الباب الثاني
ممارسة الشروط المقيدة في عقد الترخيص

obeikandl.com

obeikandl.com

الباب الثاني
ممارسة الشروط المقيدة في عقد الترخيص

صار من الواضح أنه توجد مجموعة شروط ذائعة الصيت في العمل ومستعملة في المعاملات، يفرضها مورد التكنولوجيا على المستورد، لتقييد حريته في استعمال التكنولوجيا التي تنتقل إليه أو في التصرف بالإنتاج الذي يحصل عليه من استعمالها. ويرضى المستورد بهذه الشروط على تعسفها، لشدة حاجته إلى التكنولوجيا. وقد ضجت منها الدول النامية، لأنّها تعيق نموها وتفوت عليها المنفعة الكاملة من الحق الذي نحصل عليه بمقابل غالباً ما يكون باهضاً.

وكانت هذه الشروط وما تزال محل محاورات في إطار مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية UNCTAD بين الدول النامية، التي تتطلع في ظل عولمة الاقتصاد والنظام الاقتصادي الحالي، إلى الحصول على التكنولوجيا دون شروط، إلّا دفع الثمن أو المقابل المتفق عليه والدول المتقدمة التي تحرص على بقاء التكنولوجيا التي تنقلها من قبضتها فتعطيها بشروط وقيود لضمان توجيه استعمالها إلى ما يتفق ومصالحها الاقتصادية والسياسية[1].

ومن الأمور المشاهدة في كنف النظام الاقتصادي الدولي القائم، إنّ المشروعات العملاقة لا تنقل التكنولوجيا التي تملكها، إلّا مقيدة بشروط تشد المشروع المستورد إلى التبعية لها ولأهمية هذه الشروط يجب

(1) د. محسن شفيق – المصدر السابق، ص26.

obeikandl.com

أن نسلط الضوء على التعريف بالشرط المقيد ، وهذا سيكون موضوع الفصل الأوّل. وآثار هذه الشروط المقيدة سنعالجها في فصل ثان.

obeikandl.com

الفصل الأوّل
التعريف بالشرط المقيد

obeikandl.com

obeikandl.com

الفصل الأوّل

التعريف بالشرط المقيد[1]

يقتضي الخوض في تعريف الشرط، تقصي معناه في الفقه القانوني، لغرض الوقوف على حقيقته وفصله عن غيره، وهل هو وصف في الالتزام أم هو شرط يقترن بالعقد؟ هذا ما سنبينه في المبحث الأوّل. وبعد ذلك يجب أن نتعرف على أنواع الشرط المقيد؟ وهذا ما نراه في المبحث الثاني.

(1) Restrictive Pracitces ، هناك خلاف حول هذه التسمية التي جاءت في مشروع الدول النامية المقدم للأمم المتحدة بمناسبة وضع تقنين السلوك لنقل التكنولوجيا، إذ اعترضت عليها الدول الغربية بحجّة أنّها تسميه عنيفة واقترحت عبارة «الشروط المستعملة في المعاملات Business Practices » وتوفيق بين الرأيين استعمل التقنين السلوك لنقل التكنولوجيا في عنوان الباب الرابع الذي نحن بصدده معاً فقال «الشروط المقيدة المستعملة في المعاملات».

- د. محسن شفيق – المصدر السابق، ص26.

opeikandl.com

المبحث الأوّل
معنى الشرط وحرية المتعاقدين في الاشتراط

لتعريف الشرط لا بدّ من بيان معناه في الفقه القانوني أولاً. والوقوف على حرية المتعاقدين في الاشتراط ثانياً. وسنفرد لكل منهما مطلباً خاصاً به.

المطلب الأوّل
معنى الشرط في الفقه القانوني

إنّ لفظ الشرط في الواقع لمعاني متعددة، فضلاً عن استعماله كوصف للالتزام. فقد يقصد به ما يستلزمه القانون من عناصر لترتيب أثر معين (كاشتراط الشكل الرسمي في الهبة). وهذا هو المعنى الأوّل للشرط، الذي يسمى بالشرط القانوني الذي يدخل كوصف للالتزام، فهو أمر عارض أو خارجي تضيفه الإرادة إلى التزام استكمل كل العناصر التي يستلزمها القانون. وهو المعنى الثاني للشرط، الذي يسمى بالشرط التعليقي. وقد نقصد بالشرط التعليقي، ما يدخله المتعاقدان من بنود في العقد لمجرد تنظيم علاقتهما العقدية (كأن يشترط مثلاً تسليم المبيع في مكان معين)، وهذا المعنى الثالث للشرط، الذي يسمّى بالشرط المقترن بالعقد. وسنتناول توضيح هذه المعاني بثلاث فروع تباعاً.

الفرع الأول
الشرط القانوني

وهو ما يتطلبه المشرع لترتيب أثر قانوني معين، كإشتراط المشرع لصحة العقد، أن يكون كل من المتعاقدين متمتعاً بالأهلية اللازمة لإبرام

العقد (المادة 93 من القانون المدني العراقي)[1]. وأن يكون رضا كل منهما سالماً من العيوب (المواد 112- 115 من القانون المدني العراقي)[2] أو اشتراط لاستحقاق التعويض وقوع الضرر (المادة 204 من القانون المدني العراقي)[3]، ونحو ذلك من الشروط التي يكون مصدرها القانون دون أن تكون للإرادة دخل في ثبوتها، أو في الاتفاق على خلافها، كاشتراط لانعاقد بيع العقار والرهن الرسمي، التسجيل في دائرة الشهر العقاري (المادة 128 والمادة 3 من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم 43 لسنة 1971)[4]، فهذه الشروط تمثل العناصر التي يتطلبها القانون لإكمال الحق، إذ لا يكتمل وجوده ولا يترتب عليه أثر ما لم يستوفِ الشروط المطلوبة قانوناً، فإذا توافرت هذه الشروط ثبت للحق أثره من وقت تحققها من غير أن يكون لها أثر رجعي[5]. وهذا ما يسمى بالشرط القانوني.

---

(1) المادة 78 ق.م. جزائري.

(2) المادة 79-91 ق.م. جزائري.

(3) المادة 124 ق.م. جزائري.

(4)324 و 793 و 883 ق.م. جزائري.

(5) د. عبدالرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج3، مكتبة النهضة المصري، القاهرة 1985، ص34-35 بند 24.

- د. عبدالحي حجازي – النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مطبعة نهضة مصر، 1954، ص179.
- د. محمد شكري سرور – موجز الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة 1985، ص151-152، بند 199.

الفرع الثاني
الشرط التعليقي

يعرف الشرط التعليقي، بأنّه أمر مستقبل غير محقق الوقوع، يعلق عليه نشوء الالتزام أو زواله وهذا هو الشرط العارض، الذي تضيفه الإرادة الالتزام، ويعتبر كوصف الالتزام. وهو أما يكون شرطاً واقفاً أو فاسخاً تبعاً لتعليق نشوء الالتزام أو زواله عليه [1]. فإن كان الشرط معلقاً عليه نشوء الالتزام كان شرطاً واقفاً وإن كان المعلق عليه زوال الالتزام كان شرطاً فاسخاً. والشرط بهذا المعنى يتطلب الأمور التالية:-

1. أن يكون الشرط أمراً عارضاً، ويعني أنّ الشرط ليس سوى أمر مضاف إلى حق مكتمل العناصر أي أنّه لا يساهم ابتداءً في تكوين الحق، ولا يمثل عنصراً من عناصره الأصلية، بل يضاف إلى الحق بعد استكمال الحق لعناصره، فيكون وصفاً فيه. وهذا الشرط قد يوجد، وقد لا يوجد، فإذا وجد جعل الحق موصوفاً بعد أن كان بسيطاً منجزاً (المادة 206 ق.م جزائري وكذا المادة 285 ق.م العراقي) ومثاله حق الموصى له قبل أن يموت الموصي، فهو حق ينقصه موت الموصى، وهو عنصر من عناصر الحق الكامل، أي حق الموصى له لا يكون كاملاً ما دام الموصي على قيد الحياة، كما لا يكون إذا مات الموصى له قبل الموصي [2].

2. أن يكون الشرط أمراً مستقبلاً، أي أنّ الأمر المشروط لاحقاً على

---

(1) د. عبدالمجيد الحكيم – الموجز في شرح القانون المدني، ج2، أحكام الالتزام، الطبعة الثالثة، بغداد 1977، ص 139، بند 272.

(2) د. عبدالرزاق السنهوري – المصدر السابق، ص23-25 بند 15 و16.

وقت التعليق، إذ لا يعد الأمر شرطاً إن كان ماضياً أو معاصراً لهذا الوقت. فلو كان كذلك لاعتبر الالتزام منجزاً لا معلقاً في حالة الشرط الواقف، ولما كان موجوداً في حالة الشرط الفاسخ، وهذه الحقيقة لا تتغير حتى لو افترضنا إنّ الطرفين أو أحدهما قد جهل وقوعه في الماضي أو في الحال (المادة 203 ق. م جزائري والمادة 286 ق. م عراقي) وإن الشرط قد يتنوع إلى شرط إيجابي، إذا كان مدلول فعله أمراً مستقبلاً إيجاباً، كتعليق الالتزام على العيش خارج مدينة معينة. وقد يكن الشرط سلبياً، إذا كان مدلول فعله أمراً مستقبلاً سلبياً، كتعليق الالتزام على ألّا يعيش في تلك المدينة [1].

3. أن يكون الشرط أمراً غير محقق الوقوع، أي أن يكون وقوع الأمر المستقبل محتملاً لا مؤكداً، وأن ينصب الاحتمال على وقوع الأمر لا على تاريخ الوقوع، أي أنّ هذا الأمر يقع وقد لا يقع وبهذا يفترق الشرط عن الأجل، فإن كان كل منهما أمراً مستقبلاً فإنّ وقوع الأمر في الشرط محتمل وفي الأجل محقق [2] (المادة 203 ق. م جزائري وكذا المادة 288 ق. م عراقي). كتعليق الالتزام على وفاة شخص خلال مدة معينة، كأن تكون سنة مثلاً، أي أن وقوعها محتمل لا مؤكداً.

