

عقود نقل التكنولوجيا بين التفاوض والإذعان

Technology transfer contracts between negotiation and compliance

موفق نور الدين، طالب دكتوراه.

كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بخدة الجزائر 01.

البريد الإلكتروني: nouri199191@gmail.com

تاريخ النشر: 2020/03/31

تاريخ القبول: 2019/11/23

تاريخ الاستلام: 2017/12/13

ملخص:

مست التطورات التكنولوجية كل المجالات بما فيها العقود، التي بقيت في التشريعات على الصيغة التقليدية إلى حد ما، في حين بدأت تظهر مصطلحات قانونية جديدة لم تكن في زمن إبرام العقد التقليدي فبدأنا نسمع عن التفاوض مكان الإيجاب و القبول، و العقود الالكترونية، و العقود التي يكون محلها نقل شيء معنوي كعقود نقل المعرفة أو ما يصطلح عليه عقود نقل التكنولوجيا و التي تركز في الأساس على نقل معرفة مكتسبة من طرف دولة أو شركة من العالم المتقدم، إلى دولة أو شركة من العالم الثالث، أي بين دول بعقلية المستعمر و الغالب وصاحب القوة و المعرفة ، و بين دولة كانت مستعمرة و تسير نحو النمو، هذا ما يجعل ميزان القوى في مثل هذه العقود غير متكافئ مما يؤدي إلى انعكاسات تؤثر على الرضائية في مرحلة التفاوض أو إبرام العقود و إملاء بنود العقد، و من خلال هذه الصراعات تبرز لنا إشكالية البحث.

الكلمات المفتاحية: الرضائية، عقود نقل التكنولوجيا، عقد الإذعان.

Abstract:

Technological developments have affected all areas, among them contracts which have remained in legislation in traditional form. Now new legal concepts have appeared where they do not exist in time to sign a traditional contract.

We start hearing the negotiation instead of accepting or refusing; electronic contracts and contracts which transfer knowledge or what are called technology transfer contracts which insist on the transfer of knowledge acquired by the state or a modern society for the state or a third world society.

المؤلف المرسل: موفق نور الدين، الإيميل: nouri199191@gmail.com

This means between states with a colonialism spirit or one that possesses power, strength and knowledge and between a colonized developing country. All of this introduces the balance of force into unbalanced contracts which influences moments of negotiation, signing a contract or dictating articles of contracts. from this fact arises our problematic of the presentation.

Keywords:

the consent, technology transfer contracts , contracts of compliance.

مقدمة:

تعد الحياة الاقتصادية و التجارية في الوقت الراهن عصب حياة الدول، فهي مقياس القوة و التطور الذي يساهم في استقلالية الدولة و إعطائها السيادة الكاملة، خاصة في إطار معاملاتها الاقتصادية و مبادلاتها التجارية الدولية، التي تعتمد على قواعد قانونية دولية تترجم سواء في اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف و كذلك في شكل عقود تكتسي الطابع الدولي تبرم وفق قواعد أشارت إليها المواثيق و المدونات الدولية، من أجل الوصول إلى أرضية اتفاق بين الطرفين و توقيع العقد، و من ضمن هذه العقود الدولية عقود نقل التكنولوجيا التي تتميز بمرحلة سابقة على التوقيع النهائي للعقد و تحتاج إلى مفاوضات، بالنظر إلى عدم التوازن القانوني للأطراف المتعاقدة فيها، مما يجعل من مرحلة المفاوضات من الأهمية بمكان لتستطيع الدول متلقية التكنولوجيا الدفاع عن مصالحها الاقتصادية من جهة، و من جهة أخرى استيراد تكنولوجيا تلي حاجياتها التنموية، لكن هذه الزاوية من النظر لا تخدم الدول المتقدمة، فهي ترى في عقد نقل التكنولوجيا، عقد لإيجاد سوق جديدة لمنتجاتها و الحصول على أرباح أكبر، و من التعريف و التكييف القانوني لهذا العقد بدأت تظهر الاختلافات في وجهات النظر حول الطبيعة القانونية لهذا العقد، رغم الاستقرار في المبادئ الدولية كمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، و ظهور آليات جديدة لإبرام العقود الدولية كالعقود الإلكترونية، و على هذا الأساس كانت إشكالية البحث حول مدى اعتبار عدم التكافؤ في عقود نقل التكنولوجيا يخل بمبدأ سلطان الإرادة، و بالتبعية اعتباره عقد إذعان من عدمه؟

و للإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا تقسيم البحث الى مبحثين نتطرق في المبحث الأول إلى ماهية عقد نقل التكنولوجيا و مميزاته، و في المبحث الثاني نسلط الضوء على الطبيعة القانونية لعقود نقل التكنولوجيا الدائرة بين الرضائية والإذعان. متبعين في ذلك المنهج الوصفي التحليلي.

المبحث الأول

ماهية عقود نقل التكنولوجيا و مميزاته

عقود نقل التكنولوجيا هي عقود يبدأ الاختلاف فيها من التعريف، فهي من العقود التي من الأهمية بمكان وقوف التشريعات على إعطائها تعريف قانوني مفصل بما توصل إليه الفقه، حتى تتضح الرؤية للدول متلقية التكنولوجيا و الدول مصدرة التكنولوجيا لأن لكل واحد منهما زاوية نظر مختلفة، و من هنا أصبح التعريف لهذا النوع من العقود مهم و يجب التطرق إليه كونه يبين ما يتضمنه العقد، و يبين لنا ما يميزه عن باقي العقود، و عليه نتطرق لتعريف نقل التكنولوجيا في المطلب الأول، و في المطلب الثاني إلى مميزات و أنواع عقود نقل التكنولوجيا.

