

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة محمد خيضر / بسكرة
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

عقود نقل المعرفة الفنيّة و علاقتها بالتنمية

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق تخصّص قانون الأعمال

تحت إشراف

من إعداد الطالبة

د/ فريجه حسين

بن ساعد إلهام

أمام لجنة المناقشة المتكونة من الأساتذة :

رئيس	جامعة محمد خيضر بسكرة /	أستاذ التعليم العالي /	عزري الزين /
مشرفا	جامعة المسيلة /	أستاذ محاضر " أ " /	فريجة حسين /
ممتحنا	جامعة محمد خيضر بسكرة /	أستاذ محاضر " أ " /	عبد الجليل مفتاح /
ممتحنا	جامعة محمد خيضر بسكرة /	أستاذ محاضر " أ " /	لشهب حورية /
ممتحنا	جامعة باتنة /	أستاذ محاضر " أ " /	قريشي علي /

السنة الجامعية: 2011 / 2012

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر و إهداء

إلى من تعبأ في تربيتي، وسهرا اللآيالي، وضدًا من أجلي: والديّ الحبيبين.

إلى رفيق دربي في الحياة: زوجي لحسن.

إلى نور عينيّ: ولديّ مهدي و نادر.

إلى كلّ من ساهم في إنجاز هذا العمل و أخصّ بلذّكر ابنة أختي أماني.

كما أتقدم بالشكر الجزيل لأعضاء لجنة المناقشة الأفاضل.

إلهام بن ساعد

الْحَقُّ مُتَمِّتٌ

المقدمة

إنّ سعي الإنسان الدائم إلى التطلع لغد أفضل وازع من حب السّلطة و حب التملّك ، و بدافع حب إشباع غرائز و أطموحاته، يجعل منه كائنًا دؤوبًا، واسع النشاط كثير الإبتكار و الإكتشاف منتجًا للمعارف .

و حركية الإنسان على هذا النحو، لا تؤثر على الدائرة الضيقة المحيطة به فحسب، بل يكون من شأنها إذا تداخلت مع ظروف و ضغوطات خارجية، أن توسّع تأثيراتها لتشمل أرجاء المعمورة، في ظلّ ما يسمى حاليًا بالعولمة.

و هذا الواقع الإجتماعي في حدود الدائرة الضيقة (لتكن الدولة) يفرض دائمًا ضرورة تنظيم سلوكات و ممارسات الأفراد، لكي تستقيم أمور الحياة، عن طريق القواعد القانونية، التي جاءت طبعًا لاحقة على وجود القاعدة الخلقية و القاعدة الدينية، لتكون واجبة الطاعة، وجوبًا لا ينبعث عن الضمير وحده أو غضب الله، و إنّما ليكون هذا الواجب مصدره ما تنظمه هذه القواعد، من وسائل الإجبار التي تباشرها السّلطة في تقرير الجزاءات، بهدف الوصول إلى أبعد حدّ من الإستقرار و التعاون و الإخاء .

النسبة للمخترع ، فإنّه يقع أيضًا تحت طائلة التنظيمات القانونية في مجال نشاطه، فدّالما يستوفي إختراعه كافيّة الشروط ، و يقوم بتسجيله لدى مكتب أو مركز الإختراع الذي تنشأه الدولة، تمنح له وثيقة براءة تمكّنه من الحماية القانونية لنظام البراءات، و ذلك مقابل كشفه عن تفاصيل و سرّ إختراعه.

لكن قد يرغب الشخص القانوني في الإبتعاد عن نظام البراءة و يُؤثر الإحتفاظ بإبتكاره أو إبداعه أو معلوماته في كنف السريّة، كون ذلك يحقّق له ميزة إقتصادية عن باقي منافسيه.

هذا ما دفعني للتساؤل في البداية، عمّا إذا كان هناك نظام قانوني لحماية هذه الأسرار أم لا؟، وما هي شروط و كافيّة هذه الحماية؟ ، و أكثر من ذلك تساءلت عن كافيّة تدخّل القوانين في تنظيم عملية تبادل هذه الإبداعات و المعلومات السريّة، ليس على الصعيد الداخلي للدولة فحسب، بل أيضًا في نطاق أوسع (نطاق المجتمع الدولي).

طالما أنّ هناك واقع على هذا الإمتداد ليس إجتماعي فحسب، بل إقتصادي و سياسي و إيديولوجي، أصبح يفرض نفسه في الآونة الأخيرة ، محاولاً إيجاد تنظيم سلوكي دولي يكفل عولمة تجارية و

قِلصادية، بأقل الأضرار، خاصة و أننا أصبحنا نشهد تطورات علمية تكنولوجية كبيرة، غيرت خلال لقرنين التاسع عشر و العشرين من التجارة الدولية، جوانب كمية و كيفية مهمة، أبعدت التنافس فيها عن إطره التقليدي، فلم يعد كما كان منحصراً على السلع و الخدمات، بل أصبح منصباً أيضاً على ما يسمى بسوق " المعرفة الفنية "مع العلم أن هذه المعارف تتألف من عناصر معنوية أكثر منها مادية، و أنّها محاطة بسرية تامة.

و أصبح كلّ من العرض و الطلب في سوق المعرفة الفنية يتمّ بشيء من الخصوصية ، عمّا هو دارج في مجال السلع و الخدمات ، و عمّا هو معروف في نظام البراءات، بين طرفين غير متكافئين، طرف قوي مورّد للمعارف و الإختراعات و الإبتكارات التكنولوجية، و طرف ضعيف بأمسّ الحاجة إليها، وفق ميكانيزمات جدّ معقّدة، هي القنوات التي تعبّر من خلالها المعرفة الفنية في شكل عقود، هذا ما دفعني للوليامجدّداً عن مدى نجاعة بناء مركّبات صناعية ضخمة في دول نامية، لنسمع عنها لاحقاً بأدّها ليست مؤهلة للتشغيل، و مرجع ذلك كثيراً ما يكون لإفتقاد المساعدة الفنية لتشغيل المعدات، كما تساءلت عن جدوى الحصول على ترخيص بمقابل ليس هين للرجوع على مشتريه بشرط المشاركة في إستغلاله، كما تساءلنا عن جدوى شراء براءة، يخفي صاحبها الجزء الحساس منها في سرية، ليضع المتلقي في حاجة لاحقة إليه، فيكون ذلك بمقابل دون شك، وهناك أسئلة كثيرة بهذا الخصوص تتعلّق في مجملها بنقل أهم عنصر الأصول التكنولوجية، التي هي طبعاً المعرفة الفنية.

من خلال ما تقدّم تبرز أهمية موضوع الدراسة المُعنونة بعقود نقل المعرفة الفنية و علاقتها بالتنمية، وذلك على الصعيدين العملي و العلمي (النظري) ،فعلى الصعيد العملي، نجد أن ضرورة الدول النامية للية حاجاتها للمعارف الفنية، يجعلها تدفع مبالغ كبيرة جدّاً من شأنها التأثير على إقتصادها بشكل عام، و بهذا يكون موضوع الأطروحة مفيد لكلّ من رجال الأعمال، وكافة الشركات، الخاصة منها أو العامة، المقبلة على إبرام عقود نقل المعرفة الفنية، على أي شكل كان.

كما أنّ لهذه الأطروحة فائدة عملية لمشرّي الدول النامية، حين سنّ قوانين بهذا الشأن.

فهذه الدراسة تبين بشكل واضح ما تتضمنه هذه العقود، من شروط كثيراً ما نجدها جدّ قاسية بالنسبة لمتلقّيها - فيجب تفاديها - كما تبين كافة الضمانات لصالح الدول النامية.

كما تتجلى أهمية الموضوع من خلال إبراز ما تخفيه هذه العقود من تجسيد لسياسات إحتكارية تسعى الدول المتقدمة إلى تحقيقها بشدتي الطرق، سواءً عن طريق الإتفاقيات الدولية، أو عن طريق التدخل في سياسات الدول النامية أو عن طريق العقود أو غيرها.

أمّا من الناحية العلمية فقد وجدت موضوع الدراسة يفتح مجالات عديدة للبحث العلمي من خلال التوغّل في دراسة الإشكالات المطروحة بشكل أكثر عمقاً و تخصصاً، خاصةً وأنّ هذا الموضوع حديث ، مقارنة بما تأصّل من مواضيع و نظريات قانونية، و هذا بدوره راجع لحدثة مفهوم نقل المعرفة الفنيّة و تطوّرها المتسارع من جهة، و لتداولها في السّوق العالمية بأشكال جديدة من جهة ثانية.

كما أنّ هذا الموضوع يعدّ إضافة لقائمة المواضيع المتخصّصة خاصةً في ظلّ النقص الملحوظ لهذه الأخيرة في هذا المجال، وتحديدًا في الجزائر.

وسط هذا التفاعلات العملية ، لا يمكن للقانوني أن يبقى على هامش هذه التغيّرات و التحدّيات، فلا يسعه إلاّ أن يندبّ بالإهتمام حول هذا الموضوع ،الذي لم يحض بالدراسات العميقة، خاصةً من طرف فقهاء الدول النامية على الرّغم من أهمّيته الغنيّة عن أيّة وسيلة تدليل عليها، و لعلّ أهم ما يحول دون مثل هذه الدراسات الفعّالة، هو حداثة المعرفة الفنيّة ذاتها و تطوّرها المتسارع من جهة ، و من جهة ثانية صعوبة الحصول على الإحصائيات الدقيقة في هذا الميدان، و هذا بدوره يرجع لعزوف الشركات العملاقة المسيطرة على سوق المعرفة الفنيّة، عن الإدلاء بالتصريحات الدقيقة، هذه الشركات العملاقة الناشئة بالولايات المتّحدة الأمريكية ، و الّتي استفادت كثيرًا من الحرب العالمية الأولى، و ما خلّفته في الدول الأوروبية، حيث ركنت إلى توجيه نشاطها إليها، لكنّ الأزمة العالمية الإقتصادية التي سيطرت على العلم كلّّه ، خلال أواخر العشرينيات و بداية الثلاثينيات ، أضعفت تدقّق رؤوس الأموال الأمريكية إلى أوروبا ، حتى توقّفت خلال الحرب العالمية الثانية، لكن ما إنّ انتهت الحرب حتى طغت مجددًا بنشاطاتها على أوروبا ، و من ثمّ على اليابان و دول أخرى مفتقرة إلى رأس المال و إلى التكنولوجيا آنذاك.

و بعد أن ضمّدت أوروبا جراحها من آثار الحرب العالميّة الثانية ، أخذت المنشآت هناك تتكثّل حتى أنشأت السّوق المشتركة، و التي كان لها أثر في تكاثف عدد المشروعات الأوروبية الضخمة، و انتشارها خارج حدود أوروبا بطريق الإستثمار.

و ذات الطابع الإستثماري الخارجي ظهر في بداية السبعينيات باليابان ، حيث إكتسحت الشركات اليابانية السّوق العالمية ، بشكل مذهل كانت بدايته معتمدة أساسًا على التقليد الممزوج بروح الإبداع و التّحسين.

حقيقةً عقب الأزمات العالميّة التي تعرّضت إليها تويخياً كلّ من أمريكا و أوروبا، وعقب ما خلّفته الحربان العالميتان ، وجدت هذه الدول نفسها أمام وضعية تفتقر معها لموارد طبيعية تمكّنها من المضي قدماً نحو الحضارة المرجوّة، و حينها كان الفكر الإقتصادي التقليدي السائد ، هو أنّ الإنتاج عبارة عن تظافر لعناصر الطبيعة بالعمل و رأس المال ، لكن ما لبث هذا الفكر أن تغيّر، حيث أصبح ضرورياً وجوب توقّر فن في الإنتاج ، و بهذا لم يصبح أساسياً وجوب توقّر موارد طبيعية فحسب، لقيام دولة متقدّمة معرفياً و تكنولوجياً، وخير دليل اليابان، المفتقرة لموارد طبيعية هامّة، و مع هذا توقّر الفكر و الإبداع و المهارة، حققت تقدّماً عظيماً بفضل تخليقها للمواد الأولية التكنولوجية.

و منه أدركت الدّول المتقدّمة أنّ رأس المال الحقيقي لا يكمن بالضرورة في تلك الموارد الطبيعية، بل قد يكون شيئاً معنوياً أدبياً ، تجني من ورائه أموالاً طائلة ، هو " المعرفة الفنيّة " بعناصرها المتعدّدة .

و عليه فإنّ إطار هذه الدراسة سيكون من جهة أولى في حدود عقود نقل المعارف الفنيّة، منذ مرحلة التفاوض حولها، إلى مرحلة إبرامها ، و ما تتضمنه من إلتزامات و كفيّة تنفيذها، إلى ما قد ينشّب من نزاعات حولها، و كفيّة فضّها.

و من جهة ثانية يتوسّع مجال الدراسة ، ليربط كل مرحلة من مراحل البحث ، بمدى تأثر تنمية الدولة النامية المتلقية للمعارف الفنيّة المنقولة.

و لهذا بالنظر لتتوع المسائل المثارة بهذه الدراسة، أعتمد على أكثر من منهج علمي، حيث إتبعنا لمنهج التاريخي الوصفي، عند تطرّقنا لبعض الأحداث التي لها صلة بموضوع البحث، لتسهيل فهم صلب الموضوع، خاصّة و أنّ له علاقة وطيدة بالتنمية.

كما إعتمدنا المنهج التحليلي، لعرض كافّة النظريات و الأفكار ذات الصّلة بالموضوع ، و من ثمّ تحليلها ، و ترجيح المناسب منها لإقتصديات الدول النامية.

كما إتّبعنا المنهج النقدي، في أغلب نقط الدّراسة، خاصّة في المسائل التي تستدعي إعادة النظر فيها.

إضافة إلى ما تقدّم، إعتدنا على أسلوب المقارنة ، خاصّة بين كلّ من النظام الأنجلوسكسوني و اللاتيني، كما إعتدنا على النظام القانوني في مصر، كونه كان سبّاقاً في مجال دراستنا هذه، مقارنة بباقي الدول العربية .

أمّا عن الأسباب الرئيسية لإختياري هذا الموضوع فهي:

أولاً مشاهدة التعاضم الحديث لإختراعات الدول المتقدّمة، و هي متّجهة أكثر فأكثر إلى المحافظة عليها، في سرّيّة كبيرة، بينما يسجّل عدد محتشم من معارف و إختراعات الدول النامية عموماً، رغم حاجتها الماسّة إليها.

أما عن السبب الرئيسي الثاني لإختياري هذا الموضوع، و الذي يعدّ في ذات الوقت أهم دوافع دخول المعرفة الفنيّة دائرة إهتمام بعض القانونيين ، لاسيما المهتمّين منهم بقانون الأعمال و التجارة الدولية، هو إعتبارها محلاً للنقل عن طريق عقود مختلفة عن سائر العقود المعروفة تقليدياً في مجال العلاقات التّجارية الدولية ، من حيث المضمون و الأهداف، فالأمر يتعلّق بتجارة التّقنيات و المعلومات السريّة.

فجدد الدول الصناعية ، تنفيذاً لإستراتيجيتها في غزو و إقتحام السّوق دائماً تبادر بإبتداع وسائل قانونية مختلفة ، كفيلة بتحقيق نقل المعارف الفنيّة، فظهر في بادئ الأمر إلى الوجود ما يسمى بالإستثمار غير المباشر، كوسيلة لنقل المعارف ، الذي يتمّ بموجبه إبرام اتّفاقات بين شركة أجنبيّة و إحدى المنشآت الوطنية بالدول النامية على وجه الخصوص، حيث تقدّم الأولى للثانية اختراعاً -عادة بعد صيرورته ذائعاً- أو طريقة فنيّة -عادة بعد افتقادها للسريّة-، في شكل ترخيص صناعي، كما ظهر أسلوب تقديم مساعدة فنيّة ما، للمؤسسة المحليّة كصورة أخرى للإستثمار غير المباشر، على أن تتحمّل الشركة الأجنبيّة نفقات الإنتاج ، و في صورة تحقّق لها الإشراف على المشروع ، و في صورتين تجني الدولة الصناعية أرباحاً طائلة بطبيعة الحال.

كما ظهر إلى الوجود ما يسمى بالإستثمار المباشر، الذي تقوم بموجبه شركة أجنبية بممارسة نشاط إقتصادي في دولة أخرى، و الذي غالبًا ما يتم عن طريق فرع أنشأته شركة أم ، أو في شكل شركات وليدة ، وهذا الأخير هو الأكر ذبوعًا.

و حاولت الدول المتقدّمة إقناع البلدان النامية ، من خلال هذين الأسلوبين من الإستثمار، أنهما ليسا فحسب مصدرًا لتحويل رؤوس الأموال، التي تفتقر إليها بعد الموجات التحرّرية التي عرفتها هذه الدول، خاصّة في فترة الستينيات، بل وسيلة لإكتساب لمعارف أيضًا.

في حين أنّ المبتغى الحقيقي للدول المتقدّمة، خاصّة من خلال الشركات المتعدّدة الجنسيات ، هو تحقيق أكبر ربح ممكن، مرتكزة على فلسفة مدّ نشاطها إلى الخارج، و إستغلال فرصة وجود سوق إستهلاكية هامّة بالدول النامية، ولكن بالمقابل يعيقها في الولوج إليها، ارتفاع نسبة الرسوم الجمركية ، أو زيادة قيود الإستيراد و تداول النقد، فيكون من الأنسب لهذه الشركات ، إنتاج السلعة أو تقديم الخدمة داخل ربوع الدولة المستضيفة للإستثمار وبأقلّ تكلفة، و بناءً على ذلك يصبح تحويل نشاطات الشركات الأجنبية من تجاري إلى إستثماري أفيّد ، خاصّة إذا اقترن بإنخفاض أجور النقل و مشاكله، أو بوجود المادّة الأولية الرئيسية في النشاط في الدولة المستضيفة ، أو بتقديم تسهيلات و ضمانات و مزايا تشريعية من طرف الدولة المضيفة، بغرض بغية إجتذابها لرأس المال الأجنبي.

و فيكون ببساطة الدافع لإقحام السوق من طرف شركة أجنبيّة توفّر لها على فوائض، من معدّات و رؤوس أموال و يد عاملة ، مكّنتها من إغراق سوقها المحليّة بالمنتجات، التي لم يعد بوسعها أخذ ما تنتجه هذه الشركة، لذا تفكّر هذه الأخيرة بتوظيف ما لديها من معطيات في سوق أخرى.

وقد يدفع الشركة للإستثمار في الخارج ، منافسة شركات أخرى لها، قرّرت هي الأخرى الإستثمار في الخارج، بهذا تتّضح فلسفة بسط السيطرة من خلال هذين الأسلوبين من الإستثمار.

و نشطت الدول الصناعية المصدّرة لرؤوس الأموال في إطار الإستثمار المباشر على عدّة مستويات أهمّها (OCDE) (منظمة التعاون و التنمية الإقتصادية)⁽¹⁾ ، و التي أسّستها 19 دولة

(1) نشاطات الدول الصناعيّة في إطار الإستثمار، على مستوى منظمة التعاون و التنمية الإقتصادية، على موقع : www.OCDE.org

أغلبها أوروبية ، و التي تضم حالياً 30 عضواً كاملاً من الدول الصناعية منها ، الولايات المتحدة، اليابان كندا، ألمانيا، وغيرها، و ذلك بهدف تقوية و تعزيز الدخول الإقتصادي لأقاليم أخرى، لتأمين مواردها الأساسية من هناك، و عملت في سبيل هذه الغاية على توحيد تشريعاتها الداخلية على نحو يعطي فيه كل تشريع وطني منها ، كفاية الضمانات لإنجاح و ترقية هذا النوع من الإستثمارات.

كما حاولت التخطيط لتمديد هذه القواعد الداخلية إلى إتفاقيات دولية، ثم من خلال نظام البراءات، الذي نظم بموجب قوانين خاصة بحماية الملكية الصناعية ، و كان دولياً من خلال إتفاقية باريس لعام 1883 المنظمة لحقوق الملكية الصناعية ، التي عدلت عدة مرّات، آخرها في ستوكهولم عام 1967، ومن ثمّ تنقيحها عام 1979، هذه الأخيرة التي لم تساهم في إنشائها و لا تعديلها الأغلبية العظمى من الدول النامية.

و كانت هذه الإتفاقية هي الأوسع من حيث النطاق في مجال الملكية الصناعية عامّة ، و براءة الإختراع خصوصاً ، إلى غاية إبرام إتفاقية ترييس 1994⁽¹⁾، فأهم ما يلاحظ على الإتفاقيات العديدة التي تلت إتفاقية باريس 1883 أنّ كلاً منها يتناول نوعاً واحداً من الملكية الصناعية بدقة مثل: إتفاقية حماية الأنواع الجديدة من النباتات upov عام 1961، التي تعمل منظمة wipo على تقديم خدمات مالية و إدارية لها ، و منها إتفاقية التعاون بشأن البراءات في واشنطن عام 1970، و أبرمت هذه الإتفاقية المعدلة عام 1979 و 1984 تحت ضغط أمريكي بحث لزيادة الحماية، و مضافاً إليها كذلك، إتفاقية ستراسبورق بشأن التصنيف الدولي للبراءات 1971 ، وكذا إتفاقية بودابست بشأن الإعراف بإيداع الكائنات الدقيقة لأغراض الإجراءات الخاصة بالبراءات، و كلّ هذه المعاهدات تخدم الدول الصناعية بإمتياز.

كما نشطت هذه الدول الصناعية من خلال عقود الترخيص التي لا تسمح بإكتساب الحقوق المتضمنة على سبيل التملك، بل يكون الترخيص فيها على سبيل استعمال أو استغلال معارف فنيّة ، من طرف متلقي ما لمدة محدّدة ، و بشروط جدّ قاسية يستعيد بعدها صاحب المعارف هذه الأخيرة، مضافاً إليها الأرباح التي جناها من وراء عملية الترخيص.

(1) ترييس، الإتفاقية المتعلقة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية معدّة في إطار منظمة الأمم المتحدة، عام 1994.

ثم انتقلت هذه الدول لتبتدع وسائل قانونية أكثر تعقيداً ، سمّيت بالعقود المركبة، و هي على عكس العقود البسيطة (عقود الترخيص، عقود المساعدة الفنية، عقود الأعمال الهندسية و غيرها).

فنجدها تأتي وفق بناءات تسمح بتضافر عناصر ماديّة (توريد المعدات، أو الآلات، أو المواد الأولية) مع أخرى معنوية " تشكل مجتمعة المعرفة الفنية "، لتعطي لنا في النهاية ما يسمى بعقود المفتاح في اليد ، أو عقود المنتج في اليد.

أقلّ ما يمكن قوله بخصوص هذه الوسائل التعاقدية ، هو ما أظهره الواقع العملي من إحاطتها بشروط تقييدية و تعسفية، أدّت بالبعض إلى اعتبار العقود الدولية الناقل للمعرفة الفنية من عقود الإذعان، لكون الطرف القوي فيها، و الذي يتمثل غالباً في الشركات المتعددة الجنسيات، أو كما يسميها البعض المشروع ذو القوميات المتعددة، أو كما ينعنونه بالظاهرة الخطيرة، يمارس سيطرة على قطاعات الإنتاج و الخدمات، و يهيئ نفوذاً سياسياً ، يستغل أحياناً ليهدّد سيادة الدولة و يوغر صدرها ، تلك الكائنات العملاقة المهيمنة من طرف البعض بالأشباح ، بلغ عددها خلال عام 1971 حسب تقرير المجلس الإقتصادي والاجتماعي التابع لهيئة الأمم المتحدة حوالي (211) منشأة: (124) منها بأمريكا، و(18) بألمانيا، (16) باليابان، و (14) ببريطانيا، و (13) بفرنسا ، و (5) بإيطاليا، و (4) بكل من هولندا و سويسرا، و (2) بالسويد، و (1) بكل من بلجيكا و لكسمبورغ⁽¹⁾، و هذا العدد اليوم دون شك بأضعاف مضاعفة و بنفوذ أكبر، في حين لم يحص التقرير المنشآت الإشتراكية آنذاك ، التي حبكت ضدّها مؤامرات محاولةً في كل مرّة الإيقاع بها في الإفلاس.

و لقد ساعدت الظروف السياسية الإشتراكية على ذلك في تلك الحقبة، حيث كان هدف المنشآت بالدول الرأسمالية، تدويل رؤوس أموال، و التطلّع سوى إلى تحقيق ربح أكبر، بينما سعت الدول الإشتراكية إلى تسيير مشروعاتها وفق السياسة السائدة في تلك الدول المعتمدة على التسيير، وفق خطة رسمها مجلس المعونة الإقتصادية المتبادلة (أي الكومكون) ، و هي سياسة معتمدة على تقسيم العمل الدولي و التخطيط الطويل الأجل، لتحقيق الموازنة المستمرة بين مستويات النمو، في دول السوق الإشتراكية، فلا يكون فيها دول متقدمة و أخرى متخلفة، و كل المشاريع التي اشتركت فيها الدول الإشتراكية بينها

د/ محسن شفيق، المشروع ذو القوميات المتعددة من الناحية القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ، ص 5.

ثنائياً و ثلاثياً ثم تعددياً ، تحت إشراف تكنولوجي مشترك كان يمولها ما يسمى بالبنك الدولي للتعاون الإقتصادي.

و ظلات الشركات المتعددة الجنسيات تمارس سيطرتها على سياسات الدول النامية ، و خير مثال تاريخي على ذلك ما قامت به شركة (ITT) الشركة الدولية للتلفون و التلغراف الأمريكية، في مطلع السبعينيات مناهضة للميول الإستراتيجية حيث أودت بحياة الرئيس الشيلي سلفادور آلوندي ALLENDI.SALVADOR، و هذا ما أعطى شرارة انطلاق مطالب الدول النامية أمام هيئة الأمم المتحدة، للتدخل بوضع تنظيم لنشاط هذه المشاريع الضخمة العالمية⁽¹⁾، التي بلا شك يرى فيها الكثير من المحللين أنها لا ترعى مصالح الدول المضيفة ، و لا تتأخر في إغراء ذوي الكفاءات بالدول النامية بمرتبات ضخمة لحثهم على الهجرة ، كما أنها لا تدخر جهداً في السعي إلى تعويد الشعوب بالدعاية الواسعة النطاق على استهلاك سلع كمالية تضرّ بالإقتصاد القومي، و تنافس السدّاع الوطنية.

كما تكفي الإشارة أنّ شركة ABB للسويسريّة، تسيطر حالياً على 1300 شركة تابعة و منتشرة في أنحاء العالم مع العلم أنّ السدوق السويسريّة لا تستوعب إلاّ نسبة بسيطة للغاية من إجمالي مبيعات الشركة، وقد ساعدت على ذلك كلّه إبداعات الثورة العلميّة و التكنولوجيا في كل من مجال المعلومات و الإتصالات، حيث أصبح ما يسمى الإنتاج عن بعد Telépotation⁽²⁾.

و تبعاً للمطالبات المتعلقة بعقود نقل التكنواوجيا عمومًا، التي ما فتأ الطرف الضعيف يطرحها على مستوى، الجمعية العامّة للأمم المتحدة ، تمخضت عن هذه الأخيوة قرارات و توصيات، أوّلها كان عام 1961 تلاها نشاط مهم كان على مستوى الـ CNUCED المؤتمر الدولي للتجارة و التنمية⁽³⁾، الذي بدأت بوادره عام 1964 و تلتها عدّة اجتماعات، تمخضت عنها عدّة توصيات و قرارات ، لعلّ أهمّها عام 1972 بسنتياغو بالشيلي، حين إصدار القرار رقم 3/39 بالدورة الثالثة لـ CNUCED جاء بمضمونه إجراء دراسة مشتركة مع المنظمة العالمية للملكية الفكرية، بشأن الأسس الممكنة لتنظيم دولي جديد ، يحكم عمليات نقل التكنولوجيا الى الدول النامية .

(1) د/ محسن شفيق، المشروع ذو القوميات المتعددة من الناحية القانونية، مرجع سابق، ص 5.

(2) ويكيبيديا، الموسوعة الحرّة، خصائص الشركة متعددة الجنسيات ، بحث : ar.wikipedia.org/wiki/

(3) إبراهيم أحمد إبراهيم كفيّة الإفادة من الإتفاقيات الدّولية، دراسة : http://www.elazhar.com/conf_au/12/47.asp

ثم قدّم إقترح إعداد مشروع تقنين سلوك نقل التكنولوجيا في الدورة الرابعة بنيروبي عام 1976، مقترناً بموضوع النقل العكسي للتكنولوجيا المتمثل في هجرة الكفاءات والخبرات من الدول النامية الى الدول المتقدمة، وذلك من طرف لجنة تمّ تشكيلها بمقتضى قرار رقم 4/89 كلفت بمهمة إعداد المشروع الأوّلي للتقنين، يكوّن أساساً لمدونة سلوك نقل التكنولوجيا دولياً، و فعلاً أتمت اللجنة عملها، و طرحته على الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1977، و ذلك بموجب قرار رقم 188/23، و تمّ تخويل المؤتمر صلاحية التفاوض بشأن المشروع الأوّلي المقترح انجازه عام 1976، و المعدّ عام 1977، كما تمّ تخويل هذا المؤتمر مكنة إتخاذ القرارات و التدابير الكفيلة بإقراره، و عقد بالفعل هذا المؤتمر عدّة اجتماعات، تضمّنت مفاوضات بدورات متتالية، كان من أهمّها عام 1985.

و في الأخير لم يكال مشروع تقنين السلوك نقل التكنولوجيا بالنجاح، لأدّه تصادم مع المشاريع الثلاثة المقدّمة من طرف الدول الغربية من جهة، و الدول النامية (دول 77) من جهة ثانية، و الدول الإشتراكية من جهة ثالثة، و التي بطبيعة الحال جاءت مختلفة في مضامينها، و معبّرة عن مصلحة كلّ اتجاه على حدى، فرغم الإتّفاق على بعض المسائل بعد مفاوضات مريرة منها التعاريف، نطاق التطبيق، أهداف التقنين و مبادئه العامة، و تنظيم نقل التكنولوجيا في التشريعات الوطنية، و المعاملة الخاصة التفضيلية، التي تمنح للدول النامية و التعاون الدولي، إلا أنّ مسائل جدّ هامّة ظلّت عالقة، حتّى الدورة السادسة للمؤتمر في جنيف عام 1985، كملّ ظلّت هذه المسائل عالقة حتّى اليوم، خاصّة المتعلقة منها بالطبيعة القانونية للتقنين و القانون الواجب التطبيق، وطرق تسوية المنازعات⁽¹⁾. و تجدر الإشارة أنّ هناك دول تنبّهت قبل غيرها لأهميّة المعارف الفنيّة في اقتصاديات الدول، و انبثق عنها ميثاق عام، هي تلك التي ضمّت عدداً من دول أمريكا الجنوبية، GEPURON منها دول الأندين 1971 إقرطاجة، ينظّم عملية نقل المعارف الفنيّة إليها، كان مصدر إلهام للدول المكوّنة لهذا الميثاقين² تشرّع قوانين وطنية لنفس الغرض.

كما بادرت دول أخرى إلى ذلك مثل مصر، حين إعداد مشروع قانون لتنظيم سلوك نقل التكنولوجيا من و إلى قطر ها عام 1987 الذي أصبح ملزماً عام 1999⁽²⁾، في حين بقيت دول نامية أخرى كثيرة تواجه الضغوطات الممارسة من الخارج، عن طريق قوانين داخلية مبعثرة هنا و هناك،

(1) ابراهيم حمد عبد الرحمن الحميد، الشروط التقييدية لعقود نقل التكنولوجيا و اثرها على الدول النامية، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة،

2008، ص 148

(2) القانون المصري المتعلق بالتجارة، رقم 17 الصادر عام 1999، الجريدة الرسمية رقم 19.

و لا تمسّ بشكل مباشر تنظيم عملية نقل المعارف الفنيّة، مثل أمر 8 مارس 1966 الجزائري الخاص بنظام البراءات الذي كان الهدف منه، تقليص الحماية المولاة لأصحاب البراءات، إلى جانب تطويع هذا النظام حسب الحاجات التنموية، و كذا قانون البراءات المتمثل في الأمر رقم 03-08 الصادر في جويلية 2003، أو مثل قوانين تنظيم الإستثمارات الأجنبية، كقانون 05 أكتوبر 1993 الجزائري و غيره من النصوص الّتي تحاول مسايرة المبادئ الدستورية الّتي تحتّ على النقل الحقيقي للتكنولوجيا، وفق فكرة التكنولوجيا تستوعب و لا تنقل.

أما على الصعيد الجماعي نجد الدول النامية تحاول جاهدةً إرساء نظام اقتصادي جديد يرمي إلى إيجاد أسس جديدة للتجارة العالمية، و أسس أفضل لنقل و لفهم التكنولوجيا وسط نظام نقدي عالمي عادل و ليس وفق نظام لا يتناغم مع ظروف البلدان المتخلفة لا لسبب، إلاّ لأنه ولد جراء ظروف غير التي تتخبط فيها الدول النامية حالياً، فعلى سبيل المثال نجد أنّ منشأ البنك الدولي للإنشاء و التعمير وصندوق النقد الدولي ببيروتون و دز عام 1944 قبل انتهاء الحرب العالمية الثانية، قد بدأ نشاطهما بعدها، و كان هدفهما تعمير أوروبا من طرف الولايات المتّحدة الّتي جنت من خلالها أموالاً ضخمة، حققت أوروبا توازناً اقتصادياً معتبراً.

في حين أدّى عجز الدول النامية عن سداد ديونها إلى الخضوع إلى سياسات تصحيحية معقدة مفروضة من طرف كلّ من FMI و BIRD (صندوق النقد الدولي و البنك الدولي للإنشاء و التعمير)، مثل تخطيطات إعادة الهيكلة بالجزائر، و الّتي بدأت بصور القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية⁽¹⁾، حيث تراجعت الدولة عن دورها الإحتكاري إقتصادياً على غرار الكثير من الدول النامية، و حدثت هذه التصحيحات وفق فكر اقتصادي أدّر بشكل محسوس على سياسة التنمية في البلدان النامية، لأنّ جملة إجراءاتها التصحيحية adjustments تنطلق من نتائج موازين المدفوعات و النتائج المحاسبية للنشاطات الإقتصادية بالدول النامية، في حين أنّ هذه القواعد لا يمكن أن تطبق على دول حقيقةً ميزان مدفوعاتها دائماً عاجز، كما أنّ معاينة نشاطها الإقتصادي لا ينبئ إلاّ بإنحدار متواصل، عكس ما تصرّح به مؤسسات هذه الدول.

(1) القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية في الجزائر. الصادر بتاريخ 12/01/1988. الجريدة الرسمية رقم 3.

والسبب الرئيسي في عجز موازين القوى العالمية، مرجعه أخذ الدول الصناعية ، خاصة من خلال الشركات العابرة للقارات التابعة لها ،مقابلاً أكبر بكثير مما تدفعه ،متمثلاً في المواد الطبيعية ، واستغلال للفرص المتاحة لها من الدول النامية لقاء السلع الإستهلاكية التي تقدّمها .

وتكتّفت حديثاً دعوة الدول النامية إلى إقامة علاقات تعاون شمال-جنوب بأساليب جديدة مثل الشراكة أو المشاريع المشتركة، و إلى إقامة علاقات جنوب- جنوب هادفة إلى إنشاء شركات متعددة الجنسيات كأداة للتعاون بين أطراف الدول النامية.

و فعلاً سجّل في إطار CUNCED إنشاء العديد منها في مجالات الإنتاج و التجارة و الخدمات، التي تسعى إلى تحقيق إنماء روح التقدم العلمي و الابتكار لكسب معارف فنيّة مفيدة لها ، و حتى تصديرها إن أمكن.

وسط كل هذه التفاعلات الإقتصادية الدولية و التعارض في المصالح، بين طرف رأس مالي يسعى إلى تحقيق الأرباح، و ليس في وسعه التخلي على معارف فنيّة يؤكد على بذله جهداً و مالاً و وقتاً للوصول إليها، و طرف ليس بإمكانه مواكبة ركب الحضارة الصناعية و التكنولوجية و المعرفية السائدة ، و يدعو للأخذ بيده من خلال الطرق التعاقدية المختلفة لأجل الوصول إلى مبتغاه التنموي، في جوّ من التعاون و الإخاء الدوليين.

من هنا تبرز الإشكالية: وهي معرفة ما إن كانت الطّرق القانونية المتّخذة كوسيلة نقل للمعارف الفنيّة كفيلة فلاّ باستيعابها ، أم تزيد فقط من تعميق الهوّة بين طرفين غير متكافئين اقتصادياً؟.

و ما السبيل الأنجع الموصل إلى تحقيق التنمية المرجوّة من خلال هذه الأدوات القانونية؟.

لتفحص هذا الأمر يتعيّن علينا الإحاطة أولاً بمفهوم المعرفة الفنيّة ذاتها ، و من ثمّ معرفة أهمّ الخصائص المتّصلة بها، ثمّ التطرّق إلى الحماية القانونية لهذه المعرفة، سواءً على الصعيد الوطني أو الدولي، و في كلّ الأحوال تبيان نوع و طبيعة هذه الحماية.

كلّ ذلك نتناوله في الفصل الأول من الباب الأول لهذا البحث، بثلاثة مباحث متتابعة.

بعد ذلك، وعلماً أنّ هذه المعارف الفنيّة تنتقل عبر قنوات معيّنة، في شكل عقود متنوعة يصبح منطقيّاً التعرّض في فصل ثانٍ إلى ما تحتويه هذه العقود من إلتزامات، سواءً وقعت على عاتق مورّد المعرفة الفنيّة (مبحث أول)، أو على متلقيها (مبحث ثانٍ)، أو إلتزامات مشتركة بينهما (مبحث ثالث)، و إرتأيت تقديم دراسة آثار عقود نقل المعرفة الفنيّة على دراسة مراحل إبرام هذه العقود، لأنّني رأيت أنّ في ذلك (تفادياً لعدم تكرار نفس المعلومات حين التطرّق لمحلّ العقد بالباب الثاني)، فالأفضل الإطلاع على مدلول المعرفة الفنيّة من و جهات نظر مختلفة، و من ثمّ التعمّق في مضمون الإلتزامات، لاسيما منها الإلتزام الرئيسي الذي تدور حوله إقتصاديات العقد، و هو نقل المعرفة الفنيّة كتمهيد للباب الثاني هذا من جهة و من جهة ثانية كان تقديم دراسة الإلتزامات راجعاً لتعلّق البحث بفكرة التنمية، كما سوف يتمّ التدليل عليه، من خلال مقدمة الباب الأول.

و إذا كان مضمون الباب الأول يتناول في كل مرّة، العلاقة بين ما يضمّه محتواه و تنمية الدول النامية، فإنّ الباب الثاني لا يخلو من هذه العلاقة، حين التطرّق في الفصل الأول منه إلى إبرام عقود نقل المعرفة الفنيّة بمبحثين، أولهما يتناول مرحلة غاية في الأهمية هي مرحلة المفاوضات، ثمّ تليها مرحلة انعقاد هذه العقود بمختلف أشكالها.

و نظراً لما يكتسبه موضوع تسوية المنازعات التي قد تنشأ جرّاء إبرام هذه العقود، و كذا القانون الواجب التطبيق، حيث أنّ هاتين النقطتين هما جوهر ما عطّل اعتبار مدوّنة تقنين سلوك نقل التكنولوجيا وثيقة ملزمة قانوناً على الصعيد الدولي، أصبح مفيداً إفراد فصل بمبحثين لهذين الموضوعين.

الباب الأول

نظام عقود نقل المعرفة الفنيّة

الفصل الأول: التعريف بالمعرفة الفنيّة و حمايتها.
الفصل الثاني: آثار عقود نقل المعرفة الفنيّة و الشروط التقييدية.

الباب الأول

نظام عقود نقل المعرفة الفنية

لم تظهر ملكية المعرفة الفنية إلى الفضاء القانوني، و منه دراستها فقهيًا و تنظيمها تشريعيًا إلاّ خلال القرن 19، شأنها في ذلك شأن الحقوق الصناعيّة و سائر الحقوق المعنويّة، لكن هذا لا يعني أنّها لم تكن محلّ تبادل على أرض الواقع قبل ذلك الوقت، أي أنّ وجودها في الفضاء الإقتصادي سبق وجودها للفضاء التشريعي، فالتعامل بالمعرفة الفنيّة تجاريًا ، سواء أعتبرت محلًا لملكية بالنسبة للبعض، أو أعتبرت محلّ حيازة بالنسبة للبعض الآخر، لا مناص من أنّ يتمّ في شكل عقود، فإستوعب نظام العقود في مختلف الأنظمة القانونية قبل و خلال القرن 19 الإلتزام بنقل المعرفة الفنيّة، كإلتزام قانوني، رغم عدم ظهور مفهومها و خصائصها و حمايتها بالمعنى الحديث، لأنّه لا يخفى عن القانونيين أنّ مسألة حصر كافة الإلتزامات شيء في غير مقتضى الصواب و الإمكان، و هذا ما جعل الفقهاء و المشرعين يصنّفون الإلتزامات في فئات كلاسيكية (بالنظر لمحلّها) و هي (الإلتزام بأداء عمل و الإمتناع عنه و الإلتزام بالإعطاء).

و هذا بالذات ما يبرّر تقسيم هذا الباب إلى فصلين: فبعد التطرّق من خلال الفصل الأول إلى التعريف بالمعرفة الفنيّة و الحماية المقرّرة لها على الصعيد الدولي و التشريع الداخلي، أُعرج في الفصل الثاني على الإلتزامات الناشئة عن عقود نقل المعرفة الفنيّة، و الشروط التقيديّة المتضمّنة لها، التي قد يرى البعض بشأنها أنّه يحسن تأخيرها إلى الباب الثاني، و بالمقابل تقديم الفصل الأول من الباب الثاني أي تقديم فكرة مراحل إبرام العقد على فكرة الإلتزامات الناشئة عنه كأثر للعقد) وكذا الشروط التقيديّة الواردة به) و هي فكرة منطقية، من حيث التسلسل الزمني لإبرام العقد.

إلاّ أنّني إرتأيت تأخير دراسة مراحل إبرام عقد نقل المعرفة الفنيّة إلى الباب الثاني ، بالنظر لكون ظهور إهتمام التّجار و المتعاملين الإقتصاديين بالمعرفة الفنيّة ، و بتبادلها جاء قبل إهتمام القانونيين بدراستها فضمنوها بعقود ، فإستوعبتها العقود بأشكال مختلفة في مختلف الأنظمة القانونية كما سبق التدليل على ذلك في بداية هذه المقدمة.

و كانت هذه العقود في بداية ظهورها أقرب في تصنيفها لعقود الإذعان من العقود الرضائية، بالنظر للشروط التقيديّة المحتواة بها، ضف إلى ذلك كسب لتأخير دراسة مراحل إبرام هذا النوع من العقود إلى الباب الثاني، كون هذا البحث يتعلّق بشكل كبير - و في كل أجزاءه - بتنمية الدول، لاسيما منها السائرة في طريق النمو، ممّا أضفى على البحث الصبغة الإقتصادية و السياسية والصبغة القانونية، و هذا ما جعل الإهتمام الأول بتداولها من طرف التجار، و المتعاملين الإقتصاديين، من الأشخاص القانونيين الخاصّة و العامّة يحرك إهتمام السياسيين قبل القانونيين من- حيث البحث و التشريع- فجعل من النتائج التنموية السلبية، للدول النامية المنجّرة عن التعامل بالمعرفة الفنية، كالإلتزام في عقود نقلها دولياً بداية يحرك فيما بعد إهتمام الدارسين القانونيين بإيجاد حلول لتخفيف الهوّة بين موردي المعرفة الفنيّة و متلقيها، فدأبوا لاحقاً في دراسات متخصصة بهذا الشأن على التركيز على صيرورة المفاوضات من هذا النوع من العقود بالذات، و كذا التركيز على أنّ محلّ و سبب هذه العقود يشكل "خصوصية".

كل ذلك من أجل لفت إنتباه المشرعين إلى فرض تنظيمات جديدة يكون من شأنها تقليص الهوّة التنموية (بين طرفين غير متكافئين تكنولوجياً و معرفياً)، و من أجل إيجاد آليات وطنية و دولية لكبح الشروط التقيديّة المفروضة على الطرف المتلقي للمعارف الفنية.

لذلك سيكون تقسيم هذا الباب إلى الفصلين التاليين:

الفصل الأول: التعريف بالمعرفة الفنية و حمايتها.

الفصل الثاني: آثار عقود نقل المعرفة الفنية و الشروط التقيديّة.

الفصل الأول

التعريف بالمعرفة الفنية و حمايتها

إنّ مسألة التعريف بالمعرفة الفنيّة تستدعي مذكاً توضيح مفهومها في مبحث أول، بالشكل الذي يسمح لنا الإحاطة بمدلولها و تفرقاته عن بعض المفاهيم الشبيهة بها.

ثم لإكمال الإستفادة في هذا السياق نذكر خصائص المعرفة الفنيّة بمبحث ثان.

و أخيراً نبحث مسألة الحماية القانونية لهذه المعارف الفنيّة دولياً و داخلياً بمبحث ثالث.

المبحث الأول: مفهوم المعرفة الفنيّة

يعتبر إصطلاح المعرفة الفنيّة من الإصطلاحات التي لحقها الكثير من التأويل، و إكتنفها الغموض و الإلتباس، و مرجع ذلك التغيير السريع الذي يواكب تطور الأشياء نفسها، حيث تكون بداية الشيء غير واضحة المعالم أو بالأحرى معقّدة، قبل البحث فيها أو دراستها، فضلاً عن تباين النظم القانونية و إختلافها، ليس فقط في المسميات، و إنّما في المضمون⁽¹⁾.

وهذا ينطبق على المعرفة الفنيّة، فملكيّة السّلع لها تاريخ طويل و تأصل معانيها قانوناً بالتبعية له جذور تاريخية طويلة أيضاً، فهو حتى أطول من تاريخ تباؤها في السّوق، بينما تاريخ الملكية الخاصّة بالمعرفة الفنيّة و الحقوق الصناعية .

و سائر الحقوق المعنوية لا يعدو أن يكون خلال القرن 19، و يؤكد ذلك الإقتصاديون و القانونيون الكلاسيكيون التقليديون، الذين كتبوا الكثير عن إنتاج و تبادل السلع و لم يكتبوا شيئاً عن الملكية الخاصّة بالمعرفة الفنيّة و تبادلها.

هذا و يجدر التنويه إلى أنّ هناك مصطلحات تداخلت و تشابكت بمفهوم المعرفة الفنيّة، حتى وقع الكثير في لبس و حرج التفرقة بينها ، فيجدر بنا إذن توضيحها، لتكرر ورودها بهذا البحث.

(1) - د/ حسام الدين عبد الغني الصغير، حماية المعلومات غير المفصح عنها و التحدّيات التي تواجه الصناعات الدوائية في الدول النامية، رسالة دكتوراه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 18.

و الفكرة الجوهرية في هذا المبحث هي إستحالة و ضع تعريف جامع مانع للمعرفة الفنيّة، مرد ذلك يعود للزاوية التي ينظر منها لهذا المفهوم، إذ أنّ و جهة نظر الإقتصادي غير وجهة نظر دارس القانون، غير وجهة نظر السياسي.

هذا إضافة إلى حداثة المفهوم ذاته كما سبق الذّكر، لذلك نبرز من خلال هذا الجزء من الدراسة مختلف وجهات النظر إزاء المعرفة الفنيّة بعد تقديم المعنى الإصطلاحي لها و المعاني الشبيهة بها.

و على ذلك سوف نتفحص من خلال هذا المبحث المطالب التالية:

المطلب الأول: المعنى الإصطلاحي للمعرفة الفنيّة و علاقته بمفاهيم قريبة منه.

المطلب الثاني: المفهوم القانوني للمعرفة الفنيّة .

المطلب الثالث: المفهوم الإقتصادي و السياسي للمعرفة الفنيّة .

المطلب الرابع: المفهوم الفقهي و موقف القضاء من المعرفة الفنيّة .

المطلب الأول: المعنى الإصطلاحي للمعرفة الفنيّة و علاقته بمفاهيم قريبة منه

تمكّنا معرفة المعنى الإصطلاحي للمعرفة الفنيّة من التفرقة بينها وبين مصطلحات أخرى كثيراً ما ترد بالدراسات المتعلّقة بشأن تنمية الدول و عقود نقل المعارف الفنية والتكنولوجية.

لذا نقسم هذا المطلب إلى الفروع التالية:

الفرع الأول: المعنى الإصطلاحي للمعرفة الفنيّة.

الفرع الثاني: علاقة مصطلح المعرفة الفنية بمفهوم التكنولوجيا.

الفرع الثالث: علاقة مصطلح المعرفة الفنيّة بمفهوم السرّ الصناعي أو التجاري.

الفرع الرابع : علاقة مصطلح المعرفة الفنية بالعلم والمعرفة.

الفرع الأول: المعنى الإصطلاحي للمعرفة الفنية

ظهر هذا المصطلح لأول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية عام 1916⁽¹⁾ ضمن مجموعة الإصطلاحات الخاصة بالملكية الصناعية⁽²⁾ و درج الكتاب الأمريكيون على استخدامه منذ ذلك الحين، ثم إنتقل شيئاً فشيئاً إلى سائر بقاع العالم، و معناه بأمرिका know-how أي بالترجمة الحرفية معرفة كيف أو savoir comment بالفرنسية و هي تعني إختصار العبارة:

" the know how to do it " أي معرفة كيف العمل أو التصنيع.

و تقابلها بالفرنسية⁽³⁾ "comment s`y prendre".

أو "Le fait de savoir"

أو "d`avoir le chic de faire quelque chose"

وهذه العبارة تنطوي على عناصر ذهنيّة تشمل القدرة و الكفاءة و الخبرة⁽⁴⁾.

و قد تداخل هذا المصطلح بعدة مفاهيم كالمهارة و الخبرة و غيرهما كثير، و لعلّ أهمها ما يلي:

الفرع الثاني: علاقة مصطلح المعرفة الفنية بمفهوم التكنولوجيا

إنّ التكنولوجيا مؤداها إصطلاحاً: بالفرنسية technologie، و بالإنجليزية technology، ذات أصل لاتيني متكون من مقطعين (techne) التي تعني الفن أو الصناعة و (logos) التي تعني الدراسة أو العلم، و أصل الكلمة بالفرنسية هو (technique) بمعنى أسلوب أداء المهنة أو الصنعة و تحول نسبياً إلى كلمة technologie⁽⁵⁾.

(1) - د/ جلال خليل احمد عوض الله ، النظام القانوني لحماية الإختراعات و نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، رسالة دكتوراه. جامعة القاهرة ،كلية الحقوق 1989.ص 482.

محمد إقلولي، النظام القانوني لعقود نقل المعرفة الفنية، رسالة ماجستير، جامعة تيزي وزو، 1994-1995، ص 61.

- د/ أمال زيدان عبد الله، الحماية القانونية للأسرار التجارية في عقود نقل التكنولوجيا، طبعة أولى، دار النهضة العربية، القاهرة 2009، ص 39.

(2) - د/ ياسر سامي قرني، دور عقود الإمتياز التجاري في نقل المعرفة الفنية (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة كلية الحقوق 2005، ص 156.

(3) -Magnin François ,**know-how et propriété industrielle**, paris, 1975, p19.

(4) -Azema jacques ,**définition juridique du know-how**, le know-how 5^{eme} rencontre du propriété industrielle ,Montpellier; 1975 .actualité de droit de l'entreprise, librairies techniques, paris,1976.p14.

(5) - ابراهيم المنجي، عقد نقل التكنولوجيا، الطبعة الأولى، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2002، ص 19.

- د/ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، عقود نقل التكنولوجيا، إيتراك للطباعة و النشر و التوزيع، القاهرة، 2006، ص 11 و مايليها .

- د/ فهد بجاد الملا فح، تسوية منازعات عقد نقل التكنولوجيا، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009 ، ص 18.

و يقصد بالتكنولوجيا وفق المدلول اللاتيني الدراسة الرشيدة للفنون و الصناعة (1).

و ذهب مجمّع اللغة العربية المصري إلى تعريب كلمة تكنولوجيا بكلمة تقنية بكسر التاء و سكون القاف و كسر النون و تعني أتقنه أي أحكمه (2) قال الله تعالى في الآية 88 من سورة النمل: >> صنع الله الذي أتقن كل شيء لأنه خبير بما تفعلون << صدق الله العظيم.

و تعتبر التقنية الجانب التطبيقي للعلم في مجال الإنتاج بالمعنى الواسع، وهي بهذا المعنى تغطي كافة المجالات.

و يرجع المدلول اللفظي لـ (تكنولوجيا) إلى كلمة شاع إستخدامها ، كما هي دون إيجاد ترجمة وافية بالعربية لها، و هي من الكلمات التي تعرف نفسها بنفسها دون الحاجة إلى تعريف لها عالمياً، فتواضع الناس على أن المقصود بها هو تطبيقات العلم في حياة الناس، و هي تعبير عن الذكاء الإنساني ، و التأقلم الحيوي مع الكون و الطبيعة و البيئة الإجتماعية.

و عموماً يمكن القول بأنّ الكلمة بالعربية لها أغلب حروف الكلمة الأجنبية (3)، إلا أن مدلول تقنية من فعل إتقان الأمر و إحكامه ، و يراد بها: تأليفه (combinaison) من العمليات المستخدمة فعلاً في إنتاج سلعة معيّنة (4).

و معنى التكنولوجيا: حسب بعض الفلاسفة مرادف للراحة و الرفاهية (5) تماماً كما إعتبرها كثيرون أنّها في خدمة التقدّم و ترقية مستوى الإنسان (6).

هذا ونلاحظ أن هناك من عرّف التكنولوجيا على أنّها:

"الثروة العامة للمعلومات النظرية، التي تشمل التّأصيل، و الّتي يمكن الإجابة عنها بـ لماذا؟، كما تشمل المعلومة العملية know how أو معرفة التطبيق العلمي (للمعلومة) النظرية في نطاق الفن الصناعي" (7).

(1) - المعجم الكبير، ألفاظ الحضارة، المجلد الثالث، إصدار مجمع اللغة العربية، القاهرة، بدون تاريخ، ص 94.

(2) - المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، جمهورية مصر العربية، طبعة 2000، ص 76.

(3) - المعجم الكبير، مرجع سابق، ص 94.

(4) - ابراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 20.

(5) - د/ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 12.

(6) - نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1987، ص 24.

(7) - د/ بلال عبد المطلب بدوي، تطور الآليات الدولية لحماية حقوق الملكية الصناعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 7.

فلاحظ هنا تداخل فكرة المعرفة الفنيّة بالتكنولوجيا ،أي اعتبارهما مترادفتين اصطلاحاً⁽¹⁾، ويتضح هذا المفهوم أكثر، لما نأتي لإبراز المفهوم القانوني و الفقهي للمعرفة الفنيّة لاحقاً بالمطلب الثاني.

و يرى البعض⁽²⁾ أنّ المعرفة الفنيّة إذا ضُمَّت في عقود نقل دولية، تكون أوسع نطاق من التكنولوجيا المتضمنة بعقود النقل الدولية، لأنّ مضمون الأولى أوسع، فهي تتكون من معلومات و طرق ليست صناعية فحسب، بل قد تكون إدارية، تجارية مفيدة و مربحة.

و تضمين المعرفة الفنيّة بهذه العقود يؤدي حتماً إلى تغيير إستراتيجية السّاسة و الإقتصاديّين، لأنّ " knowledge economy " هذا يعبر عن الانتقال من عصر الصناعة الى عصر إقتصاديات المعرفة " .

الفرع الثالث: علاقة مصطلح المعرفة الفنيّة بمفهوم السرّ الصناعي و التجاري

لاشك أنّ الأسرار التجارية و الصناعية تعتبر المحور الأساسي لعمليات نقل التكنولوجيا و المعارف الفنيّة، لما له من أهميّة في الوقت الحاضر، حيث أنّ عصر المعلومات أو التكنولوجيا متّسم بالتقدم العلمي و الفني، و المشروعات الكبرى ذاتها تراجعت عن نظام البراءات إلى نظام الأسرار التجارية، المحمي بقانون السرّ التجاري⁽³⁾ و تمكّننا مقارنة جملة من التعاريف الفقهية بمايلي:

كل من السرّ التجاري أو الصناعي عبارة عن معلومات غير مفسح عنها، وهي المعلومات التي تكون نتاج جهود كبيرة، توصل إليها صاحبها واحتفظ بسرّيّتها وتكون لها قيمة تجارية تنشأ عن هذه السريّة، ومن ذلك تصميم أو أسلوب أو طريقة أو مجموعة من المعلومات الفنيّة⁽⁴⁾.

وكما أنّه لا يوجد تعريف واضح للمعرفة الفنيّة ، لا يوجد أيضاً تعريف جامع مانع للسرّ التجاري والصناعي ، الأكيد أنّ أهم ما يميز لمعرفة الفنيّة ، ولعلّ أهم خصائصها هو السريّة ، وهذه نقطة إشتراك وتشابه بين كل من السرّ الصناعي والسرّ التجاري والمعرفة الفنيّة .

(1) - د/ محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مطبعة جامعة القاهرة، 1984، ص 3.

(2) Emmanuel-Arnaud et Robert Salmon, **Les nouvelles technologies de l'information et l'entreprise**, Edition economica, Gestion poch, 1996, p -9 - 10 - 47.

(3) - د/ أمال زيدان عبد الله، الحماية القانونية للأسرار التجارية في عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 6.
- جلال أحمد خليل عوض الله ، مرجع سابق، ص 488.

(4) - د/ سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005، ص 425.

إلا أنّ الفقه تأرجح بشأن مدى إرتباط المعرفة الفنيّة بالسرّ الصناعي أو التجاري، وإستند البعض إلى مضمون كل منهم للفرقة بينهم (4) إذ أنّ السرّ الصناعي ينحصر في وسيلة أو طريقة أو مركب ما ، أو بعض المعلومات الثانوية في مصنع ما .

بينما المعرفة الفنيّة تستوعب الكثير من الظواهر الجديدة، مثل حماية السوفت وير (softwar) والكثير من المعارف الحديثة في الإدارة وغيرها ، أي أنّ مجال تطبيقها أوسع، مع ذلك لجأ بعض الفقه إلى اعتبار أنّ المعرفة الفنيّة ذات مكونات أقل من السرّ الصناعي أو التجاري هذه المرّة ، وهم أقلية تكاد لا تذكر.

وذهب فريق آخر للتسوية بين مفهومي المعرفة الفنيّة والسرّ التجاري ، مثل ما ورد بالفقه في أمريكا وسويسرا، أما انجلترا تعتبر المعرفة الفنيّة مرادفة لمفهوم سرّ الصنعة والتصنيع .
Trade secret⁽²⁾.

الفرع الرابع : علاقة مصطلح المعرفة الفنية بالعلم والمعرفة

و تتمّ الإشارة في هذا الفرع إلى أوجه تشابه المعرفة الفنيّة بالعلم والمعرفة ، و في هذا الشأن ، قام الدكتور حسن فتحي مصطفى في كتابه عقد إنتاج المعلومات والإمداد بها (3) ، بمقارنة جملة من التعاريف الفقهية وتبين له ما يلي :

(1) - جلال وفاء محمدين، فكرة المعرفة الفنية والأساس القانوني لحمايتها، دراسة في القانون الأمريكي،مجلة الحقوق والبحوث القانونية والاقتصادية،العدد 3، كلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية، ص 27.

(2) - د/أمال زيدان عبد الله ، الالتزام بالسرية في عقود نقل التكنولوجيا ، رسالة دكتوراه، جامعة اسيوط مصر ، 2008، ص 54-55:
- ورد بأمريكا مصطلح سر الصنعة قبل " قانون أسرار التجارة الموحدة "، وذلك في مدوّنة المسؤولية الأولى عام 1939 أي : حاليا بأمريكا السر التجاري مرادف للمعرفة الفنية تشريعيًا.

(3) - حسن فتحي مصطفى بهلول، عقد إنتاج المعلومة والإمداد بها ، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 2008، ص 03 و ما يليها.
-نذكر بالتعريف الوارد بالهامش(1)، من المرجع أعلاه، عن البخاري عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري ، في كتابه كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام، دار الكتاب الإسلامي، بدون تاريخ، من الجزء 1 إلى 7.

1تعريفات العلم الفقهيّة وإن اختلفت ألفاظها إلا أنّها تدلّ على معنى واحد وهو أنّ العلم يعني الإدراك ، وهذا الإدراك يتمّ بالذهن ، والإدراك يتمّ في الأمور المعنوية، بحيث يحقق العلم الإدراك الجازم، الذي لا يحتمل النقيض.

2-الإدراك الذي يحقق العلم يكون بوسيلة الملكة الذهنية الرّاسخة في النفس البشرية ، وهذه الملكة تحقق الاعتقاد الجازم أو اليقين، وبذلك لا يشمل العلم الظن أو الوهم أو الشك.

3- كما يتضح من تعريفات العلم الفقهيّة : زوال الخفاء على المعلوم بحيث يحقق المعنى الكامن عن الشئ في ذهن الإنسان .

4- مع أن العلم يطلق عند بعض الفقهاء على المعرفة إلا أنّ العلم لا يسبقه جهل ، لذلك سمي الحق سبحانه وتعالى – بالعالم دون العارف – فمن خلال ما سبق من بيان واتفاق أنّ العلم : يعني الإدراك واليقين ، وعلى المعلومة (إدراك الذهن الشئ إدراكًا جازمًا لا يحتمل النقيض) فالمعلومة إنتاج ذهني خالص.

أمّا ورود فكرة المعلومة قانونًا، مردّه الأهميّة الفكرية والإقتصادية التي تتحلّى بها ، حتى أصبحت "المعلومة" تصلح أن تكون محل ملكية ومصدر دخل، وحتى أعطيت وصف الذهب الرمادي أو البترول الرمادي بما لها من أهميّة في صناعة المعلومة والاتصالات⁽¹⁾.

و عليه نستنتج أنّ نقطة تلاقي العلم أو المعلومة⁽²⁾ مع المعرفة الفنيّة: في إمكانية وضع العلم أو المعلومة أو المعرفة (المجردة الذهنية) على أرض التطبيق لتحقيق ربح مالي، مع مراعاة الحفاظ على سرّيتها : (في التطبيق أو النقل).

(1) - د/ حسن فتحي مصطفى بهلول ، مرجع سابق ، ص 11 و ما يليها.

(2) - من الدول التي أصدرت تشريعات خاصة بالمعلومات والحريات فرنسا سنة 1987، وقانون الاتصالات السمعية والبصرية في 1982/07/29، وقانون الخصوصية الأمريكي سنة 1974، وقانون حرية المعلومات الكندي سنة 1982، وتضمّن القانون المصري الصادر في 2002 الخاص بحماية حقوق الملكية الفكرية رقم 82، باب خاص بالمعلومات غير المفصح عنها ، أنظر (المواد 55-62).

المطلب الثاني : المفهوم القانوني للمعرفة الفنية

يوجد إختلاف كبير في تحديد تعريف أو مفهوم موحد للمعرفة الفنية ، على الرغم من أن ذلك يكتسي أهمية فائقة، تنعكس دون شك على إقتصاديات وسياسات الدول، ويرجع هذا التعقيد إلى محتوى عقود نقل التكنولوجيا عمومًا (1) وإلى إختلاف وجهات النظر إليه : من النظرة الليبيرالية إلى نظرة دول سائرة في طريق النمو.

يساهم التعريف في معرفة طبيعة العقود الناقلة للمعرفة الفنية وإيجاد معايير تميزها عن غيرها (2)، و بهذا يقسم هذا المطلب إلى الفرعين المواليين:

الفرع الأول : مفهوم المعرفة الفنية على المستوى الدولي.

الفرع الثاني : مفهوم المعرفة الفنية على مستوى التشريعات الداخلية.

الفرع الأول : مفهوم المعرفة الفنية على المستوى الدولي

قبل إبراز المدلول القانوني للمعرفة الفنية على الصعيد الدولي، يجدر بنا التذكير بالمفاهيم الكلاسيكية التالية :

تنقسم الحقوق المالية *droit pécuniaires* المتعلقة بالذمة إلى قسمين : هما الحقوق العينية *droit réels* وهي سلطة مباشرة يقرّها القانون لشخص على شيء محدد بالذات، ومثاله حق الملكية وحقوق شخصية من جهة أخرى *droit personnels* ، وهي رابطة قانونية بين شخصين يحق بمقتضاها لأحدهما إلزام الآخر بأن يؤدي له عملاً ما (3) ، لكن هذا التقسيم الكلاسيكي لم يعد يستوعب كل أنواع الحقوق المالية ، إذ ظهر في الأزمنة الأخيرة ما يسمى بالحقوق المعنوية *droits incorporels* مثل حق المؤلف على أفكاره، وحق الموسيقي على لحنه ، وحق المخترع على إختراعه ، وحق التاجر على محله ، ويتكوّن الحق المعنوي من شقين :

الشق الأول من الحق المعنوي ذو طابع أدبيتركز في حق الشخص أن تُنسب له أفكاره، ويكون له الحق وحده في إذاعتها على الناس أو في عدم إذاعتها ، والحق في تعديلها والإضافة عليها ، وهذا الشق من الحق المعنوي يتصل إتصالاً وثيقاً بشخص الإنسان ، إذ هو يتناول مجرد فكرة، فمن ثم يعتبر الحق المعنوي من هذه الزاوية من حقوق الشخصية ، شأنه في ذلك شأن حق الإنسان في سلامة جسمه ، وحقه في حياته وشرفه وإعتباره، ويتردّب على إعتبار الحق المعنوي بالنسبة إلى جانبه الأدبي من حقوق شخصية، عدم قابليته للتقويم بالمال ، أو التصرف فيه أو الحجز عليه.

(1) - د/ ياسر سامي قرني، مرجع سابق، ص 175.

(2) - محمد إقلولي ، مرجع سابق ، ص 49.

(3) - القانون المدني الجزائري، الصادر في 26 جوان 2005، تحت رقم 10-05، الجريدة الرسمية رقم 44.

أمّا الشق الثاني من الحق المعنوي، ينحصر في حق الشخص في الإفادة ماليًا ممّا يجي من ثمره إنتاجه بأن يعهد المؤلف مثلاً بإنتاجه الذهني إلى ناشر ينشره ، في مقابل ثمن يتقاضاه ، والحق المعنوي بالنسبة لهذا الشق وهو ما يسمى بحق المؤلف في الاستغلال - يعتبر حقًا ماليًا لأنّه يقوم بالمال، ومن ثم يمكن التصرف فيه والتعامل عليه.

أما إذا تساءلنا عن : موقع الحقوق المعنويّة من الحقوق العينيّة والشخصية⁽¹⁾ فإنّه يمكننا القول أنّه بطنر للقيمة المالية للحق المعنوي في شقه الثاني، ووفقًا لما سبق بيانه، فإنّ الأمر يقتضي أن نحدّد مكانته بين الحقوق للمية ، فذهب بعض الفقهاء إلى القول بأنّ هذا الحق هو حق عيني ، إستنادًا إلى أنّه أحد أنواع حق الملكية ينصبّ على شيء معين بالذات هو الإنتاج الذهني، ويطلق عليه حق الملكية الأدبية والصناعية، والواقع أنّ هذا الاتجاه يخالف طبيعة الحق المعنوي الذي يختلف إختلافًا جوهريًا عن الحق العيني، إذ أنّه يتعلّق بحق غير مادي لا يدركه الحسّ ، وهذا الحق هو الحق في الإنتاج على خلاف الحق العيني، الذي ينصبّ على شيء مادي ملموس كالمنزل أو السيارة ، ومن جهة أخرى يصعب إعتبار هذه الحقوق المعنوية حقوقًا شخصية، إذ أنّ الحق الشخصي يقوم على إلتزام الدين بأداء عمل معين ، أو الإمتناع عن عمل معين، بينما لا يوجد أثر لمثل هذا الإلتزام في الحق المعنوي.

يتضح ممّا تقدّم أنّه من العسير إدراج هذه الحقوق المعنوية تحت قسم الحقوق العينيّة أو الحقوق الشخصية، فلا مناص من إفراد قسم ثالث من الحقوق المالية يسمى بالحقوق المعنوية : الحق المعنوي : ليس عيني ولا شخصي.
والحقوق المعنوية ذاتها تأتي على أنواع هي :

أ- حق الملكية الأدبية والفنيّة ، وهو ما للمؤلف من حق على إنتاجه الذهني في الآداب والعلوم والفنون.

ب- حق الملكية الصناعية : وهي ترد على مبتكرات جديدة كالاختراعات ونماذج المنفعة والتصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة والتصميمات والنماذج الصناعية ، أو على إشارات مميزة تستخدم في تمييز المنتجات (العلامات التجارية وهو ما للتاجر من حق على محله التجاري بإعتباره ملاً منقولاً معنويًا مستقلًا عن عناصره المكوّنة له).

(1) - د/ سميحة القلوبوي، الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 6.

وتعتبر حقوق الملكية الصناعية والتجارية من الأموال التجارية لصلتها الوثيقة بالنشاط التجاري، فحق التاجر على محله التجاري، أو حقه على إسمه التجاري أو علامته التجارية يتصل دائماً بنشاطه التجاري.

بينما تدخل دراسة حقوق الملكية الأدبية والفنية في نطاق القانون المدني، وأهم ما تتميز به حقوق الملكية الصناعية والتجارية أنها حقوق مؤقتة، على عكس الحقوق العينية التي تتصف بصفة الدوام⁽¹⁾، فحق الشخص على عقار مملوك له يظلّ ما بقي هذا العقار، أما عن حق الملكية الصناعية لا يستأثر به صاحبه إلى الأبد، فحق صاحب البراءة في الاستئثار بإستغلال إختراعه، دون دفع مقابل لصاحب الاختراع وذلك حتى يستفيد المجتمع من تلك الإختراعات التي تؤدي إلى التقدّم، ما يميّز هذه الحقوق الصناعية والتجارية بأنها تسقط بعدم الاستعمال على خلاف الحقوق العينية.

ولا بأس أن نذكّر من خلال هذا الجزء من الدراسة بموقع حقوق الملكية الصناعية والتجارية بين العام والخاص :

لا شكّ أن دارس القانون يدرك بأنّ القانون ينقسم بصفة عامّة إلى قسمين رئيسيين هما: القانون العام والقانون الخاص، ويعتبر القانون المدني الفرع الأساسي للقانون الخاص، وينظم العلاقات المالية بين الأشخاص فيما عدا ما يتعلّق منها بالتجارة، إذ يترك تنظيمها للقانون التجاري، ومن ثمّ تعتبر حقوق الملكية الصناعية والتجارية حقوقاً خاصة، وهي الحق في براءة الاختراع، ونماذج المنفعة، والتصميمات التخطيطية، والمؤشرات الجغرافية والتصميمات، والنماذج الصناعية، والحق في الإسم التجري، وحق التاجر على محله التجاري.

إلا أنّ معظم هذه الحقوق وثيق الصلة بالقانون العام، إذ أنّ القانون الإداري هو الذي ينظّم إجراءات النشاط التجاري والصناعي بقواعد أمره بصفة عامّة، وذلك لإتصالها الوثيق بالإقتصاد الوطني للدولة، إذ لا يمكن ترك هذا النشاط دون مراعاة المصلحة العامّة.

(1) - القانون المدني الجزائري 05-10، الجريدة الرسمية رقم 44، المادة 674 و ما يليها.

ويمكن تعريف حقوق الملكية الصناعية بأنّها الحقوق التي ترد على مبتكرات جديدة كالإختراعات ونماذج المنفعة، ومخططات التصميمات، والنماذج الصناعية، أو على شارات مميّزة تستخدم إمّا في تمييز المنتجات، العلامات التجارية، المؤشرات الجغرافية أو في تمييز المنشآت التجارية، الاسم التجاري، وتمكن صاحبها من الإستئثار بإستغلال إبتكاره، أو علامته التجارية، أو إسمه التجاري في مواجهة الكافة، وذلك وفقاً للأحكام المنظمة لذلك القانون، ويتّضح من ها التعريف أنّ حقوق الملكية الصناعية تنقسم إلى قسمين⁽¹⁾ :

القسم الأول :

حقوق ترد على إبتكرات جديدة création nouvelle تمكّن صاحبها من إحتكار إستغلال إبتكاره قبل الكافة، وتلك الحقوق ترد إمّا عن إبتكار في الموضوع، أو عن إبتكار في الشكل.

أ- حقوق تتعلق بإبتكار جديد من حيث الموضوع création de fond وينصبّ الإختراع في هذه الحالة على صناعة منتجات معيّنة، أو إستعمال طرق صناعية مبتكرة، ومثال ذلك إختراع محرّك سيارة، أو ثلاجة وهذا النوع من الإبتكرات يطلق عليه إصطلاح " براءة اختراع "، وكذلك الشأن بالنسبة لكل إضافة تقنيّة جديدة ببناءة، أو تكوين وسائل أو أدوات أو عدد أو أجزائها أو منتجات أو مستحضرات أو طرق إنتاج لكلّ ما تقدم، وهو ما يطلق عليه نماذج المنفعة، كذلك الشأن بالنسبة للتصميمات التخطيطية الجديدة للدوائر المتكاملة.

ب- حقوق تتعلّق بإبتكار جديد يكون منصبّاً على شكل المنتجات أو المظهر الخارجي لها فقط création de forme، ففي هذه الحالة لا ينصبّ الإختراع على الموضوع وإنما يقع على شكل السلعة ذاتها، ومثال ذلك الإختراع نموذج أو شكل خارجي معيّن لسيارات الركوب أو الثلاجات، وهذا النوع من الإبتكرات يطلق عليه إصطلاح التصميمات والنماذج الصناعية.

القسم الثاني :

حقوق ترد على شارات مميزة signes distinctifs تمكّن صاحبها من إحتكار إستغلال علامة مميزة، وهذه الشارات إمّا أن تستخدم في تمييز المنتجات أو في تمييز المنشأة.

(1) - د/ سميحة القلوبوي، الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص10.

فالأولى هي التي تستخدم في تمييز المنتجات الخاصة بمنتج معين عن مثيلاتها في السوق، ومثال ذلك حق المنتج في العلامة التجارية.

والثانية هي التي تستخدم في تمييز المنشأة التجارية، ومثال ذلك حق التاجر في إحتكار اسم لتمييز متجره أو مصنعه، ويطلق عليها إصطلاح الحق في الإسم التجاري⁽¹⁾.

هذه المفاهيم تدرج في جلّ التشريعات العالمية بشيء من الإختلاف، وجدت للإستناد عليها لبسط حماية على المعرفة الفنية أو غيرها من الحقوق، على أسس تشريعية، يبقى الفرق بين التشريعات أنّ هناك من أورد المعارف الفنية بتشريعات خاصة بها، ومنها من تناولتها نصوص مبعثرة هنا وهناك ومن تركت حرية حمايتها للشخص الذي يحوزها، بما يتخذه من إجراءات للحفاظ على سرّيتها، وباعتبار منشأ المعرفة الفنية أمريكي، فإننا نلاحظ أنّ القانون هناك، بدأ يفرق بين ما يطلق عليه بالإنجليزية

statutory rights و non statutory rights

فالأول يقصد به الملكية الصناعية المحمية بواسطة قوانين براءة الاختراع.

أما الثاني فهو المعرفة الفنية أو السرّ التجاري التي تدخل ضمن إصطلاح الحقوق غير المنظمة قانوناً (هذا قبل صدور قانون 1939 المتعلق بمدونة المسؤولية الأولى)، وبعد هذا القانون توالت بعده قوانين عديدة تحمي المعرفة الفنية أو السر التجاري، كما سماه المشرع الأمريكي .

ولعلّ من أواخر و أبرز الأطر القانونية المنظّمة للمعرفة الفنية على المستوى الدولي هو إطار اتفاقية تريبس⁽²⁾ وذلك في البند رقم 39، حيث اعتبرتها أسراراً غير مفصح عنها، أو معلومات سرّية، وردت بالقسم السابع تحت عنوان حماية المعلومات السريّة⁽³⁾.

(1) - د/ سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 06 وما بعدها.

- د/ ماجد عمار، مرجع سابق، ص 115.

(2) - اتفاقية تريبس، وهي اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية في أبريل 1994، والتي جاءت نتيجة الجهود الدولية في إطار إتفاقية GAAT لعام 1944 وحدثت تريبس على تطبيق المعاهدات الدولية ذات الصلة بحقوق الملكية الفكرية.

(3) - منير محمد الجنبهي، ممدوح محمد الجنبهي، التعاون الدولي في مجال حماية حقوق الملكية الفكرية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 101.

نذكر بأنه سبق و أن تمّ ضمان الحماية الفعّالة للمنافسة غير المنصفة حسب ما تنص عليه المادة 10 مكررة من معاهدة باريس (1967) للمعدّلة لإتفاقية (1883) تلتزم البلدان الأعضاء بحماية المعلومات السرية، وفق الفقرة 02 والبيانات المقدمة للحكومات أو الهيئات الحكومية وفقاً لأحكام الفقرة 03.

للأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين حق منع الإفصاح عن المعلومات التي تحت رقابتهم بصورة قانونية للآخرين ، أو حصولهم عليها أو إستخدامهم لها، دون الحصول على موافقة منهم ، بأسلوب يخالف الممارسات التجارية النزيهة ، طالما كانت تلك المعلومات :

أسرّيّة من حيث أنّها ليست بمجموعها أو في الشكل والتجميع الدقيقين لمكوّناتها ، معروفة عادة أو سهلة الحصول عليها من قبل أشخاص في أوساط المتعاملين عادة في النوع المعني من المعلومات.

ب- ذات قيمة تجارية نظراً لكونها سرّيّة.

ج- خضعت لإجراءات معقولة في إطار الأوضاع الرّاهنة من قبل الشخص الذي يقوم بالرقابة عليها من الناحية القانونية بغية الحفاظ على سرّيّتها.

تلتزم البلدان الأعضاء ، حين تشترط للموافقة على تسويق الأدوية أو المنتجات الكيماوية الزراعية التي تستخدم مواد كيماوية جديدة ، تقديم بيانات عن إختبارات سرية أو بيانات أخرى ينطوي إنتاجها أصلاً على بذل جهود كبيرة ، بحماية هذه البيانات من الإستخدام التجاري غير المنصف ، كما تلتزم البلدان الأعضاء بحماية هذه البيانات من الإفصاح عنها إلاّ عند الضرورة من أجل حماية الجمهور أو مالم تتخذ الإجراءات لضمان عدم الإستخدام التجاري غير المنصف، فالمعرفة الفنيّة هنا واردة بمعنى سرّ تجاري و الذي هو بدوره شكل من أشكال الملكية الفكرية والذي يعدّ الصورة الوحيدة من الملكية الفكرية التي يساعد فيها القانون المالك إخفاءها على الآخرين (1).

بل أكثر من ذلك : لا تولى لها حماية قانونية بأي شكل لو كانت في متناول الجميع ، بمعنى أنّه من شروط الحماية القانونية أنّ تكون سرية ، وكذلك تستمر قيمتها التجارية من كونها سرية، وتعتمد في سرّيتها على ما يتخذها حائزها القانوني من إجراءات للحفاظ عنها (2) - و لا يشترط أنّ تكون على درجة عالية من الفن الصناعي أو التجاري، بل يكفي أنّ تكون معلومات لها قيمة إقتصادية عند إستخدامها في مجالها المخصّص لها .

(1) - د/ آمال زيدان ، الحماية القانونية للأسرار التجارية، مرجع سابق، ص 49 .

(2) - د/ سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 427 .

- د/ حسام الدين عبد الغني الصغير، مرجع سابق، ص 22.

و قد ورد مفهوم المعرفة الفنية دوليًا في الجمعية الدولية لحماية الملكية الصناعية AIPPI كالتالي :

"تعرف المعرفة الفنية بأنها تشمل جميع الطرق الصناعية والمعرفة المكتسبة اللازمة لتشغيل وإستغلال فن صناعي معين، و وضعه موضع التطبيق العملي" (1).

و عرفها الدليل الخاص بتحرير عقود النقل الدولي للمعرفة الفنية في مجال الصناعات الميكانيكية بأنها: "مجموعة المعارف و المعلومات و المهارات الفنية اللازمة لتصنيع منتج ما، أو تصنيع بعض عناصره أو ملحقاته".

و أضاف: " لا يمكن إعتبار أي إختراع غير مبرأ سوى معرفة فنية، يمكن طلب لاحق لبراءة بشأنها" (2). بالرجوع إلى إتفاقية ترييس ، نجدها أحالت الدول الأعضاء وحثتها على إحترام كل من :

- إتفاقية برن الخاصة بشأن الدول النامية 1971 .

- إتفاقية باريس الخاصة بحماية الملكية الصناعية 1967 المعدلة لإتفاقية 1883

- معاهدة روما، ومعاهدة الملكية الفكرية فيما يتصل بالدوائر المتكاملة .

وتجدر الإشارة أن كل البلدان الموقعة على منظمة التجارة العالمية وعددها 117 دولة، حين

تأسسها وقّعت أيضا على إتفاقية : "trips"، وللتذكير:

أبرمت إتفاقية الجات بين 23 دولة في أكتوبر منذ سنة 1947 على أن تبدأ في السريان من أول يناير سنة 1948 .

أما عن المبادئ الأساسية في إتفاقية ترييس ونطاق تطبيقها :

فلا شك أن إتفاقية ترييس هي الإتفاقية الرائدة في مجال حماية حقوق الملكية الفكرية ، ولعلّ ريادتها في هذا المجال إنما تعود إلى ما أرسته من مبادئ ، وما إستحدثته من أحكام، على نحو غير كثير من ملامح التنظيم الدولي فيما يتعلق بالتجارة الدولية بوجه عام ، وفي مجال الملكية الفكرية بوجه خاص. و هذه المبادئ تتمثل في:
أولا: نطاق الإتفاقية وأهدافها.

ثانيا: مبدأ المعاملة الوطنية.

ثالثا: مبدأ الدولة الأولى بالرعاية.

رابعا : الإحالة الى الإتفاقيات الدولية السابقة على الترييس.

خامسا: ضمان تنفيذ الأعضاء لأحكام الإتفاقية (آلية التّفاد).

سادسا: توفير حد أدنى من الحماية مع إمكانية زيادتها.

سابعا : مواعيد سريان الإتفاقية والفترات الانتقالية التي منحتها.

ثامنا: المنازعات.

و يرى الكثير من المحللين القانونيين و الإقتصاديين و السياسيين أن هذه الإتفاقية من أكثر الإتفاقيات خطورة على الدول النامية .

(1) - د/ جلال أحمد خليل عوض الله، مرجع سابق، ص 482.

(2) - Guide sur la rédaction de contrat portant sur le transfert international ,du Know-how dans l'industrie mécanique.

- صدر هذا الدليل في 25 أبريل 1969 بجنيف، معدّ من طرف المجلس الاقتصادي الاجتماعي للأمم المتحدة عن طريق إحدى هيئاته: اللجنة الاقتصادية لأوروبا الخاصة بالصناعة و المواد الأساسية.

على موقع www.jurisint.org/doc /htm/com /Fr /2000/ jicom Fr 9.htm.

و قد كان ذلك بالفعل ، وفتحت الإتفاقية أبوابها أمام مختلف دول العالم حتى إستقطبت معظمها ، وبلغت نسبة ما تنظمه من حجم التجارة العالمية الدولية حوالي 90 % منها، إذ المنتبع لتاريخ إتفاقية الجات من السهل عليه أن يلاحظ مدى ما أحدثته هذه الإتفاقية من آثار كثيرة و في مختلف جوانب التجارة الدولية ، وذلك عبر جولاتها المختلفة والّتي قدرت بثمانى جولات ، بدأت أولها في جنيف سنة 1947 ، و إنتهت آخرها بالجولة الأشهر، وهي جولة ارجواي 1986-1994 والّتي تضمنت نتائجها إبرام 28 إتفاقية تغطي معظم مجالات التجارة الدولية ، ومن بينها مجال الملكية الصناعية لترسم خريطة إقتصادية جديدة للعالم ، وقد ساعد على ذلك ما صاحب هذه الحقبة من أحداث جسيمة، قلبت موازين القوى في العالم، كان أبرزها تفكك الإتحاد السوفيتي وما أسفر عنه من بدء إنهيار قلعة الإشتراكية القائمة آنذاك ، ثم قيام الوحدة الأوروبية من ناحية أخرى وإلى جوارها العديد من التكتلات الاقتصادية في مناطق شتى في العالم ، كل هذه الظروف كانت وراء حرص الدول المتقدمة على تضمين موضوع الملكية الفكرية بين موضوعات الإتفاقية ، وذلك بدافع الرغبة في إحتكار العلم والتكنولوجيا المتطورة ، وإعادة تشكيل هيكل الإنتاج عالمياً على نحو ما يتراءى ومصالحها الخاصّة ويعزز من قدرتها ويحد من قدرة الدول النامية على المنافسة في هذا المجال الحيوي .

إلا أنّ الحدث الهام الّذي خرجت به جولة الأرجواي ، والّذي تم إعلانه في الاجتماع الوزاري للجات في مراكش في أبريل من سنة 1994 ، هو نشوء كيان قانوني جديد يملك من الصلاحيات أكثر ممّا كان متّاداً لسكرتارية الجات ، ونعني به منظمة التجارة العالمية (WTO) ، وعهد إليها بالعديد من المسائل المتعلقة بتفعيل نصوص الإتفاقية ، كالإشراف على تنفيذ الإتفاقات التجارية الدولية وتنظيم المفاوضات التجارية متعدّدة الأطراف وتشغيل آلية أسرع لتسوية المنازعات التجارية بين الدول الأعضاء وحسم الخلافات بينها ، وبوجه عام فإنّ المنظمة أصبحت الجهة المختصّة بالإشراف على تطبيق الدول الأعضاء في الإتفاقية للنظام الجديد في مجال التجارة ، وعلى نحو يكفل توفير المناخ المناسب لمزيد من نمو التجارة الدولية وتحريها ، وتطبيقاً لذلك ، فقد عهد إلى المنظمة إعتباراً من الأول من يناير سنة 1995 بالعمل على تنفيذ إتفاقية الأرجواي عام 1994⁽¹⁾ ، ولعلّ ما يهمننا من هذه الإتفاقيات المختلفة في مجال بحثنا هذا تلك الاتفاقية المتعلقة بالتجارة في حقوق الملكية الفكرية ،

(1) - بلال عبد المطلب بدوي، مرجع سابق، ص 24.

وهو ما يدفعنا للتعرض لها بشيء من التفصيل في بحثنا هذا ، وفضلا عن إتفاقية تربس وأحكام الاتفاقيات التي أحالت إليها إتفاقية تربس توجد إتفاقيات أخرى، تناولت مفهوم وحماية المعرفة الفنية منها:

- المنظمة العالمية للملكية الفكرية – الويبو- معاهدة الويبو بشأن حقوق الأداء والتسجيل .
- المنظمة العالمية للملكية الفكرية بشأن حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة.
- الصندوق الدولي لحماية حقوق المؤلف كوفيدا.
- إتفاقية جنيف لحماية منتجي الفوتوجرام .
- اللّجنة العربية لحماية الملكية الفكرية .
- الإتفاقية العربية لحماية حق المؤلف⁽¹⁾.

كما لا يفوتنا أن نسلط الضوء على عمل دولي هام، رغم أنّه لم يرى النور في الواقع العملي لأسيا سياسية إيديولوجية نوردها لاحقا، إلاّ أنّه يعد مرجع دولي هام لا يستهان به ، ويعدّ من الدوافع الدولية التي رمت إلى إنشاء إتفاقية تريبس لاحقا عام 1994 والّتي عهد تنفيذها عام 1995 الى 3 أجهزة منظمة التجارة العالمية كأول جهاز ثم جهاز مجلس حقوق الملكية الفكرية كثنائي جهاز. وأخيرا جهاز المنظمة العالمية لحماية حقوق الملكية الفكرية الويبو⁽²⁾، وهذا العمل الدولي الهام يتمثل في مشروع لمدونة الدولية لقواعد سلوك نقل التكنولوجيا المعد من طرف مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، أما عن طبيعة العلاقة بين الويبو ومنظمة التجارة العالمية ، فتبدو في ظاهرها قائمة على التعاون فيما بينهما، من أجل توفير أكبر قدر من الحماية لحقوق الملكية الفكرية، إلاّ أنّ المنتب عن كتب لهذه العلاقة يجد أنّ دور الويبو قد تقلص بشكل كبير في ضوء ما منحه منظمة التجارة العالمية لنفسها من السلطات التي سبق الإشارة إليها ، وعلى وجه الخصوص السلطات الرقابية. وإن كان ذلك لا يعني بحال من الأحوال أن دور الويبو قد تضاعف في مجال الملكية الفكرية بوجه عام ، بل على العكس إنه يتزايد بشكل مستمر وواضح، وهو يكشف عنه بجلاء الرقم الخاص بعدد الدول التي أنضمت الى الإتفاقية ، والذي قدّر حتى سنة 2003 بـ 171 دولة.

(1) - منير محمد الجنبهي، ممدوح محمد الجنبهي، مرجع سابق، ص 134، و ما بعدها.

(2) - تسمى تريبس، أي الإتفاقية المتعلقة بالتجارة في حقوق الملكية الفكرية بالانجليزية :

-agreement on trade related aspects on intellectual property raghts: trips

-وتسمى المنظمة العالمية لحقوق الملكية الفكرية "wipo":word intellectual property organisation

- "wto" word trade organisation.

- وتسمى المنظمة العالمية للتجارة : بالانجليزية

- "omc" l'organisation mondiale de commerce

- أما بالفرنسية :

الفرع الثاني: مفهوم المعرفة الفنية على مستوى التشريعات الداخلية

و ندرس بهذا الفرع النقاط التالية:

أولا : مفهوم المعرفة الفنية في التشريعات المبنية عن إتفاق قرطاجنة

ثانيا : مفهوم المعرفة الفنية في التشريع المصري

ثالثا : مفهوم المعرفة الفنية في التشريع الجزائري

أولا : مفهوم المعرفة الفنية في التشريعات المبنية عن إتفاق قرطاجنة Pact andin :

الذي تحول مضمونه الى تشريعات داخلية : برز مفهوم المعرفة الفنية و حمايتها جلياً، في إتفاق قرطاجنة (ميثاق دول الأندين عام 1971 الصادر بقرار رقم 24) إلا أن زاوية تناول هذا الموضوع تختلف عن المفهوم البارز في الدول المتقدمة صناعيا وتكنولوجيا ، ولم تذهب هذه الدول الى إعطاء تعاريف جامعة مانعة للمعرفة الفنية أو حتى التكنولوجيا بقدر ما أبرزت الحماية الإقتصادية والسياسية للدول الأعضاء لعملية نقل المعارف الفنية كعنصر جوهري في عقود نقل التكنولوجيا، فهدفت الدول الموقعة على القرار بدرجة كبيرة الى تدعيم قدرة التفاوض ومحاولة منع الشروط التقييدية المفروضة على الدول النامية وهذا ما سعت إليه دول الأندين التي تضم (كلمبيا، بوليفيا ، تشيلي ، الأكوادور ، البيرو ، فنزويلا) في أمريكا الجنوبية .

ويعدّ ميثاق دول الأندين المنعقد في سنة 1971 نواة ومصدر إلهام التشريعات الوطنية المنظمة لعملية نقل التكنولوجيا كالقانون المكسيكي في 1972 والقانون البرازيلي في 1975 والقانون اليوغوسلافي في 1978 ، وتعد فنزويلا آخر دولة خرجت عن الميثاق حين سنّها لتشريع خاص عام 1986 طبقا لتوصيات الميثاق بحد ذاته وأصبح هذا الأخير بدون أثر (يذكر).

ورغم خروج هذه الدول عنه إلا أنه أرسى قواعد غاية في الأهمية أهمها :

- تأميم الشركات التي يساهم بها رأسمال أجنبي .
- إلغاء الرسوم الجمركية بين دول الأنديين .
- تحديد كل القواعد التي يجب على الشركات المتعددة الجنسيات أن تحترمها حين تعاملها مع المجموعة وشكلت هيئة مختصة كفيلة بدراسة وتقويم التكنولوجيا المنقولة .

(1) - د/ جلال أحمد خليل عوض الله، مرجع سابق، ص 414.

وأبرز ما جاءت به هذه التشريعات هو إجبار التشريع المكسيكي بسط المراقبة على العقود الناقلة للتكنولوجيا، من طرف اشخاص طبيعية أو معنوية من جنسية أجنبية أو مكسيكية وعلى كل المؤسسات العاملة في التراب المكسيكي التي ترمي الى نقل معارف فنية سواء من شركة أم اجنبية إلى فرعها المتواجد بالمكسيك أو معارف منقولة من أو الى شركات الهندسة أو غيرها حتى تلك الرامية الى بيع المركبات الصناعية (clé en main).

وعموماً تتجه سياسة الدول المنظمة الى هذا الميثاق نحو محاربة كل القيود التقييدية المفروضة على المتلقى وتضع حدا للمقابل النقدي للتكنولوجيا المنقولة بالمقارنة مع رقم الأعمال المحقق من طرف المرخص له ، كما أنّها تعرض العقود غير المسجلة وغير المراقبة الى الحل ، وقد اتجه المشرع البرازيلي الى نفس الطريق : حيث أخضع هذا الأخير و بشكل صارم عملية نقل التكنولوجيا على رقابة INPI (المعهد الوطني للملكية الصناعية) ، هذا عوض من رقابة الادارات المخول لها ذلك سابقا (وزارة المالية) ، باعتبار المعهد متخصص في الميدان التكنولوجي ويمحص في النوعية، ويحظر إستقبال تقنيات سبق وأن تم التحكم فيها داخليا ، ويقوي فرصة نجاح التفاوض وحددت نسبة أرباح الممول بـ 5% من رقم الأعمال المحقق من طرف المتلقى .

عموماً تتجه سياسة كل من التشريع المكسيكي والبرازيلي المتقاربتين الى التسجيل والموافقة المسبقة والى فرض رقابة جدية على التكنولوجيا الملتقاة⁽¹⁾.

ثانيا : مفهوم المعرفة الفنية في التشريع المصري

تناولنا التشريع المصري بالدراسة لإعتباره تشريعاً رائداً في هذا المجال في الدول النامية ،جاءت المادة الرابعة من القانون المصري⁽²⁾ بتعريف غير مباشر للمعرفة الفنية ، حيث إعتبرت نقل التكنولوجيا أخذ في الإعتبار أن المعرفة الفنية محلا لعقد النقل هذا :

>> نقل المعرفة المنهجية اللازمة لإنتاج أو تطوير منهج ما ، أو تطبيق وسيلة أو طريقة أو لتقديم خدمة ما، ولا يعتبر نقلا للتكنولوجيا مجرد بيع أو شراء أو إستثمار السدّع <<⁽³⁾.

(1) - محمود محمد سليمان الكيلاني ، جزء الإخلال في تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا رسالة دكتوراه،كلية الحقوق،جامعة القاهرة،1988، ص 105.

(2) - القانون التجاري المصري الصادر لسنة 1999،مرجع سابق، الذي أورد أحكام نقل التكنولوجيا في الباب الثاني ، حيث الإلتزامات والعقود التجارية ، وجاء في تبويب الفصل الأول تحت عنوان، نقل التكنولوجيا في المواد من 72 الى 87 .

(3) - د/ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 14.

من خلال تعريف كهذا بمصر، أو تعاريف أخرى في تشريعات أخرى نستنتج أنه إزاء عدم توصل الجهود الدولية الى صيغة مقبولة بشأن تنظيم عمليات نقل التكنولوجيا، بدأت بعض الدول لاسيما النامية الى إصدار تشريعات وطنية تهدف الى تنظيم عمليات نقل التكنولوجيا، ومن هذه التشريعات التشريع المصري ، وقد بدأت جهود المشرع المصري في تنظيم عمليات نقل التكنولوجيا بإدخال بعض التعديلات التي لها ارتباط بعملية نقل التكنولوجيا ، كما تم تشكيل لجنة لدراسة سياسات نقل التكنولوجيا ، وقد عقدت هذه اللجنة عدة اجتماعات ومناقشات الى أن توصلت إلى إعداد مشروع لتنظيم عمليات نقل التكنولوجيا، إعتمدت فيه على مشروع تقنين السلوك الذي أقره مؤتمر التجارة والتنمية "الاونكتاد" في نيروبي (كينيا) 1976 ، وقدمت لجنة المشروع الى الجهة المختصة 1987 لإصداره و لكن المشروع لم يصدر ، ولكن عند إصدار المشرع المصري لقانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999 ورد فيه تنظيم لعمليات نقل التكنولوجيا .

و قد لبتحدث قانون التجارة الجديد ولأول مرة في تاريخ التشريع المصري تنظيمًا لعمليات نقل التكنولوجيا وذلك لما للتكنولوجيا من أهمية بالغة في العمليات الإنتاجية ، ولما تواجهه عمليات نقل التكنولوجيا من مشاكل قانونية نتيجة تضارب مصالح الأطراف واختلاف موازين القوى بينهما . وقد استهدف المشرع المصري في تنظيمه لعمليات نقل التكنولوجيا حماية المصالح الوطنية دون المساس بالمصالح المشروعة لمورد التكنولوجيا، و قد ورد تنظيم عمليات نقل التكنولوجيا في قانون التجارة الجديد في الفصل الأول من الباب الثاني تحت عنوان "نقل التكنولوجيا" وذلك في المواد من 72 الى 87 .

و إستهلّ المشرع المصري تنظيمه لعمليات نقل التكنولوجيا بتحديد نطاق تطبيق القواعد الواردة في قانون التجارة الجديد على عمليات نقل التكنولوجيا⁽¹⁾.

حيث تنص المادة 72 على أنه " تسري أحكام هذا الفصل على كل عقد لنقل التكنولوجيا لإستخدامها في جمهورية مصر العربية سواءً أكان هذا النقل دوليًا يقع عبر الحدود الإقليمية لمصر أو داخليًا ، ولا عبرة في الحاليتين لجنسية أطراف الإتفاق أو محلّ إقامتهم .

(1) - د/ أحمد بركات مصطفى، العقود التجارية و عمليات البنوك، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005-2006، ص26.

كما تسري أحكام هذا الفصل على كل اتفاق لنقل التكنولوجيا يبرم بعقد مستقل أو ضمن عقد آخر ويلاحظ أن الأحكام التي ورد النص عليها في قانون التجارة الجديد وضعت في الأصل لمواجهة عمليات النقل الدولي للتكنولوجيا ورغم ذلك رأى الشرع المصري ضرورة تطبيق هذه الأحكام أيضا على النقل الداخلي للتكنولوجيا، كما رأى المشرع المصري سريان أحكام عقد نقل التكنولوجيا على اتفاق لنقل التكنولوجيا يبرم بعقد مستقل أو ضمن عقد آخر .

و على ذلك يمكن القول أن أحكام عقد نقل التكنولوجيا الوارد النص عليها في قانون التجارة الجديد تسري على عمليات نقل التكنولوجيا سواء أكان النقل دوليا أو داخليا ، كما تسري هذه الأحكام سواء تم الاتفاق نقل التكنولوجيا بوصفه عقد مستقلا قائم بذاته أم وردت شروطه ضمن عقد آخر يستهدف غاية اقتصادية معينة تستلزم نقل التكنولوجيا.

و يعرف قانون التجارة المصري الجديد، بموجب المادة 73 منه، عقد نقل التكنولوجيا بأنه⁽¹⁾: اتفاق يتعهد بمقتضاه (مورد التكنولوجيا) بأن ينقل بمقابل معلومات فنية الى (مستورد التكنولوجيا) لإستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها ، أو لتكريب أو تشغيل الآلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات ، ولا يعتبر نقلا للتكنولوجيا مجرد بيع أو شراء أو تأجير أو إستئجار السلع ولا بيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص بإستعمالها إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل التكنولوجيا أو كان مرتبطاً به.

أ - أنه يعتبر عقدا للتكنولوجيا كل اتفاق يكون محله التزام الطرف المورد بنقل معلومات فنية مما يستخدم في إنتاج السلع والخدمات .

ب - لا يعتبر من قبيل نقل التكنولوجيا مجرد بيع أو تأجير سلعة أو خدمة .

و يوضح هذا التعريف :

ج- كذلك لا يعتبر من قبيل نقل التكنولوجيا بيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص بإستعمالها ، ولكن تسري أحكام عقد نقل التكنولوجيا على كل بيع أو تأجير لعلامة تجارية أو اسم تجاري، إذا كان هذا البيع أو الإيجار جزءاً من عملية نقل التكنولوجيا.

(1) - د/ إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 17.

وسواء تمّ ذلك بعقد واحد أو عقود منفصلة (1).

ويتضح جلياً هنا تداخل مفهوم المعرفة الفنية مع التكنولوجيا بإعتبار الأول أهم العناصر على الإطلاق في عملية نقل التكنولوجيا داخلياً أو دولياً، كما لا يفوتنا التذكير بالقانون المصري لعام 2002 الحامل رقم 82 المتعلق بحماية حقوق الملكية الفكرية والذي تناول بالدراسة المعلومات غير المفصح عنها أي المعلومات السريّة أي المعرفة الفنية السريّة من جوانب عدّة بغية إصباغها بحماية تشريعية .

ثالثاً : مفهوم المعرفة الفنية في التشريع الجزائري

لم يظهر بالجزائر تعريف المعرفة الفنية في تشريعاتها الوطنية بشكل مستقل جامع مانع ولكن يمكن القول أنه ورد عام 1976 تعريف للتكنولوجيا (2) كما يلي: >> أثبتت التكنولوجيا مكانتها كوسيلة لزيادة إنتاجية العمل ، ولوضع موارد العلم في خدمة التقدم وترقية مستوى الإنسان <<، وكانّ المشرع الجزائري أراد من خلال هذا التعريف القول بأن التكنولوجيا تعد التطبيق العملي لموارد العلم، بحيث أعطاه تارة مفهوم إقتصادي بالقول - زيادة إنتاجية العمل - وتارة أخرى مفهوم سياسي أيدلوجي بالقول - توضع في خدمة التقدم وترقية مستوى الإنسان - وقبل ذلك التاريخ أهم ما ميّز التشريع الجزائري في مجال المعرفة الفنية مفهوماً ونقلاً : هو إنضمام الجزائر الى اتفاقية باريس المؤرخة في 20 مارس 1883 المتعلقة بحماية الملكية الصناعية ، والتي أهميتها لازالت باسطة وجودها الى اليوم بدليل إحالة إتفاقية trips السالفة الذكر حين التطرق لمدلول المعرفة الفنية على المستوى الدولي الأغلبية الساحقة من أحكامها لإتفاقية باريس (3).

و لقد إنضمت الجزائر الى إتفاقية باريس بموجب أمر 66-48 المؤرخ في عام 1966 مع عدم تسجيل إنضمامها الى منظمة التجارة العالمية لحد الآن ، فهي لازالت في مرحلة مفاوضات بشأنها، وهي تحضّر نفسها للقاء قريب بجنيف لمناقشات ومفاوضات بشأن هذا الإنضمام لتعارضه مع سياسات أخرى تنتهجها الجزائر.

(1) - أحمد بركات مصطفى، مرجع سابق، ص 26 .

(2) - د/ نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 24.

- د/ بلال عبد المطلب بدوي، تطور الآليات الدولية لحماية حقوق الملكية الصناعية ، مرجع سابق ص 13 .

(3) - لقد طرأت على هذه الإتفاقية عدة تعديلات هي : تعديل بروكسل في 14 ديسمبر 1900 ، تعديل واشنطن في 2 يونيو 1911، تعديل لاهاي في 6 نوفمبر 1952 ، تعديل لندن في 2 جوان 1934 ، تعديل لشبونة في 31 أكتوبر 1958 ، أخيراً تعديل ستوكهولم عام 1967 ، ومن ثم تنقيحها في 2 أكتوبر 1979 .

و نلاحظ أنّ الجزائر التي إنضمت إلى إتفاقية باريس لعام 1883 بموجب أمر رقم 66-48، المؤرخ في 25 فيفري 1966، حاولت سن عدّة قوانين لدرئ مساوى نظام الملكية الصناعية التقليدي، فأصدرت أمر رقم 66-54 المؤرخ في 03 مارس 1966 المتعلق ببراءات الإختراع، و أتبع بمرسوم تنفيذي رقم 66-60 صادر في 09 مارس 1966، و ألغى الأمر بموجب قانون 39-17 المتعلق ببراءة الإختراع، ثم واصلت إستجابةً لمقتضيات المرحلة الحالية إصدارها لقانون 03-07⁽¹⁾، و بهذا تكون الجزائر من أوائل دول العالم الثالث في سن قانون حماية الملكية الصناعية، فسبقت بذلك فرنسا التي أصدرته عام 1978، أمّا مصر فكانت سبّاقة في ذلك حيث أصدرته عام 1949.

و نختم بالقول أنّ مفهوم المعرفة الفنية في التشريع الجزائري، لم يبرز بصفة مباشرة منذ سلسلة أوامر الستينيات، التي تضمّنت أيضًا علامات المصنع و العلامات التجارية باعتبارها من حقوق الملكية الصناعية، بموجب أمر رقم 66-57 المؤرخ في 09 مارس 1966، المعدّل بأمر 67-223 الصادر في 31 أكتوبر 1967، و الذي إعتبر علامة المصنع إجبارية محدّدة بأمر خاص⁽²⁾.

و لم يبرز مفهوم المعرفة الفنية إلاّ بشكل غير مباشر، بعد الإصلاحات المشهورة منذ أواخر الثمانينات⁽³⁾، من خلال:

أ/ الطرق التعاقدية لنقل المعرفة الفنية داخليًا أو دوليًا ، أو الشراكة أو المعاهدات⁽⁴⁾.

و الرأي الغالب هو الدعوة إلى إعداد قنون موحد يتكفل بحماية الملكية الفكرية، لتسهيل عمل المؤسسات، و رجال القضاء، و السماح للمجتمع المدني بأخذ صورة واضحة عن آليات حماية الملكية الفكرية، خاصّة و أنّ الجزائر تتأهب للانضمام لمنظمة التجارة الدولية⁽⁵⁾.

(1) - الأمر الجزائري رقم 03-07 المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق ببراءات الإختراع، الجريدة الرسمية رقم: 44.

(2) - صالح زواوي فرحة ، علامة المصنع في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية والتجارية، جزء (XXIX) رقم 4، 1991، ص 952.

(3) - القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية و الإقتصادية في الجزائر، الصادر بـ 12 جانفي 1988، جريدة رسمية رقم: 3.
- دستور 23 فيفري 1989 الذي يؤكّد بداية الخوض في اتجاه نزع العراقيل القانونية نحو الإفتتاح لإقتصاد السوق المعدل بدستور 1996، المؤرخ في 07/12/1996، الجريدة الرسمية رقم 28، المعدّل بقانون 02-03 المؤرخ في 10/04/2002، الجريدة الرسمية رقم 25.

(4) - مرسومين حول المصادقة على معاهدين ثنائيتين بالجزائر، الأولى من نوعها لحماية الاستثمارات، وهما :
الأولى : بين الجزائر والاتحاد الإقتصادي لبلجيكا و لكسمبورق ، بموجب مرسوم 91-345 الثانية : متضمنة بمرسوم 91-346 بين الجزائر وإيطاليا موقعة في 08 ماي 1991، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 06 أكتوبر 1991.
www.jorad.p.dz/HAR/index.htm.

- د/ حسام عيسى، مرجع سابق، ص 52 .

- د/ أحمد بركات مصطفى ، العقود التجارية وعمليات البنوك، مرجع سابق، ص 29.

(5) عشي علاء الدين، منتدى التواصل القانوني، بحث على الموقع : achi.FORUMALGERIE.net/t-113-topic

ب/ أو عن طريق جلب المستثمرين الأجانب وتشجيع " الإستثمار " بصفة عامّة، لإتاحة الفرصة لجلب المعارف الفنية ولو بصورة غير مباشرة ، و هنا تراجع دور الدولة الإحتكاري بصفتها مالكة أو مقاولة كإقتراح مثالي في إطار التحوّل لإقتصاد السوق، و هذا له علاقة بمفهوم المعرفة الفنية، و كذلك نقلها بصورة غير مباشرة، كما له علاقة بتوضيح مختلف العناصر المشكّلة للمعرفة الفنية على إختلاف صور نقلها⁽¹⁾.

فإنطلقت الجزائر إبتداءً من عام 1993 بتشريعات تحمل في طيّها أحكامًا تشريعية تحت على : الإستثمار الأجنبي⁽²⁾ و معاملته معاملة تفضيلية⁽³⁾، كما اتجهت إلى حماية المعارف الفنية عن طريق كبح المنافسة غير المشروعة⁽⁴⁾.

المطلب الثالث: المفهوم الإقتصادي والسياسي للمعرفة الفنية

يجدر بنا قبل الخوض في مفهوم المعرفة الفنية من وجهة النظر الاقتصادية والسياسية الإشارة : أولاً إلى الأهمية الاقتصادية والسياسية للمعرفة الفنية وتداولها، فلا ريب أنّ المعرفة الفنية تحتل أهمية قصوى على سطح الأحداث الاقتصادية والسياسية العالمية نظرًا لقابليتها للنقل من محيط إنتاجي إلى محيط إنتاجي آخر ، ومن إقليم إلى آخر ، لكن ما في الأمر من إختلاف وجهات نظر إقتصادية وسياسية يعود إلى التوجّه الفكري لكل من يتناولها بالدراسة ، وخاصةً إذا تعدّى الأمر دراسة المفهوم المجرد سياسيًا كان أو إقتصاديًا ، إلى دراسة كيفية تداول هذه المعارف الفنية .

(1) - Ammar Guesmi: **le monopole de l'etat *Sur le commerce extérieur et la nouvelle réglementation concernant l'installation des grossistes et des concessionnaires**, Revue algérienne de sciences juridiques économiques et politiques, volume (XXIX), n°1991p 791.

- W.laggoun, de l'etat entrepreneur à la l'etat actionnaire, Revue Algérienne de sciences juridiques, économiques et politiques. volume (XXXI) ,n° 1993, P 727.

(2) - investir en algerie , **recueil de textes législatifs et réglementaires relatifs à l'investissement et à la création d'entreprises en algerie** ,Chambre nationale de commerce volume 1 et 2 , avril 1993.

المتضمّن باللغة العربية و الفرنسية:

- المرسوم التشريعي رقم 93-12، الصادر في 5 أكتوبر 1993 ، المتعلق بترقية الاستثمار ، الجريدة الرسمية رقم: 64

- المرسوم التنفيذي رقم 94-319، الصادر بتاريخ 17 أكتوبر، 1994، المتعلق بوكالة ترقية ودعم ومتابعة الاستثمار ، الجريدة الرسمية رقم: 67.

- المرسوم التنفيذي رقم 94-323 الصادر بتاريخ 17 أكتوبر 1994 المتعلق بتثبيت الحد الأدنى للصناديق الخاصة بالإستثمارات.

الجريدة الرسمية رقم: 67

(3) - الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الإستثمار، المؤرخ في 20-08-2001، الجريدة الرسمية رقم: 47

-decret exécutif N° :01-282 du 24-09.2001, portant attribution, organisation et fonctionnement de (ANDI) , journal officiel 55.

(4) - أمر 95-06، الصادر بتاريخ 1995، المتعلق بالمنافسة ،جريدة رسمية رقم 09.

حينذاك أكد سوف تختلف وجهة نظر الإقتصاديين والسياسيين الرأسماليين وسائر موردي المعرفة الفنية عن وجهة نظر المتشبعين بالدراسات الاقتصادية التي تملئها الشريعة الإسلامية ووجهة نظر سائر المتلقين لهذه المعارف الفنية من الدول الدائمة .

إنّ نظرة المتعاملين من الدول المتقدمة والتي يؤيدها جانب كبير من الفقه هناك، تفيد أنّ عملية نقل المعارف الفنية إلى الطرف المتلقي وفق شروط معينة يسمح لهذا الأخير من الحصول عليها بسرعة ، دون بذل الجهد والوقت ، في مجال البحث والتطوير ، فهي حسب وجهة نظرهم تمثّل وسيلة بالنسبة للصناعيين لتوفير المال والوقت، وتسمح بالحصول على التقنيات الضرورية لتحقيق منتجات معينة ، كما أنّهم يرون (1) بأنّ هذا النوع من التبادل العقدي يعطي الدول النامية إمكانية تجاوز التأخر التكنولوجي ، لكن في الحقيقة و على عكس هذه الأفكار المحيطة بالنماذج و البرامج المتعلقة بفكرة التطور التي أوصلت الطرف المتلقي لنتائج سلبية ، على هذا الأخير في سبيل السعي للتطور علنًا يطوّر تصوّره و يقصي فكرة أفضلية الجانب " الإقتصادي على الإجماعي" التي تؤدي إلى أفضلية الجانب " التكتيكي على الثقافي"، فعلى هذا الطرف البحث عن تحقيق ما يسمى التطور الآخر (2).

وعليه فإنّ هذه العقود حسب إتجاه نفس الرأي السائد بالبلدان المتقدمة تمثّل إحدى الوسائل الرئيسية لنقل التكنولوجيا ، وأنّ العمليات التي تمّت في هذا الشأن بين المؤسسات الصناعية الكبرى التي تملك التكنولوجيا والمعارف الفنية المتطورة عالميًا والتي لها أرصدة كبيرة ، خاصة تلك المتعلقة بنشاطات البحث والتطوير رفعت أكثر فأكثر من قيمة وتطور تقنياتها ومعارفها، كما أنّ وصول الشركات المتطورة تكنولوجيا إلى المستوى الاقتصادي العالمي والسيطرة التي تمارسها لدليل قاطع على اهتمامها بالتقنيات ، والتي سمحت لها بربح الوقت والتقليل من تكاليف الإنتاج ، فقد ركّزت في هذا المنهج مختلف المنظمات الدولية المتخصصة وكذلك الإقليمية من جهتها على إبراز أهمية المعارف الفنية ونقلها، حيث ذهبت غرفة التجارة الدولية إلى حد القول بأنّ المعرفة الفنية يمكن أن تُزيل براءة الاختراع .

(1) - Magnin François , opcit ; 1975 p 266.

- Michel Chertman. Les multinationales que sais-je ? ; Edition Bouchen. Alger 1993 p 3.

- تأتي نظرة الغرب لهذه العقود، في إتجاه واحد مع نظرة للشركات المتعددة الجنسيات من أنها الشكل الأكثر تطور للمؤسسة و أنها ضرورية و مهمة لمحرك الرقي الإقتصادي:
- أنظر في هذا إلى:

(2) Ameziane fergene. Elément pour un autre développement, Revue Algérienne des sciences juridiques, Economiques et politiques, volume (XXXI), n° 1 ,1993, P 79.

فعلًا أثبتت عمليات المشروعات الاقتصادية بأنّ المعرفة الفنيّة فاقت بكثير براءة الاختراع، لأنّ هذه الأخيرة أبدت تعقيدًا ولم تقدّم ضمانات كافية للشركات الكبرى ولأصحاب المعارف الفنيّة، كما أكّدت الأبحاث والتقارير التي توصلت إليها منظّمة الأمم المتّحدة على الأهمية الاقتصادية لعقود نقل المعرفة الفنيّة، ففي سنة 1964 وفي تقرير خاص بدور البراءات في نقل المعارف الفنيّة للدول النامية قام به لأميرال العام للأمم المتّحدة لدى الحكومات تبيّن أنّ جلّ الاتفاقيات التي أبرمتها حكومات الدول النامية مع المؤسسات الأجنبية تتعلّق بالمعارف الفنيّة والتطبيقات السريّة، ولم تتعلّق بالبراءات⁽¹⁾، وفي نفس السياق ووفق نفس النظرة يعترف بالمعارف الفنية و التطبيقات السرية و لم تتعلّق بالبراءات عقود نقل :

>>الدليل الخاص بتحرير عقود النقل الدولي للمعرفة الفنية في مجال الصناعة الميكانيكية بأنّ المعرفة الفنية قد أخذت مكانة جدّ هامة في مجال التبادل الدولي وهي تساهم أكثر فأكثر في توزيع ونشر المعارف والمعلومات الفنية <<.

إن هذه المفاهيم و الإستنتاجات الصادرة عن أفكار⁽²⁾ المعارف و المعلومات الفنية على المستوى الدولي الرأسماليين والموردين للمعارف الفنية لا تكون صحيحة دائمًا حيث أنه من خلال الممارسات الدولية يتبين أن عقود نقل المعرفة الفنية لها أهمية ونجاح ونجاعة لما يتعلق الأمر بتبادل بين دول ومؤسسات متقدمة ومتقاربة اقتصاديا وتكنولوجيا في المستوى.

لكن بالنسبة للدول النامية فإن الشروط القاسية التي يفرضها الطرف المورد ، بالإضافة إلى عدم مراعاة الظروف والاحتياجات الوطنية الحقيقية تحول دون النقل الاقتصادي الفعال لتلك المعارف الفنية والخبرات والاسرار الحقيقية ، ولا تصبح المعارف الفنية حينذاك تؤدي دورها المرجو لا سياسيا ولا تكنولوجيا ولا اقتصاديا خاصة إذا علمنا أن مختلف الأشكال والعقود التي تم إبرامها بين المؤسسات الأجنبية والدول النامية انتهت في غالب الأحيان الى إنجاز مصانع لا تشتغل، أو أدت الى انتاج وتصنيع مواد لا تتوفر على المواصفات المحددة في العقد ، أو الى شراء معلومات وتقنيات لم يتم نقلها بصفة فعّالة .

(1) - Nations – unies , comité des affaires économiques et sociales , rapport du secrétaire général sur le rôle des brevets dans le transfert des connaissances techniques aux pays en voie de développement , new York, 1964, p 20

(2) - Mahfoud Bouhasene, droit international de la coopération industrielle, office des publications universitaires, 1982, p 156

-Guide sur la rédaction de contrats Portant sur le transfert international du know- how dans l'industrie mecanique opcit, p 83.

ومن ثم وجدت الدول النامية نفسها تدفع مبالغ مالية ضخمة عن منتجات لم يتم شراؤها فعلا، و لنا أن نتذكر في هذا السياق مطلع السبعينيات حين الإطاحة بالنظام التشيكي عام 1973 عقب مقتل الرئيس بوازع من الشركات العملاقة الأمريكية و على رأسها ITT (الدولية للتلفون و التلغراف) و ما حصل من حرب غير معلنة من طرف ألمانيا و فرنسا و أمريكا تنفيذ نشر قنوات الإستخبارات على الأسواق العربية لإكتساحها⁽¹⁾، و من هذا المنطلق سوف يقسّم المطلب إلى ثلاثة فروع:

الفرع الأول :المفهوم الإقتصادي للمعرفة الفنية.

الفرع الثاني: نظرة الشريعة الإسلامية للمفهوم الإقتصادي السائد بشأن المعرفة الفنية.

الفرع الثالث: المفهوم السياسي للمعرفة الفنية.

الفرع الأول :المفهوم الإقتصادي للمعرفة الفنية

لا يهتم الإقتصاديون بالتكنولوجيا والمعارف الفنية بذاتها بل يهتمون بها من حيث تأثيرها في الحياة الإقتصادية فحسب ، فالتكنولوجيا عموما والمعارف الفنية التي تعد محل في العقد الدولي لنقل التكنولوجيا تعتبر من أهم عوامل التقدم المادي⁽²⁾ على أساس أنها تحدد الإنتاجية المادية للعمل وبالتالي تحدد حجم الإنتاج ومدى التقدم المادي من منطلق أن التكنولوجيا والمعرفة لفنية مفهومين متقاربين جداً خاصة من حيث النظر إلى هدف إستعمالهما وهو تحقيق الربحية أي أن لكلاهما قيمة valeur بالمعنى الإقتصادي للمصطلح أو مال Bien بالمعنى القانوني للمصطلح .

هذا بقطع النظر عن الفروق القانونية بينهما كإمكانية إحتواء التكنولوجيا في براءة إختراع وغلبة طابع السرية على المعارف الفنية ، و لقد عالجت نظرية أكسيركولين HECKSHER- COLIN فكرتي التكنولوجيا و المعرفة الفنية بصورة فنية تحت لواء نظرية وفرة عوامل الإنتاج وهي تقول بإمكانية أي دولة كانت أن تحصل على معرفة كافة أنواع التكنولوجيا و المعارف الممكنة و اللازمة لصناعاتها⁽³⁾.

(1) -محمد بوعشّة، التكامل و التنازع في العلاقات الدولية الراهنة، طبعة دار الجيل، بيروت، 1999، ص 143.

- يضيف الكاتب في الصفحة 132 و فق نظرة تحليلية وتكتيكية:إزاء التشدد الحاصل حاليا لفرض حصار على المعارف الفنية و حصر الزيارات لمراكز البحث الأجنبية و تقييد النهل من العلم، لنا أن نذكر بما توصلت له الحضارة العربية الإسلامية من إرساء لأسس العلم الحديث لتطالب بتعويض ما تُفق و تُهب من طرف الأجانب بصيغ القانون الدولي المعاصر.

(2) - د / أنس السيد عطية، ضمانات نقل التكنولوجيا للدول النامية ، رسالة دكتوراه ،جامعة عين شمس ،كلية الحقوق،القاهرة، 1996، ص 17.

(3) - د/ جمال الدين لعويسات، العلاقات الإقتصادية الدولية و التنمية، دار هومة ،الجزائر، 2000،ص 31.

لقد أصبح مجال تطبيق المعارف الفنية بعناصرها العديدة، المتمثلة على سبيل المثال في:

المعلومات الفنية	connaissances techniques
والأساليب الفنية	les procédés techniques
والمهارة الفنية	l'habilité technique
والخبرة الفنية	l'expérience technique

واسع النطاق فهو يتعدى إنتاج السلع الصناعية إلى الخدمات أيضا وإلى سائر المجالات الفنية والإدارة ،

مما يؤدي إلى القول أن المعرفة الفنية أوسع نطاقا تطبيقيا من التكنولوجيا في الوقت الحالي وكذلك

أيسر تداولاً ، وللتدليل على ذلك نذكر على سبيل المثال الأرقام التالية في مجال تبادل الخدمات :

ليس من الصعب فهم أو تفسير أهمية تجارة الخدمات⁽¹⁾ خاصة بالنسبة للدول الكبرى ، فلقد استوعب قطاع الخدمات ثلث حجم العمالة في الإقتصاد القومي الأمريكي عام 1980م، وحققت صادرات الخدمات الأمريكية 37,5 مليار دولار بنسبة 11,7% من إجمالي الصادرات الخدمائية العالمية ، وحوالي 3,9% من إجمالي الناتج المحلي الأمريكي مقارنة بنسبة 6,1% للصادرات السلعية وبمعدل نمو سنوي يصل إلى 12,5% في الفترة من عام 1973 وحتى 1984 م ، مقارنة بمعدل نمو الصادرات السلعية عن نفس الفترة والذي حقق 10,8% فقط .

وفي عام 1990 م بلغت تجارة الخدمات الدولية (والتي لم تكن تدرج في ميزان مدفوعات الحكومات) في الولايات المتحدة وحدها 800 مليار دولار، وهو ما يعادل 20% من إجمالي التجارة العالمية ، وفي عام 1995 م بلغت عائدات الولايات المتحدة من تجارة الخدمات إلى ما يقرب من 1.2 تريليون دولار (1200 مليار دولار) ، وهذا أيضا ما يعادل 20% من حجم التجارة العالمية ، وبصفة عامة فإنّ تجارة الخدمات تغطي أكثر من 70% من الإنتاج والتوظيف في المجتمعات الصناعية المتقدمة ، وتصل عائداتها الإجمالية إلى أكثر من 2.2 تريليون دولار سنويًا .

- وقطاع الخدمات له أهمية إقتصادية على المستويين المحلي والدولي ، فعلى المستوى المحلي تعتبر الخدمات من مستلزمات الإنتاج التي لا غنى عنها للإقتصاد القومي الحديث ، مثل النقل بأنواعه وخدمات

(1) - حمودة فتحي حمودة سيد، مبدأ حرية تجارة الخدمات وفقا لإتفاقية منظمة التجارة العالمية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة

الإتصالات والخدمات المالية من تأمين وعمليات مصرفية أو بنكية وخدمات البحوث والتطوير ، وخدمات الإنشاءات والخدمات الهندسية المتصلة بها ، وبالذات في القطاع الفرعي الخاص بالإنشاءات المدنية من طرق وجسور وأنفاق وصرف زراعي وري ومشروعات تقنية المياه ، وتعتبر الخدمات عنصرا جوهريا في البنية الأساسية الاجتماعية لأي مجتمع حيث ، يعرف معنى تعبير التقدم الاقتصادي والاجتماعي ، كالخدمات الصحية والبيئية والتعليمية ، وطبعا للمعرفة الفنية في كل قطاع من هذه القطاعات شأن لا يستهان به ، وتزداد أهمية الخدمات على صعيد الإقتصاد الدولي ، فمستوى كفاءة الإنتاج والتصدير يعتمد إلى حد كبير على وجود قطاعات خدمية متطورة في مختلف المجالات .

فبدون هذه القطاعات الخدمية المتطورة - بمعنى إتاحة خدماتها على الوجه المطلوب وبدقة وبأسعار معقولة ، في مجالات خدمات الأعمال (مثل الخدمات المهنية والحاسبات والبحوث) وخدمات الإتصالات والخدمات المالية ، لن تكون هناك فرصة تذكر للقطاعات الصناعية والإنتاجية للإرتفاع بمستوى وكفاءة إنتاجها، هذا عن ارتباط كفاءة الإنتاج بالخدمات ، وكذلك الشيء ذاته يتكرر فيما يتعلق بكفاءة تصدير هذا الإنتاج بالخدمات ، فخدمة نقل البضائع والشحن كلما كانت متطورة وكافية وكذلك خدمات الإعلان والتسويق والخدمات المالية والبنكية ، وجدت هذه المنتجات طريقها إلى الأسواق الخارجية.

مما سبق يتضح لنا أن مجال نقل المعرفة الفنية على المستوى الخدماتي له انعكاس قوي على المردود الاقتصادي من حيث حجم الربح أو المال المحقق من خلاله ولعل أمثلة العقود الخدماتية المتعلقة بلتزويد بالمعلومات من أهم الأمثلة المعاصرة على ذلك سواء تعلّق الأمر بالقطاع الخاص في أشكاله التقليدية (الحرفية، المقاوله الفردية، الشركات التجارية)أو بالقطاع العام بعد أن أدركت الدولة أنّ الإهتمام بالقطاع الخاص أصبح مصيراً لا يمكن تجاهله في خضمّ التحولات الإقتصادية العالمية الحالية (1) و في هذا السياق بدأت الدعوة لإقامة شركات جنوب منذ بداية الثمانينات تكشف أكثر فأكثر (2).

(1) - Mohamed Salam, **Pour une perfection du fonctionnement des sociétés commerciales**, Revue Algériennes de sciences juridiques,économiques et politiques, V (XXIX) N° 1 et 2 , 1991 ,P 141.

-Santucci J.C et El malki. M.**Etat de développement dans le mande arabe, Crise de mutation au Maghreb**, revue Algériennes de sciences juridiques,économiques et politiques , n° 1 et 2, 1991, p 219.

(2) -Mahfoud gazal, **revue Algeriennes de sciences juridiques,économiques et politiques** , n° 2, 1988,p 361.

و إستناداً إلى ما سبق ذكره ، يجدر بنا القول أنه كل ما قبل من معاني إقتصادية في شأن التكنولوجيا يصح إسقاطه على المعرفة الفنية ، و إعتبار المفهوم الإقتصادي المصبوغة به التكنولوجيا هو ذاته المفهوم الإقتصادي المصبوغة به المعرفة الفنية لأن كل منهما يقدر بمال من الوجهة الإقتصادية ، حتى وأن المعروف عن المعرفة الفنية أنها من حقوق الملكية الفكرية، إلا أن لها طابع تجاري وهذا ما أقرته إتفاقية تربس السابق الإشارة لها . ولقد تعددت التعريفات التي قال بها الإقتصاديون في شأن تحديد مدلول التكنولوجيا والمعرفة الفنية بالتبعية ، وهذا التعدد للتعريفات مرجعه إختلاف زاوية النظر إليها⁽¹⁾.

و لن نعوص في التعريف الإصطلاحي والقانوني للتكنولوجيا، بل نحاول الاقتراب من المفهوم الصحيح للتكنولوجيا من حيث المضمون الإقتصادي، فننعرض بقدر الضرورة لمناهج التعريف السائدة في هذا المجال.

فهناك المنهج الأول ، وفيه تعوّف التكنولوجيا تعريفاً عقلياً سابقاً على التجربة (à priori) ، وهناك المنهج التجريبي (à posteriori) الذي يتجه إلى تعريف التكنولوجيا من خلال تحديد علاقاتها بغيرها من الظواهر الفكرية و الإقتصادية، وتمييزها عما يمكن أن يختلط بها من تلك الظواهر ، وفي إطار المنهج الأول⁽²⁾ يقابلنا تعريف Jack Baranson للتكنولوجيا بأنها >> تصميم المنتج وفنون وأساليب الإنتاج وأنظمة الادارة المستخدمة في تنظيم وتنفيذ خطط وبرامج الإنتاج<< ، وتعريف John k. Galraith بأنها >> التطبيق المنهجي للعلم ولكل المعارف الأخرى المنظمة لأغراض عملية << أو >> أنها تشمل كل ما يتعلق بالإنتاج في الإقتصاد << ، وكذلك إعتبارها مجموعة القواعد الفنية والوسائل التطبيقية التي تحكم الإنتاج أو القول بأنها >> الجهد المنظم الرامي لاستخدام نتائج البحث العلمي في تطوير أساليب أداء العمليات الإنتاجية <<، وهناك تعريفات إقتصادية أخرى متنوعة في هذا السياق تناولت التكنولوجيا ، ورغم أن هذه التعريفات يجمع بينها منهج واحد وهو التعريف العقلي وتدور جميعها حول إعتبار التكنولوجيا عنصر جوهرى من عناصر الإنتاج ، إلا أن الغالب منها يشوبه الخلط بين التكنولوجيا وغيرها من الأفكار الأخرى مثل فكرة التكنيك ، والبعض الآخر يتسم بالعمومية المفرطة. وأحيانا بالقصور الذي لا يمكن معه التصور الصحيح لماهية التكنولوجيا ، وهو ما يحفز بذاته على ضرورة البحث في المنهج التجريبي .

(1) - د/ أحمد بركات مصطفى ، مرجع سابق ، ص 22 .

(2) - د/ السيد مصطفى أحمد أبو الخير ، مرجع سابق، ص 15، و ما بعدها.

و طبقاً لهذا المنهج فإنه لأجل الوصول إلى تعريف دقيق للتكنولوجيا يجب البدء أولاً بتحديد وضع كل من التكنيك والتكنولوجيا بالنسبة للعلم المجرد ثم إستخلاص التكاملية التي تسيطر على العلاقة بين هذه الأنماط من المعارف وكذلك ما أصبح بينهما من تداخل في وقت الحاضر . وبعبارة أخرى يبقى السؤال : ما هي العلاقة بين التكنولوجيا والتكنيك من جهة وبين التكنولوجيا والعلم من جهة أخرى ؟ .