4. أن يكون مصدر الشرط أمراً ممكناً، الأمر الممكن هو أمر غير

---

(1) د. عبدالرزاق السنهوري – المصدر نفسه، ص12-14 بند 6 و7.

(2) د. صبحي المحمصاني– محاضرات في القانون المدني اللبناني، الأوصاف المعدلة لآثار الالتزام، مطبعة نهضة مصر، 1958، ص65.

مستحيل الوقوع، ويقصد بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقة وقت التعليق، فلأجل أن يكون الأمر شرطاً، لا بدّ أن يكون ممكناً وقت التعليق، لأنّ الاستحالة الطارئة بعد التعليق لا تجعل الشرط مستحيلاً بل تجعله متخلفاً، كما أنّ صيرورة الاستحالة أمكاناً بعد التعليق لا تجعل الأمر شرطاً[1] (المادة 203 ق. م جزائري وكذا المادة 1/287 ق. م عراقي).

5ـ أن يكون نشوء الالتزام أو زواله معلقاً على الأمر المشروط، لأجل أن يكون الأمر المستقبل شرطاً لا بدّ أن يعلق عليه نشوء الالتزام أو زواله. فالتزام الأب بهبة ولده داراً إن تزوج، هو التزام قد علق نشوء على الأمر المشروط وهو الزواج، فإن تحقيق هذا الأمر نشأ التزام الأب بالهبة، وإن تخلّف اعتبر التزام الأب كأن لم يكن[2]، (المادة 205 ق. م جزائري وكذا المادة 289 ق. م عراقي).

6ـ أن يكون الشرط أمراً مشروعاً، أي أن يكون غير مخالف للقانون أو النظام العام والآداب العامة، كما لو شرط الزواج بمحرم، هذا ما لم يكن الباعث الدافع على اشتراطه هو تحقيق غرض مشروع يرمي إليه المشترط. وبانتفاء المشروعية يفقد الشرط صحته فيعد باطلاً[3]، (المادة 205 ق. م جزائري وكذا المادة 1/287 ق. م عراقي).

---

(1) د. محمد شكري سرور – المصدر السابق، ص208و209.

(2) د. صبحي المحمصاني– المصدر السابق، ص252 بند 206.

(3) د. عبدالمجيد الحكيم – المصدر السابق، ص144-145، بند 288-293.

الفرع الثالث
الشرط المقيد

يتمثل في الأحكام التي يشترطها المتعاقدان في العقد المبرم بينهما، بعبارة أخرى بكل ما يشترطه الطرفان المتعاقدان لتحديد علاقتهما التعاقدية وتعيين التزاماتهما وحقوقهما الناشئة عنها[1] وهذا ما يعرف بالشرط المقترن بالعقد.

بعد التعرف على معنى الشرط بمعانيه الثلاث، نرى أن الشرط المقيد يشكل صورة واضحة للمعنى الثالث وهو باعتباره من الشروط المقترنة بالعقد، التي من شأنها أن تقيد حكمه. ولا بد من وضع تعريف للشرط المقيد. تعريفاً مانعاً جامعاً. بأنّه (هو قيد إداري يرد على الحقوق الناشئة عن العقد) والشرط بهذا المعنى يكون جزءاً من العقد وبنداً من بنوده، ولا بد لاعتبار الشرط المقترن بالعقد، شرطاً مقيداً، أن تتوافر فيه عدة شروط نستخلصها من التعريف وهي:

1ـ أن يكون الالتزام بأمر ممكن، ويعني ذلك الالتزام بأمر غير مستحيل استحالة مطلقة وقت اقتران العقد بالشرط المقيد (المادة 203 ق.م جزائري وكذا المادة 1/287 ق. م عراقي) ويترتب على هذا أمران

ـ الأوّل: أن الشرط يعد متخلفاً لا مستحيلاً إن استحال الالتزام المشروط بعد اقترانه بالعقد.

ـ ثانياً: إنّ صيرورة استحالة الالتزام إمكاناً لا تجعله شرطاً ما دام لم

---

(1) إيمان طارق الشكري– أثر الشرط في حكم العقد، بحث ماجستير قدم إلى كلية القانون ، جامعة بابل، العراق 1998، ص10-11.

يكن ممكناً وقت اقترانه بالعقد. وإن من خصائص الشرط المقيد أن يكون ممكناً لتعلقه بالإرادة.

وإنّ الفرق بين استحالة الشرط، وتخلف الشرط للاستحالة. فاستحالة الشرط تعني عدم إمكان تحقق الشرط وقت التعاقد. أما تخلف الشرط للاستحالة، فيعني الاستحالة الطارئة بعد التعاقد[1]. أي إن الشرط يكون باطلاً إن كان مستحيلاً وقت التعاقد، في حين أنّ الإستحالة الطارئة بعد التعاقد لا تؤثر على صحة اشرط بل تجعل تنفيذه مستحيلاً، إذ إنّ الشرط كان ممكناً وقت التعاقد، ثم استحال بعد ذلك، وإن كانت الاستحالة الطارئة لا تؤثر على صحة الشرط فإنّ الإمكان اللاحق للاستحالة لا يجعل الشرط ممكناً، أي صحيحاً بعد أن كان مستحيلاً وقت التعاقد، لأنّ ذلك الوقت هو الفيصل في تحديد استحالة الشرط أو إمكانه.

2. أن يكون الالتزام بأمر مشروع هو التزام بأمر غير مخالف للقانون والنظام العام (المادة 204 ق. م جزائري وكذا المادة 2/287 ق. م عراقي)، ومن الأمثلة على مخالفة الشرط للقانون، هو الشرط المقيد لحق المستورد في استعمال التكنولوجيا بعد انتهاء مدة الإتفاق أو الحكم بفسخه أو إبطاله لسبب لا يرجع إلى فعل المستورد، كذلك الشرط الذي يحرم المستورد من تصدير السلع التي استعملت التكنولوجيا في

(1) د. أنور سلطان – الموجز في النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت 1974، ص209-210 بند 200.

إنتاجها[1].

3ـ أن يكون من شأن الالتزام المشروط تقييد حكم العقد، وقبل الخوض في ذلك، علينا أولاً، أن نحدد المعنى المقصود من حكم العقد. والذي يعني أما ما يرتبه العقد من التزامات وحقوق للطرفين المتعاقدين، فعقد الترخيص ينشأ في ذمة المرخص، بأن يجعل المرخص له متمكناً في الانتفاع من براءة الاختراع أو المعرفة الفنية أو العلاقة التجارية المرخص بها. وكذلك الالتزام بالضمان وتحمل التبعة. وينشأ التزامات في ذمة المرخص له، أهمها الالتزام بأداء المقابل والمحافظة على السرية والالتزام بالشروط المقيدة التي تضمنها العقد وغيرها من الالتزامات.

أو إنّ حكم العقد، يعني ما للعقد من صفات ثابتة نتيجة مشروعيته أو عدم مشروعيته، كقولنا هذا عقد صحيح أو هذا عقد باطل، أو نتيجة ما للعقد من قوة ملزمة تقتضي ترتيب آثاره في الحال أو لا تقضي ذلك.

فعقد الترخيص لازم لكلا الطرفين المتعاقدين (المرخص والمرخص له) أي ليس لأي منهما الرجوع عنه بإرادته المنفردة.

أما تقييد حكم العقد، فيكون أما تغيراً أو تعديلاً أو إضافةً، وعلى النحو التالي:-

ـ أما تغيير حكم العقد، فيكون باشتراط حكم مغاير للحكم الذي

(1) هذه الشروط وردت في الفصل الثاني من الباب الرابع من تقنين السلوك الدولي لنقل التكنولوجيا، باعتبارها شروط محظورة.

يرتبط العقد أصلاً، لأنّ من شأنه ترتيب آثار مختلفة تماماً عن الآثار التي يرتبها الحكم الأصلي، مثل إقتران عقد البيع وعقد الترخيص وغيرهما من العقود اللازمة القابلة للفسخ بشرط يعطي لمشترطه الحق في فسخ العقد، أو امضائه خلال المدة المتفق عليها. وهذا ما يسمى لدى بعض التشريعات المدنية (بشرط الخيار). وهذا يعني ما يترتب على اقتران عقد الترخيص، بشرط هذا هو تغيير حكم العقد من اللازم إلى عدمه في جانب من شرط الخيار له، حيث إنّ المشرع الجزائري لم ينظم هذا الشرط، وعلى العكس من المشرع العراقي، حيث تنص المادة 509 من القانون المدني العراقي على هذا الشرط «يصح أن يكون البيع بشرط الخيار مدة معلومة، ولا يمنع هذا الشرط من انتقال الملكية إلى المشتري سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما معاً أو لأجنبي».

أما تعديل حكم العقد، فينضوي تحت صورتين هما:

ـ الأولى، تعديل مدى الالتزامات التي يفرضها العقد أصلاً على المتعاقدين، كشرط تعديل التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق والتزام المرخص بالضمان، الذي يتمكن المرخص له بموجبه من استغلال الاختراع واستثماره خلال فترة العقد بصورة هادئة ومستقرة ونافعة[1].

إلّا أنّه أعطى للمتعاقدين الحق في اشتراط تعديل أحكامه تشديداً أو تخفيفاً أو إسقاطاً، حيث تنص المادة 384 من القانون المدني الجزائري على أنّه «يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا من الضمان أو

(1) د. سليمان مرقس– شرح القانون المدني، المجلد الأوّل، القاهرة 1980، ص390.

أن ينقصا منه وأن يسقطا هذا الضمان غير أنّ كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشاً منه»[1].

ـ الثانية، تعديل الكيفية التي يتم بها تنفيذ الالتزامات التي يرتبها العقد أصلاً، كشرط تحديد مكان أو زمان تسليم المعلومات الفنية التي تتم أساساً من خلال تسليم الوثائق الفنية التي تدون فيها المعارف التكنولوجية[2] أو تسليم المقابل.