المطلب الأول: تعريف عقود نقل التكنولوجيا

يرى جانب من الفقه أن عقود نقل التكنولوجيا ليست عقود بسيطة بلي هي مركبة و لا تعتمد فقط على نقل المعرفة و المعلومة التي تعتبر الحركية للتقنيات و التكنولوجيات المرتبطة بالمعرفة بين الأطراف المتعاقدة (أفراد، معاهد، شركات) بغاية تطوير المعارف و الخبرات للطرف المتلقي¹.

و هناك من يرى أن عقد نقل التكنولوجيا هو "بناء قانوني يشير إلى توافق إرادة أطرافه على تعهد الطرف الذي يملك أو يحوز التكنولوجيا بنقلها إلى الطرف الآخر

¹ Naima ABBADI , transfert des technologies, quel model pour l'Afrique , triennale de l'éducation et formation, ADEA , février 2012 p 15

بمقابل².

و طبقا للقواعد القانونية فإن محل العقد هو التكنولوجيا³ و نقل المعرفة الفنية، فالمحل في العقد يشكل أحد أركانه⁴، و هو بشكل عام الموضوع الذي ينصب عليه اتفاق الأطراف و هو في عقود نقل التكنولوجيا يتمثل في النقل مهما كانت صور هذا النقل، و يجب أن يكون هذا المحل موجودا و ممكنا و معينا أو قابل للتعيين، و أن يكون مشروعاً⁵، و ينطبق هذا على مستوى القانون الداخلي أو الدولي على حد سواء، فعمليات نقل التكنولوجيا تنصب في غالب الأمر على مجموعة من عقود متباينة، لكل منها طبيعته الخاصة و نظامه القانوني المتميز كعقود البيع و المقايضة بما ذلك عقود الإدارة و التسيير و التشغيل و الصيانة أي أنه يشكل في مجمله حزمة عقود في وحدة متكاملة⁶.

و من زاوية أخرى يرى البعض أنها تشمل نقل المعرفة و التكنولوجيا الحديثة و فقط، و هناك من يرى أنها تتعداها إلى المتابعة و الصيانة و خدمة ما بعد البيع، أي أنها توسع من دائرة و مفهوم نقل التكنولوجيا لتجعل من أدوات أخرى تدخل في نطاق تعريف العقد وهذا ما أشارت إليه مدونة السلوك الدولية الخاصة بنقل التكنولوجيا على أنه "نقل للمعرفة الضرورية لصناعة المنتج أو تطبيق الخدمة، على ان لا تكون في

² وفاء مزيد فلهوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص 103

³ سميحة القليوبي، عقد نقل التكنولوجيا، ورقة عمل بملتقى مركز التكنولوجيا، مصر، 2008، ص 1

⁴ هنا لا ندخل في الجدل المتعلق باعتبار المحل هو ركن في الالتزام وليس ركن في العقد

⁵ من أمثلة المحل غير المشروع نقل تكنولوجيا الاسلحة المحظورة دوليا عن طريق الاتفاقيات الدولية، مثل اتفاقية الارهاب النووي، كما هو الحال بالنسبة لبروتوكول اتفاق مكافحة صنع الاسلحة النارية و أجزاءها و مكوناتها و الذخيرة و الاتجار بها بصورة غير مشروعة، المكمل لاتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية المعتمدة من طرف الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة في 31 ماي 2001، و المصادق عليها من طرف الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 165-04 المؤرخ في 08 يونيو 2004، ج ر، عدد 37

⁶ هاني صلاح سري الدين، عقد نقل التكنولوجيا في ظل أحكام قانون التجارة الجديد، المؤسسة الفنية للطباعة و النشر، مصر، 2001، ص 40

المعاملات التي تتضمن البيوع أو الإيجارات البسيطة"⁷

و تجدر الإشارة في هذا الشأن أنه يجب التمييز بين نقل التكنولوجيا ونشر التكنولوجيا. إذ يحسن النظر لهذه الأخيرة باعتبارها فائدة أخرى يمكن أن يجلبها نقل التكنولوجيا للاقتصاد المضيف. ويمكن أن يتحقق هذا بناء على أن إدخال تكنولوجيا إلى بلد مضيف يخلق وعيا بتلك التكنولوجيا. وذلك الوعي يمكن أن ينساب إلى الاقتصاد ككل.⁸

من هذا يتضح أنه لا يوجد تعريف جامع مانع لعقود نقل التكنولوجيا، هذا ما جعل التشريعات تتجنب إعطاء تعريفا نظرا لعدم وجود إجماع دولي و جعل البعض الآخر يعطي تعريفها لحماية مصالحه التعاقدية وفق الإستراتيجية المنتهجة في بلده، فنجد أن المشرع الجزائري لم يعط تعريفا لهذا النوع من العقود، على عكس المشرع المصري والأردني، فقد عرف المشرع المصري عقود نقل التكنولوجيا في قانون التجارة بموجب المادة 73 على أن " عقد نقل التكنولوجيا اتفاق يتعهد بمقتضاه مورد التكنولوجيا بأن ينقل بمقابل معلومات فنية إلى مستورد التكنولوجيا لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو لتركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات. و لا يعتبر نقلا للتكنولوجيا مجرد بيع أو شراء أو تأجير أو استئجار السلع، و لا بيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص باستعمالها إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل التكنولوجيا أو كان مرتبطا به"⁹.