و بصدد المسألة الأولى فإن البعض يرى أن التكنيك (la technique) يشكل الأسلوب أو المنهج المستخدم في الإنتاج ، أمّا التكنولوجيا فتمثل مجموع الخصائص والمواصفات المتعلقة بالمعدات والأدوات والمنتجات وتنظيم الأرباح .

بينما يفرق البعض الآخر بين التكنيك والتكنولوجيا بالنظر إلى العناصر المكونة لكل منهما فيرى أن التكنولوجيا تشتمل على الأدوات (الآلات والمعدات) ، وطريقة العمل أو أسلوب استخدامها ، و المعرفة و القدرة على الإبتكار⁽²⁾.

بينما يقتصر التكنيك على العناصر الثلاثة الأولى فحسب ، ومعنى ذلك أن نقل التكنيك بالنسبة لنقل التكنولوجيا إنما يفتقر إلى نقل القدرة على تطوير هذا التكنيك والابتكار فيه ، فإذا اكتمل له ذلك عد نقلاً للتكنولوجيا .

و يعتقد فريق من رجال الصناعة وعلماء الاجتماع ، أن التكنيك هو الجزء المحوري من عملية الإنتاج نفسها ، والذي يشمل طريقة وأسلوب الإنتاج وكيفية تنفيذه ، أما الجزء الهامشي من هذه العملية وهو الذي يشتمل على المعارف الضرورية لكل مراحل المشروع من بدايتها وحتى نهايتها ، فذلك ما يتطابق مع إصطلاح التكنولوجيا ، وبعبارة أخرى فإن التكنيك طبقاً لهذا الرأي يتعلق بعملية الإنتاج ذاتها بينما التكنولوجيا هي المعارف الفنية اللازمة للإنتاج بداية ونهاية.

وهناك من يرى التكنيك بأنه علم الفنون الميكانيكية والصناعية ، تلك الفنون التي يحتاج تطبيقها إلى جانب كبير من التدريب والكفاءة الضرورية ، ويرى أن التكنيك لا يمكن أن يقوم منفصلاً عن المواد الأولية التي يستخدمها ، والإشياء والمعدات والآلات التي تستخدم في الإنتاج ، والنتجات التي ينتج إنتاجها.

(1) - د/ أنس السيد عطية سليمان، مرجع سابق، ص 16.

(2) - د/ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 13.

وفي إطار نفس المنهج نجد أيضاً تفرقة بين فكرتي التكنولوجيا والتكنيك تقيّمها منظمة OCDE على إعتبار أنّ التكنولوجيا كإصطلاح ينصرف إلى تطورات التكنولوجيا الكبرى التي تعتمد على إبتكار أو تجديد هام ، أمّا إصطلاح تكنيك فينصرف إلى إبتكارات الأقل أهميّة ، وهي تفرقة تقوم على غير أساس يمكن التعويل عليه ، أو بمعنى آخر ، هي تفرقة نظرية تتّسم بالعمومية الشديدة .
والشيء المؤكد ، هو أن التكنولوجيا شيء مختلف عن التكنيك ، فذلك ما يمكن الاستدلال عليه بالرجوع للأصل اللغوي للكلمتين في اللغة الفرنسية التقليدية ، فالتكنولوجيا فيها تعني " الدراسة الرشيدة للتكنيكات (أي الفنون) وخاصة التكنيكات الصناعية " ، وإذا كانت هذه حقيقة لغوية فإن ما يعنينا هنا ، هي الحقيقة الاقتصادية التي تعكس مفهوماً مختلفاً لكل من الإصطلاحين .

و لعلّ التحديد الدقيق لكلا المفهومين ينبغي أن يتعلّق بفهم كلتا الفكرتين ونطاق تطبيق كل منهما . وهو ما نجده لدى أساتذة الإقتصاد والقانون ، حيث التكنيك يعد توليفة من العمليات المستخدمة بالفعل في إنتاج سلعة معيّنة ، بينما التكنولوجيا هي القدرة على خلق أو إختيار التكنيكات المختلفة من جهة ، وعلى إعدادها واستخدامها وأحياناً تحسينها وتجويدها من ناحية أخرى .
و هذا التحديد هو الذي يلخّصه أستاذنا الدكتور حسام عيسى بقول موجز ودقيق : أن التكنيكات " هي في نهاية الأمر مجموعة من الأساليب في حين أنّ التكنولوجيا هي مجموعة من المعارف " (1) ، والمقابلة بين التكنولوجيا والتكنيك تبدو بهذا المعنى مقابلة بين العام والخاص .

أمّا بالنسبة للعلاقة بين التكنولوجيا والعلم فإنّه لكلّ منهما وظيفة معرفية معيّنة إذا صحّ مثل هذا التعبير ، فالعلم هو المعرفة (لماذا؟) (know why) أما التكنولوجيا فهي معرفة (كيف؟) (know how) ، وبعبارة أخرى فإنّ العلم هو نسق معرفي ينصب على البحث في السببية العلمية وعلاقتها ، بينما التكنولوجيا تنصب على الكيفية التي تتعلّق بتطبيق العلم في مجال الإنتاج بالمعنى الواسع ، والعلم هو مصدر القوانين والنظريات العامة ، بينما التكنولوجيا عبارة عن تطبيق هذه النظريات والقوانين في النشاطات الإقتصادية والإجتماعية المختلفة ، كذلك يعدّ العلم نتاج فكري يتمثل في خلاصة البحوث المجردة ، بينما التكنولوجيا هي نتاج عملي تولده البنية الاقتصادية والإجتماعية والعلمية في المجتمع .

(1) - د/ حسام عيسى، نقل التكنولوجيا، دراسة في الآليات القانونية الدولية، دار المستقبل العربي، القاهرة، 1986، ص 20.

والفارق الجوهرى الذى يسهم فى التمييز بدرجة أكبر بين الظاهرتين ، هو أن العلم ينتمى إلى عالم الفكر والنظريات والحقائق المجردة ، بينما ترتبط التكنولوجيا بالقطاعات الإنتاجية بالمعنى الواسع ، من هنا صح وصف التكنولوجيا بأنها معارف استهدافية ترتبط بمجال إنتاج السلع والخدمات وغايتها زيادة العائد الإنتاجى ، أما المعارف العلمية فهى معارف مجردة غير مرتبطة بهدف إنتاجى أو تجارى محدد والربط بين التكنولوجيا بوصفها معارف وبين النشاط الإنتاجى من شأنه أن يبرر البعد الجوهرى فى فكرة التكنولوجيا. وفى إطار المنهج التجريبي للتعريف تقابلنا تعريفات للتكنولوجيا أكثر انضباطا وتحديدا عما قابلنا فى إطار المنهج الأول .

ف نجد من يعرفها بأنها "مجموعة المعارف والطرق العلمية اللازمة لتحويل عناصر الإنتاج إلى منتجات وتتضمن وظائف الإنتاج والإدارة والتنظيم معتمدة على العلم ومرتكزة على البحث والتطوير". ومن مزايا هذا التعريف أنه يبرز دور التكنولوجيا كعنصر جوهري فى الإنتاج ، وكذلك يبين العلاقة الوثيقة بينها وبين العلم من جهة وبينها وبين الإنتاج من جهة أخرى ، كما أنه يؤكد على شمولية التكنولوجيا لكافة صور النشاط الإنتاجى وخاصة الإدارة والتنظيم ، وهو الأمر الذى يتطابق مع الواقع العملي حيث أن التكنولوجيا الإدارية والتنظيمية والتجارية (التسويق) أصبحت تشكل اليوم بالفعل جانبا هاما من الأصول التكنولوجية للمشروعات ، بل ومحلا للكثير من العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ، وهذا التعريف يبدو كذلك أكثر تنسيقا مع فكرة التكنولوجيا ذاتها.

و نخلص إلى أنه من خلال التعاريف الإقتصادية السالفة بشكل أو بآخر يبرز الهدف الإقتصادى من إستعمال التكنولوجيا وبالتبعية وفق المنصور الإقتصادى دائما يبرز الهدف الإقتصادى للمعرفة الفنية وهو تحقيق أقصى قدر من الربحية من إستعمالها وتداولها .

الفرع الثانى: نظرة الشريعة الإسلامية للمفهوم الإقتصادى السائد بشأن المعرفة الفنية

بناءً على ما تقدم ذكره، نجد أن نظرة المتعاملين الإقتصاديين فى الفقه الإقتصادى الإسلامى ظلت مختلفة على تلك النظرة التى يبديها الفقه الرأسمالى أو المتعاملين من الدول المتقدمة، وهذه الحقيقة يؤكدتها الواقع العملي الذى يفصح عن النتائج السلبية على أرض الواقع ، ومرجع ذلك يعود حسب بعض الفقهاء المسلمين⁽¹⁾ إلى: أن أهم ما يميز السوق الإسلامية هو الصلة والارتباط بالإسلام

(1) - زين العابدين ناصر ، الإقتصاد السياسى ، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1994 ، ص 47.

عقيدة وشريعة ونظام بصورة عامّة وهو كل يربط بين مجموعة أشياء وعلاقات تبادلية، تنتهي في الأخير إلى إقامة نظام مادي يقوم على أساس روعي يستمد من تعاليم الشريعة الإسلامية ، ولئلا إدراك معالم نظام السوق الإسلامي يرتبط بالنظام الإسلامي المتكامل .

حيث أنّ الإسلام عقيدة تحدّد صلة الإنسان بالله عز وجل، وهو شريعة ومنها تتبين طرق المعاملات بين العباد وقواعدها في مختلف شؤون الحياة ، (وهذا الأمر) وهذه النظرة الإسلامية للسوق والمبادلات تنطبق على المعاملات التبادلية الخاصة بالمعرفة الفنية سواء داخل الإقليم نفسه أو بين أقاليم مختلفة .

يعدّ أهم ما يميّز الإقتصاد الإسلامي إرتباطه بقواعد سامية، وبذلك كان الإسلام أرقى تصورًا للنظام الحياة البشرية و أسس منهج للمجتمع الإسلامي وقوى الرابطة بين الخالق والمخلوق ، وغاية العبادة توجيه الإنسان بشكل يؤدي إلى التوازن بين العقيدة والمادة بحيث لا يطغى أحدهما على الآخر كما هو حال في الأنظمة الرأسمالية التي تقوم أساسًا على الملكية الفردية لوسائل الإنتاج، بهدف تحقيق أقصى قدر ممكن من الأرباح ، ويترتب على وضع الربح أساسًا للأنظمة الرأسمالية إجماع المستثمرين الأفراد عن الدخول في مشروعات ذات قيمة اجتماعية .

و يلاحظ على الأنظمة الرأسمالية أنّها تستخدم السوق من أجل توجيه الإنتاج وإدارة شأنه وتوزيع الناتج على الأفراد حتى أصبحت اقتصاديات النظام الرأسمالي المادية تسيطر على كافة مظاهر الحياة، وفي ظل نظام التبادل يحل نظام التناقض بين الأفراد كنظام مادي لإنتاج سلعة معينة في مواجهة نظام المنجيين الذي يعتمد على التخصص وتقسيم العمل .

وفي نفس الإتجاه تحجم الدول الرأسمالية عن القيام بمشروعات اقتصادية إنمائية في الدول النامية ولقد بذل الكثير من الجهود من أجل توجيه الاستثمارات ذات الصبغة الإجتماعية، وصدرت دراسات عديدة عن منظمة التعاون الإقتصادي والتنمية⁽¹⁾ لإقترح الطرق التي يمكن بها توفير الضمان لتوجيه الإستثمارات نحو البلدان النامية ، أو على الأقل تحقيق توازن معين في العقود المبرمة بين الدول المتقدمة والنامية والتي يكون محلّها معرفة فنيّة، لكن للأسف هذا لم يتحقّق⁽²⁾ .

(1) - نشاطات الدول الصناعيّة في إطار الاستثمار، على مستوى منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية: www.OCDE.org

(2) - د/ أنس السيد عطية سليمان، مرجع سابق، ص 135، و مابعدھا.

فلما يركز الاهتمام في الأسواق العالمية على البحث عن أعلى معدل فائدة مما يدفع المستثمر للبحث عن عائد أكبر خارج الدولة وبالتالي لا تستفيد الدولة من فوائد النقد الأجنبي .

و إذا كان النظام الاقتصادي الإسلامي جزء من كل شامل مادي وروحي ومن هذا المنطلق يبتعد عن كافة أوجه الصراع الطبقي وفي سبيل تحقيق التكافل الاجتماعي شرع الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر حماية للمجتمع عموماً وعلى وجه التخصيص إيجاد توازن في عقود نقل المعارف الفنية بإبعاد الشروط المجحفة التي يفرضها الطرف المورد ، و جاء هذا المعنى في قوله تعالى : >> ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون << سورة آل عمران 104⁽¹⁾ ، وهذا ما ينبغي أن تدركه الأمة المسلمة لتعرف حقيقتها وقيمتها وتعرف أنها خرجت لتكون طليعة الأمم ولتكون لها القيادة ، وأن الله عز وجل يريد أن تكون القيادة للخير لا للشر في هذه الأرض كما لها أن تعلم أن دعوة النظام الإسلامي إلى إقرار مبدأ العدالة في قوله تعالى : >> و إذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل << سورة النساء الآية 58، يؤدي لا محال إلى استقرار إقتصادي، وأيضاً في قوله تعالى: >> ولا يجرّ فكم شنئنا قوم على ألا تعدلوا أعدلوا هو أقرب للتقوى << سورة المائدة الآية 8.

هذه من تكاليف الأمة الإسلامية، وهذا هو خلقها أداء الأمانات إلى أهلها والحكم بين الناس بالعدل على منهج الله عز وجل وتعاليمه. ويعتمد النظام الاقتصادي الإسلامي على التكافل الاجتماعي بما يحقق للمجتمع الخير والرفاهية ومن هنا كان التعاون الأسلوب المتميز ويسمو على كافة الأساليب الاقتصادية من أجل تحقيق الرخاء والتقدم الإقتصادي وقيم التوازن بين الدول المتقدمة والنامية ، ويدخل ضمن هذا التوازن توازن العقود الذي نتحدث عنه قانوناً وتسعى بعض التشريعات لتحقيقه حالياً⁽¹⁾، و طالما ان هناك توازن مادي وروحي لن يثار الحديث عن الفقر والظلم الاجتماعي للمشروع حيث أن تربية أفراد المجتمع دينياً يصنع خير الأمة ، قال الله تعالى: >> إن الذين آمنوا وعملوا الصالحات كانت لهم جنات الفردوس نزلاً << سورة الكهف الآية 107 .

(1) - يسرى أبو العلا ، المعاملات الاقتصادية للأسواق في النظام الإسلامي ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، 2008، ص 40 و ما بعدها.

- الإمام أبي زكريا بن شرف النووي الدمشقي، رياض الصالحين طبعة جديدة مصححة و منقحة، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت لبنان، 2007، ص 252.

وهذا هو الجزاء المحتوم لفعل الطاعات والعمل الصالح كَوُ أَوْ صَغَرَ .

و تساعدنا هذه البواعث والأهداف الإسلامية على تحقيق التوازن الاقتصادي وتدخلنا ضمن عملية ترجيحية قائمة على نظرة شرعية ومصلحية لدفع الضرر .

وتطبيقا لذلك تشكل المصلحة الذاتية هدفاً ساماً في النظام الفردي لتحقيق أكبر قدر من الأرباح فالمصلحة الفردية مقدّمة على النفع العام ويظهر الفرد مستهلك في الحركة الاقتصادية باعتباره موجهها لحركة السوق الآلية وأي تدخل وسيما من الحكومة جدير بأن يعكس عمليات التجانس التام للنظام الفردي ذلك التجانس الذي يحقق أقصى مصلحة اجتماعية من خلال مصالح الأفراد ، لأن النظام الفردي في الإسلام يفترض فيه عدم الخروج على القواعد العامة الإسلامية، ففي هذا النظام إن صح التعبير مراقبة ذاتية أكثر منها حكومية .

و بعبارة أخرى في النظام الإقتصادي الإسلامي لا تعارض بين المصالح فالملكية مقدسة في حدود عدم الإضرار بالمصالح الوطنية أو الخروج عن القواعد الشرعية كعدم أداء الزكاة مثلا ، وقد يحدث التعارض استثناء في حالات الكوارث والظروف الاستثنائية بوجه عام وفي هذه الحالة تسبق مصلحة الجماعة إعمالاً لقاعدتي :

أ - يتحمل الضرر الأدنى لدفع الضرر الأعلى .

ب- درء مفسد مقدم على جلب المنافع على أنّ الواجب تحصيل المصالح وتكميلها وتعطيل المفسد وتقليلها، فإنّ تعارضت، يكون تحصيل أعظم المصلحتين بتفويت أدناها، ودفع أعظم المفسد يتمّ مع احتمال أدناها هو المشروع (1).

و مجمل القول يرتكز النظام الإسلامي على قواعد جوهرية وهي نظرية المقاصد والبواعث في تحديد المصلحة التي تجد سندها القوي في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة ، وعليه نخلص إلى أن التوازن الإقتصادي الإسلامي يقوم على قواعد عامة هي :

1- الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر .

2- لا ضرر ولا ضرار في الإسلام .

3- ممارسة فروض العين وفروض الكفاية .

(1) - سناء عبد السلام جابر سليمان، تحقيق التوازن الإقتصادي من منظور إسلامي، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية 2010، ص 99 و ما بعدها.

ويتعقّق هذا التوازن الروحي والمادي في الإقتصاد الإسلامي بالتوزيع العادل للدخل والثروة وأداء الزكاة كأداة توازن رئيسية ، وعليه إذا وضعت المعاملات الاقتصادية المنصبة على المعرفة الفنية في أطر أخلاقية لأدى ذلك لامحال إلى إحداث توازن عقدي يغني عن الكثير من النزاعات المحتملة .
ومن هذه الأطر الأخلاقية :

- السماح في التعامل (أي الإبتعاد على المشاحنة في البيع والشراء) .
- الصدق في التعامل .
- الدعوى إلى التسامح بين المتعاملين.

وهذه العبارات قد تجد ما يقابلها بعبارات شبيهة في التشريع الوضعي داخليا ودوليا على مستوى الإتفاقيات محاولة التقرب أكثر إلى المساواة والتوازن، ومنها نذكر مثلا مبدأ حسن النية، المعاملات التجارية الشريفة.

الفرع الثالث: المفهوم السياسي للمعرفة الفنية

دون شك للسياسة والاقتصاد تأثير تبادلي إنعكاسي في مجال نقل المعارف الفنية سواء أكان هذا التأثير سلبي أو إيجابي أو كان على الصعيد الداخلي أو الصعيد الدولي فرغم المساعي السياسية الدولية من أجل نقل اقتصادي فعال للمعارف الفنية كما هو الحال مثلا : على مستوى مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية المنعقد بجنيف عام 1964 باصداره توصية تقوم من خلالها الدول المتقدمة بتشجيع حائزي الأساليب الفنية سواء المحمية بتشريعات خاصة كتلك الخاصة ببراءة الاختراع أو غير المحمية والمقصود بها أساسًا المعارف التي أراد حائزوها الإحتفاظ بها في كنف السرية على تسهيل نقلها الى الدول النامية ، هذا بالإضافة الى نقل كل الوثائق المتعلقة بها والأكيد المقصود هنا أيضا إفادة متلقي هذه المعارف الفنية من الدول النامية بكل التحسينات التي قد تطرأ عليها (1).

أو نذكر على سبيل المثال أيضا على مستوى الجمعية العامة للأمم المتحدة ضمن ذات المساعي الدولية حيث تمّ إصدار قرار و بالإجماع في ديسمبر 1965، يحدّد أهميّة عقود المعارف الفنيّة بالنسبة للتنمية الإقتصادية بالدول لثّامية، وأوصت بالعمل والتشاور بين المنضّمات الدولية والجهوية ، وإنجاز كلفة التدابير لتسهيل النقل الفوري والفعال لهذه المعارف الى الدول النامية (2).

(1) - د/ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 16.

(2) - د/ إبراهيم حمد عبد الرحمن الحميد، الشروط التقيدية في عقود نقل التكنولوجيا و أثرها على الدول النامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2008، ص 147، و ما بعدها.

إلا أنّ عمليات المد والجزر والشد بين أطراف غير متكافئة إقتصاديا وتنمويا لازالت قائمة لأن الأمر ببساطة لظروف تاريخية ترجع لحقبة الإستعمار، حيث أراد المستعمر فيها إستنزاف الموارد الطبيعية المتمتعة بها الدول المستعمرة بشتى الأشكال السياسية ، ولكن بعد الموجات التحريرية أرادت الدول المتقدمة صناعيا وتكنولوجيا بسط سيطرة بوجه آخر، ولأجل تأصيل هذه السيطرة حاولت الدول المتقدمة جاهدة إيجاد صيغ قانونية دولية لحماية معارفها وفي حال نقلها فرض شروط جد قاسية على المتلقي ، دون إيجاد نقل فعال على أرض الواقع ، وكمثال على ذلك المفاوضات التي لازالت قائمة لحد الآن من قبل الجزائر لإمكانية الإنضمام لمنظمة التجارة العالمية هذه الأخيرة التي مرت بصراعات على مدار سنوات لتنتشأ ككيان دولي ففي 15 أفريل 1994 شهدت مدينة مراكش المغربية التوقيع على الوثيقة الختامية لنتائج الجولة الثامنة للمفاوضات التجارية المتعددة الأطراف في إطار أبحاث، والتي عرفت بجولة الأرجواي وتضمنت الوثيقة الختامية كافة نتائج الجولة والتي هي 28 اتفاقية متعددة الأطراف أهمها اتفاقية إنشاء منظمة التجارة العالمية omc⁽¹⁾ المسماة الاتفاقية الأم ، الملحقة بها أربع ملاحق تضم باقي الاتفاقيات .

يجدر الذكر أن موضوعات تحرير التجارة العالمية في جولة الأورجواي جاءت تلبية لمطالب الدول المتقدمة بزعامة الولايات المتحدة الأمريكية رغم اعتراض الدول النامية على اجراء المفاوضات في إطار أبحاث ومناداتها بأن تعقد مفاوضات الملكية الفكرية تحت إشراف " المنظمة العالمية للملكية الفكرية " الويبو(wipo) التي لو تمت المفاوضات في إطارها لوجدت الدول الكبرى صعوبة في تدعيم مصالحها دوليًا .

أما على صعيد الدول النامية ذاتها فمن المفروض نظريا أن التكنولوجيا الحديثة ليست مجرد أسلحة وأدوات للقهر، بل أنها تحقق في الوقت نفسه ثورة في الميدان الإقتصادي فيما عرف باسم الثورة المادية ، فقد أدت الثورة التكنولوجية الحديثة في المعلومات والاتصالات إلى تغيير مفهوم الثروة ، حيث كانت في الماضي أشياء عينية عقارات ومبان وأراضي ، فإذا بها تتحول بفعل الثورة التكنولوجية إلى ثروة مالية منقولة تنتقل بسهولة ويسر من مكان لآخر دون ملاحظتها ، فقد أدت الثورة التكنولوجية الحديثة إلى إمكان تكوين ثروات بالغة حتى في الدول الفقيرة ، وتلك الثروات لم يكن من الممكن الحصول عليها والإستيلاء عليها، دون هذه الثورة التكنولوجية المعاصرة.

(1) بلال عبد المطلب بدوي، تطور الآليات الدولية لحماية حقوق الملكية الصناعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 26.

و هذا هو الفساد لاسيما منه الفساد المالي المرتبط بالنظم غير الديمقراطية ويمثل ذلك دافعاً وحافزاً رهيباً على التمسك بأساليب الحكم المطلق ، ويمثل أيضاً وسيلة لشراء الذمم وكسب التأييد من بعض العناصر المؤثرة والمؤدية لبقاء النظم غير الديمقراطية .

مما تقدم نجد أن المعارف الفنية كعنصر جوهري في التكنولوجيات الحديثة سلاح نو حدين قد يشهر أمام رقبة الضعاف فيكون مآلهم الكدح والإنصياع ، وقد يحسن إستعماله فيكون ضياء وهّاج أمام عولمة يشهدها العالم على إختلاف الأصعدة تجارية وإدارية و قانونية (1).

من هنا نستنتج أن لموضوع نقل المعارف الفنية دولياً علاقة و طيدة بالقانون الدولي للتنمية الذي أجمع بشأنه الفقه الدولي عبر مختلف الندوات الدولية المقامة (ندوة الجزائر 1976- ندوة لندن 1985) بأنه من الصعب جداً تحقيق حياد رجل القانون فيه إزاء قضايا المجتمع الدولي بما فيها أثر نقل المعارف الفنية دولياً، و العيب لا يمكن في ذاتية رجل القانون بقدر ما يمكن في إخفاءها تحت غطاء الموضوعية (2) ، لهذا شاعت دعوة القانونيين إلى ترقية الذاتية وفق مناهج التفكير العقلاني كون هذا بطريقة أو بأخرى يؤثر على التشريعات الوطنية (3).

كما أنّ الجهود العربية التي من شأنها أن تبدل من أجل تعزيز التعاون بينها في مجال الملكية الصناعية وفي مجال المشاركة في المعلومات والمهارات والخبرات والمعارف الفنية ،- تماما كما هو حاصل من مجهود على مستوى المنظمة العربية لتبادل المعلومات التكنولوجية (Aidmo. ties) من أجل تفعيل دور مكاتب الملكية الصناعية في الدول العربية في مجال اكتساب التكنولوجيا والتعاون بينها بأكثر فاعلية ، أو كما هو حاصل أيضا من مجهود على مستوى جامعة الدول العربية.

(1) - كامل أبو صقر ، العولمة التجارية والإدارية والقانونية رؤية إسلامية ، منشورات دار الوسام، بيروت، 2000، ص 48.

(2) - د/ أحمد خروع، حصيلة الفقه الدولي للتنمية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 8.

(3) - بن حسين محمد الأخضر، الفكر الإقتصادي لصندوق النقد الدولي و البنك الدولي للإئشاء و التعمير، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية ، جزء (XXVI) ، رقم 2 ، 1982 ص 462.

من خلال القرار رقم 1401 الصادر بتاريخ 14-09-2001 الذي يقضي بأن تتولى الأمانة العامة للجامعة مهمة إعداد الترتيبات اللازمة لدراسة أجدى السبل بتنسيق والتعاون بين الدول العربية في إنشاء آلية عربية مناسبة تعتنى بموضوع الملكية الفكرية ، أو من خلال النشاط المتوخى من إقامة مكتب عربي للملكية الصناعية الهادف أساسا الى توحيد السياسات بهذا المجال كما حصل بدول أخرى .

المطلب الرابع : المفهوم الفقهي وموقف القضاء من المعرفة الفنية

أول ما ظهر مصطلح المعرفة الفنية كان في بداية القرن 19 في أمريكا كأحد المصطلحات الدالة على الملكية الصناعية ، وما إن ذاع إنتشاره في الأوساط الصناعية والتجارية هناك ظهرت الحاجة الماسة لتنظيم المبادلات التي محلها معرفة فنية وحماية المعرفة الفنية ذاتها دون مبادلة .

- فبدأت كل من التشريعات والإجتهادات الفقهية والقضائية تتناول هذا الموضوع هناك ، ثم توسع إنتشار مفهوم المعرفة الفنية إلى أوروبا حين ظهرت المحاولات الأمريكية لاعمارها بعد الدمار الذي شهدته عقب الحرب العالمية الثانية .

فبدأ الفقه والقضاء هناك يبرر إهتمامه بالموضوع دراسةً وإجتهداً .

و أهم ما يمكن ملاحظته أن المفهوم الفقهي في أمريكا في البداية بدى ضيقا جدا وحصر المعرفة الفنية في فكرة المنتج الصناعي ، وكان مفهومها الفقهي⁽²⁾ بداية في أوروبا وعلى الخصوص فرنسا أضيق إذ حصرها الفقه في فكرة التكنيك في الماكينات والآلات .

كما يلاحظ أن الفقه والقضاء في أمريكا منذ ظهور فكرة المعرفة الفنية هناك عاملها على أساس إمكانية تملكها أي على أنّها حق ملكية ، بما له من معنى وآثار قانونية، أما الفقه الفرنسي فركّز على عدم إعتبارها كذلك، ومال إلى الجانب الأدبي " المعنوي " للمعرفة الفنية كما سبق وأن وضّحنا ذلك في المطلب الثاني لهذا المبحث، بخاصة وفق الشرح الذي أتت به الدكتورة سميحة القليوبي ، من أجل ذلك إتجه الفقه في فرنسا الى إعتبار إمكانية إنتقالها " كحق " لا يمكن الحديث عنه، إلا إذا تجسّدت المعرفة في سندات ماديّة كالوثائق والمستندات والتصميمات .

(1) - د/ إبراهيم حمد عبد الرحمان الحميد، مرجع سابق، ص 13.

(2) - د/ أنس السيد عطية، مرجع سابق، ص 78.

أمّا الظهور الفقهي للمفهوم المعرفة الفنية في البلدان العربية والنامية بدأ عقب الموجات التحريرية من الإستعمار التي شهدتها خاصة خلال نهاية القرن 19 ، أي بعد أن إعتمدت هذه الدول كوسيلة لإنماء أوطانها عقود نقل المعرفة الفنية بثتى أشكالها القانونية ، ومهما يكن من أمرسواءً في أمريكا أو في فرنسا أو في سائر البلدان العربية كـ في قطره ، جاء في بداية ظهور مفهوم المعرفة الفنية ضيقاً مسائراً لحجم التطور الصناعي والتجاري هنا وهناك ، أمّا حثياً لم تعد الفاهيم الأولى تستوعب التقدم العلمي ، والتكنولوجي والسياسي والإقتصادي والقانوني المنصب على هذه المعارف الفنية حديثاً إذ أصبحت لا تقتصر على الصناعة أو اعتبارها عنصر من عناصر الانتاج الصناعي بل توسعت كثيراً ، وذهب التوسع إلى ما يسمى التجارة الالكترونية والى مستخدمي البرامج المعلوماتية وتجارة والخدمات ، وتدخلت إلى جانب كبير من الفنون وإلى سائر الأنشطة الأخرى للمشروعات كالأنشطة التنظيمية والادارية ، فظهرت إجتهدات جديدة محاولة إستيعاب التطور الحاصل دولياً في شتى المجالات التي تناولتها المعرفة الفنية .

وعليه يمكن أن نقول أن مفهوم المعرفة الفنية فقهاً وقضاءً لم يستقر ويتأصل بعد وهو لازال مطاط متأثراً في كثير من الأحيان بإتجاهات سياسية أو اقتصادية أو عقائدية أو حتى تشريعية كما برز في المطلب السابق وكما سوف نبرزه حين محاولة التعليق على مختلف التعاريف الواردة فقهاً وقضاءاً ، غربية كانت أو نابعة من أحضان الدول النامية و لهذا سوف نعمد إلى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين هما:

الفرع الأول: المفهوم الفقهي للمعرفة الفنية.

الفرع الثاني: موقف القضاء من المعرفة الفنية.

الفرع الأول: المفهوم الفقهي للمعرفة الفنية

عقود نقل المعرفة الفنية أضحت بحاجة ماسة إلى قواعد تنظمها من فترة المفاوضات إلى مرحلة الإبرام والتنفيذ⁽¹⁾ ، وأضحت الحاجة ماسة أيضاً إلى فقه يتناولها بالدراسة والتحليل ، فالأمريكيون بإعتبارهم أول من تناول بالدراسة هذا الموضوع⁽²⁾ يعرفون المعرفة الفنية في بداية ظهورها

(1) - د/ عقيلة عز الدين ، أثر الاستثمارات الأجنبية ونقل التكنولوجيا على التنمية الاقتصادية مصر ، رسالة دكتوراه ، كلية الإقتصاد والعلوم السياسية ، القاهرة ، 1990 ، ص 9.

(2) azema jaques, de finition juridique de know – how. opcit. P 13

على أنّها : <>توضيح للفنون الصناعية أو التكنولوجية التي تعرف بدقة ، ولا يمكن إستخدامها في التصنيع بسهولة، كما أنّها توضيح الإجراءات والمراحل المعقّدة في الصناعة>> (1)، كما يلاحظ على التعريف أنّ له صبغة إقتصادية ومعنى تقني، أي تعريف المهندسين أكثر منه قانوني (2).

و ظهر تعريف آخر يميل إلى محاولة إيجاد تعريف قانوني هو تعريف creed and Bugs على أساس <> أن المعرفة الفنية عبارة عن مجموعة الإختراعات والإجراءات أو المراحل أو الأشكال أو الرسومات غير القابلة للحصول من خلالها على براءة إختراع (3)، وعرّفها MAC Donold على أنّها : <> مجموعة من المعلومات الفنية تجسد معلومة تقنية تحتوي على حقيقتين : الأولى أن تكون معلومة سرية والثانية أن تهيء لصاحبها ميزة على منافسيه الذين لا يعرفونها >> (4)، إتجه هذا التعريف إلى بيان خصائص المعرفة الفنيّة، كما يلاحظ : أن الفقه الأمريكي فرق بين حق المعرفة والخبرة والتجربة من جهة ثانية حيث أن حق المعرفة عبارة عن الإدراك بأسلوب فني أما الخبرة والتجربة يعبران عن المهارة والموهبة الموجودة لدى الشخص الذي يقوم بالتطبيق (5).

وعلى الرغم من الإعتراف بحق ملكية الأسرار التجارية في الولايات المتحدة الأمريكية ، إلا أنه مازال موضع نقاش وجدال ، فيستشهد بعض العلماء بفكرة القيمة فيرون أن الأسرار التجارية هي ملكية حيث تعتمد قيمتها على سرية المعلومات ففكرة القيمة تصلح أساسا لقيام حق الملكية بمفهومه التقليدي ويستشهد علماء آخرون بنظرية <> جون لوك >> للقانون الطبيعي في تحليل الحاجات المعنوية بأنّها ملكية ، فمنذ ثلاثمائة عام استخلص <> لوك >> نظرية مفادها أن عمل الشخص يشكل ملكية ، وهذه الفكرة أثرت على واضعي الدستور واستمر ذات تأثير بقوة على قوانين هذه الأيام ، على الرغم من أن كتاب <> لوك >> لا يقدم أي دفاع واضح عن الملكية العقلية ومع ذلك فإن فكرته <> العمل كملكية >> تم استعمالها كثيرا لتبرير حقوق المبدعين لإبداعاتهم فقد آمن لوك بأنه ليس لأحد الحق في إيذاء حياة الآخر أو حرّيته أو ملكيته فكل شخص له حق الملكية في جسده وفي عمل جسده.

(1) -magnin françois , **know- How et propriété industrielle**, Opcit, p13

(2) - د/ ذكرى عبد الرزاق محمد، حماية المعلومات السرية في ضوء التطورات التشريعية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2007، ص 23.

(3) - creed and bugs know – how licensing and capital Gains , cité par magniç françois , know –how et propriété industrielle p 35.

(4) DONALD MAC , **know – how licensing and the anti trust lows** , 1964 p 253. 254

(5) - د/ محمد اقلولي، مرجع سابق، ص 25.

- Leo Edwin- kno the international transfer of technology, **The role of the multinational corporation**, 13 arno press, New York, 1980, p 101.

إنّ معظم قضايا السر التجاري الأولى قد استفادت من النظرية المبنية على الملكية لتدعيم المسؤولية ، فقد استشهدت المحكمة العليا الأمريكية بنظرية << جون لوك >> في سنة 1984م حيث قالت : إن وجود حقوق الملكية يعتمد على مدى ما يبذله المالك لحماية السر التجاري خوفًا من الإفشاء⁽¹⁾.

-أما الفقه في فرنسا : يبدو عليه شيء من المسايرة للتشريع في استعمال لفظ المعرفة الفنية savoir faire على الرغم من أنه لا ينطوي على قدر كبير من الدقة بالمقارنة مع التعبير الأمريكي.

-حيث احترم الفقه ارادة المشرع الذي قدّن هذا المفهوم بموجب المرسوم الصادر في 12 يناير (جانفي) 1973، رغم عدم إتساع هذا المصطلح لجميع عناصر ومكونات المعرفة الفنية بالمفهوم الأمريكي⁽²⁾.

و حسب التعريفات التي سوف يأتي سردها تباعًا يبدو أن كل من كتبها تأثرو فيها بما جاء به الفقيه الفرنسي مانيان⁽³⁾ إذ يرى لتعريف المعرفة الفنية يجب تحليل مختلف عناصرها والتركيز على السرية التي تحاط بها ، وهو يأخذ العناصر التي تكونها مثل الخبرة الفنية والمهارة الفنية والأساليب وكذلك المعلومات الفنية الموجهة نحو صناعة ما وهي فن التصنيع وفي مطلع هذه التعاريف : نجد تعريف السيد موريس داهان ، بحيث يعرف المعرفة الفنية بأنها : <<الفكرة عن التكنيك المطبق في الماكينات والأدوات والآلات اللازمة لهذا التكنيك>>.

و يعرفها البعض الآخر بأنها << تتمثل في منتج ما أو نوعية من المنتجات المحددة ، أو هي مجموعة من المعارف اللازمة لإعداد مشروع ، أو ما يتعلق بأمر فنية ، وبأساليب العمل ، فهي تشكل في مجموعها أو جزء منها ، ما يلزم لإعداد هذه الأمور أو الأساليب>>.

إلا أن هذا التعريف يُعدّ ضيقًا نوعًا ما ، بحيث أن المعرفة الفنية أوسع بكثير ممّا تقدم ، فهي تتضمن كل معلومة فنية تطبق في الصناعة ، وتعتبر جديدة بالنسبة لحائزها ، لكن هذا الأخير ، عليه أن يحافظ على سريتها ، سواءً عند استعماله الخاص ، أو عند نقلها إلى الغير ، أو كلاهما معًا .

(1) - د/ أمال زيدان ، الحماية القانونية للأسرار التجارية ، مرجع سابق ، ص 72-73 .

(2) - د/ ذكرى عبد الرزاق محمد ، مرجع سابق ، ص 20.

(3) -magnin François ,know – how et propriété industrielle, opcit , p 93.

ومن خلال التعريفات السابقة ، نجد أن الفقه الفرنسي يركز أساساً على الجانب المعنوي للمعرفة الفنية ، إذ أنها تتمثل في عناصر غير ماديّة وإن تجسدت في سندات ماديّة ، كالوثائق والمستندات والتصميمات المختلفة ، وكل ما تحتويه هذه الأخيرة يعتبر من المعارف الفنيّة ، وما يمكن استنتاجه ، بشأن الفقه الفرنسي ، على الرغم من تعدد التعريفات ، إلا أن الأغلبية من الفقهاء تأثروا بالتعريف الذي جاء به السيد << مانيان >> الذي يرى بأن المعرفة الفنية ، ولأجل تعريفها ، يجب توضيح وتحليل مختلف عناصرها ، والتركيز على السريّة التي تحاط بها فهو يأخذ بالعناصر التي تكونها كما سبق الذكر ونشير إلى أن الفقه الفرنسي اهتم بصورة كبيرة بتعريف المعرفة الفنية ، وهو ما يترجم كثرة وإختلاف التعريفات والدراسات في هذا الشأن بفرنسا ، وعكس ما ذهب إليه الفقه الأمريكي ، فإن الفقه الفرنسي اعتمد الطريقة التحليلية لمختلف العناصر التي تكون المعرفة الفنية على النحو المشروح به آنفاً.

و بينما يؤكد الفقه الأمريكي على إمكانية تملك المعرفة الفنيّة ، إذ يستعمل << حق المعرفة >> ، فإنّ الفقه الفرنسي لا يأخذ بهذه الفكرة ولا يمكن حسبه أن تكون المعرفة الفنية محل ملكية ، إلا أنّ هناك تلاقياً بينهما ، باعتبار ، السرية خاصية أساسية للمعرفة الفنيّة ، وكذلك التأكيد على أنّ المعرفة الفنيّة غير مشمولة ببراءة إختراع في كلّ من الإتجاهين .

لكن ما يعاب على التعاريف الفقهية الفرنسية هو عدم إمكانية حصر عناصر المعرفة الفنية عملياً فجاءت إجتهدات فقهية أخرى : معتدة بالكفاءة المكتسبة عن طريق الخبرة والمعرفة العلمية في المجال الصناعي *l'habileté acquise par l'expérience et connaissances pratiques* والتي يمكن عن طريقها وضع الوسائل الصناعية والفنون التطبيقية موضع التطبيق العملي ، وصولاً إلى صياغة المنتج الصناعي النهائي⁽¹⁾ ، وفي إطار هذا المفهوم الذي يحصر المعرفة الفنية في المعارف المكتسبة من خلال ممارسة النشاط المادي في الإنتاج الصناعي والخبرة الفنية التي تتيح إنجاز الأعمال بكفاءة يأتي تعريف البعض الآخر للمعرفة الفنية على أنّها : << تشمل كافة المعارف الفنية ، التي يحتفظ بها صاحبها سرّاً لكونها تتصف بالجدة والقابلية للتطبيق في المجال الصناعي سواءً للإستخدام الشخصي أو لإستغلالها عن طريق نقلها للغير >>⁽²⁾.

(1) -mousseron jean marie, **traité des brevets** , librairie technologique. Paris. 1984 p .18.

(2) -Bertin(m.a) ,**le secret en matière d'invention**.ed 1965.p 28.

Cité par mousseron (j.m) op cit. p18.

و جاء هذا التعريف الأخير موافق للحكم الشهير لمحكمة إستئناف dauai الصادر في 16 مارس 1967⁽¹⁾ ، كما سوف نبينه في الفرع الموالي الذي يتناول بالدراسة موقف القضاء من مفهوم المعرفة الفنية.

أما durand⁽²⁾ لم يحاول إعطاء تعريف للمعرفة الفنية بقدر ما أعطى نقطة للوصول إلى تصور واضح لها من حيث أنها >> تتضمن المعارف والأساليب المستخدمة في الإنتاج الصناعي بشكل فعال وأن الجانب السري أو صفة السرية هي المظهر المميز لها وأيضا أن هذا الجانب السري يتطلب فكرة الخبرة la notion de nouveauté التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بهذه السرية ، وأن هذه الأخيرة هي مصدر ومحل الحماية القانونية المقررة لهذه المعارف ، والتي تتيح لحائزها حق الإستثمار بها <<. ويضيف ديران أنه يصعب تصور إهتمام منشأة اقتصادية معينة ، بهذه المعارف أو ماسماه إختراع بدون براءة invention non brevetable دون توفر حماية قانونية من جانب قوانين الملكية الصناعية .

و الإتجاه الحالي حسب رأي الكاتب mousseron هو التوسع في فكرة المعرفة الفنية لتشمل كافة المعارف ذات الفائدة للأنشطة الأخرى للمشروعات ، كالأنشطة التنظيمية والإدارية، فرغبة العديد من الشركات التي تعمل في مجال الخدمات Sociétés de Services ومستخدمي البرامج المعلوماتية Programmes d'Informatique في الإستفادة من نظام المعرفة الفنية في إيجاد حلول للمشاكل التي تواجهها هذه المؤسسات ، تظهر بجلاء أن المعرفة الفنية تتسع لتشمل هذه القواعد المنظمة للقطاع المستندي Le Secteur documentaire التنظيمي الخاص بالأنشطة الإدارية، ويضيف الكاتب موسران (Mousseron) أن ظهور وانتشار عقود الإستغلال التجاري (الفرانشيز Franchise)⁽³⁾ كآلية معبرة عن الطابع السلعي للمعرفة الفنية ، وقبولها للتداول على المستوى الدولي ، بمراعاة نطاق المعرفة الفنية ومضمون ونطاق الحق الوارد عليها.

(1) - د/ حسام عيسى، مرجع سابق، ص 119.

(2) -durand patrick, le know – how ,5 édition générale, 1967, p n° 4 et 5.

(3) - برزت ظاهرة الفرانشيز Franchise كآلية معبرة عن الطابع السلعي للمعرفة الفنية ، وهي تتمثل في مجموعة من العقود التي ترد على المعرفة الفنية كمحل لها ، والتي تلعب فيها المعرفة الفنية دوراً محورياً باعتبار أن الهدف من هذه العقود هو نقل المعرفة الفنية وتداولها على المستوى الدولي ، وتعتبر ظاهرة الفرانشيز من مظاهر المفهوم الموسع للمعرفة الفنية ، والتي من خلالها يمكن تعيين حدود ونطاق هذه المعرفة كمحل للتبادل في كافة المجالات الاقتصادية ، كذلك تعيين طبيعة الحق الوارد عليها بالنظر إلى التناقض بين مصالح أطراف العقد في مراحلها المختلفة ، وهي حقوق تتسع في ظل عقود الفرانشيز بحيث لا تقتصر على مجال الإنتاج فحسب ، وإنما تمتد لتشمل مجالات التوزيع والخدمات ، وبحيث تمتزج فيها المعرفة الفنية امتزاج الآلية (العقد) بالمحل .

كل ذلك أدى - ومع الوضع في الاعتبار الطابع الإحتكاري للمعرفة الفنية من خلال استثناء المشروعات الكبرى بها - إلى بروز أهم خصائص المعرفة الفنية وهي قابليتها للتداول على المستوى الدولي ، من خلال عقود نقل المعرفة الفنية أو عقود الإطلاع على المعرفة الفنية التجارية **Savoir – Faire Commercial** وإذا كانت القابلية للتداول

Savoir – Faire Transmissibles بالمعنى السابق تعد أبرز خصائص المعرفة الفنية عند الأستاذ **Mousseron** إلا أنه يرى أن هذه الصفة يتطلب توفرها في المعرفة الفنية بصورة أقل صرامة مقارنة باشتراط توفرها فيما يتعلق ببراءة الإختراع ، وعلى ذلك - وكما يرى هذا الفقيه - فإن الطرق " **Méthodes** " والأنظمة المجردة " **Systemes abstraits** " والبرامج " **Programmes** " يمكن أن تشكل معارف فنية بمعناها القانوني كمحل في عقود نقل التكنولوجيا .

ثم يضيف ذات الكاتب أنه لا يؤخذ في الإعتبار ما إذا كانت هذه المعارف تقبل أو لا تقبل التطبيق الصناعي الفعلي ، فقائمة المنتجات الكيميائية المجردة من إمكانية التطبيق العملي في المجال الصناعي ، يمكن أن تؤسس عنصراً من عناصر المعرفة الفنية ، وذلك بالقدر الذي تشكل فيه معرفتها من الأهمية ما يجذب المنشأة الصناعية الجهد والوقت في إجراء التجارب والأبحاث حتى يمكن الوصول إلى الطرق الصحيحة ، وهو ما يطلق عليه المعرفة الفنية ذات الطابع السلبي ، التي تتمثل في إدراك الأخطاء الواجب تفاديها في سبيل للوصول إلى النتائج الصناعية المرجوة⁽¹⁾.

كذلك لا يلزم لكي نكون بصدد معرفة فنية، أن تتضمن المعلومات نشاطاً إختراعياً **Inventive Activité** ، فالمعرفة الفنية تنتج غالباً من جهد شخصي منظم **In effort Prolongé** بل حيث الوقت ، ولا يتطلب ذلك في الغالب اختراعاً أو ابتكاراً جديداً بالمفهوم الدقيق للكلمة على النحو الذي تتطلبه قوانين الملكية الصناعية ، بل أنه ليس من الضروري أن تكون المعلومات جديدة بالمفهوم الدقيق للجدة في سياق قوانين براءات الإختراع ، على أنه يلزم أن تتميز هذه المعرفة عن الكفاءات الفردية والمهارات المهنية المكتسبة لدى العامل ، وهي المهارات المتصلة بشخص العامل أو المستخدم ، والتي يصعب نقلها أو الإستفادة منها بدون تدخله الشخصي .

(1) -Mousseron Jean Marie, **traité des brevets** , opcit, p 17.

فمثل هذه المهارات لا تدخل ضمن مفهوم المعرفة بمعناها المقصود في هذا المجال .

وأخيراً فإن هذه المعرفة لا بد أن يحتفظ بها في نطاق من السريّة ، بحيث لا يمكن للمشتغلين بالفن الصناعي المعني الإطلاع عليها ، وهو يستشهد في هذا السياق بالحكم الذي أصدرته الدائرة التجارية لمحكمة النقض في 13 يوليو 1966 بأن عقد الإطلاع Contrat de Communication الذي يرد على معرفة فنيّة ، يعتبر وارداً على محل صحيح بالقدر الذي تمثل فيه هذه المعرفة الفنيّة فائدة للملتقى بحيث تحقق له ميزة تنافسيّة في المجال الصناعي ، ومن ثم فإن صفة المعرفة الفنيّة تتوافر بالنسبة للمعارف التي يحقق مجرد الإطلاع عليها توفيراً للوقت والجهد والنفقات للطرف الملتقى⁽¹⁾.

- أما الفقه الأنجليزي فإنه تتناول المعرفة الفنيّة بمفهوم ضيق فقلّ صها فإعتبرها تارةً مهارة الشخص وتجربته التي يمكن أن يكتسبها وهما عنصران لا ينفصلان عنه طبعاً ، وتارةً أخرى اعتبرها على لسان الأستاذ تيرنر بأنها :

>>تستعمل لتعيين وإظهار الفنيات الصناعية التي لا تكون معروفة جيداً ، لكن تعتبر أساليب <<⁽²⁾.

وعليه لا تعتبر المعارف الفنيّة أو الأسرار التجارية ملكيّة في انجلترا ويرجع السبب في ذلك إلى أن المعلومات السريّة لا يمكن سرقتها لأذّها لا تعتبر الأسرار التجارية ملكيّة ، كما نص على ذلك قانون السرقة لعام 1968 إذ جاء فيه (لا تعتبر المعلومات ملكيّة) ، والحقيقة كما وضحها اللورد Upjohn's في قضية Phipps ضد Boardman أن المعلومات ليست ملكيّة على الإطلاق حيث أنها مفتوحة أو متوفرة للجميع حتى يتسنى لهم قراءتها أو سماعها ، وغياب حقوق الملكية التقليديّة فيما يتعلق بالمعلومات السريّة لم يمنع المحاكم من إيجاد جزاءات لحالات سوء إستخدام السر التجاري ، وغياب المسؤولية الجنائيّة في حالات إختلاس السر التجاري الخالصة يراه الكثير من الخبراء مشكلة خطيرة .

(1) - Mousseron .J.M , **Traité des Brevets**, opcit, P18.

- د/ ذكرى عبد الرزاق محمد، مرجع سابق، ص 33 ، و ما بعدها.

(2) -Turner (M) the how secrets, **londres Sweets and maxwell** , 1962, p 17 , 18.

ففي التقرير الذي قدمه أحد النواب بالبرلمان في 13 ديسمبر 1968 في الجلسة الثانية المنعقدة لمناقشة مشروع قانون المعلومات الصناعية قال فيه :إنني أتساءل فيما إذا كان القانون كافياً أو لا ؟ ، وعمّا إذا كان الوقت مناسباً بعد لإضافة بنود في القانون ضد الإستخدام السيء ، وما إذا كنا الآن في حاجة لبنود ضد جرائم السرقات الصناعية .

ولا يعدّ مبالغاً إذا قلنا إننا نعيش في بلد سرقة أي وثائق مكتوبة فيه بغض النظر عن أهميتها هو أهم من سرقة الأسرار نفسها < ، وبعد هذا التعليق بقليل تم تطبيق قانون السرقة لعام 1968 م الذي لم يجرم سرقة السر التجاري ومن الأمثلة التي توضح الثغرات في القانون الجنائي قضية OXFORD ضد Mass تتلخص في أن طالبا حصل على ورقة إمتحان قبل ميعاد إمتحانه ثم قام بإرجاعها ، ولم تكن مفاجأة من المحكمة أن استنكرت سلوك الطالب ، وإنما كانت المفاجأة في ما نصت عليها المادة 4 من قانون السرقة لعام 1968 ، ولذلك لم يتم تجريمه بموجب هذه المادة ، إلا أنه تم التساؤل بشكل كبير هل قام الطالب بسرقة ورقة الامتحان بنفسه ؟ وهذا السؤال كان أكثر أهمية من المعلومات نفسها ، لذلك – وبالقياص على هذا المثال – فإن الجاسوس الصناعي قد يقوم بإرجاع ما قام بسرقتة ، فلا تنتبه الضحية إلى أن هناك سرقة قد حدثت ، وبالطبع فإن هذا يضر بالضحية ، حيث أن هذه المعلومات لا تصبح سرا بعدها ، ومثل هذا الاستغلال المعتمد على الذاكرة أو ملاحظات تم كتابتها يضر بالضحية ويحرمها من ميزة الملكية الحصرية⁽¹⁾.

ونفس الاتجاه تبنته كندا إذ لا تعتبر سرقة السر التجاري ملكية ، وأكدت ذلك المحكمة العليا الكندية حيث لا يمكن أخذها مثلما تؤخذ الأشياء المادية، وتبعاً لذلك فإن الشخص الذي يحاول الحصول على معلومات سرية ، عن طريق طبعها أو سرقة حفظها، أو أسطوانة مملوكة لصاحب العمل ، يكون مجرمًا ، لأن سرقة الأسطوانة (الديسك) تعتبر جريمة

(1) - د/ أمال زيدان عبد الله ، الحماية القانونية للأسرار التجارية في عقود نقل المعرفة الفنية ، مرجع سابق، ص 74-75
تشير الكاتبة الى وجود الفكرة بمرجع :

-Douglas thomas and brian , loader " cyber crime – low enforcement , security and surveillauce in the information age " Routledge taylor and fracis ,group London and Now York, 2000,p 153.155 .

بينما سرقة المعلومات السرية ليست كذلك (1) .

بالنسبة للدول النامية: لا شك أن جميع الفقهاء بهذا المجال يتفق على أن المعرفة الفنية مال منقول له قيمة اقتصادية غير مشمول بحماية قانونية خاصة به، كما أن الأغلبية تتجه إلى التعريف بالتكنولوجيا من الناحية القانونية على أنّها معرفة فنية .

و أن هذه الأخيرة تعد أهم عناصر الأصول التكنولوجية أو رأس المال التكنولوجي لنقل التكنولوجيا على المستوى الدولي (2)، بل أضحت تمثل المحور الرئيسي لنقل التكنولوجيا على المستوى الدولي، أن المعارف الفنية هي : تطبيق المعارف العلمية الجديدة في عملية الإنتاج (3) .

وفي نفس السياق يوجد من يرى المعرفة الفنية أنّها (4) : >> تعتبر مجموعة المعلومات التي تتعلق بكيفية تطبيق نظرية علمية أو اختراع ما وهي تحتوي على قيمة اقتصادية في كافة النشاطات خاصة الصناعية ولا يمكن التوصل إليها إلا عن طريق الفكر والبحث والتجربة <<، بمعنى أنها الجانب التطبيقي للعلم (5) .

ويضيف الكاتب أنها غير مشمولة ببراءة إختراع ، ولا تحميها على المستوى الدولي سوى قواعد المسؤولية التقصيرية ولم تتجه الدكتوراة سميحة القليوبي في إعطاء مفهوم للمعرفة الفنية على أنها التطبيق العلمي للأبحاث العلمية أو بعبارة أخرى هو وسيلة الوصول لا فضل التطبيقات للأبحاث العلمية ، وأنها نتاج البحث والخبرة فحسب بل ذهبت إلى أبعد من ذلك: حين الحديث عن الأسرار غير المفصح عنها وباعتبار المعارف الفنية تدخل ضمن هذه الدائرة فتري : >> أن هذه المعلومات تكون نتاج جهود كبيرة توصل إليها صاحبها واحتفظ بسرّيتها ، ويكون لها قيمة تجارية تنشأ عن هذه السريّة ، وأنها معلومات ليست بمتناول الكافة ولا يسهل الحصول عليها عن غير طريق حائزها ، ويكون من شأن هذه المعلومات تحقيق ميزة تنافسية لأصحابها في مجال التجارة أو الصناعة المعنية<< .

(1) - د/ أمال زيدان عبد الله، الحماية القانونية للأسرار التجارية في عقود نقل المعرفة الفنية ، مرجع سابق، ص 74.

(2) - إبراهيم المنجي ، عقد نقل التكنولوجيا ، التنظيم القانوني لعقد نقل التكنولوجيا والتجارة الإلكترونية ، منشأة المعارف، الاسكندرية 2002، ص 23.

- د/ حسام محمد عيسي ، نقل التكنولوجيا ، مرجع سابق ، 1986 ، ص 109.

(3) - نصيرة بوجمعة سعدي ، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي ، مرجع سابق، ص 16.

(4) - محسن شفيق ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، مرجع سابق، ص 4 .6.

(5) - د/ سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 425.

وهناك من يرى المعرفة الفنية على أنها مهارة و خبرة و طرق فنيّة⁽¹⁾، وهناك من يبحث على ضرورة الأخذ في مسألة تعريف المعرفة الفنية من الجانب التحليلي والتركيز على العناصر المكونة لها وعلى قيمتها الاقتصادية⁽²⁾، كما يرى البعض⁽³⁾ على أنها : >> مجموع معارف التكنولوجيا النظرية والعلمية ، الصناعية والإدارية الجديدة والقابلة للانتقال والتي تحتفظ بها المشروعات بشكل سري وغير مشمولة ببراءة إختراع <<.

وعليه نخلص إلى أنه لا يوجد اتفاق على تعريف فقهي موحد " للمعرفة الفنية" أو كما يطلق عليها البعض الأسرار التجارية فهي تتعدد بتعدد الدراسات التي تعالج هذا الموضوع فضلا عن تباين النظم القانونية واختلافها ليس فقط في التسمية بل حتى في المضمون⁽⁴⁾.

وعليه ومن خلال مختلف التعريفات السابقة يتضح بجلاء أن المعرفة الفنية في الوقت الحالي أصبحت تشمل كافة المعارف التكنولوجية غير المشمولة بحماية براءة اختراع ، والتي تحقق لأصحابها ميزة تنافسية في المجال الإقتصادي سواء على المستوى الصناعي أو على المستوى الإداري والتنظيمي ، أو حتى في المجال التسويقي ، وهذا هو المستفاد من مجرد استقصاء وتتبع المعارف والمعلومات التي يحددها الأطراف في عقود النقل الدولي للتكنولوجيا ، والتي تعطي صفة المعرفة الفنية ، لكافة المعارف التكنولوجية التي تجنب أصحابها تبديد الوقت والجهد والنفقات ، في سبيل تحقيق أفضل النتائج في المجال الصناعي أو التجاري .

أيّ ما كانت هذه المعارف من حيث مضمونها أو نطاقها أو خصائصها ، طالما توفرت لها صفة المال بمعناه الإقتصادي و السريّة والجدة التي تكسب المعرفة القدرات التنافسية دون ما حاجة إلى إعادة التجارب لمحاولة معرفة الحل الأمثل وحتى إن كانت معرفة سلبية،

(1) - د/ جلال أحمد خليل عوض الله ، مرجع سابق، ص 520.

(2) - Benchneb Ali , **mécanisme juridiques commerciales internationales en Algérie**, office des publications universitaires Alger , 1984 p , 234.

- Mahfoud Bouhacene, opcit, p 157.

(3) - حسام محمد عيسى، مرجع سابق، ص 129.

(4) - د/ حسام الدين عبد الغني، مرجع سابق، ص 18.

أي الحصول على نتائج سلبية بعد القيام بتجارب، ومختلف الدراسات العربية الحالية التي تتجه نحو نفس الإتجاه على إعتبار: المعرفة الفنية بهذا المفهوم لا تنحصر في التقنيات التي تؤدي إلى إختراع منتج معين ، وإنما تمتد لتشمل المعلومات التجارية التي تساعد على إدارة وتنظيم العملية الإنتاجية ، مثل المعلومات التي تسهل عمليات التسويق للمنتجات والإعلان عنها ، وتحديد قوائم العملاء وغيرها ، بل إن المعرفة الفنية التكنولوجية ، بمفهومها المتقدم ، تتسع لتشمل كافة قطاعات النشاط الاقتصادي ، بما فيها قطاع النشاط الزراعي الذي تناولته عجلة التقدم في الإنتاج ، فضلا عن مجالات التنظيم الإداري والتعليم والثقافة والعلاقات العامة والإعلام والمسرح والسنا ، بما يمكن من الإرتقاء بمستوى الأداء ، وكذلك تسهيل عملية للإستفادة منها .

وهذا هو الإتجاه الذي تمّ تبنيّه وبشكل موسع في مصر بقانون حماية الملكية الفكرية رقم 86 لسنة 2002 الذي تنص المادة 56 منه على أنّه: >> تمتد الحماية التي تقرها أحكام هذا القانون إلى المعلومات غير المفصح عنها التي كانت ثمرة جهود كبيرة والتي تقدم إلى الجهات المختصة بناء على طلبها للسماح بتسويق المنتجات الكيميائية الصيدلانية أو الزراعية التي تستخدم كيانات كيميائية جديدة ، لازمة للإختبارات الواجب إجراؤها للسماح بالتسويق << (1).

كما نلاحظ من نص المادة التي توسعت في بسط الحماية ليس فحسب على المعارف الفنية (الأسرار غير المفصح عنها) بل تعدت الى منتجات خاصة كيميائية، صيدلانية ، زراعية ، أمّا وجهة نظري إتجاه مفهوم المعرفة الفنية هي التالية :

المعرفة الفنية : " جملة من المعارف بعناصرها المتعددة كالمهارة الفنية والخبرة الفنية والأساليب الفنية والمعلومات الفنية وغيرها ، والتي يجب أن تتوفر فيها السريّة ولجدة مع عدم شموليتها ببراءة الإختراع وعلى أن تكون قابلة للتداول القانوني والعملي في كافة مجالات الحياة التي من شأنها الإضفاء لحائزها أو لمتلقيها ميزة تنافسية تحقق له ربح أو (قيمة) (Valeur) بمعنى آخر تعتبر المعرفة الفنية حق ملكية فكرية - ذات الطابع التجاري"

(1) - د/ ذكرى عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 37، ص 39.

الفرع الثاني: موقف القضاء من المعرفة الفنية

يتسع مجال تدخل القضاء لما يتعلق الأمر بالتعدي على معارف فنية يحوزها شخص ما لكن التحكيم الذي تكمن فعاليته في رغبة الأطراف في اللجوء إليه لأسباب عديدة (1) تماما كما يرغب الأطراف عادة في اللجوء إلى التوفيق والمصالحة والخبرة حفاظا على سرية العقد ومحلله لكن هذا لا يعني عدم وجود أحكام تناولت فكرة الأسرار التجارية أو المعارف الفنية داخليًا أو دوليًا .
ومن أجل ذلك سنحاول إبراز بعض الأحكام الشهيرة في هذا السياق في كل من أمريكا وفرنسا على أساس :

- أن الإقرار بحق الملكية في الولايات المتحدة الأمريكية أصبح أمر مسلم به في القانون والفقه والقضاء(2).

بالنسبة للأحكام القديمة نسبيًا في أمريكا نذكر: إحدى القضايا(3) عام 1916 جاء على لسان المدعي مايلي : (إنها مجرد معلوماتنا التي تنجز بها أعمالنا ، وهي بالطبع سر مغلق علينا وهي متعلقة بتشغيل الآلات والطريقة التي يمكن بها تنفيذ العمل وتحقيق الإنتاج ، وكذلك الطريقة التي يمكن بها عرض الإنتاج في السوق).

نلاحظ من خلال هذا التعريف ، أنه اشتمل على بعض العناصر الهامة التي تكون المعرفة الفنية ، وهي الطريقة التي يمكن بها الوصول إلى عمل ما ، إلى جانب السرية التي تحتويها ، وهي التي تزيد من قيمة المعرفة ، وفي قرار للمحكمة العليا بنيويورك مؤرخ في : 1944، في قضية :

Fair Child Engine and Airplane Corp ، ذكرت المحكمة بأن المعرفة الفنية في مضمونها مطابقة للأسلوب والمعارف والتجربة ، إذ اعتمدت على الأسلوب كعنصر مكون للمعرفة إلى جانب التجربة كذلك وفي حكم آخر صادر عن محكمة ماريلاند بتاريخ 1946 في قضية :

Mycalex coporation Of America – V. Penco Corporation ، عرفت المعرفة الفنية بأنها تلك المعارف التجريبية التي لا يمكن وصفها بدقة ، والتي تتراكم عن طريق التجربة والمهارة ، وكذلك عن طريق الخطأ .

(1) - فهد بجاد الملافح ، مرجع سابق، ص 107.

(2) - أمال زيدان عبد الله، الحماية القانونية للأسرار التجارية ، مرجع سابق، ص 67.

(3) - ماجد عمار ، مرجع سابق ، ص 117.

وكل هذه المعارف المتراكمة تعطي من يحوز عليها القدرة على إنتاج الأشياء بصورة لا يستطيع بدونها إنتاجها بنفس الدرجة من الدقة والإتقان الضروريين للنجاح التجاري.

وهنا ركزت المحكمة على المعارف التي يتم الوصول إليها عن طريق المحاولة والممارسة الحقيقية للعملية الإنتاجية ، كما أن المعرفة الفنيّة تتكون من تراكم المعارف الناتجة عن التجربة الصناعية ، إلا أنها لم تذكر هذه المرّة الأساليب والطرق الصناعية .

وفي قضية عرضت وقائعها أمام المحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية ، تمثلت في كون احد الموظفين ، والذي يدعى masland ، كان يشتغل لدى شركة DUPONT POWDER ، وعند تواجده بالشركة ، علم ببعض الطرق الفنيّة الخاصة بصناعة الجلد الصناعي ، لكن عند مغادرتها طلبت منه هذه الأخيرة الامتناع عن استخدام الطرق التي علم بها .

إلا أن الموظف masland رفض ذلك ، وهو السبب الذي أدى بالشركة إلى طلب أمر قضائي لمنعه من استخدام ما علم بت أثناء قيامه بعمله ، بإعتباره حقا مملوكا لها ، ويتسم بطابع الجدة والسرية : وكان دفع السيد masland في أن الطرق التي علم بها ليس لها الطابع الذي تدعيه الشركة .

إلا أن المحكمة أيدت إدعاء الشركة ، واعتبرت أن الطرق هذه لها طابع الجدة والسرية ، بما يكفي لاعتبارها من حقوق المعرفة التي تملكها الشركة ، كما أنه يتعين على المدعى عليه التوقف عن نشاطه لأنه يعد تدليسا وغشا في الثقة التي وضعتها فيه الشركة ، ومن ثم اعتبرت المعرفة الفنيّة عبارة عن الطرق الجديدة والسرية التي تستخدم في الصناعة ، إذن يشترط القضاء الأمريكي لتجسيد المعرفة الفنيّة كلا من السرية والجدة . فبالنسبة للسرية ، فو ينظر إلى مدى استخدام حق المعرفة خارج نطاق النشاطات المستعملة فيه ، والتركيز أيضا على الاحتياطات الواجب إتخاذها من أجل المحافظة عليها ، وبالنسبة للجدة ، فالتركيز يكون على مدى شهرة حق المعرفة ، وبالتالي تظل المعرفة الفنيّة محتقظة بقيمتها شريطة عدم إذاعة أسرارها⁽¹⁾.

(1) - محمد إقلولي ، مرجع سابق، ص 67.

بالنسبة للأحكام الأمريكية الحديثة نذكر مايلي :

- قضية شركة Petrosan AB ضد mobil corporation حيث إعترفت المحكمة بتمتع السر التجاري بحقوق الملكية تحت نطاق قانون التقادم (1).

- وهناك حكم شبيه له في قضية عام 1994 (2).

Navistar int'l transp corp v . state Bd .of Equalization .

وهذا الإعتراف بحق الملكية في الولايات المتحدة الأمريكية من الأمور المسلّم بها في

القانون والفقّه و القضاء الأمريكي ، ففي قضية شركة Petrosan AB ضد Mobil Corporation

المشار إليها أعلاه :

إعترفت المحكمة بتمتع السر التجاري بحقوق الملكية تحت نطاق قانون التقادم .وهذا الإعتراف أتاح لمالك الأسرار التجارية سلطات واسعة من استعمال واستغلال وتصرف وعلى الرغم من خاصية عدم المادية للملكية الفكرية إلا أنها تعطي نفس الحقوق المترتبة على الملكية المادية لصاحب الأسرار التجارية فحق الملكية في النظام الأمريكي لا يقتصر على الأشياء المادية فحسب بل إنه يشمل أيضا الحقوق المعنوية والشخصية فيثبت لمالك الأسرار التجارية السلطات نفسها الثابتة لمالك الأشياء المادية من استعمال واستغلال وتصرف، فالأسرار التجارية قد ترخص أو تنتقل بواسطة مالكها مثل أي شكل من الملكية ويكون للمالك حمايتها مدنيا وجنائيا ، حيث تجرم قوانين معظم الولايات المتحدة الأمريكية أي إعتداء على الحقوق المعنوية وتعامل معاملة حقوق الملكية المادية فيكون للمالك حق إتخاذ إجراء ضد الطرف المختلس تحت نطاق القانون الجنائي إذا كان لديه الدليل على السرقة أو الخسارة ، وكل هذا مبني على حقوق الملكية الفكرية ، وقد أكد قانون التجسس الاقتصادي لسنة 1996م الحق العيني على الأسرار التجارية في البند رقم 1832 من هذا القانون ،حيث اعتبر سرقة السر التجاري عملا إجراميا فيدراليا لأي شخص يقوم بتحويل السر التجاري إلى منفعتة الخاصة أو لمنفعة الآخرين مع معرفته بأن هذه المخالفة سوف تسيء إلى مالك السر التجاري وهذا التحويل يتضمن :

(1) - حكم مشار إليه في مرجع: د/ أمال زيدان عبد الله، الإلتزام بالسرية في عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 74.

petrosan A B U mobil corporation , 1996 U. S App lexis 7834 cfed eir mardr 4 the , 1996 .

(2) - حكم مشار إليه في مرجع : د/ أمال زيدان عبد الله، الحماية القانونية للأسرار التجارية في عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 75.

- Douglas Thomas and Brian D.loader, "cyber crime: law enforcement...pervious reference", pg, 153:155.

- 1- السرقة أو الأخذ أو الخداع أو الاحتيال للحصول على هذه المعلومات بدون تفويض .
- 2- النسخ أو عمل رسومات أو التصوير الفوتوغرافي أو التحويل أو التغيير أو التدمير أو أخذ نسخة فوتوغرافية أو نقل أو توصيل أو إرسال مثل هذه المعلومات بدون تصريح .
- 3- التلقي أو البيع أو التعامل مع هذه المعلومات مع المعرفة بأنها قد تم سرقتها أو إختلاسها أو تم الحصول عليها أو تحويلها بدون تفويض .

فقانون التجسس الإقتصادي إذًا يعرف السر التجاري أو "المعرفة الفنية" بمنظور واسع يشمل الملكية المادية وغير المادية كما جاء في المادة " 1839 " والخاصة بتعريف السر التجاري في البند 3(A) وهو (أن يكون المالك اتخذ إجراءات معقولة للحفاظ على السرية) وفي البند (4) مصطلح المالك فيما يتعلق بالسر التجاري يعني الشخص الذي لديه أو الجهة التي لديها الحقوق القانونية لترخيصه .

نجد الاعتراف بملكية الأسرار التجارية في أحكام القضاء الأمريكي التي تمت تحت نطاق قانون التجسس الإقتصادي كثيرة :

- ففي قضية الولايات المتحدة United States ضد Morris قام المدعي العام الأمريكي السيد Colm F. Conolly لدى مقاطعة Delaware بإعلان أن السيد John Berenson Morris اعترف بذنبه فيما يتعلق بمحاولة سرقة ونقل أسرار تجارية مملوكة لشركة Brook Wood Companies , Inc والكائنة في نيويورك ، وقد صدر الحكم على السيد تحت نطاق قانون التجسس الإقتصادي لعام 1996، ولذي يجعل سرقة السر التجاري جريمة فيدرالية ، لذلك فإتته واجه عقوبة السجن لمدة عشرة سنوات وغرامة 250 ألف دولار أمريكي ، وملابسات القضية كما أعلنها المدعي العام Conolly أنه في خلال شهر يوليو (أغسطس) جويلية من عام 2002 قام المتهم بمحاولة بيع معلومات سرية وغالية مملوكة لشركة Brook Wood Companies لأحد منافسيها ، وهي شركة كائنة في نيويورك تدعى: "W.L. Gore &Asso Ciates, Inc" وهذه المعلومات تساوي ملايين الدولارات لدى وزارة الدفاع الأمريكي لأنها تتعلق بمنتجات تصنيعية تهم الجيش الأمريكي وقد تم القبض عليه في 5 أغسطس 2002⁽¹⁾.

(1) - د/ أمال زيدان عبد الله، الإلتزام بالسرية في عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 64.

- وفي قضية الولايات المتحدة. United States ضد Peter Morch قام السيد Peter Morch وهو الذي كان مقيماً في ولاية سان فرانسيسكو San Francisco وحاملاً للجنسيتين الكندية والدانمركية بالاستقالة من منصبه كمهندس برمجة حاسب آلي لدى شركة Cisco Systems الكائنة في Petaluma في ولاية كاليفورنيا California ، وبينما كان Peter Morch يعمل لدى شركة cisco كرئيس لفريق البحث والتطوير في الشركة قام بطريقة غير مشروعة بالحصول على وثائق تحتوي على معلومات مملوكة للشركة وشركات أخرى على ديسك مضغوط Compact Disc ، وهذه المعلومات تتضمن أفكاراً وصف وتخصصات وآليات وتصميمات أو إجراءات خاصة بالشركة وبعد ذلك تم تعيين السيد Morch لدى شركة Calix Networks المنافسة وتم القبض عليه في 21 نوفمبر 2000 واتهم بسرقة سر تجاري لانتهاكه أسرار الغير ومخالفته لقانون التجسس الإقتصادي .

وعلى الرغم من الاعتراف بحق ملكية الأسرار التجارية في الولايات المتحدة الأمريكية ، إلا أنه مازال موضع نقاش وجدال ، فيستشهد بعض العلماء بفكرة القيمة فيرون أن الأسرار التجارية هي ملكية حيث تعتمد قيمتها على سرية المعلومات ففكرة القيمة تصلح أساساً لقيام حق الملكية بمفهومه التقليدي .

إنّ معظم قضايا السرّ التجاري الأولي قد إستفادت من النظرية المبنية على الملكية لتدعيم المسؤولية ، فقد استشهدت المحكمة العليا الأمريكية بنظرية "جون لوك" في سنة 1984 م حيث قالت : إن وجود حقوق الملكية يعتمد على مدى ما يبذله المالك لحماية السر التجاري خوفاً من الإفشاء .

وفي سنة 1994 قامت محكمة إستئناف ولاية يوتا "Utah" بتعريف السر التجاري كملكية فكرية وإرتأت أنّ المالك له حق إستعماله والإستفادة منه والتعامل معه كما يري ، وفي قضية شركة فنادق Hudson Hotelsr ضد فنادق Chalice Hotels الدولية أقرت الدائرة الثانية في عام 1992 م أن لقون نيويورك يدعم هذه الفكرة سواء كانت متمثلة في منتج يعتبر سرّاً تجارياً أم متمثلة في شكل مادي على أن يتميز بالحدثة والأصالة لكي يتم حمايته كحق ملكية (1) ، وأيضاً على العكس ممّا هو سائد بأمريكا، في قضية المحكمة العليا لولاية Massachusetts ماسوشيتس طبقت نفس المبدأ.

فإنّ الأسرار التجارية لم ينظر إليها القضاء في فرنسا على أنّها ملكية لأدّها غالباً تحصل على الحماية

(1) - د/ أمال زيدان عبد الله، الإلتزام بالسرية في عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 70.

كجزء من مسؤولية المنافسة غير المشروعة ، و أعتد بفرنسا على قانون العقود أكثر من القانون الجنائي ونفس الإجاه تبناه القضاء الكندي ، لأنّ القانون الجنائي الكندي Canadian Criminal Statute لا يعرف سرقة السر التجاري أو يصنف

السرّ التجاري على أنه شكل من أشكال الملكية ، وقد رأت المحكمة العليا الكندية أنّ المعلومات السريّة لأبواب سياسية يجب ألاّ تعتبر ملكية، حيث لا يمكن أخذها مثلما تؤخذ الأشياء المادية ، وتبعاً لذلك فإن الشخص الذي يحاول الحصول على معلومات سرية عن طريق طبعها أو حفظها على ديسك مملوك لصاحب العمل يكون مجرماً لأن سرقة الديسك تعتبر جريمة بينما سرقة المعلومات السرية ليست كذلك .

وكذلك القضاء في إنجلترا : إذ لا يعتبر الأسرار التجارية ملكية ، ويرجع السبب في ذلك إلى أن المعلومات السرية لا يمكن سرقتها لأنها لا تعتبر ملكية كما نص على ذلك قانون السرقة لعام 1968 إذ جاء فيه (لا تعتبر المعلومات ملكية) ، حيث أنها مفتوحة أو متوفرة للجميع حتى يتسنى لهم قراءتها أو سماعها، وغياب حقوق الملكية التقليدية فيما يتعلق بالمعلومات السرية لم يمنع المحاكم من إيجاد جزاءات لحالات سوء استخدام السر التجاري (1).

ولعلّ سبب إجتهد المحاكم هو المعارضة الشديدة للفقهاء والخبراء هناك لحالة عدم تجريم سرقة السر التجاري . و أول مرة ذكرت تسمية المعرفة الفنية في القضاء الفرنسي في حكم شهير عن محكمة إستئناف Douai صادر في مارس 1967، وقد أوردت المحكمة في حكمها أن ال Savoir- Faire هي عبارة عن تلك الوسائل أو الأساليب الفنية التي تستخدم في صناعة منتج صناعي معين ، والتي يطلق عليها في الوسط الصناعي تسمية سر الصنعة أو الأسرار الصناعية le Secret de fabrication التي لا تتمتع ببراءة اختراع ، وأن هذه الأساليب الصناعية ذات الصفة التطبيقية ، تتعلق بوسائل صناعية يمكن أن تكون معروفة في الوسط الصناعي ، إلا أنها تستخدم بطريقة تعطي حائزها قدرة تنافسية في الفن الصناعي ، من حيث خفض تكاليف المنتج أو تحسين نوعيته .

ويلاحظ على هذا الحكم أنه يعرف ال Know-how أو ال Savoir-Faire بأدّها : معارف مميزة عن تلك المعارف التي تمثل إبتكاراً يمكن أن يتم الحصول عنه على براءة إختراع إلا أنّها تتميز بنوع من الأهمية في المجال التطبيقي الصناعي يجعل حائزها يفضل أن يحتفظ بهلاً سرّاً

(1) - د/ أمال زيدان عبد الله، الحماية القانونية للأسرار التجارية ، مرجع سابق، ص 76.

في مواجهة المنافسين⁽¹⁾، و في سياق وجوب توفّر السرية في هذه المعارف الفنية بحيث لا يمكن للمشتغلين بالفن الصناعي المعني الإطلاع عليها أصدرت الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية حكماً بتاريخ : 13 يوليو (جويلية) 1966 على أن عقد الإطلاع *contrat de communication* الذي يرد على معرفة فنية ، يعتبر وارداً على محل صحيح بالقدر الذي تمثل فيه هذه المعرفة الفنية فائدة للمتلقي حيث تحقق له ميزة تنافسية في المجال الصناعي ، وعليه هذه معرفة فنية تتحقق بالنسبة للمعارف التي مجرد الإطلاع عليها يكسب الوقت والجهد والنفقة للطرف المتلقي⁽²⁾.

وجاءت محكمة Douai مجدداً بحكم آخر صادر في 1969/05/02 أعطت فيه مفهوماً للمعرفة الفنية بعد إجراء خبرة على أنّها: >> مجموعة المعلومات التقنية السرية التي تتعلق بكيفية تطبيق طريقة صناعية والتي لا يمكن إستخلاصها من الحالة التقنية السائدة في الصناعة والتي تكون لها خصائص مستحدثة وجديدة لما سبقها <<.

وبالتالي أضافت محكمة " دواي " إلى فكرة السرية فكرة جديدة هي الجدة والأصالة ، وعليه يكون القضاء الفرنسي بأحكامه المحتشمة لم يأخذ بمفهوم المعرفة الفنية الموسّع ، حيث أخلط بين مفهومها ومفهوم السر الصناعي تارة ، وركز على تحليل بعض عناصرها تارة أخرى كما فعل بعض الفقهاء بفرنسا خاصة في بداية ظهور هذه الفكرة هناك .

وأخيراً أثار مفهومها بالنظر إلى بعض خصائصها كسبيل لتعريفها .

- بالنسبة للجزائر : لنا أن نرجع عدم ورود مفهوم قضائي للمعرفة الفنية ، تماماً مثل للنصوص التشريعية ، فهذه الأخيرة لم تعط تعريفاً صريحاً للمعرفة الفنية ، لكن الأكد هو وجود أحكام قضائية " تحمي " المعارف الفنية بشكل أو بآخر ، لوجود تشريعات تقابلها " تحمي " هذه المعارف مثل قانون المنافسة أو عن طريق القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية .

المبحث الثاني : خصائص المعرفة الفنية

إذا اختلف الفقهاء في ايجاد تعريف موحد لمفهوم المعرفة الفنية لا نجدهم يختلفون في خصائصها

(1) -cour d'appel , Douai 16 mars 1967 , recueil dalloz. p 637..

-Magnin F , opcit, p 29.

- د / حسام محمد عيسى، مرجع سابق، ص 119.

(2) -cass com ;03 juillet 1966 (jurisclasseur periodique) 1967. P 12 ,13,15.

حيث أنّه ذهب البعض منهم إلى إبراز إمّا خاصية أو جملة من الخصائص التي تتسم بها المعرفة الفنية في تعاريفهم كما برز ذلك في تعريف الدكتور حسام محمد عيسى بقوله أنّها: << مجموعة من المعارف التكنولوجية النظرية والعملية والصناعية والإدارية الجديدة القابلة للانتقال والتي تحتفظ بها المشروعات بشكل سري وغير مشمولة بحماية قانونية خاصّة >> (1)، وبعد الإطلاع وتحليل الكتابات المتضمنة بالمراجع المستند عليها في هذه الرسالة والتي تناولت فكرة خصائص المعرفة الفنية أو حماية المعرفة الفنية نصل إلى نتيجة سوف نقدم تبريرات لتأكيدتها من خلال كل مطلب من المطالب المتضمنة بهذا المبحث ألا وهي أن كل الشروط اللازم توافرها لتوفير حماية قانونية للمعرفة الفنية أو الأسرار غير المفصح عنها أو الأسرار التجارية- إذا أخذنا بفكرة مرادفة مفهوم المعرفة الفنية لمفهوم السر التجاري - هي إما خاصية من خصائص المعرفة الفنية أو بها ارتباط جد قوي مع إحدى خصائص المعرفة الفنية نذكر أنه لبسط حماية قانونية على المعارف الفنيّة يجب أن تتّسم هذه الأخيرة بما يلي:

-السرية.

-قيمة اقتصادية أو استمداد قيمتها التجارية من كونها سرية.

-أن تعتمد في سريتها على ما يتخذه حائزها القانوني من اجراءات فعالة لحمايتها (2).

إذن هذه هي الشروط الواجب توافرها لبسط حماية قانونية على المعرفة الفنية في كل التشريعات التي تناولتها بالدراسة .

وهذه الشروط تناولها البند الثاني من المادة 39 من اتفاقية تريبس كشرط عامة لحماية المعلومات غير المفصح عنها وهي تتفق بوجه عام مع شروط حماية أسرار التجارة في القانون الأمريكي ، كما تتفق الشروط المذكورة في قانون حماية الحقوق الفكرية رقم 82 لعام 2002 منقولة عن البند الثاني من المادة 39 أعلاه (3)، كما نجد هذه الشروط واجبة التوفر في مختلف القوانين الناصة على حماية المعارف الفنية أحياناً بنفس الصيغ .

(1) - حسام محمد عيسى، مرجع سابق، ص 13 .

(2) - سميحة القليوبي، الملكية الصناعية ، مرجع سابق، ص 427.

-حسام الدين عبد الغني الصغير، مرجع سابق، ص 22.

- د/ أمال زيدان، الإلتزام بالسرية في عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 99 .

- د/ ذكرى عبد الرّازق محمد ، مرجع سابق، ص 78.

(3) - د/ أمال زيدان عبد الله ، الحماية القانونية للأسرار التجارية ،مرجع سابق، ص 92 .

إنّ إتفاقية تريبس حسمت الموقف من حيث اعتبار المعارف الفنية من ضمن الأسرار غير المفصح عنها أي قضت على الجدل القائم على صلاحية الأسرار التجارية لأن تكون شكلاً من أشكال الملكية الفكرية ، إذا توفرت فيها الخصائص السالفة الذكر، وحذت حذوها الكثير من التشريعات في ذلك مع بعض الإختلافات مثل إعتبار القانون الأمريكي المعارف الفنية محلّ لحق ملكية، أي ذات طابع عيني.

ويمكننا القول أن التكييف الفقهي للإنتاج الذهني المتعلق بالمعرفة الفنية وغيرها من العناصر التكنولوجية، في إطار مبادئ الفقه الإسلامي واجتهادات المذاهب الإسلامية ، يرتبط بالطبيعة المالية لهذه المعرفة ، والمنافع التي تحققها لحائزها من الناحية الاقتصادية ، في شتى مناحى الحياة الصناعية والتجارية والتنظيمية والزراعية وغيرها، على النحو الذي سبق بيانه .

ومن هذا المعنى ، فإن هذه المعارف والعلوم يمكن تكييفها في الفقه الإسلامي بأنها من قبيل المنافع ، التي تعتبر مالا متقوما كالأعيان ، إذا كان مباداً الإنتفاع بها شرعاً، ويؤكد ذلك أن العلم – بصفة عامة – في الإسلام فريضة على كل مسلم ومسلمة ، لأن العبرة بما أعطاه الإسلام من وصف ، فكان العلم مقصداً شرعياً قطعياً، لكونه مصلحة معتبرة ومؤكدة شرعاً، ومنفعة خالصة ، لقوله ص : >> إذا مات ابن آدم نقطع علمه إلاّ من ثلاث، صدقة جارية ، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له <<(1)، فالحديث الشريف صريح الدلالة على أن العلم مصدر الانتفاع، وأن الانتفاع المستمر بإنتاج العالم يكون استمراراً لعمله الصالح الذي لا يقطعه الموت، ومن الفقهاء المحدثين ممن أشار الى تكييف طبيعة " المبتكرات الفكرية"بأنّها منافع" تكتسب عند قراءتها في مجالها من الكتب والمصادر.

ومن ثم جاء التأسيس على كون هذه المعرفة منافع متقومة شرعاً، بل ومقصداً شرعياً يجب السعي لتحقيقه ، فإنّها ترد عليها العقود الناقلة للملكية والإنتفاع ، ويجري فيها الإرث جملة ، وذلك مراعاة لمصلحتها العامة ، وحاجة الناس الى المنافع في حياتهم، بدليل مالها من موقع في تعاملهم عرفاً ، والعرف مسنده المصلحة والحاجة ، ونزع الناس عن أعرافهم إيقاع لهم في الحرج ، والحرج مدفوع في الدين >> ولو شاء الله لأعنتكم <<(2) ، ولكنّه سبحانه لم يشأ >> وما جعل عليكم في الدين من حرج <<(3).

(1) حديث نبوي، رواه مسلم، عن أبي هريرة، صحيح مسلم.

(2) سورة البقرة ، الآية 220، (لأعنتكم = لشدد عليكم).

(3) سورة الحج، الآية 78.

وقد أشار الفقهاء كذلك إلى سند الإستحسان ، ومدركه هو حاجة الناس، ومراعاة مصالحهم التي نهض بها تعارفهم وتواضعهم على تمويل هذه المنافع ، بل والتنافس في الحصول عليها بجعلها محلاً للمعاوضات والمبادلات المالية .

وتتضح الصفة المالية للمعرفة التكنولوجية - كمنافع - باستبيان مناط المالية في فقه الشريعة الإسلامية.

لقد عرّف جمهور الفقهاء المال بتعريفات متقاربة في مفهومها، وإن اختلفت عبارتها بآدته إسم لما هو مخلوق لإقامة مصالحنا به .

وفي الفقه الشافعي نجد توسعاً أكبر في بيان معنى المال بأنه يشمل كل ما له قيمة في عرف الناس، من ذلك ما أورده السيوطي في الأشباه والنظائر من أنه " لا يقع اسم المال إلا على ما له قيمة يباع بها ، وتلزم متلفه وإن قلت، وما لا يطرحه الناس ، مثل الفلّس وما أشبه ذلك " (1) ، وعلى ذلك فهو يضيف الى عنصر القيمة أو التمويل في المال عنصر العرف، فالشيء الذي يظهر له أثر في النفع ، ويتموله الناس عادة يعتبر مالاً معتبراً ، يلتزم متلفه بضمّله شرعاً ، إذ الضمان دليل إعتبار القيمة .

وفي فقه المالكية يقول الإمام الشاطبي في كتابه الموافقات في أصول الشريعة " المال ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك " (2) .

كذلك الأمر ورد في الفقه الحنبلي بأن المال يشمل " كل ما فيه منفعة مباحة لغير حاجة أو ضرورة كعقار وجمل ودودقز وديدان الصيد، وطير لقصد صوته كبلبل وبيغاء"، أمّا ما لا نفع فيه كالحشرات وما فيه نفع محرم كالخمر، وما لا يباح إلا لضرورة كالميتة ، وما لا يباح اقتناؤه إلا لحاجة فليس ما لا . فالمعتبر إليه إذن في مالية الأشياء ، ليس عينية الشيء المادي، بل منفعته وأثره، بدليل قولهم " إن ما لا نفع فيه فليس بمال وإن كان شيئاً مادياً " فالمناط هو المنفعة المتحصلة من الشيء ، أما المصدر المادي فلا عبرة به ، إلا بقدر ما يستوفي منه من منفعة ، إذ لا قيام له بنفسه .

وبناءً على ما تقدّم - ممّا أورده جمهور الفقهاء من عناصر الصفة المالية التي تثبت بها مالية الأشياء من

(1) جلال الدين عبد الرحمن السيوطي الشافعي، الأشباه و النظائر، طبعة مصطفى الباي الحلبى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1982، ص 328.

(2) الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص 16.

المنفعة المباحة ، وجريان العرف بين الناس على التمول والإنتفاع بها، مع انتفاء المعارض بأي دليل حرمة ، من نص أو إجماع أو قياس معتبر، فإن المنفعة التي تحقق من المعرفة التكنولوجية والعلوم التطبيقية – بصفة عامة – من أكبر وأعظم المنافع فائدة، بل وتعتبر في العصر الحديث هي أساس تقدم المجتمعات والنهوض بالأمم، ولا أدل على ذلك من أن كافة أوجه المدنية الحديثة ، من مصانع ووسائل نقل وأبنية وجسور ووسائل الزراعية الحديثة وأجهزة طبية وعلاجية ، ووسائل الحماية والدفاع ، وكافة الوسائل المعرفية التي تحقق مطالب الحياة المادية بالإجمال ، لهي نتاج وأثر لهذه المعارف التكنولوجية الحديثة في عصر التقدم والتطور العلمي والمعرفي المذهل الذي نعيش فيه في كافة المجالات الإقتصادية والإجتماعية والعسكرية والثقافية بل والحضارية بصفة عامّة .

ومن حيث مدى جريان العرف على التمول والإنتفاع بهذه المعارف (جعلها ذات قيمة مالية ينتفع بها) فهو بارز جليا فهذه القيمة المادية المتعاضمة التي تكتسبها المعرفة والتقنية التكنولوجية الحديثة، والتي تتهاقت الجماعات والأفراد والدول في الحصول عليها إنتاجا واستيرادا، ولعل هذه القيمة والمنفعة الكبرى التي تعود عليهم من ورائها، هي التي جعلتها محلا للعديد من العقود والمعاملات ذات القيم المادية الباهظة .

ولا شكّ أن تحقيق ذلك يعد مطلباً شرعياً إسلامياً يتفق مع حضارة الإسلام ، "حتى تتّصل الحلقة بين الإسلام في تاريخ ظهوره الأول الذي صنع المنهج التجريبي لأول مرة في التاريخ البشري، وبين الإسلام اليوم وهو يتطلع إلى مكانه الأصيل ودوره الجديد ، بعد أن أصبح مؤهلا لأن يحمل رسالة العلم ، بعد أن عجزت حضارة الغرب أن تعطي البشرية مطامحها الروحية، وصنعت من العطاء المادي أزمة الإنسان الحديث والخطر الضخم الذي دمّر قلبه ووجوده، ووضعته في مجال الغربة والتمزّق (1) .

(1) ذكرى عبد الرازق محمد، مرجع سابق ، ص88 .

- د/ فتحي الدريني ، حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن، طبع مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة الثانية، 1984 ، ص20

- جلال الدين عبد الرحمن السيوطي الشافعي ، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص328 ، وما بعدها.

- الشاطبي ، الموافقات في أصول الشريعة، مرجع سابق، ص17 .

- د/ حسين هارون شلفاوي ، وسائل حماية الملكية الفكرية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه

كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 2004، ص78 .

- كامل أبو صقر ، مرجع سابق، ص41، وما بعدها.

بعد ذكر هذه المفاهيم العامة التي تساعدنا على فهم أفضل لخصائص المعرفة الفنية يمكننا القول أنه إذا كانت عناصر المعرفة الفنية واردة على سبيل المثال وضعها والتي أبرزها :

- الطرق الصناعية (الجديدة) المعارف التقنيّة ، الخبرة التقنيّة ، المساعدة الفنيّة ، الأساليب الفنيّة ، المهارة الفنيّة ، الخبرة الفنيّة (1).

فإن خصائص المعرفة الفنية يكاد يتفق الفقه على أنّها :

- 1 - السريّة .
- 2 - عدم شموليتها ببراءة إختراع .
- 3 - الجودة .
- 4 - قابلية المعرفة للنقل .

سوف نتناولها بالتفصيل في المطالب التالية مع ذكر علاقتها بشروط الحماية :

- المطلب الأول: السريّة في المعرفة الفنيّة .
- المطلب الثاني: ألا تكون المعرفة الفنيّة مشمولة ببراءة إختراع .
- المطلب الثالث: الجّدّة في المعرفة الفنيّة
- المطلب الرابع: قابلية المعرفة للنقل .

المطلب الأول: السريّة في المعرفة الفنيّة

هناك إجماع فقهي قانوني قضائي تطبيقي (عملي) على أنّ قيمة المعرفة الفنيّة تكمن في تسريتها. أما السر لغويًا هو : ما يكتّم ، وجمعه أسرار وهو ما يكتّمه المرء في نفسه ويسر به إلى آخر ، فأسر إليه حديثًا أي أفضى به (2).

إنّ المتعارف عليه عمومًا هو ما لا يجب إذاعته أو نقله لشخص آخر ، فمفهوم السر يعرف بطريقة سلبية وهو يعد التزامًا بعدم الإفشاء والنشر (3)، وتطرق الإسلام إلى مفهوم السر والإخفاء في سورة طه الآية 07 في قوله تعالى : <إن تجهر بالقول فإنّه يعلم السرّ وأخفى> .

(1) - محمد إقلولي، مرجع سابق، ص72 وما بعدها.

- ذكرى عبد الرازق، مرجع سابق، ص40، و ما بعدها.

(2) - د/ أمال زيدان عبد الله، الإلتزام بالسريّة في عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص40 .

(3) - د/ نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، مرجع سابق، ص307 .

وعليه يختلف السر عن الإخفاء الذي يكمن في أعماق نفس الإنسان ولا يطلع عليه إلا الله تعالى تماما كما يفعل أحيانا العميل في إخفاء أمور ومعطيات عن محاميه.

وقد حارب الإسلام أنشطة التجسس وحث على حماية السرية و حماية المساكن من الدخول دون إذن في قوله تعالى: <حيا أئها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتًا غير بيوتكم حتى تستأنسوا و سُطّوا على أهلها ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون>>(1).

تشريعياً لم ترد تعريفات وضعية لحماية الحق في السرية أو الحق في الخصوصية رغم وجود بذور تاريخية دينية وتشريعية تحمي هذا الحق في العهد اليوناني والصيني القديم ، وتوجب الإعراف به ومنع أن يكون الشخص مراقباً وعلى سبيل المثال تمّ سن قانون ببريطانيا عام 1361م يمنع اختلاس النظر وإستراق السمع ويعاقب عليهما بالحبس وورد هذا الحق في الولايات المتحدة الأمريكية كإعتراف به لأول مرة بعد إثارة هذه الفكرة من المحاميان المسميان Samuel warren -Brandeis – عام 1890، ولكن بداية تطبيقه وحمايته كانت عام 1959 في مدوّنة المسؤولية الأولى للأفعال الضارة في <إتهاك الحق في الحياة الخاصّة>> كأساس للمطالبة بالتعويض، ونصّت عليه مدوّنة المسؤولية الثانية عام 1977 في المادة 652 أيضاً على أنه من يعتدي على حق شخص آخر في الخصوصية يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يصيب مصالحه نتيجة هذا الإعتداء ويتمثل بموجب هذا القانون الإعتداء في:

أ - التدخل في عزلة الغير أو شؤونه الخاصّة .

ب- استخدام إسم أوصفة الغير لتحقيق مصلحة خاصّة .

ج-إفشاء أمور متعلّقة بالحياة الخاصّة بالغير .

د- نشر أمور تشوه حقيقةالغير في نظر الناس(2) .

وجاء في التعليق الرسمي على هذه المدوّنات التطوّرات المستقبلية في قانون حماية الخصوصية الأمريكي، قد تؤدي إلى إضافة عناصر أخرى تلحق في الحياة الخاصّة، وحمّت القوانين الفرنسية الخصوصية أيضاً مثل ما حدث في قانون ماي 1867 في المادة 11 على توقيع عقوبة وغرامة على

(1) سورة النور، الآية 21.

(2) أمال زيدان عبد الله، الإلتزام بالسرية في عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 44.

من يشهر بالحياة الخاصة في إعلانات وكذلك مكّنت المواطنين من إقامة دعوى القذف على الصحف في حالة التعدي بموجب قانون الصحافة لعام 1881م .

وصدر قانون 1970م تحت رقم 70 - 643 يخص حماية حقوق الأفراد وحرّياتهم، و على صعيد المجموعة الدولية، ظهر مفهوم الحق في الخصوصية في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام 1948م⁽¹⁾.

أمّا فيما يخص "الخصوصية في الأعمال التجارية" فإنّ المحافظة عليها من قبل الشركات المتعدّدة الجنسيات خصوصاً، يكون ببلتعمال مختلف الوسائل لأدّها الأداة الرئيسية للإحتكار التكنولوجي⁽²⁾.

رغم أن بعض الدول وخاصة أول دولة ظهر فيها مفهوم المعرفة الفنية وهي الولايات المتّحدة الأمريكية تكلّمت عن الخصوصية في الأعمال التجارية، وحمّتها أيضاً. بموجب أحكام مدوّنة المسؤولية الثانية 1977م وكذا مدوّنة المسؤولية الثالثة 1995م حيث تمّ إقرار الحماية القانونية والعقاب على التعدي على الخصوصية في الميدان التجاري واعتبارها حق ملكية .

ولا يقصد بالسرية في مجال المعرفة الفنية ، تلك السرية المطلقة على الجميع ،ذلك أنّ طبيعة المعلومات السرية في مجال التجارة والصناعة تقتضي إفشائها للعاملين، مثلاً لإستخدامها والعمل بها في مراحل الإنتاج أو البيع أو التسويق و التصدير إلى آخر هذه العمليات التي تقتضيها طبيعة التجارة والصناعة⁽³⁾.

كما لا نتصور أنّ تكون المعرفة الفنيّة إحتكاراً لمشروع واحد بل قد يشترك فيها مشروعين أو أكثر مختلفين بموجب أبحاث موحدة ومشاركة يستفيد من نتائجها كل مشروع من المشاريع المشاركة في عملية البحث⁽⁴⁾.

كما أنّّه حتى في حالة عدم وجود أبحاث مشتركة تؤدي إلى معارف فنية منوطة بالسرية قد نتصور وجود مراكز إحتكارية وأخرى شبه إحتكارية في السّوق المعرفية لما لهم تأثير في كيفية

(1) - حسام الدين عبد الغني ، مرجع سابق، ص 24 .

(2) - د/ أمال زيدان عبد الله، الإلتزام بالسرية في عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 45 .

(3) - د/ سميحة القلوبوي ، الملكية الصناعية ، مرجع سابق، ص 428

(4) - Magnin francois , know nom et propriété industrielle ,opcit, p17

تحديد الثمن رغم توّصل كل مشروع لهذه المعارف بشكل مستقل عن غيره ، ومنطقي أن تتأثر القيمة الاقتصادية لهذه المعرفة لكثرة حائزيها إلا أن هذه الكثرة لما لها من نسبية في السرية لا تؤثر على وجود المعرفة الفنية بالمعنى القانوني وتستوجب مع ذلك الحماية فالسر الذي يشترك فيه عدد محدود من الأشخاص يبقى مع ذلك دائماً سرّاً (1).

ونظراً للأهميّة البالغة للسرية بالنسبة لهذه المشاريع خاصة في عملية نقلها نجدها تفرض شروط جد قاسية ومفيدة للاستقلال الاقتصادي والتجاري لمستوردها هادفة من وراء كل ذلك الحفاظ على سرّيّتها والإبقاء عنها في كنف الاحتكار المعرفي والتكنولوجي (2).

لكن عملية الحصول على المعلومات نتيجة جهود البحث العلمي والابتكار والتطوير والتعديل والتحسين التي بذلها المجتهدون مستقلين عن صاحب المعلومات الفنية غير المفصح عنها – كما تنص عنها المادة 59 من القانون المصري بشأن حماية حقوق الملكية الفكرية – مثلاً يعد صورة للأفعال التي يقوم بها الباحثون للوصول لهذه المعلومات السريّة فإذا تمّ ذلك استقلالاً عن جهود صاحب المعلومات السرية ، فإذا تمّ ذلك استقلالاً عن صاحب العمل الأول فإنه لا يمثل اعتداء على حقه في ضمان السريّة ، كما أنه لا يتعارض مع ما توجبه الممارسات الشريفة في مجال التنافس الصناعي والتجاري (3).

لنّ الحماية القانونية للأسرار التجارية والمعرفة الفنية السرية لاترتب لحائزها حقا استثنائي مطلق Exclusive Right حيث يجوز لغيره الحصول عليها بمجهوده الذاتي المستقل وذلك على خلاف الحقوق التي تترتب على براءة الاختراع (4).

و لقد أخذ القضاء الفرنسي بهذا المفهوم ، حيث أن وصول مشروعات أخرى لنفس المعلومات الفنية التي توصل إليها مشروع ما خلال نفس المرحلة الزمنية لا يفقدها سرّيّتها (5) .

(1) - محمد إقلولي، مرجع سابق، ص 88 .

- د/ جلال وفاء محمد، الإلتزام بالسرية في عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 50 .

(2) - إبراهيم حمد عبد الرحمن الحميد ، الشروط التقيدية في عقود نقل التكنولوجيا وأثرها على الدول النامية ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2008 ، ص 81 .

(3) - ذكرى عبد الرزاق محمد، مرجع سابق، ص 100 .

(4) - د/ سميحة القليوبي ، الملكية الصناعية ، مرجع سابق، ص 412 .

(5) Cass , crim , 13 juillet, juriscasseur periodique (JCP), 1967 , P 64

- ويعتبر الإفشاء بالأسرار وفق القانون الأمريكي في مرحلة المفاوضات من قبيل الإخلال بعلاقات الثقة وهو موجب للمسؤولية (1) .

-ونظراً للأهمية البالغة للسرية في عقود نقل المعرفة الفنية نجد دائماً في مضمون الالتزامات المتبادلة بين موردها ومستوردها – إن صح هذا التعبير- التزام المحافظة على سرية المعارف الفنية وتحسيناتها وترتيب مسؤولية على إفشائها (2) .

على ذلك إحترام السرية في مجال عقود المعرفة الفنية واجب سواء في مرحلة التفاوض أو التعاقد أو حتى بعد إنتهاء مدة العقد أحيانا كما سلف الذكر هو الحال التقييدية اللا حقة لمرحلة التعاقد ، وإذا كان الفقه الوضعي اتجه في تحديد أساس مسؤولية مفشي الأسرار في عقود نقل المعرفة الفنية عموماً وعلى وجه الخصوص وعلى سبيل المثال مسؤولية المنتج المعلوماتي لأنه كما نعلم أن أصحاب المشروعات والشركات الحديثة قد تلجأ لشخص أو شركة تختص بالمعرفة العلمية والفنية في إنتاج المعلومات وذلك بقصد إمدادها بما تحتاج من معلومات تخص نشاطها حتى يتسنى لها الاستفادة من نشاطها وتحقيق الفائدة الاقتصادية بسهولة ويسر وبالتالي تكون العلاقة بين الطرفين عن طريق إبرام العقود ويكون الموضوع الرئيسي لهذه العقود هذا إنتاج المعلومات والإمتداد بها.

فيكون الأساس فقهاً في عدم وجود نص عقدي يحمي السرية استناداً للشرط الذي يعدّ من مستلزمات العقد هو النظام العام لأنّ المصلحة الإجتماعية تستوجب عدم إفشاء أرباب المهن الحرة لأسرار عملائهم وذلك من أجل الممارسة الصحيحة للمهنة ، كما أنّ هذا يؤكد مبدأ الثقة التي يجب توافرها في المهني إذا لم يوجد نص صريح في العقد يقضي بضمان سرية البيانات والمعلومات (3) .

نرى أنّ من واجبنا تسليط الضوء على أساس إلتزام حائز على المعرفة الفنية في عملية تبادلها عموماً في الفقه الإسلامي وإسقاطها على سبيل المثال على إلتزام منتج المعلومات الممد بها بضمان سريتها لأهمية هذا الإلتزام بهذه العقود .

(1) - بلال عبد المطلب بدوي، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية في عقود التجارة الدولية ، جامعة عين شمس ، مصر، رسالة دكتوراه 2001 ، ص327 و ما بعدها.

- حسام الدين عبد الغني الصغير، مرجع سابق، ص 78 .

(3) - د/ إبراهيم المنجي ، مرجع سابق، ص204 .

(4) - د/ حسن فتحي مصطفى بهلول ، مرجع سابق، ص226 .

المطلب الثاني ألا تكون المعرفة الفنية مشمولة ببراءة اختراع

تعتبر إنجلترا أول دولة ظهر فيها نظام براءات الإختراع بالمعنى الحديث فقدمنح التّاج براءات الحماية والإذن في التجار شعززاً بضمانات معيئة أولئك الذين جلبوا تجارات وحرفاً وصناعات من الخارج واشتغلوا بها في إنجلترا وكانت ترى فيها وسيلة لتقديم المصلحة الوطنية و تعزيز نقل التكنولوجيا .

و كان لروح الثورة الفرنسية أثر واضح في هذا الشأن حيث أحدثت فكرة جديدة لبراءة الاختراع تأسست على حماية المصالح الخاصة للمخترع ، فالإختراع ملك للمخترع وتؤكد هذا في قانون 07 جانفي 1791 م الذي عدل في جويلية 1794 م وأصبح هذا القانون نموذجاً للقوانين الأوروبية اللاحقة بشأن براءة الاختراع.

وسنّ القانون الألماني في تاريخ 25 ماي 1871 م قانون لبراءة الاختراع بعد إعداد طويل من 1871 إلى 1877م حق منح براءات الاختراع ذات النفع التجاري شريطة عدم تعارضه مع القانون وحسن السلوك⁽¹⁾، والمراد من براءة الاختراع هو <<صك تصدره الدولة للمخترع يستوفي اختراعه الشروط اللازمة لمنح البراءة يمكنه بموجبها أن يتمسك بالحماية التي يضيفها القانون على الاختراع>>⁽²⁾، أو هي <<حق احتكار تمنحه الدولة لصاحب الاختراع لفترة زمنية محدودة في مقابل كشفه عن تفاصيل أو سر إختراعه>>⁽³⁾.

ولو سجل إختلاف فقهي في مدى اعتبار البراءة عقداً بين المخترع والإدارة، أم عملاً إدارياً من جانب واحد لأنه يصدر من الوزير المختص فهو صك رسمي بناء على طلب صاحب الإختراع⁽⁴⁾، هذا وتحدد مختلف القوانين الأشخاص الذين لهم الحق في طلب البراءة كما هو الشأن بالنسبة للقانون المصري المتعلق بحماية حقوق الملكية 2002 الفكرة (المادة 04) الذي ألغى قانون البراءات ، وعلى كل حال هناك إتفاق فقهي على الشروط الواجب توافرها في الاختراع أي جملة العناصر الرئيسية اللازمة التوفر لمنح البراءة وهي:

(1) - د/ عبد الغني محمود ، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية، 1991، ص13 .

(2) - حسام الدين عبد الغني الصغير ، مرجع سابق، ص35 .

(3) - د/ عبد الغني محمود، مرجع سابق ، ص15 .

(4) - سميحة القليوبي ، الملكية الصناعية ، مرجع سابق، ص64 .

- عنصر الابتكار:

والابتكار أو الاكتشاف يشترط أن يأتي بشيء جديد إما بإنشاء شيء لم يكن موجودا من قبل ، أو كان موجودا لكن مجهول أو غير معروف ثم يبرزه .

- عنصر الجودة :

أي يكون الابتكار جديد في موضوعه أي جديدا لم يسبق لأحد استعماله أو تقديم طلب براءة عنه أو سبق النشر عنه والغرض من هذا الشرط تشجيع حركة الإبداع .

- ضرورة أن يكون الاختراع قابلا للاستعمال الصناعي أو التطبيق الصناعي .

وهناك من يضيف شرط ألا يكون استغلال الاختراع مخالفاً للنظام العام أو حسن الآداب ، كما فعل المشرع المصري من تحديد مجالات المادة 02 من القانون أعلاه لا يجوز استغلال الاختراع فيها⁽¹⁾، وهناك من يقدم مفهوم سلبي وآخر ايجابي للبراءة⁽²⁾ .

على نحو إعتبار التعريفين السابقين للبراءة مفهوم ايجابي لها يضمنها جانبين وهما:

- قانوني العمل الإداري الصادر عن الجهات المختصة وفقا للإجراءات الشكلية المحددة في القانون .
- إقتصادي : يتمثل في الأرباح المالية التي تعود على صاحب الاختراع من وراء الاستئثار باستغلال الاختراع خلال المدة التي يحددها القانون.

أمّا المفهوم السلبي حسب بعض الكتاب يقتضي التفرقة من جهة بين براءة اختراع وما يسمى براءة نموذج المنفعة التي لا يشترط فيها جدة مطلقة ولا توجد صرامة كبيرة لمنحها وبالنتيجة تكون مدّة الحماية أقصر ومثلا نص القانون المصري على مدة 7 سنوات غير قابلة للتجديد في قانون 2002 بموجب المادة: 30 ، ومن جهة ثانية من خلال المفهوم السلبي للبراءة يقتضي التوضيح أن في مجال المعرفة الفنية Know how : لا يمنح حائزها حماية في إطار الملكية الصناعية وليس لديه الحق في إحتكار هذه المعرفة ليستطيع بموجبه منع الغير من التقليد، ولكن يتم حماية هذه المعرفة عن طريق القانون الجنائي عند الإعتداء عن السر الذي تتضمنه المهارة الصناعية أو المعرفة الفنية أو عن

(1) - حسام الدين عبد الغني الصغير، حماية المعلومات غير المفصح عنها، مرجع سابق، ص35 .

(2) - عصام مالك أحمد عيسى ، مقتضيات المصلحة العامة بشأن براءة الاختراع في تشريعات الدول العربية ، دار النهضة العربية، 2009 ص33 ن ويشير هذا الشأن إلى مرجع:

سعيد سعد عبد السلام، نزع الملكية الفكرية للمنفعة العامة ، دار النهضة العربية، القاهرة ، الطبعة الأولى، 2003 .

معرفة فنية (1) ، هذا ما دعا الكثير إلى التساؤل حول إمكانية شمول المعرفة الفنية ببراءة، طبعاً السياسة الإحتكارية وفق استراتيجيات مالكي أو حائزي المعارف الفنية دولياً لا تحفزهم إلى المطالبة ببراءة اختراع ، رغم أنه لا يوجد ما يمنعهم من ذلك عملياً سوى الاضطرار إلا الإفصاح عن أسرار لا يرغبون في نشرها.

ولقد ذهبت المجموعة الفرنسية في الجمعية الدولية لحماية الملكية الصناعية إلى ضرورة التصدي بالرفض لأي طلب براءة محلّته معرفة فنية ولا يجوز حمايتها بموجب براءة وإلا أفرغ نظام البراءة من مضمونه ، لأن طالبا حماية المعارف الفنية في نطاق البراءة سوف يحجمون عن أي علانية أو إفصاح حين إيداع طلباتهم (2)، وتتجه الدكتورة آمال زيدان إلى عكس الفكرة السابقة، إذ يمكن إدخال المعرفة الفنية في نطاق براءة الاختراع ، كيف ذلك (3).

بشكل عام لا يمكن تضمين السر التجاري أو المعرفة الفنية في نظام براءة الاختراع ، حيث أن الشيء المحمي عن طريق البراءة يتم كشفه علانية، لذلك لا يصبح سرّاً بعد ذلك إلا أن حماية السر التجاري أو المعرفة الفنية قد لاتضيع عند تطبيق نظام البراءة ، فتسجيل البراءة لا يفرض " تضمين وصف المعرفة الفنية في المنتج" المحمي تحت براءة الاختراع ، فيمكن حماية هذا الاختراع عن طريق كلتا الطريقتين ، وعلى سبيل المثال، برامج السوفت وار software يتم حمايتها عن طريق براءة الاختراع ، وهذه الحماية تمتد فقط لبعض عناصر البرامج، بينما العناصر الأخرى تتطلب عدم النشر فتظل سرية، ويمكن حمايتها عن طريق القوانين الأخرى الخاصة بالمعرفة الفنية ، وجاء حكم عن محكمة أمريكية بنيويورك (4) قضت فيه بعدم صحة عقد ترخيص محل معرفة فنية وعدم إضفاء حماية عليه في إطار حق الملكية الصناعية (البراءة) لأن المعرفة الفنية غير مبرأة يعدّ كل إختراع مبراً من قبيل المعارف الفنية وهذا ما نصت عليه المادة 6 من دليل اللجنة الاقتصادية لأوروبا الخاص بتحرير عقود النقل الدولي للمعرفة الفنية في مجال الصناعات الميكانيكية .

- بسبب قاعدة الإقليمية التي من شأنها: أن تقلل من أهمية براءة الاختراع من حيث أن أي مصنع أجنبي يمكنه إنتاج وتسويق إنتاج مسجل ، ويخضع فقط للقيود الذي يمكن أن يمنعه من توزيعه في الدولة التي تمّ

(1) محمد إقلولي ، مرجع سابق ، ص 92.

(2) Annuaire de l'association internationale, Pour la propriete industrielle ,1970, p 654.

(3) أمال زيدان عبد الله، الحماية القانونية للأسرار التجارية في عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 52 .

(5) ماجد عمار ، مرجع سابق، ص 139.

الحصول فيها على البراءة ، جاءت جهود أولية من أجل التعاون في هذا الباب أهمها : إتحاد باريس بموجب إتفاقية باريس المبرمة في 20 مارس 1883 المهتمة بحماية الملكية الصناعية حيث يعد هدفها الأساسي ، ولا يعد نقل التكنولوجيا واحدا من أهدافها المباشرة العاجلة ومما تجب الإشارة إليه أن الإتفاقية قد حققت نجاحا ما إلا أنها قامت على إفتراض كما كان هو الحال في الواقع عند إبرامها - بأن الدول أعضاء الإتحاد متساوون اقتصاديا تقريبا وأن العقول المتساوية تهيمن على العلاقات الاقتصادية بين الدول واليوم ومع إنضمام العديد من الدول النامية فإن هذا التجانس لم يعد موجوداً .

- وترى الدول النامية أن عدم التجانس الحالي هو نتيجة للاستعمار، أو على الأقل ليس نتيجة لعدم المساواة الطبيعية الى حدما ، ولذلك فإن الدول النامية تطالب بوجود تصحيح الوضع الحالي للأشياء، وذلك بإدخال التعديلات الملائمة على الإتفاقية لايجاد أفضليات للدول النامية .

ومن الأفكار الخاطئة الإعتاد أن تنقيح إتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية يمكن أن يكون في صالح الدول النامية ، فهي (الإتفاقية) لا تسهم في إقامة النظام الاقتصادي الدولي الجديد إلا إسهاماً ضئيلاً ، وذلك لسبب بسيط، وهو أن الدول النامية ليس لديها ملكية صناعية تحتاج الى الحماية⁽¹⁾ .

فقد أشارت إحدى الإحصائيات الى أنه من جملة 3,5 مليون براءة اختراع يمتلك مواطنوا الدول النامية حوالي 35000 ألف أو بنسبة 1% ، ويدخل في ذلك العدد البراءات المملوكة للشركات المختلطة ، وفروع الشركات المتعددة الجنسية في الدول النامية فنظام الملكية الصناعية هو أداة لإقامة السيطرة الاحتكارية على إنشاء وتطبيق المعرفة التكنولوجية في الدول النامية ، وأوضحت دراسة للأمم المتحدة أن النظام الحالي للملكية الصناعية يمثل أداة قانونية للإبقاء على العلاقات القائمة بين الدول المتقدمة صناعياً والدول النامية في المجالات الاقتصادية كما يعد عقبة في إقامة النظام الاقتصادي الدولي الجديد .

فإتفاقية باريس التي تهدف إلى تنظيم تدفق التكنولوجيا المسجلة تجسد في الحقيقة مصالح وإستراتيجيات الدول الصناعية ، وتصبح الإتفاقية والقوانين الوطنية التي سنّت وفقاً لها << نظاماً معكوساً للأفضليات الممنوحة لحاملي براءات الإختراع الأجانب في أسواق الدول النامية >> .

(1) - د/ بلال عبد المطلب بدوي، مرجع سابق، ص 11

كما أنّ طريقة التعديل >> يجب أن تبلغ ذروتها في إقامة توازن عادل ، بين المصلحة العامّة و متطلبات التنمية العريضة من جهة ، وحقوق حاملي الملكية الصناعية من جهة أخرى <<.

ومع أنّ الغرض من إتفاق باريس هو التأكيد على أنّ تكون حماية الملكية الصناعية ممتدّة خارج الحدود الوطنية، وأن تكون هذه الحماية عالمية بقدر الإمكان ، إلا أنّ قاعدة الإقليمية لم تتأثر من حيث المبدأ بالإتفاقية (1).

كما يستدعي الأمر أن تتضافر جهود الدول العربية لدعم الجهود المبذولة من قبل الدول النامية بشأن إعادة صياغة نصوص المنظومة الدولية وبما يسهم بالفعل في حماية حقوق الملكية الفكرية بشكل يحقق المصالح المشتركة لكل من الدول الصناعية والدول النامية على حد سواء، ويعمل على تحقيق الرفاهية الاجتماعية والاقتصادية ونقل وتعميم التكنولوجيا ، وإيجاد التوازن بين الحقوق والواجبات (2).

كل هذه الجهود تأتي لتكبير أي تعسف لأنّنا نتصور على سبيل المثال حصول تعسف من طرف صاحب البراءة في استعمال حقه الإستثنائي بالإستغلال في :

- عدم إستغلال البراءة .
- الإستغلال غير الكافي لسد حاجات السوق .
- رفض صاحب البراءة الترخيص للغير بالإستغلال .
- الممارسات غير التنافسية (كالمبالغة في أسعار البيع) .
- التوقف عن إستغلال براءة الإختراع (3) .

وإزاء هذه التعسّفات تلجأ بعض الدول كما تمليه ذلك إتفاقية تريبس إلى ما يسمى بالترخيص الإجباري ، رغماً عن صاحب البراءة ، ولكن بشروط إضافية إلى ما جاءت به إتفاقية باريس المعدلة في شوكولهم عام 1967 م (4) .

(1) - د/ عبد الغني محمود ، مرجع سابق ، ص 18.

(2) - عصام مالك أحمد العبيسي ، ص 100.

- د/ سميحة القليوبي، الملكية الصناعية ، مرجع سابق ، ص 270 و ما بعدها.

(3) - د/ سميحة القليوبي، المرجع نفسه ، ص 280.

وليس الترخيص الإجباري مبنياً سوى على التعسف الصادر من صاحب البراءة فقد يبني على حالات ضرورة أو ما يسمى المصلحة العامة للدولة المانحة للبراءة مثل حالات :

- فرض إستغلال للمحافظة على الصحة العامة.

- حالة الكوارث الطبيعية والحروب .

وأهمّ حالة في موضوعنا :

حالة دعم التنمية الإقتصادية والتكنولوجية ، وهذه الحالات أي الترخيص الإجباري التلقائي للمنفعة العامّة يأخذ بها المشرع الجزائري، وتختلف الدول حول الجهة المانحة للترخيص الإجباري للغير ، إذ أنّ المشرع الجزائري يوكلها للجهات الإدارية : >> كالمعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية << ، بالنسبة للجزائر، حيث تنظم بموجب القانون المتمثل في الأمر 07 لسنة 2003 بينما نجد دول أخرى توكلها للجهات القضائية⁽¹⁾.

ويجب التنويه إلى أنّه هناك مبلغ مالي عادل يدفعه المرخص له إجبارياً بناءً على طلب يقدمه لصاحب البراءة كمقابل لإستغلال إختراعه دون موافقته ، وهذا المبلغ المالي المعد كتعويض يمنح أيضاً لصاحب البراءة في حالة نزع ملكية براءته للمنفعة العامة⁽²⁾.

و الإتجاه الحالي يشهد تفضيل اللجوء إلى الحماية المكرّسة للمعارف الفنية على تلك المكرّسة لبراءة الإختراع، رغم تناول جل التشريعات العالمية تنظيم براءات الإختراع ومنها التشريعات العربية، و هناك أسباب تدعو إلى هذا التفضيل⁽³⁾، ولعلّ أهمها المدة الزمنية المؤقتة التي تحددها معظم التشريعات بـ 20 عام تبدأ من تاريخ إيداع طلب الحصول على البراءة⁽⁴⁾.

و بعدها يصبح الإختراع ملك عام ،ونذكر في هذا الإطار مثال حي على اللّجوء لهذا التفضيل الحمائي على حساب نظام البراءة، وهو الإختراع الذي توصل إليه طبيب أمراض نساء من عائلة تدعى ch&mberlen في القرن 17 وهو : obsterical forceps أي الجفت والذي ساعد كثيراً في

(1) عصام مالك أحمد العبيسي، مرجع سابق، ص 306 .

(2) عصام مالك أحمد العبيسي ، نفس المرجع ، ص 360.

(3) حسام الدين عبد الغني، مرجع سابق، ص 34.

(4) نص المادة 33، من إتفاقية تريبيس، مرجع سابق.

عمليات الولادة المتعسرة وإستفادت كثيرًا هذه العائلة بتوارثها هذا السر لمدة تزيد عن 100 عام، أي على مدى 3 أجيال، وأخيرًا عُرِف السر عام 1772م.

ولقد اختلف الفقه والقضاء حول جواز حماية الإختراعات التي تتوافر فيها شروط البراءة عن طريق نظام الأسرار التجارية، أي نظام المعرفة الفنية (1).

وإن كان نظام البراءة من الناحية الإقتصادية والفنية لا يمكن دائمًا الطرف المتلقي المتمثل في دولة نامية من الإستغلال الأمثل للبراءة، رغم البيانات المفصح عنها بالبراءة نفسها دون مشاركة فعّالة من المشروع مالك البراءة (2) فضلًا عن كونه نظام يعود بالفائدة على دول متقاربة معرفيًا فقط إذا تعلّق الأمر بترخيص عن براءة (3).

(1) - د/ حسام الدين عبد الغني، مرجع سابق ص 47.

(2) - د/ حسام الدين عيسى، مرجع سابق، ص 140.

(3) - Delacollette Jean, Les contrats de commerce international, 2 eme ed, de droit économique Bruxelles. 1991. p 47.

نسرده بعض التشريعات العربية لخاصة ببراءات الإختراع :

- 1- القانون رقم (19) لسنة 1994 بشأن الحق الفكري، الجريدة الرسمية للجمهورية اليمنية العدد العشرون (الجزء الثالث) صادر بتاريخ 27 جمادي الأول 1415 هـ الموافق 31 أكتوبر 1994م .
- 2- القانون الإتحادي لسنة 2002 م بشأن تنظيم وحماية الملكية الصناعية لبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية من منشورات وزارة المالية والصناعة في دولة الإمارات العربية المتحدة على الموقع الإلكتروني: www.uae.gov.ae/mofi/arabic
- 3- القانون رقم 84 لسنة 2000 م المؤرخ في 24 أوت (أغسطس) 2000 المتعلق ببراءات الإختراع تونس، و المنشور على الموقع: www.arablaw.org/Download/patent-Tunisia.doc
- 4- القانون رقم 17/97 المتعلق بحماية الملكية الصناعية، المغرب .
- 5- القانون رقم (1) لسنة 2004 م بشأن براءات الإختراع ونماذج المنفعة، البحرين، و المنشور على الموقع: www.commerce.gov.bh
- 6- القانون رقم (15) لسنة 2000 قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية، الأردن، و المنشور على الموقع: www.arablaw.org/Downlond/Unfair-competition-Jordan.doc
- 7- قانون براءات الاختراع بالمرسوم السلطاني رقم 82 لسنة 2000م، عمان .
- 8- قانون رقم (20) لسنة 1998 البذور والمخصبات الزراعية م ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (51) لسنة 2001م، منشورات وزارة الزراعة اليمنية.
- 9- القانون رقم 03-05 المؤرخ في 6 فبراير سنة 2005م المتعلق بالبذور والشتائل وحماية الحيازة النباتية الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 11، السنة الثانية والأربعون، صادر في 9 فبراير سنة 2005م.
- 10- الأمر رقم 07-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 م المتعلق ببراءات الإختراع الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 44، الصادر في 23 جماد الأول لسنة 1324 هـ الموافق 23 يوليو سنة 2003 م.
- 11- المرسوم التشريعي رقم 93-17 لسنة 1993م المتعلق بحماية الإختراعات الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 81، الصادرة بتاريخ 24 جمادي الثانية 1414 هـ، ملغى بالمر 07-03 المؤرخ في 19/07/2003، جريدة رسمية رقم 44.
- القانون المصري رقم 82 لسنة 2002 المتعلق بقانون الملكية الصناعية .
- 14- مرسوم بقانون رقم 30 لسنة 2006 بإصدار قانون براءات الإختراع القطري المؤرخ في 12 رجب 1427 هـ الموافق لـ 2006/08/06 .

المطلب الثالث: الجدة في المعرفة الفنيّة

يصعب تصور توافر صفة السريّة في المعرفة الفنية مالم تتصف بالجدة *la nouveauté* (1)، وهي تعني الأصالة *l'originalité* التي تجعلها غير منتشرة وغير معروفة ومتداولة بشكل واسع ، حيث لا يمكن التوصل إليها في إطار الوسط الذي تستخدم فيه بسهولة، ويسر إلاّ بعد بذل جهد أو عناية أو مال أو أبحاث علمية ، وهذا يؤكد ضرورة المحافظة عليها في كنف السرية .

و البعض يطلق عليها إسم الحداثة ، وهي حادثة نسبية (2) ليست مطلقة (أي خطوة إبداعية أو خطوة إختراع محدث لطفرة في المجال الإنتاجي) كما هو الحال في الشرط الواجب توافره في براءة الإختراع، بأن يكون الشيء المخترع غير معروف سابقاً في أي زمان أو مكان ، أو تم النشر عنه (3) ، وهذا النشر يكون طبعاً بغية إفادة الكافة أو الغير دون قيود بعد مرور المدّة المقرّرة لحماية البراءة أو إفادة الغير أو الكافة بالإختراعات التي لم تحتفظ بالسرية، وتمّ نشرها قبل طلب البراءة .

على ذلك تعتبر الجدة أو الحداثة متعلّقة فقط بالمنافسين أي القيمة الجديدة فيها هي التي يتطلع إليها المنافسون، والتي تكسب المشروع قيمة تنافسية إقتصادية، وهذا بالذات هو أحد الشروط التي أخذت بها الإتجاهات الفقهية القضائية القانونية الحديثة وعلى رأسها إتفاقية ترينس ، تماماً كما أخذ بها سابقاً المشرع الأمريكي حتى من خلال المدوّنة الأولى للمسؤولية لعام 1939 بذكرها >> شرط توفر قيمة كافية فعلية أو محتملة إقتصادياً للمعرفة الفنية بالنسبة لباقي المنافسين، في مجال ما << (4) .

ويمكن القول أنّه حتى في حالة: إستخدام شركة ما لأسلوب تقني معين أو معرفة معيّنة مستخدمة فعلاً في مجال آخر، وذلك بغية تسهيل العمل أو حل مشكلة في الشركة المعنية، و أبعد من ذلك قد تستعمل

(1) - درويش عبد الله درويش إبراهيم ، شرط الجدة وفقاً لإتفاقية باريس ومدى ملائمتها للدول النامية، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة، كلية الحقوق 1992.

(2) - د/ أمال زيدان عبد الله، الحماية القانونية للأسرار التجارية، مرجع سابق، ص 53.

(3) - جلال أحمد خليل عوض الله، مرجع سابق، ص 441.

- سمحة القيلوبي، الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 108.

(4) - مفهوم نسبية الحداثة أو الجدة الذي يحقق ميزة تنافسية على الغير المنصوص عليه في المادة 1 من المدونة الأولى ، في المادة 39 من المدوّنة الثالثة للمسؤولية في أمريكا .

هذه الشركة معارف قديمة حتى تتوصل إلى حل تلك المشاكل: هذا لا ينفي عن العناصر التي تستعملها صفة المعرفة الفنية، لأن باقي الشركات في ذلك المجال لم تتوصل لإستعمالها، طالما أن الشركة المعنية بالإستعمال تحتفظ بسرية هذه المعلومات (1).

ولقد جاء هذا المفهوم واضحاً في قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري بموجب المادة 55 منه فطبقاً لهذه المادة فإن القيمة التجارية لهذه المعرفة تستمد من وصف السرية الذي يجب أن يتحقق لها وهو يعني أن الحماية التي يضيفها القانون على هذه المعرفة ليس الغرض منها حماية النشاط الإبتكاري المتمثل في المعرفة كما هو الحال بالنسبة لنظام البراءة () ، ولكن الحماية تمنح في هذه الحالة للحفاظ على صفة السرية دون أن يتوقف ذلك على درجة معينة من الأصالة والجدة ، فهي جديدة ما بقيت محتفظة بسريتها، وظلت غير معروفة إلا في دائرة ضيقة على نحو يحقق مركز تنافسي مميزا إذا أستخدمت (2).

المطلب الرابع بقابلية المعرفة الفنية للنقل

في البداية يجب التفرقة بين المهارات والمعلومات الخاصة بالمستخدمين، وبين المعرفة الفنية القابلة للإنتقال، ففي بعض الأحيان يصعب الفصل بين المعرفة الفنية عن الأشخاص أنفسهم ، والدليل على ذلك هو الإستجابة لإقدام أصحاب الأعمال على منع مستخدميهم من العمل في شركات منافسة، من خلال التزامات الثقة وعدم المنافسة (3).