أمّا الإضافة على حكم العقد فيكون واحدة من ثلاث صور:

ـ الصورة الأولى: إضافة التزام إلى التزامات المرخص له (المشروط عليه) لا يفرضه العقد أصلاً، وهذا أمّا أن يكون التزاماً إيجابياً، مقتضاه إلزام المرخص له بالقيام بعمل معين، وهذا أما أن يكون متعلقاً بالمعقود عليه (المحل)، كما لو اشترط المرخص على المرخص له تقديم ضمانات لدفع الثمن وأما أن لا يكون متعلقاً بالمعقود عليه كما لو اشترط المرخص على المرخص له ضرورة شراء المواد الأولية من مصدر معين أو بإحدى الشركات التابعة له.

وأما يكون التزاماً سلبياً، مقتضاه منع المتعاقد من ممارسة حق من الحقوق الممنوحة له أصلاً، كما لو اشترط المرخص على المرخص له منع أو الحد من تصدير السلع المنتجة بواسطة التكنولوجيا محل عقد الترخيص

---

(1) سلكت أغلب التشريعات المدنية على تنظيم أحكام الضمان مع أحكام عقد البيع واعتبرته القاعدة العامة الذي ينطبق على جميع العقود. حيث نظمها المشرع العراقي في المادة 259 من القانون المدني.

(2) – Burst (J.J): Op. cite, p25.

إلى الدول المجاورة والاكتفاء بالأسواق المحلية، حماية لنفسه من خلق سوق منافس لمنتجاته.

ـ الصورة الثانية: تعبر عن إضافة التزام إلى التزامات المرخص له (المشروط عليه)، يرتبه العقد أصلاً على عاتق المرخص (المشترط) أي يكون من شأن الشرط المقيد نقل عبء الالتزام كلاً أو جزءاً من عاتق الطرف الذي يتحمله أصلاً بمقتضى العقد إلى عاتق الطرف الآخر، ومن أمثلة ذلك، الشروط الواردة على نفقات الترخيص ونفقات تسليم المعلومات الفنية والتقنية التي في حيازة المرخص واللازمة للقيام بالعملية الإنتاجية.

ـ الصورة الثالثة: تكمن في إضافة التزام إلى التزامات المرخص له، يكون من شأنه المنع من ممارسة حق من الحقوق التي يرتبها العقد أصلاً. ومثاله شرط المنع من التصرف متى كان صحيحاً[1].

ويعني كل شرط يقضي بمنع المشروط عليه من التصرف فيما يملك، وهذا الشرط لا يصح إلّا إذا كان مؤقتاً ومؤسساً على باعث مشروع منطوٍ على مصلحة جدية، لأنّ حق التصرف هو أخص عناصر الملكية، وبسلبه يفقد هذا الحق قوامه. هذا من جهة، ومن جهة أخرى إنّ حق التصرف هو الذي يكفل تداول الأموال واستثمارها ويفسح المجال واسعاً أمام النشاط الفردي. وعلى هذا فإنّ شرط المنع من التصرف إذا كان مؤبداً، لا يصح أياً كانت المصلحة التي ينطوي عليها الباعث إليه

(1) نص المشرع المصري في المادة 823 و824 من القانون المدني، على شرطين لصحته وهما أن يكون مؤقتاً وأن يكون مشروعاً.

لمخالفته للنظام العام، إذ لا يمكن تبرير هذه المصلحة لحرمان الفرد مؤبداً من حق منحه إياه القانون.

وإباحة هذا الشرط يسبب عرقلة النشاط الفردي، وبهذا الاتجاه أخذ القانون المدني العراقي الذي لم يتضمن نصاً منفرداً يعالج شرط المنع من التصرف، إلّا أنّه أشار إلى تطبيقه من خلال نصوص متعددة منها المواد 977 و979 و1214 و1253. في حين لم يفرد المشرع الجزائري نصوصاً قانونية صريحة تعالج هذا الشرط وآثاره وحدود جوازه، لذا نرجع فيه للقواعد العامة.

وتبين ممّا تقدّم، أنّه لا يترتب على اقتران الشرط المقيد بالعقد، تعليق حكم العقد المقترن به أو إضافته إلى المستقبل، بل يترتب على ذلك تقييد الحكم الثابت للعقد، إذ أنّه يلزم أحد المتعاقدين أو كليهما بالتزام شرطي لمصلحة الآخر أو الغير، إضافة إلى الالتزامات الناشئة بحكم العقد، وبناءً عليه، فإنّ عقد الترخيص المقترن به شرط مقيد، هو عقد منجز غير موصوف إلّا أنّه يكون مقيداً لا مطلقاً، أي أنّ الشرط المقيد لا يرتب أثراً في تعليق حكم العقد أو إضافته إلى المستقبل. بل ينحصر أثره في تقييد حكمه فحسب. فيبدو الفرق واضح بين عقد مقترن به شرط مقيد وبين عقد معلق على شرط، أو مضاف إلى أجل، فيكون العقد معلقاً على شرط واقف، إذا علق عليه نشوء العقد أو الالتزام، بحيث إذا تحقق الشرط انعقد العقد ونشأ الالتزام. ويكون العقد مضافاً إلى أجل، إذا اقترن به شرط فاسخ، وعلق عليه فسخ العقد وزوال الحق، فإذا تحقق الشرط فسخ العقد وزال.

المطلب الثاني
حرية المتعاقدين في الاشتراط

شهد القرنان الثامن عشر والتاسع عشر، تعارضاً فقهياً بشأن مبدأ سلطان الإرادة في تكوين العقد، وما يترتب عليه من آثار، فذهب فريق من الفقهاء وهم أصحاب المذهب الفردي إلى أنّ الإرادة هي التي تنشئ العقد وترتب آثاره، بينما ذهب فريق ثانٍ، وهم أصحاب المذهب الاشتراكي إلى أن دور إرادة المتعاقد ينحصر في نطاق تكوين العقد فسحب، دون أن تتعداه إلى ترتيب الآثار عليه، في حين أتخذ فريق ثالث، وهم المعتدلون من أنصار مبدأ سلطان الإرادة. فرأى إنّ إرادة المتعاقد حرة في تكوين العقد وترتيب الآثار عليه ولكن في حدود النظام العام والآداب، وسنأتي على هذه الآراء في الإيضاح بثلاث فروع محاولين من خلالها الإجابة عن التساؤل الذي يقول، ما مدى حرية المتعاقدين في الاشتراط وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة؟

الفرع الأول
دور الإرادة في تكوين العقد وترتيب آثاره

اتجه أصحاب هذا الرأي من أصحاب المذهب الفردي، إلى اعتبار إنّ إرادة الأطراف هي التي تنشأ العقد وترتب آثاره، وتضمن هذا الرأي شقين:

ـ أوّلهما، إنّ الإرادة تنشأ الالتزامات والحقوق، أي إنّ الإرادة الحرة هي المهيمنة على جميع مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، والإرادة تتجلى بوضوح في العقد، إذ لا يلزم المتعاقدان إلّا بإرادتهما، فالعقد يستند إلى إرادة حقيقية، في حين يستند في شبه العقد إلى إرادة مفروضة، والجريمة وشبه الجريمة مردهما أيضاً إلى الإرادة وأن تكون غير مشروعة، وكما يفترض

القانون في ترتيبه للالتزامات أن الملتزم قد ارتضاها في ذمته التزاماً[1].

هذا ولم تكن الإرادة لدى أصحاب هذا الرأي هي مصدر الالتزامات فحسب، بل هي مصدر جميع الحقوق أيضاً، فالملكية مبنية على حرية الإرادة، بل هي الإرادة في مظهرها الملموس المادي[2].

ـ ثانيهما، إنّ الإرادة هي التي ترتب الآثار على الالتزامات، ولهذا الشق ناحيتان هما:

1. أنّ كل ما ارتضاه الملتزم لأن يكون ديناً في ذمته هو التزام صحيح منتج لأثاره، لأنه مبني على إرادته، فلا يمكن أن تقيد من أثر العقد بدعوة أنّ هناك غبناً لحق أحد المتعاقدين لأنّه قد ارتضا هذا الغبن بإرادته. وعلى هذا تنص المادة 59 من القانون المدني الجزائري، بأن (يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية).

2 ناحية التعديل العقد، أي ما دام العقد يتم بتوافق إرادتين مستقلتين، فلا يجوز تعديله إلّا باتباع نفس الطريقة التي تم بها، أي بتوافق إرادتي الطرفين على ذلك. ومن ثم لا يجوز للقاضي أن يعدل العقد أو يضيف إليه ما لا يتضمنه بدعوى اتباع قواعد العدالة[3]. حيث تنص المادة 1/146 مدني

---

(1) د. عبدالرزاق السنهوري – المصدر السابق، ص86، بند 86.

(2) د. أحمد حشمت أبو ستيت– مصادر الالتزام، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة 1963، ص43، بند 43.

(3) د. عبدالرزاق السنهوري – المصدر السابق، ص100-101، بند 99.

- د. بلحاج العربي – المصدر السابق، ص248.

عراقي (إذا نفذ العقد كان لازماً، ولا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلّا بمقتضى نص في القانون أو التراضي)[1]، وهذا معناه إنّ العقد هو القانون الاتفاقي الذي يلتزم به المتعاقدين فهو يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقات العقدية. ويطبقه القاضي عليهما كما يطبق القانون.

وطبقاً لهذا المبدأ، يجب على كل طرف أن ينفذ الالتزامات الملقاة على عاتقه وفقاً لمضمون العقد مع مراعاة حسن النية، اذ تنص المادة 1/150 مدني عراقي (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما أشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية)[2]. وذلك بالتعاون المستمر بين الطرفين أثناء التنفيذ.

الفرع الثاني
دور الإرادة ينحصر في نطاق تكوين العقد

اعتبر هذا الرأي أن دور الإرادة ينحصر في نطاق تكوين العقد فحسب. دون أن يتعداه إلى ترتيب الآثار عليه، إذ تختص إرادة المشرع بذلك ويذهب لهذا الرأي أصحاب المذهب الاشتراكي، وفقاً لرأيهم لا يحق لإرادة المتعاقدين ترتيب ما تشاء من الآثار على العقد المبرم بينهما، فأطراف العقد هنا يشبهون قوماً يدخلون منزلاً ليس من سلطانهم أن يحددوا كيف يؤثث... بل كل ما لهم هو الحق في الدخول إليه أو الامتناع عن ذلك إذ أنهم يجدون منزل معد من قبل اعداداً تاماً، وهم مجبرون أن

---

(1) تقضي المادة 106 من القانون المدني الجزائري (بأن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلّا باتفاق الطرفي، أو للأسباب التي يقررها القانون).

