

دولة ليبيا  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة طرابلس || كلية القانون  
قسم القانون الخاص

" التوازن العقدي لعقود نقل التكنولوجيا "  
رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة  
الإجازة العالية (الماجستير) في القانون الخاص

إعداد الطالب : سكيمة عبد الحكيم البوعيشي  
إشراف الأستاذ الدكتور: الحبيب خليفة  
اجتهاد

إهداء

إلى من انتظر بشوق لحظات اكتمال هذا العمل فأتى  
الموت يسارع الخطى ليقول كلمته الفصل : انتظر ما  
شئت فإني أقرب إليك من جبل الوريد

إلى روح جدي

له مني سلاما وحباً وإجلالا

أهدي عملي هذا

## شكر وتقدير

أتقدم بعظيم شكري إلى والديّ الكريمين اللذين كانا لي أفضل مؤدبين وأرفق ناصحين أمد الله في عمريهما وجزاهما الله خير جزاء

كما يسرني أن أتقدم بجزيل الشكر والتقدير إلى أستاذي الفاضل الدكتور الحبيب خليفة جبودة لتفضله شاكرا بقبول الإشراف على هذه الرسالة ولأعضاء لجنة المناقشة الذين تكرموا بقراءة هذه الرسالة فاقتطعوا من وقتهم في سبيل توجيه النصح وتدارك إي خطأ أو زل

## مقدمة

إن للتكنولوجيا دورا رئيسيا في تطور المجتمعات وتقدمها، فرقي الدول يرجع الأصل فيه إلى ما وصلت إليه من معارف وعلوم، فلهذا تسعى الدول النامية إلى نقل التكنولوجيا في مختلف المجالات بغرض توطيئها في بلدانها للحاق بركب الدول المتحضرة، حتى تختصر المراحل الحضارية التي مرت بها الدول السابقة لها تقدما في المجالات المختلفة، ويتمظهر ذلك في الصناعات المتعددة والمتنوعة التي تنتجها الدول النامية مما كانت تستورده من الدول الأخرى الأكثر تقدما والتي انتقلت منها التكنولوجيا ؛ ولذلك فإنه من الملاحظ تزايد عدد العقود المبرمة بين الشركات الموردة للتكنولوجيا والدول النامية رغبة منها في أن يكون لها موضع قدم بين صفوف الدول المتطورة تكنولوجيا .

وتعتبر عقود نقل التكنولوجيا من العقود الدولية التي يكون فيها الطرف الأجنبي مقابل الطرف الوطني ، ولسلطان الإرادة دورا مهما يلزم هذه العقود في جميع مراحلها، وذلك ابتداء من مراحل التكوين إلى خطوات التنفيذ المتعددة إلى الآثار المترتبة على العقد، فلأطراف التعاقد الحق في أن يشترطوا ما شاءوا من شروط مؤدية إلى النتائج المحققة لإرادتهم ، ويعد هذا المبدأ (سلطان الإرادة) من المبادئ المستقرة في عقود نقل التكنولوجيا باعتباره يلعب دورا أساسيا مهما في استقرار ودوام العلاقات التعاقدية الدولية بين الأطراف ، إلا أن إطلاق العنان لسلطان الإرادة دون قيد ، يؤدي إلى إنفراد الطرف القوي بوضع ما يشاء من الشروط نتيجة امتلاكه واحتكاره للتكنولوجيا محل العقد والتي يكون الطرف الآخر في حاجة ماسة لها، هذا بالإضافة إلى محدودية سلطة المفاوضة التي تكتنف متلقي التكنولوجيا لقلّة خبرته في ممارسة التجارة الدولية وما يحيط بها من لوازم المعرفة ، ولهذا قد صار اختلال التوازن العقدي بين الأطراف في عقود نقل التكنولوجيا ظاهرة واقعية نتيجة انصهار عوامل سياسية واقتصادية وفلسفية وقانونية عبر مراحل التاريخ ، بالإضافة إلى تحكم الشركات متعددة الجنسية وهيمنتها على الاقتصاد الدولي .

وبذا تظهر أهمية تحقيق التوازن العقدي في عقود نقل التكنولوجيا، لبلوغ العدالة التعاقدية بين الأطراف، وذلك بتجنب أسباب اختلال التوازن ، التي تحدث أثناء مراحل العقد ، الممتدة من مرحلة الإنشاء والتكوين ، المتمثلة في النمط التعاقدى باعتباره الأهمية الحقيقية في النقل الفعلي للتكنولوجيا ، والذي لا بد من القدرة على اختيار أنسب هذه الأنماط أهمية لنقل التكنولوجيا وتوطئتها في بلد المتلقي ، وذلك من خلال إقامة التوازن بين أداءات الأطراف ، والحد من الشروط المقيدة التي تحد من قدرة المتلقي على استيعاب التكنولوجيا ؛ إلى مرحلة تنفيذ العقد المتمثلة في العراقيل التي تحدث للعقد نتيجة لتغير الظروف ، مما يترتب عليه خللا في الميزان الاقتصادي الذي بني عليه العقد .

