التركيز الموضوعي بالنظر لظروف وملابسات التعاقد، ويتضح ذلك من خلال المادة 18/2 و1 السالفة الذكر، وحذا لو أشار المشرع الجزائري على وجه عام إلى هذه الفكرة لما تنسم به من مرونة، يجعلها تواكب وتراعي الطبيعة الذاتية للرابطة العقدية على نحو يجعلها اقرب المناهج لمراعاة الطبيعة الخاصة لهذه العقود.

ورغم إتباع المشرع لضوابط إسناد محددة سلفا والتي توحى لانتهاجه لمنهج جامد ودقيق، إلا أننا نرى انه بإمكان تطبيق قانون الدولة المستضيفة للتكنولوجيا من قبل القضاء الجزائري من خلال الاستعانة بنظرية الأداء المميز في الأحوال التي يسكت فيها الأطراف تماما في تعيين القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار التكنولوجي، وذلك بالرجوع

3- نذكر منها على سبيل المثال نص المادة 17 من القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987 والتي جاء فيها: "1- يسري على العقد عند غياب اختيار القانون الواجب التطبيق قانون الدولة التي له بها أكثر الروابط وثقا، 2- تعتبر تلك الروابط موجودة مع الدولة التي بها الإقامة العادية للطرف الذي يجب ان يقدم الأداء المميز.."، كذلك نجد نص المادة 26 من القانون الدولي الخاص التونسي الصادر في نوفمبر 1988 التي تقضي بأن: "يكون العقد محكوما بالقانون المختار بواسطة الاطراف، وما لم يوجد اختيار فيكون العقد محكوما بقانون دولة موطن الطرف الذي يكون التزامه قاطعا في تكيف العقد او قانون مقر مؤسسته عندما يكون العقد مبرما في اطار انشطته المهنية او التجارية"، وكذا القانون الدولي الخاص الالمانى لعام 1986 من خلال المادة 2/28، والقانون الدولي الخاص المجري لعام 1979، والقانون النمساوي لعام 1978 في المادة 38 وغيرها...، خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 156-157، احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي...، مرجع سابق، ص 200، هشام صادق عقود التجارة الدولية...، مرجع سابق، ص 591.

2- نذكر منها على سبيل المثال قرار المحكمة الفيدرالية السويسرية الصادر في 11 ماي 1966 الذي حكمت فيه بخضوع الروابط العقدية الدولية في حال سكون المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق للقانون الذي يرتبط بالعقد برابطة وثيقة، وحددت المحكمة هذا القانون بأنه قانون محل اقامة الطرف المدين بالاداء المميز، وفي فرنسا تبنت محكمة استئناف.. ضابط الاداء المميز في حكمها الصادر في 11 سيبتمبر 1955، وذلك بصدد عقد بيع مبرم بين شركة ايطالية يوجد مركزها الرئيسي في ايطاليا ومشتري فرنسي، حيث قررت المحكمة تطبيق القانون الايطالي بصفته قانون المدين، بالاداء المميز في العقد، واستندت المحكمة في ذلك الى المادة 04 فقرة 02 من اتفاقية روما لعام 1980 والتي تطبق في حالة عدم وجود اختيار صريح او ضمني من جانب الاطراف للقانون الذي يحكم العقد، فيكون العقد خاضعا هنا للنصوص العامة في اتفاقية روما، خالد عبد الفتاح محمد خليل، مرجع نفسه، ص 156، وكذلك في القرار الصادر عن هيئة التحكيم غرفة التجارة الدولية ما بين شركة امريكية والحكومة السورية اذ ذهبت الهيئة الى اختيار قانون ولاية تكساس باعتبارها قانون صاحب الاداء المميز في العلاقة العقدية وهي الشركة المقيمة في ولاية تكساس، الاسعد بشار، مرجع سابق، ص 260.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

إلى نص المادة 23 مكرر 2 من القانون المدني الجزائري المذكور سابقا والتي تنص -رغم عدم صراحتها في الدلالة على المقصود- على انه: "تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين"، ونستند في هذا القول على نص المادة 18 ق.م على الرغم من أنها جاءت شاملة لكافة العقود الدولية، إلا انه نص عام يمكن تقييده بما تتضمنه قواعد التنازع الأخرى المستقاة من المبادئ العامة من أحكام خاصة بكل طائفة من العقود، ومنها عقود الاستثمار التكنولوجي، الذي يتميز بطبيعة خاصة لا تسمح بإدراجه تحت أي من طوائف العقود المسماة.

وعلى الرغم من المزايا الواضحة لهذه النظرية في تحديد القانون الواجب التطبيق واعتمادها في القانون المقارن، لما تتسم به من مرونة، ومراعاة للطبيعة الذاتية للرابطة العقدية، إلا ان هناك بعض الصعوبات في تجسيدها لعل أهمها يكمن في صعوبة تحديد الالتزام الذي يشكل الاداء المميز، وترجيحه عن غيره مدام العقد يتضمن التزامات متقابلة ومتعددة، لاسيما في العقود المركبة كما هو الحال في عقد الاستثمار التكنولوجي، الذي يعد عقدا مختلطا يشمل اكثر من عقد واحد، فتتعدد وتختلف الالتزامات حسب كل عقد منه، ومن هنا يصعب تحديد الاداء المميز في هذه الحالة.

وبناء على ما تقدم يتضح انه يجب ان يكون في اغلب الحالات ان لم نقل دائما اختيار القانون الذي سيحكم العقد صريحا وواضحا حتى نتجنب الصعوبات التي يثيرها تطبيق منهج التنازع عند إعماله في منازعات العقود العابرة للحدود، او على السلطات التدخل وإدراج عقد الاستثمار التكنولوجي ضمن تصنيف خاص بهذه الصيغ العقدية الجديدة يحمل مصطلحا يشير الى "العقود الدولية للتنمية التكنولوجية"، على ان يحكمها قانون خاص تسنه الدول المعنية، دون ان تكون العبرة باللجوء الى قواعد القانون العام اوالى قواعد القانون الخاص.

ثانيا: اسناد العقد وفقا لمنهج القواعد الموضوعية للتجارة الدولية

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

جاء هذا الاتجاه في اختيار القانون الواجب التطبيق بوضع قواعد تسمى بالقواعد الموضوعية¹، والتي تعطي حلاً مباشراً للنزاع في عقود التجارة الدولية عموماً، دون اللجوء إلى قواعد الاسناد، والتي لا تعطي الحل المباشر بل تحيل إلى القانون الواجب التطبيق، ولعل أن لكل مطلع على الموضوع يتبادر في ذهنه فيما تتمثل هذه القواعد؟ ومن أين تستمد المصدر التي تستقي منه قواعدها؟.

من خلال الاطلاع على تعاريف فقهية عديدة حددت فيها القواعد الموضوعية والتي لا يتسع المقام لذكرها جميعاً²، إلا أنه يمكننا تلخيص ذلك في أنها مجموعة من القواعد التي تحكم العلاقات التجارية ذات الصلة بالقانون الخاص، والتي ترتبط أكثر من دولة واحدة³، وتستمد مصادرها من المتعاملين في إطار العلاقات التجارية الدولية بطريقة تلقائية غير مكتوبة كما هو الحال في أحكام التحكيم الدولي⁴، فضلاً عن عادات وأعراف التجارة

¹ - قد أطلق الفقه على هذه القواعد العديد من التسميات المتداولة في بعض الأحيان، مثل القانون العابر للدول، أو القانون الطائفي أو قانون التجار، أو القواعد عبر الوطنية، أو القواعد عبر الدولية، وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص 857-858، وبغض النظر عن مدى صحة هذه التسميات إلا أنه قد اخترت في دراستي مصطلح القواعد الموضوعية للتجارة الدولية، وذلك لشيوع استخدامه ووضوحه في التعبير عن المعنى المقصود.

² - لقد قيلت في هذا الشأن العديد من التعريفات، إلا أنها لم تتفق على تعريف موحد لهذه القواعد، فقد اختلفت حسب مذهب كل فقه، فمنهم من عرفها بأنها: "مجموعة القواعد التي تعارف التجار عليها في مهنة معينة وتهدف إلى تطبيقها على مختلف مظاهر النشاط الاقتصادي الدولي، كما أنها مستقلة عن النظم القانونية المختلفة"، زيعرفها آخر بأنها: "مجموعة من المبادئ والنظم والقواعد المنتقاة من كافة المصادر التي تغذي باطراد وتستمر في تغذية البنيان والسير القانوني الخاص بمهنتي التجارة الدولية"، كما عرفت بالامانة العامة للجمعية العامة للأمم المتحدة عند البحث في انشاء لجنة توحيد احكام قانون التجارة الدولية لعام 1965 بأنها: "مجموعة القواعد التي يسري على العلاقات التجارية المتعلقة بالقانون الخاص والتي تجري بين دولتين أو أكثر"، بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص 632.

³ - وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص 859.

⁴ - تعد قرارات التحكيم من المصادر الرئيسية لتشكيل القواعد الموضوعية، لأنه لا يقع على المحكم خلافاً للقاضي الملزم باحترام وتطبيق النصوص القانونية الصادرة من المشرع الوطني، وبإعطاء المحكم هذه المكانة يعطيه القدرة على استبعاد القوانين الداخلية التي يقدر عدم ملائمتها، كما يسمح لهم أيضاً تطبيق قواعد مستمدة من قوانين مختلفة، وهو ما يؤدي إلى ايجاد قواعد موضوعية متعلقة بعقد الإستثمار التكنولوجي، فقد صدر قرار تحكيمي عن غرفة التجارة الدولية رقم 1837 لسنة 1969 في معرض النزاع حول عقد الترخيص في تكملة النقص في هذا العقد استناداً إلى مبدأ حسن النية، سارة مناصرة، مرجع سابق، ص 173-174.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

الدولية¹، وكذلك في القواعد الموضوعية ذات الطابع التشريعي في مختلف النظم القانونية، والتي تسري على العلاقات ذات الطابع الدولي²، وأيضا في القواعد التي أفرزتها المؤسسات المختصة³، والاتفاقيات والمنظمات الدولية المعنية بهذا الشأن¹، مع الأخذ بعين الاعتبار

¹ -تعد الاعراف المتعلقة بالاستثمار التكنولوجي احد اهم القواعد التي تستقى منه القواعد الموضوعية ، فلا يمكن اغفال دور الجماعات المهنية في ارساء اسس ذلك القانون، وذلك عند ابرام هذه العقود، او التفاوض بشأنها، وتساهم ايضا في خلق قواعد جديدة تلبي المتطلبات التي تفرضها عقود الاستثمار التكنولوجي، وتوصف هذه القواعد بأنها قواعد تلقائية على اعتبار انها قواعد ذاتية تقوم على ما جرى عليه من اعراف وممارسات المتعاملين في عقود الاستثمار، ونابعة من مجتمع ذاتي، ولا تأتي عن طريق الخوض في اجراءات سن القوانين، ومن الاعراف التي استقر العمل عليها في عقود الاستثمار التكنولوجي، عدم اعتبار عقد الترخيص باستغلال المعارف الفنية او البراءات عقدا مستوفي كامل الشروط الا باستصدار التراخيص اللازمة لبدء التنفيذ، والعرف المتعلق بالاعلام المتبادل في كل ما يتعلق ببدء وتنفيذ العقد، وامكانية تعديل او مراجعة العقد متى استغرق فترة زمنية طويلة في التنفيذ، ويعد ذلك متصورا في عقود التعاون الصناعي او عقود تسليم المنتج في اليد، وقد تم ادراج هذا العرف في لائحة غرفة التجارة الدولية، نفسه، ص 170-171.

² -من القواعد الموضوعية التي ساهم التشريع الوطني بإيجادها مبدأ الثبات التشريعي، وبعض القواعد المتعلقة بحماية حقوق الملكية الفكرية المتعلقة بتنظيم نشاط التجارة الدولية بشكل عام، وتنظيم نقل التكنولوجيا بشكل خاص بهدف تشجيع الاستثمار، وتدعيم حق المستثمر وحمايته من في الدول متلقية التكنولوجيا، ويظهر ذلك من خلال المادة 22 من قانون الاستثمار الجزائري المذكور سابقا حيث نصت: "لاتسري الآثار الناجمة عن مراجعة او الغاء هذا القانون، التي تطرأ مستقبلا على الاستثمار المنجز في اطار هذا القانون، الا اذا طلب المستثمر ذلك صراحة، كما اخذ المشرع الفرنسي في قانونه المتعلق بالاستثمار الصادر سنة 1916 والمرسوم الذي لحقه في سنة 1967 بهذا المبدأ، فالنتيجة المترتبة على توحيد التشريعات الوطنية على مبدأ الثبات التشريعي يساهم في ايجاد قاعدة موضوعية دولية تطبق على كافة المنازعات المتعلقة بعقود الاستثمار التكنولوجي، وقد صدرت العديد من القرارات التحكيمية المتعلقة بعقود الاستثمار التكنولوجي مؤكدة على هذا المبدأ في كل من تحكيم (liamco و armaco) مشار اليهما لدى جمال الدين صلاح الدين، مرجع سابق ص 231-232).

اما بالنسبة للقواعد المتعلقة بالملكية الفكرية، والتي من خلالها يتم حماية محل عقد الاستثمار التكنولوجي، فهناك العديد من التشريعات الجزائرية الصادرة في هذا الشأن، مثل القوانين المتعلقة بحماية براءات الاختراع والنماذج الصناعية وعلامات المنتجات والخدمات والاسرار التجارية والمؤشرات الجغرافية بما فيها مصادر منشأ التصميم واسرار الاختراعات، ومنع المنافسة غير المشروعة، (الامر رقم 03-07 المذكور سابقا).

وان كنا نرى في ان القوانين المتعلقة بالملكية الفكرية في الدول النامية تمخضت من انضمامها الى منظمة التجارة العالمية وغيرها من المنظمات التي تلزم تلك الدول بتعديل منظومتها التشريعية، وبالتالي هي دولية المصدر .

³ -مثل العقود النموذجية والشروط العامة التي تضعها الاتحادات المهنية، والتي تستقي قواعدها من نصوص العقد ذاته، الذي تتم صياغته بما يخدم الحاجات الخاصة للتجارة الدولية، وقد قامت بعض اللجان المتخصصة كاللجنة الاقتصادية الأوروبية بصياغة الشروط العامة لبعض نماذج عقود الاستثمار التكنولوجي او الترخيص باستعمالها، كذلك كان للقواعد الدولية الخاصة بتفسير مصطلحات التجارة الدولية والقواعد الموحدة التي تصدر من الجهات المتخصصة، مثل غرفة

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

اختلاف هذه القواعد باختلاف طبيعة العقد الذي تحكمه، فالعادات والأعراف التي تحكم عقود الاستثمار التكنولوجي تختلف بالضرورة عن العادات والأعراف التي تحكم العقود الدولية لبيع الحبوب مثلا، ومنه يبدو ضروريا تحديد معطيات هذا المنهج وصولا إلى تحديد جدوى إعماله في معرض عقود الاستثمار التكنولوجي

1- مقومات الاتجاه الحديث الآخذ بمنهج القواعد الموضوعية للتجارة الدولية

يقوم هذا المنهج على فكرة نبذ قواعد التنازع، فهي قواعد عمياء وجامدة تبين القانون الواجب التطبيق فحسب، دون ان تكثر حول ما اذا كان هذا القانون هو انسب القوانين لحكم النزاع، ما يبعد عنها خاصية التأقلم مع ظروف كل نزاع².

وقد استند أنصار هذا الاتجاه على العديد من الحجج منها، كثرة استخدام مصطلح قواعد القانون بشكل صريح في الأنظمة الداخلية والدولية، ويدعم وجود هذا القانون على نحو مستقل الترابط الداخلي والخارجي لمجمل قواعده، فالترابط الأول ينعكس من خلال انتهاج الأوساط المهنية والتجارية في تخصص ما منهج محدد، على اعتبار تلك القواعد والأعراف ذات أصل تعاقدية، ومن ثم تكرار ذلك الفعل حتى يصبح ابعد من كونه شرطا عقديا وجديرا بأن تتبناه محاكم التحكيم، أما الترابط الخارجي لقواعد هذا القانون فتتمثل في محاولة قضاء

التجارة الدولية، ولجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة، في رفد مصادر القانون التجاري الدولي، وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص 863 .

¹- مثل اتفاقية باريس لحماية حقوق الملكية الصناعية والتي أبرمت عام 1883، وكذلك معاهدة التعاون الخاصة ببراءة الاختراع والمبرمة عام 1971، واتفاقية جينيف للتسجيل الدولي للاكتشافات العلمية المبرمة عام 1978، فضلا عن مشروع المدونة الدولية لقواعد السلوك في نقل التكنولوجيا، يوسف الكياي، مرجع سابق، ص 387 .

- اما المنظمات الدولية فيكون تكريسها بما قننته مثلا غرفة التجارة الدولية تقنيا دوليا للممارسات الصادقة او الأمنية، مثل دليل النواحي القانونية لمفاوضة وإعداد تراخيص الملكية الصناعية واتفاقات نقل التكنولوجيا المناسبة لاحتياجات الدول النامية، دليل العقود الدولية للتعاون الصناعي، دليل اعداد عقود الاستشارة الهندسية، والمتضمن بعض النصوص المتعلقة بعقد المساعدة الفنية، سارة مناصرة..، مرجع سابق، ص 167.

²- بن عصمان جمال، المسؤولية التقصيرية المترتبة عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن بكر بلقايد، تلمسان، 2009، ص 175.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

التحكيم التصدي ولمرات عديدة بوجه جميع العقوبات التي تحول دون تطبيقه انطلاقا من ملائمة لعقود الدولة للتنمية الاقتصادية مقارنة بالقوانين الداخلية لمختلف الدول، وعلى سند اعتباره القضاء الملائم لإعمال تلك القواعد والأعراف¹.

وهكذا انفصلت هذه القواعد عن أصلها التعاقدية بعد تحولها من مجرد عادات اتفاقية الى قواعد عرفية ملزمة مما يوجب اعمالها بصرف النظر عن ارادة الاطراف المتعاقدة، وبمعنى آخر اصبحت قواعد هذا القانون قواعد عامة ومجردة نظرا لتقنينها ضمن عقود نموذجية، او لاضطراد العمل بها على نحو يجعلها ملزمة كالعرف، تتمتع بجزء ذو طبيعة خاصة، يختلف عن ذلك الجزء الذي توقعه السلطة العامة عند مخالفة قواعد القانون، فمثل هذا الربط والجزء المادي لم يعد ضروريا لاسيما وان الجزء في القاعدة القانونية ولزومه هو أمر مزال محل نظر وخلاف فقهي².