(2) المادة 107 /1 مدني جزائري .

openkandil.com

يحترموا بكل دقة ما أعده لهم من قبل شخص آخر هو المشرع[1].

هذا وقد انتقد أصحاب هذا الرأي ما انتهى إليه أنصار مبدأ سلطان الإرادة من أنّ كل النظم القانونية وكل الالتزامات مرجعها الإرادة وما يترتب عليها من آثار بحجة أنّ الالتزامات التعاقدية وإن كانت ترتكز على توافق الإرادتين فإنّها لا تستند إلى محض إرادة المتعاقد بل لاعتبارات اجتماعية ترجع إلى الثبات والثقة الواجب توفرها في المعاملات، كما يرفض خصوم المبدأ ما ذهب إليه أنصاره من أن الإرادة تهيمن على آثار العقد وتفسيره بحجة أنّ أكثر آثار العقد يرتبها القانون. وإن المتعاقدين يتفقان على الشيء الجوهري تاركاً آثار العقد الأخرى إلى القانون الذي يتبناه مراعاة لمصلحة المجتمع وقواعد العدالة. كما إنّ المتعاقدين لا يلزمان بما اتفقا عليه في العقد بل يلتزمان أيضاً بكل ما تقتضيه العدالة والعرف وطبيعة الالتزام، وكثيراً ما تقتضي العدالة عند تنفيذ العقد، أن يتدخل القاضي بل المشرع أيضاً في حياة العقد، لا سيما وأن أدت الأزمات الاقتصادية إلى اخلال التوازن بين التزامات طرفي العقد، ولا يمكن أن يخشى من تحكم القاضي هنا ما دام يطبق قواعد العدالة. لا بل الذي يخشى منه هو ترك ذلك لإرادة موهومة قد يكون من شأنها ترتيب أحكام مخالفة تماماً لما قصده المتعاقدان. وعليه فلا يمكن أن تخضع

(1) أنظر جونر – مبدأ سلطان الإرادة في القانون الخاص ديجون، 1912، ص197، نقلاً عن الدكتور وليم سليمان قلادة – التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، الطبعة الأولى، القاهرة 1959، ص334.

آثار العقد خضوعاً تاماً لإرادة المتعاقدين[1].

الفرع الثالث

تقييد دور الإرادة في حدود القانون والنظام العام

يذهب أصحاب هذا الرأي، وهم المعتدلون من أنصار مبدأ سلطان الإرادة إلى أن الإرادة حرة في تكوين العقد وترتيب الآثار عليه، إلّا أنّ هذه الحرية ليست بالحرية المطلقة بل تقيدها القواعد القانونية والنظام العام والآداب إذ أنّ لكل منهما دوراً في ترتيب آثار الالتزام دوراً يختلف سعةً وضيقاً، تبعاً لطبيعة التصرف القانوني من جهة وتبعاً للقانون الذي يبرم التصرف في ظله من جهة أخرى.

ويرى أنصار هذا المذهب في هذا الشأن، إنّ الأثر القانوني يترتب على مزيج من الإرادة والقانون ففي حالات يكون نصيب القانون أكبر من نصيب الإرادة في إحداث هذا الأثر، كما هو الحال في التصرف بإرادة منفردة. وفي القرار الإداري وفي الحكم القضائي. وفي حالات أخرى في أطار القانون الخاص كالعقد، يكون نصيب الإرادة أكبر من نصيب القانون ويقتصر القانون على أن يرتب للإرادة الأثر الذي ترسمهفتتحصر مهمته في تسجيل ذلك[2]. وعلى هذا فالإرادة لا سلطان لها في دائرة

---

(1) أنظر د. محمد لبيب أبو شنب – دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، مطبعة المستقبل، ط1، القاهرة 1989، ص31-32.

(2) أنظر د. عبدالرزاق السنهوري – التصرف القانوني والواقعة القانونية، القاهرة 1954، ص114.=

- =مشار إليه، محمد رضا عمادي – النظرية العامة في الشروط في الفقه الإسلامي، =

القانون العام، لأنّ المصلحة العامة، لإرادة الفرد هي التي تحدد الروابط الاجتماعية التي تخضع لهذا القانون.

أمّا في دائرة القانون الخاص، فلا مجال للإرادة فيما يتعلق منها بالأسرة، إلّا بنطاق محدود، لأنّ الاساس الذي ترتكز عليه الأسرة هو عقد الزواج، ومصدره إرادة المتعاقدين، ولكن الآثار التي تترتب عليه ينظمها القانون وفقاً لمصلحة الأسرة والمجتمع، بمعنى أنّها لا تكون خاضعة لإرادة الطرفين. وكذا الحال بالنسبة لروابط الأسرة. في حين نرى الإرادة جلية، في قسم الأموال من دائرة القانون الخاص وخاصة في مجال الحقوق الشخصية، إذ إنّ الإرادة هي مصدر الكثير من هذه الحقوق وهي التي ترتب آثارها في الوقت ذاته. إلّا أنها حقوق محددة لا يمكن للإرادة أن تخلق منها شيئاً جديداً، كما أنّ آثارها لا تخضع لإرادة الأفراد إلّا نادراً، إذ يتولى القانون في الغالب تحديد مداها.

يبدو إنّ دور الإرادة ينشط في مجال الحقوق الشخصية، أكثر من أي مجال آخر، إلّا إنّ الإرادة ليست هي المصدر الوحيد لهذه الحقوق، إذ توجد بجانبها مصادر أخرى لا تقل أهمية عنها، كالعمل غير المشروع وتكاد تقرب منها في الأهمية كالإثراء بلا سبب.

وإن الإرادة من حيث أنّها تنشأ الالتزامات التعاقدية مقيدة بحدود النظام العام والآداب، لا بل يضعف دور الإرادة في نطاق هذه القيود في بعض القيود التي تخص طوائف وجماعات معينة. فتضع نظم ثابتة لا يمكن الخروج

- =-قارنة بالفقه العربي، بحث ماجستير، كلية الآداب، جامعة بغداد، العراق 1970.

عليها كما في الجمعيات والنقابات والشركات، فهذه تنظمها إرادة الجماعة التي تنتمي إليها، لا إرادة فرد من أفرادها.

كذلك اختلاف التوازن بين القوى الاقتصادية، يمثل قيداً آخر على حرية الإرادة، إذ يسمح للقاضي بتعديل التزامات الطرفين المتعاقدين، مما يحقق التوازن بينهما ومن ثم القانون يراعي في بعض الحالات الجانب الضعيف في العقد، كما هو الشأن في عقود الإذعان وفي نظرية الاستغلال[1].

كما تمثل الشكلية في بعض العقود مثل (عقد بيع العقار المادة 508 مدني عراقي وكذلك المادة 3/ 2 تسجيل عقاري عراقي، و المادة 324 و793 ق.م جزائري وعقد بيع المحلات التجارية المادة 78 ق. التجاري الجزائري)، والتي تنص عليها باقي القوانين في الوقت الحاضر، حماية المتعاقد، وهذه تمثل قيداً آخر على حرية الإرادة، ونجد ذلك في الحقوق العينية التي يتسع فيها دور إرادة المتعاقدين في آثار العقد.

أما دور الإرادة وحدودها في مجال التجارة الدولية، فإنّ عقود الترخيص، تعتبر من العقود الزمنية سواء كانت ذات تنفيذ مستمر أو ذات تنفيذ دوري، فالزمن هو عنصر جوهري فيها وبقدر ما تمتد مع الزمن، بقدر ما يكون تغير الظروف محتملاً. وتضاف إلى الأخطار

(1) تنص المادة 110 من القانون المدني الجزائري «أنّه إذا تم العقد بطرق الأذعان، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط،أو أن يعفى الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك». كذلك اتجه المشرع العراقي نفس الاتجاه في المادة 167 من القانون المدني.

الخارجية عن العقود، أخطار أخرى تلحق بها في حد ذاتها وتنال منها ومنها الغرر أو الاحتمال L'AEA لما تنطوي عليه من تعقيدات تقنية خاصة في عقود نقل التكنولوجيا وبيع المجمعات الصناعية. لذا تعتمد الأنظمة القانونية المقارنة إزاء هذه الأخطار القاعدة المعروفة (العقد شريعة المتعاقدين Pactasuntservanda) التي يلتزم بموجبها الأطراف بتنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه من بنود[1] ولكن هذا المبدأ لا يعمل به على الإطلاق، فمجاله محدوداً ومقيداً بالنظام العام أو الآداب العامة وبحسن نية في تنفيذه ولا يعدل إلّا باتفاق الطرفين أنفسهم. وبإمكان الأطراف في العقود الدولية أن تعدل أو تلائم الشروط المقترنة بها، شريطة عدم مخالفتها للقواعد القانونية الآمرة أو النظام العام أو الآداب. وذلك في حدود العناصر الطبيعية للعقد.

ولو أمعنا النظر في التراخيص التي تمنح للدول المختلفة صناعياً لوجدنا التعارض في المصالح واضحاً بين مصالح المشروعات المتلقية للتكنولوجيا وبين المصالح الاقتصادية والاجتماعية للدول الصناعية، فذيوع الشروط المقيدة التي سنأتي على بيان أنواعها لاحقاً، تؤدي إلى زيادة النفقة الاجتماعية لنقل التكنولوجيا وما يترتب على ذلك من آثار سلبية على ميزان المدفوعات، وبالتالي على اقتصاديات الدول المتخلفة صناعياً، لهو أبلغ دليل

(1) عواق صليحة – تكييف العقود الدولية مع تغير الظروف، بحث ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر 1998، ص4.

على هذا التعارض في المصالح، الأمر الذي يقتضي تدخل الدولة بأدواتها التشريعية والإدارية لمحاولة إعادة التوازن بين مصالح الأطراف.