أما المشرع المنغولي في المادة 03 منه فقد فصل بين تعريف التكنولوجيا ونقل

⁷ Conférence des nations unis sur le commerce et le développement , Conférence des nations unis sur un code international de conduite pour le transfert de technologie, TD/CODE TOT/47, 20 juin 1985, p 2

⁸ المنظمة العالمية للملكية الفكرية، اللجنة المعنية بالملكية الفكرية ، وثيقة مشروع الملكية الفكرية ونقل التكنولوجيا،

التحديات المشتركة، منشورات المنظمة، جنيف، 14 إلى 18 نوفمبر 2011

⁹ المادة 73 من قانون التجارة المصري ، نقلا عن هاني صلاح سري الدين، المرجع السابق، ص 41

التكنولوجيا و حتى نظام التكنولوجيا وكذا المعرفة الفنية بقوله: "التكنولوجيا" تعني مجموعة شاملة من أساليب الموارد البشرية و المرافق و المعلومات و الإجراءات اللوجستية المترابطة لتحويل العمل الفكري إلى منتج تطبيقي،

" نقل التكنولوجيا" يعني مجموعة شاملة من الأنشطة التي يجوز لمالك التكنولوجيا فيها على أساس نقل الاتفاق لاستخدام التكنولوجيا المعينة من طرف أشخاص طبيعية أو اعتبارية،

" نظام التكنولوجيا" يعني مجموعة من الإجراءات القائمة على الأنشطة البشرية و العمليات الفيزيائية و الكيميائية و البيولوجية ذات الأهداف العلمية المنظمة للأهداف البشرية،

"المعرفة الفنية" تعني الخبرة و المعرفة الخاصة بالتصنيع و الإدارة القيمة و المالية و التي لا يحميها القانون و تتطلب مهارات محددة لاملاكها و استخدامها"¹⁰.

و نفس النهج انتهجه المشرع الفيتنامي بموجب المادة الثالثة من القانون رقم 80-06 المؤرخ في 29 نوفمبر 2006¹¹، أين أعطى عدة تعريفات كما فعل المشرع المنغولي أين فرق هو الآخر بين تعريف التكنولوجيا و نقل التكنولوجيا و أعطى لكل واحد منها مدلولاً.

كما جاء في نص المادة 09 من قانون المنافسة غير المشروعة و الأسرار التجارية الأردني ما يلي:

" أ - يعتبر باطلاً كل نص أو شرط مقيد للمنافسة يرد في عقد ترخيص يتعلق بأي من حقوق الملكية الفكرية قد يكون له أثر سلبي على التجارة و قد يعيق نقل التكنولوجيا و نشرها و بصفة خاصة ما يلي:

إلزام المرخص له بعدم نقل التحسينات التي يجريها على التكنولوجيا التي يشملها عقد

¹⁰ Law of MONGOLIA on technology transfer, Ulaanbaatar city, May 07, 1998 . p 01

¹¹ Loi N° 80 /2006/QH11 du 29 novembre 2006, sur le transfert de technologie, Vietnam, 2006 , p 112

الترخيص إلا للمرخص (النقل العكسي للتكنولوجيا المحسنة)....¹².

و يعتبر هذا النص الأول المنظم لتقييد المنافسة في عقود نقل التكنولوجيا لينظر إلى هذا النوع من العقود من زاوية تبين حجم الوصاية الممكن أن تفرض في هذا النوع من العقود من طرف الدول موردة التكنولوجيا و هذا ما يبين لنا أن هناك مميزات و خصائص لهذا النوع من العقود سيتم التطرق إليها في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: أنواع و مميزات عقود نقل التكنولوجيا

سيتم التطرق أولاً إلى أنواع العقود التي تخص نقل التكنولوجيا، ثم نبرز أهم مميزاتهما:

1- أنواع عقود نقل التكنولوجيا:

هناك العديد من صور العقود التي تنعقد لنقل التكنولوجيا نذكر منها:

أ - عقود تراخيص الاختراع: هذا النوع من الاتفاقات يسمح فقط باستغلال الاختراع، ولا يتم نقل أو دعم فني أو تكنولوجي و يراه البعض أنه: "عقد رضائي يتم بين الطرفين يمنح بمقتضاه الطرف الأول (المرخص) إذناً إلى الطرف الثاني (المرخص له)، أن يتمتع بحق أو أكثر من حقوق الملكية الصناعية التي يمتلك الطرف الأول أهلية منح هذا الإذن بشأنها"¹³، بينما يراه الفقه التجاري التقليدي على أنه: "حق يعطى من سلطة مختصة لمباشرة عمل لا يعتبر مشروعاً دون ترخيص"¹⁴.

ب - العقود المركبة في نقل التكنولوجيا: إذا كان عقد ترخيص الاستغلال من العقود البسيطة التي تنعقد ويكون الأداء فيها يشمل الترخيص الذي هو محل العقد، فهناك نوع من العقود مركب و تمتد فيه التزامات المتعاقد بالإضافة إلى المعرفة الفنية بأداءات أخرى

¹² قانون المنافسة والأسرار التجارية رقم 15 لسنة 2000، الجريدة الرسمية الأردنية، عدد 4423، المؤرخة في 02 أبريل 2000، ص 1316.