وبذلك يكفي وفق هذا الاتجاه- للاعتراف بالصفة القانونية للقواعد وأعراف التجارة الدولية ان يشعر الأطراف بأهمية قاعدة معينة لضبط سلوكهم الاجتماعي على غرار ما هو الوضع مثلا في القانون الدولي العام لتغدو تلك القاعدة قانونية ملزمة، فالدولة لم تعد الكيان

¹-بشار قيس محمد، مرجع سابق، ص643، وفي هذا الصدد فقد تبنت بعض احكام التحكيم وجهة نظر هذا الرأي، وقامت بالتطبيق التلقائي لهذه القواعد حتى مع غياب أي ضابط إسنادي او ظرف موضوعي يشير الى إعمال قانون معين، ونذكر على سبيل المثال حكم محكمة التحكيم المقيد سنة 1983 لدى غرفة التجارة الدولية بباريس بشأن عدم تنفيذ عقد تنازلت بمقتضاه شركة فرنسية الى اخرى امريكية عن حق استخدام اسمها وعلامتها التجارية على المنتجات التي تطرحها الاخيرة في حدود الاقليم الامريكي ، والذي قرر صراحة تطبيق عادات التجارة الدولية، واتي تتمثل بكاملها في قواعد...، وفاء مزيد=فلحوط، مرجع سابق، ص871، ونجد ايضا حكم محكمة النقض الفرنسية الصادرة في 9 ديسمبر عام1981 في نزاع متعلق بتنفيذ عقود تسليم المفتاح بين الحكومة اليوغسلافية واحدى الشركات الفرنسية، وكان هذا الحكم خاصا بتنفيذ احد خطوط السكك الحديدية في يوغسلافيا، وقد انتهت المحكمة في هذا الحكم بتطبيق قواعد.. كنظام قانوني مستقل وان كانت قد اشارت في صدد تطبيقها لهذه القواعد الى المبادئ العامة والالتزامات المطبقة في التجارة الدولية،بشار قيس محمد، مرجع، نفسه، ص644.

²-وهذا الخلاف يكمن -في نظر الفقه- بأن عنصر الجزء الذي تتصف به القاعدة القانونية ليس ركنا، وانما هو عنصر اضافي لفعاليتها، فهناك العديد من القواعد المعترف بها لا تتمتع بعنصر الجزء مثل بعض قواعد القانون الدولي وبعض قواعد القانون الدستوري، مرجع نفسه، ص644.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

الوحيد القادر على تكوين القانون، ذلك ان التجربة العملية قد أثبتت قيام الأطراف بتنفيذ حكم المحكمين طوعية رغم اعتمادها على تلك الأعراف، وذلك خشية تعرضهم للجزاءات التي قد يفرضها عليهم المتعاملون في الوسط ذاته¹.

في الاخير يمكن القول ان وجود قواعد القانون الدولي التجاري حقيقة يشهد بها الواقع العملي في الاوساط المهنية والتجارية عبر الحدود، كما تحرص المؤسسات التي تتولى شئون المجتمع، كالنقبات والاتحادات ذات الطابع الدولي، وكذلك مؤسسات التحكيم التجاري الدولي على تطبيق قواعده واعمال احكامه، كما ان الحديث عن انكار صفته القانونية قد غدا اليوم من دون معنى مع ما استقر عليه الواقع العملي، ورغم ذلك يتبادر في ذهن القارئ مدى صلاحية هذه القواعد للتطبيق على عقود الاستثمار التكنولوجي، لاسيما في ظل النقص الذي تعاني منه بعض النظم القانونية الوطنية، والذي يتولد عنه عدم مراعاة هذه القواعد لها، ذلك ما سنتعرف عليه في الآتي:

2-التقييم العملي لتطبيق قانون التجارة الدولية على عقود الاستثمار التكنولوجي

بعد الوقوف على حقيقة القواعد الموضوعية للتجارة الدولية يمكن اقتراح إبعادها - بوضعها الحالي- عن منازعات عقود الاستثمار التكنولوجي الى الدول النامية، لعدد من الاسباب منها ان قواعد قانون التجارة الدولية لا تشكل نظاما قانونيا متكاملا، اذ لا تزال في طور التكوين، فهي غير كافية لسد جميع حاجات المجتمع التجاري والصناعي بكافة تفاصيله، بمعنى ان هذا النظام لا يحتوي على قواعد كافية يمكن ان تغطي مختلف المسائل

¹ -ومن امثلة تلك الجزاءات: نشر اسماء التجار او الشركات الممتنعة عن تنفيذ حكم المحكمين بما يؤثر على سمعتهم في الوسط التجاري، او فصلهم من الاتحادات المهنية المنتسبين اليها، او حرمانهم من القروض والتسهيلات والاعفاءات التي تمنح لاعضاء الجماعة التي ينتمون اليها، او فرض جزاءات مالية اخرى كالزام اطراف النزاع بتقديم ضمان مالي مسبق يتكبده الطرف الذي يرفض التنفيذ طوعية بغض النظر عن تأسيس ذلك الحكم وهو في هذا الفرض يتجه الى قواعد = واراعاف التجار"، هشام صادق، مرجع سابق، عقود التجارة الدولية.. ص162-163، وفاء مزيد فالحوط، مرجع سابق، ص867-868.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

التي يمكن ان تثار في مجال عقود الاستثمار التكنولوجي، بل هي مجرد مقترحات -ان صح التعبير- موجهة الى المحكمين الدوليين ببذل الجهد للتأكد من سلامة الاختيار حتى يأتي حكمهم مقبولا في ظل تلك النظم والتي سيطبق في اطارها، ومع غياب تشريعات خاصة بهذه العقود يتجسد خطر اخر يكمن في انحياز واضعيها والقائمين على تطبيقها لصالح الشركات الكبرى صاحبة التكنولوجيا.

كما انها قواعد تتسم بالغموض وعدم الملائمة، وتتضح السمة الاولى من خلال عدم تقنين الكثير من قواعده في نصوص معلومة للكافة، مع عدم تسبيب احكام التحكيم الصادرة استنادا الى تلك القواعد والاعراف على نحو يجعل من الصعب الكشف عن مضمونها، اما السمة الثانية من ذلك فمردها ان قانون التجارة الدولية قد وجد اصلا ليحكم العلاقات التجارية بين الاشخاص الخاصة على ان يمتد الى عقود الدولية فيما لو تدخلت كشخص عادي، ومن هنا تبدو عدم الملائمة مع تدخل الدولة بوصفها هذا¹، عدا ان عقد الاستثمار التكنولوجي لا يعد-على الاقل من وجهة نظر هذه الدولة- صفقة تجارية بقدر ما هو عقد تنموي غالبا ما يحتاج انجازه السليم لفترة طويلة نسبيا.

اما من وجهة نظرنا الشخصية فلا نعتقد ان تلك القواعد الموضوعية كفيلا لوحدها في الفصل في النزاع، كونها منحت للمحكم سلطة اكبر في اعمالها، باعتباره الميدان الخصب لمثل تلك القواعد المستقلة بتطبيقاتها المختلفة، مما يعني فصله في النزاع وفقا لاهوائه الشخصية اكثر من اعتماده على ضوابط قانونية محددة كالقانون الاوثق صلة، عدا عن الانحياز الواضح الذي يكون لصالح الشركات المتعددة الجنسيات مانحة التكنولوجيا، ونفس الامر بالنسبة لقواعد الاسناد، والتي تخدم مصالح الدول المتلقية وهي في الغالب دول نامية، حيث تسعى من خلالها الى تأميم هذه العقود عن طريق تسكينها في النظام القانوني الوطني للدولة المتلقية مستعينتا في ذلك بعدة قرائن قانونية ما يجعل المستثمر الاجنبي ينفر من

¹-وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق ص 877.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

الإقدام على هكذا استثمار، عدا عن عجز القوانين الوطنية عن إعطاء حلول تتوافق مع التغيرات والتطورات التي تشهدها هذه العقود، لذلك كان من الأنسب الجمع بين المنهجين السابقين، بالتوجه نحو الأطر القانونية الوطنية وفقا لما تشير إليه قواعد الإسناد، مع تطبيق القواعد الموضوعية للتجارة الدولية، فيما يتعلق بالمسائل الفنية التي تعرضت لها تلك القواعد والأعراف، إذ ان كل من القوانين الوطنية للدول وعادات وأعراف التجار يغطي احدهما نقص الآخر، مما دعا في نهاية المطاف إلى القول بتكامل كل من القواعد الوطنية مع القواعد الموضوعية للتجارة الدولية.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

خلاصة الباب الثاني

كخلاصة لما تم طرحه في الباب الأول من هذه الأطروحة والمعنون ب الآثار القانونية لعقد الاستثمار التكنولوجي، يتضح ان هذا الأخير مثله مثل أي عقد معاوضة يترتب على إبرامه العديد من الآثار بحسب نوع الالتزامات المترتبة عليه، وبالنظر لخصوصية هذا العقد، ونتيجة لتعقيد طبيعة محله وتنوعه فقد انعكس ذلك بشكل واضح على تنوع واختلاف تلك الالتزامات بحسب نوع العقد المبرم، فمثلا الالتزامات التي تترتب على احد صوره تختلف من صورة إلى أخرى، كالاتزامات التي تنشأ على عقد التعاون الصناعي فهي تختلف عن الالتزامات التي تنشأ عن عقد تسليم المفتاح في اليد وهكذا، ومع ذلك ورغم الاختلاف الملحوظ والطبيعي في الالتزامات الناشئة عن كل نوع من هذه العقود، إلا انه قد تتواجد بعض الالتزامات في غالبية عقود الاستثمار التكنولوجي، وهي الالتزامات التي تطرقنا إليها من خلال الفصل الأول من هذا الباب، والتي شملت التزامات خاصة بكل من طرفي عقد الاستثمار التكنولوجي، وأخرى مشتركة يتحمل كلا الطرفين تنفيذها بحسن النية، وتحديد طبيعة تلك الالتزامات، وذلك بغرض توضيح الدلالة لكل منهما وصولا إلى رسم الصيغة العقدية للالتزامات الكفيلة بتحقيق التمكن التكنولوجي الفعلي.

غير ان تنفيذ الالتزام قد يكون غير ممكنا اما بسبب المدين او لسبب اجنبي، واذا ما تبين ان المدين اخل بتنفيذ التزامه العقدي كأن يتراخى عن المباشرة في تنفيذ التزامه العقدي في الوقت المحدد، او تنفيذه تنفيذا معيبا، او يمتنع عن التنفيذ نهائيا، فهنا تقوم المسؤولية العقدية اتجاه الطرف المخل متى توافرت اركانها، وعادة ما يحدد العقد الجزاءات التي توقع على هذا الاخير، واذا ما حدث واغفل العقد عن ذكر تلك الجزاءات وجب حينها اعمال الجزاءات المنصوص عليها في القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، والتي تتدرج عادة ضمن التعويض، والفسخ، والدفع بعدم التنفيذ.

الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الإستثمار التكنولوجي

وفي حال عدم الاتفاق بين طرفي العقد ونشأ نزاع وهو احتمال مقبول، كان لابد ان نتصدى لبحث هذه المسألة خاصة وان هذه العقود غالبا ما تبرم بين الدولة وشخص من اشخاص القانون الخاص، ما يجعل مسألة تحديد وسائل تسوية منازعاتها تظهر على نحو اكثر تعقيد مما هي عليه في العقود الداخلية التي تحال منازعاتها بالضرورة على المحاكم الداخلية لتفصل فيها بموجب القواعد الوطنية، وتزداد صعوبة اذا ما تصورنا مدى تأثير صياغة ذلك الاتفاق على توازن العقد ذاته، مما استدعى تطور مماثل في القواعد المتعلقة بوسائل تسوية منازعاتها، ورغم تعدد تلك الوسائل الا ان هناك ضرورة ملحة نحو الرجوع الى الطرق الودية ابتداءا لحل تلك المنازعات، وذلك ناتج عن الطبيعة الخاصة لعقد الاستثمار التكنولوجي، والتي تفرض نوعا من التعاون الدائم والمستمر بين اطراف العقد، ورغم ذلك فقد لا يكتب للاسلوب الودي النجاح، وهنا تظهر الحاجة لعرض النزاع على القضاء او التحكيم للنظر في تسويته حسب الاحوال.

ويرتبط موضوع تحديد الوسيلة التي يتم بها تسوية النزاع بالقانون الواجب التطبيق ارتباطا وثيقا باعتباره مسألة اولية لازمة للفصل في منازعاته، سواء بالطريق الودي او بطريق القضاء العادي او التحكيم باعتباره قضاء من نوع خاص، وبدا ان تشريعات الدول والاتفاقيات الدولية ذات الصلة والاجتهادات التحكيمية نفسها التقت جميعا حول إخضاع العقد من حيث الموضوع الى قانون الارادة وذلك مع اختلاف في التفصيل او التطبيق، اما في حالة غياب اتفاق الطرفين على مثل ذلك التحديد، ومع عدم وجود اتفاقية دولية يمكن تطبيقها لمعرفة القانون المختص وهو امر وارد، فكان لابد هنا من الحديث عن الاجتهادات القضائية والتحكيمية خصوصا للوصول الى تحديد قانون العقد بالاستناد الى القواعد العامة لتنازع القوانين الواردة في القانون الدولي الخاص، ليحدد بموجبها وبطريقة موضوعية القانون الواجب التطبيق، والذي يتصل بالعلاقة العقدية بأواصر وثيقة.

خاتمة

الخاتمة

في ختام هذه الدراسة التي تعرضنا من خلالها الى مختلف الاحكام المتعلقة بعقد الاستثمار التكنولوجي بدءا من تأصيله القانوني وصولا الى الاثار القانونية المترتبة عليه، من اجل الالمام بفكرة واضحة وشاملة قدر الامكان عن هذا العقد الحديث نسبيا، والوقوف عند الحقيقة القانونية له والتي لن تأتي الا من خلال توضيح ذلك، وان كان يشوبه نوع من الغموض بشأن تحديد ملامحه الاساسية، لاسيما تلك التعقيدات المحيطة بمفهوم هذه العقود في ظل تنوعها وتباينها، حيث اشارت اليها غالبية التعاريف الفقهية والتشريعية اما بطريقة تنطوي على الكثير من العمومية، او بطريقة ناقصة توحى بتبني احد صور العقد او بعض منها دون ان تشملها جميعا، بالإضافة الى تعقيد مضمونها والعناصر المكونة لها، ناهيك عن مسألة تكييف هذه العقود التي تفرض طابعا خاصا لها، لكونها تتعدى نطاق الدولة الواحدة، الامر الذي يجعل من مسألة تحديد النظام القانوني لهذه العقود مسألة شائكة ومعقدة مما يصعب معه صياغة هذه العقود وتحديدًا من حيث بيان اركانها وشروطها من جهة، وضبط التزامات المتعاقدين وتحديد مسؤولياتهم من جهة اخرى.

وقد ازدادت هذه المسائل تعقيدا من ناحية الخلاف الشديد في الاوساط الفقهية والقضائية والاجتهادات التحكيمية، وبسبب الفراغ او النقص التشريعي على الصعيدين الوطني والدولي معا من ناحية اخرى، وتكمن جذور هذا الخلاف بسبب تعارض وجهات النظر بين المستثمر مانح التكنولوجيا وطالباها على العديد من المسائل، فضلا عن اختلاف قانون كل منهما باعتبار كل واحد فيهما ينتمي إلى دولة غير دولة الطرف المقابل، على نحو افرز معه الفقه العديد من النظريات بشأن إيجاد قانون ملائم يحكم عقود الاستثمار التكنولوجي يقوم على أساس تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة لأطراف العقد في حال وجود قانون الإرادة أو غيابه، وهذه المشكلة حقيقة كانت محل دراسة مفصلة تناولها الباب الثاني من رسالتنا.

وفي خضم هذا كله يبرز الهدف الأساسي من هذه الدراسة، وإن كان الهدف الظاهر منها هو محاولة معرفة مدى مواءمة التشريعات بين أصحاب الحقوق المتضاربة، إلا أن الهدف الحقيقي والعملي من هذه الدراسة هو محاولة اكتشاف الطرق والوسائل التي تمكننا كدولة نامية من وصول مؤسساتنا وشركاتنا إلى هذه التقنيات الحديثة بأقل التكاليف و بطريقة منظمة وفق قوالب قانونية لا تهدر الحقوق فيها، لذا حاولنا رسم حدود ومعاليم عقد الاستثمار التكنولوجي في بعض التشريعات التي نظمت هذا الأسلوب الجديد الذي يعد من أهم الموضوعات المتعلقة بالتجارة الدولية، و تزداد أهميته كلما كثر الحديث عن الاختراعات والعلامات التجارية، وكلما زادت التعقيدات الفنية المتطلبة للسرية، إذ أن النظر في بعض النصوص يوحى بوجود منظومة تشريعية، لكن التمعن فيها لا يعطي النتيجة ذاتها، كما و نجد أن معظم الدول التي نظمت عقد الاستثمار التكنولوجي عالجته بطريقة تنطوي على الكثير من العمومية والتجرد أو بطريقة ناقصة و مقتضبة، وإن كانت اتسمت بالنقص فتلك سمة كل جديد.

ولعل أهم النتائج المتوصل إليها والتي تلح الضرورة على تسجيلها من هذه الدراسة تتمثل في:

- يعتبر عقد الاستثمار التكنولوجي من العقود غير المسماة وفقا للتشريع الجزائري، وكثير من التشريعات الأخرى بما أنه لم يولى العقد بالتنظيم، حيث كانت النصوص أو التشريعات الجزائرية متفرقة في معالجة محل عقد الاستثمار التكنولوجي، كالقوانين المتعلقة بالملكية الفكرية والتي شرعت بعد انضمام الجزائر إلى منظمة التجارة الدولية، مثل القانون المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، والقانون المتعلق ببراءات الاختراع، وكذا القانون المتعلق بحماية التصميمات الشكلية للدوائر المتكاملة، والقانون المتعلق بالمنافسة وغيرها من القوانين، أما حال قانون الاستثمار فقد تطرق إلى الضمانات والأنظمة التحفيزية لجلب واستقطاب عمليات الاستثمار بشكل عام كالإعفاءات الضريبية، وضمان حماية حقوق

الملكية الفكرية، وغيرها من المحفزات التي تضمنها نصوص هذا القانون، دون البحث في المسائل الموضوعية لهذه العقود، على خلاف المشرع المصري الذي عالج عقد الاستثمار التكنولوجي بموجب قانون التجارة الجديد وبذلك أصبح عقدا مسمى.