كما أن مثل هذه الشروط التقييدية يطرح عدد من التساؤلات حول معنى وقيمة مفهوم الحرية التعاقدية في مجال العلاقات المتكافئة وغير المتكافئة، بحيث تتميز العلاقة بعدم التكافؤ بين طرفيها من حيث القدرة التفاوضية كما هو الحال في عقد الترخيص، وعقود نقل التكنولوجيا. أنظر لطبيعة السوق من ناحية وبغيبة المعلومات المتعلقة بموضوع العقد بالنسبة للطرف الضعيف من ناحية أخرى. يصبح الكلام عن الحرية التعاقدية في ظل مبدأ سلطان الإرادة ومدى أعمال دور الإرادة فيه، مجرد أوهام، الأمر الذي يقتضي مرة أخرى ضرورة تدخل المشرع في الدول المتلقية لإعادة التوازن إلى العلاقة العقدية.

يتضح مما تقدم، بأن فلسفة القانون المدني العراقي و الجزائري، فيما يخص نظرية العقد، تقوم على أساس تحقيق التوازن بين مصلحة طرفي العلاقة، وفقاً لمقتضيات العدالة والإنصاف وأحكام النظام العام. فالعقد شريعة المتعاقدين، غير أنّ قوته الملزمة محدودة بضرورة خدمة التوازن التعاقدي واستقرار المعاملات، انطلاقاً من وظيفته الاجتماعية والاقتصادية. وسلطة القاضي في هذا الخصوص مطلقة في ترشيد العقد، وتعديله إلى الحد المعقول الذي يخدم الفرد والمجتمع.

وأخيراً هذه هي الحدود التي يرسمها القانون في الوقت الحاضر ميداناً لسلطان الإرادة. فهو يعترف بهذا السلطان كمبدأ عام. ولكن يحصره في دائرة معقولة تتوازن فيها الإرادة مع العدالة والصالح العام لا سيما في الإطار الاقتصادي.

المبحث الثاني
أنواع الشرط المقيد

يقصد بالشرط المقيد سواء في عقد الترخيص أو في عقود نقل التكنولوجيا، ذلك الذي يفرضه الطرف المرخص على المرخص له، عند التعاقد في شأن نقل التكنولوجيا، وبعبارة أخرى ما يمليه الطرف الآخر، الذي هو دائماً المورد، المالك، المسيطر على التكنولوجيا، من شروط تعسفية[1].

ويضطر الطرف المتلقي لها إلى قبولها بدون منافسة، كطرف متعاقد نتيجة حاجته للتكنولوجيا محل التعاقد وعدم توافرها لسوقه المحلية.

والأثر الاقتصادي لمثل هذه الشروط معروف مقدماً، ألا وهو الإضرار الأكيد بالمصالح الاقتصادية للبلاد حيث يفوت على الدولة إمكانية الحصول على التكنولوجيا بأسعارها الحقيقية بدون مبالغة، أو تعنت، مما له الأثر الخطير من دفع عمولات حرة في غير المكان المناسب.

ومن الجدير بالذكر تناول تقنين السلوك لنقل التكنولوجيا، الشروط المقيدة في بابه الرابع الذي أثار ولا يزال ثير كثيراً من الجدل، لا حول مضمون الشروط فحسب، وإنّما حول صياغتها أيضاً.

ولهذا كثرت في هذا الباب الالفاظ والعبارات الموضوعة بين الأقواس

---

(1) التعسف، هو انحراف في مباشرة سلطة من السلطات الداخلة في حدود الحق، أي أنّ صاحب الحق يعمل داخل نطاق حقه، ولكن يتمادى في استعمال هذا الحق. وقد حددت المادة 2/7 مدني عراقي والمادة 41 ق. م جزائري، الحالات التي تعتبر تعسفا.

شارةً إلى وجود خلافات في شأنها. وما هذه الخلافات في الواقع إلّا انعكاسات للخلاف الجوهري حول القوة الملزمة للتقنين، حيث تريده مجرد مجموعة قواعد مفرغة في اتفاقية دولية ملزمة لأطرافها. بينما تريده الدول الغربية مجرد مجموعة ارشادات لا تلتزم الدول المشتركة في عمل التقنين إلّا بالحث على اتباعها[1]. لذا سنشير في هذا الخصوص إلى بعض صور هذه الشروط أو القيود ومدى أثرها على المرخص له وبيان التكييف القانوني لها، وذلك في مطلبين متتاليين وكالآتي:-

المطلب الأول
صور الشرط المقيد

ترد الشروط المقيدة في عقود الترخيص وعقود نقل التكنولوجيا، والمبرمة بين الشركات العملاقة التي تمثل الدول الصناعية المتقدمة (دول الشمال) والدول المتخلفة صناعياً (دول الجنوب). وهذه الشروط تتخذ أشكالاً وصوراً مختلفة، فمنها ما يتمثل في فرض الرقابة على الطرف المتلقي للتكنولوجيا أو المرخص له، ومنها ا يمنع أو يحد في تطوير التكنولوجيا وفق احتياجات ومناخ دولته، وأخيراً ما يتعلق بحرمان المتلقي من بحث صلاحيات حقوق الملكية الصناعية في حالة كونها عنصراً من عناصر التكنولوجيا محل العقد. وسنتطرق لكل من هذه المجاميع الثلاث بفرع خاص.

---

(1) للمزيد أنظر د. محسن شفيق – نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، المصدر السابق، ص26.

obeikandl.com

الفرع الأول
الشروط المقيدة وفرض الرقابة على الطرف المتلقي للتكنولوجيا

تتمثل الشروط المقيدة المتعلقة بالرقابة على الطرف المتلقي[1] بما يلي:-

1ـ اشتراط تعيين واستخدام العمالة المقدمة من الطرف الأولّ، المرخص (المصدر للتكنولوجيا). قد يشترط الطرف المورد، استخدام عماله وفنييه في تنفيذ العقد دون عمال ومستخدمي الطرف المتلقي. ويعتبر مثل هذا الشرط ممثلاً لقيود على حرية الطرف المتلقي. فلا شك إنّ الطرف المتلقي لا يقصد فقط من التكنولوجيا المنقولة له مجرد انتاج سلعة ما أو بيعها بالأسواق، بل يهدف إلى أكثر من ذل وهو استخدام عماله ومهندسيه وفنييه في التطبيق التكنولوجي ومعرفة هذا التطبيق معرفة فعالة تمكنهم من الاستغناء كلية من عمال ومستخدمي الطرف المورد للتكنولوجيا.

وعلى العكس، تهدف الدول المصدرة للتكنولوجيا السيطرة الدائمة على استخدامات التكنولوجيا دون غيرها. مما يجعل تبعية الدول النامية للدول المتقدمة تبعية دائمة ومستمرة.

وقد يلجأ الطرف المورد للتكنولوجيا، ليس إلى فرض عماله وفنييه، بل اشتراط موافقته على العمال المستخدمين والفنيين الوطنيين، الذين

---

(1)د. سميحة القليوبي– تقييم شروط التعاقد والالتزام بالضمان في عقود نقل التكنولوجيا، مجلة مصر المعاصرة، القاهرة 1986، ص98.

obeikandl.com

يرغب في استخدامهم الطرف المتلقي للتكنولوجيا. وترى أنّ مثل هذه الشروط تضع قيداً على حرية الطرف المتلقي رغم كونهم من المواطنين أو حاملي جنسيته. ذلك أنّ اشتراط موافقة الطرف المورد، فيه اهدار للحق الطبيعي للطرف المتلقي و الأنسب في هذا الخصوص هو ترك حرية التعيين والاستخدام للعمالة المنفذة للتكنولوجيا محل العقد إلى إرادة ورغبة الطرف المتلقي، طالما توافر لديه الخبراء والفنيين للقيام بالمهام المطلوبة في مجال التكنولوجيا المستخدمة.

وتحرم مثل هذه الشروط المقيدة معظم التشريعات الوطنية الخاصة بنقل التكنولوجيا للدول النامية. وعلى سبيل المثال، مشروع القانون المصري لنقل التكنولوجيا، قد تضمن نصاً مماثلاً لنص المادة 7 من القانون المكسيكي الصادر عام 1972 والمادة 15 من القانون المكسيكي الجديد الصادر عام 1981 إذ تنص المادة السادسة من المشروع المصري، على أن يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً ويحظر تسجيله في الحالات الآتية: إذا كان العقد يمنع أو يقيد حق المتلقي في مجال التصدير بما يتعارض مع مصالح الدولة.

2ـ وقد يفرض الطرف المرخص، المورد للتكنولوجيا شروطاً تمنع المتلقي من تصدير ما ينتجه بواسطة التكنولوجيا المنقولة. كذلك بالنسبة للشروط التي تحدد كمية المنتج ونوعه أو تلك التي تحدد مكان المبيعات أو تشترط الحصول على الموافقة المسبقة للطرف المصدر لا مكان التصدير.

إنّ مثل هذه الشروط يترتب عليها شل حركة متلقي التكنولوجيا في

كميات الإنتاج أو قدر المبيعات أو مكانها الأمر الذي يجب أن يقدره بما يتناسب وظروف السوق المحلية أو الخارجية. هذا بالإضافة إلى شروط منع متلقي التكنولوجيا من تصدير منتجاته المصنعة بواسطة التكنولوجيا المنقولة من شأنها حرمان متلقي التكنولوجيا من تحقيق الربح الذي يأمله بإعادة التصدير، وكذلك حرمان الدولة من العملات الصعبة مقابل تصدير هذه المنتجات، الأمر الذي يضر باقتصاد البلاد.

ومن المستقر عليه في التشريعات الوطنية للدول النامية والخاصة بتنظيم نقل التكنولوجيا بطلان مثل هذه الشروط بطلاناً مطلقاً نظراً لتعلقها بالنظام العام. ومثال ذلك، التقنين البرازيلي للملكية الصناعية الصادر بمقتضى القانون رقم 5772 والمؤرخ 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. وذلك لتحديد المجال الإقليمي الذي يمارس فيه الطرف المرخص له حقه في الاستغلال في أضيق نطاق ممكن، بعيداً عن المجال الإقليمي الذي يسيطر عليه مالك التكنولوجيا.