¹³ ماجد عبد الحميد عمار، عقد الترخيص الصناعي وأهميته للدولة النامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1984، ص 17.

¹⁴ محسن شفيق، المشروع ذو القوميات المتعدد، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1978، ص 44.

كتقديم الخدمات اللازمة للإنتاج، و المواد الأولية و تشييد الوحدة الصناعية، و المساعدة الفنية¹⁵ ، و يعمل بهذا النوع أغلب الدول النامية المفتقرة إلى التكنولوجيا بهدف إنشاء وحدات صناعية متكاملة في حالة تشغيل إضافة إلى تكوين الإطار لاسمراية تشغيله.

ج- عقود تسليم المفتاح: يقصد به تجهيز وحدة صناعية " مجمع صناعي" و تسليمه جاهز إلى الدولة مستوردة التكنولوجيا، و تلجأ الدول النامية إلى هذا النوع من العقود في إنشاء الموانئ و المطارات المتكاملة عالية التكنولوجيا، و يمثل هذا النوع من العقود التي يتحمل الطرف الأجنبي كافة الالتزامات من تقديم المعدات و التشييد و تقديم المعرف الفنية و تكون له مسؤولية لا تزول إلا بإثبات قيام سبب الإعفاء القانوني و الإتفاقي¹⁶.

مما سبق يتجلى أن الرضائية في هذه العقود بين المد و الجزر لما لها من قيود و شروط و تراخيص لأجل استعمال التكنولوجيا من طرف المتلقي، رغم أن هذه العقود وبقا للقواعد القانونية تعتبر من العقود الرضائية التي تقوم على مبدأ سلطان الإرادة إلا أن هناك قيود قانونية و اتفاقية، كالتشكيلة في عقود نقل التكنولوجيا و القيود الزمانية و المكانية، كمنع التصدير أو الخدمة في حيز جغرافي معين لمدة معينة، و شرط السرية و عدم الإفصاح بالتكنولوجيا المستوردة، و الشراء الإلجباري لبعض أو كل مستلزمات الإنتاج منه أو من إحدى الجهات التابعة له بحجة ضمان الجودة، و الاستخدام الأمثل للتكنولوجيا¹⁷ ، و هذا ما يجعل لهذا النوع من العقود خصوصية بالنظر إلى العقود التقليدية سوف يتم التطرق إليها فيما يلي:

¹⁵ صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون الخاص و القانون التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، مصر، ص 108 .

¹⁶ Mustapha K. BOUGUERA, le Commerce technologique entre pays d'inégal développement, CERIC, presses universitaires, Marseille, France, 1977 p 99 .

¹⁷ وفاء مزيد فلهوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص ص 324-325 .

2- خصائص عقد نقل التكنولوجيا :

من أهم خصائص هذا النوع من العقود أن محله ينصب على نقل المعرفة وليس على بضائع أو سلع، ويمتاز هذا النوع من العقود بخاصية مهمة جدا ولم تتطرق لها جل التشريعات وهي مرحلة تسبق التعاقد (مرحلة المفاوضات) والتي من شأنها أن تحقق نوع من التكافؤ نظرا لتفاوت المراكز القانونية للطرفين المتعاقدين، التي في الغالب تكون دولا وليس أفرادا، وعلى هذا نجمل بعض الخصوصيات كما يلي :

أ- عقود نقل التكنولوجيا عقود دولة : تبرم الدولة عقد نقل التكنولوجيا استنادا إلى القانون الخاص بحيث تتدخل هي أو أحد المؤسسات العامة كطرف في العقد وهذا ما يبرر وجود شرط مثل ضرورة الحصول على الإذن أو الترخيص، كما ينعكس في الغالب هذا التدخل على موضوع العقد فيكون غالبا يتعلق بمصلحة عامة.

ب- اختلال التوازن التكنولوجي: وهنا يكون هذا الفرق في اكتساب التكنولوجيا ضامن لبعض المزايا لصالح مقدم التكنولوجيا خاصة في حالة الدخول بشركة مشتركة بين الطرفين، أين يتجسد ذلك في منح تخفيضات أو إعفاءات ضريبية، أو فرض قيود تشريعية (كشروط الثبات التشريعي) ويختلف اختلال التوازن هذا من عقد لآخر، إذ لا تحصل كل الدول النامية على التكنولوجيا ذاتها بنفس الشروط فهناك نوع من عدم المساواة ما بين البلدان المستقبلية للتكنولوجيا ذاتها¹⁸، ولعل هذا ما يجعل من المرحلة التفاوضية من الأهمية بمكان كما يستوجب أن تنظم في تشريع يحكم هاته المرحلة في عقود نقل التكنولوجيا.

ت- المفاوضات: عرفها البعض على أنها "قيام أطراف العلاقة العقدية المستقبلية بتبادل الاقتراحات و المساومات و الدراسات و التقارير الفنية و الاستشارات القانونية، و مناقشة الاقتراحات التي يضعها سوية أو ينفرد بوضعها أحدهما ليكون كل منهما على

¹⁸ صالح أبو بكر الطيار، عقود نقل التكنولوجيا، مركز الدراسات العربي الأوروبي، 1999، ص 119.

بينما مما يقدمان عليه للوصول إلى أفضل النتائج التي تحقق مصالحهما، وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق بينهما من حقوق والتزامات¹⁹.