-ان العقود محل الدراسة لها خصوصية وتمايز على سائر العقود القانونية الأخرى متأتية من خصوصية المحل والمتمثل في المعرفة الفنية، والتي تتصف بأنها مال معنوي قابل للتداول، فضلا عن سريتها، وعنصر الجدة فيها، وكذا من طبيعة أطرافها كونها تبرم بين طالب التكنولوجيا وهو طرف عام يتمثل في الدولة أو إحدى مؤسساتها العامة، وبين المستثمر وهو طرف خاص أجنبي، فضلا عن الطابع التجاري الذي يميزها عن غيرها، ويبرهن على ذلك أن جميع حالات استثمار التكنولوجيا التي تتم بين المستثمر وطالب الاستثمار تهدف إلى تحقيق الربح.

- لا توجد طائفة قانونية معينة يمكن أن يطلق عليها مسمى عقود الاستثمار التكنولوجي، وما يوصف بذلك ما هو في الواقع إلا مجموعة من العقود المتباينة لكل منها طبيعته القانونية الخاصة ونظامه القانوني المتميز، فقد تتمثل بعقود بيع أو مقولة أو وكالة أو عمل وغيرها، أما ما يجمع عقود الاستثمار التكنولوجي على تنوعها وتباينها فهو كون هذه العقود تؤدي كلها أثارا تنصب على تداول العلم والمعارف التكنولوجية التي يحوزها احد طرفي العقد، من اجل دفع دوايب التنمية في دولة ما، وهذه العقود تتجسد من جانب آخر بعدة صور تبعا للأشكال التي تتخذها المعرفة الفنية ومضمون عملية التعاقد، فهناك عقود يقتصر محلها على المعرفة الفنية وتداولها، ومنها عقد الترخيص، وعقد تسليم المفتاح باليد، كما ان هناك صيغ عقدية محلها اكتساب السيطرة التكنولوجية كعقد المساعدة الفنية، وعقد التعاون الصناعي، وإذا كانت العقود الأخيرة لها أهمية في تحقيق المطلب التكنولوجي، إلا أنها لا تصلح لوحدها لتحقيق تلك الغاية، بل الأمر متوقف أكثر على المستوى التكنولوجي لطالب الاستثمار إذا كان يمتلك القدرة على استيعاب واستخدام وتطوير ما نقل إليه أم لا.

-لاقت مسألة تكييف عقد الاستثمار التكنولوجي خلافا فقهيًا واسعًا، حيث ذهب جانب فقهي لاعتباره عقدا مدولا لأن تنفيذ العقد يحتاج إلى نقل المعارف بين الدول، وقد يكون سبب التعاقد على إنتاج منتج معين وتصديره إلى الخارج، واستنادا إلى المعيار الاقتصادي تتحقق دولية العقد، كما أعده البعض اتفاقية دولية خاصة وإن القضاء التحكيمي نفسه قد تبنى هذا التكييف في قضايا تحكيمية أخرى (كما في تحكيم Texaco مثلا)، في حين رأى اتجاه فقهي آخر أن هذا العقد ما هو إلا عقدا إداريا لتوافر الشروط التي يتطلبها هذا الأخير، ويدعمهم في وجهة نظرهم هذه بعض من قرارات القضاء التحكيمي (تحكيم Saphir)، وفي اتجاه آخر ذهب إلى القول بأن عقود الاستثمار التكنولوجي ما هي إلا انعكاس لأحد العقدين الشائعين في حقل التجارة الدولية وهما عقود الإذعان والعقود النموذجية نتيجة لما تنسم به من غلبة المجموعة على الفرد بالإضافة إلى غياب النقاش والتفاوض الذي يسبق إبرام العقد، وكما اتضح لنا أنه على الرغم من تقارب هذا العقد مع بعض ما اتجه إليه الفقه، إلا أن خصوصية عقد الاستثمار التكنولوجي تفرض علينا إخراجها من نطاق الآراء التي قيلت بهذا الصدد، وتكييفه تكييفًا ينسجم مع خصوصيته وتعدد الادعاءات المتلازمة فيه، وذلك باعتباره عقدا ذو طبيعة خاصة يستوجب تطبيق قواعد خاصة به وحده، نظرا لما له من تأثير ملموس في سياسات الدول الحديثة، بدليل تعرض الدولة له إما بموجب سلطاتها التشريعية من خلال صياغة القوانين النازمة لآليات الاستثمار التكنولوجي، أو بمقتضى سلطاتها التنظيمية في معرض إنشاء الهيئات المعنية بقضايا الاستثمار التكنولوجي، ومن ثم تفعيل تلك القضايا على المستوى العملي.

-نظرا للطبيعة الخاصة لهذه العقود فإنها لا يمكن أن تتم دفعة واحدة، وإنما تمر بمراحل عدة قبل إبرامها بالشكل النهائي، أهمها مرحلة المفاوضات التي يتم فيها تبادل وجهات النظر والأفكار بين طرفيه، من أجل مناقشة حقيقة التكنولوجيا المزمع استغلالها، والتطرق لأدق التفاصيل القانونية والمعرفية الخاصة بها، وذلك من أجل تجاوز الصعوبات

التي قد تثار خلال تنفيذ هذه العقود، ولهذا تستغرق هذه المرحلة وقتا طويلا لإجرائها، ويتبين أن هناك التزام على درجة الاهمية يتخلل هذه المرحلة، وهو المحافظة على سرية التكنولوجيا محل التفاوض، وهذا الالتزام لا نجده في العقود الدولية الاخرى، ومن هنا افرز الواقع العملي ضمانات مطبقة تكفل وتضمن هذه السرية، وفي حال الاخلال بهذه المرحلة تقوم المسؤولية العقدية إذا ما وجدت اتفاقات بين المستثمر وطالب الاستثمار، أما في حال عدم وجود إتفاق وهذا أمر نادر في عقود الاستثمار التكنولوجي فإنه في هذه الحالة تكون القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية هي الضابط لهذه المرحلة.

-ينتقل العقد في حال نجاح مرحلة المفاوضات لمرحلة التعاقد أين يتم تحرير العقد بصيغته النهائية وتوقيعه ليصبح نافذا ومنتجا لأثاره القانونية، ويكون ذلك وفق شروط محددة قانونا ومتعارف عليها في كافة العقود مهما تنوعت وتعددت، ألا وهي التراضي، السبب والمحل، هذا الأخير الذي ينصب على المعرفة الفنية والتي كانت محطة جدل وخلاف فقهي وقضائي كبير فيما يخص تحديد تعريف دقيق وجامع لها، بالرغم من أهمية إيجاده من الناحية العملية، لاسيما في حالة تصور نقل هذه المعرفة عن طريق عقود الاستثمار التكنولوجي، وذلك من أجل منح الأمان القانوني والحماية اللازمة لعمليات الاستثمار التكنولوجي، فالمسألة ليست إشكال نظري فحسب، بل ضرورة عملية تملئها المعاملات التجارية خاصة في هذه العقود، فالمؤسسات الصناعية التي تسعى جاهدة لحماية معرفتها تستعمل مختلف الطرق القانونية المتوفرة لديها سواء بموجب القواعد العامة (مدنيا او جزائيا)، أو بموجب نصوص خاصة كما فعل المشرع الجزائري، لكن مع ذلك تبقى هذه الأدوات عاجزة وغير كافية لتوفير الحماية اللازمة لها، ويبقى العقد هو الأداة الرئيسية والمحورية لتحقيق هذه الحماية عن طريق إدراج التزام بالسرية طبقا لمبدأ سلطان الإرادة، دون إهمال بطبيعة الحال الحماية التشريعية لاسيما في إطار دعوى المنافسة غير المشروعة، والتي تبقى اقرب الحلول ذلك لأنها تحمي جميع المراكز القانونية.

أما في معرض تحرير العقد فلا بد من مراعاة بعض الضوابط الشكلية والتي من خلالها يرتب العقد آثاره القانونية ويرتب على تخلفها البطلان، وقد أشار المشرع المصري في هذا الخصوص على وجوب توافرها في هذا النوع من العقود وإلا كان العقد باطلا، وهو ما يعد قيذا على حرية المتعاقدين في إبرام العقد، من ثمة فهي ركن للانعقاد وليس للإثبات، وغالبا ما يتم إتباع الأسلوب الانجلوساكسوني في معظم عقود الاستثمار التكنولوجي عند صياغة وتحرير بنوده، بحيث يبدأ العقد بعنوان الوثيقة أي تحديد نوع التعاقد (عقد شراكة، عقد انجاز مجمع صناعي، عقد نقل معرفة فنية .. الخ)، وقد لا يأتي الذكر الصريح لنوع العقد رغم سهولة تصنيفه، اذ يمكن استنتاجه من خلال الالتزامات المدرجة ضمن بنوده، ثم تأتي بعد ذلك الديباجة والتي تستعرض أهداف الأطراف من خلال إبرام العقد، وبعدها يتم تحديد قائمة أهم المصطلحات المستعملة في العقد لاسيما المصطلحات التقنية، لتشمل فيما بعد ذلك مدة العقد وتاريخ دخوله حيز التنفيذ.

-رغم اختلاف طبيعة وصور ونطاق عقود الاستثمار التكنولوجي إلا أن الآثار القانونية التي تترتب في ذمة أطرافها قد تتشابه في كثير من الأحيان، لاسيما الالتزامات الرئيسية الملقة على عاتق أطرافها، كالتزام المستثمر بنقل عناصر التكنولوجيا المتفق عليها، والتزام طالب الاستثمار بدفع الثمن، ومن هنا تظهر أهمية تحديد محل العقد وهدفه بطريقة تضمن تنفيذ الالتزامات على أكمل وجه وبالقدر الكافي لنقل القدرة التكنولوجية إلى المتعاقد الآخر، كما يتضح في هذا الشأن أن هناك خلاف واسع على مختلف المستويات الفقهية والقضائية والتشريعية، إذ تعارضت آراء الفقه بخصوص التزام المستثمر بتحقيق النتائج وفيما لو كانت التزاما بوسيلة، وهذا ما غلبه فقه الدول المتقدمة، أم انه التزام بتحقيق نتيجة بحسب ما ذهب إليه فقه الدول النامية، أما القضاء فقد قبل في بعض الدول دون بعضها الآخر تشديد مسؤولية المستثمر متى كان لديه ما يدل على اختصاصه أو احترافه المهني، في حين تعرضت التشريعات الأكثر تخصصا بقضايا الاستثمار التكنولوجي لهذا النظام، إلا أنها

قامت بتناوله بشكل ناقص أحيانا وغامضا أحيانا أخرى، ففي معرض التزام المستثمر بتقديم الخدمات التي يتطلبها المستثمر قيدت عملية الالتزام بتشغيل التكنولوجيا دون استيعابها، كذلك جاء الالتزام بالضمان مقتصرًا على إنتاج السلع والخدمات ومطابقة التكنولوجيا لما تم الاتفاق عليه دون الاهتمام بعملية التمكّن والسيطرة التكنولوجية، أما بالنسبة إلى الالتزامات الملقاة على عاتق طالب الاستثمار فقد كشفت الممارسات العملية عن ذلك الغبن الذي لحق بهذا الأخير، وخاصة فيما يتعلق بتحديد مقابل المعرفة التكنولوجية، وتنفيذ شروط ما بعد النقل كتحديد كمية الإنتاج، وشروط عدم المنافسة، وإن كانت هذين الشرطين من قبيل الالتزامات المشتركة إلا أنها يعنى بها طالب الاستثمار أكثر، ذلك أنه لم يكن التوجه التشريعي عادلاً في ما يتعلق بالالتزامات المشتركة.

-إن المسؤولية المدنية التي تثار في نطاق الإخلال بتنفيذ التزامات عقود الاستثمار التكنولوجي لا تختلف عن تلك المسؤولية التي قد تثار في نطاق العقود الأخرى من حيث توافر أركانها الثلاثة، غير أنه لم يكن التوجه التشريعي السائد في العقود الأخرى في صالح طالب الاستثمار من الدول النامية فيما هو متعلق بإقرار إثبات هذا الأخير خطأ المستثمر، كونه يجهل ما قد ينبثق عن التكنولوجيا وما قد تسببه من أخطاء، وبالتالي يصعب عليه إثبات خطأ المستثمر، أما فيما يتعلق بنظام الجزاءات فإن التشريعات تتفق عليها من حيث المبدأ، إلا أنها تختلف في مجموعة من الأحكام، فالتعويض والفسخ مثلاً جزاءان يردان في غالبية التشريعات، إلا أن شروط استحقاقهما وكيفية تقديرهما وأثار كل منهما قد تختلف من تشريع إلى آخر، وكذلك الحال في جزاء التنفيذ العيني فبرغم من أنه الجزاء الأكثر ملائمة وانسجاماً في فرض الإخلال بعقود الاستثمار التكنولوجي، إلا أنه يعد في بعض التشريعات الغربية مجرد حقا استثنائياً لا أكثر .

-تؤدي الوسائل الودية دوراً مهماً في حسم المنازعات الناشئة عن عقد الاستثمار التكنولوجي، لذلك غالباً ما تكون الملجأ الأول في حال وقوع أي نزاع قبل اللجوء إلى الوسائل

الأخرى، نظرا لما تنطوي عليه من ايجابيات تنعكس على النزاع المطروح من جهة وطرفي العقد من جهة أخرى، كما أن القضاء التحكيمي نفسه كثيرا ما يحث عنها، فكثير من الحالات ما فضل اللجوء في معرض منازعات هذه العقود إلى الخبراء للاستعانة بهم في حسم المسائل الفنية المتصلة بموضوع النزاع، إلا أن ما يؤخذ على هذه الوسائل أن فعاليتها تعتمد بشكل حصري على رضا الأطراف، مما يؤدي فشلها إلى العودة بنا إلى نقطة البداية مع خسارة في الوقت الذي استنفذته فضلا عن الأموال التي تم إنفاقها على تلك الوسيلة.

-إن اللجوء للقضاء كآلية للفصل في منازعات عقود الاستثمار التكنولوجي أمر قد تتنازعه المحاكم الوطنية الموجودة في الدولة طالبة الاستثمار، ومحاكم الدولة التي يتبع لها المستثمر الأجنبي، أو محاكم دولة أجنبية محايدة عن طرفي العقد، وهذا أمر طبيعي في حالة منازعات عقود التجارة الدولية لاسيما عقود الاستثمار التكنولوجي منها، فكل دولة تملك نظامها الخاص المتعلق بتحديد الاختصاص القضائي لمحاكمها الوطنية، بيد أن هذا التنازع يمكن حله بأن يدرج شرط في عقد الاستثمار التكنولوجي يحدد فيه القضاء المختص من بين قضاة الدول المختلفة بنظر هذه المنازعات، ونظرا لتخوف كل طرف منهما من عرض النزاع على قضاء دولة خصمه، يكون إدراج هذا الشرط محل خلاف بين الطرفين في الاختيار وعدم التوصل لأي اتفاق، الأمر الذي أدى معه إلى ظهور وسائل اتفاقية أخرى للنظر في النزاع تتمثل في القضاء الدولي ممثلا في محكمة العدل الدولية ومحكمة التحكيم الدائمة ومحكمة الاستثمار العربية، إلا أنها أثبتت عجزها والدليل على ذلك ندرة القضايا الموجهة إليها لأسباب عدة تم التوصل إليها عند دراستنا لهذه الجزئية المتعلقة بالوسائل القضائية لحسم منازعات عقد الاستثمار التكنولوجي.

-إن اللجوء لنظام التحكيم يعد أكثر الوسائل شيوعا لفرض منازعات عقود الاستثمار التكنولوجي، بحيث يمكن القول أن هذا النظام أصبح القضاء الطبيعي في هذا المجال وتكاد لا تخلو منازعات هذه العقود من اللجوء إليه، وذلك بالنظر للمزايا التي يختص بها كونه أداة

قضاء أسرع لحسم النزاع، وكذلك بالنظر الى استجابته لخصوصية عقد الاستثمار التكنولوجي الذي يقتضي المحافظة على السرية، بالإضافة إلى الحرية التي يتمتع بها طرفي النزاع في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم وإجراءاته، وهذا يعد بحق ضماناً أساسية لتشجيع الاستثمار التكنولوجي، إلا أن ذلك لم يمنع من وجود خلافات أسفرت عن تباين وجهات النظر فيما بين المدافعين عن مصالح الشركات المتعددة الجنسيات مالكة التكنولوجيا، والمدافعين عن مصالح الدول النامية المضيفة للتكنولوجيا، فبينما يحاول أنصار الاتجاه الأول التوسع في مجال التحكيم مستندين على بعض الحجج والأسانيد لتدعيم وجهة نظرهم، يتسم موقف أنصار الاتجاه الثاني بالحيطة والحذر من قبول التحكيم كوسيلة لتسوية هذه الطائفة من العلاقات، مستندين أيضاً على أسباب وحجج أخرى تعكس وجهة نظرهم، ومن مقتضى ذلك التضارب نرجح الاتجاه المقيد لسلطة التحكيم طبعاً لاتصال هذه العقود بالمصالح العام .

- تعد مسألة ضبط قانون ملائم تحكم قواعده موضوع منازعات عقود الاستثمار التكنولوجي من المسائل الحيوية التي تواجهها الهيئة المعروض أمامها النزاع سواء التحكيم أو القضاء أثناء اضطلاعها بمهمة الفصل بين المتنازعين، ونظراً لإدراكها أهمية وخطورة ضبط هذا القانون الذي ستأخذ قواعده لتطبيقها على موضوع النزاع، فإنها تتجه أولاً إلى البحث عن إرادة الأطراف وما قصدت إليه، حتى إذا لم تجد في هذه الإرادة ما يعينها على تحديد هذا القانون فإنها تبحث في قواعد القانون الدولي الخاص، وفي هذا الأخير لا بد لها أن تبحث و تجتهد للوصول إلى تحديد قانون العقد بالاستناد إلى القواعد العامة لتنازع القوانين الواردة في القانون الدولي الخاص، ليحدد بموجبها وبطريقة موضوعية القانون الواجب التطبيق، والذي يتصل بالعلاقة العقدية بأواصر وثيقة، ومما لاشك فيه أنه وفقاً للقانون المطبق سوف يتم تمكين أطراف العقد من تحديد حقوقهم والتزاماتهم، وما هي

الجهة القانونية التي يتم اللجوء إليها إذا كانت بنود العقد قد صممت أو بها غموض فيما يتعلق بمثل هذه المسائل.