3ـ ومن صور الشروط المقيدة، تلك التي تتعلق بالدعاية والإعلان، إذ غالباً ما يشترط الطرف المورد للتكنولوجيا منع الطرف المتلقي من إجراء دعاية وإعلان عن المنتجات المصنعة بواسطة التكنولوجيا المنقولة. كما يشترط بعض القيود في حالة قبوله الإعلان عن هذه المنتجات. وتقصد عادة الدول المتقدمة من إدراج مثل هذه الشروط بعقودها مع الدول النامية، تفادي المنافسة خاصة إذا كانت المنتجات المصنعة من

التكنولوجيا محل العقد على درجة من الإتقان، تعادل منتجات الطرف المورد بالإضافة إلى حرمان الدول النامية من أن تصبح على قدم المساواة علناً في الأسواق التجارية الخارجية.

وتقرر التشريعات المنظمة لنقل التكنولوجيا، بطلان مثل هذه الشروط لما فيها من رقابة وتحكم من الطرف المورد للتكنولوجيا على الطرف المتلقي. وعلى العكس تصبح مثل هذه الشروط المتعلقة بالدعاية والإعلان، يجوز الاعتراف بصحتها إذا كان القصد منها وقاية المورد من المسؤولية عن الإنتاج أو حماية مستهلكي السلعة أو سلامة الجمهور أو الحفاظ على سرية التكنولوجيا محل العقد. وهذا ما نص عليه مشروع التقنين الدولي لنقل التكنولوجيا في الباب الرابع، بمناسبة تعداده للشروط المحظورة وورد هذا الحظر للشروط المقيدة الخاصة بالإعلان والدعاية في المحظور الثاني عشر من التقنين[1].

4. ومن أهم القيود التي ترد في عقد الترخيص تلك التي تتعلق بأسعار المنتجات المصنعة للتكنولوجيا محل العقد، إذ يلجأ المورد إلى بيع المنتجات بأسعار معينة والتي غالباً ما تكون أعلى من مثيلاتها في السوق الخارجية، وذلك بقصد حماية مصالحه الاقتصادية. وهذه الأسعار المفروضة، غالباً ما لا تتناسب ومصالح الدول المستغلة أو مستوى المعيشة فيها خاصة إذا كان تكلفة الإنتاج أقل كثيراً نتيجة توافر المواد الأولية أو أسعار الأيدي العاملة الوطنية.

---

(1) د. محسن شفيق – المصدر السابق، ص31.

ويحـرم مشـروع التقـنين الـدولي لنقـل التكنولوجيـا ، مثـل هـذه الشـروط، حيـث ينص المحظـور السـادس الـوارد في البـاب الرابـع الخـاص بالشروط المقيدة على أنه (يحـرم الشـرط الـذي يفـرض على المستورد ثمناً معيناً عند بيع السلعة التي استعملت التكنولوجيا في إنتاجها في السوق المحلية).

5ـ وهنـاك الشـروط المقيـدة المتعلقـة بمنـع المتلقـي مـن اجـراء بعـض الأبحـاث والتحسـينات علـى التكنولوجيـا محـل العقـد ، أو الشـروط الـتي تلـزم الطـرف المتلقـي بـإعلام المـورد بكافـة التحسـينات ومنحـه إياهـا دون مقابل. إنّ مثل هـذه الشـروط تـؤدي إلى اسـتغلال الطـرف المتلقـي اسـتغلالاً كبيراً ذلك أنّ من حقه اجراء هذه التحسينات والحصـول علـى مقابلها إذا ما اشترط المورد الحصول عليها.

وتقـرر التشـريعات الوطنيـة بطـلان مثـل هـذه الشـروط وتعتبرهـا مـن الشروط التعسفية واجبة البطلان. كذلك الحكم بالنسبة للشـروط الـتي تجبر المتلقي على التنـازل دون مقابـل عـن الابتكـارات أو التحسـينات الـتي يقوم بها المتلقي أو يحصل عليها خـلال فـترة التعاقـد. حيـث ينص التشـريع المكسيكي آنف الذكـر، في المادة 5/7 نصاً يقضي بمنع تسـجيل عقـود نقـل التكنولوجيـا الـتي تفـرض علـى المتلقـي أي قيـود في مجـال البحـث والتطوير. ونجد نصوص مماثلة في التشـريع الكولومبي، في المـادة 2 مـن المرسوم رقم 1234 الصادر في 18 يوليو 1972 والخـاص بتحديـد معـايير تقييم عقـود نقـل التكنولوجيـا. وكـذلك المشـرع النيجيري في المـادة 2/6

من المرسوم رقم 70 الصادر في 24 سبتمبر 1979[1].

6. ومن أحداث الشروط المقيدة التي يضمنها الطرف المورد، تل التي تفرض على المتلقي مساهمة الطرف المورد والتحكم في سير المشروع مما يحقق مصالح الطرف المورد في الدرجة الاولى.

وتقرر التشريعات المنظمة لنقل التكنولوجيا تحريم مثل هذه الشروط، لأنّها تمثل في جوهرها نوعاً جديداً من التبعية الاقتصادية. حيث ينص المحظور الثامن عشر في الباب الرابع من مشروع تقنين الدولي لنقل التكنولوجيا على أنّه (يحرم الشرط الذي يعلق نقل التكنولوجيا على قبول المستورد إشراك المورد في إدارة منشأته). والهدف من هذا الحظر تمكين الدول النامية من الاحتفاظ باستقلالها الاقتصادي، بمنع الدول المتقدمة ومشروعاتها من السيطرة على منشآتها توجيهها غلى ما لا يتفق ومصالحها الاقتصادية أو السياسية أو الاجتماعية.

الفرع الثاني

الشروط المقيدة ومنع المتلقي للتكنولوجيا بأقلمتها[2]

1. يفرض عادة الطرف المورد في عقد الترخيص شروطاً مقيدة، يلزم فيها الطرف المتلقي لهذه التكنولوجيا، يكون من شأنها منعه من أقلمتها وفق احتياجات مجتمعه وظروف عملاءه وأجواء السوق المحلية، الذي يرغب في بيع منتجاته المصنعة من التكنولوجيا محل العقد في هذا

(1) د. حسام محمد عيسى – المصدر السابق، ص360.

(2) د. سميحة القليوبي– المصدر السابق، ص101.

السوق، ومن الأمثلة على ذلك الشرط الذي يمتنع بموجبه المحلي. حيث تضمن القانون الأرجنتيني رقم 21617 الصادر عام 1977، نصاً يحرم الشروط التي تقيد حرية الطرف المتلقي في ممارسة عمليات البحث والتطوير. ونرى أنّ من حق المتلقي أقلمة التكنولوجيا محل العقد وفق ظروف مجتمعه، إضافة إلى أنّ كل تكنولوجيا تخلق بالدرجة الأولى لإشباع رغبات وحاجات المجتمع الاقتصادية والاجتماعية، هذه الرغبات والاحتياجات تختلف حتماً بظروف البيئة والمناخ من دولة إلى أخرى. لذلك تحتاج الدول النامية إلى بعض الاضافات أو التعديلات على التكنولوجيا محل العقد لتلائم وتناسب المجتمع المنقولة إليه، ما يجب أن تتناسب مع قدرات وكفاءة الطرف المتلقي حتى تحقق الغرض المرجو منها. وهذه الشروط إذا ما وردت في العقد تعتبر باطلة. إلّا أنّه بعض التشريعات من دول العالم الثالث، تسمح بصحة هذه الشروط حرصاً على مصلحة وسمعة الطرف المورد للتكنولوجيا، إذا كان المتلقي يستخدم العلامة التجارية أو الصناعية للطرف المورد أو اسمه التجاري.

2. ويلجأ الطرف المورد أحياناً إلى اشتراط الطرف المتلقي بشراء أية تكنولوجيا أخرى أو خدمات يقدمها الطرف المورد رغم أنّها غير مقيدة للطرف الملتقي من وجهة نظره.

ومثل هذه الشروط تعد باطلة وتقرر بطلانها معظم التشريعات الوطنية للدول النامية، ذلك أنّها تلزم الطرف المتلقي بدفع مبالغ طائلة مقابل تكنولوجيا أو خدمات لا ترى فيها فائدة مما يحمل الدول النامية دفع مبالغ بعملات صعبة دون مقابل يعود عليها، الأمر الذي يضر

باقتصاديات البلاد.

3ـ ومن الشروط التي تعد باطلة تلك التي يفرضها الطرف المورد للتكنولوجيا على الطرف المتلقي، والتي من شأنها تحديد مصادر التكنولوجيا والخدمات التي يقدمها الطرف المورد ومصادر قطع الغيار وما يلزم لاستمرار التشغيل. وهذه الشروط من شأنها تحميل الطرف المتلقي بالتزامات مكلفة مادياً. حيث يضطر إلى دفع أثمان باهظة، مقابل الخدمات وقطع الغيار المحددة المصدر التي لا يمكنه البحث عن مصادر غيرها، مما يكثر من تكاليف الإنتاج دون داعٍ الأمر الذي يصعب معه أن يكون الطرف المتلقي منافساً للطرف المورد في يوم ما.

بالإضافة إلى أنّ من شأن هذه الشروط تحديد كميات الإنتاج حيث يتحكم المورد في كميات المواد الأولية أو قطع الغيار لاستمرار التشغيل وكميته، ممّا يؤثر فعلاً على الكميات المنتجة، هذا من جانب ومن جانب آخر تعتبر مثل هذه الشروط صحيحة إذا كان تحديد مصادر المواد الأولية أو قطع الغيار لازمة وضرورية للحفاظ على السر التجاري للتكنولوجيا محل العقد، وذلك لضمان حسن التنفيذ النهائي للمنتجات المصنعة بواسطة التكنولوجيا محل العقد، وذلك بقصد حماية سمعته وعلامته واسمه التجاري.

