

الفصل الثاني آثار الشرط المقيد

الفصل الثاني آثار الشرط المقيد

إذا قام العقد صحيحاً مستجمعاً لأركانها وشروطه منتجاً لآثاره على الوجه الذي تقدم ذكره، توفرت له قوته الملزمة، التي تمثل بالنسبة للطرفين القانون الذي يحم العقد، وبالتالي على الأطراف مراعاة تنفيذ بنود العقد وعدم الإخلال بها، وإلا يترتب على ذلك المسؤولية العقدية لعدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ.

والأصل أن المتعاقدين لا يبرمان العقد، إلا بعد مفاوضات *negociarions* ومناقشات *pourparler* في شروطه، قد تطول وقد تقصر، فلا يقدم أحدهما على الدخول في العلاقة التعاقدية إلا بعد التأكد من وجود مصلحة له في ذلك. ومن خلال الممارسة العملية لعقود التجارة الدولية وخاصة في مجال نقل التكنولوجيا، ظهرت عقود تبرم بين طفتين أحدهما قوية اقتصادياً والأخرى ضعيفة لا تستطيع مناقشة شروط العقد بالرغم من أنها مقيدة، بل عليها أن تقبله كما يعرضه المتعاقد الآخر وهو الطرف القوي اقتصادياً، لحاجتها لتنمية قدراتها وتطورها الاقتصادي.

وهنا يشار التساؤل حول صحة تلك الشروط، هل تعد صحيحة أم باطلة إذا وردت في العقد؟ وما هو أثرها على العقد، هل تبطل العقد إذا ما كانت باطلة؟ ومتى يتم ذلك.

لذا سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نرى في الأول، نطاق تطبيق هذه الشروط المقيدة. وفي المبحث الثاني، نرى موقف التشريعات المدنية من هذه الشروط.

المبحث الأول

نطاق تطبيق الشرط

لم يعالج المشرع العراقي⁽¹⁾، الشرط المقيّد ولم يتعرض له بنص خاص، مكتفياً في ذلك بالقواعد العامة الواردة في أحكام العقد، على اعتبار أنّ الشرط المقترن بالعقد متى كان صحيحاً أصبح بمثابة جزءاً لا يتجزأ من العقد المقترن به.

لذا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين. الأول، نبحث فيه كيفية تنفيذ هذه الشروط المقيّدة، وفي المطلب الثاني، نرى المسؤولية الناشئة عن الاخلال بهذه الشروط المقيّدة.

المطلب الأول

تنفيذ الشروط المقيّدة

بيّنا سابقاً، أنّ في الشرط المقترن بالعقد يلتزم أحد المتعاقدين أو كلاهما بالتزام شرطي لمصلحة الآخر أو الغير إضافةً إلى الالتزامات الناشئة بحكم العقد، وهذا يعني أنّ هناك نوعين من الالتزامات يرتبها العقد المقترن بشرط. أولهما الالتزامات التي يرتبها حكم العقد أصلاً، وثانيهما الالتزامات التي يرتبها الشرط إضافةً لهذا الحكم.

إلّا أنّ هذه التفرقة بين هذين النوعين من الالتزامات هي تفرقة نظرية فحسب لا أثر لها من الناحية العملية، لأنّ كلا المتعاقدين عليه أن ينفذ التزامه الشرطي إلى جانب الالتزامات التي رتبها العقد، إذ أنّ الأصل في

(1) كذلك المشرع الجزائري، لم يعالج الشرط المقيّد ولم يتعرض له بنص خاص.

مصدر كل منهما هو الإرادة.

كذلك يجب ملاحظة إن الشرط يجب ألا يكون مخالفاً للقانون أو النظام العام والآداب وألا يكون مستحيلاً وإلا يبطل الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الباعث الدافع على التعاقد. لذا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، نرى في الأول، أثر اقتران العقد بالشرط الصحيح. والثاني، أثر اقتران العقد بالشرط غير الصحيح.

الفرع الأول

أثر اقتران العقد بالشرط الصحيح

على المدين بالشرط أن يوفي به شأنه شأن العقد المقترن به، إذ إن الشرط كما بيناه متى كان صحيحاً أصبح بمثابة جزء من العقد المقترن به، ومن ثم لزم العمل بمقتضاه، إلا أنه قد يحدث أحياناً إن المدين بالشرط يخل بتنفيذ التزامه الشرطي. وأن تنفيذ الشرط قد يصبح متعذراً بعد التعاقد ونوضح ذلك بما يأتي:-

1- إخلال المدين في تنفيذ التزامه الشرطي

يعتبر المدين بالشرط مخلاً بتنفيذ التزامه الشرطي إن امتنع عن تنفيذ الالتزام أو تأخر في تنفيذه أو تسبب بخطئه في استحالة تنفيذه، فإن امتنع أو تأخر المدين بالشرط عن تنفيذ التزامه جاز للدائن بالشرط أن يطالب مدينه بتنفيذ عين ما التزم به إن اجتمعت الشروط الواجب توفرها في المطالبة بالتنفيذ العيني، وإلا كان التنفيذ بمقابل، أي بالتعويض، أو أن يطالبه بفسخ العقد. وهذا طبقاً للقواعد العامة الواردة في آثار الالتزام. أي إذا التزم المتعاقد بتحقيق نتيجة، فإن عدم تحقيق النتيجة يكفي لقيام

مسؤوليته، وأما إذا اقتصر التزامه على بذل عناية، فيجب على المتعاقد الذي يطالب بالفسخ أن يثبت خطأ المتعاقد الآخر، وقد يمثل ذلك تقصير أو إهمال.

حيث تنص المادة 1/177 مدني عراقي(في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الإعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض أن كان له مقتضى، على أنه يجوز للمحكمة أن تنظر المدين الى أجل، كما يجوز لها أن ترفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليلا بالنسبة للالتزام في جملته).⁽¹⁾

كذلك تناول المشرع الجزائري آثار الفسخ في المادة 122 من القانون المدني، حيث نصت هذه المادة على أنه «إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض». ويلاحظ في هذا الشأن أن الأثر الرجعي للفسخ يقتصر على العقود الفورية، دون العقود المستمرة، ذلك أن العقود المستمرة أو عقود المدة، كالإيجار وعقد العمل وعقد الترخيص، لا يكون للفسخ أثر رجعي فيها، لأن طبيعة هذه العقود تأبى أن يكون للفسخ فيها مثل هذا الأثر. فالفسخ في هذه العقود هو في حقيقته إنهاء للعقد، أي أن الفسخ لا يحدث أثره إلا من وقت تقريره، لأنه لا يمكن إلغاء الزمن واعتباره كأن لم يكن.⁽¹⁾

(1) حيث تنص المادة 119 مدني جزائري «في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد بعد إعداره المدين أن يطلب تنفيذ العقد أو فسخه، =

2- تعذر تنفيذ الشرط

يتضح من المادة 121 من القانون المدني الجزائري والتي تنص «في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة وينسخ العقد بحكم القانون».

إن استحالة التنفيذ تؤدي إلى انقضاء الالتزام الذي يؤدي بدوره إلى انفساخ العقد بقوة القانون. ويقصد بالاستحالة تلك التي تكون مطلقة، فلا يمكن توقعها ولا مقاومتها، كهلاك المبيع مثلاً بسبب قوة قاهرة أو حادث مفاجئ. وتتحقق استحالة التنفيذ «... إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي عن إرادته» وذلك حسب المادة 307 مدني جزائري، وعليه فإن الإنفساخ هو انحلال العقد التبادلي بقوة القانون تبعاً لانقضاء الالتزام لسبب أجنبي. وذلك حسب المادة 176 مدني جزائري، التي تعفي المدين من كل مسؤولية إذا أثبت «... إن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه...» ويتميز الانفساخ عن الفسخ من حيث طبيعته، وخاصة من حيث سبب انحلال العقد إذ يترتب الفسخ على عدم تنفيذ الالتزام بسبب المتعاقد، بينما يترتب الانفساخ على انقضاء الالتزام لسبب أجنبي ويترتب على هذا الفرق الجوهرية آثار متباينة خاصة بكل منهما فالفسخ يخضع لرقابة القاضي ويقتضي إعادة المتعاقدين إلى ما كان عليه قبل التعاقد ويتحمل المتعاقد الذي تسبب في فسخ العقد جبر الضرر الناتج عن ذلك للمتعاقد الآخر. وأما الانفساخ فلا يخضع لتقدير

مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك».

(2) تنص المادة 246 وما بعدها في القانون المدني العراقي، على آثار الالتزام.

القاضي بل لا حاجة للجوء إليه إطلاقاً، إذ يكفي الدفع به إذا اقتضى الأمر، ولا حاجة لإعذار المتعاقد الآخر، ولا علاقة له بسلوك المتعاقدين، والعبارة فيه بتحمل التبعة (1).

كذلك لم يفرق المشرع الجزائري من حيث الأثر بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ، وهذا واضح من المواد التي عالج فيها هذا الموضوع (المادة 127 و2/138 و176 و177 من القانون المدني) على اعتبار أن التعبيرين مترادفان قصد المشرع بهما معنى واحداً، وهو ان يكون الحادث غير متوقع الحصول وغير ممكن تلافيه، ولا درء نتائجه، حيث نفس الحادث يعتبر قوة القاهرة إذا نظرنا إليه من حيث عدم إمكان دفعه، ويعتبر حادثاً مفاجئاً إذا نظرنا إليه من حيث عدم توقعه (2).

وعقد الترخيص، وعقود نقل التكنولوجيا، من العقود المستمرة ذات الطبيعة الخاصة التي تتميز بالسرية وتقوم على الاعتبار الشخصي، ونمت خصائص هذا العقد بالممارسة العملية مما أبقاه بعيداً عن أي نظام قانوني تختص به. والسبب الأجنبي الذي يستحيل معه تنفيذ الالتزام ومنه القوة القاهرة اختلف الرأي بشأنه، ذلك لأن المعيار الذي يوصف على أساسه الحادث بأنه حالة قوة القاهرة يختلف باختلاف أنواع العقود وبالتالي يبدو هذا الاختلاف واضحاً نتيجة تنوع صور العقد الدولي لنقل التكنولوجيا.

(1) د. علي فيلالي - الالتزامات، النظرية العامة للعقد، مطبعة الكاهنة، الجزائر 1997، ص358.

وهذا الحكم نفسه نص عليه في المادة 425 في القانون المدني العراقي.

(2) د. بلحاج العربي - المصدر السابق، ص200.

وتسهب هذه العقود في تعداد الحوادث التي تعتبرها قوة القاهرة وتستبعد حوادث أخرى، وتتص بعض العقود على أن استحالة التنفيذ بسبب القوة القاهرة هي التي تعوق تنفيذ الالتزام بصورته العادية دون أن تتطلب من المدين بذل جهود كبيرة للتغلب على الاستحالة.

وان خرج المتعاقدين بحلول للمسائل المثارة تعد في حقيقتها فردية يمارس فرضها الطرف القوي في العقد، ولعل نموذج العقد الي وضعته القوة القاهرة وذكر الأمثلة لحالاتها، يعتبر نقطة البداية في نقاش جديد لهذه الفكرة ومدى انطباقها وفق معيار ملائم في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، توصلاً إلى الحلول المناسبة. وقد كانت صياغة الشروط في نموذج العقد الذي وضعته غرفة التجارة الدولية يجمع بين طريقتي النظامين اللاتيني والأنجلو أمريكي، وهي حسب النظام اللاتيني ترمي إلى ذكر المبدأ بنص في العقد. بينما هي في النظام الأنجلو أمريكي «أنه في حالة حدوث قوة القاهرة أو حالة مفاجئة بعيدة عن إرادة الأطراف كالحرب والتمرد والثورة والعصيان المدني والاضراب والتخريب وقلاقل العمل والكوارث الطبيعية أو الأحداث الأخرى مثل الزلازل والرياح العاتية والفيضانات والحرائق .. الخ» فعلى أحد الأطراف أن يخطر الآخر بالحال وعليه في مدى ثلاثين يوماً أن يتخذ الوسائل اللازمة وأن يبذل الجهود لمواجهة هذه الظروف والسيطرة عليها ويخطر الطرف الآخر بما قام به لانتهاء الحالة نهاية مناسبة.

وقد يستحيل أحياناً على المدين بالشرط تنفيذ التزامه الشرطي فحسب، دون العقد المقترن به لسبب أجنبي لا يد له فيه، كالقوة القاهرة

أو الحادث المفاجئ أو فعل الغير (المشترط أو غيره) فيتعذر عليه تنفيذ التزامه، ويترتب على تحقق القوة القاهرة أثر مهم وهو فسخ العقد، فيعود الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد. وغذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض وهذا كقاعدة عامة ويرد عليها استثناء وهو وقف تنفيذ الالتزام إلى غاية زوال الحادث، ولا يتصور هذا الغرض إلا في الحالة التي تكون فيها استحالة التنفيذ مؤقتة.

إذا تشترك القوة القاهرة في العقود الدولية مع القوة القاهرة في العقود الداخلية في الأثرين المذكورين، وهما الفسخ ووقف التنفيذ المؤقت، ولكل منهما شروطه الخاصة. غير أنه إذا كان الأثر الموقوف للالتزام هو استثناء من الاصل (الفسخ) فإن العكس صحيح في اشتراطات القوة القاهرة. بحيث يعد الأثر الموقوف القاعدة ولو لم يكن الحادث مؤقتاً.

وبالإضافة إلى الأثر الموقوف للالتزام كتمديد العقد أو توقف تنفيذه بدون تمديد، فيكون العقد طوال مدة الوقف في حالة سكون واسترخاء بدون أخذ ولا عطاء، ثم يبعث فيه روح الحركة مرة

أخرى بعد انتهاء مدة الوقف، على خلاف الامتداد الذي تظل فيه روح الحركة طوال مدة العقد لمدة أخرى، تبدأ من نهاية الإتفاقية⁽¹⁾. وهذه هي القاعدة العامة في العقود الدولية، حيث تقر بأن انفساخ العقد لا يقع

(1) د. رشوان حسن رشوان أحمد - أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، دار الهاني للطباعة، الطبعة الأولى، 1994، ص596.

إلا بعد توقف تنفيذ الالتزام ومرور مدة معينة من تاريخ وقوع حادث القوة القاهرة وهي عادة تتراوح بين شهر إلى سنة كاملة يصير فيها تنفيذ الالتزام مستحيلاً.

وعموماً في نطاق التجارة الدولية، ان التوقف لا يتم إلا باتفاق المتعاقدان، وفي حالة امتناع أحد الأطراف عن الالتقاء، أو لم يتفق الأطراف على التوقف فإن القواعد العامة للقوة القاهرة تطبق وبالتالي يفسخ العقد (1).

إن هذه الأحكام تبدو سهلة التطبيق من الناحية النظرية لكن الواقع العملي وما تتطوي عليه العقود الدولية من تعقيدات، يتضح إن الأمر ليس بهذه السهولة في كثير من الأحيان، ينفذ الأطراف جزءاً من التزاماتهم ويقع حادث القوة القاهرة الذي يؤدي إلى استحالة التنفيذ كلياً، ففي هذه الحالة يصعب إرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد. وإذا كان هذا هو الحكم في حالة اقتران العقد بشرط صحيح، إذاً ما هو الحال إذا اقترن عقد الترخيص بشرط غير صحيح، وهذا ما سنراه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

أثر اقتران العقد بالشرط غير الصحيح

إن اقتران العقد بما لا يصح من الشروط، أيّاً كان نوعها، مستحيلاً

(1) د. لطيف جبر كوماني - مسؤولية البائع في البيوع الدولية، مطبعة جامعة بغداد، 1982، ص 162.

- كذلك، عواقب صليحة - المصدر السابق، ص 79.

أم مخالفاً للقانون أو مخالفاً للنظام العام والآداب، لا يفقده صحته. إذ يبطل الشرط لوحدته ويبقى العقد صحيحاً ما لم يكن الشرط هو الباعث الدافع إلى التعاقد. فعندئذ يبطل العقد أيضاً وهذا ما جاء به الفقه الغربي والقوانين المدنية المتأثرة به. كالقانون العراقي حيث تنص المادة 131 من القانون المدني على أنه «كما يجوز أن يقترن العقد بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير إذا لم يكن ممنوعاً أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب وإلا نعى الشرط وصح العقد ما لم يكن هو الباعث الدافع إلى التعاقد، فيبطل العقد أيضاً». ومن ذلك يتبين إن القانون العراقي متفق مع الفقه الغربي في هذا المجال الذي اشترط لانسحاب

الشرط الباطل إلى العقد المقترن به، أن يكون هذا الشرط هو الباعث إلى التعاقد، وسواء كان هذا الشرط ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب⁽¹⁾. وهذا الأثر عبرت عنه القواعد العمة الواردة في نظرية انقاص العقود في القوانين التي لم تعالج الشرط المقترن بالعقد بنص خاص، ومنها القانون المدني الجزائري والمصري والسوري والمغربي والتونسي.

أما موقف المشرع الفرنسي، فيمكن أن يستشف من نص المادة 1172 من القانون المدني، والتي قضت ببطلان العقد المقترن بشرط مستحيل أو مخالف للنظام العام والآداب، فيبدو واضحاً من المادة

(1) دأبت غالبية القوانين المدنية على تقسيم الشرط غير الصحيح إلى أربعة أنواع وهي الشرط الممنوع قانوناً والمخالف قانوناً والمخالف للنظام العام والآداب والشرط المستحيل. المادة 131 مدني عراقي والمادة 164 مدني أردني والمادة 267 مدني يمني.