-إن غياب التنظيم القانوني لعقد الاستثمار التكنولوجي في بعض الدول ومنها الجزائر جعل من إرادة الطرفين السبيل الوحيد لتنظيمه، لكن وإن كان صحيحاً أن العقد شريعة المتعاقدين، وأن الإرادة الحرة تستطيع اختيار وإعمال القواعد القانونية، فهي لا تستطيع تنظيم العقد بشكل متوازن مع انعدام أي وجود للقاعدة القانونية في أي من صورها، فمبدأ سلطان الإرادة وإن كان يستند إليه أحقية اختيار القواعد، ولا سيما تلك المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع إلا أنه لا يمكن أن يحل تلك القواعد لأن الإرادة لا يمكن أن تسمو إلى مرتبة القانون وتقوم مقامه.

-إعمال القواعد الموضوعية فكرة حديثة في اختيار القانون الواجب التطبيق ولا تزال في طور التكوين، إذ لا يوجد تنظيم دولي متفق عليه لمعالجة كافة المسائل التي تثيرها عقود الاستثمار التكنولوجي، ولا يمكنها تقديم الحلول المناسبة لمنازعات هذه العقود، لوجود نقص في قواعدها أحياناً، أو لاختلاف في تطبيقها في أحيان أخرى، ومن ثم فإن هذا القانون لن يصل إلى مرتبة النظم القانونية الوطنية من حيث شموليتها، لكن هذا لا يمنع من أن تعمل قواعدها جنباً إلى جنب النظم القانونية الوطنية لسد النقص والثغرات في النظم الأخيرة.

-تعد نظرية الأداء المميز للرابطة العقدية في عقود الاستثمار التكنولوجي في حال سكوت المتعاقدين عن الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق الأكثر ملائمة لحل نزاعات هذه العقود، نظراً للمزايا العديدة لهذه النظرية أهمها مراعاة الطبيعة الذاتية للرابطة العقدية، على نحو يجعلها أقرب مناهج التنازع المعروفة في نطاق القانون الدولي الخاص للتطبيق الأمثل خاصة في ظل عدم وجود نظام قانوني محدد لهذه العقود.

وفي الأخير يمكننا أن نجمل المقترحات التي ننهي بها هذه الدراسة كما يلي:

1- في خصوص المعالجة التشريعية بشأن الاستثمار التكنولوجي:

- ضرورة وضع قواعد قانونية واضحة المعالم تحكم عقود الاستثمار التكنولوجي في المنظومة التشريعية الجزائرية بالنظر إليها من خلال منظار كلي، لا من خلال تناوله لها كموضوعات جزئية ومتفرقة في عدة قوانين، وذلك بإخضاعه لتنظيم قانوني مستقل يتفق والطبيعة الخاصة لفكرة التكنولوجيا ولمفهوم السيطرة والتمكن التكنولوجي، نظرا لأهميتها والانتشار الواسع لها، عدا عن إقبال الدولة الجزائرية و مؤسساتها الكبرى على إبرام هذه العقود، إضافة لعدم تشكل قواعد موضوعية دولية تعالج عقود الاستثمار التكنولوجي، وبإمكان المشرع في سياق ذلك اعتماد وضع القواعد القانونية المشار إليها، من خلال الوقوف على تجارب الدول النامية -كدول أمريكا اللاتينية- في صياغتها لهذه العقود بحسب ما يتلاءم وطبيعة البيئة الاستثمارية في الجزائر، ونقترح بضرورة أن يأخذ هذا التشريع المقترح بنظر الاعتبار الملاحظات الآتية:

- تحديد أهم نماذج عقود الاستثمار التكنولوجي بأحكام تنسجم مع خصوصية كل نمط عقدي من تلك العقود.
- أن يأخذ المشرع بعين الاعتبار الشكلية اللازمة لعقود الاستثمار التكنولوجي والمتمثلة في التسجيل، من خلال إنشاء جهة مستقلة مختصة بتدقيق وتسجيل هذه العقود، وذلك على غرار ما يجري عليه العمل عند نقل التكنولوجيا في التشريع المصري، إذ يحدد جهة معينة كأكاديمية البحث العلمي والتكنولوجي لتقييم وتسجيل العقود، وبهذه تتحقق رقابة فعالة على تلك العقود، وما تتضمنه من نقل معرفة فنية موائمة من حيث التنفيذ.
- تحديد التزامات الأطراف سواء تلك التي تسبق العقد أو عند تنفيذه مع تحديد المسؤولية المترتبة عن إخلال أحدهما بالتزاماته العقدية المشار إليها في القانون المقترح أو نتيجة لتقصيره في واجبه القانوني المتعلق بعدم الأضرار بالغير.

• ضرورة أن يتضمن التشريع المقترح نصا يقضي بترك تسوية تلك المنازعات للقضاء الوطني للدولة المتعاقدة، آخذا بنظر الاعتبار سيادة الدولة وحصانيتها التي تمنعها من المثل أمام محاكم أجنبية أخرى، فضلا عن تطوير منظومة هذا القضاء بهيكله قضاء متخصص يضمن قضاة مؤهلين، مع صفه بجميع المزايا التي يتميز بها التحكيم من سرعة الفصل في النزاع، وتبسيط إجراءاته، مع السماح عن الاقتضاء باللجوء للتحكيم لفض تلك المنازعات سواء داخل الجزائر أو خارجها.

• ضرورة أن يترك القانون المقترح مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود - محل الدراسة- للإرادة الصريحة للمتعاقدين، وفي حال انعدامها يجري تطبيق قانون الدولة المستضيفة للتكنولوجيا فحسب.

-ندعو المشرع الجزائري إلى إصدار قانون خاص ينظم التحكيم التجاري الدولي وفصله عن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كونه يمثل البنية الأساسية لأي استثمار أجنبي ويمارس على نطاق واسع في ميادين التجارة الدولية مما يشجع المستثمر الأجنبي على الدخول في ميدان الاستثمار التكنولوجي على وجه الخصوص، وهي دعوة كذلك لمراجعة العديد من النصوص المتعلقة بالتحكيم التي رأينا في مضامينها نقص وغموض وإثارة تأويلات نورد منها في هذا السياق:

• استعمال لفظ "اتفاق التحكيم" للدلالة عن شرط التحكيم ومشاركة التحكيم في التحكيم الدولي (1040ق.إ.م.إ) في حين اكتفى بصورة مشاركة التحكيم في التحكيم الداخلي (1011ق.إ.م.إ)، وهذا يمكن أن يثير تأويلات خاطئة حول صور اتفاق التحكيم بين التحكيم الدولي والداخلي.

• تناقض المادة 1042ق.إ.م.إ مع نص المادة 1041 ق.إ.م.إ، حيث كان من الأجدر الاكتفاء بنص المادة 1042، وإلا كيف يمكن التوفيق بين تحديد

الاختصاص لرئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر والاختصاص لرئيس محكم الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختيار الأطراف قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر، وفي نفس الوقت منح الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ؟.

● إغفال بعض المسائل والمفاهيم مثل مسألة الميعاد المتعلق بتقديم طلبات التعيين، فضلا عن قابلية الأمر الصادر بتعيين المحكم للطعن فيه، وكذا مفهوم الإحالة كصورة من صور اتفاق التحكيم...الخ.

2- فيما يخص وضع سياسة تكنولوجية وطنية:

-توحيد الجهود الإقليمية للدول النامية بغرض صياغة قواعد دولية مشتركة تخدم مصالحها من خلال إبرام اتفاقيات إقليمية تنظم علميات نقل التكنولوجيا إليها، وتوحيد الممارسات الدولية نظرا للجهود المستمرة التي تمارسها الدول الصناعية الكبرى والتي تتمتع بمركز مالي وتفاوضي عال، والتي تساهم في مجملها في خلق قواعد موضوعية دولية تخدم مصالحها على حساب الدول النامية، أما على المستوى الدولي فيكون بتخصيص لجنة فرعية تنتخب فيها ممثلين عن الدول النامية في لجنة الأمم المتحدة للتجارة والتنمية مهمتها توحيد القواعد المعالجة للاستثمار التكنولوجي برفع الغبن عنها مع توحيد حقوقها والتزاماتها على قدم المساواة مع الدول المتقدمة، وأن تكون قراراتها ملزمة للمجتمع الدولي والمعول على إلزاميتها آلية التصويت.

- أولوية الاهتمام بمرحلة ما قبل التعاقد والاتفاق على بنودها من خلال تهيئة الكوادر الفنية والقانونية المتخصصة في هذا المجال للوقوف عند ثغرات العقد، حتى يتسنى لهم صياغة العقد بدقة يمكن معه توفير قدر من التوازن بين مصالح أطراف العقد.

- الرقابة على إبرام العقد وتنفيذه كمستلزم أساسي في تحقيق المطلب التكنولوجي لطالب الاستثمار من الدول النامية، مما يستوجب رفض تسجيل العقد كلما تجاوز الهدف المطلوب من إبرام العقد أو تحميله أعباءاً تبعده عن تحقيق مبتغاه، كما لو وجدت فيه الهيئات المختصة ما يمثل عبئاً اقتصادياً على المستوى الاقتصادي القومي، أو ما يهدد من خلال فترته الزمنية بتقادم التكنولوجيا أو بفقدان جزء هام من قيمتها التنافسية دون أن يتضمن ذلك العقد بنداً خاصاً يسمح بإعادة النظر فيه من وقت إلى آخر وفقاً لما يستجد من أمور على الصعيد المعني.

- تشجيع الاستثمار في مجال البحث العلمي والتكنولوجي من خلال الاهتمام بأنشطة البحث والتطوير وزيادة الامتيازات لها خاصة وإن في الجزائر قدراً غير قليل من العلماء والباحثين يمكن الاستفادة منهم بدلاً من هجرتهم إلى الخارج، فقبل وضع حوافز للمستثمرين الأجانب الأجدر وضع تحفيزات لأبناء البلد من أجل التطوير والارتقاء، وذلك بإنشاء منظمة مركزية للأبحاث تقوم بعملها في ضوء احتياجات التطور للمجموعة الإقليمية التي تعمل لها، - الاهتمام بموضوع الاختراعات التي يتوصل إليها الأفراد لما لها من إسهام واضح في ترصين البنية التحتية للتنمية التكنولوجية، فالتهميش الذي يلاقونه داخل وطنهم يقابله إغراء خارجي، فعلى الدولة الجزائرية كبد يفنقر للتكنولوجيا التمسك بهؤلاء ودعمهم من قبل السلطات لخلق ثورة صناعية بنفسها.

وانطلاقاً من تجارب بعض الدول النامية التي تطرقت لتنظيم هذه العقود مثل مصر وفلسطين ودول أمريكا اللاتينية، وفي ظل غياب تنظيم قانوني خاص بهذه العقود في الجزائر والتي اكتفت بمجموعة من النصوص القانونية المتناثرة في عدة قوانين جاء اقتراحنا بتشريع قانون جزائري خاص بعقود الاستثمار التكنولوجي عبر صياغة ملائمة لسياستنا التنموية في هذا المجال خدمة لوطننا ومستقبل ابنائنا، وكلنا أمل أن يلقي هذا المشروع ترحيباً لدى الجهات المختصة بعد تدقيقه من أصحاب الخبرة والاختصاص.. والله ولي التوفيق

ملحق خاص

بمشروع قانون تنظيم عقد الاستثمار التكنولوجي في الجزائر

الفصل الأول

أحكام تمهيدية

المادة (1):

تسري أحكام هذا القانون على جميع عقود الاستثمار التكنولوجي سواء كان استثمارا دوليا خارج الحدود الإقليمية بين الطرف المستثمر مانح التكنولوجيا أو الطرف طالب التكنولوجيا، أو داخل هذه الحدود ، ولا عبرة في الحالتين بجنسية أطرافه أو محل إقامتهم. كما تسري أحكام هذا القانون على كل اتفاق لنقل المعرفة الفنية سواء ورد بعقد مستقل، أو ضمن عقد آخر.

المادة (2):

يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي:

التكنولوجيا: معارف معنوية تتمتع بحق الملكية من حيث الاستغلال والاستعمال والتصرف، لها قيمة اقتصادية تنموية خاصة، تتجسد في مجموعة من معارف تطبيقية إستهدافية على نطاق تجاري وصناعي، من أجل إنتاج وتطوير وخلق سلع جديدة، أو تطبيق طريقة أو وسيلة، أو تقديم خدمة في تخصص معين.

المعرفة الفنية: كل مال معنوي منقول، يتصف بالأصالة والشمولية، يعبر عن مجموع تجارب ودراسات علمية وعملية، يتوصل الشخص عن طريقها إلى تجسيد هذه الأبحاث إلى واقع مادي ملموس تحيط بها السرية التي تميزها.

عقد الاستثمار التكنولوجي: اتفاق يلتزم بموجبه مورد التكنولوجيا (المستثمر) نحو مستورد التكنولوجيا (طالب الاستثمار) بنقل عناصر المعرفة الفنية وتوابعها لتطبيقها في عمليات استثمارية معينة لقاء مقابل يتفقان عليه.

لا تعد عقودا استثمارية للتكنولوجيا تلك العقود التي محلها فقط بيع أو تأجير للسلع، أو التعامل بحق من حقوق الملكية الصناعية من قبيل العلامات أو الأسماء التجارية ما لم يرد ذلك كجزء من عقد الاستثمار التكنولوجي أو كان مرتبطا به.

الفصل الثاني

شروط العقد

المادة (03):

تسري أحكام القواعد العامة للعقود في القانون المدني على الشروط الموضوعية لعقود الاستثمار التكنولوجي، فيما لم يرد بشأنه نص من أحكام هذا القانون.

المادة (04):

يجب أن يكون عقد الاستثمار التكنولوجي مكتوبا وإلا كان باطلا، وكذلك يكون كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد.

المادة (05):

لا يعد عقد الاستثمار التكنولوجي أو أي من تعديلاته نافذا إلا بعد تسجيله من قبل الجهة المختصة، ويستثنى من التسجيل الحالات الآتية:

1- إذا كان العقد يفرض شروطا تقييدية على طالب الاستثمار

2- إذا كان الهدف من العقد نقل تكنولوجيا متاحة محليا.

3- إذا كانت مدة العقد تزيد عن 05 سنوات.

ومع ذلك يجوز الموافقة على تسجيل العقود في الحالات السالفة الذكر إذا اقتضت ذلك اعتبارات الصالح العام وفقا لطبيعة العقد ومقتضيات الاقتصاد القومي.

وعلى الجهة المختصة بفحص وتقييم العقود متابعة مراقبة تنفيذها ولها الاستعانة بجميع الأجهزة المختصة لتحقيق من مدى الامتثال لأحكام هذا القانون.

المادة (06):

تلتزم الجهة السابقة بتصنيف جميع العقود التي سبق تنفيذها ودراستها دراسة تحليلية والمقارنة فيما بينها بغرض تقديم المقترحات اللازمة في هذا الصدد.

الفصل الثالث

أنواع العقود

المادة (10):

يندرج ما شاع من عقود الاستثمار التكنولوجي في خمسة أنواع رئيسية وهي:

1- عقد الترخيص :

يعرف عقد الترخيص بأنه تخصيص جزئي أو كلي لمعرفة تكنولوجية معينة (إما تكون محمية ببراءات الاختراع، أو غير مشمولة بالحماية كالمعرفة الفنية والأسرار التجارية) مملوكة للمرخص وهو صاحب التكنولوجيا (إما يكون صاحب حق ملكية لتلك التكنولوجيا أو مرخص له مع الحق في إعادة ترخيصها)، إلى طرف ثاني يرغب في الحصول عليها وهو المرخص له، من أجل استعمالها واستغلالها خلال مدة معينة، لقاء عائد مادي متفق عليه. ويرد الترخيص عادة مع أداءات خادمة مرافقة لمحل العقد دون أن تختلط بذلك المحل

2- عقد تسليم المفتاح:

اتفاق يتعهد بموجبه المورد بتجهيز وحدة صناعية كاملة قادرة على العمل ، ابتداء من إعداد التصميمات وتوريد كافة المواد الخام والآلات والأجهزة اللازمة لعملية التشييد وتركيبها وتجريبها والإعداد للتشغيل، بالإضافة إلى نقل المعارف الفنية اللازمة لهذا المشروع، حتى تمام تشغيل المصنع بكامل كفاءته وطاقته، وانتهاء بتسليمه جاهزا للعمل طبقا للنظم المتفق عليها للطرف الثاني (المخاطب والموجهة إليه التكنولوجيا)، لقاء عائد معين متفق عليه. يسمى العقد بعقد تسليم مفتاح خفيف أو جزئي إذا ساهم طالب الاستثمار في الاحتفاظ ببعض المهام السابقة ليتولى القيام بها بنفسه، بينما يصطلح عليه بعقد تسليم مفتاح ثقيل أو شامل إذا احتفظ المورد بها كاملة وتعداها إلى تقديم خدمة المساعدة الفنية لطالب الاستثمار.

3- عقد تسليم الإنتاج:

اتفاق يتعهد بموجبه المورد بتسليم مشروع معين مع الاستمرار في تنظيمه وإدارته خلال مدة زمنية يتم الاتفاق عليها إلى أن يصبح فيها عمال وفنيو طالب الاستثمار مؤهلين وقادرين وحدهم على استيعاب وتشغيل التكنولوجيا المركبة، واستخدامها من أجل إنتاج معين، بما يتفق مع الموصفات النوعية والكمية.

يسمى العقد تسليم الإنتاج في السوق إذا امتدت التزامات المورد لتشمل ضمان تسويق ما تم إنتاجه.

4- عقد التعاون الصناعي:

اتفاق يعقد بين طرفين أو أكثر -بغض النظر عن مستواه التكنولوجي-، يدخل أحدهما كشريك تجاري بحصة متمثلة بالتكنولوجيا، ويضع الآخر ما لديه من قدرات مادية ومالية وبشرية ، من أجل تحقيق أهداف متنوعة تحدد باتفاق الطرفين، لأجل مؤقت أو مستمر.