الفرع الثالث
الشروط المقيدة ومنع الطرف المتلقي من بحث صلاحيات حقوق الملكية الصناعية[1]

1ـ كثيراً ما يتضمن عقد الترخيص أو عقود نقل التكنولوجيا شروطاً يفرضها الطرف المورد على المتلقي من شأنها حرمانه من بحث مدى صلاحية حقوق الملكية الصناعية موضوع ومحل العقد ويقصد بحقوق الملكية الصناعية الحقوق التي ترد على ابتكارات جديدة مثل الاختراعات والرسوم والنماذج الصناعية وتلك التي ترد على إشارات مميزة، كالأسماء التجارية أو العلامات التجارية أو الصناعية هذه الحقوق الصناعية التي ترد على ابتكارات جديدة تمكن صاحبها من احتكار استغلالها اقتصادياً لمواجهة الكافة، بمعنى أنّ المبتكر وحده دون غيره، حق استغلال اختراعه أو رسمه أو نموذجه الصناعي بصفة مطلقة لمواجهة الكافة ويترتب على هذا الاحتكار حماية المحتكر من منافسة غيره.

على أنّ المشرع وحماية للمجتمع يؤقت حق المبتكر حتى يستفيد المجتمع من ابتكاره، ومثال ذلك انقضاء الحق على البراءة لمضي عشرين سنة ابتداءً من تاريخ إيداع الطلب، حيث تنص المادة 9 من قانون حماية الاختراعات في الجزائر ذو الرقم 93- 17 والصادر عام 1993، بقولها (تحدد مدة براءة الاختراع بعشرين (20) سنة ابتداءً من تاريخ إيداع

(1) د. سميحة القليوبي– تقييم شروط التعاقد، المصدر نفسه، ص103.

الطلب....)[1]، هذه الحقوق المتعلقة بالملكية الصناعية تزول نهائياً بمضي المدة المحددة لحمايتها قانوناً، كما أشرنا أعلاه، كما تزول أيضاً إذا ما تبين بطلانها أو المنازعة في ملكيتها وصدور أحكام قضائية نهائية في ذلك. ومن شأن الشروط المقيدة التي تفرض على المتلقي عدم محاولة بحث صلاحية هذه الحقوق أو بحث ما إذا كانت قد انقضت أو سقطت في الدومين من عدمه، تكون من شأنه حرمان المتلقي من حق طبيعي هو معرفة مدى صلاحية التكنولوجيا محل العقد، أمّا إذا كان المقابل الذي يقوم بدفعه يقابل حقاً احتكارياً للمورد متمتعاً بالحماية القانونية من عدمه، والقول بغير ذلك يجعل الطرف المتلقي ملزماً بقبول تكنولوجيا سبق سقوطها بالدومين العام، ويدفع أتاوة باهظة مقابل مال مباح دون أية التزامات مالية، أن مثل هذه الشروط التعسفية تعد باطلة بطلاناً مطلقاً. وتقرر هذا البطلان معظم تشريعات الدول النامية.

2. ومن الشروط المقيدة أيضاً ما يرتبط بالحقوق الملكية الصناعية التي تضع قيداً على الطرف المتلقي بعد استعماله التكنولوجيا رغم انتهاء مدة حمايتها أو بعد انتهاء مدة العقد أو بعد فقد التكنولوجيا لسريتها، كحرمان المتلقي للتكنولوجيا من حقوق يملكها الجميع، وهي الاستخدام المباح لحقوق سقطت في الدومين العام. وأزاء هذه الممارسات التقييدية، فقد كان من الطبيعي أن يتدخل المشرع في العديد من الدول

(1) تنص المادة 13 من قانون براءة الاختراع والنماذج الصناعية رقم 65 لسنة 1970 المعدلبما يلي «مدة البراءة خمس عشر سنة تبدأ من تاريخ طلب البراءة أو من تاريخ إكمال الوثائق...».

النامية، لوضع حد لها. من ذلك مثلاً ما تنص عليه المادة 141 من القانون الهندي رقم 39 سنة 1981، بشأن تحديد حقوق والتزامات أطراف عقد الترخيص في استغلال التكنولوجيا الأجنبية والعلامات التجارية والبراءات من خطر إمتداد عقد الترخيص إلى ما بعد انتهاء مدة البراءة. كذلك نجد نصاً مماثلاً في القانون الفنزويلي، حيث تنص المادة 71 من المرسوم رقم 2442 لسنة 1977 على أنّه لا يجوز دفع أتاوات أو غيرها مقابل استخدام علامات تجارية أو براءات أو نماذج صناعية لمدة تجاوز مدة صلاحية حقوق الملكية الصناعية[1].

3ـ وهناك الشروط المقيدة التي تلزم الطرف المتلقي للتكنولوجيا بإبرام العقد مدة غير محددة أو لمدة طويلة. ويقصد من ذلك الطرف المورد إلزام المتلقي باستخدام التكنولوجيا محل العقد، بصفة دائمة أو لمدة طويلة نسبياً، حتى يطمئن على استمرار المقابل رغم ما في ذلك من أضرار هامة، قد تلحق بالطرف المتلقي أو تمثل قفزة صناعية كبيرة على التكنولوجيا محل العقد.

إنّ ما سبق ذكره من الشروط المقيدة، التي تتضمنها عقود الترخيص وعقود نقل التكنولوجيا التي تبرم عادة بين أطراف ينتمون إلى دول متقدمة وأطراف ينتمون إلى دول نامية. إنّما هي أمثلة لما يكشف عنها الواقع العملي وهناك الكثير من الشروط المقيدة التي تلجأ إليها أطراف

)1 (– UNCTD: control of restrictive practices in transfer of technology transactions, TD/AC. 1/17, 16 1une 1978, p20.

التعاقد بحيل وألاعيب متعددة، خاصة تلك الأطراف التي تنتمي إلى الشركات المتعددة الجنسية التي تسيطر سيطرة كاملة على سوق التشريعات الوطنية المنظمة لنقل التكنولوجيا، بما يحقق مصالحها الاقتصادية والعمل على الوصول إلى تعاون دولي في سبيل تحقيق تقدم اقتصادي قائم على العدل والتعاون.

وأخيراً إذا ما تعرفنا على صور الشروط المقيدة، وكيفية استخدامها في استراتيجية الشركات متعددة الجنسية، فكان لا بد من بيان التكييف القانوني لهذه الشروط، من خلال توضيح الطبيعة القانونية وتحديد النظام القانوني الذي ينتمي إليه هذه الشروط، وهذا ما سنراه في المطلب التالي.

المطلب الثاني
التكييف القانوني للشرط المقيد

من أجل إعطاء تكييف قانوني دقيق للشرط المقيد. لا بد لنا بيان الطبيعة القانونية لهذا الشرط المقترن بتنفيذ العقد، ومن ثم التعرف على النظام القانوني الذي ينتمي إليه، وذلك في فرعين متتاليين.

الفرع الأول
الطبيعة القانونية للشرط المقيد

هناك خلاف حو الطبيعة القانونية لهذا الشرط، يعود إلى أنّ هذا الشرط نشأ نتيجة لاجتهاد المتعاملين في نطاق التجارة الدولية، دون الاستناد إلى نص تشريعي ويمكن ايجاز أهم الآراء الفقهية التي قبلت بشأن الطبيعة القانونية للشرط المقيد وكما يلي:

1. ذهب جانب من الفقه إلى أنّ الشرط المانع، يعد انتقاصاً من أهلية الشخص الممنوع[1]. ومن المعروف إنّ الأهلية، هي صلاحية الشخص لأن يتحمل واجبات وتثبت له حقوق، لأن يباشر بنفسه الأعمال القانونية. وهذا الرأي يقول بأنّ الشرط المانع، هو انتقاص من أهلية الممنوع من التصرف والأهلية المقصودة هي أهلية الأداء لا أهلية الوجوب، انتقد هذا الرأي لأنه من البديهيات القانونية، هو أنّ الأهلية لا يمكن أن تكون محلاً للتعامل وأن القانون هو الذي يملك الحد منها حيث تنص المادة 45 من القانون المدني الجزائري «ليس لأحد التنازل عن اهليته ولا لتغير أحكامها»[2]، كما أن أحكام الأهلية من النظام العام، ولا يجوز أن يعطي شخص أهلية غير متوافرة لديه والحرمان من أهلية موجودة أو الانتقاص منها، وكل إتفاق على خلاف ذلك يعد باطلاً.

3ـ وذهب رأي آخر[3]، إلا اعتبار الشرط المانع يتضمن التزاماً بالامتناع عن عمل، حيث يلتزم الممنوع من التصرف بمقتضى الشرط

---

(1) د. عبدالرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني، المصدر السابق، ص523.

(2) تنص المادة 93 مدني عراقي «كل شخص أهل للتعاقد، ما لم يقرر القانون عدم أهليته أو يحد منها».

(3) د. مصطفى الجمال – نظام الملكية، الدار الجامعية، القاهرة 1987، ص381.

- د. عبد المنعم البدراوي – شرح القانون المدني، الحقوق العينية، دار الكتب العربي، مصر 1956، ص97.
- د. حسام محمد عيسى – نقل التكنولوجيا، المصدر السابق، ص335.

التزاماً سلبياً هو الامتناع عن عمل معين طيلة مدة العقد. وعلى ضوء هذا التكييف للشرط المانع، فإنّ الالتزام المفروض على الممنوع، يقترب كثيراً من الالتزام المفروض على عاتق بائع المحل التجاري، بعدم فتح محل مماثل للمحل المبيع في مكان معين ولمدة معينة.

ومثل هذا التكييف، وإن كان قد بدا وجيهاً في مظهره، إلّا أنّه في حقيقة الأمر غير سليم في جوهره والنتائج التي يمكن أن تترتب على الأخذ به. لأنّه سيقضي إلى أن يكون الجزء الذي يترتب على مخالفة الشرط المانع، هو فسخ العقد الذي كان الطرف الممنوع من التصرف قد التزام بمقتضاه بعدم الإثبات بتصرفات تناقض مقتضى وجوهر الشرط، وبالتالي إعادة الحال إلى ما كان عليه عند ابرام العقد، باعتبار أنّ الفسخ ما هو إلّا جزاء خاص على الاخلال بالالتزامات التي يفرضها العقد. وهذا ما لا يمكن تصوره في العقود التي ترد على المنفعة ومنها عقد التراخيص. وذلك حسب المواد 119، 122 مدني جزائري، التي سنأتي على بيان أحكامها في آثار الشرط المقيد.