المذكورة من أن المشرع الفرنسي يعتبر العقد إذا كان من عقود المعاوضة باطل والشرط معاً.

أما القضاء الفرنسي فقد اعتمد في أثر الشرط الباطل، التفرقة بين ما إذا كان الشرط هو الباعث إلى التعاقد أو لم يكن كذلك مخففاً من شدة نص المادة 1172 من القانون المدني، فقضت ببقاء العقد على صحته وأبطل الشرط لوحده، إن لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد، ومثال ذلك القرار الصادر من محكمة باريس في 1971/10/4 حيث نص على ما يلي «تعد مشروعية الهيئة المبرمة لقطاع عمومي استشفائي بشرط عدم جواز التصرف في جزء من العمارة طوال مدة 200 سنة، لأن هذا الشرط لا يشكل سبب دافع للتبرع»⁽¹⁾. ونخلص مما تقدم إن القضاء الفرنسي استقر على المبدأ الآتي «متى كان الشرط مستحيلاً أو مخالف للنظام العام أو الآداب هو الدافع إلى التعاقد في المعاوضات، فإن الشرط والعقد يسقطان معاً»⁽²⁾. وهنا يثار التساؤل حول أثر هذا الشرط المقيد في ظل القانون الجزائري، خاصة أنه لم ينظمه بنص خاص؟

من أجل تحديد ذلك يتعين ابتداءً الرجوع إلى القواعد العامة الواردة في نظرية انتقاص العقود. حيث تنص المادة 104 مدني جزائري «إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً، أو قابلاً

(1) قرار محكمة باريس، صادر في 1972/10/4، تحت رقم 402، ضمت ملخص كبان.

(2) د. عبدالرزاق السنهوري - الوسيط، ج3، المصدر السابق، ص31.

للإبطال فيبطل العقد كله»⁽¹⁾. يتبين أن هذا المادة المذكورة آنفاً، تقضي ببطلان الشرط وحده ويبقى العقد صحيحاً ما لم يكن الشرط هو الباعث الدافع إلى التعاقد، عندها يبطل الشرط والعقد معاً.

وهذا واضح من الشق الأخير من نص المادة 104 من القانون المدني الذي يقول «إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً». كذلك تنص المادة 24 فقرة 2 من المرسوم التشريعي رقم 93-17 المتعلق بحماية الاختراعات والتي تنص «لا يعتد بالبنود الواردة في العقود المتصلة بالرخصة إذا فرضت على مشتري الرخصة في المجال الصناعي أو التجاري حدوداً ناجمة عن الحقوق التي تخولها براءة الاختراع أو التي لا تكون ضرورية لحماية هذه الحقوق».

ومن خلال النص المذكور، يتبين بأن المشرع الجزائري قصد عدم إيراد قائمة بهذه الشروط وكان موفقاً في ذلك وترك الأمر إلى الجهات المختصة والسلطة التقديرية للقاضي، إلا أنه أخفق من جانب آخر بترك الموضوع بدون توضيح، وكان على المشرع بيان أنواع الشروط التي تعتبر باطلة أو ممنوحة إذا ما اقترنت بالعقد كأن يقول «يصح الشرط ما لم

(1) د. علي علي سليمان - النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1993، ص 97.
كذلك تنص المادة 139 من القانون المدني العراقي «إذا كان العقد في شق منه باطلاً، فهذا الشق وحده الذي يبطل. أما الباقي في العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً».
-أنظر في ذلك د. عادل عزت السنجقالي - عقود الاستشارات الهندسية، مطبعة جامعة بغداد، 1983، ص 86.

يكن ممنوعاً أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب أو مستحيلاً، وإلّا لغى الشرط وصح العقد ما لم يكن هو الباعث الدافع على التعاقد فيبطل العقد أيضاً». فهذا عيب يجب تلافيه.

ومن كل ما تقدم نخلص إلى القول بأن الفقه الفرنسي والقوانين المدنية المتأثرة به، على العموم بالرغم من اختلافها في معالجة الشرط المقترن بالعقد، إلّا أنّها من حيث النتيجة أخذت بمبدأ اقتران العقد بشرط باطل يؤدي إلى بطلان العقد ذاته، إن كان هذا الشرط هو الدافع إلى التعاقد أيّاً كان العقد معاوضة أم تبرعاً، أو أيّاً كان هذا الشرط ممنوعاً قانوناً أم مخالفاً للنظام العام والآداب أم مستحيلاً.

المطلب الثاني

المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالشرط المقيّد

يفترض لقيام المسؤولية العقدية عموماً، أن هنالك عقداً صحيحاً واجب التنفيذ ولكن أحد طرفي العقد أو كلاهما لم يقيم بتنفيذ التزاماته بما يقود بالضرورة على تحقق أركانها من خطأ وضرر وعلاقة سببية، فالمدين بالتزامات معينة وشروط مقيّدة صحيحة بمقتضى العقد، يعد مسؤولاً لعدم تنفيذ التزاماته تلك عند إخلاله بها. من هنا فإنّ أهم شروط قيام هذه المسؤولية هي عدم تنفيذ المدين بالتزاماته وهذا هو الخطأ العقدي والضرر الذي يتحقق نتيجة لذلك مع توافر العلاقة السببية بينهما. وتجدر الإشارة إلى أن أحكام هذه المسؤولية قد تعدل بموجب اتفاق الطرفين، وذلك بالتشديد أو التخفيف أو الإعفاء منها رغم تحقق الخطأ العقدي (م 384 مدني جزائري). لذا نرى من الضروري بيان

أركان المسؤولية العقدية في فرع أول وأثر تقرير هذه المسؤولية في فرع ثانٍ.

الفرع الأول أركان المسؤولية العقدية

لتحقق المسؤولية سواءً كانت عقدية أم تقصيرية، يجب توافر أركانها المتمثلة بالخطأ والضرر والعلاقة السببية (المادة 176 مدني جزائري)⁽¹⁾. وحتى يمكن مساءلة المخل بالتزامه، لا بد من توافر شروط تقرير هذه المسؤولية وهي، عدم تنفيذ المدين بالتزامه أو التأخر في التنفيذ، وهذا هو الخطأ. وأصابة الدائن بضرر نتيجة لذلك. كذلك يجب توافر العلاقة السببية بين خطأ المدين والضرر الذي أصاب الدائن. لذلك سنتناول الخطأ والضرر كركنين أساسيين في نشوء المسؤولية في عقد الترخيص وذلك في فقرتين:

1- الخطأ في عقد الترخيص

يمكن القول بأن الخطأ في عقد الترخيص هو عدم قيام أحد الطرفين أو كليهما بتنفيذ التزاماته المتقابلة أو التأخر في تنفيذها، ويستوي في ذلك أن يكون عدم قيام المدين بالتنفيذ ناشئاً عن عمد أو إهمال. إذ أن الخطأ العقدي يتحقق حتى لو كان عدم قيام المدين بالتزامه ناشئاً عن سبب أجنبي لا يدل عليه فيه.

بيد أنه يجب أن يلاحظ في هذه الحالة، أنه إذا تحقق الخطأ، فإن

(1) أنظر المادتين 1147 و1148 من القانون المدني الفرنسي، كذلك المادة 168 من القانون المدني العراقي.

(1) العلاقة السببية تنعدم كركن أساس في قيام المسؤولية التعاقدية . وبهذه الصورة فإن الخطأ كأساس لقيام المدنية يتم نتيجة مخالفة ما تم الاتفاق عليه. ذلك لأنّ المدين، إذا كان التزامه عقدياً، تعين عليه أن يبذل الجهد المعقول لضمان الوفاء به ببذل العناية اللازمة في حالة الالتزام ببذل عناية obligation de moyen وتحقيق النتيجة المطلوبة إذا كان الالتزام المذكور التزاماً بتحقيق نتيجة معينة obligation resultat. وعليه فإن خطأ المرخص يتحقق مثلاً عندما لا ينقل المعرفة الفنية المتفق عليها أو لا يسلمها إلى المرخص له. وينسحب هذا الحكم على حالة ما إذا أقام المرخص بالتسليم غير المطابق لما تم الاتفاق عليه. حيث أن التزام المرخص بالتسليم هو التزام بتحقيق نتيجة والواقع أن تحديد طبيعة الالتزام من حيث اعتباره التزاماً بتحقيق نتيجة أو بذل عناية، يمكن معرفته بالرجوع إلى المصدر الذي أنشأ الالتزام، وهو عقد الترخيص، كما قد يكون القانون. كذلك قد يتحقق خطأ المرخص له، في حالة إخلاله بالالتزام المحافظة على سرية المعرفة الفنية، كذلك امتناعه عن دفع المقابل أو تقديم ضمان كاف للوفاء، أو عدم مراعاة للشروط المقيدة المتفق على تنفيذها أو الالتزام بها. عليه فإن معيار تحقق الخطأ العقدي

(1) د. عبدالرزاق السنهوري - الوسيط، المصدر السابق، ص253.

- كذلك د. علي علي سليمان - دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1989، ص78.
- بلحاج العربي - النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1995، ص266.

يتم إثباته عندما يكون الالتزام ببذل عناية هو (عدم بذل العناية اللازمة للرجل المعتاد). أما الخطأ في الوفاء بالالتزام، إذا كان بتحقيق نتيجة، فيتجسد كما لاحظنا في التزام المرخص بالتسليم (تسليم الاختراع، المعرفة الفنية). وينضوي تحت هذا المعيار التزام المتلقي بدفع المقابل في الوقت المتفق عليه. أما إذا كان الالتزام، التزاماً ببذل عناية، كالتزام المورد بنقل القدرات التقنية للاستثمار الصحيح للاختراع، أو أغفل اجراء دراسات بالمنطقة التي سينقل إليها المعرفة الفنية أو المواد الأولية التي سيتم استعمالها أو الآلات الواجب تركيبها، فإنه بذلك يرتكب خطأ موجب للمسؤولية لعدم بذله العناية اللازمة لتحقيق التنفيذ السليم للالتزامه.

وقد حكمت محكمة التحكيم في غرفة التجارة الدولية، بمسؤولية شركة أمريكية تعهدت بإقامة محطة أرضية للاتصالات بالأقمار الصناعية في الكاميرون، على أساس أنها لم تقم باختبار أحد الأجهزة التي وردتها لتتأكد من ملائمة التيار الكهربائي في الموقع لذلك الجهاز⁽¹⁾.

وتتلخص وقائع هذه القضية، في أن شركة كاميرونية للاتصالات اللاسلكية أبرمت عقداً مع شركة أمريكية لإقامة محطة أرضية للاتصالات بالأقمار الصناعية، وأنه تم توريد المحطة وتركيبها، وعند بداية التشغيل تبين أنها لا تعمل بكفاءة، وبذلت محاولات لإصلاحها دون جدوى، مما دعا الشركة الكاميرونية إلى رفض المحطة وإعادتها إلى

(1) د. محمود الكيلاني - المصدر السابق، ص 436.

الشركة الأمريكية ، رغم أنها كانت قد وقعت على استلامها .
ردت الشركة الأمريكية على طلبات الشركة الكاميرونية ، بأنه
أصبح تسليم المحطة سليماً وليس بها أي عيوب تستدعي رفضها ،
وأوضحت بأن العيب الذي أدى إلى عدم تشغيل المحطة بكفاءة راجع إلى
التيار الكهربائي وتوصيلاته الموجودة في منطقة العمل ، وإن تشغيل
المحطة يحتاج إلى جهاز تقوية للتيار العالي طاقته 10 كيلو واط ، وأن
هذا الجهاز يتم تصميمه في الولايات المتحدة على نظام المحايد الأرضي ،
على خلاف ما هو عليه في منطقة العمل ، وأن اختلاف النظامين كان
سبباً في عدم كفاية المحطة لتحقيق النتيجة . وأجملت الشركة
الأمريكية أقوالها بالتالي « إن جهاز التقوية لم يكن مخالفاً للمواصفات
الفنية الواردة في العقد وإنما كانت المواصفات الفنية في العقد مخالفة
ومنافية لاحتياجات موقع المحطة وهذا خطأ لا ينسب لها» .

وقد وجدت محكمة التحكيم إن العقد ، ينص على إن الشركة
الأمريكية ملتزمة بتوريد وتركيب جهاز تقوية التيار العالي في الموقع
واختبار هذا الجهاز لجعله يؤدي العمل المطلوب . وتوصلت المحكمة نتيجة
لذلك «إنه لا يكفي توريد الجهاز بل إن التزام الشركة الأجنبية يشمل
التشغيل والاختبار وإدارة العمل بالكفاءة المنتظرة ، وهذا يشمل ملائمة
الجهاز مع التيار الكهربائي الموجود بالمنطقة ويعتبر داخلاً ضمن
المواصفات المنصوص عليها في العقد ، بل أنه حتى إذا لم تكن نصوص
العقد شاملة للتيار الكهربائي فإن طبيعة العمل تستوجب مراعاته دون
نص خاص» .

وعلى ذلك فإن معيار الخطأ في التزام المورد بنقل المعرفة الفنية، يثبت بعدم نقل هذه المعرفة بعناصرها أو نقلها على غير ما تم الاتفاق عليه، وتقصير المورد يمثل في نقل بعض عناصر المعرفة الفنية دون البعض الآخر أو نقلها بعد الموعد المتفق عليه أو إلى غير المكان المحدد في العقد. وأخيراً فإن عقد الترخيص لا بد أن يحقق للمرخص له كطرف في هذا العقد، التمكن في استيعاب المعرفة الفنية المنقولة، على نحو يحقق من وراء ذلك اقتضاء المنفعة التي قصدتها، والتي كانت هدف التعاقد وهو ما يمثل الالتزام بتحقيق نتيجة. وبخلاف ذلك فإن المرخص وهو المورد عادة، يكون مخطئاً لعدم التنفيذ ولا سبيل أمامه لدفع المسؤولية إلّا بإثبات السبب الأجنبي.

(1) ويتلخص نظام غرفة التجارة الدولية بخصوص تعديل العقود الدولية ، في أنه يقترح طريقة للتعديل عند حدوث كوارث غير متوقعة، تؤدي إلى تغيير كبير في العقد. يقوم الطرف المتضرر بطلب المراجعة في أجل معقول، وعلى الطرفين التشاور بينهما بهدف مراجعة منصفة لتفادي وقوع أضرار بالغة لأحدهما، وإذا لم يتوصل الطرفان إلى اتفاق خلال 90 يوماً التالية، فإن الطرف المتضرر يمكنه عرض النزاع على اللجنة التابعة لغرفة التجارة الدولية لتنظيم العلاقات التعاقدية، بهدف تعيين الغير (فريق من ثلاث

(1) د. سامية راشد - التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، 1984، ص75. وكذلك د. أحمد أبو الوفاء - التحكيم الاختياري والإجباري، ط4، منشأة المعارف الاسكندرية، 1983، ص15. كذلك أحمد عبدالفتاح الشلقاني- التحكيم في عقود التجارة الدولية، مجلة إدارة قضايا الحكومة السنة العاشرة، العدد 3، القاهرة 1966، ص5.

محكمين) ينظرون ويقررون ما إذا كانت هناك ضرورة لمراجعة العقد، ويكون ذلك القرار ملزماً للطرفين ويعتبر جزءاً من ذلك العقد.

2- ركن الضرر

تدور المسؤولية المدنية، عقدية كانت أم تقصيرية، مع الضرر وجوداً وعدمياً وشدةً وضعفاً، فلا مسؤولية حيث لا ضرر. وعبء إثبات الضرر يقع على عاتق الدائن لأنه هو الذي يدعيه. ولا يكفي مجرد اخلال المدين بتنفيذ التزامه للقول بوقوع الضرر، فقد لا يترتب على ذلك أي ضرر للدائن.

والضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه، أو بمصلحة مشروعة سواء كانت هذه المصلحة مادية أو أدبية. ويستوي أن يكون الضرر مادياً، يصيب المتعاقد في ماله أو جسمه أو في عنصر من عناصر ذمته المالية، أو أدبي يصيبه في شعوره وعاطفته (1).

والضرر المادي، أما أن يكون مباشراً أو غير مباشر، والضرر المباشر أما أن يكون متوقفاً أو غير متوقع والضرر المباشر هو ما كان نتيجة طبيعية لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه. وهو يعتبر كذلك إذا لم يكن باستطاعة الدائن تجنبه ببذل جهداً معقول. والأصل إن المدين لا يسأل عن الضرر غير المباشر، لا في المسؤولية العقدية ولا في المسؤولية

(1) د. سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، نظرية العقود والإرادة المنفردة، النهضة المصرية، القاهرة 1984، ص 540.
- وقرر إن الخطأ هو الركن الأول الواجب إثباته، بعد إن عدل عن رأيه السابق الذي يقول فيه بأن الضرر هو الركن الأول الواجب إثباته قبل الخطأ.

التقصيرية. وفي المسؤولية العقدية لا يسأل المدين إلّا عن الضرر المباشر المتوقع، إلّا إذا ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً، فيسأل عندئذ عن الضرر المباشر كله، متوقعاً كان أو غير متوقع، وتلحق مسؤوليته في هذه الحالة بالمسؤولية التقصيرية⁽¹⁾. وأساس هذه المسؤولية في القانون المدني الجزائري هو نص المادة 124 حيث تقول «كل عمل أياً كان يرتكبه المرء ويسبب ضرراً للغير، يلزم من كان سبباً في حدوثه التعويض».