يراعي الأطراف عدم الخلط بين الاتفاق بمفهومه السابق، وبين الصور الناجمة عنه في معرض تنظيم التعاون بغرض تحقيق الهدف النهائي للعقد.

5- عقود الخدمات التكنولوجية

وهي مختلف العقود التي يتضمن محلها تأدية خدمة تكنولوجية معينة، يلتزم المستثمر بتأديتها، كتقديم خدمات التدريب والبحث والتطوير، والخدمات الدراسية والهندسية والتقنية، وما إلى ذلك من خدمات مما يستهدف اقتسام خبرة المستثمر مع الطرف طالب التكنولوجيا.

الفصل الرابع

الالتزامات العقدية العامة

المادة(11):

يجب أن يكفل الطرفان في معرض عقد الاستثمار التكنولوجي ما يأتي:

1- إخطار المتلقي في العقد أو خلال المفاوضات التي تسبق إبرامه بكل ما يتعلق

بوضع التكنولوجيا محل التعاقد وإطلاعه تحديداً على:

أ-الكشف عن المخاطر التي تصاحب التكنولوجيا خاصة فيما يتعلق بسلامة الأرواح والأموال والصحة العامة والبيئة، مع الالتزام بتقديم أحدث الوسائل الفنية الكفيلة لتفادي مثل تلك الأخطار.

ب-الكشف عن المخاطر التي تعرقل انتفاع المتلقي بها كالقيود و العقوبات القضائية التي قد تؤثر على الحقوق الناشئة عن التكنولوجيا المتعاقد عليها، بما في ذلك أي إجراء رسمي أو قضائي.

ج-أحكام القانون المحلي بشأن التصريح بتصدير التكنولوجيا.

وفي المقابل يلتزم المستورد في العقد او خلال المفاوضات التي تسبق إبرامه باطلاع المورد على كافة المعلومات المتوفرة لديه واللازمة لحسن تنفيذ العقد، خاصة أحكام القوانين المحلية المتعلقة باستيراد التكنولوجيا.

2- التزام المورد بالمحافظة على السرية كلما كان ذلك لازماً، كالمحافظة على سرية التحسينات المنقولة إليه من قبل المستورد.

وفي المقابل يلتزم المستورد بالحفاظ على سرية التكنولوجيا التي يحصل عليها، وعلى التحسينات التي ترد عليها خلال فترة نفاذ العقد، على أن يشمل هذا الالتزام جميع تابعيه. ويسأل عن تعويض الضرر الذي ينشأ عن إفشاء هذه السرية سواء وقع ذلك في مرحلة التفاوض على إبرام العقد أو بعد ذلك.

3- تحمل الأطراف بغير تضامن بينهما كل ما يلحق الأشخاص والأموال من ضرر ناشئ عن استخدام التكنولوجيا أو عن السلعة الناتجة عن تطبيقها.

4-المحافظة على مستوى معين لجودة المنتجات كلما كان ذلك لازماً.

ويجوز الاتفاق على منح المستورد حقا حصريا في استخدام التكنولوجيا والاتجار في الإنتاج وحده، على أن تحدد ضوابط وشروط هذا الحق بمنطقة جغرافية معينة وبمدة محددة يتفق عليها الطرفان.

المادة(12):

ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك يلتزم المورد بما يأتي:

1-تقديم كافة المعلومات والوثائق والبيانات وما يرتبط عن ذلك من عناصر لازمة لاستيعاب التكنولوجيا والسيطرة عليها بأفضل أسلوب وأدق المواصفات.

كما يلتزم بنقل جميع التحسينات التي قد تدخل على التكنولوجيا محل العقد خلال مدة سريان العقد.

2-تزويد طالب الاستثمار عند الطلب بما ينتجه من مواد أولية وقطع الغيار، أو أية مكونات أخرى تكون ضرورية لاستعمال التكنولوجيا محل التعاقد طول مدة سريان العقد، وذلك بما لا يزيد على الأسعار الجارية، مقارنة مع نشرة أسعار الجهة الصانعة والسائدة في تاريخ الشراء على أن تكون تلك النشرة مصدقة من غرفة التجارة في بلد الجهة المذكورة.

وإذا كان المورد لا ينتج تلك المكونات المشار إليها في منشأته، وجب عليه اطلاع طالب الاستثمار على مصادر الحصول عليها.

3-تقديم المساعدة الفنية اللازمة لاستغلال واستيعاب التكنولوجيا محل العقد، والتي تتجاوز عمليات التشغيل العادي أو الصيانة إلى تشخيص أسباب الأخطاء والأعطال وكيفية علاجها،

4-ضمان كفاءة التكنولوجيا لإنتاج السلع والخدمات المتفق عليها إذا ما استخدمت وفقا لشروط العقد، ويضمن في معرض ذلك مطابقة التكنولوجيا المنقولة مع المواصفات المبينة

في العقد، أو لأداء الخدمات محل العقد، كما يضمن أداء تلك الخدمات على النحو المتفق عليه.

المادة(12):

ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك يلتزم طالب التكنولوجيا بما يأتي:

1-دفع المقابل المادي نظير التكنولوجيا المقدمة له والتحسينات التي تدخل عليها في الميعاد والمكان المتفق عليهما.

يجوز أن يكون المقابل:

-مقابلا نقديا يؤدي كمبلغ إجمالي يتم تسديده على شكل دفعة واحدة أو على دفعات دورية، أو على شكل نسبة تحسب من رأس مال المستثمر في استغلال التكنولوجيا، أو نصيبا ما عائد هذا التشغيل، كما يمكن الوفاء بالجمع ما بين الطريقتين السابقتين.

-مقابلا عينيا كما لو تعلق الأمر بتوريد مادو أولية متوفرة في دولة المستورد، أو تقديم حصة من الإنتاج الناتج عن استثمار التكنولوجيا المنقولة، كما يمكن أن يكون في صورة مقايضة بين تكنولوجيا مملوكة للمستورد.

2- استخدام عاملين فنيين مهرة في تشغيل التكنولوجيا، وإن يستعين كلما لزم الأمر بعمال خبراء محليين.

3-عدم النزول عن التكنولوجيا للأشخاص الأجنبية خلال فترة العقد إلا بموافقة المورد، ولا يشمل هذا الحظر إمكانية النزول عنها لصالح الجهات المحلية سواء أثناء فترة سريان العقد او بعد انتهائه، على أن يتم ذلك وفقا لترتيبات يتفق عليها المتعاقدون.

4-تهيئة البيئة الملائمة للتكنولوجيا التي تستطيع ان تتفاعل مع التكنولوجيا المنقولة.

الفصل الخامس

الجزاءات ونطاق المسؤولية

المادة (13):

يعد أي من طرفي العقد مورداً كان أم مستورداً مسئولاً عن إخلاله بأحد الالتزامات العقدية المشار إليها في هذا القانون، أو نتيجة لتقصيره في واجبه القانوني المتعلق بعدم الأضرار بالغير سواء في أشخاصهم أم في أموالهم، ويستوي في ذلك الأضرار الناجمة عن الأشياء محل العقد، أو الناتجة عن فعل تابعيه أو المكلفين بتنفيذ الالتزام العقدي أو أي جزء منه.

المادة (14):

لا يجوز تحديد مسؤولية المورد أو الإعفاء منها عن الأخطاء لو العيوب المتصلة بالتكنولوجيا ولا سيما تلك المتعلقة بالتصميم.

المادة (15):

يحق للطرف الدائن الدفع بعدم التنفيذ قبل اللجوء إلى جزاء التنفيذ العيني باعتباره جزاء أصلياً في عقود الاستثمار التكنولوجي.

المادة (16):

مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في قانون آخر، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن سنة وبغرامة مالية لا تقل عن خمس مائة ألف دينار جزائري، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من ارتكب أحد الأفعال الآتية:

-تقديم بيانات غير صحيحة بهدف تسجيل العقد.

-عدم تسجيل العقد، أو التعديلات التي تطرأ عليه.

-تنفيذ العقد على مقتضى يخالف ما تم تسجيله.

-رفض تقديم البيانات التي تطلبها الجهة المختصة للتسجيل

الفصل السادس

القانون الواجب التطبيق وتسوية المنازعات

المادة (17):

يجب تسوية منازعات عقود الاستثمار التكنولوجي بمختلف الطرق الودية في غضون تسعين يوما من تاريخ قيامه، فإن لم يصل الأطراف خلالها إلى حل لهذا النزاع كان عليهم إحالته إلى القضاء الجزائري للنظر فيه أو إلى التحكيم طبقا للقواعد المنصوص عليها في قانون التحكيم.

وفي جميع الأحوال يكون الفصل في موضوع النزاع بموجب أحكام القانون الجزائري.

المادة (18):

تطبق أحكام هذا القانون (وتعديلاته اللاحقة) في معرض أي نزاع ينشأ عن احد العقود المشمولة فيه وكل اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلا.

الفصل السابع

انتهاء العقد

المادة (19):

ينتهي العقد بانتهاء المدة القانونية أو بهلاك التكنولوجيا محل العقد كلها أو جزء منها بحيث لا يمكن الانتفاع من الجزء المتبقي، ويعد من قبيل الهلاك ذبوع سرية التكنولوجيا.

الفصل الثامن

أحكام ختامية

المادة (20):

تسري أحكام هذا القانون على العقود التي تبرم من تاريخ نفاذه والعمل به أما فيما يخص التي أبرمت قبل نفاذ القانون، فيتعين تقديمها للتسجيل خلال مدة لا تتجاوز ستة أشهر من تاريخ العمل بهذا القانون دون الإخلال بالأحكام التي تم الاتفاق عليها بين الطرفين.

المادة (21):

يصدر نظام اللائحة التنفيذية لهذا القانون بما يتماشى مع أحكامه وييسر للأطراف المتعاقدة تطبيق هذه الأحكام.

يلغى كل نص قانوني يتعارض مع أحكام هذا القانون.

المادة (22):

ينشر هذا القانون بالجريدة الرسمية ويعمل به من تاريخ نشره.

قائمة المصادر

والمراجع

✓ القران الكريم

✓ المعاجم:

- جمال الدين بن الفضل محمد بن مكرم ابن منظور الأنصاري، معجم لسان العرب، الجزء الرابع، منشورات محمد عليدار الكتب العلمية، ط01، بيروت، لبنان، 2003.

1-النصوص التشريعية

أ-النصوص التشريعية الجزائرية:

• الاتفاقيات الدولية:

-الاتفاقية الخاصة بالتعاون الاقتصادي والتقني والعلمي بين الجزائر واليونان، الموقعة بالجزائر بتاريخ 13/05/1982، ج.ر.ج، العدد 51، المؤرخة بتاريخ 11/12/1982.

-اتفاقية التعاون التقني بين الجزائر واليابان، الموقعة بطوكيو بتاريخ 07 ديسمبر 2004، ج.ر.ج، العدد 10، المؤرخة في 26/02/2006.

-الاتفاق الجزائري الفرنسي المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، المصادق عليها بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 01/94، بتاريخ 13/02/1994، ج.ر.ع. 1، لسنة 1994

-الاتفاقية الجزائرية الرومانية، من الاتفاقية الجزائرية الأردنية المتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الأولى الموقعة بالجزائر بتاريخ 28/06/1994، ج.ر.ع 69، المؤرخة في 23/10/1994، والثانية الموقعة في عمان بتاريخ 01/08/1996، ج.ر.ع 20، المؤرخة في 06/04/1994.

• القوانين:

-القانون رقم: 09/16، المؤرخ في 29 شوال عام 1437هـ الموافق ل 3 اوت 2016،
المتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر.ع 46، الصادرة ب 29 شوال عام 1437 الموافق
2016/08/03.

-القانون رقم 18/22 المؤرخ في 25 ذي الحجة عام 1443 الموافق 24 يوليو سنة
2022، المتعلق بالاستثمار، ج.ر.ع 50، الصادرة في 29 ذو الحجة عام 1443هـ الموافق
ل 28 يوليو سنة 2022م.

-القانون 11/98 المؤرخ في 29 ربيع الثاني عام 1419هـ الموافق 22 اوت سنة 1998م،
المتضمن القانون الخماسي التوجيهي والبرنامج الخماسي حول البحث العلمي والتطور
التكنولوجي 1998-2002، ج ر ع 62، الصادرة بتاريخ 2 جماد الاولى عام 1419هـ
الموافق ل 24/08/1998، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/08 المؤرخ في 16 صفر عام
1429هـ الموافق 23/02/2008، ج ر ع 10، الصادرة 27/02/2008.

-القانون رقم 21/15 المؤرخ في 18 ربيع الأول عام 1437هـ الموافق ل 30/12/2015،
المتضمن القانون التوجيهي حول البحث العلمي والتطوير التكنولوجي، ج.ر.ع 17،
الصادرة ب 18 ربيع الأول عام 1437هـ الموافق ل: 30/12/2015.

- القانون 06/10 المؤرخ في 15/08/2010، الذي يعدل ويتمم القانون 02/04 المؤرخ في
23/06/2004، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ع 46 المؤرخة
في 18/08/2010.

قائمة المصادر والمراجع

-القانون 09/08 المؤرخ 18 صفر عام 1429هـ الموافق ل25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ع 21 الصادرة بتاريخ 17 ربيع الثاني 1429هـ، الموافق ل23 افريل 2008م.

-القانون رقم 03/09 المؤرخ في 29 صفر عام 1430هـ، الموافق ل25 فبراير سنة 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ع 15، الصادرة بتاريخ 11 ربيع الأول عام 1430هـ، الموافق ل8 مارس سنة 2009.

-القانون 10/06 المؤرخ في 05 رمضان 1431هـ الموافق ل15/08/2010، يعدل ويتم القانون 02/04 المؤرخ في 23/06/2004، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ع 46 الصادرة في 18/08/2010.

- قانون رقم 03/09 المؤرخ في 29 صفر عام 1430هـ، الموافق ل25 فبراير 2009 المتعلق ب حماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ع 15 الصادرة بتاريخ 11 ربيع الأول عام 1430هـ، الموافق ل 8 مارس 2009م.

-القانون 01-16 المتعلق بتعديل الدستور الجزائري المؤرخ في 06 جمادي الأولى عام 1437هـ، الموافق ل06 مارس 2016، ج.ر.ع 14، الصادرة في 27 جمادي الأولى عام 1437هـ، الموافق ل 07/03/2016.

القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ع 41، الصادرة في 27/06/2004.

-القانون رقم 10/05 المعدل والمتمم للأمر 58/75 المؤرخ في 20/06/2005، المتضمن القانون المدني، ج.ر.ع 44، لسنة 2005

• الأوامر:

-الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق ل26 سبتمبر سنة 1975م المتضمن القانون المدني، ج.ر.ع 78، الصادرة بتاريخ 24 رمضان عام 1395هـ

قائمة المصادر والمراجع

الموافق 30 سبتمبر سنة 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 13 جمادي الأولى عام 1426 هـ الموافق 20 جوان سنة 2005م، ج.ر.ع 44 الصادرة بتاريخ 19 جمادي الأولى عام 1426 هـ الموافق 26 جوان سنة 2005.

-الأمر رقم: 03/01، المؤرخ في 20/08/2001، المتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر ع 47، الصادرة ب 20/08/2001، المعدل والمتمم بالأمر رقم 08/06 المؤرخ في 15/07/2006، ج ر ع 47.

-الامر 07/03 المؤرخ في 19 جمادي الأول عام 1424 هـ الموافق ل 19 يوليو سنة 2003م المتعلق بحماية براءة الاختراع، ج.ر.ع.ج.ع 44، الصادرة بتاريخ 23 جمادي الأول عام 1424 هـ الموافق ل 23 يوليو سنة 2003م.

-الأمر 05/03 المؤرخ في 19 جمادي الأول عام 1424 هـ الموافق 19 يوليو سنة 2003 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج.ر.ع.ج.ع 44 الصادرة بتاريخ 23 جمادي الأول عام 1424 هـ الموافق ل 23 يوليو سنة 2003م.

-الأمر 07-03 المؤرخ في 19 جمادي الاولى عام 1424 هـ الموافق ل 19/07/2003 المتعلق ببراءة الاختراع، ج.ر.ع 44، الصادرة بتاريخ 23 جمادي الاولى 1424 هـ الموافق 23 يوليو سنة 2003م.

-الأمر 66-156 المؤرخ في 8/06/1966، المتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ع 49 الصادرة في 11/06/1966، المعدل والمتمم بالقانون 16-02 المؤرخ في 19/06/2016، ج.ر.ع 37 الصادرة في 22/06/2016.

-الامر 05/03 المؤرخ في 19/07/2003، ج.ر.ع.ج.ع 44، المؤرخة في 23/07/2003.

• النصوص التنظيمية:

قائمة المصادر والمراجع

-المراسيم التشريعية:

- المرسوم التشريعي 09/93 المؤرخ في 1993/05/25، والمتعلق بالتحكيم الدولي، المعدل والمتمم للأمر 1966/06/15408/66 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر.ع. 27 لسنة 1993م.

-المراسيم التنفيذية

-المرسوم التنفيذي رقم 162/07 المؤرخ في 2007/05/30، المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 123/1 المؤرخ في 2001/05/09، والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، الصادر في الجريدة الرسمية عدد 37 المؤرخة في 2007 / 6/ 07.

ب-النصوص التشريعية الأجنبية:

-قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 تم نشره بالجريدة الرسمية المصرية العدد 19 مكرر الصادر 1999/05/17

- قانون التجارة الفلسطيني رقم 02، د.ج.ر، د.ع، 2014.

-قانون رقم 72 لسنة 2017، المتضمن قانون الاستثمار، ج.ر.مصرية. العدد 21 مكرر (ج)، الصادر في 5 رمضان 1438 هـ الموافق ل 31 مايو سنة 2017.

-القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم 108 بتاريخ 1948/07/16

- القانون النموذجي حول التجارة الالكترونية رقم 162/51 الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1992/12/16.

قائمة المصادر والمراجع

- قانون الانسيترال النموذجي حول التجارة الالكترونية رقم 162/51 الصادر عن الجمعية العامة للامم المتحدة بتاريخ 1996/12/16.

-l'ordonnance n°2016-131 de 10/02/2016 , portant réforme du droit des contrats, du régime général et la preuve des obligation, JORF n°0035 du 11/02/2016.

-loin n° 2000-230 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, J.O.R.F numéro 62, 14/03/2000.