فمن هنا تتجلى أهمية مرحلة المفاوضات التي تبرر ضرورتها أسباب منطقية للحد من النزاع والاختلاف، والعمل على التوازن الاقتصادي للعقد، أين تبرز أهمية هذه المرحلة في عقود نقل التكنولوجيا لأنها تعد تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة بوجهيه الإيجابي والسلبي، فإذا خلصت المفاوضات إلى إبرام الصفقة تجسد هذا المبدأ بجلاء في القوة الملزمة للعقد عملاً بالقاعدة الشهيرة العقد شريعة المتعاقدين (المادة 106 من القانون المدني)، وإذا لم تسفر المفاوضات عن بلوغ الغاية فإن مبدأ سلطان الإرادة يضل في صيغة إضفاء الشرعية على الامتناع في التعاقد²⁰، من جهة أخرى تسهم مرحلة التفاوض في تفسير الصيغ الغامضة لبعض العقود وخاصة الدولية منها.

المبحث الثاني

نقل التكنولوجيا بين الرضائية والإذعان

إن تطور وسائل الاتصال وتكنولوجيا المعلومات شكل تحول في الحياة بصفة عامة والحياة التجارية والاقتصادية العابرة للحدود بصفة خاصة، وأثرت حتى على أساليب التعاقد التقليدية فأحدثت جدلاً فقهيًا بين فقهاء القانون فيما يخص التعاقد الإلكتروني ومجلس عقده والرضائية فيه.

المطلب الأول: الرضائية في عقد نقل التكنولوجيا التقليدي والإلكترونية

سنتطرق إلى الرضائية في العقود التقليدية ثم العقود الإلكترونية

1- عقد نقل التكنولوجيا التقليدي:

تمر مرحلة إبرام عقود نقل التكنولوجيا بمرحلة لا توجد في بعض العقود وهي

¹⁹ شيراز عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، دار دجلة، عمان، دس، ص 336

²⁰ نبيل إسماعيل الشبلاق، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد. دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد الثاني، 2013، ص 312.

مرحلة تسبق العقد (التفاوض) ويحكمها مبدأ سلطان الإرادة رغم عدم تعرض أغلب التشريعات المعاصرة لتنظيم هذه المرحلة السابقة على العقد بشكل عام، و المفاوضات بشكل خاص. و يقوم هذا المبدأ على فكرة بسيطة مفادها أن للإرادة السلطان الأكبر في بناء كيان تعاقدى و التحكم فيه، نشوء و استمرارا و انتهاء، بل و في كل أثر قانوني يترتب على العقود حتى و لو خرج هذا الأثر عن دائرة التعاقد²¹ ، و كما نصت المادة 73 من القانون التجاري المصري على أن " عقد نقل التكنولوجيا هو اتفاق ... أي أنه يخضع للرضائية كقاعدة عامة و يجب أن تتطابق إرادة المورد للتكنولوجيا مع مستوردها.

إلا أن المادة 74 من نفس القانون نصت على أنه: " يكون عقد نقل التكنولوجيا مكتوبا و إلا كان باطلا"، و حكم هذا النص اعتبار الشكلية و الكتابة في عقود نقل التكنولوجيا يترتب على تخلفها البطلان، كما لم يتوقف المشرع المصري عند هذا الحد من تقليص الرضائية بل اشترط في نفس المادة 74 في فقرتها الثانية على وجوب أن يشتمل العقد على بيان عناصر المعرفة التي تنقل إلى مستورد التكنولوجيا و توابعها، و لعل المقصود من هذه النصوص هو حماية الطرف متلقي التكنولوجيا باعتباره الطرف الضعيف في مواجهة مورد التكنولوجيا، و تحديد التزامات الأطراف كتابة بكل دقة منعا للخلافات التي غالبا ما تكون لصالح مورد التكنولوجيا²² ، ذلك أن بنود عقد نقل التكنولوجيا تتضمن شروطا تصنف إلى ثلاث مجموعات، شروط مجحفة يتعين التفاوض لعدم إيرادها و التدخل حتى تشريعيًا لإبطالها أو جعلها قابلة للإبطال على الأقل و شروط منصفة لا تخلق أي إشكال قانوني، و طائفة من البنود تدور بينهما ، فقد تكون جائزة في

²¹ محمود محمود عبد الله، الموجز في التصرف القانوني المجرد ، منشورات جامعة دمشق، سوريا، 1997، ص 23.

²² محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مطبعة جامعة القاهرة و الكتاب الجامعي، مصر، 1984.

جزء و عادلة في جزء آخر تبعا لكل حالة على حدا.

و عليه استوجب إبرام عقود نقل التكنولوجيا الإحاطة بأركانها و الاهتمام بمرحلة الرضائية التي تعتبر حجر الزاوية في وضع الالتزامات التعاقدية لكلى الطرفين نظرا لحساسية هذا النوع من العقود، و إبطال أي شرط يكون له أثر سلبي أو ضرر بالمصالح التجارية و الاقتصادية للدولة النامية متلقية التكنولوجيا.

و تجدر الإشارة هنا أنه في العقود التقليدية لا يثور أي إشكال عن توقيع العقد و مجلس العقد الحقيقي طالما أنه يتم إبرامه وفقا لقواعد القانون المدني.