أما الضرر الأدبي الذي يلحق الشخص في غير حقوقه المالية أو في مصلحة غير مالية، يلاحظ إن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي. غير أن صياغة نص المادة 124 مدني جزائري، جاءت مطلقة، لا تتميز بين الضرر المادي والضرر الأدبي. كما أن نص المادة 131 من القانون المدني الجزائري، المتعلقة بمدى التعويض التي تحلينا إلى المادة 182 من القانون المدني، لم تتعرضا للتعويض عن الضرر الأدبي وهذا نقص يجب تداركه، حيث إن الفقه الجزائري متفق على تعويض مختلف أنواع الضرر المعنوي⁽²⁾.

(1) نصت على ذلك المادة 169 من القانون المدني العراقي «فإذا لم يرتكب المدين غشاً أو خطأ جسيماً فلا يجاوز في التعويض ما يكن متوقعاً عادةً من وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت».

(2) د. علي علي سليمان - مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1990، ص 111.

- كذلك د. محمد صبري السعدي - شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1994، ص 70.

- كذلك د. مقدم السعيد - نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، ديوان المطبوعات =

أما في عقد الترخيص وعقود نقل التكنولوجيا عموماً. يعمل أطراف العقد على تحديد شروطهم بدقة، بحيث يضمن كل طرف قيام الآخر بالتزاماته، بحيث يؤدي المرخص له مقابل ما حصل عليه ويقوم المرخص بتنفيذ التزاماته كما وصفها العقد، ويضمن تحقيق هدف هذا العقد على نحو يوصله إلى تحقيق النتائج المرجوة. ويتحقق ذلك من خلال تمتع المرخص بمهارات فنية عالية تؤهله الوفاء بالتزاماته على أن عدم تحقيقها يعني اخلاً بالعقد، وقد اصطلح على هذا النوع من الاخلال بعبارة «مخالفة النظام العام التكنولوجي» *l'ordre public technologique*.

ويقصد بذلك ما تم التعارف عليه في هذه العقود من ضرورة التقييد بأهداف العقد وتحقيق النتائج، وأنه لا يجوز الاتفاق على تخفيف المسؤولية في هذه المسألة لتعارضها مع هذا العرف الذي أطلق عليه النظام العام التكنولوجي⁽¹⁾.

وفي قضية حكمت فيها محكمة التحكيم في غرفة التجارة الدولية بتاريخ 19 فبراير 1985⁽²⁾، تتلخص وقائعها بما يلي، أجريت في إحدى المدن السورية مناقصة عالمية لإنشاء مجمع للمنتجات الكيماوية ورست المناقصة على شركة رومانية تعهدت بتوريد الآلات وإنشاء المجمع

- =الجامعية، الجزائر 1992، ص161.

(1) د. محمود الكيلاني - المصدر السابق، ص444.

(2) د. محي الدين إسماعيل علم الدين - منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، الدار الجامعية الاسكندرية، مصر 1986، ص184.

وتركيب وتشغيل الآلات إلى أن يبدأ الإنتاج. ووجدت الشركة الرومانية أن عملية تركيب وتشغيل الآلات سوف تكلفها مبالغ كبيرة إذا قامت هي بها مباشرة، فضلت أن تعهد بها إلى إحدى الشركات السورية وتعاقدت معها على القيام بدور المقاول من الباطن بالنسبة لهذا الجزء من المقولة. وتضمن عقد المقولة من الباطن أن تقوم الشركة الرومانية بتسليم الآلات وقطع الأجهزة المختلفة بينما تقوم

الشركة السورية بالتسليم وتجميع الأجزاء وتركيب كل آلة على حدة، ثم توصيل أو ربط الآلات ببعضها حسي التصميم المعد للإنتاج على أن تكون عملية الإنتاج مرتبة الترتيب الفني الاقتصادي المناسب، غير أن الشركة الرومانية تأخرت في تنفيذ ما التزمت به في حين كانت الشركة السورية تدفع أجور العمال ونفقات الاستعدادات الفنية، وبالنتيجة وصلت القطع والآلات معيبة ولا تصلح للتركيب إلا باستبدال غيرها بها أو إصلاحها وسبب هذا الوضع ضرراً بالغاً للشركة السورية وطالبت بالتعويض عنه.

فأحالت محكمة التحكيم الأمر على لجنة خبراء لتحديد الأخطاء التي وقعت، وجاء تقرير الخبرة يؤكد حصول التأخير من الجانب الروماني ووصول بعض المعدات معيبة بما يشكل خطأ في التنفيذ، الذي نشأ عنه أضرار للطرف الآخر.

ولتحقق المسؤولية المدنية، لا بد أن يكون الخطأ الذي صدر من المدين، هو السبب في وقوع أضرار للدائن وهذا هو معنى العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، أي أن الضرر هو النتيجة الطبيعية لخطأ المدين. ويقع

على الدائن عبء إثبات العلاقة السببية بين عدم تنفيذ الالتزام (الخطأ العقدي)، والضرر الذي لحقه (1) .

أما العلاقة السببية بين عدم تنفيذ الالتزام وسلوك المدين، فهي مفترضة في نظر المشرع (2) . وعلى المدين إذا كان يدعي عكس ذلك أن يقوم بنفي العلاقة السببية بين عدم التنفيذ وسلوكه (3) .

وفي هذا المعنى تقرر المادة 176 من القانون المدني الجزائري «إذا استحال على المدين أن ينفذ التزامه عيناً حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزمه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه...» فالمادة المذكورة لا تتعلق في الحقيقة إلا بركن الخطأ، وتفترض إن استحالة التنفيذ راجع إلى سلوك المدين ولا شأن لها على الإطلاق بالعلاقة السببية بين الخطأ والضرر الذي يظل اثباتها خاضعاً للمبادئ العامة.

-
- (1) قرار حكم من المحكمة العليا في الجزائر، غ، م. 17/06/1987، ملف رقم 49174.
- كذلك القرار الصادر من نفس المحكمة في 19/11/1990، ملف رقم 63149.
- مشار إليه من طرف الدكتور بلحاج العربي - المصدر السابق، ص 290.
- (2) قرار حكم صادر من المحكمة العليا في الجزائر، غ، م في 2/3/1983، ملف رقم 20310.
- مشار إليه من طرف الدكتور بلحاج العربي - المصدر السابق، ص 290.
- (3) قرار صادر من المحكمة العليا في الجزائر، غ، م في 3/6/1987، ملف رقم 49767، م. ق. 1990، 3، ص 30.
- مشار إليه من طرف الدكتور بلحاج العربي - المصدر السابق، ص 290.

الفرع الثاني أثر تقرير المسؤولية

إن تقرير مسؤولية أحد الطرفين، وثبوت اخلاله بالالتزامات الملقاة على عاتقه يعني بالمقابل قيام حق للطرف الآخر بالمطالبة بفسخ العقد أو التعويض أو بكليهما معاً حسب الأحوال⁽¹⁾، ونعرض لكل حالة من هذه الأحوال بالتتابع.

أولاً، قد يترتب على ثبوت اخلال المتعاقد بالتزامه، ثبوت حق للآخر بالفسخ، أي حل الرابطة العقدية بعد نشوئها صحيحة وزوال آثارها بأثر رجعي بسبب أن أحد الطرفين لم ينفذ التزامه، فالمتعاقد يلجأ إلى الفسخ في الحالات التي لا يريد فيها أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، أو التي لا يكون فيها التمسك بالدفع ذا معنى، وذلك حسب نص المادة 119 مدني جزائري «في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزاماته جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك»⁽²⁾.

وأياً كان الأمر فإن هذا الفسخ، هو إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد. وبما أن عقد الترخيص من عقود المدة، فإن فسخ العقد لا يترتب أثراً رجعياً، بل يقتصر أثره على التزامات مستقبلية لم تنفذ بعد،

(1) علاء عزيز حميد - المصدر السابق، ص 86.

(2) تنص المادة 177 مدني عراقي «في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للمتعاقد الآخر بعد الإعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى».

حيث يتم استغلال تكنولوجيا الاختراع خلال مدة معينة، مما يستحيل معه إعادة الانتفاع إلى المرخص.

من هنا فإن أطراف العقد، غالباً ما يقومون بتحديد جميع الأمور التفصيلية التي تتعلق بالعقد من وقت إبرامه إلى انقضائه، وكيفية توافر شروط وأسباب الانقضاء، بما في ذلك الفسخ. وفي حالة غياب مثل هذا الاتفاق فإنه يتم اللجوء إلى أعمال نصوص القانون الواجب التطبيق على العقد من حيث الإجراءات التي تترتب على الإخلال بالالتزامات التعاقدية⁽¹⁾. ويترتب على عدم إمكانية إعادة الحال إلى ما قبل التعاقد، أن تكون حالات اللجوء إلى الفسخ نادرة، إذ إن المتلقي يكون في وضع قد قام معه بالبناء والإعداد لاستقبال الاختراع محل التعاقد من جهة، ومن جهة أخرى، فإن المجهز قد قام بإعطاء معلومات كافية بموجب العقد عن اختراعه وأسراره الفنية.

عليه فإن تصور الفسخ في مثل هذه الحالات، يعد فرضاً بعيد الحصول. ويستعاض عن الفسخ بطلب التعويض، طبقاً لأحكام المسؤولية المدنية. ومع ذلك فإن العمل يجري على واجب إعدار الطرف المخل بتنفيذ التزامه على الوجه الصحيح والسليم خلال مدة معينة، فإذا ما انقضت تلك المهلة ولم يقوم الطرف المخل بعمل ما يتوجب عمله، جازت المطالبة عندئذ بفسخ العقد، مع التعويض إن كان له مقتضى.

ثانياً، بيد أن تنفيذ الالتزامات التعاقدية قد يكون غير ممكن، مما

(1) د. محسن شفيق - المصدر السابق، ص 94.

(1) يقود بالضرورة إلى أن تقتصر المطالبة على التعويض لجبر الضرر .
ويأخذ هذا التعويض عموماً صورتين، إما أن يكون تعويضاً عينياً، أو
يكون تعويضاً نقدياً، أي مبلغ من النقود، وذلك حسب نص المادة 131
مدني جزائري «يقدر القاضي المدني التعويض عن الضرر الذي لحق
المصاب طبقاً لأحكام المادة 182 مع مراعاة الظروف الملابسة، فإن لم
يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن
يحتفظ للمضروب بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد
في التقرير» (2) . وحسب التفصيل التالي:-

أ - التعويض العيني:

ويعني قيام الطرف المخل (المدين) بإصلاح وإتمام النقص الذي ظهر
خلال مراحل التنفيذ أو عند بدايته، كأن يكتشف خللاً معيناً في نوعية
المنتجات الصناعية للاختراع محل الترخيص، فيقوم المجهز بإصلاح عيوب
هذه التقنية المنقولة للمتلقي ويستمد هذا النوع من التعويض أسسه من
القواعد العامة للقانون المدني، التي تقرر صراحة، إمكانية قيام المدين
بإعادة الحال إلى وضعه الطبيعي أو أداء عمل أو شيء متصل بالمشروع
المنقول أو حتى القيام بعمل آخر لحساب الدائن. ومع ذلك فإن التعويض

(1) د. علي حسن يونس - العقود التجارية، دار الفكر العربي، القاهرة 1993، ص10.
(2) لم يرد في القانون المدني العراقي، ما يحول دون جواز التعويض غير النقدي، فقد
جاء نص المادة 255 التي تصدرت أحكام التنفيذ بطريق التعويض، عاماً لا يشترط في
التعويض أن يكون نقدياً. إذ قضت بما يأتي «ينفذ الالتزام بطريق التعويض في الأحوال
وطبقاً للأحكام التي نص عليها القانون».

العيني قد يكون غير ممكن في بعض الأحوال، كما في حالة عدم جودة المنتجات الصناعية برغم قيام المدين بإصلاح العيوب مما يضر بالتالي بمصلحة المرخص له، إذا ما استمر الوضع على هذا المنوال، مما يستلزم في نهاية الأمر أن يصار إلى أن يكون التعويض نقدياً لجبر الأضرار.

ب - التعويض النقدي:

متى ما تثبت مسؤولية المجهز بإقراره أو بموجب حكم قضائي، وكان التعويض العيني مستحيلًا أو مضرًا بمصلحة المتلقي أو إن قانون البلد المعروض أمام قضاؤه النزاع، لا يبيح المطالبة بالتنفيذ العيني، فإن للمتلقي الحق في المطالبة بالتعويض النقدي، حيث تنص المادة 176 مدني جزائري «إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً، حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه...».

ولما كان أساس المسؤولية هنا عقدياً فإن القواعد العامة تقتضي بأن يقدر التعويض على أساس ما لحق بالدائن من خسارة وما فاته من كسب، حيث تنص المادة 182 مدني جزائري «إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب...»⁽¹⁾. وبعبارة أخرى إن التعويض يقتصر في هذه الحالة على ما يتوقعه الطرفان أثناء إنشاء العقد من أضرار قد تلحق بأحدهما عندما لا ينفذ الطرف الآخر التزاماته بوجه صحيح. وتستبعد بطبيعة الحال هنا الأضرار التي لا يمكن توقعها إلا في حالتها الخطأ الجسيم والغش.

(1) يقابلها المادة 1/169 من القانون المدني العراقي.

المبحث الثاني

موقف التشريعات من الشروط المقيدة

إن الجهود الدولية التي بذلت من أجل تسهيل انتقال التكنولوجيا والحد من الشروط التعسفية والممارسات المقيدة، لم تنتهي إلى النتيجة التي سعت إلى تحقيقها مجموعة الدول النامية المستوردة. هذه النتيجة كما تصورها هذه الدول، إقرار اتفاقية دولية ملزمة بتقييد بأحكامها الدول الأعضاء في الأمم المتحدة. كما سنت أوروبا تشريعات مختلفة وطنية وإقليمية كان آخرها الاتفاقية الإقليمية المعقودة بين دول السوق الأوروبية المشتركة عام 1957، والتي منعت بموجبها الاحتكارات التي تمارسها المشروعات الدولية على أراضيها واليت تهدف إلى الحد من حرية المنافسة كذلك هناك دولاً أخرى مثل دول أمريكا اللاتينية، قد وجدت نفسها بحاجة إلى التدخل لوضع تنظيم قانوني لنقل التكنولوجيا وهذا هو الحال بالنسبة لدول مجموعات أندين⁽¹⁾.

لذا سنتناول في فرع أول الموقف الدولي من الشروط المقيدة، وفي فرع ثانٍ، موقف التشريعات العربية من هذه الشروط.

المطلب الأول

موقف التشريعات الدولية من الشروط المقيدة

على الصعيد الدولي هناك محاولة قامت بها منظمة الأمم المتحدة

(1) إن دول مجموعة أندين هي (بوليفيا، شيلي، كولومبيا، اكوادور، بيرو، فنزويلا) قد اتخذت احتياطاتها بشأن تنظيم نقل التكنولوجيا خلال دورة قرطاجنة.

بهدف وضع قانون دولي ينظم عملية نقل التكنولوجيا على شكل اتفاقية دولية، ونوقش مشروع القانون في دورات عديدة في مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية The united nation conference on Trade and Development وهو أحد أجهزة المنظمة، غير أن الاتفاق بشأنه أصبح ضعيفاً منذ دورة هذا المؤتمر عام 1983 ويعد هذا المشروع نقطة بداية وضع التشريعات الوطنية لتنظيم عملية نقل التكنولوجيا.

لذا سيكون مشروع تنقيح السلوك الدولي لنقل التكنولوجيا موضوع الفرع الأول، كذلك سنتناول قوانين دول أمريكا اللاتينية على وجه الخصوص، بأن وضعت تشريعات تعد نموذجية في هذا الخصوص سواء على نطاق مشترك لمجموعة أقاليم، كاتفاق PACTE ANDIN أو على مستوى وطني كالمكسيك، والارجنتين والبرازيل، وسنتناول هذه التشريعات بقدر تعلق الأمر بموضوع بحثنا، ونرى تنظيماتها هل هي مثال يحتذى به، أم يجب تفاديه؟ هل هي تمثل نجاح أم فشل؟ هذا ما سنراه من خلال الفقرة الثانية.

الفرع الأول

مشروع تنقيح السلوك الدولي لنقل التكنولوجيا

إن فكرة وضع وثيقة دولية لتنظيم عملية نقل التكنولوجيا من الدول المتقدمة إلى الدول النامية، كانت وليدة فكرة طرحها الوفد البرازيلي في منظمة الأمم المتحدة. عندما دعا إلى مناقشة آثار براءات الاختراع على اقتصاديات الدول النامية عام 1964، وأثير الموضوع مجدداً بمناسبة مناقشة النظام الاقتصادي الدولي الجديد، وكان والقرار 3201 الصادر

من الأمم المتحدة والذي اعتمده الجمعية العامة في دورتها الاستثنائية عام 1974 بشأن إقامة نظام اقتصادي دولي جديد، وثيقة هامة ارتكز عليها عمل الفريق الدولي بشأن إعداد مدونة لقواعد السلوك لنقل التكنولوجيا⁽¹⁾.