-Ordonnance n° 2016-131 du 10/02/2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligation, J.O.R.F N° 0035 du 11/02/2016.

2-الكتب:

- ابو العلا علي أبو العلا النمر، دور المستشار القانوني في عقود التجارة الدولية، د.ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2002.

- أحمد أنور محمد، المحل في عقد الامتياز التجاري، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.

- أحمد شوقي، محمد عبد الرحمان، مدى التعويض عن تغير الضرر في جسم المضرور وماله في المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، ط.1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.

قائمة المصادر والمراجع

- أحمد محمد محرز، الحق في المنافسة المشروعة في مجالات النشاط الاقتصادي، (الصناعة والتجارة والخدمات)، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007.
- أنس السيد عطية سليمان، الضمانات القانونية لنقل التكنولوجيا إلى الدول النامية والمشروعات التابعة لها (دراسة في الإطار القانوني للنظام التكنولوجي الدولي السائد)، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996.
- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تتازع القوانين)، ط.1، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.
- أنور العمروسي، العقود الواردة على العمل في القانون المدني، د.ط، دار الفكر الجامعي، مصر، 2000.
- إبراهيم بن فهد بن إبراهيم، قصة سلمان الفارسي رضي الله عنه دروس وعبر، مكتبة النور، الرياض، السعودية، 2012.
- إبراهيم احمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، ط.04، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- إبراهيم المنجي، عقد نقل التكنولوجيا، التنظيم القانوني لعقد نقل التكنولوجيا، التجارة الالكترونية، ط.1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
- إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء الرابع، تنفيذ العقد، المجلد الثاني، التنفيذ البدلي، دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، دون دار النشر، لبنان، 2004.
- إلياس ناصيف، العقود الدولية: عقد المفتاح باليد، ط.01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 2008.

قائمة المصادر والمراجع

- الروبي محمد، عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T دراسة في إطار القانون الدولي الخاص"، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004.
- السنهوري عبد الرزاق أحمد، نظرية العقد، ج.01، ط.2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.
- السيد عبد المنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، ط.1، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، 2018.
- السيد مصطفى احمد أبو الخير، عقود نقل التكنولوجيا، ط.1، ايتراك للنشر والتوزيع، مصر، 2007.
- بشار قيس محمد، عقود نقل التكنولوجيا في اطار القانون الدولي الخاص، ط.1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2022.
- بشار محمد الاسد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.
- بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
- بلحاج الحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية (دراسة فقهية وقضائية مقارنة في ضوء القانون المدني الجزائري) ، ط.1، دار هومة، الجزائر، 2014.
- بالحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في قانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- جابر جاد عبد الرحمان، تنازع القوانين ، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969.

قائمة المصادر والمراجع

- جابر عبد الرؤوف، الوجيز في عقود التنمية التقنية، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.
- جلاء وفاء محبين، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا في ظل الجهود الدولية وأحكام نقل التكنولوجيا في قانون التجارة الدولية، ط.1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2001.
- جلال وفاء محبين، فكرة المعرفة والأساس القانوني لحمايتها "دراسة في القانون الأمريكي" د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1995.
- جلال احمد خليل، النظام القانوني لحماية الاختراعات ونقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، مطبعة جامعة الكويت، ط1 ، 1983.
- حامد سلطان، القانون الدولي العام في وقت السلم، ط1 ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1962.
- حسام الدين عبد الغني الصغير، حماية المعلومات الغير المفصح عنها والتحديات التي تواجه الصناعات الدوائية في الدولة النامية، د.ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005.
- حسام محمد عيسى، نقل التكنولوجيا: دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية، ط.1، دار المستقل العربي، القاهرة، 1987.
- حسن الحسن، التفاوض والعلاقات العامة، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1993.
- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.

قائمة المصادر والمراجع

- خالد بن عبد الرحمان المشعل، الجانب النظري لدالة الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي، بدون طبعة، إدارة الثقافة والنشر بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 2002.
- خالد كمال عكاشة ، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، ط.1، دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان، 2014.
- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني، ط.1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- خليل احمد حسن قادة، الوجيز في شرح ق.م.ج، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ط.2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- دريد محمد السامرائي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات والضمانات القانونية، ط.1، مركز دراسات الوحدة العربية، لبنان، 2006.
- رعد حسن الصرن، العقود الدولية-أساسيات التجارة الدولية المعاصرة، د.ط، دار الرضا للنشر، 2002.
- روجي كشمور، دور العلم والتكنولوجيا في مجتمع المعلومات، منشورات منظمة اليونسكو للقيمة العالمية حول مجتمع المعلومات، منظمة اليونسكو، 2005.
- سعد الله عمر، قانون التجارة الدولية" النظرية المعاصرة"، ط.1، دار هومه، الجزائر، 2007.
- سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح عن العقود، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

قائمة المصادر والمراجع

- سعيد عبد الغفار أمين شكري، القانون الدولي العام للعقود، ط.1، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007.
- سعيد عبد الغفار أمين شكري، القانون الدولي العام للعقود، ط.1، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007.
- سعيد يحيى، تنظيم نقل المعرفة التقنية بين مشروع التقنين الدولي ومشروع القانون المصري، ط.1، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 2000.
- سميح مسعود برقاي، المشروعات العربية المشتركة الواقع والآفاق، ط.1، مركز دراسات الوحدة العربية، سلسلة الثقافة القومية، بيروت- لبنان، 1988.
- سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، ط.2، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 1998.
- سميحة القليوبي، شرح قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999-العقود التجارية وعمليات البنوك-، ط.2، دار النهضة العربية، مصر، 2000.
- سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، د.ط، القاهرة، مصر، 1990.
- سبيل سمير جلول، المعرفة العملية "دراسة في المفهوم والعقود وطرق الحماية"، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
- سينوت حليم دوس، نقل التكنولوجيا بين النظرية والتطبيق، ط.01، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
- شريف محمد غانم، اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، ط.1، مطبعة الفجر الوطنية، دبي، 2010.

قائمة المصادر والمراجع

- شنب محمد لبيب، شرح أحكام المقاوله في ضوء الفقه والقانون، ط.2، ..، القاهرة، 2004.
- صالح بن بكر الطيار، العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، ط.2، مركز الدراسات العربي الاروبي، دار بلال، بيروت، لبنان، 1999.
- صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، د.ط، فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، 1998.
- صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، ط.1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005.
- صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا "دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي"، ط.1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2004.
- ضرغام محمود كاظم، المركز القانوني للمتلقي في عقد نقل التكنولوجيا " دراسة تحليلية"، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت-لبنان-، 2017.
- طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، ط.7، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
- عبد الحميد الشواربي، الالتزامات والعقود التجارية، د.ط، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001.
- عبد الرزاق دريال، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، د.ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2004.

قائمة المصادر والمراجع

- عبد السلام أبو قحف، الأشكال والسياسات المختلفة للاستثمارات الأجنبية، ط.2، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر ، 2003.
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الإبرام، التنفيذ، المنازعات، في ضوء أحدث أحكام لمجلس الدولة ووفقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات، ط.1، منشأة المعارف، 2004.
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الإبرام، التنفيذ، المنازعات، في ضوء أحدث أحكام لمجلس الدولة ووفقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات، ط.1، منشأة المعارف، 2004.
- عبد المنعم محفوظ، قضاء المشروعية وفلسفة الانفتاح الاقتصادي في مصر (دراسة مقارنة)، ط.1، عالم الكتب للنشر والتوزيع، القاهرة..
- عزيز كاظم جبر، الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة، ط.1، دار الثقافة، الاردن، 1998.
- عصام الدين القسبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم "دراسة تحليلية لقواعد القانون الدولي الاتفاقي والقانون المقارن"، د ط، جامعة الإمارات العربية المتحدة، بدون سنة طبع،
- علاء عزيز حميد الجبوري، عقد الترخيص، ط.1، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2003
- علاء محي الدين مصطفى أبو احمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولة في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية و أحكام التحكيم "دراسة مقارنة"، ط.1، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.

قائمة المصادر والمراجع

- علاء محي الدين مصطفى أبو احمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، ط.1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.
- علي احمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، بدون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2012 .
- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط.5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003 .
- علي فيلاي، الالتزامات (الفعل المستحق للتعويض)، دار الهومة، ط.3، الجزائر، 2014.
- عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص "تنزع القوانين"، ج.1، ط.2، دار هومة، الجزائر، 2007.
- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط.1، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2004 .
- غسان رباح، الوجيز في العقد التجاري الدولي-نموذج العقد النفطي-، منشورات الحلبي الحقوقية، ط.1، بيروت-لبنان، 2008.
- فاروق احمد زاهر القانون التجاري المصري العقود المستحدثة عقد الإيداع في المستودعات العامة، عقد نقل التكنولوجيا، عقد النقل البري، الكتاب الثالث، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- فانسان هوزيه، المطول في العقود، بيع السلع الدولي، ط.1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2005.

قائمة المصادر والمراجع

- فايز احمد عبد الرحمان، عقد نقل التكنولوجيا في قانون التجارة الجديدة، ط.1، دار النهضة العربية، 2010.
- فؤاد عبد الدايم، أحكام التحكيم في عقود نقل التكنولوجيا، ط.1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2019 .
- فيصل احمد عبد الله الصبري، دور عقد الامتياز التجاري "الفرانشيز" في نقل التكنولوجيا، ط.01، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2020 .
- ليلي عمر مسقاوي، عقد نقل الفرانشيز (دراسة على ضوء الفقه والاجتهاد والعقد النموذجي المعتمد في غرفة التجارة الدولية)، ط.1، المؤسسة العربية للكتاب، لبنان، 2012.
- ماجد عمار، عقد نقل التكنولوجيا، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1987 .
- محسن شفيق نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، ط.1، مركز البحوث والدراسات لقانونية والتدريب المهني القانوني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1984.
- محسن شفيق، عقد تسليم المفتاح (نموذج في عقود التنمية) د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع.
- محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، ط.1، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1998.
- محمد حسام لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، د.ط، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 1995.

قائمة المصادر والمراجع

- محمد حسن قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.
- محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.
- محمد حسين منصور، العقود الدولية، ط.01، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2009.
- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط.2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.
- محمد حسين عبد العال، التنظيم القانوني للمفاوضات العقدية، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- محمد حسن قاسم، العقود غير المسماة (دراسة مقارنة)، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
- محمد حنون جعفر، مسؤولية المفاوض العقدية عن فعل الغير -دراسة مقارنة-، ط.1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011.
- محمد شكري سرور، شرح أحكام عقد البيع، ط.2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، د.ط، دار الهدى، الجزائر، 2008.
- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري مصادر الالتزام-الواقعة القانونية(العقد والإرادة المنفردة)، ج.2.ط.1، دار الهدى، الجزائر، 2004.

قائمة المصادر والمراجع

- محمد عبد العزيز بكر، منازعات الاستثمار في آسيا بين القانون والمصلحة "بحث تحليل لأحكام منازعات الاستثمار في آسيا"، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر، 2001.
- محمد عبد العزيز علي بكر، فكرة العقد الإداري بلا حدود (النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول وبين الأشخاص الأجنبية الخاصة)، مجلد 01، ط.01، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2000.
- محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2003.
- محمد علي جواد، العقود الدولية "مفاوضاتها، إبرامها، تنفيذها"، ط.1، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.
- محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في شرح قانون التجارة الجديد، المجلد الثاني، الالتزامات والعقود التجارية، ط.1، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2003.
- محمد محسن إبراهيم النجار، عقد الامتياز التجاري (دراسة في نقل المعارف الفنية)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2001.
- محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدية، د.ط، دار النهضة العربية، 1995.

قائمة المصادر والمراجع

- محمد مرسى، الأسس القانونية لوصول الدول النامية لمرحلة السيطرة التكنولوجية "دراسة مقارنة"، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.
- محمد وحيد سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، ط.6، منشورات جامعة دمشق، 1993.
- محمود إبراهيم، إدارة الجودة من المنظور الإداري، الدار الجامعية للنشر، الإسكندرية، 2009.
- محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، المجلد الأول، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، ط.1، دار الثقافة، للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.
- محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، ط.2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- محمود مختار بربري، التحكيم التجاري الدولي، ط.3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، د.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ط.1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
- محفوظ بن حامد لعشب، عقد الإذعان في القانون الجزائري والمقارن، ط.1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.
- مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي "دراسة مقارنة"، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.

قائمة المصادر والمراجع

- مصطفى الحبشي، التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية "دراسة مقارنة"، ط.1، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2008 .
- منير قزمان، التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء، ط.1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.
- موفق حماد عيد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية، ط.1، منشورات زين الحقوقية، العراق، 2011.
- نداء كاظم محمد المولى، الآثار القانونية لعقود نقل التكنولوجيا، ط.1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2003.
- نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات وتطبيقاته على بعض أنواع العقود (دراسة فقهية وقضائية مقارنة)، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.
- نصير صبار لفقة الجبوري، عقد البحث العلمي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية الحقوق، 2005.
- نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
- نوري منير، التسويق الدولي، ط.1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2020.
- هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية-دراسة مقارنة في القانون المصري والانجليزي، ط.1، دار النهضة العربية، 1998.

قائمة المصادر والمراجع

- هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الأعمال على العقود الإدارية الدولية
إمام المحكم الدولي، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.
- هيشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية" دراسة
تحليلية ومقارنة للاتجاهات الحديثة في التشريعات الداخلة و الاتفاقيات الدولية وأحكام
القضاء والمحكمين وتوصيات مجمع القانون الدولي"، منشأة المعارف، د.ط،
الإسكندرية، 1995.
- وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية،
ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.
- وليد علي ماهر، التبصير في عقود نقل التكنولوجيا"دراسة مقارنة"، د.ط، مركز
الدراسات الوحدة العربية، القاهرة، مصر 2017.
- وليد عودة الهمشري، عقود نقل التكنولوجيا: الالتزامات المتبادلة والشروط
المقيدة(دراسة مقارنة)، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.
- يوسف عبد الهادي خليل الاكيابي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال
القانون الدولي الخاص، ط.1، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر،
1998/12/30.

3- الأطروحات والرسائل الجامعية:

• أطروحات الدكتوراه:

- احمد بن فهد بن حمين الفهد، عقد نقل التكنولوجيا -دراسة مقارنة-، أطروحة لنيل
شهادة الدكتوراه في الفقه،كلية الحقوق، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة
العربية السعودية، 1432/1433.

قائمة المصادر والمراجع

- احمد سليم فريز نصرة، الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية نابليس، 2006.
- ايت تيفاني حفيظة، النظام القانوني لحماية الملكية الصناعية في اتفاقية تريبس، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018.
- بلال عبد المطلب بدوي، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية في عقود التجارة الدولية-دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة عين الشمس، القاهرة، 2001 .
- أمال زيدان عبد اللاه، الالتزام بالسرية في عقود نقل التكنولوجيا (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة أسيوط، كلية الحقوق، 2008.
- بن عزة امال، دور عقد نقل التكنولوجيا في نقل المعرفة الفنية، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، قانون خاص، جامعة ابو بكر قايد، تلمسان، الجزائر، 2017/2018.
- بن عصمان جمال، المسؤولية التقصيرية المترتبة عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن بكر بلقايد، تلمسان، 2009.
- بوطبالة معمر، الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منوري، قسنطينة، الجزائر، 2016/2017.
- تغريد عبد الحميد أبو المكارم، لالتمزام بالإعلام في عقود نقل التكنولوجيا (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عن الشمس، مصر، 2007.

قائمة المصادر والمراجع

- جمال علي العص، إشكالية نقل التكنولوجيا وتوطينها في الوطن العربي"سوريا نموذجاً"، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه،كلية الاقتصاد، جامعة تشرين، سوريا، 2007.
- حسن علي كاظم، تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الترخيص الدولي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1، 2004/2005، الجزائر.
- خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008-2009.
- رضوان ربيعة، فض منازعات عقود الاستثمار الدولية بين القضاء والتحكيم، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون الاستثمار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2019-2020.
- رمازنية سفيان، حماية الملكية الصناعية في اتفاقية تريبس واثرها على اقتصاديات الدول النامية، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون الملكية الفكرية، كلية الحقوق والعلوم الساسية، جامعة الحاج لخصر، باتنة، الجزائر، 2020.
- سالم زينب، الدفع بعدم التنفيذ في العقود الادارية "دراسة مقارنة"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر ، بسكرة، الجزائر، 2018-2019.
- سلطاني حميد، العقد الدولي لنقل التكنولوجيا "دراسة في الآليات القانونية لحماية ونقل المعرفة الفنية الصناعية"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، في القانون، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1-بن يوسف بن خدة الجزائر، 2017.

قائمة المصادر والمراجع

- عائشة كاملي، عقود الاستثمار العلمي وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم، القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي التبسي، تبسة، الجزائر، 2018/2017.
- عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد-تلمسان-، 2011/2010.
- عرارم جعفر، الضوابط القانونية لنقل التكنولوجيا في ظل قواعد حماية الملكية الفكرية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2022/2021.
- علي زالة أنور، مسؤولية المهندس المعماري والمقاول عن التنفيذ المعيب في نطاق عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة "دراسة مقارنة"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بغداد، 1997.
- عمر بن الزوبير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2017/2016.
- عوض الله شيبه الحمد السيد، النظام القانوني لعقود إنشاء المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية الخاصة (مع دراسة تطبيقية على العقود المصرية)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، 1992.
- قجالي مراد، نظام التعويض عن انتهاك الحق في السلامة الجسدية ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر01، الجزائر، 2015.

قائمة المصادر والمراجع

- محمد بن عبد العزيز بن سعد اليماني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة "دراسة فقهية مقارنة"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص فقه وأصول، جامعة الملك سعود، 1425هـ-1426هـ.

- نجلاء محمد سعيد قطب، الاختصاص التشريعي والقضائي في مجال نقل التكنولوجيا "دراسة مقارنة على ضوء احكام قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 2010.

- نصير صبار لفتة الجبوري، عقد البحث العلمي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بغداد، 2005.

• رسائل الماجستير :

- احمد طارق بكر البشتاوي، عقد الترخيص ببراءة الاختراع، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2011.

- بكاكية حسيبة، عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012/2013.

- بلشير هجيرة، تكييف العقد في ظل الاجتهاد القضائي في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الماجستير، العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012-2013.