ولذلك فإن فكرة التوازن العقدي تهدف إلى حماية المتعاقدين من بعضهم البعض ، لتفاوتهم في المراكز الاقتصادية الداعمة لكل منهم ، إضافة إلى ما ترتبه التغيرات في الظروف من خلل على سير التعاقد في صورته الطبيعية، مما قد يعصف بالتوازن الاقتصادي الذي كان قائما قبل وقوع التغير في الطرف غير المتوقع ، عليه فإن الدعوة إلى إرساء مبدأ التوازن العقدي في عقود نقل التكنولوجيا يجب أن تكون مسيطرة بمفهومها على المتعاقدين وعلى أحكام القوانين واجبة التطبيق، وعلى المحكم الذي يرجع إليه عند التنازع .

ووفقا لما تقدم فإن إشكالية البحث تتمحور حول محاولة الموازنة بين مصلحة المورد في فرض شروطه التي تحقق له الربح والحماية القانونية اللازمة، ومصلحة المتلقي في نقل التكنولوجيا وتوطئتها، ومن ثم الاستفادة المثلى من العقد دون إجحاف .

وقد تناولت العديد من التشريعات ومنها المشرع الليبي أسباب اختلال التوازن سواء منها التي تعاصر إبرام العقد متمثلة في الشروط التعسفية التي تفرض على طرف العلاقة الضعيف غير القادر على التأثير في مجريات العقد لجملة من الأسباب المؤثرة على استقرار التوازن العقدي، أو الأسباب الخارجة عن التعاقد المتمثلة في القوة القاهرة أو الظروف الطارئة ، فهل عمومية هذه التشريعات

التي تناولت أسباب اختلال التوازن قادرة على معالجة الخصوصية التي تتمتع بها عقود نقل التكنولوجيا

ومن الضرورة بمكان أن نبين أن أطراف العلاقة التعاقدية غالبا ما يسعون عند إبرامهم للعقود إلى إقامة علاقة تعاقدية متوازنة بينهم لتحقيق الأغراض التي من أجلها كان التعاقد المحقق للنتائج التي يرمون إليها لذلك كان التفاوض بين الأطراف لوصول كل منهم للهدف الذي ينشده من وسائل تحقيق التوازن سواء كان سابق أو لاحق على إبرام العقد، أما إذا عجز التفاوض اللاحق على إبرام العقد عن تحقيق التوازن العقدي فإن الدور اللاحق لذلك سيكون في الغالب الأعم الالتجاء إلى التحكيم باعتبار أن معظم الأطراف المرتبطة بعقود نقل التكنولوجيا يفضلونه كوسيلة لحل النزاع ولكن ما مدى قدرة التحكيم على إقامة التوازن العقدي بين الأطراف

وتبرز أهمية طرح موضوع التوازن العقدي لعقود نقل التكنولوجيا للدراسة والبحث من ناحيتين : أهمية نظرية ، وأخرى عملية .

أما فيما يتعلق بالناحية النظرية فإن هذا البحث يأتي لمحاولة إظهار الأهمية البالغة لمتعلقات هذا الموضوع وليسهم في إرواء المكتبة القانونية الليبية مما تتعطش إليه من مثل هذه البحوث التي تتناول عقود نقل التكنولوجيا لما لها من بالغ الأثر على التنمية .

أما بالنسبة للأهمية العملية فإن الدولة الليبية تعد من الدول التي تعاقدت مع العديد من الشركات لنقل التكنولوجيا، مثل شركة الفيات لتصنيع الشاحنات ، وشركة فيليبس لتصنيع الأجهزة المرئية بالإضافة للعديد من المشاريع الأخرى ، إلا أن السياسات المتبعة سواء من قبل الدولة أو المشاريع الموردة لم تكن كفيلة لتحقيق المطلب التكنولوجي في كثير من العقود ، باستثناء بعض العقود المتعلقة بصناعة النفط والغاز واستكشافه والتنقيب عنه ، فهناك تحسن ملحوظ في هذا المجال ، فلهذا فإن البحث في موضوع التوازن العقدي لعقود نقل التكنولوجيا يمثل أهمية كبرى خصوصا للأطراف المعنية بإبرام عقود نقل التكنولوجيا لتجنب أي خلل يعصف بتوازن العقد مما يؤدي إلى ضرر بالاقتصاد القومي ككل .

## الفصل الأول

### أسباب اختلال التوازن في عقود نقل التكنولوجيا

لا شك أن هدف أطراف العلاقة العقدية في كثير من العقود هو بناء عقد قائم على فكرة توازن الحقوق والالتزامات فيما بينهم، وتأتي أغلب القوانين مكرسة هذا المبدأ لكي تحقق أقصى درجات العدالة التعاقدية بين الأطراف، إلا أن هذا الأمر ليس ثابتاً من حيث أن التقنية الحديثة والقوة الاقتصادية لأحد أطراف العقد تجعله قادراً على فرض شروطه، وتحديد الالتزامات التي يريد .