وتقوم فلسفة هذا التقنين على أساس أخلاقي، هو السلوك الذي ينبغي أن يلتزم به مورد التكنولوجيا ومستوردها وهما يتفاوضان على العقد ويبرمانه. ولم يفترض التقنين أن يكون طالب التكنولوجيا من الدول النامية بالضرورة، لهذا جاءت قواعده عامة تسري عند كل نقل للتكنولوجيا بغض النظر عن صفة طرفي العملية، أي سواء كانا من الدول المتقدمة أم من الدول النامية. ومع ذلك لاحظ التقنين إن شدة حاجة الدول النامية للتكنولوجيا تضعها في مركز ضعيف تجاه مورد التكنولوجيا، فأضاف أحكاماً للمعاملة الخاصة التي ينبغي أن تمنح للدول النامية والتعاون الدولي. وثار منذ بداية العمل في إعداد مشروع التقنين خلاف جوهري بين الكتل الثلاث، وهي الدول النامية والدول الاشتراكية والدول المتقدمة. إذ كان تجاه هذه الكتلة الأخيرة أن الطابع الأخلاقي لفلسفة التقنين تقتضي أن تكون قواعده غير إلزامية، وإنما مجرد إرشادات توجه إلى كل الدول وإلى كل المنشآت للاستئناس بها فحسب، بينما كان تجاه الدول النامية، إن التقنين لا يحدث فاعليه إلا

UNCTAD: AN international code of conduct on transfer of (1) technology T,D code Tot. 26 TD.B.C.6.AC.1.2 supp. 1 sales n .75.11.D.15

إذا أفرغت قواعده في اتفاقية دولية ملزمة. وكان هذا الخلاف الجوهرى من أكبر العقبات التى حالت دون إنجاز التقنين إلى الوقت الحاضر. ويشمل مشروع التقنين على دىباجة وعشرة أبواب، الأول فى التعاريف ونطاق التطبيق، والثانى فى أهداف التقنين وأصوله العامة، والثالث فى تنظيم نقل التكنولوجيا فى التشريعات الوطنية، والرابع فى الشروط المقيدة والخامس فى الضمانات والسادس فى المعالجة الخاصة التى تمنح للدول النامية، والسابع فى التعاون الدولى فى مجال التكنولوجيا، والثامن فى إنشاء لجنة دائمة لنقل التكنولوجيا، والتاسع فى القانون الواجب التطبيق وتسوية المنازعات، والعاشر فى أحكام ختامية.

ولقد عرض مشروع التقنين الدولى فى التبييه إلى تجنب اتفاقات نقل التكنولوجيا مجموعة من الشروط التى فيها اجحاف للطرف المستورد للتكنولوجيا فى فصل خاص، تحت عنوان تنظيم الممارسات والاتفاقات فى نقل التكنولوجيا، التى تتضمن استبعاد التمييز السياسى والممارسات التجارية المقيدة⁽¹⁾. وهذا الفصل يستهدف حماية الدول النامية، وذلك عن طريق تمكينها من الحصول على تكنولوجيا محددة المعالم من غير قيود مجحفة وبمقابل قاطع، وفى هذا الصدد، نشير مقدماً أن كل مجموعة من مجموعات الدول الثلاث، كانت لها وجهة نظر فى هذه القيود التى ضمنتها مشروعاً خاصاً بها، لا حول مضمون الشروط فحسب إنما حول صياغتها أيضاً. لهذا كثرت فى الباب الرابع من التقنين، الذى خصص

(1) د. محسن شفيق - المصدر السابق، ص10.

للشروط المقيدة، على الألفاظ والعبارات الموضوعية بين الأقواس، مشيرة إلى وجود خلافات في شأنها، والتي تمتد إلى الخلاف الجوهرية حول القوة الملزمة للتقنين.

ويشمل الباب الرابع في صورته التي أرسل بها إلى الجمعية العامة في شهر أبريل عام 1981 على ثلاث فصول، الأول عبارة عن تقديم للباب Chapeau والثاني، بيان للشروط المقيدة المحظورة، والثالث في الاستثناءات، وكان عدد الشروط التي رأت حظر استعمالها في مشروع الدول النامية كبيراً جاوز الأربعين شرطاً، بينما العدد محدوداً في مشروع الدول المتقدمة لا يجاوز تسعة عشر شرطاً. وبعد مناقشات ومحاولات استغرقت سنوات استقر الوضع على عشرين شرطاً مع بقاء الخلاف حول صياغتها، إذ أصرت الدول الغربية على قصر فاعلية الحظر على الحالات التي يكون الشرط (تعسفياً). وعبرت عن ذلك بعبارات مختلفة، كتفديد الحظر بأن يكون الشرط (غير معقول unreasonable أو غير مبرر unjustifiable أو بدون وجه حق unduly) بينما أرادت الدول النامية أن يكون الحظر مطلقاً خالصاً من هذه العبارات التي تميعه وتعرض فاعليته للجدل⁽¹⁾. ورغم الجهود التي بذلت من أجل الوصول إلى عمل توفيقية في هذا الشأن ظل مشروع التقنين يكتفه كثير من الخلافات في جوانبه المختلفة، وهذه مجمل الشروط المحظورة.

- المحظور الأول: الشرط على التزام المستود بأن ينقل إلى المورد على

(1) د. محسن شفيق - المصدر السابق، ص 27.

سبيل القصر وبغير مقابل، التحسينات التي يكشف عنها تطبيق التكنولوجيا.

- المحظور الثاني: الشرط على حرمان المستورد من شراء المنازعة في صحة براءات الاختراع التي قد يشملها اتفاق نقل التكنولوجيا. كذلك الامتناع عن المنازعة في صحة التصرفات التي حصل المستورد بموجبها على هذه البراءات.

- المحظور الثالث: الشرط على حرمان المستورد من شراء التكنولوجيا أخرى مماثلة *similar* أو منافسة *competing* للتكنولوجيا محل الاتفاق.

- المحظور الرابع: الشرط على حرمان المستورد من إجراء بحوث تطوير التكنولوجيا محل الاتفاق حتى تلائم ظروفه المحلية. كذلك الشرط على حرمانه من إجراء بحوث أو إعداد برامج لإحداث إنتاج جديد أو لأبتكار طريقة جديدة في الإنتاج.

- المحظور الخامس: الشرط على التزام المستورد باستخدام العاملين الذين يختارهم المورد.

- المحظور السادس: الشرط الذي يفرض على المستورد ثمناً معيناً عند بيع السلعة التي استعملت التكنولوجيا في إنتاجها في السوق المحلية.

- المحظور السابع: الشرط الذي يحرم على المستورد إدخال تجديدات *innovations* في التكنولوجيا أو إجراء تعديلات عليها لتلائم ظروفه المحلية.

- المحظور الثامن: الشرط على إلزام المستورد بمنح المورد أو

الأشخاص الذين يعينهم حق القصر في بيع السلع التي استعملت التكنولوجيا بإنتاجها أو الوكالة في بيعها.

- المحظور التاسع: الشرط الذي يلزم المستورد بقبول ما قد يضاف إلى التكنولوجيا في المستقبل من زيادات أو مخترعات أو تحسينات لا يريد الحصول عليها. كذلك الشرط الذي يعلق حصوله على التكنولوجيا على شرط شراء المواد والسلع أو الخدمات اللازمة للإنتاج من مصادر معينة.

- المحظور العاشر: الشرط على حرمان المستورد من تصدير السلع الذي استعملت التكنولوجيا في إنتاجها. كذلك كل شرط ينشأ عنه إعاقة التصدير بتحديد مناطق معينة له، أو تحديد كميته أو اشتراط الحصول على موافقة مسبقة من المورد أو تحديد ثمن السلع المصدرة أو زيادة ثمن نقل التكنولوجيا مقابل الترخيص بالتصدير.

- المحظور الحادي عشر: الاتفاقيات الجماعية التي يبرمها مالكو التكنولوجيا فيما بينهم لفرض قيود تتعلق بمناطق تصريف السلع أو كمياتها أو أثمانها أو نوعية عملائها أو أسواقها، إذا كان من شأن هذه القيود إعاقة تدفق التكنولوجيا بين الدول دون مبرر مقبول، أو السيطرة على صناعة معينة أو سوق معينة بصورة تعسفية.

- المحظور الثاني عشر: الشرط المقيد لحرية المستورد في الإعلان Advertising عن السلعة التي استعملت التكنولوجيا في إنتاجها أو الدعاية لها publicity.

- المحظور الثالث عشر: الشرط على التزام المستورد بدفع مبالغ أو أداء التزامات أخرى مقابل الاستمرار في استعمال حقوق الملكية التي تشملها

التكنولوجيا التي حصل عليها بعد انقضاء هذه الحقوق أو ثبوت بطلانها.
- المحظور الرابع عشر: الشرط المقيّد لحرية المستورد في استعمال
التكنولوجيا بعد انتهاء مدة الاتفاق أو الحكم بفسخه أو إبطاله لسبب لا
يرجع إلى فعل المستورد.

إلى هنا تنتهي المحظورات التي تم الاتفاق بين الكتل الثلاث سألقة
الذكر على موضوعها وإن ظلت الخلافات قائمة حول بعض تفصيلاتها.
وتأتي بعد ذلك المحظورات من الخامس عشر إلى العشرين التي اقترحتها
الدول النامية والاشتراكية، ولم توافق عليها الدول المتقدمة فأحيطت
بالأقواس ومجملها ما يأتي.

- المحظور الخامس عشر: الشرط الذي يقيد حرية المستورد في تعيين
حجم الانتاج volume أو طاقة تشغيل الآلات capacity.

- المحظور السادس عشر: الشرط الذي يحتفظ به المورد بحق
الإشراف على صنف السلعة أو مستوى جودتها، إذا كان المستورد غير
راغب في هذا الإشراف أو غير لازم له.

- المحظور السابع عشر: الشرط على التزام المستورد باستعمال
علامات أو تسميات تجارية معينة لتمييز السلع التي استعملت
التكنولوجيا في إنتاجها.

- المحظور الثامن عشر: الشرط الذي يعلق نقل التكنولوجيا على
قبول المستورد اشراك المورد في إدارة منشأته.

- المحظور التاسع عشر: إبرام عقد التكنولوجيا لمدة غير محدودة أو
مدة مسرّفة للطول دون مبرر مشروع.

– المحظور العشرون: الشرط على حرمان المستورد من استعمال التكنولوجيا لمدة أطول من المدة المعينة في الاتفاق.
الاستثناءات:-

وهي موضوع الفصل الثالث من الباب الرابع، الذي نحن بصدده وفيه أجاز التقنين لكل دولة مستوردة للتكنولوجيا أن تقرر صحة أي شرط محظور، أن قدرت أن مصلحتها العامة *public interet* تقتضي عمل هذا الاستثناء⁽¹⁾.

بعد أن بينا الموقف الدولي من الشروط المقيدة. كان لا بد من التعرض لهذه الشروط وفق تشريعات الدول النامية، باعتبارها دول متلقية التكنولوجيا، وهذا ما سنراه في الفقرة التالية:

الفرع الثاني: نماذج من تشريعات الدول النامية

تحاول الدول النامية مواجهة الممارسات التعسفية حماية لمصالحها الحيوية سواء على المستوى الوطني أو على مستوى التجمعات الإقليمية، فقد لعبت دول أمريكا اللاتينية دوراً طليعاً في هذا المجال، ففي عام 1971 صدر التقنين البرازيلي للملكية الصناعية بمقتضى القانون رقم 5772 الصادر في 31 ديسمبر 1971، والذي نص صراحة في المادة 29 على أنه لا يجوز أن تتضمن عقود الترخيص في استغلال براءات الاختراع أي قيود على تسويق أو تصدير المنتجات التي تشملها هذه البراءات. كذلك فقد تضمنت المادة 90 من نفس القانون، نصاً مماثلاً بالنسبة

(1) نقلاً عن د. محسن شفيق – المصدر السابق، ص34.

لعقود الترخيص في استخدام العلامة التجارية.

كما تضمن القانون رقم 15 لسنة 1975 الخاص بتنظيم تسجيل عقود نقل التكنولوجيا نصوص مماثلة تحرم إدراج الشروط المقيدة للتصدير في عقود الترخيص في استخدام العلامة التجارية المادة (2/5/3) أو في عقود توريد التكنولوجيا الصناعية المادة (4) أو في عقود التعاون التقني الصناعي المادة (5). وتبع صدور التقنين البرازيلي للملكية الصناعية، صدور القانون المكسيكي بتنظيم نقل التكنولوجيا في 28 ديسمبر 1972، والذي نص في مادته السابعة على أنه لا يجوز تسجيل عقد نقل التكنولوجيا بما يترتب على ذلك من بطلان العقد، إذا تضمن أي قيد على حرية المتلقي في تصدّر منتجاته بشكل يتعارض مع مصالح الدولة. ووفقاً للقواعد التفصيلية التي وضعتها الهيئة المشرفة على سجل نقل التكنولوجيا تطبيقاً لقانون سنة 1972، يتمتع تسجيل العقد في الحالات الآتية:-

أولاً: إذا تضمن العقد شرط المنع من التصدير.

ثانياً: إذا كان العقد يمنح الطرف المتلقي من التصدير إلى مناطق جغرافية محددة لم يسبق للطرف المرخص منح الغير أي حقوق استثنائية فيها.

ثالثاً: إذا تضمن العقد وضع حد أقصى لحجم الصادرات.

رابعاً: إذا كان العقد يفرض على الطرف المتلقي التصدير من خلال الطرف المرخص بشروط مجحفة.

خامساً: إذا كان العقد يفرض على الطرف المتلقي ضرورة الحصول

(1)

على إذن الطرف المرخص قبل التصدير .

وأخيراً تجدر الإشارة هنا إلى أن القانون المكسيكي لنقل التكنولوجيا الصادر في 16 ديسمبر 1981 ، قد تضمن في المادة 15

(2)

نصاً مماثلاً لنص المادة السابعة من القانون القديم .

كما تضمن القانون الجديد في نص المادة المذكورة بخصوص رفض تسجيل العقود بأنه «يجب على وزارة التنمية الصناعية أن ترفض تسجيل العقود والاتفاقات المشار إليها في المادة الثانية من الحالات الآتية: إذا كان العقد يقضي على المتلقي الالتزام بالحفاظ على سرية المعلومات التقنية من المورد بعد انتهاء مدة العقد أو الاتفاق أو بعد انتهاء الفترة المقررة وفقاً للقوانين السارية».

وبديهي أنه إذا كان من حق المتلقي، وفقاً لهذا النص أن ينقل التكنولوجيا للغير بعد انتهاء مدة العقد فإنه يستطيع من باب أولى الاستمرار في استغلالها وهو ما يعني بطلان الشروط المقيدة لحقه في استعمال التكنولوجيا بعد انتهاء مدة العقد أو بعد انتهاء مدة الاحتكار القانوني لبراءة الاختراع.

كذلك تناول القانون الأرجنتيني رقم 21617 لسنة 1977 تنظيم استيراد التكنولوجيا ولذلك فإن أحكامه تطبق وفقاً لصريح المادة الأولى

(1) راجع في ذلك القانون المكسيكي لسنة 1972.

- Mandissi bell (E): la nouvelle legislation mexicaine: op. cit, p61 ets.

(2) أنظر د. حسام محمد عيسى - نقل التكنولوجيا، المصدر السابق، ص 361.

منه على عقود التنازل وعقود الترخيص باستغلال البراءات أو عقود التنازل أو الترخيص باستعمال علامات تجارية بين أشخاص طبيعيين أو معنويين أجنب ووطنيين، وبشرط أن يتم الاستغلال في الأرجنتين وبشرط أن يكون موضوعها الرئيسي نقل التكنولوجيا جديدة للبلاد.

وقد عدت المادة 10 من القانون بعضاً من الشروط المقيدة لحرية أحد طرفي العقد، كشرط المنع من التصدير إلى بلاد معينة المادة (10/ج)، والشروط التي تفرض قيود على بحث أو تطوير فني يقوم به مكتسب التكنولوجيا المادة (10/أ). كذلك منع الشرط الذي يحظر بمقتضاه مورد التكنولوجيا على المكتسب استخدام الفنون المكتملة (م10/ج). كذلك تحظر الشروط التي تلزم المكتسب بشراء المواد الأولية أو المنتج الوسيط أو المعدات من مورد معين المادة (10/ن). كذلك الشروط التي تسمح للمورد بالتدخل في إدارة مشروع مكتسب التكنولوجيا المادة (10/هـ) وغيرها من الشروط التي تنص عليها عادة جميع قوانين عقود التكنولوجيا الحديثة⁽¹⁾. وهي ممنوعة بنص القانون وعلى السلطة المختصة استبعادها من التصرف القانوني حال وجودها.

(1) نجد نصوص مماثلة في تشريعات كل من كولومبيا، م2 من المرسوم رقم = 1234 الصادر عام 1972 والخاص بتحديد معايير تقييم عقود نقل التكنولوجيا. كذلك بيرو م19/أ من القواعد المنظمة لحقوق المرخص والمرخص له في عقود نقل التكنولوجيا الصادر عام 1981. كذلك نيجيريا م2/6 من المرسوم رقم 70 الصادر في 1979. كذلك التشريع الكوري في القرار رقم 50 الصادر عام 1986 والخاص بتحديد مفهوم الممارسات التجارية الجائرة المحرمة وفقا لنص المادة 23 من القانون رقم 3320 الصادر سنة 1980 بشأن تنظيم حرية التجارة.

أما على المستوى الإقليمي، فقد تضمن القرار الشهير رقم 24 لسنة 1974 الصادر من مجموعة دول الأندين⁽¹⁾. في المادة 20 نصاً صريحاً بمقتضاه يمتنع على الدول الأعضاء في المجموعة الموافقة على أي عقد من عقود نقل التكنولوجيا، إذا تضمن شروطاً مقيدة، وذلك في غير الحالات الاستثنائية التي تحددها الهيئات المختصة في كل دولة. وفي كل الأحوال لا يجوز قبول مثل هذه الشروط إذا تعلقت بالتجارة فيما بين دول المجموعة.