- بن أحمد صليحة، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات، رسالة لنيل شهادة الماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2006-2007.

قائمة المصادر والمراجع

- بوالقرارة زايد، تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجيل، الجزائر، 2011.
- بيطار صبرينة، التعويض في نطاق المسؤولية المدنية في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون الخاص الاساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة احمد دراية، ادرار، الجزائر، 2015.
- يامير محي الدين، الإخلال بالعقد الدولي لنقل التكنولوجيا، رسالة لنيل شهادة الماجستير، عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2011.
- تركي وليد، ضمان التعرض والاستحقاق في عقدي البيع والايجار طبقا لاحكام القانون الدني الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة، 2011.
- تياب نادية، التحكيم كآلية لتسوية نزاعات عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو-، 2006.
- حلو أبو حلو، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون التجاري، كلية القانون، قسم القانون الخاص، جامعة اليرموك، الأردن، 2013-2014م.
- حمزة عباسية، وسائل نقل التكنولوجيا وتسوية نزاعاتها في ضوء القانون الدولي، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2007-2008.

قائمة المصادر والمراجع

- خشمون ناهد، الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق ، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2017/2016.
- سالم ليلي ،الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمر الأجنبي ،رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق ،جامعة وهران، 2012/2011
- سفة سفيان، المفاوضات في العقد الدولي لنقل التكنولوجيا، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة احمد دراية ، ادرار، 2012/2011.
- سارة زياد مناصرة، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار التكنولوجي في المنازعات التحكيمية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة اليرموك،الأردن، 2018.
- شاعة عبد القادر، الاعتماد المستندي أداة دفع وقرض"دراسة الواقع في الجزائر"، رسالة لنيل شهادة الماجستير، فرع التحليل الاقتصادي، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير،جامعة الجزائر، 2006-2005. -صبوع صهيب، النظام القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية(البوت) وتطبيقاته في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري ، قسنطينة، الجزائر، 2013-2012.
- عباسية حمزة، وسائل نقل التكنولوجيا وتسوية نزاعاتها في ضوء القانون الدولي، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة شلف،الجزائر، 2008/2007.
- عبد الله ولداند كجلي، التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2001/200.

قائمة المصادر والمراجع

- عبد الله مطرش الغريزي، عقد الاستشارات الهندسية "دراسة مقارنة في القانون الاردني والعراقي" رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2015.
- قبايلي الطيب، نظام تسوية المنازعات في إطار المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2002.
- محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010/2011.
- محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2010/2011.
- مرازقة آسيا، تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، رسالة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007، ص 120.
- مصطفى خيضر نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة لنيل شهادة الماجستير، قانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2013/2014.
- مقروس كمال، دور المشروعات المشتركة في تحقيق التكامل الاقتصادي: دراسة مقارنة بين التجربة الأوروبية والتجربة المغاربية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة فرحات عباس، سطيف، الجزائر 2013/2014.

قائمة المصادر والمراجع

- عبد الله مطرش الغريري، عقد الاستشارات الهندسية "دراسة مقارنة في القانون الاردني والعراقي" رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2015.
- عولمي منى، مسؤولية المنتج في ظل تعديل القانون المدني، مذكرة لنيل اجازة المدرسة العليا ، المدرسة العليا للقضاء، مجلس قضاء البلدية، 2006.

3-المقالات:

- احمد السعيد الزرقد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود-دراسة مقارنة مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثاني، مجلس النشر العلمي جامعة الكويت، 2001.
- احمد زكريا صيام، آليات جذب الاستثمارات الخارجية للدول العربية في ظل العولمة" الأردن كنموذج"، العدد 3، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة البلقاء التطبيقية، الأردن 2005
- الحاج بن احمد، التزامات الأطراف وجزاء الإخلال في عقود نقل التكنولوجيا على ضوء الأعراف السائدة، مجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية المجلد 01، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثلجي، الاغواط، الجزائر، 2018.

قائمة المصادر والمراجع

-بارود حمدي محمود، القيمة القانونية للاتفاقات الدولية التي تتخلل مرحلة المفاوضات قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية، مجلة الجامعة الإسلامية للبحوث الإنسانية، المجلد 13، العدد2، الجامعة الإسلامية غزة عمادة شؤون البحث العلمي والدراسات العليا، 2005/05/30، فلسطين (قطاع غزة) .

-بدوي بلال عبد المطلب، تطور الآليات الدولية لحماية حقوق الملكية الصناعية الواردة على مبتكرات جديدة دراسة فيضوء اتفاقية التريبس والاتفاقيات السابقة عليها، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، المجلد47، العدد الأول، جامعة عين شمس، 2005.

-برابح يمينه، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، المجلد السابع، العدد02، نوفمبر 2021.

-بريش ريمة، خاصية التفاوض في عقود نقل التكنولوجيا، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، خنشلة، المجلد08، العدد02، 2021.

-بطيمي حسين، غزالي نصيرة، طبيعة وأساس الالتزام بضمان السلامة، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد الثالث عشر13، جامعة عمار ثلجي، الاغواط، الجزائر، مارس 2017.

-بن تريكية ليندة أديبة، مطابقة أحكام التحكيم التجاري الدولي للنظام العام الدولي في القانون الجزائري والقانون الفرنسي-دراسة مقارنة-، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، المجلد08، العدد02، ديسمبر2022.

-بن شيحة قادة هشام، اثر عملية نقل التكنولوجيا على التنمية الاقتصادية للبلدان النامية، مجلة العلوم الاقتصادية، جامعة جيلالي لباس، سيدي بلعباس، المجلد10، العدد10، جوان2015.

قائمة المصادر والمراجع

- بن عصمان جمال، اشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار التكنولوجي، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 01، جامعة عمار ثلجي ، الاغواط، الجزائر، جانفي 2020.
- جيلالي بن عيسى، بن قردي أمين، عقود الإذعان بين اختلال الالتزامات التعاقدية والحماية القانونية للمدعن، مجلة الأكاديمية للبحوث في العلوم الاجتماعية، المركز الجامعي المقاوم الشيخ امود بن مختار، اليزي، المجلد 1، العدد 01، ديسمبر 2019.
- حليس لخضر، مرحلة المفاوضات التعاقدية، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الأول جوان 2017.
- حمدي محمود بارود، محاولة لتقييم التنظيم القانوني لنقل التمكين التكنولوجي في ظل الجهود الدولية ومشروع قانون التجارة الفلسطيني، مجلة جامعة الأزهر (سلسلة العلوم الإنسانية)، المجلد 12، العدد 01، كلية الحقوق، غزة، 2010.
- خالد بن محمد اليوسف، مفهوم الضرر في القانون الدولي وأنواعه وشروطه، مجلة الدراسات الإسلامية والعربية للبنات العدد الثامن والثلاثين، الإصدار الثاني، الإسكندرية، بدون سنة.
- خروبي مراد، بحري أميرة، الاستثمار كآلية لنقل التكنولوجيا إلى المؤسسات -دراسة حالة سونطراك-، مجلة الاقتصاد الصناعي، جامعة الحاج لخضر، باتنة، المجلد 07، العدد 20، 2017/06/02.
- خضراوي الهادي، جعيرن بشير، اختيار قانون الارادة وتحديد مدى ملائمة لعقود الدولة الاستثمارية، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، جامعة عباس لغرور ، خنشلة، المجلد 9، العدد 01، الجزائر 2016.

قائمة المصادر والمراجع

-رحمة بريق، الشرط المعفي من المسؤولية العقدية والقيود الواردة عليه، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 06، العدد 02، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2020.

-زروق يوسف و رقاب عبد القادر، ضمانات وحوافز الاستثمار الأجنبي في الجزائر وفق قانون 09/16، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، المجلد 02، العدد 08، 2017/12/01، الجزائر.

-زلاشي بشرى، القيمة القانونية لمحرر التجارة الالكترونية في الإثبات واثّر ذلك على نموها، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مجلد 5، العدد 1، جامعة البليدة 02، البليدة، 2016.

-زواق نجا، نظرية الظروف الطارئة وتطبيقاتها في العقود الدولية، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد الخامس، جامعة ثلجي عمار، الاغواط، العدد الثاني، السنة 2021.

-زواني نادية، اتفاق تريس وتأثيره على البلدان النامية، بحوث، جامعة الجزائر 01، الجزء الاول، العدد 09، 2016.

-سارة صفوان، اثر الإخلال بالعقد الدولي لنقل التكنولوجيا، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، المركز الجامعي مرسلّي عبد الله، تيبازة، العدد السابع، جوان، 2019.

-سميحة القيلوبي، عقد نقل التكنولوجيا، المجلة الدولية للفقّه والقضاء في التشريع، المجلد 3، العدد 2، 2022 مصر.

قائمة المصادر والمراجع

- سهام موسي، نوال شين، أشكال إستراتيجية الشراكة الصناعية ودورها في تحقيق التنمية الذاتية للمؤسسة، مجلة نماء للاقتصاد والتجارة، جامعة محمد خيضر (بسكرة)، العدد 2، ديسمبر 2017.
- سيهام قارون، الدفع المسبق بوقف التنفيذ في العقد الدولي، مجلة الباحث القانوني في العلوم القانونية والسياسية، المجلد الثاني، العدد 03، جامعة محمد الشريف، سوق أهراس الجزائر، 2020/06/30.
- عاشور سليمان شوابل، مسؤولية الإدارة دون خطأ والتطورات الحديثة في القضاء الفرنسي، مجلة آفاق الاقتصادية، جامعة بنغازي، مجلد 5، الباب 9، 2019.
- عباس عبد القادر، التحكيم التجاري الدولي وأثاره، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، المجلد 09، العدد 4، 2016/12/15.
- عبد السلام مخلوفي، اتفاقية حماية حقوق الملكية الفكرية -أداة لحماية التكنولوجيا أم لاحتكارها- مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، العدد 3، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، ديسمبر 2005 .
- عبد القادر أقصاصي، مضمون التزام البائع بضمان تعرضه الشخصي، دراسة تحليلية في ضوء القانون المدني الجزائري، مجلة الحقيقة للعلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة قاصدي احمد، ادرار، الجزائر، المجلد 11، العدد 02، 2012.
- عبد اللطيف مصطفى، عبد القادر مراد، اثر استراتيجية البحث والتطوير على ربحية المؤسسة الاقتصادية، جامعة قادي مرباح، ورقلة، العدد 4، مجلة أداء المؤسسات الجزائرية، ديسمبر 2013.

قائمة المصادر والمراجع

- عبد المجيد قادري، مراد عمراني، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 02، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، السنة 2019.

- عزري الزين، العلاقة السببية كشرط لمسؤولية الإدارة في مجال العمران، مجلة العلوم الانسانية، عدد 22، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، ديسمبر 2004.

- غسان عبيد محمد المعموري، المشروعات الاقتصادية الدولية المشتركة والتحكم فيها، مجلة أهل البيت عليهم السلام، جامعة كربلاء، العدد 23، د.س .

- فتيسي شمامة، منازعات الاستثمار الأجنبي في الجزائر بين القضاء الوطني والتحكيم التجاري الدولي، مجلة صوت القانون، المجلد السادس، العدد 02، نوفمبر 2019.

- فجر نجم الدين عيد بلوله، العليش محمد الحسن، ضبط جودة الإنتاج ودورها في رضا المستهلك، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة النيلين، السودان، المجلد 3، العدد 6، يونيو 2022.

- فطيمة زهرة عبد العزيز، أساس المسؤولية المدنية المترتبة عن المفاوضات قبل التعاقد، مجلة الرسالة للدراسات والبحوث الإنسانية، المجلد 06، العدد 01، جامعة العربي التبسي، تبسة، مارس 2021.

- قادري عبد العزيز، دراسة في العقود بين الدول ورعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية عقد الدولة Le contrat d'état مجلة إدارة، المدرسة الوطنية للإدارة، العدد 01، رقم 07، 1997.

- قاسم محدي، محمود البازي، نظرية الاخلال المسبق للعقد، دراسة مقارنة بين اتفاقية فيينا لعقود البيع الدولية والأنظمة القانونية للبلدان الاسلامية، مجلة العلوم السياسية

قائمة المصادر والمراجع

- والقانون، المركز الديمقراطي العربي، برلين، ألمانيا، العدد 12، المجلد الثاني، نوفمبر 2018.
- قده حببية، التعويض عن المسؤولية في التجارة الدولية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد الثاني العدد التاسع، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، مارس 2018.
- قيس علي محافظة، الآثار القانونية على حماية الأسرار التجارية والاختراعات-دراسة مقارنة-، علوم الشريعة والقانون، المجلد 38، العدد 1، الأردن، 2011.
- كتوش عاشور، " دور الاعتماد المستندي في تمويل التجارة الخارجية حالة مؤسسة SNVI"، مداخلة مقدمة في الملتقى الدولي حول سياسات التمويل وأثرها على الاقتصاديات والمؤسسات النامية، يومي 21 و 22 نوفمبر 2006، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر.
- كوثر سعيد عدنان خالد، الوساطة وفقا لاحكام قانون تنظيم اعادة الهيكلة والصلح الوافي والافلاس رقم 11 لسنة 2018، مجلة الدراسات القانونية، جامعة اسيوط، مصر العدد الثالث والخمسون (الجزء الأول) سبتمبر 2021.
- كوثر مجدوب، حدود الارادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الاستهلاكي، مجلة تاريخ العلوم، العدد الثامن ج2، جوان 2017.
- ماهر محمد حامد، وسائل تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار التكنولوجي، مجلة مصر المعاصرة، مجلد 97، العدد 483، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، القاهرة، 2006.

قائمة المصادر والمراجع

- محسن شفيق اتفاقيات لاهاي لعام 1964 بشأن البيع الدولي، مجلة القانون والاقتصاد، مجلد44، عدد4، جامعة القاهرة، مصر، سبتمبر1974.
- محمد احمد علي المخلافي، اثر العولمة على نقل التكنولوجيا، سلسلة دراسات وابحاث، مركز الدراسات والبحوث اليمني، ع2، ط1، 2001.
- محمد بن نصر القطري، أحكام القانون الدولي العام في فسخ العقود الدولية للتجارة، دراسة مقارنة مع أحكام الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 07، جانفي2017، جامعة عباس لغرور خنشلة، الجزائر.
- محمد حميداني، مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض وفقا لاحكام الامر 131-2016 المعدل للقانون الفرنسي، حولياتجامعة قالمة للعلوم الاجتماعية والانسانية، العدد26، جوان 2019.
- محمد دمانة، شرط الاعفاء من المسؤولية بين مقتضيات سلطان الارادة وسلطان القانون، مجلة دفاتر السياسة والقانون، المجلد 3، العدد5، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، جوان2011.
- محمد عيساوي، دراسة نقدية لقضية.. في التحكيم التجاري الدولي، مجلة معارف، المجلد06، العدد10، جامعة اكلي محند اولحاج ، البويرة، الجزائر، 2011.
- محمد نذير ضبعي، ضمانات التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية ، المجلد 05، العدد2، ديسمبر 2018، ام البواقي، الجزائر.
- محمد وليد هاشم المصري، العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الازهر، القاهرة، العدد20، 2014.

قائمة المصادر والمراجع

- محمد احمد المخلافي، اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية- ترنس-وأثرها على نقل التكنولوجيا، مجلة دراسات يمنية ع62-63، ديسمبر 2000.
- محمد وليد هاشم المصري، العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، العدد20، 2014.
- محمد محمد سادات، الجوانب القانونية لعقود الإنشاءات الدولية"دراسة تحليلية في خصوصية تسوية المنازعات في عقود الفيديك، دفا تر السياسة والقانون،جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد19جوان 2018.
- مسعودي يوسف، التعويض عن الضرر الناتج عن الإخلال بتنفيذ عقود نقل التكنولوجيا، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية المجلد العاشر، العدد الثالث،جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2017.
- مسعودي يوسف، دور التحكيم في تسوية منازعات عقد الاستثمار التكنولوجي، مجلة القانون والتنمية المحلية، المجلد03، العدد01، جامعة احمد دراية، ادرار، الجزائر، جانفي 2019.
- منصور الصرايرة، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الالكترونية"دراسة في التشريع الاردني"العدد2،مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية،المجلد2009.
- موفق نور الدين، عقود نقل التكنولوجيا بين التفاوض والإذعان، مجلة القانون،المركز الجامعي الشهيد احمد زبانه، غليزان، المجلد08، العدد02، 2019.
- مؤيد احمد عبيدات،النظام القانوني للأسرار التجارية في الأردن، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد الثالث والعشرون، العدد الخامس، الأردن، 2008.

قائمة المصادر والمراجع

-ناصر خليل جلال، مصطفى سميرة عبد الله، وقف تنفيذ الالتزام كجزاء على الإخلال المبستر للعقد (بحث مقارنة)، المجلد 13، العدد الثاني، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2011.

-ناصر موسى، التزام العامل بعدم منافسة المستخدم في التشريع الجزائري (شرط عدم المنافسة في عقد العمل)، مجلة قانون العمل والتشغيل، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، المجلد 04، العدد 02، ديسمبر 2019.

-نبيل إسماعيل الشبلاق، الطبيعة القانونية لمسؤولية الاطراف في مرحلة ما قبل التعاقد(دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا) مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد الثاني، جامعة دمشق.

-نوعي نبيل، يوسف علاء الدين، الإطار القانوني لعقد نقل التكنولوجيا وأثاره المباشرة، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، المجلد الخامس، العدد 01، افريل 2018.

-نسيغة فيصل، الضمانات المصرفية المستقلة "دراسة مقارنة"، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، عدد 09، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر، مارس 2020.

-نوري حمد خاطر، عدنان إبراهيم سرحان، الأساس القانوني لالتزام المؤمن له في تقديم المعلومات، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول، 31/03/2007.

-وسن قاسم غني، الشكليات الاتفاقية في العقود، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العدد الاولالسنة الثالثة، 2011، ص10

قائمة المصادر والمراجع

- يوسف عبد الله الشريفين، ضمان المثليات في الفقه الإسلامي، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد الحادي والعشرون، العدد الأول، يناير 2013.

- 4- المحاضرات:

-سويلم فضيلة، محاضرات في مقياس قانون الاستثمار في الجزائر، السداسي الأول، السنة أولى ماستر، تخصص دولة ومؤسسات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولاي الطاهر، السعيدة، الجزائر، 2023/2022.