أما عن فكرة "نقل" المعارف الفنية أو التكنولوجية ذاتها فإنه رغم ما يحظى إصطلاح نقل التكنولوجيا من الذبوع والإنتشار، إلا أنه مع ذلك اصطلاح يكتنفه الكثير من الغموض وعدم الوضوح، فليس هناك إتفاق بأي شكل حول جملة الأوضاع التي يغطيها هذا الإصطلاح ، بحيث يمكن القول بسهولة ما هو المقصود "بنقل" التكنولوجيا ، ولعل ذلك يرجع في جانب كبير منه إلى تعارض مصالح طرفي التعامل في هذا المجال، وهو الأمر الذي حدا بكل طرف أن يروج للمفهوم الذي يخدم مصالحه ويحقق إستراتيجيته، ومن هنا حاولت الدول المتقدمة في إطار المفاوضات الجارية على الساحة الدولية بشأن وضع ميثاق قواعد السلوك الدولي لنقل التكنولوجيا - وبصفتها الطرف المورد للتكنولوجيا -

(1) - محمد حسام عيسى، مرجع سابق، ص 135.

(2) - د/ذكرى عبد الرزاق محمد، مرجع سابق، ص 103.

(3) - د/ أمال زيدان عبد الله، الحماية القانونية للأسرار التجارية، مرجع سابق ، ص 53.

أنّ تضيي المعنى التجاري على صفقات نقل التكنولوجيا وذلك بإستخدام تعبيرات : على أساس تجاري أو لأغراض تجارية ، بينما تمسّكت الدول النامية ببلتبعاد هذا المعنى والتأكيد على ما تتّسم به عملية نقل التكنولوجيا من طابع فني ، وبعبارة أخرى فإنّ الإختلاف حول المفاهيم الأساسية المتعلّقة بالتعامل على التكنولوجيا بصفة عامّة ونقل التكنولوجيا بصفة خاصّة ، إنما يعكس في الحقيقة تعارض المصالح وإختلاف الإستراتيجيات ، وأيّا كان الأمر فإنّه ما يعيننا هنا هو تحديد مفهوم "نقل" التكنولوجيا على النحو الذي يلبي مطلب الدول النامية من التكنولوجيا، كأداة لدفع عجلة التنمية فيها .

و في سبيل ذلك ينبغي معرفة مفردات هذا الإصطلاح والمعاني المتداولة له سواءً في إطار الدراسات المتخصصة أو في الواقع العملي :

النقل التكنولوجي إصطلاح مركّب يعبر عن ظاهرة معقّدة ، ولكلمة (نقل) كأحد مفردات هذا الإصطلاح دور حاسم من حيث المبدأ في تحديد مدلوله وبيان معناه ، إضافة هذه الكلمة لكلمة التكنولوجيا يجعل مضمون الإصطلاح يكمن في مضمون هذه الكلمة والمعنى المقصود منه⁽¹⁾، و لقلّ استخدمت سابقاً ولوقت غير قصير في مجال التعامل على التكنولوجيا، بصفة عامّة كلمات التنازل concession أو الترخيص la licence .

إلاّ أن الوضع قد تغيّر بمرور الوقت مع بزوغ فكرة المعرفة الفنية في بداية هذا القرن ، كآلية حماية قانونية للمعارف التكنولوجية ، حيث بقي إستخدام الكلمات السابقة بالنسبة للتكنولوجيا المحمية بنظام براءات الإختراع ، بينما شاع إستخدام لفظ آخر بالنسبة للمعارف التكنولوجية المشمولة بالحماية من خلال نظام المعرفة الفنية ، وهو كلمة communication بمعنى إتصال أو إبلاغ - خاصة بالنسبة للفقّه الغربي، وفي الوقت نفسه أصبح التعبير السائد عن جملة الصفقات والمعاملات الواردة على التكنولوجيا هو تعبير نقل التكنولوجيا ، وإذا كان البعض يقترح كلمات أخرى مثل Transmission بمعنى تحويل أو partage بمعنى المشاركة كبديل لكلمة transfert أي (نقل) ، فإنّ الكلمة الأخيرة هي السائدة لدى المنظمات الدولية وفي الواقع العملي، بل وفي مجال الدراسات والبحوث الإقتصادية والقانونية المتعلّقة بالتكنولوجيا .

فماذا تعني كلمة نقل سواءً بالنسبة للتكنولوجيا أو المعرفة الفنية؟ .

(1) - السيد مصطفى أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 24.

النقل لغة: هو عملية إنتقال الأشخاص أو الأشياء من موضع إلى موضع آخر⁽¹⁾.

وفي اللغة القانونية التقليدية تعني كلمة نقل: تغيير شخص صاحب الحق فهي تُر لتصرف يترتب بمقتضاة إنتقال حق من شخص إلى آخر ، أو هي تعني تغيير الشخص في مواجهة حالة واقعية تتولد عنها أثر قانونية (الحيازة) ، وإذا كان المعنى القانوني التقليدي لكلمة نقل يمكن قبوله بالنسبة للعقود والإتفاقات المنصبة على براءات الإختراع (ترخيص أو تنازل)، فإنّه على العكس من ذلك يبدو غير ملائم بالنسبة للغالبية العظمى من عمليات النقل الدولي للمعارف الفنية، حيث الإلتزام الجوهري للطرف المورد في هذه الحالات الأخيرة يكون أساساً مجرد إلتزام بعمل (تدريب ، مساعدة فنية).

ولا يتعلّق الأمر بحال من الأحوال بنقل حق وارد على المعرفة الفنية ، والقول بغير ذلك معناه الخلط وعدم التمييز بين نقل الحقوق الواردة على المعرفة الفنية (وهو نقل بالمعنى التقليدي) و نقل المعرفة الفنية ذاتها ، والعملية الأولى (نقل الحقوق) غير متصورة إلاّ بالنسبة للتكنولوجيا المحمية ببراءات الإختراع بما تفترضه هذه الأخيرة من وجود حق ملكية لصاحب البراءة ، بينما العملية الثانية (نقل المعارف التكنولوجية أو المعارف الفنية ذاتها)متصورة لكافة صور وأشكال التكنولوجيا، أيّ ما كانت الآلية القانونية المستخدمة في حمايتها ، و بعبارة أخرى فنقل المعرفة شيء ونقل الحقوق الواردة على هذه المعرفة شيء آخر ، وهكذا فكلمة (نقل) كعنصر في إصطلاح نقل التكنولوجيا بالمعنى القانوني مفهوم يتجاوز بالضرورة ما لها من معنى في اللغة القانونية التقليدية . ولكن ما هو هذا المفهوم ؟ .

ومن هنا يتغير مفهوم النقل ليصبح ذا معنى فني بديلاً عن المعنى الجغرافي للإصطلاح، و لهذا سوف يقسم المطلب إلى فرعين متواليين هما:

الفرع الأول: النقل بمعنى الإكساب أو الإكتساب .

الفرع الثاني: النقل بمعنى السيطرة و التحكم في التكنولوجيا و المعرفة الفنية.

الفرع الأول: النقل بمعنى الإكساب و الإكتساب

بعيداً عن المفهوم الجغرافي أو المكاني لكلمة (نقل) نجد تعريفات وتحديدات فقهية وتشريعية للمفهوم الفني لكلمة النقل بمعنى الإكساب و الإكتساب .

(1) المنجد في اللغة و الإعلام، الطبعة السابعة و الثلاثون، طبعة جديدة منقحة، دار المشرق، بيروت، 1998، ص 834.

فهناك من يرى أنّه يوجد نقل للتكنولوجيا في كل مرة تصبح فيها المعرفة المتطورة المنظمة – بواسطة جماعة أو تنظيم ما – جزءاً مندمجاً في طريقة إدارة مجموعات أو تنظيمات أخرى⁽¹⁾، ورغم أنّ ميزة هذا التحديد تتمثل في إشارته إلى عمومية عملية النقل ذاتها، بمعنى أنّها لا تقتصر على ما يتم بين الدول المتقدمة والدول النامية، وإنما تشمل كذلك كافة العمليات التي تتم بين الجماعات والتنظيمات المنتمية إلى ذات الدولة بل وما يتم منها بين الدول المتقدمة بعضها البعض أيضاً، كما تتمثل هذه الميزة أيضاً في إشارته إلى أهم جوانب عملية النقل ذاتها، وهو إدماج التكنولوجيا المنقولة في تشغيل وإدارة المشروع المتلقى، إلا أنّ عيب هذا التحديد هو إغفاله لوسيلة هذا الإدماج .

فهذه العملية كما يمكن أن تتمّ بعمال وفنيي المورد، يمكن أيضاً – بل وهو المطلوب بالنسبة للمتلقى في الدول النامية – أن تتمّ بالوسائل الخاصّة للمتلقى وعماله وفنييه، وبعبارة أخرى فإدماج التكنولوجيا في الإنتاج لدى المتلقى وإن كان هو الغاية الفعلية من النقل، إلا أنّ ذلك ينبغي أن يتحقّق بعمال ومستخدمي المتلقى نفسه، أي بقدراته الذاتية، وليس عن طريق مستخدمي المورد، وإلاّ كان معنى النقل هنا أيضاً جغرافياً .

تنمية القدرات الذاتية للمتلقى كعنصر جوهري في تعريف نقل التكنولوجيا هو ما يؤكدّه التعريف بالقول : أنه يوجد نقل للتكنولوجيا عندما تصبح مجموعة من الأفراد تنتمي إلى هيئة ما قادرة ذاتياً في ظروف مواتية، على القيام بالعديد من الوظائف المرتبطة بفرن معين وذلك إذا توافرت ظروف بعينها .

وفي نفس الإجاه يضع البعض تعريفاً آخر يؤكد على نفس المعاني، وإن كان يتميز عن سابقه بشموليته وإحاطته بكافة أبعاد وجوانب عملية نقل التكنولوجيا بمعناها الحقيقي، فنقل التكنولوجيا يوجد عندما يقوم الطرف الذي يسيطر تكنولوجيا على عملية إنتاجية معيّنة، أو على عملية إدارية تنظيمية، بتمكين طرف آخر بوسائل يتفق عليها من خلال التفاوض وخلال مدّة محدّدة من حالة إلى أخرى، من القيام بشكل مستقل بهذه العملية أو العمليات، وسواءً تمّ ذلك دون تغيير فيها، أو بعد تطويعها أو الإضافة إليها من خلال ما يقوم به من تجديد .

و معنى ذلك أن جوهر عملية نقل التكنولوجيا لدى الأساتذة هؤلاء، هو تمكين المتلقى من إكتساب التكنولوجيا الموردة على النحو الذي يمكنه في نهاية مدّة التعاقد من القيام بنفس العملية التكنولوجية

(1) د/ نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، مرجع سابق، ص 26.

بقدراته الذاتية و بدون أي تدخل من جانب المورد أو غيره ، وبهذا المفهوم تصبح عملية نقل التكنولوجيا عملية تلقين وتعليم وتدريب وليس مجرد تسليم للتكنولوجيا ، ولكذلك مع ذلك تقتصر على نقل القدرة على الإنتاج باستخدام هذه التكنولوجيا .

الفرع الثاني: النقل بمعنى السيطرة و التحكم في المعرفة الفنيّة

(la Maitrise de la technologie et du savoir faire).

التعريفات الفقهية لعملية نقل التكنولوجيا تؤكد أنّ المعنى الحقيقي لها هو: بالمعنى الحقيقي أنّها عملية تمكين المتلقي من إكتساب التكنولوجيا، بحيث يمكنه النقل من القيام بالعملية أو العمليات الإنتاجية أو الإدارية في نهاية المدّة المتفق عليها بنفسه مستقلاً ، ودون تدخل من المورد، ومتى تحققت هذه النتيجة أمكن القول بإكتساب المتلقي للتكنولوجيا بالمعنى الدقيق لكلمة الإكتساب⁽¹⁾.

لكن المشرع البرازيلي يضيف بُعداً جديداً لعملية نقل التكنولوجيا ، حيث يتطلب ضرورة أنّ يشتمل النقل على تلقين المتلقي منهج التطوير الذي تبع للتوصل إلى التكنولوجيا المنقولة، حتى يمكنه الإحاطة بكافة جوانب عملية إنتاجها، ويتحقق له بالتالي الإستيعاب الحقيقي للتكنولوجيا ، فالمشرع البرازيلي لا يكتفي بمجرد إكتساب التكنولوجيا، وإنّما يتطلع لإستيعابها الكامل الذي يحقق للمتلقي في النهاية السيطرة الفعلية على هذه التكنولوجيا⁽²⁾ .

ففكرة نقل التكنولوجيا من الناحية الواقعية تغطي مجموعة من الظواهر المترابطة فيما بينها كظاهرة نقل القدرة على الإنتاج باستخدام التكنولوجيا الموردة (إكتساب التكنولوجيا) ، وظاهرة نقل القدرة على السيطرة على هذه التكنولوجيا، وإعادة إنتاجها ، وأيضاً تصميم تكنولوجيا جديدة (السيطرة على التكنولوجيا بالمعنى الدقيق)، وتتحقق الظاهرة الأخيرة من خلال الإستيعاب الكامل للتكنولوجيا .

ولا يتحقق هذا الإستيعاب إلاّ بلحاطة المتلقي بكافة السبل المؤدية إلى التوصل إلى هذه المعارف، فإذا توافر المتلقي على منهج التطوير الذي تبع للتوصل إلى التكنولوجيا، أمكنه الوقوف على منابع هذه التكنولوجيا، والانتقال بالتالي إلى مرحلة إنتاج تكنولوجيا مماثلة ، ثم الانتقال بعد ذلك إلى تصور وتصميم تكنولوجيا جديدة، عندئذ فقط تكون قد تحققت للمتلقي السيطرة الحقيقية على التكنولوجيا الموردة .

(1) - مصطفى كمال طه، العقود التجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005 ص 227.

(2) - إبراهيم حمد عبد الرحمان الحميد، مرجع سابق ص 143.

لذلك يبدو صحيحاً التمييز داخل عملية نقل التكنولوجيا ذاتها بين مراحل متعدّدة ومتميزة : مثل نقل القدرة على استخدام التكنولوجيا ، ثم نقل القدرة على إنتاج تكنولوجيا مماثلة ، ثم أخيراً نقل القدرة على إنتاج تكنولوجيا جديدة، أي القدرة على الابتكار ، وبالمرور بهذه المراحل جميعاً يتحقق الإستيعاب الكامل للتكنولوجيا فحسب ، فإكتساب التكنولوجيا لا يعني السيطرة عليها، بل أنّ الإكتساب لا يمثل سوى مرحلة من مراحل السيطرة على التكنولوجيا .

و طبقاً لهذه المعاني يبدو تعريفاً ضيقاً ذلك الذي تبناه مشروع القانون المصري لتنظيم نقل التكنولوجيا للتعبير عن المقصود بنقل التكنولوجيا ، حين وصف هذه العملية بأدائها (نقل المعرفة المنهجية اللازمة لإنتاج وتطوير منتج ما ، أو لتطبيق وسيلة أو طريقة أو لتقديم خدمة) فنقل المعرفة المنهجية شيء، ونقل منهج المعرفة شيء آخر، والنقل الأول لا يتعلّق أنّ إستجمع الشروط والخصائص التي عدّها بعض المؤلفين في مرحلة إكتساب التكنولوجيا، بينما يعني نقل منهج المعرفة تحقيق إستيعاب التكنولوجيا على النحو الذي يؤدي إلى السيطرة الفعلية عليها .

و تتنبثق فكرة السيطرة الصناعية من حقيقة أنّ الحاجة التكنولوجية للمتلقى التابع للدول النامية ليست قاصرة على مجرد الحصول على تكنولوجيا معيّنة، أو حتى مجموعة من التكنولوجيات ، وإنّما تشمل هذه الحاجة على ضرورة تمكينه من جميع المعطيات التكنولوجية، التي تمنحه القدرة الذاتية على تنظيم إنتاج معين، فمثل هذا المتلقي لكي يصل إلى هذا الهدف، ينبغي أن يسيطر على مختلف الثوابت والمعطيات التكنولوجية المتعلقة بالإنتاج المقصود ، بما فيها تلك التي تتعلّق بالإدارة (1) .

و فكرة نقل السيطرة الصناعية بهذا المفهوم ليست قاصرة على مجرد التمكن من طريقة صناعية معيّنة ، وإنّما تشمل إلى جانب ذلك السيطرة على مجموعة من الوظائف والعمليات الضرورية للإنتاج المستهدف، مثل أسلوب صيانة المعدّات والتجهيزات ، نظام الإمداد والتموين بالمواد الأولية والإضافية ، الرقابة على جودة المنتجات ، التنظيم الإداري، تسويق الإنتاج ، فهناك مجموعة كبيرة من الوظائف التي ينبغي التحكم فيها والسيطرة عليها ، في سبيل الحصول على قدرة ذاتية للإنتاج (2) .

(1) أنس السيد عطية سليمان، مرجع سابق، ص 214.

(2) أحمد بن غازي، الإلتزام بالضمان في عقد نقل التكنولوجيا، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص 38، 43.

نقل السيطرة الصناعية الذي يجب أن يتيح إكتساب القدرة التكنولوجية اللازمة لتنظيم إنتاج معين لا يمكن أن يتحقق إلا عن طريق إستيعاب المتلقي للمعطيات التكنولوجية اللازمة لذلك ، وهذا الإستيعاب ينبغي أن يكون محلاً لإتصاص تدريجي على نحو يدعم القدرة التكنولوجية للمتلقي أولاً بأول ، وبالنظر إلى عدم إمتلاك هذا الأخير الوسائل الأساسية لضمان إمكانية الإنتاج بالقدرات الذاتية ، فإلّا الإستيعاب يقتضى مدة زمنية تتوقف طولاً وقصرًا ، لاعلى مدى نقص أو غياب الخبرة والكفاءة الأولية للمتلقي .

وبهذا المعنى تعد عملية نقل السيطرة الصناعية عملية تلقين وتدريب وتعليم⁽¹⁾، ذات تنفيذ ممتد وليست عملية فورية، وجوهرها نقل للقدرة التكنولوجية اللازمة لتنظيم إنتاج ما ، وإلى هذا الحد تقترب من عملية نقل السيطرة التكنولوجية بالمعنى الذي سبق تحديده ، و مع ذلك يبقى هناك ما يميز بين هاتين العمليتين من جهة ، و بينهما و بين نقل التكنولوجيا بمعناه السائد من جهة أخرى .

فسواءً نقل التكنولوجيا بالمعنى السائد الذي يصرف هذا الإصطلاح، إلى مجرد نقل الحق في إستعمال التكنولوجيا ، أو نقل السيطرة التكنولوجية ، بمعنى نقل القدرة على إستخدام تكنولوجيا معينة في عملية إنتاجية أو ادارية محدّدة، ثم نقل القدرة على إعادة إنتاج تكنولوجيا مشابهة لهذه التكنولوجيا، في مرحلة تالية ، وأخيراً إكتساب المتلقي القدرة على تصوّر أو تصميم تكنولوجيا جديدة في النطاق الإنتاجي المعني .

وإذا كان مفهوم نقل التكنولوجيا بالمعنى السائد يلبي حاجة المتلقي المتطور بما يحققه له من الحصول على حق إستعمال تكنولوجيا معينة ، فإنّه مع ذلك لا يمثل في الواقع سوى إزاحة لعقبة قانونية مرتبطة بإمتلاك التكنولوجيا وحيازتها .

أما نقل السيطرة التكنولوجية ونقل السيطرة الصناعية، فكلاهما مفهوم يلبي حاجة المتلقي الأقل تطوراً وكلاهما تعبيراً عن وسيلة لتدعيم القدرة التكنولوجية للدول النامية والمشروعات التابعة لها ، من خلال نقل المعارف والخبرات التكنولوجية إليها، إلا أنّه يبقى رغم ذلك لكل عملية من العمليتين مفهوم يواجه الضغوط المتصلة بالنموذج التنموي المختار⁽²⁾ .

(1) أحمد بن غازي، مرجع سابق، ص 46.

(2) السيد مصطفى أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 41.

و إذا كان نقل السيطرة التكنولوجية يواجه المطلب التكنولوجي في إطار إستراتيجية إشباع الاحتياجات الأساسية فإن مفهوم نقل السيادة أو السيطرة الصناعية قد صيغ كأداة لمواجهة الضغوط والاحتياجات التكنولوجية المرتبطة بإستراتيجية التصنيع .

وهكذا فإنّ الإصطلاح الأخير (نقل السيطرة الصناعية) يمكن أن يؤخذ بوصفه تعبيراً عن عملية نقل القدرات التكنولوجية بطريقة إجمالية، وهو الأسلوب الأكثر ملاءمة للدول النامية التي تتبنى النمط التنموي القائم على التصنيع ، بإعتبار خصوصية المطلب التكنولوجي لهذه الدول في حالة مثل هذا الإختيار وفي نفس الوقت يعدّ إصطلاح (نقل السيطرة التكنولوجية) تعبيراً عن نقل القدرات التكنولوجية للدول النامية وتابعيها بطريقة مجزأة ، وهو النموذج الذي يتماشى مع إستراتيجية التنمية القائمة على التصنيع، من أجل إشباع الحاجات الأساسية للإنسان بغير أن نقل التكنولوجيا في إطار هذه الإستراتيجية ليس غاية في حدّ ذاته، بقدر ما يكون وسيلة لبناء القدرات التكنولوجية المحلية على المدى الطويل .

وهكذا يبدو واضحاً في إطار هذه المفاهيم والمعاني أنّ حاجة الدول النامية تبقى أيّما كان النموذج أو النمط التنموي المختار، هي نقل القدرات التكنولوجية إليها، على أساس أنّ نقل هذه القدرات هو جوهر إصطلاحي لنقل السيطرة التكنولوجية ونقل السيطرة الصناعية⁽¹⁾.

وما صحّ من مفاهيم ومعاني في نقل القدرات التكنولوجية لهذه الدول يصحّ في عملية نقل المعارف الفنية عمومًا، بإعتبار هذه الأخيرة أهمّ الأصول التكنولوجية على الإطلاق، كما أنّ هذه المعارف تعدّ محلّ العقود الناقلة لهذه التكنولوجيات زمانًا ومكانًا.

المبحث الثالث : الحماية القانونية للمعرفة الفنية

إنّ صاحب المعرفة الفنية لا يدخر جهداً في القيام بكل ما من شأنه المحافظة عليها في كنف السرية النسبية ، طالما أنّها لم تتأدّى له ببسير ، إذ يكون قد توصل إليها بعد عناء، ببذل جهد ذهني ، أو مادي ، أو الإثنين معاً ، أو تحصل عليها بدفع مقابل نقدي باهض، بإحدى الوسائل القانونية الناقلة للمعرفة الفنية.

(1) - نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، مرجع سابق، ص 24 و مابعدها.

- د/ حسام عيسى، نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 313 و مابعدها .

- د/ أنس السيد عطية سليمان ، مرجع سابق، ص 78 ، و مابعدها

وطالما أنّ صاحب المعرفة الفنية أو مالكها أو حائزها القانوني - حسب ما يراه أثر هذه الوسيلة في الحفظ عنها ، عوض اللّجوء إلى حماية البراءة .

إنّ أصحاب المعارف الفنية يرتكزون على أقوى الوسائل الحمائية التي يكفلها القانون ، فإذا كانت على سبيل المثال الإنترنت في بادئ الأمر كوسيلة لتبادل المعلومات و إستخدامها قاصراً على الباحثين في المؤسسات الأكاديمية ، فإنّه مع ظهور أدوات تصفح الويب الرسومية التي عرفت بإسم Mosaic في عام 1993 ، قد لاح لبعض رجال الأعمال الطموحين إمكانية الإستفادة من التجارة الإلكترونية على الإنترنت .

ولقد تمّ طرح أداة التصفح netscape في عام 1994 ، ومع حلول عام 1995 بدأت مواقع التجزئة على الإنترنت مثل Amazon.com في الظهور ، واليوم هناك آلاف من مواقع الويب الخاصّة بالتجارة الإلكترونية التي يرى فيها الأخصائيون مساهمة كبيرة في فتح أسواق جديدة، إضافة إلى الزيادة من كفاءة النشاط التجاري والمساعدة على إتساع رقعة إمكانيات وقرارات التجارة التقليدية ، ففي هذا المجال ظهرت ضرورة ملحة لحماية قانونية خصّة للمعارف الفنية المتضمنة والمتداولة عبر هذه الوسيلة (1) ، كما أنّ ذبوع عقود إنتاج المعلومات والإمداد بها كصنف جديد غير معروف على الساحة القانونية والإقتصادية لأمد ليس بالبعيد يدعو إلى بسط حماية قانونية على ما يتضمّنه من معرفة فنية .

ضف إلى ذلك تعاضم نمو الدورة التجارية للمنتجات التي تمرّ بمراحل الإنتاج والتوزيع و الإستهلاك، ومنها ظهر إنتشار واسع لعقود الشبكة المتمثلة في عقود التوزيع المعتد والإقليمي وعقود الإمتياز التجاري، تحت إشراف شركات المنتجة والذي يتوازي مع نمو حركة إنتاج السّلع والخدمات والمعارف الفنية الهائلة، خلال الثلاثون سنة الماضية، كل ذلك يدعو إلى توافرها حماية قانونية خاصّة للمعارف المستعملة والمتداولة، حيث سجل تقرير صندوق النقد الدولي لعام 1997 وتقرير مركز الدراسات السياسية والإتراتيجية نموّاً كبيراً لحجم التجارة العالمية في السّلع والخدمات.

هذا و أمام الإنتشار الواسع لعقود التراخيص دولياً (2)، و بدون أن ننسى التقدّم الهائل للإستثمارات

(1) - د/ عماد الحداد ، التجارة الإلكترونية، دار الفاروق للنشر والتوزيع ، القاهرة 2004 ، الطبعة الثانية، ص 12.

(2) - جلال أحمد خليل عوض الله ، مرجع سابق، ص 410.

الأجنبية بمختلف أشكالها⁽¹⁾ ، وما لها من أثر على حركة المعارف الفنية، ممّا يزيد من ضرورة البحث عن وسائل قانونية ناجحة لحمايتها تضاف إلى الكتمان الواقعي الممارس من صاحبها في مواجهة تقدم أجهزة إستراق السمع و التسجيل و التصوير، و ظهور أقمار التجسّس الصناعي، و برامج إختراق شبكات المعلومات قرب نهاية القرن العشرين، ويقول في هذا الشأن الدكتور حسام عيسى :

>> لعلّ التجسس الصناعي هو أقدم أساليب نقل التكنولوجيا وأكثرها فعالية ، وعلى الرغم من الإدانة الأخلاقية التي تترتّب في المحافل السياسية والإقتصادية للتجسس الصناعي ، فإنّ اللجوء إلى هذا الأسلوب للإستلاء على التكنولوجيا ليس أمراً إستثنائياً وممارسة هذا الأسلوب ليس أمراً مقصوراً على الشركات أو الأفراد ، بل للدولة فيه أكبر باعة، ففي عام 1969 قامت دولة إسرائيل بعملية تجسّس صناعي شهيرة إنتهت بإستيلائها على معلومات تقنيّة وسريّة عن كيفية تصنيع محرّك الطائرة ميراج 3 ، الذي كانت تقوم شركة Suizer السويسرية بتصنيعه، بترخيص من شركة داسو الفرنسية ، وذلك عن طريق أحد المهندسين العاملين في الشركة السويسرية ، مقابل مبلغ مليون فرنك سويسري ((.

ولعلّ عملية التجسّس الصناعية الفاشلة التي قامت بها شركة ميتسوبيشي اليابانية منذ سنوات قليلة، للإستلاء على بعض الأسرار التكنولوجية عن شركة IBM الأمريكية ، والتي كان لها صدى هائل في الأوساط السياسية والإقتصادية في اليابان، والولايات المتّحدة خير دليل على أنّ عمليات التجسّس الصناعي ليست من مخلفات الماضي .

لأجل ما تقدّم ، سوف نتطرق لموضوع الحماية من وجهة النظر المدنية و الجنائية، أي الحماية المدنية للمعرفة الفنية وفق مقتضيات قواعد وأحكام القوانين والنظم المدنية والأحكام القانونية الجنائية، الحامية للمعرفة الفنية، وقبل ذلك كلّها إرتأيت بإعتبار الولايات المتحدة الأمريكية هي أول الأنظمة على الإطلاق، التي ظهر فيها هذا المفهوم المعرفة الفنية Know – How والتي تعرضت لحمايتها بصورة تختلف حالياً على ما هو سائد في باقي الأنظمة العالمية، التطرّق إلى الحماية المولاة للمعرفة الفنية هناك في مطلب أول .

(1) - د/غسان علي علي، الإستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية النزاعات التي قد تثور بصددها، كلية الحقوق، جامعة عين

الشمس، رسالة دكتوراه، 2004 ، ص 30.

- أمر رقم 04-95 مؤرخ في 21 يناير 1995 المتضمّن الموافقة على إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 07.

و لهذا سوف يكون تقسيم هذا المبحث الثالث الذي يتناول الحماية القانونية للمعرفة الفنية الى المطالب الموالية :

المطلب الأول: حماية المعرفة الفنيّة في الولايات المتّحدة الأمريكية.

المطلب الثاني: الحماية المدنية للمعرفة الفنيّة.

المطلب الثالث: الحماية الجنائية للمعرفة الفنيّة.

المطلب الأول :حماية المعرفة الفنية في الولايات المتحدة الأمريكية

إختلفت مسميات أنظمة حماية المعرفة الفنية وإصطلح عليها القانون الأمريكي مصطلح أسرار التجارة Trade Secret أو مصطلح Know - How⁽¹⁾

- ومن الغي على البيان أنّ الأسرار التجارية ليس لها كيان مادي ملموس، إذ هي معلومات وليدة فكر الإنسان وخبراته ، فهل يمكن حمايتها عن طريق الإعراف لصاحبها بملكيتها ؟ .
بداية يمكن القول أنّ أصحاب المعارف الفنية قد يحمون معارفهم شكلياً بموجب العلامة المسجّلة أو الماركة المسجّلة⁽²⁾، وقد يحمون جزء منها ، بموجب براءة وبيقون على الجزء الآخر سرّاً .

لكن المعرفة الفنية كمفهوم مجرد : هل يمكن إعتبارها حق من الحقوق العينية، أي ملكية تخول صاحبها حقاً إستثنائياً في مواجهة الكلفة ؟ .

الجواب في أمريكا هو الإيجاب، فلم يعد هناك جدال قانوني أو فقهي أو قضائي على مدى إعتبار حق المعرفة الفنية كذلك ، وهذا من شأنه تدعيم صاحب المعارف الفنية والمعلومات السرية وترسيخها⁽³⁾، بينما نجد مختلف الأنظمة القانونية تختلف عن موقف المشرع الأمريكي ومنها الفقه، والقضاء الفرنسي ومنهم الفقيه موسران Mousseran ، الذي ينفي إمكانية تملك المعارف الفنية، ويعتبرونها هناك تشكل مجرد حيازة وهي سلطة مادية تمارس على الأشياء الغير مادية ، وتتمثل في عمليات سيطرة فعلية ، فمن المتغر أنّ تتحول هذه الحيازة إلى ملكية بسبب الطابع الإستثنائي للملكية على الأشياء الغير المادية .

(1) - يصطلح عليها في بعض البلاد الأوروبية معرفة فنية Know – How ، وفي فرنسا Savoir faire ومعلومات سرية في إنجلترا، confidential informing ، والمعلومات الغير المصح عنها في إتفاقية Trips ، كل هذا بدون وجود اختلاف في طبيعة السرية .

(2) - د/ عبد الله حميد سليمان العويري، العلامة المشهورة وحمايتها ضمن إتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريبس) ، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2006 ص 254 .

(3) - د/ حسام الدين عبد الغني، مرجع سابق، ص 64 .

ونفس الإتجاه نجده في باقي الأنظمة الأنجلوسكسونية ومنها إنجلترا، وكذا الأمر في أستراليا وغيرهما كثير، ويؤيد أنّ الشرع الإسلامي يتجه نحوه إمكانية تملك هذه المعارف على أساس أنها حق بما تشمله من خصائص.

و عليه يمكن إعتبار المعرفة الفنية محل ملكية فكرية مقوّمة بمال، طالما توافرت فيها الشروط الشرعية وأهمها المنفعة الشرعية ، وهذا الحق يخول صاحبه اللجوء إلى القضاء لحمايته ودفع الإعتداء عنه وطلب تعويض عن الأضرار اللاحقة جراء المساس به ،ويمكن التنويه إلى أنّ ملكية المعرفة الفنية بأمريكا، لا تخوّل صاحبها حق الإستثناء إتجاه الكفّاة، فمن حق الغير التوصل إلى نفس الأسرار التجارية ، والمعرفة الفنية بالمجهودات لخاصّة .

أما فيما يخص الأساس القانوني للمسؤولية عن إفشاء الأسرار التجارية بأمريكا :
يمكننا القول بهذا الشأن أنّ القانون الأمريكي على عكس القوانين اللاتينية لا يعرف مبدأ عام للتفاوض بحسن النية ، فهو لا يفرض أي قيود تفاوضية ويكون على كل متفاوض أن يأخذ الحيطة والحذر اللازمين لتأمين نفسه في هذه المرحلة ، كون القانون يقصر الإلتزام بمراعاة حسن النية في مرحلة التنفيذ العقدي فقط ، لكن الإتجاه الحديث في أمريكا يسير نحو دعم حسن النية في مرحلة تكوين وتنفيذ وإنقضاء العقد ، ويظهر ذلك بخاصة في القضايا الرائدة المطروحة أمام المحاكم هناك ، وعليه نجد أن قانون 1979 يقرر نوع من المسؤولية في مرحلة المفاوضات التجارية، فيأتي مبدأ الحرية التعاقدية وعلى إثره يرد شرط عدم مخالفة المتفاوض لمبدأ حسن النية⁽¹⁾، كما لجأ القضاء والقانون الأمريكيين إلى تبني نظرية الثقة عموماً في مرحلة التفاوض لنقل الأسرار التجارية أو المعارف الفنية ويجب تقادي الخط بين السر والثقة، فالأول يكيف الفعل نفسه، بينما الآخر يتعلق بكيفية النقل، والأمانة والثقة هما من مقتضيات حسن النية في إبرام العقود وتفسيرها وتنفيذها⁽²⁾ ونجد بالمقابل القانون الفرنسي يقر إقامة المسؤولية عن الإخلال بالإلتزام حسن النية في مرحلة المفاوضات في نص المادة 1382 من القانون المدني شريطة توافر شروط الخطأ قبل التعاقد والضرر قبل التعاقد والعلاقة بينهما⁽³⁾.

(1) - د/ أمال زيدان عبد الله، الإلتزام بالسرية في عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 125.

(2) - د/ نصيرة بوجمعة سعدي، عقد نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، مرجع سابق، ص 301.

(3) - د/ بلال عبد المطلب بدوي، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية في عقود التجارة الدولية ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، 2001 ، ص 334 و مابعدها.

ونفس الحكم القانوني يقره المشرع الجزائري بالتقنين المدني المادة 106 ؟.

وعليه: إذا كان حق الملكية هو المقرر لحماية المعارف الفنية حالياً في أمريكا كنظرية حديثة، نجد الحماية المقررة للمعرفة الفنية أو السر التجاري سائداً منذ صدور مدونة المبادئ القضائية عن الأضرار، أو مدونة المسؤولية لعام (1939) بموجب القسم رقم 758.

- حيث أقرت هذه المدونة المسؤولية في الحالات الثلاثة التالية :

1- إكتشاف الأسرار بطرق غير سوية : كأجراء العاملين لكشف أسرار رب العمل مثلاً و دون منع الغير من إكتشاف الأسرار بطرق شريفة .

2- الإخلال بعلاقات الثقة : confidential relation theory ويجدر التذكير بأن معظم الأنظمة الأنجلوسكسونية تقيم الحماية القانونية للأسرار التجارية إستناداً على هذه النظرية (1).

3- مسؤولية الغير الذي حصل على الأسرار بحسن نية ودون قصد ، على أنه يشترط لقيام مسؤولية الغير أن يتم إخطاره من صاحب السر أو من يمثله بأن المعلومات التي تلقاها هي أسرار تجارية تخص غيره وليس من حقه إستعمالها أو الإفشاء عنها .

وعليه: لا مسؤولية قائمة قبل إخطار المتلقي للأسرار التجارية بحسن نية، حتى ولو كان قد إستعملها أو أفشى بها قبل الإخطار، ولا مسؤولية عليه أيضاً إذا تغير مركزه القانوني بحيث لم يعد من العدل مساءلته (2).

المطلب الثاني: الحماية المدنية للمعارف الفنية

من وظائف القانون الجوهرية تنظيم المعاملات الإنسانية ذات الطابع القانوني في الوسط الإجتماعي ، و لا يكتمل تنظيم هذه المعاملات دون توفير آليات قانونية لبسط الحماية على ملكية و حيازة الأشياء مادية كانت أو معنوية، و هذا بالضبط ما ينطبق على المعرفة الفنية، سواءً شكلت محلاً للتداول أو لم تشكل ذلك، و تتخذ الحماية القانونية للمعرفة الفنية عدّة صور و عدّة أسس بالتبعية، فمن صور حماية المعرفة الفنية حمايتها مدنياً، إمّا على صعيد التشريعات الداخلية أو التنظيمات الدولية، و للإطلاع على مختلف هذه الصور، و كذا الأسس القانونية لبسط الحماية القانونية على المعرفة الفنية.

(1) -نذكر بأن إتفاقية تريبس نصّت على نظرية علاقات الثقة في الهامش رقم 10 حين ذكر عبارة : أسلوب يخالف الممارسات التجارية النزيهة .

(2) - د/ حسام الدين عبد الغني، مرجع سابق ص 72 و ما بعدها.

و منه يبدو مناسباً تقسيم هذا المطلب إلى الفروع التالية:

- الفرع الأول: حماية المعرفة الفنية لإقترانها بسند مادي أو علامة تجارية أو صناعة أو براءة .
الفرع الثاني: حماية المعرفة الفنية تأسيساً على القواعد المدنية .
الفرع الثالث: الحماية المقررة دولياً للمعارف الفنية .

الفرع الأول: حماية المعرفة الفنية لإقترانها بسند مادي أو علامة تجارية أو صناعة أو براءة

و ليتضح لنا أكثر مضمون هذا الفرع نقسمه إلى النقاط التالية:

- أولاً: الملكية كأساس لحماية المعرفة الفنية .
ثانياً: حماية المعرفة الفنية لإقترانها بعلامة تجارية أو صناعة.
ثالثاً : حماية المعرفة الفنية لإقترانها ببراءة إختراع .

أولاً: الملكية كأساس لحماية المعرفة الفنية

إنّ ملكية المعرفة الفنية بمعناها كحق عيني يخوّل لصاحبه سلطة إستثنائية ضد كل من شأنه الإعتداء عليها لا تعترف به الأنظمة القانونية (1) عدا المشرع الأمريكي ، و من الممكن الإستناد على الملكية كأساس لحماية المعرفة الفنية، في حالة ما إذا إقترنت المعرفة الفنية بشيء ملموس كالنماذج أو الوثائق أو تصاميم أو أقراص ضاغطة ، أو حق المؤلف ، و الحماية المقررة هنا تكون للسند المادي للمعرفة، بإعتباره منقولاً حسي يمكن تملكه كحق عيني إستشاري في مواجهة الكافة .

ثانياً: حماية المعرفة الفنية لإقترانها بعلامة تجارية أو صناعة

قد تقترن المعرفة الفنية بعلامة تجارية أو صناعة إذا تعلّق الأمر بسلعة أو خدمة ، وعلى ذلك يعتبر من قبيل المعتدي على تلك العلامتجان يقلّدها أحد المنافسين مثلاً، فيدخل المستهلك في هذه الحالة في غلط حين الإقبال على إقتناء ماهو معتاد إقتنائه، ليس إعتماًداً على المعرفة الفنية المتضمنة في المنتج، بل إعتماًداً على العلامة بعينها لتناسبها مع ذوقه (2) ، فهذا يُحدث بالتأكيد إضطراباً في المشروع المالك للمعرفة الفنية أو الحائز عليها .

(1) - أنظر على سبيل المثال الى الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية، بتاريخ 31 أكتوبر 1962، الذي يقرر بوضوح أن حماية المعارف الفنية في مواجهة الكافة تتم فقط من خلال نظام البراءات .

- نفس الأمر تؤكد الأحكام الصادرة بتاريخ : 19 نوفمبر 1964، 03 أكتوبر 1978 عن محكمة النقض الفرنسية، مشار إليها في مرجع حسام الدين عبد الغني مرجع سابق، ص 66.

(2) - القانون رقم 89-2 المتعلق بحماية المستهلك الجزائري، الصادر عام 1989، الجريدة الرسمية رقم 6.

هذا ونذكّر بأن إتفاقية تريبس التي وسّعت في مجال حمايتها للعلامات التجارية بموجب المادة 1/10 و التي إعتبرت العلامة هي تلك التي تسمح بتمييز السّلع والخدمات إلى تنشأها منشأة ما ، عن تلك التي تنشأها المنشأة الأخرى ، وتكون هذه العلامات لاسيما الكلمات التي تشمل أسماء شخصية أو حروفًا أو أرقامًا أو أشكالًا أو مجموعات أو ألون أو أي مزيج آخر من هذه العلامات، مؤهّلة للتسجيل كعلامة تجارية .

كما أنّها وسّعت من مفهوم حماية العلامة المشهورة، مقارنة بإتفاقية باريس المعدلة بموجب اتفاق ستوكهولم لسنة 1967، لأننا نعلم أنّ إتفاقية تريبس أحالت الدول الأعضاء إلى إتفاقية باريس في تطبيق أحكامها ، مع إضافة تعديلات عليها زيادة في الحماية أو زيادة في التلاؤم مع التطور التجاري والإقتصادي الحالي .

و لم تعد فحسب مجرد النسخ أو التقليد أو الترجمة دون موافقة صاحب العلامة تعدي، كما نصت عليه إتفاقية باريس بل ذهب إلى أنّ مجرد إستخدام لعلامة مشهورة في سلعة ما، أو خدمات و إن كانت مختلفة تمامًا عن تلك المستخدمة فيها العلامة المشهورة يمثل مخالفة قانونية، بشرط:

- أن يؤدي الإستخدام للعلامة المشهورة إلى الإعتداء، بوجود صلة بين تلك السّلع والخدمات غير المماثلة و صاحب العلامة المشهورة .

- أن يؤدي إستخدام لعلامة على السّلع غير مماثلة ، إلى وجود احتمال بأنّ تتضرر مصالح صاحب العلامة التجارية من مثل هذا الإستخدام⁽¹⁾ .

ومنه:

إذا تضمّنت العلامة معارف فنية ما، فإنّها سوف تتمتع بصورة غير مباشرة بالحماية الممنوحة للعلامة التجارية، من حيث المدّة، ومن حيث المضمون .

فالمدّة الممنوحة لصاحب العلامة سبع سنوات كحد أقصى، لكنّها قابلة للتجديد حسب إتفاقية باريس المحال إليها الأمر من إتفاقية تريبس.

(1) - دجلال عبد المطّ لب بدوي، مرجع سابق، ص 122.

أما من ناحية المضمون :

فإنه يخول لصاحب العلامة الحق المطلق في منع الغير من إستخدامها أو الإعتداء عنها ، وذلك بموجب المادة 16 من الإتفاقية أعلاه .

ثالثا : حماية المعرفة الفنية لإقترانها ببراءة إختراع

تبيّن الفرق بين كل من البراءة والمعرفة الفنية، ومعلوم أنّ البراءة تمنح صاحبها حق قصري في مواجهة الغير طول مدة الحماية ، يستأثر بموجبها صاحبها بكافة الحقوق بصفة مطلقة إتجاه الغير المعتدي على مضمون البراءة .

لكن الذي يحدث رغم إشتراط الدول الإفصاح بمضمون الحق محل الحماية بالبراءة أو التكنولوجيا المتضمنة بالبراءة، إلا أنّ أصحاب هذه التكنولوجيات كثيراً ما يتحايلون في عدم الإفصاح عن المعلومات ، ويتخذون جزءاً منها في كنف السرية للإحتفاظ بميزة إحتكارية تنافسية إتجاه الغير⁽¹⁾ .
وعليه:

تمتع المعارف الفنية المرتبطة بموضوع البراءة يشكل ما يسمى بحماية تبعية لبعض عناصر المعرفة الفنية المستعملة والمرتبطة بالبراءة ، والإعتداء عليها يمكن دفعه باللجوء إلى الحماية المقررة للعناصر المتبقية المتضمنة في البراءة⁽²⁾ .

هذا وقد يحدث أنّ يتضمّن عقد الترخيص بإستغلال براءة إختراع حقّاً للمتلقّي في الإطلاع على المعرفة الفنية المرتبطة بهذا الإختراع، ونكون في هذه الحالة أمام عقد مختلط .

ويشكل العقد هنا أساساً للحماية في حالة إستمرار عقد الترخيص بالإستغلال عند إنقضاء البراءة، وورد حكم في هذا الشأن عن محكمة بوايس قضت فيه أنّ العقد الذي يكون موضوعه براءة إختراع ومعرفة فنية في آن واحد وارد على محل صحيح، ومنه يجب تنفيذه ودفع العوائد حسب الإتفاق لمدة 50 سنة، ولا يجوز الإعفاء بأنّ الوفاء بالعائد أصبح بلا سبب، إعتباراً من الوقت الذي تسقط فيه البراءة من الدومين العام⁽³⁾ .

(1) - د/ جلال أحمد خليل عوض الله، مرجع سابق، ص 340.

(2) - د/ حسام الدين عبد الغني الصغير، مرجع سابق ص 39.

(3) - د/ سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، مرجع سابق ص 18، و ما بعدها.

الفرع الثاني: تأسيس حماية المعرفة الفنية على القواعد المدنية

تبسط القواعد المدنية حماية على المعارف الفنية بأشكال مختلفة باختلاف نوع التعدي على المعرفة ذاتها ووقت التعدي⁽¹⁾ ، و في الحالتين قد يختلف أساس هذه الحماية و يكون بإحدى الصور التالية:

أولاً: حماية المعرفة الفنية على أساس المسؤولية التقصيرية أو المنافسة غير المشروعة.

ثانياً: حماية المعرفة الفنية بناءً على دعوى الإثراء بلا سبب على حساب الغير .

و فيما يلي نفضل على النحو التالي:

أولاً: حماية المعرفة الفنية على أساس المسؤولية التقصيرية أو المنافسة غير المشروعة

خارج إطار التعاقد قد تتأسس المسؤولية التقصيرية وبذلك يستطيع حائز المعرفة الفنية أن يقوم بتحريك دعوى المنافسة غير المشروعة ضد المنافسين، ودعوى المسؤولية التقصيرية وفقاً للقواعد العامة ضد غير المتنافسين⁽²⁾.

على أنه في ظل عدم وجود نصوص تشريعية تنظم دعوى المنافسة غير المشروعة فإنّ الدعوى سوف تستند في فرنسا على المواد 1382-1383 من القانون المدني حسب ما جاء به Mousseron (المقابلة للمادة 163 عن القانون المدني المصري)، ونجد التشريعات أخرى خصّصت المنافسة بقوانين مستقلة مثل ما فعله المشرع الجزائري⁽³⁾، وعلى ذلك كان يمكن اللجوء للقواعد العامة في مصر قبل صدور قانون 1999 للتجارة⁽⁴⁾، وكلا الدعويتين تستلزم شروط الخطأ الضرر، وعلاقة سببية حسب البعض⁽⁵⁾ مع إختلاف في فكرة الخطأ بينما على النحو الموالي :

إذ يشترط الخطأ في دعوى المنافسة غير المشروعة وقوع الخطأ من المنافسين ويتعلق بالمنافسة، وهو ما يفترض وجود منافسة بين المتضرر ومرتكب الخطأ الموجب للمسؤولية.

(1) - د/ذكرى عبد الرّازق محمد، مرجع سابق ، ص 140.

- Cour d'appel paris, 22mai 1990.

وفيه إعتبرت المحكمة المعرفة الفنية واجبة الحماية لأهميتها وإرتباطها ببراءة الإختراع .

و عليه : الإحتكار المرتبط بالعنصر الأول (البراءة) لا يقلل من قيمة العنصر الثاني (المعرفة الفنية).

(2) - ذات المرجع أعلاه، ص 146.

(3) - أنظر إلى قانون المنافسة المؤرخ في : 25 يونيو 1995، الصادر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، رقم 09.

(4) - د/ سميحة القليوبي، الملكية الصناعية ، مرجع سابق، ص 424.

(5) - د/ جلال خليل أحمد عوض الله، مرجع سابق، ص 491.

ويتخذ الخطأ في مجال المنافسة غير المشروعة صوراً متعددة من أهمها :

أ- محاولة تغليب أو إغتناب عملاء الغير، بطريقة تنطوي على الخداع، مثل تقليد العلامات التجارية أو الرسوم أو النماذج الصناعية .

ب- تشويه المشروع المنافس أو تحقيره، مثل الإدعاءات الكاذبة التي تمس الشرف والأمانة أو تحط من المنتجات.

ج- بث الإضطراب الداخلي في المشروع، مثل تحريض العمال على ترك العمل والإلتحاق بمشروع منافس.

د- محاولة إحداث إضطراب في السوق، مثل إستخدام أساليب دعاية خادعة، يترتب عليها تضليل الجمهور بشأن طبيعة المنتجات و خصائصها .

ويعتبر إنتهاك الأسرار التجارية من قبيل الوسائل التي تؤدي إلى أحداث إضطراب داخلي في المشروع ومن ثم يشكل الإعتداء على الأسرار عملاً من أعمال المنافسة غير المشروعة، ولقد إعتبرت محكمة النقض الفرنسية بأن قيام أحد المشروعات بالإستيلاء على المعلومات الفنية التي حصل عليها أثناء المحادثات التي أجراها مع أحد المخترعين، الذي لم يكن قد حصل على براءة إختراع عنها بعد وإساءة إستغلال تلك المعلومات لحساب المشروع دون الحصول على إذن صاحب الإختراع ، يعدّ خطأ يوجب المسؤولية ويعد عملاً من أعمال المنافسة غير المشروعة (1) ، ومن صور إنعقاد المسؤولية التقصيرية : إستغلال العامل للمصلحة الشخصية أو لمصلحة صاحب عمل جديد لمعارف فنية إكتسبها من صاحب عمل سابق .

- وكذلك تتحقق : في منح ترخيص من الباطن لعقد بإستعمال معرفة فنية بموجب عقد ترخيص دون إذن من المرخص، مالك أو حائز المعرفة الأصلي .

- وإذا إشتراط البعض لقيام المسؤولية عن المنافسة الغير المشروعة خطأ ضرر وعلاقة سببية، يأتي البعض الآخر ليؤكد أنّ مجرد إحتمال حدوث ضرر، و لو لم يتحقق الضرر يجيز للمحكمة أن تأمر بإتخاذ الإجراءات الكفيلة، بوقف أعمال المنافسة غير المشروعة، عن طريق إصدار أوامر تمهيدية، شريطة أنّ يكون الحق المعتدى عليه ممّا لا يمكن إصلاحه، عن طريق التعويض النقدي .

(1) - د/ حسام الدين عبد الغني ، مرجع سابق، ص 91.

أما في الحالات الأخرى التي يتحقق فيها الضرر فإنّ دعوى المسؤولية عن أعمال المنافسة غير المشروعة من شأنها حماية حائز المعرفة الفنية، ليس فحسب بالحكم لصالحه بالتعويض، وإنّما يتعدّى ذلك إلى الحكم بمنع استعمال وإستغلال الأسرار التجارية، فدعوى المسؤولية هنا هي تعويض وإصلاح بالمعنى الواسع لجبر الضرر الناجم عن الإعتداء على هذا الحق سواءً كان الضرر مادي أو أدبي⁽¹⁾.

- والقانون في الولايات المتحدة الأمريكية يجيز إصدار أوامر إستعجالية لوقف أعمال المنافسة غير المشروعة، إذا كان من الشأن التهاون في إيقافها تسبب ضرر جسيم للمشروع، بحيث يكون من الصعب تدارك الضرر ولا يمكن أن يعوّض بالتعويضات المالية، ولا يمكن إصلاحه، وترى في إصداره هذه الأوامر المتطلبات الأربعة التالية⁽²⁾:
- التهديد بضرر غير قابل للإصلاح ، والذي يتم إفتراض حدوثه في قضايا السر التجاري بسبب طبيعة هذه القضايا .
- عدم إمكانية حصر الخسائر ولكن تكهنها.
- عدم جدوى التعويضات المالية بوجود خسارة وضرر مستمرين.
- خسارة الوضع في السوق والذي لا يمكن إسترجاعه إسقاطاً على ما هو سائد في أمريكا .

يمكن رفع هذا النوع من القضايا الإستعجالية في الجزائر ويكون ذلك :

لدى الجهة المختصة بالنظر فيها، إذا توافر عنصر الإستعجال وعدم المساس بأصل الحق، وأن يكون الأمر مؤقت لحين الفصل في الموضوع على أنّه إذا ظهر من واقع الحال عدم ثبوت منافسة غير مشروعة أو تعدي، يمكن الرجوع على رافع الدعوى بدعوى أخرى لتعويض المشروع الذي توقف نشاطه دون وجه حق، بموجب أمر إستعجالي كيدي.

ثانياً: حماية المعرفة الفنية بناءً على دعوى الإثراء بلا سبب على حساب الغير

تأسيساً على نظرية الإثراء على حساب الغير يمكن تحريك دعوى الإثراء بلا سبب، تطرق إليها المشرع الجزائري في قانونه المدني، ويمكن اللجوء إليها كطريقة أو وسيلة حمائية، في حالة عدم وجود

(1) - د/ أمال زيدان عبد الله، الإلتزام بالسرية في عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 438.

(2) - د/ أمال زيدان عبد الله، نفس المرجع، ص 439.

عقد أو عدم توافر شروط رفع دعوى المسؤولية التصويرية أو المنافسة غير المشروعة⁽¹⁾، بحيث أن الإثراء الذي يحققه شخص ما باستخدام حقوق الغير، يؤدي الى إفتقار هذا الغير، وعليه يستوجب التعويض⁽²⁾.

وفقاً لهذا الرأي فإن حق صاحب المعرفة الفنية المعلومة إتجاه الغير على نطاق واسع، لا يقتصر حقه على إستغلال تلك المعرفة الفنية ، بل يكون حقه أيضاً إقتضاء تعويض من كل من يستعمل تلك المعرفة الفنية دون موافقته ، طالما أنه يحقق كسباً من وراء هذا الإستعمال، وتحسب قيمة هذا التعويض بمقدار إفتقاره⁽³⁾.

ومن ذلك يكون لصاحب المعرفة الفنية أن يعتبر هذا الإثراء غير مشروع، فيكون له الحق في أن يقتضي ممن إستعمل معرفته السرية دون وجه حق وبغير موافقته ، وكذلك من يستفيد من ذلك تعويضاً نظير إفتقاره من هذا الإستعمال، يمثل إضعاف قدرته التنافسية، ويشمل التعويض أيضاً الى جانب مقدار هذا الإفتقار ما فات المضرور من كسب، نتيجة لهذا الإستعمال⁽⁴⁾.

وعلى الرغم من تصدي الفقه بالرفض لإمكانية الأخذ هذه الوسيلة القانونية كأساس لحماية المعرفة الفنية نجد القضاء الأمريكي والقضاء الفرنسي قد أخذوا بهذه النظرية، ومنها حكم محكمة الإستئناف بباريس المؤرخ في: 08 نوفمبر 1963 في دعوى أحد مخترعين لطرق جديدة، ضد صاحب العمل لأنه إستخدم هذه الطرق، ودون أن يدفع مقابلاً لها، وكان المخترع قد أسس دعواه على نظرية الإثراء بلا سبب⁽⁵⁾.

على هذا سوف تساعد هذه النظرية أصحاب المعارف الفنية اللذين يفقدون السرية النسبية للمعرفة الحائزون عنها بوسيلة أو بأخرى من شأنها أن تسهم في إفتقارهم واثراء الغير بلا سبب، في إيجاد طريقة دعوى الإثراء بلا سبب، كوسيلة تقضي على العيوب المصاحبة لتطبيق قواعد السرية .

(1) - د/ ذكرى عبد الرازق محمد، مرجع سابق، ص 149.

(2) - د/ محمد إقلولي، مرجع سابق، ص 103.

(3) - حسام الدين عبد الغني، مرجع سابق، ص 93.

(4) - د/ ذكرى عبد الرازق محمد، مرجع سابق، ص 149.

(5) - د/ محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا ، ص 146.

- د/ محمد إقلولي ، مرجع سابق، ص 103.

الفرع الثالث: الحماية المقرّرة دولياً للمعرفة الفنية

قبل التطرّق للحماية المولاة للمعرفة الفنية في التشريعات العربية و قبل التطرق لموقف إتفاقية تريبس من حماية المعرفة الفنية بإعتبارها أهم وثيقة دولية منظمة لحماية المعرفة الفنية ، لا بأس أن نذكر مشروعين هامين في هذا الإطار⁽¹⁾ هما:

- 1- مشروع القانون البريطاني الخاص بحماية المعلومات الصناعية 1968 والمعروف بإسم Siredward bill, industrial information ، ويرتكز هذا المشروع على تجريم كل إفشاء للمعرفة الفنية دون علم صاحبها، وإعتبار هذا الإفشاء جريمة عقوبتها الحبس والغرامة، ويعطي هذا المشروع مفهوم واسع للمعرفة الفنية لتشمل السر الصناعي بالمعنى الضيق، أي الطرق الصناعية المستعملة في الصناعة زيادة على جميع العمليات المستعملة في المجال التجاري كطرق التنظيم والإدارة .
- 2- مشروع القانون النموذجي للدول النامية لسنة 1965 والمشروع النهائي للقانون النموذجي للدول العربية في شأن الإختراعات.

وقنظمت أحكام هذين المشروعين المعرفة الفنية بأحكام خاصّة ، علماً أنّه توجد وحدة للقواعد وتطابق للنصوص بهذين المشروعين: على أساس ضرورة حماية المعرفة الفنية ضد كل إستعمال غير مشروع أو إفشاء أو نقل من جانب الغير، بشرط ألا تكون قد نُشرت أو وُضعت تحت تصرف الكافة، كما إعتبرت الأعمال السابقة الذكر جنحة ويعاقب عليها بموجب الحبس والغرامة فضلاً على التعويضات المدنية، ويجوز طبعاً اللّجوء إلى الدعوى المدنية لئلاّ لم تتوافر شروط المسؤولية الجزائية، ونلاحظ بهذين المشروعين تضمّن حماية مشدّدة " جنائية " على عكس الحماية المدنية ونشير إلى أنّ الشريعة الإسلامية تجسّد أيضاً حماية المعارف و العلوم، طالما لا تشكل ضرراً لصاحبها أو لغيره⁽²⁾، و فيما يلي نقسم هذا الفرع إلى:

- أولاً: الحماية المقرّرة للمعرفة الفنيّة في التشريعات العربية .
- ثانياً: الحماية المقرّرة للمعرفة الفنيّة في إتفاقية تريبس.

أولاً: الحماية المقرّرة للمعرفة الفنيّة في التشريعات العربية

قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم 72 لسنة 2002، تضمّن الحماية المدنية للمعرفة الفنية أو المعلومات غير المفصح عنها و بموجب المادة 57 عدد الأفعال التي يشكل إرتكابها أعمال

(1) - جلال أحمد خليل عوض الله، مرجع سابق، ص 491، ص 492.

حيث يوضح أن التعديلات أجريت عام 1977 حول هذا القانون النموذجي، وتضمّنت أحكام خاصّة بتنظيم حماية المعرفة الفنية ، بمجلة الملكية الصناعية عدد يوليو، أغسطس 1977 ص 177.

(2) - أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، إحياء علوم الدين، الطبعة الأولى، الجزء الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص 15، وما بعدها.

- 1- رشوة العاملين في الجهة التي تحوز المعلومات بغرض الحصول عليها.
 - 2- التحريض على إفشاء المعلومات عن جانب العاملين الذين تصل الى عملهم و علمهم بحكم وظيفتهم.
 - 3- قيام أحد المتعاقدين في عقود سرية المعلومات بإفشاء ما وصل علمه منها (حيث يلتزم كل من المستورد والمورد بالمحافظة على السرية).
 - 4- الحصول على المعلومات من أماكن حفظها بأية طريقة من الطرق غير المشروعة كالسرقة والتجسس أو غيرها.
 - 5- الحصول على معلومات باستعمال الطرق الإحتيالية .
 - 6- إستخدام الغير للمعلومات السرية مع علمه بسريتها وبكونها متحصلة من فعل يمثل ممارسة تجارية غير شريفة.
 - 7- كشف سرية المعلومات الفنية أو حيازتها أو استخدامها من قبل الغير ممن لم يصرح له بإستخدامها⁽¹⁾ بالمقابل لا تعد من قبيل الأفعال المتعارضة مع الممارسات التجارية الشريفة الأفعال التالية :
- أ- الحصول على المعلومات من المصادر العامّة المتاحة كالمكتبات ومنها مكنتبات براءات الإختراع والسجلات الحكومية المفتوحة والبحوث والدراسات والتقارير المنشورة.
- ب- الحصول على معلومات نتيجة بذل الجهود الذاتية والمستقلة، أي تستهدف إستخراج المعلومات من خلال الفحص و الإختبار والتحليل للسلعة المتداولة في السوق والتي تتجد فيها المعلومات غير المفصح عنها.
- ج- الحصول على المعلومات نتيجة جهود البحث العلمي والإبتكار والإختراع والتطوير والتعديل والتحسين التي يبذلها المجتهدون مستقلين عن صاحب المعلومات غير المفصح عنها.
- د- حيازة وإستعمال المعلومات المعروفة والمتاحة، والتي يجري تداولها فيما بين المشتغلين بالفن الصناعي التي تقع المعلومات في نطاقه .

و عليه: و وفقا لهذا القانون بموجب مادته 57 تقتصر حقوق الحائز القانوني للمعلومات غير المفصح عنها على منع الغير من التعدي عليها بأي من الأفعال، التي تتعارض مع الممارسات التجارية الشريفة و المشار إليها في المادة 58 ، و يكون للحائز القانوني الحق في اللجوء إلى القضاء في حالة ثبوت إرتكاب

- شهاب الدين ابو العباس الشهير بالقرافي، الفروق، الطبعة الاولى، الجزء الثاني، دار إحياء الكتب العربية، 1344 هـ، 208، الجزء الثالث.

- ابراهيم ابن موسى الشاطبي، مرجع سابق، ص 17.

- د/ عبد الله النجار، تعريف الحقو معيار تصنيف الحقوق، دار الطباعة المحمدية 1990، القاهرة، ص 78 ، و ما بعدها.

- أمال زيدان عبد الله، الإلتزام بالسرية في عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق ص 120.

- ذكرى عبد الرزاق، مرجع سابق ص 166.

(1) - د/ سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، المرجع السابق، ص 440.

الغير لأي من هذه الأفعال، يكون للقضاء الحكم إيقاف إستغلال المعتدي للمعرفة الفنية دون وجه حق أما الحكم بالتعويض عمّا أصاب الحائز القانوني للمعرفة من ضرر، فيستفاد من نص المادة 1/66 من قانون التجارة ، والتي قررت حكم ينطبق على كافة حالات المنافسة غير المشروعة، بإلزامه بتعويض الضرر الناجم عنها بجانب بعض الصور الأخرى، التي تستهدف جبر الضرر الذي لحق الشخص.

حيث تنص هذه المادة (66) على:

(كل منافسة غير مشروعة تلزم فاعلها بتعويض الضرر الناجم عنها، وللمحكمة أن تقضي فضلاً عن التعويض بإزالة الضرر، وينشر ملخص على نفقة المحكوم عليه في إحدى الصحف اليومية) (1).

ويستفاد من إقرار القانون إمكانية اللجوء الى القضاء عدم نفي إمكانية تحريك المسؤولية الجزائية إذا توافرت أركانها خاصة فيما يتعلق بالرشوة والسرقه .

والى جانب القانون المصري المشار إليه سابقاً والذي يعدّ سند قانوني تشريعي لحماية المعارف الفنية كحق من حقوق الملكية الفكرية التي كانت قبل صدوره محمية من طرف القضاء المصري على هدي من المبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة والقواعد العامة ، أما بصدوره لا يفوتنا التذكير أنه بموجب القانون 2002 ولائحته التنفيذية، المادة 569 وضع المشرع نظاماً خاصاً لحماية الأسرار التجارية في مجال المنتجات الكيميائية الصيدلانية عند التصريح بتسويقها من السلطات المختصة (2) .

كما لا تفوتنا الإشارة إلى دعوى عدم الدستورية ضد قانون التجارة المصري لعام 1999 كوسيلة حمائية التي من الممكن تحريكها، ضد مورد المعارف الفنية إن تعلق الأمر بنقل معرفة فنية معنية ، و أساس التمسك بها هو أنه تمّ عرض قانون نقل التكنولوجيا على عجلة بمجلس الشعب، و لم يعرض على مجلس الشورى، و هو من القوانين المتعلقة بالسيادة و النشاط الإقتصادي، إضافة إلى تعارض بعض

مواد هذا القانون أي رقم 17 لسنة 1999 للدستور، و هذا ما يوضح عدم دستوريته (3).

(1) - ذكرى عبد الرّازق محمد، مرجع سابق، ص 150 و ما بعدها.

(2) - د/ سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 433.

(3) - د/ سينوت حليم دوس، نقل التكنولوجيا بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية 2006 ص 89.

وجدت قوانين أخرى عربية تتعلق بحماية المعارف الفنية نذكر منها :

1- قانون المنافسة الغير المشروعة والأسرار التجارية الأردني رقم 18 لعام 2000 المنشور في جريدة الرسمية رقم 423، بتاريخ : 2000-04-02.

2- قانون البحرين لعام 2003، بشأن الأسرار التجارية، تحت رقم (7) وقبلهم.

3- قانون المنافسة الجزائري 95-06 الصادر في 25 جانفي 1995 الجريدة الرسمية رقم 41 وجاءت هذه القوانين أساساً نتيجة تهديد وضغوطات الولايات المتحدة الأمريكية إما من خلال إتفاقيات ثنائية أو تهديد مباشر بالوقوع تحت طائلة المادة 310 من القانون الولايات المتحدة الأمريكية التجاري .

كما أنّ هذه القوانين سُدّت نتيجة ضغط لوبي الشركات العملاقة⁽¹⁾، لا سيما منها شركات الأدوية، ونخلص إلى أنّ إستجابة الدول العربية لحماية الملكية الفكرية تبدو كبيرة، فإذا كانت الخمسنيات والستينيات قد شهدت موجة تشريعية في حقل براءات الإختراعات والعلامات التجارية والتصاميم الصناعية، فإنّ الثمانينات والتسعينات شهدتا موجة تشريعية واسعة من التدابير، في حقل حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة، وشهد مطلع التسعينيات قوانين حماية برامج الحاسوب وقواعد البيانات، ونهاية التسعينيات مع 2000 شهدت موجة تشريعية في ميدان حماية الأسرار التجارية والمؤشرات الجغرافية والدوائر المتكاملة وحماية أصناف النباتات الدقيقة، وهذا تلبية لمتطلبات العضوية في المنظمة العالمية للتجارة ومتطلبات إتفاقية تريبس المتفرعة عنها.

وعليه نجد أنّ أغلبية الدول العربية أعضاء في أهم ثلاث إتفاقيات :

وهي : المنظمة العالمية للملكية الفكرية ، وإتفاقية بيرن للملكية الأدبية ، والإتفاقية باريس للملكية الصناعية⁽²⁾.

ثانيا: الحماية المقررة للمعرفة الفنية بإتفاقية تريبس

بداية نقول بأنّ هناك إتفاق بين أنظمة حماية الملكية الفكرية في مسألة وجوب توافر شروط لحماية المعارف الفنية أو الأسرار التجارية وهي كما سبق بيانها السرية- بذل الجهد من قبل صاحبها للمحافظة عليها- وجود قيمة إقتصادية (تجارية) جراء هذه السرية .

وهناك من يوسّع في الشروط لتقرير الحماية القانونية، ولقد نصّت إتفاقية تريبس على وجوب توافر الشروط الثلاثة السابقة لبسط الحماية على المعلومات الغير المفصح عنها (السرية) وهي منضمة بنص المادة 39 من إتفاقية تريبس .

(1) Chaib Bounoua, *L'internationalisation des firmes. Revue Algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, VOLUME, V(XXXI) N° 2, 1993, p 263.*

- يتساءل الكثير حول مصير الدول الفنية في خضم الميكانيزمات المعقّدة التي تفرزها موازين القوى في تواجد مكثّف للشركات المتعددة الجنسيات الأجنبية المنتمية للدول طليغانية، ورغم إختلاف وجهات النظر حول سلبيات وإيجابيات هذه الكيانات ، إلا أنّ البعض ينظر للأمر بنظرة تفاؤلية في كون تشجيع إنتشار الشركات المتعددة الجنسيات " من العالم الثالث" من شأنه أن يؤدي إلى موقع متقدم للدول النامية و يدفعها بالتالي لتصحيح سياستها وإستراتيجيتها و من الأمثلة الواجب الإقتداء بها في هذا إستراتيجية كورية الجنوبية المرتكزة على إستعمال التكنولوجيا البسيطة خاصة في مجال المواد الإستهلاكية.

(2) - د/ أمال زيدان عبد الله، الإلتزام بالسرية في عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص ، 243 وما بعدها ، وتحتل مصر المركز الأول بين الدول العربية في عدد الإتفاقيات التي إنضمت إليها وهي 12، ثم المغرب 10 ، ثم تونس 9 ، ثم الجزائر 8 ، ثم لبنان 6.

وتعود الملابسات بغية بسط حماية على الأسرار التجارية الى سنة 1987 حين قدمت الولايات المتحدة الأمريكية إقراراً تبنت فيه حماية الأسرار التجارية، وذلك وفق التنظيم الأمريكي السائد أي إعتبار تلك الأسرار من قبيل الملكية العينية التي تحول صاحبها حق إستثنائي إتجاه الكافة ، وعُدّل هذا الإقتراح عام 1988 ولكنّه لم يلق تأييداً من طرف الدول النامية ، خاصة البرازيل والهند والبيرو، التي كانت مشاركة في مفاوضات حول معالجة حماية المعلومات السرية في إطار الملكية الفكرية (1).

وظلّت هذه الخلافات قائمة بين مختلف الدول في هذا الصدد حتى سنة 1990 حين قدمت 3 مشروعات كان لها الأثر الكبير في حسم هذه المسألة، حيث وجد مقدموها هذه المشروعات وهم الإتحاد الأوروبي والولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا ضالّتهم في دفع حجج الدول الناهضة لحماية المعلومات غير المفصح عنها في ثنايا المادة 10 من إتفاقية باريس (1883) (2)، تلك المادة التي تمّ الإرتكاز عليها لإدراج نص خاص بحماية المعلومات غير المفصح عنها في إتفاقية تريبيس .

ولعلّ أهم ما يميز التنظيم القانوني لحماية المعلومات السرية، هو أنّ إتفاقية تريبيس لم تعترف بحق صاحب المعلومات غير المفصح عنها في ملكيتها وإنّما نظمت حمايتها من منطلق عدم القيام بأعمال تنافسية غير مشروعة وفقاً لقواعد المسؤولية عن أعمال المنافسة غير المشروعة التي قررتها إتفاقية باريس لحماية الملكية الفكرية. بالمادة 10 مكررها (تعديل استوكهولم 1967) (3) ، لأن المادة 39 من إتفاقية تريبيس تنص على :

" أثناء ضمان الحماية الفعّالة في مواجهة المنافسة غير المنصفة حسب ما تنص عليه المادة 10 مكرر من معاهدة باريس (1967 أي التعديل) ، تلتزم البلدان الأعضاء بحماية المعلومات السرية وفق الفقرة 2 والبيانات المقدمة للحكومات أو الهيئات الحكومية، وفقاً لأحكام الفقرة 3".

ومنذ ذلك الوقت غدا من المنطقي ادراج المعلومات غير المفصح عنها ، ضمن إتفاقية تريبيس بإعتبارها إحدى " صور الملكية الصناعية " (4).

(1) - د/ بلال عبدالمطلب بدوي ،تطور الآليات الدولية لحماية حقوق الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص101.

- د/ حسام عبد الغني، مرجع سابق، ص 101.
(2) - شهدت إتفاقية باريس عدة تعديلات: بروكسل 1900/12/14، ثم واشنطن 2 جوان، 1911 ثم لاهاي 6 نوفمبر 1925، ثم لندن 2 جوان 1934 ، ثم لشبونة 31 أكتوبر 1958 ، و أخيراً استوكهولم ، 1967 ، وتنقيح 02 أكتوبر 1979.

(3) - سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 423.

(4) - د/ بلال عبد المطلب بدوي ، ذات المرجع أعلاه، ص 103.

وعليه جاء القسم السابع من هذه الإتفاقية الذي إحتوته المادة 39 تحت عنوان حماية المعلومات السرية وسبق هذا القسم 06 أقسام وهي :

- 1- حقوق المؤلف والحقوق المتعلقة بها .
- 2- العلامات التجارية.
- 3- المؤشرات الجغرافية .
- 4- التصميمات الصناعية .
- 5- براءة الإختراع .
- 6- التصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة .
- 7- حماية المعلومات غير المفصح عنها .

غير أنه رفع مستويات حماية المعلومات غير المفصح عنها بما يتجاوز الحد الأدنى من مستوى الحماية الذي تنص عليه المادة 39 فقرة أولى، والذي سمحت به هذه الإتفاقية للدول الأعضاء في توفيره في تشريعاتها الوطنية، لا يتفق مع مصالح الدول النامية لأعضاء في منظمة التجارة العالمية لسببين هما :
أ- هذه المعارف تسيطر عنها وتحكرها المشروعات الكبرى المتعددة القوميات، وهذه المعلومات من أهم عناصر التكنولوجيا التي تسعى الدول النامية الحصول عليها من الدول الغربية، ومنه تدعيم الحماية يعني ترجيح مصالح الدول المتقدمة على حساب مصالح الدول النامية .

ب- إن الإتفاقية وسعت نطاقها على النحو الذي سوف نتطرق إليه لاحقاً وأدخلت في عدادها البيانات والمعلومات السرية، التي يلزم تقديمها الى الجهات الحكومية من أجل الحصول على ترخيص بتسويق الأدوية والمنتجات الكيماوية الزراعية، وهذا من شأنه تحقيق مصالح الشركات الدوائية العملاقة متعددة القوميات التي تسيطر سيطرة شبه كاملة على صناعة الدواء في العالم على حساب الشركات الوطنية للدواء في الدول النامية (1) ، مثل شركة صنع الدواء في الجزائر(صيدال).

المطلب الثالث: الحماية الجنائية للمعرفة الفنية

إلى جانب الحماية المدنية للمعرفة الفنية، توجد حماية جنائية لهذه المعرفة، ولكنها تطرح بعض الصعوبات التي سوف نتناولها بالدراسة في الفرع الأول من هذا المطلب، و لنعرّج فيما بعد على أنواع الحماية الجنائية، التي من الممكن أن يكفلها القانون الجزائري للمعرفة الفنية، ولهذا سوف يكون تقسيمنا لهذا المطلب و فق فرعين هما:

الفرع الأول: الحماية الجنائية للمعرفة الفنية .

الفرع الثاني: الحماية الجنائية للمعرفة الفنية في التشريع الجزائري .

(1) - د/ حسام الدين عبد الغني ، مرجع سابق، ص 109.

الفرع الأول: الحماية الجنائية للمعرفة الفنية

تعتبر مجالات الأخذ بالحماية الجنائية محدودة من الناحية العملية، لأنّ الإتهام بجريمة وقيامها يتطلب إثبات توفر أركان الجريمة، بما لا يدع شك لقيامها من ركن مادي معنوي وقانوني ، وهذا أمر ليس باليسير من الناحية العملية.

يصطدم صاحب المعرفة الفنية بأمرين هما، حق الدفاع المكفول دستورياً من جهة ، وضرورة إفشاء الأسرار أمام المحاكم من جهة ثانية، على نحو أنه من المتوقع أن يطلب الخصم الإفصاح عن بعض المعلومات السرية ، التي تكون بحوزة صاحب المعرفة ، والذي لا يكون من مصلحته إخراجها من طي الكتمان، أو قد يكون صاحب المعرفة مجبراً على الإفصاح للنيابة وهيئات التحقيق، وأمام الجلسات العلنية ببعض الأسرار التجارية المتضمنة معارفه الفنية، التي لطالما حرص على حمايتها، بإستعمال كافة الوسائل المتاحة لديه ، فهي التي تعطيه القدرة التنافسية في مواجهة منافسيه في ذات المجال .

ومن منطلق المبدأ القائل بأن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص توجب وجود نصوص يجرم الفعل الماس بالمعارف الفنية ، فنجد على سبيل المثال في الولايات المتحدة الأمريكية قانون التجسس الإقتصادي لعام 1996⁽¹⁾، يجرم ويعاقب على سرقة الأسرار التجارية والصناعية وإنتهاكها على المستوى الداخلي والخارجي ، ولكن هذا القانون لا يجرم كافة السرقات ، بل يقتصر فقط على حالات السرقة الصارخة للأسرار التجارية والصناعية ، ومنها سرقة الأسرار المقترنة بأساليب غير شريفة مثل التجسس والرشوة .

الفرع الثاني: الحماية الجنائية للمعرفة الفنية في التشريع الجزائري

إذا إقترنت المعرفة الفنية بسند مادي أو عتدي عليها بالسرقة يمكن تطبيق نص المادة 350 (من القانون رقم 06-23 المؤرخ في : 20 ديسمبر 2006 المعدل لأمر 1966 المتضمن) قانون العقوبات الجزائري⁽²⁾ ، والتي تنص في الفقرة الأولى: ((كل من إختلس شيئاً غير مملوك له يعدّ سارقاً ويعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من : 100.000 دج الى 500.00 دج)) .

(1) - د/ حسام الدين عبد الغني، مرجع سابق، ص 94.

(2) - قانون العقوبات الجزائري رقم 06-23 الصادر بتاريخ: 20 ديسمبر 2006، الجريدة الرسمية رقم 84.

كما يتطرق القسم السابع من ذات القانون إلى التعدي على الملكية الأدبية والفنية : بثمان مواد بالقسم السابع مكرّر، ونجد أنّها كلّها تتحدث عن تجريم التعدي على منظومة المعالجة الآلية للمعلومات (المعطيات) وفق قانون 2004/11/10 مع إستعمال الغش وبعقوبات متباينة ومن صورها⁽¹⁾:

- الدخول أو البقاء في منظومة المعالجة الآلية.
- إدخال معلومات أو إزالة معلومات أو تعديل لمعطيات في منظومة المعالجة الآلية.
- تصميم أو بحث أو تجميع أو نشر أو الاتجار في معطيات مخزنة أو معالجة أو مراسلة عن طريق منظومة معلوماتية .
- وعلى ذلك نجد أن العنوان والمضمون لا يتوافقان إذ الملكية الأدبية والفنية أوسع بكثير من مضمون هذا القانون .
- أما في قانون مكافحة الفساد نجد بعض الصور التي من الممكن أن تشكل تعدي على المعرفة الفنية المقترنة بالرشوة، لاسيما في المادة 25 التي تتحدث عن رشوة الموظف العمومي، الذي قد يكون يعمل في مؤسسة عمومية ذات طابع تجاري أو صناعي (EPIC) ، وقد يكون من شأنه الإفصاح على بعض الأسرار التجارية أو الصناعية والتي تقرر عقوبة من عامين إلى 10 سنوات وبغرامة من 2000.00 دج إلى 1.000.000 دج.

- والمادة 28 التي تتناول رشوة موظف عمومي أجنبي فهي تقرر ذات العقوبة.
- إضافة إلى المادة (40) التي تناولت الرشوة في القطاع الخاص: حيث تنص على الحبس من 6 أشهر إلى 5 سنوات وغرامة من : 50.000 دج إلى 500.000 دج .
وهذه الرشوة تتحقق على أساس أن :

1- كل شخص وعد أو عرض أو منح بشكل مباشر أو غير مباشر مزية غير مستحقة على أي شخص يدير كيانا تابعا للقطاع الخاص أو يعمل لديه بأية صفة كانت، سواء لصالح الشخص نفسه أو لصالح الشخص آخر لكي يقوم بأداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل ما ، مما يشكل إخلالاً بواجباته .

2- كل شخص يدير كيانا تابعا للقطاع الخاص، أو يعمل لديه بأية صفة، يطلب أو يقبل بشكل مباشر أو غير مباشر مزية غير مستحقة سواء لنفسه أو لصالح شخص آخر أو كيان لكي يقوم بأداء عمل أو الإمتناع عن أداء عمل ما، ممّا يشكل إخلالاً بواجباته .

(1) / حسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسات القضائية، طبعة 2005-2006، منشورات بيرتي، الجزائر ص 185.

أما المادة (41): التي تجرم إختلاس الممتلكات في القطاع الخاص تنص على :

((يعاقب بالحبس من 6 أشهر الى 5 سنوات وبغرامة من 50.000 دج الى 500.000 دج كل شخص يدير كياناً تابع للقطاع الخاص أو يعمل فيه بأية صفة أثناء مزاولة نشاط إقتصادي أو مالي أو تجاري، تعتمد إختلاس أية ممتلكات أو أموال أو أوراق مالية خصوصية أو أية أشياء أخرى ذات قيمة، عهد بها إليه بحكم مهامه)) .

ولنا أن نتصور إختلاس المعرفة الفنية سواءً تجسّدت بسند مادي أو قد يفهم من نص المادة إذا أخذنا بالمفهوم الواسع حين الكلام عن أشياء ذات قيمة شيء معنوي كالسر التجاري المتمثل في قائمة العملاء أو غيرها من الأشياء ذات القيمة الأدبية (1).

أما فيما يخص النظام الفرنسي : نجده يفرق بين السر الصناعي من جهة الذي يضيف عليه حماية جنائية (المادة 418 من القانون الجنائي) (2) أنماطه طرق الإنتاج، مركبات كيميائية ، نماذج ، أنماط ، وهي تشمل الطرق الصناعية فقط ومن جهة ثانية المعرفة الفنية ، التي لا تضيف عليها حماية جنائية ، رغم أنّها أوسع بكثير من حيث المضمون من السر الصناعي ، إلاّ إذا إقترنت بحالات منها :

- 1- إفشاء السر بواسطة موظف أو مستخدم (المادة 418) وعلى الرغم من أن النص يتحدث عن السر الصناعي إلا أن النص يؤخذ بمفهومه الواسع للسر فالعقوبة تنقرر بمجرد " الإفشاء " سواء كان الإفشاء للسر الصناعي أو لمعرفة فنية (03) قاعدة خاصة بإفشاء السر المهني.
- 2- إفشاء السر بصفة عامة (المادة 378 عقوبات).
- 3- حالة رشوة المستخدم أو الموظف (المادة 177 عقوبات فرنسي).
- 4- خيانة الأمانة من قبل العامل الذي قام بإفشاء المعرفة الفنية للغير أو استخدامها لمصلحته الشخصية (المادة 408 عقوبات فرنسي).

(1) - فضيل العيش، قانون الإجراءات الجزائية، قانون العقوبات، قانون مكافحة الفساد وفق تعديلات 20 ديسمبر 2006، طبعة

2007، منشورات بغدادي ، الجزائر ص 279.

(2) - د/ حسام عيسى ، مرجع سابق، ص 132.

(3) -Mousserron J-M opcit p 8.

نفس المفهوم مؤكد لدى :

- د/ جلال أحمد خليل عوض الله، مرجع سابق، ص 489.

- د/ ذكرى عبد الرازق محمد، مرجع سابق، ص 172.

- د/ محمد إقلولي، مرجع سابق، ص 104.

نشير إلى النص المادّة : 1/ 621 من قانون الملكية الصناعية الفرنسي الذي يجرم غش الأسرار الصناعية الممارس من العامل أو المستخدم ضد رب العمل .

وقد أثرت هذه المسألة في قضية United States v .Hsu⁽¹⁾نسب للمتهمين في هذه القضية محاولة سرقة أحد الأسرار التجارية الخاصة بتركيبة وطريقة تصنيع دواء Taxol عن طرق الرشوة، وهو دواء من أدوية مقاومة السرطان بمعرفة شركة Bristol Mayers بطريقة سرية، وقد وقع المتهمون في هذه القضية في شرك خداعي نصبته لهم المخبرات الأمريكية المركزية FBI أثناء تقديم أحد الخبراء العاملين في الشركة مستندات تتضمن معلومات عن الدواء المذكور الى المتهمين بعد أن عرضوا عليه رشوة قدرها 400 ألف دولار أمريكي بالإضافة الى مزايا مالية أخرى

ولك هذه المستندات قد أُعدت بمعرفة شركة Bristol – Mayers بالإيقاع بالمتهمين وعدلت بياناتها لإخفاء البيانات السرية المتعلقة بتركيبة وتصنيع الدواء، كما كان الخبير الذي عرضت عليه الرشوة عميلاً للمخبرات الأمريكية .

وأثناء نظر القضية أحتدم النزاع بين المتهمين الذين طلبوا من محكمة أول درجة إصدار أمر بالزام الشركة بالإفصاح لهم عن المستندات الحقيقية غير الزائفة التي تحتوي على البيانات الخاصة بطريقة تركيب وتصنيع الدواء التي تزعم الشركة أنها تعد من أسرارها التجارية ، بينما طلبت الشركة من القضاء إعفاءها من الإفصاح عن تلك المعلومات نظراً لسريتها.

- وما يعنينا في القضية أنّ محكمة الإستئناف ألغت الأمر الصادر من محكمة أول درجة الذي تضمن إلزام الشركة بالإفصاح عن المستندات الحقيقية، غير المعدلة على أساس أنّ محكمة أول درجة أخطأت حين اعتقدت أنّ التهمة المنسوبة الى المتهمين هي تهمة ارتكاب جريمة سرقة كاملة للمعلومات .

وقالت محكمة الإستئناف أنّ الواقعة لا تشكّل جريمة سرقة كاملة ، بل هي شروع في سرقة المعلومات بطريق الحيلة والتآمر، وأنّ سلطة الإتهام يكفيها لتدليل على وقوع تلك الجريمة التي يعاقب عنها القانون أنّ تثبت بما لا يدع مجالاً للشك أنّ المتهمين قد شرعوا في الحصول على معلومات يعتقدون أنّها أسرار تجارية للغير، بطريق الحيلة والتآمر (الرشوة) يغض النظر عمّا إذا كانت هذه المعلومات تعدّ أسراراً تجارية فعلاً أم لا .

(1) - د/ حسام الدين عبد الغني، مرجع سابق ، ص 95.

من عدمه ، ومن ثم لا يشترط لإثبات أنّ المستندات المعدلة التي أستعملت في الشرك الخداعي، للإيقاع بهم كانت تحتوي على المعلومات السرية التي تنصب عليها الحماية المقررة قانوناً للأسرار التجارية، لأنّ الواقعة المجرمة في هذه القضية ليست هي السرقة الكاملة للمعلومات، بل هي الشروع في السرقة بطريق الحيلة والتآمر (الرشوة)، ومن ثم لا يكون من حق المتهمين الإطلاع على المستندات الأصلية غير المعدلة، التي تحتوي على المعلومات المتعلقة بطريقة تصنيع الدواء Taxol⁽¹⁾.

كما لا يفوتنا أن نشير الى : أن الحالات التي تنص فيها إتفاقية تريس على الحماية المدنية بموجب دعوى المنافسة غير المشروعة لا تبعد صاحب المعرفة اللجوء الى الحماية الجنائية إذا ما توافرت شروطها الى جانب المسؤولية المدنية كحالة الرشوة وإفشاء الأسرار والإختلاس بالمقترن بالمنافسة غير المشروعة .

أمّا التشريع المصري الخاص بحماية حقوق الملكية الفكرية⁽²⁾ المؤرخ عام 2002 تحت رقم 82، ينص على جزاء جنائي هو الغرامة التي لا تقل على عشرة آلاف جنيه ولا تزيد على خمسين ألف جنيه. و الحبس في حالة العود لمدة لا تزيد عن سنتين وغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تزيد على مائة ألف جنيه.

كلّ هذا في حالة إنطواء المنافسة غير المشروعة على الممارسات التجارية غير الشريفة المنصوص عليها على سبيل المثال في المادة 58 : إذا إقترنت بـ: السرقة ، التجسس (المادة 4/58) أو الطرق الإحتيالية (المادة 58/ ف 5).

بناءً على ما تقدّم ، نلاحظ أنّ الحماية الجنائية قد تكفلها قوانين العقوبات العامّة، أو قواعد جنائية خاصّة بحماية المعرفة الفنية ، أو الأسرار التجارية ، و أنّ هذه الحماية تكفل ردعاً أكبر وفاعلية أكثر، من الحماية المدنية.

(1) - د/ حسام الدين عبد الغني ، مرجع سابق، ص 95.

(2) القانون المصري الخاص بحماية حقوق الملكية الفكرية ، رقم 82-02، الصادر بتاريخ: 2002/06/02، الجريدة الرسمية رقم 22.

الفصل الثاني

آثار عقود نقل المعرفة الفنية والشروط التقييدية

المبحث الأول : إلتزامات مورّد المعرفة الفنية .

المبحث الثاني : إلتزامات متلقي المعرفة الفنيـ

المبحث الثالث : الإلتزامات المشتركة بين مورّد ومتلقي المعرفة الفنية .

المبحث الرابع : مضمون الشروط التقييدية في نقل المعرفة الفنية .

الفصل الثاني

آثار عقود نقل المعرفة الفنية والشروط التقييدية

ليس الغرض من هذا الفصل تعداد جملة الإلتزامات الواقعة على كل طرف من أطراف هذا النوع من العقود- أي عقود نقل المعرفة الفنية- بقدر ما هو إبراز و تحليل خلفيات الإلتزامات ، أي إبراز فكرتين جوهريتين متمثلتين في إيضاح جملة المشاكل التنموية الناجمة عن هذه الإلتزامات التي وقعت على إقتصاديات الطرف الضعيف في هذه العقود، و التي تتنوع بطبيعة الحال من تجارية، إدارية، إقتصادية، تكنولوجية، هذه الآثار لم يتضح وجودها في بداية فترة الموجات التحريرية التي واجهتها الدول النامية و التي صادفت الإنطلاقة نحو إبرام عقود نقل المعرفة الفنية بصور مختلفة لاسيما منها الإستثمار بنوعية المباشر و غير المباشر.

و باعتبار جلّ هذه العقود طويل المدى، يصبح التأخر في ظهور آثار الشروط التقييدية طويل المدى أيضا بالتبعية، و هذا بالضبط ما أُدرّ وجود دراسات قانونية عميقة في هذا الشأن، يكون شأنها شأن إبراز النقاط الأساسية التي يجب الإرتكاز عليها لإيجاد آليات قانونية تشكل حولا للخروج أو على الأقل البعد عن الوضعية التنموية السيئة للدول النامية.

لاشك أنّ مضمون الإلتزامات وعددها يؤثر ويعكس حتمًا على مدى بساطة أو تعقيد عقود نقل المعرفة الفنية (أو السر التجاري كما يسميه البعض)، فإذا كانت المعرفة المراد نقلها بسيطة العناصر وتتم داخليا بين أشخاص في دولة واحدة لا تتطوي على عنصر أجنبي كأنّ تنصب على وصفة صنع صابون أو وصفة غذاء مثلهنّ، تأخذ العقود الشكل البسيط، لكنّ إذا إنطوت على عنصر أجنبي وتمّت بين أشخاص طبيعية أو معنوية تتعدى حدود الدول ، لاسيما إذا تمّت بين أطراف متفاوتة علميًا وتكنولوجياً وإذا احتوت عناصر مركّبة تصبح حينذاك من العقود المعقدة جدًّا متميزة بخصائصه⁽¹⁾ هي:

01- ملزمة للجانبين.

02- شكلية رسمية.

03- من عقود المعاوضة .

04- من عقود المدّة.

(1) د/فاروق أحمد زاهر، القانون التجاري المصري، الكتاب الثالث، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 18

05-تنصبّ حتماً على معارف فنية.

06-مركّبة .

07- وذات نظام قانوني خاص .

من هذا المنطلق ستكون دراستنا بهذا الفصل منصبّة على إلتزامات كل من مصدرٍ هوّرد المعرفة الفنية و إلتزامات متلقي المعرفة الفنية ثم الإلتزامات المشتركة بينهما ، لكن نظراً لخصوصية هذا النوع من العقود لا يمكن أن نمرّ على هذا الفصل دون التعرّيج على جملة الشروط التقيدية التي غالباً ما يفرضها الطرف المورد للمعارف الفنية، والتي من شأنها التأثير على تنمية الدول النامية ومشروعاتها بإعتبار أنّها سبب غير مباشر لتبعية المتلقي الإدارية و الإقتصادية و المعرفية وهي من القيود الواقعة على محل العقد الذي هو إنشاء الإلتزامات ، حيث أنّ محل الإلتزام يعتبر في نفس الوقت محلاً للعقد الذي ينشئه ، وعليه يجب أن تتوفر في هذا الأخير شروط وهي:

- أن يكون موجوداً أو ممكن الوجود كما يكون معيّناً أو قابلاً للتعيين.

- أن يكون قابلاً للتعامل فيه بصفة عامّة في العقود، وبصفة خاصة بالنسبة لعقود نقل المعرفة الفنية ونظراً لتعقيد عناصر المعرفة الفنية وتعدّدها، أي أنّها تتكون من مجموعة من الأداءات فإنّ محل العقد هو ذلك الذي تدور حوله إقتصاديات العقد *Economie du contrat*، وهذا الأداء هو مضمون العقد ويصبح هذا المحل أو هذا المضمون محل إلتزام بمجرد تمام إنعقاد العقد ، و لهذا سيكون تقسيمنا لهذا الفصل و فق المباحث التالية:

المبحث الأول: إلتزامات مورّد المعرفة الفنية .

المبحث الثاني : إلتزامات متلقي المعرفة الفنية .

المبحث الثالث : الإلتزامات المشتركة بين مورّد و متلقي المعرفة الفنية .

المبحث الرابع : مضمون الشروط التقيدية في نقل المعرفة الفنية .

المبحث الأول: إلتزامات مورّد المعرفة الفنية

محل الإلتزام في عقود نقل المعرفة الفنية بالنسبة لمورد المعرفة الفنية ذاتها، أي نقل حق المعرفة بما يتطلبون من خبرة نماذج وخطط وإرشادات وتعليمات والمركّبات ورسومات هندسية ، وأجهزة التدريب وخدمات إستشارية، وحق المعرفة والخدمات الفنية كركن في الإلتزام هو الذي يشكل اليوم واحد من أهم الأصول التكنولوجية

أورأس المال التكنولوجي للمشروعات الكبرى، وهو الذي يعدّ المحور الأساسي لعملية نقل التكنولوجيا دوليًا⁽¹⁾.

ومنه يصبح إشتغال العقد على أشياء ماديّة كأجهزة وآلات، هذا لا يؤثر في جوهر المعاملة لأنّ أساس هذه الأخيرة هي الأشياء المعنوية وهي الأساسية في العقد، أما عن بعض المعاملات المتمثلة في إقتصاد السلع التكنولوجية كالآلات، فإنّه يتم نقلها عن طريق عقود الشراء إذا تمت منفردة، وليس بموجب عقود نقل المعرفة الفنيّة بما لها من معاني وآثار سبق ذكرها .

وتجدر الإشارة إلى أنّ تشريعات بعض الدول النامية إستبعدت هذا البيع والشراء والتأجير والإستئجار للسلع وبيع العلامات والترخيص بإستعمالها من نطاق عقود نقل المعرفة الفنيّة، مثل القانون التجاري المصري لعام 1999 رقم 171، إعتبر أنّ لُبّ هذه العقود نقل المعلومات الفنيّة بموجب المادة 73 واللّهم على سبيل الإستثناء ما كان من العمليات الماديّة المشتملة على العناصر الماديّة ضروري ومرتبطة ويلزم لنقل المعرفة الفنيّة ذاتها، كما ذهب إلى أبعد من ذلك في البند 02 من المادة 74 من ضرورة تحديد عناصر المعرفة وتوابعها الضرورية لتحقيق الهدف من العقد.

يُطْلَقُ البعض على إلتزام المورد بنقل عناصر المعرفة الفنيّة عبارة : الإلتزام بالضمان الواقع على نقل عنصر من العناصر غير الماديّة الجوهرية في هذا الصنف، من العقود وهو المعرفة و مرجع التأكيد على كلمة ضمان هو الأهمية القانونية والاقتصادية لهذا الضمان .

فإذا كانت صور الضمان المستمدة من القواعد العامة هي ضمان التّعريض والإستحقاق وضمان العيوب الخفية، فإنّ صور الضمان في عقود نقل المعرفة الفنيّة تختلف بإختلاف نوع وطبيعة العقد والذي يتحدد بدوره بمحل الإلتزامات المراد تضمينها في هذه العقود .

ف نجد صور الضمان المستمدة من عقود التراخيص مثلا تختلف عن صور الضمان المستمدة من عقود البحث، هي تختلف بدورها عن صور الضمان المستمدة من عقود تسليم المفتاح في اليد، وتختلف هذه الأخيرة عن صور الضمان المستمدة من حقوق المشروعات المشتركة أو الشركات الوليدة كأسلوبين

(1) نويوة الحاج عيسى، إلتزامات الأطراف في عقود نقل التكنولوجيا، رسالة ماجستير كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2007، ص 66.

من أساليب الاستثمار المباشر⁽¹⁾، مع الأخذ في العلم أنّ الإطار القانوني الذي تنتقل فيه المعارف الفنيّة من لؤل المتقدمة إلى الدول النامية فيما يخصّ الشركات المتعدّدة الجنسيات، وبالتحديد بين الشركة ذات المركز الرئيسي والوحدات التابعة لها، قد يكون في شكل علاقة تنظيمية أي حالة خضوع وتبعية الفرع للمركز الذي يقوم بدور الشركة القابضة فيسيطر على نشاط وإدارة الفروع .

كما قد تتكون العلاقة بين المركز الرئيسي والوحدات التابعة له في شكل علاقة تعاقدية تشكل نوع من الإستقلالية بينهم كما لو يكون فيها المركز يمتلك قدرًا من رأسمال الشركة، ولكن ليس بالقدر الذي يسمح له بالسيطرة فلا تكون علاقتهما حينذاك من قبيل العلاقات الداخلية للشركة، بل في شكل تعاقد ، ومن خلال هذا التعاقد تنتقل المعارف الفنيّة كالإلتزام بين هذه الوحدات والمراكز.

وإذا كان حق ملكيّة المعرفة الفنيّة ليس هو الأداة القانونية الوحيدة لحماية المعرفة الفنيّة، فعالبًا ما تلجأ الشركات المنتجة والحائزة للمعارف الفنيّة إلى الأطر التعاقدية، أي إلى وسيلة قانون العقد لتوفير هذه الحماية للمعرفة كبديل لحق الملكية، أو كمكمل له . وهذه الأساليب العقديّة هي الأكثر شيوعًا في إطار ما أصبح يعرف بالقانون التجاري الدولي ، والتي أطلق عليها البعض إسم الآليات القانونية لحماية المعرفة الفنيّة⁽²⁾.

إضافة إلى إختلاف صور الضمان، تبرز الأهمية القانونية والإقتصادية للإلتزام بضمان نقل كل عناصر المعرفة الفنية عبر مختلف قنوات النقل التعاقدية في تحديد المسؤولية من خلال معرفة ما إذا كان نقل المعرفة إلتزام بتحقيق نتيجة، أو بذل عناية⁽³⁾ ، ومن خلال ما إذا كان هذا الإلتزام مجرد إلتزام عقدي أم قانون تفرضه بعض التشريعات كحماية لتنمية بلدانها.

على هذا نجد فكرة الضمان هنا، أي ضمان نقل كل عناصر المعرفة الفنيّة في عقود نقل المعرفة الفنيّة تختلف عن فكرة الضمان في غيرها من العقود،

(1) - د/ محمد فلاح بخيت، المشروع المشترك وسيلة نقل التكنولوجيا في الأردن، رسالة دكتوراه 2006، ص 186، ص 194 .

(2) - د/ حسام محمد عيسى، مرجع سابق، ص 112

- د/ سميحة القليوبي الملكية الصناعية، مرجع سابق ص 439 .

(3) أحمد بن غازي ، الإلتزام بالضمان في عقد نقل التكنولوجيا ، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2004، ص 95 وما بعدها .

ودون شك مردّد ذلك يرجع بدوره لتعقد التكنولوجيا ذاتها وتعقيد عملية نقلها (1). على هذا لا يتحقق إلتزام الموردّ بنقل المعرفة الفنية إلا إذا شمل كل عناصرها . أي أدّه يضمن عملية نقل المعرفة ذاتها حتى يتمكن المتلقي من إستيعابها والسيطرة عليها . ومن ثم يضمن عملية نقل كل الحقوق المتعلقة بالعملية التكنولوجية (2) لإستكمال هذا الإستيعاب والسيطرة وإلاّ أعتبر النقل ناقضًا موجب للمسؤولية جراء الإخلال بتنفيذ هذا الإلتزام .

ونذكر في هذا الباب بأنّ المتلقين للمعارف الفنية لوقت طويل ، خاصة في مرحلة موجة الإستقلال في نهاية الخمسينات وبداية الستينات إنتهجوا أسلوب عقود التنازل ، على البراءات والتراخيص لنقل المعارف والتكنولوجيا في المجال الصناعي من مؤسسة إلى مؤسسة أخرى (3)، وهنا كان محل العقد الأصلي هو التقنية الموجودة بالبراءة المتنازل عنها أو في التراخيص المسموح العمل به ، ولم تكن المعرفة الفنية سوى ملحق بالعقد الأصلي (البراءة - التراخيص)، وعليه كان ينطبق عليها أحكام العقد الأصلي ، لكن تطوّر الحياة العملية والاقتصادية ، أدّى بأصحاب المعارف إلى ضرورة أكبر لحماية أسرار معارفهم مما أدّى بهم إلى إنتهاج أسلوب التعاقد الذي محله الأصلي معرفة فنية بشكل مستقل عن أي تعامل قانوني آخر عوض اللجوء إلى الإفصاح عن أسرارهم بموجب إجراءات تسجيل براءات إختراع .

سوف نقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: إلتزام المورد بنقل كل عناصر المعرفة الفنية.

المطلب الثاني: إلتزام المورد بالكشف عن أخطار استخدام المعارف الفنية .

المطلب الثالث: إلتزام المورد بتقديم قطع الغيار.

المطلب الرابع: إلتزام المورد بالضمان.

(1) Langlois Alain . **Les nations unies et le Transfert de technologie**. 1980. chapitre1 .titre 3. p 143.

(2) أحمد بن غازي ،مرجع سابق ،ص 143.

(3) Benchneb Ali. **Mécanismes juridiques des relations. International en Alger**.office des publications universitaires.alger.1984.p 220.

المطلب الأول: التزام المورد بنقل كل عناصر المعرفة الفنية

أصبحت المعرفة الفنية المحل الرئيسي في أغلب العقود المتداولة حالياً لأجل ذلك أصبحت الضرورة ملحة لتفادي أي غموض: تبيان هذا النقل ومحتوياته بكل دقة، من تحديد لمكان التسليم وكيفيته وتاريخ النقل ومواعيده، إلى جانب مختلف مستلزمات المعرفة الفنية لتطبيق الأسلوب المراد نقله، كما قد يضاف إلى العقد إلتزام المورد بمساعدة فنية للطرف المتلقي (1) كوسيلة من وسائل الحيلة لعدم الوقوع في شباك عدم الاستيعاب الحقيقي للمعرفة ، خاصة في غياب تشريعات داخلية خاصة ملزمة تضمن حقوق المتلقي في النقل الحقيقي للمعارف، وتبعده عن مركز الطرف المذعن المغلوب على أمره دون إمكانية إعادة التوازن للعقد وفق ما تقتضيه أحكام عقود الإذعان ذاتها، بالنظر إلى خصوصية نقل المعارف الفنية و التكنولوجيات المعاصرة.

وعليه يتوجب أن نوضح بدقة كافة العناصر المادية و المعنوية للمعارف الفنية و التي سوف نبرز أهمها من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: تقديم المعلومات و البيانات و الوثائق الفنية لإستيعاب المعرفة الفنية .

الفرع الثاني: إلتزام المورد بتقديم المساعدة الفنية و الخدمات و التعليم للمتلقي .

الفرع الأول: تقديم المعلومات و البيانات و الوثائق الفنية لإستيعاب المعرفة الفنية:(2)

قد تتضمن هذه الأخيرة خرائط رسومات نماذج، دراسة جدوى، فعلى المورد أن يقدم للمتلقي كافة المستندات التفصيلية الشارحة لحق المعرفة ، إضافة إلى كافة البيانات و الوثائق اللازمة لإستيعاب هذه المعارف الفنية المنقولة،و إمكانية تشغيلها و إستعمالها على الوجه الذي يحقق الغاية من نقلها في الوسط الجديد المنقولة إليه، و له في هذا الإطار أن يقدم للمتلقي نموذج من الإنتاج الذي توصل إليه. لكن قد يتدخل المورد بفرض شروط تقييدية، تتجسد بإيجاز على سبيل المثال في رد الوثائق بعد إنتهاء العقد دون الاستمرار في استغلالها، أو إشتراط عدم شراء و إقتناء غيرها من الغير الأمر الذي يعد تعسفا و تقييدا لحرية المتلقي.

(1) محمد إقلولي، مرجع سابق، ص 140.

(2) إبراهيم المنجي، عقد نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 178.

الفرع الثاني: إلتزام المورد بتقديم المساعدة الفنية و الخدمات و التعليم للمتلقى

لا يعدّ نقل العناصر المادية دون المعنوية مُجدياً، فجوهر المعرفة الفنية عناصرها المعنوية المتمثلة أساساً في المساعدة الفنية التي يفقدها في غالب الأحيان الطرف المتلقى⁽¹⁾.

وبينما نجد الفقه الغربي يؤكد على فكرة إختلاف و إنفصال المعرفة الفنية، على المساعدة الفنية، وبالتبعية ضرورة تضمين كل واحدة منهما بعقد مستقل بمحل مستقل، ينتج عنه إقحام المتلقى في عملية دفع مبالغ لقاء كل عقد على حدى نجد بالمقابل الفقه العربي و الفقه بالبلدان النامية يتّجه نحو فكرة إتصال المساعدة الفنية بالمعرفة الفنية، و إعتبار الأولى من العناصر المعنوية الرئيسية للثانية لأن الإستغناء على مثل هذه المساعدات إنما يكون بين أطراف متكافئة إقتصادياً، بينما في وجود فجوة تكنولوجية يصبح إرسال تقنيين و مهندسين من الطرف المورد إلى منشأة المتلقى، و كذا إستقبال عمال و فنيي الطرف المتلقى داخل مؤسسة المورد لتزويدهم و تعليمهم و تمكينهم من الزيارات العملية للإطلاع على أسلوب العمل و الطرق المستخدمة أمر ضروري، و تعد حينئذ المعرفة الفنية الخدمة الرئيسية في هذا العقد.

ولأجل ذلك جاءت مجموعة دول الأندين في تشريعاتها الداخلية بالنص على الإلتزام بضمان تقديم المساعدات الفنية اللازمة، كما جاءت بعض التشريعات العربية كمصدر لمثل هذه الحماية القانونية للطرف المتلقى حيث نص قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999⁽²⁾، بموجب المادة "77" على "وجوب تقديم المساعدة الفنية كما بيّنت المذكرة الإيضاحية للقانون أنّ إلتزامات المورد تهدف إلى ضمان إستيعاب الطرف المستورد⁽³⁾ للتكنولوجيا محل العقد.

حيث ألزمت مورّد التكنولوجيا، أن يقدم كافة الخدمات الفنيّة اللازمة لهذا الإستيعاب كالخبرة و التدريب، معنى هذا أنّ المشروع جعل الإلتزام بتقديم المساعدة الفنية من الإلتزامات المكملّة

لإلتزام المورد بتقديم المعارف ، لأن إلتزام المورد الرئيسي هو التمكين من الإستيعاب بحيث يستطيع

(1) MAGNIN François. op. cit. p 43.

- Brust. L'assistance Technique dans les contrats de transfert technologique. recueil Dalloz. 1979 P 2.

(2) إبراهيم المنجي ، مرجع سابق، ص 178.

(3) المصطلح المستعمل في القانون المصري و المتمثل في كلمة مستورد التكنولوجيا، محل انتقاد فقهي كبير هناك، و يقترح بدله كلمة متلقى.

إستخدام هذه المعارف الفنية بنفسه عند إنهاء المورد من تنفيذ إلتزاماته.

وعليه يتمكّن المستورد من تطوير إنتاجه السلعي و الخدمي طوال مدة العقد ، فعليه الإبقاء بالخبراء اللذين يكونوا على دراية كاملة بحق المعرفة محل العقد كأن يكونوا من القائمين على تطبيقه من الناحية العملية أو من المساهمين في إبتكاره و تطويره أمر ضروري في هذه العملية، بغض النظر على نوع العقد أي حتى و إن إنصبّ على ترخيص ببراءة إختراع.

فالمساعدة مبادرة يقوم بها الناقل لمستخدمي المنقول له لإستغلال المعرفة المنقولة له، لأنّ المبالغ الباهضة التي يدفعها المتلقي لقاء المعلومات الفنية إنما يكون لإستخدامها في الغالب في طريقة فنيّة خاصة لإنتاج سلعة معينة، أو تطويرها أو التركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات، و لا يعتبر على ذلك نقلا مجرد البيع أو الشراء أو التأجير أو الإستئجار للسلع و لا بيع لعلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص بإستعمالها إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل المعرفة الفنية أو كان مرتبطاً به.

و نخلص للقول أنّ المساعدة الفنيّة إن لم يتم النصّ على الإلتزام بها صراحة في عقد نقل المعرفة الفنية، أو بموجب عقد مستقل يحدد و يبين نمط تنفيذها و مدتها، و كيفية تولي مهمة إستضافة عمال المورد من إقامة و مصاريف و نقل و تأمين يتوجّب إعتبارها من مستلزمات العقد، أي تدخل ضمن تكوين العقد، و بالتالي يجب الوفاء به حتى و عن لم يشترط العقد ذلك⁽¹⁾؛ لكن تقادياً لأي رأي مخالف، تظهر ضرورة النص صراحة على ذلك في العقد ، ومن ثمّ عدم السماح للطرف المورد بإدراج شروط تقييدية تقوي مركزه الإحتكاري و سيطرته و التي تتمثل في عدم تقديم مساعدات فنية، أو تقديمها لكن بشكل لايفي بالعرض المرجو من محل الإلتزام في العقد، و هو "إستيعاب" المعارف الفنية وفق مبدأ التعاون و حسن النية في تنفيذ العقود.

وبذلك الشرط الصريح الواقع على عاتق المورد بتقديم كافة المساعدات الفنيّة و كذا التعليم الذي يعد شكل من أشكال المساعدة يغني عن نزاعات مستقبلية محتملة، رغم أنّ الكثير من الفقهاء و القوانين من يعتبر التعليم لوحده إلتزام ببذل عناية ، لكن يبقى لدى الكثير من يعتبر عقد نقل المعرفة الفنيّة كل لايتجزأ و أنّ مناطه الإستيعاب .

(1) - د/ محمود محمد سليمان الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 235

المطلب الثاني: التزام المورد بالكشف عن أخطار استخدام المعارف الفنية

يطلق بعض الكتاب على هذا الإلتزام مصطلح الإلتزام بالإفصاح و التبصير⁽¹⁾، و مرجعية تناولها بدراسة هذه الأخطار هو حجم الضرر البالغ المنجر عنها ، إنطلاقا من الإختلالات المشهودة التي من شأنها التأثير على الكائنات بشرية كانت أو حيوانية أو نباتية، حيث أصبحنا نتكلم اليوم على كميات الزيوت و المواد الكيميائية العائمة على أسطح البحار وما لها من عواقب وخيمة على عالم البحر، كما أصبحنا نتكلم عن ظاهرة الإحتباس الحراري و عن تلوث الجو و المحيط مما دعى المجموعة الدولية تتفطن للإنعكاسات الخطيرة لهذه الظواهر، فنشطت في هذا المجال على أصعدة مختلفة، لعل لقاء الدانمرك خلال عام 2010 من أهمّها ، حيث رصدت أموال ضخمة للتخفيف من وطأة هذه الكوارث ، كذلك بتاريخ 2010/05/11 إجتماع وزراء إفريقيا بأديس أبببا، للتحضير لإجتماعات لاحقة تنصبّ حول مسائل البيئة بأفريقيا، وحتى على صعيد المجتمعات كثر نشاط الجمعيات في هذا المضمار، كما أصبحنا نشهد أفراد وزارات في مختلف الدول متخصصة في البيئة و الإقليم لنفس الغرض.

قد يكون هذا البعد البيئي الكارثي مشهود حين إنتقال المعارف الفنية بموجب مختلف العقود المتضمنة إلتزامات على عاتق الطرفين، وذلك حين البدء في تنفيذها و منه تبدأ في إنتاج آثارها السلبية التي قد تكون ضيقة الحدود، أي على عمال المنشأة أو المشروع المتلقي للمعرفة الفنيّة، أو قد تكون واسعة النطاق كما سلف الذكر كحالة إفراز إنبعاثات سامة أو غازات ضارة ك CFC كلوروفليوكاربون أو CO2 ثاني أكسيد الكربون⁽²⁾.

وعندما نتناول الأخطار المحيطة بعقود نقل المعرفة الفنيّة ،لانتصور أن تكون ثلثة ذات طابع بيئي ، و تتعلق بالقصر على صدّة العمال أو الصدّة العامّة أو سلامة الأرواح أو الأموال، بل لنا أن نتصور أن تكون ذات طبيعة قانونية، فقد تتجسد في القوانين السّارية المفعول في بلد مورد التكنولوجيا، و التي قد يكون من شأنها الإيقاع في

(1) - د/مصطفى كامل طه ، العقود التجارية ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2005، ص 233.

(2) Kamel.Boumediene. **La responsabilité pour les dommages causés par les produits industriels.** Revue algerinne des sciences juridiques économiques et politiques. V(XXXI) N° 2 1993.p193

مشكلة تنازع القوانين و مشاكل الإحالة و غيرها (1)، فكما على المورد إطلاع المتلقي بالمخاطر البيئية و الصحية ،لابد أن يطلع على أحكام قانونه المحلي أو قانون الموطن ومنه مختلف التصريحات المشترطة و غيرها من المسائل القانونية التشريعية و تنظيمية لمعرفة ما إذا كان ستؤثر على عملية النقل أم لا.

كما يتوجب على المورد إطلاع المتلقي بكافة الدعاوي القضائية (2)، و غيرها من العقوبات التي تعيق استخدام الحقوق المتصلة بالمعرفة الفنية، لاسيما ما يتعلق منها ببراءة الإختراع لكي تضمن له الإنتفاع الهادئ المستقر (3).

وهذا للتوضيح و الكشف عن الأخطار المختلفة، ومن مبدأ حسن النية في التعامل يجب أن يكون في مرحلة المفاوضات و المباحثات السابقة على إبرام العقد (4)، حتى يكون في وسع المتلقي إما الإشتراط المسبق للوسائل، و الكفيلة بتفادي هذه الأخطار أو بقوة تفاوضية إلزام الطرف المورد تحمّل الأخطار على عاتقه من خلال التعويض مثلا.

المطلب الثالث: إلزام المورد بتقديم قطع الغيار

تظهر أهمية هذا الإلتزام بشكل واضح في العقود الدولية ذات الأهمية الإقتصادية المعتبرة ، و التي لها علاقة مباشرة مع تنمية بلد المتلقي كما هو الحال بالنسبة لعقود المفتاح في اليد و المنتج باليد، المنصبة على المركبات الصناعية الضخمة في التجربة الجزائرية، كما تظهر أهمية هذا الإلتزام بالنسبة للعقود التي يكون محلها معرفة فنية غير شائعة الانتشار أو لما يتعلق الأمر بإبتكار متمم بالجدة وتكون فيه قطع الغيار نادرة و غير متداولة في السوق العالمية، وهذا الإلتزام يعد هدف لإستمرار المشروع المستورد في إنتاجه القائم على التكنولوجيا و المعارف المستوردة ، فبناء على طلب المتلقي لقطع الغيار التي تلزمه، و التي تحتاجها آلاته و أجهزته المستعملة في تشغيل منشأته يتوجب على

(1) - د/علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مرجع سابق ،ص 24.

(2) إبراهيم المنجي، مرجع سابق ،ص 176.

(3) فوزي لطي، شرح قانون الملكية الصناعية و التجارية، آراء فقهية، مراسيم، قرارات، اتفاقيات دولية، اجتهادات قضائية، دمشق، 2002، ص 19.

(4) - د/بلال عبد المطلب بدوي، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، 2001، ص 25.

المورد الإستجابة لهذا الطلب⁽¹⁾، و يكون سعر قطع الغيار المطلوبة هو السعر المتاح في السوق إن لم يكن أقل بالنظر إلى سبق التعامل مع المورد، وتحديد الأسعار دائما راجع للقوة التفاوضية التي من الممكن أن تتوفر لدى المتلقي.

و إذا كان المورد لا ينتج هذه السلع أو هذه القطع في منشأته⁽²⁾ ، يجب عليه أن يعلم المستورد بمصادر الحصول عليها.

أمّا عن مدّة هذا الإلتزام فيفترض أن تكون بإنقضاء عشرة سنوات على أقل تقدير من تاريخ إبرام لعقد ، إلا إذا أثبت المتلقي إستمرار المصدر إنتاج هذه القطع بعد إنتهاء هذه المدّة، و لكن في كل الأحوال يجوز للطرفين بموجب العقد بنص صريح الإلتفاق على ما يخالف ذلك.

و نموذج عقد نقل التكنولوجيا الذي محله المعارف الفنية، تسرد فيه أهم الإلتزامات الواجب توافرها في هذه العقود، و أهم النقاط الواجب التفاوض عنها و منها يذكر مراحل التصنيع المقترحة ، المصادر المحتملة لتجهيز لمواد المصنعة و المواد الوسيطة، العناصر و الأدوات الإحتياطية اللازمة لكل مرحلة⁽³⁾.

المطلب الرابع: إلتزام المورد بالضمان

نظرا لما يفرزه الإلتزام بالضمان من أهمية في سائر العقود و على وجه الخصوص عقود نقل المعرفة الفنية لتعلق الأمر بطرف يجهل المعارف و التكنولوجيات التي يحوزها المورد المتمثل عادة في الشركات المتعددة الجنسيات التابعة للدول المتطورة صناعياً و تكنولوجياً، سوف نخصص لهذا المطلب ثلاثة فروع متوالية و هي:

الفرع الأول: النظام القانوني للإلتزام بالضمان.

الفرع الثاني: صور الضمان المستمدّة من القواعد العامة (ضمان العيوب الخفية و التعرض) و تطبيقها على عقود نقل المعرفة الفنية .

الفرع الثالث: نظرية الضمان و بعض صور نقل المعرفة الفنية

(1) - د/مصطفى كمال طه، العقود التجارية، مرجع سابق، ص 235.

(2) إبراهيم المنجي، عقد نقل التكنولوجيا، مرجع سابق ، ص 181.

(3) - د/سينوت حليم دوس ، نقل التكنولوجيا بين النظرية و التطبيق، منشأة المعارف الإسكندرية 2006 ، ص 97 و ما بعدها.

الفرع الأول: النظام القانوني للإلتزام بالضمان

يعد الإلتزام بالضمان في فئة العقود التبادلية دون منازع، من أهم الإلتزامات على الإطلاق، فإذا وُجدت بصفة عامّة مكنة قانونية في التشريعات تتيح لأحد الأطراف رفع دعوى الإبطال أو الفسخ نتيجة لعدم تنفيذ الطرف الآخر لإلتزاماته التعاقدية، أفردت أيضا كافة التشريعات وخاصة اللاتينية منها دعوى خاصة مستقلة بذاتها، تسمى دعوى الضمان، و تعدّ هذه الأخيرة مستقلة في أساسها و نظامها عن باقي الدعاوي التي تخص باقي الإلتزامات، مَرَد ذلك هو طبيعة الضمان بذاته الملتزم به أحد الأطراف إن نجده مواكبا للعقد في جميع مراحلها.

ونجد مختلف التشريعات تورّد فكرة الضمان ضمن عقد البيع تأثرا بالفكرة التاريخية في وضع مثل هذه الأحكام في عقود البيع ، هذه الأخيرة تعدّ من القواعد العامة للضمان التي تستوجب الرجوع إليها عندما يقتضي الأمر تطبيقها على العقود التي تتطلب طبيعتها ذلك⁽¹⁾، و يساعدنا تطبيق هذه القواعد العامّة للضمان خاصة في مجال عقود نقل المعرفة الفنية، لأنّ الطرف الذي يكون بحاجة إلى المعارف غالبا ما يركز على البعض من الضمانات ويغفل على أخرى، لأنه في وضع يجهل فيه الكثير من معطيات و أسرار المعارف المنقولة له بالنظر لنقل تجربته في الميدان⁽²⁾، بالمقارنة نجد أنّ :

- القواعد العامة المسطرة في القوانين الداخلية، كنظام يحكم تنفيذ الإلتزامات لا يوفر دائما حماية فعالة للدائنين بالإلتزامات العقدية لأنّه لا يضمن دائما النهاية المرضية و الجيدة للعمليات القانونية و الأساسية المستهدفة، ولا حتى التعويض يكون مرضيا بالنظر للأضرار الناجمة⁽³⁾ بالمقابل:

نجد أنّ الإلتزام بالضمان في ذاته يشكل آلية لتلافي هذا القصور المشوبة به القواعد العامة و يحقق الضمان المطلوب بشدّقيه وهو الوصول إلى النتيجة العملية المستهدفة من العقد، كما يحقق ضمان التعويض عن الأضرار الناشئة عن عدم أو سوء التنفيذ، ويستشف هذا الإلتزام بالضمان من النصوص كما يستشف من إستنباط القضاء .

(1) - د/ محمود محمد سليمان الكيلاني ، عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 238.

(2) TERKI NOUR EDDINE. **la garantie dans les contrats internationaux de longue durée en Algerie.** Revue algerinne des sciences juridiques économiques et politiques. volume xxiv. N° 3 ET 4. 1986. P 471.

(3) - د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، العقود التي تقع الملكية البيع و المقايضة الجزء الرابع، دار النهضة العربية 1986 ص 787. ص 788.

و ترجع فاعلية هذا الإلتزام بالضمان من جهة لكونه بعيداً عن فكرة الخطأ، فقيام مسؤولية الضامن تقوم دون بروز خطأ منه، أي مجرد عدم بلوغ الغاية المتفق عليها في العقد ودون حاجة لإثبات الخطأ. و أبعد من ذلك: ترجع فاعلية هذا الإلتزام بالضمان من جهة أخرى: بصرف النظر عن حسن أو سوء نيّة الضامن، بل أنّ الضامن لا يبرأ من إلتزامه حتى وإن أثبت السبب الأجنبي⁽¹⁾ ، و لكي يتوضح أكثر النظام القانوني للإلتزام بالضمان نعالج بإيجاز المفاهيم التالية تباعاً:

أولاً: الطبيعة القانونية للإلتزام بالضمان.

ثانياً: الأساس القانوني للإلتزام بالضمان .

أولاً: الطبيعة القانونية للإلتزام بالضمان

و نقصد بهذا إلتزام مبدى الإلتزام مورّد المعرفة الفنيّة إلتزاماً بتحقيق نتيجة أو بذل عناية⁽²⁾ بالنظر لكون للإلتزام بالضمان نظام قانوني خاص و له غاية معينة، هي ضمان تنفيذ الإلتزام العقدي في طائفة معينة من العقود، فهو فكرة قانونية تواجه عنصر الإحتمال في العلاقات العقدية التي يعمل في إطارها هذا الإلتزام.

و أول من جاء بتقسيم هذه الإلتزامات العقدية إلى إلتزامات بنتيجة و أخرى بوسيلة حين البحث في مسألة الإثبات في نطاق المسؤولية العقدية هو الفقيه الفرنسي de mogue عام 1925 حيث يمنح هذا التقسيم ميزتين، أولها هي تحديد موضوع الإلتزام و مداه بدقّة، و ثانيها هي تحديد عبء

(1) د/ أنس السيد عطية ، مرجع سابق، ص 511 ، يتضمّن حكم محكمة النقض المصرية في 23 يونيو 1980 ، مجموعة أحكام النقض لسنة 1980 ، قاعدة 171 ، ص 1068 حيث جاء به " مفاد المادة 409 من القانون المدني السابق و المادة 651 من القانون المدني الحالي المقابلة للمادة السابقة أن إلتزام المفاوض هو إلتزام بنتيجة هي بقاء البناء الذي يشيده سليماً و متيناً لمدة عشر سنوات بعد تسليمه و أن الإخلال بهذا الإلتزام يقوم بمجرد إثبات عدم تحقيق تلك النتيجة دون حاجة لإثبات خطأ " ، و طبقاً لهذا القضاء الإلتزام بالضمان إلتزام بنتيجة، مستقلاً عن فكرة الخطأ و يثبت بالقواعد الخاصة بالإلتزام بنتيجة.

(2) محمد إقولي ، مرجع سابق ، ص 149 .

-Frossard.J. **La distinction des obligations de moyens et obligations des resultats**. Collection bibliothèque de droit privé. Paris .1965.p65

الإثبات و مضمونه بالنسبة للطرفين (1)، و هذا ما نجده منظمًا في أغلب القوانين الوضعية (2)، فالإلتزام بضمان تحقيق نتيجة يمنح دون شك للدائن المزايا التالية:

أ- زيادة عبء الإثبات الملقى على عاتق المدين عمّا هو مقرر في إطار القواعد العامة في المسؤولية، ومن ثم تحسين مركز الدائن و تقويته، فالإلتزام بالضمان يفرض على المدين الوفاء بنتيجة محدّدة، و مع إختلاف هذا الضمان شدة أو ضعفًا طبقًا لإرادة المتعاقدين أو نصوص القانون، فإنّ الضامن المدين يبقى ملتزمًا في أضعف حالات الضمان، و لا تبرأ ذمته حتى و لو قام بإثباته عدم الخطأ، وقد يصل هذا الضمان في شدّته إلى درجة لا يستطيع عندها المدين أن يتخلّص من المسؤولية عند عدم تحقيق النتيجة المضمونة، ولو بإثبات السبب الأجنبي .

ب- يضيف إلى الإلتزام الأساسي للمدين بالضمان، إلتزامات أخرى مساعدة ومكملة لهذا الإلتزام، تشكل في مجموعها موضوع الضمان، وهذه الإلتزامات هي إلتزامات تتميز بأنّها رغم عدم النص عليها في العقد، فإنّ عدم تنفيذها من شأنه أن يعرّض تنفيذ الإلتزام الأساسي للخطر، وهي الإلتزام بالإخطار أو الإعلام أو كما يسميه البعض الإلتزام بالمساعدة و كذلك الإلتزام بالتبصير.

والفائدة العملية من ترتيب هذه الإلتزامات على عاتق المدين الضامن أنّها تمنعه من الإحتماء و التمسك بحرفية النصوص العقدية للتوصل إلى الإعفاء من المسؤولية عن بعض المسائل التي قد يغفل المتعاقدان عن تنظيمها، وتتضاعف هذه الفائدة إنّ علّمنا أنّه من النادر أن يكون بمكّنة المتعاقدين النص في صلب العقد، على كل هذا الذي يمكن أن يحدث مستقبلا، خصوصا عندما يكون التعاقد بين طرفين أحدهما غير مهني أو غير متخصص، و الآخر مهني أو متخصص، فالأوّل بحسب قدراته يجهل الجوانب الأساسية لحسن سير العمليات المطلوبة أو الوسائل الضرورية للحصول على النتيجة التي ينشدها، والإلتزام بالضمان بطبيعته المركّبة يعيد التوازن المفقود في هذه الحالة، و هي الحالة التي تبدو شائعة في مجال نقل المعرفة الفنية عندما يتعلق الأمر بتعاقد يكون أحد أطرافه مشروعًا تابعًا لدولة من الدول النامية .

(1) - د/أنس السيد عطية، مرجع سابق، ص 519.

(2) - هذه القوانين تحدّد في مجملها ثلاثة أنظمة هي : المسؤولية، و الإلتزام بالضمان و التأمين، و يسند كلّ منها دور كضمان.

ج- إلزام المدين (الضامن) بتحمل عبء مخاطر معينة .

ففي بعض صور الضمان على سبيل المثال كضمان الإستحقاق أو ضمان العيوب الخفية ، تبقى مسؤولية المدين تجاه الدائن قائمة رغم كون أن العلاقة التعاقدية تكون منتهية - كقاعدة - منذ وقت طويل ، والحقيقة أنّ ذلك يمثل الوظيفة الأكثر ثراء للضمان .

والسؤال الذي يدور هنا هو كيف يمكن الإستفادة من تلك المزايا التي يوفرها نظام الضمان في مجال قانون التجارة الدولية ؟ ، وبعبارة أخرى إذا كان استغلال ذلك في إطار عقود نقل التكنولوجيا لتحقيق الضمان الذي ينشده المتلقي - التابع للدول النامية من هذه العقود وهو السيطرة على التكنولوجيا الموردة ؟ على أنّه ينبغي قبل بحث هذا التساؤل أن نلاحظ أولاً :

لأنّ عمليات نقل وتداول التكنولوجيا التي تتم على المستوى الدولي من خلال الآلية العقدية ، تصب بشكل دائم في أحد القوالب العقدية التقليدية كالبيع أو الإيجار أو المقاوله ، وأحياناً تنطوي الصيغة العقدية الواحدة على أكثر من عملية من هذه العمليات فنجد فيها بيعاً وإيجاراً أو مقاوله - وفي جميع الحالات نكون إزاء عقد من عقود المعاوضات بنظامه التقليدي مجال عمل الإلتزام بالضمان ، وهذه نقطة إنطلاقة مشجعة على تصور وجود دور معين لهذا الإلتزام في العقود السائدة في مجال نقل التكنولوجيا، التي محلها معرفة فنية .

كما نلاحظ أنّ الإلتزام بالضمان طبقاً للفقهاء الراجح -رغم الجدل الشديد حول طبيعته القانونية- هو ضمان التبعية أو ضمان المخاطر *garantie de risque* في النطاق العقدي وهو بذلك مستقل عن المسؤولية .