وحسب تقديرنا للتشريعات السابقة، نقول إنما اتفقا أندين pacteandin والقانون المكسيكي والقانون الأرجنتيني والقانون البرازيلي، تتفق في وحدة الهدف فهي تتناول جميعها تنظيم عقود نقل التكنولوجيا. تحقيقاً لحماية اقتصاديات تلك الدول، خاصة من الشروط المقيدة لحرية المرخص له والتي ترد دائماً في تلك العقود، ومبالغ الأتاوة الباهضة التي تدفع كمقابل لاستيراد التكنولوجيا والتي لا يتحملها ميزان المدفوعات⁽²⁾.

ويعد اتفاق pacteandin هو أساس هذه التنظيمات، حيث أستقت منه التشريعات التالية لدول أمريكا اللاتينية أحكامها. فأهم ما تتميز

(1) مجموع الأندين هي عبارة عن ست دول في أمريكا اللاتينية هي (بوليفيا، تشيلي، كولومبيا، الاكوادور، فنزويلا، البيرو) أصبح هذا الميثاق وثيقة لا أثر لها فيما بعد وخاصة بعد أن خرجت أغلب هذه الدول وأخرها فنزويلا، عندما سنت التشريع الصادر رقم 556 بتاريخ 1986/6/20 وسبقت فنزويلا، كولومبيا والبيرو.

(2) د. جلال أحمد خليل - المصدر السابق، ص 538.

به أحكامه هي التركيز على ضرورة تشجيع التكنولوجيا المحلية واختبار التكنولوجيا المستوردة الملائمة واحتياجات الإقليم مع إقامة نوع من التنسيق في خطط التطور لدى المجموعة، بما يضمن تحقيق الأهداف، فضلاً عن أن هذا الاتفاق جاءت أحكامه واضحة في تحديد الشروط الممنوعة في عقود الترخيص.

أما القانون المكسيكي فإنه تميز بإنشائه إدارة مستقلة تختص بتسجيل عقود نقل التكنولوجيا ولذلك وضعت أحكامه قواعد واجراءات التسجيل مع رقابة هذه الجهة على حسن هذا التطبيق إلا أن أحكامه جاءت قاصرة على تحديد الشروط الممنوعة في عقود الترخيص بالوضوح ذاته والتحديد الوارد في اتفاق أندين pacteandin. وهذا التنظيم يترأى لنا مرضياً من الناحية الفنية لأنه أتم بطريقة فعالة التعسف الذي نتج عن عقود نقل التكنولوجيا (1).

كما يذهب إلى مدى أبعد من تشريعات الدول المتقدمة التي تضع هي الأخرى جزاء التعسف الناتج عن عقود نقل التكنولوجيا، ولكن بطريقة غير مباشرة، فالتشريعات ضد التجمع الاحتكاري في الولايات المتحدة والمواد 85 و86 في الاتحاد الاقتصادي الأوربي، تقع في ضوء منظور حر ولا تهدف إلى ما لا يمس حرية المنافسة.

(1) خطاب ألقاه السيد Soberains أمام إدارة الجمعية الأمريكية عام 1979 والذي أظهر مدى الفائدة التي تعود على المكسيك من جراء تطبيقها للقانون الجديد الذي يسمح =
= لها باقتصاد وتوفير مبلغ يوازي 350 مليون دولار أمريكي.

- نقلاً عن د. نصيرة بوجمعة سعدي - عقود نقل التكنولوجيا، المصدر السابق، ص339.

أما القانون البرازيلي رقم 15 لسنة 1975 بشأن تنظيم عمليات نقل التكنولوجيا، فقد أدخل هذا التشريع تبويماً مبتكراً لعقود نقل التكنولوجيا بحسب الغرض منها، أي بحسب وظيفتها وذلك في معرض تنظيمه لعملية تسجيل العقود نقول التكنولوجيا⁽¹⁾. وواضح من هذا التقسيم أن الخطوة الأولى في التنظيم البرازيلي هو الفصل بين العقود التي تنظم الحقوق المتفرعة عن ملكية التكنولوجيا وهي (عقود الترخيص) وبين عقود نقل واكتساب التكنولوجيا بالمعنى الحقيقي للكلمة، بما يقتضيه ذلك من ضرورة تسجيل هذه العقود بشكل مستقل تماماً. وهذا هو ما نصت عليه المادة الأولى (الفقرة 1) من القانون.

أما القانون الأرجنتيني، فيعد نموذجاً بحق لكل هذه التشريعات فهو ثمرة تجارية سابقة للمشرع الأرجنتيني في هذا المجال، وحصيلة ما كشفت عنه التطبيقات العملية للتشريعات السابقة من أوجه نقص

(1) تنص المادة الأولى من القانون البرازيلي رقم 15 لسنة 1975 على أن عقود نقل التكنولوجيا تنقسم بحسب غرضها إلى:

أ - عقود الترخيص في استغلال براءات الاختراع.

ب - عقود الترخيص في استخدام العلامات التجارية.

ج - عقود توريد التكنولوجيا الصناعية supply of industrial technology

د - عقود التعاون التقني الصناعي technical & industrial cooperation

هـ - عقود الخدمات التقنية المتخصصة specialized technical services

- UNCTAD: Compilation of ... Brazil, normative Act n .015 establishing basic principles & norms for the registration of contracts involving the transfer of technology.

وقصور، لذلك جاءت أحكامه متكاملة وواضحة تغطي جميع صور نقل التكنولوجيا سواء تلك المشمولة بحماية في نطاق قوانين الملكية الصناعية أو الخارجة عن هذا النطاق. ليس هذا فقط بل أقامت أحكامه نظاماً متكاملًا لفحص عقود نقل التكنولوجيا بواسطة إدارة السجل الوطني لعقود الترخيص ونقل التكنولوجيا حسب المادة 14 من القانون الصادر عام 1977، سواء قبل إبرام العقد أو بعد انتهاء مدته أو تعديل شروطه أو مراجعة قواعده فضلاً عن ضرورة مطابقة العقد في شكله وفي أحكامه الموضوعية للقواعد التي نص عليها القانون، وهو ما تفتقر إليه التشريعات المنظمة لنقل التكنولوجيا الأخرى.

ومن مزايا القانون الأرجنتيني كذلك، أن أحكامه مل تلقي التزاماً وقيوداً فقط على عاتق مورد التكنولوجيا مثل التشريعات الأخرى، بل ألفت بالمقابل الالتزامات ذاتها على المشروع مستقبل التكنولوجيا خاصة في محافظته على سر التكنولوجيا وضمانه لحقوق الطرف الآخر، وذلك ضماناً للتوازن الاقتصادي للعقد وتشجيعاً لأطرافه، حسب المادة 8 من القانون الصادر عام 1977. كذلك عالجت أحكام هذا القانون، تكتل المشروعات في منحها تراخيص تبادلية فيما بينها، وذلك بالمنع حتى لا تحتكر كل مجموعة نشاطاً اقتصادياً بعينه حسب المادة 9 من نفس القانون المذكور. وقد وكلّ المشرع للسلطة القائمة بفحص هذه القيود للتحقق من قيام هذه الرابطة أو التكتل على ضوء شروط كل عقد وظروفه. ولم يترك المشرع الأرجنتيني الأجل مفتوحاً لتنفيذ العقود المسجلة، بل ألزمت المادة 26 منه، ضرورة تنفيذها في خلال الأجل الذي

تحده إدارة السجل الوطني في كل حالة شرطاً ألا يتجاوز سنتين من تاريخ التسجيل، ويترتب على مخالفة هذا الحكم سقوط التسجيل بقوة القانون، ضماناً لإفادة البلاد خلال أجل قصير وعدم الإضرار بخطط التطور الموضوعة في هذا الشأن⁽¹⁾.

لذلك نرى أن القانون الأرجنتيني يعد مثلاً يحتذى به في هذا الشأن لبقية الدول النامية الأخرى لوضوح أحكامه ودقتها، فضلاً عن تحقيقه لنوع من التوازن بين حقوق أصحاب الشأن.

المطلب الثاني

موقف التشريعات العربية من الشروط المقيدة

قام مركز التنمية الصناعية بجامعة الدول العربية، بنشر قانون نموذجي للاختراعات، لكي تهتدى به الدول العربية في وضع تشريعات لحماية الاختراعات لديها أو تعديل تشريعاتها القائمة والواقع أن ما أتى به هذا القانون من أحكام، هي ذاتها الواردة في القانون النموذجي لاتحاد المكاتب الدولية لحماية حقوق الملكية الصناعية B.I.R.P.I سنة 1965، وهي لا تتفق وأوضاع الدول العربية كدول نامية لأنها القواعد ذاتها الواردة في تشريعات الدول الصناعية المتقدمة⁽²⁾. وإن كان من

(1) تتناول المادة 127 من قانون البراءات المكسيكي هذا الحكم، كذلك القانون الفنزويلي الصادر 12 فبراير 1975 في المادة 2/1.

د. جلال أحمد خليل - المصدر السابق، ص 435.

(2) القانون النموذجي الذي وضع عام 1965، هو محل لتعديل شامل من قبل المنظمة العالمية للملكية الفكرية =

حسنت هذا المشروع، هو سلامة أحكامه الخاصة في تنظيم عقد الترخيص في مجملها، ومع ذلك هناك بعض الملاحظات سنوردها من خلال التطرق لأحكام المشروع.

تناول المشروع تنظيم عقود الترخيص في الفصل السابع منه، في المواد 28 إلى 44. حيث تناول التراخيص الاتفاقية في المادة 28 على أنه «1- يجوز لطالب البراءة أو مالكها أن يمنح بمقتضى عقد ترخيصاً باستغلال اختراعه لشخص آخر أو منشأة. 2- يجب أن يكون عقد الترخيص مكتوباً وموقعاً عليه من الأطراف المتعاقدة. 3- يجب تسجيل عقد الترخيص في مكتب البراءات مقابل رسم تحدده اللائحة التنفيذية ولا يكون للترخيص أثر في مواجهة الغير حتى يتم التسجيل». يضع النص السابق المبدأ العام للترخيص الاختياري باعتباره أنه حق لصاحب البراءة أو من آلت إليه حقوقه وليس لطالب البراءة كما عبر النص باعتبار أن الحق في النزول عن حق احتكار الاستغلال لا ينشأ إلا بصدور البراءة صحيحة مستوفية لشروطها الشكلية والموضوعية، أما طالب البراءة فهو ليس بمالك البراءة وإن كان مالكاً لاختراع حتى يصدر له السند الذي يرتب له هذا الحق من ناحية أخرى، فقد أورد النص ضرورة أن يكون عقد الترخيص كتابياً وموقعاً من الطرفين ولا يعد هذا خروجاً على الأصل العام وهو الرضائية في العقود، إذ نظراً لأهمية هذا العقد فقد رأى واضعوا المشروع أن يكون كتابياً ليتمكن الاحتجاج به قبل الطرفين.

- = أنظر د. جلال أحمد خليل - المصدر السابق، ص 443.

أما بالنسبة للغير فلا يحتج به عليه، إلا بتسجيله لدى مكتب البراءات فضلاً عما يعنيه ضرورة هذا التسجيل من السلطة المختصة بهذا التسجيل (إدارة البراءات) لكل عقد وقيمتة الاقتصادية، وما إذا كان المقابل يتفق والقيمة الفنية للبراءة والعائد المنتظر من هذا الاستغلال، مع فحص شروط العقد وضوابطه.

أما المادة 29، فتتضمن حق المرخص في منح تراخيص أخرى ما لم ينص العقد على غير ذلك، أي ينص العقد على غير ذلك في حالة الترخيص الاستثنائي.

أما المادة 30، فقد تناولت بالتنظيم حق المرخص له في استغلال الاختراع في جميع أنحاء الدولة دون تحديد مدة البراءة محل العقد، ما لم ينص على غير ذلك بتقييد هذا الحق، سواء من حيث المكان أو من حيث وسيلة هذا الاستعمال، إذ ينص على الحق في الاستغلال لتصنيع الناتج وعرضه للبيع أو استعماله الطريقة موضوع البراءة فقط دون البيع أو العرض للبيع الذي يحتفظ به لنفسه.

أما المادة 31، فتناولت بالتنظيم منع المرخص له من النزول عن الترخيص للغير أو منح تراخيص من الباطن إلا إذا كان النزول مع المنشأة التي تستغل الاختراع أو جزء منها فقط. وهذا الحكم هو الآخر تطبيق سليم للقواعد العامة لعقود الترخيص باعتبار أنه عقد من عقود الاعتبار الشخصي.

أما المادة 32 من المشروع، فقد تناولت بالتنظيم حكماً جديداً، وهو الرقابة الحكومية على عقود الترخيص بالنص على أن «1- تخضع عقود

الترخيص باستغلال الاختراعات المملوكة لأجانب وتلك التي تطلب مدفوعات في الخارج وكذلك التعديلات والتجديدات الخاصة بها لموافقة جهاز حكومي متخصص وإلا كانت باطلة 2 يكون للجهاز الحكومي المتخصص حق تعليق موافقته على إدراج ما يراه من ضوابط وشروط في العقود المشار إليها في الفقرة 1 بهدف الحفاظ على التوازن الاقتصادي لها ومنع ما قد يورده المرخصون من شروط تعسفية مع الأخذ في الاعتبار احتياجات الدولة وتقدمها الاقتصادي والتكنولوجي في الاعتبار».

ثم أردفت المادة 1/33 مبدأ بطلان الشروط المقيدة في عقود الترخيص، بالنص على أن «تكون باطلة الشروط الواردة في عقود الترخيص أو المتعلقة بها إذا كانت تفرض على المرخص له في المجال الصناعي أو التجاري قيوداً غير مستمدة من الحقوق التي تخولها البراءة» ثم صدرت المادة 2/33 طائفة من هذه الشروط.

وما يلاحظ على المادتين السابقتين، أنه ولئن كانت المادة 32 قد أناطت بجهاز حكومي متخصص الرقابة على عقود الترخيص خصوصاً تلك التي تتطلب دفع مبلغ الأتاوة في الخارج وهي رقابة لا بد منها، إلا أنها لم توضح ما إذا كان هذا الجهاز المقترح هو إدارة البراءات أو جهازاً حكومياً منفصلاً عنها، لأن إدارة البراءات يمكن أن تعد جهازاً حكومياً متخصصاً في هذا الشأن ويبدو أن واضعو المشروع قد رأوا ترك ذلك للاختيار لمحض إرادة كل دولة.

من ناحية أخرى فقد تناولت المادة 1/33 المبدأ العام في تقرير بطلان الشروط المقيدة، ثم تناولت الفقرة 2 تعداد هذه الشروط. والواقع أن ذلك

يعد من أهم مميزات المشروع. وفي هذا يتفق مع اتفاق أندين pacteandin السابق الإشارة إليه. إلا أنه كان يجب النص كذلك على بطلان الشروط التي تمنع استخدام تكنولوجيا منافسة حفاظاً على حرية الدول في الحصول على التكنولوجيا من أي مصدر.

من ناحية أخرى، فقد نصت الفقرة 6 من المادة 33 على بطلان الشروط التي تلزم المرخص له وحده بأن ينقل ما يدخله من تحسينات على الاختراع إلى المرخص دون مقابل، ونظراً إلى أهمية تلك التحسينات التي يدخلها المرخص على الاختراع موضوع العقد خلال مدة سريانه، لأن تلك التحسينات هي أثر من آثار عقد الترخيص، وتبررها المصلحة الاقتصادية للدول النامية بصفة عامة، ذلك لأنها تمثل الطرف الأول بالرعاية، حيث لا تتوفر لديه إمكانيات البحث والتجربة التي يستطيع بها إدخال تحسينات على الاختراع موضوع عقد الترخيص.

كذلك مما يعيب أحكام هذا المشروع أنها أغفلت النص على بطلان الشروط التي تقرر دفع أتاوات عن براءات انقضت عنها مدة الحماية، وذلك لأن الغالب عملاً بالنص على تجديد العقد تلقائياً ولو أنقضت مدة البراءة، وهو شرط صحيح أعمالاً لمبدأ حرية التعاقد⁽¹⁾. لأنه بانقضاء مدة الحماية تصبح البراءة غالبية التشريعات العربية لم تتناول عقود الترخيص بالتنظيم، على الرغم من أهمية هذه العقود باعتبارها المصدر الأساسي لتبادل أسرار التكنولوجيا، وعلى الرغم من أن تنظيم مثل هذه العقود

(1) د. محمد حسني عباس - المصدر السابق، ص 33.

أصبح من المسلمات على المستوى الدولي.

لذا نرى أن المشرع المصري، قد وضع مشروع قانون لتنظيم عملية نقل التكنولوجيا، وإن لم يرى النور لحد الآن، إلا أنه جدير بأن نسلط عليه الضوء قدر تعلق الأمر بموضوعنا. كما نرى موقف المشرع الجزائري من عمليات نقل التكنولوجيا وما يتخللها من شروط تقييدية، وذلك في فقرتين الأولى نرى فيها موقف المشرع الجزائري، وفي الفقرة الثانية، نخصصها للمشرع المصري لنقل التكنولوجيا.

الفرع الأول

موقف القانون الجزائري

بعد حصول الجزائر على استقلالها سنة 1962 وتخلصها من السيطرة الاستعمارية واجهت تحدٍ جديد وهو تحد التنمية الاقتصادية. ولا يمكن أن تكون هناك تنمية اقتصادية دون أن تكون هناك أدوات قانونية توفر الإطار القانوني المنظم والملائم والمشجع لهذه التنمية.