أضف إلى ذلك فإن استمرار العقود لفترة طويلة من الزمن يجعلها عرضة لزوال التوازن بين الأطراف نتيجة حدوث حوادث غير متوقعة مما قد يؤدي لخلل في الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد .

ومن ثم فإن أسباب اختلال التوازن العقدي في عقود نقل التكنولوجيا قد ترجع إلى أسباب عقدية متمثلة في البنيان التعاقدى لعقود نقل التكنولوجيا ( مبحث أول ) وأسباب خارجة عن التعاقد متمثلة في تغير في الظروف التعاقدية ( مبحث ثاني ) ، وذلك على النحو التالي :

## المبحث الأول

### البناء التعاقدى لعقود نقل التكنولوجيا

إن المقومات الأساسية لقيام أي بنية سواء كان مادي أو معنوي، يحتاج إلى معرفة العناصر الداخلية المكونة له وإعدادها وتنظيمها جيدا ؛ لكي يكون البناء محافظ على توازنه مستمرا في أداء الغرض المعد لأجله ، ولما كانت عقود نقل التكنولوجيا من العقود التي تمثل أهمية كبرى ؛ لذا يفرض التوازن العقدي على أطراف العقد وضع أحكام تنظم العقود المبرمة بينهم، ومعرفة مواقع الخلل التي قد تحدث، ومن ثم ينبغي التعرف على الأنماط العقدية التي لا تساعد على تحقيق التوازن المطلوب بين الأطراف لكي يتم تجنبها عند إبرام عقد نقل التكنولوجيا، ويتطلب إضافة الحذر من أي شرط يفرض من مورد التكنولوجيا يهدف من ورائه تكريس خلل العلاقات التعاقدية بينه وبين المتلقي لضمان التبعية الكاملة له.

لذا ينبغي بحث تأثير الأنماط التعاقدية في عقود نقل التكنولوجيا على تحقيق التوازن (المطلب الأول) والشروط المقيدة التي جرى إدراجها في كثير من عقود نقل التكنولوجيا (المطلب الثاني)

## المطلب الأول

### تأثير الأنماط التعاقدية على التوازن

لا تعرف عقود نقل التكنولوجيا نمطاً عقدياً واحداً يمكن وصفه بعقد نقل التكنولوجيا، بل تتعدد صوره وأشكاله نتيجة لاختلاف طبيعة ومضمون المطلب التكنولوجي من حالة لأخرى وذلك حسب المستوى التكنولوجي للمتلقي<sup>1</sup>، فإذا كان المتلقي لديه قاعدة تكنولوجية يستند عليها فإن عقود تداول التكنولوجيا قادرة على تحقيق الغرض أما إذا كان العكس فإنه ينبغي على المتلقي أن يتعاقد على عقود تحقق له التمكن من السيطرة على التكنولوجيا .

ولذا سيتم بحث العقود المنصبة على تداول التكنولوجيا (الفرع الأول) ، والعقود المنصبة على السيطرة التكنولوجية (الفرع الثاني)

## الفرع الأول

### عقود تداول التكنولوجيا

تقوم بنية هذه العقود على مجرد تنظيم حق استعمال التكنولوجيا من أجل تداولها أو تسويقها دون إعطاء الحق في امتلاكها أو توطينها في بلد المتلقي، كما هو الحال في عقود التراخيص وعقود تسليم المفتاح .

### أولا : عقود التراخيص

1 - أنس السيد عطية سليمان ، الضمانات القانونية لنقل التكنولوجيا للدول النامية ، رسالة دكتوراة ، جامعة القاهرة ، 1996 ، ص 669

يعتبر عقد التراخيص من عقود الإيجار التي بموجبها يضع المرخص تحت تصرف المرخص له حقاً من حقوق الملكية الصناعية أو المعرفة الفنية لفترة زمنية محددة مقابل مبلغ معين، ويكون للمرخص له الحق في استغلال واستعمال المحل مجال الإنتاج<sup>1</sup>.

وتعد عقود التراخيص من العقود الشائعة بين المشروعات، سواء بين المشروعات المتقدمة صناعياً ، أو بين المشروعات المتقدمة صناعياً والمشروعات الأقل تقدماً، لما يمتاز به هذا العقد من بساطة الالتزامات وعدم التعقيد<sup>2</sup> فهو لا يحتاج إلى رأس مال ضخيم، مما يجنب المرخص التعرض للمخاطر والخسائر الكبيرة الناتجة عن الاضطرابات الاقتصادية والسياسية، لذلك يعد عقد التراخيص الصناعي أحد أهم أساليب التسويق للسيطرة على الأسواق الأجنبية دون صعوبات<sup>3</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن براءة الاختراع التي ترد على عقد التراخيص ليست هي التكنولوجيا نفسها ، وإنما سند لمليتها ، لذلك فإن عقد التراخيص لا يكون محله نقل التكنولوجيا وإنما فقط استغلالها واستعمالها لفترة زمنية معينة دون نقلها وتوطينها<sup>4</sup>.