2- عقود نقل التكنولوجيا الالكترونية :

من الأمور التي أثارَت جدل محاولة وضع تعريف للتجارة الالكترونية و العقود الالكترونية لتشمعها و تنوعها²³ ، و بالرجوع إلى القانون النموذجي للأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية نجدها عرفت العقد الإلكتروني بموجب المادة 2/أ على أنه " المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو التلكس "²⁴ ، أما المشرع الكندي فقد عرفه على أنه: " تعاقدا تاجر و مستهلك بدون تواجد مادي بينهما سواء في حالة الإيجاب أو القبول حال كون الإيجاب غير موجه لمستهلك معين "²⁵ ، أما بالنسبة للتشريع الجزائري فبصدور القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية المؤرخ في 10 ماي 2018 فقد عرف العقد الإلكتروني في المادة 06 منه بقولها " العقد بمفهوم القانون 04-02 المؤرخ في 05 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، و يتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي

²³ Jean BAPTISTE (M). Créer et exploiter un commerce électronique. Ed. lite. 1996 p 89

²⁴ المادة 2 فقرة أ من قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الالكترونية 1996.

²⁵ بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، رسالة دكتوراه ، جامعة الحاج لخضر باتنة، قسم الحقوق، 2014-2015.

والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني" ²⁶ ، وعلى ضوء التعريفات السابقة يمكن القول أن الأركان التي يتطلبها العقد التقليدي من رضا و محل و سبب، تتفق مع ما يتطلبه العقد الإلكتروني وأنه يقوم على توافق إرادتي المتعاقدين أي تطابق الإيجاب و القبول إلا أن خصوصية العقد الإلكتروني تتجلى في الوسيلة التي تستخدم في نقل إرادة كل طرف للآخر أو التفاوض على بنود العقد. فيتجلى الاختلاف من حيث المحل في العقود الإلكترونية أين نجد هناك عقود تتم على الخط " en ligne " و هذا يتم في العقود التي يكون محلها غير مادي و متاحة على الخط، كعقود الخدمات المصرفية و الاستشارات القانونية، و منها ما يبرم على الخط لكن تنفيذه يكون خارج الخط عندما يكون محل العقد شيء مادي، فهنا تكون الشبكة وسيلة للتعاقد ²⁷ .

و لا شك أن الحالة الأولى خاصة بالعقود الإلكترونية، و المحل في هذا النوع من العقود لا يتعرف عليه بسهولة لبعده المسافة، كما تختلف من حيث طريقة التعبير عن الإرادة فهي بوسيلة إلكترونية لا يحكمها مجلس العقد و تطابق الإيجاب و القبول و بالتالي يعتبر مجلس العقد في العقود الإلكترونية مجلسا حكما كونه من العقود التي تبرم عن بعد ²⁸ ، و رغم بعد المسافة فهو تعاقد صحيح يتضمن أركان و شروط العقد و لا تتعارض مع الأحكام العامة للعقد، فالتعاقد عن طريق الإنترنت هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان غائبين من حيث المكان، و على هذا و بناء على نص المادة 64 من القانون المدني الجزائري التي تصرح أن الإيجاب و القبول يمكن ان يكون بالهاتف أو أي طريق آخر مماثل فإن عقد نقل التكنولوجيا يمكنه أن يبرم في صيغة الكترونية و يخضع للقواعد العامة

²⁶ المادة 6 من القانون رقم 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية ، المؤرخ في 10 ماي 2018. الجريدة الرسمية ، عدد 28 ، 2018، ص 5

²⁷ انظر الموقع: www.Eridia.com/blaisé

²⁸ إبراهيم الدسوقي ابو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية. جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، 2003 ،

لكن ،ويمكن أن نتصور فيه كذلك مساومات وفرض شروط وهذا ما سيتم التطرق له في المطلب الثاني.

المطلب الثاني : عقد نقل التكنولوجيا عقد إذعان²⁹

تعرف عقود الإذعان على أنها: " العقود التي يسلم فيها القابل بشروط مقررة يضعها الموجب، ولا يقبل مناقشتها وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق"³⁰.

وعرفه البعض على أنه " العقد الذي يستأثر فيه أحد المتعاقدين بوضع شروط العقد في حين لا يبقى للطرف الآخر إلا قبولها جملة أو رفضها جملة، دون أن يكون له الحق في مناقشتها أو طلب تعديلها وذلك لأن المتعاقد الآخر يكون في مركز أعلى منه يجعله يفرض شروطه"³¹

يمكن القول أن هناك اختلاف في الرؤية التقليدية والحديثة لتعريف عقود الإذعان أين أصبحت فكرة الاحتكار غير واردة ، انعكس هذا على عقود نقل التكنولوجيا المتشعبة بحيث عجزت الجهود الدولية على إيجاد عقد نموذجي لنقل التكنولوجيا، وغياب هذه الصيغة يفرض على الدول النامية السعي إلى التحرر والتعبير عن إرادتها ووضع شروط العقد وتعديلها لكي تنفي عنه وصف الإذعان، وقد تفاعل البعض بالاعتقاد أنه لم يعد مقبولاً في العلاقات الاقتصادية والتجارية الدولية في الوقت الراهن القول بأن للمتعاقد الأجنبي أن يفرض إرادته على الدولة المتعاقدة، بسبب نفوذه التكنولوجي والمالي، لأنها تصده بسلطتها السيادية كدولة، وتبعد العقد عن الإذعان، إلا أن البعض يرى أن الطرف المورد في عقد نقل التكنولوجيا هو الطرف الأقوى ويتمتع

²⁹ ذهب البعض إلى القول أن عقد الإذعان ليس عقداً في الحقيقة إنما هو قانون يفرضه الطرف الأقوى على الآخر الذي ينظم إليه، لكن الراجح في الفقه الفرنسي أنه عقد.