ويؤكد جلّ الفقهاء الفرنسيين ذلك⁽¹⁾ ، بئىّ الضمان لا يغطى بالخطأ، وإنما بحالة طارئة أو خطر ما ، و تكون إزاء الضمان كلاً ما كان هناك إلتزام على شخص ما بتعويض آخر عن ضرر أصابه مع إنعدام أي خطأ يمكن نسبته إلى الملتزم . وهكذا تقابلنا العديد من آراء المؤيدين لهذا الإتجاه وأغلبهم يستند في ذلك إلى التفسير القضائي للمواد المنظمة لأحكام الضمان في عقد البيع ،

(01)Frossard.J. opcit .p 69

فالمادة 1646، توجب على البائع في الحالة التي يكون فيها غير عالم بالعيب الخفي، أو لم يكن بإمكانه بللم به فيما لو بذل في سبيل ذلك العناية الواجبة في فحص المبيع، أن يرد الثمن وكذلك كافة الصروفات والنفقات التي تكبدها المشتري بمناسبة البيع، فإذا رَد المصروفات والنفقات لا يمكن تفسيره إلا بالضمان، كما أن المادة 1641 مدني فرنسي وما يليها تلزم البائع برد الثمن إلى المشتري وكذا تعويضه عن كافة النفقات والمصروفات التي تكبدها بمناسبة البيع، حتى في الحالة التي لا يكون بإمكانه إكتشاف العيب مهما بذل من عناية، ومتى كان العيب لا يدخل في مقدور البائع إكتشافه، ألا يعد في هذه الحالة إزاء قوة قاهرة ينقضي معها إلتزامه طبقا للقواعد العامة، فهذه النصوص تلزم البائع بالرد والتعويض هذه الأحكام لا يمكن تفسيرها إلا بضمان التبعة⁽¹⁾.

وإذا سلمنا بذلك فإن معنى هذا أن الضامن في جميع صور الضمان يأخذ على عاتقه عبء الاحتمال أو الخطر l'aléa كعنصر في العقد، فالإحتمال- وهو عنصر في العقد خاصة العقد الاحتمالي و جزء من إرادة كل من المتعاقدين قد يظل قائما إلى أن يزول مع نهاية تنفيذ العقد، وقد يؤول عند هذا التنفيذ إلى خطو يمكن من الممكن معرفته في وقت إنعقاد العقد، فإن وجد الضمان تحمّل الضامن تبعة هذا للخطر، و بعبارة أخرى فإن الضمان يُعد أداة في يد الدائن لتفادي الإحتمال و المخاطر في عقود قد تعد من الأصل و بغير هذا الضمان عقوداً إحتمالية، و ببساطة فإن الضمان يعد آلية قانونية لمواجهة عنصر الإحتمال في علاقات عقدية معينة.

وإبراز هذه الوظيفة للإلتزام بالضمان من شأنه أن يكشف عن دور غاية في الأهمية لهذا الإلتزام في نطاق عقود نقل التكنولوجيا عموماً، بإعتبار أنها تعتبر في غالب الأحيان- و على الأخص بالنسبة لتلك التي يكون أحد طرفيها تابعا لدولة نامية- عقوداً إحتمالية، وهذه الصفة تلحق بتلك العقود من ناحيتين:

الناحية الأولى: تتعلق بالمعرفة الفنية ذاتها بوصفها معارف إنتاجية تتميز بالتطور السريع و التنوع البالغ في صورها و أشكالها، بالإضافة إلى تنوع مماثل في إحتياجات المتلقي و مطالبه، وكل ذلك من شأنه أن يجعل كل عملية من عمليات نقل المعرفة الفنية تبدو منفصلة تماماً، بل و منعزلة عمّا سبقها من عمليات في نفس المجال أو الفرع الإنتاجي بحيث لا يمكن القول أن بمكنة المتعاقد الطالب

(المتلقي) وقت إبرام العقد أن يعرف مقدار الغنم التكنولوجي لقاء الغرم المالي أو بعبارة أخرى من المؤكد أن هذا المتعاقد لن يكون في مقدوره وقت التعاقد أن يحدد مدى إستفادته من هذه العملية، و تتأكد هذه

(1) أخذ المشرع الجزائري في قانونه المدني بأحكام شبيهة بتلك المتضمنة بالتشريع الفرنسي، وهي متضمنة في أحكام الضمان في المواد 373 وما يليها من القانون المدني الصادر في 26 جوان 2005 جريدة رسمية رقم 44.

الخاصية لإحتمالية لعملية نقل المعرفة الفنيّة، و بالتالي للقلب العقدي الذي تصبُّ فيه هذه العملية، كلّما كانت التكنولوجيا ذاتها تتجاوز الخبرة و الكفاءة و المستوى التقني للمشروع المتلقي.

أمّا **الناحية الثانية**: فتتعلق بالعنصر القانوني في عملية نقل المعرفة الفنيّة بالمعنى الحقيقي للكلمة، أي بنوعية إلتزامات المورد في هذه العملية وما يتسم به تنفيذ هذه الإلتزامات من خصوصية:

فنقل المعرفة الفنيّة بمعنى التمكين منها و إكساب السيطرة عليها، أي إكساب المتلقّي قدرة على إستغلال التكنولوجيا و إستثمارها الإستثمار الأمثل بإمكاناته الذّاتية في مرحلة، ثم إستيعاب و تطويع هذه التكنولوجيا في مرحلة تالية، يتطلب من المورد مجموعة من الأداءات، في الغالب ما تكون من طبيعية غير ماديّة كالمساعدة الفنية و التدريب المهني أو الفني مثلاً.

ذلك من شأنه أن يدخل في العلاقة التعاقدية قدرًا كبيرًا جدًّا من الإحتمال، إذ العملية يمكن وصفها في التحليل الأخير بأنّها عملية تلقين و تعليم من طرف لآخر، و مثل هذه العملية لايتوقف نجاحها على مدى كفاءة المعلم أو المُلقن فحسب، سواء من الناحية الفنيّة أو التربوية (القدرة على التعليم ذاتها) و إنّما يتحمل الطرف الآخر أيضا جزءًا من المسؤولية عن ذلك.

فمضمون الأداء الذهني غير المادي كالتدريب أو المساعدة الفنية مثلاً، يمكن أن يكون من الناحية الموضوعية كافيًا لتحقيق الغاية المقصودة منه، و كذلك أيضا كفاءة المورد و خبرته، مستوى المعلمين و المساعدين، و مع ذلك تكون المحصلة مخيبة لآمال المتلقي بسبب أجنبي عن المورد، كعدم ملاءمة مضمون التدريب للبيئة الإجتماعية و المستوى الثقافي للعاملين المحليين مثلاً.

هكذا فإنّ الإلتزام بمضمون غير ماديّ- على خلاف القواعد العامة للإلتزامات- لايتوقف تملّمًا تنفيذه على أداء المدين فحسب، إنّما على أداء آخر من الدائن أيضا و بعبارة أخرى فإنّ الإلتزام بوصفه عمل قانوني أُحادي الجانب يتحول في هذه الصورة إلى عمل يقتضي تنفيذه أداء آخر من الدائن، أي يقتضي نوعًا من التعاون بين الطرفين، ومن هنا يكمن الإحتمال في هذه العلاقة التعاقدية⁽¹⁾ و يثور التساؤل عن يتحمّل عبء هذا الإحتمال.

وهكذا فإنّ عقود نقل المعرفة الفنيّة بما يغلب عليها من طابع الإحتمال بالنسبة للمتلقي، تعد مجالاً خصبًا لعمل الإلتزام بالضمان ، بإعتبار أنّ هذا الإلتزام بوصفه وسيلة لدرء أو تقليل المخاطر التي قد

(1) - د/السيد مصطفى أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص447.

سيتعرض لها الدائن في سبيل الوصول إلى غايته من التعاقد، ووسيلة لتعزيز مركز هذا الدائن في مواجهة المدين بصفة عامة، إنما يواجه مشكلة الإحتمال في العقد⁽¹⁾.

ثانياً: الأساس القانوني للإلتزام بالضمان

لاشك أن صور الضمان قد تتعدد و تأخذ أشكالاً مختلفة لإرتباطها بأصناف مختلفة من عقود نقل المعرفة الفنية لكن، تعدد الصور هذا لا يمس بأي حال من الأحوال وحدة النظام القانوني لهذا الإلتزام كظاهرة قانونية، ولهذا النظام القانوني أي نظام الإلتزام بالضمان دون شك أساس قانوني يستند عليه، معرفته تمكن من:

- تحديد نطاق تطبيق الضمان.

- الدور المتوخي من هذا الإلتزام بالضمان.

جاءت عدّة نظريات محاولة التأسيس لهذا النظام القانوني ومنها:

- نظرية السبب.

- نظرية الإلتزام بالتسليم.

- نظرية المسؤولية العقدية.

- نظرية ضمان المخاطر في النطاق العقدي.

و لعلّ هذه الأخيرة هي التي تشكل أكبر ضماناً للمتعاقد الضعيف، المفتقد للمعرفة الفنية على أساس أنه فعلاً كل من النظريات الثلاثة الأولى لها جانب كبير من الصحة و التقارب مع فكرة الضمان إلا أنها ليست كافية بمفردها، فبالنظر إلى نظرية السبب⁽²⁾، نذكر بأنّ السبب المقصود هنا هو الموضوعي لا الشخصي أي الباعث، ونجد أنّ لها الفضل في إبراز " فكرة كون السبب بالنسبة لأحد المتعاقدين في العقود المتبادلة ما هو إلا الإلتزام المتعاقد الآخر" أي أنّ السبب الموضوعي في مثل هذه العقود (المتبادلة) هو الغرض الذي يقصد به المتعاقد الوصول إليه من وراء إلتزامه و هو ذاته بالنسبة للنوع الواحد من العقود، و هو يختلف عن الباعث الذي يعد دافع متغير من متعاقد لآخر، والراجح أنّ السبب ليس ركن فعّال لتكوين العقد.

(1) - د/ أنس السيد عطية، مرجع سابق، ص 510 وما بعدها.

- راجي عبد العزيز، الطبيعة القانونية للمعرفة الفنية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2004، ص 66.

(2) - د/ توفيق فرج، النظرية العامة للإلتزام (نظرية العقد)، الدار الجامعية القاهرة، 1993 ص 151.

وينبغي أن يستمر السبب قائماً مدة سريان العقد، و إذا إنعدم بعد نشوء الإلتزام وجب إنقضاء هذا الأخير لتخلفه.

ولكن نتيجة الإرتكاز على نظرية السبب يؤدي إلى قيام دعوى الفسخ⁽¹⁾، التي هي في الواقع مختلفة عن نظرية الضمان من عدّة أوجه كالتعويض المتروك لتقدير القاضي في دعوى الفسخ، بينما الضمان تولّت في كثير من الأحيان نصوص قانون تنظيمه كحالة البيع المقاولّة، وجانب منه متروك للإتفاق، كما أنّ دعوى الضمان لا تقوم إلاّ بالتعويض الفعلي و لا تقوم على التهديد مثلاً، بينما الفسخ قد يطلب في اللّاحظة التي يتيقن فيها الدّائن من عدم حصوله على حقّه، لذلك لا يمكن تأسيس نظرية الضمان على السبب رغم ما قدّمته هذه الأخيرة من الإيجابية المذكورة آنفاً، وهي أن سبب أحد المتعاقدين هو الإلتزام الآخر.

بالنسبة لنظرية التسليم، حقيقة تهدف إلى جانب نظرية الضمان من تمكين الدّائن من غاية واحدة هي ضمان إنتفاعه الهائى و المستقر، وذلك بوضع الشيء تحت تصرفه فعلاً مما يمكّنه من حيازته و الإنتفاع به دون عائق، لكن مع كل ذلك يتجاوز الإلتزام بالضمان، هذا الهدف المتمثل في توصيل الحق و التمكين من الحيازة إلى ضمان فاعلية هذا الحق المنقول للدّائن، وعليه لا يمكن تبرير إعتبار التسليم أساساً للضمان.

أمّا بالنسبة لإعتبار المسؤولية العقدية أساساً للضمان، فيمكننا ذلك على إعتبار الضمان صورة مشددة من صور المسؤولية العقدية⁽²⁾.

المسؤولية العقدية بصفة عامة كنظرية مثارة بشكل متفرّد، لها نطاقها و قواعد عامة تسري عليها، دون تلك المسؤولية العقدية التي تثار لمّا يكون إلتزام بالضمان مقترن بها.

هذه القواعد العامة تتيح للدّائن الضامن الذي يثير المسؤولية العقدية أمرين : إمّا التنفيذ العيني و مضمونه عدم تعرّضه الشخصى و عدم تعرّض الغير، وكذا ضمان العيوب الخفية، وهذين الأخيرين

(1) - د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، دار الهدى، الجزائر 2004، ص 371.

- القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ينص في المادة 119 منه على الفسخ و المادة 122 على آثاره.

(2) - د/أنس السيد عطية، مرجع سابق، ص 546.

يلزمان المدين بالتبعية كنتيجة حتمية لتحقيق الغرض المرجو من العقد بتبصير للدائن و إخطاره بالمعلومات الضرورية.

إذا عجز المدين عن التنفيذ العيني فإنّ المسؤولية العقدية تتيح للدائن مع فشل المدين الضامن عن دفع التعرض مثلا، التعويض⁽¹⁾ الذي قد يكون إتفاقي أو قضائي أو قانوني، ولعلّ الميزة في إثارة الضمان للدائن التنفيذ العيني كضمان التعرض و العيوب الخفية و التعويض.

وَنوّه بأنّه يجب إثارة ذلك كشرط أو إلتزام في العقد طالما أنّ القانون في نصوصه المكملّة يجيز ذلك أي إلتزام المدين بـ: " تحملّ تبعة تحقيق نتيجة معينة"، و بهذا لا يبرأ المدين عند عدم تحقّق هذه النتيجة بإثبات السبب الأجنبي.

و هنا بالذات تبرز أهمية و ذاتية الإلتزام بالضمان (أي الصورة المشدّدة للمسؤولية و التي تختلف على قواعد المسؤولية العقدية العادية إن صحّ التعبير لأنّ هذه الأخيرة تنطوي على إلتزامات تعاقدية إذا أخلّ بها المدين و أثبت عدم خطأه أو تقصيره أو السبب الأجنبي تخلص من تبعة إلتزامه .

و بناء على ذلك، طرفا العقود بحريّة إرادتهم قد يتجها إلى المسؤولية العقدية في صورتها المخفّفة، كما قد يتجها إلى الصورة المشدّدة للمسؤولية إسنادًا على الشروط العقدية و القواعد المكملّة للقانون و مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود و يكون هذا التشديد حينما يقترن إلتزامين في آن واحد هما:

الإلتزام بتحقيق نتيجة معينة⁽²⁾ و تدخّل المخاطر أي ضمان التبعة الذي لا تبرأ معه ذمة المدين حتى في حالة عدم خطأ هو إقترفه .

و إقتران الإلتزامين معا وفق الكثير⁽³⁾ من الفقهاء تطبيق لنظرية ضمان المخاطر في " النطاق العقدي" الذي يجمع بين قواعد المسؤولية العقدية المجردة و القواعد الخاصة بالضمان⁽⁴⁾، إذ أنّ الإلتزام بضمان المخاطر يحرك المسؤولية العقدية دون خطأ.

(1) - أحمد بن غازي، مرجع سابق، ص 177 .

(2) - د/ سميحة القليوبي، تقييم شروط التعاقد و الإلتزام بالضمان في عقود نقل التكنولوجيا، المجلة المعاصرة، عدد 406، أكتوبر 1986، ص 97.

(3) Salem . m. Sanson.m. les contrats clé en main et les contras produit en main. Technologie et vente des développemets . librairies techniques. paris .1979.p 114.

(4) - أول من تكلم عن التفرقة بين نظامي المسؤولية العقدية و الضمان (سانكتليت sancatelette)

بنهاية القرن 19 في كتبه: 1884.Bruxelles.p44 de la responsabilité et de la garantie, paris..

و نذكر بأنّ القانون التجاري المصري رقم 17 الصادر سنة 1999 في مادته (85) لم يغفل على إلتزام المورد بضمان التكنولوجيا على نحو " ضمان المورد مطابقة التكنولوجيا و الوثائق المرفقة بها للشروط المبنية في العقد مالم يتفق كتابة على خلاف ذلك " (1).

الفرع الثاني: صور الضمان المستمدة من القواعد العامة وتطبيقها على عقود نقل المعرفة الفنية
و نقسم هذا الفرع إلى ما يلي:

أولاً: صور الضمان المستمدة من القواعد العامة لضمان عدم التعرّض و ضمان الإستحقاق.

ثانياً: ضمان العيوب الخفية في القانون الجزائري.

ثالثاً: ضمان التعرّض و الإستحقاق وفق ما جاء به القانون الجزائري.

أولاً: صور الضمان المستمدة من القواعد العامة

نجد خصوصية لنظام الضمان، تتمثل في الاستمرارية و هذا يؤيّد الفقه و القضاء في الجزائر، تتمثل الإستمرارية في الإلتزام بضمان الإستحقاق و الإلتزام بضمان التعرّض و الإلتزام بضمان العيوب الخفية المواد 371-372-379 من القانون المدني الجزائري (2).

إنّ هذه الاستمرارية لا نجد ها في بعض الالتمامات كالإلتزام بالتسليم مثلاً، الذي يعد إلتزاماً فورياً.

أجمع الفقه و القضاء و القانون في الغالب على الأخذ بها، و هي كون العقود التجارية من عقود المعاوضة أي عقود يتلقى فيها كل من المتعاقدين مقابلاً و عوضاً لما يعطي، فلا تدخل عقود التبرع في نطاق القانون التجاري لأنّ فكرة التبرع منافية للتجارة (3).

كما يوجد هذا الإجماع الفقهي و القضائي و القانوني على أنّ عقود نقل المعرفة الفنية عقود معاوضة، وتعدّ عقود البيع أحد أهم فئات عقود المعاوضة من جهة ثانية و عليه: حدث أيضاً إجماع على

(1) - إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 185.

(2) - القانون المدني الجزائري في ضوء الممارسة القضائية، الطبعة 2005-2006 منشورات بيرتي الجزائر، 2005، ص 93. هناك من ينتقد فكرة الإستمرارية، لأنّ مرحلة الإنتاج قد تكشف عن أخطاء كثيرة للمورد بعد إنتهاء فترة الضمان .

(3) - Benchikc madjid .Droit international du sous-developpement.. opu .Alger. 1983.p 215.

- د/ مصطفى كمال طه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 11.

- د/ توفيق فرج، مرجع سابق، ص 34.

تطبيق قواعد الضمان المتضمنة عقود البيع على كافة المعاوضة الأخرى⁽¹⁾.

إنّ الضمان بصفة عامة يأتي على فئتين: فئة الضمان القانوني وهو الضمان الواجب بنص القانون كضمان التعرض و الإستحقاق و العيوب الخفية الذي لم تكثر النصوص القانونية لتعريفه على قدر ما حددت شروط تطبيقه و آثاره.

و إلى جانب هذه الفئة، التي وجب تطبيقها حين عدم نص المتعاقدين عليها كضمان في العقد.

هناك فئة ثانية هي فئة الضمان الإتفاقي لأنّ الضمان ليس من النظام العام، يجوز الإتفاق على زيادته أو إنقاصه أو إنعدامه، إلاّ إستثناءً في بعض الحالات التي يعتبرها القانون من النظام العام كحالة إستعمال الغش في إخفاء العيوب أو إشتراط الإعفاء من التعرّض الشخصي للدائن، أو إسقاط العيوب المؤدية إلى الإضرار بجسم المتعاقد أو بحياته أو إشتراط إسقاط أو إنقاص ضمان العيوب التي يكون فيها الصانع ألبائع مهني إذ تعدّ قرينة واقعية على سوء نيّته⁽²⁾.

و تستند الفئة المتعلقة بالشروط التعاقدية المعدلة للضمان القانوني على مبدأ القوة الملزمة للعقد⁽³⁾، والتي تقتضي أنّ العقد متى نشأ صحيحاً طبقاً للقانون، إلّتم المتعاقدان به و خضعا له، كما يخضعان للقانون أي كما لو كان ناشئاً عن مصدر تشريعي، والدائن يلتزم بذلك حتى لو كان العقد يخالف نصوص تشريعية طالما كانت تلك النصوص لا تتعلق بالنظام العام و لاتمس الآداب.

ويقوم مبدأ القوة الملزمة للعقد في مجال نقل المعرفة الفنية أيضا على ما للإرادة من سلطان في مجال العقود عموماً، فهي تقيد أصحابها و تلزمهم بما إرتضوه كما يقوم هذا المبدأ على أساس أخلاقي وهو الوفاء بالعهد الذي تعرفه الشريعة الإسلامية قبل زمن من ظهور التشريعات الوضعية الحديثة، فضلا عن إسهام العوامل الإقتصادية و الاجتماعية في تدعيم هذا المبدأ، إذ إن ضرورة الإئتمان و إستقرار المعاملات في المجتمع الداخلي و الدولي يستلزمان أن يوفي العاقد بما وعد، فإن زالت الثقة زال الإئتمان و زال الإستقرار في نطاق المعاملات.

(1) - د/ السنهوري، مرجع سابق، ص 791.

- أغلب المراجع المعتمدة عليها بهذه الرسالة تؤيد هذا الرأي.

(2) - د/ أنس السيد عطية، مرجع سابق، ص 573: يأخذ القضاء الفرنسي بهذه الاستثناءات التي يعتبر فيها الضمان من النظام العام، لايجوز الإتفاق على مخالفته بشروط عقديّة.

(3) - د/ توفيق فرج، مرجع سابق، ص 217.

و مسألة تشديد أو تخفيف الضمان تجد جذورها في الإتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية كما سلف ذكره ، فللمتعاقدين حرية في تعديل قواعد المسؤولية العقدية التي تنجم عن العقد شرط أن يكون ذلك في نطاق النظام العام و الآداب العامة.

ذلك ما تقرّره المادة 178 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾ بقولها يجوز الإتفاق على أن يتحمّل المدين تبعه الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، كذلك يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى، إلا ما ينشأ عن غشه، أو عن خطئه الجسيم.

و يبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي ، ويتضح من هذا النص أنّه يمكن الإتفاق على تشديد المسؤولية العقدية، كذلك يمكن الإتفاق على التخفيف منها أو الإعفاء منها كلية ، ويكون ذلك بالإتفاق على أن يتحمّل المدين مسؤولية عدم التنفيذ حتى لو كان ذلك يرجع إلى سبب أجنبي، كالحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، ويعتبر هذا الإتفاق في العقد نوعاً من التأمين (assurance) وعادة يكون ذلك مقابل الزيادة التي يتقاضاها المدين في المقابل من العقد.

فطبقاً للنص المذكور يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى، وبذلك يمكن التخفيف من هذه المسؤولية، كما يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى، وبذلك يمكن التخفيف من هذه المسؤولية. كما يجوز الإتفاق على الإعفاء منها كلية، وهناك قيد هام على الإعفاء أو على التخفيف في حالتي خطأ العمد الذي ينشأ عن غش المدين، أو الخطأ الجسيم ، والخطأ الجسيم هو الذي لا يصدر عن أقل الناس تبصراً و حرصاً ، مثلاً إذا إتفق الناقل على الإعفاء من مسؤولية ضياع حقائب المسافرين أو طرد له و إتضح أن الضياع كان نتيجة سرقة المدين فإن الإتفاق لايعتمد به لأن الخطأ هنا نشأ عن غشه ، و الخطأ الجسيم يأخذ نفس الحكم فيكون مسؤولاً بالرغم من الإتفاق ، و يلاحظ أنه يجوز الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم إذا صدر من أشخاص يعملون لدى المدين

(1) - يقابل هذا النص في التقنينات العربية المواد 217 مصري، 218 سوري، 259 عراقي، 220 ليبي، 219 تجاري كويتي، 199 سوداني.

ومكلفين بتنفيذ التزامه التعاقدية، أما عن الإغفاء من المسؤولية التي تنتج من العمل غير المشروع فلا يجوز و يقع باطلا كل إتفاق على ذلك" (1) .

ثانيا ضمان العيوب الخفية في القانون الجزائري

تنص المادة 379 على أن : "يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الإنتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما يظهر من طبيعته أو إستعماله، فيكون ضامنا لهذه العيوب و لو لم يكن عالما بوجودها.

غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع، أو كان في إستطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص البيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا ثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب أو أنه أخفاها غشا منه".

فمن خلال نص هذه المادة ، العيب الخفي ينقص من قيمة المبيع و يجعله غير صالح للإنتفاع به إنتفاعا يحقق الغاية المتوخاة منه، ويلحق بالعيوب الخفي حالة تخلف الصفة أو الصفات التي تعهد البائع بوجودها في البيع وقت التسليم، و إن تخلفت إحدى صفاته و جب على المشتري المطالبة بالتعويض، إذا نصت مختلف التشريعات على العيب الخفي، فإننا لانجد تعريفا فقيها مجمعا و متفقا عليه، بل أن أغلبية الدراسات الفقهية تأخذ العيب الخفي من ناحية تحديد شروط تطبيقه و الآثار التي يترتبها.

- أول هذه الشروط: أن يكون العيب مؤثرا، و يكون كذلك إذا كان ينقص من قيمة المبيع أو من الإنتفاع منه بحسب غايته، وللإشارة القانون الجزائري لم ينص على درجة العيب و نسبة تأثيره، فالمؤسسات الجزائرية في تعاملها مع شركات أجنبية في حالة ما إذا كان العيب غير كبير و مؤثر، تتولى المؤسسة الجزائرية نفسها القيام بالتصليح، أو لها أن تطلب إنقاص الثمن، إلا أن الطرف الوطني، و بسبب نقص تجربته التكنولوجية فإنه يكون من الصعب عليه أن يكتشف و جوده، ودرجة تأثير العيب على التكنولوجيا المنقولة.

(1) - د/ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 336.

(02) Terki Noureddine. la garantie dans les contrats internationaux de laugue durée en droit Algerien. revue algerienne des sciences juridiques économiques et politiques. volume (XXIV) .N⁰3et4.1986.p 474 .

- ثاني شرط هو: أن يكون العيب قديماً، بمعنى وجود العيب في وقت تسليم المشتري للشيء المبيع، بحيث قد يكون العيب و وقت البيع، إلا أنه قد يستمر إلى وقت التسليم، كما يجب أن يكون العيب خفياً و وقت البيع، بحيث إذا كان ظاهراً وقت التسليم، ولم يعترض عليه المشتري، فإن البائع في هذه الحالة لا يضمنه و لا يكون مسؤولاً عن ذلك، وهذا يؤدي إلى فقدان حق المشتري في الضمان إنطلاقاً من نص المادة 2/379، فإن العيب الخفي يكون إذا لم يكن بوسع المشتري كشف العيب في فحصه للمبيع بعناية الرجل العادي، و إذا لم يقدّم بذلك، يكون قد قصّر و تحمّل تبعه تقصيره إن ظهر عيب في لبيع لاحقاً و بذلك يكون البائع ضامناً، إذا كان قد أكد للمشتري خلو المبيع من هذا العيب، أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه.

وفي عقود نقل التكنولوجيا عامّة، كونها من العقود التي تتساوي فيها أطرافها فحتى يتمكن الطرف الطالب لها من الكشف عن نوعية المنتجات البسيطة لابد أن تتوفر لديه تجربة و دراية فنية كبيرة، خاصة إذا كانت المعرفة الفنية التي يطلبها معقدة و متطورة جداً.

و عليه يستحيل الكشف عن العيوب الخفية التي تصيب المعرفة الفنية، و في هذه الحالة يكون من الصعب مطالبة المؤسسة المحلية معرفة كل عيب، إلا إذا قدمت لها مساعدة فنية حقيقية، كالإستعانة بخبير أو مكتب للدراسات الهندسية، وهو الأمر الذي نادراً ما يقبله أصحاب المعرفة الفنيّة. كما أن الطرف المتلقي و نظراً لنقص تجربته التكنولوجية كذلك، و في حالة ما إذا كانت التقنية متطورة، فقد يكون إكتشافه للعيب متأخراً، و بالتالي سيؤثر عليه سلباً، خاصة إذا مضت المدة القانونية للضمان.

- أما الشرط الثالث: يتمثل في أنّ العيب يجب أن لا يكون معلوماً للمشتري و وقت البيع، فإن البائع في هذه الحالة لا يقدم أي ضمان، ذلك لأنّ علمه بالعيب يعني قبوله للشيء المبيع معيباً، و هو ما تنص عليه المادة 380 من القانون المدني الجزائري: " إذا تسلم المشتري المبيع و جب عليه التحقق من حالته عندما يتمكن من ذلك حسب قواعد التعامل الجارية، فإذا أكتشف عيباً يضمنه البائع و جب عليه أن يخبر هذا الأخير في أجل مقبول عادة، أما في حالة عدم فعله ذلك أعتبر راضياً بالبيع، بالنسبة لعقد نقل المعرفة الفنية، فإنّ إلتزام المورد فيه هو تقديم كل عناصر المعرفة الفنية، خالية من أي عيب، حتى تتحقق النتيجة المرجوة، لأن ظهور أي عيب فيها يجعل موردها مخلاً بإلتزامه" (1)

(1) - محمد إقلولي، مرجع سابق، ص 150.

- تضيف المادة 380 من القانون المدني الجزائري في الفقرة الثانية " غير أنه إذا كان العيب مما لم يظهر بطريق الإستعمال العادي وجب على المشتري بمجرد ظهوره أن يخبر البائع بذلك ، وإلا أعتبر راضيا بالمبيع بما فيه من عيب " .

- تضيف المادة 381 : " إذا أخبر المشتري البائع بالعيب الموجود في المبيع في الوقت الملائم كان له الحق في المطالبة بالضمان وفق نص المادة 376" (1) .

وتبقى دعوى الضمان مستمرة ولو هلك الشيء المبيع و بأي سبب كان وفق نص المادة (382).
باعتبار عقود نقل المعرفة الفنية مبرمة في غالب الأحيان بين أطراف غير متكافئة علميا و تكنولوجيا فإن مختلف قوانين الدول النامية تخدم المقاولين الموردين للمعارف الفنية أكثر مما تخدم الطرف المتلقي صاحب المشروع (2) .

لذا يجب على الطرف الضعيف المتلقي إستغلال مكنة القانون في تشييد هذا الضمان طالما أنه لا يخالف النظام العام، وهذا يتوقف بدوره على القوة التفاوضية التي يتمتع بها وثقته بأنه لا يتلقى هذه المعارف بدون عوض، بل يدفع في مقابلها أموال طائلة تضعه دون شك في موقع إستراتجيا تحميل التبعية و تطبيق نظرية ضمان المخاطر في العقد.

و حسب البعض وبالنظر لخصوصية عقود نقل المعرفة الفنية يجب أن يتحمل المورد الضمان بتحقيق نتيجة ولو لم ينص على ذلك صراحة في العقد (3)؛ كما يمكن أن يمدد في زمن ضمان العيوب الخفية إلى أكثر من سنة من تسليم المبيع وهو الذي تقضي به المادة "383" من القانون المدني الجزائري في حكمها القاضي بالإسقاط بالتقادم في دعاوى ضمان العيوب الخفية و التي تستثنى من التمسك بالنسبة من قبل البائع المستعمل للغش في إخفاء العيب.

ثالثا: ضمان التعرض و الإستحقاق وفق ما جاء به القانون الجزائري

فإن المقصود به و فق ما جاءت به المادة "371" من القانون المدني الجزائري "على أن يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الإنتفاع بالمبيع كله، أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير

(1) - قرار المحكمة العليا رقم 202940 الصادر في 21-07-1999. المجلد القضائي، المحكمة العليا، الجزائر عدد 02، 2000، ص 88

(2) Terki noureddinne .la garantie dans les contrats de langue durée. Opcit. p 474.

(3) - محمود محمد سليمان الكيلاني. عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 242.

يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري، ويكون البائع مطالباً بالضمان، ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه".

باعتبار المشرع الجزائري لم يفرد قوانين خاصة تنظم عقود نقل المعارف الفنية أو نقل التكنولوجيا على اعتبار موضوع هذه الأخيرة الرئيسي هو المعارف الفنية بعناصرها المعنوية أساساً والمادية ثانويًا، يمكن الاستناد إلى هذه المادة لحماية المتلقي للمعرفة من أي تعرض يعيق الإنتفاع بهذه العناصر إنتفاع لهي و مستقر سواء ورد هذا التعرّض ماديًا أو قانونيًا كحالة تمكين الغير من براءة إختراع بعد التنازل عنها لطرف سبق ولّ مكّن من الحقوق المتعلقة بها في شكل ترخيص أو بتنازل كلي عنها لقاء مقابل معتبر من المال⁽¹⁾، وهذا تمامًا ما قام به المشرع المصري حين تنظيمه لنقل المعارف الفنية في قانون التجارة الجديد، بتطرقه لضمان هذا الإلتزام، فنظر إليه بمنظور إلتزام بتحقيق نتيجة محدّنة وهي نقل المعرفة الفنية بشكل هادئ ومستقر ونص صراحة على إلتزام المورد بالكشف عن أخطار إستخدام هذه المعارف في مرحلة المفاوضات إلى إمتداد زمني ما بعدها أي حين فلتند، علمًا أنّ من الأخطار التي تواجه المتلقي هو تعرّض المورد ماديًا أو قانونيًا وكذا تعرض الغير، أي حين ثبوت إستحقاق الغير للحقوق المنقولة للطرف المتلقي، و بناءً على ما تقدّم يصبح صحيحا القول بأنّ هناك صيغة للتعويض في هذا الباب تتمثل في رد الثمن السابق دفعه للمورد من طرف المتلقي فضلا عن جبر الضرر الذي يكون قد لحق به، على غرار نظام البراءات من خلال عقود الترخيص بالإستغلال الذي يكفل هذا الضمان⁽²⁾.

(1) - الأمر الجزائري 03-07 المتعلّق ببراءات الإختراع، مرجع سابق.
- د/ سنوسي خنيش، الأبعاد الإستراتيجية لإدارة حماية البيئة الدولية و الإقليمية، دراسة نقدية تأصيلية و فقا لمنظور الدول النامية، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية، كلية العلوم القانونية و السياسية بالجلفة، عدد جوان 2008، ص 13.
(2) - د/ محسن شفيق، نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 92.

الفرع الثالث نظرية الضمان و بعض صور نقل المعرفة الفنيّة :

حادثة ظهور مفهوم المعرفة الفنيّة على الساحة الإقتصادية ومنه إلى الساحة القانونية، جعل من بعض الأنظمة القانونية كالنظام الأمريكي يعتبرها قابلة للتملأ ك ، و عليه تصح بشأنها كافة المعاملات التي تصح بالنسبة للملكية، بينما نجد الفقه الفرنسي الذي لا يعتبر المعرفة الفنية ممّا يمكن تملكها باعتبارها حق معنوي يصح بشأنه الإنتفاع و الإستغلال دون باقي الحقوق و التصرفات التي تجوز بشأن الملكية، على هذين المفهومين إنعكاس فيما يخص الضمان لأنّ نظام هذا الأخير سوف يختلف إذما طبّقناه يختلف باختلاف الصور التي من الممكن أن تنتقل بها المعرفة الفنية خاصة في الوقت المعاصر الذي إبتعد عن الطرق الكلاسيكية لتحقيق التنمية و التي كانت تتمثل غالبا في الإستثمار المباشر⁽¹⁾.

وأصبحنا نتكلم عن أنماط عقود جديدة كالعقد الإلكتروني⁽²⁾ و عقود إنتاج المعلومات و الإمداد بها.⁽³⁾

كما أصبحنا نتكلم عن المشاريع المشتركة في الشكل التعاقدية كآلية قانونية جديدة مستخدمة لنقل المعارف الفنية خاصة بين أطراف متقاربة تكنولوجيا أو على نفس المستوى⁽⁴⁾. هذا فضلا عن عقود الأوفست أو الصفقات التبادلية بالشكل الحديث، أي مقايضة إستفادة المورد من صفقات الشراء الكبرى (كالمعدات العسكرية أو الطائرات)، بالتكنولوجيا و المعارف الفنيّة و فق إستراتيجية معتمدة من الطرف المتلقي للتكنولوجيا متمثلة في تنظيم حكومي لأجهزة برامج الأوفست ، في إطار مؤسسي لإستيراد التكنولوجيا و إرساء معايير لنقل هذه الأخيرة⁽⁵⁾، فانتشرت بذلك كثيرا تجارة الخدمات التي تضم تحتها الكثير من أنماط عقود نقل المعرفة الفنية تحت مبدأ حرية هذه التجارة و وفقا لإتفاقية منظمة التجارة العالمية⁽⁶⁾.

(1) - د/ غسان علي علي، الإستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية منازعاتها، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، كلية الحقوق، القاهرة، 2004، ص 30

-Mahfoud bouhacene. Opcit.p25.

(2) - د/ محمد عبيد الكعبي، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2009، ص 84 و ما بعدها.

(3) - د/ فتحي مصطفى بهلول ، مرجع سابق، ص 35.

(4) - د/ محمد فلاح بخيت، مرجع سابق، ص 18.

(5) - كامل أبو صقر، العولمة التجارية و الإدارية و القانونية، دار الوسام ببيروت، ص 380.

(6) - د/ حمودة فتحي حمودة سيد، مرجع سابق، ص 54.

وفي سبيل تحقيق تلك المبادلات و الأنشطة تعاظم دور عقود الإمتياز التجاري في نقل هذه المعارف الفنيّة (1).

بالإضافة إلى ذلك نجد أنّ عقود الترخيص و عقود المساعدات الفنيّة، والبحث أصبحت بمتطلبات جديدة تماشياً مع العصر و تطوراته (2).

كُل هذه الصور لنقل المعارف الفنية و غيرها تجعل من الأخذ بفكرة الضمان ومدى الإلتزام به يتغير تشديداً و تخفيفاً وإن كان في أصله نظام موحد بخصوصيته و مبادئه المذكورة قبلاً. نذكر بأنّ هناك نوعين من الضمان: ضمان قانوني أي ينص عليه القانون و يضبط أحكامه من محتوى و آجال و آثار.

وهذه الأحكام هي التي تطبق إختصاص حكم العلاقة القانونية القائمة بين أطراف عقد نقل المعرفة الفنيّة.

أما نوع الضمان الثاني هو إتفاقي لأنّ القانون يجيز الخروج عن أحكام الضمان فيما إذا لم تتعلق بنظام العام، هذا من جهة و من جهة ثانية نذكر بأنّ العقود على أنواع و صور قد يتغير فيها الضمان من نوع لآخر من العقود على سبيل المثال " نجد ضمان العيوب الخفيّة و ضمان التعرض و الإستحقاق من الضمانات الشائعة في عقد البيع".

بالرجوع لعقود نقل المعرفة الفنيّة و بالنظر لحدائتها أيضاً نجد إختلافات فقهية كبيرة حول نظامها القانوني فالكثير من يعتبرها عقود ذات طبيعة خاصة، لكن نجد فئات من الفقهاء يدرجون كل صنف من عقود نقل المعرفة الفنية ضمن قالب من القوالب أو نظام من النظم التقليدية المتعارف عليها و على سبيل المثال، يرى الكثير أن التنازل عن براءة إختراع، تنازل عن ملكيّة ، و منه لا يمكننا إلاّ إعتباره بيعاً (3)، لأنه ينشأ للمتنازل له عن ملكية البراءة حق إستثنائي عليها.

(1) - د/ ياسر سامي القرني، دور عقود الإمتياز التجاري في نقل المعرفة الفنيّة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، القاهرة كلية الحقوق، 2005، ص12.

(2) - كامل أبو صقر، مرجع سابق، ص 427.

(3) - درويش عبد الله درويش إبراهيم، شرط الجدة في الإختراعات و فقا لإتفاقيه باريس و مدى ملائمته لآدول النامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1992، ص276.

كما يرى الكثير أن عقد الترخيص بأنواعه كالترخيص الصناعي⁽¹⁾ ماهو في حقيقة الأمر سوى عقد إيجار لأنه ينشأ للمرخص له حق إستغلال محل أو موضوع العقد- و الذي يكون عادة براءة إختراع-لمدّة معينة من الزمن، كما يرى الكثير أن عقود المساعدة الفنية و التدريب و البحث ليست أكثر من كونها عقود مقاولّة أو كما يراها الفقه الفرنسي من كونها إجارة عمل، وإن عقود تسليم المنتج في اليد أو عقود تسليم المفتاح⁽²⁾ ماهي إلاّ عقود مركبة و مزيج من العقود السابقة.

على ضوء ماتقدّم يمكن للأطراف في كل نوع من أنواع هذه العقود الناقلة للمعرفة الفنية أن تُطبق عليهم أحكام الضمان القانوني لسارية على العقود الكلاسيكية، كما يمكنهم التشديد أو التخفيف من هذه الأحكام وفق ما يسمح لهم به القانون، فيبقى بيد المتعاقد المتلقي للمعرفة الفنية سلاح الأحكام العقدية بناء على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين أن يدرج من الشروط ما يسمح له بتحقيق الضمان الكافي لإتمام عملية النقل هذه بنجاحة.

و في ذات الإطار أي إطار تحقيق أكبر قدر من الضمان، يمكن أن يضع المتلقي على كاهل الطرف المورد الإلتزام بضمان أداءه على أكمل وجه، خاصة في غياب نصوص قانونية خاصة،"حيث الخاص يقيد العام"، تتكفل بتنظيم عملية النقل التكنولوجي و المعارفي....كما فعلت دول الأندلسن بأمرىكا الجنوبية، حيثكّنت لتضع ميثاق أدّى فيما بعد إلى تّبذّيه كقوانين وطنية داخل قطر كل دولة من الدول الموقعة و المصادقة على ذلك الميثاق، أو كما فعلت بعض الدول العربية كمصر بقانون التجارة رقم 17 عام 1999 ، هذه القوانين و غيرها كفلت تحقيق ضمانات للمتلقى بقوى متفاوتة. فعلى المتعاقد الذي يطمح في تدارك عجلة التنمية في غياب هذه الأحكام أن يضمن عقده بما يكفل ليس فحسب الضمانات المتمثلة في العيوب الخفيّة و الإستحقاق و التعرّض، بل أكثر من ذلك أن ينص صراحة على ضمان تحقيق النتيجة⁽³⁾ لأن السكوت على ذلك قد يؤوّل على أن المراد هو بذل عناية، وبهذا يتفادى الطرف المتلقي إحتمال الوقوع في الجدل الفقهي القائم بشأن الضمان و المتمثل

(1) - د/ إبراهيم حمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 31.

(2) - د/ محسن شفيق، عقد تسليم مفتاح، نموذج من عقود التنمية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ، ص 8.

(3) Demogue traité des obligations . librairie paris.1925.p10

هو أول من قسم الإلتزامات إلى إلتزامات بنتيجة و أخرى بوسيلة حيث البحث في نطاق المسؤولية العقدية، حيث وضع ديموج طائفة منالإلتزامات بشكل مستقل عن الباقي لها نظامها الخاص في الإثبات وأكد أنه أينما كانت النتيجة المرجوة من الإلتزام مندمجة في موضوعه إكتفى الدائن إثبات عدم تحقيق النتيجة و لا يتملص المدين من إلتزامه حينئذ إلاّ بإثبات السبب الأجنبي أو القوة القاهرة، في الحالة الأخرى لما لاتندمج النتيجة بموضوع الإلتزام تعين على الدائن إثبات تقصير المدين في بذل مسعاه للمطلوب أو خطاه في بذل المجهود المطلوب، و المدين في هذه الحالة يتملص من إلتزامه بإثبات بذل عناية.

الرأي الأول:

مدى إمكانية إدراج الإلتزام بالضمان ضمن التقسيم السائد للإلتزامات (الإلتزام ببذل عناية و الإلتزام بتحقيق نتيجة)، و منه إذا أعتبر من الإلتزامات بتحقيق نتيجة يمكن إخضاعه لقواعد الإثبات التي تخضع لها الإلتزامات بنتيجة⁽¹⁾، أمّا إذا أعتبر من الإلتزامات ببذل عناية يخضع حينذاك لقواعد الإثبات التي تخضع لها الإلتزامات ببذل عناية، أم يمكن إعتباره وفق النظرة القائلة" بأن الإلتزام بالضمان لا يدخل في نطاق التقسيم العادي الثنائي بل إعتباره خاضع لنظام خاص ، و إعتباره بالتالي نوع ثالث من الإلتزامات يأتي إلى جانب التقسيم الثنائي"⁽²⁾.

وعليه وفق هذه النظرة الأخيرة قد يبلغ التشديد في الضمان ذروته ، آخذاً بفكرة "ضمان التبعة"، حيث المسؤولية دون خطأ، في حين أنّ الملتزم بتحقيق نتيجة قد يدفع بالسبب الأجنبي إذا لم تقترن مع فكرة ضمان التبعة⁽³⁾.

الرأي الثاني :

وهو "مدى إمكانية إعتبار الإلتزامات الملقاة على عاتق مورّد المعرفة الفنية في أنماط العقود الناقلة للمعارف الفنية بالنظر لخصائصها و الظروف الإقتصادية المحيطة بها من قبيل الإلتزامات بتحقيق نتيجة دون الحاجة للنص على ذلك صراحة بالعقد".

فلو إتّجهنا إلى إرادة المجتمع الدولي و لو ظاهرياً نجدها في المحافل الدولية تبدي رغبة في التّوجه إلى مساعدة الدول المتخلفة أو على الأقل السلطنة في طريق التّموّل إلى اللّحاق بالركب التّكنولوجي العالمي، ويكون لنا من هذا المنطق السياسي إعتبار الإلتزام الملقى على مورّد المعارف الفنية هو إلتزام بتحقيق نتيجة، وهذا المبدأ هو الذي نجده متبنّى من طرف كل الفقهاء و كتب

(1) - د/ أنس السيد عطية مرجع سابق ص 522: يأتي على رأس هذا الإتجاه الفقيه Larivière

Larivière. *essai sur la théorie générale de la garantie en matière de transfert de droit*. thèse paris 1944

ويؤيد هذا الرأي أيضا الفقيه moral وكذا Starck.

(2) - يرى فريق من الفقهاء الفرنسيين، أن الإلتزام بنتيجة لا تبعده حتى القوة القاهرة، و أن هناك تدرّج في الإلتزامات ، وأن للضمان خصوصية عن التقسيم الثنائي للإلتزامات .

(3) - د/ أنس السيد عطية، ذات المرجع أعلاه، ص 547.

القانون و الإقتصاد المنتمون إلى الدول النامية ، يأتي هؤلاء على عكس مذهب الغربيين ورأي أصحاب الشركات المتعددة الجنسيات الساعون إلى تعزيز موقفهم الإحتكاري و منه لإعتبار إلتزام المورد إلتزام ببذل عناية إذا لم يقض النص العقدي بخلاف ذلك.

أما على الصعيد التشريعي الوطني فتم النص على الإلتزام بعناية و الإلتزام بتحقيق نتيجة حين التطرق لآثار الإلتزام⁽¹⁾، ومقتضى أحكام تشريعنا الوطني و بفرض عدم النص صراحة على الإلتزام بتحقيق نتيجة صراحة في عقد نقل المعرفة الفنية، نستطيع الإستناد على القواعد العامة في القانون المدني الجزائري، إذ تعلق الأمر بصفقة أو عملية أحد أطرافها جزائريا ، وكان القانون الوطني الجزائري هو المطبق، وهو نص المادة 107 حيث تقضي : "يجب تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه بحسن نية ، و لا يقتصر العقد على إلتزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته و فقا للقانون والعرف و العدالة، بحسب طبيعة الإلتزام" .

فعقد نقل المعرفة الفنية⁽²⁾ لا يفترض فيه قصر عمل المورد على إستعمال الوسائل الضرورية التي نص عليها العقد بل عليه أن يضمن الحصول على نفس النتائج التي تم التوصل إليها في منشأته أو مشروعه، على المورد إذن أن يضمن و فقا لإلتزامه و لمستلزمات العقد: مطابقة المعرفة الفنية لكل المواصفات و المعلومات و التصميمات و الرسومات و الوثائق المتفق عليها، بل أكثر من ذلك عليه أن يجعلها ملائمة لظروف الدولة المتلقية (مراعيًا بذلك عامل الطبيعة مثلا، و عامل الفنيين

فالنص الصريح و فق شروط تعاقدية صريحة واضحة لا سيما فيما يتعلق بتحقيق غاية بالنسبة للنظام الجزائري وفي غياب قوانين خاصة كتلك المتعلقة بالبراءة⁽³⁾، أو الإستثمار يغني الطرف المتلقي عن تمسك الطرف المورد مثلا بنص

(1) - المواد من 172-176 من القانون المدني الجزائري .مرجع سابق.

- المواد من 1137 إلى 1147 من القانون المدني المصري.

(2) - يوسف خليل عبد الهادي الأكياني، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا . مرجع سابق . ص 195. "حيث يعتبر هذه العقود من عقود التنمية إلى جانب مجموعة كبيرة من الفقه العربي".

(3) - الأمر الجزائري 03-07 المتعلق ببراءات الإختراع، مرجع سابق.

لمادة 107: حيث تنص في الفقرة الثانية على "غير أنه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامّة لم يكن في الوسع توقعها تروّيب على حدوثها أن يُنفذَ الإلتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك".

يشترط القانون هنا أن تكون الظروف عامة ، إستثنائية غير متوقعة ، على هذا : على المتلقي إطلاع المورد بأهم الظروف المحيطة بتنفيذ المشروع، لكي لا يتمسك الطرف الآخر بعدم التوقع مثلا⁽¹⁾، خاصة وأن الشكّ يؤول لمصلحة المدين وفق نص المادة "112" من القانون المدني الجزائري في حالة ما إذا كانت عبارة النص غير واضحة وكان هناك مجال للتأويل الذي يجب البحث فيه و وفق المادة "111" من القانون المدني الجزائري⁽²⁾ ، وهو مبني على الأخذ النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الإستهزاء في ذلك بطبيعة التعامل و بما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين و فقا للعرف الجاري في المعاملات.

يبقى في آخر المطاف سلاح الشروط العقديّة هو الأهم على الإطلاق لتشديد الضمان المتجسّد في الإلتزام من فئة تحقيق نتيجة بشكل صريح بالعقد، و إن كان هذا الأمر ليس بالهَيِّـن بالنظر للمصالح المتضاربة و لقوة التفاوض الموجودة لدى الطرف المورد التي تمكنه من إدراج شروط غاية في التحقيق.

بعد أن تعرّضنا لتوضيح الإلتزامات الواقعة على عاتق مورّد المعرفة الفنية الذي هو في الغالب متمثل في شركة متعدّدة الجنسيات و إعتبرنا أنه على رأس هذه الإلتزامات نقل كل عناصر المعرفة الفنية مع توفير ضمان كافي للطرف المتلقي ننتقل إلى إلتزامات هذا الأخير محاولين إبراز النتائج التنموية المنجّرة عن هذه الإلتزامات.

(1) - د/ توفيق فرج، مرجع سابق، ص 221: وفيه بيّن الكاتب شروط الحوادث الاستثنائية و العمومية، كالحرب و الفيضانات (عكس المرض و الإفلاس المعتبر حادث خاص) فضلا عن شرط عدم التوقع و عدم إمكان دفعه (عكس حالة زيادة الأسعار في حالة الحرب التي من الممكن توقعها).

(2) تعديل القانون المدني الجزائري، رقم 10-05، مرجع سابق.

المبحث الثاني إلتزامات متلقي المعرفة الفنيّة

إذا كانت أهم إلتزامات مورّد المعرفة الفنيّة تتمثل في نقل كافة عناصر المعرفة الفنيّة و شمولها بالضمان، إضافة إلى الكشف عن أخطار إستخدام المعرفة الفنيّة و تقديم قطع الخيار للطرف المتلقي، و إذا كانت لهذه الإلتزامات آثار على تنمية الطرف المتلقية في مثل هذا النوع من العقود، فإنّ هذه الآثار لا يخلو وجودها في الإلتزامات الواقعة على عاتق الأطراف المتلقية من الدول النامية لا سيما منها ما يتعلّق بدفع مقابل نقل المعرفة الفنيّة و لإبراز هذه الآثار يتعيّن علينا توضيح مضمون إلتزامات متلقي المعرفة الفنيّة و ماله من تداعيات إقتصادية و تكنولوجية وفق التسلسل الموالي بالمطالب التالية:

المطلب الأول: إلتزام المتلقي بدفع مقابل نقل المعرفة الفنيّة.

المطلب الثاني: إلتزام المتلقي بإطلاع المورد على أحكام قانونه الوطني.

المطلب الثالث: إلتزام المتلقي بتسليم المعرفة الفنيّة و المحافظة على جودة الإنتاج.

المطلب الأول: إلتزام المتلقي بدفع مقابل نقل المعرفة الفنيّة.

يقع على عاتق متلقي المعرفة الفنيّة إلتزاما جوهريا يمثل في الواقع غاية و سبب نقل المورد لها بالدرجة الأولى، و هو "المقابل"، و رأينا في هذا المطلب أنّه من المناسب بعد التعريف بمضمون هذا المقابل و مشاكل تحديده التركيز على إستراتيجية مهمّة في التعامل في هذا الميدان إتبعتها بعض الدول كأسلوب دفع مقابل للمعارف الفنيّة المتلقاة، ألا و هي الأوفست، لذا رأينا أنه من الضروري تقسيم هذا المطلب إلى الفروع التالية:

الفرع الأول: التعريف بمقابل المعرفة الفنيّة.

الفرع الثاني: إستراتيجية الأوفست.

الفرع الثالث: مجالات الأوفست

الفرع الرابع: الشكل القانوني للأوفست.

الفرع الخامس: مشكلات المقايضة.

و فيما يلي نحاول التفصيل في كل نقطة من النقاط المثارة أعلاه و المتعلقة بإلتزام متلقي المعرفة الفنيّة بدفع مقابل لها، مبرزين كما جرت العادة في باقي هذه الرسالة تأثير ذلك على تنمية الدول المتلقية للمعارف الفنيّة

الفرع الأول: التعريف بمقاب المعرفة الفنية

يمثل المقابل عصب إتفاق نقل المعرفة الفنية، ويحل محل الإلتزام الأوّل للمتلقى، فالمقابل ركن من أركان العقد، ويدخل في تعريفه و لا يعتبر بالتالي العقد نافذا بدونه، و إذا كان الإنتفاع بإستغلال المعرفة الفنيّة بدون مقابل، فقد العقد ركنا أساسيا من أركان نفاذه، ذلك أنّ تحديد المقابل النقدي لعقد لمعرفة الفنيّة من المسائل الجوهرية، فضلا عمّا يحمّله من أبلغ الأثر في تحديد الطبيعة القانونية للعقد⁽¹⁾ والمقابل هو ثمن المعرفة الفنيّة التي يحصل عليها المتلقي من المورد ولا يوجد إتفاق على التسمية التي تطلق على هذا المقابل، فقد أطلق عليه مصطلحات عديدة ، فهو أحيانا السعر، الثمن أو التعويض، أو الأجر أو الأتعاب أو العوائد أو التكلفة، و يطلق عليه أيضا الدخل أو الإيراد أو المصاريف أو العمولة أو الأتاوة⁽²⁾.

و عملية تحديد هذا المقابل تشكل مشكلة و حساسية كبيرة بالنسبة للطرفين منذ مرحلة المفاوضات ، لأنّه تدخل فيها إعتبرات كثيرة بالنسبة للطرفين على السواء⁽³⁾، لأن المورد يضع إعتبرات عديدة في تحديد المقابل أهمها:

- مدى الحاجة إلى المعرفة الفنية ومدى وجود بديل لها.
- مدى التقدم العلمي و التكنولوجي المنتظر في هذا الميدان، ومدى المنفعة التي ستعود على المتلقي.
- أما الطرف المتلقي عادة ما يقارن بين ما سوف يدفعه، ومقدار ما سيعود عليه من نفع، كما أنّه يقارن بين المعرفة الفنية التي هي مطروحة لديه، و المعارف البديلة المقترحة ، و كذا ينظر إلى النتائج المستقاة من وراء إستغلاله، ومدى مساهمتها في تنمية الإقتصاد ببلده ومقدار تلك المساهمة، والمدّة التي تستغرقها عملية النقل في تظهر النتائج⁽⁴⁾.

إلتزام المتلقي بالمقابل يطلق عليه بعض الكتاب عبارة " إلتزام المتلقي بضمان الوفاء"⁽⁵⁾، وقد ترد هذه العبارة بنفس الصيغة في بعض العقود، ويكون ذلك للتشديد في الإلتزام الملقى على المتلقي، أما عن نوع الدفع فقد يكون نقدا أو عينا أو مقايضة.

(1) - إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 196.

(2) - السيد مصطفى أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 461.

-Brust.JJ brevet et licence. Leurs rapport juridique dans les contrat de licence. édition litec Paris .p 17.

(3) - محمد إقولي، مرجع سابق، ص 162.

(4) - السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع أعلاه، ص 461.

(5) - أحمد بن غازي، مرجع سابق، ص 52.

يأتي المُشرع المصري في المادة 82 من قانون التجارة(1999) ليعطينا صوراً من هذا الأداء (1) الذي قد يرد بعقود نقل المعرفة الفنية:

- حيث تجيز المادة أن يكون المقابل مبلغاً إجمالياً .
- كما يجوز أن يكون المقابل نصيباً من رأسمال المستثمر في تشغيل المعرفة الفنية، أو نصيباً من عائد هذا التشغيل، وقد يتكون المقابل في جزء من مبلغ إجمالي و جزء آخر في صورة فوائد بنسبة معينة من ثمن المبيعات.

ما قد يكون المقابل كمية معينة من السلعة التي تستخدم التكنولوجيا في إنتاجها، أو مادة أولية ينتجها المستورد و يتعهد بتصديرها إلى المورد، و يعد الدفع النقدي أكثر الأنواع إنتشاراً بحيث يحدد العقد مقداره و طريقه و مكان الوفاء به، و عادة ما يكون مقترناً بالضمان البنكي (2).

كما سبق الذكر، قد يكون في صورة دفع إجمالي أو في صورة إتاوة دورية. بالنسبة للمبلغ الإجمالي بدفعة واحدة قد يحقق مزايا و مساوئ لكل من الطرفين على حد سواء على نحو:

أن يكون للمتلقي حرية كاملة في إستغلال المعارف الفنية المتلقاة من ناحية تفادي التغيرات الصرفية للعملة، و مالها من نتائج قد تكون سلبية من جهة، و من جهة ثانية تكون له حرية من حيث عدم التعرض لأي رقابة، كما أن الدفع الإجمالي يُمكنه من تنظيم كل الحسابات المالية لديه.

يأتي هذا على عكس الدفع بأتاوت دورية التي قد تحسب بنسب ناتج إستعمال المعرفة الفنية

(1) - د/ مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 237.

(2) - أحمد بن غازي، مرجع سابق، ص 54.

-Hanri Bonnet. Dominique berthet. **Les institution financiers internationale**. Edition Bouchenne. Alger. 1993.p7.

-Parmis les réglementations de changes et du commerce extérieur en Algerie :

reglement 91 – 12: Relative à la domiciliation des inportations.

- instruction 94 – 20: De la Banque d'Algerie fixant les condition des operations d'inportations (modifié en 1995) .

-Reglement 91- 13 Rlatif à la domiciliation et au reglement financier des exporations en hydrocarbures.

www.joradp.dz/hfr/index.htm

- مايكل باليزر المؤسسات النقدية و المالية و دورها في نمو الإقتصاد العربي و العالمي،التحديات الاقتصادية للعالم العربي في مواجهة التكتلات الدولية. مركز الدراسات العربي الأوروبي باريس ، أعمال المؤتمر الدولي الثالث ،دبي 1995، ص 257.

مؤسسا على حجم المبيعات أي بعد عملية بيع المنتج⁽¹⁾، وقد يكون الدفع الدوري بمبالغ بعيدا عن هذه النسبة، أي بغض النظر عما إذا كانت المعرفة الفنية سوف تُدرُّ أرباحا أم لا، على هذه الشاكلة الأخيرة أي بالدفع الدوري تكون العلاقة بحجم الإنتاج و المبيعات و الأرباح⁽²⁾. أما بالنسبة للطرف المورد ففقد يجد بالمقابل إذا دفع المبلغ كليًا سلبيات لأنه قد يتفاجئ بأن نتائج المعرفة الفنية و ما تُدره من أرباح على المتلقي أكثر بنسبة كبيرة من المبلغ المقدر سلفا، و بالمقابل حصوله على المبلغ دفعة واحدة يُمكنه من إستغلاله و توظيفه في مشروع تجاري جديد أو في البحث العلمي، كما يفيد ذلك في تفادي تماطل المتلقي في عملية الدفع خاصة إذا لم يرد في العقد صراحة بالنسبة للدفع الدوري تحديد واضح للسعر المقصود أي السعر السائد في السوق الداخلية أو الدولية، أو لم يرد تحديد واضح للسلعة التي من شأنها إسقاط الثمن عليها⁽³⁾، وقد يكون المقابل بتحديد كمية الذهب مقابلة للمعرفة الفنية في مكان النقد.

أما إذا إتفق الطرفان على أن تكون المعاملة في شكل عقد مقايضة فقد يكون في شكل تبادل معرفتية بسلعة أو معرفة فنية بمشروع يمدُّه المتلقي للمورد في شكل ما يسمى بالأوفست⁽⁴⁾ على أن يشترط فيها المتلقي تحقيقا لما يصبوا إليه من نمو الإستمرارية في الزمن أي من 08 إلى 10 سنوات على الأقل، وأن لا يؤدي جرد صفقة الأوفست الزيادة في سعر الخدمات و السلع المقدمة، ولأ لا يتطلَّب ذلك أي إستثمار مباشر أو غير مباشر من الحكومة، وأن تكون التكنولوجيا المستخدمة متقدمة، وأن يكون المشروع الناقل للمعارف الفنية مُتسم بالجدة بالنسبة للسوق الوطنية للمتلقي، وأخيرا أن يساعده المتلقي في الإعتماد على الذات.

(1) - يوسف عبد الهادي خليل الأكياني، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 201.

(2) Magnin Francois. Opcit. p 320.

(3) - يوسف عبد الهادي خليل الأكياني، مرجع سابق، ص 203.

(4) - كامل أبو صقر. ، مرجع سابق، ص 363 .

لقد لّت مشاريع الأوفست إلى نتائج جدّ إيجابية في الإمارات المتّحدة لأتّها تمّت وفق إستراتيجية معينة وفي مجالات معينة (1)، أمّا فيما يخص:

الفرع الثاني: إستراتيجية الأوفست:

يمكن معرفة إستراتيجية الأوفست و مجالاته من خلال الغايات و الأهداف التي تمّ من أجلها تبني هذا النظام و إقراره، و هذه الأهداف هي :

- خلق عمل لمواطني الدولة المتلقية.

- الحصول على التكنولوجيا المناسبة من المصادر الأجنبية و بأسعار معقولة، أو بدون تكلفة لإستخدامها في الصناعة المحلية.

- خلق مناخ إقتصادي يفضي إلى تنمية إقتصادية حقيقية (2) .

قد تكون هذه أهداف جميع الدول المتلقية، أما بالنسبة لدول الإمارات العربية المتّحدة، فإنّ لها خصوصية، فهي دولة حديثة نسبياً، وتحسن إقتصادها كثيراً بفضل صادرات النفط، وهي بحق لا تعد من الدول الفقيرة، بل من الدول الغنية بكل المقاييس، وإن كانت تُصدّف مع دول العالم الثالث، إلا أنّ إقتصادها قد تطور بسرعة، وأصبح هناك تنوع لمصادر الدخل، وذلك بتقدم مجالات التجارة و التصنيع و السياحة، بحيث أصبحت هذه المجالات مصادر للدخل و بقاء الموارد البشرية غير مؤهلة لممارسة التقنية، ومعظم العمالة المدرّبة و غير المدرّبة عمالة غير مواطنة.

ومن هنا، فإنّ الإستفادة من صفقات الشراء للمعدات العسكرية عن طريق مقايضتها بالتكنولوجيا يخلق فرصاً أخرى، و لكّنها ليست فرص عمل لمواطني الدولة، بل فرص إستثمار و مشاركة، فقوانين الدولة تشترط أن تكون نسبة مساهمة المواطنين كحد أدنى 51% من أي مشروع إستثماري أو صناعي، وحتى بالنسبة للنشاطات الأخرى، فأى شكل من أشكال الشركات التي تؤسس بالدولة، المسموح من خلالها للأجانب أن يدخلوا شركاء فيها، و يجب أن لا تزيد حصتهم أو مساهمتهم عن 39% و الأوفست أو "الصفقات التبادلية" التي يشترط على الشركة الأجنبية تحضيرها، تحتاج هذه الشركة

(1) - كامل أبو صقر، مرجع سابق، ص 380.

(2) - د/خاتم تميم دراسة حول التكامل الإقتصادي العربي، الجهود التّحدّيات الأفاق، الملتقى العلمي الدّولي الثاني حول التكامل الإقتصادي العربي، جامعة الأغواط، 17 أفريل 2007، ص 1 وما بعدها.

لتنفيذ هذه الصفقة إلى شكل معين أو تنظيم قانوني معين، كشركة محدودة المسؤولية أو مشاركة بمشروع مشترك، وهو ما يعني إدخال أحد مواطني الدولة بهذه المشاركة، والتي سيستفيد فيها بالتأكيد المواطن من الأجنبي، إذا ما تمّ تنفيذ الأوفست حسب البرنامج المرسوم له، ولاننسى أن هناك متابعة وتقارير من قبل جهة معينة تُعينها الحكومة، ونستطيع القول أنّ أهمية برنامج الأوفست تنبع من كونه رسم سياسية تكنولوجية، و رسم الإجراء لتنفيذها، أو الآلية اللازمة لتنفيذ هذه السياسة.

بتحليل هذه السياسة كما وردت بنظام الأوفست الإماراتية، ونلاحظ أنّ هذه السياسة قد تميزت بما يلي:
أ- التنظيم الحكومي لأجهزة برامج الأوفست: وذلك بعمل لجان مختصة للإشراف على هذه البرامج وتقييمها، ورفع التوصيات بشأنها، ثم اللجان الفنية و اللجان المالية، وقد بدأ تطبيق ذلك على مشتريات القوات المسلحة، التي قامت بتشكيل لجان معينة من ضمنها لجنة الدفاع.

ب- الإطار المؤسسي لإستيراد التكنولوجيا:

وهذا نابع من التنظيم الحكومي، فعملية إستيراد التكنولوجيا مكلفة وباهظة، وبالتالي ربط عملية الشراء بالأوفست في مجالات معينة، ووضع جهات مسؤولة لمراقبة عروض الأوفست و متابعتها، لتقييمها فيما بعد، وذلك كجهاز مجموعة الإمارات لبرامج المبادلة، وهو ما يعني خلق جهة أو وكالة حكومية ذات كفاءة عالية، تضطلع بتنظيم السياسة التكنولوجية و تنفيذها، سياسة ذات علاقة بإستيراد التكنولوجيا، المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية.

ج- إرساء أو محاولة إرساء قواعد و معايير لنقل التكنولوجيا:

وهذا واضح من خلال تعريف البرنامج للتكنولوجيا و معيار العمل الجديد أو الجدة، و المعيار الدفاعي بالنسبة للقوات المسلحة، وهو ما يعني وضع ضوابط معينة، وذلك من أجل أن تكون التكنولوجيا في مستوى جيد، ومساو لتكنولوجيا البضائع المستوردة على الأقل، و أن تكون التكنولوجيا متوفرة بالسوق الداخلية، وكذلك الأمر بالنسبة للجدة، و بالنسبة لتأسيس عمليات البحث و التصميم و التطوير.

د- مصدر ترويج و تشجيع لإدارة التكنولوجيا و نقلها:

إن عملية الأوفست بحد ذاتها، عملية تجبر الشركة الموردة على القيام بالبحث بالأسواق المحلية عن

(1) كامل أبو صقر، مرجع سابق، ص 381.

مجالات الأوفست، وتقوم هذه الشركات باستخدام موظفيها لجمع المعلومات و البحث عن النشاطات، وعن الشركاء و عمل دراسات الجدوى ، وهذا بحد ذاته ترويج غير مباشر لإستيراد التكنولوجيا و نقلها، وحافز و مشجع لأي شريك مواطن يرغب بمشاركة الطرف الأجنبي بالمشروع الصناعي، و حتى يقوم بالمساهمة ماليًا ، عندما يعرف أنّ الشريك الأجنبي قادم ومعه نقود و نسبة معينة من ثمن الشراء، و معه الدراية العملية و التكنولوجيا، و هي بالعادة تكون بملايين الدولارات، و هذا يشجع المواطن على أن يدفع حصته ماليًا و يستثمر داخل دولته، و يكتسب مع الوقت الدّراية العملية و التقنيّة، ويستفيد من خبرة شريكه الأجنبي ومما يدخله من تدريب و تطوير التكنولوجيا، وبهذا النظام تم الحد من نظام الشريك المواطن الوهمي، الذي يملك 51% خوله كشريك، إما مَبْلَغًا مقطوعًا أو نسبة معينة، ولا يعرف موظفي الشركة أو كيف تُدار تلك الشركة.

الفرع الثالث: مجالات الأوفست:

أ- نقل التكنولوجيا⁽¹⁾ :

لاشك أن أول و أهم مجال من مجالات صفقات المبادلة نقل و حيازة التكنولوجيا، وقد وضح ذلك النظام المتعلق بالأوفست، حيث نص على أنه يمكن تطبيق صفقات المبادلة على عملية نقل التكنولوجيا إلى المؤسسات الإماراتية، بشرط أن تكون وفق المعيار الوارد ذكره في وهي تكنولوجيا رفيعة المستوى، و مساوية على الأقل لمستوى التكنولوجيا المستخدمة في البضائع المستوردة، وتكون التكنولوجيا المقدّمة متوافرة لدى الشركات الفردية المحلية أو المؤسسات التي تدعمها، و لكن يجوز أن تتضمن التكنولوجيا المتقدمة، تحديثًا أو تطويرًا لتكنولوجيا معروفة ومطبقة هذا إضافة إلى أنّ التكنولوجيا يجب أن لا تكون من ضمن عقد الشراء ، و أن يكون هناك إتفاق حول ملكية أو عدم ملكية التكنولوجيا و حقوق الملكية، بمعنى أن يكون هناك عقد توريد و بيع للتكنولوجيا و حقوق الملكية، والبرامج و المعلومات الفنيّة، أو بأن يكون هناك عقد ترخيص بإستعمالها.

(1) كامل أبو صقر، مرجع سابق ،ص 382.

ب-التدريب: هو المجال الثاني الذي يجب أن يكون مرتبطاً بعملية البحث و التطوير و الإنتاج ، ويستثنى من ذلك إدارة شؤون الموظفين، ودعم المنتجات ، حيث أنّ هذه الأمور معروفة ولا تحتاج إلى تدريب و لعدم

إتصالها بعملية البحث و التطوير.

ت -البحث و التطوير:

يشترط أن يكون مع شركات محلية أو فروعها، أو المؤسسات الحكومية الصناعية و المختبرات، و تشمل عمليات البحث و التطوير على تقديم المنتج و المعدات و المعرفة الفنية و الطاقات البشرية.

ث- شراء المنتجات و الخدمات الإماراتية:

وهذه تقبل كجزء من "صفقة الأوفست" فإذا كان هناك منتجات مصنّعة محلياً، ومُعدّة للتصدير، أو للإستخدام المحلي في الأوفست، فيجب شراءها، وتُقبل كجزء من الأوفست، وذلك لتنشيط الحركة وخلق علاقات خلفية⁽¹⁾.

ج- التسويق العالمي⁽²⁾:

وهذا المجال أيضاً مهم، لأنّ المنتجات المحلية، سواءً كانت من الأوفست أو غيرها، تحتاج إلى السوق أو حصة من السوق العالمية، ونحن نعرف أنّ هناك قيوداً على الأسواق و حواجز كثيرة، ولكن قد يكون لدى الشريك الأجنبي و سائله الخاصة التي يتمكن من خلالها من تسويق المنتجات المحلية، وبالتالي فالتسويق العالمي قد يكون مجالاً جيداً لمنتجات " الأوفست"، أو لمنتجات أخرى مصنّعة محلياً.

هناك مجالات أخرى كالتجميع و إنتاج القطع أو قيام مشاريع مشتركة، يخصص فيها للشريك المحلي دور في عمليات التصاميم و تطوير مراحل الإنتاج، وكذلك تكون الهبات و المنح مجالاً للأوفست، ضمن شروط معينة لدعمها للتطوير و البحث، وأن تكون خالية من قيود أو شروط، و إذا كانت الهبة حزمة تكنولوجية، فيجب أن تكون ضمن المعيار و الشروط الواجب توافرها بالتكنولوجيا، وكذلك قد تكون المعدات و السلع أو الإنتاج، أو الصيانة للمشاريع الجديدة مجالاً للأوفست.

و يلاحظ على هذه المجالات أنّها قد جاءت متنوّعة نسبياً، ما بين النشاطات العملية و البحثية و التكنولوجية و التسويقية، التي يجب أن يوفرها المورد أو أن يقوم بها و هو طرف أجنبي.

(1) - كامل أبو صقر، مرجع سابق ،ص 383.

(2) - د/أحمد فرّاس العوران، التكامل الإقتصادي العربي، الجهود التّحدّيات الآفاق، الملتقى العلمي الدولي الثاني حول التكامل الإقتصادي العربي، جامعة الأغواط، 17 أفريل 2007، ص 11 وما بعدها.

المُتأمل بأنظمة برنامج الأوفست الإماراتي، يلاحظ مدى فقدانها لمشاركة النشاط التكنولوجي و الإبداع الوطني، يجب أن يَسير جَنبا إلى جَنب مع الشريك الأجنبي، من لحظة البدء في الإعداد لصفقات الأوفست، وذلك يفهم- و لا نقول يتعلم- جميع الخطوات الفنية و كيفية رسم السياسات، و جمع المعلومات، ومناقشة العروض و وضعها في أطر عملية معينة، حتى يستطيع أن يكون شريكا متساويا مع الشريك الأجنبي عند قيام و تأسيس المشروع الناتج عن الأوفست، سواءً كان من الناحية المعرفية و المعلوماتية و الفنية، أو كان بالنسبة لأسلوب التشغيل و الإدارة و التحكم بالمشروع، و المقصود هو خلو هذا البرنامج من مشاركة الطرف الوطني ممثلا بالمستثمرين المواطنين أو الموظفين، من المصاحبة و المشاركة بالمرحلة الأولى التخطيطية للمشروع، ومن ثم مرحلة التصميم و ما يتبعها من جمع المعلومات، ثم مرحلة تنفيذ المشروع ثم الإدارة، وقد يكون هذا الفقدان لمشاركة العنصر الوطني، راجعا إلى قلة الموارد البشرية و عدد السكان للدولة، ولكن هذا ليس عذرا.

فالغاية من الأوفست نقل التكنولوجيا و حيازتها، و بهذه الطريقة التي يتم بها تحضير مشروع الأوفست و تنفيذه، تبقى التكنولوجيا مسيطرا عليها من قبل الطرف الأجنبي، حتى لو كانت ملكية مشروع الأوفست أغلبيته لمواطنين محليين، و ملكية الحقوق الملكية الصناعية من براءة أو رسم أو علاقة تم شراءها، أو الترخيص بإستعمالها إنتقلت إلى الشركة أو حتى المواطنين وهو ما يعني أن العملية بحد ذاتها هي إعادة إستثمار ثمن المعدات التي تمّ شراءها من مصدر أجنبي داخل الدولة، وهو عامل ينمي الإقتصاد و يُحقّق الإستقرار.

و لكن هناك شك في نقل التكنولوجيا، و يُقطع الشك باليقين بالنسبة لإستيعاب التكنولوجيا و فهمها على مستوى الوطن العربي، و جميعها أخفت بإستثناء حالات خاصة و فردية .⁽¹⁾

(1) كامل أبو صقر، مرجع سابق، ص 384.

ولعلّ من أسباب هذه الهيمنة الأجنبية حسب البعض⁽¹⁾، هو نشوء المشروعات ذات القوميات المتعدّدة، والشركات المتعدّدة الجنسيات، التي لها خلفية تاريخية في النشأة ترجع إلى أواخر القرن 18، أي حين بدئ الثورة الصناعية بأوروبا حيث إندفعت الدول نحو الإستعمار للبحث عن المواد الأوليّة، أما في صورتها الحديثة أي عن بدئ التطور التكنولوجي، لا سيما بعد إستخدام البترول كمصدر للطاقة، بدأت تُهيمن من الناحية الإقتصادية لتملأها رؤوس أموال ضخمة وضمّها خبرات فنيّة وإدارية ممتازة مكنتها من الإندفاع نحو الإستثمار الخارجي خاصة في وجود حاجة ماسّة نحو التنمية في البلدان المستقلة حديثاً، وتوسع نفوذ هذه الشركات من الناحية الإقتصادية إلى السياسية و الإجتماعية.

الفرع الرابع: الشكل القانوني للأوفست

قد يتأهل أحد الباعين الأجانب، وهو بالعادة شركة متعددة الجنسيات، وذلك بتقديمه عرضاً لصفقة مبادلة الأوفست حسب ما تتطلبه الأنظمة و التعليمات الخاصة بالأوفست، و بعد التأهيل يتوجب عليه أن يقدم عرضه لصفقة المبادلة إلى الجهة المشرفة على ذلك، وهي حسب تعليمات و أنظمة الأوفست، مجموعة الإمارات لبرامج المبادلة، و ذلك قبل عشرة أيام عمل على الأقل من إنتهاء الفترة المحددة للتقدم إلى العطاء الرئيسي، ألا وهو توريد المبيع.

إذا ما إفتراضنا أن الجهة المشرفة على برامج الأوفست و إتفقت على البرنامج، و تم إرساء عقد المقايضة و توقيعه، و الذي يتضمن على سبيل المثال مقايضة عقد الشراء بعقد نقل التكنولوجيا، وكان مبلغ صفقة الأوفست حوالي عشرة ملايين دولار، فإنّ البائع، وهو شركة متعددة الجنسيات، وحتى يتمكن من تنفيذ إلتزاماته، سواءً كانت لعقد الشراء أو إلتزاماته بصفقة الأوفست لنقل رأس مال التكنولوجيا، أي جميع ما يتعلق بإنشاء مصنع لقطع غيار المعدات التي سيتم توريدها للمتلقّي، فهو حتى يتمكن من تنفيذ إلتزاماته، إذا لم يكن متواجداً بالدولة من خلال فرع شركة أجنبية بالدولة، أو من خلال

(1) - د/ محسن شفيق، المشروع ذو القوميات المتعدّدة، مرجع سابق، ص11.

مشاركة بمشروع مشترك⁽¹⁾، و الذي قد يأخذ كل الشركة ذات المسؤولية المحدودة حسب أحكام قانون الشركات التجارية الإماراتي، فإنه يتوجب عليه أن يبحث عن شريك وطني، ليساهم برأس مال للمشاركة في المشروع المشترك بنسبة 51% أو أن يفتح فرعاً لشركته الأجنبية، وذلك بعد أن يعين وكيلاً مواطناً للشركة، ويبرم معه عقد وكالة وطنية، وأن يقوم بالحصول على جميع الموافقات و الأذونات الرسمية المطلوبة قبل مباشرة العمل، وكذلك بالنسبة لتوريد المبيع أو المنتجات، فيما لم تعفه الحكومة من شرط إدخال المنتجات عن طريق و كيل تجاري مواطن، فيجب أن يبرم عقد وكالة تجارية مع شركة وطنية لهذا الغرض.

ما ينبغي توضيحه بغض النظر عن الشكل القانوني الذي ستمارس الشركة المتعددة الجنسيات من خلال أعمالها، و صفقة الأوفست فإنه ينبغي الإشارة إلى نقطة مهمّة جداً، هي أنظمة و تعليمات" الأوفست تشترط على البائع الأجنبي أو الشركة الأجنبية، أن تُنفذَ الإلتزامات كافة الملقاة على عاتقها بالنسبة لصفقة الأوفست إن كانت قد دخلت شريكاً في مشروع مشترك مع شركة وطنية، و أخذ هذا المشروع شكل شركة ذات مسؤولية محدودة.

هذا من جهة، و من جهة أخرى، يشارك الشريك الوطني بغض النظر عن الشركات سواء الخاصة أو العامة، أي المملوكة للدولة، ويكون له دور فعلي و حقيقي في وضع الأسس، و تصميم مراحل الإنتاج و تطويره في المشاريع الإماراتية، و تزويد المشاريع بالمعدات و خدمات التسويق، و المساعدة الفنية و الإدارية، إضافة إلى نقل التكنولوجيا.

إنّ لهذا النوع أو الشكل من أشكال المقايضة أهمية خاصة، وذلك لأنّ هذا الشكل أصبح يمارس على مستوى الحكومات، و أصبح ينظم بما يسمى بصفقات المبادلة الأوفست فدبدا لو أخذت الجزائر أيضاً بهذه الوسيلة التبادلية مع تفادي الثغرات المنطوية عنها التجربة الإماراتية التي لا ننكر أنّها حققت إيجابيات كثيرة لحد الآن و لهذا ألقينا الضوء على هذه الوسيلة من وسائل الإستثمار، التي بحق تعد من الوسائل المختلطة التي تحل محل الإستثمار المباشر و تخلق نوعاً آخر من الإستثمارات، بمعنى أنّها تجمع ما بين نوعي الإستثمارات (الإستثمارات الأجنبية المباشرة، و الإستثمارات الأجنبية

- د/ محمد فلاح بخيت، مرجع سابق، ص195.

- د/ فاضل حمد صالح الزهاوي، المشروعات المشتركة و فق قوانين الإستثمار، رسالة دكتوراه، القاهرة كلية الحقوق 1984، ص19.

- د/ عاشور عبد الجواد عبد الحميد، مشروعات المشاركة الدولية الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1988، ص108.

غير المباشرة) ولهطبيعي ، لأدّته كما لاحظنا بعد أن بيّدًا أهمية و تعريف الأوفست أنّ الطبيعة القانونية للأوفستهي أنّها عقد مقايضة، يتضمن مقايضة صفقة و بالتالي، فإنّ الشّدق الأول من صفقة الأوفستيأخذ طابع التوريد و البيع، وهو ما يعني أنّ البائع الأجنبي يجب أن يُورّد منتجاته من خلال وكيل تجاري إماراتي حسب قانون الوكالات التجارية.

و بالتالي، فإنّ أي إستثمار أجنبي غير مباشر، أي الأسلوب المستقل للتجارة العالمية، ولتنفيذ صفقة الأوفست، فإنّه يحتاج إلى وجوده عن طريق إما فتح فرع لشركته- فرع شركة أجنبية أو أن يقوم بعمل مشاركته في مشروع مشترك، يأخذ شكل أحد أنواع الشركات المحددة في قانون الشركات الإماراتي، وهذا ما يسمى بإستثمار أجنبي مباشر أو إتباع الأسلوب الموحد للعولمة و التجارة العالمية، وهو يعني أن الأوفست يشكل نوعا من أنواع الإستثمارات الأجنبية، الذي يجمع ما بين نوعي الإستثمار الأجنبي المباشر، و الإستثمار الأجنبي غير المباشر، وهذا النوع الثالث نطلق عليه " الإستثمار المختلط"⁽¹⁾.

وقليلة هي الدول النامية التي وضعت إستراتيجية واضحة للمقايضة في شكل الأوفست، و آلية لتنفيذ تلك الإستراتيجية، وجهات للمتابعة و الإشراف على تنفيذ هذه الصفقات، فهذا النظام لا يزال تحت الإختبار، وخصوصا أن عامل المدّة و الزمن به ليس قصيرا و مهما بالوقت نفسه، فمعظم عقود الأوفست تكون كحد أدنى لمدة عشرة سنوات، وهو ما يعني أنه يجب أن يمضي وقت طويل حتى نعرف هل، أن " الأوفست" هو أفضل الوسائل و الآليات لنقل التكنولوجيا، ومن ثم إستيعابها، أم سيكون كغيره من الآليات و الإستراتيجية التي تم وضعها و تبنيتها، ولكن ما لبثت أن أخفقت بعد أن تم تجربتها؟ لهذين السببين عزفنا عن التعرض للأوفست سواء كانت من جهة نظر المورد أو من جهة نظر المتلقي، سواء كانت عيوبها أو حسنات، ولكن القلم يأبى إلا أن يسجل ميزة واحدة على الأقل، حتى و إن لم ينقل الأوفست التكنولوجيا، وهي ميزة وحسنة إعادة إستثمار نسبة أجزء معين من المقابل و الثمن الخاص بالمشتريات ذات

(1) - الحاج المحيربي، الأوفست مزايا و منافع،مقالة،مجلة الغرفة التجارية، أبو ظبي، 2000متضمّن بكتاب كامل أبو صقر .مرجع سابق ص377.

المصدر الأجنبي في الدولة المتلقيّة، وهو ما يعني إعادة ضخ هذه الأموال في جيوب مواطني الدولة.

إذا كانت كل هذه المزايا و الحسنات التي تحققها المقايضة و أشكالها الرئيسية و الأوفست المبادلة، فهل هناك من مشكلات لهذا النوع من التجارة التي تستغني عن النقود؟ .

الفرع الخامس : مشكلات المقايضة

كما رأينا فإنّ البنية التحتية، سواء كانت متعلقة بنقص النقد أو بالتحاليل على القيود، التي تمنع الإستثمارات الأجنبية، أو لإحلالها مكان الإستثمار الأجنبي المباشر، أو لضمان توريد بعض المنتجات الحساسة، فإنّ الدول المقايضة في طريقها للتقدم و الشيعوع في الإستعمال، ليس فقط بين الدول، بل فيما بين الشركات والدول، أو الشركات بعضها مع بعض، أو حتى الأفراد، وهي وسيلة أيضا لتجنب المشتبهات أو الأمور التي بها شبه حرام مما يعني أنها من الممكن أن تُحول بين من يرغب بالتعامل مع البنوك الربويّة العالمية و بين ذلك النظام الذي لا ينجو منه أحد، مع كل هذه البنية والأهمية النسبة العالية التي تشكلها من التجارة العالمية في الوقت الحاضر، إلا أنّ هناك مشكلات، ومن بين هذه المشكلات، أنّ المقايضة قد تقود إلى إغراق الأسواق بمنتجات كثيرة، و غير ذات جودة، فإن البضائع التي تقايض تكون ذات جودة قليلة من الصعب تسويقها أو حتى إستعمالها، وهذه المشكلة تقود إلى التساؤل عن كيفية تسويقها، مما يعني أشكال الإدارة و الموظفين و إستهلاك الموارد الموجودة في سبيل تسويقها و بيعها، وفي حالة بيعها و العثور على مشتر لها، فإنّها تذهب بثمن منخفض، وفي أحيان كثيرة لا تباع إلا عن طريق و سطاء و دلالين، مما يعني الإضطرار إلى دفع عمولات لهم نقدية.

من للمأخذ التي قد تأخذ على المقايضة أنّه حالما حدّدت الموارد أو العميل على أسلوب بيع المقايضة، يصبح ذلك شيئا عاديا و متكرّرا له و يصبح بحكم السلوك و التصرف، وهذا الأمر يصبح عائقا أمام فرصة التعامل معه بالنقود أو بمقابل مالي، ويقال من عائدات الضرائب بخزينة الدول، بحيث يصعب معرفة أرباح الشركات، وهو ما عانت منه روسيا ، حيث تحاول كسر حلقة الإقتصاد و المقايضة و سن القوانين، لإجبار الشركات على البيع و الشراء و بالنقود، وترتيب حساباتها على أساس نقدي سليم.

أصبحت كثير من الدول تأخذ الأوفست كإستراتيجية، تهدف من ورائها إلى إعادة ضخ المقابل أي مقابل الصفقة في الدول نفسها، وهي بذلك تكون وسيلة أو خطوة نحو الحماية للإقتصاد و الصناعات الوطنية. يوصي الكاتبان شيبلي و نيل (Shipely & Neale, Successful Conter Trading) عام 1988 بتوصيات معينة للشركات العالمية و الدول المتطورة:

1. محاولة تقليل معدل المقابل التعويضي للبضائع بالنسبة للنقد، و هو ما يعني تقدير البضاعة بأقل من ثمنها، لتصبح ذات ثمن و مقابل قليل و بخس (في حالة ما إذا أنصبت المقايضة على بضائع تحصل عليها الشركة من طرف الدول النامية).

2. التحكم بالمقابل التعويضي للبضائع نظير المواصفات، و هو ما يعني وضع مواصفات معينة، و تقدر المقابل التعويضي للبضائع على ضوء المواصفات و تقديره بشكل دقيق جدا.

3. مراقبة القوانين المنظمة للإستيراد في كل مرة تقوم بها بعمل صفقة مقايضة، و في حال إستيلاء البضاعة التي تعتبر كمقابل للصفقة، و من الممكن أن تعثر على ما تبحث عنه من أمر أو قانون، يعفيك من إستلامها لتعود و تطالب بمثلها، أو بثمانها النقدي (1).

و عليه إذا كان إلتزام المتلقي للمعارف الفنيّة بدفع ما يقابلها بشكل من الأشكال المذكورة أنفا من أهم الإلتزامات على الإطلاق، إذ يعدّ بالمقابل المبتغى الأول لمورد هذه المعارف عبر شتى القنوات القانونية، فإنّه توجد إلتزامات أخرى ملقاة على عاتق متلقي المعرفة الفنيّة لا تقل أهمية و منها.

(1) كامل أبو صقر، المرجع السابق، ص 378، و ما يليها.

المطلب الثاني: التزام المتلقي بإطلاع المورد بأحكام تشريعاته الوطنية و عدم التنازل على المعرفة الفنية للغير

طالما أنّ المورد سيدخل في علاقة تعاقدية مع المتلقي قد تدوم لسنوات عديدة قد تفوق 10 سنوات في العقود الدولية طويلة المدى، فإنّه من المنصف أن يكون المورد على إطلاع بالأحكام القانونية التشريعية كانت أو تنظيمية، السارية على تراب المتلقي، وهذا من شأنه تمكينه من معرفة كيفية سير الإجراءات الضرورية ومدتها و آثارها، أي ما إن كانت ستمنح له مزايا أو تحيطه بعراقيل، كما أنّ أحكام القوانين الوطنية للمتلقى تتيح للمورد تحديد وجهته في التفاوض بداية ثم تحديد صيغة للعقد. على ذلك إذا كان هناك أحكام خاصة تنظم عملية نقل المعرفة الفنية كأحكام نقل التكنولوجيا المشرعة من طرف بعض البلدان كما سلف الحديث عنها، أو أحكام براءة إختراع أو العلامة أو غيرها، فإنّه يتوجب عليه نقلها كأولوية، فإن لم يكن ذلك له أن يطلعه على الأحكام العامة بقوانين بلده التجارية و المدنية على وجه الخصوص وهي منصبّة على أمور عديدة كالتسليم و ضمان العيوب الخفية و ضمان الإستحقاق، و غيرها، كما يطلعه على أحكام القانون الدولي الخاص التي عادة ما تكون منظّمة بالقانون المدني كشرية عامّة.

إضافة إلى هذا يلتزم المتلقي بعدم النزول عن المعرفة الفنية للغير، و يتضمن هذا الأخير شقين: عدم التنازل للغير، و عدم التنازل للغير في معنى التنازل القانوني عن المعرفة الفنية للغير نصّ المشرّع المصري في قانون التجارة الجديد، بموجب المادة 81 على إلتزام المتلقي بعدم التنازل عن المعرفة الفنيّة للغير، بإعتباره إلتزام طبيعي تمليه طبيعة التعاقد فضلا عن كونه إمتدادا للإلتزام بالسريّة، وهذا بدوره يؤسّس على الثقة و الإعتبار الشّخصي⁽¹⁾، و هناك حالتين للإلتزام المتلقي بعدم التنازل على المعرفة الفنيّة: - الحالة الأولى: إذا أدرجت في العقد على عاتق المتلقي في شكل ضمان و شروط قاسية و تقيدية، كأن يطلب من المتلقي إطلاع المورد بأسماء الأشخاص الذين يتعامل معهم لإستعمال هذه المعارف الفنية، كالمقاولين من الباطن، أو إشتراط منح موافقة عن هذا التعامل، بأن يكون ضامنا لهم، دون شك، هذا الوضع من شأنه أن يثقل كاهل المتلقي و يبقيه تحت سيطرة بالغة تعيقه في مسيرة الإنتاج و التنمية على السواء.

(1) - إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 194 .
- د/ مصطفى كمال طه. مرجع سابق ص 237

على ذلك مثل هذا التقييد يخرج المتعاقدين من فلك الثقة وحسن النية الواجبة في التعاقد، إلى فلك السيطرة والتبعية و تكبيل الأيدي، لذا يحسن بالمتلقي إدراج مثل هذه الشدّروط في الإلتزامات المتبادلة بين طرفين، عوض إدراجها في شكل شروط تقيديّة.

- الحالة الثانية: أي المفهوم الثاني لعدم تنازل المتلقي للغير عن المعرفة الفنية فهو المراد به عدم الترخيص أو التنازل أو منح حق المعرفة الفنية للغير وهو النزول القانوني بإستغلال أو تملك الغير لها، هنا يصبح معقولا إشتراط قبول المورد لعملية التنازل هذه.

المطلب الثالث إلتزام المتلقي بتسلّم المعرفة الفنية و المحافظة على جودة الإنتاج

لعملية التسلّم أهمية بالغة، وتظهر هذه الأهميّة أكبر لما يتعلق الأمر بنقل المعارف الفنية في شكل عقود مركبة كحالة تسليم منشأة صناعية، و يعتبر التسليم تصرف قانوني، و قد يكون جزئياً إذا كان الإلتفاق على تسلّم المنشأة عبر مراحل وقد يكون مؤقتاً كما يكون نهائي، ولما يرفض رب العمل التسلم ودياً ودين إبداء أسباب يحق للمقاول أن يلجأ للقضاء، حيث يعتبر الرفض هذا إساءة لإستعمال الحق على أن يكون للمستلم شروط ، كتسليم المستندات بصفة نهائية وإحترام المواصفات، وإذا تحققت هذه الشروط يمكننا إعتبار التسليم تصرف بمقتضاه، يعبر رب العمل عن إرادته في قبول الأعمال التي تمّ إنجازها ، ويعترف بأنّ المقاول قد نفذ إلتزاماته⁽¹⁾.

يؤلّد التسليم آثار، حيث يكون المتلقي معرضاً للجزاء إذا لم يتسلّم المعرفة الفنية محل العقد، وإذا لم يبدي أسباباً لعدم تسلّمه، قد يلجأ المورد إلى القضاء لإجبار المتلقي على التسلّم و الحكم عليه بتعويضات في حالة التعرض لأضرار.

(1) - نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي ، مرجع سابق، ص 289.

مرجعية عملية التسليم مبدأ حسن النية في التنفيذ، ويقابلها من جهة المورد عملية التسليم، وتناولت كافة التشريعات تعريف التسليم كما تناولها الفقه بالدراسة، وهي تعني عموماً وضع الشيء المبيع تحت تصرف المشتري، بحيث يمكن حيازته و الإنتفاع به دون عائق⁽¹⁾، وطرق التسليم في القواعد الموضوعية الدولية مزيج من طرق التسليم في نظم القانون الخاص والعام، وقد أخذت هذه القواعد بالتسليم الفعلي، فعلى إفتراض أن جزء من عقد نقل المعرفة الفنية إمداد المتلقي ببضائع معينة يكون على عاتق المورد وضع الشيء تحت تصرف المشتري و التسليم للناقل، وهذا بإبرام عقود النقل للبضائع⁽²⁾؛ تأكيداً على ضرورة التعاون بين الطرفين ووفق مبدأ حسن النية دائماً، وفق المعاهدات الدولية و العرف الجاري العمل به وليس هذا فحسب بل أن القواعد الموضوعية الدولية إستلزمت من البائع في حالة عدم إلتزامه بالتأمين على البضائع أن يمدد المشتري بكل ما هو ضروري لعملية التأمين⁽³⁾، و أكثر من ذلك على المورد في إتمامه لعملية التسليم تمكين المتلقي من المستندات لأن مبادلات المعرفة الفنية في إطار التجارة الدولية غالباً ما تتم عن طريق المستندات، إذا إنطوى في شق منه على تجارة بضائع ويتم ذلك في نطاق البيوع الدولية عن طريق فتح إعتقاد مستندي، بمعنى أن يقوم المشتري بفتح إعتقاد مستندي لدى أحد البنوك لصالح البائع بقيمة الثمن المحدد، حيث إذا قام البائع بتسليم المستندات المتفق عليها في العقد قام البنك بالوفاء بعد التحقق من مطابقة المستندات.

أمّا إذا تعلّق الأمر بعقد معرفة فنية في شكل مقاولّة مثلاً فإنه يحق للمتلقي عدم التسليم إذا كانت المنشأة لا تعمل كما ينبغي، أو إذا كانت المعرفة الفنية المنقولة محل العقد غير مطابقة للمواصفات المتفق عليها في العقد، فيحق للمتلقي حينذاك إبداء تحفظات على ما يراد تسلّمه، منشأة كانت أو آلات أو أجهزة، و له أن يبدي تحفظاته على محل العقد، وهذا ما يلقي على عاتق المورد إلتزامات بالإصلاح، و توريد ما تمّ الإتفاق عليه، طبقاً للعقد في حالة عدم الإتفاق يمكن اللّجوء إلى خبراء فنيين للحكم في تلك المسألة سواء كان التسليم مصحوباً بتحفظات أم لا، يتم تحرير محضر موقّع عليه من قبل كلا من

(1) - د/ وائل حمدي أحمد علي، حسن النية في البيوع الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، كلية الحقوق، 2008، ص 448.

(2) المواد 31-32-33، من إتفاقية الأمم المتحدة بفيينا، الخاصة بالبيوع الدولية، المبرمة بتاريخ 19 أفريل 1980،
www.lgdj.fr .librairie juridique de droit et de jurisprudence(l.g.d.j)1991

(3) - د/ وائل حمدي أحمد علي، ذات المرجع أعلاه، ص 452.

المتلقي والمورد، ولا يخضع هذا المحضر لأية قاعدة خاصة من الناحية الشكلية، ولا يعد شرطاً لصلح التسليم، فهو ليس إلا دليل على حصول التسليم، حيث يثبت أن التسليم قد تم، وأن المورد قد قام بتنفيذ كفاية التزاماته الناشئة عن العقد، ويتم عمل محضر التسليم في التسليم الجزئي أو الكامل و المؤقت أو النهائي⁽¹⁾.

في التسليم المؤقت يعبر المحضر عن نهاية التجارب الخاصة بالكفاءة أي بالفعالية، و التسليم المؤقت يبرئ ذمة المورد من مجموع التزاماته التعاقدية باستثناء الضمان الآلي *la Garantie Mécanique* الخاص بالمعدات و الأجهزة ، وضمان المباني أي الضمان العشري الذي ينتهي بعد عشر سنوات لذلك أطلقوا عليه الضمان العشري)، و يتم الوفاء بالجانب الأكبر من التزامات المورد في التسليم المؤقت.

ويختلف التسليم المؤقت من عقد إلى عقد في عقود نقل المعرفة الفنية، ففي عقد تسليم المفتاح يعتبر التسليم مؤقتاً في اللحظة التي يمكن فيها تقدير الطاقة الإنتاجية الكامنة للمنشأة الصناعية، أي يفترض قيام الدليل على قدرة المنشأة الصناعية على العمل ، وفقاً لبنود عقد تسليم المفتاح، و الفترة بين التسليم المؤقت و التسليم النهائي تعتبر فترة ضمان وتجري التجارب في خلال تلك الفترة على الإنتاج.

أما في عقود تسليم الوحدة مع المنتج في اليد، فيتم التسليم المؤقت ما دامت قامت قرينة على قدرة المنشأة الصناعية على تحقيق المواصفات المنصوص عليها في العقد. ولا يعطى للمورد إخلاء طرف إلا بعد مضي فترة طويلة على التشغيل بواسطة المتلقي ، وغالبا ما تكون هذه الفترة عامان، فالتسليم المؤقت هنا يعتبر نقطة البداية لمرحلة الإدارة الأولية، و التي تنتهي عندما تبدأ الوحدة الصناعية (منشأة المتلقي) بالقدرة على التشغيل بواسطة عمال و مستخدمي المتلقي، على أن الوحدة في المرحلة الأولية تعمل بمعاونة المساعدين الفنيين، و تنتهي عند إحلال عمال و مستخدمي المتلقي بدلا من الفنيين التابعين للمورد ويتم ذلك بالتدرج.

(1) - د/ نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، مرجع سابق، ص 289.

لما حالة التسليم النهائي، يتم في نهاية مدّة الضمان، أي في نهاية العلاقات التعاقدية بين أطراف عقود نقل التكنولوجيا، ويختلف التسليم النهائي بين عقد و عقد، ففي عقود تسلّم المفتاح في اليد مثلاً، يتم التسليم النهائي بعد مرور من نصف عام إلى عام و نصف بعد التسليم المؤقت ، والفترة الواقعة بينهما هي فترة الضمان الآلي للمعدّات والأجهزة، فيظل المنشئ ملتزماً و مسؤولاً عن العيوب التي تظهر شريطة أن تكون نتيجة عيب في الصنع أو المادة ذاتها ومع التسليم النهائي تنتقل الملكية كاملة للوحدة الصناعية و تحمّل مخاطرها للمتلقى، ومع التسليم النهائي تبدأ فترة الضمان العشري، و التي يظل المورد مسؤولاً خلالها عن الأعمال الخاصة بالمباني التي قام بإنشائها.

أما التسليم النهائي في عقود تسليم الوحدة مع المنتج في اليد، يتم عندما يبدأ عمال ومستخدمي المتلقي في العمل، وتصل الوحدة لمرحلة الإنتاج الطبيعي الذي تمّ الإتفاق عليه في عقد تسليم الوحدة مع المنتج في اليد، وهذا الأمر يتحقق عندما تستجيب كافة العناصر المكوّنة للوحدة إلى المواصفات المتفق عليها في العقد، ويتم إثبات ذلك في محضر التسليم النهائي، حيث تبدأ مسؤولية المتلقي كاملة في إدارة الوحدة الصناعية، و تحمل كافة المخاطر الخاصة بإستغلالها⁽¹⁾.

بناءً على ما تقدم نستنتج أنّه يمكن للمتلقى إبداء تحفظات على محل العقد أو عدم تسلّم محل العقد إذلم تكن هناك مطابقة، علمًا بأنّ المطابقة من الإلتزامات الأساسية التي تقع على عاتق البائع في البيوع الدولية للبضائع، وهذا تناولته القواعد الموضوعية الدولية.

لكن بشكليتكاري بالنسبة لإتفاقية فيدّنا لأنّ بعض نظم القانون الخاص عرفت الإلتزام بالمطابقة و ربطت مطابقة الكمية بالتسليم و مطابقة المواصفات و الإستعمال بضمان العيوب الخفية و المواصفات⁽⁰²⁾، وتختلف تبعاً لذلك دعوى المسؤولية الناشئة عن الإخلال بأيّ إلتزام على حدى، فبصدد مخالفة المورد لإلتزامه محل العقد المقابل الحق في فسخ العقد أو طلب إنقاص الثمن ، أما بالنسبة للعيب الخفي و عدم مطابقة المواصفات، يكون ثمة مجال لدعوى الضمان وهناك فوارق حسب الدكتور عبد الرزاق السنهوري بين الدعويين.

(1) - السيد مصطفى أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 482.

(2) - القانون المدني الفرنسي، المادة 1641، و تحذوه النظم اللاتينية المقتبسة قوانينها، مثل قانون التجارة المصري لعام 1999 ، مرجع سابق، حيث يميّز بين الدّقص و العيب في البضاعة بموجب المادة 480 منه.

أما إتفاقية فيديا عملت على توحيد أحكام هذا الإلتزام (المطابقة) تحت مفهوم مُوحد بعنوان مطابقة البضائع للإستعمال العادي والأغراض الخاصة⁽¹⁾، فيقضي على المفارقات بين النظم القانونية (الشرط الضمني، الضمان، المطابقة في التسليم من حيث الكمية، العيوب الخفية)، وهذا ما أكدته أحكام التحكيم الدولية و أحكام القضاء في بعض الدول كألمانيا و يبقى في كل الأحوال حتى في النطاق التعامل الدولي إمكانية إدخال شروط معدلة للإلتزام بالمطابقة بالزيادة أو النقص أو الإسقاط⁽²⁾.

إذا قام اللقبي بتسلّم المعرفة الفنية مطابقة لما تمّ الإتفاق عليه أصبح بإمكاننا تصوّر إشتراط المورد من المتلقي المحافظة على جودة الإنتاج أو كما يدخله البعض⁽³⁾ ضمن إلتزام ضمان الأداء.

يكون ذلك شائعا لما يكون المتلقي ملتزما ببيع المنتج و يحمل العلامة التجارية للمورد، وعندما يوضع على المنتج نفسه بيان يذكر فيه أدّه ناتج عن المعارف الفنية و التكنولوجيا محل العقد⁽⁴⁾ وأي تقصير في هذا الإلتزام من شأنه أن يصيب المورد بخسارة مالية كبيرة قد تفوق أحيانا قيمة المعرفة الفنية المنقولة ذاتها ناهيك عن زعزعة سمعته في السوق العالمية⁽⁵⁾، إذا تعلق الأمر بشركة متعددة الجنسيات.

قد يذهب المورد في سبيل تحقيق هذا الإلتزام إلى شروط تقيدية كثيرة كإشتراط عدم إستعمال معرفة فنية أخرى، مما يشكل خطر كبير على المتلقي أثناء إستغلال المعرفة الفنية، و بالتالي عليه إتخاذ الحيطة و الحذر و الإلتزام في حدود الإستغلال المفيد للدخل على أساس ظهور معارف فنية جديدة و قدم المعارف التي تحصل عليها، إضافة إلى إمكانية زوال سريرتها⁽⁶⁾.

(1) - هذا المبدأ مقرّر في كل من النظامين القانونيين الإنجليزي، والأمريكي (قانون للتجارة الموحد في المادة 2/314)، مع الفارق أن الأول يؤسس المطابقة على الشرط الضمني و القانون الثاني يؤسسها على فكرة الضمان.

(2) - وائل حمدي أحمد، مرجع سابق، ص 462 .

(3) - أحمد بن غازي، مرجع سابق، ص 56.

(4) - د/السيد مصطفى أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 477.

(5) Magnin François. opcit p 327.

(6) محمد إقلولي، مرجع سابق، ص 171.

كما قد يلجأ المورد إلى شروط أخرى كالإشراف على الإنتاج، أو زيارات متعدّدة لمنشأة المتلقي للوقوف على حسن استعمال المعرفة الفنيّة، أو الإشتراط من المتلقي عرض حال تقييمي لأعماله و إنتاجه، كما قد يشترط منه استعمال عمالة فنيّة لإستغلال المعرفة الفنيّة، وفي هذا الشأن يلقي القانون المصري إلتزامًا على عاتق المتلقي بموجب المادة "79" من قانون التجارة يقضي إستخدام عاملين على قدر من الدراية الفنيّة و خبراء فنيين⁽¹⁾، على أن هذا الإلتزام لايعني مطلقا إعفاء المورد من إلتزامه الرئيسي بتقديم المساعدة الفنيّة و على وجه الخصوص الخبرة و التدريب لئىّ الهدف الأساسي من عملية النقل هو عدم وجود خبرة محلية نادرة ومن ثمّ لا يستطيع المورد التنصل من إلتزامه حين عدم إستخدام العمالة الفنيّة.

أي أنّ الإلتزامات التي تؤدي بوصفها آراءات منصبّة على خدمات تتعلق بتعيين الأشخاص المناسبين تشغيل أفضل، و أيضًا إعداد العاملين و المستخدمين مقصودًا به الإلتزام بالمساعدة الفنيّة محليًا في موقع المتلقي من أجل إعداد المستخدمين المحليين و تشغيل البرامج الخاصة بتطوير الفنون المنقولة و إعداد المستخدمين في مؤسسات المورد⁽²⁾.

المبحث الثالث: الإلتزامات المتبادلة في عقود نقل المعرفة الفنيّة

بعد أن تناولنا بالدراسة الإلتزامات الواقعة على الطرف المتلقي للمعرفة الفنيّة و الطرف المصدر للمعرفة الفنيّة كلّ على حدى، نأتي الآن لمعرفة الإلتزامات المشتركة بينهما بصفة تبادلية و التي بدورها تتطوي على صراع جوهره فكري و ترجمته إلى الواقع يكون بشكل قانوني و إقتصادي حيث نجد هذه الإلتزامات واقعة بشكل متفاوت على الأطراف، فيحاول كل منهم أن يخرج بأحسن النتائج.

فتكون هذه التطلعات على الصعيد الإقتصادي و التنموي و العلمي بشكل أساسي بالنسبة للطرف المتلقي، أما التطلعات على صعيد تحقيق أكثر ربح للإنتلاق في مشاريع تجارية و علمية يتميز بها أخرى على الخصوص للطرف المورد للمعرفة الفنيّة.

(1) - إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 190.

(2) - د/ نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، مرجع سابق، ص 297.

تتمثل الإلتزامات المتبادلة أساسا في تبادل التحسينات و أداء الأعباء الضريبية، وقد يتضمن العقد تحمل هذه الإلتزامات من طرف واحد، وقد تمتد هذه الإلتزامات لتشمل مثلا تحمل التبعة، على أن المقصود بها تحمل تبعة المخاطر⁽¹⁾ و التي نرى فيها أنه من الواجب إلقائها على عاتق المورد لوحده، كون المعرفة الفنية منطوية على عناصر معنوية أكثر منها مادية و يصعب بل يستحيل أحيانا تعيينها بالذات و بالأنواع مع الفرز كما يستحيل أو يصعب تحديد المخاطر التي قد تنجم عن هذه المعارف المنقولة من طرف المتلقي الذي تتعدم لديه الخبرة في معرفة حقيقة المحل المنقول و مخاطره، و لكن ممّا لا نستطيع إنكاره أن أحيانا قد تُسبب المعارف المنقولة أضرارا وخيمة⁽²⁾، ليس من العدل في شيء أن يتحملها المتلقي.

لم يغفل المشرع الجزائري بموجب المادة 04 من قانون ترقية الإستثمار الصادر تحت رقم 12 بتاريخ 06 أكتوبر 1993 عن تناول مسألة مخاطر المعرفة المنقولة، كما تناول قانون حماية المستهلك الصادر تحت رقم 02 و المؤرخ في 07 فيفري 1989، هذه المسألة على نحو يحقق للمستهلك رغباته المشروعة من خلال المنتج أو الخدمة المقدمة وفق المقاييس القانونية وذلك من خلال الضمانات الكافية ضد المخاطر و هذه الحماية تكون صالحة النفاذ طوال عملية عرض للمنتج للإستهلاك، على أن المقصود بعملية العرض هذه شمولها جميع المراحل من طور الإنشاء الأولي إلى العرض النهائي .

و من ضمن الإلتزامات المتبادلة بين طرفي عقد نقل المعرفة الفنية نجد الإلتزام بالسريّة الذي سوف لانفرد له مطلب مستقل، بهذا المبحث بالنظر تناولنا هذا المفهوم سالفا ، بمناسبة الحديث عن خصائص المعرفة الفنية وكذا حماية هذه المعرفة مدنيًا و جزائيًا و التي جاء فيها أنه من المشروع لحائز المعرفة المحافظة على سريتها و كذا اللجوء للقضاء لمنع الغير من الإعتداء عنها .

ويتعيّن علينا التفرقة بين إفشاء السريّة في مرحلة التفاوض و مرحلة الإنعقاد ، حيث ينجم عن الأولى مسؤولية تقصيرية عن الفعل الضار حيث يكون الإلتزام أدبي ، أما في المرحلة الثانية يكون

(1) - تبعة المخاطر هو المفهوم الواسع للتبعة و يقابله المفهوم الضيق للتبعة و هو تبعة هلاك المبيع أو تلفه بعد الإنعقاد و إلا أصبحنا أمام حاجة إستحالة محل الإلتزام و إعتبار العقد باطلا مطلقا، و يتحمل هذه التبعة البائع قبل التسليم ، والمشتري بعد التسليم ، وفق المادة 369 من القانون المدني الجزائري 05-10، مرجع سابق.

(2) Kamel Boumediene .opcit. p 193.

الإلتزام عقدي، و المسؤولية بالتبعية عقدية تنتهي بطلب الفسخ أو التعويض أو كليهما معا⁽¹⁾، و على هذا نجد الأطراف غالبا ما يعينوا نطاق و محل الإلتزام بالمحافظة على السرية في عقد نقل المعرفة الفنية من حيث الزمان و الأشخاص⁽²⁾.

و بهذا الشأن نجد أنّ المشرع المصري لم يغفل على ضرورة الإلتزام التبادلي بالمحافظة على سرية المعرفة الفنية و التحسينات بموجب المادة 83 من قانون التجارة الجديد و المشار إليه سابقا⁽³⁾. وفيما يلي ننتقل في إعطاء معنى و آثار كل من الإلتزام بتبادل التحسينات و الإلتزام بأداء الضريبة كإلتزامين تبادليين في العقود الناقلة للمعرفة الفنية في المطلبين المواليين:

المطلب الأول : الإلتزام بتبادل التحسينات في عقود نقل المعرفة الفنية.
المطلب الثاني: الإلتزام بأداء الضريبة في عقود نقل المعرفة الفنية.

المطلب الأول : الإلتزام بتبادل التحسينات في عقود نقل المعرفة الفنية

يظهر إلتزام تبادل التحسينات *les clauses de rétrocession ou d'échange réciproque* خاصة في العقود الدولية طويلة المدى، التي قد يطرأ على محلها تطورا أو تعديل. تتعلق هذه التحسينات خصوصا بطريقة صنع ما ، وما يبذل من جهد لإستكمال الفنون التي تمّ التنازل عنها بمقتضى عقد نقل المعرفة الفنية و عليه التحسينات المعينة بهذا الإلتزام والتي تنطبق عليها القواعد التي سوف نأتي إلى توضيحها لاحقاً، هي التحسينات الجزئية، و التي لا يجب أن نخطئها بالتحسينات الجوهرية " الجذرية "⁽⁴⁾، لأنّ هذه الأخيرة تعتبر إبتكار أو تجديد أو إختراع، و هو كما هو معلوم تحتوي على فكرة أصيلة إبتكارية قابلة للتنفيذ من أجل صناعة منتجات ما أو

(1) - د/ يوسف خليل الأكباني، مرجع سابق، ص 222.

- د/ وائل حمدي أحمد علي، حسن النية في البيوع الدولية، مرجع سابق، ص 365.

- د/ أمال زيدان عبد الله، الإلتزام بالسرية في عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 108 (السرية في مرحلة التفاوض)، ص

198 و ما بعدها (السرية في مرحلة التعاقد) ص 313 (الإلتزام بالسرية من طرف المستخدم بعد إنقضاء العقد).

(2) - د/ السيد مصطفى أبو الخير، مرجع سابق، ص 485.

(3) - إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 204.

(4) - د/ محمود محمد سليمان الكيلاني، جزاء الإخلال في تنفيذ عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 117.

تطبيق طرق للحصول على منتج ما، أو أن تمثل تقدم في المجال المعني بها يجاوز ما سبقه في هذا الفن، كما يكون فيه غير متوقع أن يتوصل العامل العادي إليه، فلا مبرر لأي طرف أن يطالب بالإختراعات و الإبتكارات حتى و إن تعلّقت بالمعرفة الفنيّة محل النقل و هذا ما قضت به بعض تشريعات الدول⁽¹⁾، ويأتي الفقه ليعطينا معياراً للتفرقة بين الإبتكار و مجرد التحسين فيما يطرأ على هذه المعارف من تعديل أو تحسين أو تغيير في المواصفات و النسب و ذلك بالنظر إلى كون التحسين لا يشمل الطريقة الفنيّة برمّتها، بل يكون مقصوراً على إجراء تعديل عليها فقط، كما أن هناك معيار النتيجة، بالنظر إلى أن التعديل الجزئي في التحسين لا يؤدي إلى تحقيق منتج جديد يختلف عمّا أنتجته الطريقة الأصلية السابقة⁽²⁾ على ذلك، مجرد التجديد في آليّة العمل من قبيل التحسينات لأدّه لم يرقى إلى الإبتكار و ما يحققه من تقدم يجاوز المؤلف في التطور العادي للطرق الصناعية، هذا وذهب الفقه في معظمه إلى أن التنازل عن المعارف المبرأة يمتد ليشمل التنازل على التحسينات و الإضافات الطارئة عليها أيضاً⁽³⁾.

أما في الولايات المتحدة الأمريكية فيعتبر القانون عدم تبادل التحسينات إمتداداً تعسفي للإحتكار الممنوح بواسطة براءة إختراع، و لا يجب أن يستأثر طرف بالتحسين المتوصل إليه لوحده دون أن يفيد به من تعاقد معه، هذا التبادل يأتي أيضاً نزولاً إلى القاعدة الفقهية التي تحت على " جعل تبادل التحسينات الميسور الحصول عليها دون تفرقة، وبشروط معقولة طالما أدّت إلى تشجيع النشاط الخلاق⁽⁴⁾.

أمّا عن الأسس القانوني لتبادل التحسينات نجده إذا تعلق الأمر بتنازل المورد هو هدف و سبب التعاقد ذاته و هو اللّحاق بالركب التكنولوجي، على أن تكون مدّة هذا الإلتزام إذا تجاوزت مدّة العقد معقولة في حدود 05 سنوات عادة، وإذا تعلق الأمر بالطرف المتلقي يصبح الأساس القانوني لهذا الإلتزام بالتزويد بالتحسينات للطرف المورد هو مبدأ التعاون بين الطرفين، ورغم هذين السندين

(1) - المادة 09 من قانون البراءات الفرنسي الصادر عام 1968.

- المادة 03 من الأمر 54/66 الصادر عام 1966 الخاص بشهادة المخترعين و إجازة الإختراع بالجزائر، الملغى بالأمر 03-07، مرجع سابق.

- القانون المصري لسنة 1949 الصادر بالجريدة الرسمية رقم 113.

(2) محمد حسني عباس، الملكية الصناعية و المحل التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص 81.

- د/أمال زيدان عبد الله، الإلتزام بالسريّة في عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 280.

(3) - د/ سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 104. ص 111.

(4) - د/ نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، مرجع سابق، ص 310.

القانونيين نبقى دائما نتساءل عن مدى مصداقية تفيذ هذا الإلتزام، فكل من الطرفين قد تحدّثه نفسه بعدم نشر ما قام به من تحسينات خاصة إذا مثّلت وثبّة في التطور التكنولوجي⁽¹⁾، فلا ينبغي لعي الطرف المورد أن يقوم بمراوغات بغية التملّص من تزويد المتلقي بالتحسينات بحجة أنّه لم يستهلك تلك الاستثمارات المتعلقة بها بعد⁽²⁾، فعلى الطرف المتلقي مجدداً أخذ الحيطة و الحرص الشديدين على تضمين العقد بشروط تتعلق بهذه التحسينات.

و مهما يكن من أمر فإنّ التحسينات الواردة لعقود نقل المعرفة الفنيّة ترد تحت حكم قواعد و في شكل صور وهي عموماً: تبادلية وغير تبادلية، قصية و غير قصريّة، إلزامية أو إختيارية، بمقابل أو بغير مقابل مؤقتة أو مؤبّدة، مطلقة أو نسبيّة⁽³⁾.

المطلب الثاني: الإلتزام بأداء الضريبة في عقود المعرفة الفنيّة

تتمثل الضرائب المتعلقة بعقود نقل المعرفة الفنيّة في الضرائب الجمركية على الآلات و الأجهزة المُلحقة بالمعرفة الفنيّة محل التعاقد و نفقات تسجيل العقود و نفقات تحويل العملة و ضريبة الأرباح التجارية و الصناعية و الضريبة الواقعة على مقابل نقل المعرفة الفنيّة، و ضرائب دخول السلعة المنتجة لدول ثالثة⁽⁴⁾.

هذه الضرائب و الرسوم قد تستحق إمّا لدولة المورد أو لدولة المتلقي بطبيعة الحال و التي حين تضعها و تفرضها تنظر إلى ظروفها الإقتصادية و المالية الخاصة بصرف النظر عن باقي الدول ، على ذلك قد يتعرض الأطراف للإزدواج الضريبي⁽⁵⁾، ممّا يتعين عنهم تفاديّه بالإتفاق العقدي، كما أننا نجد بعض الدول التي يتكثّف التبادل التجاري و الإقتصادي بينها تلجأ لإبرام إتفاقيات ثنائية أو متعدّدة الأطراف لتفادي مشكلة الإزدواج الضريبي.

وعلى ذلك يتعين على كل طرف إعلام الآخر بتشريعاته المالية الضريبية منذ مرحلة التفاوض ، و يجب على الأطراف تحديد من سيلتزم بدفع الضرائب و الرسوم بموجب شروط عقديّة و كذا تحديد النسبة

(1) الملاحظ في الواقع العملي أنّه كلما تباين المستوى التكنولوجي بين الطرفين، خاصة إذا كان المتلقي في أمس الحاجة لتلك المعارف، يصبح للمورد حرّية في نقل التحسينات من عدمه، وهذا ما أقرّه تقرير أمانة الأمم المتحدة للتجارة و التنمية في إطار المرونة الدولية لسلوك نقل التكنولوجيا رغم أن ذلك منافي و معاكس لمبادئ التجارة الدولية الحديثة.

(2) Magnin Frençoi..OP CIT. P. 316.

(3) - د/ يوسف خليل الأكياني، مرجع سابق، ص 332.342.

(4) - د/ محسن شفيق ، نقل التكنولوجيا من التبعية القانونية، مرجع سابق، ص 93.

(5) - د/ مصطفى كمال طه أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 488.

الواجب دفعها على كل طرف و يلجأ الأطراف على الباقي في تحديد ذلك إلى خبير لتسهيل العملية (1).
أما فحالة ما إذا تعلق الأمر بالسلع و البضائع من بلد المورد إلى بلد المتلقي فإن إتفاقية فيدنا تلقي
أعباء النقل و ضرائبها على المورد كأصل(2).

أما في حال عدم النص على تحمّل الأعباء الضريبية إستقر التعامل الدولي على تحمل كل طرف
الأعباء الضريبية الخاصة له و المفروضة عليه في تشريعاته الوطنية.
على كل حال يمكن الإتفاق على تحمّل طرف واحد هذه الأعباء كإليةٍ ، حينها يُؤخذ بتعيين الإعتبار
كامل المبلغ القابل للمعرفة الفنية و كذا قيمة المعرفة الفنية ذاتها، ويبقى أنّه من العدل تحمّل هذه الأعباء
من الطرفين بنسب تحقق توازن و عدل في العقد و إلاّ أصبحنا بصدد شروط تقييدية ترفضها جل
التشريعات الداخلية و الدولية.

المبحث الرابع :الشروط التقييدية في عقد نقل المعرفة الفنية

إنّ ما يفرغ عملية نقل المعرفة الفنية من مضمونها، هو تحقيق هدف جوهرى بالنسبة لموردي
المعرفة الفنية المتمثلين عادة في المشروعات الضخمة على مختلف طبيعتها القانونية و على مختلف
جنسياتها، هذا الهدف متمثل في إدراج جملة من الشروط التقييدية في عقود نقل المعرفة الفنية، و ما
تحقيق هذا الهدف من طرف هذه الأطراف الموردّة للمعارف الفنية إلاّ لتحقيق الهدف الأسمى، ألا و هو
تحقيق إحتكار في السوق العالمية و منه ضمان الإستمرار في بسط السيطرة و النفوذ على هذه الأسواق
بجدارة، و بطبيعة الحال لم تبقى الدول النامية مكتوفة الأيدي إزاء الآثار السلبية التي أفرزتها هذه
الشروط التقييدية، بل يمكننا القول بأنّ هذه الشروط كانت المحرك الأساسي لإصدار تشريعات داخلية
وطنية لتنظيم المعارف الفنية عموما ، و كذلك تنظيم عملية نقلها أو نقل سائر التكنولوجيات الحديثة التي
تسعى الدول النامية للإستفادة منها على غرار الدول المتقدمة.

(1) - محمد إقولي، مرجع سابق، ص 184.

(2) - أما في حالة عدم التزام المورد بالضريبة صراحة في العقد، عليه أن يمد المشتري بكل ما هو ضروري للقيام بعملية التأمين ،
بموجب المادة 03/35 من إتفاقية فيدنا 1980، مرجع سابق.

المبحث الرابع : الشروط التقيدية في عقد نقل المعرفة الفنية

إنّ ما يفزع عملية نقل المعرفة الفنية من مضمونها، هو تحقيق هدف جوهرى بالنسبة لموردي المعرفة الفنية المتمثلين عادة في المشروعات الضخمة على مختلف طبيعتها القانونية و على مختلف جنسياتها، هذا الهدف متمثل في إدراج جملة من الشروط التقيدية في عقود نقل المعرفة الفنية، و ما تحقيق هذا الهدف من طرف هذه الأطراف الموردة للمعارف الفنية إلاّ لتحقيق الهدف الأسمى، ألا و هو تحقيق إحتكار في السوق العالمية و منه ضمان الإستمرار في بسط السيطرة و النفوذ على هذه الأسواق بجدارة، و بطبيعة الحال لم تبقى الدول النامية مكتوفة الأيدي إزاء الآثار السلبية التي أفرزتها هذه الشروط التقيدية، بل يمكننا القول بأنّ هذه الشروط كانت المحرك الأساسي لإصدار تشريعات داخلية وطنية لتنظيم المعارف الفنية عموما ، و كذلك تنظيم عملية نقلها أو نقل سائر التكنولوجيات الحديثة التي تسعى الدول النامية للإستفادة منها على غرار الدول المتقدمة.

و لم تكن هذه الجهود داخلية فحسب بل كان التحرك للحد من هذه الشروط دوليًا أيضا و خاصة في إطار منظمة الأمم المتحدة من خلال مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة و التنمية (CNUCED) بمحاولة سدّه لمشروع قانون تقنين سلوك نقل التكنولوجيا الذي يعتبر وثيقة هامة ممكن الإستناد عليها من طرف الدول النامية لسن تشريعاتها الداخلية.

و فيما يلي سوف نعالج هذه الأفكار من خلال المطالبات التاليتين:

المطلب الأول: تعريف الشروط التقيدية.

المطلب الثاني: مضمون الشروط التقيدية.

المطلب الأول: تعريف الشروط التقيدية

تتطلع الدول النامية إلى الحصول على المعرفة الفنية دون شرط، إلاّ دفع الثمن أو المقابل المتفق عليه، و بالمقابل تحرص الدول المتقدمة على بقاء المعرفة الفنية التي تنقلها في قبضتها فتعطيها بشروط و قيود لضمان توجيه إستعمالها، بما يتفق مع مصالحها مما دفع بالبعض إلى القول أنّها لا تنقل معارف بل مواد معرفية فقط⁽¹⁾.

(1) Said Kahlat. **Changement techniques**. Organisation du travail et maitrise du system productif national. Revue algerienne des sciences juridiques economiques et politiques. Volume(XXXII) N°1 1994. p 116.

وإذا كان هدف متلقي المعرفة الفنية التحرر من التبعية و السيطرة التكنولوجية للمورد بمجرد إبرام العقبينهما، إلا أن الواقع العملي يظهر لنا استمرار نفوذ المورد و رقابته على نشاط المستورد، و التي تتمثل في الشروط التقييدية و فرض و صاية و تبعية لا يمكن للمستورد التخلص منها.

و تخضع عمليات نقل المعرفة الفنية لمنطق و إستراتيجية رأس مال على المستوى الدولي، فلا يمكن فهم عمليات المعرفة الفنية بمعزل عن هذه الإستراتيجية الكلية لمنتجي المعرفة الفنية، و بالتحديد للشركات متعددة الجنسيات و التي تتمتع بسلطته إحتكارية، فمن الطبيعي أن تعتمد هذه الشركات بشكل دائم إلى المحافظة على إحتكارها للمعرفة الفنية.

و لما كان نقل المعرفة الفنية يحمل معه خطر خلق قدرات إنتاجية منافسة، فإن أهم ما يهتم به موردوا المعرفة الفنية هو محاولة الإبقاء على سيطرتهم على المعرفة الفنية المنقولة، من خلال السيطرة على المشروع المتلقي للمعرفة الفنية بإستخدام آليات قانونية متعددة ، أهمها ما يعرف بإسم الشروط التقييدية التي تتضمنها عقود نقل المعرفة الفنية بهدف الحد من القدرة التنافسية للمشروع المتلقي للمعرفة الفنية و ضمان بقائه تحت السيطرة المباشرة أو غير المباشرة للمشروع المصدر للمعرفة الفنية، لذلك تعتمد الشركات متعددة الجنسيات على إدراج شروط تعسفية بحجة ضمان سيطرتها على المعرفة الفنية المنقولة، و الخشية من ظهور قدرات إنتاجية و تكنولوجية منافسة، و ضمان استمرار المشروع المتلقي للمعرفة الفنية تحت السيطرة المباشرة أو غير المباشرة، و تجعله دائما يدور في فلكها و تابعها، مما يؤدي إلى إفراغ عملية إنتقال المعرفة الفنية من مضمونها لعدم قدرة المتلقي على إكتساب المعرفة الفنية، بسبب تقييد حريته في إستخدام المعرفة الفنية، و لا تزال هذه الشروط محل جدل بين الدول النامية التي تطالب بمنعها على أساس أنها تعسفية و غير مشروعة، و على الجانب الآخر تتمسك الدول المتقدمة بجوازها و مشروعيتها إستنادا إلى مبدأ حرية التعاقد.

و يقصد بالشروط التقييدية في عقود نقل المعرفة الفنية مجموعة القيود التي يفرضها مورد المعرفة على متلقيها، عند إبرام العقد بغرض تقييد حرية هذا الأخير في العديد من المجالات، سواء عند إستخدام المعرفة الفنية أو تسويق الإنتاج أو إدارة المشروع أو تطوير و تطويع المعرفة الفنية، و غالبا ما يرضخ المتلقي لهذه الممارسات التعسفية لحاجته الماسة للمعرفة الفنية. و لطالما قاست الدول النامية⁽¹⁾ من الآثار السلبية لهذه الشروط.

(1) - د/ أحمد خروع، حصيلة القانون الدولي للتنمية، ديوان المطبوعات الجامعية 1995. ص 57.

ونظراً للتنوع الشروط التقيدية و إختلاف طبيعتها، فيبدو من الصعب و ضع تعريف موحد و دقيق إلاّ أنتهق في كونها شروطاً تعسفية تشكل ضرراً بالغاً بحرية المنافسة، و تقييداً غير مبرر للمشروع المتلقي للمعرفة الفنية، وقد عرّف مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة و التنمية، المقصود بالممارسات و الشروط التقييدية في عقود نقل المعرفة الفنية، بأدّها مجموعة الأفعال و التصرفات الضارة التي تمارسها الشركات و المشروعات عن طريق التعسف و إساءة إستغلال مركزها القوي و الإحتكاري في السوق، و التي يكون من شأنها الحد من النفاذ إلى الأسواق و تقييد المنافسة فضلاً عمّا ترتبه من آثار سلبية و ضارة بحركة التجارة الدولية (1).

و من الملاحظ أنّ هناك الكثير من التعريفات التي تتفق جميعها على إظهار الجانب الضار للشروط التقيدية، إلاّ أنّها لم تتفق على تعريف جامع شامل، و سوف نعرض لأهم تلك التعريفات.