فيلتزم المرخص بتوفير المعلومات والمعارف من خلال تقديم المستندات للمرخص له ، إضافة إلى تقديم المساعدة الفنية اللازمة للاستغلال التكنولوجي إذا ما تم اشتراط ذلك في العقد ، وفي المقابل يلتزم المرخص له بدفع المبلغ المتفق عليه بالإضافة إلى الالتزام بالمحافظة على السرية ورد كافة الوثائق، وتمثل عقود التراخيص فائدة كبيرة للمشروعات التي تمتلك كفاءات علمية وتكنولوجية متقاربة ، لكونها يمكنها من الحصول على طرق صنع تكنولوجية جديدة أو تجديد لطريقة موجودة لديها مسبقاً بحيث يتم إدخالها في الأنشطة الصناعية دونما صعوبات تذكر، نظراً لامتلاك المتلقي الأهلية التكنولوجية التي تمكنه من تنمية وتطوير التكنولوجيا<sup>5</sup>.

إلا أن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للمشروعات التي لا تملك قدراً مناسباً من المعارف التكنولوجية المتولدة عن طريق مراحل التدرج التكنولوجي من خلال الاستخدام والتطوير، فيترتب عن ذلك موقف ضعيف في الجانب التفاوضي للمشروعات المتلقية مما يؤدي إلى خللٍ في التوازن العقدي بسبب فرض شروط غير عادلة من قبل المرخص ، لما له من وضع احتكاري داخل السوق،

1 - عبد الوهاب محمد البشكار ، الطبيعة القانونية لعقود نقل التقنية إلى الدول النامية ، رسالة دكتوراه ، جامعة طرابلس ، 2012 ، ص 41

2 وليد عودة الهمشري ، الالتزامات المتبادلة و الشروط المقيدة، دراسة مقارنة، دار الثقافة عمان ، الطبعة الأولى، 2009 ، ص 65.

3 - أنس عطية سليمان ، مرجع سابق ، ص 284

4 - إبراهيم قادم ، الشروط المقيدة في عقود نقل التكنولوجيا ودورها في تكريس التبعية التكنولوجية على المستوى الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2002 ، ص 138.

5 - نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في التبادل الدولي ، رسالة دكتوراه ، جامعة الإسكندرية ، 1987



فيتم دعم السيطرة التكنولوجية للمرخص ضد مصالح المرخص له، نتيجة لانعدام خبرة الطاقم المحلي في استيعاب التكنولوجيا المنقولة، والذي غالبا ما يكون الدول النامية<sup>1</sup>.

## ثانيا - عقد المفتاح في اليد.

لقد طبق عقد المفتاح في اليد أول الأمر على قطاع الأبنية السكنية فيتعهد المقاول بإنشاء البناء السكني وتجهيزه بالكامل لمالك العقار، ثم تطور الأمر بعد ذلك فأصبح لهذا العقد دورا عظيما في مجال التصنيع وخصوصا بعد الحرب العالمية الثانية ، فساهم هذا النمط من التعاقد في اعمار أوروبا واستعادة بناء قوتها التكنولوجية وذلك ضمن مشروع مارشال الاقتصادي سنة 1950 ، ثم ما لبث أن انتشر هذا النظام التعاقد في عمليات نقل التكنولوجيا بين الأطراف الحائزة على التكنولوجيا والدول النامية للميزة التي يقدمها عقد مفتاح في اليد من اللحاق بركب الدول المتقدمة دون أن تغزو رؤوس الأموال الأجنبية البلدان النامية<sup>2</sup>.

وقبل التطرق لمعرفة أهمية هذا العقد ومدى قدرته في تحديد المطالب التكنولوجي يجب أن يتم تعريف هذا النوع من العقود.

### 1-تعريف عقد تسليم المفتاح:

يمثل عقد تسليم المفتاح تحسينا مؤكدا للأدوات القانونية بالنظر إلى العقود المختلطة المركبة، حيث صار الطرف المستقبل للتكنولوجيا مجرد طرف في العقد بينما يتحمل الطرف الأجنبي كافة الالتزامات من تقديم المعدات والتشييد وتقديم المعارف، الفنية ليكون بذلك مسؤولا عن انجاز المجمع الصناعي<sup>3</sup>.

وقد اختلف الفقه حول تعريف هذا النوع من العقود نظرا لحدائته، فضلا على أنه لا يوجد تنظيم قانوني له ،فكل المتاح في هذا العقد هو بعض النماذج والعقود الإرشادية التي أعدتها المنظمات والهيئات الدولية المختصة بهذا الأمر<sup>4</sup>.

وقد ذهب الفقه بشأن تعريف عقد تسليم المفتاح إلى اتجاهين ، ووضع كل اتجاه معياراً يتم من خلاله حصر الالتزامات المترتبة على الأطراف .