ويعتبر قانون حماية الاختراعات من بين أهم الأدوات القانونية التي تشجع على الإبداع والاختراع وكذلك على الاستثمار والتعاون الدولي وبالتالي قيام تنمية في البلاد. وعقود الترخيص بالاستغلال باعتبارها ترد غالباً على براءات الاختراع⁽¹⁾، فإنها تنظم في إطار قانون حماية الاختراع.

(1) كذلك ترد عقود الترخيص على العلاقة التجارية أو الصناعية والتي نظمها المشرع الجزائري في الأمر رقم 66-57 المؤرخ في 19/3/1966 المتضمن علامات المصنع والعلامات التجارية والمعدل بالأمر رقم 67-223 المؤرخ في 19/10/1967 ويشمل هذا القانون علامات المصنع والعلامات التجارية وعلامات الخدمة.

ولقد نظم المشرع الجزائري عقود الترخيص، وبهذا المرسوم التشريعي 93- 17 المؤرخ في 7 ديسمبر 1993 المتعلق بحماية الاختراعات، وبهذا المرسوم ألغى الأمر رقم 66- 54 المؤرخ في 3 مارس 1966 المتعلق بشهادات المخترع وبراءة الاختراع. الذي بموجبه نظم المشرع الجزائري في المواد 41- 43 عقود الترخيص الاتفاقية. أما الترخيص الاجباري لعدم الاستغلال، فقد نظمها المشرع في المواد 44- 52 على النحو الوارد بمعاهدة باريس، وكذلك نظم المشرع الجزائري نوع آخر من التراخيص، وهو الترخيص بحكم القانون.

ولقد استوحى المشرع الجزائري، أحكام تشريعه من القانون النموذجي للاختراعات الذي وضعه اتحاد المكاتب الدولية للملكية الفكرية B.I.R.P.I لسنة 1965، وكذلك من اتفاقية باريس المؤرخة في 20 مارس 1883 وتعديلاتها اللاحقة وآخرها في جنيف عام 1978 والتي أنظمت إليها الجزائر، بمقتضى الأمر 48 المؤرخ في 25 فيفري 1966.

والحقيقة إن أمر 93- 17 قد أتى بأحكام جديدة وهامة، لها آثار إيجابية على الاقتصاد الوطني، وهذا مقارنة مع القانون السابق والملغى لسنة 1966 لا سيما إن الجزائر تعرف حالياً تحولاً اقتصادياً هاماً وانفتاحاً على السوق العالمية، وتخطو خطوات لا رجعة فيها نحو اقتصاد السوق القائم على المنافسة وتحرير المبادرات الفردية. هذه الأحكام الجديدة تتعلق خاصة ببطلان الشروط المقيدة، التي ترد في عقود الترخيص، كذلك جزاء السقوط بالنسبة للتراخيص الاجبارية، كما إن

التشريع الجديد يعرف نظامين من الرخص فقط وهما الرخص التعاقدية ،
التي نظمها المشرع في المادة 24 من القسم الأول من الأمر 93 - 17
المعنون (الرخصة التعاقدية). كذلك الرخص الاجبارية المنظمة في المادتين
25 و26 في القسم الثاني من الأمر المذكور المعنون (الرخصة الاجبارية).
ويتضح من المادتين المذكورتين ، إن المشرع قد نظم نوعين من
الرخص الاجبارية ، الأولى الرخصة الاجبارية لعدم الاستغلال أو النقص في
الاستغلال. والثانية الرخصة الاجبارية التلقائية لمقتضيات المصلحة العامة.
كما قدر المشرع جزاء السقوط في حالة ما إذا لم يتدارك العيب أو
النقص في الاستغلال بمرور سنتان على منح الرخصة الاجبارية.
بينما كان القانون القديم يتضمن بالإضافة إلى النوعين السابقين
نوعاً آخر من الرخص وهي الرخصة الممنوحة بحكم القانون ، وهذا النوع
ألغي بموجب القانون الجديد.

وما يتعلق بالأحكام المتعلقة بالكتابة والتسجيل ، فلم ينص عليها
أمر 93 - 17 ، باعتبارها من القواعد العامة المسلم بها ، ولم يرى المشرع
ضرورة للنص عليها ، وكان ينبغي الاحتفاظ بالنص السابق في المادة
2/41 ، حيث تقول «ويجب أن يثبت عقد الترخيص كتابياً وأن يكون
موقعاً من قبل الطرفين المتعاقدين». حتى ينتج العقد أثره بالنسبة
للمتعاقدين ، ويستطيع كل منهما إثبات حقه. هذا من جهة ومن جهة
أخرى ، كان لا بد من اشتراط التسجيل ، حتى يكون العقد حجة على
الغير ينفي جهلهم به من يوم إتمام تسجيل عقد الترخيص ، حيث نصت
المادة 3/41 من القانون السابق «وجب أن يكون كل عقد ترخيص

مسجلاً لدى المصالح المختصة مقابل دفع رسم ولا يكون للرخصة أثر بالنسبة للغير إلا بعد إتمام هذا التسجيل» فضلاً عما يعنيه ضرورة هذا التسجيل من علم السلطة المختصة بكل عقد وقيمتة الاقتصادية والعائد المنتظر من هذا الاستغلال مع فحص شروط العقد وبنوده.

وعموماً إن الحكمة من اشتراط الكتابة هنا هي لإمكان الاحتجاج به بين طرفيه ومع ذلك، فإن اشتراط الكتابة لا تجعل منه عقداً شكلياً، فهو عقد رضائي يتم بمجرد توافق الإرادتين دون حاجة إلى اجراء شكلي أو رسمي لانعقاده.

أما ما يتعلق بالشروط المقيدة فقد نص المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 24 من أمر 93- 17 على بطلان الشروط المقيدة *Clauses Restrictive* والتي ترد في عقود الترخيص، حيث جاء فيها «لا يعتد بالبنود الواردة في العقود المتصلة بالرخصة إذا فرضت على مشتري الرخصة في المجال الصناعي، التجاري حدوداً ناجمة عن الحقوق التي تخولها براءة الاختراع أو التي لا تكون ضرورية لحماية هذه الحقوق». يمكن القول أن هذا الحكم يعتبر من أهم التعديلات التي جاء بها القانون لحماية الاختراعات لسنة 1993 وتعتبر من الإيجابيات التي تتماشى مع التشريعات الحديثة للدول النامية في هذا المجال، لا سيما دول أمريكا اللاتينية. وإن كان يعاب على المشرع الجزائري، عدم إيراد قائمة من الشروط المقيدة، على سبيل المثال لا الحصر، أو الاتجاه إلى تحديد ماهية الشروط التي تعتبر شروطاً مقيدة. وبالتالي يحضر إيرادها في مثل هذه العقود. وربما ترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضي أو الجهات

المختصة، فكان ينبغي إيراد قائمة من الشروط، تكون باطلة في حالة ورودها في عقود الترخيص، وهذا حماية للمصلحة الوطنية.

علماً إن المشرع الجزائري ذكر بمناسبة تنظيم المنافسة بالأمر رقم 95-06 المؤرخ في 25 يناير 1995، الذي منع بعض الممارسات التعسفية التي من شأنها أن تحد من المنافسة المشروعة، حيث نصت المادة 6 منه «تمنع الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة أو الحد أو الإخلال بحرية المنافسة في سوق ما»⁽¹⁾. كذلك المادة 7 منه «يمنع كل تعسف ناتج عن هيمنة على سوق أو احتكار له أو على جزء منه...»⁽²⁾. وأوردت المادتين المشار إليهما أعلاه، على سبيل الحصر الشروط والممارسات التي تعتبر ممنوعة وباطلة إذا ما وردت في العقد. وذلك بصريح المادة 8 والتي جاء

(1) أوردت المادة 6 من قانون المنافسة رقم 95-06 هذه الممارسات وهي : تقليص الدخول الشرعي في السوق أو تقليص الممارسة الشرعية للنشاطات التجارية من طرف منتج أو موزع آخر، تقليص أو مراقبة الانتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني اقتسام الأسواق أو مصادر التمويل، عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الاسعار أو لانخفاضها.

(2) كذلك أوردت المادة 7 من قانون المنافسة رقم 95-06 الحالات التي تعتبر تعسف وهي : رفض البيع بدون مبرر شرعي وكذلك احتباس مخزون من منتجات في محلات أو في أي مكان آخر مصرح به أو غير مصرح به. البيع المتلازم أو التمييزي - البيع المشروط باقتناء كمية دنيا. الالتزام بإعادة البيع بسعر أدنى. قطع العلاقات التجارية لمجرد رفض المتعلم لخضوع لشروط تجارية غير شرعية، كل عمل آخر من شأنه أن يحد أو يلغي منافع المنافسة في السوق.

فيها «يبطل كل التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدى يتعلق بإحدى الممارسات الممنوحة بموجب المادتين 6 و7 المذكورتين أعلاه».

وقد يثار التساؤل بأن إيراد مبدأ بطلان الشروط المقيدة، من شأنه أن يخرج عقد الترخيص عن صفته التعاقدية، أي يصبح عقداً منظماً، له شروطه وقواعده الخاصة، وقد يكون من أثر ذلك امتناع أصحاب البراءات من منح تراخيص في ضوء هذه القيود؟

الواقع وإن صح هذا النظر إلى حد كبير إلا أن الاتجاه الغالب في التشريعات الحديثة للدول النامية، وخاصة بنقل التكنولوجيا، تورد مثل هذه الشروط فضلاً عن أن هذا القدر من الشروط، هو القدر الضروري للحفاظ على المصالح الاقتصادية للدول النامية، والتي لا تقوى على دفع مبالغ الأتاوات الباهظة التي ترتبها مثل هذه العقود، وما أظهرته تطبيقاتها العملية، على المستوى الدولي من مساوئ وسلبيات انعكست سلباً على اقتصاديات الدول النامية. وحسناً فعل المشرع الجزائري عندما خول مجلس المنافسة، بالموافقة على الاتفاقيات والممارسات التي من شأنها ضمان التطور الاقتصادي للبلاد، وذلك بنص المادة 9 من قانون المنافسة رقم 95-06، حيث جاء فيها «يرخص بالاتفاقيات والممارسات التي من شأنها ضمان التطور الاقتصادي أو التقني، وفي هذه الحالة يجب إبلاغ مجلس المنافسة بهذه الاتفاقيات من طرف أصحابها».

هذا أهم ما جاء به القانون الجزائري فيما يخص عقود الترخيص والشروط المقيدة التي ترد فيه، وقد اتضح لنا من استعراضنا لأحكامه، عدم كفاية ما جاء به من أحكام في هذا الخصوص. لذلك لا بد من

وضع تنظيم متكامل لعقود الترخيص، أسوةً بتشريعات دول أمريكا اللاتينية والدول الأخرى من الدول النامية. إلا أنه ورغم النقائص المسجلة في القانون الجزائي، إلا أنه احتوى على أحكام وقواعد تستجيب لمقتضيات المصلحة الوطنية ولحاجات التنمية الاقتصادية.

الفرع الثاني موقف القانون المصري

إبتدأت مصر خطواتها لتحقيق التنمية بما ينم عن رغبة أكيدة في تحقيق تنموي واقتصادي. فمن ناحية أدخل المشرع بعض التعديلات على القوانين السابقة وأصدر قوانين أخرى، وفي هذه التعديلات والقوانين، قانون العلامات والبيانات التجارية رقم 453 المعدل للقانون رقم 69 لسنة 1965⁽¹⁾.

وصدرت القوانين المعدلة للقانون رقم 132 لسنة 1949 بشأن براءات الاختراع والنماذج الصناعية ذوات الأرقام 453 و953 ورقم 650 رقم 47 لسنة 1981⁽²⁾.

وروعيت في هذه التعديلات أحكام الاتفاقية الدولية بشأن حماية الملكية الصناعية الموقعة في باريس عام 1883 والتي أنظمت إليها مصر عام 1950.

(1) النشرة التشريعية لعام 1956، الجريدة الرسمية 21 مارس 1956، منشورات وزارة التجارة والصناعة مجموعة القواعد الخاصة بالتوجيه الصناعي.

(2) الجريدة الرسمية 25 يونيو 1981، العدد 26.

وكذلك صدر القانون رقم 17 سنة 1954 المعدل لقانون رقم 55 لسنة 1951 بشأن تنظيم الاسماء التجارية، وهكذا فإن صدور هذه القوانين يعد بمثابة الحوافز التشجيعية على البحث والتطوير والابتكار والاستفادة من التكنولوجيا الأجنبية باستيعابها وتطويرها بما يتلائم والاحتياجات المحلية.

على أنه قبل السعي إلى تحقيق الأهداف والطموحات، لا بد من الاستفادة من تجارب الدول الأخرى سواء منها التي شجعت تدفق التكنولوجيا أم تلك التي فرضت نوعاً من الرقابة.

وهذا ما حدث في مصر عندما بادرت إلى وضع سياستها لنقل التكنولوجيا أثر تشكيل لجنة لدراسة هذه السياسة بناء على اقتراح تقدمت به الهيئة العامة للاستثمار، وتبنته أكاديمية البحث العلمي، وعقدت أول اجتماع لها بتاريخ 9 فبراير 1981. وتضمنت عمل اللجنة عدة دراسات منها فنية وقانونية، تتعلق بحماية الملكية الصناعية، والممارسات المقيد، والضمانات والالتزامات، وانتهت هذه اللجنة إلى وضع تقرير نهائي يتضمن مشروع قانون ينظم عملية نقل التكنولوجيا وقدمته إلى الجهات المختصة في أوائل عام 1987 لاستكمال اجراءات صدوره، ويبدو أن الأمل ضعيف في إصداره⁽¹⁾.

ومهما يكن فإن هذا المشروع جاء تعبيراً عن الرغبة في الإسهام في تعويض ما فات، وتجسيد عملية التخطيط الاقتصادي، باعتبار ذلك

(1) د. محمود الكيلاني - المصدر السابق، ص 93.

مدخلاً للسياسة التكنولوجية وتنفيذها. وتضمن مشروع القانون سبعة فصول، الأول يتضمن الأحكام التمهيدية، والثاني في تسجيل العقود، والثالث، في الضمانات والرابع، في تسوية المنازعات والقانون الواجب التطبيق، والخامس في الاختصاصات، والسادس في الجزاءات، والسابع، في أحكاماً ختامية. وأورد الأحكام الخاصة بالشروط المحظورة في عقد نقل التكنولوجيا، في الفصل الثاني من المشروع تحت عنوان تسجيل العقود، مستهله بما جاء في المادة الخامسة والتي مضمونها، أن التعاقد على نقل التكنولوجيا يتم بما لا يخالف الأحكام والضوابط الواردة في القانون، وتعلق الأمر نفاذ نقل التكنولوجيا على تسجيله وفقاً لأحكام المادة 13 منه التي تقضي بأن أكاديمية البحث العلمي والتكنولوجيا، هي المختصة بتنفيذ أحكام هذا القانون فلها فحص وتقييم هذه العقود، كما تختص بتسجيل العقود وإصدار الشهادات الخاصة بذلك.

ثم يميز مشروع القانون بصدد الشروط المحظورة بين نوعين، محظورات يرتب المشروع على تضمين العقد لها بطلانه بطلاناً مطلقاً ويحظر تبعاً لذلك تسجيله. ويورد المشرع في مادته السادسة تلك المحظورات أو الشروط المحظورة حصراً، وعلى عكس مشروع التقنين الدولي الذي يورد هذه المحظورات على سبيل المثال كما ذكرنا. وذلك واضح من عبارات نص المادة السادسة، إذ تقضي بأن يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً ويحظر تسجيله في الحالات الواردة بالفقرات من أ - ز، وهي كما يلي «يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً ويحظر تسجيله في الحالات التالي» وعددها النص بأنه إذا كانت التكنولوجيا متاحة محلياً

وإن العقد يجبر المتلقي على التنازل دون مقابل إلى المورد عن براءات الاختراع أو العلامات التجارية أو الابتكارات أو التحسينات التي قد يقوم بها المتلقي أو يحد من نشاطه في مجال البحث والتطوير أو يمنعه أو يقيد في مجال التصدير، أو مجال استخدام تكنولوجيا مكتملة من مصادر أخرى، أو يفرض عليه قيوداً تتعلق بحجم الإنتاج أو سعر البيع أو أن مدة العقد تزيد على عشر سنوات.

وفي المادة السابعة أورد المشروع مجموعة من الشروط قدر واضعوه، أنه يكفي بصددها بعدم جواز تسجيل العقود التي تتضمنها. ولقد أوردت هذه المادة تلك الحالات حصراً كما فعلت المادة السادسة بالنسبة للحالات السابقة، فلقد جاء في صدها أنه «لا يجوز تسجيل العقود في الحالات التالية» وبعد أن عدد النص الحالات الخمس أنها بما يلي.... «ومع ذلك يجوز الموافقة على تسجيل العقود في الحالات سائلة الذكر، إذ اقتضت ذلك اعتبارات الصالح العام وفقاً لطبيعة العقد ومقتضيات الاقتصاد القومي». وهذا يعني أن الحالات التي وردت بتلك المادة قد وردت حصراً هي الأخرى، وأن الخروج على حكمها لا يبطل العقد بطلاناً مطلقاً وإنما يكفي في شأنها رفض الجهة المختصة تسجيل هذه العقود، وهذه الجهة هي أكاديمية البحث العلمي والتكنولوجي والتي تختص في هذا الصدد بفحص وتسجيل العقود المقدمة للتسجيل، حتى إذا تبين لها أن العقد المقدم للتسجيل يتضمن شروطاً من الشروط الواردة في تلك المادة، التي تضمنت خمس فقرات من أ - هـ ، تعين عليها فرض رفض تسجيله، حسب المادة 13. أما الفقرات المشار إليها، وهي كما يلي «إذا كان

العقد يرتب التزامات مالية لا تتناسب والتكنولوجيا المقدمة. إذا كان العقد يسمح للمورد أن يتدخل في أعمال الإدارة الخاصة بالمتلقي، إذا كان العقد يلزم المتلقي بشراء المعدات والآلات من مورد التكنولوجيا أو من يعينه. إذا كان العقد يلزم المتلقي دون مبرر بيع السلع التي ينتجها إلى المورد أو من يعينه. إذا كان العقد يلزم المتلقي استخدام عاملين يختارهم المورد».