فعرّفها رأي (2) في الفقه بأدّها: "إصطلاح ينصرف إلى تلك الممارسات و التصرفات التي تمارسها المشروعات الموردة للمعرفة الفنية في مواجهة الدول و المشروعات المتلقية، خاصة التابعة للدول النامية، خلال تنفيذ عقود نقل المعرفة الفنية المبرمة بينهما، بغرض تكيل حرية المتلقي في إستغلال المعرفة الفنية و التعامل عليها بوجه عام، و الحد من قدراته التنافسية و التكنولوجية".

ويرى البعض (3) أنّ الشروط التقييدية هي مجموعة القيود التي يفرضها مورد المعرفة الفنية على المتلقي بمقتضى شروط صريحة في عقد نقل المعرفة الفنية، و التي تهدف بشكل أساسي إلى الحد من ذبوع و إنتشار المعرفة الفنية، و من ثمّ إستمرار سيطرة المورد عليها من ناحية، و الحد من قدرة المشروع المتلقي على المنافسة في الأسواق من ناحية أخرى.

= يأتي هذا المفهوم تأسيساً على حق الشعوب في التنمية الذي يعدّ متقبلاً - نظرياً - لدى المجموعة الدولية و معتمداً لدى الجمعية العامة للأمم المتحدة في 04-12-1986. في شكل إعلان.

-Madjid Benchikh. **Le droit des peuples au développement et négociations dans l'ordre international économique actuel.** Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques. volume (XXIX) N° 1 ET 2. 1991. P 7 P 121.

و فيه يؤكد الكاتب عدم قيام الجمعية العامة للأمم المتحدة بإرساء نظام دولي جديد يهدف لتحقيق حق الشعوب في التنمية الدولية التي تفرض بشكل أو بآخر الشروط التقييدية على متلقي المعارف الفنية دولياً.

- د/ إبراهيم حمد عبد الرحمان الحميد، مرجع سابق، ص 62.

(2) - د/ أنس السيد عطية، مرجع سابق، ص 879 وما بعدها.

(3) - د/ حسام محمد عيسى، مرجع سابق، ص 316.

وذهب رأي (1) في الفقه إلى تعريف الشروط التقييدية بأنها: " مجموعة شروط ذائعة في العمل، يفرضها مورد المعرفة الفنية على المستورد لتقييد حريته في استعمال المعرفة الفنية التي تنتقل إليه أوفي التصرف في الإنتاج الذي يحصل عليه من إستعمالها " .

وتبرز هذه التعريفات السابق ذكرها الهدف الرئيسي من وراء فرض، مثل هذه الشروط ألا و هو تكميل الحرية التكنولوجية للمتلقى، وعدم الإستقلالية في إتخاذ القرار في إستغلال المعرفة الفنية، و التعامل على الإنتاج الذي يحصل عليه من إستعمالها، والتركيز على مرحلة تنفيذ العقد، ولم يقدم لنا هذا التعريف تفسيراً لقبول المتلقى مثل هذه الشروط التعسفية في مرحلة التفاوض و الرضوخ لها.

وذهب إتجاه آخر (2) من الفقه إلى تعريف الشروط التقييدية بأنها:

" أعمال و تصرفات بعض المؤسسات التي تحد من الوصول إلى الأسواق أو تقييد بطريقة أو بأخرى المنافسة بدون وجه حق، ويكاد أن يكون لها آثار ضارة على التجارة العالمية".

و ذهب رأي (3) في الفقه إلى أن "الشروط التقييدية بأنها:" هي عبارة عن شروط تعسفية يفرضها مورد المعرفة الفنية-الطرف الأقوى- من مركزه التفاوضي القوي، بحكم سيطرته و إحتكاره لسوق المعرفة الفنية، و يضطر الطرف المتلقي-الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية- للمعرفة الفنية إلى قبولها دون مناقشة خاصة إذا كان منتبها لأحدى الدول النامية، نتيجة حاجته للمعرفة الفنية محل التعاقد و عدم وافرها بالأسواق، والتي تؤدي إلى تقييد قدرة المتلقي عن المنافسة من جهة ، و إلى آثار سلبية و ضارة بالاقتصاد الوطني للدولة التي ينتمي إليها من جهة أخرى".

و الملاحظ أن التعريفين السابقين ركّزَا على الأثر الضار للشروط التقييدية و منع المنافسة، و إعتبرها الهدف الأساسي من وراء فرض الشروط التقييدية، ويؤخذ على جميع التعريفات السابقة ، عدم الإشارة إلى الهدف الرئيسي من فرض هذه الشروط و عدم توضيح أثرها على أهداف الدول النامية من عملية نقل المعرفة الفنية.

(1) - د/ محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، المرجع السابق، ص 26.

(2) - د/ ماجد عمار، المرجع السابق، ص 92 و ما بعده.

(3) - د/ سميحة القليوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، المرجع السابق، ص 61.

وقد ذهب إتيان ثالث في الفقه إلى تعريف الشروط التقييدية بأنها: " تلك الشروط التي تعيق حرية المنافسة و تقيد إمكانية النفاذ إلى الأسواق و تكريس رقابة ذات طابع إحتكاري من قبل أحد طرفي العقد أو الإتفاق".

ويبدو أنّ هذا التعريف لم يظهر أسباب قبول الدول النامية لتلك الشروط، إلاّ أنه يظهر الهدف الرئيسي من فرض الشروط التقييدية، و هو ضمان عدم المنافسة لإستمرار إحتكار و هيمنة الدول المتقدمة على المعرفة الفنية و الحفاظ على الفجوة التكنولوجية.

و أخيراً يمكننا تعريف الشروط التقييدية بأنّها تلك الشروط التعسفية التي يفرضها الطرف المورد للمعرفة الفنية في عقود نقل المعرفة الفنية، بإعتباره الطرف الأقوى الذي يملك و يسيطر على المعرفة الفنية، بهدف الحد من النشاط التجاري و التكنولوجي للمتلقى و الحفاظ على الفجوة التكنولوجية بين الدول المتقدمة و الدول النامية، و يذعن لها الطرف المتلقى دون مناقشة نتيجة لحاجته الشديدة للمعرفة الفنية و عدم توافرها في السوق المحلي.

فهذا التعريف يبرز عدم التوازن و طبيعة العلاقة في الإتفاقات و العقود المتعلقة بنقل المعرفة الفنية بين الأطراف و التي تتم غالباً بين طرف قوي مسيطر، و طرف ضعيف، لا يملك إلا الإذعان و الرضوخ لما يفرض عليه ن نظراً لحاجته الشديدة للمعرفة الفنية من أجل التنمية، و بالمقابل عدم إمكانية الحصول عليها من خلال عقود متوازنة. كما يوضح الأثر الضار للشروط التقييدية و تكبير المعرفة الفنية للمتلقى، بالإضافة إلى إظهار الأثر و الهدف الرئيسي من وراء فرض تلك الشروط، و هو الحفاظ على الفجوة التكنولوجية، من أجل إستمرارية تبعة الدول النامية للدول المتقدمة.

المطلب الثاني : أنواع الشروط التقييدية

نلاحظ من خلال إستعراض التعريفات السابقة للشروط التقييدية أنّها تهدف إلى إحتفاظ المورد ببسط رقبته و سيطرته على المعرفة الفنية المنقولة، و تقييد حرية المتلقى في إستخدام المعرفة الفنية، و الحد من نشاطه التجاري، و منع تنمية قدراته التكنولوجية الذاتية، خوفاً من إكتسابها و السيطرة عليها. و يعلّل موردوا التكنولوجيا وجود هذه الشروط بضرورة المحافظة على السمعة التجارية أو العلامة التجارية أو الإسم التجاري⁽¹⁾.

(1) - د/ حسام محمد عيسى، المرجع السابق، ص 377.

وإنّ كل هذه الأسباب ترتبط بشكل مباشر أو غير مباشر بفرض آليات لضمان الهيمنة و التبعية التكنولوجية.

و بهذه الآليات إستطاع موردوا المعرفة الفنية أن يحددوا بمفردهم نصوص و شروط العقود و الإتفاقات المبرمة في مجال نقل المعرفة الفنية، مع المشروعات المتلقية في الدول الأخرى خاصة الدول النامية، بحيث لم يبقى أمام هذه المشروعات سوى قبولها و الإذعان لها، دون أي تعديل، إذا هي أرادت إبرام العقد أو الإتفاق، حتى تظل المعرفة الفنية و سيلة لفرض السيطرة الكاملة على المشروعات المتلقية، و بالتالي إستمرار تبعية هذه الأخيرة للمشروعات الموردة للمعرفة الفنية.

و نظراً لعدم وجود بديل آخر أمام متلقي المعرفة الفنية للحصول على المعرفة الفنية، وحاجته الملحة لمكونات الإنتاج الذي يحتكر المورد صناعتها، فيظطر لقبول مثل هذه الشروط التعسفية خشية إمتناع المورد عن تزويده بها.

من المعروف أنّ الإعتداء على أي حق من حقوق الملكية الفكرية إنتهاك لحقوق مالك الحق.

- هذه الحقوق تتمثل في الأسرار غير المفصح عنها و الرسومات الصناعية و العلامات التجارية و حقوق المؤلف و الأسماء التجارية و غيرها متضمنة في إتفاقية TRIPS السابق الإشارة إليها في الفصل الأول، وهي تلك المنظمة للملكية المعنوية المتصلة بالتجارة، و هي منجرة إتفاقية الجات 1994 وعلى إثرها جاءت منظمة التجارة العالمية.

- فالمجتمعات لا تخلو من ضعاف النفوس و اللصوص و المستغلين، فيأخذون حقوق غيرهم و يقومون بإستغلالها دون ترخيص أو إذن مسبق، و يكون هذا الإستغلال أيضا مشبوهاً بحيث تكون المنتجات المقلدة ذات جودة رديئة، وأسعار بخسة، و هذا أمر لا خلاف عليه، فيجب أن يعاقب كل معتد.

أمّا ولجّه الآخر لهذه الإتفاقية الأليمة للدول النامية، التي من المفروض أن تواجه الشروط التعسفية و القاسية رغم المقابل المغالى فيه المدفوع من طرف المتلقي للمعارف الفنية بشكل يحقق التوازن بين الشمال و الجنوب، وخصوصاً أنّ ثمار الشمال حالياً هي نتيجة أعمال الجنوب التي قام بها في مرحلة معينة من التاريخ⁽¹⁾.

(1) - كامل أبو صقر، مرجع سابق ص 415 .

- د/ أحمد جامع، إتفاقية التجارة العالمية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص8.

- د/ إبراهيم العيسوي، الجات وأخواتها، الطبعة الأولى، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 1995، ص4

- Sadok Belaid. **Islam et droit**. Centre de publication universitaire. Tunisie 2000. p 2 et suiv.

وتقع الشروط التقييدية على كاهل الطرف المتلقي على وجه الخصوص، فتثقل كاهله بمقابل الأهمية و الفائدة الكبيرة التي تمنحها للطرف المورد لها (1)، و التي تمارسها الشركات المحتركة للتكنولوجيا على وجه العموم، رغم الجهود الدولية و الوطنية الداعية لحظر هذه الشروط، وهناك من يرجع أسباب و دواعي (2) إستمرار فرض هذه الشروط دولياً إلى تعقيد عملية النقل و تداخل عناصرها بحد ذاته، إضافة إلى هذين العاملين يشير الكاتب إلى أن ما يفتح المجال لفرض مثل هذه القيود الظواهر الاقتصادية الاجتماعية الإحتماالية، وكذا الجانب القانوني المحدود الذي ينظم عملية نقل المعارف دولياً، كما يرجعها الكاتب إلى ضعف منظمة الأمم المتحدة ذاتها و ضعف تدخل المجموعة الدولية بكبح فرض هذه القيود.

أما على الصعيد الداخلي نجد بعض القوانين الداخلية تحدد على سبيل الحصر الشروط المقيدة أو المحظورة و تبطلها، إذا تضمنها العقد بطلان مطلق كونها تمس بالمصالح الوطنية و مصالح المشروعات المستوردة. فتلحق أضراراً جسيمة حيث تزيد من نفقة نقل المعرفة الفنية و تعوق تمكّن المشروعات الوطنية من المعرفة الفنية المتلقاة.

كما أنها تضر بالاقتصاد الوطني و تمس بشكل سلبي المصالح الإجتماعية الوطنية، إلا إذا وردت بقصد حماية مصلحة مستهلكي المنتج أو رعاية لمصلحة جديده و مشروعة لمورد المعرفة الفنية، و من هذه القوانين الوطنية القانون المصري الجديد المنظم للتجارة رقم 17 لعام 1999 بموجب مادته 75 التي تعدد الحالات التالية من القيود المحظورة:

- حظر قبول التحسينات أو تعديلات على المعرفة الفنية و أداء قيمتها.
- حظر إدخال تحسينات أو تعديلات التي يدخلها المورد على المعرفة الفنية لتلائم الظروف المحلية أو ظروف منشأة المستورد.
- حظر الحصول على معرفة فنية أخرى أو مماثلة أو منافسة للمعرفة الفنية محل العقد.
- حظر إستعمال علامات تجارية معينة لتمييز السلع التي إستخدمت المعرفة الفنية في إنتاجها.
- تقييد حجم الإنتاج أو ثمنه أو كيفية توزيعه أو تصديره.

(1) - د/ محمد فلاح بخيت، مرجع سابق، ص 234.

(2) Langloi alain:opcit.pp143-163.

- إشتراك المورد في إدارة منشأة المستورد أو تدخله في إختيار العاملين الدائمين بها.
 - شراء المواد الخام أو المعدات أو الآلات أو الأجهزة أو قطع الغيار اللازمة لتشغيل التكنولوجيا من المورد وحده أو من المنشآت التي يعينها دون غيرها.
 - قصر بيع الإنتاج أو التوكيل في بيعه على المورد أو الأشخاص الذين يعينهم (1).
- نظرا لعدم إمكانية حصر صور هذه الشروط التقييدية ، معظم الفقه حاول تقسيم هذه الشروط إلى مجموعتين تشكل في الواقع فرعي دراسة هذا المطلب و هما:

- الفرع الأول: الشروط المقيدة للإستقلال الإقتصادي و التجاري.
- الفرع الثاني: الشروط المقيدة للإستقلال التكنولوجي.

- الفرع الأول: الشروط المقيدة للإستقلال الإقتصادي و التجاري (كمجموعة أولى من الشروط التقييدية)**
- وهي نتيجة غير مباشرة لممارسة حقوق الملكية الصناعية، وهي أثر من آثار عدم تكافئ القدرة التفاوضية l'inégalité du pouvoir de négociation لأطراف العقد (2).
- وهذه المجموعة تنقسم إلى ثلاثة أقسام و هي :

- أولاً: الشروط التي تهدف إلى الرقابة على المتلقي أو على إدارة و تسيير المشروع .
- ثانياً: الشروط التي تهدف إلى الحد من النفاذ إلى الأسواق الخارجية.
- ثالثاً : الشروط التي تهدف إلى تقييد أساليب التسويق .

أولاً: الشروط التي تهدف إلى الرقابة على المتلقي أو على إدارة و تسيير المشروع
وهي على نوعين:

- فرض رقابة على نوعية الإنتاج و مستوى جودة المنتج.
- فرض رقابة على كمية الإنتاج (شروط الإلتزام بالتوريد).

(1) - فايز أحمد عبد الرحمن ، مرجع سابق، ص 26.

(2) - السيد مصطفى أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 405.

و قد تتجسد هذه الشروط بشكل يلزم المرخص له الذي يريد الحصول على تكنولوجيا معينة أن يشتري معها جملة عناصر أخرى كبراءات إختراع ، أو مصاريف ذات فائدة محدودة أو معدومة⁽¹⁾.

كما قد تتجسد هذه الشروط في فرض الشراء الإجباري أي **clause d'achat lié**

وهو يعتبر من أكثر الشروط المقيدة شيوعا في عقود نقل المعارف الفنية⁽²⁾.

وهذا ما أكدته سكرتارية مجموعة الأندين لأمريكا الجنوبية، لاسيما إذا تعلق الأمر بترخيص إستغلال براءات إختراع في القطاعات الصناعية، وإضافة إلى شرطي الشراء الإجباري و شراء التراخيص المتجمعة ، هناك شرط رقابة مستوى الجودة ، و شرط الإلتزام بالتوريد و هذين الشرطين اللذين يتم مراقبتهما من طرف الموردّ يتم تبرير فرضهما بعدم التقليل من شأن المعرفة الفنية التي يمتلكها أساسا الموردّ.

وبهذا يصبح تردد الموردّ على منشأة المتلقي مستمر، للتأكد من تنفيذ الإلتزام التقييدي المتعلق بالجودة ، و الذي تصبح له صلة وطيدة بشرط الشراء الإجباري و قطع الغيار للسلع و قطع الغيار و الفنون وسائل مستلزمات الإنتاج من أماكن معينة، يحددها الموردّ ذاته للمتلقي. لهذه الرقابة نتائج و خيمة بطبيعة الحال، حيث تؤدي عملية عدم المطابقة لمعايير الجودة و غيرها من الشروط أعلاه إلى سحب حق إستغلال المعرفة الفنية الواردة⁽³⁾.

ثانيا: الشروط التي تهدف إلى الحد من النفاذ إلى الأسواق الخارجية

وهي عبارة عن قيود إقليمية تهدف إلى ضمان توزيع جغرافي للسوق الدولي وفقا لإستراتيجية مورد التكنولوجيا⁽⁴⁾ وهي بدورها على نوعين من القيود:

- منع المتلقي من التصدير الكلي أو الجزئي.

- حصول المتلقي على موافقة المورد قبل التصدير.

أمّا في الحالة الأولى فقد تكون بوضع لائحة بالدول التي يسمح فيها للمتلقي بتصدير إنتاجه

(1) السيد مصطفى أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 401.

(2) - د/ نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، مرجع سابق ، ص 307.

(3) - د/ حسام عيسى ، مرجع سابق، ص 377.

(4) - د/ نصيرة بوجمعة سعدي ، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، ذات مرجع أعلاه. ص 312.

إليها و التي يتم وضعها و فقاً لمصالح المورد في أسواق هذه الدول و غالباً ما يكون هدف المورد من عم السماح بالتصدير لدول معينة أن يكون له نفوذ في هذه الأسواق، أو يكون له فيها شركات تابعة أو سبق له التنازل عن ترخيص صناعي في نفس الأسواق التي يمنع المتلقي من تصدير إنتاجه إليها، و هذه الشروط من أكثر العوامل خطورة و إضرار بحرية المنافسة و سهولة إنسياب حركة التجارة الدولية (1).

كما تؤدي هذه الشروط إلى حرمان المتلقي للمعرفة الفنية من تحقيق أرباح تغطي التكاليف (الباهضة) التي دفعها لقاء ما تحصل عليه من محل العقد. كما يحرم المتلقي من الحصول على العملات الأجنبية التي من الممكن أن يتحصل عليها مقابل منتجاته في أقاليم معينة محضرة عليه و هذا كله بدوره يؤدي إلى الضرر بالإقتصاد القومي للدول خاصة النامية منها (2).

ومن أمثلة شرط حصول المتلقي على موافقة المورد قبل التصدير الشروط الآتية صناعية " في حالة ما إذا إقترح المرخص له تصدير منتجاته إلى دول أخرى يتمتع داخلها بوضع أفضل من المرخص، فإن هذا الأخير سيدرس هذا الإقتراح و يمنحه الموافقة و يقدم المساعدة للمرخص له ما لم يرى أن ذلك يتعارض مع مصالحه أو مصالح مرخص لهم آخرين (3).

مثل هذا الشرط يعزز المركز الإحتكاري للمورد و يمكنه أكثر فأكثر من الناحية الفنية و الإقتصادية و المالية.

(1) - د/ إبراهيم حمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 86.

(2) - د/ سميحة القليوبي، تقييم شروط التعاقد و الإلتزام بالضمان في عقود نقل التكنولوجيا، مجلة مصر المعاصرة، العدد 406 الصادرة في أكتوبر 1986، ص 577.

(3) - شرط متضمن بعقد ترخيص بإستغلال معرفة فنية مبرم بين شركة جزائرية و شركة فرنسي - مشار إليه في مؤلف

- د/ إبراهيم قادم، مرجع سابق، ص 314.

- د/ إبراهيم حمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 8.

ثالثاً : الشروط التي تهدف إلى تقييد أساليب التسويق

خطورة مثل هذه الشروط تتمثل في كونها قد تمتد حتى إلى زمن بعد مدة التعاقد⁽¹⁾. و يُبدي المورد عادة سبباً ظاهراً لا يعكس حقيقة نواياه، يتمثل في بغية التأكد من تطبيق المواصفات و المعايير التي تمّ الإتفاق عنها في العقد و بأذنه مسؤول عنها⁽²⁾، فيصل بذلك في مرحلة المفاوضات إلى إقناع المتلقي من ممارسة رقابة دورية على مصانع و منشآت المتلقي ، وقد يصل إلى أخطر من ذلك و هي إقناعه في الإشتراك في إدارته أو المساهمة في رأس مال المشروع، ومنه يصل إلى هدفه و هو السيطرة على المتلقي أو التحكم في سير المشروع الذي يتخذ في هذا النمط من الشروط عدّة صور في مجملها من الحرية التجارية للمتلقي و قد تتمثل في:

- تحديد أساليب الدعاية و الإشهار.
- إتفاق عدم المنافسة.
- مراقبة الجودة.
- إتفاقية تشغيل المستخدمين.
- إتفاقية التمثيل الحصرية.
- إتفاقيات البيع.
- فرض توزيع معين للمنتج.
- فرض رفع سعر المنتج الذي يفوق سعر مثيله في السوق الخارجي، من أجل عدم منافسة أسعار منتجات مورد المعرفة الفنية خاصة إذا تمّتع المتلقي من الدول النامية بمزايا معينة، كتوفير المواد الأولية و الخام و نقص مبلغ أجور اليد العاملة في بلده.

(1) - إبراهيم حمد عبد الرحمن الحميد، مرجع سابق، ص 126 و ما بعدها.

(2) - إبراهيم حمد عبد الرحمن الحميد، ذات المرجع اعلاه، ص 89.

الفرع الثاني: الشروط المقيدة للإستقلال التكنولوجي (كمجموعة ثانية من الشروط التقييدية)

يقسم الفقه هذه الشروط إلى شروط في مرحلة التعاقد و شروط تمتد لما بعد مرحلة التعاقد⁽¹⁾. وهي لا تعمل فحسب على عدم الإستفادة الوافية بالمعارف الفنية المنقولة فحسب بل تتعدها إلى عدم منح فرصة تطويرها و فق القدرات الشخصية للمتلقي. و تتمثل أهم الصور المتضمنة في هذه المجموعة من الشروط التقييدية أثناء سريان العقد في: أولاً: عدم المنازعة. ثانياً: منع القيام بالبحوث و تطوير المعارف الفنية المنقولة. ثالثاً: تقييد ممارسة المتلقي للأنشطة التكنولوجية من جانب نطاق أو مجال إستخدامها.

أولاً: عدم المنازعة وهي بدورها مرتبطة بالحق محل النقل بصفة مباشرة.

سبق لنا وأن أشرنا بمناسبة الكلام عن الإلتزام، بالضمان الذي قلنا بشأنه أنّ جل أحكامه ليست من النظام العام، و عليه يمكن لطرفي العقد الإتفاق على الشديدي فيه ليصل إلى فكرة تحمل التبعة، و تأسيس ذلك يكون على فكرة تحمّل المخاطر في العقد، و من جهة أخرى يمكن التقليل من فكرة الضمان الذي قد يصل إلى الإنعدام كما هو الحال في مثل هذا الشرط التقييدي المتمثل في عدم المنازعة، أي عدم قيام المتلقي بأية منازعة قضائية تنصب على صحة محل العقد، خاصة فيما يتعلق ببراءة الإختراع أو العلامة أو الإسم التجاري.

و تنجم هذه الوسيلة الإحتكارية عن سند قانوني يعتمد عليه المورد أي الإحتكار القانوني و *monopole juridique* و يتمثل في الحماية المشروعة للملكية الصناعية و الفكرية والحماية المقررة للسّر التجاري أو المعرفة الفنية قانوناً⁽²⁾ حسب نظر المورد

(1) - د/ إبراهيم قادم، مرجع سابق، ص 320

(2) - مصطفى أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 412.

و مصدر هذا الشرط الفقيه الأمريكي (licence Estoppel) مقتضاه قبول المتلقي للبراءة محل الترخيص، يعني الإقرار الضمني بصلاحياتها وصدقتها ومنه عدم المنازعة بشأنها خلال مدة سريان العقد⁽¹⁾. لهذا الشرط آثار سلبية على المتلقي، فقد يجد نفسه بعد الموافقة على هذا الشرط مستغلا لمعرفة فنية غير صالحة لا قانونا و لا عمليا، أما قانونا فقد تكون البراءة سقطت صلاحيتها و أصبحت ملك مباح للجميع⁽²⁾

- طبعا هذا في حالة كون محل العقد معرفة فنية مقترنة في جزء منها ببراءة إختراع.

لأما عمليا فقد يتضح للمتلقي بعد إستعمال المعارف الفنية أنها غير مجدية و غير صالحة. فلا يكون بذلك تكافؤ مع المقابل النقدي العالي المدفوع من الطرف المتلقي، أو قد يرد هذا الشرط على الشاكلة التالية " يلتزم طرفي العقد بالعمل على إحترام الغير لحقوق الملكية الصناعية المملوكة للمورد و التي يتمتع المتلقي عن المنازعة في صحتها"⁽³⁾.

الإقرار الضمني المسبق بصحة المعرفة الفنية المنقولة بالموافقة على الشرط التعسفي المتمثل في عدم المنازعة ، يكبل يد المتلقي على إمكانية المطالبة القضائية بالتعويض أو الفسخ أو التنفيذ العيني لإنعدام الأساس القانوني في هذه المطالبة و يصبح أمام وضعية الإرغام على قبول معارف غير (صحيحة) و غير (صالحة).

ثانياً: منع القيام بالبحوث و تطوير المعارف الفنية المنقولة

تنتشر هذه الشروط خاصة بين طرفين متكافئين تكنولوجيا، و بشكل خاص بين الشركات التي تنتمي إلى نفس المجموعة حيث تبين الإحصائيات أنّ حوالي 94 % من نسبة عمليات البحث و التطوير الذي تقوم به الشركات الأم في الولايات المتحدة الأمريكية محظورة على الشركات الوليدة المنتشرة في باقي بقاع العالم⁽⁴⁾.

(1) - د/ نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، مرجع سابق، ص 311.

(2) - إبراهيم حمد عبد الرحمان الحميد، مرجع سابق ص 70.

(3) - عقد تعاون مبرم بين شركة مغربية (MMA) و شركة فرنسية (SEB) عام 1984. مشار إليه في مرجع إبراهيم حمد

- عبد الرحمن الحميد، ص 74.

(4) - د/ حسام محمد عيسى، مرجع سابق، ص 197.

أمّا فيما يخص الدول النامية:

- يحضر عنها القيام بتطوير المعارف الفنية حسب ظروفها المحلية، أمّا فيما يخص القيام بالتحسينات اللازمة فقد يفرض أيضاً بشأنها شروط كضرورة كحضرها نهائياً، أو حين التوصل إليها توجب إرجاعها للمورد على أساس أنه الصاحب الأصلي للمعرفة، وما يطرأ على المعرفة الفنية من تجديد له أن يمنح موافقة للمتلقي بإستعماله أو التنازل عنه للغير أو يمنعه من ذلك، فكل ما يطرأ من تجديد له أن يمنح موافقة للمتلقي بإستعماله أو التنازل عنه للغير أو يمنعه من ذلك.

ثالثاً: تقييد ممارسة المتلقي للأنشطة التكنولوجية من جانب نطاق أو مجال إستخدامها

وهي شروط تتمثل في تحديد مجال إستعمال المعرفة الفنية المنقولة، أو من حظر إستعمالها في نطاق آخر، كما قد يتجلى في حظر إستعمالها بشكل معين. وهذا من شأنه تكبيل يد المتلقي و حصره في دائرة معينة من النشاط و بشكل محدد بالعقد مما يعيقه في إستعمال المعارف الفنية بمنتجات أخرى يراها تحقق له أرباح تجارية أو مزايا صناعية أو أهداف تنموية.

ونجد بعض الدول لا تجيز هذه الشروط بالنسبة للحقوق الصناعية المعرف لها بالحماية القانونية كالبراءة مثلاً، بل تمتد حتى للمعارف الفنية السرية غير المشمولة بحق من حقوق الملكية الصناعية⁽¹⁾ وعليه يجب التفتن لمثل هذه الشروط التعسفية و النص صراحة في العقد على الحرية في توسيع مجال إستعمال المعارف الفنية المنقولة، سواء في مصانع جديدة للمتلقي أو في مجالات عملية صناعية أو تجارية غير تلك المتضمنة بالعقد من حيث النطاق الزماني و المكاني. هذا و قد يمتد تعسف المورد للمعارف في فرض شروط تقييدية تسري و تنتج آثارها حتى بعد مرحلة سريان العقد.

فالمورد متفطن لقدم يوم قد تنقضي فيه الحماية القانونية لمعارفه الفنية و التي كانت تمنح له بدورها إحتكار قانوني، وهذا الإنقضاء قد يكون سببه إختفاء طابع السرية الذي كانت تتميز به المعارف، أو بإنتهاء أجل حقوق الملكية الصناعية المنقولة، أي

(1) - د/ السيد مصطفى بن أبو الخير، مرجع سابق، ص 415.

سقوطها كما أنه متفطن لظهور يوم إنتهاء مدّة العقد مما يضعه في موقع يعدم فيه أي أساس قانوني لفرض السيطرة الإقتصادية و التكنولوجية.

لأجل ذلك نجده يحسب حسابيه لذلك اليوم، فيقوم بإشتراط* عدم إستخدام المعلومات و المعارف الفنية المنقولة ، بمقتضى العقد المنتهية مدّته مع إرجاع جميع المستندات و الوثائق و الخرائط المعتمدة لإنجاز المشروع و نشطه، فيترتب على هذا شل نشاط المتلقي كُليّة و زعزعة تسويق إنتاجه و جعله في تبعية دائمة و مطلقة.

وقد تكون التبعيّة مخفّفة و نسبيّة بإشتراط الحصول على موافقة مسبقة لأي عملية يقوم بها المتلقي متعلقة بالمعرفة الفنية المنقولة، في فترة ما بعد إنتهاء مدة سريان العقد، مستندا في ذلك خصوصا على ضرورة المحافظة على السرية قبل و بعد التعاقد ، ومنه بشكل أو بآخر، إذا ما أراد المتلقي المواصلة في إستغلال المعرفة الفنية مجددا و لتكن بإستخدام ترخيص ما، وماعليه بعد إنقضاء مدّة العقد إلاّ التفاوض من جديد للتعاقد من جديد مع صاحب المعارف الفنية، أو اللجوء إلى مورد آخر⁽¹⁾.

من خلال ما سبق ذكره من إظهار التكتلات العالمية و الشركات العملاقة سيطرة على الدول النامية عموماً⁽²⁾ بفروض شروط جدّ قاسية، أظهرت هذه الأخيرة و منها دول المغرب العربي عدم قدرة الأجهزة الإنجازية على التأقلم و التناغم مع تطور الطلب الدولي، و بالتالي عدم القدرة على منافسة الأسواق التقليدية كالسوق الأوروبية (الإتحاد الأوروبي) و لا يمكن التقليل من هذه التبعية إلاّ من خلال إعادة تأهيل القطاع الداخلي و تقليص التبعية الخارجية خاصة الغذائية منها⁽³⁾.

(1) - د/ نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، مرجع سابق، ص 308.

(2) - د/ محسن شفيق، المشروع ذو القوميات المتعددة، مرجع سابق، ص 9.

(3) Salah.Mezdour. **Les disequilibres en economie ouverte (cas du magreb)**.revue algerinne des sciences juridiques.économiques.et politiques.Volume(XXXI) . N° 3 1993 P 528.

الباب الثاني

مراحل إبرام عقود نقل المعرفة الفنية و تسوية المنازعات الناشئة عنها

الفصل الأول: مراحل إبرام عقود نقل المعرفة الفنية
الفصل الثاني: تسوية نزاعات عقود نقل المعرفة الفني

الباب الثاني

مراحل إبرام عقود نقل المعرفة الفنية و تسوية المنازعات الناشئة عنها

بعد أن برزت لنا من خلال الباب السابق و بخاصة الفصل الثاني منه جملة المشاكل التنموية التي تخبّطت فيها الدول النامية لأمد طويل، و التي سببها نتائج و آثار مضامين الإلتزامات الناشئة عن عقود نقل المعرفة الفنية، و بالتالي عدم تحقيق الأهداف التي سعت لها هذه البلدان ومنها إستيعاب المعارف ذاتها، و إستعمالها لتحقيق رفاه إقتصادي و إجتماعي، فضلا عن تكبير أيدي المتلقّين للمعارف الفنية بجملة الشروط التقييدية المذكورة آنفا، فوجدت هذه الدول نفسها في حلقة تأثّر و تأثير بين العوامل السياسية و الإقتصادية و الإجتماعية فيما يخص هذا الموضوع، و من خلال هذا الباب سنحاول توضيح أنّ محلّ هذا النوع من العقود، التي لم يتحقق توافق في تكييف طبيعتها القانونية *la qualification juridique*، مما دعى البعض إلى اعتبارها من طبيعة خاصة *siu-generis*، ليس له محلا مطابقا في باقي العقود الكلاسيكية المعروفة في شتّى الأنظمة القانونية.

بناءً عليه و بإعتبار محل هذه العقود له خصوصيات فإنّ مراحل إبرام هذه العقود سوف تكون لها أيضا خصوصياتها إنطلاقا من المرحلة ما قبل التعاقدية التي تعدّ مرحلة شاقة و جدّ هامة إلى غاية الإتفاق النهائي و إبرام العقد.

لكن لا يخفى عدّا أنه قد يعترض مسار تنفيذ هذه العقود عراقيل و نزاعات يتوجب إزاحتها و حلّها بمختلف الطرق المتاحة قانونا و هذا ما سنعالجه من خلال الفصلين التاليين.

الفصل الأول: مراحل إبرام عقود نقل المعرفة الفنية.

الفصل الثاني: تسوية نزاعات عقود نقل المعرفة الفنية.

الفصل الأول

مراحل إبرام عقود نقل المعرفة الفنية

نظراً لإعتبار عقود نقل المعرفة الفنية من عقود المدّة خاصة إذا عبرت الحيّز الجغرافي للدول وتمت بين طرفين غير متكافئين إقتصادياً و تكنولوجياً، فإنّ مرحلة المفاوضات لا غنى عنها للدخول في مرحلة لاتقل أهمية هي مرحلة الإبرام و التي يبرز لنا من خلالها أنه لا محلّ و لا سبب إبرام هذه العقود خارج التعامل به في النظريات القانونية التقليدية ، و لهذا أصبح لكل من المحلّ و السبب خصوصيات في عقود نقل المعرفة الفنيّة بإعتبار أنّ هذه الخيرة ذاتها حديثة النشأة و الوجود ، و لذا نقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول : التفاوض في عقود نقل المعرفة الفنية .

المبحث الثاني: مرحلة إبرام عقد نقل المعرفة الفنية .

المبحث الأول:التفاوض في عقود نقل المعرفة الفنيّة

نظراً لأهمية عقود نقل المعرفة الفنية غالباً إنّ لم نقل دائماً، تسبقها مرحلة مفاوضات بين الأطراف، و المفاوضات هي التي تمكّن من معرفة ما لكل طرف من حقوق و ما عليه من إلتزامات إذا تمّ الإتيافاق على التعاقد. فغني عن الذكر تبيان مدى الأهمية البالغة التي تحيط بهذه المفاوضات، فهي تعتبر ذات وزن كبير في تفسير العقد في حالة نشوب نزاع، وتتخذ حينئذ وسيلة للحل تستأنس بها الهيئة المرفوع أمامها النزاع، وهذه الفائدة أو الضرورة القانونية للمفاوضات نلمسها حتى قبل طرح النزاع أمام الجهة القضائية أو التحكيمية، حيث يمكننا أن نجد في كثير من العقود بنود تقضي " بشرط التفاوض لتسوية المنازعات ودياً " بغية الإستمرارية في التعامل و التواصل العقدي و تنفيذاً لهذا الشرط أي *clause de règlement amiable* قد يلتقي الأطراف في شكل قضية مصغرة *mini trial*، يحاولون من خلالها التفاوض من جديد لتسوية النزاع الحاصل بينهم داخلياً، و هذا إعمالاً بفكرة

تخفيف الضرر كأثر للمفاوضات بناءً على شرط إعادة التفاوض عند تغير الظروف⁽¹⁾ أي

"L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitral"⁽¹⁾

(1) DERAINS.Y.L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale . revue de droit des affaires internationales .1987 . p375 .

ولا تحكم عملية التفاوض ضرورات قانونية فقط بل تحكمها ضرورات منطقية و عملية و إقتصادية أيضاً، فالمنطقية منها تلمس من الطبيعة البشرية ذاتها حيث لا يستطيع البشر العيش بوسائله الشخصية، إذ لا بدّ له من التفاعل مع بني جنسه خاصة مع تشعب الحياة المعاصرة ، و الدخول في المعاملات المستمرة مع غيره يفرض عنه الأخذ و الرد بالكلام، فإما أن يلبى الطرف الآخر أو يعرض.

كما أنّ من الضرورة المنطقية الجروح إلى عدم التنازع بعد إتمام المعاملات، وهذا بالضبط الذي يرمي إليه الأطراف من خلال التفاوض ، فهم ينفقون عن نقاط قد تكون مثار خلاف بينهم، فيقتلون في المهد دواعي الخلاف، أو على الأقل يعدّون الدواء لما عسى أن يطرأ من داء، لهذا نجد الأطراف أحياناً يلحقون المفاوضات أو جزء منها بالعقد ، بأنّ يحيل المتعاقدان المفاوضات السابقة لإنعقاد العقد فيما يتعلق بمسألة معينة كتحديد مبلغ أو خصم أعمال معينة.

و تختلف هذه المفاوضات باختلاف الأطراف و إيديولوجياتهم و ما يجري عليه عملهم و جنسيتهم و مطالبهم و تخصصاتهم، لأجل ذلك يكون من الضرورة العملية التفاهم و تقريب وجهات النظر بين هؤلاء الأطراف.

ومن جهة أخرى يكون كل طرف على بينة من أمره و من ظروف و شروط التعاقد، قبل الإلتزام الحقيقي بتصرف قانوني ملزم مولّد لآثار قانونية ملزمة.

أما عن أهم الضرورات الإقتصادية للمفاوضات هي إعادة التوازن العقدي *l'équilibre contractuel* لأنّ العقود الدولية الممتدة في الزمن قد تطرأ عليها ظروف سياسية إجتماعية و إقتصادية و قانونية، كالارتفاع الباهظ في أسعار مواد البناء أو تغير قوانين الإستيراد و التصدير و عوامل خاصة بالعملية ، مما يجعل تنفيذ الإلتزام مرهق جداً و يلحق أضراراً لا يمكن إحتمالها (2).

(1) - د/ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، دون تاريخ، ص 68.

(2) - د/ تركي نور الدين، محاضرات ملقاة على طلبة الماجستير، كلية الحقوق، ابن عكنون، الجزائر 1996.

لهذا نجد في مثل هذه العقود الدولية شرط المراجعة أو الصعوبة أو المشقة "clause de dureté"⁽¹⁾، و يسمى هذا الشرط في الفقه الإنجليزي "hardship"، و في الفقه الأمريكي "Gross inequity clause" و مقتضى هذا الشرط الإلتفاف حول مائدة التفاوض لرفع الضرر الناشئ عن الضرر الجسيم الحادث جراء الظروف الطارئة والقوة القاهرة، و عموماً يقوم الأطراف المقبلين على التفاوض قبل أي شيء بدراسات تمهيدية "des etudes préliminaires"، كتمهيد للمشروع فتحدد الأسس الأولى للمفاوضات كتمهيد للمشروع بحد ذاته بدراسة جدواه، ودراسة السوق ودراسة الجانب المالي لكيفية التمويل مبدئياً⁽²⁾.

وتتغير الدراسات التمهيدية وفقاً للإحتياجات، و مع ذلك فهدفها المرجو دائماً هو التأكد من مدى الملائمة الاقتصادية للإستثمار في هذا النوع من المعرفة الفنية، إضافة إلى إرساء القواعد الفنية الأولى، و يمكن لطالب المعرفة الفنية أن يبرم عقد مع مكتب دراسات متخصص يتولى بنفسه إعداد الدراسات الأولية، و يجب أن تكون هذه الدراسات دقيقة جداً لأنه يتوقف عليها آثار مهمّة فيما بعد، بل يمكن أن تحدد درجة نجاح المشروع وفشله، ولهذه الدراسات تأثير على المفاوضات، فكلما قل عمق الدراسات الأولية كلما طالت مدة المفاوضات، سعياً لإتمام السجل الفني للمشروع المراد الخوض فيه⁽³⁾.

و تنتشر مكاتب وطنية عبر العالم بمسميات مختلفة كإسم معهد علمي، أو السجل الوطني لنقل التكنولوجيا في أمريكا اللاتينية، أو أكاديمية البحث العلمي و التكنولوجيا بمصر. بالإضافة إلى المكاتب الخاصة، التي غالباً ما يلجأ إليها الأطراف المتلقية للمعرفة الفنية من أجل القيام في مكانها بهذه الدراسات.

(1) - د/ أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 66.

(2) إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 142.

(3) - د/ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 79.

وتقوم هذه المكاتب بمساعدة طالبي التكنولوجيا في الحصول على أفضل الشروط الممكنة من خلال المعلومات التي تقدمها (1) ، كما قد تزود المتلقي بالخبراء المختصين عند التفاوض، أي أنها تقدم لطالب التكنولوجيا ما يسمى بالإختيارات التكنولوجية، أي تحديد جملة المعارف الفنية التي يحتاجها المتلقي المفاوض، وذلك من خلال الدراسات الأولية التي تبحث الجدوى الاقتصادية للتعاقد على نقل المعرفة الفنية، أي تهيئ المتلقي لإجراء التفاوض(2)، خاصة وأنّ الأمر سيتعلق بإنتقال حق ذو طبيعة خاصة هو حق المعرفة يتميز بكونه منقول معنوي يمكن تقويمه بنقود و له قيمة إقتصادية و قابل للإنتقال عن طريق البيع و الشراء و الإيجار و الإرث و يتميز بالسرية و هو مشمول بحماية قانونية خاصة على المستوى الدولي أو الوطني(3).

و من أجل ذلك عمدنا إلى تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

- المطلب الأول: مفهوم و أشكال المفاوضات في عقود نقل المعرفة الفنية.
- المطلب الثاني: إستراتيجية و مهارة التفاوض في عقود نقل المعرفة الفنية.
- المطلب الثالث: النتيجة القانونية للتفاوض في عقود نقل المعرفة الفنية.

المطلب الأول : مفهوم و أشكال المفاوضات في عقود نقل المعرفة الفنية

نقسم هذا المطلب إلى فرعين:

- الفرع الأول: مفهوم المفاوضات الأولية في عقود نقل المعرفة الفنية.
- الفرع الثاني: أشكال المفاوضات في عقود نقل المعرفة الفنية.

الفرع الأول: مفهوم المفاوضات الأولية في عقود نقل المعرفة الفنية

المفاوضة في اللغة تعني تبادل الرأي بين ذوي الشأن فيه بغية الوصول إلى تسوية و إتفاق، و يقال فآوضه في الحديث أي بآدله الرأي فيه (4).

أما إصطلاحاً فهي عبارة عن تبادل و جهات النظر بين متلقي المعرفة الفنية و مورّدها، حول تكوين العقد

(1) - د/ يوسف خليل الأكياني، مرجع سابق ص 90.

(2) إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 142.

(3) فهد بجاد الملايح، مرجع سابق، ص 37.

(4) المعجم الوجيز، مرجع سابق، ص 484.

و صحته و نفاذه و تحديد الإلتزامات المتولدة عنه و جزاء الإخلال بها و ذلك من أجل الوصول إلى إبرام العقد (1).

أو هي أسلوب تعامل مقرون بالقدرة و الكفاءة العملية التي تعطي الشخص المفاوض حرية البحث عن الحلول و إتخاذ القرار (2).

و يطلق عليها البعض إسم المباحثات ، وهي الفترة التي تفصل بين اللقاء الأول بين إبرام العقد، و تتسم هذه المرحلة بالنقاش و المواجهة بين وجهتي النظر و محاولات التوفيق بينهما حسب طبيعة العقود المراد إتمامها، و فكرة المباحثات تنطوي على حوار مبدئي يحتوي على فكرة التدرج في تكوين العقد، و يترتب عنها أن تعطي للمدة دوراً رئيسياً في إلتقاء الإيجاب و القبول لأي إلتقاء إرادة طرفي العقد (3) و عليه فإنّ الحوار يتوقف على كيفية سير المباحثات و الإقتراحات التي يتقدم بها كل طرف (4).

فليس من المعقول أن يبرم عقد من عقود نقل المعارف الفنية خاصة على الصعيد الدولي دون أن يمر بمرحلة المفاوضات الأولية بين طالبها و حائزها أو مالكها أو بدون التحدث في النواحي التقنية (التكنولوجيا المعرفية) و النواحي المالية و الإقتصادية.

لذا يجب التمييز بين مرحلة التفاوض بشأن العقد و مسألة الإختيارات المعرفية التكنولوجية، وهي التي يطلق عليها الدراسات التمهيديّة كما سبق الذكر، وهي التي تعتبر الأسس الأولى للمفاوضات، وهي في العادة تلك التي تقوم بها مكاتب دراسات متخصصة إقتصادياً مالياً فنياً (5).

بالإضافة إلى المصطلحات و المفاهيم السابقة، التي تعبر بشكل أو بآخر عن ما يسمى بالمفاوضات الأولية أي (تبادل و جهات النظر، أسلوب تعامل، المباحثات، الإقتراحات) .

هناك مفهوم آخر يعبر عن معنى المفاوضات في العقود عموماً و عقود نقل المعرفة الفنية خصوصاً، و من خلاله تتجلى عناصر العملية التفاوضية، فيعرفها البعض ، بأنها التحوار و المناقشة و تبادل الأفكار

(1) - د/ محسن شفيق نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مرجع سابق، ص 65.

- أ/فهد بجاد الملا، مرجع سابق، ص 37.

- د/ إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 142.

(2) - د/ سميحة القيلوبي العقود التجارية، مرجع سابق، ص 321.

(3) - د/ نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 120.

(4) - د/ إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 142.

(5) - د/ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 79.

و الآراء و المساومة بالتفاعل بين الأطراف من أجل الوصول على إتفاق معين، حول مصلحة أو حل لمشكلة ما إقتصادية، قانونية، تجارية ، سياسية(1).

و من هنا يتبين أنّ هناك عدّة عناصر يجب مراعاتها للوصول على ماهية و جوهر المفاوضات وهي:

- وجود مشكلة أو مصالح متعارضة بين طرفي العملية التفاوضية.

- التفاعل *intéractivité* و الإتصال بين طرفي التفاوض.

- القصد إلى الوصول إلى إتفاق أو حل للمسألة المطروحة.

وعمومًا المفاوضات لا تخضع كقاعدة عامة لشكل معين أو قالب قانوني محدد، فقد تتم شفاهة أو بطريقة المراسلات أو تبادل الرسومات التوضيحية المؤبدة بلقاءات و إجتماعات مستمرة بين أطراف العقد و متابعة النتائج في مراحل المفاوضات و تحديد المرفوض و المقبول منها تبعًا(2).

فهي إذن تستلزم إتصالات و إنتقالات و إجراء بحوث و إختبارات و عمل رسوم و نماذج(3).

لهذا يرى الفقه ضرورة أن يتم عرض الرغبات و مزايا المعارف الفنية محل العقد و شروط العقد، و فقًا لمبدأ حسن النية بمعنى أن تتم المفاوضات بأمانة و جدية، لأنّ اللجوء إلى الطرق الملتوية في عرض مزايا و عوائد المعرفة الفنية محل العقد على خلاف الحقيقة قد يؤدي إلى أسوء النتائج خلال تنفيذ العقد، و قد يؤدي إلى تفويت الأهداف الباعثة و الواقعة لتعاقد طالب المعرفة الفنية(4).

(1) - د/ أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 62.

- SCHAPIRA .J. *négotiating for your life.new-york and company*.1993. p 86 .

- Schmidt. J. *la négociation du contrat international*. Revuede droit pratique commercial international. 1983.p245.

-IKLE. F.CH. *How nation négociate.new York london harber and row publishers*.1964.p 3.

- international encyclopedia of the social science New- york. the macmillan and company and the free press .1977. p.1107.

- Nierenberg .G.H. *fundamentals of negotiating,new-york haper and row publishers*. 1987 p 29

(2) - د/ سميحة القليوبي، العقود التجارية، مرجع سابق، ص 321.

(3) - د/ فايز أحمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 19.

(4) - د/ سميحة القليوبي. العقود التجارية. المرجع أعلاه ص 322.

لهذا نجد أنّ هذه المباحثات les pourparlers و مجرياتها le deroulement des p.p و الإقتراحات les propositions و الإقتراحات المضادة les contres propositions في عقود نقل المعرفة الفنية تكون ممتدة زمنيا لإمكانية إتاحة حصول توافق الإيرادات، أي تعتمد على فكرة التدرج في بناء العقد⁽¹⁾.

ولا نغفل عن الإشارة إلى أنّ تطور التجارة الإلكترونية و النمو السريع لشركة الويب خلق نوع جديد من التعامل، و بالتالي نوع جديد من التفاوض .

فعلى الرغم من أنه هناك الكثير من مستخدمي الويب الذين يمكن تصنيفهم في الأساس على أنهم مستهلكين، إلا أنّ حجم ما ينفق على الصفقات التجارية التي تتم بين شركتين في الوقت الحالي يفوق النوع الأول.

حيث و صل حجم السوق الخاص بالنوع الثاني من الصفقات التجارية إلى حوالي 137 مليار دولار أمريكي، بينما و صل حجم الصفقات التجارية الأولى إلى ما يقارب 10 مليار دولار أمريكي.

و الجدير بالذكر أنّ مؤيدو التجارة الإلكترونية الذين يرون فيها بأنها تحقق التوفر العالمي و الفوري، و الدخول إلى أسواق جديدة بأقل تكلفة و بدون تنقل عملي فيكفي الدخول لموقع ويب معين خاص بشركة معينة حتى يتم التمكّن من معرفة منتجاتها و عروضها.

كما أنها تمكن من التفاعل المباشر بين المشتري و البائع و التقليل من التكاليف ، ففتح متجر و تكاليفه بالتأكيد أكثر تكلفة من إنشاء موقع ويب و تعيين موظفين فقط، مسؤولين عن تطوره و تقديم الخدمات للعملاء.

كما أنها تقلل من حجم الأعمال الإدارية و خلق فرص تسويقية جديدة، كما أنها تمكن من عمليات تحليل السوق من خلال إستطلاع آراء الجمهور مثلا.

إضافة إلى تطوير عمليات تحليل المنتجات من خلال إستعمال الأنترنت، وهذا كله له تأثير على نوعية و سيرورة عمليات التفاوض لإبرام العقد، التي يرى فيها بعض خبراء التجارة الإلكترونية المعارضون لعقود الصفقات التجارية عبر شبكة الويب ، حيث يصفون هذه الأخيرة بنوع من التسرع العقلاني.

(1) - د/ نصيرة بوجمعة سعدي ،عقود نقل التكنولوجيا ،مرجع سابق ،ص 120.

فبدلاً من أخذ الوقت الكافي لدراسة قواعد الأنترنت و نسقها الفريد و المخاوف المثارة من إستخدامها في المجال التجاري، فإنهم يتسرعون في إفتراض أنه لا يوجد فارق بين الصفقات التجارية التقليدية، و تلك التي يتم إبرامها عبر الأنترنت، الفارق الوحيد من وجهة نظرهم هو الصفقات من النوع الأخير تتم بصورة أسرع و أنها تحقق الكثير من الملايين بين ليلة و ضحاها.

فحسب هؤلاء الخبراء المؤيدين للطريقة التقليدية للتفاوض و من ثم للتعاقد ينبغي على المرء تحمل مسؤولية التيقن من أن مواقع الويب التي يقوم بإنشائها آمنة بالقدر الذي يحافظ على خصوصية العملاء⁽¹⁾.

الفرع الثاني: أشكال المفاوضات في عقود نقل المعرفة الفنية

تتخذ المفاوضات في عقود نقل المعرفة الفنية أشكال مختلفة المراد منها الإعداد للإتفاق النهائي الذي سيكون في وقت لاحق، وهذه الأشكال تكون طبعاً متميزة عن العقد النهائي من حيث المحتوى و تكون متغيرة و فقا لطبيعة التعامل المزمع الإقدام عليه.

و قد تأخذ هذه الأشكال مواصفات و شروط خاصة لتحقيق قدرًا من الضمانات و من الحماية⁽²⁾.
و لعلّ أهم الأشكال المعروفة من حيث التداول هي ما سوف نبرزها في أشكال و هي:

أولاً: إعلان خطاب النية.

ثانياً: الإتفاق على الأساس .

ثالثاً: وعد من جانب واحد .

رابعاً: الخيار الثنائي بتأجيل التوقيع على العقد.

خامساً: عقد الإطار.

سادساً: تعهد على أساس كتابي.

سابعاً: التعهد على أساس دفع مبلغ مالي.

ثامناً: التعهد الأدبي او إتفاق الشرف.

(1) - د/ عماد الحداد، التجارة الإلكترونية. كويك نونتس، الطبعة الثانية، دار الفاروق للنشر و التوزيع القاهرة مصر، 2004، ص 22 وما بعدها.

(2) Magnin.F .opcit .p 305.

أولاً : خطاب إعلان النية la lettre d'intention

و هو المسمى لدى البعض أيضا بروتوكول إتفاق protocole d'accord في مجال الأعمال ، و هي عبارة مستعارة من القانون العام ، حيث تعني محضر لمؤتمر مثمر، أما هنا في هذا المقام تعني محضر لإجتماع مثمر.

و يطلق عليه البعض الآخر خطاب التفاهم⁽¹⁾، أو مذكور التفاهم أو مذكرة أساسيات الإتفاق ، و عرف أول مرّة بالمفهوم الحديث بأنجلترا حسب ما كان يجري به التعامل هناك، وهو يدخل ضمن طائفة الإتفاقيات التحضيرية les convention préparatoires⁽²⁾، التي تهدف إلى التحضير و الإعداد للعقد المستقبلي و هي تقابلها فئة الإتفاقيات المؤقتة التي سوف تأتي لشرحها لاحقاً.

وعموماً لا يوجد تعريف واضح لخطاب إعلان النية ، و لكن يمكن القول بأنه وثيقة مكتوبة قبل العقد النهائي، تعكس الإتفاقيات أو الفهم المبدئي لطرف أو أكثر من أطراف التعاقد التجاري بغية الدخول في عقد مستقبلي⁽³⁾.

و لهذا لا يعتبر نه الخطاب بحد ذاته إيجاباً و لا و عداءً بالتعاقد ، على الرغم من أن محتواه دقيق و متنوع للغاية و يرمي من خلاله الطرف البوح بنية الوصول إلى التعاقد مع الطرف الآخر، أو نيته ببذل عناية في الدخول في المفاوضات المزمع الإنطلاق فيها.

و قد تكون صيغته مثلا على نحو: "بهذا الخطاب نحيطكم علماً بأنه في نيتنا قبول عرضكم مبدئياً و الشروع في التعاقد.

(1) - mémorandum of understanding : أو مذكور التفاهم أي
- heads of agreement : أو مذكرة أساسيات الإتفاق أي

(2) - د/ مصطفى أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 86.

(3) - د/ أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 33.

وعلى إعتبار أنّ هذا الخطاب أحياناً يحتوي على تعهدات جوهرية، كدور كل طرف فيها، و جزاءات التأخير و قيمة الأداءات فيها و مهل و مجالات التنفيذ، فإنه قد يعتبر بمثابة عقد مستقبلي حقيقي يرتكز عليه لا حقاً حين إبرام العقد النهائي خاصة في الجوانب الفنية منه (1) ، و مفهوم المخالفة أي مستند لا ينطوي على إبداء لرغبة في التعاقد و لا يتضمن بياناً للنقاط الرئيسية و الخطوط العريضة للعملية التعاقدية المستقبلية و لا يشمل دعوة الطرف الآخر للإلتقاء و الجلوس سويّاً للتفاوض حولها، لا يعتبر ذلك المستند خطاباً للنوايا بل يعد وثيقة بمسمى آخر (2).

و عليه أهم أهداف ومقاصد خطاب النوايا ما يلي:

- إعلان مبدئي للرغبة في الدخول في محادثات حول عملية التعاقد.
- وضع الإطار المستقبلي المتعلق بتنظيم المفاوضات ذاتها من نفقات و زمان و مكان حساباتها و مدتها و من سيمثل الأطراف فيها.

- وضع الشروط العامة للعقود les conditions générales

- إظهار النية الجادة في التعامل و الرغبة الحقيقية في التعاقد و تبديد عوامل الشك المتبادل و إظهار حسن النية في التعامل.

لأجل ما تقدّم يعتبر خطاب النوايا غير ملزم لمن أصدره لأنّ لفظ نية intention يفيد أمر مستقبلي لم يطرح بعد و لم يكشف عنه، و هو لفظ لا يفيد الإلتزام، لذا يجب الحرص على عدم تضمين هذه الخطابات بعبارات تفيد الإلتزام مثل يقبل، يرتضي، يوافق ، و يستحسن اللّجوء إلى ألفاظ أخرى مثل يقدر الطرف، أو يبدو ملائماً أو من المستحب ، و ينصح بعدم القبول بشرط أو بتعهّد التعامل القصري أو المانع، engagement d'exclusivité ، أي عدم الحرية في إجراء مفاوضات موازية مع طرف آخر. وحبّذا لو تم تضمين الخطاب بعبارة تفيد أنه ليس له أية قوة ملزمة " No binding".

هذا لا يعني عدم وجود إمكانية قبول الطابع الملزم لخطاب النوايا مثل جملة:

(1) - corbonier.droit civil. Tom 4 . 9^{eme} edition paris 1976.p 472.

(2) - د/ أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 34.

" نتشرف بإبلاغكم أننا قد علمنا بمضمون العرض المقدم منكم بخصوص عقد إنشاء و توريد و تركيب و تجربة مصنع، و وقعنا على شروطه و أننا نقبل ذلك العرض، مع الرجاء إبلاغنا خلال مدة 10 أيام بخطاب مسجل بعلم و صول موقع و معتمد تاريخه بالرد على قبولنا لعرضكم المشار إليه".
و توجد خطابات نوايا ما يمكن إعتبارها فعلاً عقداً معاً ق على شرط أو أكثر، مثل موافقة السلطة المختصة كالوزارة، أو إئتمان مصرفي، أو ترخيص جمركي، فإذا تحقق الشرط أنتج العقد آثاره بشكل رجعي.

بناءً على ما سبق قد يرد خطاب النوايا في شكل عقد، كإستثناء على القاعدة العامة التي تقضي بأن خطاب النوايا ليس أكثر من تصرف إرادي قانوني غير ملزم⁽¹⁾، و يبقى في كل الأحوال الوقوف على ما أراده المتعاقدين من خلال هذا التصرف، و لأنّ السائد في القانون الأمريكي هو أن يعمل بقاعدة أو مبدأ Estoppel "إستوبيل" الشهير في الفقه الإنجلو أمريكي و مقتضاه " لا يقبل من أحد قول يتنافى مع سابق مسلكه"، و عليه للقاضي حرية تقدير قوة إلزام خطاب النوايا إعمالاً بهذا المبدأ و من ثمّ إمّا إعتباره عقد ملزم أو تصرف غير ملزم⁽²⁾ و القانون الواجب تطبيقه على أي نزاع من شأنه أن يثور بشأن خطاب النوايا هو القانون المطبق على التصرفات الإرادية العقدية، إذا أعتبر الخطاب عقداً و هو المعمول به في الجزائر⁽³⁾، حيث تنص المادة 18 من القانون المدني الجزائري مثلاً على:

" يسري على الإلتزامات التعاقدية المكان المختار من المتعاقدين، إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد"، وهذا ضابط إسناد قانوني و إن لم تكن الإرادة صريحة يقوم القاضي بتركيز العقد للبحث عن الإرادة الضمنية بالإستناد على الضوابط الاحتياطية، كما تسمح به نفس المادة لأنها تضيف في الفقرة الموالية:

" في حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد". وبهذا نجد أنّ لكل قانون و طني ضوابط إسناد خاصة به يحددها بكل سيادة.

(1) عدم إلزامية خطاب النوايا معترف به في القانون الإنجليزي، الذي لا يعدّه سوى تعهد بشرف أو إتفاق جنتلمان

gentleman's agrément، غير ملزم No binding و يرجع ذلك أن عامل احتمال المخاطر هو الذي يحكم مصير المفاوضات. نفس الإتجاه يؤيده القانون الأمريكي كأصل، ويحذو حذوه القانون الجرمانى، و كذا القانون الفرنسي و المصري و الجزائري.

(2) - د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق ص 52.

(3) تعديل القانون المدني الجزائري الصادر في 20 يونيو 2005. تحت رقم 44.

أما عن شكل خطاب النوايا، فإنه تطبق عليه القواعد العامة في تنازل القوانين في مسائل الشكل عموماً و هي التي تقرر خضوع الشكل لقانون محل الإبرام *locus régit actum* و هو المعمول به بالقانون المدني الجزائري⁽¹⁾، وهذا مالم يرتضي المتعاقدين قانون مخالف لهذا المبدأ لعدم تعلقه بالنظام العام.

فيما عدا ذلك و بالنظر لكون خطاب النوايا غير ملزم أي تصرف غير تعاقدي، فإن المسؤولية المنجزة عنه تكون تفصيلية و يسري حينئذ على الإلتزامات غير التعاقدية و فق القانون المدني الجزائري بموجب المادة (20) قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للإلتزام.

ثانياً: إتفاق على الأساس *l'accord de principe*

و يسميه البعض خطاب الإتفاق المبدئي الحر⁽²⁾، أو الإتفاق المبدئي و مؤداه أنه كلما قطع المتعاقدان شوط في مرحلة المفاوضات، قد يتوصلان إلى تفاهم و إتفاق على بعض النقاط الملتف حولها الحوار، الذي يكون محتواها منكب على الهدف المتوخى من التعاقد، فيلجأ الطرفان إلى تجسيد ما توصلا إليه من وفاق في شكل إتفاقيات لا تشكل في حقيقة الأمر إلا إلتزاماً بمواصلة التفاوض و الحوار أي أنها بمثابة تحفيز و تشجيع على المتابعة في الإتصالات بين الطرفين⁽³⁾.

و عليه يكون الإتفاق على الأساس أو الإتفاق المبدئي مختلف تماماً على الوعد بالتعاقد، لأنّ هذا الأخير عبارة عن عقد قبل العقد *Avant contrat*، لأنه يتضمّن الإيجاب و القبول.

(1) يضيف القانون المدني الجزائري لقاعدة *locus régit actum* جواز خضوع شكل التصرفات لقانون الموطن المشترك أو للقانون الذي يسري على الأحكام الموضوعية للتصرف القانوني.

(2) - د/ أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 42.

(3) - د/ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، مرجع سابق ص 86.

و نجد الطرفين حريصين على النص في الإتفاق المبدئي بأنه غير ملزم (1).

ثالثا : وعد من جانب واحد un pact unilatéral

إذا قطع الطرفان شوطا لا بأس به في المفاوضات و رأى أحد الأطراف أنه متأهب للإقدام على التعاقد، أما الطرف الآخر ليس كذلك، يقوم الأول بإصدار إيجاب يدعي وعدًا بالتعاقد عادة ما يكون ذا مفعول لمدة معينة ، إذا صدر خلالها قبولا من الموعد.

و الملاحظ أنه قد يقترن هذا الوعد بوعد بالترفض un pacte de préférence (2)، و الذي يعد إتفاق يتعهد بموجبه أحد الطرفين قبل الآخر بأن يفضل هذا الأخير على شخص من الغير، كمتعاقد في عقد فيما بعد، و مع هذا يبقى الواحد حرا في عدم إبرام العقد النهائي.

رابعا: الخيار الثنائي بتأجيل التوقيع على العقد

أو كما يسميه البعض خطاب مشروع العقد النهائي.

بعد أن تسفر المباحثات على تحديد الإطار العام للعقد المراد الإقدام على إبرامه ، و ذلك بالوقوف على كى الشروط و البنود و الإلتزامات المكونة له ، يقوم الطرفان ثنائيا بالإتفاق على تأجيل التوقيع على العقد لفترة يتم الإتفاق عليها أيضا، والجدير بالذكر أن هذا الإتفاق ليس ملزما فيكون لطرفيه خيار عدم إتمام العقد على أنه إذا طلب أحدهم خلال هذه الفترة تعديل بعض الشروط، لا يجوز له ذلك فيكون له حق الإبرام أو الرفض (3).

وهذا نجد أن هذا الخيار الثنائي أو خطاب مشروع العقد النهائي هذا يفيد بأن مرحلة المفاوضات قد إنتهت و تمخضت عن تصور لمشروع بنود ونصوص العقد النهائي، بيد أن التوقيع على العقد مؤجل و كذا البدء في تنفيذه .

وبهذا نجد أن هذا الخيار الثنائي أو خطاب مشروع العقد النهائي هذا يفيد بأن مرحلة المفاوضات قد إنتهت و تمخضت عن تصور لمشروع بنود ونصوص العقد النهائي، بيد أن التوقيع على العقد مؤجل و كذا البدء في تنفيذه .

(1) - د/ أحمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 42: عدم إلزامية الإتفاق على الأساس تتجسد في تضمين الإتفاق الشرط المشهور subject to contracte، الذي مقتضاه أن الإلتزام بالأمر و الأشياء الأساسية التي إرتضاها محرر الخطاب معلق على النص في العقد النهائي و بعد التوقيع عليه من الطرفين

(2) - د/ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 86

(3) - د/ محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 194.

وهذا شائع جداً في العقود ممتدة المدة خاصة ما يتعلق منها بالتنقيب عن الثروات و عقود المنتج في اليد ، فيكون التأجيل في عقود نقل المعرفة الفنية هنا للحصول على تراخيص إستغلال براءة إختراع مثلاً أو تراخيص إدارية (1).

وعليه نجد أنّ هذا الخيار الثنائي يختلف عن الإتفاق على التفكير رغم أنّ هذا الأخير يكون أيضاً خيار ثنائي، و صيغة التعبير على الإتفاق على التفكير منتشرة كثيراً في عقود نقل المعرفة الفنية لما تتخلل المتفاوضين من عراقيل تقتضي إيقاف المفاوضات مؤقتاً لمراجعة الحسابات و الدراسات و العودة من جديد لإستئناف المفاوضات بعد تذليل تلك العراقيل، فإن لم يستأنف الأطراف المفاوضات أُعتبرت كأنها لم تكن أو دون أثر.

خامساً: عقد الإطار le contrat cadre

عرّف عقد الإطار من خلال عقود التوريد و يقصد به: ذلك العقد الذي يهدف إلى تعريف القواعد الأساسية التي تخضع لها الإتفاقيات التي ستبرم في المستقبل تنفيذاً له، و عقد الإطار قانوناً مستقل عن عقود التنفيذ أي: "contrat d'exécution ou d'application".

إلاّ أنه من الناحية الإقتصادية يكون عقد الإطار وحدة عقدية مع عقد التنفيذ، لأنّ الأول يهيئ لقيام الثاني، ذلك لأنه يحتوي على عناصر أساسية مثل (إرسال أوامر التوريد، التلكس، دورية التسليم، حجم المشتريات، شروط الضمان).

وهذه العناصر المكونة لعقد الإطار هي بمثابة محل له ، و تعد في نفس الوقت طرقاً و مواصفات لإبرام عقود التنفيذ لاحقاً (2).

كل ما سبق ذكره من أشكال و كقاعدة عامة غير ملزمة للطرفين، حيث يكون مجال لرفض أحد الأطراف إقتراح الطرف الآخر، إستناداً لمبدأ حرية التعاقد و الذي بدوره يستند إلى مبدأ أشمل هو مبدأ حرية المنافسة (3).

(1) - د/ تركي نور الدين، محاضرات ملقاة على طلبة الماجستير مرجع سابق، 1996.

(2) - Mousseron: opcit.p 515.

(3) - د/ أمال زيدان عبد الله، الإلتزام بالسريّة في عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 114.

غير أنه جدير بالذكر أنّ الرفض خاصة في عقود ذات أهمية كبيرة، لا يكون حقًا مطلقًا لأحد الطرفين إلاّ إذا تمّ الإتفاق عليه مبدئيًا و لو شفاهة ، أو بموجب الإتفاق على الأساس، وتكون حينئذ إمكانية التمسك به حين عدم التوصل إلى إتفاق الطرفين بسبب إعتراض مسلك تفاوضها حاجز أو عرقلة تكون لديهما نقطة خلاف، و لا يتمكننا من إيجاد حل و سط.

أمّا رفض إستمرار المفاوضات هكذا دون سبب جدي و بعد أن يكون أحد الأطراف قد أفشى بجزء كبير من أسرار المهنية " حيث مسألة السر في نقل المعرفة الفنية تشكل نقطة جد حساسة عمليا و قانونيا" تشكل تعسفا قانونيا في إستعمال الحق.

أو قد يكون الطرف المتلقي معولاً على مشروع تنموي و قطع شوطا في دراسته ثم إستبدله المورد بمتعاقداً آخر، يكون قد دفع مقابل أكثر نكون أيضا أمام حالة " تعسف في إستعمال الحق" نظرا للقطع التعسفي للمفاوضات، إذن الرفض يوجب المسؤولية في بعض الحالات حسب ملاسبات التعامل التجاري. وعمومًا، الأشكال التي سبق الحديث عنها في واقع الحال لا تشكل إلا أمان نسبي، كما أنه يصعب تفسيرها إذا لم تتم صياغتها من طرف القانونيين و لهذا نجد أطراف عقود نقل المعرفة الفنية يسعون دائما إلى البحث عن ضمانات أكثر ، فهم يدركون جيدا أنهم مقبلون على تصرفات قد تؤدي من جهة بالطرف المورد إلى خسران ما يكسبه من رأس مال حقيقي، إذا قرر الطرف الآخر (المقابل) قطع المفاوضات خاصة في حالة المعارف غير المبرأة أي غير المشمولة بحماية قانونية صريحة، فهو أشد ما يعتمد على التكتّم للحفاظ عليها ، لذا نجد المورد لا يدلي بالمعارف الجديدة مباشرة، بل يحاول إعطاء الطرف المتلقي القدر الضئيل ممّا توصل إليه سابقا من نتائج فحسب.

إن المورد لا ينقل بأي شكل من الأشكال التعاقدية معارفه السرية و التكنولوجية، كل ما يقوم بنقله هو مواد تكنولوجية produits technologiques و يبقى بذلك هو الحائز الوحيد للمعارف الفنية Know - How (1).

(1) -Said kahlat. **Changements techniques. organisation du travail et metrise du systeme productif national. analyse comparative.** revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques. volume XXX II . N° 1 .1994. P 116.

- د/ محسن شفيق، مرجع سابق، ص 63.64.
- د/ نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 301.
- د/ يوسف عبد الهادي الأكلياني، مرجع سابق، ص 95 .

ومن جهة أخرى يبقى الطرف المتلقي خلال الفترة التباحثية في حالة من الشك و التخوف من إبرام عقد مستقبلي لا يعرف من محتواه إلا القليل، و بالتالي حالة إنقطاع المفاوضات قد يؤثر على ميزان إقتصاديته كثيرا.

لأجل ذلك نجد الأطراف يحاولون تخطي هذه المشكلة بإيجاد و سائل إرادية يتيحها القانون و يقرها تؤمن لهم الحماية وهي أساسا:

- تعهد على أساس الثقة.

- تعهد على أساس كتابي.

- تعهد على أساس دفع مبلغ مالي.

ولكن قبل التوغل في شرح هذه الأشكال نذكر بأنها " ضمانات إرادية " تتم بين الأطراف، و هي تقابلها ضمانات ملزمة من نوع آخر هي: " ضمانات قانونية ".

و نذكر بأنه سبق لنا معرفة أنّ الإلتزام بالسرية على وجه الخصوص في مرحلة " التعاقد " إلتزام قانوني (1)، أقرته إتفاقية TRIPS، السابق الإشارة لها أيضا في الباب الأول من البحث، كما أقرته بعض التشريعات الحديثة إستنادًا على مبدأ حسن النية " كمبدأ قانوني عام " نتساءل عن مدى إعتبار هذا الإلتزام " قانونيا " في مرحلة التفاوض؟، لكن نظرا لخصوصية مرحلة المفاوضات نجد تباين في إتجاه التشريعات حول هذا المبدأ: على نحو إعتبار كل التقنيات المتأثرة بالقانون الروماني (النظم اللاتينية)، نصت على مبدأ حسن النية بطريقة أو بأخرى، و هو مستند عليه في مرحلة ما قبل التعاقد و منها ألمانيا، هولندا، إيطاليا، (المادة 1337) من القانون المدني الإيطالي، فرنسا، مصر (2)، الجزائر، على ضرورة إلتزام الأطراف في المفاوضات بحسن النية، وهكذا شملت هذه التقنيات مرحلة تكوين العقد و تنفيذه و تفسيره، هذا يعني أن الإلتزام بالسرية في هذه البلدان إلتزام قانوني يشمل أيضا مرحلة التفاوض.

بينما نجد الدول ذات النظام الإنجلوسكسوني كإنجلترا و أمريكا لا يعترفون بمبدأ حسن

(1) - د/ حسام محمد عيسى، مرجع سابق، ص 111.

(2) - الإلتزام بالسرية قائم حتى في حالة فشل المفاوضات (المادة 83) من القانون المصري رقم 17 لعام 1999، مرجع سابق.

النية خلال مرحلة المفاوضات⁽¹⁾، و يرجحون حرية الرفض و قطع المفاوضات في أي مرحلة دون مسؤولية وبرز موقف الدول الإنجلوسكسونية، هذا بوضوح من خلال رفض مشروع إتفاقية" تكوين" عقد البيع الدولي للبضائع في مادته رقم 05 الذي إقترحتة حكومة المجر قبلها، أي خلال الإعداد للمشروع و الذي عرض على لجنة اليونسترال لمناقشته و إتماده بنيويورك عام 1978.

و تمّ الدفاع على المبدأ أي- حسن النية- لإقرار الإستقامة في التعامل من طرف مؤيدي نص المادة "05" خصوصا أن المبدأ معترف به في القانون الدولي العام، وأشار إليه أيضا ميثاق هيئة الأمم المتحدة، فهو مبدأ تقوم عليه عقود التجارة الدولية. هذا وقد شددت المبادئ العامة للعقود التجارية الدولية التي وضعها معهد توحيد القانون الخاص بروما عام 1994 على إلتزام حسن النية كمبدأ عام في عقود التجارة الدولية، و بأن لا يستبعد هذا المبدأ وبأن لا يضيق نطاقه من مرحلة التكوين إلى التنفيذ إلى التفسير.

و تضمنت مبادئ قانون العقد الأوروبي "THE PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW" في المادة (01/106) ذات المبدأ - مبدأ حسن النية، وهذا الأخير يعد قاعدة للإرشاد و التفسير لكل تصرف بالنسبة لقرارات التحكيم كما جاء في قول محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس عام 1987 أن الإلتزام بحسن النية و شرف التعامل يشكل قيما على الأطراف المتفاوضة⁽²⁾.

سادسا:تعهد على أساس كتابي engagement écrit préalable

و يسميه البعض إتفاقيات مؤقتة: convention temporaires⁽³⁾، كما يسمى لدى البعض الآخر عقد التفاوض أو التفاوض التعاقدية⁽⁴⁾، كما يسميه آخرون

- (1) - د/ حسام الدين عبد الغني الصغير، تفسير إتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، البند 99
- (2) - د/ أمال زيدان عبد الله، الإلتزام بالسرية في عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 120.
- (3) - د/ أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 93-94.
- (4) - د/ أمال زيدان عبد الله، المرجع نفسه، ص 122-123.
- (5) - د/ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 87.
- (6) - د/ أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 95.
- (7) - أ/ إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 143.

عقد إختياري *contrat d'option* ⁽¹⁾، و يمثل هذا التعهد حماية لمالك السر التجاري و يؤدي إلى إطمئنانه ، لأنه يثبت الثقة في نفوس المتفاوضين و يؤكد حسن النية الواجب إتباعه ⁽²⁾. و لطالب المعرفة الفنية في مقابل هذا العقد إختيار بين التوقيع على عقد التفاوض أو عدم الدخول في المفاوضات إطلاقا بعدم التوقيع عليه.

فيما يلي نحاول شرح الضمانات الإرادية كتتمة لأشكال المفاوضات المشار إليها سابقاً:

و بالنظر إلى أنّ الهدف الأساسي المتوخى من هذا العقد هو حماية السر التجاري أو سر المعرفة الفنية، فإنّ المتلقي لا يمتنع فقط بالحفاظ على سرية المعلومات المتحصل عليها هو، بل يمتنع عن إعطاءه أية فرصة للغير بإستعمالها ⁽³⁾.

ويكون هذا الغير عادة الخبير الذي يستعين به المتلقي لفحص المعرفة الفنية نظراً لعدم خبرته في مجال التكنولوجيا، ولأنّ الخبير أقدر على إقتناص السر من غيره، و إنه في حالة إمتناعه عن التعهد بعدم الإفشاء للأسرار يكون المتلقي المتفاوض ضامناً للخبير ⁽⁴⁾.

و كما يدل عليه إسمه يكون هذا النوع من التعهدات كتابياً لا شفويًا في المفاوضات التي تسبق إنعقاد عقود نقل المعرفة الفنية، لا سيما إذا كانت دولية و كانت متضمنة معارف فنية بقيمة كبيرة ، و فيها عنصر التجديد الذي يمكن من القفزة التنموية التي يريدها المتلقي، الذي يجد نفسه مجبراً على قبوله تحت طائلة تعويضات يدفعها في حالة الإخلال بمحتوى إلتزامه ينص عليها التعهد ذاته في بعض الأحيان.

و الطبيعة القانونية لهذا الضمان الإرادي الكتابي، إما عقدية و إما إلتزام بإرادة منفردة ⁽⁵⁾، و هو تعهد مشروع و يعد تجسيداً لمبدأ الحرية التعاقدية ⁽⁶⁾، مدة صلاحيته فترة المفاوضات فقط ⁽⁷⁾، فهو بذلك

(1) Magnin.F .opcit: p 309.

(2) - د/ سميحة القليوبي ، العقود التجارية ،ص 335.

(3) Deuleuze Jean marie. opcit p 30.

(4) - د/ محسن شفيق،نقل التكنولوجيا ،مرجع سابق،ص 62

(5) - د/ أمال زيدان عبد الله، الإلتزام بالسرية في عقود نقل التكنولوجيا ، مرجع سابق ،ص 142.

(6) - د/ محسن شفيق،نقل التكنولوجيا،مرجع سابق، ص 61.

(7) - د/ السيد مصطفى أحمد أبو الخير ،مرجع سابق، ص 87.

مؤقت و ليس و عدًا بالتعاقد، و لا يجب أن نتصور أن هذا العقد أو الإلتزام مقتصر على كتمان السر، بل قد نجد محتواها متنوع و متضمن الكثير من الإلتزامات أهمها:

أ- الإلتزام ببداء التفاوض:

أي المبادرة بإتخاذ الإجراءات اللازمة لفتح عملية التفاوض، بتوجيه دعوة أو بتقديم مقترحات حول مسائل التفاوض، من تحديد للمكان و الزمان الذي سيستغرقه التفاوض (1). تكون المبادرة ببداء التفاوض عادة بشكليين إما بما يسمى "الممارسة" و هي السائدة في هذا الشأن، حيث يتم إتصال المتلقي بالموارد مباشرة و قد يتم الإتصال بأكثر من شركة، و هي تتميز بالسرعة في الإنجاز و السرية و تلعب العوامل السياسية فيها دوراً هاماً، كما للاحتكار في طريقة الصنع دور للالتجاء إليها أيضا (2).

وكما قد تكون المبادرة ببداء التفاوض في شكل "مناقصة" و التي هي في الواقع ليست إيجاباً بالمعنى القانوني المعروف، حيث يتم هنا قلب تام للأدوار و النتائج بالنسبة للإيجاب، فالذي يستجيب للدعوة يصير موجبا، إذ هو يعرض عقدا بشروط محددة، و لا ينعقد العقد مباشرة لأنّ العرض المقدم من الطالب لا يكون بالدقة الكافية للإنعقاد بمجرد القبول، و عليه تصبح المناقصة (الدعوة إلى التعاقد) هادفة إلى الحصول على تقديم عروض من طرف الغير، و لا تكون المناقصة بشكل أو بصورة واحدة بل تتعدد الصور فيها و مهما كانت الصور التي ترد عليها تعتبر عرضا في ظروف واضحة و محددة لأنها تعطي و صفا كافيا للمشروع، و بالمقابل تدعو إلى الرد على الدعوة المقدمة من طرف صاحب المشروع، و تكون المناقصة إما على نطاق و اسع و عام تعني كل الشركات التي تتوفر فيها إمكانية القيام بالمشروع، و إما على نطاق ضيق يختار فيه صاحب المشروع شركات معينة بالذات أو بعدد محدد يرى فيها أنها تتوفر على شروط معينة معرفية سياسية إقتصادية.

و مهما كان نوع المناقصة عامّة عن طريق الصحافة، أو محدودة وطنية أو دولية كانت، فإنها تحتوي

(1) - د/ أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 104.

و يضيف بأن مدة التفاوض إذا كانت محددة كنا بصدد إلتزام بتحقيق نتيجة، أما إذا كان مطلوبا من لمتعاقدان عملا ما، و في وسعهما ألا تتعدى المفاوضات زمنا معقولا كانا بصدد إلتزاما ببذل عناية.

(2) - د/ نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 121.

على إجراءات عديدة و وثائق عديدة مقدّمة إلى ثلاثة أنواع:

1- وثائق فنيّة.

2- كراسة المناقصة والتي تحتوي على الشروط العامّة للمشروع و القواعد الإدارية و القانونية.

3- ملف المناقصة.

و عموماً تحتوي المناقصة على دفتر أو كراسة شروط دقيقة.

و رغم تقديم عطاء مفصل من الشركة الموردة للمعرفة الفنية بشكل دقيق إلا أنّ عطاءها هذا أو إيجابها هذا عادة ما يقترن بتعديلات أو تحفظات مما يفتح مجالاً " للتفاوض" (1).

ب- الإلتزام بالإستمرار في التفاوض

وأكدت هتذا الإلتزام محكمة التحكيم لغرفة التجارة الدولية، حيث قررت أن الإتفاق على التفاوض يترتب تعهداً تعاقدي engagement contractuel بمتابعة التفاوض و الإستمرار فيه (2).

ج- إلتزام حسن النية في التفاوض

يجب التذكير بأنه مبدأ يؤكد على شرف التعامل Bonne foie et sincérité .

وهو قيد على المتفاوضين بالنسبة لرأي محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس عام 1987.

و بالنسبة للمبادئ العامة للعقود التجارية الدولية التي وضعها معهد توحيد القانون الخاص بروما Unidroit عام 1994 كما تبذّته جل القوانين اللاتينية، و منها القانون الإيطالي بشكل صريح في القانون المدني فيما يتعلق بمرحلة المفاوضات (بموجب المادة 1337) (3).

(1) - د/ نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 124 وما بعدها.

(2) - د/ أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 104.

(3) - د/ أحمد عبد الكريم سلامة ، ذات المرجع أعلاه، ص 105.

د- الإلتزام بتقديم المعلومات و التعاون⁽¹⁾ : Obligation de coopération

وعلى الرغم من عدم النص الصريح على هذا النوع من الإلتزام، إلا أنه يعد إلتزاماً ضمنياً من تطبيقات مبدأ حسن النية في التعامل، ومن أهم صورته و تطبيقاته هو الإعلام و الإخبار و التبصير بشئى الوسائل شفاهة أو بوثائق أو رسومات و ما إلى ذلك، كما يعد السكوت التدلليسي *le silence dolosif* خطأً موجباً للمسؤولية لأن من شأنه ترتيب نتائج و خيمة و ربما بناء قرارات غير سليمة ممن يريد تلقي المعرفة الفنية.

هذا و قد سبق لنا حين الخوض في مسألة إلتزامات مورد المعرفة الفنية أن عرفنا أن هذا النوع من الإلتزام المتمثل في تقديم المعلومات و التبصير، إلتزاماً قانونياً في قانون التجارة المصري الجديد لعام 1999 يقع على كاهل مورّد التكنولوجيا.

لهذا أكدت محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس عليه على نحو: " من الملائم التأكيد على أنه يوجد وبالتوازي مع النصوص القانونية لمختلف القوانين الوطنية، في النطاق الخاص بالتجارة الدولية حيث على أطراف العقد الواجب الضمني *le devoir implicite* بتنسيق جهودهم للتعاون و التنفيذ الدقيق لإلتزاماتهم." (2).

كما أنه قد يتضمن عقد التفاوض إلتزامات فرعية أخرى مثل:

- الإلتزام بحظر المفاوضات الموازية *négociation parallèles* و يتم عادة ذلك بشرط القصر أو الإستبعاد *la clause d'exclusivité* بالفرنسية، أو بالإنجليزية *lock-out* (3).
- الإلتزام بالحفاظ على سرية المعلومات (4).

(1) - د/ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 82.

(2) - د/ أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 109.

(3) - د/ أحمد عبد الكريم سلامة، ذات المرجع أعلاه ص 111.

(4) - د/ أمال زيدان عبد الله، الإلتزام بالسرية في عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 108 وما بعدها.

سابعاً: التعهد على أساس دفع مبلغ مالي paiement préalable d'une somme d'argent

يقدم هذا المبلغ في شكل كفالة مالية تشكل ضماناً للمورد مقابل ما أذاعه من معلومات خاصة إذا كان المورد لا يثق في المتلقي لعدم تعامله السابق معه⁽¹⁾، و يؤول مصير هذا المبلغ إلى ثلاث مواقع محتملة: إما أن تقتطع من القيمة المقدرة للمعرفة الفنية في حالة إبرام العقد النهائي. - و إما مصادرة هذه المبالغ إذا لم تسفر المحادثات على إبرام العقد لقاء ما تحصل عليه المتلقي من معلومات أو جراء إرتكابه مخالفة⁽²⁾.

- أو إرجاع المبلغ لمن دفعه بداية في حالة الإلتزام بالسرية، أو حالة عدم إبرام العقد⁽³⁾. وعموماً نجد الطرف المتلقي شديد النفور من تقديم هذا النوع من الضمانات لا لشيء إلا لأنه قد يقع في مصيدة المورد خاصة إذا كان هذا الأخير ليس في مركز مالي قوي، أو إذا كان المبلغ المقدر مبالغ فيه⁽⁴⁾، كما أن المتلقي يكون بصدد معارف فنية ليست جديرة بالتفاوض عليها لقدمها، وعدم إتسامها بالعملية.

لهذا يكون المتلقي محقا في تخوفه و منه عدم التسرع بدفع الكفالة أو المبلغ المالي إلا إذا إستعان بخبراء فنيين و ماليين في المجال المقبل عليه.

ثامناً: التعهد الأدبي أو إتفاق الشرف

يكثر إتخاذ التعهد الأدبي و إتفاق الشرف خاصة في التفاوض الحر الذي يقتضي التفاوض في مناخ كامل الحرية بعيدا عن القيود القانونية⁽⁵⁾.

(1) - د/ محسن شفيق، نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 64.

(2) - Deleuze.J-M. opcit p 37

- د/ محمود محمد سليمان الكيلاني، جزاء الإخلال في تنفيذ العقود الدولية، مرجع سابق، ص 148.

(3) - Deleuze.J-M. IBID .P 37.

(4) - د/ محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مرجع سابق، ص 64.

(5) - د/ أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 86: و يقول فيها أن جل القوانين تأخذ بفكرة حرية التفاوض عدا بعض القوانين التي نظمت التفاوض بأحكام قانونية خاصة مثل القانون المدني الإيطالي لعام 1946.

وعلى الرغم من أنّ بعض الكتاب يرون في هذا الإلتزام ضعف يكمن في عدم فاعليته حيث أنه إذا قام مثلا الطرف طالب المعرفة الفنية بزيارة ميدانية لمصانع المفاوض المقابل (المورد) فإنه من الصعب أن يلتزم بالتخلص من الأفكار التي تلقاها و بالتالي نسيانها (1).

إلا أننا ذكرنا في خاصية السرية التي تتسم بها المعرفة الفنية أنها غير مطلقة، وأنّ هذا التعهد عادة ما يتم بين أطراف سبق لها التعامل مع بعضها البعض، و بالإضافة إلى ذلك، خصوصية العلاقات التجارية و زيادة قيمة الإلتزام فيها يؤسس على مبدأ الإلتزام، الذي و إنّ كان يعد أدبيا أكثر مما هو قانوني و هو يستند على الإعتبار الشخصي و الثقة أكثر شيء (2)، و خرق التعهد بالشرف الذي يشكل أسى مراتب الإلتزام (3) من شأنه أن يعرض المُخلّ به إلى الإقصاء من دائرة التعامل التجاري، وفي وضع سيئ و سمعة غير مرغوب فيها في السوق العالمية في المجال المعني بالتعامل مستقبلا، ليس فقط مع الطرف الذي أخلّ إلتزامه معه، بل مع الشركات الأخرى أيضا، و هذا أثر بالغ الخطورة رغم الأثر القانوني المتواضع لهذا الإلتزامي، إلا أنّ التعامل بحسن نية يقتضيه حتماً (4).

المطلب الثاني: إستراتيجية التفاوض ومهاراته في عقود نقل المعرفة الفنية

مرحلة التفاوض ليست مرحلة جديدة في عقود نقل المعرفة الفنية، فهي دارج إتباعها في شتى العقود لكن ما يضيف عليها أهمية خاصة في هذا الشأن، هو تعلق هذا النوع من العقود بتنمية دول سائرة في طريق النمو و مصرّة على اللحاق بالركب التكنولوجي السائد عالمياً، و لهذا فإن التفاوض في عقود نقل

المعرفة الفنية يجب أن تتوفر لديه إستراتيجيات كثيرة، و كذلك مهارات عديدة التي لا تتأتى بالتأكيد إلا إذا كان ملماً ببعض المؤهلات و المواصفات، التي سوف نتطرق إليها من خلال هذين الفرعين تباعاً:
الفرع الأول: إستراتيجية التفاوض في عقود نقل المعرفة الفنية.
الفرع الثاني: مهارات التفاوض في عقود نقل المعرفة الفنية.

(1) محمد إقولي، مرجع سابق، ص 116.

(2) - د/ محسن شفيق. نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مرجع سابق، ص 61.

(3) - د/ أمال زيدان عبد الله الإلتزام بالسرية في عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 147.

(4) - د/ محمود محمد سليمان الكيلاني، جزاء الإخلال في تنفيذ العقود الدولية، مرجع سابق، ص 191.

الفرع الأول: إستراتيجية التفاوض في عقود نقل المعرفة الفنية.

نعالج هذا الفرع من خلال النقاط الآتية:

أولاً: الإعداد للتفاوض.

ثانياً: إستراتيجية التفاوض و تكتيكاته.

أولاً: الإعداد للتفاوض

لاشك أن مرحلة المفاوضات، تعد مرحلة شاقة، و على قدر كبير من الأهمية، حيث أنه إذا توصل المتعاقدان إلى إتفاق، هي التي سوف تحدد مضمون العقد و إلتزاماته من مسؤولية و جزاءات التأخير و فسخ و ثمن و ضمانات.

لا تختلف مرحلة المفاوضات في عقد نقل المعرفة الفنية عن مرحلة التفاوض في العقود الدولية الأخرى بشكل عام إلا فيما يتعلق ببعض خصوصيات هذا النوع من العقود (1).

و عليه عملية الإعداد الأول هي تقريبا ذاتها المتبعة في سائر العقود الدولية، مع الإختلاف الذي قد يواجه الطرفين، وهو مشكل السرية، و لا نقصد هنا بالسرية في المفاوضات فهي إلتزام أساسي في هذه المرحلة بينما نقصد سرية المعرفة الفنية ذاتها (2) لأنه كما هو معلوم بأن صاحب المعرفة الفنية KNOW-HOW أو السر التجاري، لا يتمتع بأنه حماية في إطار الملكية الصناعية و ليس لديه الحق في إحتكار هذه المعرفة و منع الغير من التقليد مثلاً أو أي إعتداء آخر إلا بإتباع الطريق الجنائي أو عن طريق القانون المدني بدعوى المنافسة غير المشروعة يغبة حماية المهارة الصناعية التي يستحوذ عليها، على عكس براءة الإختراع التي تمنح صاحبها حق الإستئثار بالإستغلال خلال المدة القانونية المحددة و يكون لأصحابها بموجب هذا الحق منع الغير من أي أعمال تؤدي على صناعة نفس المنتج محل الحماية (3).

(1) - د/ أحمد بركات مصطفى، مرجع سابق، ص33.

- محمد إقلولي. مرجع سابق ص 113.

(2) أ/ منير محمد الجنبهي و ممدوح محمد الجنبهي. التعاون الدولي في مجال حماية حقوق الملكية الفكرية. مرجع سابق ص 08 و ما بعدها: هذا ما يفسر الإتجاه الدولي البارز لحماية المعرفة الفنية و سريتها إلى جانب سائر الحقوق الذهنية من خلال المعاهدات و الاتفاقيات الدولية و مدى انضمام الدول إليها مثل: - إتفاقية حماية المصنفات الأدبية و الفنية- الأحكام الخاصة بشأن البلدان النامية من إتفاقية برن- إتفاقية باريس الخاصة بالملكية الصناعية- إتفاقية Trips تريبس - إتفاقية الويبو- اللجنة العربية لحماية الملكية الفكرية- الإتفاقية العربية لحماية حقوق المؤلف.

- Magninin François .opcit p 305

-Dleuz.J.M opcit. p 30.

(3) - عصام مالك أحمد العبسي، مرجع سابق، ص 34.

و من جهة أخرى نجد أنّ أهم مشكل يواجه المتلقي هو محاولة إيجاد توازن إقتصادي للعقد، أي أنه في عملية الإعداد للمفاوضات يعمل على سعر عادل أو ثمن عادل لقاء المعرفة الفنية التي سوف يتلقاها (1)، وتزداد عملية المفاوضات تعقيدا كلما كان موضوع التعاقد متشعبا و مركبًا، كما هو الحال مثلا في عقود المفتاح في اليد أو المنتج في اليد، كما أنّ الأمر يزداد تعقيدا لما يقترن نقل المعلومات الفنية ببيع دولي للبضائع خاصة في ظل النظام التجاري الدولي الجديد الذي يفتقد إلى نظام قانوني أمر على غرار الوضع في التشريعات الوطنية المقارنة.

و مرجع ذلك هو أنّ عقود البيع الدولية للبضائع لم تعد بالعقود البسيطة التي يتم إبرامها بالإيجاب و القبول مباشرة، حيث يترتب عليها إنتقال سلع و خدمات عبر الدول تقدر بمليارات الدولارات مما يستدعي إلى المرور بالتفاوض الجيد و الإعداد له مسبقًا (2).

و إذا كان المقصود بالإعداد للتفاوض هو عملية التحضير و التهيئة لبدء المفاوضات و توفير متطلباتها المادية و الفنية و البشرية بما يمكن من إجراء عملية التفاوض بيسر و فعالية، فإنّ المقصود بمصطلح التخطيط هو عمل دراسة للتنبؤ بمستقبل عملية التفاوض على ضوء الظروف و الملابسات التي يتم فيها التفاوض و أهداف أطراف التفاوض و إمكانياتهم و أساليبهم و إتجاهاتهم (3).

و على هذا مرحلة الإعداد و التخطيط توصف بالناجحة، إذا كان للمفاوض قدرًا من الحقائق و المعلومات عن موضوع التفاوض، و عن الطرف المقابل في العملية التفاوضية المزمع الإقدام عليها بما يكفي في الإبتعاد عن العجز عن قيادة المفاوضات و توجيهها بثقة في النفس، وفي الطريق الذي إختاره دون أن تكون تصرفاته مرجع ردود أفعال لتصرفات الطرف المفاوض الآخر.

و عادة ما يترجم الإعداد و التخطيط الجيد للمفاوضات من خلال الإعداد الجيد لجدول الأعمال الذي سيطرح على بساط مائدة المفاوضات و الذي يصاغ من طرف أحدهما أو كلاهما، والذي يتم تبادله عن طريق خطابات النوايا في الغالب.

(1) - د/ سناء عبد السلام جابر سليمان مرجع سابق، ص 123.

- د/ عماد الحداد، مرجع سابق، ص 80.

(2) - د/ وائل حمدي أحمد علي، مرجع سابق، ص 349.

(3) - د/ أبو العلاء علي أبو العلا النمر، دور المستشار القانوني في عقود التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية القاهرة 2001، ص 30.

و يشمل هذا الجدول للأعمال عادة: الأهداف الأساسية للتفاوض (سبب العقد) و يجب أن تصاغ بلغة قانونية سليمة لاتدع مجال للتردد و التأويل، كما يتم فيه ترتيب النقاط محل التفاوض حسب أولويات ووزن كل نقطة، و تصدّر ها قائمة جدول الأعمال أو تأخيرها للمسائل الفرعية أو توزيعها بنحو متوازن (1).

و إذا كنا نجد حائز المعلومات الفنية غالباً ما يلجأ إلى عدة و سائل لكي يضمن بها المحافظة على المعلومات السرية التي من الممكن أن يطلع عليها طالب المعرفة الفنية خلال مرحلة المفاوضات الأولية السابقة على التعاقد، نجد في المقابل (2).

يتعيّن بالضرورة على طالب المعرفة الفنية في سبيل الإعداد و التخطيط الفعال للتفاوض أن يعتمد عن حسن التنظيم و التنسيق لفريق التفاوض، خاصة في العقود الدولية المتشابكة التي تستدعي تضافر الجهود في مجالات عديدة قانونية، إقتصادية، تقنية، مالية.

و في سبيل حسن سير المفاوضات يجب أن يكون هناك منسق جيد *coordinateur* و متحدث رسمي واحد بإسم فريق التفاوض *l'équipe de négociateur*، مع تحديد مسؤولية كل واحد في مجاله و هذا لا يتأتى إلا بتوافر إرادة حقيقية للتفاوض و الحرص على إستمراريتها سواء في فريق التفاوض الواحد أو بين طرفي المفاوضة المتقابلين على مائدة العملية التفاوضية (3).

و عموماً هناك مجموعة من التساؤلات يمكن من خلال إثارتها و توفير الإجابة الملائمة بشأنها الإطمئنان بأنه تم التحضير للتفاوض بصورة جيدة (4).

- ماذا تريد من المفاوضات؟.
- ماهي الأولويات في حالة تعدد الأهداف؟.
- كيف ستعرض مطالبك في العملية التفاوضية؟.
- أين تدور المفاوضات؟.
- كيف ستدخل في المفاوضات (مفاوض واحد أو فريق)؟.

(1) - د/ أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 83.

(2) - د/ أحمد بركات مصطفى، مرجع سابق، ص 34.

(3) - د/ أحمد عبد الكريم سلامة، ذات المرجع أعلاه، ص 84.

(4) - د/ أبو العلاء علي أبو العلاء النمر، مرجع سابق، ص 28.

- ماذا يريد المفاوض الآخر من المفاوضات؟.

و الردّ الإيجابي على هذه التساؤلات يبعد المفاوض الذي يكون قد جمع بما فيه الكفاية من المعلومات، حول موضوع و ظروف وملابسات التفاوض عن الإعتقاد فحسب على إعتبرات الصدفة أو على أخطاء المفاوض الآخر، أو على مهاراته الفائقة في التفاوض التلقائي لأنّ هذه الإحتمالات غير المدعومة بالتحضير ليست مؤكدة للنجاح.

ثانياً: إستراتيجية التفاوض و تكتيكاته

لتفادي عنصر الإحتمال في التفاوض يحاول كل طرف بإتباع إستراتيجية و تكتيكات في عملية التفاوض و يقصد بالإستراتيجية *la stratégie* في العقود بالخطّة الموضوعية و المعدّة مسبقاً، و التي تشمل على الخطوط العريضة للمسائل، التي سيتم التفاوض عليها و صولاً إلى الهدف المحدد (1). أو يقصد بها: " الخط الأساسي للحركة على مائدة التفاوض، وما يرتبط به من أهداف أساسية مطلوب تحقيقها " (2).

و يعطي البعض (3) مفهوماً آخر لها على نحو، " أنها رؤية كلية للشئ المهم تستلزم بلورة الهدف و الغاية ، كما تستلم التخصيب و التطوير أي ترجمة الفكرة إلى واقع".

فالإستراتيجية إذن هي الخطّة العامة التي يضعها المفاوض لتحقيق أهدافه الرئيسية، أي أنها إما إصطلاح التكتيك .

فهو يشير إلى المكونات الجزئية أو الفرعية التي يستخدمها المفاوض و يتحرك بها داخل الإستراتيجية المسطرة، و هي مناورات تفاوضية من أجل الضغط و التأثير على المفاوض الآخر ، كأن يكون الهدف العام " الإستراتيجية في إحدى المواقف التفاوضية هو تغيير موقف المفاوض الآخر، و يكون التكتيك المستخدم ضمن هذا الإطار العام إعلان الموافقة على وجهة نظر المفاوض الآخر، من حيث المبدأ ثم الإستطراد ، لتغيير و جهة نظره بعد قليل عن طريق طلب مقابل باهظ لتكلفة تلك الموافقة التي أعلن عنها.

(1) - د/ أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 70.

(2) - د/أبو العلا على أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 31.

(3) - كامل أبو صقر، مرجع سابق، ص 148.

أو مثلا إذا كانت قضية الثمن أو السعر تهمّ المفاوض الأول، و قضية ميعاد تسليم المنتج الإحتياطية الشديد له تهمّ المفاوض الثاني، فيحاول هذا الأخير التركيز كتكتيك ميعاد التسليم (الإستراتيجية) (1).

وعمومًا: كما نجد للإستراتيجية أنواع و صور، يوجد للتكتيك أيضا صور و أنواع لا يمكن حصرها، لكن ما يمكن القول بشأن هذه الصور هو عدم تحبيذ صورة "التشدّد كإستراتيجية" في العقود التجارية لأنّ مستقبل التعامل و العلاقات بهذه الصورة لن يدوم بين الأطراف (2).

و من أجل ذلك تجب المرونة في تحديد الموقف، و التلاؤم معه، و الاستجابة للتغيرات الطارئة و التجاوب مع حركة الطرف الآخر، و إستثمار الفرص المتاحة (3).
و هذه الأمور تتأتى بإتباع " إستراتيجية الأخذ و العطاء" و التي تسمى إستراتيجية البقاء و الإستمرار، أو التشديد المعتدل الذي يقوم على إغراء الطرف الآخر بتنازلات معينة، على أنه يجب على المفاوض هنا، أن يحدد بدقة الحد الأدنى الذي لا يجب له النزول عنه، و يقول معاوية ابن أبي سفيان و

هو من أقدر المفاوضين في التاريخ العربي: " لو كان بيني وبين خصومي مقدار شعرة ما إنقطعت أبداً، فإن شداً وأرخيت، وإن هم أرخو شددت"، و هي مقولة تاريخية تحكم أهم مبادئ المفاوضات المعاصرة و ما يدور حولها من إستراتيجيات كالتي ذكرت سالفا - الأخذ و العطاء- أو " إستراتيجية العدالة" التي تقتضي عدم الإنطلاق من مبدأ مواقف مسبقة، لا يمكن المساس بها بل البحث الموضوعي عما يريده هو و ما يرتضيه الطرف الآخر أيضا، أي أنها تهدف إلى الوصول إلى تحقيق المنفعة المشتركة le bénéfice mutuel، و تنتفي بها معادلة الكاسب/ الخاسر، و إذا كان على الطرف المتفاوض المقبل على إبرام عقد معرفة فنية في المستقبل سواء أكان طرفا متلقيا في المعادلة أو طرفا مورداً أن يتوخى حسن النية في التفاوض بصفة عامة، فإنه بإتباعه هذه الإستراتيجية يبرز تمسكه بهذا المبدأ بشكل كبير جداً (4).

(1) - د/ أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص34.

(2) - د/ أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 81، إستراتيجية التشدد تصلح في المفاوضات السياسية أكثر منها في الجانب التجاري الذي يحبذ به إبراز إمكانية التنازل بطريقة محدودة وتدرجية، فالتصلب لا يقوم على مذهب خذ النقود و أجري take the money and run ، كما أن الضغط من أجل الحصول على أحسن صفقة و تطويق الطرف الآخر ليس دائما مجدي في مفاوضات التجارة.

(3) - د/ أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 33.

(4) - د/ وائل حمدي أحمد علي، مرجع سابق، ص 355.

هذا ما يهدف إليه التشريع الإسلامي، إذ أنّ تصوره للمعاملات الإقتصادية مبني أساساً على مراقبة الله تعالى في كل التصرفات، كما أنه مبني على تحقيق العدل و التوازن الروحي و المادي، على الرغم من أنه متصل بجوانب إقتصادية بحتة (1).

هذا لا يعني أنّ المفاوضات من حين إلى آخر في مواجهة موقف تفاوضي ما يتجه لإتباع " إستراتيجية الأمر الواقع " le fait accompli، التي تضع المتفاوض المقابل في حالة موقف افض أو القبول، على أنّ الإلتجاء إلى هذه الإستراتيجية لا يجب أن يكون إلا إذا توافر احتمال كبير، بقبول الطرف المقابل للعرض لأسباب شتى (2).

بالنسبة للتكتيك كما سبق القول لا توجد صور معينة له تماماً كما هو الأمر بالنسبة للإستراتيجية لكن من أمثله (3):

- تقديم التنازل الأول في السعر، و محاولة إشعار من قدم له بأنه التنازل الأخير، وبأنه بات لا رجوع فيه، و يستهل بهذا التنازل لإضفاء مرونة على التعامل بإعتباره مكافئة أو إكرامية.

- ترك الطرف الآخر يقدم إقتراحه الأول، ثم تناوله بالمناقشة و من ثم إسقاطه بإقتراح مضاد، مما يجعل صاحبه في موقف مدافع.

- المفاجئة في العرض بتعديل أسلوب التحدث الذي يكون غير متوقع، على نحو يشعر الطرف المقابل بتغيير في الموقف مما يجعل هذا الأخير على إستعداد بتقديم تنازل و تعديل لإقتراحه.

- الصمت المؤقت: silence temporaire في الحوار التفاوضي أي تغيير مجرى الحديث للإستفادة من عامل الوقت، و تأجيل الإجابة إلى حين- بعد التفكير-.

- الإنسحاب الظاهري: retrait apparent (4)، و هو إيهام الطرف الآخر في لحظة حاسمة بالإنسحاب لإضطراره إلى التراجع في رأيه.

(1) - أ/ سناء عبد السلام جابر، مرجع سابق، ص 21 وما بعدها.

(2) - د/ حسن وجيه، مقدمة في علم التفاوض الاجتماعي و السياسي، سلسلة علم المعرفة عدد 190، الكويت، 1994 ص 60

(3) - د/ أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 76.

(4) - د/ سيد مصطفى أحمد أبو الخير. مرجع سابق ص 81.

- التحديد الزمني أو الموضوعي لنطاق التفاوض fixation temporelle et substantielle ، و يرمي ذلك إلى دفع المفاوض المقابل إلى عدم المماثلة و إتخاذ قرار سريع.

الفرع الثاني: مهارات التفاوض

ومن خلال هذا الفرع نتعرض إلى كل من مواصفات المفاوض الذاتية و إلى العوامل الشخصية للتفاوض على التسلسل الموالي:
أولاً: مواصفات المفاوض الماهر.
ثانياً: العوامل الشخصية للتفاوض.

أولاً: مواصفات المفاوض الماهر

عادة ما تتم الإستعانة بخبراء و مختصين في التفاوض و اللذين غالباً ما يلجأون إلى مناورات كثيرة ، قد تتنافى مع مبدأ حسن النية و الصدق و الأمانة ، و الإبتعاد عن مظهر الرجل الطيب و الإقتراب من مظهر الرجل الذئب لأن الحسابات الإقتصادية و المالية لا تعترف بالعواطف و لأن الطيبة قد تغري الطرف الآخر بإستغلال هذا الأدب⁽¹⁾.

و بإعتبار المفاوضات فن و علم:

- فن: و ذلك لأنها تعتمد على المهارات الشخصية للمفاوض .
- علم : لأنها تفرض الإلمام بمعطيات و مفاهيم أساسية حول موضوع التفاوض.
- لذا يجب أن يكون للشخص المفاوض صفات وهي:
- أن يكون يتمتع بقدر من الذكاء حتى يفهم توجهات الطرف المقابل دون عناء.
- أن يكون متمتعاً بسرعة البديهة، أي سرعة التصرف و التكيف مع المواقف المتغيرة في التفاوض.
- أن يتقن اللغة التي يتم بها التفاوض، و إلاً يكون في موقع ضرورة الإستعانة بمترجم، و الذي قد يجد صعوبة في نقل المعنى الحقيقي و المطلوب للمصطلح المستعمل من طرف المتفاوض ، كما أن هذا ما يزيد من مدة التفاوض.
- أن يكون ليناً و دبلوماسياً في الحديث و لبقاً.

(1) - د/ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص 80.

- أن يتمتع بصبر شديد، و أن يبتعد عن ردود الأفعال العنيفة المنجرفة عن العصبية.
- أن يكون شديد الملاحظة و دقيق فيها ليسيطر على العملية التفاوضية و يقرأ ما بين السطور.
- أن يكون اجتماعياً بعيد عن الغور، بحيث يستطيع أن يحوز ثقة و إحترام المفاوض المقابل.
- أن يكون متزنًا عاطفيًا ولديه التوافق النفسي، و له القدرة في التحكم في نفسه في حالة إنفعال و غضب الطرف الآخر، و في حالة محاولة إستفزازه لأنه يضعه في موقف نفسي ضعيف، يستغل فيها الطرف الآخر هذه الحالة للحصول على معلومات سرية لا يجوز أن يعلن عنها لخصمه، أو لدفعه لاتخاذ قرار في حالة توتر.
- أن يكون موضوعي في التفكير و موضوعي حالة الدراسة للمواضيع.
- أن يكون لديه الثقة في النفس (1).

ويدعم المفاوض الماهر قدرته التفاوضية في حالة عدم وجود خبرة طويلة لديه من خلال رفع قدرته على تحديد الأولويات، و من خلال البحث بشخصية المفاوض الآخر (نفسيته، بيئته، تكوينه الفني و الثقافي و العلمي و الاجتماعي، أسلوبه المعتمد عادة، نقاط ضعفه و قوته، و حاجاته و أغراضه، مسلكه السابق في التفاوض.....الخ).

و أخيراً و من خلال إجادة الإستماع و عدم قطع كلام المتفاوض الآخر بشكل غير لبق بعيد عن الاستئذان و التساؤل، لأن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى توتر الجو، هذا بالإضافة إلى عدم رفع الصوت إلا عند الضرورة، لأنه عادة صاحب الصوت العالي في المفاوضة ضعيف

ثانياً: العوامل الشخصية للتفاوض

ويدعم المفاوض الماهر قدرته التفاوضية في حالة عدم وجود خبرة طويلة لديه من خلال رفع قدرته على تحديد الأولويات، و من خلال

(1) - أبو العلا علي أبو العلا دور المستشار القانوني في عقود التجارة الدولية مرجع سابق ص 39+40.

البحث بشخصية المفاوض الآخر (نفسيته ، بيئته، تكوينه الفني و الثقافي و العلمي و الاجتماعي، أسلوبه المعتمد عادة، نقاط ضعفه و قوته، و حاجاته و أغراضه، مسلكه السابق في التفاوض.....الخ).

و أخيراً و من خلال إجادة الإستماع و عدم قطع كلام المتفاوض الآخر بشكل غير لبق بعيد عن الاستئذان و التساؤل، لأنّ ذلك من شأنه أن يؤدي إلى توتر الجو، هذا بالإضافة إلى عدم رفع الصوت إلا عند الضرورة، لأنه عادة صاحب الصوت العالي في المفاوضات ضعيف الحجة " الماء الأعمق أهدأ كما يقال"، و التدرب على إبتداع الإختيارات و القدرة على الإقناع *la persuasion* ⁽¹⁾، و هذه الأخيرة مرتبطة بمهارة إستخدام المعلومات المتاحة ⁽²⁾.

مما سبق لا حظنا أنّ عملية التفاوض تتوقف على عدة شروط و عوامل، فمن دون إعداد و تخطيط جيد قبل البدء في العملية التفاوضية وحتى خلالها، لا نكون أمام حالة من التأكد من نجاح عملية التفاوض، كما أنّ عدم الإعداد لإستراتيجية و اضحة قبل الخوض في التفاوض و التحضير لتكتيكات تصاحب هذه الإستراتيجية، لا يجعلنا في مأمن من الوقوع في شباك المتفاوض المتقابل، و قبل هذا وذاك يجب على الشخص أو الشركة المقبلة على التعاقد أن تضع يدها على مفاوض محنك له مهارات و مواصفات خاصة، و يحسن تجميع الشروط الموضوعية و الشخصية للتفاوض و يكون محل ثقة ، و أقوى من أن يكون محل الضعف و أمام أهم الأساليب المتبعة في مجال التجارة الدولية للإفساد و التأثير على المفاوض ، و القضاء على نزاهته و إخلاصه أثناء التفاوض، ألا وهي الرشوة التي تشكل جريمة تعارفت عليها كل الشرائع منذ القدم و عوقبت بشدة لهدمها للحياة الإجتماعية و

(1) - د/ أحمد عيد الكريم سلامة. مرجع سابق ص 72.

(2) - د/ أبو العلا النمر. مرجع سابق ص 53.

المعطيات الأخلاقية، فكان جزائها الإعدام في جمهورية أفلاطون، و عند اليونانيين، و كذا قانون الألواح الإثنا عشر في القانون الروماني، و حالياً لا يخلو تقنين عقوبات في أي نظام من النظم العالمية مع أفراد مواد قانونية تجرّم و تعاقب على الرشوة بعقوبات متفاوتة، لكنها عمومًا غاية في الشدّة.

و من جهة أخرى يمكننا القول أنه تتم معالجة الرشوة في نصوص القانون المدني، تحت مسمى التدليس باعتبارها إحدى الطرق الإحتيالية التي يلجأ إليها أحد المتعاقدين لإبرام العقد.

إذا كانت إتفاقية فينّا لعام 1986 بشأن قانون المعاهدات و التي تطرقت لهذه المسألة بالنص في المادة 50 على " إذا كان تعبير الدولة أو المنظمة الدولية عن رضاها للإلتزام بمعاهدة، قد صدر نتيجة الإفساد المباشر أو غير المباشر لممثلها بواسطة دولة أو منظمة متفاوضة أخرى ، يجوز للدولة أو المنظمة أن تستند إلى هذا الإفساد لإبطال رضاها للإلتزام بالمعاهدة؛ فإنّ القواعد الموضوعية الخاصة بالبيوع الدولية للبضائع لم تتضمن إلتزامًا مماثلاً، و لا تلك المتعلقة بحماية حقوق الملكية الصناعية و لا سيما منها إتفاقية تريبس المتعلقة بالجانب التجاري من حقوق الملكية الفكرية (1994)، و التي أحالت جلّ أحكامها إلى إتفاقية باريس عام 1883.

حيث إكتفت تريبس بمادتها 39 التي تنص بدورها على التأكيد على نص المادة 10 من إتفاقية باريس و فق تعديلها عام 1967 بستوكهلم على المعاقبة على المنافسة غير المشروعة فقط⁽¹⁾، دون التطرق لجريمة الرشوة، و منه خلو إتفاقية فينّا للبيوع الدولية للبضائع (1980) من التطرق لهذه الجريمة في شأن المفاوضات و كذلك خلو معاهدة تريبس منها، ممّا يجعلنا أمام وضع لا مفرّ منه، هو إطار القواعد الوطنية و ما تقرره من نصوص بشأن الغش و التدليس، الذي يمكن مساواته بالخطأ الجسيم كسبب للبطلان .

فمن أركان التدليس إستعمال الخداع كحيلة (الرشوة) التي تكشف عن العمد و سوء النية، أو اللجوء إلى حالة إستعمال الغش في المفاوضات حيث الغش كقاعدة عامة يبطل كل التصرفات⁽¹⁾.

المطلب الثالث: النتيجة القانونية للإتفاقات التفاوضية في عقود نقل المعرفة الفنية

كأصل لا يرتب القانون أي أثر قانوني على المفاوضات بكل مراحلها أي على كل ما يصدر من أخذ و رد بين الطرفين قبل إمضاء العقد المزمع الإقدام على تنفيذ محتواه، لكن من منطلق أن دخول طرفين في مناقشات و مفاوضات يعني بالضرورة أنهما ليسا أجنيان عن بعضيهما أي ليا من الغير، فإنه لنا أن نتصور تردّب بعض الإلتزامات على عاتق أحدهم ، إذا لم تؤد المفاوضات إلى نتيجة، ترى كيف ذلك؟.

تتحقق هذه الفرضية لما يقوم أحد الأطراف بإرتكاب خطأ، يعتبر بمثابة إخلال بالإلتزامات معينة و لو مع إفتراض حسن النية و هذا ما يؤد إلى نشوء المسؤولية.

أما إذا دارت المفاوضات على أحسن ما يرام فإنه أيضا في هذه الحالة النظام القانوني للمباحثات كأصل بغيرذي أثر، إلا إستثناءا في الحالات التي سيأتي الحديث عنها في هذا الجزء من الدراسة كالتالي و وفق الفرعين المواليين:

الفرع الأول: المسؤولية الحاصلة من جراء الخطأ خلال التفاوض.

الفرع الثاني: قابلية وضع الإتفاقات قيد التنفيذ.

الفرع الأول: المسؤولية الحاصلة من جراء الخطأ خلال التفاوض

قد يتساءل البعض عن كيفية تردّب مسؤولية في إجراءات ليست بالملزمة أصلا و حق العدول فيها جائز دون أن تنجر عنه أية مسؤولية⁽²⁾.

(1) - د/ وائل حمدي أحمد علي، مرجع سابق، ص 378 وما بعدها.
- قانون مكافحة الفساد الجزائري رقم 01-06 المؤرخ في 20 فيفري 2006، الجريدة الرسمية رقم 14 وهو ملحق لقانون العقوبات الصادر في 20 ديسمبر 2006 تحت رقم 06-23، الجريدة الرسمية رقم 84.
(2) - د/ إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 143.

إنّ ذلك وارد في الواقع خاصة إذا لم ينته الأمر بالمتعاقدين إلى الإبرام النهائي للعقد، و يحدث ذلك في حالة ما إذا إقترن قطع المفاوضات بخطأ من أحد الأطراف كالإهمال أو إغفال الإمداد ببعض المعلومات المتحصل عليها، و تعد حينئذ تلك الأفعال إخلالاً بالإلتزام الطبيعي الواقع على عاتق أحدهما (1).

و يأتي حينها الخطأ أو فكرة السلوك المعيب أو المخل عكس فكرة حسن النية في التفاوض (2)، و القانون يرتب بشأنها المسؤولية، و نأتي الآن على شرح الحالات السابقة كالتالي:

دون شك، في وضعية مثل هذه قد يقوم المتلقي بدراسات بناء على معطيات ناقصة، مما يؤدي به إلى الوصول إلى قرارات و نتائج خاطئة تحرمه من القيام بالصفقة، و الوصول إلى العقد الذي يرجو منه تحقيق أهداف كثيرة، دون نسيان الوقت الضائع في هذه العملية، و إضافة إلى حالة إغفال تقديم معلومات، هناك حالت أخرى للسلوك المعيب خلال مرحلة التفاوض مثل الإستخدام غير المشروع للمعرفة الفنية المنقولة و تلك الفترة سواء إذا تمت المفاوضات بسلام أو إذا تم إستخدامها إستخداماً غير مشروع في حالة ما إذا لم تتم المفاوضات إلى نهايتها، كما أن هناك حالة القطع التعسفي للمفاوضات على سبيل المثال كذلك.

وبناءً على ذلك سوف نتطرق بالدراسة لبعض الأمثلة التي كثيراً ما نصادفها في مجال عقود نقل المعرفة الفنية و التي من شأنها ترتيب مسؤولية جراء خطأ خلال التفاوض و يكون ذلك حسب النقاط الآتية:

أولاً: إغفال تقديم معلومات les omissions d' information

ثانياً: الإستخدام غير المشروع للمعرفة الفنية المنقولة

ثالثاً: القطع التعسفي للمباحثات: la rupture abusive des pourparlers

(1) - د/ خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، (أحكام الإلتزام)، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات

الجامعية، 1992، ص 6: يعرفه القانون الجزائري بموجب المادة 171

(2) - د/ محمود محمد سليمان الكيلاني، جزاء الإخلال في تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 199.

- د/ وائل حمدي أحمد علي، مرجع سابق، ص 356.

- يشير إلى قرار محكمة النقض الفرنسية في حكم صادر عنها سنة 1995 بأنه يجب أن يتسم سلوك الأفراد بحسن النية من أجل الوصول إلى مفاوضات ناجحة و طرح كافة المسائل العامة و الخاصة بالعقد النهائي:

-arrêt veraille du 21 sep 1995- Data N° 49871.

-CCI sentence dans l'affaire .N° 4761 en 1987

أولاً: إغفال تقديم معلومات les omissions d' information

إنّ مجرد الإستعلام في هذا الصدد يختلف عن النصيحة فهي تهدف إلى توجيه عمل من يتلقى النصح، بينما الإستعلام لا يعد أكثر من خير (1).

و السؤال الجدير بالطرح هنا هو:

ما هو أساس المسؤولية التي تقع على عاتق المورد في حالة إغفال تقديم معلومات أو حالة الخطأ في المعلومات المقدمة؟.

إذا تم توقيع العقد فإنّ طبيعة المسؤولية تكون عقدية و تمتد حتى إلى أخطاء مرحلة ما قبل التعاقد بالنظر لإمتداد آثار الخطأ إلى مرحلة ما بعد التعاقد (2).

و ترفع الدعاوى في حالة ثبوت المسؤولية العقدية بكل الشروط التي يتطلبها القانون على شكل دعوى بطلان أو دعوى ضمان، و يمكن تبرير (البطلان بالغلط في الصفات الجوهرية كعدم مطابقة طريقة الصنع أو للتدليس).

و جرى القضاء الفرنسي في هذا السياق، و إعتبر الخطأ في الحساب و الخطأ في التصميم أو الخطأ في إختيار طريقة الصنع عند الدراسات الأولية يقع تحت الجزاء في المجال التعاقدية متى تم توقيع العقد (3). لكن يتجه أغلب الفقهاء و كذا القضاء في بعض اتجاهاته إلى إعتبر هذا النوع من الإخلال في تقديم المعلومات ذا طبيعة تقصيرية (4)، و ذلك، بإعتبار المحادثات و قائع قانونية مادية ليست عقدية فحسب، و إلتزاماتها ليست إلا ببذل عناية الرجل العادي أو بذل جهد للتوصل إلى إتفاق نهائي، و بالتالي طبيعة الخطأ فيها تكون تقصيرية *de faute de nature délictuelle* على أساس أنّ كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من إرتكبه بالتعويض (5).

أما إذا تعلق الأمر بعقد التفاوض المشتمل على جملة الإلتزامات المذكورة آنفاً، و التي من ضمنها قد يكون منصوص على شرط أو إلتزام تقديم المعلومات فإنّ الإخلال بها يكون منشأ لمسؤولية عقدية،

(1) - د/ نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 134.

(2) - محمد سعيد جعفر، نظرات في صحة العقد و بطلانه في القانون المدني و الفقه الإسلامي، دار هومة للطباعة و النشر، 1998، ص 79 وما بعدها.

(3) - د/ نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا، ذات المرجع أعلاه، ص 135.

(4) - الأستاذ بلحاج العربي، دعاوى المسؤولية التقصيرية في القانون القضائي الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية (x x x II)، رقم 02 ، 1994، ص 410.

(5) - فهد بجاد الملافح، مرجع سابق، ص 39.

- د/ وائل حمدي أحمد علي، مرجع سابق، ص 360 و ما بعدها.

مصدرها عقد التفاوض المبرم بين الطرفين بناءً على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين و مبدأ حرية التعاقد⁽¹⁾.
و تجدر الإشارة إلى أن ذات المسؤولية (عقدية أو تقصيرية حسب الأوضاع) قد تترتب في شأن
المفاوضات المتعلقة بسوق التجارة الإلكترونية عبر شبكات الإنترنت⁽²⁾.

ثانياً: الاستخدام غير المشروع للمعرفة الفنية المنقولة

L'utilisation déloyale du savoir faire communiqué

إن عملية إستغلال أو نشر معلومات فنية سرية غير متداولة (أو غير شائعة) بعد قطع المفاوضات
دون شك يعد خطأ و هو موجب للتعويض.

لكن مع عدم وجود نظام قانوني خاص و محدد يكفل الحماية للمعرفة الفنية
في مرحلة المفاوضات إلا أنه نظراً لقيمتها الإقتصادية الكامنة في سريتها دفعت
الفقهاء إلى إيجاد أسس يستند عليها لتثبيت الإلتزام بعدم الإفشاء:

منها الإثراء بلا سبب *l'action en concurrence déloyale* ، وهي مسؤولية المخطئ عن
تعويض لضرر الذي تسبب فيه بخطئه و هذه الأخيرة تعد وسيلة حماية فعالة جداً،
إضافة إلى هذه الوسيلة هناك و سيلة دعوى المنافسة غير المشروعة أو الوسيلة
الحمائية الجزائية قد نجدها في بعض القوانين الوضعية⁽³⁾.

وبما أن السرية جوهرية في المعرفة الفنية فإن المحافظة عليها و إستعمالها غير المشروع أسأل
الكثير من الحبر⁽⁴⁾، فإذا قام الإلتزام (عقدياً أو تقصيرياً) فليس له إلا أثر واحد و هو وجوب تنفيذه و لو

(1) - د/ أمال زيدان عبد الله الإلتزام بالسرية في عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 188.

- د/ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 89.

(2) - د/ إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 132.

- د/ عماد الحداد، مرجع سابق، ص 47.

(3) على سبيل المثال نذكر على المستوى الوطني:

- لائحة حماية المعلومات التجارية السرية السعودية الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم 50، بتاريخ 25-02-1426 هجري، و على

المستوى الدولي: نذكر إتفاقية تريبيس، مرجع سابق.

(4) - السيد مصطفى أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 88.

- د/ فائز أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 19.

- د/ أحمد بركات مصطفى، مرجع سابق، ص 34.

- أ/ فهد بجاد الملا، مرجع سابق، ص 37.

- د/ وائل حمدي أحمد علي، مرجع سابق، ص 366 وما بعدها.

جبرا على المدین، فینقد المدین عین ما إلتزم به، أو ینفذه بمقابل أي عن طریق التعویض: فعلى إفتراض ملاحظة و ثبوت أن متلقى المعارف الفنية خلال مرحلة التفاوض أو بعدها في طريقة إلى الإخلال بالتزامه المتمثل في عدم إفشاء الأسرار، يمكن للمورد أن يقطع الطريق أمامه و يمنعه عن طریق القضاء من ذلك أي يعيره عينا على الإلتزام بعدم إفشاء تلك الأسرار. فمن آثار المسؤولية المدنية الناجمة عن إفشاء السرية في مرحلة التفاوض إذا تعلق الأمر بالإفشاء لأسرار المعرفة الفنية، المتحصل عنها خلال مرحلة التفاوض، جراء إبرام عقد تفاوضي أو جراء تفاوض حر هو: التنفيذ العيني أو التنفيذ بمقابل (تعويض) (1)، على أساس أن يجبر المدین بعد إعداره على تنفيذ إلتزامه تنفيذا عيني إذا ما نكل عن التنفيذ إختياراً.

و التنفيذ العيني بعين ما إلتزم المدین به يعتبر الوسيلة الأصلية في الوفاء بالالتزام فمتى كان ذلك غير ممكن أو مرهقا يكون التنفيذ حينها بالتعويض و تقديره بناء على مقدار الضرر و هذه قواعد تعترف بها جلّ التشريعات خاصة اللاتينية منها (2) كقواعد عامة. بتطبيق هذه القواعد على عقد نقل المعرفة الفنية، يكون بإمكان المورد (في البداية) إجبار المتلقي على عدم الإستهلاك غير المشروع للمعرفة محل الإعتداء، فإذا كان ذلك غير ممكن بأن يكون قد إستعملها بغير وجه حق أو إستخدامها بشكل غير مشروع يكون حينذاك أمام المورد طلب التعويض لأن عملية الإعتداء تمت و جنى منها المتلقي ثمارا بغير وجه حق.

ثالثا: القطع التعسفي للمباحثات la rupture abusive des pourparlers

يَعْتَبَرُ كل من الفقه و القضاء قطع المفاوضات خاصة إذا بلغت مرحلة متقدمة من تبادل و جهات النظر و الوثائق و الخطابات بدون أسباب قانونية موجبة للمسؤولية (3).

(1) - د/ أمال زيدان عبد الله الإلتزام بالسرية في عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 191+194

(2) - بأمريكا تسيطر فكرة المخاطرة و الإحتمالية على المفاوضات و عدم الإعتراض بمبدأ المفاوضات بحسن نية، فالمفاوض غير مسؤول كقاعدة عامة هناك إلا إذا ثبت غش أو تدليس و يحاول القضاء هنا تغطية هذا القصور بمحالة اللجوء للقواعد العامة الخاصة بالمسؤولية التقصيرية أو اللجوء إلى مقتضيات العدالة لكبح الإعتداء على الأسرار التجارية فمن الممكن هناك إستصدار أمر تمهيدي خلال مرحلة المفاوضات لمنع مستعمل الأسرار من إستغلالها مع ضرورة إثبات و قوع الضرر أو وشوك و قوعه و هذا ما تطرقنا له سابقا في حديثنا عن الحماية الجزائية و المدنية للأسرار التجارية بشيء من التفصيل يمكن الرجوع لها بمقدمة البحث.

(3) - د/ محمود محمد سليمان الكيلاني جزاء الإخلال في تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 200.