### أ - معيار الضمانات:

1 صلاح الدين جمال الدين ، عقود نقل التكنولوجيا دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، الطبعة الأولى ، 2005.

2 - إلياس ناصيف ، العقود الدولية ، عقد المفتاح في اليد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، 2008 ، ص 6،7 و5.

3- صلاح الدين جمال الدين ، عقود نقل التكنولوجيا دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، مرجع سابق ، ص 114.

4 - إبراهيم قادم، مرجع سابق، ص 151.

يلتزم المنشئ بتسليم وحدة صناعية بمواصفات متفق عليها قادرة على الإنتاج حسب المعايير المنصوص عليها في العقد، وتنتهي مهمته ومسؤوليته بالتسليم المطابق للمواصفات، وبذلك يتحرر المنشئ من هذا الضمان ابتداء من اللحظة التي تثبت فيها الاختبارات أن المنشأة قادرة على الإنتاج وفقا للشروط والمواصفات ، وبهذا يكون التزام المنشئ التزاما بتحقيق نتيجة ، فلا يعفى من مسؤوليته إلا في حالة إعفاء قانوني<sup>1</sup> ، و في المقابل لا يضمن المنشئ إنتاج المنشأة بعد تسليمها للعميل، وإن ضمن ذلك فإنه يكون ضمانا ببدل عناية وليس بتحقيق نتيجة ، فيجب عليه اتخاذ جميع التدابير والاحتياطات اللازمة بالتشغيل، فإذا لم ينجح المتلقي في تشغيل المصنع وفقا للمواصفات المذكورة في العقد ، فعليه إثبات إهمال وتقصير المنشئ ، وأن المصنع لم ينفذ طبقا للمواصفات المنصوص عليها في العقد<sup>2</sup>.

وعلى ذلك فقد تم تعريف عقد المفتاح باليد وفقا لهذا المعيار " هو العقد الذي يلتزم بمقتضاه المورد بأن يسلم إلى المتلقي مجمعا صناعيا جاهزا للتشغيل مع تحمله المسؤولية كاملة عن التشييد وضمان التشغيل والإنتاج بمعدات متفق عليها ، لكن بواسطة مستخدميه وباستخدام المواد الأولية المحددة بمعرفته"<sup>3</sup>.

وقد تبنت اللجنة الاقتصادية الأوروبية المعيار نفسه في تعريف عقد المفتاح في اليد فعرفته على أنه " العقد الذي يستهدف تشييد مجمع صناعي بمعرفة مشروع عام أو ائتلاف لعدة مشروعات على أن يسلم هذا المجمع إلى العميل جاهزا للتشغيل مع مسؤولية المورد كاملة عن جميع مراحل التنفيذ بداية بالتصميم والأعمال الهندسية ومرورا بالتركيب والتشييد والعائد ومعدات الاستهلاك"<sup>4</sup>

ويقع على عاتق المنشئ نوعان من الالتزامات ، التزامات مادية والتزامات معنوية ، وتتضمن الالتزامات المادية التزام المورد بتوريد التجهيزات والمعدات والآلات اللازمة للإقامة عمليات التشييد العقاري وكل ما يتعلق بأعمال البناء والبنية التحتية، بينما تشمل الالتزامات المعنوية الدراسات الفنية وتوريد فنون الإنتاج بما فيه طريقة الصنع وأعمال الهندسة الصناعية<sup>5</sup>.

ومما لا ريب فيه أن الالتزامات المعنوية تشكل عنصرا حقيقيا لنقل التكنولوجيا فهي من غير شك ذات فاعلية في اكتساب التمكن التكنولوجي إلا أن هذه الفاعلية تتوقف على العديد من العوامل منها عامل التوقيت والكفاءة ، من حيث أنه يجب أن يتم تسليم هذه الدراسات في الوقت المناسب لكي يتمكن المتلقي من الاطلاع عليها واستيعابها ، وكذلك يجب أن يكون المتلقي على درجة كافية من الكفاءة

1 - وليد عودة الهمشري ، مرجع سابق ، ص 61.

2 - السيد مصطفى ابو الخير ، عقود نقل التكنولوجيا دراسة مقارنة، دراسة اتيراك للطباعة والنشر، القاهرة ، الطبعة الأولى 2007 ، ص 107

3 إبراهيم قادم ، مرجع سابق ، ص 152.

4 - أنس سليمان ، المرجع السابق ، ص 255

5 - إبراهيم حمد عبد الرحمن حميد ، الشروط المقيدة في عقود نقل التكنولوجيا وأثرها على الدول النامية، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، 2007 ، ص 37.

والخبرة التي تمكنه من استيعاب التكنولوجيا وتحليل المعلومات المتواجدة في الوثائق، مما يتيح له السيطرة على تكنولوجيا التصميم الخاصة بأداة الإنتاج<sup>1</sup>.