واتجه الفقه في مصر إلى القول، بأنّ تحقيق الغاية من الشرط المانع، باعتباره التزاماً بامتناع عن عمل، عند مخالفة ذلك الشرط، يستلزم أعمال قاعدة التنفيذ العيني وذلك على أساس المادة 212 مدني مصري، والتي جاء فيها «إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخلّ بهذا الالتزام، جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام»[1]. وحسب رأيه أن هذه

(1) للمزيد أنظر د. عبدالمنعم البدراوي – المصدر السابق، ص97. كذلك المادة =

الإزالة تتحقق ببطلان التصرف الذي صدر خلافاً لما يقضي به الشرط المانع، إلّا أنّ هذا التخريج تعرض للنقد، لأنّ من الواضح أن الإزالة التي كان المشرع المصري قد قصدها من النص المذكور، هي الإزالة المادية والدليل على ذلك أ، العبارة الأخيرة من النص تقول «للدائن أن يطلب من القضاء ترخيصاً بإزالة ما وقع مخالفاً على نفقة المدين».

3ـ نعتقد أنّ ما ذهبت إليه الآراء الفقهية المتقدمة الذكر بشأن الطبيعة القانونية للشرط المانع، محل نظر فنحن لا نؤيد أياً منها، حيث أن الطبيعة القانونيةلهذا الشرط هي الإذعان، أي أن قبول الالتزام بهذا الشرط، إنّما هو إذعان من القابل لإرادة الموجب فهو مضطر إلى القبول لحاجته الماسة للتكنولوجيا محل العقد، وأن غالبية هذه الشروط المقيدة تشكل مسائل جوهرية في العقد، بقبولها يتم ابرام العقد النهائي، وعدم الموافقة عليها يؤدي إلى تخلف العقد. إذن الطبيعة القانونية للشرط المقيد كونه تعسفي تنسحب على العقد الكامل وتجعله عقد إذعان خاصة إذا كان مع احدى الشركات الوطنية التي تمثل دولة من الدول النامية وشركة عملاقة محتكرة لنوع معين من التكنولوجيا.

الفرع الثاني
النظام القانوني للشروط المقيدة

إنّ النظام القانوني للشروط المقترنة بتنفيذ العقد، هي كما يلي:-

1ـ أن تكون الشروط المقترنة بالتنفيذ، موافقة للنصوص الآمرة في القانون ولا حاجة للنص عليها فيه، كما هو الأمر بضرورة القيام

252= مدني عراقي – ولا يوجد نص مماثل في القانون المدني الجزائري.

بإجراءات معينة حتى يضفي على العقد الصيغة القانونية، كاشتراط التسجيل[1]. كما في عقد الرهن الرسمي، المادة 883 و904 مدني جزائري وعقد التسيير المادة 203 مدني جزائري، وعقد الرهن التأميني، المادة 1286 مدني عراقي.

2. أن تكون الشروط المقترنة بالتنفيذ موافقة لمقتضى العقد، حيث أنّ هذه الشروط لا يضيف المتعاقدان خلالها شيئاً على حكم العقد، بل يكون متفقاً مع حكمه ومبنياً ومؤكداً له، وذلك من قبيل اشتراط البائع تسلم المشتري للمبيع، المادة 364 مدني جزائري والمادة 586 مدني عراقي، واشتراط المشتري، حق التصرف في المبيع بمجرد انتقال الملكية له ، المادة 351 مدني جزائري والمادة 532 مدني عراقي. واشتراط المستأجر انتفاعه هادئاً خالياً من التعرض، المادة 487 مدني جزائري والمادة 759 مدني عراقي. واشتراط المؤجر استعمال المأجور وفقاً للغرض المبين في العقد، المادة 491 مدني جزائري والمادة 762 مدني عراقي.

أما في عقد الترخيص، كأن يشترط المرخص على المرخص له، تسليم الثمن قبل تسليم عناصر التكنولوجيا أو شراء التكنولوجيا بشرط أن يتعهد المرخص بالإصلاح أو الصيانة خلال مدة معينة.

وتقسم هذه الشروط عموماً لما يلي:-

- أولاً، شروط تلائم العقد، كأن يشترط المرخص بتسليم الثمن قبل

---

(1) تنص المواد 4-10 من القانون المكسيكي لسنة 1973، بضورة التسجيل ويترتب على عدمه بطلان العقد. كذلك المادة 2 من القانون الارجنتيني لسنة 1977. كذلك المادة 28 من المشروع النهائي للقانون النموذجي للدول العربية في شأن الاختراعات.

تسليم المعرفة الفنية.

ـ ثانياً، شروط تؤكد مقتضى العقد، كاشتراط المرخص أخذ كفيل أو رهن.

ـ ثالثاً، شروط جرى بها العرف، كشراء عناصر تكنولوجيا مختلفة، بشرط أن يتعهد المجهز بالإصلاح أو الصيانة خلال مدة معينة، أو أي شرط آخر يكون فيه نفع لأحد المتعاقدين أو للغير على أن لا يكون ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام والآداب[1].

وعليه فإن الشروط التي تقترن بعقد الترخيص أو عقود نقل التكنولوجيا، هي من قبيل الشروط التي تؤكد مقتضى العقد أو تلائمه، أو يكون جارياً بها العرف والعادة. وقد يكون الشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو الغير، وأي شرط يعطي مفهوم المخالفة لما تقدم، يعد لغو ويبقى العقد صحيحاً، ما لم يكن هذا الشرط هو الباعث الدافع على التعاقد، فيبطل العقد عندئذ أيضاً، حسب المادة 139 مدني عراقي بقولها (إذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، أما الباقي في العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً إلا إذا تبين أنّ العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً)[2].

---

(1) أنظر تفصيل ذلك، د. عبدالمجيد الحكيم – نظرية العقد، ص418.
كذلك د. حسن علي الذنون– نظرية الالتزام، المصادر والأحكام، الجامعة المستنصرية، 1976، ص140.

(2) المادة /104 مدني جزائري والتي تنص «إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلّا إذا تبين أنّ العقد ما كان ليتم بغير الشق=

وتلافياً لذلك يلجأ المرخص إلى عدم ذكر مثل هذه الشروط في الوثيقة العقدية بل يفرضها من خلال تبادل الرسائل والمذكرات والزيارات للاتفاق على تنفيذها أو يتم بيع التكنولوجيا على شكل صفقات تجمعية، بحيث يصعب تحليل ودراسة العناصر المكونة لها. ومحاولة تقويم كل عنصر بصيغة منفردة خاصة بالنسبة للطرف المتلقي للتكنولوجيا قليل الخبرة، ويؤدي ذلك إلى سيطرة الطرف المورد على كافة مراحل العملية الإنتاجية. ولذلك كان مطلب الدول النامية بضرورة فك الحزمة التكنولوجية وتحليل مكوناتها، حتى يستطيع متلقي التكنولوجيا عزل التكنولوجيا الرئيسية la technologiemedullair التي يحتاجها عن التكنولوجيات الهامشية technologies peripherique التي قد لا يحتاجها بالضرورة، أو قد تتوافر لديه بما يعنيه ذلك من إمكانية استبدال المكونات التقنية المحلية ببعض عناصر الحزمة التكنولوجية، وبما يؤدي إليه ذلك من مشاركة الطرف المتلقي بصورة فعالة في عملية تلقي التكنولوجيا. بل أكثر من ذلك، فقد أثبتت التجربة الكورية أن فك الحزمة التكنولوجية بما يقتضيه من تجزئة العملية التكنولوجية وفصل مراحلها المختلفة، هو أكثر السبل فعالية للتوصل إلى توليفات تقنية جديدة ومن ثم إلى تجاوز مرحلة محاكاة التكنولوجيا المستوردة.

= الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلّا إذا تبين أنّ العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً، أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله»

ومن المستقر عليه في التشريعات الوطنية للدول النامية والخاصة بتنظيم نقل التكنولوجيا، بطلان الشروط التي تتعارض مع النظام العام، ويرى بعض من الفقه المصري بهذا الصدد «إذا كانت القاعدة هي بطلان مثل هذه الشروط، إلّا أنّه يجوز قبولها استثناءً اذا وجدت أسباب تبررها، كما إذا كان مورد التكنولوجيا قد منح الغير احتكار التوزيع أو البيع أو منحه ترخيص إنتاج حيث يكون المورد ملزماً قانوناً باحترام عقوده. بمعنى آخر إنّ مثل هذه الشروط المقيدة تصبح مقبولة، إذا كان من شأنها حماية حقوق سبق منحها من المورد إلى الغير قبل التعاقد على نقل التكنولوجيا»[1].

ونحن نتفق مع هذا التصور، لأنّ متلقي التكنولوجيا عندما يوافق على تلك الشروط، فإنّه تكون لديه بالضرورة أسباب تبرر ذلك، كأن تكون التكنولوجيا نادرة ومطلوبة، أو إن المورد ملزم باحترام عقوده لحماية حقوق سبق أن منحها إلى الغير قبل تعاقده مع المتلقي. وبالتالي فإنّ الشروط التي ترد في عقد الترخيص وعقود نقل التكنولوجيا، هي في الغالب من قبيل الشروط المقترنة بتنفيذ العقد، وعلى المرخص له بصفته متلقي للتكنولوجيا أن يكون على جانب من الحيطة والحذر من تقريرها، لأنه وكما سبقت الإشارة إليه أنّ المرخص، المورد للتكنولوجيا حسب خبرته وإمكاناته يكون أثر تعاملاً واطلاعاً على هذه الشروط.

وأن علاج الأمر يكون بحماية الجانب الضعيف اقتصادياً من خلال

(1) د. سميحة القليوبي– المصدر السابق، ص578.

تقويته منعاً من استغلال الجانب القوي، ويكون ذلك بإحدى وسيلتين أو بهما معاً:

ـ وسيلة اقتصادية، من خلال تجمع المستهلكين وتعاونهم على مقاومة تعسف الشركات المحتكرة للتكنولوجيا من خلال إقامة تكتلات إقليمية.

ـ ووسيلة تشريعية، يتدخل بموجبها المشرع، لا القاضي، لتنظيم هذه العقود ويضع لها حدوداً يحمي بها الجانب الضعيف، كما هو الشأن في التشريعات الحديثة لدول أمريكا اللاتينية، التي سنتطرق لها فيما بعد كنموذج يحتذى به.

obeikandl.com