هذا و يجوز قطع المباحثات بصفة تحكيمية (إرادية) لأسباب شخصية طالما لم يكن نتيجة ظروف إقتصادية بحتة (الحصول على شروط أفضل من طرف آخر) تعزي لأحد الأطراف. و تثبت المسؤولية هنا تقصيرية حسب نص(المادة 1382) من القانون المدني الفرنسي ليس بسبب قطع المفاوضات بل بسبب إرتكابه خطأ ليس من المفروض إرتكابه وفق ما تتطلبه العادات و الأعراف التجارية السائدة خاصة إذا قام شخص بإيهام آخر بالتعاقد معه فيسير الطرف الآخر في الإتفاق على أبحاث أو الإنفاق على أعمال أخرى أو يقوم بإبرام عقود فرعية مع أطراف أخرى تمهيدا للتعاقد مع من أوهمه بالتعاقد. و هذا من شأنه أن يكلفه أموالا طائلة و وقتا ثميناً و تغطي المسؤولية في هذه الحالة ما تم تحمله من نفقات وكذلك تعويض كل الأضرار الأدبية و المادية و التي يكون تكبدها الطرف المقبل على التعاقد.

أما في الولايات المتحدة الأمريكية، فلا يعتبر في تشريعها كأصل عام المتفاوض مسؤولاً عن أي قطع للمفاوضات، لهذا جاء القضاء هناك ليغطي هذه الفجوة التشريعية بإقرار ثبوت مسؤولية المتفاوض إذا خالف مقتضيات العدالة و إذا خالف قواعد المسؤولية التقصيرية. فإستخدام القضاء الأمريكي لهذه المفاهيم و الاليات يكفل به تعويض المتضرر من القطع التعسفي للمفاوضات إذا ثبت التعسف طبعا (1).

و عموماً يمكن القول أن كل فعل يرتكبه شخص بخطئه و يسبب ضرراً للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض(أنظر إلى نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري)، ويقول البعض أنه لا يؤدي ما فات من كسب le profit manqué إلى التعويض لأنه يرتب آثار لعقد لم يتم إبرامه بعد (2)، و هذا طبعا في حالة التفاوض غير التعاقدية.

لكن الرأي الراجح يوجب التعويض على فوات فرص الكسب من جراء القطع التعسفي للمفاوضات و يثبت و جوب التعويض هنا بإعتباره يشكل ضرر غير مباشر.

(1) - د/ أمال زيدان عبد الله الإلتزام بالسرية في عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 192.

(2) - د/ توفيق حسن فرج، النظرية العامة للإلتزام (نظرية العقد)، مرجع سابق ص 92 وما بعدها، لم يؤخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد (الألمانية المصدر) على أساس المسؤولية العقدية لأن التعويض لا يكون ممكناً هنا إلا بوجود عقد صحيح.

الفرع: الثاني قابلية وضع الإتفاقات قيد التنفيذ

المشكل القانوني المثار هنا هو: من أية لحظة يمكننا إعتبار مرحلة ما قبل التعاقد قد إنتهت، علما أنّ العقد ينعقد متى تلاقى الإيجاب مع القبول و تمكن الأطراف من الإتفاق على المسائل الجوهرية في العقد. إنّ كل الإتفاقات الأولية بغير أثر قانوني كأصل عام، سواء تعلق الأمر بخطاب إعلان النية أو إتفاق التفكير أو الخيارات الثنائية ، إذ يكمن هدفها في تقريب و جهات النظر و السير قدما في المفاوضات لإبرام إتفاق نهائي.

لكن إذا تعلق الأمر بإتفاق ما ينطبق عليه وصف و عهد بالتعاقد (1)، أو ما أسميناه و عهد من جانب واحد، يصبح هذا الوعد معدّا قانونًا بمثابة عقدا كاملا (إلتزام من جهة واحدة) لا مجرد إيجاب، إذا إقترن بقبول بدون تحفظات من المتلقي للإيجاب و يلتزم فيه الواعد إلى حين تلقي ردّا من الموعود بمضمون ما ورد في وعده، و لا يجوز له أن يتراجع على و عده أو على إرادته الصادرة بصفة أحادية و من جانب واحد (2).

ولا ينتهي هذا الوعد إلا إذا إنقضت المدة المتفق بشأنها على صدور خلالها ردّا من الموعود، أو إذا ردّ الموعود بالرفض على و عهد الواعد.

أما إذا لم يتعلق الأمر بوعد بالتعاقد فلنا أن نتساءل عن صدور الإيجاب و القبول بشأن الإتفاقات الأولية. و مبدئيا لما قول أنّ أحكام الإيجاب و القبول تخضع في هذا المضمار للنظام القانوني الذي يرضى التعامل الجاري بين المتعاقدين، و على وجه العموم إذا تساءلنا بشأن مدى إعتبار الدعوة إلى التعاقد معادلة للإيجاب الحقيقي أم لا؟.

يكون الجواب: نعم و هذا عندما تمنح الصفقة لمن يقدم العطاء الأقل، لأن الطرف المقاول مثلا الذي يقدم أقل سعر يعتبر تلقائيا كطرف في التعاقد (3).

أما إذا كانت الدعوة للتعاقد ليست لمن يقدم العطاء الأقل فلا يمكن حينئذ إعتبارها إيجابا ، إذ يكون الثمن غير محدد و غير قابل للتحديد فالتعبير عن الإرادة لا يعد إيجابا، إلا إذا كان " محدد و تام " و حسب ما تقتضيه الشروط القانونية فيما يتعلق بتلاقي الإرادتين.

(1) - د/ محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص 32.

(2) - بالمقابل لا يلزم الموعود في عقد الوعد بالتعاقد بشيء لأنه لا يقع على عاتقه أي إلتزام.

(3) - د/ نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 140 وما بعدها.

- د/ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 84.

فإذا لم يكن كذلك فإنّ الأمر لا يعدو أن يكون مجرد عرض أو دعوة إلى بدئ مفاوضات مقابلة. وقد يعتبر في الواقع عطاء soumission المورد بمثابة إيجاب إذا تضمن الثمن و الدقة الكافية المتعلقة بمعطيات المشروع المزمع الإقدام على التعاقد بشأنه، لكن الواقع يبين غالباً عدم قبول عطاء المورد مباشرة فور تقديمه، بل يواجه المستثمر بمقترحات مضادة contre-proposition و هذا يعد جائز نظراً للمبالغ الطائلة التي سيجازف بها المستثمر⁽¹⁾. و في الخلاصة نقول أنّ العطاء يعني مجرد دعوة للتفاوض أكثر منه عرضاً لإبرام عقد نهائي، سواء في إطار (مناقصات) أو في إطار (مفاوضة مباشرة مفاوضات إتفاقية) des négociation gré à gré، و على هذا النحو لا يتكون العقد إلا بصفة تدريجية. ولا يعتبر العقد منعقدًا إلا من لحظة التوقيع عليه فهي لحظة تلاقي الإرادتين و هي اللحظة الفاصلة بين مرحلة ما قبل التعاقد و ما بعده.

و عليه لا تعتبر الوثائق الوسيطة ذات قيمة قانونية إلا إذا توافرت فيها شروط تلاقي الإيجاب بالقبول⁽²⁾. و على ضوء ما تقدم نستشف الأهمية البالغة الناجمة عن المفاوضات و أنه كل ما زادت القوة التفاوضية زادت حضوره في إبرام صفقة ناجحة من جهة، و من جهة ثانية كلما احتوى الإيجاب على أكبر قدر من الدقة و التحديد فيما يخص الثمن أو باقي الجوانب التقنية من الصفقة يكون لكل ذلك أثر على تكييف العرض و إعتبره إما إيجاباً حقيقياً بالمعنى القانوني أو مجرد عرض لبدأ مفاوضات، و نفس الشيء بالنسبة للقبول، و يصح هذا القول بالنسبة للمفاوضات في العقود الدولية لنقل المعرفة الفنية حسب طبيعة الأطراف المتعاقدة و إنتقائها للأطراف المتفاوضة.

هذا و لقد شهدت الجزائر مؤخراً في مرحلة الإنفتاح على إقتصاد السوق مجالاً أوسع و حرّية أكبر للقيام بالمفاوضات و قد يستشف ذلك من :

- الإتفاق المبرم بين الحكومة الجزائرية و FMI في جوان 1991⁽³⁾ وتضم الرسالة المقدمة من طرف الحكومة تعرّض السياسة الإقتصادية و المالية المزمع إنتاجها من طرف الحكومة الجزائرية التي تستند أساساً على:

(1) - د/ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 82.

(2) إن الكتابة تسيطر على كل المفاوضات و هي التي تؤدي دوراً لا يستهان به في تفسير إرادة الأطراف فيما يتعلق بالعقد الأصلي اللاحق.

- د/ أحمد بركات مصطفى، مرجع سابق، ص 33.

(3) - مجلة Alger Républicain، الجزائر في 4 سبتمبر 1991.

- إنتقال المسؤولية إلى الأطراف الفاعلة الإقتصادية عامة أو خاصة.

لذا نتكلم اليوم عن إمتناع الدولة عن وضع عراقيل أمام المبادرات الخاصة و ذلك بإمتناعها عن كل منافسة غير مشروعة إتجاهها خاصة في مجال التجارة الخارجية، و هذا من شأنه حسب رأي ممثلي المؤسسات الخاصة أن يحقق تساوي و ضيعات بين كل هيئات الدولة و المؤسسات الخاصة. وهذا الخطاب السياسي المترجم قانونيا أيضا من شأنه أن يزيد من قوة المفاوضات و فعاليتها، لأن الطرف الجزائري المقبل على التفاوض يشعر بفاعليته، و بالتالي يدرك رجوع نتائج المفاوضات سلبية كانت أو إيجابية على المؤسسة أو الهيئة المنتمي إليها إنتماء حقيقي و يؤثر على وضعيته في المؤسسة التي ينتمي إليها لاسيما المالية منها (1).

المبحث الثاني: مرحلة إبرام عقد نقل المعرفة الفنية

إنّ للقانوني دور كبير جدّا في إعداد هيكل و صياغة مضمون عقد نقل المعرفة الفنية، خاصة في مجال نقل المعارف الفنية عبر القنوات القانونية المختلفة في مجال التارة الدولية، و يزداد دوره أهمية إذا تعلق الأمر بعقود مركبة بها جدل حول طبيعتها القانونية، و لها تبعيات على التنمية الوطنية، فحسن صياغة العقد من شأنه التقليل من إمكانية نشوب نزاع مستقبلي بين أطراف العلاقة التعاقدية. و تعتبر اللحظة الحاسمة في تكوين العقد الدولي لنقل المعرفة الفنية هي لحظة التوقيع عليه، و من هذه اللحظة يدخل العقد إلى فضاء الوجود القانوني لما يحمله من إلتزامات، يتعهد بها أطراف العلاقة التعاقدية فينتقل من المرحلة ما قبل التعاقدية *la phase pré-contractuelle*، إلى المرحلة التعاقدية *la phase contractuelle* فيفترض ورود هذه العقود بهيكل متناسق، من حيث البناء الخارجي و من حيث المضمون أيضا الواجب إتسامه بالدقة و الوضوح، وفق نظرية الكفاية الذاتية للعقد الدولي كأصل عام (2) *la théorie d'auto-suffisance du contrat international*، و هي قدرة العقلي خلق قواعد قانونية فردية إستنادًا إلى بنود و شروط العقد ذاته بإعتباره تصرف إرادي متمتع بتنظيم ذاتي *self-régulation*، مبني على مبدأ

(1) - *laggoune .W .De l'état entrepreneur à l'état actionnaire. Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques. volume (X XXI) N° 4.p 727.*

(2) - لا يجب أن نغفل عن الإمكانية المتاحة للأطراف في حرية صياغة العقد و تضمينه إلتزامات بإرادة منفردة تعيقها إستثناءات، أهمها عدم خرق القواعد القانونية الأمرة لا سيما منها المتعلقة بالنصوص القانونية الخاصة بتنظيم عملية نقل المعارف الفنية الموجودة ببعض تشريعات الدول.

سلطان الإرادة الذي يقره القانون ذاته، و من هنا إذا كان العقد الدولي مفصلا و محبوبا في صياغته القانونية يخلق التزامات تغني القاضي و المحكم عن الإستعانة بقواعد القانون التي لا تلائمه (1).

و يرى البعض أنه (2) توجد عدم كفاية في القواعد الخاصة بعقود الإذعان في تحقيق التوازن لعقد نقل المعرفة الفنية، مما دعى بعض الدول لسن تشريعات تحد من نظرية الكفاية المبنية على سلطان الإرادة، هي تشريعات خاصة بنقل التكنولوجيا عموماً (3).

و بالنظر إلى ما للإتفاقيات التفاوضية من أهمية، نتصور أنه بإمكان الأطراف العاقدة العزم على الدخول لمرحلة إبرام العقد أن يتفقوا على إعطاء جزء من الإتفاقيات التفاوضية الصبغة الإلزامية، فيلحقونها بالعقد كما أنه بإمكانهم الإتفاق على إعطاء الصبغة الإلزامية لكل إتفاق تفاوضي و إعتبره هو عقد نقل المعرفة الفنية إذا كان ملماً بكل التفاصيل و كل الإلتزامات، و هذا ما نجده في بعض حالات المناقصات، و هذا ما سوف نبينه بالمطلب الأول من هذا المبحث، أما المطلب الثاني سنتفحص من خلاله أركان عقد نقل المعرفة الفنية و توضيح كل خصوصياتها بغية الوصول إلى تصور لحلول قانونية لمشاكل تنموية طالما عانت منها الدول النامية، و عليه سنتناول هذا المبحث في مطلبين هما:

المطلب الأول : هيكل عقد نقل المعرفة الفنية و تنظيم مضمونه التعاقدية.

المطلب الثاني : أركان عقد نقل المعرفة الفنية.

المطلب الأول : هيكل عقد نقل المعرفة الفنية و تنظيم مضمونه التعاقدية

هذا المطلب سوف يقسم إلى فرعين:

الفرع الأول: هيكل عقد نقل المعرفة الفنية.

الفرع الثاني: تنظيم المضمون التعاقدية لعقد نقل المعرفة الفنية.

(1) - د/ أحمد عبد الكريم، سلامة مرجع سابق، ص 124 وما بعدها .

(2) - د/ أمال زيدان عبد الله الإلتزام بالسرية في عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 202 وما بعدها.

(3) - د/ لعشب محفوظ، عقد الإذعان في القانون الجزائري و القانون المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1990، ص 7 وما بعدها.

الفرع الأول هيكل عقد نقل المعرفة الفنية و نعالج هذا الفرع من خلال خمس نقاط أساسية و هي:

أولاً: الأطراف les parties

ثانياً: الديباجة le préambule

ثالثاً: التعاريف les définitions

رابعاً: الموضوع l'objet

خامساً: مواد و شروط العقد les articles et conditions de l'acte

أولاً: الأطراف les parties

تحديد الأطراف في عقود نقل المعرفة الفنية أمر هام للغاية بالنظر لما تثيره جنسية كل طرف و منطقة إبرام العقد و مكان التنفيذ المختار من طرف أطراف العلاقة التعاقدية من أهمية.

و تبرز هذه الأهمية في حالة نشوب نزاع بين الأطراف، حيث أنه من خلال جنسية الأطراف نستطيع التعرف على القانون الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية المحتوية على عنصر أجنبي، بناءً على ضابط الإسناد و المتمثل في الجنسية، و تبرز هذه الأهمية أيضاً في حالة وجود قوانين خاصة تضعها بعض الدول متعلقة بتسوية المنازعات التي تنشأ عن عقود نقل المعرفة الفنية بما يخرج عن مبادئ القانون الدولي الخاص⁽¹⁾.

و الغالب أن ينشأ عقد نقل المعرفة الفنية بين منشأتين تحوز أو تملك إحدهما المعرفة تسمى المورد، و أخرى تطلبها تدعى المستورد⁽²⁾.

و قد يطلق على المورد تسمية: المرخص أو الطرف الناقل أو المقاول أو، و ذلك حسب نوع العقد المبرم أي بحسب ما إذا كانت طبيعته القانونية تقترب أكثر إلى نوع من أنواع العقود الكلاسيكية على حساب باقي الأنواع و على سبيل المثال نسمي الطرف المورد للمعرفة الفنية مقاولاً في عقود المفتاح في اليد لكون إلتزاماته الرئيسية بهذا العقد تتمحور حول بناء منشأة أو مصنع ما أكثر مما تكون تشبه إلتزاماً آخرو هكذا، و هو عادة شركات خاصة في الدول المتقدمة هي بذاتها في نفس الآن الطرف الرئيسي الذي يقوم بالبحث و التطوير، و لذلك تكون هذه الشركات هي المتحكمة في التكنولوجيا⁽³⁾.

(1) - د/ محمود محمد سليمان الكيلاني، جزاء الإخلال في تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 158.

(2) - د/ فايز أحمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 24.

(3) - د/ نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 36.

وعادة ما تكون شركات متعددة القوميات أو الجنسيات⁽¹⁾ تفرض سيطرة إقتصادية عالمية و لها إستراتيجية في نقل التكنولوجيا، مرتكزة على تعظيم معدلات الربح في طريق السيطرة على قطاعات متزايدة من السوق العالمي⁽²⁾.

و هذه الإستراتيجية تمكنها من ممارسة الرقابة على إنتاج و توجيه التكنولوجيا و كذا التحكم فيها⁽³⁾. أما الطرف الآخر في عقد نقل المعرفة الفنية يسمى المستورد و إن كانت كلمة شديدة الإنتقاد في الفقه العربي كما أنه قد يسمى رب العمل أو المتلقي أو المرخص له أو المنقول إليه، هذا الأخير قد يكون شخص من أشخاص القانون الخاص مشروعا أو شركة من دولة نامية في الغالب، لكن لا مانع من أن يكون شركة من دولة متقدمة⁽⁴⁾.

كما أنه قد يتمثل هذا الطرف في دولة أو أحد أجهزتها العامة (مؤسسة أو شركة)، و في هذه الحالة غالبًا ما تتعاقد الدولة بصفقتها كتاجر، و تخضع بذلك للقانون الخاص، و لا مانع من أن تتعاقد الدولة بصفقتها ذات سيادة أو كطرف ذا سلطة عامة⁽⁵⁾.

أما إذا كان العقد يجري بين و كيلين عن المنشأتين المتعاقدين، فيجب تعيينهما تعيين واضح و بيان الوثائق التي تخول لهما سلطة التوقيع عن المنشأتين⁽⁶⁾.

و رغم أن تحديد جنسية الأطراف في عقود نقل المعرفة الفنية أهمية كبيرة في معرفة القانون الواجب التطبيق في الكثير من الدول، إلا أن المشرع المصري في قانون التجارة الجديد الصادر عام 1999 بموجب المادة 72 منه يقرر: بأنه لا عبرة لجنسية الأطراف أو لمحال إقامتهم في خضوع عقد نقل التكنولوجيا الذي يبرم لإستخدام التكنولوجيا في جمهورية مصر العربية لأحكام القانون المصري⁽⁷⁾.

(1) - د/ محسن شفيق، المشروع ذو القوميات المتعددة من الناحية القانونية، مرجع سابق، ص 11.

(2) - د/ عقيلة عز الدين محمد طه، أثر الإستثمارات الأجنبية و نقل التكنولوجيا على التنمية الإقتصادية في مصر، رسالة دكتوراه، كلية الإقتصاد العلوم السياسية، جامعة القاهرة، 1990 ص 384.

- د/ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 59.

(3) سبقت الإشارة إلى هذا المعنى بمناسبة الحديث عن الشروط التقيديّة، في المبحث الرابع من الفصل الثاني من الباب الأول من هذا البحث .

(4) - د/ محسن شفيق، نقل التكنولوجيا، مرجع سابق ص 67.

(5) - د/ أحمد بركات مصطفى، مرجع سابق، ص 38.

(6) - د/ فائز أحمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 24.

(7) - د/ أحمد بركات مصطفى، مرجع سابق، ص 38.

يضيف: - د/ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، ذات المرجع أعلاه، ص 499 في شرحه لنص المادة 72/1+2 أن المنازعات التي تنشأ عن عقد التكنولوجيا تختص بحلها المحاكم المصرية، إلا إذا إختار الأطراف طريق حل النزاع وديًا أو عن طريق التحكيم ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك، فلا عبرة هنا بجنسيته أو محل إقامة الطرفين.

و بالتالي أوجب المشرع المصري ضرورة أن يكون القانون المصري هو القانون الواجب التطبيق على العقد بغض النظر عن ضابط الإسناد المتمثل في القانون المختار أو الأوثق صلة بالعقد أو محل التعاقد، و وقع كل إتفاق على خلاف ذلك باطلا بطلان مطلقا لتعلق مسألتها بالإختصاص القضائي، و تطبيق القانون المصري على محل النزاع للنظام العام المصري⁽¹⁾ و من هنا تبرز الحماية التشريعية المولاه لهذا الصنف من العقود.

ثانيا: الديباجة le préambule

وتسمى أيضا مقدمة أو تمهيد، و تعتبر الديباجة مدخل لموضوع عقد نقل المعرفة الفنية الدولي و تتضمن في الغالب الأسطر العريضة للأهداف المتوخاة من الطرفين و على رأسها سرية المعرفة⁽²⁾. و هي تحمل ما من شأنه تبيان حاجة المتلقي و خبرة المورد، كما أنها تلعب دور تفسيري ثانوي لمضمون إلتزامات الأطراف في حالة نشوب نزاع.

ويظهر هذا الدور التفسيري بشكل خاص إذا لم يبين ظاهر النص في العقد قصد المتعاقدين ، فتأتي الديباجة كمصدر لإستظهار هذا القصد، و من ثم توضيح محتوى الإلتزامات المتضمنة في عقد نقل المعرفة الفنية مهما كان نوعه⁽³⁾، بهذا الوصف تقوم الديباجة بدور هام في إستظهار مقاصد المتعاقدين عندما لا تتضح هذه المقاصد من النصوص التي يتكون منها العقد. و من أهم ما تشير إليه الديباجة :

عدم وجود براءات إختراع تحول دون إستعمال المعرفة الفنية أو نقلها⁽⁴⁾، وهذا بإعبار أن المعرفة الفنية غير مشمولة بالحماية التي يكفلها نظام البراءات.

و بإعتبار الديباجة ليست جزء من مضمون العقد، إلا أنه لا مانع من الإتفاق على إعتبارها كذلك و بخصوص ذكر حاجة الطرف المتلقي للمعرفة الفنية و عدم الدراية الكاملة لمضمونها في الديباجة، بالإضافة إلى رغبة الطرفين في التعاون من شأنها أن تكون في مصلحة الطرف المتلقي في حالة نشوب نزاع حول جدوى هذه المعرفة ، أو وجود عيب بها مما يفقدها قيمتها إذ حينها

(1) - د/ فاروق احمد زاهر، القانون التجاري المصري، دار النهضة العربية القاهرة، 2007، ص 60.

(2) - Deleuze.J.M . opcit. p 51.

(3) - د/ محسن شفيق، نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 65.

(4) - د/ فائز أحمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 23.

يمكن الإرتكاز على ما جاء في الديباجة من جهل المتعاقد لخبايا هذه المعارف للحصول على تعويضات بعد طلب الإبطال أو الفسخ حسب الأوضاع.

و بما أنّ الديباجة تسطر الأهداف المتوخاة من المتعاقد، فهي غالبًا ما تشير إلى كل الوثائق و الإتفاقات المبدئية و التصريحات الحكومية و الإدارية المتبادلة بين الطرفين، قبل إبرام العقد على أساس أنها من السبل التي ستوصل الأطراف إلى الأهداف المرجوة.

لهذا يضحى ضروريا توضيح الأثر القانوني لتلك الإتفاقات من خلال الديباجة⁽¹⁾.

ثالثا: التعاريف

من الأمور البارزة و ذات الأهمية الكبيرة في عقود نقل المعرفة الفنية مسألة لغة العقد، فالإقبال على التعاقد في مجال هذه العقود تثار به مشكلة اللغة حين و ضع تعاريف معينة تماما كما تثار فيه مشكلة و ضع التعاريف بحد ذاتها بالمعاني اللغوية و المصطلحات المتعلقة بلب الموضوع الذي ، و هو المعرفة الفنية know-how لإزالة الغبار على أي سوء فهم ، و بإعتبار أنّ الغالب في هذه العقود أنّ يكون طرفاه من جنسيتين مختلفتين، فقد يتفقا على تحرير العقد و إعطاء التعاريف بلغة واحدة سواء كانت لغة أحدهما أم لغة أجنبية عنهما، و في هذا الفرض لا توجد صعوبة، و قد يتفق على تحرير العقد بلغات متعددة و في هذه الحالة يجب أنّ يعينا اللغة المعتمدة عند الخلاف حول مدلول بعض المصطلحات، و قد يتفقا على تحرير العقد بلغة كل منهما و إعتبار اللغتين معتمدين و يجب عليهما في هذه الحالة أنّ يتفقا في إختيار الألفاظ و المصطلحات المتقابلة⁽²⁾.

و يدعو البعض⁽³⁾ إلى ضرورة إعداد مجموعة من التعريفات التي توضح معاني الألفاظ المعتمدة في سائر العقود الدولية لنقل التكنولوجيا عموماً بوضعها في دليل للمصطلحات

(1) - عصام مالك أحمد العبسي، مرجع سابق، ص 62 وما بعدها: يبرز الكاتب أهمية أوجه الحماية المولدة لبراءات الإختراع في إطار المنظمة العالمية الفكرية (wipo)، في إطار إتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية Trips .

(2) - أ/ محمد إقولي، مرجع سابق، ص 119 وما بعدها .

- د/ فائز أحمد عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 23 وما بعدها.

(3) Deleuze.J.M .opcit .p 53.

التجارية الدولية ، مثل incoterms (أنكوتروم) أي international commercial terms⁽¹⁾، و أعطى الكاتب لتوضيح فكرته على سبيل المثال مفهوم للتحسين و بهذا ميّزه عن التجديد. ودعوة Deleuze هذه جاءت حسب فلسفته إلى كون العلوم الدقيقة كالرياضيات و إن موحدة للمهندسين الفنيين، إلا أن محررو العقود أو المتفاوضون ليسوا دائماً فنيون بل ينتمون إلى مدارس مختلفة النظم و المعاني.

لذا يقول البعض⁽²⁾ أن من مصلحة المتعاقدين أن يحررا قائمة بالمصطلحات و مدلولها تلحق بالعقد، و بهذا يتلافى المتعاقدين المشاكل المحتملة التي من شأنها أن تؤدي على التأثير على محتوى الإلتزامات العقدية ذاتها، و بالتالي أيلولة طرح النزاع على هيئة قضائية أو تحكيمية في المستقبل هما في عنى عن مشاق إجراءاتها و تكاليفها.

رابعاً: الموضوع

تتميز العقود الدولية لنقل المعرفة الفنية بوجود موضوع في هيكلها، تعقب الديباجة و هي متكونة من بضعة أسطر تعدّ بمثابة إستهلال أو إفتتاحية، تتضمن عادة كل العناصر التي ستحقق هدف الأطراف.

و كمثل قد يصاغ الموضوع كالتالي:

" موضوع العقد هو حصول الطرف المتلقي الأول على منشأة كاملة مكونة من 10..... الخ وفق الملاحق رقم كذا و كذا..... الخ"⁽³⁾.

و يتضمن الموضوع هوامش و إشارات إلى الشروط المرتبطة بالعقد.

كما يتضمن الإشارة إلى ملاحق العقد و هي عادة ما تتضمن مسائل فنية تقنية متصلة بالمعرفة المنقولة، و هي جزء متمم للعقد، و يجب بالتالي أن يشير العقد إلى ذلك في الموضوع قطعاً للخلاف، كما يجب ألا يقع تناقض بين شروط العقد و يتضمن

(1) - إصدار الأنكوترم ، عن غرفة التجارة الدولية "C.C.I"، و هذا الإصدار أو النشرة يتم إجراء التعديل عليها كل 10 سنوات وفقاً للعادات السائدة في المعاملات (مثل FOB و CIF).

- أمّا مصطلح الأنكوترم فهي عبارة عن حروف مختصرة للبيوع البحرية.

(2) - د/ فائز أحمد عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 24.

(3) - د/ محمود محمد سليمان الكيلاني، جزء الإخلال في تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 207.

الموضوع هوامش و إشارات إلى الشروط المرتبطة بالعقد.
كما يتضمن الإشارة إلى ملاحق العقد و هي عادة ما تتضمن مسائل فنية تقنية متصلة بالمعرفة المنقولة، و هي جزء متمم للعقد، و يجب بالتالي أن يشير العقد إلى ذلك في الموضوع قطعاً للخلاف، كما يجب ألا يقع تناقض بين شروط العقد و مضمون هذه الملاحق⁽¹⁾ لأنّ هذا التناقض يؤدي إلى منازعات تهدد حياة العقد⁽²⁾.

خامساً: مواد و شروط العقد

وهي مجموعة المواد العقدية المبوّبة أحياناً أو في شكل فصول أحياناً أخرى، كلّها مرقمة و معنونة في الغالب، و موضوعة و فق نسق و تنظيم جيد يحاول من خلاله الأطراف تلافى كل لبس مستقبلي.

بهذا يجب على أطراف عقود نقل المعرفة الفنية بالنظر لأهميتها ليس فحسب على الأطراف بل تنمية و تطور الدول أن يضمنوا عقودهم بكل التفاصيل لا سيما تلك التي تطرح في العادة مشاكل في مثل هذه العقود مثل مسألة الضمان، شرع و إعادة التفاوض حول مسألة القوة القاهرة أو الظرف الطارئ، المساعدة الفنية و مدى اعتبارها مستلزمات العقد.

كما قد يتضمن الموضوع الإشارة إلى بعض البنود التفاوضية خاصة إذا تمّ التفاوض بموجب عقد تفاوضي على حقوق و واجبات.

الفرع الثاني: تنظيم المضمون التعاقد في عقود نقل المعرفة الفنية

يحسن بنا لدراسة تنظيم المضمون التعاقد أن نوضح أولاً وفهومه و كيفية تنظيمه، و باعتبار وجود العقود المركبة شائع بشكل كبير في أنماط عقود نقل المعرفة الفنية، ننوه بوجود نوعين من الإتفاقيات، لذا نتعرض للموضوع من خلال النقاط التالية:

أولاً: مفهوم المضمون التعاقد و تنظيمه

ثانياً: الإتفاقيات المتعاقبة les accords successifs

ثالثاً: الإتفاقيات المترامنة les accords simultanés

(1) - د/ أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 136: هي في العادة إما إحصائية أو فنية،

(2) - د/ فائز أحمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 24.

أولاً: مفهوم المضمون التعاقدى و تنظيمه

مضمون العقد يتمثل بإيجاز في وضع خطة كل طرف متعاقد في قلب العقد، أي ترجمتها على شكل التزامات متبادلة و شروط متقابلة و مدى تنفيذها بالإضافة إلى ذلك تعتبر صياغة العقد و فق اللّغة المتفق عليها و هي الكفيلة أيضا بترجمة أهداف و إستراتيجيات كل طرف منذ بدء المرحلة التفاوضية إلى غاية الوصول إلى التعاقد النهائي، ففي صلب موضوع العقد تظهر جليا روح المفاوضات و أبعادها و ما كانت ترمي إليه مترجمة في شكل قانوني نهائي موقع عليه.

و يعتبر المضمون مكتملا على تمام إبرام العقد إذا كان من شأنه القيام بدوره الإقتصادي في تبادل الأداءات، و ذلك في الوقت الذي يتم فيه تحديد محل الإلتزامات الرئيسية بصورة كافية (1).

كما يجب أن يكون هذا المضمون مشتملا و معبرا على توافر الأركان الرئيسية الواجبة لصحة العقد قانونا، و نجد المضمون عموما يحتوي على جملة الإلتزامات المنكبة على الطرف المتلقي للمعرفة الفنية، و الإلتزامات الواقعة على عاتق الطرف المورد للمعرفة الفنية و الإلتزامات المشتركة بينهما.

و ما يمكن قوله بهذا الشأن أن هذه الإلتزامات تختلف في جزئيات منها و أحيانا كثيرة كليا من طائفة عقود لطائفة أخرى، و من نوع إلى نوع و هذا ما يؤثر بالضرورة على الطبيعة القانونية لها و يمكن إعطاء أمثلة على أنواع هذه العقود الناقلة للمعرفة الفنية.

- عقود الترخيص.

- عقود المساعدة الفنية (2).

- عقود البحث و التنقيب.

- عقود المفتاح في اليد.

(1) - د/ نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 142.

(2) - أ/ أحمد إقلولي، مرجع سابق، ص 31.

- د/ أنس السيد عطية، مرجع سابق، ص 341+343.

- د/ إبراهيم حمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 35-40.

- فاضل حمد صالح الزهاوي، مرجع سابق، ص 101 وما بعدها.

- عقود المنتج في اليد (ك تجربة جزائية) (1).

- عقود الإستثمار غير المباشر (2).

عقود تداول و تسويق المعرفة الفنية " عقد توريد التكنولوجيا الصناعية و عقد التعاون التقني و الصناعي " كنموذجين للتجربة البرازيلية.

- عقد إنتاج المعلومات (3).

هذه الصور تتجمع عادة في طائفتين:

الأولى: هي عقود تداول و تسويق المعرفة الفنية

les contrats de circulation et commercialisation du savoir-faire.

وهي مجرد أدوات خلقت في الأصل من أجل تسهيل عملية تداول و إنتقال المعارف الفنية بين الدول و المشروعات المتطورة بعضها البعض، ففي الحقيقة هذا النوع لا يجدي نفعًا إلا في إطار علاقات تكنولوجية معرفية متوازنة، إن لم تكن متساوية.

الثانية: عقود إكتساب السيطرة على المعرفة الفنية

Les contrats ayant pour objet l'acquisition du savoir-faire

و من أمثلتها عقود الترخيص الصناعي المنكب على براءات الإختراع أو المعرفة الفنية أو علامة الصنع و هذه الطائفة هي التي تمثل نقل فعلي و حقيقي للمعرفة الفنية، و يكون محل هذه العقود تمكين المتلقي من إكتساب القدرات المعرفية و التكنولوجية اللازمة لمباشرة و تنظيم عملية إنتاجية ما، دون حاجة لتدخل الغير (4).

و من أمثلته عقد المساعدة الفنية الذي ظهر أول مرة عام 1948 إشارة إلى مساعدة الولايات المتحدة الأمريكية لأوروبا بعد إنتهاء الحرب العالمية الثانية، بغية إعادة بناءها، و التي وردت في خطة مارشال

(1) - د/ غسان علي علي، مرجع سابق، ص 35.

(2) - د/ السيد أنس عطية، مرجع سابق، ص 246 وما بعدها.

- أ/ مونية جمعي، التحكيم كنظام لتسوية منازعات الإستثمار الأجنبي في ظل القانون المصري و الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2009، ص، 83 وما بعدها: أنشئت الوكالة الدولية لضمان الإستثمار AMGI بمقتضى إتفاقية دولية أعدّها البنك الدولي للإشياء و التعمير BIRD، ودخلت حيز التنفيذ عام 1987.

(3) - د/ حسن فتحي مصطفى بهلول، مرجع سابق، ص 35 وما بعدها.

(4) - د/ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 96.

من 1948 - 1952 و التي رسم طرقها الرئيس مارشال عام 1949، حيث دعا في خطاب له الدول الصناعية ببذل الجهود الضرورية لمساعدة الدول النامية و المتخلفة من خلال:
- إرسال فنيين و منح أموال و تشجيع الإستثمارات و نقل التكوين المهني إلى هذه الدول و من أمثلة عقود إكتساب السيطرة على المعرفة الفنية أيضا عقد التدريب، و غني عن التذكير بأن هذه الإلتزامات يجب أن تكون خالية من الشروط التقييدية بكافة صورها (1).

ويبرز من خلال شروط و مواد العقد السريان المكاني والزمني للعقد المبرم بإعتباره بطبيعته من العقود المستهدفة للنقل من مكان إلى مكان آخ، كما أنه يعد من العقود الزمنية المرتبطة بالزمن أو المدة (2) بإعتبارالزمن عنصراً جوهرياً يتحدد على أساسه إلتزام المورد بتمكين المتلقي من الإنتفاع بحق نقل المعرفة الفنية أو ملكيتها حسب الأوضاع أي حسب النظام القانوني المتولي حكم العلاقة العقدية بين الأطراف. هذا و نشير إلى أن اللجوء إلى العقود النمطية *contrat types*، و هي التي إستقرت في عادات التجارة الدولية و المكتوبة في صيغ معدة سلفاً *formules préalables*، و المطبوعة بأعداد ضخمة تستعمل كنماذج لعقود يتم إبرامها مستقبلاً، تتضمن إلتزامات مفصلة لا تكون بالضرورة دائماً من مصلحة الطرف المتلقي (3).

و مهما كان مضمون العقد من إلتزامات، يجب على الطرف المورد عدم التعسف في حق الطرف الطالب بأن يظهر في مضمون هذه الإلتزامات كشف عن كل مواصفات و تضمينات المعرفة الفنية أو على الأقل جزء من سرية المعرفة تسهيلاً لإستغلالها.

و مهما يكن من أمر في هذا الشأن يجب أن يكون المضمون التعاقدية منظم تنظيم جيد و يعني تنظيم المضمون التعاقدية حسب البعض، البحث عن أحسن و سيلة ممكنة بوضع كل ما سيطلبه الطرف الآخر عن طريق تنظيم العقد، كما يعتبر البعض التنظيم التعاقدية إبراز دور الإلتزامات التي ينشئها عقد نقل المعرفة الفنية (4).

(1) - د/ إبراهيم حمد عبد الرحمن الحميد. الشروط التقييدية في عقود نقل التكنولوجيا. مرجع سابق من ص 71-103.

- د/ أحمد بركات مصطفى. مرجع سابق ص 41 و مايليها.

(2) - أ/ إبراهيم المنجي. مرجع سابق ص 159.

(3) - يهتم بإعداد هذه العقود هيئات و جمعيات مهنية مشغلة بنوع من السلع أو الخدمات مثل اللجنة الإقتصادية لأوروبا CEE التي أعدت مثلاً العقد النمطي لتصدير المصانع و الآلات مع تركيبها، و العقود الدولية لبيع الحبوب سيف و فوب عام 1957 و 1958، و العقد النمطي للبيوع الدولي للحمضيات، و العقد النمطي لإستيراد و تصدير الخشب الناعم المنشور عام 1956 و العقد النمطي للصفقات الدولية للبطاطس عام 1973.

(4) - د/ محمود محمد سليمان الكيلاني، جزء الإخلال في تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 203.

و باعتبار المضمون التعاقدى ينطوي على كافة عناصر المعرفة الفنية لا يفوتنا التنويه بالأهمية الكبرى التي تؤديها الملاحق الفنية les annexes techniques في هذا التنظيم.

هذا و إن التنوع الكبير في الوثائق الذي يصاحب إبرام العقود خاصة المركبة منها عن طريق ما يسمى " التكوين التدريجي للعقد" من شأنه أن يثير تساؤلات حول الطبيعة القانونية لتلك الإتفاقيات و فعالية تلك الوثائق، و ممكن التعقيد يتمثل عادة في التخصص الكامن فيها وكذا الزمن الذي تم فيه تحريرها أو التوقيع عنها و في الغالب تتمثل هذه الإتفاقيات في كل من الإتفاقيات المتعاقبة و الإتفاقيات المتزامنة على نحو أن:

ثانياً: الإتفاقيات المتعاقبة les accords successifs

تتكون خلال مرحلة المفاوضات لما يصل المتعاقدان في مرحلة ما من مراحل التفاوض، و بعد عناء كبير و إختلاف في إرادة الطرفين لمدة طويلة حول مسألة ما، قد يصل الطرفين لإتفاق جزئي يريد من خلاله الطرفين تجسيده كتابة بأمل أن يولد العقد قانوناً و تسمى كتابة هذه الإتفاقيات الجزئية punctuation وهي:

المحرر الذي يحدد النقاط موضوع المفاوضات التي تم الإتفاق عليها (1).

وتطرح هذه الإتفاقيات الجزئية مشكلة على الساحة القانونية فقهاً و قضاءً، لكن جل الفقه يتجه إلى اعتبار هذه المحررات punctuation إتفاقات جزئية تعبر عن العقد نفسه، أي تعبر عن الوثيقة النهائية التي تعدّ في ذات الحين تكملة للإتفاقات الجزئية السابقة لها اللهم إذا إتجهت إرادة الطرفين صراحة إلى اعتبارها مجرد إتفاق مؤقت و لم يوقعوا عليها باعتبارها جزء من عقد نهائي لاحق.

و يتجه جانب من الفقه إلى معيار لتحديد الطبيعة القانونية للإتفاقات الجزئية المتعاقبة

(المتتابعة)، و ذلك بالنظر إلى جوهر الإلتزامات المتضمنة فيها:

حيث إذا كان من الممكن تنفيذه بشرط أن يتضمن الأداءات التي يمكن فصلها عن العناصر الأخرى أي يتم تنفيذه بمعزل عن الإتفاقات الأخرى أي يكون تم الإتفاق بشأنه على المكونات الأساسية و خاصة في نطاق الثمن أي يتناول إتفاق حقيقي يشكل جزء من العقد النهائي (2).

أما في الحالة العكسية، إذا لم يكن بالإمكان عزل هذا الإتفاق و تنفيذه دون وجود

(1) - د/ سيد مصطفى أحمد أبو الخير ص 91.

(2) - د/ نصيرة بوجمعة سعدي، مرجع سابق .

حاجة لمعرفة باقي الالتزامات المتبادلة، تكون حينئذ أمام إتفاق مؤقت لمباحثات دون أثر قانوني ملزم (و هو الأصل في كل المفاوضات).

و عمومًا كثير ما تتجه إرادة المتعاقدين حتى في حالة التوقيع على هذه الإتفاقات المتعاقبة و إعتبارها ملزمة صراحة إلى تأجيل العمل بها إلى حين التوقيع النهائي على الوثيقة النهائية (أي عقد نقل المعرفة الفنية).

ثالثًا: الإتفاقات المتزامنة les accords simultanés

وهي تلك التي توقع في زمن واحد أي في وقت واحد هو مجلس العقد⁽¹⁾. و يؤثر الأطراف التوقيع و التصديق على جملة من الوثائق في وقت واحد لئلا تكون بصدد عقد بسيط بموضوع و عناصر بسيطة أي يعتمد في دراسته و تنفيذه على جوانب عديدة متشعبة و تتوزع هذه الوثائق على مجالات عديدة يتم التوقيع على كل منها على حدى في المجال المالي و المجال القانوني و الإداري و المجال الفني على أن يكون التوقيع في كل صفحة و في نهاية العقد أيضًا.

و على وجه العموم هناك نماذج عديدة لتحريير عقود نقل المعرفة الفنية⁽²⁾.

المطلب الثاني: أركان عقد نقل المعرفة الفنية

من خلال هذا المطلب سوف نبرز أركان عقد نقل المعرفة الفنية و توضيح ما لها من مميزات عن غيرها في العقود الكلاسيكية المعروفة كالبيع و الإيجار و غيرها، و لهذا بعد التنويه بوجوب توفّر الكتابة كركن في مثل هذه العقود، سوف تنصب دراستنا على ثلاث فروع تشكل بدورها أركاناً لهذه العقود هي:

الفرع الأول: التراضي في عقد نقل المعرفة الفنية.

الفرع الثاني: المحل في عقد نقل المعرفة الفنية .

الفرع الثالث: السبب في عقد نقل المعرفة الفنية .

(1) - د/ السيد مصطفى أحمد أبو الخير. مرجع سابق ص 93.

(2) - د/ سينوت حليم دوس. نقل التكنولوجيا بين النظرية و التطبيق. مرجع سابق ص 97 إلى 110.
- يقدم الكاتب نموذجين إحداهما يتعلق ب: عقد نقل معرفة فنية و الآخر ب: عقد بيع براءة إختراع.

الفرع الأول : التراضي في عقد نقل المعرفة الفنية le consentement

تقتضي القاعدة القانونية بوجه عام لتوافر ركن التراضي في العقود وجود الرضا وصحته لأنّ شروط صحة العقد هي شروط صحة الرضانظرا لأنها تتعلق بسلامة الإرادة⁽¹⁾، لذا سوف ندرس بهذا الفرع جانبين من الرضا:

- أولاً: وجود الرضا في عقد نقل المعرفة الفنية .
- ثانياً: صحة الرضا في عقد نقل المعرفة الفنية .

أولاً: وجود الرضا في عقد نقل المعرفة الفنية

بالنسبة لوجود الرضا يتطلب الأمر توافر وجود الإرادة حيث لا يجب أن تكون منعدمة بسبب إنعدام التميز أو الجنون أو السكر، و هذا مستبعد من طوائف عقود نقل المعرفة الفنية خاصة الدولية منها و وجود الإرادة يتطلب ثلاثة مسائل بدوره هي:

الأولى: الإتجاه إلى إحداث أثر قانوني.

الثانية : تتمثل في التعبير عن الإرادة الذي قد تكون في صورة تعبير صريح أو صورة تعبير ضمني، كما أنّ الإرادة قد تكون ظاهرة أو باطنة⁽²⁾.

الثالثة: فهي تلاقي الإرادتين و تطابقهما أي تطابق كل من الإيجاب و القبول و إقترانهما⁽³⁾.

بالنسبة لعقود نقل المعرفة الفنية تزداد المشاكل التي تحوم حول ركن الرضا كلما تعددت الأطراف في العقد⁽⁴⁾، و كلما طالت مرحلة المفاوضات كثرت فيها الوثائق المتبادلة و تنوعت بناءً على فكرة التدرج في بناء العقد.

مع العلم أنّ الأصل في هذه العقود أنّ المعتبر في إبرامها هو إرادة الشخص الذي أراد إنشاء العقد حيث يتعاقد بنفسه ، و مع ذلك يجوز إتمام العقد بطريقة النيابة و من باب أولى يجوز التفاوض بطريقة النيابة و

(1) - د/ توفيق فرج، النظرية العامة الإلتزام، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 57.

(2) - د/ توفيق فرج، النظرية العامة الإلتزام، نظرية العقد، ذات المرجع أعلاه، ص 58 وما بعدها.

(3) - د/ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 109.

- Jean- Michel jacquet .le contrat international. 2^{eme} édition .1999 .Daloz. p 79.

(4) - هناك إختلاف كبير بين هذه الأطراف : المشروعات المكتسبة خاصة أو عامة، و المشروعات للموردة للمعرفة الفنية على إختلاف أشكالها كما يظهر الإختلاف في تعدد المنفذين أيضاً.

- د/ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 135.

قوامها إتجاه إرادة شخص إلى إبرام عقد لا لحسابه الخاص بل لحساب الغير⁽¹⁾، و مهما يكن من أمر يجب أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى إحداث أثر قانوني كشرط أول لوجود الإرادة.

أما الشرط الثاني فيقتضي التعبير عن الإرادة في شكل إيجاب و قبول طبعاً:

وبغض النظر عن أي صورة يرد فيها هذا إيجاب أو هذا القبول، بالنسبة للإيجاب يمكن القول أنه: الحقيقة الأغلبية الساحقة من التعريفات الواردة بشأنه في الأنظمة المقارنة تعريفات فقهية⁽²⁾ ولا نجد كقاعدة عامة التشريعات الوطنية مكتوبة لوضع تعريفاً للإيجاب بقدر ما هي مهنته بسرد شروط وجود صدّته.

و للوقوف على مدلوله يمكن الإستناد على تعريف محكمة النقض المصرية بأنه " العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا إقترن به قبول مطابق له إنعقد العقد "⁽³⁾.

و جاء بالمادة 1/14 من إتفاقية فينا لعام 1980 الخاصة بالبيع الدولية للبضائع " يعتبر إيجاباً أي عرض لإبرام عقد، إذا كان موجهاً إلى شخص أو عدة أشخاص معينين، و كان محدداً بشكل كاف و تبين منه إتجاه الموجب إلى الإلتزام به في حالة القبول، و يكون العرض محدداً بشكل كاف إذا تبين مضمون البضائع و تضمن صراحة أو ضمناً تحديداً للكمية و الثمن في أية بيانات يمكن بموجبها تحديدها ".
أما القبول فيقصد به:

في اللّغة: الرخاء بالشيء و ميل النفس إليه⁽⁴⁾.

أما في الإصطلاح: فيقصد بالقبول، الموافقة على إنشاء العقد بناء على الإيجاب و القبول l'acceptation بإعتباره " التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب بإرتضائه العرض الذي تقدم به الموجب يتأخر صدوره عن صدور الإيجاب، لهذا يسمى الإرادة الثانية و يسمى الإيجاب الإرادة الأولى⁽⁵⁾.

(1) - د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 215.

(2) - د/ وائل حمدي أحمد. مرجع سابق. ص 38.

(3) - د/ وائل حمدي أحمد علي، مرجع سابق، ص 386: نقض مدني مصري في 19 يونيو 1969، من مجموعة أحكام النقض رقم 159، ص 1017.

- أ/ فهد بجاد الملافح، مرجع سابق، ص 41.

(4) المعجم الوجيز، مرجع سابق، ص 489.

(5) - د/ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 114.

- نص المشرع الجزائري على: الإيجاب في المادة 63، و على القبول بموجب المادة 66 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

و ما يهمننا بهذا المقام هو إبراز الشروط اللازم توافرها في الإيجاب لإعتبره قانوني و سليم و هي:
أ- تعيين الموجه له الإيجاب سواء وجه لشخص واحد أو عدّة أشخاص.
ب- أن يكون العرض محددًا.

ج- يجب توفر إرادة جازمة لصحة الإيجاب، أي إتجاه قصد الموجب إلى الإلتزام به في حالة القبول (1).
ويعتبر الإيجاب ملزماً للموجب و ليس بإمكانه حق العدول عليه، إذا حددت مهلة لمن و جه إليه لقبوله فيظل الموجب ملتزماً طوال هذا الميعاد، و هذا ما قضت به سائر التشريعات و منها التشريع الجزائري بالمادة 63 من القانون المدني بقولها: " إذا عين أجل للقبول إلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى إنقضاء هذا الأجل و قد يستخلص هذا الأجل من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة " .

إذن للقاضي في الفرض الثاني حرية في تقدير هذا الأجل يسمى- التقدير الضمني لميعاد القبول- (2).
وإعتبر العالم قد شهد تطورا في المجال الإلكتروني فلا مانع في أغلبية التشريعات المنضمة لهذه المسألة (3) من تبادل الإيجاب و القبول عن طريق الكتابة الإلكترونية و منه إنعقاد العقد و التوقيع عنه إلكترونيا.

أما بالنسبة للتوقيع الإلكتروني فلا بد أن يكون هو أيضا خاضع لشروط معينة (4).
و لا بأس أن نذكر بالقانون المصري الصادر عام 2004 المتعلق بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني و إنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات الذي جعل الكتابة الإلكترونية معترف بها قانونا.
بالإستناد على ما قدمنا من مفاهيم حول الإيجاب و القبول و شروط صحته و بإسقاطها على جملة التساؤلات المطروحة حول مدى إعتبار الإتفاقيات المتعاقبة المبرمة بين كل من مورد المعرفة الفنية و متلقيها ، لا سيما تلك المتوافرة خلال مرحلة التفاوض التي تكون في

(1) - د/ وائل حمدي أحمد، مرجع سابق، ص 387.

(2) - د/ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 110 وما بعدها.

(3) - المادة 13 من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996 تنص على:

1- تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشأ إذا كان هو الذي أرسلها بنفسه.

2- في العلاقة بين المنشأ و المرسل إليه تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشأ إذا أرسلت:

أ- من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشأ فيما يتعلق برسالة البيانات.

ب- ب- من نظام معلومات مبرمج على يد المنشأ أو نائيه.

(4) عند وجود العلاقة بين المنشأ و المرسل إليه، فيحق للمرسل إليه أن يعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشأ وأن يتصرف على أساسها.

شكل إتفاقيات متعاقبة punctuation في شكل خطابات إعلان النوايا (1).

فالآثار تختلف في حالة إعتبارها عقود مستقلة في مجال تكوين العقد لأنها تصبح عقود متعددة " la pluralité des contrats " أو " les compléxes des contrats " و هي بالضرورة مختلفة عن الآثار في حالة وحدة العقد " l'unité du contrats "، لأنه في الأولى " حالة التعدد" إذا تم إلغاء أحد هذه العقود فإنه لا يؤثر على العملية التعاقدية في حال وجود عيب في تكوين أحد العقود، فعلى مستوى الآثار يجد تعدد العقود من دور قاعدة الدفع بعدم التنفيذ في إطار كل عقد على حدى منفذاً، أما في حالة وجود عقد و احد يؤدي بطلان أو فسخ العقد بسبب خطأ أحد المتعقدين إلى هدم الصفقة بأكملها، فإنّ وجود عقد واحد يفترض إما نظاماً قانوني موحد، و إما تداخلاً بين الأداءات المختلفة.

أما في حالة تعدد العقود فلن يكون هنا إلا تلاصق لعدد من الإتفاقيات تخضع كل منها لنظام قانوني خاص، و يشير ذلك إلى أنّ الأطراف في عقد نقل المعرفة الفنية لم ينظروا إلى العملية كوحدة واحدة بل جمعاً لعقود منفصلة.

و دون شك يترتب على هذا القصور نتائج هامة على الصعيد القانوني (2).

على هذا يرى الكثير من الفقهاء و الكتّاب أنه ليس من اليسير التمييز بين العقود المركبة " pluralité de document contractuelle " وحالة تعدد العقود " pluralité de contrats " (3) لذا في حالة نشوب نزاع يجب الإعتماد على الإرادة الحقيقية للأطراف لمعرفة أننا بصدد عقد واحد بوثنائى متعددة أو بصدد عقود متعددة.

و عموماً توجد معايير مختلفة للوقوف عن هذه الإرادة منها مثل التنوع بتكوين العقد يقابله تنوع في محل العقد (4)، وغيرها كثير يعتمد عليها القضاة و المحكمين للوقوف على الإرادة الحقيقية للأطراف و مقاصدهم لمعرفة إن كان تلاقي حقيقي للإيجاب و القبول في عقد واحد أو عدة عقود (5).

(1) - د/ عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 44.

(2) Jean- Michel jacquet.opcit. p 66 et suiv.

- د/ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 93.

(3) Jean- Michel jacquet. ibid. p 85.

(4) - د/ نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 154.

(5) Jean- Michel jacquet. ibid. p 79.

بناءً على ما تقدّم نستشف أن وجود الرضى لا يتطلب توافر شروط الإتجاه إلى إحداث أثر قانوني فحسب بل يكتمل و وجود هذه الإرادة بتوفر شرطين آخرين هما و وجود الإيجاب و القبول مع صحتها إضافة إلى شرط و وجود تلاقيهما.

هناك مسألة أخرى متعلّقة بركن الرضى لا نقل أهمية ممكن إثارها في هذا الصدد فيما يخص إبرام عقود نقل المعرفة الفنية ، وهي الوعد بالتعاقد *la promesse de contrat* و هو الذي عقد يلتزم فيه أحد الطرفين، أو كلاهما بإبرام عقد في المستقبل ، إذا أظهر الموعود له رغبته في ذلك خلال المدة التي قد يقق عليها و من هذا يتبين أنّ الوعد بالتعاقد عقد و هو يتم بإيجاب و قبول، و لكنه عقد تمهيدي يراد من ورائه إبرام العقد الأصلي الموعود في المستقبل، بحيث إذا أبدى الموعود له رغبته تم العقد دون حاجة لتدخل إرادة الواعد من جديد، و مع ذلك يوجد فارق بين " عقد الوعد الملزم الجانبين " الوعد بالبيع و الوعد بالشراء مثلا و " العقد ذاته " ذلك أنه في حالة الوعد إذا كان كل من الطرفين، يلتزم قبل الآخر فإنّ هذا لايعني أنّ العقد الموجود به قد صار نهائيا، و ذلك لأنه إذا لم يبد كل من الطرفين رغبته في إبرام العقد خلال المدة المعينة سقط الوعد (1).

ومن هنا يشترط في عقد الوعد و وجود توافق إرادتين:

- إرادة الواعد.

- إرادة الموعود له.

وبهذا يتميز عن الإيجاب حتى في الحالات التي يكون فيها الإيجاب ملزم لأنّ الوعد بالتعاقد يتكون من إيجاب و قبول مطابق لذلك لا يمكننا إعتبار الوعد بالتعاقد إلاّ :
عقدًا غير تبادليًا بحسب الأصل فإذا لم يظهر الموعود له رغبته في التعاقد في المدة المتفق عليها سقط الوعد.

لا يلتزم الموعود له بأي أداء لأنه عقد ملزم لجانب واحد.

- وهذا ينفي إمكانية وجود حالة عقد و عد ملزم لجانبين فيكون فيها كل طرف واعد و موعود له في أن واحد (2).

(1) - د/ توفيق فرج، مرجع سابق، ص 94.

(2) - د/ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 321. بند 133.

- يجب أن تتوفر في عقد الوعد شروط الإنعقاد و الصحة اللازمة في العقود بصفة عامة.
يجب أن يتضمن عقد الوعد طبيعة الوعد الموعد بإيرامه كما يجب أن يتضمن المسائل الجوهرية ، وهي أركان له .
يجب أن يتضمن عقد الوعد تعيين المدة التي يجب خلالها إبرام العقد الموعد به، فتان تخلف هذا الشرط و قع الوعد باطلا على أنه الملاحظ أن تحديد المدة كما يمكن أن يكون صريح فقد يكون ضمني أيضا يستدل من ظروف الحال.
- يجب أن يكون عقد الوعد بالبيع على الشكل الذي يتطلبه القانون إذا كان العقد الموعد به من العقود الشكلية (1).

و لقد تناول المشرع الجزائري عقد الوعد بالبيع بالمادة 71 من القانون المدني الجزائري.
و من خلال هذه الأحكام يكون بوسع الموعد له المتوفر على حق شخصي مقاضاة الواعد، في حالة ما إذا لكل وعده و الحكم الحائز صحة الأمر المقضى فيه يقوم مقام العقد (2).

هذا دون المساس بطلب حق التعويض بناءً على المسؤولية العقدية في حالة إخلال الواعد بالتزامه، قبل ظهور رغبة الموعد له.

ثانيا: صحة الرضى في عقد نقل المعرفة الفنية

قد يثار التساؤل حول العيوب التي قد تتعرض لها إرادة أطراف عقود نقل المعرفة الفنية، وعلّة ذلك أن المتعاقد مورداً كان أو متلقي، قد يتعرض لغلط أو تدليس أو إكراه أو غبن من جانب الطرف الآخر، وتسمى هذه العيوب بعيوب الرضا vices de consentement و نتناول كل مسألة على حدة كالتالي:

أ- الغلط في عقد نقل المعرفة الفنية: l'erreur

يبل كل غلط يمكن التمسك به لإبطال عقد المعرفة الفنية بل يجب أن يكون إما واقعاً فيه كلا الطرفين المتعاقدين ، وإما وقع فيه أحد المتعاقدين شريطة أن يكون المتعاقد الآخر يعلم

(1) - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 134.

(2) - د/ توفيق فرج، مرجع سابق، ص 95.

بهذا الغلط أو كان عليه من السهل العلم به (و كمثل على ذلك، علم المورد بصفات العناصر المنقولة أمر منطقي).

من صفات الغلط المعني :

- أن يكون جوهريا (1) *essentielle* أو يتعلق بصفة جوهرية في الشيء تعتبر هي الدافع للتعاقد، و عليه لا يمكن التمسك بإبطال العقد في حالة الغلط المادي أو في الحساب (2).

ب- التذليس: *le dole*

وهو إيهام شخص الغالب أن يكون الطرف المتلقي في عقود نقل المعرفة الفنية بغير الحقيقة بالإلتجاء إلى الحيلة و الخداع لحمله على التعاقد، و يقترب التذليس من الغلط فإذا كان الغلط و هم تلقائي، فإنّ التذليس وهم بفعل شخص آخر لذا يسمى التخليط أي الإيقاع في الغلط (3).

و عليه هناك ثلاثة شروط يجب توافرها لكي تكون تكون هناك إمكانية لطلب إبطال العقد للتذليس (4).

- أن يكون هناك تذليس بإستعمال المدلس لطرق احتيالية مع توافر لدية سوء النية التي يمكن إتباعها بكافة الطرق المتاحة (5).

- أن يكون التذليس دافعا للتعاقد .

و لقد تناولت إتفاقية فيينا 1980 مسألة الغش و أوضحته بموجب المادة 42 التي تنص على:

1/ على البائع أن يسلم بضائع خالصة من أي حق أو إدعاء للغير، مبني على أساس الملكية الصناعية أو الفكرية، كان البائع يعلم به أو، لا يمكن أن يجهله وقت إنعقاد العقد ، بشرط أن يكون ذلك الحق أو الإدعاء مبنيًا على أساس الملكية الصناعية أو أي ملكية فكرية أخرى وذلك :

(1) - إتفاقية فيينا العام 1980 الخاصة بالبيوع الدولية، مرجع سابق قرّدتب حق الفسخ لمن وقع في الغلط بموجب " المادة 47".

- المادة 81+82 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

(2) - المادة 84 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

(3) - د/ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 181.

- المادة 86-87 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

(4) - فهد بجاد الملافح، مرجع سابق، ص 51.

(5) - د/ محمد حسن قاسم، طرق الإثبات في المسائل التجارية و المدنية ، الدار الجامعية للطباعة و النشر ببيروت، بدون تاريخ، ص5 وما بعدها.

أ- بموجب قانون الدولة التي سيعاد فيها بيع البضائع أو إستعمالها إذا كان الطرفان توقعوا و قت إنعقاد العقد أن البضائع ستباع أو تستعمل في تلك الدولة أو فيها مكان عمل المشتري.

ب - في الحالات الأخرى بموجب قانون الدولة التي يكون فيها مكان عمل المشتري.

2/ لا يشمل إلزام البائع بمقتضى الفقرة السابقة الحالات الآتية:

أ- يعلم فيها المشتري و قت إنعقاد العقد أو لا يمكن أن يجهل و جود الحق أو الإدعاء .

ب - ينتج فيها الحق أو الإدعاء عن إتباع البائع للخطط الفنية أو الرسوم أو التصاميم

أو غير ذلك من المواصفات التي قدمها المشتري (1).

ج/ الإكراه: la violence

وهذا السبب قليلا ما نصادفه في عقود نقل المعرفة الفنية دولياً، نظراً لعدم تكوّن هذه العقود بشكل فوري في مجلس عقد واحد، بل تخضع لفكرة التدرج في بناء العقد التي غالباً ما تمر بمراحل و إجراءات عديدة قبل التوقيع النهائي على العقد، ورغم ذلك ليس متحيز مصادفة الإكراه الذي يعد ضغطاً على أحد المتعاقدين، يولد في نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد وقد يكون الإكراه معنوي *violence morale* ، و قد يكون بدني *violence physique* (2) و مثاله تعرض أحد طرفي العقد لإختطاف ابنه أو تهديد أثناء وجوده في بلد المتعاقد الآخر و إشتراط التدخل لإنهاء هذا الفعل بتوقيع العقد (3).

و عليه تصبح شروط التمسك بالإبطال تحت تأثير الإكراه:

- التعاقد تحت سلطان رهبة: وهي تقوم على أساس تصور في ذهن المتعاقد خطر جسيم

imminent أو محقق

- تكون الرّهبة دافعة إلى التعاقد.

- إتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر.

بهذا يصبح الإكراه في مثل هذه العقود الدولية سبب من أسباب المساس بصحة العقد، شأنه في ذلك

(1) من أمثلة الملكية الفكرية طبعاً المعرفة الفنية و الأسرار غير المفصح عنها، و فوق ما نصت عليه إتفاقية تريبس ، و إذا إقترنت المعرفة بعلامة أو براءة تجوز المطالبة على أساس الإقتران بالملكية الصناعية، و فوق ما نصت عليه إتفاقية باريس 1883.

(2) تناول المشرع الإكراه بموجب نص المادة 88 من القانون المدني.

(3) / فهد بجاد الملافح، مرجع سابق، ص53.

شأن الغلط و التدليس من حيث التمسك به كسب للإبطال، و أخيراً هناك سبب آخر يتمثل في:

د/ الغبن و الإستغلال la lésion et l'exploitation

من المستبعد حصول إستغلال في عقود نقل المعرفة الفنية خاصة إذا احتوت طرفاً أجنبياً و كانت متشعبة و ذات أهمية إقتصادية، لأنّ المقصود من الإستغلال توافر عنصرين أحدهما معنوي يتعلق بحالة ضعف أو طيش أو هوى و الآخر مادي: وهو حصول إختلال و عدم تعادل بين الإلتزامات التي يوجبها العقد على أحد الطرفين و إلتزامات الطرف الآخر (1).

لكن من المتصور جداً وقوع أحد طرفي عقد نقل المعرفة الفنية تحت طائلة الغبن يشكل في واقع الأمر " حالة عدم التعادل بين ما يأخذه العاقد وما يعطيه " (2).

و قد يتحقق ذلك مثلاً لما يتنازل المورد على معرفة فنية بغير ذات قيمة أو عن براءة سقطت عنها الحماية القانونية، و أصبحت ملك للجميع مستغلاً بذلك عدم دراية المتلقي من دولة مختلفة بالمسائل التكنولوجية و المعرفية السائدة و هذا لقاء مبلغ مالي مبالغ فيه (3).

و لكن بالنظر لكون التفاوت بين قيمة الأداءات أمر كثير الوقوع و فتح الباب للطعن في العقود لأي غبن، يؤدّي إلى الإضطراب جعل إشتراط بلوغ الغبن قدراً من الجسامة للتمسك به أمر منطقي (4). و لا يتوقف الأمر على التدقيق في شروط التمسك بالغبن فقط بل يجب التدقيق في توافر أي شرط من شروط صحة الرضى للتمسك به و إلا أعتبرت الدعوى غير مؤسّسة قانوناً (5).

الفرع الثاني: محل الإلتزام في عقد نقل المعرفة الفنية l'objet

بعد التعريف بمحل العقد عموماً، ثم التعريف به في عقود نقل المعرفة الفنية، و إبراز خصوصيته في نقطة أولى، تبين في نقاط ثلاثة الواجب توفرها في عقد نقل المعرفة الفنية حسب التسلسل التالي:
أولاً: التعريف بالمحل في عقد نقل المعرفة الفنية.

(1) - د/ توفيق فرج، مرجع سابق، ص 127.

(2) - د/ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 202.

(3) - أ/سنة عبد السلام جابر، مرجع سابق، ص 126، تحديد السعر وفق منظور عربي ووفق الشريعة الإسلامية.

(4) - د/ توفيق فرج، مرجع سابق، ص 128.

(5) - محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، ص 4 وما بعدها.

ثانيا: إمكانية المحل في عقد نقل المعرفة الفنية.

ثالثا: تعيين أو قابلية تعيين المحل في عقد نقل المعرفة الفنية.

رابعا: مشروعية المحل في عقد نقل المعرفة الفنية.

أولاً: التعريف بالمحل في عقد نقل المعرفة الفنية

يستلزم القانون توافر أركان أساسية حتى ينشأ و يرتب آثاره، ومن هذه الأركان محل العقد الذي يعد عنصر أساسي لقيام العقد، وهذا ما ينطبق على عقود نقل المعرفة الفنية و يعتبر محل العقد l'objet du contrat العملية القانونية l'opération juridique التي تراضى الطرفان على تحقيقها (بيع، إيجار، نقل) (1).

و وجه التلاقي بين محل العقد و محل الإلتزام يكمن فيما يلي:
يمكننا القول أنّ محل العقد هو " إنشاء إلتزامات" ذلك أنّ العقد إنما هو إتفاق يترتب عليه إنشاء إلتزامات على عاتق الطرفين، هذه الإلتزامات تعتبر أثرا للعقد تترتب عليه، ولكل إلتزام من الإلتزامات التي ينشأها العقد محل (2) أي أنّ محل الإلتزام هو ما يتعهد به المدين.
و عليه يعتبر محل الإلتزام هو المحل المقصود بالدراسة في واقع الحال (3).

و بالرغم أنّ القاعدة تقول أنّ محل العقد يتعدد بتعدد الإلتزامات التي تنتج عنه كالبيع مثلا يولد إلتزامين، أحدهما على البائع و هو الإلتزام بنقل الملكية و ثانيهما هو الإلتزام بدفع الثمن، فمحل عقد البيع هو البيع و الثمن (4) إلا أنّ الدارج على تسمية العقود بإسم محل الإلتزام الرئيسي (5) كما يعبر على محل العقد فيه بتسليم هذا الإلتزام الرئيسي، أي أنّ محل العقد هو ركن في الإلتزام المتولد عن العقد حسب ما يراه جمهور فقهاء القانون (6).

(1) - د/ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 209.

(2) - د/ توفيق فرج، مرجع سابق، ص 138.

(3) - د/ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 502 وما بعدها.

(4) - د/ محمد صبري السعدي، ذات المرجع أعلاه، ص 209.

(5) - قد يسمى ترخيص licence أو تنازل cession أو نقل بطريقة تكنولوجية transfert de processus technologique أو بيع أو مساعدة فنية.... الخ.

(6) - د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 210.

و منه نجلنّ عقود نقل المعرفة الفنية، التي شاع إبرامها حديثاً بين التجار و الشركات أو بين الحكومات و الشركات، لا يوجد قانوناً ما يمنع من إطلاق مسميات مختلفة عليها ، حسب ما تراه الأطراف أو الأوساط المهنية العاملة في هذا المجال طالما كان محل التعاقد يدور حول ما هو مقرر بموجب نصوص القانون (1).

و محل الإلتزام في عقد نقل المعرفة الفنية هو نقل معلومات فنية ، أو حق المعرفة الذي يعتبر في واقع الحال " الناتج الإبداعي الأصيل" الذي يؤدي في النهاية إلى إكتساب حلول فنية جديدة تخلق ميزة تنافسية بمؤسسة ما، أو هي الإبداعات التي تفيده منظمة في تنفيذ إستراتيجيتها أي ما يسمى محفظة الأصول الذكية (2).

و بالنظر إلى الأهمية الكبيرة التي تفرزها المعرفة الفنية- كمحل لهذه العقود- حين تداولها و حين تداول مبالغ مالية جد ضخمة بالمؤسسات المالية و الإقتصادية و التجارية.

و أضحت هذه المعرفة مشكّلة إهتمام الكثير من الدارسين القانونيين و الإقتصاديين و حتى المشرعين الوطنيين (3) و جهات القضاء الوطنية.

و ليس هذا فحسب، بل شملت إهتمام جهات و منظمات دولية كثيرة تصدّت لتحديد مدلولها و تضمين أحكام تنظيم تداولها (4).

(1) - أ/ فهد بجاد الملا، مرجع سابق، ص 60.

(2) - أ/ بوزيان عثمان ، إستثمار و تنمية الإبداع لدى الأصول التشريعية، مقال مجلة دراسات دورية جامعة الأغواط، رقم الطبعة 13 ، جانفي 2010، ص 72.

- Sadok Belaid. **Islam et droit**. Centre de publication universitaire.Tunis.tunisie. 2000. P 2

(3) - كتشريعات دول الأندين بأمريكا الجنوبية و التشريع المصري بقانون رقم 17 لسنة 1999.....الخ، السابقي التطرق إليهم في الباب الأول من هذه الرسالة.

(4) - لجنة حماية الملكية الصناعية التابعة لغرفة التجارة الدولية ، إنتهت عام 1961/02/17 إلى أن: الحق في المعرفة هو التطبيق العملي للمعارف و المعلومات الفنية كما يمكن أن يتضمن طرق الإنتاج و النماذج، و أن الحق في المعرفة سرّي، و هو مال له قيمة إقتصادية يتعيّن حمايته قانوناً.

- لجنة الصناعة و المواد الأولية التابعة للمجلس الإقتصادي الأوروبي، بدأت دراسة هذه الأخيرة منذ 1959 و إنتهت في 1969-04-25 إلى وضع دليل guide يتضمّن إرشادات يتعيّن مراعاتها عند تحرير عقود نقل التكنولوجيا في مجال الصناعة الميكانيكية.

- لجنة نقل التكنولوجيا التابعة لمجلس التجارة و التنمية التابع لمنظمة الأمم المتحدة، حيث سعى مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة و التنمية (الأونكتاد) في دورته الرابعة لوضع مدونة سلوك نقل التكنولوجيا عام 1972 جوهرها سلوكي ، أخلاقي.

- مركز التنمية الصناعية للدول العربية أيدكاس: حيث وضع دليل القواعد و الشروط النموذجية.

- إتفاقية تريبس، مرجع سابق المنبثقة عن منظمة التجارة العالمية و التي تحيل الكثير من أحكامها إلى إتفاقية باريس 1883، مرجع سابق.

لإبراز هذه الأهمية نورد مثال عن تجارة الأدوية و صناعاتها بالعالم العربي لنعلم أنّ حجم إستهلاك هذا الأخير عام 2000 مثلاً بنحو 6.284 مليار دولار، و هو ما يعادل 1.5 % من حجم السوق العالمي للدواء، و نسبة التغطية للصناعة العربية الدوائية للسوق المحلي لا تتعدّى 50%.

و من هذا تبرز سلبيات و معوقات صناعة الأدوية في الوطن العربي (التي تعدّ من الصناعة الحسّاسة و المهمّة):

- الأسواق العربية في وحدات.
- الصناعة الدوائية العربية صناعة و ليدة و لم تخطو خطوات كبيرة.
- كثرة عدد مصانع الأدوية الصغيرة التي يبلغ متوسط إنتاج المصنع الواحد منها أقل من 13 مليون دولار سنوياً، بينما نجد الشركات العالمية تندمج لتصل مبيعاتها إلى مليارات الدولارات.
- التنافس الشديد بين المصانع العربية سواء في أسواقها القطرية أو الخارجية إضافة إلى المنافسة الشديدة التي تتلقاها كل من الشركات العالمية.
- إعتقاد هذه الصناعة على المواد الخام من الخارج حيث تصل إلى 90% .
- عدم وجود مراكز عربية متخصصة في البحث و التطوير في المجال الصيدلي.
- لذا نجد أنّ إتفاقية تريبس في مجال صناعة الأدوية فرضت على الدول العربية حرباً غير عادلة و غير متكافئة، فهي بمثابة سد منيع في وجه صناعة الأدوية بالأقطار العربية، و يرجع السبب الرئيسي فيها إلى سيطرة و تحكم المراكز العالمية للأبحاث في المستحضرات الطبية و المواد الخام، مما يجعل قيمة أو سعر الدواء الداخل إلى هذه الأقطار مرتفعاً على ما كان عليه، وكذا سعر تكلفة براءات الإختراع المطلوبة من طرف الأقطار العربية الذي يتوقع أنّ يرتفع لأنّ جل البراءات تحدث في الدول المتقدمة بنسبة 80% وهذا ما يؤدي حتماً لإرتفاع سعر إستهلاك الدول بالعالم العربي⁽¹⁾. ومهما يكن من تعريف أو مفهوم يعطي " لحق المعرفة" أو المعرفة الفنية يكفي توافر شروط معينة حتى تصبح محلاً لعقد معرفة فنية، هذه الشروط هي مشكلة في ذات الحين لخصائص المعرفة الفنية المعنية و هي:

(1) - د/ صادق بوشنافة، آثار تطبيق إتفاقية تريبس على صناعة الأدوية في الوطن العربي، مجلة دراسات دورية، مرجع سابق، ص 21.
- د/ حسام الدين عبد الغني الصغير، مرجع سابق، ص 101 وما بعدها .

- السرية.

-عدم شموليتها براءة إختراع كأصل.

-الجدة.

- قابليتها للنقل.

و يجدر بنا التذكير أن خاصية السرية هي الأهم من بين باقي الخصائص، فلولاها لما أصبح للمعرفة الفنية اية قيمة مالية أو فكرية في أوساط النشاط المعني بتداولها و إستعمالها.

و لعلّ هذه الخصائص و على طليعتها السرية (1) هي التي دفعت باتفاقية تريبس بإحاطتها بالحماية ، حيث أنّ إتصالها الوثيق بالأسواق التجارية يؤدي من الكشف عنها إلى حرمان أصحابها من مزايا تنافسية، فهي سرية- في الأوساط التي تتعامل مع هذه النوعية من المعلومات- و هي بالذات التي تعطيها قيمتها التجارية (2).

فمحل عقد نقل المعرفة الفنية هو الإلتزام بنقلها و بعبارة أصح التمكين من ، إكتسابها و إستيعابها، و جوهر تلك المعرفة المعلومات التي تعد شيئا غير مادي يصلح لأنّ يكون محلا للحقوق المالية و على الأخص حق الملكية ، فالمعلومة هي تعبير يستهدف جعل رسالة قابلة للتوصيل إلى الغير ولذلك ذهب الكثير إلى القول بأنّ المعلومات أصبحت من الأحوال إنطلاقا من القيمة الإقتصادية المتوفرة لديها على أساس يمكن إستغلالها ماليا ، و أنّ تكون محلا للتعاقد و الإنتقال من شخص لآخر (3).

و من البديهي أنّ يرتبط مفهوم التنمية بالتطور المعاصر لتقنيات المعلومات و الإتصال (NTIC) ، لما تقدمه هذه من تسهيلات و ترقية الصناعة بمختلف فروعها (خدمة و سلعة) (4) ومنه:

إنطلاقا من إتفاق غالبية الفقه على كون القصد من محل العقد هو: (الإلتزام و الأداء الذي يتّفق

(1) - د/ يوسف خليل الأكياني، مرجع سابق ص 107: مفهوم السرية هو الذي أحاط بمصطلح المعرفة الفني منذ نشأته الأولى عام 1916 بأمريكا، حيث ظهر ضمن المصطلحات الخاصة بالملكية الفكرية هناك، و الذي إعتد رسميا باللغة الإنجليزية، KNOW-HOW، عام 1953.

(2) - د/ الصادق بوشناق، آثار تطبيق إتفاقية تريبس على صناعة الأدوية في الوطن العربي (ADPIC)، مقال بمجلة دراسات - الدورية - جامعة الأغواط، إصدار جانفي 2010، ص 11.

(3) - فهد بجاد الملافح، مرجع سابق، ص 61.

(4) - د/ غزالي عمر، تكنولوجيا المعلومات كقاعدة لترقية المنتجات المالية، مقالة بمجلة دراسات ، ص 29.

الأطراف بشأنه، و الذي تدور حوله إقتصاديات العقد) و أنّ هذا الأداء يصبح محل الإلتزام بمجرد إبرام العقد، فيعد العنصر الذي لولاه ما فكر الأطراف في تكوين العقد وهو الذي ترتبط به الإلتزامات الأخرى التي يمكن أن يولدها العقد و هو يحتوي على الفائدة الإقتصادية للعقد، و بهذا يصبح هذا الإلتزام هو محل العقد فهو الإلتزام الرئيسي الذي ينظم من حوله إقتصاد العقد و يرتكز عليه التنظيم الشامل للعقد أي أنه النواة القانونية للعملية الإقتصادية التي يمكن تحقيقها بواسطة العقد (1).

فإذا كان محل الإلتزام الرئيسي في عقود البيع سواء أكان دولياً (بحسب ما تضمنته إتفاقية 1980 للبيوع الدولية أو غيرها من إتفاقيات البيوع البضائع الدولية أو غيرها من الإتفاقيات)، أو داخليا هو إلتزام بتمكين المشتري من البضاعة، فإنه دون شك محل العقد في العقود الدولية لنقل المعارف الفنية هو إلتزام الرئيسي في العقد أو تمكين المتلقي من المعرفة الفنية KNOW-HOW. فمن هذا المنطلق يصبح من البديهي القول بأن محل الإلتزام في عقد نقل المعرفة الفنية له 04 فروض، وكل صورة (أو شكل) من صور هذه العقود تحتتمل وجود وضم بعض تلك الفروض أو جمعها و هذه الفروض هي (2):

- أ- الإلتزام بإعطاء شيء: ومثاله إلتزام الطرف بإنشاء حق إنتفاع أو إلتزام شخص بنقل ملكية الشيء المبيع (مثل بيع معرفة ما بالنظام الأمريكي).
- ب- الإلتزام بأداء عمل إيجابي معين: ومثال ذلك إلتزام المورد بتدريب عمال المتلقي، و إلتزامه بتركيب الماكينات.
- ج- الإلتزام بالإمتناع عن عمل: ومثاله إمتناع المتلقي من كشف سر المعرفة الفنية المتلقاة.
- د- الإلتزام الذهني: وهو متعدد الأغراض و تعريفه عادة يرتبط بموضوعه، فإذا تعلق الأمر بأشياء معنوية سمي إلتزام معنوي، و إذا تعلق بأفكار سمي إلتزاما فكريا، إذا تعلق بإختراع أو حق صناعي آخر سمي إلتزاما صناعيا.

(1) - د/ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 154.

(2) - أ/ فهد بجاد الملا، مرجع سابق، ص 62.

وأيًا كانت صورة نقل المعرفة الفنية بفروضها السابقة أي، أيا كان محل العقد أو محل الإلتزام يجب توافر ثلاثة شروط قانونية لصحته و هذه الشروط هي على التوالي:

ثانيا: إمكانية المحل في عقد نقل المعرفة الفنية l'objet possible

يكون محل أي عقد من العقود داخليا أو دوليا ممكنا إذا كان غير مستحيل و هذا ما ينطبق على عقود نقل المعرفة الفنية أيضا ، و المقصود أن لا يكون محل الإلتزام مستحيل إستحالة تحول دون نشأة الإلتزام و بالتالي إلى بطلان العقد، سواء كانت الإستحالة مطلقة على كافة الناس، أو نسبية بالنسبة للمدين فقط و هذه الأخيرة تمكن الدائن من اللجوء إلى طلب التنفيذ العيني على نفقة المدين أو من اللجوء إلى طلب التعويض مع طلب فسخ (العقد).

كما أن شرط الإمكان يسمح بالتعاقد على شيء مستقبلي كقاعدة عامة شريطة أن يكون محقق(و تجد الإشارة إلى أن هذه المادة منتقدة على أساس أن الشيء المستقبلي لا يمكن أن يكون محقق، فهو محتمل الوجود).

و إذا سرننا مع إتجاه من يعتبر أن هناك إمكانية التعاقد على معرفة فنية مستقبلية الوجود، نصبح أمام حتمية القول أن التعاقد عليها بإعتبارها مستقبلية أو حق مستقبلية متضمنا في عقد بشرط و ابقا يظل مغلقا حتى يتحقق هذا الشرط، أما في حالة ما إذا لم يتحقق هذا الشرط ، لا ينعقد بأثر رجعي.

ثالثا: تعيين المحل أو قابليته للتعيين في عقد نقل المعرفة الفنية (1)

objet déterminé ou déterminable

بالإضافة إلى شرط إمكان المعرفة الفنية في عقود نقل المعرفة الفنية ، يشترط أيضا أن تكون المعرفة الفنية معينة أو قابلة للتعيين، فإذا كان الإلتزام عمل أو إمتناع عن عمل كتقديم مساعدة فنية للمتلقي و جب بيان مواصفاتها، و إذا لم يحدد العمل و لم يمكن تحديده من ظروف و ملابسات العقد أصبح العقد منهارا و باطلا بطلانا مطلقا، و نفس الحكم يسري على محل الإلتزام المتمثل في " الشيء " إذ يجب أن يكون

(1) - تناول المشرع الجزائري شروط صحة محل العقد بموجب المواد من 92 إلى 95 من القانون المدني الجزائري الصادر بأمر 58-75 بتاريخ 26 سبتمبر 1975 و المعدل بقانون 10-05، مرجع سابق.

محددا بذاته أو بنوعه، و ذات الحكم ينطبق على محل الإلتزام إذا كان نقود، و لا عبرة لإنخفاض أو إرتفاع قيمتها و قت الوفاء، بل العبرة بالقدرة على تعيينها وقت العقد.

رابعاً: مشروعية المحل في عقد نقل المعرفة الفنية l'objet l'égitime

بمعنى أن يكون محل المعرفة الفنية سائعا قانونا أي غير مناف لفكرة النظام العام و الأداءات العامة (1) و أساس فكرة النظام العام المصلحة العامة، و هي تتضمن المصلحة الاجتماعية و السياسية و الأدبية و الإقتصادية.

أما أساس حسن الآداب، هو الرأي العام و ما يتأثر به من مثل عليا و مبادئ أخلاقية إجتماعية مبنية على الدين و العرف و التقاليد.

و هذا ما يمكّن المحكمة العليا وفق القانون المدني الجزائري (المادة 2/24) من بسط رقابتها على القضاة في تقديرهم لفكرة النظام العام لتعلقها بقاعدة أمره (2).

و بالنظر للأهمية البالغة التي تفرزها عقود نقل المعرفة الفنية سواءً بالنسبة للمتلقي أو المورد نكاد لا نجد أطرافاً تغفل عن تحديد نطاق محل عقدها أي نطاق محل إلتزامها و يشمل عادة تحديد نطاق محل الإلتزام بعد إبرام العقد أي بعد التوقيع عنه ما يلي:

- تحديد مدة العقد.
- تحديد الترخيص من الباطن إن وجد.
- تحديد المتلقي الأكثر رعاية و مفاده منح المورد للمتلقي كافة المزايا التي تُمنَح في المستقبل أو تلك التي منحت في الماضي في عقود سابقة لمتلقين آخرين.
- تحديد النطاق المكاني.
- تحديد الشرط القصري و غير القصري و مفاده (أن لا يستغل مورد المعرفة الفنية حق المعرفة بنفسه أو يمنح ترخيصاً للغير بإستغلال حق المعرفة في نطاق مكاني معين قد يكون جزء من الدولة أو كلها،

(1) - فكرة النظام العام و الآداب العامة فكرة مرنة متغيرة من مكان إلى مكان، و من زمان إلى آخر كما أنها متغيرة ولو في نفس المكان (الإقليم)، على أساس النظام العام يعبر عن المبادئ الجوهرية، و الأسس و المقومات التي يبني عليها قانون ما بالنظر إلى مفهومه أو غايته على مختلف الأصعدة سواء على الصعيد السياسي أو الخلفي أو الإجتماعي أو الإقتصادي.

(2) - د/ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص، 153.

هذا إن كان حق قصري مطلق، أما إذا كان نسبياً فيمكن فيه فقط لمورد المعرفة الفنية دون الغير أن يستغلها في الإقليم المحدد بالعقد).

الفرع الثالث: سبب الإلتزام في عقد نقل المعرفة الفنية la cause

ركن السبب في عقد نقل المعرفة الفنية تلزمنا دراسته وفق كل من النظرية التقليدية و النظرية الحديثة، في نقطتين متتابعتين على الوجه التالي:

أولاً: نظرية السبب التقليدية.

ثانياً: نظرية السبب الحديثة.

بداية، السبب لغة: كل شيء يتوصل به إلى غيره⁽¹⁾، و ليس السبب المعني بهذه الدراسة هو الوارد بمعنى المصدر الذي يستمد الإلتزام من وجوده (أي السبب المنشأ) كالعقد أو الفعل الضار مثلاً، بل المقصود هو السبب بمعنى الغاية و الغرض الذي يقصد أو يستهدف الملتزم تحقيقها نتيجة إلتزامه هو، و سبب الإلتزام يتميز عن محل الإلتزام على نحو أنّ المحل هو الأمر الذي يلتزم المدين بإعطائه أو بعمله أو بالإمتناع عن عمله فتتضمنه الإجابة على السؤال: بماذا إلتزم المدين؟ أما السبب بمعنى الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه و راء إرضائه التحمّل بالإلتزام يكون الوصول متضمناً للإجابة عن السؤال لماذا إلتزم المدين ؟⁽²⁾.

وفكرة السبب تطورت من النظرة التقليدية إلى النظرة الحديثة.

أولاً: نظرية السبب التقليدية

و فيها ترجع فكرة السبب إلى القانون الروماني في مراحل المتأخرة، لأنه في مراحل الأولى كانت العقود السائدة شكلية، و لما إعتمدت الرضائية في العقود إشتطت المشروعية في السبب الذي كان يقصد به الغرض القريب المباشر.

و عليه سبب إلتزام البائع فيها بتسليم المبيع مثلاً، هو إلتزام المشتري بدفع الثمن، و سبب إلتزام المشتري بدفع الثمن هو إلتزام البائع بتسليم المبيع⁽³⁾.

(1) المعجم الوجيز، مرجع سابق، ص 299.

(2) - د/ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 222.

(3) - د/ توفيق فرج، مرجع سابق، ص 154.

و عليه نجد النظرية التقليدية تعدّ بالعرض المباشر *fin directe* ، أو *but immédiat* دون أن تهتم أو تأخذ بالبواعث الأخرى التي تدفع المتعاقد للإلتزام التي قد تكون في حالة شراء منزل ، الحصول عليه بغية أو بباعث أو بهدف إسكان غيره فيه أو إستعماله للقمار .

و وفق النظرية التقليديّة يكون سبب إلتزام أحد المتعاقدين هو محل إلتزام المتعاقد الآخر ، فيكون في عقود نقل المعرفة الفنية سبب إلتزام المورد هو محل إلتزام المتلقي (التمثّل أساسا في دفع مبلغ المال).

على ذلك و بالنظر إلى تعدد صور و أنواع العقود الفنية، لا تتعدّد أسباب اللجوء إلى التعاقد بالنسبة للمتلقين وفق كل صورة، على أساس أنّ السبب المقصود في كل صورة وفق النظرية التقليدية هو الغرض أو السبب المباشر، فإذا أخذنا مثلا عقد المفتاح في اليد يكون سبب التعاقد فيها بالنسبة للمتلقي هو الحصول على مفتاح المصنع أو المنشأة، و بالنسبة لعقد الترخيص هو الحصول على رخصة الترخيص.

و مرجع ذلك و فق أنصار النظرية التقليدية هو : أنّ السبب ثابت لا يتغير في العقود التي من طبيعة واحدة فسبب إلتزام البائع هو إلتزام المشتري في جميع عقود البيع دون تفرقة.

و بناء على ما تقدّم بالإستناد إلى ما تقدّمه النظرية التقليدية من مفهوم للسبب يصبح السبب في سائر عقود نقل المعرفة الفنية أمر داخلي في العقد لا نبحت عنه بعيدا أي أنّه و هو أمر موضوعي لا يرتبط لا بشخصية و لا ببواعث المتعاقد البعيدة (1).

و عليه تنجر آثار عن الأخذ بالنظرية التقليدية أهمها :

- الدفع بعدم التنفيذ : إذا لم يلتزم أحد المتعاقدين دفع الآخر بعدم التنفيذ.
- الفسخ: إذا لم ينفذ أحد المتعاقدين ما بذمته جاز للآخر طلب الفسخ.
- تحمل التبعة :إذا إستحال على المتعاقد تنفيذ إلتزامه بسبب لا يد له فيه كقوة قاهرة فإنّ إلتزامه ينقضي و يسقط الإلتزام المقابل و يتحمل تبعة الإستحالة.

فهذه الأمور الثلاثة تؤسسها النظرية التقليدية على السبب، فإذا لم يقدّم أحد المتعاقدين بتنفيذ إلتزامه أو إستحال تنفيذه لسبب أجنبي، فإنّ سبب إلتزام المتعاقد الآخر ينقطع و يستطيع هذا المتعاقد الإمتناع عن التنفيذ طلب الفسخ، و في حالة الإستحالة، فإنّ إلتزامه يسقط و يتحمّل العقد الأول تبعة الإستحالة.

(1) - د/ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 226.

لهذا نجد أنّ النظرية التقليدية غير كافية" و ليس كما يقول عنها البعض بأنها غير صحيحة و غير منطقية و عديمة الفائدة" (1)، فجاءت النظرية الحديثة لتكمّلها.

ثانياً: نظرية السبب الحديثة

و بالإستناد عليها تكون إمكانية تحقيق ما يسمى بإستمروارية العقد سواء تعلق الأمر بحالة القوة القاهرة، أو الظروف الطارئة-التي من خلالها قد يلجأ العاقدان سلفاً إلى تضمين عقدهما بشرط "hardchip"، و هاتين الحالتين تأخذ بهما مبادئ القانون الموحد "Unidroit" في عقود التجارة الدولية للبحث على إستمرارية العقد (2) وفق نظرة جريئة لا تسامر كلياً ما هو متضمن تقليدياً. وللسبب شروط هي:

أن يكون سبب الإلتزام موجوداً و صحيحاً أي لا يكون سبباً مغلوط *erronée* أو صوري *simulée* و يكون السبب مغلوط في حالة السبب الضمني *Implicites* و هي الحالة التي يعتقد المدين فيها أنّ لإلتزامه سبب بينما لا يوجب السبب من حيث الواقع (3) ، و أخيراً يشترط في السبب أن يكون مشروعاً. و تشترك النظريتين التقليدية و الحديثة في ضرورة توفر هذه الشروط مع الأخذ في الثانية بفكرة الباعث و الغرض غير المباشر.

على أن شرط مشروعية السبب كشرط مشترك بين فكرتي السبب القصدي و السبب الباعث يجب أن يتم تقديره و فقا لقانون العقد و القانون القاضي معاً (4) ، على أساس أيلولة الإختصاص لقانون القاضي و فق نظرة البعض مرجعه أنّ تقدير المشروعية من عدمها يتصل بإعمال فكرة النظام العام الوطني، أما الرأي الراجع يقول بتطبيق قانون العقد على ركن السبب في العقد لتعلق الأمر بأدبيات العملية التعاقدية، و قد أثار شرط مشروعية السبب بعض المشكلات بخصوص العقود التي تتضمن خرقاً لقانون الرقابة على النقد في دولة أجنبية أو توجد مشكلة خاصة بالجمارك، إذا كان قانون العقد و قانون الدولة المراد مخالفة قانونها الخاص بالرقابة على النقد أو الخاص بالجمارك، فالعقد يكون باطلا لعدم مشروعية السبب.

(1) - د/ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 230.

(2) Jean-michel jacquet. opcit.p 114 et suiv.

(3) - د/توفيق فرج، مرجع سابق، ص 158.

(4) - د/أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 224.

و لكن ماهو الحل لو كان قانون العقد ليس قانون الدولة التي يراد خرق أنظمتها الخاصة بالرقابة على النقد أو الجمارك؟.

هنا يتم التفريق بين فرضين هما:

الأول: إذا كان هذا القانون الأخير يصطدم بالنظام العام في دولة القاضي، فيعتبر العقد باطلا بالنظر لعدم مشروعية سببه عملا بأحكام قانون القاضي، خصوصا إذا كان بلد القاضي يرتبط باتفاقية مع الدولة التي ينطوي العقد على تهرب من قوانينها النقدية أو الجمركية.

الثاني : إذا كان القانون لا يتعارض مع النظام العام بإعتباره من قوانين المصادرة أو القوانين الموجهة ضد مصالح الدولة العامة، بإعتباره من قوانين المصادرة أو العقد صحيحا و لا ينظر إلى عدم مشروعية سببه.

إستنادا إلى النظرية الحديثة نصل إستنتاج أدّه يجب أن يكون عقد نقل المعرفة الفنية من أجل إنتاج سلعة معينة أو تطويرها، أو من أجل تقديم خدمة فنية هذا يعني أن إقتصار العقد على بيع أو شراء معدات أو قطاع غيار أو شراء علامة تجارية أو إسما تجاريا لا يعد نقلا للمعارف الفنية اللهم إذا كان تابعا لعقد نقل معرفة فنية في جزء منه أو مرتبط به (1).

و نذهب إلى أبعد من ذلك حيث يعد السبب و فق النظرية الحديثة هو الباعث (2)، و الباعث الذي ترجوه كل الدول النامية هو اللّاحق بالركب التكنولوجي و العلمي السائد في الدول المتقدمة، و تحقيق تنمية حقيقية و بالتالي، لا شكّ من لجوؤها إلى إبرام هذا النوع من العقود، إلاّ إبتغاء إستيعاب هذه المعارف، فهذا هو السبب الحقيقي المرجو من الإستثمار بأنواعه و من سائر العقود المتّخذة كسبيل لبلوغ هذه الغاية، و بدون هذا الباعث الحقيقي ينهار ركن جوهرى من العقد و يؤول للبطلان.

لذا يحث الكثير من الفقه العربي و الفقه المنتسب بالأفكار المدافعة على ضرورة الإرتقاء بالدول النامية إلى مصاف الدول المتطورة.

(1) - أ/ فهد بجاد الملا، مرجع سابق، ص 56.

(2) - إعتنق المشرع الجزائري هذه النظرية بموجب المادة 97 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، مع التنويه إلى أن: الأخذ بمعنى الباعث الدافع للتعاقد في السبب يقصد به المشرع حماية المجتمع من مخالفة للنظام العام و للأداب العامة، بعقود نقل المعرفة الفنية، فتتحقق بذلك مصالح الفرد المجتمع.

ولا يكون ذلك غلاً بتحقيق السبب الباعث على التعاقد في مثل هذه العقود الحداثة و هو إستيعاب المعارف الفنية، و يتحقق ذلك⁽¹⁾ بضرورة تضمين عقود نقل المعرفة الفنية بشروط و بيانات و مستندات و بدراستها بشكل واضح و دقيق جداً من شأنه حماية الطرف المتلقي، تلافياً فيه اللجوء لجهات القضاء أو التحكيم.

و إذا لم يتضح عقد نقل المعرفة الفنية سبباً واضحاً بالعقد⁽²⁾، تفترض كقاعدة عامة أغلبية التشريعات الوضعية أن لهذا العقد (أي الإلتزام) سبباً موجوداً و مشروعاً حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك⁽³⁾.
و إذا ذكر السبب بالعقد تفترض جل التشريعات أيضاً ، أنه هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك.

(1) - د/ سميحة القليوبي، العقود التجارية، مرجع سابق، ص 318.

(2) - إرجع إلى عنوان هيكل عقد نقل المعرفة الفنية بهذا البحث.

(3) - المادة 98 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، تقابلها نصوص المواد 137 مصري -138 سوري -123 سوداني -3.2/132 عراقي -199 موجبات و عقود لبناني.

الفصل الثاني

تسوية نزاعات عقود نقل المعرفة الفنية

باعتبار عقود نقل المعرفة الفنية من العقود الزمنية الممتدة عادة على مدار سنوات ، مما قد يؤدي إلى اعتراض تنفيذها عوائق خارجة عن إرادة الأطراف أحياناً، و أحياناً أخرى قد يحدث و أن يخلّ أحد الأطراف بالتزاماته بهذه العقود، فيتوجب حينئذ إتباع طرق معينة لتسوية النزاعات التي قد تنشأ جرّاء ذلك الإخلال و هذا ما سوف نتفحصه من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: الإخلال بالتزامات العقدية في عقود نقل المعرفة الفنية

المبحث الثاني: طرق تسوية نزاعات عقود نقل المعرفة الفنية

المبحث الأول: الإخلال بالتزامات العقدية في عقود نقل المعرفة الفنية

عقد نقل المعرفة الفنية يقوم على أركان: - التراضي- المحل- السبب- الشكل.

فتمت و توافرت شروط صحتها قام العقد صحيحاً بمفهوم القانون الوضعي في كل الأنظمة التي تناولت هذا النوع من العقود بالتنظيم بقوانين خاصة و في كل الأنظمة التي تناولته بموجب القواعد العامة لا سيما منها الشريعة العامة- القانون المدني-⁽¹⁾، كما يقوم "العقد صحيحاً بمفهوم الشريعة الإسلامية⁽²⁾ التي تعتبر العقد صحيحاً إذا كان صحيحاً بأصله ووصفه".

و يصبح العقد منذ لحظة توقيعه قابلاً للتنفيذ كقاعدة عامة مالم ينص المتعاقدان على خلاف ذلك بموجب شرط الدخول حيز التنفيذ لاحقاً.

⁽³⁾ La clause d'entrée au vigueur أي يأخذ العقد مجراه الطبيعي في التنفيذ حتى ينتهي نهاية طبيعية بانتهاء المدّة المتفق عليها و القيام بالتزامات الملقاة على كل طرف حسب الإتفاق.

(1) - توفيق فرج، النظرية العامة للإلتزام (مصادر الإلتزام) ط 1988، ص 37.

- تناول القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، أركان العقد تحت تسمية شروط العقد من المواد 59 إلى 98.

(2) - عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 123.

(3) - تركي نور الدين، محاضرات الماجستير، مرجع سابق شرط الدخول حيز التنفيذ في العقود الدوليّة طويلة المدّة في الجزائر:

la clause d'entrée en vigueur dans le contrat international de langue durée en droit algérien .

أما إذا حدث خلاف ذلك أي إذا لم يستجمع العقد أركانه و شرائطه "لا يكون معتبر شرعا في حق الحكم" و يتعرض قانونيا للبطالان (المطلق أو النسبي) حسب الأحوال⁽¹⁾.
ورغم أن إتفاقية فيينا لعام 1980 خاصة ببيع البضائع المادية إلا أنها قابلة للتطبيق على سبيل الاستثناس في عقود نقل المعرفة الفنية⁽²⁾ فيما يتعلق بالبطالان النسبي في عقد البيع الدولي⁽³⁾.
و هذه الإتفاقية مطبقة أيضا في حالة ما إذا أخل أحد الأطراف في عقد المعرفة الفنية بالتزاماته بأي نوع من أنواع الإخلال، و قد يدفع و ضع الإخلال بالأطراف إلى إعادة التفاوض لتسوية الموضوع و إلا قد يصبحان خصوما بينهما خصومة⁽⁴⁾، تدفع بأحدهما إلى رفع دعوى المسؤولية العقدية إذا ما توافرت أركانها⁽⁵⁾ كما قد يتخذ الطرف المتضرر أساليب أخرى إزاء حالة عدم وفاء الطرف المقابل (إراديا كان أو غير ذلك) قد يتمثل في المطالبة بتنفيذ العقد مثلا كما سيأتي بيانه بهذا المبحث.

و لهذا سوف نعد لتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين و هما:

المطلب الأول: صور الإخلال بعقود نقل المعرفة الفنية.

المطلب الثاني: حالة إستحالة أو صعوبة تنفيذ الإلتزامات العقدية.

المطلب الأول: صور الإخلال بعقود نقل المعرفة الفنية

لا يمكن حصر كل صور الإخلال بالإلتزامات التعاقدية في عقود نقل المعرفة الفنية، لكن ما يمكننا قوله بشأنها، أنه إذا تمّ الإخلال بالإلتزامات محل عقد نقل معرفة فنية داخل إقليم الدولة الواحدة، دون اشتغال العلاقة على عنصر أجنبي، فإنّ المسألة القانونية لا تطرح بنفس التعقيد و الصعوبة في حلّها ، كما لو اشتملت على عنصر أجنبي و كان تنفيذ العقد يستدعي عبور الأقاليم.

ففي الحالة الأولى يكون من شأن القضاء إذا طرح أمامه النزاع حل الخصومة و فق القوانين الداخلية، و الصعوبة التي قد يتلقاها القاضي تكمن في تكييف العلاقة العقدية فقط، من حيث إعتبارها مثلا عقد بيع، إيجار، مقولة .

(1) - د/ محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، ص 37.

(2) - أ/ فهد بجاد الملا، مرجع سابق، ص 57.

(3) - وائل حمدي أحمد علي، مرجع سابق، ص 543.

(4) - المعجم الوجيز للغة العربية، مرجع سابق، ص 199: الخصومة لغة، الجدل و المنازعة، أما في إصطلاح القانون فهي الحالة

القانونية التي تنشأ من رفع الدعوى إلى القضاء.

(5) - إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 220.

و قد يجد القضاء نفسه مجبراً على الأخذ من أحكام نوع ما من العقود ، و تطبيقها على النزاع حسب طبيعة المنازعة و ملابساتها و مرجع ذلك يكمن في عدم الإتفاق على طبيعة قانونية لمثل هذه العقود إذ أنها حديثة ومن طبيعة خاصة، و مَكْمَنَ التعقيد لا يرجع لمرحلة إبرام العقد و تنفيذه فحسب، بل يرجع إلى المعرفة الفنية ذاتها إذ أنّ طبيعتها و عناصرها السرية المحاطة بها أدت إلى الإختلاف حول الأساس القانوني لحمايتها دون وجود عقد، فأسرار التجارة قد تحمي تأسيساً على نظرية الملكية كما جاء بها الفقه و القانون و القضاء الأمريكيين، كما أنها قد تحمي تأسيساً على القواعد العامة للمسؤولية في القانون المدني كما هو الحال في الأنظمة اللاتينية (1).

و مشكلة التكييف تظهر حدّتها أكثر كما سلف القول ، إذا تعلق الأمر بعقود دولية حيث لا توجد صيغة واحدة لعملية نقل المعارف الفنية ، بل توجد مجموعة متنوعة و متباينة من الصيغ و القنوات الناقلة لهذه المعارف دولياً أو حتى و طانياً، فنجد تبايناً في إعطاء لكل عقد وصف قانوني و طبيعة قانونية متميزة. و تبعاً لذلك تأتي المسميات مختلفة مثل: ترخيص، تنازل، نقل معارف، نقل طريقة تكنولوجية، بيع معرفة.

و هذا ما أدى بالبعض (2) إلى القيام بعملية ربط بين العناصر المعرفية المكونة لمحل الإلتزامات بالعقد، و بين الصيغة العقدية الملائمة لها، و تكون هذه العلاقة بارزة من خلال ثلاث صور:

إما معارف و معلومات *connaissance* أو
خبرات و مهارات *compétences* أو
نتائج و فعاليات *performances*

ففي الحالة الأولى يكون محل العقد متمحوراً را حول إلتزام رئيسي للمورد بتمكين المتلقي من الإطلاع على المعارف و المعلومات ، عن طريق تسليمه بما من شأنه تحقيق الإطلاع كالثائق الفنية و الرسومات و الخرائط، حتى يتمكن المتلقي من إستعمالها و إدماجها في العملية الإنتاجية المقبل عليها حتى دون الرجوع إلى المورد، فيكون عقد الترخيص في إستغلال معرفة فنية أو (السر التجاري) أنسب صيغة لوضع ذلك الإتفاق في شكل عقد قانوني.

(1) - د/ حسام الدين عبد الغني الصغير، مرجع سابق، ص 62.

(2) - د/ أنس السيد عطية، مرجع سابق، ص 213.

- د/ إبراهيم قادم، مرجع سابق، ص 121.

أما إذا تعلق الأمر في الحالة الثانية بنقل مهارات، فإنّ الأمر يتعدى نقل عناصر مادية إلى مجموعة الخبرات التي يرغب المتلقي في إدخالها في عملياته الإنتاجية، فيتسع إلزام المورد إلى تدريب عمال المتلقي أو تعليمهم وإكسابهم بمهارات تمكنهم من الإستغلال الحقيقي للمعرفة محل العقد. فيكون عقد المساهمة الفنية و التدريب هما أنسب نمط عقدي بين الطرفين. وإذا كُنا بصدد النتائج و الفعاليات كحالة ثالثة حيث يلتزم المورد بضمان زيادة القدرة الإنتاجية و الجودة تكون أنسب صيغة هي عقد المفتاح في اليد أو المنتج في اليد أي العقود المركبة (1). وأوجه التعقيد لا تتوقف عند هذا الحد، أي الإختلاف في الوصف القانوني و إعطاء نمطية لهذه العقود في إطار القانون الخاص، بل تتوسع لإختلاف الفقه الدولي حول طبيعة عقود نقل المعرفة الفنية، لا سيما المتعلقة بمجال الإستثمار و التنمية عامة حيث يعتبرها البعض (2) عقد إداري دولي مؤسس على فكرة السيادة، وأسديهم في ذلك، هي في المجمل محل هذه العقود منصب على تسيير مرفق عام، و أنّ أحد أطرافه الدولة أو أحد أجهزتها.

و تتضمن هذه العقود شروط إستثنائية غير مألوفة *des clauses exorbitantes* في عقود القانون الخاص، كحالة تقديم مزايا عديدة (إعفاءات من الضرائب و الرسوم الجمركية مثلا) (3). مما سبق يتضح أن نوع الإخلال بالإلتزامات يختلف بإختلاف العقود ذاتها، و صور النقل فيها و ما تتضمنه من إلتزامات يفترض من كل طرف متعاقد أن ينفذها حسب ما يقتضيه القانون و العرف و مبادئ العدالة و حسن النية.

وقد يكون هذا الإخلال كلياً أو جزئياً، كما أنه قد يثبت من طرف المورد أو المتلقي و موقع المورد المخل بالإلتزامه في عقود نقل المعرفة الفنية، يختلف بإختلاف الأطراف المتعاقدة معه، فإذا كان طالب المعرفة مشروع متطور و على قدر عالي و كفاءة تضاهي أو تفوق المشروع المورد من جوانب أخرى غير المتعاقد عليها، و في نفس المجال، هنا الأمر لا يستدعي من المتلقي التثبث بالمورد لإعانتة على

(1) - د/ محسن شفيق، عقد تسليم مفتاح (نموذج من عقود التنمية)، مرجع سابق، ص 7.

(2) - د/ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 299.

(3) - المرسوم 12/93، المتعلق بترقية الإستثمار في الجزائر، مرجع سابق.

- د/ حفيظة السيد الحداد. العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجانب. دار المطبوعات الجامعية 2007، ص 99 وما بعدها.

توظيف هذه المعارف، لذا أصبح البعض⁽¹⁾ يفضل تعبير تداول و تسويق المعرفة الفنية أو التكنولوجية بين هؤلاء الأطراف:

circulation et commercialisation du savoir faire où de technologie.

بينما الطرف المتلقي الذي يكون في حالة فقر معارفي و تكنولوجي، فهو بالتأكيد بأمس الحاجة إلى المورد لإمداده بالتدعيم، بالنظر إلى نقص قدرته المعرفية، ومنه تمكينه في آخر المطاف من مباشرة عملية الإنتاج أو تقديم الخدمات - حسب نوعية العقد - بمفرده، لذا لا نتكلم في الحالة هذه عن حق إستعمال المعرفة الفنية أو تداولها و تسويقها، بل نتكلم عن " ضرورة نقل السيطرة التكنولوجية " transfert de maîtrise du savoir

لأجل ذلك تختلف صور إخلال المورد بالتزاماته باختلاف الطرف المتعاقد معه، وحيث أنه من المعلوم أن عناصر المعرفة الفنية متعددة و متداخلة، و هي مصبوغة بالطابع المعنوي أكثر مما هي مصبوغة بالطابع المادي، لذا يمكن القول أنها إذا تضمنت في عقد أصبح إلزام المورد فيها شبيه بإلتزام البائع في عقد البيع⁽²⁾ مع التحفظ بشأن بعض الإختلافات التي يفرضها عقد نقل المعرفة الفنية، حيث يلتزم البائع بنقل حق المبيع و تسليمه للمشتري مع سائر الضمانات، من عدم التعرض، العيوب الخفية، تبعة الهلاك.⁽³⁾

و التحفظ كما سبق قوله راجع أساسا إلى العناصر المعنوية المكونة للعقد الذي يمر في كثير من الأحيان على إمتداد زمني لنقل هذه العناصر مجتمعة:

la transmissibilité du KNOW-HOW من مرحلة تصميم المنشأة

la phase de concéption إذا تعلق الأمر بعقد مركب، و التي تتضمن توريد طرق الصنع و نقلها على شكل معارف سرية في كثير من الأحيان مصاحبة لبراءات محمية، أو في شكل تراخيص أو كلها مجتمعة، ثم يعقب توريد نقل طرق الصنع الدراسات الهندسية الصناعية أو الدراسات الهندسية التجارية

(1) - د/ إبراهيم قادم، مرجع سابق، ص 124.

(2) - د/ محمد حسنين، مرجع سابق، ص 73.

(3) Yangishi Hiroyuki. quelques considérations sur la responsabilité civile en matière de contrat de vente et d'usurpation chez les premiers juristes hanafites, revue de sciences juridiques économiques et politiques volume (xxxi). N° 4. 1993. P 753.

التي تتضمن بدورها إستثمارات خاصة بأعمال الهندسة (1) ، ثم يلي مرحلة التصميم و التي تتضمن دراسات أولية وأخرى تمهيدية ، تكون الأولى سطحية تعالج جوانب مالية، إجتماعية، مقارنة بالثانية التي تعد بمثابة مشروع كامل تمهيدي، و كلها تطرح أمام المتلقي لإعطائه فرصة الإختيار و المقارنة تأتي **مرحلة التنفيذ** و هي مختلفة عن المرحلة التي سبقتها أي مرحلة تصميم المنشأة، التي تعد أكثر شيء مرحلة عمل ذهني و دراسي و تتمثل مرحلة التنفيذ في الإنجاز الذي لا يمكن تصوره بدون توريد معدات و نقلها ، و إنجاز الهندسة المدنية (المباني) و تركيب المعدات.

ثم ليصل أخيراً المورد للمرحلة الحاسمة وهي **تشغيل المنشأة**

la mise en service de l'unité industrielle و هذه الأخيرة لا تكتمل إلا بعد القيام بـ:

- إختبارات الآلات و الإختبارات الميكانيكية.

- الإختبارات مع التعبئة أو إختبارات الإنتاج أي عمليات الإختبار الآلي.

- إختبارات الفعالية أي التأكد من خلالها من كافة الأعمال و مطابقتها لشروط الجودة و طرق الصنع، و حجم الإنتاج و الإستهلاك، و تسجل كل مرحلة في بطاقات منفصلة تشكل في النهاية مستندات خاصة بالإستغلال.

و عقب ذلك تتم عملية التسليم التي تكون على مرحلتين :

مؤقت أي يقصد به الوقوف على إتمام الأشغال يليها بفترة تتراوح من 6 إلى 8 أشهر في العادة لتحقيق التسليم النهائي.

أثبتت التجربة فشلها في السيطرة التكنولوجية بهذا الأسلوب أي منذ تعهد المورد بتحقيق تصور للمشروع الصناعي و إنجازها و وضعه موضع التشغيل (2)، إلى

(1) - د/ نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 173.

- د/ نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا ، ذات المرجع أعلاه ص 185:

يتم تسليم المعدات و فق ما جرى عليه التعامل الدولي بطرق متعارف عليها:

free on Board: F.O.B- ، ينقضي فيه إنترام البائع عند شحن البضاعة في السفينة و يتكفل المشتري بعد

إختياره للسفينة بإبرام عقد النقل و تحمل مصاريفه و منه تحمل تبعة هلاك البضاعة في الطريق و التأمين.

- Free Along Side F.A.S : حيث يقتصر التزام البائع على إيصال البضاعة الى رصيف الميناء فقط دون الشحن

- Cost. Insurance Freight: C.I.F وفيها يلتزم البائع بكافة المصاريف من شحن و تأمين و نقل.

(2) - Meyer pierre. Aspect juridiques du transfert de technologie .revue juridique et politique indépendance et coopération .avril mai juin .N° 2 . EDIENA paris. 1982 . p 839 et suiv.

غاية تقييم المفتاح في اليد ، لأنّ أول ما ظهر في أمريكا و منها إلى أوروبا كان بين دول متقاربة معرفياً⁽¹⁾.

لكن حين إنتقال أسلوب التعاقد بشكل المفتاح في اليد إلى الدول النامية- لأول مرة بالجزائر لم يبين نجاعته كون عملية تدريب العمالة فيه تختلف عن تلك المتضمنة بعقد المنتج في اليد ، إذ في الأولى يقتصر دور المورد في مساعدة المستثمر فقط في عملية التدريب، أي يكون وسيط فقط في عملية التدريب و لا يضمن نجاحها و لا نجاح جودة الإنتاج فهو ضامن إهمال مستخدميه، و تنتهي هذه المساعدة الفنية و التدريب عادة في التسليم المؤقت ، فالمنشئ لا يقوم بعملية التدريب نفسها بل يلعب دور و سيط فقط، أما في عقد المنتج في اليد يتكفل المنشئ بالإعداد الكامل للعاملين فنيا و مهنيا و ذلك بإعداد مناهج البحث و برنامج التوظيف و التدريب العام فضلا عن توضيح كل الوثائق التي تسمح بالإختبار و كذلك إختيار المرشحين، و كذا التنظيم و الإشراف على تدريب العاملين في دولة المتلقي وفي الخارج، كما يتولى شغل المناصب الوظيفية في المصنع بالعاملين المدربين.

و نفهم من ذلك أنّ كل إخلال بإحدى هذه الإلتزامات مصيره ترتب مسؤولية على عاتق المنشئ، فعملية الإعداد تشمل التعليم العام وإلحاق الطاقة الفنية ودرجة تكوين الأيدي العاملة ومستوى البحث الفني و العلمي بالمستوى الموجود لدى المورد و يتواصل إلتزام المورد حتى مرحلة التسليم النهائي في حين يتمكن هؤلاء العمال من تشغيل المنشأة بأنفسهم⁽²⁾.

و يتمّ الوصول إلى هذا الهدف- الإعداد الكلي- خلال مرحلة الإدارة الأولية للمجمع حيث يضمن المنشأ إنطلاق تشغيل المنشأة ثم قدرتها على تنفيذ البرامج المتفق عليها، و تنتهي هذه الإدارة بالتسليم النهائي. بينما لا نجد التلازم بين إلتزام المقاول بنقل المعرفة و إلتزامه بالمساعدة الفنية أمر مسلم به و محتوم في الواقع و إن كان معمول به في الغالب لأنّ المتلقي قد يعرض مع المورد عن المساعدة و يكتفي بنقل المعرفة ، و قد تعوزه المساعدة الفنية لاحقا و لكنه لا يطلبها من المقاول و إنّما من الغير و يبرم حينها مع الغير عقد مستقلا⁽³⁾.

(1) - Mahfoud Bouhacene .op. cit. .P 174.

(2) - نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق ص 196 و ما بعدها .

(3) - د/ محسن شفيق، عقد تسليم مفتاح (نموذج من عقود التنمية)، مرجع سابق، ص 50.

و مع ذلك يرى جل فقه البلدان النامية أنّ المساعدة الفنية من مستلزمات العقد، و العزوف على تقديمها يولد المسؤولية على عاتق المورد.

من خلال إستعراض المراحل الزمنية المتتالية لعقود المفتاح في اليد أو المنتج في اليد يتضح لنا أنّ من واجبات المورد تنفيذ إلتزامات أي توفير كل العناصر مادية كانت أو معنوية تمامًا، كما ينفذ الناقل إلتزاماته الرئيسية في عقد النقل من تسليم البضاعة، رصها، تحميلها، نقلها، و أي تقصير في هذه الإلتزامات يولد المسؤولية⁽¹⁾.

أو تمامًا كما ينفذ البائع إلتزاماته في عقد البيع كما سبق لنا قوله.

كل صور نقل المعرفة الفنية رغم تباين شكلها و عناصرها و رغم الإختلاف في تحديد طبيعتها القانونية، أو القول بأنها من طبيعة خاصة sui generis تشترك في ضرورة توفر ثلاثة شروط للقول بأنّ المورد قام بواجباته التعاقدية و هي:

الشرط الأول: تسليم العناصر في الزمان و المكان المتفق عليهما.

الشرط الثاني: مطابقة العناصر المسلمة لما تم الإلتفاق عليه بشأنها، و يضيف الفقهاء

الشرط الثالث: الكفاءة.

أما الشرط الأول:

و المتمثل في التسليم فهو شبيه بما يقتضيه التسليم في عقد البيع - على النحو الذي سبق توضيحه بمناسبة الحديث عن إلتزامات المورد - دتنص إتفاقية فيينا أيضا على أحكام التسليم التي من الممكن أن يُستقى منها لتطبيقها على عقد المعرفة الفنية.

و يعد على ذلك التأخير في التسليم في غير المكان المتفق عليه خرقا للإتفاق و خطأ يترتب المسؤولية⁽²⁾. و الواقع العملي يفصح عن محاولات عديدة يقوم بها المورد أو المستثمر الغاية منها التملص من المسؤولية في عملية التسليم كالتعذر بتماطل و تقاعس المقاولين من الباطن أو عدم توفر المواد الأولية المراد إستعمالها من طرفهم و القول بأنها حالت دون تحقيق النتيجة المطلوبة و منه عدم التسليم في الوقت المتفق عليه⁽³⁾.

(1) - د/ سمير جميل أحمد الفتلاوي، العقود التجارية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1981، ص 218.

(2) - د/ محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية مرجع سابق ص 74.

(3) - د/ محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ذات المرجع أعلاه ص 26.

لأجل ذلك يتعين الحرص الشديد من المتلقي على تضمين العقد لشروط و اذحة تقيه من هذه التماطلات و تحميه من خطر التأخير في التنفيذ، و ذلك بإتخاذ أسلوب فرض عقوبات عقدية مسبقاً. ويمكن مثلا أن تقدر الجزاءات عن كل يوم أو أسبوع أو شهر تأخير، بصفة ثابتة أو تصاعدية ، كأن تكون على سبيل المثال النسبة مقدرة ب 50 % عن كل شهر تأخير، محسوبة على أساس قيمة المعدات غير المسلمة أو على أساس القيمة الإجمالية للوحدة (1).

أما الشرط الثاني:

و المتمثل في المطابقة فيختلف الفقهاء وكذا القوانين في إدراج المطابقة إما ضمن عناصر التسليم و إما ضمن فروع الضمان حسب تصنيف كل إتجاه لها (2).

و حالة عدم المطابقة تكشفه و اقعة التسليم، إذ هنالك يتفا جئ المتلقي بمعلومات أو معدّات بها عيوب خفية تجعل من محل العقد متغيرا على ذلك الذي تم الإتفاق عليه (3) و قد تُكشَف عدم المطابقة بزمن بعد واقعة التسليم بالنظر لعدم دراية المتلقي بأمر فنية، تكنولوجية علمية هي ما دعاه أصلا إلى إبرام العقد، لذا نرجع للقول بضرورة تظن المتلقي لمثل هذه الأخطار و تمديد مدة الضمان بشروط عقدية اذحة كون الضمان لا يتعلق بمجمله بالنظام العام.

و من هذا المنظور يمكننا الإستعانة بأساليب تقرير المطابقة في عقود التراخيص الصناعية التي ترد على البراءات للقليل عنها في عقود نقل المعرفة الفنية، إذ لا يكاد يفرقها عنها سوى غزُوف جائز المعرفة الفنية، أو مالکها على تسجيلها خوفا من إنكشاف السرية المحاطة بها، شرط من الشروط الأساسية الواجب توافرها لحمايتها قانونا ، و فق قواعد و أحكام و قوانين الحقوق الصناعية، حيث أنها لا تُعد من الحقوق الشخصية و لا من الحقوق العينية .

و إن كانت تقترب من إحداهما أحيانا على حساب الأخرى، بل هي حقوق ذهنية مقوّمة بما لها من قيمة إقتصادية تندمج ضمن الحقوق الصناعية، و على ذلك يعتبر

(1) - نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 278.

(2) - المادة 19 من القانون الموحد لبيع البضائع الدولي 1980 يعتبر المطابقة من عناصر التسليم.

- المادة 379 من القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، تدرجها ضمن أحكام الضمان .

(3) Terki.Nour eddine.la garantie dans les contrats de longues durée du droit algerien. op cit .p 475.

لعقد الترخيص المنكب على براءة و لعقد المعرفة الفنية نفس الهدف، و هو إستغلال المعرفة إلى أبعد مدى (1).

و لكن لا ينكر أحد أن أمر تحديد المطابقة ليس بالهين أبداً، لكن كما لعقد البيع معايير لتحديد المطابقة حين تعيين البضاعة بالذات، أو بالنوع أو بالعينة يمكن الأخذ بمعايير تحسم مشكلة المطابقة في عقود نقل المعرفة الفنية و هي:

أنّ المعرفة الفنية بها عناصر متنوعة على مستوى ثلاثة فئات:

- أشياء مادية (كالسلع و الآلات و المواد الأولية).

- مستندات: (مكتوبة في شكل تقارير أبحاث أو لية دراسات).

- تعليمات .

و تجدر الإشارة إلى أن المستندات قد تنطوي في حد ذاتها على تعليمات.

وعليه عند إسقاط فكرة المطابقة على هذه الفئات الثلاثة أن تتوفر في كلاهما أي في

كافة العناصر (2) بمعنى أن تتوفر في كل أجزاءها ما يتم وفق ما تتم الإتفاق عله ، فإذا لم

تتحقق النتيجة المرجوة من التعاقد، بسبب عدم تسليم أي جزء من أجزاء هذه العناصر،

أو بسبب عيب يمس جزء من هذه العناصر، أو بسبب عدم تكيفها مع الواقع الجغرافي أو

الزماني لبلد المتلقي ، حين ذلك لا يمكننا القول إلا أننا في حالة إخلال بالتنفيذ (3).

و يضيف الكثير من الفقهاء و الباحثين في هذا المجال شرطاً ثالثاً لا يقل أهمية و به

تتكمّل عملية النقل و الإستيعاب للمعرفة الفنية، ألا و هو تحقّق الكفاءة.

الشرط الثالث:

تحقق الكفاءة و هو لا يقتضي مثلاً أن يتم تسليم العناصر أو أجزاء العناصر في الوقت

المتفق عليه فحسب، بل مقتضيات التنفيذ بحسن نية تدعو المورد إلى القيام

بالتسليم في مواعيد تحقيق الأغراض المرجوة منه بحيث يتزامن تسليم هذه العناصر مع

(1) - محمود محمد سليمان الكيلاني، جزاء الإخلال في تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، مرجع سابق ص 327 :

يضيف الدكتور بالقول أن كل من القضاء الأمريكي و اللاتيني (الفرنسي) يعتبر حق المعرفة الفنية مال معنوي، إلا أن الأول يعادله بحق ملكية براءة الإختراع بينما الثاني يدخله في فئة "أسرار الصنعة".

(2) MAGNIN.F.op.cit p 289 et suiv.

(3) - محمود محمد سليمان الكيلاني، جزاء الإخلال في تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 328.

غرض كل منها على حدة، و إلاّ تعرض المورد إلى جزاء جرّاء إخلاله الثابت.

و نجد في هذا الصدد كافة مصادر قانون التجارة الدولية بدءا بعادات التجارة الدولية، إلى مبادئ التجارة الدولية إلى أحكام العدالة، إلى التحكيم الدولي، و مهما كانت الصورة التي يظهر عليها هذا القانون: سواء إتفاقية دولية، شروط عامة، قواعد نموذجية، أو تجميع لعادات و أعراف تجارية دولية، أو بغض النظر عن الجهات الصادرة عنها هذه القواعد (1) نجدها كلها تأخذ بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، سواء بشكل مباشر و صريح أو غير ذلك، حيث تضمنت الإتفاقية الدولية المتعلقة بالبيع الدولي الأخذ بهذا المبدأ سواءً تلك المتعلقة بالقواعد الموضوعية (فيينا 1980 بشكل صريح في نص المادة 07، لاهاي 1946 بشكل غير صريح في المواد 54+88+91+92، و كذلك في الباب الثالث)، أو تلك المتعلقة بتنازع القوانين (لاهاي 1955، لاهاي 1986) كما أخذ بهذا المبدأ ضمن مبادئ اليونيدروا و Unidroit، و كذا ضمن المبادئ المتعلقة بالعقود الأوروبية، و كذا قواعد الأنكوترمز، هذا المبدأ الذي يستدعي بدوره ضرورة توافر المطابقة و الكفاءة على السواء. فمامن شك أنّ لجوء المتعاقد المتلقي لعقود نقل المعرفة الفنية إنما يكون لتحقيق نتيجة معينة، و عدم تحققها يكون معياراً لعدم المطابقة و بالتالي يجب أن تتحقق الكفاءة و تتوفر في كافة العناصر المنقولة بكل جزئياتها حتى تتحقق النتيجة المرجوة من التعاقد.

يعني عدم ذكر المساعدة الفنية في نص العقد لتحقيق الكفاءة بأجزاء عناصر المعرفة الفنية تنازلا من المتعاقد المتلقي عنها، لأنها من مستلزمات العقد، و من مستلزمات تحقيق النتيجة، فلا ننسى أبداً المقابل الباهظ الذي يتلقاه المورد في سبيل إنهاء هذه العملية العقدية ذات الأبعاد الإقتصادية، لأنّ المتلقي يفترق للمستوى المعرفي و التكنولوجي و العلمي الذي يمكّنه من إستيعابها دون مساندة من المورد (2).

(1) من أمثلة الإتفاقيات الدولية:- إتفاقية فيينا للبيوع الدولية للبضائع 1980، مرجع سابق.

- إتفاقية لاهاي 1955 الخاصة بتنازع القوانين، www.un.org/ar/ecosoc

- إتفاقية لاهاي 1964 الخاصة بالقواعد الموضوعية www.un.org/ar/ecoso، التي تناولت عقود التوريد التي يكون موضوعها إنتاج أو تصنيع سلعة دون التطرق إلى عقود التوريد البضائع و السلع مع تقديم الأيدي العاملة أو الخدمات (عقود المفتاح أو المنتج في اليد) و لكن هذه الأخيرة تناولتها إتفاقية فيينا و لاهاي 1986 (مع الأخذ بمعيار الجزء الغالب أي مقارنة سعر البضائع و قيمة الأيدي العاملة حسب ماجاءت به المادة 2/3 من إتفاقية فيينا la part prépondérante لإخضاع العقد لإتفاقية فيينا عام 1980

- من أمثلة المنظّمات الحكومية: المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص. Unidroit.

- و من الأمثلة أيضا قواعد التّحكيم الدولي الإنيسترا ل 1976.

- وكذا القانون النموذجي للتّحكيم التجاري الدولي لعام 1985. model law.

- وائل حمدي أحمد علي. مرجع سابق ص 90.

(2) SCHAPIRA.J. les contrats internationaux de transfert technologiques. op cit. p 33.

وباعتبار محل العقد يدخل ضمن سلسلة تركيبات مجدولة زمنياً، فلا يعد تسليم الشيء المادي أو المعنوي فيها مطابقاً معيار كافي و لوحدته بتحقيق ما يسمى بالمطابقة في هذه العقود، فيبقى المعيار الحاسم هو " الكفاءة الكلية" لتحقيق النتيجة المتفق عليها، ليس لتحقيق أهداف صناعية فحسب، بل للنهوض بتنمية دول تشكو ضعفاً في العديد من القطاعات الحيّة، و خلاف ذلك يؤدي إلى إثارة المسؤولية لعدم التنفيذ الكلي أو الجزئي (1).

و قيام المسؤولية العقدية هو إمتداد للعقد الذي يتم على أساس توازن، ليس فقط في حالة التنفيذ، بل أيضاً في حالة عدم التنفيذ، فالمحافظة على هذا التوازن تقتضي كأصل ألا يسأل المدين إلا و وفق المسؤولية العقدية، و هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادتين 106 و 107 من القانون المدني الجزائري حيث قرّر القوة الملزمة للعقد.

فمتى توفرت شروط المسؤولية العقدية لا يجوز للمتضرر اللجوء إلى المسؤولية التقصيرية حتى لو كانت في مصلحته و وفق رأي البعض (2) و في المقابل هناك من يرى أن للمتضرر حرية في إختيار إحدى الدعويين (3).

و على العموم نجد أنّ عنصري مبدأ حسن النية في تكوين و في تنفيذ العقود الدولية و كذا في إنهاؤها :

- قاعدة العقد شريطة المتعاقدين.

- عدم التعسف في إستخدام الحق.

و لقد تضمنت القواعد الموضوعية الدولية في نصوصها العديد من تطبيقات مبدأ التعسف في إستعمال الحق (4).