³⁰ صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 293

³¹ العربي مياد ، عقود الإذعان ، منشورات طنجة، المملكة المغربية، 2017 ، ص 11

باحتمار قانوني و فعلي للتكنولوجيا ما يمكنه من السيطرة المستمرة على الطرف المتلقي، الذي لا يملك البديل في ظل الظروف الاحتكارية التي تغطي سوق التكنولوجيا³² و حتى السلطة السيادية هنا للدولة تكون منقوصة لأنها مجبرة على التبعية نظرا للعوامل التاريخية الاستعمارية، و حاجتها الملحة للتكنولوجيا من أجل النهوض بالاقتصاد ، و هذا ما يجعل الإيجاب يأتي من طرف الدولة المتقدمة في صيغة عامة و نموذجية بحيث لا تستطيع الدولة النامية التعديل في شروطه و هكذا تتوفر جميع الشروط القانونية لوصف عقد ما بأنه عقد إذعان.

هذا فيما يخص العقود التقليدية، فهل يمكن تصور الإذعان في العقود الالكترونية أم لا ؟

حيث يثور التساؤل بشأن هل هو عقد مساومة يخضع لمبدأ سلطان الإرادة و التراضي بين الأطراف أم هو عقد إذعان، لا يكون للمستهلك فيه حرية الإرادة، فانقسم الفقه إلى قسمين :

الإتجاه الأول: يرى أنصاره أن العقود الالكترونية عقود إذعان، و بدأ الفكر الحديث يميل إلى عدم التشدد في تحديد فكرة عقود الإذعان و لا يشترط تعاقد العقد بالسلع الضرورية أو أن تكون هذه السلع و الخدمات محل احتكار فعلي و قانوني، بل يكفي أن يكون العقد قد تم تجهيزه مسبقا بواسطة أحد المتعاقدين بحيث لا يقبل المناقشة في الشروط الواردة فيه، و أن يتفوق طرف على طرف من حيث القدرة الاقتصادية والأجهزة المهنية³³.

أما المفهوم الحديث للإذعان قد تطور ليتضمن ضرورة حماية المستهلك في

³² وفاء مزيد فلهوط ، مرجع سابق ، ص 145

³³ ثروت عبد الحميد، التوقيع الالكتروني، ماهيته و كيفية مواجهته، مدى حججه في الإثبات، دار النيل ، مصر،

مواجهة مجتمعات الإنتاج الضخمة، إذ يتوافر ضعف الطرف المذعن من مجرد أن إعداد العقد قد تم مسبقا بواسطة الطرف الآخر، الذي يقوم بتحديد الحقوق والالتزامات عن العقد بالصورة التي تحقق مصلحته ولا يقبل المناقشة أو التفاوض.

طبقا للمفهوم الموسع للإذعان ذهب البعض إلى اعتبار العقد الإلكتروني عقد إذعان بالنسبة للمستهلك، باعتباره الطرف الضعيف دائما وانه بحاجة للحماية، وما يعاب على هذا الرأي أنه لم يبين طبيعة العقد إذا تم بواسطة طرق التعاقد الإلكترونية الأخرى كالبريد الإلكتروني أو غيرها ، دون ملاء فراغات أو إمضاء يكون على موقع معين.

الإتجاه الثاني: يذهب جانب من الفقه على أن العقود الإلكترونية عقود مساومة، حيث يستطيع كل طرف مناقشة بنوده و الاتفاق يتم بعد التفاوض و المساومة، فعملية المساومة ما زالت تسود العقود الإلكترونية على اختلاف أنواعها ، و الموجب له لا يقتصر دوره على مجرد الموافقة على الشروط المعدة سلفا، بل له مطلق الحرية في التعاقد مع أي مورد آخر، إذا لم تعجبه الشروط المعروضة على شاشة الإنترنت و يستطيع الانتقال من موقع لآخر و اختيار ما يناسبه، و عليه الرضائية هي التي تسود العقود الإلكترونية³⁴.

و من هنا يتضح أنه لا يوجد إجماع فيما يخص الرضائية و مبدأ سلطان الإرادة فيما يخص عقود نقل التكنولوجيا سواء كانت على الصيغة التقليدية أو الإلكترونية و للحد من إجحاف الطرف الموجب في العقود الإلكترونية حتى لا يكون هناك مساس بمصلحة الفرد و الدولة تدخل المشرع الجزائري في القانون رقم 18-05 من أجل الحد من إبرام العقود الإلكترونية أين نصت المادة 05 منه " تمنع كل معاملة عن طريق الاتصالات الإلكترونية في العتاد و التجهيزات و المنتجات الحساسة المحددة عن طريق التنظيم المعمول به و كذا كل الخدمات و/أو الخدمات الأخرى التي من شأنها المساس بمصالح الدفاع الوطني و النظام العام و الأمن العمومي " و عليه بهذا النص و لتفادي إذعان

³⁴ ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، مرجع سابق ، ص 248

الطرف الموجب استثنى المشرع الجزائري بعض المعاملات أن تكون في شكل عقد إلكتروني، والتي يمكن أن تكون موضوع عقد نقل تكنولوجيا خاصة في مسألة التجهيزات و المنتجات الحساسة التي يستوردها المستثمر من أجل نقل التكنولوجيا.