وقد أجاز المشرع في مادته هذه، الموافقة على تسجيل العقود المتضمنة لشرط أو أكثر من الشروط التي تنتمي إلى مجموعة المحظورات المتقدمة، إذا اقتضت ذلك اعتبارات الصالح العام وفقاً لطبيعة العقد ومقتضيات الاقتصاد القومي⁽¹⁾. وهكذا قدر واضعو المشروع أن الحالات الواردة في المادة السابعة، ليست من الخطورة، بحيث يرتب عليها بطلان العقد بطلاناً مطلقاً. ومن هنا أجاز المشروع الإتفاق على تضمين العقد لشرط أو أكثر من هذه الشروط، شريطة أن يكون ذلك ما يقتضيه الصالح العام.

هذا ومن الملاحظ أن المشروع المصري، قد أورد هذه المحظورات المتقدمة في مادته السادسة والسابعة، متأثراً جداً بمشروع التقنين الدولي إلى حد أنه قصر هذه المحظورات على الحالات التي كاد الاتفاق عليها بين مجموعات الدول الثلاث (الدول المتقدمة، الدول الاشتراكية، الدول النامية) في ذلك المشروع.

(1) د. سعيد يحيى - المصدر السابق، ص 103.

وخلاصة ما نراه في مشروع القانون المصري لنقل التكنولوجيا، إن
الضرورة تقتضي إصداره وأن الأوان أن يخرج إلى النور، الذي نرى أنه
يسد ثغرة تشريعية في هذا المجال لأن المشرع المصري لم يتناول تنظيم
عقود التراخيص سواء في تشريعات مستقلة أو في صلب قانون البراءات.
وإذا كانت المواد 33، 32، 30 من قانون البراءات رقم 132 لسنة
1949 المعدل، قد أشارت إلى نظام التراخيص الإلزامية لعدم الاستغلال
أو عدم كفايته، فقد تناولته طبقاً لأحكام وقواعد وشروط معاهدة
باريس. ومثل هذا التنظيم لا يحقق حكمه النص عليه، وهو تلافي عدم
استغلال الاختراع معدومة، لأن الاختراع يكون قد جاوزه التطور⁽¹⁾.
فضلاً عن ذلك، لم يشير القانون المصري إلى أحكام وآثار
التراخيص الإلزامية، برغم أهمية هذا الإيضاح، فالتراخيص الإلزامية،
ليست في الحقيقة سوى تراخيص بالاستغلال تتم من دون إرادة صاحب
حق الاحتكار وهذا يقتضي تنظيمها لها من حيث شروط منحها أو الآثار
المرتبطة عليها مع تنظيم الصور الأخرى من التراخيص الإلزامية ناهيك إلى
عدم تنظيم أو الإشارة إلى التراخيص الاتفاقية باعتبارها الأصل.

(1) د. جلال أحمد خليل - المصدر السابق، ص 442.

الخاتمة

حاولنا من خلال بحث موضوع الشروط المقيدة في عقد الترخيص، رسم حدود ومعالم هذا العقد، باعتباره من العقود التي قد تسهم في عملية نقل التكنولوجيا. متوخين في ذلك العرض والتحليل وبيان أهم القواعد القانونية التي تحكم العقد المذكور، مستنديين في ذلك على القواعد القانونية المختلفة والاتجاهات الفقهية والقضائية. وقد سلطنا الضوء على الشروط المقيدة وهي بطبيعتها شروط تعسفية يفرضها المرخص على المرخص له. فعملنا على بيان هذا الشروط من خلال تعريف وبيان أنواعه وتحديد طبيعته والمسؤولية الناشئة عن الإخلال به. وبعد هذا كله كان لا بد من بيان موقف التشريعات المدنية من هذه الشروط. وقد تمخض بحث الموضوع عن نتائج معينة ومقترحات نرى من الضروري بيانها، ويمكن أن نجملها بالآتي:-

أولاً: النتائج:

1. بينا أن عقد الترخيص من العقود التجارية ذات الطبيعة الخاصة، إذ أنه لم تضع له القوانين المقارنة أو الاتفاقات الدولية أحكاماً خاصة به أو صيغة موحدة له، أي عدم وجود نظام قانوني يحيط بأبعاده.
2. إن عقد الترخيص يخضع من حيث إبرامه لمرحلتين، الأولى تجسد بمرحلة المفاوضات، التي تقود إلى مرحلة ثانية هي مرحلة الإبرام النهائي، ولكل من هاتين المرحلتين أحكامها الخاصة بها، إضافة إلى ذلك إن العقد لا يستلزم أية شكلية خاصة به.
3. رغم إن العقد لا يتمتع بنظام قانوني خاص به في أغلب

التشريعات، إلا أنه يتمتع بخصائص وسمات تميزه عن بقية العقود التجارية التقليدية، من ذلك مثلاً أن له محلاً متميزاً ألا وهو براءة الاختراع، التي يكفل حمايتها قوانين حماية الاختراعات، كذلك العلامة التجارية أو الصناعية أو أي عنصر من عناصر الملكية الصناعية التي يمكن أن تكون محلاً لهذا العقد، وهناك قوانين خاصة لكل منها تكفل حمايتها، كذلك المعرفة الفنية *Savoir – Faire*، التي تكمن حمايتها ببقائها سراً.

لهذا عرفنا عقد الترخيص بأنه (اتفاق يلتزم بمقتضاه صاحب حق الانتفاع بالمعارف الفنية وعناصر الملكية الصناعية كافة، بأن يتنازل عن حقه الاستثنائي في الانتفاع كلياً أو جزئياً إلى شخص آخر يسمى (المرخص له) خلال مدة معينة ولقاء مبلغ محدد، يسمى الأتاوة).

4. بينا أن عقد الترخيص، إذا نشأ صحيحاً مستوفياً لأركانه وشروطه توفرت له قوته الملزمة، بترتيب التزامات بذمة الطرفين، إذ يلتزم المرخص بنقل المعارف الفنية وابداء المساعدة الفنية إن اقتضى الأمر ذلك. ويلتزم المرخص له بدفع المقابل وتسديد الثمن. كما يلتزم الطرفين بأداء الالتزامات المشتركة التي رتبها العقد.

5. وبيننا إن محل عقد الترخيص، ينصب على منح المرخص له الحق في استعمال واستغلال التكنولوجيا وليس نقل القدرة على استغلالها الذي يؤدي بالنتيجة إلى اكتساب التمكن التكنولوجي، ويستوي في ذلك الترخيص في استغلال براءة اختراع أو الترخيص في استغلال المعرفة الفنية. وعلى هذا الأساس توصلنا بأن عقد الترخيص في الأصل ليس من عقود

نقل التكنولوجيا ، ولكن قد يكون كذلك في حالة الدور الإيجابي الكبير الذي يقوم به المرخص له في مساهمته في التجارب وتطبيق التكنولوجيا ، وتدريب عماله وفنييه على استخدامات التكنولوجيا والقيام بعمليات التشغيل والإنتاج بأنفسهم دون اللجوء للمرخص (المورد).

6- إبرام عقد الترخيص والعقود المرتبطة به ، يخلق بالنسبة لناقل التكنولوجيا خطر خلق مشروع منافس بما قد يؤدي إليه ذلك من اقتسام للسوق بينهما ، وبديهي أن تحقق هذا الخطر من عدمه يتوقف على مدى اكتساب الطرف المتلقي للتمكن التكنولوجي.

وتلجأ الشركات متعددة الجنسيات في سبيل ذلك إلى طرق متعددة ومتنوعة ، وإن كانت كلها تدور حول محورين استراتيجيين رئيسيين ، هما جعل عقد الترخيص نقطة انطلاق للسيطرة على نشاط المشروع المرخص له ومن ثم لاستمرار سيطرتها على الأصول التكنولوجية التي تنقلها له من ناحية ، ولخلق تدفقات إضافية من السلع والخدمات المصاحبة للتكنولوجيا والتي تشكل مصدراً هاماً من مصادر أرباح هذه الشركات من ناحية أخرى.

لهذا تصبح المهمة الأولى ، لرجل القانون في الدول النامية هي البدء بمحاولة فهم الواقع ، أي فهم عقود التكنولوجيا السائدة وكيفية استخدامها بواسطة الطرف الأقوى - حائز التكنولوجيا - كأداة لتحقيق استراتيجية ، حتى يمكن مواجهة هذه الاستراتيجية ومن ثم تغيير الواقع.

7- بينا مفهوم الشروط المقيدة ، وقلنا هي مجموعة شروط ذائعة

الصيت في العمل يفرضها مورد التكنولوجيا على المتلقي، لتقييد حريته في استعمال التكنولوجيا التي تنتقل إليه أو في التصرف بالإنتاج الذي يحصل عليه من جراء استعمالها، ويرضى المتلقي بهذه الشروط على تعسفها لشدة حاجته إلى التكنولوجيا.

8. حاولنا وضع تعريف للشرط المقيّد وقلنا هو (قيد إداري يرد على الحقوق الناشئة عن العقد)، وهو بهذا المعنى يكون جزءاً من العقد وبنداً من بنوده، بعد فصله عن الشرط القانوني والشرط كوصف بالالتزام والذي قلنا أنه يعني الشرط التعليقي، واستخلصنا من التعريف الشروط التالية، وهي يجب أن يكون الالتزام بأمر ممكن وأن يكون الالتزام بأمر مشروع وأن يكون شأن الالتزام المشروط تقييد حكم العقد.

9- بينا أنواع الشروط المقيدة من خلال وضعها في مجاميع ثلاث، تحتوي على صور هذه القيود وأثرها على المرخص له، فمنها ما يتمثل في فرض الرقابة على الطرف المتلقي للتكنولوجيا، ومنها ما يمنع أو يحد من حريته في تطوير وأقلمة التكنولوجيا وفق احتياجاته، ومنها ما يتعلق بحرمان المتلقي من بحث صلاحيات حقوق الملكية الصناعية كونها عنصراً من عناصر التكنولوجيا محل العقد.

10. حاولنا بيان النظام القانوني والطبيعة القانونية للشروط المقيدة، حتى نتمكن من تحديد أحكام هذا الشرط وآثاره، التي تترتب كجزاء على مخالفته، وهناك عدة آراء أشرنا إليها إلا أننا لا نؤيد أيّاً منها، وقلنا أن الطبيعة القانونية لهذه الشرط هي الأذعان أي قبول الالتزام بها، إنما هو إذعان من القابل لإرادة الموجب، لحاجته الماسة للتكنولوجيا محل

العقد، وأن هذه الشروط تشكل مسائل جوهرية في العقد، بقبولها يتم إبرام العقد النهائي، وعدم الموافقة عليها يؤدي إلى تخلف العقد، وقلنا أن الطبيعة القانونية للشرط المقيد كونه شرط تعسفي تسحب على العقد بالكامل وتجعله عقد إذعان خاصةً إذا كان الطرف القوي محتكر هذا النوع من التكنولوجيا محل العقد.

11. بينا أثر اقتران العقد بالشرط المقيد، وقلنا يفيد تقييد الحكم المترتب على العقد المقترن به، تغييراً أو إضافة أو تعديلاً، متى كان الشرط صحيحاً ويستوي في ذلك أن يكون الشرط من مقتضيات العقد أو مما يلائمه، أو مما جرى به العرف، أو يكون فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو غيرهما، أما إذا كان الشرط باطلاً وان هو الباعث الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد والشرط معاً، سواء كان الشرط الباطل مستحيلاً أو ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب، وإلا يلغى الشرط لوحده ويبق العقد صحيحاً.

وعليه فإن العقد المقترن به شرط مقيد، هو عقد منجز غير موصوف، مقيد في حكمه وغير مطلق، إذ ليس من شأن الشرط المقترن بالعقد، تعليق حكم العقد. كما هو الحال في الشرط التعليقي (كوصف في الالتزام) أو لأضافته إلى المستقبل كما هو الحال في الأجل.

12. بينا المسؤولية الناشئة عن الإخلال بشروط العقد وهي المسؤولية العقدية، المتمثلة بعدم تنفيذ أحد طرفي العقد، الالتزام أو التأخر في تنفيذه وهذا يشكل ركن الخطأ، والضرر المتحقق للطرف الآخر نتيجة لذلك مع وجود العلاقة السببية بين الخطأ والضرر. هذا من جانب ومن

جانب آخر أوضحنا موقف التشريعات الدولية والإقليمية والوطنية من هذه الشروط المقيدة، وقلنا أن غالبية التشريعات تعمل على تحريمها أو الحد منها.

ثانياً: المقترحات

يفتقر التشريع العراقي و الجزائر وكافة التشريعات العربية إلى نظام قانوني متكامل لعقود نقل التكنولوجيا، عليه نقترح أن يكون هناك نظاماً قانونياً لعقود نقل التكنولوجيا، يركز من جانب على قواعد تختص بعقود تملك التكنولوجيا (عقود الرقبة) ومن جانب آخر على أحكام لعقود المنفعة (الترخيص)، أي الترخيص باستغلال تلك التكنولوجيا أصولياً.

والحقيقة على العراق و الجزائر أن تعيا حقيقة مشكلتهما وينهضا جاهدين على حلها، سواءً تمثل ذلك في أخذها بالنظم القانونية الملائمة، ولنا خير مثال الخطوات التي أتبعتها دول أمريكا اللاتينية والهند، وأصبحت مثلاً يحتذى به في هذا المجال، أو التعاون على المستوى الإقليمي أو الاشتراك في المؤتمرات والملتقيات الدولية في هذا الخصوص سواءً في نطاق المنظمة العالمية للملكية الفكرية WIPO أو في نطاق برنامجها الدائم القانوني الفني لحصولها على التكنولوجيا المرتبطة بالملكية الصناعية بشروط مناسبة، وهذا ما فعله المشرع الجزائري في الوقت الحاضر. ولعلنا في هذا المجال لنا بعض المقترحات هي كالآتي:-

1- يجب أن يتضمن عقد الترخيص بنداً يحدد مصير المبالغ التي يدفعها المرخص له في بداية المفاوضات التمهيدية في حالة الاتفاق من

عدمه، كذلك تحديد مفهوم المصطلحات المستخدمة في بيان صيغة الأداء والكيفية اللازمة لذلك، مع تحديد نوع العملة التي يتم الوفاء بها وبيان سعر الصرف وطريقة التحويل وتحديد الحصص من الإنتاج ووصفها، إذا كان المقابل حصص عينية من المنتجات (الأداء العيني).

2 ضرورة تحديد مدة معينة لسريان الالتزام بالسرية على أن يتم الاتفاق على انقضاء الالتزام المذكور في حالة ارتفاع السرية عن ذلك الاختراع، كما ندفع باتجاه تحديد مدة العقد لخمس سنوات قابلة للتجديد تحسباً من ظهور تكنولوجيا أحدث من التي بحوزة المرخص له.

3 ضرورة أن يوضح العقد وبشكل دقيق الجوانب التي يكون لها الدور الرئيس في التنفيذ السليم وبالتحديد ما يتعلق في بعض آثاره القانونية، فمن الضروري أن يبين العقد مضمون التسليم للاختراع وبراءته ومكملات ذلك الاختراع، وكذلك المعرفة الفنية المتفق عليها وكافة التصاميم والمخططات والمعلومات الفنية اللازمة لذلك.

وبيان طبيعة الالتزام بالضمان من حيث أنه التزام بتحقيق نتيجة أم التزام ببذل عناية، لما لذلك من أهمية في تقليل المنازعات إذا ما حدثت. ويفضل جعل مسؤولية المرخص قائمة حتى اكتساب التمكن التكنولوجي. عندها تنتهي مسؤوليته هذا من جانب ومن جانب آخر، ضرورة تحديد الالتزام بتبادل التحسينات، بحيث يضمن ذلك توازن المصالح المتقابلة، وخاصةً ما يتعلق بالمرخص له من حيث استمراره بالاستثمار المتطور المتجدد، على أن يكون حق المرخص له في الاستغلال غير مقيد عموماً.

4- نرى أن يأخذ المشرع بعين الاعتبار الشكلية اللازمة لعقود نقل التكنولوجيا والمتمثلة بالتسجيل، وذلك على غرار ما جاء به المشرع المصري لنقل التكنولوجيا ودول أمريكا اللاتينية، وذلك بغرض فرض نوع من الرقابة من قبل المعهد الوطني للتوحيد الصناعي والملكية الصناعية في الجزائر.

5- يتوجب أن يتضمن العقد تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع وتحديد قواعد الإسناد التي تطبق وبيان كيفية اجراءات التقاضي.