وفي الغالب يترتب على مجرد تسليم الوثائق والمستندات غياب أي دور إيجابي للمنشئ في نقل التكنولوجيا إلى المتلقي المنتمي للدولة النامية، مما يؤكد على أن هذا الالتزام تبعي ومكمل للالتزام الأصلي في عقد تسليم المفتاح<sup>2</sup>.

## ب - معيار أداءات المنشئ

يمكن تعريف عقد المفتاح باليد بناء على أداءات والتزامات المنشئ المتمثلة في بيع مصنع كامل وجاهز للتشغيل وقد تم تعريف العقد بأنه ( اتفاق يتحمل بمقتضاه مقاول عام مسؤولية بناء وتشيد مصنع ) ويظهر المنشئ من خلال هذا التعريف مجرد بائع لآلات و الدراسات و التجهيزات فيترتب على ذلك تبرأ المنشئ من مسؤوليته بمجرد انتهاء مرحلة التشغيل الأولى للمصنع<sup>3</sup>

وقد تبنت لجنة التجارة الدولية هذا المعيار فعرفت العقد على أنه " النهج التعاقدية الذي يتعهد بموجبه مقاول واحد القيام بجميع الأداءات المطلوبة لانجاز المنشأة بكاملها"<sup>4</sup>

ومن خلال استعراض كلا التعريفين يتبين أن صيغة تسليم المفتاح وفقا لما تقدم أنه مجرد عقد يتعهد المورد فيه أن يلتزم بإنشاء المشروع كأصل عام ، مع ضمان حسن تنفيذ العقد وتسليمه جاهزا إلى المتلقي، وقد جاءت التعريفات وفقا لما يتعامل به في مجال العقود الدولية ، فلم يتم التطرق من خلال التعريفات المذكورة إلى ضمان نقل التكنولوجيا وتوطينها في بلد المتلقي .

## 2 - تقييم دور عقد المفتاح في اليد في نقل التكنولوجيا.

إن كان عقد المفتاح في اليد يناسب الدول التي لديها قاعدة تكنولوجية تستطيع من خلالها أن تلائم التكنولوجيا لواقعها وتطورها وتحسنها فإنه في المقابل غير مناسب للدول التي ليست لديها قاعدة تكنولوجية، حيث أن نقل التكنولوجيا لا تتحقق على نحو حقيقي في هذا الأسلوب، إذ يسمح هذا العقد

1 - إبراهيم قادم ، مرجع سابق ، ص 155.

2 - نصيرة بوجمعة سعدي ، مرجع سابق ، ص 267.

3 - السيد مصطفى أحمد أبو الخير ، مرجع سابق ، ص 106

4 - الدليل القانوني للجنة الامم المتحدة بشأن صياغة العقود الدولية لتشيد المنشآت الصناعية ، إعداد لجنة الأمم

المتحدة للقانون التجاري الدولي ( اليونسترال ) نيويورك 1988 ، وثيقة الأمم المتحدة رقم 2 \ CN.9 \ SER.B \ A  
الفصل الثاني الفقرة الرابعة ، ص 18

بنقل التقنية التي تتضمنها المواد والآلات المقدمة من المنشئ وبذلك يؤدي إلى حيازة الدولة ومشروعاتها لتقنية متقدمة وإن كانت غير قادرة على السيطرة عليها<sup>1</sup>.

وإزاء هذه الانتقادات التي وجهت لهذه الصيغة من العقود كونه لا يلائم مصالح الأطراف كافة ، ولا يحقق التوازن المنشود إلا إذا كان هناك تقارب في مستوى التكنولوجيا؛ لذا ظهرت صيغة جديدة، وهي صيغة عقد المفتاح في اليد الثقيل أو الشامل وهو أن يحصل المتلقي بموجب هذا العقد على أداة إنتاج ويستفيد من عدة خدمات إضافية وذلك بتجاوز العيوب و المساوئ التي تعترى العقد ، فتضيف هذه الصيغة ميزتين أساسيتين وهما تأهيل مهني للطاقت المحلي والبقاء في المكان فترة من الزمن بعد تشغيل المشروع من أجل تأمين مساعدة فنية<sup>2</sup>.

إلا أن هناك جانبا من الفقه رأي أن هذه الإضافات هامشية وقليلة القيمة مقارنة بباقي شروط العقد، والدليل على ذلك أن المقابل المالي لهذه الإضافات الجديدة لا يتم إدراجها في إطار المقابل الإجمالي للعقد، فضلا على أن الالتزام الأساسي يكون منصبا على تسليم مجمع الصناعي وفقا للشروط المتفق عليها ، فلهذا تبدو الإضافات الجديدة خارجة عن نطاق العقد<sup>3</sup>.

### ثالثا : عقد المنتج في اليد

نظرا للانتقادات التي وجهت لصيغة المفتاح في اليد، ابتكر المتعاملون الدوليون نموذجا عقديا جديدا يتم من خلاله تجنب الانتقادات الموجهة إلى عقد تسليم المفتاح ، فيلتزم المنشئ بتوريد الآلات إضافة إلى ذلك ضمان الحصول على منتج معين ، وبذلك يكون التزام المنشئ التزاما بتحقيق نتيجة الحصول على منتج معين طبقا للمواصفات المنصوص عليها في العقد.