-عسالي صباح، أركان المسؤولية التقصيرية في ضوء المادة 124 ق.م.ج، محاضرات موجهة لطلبة السنة ثانية ليسانس في مادة القانون المدني(مصادر الالتزام)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2023/2022.

-قادة شهيدة، محاضرات في مقياس المسؤولية المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015.

- سلام أمينة، محاضرات في مقياس التحكيم الدولي، القانون العام(محاضرات)، وقانون دولي(أعمال موجهة)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013-2012.

- عمار فلاح، العقود غير المسماة، مطبوعة بيداغوجية موجهة لطلبة السنة الثانية ماستر، تخصص معاملات مالية معاصرة، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة باتنة، 2021/2020.

- 5- المداخلات والندوات:

- ناجي الزهراء، التجربة التشريعية الجزائرية في تنظيم المعاملات الالكترونية المدنية والتجارية، المؤتمر العلمي المغربي الاول حول المعلوماتية والقانون، اكااديمية الدراسات العليا، طرابلس، 28 و29 اكتوبر 2009.

قائمة المصادر والمراجع

- حسام الدين الصغير، ترخيص الملكية الفكرية ونقل التكنولوجيا، ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية لأعضاء مجلس الشورى، المنظمة العالمية للملكية الفكرية الويبو بالتعاون مع وزارة التجارة والصناعة ومجلس الشورى، مسقط، سلطنة عمان، 23 و 24 مارس 2004
- طارق الحموري، قراءة مبسطة في عقود التجارة الدولية، ندوة صياغة وإبرام عقود التجارة الدولية، شرم الشيخ، مصر، من 25 إلى 29 ديسمبر 2007.

6-المواثيق:

- دليل التراخيص المعد لصالح الدول النامية الصادر عن المنظمة العالمية للملكية الفكرية WIPO سنة 1978 رقم 620.
- تقرير غرفة التجارة الدولية، لجنة حماية الملكية الصناعية، اجتماع بتاريخ 17 و 18 تشرين الاول 1957م، وثيقة رقم 138/450، الصادر بتاريخ أول نوفمبر 1957.
- تقرير خبراء التراخيص الدول العربية، دليل وإرشادات عقود التراخيص ونقل التكنولوجيا، 2005م.

7-اجتهادات واحكام القضائية:

- الملف رقم: 554022 قرار بتاريخ 2010/03/04، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2010.
- الملف رقم: 453370 قرار بتاريخ 2008/06/04، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2009.
- ملف رقم: 468744 قرار بتاريخ 2008/06/04، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2009.

قائمة المصادر والمراجع

-ملف رقم:414667 قرار بتاريخ2008/02/06، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2008.

- ملف رقم:213691، قرار بتاريخ 2000/02/16، مجلة المحكمة العليا، العدد الاول، 2001.

8-المواقع الالكترونية:

- أحمد إبراهيم عبد الهادي، المشروعات المشتركة، بحث منشور على الموقع:

<https://kenanaonline.com>

-أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، بحث منشور على الموقع:

https://qawaneen.blogspot.com/2018/03/blog-st_797.html?m=1

-أحمد منصور،القوة القاهرة وأثرها في عقود التجارة الدولية،-jordanlawyer.com

-أمل المرشدي، معلومات قانونية هامة عن العقود النمطية، بحث منشور على الموقع:

www.mohamah.net

- المحاضرة الخامسة، صياغة العقود الدولية مقرر العقود الدولية، كلية الحقوق، جامعة الشام الخاصة، منشورة على الموقع: <https://eduschool40.blog>

-الصالحين محمد ابو بكر، الشكلية في عقود الانترنت والتجارة الالكترونية، كلية القانون، جامعة قاريونس، بنغازي، ليبيا، منشور على الموقع:

<http://www.bahrainlaw.net/post5392.html>.

قائمة المصادر والمراجع

-خالد ممدوح إبراهيم، الشككية في عقود الانترنت والتجارة الالكترونية:
<https://kenanaonline.com/users/>

-عزام راشد العزومي، سياسة الاستثمار والتوظيف، بحث منشور على
الموقع: <https://m.ahewar.org>.

-عادل شمران، مقالة نقل المعرفة الفنية في إطار عقود التجارة الدولية، كلية الحقوق، جامعة
كربلاء، منشورة على الموقع:

<https://law.uokerbala.edu.iq/wp/blog/2014/04/13//dr-adel-shemran-artc1>

-عبد المومن شرقاوي، مفهوم التعويض، <https://jordan-lawyer.com>

-صابر محمد عمار، المفاوضة في عقود التجارة الالكترونية، 2004، ص3، بحث منشور
في شبكة الانترنت على: <http://www.mohamoon.com/messagedetails>

-عيشوني محمد، مقدمة عن ضبط الجودة، 2004، بحث منشور في شبكة الانترنت على:

<https://hctmetrology.tripod.com/quality/chap1.pdf>

-موسى خليل متري، بحث حول الظروف الطارئة (نظرية)، <https://arab-ency.com>

-محاضرة في العقود الدولية، دور الإرادة في تجزئة العقد الدولي ج2، جامعة الشام الخاصة،
كلية الحقوق، منشورة على الموقع: <https://eduschool40.blog>

-بحث قانوني بعنوان الخطأ والضرر والرابطة السببية في المسؤولية عن الفعل الشخصي،
منشور على الموقع www.mohamah.net

-بحث قانوني بعنوان الفرق بين التوفيق والوساطة، منشور على الموقع:

<https://ar.weblogographic.com/difference-between-conciliation-and-mediation-2858-2858>

Unictad-مقال منشور على الموقع <https://m.marefa.org>

Contrat law of the people's republic of china :

<https://www.chinaproject.de/Recht-steuern/contrat-law10.html>

serge Braudo : dictionnaire du droit privé, médiation définition, dictionnaire juridique, p 1.

<https://www.dictionnaire-uridique.com/definition/mediaton.php>

8-فيديوهات:

الفيلم الوثائقي، ظهور التكنولوجيا في العصور الوسطى-الجزء الأول-،
<https://youtube.com/watch?v=KYdBG52KIQ&si=QTVSBfFdZ1NJ7vQx>

فيلم وثائقي بعنوان تكنولوجيا متطورة قبل فجر التاريخ وأسرار الحضارات السابقة،
<https://youtube.com/watch?v=SVmABYjzTFc&si=l-mbkclVHnlwuLya>

ثانيا: باللغة الاجنبية

: 1-Les Livres

-Alain courtois, Chantal Maritain, et autres, gestion de production, 3éme édition, 2éme tirage, édition d'organisation, paris, 2002.

-Claude verbraken , contrat model de franchise internationale de la ccl ; brucelles, 2001.

Dessementet François, le savoir– faire industriel, définition et protection du know–how en droit américain libraire Droz Genève , 1974.

Deleuze Jean Marc, le contrat de transfert de processus technologique, Ed 3 maisons, paris, 1982.

–Friedman David, laws order, what economics has to do with ,and why it matters, Princeton university press, 2000, p123

–Fontaine(M), droit des contrats internationaux, analyses et rédaction de clause, FEC,1989.

–Glavinis Panayotis, les contrat international de construction, paris, France, 1993.

Salem M et Sanson. M.A., contrat clé en main et contrat produit – en main technologie et vente de développement, Ed littec, paris, 1979.

–Magnin François, know–how et propriété industrielle, Ed litec, paris,1974 , p394.

–Jehl. J, le commerce international de la technologie, approche juridique litée, paris, 1985.

– Philippe Kahn, transfert de technologie et développement, Volume 04, librairies techniques, paris, 1977.

– UNESCO, the activities of Unesco in science and technology, paris, 1964.

: 2–Les Thèses

–Alkhsawneh Alaa eldin, l’obligation d’information dans les contrats informatiques, thèse pour obtiens le Gard de doctorat en droit, droit prive, université de reins champagne Ardenne,2008 .

–Abigail katz ,Technology transfer Agreements Containing Tacit Knowledge, Master thesis, Faculty of law, University of Toronto, 2010.

–fahs Dania, le contrat de communication de savoir–faire, thèse de doctorat Montpellier, 2007.

–Houria yessad , le contrat de vente international de marchandise, thèse de doctorat, faculté de droit, université mouloud . mammeri de tizi ouzou, 2008

–Ralph Schlossen, contrat de savoir, faire en droit suisse thèse de doctorat, université Lausanne suisse , 1999.

: 3–les articles

–m. mousseron, aspect juridique du know– how, cahier de droit de l’entreprise, n°01,1972

الفهرس

الفهرس:

الشكر وتقدير

الإهداء

قائمة المختصرات

مقدمة	Erreur ! Signet non défini.
الباب الأول: التأصيل القانوني لعقد الاستثمار التكنولوجي	Erreur ! Signet non défini.
الفصل الأول: ضوابط تحديد عقد الاستثمار التكنولوجي	20
المبحث الأول: مفهوم عقد الاستثمار التكنولوجي	21
المطلب الأول: التعريف بعقد الاستثمار التكنولوجي	21
الفرع الأول: المقصود بالاستثمار	21
الفرع الثاني: المقصود بالتكنولوجيا	25
الفرع الثالث: المقصود بعقد الاستثمارا لتكنولوجي	29
المطلب الثاني: خصائص عقد الاستثمار التكنولوجي	35
الفرع الأول: الخصائص العامة لعقد الاستثمار التكنولوجي	36
المطلب الثالث: صور عقد الاستثمار التكنولوجي	45
الفرع الأول : عقود تداول وتسويق التكنولوجيا	46
الفرع الثاني: عقود اكتساب السيطرة التكنولوجية	69
المبحث الثاني: التكيف القانوني لعقد الاستثمار التكنولوجي	102
المطلب الأول: تكيف عقد الاستثمار التكنولوجي على أساس الامتداد الإقليمي	103
الفرع الأول: تكيف عقد الاستثمار التكنولوجي بالاتفاقية دولية	105
المطلب الثاني: تكيف عقد الاستثمار التكنولوجي على أساس السلطة التبعية	136
الفرع الأول: عقد الاستثمار التكنولوجي عقد إداري	136
الفرع الأول: تكيف عقد الاستثمار التكنولوجي بين العقود النمطية وعقود الإذعان	152
المطلب الثالث: تكيف عقد الاستثمار التكنولوجي ذاته	164

165	الفرع الأول: كيف عقد الاستثمار التكنولوجي على انه عقد مسمى
168	الفرع الثاني: كيف عقد الاستثمار التكنولوجي كعقد غير مسمى
173	الفصل الثاني: تكوين عقد الاستثمار التكنولوجي
174	المبحث الأول: المرحلة السابقة للتعاقد
175	المطلب الأول: مضمون المفاوضات التمهيدية للتعاقد
176	الفرع الأول: تعريف المفاوضات وأهميتها القانونية
184	الفرع الثاني: إجراءات مرحلة التفاوض
199	المطلب الثاني: الالتزامات الناشئة عن المفاوضات التمهيدية واثـر الإخلال بها
200	الفرع الأول: الالتزامات في المرحلة التفاوضية
222	الفرع الثاني: اثـر الإخلال بالاتفاقات السابقة على التعاقد
238	المبحث الثاني: مرحلة إبرام العقد
239	المطلب الأول: الشروط الموضوعية لإبرام عقدا لاستثمار التكنولوجي
240	الفرع الأول: مفهوم المعرفة الفنية كمحل عقد الاستثمار التكنولوجي
258	الفرع الثاني: شروط المعرفة الفنية محل العقد
266	المطلب الثاني: وسائل حماية المعرفة الفنية كمحل في عقد الاستثمار التكنولوجي
267	الفرع الأول: الحماية التشريعية للمعرفة الفنية
276	الفرع الثاني: حماية المعرفة الفنية في إطار اتفاقية تريبس
283	المطلب الثاني: الشروط الشكلية لإبرام عقد الاستثمار التكنولوجي
284	الفرع الأول: المنحنى الجديد للكتابة في عقد الاستثمار التكنولوجي
294	الفرع الثاني: أسس وأساليب صياغة عقود الاستثمار التكنولوجي
307	خلاصة الباب الأول
	الباب الثاني: الآثار القانونية لعقد الاستثمار التكنولوجي
312	الفصل الأول: الالتزامات والحقوق الناشئة عن عقد الاستثمار التكنولوجي
312	المبحث الأول: الاداءات والحقوق المتقابلة
313	المطلب الأول: الالتزامات الخاصة بالمستثمر
313	الفرع الأول: الالتزام بنقل عناصر المعرفة التكنولوجية
322	الفرع الثاني: الالتزام بتقديم المساعدة الفنية

332	الفرع الثالث: الالتزام بالضمان
357	المطلب الثاني: التزامات طالب الاستثمار في عقد الاستثمار التكنولوجي
357	الفرع الأول: الالتزام بأداء مقابل التكنولوجي
374	الفرع الثاني: الالتزام بتهيئة البيئة الملائمة للتكنولوجي
377	الفرع الثالث: الالتزام بعدم التنازل للغير عن التكنولوجي
382	المبحث الثاني: الالتزامات والحقوق المشتركة
383	المطلب الأول: الاداءات والحقوق الجوهرية المشتركة
384	الفرع الأول: الالتزام بالمحافظة على سرية التكنولوجي
391	الفرع الثاني: الالتزام بتحمل المخاطر (التبعة) الناتجة عن استغلال وتطبيق التكنولوجي
410	المطلب الثاني: الاداءات والحقوق الثانوية
411	الفرع الأول: الالتزام بتبادل التحسينات
421	الفرع الثاني: الالتزام بمواصلة الاستثمار والتقيد بشروط القصر
437	الفرع الثالث: الالتزام بأداء الأعباء الضريبية
438	الفرع الرابع: الالتزام بعدم المنافسة
444	الفصل الثاني: الإخلال بتنفيذ عقد الاستثمار التكنولوجي وكيفية تسوية المنازعات الناشئة عنه
444	المبحث الأول: اثر الإخلال بتنفيذ عقد الاستثمار التكنولوجي
445	المطلب الأول: المسؤولية الناشئة عن الإخلال بتنفيذ عقد الاستثمار التكنولوجي
446	الفرع الأول: أركان المسؤولية المدنية الناتجة عن الإخلال بتنفيذ عقد الاستثمار التكنولوجي
472	الفرع الثاني: الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية في عقد الاستثمار التكنولوجي
483	المطلب الثاني: أثار تقرير المسؤولية في عقد الاستثمار التكنولوجي
483	الفرع الأول: التعويض كصورة للجزاء عن الإخلال بعقد الاستثمار التكنولوجي
497	الفرع الثاني: الفسخ كصورة للجزاء عن الإخلال بعقد الاستثمار التكنولوجي
505	الفرع الثالث: الدفع بعدم التنفيذ في عقد الاستثمار التكنولوجي
515	المبحث الثاني: تسوية منازعات عقد الاستثمار التكنولوجي
515	المطلب الأول: وسائل لتسوية منازعات عقود الاستثمار التكنولوجي
516	الفرع الأول: الوسائل غير القضائية لحسم منازعات عقود الاستثمار التكنولوجي
528	الفرع الثاني: الوسائل القضائية لحسم منازعات عقد الاستثمار التكنولوجي

537	الفرع الثالث: التحكيم كقضاء خاص اتفاقي لنظر منازعات عقد الاستثمار التكنولوجي
552	المطلب الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في عقد الاستثمار التكنولوجي
553	الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار التكنولوجي في ظل مبدأ سلطان الإرادة
575	الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار التكنولوجي في حالة غياب الإرادة
590	خلاصة الباب الثاني:
593	خاتمة
618	قائمة المصادر والمراجع
	ملخص

ملخص

هذه الرسالة جديدة تعالج موضوعا في غاية الأهمية، سواء بالنسبة للدول النامية أو للدول المتقدمة، فهي تتعرض بالدرس والتحليل لعقد أضحى يشكل أحد أهم العقود في الحياة المعاصرة وهو عقد الاستثمار التكنولوجي، لأن أهميته لا تقتصر فقط على دوره في التجارة الدولية، بل أن أثاره تمتد إلى مختلف مراحل الإنتاج والخدمات وصناعة تكنولوجيا المعلومات والكشف العلمي والفني، بل ويمتد تأثيره الى قطاعات أخرى تعد من ركائز الدولة وسيادتها، على ان هذه الاهمية جعلت الدول والشركات التي تملك التكنولوجيا تتسابق في امتلاك المزيد منها لتعبر عن قوتها.

وفي إطار البحث عن النظام القانوني لهذا العقد وجدنا أن له صور وصيغ مختلفة يتخذها باختلاف الدور الذي يلعبه في عملية نقله لهذه التكنولوجيا من جهة، وبحسب المستوى التكنولوجي للطالب الاستثمار من جهة أخرى، وهذا راجع للطبيعة الخاصة بهذا العقد، كونه يهدف لنقل المعرفة الفنية وتطبيقاتها السرية بين المورد والمستورد، بالرغم من عدم وجود قوانين واتفاقات دولية تحمل صيغة موحدة تحيط بأبعاده، خاصة وإن كان هذا النقل غالبا ما يتجاوز الحدود الجغرافية للدولة الواحدة، اضافة الى عدم التكافئ بين أطرافه الامر الذي اثار العديد من المشكلات التي إستوجب التوقف عندها.

الكلمات المفتاحية: الاستثمار، التكنولوجيا، المعرفة الفنية، الدول النامية، الشركات المتعددة الجنسية.

: Abstract

This is a new thesis that addresses a very important topic, whether for developing countries or developed countries. It examines and analyzes a contract that has become one of the most important contracts in

contemporary life, which is the technological investment contract, because its importance is not limited only to its role in international trade, but rather its effects extend. It extends to the various stages of production, services, the information technology industry, and scientific and technical discovery, and its influence even extends to other sectors that are among the pillars of the state and its dominance. This importance has made countries and companies that own technology compete to possess more of it to express their strength.

In the context of researching the legal system for this contract, we found that it has different forms and forms that it takes depending on the role it plays in the process of transferring this technology on the one hand, and according to the technological level of the investment applicant on the other hand, and this is due to the special nature of this contract, as it aims to transfer technical knowledge and its secret applications between... The supplier and the importer, despite the absence of international laws and agreements with a unified formula surrounding its dimensions, especially since this transfer often exceeds the geographical borders of a single country, in addition to the lack of equality between its parties, which raised many problems that required stopping.

Key words: investment, technology, know-how, developing countries, multinational companies.