و على سبيل المثال نجد نص المادة 37 من إتفاقية فينّا التي قررت للبائع الحق في إصلاح عيب عدم المطابقة، أو توريد بضائع بديلة للبضائع غير المطابقة، بشرط ألا يترتب على ذلك مضايقة للمشتري أو تحميله نفقات غير معقولة، بمعنى آخر أنه إذا كانت عملية الإصلاح أو الإستبدال ليس من شأنها أنّ تسبب مضايقة للمشتري، أو و كذا من الشأن بالنسبة لإنهاء العقد حيث تنص المادة 80 من إتفاقية فينّا على عدم التعسف في إنهاء العقد بالفسخ مباشرة، متعدّين كل

(1) - د/ محمود محمد سليمان الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 334.

(2) - بلحاج العربي، دعوى المسؤولية التقصيرية في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية جزء (XXX II)، رقم 2، 1994، ص 79.

(3) - د/ علي علي سليمان. النظرية العامة للإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص 131.

(4) - د/ وائل حمدي أحمد علي. مرجع سابق ص 334.

الإجراءات أو الجزاءات الأخرى مثل الإصلاح، الإستبدال و تخفيض الثمن (1).

ليست القواعد الموضوعية الدولية وحدها التي تناولت في نصوصها تطبيقات مبدأ التعسف في استعمال الحق بل نجد جلّ القوانين تناولت نظرية التعسف في استعمال الحق بما فيها القانون المدني الجزائري الذي نص في المادة 124 مكرر على:

" يشكل الإستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة" (2).

تُحمّله نفقات غير معقولة، فإنه يعد متعسفا هو الآخر في إستخدام حقه إذا رفض الإصلاح أو الإستبدال.

أما أحكام التنفيذ الدولية لم تتقيّد بفكرة الخطأ بشأن التعسف في استعمال الحق، بل تتكفي بوجود حق متعسفا في إستخدامه من الناحية الموضوعية و نظراً لعدم تقديس روابط محدّدة يسترشد بها لتحديد التعسف، فإنّ التحكيم يستند إلى قواعد العدالة و الإنصاف (3).

وكما أنّ الإخلال قد يصدر من مورد المعرفة الفنية نتصور أيضاً أنه قد يصدر عن متلقها سواء تُجسّد عدم التنفيذ بصفة كلية أو جزئية، و هو يتجلى على وجه الخصوص في عدم التنفيذ للإلتزام الرئيسي في العقد، و هو دفع مقابل المعرفة الفنية و الذي قد يكون مبلغ نقدي، أو في شكل مقايضة التي قد تأخذ شكل الأوفست (مبادلة صفقة بصفقة) (4) على النحو الذي بيّناه سابقاً بمناسبة التطرق للإلتزامات المتلقي، فيعد

(1) - د/ وائل حمدي أحمد علي، مرجع سابق، ص 335.

(2) - نص المادة 124 مكرر يفيد كذلك بأن هناك ربط بين نظرية التعسف في استعمال الحق و المسؤولية التقصيرية و هناك جانب من الفقه و بعض التشريعات من يخرج هذه النظرية من دائرة المسؤولية التقصيرية، حيث يربط التعسف بفكرة الحق و يجعله مستقلاً بنظرية عامة.

(3) - د/ وائل حمدي أحمد علي، ذات المرجع أعلاه، ص 33.

(4) - د/ حسام محمد عيسى، مرجع سابق، ص 109.

- د/ يوسف عبد الهادي الأكياني. مرجع سابق 199.

- د/ نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 293 :

من المفيد للدول النامية، التحفظ بشأن ورود شرط ربط تغيرات الأسعار l'indexation أو شرط تغيير سعر الصرف la clause de variation de change، ومن المفيد لها أيضاً تحقيق نوع من الانتماء في التعامل عن طريق دفع أقساط من تحت الحساب أي الدفع التدريجي أو لا بأول مع تقدم الأعمال.

إخلاقاً بالإلتزام التعاقدي من طرف المتلقي كلما خرج عن أداء ما عليه من خلال التأخر في الدفع أو الخطأ في الدفع⁽¹⁾ أو عدم الدفع أو عدم الدفع كلياً.

و نجد المورد في عقود نقل المعرفة الفنية يحرص دائماً على تلافي أخطار عدم الدفع أو التأخير فيه، لذلك كثيراً ما يلجأ إلى إستعمال طريقة خطاب الضمان⁽²⁾، لما له من فعالية في إستخدامه في العقود الداخلية أو الدولية، و لقد عرّفته المادة 355 من قانون التجارة المصري لعام 1999 بالآتي: " خطاب الضمان تعهد مكتوب يصدر عن البنك بناءً على طلب شخص يسمى الأمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر يسمى المستفيد، إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب و دون اعتداد بأي معارضة.

- وتسري فيما لم يرد بشأنه نص أو عُرف في هذا الفرع القواعد و العادات السائدة في المعاملات الدولية بشأن خطاب الضمان".

و قد يطلب من المتلقي ضمان الوفاء بموجب كفالة cautionnement بضمان مصرفي يأتي على شكل مستندات، يتعهد المصرف بموجبهها بسداد المبالغ المستحقة في مواعيدها الثابتة.

كما قد يلجأ الطرفان إلى الإتفاق على دفع المقابل بأسلوب الإعتماد المستندي بإعتباره و سيلة فعالة لضمان كل من طرفي العقد في مواجهة الآخر، ووفاء كل منهما بالإلتزامه الناشئ عن العقد⁽³⁾.

هذا و يجب أن نذكر بأنّ المبادئ العامة في القانون⁽⁴⁾ كقانون و اجب التطبيق على عقود نقل المعرفة الفنية فيما يتعلق بدفع مقابل المعرفة الفنية تتيح للمتلقي الحق في الإمتناع عن الوفاء بالمقابل عند زوال سرية المعرفة الفنية⁽⁵⁾ أو إنتهاء مدة حق الملكية الصناعية، كما تمنح هذه المبادئ للمتلقي حق الطعن في صحة حق المعرفة و حقوق الملكية الفكرية كمبدأ⁽⁶⁾.

(1) Deleuze J.M .op cit. p 98.

(2) - يسمى خطاب الضمان la lettre de garantie أيضا بالضمان المصرفي عند أول طلب و يعتبره البعض نوع من أنواع الكفالات.

(3) - أ/ فهد بجاد الملا، مرجع سابق، ص 79.

(4) - إلى جانب المبادئ العامة في القانون كقانون و اجب التطبيق على عقد نقل المعرفة الفنية نجد القانون الوطني وقانون التجارة الدولية أيضا قانونين و اجبي التطبيق على هذه العقود.

(5) - د/ أمال زيدان عبد الله، الإلتزام بالسرية في عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 326.

(6) - د/ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 251 و ما بعدها.

و قد يظهر الإخلال بالدفع من طرف المتلقي حينما يكون ملزماً بإبرام وثيقة التأمين assurance بإعتباره طرف ضعيف في العقد ، لأنه لا يوجد ما يمنع من القيام بالتأمين من طرف المورد لدى جهة متخصصة يكون الغرض منها تغطية مخاطر عدم سداد المقابل أو عدم توريد المعرفة الفنية كاملة، وجهة التأمين هذه تضمن حلول محل الدائن في حقوقه و امتيازاته (1).

وعادة ما يفرض القيام بالتأمين على المتلقي إذا كان متعاقدًا مع شركات تتمتع بالهيمنة و الإحتكار المعرفي في المجال المتعاقد عليه ، حيث تفرنها بشروط كثيرًا ما تكون تعسفية بحجة درء مخاطر عدم التوازن الإقتصادي للعقد، كحالة إشتراط إلزام المتلقي بالإستمرارية في دفع إتاوات دورية مابقي العقد مستمرا، دون النظر حتى على إستمرار إستغلال المعرفة الفنية أو قيامها بدورها في العملية الإنتاجية على ذات المستوى الذي بدأت فيه، أو كحالة إشتراط الحد من المخاطر المنكبّة على مورد المعرفة، أو نقل المخاطر كاملة على عاتق المتلقي- كحالة عبئ تبعة الهلاك أو التعويض عن الأضرار الناجمة عن إستعمال التكنولوجيا أو المعرفة الفنية المنقولة (2).

و يبقى للطرف الضعيف في العقد في مواجهة ضغط هذه الأطراف القوية التي عادة ماتكون شركات متعددة الجنسيات محاولة تقوية قدرته التفاوضية منذ البداية للوصول إلى حد منعدم ، لما لا من الشروط التقييدية كما يمكنه توسيع دائرة الضمان لصالحه و الأخذ بالضمان الإتفاقي عوض الإتفاق القانوني (3). كل هذه الشروط العقدية تقي الطرف المتلقي من متاهة اللجوء إلى القضاء، و طلب تدخل سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية كما هي مقررة بشأن عقود الإذعان، لكن بالنسبة لعقود المعرفة الفنية قد يتدخل القاضي بسلطته هذه في إطار مكافحة الإحتكار أو في إطار مكافحة عرقلة المنافسة الحرة أو بالإستناد على الأطر الدولية التي تمت تحت لواء التعاون الحكومي و المنظمات في شكل قوانين أو إتفاقيات دولية مصادق عليها.

و عمومًا إذا لم ينتهي العقد نهاية طبيعية بتحقيق الهدف الذي أنشئ من أجله أو بإنقضاء المدّة القانونية للمشروع أو العقد أو بهلاك المشرك أو بإتفاق الشركاء على حل العقد إتفاقيا أو بالتأميم، إذا تعلّق الأمر بمشروع دولي مشترك في شكل

(1) - د/ سامي عفيفي حاتم.التأمين الدولي،الدار المصرية اللبنانية، القاهرة،1986.ص 51 وما يليها.

(2) KAMEL Boumedienne.op cit. p 793.

- د/ السيد مصطفى أبو الخير،مرجع سابق،ص.507

(3) Terki Nour éddine.la garantie dans les contrats de longue durée en droit algerien.op cit. p 485.

تعاقدية⁽¹⁾، يكون العقد معرضا للإحلال لكن اللجوء إلى الفسخ بشكل مباشر في عقود نقل المعرفة الفنية خاصة إذا كان دوليا غير مصاغ، بل يجب القيام بكافة الإجراءات و المطالب الكفيلة بمواصلة تنفيذ العقد، و هتذا الإتجاه معتد به أيضا في جل القوانين الداخلية و نضب على ذلك مثلا ما نص عليه المشرع بنص المادة 119 من القانون المدني الجزائري بالقول:

" في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزاماته جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين، إذا إقتضى الحال ذلك، و يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا⁽²⁾ حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الإلتزامات".

و فسخ العقد بإعتباره جزاء للطرف الذي لم يلتزم بتنفيذه إلتزاماته، وحق للطرف المتضرر بأن يطلب به قضاء أو يمتنع عن ذلك، فإذا قضى القضاء بالفسخ أو تمّ الفسخ إتفاقا في العقد مسبقا بتحديد شروط قيامه فإنّ :

القاعدة تقول بأنّ الفسخ يزيل العقد بأثر رجعي، معنى ذلك و جوب إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد فإذا فسخ عقد البيع مثلا و جب رد المبيع إلى البائع و رد الثمن إلى المشتري.

لكن في العقود المستمرة لا يكون للفسخ أثر رجعي بل يكون أثره إلا بالنسبة للمستقبل كعقد الإيجار و عقد العمل و المقاولاة لأن طبيعة هذه العقود تقتضي أنّ الزمن معقود عليه و ما فات منه لا يمكن الرجوع فيه، و يترتب على ذلك أنّ الأجرة المستحقة عن المدة قبل فسخ الإيجار مثلا، تكون لها صفة الأجرة لا التعويض فيكون لها إمتياز المؤجر⁽³⁾.

(1) - د/ محمد فلاح بخيت، مرجع سابق، ص 243.

(2) - د/ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 382.

(3) - يسمى أجل التنفيذ أيضا نظرة الميسرة délai de grâce و يجوز أيضا الحكم بوفاء المدين و فق أفساط إذا وجد ما يبرر حسن نيته.

و باعتبار عقد نقل المعرفة الفنية من عقود المدة تكون للفسخ ثلاثة آثار:

- 1- إنحلال العقد منذ أن يتقرر الفسخ، لا تقوم له قائمة.
- 2- هذا الفسخ يقتصر على المستقبل و ليس له أثر رجعي يمتد إلى وقت نشوء العقد ، ذلك لأن عقد نقل المعرفة الفنية من عقود المدة و سريان قاعدة الأثر الرجعي لن تعيد الحال إلى ماكان عليه قبل التعاقد.
- و يقتصر أثر الفسخ على المستقبل⁽¹⁾، لأجل ذلك ينصح الكثير⁽²⁾ بأن من مصلحة المتلقي عدم التعجيل بدفع المقابل دفعة واحدة بل عليه التأنى و ربط تنفيذ التزاماته في هذا الشأن بتقرب الأحداث و أمامه في ذلك العديد من الخيارات.
- 3- عدم تأثير الفسخ على بند الإختصاص التشريعي أو القضائي الذي اتفق عليه الأطراف⁽³⁾.

وفي حال الحكم بفسخ العقد أو تقرر فسخه إتفاقاً من تلقاء نفسه بإرادة الطرفين بشروط تعاقدية، لا تنتهي فرضية تعويض المتعاقد المتضرر الذي أجيب طلبه في الفسخ نتيجة الإخلال الوارد من المدين عمداً أو خطأ، و يكون الحق في التعويض شاملاً كافة الأضرار الناجمة عن الإخلال ، و يكون التعويض هنا على أساس المسؤولية التصريية⁽⁴⁾، لأن العقد أصبح محل فسخ فلا يجوز طلب التعويض، تأسيساً على المسؤولية العقدية بناء على العقد المنتهي.

لكن في حالة ما إذا طلب المدين تنفيذ العقد لا فسخه يجوز لطلب التعويض أن يؤسس على المسؤولية العقدية لأنه في هذه الحالة العقد لازال قائماً.

و مع كل ذلك أعطي القانون كقاعدة عامة سائدة في جل القوانين الوضعية سلطة تعديل بعض شروط العقد، كسلطة تعديل الإتفاق على تقدير التعويض الذي يستحقه أحد المتعاقدين بسبب الإخلال الناجم عن الطرف الآخر (الشرط الجزائي)، و قيمة التعويض تحدد بناء عن الضرر المحقق من خلال الإخلال.

و مسألة التعويض تمثل أهمية كبيرة جداً بالنسبة للدول النامية، نظراً لما تتكبده من أموال

(1) - د/ محمود محمد سليمان الكيلاني، جزاء الإخلال في تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 486.

(2) - فهد بجاد الملا، مرجع سابق، ص 7.

(3) - آثار الفسخ الثلاثة منصوص عليها في إتفاقية فيينا لعام 1980 الخاصة ببيع البضائع، مرجع سابق.

(4) - د/ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 382.

طائفة رغبة منها في تحقيق طموحاتها الاقتصادية و التنموية، لذا نجدها تحرص على إتباع منهج الضمان المالي الواقع على المورد للمعارف الفنية ، و هو ما يعرف بضمان حسن التنفيذ و ضمان حسن العقد الذي تتراوح نسبته من 20 % إلى 100 % من قيمة العقد. لقد إتسع مجال و طرق التعامل الذي محوره الأساسي معرفة فنية، فتعدى التعاقد الوسائل الكلاسيكية التقليدية إن صح التعبير، ليشمل و سائل تعاقد جديدة في سوق التجارة الإلكترونية و من أهمها البريد الإلكتروني Email، و كذلك العقد الإطار كوسيلة فنية للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، و الذي بمقتضاه يلتزم الأطراف المتعاملون بتحديد شروط و سائل تحكم العلاقة التعاقدية بينهم عبر شبكة الإنترنت، و يكون التعهد بينهم عبر البريد الإلكتروني، لما يقدمه من سهولة في الإيجاب و القبول، لإبرام هذا العقد الإطار الذي يجنبهم ما قد يحدث من عقبات عند إبرام التعاقد ، في سوق التجارة الإلكترونية و يعتبر خطاب التجارة الإلكترونية *la lettre de commerce électronique*، هو الشكل المبسط لعقد الإطار.

إضافة إلى هذه الوسائل توجد و سيلة إتخاذ موقع web site على الإنترنت لعرض الخدمات و المنتجات في سوق التجارة الإلكترونية⁽¹⁾، و بإعتبار الإنترنت لم تصبح من الشرايين التجارية إلا منذ عام 1995، فإنّ النظم القضائية تقوم ببذل الكثير من الجهود المنصبة في سبيل تكييف القوانين التي تمّ و وضعها قبل هذا التاريخ مع قضايا التجارة الإلكترونية المعاصرة لعدم و ضع التجارة الإلكترونية في الإعتبار فعدم سدن القوانين في جميع بلدان العالم، خلق الكثير من المشاكل من الناحية القانونية⁽⁰²⁾، وهذا ما دفع ببعض إلى اللجوء إلى التحكيم كوسيلة تحقق وفق نظرهم الفعالية لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية⁽³⁾.

و عليه إذا كانت آثار التمسك بإخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته في سوق التجارة الإلكترونية هي ذات الآثار المشهودة في أنماط التجارة الكلاسيكية السابق الإشارة إليها، إلا أنّ الأكيّد أنّ أنواع و أشكال الإخلال بهذه العقود الإلكترونية المعاصرة يفصح عن

(1) - إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 298 و ما بعدها.

(2) - د/ عماد الحداد، التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 44.

(3) - د/ أحمد صالح علي مخلوف، إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2000، ص 75.

تفاصيل و إختلافات أكيدة بينها و بين سابقتها فيكفي النظر إلى بعض وسائل الوفاء بالالتزامات في التجارة الإلكترونية حتى نرى هذا الإختلاف⁽¹⁾، كما أنه يكفيننا النظر إلى الوسائط الإلكترونية الجديدة حتى ندرك هذا الإختلاف أيضا⁽²⁾.

بناءً على ما تقدم و وسط هذا التسارع و التقدم المبهر في سوق التجارة الإلكترونية و شعب و سائلها، نجد القوانين المتعلقة بالإنترنت لا زالت في مراحلها الأولى أي في مرحلة الوضع و التهذيب، رغم وجود الهيئات الدولية و التي ظهرت مؤخرًا بهدف وضع اللوائح الكفيلة بمراقبة صفقات الإنترنت، لكن في الكثير من الحالات الأخرى يتم حسم المنازعات في المحاكم المحلية⁽³⁾ لذا نجد أن معالجة القضايا القانونية في هذا الصدد لا زالت في بدايتها و لعل أهم هذه القضايا ما يلي:

- السلطة القانونية: فمن الصعب جدًا تحديد الجهة التي لها الحق في مراقبة الصفقات التجارية التي يتم إبرامها عبر شبكة الويب، كون هذه الأخيرة "كيان عالمي" فيفرض السؤال نفسه:

- هل تكون لحكومة الطرف المشتري الكلمة الأخيرة؟.

- لم تكون للحكومة التي تخضع لها الشركة صاحبة موقع الويب؟.

و نجد على سبيل المثال في الولايات المتحدة تنوع في القوانين الخاصة بالولايات التي تتكون منها الدولة داخل حدود الدولة الواحدة.

- من المشاكل المثيرة في سوق التجارة الإلكترونية: إنتهاك حقوق الملكية الفكرية فالكثير يعتقد خطأً أنه من الممكن الحصول على المعلومات و تناقلها بشكل قانوني دون الحصول على موافقة مالكيها، ولكن يبقى الإشكال في: كيفية فرض القوانين التي تنص على ذلك؟.

- الوصول إلى المعلومات العامة على الويب أصبح أكثر سهولة من ذي قبل، و حتى المعلومات السرية يسهل اليوم الوصول إليها، و مرجع ذلك إلى قواعد البيانات التي

(1) - من الوسائل المعتمدة في الدفع في سوق التجارة الإلكترونية: بطاقة الإئتمان -crédit cards- بطاقة الدفع- visa Droit cards بطاقة الصرف البنكي -change cards- البطاقة الذكية Smart cards - بطاقة الموندكس Mondex cards.

(2) - من الوسائط الإلكترونية الجديدة في سوق التجارة الإلكترونية نجد: الهاتف المصرفي phone Bank خدمات المناقصة الإلكترونية- الإنترنت المصرفي- النقود الإلكترونية- الشيكات الإلكترونية.

(3) - د/ عماد الحداد، مرجع سابق، ص 45.

تستخدمها مواقع الويب الخاصة بالتجارة الإلكترونية في الاحتفاظ بالبيانات و المعلومات المتعلقة بالعملاء فأصبح من المألح أن تقوم هذه الشركات بإستخدام أفضل نظم التأمين من أجل حماية هذه المعلومات (1).

المطلب الثاني: حالة إستحالة أو صعوبة تنفيذ الإلتزامات في عقود نقل المعرفة الفنية

ف يكون عدم تنفيذ العقود الدولية لنقل المعرفة الفنية و بشكل خاص العقود الزمنية ، أي الممتدة راجعاً لسبب أجنبي خارج عن إرادة الطرف المذلل بالإلتزام، فيما يجعل من تنفيذ إلتزام الطرف المخل مرهقاً هذا ماندعوه بحالة الظروف الطارئة، و إما أن يجعل من التنفيذ أمراً مستحيلاً و هو حالة القوة القاهرة، و سوف نتناول الحالتين كما يلي:

الفرع الأول: حالة القوة القاهرة في عقود نقل المعرفة الفنية.

الفرع الثاني: حالة صعوبة التنفيذ في عقود نقل المعرفة الفنية.

الفرع الأول: حالة القوة القاهرة في عقود نقل المعرفة الفنية *la force majeure*

تعرفت كافة القوانين الوضعية إلى حالة إنقضاء الإلتزامات العقدية في حالة إستحالة تنفيذها لسبب أجنبي لا يد للطرفين أو لأحدهما فيه (2). و تتحقق هذه الإستحالة بفعل القوة القاهرة، أو بفعل الدائن أو بفعل الغير، و لم تكثر القوانين لإعطاء تعريف جامع مانع للقوة القاهرة.

عرفت غرفة التجارة الدولية القوة القاهرة بأنها: " كل حادث مفاجئ خارج عن إرادة أو مراقبة الطرف المدين بحيث لا يكون بإستطاعته توقع حدوثه و لا آثاره، و يمنعه مؤقتاً أو نهائياً من أداء إلتزاماته التعاقدية سواء كان ذلك بصورة جزئية أو كلية".

(1) - د/ عماد الحداد، مرجع سابق، ص 44.

(2) - د/ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 240.

ونجد أن القوانين الداخلية تقضي بإفساخ العقد من تلقاء نفسه أي بقوة القانون في حالة استحالة تنفيذ بسبب القوة القاهرة (1).

فلا مجال للتنفيذ العيني لوجود الإستحالة و لا مجال للتعويض لعدم وجود خطأ (2).
لكن بالرجوع إلى التطبيقات العملية في مجال التجارة الدولية عمومًا، و فيما يخص عقود نقل المعرفة الفنية خصوصًا، نجد الأطراف بدافع الرغبة في المضي قدما لتنفيذ العقد و الإستمرار في تنفيذ الإلتزامات الواقعة على عاتقها يبتدعون حلولًا لمواصلة تنفيذ العقد، فيعلقون مثلا العقد لمدة (3) دون جعله عرضة للإفساخ بالنظر من جهة إلى آمال الطرف المتلقي الواسعة في تحقيق تطور و تنمية حقيقية للآفاق بالركب الحضاري العلمي و التكنولوجي السائد في الدول المتقدمة.

و من جهة ثانية إلى مخاوف الطرف المورد الذي يكون قد قطع شوطا في التنفيذ مما أتاح إنكشاف الأسرار التي طالما اجتهد في الحفاظ عليها، و بخسارته و فقدانه للسرية المحاطة بالمعرفة الفنية يكون قد خسر الجزء الرئيسي المعتمد عليه في المحافظة على رأس ماله الحقيقي وهو المعرفة الفنية ذاتها.
وهناك فروق بين كل من الحادث المفاجئ و القوّة القاهرة كون إستحالة التنفيذ في الأول نسبية، و في الثاني مطلقة.

كما أنّ الحادث المفاجئ من الظواهر الطبيعية كالزلازل لكن القوة القاهرة قد تكون صادرة عن إرادة شخص آخر (4)، و جلّ الفقه يدعو حاليًا إلى عدم التفرقة بينهما شأنه في ذلك شأن أغلب القوانين اللاتينية (5)، لأنّ كلاهما يؤثر على السير الطبيعي للإلتزامات أحد الأطراف (6).
و يؤدي حدوث القوة القاهرة و الحادث المفاجئ كقاعدة إلى إنقضاء العقد بسبب إستحالة تنفيذ الإلتزام

(1) - تنص المادة 127 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، على: " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد ينشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة القاهرة أو غير ملزم بتعويض هذا الضرر مالم يوجد نص قانوني أو إتفاق يخالف ذلك".

- تنص المادة 307 من ذات القانون أعلاه على: " ينقضي الإلتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلًا عليه لسبب أجنبي عن إرادته".

(2) - د/ محسن شفيق، عقد تسليم مفتاح (نموذج من عقود التنمية)، مرجع سابق، ص 105.

(3) Jean Michel Jaquet, op cit. p 117.

(4) - أ/ محمد إقلولي، مرجع سابق، ص 207.

(5) - لا فرق بين القوة القاهرة و الحادث المفاجئ في القانون المدني الجزائري (المواد 127-568-307) و لا في القانون المدني الفرنسي (المواد 1147+1148)، و لا في القانون المدني المصري (165+217+227+665).

(6) - د/ محمود محمد سليمان الكيلاني، جزاء الإخلال في تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 421.

فيه بصفة كلية أو جزئية⁽¹⁾، ورغم أن التشريعات لم تتعرض لتعريف القوة القاهرة، لكن تطرقت إلى إستحالة التنفيذ بشكل عام وواضح من خلال وضع شرطين لتطبيق حكم "إنقضاء الإلتزام" هما:

أ- السبب الأجنبي عن فعل المدين.

ب- الإستحالة: أي الإستحالة الفعلية و يقدرها قاضي الموضوع كهلاك المبيع، أو الإستحالة القانونية الدائمة أو المؤقتة لتنفيذ الإلتزام، كصدور قانون يحرم التعامل بالشيء المبيع قبل حلول ميعاد التسليم، الدائمة أو المؤقتة لتنفيذ الإلتزام.

و لا يجد الفقه و لا القضاء خلاف حول مضمون القوة القاهرة كما لا يجد عناء لتطبيقها إذ يوجد إتفاق على كونها " حادث لا يمكن توقعه imprévisible، و لا مقاومته أو دفعه irrésistible، و لا التغلب عليه أو تحاشيه و لا السيطرة عليه و لا نسبته إلى المتمسك به"، فشرطيهما إذا هما:

أ- عدم التوقع الحادث.

ب- عدم إمكان دفع الحادث.

و لا نكاد نجد عقدًا دوليًا يخلو حاليًا من النص عن شروط توضّح الملاسات الممكن حصولها بشأن " إستحالة التنفيذ بسبب القوة القاهرة⁽²⁾، بل أكثر من ذلك قد نجد تعاريف و حالات مسرودة حصرا معتبرة من قبيل القوة القاهرة⁽³⁾.

و لا نجد بالمقابل على مستوى التطبيق الدولي مصطلح الحادث المفاجئ، إلا بصفة تكاد تنعدم، و يبقى الغالب في تحرير نصوص العقود الدولية لنقل المعرفة الفنية ورود مصطلح القوة القاهرة مع توضيح شروطها و أمثلة عنها وأحيانا مفهوما.

فقد جاء عن نموذج عقد تجاري دولي صادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس تعداد لحالات القوة القاهرة و أعطت أمثلة عنها: كالحرب، التخريب، المصادرة، التأميم، الإضراب، إستحالة الحصول على الطاقة أو المواد الأولية.

كما أوردت أمثلة على حوادث لا يمكن إعتبارها من حالات القوة القاهرة، مثل رفض السلطة العامة، منح تراخيص أو تأشيرات الدخول أو الإقامة أو

(1) - محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، ص 38: أسباب إنقضاء العقد عديدة منها إستحالة التنفيذ (قوة القاهرة أو بسبب الدائن أو بسبب الغير). ومنها البطلان حيث يتمثل جزاءه في زوال أثر التصرف القانوني.

(2) Jean Michel jaquet. op. cit. p 116.

(3) - درجت العقود في النظام اللاتيني على إعطاء تعريف للقوة القاهرة، بالمقابل نجد ميول إلى النص في العقود على سرد حالات القوة القاهرة و على إمكانية تعديلها في النظام الإنجلو أمريكي.

المواصفات اللازمة لتنفيذ العقد (ثم ترك فراغا ليملأه المتعاقدان بأمثلة أخرى لما لا يعتبر من القوة القاهرة).

فيحسن بنا التذكير أنّ شروط القوة القاهرة سواء في العقود الداخلية أو الدولية ليست من النظام العام بما يجيز تدخل الأطراف بتنظيم إتفاقات بشأنها، كأن يقوموا مثلا بتحديد المسؤولية بما يخالف القانون، و ذلك بأن يتحمّل طرف في العقد تبعه إستحالة التنفيذ بسبب القوة القاهرة تماما، مثل الإمكانية المتاحة لأطراف العقود الدولية بتحويل الإلتزام ببذل عناية و تشديده ليصبح إلتزاما بتحقيق نتيجة (1).

رغم أن القاعدة في بعض التشريعات و في كثير من أنواع العقود كالمقولة لا تقول بتحمل المدين في العقود الملزمة للجانبين تبعه إستحالة التنفيذ بسبب القوة القاهرة (2).

و إذا كانت القاعدة في القوانين الداخلية في حالة إستحالة التنفيذ للقوة القاهرة هي الحكم بإنقضاء الإلتزام دون إلزام المدين بتنفيذ عيني أو تعويض، و شرطا الحكم في هذا النوع من الإستحالة هما: عدم توقع الحادث و عدم إمكان درئه (3).

فإنّه يوجد خروج على هذه القاعدة في مجال عقود نقل المعرفة الفنية كما سبق ذكره.

و للتوضيح أكثر نقول بأنه لا يمكن تطبيق الآثار القانونية النظرية السائدة في مجال المعاملات الداخلية، و المتمثلة في إنفساخ العقد شريطة أن تكون إستحالة التنفيذ تشمل الإلتزامات الجوهرية في عقود نقل المعرفة الفنية- خاصة الدولية منها- بالنظر إلى خصوصيتها و أهميتها التي تفرض نفسها.

فلا يمكننا تصور إنسلاخ المدين من إلتزاماته هكذا دون عواقب تذكر، فالتطبيقات الحديثة و يؤيدها في ذلك الفقه الحديث تنظر إلى مصير العقد.

و بالتالي نقول بضرورة تعليق أو تعطيل أو توقيف مؤقت للعقد

(1) - د/ محمود محمد سليمان الكيلاني، جزاء الاخلال في تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 395.

(2) - تنص المادة 568 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، على " إذا هلك الشيء بسبب حادث مفاجئ قبل تسليمه لرب العمل فليس للمقاول أن يطالب لا بثمن عمله و لا يرد نفقاته، و يكون هلاك المادة على من قام بتوريدها من الطرفين.

- أما إذا كان المقاول قد أعذر بتسليم الشيء، أو كان هلاك الشيء أو تلفه قبل التسليم راجع الى خطأه و جب عليه أن يعوّض رب العمل.

- فإذا كان رب العمل هو الذي أعذر بأن يتسلم الشيء أو كان هلاك الشيء أو تلفه راجعا إلى خطأ منه أو إلى عيب في المادة التي قام بتوريدها كان هلاك المادة عليه و كان للمقاول الحق في الأجرة و في إصلاح الضرر عند الاقتضاء".

(3) - د/ محسن شفيق، عقد تسليم مفتاح (نموذج من عقود التنمية)، مرجع سابق، ص 103.

Suspension du contrat بسبب القوة القاهرة، فلا يكون هناك إنقطاع أبدي عن تنفيذ الإلتزام و عادة ما يتم الإتفاق بين الطرفين على أجل معين يتوقع خلاله قيام ظروف القوة القاهرة، وليكن مثلا ثلاثة أشهر، فإن إنقضت هذه المدّة دون أن تزول القوة القاهرة قد يعتمد الطرفان حل إنفساخ العقد، كما قد يعتمدان حل معاودة التفاوض من جديد لتعديل شروط العقد و تكيفها مع الوضع الجديد الذي أو جدته القوة القاهرة (1)، فإذا فشل الطرفان في هذه المحاولة و إنقضى الحد الأقصى المحدد في العقد لعملية إعادة التفاوض لمواصلة بوجود ظرف القوة القاهرة إنفسخ العقد تلقائيا و سقط بحكم القانون و الإتفاق (2).

ومن هذه الشروط العقدية المتناولة من طرف الدائن و المدين على السواء يتبين دورهما الإيجابي بالتخفيف من آثار القوة القاهرة و نجد في هذا المضمار عدة صيغ معتمدة مثل:
" في كل الأحوال يجب على الطرف المعني إتخاذ كل الإجراءات الضرورية التي تكفل في أسرع الأجل الإستئناف العادي و الطبيعي لتنفيذ الإلتزامات التعاقدية المعرّقة بظرف القوة القاهرة، و العمل على إستدراك الوقت الذي ضاع من جرّاء هذه الظروف".

و مع حالة إعفاء المدين من التعويض عن التأخير في التنفيذ بسبب القوة القاهرة و أثره في وقف تنفيذ الإلتزام يجب عند زوال الظرف عودة الإلتزام إلى فاعليته الأولى، فيكون و اجب التنفيذ عينا و درجت العقود على إلتزام المدين خلال فترة و وقف التنفيذ بإتخاذ التدابير المعقولة لإزالة العقبة التي نشأت عن القوة القاهرة، و من العقود ما يقضي بتوزيع نفقات هذه التدابير على الطرفين مناصفة بينهما لأنها تعود بالنفع عليهما معاً.

وقد يكون للتمسك بالقوة القاهرة آثار سلبية بالنسبة للمتلقّي و من التطبيقات السائدة في هذه الحالة نجد على سبيل المثال عقد مبرم بين مؤسستين (أ،ب) محله معرفة فنية، و عند بدء الإنتاج ظهرت صناعة جديدة - كان المورد على علم بوجودها و مع ذلك أقدم على التعاقد مع المتلقّي - .
فلما ظهرت الصناعة الجديدة أحدثت ثورة في أوجه المفاضلة لدى المستهلك جعلته ينصرف عن إنتاج الشركة المتلقية للمعرفة، و منذ ذلك الحين أُبقي إنتاجها مكدسا في المخازن.

(1) Jean Michel jaquet.op cit. p 117.

(2) - د/ نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 277.

ومن حالات تطبيقات القوة القاهرة صدور تحذير عالمي من منتج ما لأسباب صحية و أمنية عامة بعد إكتشاف خطورة المنتج.

كل هذه الحالات فضلا عن حالات أخرى عديدة قد تدفع بالمورد إلى التمسك بالقوة القاهرة لإستبعاد مسؤوليته، مثل ما ورد بنموذج العقد الذي أعدته غرفة التجارة الدولية حيث إعتبرت الإضراب من حالات القوة القاهرة دون إعتبار لسبب و قوعه، أي ولو كان راجعا إلى فعل المدين و غني عن الذكر أن هذا العقد وهو يُجري مثل هذه التجاوزات يرجح الإعتبارات العملية، أو يميل إلى حماية أحد الطرفين⁽¹⁾، ففي مثل الأحوال السالفة الذكر نجد المورد يتمسك بالسبب الأجنبي لدرء المسؤولية عنه و لا يجد المتلقي أمامه في مثل هذه الحالات و الملابسات الخطيرة إلا الرجوع إلى قواعد العدالة لدفع المورد لتحمل المسؤولية كاملة من طرفه، و لهذا لفتت منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية (UNIDO) أنظار المتلقين من الدول النامية لهذه الحالات، و قالت " أن شرط القوة القاهرة جاء ليحمي الأطراف من المطالبات على التقصير في الوفاء بالإلتزامات التعاقدية بفعل القضاء و القدر".

فمن الخطر أن يتولد الإحتجاج و راء القوة القاهرة في عقود ذات أهمية كبيرة موضوعها تكنولوجيا متطورة أو مركبة، و يثبت عدم التسليم أو سوء التسليم أو توريد البيانات الهندسية الأساسية أو توريد الآلات متأخرا، و يحاول في كل هذه الحالات المورد التستر و راء القضاء و القدر، أو القوة القاهرة، لهذا لا ينصح بورود شرط القوة القاهرة بينود العقد بصفة غامضة يستطيع من وراءها المورد التمسك بها حتى في الحالات التي له مكنة توقعها أو له إمكانية التحكم فيها.

و أخيراً نشير إلى أن هناك إجراءات من الواجب إتباعها عند حلول القوة القاهرة تتمثل أساسا في وجود إخطار الدائن بالحادث، و ليس هذا هو الإجراء الوحيد المشروط، فقد تضيف بعض العقود شرط ضرورة تأييد الإخطار بشهادة صادرة عن جهة إدارية أو قضائية، أو عن غرفة تجارية في المكان الذي وقع فيه الحادث تشمل على بيان نوع الحادث و مقدار جسامته حتى يتمكن الدائن من تقدير جديته و مدى تأثيره في تنفيذ الإلتزام، وقد يحدد العقد ميعاد لعمل الإخطار، و في العقود ما يترتب على عدم مراعاة هذا الميعاد سقوط حق المدين في التمسك بالقوة القاهرة.

(1) - د/ محسن شفيق، عقد تسليم مفتاح (نموذج من عقود التنمية)، مرجع سابق، ص 107.

كما أنه قد تُلزم بعض العقود المدين بإخطار الدائن بزوال القوة القاهرة و إستئناف التنفيذ (1). و بطبيعة الحال يخضع إنفساخ العقد في حالة القوة القاهرة إلى القانون الواجب التطبيق على العقد، لإتصال الأمر بأحد أوجه إنقضائه و ذلك الحل يسري أيضا بالنسبة لفسخ العقد بحكم القضاء، و فسخ العقد بالإتفاق، فقانون العقد هو الذي يحدد إنفساخ العقد لإستحالة التنفيذ و شروط فسخ العقد بحكم القضاء أو الإتفاق، و آثار كل من الإنفساخ و الفسخ (2).

الفرع الثاني: حالة صعوبة تنفيذ الإلتزامات في عقود نقل المعرفة الفنية

عُرفت نظرية الظروف الطارئة منذ القديم في مصر و عند اليونان و عند الرومان كما عرفت لدى فقهاء الشريعة الإسلامية نظرا لتفوق هذه الأخيرة بفقهاء المعاملات، و باعتبار أصل الشريعة الإسلامية يقوم على اليسر و التسهيل، حيث يقول الله تعالى " يريد الله بكم اليسر و لا يريد بكم العسر" (3)، و يقول تعالى أيضا " و ما جعل عليكم في الدين من حرج " (4). فمفهوم الظروف الطارئة (5): تلك الأحداث المستقلة عن ارادة المتعاقدين و توقعاتهم عند إبرام العقد، يكون من طبيعتها الإخلال بتوازن العقد و إصابة أحد المتعاقدين بضرر فادح". و الأطراف الدولية في عقود المدة التي محتواها معارف فنية أقرب للتعرض إلى مثل هذه الظروف بالنظر لطول مدة سريان العقد على إمتداد سنوات عديدة، فأخطار التكنولوجيا و المعارف الفنية تقلبات الأسعار و غيرها من الظروف التجارية و الإقتصادية من الممكن أن تعرقل السير الحسن و الطبيعي لتنفيذ العقد، و من أجل السعي إلى المحافظة على تنفيذ العقد بدل فسخه أو إنفساخه ، كما هو الحال بالنسبة للتمسك بالقوة القاهرة و ما تفرره من نتيجة كقاعدة عامة. قد يرد بنص العقد رد الإلتزام المرهق للحد المعقول (5).

قد تخدم نظرية الظروف الطارئة الطرف الضعيف (المتلقي) في العقد أحيانا، فإن أبرمت مؤسسة عقدا مع أخرى للحصول على معارف فنية بمستوى معين، و يظهر لا حقا أن المعارف المنقولة تقل

(1) - د/ محسن شفيق، عقد تسليم مفتاح (نموذج من عقود التنمية)، مرجع سابق، ص 107 و ما بعدها.

(2) - د/ أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 240 و ما بعدها.

(3) - سورة البقرة الآية 185.

(4) - سورة الحج الآية 78.

(5) - شريف محمد غانم أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، جامعة المنصورة 2000، ص 37.

(6) - د/ تركي نور الدين، محاضرات طالبة ماجستير، مرجع سابق:

les contrats internationaux de longue durée sont tellement liés avec le développement de l'économie national que leur inexécution ou leur mauvaise exécution peut engendrer un préjudice considérable.

أهمية عن تلك المتعاقد عليها- بظهور معارف أخرى مثلا على الساحة التجارية الدولية تطغى على تلك المتعاقد عليها من حيث التداول-.

أو إذا ظهرت ظروف أمنية أو صحية إستثنائية غير متوقعة لا يمكن التصدي لها، تجعل تنفيذ الإلتزام فيها مرهقا مسببا لخسائر كبيرة للطرف المتلقي، فيتوجب تعديل الإلتزام فيها و فق ما تقتضيه متطلبات العدل، و لا منجى للطرف الضعيف من هذه الحالة إلا إتخاذ أسلوب التمسك بالظروف الطارئة للتخفيف من الضرر اللاحق به.

لكن في أحيان أخرى قد لا تخدم الظروف الطارئة الطرف الضعيف، فإذا أخذنا على سبيل المثال: الأخذ بنص المادة 18 من القانون المدني الجزائري، التي تكرر مبدأ الإرادة في إختيار القانون الواجب التطبيق، وكان القانون الجزائري هو القانون المختار للتطبيق، فإنه لا يكون دائما في صالح المؤسسات الوطنية، و مثال ذلك العقد المبرم بين مؤسسة سونطراك و مؤسستين أمريكيين (trunkline-panhandel) بشأن بيع الغاز الطبيعي غير المميع (GNL) لمدة 10 سنوات.

و نظرا لظروف خلقتها سياسة الدول المستوردة للبتروول و الغاز في ميدان إقتصاد الطاقة، تقلصت الطلبات على الغاز بشكل كبير مما دفع بالمؤسستين الأجنبيتين إلى إثارة تطبيق نظرية الظروف الطارئة بموجب نص المادة 107/ف3 من القانون المدني الجزائري و طالبتا بإنقاص قيمة الإلتزامهما⁽¹⁾.

و لقد أخذ المشرع الجزائري بنظرية الظروف الطارئة و شاملا بها كل العقود بما فيها عقود نقل المعرفة الفنية، سواء كانت من عقود المدة أو من العقود الفورية ذات التنفيذ المؤجل أو غيرها⁽²⁾.

و جاء نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري كالتالي:

" يجب تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه بحسن نية، و لا يقتصر العقد على إلتزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون و الصرف و العدالة بحسن طبيعة الإلتزام.

غير أن طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدية و إن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول و يقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك".

(1) - تركي نور الدين، محاضرات الماجستير، مرجع سابق.

(2) - د/ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 642 و ما بعدها.

و من ذلك نجد شروطا واجب توافرها للأخذ بهذه النظرية و هي:

- 1- وقوع حادث إستثنائي بعد إبرام العقد و قبل البدء في التنفيذ و هو الحادث الذي لا يقع إلا نادرا. و ننوه هنا بأن هناك أفكار فقهية و قضائية متضاربة من حيث مدى إعتبار التشريع حادث إستثنائي أم لا، فأخذ الفقه و القضاء المصريين بإمكانية إعتباره حادث إستثنائي لا سيما بعد حدوث ضجة فقهية كبيرة عقب ما أحدثه الإصلاح الزراعي في مصر عام 1952 من خسائر فادحة⁽¹⁾.
 - 2- أن يكون الحادث عام: أي لا يقتصر على المدين و لا يهم كل الناس أو كل المناطق بل يكفي أن يشمل طائفة من المتعاقدين أو مجال معين من النشاط.
 - 3- عدم توقع الحادث أو فجائيته و الضابط هنا موضوعي- كما في حالة القوة القاهرة- لا يقاس بما يتوقعه المدين بل بما يتوقعه الشخص الحريص اليقظ لو كان في نفس مركزه.
 - 4- صيرورة الإلتزام المرهق للمدين و مسببا لخسارة فادحة تجاوز الخسارة المألوفة في التعامل⁽²⁾. و لا نجد نظرية الظروف الطارئة تحضى بقبول جماعي من تشريعات الدول -فجد على سبيل المثال التشريع الفرنسي من أشد الأنظمة المعادية لنظرية الظروف الطارئة. فكرست المحاكم الفرنسية و لأمد طويل مبدأ سلطان الإرادة و القوة الملزمة للعقد اللذان كرستهما بدورها الثورة الفرنسية عام 1789، فرفضت أي تعديل لإلتزامات العقود بسبب تغيير الظروف و لم تستفيد من نظرية الظروف الطارئة في هذا القانون سوى العقود الإدارية⁽³⁾.
- وظلّ القضاء كذلك غير متأثراً بهذه النظرية إلا حديثاً بموجب حكم محكمة باريس للإستئناف الذي يعدّ سابقة قضائية، فتحت المجال لإمكانية تطبيقها حيث قضى بإحالة الأطراف على التفاوض من جديد ، لتكليف عقودهم مع معطيات الأسعار الجديدة⁽⁴⁾.

وفيما عدا ذلك لم يحتوي القانون الفرنسي على أحكام عامة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة على سائر العقود الخاصة، بينما تكررست النظرية على مستوى نصوص متفرقة

(1) - محمود عزلي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الدولية، رسالة ماجستير، جامعة تيزي وزو، ص 101 و ما بعدها.

(2) - د/ محسن شفيق، عقد تسليم مفتاح (نموذج من عقود التنمية)، مرجع سابق، ص 112.

(3) - Terki nour eddine *P'imprevison et le contrat international dans le code civil algerien*. office des publication universitaire .p 14.

Arrêt du conseil d'état en 1916 (gaz de bordeaux) dalloz 1916.

(4) arrêt 28 septembre 1976 paris . JCP 198. P1810.

في أحوال معينة مثل (حالة المتقاعد المضروب، و حالة عقد الشركة، و الإيجار، و التنازل، عن حقوق المؤلف).

و سار القانون السويسري على نهج القانون الفرنسي بعدم ورود قواعد عامة تطبق على كافة العقود (1). بالنسبة للقانون الإنجليزي ظل مناهضا لهذه النظرية تكريسا لمبدأ سلطان الإرادة و قدسية العقد لأمد طويل، و سار القضاء على هذا النهج حتى سنة 1863، حين قضت المحكمة بإنقضاء الإلتزام في حالة إستحالة تنفيذه (2)، و منذ ذلك الحين بقي القضاء الإنجليزي لا يأخذ بفكرة الظروف الطارئة، بل يقضي بفسخ العقد فقط لحالات القوة القاهرة، و ما لها من آثار و تقتصر مهمة القاضي الإنجليزي على توقيف العقد لمدة إلى حين زوال الظروف أو الفسخ.

و لم يتدخل الشارع الإنجليزي إلاّ عام 1943 بسنّه قانون يمنح القاضي سلطات تقديرية لتوزيع تبعّة الظرف الطارئ بين طرفي العقد، و فيما عداه يظل مفهوم الظرف الطارئ و فق القانون الإنجليزي حادث يسمح الإلتزام الأصلي و يغير معالمه فيخفي، و من ثمّ يستحيل تنفيذه، فيترتب على إستحالة التنفيذ، إذن إنهيّار مستقبل العقد مع بقاءه قائما في ماضيه (3).

في حين نجد القانون البولندي في موقع وسط إذ يعطي القاضي سلطة الأخذ بطريقة يحددها بموجبها مقدار الإلتزام و تنفيذه حتى إذا لم يجد بداً من المحافظة على العقد قضى بالفسخ (4). أما القانون الإيطالي فهو يترك للأطراف حرية تغيير شروط التعاقد بما يلائم الوضع الجديد فإن لم يتفقا يكون مصير العقد الفسخ حينذاك.

و يقضي أخيرا القانون المصري بموجب نص المادة 373 مدني مصري و كذا القانون المدني الأردني و القانون المدني الجزائري بنص المادة 107/ف 3 بإجازة إعادة التوازن في العلاقة التعاقدية، عن طريق توزيع أعباء الحادّث الطارئ بموجب القضاء.

(1) - محمود عزلي، مرجع سابق، ص 30.

- و جاء به نص المادة 373 من قانون الإلتزامات السويسري المطبق لهذه النظرية فيما يخص عقود المؤسس.

(2) - د/ محسن شفيق، عقد تسليم مفتاح (نموذج من عقود التنمية)، مرجع سابق، ص 114.

(3) - د/ محسن شفيق، عقد تسليم مفتاح (نموذج من عقود التنمية)، ذات المرجع أعلاه، ص 120.

(4) - د/ محمود محمد سليمان الكيلاني، جزاء الإخلال في تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 420.

بالعودة إلى عقود نقل المعرفة الفنية نجدها و سط التضارب التشريعي في الأخذ من عدم الأخذ بنظرية الظروف الطارئة أو جدت ميكانيزم خاص يأخذ بنظرية الظروف الطارئة، و لكن بطريقة تعاقدية فيها نوع من الخصوصية على ما هو سائد على الساحة التعاقدية الداخلية.

و يسمى هذا الميكانيزم بشرط إعادة التفاوض أو "HARD SHIP" و هو يتّصف بالطابع الإتفاقي فهو متغير، من عقد إلى عقد و يمكن تعريفه بأنه : " شرط يدرجه الأطراف في العقد و يتفقون فيه على إعادة التفاوض فيما بينهم ، عندما تقع أحداث من طبيعة معينة، يحددها الأطراف في العقد أو في إتفاق منفصل و تكون هذه الأحداث مستقلة عن إرادتهم و توقعاتهم عند إبرام العقد، و يكون من طبيعتها الإخلال بتوازن العقد و إصابة أحد المتعاقدين بضرر فادح" (1).

و من أمثلته:

- تغيير القيمة وفق لمؤشر معين أو أكثر أي la clause d'inexécution
- شرط بقاء القيمة رغم تغيير الظروف المالية أو الظروف الإقتصادية: la clause mobile
- شرط المراجعة الجزئية (كمراجعة الثمن).
- شرط المراجعة العامة أي إعادة التفاوض الكلي.

فالوصف التعاقدية و التلائم مع التغييرات، منحدًا الشرط أهمية كبيرة ، جعلته يتفادى التردد في الأخذ بالنظرية من جانب بعض النظم القانونية و قضاء التحكيم فهو (2) يعالج بمرونة تلائم المعاملات التجارية الدولية، و بحرص يستبعد معه بقدر المستطاع إنبهار العقد، فهو يستعمل معاني و صيغ رحبة يمكن أن تحتوي مراكز قد لا تعتبر بضوابط القوانين الوطنية ظروف طارئة، فيقول العقد للتعبير عن الفجائية: "حادث يجاوز التوقعات المألوفة "des événements en dehors de prévisions normales" و للتعبير عن جوهرية التغييرات التي تحدث في الإلتزام تغييرات بالغة الأهمية "changement très importants" أو غير عادية "extraordinaires".

و للتعبير عن فداحة الخسارة التي تلحق بالمدين أضرار لا مبرر لها "dommage injustifiés"، أو غير عادلة "dommages injuste" أو ضخمة "notable" و هي كلها تغييرات من السعة ما

(1) - أ/ شريف محمد غانم ، مرجع سابق ، ص 37.

(2) - د/ محسن شفيق، عقد تسليم مفتاح (نموذج من عقود التنمية)، مرجع سابق، ص 121.

يفضي عند الضرورة الصعوبات العادية أو الخسارات المتوسطة الحجم بواسطة شرط الهارد شيب "HARD SHIP".

وعادة ما نجد الأطراف ينصون في عقودهم على مصير العقد أثناء مرحلة إعادة التفاوض، وعن الأحداث التي تستوجب تطبيق الشرط أي: وطنية، دولية، إقتصادية، مالية، بإعتبارها عناصر مهمة في الشرط (1).

المبحث الثاني: طرق تسوية نزاعات عقود نقل المعرفة الفنية

و بالرجوع إلى العقود الدولية لنقل المعرفة الفنية و بتمحيص النظر في خصوصيتها و النظر إلى كبر حجم أهميتها، بالنسبة للمتلقي أو المورد على السواء، غالباً ما نجد الأطراف فيها تسعى في المضي قدماً في تنفيذ التزاماتها بالنظر إلى ما يحققه المشروع لأحدهما، من فوائد تنموية و للآخر من موارد نقدية ضخمة. أما في حالة نشوب نزاعات جدية خلال التنفيذ فإنّ الواقع العملي يفصح عن الإلتجاء المتزايد حديثاً إلى الخبرة expertise technique'أولاً، قبل اللّجوء إلى القضاء أو التحكيم كطريقتين لفك النزاع. و الخبرة الفنية عبارة عن محاولة لترجمة البحث الواقعي و الفعلي عن التقدير الفني لبعض الوقائع، حيث يقوم الخبير الفني بتحديد المصدر الذي يركز فيه العيب . و قد يكون الرأي الذي ينتهي إليه الخبير كافياً و يحسم النزاع فلا يحتاج إلى عرضه على القضاء أو المحكمين (2).

و تعتبر الخبرة التقنية أو الفنية (3) و سيلة من الوسائل الودية المعتمدة من طرف المتعاقدين لحل النزاع إذا تعرّ على الأطراف عبر المناقشات، والأخذ و الرّد اللاحق على إبرام العقد الأصلي و الوارد في شكل مصالحة (SOLH) (CONCILITATION) الوصول إلى صيغ إتفاق مرضية، على أنّ المصالحة تكفل هذا التوفيق بين كل من الوضعيات القانونية و الأوضاع العملية، لا سيما في عقود المدّة الطويلة.

(1) - أ/ شريف محمد غانم، مرجع سابق، ص 40.

(2) - د/ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 497.

(3) - محمد إقلولي، مرجع سابق، ص 223 و ما بعدها.

- د/ نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 388 و ما بعدها.

و بهذا الشكل نجد أن المصالحة⁽¹⁾ فرضت نفسها على الساحة الدولية، كما هو الشأن بالنسبة للإتفاقيات و الأحكام الدولية و لم تصبح مقتصرة على مجال القانون الداخلي فحسب⁽²⁾. و نجد الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة بتاريخ 09 ديسمبر 1980 أوصت بإنتهاج أسلوب المصالحة، على صعيد القانون التجاري الدولي، وتفضيله على باقي وسائل حل النزاعات.

كما أتمدت المصالحة من طرف إتفاقية البنك العالمي للإنشاء و التعمير (BIRD) المتعلقة بفك النزاعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و مواطني الدول الأخرى. بموجب هذه الإتفاقية أنشأ مركز (CIRDI)، الذي إنضمت إليه الجزائر عام 1993. كما أخذت بها إتفاقية 20 أوت 1976 المتعلقة بفك النزاعات بين الدول المضيفة للإستثمارات العربية و بلدان عربية أخرى⁽³⁾.

و قد يقترن إجراء المصالحة بإجراء الخبرة التقنية و يتمان في وقت واحد إذا رأى بداً من ذلك المتقandan ، على أن تكون سلطة الخبير، سواء إقترنت بالمصالحة أو جاءت بصفة مستقلة منحصرة في إصدار ملاحظات و توصيات غير ملزمة، مجسدة في تقرير بشأن الأمور المعقد فنياً.

كما قد تتم إجراءات الخبرة في إطار عملية التحكيم أو في إطار الحل القاضي، و لا يفرض الخبير رأيه لا على القاضي أو المحكم بل يؤدي دوره كدليل من أدلة الإثبات⁽⁴⁾.

و في إطار بحثنا في هذا الجزء سوف نقصي منه مناقشة القضاء و دوره في فك النزاعات الدولية ، نظراً لإستعباده أكثر فأكثر من طرف الأطراف⁽⁵⁾، و لقد أتمدت المصالحة من طرف إتفاقية البنك العالمي للإنشاء و التعمير (BIRD) المتعلقة بفك النزاعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و مواطني الدول الأخرى.

(1) - وردت بصيغة صريحة في بروتوكول التعاون لـ 21 جوان 1982، المبرم بين الجزائر و فرنسا، و هذا بموجب المادة 01/16 .

(2) - يعرف القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، بموجب المادة 459، الصلح بالتالي:

" الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، و ذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه "

(3) ZAHY .A. **la conciliation et le processus arbitral**, revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politique. volume(XXXI) N° 4. 1993. p 711.

(4) - د/ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 498.

- د/ نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 388.

(5) - محمود محمد سليمان الكيلاني، جزاء الاخلال في تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 501.

كما أتمدت المصالحة من طرف إتفاقية البنك العالمي للإنشاء و التعمير (BIRD) المتعلقة بفك النزاعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و مواطني الدول الأخرى.

لهم مبدأ سلطان إراداتهم من حرية إختيار جهة الفصل في النزاع، و التي تكمن غالبا في التحكيم الدولي الذي أصبح يحتل الصدارة ، في مجال حل منازعات العقود الدولية.

كما سوف نتطرق في جزء ثان من هذه الدراسة إلى القانون الواجب التطبيق على تلك المنازعات وفق المطالبين التاليين:

المطلب الأول : التحكيم في عقود نقل المعرفة الفنية .

المطلب الثاني : القانون الواجب التطبيق في عقود نقل المعرفة الفنية.

المطلب الأول: التحكيم في عقود نقل المعرفة الفنية

كثيراً ما نجد أطراف النزاع في العقود (خاصة الدولية) الناقلة للمعارف الفنية تستبعد فكرة اللجوء إلى المحاكم الوطنية، خوفاً من التعصب الذي قد يسيطر على القضاء الوطني و إنشاده نحو حماية المصالح الوطنية *le chauvinisme juridique* و ربط أحكامه بفكرة السيادة، و من تكاليفه العالية و من طول زمن إجراءاته، و إن كان هذا الأمر مردود عليه وفق رأي البعض حيث أنّ إزدياد عدد النزاعات في جنيف أنشأ تزاماً و أصبح حل النزاع ، يتطلب في المتوسط ١٥ أعوام، و هي مدة طويلة نسبياً كما أنّ تكاليف التحكيم من أتعاب المحكمين و مستشاري الأطراف و نفقات التحكيم ذاتها باهضة الثمن أيضاً (1). و قد يلجأ الأطراف إلى التحكيم الذي يرون فيه أهمية كبيرة خاصة بالنسبة لحل مسائلهم التجارية الدولية (2)، كونهم يجدون فيه مكن السريّة ، نظراً لسرية الجلسات فيه إضافة عدم نشر الأحكام التحكيمية (3)، و في حالة سكوت الأطراف على إختيار التحكيم كوسيلة لحل نزاعهم، فإنه ينعقد إختصاص القضاء الوطني وتبرز حينئذ مشكلة الإختصاص النوعي و الإقليمي للمحكمة

(1) - فهد بجاد الملافح، مرجع سابق، ص 123 و ما بعدها:

قد يستغل المدعى عليه مدة تعيين المحكم و يطيل فيها، و قد يتماطل في تقديم المستندات مما يطيل الفصل في النزاع التحكيمي.

(2) David René. *L'arbitrage dans le commerce international*. bibliothèque de l'institut de droit. université du caire. édition 1982. p 5.

(3) - د/ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 501.

- د/ غسان علي، مرجع سابق، ص 275.

المختصة، و القانون الواجب التطبيق، أي مشكلة التنازع في الإختصاص و تنازع القوانين⁽¹⁾. ورغم مميزات التحكيم إلا أنه ذهبت بعض الدول خاصة مجموعة دول الأندالين بأمريكا الجنوبية في ميثاق قرطاجنة في المادة 1/51 إلى أنه:

" في العقود المتعلقة بالاستثمارات أو في عقود نقل التكنولوجيا لا يسمح بالشروط التي تستبعد التنازع و الإختلافات المحتملة عن جهات القضاء الوطنية، و إختصاص الدول المضيفة، أو إستبعاد الشروط التي تبيح حلول الدولة محل المستثمرين التابعين لها فيما يتمتعون به من حقوق و دعاوي"⁽²⁾.

و نجد في هذا المضمار الدول العربية تحبذ اللجوء للقضاء خاصة في مجال الإستثمار الأجنبي⁽³⁾ بالنظر إلى سلبيات التحكيم التي أفرزها التطبيق، و منها المبالغ الضخمة التي تقع على كاهل الأطراف، و بناءً على ما سبق سنتناول هذا المطلب بالدراسة وفق الفرعين التاليين:

الفرع الأول: التحكيم و نقل المعرفة الفنية.

الفرع الثاني: أنواع التحكيم في عقود نقل المعرفة الفنية.

الفرع الأول: التحكيم و نقل المعرفة الفنية

أولاً: التعريف بالتحكيم في عقد نقل المعرفة الفنية.

ثانياً: نموذج شرط تحكيم في عقد نقل المعرفة الفنية.

ثالثاً: نموذج مشاركة تحكيم في عقد نقل المعرفة الفنية.

(1) - د/ علي سليمان، مرجع سابق، ص 40 و ما بعدها.

- د/أمال زيدان عبد الله، الالتزام بالسرية في عقود نقل التكنولوجيا، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص 337 و ما بعدها.

(2) - د/ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 502 وما بعدها.

- د/ غسان علي، مرجع سابق، ص 225: و يتكلم الدكتور فيها عن دور القضاء في الدول المضيفة للإستثمارات الأجنبية و يعطي مثال عن محكمة الإستثمارات العربية (تشكيلها، إختصاصها، الإجراءات المتبعة أمامها و الحكم و آثاره).

(3) - إضمت الجزائر إلى إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى في سنة 1995، بموجب أمر رقم 95-04، المؤرخ في 19 شعبان 1415 الموافق لـ 21 يناير 1995، المتضمن الموافقة على إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى.

أولاً: التعريف بالتحكيم في عقد نقل المعرفة الفنية

قد يجد الأطراف أنفسهم أمام حالة نزاع Different، أي تعارض بين إدعاءات و مصالح تخرجهم من الإطار النظري إلى الإطار العملي، فتصبح مصدرًا لتوتر الطرفين، و لا مناص فيها من اللجوء إلى التحكيم، و يرجع السبب في هذه المنازعات عادة إلى الإخلال بالالتزام من الإلتزامات التعاقدية.

أما في مجال الإستثمارات الأجنبية، فقد تتجم النزاعات جراء الإجراءات الإنفرادية التي تتخذها الدول المضيفة للإستثمار الأجنبي إنفراديًا، مثل: حالات الإستيلاء المتمثلة في التأميم (nationalisation)، أو نزع الملكية l'expropriation - أي الإجراء الذي تتخذه الدولة، أو إحدى هيئاتها العامة لنزع ملكية أموال عقارية محددة مقابل تعويض لمالكيها-

أو حالة المصادرة la confiscation- أي الإجراء الذي تتخذه السلطة العامة في الدولة، و الذي تستولي بمقتضاه على ملكية كل أو بعض الأموال و الحقوق المالية لأحد الأشخاص دون مقابل، قهراً لصاحبها و هي ذات صلة بجريمة-

بالإضافة إلى حالات الإستيلاء هناك حالات المنازعات الناجمة عن قيام الدولة المضيفة للإستثمار بتغيير تشريعاتها (1).

و يعرف التحكيم بأنه " طريق لحل النزاعات، و هو مصبوغ بقوة قانونية ملزمة لأطرافه " (2).
و يعرفه البعض بـ " نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين، يتم إختيارهم من طرف الخصوم إما بطريقة مباشرة أو بطريقة أخرى يرتضونها (3).

كما عرف على أنه " إنشاء عدالة خاصة يتم بواسطتها سحب المنازعة من القضاء و طرحها على محكمين مخولين بمهمة الحكم لحل تلك المنازعة (4).

(1) - أ/ مونية جمعي، مرجع سابق، ص 63 و ما بعدها.

(2) - فهد بجاد الملافح، مرجع سابق، ص 107.

- د/ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي. دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولية جامعة القاهرة 1973 ص 16.

(3) - أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، 1981، ص 19 .

- إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 237 و ما بعدها.

- أحمد عبد الحميد غشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الإستثمار، مؤسسة شهاب الجامعة، الجزائر، ص 10 وما بعدها.

(4) - ROBERT. J. *l'arbitrage commercial*. gazette de palais 1972.p 2.

- David René . opcit. p 5.

و يعتبر بمثابة عدالة خاصة يوكل فيها أطراف النزاع إختيار أعضائها بأنفسهم.
و رغم ظهور خلاف حول الطبيعة القانونية للتحكيم من حيث كونه بطبيعة تعاقدية أو قضائية أو من طبيعة مختلطة أو من طبيعة خاصة (1).

إلا أن اللجوء إلى التحكيم فرض نفسه عملياً ، و لا يكاد تشريع و طني يخلو من تنظيم أحكامه، فتضمن مثلاً التشريع الجزائري أحكام و قواعد التحكيم الإجرائية العامة (2).

كما تناول الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي (3)، فلم يمنع إلتجاء الأطراف من اللجوء إلى التحكيم الدولي، شريطة أن يتعلق الأمر بعمليات تجارية دولية، حيث نصت المادة 458 مكرر على: " يعتبر دولياً بمفهوم هذا الفصل التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية، و الذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج ".

و تناول القانون المصري أيضاً مسائل تنظيم التحكيم سواءً في المسائل المدنية أو التجارية (4)، و نص المشرع المصري في المادة 87 من قانون التجارة الجديد 1999 الذي تناول مسائل نقل التكنولوجيا على إختصاص المحاكم المصرية بالفصل في المنازعات التي تنشأ عن عقد نقل التكنولوجيا، و أجاز الإتفاق على تسوية النزاع ودياً أو بطريقة التحكيم في مصر و فق القانون المصري (5)، فالقاعدة القائلة بتمام التحكيم في مصر و فق القانون المصري أمره متصلة بالنظام العام (6).

كما تناول أيضاً التشريع السعودي التحكيم و قواعده و إجراءاته (7).
و لقد برزت أهمية التحكيم دولياً بشكل ملفت للإنتباه فهناك إتفاقيتين على الصعيد الدولي على قدر كبير من الأهمية هما:

- إتفاقية نيويورك الموقعة في 10 جوان 1958 المتعلقة بإعتراف و تنفيذ أحكام المحكمين .

(1) - د/ غسان علي علي، مرجع سابق، ص 261 و ما بعدها.

(2) - أنظر إلى الكتاب الثامن الخاص بالتحكيم في قانون الإجراءات المدنية، مرسوم تشريعي 93-09، المؤرخ في 25 أبريل 1993، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 27.

(3) أنظر إلى الفصل الرابع من الكتاب الثامن من القانون أعلاه المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي

(4) - د/ رضا السيد عبد الحميد، قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 في الميزان، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004: أنظر إلى القانون المصري رقم 27 لسنة 1994 الخاص بشأن التحكيم في المواد المدنية و التجارية.

(5) - إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 248.

- د/ فايز أحمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 99.

(6) - د/ أحمد بركات مصطفى، مرجع سابق، ص 69.

(7) - أنظر على اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي، الصادرة بالأمر الملكي رقم 46، بتاريخ 25/04/1983 .

- الثانية معاهدة جنيف الواقعة في 21 أبريل 1961 الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي (1) و هي إتفاقية أوروبية

في كل الأحوال و يتم اللجوء إلى التحكيم بإرادة الأطراف المنفردة و يعبر عنه في صورتين (2).

- صورة مشارطه أو شارطة تحكيم compromis.

أو في صورة شرط تحكيم clause compromissoire.

و كلاهما يطلق عليهما إتفاقية التحكيم convention d'arbitrage.

و بالرغم من عمومية النص الجزائري (3)، أي أنه لا يقيم تفرقة بين كل من الشرط و المشارطة، من زاوية نظرأن كلاهما قد يتناول إما نزاع مستقبلي أو قائم فهو يتكلم عن إتفاقية التحقيق عمومًا، إلا أننا نجد جل الفقه يقيم التفرقة بينهما.

و يعتبر شرط التحكيم: بذ من بنود العقد الأصلي للصفقة، و به يشترط أن يطرح النزاع المحتمل حدوثه مستقبلا على هيئة تحكيمية، و عليه يكون البند ناصا على اللجوء إلى التحكيم، و تترك التفاصيل بعد ذلك إلى الأطراف في تدوينها لا حقا حين نشوب نزاع أثناء تنفيذ العقد، فيتم ذكر هذه التفاصيل في وثيقة تسمى مشارطة تحكيم، فهذه الأخيرة لا تحتوي على تفاصيل الإلتجاء على التحكيم إلا بصدد نزاع قائم فعلا، و ليس إحتماليا كما هو الحال بالنسبة لشرط التحكيم، فالمشارطة و وثيقة مستقلة عن عقد نقل المعرفة الفنية، و لكنها مرفقة به و على كل يجب على المشارطة أن تحتوي على بيانات تفصيلية، و إلا تكون عرضة للبطلان و فق نظر الكثير من التشريعات و منها إختيار المحكمين و مكان التحكيم و نوعه و القانون الواجب التطبيق، و الإجراءات التي تتم للفصل في التحكيم (4).

و عليه تعتبر إتفاقية التحكيم السياج الذي يضمن شرعية هذا النظام، إذ أن تيسير إجراءات التحكيم منذ بدايته (بمشارطة أو شرط تحكيم) لتقديم طلب الأطراف للبدء بالتحكيم إلى مساره الإجرائي الطبيعي إلى غاية صدور الحكم فيه، أمر يسهم في تحديد مصير حكم التحكيم الذي يصدر في النزاع المطروح (5)

(1) david rené. op cit. p .584-p592.

(2) Jean Michel jaquet.op cit. p 27.

- د/ غسان علي علي، مرجع سابق، ص 287.

- د/ محمد فلاح بخيت، مرجع سابق، ص 259.

(3) - المادة 1/458 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري، مرجع سابق، بشأن التحكيم الصادر ب 1993 /04/25.

(4) - د/ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 502 و ما بعدها.

(5) - فهد بجاد الملافح، مرجع سابق، ص 110.

و كلاً ما حقّ إتفاق تحكيم الأفراد و الأشخاص المعنوية الخاصة فاعليته أدى دوراً فعالاً في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية.

فيلحى عذاً أن لإتفاق التحكيم تأثيراً على آلية التحكيم التجاري الدولي بأكملها، حيث أن بطلانه أو إنعدامه يمكن أن يؤدي إلى بطلان حجم التحكيم، حتى و لو جاء هذا الأخير متفقاً مع أحكام نص القانون الصحيح في حكم النزاع، وفي إجراءات التحكيم الواجب إتباعها (1).

و تتحقّق فاعلية إتفاق التحكيم بتوافر أسس و جوده، أي أركانه و شروط صحته (ينظر فيها إلى أهلية أطراف الإتفاق و موضوع و شكل الإتفاق أيضا) إستغلالاً على العقد الأصلي (2).

فهو إتفاق قائم بذاته متكامل و مستقل يتعين أن ينظر إلى أركانه و شروط صحته بإستقلالية أيضا. و أخيراً تحقيق الفعالية بتحقيق القوّة الملزمة لإتفاق التحكيم، مما تقدّم، يصبح بديهي القول بأنّ معظم التشريعات تنص على وجوب توفر الكتابة تحت طائلة البطلان في إتفاقية التحكيم في أي من الصورتين التي قد تكون عليها (3).

غير أن طبيعة التعامل التجاري الدولي لا تتيح إمكانية بطلان و وثيقة إتفاقية التحكيم إذا لم تكن تحمل إمضاءً، و يكفي فيها أن تكون الوثائق مكتوبة حتى تقبل و تعدّ صحيحة كأن تكون في شكل رسائل أو تعارف أو فاكس أو إيميل (4).

و في حالة نشوب نزاع متعلق بإتفاقية التحكيم و جودها، أو صحتها فإنّ الممارسات الدولية تُقرّ عرض هذا النزاع على هيئة التحكيم ذاتها الناظرة في النزاع الموضوعي المتعلق بالمسألة التقنية أو القانونية أو الأصلية، و هذا ما أقرته المادة 7/458 من الإجراءات المدنية الجزائري، حيث تنص المادة على: " تفصل محكمة التحكيم في الإختصاص الخاص بها، و يجب إثارة الدفع بعدم الإختصاص قبل أي دفاع يتعلّق بالموضوع ".

(1) - د/ أحمد صالح علي مخلوف، مرجع سابق، ص 76 و ما بعدها.

(2) - تنص المادة 1/458 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري، مرجع سابق على: " لا يمكن الإحتجاج بعدم صحة إتفاقية التحكيم بسبب أن العقد الأساسي قد يكون

غير صحيح، و هي مادة غاية في الأهمية حيث لا توضع إتفاقية التحكيم موضع الخطر و البطلان حتى و إستندت إلى عقد غير مقبول".
(3) - محسن شفيق، عقد تسليم مفتاح (نموذج من عقود التتمية)، مرجع سابق، ص 100.

- Jean Robert .op cit. p 218.

نص المادة 1/458 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري.

(4) - د/ أحمد صادق القشيري، مرجع سابق، ص 99.

أي أن مسألة إختصاص المحكم يفصل فيها المحكم ذاته:

" le tribunal arbitral statut sur sa propre compétence "

مع الملاحظة أنّ هناك أنظمة تحكيمية في بعض الدول توكل مهمة النظر في صحة إتفاق التحكيم إلى جهات قضائية، مثل اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي الصادرة بالأمر الملكي بتاريخ 1983/04/25 بموجب مادتها " 46 " (1).

و على كلّ يمكن الطعن في إتفاق التحكيم قبل و بعد صدور حكم التحكيم (2)، كما يجوز على العموم الإتفاق على التحكيم بالإحالة، أي بشرط في العقد يفيد إحالة وثيقة تتضمن شرط تحكيم شريطة أن تكون إحالة واضحة في إعتبار هذا الشرط جزءا من العقد (3).

و على وجه العموم توجد حرية كبيرة للأطراف في تحديد إجراءات التحكيم فيه سواء تعلق الأمر بشأن إتفاق التحكيم و بدئ إجراءاته و القانون الواجب التطبيق عليه أو تعلق الأمر بإدارة عملية التحكيم أو إتجاه قرار أو حكم التحكيم (4) حسب الشكل الذي يحدده الأطراف (5).

و إذا لم يكن ذلك يشترط فيه عموماً توافر مايلي:

يجب أن يكون حكم التحكيم مكتوباً موقعاً عليه من كل المحكمين أو أغلبهم.

في حالة تشكيل هيئة المحكمين من ثلاثة محكمين يشترط أن يصدر الحكم بأغلبية الآراء.

- أسماء أعضاء الهيئة التي أصدرته.

- إشتراط تسبب الحكم.

- أسماء الخصوم و عناوينهم و صفاتهم.

- صورة من إتفاق التحكيم.

- ملخص لطلبات الخصوم و أقوالهم و مستنداتهم.

- موضوع التحكيم.

(1) - فهد بجاد الملا، مرجع سابق، ص 117.

(2) - هذا ما أقرته مثلاً المادة 8 من قانون التحكيم المصري، الصادر عام 1994.

(3) - د/ ناجي عبد المؤمن، مدى جواز الإتفاق على التحكيم بطريقة الإحالة إلى القوانين الوطنية و علاقات التجارة الدولية، القاهرة بدون ناشر، طبعة 2002، ص 6.

(4) - فهد بجاد الملا، مرجع سابق ص 110 و ما بعدها.

- د/ غسان علي، مرجع سابق، ص 387.

(5) أنظر إلى نص المادة 13/458 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري.

- مكان و تاريخ إصدار الحكم.

و يمكن لمحكمة التحكيم أن تصدر تدابير مؤقتة أو تدابير تحفظية بطلب من أحد الخصوم إلا إذا كان هناك إتفاق يخالف ذلك (1).

و يكتسي قرار التحكيم فور صدوره حجية الشيء المقضى فيه المتعلق بالنزاع الذي فصل فيه ويؤمر بالتنفيذ الجبري في غياب التنفيذ الطوعي للقرار التحكيمي.

و عموماً كما أنّ للأطراف حرية في مسار إجراءات التحكيم لهم حرية إتجاه قرار التحكيم أيضاً، سواء تعلق الأمر بإمكانية تصحيح حكم التحكيم، أو تفسيره أو طلب إصدار حكم تحكيم إضافي و وفق شروط زمنية و إجرائية تختلف من نظام قانوني معتمد إلى آخر (2).

و إذا ما إستوفت قرارات التحكيم شروطها في مادة التحكيم الدولي أُعترف بها و تم تنفيذها بأمر قضائي (3) في الإقليم محل التنفيذ.

و لا يفوتنا في هذا السياق أن نذكر بأنه مع إنشاء المنظمة العالمية للتجارة أصبحت عقود الدولة تمثل جزءاً أساسياً من الإقتصاد العالمي، الأمر الذي أعطى لها منظوراً جديداً.

و في ظلّ تجدد دور الدولة (4) تتجدد المشاكل القانونية الخاصة بعقودها في التجارة الدولية و ما يعيننا هنا ما تعلّق منها بإتفاق التحكيم الوارد بشأن هذه العقود، حيث إنتقلت الدولة من مجرد بائع أو مورد في التجارة الدولية إلى متعامل قوي في عقود كثيرة مثل عقود المفتاح في اليد و عقود الإنتاج في اليد و عقود البحث و التنمية و عقود الإستثمارات على وجه الخصوص. و على وجه العموم سائر عقود نقل المعرفة الفنية بأشكالها المتنوعة فتمثل عقود الدولة أكثر من 25% من التجارة العالمية، و هي لا شك في تزايد مستمر فتجدد دور الدولة بشكل أو بآخر في التجارة الدولية من خلال مشاركتها المباشرة في أشكال جديدة من العقود يجعلها دون شك منافساً

(1) - أنظر إلى نص المادة 9/458 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري.

(2) - فهد بجاد الملافح، مرجع سابق، ص 159 و ما بعدها.

- محمد فلاح بخيت، مرجع سابق، ص 261 و ما بعدها.

(3) - المادة 20/458 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري، مرجع سابق، تنص على: " تكون قرارات المحكمين قابلة للتنفيذ بموجب أمر صادر عن رئيس المحكمة يزيل أصل القرار أو بهامشه و يتضمن الإذن لكاتب الضبط بتسليم نسخة رسمية منه ممهورة بالصيغة التنفيذية " .

(4) - تدخل الدولة في مسائل التجارة الدولية ليس ظاهرة جديدة، حيث تدخلت الدولة عقب الحرب العالمية الثانية في هذا المجال لمحو ما خربته الحرب، فأنشأت مشروعات صناعية و تجارية، أعترف لها بصفة المرافق العامة لكي تحقق أهدافها القومية و الإقتصادية. - د/ جلال و فاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي و الدولة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، بدون تاريخ، ص 10 وما بعدها.

قويا للأفراد و حتى للشركات العملاقة.

و إتفاق تحكيم الدولة و الأشخاص المعنوية العامة من شأنه أن يطرح مشاكل " خاصة".

رغم أنّ الأسس و القواعد التي أشرنا لها بشأن إتفاق التحكيم الخاص بالأفراد و الشركات التجارية الخاصة تجد مجالاً لها فيما يخص إتفاق تحكيم الدولة باعتبارها سلطة عامة، إلا أنّ مشاكل عديدة قد تطرح فيما يخص إتفاق التحكيم الذي تكون الدولة طرفاً فيه، و هي إمّا مشاكل موضوعية خاصة بموضوع النزاع و إمّا مشاكل ذاتية، أي تلك المشاكل القانونية المتعلقة بصفة الدولة كطرف في إتفاق التحكيم.

و قد تبرز هذه المشاكل في مرحلة إبرام إتفاق التحكيم ، أو عند إتخاذ إجراءات التحكيم، أو حتى حين تنفيذ الحكم التحكيمي.

و لعلّ أهم هذه المشاكل ما يلي:

-تمسك الدولة بحصاناتها القضائية في أي مرحلة من المراحل وحصاناتها ضد التنفيذ.

- إثارة الدولة لمنازعة فيما يخص أهليتها أو قدرتها على إبرام إتفاق التحكيم خاصة إذا كان تشريعها الداخلي

(الوطني) يحظر عليها اللجوء إلى التحكيم⁽¹⁾.

فيما يلي نقدم نموذجين حول كيفية صياغة كل من:

1- شرط التحكيم.

2- مشارطه التحكيم⁽²⁾.

و نذكّر بأنّ الصياغة السليمة لإتفاق التحكيم تقينا أي تأخر في إنجاز عملية التحكيم و تنفيذ الحكم، و تقلص من السلطة التقديرية لهيئة التحكيم في البحث عن الحلول:

(1) - د/ أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص 293 و ما بعدها.

- د/ غسان علي علي، مرجع سابق، ص 290.

- د/ حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،

- د/ جلال وفاء محمد، التحكيم بين المستثمر الأجنبي و الدولة، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، بدون تاريخ، ص 8 وما بعدها.

- د/ حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجانب، دار المطبوعات الجامعية، 2007، ص 10 وما بعدها

(2) - د/ أبو العلا أبو العلا النمر، دور المستشار القانوني في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 99 و ما بعدها .

ثانياً: نموذج شرط تحكيم في عقد نقل المعرفة الفنية

حتى تكون صياغة شرط التحكيم واضحة، فإنه يجب تحديد المجال الموضوعي للتحكيم أي المنازعات التي يشملها التحكيم، و هي بلا شك المنازعات التي تنشأ من العقد الوارد فيه شرط التحكيم. و من ثم يكون الأفضل أن يرد شرط التحكيم على النحو التالي:

" اتفق الطرفان على أنه إذا نشأ أي نزاع أو خلاف أو إدعاء عن العقد أو يتعلق بالعقد عند تنفيذه، أو يتعلق بالإخلال بالعقد أو صحته أو إنهائه، يجب تسويته عن طريق التحكيم و لا إختصاص لأية محكمة في أية دولة بهذا النزاع أيما كان نوعه.

و سواء أكان فنياً أو مالياً أو قانونياً في مدة، وفقاً لقواعد الإجراءات في بواسطة هيئة تحكيم مكونة من و مكان التحكيم يجب أن يكون في ... و لغة التحكيم هي و على هيئة التحكيم أن تطبق القانون على موضوع النزاع".

و إتفق الطرفان على أن قرار هيئة التحكيم يعتبر نهائياً و منهيًا للنزاع.

كما يتفق الطرفان على أن الحكم يجب أن ينفذ حال صدوره و أن يتم دفع التعويض الذي تحكم به هيئة التحكيم بالعملة .

كما يتفق الطرفان على أي تكاليف أو أتعاب تستحق نتيجة عدم تنفيذ الحكم تكون مسؤولية الطرف الذي يرفض التنفيذ.

و إتفق الطرفان على أن الحكم الذي تصدره هيئة التحكيم يجب أن يشمل على فوائد بنسبة.....

كما تم الإتفاق على أن كل الإشعارات بين الأطراف فيما يتعلق بعملية التحكيم يجب أن تكون كتابة.

و يعتبر قد تم تسلمها إذا تم إرسالها بالبريد المسجل مع علم الوصول أو بواسطة التلكس أو الفاكس

إلى العناوين التالية "

ثالثاً: نموذج مشاركة التحكيم عقد نقل المعرفة الفنية

في يوم..... الموافق.....
تم الإتفاق بين كل من:
الأستاذ/.....
المقيم بالعنوان.....
جنسيته..... بصفته.....

طرف أول

الأستاذ/.....
المقيم بالعنوان.....
جنسيته..... بصفته.....

طرف ثان

أقرّ الطرفان بأهليتهما للتعاقد و التصرف قانونا على ما يأتي:

البند الأول

إتفق كل من طرفي هذا العقد على حسم النزاع القائم بينهما بطريق التحكيم ولا إختصاص لأية محكمة في أية دولة بنظر هذا النزاع.

البند الثاني

إتفق الطرفان على تحديد موضوع النزاع... (و يشمل التحديد موضوع النزاع والعقد المتولد منه.

البند الثالث

إتفق الطرفان على أن تتكون هيئة التحكيم من..... (للأطراف حرية إختيار محكم أو أكثر بشرط أن يكون العدد و ترا و يتولى كتابة محاضر الجلسات الأستاذ/

البند الرابع

إتفق الطرفان على أن أتعاب التحكيم تقدر بمبلغ.... تدفع مناصفة بين الطرفين أيا كان الحكم الصادر في التحكيم (و للأطراف حرية تحديد كيفية إقتسام أتعاب التحكيم بحيث يمكن الإتفاق مثلا إعلان يتحملها الطرف الخاسر و حده) و يعتبر توقيع هيئة التحكيم على هذا العقد بمثابة قبول و رضاء بالقيام بمهمة التحكيم و فقا للشروط و إجراءات المقررة في هذا العقد.

البند الخامس

تكون جلسات التحكيم في مقر مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي الكائن بالعنوان 1 شارع الصالح أيوب بالزمالك- القاهرة- جمهورية مصر العربية (للأطراف حرية تحديد مقر التحكيم).

البند السادس

تتعد الجلسة الأولى للتحكيم في تمام الساعة العاشرة من صباح يوم..... الموافق و يعتبر كل من طرفي العقد عالما بهذه الجلسة بغير حاجة إلى إبلاغ أو إعلان وإذا تخلف أحد طرفي العقد عن الحضور في أية جلسة من جلسات التحكيم جاز للمحكم نظر النزاع مع تبليغ الغائب بملخص لما دار في الجلسة.....

(للأطراف حرية تحديد موعد بدء إجراءات التحكيم و تحديد القواعد الإجرائية التي تتبع أثناء سير خصومة التحكيم كما لهم ترك هذا التحديد لهيئة التحكيم).

البند السابع

تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد المنصوص عليها في

(للأطراف حرية تحديد القواعد القانونية التي تسري على النزاع كما لهم الحرية في تفويض هيئة التحكيم بالصلاح بحيث لا تتقيد هيئة التحكيم في هذه الحالة بأي قواعد قانونية و إنما تحكم بموجب قواعد العدالة و الإنصاف).

البند الثامن

يتعين على هيئة التحكيم أن تصدر الحكم في خلال ستة أشهر من تاريخ بدء إجراءات التحكيم و يجوز أن تمتد هذه المدة إلى ثلاثة أشهر أخرى برضاء الطرفين.

(للأطراف حرية تحديد التحكيم هو من الشروط الجوهرية حتى لا تتراخى هيئة التحكيم في نظر النزاع كما يتعين وضع ضوابط إحتياطية تعالج احتمالات التأخير أو تعذر إصدار الحكم في المدة المحددة) .

البند التاسع

يجب على هيئة التحكيم إصدار الحكم باللغة العربية (للأطراف حرية تحديد لغة التحكيم).

البند العاشر

إتفق الطرفان على أن التحكيم في هذا النزاع يشمل سائر المنازعات و المسائل التي قد تتفرع عنه كما يشمل المسائل المستعجلة بحيث لا يجوز الإلتجاء إلى قاضي الأمور المستعجلة بصدد كافة المسائل المستعجلة التي قد تتفرغ عن هذا النزاع.

البند الحادي عشر

إتفق الطرفان على أن يكون الحكم الصادر من هيئة التحكيم نهائيا و غير قابل لأي طعن.

البند الثاني عشر

تحرر هذا العقد من ثلاثة نسخ بيد كل طرف نسخة و النسخة الثالثة قدمت لهيئة التحكيم.

الطرف الثاني

الطرف الأول

من خلال التعرض لهذين النموذجين من الصياغة نقول بأن هذه الصياغة ليست جامدة بل يمكن التغيير و التحوير فيها، لكن هناك شروط جوهرية و مسائل أساسية يجب تضمينها في أي إتفاق تحكيم و إلا تعرض للبطلان و فق أحكام جل القوانين الوضعية.

و أهم ما يجب وروده في الإتفاق هو ما يلي:

- إيضاح تطابق إرادتي طرفي العقد.
- الإتفاق على أن التحكيم يشمل سائر النزاعات المتفرعة عن النزاع الأصلي و كافة المسائل المستعجلة.
- تحديد موضوع النزاع: و هو أهم عناصر شرط التحكيم و إذا لم يكن يطرح مشكل في تحديده فيما يخص المؤسسات ذات النشاط المالي و إقتصادي أو التجاري إلا انه يطرح مشاكل كبيرة في تحديده بالنسبة للمؤسسات ذات النشاط الصناعي أو الإنشائي حيث ينشب النزاع بين مهندسي طرفي العقد، ففي هذه الحالة التي تختلف عن حالة المشاكل القانونية يجب أن يوضّح الشرط الإجراءات الواجب إتباعها منذ نشأة المشكل الفني إلى غاية عدم التوصل إلى حل ودي و إحالة المسألة إلى التحكيم⁽¹⁾.

ميعاد التحكيم: أي تحديد المهلة المحددة لإصدار حكم التحكيم و بإنقضاء هذه المهلة، ينعقد إختصاص المحاكم الوطنية عن طريق الدعاوي القضائية، لأن سلطة المحكم مؤقتة⁽²⁾.

-تحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية لأنّ هناك فرق بين القانون الواجب التطبيق على الإجراءات ، و القانون الواجب التطبيق على الموضوع.

- تكوين هيئة التحكيم و تحديد ما إذا كانت مكونة من محكم واحد أو ثلاثة محكمين ، و في الحالة الأخيرة ينبغي على كل طرف تعيين محكم، أما الثالث يتم إختياره من قبل المحكمين الآخرين⁽³⁾.
- مكان التحكيم أو مقر التحكيم.

- القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع:حيث أنّ للأطراف الحرية الكاملة في إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بصرف النظر عن وجود أي صلة بينه و بين العقد الذي ورد في

(1) - د/ أحمد أبو الوفاء،التحكيم في القوانين العربية منشأة المعارف،الإسكندرية،1998، ص 17.

- د/ غسان علي،مرجع سابق، ص 209.

(2) - نذكر هنا بنص المادة 458 مكرر 1 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري، المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على إتفاقية التحكيم.

- و بنص المادة 458 مكرر، التي تنص على القانون الواجب التطبيق على سيرورة إجراءات التحكيم،مرجع سابق.

(3) - تنص المادة 458 /2 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري،مرجع سابق،على:
في غياب تعيين أو صعوبة أو عزل المحكم يرفع الأمر إلى رئيس المحكمة المختصة إذا كان التحكيم في الجزائر، و على رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم في الخارج، إذا قرر الأطراف أن يكون القانون الجزائري هوالمطبق.

الشرط مثار النزاع (1).

- لغة التحكيم: لهذا الأمر أهمية بالغة على مسار التحكيم عمومًا، وفي هذا السياق ينص القانون المنظم للتحكيم بمصر كل أن يجري التحكيم باللغة العربية ما لم يتفق الطرفان أو تحدد هيئة التحكيم لغة أو لغات أخرى.

- كما أوضحت المادة 17 من قواعد التحكيم الموضوعية من طرف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اليونسفال، على مبادرة هيئة التحكيم إثر تشكيلها إلى تعيين اللّغة أو اللّغات التي تستخدم في الإجراءات، بعد مراعاة ما قد يتفق عليه الطرفان.

- تحديد كيفية الإشعارات و طريقة إرسالها.

- و هناك أمور أخرى مثل: الإتفاق على العملة التي يتعين دفع التعويض بها أو إعطائها كأجر للمحكّمين وكذا تحمل مصروفات التحكيم.

ونشير إلى أنّ أهم البيانات النموذجية لا نجد لها عادة متضمنة بشرط التحكيم في عقود نقل المعرفة الفنية لأسباب أهمها إنّ شرط التحكيم الذي يعدّ مجرد بند في العقد لا يحرص الأطراف على تفصيّل خاصة و أنّ صياغة هذا الشرط تكون في مرحلة تلي المفاوضات، والتي يكون الجو غالب فيها بين الأطراف مفعم بالتفاهم و الود و التفاؤل بالمستقبل الزاهر للمعاملة أو الصفقة أو المشروع.

لكن من الضروري توافر هذه الشروط في حالة نشوب نزاع جدّي يكون متضمنا في مشاركة التحكيم.

الفرع الثاني: أنواع التحكيم في عقود نقل المعرفة الفنية

في حالة نشوب نزاع بين طرفي عقد نقل المعرفة الفنية قد يلجأ الأطراف إلى أحد الصور أو الأنواع الثلاثة التالية من التحكيم (2).

(1) - نص المادة 14/458 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري، مرجع سابق، المتعلق بالتحكيم الصادر في 25 أفريل 1993.

(2) - د/ غسان علي علي، مرجع سابق، ص 282.

- د/ أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكّم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 180 و بعدها.

- د/ نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 395 و مابعداها.

- محمد فلاح بخيت، مرجع سابق، ص 259.

- النوع الأول: تحكيم الحالات الخاصة.

- النوع الثاني: التحكيم و فق قواعد موضوعة من طرف إحدى هيئات التحكيم.

- النوع الثالث: التحكيم المطلق.

أولاً: النوع الأول من التحكيم المتمثل في تحكيم الحالات الخاصة

ad – HOC l'arbitrage و يسميه البعض التحكيم وفق القانون أو التحكيم الإتفاقي.

و فيه يتفق الطرفان سواء بموجب مشاركة تحكيم أو بموجب شرط تحكيم متضمن كبند في العقد على عرض نزاعهم على هيئة تحكيمية، وفق قواعد إجرائية و موضوعية يختارونها هم ، تكون تابعة لقانون معين، فيكون للخصوم في هذا النوع من التحكيم كأصل الحرية في إختيار المحكمين و كيفية مباشرة إجراءات التحكم و مكان إنعقاده ، و في إختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع .

على أن يكون القانون الواجب التطبيق في مثل هذا النوع من التحكيم قانون و طني معين في العادة. و يعتبر أن هذا التحكيم يتم خارج المراكز الإقليمية للتحكيم، أي خارج أي تنظيم معد سلفاً لينظم عملية الفصل في نزاع ما (1)، يصبح الأطراف و الحالة هذه من بداية التحكيم إلى نهايته ، هم مسيري الخصومة (2)، لكن في الغالب لا يستطيع الخصوم التنبؤ بكل ما سوف يحدث خلال سير المنازعة، خاصة إذا كان تعلق الأمر بنهاية عملية التحكيم، أي في مرحلة التنفيذ و ذلك لتعارض ما جاء به المحكمين مع القواعد الآمرة للدولة التي سوف يطبق فيها حكم التحكيم، لأن كل دولة تقرر الإعراف بإستبعاد حكم المحكم إذا تعارض مع القواعد الآمرة في قانونها الداخلي.

لذا عادة ما نجد الأطراف يطبقون القواعد و الإجراءات الواردة، في قانون الإجراءات المدنية أو المرافعات كما يسميها البعض، في سير الدعوى من تقديم مستندات و مذكرات و مرافعات و كيفية صدور الحكم و مضمونه و تنفيذه (3).

أما إذا تناول الطرفان مهمة توضيح كل الشروط و الإجراءات الخاصة بهذا النوع من التحكيم في إتفاقة التحكيم عليهم أن يضمنوا و بدقة كل العناصر الجوهرية مع إيضاح كامل لمراحل الإجراءات المختلفة، و توضيح سلطة و إختصاص المحكمين و حدودها و طريقة تعيينهم بحيث يختار كل طرف محكّم و ثم يختار المحكمين المحكم الثالث كرئيس له الصوت المرجح .

(1) - د/ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 503.

(2) - د/ نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، مرجع سابق، ص 396.

(3) - د/ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص 504.

وفي حالة الإختلاف على هذا التعيين الثالث ينبغي النص على السلطة القضائية أو المهنية المختارة لتعيين هذا المحكم بأقصر وقت ممكن و توكل هذه المهمة في مصر عادة إلى مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي.

أما في حالة ما إذا لم يتفق الأطراف على تحديد الإجراءات الخاصة في مثل هذا النوع من التحكيم- التحكيم الخاص- و في حالة سكوتهم عن تعيين القانون الخاص الواجب التطبيق على إجراءات تحكيمهم أيضاً، يسار إلى حل آخر و هو قيام هيئة التحكيم بتنظيم إجراءاتها بإرادتها (1).

ثانياً: النوع الثاني من التحكيم و هو التحكيم و فق لوائح مراكز و هيئات التحكيم الدائمة و يسميه البعض التحكيم القضائي ، و على عكس النوع الأول من التحكيم، لا يكون عن شأن الخصوم تحديد قواعد القانون الذي سوف يسري على إجراءات المنازعة ، ففي إختيارهم للهيئة أو المركز يكونوا قد إرتضوا قواعد المركز (2) فلا يكون لإرادة الأطراف دور في تحديد قواعد الإجراءات بهذا النوع من التحكيم إلا إذا قضت لائحة الهيئة أو المركز بالسماح للأطراف بتحديد إجراءات معينة، أو في حالة سكوت و خلو اللائحة من النص تماماً على ذلك، و عليه على المستشار القانوني أن يبين للأطراف مسبقاً محاسن أو مساوئ اللجوء إلى مركز تحكيم دائم أو التحكيم بواسطة هيئة مستقلة، و من ثم إختيار الأسلوب الذي يحقق معالم الأطراف (3).

و عادة ما يفضل التحكيم في مراكز و هيئات دائمة فيتفادى بذلك الأطراف المشاكل التي قد تطرأ من الإغفال عن تنظيم مسائل إجرائية معينة، مما يعطل في حل النزاع بالسرعة التي تتطلبها المسائل التجارية الخاصة بنقل المعارف الفنية ، فتطبق بذلك كافة الإجراءات المحددة من طرف الهيئة، من تشكيل المحكمة أو الهيئة التحكيمية و كفيته و من تحديد سلطة المحكمين، و سير إجراءات الخصومة و طرق الطعن في حكم التحكيم.

و على العموم هناك مراكز عديدة عبر العالم منها المتدّسة بالطابع الشخصي و منها من يتمتع

(1) - د/ أبو العلا على أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 105.

(2) - د/ أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص 185.

- محمد إقلولي، مرجع سابق، ص 227

(3) - د/ أبو العلا على أبو النمر، ذات المرجع أعلاه، ص 105 و ما بعدها.

بإختصاص عام و مفتوح يشمل كافة الأنشطة الاقتصادية، و نذكر مثلا (1) المركز الدولي للفصل في المنازعات المتعلقة بالإستثمارات C.I.R.D.I. و هو المركز المنشأ بإتفاقية واشنطن لعام 1965 المصادق عليها من طرف 65 دولة.

كما نذكر مثلا مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي و المعهد السويدي للتحكيم الفني الصناعي في ستوكهولم.

كما هناك هيئات تحكيمية و طنية الإختصاص معروفة عالميا مثل:

- غرفة التحكيم بباريس.

- محكمة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة في زيوريخ.

- المركز الهولندي للتحكيم و هناك لجان تحكيم كثيرة بشأن التجارة الدولية.

- محكمة لندن للتحكيم.

- جمعية التحكيم الأمريكية.

و مسألة تعيين هيئة تحكيم يرجع إليها في حالة نزاع تحكّمها عدة إعتبرات منها مكان تنفيذ العقد، أو مكان المدعى عليه أو مكان آخر قريب منه (2).

كما نجد في الغالب إنعقاد إختصاص غرفة تجارة باريس الدولية في مسائل نقل التكنولوجيا عموما. و غالبا ما يكون شرط التحكيم في عقود نقل المعرفة الفنية في هذا النوع من التحكيم بالصيغة التالية: " كل المنازعات التي تترتب أو تنشأ من هذا العقد يفصل فيها نهائيا طبقا لنظام المصالحة أو التحكيم ب- مثلا: غرفة التجارة الدولية من طرف محكم أو أكثر يعينون طبقا لهذا النظام" (3).
أما فيما يخص:

(1) - د/ غسان علي علي، مرجع سابق، ص 429 و ما بعدها.

(2) - د/ نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، مرجع سابق، ص 398.

- لا باس أن نذكر بأنه في حالة عدم إنعقاد إختصاص هيئة تحكيمية ما، و كان القانون الوطني المدني الجزائري هو المختص بحكم العلاقة فإن المسألة تنازع القوانين يحكمها نص:

- المادة 21 بخصوص قواعد الإختصاص و الإجراءات.

- المادة 19 بخصوص شكل التصرفات.

- المادة 18 بخصوص مضمون العقود (الإلتزامات).

(3) محمد إقلولي، مرجع سابق، ص 227.

ثالثا: النوع الثالث من التحكيم

التحكيم المطلق أو التحكيم الودي كما يسميه البعض أي: l'amiable composition وأساس هذا النوع من التحكيم مبدأ سلطان إرادة الأطراف، فلا يخضع فيه المحكم لقانون محدد، أو قاعدة قانونية بعينها، وقد يختار الأطراف فيه القانون الواجب التطبيق بإرادتهم أو بشرط واضح في العقد.

فهو تحكيم غير مفترض و هو ما يسمح للمحكم بالحكم بمقتضى المبادئ العامة المتعلقة بالأنظمة القانونية الرئيسية، أو طبقاً لمبادئ العدالة و الإنصاف، ولا يعني ذلك عدم تطبيق القوانين الوطنية أو الأعراف و العادات العقدية و لكن يمكن إستبعادها و تجاوزها إذا كانت غير عادلة وفق و جهة نظر الأطراف في هذا النوع من التحكيم⁽¹⁾.

و لقد رافق هذا النوع من التحكيم موجات الإستثمار و التسويق العالمي للشركات المتعددة الجنسيات خاصة بعد الحرب العالمية الثانية ، وهي رامية في ذلك إلى عولمة نموذجها، و تثبتت إحتكارها بأن لا تجعل للعقد أي مرجعية قانونية، فالعقد الطليق هو الذي يتحرر من أي نظام، أما المحكم في هذا النوع أي التحكيم الطليق يستند على مبادئه و معايير و فهمه الخاص للقانون أي و فق ثقافته، فيندم القانون في العقد الطليق مما لا يجعل معه للمحكم أية مرجعية إلا ما يستمده من مخازن ذاكرته أو خبراته السابقة المتراكمة.

و في هذا التحكيم و فق رأي الكثير⁽²⁾، مغامرة كبيرة إذ يعرض أطراف العقد للإنفاق الكبير على المحامين و المحكمين و الخبراء و المترجمين، و في نهاية المطاف نجد في الغالب القانون المطبق هو الذي إختاره المورد و هو القانون الغربي الذي سوف يطبق بما يخدم مصالحه دون خدمة مصالح الطرف المتلقي للمعارف الفنية، فيصبح المحكم كالحرفي يؤسس قراره من خلال معطيات العقد⁽³⁾، كما يرى الكثير من الكتاب في هذا النوع من الشروط التحكيمية خاصة في مجال الإستثمار مغزى خفي، هو الإفلات من بعض القواعد التشريعية بالدول النامية الهادفة إلى الحماية التتمية الوطنية.

(1) - د/ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 504.

(2) - كامل أبو صقر، مرجع سابق، ص 84.

- د/ السيد مصطفى أحمد أبو الخير، ذات المرجع أعلاه، ص 504: حيث يرى أنه في مرونة هذا التحكيم خطورة، فغياب صيغة دقيقة لشروط التحكيم و عدم دقة تلك الصياغة يؤدي إلى إستحالة أعمال شرط التحكيم، مما يعرقل الفصل في النزاع.

(3) - د/ الطيب زروتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة دكتوراه، 1990-1991، ابن عكنون،

الجزائر، ص 121

و من هنا يبرز شرط التحكيم كمارسة تقييدية على الأطراف المتعاقدة بالدول النامية لذا نجد دول الإندين و منظمة الدول المصدرة للبترول تستبعده صراحة.

و من هذا النوع من التحكيم المرن وجد بعض فقهاء التجارة الدولية و التحكيم الدولي خاصة الغربيين منهم فرصة إلى الدعوة لتطبيق نظرياتهم الداعية إلى تدويل المنازعات، و فق ما يخدمهم، خاصة و أن التحكيم أصبح يتناول فض النزاعات المحتملة أيضا سواء بالنسبة لعملية تكوين العقود أو في عملية تنفيذها (1).

و على العموم مهما كانت الجهة التحكيمية التي يلجأ إليها الخصوم فإن قرارها أو حكمها يحوز القوة الملزمة، و تنفيذها إن لم يتم طوعاً يكون جبراً (2).

أما عن كيفية التنفيذ و إعطاء الصيغة التنفيذية فالأمر يختلف باختلاف الأنظمة (3).
و مع ذلك ترى بعض الأنظمة و بعض الإتجاهات القضائية في فرنسا ذاتها أن أحكام المحكمين تحوز حجية الأمر المقضي فيه منذ صدورها، أي منذ يوم النطق بها، و هي بذلك قابلة للتنفيذ منذ ذلك الحين (4)، علما بأن أغلبية الفقه الغربي يسير وراء هذا الرأي.

و من النتائج القانونية المترتبة على هذا الرأي أنه لا يجوز لطرف ما رفع نزاعه أمام جهة قضائية في موضوع سبق أن فصل فيه التحكيم و حاز قوة تنفيذية، إلا إذا كان حكم التحكيم مشوب بعيب يبطله.

(1) Jean Michel jaquet. op cit. p 25.

- يرى الكاتب فوشار في هذا التحكيم أنه يتعين على المحكم الرجوع إلى عادات التجارة الدولية المشتركة بين الأمم لتأسيس قراره: لكن هذه قواعد حرة و عامة لا تخدم دائما الطرف المتلقي المتنازع في عقود نقل المعرفة الفنية فهو دائما بحاجة على إحتكام إلى قانون خاص يحمي مصالحه.

(2) J.Robert arbitrage COM .recueil gazette du palais 1972.p 276.

(3) تشترط المادة 1351 من القانون المدني الفرنسي صدور أمر قضائي لتنفيذ حكم التحكيم.
- نفس الحكم يأخذ به قانون الإجراءات المدنية الجزائري، لموجب نص المادة 458/مكرر 17: أي يأمر بالتنفيذ رئيس المحكمة و هذا رغم أن القرار للتحكمي حجية الشيء المقضي فيه صدوره (المادة 16/458)، مرجع سابق.

(4) قرار محكمة باريس للإستئناف، الصادر في 06 جوان 1981 رقم J.C.P 16993. لمّا إعترفت بإمكانية الطعن بالإستئناف ضد حكم تحكيمي قبل صدور الأمر بالتنفيذ.

وتجدر الإشارة إلى أنّ هناك إتفاقيات كثيرة على الصعيد الدولي أو الإقليمي تتضمن جوانب عدة من التحكيم الدولي⁽¹⁾.

و في حالة ما إذا صادقت دول ما على إتفاقية تجارية أو صناعية بشكل ثنائي، قد يحدث تصادم بينها وبين مضمون إتفاقية نيويورك لعام 1958، و نظرا لكون هذا الأمر كثير الحدوث أو جدد إتفاقية نيويورك حلا، و هو تطبيقها بأثر رجعي حتى بالنسبة لأحكام التحكيم الفاصلة في نزاعات العقود التجارية المبرمة قبل إنضمام الأطراف إلى إتفاقية نيويورك، أي حتى و قت ما كانت هذه العقود مبرمة في حكم إتفاقية جنيف 1927 و 1923 اللتين يتوقف العمل بهما بمجرد قبول الدول المتعاقدة بإتفاقية نيويورك، و إذا لم تحل المشاكل بهذه الطريقة لأدى الأمر إلى حدوث خلل في تنفيذ الأحكام لا محال، و بالتالي تصبح تلك الأحكام معلقة النفاذ⁽²⁾.

نخلص في الأخير إلى القول بأنه رغم المزايا التي يسردها البعض من خلال الإلتجاء إلى التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في عقود نقل المعرفة الفنية، إلا أنه لا يخلو من مساوئ شديدة الوطأة⁽³⁾، و حتى الإقبال على إختياره كوسيلة لحل النزاعات رغم قول البعض ظاهرا بالرضائية في إختيار التحكيم، إلا أن هذه المسألة أصبحت مجرد وهم، ذلك لأنه كثيرا ما يفرض التحكيم جبراً على أطراف التجارة الدولية.

و يظهر ذلك جلياً في حالة إبرام العقود الدولية ذات الشكل النموذجي إذ يُدْتَعَدُ عن الرضائية في إختيار التحكيم كوسيلة لنص النزاعات⁽⁴⁾، أو حتى من خلال مرحلة المفاوضات التي يتسم فيها

(1) - إتفاقية نيويورك ب 10 جوان 1958 الخاصة بالإعتراف بقرارات التحكيم و تنفيذها، انضمت إليها - الجزائر بمرسوم: 233/88 المؤرخ في 05-11-1988 جريدة رسمية رقم 48.

- إتفاقية جنيف الخاصة بتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية بتاريخ 26-09-1927.

- إتفاقية جنيف الخاصة بشروط التحكيم بتاريخ 24-02-1923.

- الإتفاقية الفرنسية الخاصة بالإعتراف بالحكم التحكيمي و تنفيذه في إحدى الدول المتعاقدة لعام 1962

- إتفاقية و اسنطن لعام 1965.

- إتفاقية جنيف لعام 1961.

- د/ غسان علي، مرجع سابق، ص 321 و ما بعدها.

(2) - د/ محمود محمد سليمان الكيلاني، جزء الإخلال في تنفيذ تنفيذ عقود الدوليّة لنقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 527.

(3) - أحمد صادق القشري. التحكيم في عقود الدولة ذات العنصر الأجنبي. محاضرات الموسم الثقافي لنادي مجلس الدولة مجلد أول 1981

ص 99. مشار إليه في مرجع محمد إقلولي مرجع سابق ص 229.

- د/ غسان علي، مرجع سابق يتضمن، الأسباب المعلنة و الأسباب الحقيقية للجوء إلى التحكيم في منازعات الإستثمار

الأجنبية. ص 277 وما بعدها.

(4) - د/ وائل حمدي أحمد، مرجع سابق، ص 173.

الطرف المورد بالقوة في الطرح و الإقناع.

ضف إلى ذلك (1) الخلاف الوارد حول الطبيعة القانونية للتحكيم ذاتها فهناك إتجاهات كثيرة متضاربة حول هذه المسألة.

يرى الكثير أنّ غرفة التجارة الدولية بباريس مثلا أنها من أسوأ الجهات التي يمكن الإلتجاء إليها من أجل التحكيم فيها لأنها باهضة التكلفة، إذ ما يتحصل عليه محكم في قضية تستغرق 3 أيام يتراوح من 50 إلى 100 ألف دولار أو أكثر من ذلك بكثير، و هذا مبلغ مكلف جدا بالنسبة للطرف المتلقي الذي طالما دفع و يدفع لقاء بغية حصوله على معارف فنية يفتقدها.

و يذهب البعض الآخر إلى حد إعتبار التحكيم من الشروط التقييدية في عقود نقل المعرفة الفنية دولياً، مما أدى بكثير من الدول إلى إستبعاده صراحة في قوانينها الداخلية مثل دول الأندين.

و بهذا التحكيم وفق هذا الرأي تسعى التكتلات العالمية و الشركات العابرة للقارات إلى فرض السيطرة و الإحتكار على البلدان النامية (2)، و يأتي هذا نتيجة مركزية القرارات التي تتمتع بها الشركة الأم، تلك القرارات المؤدية في النهاية إلى فرض نموذجها و ثقافتها التي تحد من ثقافة البلدان النامية، لا سيما العربية الإسلامية منها، فهي عائق نحو عولمة ثقافتها الخاصة بها، فتطلق هذه الشركات أو التكتلات بسهام سلطان الإرادة بإحلال التحكيم محل القضاء الوطني، و تختبئ وراء ستار تحقيق العدالة و الحياد، حيث أن هذه المعاني صعبة التحقيق بإعتبار أن معظم المحكمين الدوليين من الغرب و لهم بشكل أو بآخر شركة تميل على ترجيح الكفة لصالح دولهم (3).

بالإضافة إلى ذلك كلاًه مسألة شراء الذمم الذائع العمل بها في مجال العقود الدولية لنقل المعارف الفنية عموماً، فيكفي التذكير بأعوام بدء إنتشار عمليات الإستثمار الأجنبي في بلدان الدول النامية حتى ندرك و نستخلص ما يمكن أن يكون عليه الوضع حالياً و النسب في حالة زيادة مذهلة، و يتعلّق الأمر بفترة من بداية الستينات إلى نهاية السبعينيات حيث زاد رقم الإستثمارات الأجنبية ثلاث مرات في أمريكا و مرتين في إنجلترا و خمس عشرة مرّة في اليابان، وكان للدول النامية نصيب كبير من الإستثمارات الأجنبية، إذ و جّهت إليها الولايات المتحدة 25% و بريطانيا 38% و اليابان 60% من إستثماراتها، ووجّهت آنذاك معظم الإستثمارات الأمريكية و اليابانية و الألمانية إلى دول أمريكا الوسطى و أمريكا الجنوبية،

(1) - د/ أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص 25.

(2) - د/ محسن شفيق، المشروع ذو القوميات المتعددة، مرجع سابق، ص 31.

(3) - كامل أبو صقر، مرجع سابق، ص 84.

بينما توزع إستثمار الدول الأوروبية الإستعمارية في جانبه الأكبر على الدول التي كانت تستعمرها في إفريقيا و آسيا ، و لازال الحال كذلك إلى اليوم⁽¹⁾.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على نزاعات عقود نقل المعرفة الفنية

إذا ذكرنا جملة القانون الواجب التطبيق في مجال عقود نقل المعرفة الفنية فإن هذه الجملة تتيح التفكير في الكثير من الإحتمالات، فقد يقصد بها القانون الواجب التطبيق على شكل العقد⁽²⁾.

- كما قد يكون المقصود منها القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد (إلتزاماته)⁽³⁾، كما أنه قد يقصد به أمراً آخرًا و هذا في حالة:

- ما إذا أختير التحكيم كبنء في العقد لفض النزاعات الناجمة عنه، أو حتى بموجب مشاركة ملحقة بالعقد فهنا نذكر بأنه إستقر مبدأ الفصل بين القانون الواجب التطبيق على الإجراءات و الموضوع خاصة بالنسبة للقضاء الفرنسي⁽⁴⁾.

و هنا قد يقصد بجملة القانون الواجب التطبيق:

- إما القانون الواجب التطبيق على إتفاقية التحكيم.

- و إما القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

- و إما القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ذاته.

و مهما كان المقصود بالجملة لا شك من حيث المنطلق أن لمسألة القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية لنقل المعرفة الفنية من الأهمية بمكان، لما لها من تأثير على أصعدة كثيرة فتدفع بالمحلل القانوني

(1) - د/ محسن شفيق، المشروع ذوالقوميّات المتعدّدة من الناحية القانونيّة، مرجع سابق، ص 95 و ما بعدها.

(2) - تنص المادة 19 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، على: " تخضع التصرفات القانونيّة في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه، أي قاعدة لو كيبس المعروفة في مجال القانون الدولي الخاص و يجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الوطنية"

- د/ أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 258 و ما بعدها.

(3) - تنص المادة 18 عن القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يسري على الإلتزامات التعاقدية المكان المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد. و في حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد....."

- د/ صالح المنزلاوي القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية. دار الجامعة الجديدة القاهرة مصر 2006، ص 16 و ما

بعدها.

(4) - د/ محمد حسن منصور. العقود الدولية. دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2001، ص 60 و ما بعدها:

لبي طرح العديد من الأسئلة منها ما وجد جواباً تأصل فقهاً و قضاءً و تشريعاً و منها ما يزال يفرض نفسه حتى الآن.

و الإختلاف في مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على الصعيد الدولي و صلت إلى حد إعاقه إقرار المدونة الدولية لتقنين سلوك لنقل التكنولوجيا دولياً، من خلال المناقشات المتضادة التي دارت في مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة و التنمية بين كل من الدول المتقدمة و مجموعة دول لـ (77) و مجموعة الدول الإشتراكية عام 1976⁽¹⁾ ، حيث نادت مجموعة الدول النامية بضرورة تطبيق قانون دولة المتلقي لعقود نقل التكنولوجيا من حيث الصحة و النفاذ و التفسير.

كما أكدت على ضرورة عدم إستبعاد قانون دولة المتلقي من بين القوانين التي يتم إختيارها. بينما إتجهت الدول الصناعية من حيث الظاهر إلى دعوة الدول لتطبيق سلطان إرادة الأطراف في إختيار أي قانون يناسب عقودهم، بشرط أن يكون ذا علاقة مع العقد، و يكون قد أختير بناءً على أسباب منطقية.

لكن تحليل باطن هذا الإتجاه لا يؤكد إلا حقيقة و احده يدركها الجميع هي فرض سيطرة طرف على آخر منذ بداية التفاوض نظراً للقوة التفاوضية التي تتمتع بها الدول المتقدمة معرفياً و تكنولوجياً، و نظراً للمركز الإحتكاري للشركات العالمية العارضة للتكنولوجيا بما يمكنها من فرض شروطها بسهولة.

و هذا ما أصبح معه أمر تدخل الحكومات الساعية للتنمية على الصعيد التشريعي الداخلي و على الصعيد الدولي ضروري لكبح تسلط هذه القوى العالمية. و بهذا سنعالج هذا المطلب وفق الفرعين المواليين:

الفرع الأول: دور الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على نزاعات عقود نقل المعرفة الفنية.
الفرع الثاني: حالة سكوت الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود نقل المعرفة الفنية.

(1) - د/ محسن شفيق، نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 48.

الفرع الأول: دور الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على نزاعات عقود نقل المعرفة الفنية:

ممّا لا جدال فيه أنّ مبدأ اختيار القانون الذي سيطبق على موضوع النزاع من طرف الأطراف أصبح معترفاً به عالمياً تشريعياً قضائياً و فقهياً⁽¹⁾.

و مضمونه أنّ للأطراف بموجبه حرية في تعيين قانون دولة ما ليحكم العقد أو يحكم النزاع الناشئ خلال تنفيذه مع مكنة إستبعاد التعديلات التي قد تطرأ أو تحصل عليه مستقبلاً⁽²⁾.

وعلى الرغم من أنّ هذا المبدأ تقره كافة التشريعات الوطنية فيما يتعلق بموضوع العقد أو موضوع النزاع. كما أنّها تقرّه العديد من الإتفاقيات مثل إتفاقية لاهاي الخاصة بالبيع الدولي للأشياء المادية المنقولة (المادة 02) ، و إتفاقية تسوية المنازعات بين الدول و مواطني الدول الأخرى (المادة 1/42) ، و إتفاقية روما 19 جوان 1980 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية و التي لا زال العمل جاري بها لحد الآن، إلا أنّ هذا المبدأ لم يأخذ على مطلقه بل ترد عليه قيود عديدة⁽³⁾.

فيرى الكثير بأنّ هناك صراع أبدي بين إرادة الفرد و القانون و أنّ مبدأ سلطان الإرادة ماهو إلا ضابط إسناد، و ليس لإخضاع العقد للقانون.

و بأن هذا المبدأ يشهد أكثر فأكثر أزمتات بدليل التجميد الزمني لقانون العقد في أحكام القضاء⁽⁴⁾. و لعلّ أهم الإستثناءات الواردة على مبدأ سلطان الإرادة مايلي:

(1) - د/ الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 188.

- محمد إقولي، مرجع سابق، ص 232.

- د/ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 91.

- د/ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 124 وما بعدها.

- د/ محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف الإسكندرية، بدون تاريخ، ص 175 وما بعدها.

- Jean Michel jaquet. op cit. p 33et suiv

(2) - Benchneb ali. mécanismes juridiques des relations commerciales internationales en algerie. opcit. p 226.

(3) باتيفول (Batifol) القانون الخاص طبعة 1997 ص 621.

(4) - د/ أحمد عبد الكريم سلامة. مرجع سابق ص 275-304-311:

- حكم محكمة النقض الفرنسية عام 1935.

- حكم محكمة النقض البلجيكية 1938.

- حكم محكمة النقض الفرنسية 1950.

و هناك أحكام تحكيمية توافق رأي الدكتور في مسألة أزمة مبدأ سلطان الإرادة و إعتبره مجرد ضابط إستناد كغيره من الضوابط، يجوز تجميده و حتى إستبعاده في حالات.

- تعاقّد الدول مع بعضها بصفقتها من أشخاص القانون العام حيث تعتبر عقودها إتفاقيات لا تخضع لقانون الإرادة⁽¹⁾، على عكس تعاقدها بصفقتها من أشخاص القانون الخاص حيث يمكنها إختيار قانون ليطبق على عقودها المبرمة مع الآخرين⁽²⁾.

-التعاقد على العقارات لتعلّقه بالسيادة.

- التعاقد في إطار عقود العمل لتعلقها بقواعد أمره.

- و يستبعد قانون الإرادة أيضا حيث مساسه بالنظام العام أو الآداب العامة- و هذا ما أقرته المادة 21 من القانون المدني الجزائري.-

- و قد يستبعد قانون الإرادة أيضا إذا إنطوى على غش *fraude de à la loi* حينما يستعمل المتعاقدان في عقود نقل المعرفة الفنية طرق إحتيالية (أعمال غش من أجل التهرب من حكم قواعد أمره أو ناهية، تحكم العلاقة التعاقدية أصلا بواسطة إستخدام قواعد أخرى، يتوقف تطبيقها على إرادة المتعاقدين مع الإنحراف بها عن معناها الحقيقي)⁽³⁾.

و فكرة الإستبعاد بالمساس بالنظام العام أو الغش و الإحتيال تستعمل إلى أبعد نطاق ممكن ، فهي جائزة في حالة عدم تنفيذ أحكام التحكيم إذا تعارض مع نظام عام دولة التنفيذ⁽⁴⁾، و هو معمول به في حالة الغش الظاهر في الأحكام التحكيمية الضارة بمصلحة المتعاقد و المصلحة العليا للوطن⁽⁵⁾.

من هنا نجد أنّ مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق ليس مطلقا، و قد يكون القيد ظاهرا ، كأن تحد منه التشريعات الوطنية أو يحد منه و جود إتفاقية دولية تجبر الأطراف على تطبيق قانون معين، بالنسبة لموضوع العقد أو بالنسبة للنزاع الحاصل بشأن العقد.

(1) - د/ علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 118.

(2) أقرت محكمة العدل الدولية ذلك في حكم لها بتاريخ 1929/07/12.

(3) - د/ علي علي سليمان، ذات المرجع أعلاه، ص 159.

(4) - د/ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 180.

(5) - يورد الأستاذ تركي نور الدين في هذا السياق مثلا عن توقيع عقد بين شركة جزائرية و أخرى بلجيكية ينطوي على شرط تحكيم يقضي بإختيار محكمة تحكيم زيورخ ZURICH فقامت هذه الأخيرة بتطبيق القانون الياباني لفض النزاع القائم، فنتبين من ذلك الغش و التحايل حيث لا صلة بين القانون الياباني و موضوع العقد و النزاع، لذا لا يعتبر سلطان الإرادة مطلقا بل نسبيا يجوز إستبعاده.

- ROBERT . J.l'arbitrage commercial .opcit. p 91.

- تبرز هذه الوضعية جلية في حالة حكم التحكيم المبني على قواعد العدالة بإعتبارها مصدرا من مصادر القانون التجاري الدولي إن صحّ التعبير، لأن هذا القانون لو يتأصل بعد ، و يعد الأطراف في هذه الحالة متنازلين على كافة طرق الطعن حيال أحكام التحكيم إلا في حالة واحدة: بسبب مخالفة النظام العام.

من هنا نجد أن مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق ليس مطلقاً، وقد يكون القيد ظاهراً، كأن تحد منه التشريعات الوطنية أو يحد منه وجود إتفاقية دولية تجبر الأطراف على تطبيق قانون معين، بالنسبة لموضوع العقد أو بالنسبة للنزاع الحاصل بشأن العقد، وقد يكون الحد من هذا المبدأ مستتراً حين وجود قيود خاصة تفرضها الشركات المتعددة الجنسيات كما سبق الذكر.

و من أمثلة الحدود التي تفرضها التشريعات الوطنية على مبدأ سلطان الإرادة، نجد المشرع المصري بموجب نص المادة 87 من قانون التجارة المصري، تنصّ على:

أ- " تختص المحاكم المصرية بالفصل في المنازعات التي تنشأ عن عقود نقل التكنولوجيا المشار إليها في المادة 72 من هذا القانون و يجوز الإتفاق على تسوية النزاع ودياً، أو بطريقة تحكيم يجرى في مصر و فقا لأحكام القانون المصري".

ب- في جميع الأحوال يكون الفصل في النزاع بموجب القانون المصري هو الواجب التطبيق على عقد نقل المعرفة الفنية بإعتبار أن مصر هي محل التنفيذ، و لم يُأخذ بضوابط أخرى كحل التعاقد أو القانون المختار أو الأوثق صلة بالعقد.

و يقع باطلاً بطلان مطلق كل إتفاق على خلاف ذلك التعلق مسألتي الاختصاص القضائي و القانون الواجب التطبيق على النزاع الذي ينشأ من الإخلال بشروط عقد نقل التكنولوجيا بالنظام العام المصري⁽¹⁾. و من الأمثلة المتعلقة بالتشريعات الوطنية لائحة حماية المعلومات التجارية السرية السعودية الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم 50 بتاريخ 25-02-1426 هجري⁽²⁾، حيث تخضع مسألة الإخلال بالعقود ذات العلاقة بالأسرار التجارية-الذي تعدّه مخالفة للممارسات التجارية النزيهة- لهذه اللائحة، كما تقرر باللجوء إلى القضاء لأي مطالبة بالتعويض، في حالة الإخلال، و بروز تراجع مبدأ سلطان الإرادة، ظهر أيضاً من خلال هجران نظرية العقد المجرد من القانون *contrat sans loi* حالياً فقها و قضاءً، لأنها كانت قديماً تقرر ببقاء العقد حياً في فراغ قانوني أراد المتعاقدين، و هذا أمر في غير مقتضى المنطق القانوني السليم، و إن كانت تطبيقاتها قضائياً في السياق نادرة جداً، إلا أنه أصبح المقصود بهذه النظرية حالياً عدم خضوع العقد لقانون دولة معينة⁽³⁾.

(1) - د/ فاروق أحمد زاهر، القانون التجاري المصري، دار النهضة العربية القاهرة، 2007- ص 44.

(2) - فهد بجاد الملايح، مرجع سابق، ص 222.

(3) - د/ الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 188.

وبهذا المفهوم يصبح العقد خاضعا لعدة قوانين داخلية في ذات الحين، أو يخضع لقانون ذو طبيعة ليست داخلية .

و قد نشهد هذا فعلا إذا تعلق الأمر بإخضاع الإلتزامات التعاقدية لقانون دولة ما، و إخضاع إتفاقية التحكيم المتعلقة بنفس العقد لقانون دولة أخرى، ثم إخضاع إجراءات التحكيم المتعلقة بنفس العقد لقانون دولة أخرى ، ثم إخضاع إجراءات التحكيم ذاتها لقانون لآخر و موضوع النزاع لقانون دولة أخرى .

ثم إخضاع إجراءات التحكيم ذاتها لقانون آخر و موضوع النزاع لقانون دولة أخرى و هكذا فلقد سبق لنا القول أنه إستقر مبدأ الفصل بين القانون الواجب التطبيق على الإجراءات في التحكيم و القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع (1).

و بناءا عليه:

إذا تعلق الأمر بنزاع مطروح أمام التحكيم في مجال العلاقات الدولية تباينت الآراء فيما يخص التوسيع و الحد من مبدأ سلطان الإرادة (2).

و يأتي قانون الإجراءات المدنية الجزائري في مسائل التحكيم التجاري الدولي بموجب المادة 1/458 ليقضي بشأن إتفاقية التحكيم بأنها صحيحة من حيث الموضوع، إذا إستجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي إتفقت الأطراف على إختياره و إما الى القانون المنضّم لموضوع النزاع، لاسيما القانون المطبق على العقد الأساسي ، واما القانون الجزائري.

لا يمكن الإحتجاج بعدم صدّة إتفاقية التحكيم بسبب أنّ العقد الأساسي قد يكون غير صحيح.

- و هنا يبرز مبدأ سلطان الإرادة في إختيار القانون الواجب التطبيق على إتفاقية التحكيم-

و يضيف ذات القانون بموجب نص المادة 458 ف 6 فيما يخص تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات " يمكن لإتفاقية التحكيم أن تضبط الإجراء اللازم إتباعه في الهيئة التحكيمية مباشرة أو بناءا

(1) - د/ أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 105.

(2) - د/ غسان علي علي، مرجع سابق، ص 313 : القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم في منازعات الإستثمار الأجنبية ص 360:

القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في الإستشارات الأجنبية.

- محمد فلاح بخيت، مرجع سابق، ص 265: يتعرّض الى القانون الواجب التطبيق على المشاريع المشتركة بإستفاضة.

- قانون التحكيم المصري، رقم 27، لسنة 1994.

- قانون التحكيم السعودي، الصادر بالأمر الملكي رقم 46، بتاريخ 25-04-1983م.

على نظام تحكيمي، كما يمكن إخضاع هذا الإجراء إلى قانون إجراءات الذي تحدده الأطراف فيها".
و منجھية ثالثة: تنص المادة 458 مكرر 14 من ذات المرسوم التشريعي (93-09) على: " تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقاً لقواعد القانون الذي إختاره الأطراف.....".
و كل مادة من المواد الثلاثة السابقة تتعرض إلى حالة سكوت الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق في الحالات الثلاثة السابقة و هذا ما سوف يتضح من خلال الفرع التالي:

الفرع الثاني: حالة سكوت الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على نزاعات عقود نقل

المعرفة الفنية

بلغ موضوع القانون الواجب التطبيق في حالة سكوت الأطراف على تحديده في مسائل منازعات العقود الدولية بشكل خاص (1) ، و التي تتضمن نقل المعارف الفنية من الأهمية الحد الكبير، فعلى أساس هذا القانون سوف يتحدد مصير المسائل القانونية و الفنية المتنازع بشأنها ، و هذا ما سيؤثر لا محال على صير الإلتزامات المتضمنة بالعقد و على مصير المتعاقدين قانونياً و إقتصادياً و حتى إجتماعياً و أثبتت التجربة في بعض العقود الدولية أنّ لهذا الأمر تأثيراً على سياسات الدول.
لا يرى المتعاقد المتلقي في هذا النوع من العقود أو الصفقات التي تكبد فيها دون شك أموال طائلة، مجرد مورد مال بل أكثر من ذلك يرى فيه مخرج من الحالة التنموية التي يعاني منها مقارنة مع التطور المشهود علمياً و إقتصادياً أو تكنولوجياً في بلدان الطرف المورد.

لذا سأحاول محورة المسائل الجوهرية في هذا الفرع لأنطلق مباشرة بعد ذلك لتناولها بشيء من التفصيل.
بداية يمكننا القول بأنه إذا إرتضى الطرفان بوجه عام حكم مضمون عقودهم أو منازعات عقودهم (إجرائياً أو موضوعياً) و فق قانون أو قوانين معينة، فلا مانع من ذلك و لا إشكالا و فق ما ينص عليه مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق كمبدأ عام، لكن لا ننسى أنّ هذا المبدأ قد يحاصر و يقيد بقوانين و طنية في مجالات تراها بعض الدول حساسة و ماسدة بالنظام العام للدولة،
و أنكر بأن المتعاقد المتلقي لا يرى في هذا النوع من العقود أو الصفقات التي تكبد فيها دون شك أموال طائلة، مجرد مورد مال بل أكثر من ذلك يرى فيه مخرج من الحالة التنموية التي يعاني منها مقارنة مع التطور

(1) لكل من القضاء و الفقه الدوليين و كذا إتفاقيات الدولية موقف و معايير إتجاه " دولية" العقود لا سيما منها المتعلقة بالبيوع الدولية
- د/ وائل حمدي أحمد علي ، مرجع سابق، ص714 وما بعدها.