ولهذا أصبح عقد المنتج في اليد وسيلة لتحقيق إستراتيجية نقل التكنولوجيا إلى الدول المتأخرة لكونه يرمي أساسا إلى ضمان إمكانية الإنتاج مما يجعل هذا العقد قادرا على تطويع واكتساب وتوطين التكنولوجيا ، ولذلك أطلق البعض على هذا النمط من العقود عقد بيع التنمية من حيث أن المتلقي لا يقدم على شراء المصنع كآلات و تجهيزات كان بالإمكان تجميعها بشراء كل منها على حدة ، وإنما يهدف إلى إنشاء مصنع في حالة تشغيل مع اقتران ذلك باكتسابه الخبرة اللازمة للقيام بذلك على نحو مستقل من أجل الحصول على الإنتاج المرغوب فيه<sup>4</sup>.

وعلى الرغم من الفوائد التي يقدمها عقد المنتج في اليد من إعداد كادر فني قادر على إدارة المجمع الصناعي ، إلا أنه وجهت إليه العديد من الانتقادات منها ، ارتفاع تكلفة المشروع لكونه يستنزف أموال إضافية من حيث إقامة العاملين الأجانب وأجورهم. وإضافة إلى ذلك ترتفع في عقد المنتج في

1 -صلاح الدين جمال الدين ، عقود نقل التكنولوجيا دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، مرجع سابق ، ص 131.

2- صلاح طيار ، العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ، شهد للنشر والإعلام، القاهرة، الطبعة الأولى 1992، ص 77

3 - السيد مصطفى أحمد أبو الخير ، مرجع سابق ، ص 111.

4 - صلاح الدين جمال الدين ، عقود نقل التكنولوجيا دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، مرجع سابق ، ص 135.

اليد نسبة المخاطرة التي قد تحدث للمورد مثل الأخطاء التي يرتكبها المقاول من الباطن والمخاطر الخارجية ، ونتيجة ذلك يقوم المورد بتأمين المخاطر، فيرتفع هامش الربح ويزيد في مقابل العقد مما يجعل تكلفة عقد تسليم المنتج تساوي تكلفة ثلاثة مصانع بنظام تسليم المفتاح في اليد<sup>1</sup>.

وعلاوة على ما تقدم اعتبر بعض الفقهاء أن عملية نقل التكنولوجيا لا تتم بشكل فعلي ؛ لأن سياسة الشركات الموردة تمنع إمكانية اكتساب التكنولوجيا وتوطينها، الأمر الذي يجعل المصالح الاقتصادية للطرفين في تصادم ؛ لكون الشركات الموردة للتكنولوجيا تبذل جهدها للسيطرة على مراحل المشروع وهذا الأمر الذي يفسر أنها لا تضمن مردودية المنتج النهائي إلا بشرط تحقيق السيطرة الكاملة على كل عناصر الإنتاج والتحكم في اختيار الأسلوب ، الأمر الذي يجعل دور العميل هامشيا في عملية إدارة العملية الإنتاجية<sup>2</sup>.

ومن خلال ما تقدم تبين أن صور عقود تداول التكنولوجيا غير قادرة على نقل التكنولوجيا للأطراف التي ليس لديها قاعدة تكنولوجية تستطيع من خلالها توطين التكنولوجيا ومن ثم فإن هذه العقود تتركس اختلال التوازن ما بين المتلقي والمورد ، فلا يستطيع المتلقي إلا البقاء في فلك التبعية للمورد نتيجة للتفوق المعرفي التي لدى الأخير، ومن ثم فإن هذه العقود غير قادرة على تلبية احتياجات المتلقي، الذي يعتبر في أغلب الأحيان من الدول النامية، لذا يتوجب على المتلقي إيجاد صيغة عقدية تكون قادرة على اكتساب السيطرة على التكنولوجيا.

### **الفرع الثاني : عقود اكتساب السيطرة التكنولوجية.**

نتيجة العجز الذي اعترى عقود تداول التكنولوجيا من حيث قصورها في نقل وتوطين التكنولوجيا ، فضلت بعض الدول النامية التعاقد عن طريق العقود التي يكون محلها اكتساب التكنولوجيا والسيطرة عليها.

فيعتبر موضوع هذه العقود هو إعطاء المتلقي القدرة على استثمار وإدارة التكنولوجيا بأفضل الطرق لمصلحته مما يجعل هذه العقود تهدف إلى تقديم خدمة، الأمر الذي يعني أن وجود أي التزامات ثانوية تنصب على توريد أموال مادية أو معنوية تعتبر ثانوية الغرض منها الحصول على التكنولوجيا والسيطرة عليها<sup>3</sup>. ولعل أبرز هذه العقود هي :

### **أولا-عقود المساعدة الفنية.**

1- السيد مصطفى أحمد أبو الخير ،مرجع سابق ،ص 116.