6. التدخل التشريعي لكي يؤتي ثماره المرجوة لا بد أن يتجاوز الموقف

الدفاعي الذي تبنته معظم الدول النامية حتى اليوم. فلم يعد يكفي

الاقتصار على تحريم الشروط التقييدية في عقود الترخيص وعقود نقل

التكنولوجيا عموماً. لأن القضية ليست هي فقط الحد من نفقة

التكنولوجيا ولكنها أيضاً بل وفي المقام الأول، اكتساب التمكّن

التكنولوجي، ولا شك أن تحريم الشرط التقييدية من شأنه رفع بعض

الحواجز التي قد تعيق عملية اكتساب التمكّن التكنولوجي، إلا أن

الأمر يقتضي أكثر من مجرد إزالة بعض العوائق والمطلوب هو تدخل

المشرع بصورة أكثر ايجابية عن طريق فرض التزامات بأداءات محددة

ذات محتوى تكنولوجي على الطرف المورد على أن يشفع هذه الأداءات

الإيجابية بضمانات قانونية فعالة، بشكل يكفل الانتقال الفعلي

للتكنولوجيا إلى الطرف المتلقي، أي أن المطلوب بعبارة أخرى هو اتباع

أدوات قانونية جديدة تختلف تماماً عن الأدوات المستخدمة اليوم في نقل

التكنولوجيا من عقود الترخيص إلى عقود المفتاح في اليد، والتي هي في

النهاية مجرد أدوات لتسويق التكنولوجيا. وحسناً فعل المشرع الجزائري في الآونة الأخيرة بإبرام عقود شراكة في جميع المجالات، لا سيما في المجال الصناعي والتكنولوجي، الذي يضمن تعاون الطرفين من أجل تحقيق الأهداف المرجوة من العقد.

7. لا بد من التنويه أخيراً إلى ضرورة النظر إلى عقود الترخيص نظرة عملية مرنة، إذ لا يمكن للمتلقّي أن يضع ما يشاء من قيود وجزاءات في تشريعاته الوطنية، وهو غالباً ما يكون الطرف المدّعن (الضعيف) ولعل دعوتنا للمرونة والنظرة العملية، في مثل هذه العقود لها ما يبررها ويؤكد لها الاتجاه الذي سلكه الفقه من قبل في هذا المجال، إذ يرى الدكتور أحمد عبدالكريم سلامة «إن الواقع يظهر إن التجارة الدولية تكون في حاجة إلى حرية كبيرة، واستبعاد الخضوع الحتمي Soumission Indissoluble لقانون وطني معين، يعني ترك أكبر قدر من الحرية التعاقدية، إذ إن التجارة الدولية لا تعرف أحسن الشروط لنموها إلا عندما لا تتحمل قيود تباين أو اختلاف التشريعات هذه الأخيرة تظهر القلق في شأن الاتفاق المبرم في الزمان والمكان» (1).

أضف إلى ذلك أن أمر اختلاف التشريعات أو القيود الواردة في تشريعات المتلقّي سوف لا ينعكس

على آثار العقد فحسب، بل يمنع المورد أصلاً من التعاقد خوفاً من

(1) د. أحمد عبدالكريم سلامة - القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون = العام في القانون الدولي الخاص، مطبعة دار النهضة العربية، مصر 1985، ص 191.

تلك القيود وحينئذ لا يكون أمام المتلقي إلا التعاقد مع موردين يضطرون إلى قبول تلك القيود لضعف إمكانياتهم، وعندها لا نكون بصدد نقل التكنولوجيا حقيقية بالرغم مما تم بذله من جهد وثمر، لذا من المحتم على المتلقي أن يجد الوسائل التي تكفل له الحصول على ما ينبغي من تقنية مع احتفاظه بالتوازن المالي للعقد، ونرى أن هذه الوسائل يمكن أن تتحقق بالآتي:-

أ - تقوية القدرة التفاوضية من خلال عناصر يتمتعون بسمات فنية وعلمية وقانونية وأخلاقية وقدرات متميزة بهذا الشأن.

ب - منح اعفاءات متوازنة ومقبولة للمرخص (المورد)، مقابل القيود القانونية التي يضعها المشرع الوطني بصدد نقل التقنية التي يرغب المتلقي بالتعاقد عليها، كمنح المورد امتياز استيراد مكائن ومعدات معفاة من الرسوم الجمركية في مقابل فرض ضريبة تصاعدية ضمن التشريع الضريبي.

ج - اختيار موردين ذوي سمعة دولية عالية ويتمتعون بثقة كبيرة، لضمان تنفيذ العقود المبرمة دون اخلال او تهرب.

وأخيراً نرجو أن يأخذ المشرع بنظر الاعتبار تنظيم عقد الترخيص وعقود نقل التكنولوجيا عموماً، وبما تتضمنه هذه العقود من شروط مقيدة التي بينا آثارها آنفاً، خاصة وإن العراق يشهد انفتاحاً على جميع المستويات الذي يجب أن يستتبع بتغييرات على المستوى القانوني والاقتصادي والاجتماعي، ناهيك عن التحضيرات التي يقوم بها العراق للانضمام بمنظمة التجارة الدولية.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

المصادر والمراجع

أولاً: المصادر باللغة العربية المؤلفات العامة:

- 1- د. أكثم أمين الخولي - الوسيط في الأموال التجارية، ج3، مطبعة نهضة مصر، القاهرة 1964.
- 2- د. أنور سلطان - العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة، مطبعة جامعة القاهرة، 1980.
- النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة بين القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، 1974.
- 3- د. أحمد أبو الوفا - التحكيم الاختياري والإجباري، ط4 منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر 1983.
- 4- د. أحمد حشمت أبوستيت - مصادر الالتزام، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة 1963.
- 5- د. بلحاج العربي - النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1995.
- 6- د. جميل الشرقاوي - شرح العقود المدنية، البيع والمقايضة، مطبعة دار المعارف، مصر 1970.
- 7- د. جلال أحمد خليل - النظام القانوني لحماية الاختراعات نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، مصر 1983.
- 8- د. حسن علي الذنون - دور المدة في العقود المستمرة، دار الحرية للطباعة، بغداد 1988.
- نظرية الالتزام، المصادر والأحكام، الجامعة المستنصرية 1976.

- 9- د. حسام محمد عيسى - نقل التكنولوجيا، دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية، دار المستقبل العربي، ط1، القاهرة 1987.
- 10- د. رمضان أبو السعود - دروس في العقود المسماة، عقد الإيجار، مطبعة الدار الجامعية بالإسكندرية، مصر 1986.
- 11- د. رشوان حسن رشوان أحمد - أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، دار الهاني للطباعة، ط1، القاهرة 1994.
- 12- د. سامية راشد - التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، 1984.
- 13- د. سعدون العامري - الوجيز في شرح العقود المسماة، ج1، مطبعة الهاني، بغداد 1974.
- 14- د. سميحة القليوبي - الوجيز في التشريعات الصناعية، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة 1967.
- 15- د. سعيد يحيى - تنظيم نقل التقنية، مطبعة جامعة الزقازيق، مصر 1986.
- 16- د. سليمان مرقس - شرح القانون المدني، العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، ط4، القاهرة 1980.
- الوافي في شرح القانون المدني، نظرة العقود والإرادة المنفردة، النهضة العربية، القاهرة 1984.
- دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1989.
- 17- د. سمير جميل حسن الفتلاوي - استغلال براءة الاختراع، ديوان

- المطبوعات الجامعية، 1984.
- 18- د. صلاح الدين الناهي - الوجيز في الملكية الصناعية، دار الفرقان، بغداد 1984.
- 19- د. صبحي المحمصاني - محاضرات في القانون المدني اللبناني، الأوصاف المعدلة لآثار الالتزام، مطبعة نهضة مصر، القاهرة 1954.
- 20- د. علي علي سليمان - النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1992.
- مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1990.
- 21- د. علي حسين الخلف - الوسيط في شرح قانون العقوبات العراق، ج1، ط1، جامعة بغداد 1968.
- 22- د. عباس حلمي المنزلاوي - الملية الصناعية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1983.
- 23- د. عبدالرزاق السنهوري - نظرية العقد، دار الاحياء العربي، بيروت 1934.
- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج3، مكتبة النهضة المصري، القاهرة 1958.
- 24- د. عبد الحي حجازي - النظرية العامة للالتزام، ج1، مطبعة نهضة مصر، القاهرة 1954.
- 25- د. عبدالمجيد الحكيم - الموجز في شرح القانون المدني، ج2، أحكام الالتزام، ط3، بغداد 1977.

- 26- د. عبد المنعم البدر اوي - شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، دار الكتاب العربي، مصر 1956.
- 27- د. علي فيلالى - الالتزامات، النظرية العامة للعقد، مطبعة الكاهنة، الجزائر 1997.
- 28- د. عادل عزت السنجقلى - عقود الاستشارات الهندسية، مطبعة جامعة بغداد 1983.
- 29- د. علي حسن يونس - العقود التجارية، دار الفكر العربي، القاهرة 1993.
- 30- د. لطيف جبر كومانى - مسؤولية البائع في البيوع الدولية ومطبعة جامعة بغداد، العراق 1982.
- 31- د. محمد حسنى عباس - الملكية الصناعية والمحل التجارى، دار النهضة العربية، القاهرة 1971.
- الملكية الصناعية وطريق انتقال الدول النامية إلى عصر التكنولوجيا، منشورات الويبو 1976.
- 32- د. محمد حسنين - الوجيز في الملكية الفكرية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1981.
- 33- د. محسن شفيق - نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مطبعة جامعة القاهرة، والكتاب الجامعي، مصر 1984.
- المشروع ذو القوميات المتعددة، مطبعة جامعة القاهرة، 1978.
- 34- د. محمد سعيد جعفرور - نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقهاء الإسلامى، دار هومة للطباعة، الجزائر 1997.

- 35- د. محمود الرشيد قريش - ديناميكية نقل التكنولوجيا في الدول العربية، دار الثقافة، الدوحة، قطر 1986.
- 36- د. محمد شكري سرور - التأمين ضد الاحتكار التكنولوجي، دار الفكر العربي، القاهرة 1986.
- موجز الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة 1985..
- 37- د. محمد لبيب أبو شنب - دروس في نظرية الالتزام، مطبعة المستقبل، ط1، القاهرة 1989.
- 38- د. مصطفى الجمال - نظام الملكية، الدار الجامعية، القاهرة 1987.
- 39- د. محمد صبري السعدي - شرح القانون المدني الجزائري، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1994.
- 40- د. مقدم السعيد - نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1992.
- 41- د. محي الدين إسماعيل علم الدين - منصة التحكيم التجاري الدولي، ج1، الدار الجامعية بالإسكندرية، مصر 1986.
- 42- د. هاني محمد ديودار - النظام القانوني للتجارة، العقود التجارية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت 1997.
- 43- د. وليم سليمان قلادة - التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري. ط1، القاهرة 1958.

(ب) المؤلفات الخاصة

أولاً. الرسائل الجامعية:

- 1- إيمان طارق الشكري- أثر الشرط في حكم العقد ، بحث ماجستير، جامعة بابل، العراق 1998.
- 2 علاء عزيز حميد - عقد الترخيص، دراسة قانونية، بحث ماجستير، كلية صدام للحقوق، العراق 1999.
- 3 عواق صليحة - تكييف العقود الدولية مع تغير الظروف، بحث ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1998.
- 4 د. محمود الكيلاني - عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، دار الفكر العربي، ط2، القاهرة 1995.
- 5 د. محمد عبدة سعيد إسماعيل - الشركات المتعددة الجنسية ومستقبلها في الدول النامية، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس 1986.
- 6 محمد رضا عمادي - النظرية العامة في الشروط في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، بحث ماجستير، جامعة بغداد 1970.
- 7 د. نصيرة بوجمعة سعدي - عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، أطروحة دكتوراه، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1970.
- 8 د. ندى كاظم المولى - الآثار القانونية لعقود التجارة الدولية لنقل التكنولوجيا، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بغداد 1996.

ثانيا- التقارير:

1- آثار نظام براءات الاختراع على الترخيص الدولي، بحث مقدم للمكتب الدولي لمنظمة (الويبو) ضمن بحوث مؤتمر بغداد لنقل التكنولوجيا في مارس 1977.

2- التقرير النهائي الموحد لأكاديمية البحث العلمي في مصر بعنوان (نحو سياسة تكنولوجيا مصر) منشورات أكاديمية أكاديمية البحث العلمي 1983.

3- منشورات أكاديمية البحث العلمي عام 1985 في مصر، التي تضمنت التعريفات العديدة التي وضعها الاقتصاديون والمهندسون، بهدف تنظيم عملية نقل التكنولوجيا.

4- الدليل الذي أعدته منظمة (الويبو) بعنوان (دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية)، ص 32 منشورات منظمة (الويبو) عام 1978 رقم (620-A).

5- شرح القانون النموذجي للبلدان النامية نشرة (الويبو) W.I.P.O لسنة 1982.

5- التقرير النهائي لمؤتمر بغداد العربي لنقل التكنولوجيا الذي انعقد في مارس 1977 في جامعة الدول العربية.

ثالثا- الدوريات:

1- د. أحمد عبدالفتاح الشلقاني- التحكيم في عقود التجارة الدولية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة العاشرة العدد الثالث، القاهرة 1966.

2- د. باسم محمد صالح - العقود التجارية، الأسس النظرية والعملية للإبرام والتنفيذ، مجلة العلوم القانونية، المجلد 8، العدد الأول والثاني، بغداد 1989.

3- د. عاطف العزب - الحماية القانونية في الحصول على التكنولوجيا، مجلة مصر المعاصرة، العدد 360، القاهرة 1975.

4- د. سميحة القليوبي - تقييم شروط التعاقد والالتزام بالضمان في عقود نقل التكنولوجيا، مجل مصر المعاصر، القاهرة 1968.

(ج) النصوص القانونية

1- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.

2- قانون التسجيل العقاري العراقي رقم 43 لسنة 1971 المعدل.

3- قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 المعدل.

4- قانون رقم 65 لسنة 1970 المتعلق ببراءة الاختراع والنماذج الصناعية العراقي المعدل رقم 81 لسنة 2004.

5- القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975.

6- قانون الإجراءات المدنية الجزائرية الصادر بموجب الأمر 66 - 154 المؤرخ في 8 يونيو 1966.

7- قانون التجارة الجزائري رقم 88 - 4 المعدل والمتمم للأمر 75 - 59 المؤرخ في 26/9/1975.

8- قانون رقم 89 - 02 المؤرخ في 7 فبراير 1989، المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك في الجزائر.

9- المرسوم التشريعي رقم 93- 17 المؤرخ في 7 ديسمبر 1993، المتعلق بحماية الاختراعات الجزائري.

10- الأمر رقم 95- 06 المؤرخ في 25 يناير 1995، المتعلق بالمنافسة في الجزائر.

ثانيا: المصادر الأجنبية

- Allart(H): Trait théorique et pratique des brevets d'invention. Paris, 1911.

- Amiaud (A): l'apport des brevets d'invention en société mélange marcel plaisant, paris, 1960.

- Burst (J.J): Garanties de resultat et communication du know- how independamment del'equipement, 1977.

- BERTING (G): Les societie multinationals, de P.U.F, paris 1975.

- Charles Cooperet SercoVitch: The channels and Mecanisms for the Transfer of technology from developed to developing countries, UNCTAD, 1971.

- Combea (J.D): interuentions- débats- sur le know-how, cahiers du droit de l'entreprise, 1972.

- Deleuze (J.M): le contrat de transfert de processu technologique, ed Masson, paris, 1982.

- Delapierre (M): la vente internationale de technologie, l'oplique de la firme, OCDE, paris, 1975.

- Dull (J.F): Transfer of technology to latin America, US corprare view, in technology transfer and development: an historical and geography perspective, edited by R. Driscoll and H.W.Wallender, council of

the Americas N.Y, 1975.

- Mandessi- Bell (E): la nouvelle législation mexicaine sur les Transferts de Technique, Travaux du centra de Recherchesur le droit des marches et des investissements internationaux de l'universite de Dijon, librairies Techniques, Paris, 1976, p87.

- Gilbert (L): les problemes techniques et commerciaux poses par communication de Know-How. Montpellier, 1977.

- Jeannerey (F.M): pour un nouveau protectionnisme.ed- du seuil Paris, 1978.

- Jequier (N) code de conduit en matiere de transfert technologique, solution ou source de conflits , revue du tiers monde du tiers monde n. 65 janvier-mars 1976.

- Jehl (J): LE Commerce international de la technologie approche juridique med librairies techniques, paris, 1985.

- Kahn (PH): typology des contrats de transfert de le technologie transfert de technologie et developpement, librairies techniques, paris 1977.

- Magnin (F): Know- How et propriete industrielle, ed, librairie techniques paris, 1974. □

- Michalet (CH.A): Cirulation internationalisée et internationale de la technologie, in transfert de technologie, sociétés transnationales et Nouvel Ordre

international par P.U.F, paris, 1978.

- Roubire (p): le droit de la propriete industrielle, ed. Sirey, tome2. Paris 1954, p24.

- Schapira (J): les contrats internationaux de transfert technologique in journal de droit international, 1978.

- QuinZorra (A): les nouvelles lois argentines sur le transfert de techniques in propriete – industrielle, janvier, 1978.

- UNCTAD: Compilation of ... Brazil, normative Act n .015 establishing basic principles & norms for the registration of contracts involving the transfer of technology.

- UNCTAD: AN international code of conduct on transfer of technology T,D code Tot. 26 TD.B.C.6.AC.1.2 supp. 1 sales n .75.11.D.15

- UNCTD: control of restrictive practices in transfer of technology transactions, TD/AC. 1/17, 16 lune 1978, p20.