المشهود علمياً و إقتصادياً أو تكنولوجياً في بلدان الطرف المورد.

لذا سأحاول محورة المسائل الجوهرية في هذا الفرع لأنطلق مباشرة بعد ذلك لتناولها بشيء من التفصيل. بداية يمكننا القول بأنه إذا إرتضى الطرفان بوجه عام حكم مضمون عقودهم أو منازعات عقودهم (إجرائياً أو موضوعياً) و فق قانون أو قوانين معينة، فلا مانع من ذلك و لا إشكالا و فق ما ينص عليه مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق كمبدأ عام، لكن لا ننسى أن هذا المبدأ قد يحاصر و يقيد بقوانين و طنية في مجالات تراها بعض الدول حساسة و ماسدة بالنظام العام للدولة، مثل "مسألة نقل التكنولوجيا و المعارف الفنية" (1)، و هذا تماما موقف دول الأندين مثلا أو موقف المشرع المصري في قانون التجارة الجديد لعام (1999)، حيث أنه و "إن أجاز للأطراف حرية، إما في عرض النزاع على القضاء المصري أو إتباع الطرق الودية في حل النزاع أو إتخاذ التحكيم كوسيلة لحل النزاع على أن يجري هو بدوره في مصر و لكن تحت طائلة البطلان لم يسمح إلا بتطبيق القانون المصري حماية لمصالح المتعاقد الوطني" (2).

لكن ماهو الحل المتبع في حالة إغفال المتعاقدين عن ذكر القانون الواجب التطبيق على مضمون عقودهم أو على النزاعات المحتملة - خاصة بالنسبة لتلك المطروحة أمام التحكيم - (إجراءاتها و موضوعها)، و خاصة في حالة ما إذا تعلق الأمر بالمتعاقدين منتمين لدول تاركة تشريعاتها الداخلية تنظيم مسألة عقود نقل المعارف الفنية شأنها في ذلك شأن سائر العقود بموجب الأحكام العامة المتضمنة في قواعد القانون المدني أو التجاري أو الإجراءات المدنية أو غيرها.

فمهما تمت مراعاة الدقة في تحرير عقود نقل المعرفة الفنية لا يستطيع العقد أن يحيط بكل المسائل التي قد تثير الخلاف بين الطرفين (3)، لذا تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود تختلف زاوية النظر إليه في حالة سكوت الأطراف على تعيينه حسب الجهة التي تنظر في النزاع أي: القضاء، أو التحكيم.

(1) - د/ جلال و فاء محمدين، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا في ظل الجهود الدولية و أحكام نقل التكنولوجيا قانون التجارة الجديد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2001، ص 200 وما بعدها.

(2) - د/ نصيرة بوجمعة سعدي، نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، مرجع سابق، ص 402.

(3) - د/ ناريمان عبد القادر: إتفاق التحكيم و فقا لقانون التحكيم في المواد المدنية و التجارية رقم 27 لسنة 1994. دار النهضة العربية، 1996 ص 263.

- إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 247.

- د/ فاروق أحمد زاهر، مرجع سابق، ص 44.

(3) - محسن شفيق، عقد تسليم مفتاح (نموذج من عقود التنمية)، مرجع سابق، ص 100.

فإذا طرح النزاع أمام القضاء: يجد القاضي نفسه أمام حالتين إما حالة محاصرته باتفاقية دولية مصادق عليها الدولة التي يعمل تحت لوائها، فلا يجد مخرجا سوى تطبيق أحكامها لأن أحكام الاتفاقية تسمو القانون الداخلي.

و بهذا الصدد نجد الكثير من الدول متورطة في الإنتماء بالمصادقة على إتفاقيات دولية لا تخدم مصالحها و لا مصالح رعاياها في الخارج أي أشخاصها المعنوية (الشركات و المؤسسات)، وأشخاصها الطبيعية المشاركة في المسيرة الاقتصادية التنموية، كون هذه الدول لم تساهم في سن هذه الإتفاقيات الدولية لأسباب تاريخية أهمها الخوض في مشاكل إستعمارية إنتقصت من حريتها أو أعدمته في وقت كانت الدول المتقدمة تنسج خيوط هذه الإتفاقيات بأحكام وفق ما يلائم مصالحها.

و حتى وإن إنضمت الدول النامية إلى إتفاقيات حديثة النشأة إلا أننا نجد لها إما ممتدة تاريخياً إلى إتفاقيات قديمة، مثل كما هو الأمر بالنسبة لإتفاقية تربس التي هي إمتداد لإتفاقية الجات (GAAT) و إتفاقية

(باريس 1883)، فالدول النامية المنضمة إليها يتوجب عليها الخضوع إلى أحكامها، رغم المساوى و الآثار السلبية العديدة التي يفرزها ذلك الإنضمام و الإنصياع لأحكامها⁽¹⁾.

و إن لم نجد هذه الإتفاقيات الحديثة ممتدة تاريخياً إلى إتفاقيات قديمة، نجد بالمقابل ضغوطات شتى أهمها السياسية تؤثر في الدول النامية لدفعها للإنضمام إليها، و لا يجد القاضي أمام هذا الوضع إلا الإنصياع لتطبيق هذه الإتفاقيات رغم المساوى المنطوية عليها.

وفي حالة عدم وجود إتفاقية مفروضة على القاضي يصبح هذا الأخير أمام مسألة تنازع القوانين و هنا: تقدم الدول حلول كثيرة مختلفة بديلة عن تطبيق سلطان الإرادة و حرية إختيار المتعاقدين لقانون ما ، مثل نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري و ما تقدمه من ضوابط إستناد تساعد القاضي على

(1) - د/ أمال زيدان عبد الله، الإلتزام بالسريّة في عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 370: حيث تناولت تسوية المنازعات الناجمة عن الإلتزام بالسريّة في إطار عقود نقل المعرفة الفنية في ظل إتفاقية تربس.

- د/ أحمد جامع، إتفاقية التجارة العالمية، ج 1، ج 2، دار النهضة العربية، 2001، ص 30 وما بعدها.

- د/ إبراهيم العيسوي، الجات و أخواتها، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية، بيروت، 1995، ص 11 وما بعدها.

- د/ صادق بوشنافة، آثار تطبيق إتفاقية تربس على صناعة الأدوية في الوطن العربي، مجلة دراسات جامعة الأغواط. جانفي

2010. ص 12

- د/ محمد الأمين الزين، قواعد حماية الملكية الفكرية على جزء التشريع و الإتفاقيات الدولية، مجلة الحقوق و العلوم

الإنسانية جامعة الجلفة، عدد 1 - جوان 2008، ص 61.

- كامل أبو صقر، مرجع سابق، ص 404: و فيها تناول الجات كمعوق للتجارة العالمية.

يوجد القانون الواجب التطبيق، الذي قد يكون هو القانون الجزائري أو قانونًا وطنيًا أجنبيًا (1) . حين ذاك يعامل القانون الأجنبي على أنه مجرد واقعة من الوقائع و ليس كقانون أي انه يمكن استبعاده - بشروط- (2) كونه غير متعلق بمسائل الأحوال الشخصية .

أما إذا قرر الأطراف طرح النزاع على التحكيم: (بإعتباره طريق إستثنائي لفض النزاعات، قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية و ما تكلفه من ضمانات (3)، ثم سكتوا عن تحديد القانون الواجب التطبيق على نزاعاتهم، هنا الأمر أيضا يختلف بالنظر إلى القانون الواجب التطبيق على إتفاقية التحكيم ذاتها، أو على إجراءات التحكيم أو أخيرا على موضوع التحكيم (4) .

و في هذا السياق أيضا تقدم التشريعات الوطنية حولا متباينة في حالة سكوت الأطراف على إختيار القانون الواجب التطبيق في حل النزاع المطروح ، أمام التحكيم (التحكيم الخاص و الحر على وجه الخصوص)، لأن التحكيم المؤسسي (القضائي) يعمل تحت لواء قواعد الهيئة المنتمي إليها. و تأتي هذه الحلول متضاربة بين موسع و مضيق و معدم لسلطة المحكم في إختيار القانون الواجب التطبيق في حالة سكوت الأطراف عليه:

و نذكر على سبيل المثال القانون الجزائري.

- فتتص المادة 458/ف1 على خضوع إتفاقية التحكيم في حالة سكوت الأطراف على إختيار القانون الواجب التطبيق عليها إلى القانون المنظم لموضوع النزاع لاسيما القانون المطبق على العقد الأساسي و إما إلى القانون الجزائري.

- و تتص المادة 458/ف6 على خضوع إجراءات التحكم في حالة سكوت الأطراف على إختيار القانون الواجب التطبيق عليها إلى إرادة المحكمين في محكمة التحكيم بضبط إجراءاتها بمفردها مباشرة أو يمكنها الإستناد إلى قانون أو نظام تحكيمي، كلما تطلبت الحاجة إلى ذلك.

(1) - هذا في حالة ما إذا أسندت قاعدة اسناد الوطنية الجزائرية حكم العلاقة إلى قانون أجنبي، علما أن القانون الجزائري لا يأخذ بالإحالة كأصل و استثناء يأخذ بها في حالة (الرجوع) أو الإحالة من الدرجة الأولى.

- د/ يوسف عبد الهادي الأكياني، مرجع سابق، ص 249.

(2) أنظر إلى نص المادة 358/ف6 من القانون (08-09) الصادر عام 2008 و المتعلق بقانون الإجراءات المدنية و

الإدارية الجزائري، المعدلة لنص المادة 233/ف5 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري لعام 2001.

(3) - إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 250.

(4) - إستقرّ مبدأ الفصل بين القانون الواجب التطبيق على الإجراءات و على الموضوع في جل الأنظمة القانونية المعاصرة.

و الأهم من هذا و ذلك المادة المتعلقة بموضوع النزاع أي:

- المادة 458/ف14: حيث تنص في حالة سكوت الأطراف على إختيار قانون معين لحل النزاع على :
تكفل محكمة التحكيم بالفصل في النزاع و فقا لقواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة.

و هنا بالذات يفتح الجدل الفقهي في مدى توسيع و تطبيق سلطة المحكم في إختيار القانون الواجب التطبيق، فهل يكون بإمكانه تطبيق قواعد قانون التجارة الدولي (1)، أم يتم لجوءه إلى قواعد قانونية وطنية أو على مبادئ قد يستقيها من إتفاقيات دولية علمًا بأن:

- الإتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي كإتفاقية جنيف لسنة 1961 بشأن التحكيم التجاري الدولي في نص المادة "7".

- إتفاقية و اشنطن لسنة 1965 في المادة 42/أ.

- إتفاقية (أنترا أمريكيان) لسنة 1975.

- لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس في المادة 3/13.

- لائحة التحكيم الخاصة باللجنة الإقتصادية الأوروبية التابعة للأمم المتحدة لسنة 1966 في المادة 38.

- لائحة التحكيم التجاري الدولي الخاصة باللجنة الإقتصادية الأوروبية للأمم المتحدة لدول آسيا و الشرق الأقصى في المادة 4/7 أ و غيرها.

الكل تضمن في النصوص السالفة الذكر قاعدة مؤداها في حالة غياب إشارة الأطراف على القانون الواجب التطبيق، فيجب على المحكمين تطبيق " القانون الذي تحدده قاعدة التنازع التي يرونها ملائمة للحالة المعروضة (2).

فلا توجد إشارة مؤداها إلتزام المحكم بما سبق أن أصدره من قرارات التحكيم أو بالرجوع إلى قرارات التحكيم في حالة غياب الأطراف لقانون يحكم العقد للفصل في النزاع سابقًا.

ومن هنا يتضح أن قضاء التحكيم كمصدر لقانون التجارة الدولي (3) هي مسألة لا زالت في طور

الأمني لا يصدقها واقع، فالسوابق التحكيمية ليست لديها القدرة على أن تكون مصدرا على إعتبار أن

تاريخ التحكيم التجاري الدولي يبدأ في العصر الحديث ، من إتفاقية نيويورك 1958.

(1) - د/ أمال زيدان عبد الله، الإلتزام بالسريّة في عقود نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 364.

(2) - د/ السيد مصطفى أحمد أبو الخير. مرجع سابق ص 504: ممكن خطورة التحكيم تبرز هنا في مرونته و في توسيع سلطة المحكم.

(3) - د/ وائل حمدي أحمد علي. حسن النية في البيوع الدولية. مرجع سابق ص 180 وما بعدها: للتذكير، مصادر قانون التجارة

الدولية المذكورة

في ذات المرجع تتمثل في كل من العادات التجارية الدولية، المبادئ العامة للقانون، العدالة، التحكيم التجاري الدولي.

من هذه المحاور الأساسية المتعلقة بموضوع القانون الواجب التطبيق على النزاع المتعلق بالعقود الدولية لنقل المعرفة الفنية في حالة سكوت الأطراف على تعيينه ننطلق بشيء من التفصيل في طرحه على الوجه التالي:

كما سبق القول قدمت التشريعات حولا مختلفة إذا تولّى القضاء أو محكمة التحكيم حلّ المسألة المتنازع بشأنها ، ففي حالة سكوت الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على نزاعاتهم، و طرح النزاع على القضاء و أخذت على سبيل المثال المادة 18 من القانون المدني الجزائري، بتطبيق القانون الداخلي الذي يختاره الأطراف و في حالة سكوتهم عن ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة أو محل الإبرام ، و هي أيضا قوانين داخلية لدولة ما و جاء بمشروع القانون المدني الفرنسي التمهيديين الثاني و الثالث لسنتي 1959 و 1967 بموجب المادة 2313 من المشروع الثالث: " إن العقد ذو الطابع الدولي و الإلتزامات الناشئة عنه يخضع للقانون الذي إختاره الأطراف، و في حال عدم الإختيار الصريح يحكمه القانون الذي يرتبط به العقد إقتصاديا إرتباطا و ثقافا و لاسيما قانون محل التنفيذ الرئيسي" (1).

أما القضاء و الفقه العالميين: ففي بداية الأمر إتّجهنا إلى إعتبار العقد يخضع بالضرورة لقانون داخلي

لدولة معينة. (2) Tout contrat international est nécessairement rattaché a la loi d'un état

ثم تطوّر رأي الفقه والقضاء لاسيما الفرنسي في هذا المضمار، فحاولا التوفيق بين القانون الداخلي و مقتضيات التجارة الدولية، فحث الفقه على ضرورة بروز قواعد خاصة بالمعاملات الدولية ضمن القوانين الداخلية، و يبقى إلى هنا القانون الداخلي هو الكفيل بالعلاقات الدولية و إن كان ذا صبغة خاصة (صبغة دولية كما دعى إلى ذلك الفقه).

لكن القضاء ذهب إلى أبعد من هذا منذ الستينات حيث أقر الأخذ بمبادئ جديدة مصدرها قانون التجارة الدولية و حده، و بدأت المحاكم الفرنسية تبني أحكامها صراحة على العادات التجارية الدولية و أقرت أفضليتها على المصادر الداخلية (3) و أيّد الفقه القضاء في إجتهداته لا سيما منها الآخذة

(1) - علي علي سليمان مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 106 و ما بعدها.

(2) - حكم محكمة النقض الفرنسية في 21-06-1950، متضمّن في باتيفول دالوز، 1951، ص 779.

(3) - حكم محكمة النقض الفرنسية 07-05-1963.

- حكم محكمة النقض الفرنسية 02-05-1966.

- حكم محكمة النقض الفرنسية 22-11-1966.

بالقواعد المادية الجاهزة المأخوذة من قانون التجارة الدولية (1).

و على ذلك نلاحظ أن الفقه الفرنسي متأرجح في آراءه و عموماً يحاول التوفيق بين متطلبات التجارة الدولية و ما يمليه قانونها و بين منهج التنازع.

أما الأنظمة الإنجلوسكسونية تعد من ابرز الأنظمة التي تسربت إليها قوانين التجارة الدولية فيما يخص العقود الدولية عموماً عقود نقل المعرفة الفنية خصوصاً.

و ظهر قانون التحكيم الأمريكي united states arbitration acte سنة 1925 المعدّل عدة مرات منها عام 1970 ، ليظهر في صورة أكثر تجاوباً مع التحكيم الدولي في الوقت الحاضر و أكثر تحملاً لتطوير مفهوم الإسناد في حالة سكوت المتعاقدين عن الإفصاح عن إرادتهما الصريحة في إختيار قانون ما، عن طريق الإهتمام بالعلاقة القانونية لموضوع النزاع أكثر من الإهتمام بالطبيعة القانونية للقاعدة القانونية التي تحكمه (2).

بدون شك كان و لا زال مبدأ سلطان الإرادة في إختيار القانون الواجب التطبيق مشعاً في الساحة القانونية الدولية (3)، غير انه بتحليل الطبيعة القانونية (لقانون) الإرادة تحليلاً زمنياً نجد في البداية أنّ هذا القانون كان مستمداً من القانون الداخلي للدول و الذي كان بدوره عبارة عن قواعد موضوعية معدة لحكم العلاقات التجارية مع الأجانب *juste gentium* و التي تطورت لتصبح قواعد موضوعية مشتركة بين الأمم ذات طابع عرفي و طابع مهني *lex mercatoria* و خلال العصور الوسطى أصل الفقهاء العقود الدولية من خلال نظريات التنازع (4).

و أعتبرو بعد ذلك الضابط الأساسي و الأصلي لإسناد العقود هو سلطان الإرادة سواء ظهر في شكل صريح أو ضمني، و ظهرت معه النظرية الموضوعية التي تنتهج أسلوب تركيز العقد لإستخلاص القانون الواجب التطبيق عموماً و حتى هذه الحقبة نلاحظ سيطرة السلطات القضائية في فك نزاعات العقود الدولية.

(1) - د/ نصيرة بوجمعة سعدي، نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، مرجع سابق، ص 406.

- د/ محمود محمد سليمان الكيلاني، جزاء الإخلال في تنفيذ عقود الدولية لنقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 134.

- د/ الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 194.

(2) - د/ الطيب زروتي، ذات المرجع أعلاه، ص 200.

(3) حكم محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية:

- قضية رقم 1512 بتاريخ 1971.

- قضية رقم 119 بتاريخ 1978.

(4) - د/ الطيب زروتي، ذات المرجع أعلاه، ص 215.

و هي تستند لفك هذه النزاعات على قواعد موضوعية داخلية و هي قانون القاضي *lex fori* أو على قواعد دولة أخرى تعينها قواعد تنازع القوانين لقانون القاضي.

و على العموم في هذه الحقبة نجد أيضا سيطرت القواعد القانونية الداخلية للدول في فك النزاعات. و بتاريخ 12-07-1929 في حكمين يحملان رقم 20-21 ، صدر عن محكمة العدل الدولية الدائمة ما يفيد أنه كل عقد مبرم بين الدول ليس بإعتبارها شخصا قانوني دولي يجد مصدره في قانون وطني و تحديد هذا القانون يدخل ضمن دائرة القانون الدولي الخاص أو تنازع القوانين⁽¹⁾.

جاء هذا الحكم في وقت كانت تستحوذ فيه نظرية القوانين على حكم كافة روابط القانون الدولي الخاص، بل أن الرأي السائد آنذاك يحصر القانون الدولي الخاص في تنازع القانون. لكن: ما لبث الأمر أن تغير تماما لصالح أفضلية التحكيم الدولي لفك النزاعات التعاقدية الدولية ، و لصالح التوسع في مفهوم القانون الواجب التطبيق على العلاقات الدولية التعاقدية، فواقع التجارة الدولية الحديثة بطرقه الحديثة أصبح يفرض بتطوره رؤية أخرى للطبيعة القانونية لقانون الإرادة من زاويتين:

الزاوية الأولى:

أصبح بإمكان الأطراف إحداث مزج بين قواعد مستوحاة من مصادر عدّة⁽²⁾ ، تحكم عقودهم مع الإبقاء على وحدة العقد دون تجزئته على نحو يمكنهم من إختيار مزيج من قواعد قانونية من دولتي المتعاقدين أو تطبيق مزيج من عدة قوانين وطنية⁽³⁾.

- أو من المبادئ المشتركة في قوانين الدولتين.

- أو إختيار مزيج من قواعد قانونية لقانون وطني لدولة متعاقدة و مبادئ القانون الدولي⁽⁴⁾.

- أو إختيار قواعد قانون و وطني أجنبي لا يمت بصلة مع العقد (قانون محايد)⁽⁵⁾.

- أو إختيار مزيج من قواعد قانون و وطني و آخر دولي .

(1) - د/ الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 206.

(2) - د/ محمود محمد سليمان الكيلاني، جزاء الإخلال في تنفيذ عقود الدولية لنقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 533.

(3) - عقد ميرم بين إدارة البريد و البرق التشكسلافياكية و هيئة الإذاعة الأمريكية عام 1936 متضمن في مجلة التحكيم 1956 ص 63 ص 69 . مشار إليه في كتاب د/ الطيب زروتي. مرجع سابق ص 208.

(4) - يتم سن هذا الشرط عادة لما يكون قانون دولة نامية المختار فيخشي المورد للمعرفة الفنية من تعديلات ذلك القانون بأن تكون في غير صالحه.

(5) - د/ نصيرة بوجمعة سعدي، نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، مرجع سابق، ص 403:

حكم محكمة التحكيم في قضية الشركة المغربية الأمريكية للبترول ARAMCO بتاريخ 23-08-1958.

متضمن أيضا بـ: *Revue critique de droit international privé* .en 1985.p 2725 note batifol

- أو إختيار المبادئ العامة للقانون.

و لعل التطبيقات الحديثة في مجال العقود التجارية الدولية خير دليل على مبدأ التنوع في إختيار القانون الواجب التطبيق.

الزاوية الثانية:

الدعوة الملحة لضرورة المنزاعات الدولية شكلا و مضمونا : من طرف الكثير من فقهاء الغرب و قد غير الفقيه قولدمان رأيه حيث كان ينادي سابقاً بوجود حدودا فاصلة بين القانون الوضعي و قانون التجارة الدولية *Frontière de droit international et lex mercatoria* لكن أصبح ينادي بضرورة تحرير التجارة الدولية من القوانين الداخلية ، و أنّ مسألة تطور قانون التجارة الدولية لم تعد فقهية و نظرية، بل فرضها الواقع و أصبح هذا القانون يقدم قواعد تتوفر فيها كافة خصائص القاعدة القانونية.

و أفصح الفقيه *rené david* في تقريره إلى لجنة UNIDROIT عام 1977 بأن:

و قت تأميم القانون الذي إمتاز به القرن 19، و الذي و قف فيه القانونيين موقف حيادي غير محتشمين قد إنتهى لكنه لم يوقف التجارة الدولية، إذ شكّلت تحديا لكل القانونيين الذي وقفوا في وجه تطوير و سائلها القانونية، و أنّ الواقع قد يفرض نفسه و ينتظم خارج القانون إذا كان القانونيين ليسوا في مستوى المهام المنوطة بهم (1).

و ذات الفقهاء الغربيين بناءً على ماتقدّم من الطرح في الزاوية الثانية من النظر إلى موضوع القوانين المطبقة على العقود الدولية لنقل المعرفة الفنية، يخرجون بنتيجة و هي أن كافة المبادلات التجارية تحتم واقعيًا تواجد كم لا بأس به من القواعد الدولية المشتركة، تعد صالحة لأن تكون أساسا لنظام قانوني مستقل للعقود و المعاملات الدولية و هذا ما نلمسه من خلال الإتفاقيات الدولية، و من خلال قواعد قانون التجارة الدولية (2).

(1) - David René. *le droit du commerce international une nouvelle tache pour les législateurs internationaux ou une nouvel lex mercatoria*. unidroit à new york. 1977. volume 1. pp5et6.

(2) - د/ الطيب زروتي، مرجع سابق ص 135: حيث يفيدنا أنه حسب تقرير الأمم المتحدة لعام 1968، ورد تعريف لقانون التجارة الدولية على أنه جملة القواعد التي تحكم العلاقات التجارية المنتمية إلى القانون الخاص و التي تربط الدول بغض النظر على كون الأطراف عامة أو خاصة.

تمامًا كما دلّ على ذلك التطبيق الحالي حتى غدونا نرى حديثًا إبتعاد الأطراف الدولية الفاعلة في مجال نقل المعرفة الفنية بدافع أو بأخر عن تحديد قانون و طني واحد ليحكم نزاعات العلاقات التعاقدية، سواء بإختيار قانون محل تنفيذ العقد (1) أو قانون محل إبرام العقد (2)، أ و القانون الوطني لدولة متعاقد (3)، لينهل من مصادر قانونية متنوعة داخلية و دولية أحكاما تناسب تشعب علاقته التعاقدية.

و في دراسة تحليلية قام بها الأستاذ بروك هس BROC HES، لمس ميلا واضحا عند أطراف عقود الإمتياز و الإستغلال الصناعي للتهرب من إختيار القانون الوطني (4).

أما إذا طرح النزاع على التحكيم الدولي فوجهة النظر إلى هذا الموضوع هي لمس مجالا واسعا متزايد شيئا فشيئا من الحرية في هذه الهيئات لتحديد القانون الواجب التطبيق في حالة سكوت الأطراف على تحديده، فإذا كان القاضي الوطني مجبرا على تطبيق القواعد الوطنية لحكم العلاقات ذات العناصر الأجنبية، و هي قاعدة التنازع الموجودة بقوانينه، و هي التي تدله على القواعد الواجبة التطبيق على النزاع أو يقوم بتطبيق القواعد الموضوعية الوطنية بصفة مباشرة على النزاع أي LA LEX FORI فإنّ وضعية المحكم في قضايا التجارة الدولية مختلفة، فهو لا يصدر أحكامه بناء على اسم أي دولة كانت و لا تتبع أحكامه سيادة أي دولة (5)، و رغم وجود قواعد تحكم نطاق مكان مركز التحكيم، إلا أنها لا تلعب دور (قانون القاضي في القضاء النظامي) إتجاه المحكمين، و هذا الأمر يسري على التحكيم الخاص AD-HOC أيضا (6).

(1) - د/ نصيرة بوجمعة سعدي، نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، مرجع سابق، ص 404.

(2) - محمد إقلولي، مرجع سابق، ص 238.

(3) - محمد إقلولي، ذات المرجع أعلاه، ص 234.

(4) - د/ محمود محمد سليمان الكيلاني، جزاء الإخلال في تنفيذ عقود الدولية لنقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 534.

(5) JEAN MICHEL JACQUET .op cit P 52:revue de l'arbitrage 1972.p 99.

- د/ محمود محمد سليمان الكيلاني، جزاء الإخلال في تنفيذ عقود الدولية لنقل التكنولوجيا، ذات المرجع أعلاه، ص 542.

(6) نشير في هذا الصدد إلى إستثناء واجب الإشارة إليه يتمثل في CIRDI.

Centre international pour les reglement des difirents aux investissements

المركز العالمي لفك النزاعات المتعلقة بالإستثمارات و منها نزاعات العقود المبرمة بين الدول و الإستثمارات الأجنبية:

هذا المركز محدث من طرف إتفاقية واشنطن convention de Washington لـ 18 مارس 1965 .

و هي بمثابة القانون الوطني الواجب التطبيق بالنسبة لنزاعات (CIRDI) التحكيمية.

Cette convention une véritable lex fori pour les litiges de CIRDI.

و إذا أُكِّلتْ مهمة حلّ نزاع دولي ما أمام محكمة التحكيم فنقول مبدئياً: أنه إذا حدّد أطراف المنازعة صراحة القانون الواجب التطبيق تأسيساً على إرادتهما فلا شيء في ذلك يدفع لمعارضة إرادة الأطراف في تعيين هذا القانون كأصل عام ، لأن هذا المبدأ أصبح مكرس عالمياً و هو أمر مفروغ منه (1).

لكن ما الحل في غياب تحديد هذا القانون من قبل الأطراف، و هل المحكومون يتمتعون بحرية لحل النزاعات المطروحة أمامهم؟ كما سبق القول في بداية الفرع، الكثير من الفقهاء المنتموا إلى الدول النامية من لا يشاطر منح الحرية المطلقة للمحكّمين في إيجاد القانون الواجب التطبيق، بل يشجعون و يضع قيود على المحكم حماية للمصالح التنموية الوطنية.

أحياناً كثيرة يرى المحكمون أنّ الإلتجاء إلى قانون وطني معين غير مجد، إذا كان العقد يكفي نفسه بنفسه و يضع الحلول المناسبة لكل المسائل الواردة فيه (2) ، خاصة أن المحكم يلتزم بإتجاه الأطراف المتعاقدة و هو يحاول من خلال نشاطه بلوغ هدف هو إقناع المتعاقدين بالنتيجة التي توصل إليها فكره (3). و في حالة سكوت الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على نزاعاتهم قد يلجأ المحكم إلى العمل بالمبادئ العامّة و العادات التجارية الدولية (4).

و نجد أحياناً حالات لا يستبعد فيها المحكم قانون و وطني ما لكنه قد يتممها بأحكام قانون التجارة الدولي (5).

(1) مبدأ أفرته إتفاقية واشنطن WASHINGTON 1965.

و أقره النص المقرر في إطار CNVDCI في أبريل 1976.

(commission des nations unies pour le développement du droit du commerce international)

و المتعلق بتنظيم التحكيم:

هذا النص قدم كقانون نموذجي مقترح على التشريعات الداخلية في 21-06-1985.

للتذكير: أقر هذا المبدأ أيضاً في التشريعات الوطنية:

المادة 458 مكرر من قانون الإجراءات المدنية الجزائري المعدل في 1993 و المادة 1496 من القانون المدني الفرنسي المتعلق بالتحكيم.

(2) القرار التحكيمي لغرفة التجارة الدولية لعام 1972 و الحامل رقم 1999

<http://www.iccwbo.org/>

(3) JEAN MICHEL JAQUET op. cit. p 54 et 55.

(4) قرار غرفة التجارة الدولية لسنة 1970 الحامل رقم 69.

(5) و نذكر هنا أنه قد حدث وإن استبعد المحكم قانون و وطني مختار ليحل محله قانون التجارة الدولية بإعتبار أن له الأفضلية عليه على أساس المساس بالنظام العام الدولي

<http://www.iccwbo.org/>

- قرار في تحكيم غرفة التجارة الدولية رقم: 1512 و 1939 لسنة 1971 .

إن المحكمين في حالة سكوت المتعاقدين على تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، طبقاً للتشريع الجزائري (قانون الإجراءات المدنية و المعدل في 25-11-1993) يقترح حلول بدوره و هي أكثر ملائمة مع واقع التجارة العالمية حسب رأي البعض.

فبموجب المادة 458 فقرة 4 يقرر في غياب تحديد القانون من طرف الأطراف مايلي:

يقرر " القضاء التحكيمي في النزاع إستناداً على قواعد القانون و العرف التي يراها ملائمة "، و حسب رأي البعض أنه بموجب هذا النص تحل إرادة المحكم محل إرادة المتعاقد بكل حرية لتعيين القانون الواجب التطبيق.

في حين يرى البعض الآخر و من ضمنهم الأستاذ تركي نور الدين أنّ تفسير المادة القاضي بمنح حرية كاملة للمحكم في إختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم تفسير خاطئ، و إلا كيف يوجب القانون بموجب المادة أعلاه على المحكمين ضرورة الأخذ بعين الإعتبار قواعد القانون و العرف التي يراها مناسبة.

و لفهم هذا النص جيداً نرجع إلى الأصل المستلهم منه و هو نص المادة 1496 من القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾، و التي تستوجب تطبيق قواعد القانون التي لها أوطد (صلة) مع العقد(تبعاً لفكرة وجوب تركيز العقد) .

و يجدر بنا التنويه للبرهنة على أنّ التفسير الأول الذي أعطي للمادة أعلاه خاطئ إلى: الإتجاهات التي سارت في هذا النهج في غالبية الحالات المعروضة عليها. منها:

- حكم التحكيم الصادر عن محكمة التحكيم لغرفة التجارة الدولية:

بياريس عام 1982 تحت رقم 2730 .

و عام 1983 تحت رقم 3742.

و عام 1992 تحت رقم 65000.

و عام 1984 تحت رقم 4338.

و عام 1983 تحت رقم 3742.

(1) - JEAN MICHEL JAQUET. opcit. p 54

بالتالي عكس ما يظن البعض في أن للمحكّمين حرية مطلقة في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق ، يرى الأستاذ تركي نور الدين أنه في عبارة (القواعد القانونية و العرف التي يراها المحكم أكثر ملائمة) تجبر المحكم على الأخذ بعين الإعتبار كل ظروف القضية وبخاصة طبيعة العقد و هدفه ليتمكّن من خلال مؤشرات التركيز les indices de rattachement تحديد القانون الواجب التطبيق (1).

و أخيراً نذكر بما أشارت إليه المادة 64 من إتفاقية تريبس إلى إتباع النظام المنصوص عليه في المواد 22، 23 من إتفاقية الجات بشأن مذكرة التفاهم بشأن تسوية المنازعات (2) في حالة نشوبها بين الدول الأعضاء، و بالرجوع إلى هذه النصوص نجد أنّ الجهود التي سوف تبذل لحل الخلافات التجارية بين الأعضاء سوف تتم عبر مداخل متعاقبة تبدأ بالمشاورات ثم المساعي الحميدة و التوفيق و الوساطة و أخيراً التحكيم .

و يهدف هذا الأخير إلى مساعدة جهاز تسوية المنازعات و ذلك من خلال الحكم الذي يصل إليه فريق التحكيم المختار من طرف الأطراف المتنازعة و الذي يعدّ ملزماً واجب تنفيذ، و هو أيضاً حكم ممكن إستئنافه و فق ما نصت عليه مذكرة التحكيم، و يتم الإستئناف أمام هيئة دائمة في ظرف 60 يوم تبدأ من تاريخ إخطار الأطراف، أما فريق التحكيم الأول له أجل 6 أشهر لحلّ النزاع و ثلاثة أشهر بالنسبة للحالات المستعجلة ، بعد الإستئناف يقوم جهاز تسوية المنازعات بإعتماد تقرير فريق الإستئناف بتوصيات يصدرها تكون نهائية و واجبت النفاذ، و يحق للمضروور طلب التعويض و إلاّ تُسلط عقوبات على الطرف المتسبّب في الضرر .

و لقد أوجبت و وثيقة التفاهم على رئيس جهاز تسوية المنازعات أن يبذل جهداً في إختيار القواعد و الإجراءات المطلوب تطبيقها على النزاع كلّما كان ذلك ممكناً و هو نص بأهمية بالغة، و عموماً يجب إعطاء الأفضلية إلى المساعي الودية و الصلح (3) في عقود نقل المعرفة الفنية على أساس أن : " المتعاقد ليس الشخص الذي يجب أن يتصرف في مواجهته و لكن بوصفه الشخص الذي يجب التعاون معه".

(1) JEAN MICHEL JAQUET .op cit. 55 .

(2) - د/ جلال و فاء محمدين، تسوية منازعات التجارة الدولية في إطار الجات، دارالجامعة الجديدة، ص14.

يطلق على هذه المذكرة بالإنجليزية " DISPUTE SETTLEMENT UNDERSTANDING " أي "DSU" و يلاحظ أن نطاق تطبيق هذه المذكرة لا يتعلق بالمنازعات المتعلقة بإتفاقية TRIPS فقط و إنما تحكم أيضاً كافة المنازعات الخاصة بتجارة الخدمات و تجارة البضائع، و إتفاقيات التجارة المتعددة الأطراف و غيرها.

(3)-Zahi.A La conciliation. Revue algerienne des sciences juridiques economiques et politiques. Volume N° 4. 1991 . p722.

الخاتمة

الخاتمة

تناولت هذه الرسالة موضوع عقود نقل المعرفة الفنية و علاقتها بالتنمية، و لقد حاولت من خلال هذه الدراسة لإجابة على التساؤلات المطروحة في البداية، و التي على رأسها إشكالية مدى مساهمة عقود نقل المعرفة الفنيّة بمختلف أشكالها و صيغها في تنمية الدول.

من منطلق فكرة أساسية ، ألا و هي وجود طرف ضعيف في مثل هذه العقود بحاجة للمعارف الفنيّة، ليرقى بمستواه الاقتصادي، و طرف قوي مورّد للمعرفة الفنيّة في محاولة دائمة للضغط على الطرف المتعاقد معه، و لهذا السبب بالذات فإنّ جلّ أجزاء هذه الدراسة ينطوي على عوامل سياسية و اقتصادية تؤثر بشكل أو بآخر على محتوى هذه العقود.

ولقد حاولت من خلال هذه الدراسة توضيح نظام عقود نقل المعرفة الفنية و علاقتها بالتنمية الدول، فارتأيت أنْ بَيّن مفهوم المعرفة الفنيّة و الخصائص التي تميّزها عن غيرها من المفاهيم المجاورة لها، و كذا الحماية القانونيّة، و قد تبيّن أنّ هناك مصطلحات كثيرة تتداخل أحيانًا مع مصطلح المعرفة الفنية ، مثل الكفاءة و الخبرة و التكنولوجيا و السرّ الصناعي و التجاري و العلم و المعرفة.

كما وضّحت أنّّه لا يوجد تعريف جامع مانع لهذا المصطلح، بل توجد مفاهيم عديدة له، مثل المفاهيم القانونية سواء على الصعيد الدولي أو التشريعات الداخلية، كما أن للمعرفة الفنيّة مفاهيم اقتصادية و أخرى سياسية، و أيضًا فقهية و قضائية تختلف في مضمونها باختلاف نزعة كل طرف من أطراف هذه العقود.

و من خلال وجهات النظر المختلفة حول المعرفة الفنية تبيّن أنّ: " المعرفة الفنيّة حق ملكية فكرية ذات طابع تجاري، و هي عبارة عن جملة من العناصر، كالمهارة الفنيّة، الخبرة، الأساليب الفنيّة، المعلومات الفنيّة و غيرها، يجب أن تتوفر فيها السريّة والجدة، مع عدم شموليتها ببراءة اختراع، على أنّ تكون قابلة للتداول القانوني والعملي في كافة مجالات الحياة، و أن يكون من شأنها من شأنها الإضفاء لحائزها أو متلقيها ميزة تنافسية تعق له ربح أو قيمة بالمعنى الاقتصادي ".

و اتّضح لي من هذه الدراسة ، أنّّه يوجد طريقتين لحماية المعرفة الفنيّة، و هما الطريق المدني و الطريق الجزائي، فالحماية المدنية للمعرفة الفنيّة تتجسّد حين اقترانها بسند مادي أو علامة تجارية أو

صناعية أو ببراءة اختراع ، و تكون هذه الحماية بإثارة المسؤولية التقصيرية أو المنافسة غير المشروعة أو على أساس دعوى الإثراء بلا سبب على حساب الغير.

أما إذا كانت المعرفة الفنية محلّ عقد، تثار المسؤولية العقدية، أما بالنسبة لمجالات الأخذ بالحماية الجزائية للمعرفة الفنية كحالات السرقة والتجسس وإنشاء الأسرار تعدّ محدودة من الناحية العملية، لأنّ قيام جريمة و إثباتها يتطلب توقّر كل أركانها المادية و المعنوية و القانونية بما لا يدع أي شكل حولها، و هذا أمر غير يسير من الناحية العملية ، كون أصحاب المعارف الفنية يصطدمون دائما بحق الدفاع المكفول دستورياً و ضرورة إنشاء أسرارهم أمام المحاكم ، علماً بأنّ السرّ في المعرفة الفنية يعدّ أهم خصائصها التي تمنح بدورها صاحبها ميزة تجارية و اقتصادية .

و ينبغي القول أنّ الأساس المعتمد لإثارة الحماية المدنية أو الجزائية يختلف باختلاف النظر إلى طبيعة المعرفة الفنيّة إذْ يعتبرها الفقه و القضاء و حتى التشريع في أمريكا حق عيني، فهي حق ملكية تخوّل صاحبها حق استثنائي في مواجهة الغير، يأتي هذا على عكس ما توجه إليه الفقه و القضاء في باقي الأنظمة القانونية اللاتينية التي تقي فكرة تملك المعارف الفنية، فحسب رأي هؤلاء لا يمكن أن تمارس إزاء هذه الأشياء غير المادية سوى عملية سيطرة فعلية، تحقّقها السّلطة المادية بموجب الحيابة، فلا يصحّ بشأنها سوى ممارسة الانتفاع و الاستغلال دون باقي الحقوق المتعلقة بالملكية.

و سبقت صدور أحكام تنظيم الحماية القانونية باتفاقية تريبس TRIPS التي تعدّ أهم وثيقة دولية في هذا الشأن، معارضة بعض الدول النامية للمقترح الأمريكي الأول سنة 1987 المتضمّن اعتبار المعرفة الفنية من قبيل الحقوق العينية، و بقيت الخلافات قائمة حتى عام 1990 حين وجد مقدّموا المشروعات الثلاثة، وهم الإتحاد الأوروبي و الولايات المتحدة الأمريكية و سويسرا ضالّاً تهم في دفع حجج الدول المناهضة لحماية المعارف الفنية، في المادة 10 من إتفاقية باريس 1883 كأول إتفاقية دولية متعلّقة بعملية الملكية الصناعية، و بالتالي إمكانية إدراج حماية المعلومات السريّة في إتفاقية تريبس على أساس قيام المسؤولية عن أعمال المنافسة غير المشروعة.

كما أنّ التجربة المصرية المتمثلة في قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم 72 الصادر عام 2002 و إلى بعض القوانين العربية في هذا المضمار التي تطرّقت لموضوع الحماية و لو بشكل غير مباشر، مثل قانون المنافسة رقم 06 الصادر عام 1995 بالجزائر، هذه القوانين العربية ، طالما قيل بشأنها أنّها سنّت نتيجة ضغط لوبي الشركات العملاقة.

و مواصلة للإجابة على الإشكالية المطروحة في بداية الدراسة، حاولت إبراز أهم آثار هذه العقود و هي جملة الالتزامات الواقعة على عاتق المورد من جهة، و المتمثلة أساساً في تقديم المساعدة الفنية التي يحاول المورد جاهداً إدراجها بعقد مستقل عن عقد نقل المعرفة الفنية لتحقيق أرباح إضافية، في حين يعتبرها الكثير من الفقهاء إلى جانب نقل الخبرة و تعليم عمال المتلقي من مستلزمات هذه العقود التي يعدّ مناطقها الإستيعاب الذي يشكل بدوره لئتمام بتحقيق نتيجة، و هذا ما يمكّن المتلقي من إستخدام كفاة المعارف بنفسه ، عند إنتهاء المورد من تنفيذ لئتمامه التعاقدية ، المتمثلة أيضاً في نقل كفاة العناصر المادية من بيانات و وثائق و رسومات و نماذج ، إضافة إلى الكشف عن أخطار إستخدام المعارف الفنية. و تبيّر أنّ الطرف المورد يحاول جاهداً التقليل من الضمان، سواء في صورته المستمدة من القواعد العامة كضمان العيوب الخفية و التعرّض أو الصور الخاصة بكل نوع من أنواع عقود نقل المعرفة الفنية السائدة حديثاً، في حين نجد الطرف المتلقي يؤكد على ضرورة مطابقة المعرفة الفنية لكلّ المواصفات المتفق عليها و كذا ملاءمتها لظروف الدولة المتلقية.

إلى جانب لئتمامات مورد المعرفة الفنية توجد لئتمامات تقع على عاتق المتلقي ، و يأتي على رأسها دفع المقابل الذي يعدّ في الكثير من الأحيان مبالغ فيه، و يشكل تحديده حساسية كبيرة بالنسبة للطرفين منذ مرحلة المفاوضات، إذ يقارن الطرف المتلقي في تحديده بين ما سوف يدفعه، و مقدار ما سوف يعود عليه من نفع، و إلى نتائج استغلاله لهذه المعارف ومدى مساهمتها في تنمية اقتصاد بلده و مقدار تلك المساهمة، كما نجده يقارن بين المعارف المراد نقلها و المعارف البديلة المقترحة أو المطروحة في سوق المعرفة، هذه العملية صعبة جداً على المتلقي و مردّ ذلك يعود بالدرجة الأولى لافتقاره العلمي بهذه المعارف.

وتعرّضت إلى ما يسمى بعقود أو مشاريع بالأوفست أو عقد مقايضة المعرفة الفنية بسلعة أو بصفة، بالنظر للنتائج الإيجابية التي أدّت إليها هذه العقود وفق إستراتيجية معينة في مجالات معينة، وأنّ هناك التزامات مشتركة بين الأطراف مثل دفع الضريبة و تبادل التحسينات، و توقفنا عند نتيجة هامة تتمثل في كون الدول النامية لازالت تتعرض لشروط تقييدية، تقف حائلاً أمام حاجاتها و آمالها مهما كانت الصورة التي ترد عليها سواء ما تعلّق منها بتحقيق الاستقلال التكنولوجي ، باشتراط عدم المنازعة مثلاً، أو حظر إجراء بحوث و تطوير المعرفة الفنية المنقولة أو قصر الترخيص العكسي على مورد المعرفة الفنية، أو منع المتلقي من ملائمة أو تطويع المعرفة المنقولة.

أو حتى ما تعلق منها بتقييد الاستقلال الاقتصادي و التجاري كالشروط الهادفة إلى الرقابة على نوعية الإنتاج و مستوى جودته ، أو رقابة ملكية الإنتاج أو شروط الحد من النفاذ إلى الأسواق الخارجية، كمنع المتلقي من التصدير الكلي أو الجزئي أو الحصول على موافقة مسبقة قبل التصدير أو حتى تقييد أساليب التسويق.

أما الباب الثاني، فقد خُصص لدراسة مراحل إبرام عقود نقل المعرفة الفنية، و كذا كيفية تسوية المنازعات الناشئة عنها، وما مدى تأثير كل ذلك على اقتصاديات الدول النامية .

و اتضح أنّ المفاوضات تختلف باختلاف إيديولوجيات الأطراف و أهدافهم و تخصصاتهم و جنسياتهم، فمن الناحية القانونية قد يستند عليها في تفسير العقد حين نشوب نزاع كوسيلة استثنائية أمام الهيئة المرفوع أمامها النزاع، و من الناحية الاقتصادية تبرز أهميتها حتى قبل نشوب أي نزاع محتمل بالنص صراحة على شرط إعادة التفاوض عند تغيير الظروف لتفلي اللجوء إلى هيئات فض النزاع، أو تكبد أي خسائر، فيكون الهدف الأساسي هنا المحافظة على استمرارية العقد، كما تبرز أهمية المفاوضات من الناحية المنطقية، فيسعى الأطراف دائماً إلى تفادي أي خلافات بعد إتمام المعاملة، فيكون هدفهم من خلال التفاوض البحث عن كافة النقاط التي قد تكون مدعاة لأي خلاف، فيقضون عليها في المهد، فضلاً عما سبق نجد الأطراف في الكثير من الأحيان يلحقون المفاوضات أو جزء منها بالعقد، فتصبح بذلك مشكلة جزء لا يتجزأ منه.

و مهما كانت أشكال المفاوضات في عقود نقل المعرفة الفنية، أي سواء وردت في صورة خطاب إعلان نية أو اتفاق على الأساس أو وعد من جانب واحد أو خيار ثنائي بتأجيل التوقيع على العقد، أو حتى في شكل عقد الإطار أو تعهد على أساس كتابي أو تعهد على أساس دفع مبلغ مالي أو تعهد أدبي(اتفاق شرف) أو غيرهما، فإنها في كل الأحوال تعدّ تعبيراً على المصالح المتعارضة، تفاعل و اتصال بين هذه الأطراف قصد الوصول إلى إيجاد اتفاق أو حل لمسألة اقتصادية أو قانونية أو تجارية أو حتى سياسية.

و المفاوضات بأهميتها البالغة، تؤكد على وجود مرحلة تعدّ مرحلة تمهيدية لمرحلة لا تقل أهمية و هي مرحلة انعقاد العقد وفق هيكل معين تحدّد بموجبه فيه الأطراف و الديباجة ثم التعاريف، يليها الموضوع، ثم مواد وشروط العقد، هذه الأخيرة تشكل في الواقع ركن المحل في هذه العقود، بما يحمله من خصوصيات للأطراف التي ترقو تحقيق التنمية و الرفاه في بلدانها أن تركّز على أهم التفاصيل في

مواد العقد لاسيما منها المتعلقة بالضمان، و شروط إعادة التفاوض المتعلقة بالقوة القاهرة أو الظروف الطارئة، و كذا المساعدة الفنية و اعتبارها من مستلزمات العقد، و حضر الشروط التقييدية.

و تناولت الدراسة تسوية نزاعات عقود نقل المعرفة الفنية، ووصلنا إلى نتيجة مفادها أن مشكلة تكييف هذه العقود تظهر حدتها حين نشوب النزاعات، لاسيما إذا اشتملت على عنصر أجنبي و كان تنفيذها يستدعي عبور الأقاليم، والسبب في ذلك يرجع أساساً إلى تعدد صور هذه العقود، ففي الواقع توجد مجموعة متنوعة ومتباينة من الفئات الناقلة لهذه المعارف دولياً و حتى وطنياً، مما يزيد المشكل تعقيداً هو تمام هذه العقود بين طرفين غير متكافئين تكنولوجياً و معارفياً إذ نكون في هذه الحالة بعيدين عن فكرة تداول و تسويق المعارف ، و قرييون من فكرة ضرورة نقل السيطرة المعرفية و "استيعابها" ، بهذا الشكل نواجه اختلافاً في إعطاء وصف قانوني أو طبيعة قانونية لهذه العقود، و هذا ما دفع البعض لاعتبارها من طبيعة خاصة، و لهذا جاءت هذه العقود بمسميات مختلفة مثل ترخيص- تنازل- نقل معارف- بيع، أو في شكلها المركب عقد مفتاح في اليد أو منتج في اليد.

و حل النزاعات في هذه العقود يرجع إلى تعدد و تداخل عناصر المعرفة الفنية ذاتها ، و إلى كونها مصبوغة بالطابع المعنوي أكثر من الطابع المادي، و نقل هذه العناصر كثيراً ما يتم عبر امتداد زمني معتبر، خاصة في العقود المركبة من مرحلة تصميم المنشأة التي تتضمن بدورها توزيع طرق الصنع في شكل معارف سرية قد تقترن ببراءة اختراع إلى مرحلة الدراسات الصناعية أو الهندسية أو التجارية إلى مرحلة التنفيذ بما يتضمنه هو الآخر من مراحل.

و لا يتوقف تعقيد نزاعات عقود نقل المعرفة الفنية عند حد إعطاء نمطية لهذه العقود في إطار القانون الداخلي بل يتعداه، حيث يعتبرها البعض من قبيل العقود الإدارية الدولية المؤسسة على فكرة السيادة، وسندهم في ذلك هو محل هذا العقد الذي يكون منصب على تسيير مرفق عام، و أن أحد أطرافه الدولة أو أحد أجهزتها.

و إذا كانت القاعدة في القوانين الداخلية في حالة استحالة التنفيذ بسبب القوة القاهرة هي الحكم بانقضاء الالتزام دون إلزام المدين بتنفيذ عيني أو تعويض، فإنه يوجد خروج على هذه القاعدة في عقود نقل المعرفة الفنية، و هذا ما تؤكد التطبيقات الحديثة و يؤيدها الفقه الحديث في ذلك، طالما أن شروط القوة القاهرة ليست من النظام العام بما يجيز تدخل الأطراف بتنظيم اتفاقات بشأنها، مثل اتفاق بضرورة تعليق أو تعطيل أو توقيف مؤقت للعقد، فلا يكون قطع كلي و أبدي عن تنفيذ العقد، لأننا نجد الأطراف في

الغالبية العظمى من حالات التجارة الدولية ترغب في المضي قدماً الاستمرار في تنفيذ العقد، فمن جهة المتلقي نجده يرغب في تحقيق اللّاحق بالركب الحضاري و العلمي، و من جهة المورد لا نجده مستعداً بعد قطع شوط من التنفيذ إلى خسارة جزء من سرّية المعارف الفنيّة، التي تعدّ رأس ماله الحقيقي، و كذا خسارة الريح الناجم عن الصفقة.

أمّا عن النتيجة المتوصل إليها في حالة صعوبة تنفيذ الالتزامات في عقود نقل المعرفة الفنيّة، أي في حالة الظروف الطارئة فهي تتمثل في ابتداء ميكانيزم يسمى بشرط إعادة التفاوض HARD SHIP بالأخذ بنظرية الظروف الطارئة، بطريقة تعاقدية فيها نوع من الخصوصية، عمّا هو سائد على الساحة التعاقدية الداخلية، وهو في آخر المطاف يستبعد بقدر المستطاع إنهاء العقد .

كما أنّ الدراسة تعرّضت إلى تسوية نزاعات عقود نقل المعرفة الفنيّة و أسلوب المصالحة فرض نفسه على الساحة الدولية و حتى الجمعية العامّة لمنظمة الأمم المتحدة أوصت بانتهاجه على صعيد القانون التجاري الدولي، و تفضيله على باقي وسائل حل النزاعات و لقد أعتمدت المصالحة أيضاً من طرف إتفاقية البنك العالمي للإنشاء و التعمير و إتفاقية 20 أوت 1976 المتعلّقة بفك النزاعات بين الدول المضيفة للإستثمارات العربية و بلدان عربية أخرى و غيرها، من الإتفاقيات، و قد تفتقرن المصالحة بإجراء خبرة تقنيّة أو فنيّة، كما قد تكون هذه الأخيرة لوحدها كفيّلة بفك النزاع وديّاً بين الطرفين.

و تبين أنّ هناك الكثير من المتعاملين الإقتصاديّين من يفضّل التحكيم كوسيلة لتسوية نزاعاتهم، و إعتبروه بمثابة عدالة خاصة يجدون فيها مكن السريّة بالنظر لسرية الجلسات فيه، فضلاً عن عدم نشر الأحكام التحكيمية، و بطبيعة الحال في حالة سكوت الأطراف بموجب بنود العقد على إختيار التحكيم كوسيلة لحل نزاعاتهم، ينعقد حينئذ إختصاص القضاء الوطني، و تثار معه مسألة الإختصاص النوعي و الإقليمي، و كذلك مسألة تنازع القوانين.

كما أنّ بعض الدول مثل دول مجموعة دول الأندين بأمريكا الجنوبية بموجب ميثاق قرطاجنة، و كذا الدول العربية خاصة في مسألة الإستثمار الأجنبي تؤكد على إنعقاد إختصاص المحاكم الوطنية، لما تراه فيه من كفالة لحماية الطرف المتلقي للمعرفة الفنيّة، و في حالة ما إذا كان التحكيم هو السبيل لفك نزاعات عقود نقل المعرفة الفنيّة، فإنّه يتمّ إمّا بموجب شرط تحكيم في العقد الأصلي أو بمشاركة تحكيم مستقلة.

من خلال هذه الدراسة يتضح أنّ النظام العالمي المفروض حالياً على الدول النامية بكافة اتجاهاته الإقتصادية أو التجارية أو السياسية و حتى القانونية ليس كفيلاً بتقليص حجم الهوة التكنولوجية و المعرفية بين طرفين غير متكافئ، و يظهر عدم التكافؤ عملياً من خلال إبرام عقود أعتقد أنّها أداة تنمية، و لكذلكها في الواقع أداة تبعيةً تقنيّة و إقتصادية، و تجسّدت هذه التبعيّة من خلال الأساليب التقليدية في التعاقد كالإستثمار المباشر و من خلال براءات الإختراع و عقود الترخيص، أو حتى من خلال العقود المركّبة كعقود المفتاح في اليد و المنتج في اليد لأنّه تمّ التركيز حين نقل المعرفة الفنيّة على العناصر الماديّة ودون المعنويّة، و ها نحن اليوم نشهد عقود نقل معارف فنيّة بشكل جديد ، و لكن بدراسة مضمونها و الآليات القانونية - الدولية منها على وجه الخصوص- الّتي تحكمها نجدّها تعقّق دائماً تبعية طرف ضعيف يرجو دائماً اللّحاق بالركب التكنولوجي السائد حالياً في العالم، و تبرز بوضوح النتائج المتوصل إليها:

1- الطرف المورد للمعارف الفنيّة المتمثّل عادة في الشركات العالمية الضخمة متعدّدة الجنسيات المنتمية للدول المتطوّرة تمارس سياسة إحتكارية، و تنشط في وسط سوق منافسة غير كاملة لأنّ قانون العرض و الطلب بالمفهوم الكلاسيكي لم يعد يستوعبها نتيجة فرض السيطرة المعرفية و التكنولوجية بطرق مختلفة ، فلا عجب أن يتبنّى الطرف المورد للمعارف الفنيّة هذه السياسة الإحتكارية.

فالواقع العملي كشف عن حقيقة أثبتت أنّ الدول الصناعية الكبرى و منها الولايات المتحدة الأمريكية و دول الإتحاد الأوروبي، لا تلتفّ حول طاولة حوار مع دول العالم الثالث إلاّ خدمة لمصالحها ، تماماً كما قبلت أن تفعل ذلك عام 1973 تحت ضغط أزمة الطاقة العالمية و إرتفاع أسعار البترول من خلال مؤتمر دول عدم الإنحياز بالجزائر الذي كان برنامج العمل فيه متّجه إلى محاولة إرساء نظام إقتصادي دولي جديد، لكن إنتهت اللّقاءات بإنهاء مشكل الطاقة، و إبقاء مشكل التنمية مطروح حتى الساعة.

2- إحاطة الشركات العملاقة المسيطرة على سوق المعرفة الفنيّة عالمياً نفسها بكثير من الغموض، و كذا عزوفها عن تقديم أرقام و معطيات حقيقية و واضحة، فضلاً عن عدم الإفصاح على أهم العناصر المكوّنة للمعرفة الفنيّة المنقولة، لتضمن بها التبعية الدائمة للأطراف المتلقية، و هذه الإستراتيجية تتّبعها مهما تنوعت أشكال العقود الناقلة للمعارف الفنية، رغم أنّنا نجد الطرف المتلقي من الدول النامية يدفع مبالغ جدّ عالية لقاء الحصول على تلك العناصر، ثم ليجد نفسه

مجبّرًا على دفع أضعاف مضاعفة لقاء مساعدات فنية لاحقة ، و هذا الطرف المتلقي يأمل دائمًا أن تكون المعارف مسجلة مثل براءات الإختراع و هو الأمر الذي يطالب به للإستعانة بها، و هذا في كلّ مناسبة فصاحب التقنيات لا يرغب في تسجيل ما توصل إليه من إختراعات ، بل يحرص على الإحتفاظ بها في سرية.

3-موقف سياسات الدول النامية يتمحور في كل مرّة حين تنظيمها لهذه المسألة حول رفع العراقيل القانونية للوصول إلى هذه المعارف فحسب ، دون الإكتراث للأمر الأهم، و هو تنظيم جوهرية لعملية النقل بما يمكّنها من الإستيعاب الحقيقي للمعارف المنقولة، فحصر مهمة هذه التنظيمات في تحديد شروط إستخدام و إستغلال هذه المعارف خلال مدّة معيّنة فحسب، ثم لتعود مجددًا الذمّة التكنولوجية لصاحبها دون أن يكون المتلقي فيها قد إستفاد من إستيعابها وضع شبيهة بشخص إستأجر محلاً تجاريًا أملى عليه بموجب عقد الإيجار المؤجر شروط كميّة و كميّة حول ممارسة التجارة ، بما من شأنه عرقلة المستأجر في تحقيق ربح كافٍ ٍ حتى لسد حاجيات المحل الضرورية وتسديد بدل الإيجار، و يمكننا إسقاط مثال هذا المستأجر على الدول النامية في عقود نقل المعرفة الفنية إذ تفتقر إلى ما يسمى برصيد التكنولوجيا، و الذي هو عبارة عن مجموعة الأسرار الصناعية و المعارف الفنيّة و البراءات المتجمّعة في الدولة خلال فترة زمنية معيّنة تمكّنها من إنتاج صناعة ما، أو من المنافسة في مجال ممّا يؤكد قوّة صناعيًا.

4-فوجد هذه الدول النامية لازالت تتعرض لشروط تقييدية تقف حائلًا أمام حاجاتها و آمالها مهما كانت الصورة التي ترد عليها ، سواء ما تعلّق منها بتنفيذ الإستقلال التكنولوجي ، بإشتراط عدم المنازعة مثلاً، أو حظر إجراء بحوث و تطوير المعرفة الفنيّة المنقولة أو قصر الترخيص العكسي على مورد المعرفة الفنيّة أو منع المتلقي من ملاءمة أو تطويع المعرفة المنقولة، أو حتى ما تعلّق منها بتقييد الإستقلال الإقتصادي و التجاري كالشروط الهادفة إلى الرقابة على نوعية الإنتاج و مستوى جودته أو رقابة ملكية الإنتاج أو شروط الحد من الذّفاذ إلى الأسواق الخارجية كمنع المتلقي من التصدير الكلي أو الجزئي أو الحصول على موافقة مسبقة قبل التصدير أو حتى تقييد أساليب التسويق.

5-الواقع العملي يفصح عن تعميق الهوّة التكنولوجية في ميدان نقل المعارف الفنيّة في إطار الجات ذاتها، حيث تأخّرت في هيكلتها عالميًا لإعتبارها كيان قانوني دائم متممّع بالأهلية القانونية إلى عام 1994 لتصبح منظمة للتجارة العالمية (WTO) (OMC)، و هي الساعية لحماية الدول الصناعية

بالمقابل كما أنّها تعدّ معوقاً للتجارة العالمية بالنسبة للدول النامية فيما يخص الملكية المعنوية المتعلقة بإبداعات العقل البشري وبتكاراته، والتي تعتبر المعرفة الفنية من ضمنها وحيث تمخض عن جولات الجات ومنها جولة الأرجواي 1986-1994 اعتماد 28 إتفاقية، يهمنّا منها في هذا المقام إتفاقية TRIPS (إتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية) التي صاحبت زمنيًا بدء إنهيار قلعة الإشتراكية حيث تفكك الإتحاد السوفياتي، وقيام الوحدة الأوروبية، و إلى جوارها العديد من التكتلات الإقتصادية في العالم وحيث عهد إلى OMC عام 1995 تنفيذ إتفاقيات أرجواي ومنها TRIPS التي تعدّ من الإتفاقيات الأكثر ألمًا للدول النامية.

6- رفع مستويات حماية المعلومات غير المفصح عنها بما يتجاوز مستوى الحماية الذي تنص عليه المادة 39فقرة أولى، و الذي سمحت به هذه الإتفاقية للدول الأعضاء في توفيره في تشريعاتها الوطنية، و هذا لا يتفق مع مصالح الدول النامية الأعضاء في منظمة التجارة العالمية لسببين هما:
أ- هذه المعارف تسيطر عنها و تحتكرها المشروعات الكبرى المتعددة القوميات، و هذه المعلومات من أهم عناصر التكنولوجيا التي تسعى الدول النامية الحصول عليها من الدول الغربية، و منه تدعيم الحماية يعني ترجيح مصالح الدول المتقدمة على حساب مصالح الدول النامية.

بإلّا الإتفاقية وسّعت نطاقها على النحو الذي تطرقنا له في الدراسة و أدخلت في عدادها البيانات و المعلومات السرية التي يلزم تقديمها إلى الجهات الحكومية من أجل الحصول على ترخيص بتسويق الأدوية و المنتجات الكيميائية الزراعية، و هذا من شأنه تحقيق مصالح الشركات الدوائية العملاقة متعددة القوميات التي تسيطر سيطرة شبه كاملة على صناعة الدواء في العالم على حساب الشركات الوطنية للدواء في الدول النامية، مثل شركة صنع الدواء في الجزائر(صيدال).

7- أثبتت عقود المقايضة نجاعة كبيرة على أن تتمّ في شكل تبادل معرفة فنية بسلعة أو معرفة فنية بمشروع يمنحه المتلقي للمورد في شكل ما يسمى بالأوفست، على أن يشترط فيها المتلقي تحقيقًا لما يصبوا إليه من نمو بإستمرارية في الزمن أي من 08 إلى 10 سنوات على الأقل، و أن لا يؤدي إبرام صفقة الأوفست الزيادة في سعر الخدمات و اللعّ المقدمة، و أن لا يتطلّب ذلك أي إستثمار مباشر أو غير مباشر من الحكومة، و أن تكون التكنولوجيا المستخدمة متقمة، و أن يكون

المشروع الناقل للمعارف الفنيّة متّسم بالجدّة بالنسبة للسّوق الوطنية للمتلقّي وأخيراً أن يساعد المتلقّي في الإعتماد على الذات.

8- وجوب إعادة تأهيل القطاع الداخلي لتقليص التبعية الخارجية خاصّة الغذائية منها أضحى أمراً ضرورياً بالنظر لعدم قدرة الأجهزة الإنجازية في الدول النامية على منافسة الأسواق التقليديّة في ظلّ ما تظهره التكتلات العالمية و الشركات العملاقة من فرض الشروط التقييديّة القاسية.

9- عناصر المعرفة الفنيّة متعدّدة و متداخلة و هي مصبوغة بالطابع المعنوي أكثر من الطابع المادي، و إذا ضمّنت في عقد أصبح إلزام الموردّ فيها شبيهه بإلتزام البائع في عقد البيع، مع التحفظ بشأن خصوصيات عقد نقل المعرفة الفنيّة، لذا يصبح من المناسب جدّاً الإستناد إلى أحكام عقد البيع فيما يخصّ التسليم مع سائر الضمانات، على أن يكون تسليم العناصر في الزمان و المكان المتّفق عليهما، و أن تكون مطابقة العناصر المسلّمة لما تمّ الإتفاق عليه بشأنها، إضافة إلى شرط الكفلة و هذا ما نصّت عليه إتفاقية فينا للبيوع الدولية.

10- هناك مبدأهم جدّاً وهو مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد تنص عليه كافة مصادر قانون التجارة الدولية، بدءاً بعادات التجارة الدولية إلى مبادئها إلى أحكام العدالة إلى التحكيم الدولي، و مهما كانت الصورة التي يظهر عليها هذا المبدأ سواء إتفاقية، شروط عامّة، قواعد نموذجية تجمع لعادات أعراف تجارية دولية، و مهما كانت الجهة الصادرة عنها هذه القواعد، نجدها كلّها تنص على هذا المبدأ بشكل صريح أو ضمني، إذن في غياب قوعد داخلية ملزمة منظّمة لعقود نقل المعرفة الفنيّة في الدول النامية، يمكن للأطراف المتعاقدة بهذه الدول أن تجعل هذا المبدأ سنداً قوياً على أساسه تلج إلى حلبة المفاوضات بهذا المجال، و كذلك تضمين عقودها بإلتزامات من شأنها تحقيق النتيجة المرجوّة و يتسنّى ذلك بطبيعة الحال بتوفير الكفاءة في كلفة عناصر المعرفة الفنيّة المنقولة، الذي يعدّ بدوره معياراً للمطابقة.

11- فسخ عقود نقل المعرفة الفنيّة له ثلاثة آثار تتمثل في:

انحلال العقد منذ تاريخ الفسخ الذي يقتصر على المستقبل و ليس له أثر رجعي يمتد إلى وقت نشوء العقد، لأنّ هذا الأخير من عقود المدّة.

و فسخ العقد لا يؤثر على بند الإختصاص التشريعي أو القضائي الذي إتفق عليه الأطراف.

12 ليس للقوة القاهرة في عقود نقل المعرفة الفنية ميدانياً نفس الآثار المعهودة في القوانين الداخلية، من نفيها بقوة القانون وما ينجر عنه من نتائج اقتصادية، فمن المناسب أيضاً للطرف المتلقي في هذه الحالة عدم التسرع بدفع مقابل المعرفة الفنية جملة واحدة.

وفي الأخير نخرج بجملة من التوصيات و المقترحات تنطلق كلها من ضرورة وجود وعي سياسي كبير بضرورة تغيير المسار التنموي الحالي المتسم بالتبعية و الهيمنة، والذي تشكل فيه عقود نقل المعرفة الفنية أحد المسببات الرئيسية، على أن يعكس هذا التغيير بشكل مباشر على الرصيد التشريعي في هذا المجال وفق النقاط التالية:

1- إرساء هيكلية أو تشريعية داخل أنظمة الدولية النامية بكل سيادة، متفطنة لضغوطات لوبيات الشركات المتعددة الجنسيات، يكون مغزاها خلق معارف فنية تكنولوجية محلية من جهة، و من جهة ثانية أقامة المعارف الفنية المستوردة بإجراء عملية تهجين و تطويع وطنية عليها، و لا يتأتى ذلك إلا بتشجيع البحوث العلمية المحلية و البراءات المحلية.

2- مساعدة الدولة للمشروعات الخاصة على فتح فروع بحث على هامش أعمالها الإنتاجية والتجارية المساهمة في رفع المستوى الإقتصادي و ذلك بإتباع آليات تمويلية كفيلة بذلك.

3- تشجيع الشركات الإنتاجية على رفع نسبة تنفيذ أعمال البحث المنجزة محلياً.

4- العمل على خلق توازن بين الأنواع الثلاثة للبحث (الأساسي و التطبيقي و التطوري) من جهة، و من جهة ثانية بين البحث و الإنتاج، بمعنى أن يتم تفاعل بين المتطلبات الإستهلاكية، و مراكز البحث المقامة على مستوى المشروع الإنتاجي ذاته فيتحقق بذلك تطور المؤسسة بالإحتكاك مع المجتمعات المعنية بالمنتج .

5- يجب على الدول النامية الحد من إستيراد السلع التكنولوجية و الإستهلاكية الكمالية و بالمقابل العمل على جلب المعارف الفنية و التكنولوجية الملائمة
technologie ou savoir faire approprié.

6- العمل على جلب المفكرين و العلماء المهاجرين و تبجيلهم بإعطائهم المكانة المنوطة بهم، و إحاطتهم بالوسائل المادية و المعنوية المحفزة على الإبتكار و التجديد، و بالتالي إبعادهم على سياسة شراء الذمم المتبعة بكثافة من طرف الشركات المتعددة الجنسيات.

و فيما يخص مضمون نصوص التشريعات الواجب سنّها المتعلقة بعقود نقل المعرفة الفنية على مستوى الدول النامية يجب أن تراعي على وجه الخصوص التوصيات التالية:

7- إعتبار التدريب و المساعدة الفنية من الإلتزامات الجوهرية الواقعة على عاتق المورد، و لو لم ينص عليها العقد صراحة، على ألا تكون فورية لأنّ لعنصر الزمن أهمية في نقل السيطرة المعرفية ، لذا على المتلقي أن يمدّد من عمر التدريب حتى يتمكّن من تنظيم إنتاجه و تطويع المعرفة الفنية المنقولة.

8-الذهاب بفكرة الضمان التي لا تتعلق بالنظام العام إلى أبعد مدى مشدّد للمسؤولية على المورد للمعارف الفنية، و هو الإلتزام بتحقيق نتيجة مقترنًا مع تحلّي المخاطر، أي ضمان التبعة الذي لا تبرأ فيه ذمّة المدين و لو في وجود خطأ لم يقترفه هو، أو على الأقلّ الإستعانة بفكرة الضمان المطبّقة على عقود البيع في القانون الداخلي لتحقيق الحماية الذّاتية للمتلقي.

9-ينصح بتشديد مكاتب أو معاهد أو هيئات متخصصة في مجال نقل المعارف الفنية و التكنولوجيا، وظيفتها التقربّ من الأطراف المتلقية سواء تمثلت في الدولة أو أحد فروعها أو مشاريع خاصّة، لتقدّم لها مختلف المساعدات سواء ما تعلّق منها بالمعلومات الخاصّة بالتفاوض أو بمساندتها بطاقتها تفاوضي محدكّ و مؤهل للإيلاج في حلة تنافس دولية مفتوحة في ظلّ عولمة المبادلات متسلّح بما يسمى بالرّصد الإستراتيجي أي جمع و مراقبة و تحليل المحيط التنافسي لتوجيهه نحو أهداف محدّدة ، كما تعمل هذه المكاتب على تفدّص عقود نقل المعرفة الفنية و تقييم مقدار ما ستساهم به في تنمية الإقتصاد الوطني.

10-حظر كلفة الشروط التقييدية للإستقلال الإقتصادي و التجاري و التكنولوجي التي من الممكن أن تمارس على الطرف المتلقي.

11-نقترح منع اللّجوء إلى التحكيم كأصل عام بإعتباره شرط تقييدي في عقود نقل المعرفة الفنية لاسيما إذا تعلّق الأمر بتحكيم الهيئات الدائمة التي تسعى لأسباب مذكورة آنفًا لترجيح الكفّة دائمًا لصالح الدول المتطوّرة.

و أمام الحالات الإستثنائية الرّامية إلى السماح باللّجوء إلى التحكيم فيكون ذلك بشروط أقلّها العمل بالقانون الوطني للمتلقي، فيما عدا ذلك توّجه الدول المتلقية للمعارف الفنية أطرافها إلى إختصاص جهات القضاء الوطنية لاسيما ما تعلّق منها بالإستثمار الأجنبي و بعض عقود نقل المعرفة الفنية، و هذا الذي سارت عليه مجموعة دول الأندين في ميثاق قرطاجنة بالمادة 1/51.

12 ينصح بتحديد نافٍ لأي جهالة لحالات القوة القاهرة في عقد المعرفة الفنية ، لتفادي تلمّص المورد وراءها للهروب من التزاماته.

13 كما ينصح بالإبتعاد عن فكرة تعدّد العقود خاصة في العقود المركّبة ، لأنّ فيها مكنة للمورد من تقليص مسؤوليته و تجزئتها و التلمّص من إمكانية إثارة المسؤولية الكليّة للمورد المنشأ على وجه الخصوص، فيحسن الأخذ بفكرة وحدة العقد مع تعدّد الإلتزامات، على أن يكون كلّ أداء في العقد، محترماً للنظام القانوني الخاص به ، في حدود ما تسمح به المعاملة، كأن تستقي أحكام الضمان من عقود البيع و إسقاطها على هذه العقود خاصة في غياب قانون خاص ينظم تداول المعارف الفنية، فيظل العقد الأداة الفعّالة لتحقيق حماية ذاتية.

14 و نقتراح التشجيع على اتّباع أسلوب المقايضة عموماً و الأوفست خصوصاً على النحو المبين في الدراسة بالنظر لما يقدّمه من مزايا في مجال عقود نقل المعرفة الفنية.

و أخيراً ننصح الدول النامية و لاسيما العربية منها حين إعدادها لتشريعات خاصة بنقل المعارف الفنية الإستعانة بالنتائج المتوصّل إليها من خلال الأعمال المنجزة من طرف المنظومة العربية لتبادل المعلومات التكنولوجية (AIDMO-TIES)، المؤسسة بتاريخ 12 ديسمبر 1996 و التابعة لمنظمة الدول العربية كوسيلة لتعزيز التعاون في مجال إكتساب التكنولوجيا و تطوير القدرات التفاوضية في قطاع الصناعة و تنمية القدرات الذاتية و نشر الوعي التكنولوجي.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

I-المراجع باللّغة العربية :

أولاً: القرآن الكريم .

ثانياً: الاتفاقيات الدولية ونصوص القوانين.

أ/ الاتفاقيات الدولية:

- 1- مشروع مدوّنة تقنين السلوك الدولي بشأن نقل التكنولوجيا سنة 1980 المعد في إطار المؤتمر الدولي للتجارة والتنمية (منشورات الكنوساد cnuccd)
- 2- اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المؤرخة في 20 مارس 1883، المعدلة ببروكسل في 14/12/1900، و واشنطن في 02/06/1911، ولاهاي في 06 نوفمبر 1925، و لندن في 02/06/1934، ولشبونة في 31/10/1958، و استوكهولم في 14/07/1967، والمنقحة في 02/10/1989، منشورات المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) رقم 201(A) جنيف 1998.
- 3- الاتفاقية المتعلقة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية اتفاقية تريبس المعدّة في إطار منظمة الأمم المتحدة، المبرمة سنة 1994.

ب/ القوانين:

- 1- دستور الجزائر المؤرخ في 28/02/1989. الجريدة الرسمية رقم 58.
- 2- دستور الجزائر المؤرخ في 07/12/1996. الجريدة الرسمية رقم 28.
- 3- قانون 01-03 المؤرخ في 20/08/2001. الجريدة الرسمية رقم 47 المعدل للدستور.
- 4- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 ديسمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري. المعدل بتاريخ 20 جوان 2005 تحت رقم 05-10 الجريدة الرسمية رقم 44 ، و معدل بتاريخ 13 ماي 2007 بقانون 07-05.

- 5-قانون رقم 82-11 المؤرخ في 12 أوت 1982 المتعلق بالاستثمار الخاص الوطني. الجريدة الرسمية رقم 34.
- 6-القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية في الجزائر. الصادر بتاريخ 12/01/1988. الجريدة الرسمية رقم 3.
- 7-القانون رقم 89-02 الصادر في تاريخ 07/02/1989 والمتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 06 لسنة 1989 الصادرة في 02 رجب 1409.
- 8-قانون 90-10 الصادر في 14/04/1990 المتعلق بالنقد و القرض. الجريدة الرسمية رقم 16.
- 9- القانون اليمني بشأن الحق الفكري رقم 19. الصادر بتاريخ 27 جمادى الأولى 1415 الموافق لـ 31 أكتوبر 1994. الجريدة الرسمية للجمهورية اليمنية العدد 20 الجزء الثالث .
- 10- الأمر 95-06 الصادر في 23 شعبان 1415 الموافق لـ 25 يناير. 1995 المتعلق بالمنافسة. الجريدة الرسمية رقم 41.
- 11- الأمر 95-22 المؤرخ في 26 أوت 1995 المتعلق بخصوصة المؤسسات العمومية، الجريدة الرسمية المؤرخة في 03 سبتمبر 1995 تحت رقم 48.
- 12- قانون نقل التكنولوجيا رقم 17 ،لسنة 1999 من المادة 72-87 المتعلق بنقل التكنولوجيا،جريدة رسمية في 17 مايو 1999 عدد 19 "مكرر".
- 13-القانون المصري الخاص بحماية حقوق الملكية الفكرية. 02-82. الصادر بتاريخ 02/06/2002. الجريدة الرسمية رقم 22.
- 14- الأمر رقم 03-07 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق لـ 19 يوليو سنة 2003 المتعلق ببراءة الاختراع. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الصادرة بتاريخ 23 جمادى الأولى 1424 الموافق لـ 23 جويلية 2003،تحت رقم 44 .
- 15- القانون السعودي لحماية المعلومات التجارية السرية السعودية رقم (50) الصادر بتاريخ 20/02/1426 هـ الموافق لـ 01/04/2005.
- 16-القانون المدني الجزائري رقم 05-10 الصادر بتاريخ 26/06/2005. الجريدة الرسمية رقم 44.
- 17- قانون مكافحة الفساد. 06-01 المؤرخ في 20/02/2006. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 14.
- 18- قانون العقوبات الجزائري 06-23 المؤرخ في 20/12/2006. الجريدة الرسمية رقم 84.

- 19- قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بتاريخ 2008/02/25. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية بتاريخ 23 أبريل 2008، تحت رقم 21.
- 20- المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في : 19 ربيع الثاني الموافق لـ 05 أكتوبر 1993. المتعلق بترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية رقم 64، منشورات الغرفة الوطنية للتجارة طبعة أبريل 1995. الجزء الأول.
- 21- المرسوم التنفيذي رقم 95-323 المؤرخ في 12 جمادى الأولى 1415 الموافق لـ 17 أكتوبر 1994. المتعلق بتثبيت الحد الأدنى للصناديق الخاصة بالاستثمارات. منشورات الغرفة الوطنية للتجارة. طبعة افريل 1995. الجزء الأول.
- 22- المرسوم التنفيذي رقم 95-29 الصادر بتاريخ 10 شعبان الموافق لـ 12 يناير 1995. المتعلق بتطبيق المادة 125 من المرسوم 94-03. الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 1994. المتعلق بقانون المالية لعام 1995. منشورات الغرفة الوطنية للتجارة. طبعة ابريل 1995. الجزء الأول.
- 23- المرسوم التنفيذي رقم 94-319 المؤرخ في 12 جمادى الأولى 1415 الموافق لـ 17 أكتوبر 1994. المتعلق بوكالة ترقية و دعم و متابعة الاستثمار منشورات الغرفة الوطنية للتجارة طبعة أبريل 1995. الجزء الأول .
- 24- المرسوم التنفيذي رقم 01-282 المؤرخ في 24/08/2001 المتعلق بمنح ، تنظيم و سير الوكالة الوطنية لترقية الاستثمار (ANDI) ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 55، المعدّل و المتمّم بالمرسوم 02-314 المؤرخ في 14/10/2002 ، الجريدة الرسميّة رقم 68 .

ثالثا: المؤلفات

أ/ المؤلفات العامة :

- 1- أبو العلا على أبو العلا النمر ، دور المستشار القانوني في عقود التجارة الدولية ، الطّبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- 2- أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، إحياء علوم الدين ، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1986.
- 3- أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي ، رياض الصالحين، طبعة جديدة مصدّحة ومنقّحة ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان، 2007.
- 4- أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسات القضائية ، منشورات بيرتي، الجزائر، 2005.
- 5- أحمد جامع ، اتفاقية التجارة العالمية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- 6- أحمد حمدي محمود، ألف باء السياسة، دار المعارف ، القاهرة، بدون تاريخ.
- 7- أحمد خروع، حصيلة الفقه الدولي للتنمية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

- 8- أحمية سليمان ، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992.
- 9- السيد عبد الحميد، قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 في الميزان، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- 10- إبراهيم ابن موسى الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- 11- المعجم الكبير، ألفاظ الحضارة، المجلد الثالث، إصدار مجمع اللغة العربية، القاهرة، بدون تاريخ.
- 12- المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، جمهورية مصر العربية، طبعة 2000م-1421هـ.
- 13- المنجد في اللغة و الإعلام، الطبعة 27، طبعة جديدة و منقحة، دار المشرق، بيروت، 1998.
- 14- توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، مطبعة جامعة القاهرة، 1988.
- 15- توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام (نظرية العقد) ،الدار الجامعية القاهرة ، 1993.
- 16- جلال الدين عبد الرحمان السيوطي الشافعي، تنوير الحوالك، شرح على موطأ مالك، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- 17- جلال الدين عبد الرحمان السيوطي الشافعي، الاشباه و النظائر، طبعة مصطفى الباي الحلي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1982.
- 18- جمال الدين لعويسات ، العلاقة الاقتصادية الدولية والتنمية ، دار هومة للطباعة، 2000.
- 19- خليل أحمد حسن قدارة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري – أحكام الالتزام- الجزء الثاني، الطبعة 02 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 1992.
- 20- حسام الدين عبد الغني الصغير، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، كلية الحقوق ، جامعة المنوفية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- 21- زين العابدين ناصر، الاقتصاد السياسي، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
- 22- سامي عفيفي حاتم، التأمين الدولي ، الدار المصرية اللبنانية ، 1986.
- 23- سميحة القليوبي، القانون التجاري، الجزء الأول، دار النهضة العربية، 1981.
- 24- سميحة القليوبي، العقود التجارية ، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002.
- 25- سمير جميل حسين الفتلاوي ، العقود التجارية ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1987.
- 26- سناء عبد السلام جابر، تحقيق التوازن الاقتصادي من منظور اسلامي، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، 2010.
- 27- شريف محمد غانم، أثر تغيير الظروف في عقود التجارة الدولية، جامعة المنصورة ، 2000.
- 28- شهاب الدين أبو العباس الشهير بالقرافي، الفروق، دار إحياء الكتب العربية ، الطبعة الأولى.

- 29- عبد الحميد الشواربي، الجرائم المالية والتجارية (جرائم الشركات)، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، الاسكندرية. 1996.
- 30- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964.
- 31- عبد الرزاق بن خروف، التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري، مطبعة حيدر، 1998.
- 32- عبد الله النجار، تصريف الحق و معيار تصنيف حقوقه، دار الطباعة المحمدية، القاهرة، 1990.
- 33- عصام مالك أحمد العبسي، مقتضيات المصلحة العامة بشأن براءات الاختراع في تشريعات الدول العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
- 34- عماد الحداد، التجارة الإلكترونية، الطبعة الثانية، دار الفاروق للنشر والتوزيع، القاهرة، 2003.
- 35- علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.
- 36- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993.
- 37- كامل أبو صقر، العولمة التجارية والإدارية والقانونية " رؤية إسلامية "، الجزء الأول، دار مكتبة الوسام، بيروت، 2000.
- 38- لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والقانون المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1990.
- 39- لعشب محفوظ بن حامد، الوجيز في القانون الاقتصادي، ديوان المطبوعات الجامعية، 1993.
- 40- محمد بوعشة، التكامل والتنازع في العلاقات الدولية الراهنة الطبعة الأولى، دار الجيل، بيروت، 1999.
- 41- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.
- 42- محمد سعيد جعفرور، نظرات في طبيعة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقہ الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 1998.
- 43- محمد صبري سعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004.
- 44- محمد لبيب شنب دروس، نظرية الإلتزام مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977.
- 45- مصطفى كمال طه، العقود التجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
- 46- يسرى أبو العلا، المعاملات الاقتصادية في النظام الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

ب/ المؤلفات لمتخصصة :

- 01- ابراهيم العيسوي ، الجات وأخواتها ، النظام الجديد للتجارة العالمية ومستقبل التنمية العربية، الطبعة الأولى ، مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت ، 1995.
- 02- إبراهيم المنجي ، عقد عمل التكنولوجيا ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 2002.
- 03- أبوزيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي ، 1981.
- 04- أحمد أبو الوفاء، التحكيم في القوانين العربية، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1998.
- 05- احمد بركات مصطفى ، العقود التجارية وعمليات البنوك، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005-2006.
- 06- أحمد عبد الحميد غشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الإستثمار ، مؤسسة شهاب الجامعة، بدون تاريخ.
- 07- أحمد جامع ، اتفاقية التجارة العالمية (وشهرتها الجات)، الجزء الأول، الجزء الثاني ، دار النهضة العربية، 2001.
- 08- احمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية- القانون الواجب التطبيق و أزمته) دار النهضة العربية القاهرة.
- 09- السيد مصطفى أحمد أبو الخير: عقود نقل التكنولوجيا استرالي للطباعة والنشر والتوزيع القاهرة، 2006
- 10- أمال زيدان عبد الله ، الحماية القانونية للأسرار التجارية في عقود نقل التكنولوجيا، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
- 12- بلال عبد المطلب البدوي ، تطور الآليات الدولية لحماية حقوق الملكية الصناعية، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2006.
- 12- جلال وفاء محمدين ، الالتزام بالسرية في عقود نقل التكنولوجيا، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
- 13- جلال وفاء محمدين ، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية .
- 14- جلال وفاء محمدين ، تسوية منازعات التجارة الدولية في إطار اتفاقية الجات ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
- 15- جلال وفاء محمدين ، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا في ظل الجهود الدولية وأحكام نقل التكنولوجيا في قانون التجارة الجديد ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001.

- 16- حسام الدين عبد الغني الصغير ، حماية المعلومات غير المفصح عنها والتحديات التي تواجه الصناعات الدوائية في الدول النامية ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.
- 17- الدكتور حسام عيسى ، نقل التكنولوجيا ، دراسة في الآليات القانونية الدولية، دار المستقبل العربي، 1986.
- 18- حسن فتحي مصطفى بهلول ، عقد إنتاج المعلومات والإمداد بها ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- 19- حفيظة السيد الحداد ، الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية ، دار الفكر الجامعية، الإسكندرية .
- 20- حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007.
- 21- ذكرى عبد الرزاق محمد، حماية المعلومات السرية، من حقوق الملكية في ضوء التطورات التشريعية و القضائية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2007.
- 22- سميحة القليوبي، الملكية الصناعية ، الطبعة الخامسة ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2005.
- 23- سمير جميل أحمد الفتلاوي ، العقود التجارية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1987
- 24- سينوت حليم دوس ، نقل التكنولوجيا بين النظرية والتطبيق منشأة المعارف ، الإسكندرية، 2006.
- 25- صالح المنزلاوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ، دار الجامعة الجديدة، 2006.
- 26- عبد الغني محمود ، إطار القانوني لنقل التكنولوجيا في القانون الدولي العام ، طبعة أولى، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1991م – 1411 هـ.
- 27- فاروق احمد زاهر ، القانون التجاري المصري ، الكتاب الثالث (عقد نقل التكنولوجيا)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- 28- فايز احمد عبد الرحمن ، عقد نقل التكنولوجيا في قانون التجارة الجديد ، دار النهضة العربية القاهرة 2010.
- 29- فهد بجاد الملايح ، تسوية المنازعات عقد نقل التكنولوجيا ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2009
- 30- فوزي لطفي ، شرح قانون الملكية الصناعية و التجارية ، آراء فقهية ، مراسيم ، قرارات ، اتفاقيات دولية ، اجتهادات قضائية ، دمشق، 2002.
- 31- ماجد عمار ، عقد نقل التكنولوجيا ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1987 .
- 32- محسن شفيق ، عقد تسليم مفتاح (نموذج من عقود التنمية) ، دار النهضة العربية، القاهرة .
- 33- محسن شفيق ، التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة، جامعة القاهرة، 1973.
- 34- محسن شفيق ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، مطبعة جامعة، القاهرة، 1984.
- 35- محسن شفيق ، المشروع ذو القوميات المتعددة من الناحية القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة .
- 36- محمد حسن منصور، العقود الدولية ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001.
- 37- محمد حسني عباس ، الملكية الصناعية ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1981.
- 38- محمود محمد سليمان الكيلاني ، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا ، مكتبة جامعة ، القاهرة، 1992.

- 39- محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- 40- منير محمد الجنبهي ، ممدوح محمد الجنبهي ، التعاون الدولي في مجال حماية حقوق الملكية الفكرية ، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2005.
- 41- ناريمان عبد القادر ، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994 ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى، 1996.
- 42- ناجي عبد المؤمن ، مدى جواز الاتفاق على التحكيم بطريقة الإحالة إلى القوانين الوطنية، علاقات التجارة الدوليّة، بدون ناشر ، القاهرة، 2002.
- 43- نصيرة بوجمعة سعدي ، عقود نقل التكنولوجيا ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
- 44- هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.

رابعا : الرسائل الجامعية

أ/ رسائل الدكتوراه:

- 1- ابراهيم قادم ، الشروط المقيدة في عقود نقل التكنولوجيا ودورها في تكريس التبعية التكنولوجية على المستوى الدولي، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين الشمس ، 1996.
- 2- احمد صالح علي مخلوف ، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق ، 2000.
- 3- الطيب زروتي ، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة لنيل درجة الدكتوراه ، جامعة الجزائر ، 1990-1991.
- 4- أمال زيدان عبد الله، الإلتزام بالسرية في عقود نقل التكنولوجيا جامعة أسيوط مصر ، رسالة 2008.
- 5- الدكتور أنس السيد عطية سليمان ، ضمانات نقل التكنولوجيا لدول النامية من الوجهة القانونية ، جامعة عين شمس ، مصر ، 1996.
- 6- بلال عبد المطلب بدوي ، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية في عقود التجارة الدولية ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، كلية الحقوق ، مصر ، 2001.

- 7- جلال أحمد خليل عوض الله ، النظام القانوني لحماية الاختراعات ونقل التكنولوجيا الى الدول النامية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق ، 1989.
- 8- حسين شلفاوي، وسائل حماية الملكية الفكرية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه ، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 2004.
- 9- حمودة فتحي حمودة سيد ، مبدأ حرية تجارة الخدمات وفقا لإتفاقية منظمة التجارة العالمية، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق ، 2005.
- 10- درويش عبد الله درويش إبراهيم ، شرط الجدة في الاختراعات وفقا لاتفاقية باريس ومدى ملائمتة للدول النامية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة، 1992.
- 11- شريف محمد غانم، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدوليّة ، جامعة المنصورة، 2000.
- 12- عاشور عبد الجواد عبد الحميد ، مشروعات المشاركة الدولية الإسلامية ، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1988.
- 13- عبد الله حميد سليمان العويري ، العلامة المشهورة وحمايتها ضمن اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (ترييس) ، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة كلية الحقوق، 2006.
- 14- غسان علي علي ، الإستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية النزاعات التي قد تثور بصدها، رسالة الدكتوراه "عين الشمس" كلية الحقوق ، 2004.
- 15- فاضل احمد صالح الزهاوي ، المشروعات المشتركة وفقا لقوانين الاستثمار ، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق ، 1984.
- 16- محمد عبيد الكعبي ، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية ، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة 2009.
- 17- محمد فلاح بخيت ، المشروع المشترك وسيلة لنقل التكنولوجيا في الأردن ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق ، 2006.
- 18- محمود محمد سليمان الكيلاني ، جزاء الإخلال في تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق ، 1988.
- 19- نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي رسالة دكتوراه جامعة الإسكندرية ، كلية الحقوق ، 1987.
- 20- وائل حمدي احمد علي ، حسن النية في البيوع الدولية رسالته دكتوراه ، جامعة عين شمس كلية الحقوق ، مصر 2008.
- 21- ياسر سامي قرني ، دور عقود امتياز التجاري في نقل المعرفة الفنية " دراسة مقارنة " رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق ، 2005.

22- يوسف عبد الهادي خليل الاكياي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق.

23- د/حسام الدين عبد الغني الصغير، حماية المعلومات غير المفصح عنها و التحديات التي تواجه الصناعات الدوائية في الدول النامية، رسالة دكتوراه، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، 2003

ب/ رسائل الماجستير:

- 1- ابراهيم حمد عبد الرحمن الحميد ، الشروط التقييدية في عقود نقل التكنولوجيا وأثرها على الدول النامية ، رسالة ماجستير ، جامعة القاهرة 2008.
- 2- احمد بن غازي ، الالتزام بالضمان في عقد نقل التكنولوجيا ، ماجستير جامعة القاهرة كلية الحقوق ، مصر ، 2004.
- 3- راجي عبد العزيز ، الطبيعة القانونية للمعرفة الفنية، رسالة ماجستير كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 2004.
- 4- محمد إفلولي ، النظام القانوني لعقود نقل المعرفة الفنية ، رسالة ماجستير ، جامعة تيزي وزو 1994-1995.
- 5- محمود عزلي ، نظرية الظروف الطارئة في العقود الدولية ، رسالة ماجستير ، جامعة تيزي وزو.
- 6- مونية جمعي ، التحكيم كنظام لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في ظل القانون الجزائري والمصري (مع إلقاء الضوء على اتفاقية واشنطن سنة 1965) رسالة ماجستير ، جامعة القاهرة 2009.
- 7- نويرة الحاج عيسى ، التزامات الأطراف في عقود نقل التكنولوجيا، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007.

خامسا: أبحاث ومقالات

أ/ أبحاث:

- 1- أحمد فرّاس العوران، التكامل الاقتصادي العربي: الواقع والطموحات، الملتقى الدولي العلمي الثاني حول التكامل الاقتصادي العربي الواقع والأفاق، أعمال المؤتمر الدولي الثاني، جامعة عمار تليجي الاغواط 2007/04/17 .

2- المجلة القضائية، المحكمة العليا الجزائر، العدد 2، سنة 2000، أعمال المؤتمر الدولي الثالث بعنوان : التحديات الاقتصادية للعالم العربي في مواجهة التكتلات الدولية، بتاريخ: 1999/11/09 بدبي، مركز الدراسات العربي الأوروبي باريس 1999- CEEA.

3- أنطوان صغير، نحو إستراتيجية اقتصادية عربية دولية، أعمال المؤتمر الدولي الثالث بعنوان : التحديات الاقتصادية للعالم العربي في مواجهة التكتلات الدولية، بتاريخ: 1999/11/09 بدبي، مركز الدراسات العربي الأوروبي باريس 1999- CEEA.

4- بول تران فان تين، النظام الاقتصادي العالمي الجديد، أعمال المؤتمر الدولي الثالث بعنوان : التحديات الاقتصادية للعالم العربي في مواجهة التكتلات الدولية، بتاريخ: 1999/11/09 بدبي، مركز الدراسات العربي الأوروبي باريس 1999- CEEA.

5- جان شار روار، اتفاقية الجات وأثرها على اقتصاديات العالم العربي، أعمال المؤتمر الدولي الثالث بعنوان : التحديات الاقتصادية للعالم العربي في مواجهة التكتلات الدولية، بتاريخ: 1999/11/09 بدبي، مركز الدراسات العربي الأوروبي باريس 1999- CEEA.

6- ختام تميم، دراسة حول التكامل الإقتصادي العربي (الجهود،التحديات،الأفاق)، الملتقى الدولي العلمي الثاني حول التكامل الاقتصادي العربي الواقع والأفاق، أعمال المؤتمر الدولي الثاني، جامعة عمار ثليجي الاغواط، 2007/04/17 .

7- رلي قرنفل، دور الغرفة التجارية العربية- الأجنبية المشتركة، أعمال المؤتمر الدولي الثالث بعنوان : التحديات الاقتصادية للعالم العربي في مواجهة التكتلات الدولية، بتاريخ: 1999/11/09 بدبي، مركز الدراسات العربي الأوروبي باريس 1999- CEEA.

8- رودني ستاندرنغ، العلاقات الأوروبية - الشرق الأوسطية، أعمال المؤتمر الدولي الثالث بعنوان : التحديات الاقتصادية للعالم العربي في مواجهة التكتلات الدولية، بتاريخ: 1999/11/09 بدبي، مركز الدراسات العربي الأوروبي باريس 1999- CEEA.

9- سعاد الصباح، مستقبل البترول العربي في السوق العامية للطاقة بتاريخ 2000. ، أعمال المؤتمر الدولي الثالث بعنوان : التحديات الاقتصادية للعالم العربي في مواجهة التكتلات الدولية ، بتاريخ: 1999/11/09 بدبي، مركز الدراسات العربي الأوروبي باريس 1999- CEEA.

10- سهير السبع ، أهمية تنوع الموارد الاقتصادية، أعمال المؤتمر الدولي الثالث بعنوان : التحديات الاقتصادية للعالم العربي في مواجهة التكتلات الدولية ، بتاريخ: 1999/11/09 بدبي، مركز الدراسات العربي الأوروبي باريس 1999- CEEA.

11- سمير أمين ، استراتيجية اقتصادية عربية – عربية ، أعمال المؤتمر الدولي الثالث بعنوان : التحديات الاقتصادية للعالم العربي في مواجهة التكتلات الدولية ، بتاريخ: 1999/11/09 بدبي، مركز الدراسات العربي الأوروبي باريس 1999- CEEA.

12- عبد الحميد لحذب ، الوسائل السلمية لحل المنازعات الاقتصادية الدولية، أعمال المؤتمر الدولي الثالث بعنوان : التحديات الاقتصادية للعالم العربي في مواجهة التكتلات الدولية ، بتاريخ: 1999/11/09 بدبي، مركز الدراسات العربي الأوروبي باريس 1999- CEEA.

13- عبد الله جاسر، الاقتصاديات الاتصالية، أعمال المؤتمر الدولي الثالث بعنوان : التحديات الاقتصادية للعالم العربي في مواجهة التكتلات الدولية ، بتاريخ: 1999/11/09 بدبي، مركز الدراسات العربي الأوروبي باريس 1999- CEEA.

14- عبد العزيز الدغيبستاني ، التخصص والتوازن الاقتصادي، أعمال المؤتمر الدولي الثالث بعنوان : التحديات الاقتصادية للعالم العربي في مواجهة التكتلات الدولية ، بتاريخ: 1999/11/09 بدبي، مركز الدراسات العربي الأوروبي باريس 1999- CEEA.

15- عصمت فلوح، العلاقات الاقتصادية المغربية الأوروبية، أعمال المؤتمر الدولي الثالث بعنوان : التحديات الاقتصادية للعالم العربي في مواجهة التكتلات الدولية ، بتاريخ: 1999/11/09 بدبي، مركز الدراسات العربي الأوروبي باريس 1999- CEEA.

16- عمر عبد الكامل ، الركود وسبل معالجته في الاقتصاد العربي والإسلامي، أعمال المؤتمر الدولي الثالث بعنوان : التحديات الاقتصادية للعالم العربي في مواجهة التكتلات الدولية ، بتاريخ: 1999/11/09 بدبي، مركز الدراسات العربي الأوروبي باريس 1999- CEEA.

ب- مقالات :

01- إسماعيل حلاب ، الرصد الاستراتيجي والتكنولوجي مجلة الدرك تصدر عن قيادة الدرك الوطني عدد 02 شهر مارس 1999.

02-أغين ، ماذا تعرف عن جرائم الكمبيوتر ، مجلة الدرك تصدر عن قيادة الدرك الوطني عدد 02 شهر مارس 1999.

03- بلحاج العربي ، دعوى المسؤولية التقصيرية في القانون القضائي الجزائري المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية ، ابن عكنون الجزائر ، جزء (XXXII) رقم 02- 1994.

04- بن حسين محمد الأخضر، الفكر الاقتصادي لصندوق النقد الدولي FMI والبنك الدولي للبناء والتعمير وتأثيرات سياستها التصحيحية على سياسة التنمية في بلدان العالم الثالث المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، الجزائر جزء (XXVI) رقم 02-1988.

05- بوزيان عثمان، استثمار و تنمية الإبداع لدى الأصول التشريعية، مجلة دراسات دورية، جامعة الأغواط، الجزائر، الطبعة 13، جانفي 2010.

06- جلال وفاء محمدين ، فكرة المعرفة الفنية و الأساس القانوني لحمايتها، دراسة في القانون الأمريكي ، مجلة الحقوق و البحوث القانونية و الاقتصادية ، العدد 3، كلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية.

07- حسن وجيه ، مقدمة في علم التفاوض الاجتماعي و السياسي، سلسلة علم المعرفة ، عدد 190 ، الكويت ، 1994.

08-سميحة القليوبي ، تقييم شروط التعاقد و الالتزام بالضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، مجلة مصر المعاصرة، عدد 406 ، اكتوبر 1986.

09-سنوسي خنيش ، الابعاد الاستراتيجية لادارة حماية البيئة الدولية و الاقليمية ، دراسة نقدية تأصيلية وفقا لمنظور الدول النامية ، مجلة الحقوق و العلوم الانسانية ، كلية العلوم القانونية و السياسية ، الجلفة ، الجزائر، عدد جوان 2008.

10-صادق بو شنافة ، آثار تطبيق اتفاقية تريبس على صناعة الادوية في الوطن العربي ، مجلة جامعة الاغواط، "دراسات"، جانفي 2010 ، ص 12.

11-صالح زراوي فرحة ، علامة المصنع في التشريع الجزائري ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية الجزائر (ابن عكنون) جزء (XXXIX) رقم 04-1991.

- 12- علي خرابشة – محمد محمود الذنبيات ، التنمية الاقتصادية و الادارة (من المنظور الاسلامي) ،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، الجزائر ،ابن عكنون ،جزء(XXIX) رقم 4 ،1999.
- 13-غزالي عمر:تكنولوجيا المعلومات كقاعدة لترقية المنتجات الماليّة،مجلة دراسات الدورية،جامعة الأغواط، الجزائر، الطبعة 13، جانفي 2010.
- 14-محمد الامين بن الزين ،قواعد حماية الملكية الفكرية على ضوء التشريع و الاتفاقيات الدولية، مجلة الحقوق و العلوم الانسانية، الجلفة ، عدد 1 ، جوان 2008.

II - المراجع بالّغة الأجنبية :

أولا: المراجع بالّغة الفرنسيّة

- 1- Amichalet. CH. la définition du développement indépendant .les éditions roche vignes. Paris.1983.
- 2- Azéma Jacques .définition juridique du KNOW-HOW. le Know-how 5eme rencontre de propriété industrielle Montpellier. Actualité de droit de l'entreprise ; librairies techniques. Paris
- 3- Batifol .droit privé. Édition 1997.
- 4- Bencheikh Madgid.droit international et sous-développement. Office des publications universitaires. Alger.1983.
- 5- Benchneb Ali. Mécanismes juridiques commerciales internationales en Algérie. Office des publications universitaires .Alger.1984
- 6- Benchneb Ali . Mécanismes juridiques des relations commerciales en algerie. Office des publications universitaires.alger.1984.
- 7- Brust .J. J. l'assistance technique dans les contrats de transfert. Technologiques recueils Dalloz.1979.
- 8- Brust .J. J. brevet de licence. Leurs rapports juridiques dans les contrats de licence. Edition litec. Paris.
- 9- Camerlink G.H. droit du travail. 12^{eme} Édition Dalloz.1982.
- 10- Carbonier. Droit civil tom 4 paris. 1976.
- 11- David René .L'arbitrage dans le commerce international (bibliothèque de l'institut « droit » université du Caire) édition 1982.
- 12- Delacollete jean. Les contrats de commerces internationaux. 2^{eme} Édition. Droit économie bruxel les.1991.
- 13- Deleuze .Jean . Marie .le contrat de transfert de processus technologique KNOW-HOW. Edition 2 ;3. 1982.
- 14- demogues.taité des obligations. Librairie. Paris 1925.
- 15- Emmanuel Arnaud Pateyron .Robert Salmon.les nouvelles technologies de l'information et l'entreprise .Édition economica. paris.1996.
- 16- Frossard. la distinction des obligations des moyens et des obligations de résultat COLL. Bibl. droit privé. Paris.1965.

- 17- Henri bonnet .Dominique berthet.les institutions financières internationales. Édition Bouchene.que sais-je ? Alger.1993.
- 18- Jean François. Pless nicolas.la face cachée de l'économie mondiale « contrat » (bibliothèque de l'institut de droit du Caire) édition 1988.
- 19- Jean Michel Jaquet .le contrat international 2^{eme} Édition Dalloz.1999.
- 20- Langlois Alain.les nations-unies et le transfert de technologie (bibliothèque de l'institut de droit Caire) édition 1980.
- 21- Magnin François. KNOW-HOW et propriété industrielle. Paris.1975.
- 22- Mahfoud Bouhacene. Droit international de coopération industrielle. Office des publications universitaires.1982.
- 23- Mazeaud. Leçon de droit civil TOM 01 premier volume 8.édition Montpellier.
- 24-Michel chartaman.les multinationales .Edition Bouchene. Que sais-je ? Alger. 1993.
- 25- Mouseron jean marie. Aspects juridiques du KNOW-HOW. Cahiers de droit de l'entreprise. N° 1. 1972.
- 26- Mouseron Jean Marie.la durée dans la formation du contrat .études offertes. 1976.
- 27- Mouseron Jean Marie. Traité des brevets. Librairie technologique. Paris. 1984.
- 28- Philippe khan .typologie des contrats de transfert de technologie et de développement. Colloque Dijon .Édition litec .paris.1977.
- 29-Robert.j. Arbitrage commercial gazette du palais. 1972.
- 30- Sadok Belaid. Islam et droit.une nouvelle lecture des versets prescriptifs du coran .centre de publication universitaire. Tunis 2000.
- 31- Saintelette.de la responsabilité et de la garantie. Paris. Bruxelles.1984
- 32- Salem et sanasan.les contrats clé en main et les contrats produit en main. Librairie technique .paris.1979
- 33- Schapira jean. les contrats internationaux de transfert technologique .journal de droit international. Édition technique .S.A. paris.

ثانيا: المراجع بالّغة الانجليزية

- 1- Ikel.F.CH. how nation negotiate .New York; London harber and row publishers.1964.
- 2- Leo Edwin Knoz. The international transfer of commercial technology. The rule of the multinational corporation. 13 Arno press.New York.1980.
- 3- Mac Donald. KNOW-HOW and the anti-trust. Licensing and the anti-trust law.
- 4- Neierenberg.GH. fundamentals of negotiating.new York and row publishers.1987.
- 5- Staples .G; Bertagnolli .L .KNOW-HOW. In United States .edition stupfm. Cluwer law and taxation publishers.london.1984.
- 6- Staples .G. Bertagnolli. KNOW-HOW in the United States. Edition stupfm. Cluwer law publications universities. (Opu).1982.
- 7- Turner.M. the law secret .Landers sweets and Maxwell .1962.

ثالثا : الّوسائل الجامعية

- 1- Boughaba mouhamed.les clauses d'adaptation économique et monétaire dans les contrats privés internationaux. thèse Lausanne. faculté de droit .1984.
- 2- Kamel Boumediene. responsabilité professionnelle pour les dommages causés par les produits industrielles / thèse d'état soutenue à la faculté des sciences juridiques de l'université de rennes. France. (18/09/1886).
- 3- Rafik Bakkour. La petite et moyenne entreprise dans le processus algérien de développement. tentative d'évaluation critique .thèse de doctorat de l'université de Montpellier. (Octobre1981).

رابعا : أبحاث و مقالات

- 1-Ammar Guesmi. le monopole de l'état algérienne sur le commerce extérieur et la nouvelle réglementation des grossistes et des concessionnaire. Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques (volume XXI X) N° 4. 1993.

- 2- Chaib Bounoua. L'internationalisation des firmes coréens un exemple à suivre par les entreprises nationales. Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques (volume XXXI) N° 2. 1993.
- 3-derains.y .l'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale.revue de droit des affaires internationales.paris1987.
- 4- Lagoune.W. De l'état entrepreneur à l'état actionnaire. Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques (volume XX XI) N° ...1993.
- 5- Lakhdar Benhassine. La crise économique et l'entreprise public. Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques (volume XXXII) N° 3. 1994.
- 6- Madgid Bencheikh. le droit des peuples au développement et ses négations dans l'ordre international économique actuel. Revue algérienne des sciences juridiques. économique et politique (volume XXIX) N°1. 1991.
- 7- Mahfoud Ghazali. La société multinationale SUD-SUD instrument de coopération régionale l'exemple algéro-tunisien de coopération frontalière. Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques (volume XXVI) N° 2 .juin 1998.
- 8- Meyer pierre. aspect juridiques de transfert de technologie. Revue juridique et politique indépendance et coopération. Avril mai juin. N° 2 .Edina. Paris .1982.
- 9- Meziane fergene. Eléments pour un autre développement. Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques (volume XXI X) N° 4. 1993.
- 10- Mouhamed brahimi .une lecture du discours politique et juridique sur le secteur privé . Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques (volume XX) N° 3. Septembre 1983.
- 11- Mouhamed Salah. Pour une perfectibilité du fonctionnement des sociétés commerciales. Revue algérienne des sciences économiques et politiques (volume XXIX) N° 1. 1991.
- 12- mohand issad.deux conventions bilatérales pour la protection des investissements. Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques (volume XXIX).N°4. 1991.
- 13-Rachid Zouaimia. le régime de l'investissement international en Algérie. Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques (volume XXIX) N° 3. 1991
- 14-revue Alger républicain .Alger.4 septembre 1991.

- 15- Salah Mezdour .les déséquilibres économiques en économie ouverte (cas de Maghreb). Revue algérienne des sciences juridiques (volume XXIX) N° 3. 1991.
- 16- Santucci J.C et M.Elmalki. État et développement dans le monde arabe (crise et mutation au Maghreb) revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques (volume XXIX) N° 2. 1991.
- 17- Shmidt.J. La négociation du contrat international. Revue de droit pratique comercial international. 1983.
- 18- Terki Nour Eddine. La garantie dans les contrats de longue durée en droit algérien. Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques (volume XXIV) N° 3 et 4. 1986.
- 19- Yangishi. Hiroyuki. quelques considération sur la responsabilité civil en matière de contrat de vente d'usurpation chez les premiers juristes Hanafites. Revue des sciences juridiques économiques et politiques (volume XXXI) N° 4. 1993.
- 20- Zahi. A .la conciliation et le processus arbitral. Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques (volume XXXI) N° 4. 1993.
- 21- International encyclopedia of the social science. New York the Macmillan and company and the free press.1977.
- 22- Investir en Algérie recueil de textes législatifs et réglementaires relatifs à l'investissement et à la création d'entreprises en Algérie. Chambre nationale de commerce (cnc). Alger .volume 1et 2 avril 1995.

III- مواقع الانترنت:

- 1-Annuaire de l'association internationale pour la protection de la propriété industrielle. 1970.
[https://www.aippi.org/download/yearbooks/Annuaire%201971 I.pdf](https://www.aippi.org/download/yearbooks/Annuaire%201971%20I.pdf)
- 2-Étude faite dans le cadre de des nation unies .les pratiques commerciales restrictives. Analyse des lois types pour les pays envoie de développement de l'organisation mondiale de propriété intellectuelle .new york .onu .www.un.org
- 3-Guide sur la rédaction de contrat portant sur le transfert international du know-how dans l'industrie mécanique .onu.www.jurisint.org/doc/html/con/fri/2000/2000jiconfrg.htm

4-Sentence de la chambre de commerce international .1969.www.iccwbo.org.clunet (journal de droit international paris) 1974derains.

5-UNESCO (Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture). Statistiques relatives aux sciences et technologie.1982. <http://www.unesco.org/new/en/unesco/>

6-www.OCDE.org : نشاطات الدول الصناعيّة في إطار الاستثمار، على مستوى منظمة التعاون و التنمية الاقتصادية

7-www.elazhar.com/conf_au/12/47.asp: إبراهيم أحمد إبراهيم، كيفية الإفادة من الاتفاقيات الدوليّة، دراسة:

8-ar.wikipedia.org/wiki/ / ويكيبيديا، الموسوعة الحرّة، خصائص الشركة متعددة الجنسيّات ، بحث:

9- acHi.FORUMALGERIE.net/t/113-topic : عشي علاء الدين ،منتدى التواصل القانوني ،بحث :

الفهرس

الصفحة	الموضوع
01	مقدمة
14	الباب الأول : نظام عقود نقل المعرفة الفنية
17	الفصل الأول : التعريف بالمعرفة الفنية و حمايتها
17	المبحث الأول : مفهوم المعرفة الفنية
18	المطلب الأول:المعنى الاصطلاحي للمعرفة الفنية و علاقته بمفاهيم قريبة منها
19	الفرع الأول:المعنى الاصطلاحي للمعرفة الفنية
19	الفرع الثاني:علاقة مصطلح المعرفة الفنية بمفهوم التكنولوجيا
21	الفرع الثالث:علاقة مصطلح المعرفة الفنية بمفهوم السر الصناعي و التجاري
22	الفرع الرابع:علاقة مصطلح المعرفة الفنية بالعلم و المعرفة
24	المطلب الثاني:المفهوم القانوني للمعرفة الفنية
24	الفرع الأول:مفهوم المعرفة الفنية على المستوى الدولي
33	الفرع الثاني:مفهوم المعرفة الفنية على مستوى التشريعية الداخلية
33	أولاً:مفهوم المعرفة الفنية في تشريعات المنبثقة عن اتفاقية قرطاجنة
34	ثانياً: مفهوم المعرفة الفنية في التشريع المصري
37	ثالثاً:مفهوم المعرفة الفنية في التشريع الجزائري
39	المطلب الثالث:المفهوم الاقتصادي و السياسي للمعرفة الفنية
42	الفرع الأول:المفهوم الاقتصادي للمعرفة الفنية
48	الفرع الثاني:نظرة الشريعة الإسلامية للمفهوم الاقتصادي السائد بشأن المعرفة الفنية
52	الفرع الثالث:المفهوم السياسي للمعرفة الفنية
55	المطلب الرابع:المفهوم الفقهي و موقف القضاء من المعرفة الفنية
56	الفرع الأول:المفهوم الفقهي للمعرفة الفنية
67	الفرع الثاني:موقف القضاء من مفهوم المعرفة الفنية
73	المبحث الثاني:خصائص المعرفة الفنية
78	المطلب الأول:السرية في المعرفة الفنية
83	المطلب الثاني:ألا تكون المعرفة الفنية مشمولة ببراءة اختراع
90	المطلب الثالث:الجدة في المعرفة الفنية
91	المطلب الرابع:قابلية المعرفة الفنية للنقل
93	الفرع الأول:النقل بمعنى الإكساب و الإكتساب
95	الفرع الثاني:النقل بمعنى السيطرة أو التحكم في التكنولوجيا و المعرفة الفنية
98	المبحث الثالث:الحماية القانونية للمعرفة الفنية
101	المطلب الأول:حماية المعرفة الفنية في الولايات المتحدة الأمريكية
103	المطلب الثاني:الحماية المدنية للمعارف الفنية
104	الفرع الأول:حماية المعرفة الفنية لاقتترانها بسند مادي أو علامة تجارية أو صناعية أو براءة اختراع
104	أولاً:الملكية كأسس لحماية المعرفة الفنية
104	ثانياً:حماية المعرفة الفنية لاقتترانها بعلامة تجارية
106	ثالثاً:حماية المعرفة الفنية لاقتترانها ببراءة اختراع
107	الفرع الثاني: تأسيس حماية المعرفة الفنية على القواعد المدنية

107	أولا: حماية المعرفة الفنية على أساس المسؤولية التقصيرية أو المنافسة غير مشروعة
109	ثانيا: حماية المعرفة الفنية بناء على دعوى الإثراء بلا سبب على حساب الغير
111	الفرع الثالث: الحماية المقررة دوليا للمعرفة الفنية
111	أولا: الحماية المقررة للمعرفة الفنية في التشريعات العربية
114	ثانيا: الحماية المقررة للمعرفة الفنية باتفاقية تريبس
116	المطلب الثالث: الحماية الجنائية للمعرفة الفنية
117	الفرع الأول: الحماية الجنائية للمعرفة الفنية
117	الفرع الثاني: الحماية الجنائية للمعرفة الفنية في التشريع الجزائري
122	الفصل الثاني: آثار عقود نقل المعرفة الفنية و الشروط التقييدية
123	المبحث الأول: التزامات مورد المعرفة الفنية
127	المطلب الأول: التزام المورد بنقل كل عناصر المعرفة الفنية
127	الفرع الأول: تقديم المعلومات و البيانات و الوثائق الفنية لاستعاب المعرفة الفنية
128	الفرع الثاني: التزام المورد بتقديم المساعدة الفنية و الخدمات و التعليم للمتلقي
130	المطلب الثاني: التزام المورد بالكشف عن أخطار استخدام المعرفة الفنية
131	المطلب الثالث: التزام المورد بتقديم قطع الغيار
132	المطلب الرابع: التزام المورد بالضمان
133	الفرع الأول: النظام القانوني للالتزام بالضمان
134	أولا: الطبيعة القانونية للالتزام بالضمان
139	ثانيا: الأساس القانوني للالتزام بالضمان
142	الفرع الثاني: صور الضمان المستمدة من القواعد العامة و تطبيقها على عقود نقل المعرفة الفنية
142	أولا: صور الضمان المستمدة من القواعد العامة
145	ثانيا: ضمان العيوب الخفية في القانون الجزائري
148	ثالثا: ضمان التعرض و الاستحقاق في القانون الجزائري
149	الفرع الثالث: نظرية الضمان وبعض صور نقل المعرفة الفنية
156	المبحث الثاني: التزامات متلقي المعرفة الفنية
156	المطلب الأول: التزام المتلقي بدفع مقابل نقل المعرفة الفنية
157	الفرع الأول: التعريف بمقابل المعرفة الفنية

160	الفرع الثاني: إستراتيجية الأوفست
162	الفرع الثالث: مجالات الأوفست
165	الفرع الرابع: الشكل القانوني للأوفست
168	الفرع الخامس: مشكلات المقايضة
170	المطلب الثاني: لتزام المتلقي بإطلاع المواد بأحكام تشريعاته الوطنية وعدم التنازل على المعرفة الفنية للغير
171	المطلب الثالث: التزام المتلقي بتسلم المعرفة الفنية المحافظة على جودة الإنتاج
176	المبحث الثالث: الالتزامات المتبادلة في عقود نقل المعرفة الفنية
178	لمطلب الأول: الالتزام بتبادل التحسينات في عقود نقل المعرفة الفنية
180	المطلب الثاني: الالتزام بأداء الضريبة في عقود نقل المعرفة الفنية
181	المبحث الرابع: الشروط التقييدية في عقد نقل المعرفة الفنية
182	المطلب الأول: تعريف الشروط التقييدية
186	المطلب الثاني: أنواع الشروط التقييدية
189	الفرع الأول: الشروط المقيدة للاستقلال الاقتصادي و التجاري
189	أولاً: شروط التي تهدف إلى الرقابة على المتلقي أو على إدارة وتسيير المشروع
190	ثانياً: شروط التي تهدف إلى الحد من الذفاد إلى الأسواق الخارجية
192	ثالثاً: شروط التي تهدف إلى تقييد أساليب التسويق
193	الفرع الثالث: الشروط المقيدة للاستقلال التكنولوجي
193	أولاً: دعم المنازعة
194	ثانياً: منع القيام ببحوث وتطوير المعارف الفنية المنقولة
195	ثالثاً: تقييد ممارسة المتلقي للأنشطة التكنولوجية من جانب نطاق أو مجال استخدامها
198	الباب الثاني: مراحل إبرام عقود نقل المعرفة الفنية و تسوية المنازعات الناشئة عنها
199	الفصل الأول: مراحل إبرام عقود نقل المعرفة الفنية
199	المبحث الأول: التفاوض في عقود نقل المعرفة الفنية
202	المطلب الأول: مفهوم و أشكال المفاوضات في عقود نقل المعرفة الفنية
202	الفرع الأول: مفهوم المفاوضات الأولية في عقود نقل المعرفة الفنية
206	الفرع الثاني: أشكال المفاوضات في عقود نقل المعرفة الفنية
207	أولاً: خطاب إعلان النية
210	ثانياً: الاتفاق على الأساس
211	ثالثاً: وعد من جانب واحد
211	رابعاً: الخيار الثنائي بتأجيل التوقيع على العقد
212	خامساً: عقد الإطار
215	سادساً: التعهد على أساس كتابي
220	سابعاً: التعهد على أساس دفع مبلغ مالي
220	ثامناً: التعهد الأدبي أو اتفاق الشرف
221	المطلب الثاني: إستراتيجية التفاوض و مهاراته في عقود نقل المعرفة الفنية
222	الفرع الأول: إستراتيجية التفاوض في عقود نقل المعرفة الفنية
222	أولاً: الإعداد للتفاوض
225	ثانياً: إستراتيجية التفاوض و تكتيكاته

228	الفرع الثاني:مهارات التفاوض
228	أولاً:مواصفات المفاوض الماهر
229	ثانياً:لعوامل الشخصية للتفاوض
232	المطلب الثالث:النتيجة القانونية للاتفاقات التفاوضية في عقود نقل المعرفة الفنية
232	لفرع الأول:المسؤولية الحاصلة من جراء الخطأ خلال التفاوض
234	أولاً:إغفال تقديم المعلومات
235	ثانياً:الاستخدام غير المشروع للمعرفة الفنية المنقولة
236	ثالثاً:القطع التعسفي للمباحثات
238	لفرع الثاني:قابلية وضع الاتفاقات قيد التنفيذ
240	لمبحث الثاني:مرحلة إبرام عقد نقل المعرفة الفنية
241	لمطلب الأول:هيكل عقد نقل المعرفة الفنية وتنظيم مضمونه التعاقدية
242	الفرع لأول:هيكل عقد نقل المعرفة الفنية
242	أولاً:الأطراف
244	ثانياً:الديباجة
245	ثالثاً:التعريف
246	رابعاً:الموضوع
247	خامساً:مواد و شروط العقد
247	لفرع الثاني:تنظيم المضمون التعاقدية في عقود نقل المعرفة الفنية
824	ولاً: مفهوم التنظيم التعاقدية و تنظيمه في عقود نقل المعرفة الفنية
251	ثانياً:الاتفاقيات المتعاقبة
252	ثالثاً:الاتفاقيات المترامنة
252	لمطلب الثاني:أركان عقد نقل المعرفة الفنية
253	الفرع الأول:التراضي في عقد نقل المعرفة الفنية
253	ولاً وجود الرضا في عقد نقل المعرفة الفنية
258	ثانياً:إجادة الرضا في عقد نقل المعرفة الفنية
261	لفرع الثاني:محل التزام في عقد نقل المعرفة الفنية
262	ولاً:التعريف بالمحل في عقد نقل المعرفة الفنية
267	ثانياً:إمكانية المحل في عقد نقل المعرفة الفنية
267	ثالثاً:تعيين المحل في عقد نقل المعرفة الفنية
268	رابعاً:مشروعية المحل في عقد نقل المعرفة الفنية
269	الفرع الثالث:سبب الالتزام في عقد نقل المعرفة الفنية
269	ولاً:نظرية السبب التقليدية
271	ثانياً:نظرية السبب الحديثة
274	لفصل الثاني:تسوية نزاعات عقود نقل المعرفة الفنية
274	المبحث الأول:الإخلال بالالتزامات العقدية في عقود نقل المعرفة الفنية
275	المطلب الأول:صور الإخلال بعقود نقل المعرفة الفنية
293	لمطلب الثاني: حالة استحالة أو صعوبة تنفيذ الالتزامات في عقود نقل المعرفة الفنية
293	لفرع الأول:حالة القوة القاهرة في عقود نقل المعرفة الفنية
299	لفرع الثاني:حالة صعوبة تنفيذ الالتزامات في عقود نقل المعرفة الفنية
304	لمبحث الثاني:طرق تسوية نزاعات عقود نقل المعرفة الفنية

306	لمطلب الأول: التحكيم في عقود نقل المعرفة الفنية
307	الفرع الأول: التحكيم و نقل المعرفة الفنية
308	و لا: التعريف بالتحكيم في عقد نقل المعرفة الفنية
315	ثانيا: نموذج شرط تحكيم في عقد نقل المعرفة الفنية
316	ثالثا: نموذج مشاركة تحكيم في عقد نقل المعرفة الفنية
320	الفرع الثاني: أنواع التحكيم في عقود نقل المعرفة الفنية
321	و لا: التحكيم الحالات الخاصة
322	ثانيا: التحكيم وفق لوائح مراكز التحكيم الدائمة
324	ثالثا: التحكيم المطلق
328	المطلب الثاني: لقانون الواجب التطبيق على نزاعات عقود نقل المعرفة الفنية
330	لفرع الأول: دور الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود نقل المعرفة الفنية
334	الفرع لثاني: حالة سكوت الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على نزاعات عقود نقل المعرفة الفنية
347	خاتمة
361	قائمة المراجع
382	الفهرس

ملخص:

عرف العالم حديثًا انتشارًا واسعًا لعقود نقل المعرفة الفنية ، ولا يوجد تأثير مباشر على طرفي هذا النوع من العلاقة التعاقدية ، بل يتعداه ليشمل تأثيره اقتصاديات و سياسات دول.

من هنا طرحت إشكالية البحث ، و هي مدى مساهمة هذه الطرق التعاقدية في استيعاب التكنولوجيا و المعارف الفنية ، و هل هي كفيلة بتحقيق التنمية لمرجوة من طرف الدول النامية أم تزيد فقط في تعميق الهوة بينها و بين طرف اقتصادي قوي يسعى بكل الطرق لتعزيز مكانته الاقتصادية ، لاسيما من خلال الشركات متعددة الجنسيات .

و خلصنا إلى انه لا يوجد تعريف جامع مانع للمعرفة الفنية بالنظر لحدثة نشأته ، و لتعقده بعوامل سياسية و اقتصادية ، و لاحتوائه على عناصر معنوية أكثر منها مادية، و أن أهم خاصية تميز هذا المفهوم هي السرية ، التي يجد فيها حائزي (حسب النظرة اللاتينية) أو مالكي (حسب النظرة الأمريكية) هته المعارف السبيل الأنجع لتحقيق ميزة تنافسية مع الآخرين.

كما توصلنا إلى أنه توجد جملة من الشروط التقييدية المفروضة على الطرف المتلقي للمعارف تتمثل أساسا في إعاقة الاستقلال الاقتصادي و التجاري و التكنولوجي .

من أجل هذا نجد الدول النامية حاليا تسعى جاهدة للحد من هذه القيود داخليا و دوليا ، بالنظر لكونها لم تساهم في إرساء نظام الاقتصادي الجديد ، و نجد الدول المتقدمة المتمثلة عادة في الشركات متعددة الجنسيات ، من الجهة الأخرى تسعى دائما للبحث على أفضل الطرق الحمائية لمعارفها.

و يبقى للطرف الضعيف في غياب تشريعات داخلية خاصة تحميه ، وسيلة الشروط التعاقدية لتحقيق هذه الحماية ، مهما اختلفت الأشكال التي قد ترد عليها هذه العقود من استثمار ، ترخيص ، عقد مفتاح في اليد ، عقد منتج في اليد و غيرها.

Résumé :

Les contrats de know-how (savoir-faire) ont une importance majeure aussi bien pour les pays en voie de développement, - qui espèrent par leurs billets arriver au sommet du processus technologiques mondial - que pour les pays développés - qui constituent pour eux une source considérable d'argent - .

à partir de cela, la question principale posée dans cette thèse est de savoir à quel point les contrats de know-how participent au développement des pays ?

Pour répondre à cette problématique, il est important d'avoir une définition de la notion du savoir-faire, ainsi que le lien existant entre cette dernière et d'autres notions avoisinantes, telles que la technologie et le secret commercial, et autres, sur ce plan on constate que c'est une notion nouvelle qui remonte au 19 siècle, et qui comporte des éléments intellectuelles plus que matériels et pour cela, il n'y a pas sur le plan juridique et économique une définition bien déterminée à cette notion.

Il est important de connaître les caractéristiques du savoir faire, on soulignant que le secret en est le majeur, car c'est lui qui met le possesseur du know-how en position compétitive avec autrui, et pour cette raison justement les possesseurs (vision de la jurisperite des pays latins) ou les propriétaires (vision des américains) ; cherchent les meilleurs moyens pour protéger leurs secrets par ce qu'ils n'ont pas eu dans le système de brevet une protection suffisante.

L'activités des pays développés et principalement les sociétés multinationales dans ce sens est sur divers plans on cite entre autres la convention de Paris portant sur la propriété industrielle (1883) ; et le cadre tout récent est la convention de trips portant sur l'aspect commercial des droits intellectuelles, faite dans le cadre de l'omc en 1994. Bien sûr les pays sous-développés n'ont pas participé à l'élaboration de ces cadres

juridiques et économiques mondiaux, vue les conditions historiques dans lesquels étaient notamment la colonisation, et pour cela justement ils activent aujourd'hui sur le plan de la législation nationale et au niveau international pour combattre les conditions restrictives incluses dans les contrats internationaux de longue durée surtout portant sur le transfert du savoir-faire.

Pour répondre à la problématique il faut savoir aussi les principales obligations qui incombent sur chacune des parties ; ainsi que les étapes par lesquels il faut passer pour arriver au bout de la réalisation voulu par ces contrats sans oublier en cas de différent quels sont les moyens poursuivies pour les résoudre comme l'arbitrage, et quel est la loi applicable et quel est le contenu de la clause de Hard Ship dans ces contrats.

En résumé, quelques recommandations destinées aux pays en voie de développement ont été citées, comme l'instauration d'un système juridique approprié, ou l'assistance techniques soit obligation même si elle n'est pas cité au contrat.

Il faut minimiser les importations des produits technologiques de consommation, donner au savants et chercheurs une position méritée, créer des bureaux spécialement pour donner de l'aide au parties contractantes sur différent plan comme l'information et la négociation, créer des centres de recherches liés à chaque société productive.