خاتمة:

إن الرضائية في العقود التي تخص عالم الأعمال و الاقتصاد هي حجر الزاوية، خاصة إذا كانت هذه العقود لها مصلحة عامة تخص المجتمع أو الدولة ككل ، مما يجعل من الأهمية بمكان الاهتمام بكل بنود العقد و مناقشتها و العمل في أرضية المفاوضات على تحصيل أكبر قدر من التكافؤ خاصة و أن الطرف مورد التكنولوجيا دائما في مركز المتفوق تكنولوجيا و ماليا و اقتصاديا، و أنه يسعى لتحقيق مصالحه على حساب مصالح الدول النامية حتى لو أظهر غير ذلك ، لهذا تجده يضع شروط نموذجية في العقود و لا يقبل المناقشة فيها ، و تكون في بعض الأحيان هاته الشروط تدخل في الشؤون الداخلية لتلك الدول، كشرط خفض اليد العاملة، أو شرط ضمان عدم إلغاء التشريعات السارية المفعول و هي تسعى بكل الطرق لجعل تلك الدول مدعنة و في تبعية دائمة ، و هذا من المفروض ما يدفع الدول النامية للبحث عن آليات تحميها و عليه يمكن أن نسرد بعض من التوصيات منها :

- تعديل القانون التجاري و إدراج نصوص تتعلق بعقد نقل التكنولوجيا، و توضيح تعريفه تشريعا بصفة دقيقة تفاديا لزاوية النظر الدول المتقدمة.
- تشريع نص خاص يتعلق بمرحلة ما قبل العقد (مرحلة المفاوضات) و معالجة كل النقاط التي تهم مسألة التفاوض و مبدأ حسن النية، و الحماية التي تحكم الامتناع عن التعاقد.
- مناقشة الشروط وفقا للمصلحة العامة للدولة دون الرضوخ إلى الشروط المجحفة في هذا النوع من العقود، حتى لا تقع هذه الدول النامية في فخ إبرام

عقود نقل تكنولوجيا هي ليست في حاجة إليها أصلاً .

- العمل الدولي على ترسيخ مبدأ سلطان الإرادة في عقود نقل التكنولوجيا، حتى لا تكون هناك تجاوزات تجعل من الدول النامية مجرد حاويات للنفايات التكنولوجية للدول المتقدمة، ويصبح هذا بمثابة إرهاب اقتصادي برؤية جديدة.

قائمة المصادر المراجع:

أولاً: المراجع باللغة العربية :

- 1- إبراهيم الدسوقي ابو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، 2003.
- 2- ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، ماهيته وكيفية مواجهته، مدى حججه في الإثبات، دار النيل ، مصر، 2001.
- 3- حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني، رسالة دكتوراه ، جامعة الحاج لخضر باتنة ، قسم الحقوق ، 2014-2015.
- 4- سميحة القليوبي، عقد نقل التكنولوجيا ، ورقة عمل بملتقى مركز التكنولوجيا ، مصر ، 2008.
- 5- شيراز عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، دار دجلة، عمان، دون سنة نشر.
- 6- صالح أبو بكر الطيار، عقود نقل التكنولوجيا ، مركز الدراسات العربي الأوروبي، 1999 .
- 7- صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون الخاص والقانون التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، مصر، دون سنة نشر.
- 8- ماجد عبد الحميد عمار، عقد الترخيص الصناعي وأهميته للدولة النامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1984
- 9- محسن شفيق، المشروع ذو القوميات المتعدد، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1978
- 10- محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مطبعة جامعة القاهرة و الكتاب الجامعي، مصر، 1984.
- 11- محمود محمود عبدا الله، الموجز في التصرف القانوني المجرد، منشورات جامعة دمشق،

سوريا، 1997.

12- نبيل إسماعيل الشبلاق، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد،

دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية

والقانونية ، المجلد 29، العدد الثاني، 2013.

13- هاني صلاح سري الدين، عقد نقل التكنولوجيا في ظل أحكام قانون التجارة الجديد،

المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، مصر، 2001

14- وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية،

منشورات حلبي الحقوقية ، لبنان، 2008

15- المنظمة العالمية للملكية الفكرية، اللجنة المعنية بالملكية الفكرية، وثيقة مشروع الملكية

الفكرية و نقل التكنولوجيا، التحديات المشتركة، منشورات المنظمة، جنيف، 14 الى 18

نوفمبر 2011.

16- العربي مياد، عقود الإذعان ، منشورات طنجة ، المملكة المغربية، 2017.

ثانيا: المراجع بالفرنسية :

1- Jean BAPTISTE (M). Créer et exploiter un commerce électronique. Ed. lite. 1996

2- Mustapha K. BOUGUERA, le Commerce technologique entre pays d'inégal développement, CERIC, presses universitaires, Marseille, France, 1977.

3- Naima ABBADI, transfert des technologies, quel model pour l'Afrique, triennale de l'éducation et formation, ADEA , février 2012.

4- Law of MONGOLIA on technology transfer, Ulaanbaatar city, May 07, 1998

5- Loi N° 80 /2006/QH11 du 29 novembre 2006, sur le transfert de technologie, Vietnam, 2006

مواقع الانترنت :

1www. Eridia.com/blaisé