2-صلاح الدين جمال الدين ، عقود نقل التكنولوجيا دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي ،مرجع سابق ،ص 122

3- صلاح الطيار ، مرجع سابق ص 65.

تعتبر المساعدة الفنية من الوسائل المهمة لنقل التكنولوجيا للطرف المتلقي وقد عرفها الفقه على أنها "تقديم الخدمات اللازمة لوضع المعرفة الفنية المنقولة موضع التنفيذ"<sup>1</sup>

ويستخلص من هذا التعريف وجوب تقديم الوسائل والخدمات التي تسمح للمتلقي باستغلال المعرفة الفنية وتطويرها لبيئته وواقعه.

وتأتي المساعدة الفنية عن طريقين ، إذ قد تدرج كشرط في عقد نقل التكنولوجيا ومن ثم يكون الالتزام بهذا الشرط التزاما تبعيا ومكملا للالتزام الأصلي، وقلما لا يحتوي عقد نقل التكنولوجيا على شرط المساعدة الفنية على مختلف المستويات كمساعدة بالتركيب ومساعدة التشغيل ومساعدة لتحسين سير المصنع المبيع<sup>2</sup> ، أو أن تكون المساعدة الفنية منظمة في عقد مستقل عن أية التزامات أخرى ويكون محل التعاقد منصبا على تقديم المساعدة الفنية.

وقد اتضح فيما سبق أن النص على شرط المساعدة الفنية في ضمن عقد معين يفى بالغرض في ظل المشروعات المتقاربة تكنولوجيا باعتبار أن مسألة المساعدة مسألة ثانوية نظرا لامتلاكها أهلية تكنولوجيا ، أما إذا كان المشروع المتلقي ضعيفا تكنولوجيا فإنه يستلزم على المتلقي أن يطالب بصيغة عقدية توجب مساعدته فنيا ، فهذا تعتبر المساعدة الفنية أمرا لازما له حتى يتمكن من الحصول على طاقم مؤهل للإدارة العملية التكنولوجية.

لذلك قد اعتبر بحق أن عقد المساعدة الفنية من العقود التي تلبى طموحات الدول النامية من حيث تلقيها للمساعدة التي تأهلها للاكتساب التكنولوجية والتمكن منها مع احتفاظ المتلقي بجميع العمليات التي تتناول المساعدة الفنية طول مدة تقديمها من المورد<sup>3</sup>.

ويتخذ عقد المساعدة الفنية إحدى صورتين : المساعدة الفنية في الإدارة، المساعدة الفنية في الاستغلال الصناعي.

## 1- المساعدة الفنية في عملية الإدارة:

إن ضمان نجاح أي منشأة يتوقف بالدرجة الكبيرة على مدى إدارتها بطريقة جيدة ، وقد أكد الواقع العملي في كثير من المرات أن العديد من المنشآت الكبرى والمجهزة بأفضل الوسائل قد فشلت نتيجة لإدارة فاشلة ، فهذا الإدارة الجيدة هي الضمان المؤكد لنجاح أي مؤسسة.

1 - محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا ، دار الفكر الجديد، القاهرة، الطبعة الثانية 1995 ، ص 214.

2 - صالح الطيار، مرجع سابق، 65.

3- وليد عودة الهمشري ، مرجع سابق، 77.

ونظرا لنجاح التجربة التكنولوجية لدى الدول المتقدمة تكنولوجيا وخصوصا على مستوى الهياكل الصناعية والمؤسسات التي تقوم باستغلال التكنولوجيا، تلجأ بعض الدول إلى الاستفادة من هذه الخبرات والمعارف الفنية في مجال التسيير والتنظيم<sup>1</sup>، وذلك كجزء من عملية نقل التكنولوجيا ويتحقق ذلك عن طريق تقديم الاستشارات الخاصة بأساليب الإدارة الفنية وإسداء النصائح والتوجيهات بشأن تنظيم برامج الاستغلال مع احتفاظ المتلقي على سيطرته على جميع العمليات، لكي يتمكن من اكتساب القدرة الذاتية على إدارة وتنظيم الوحدة الإنتاجية بكفاءة واستقلالية<sup>2</sup>.

## 2- المساعدة الفنية في الاستغلال الصناعي:

تهدف عقود المساعدة الفنية إلى الاستفادة من خبرات الكادر الأجنبي حتى يستطيع المتلقي تأهيل المستخدمين الذين لديه ورفع درجة كفاءتهم لكي يتمكنوا من تحقيق الاكتفاء الذاتي للمشروع . ففي إطار العلاقات بين المشروعات المتقاربة تكنولوجيا تكون المساعدة على الاستغلال الصناعي بسيطة، أما إذا كانت العلاقات متباعدة تكنولوجيا بحيث يكون طرف متقدم وطرف متأخر صناعيا، فإن المساعدة تكون كبيرة وشاملة لتشمل عدة مجالات من القيام بإعداد الدراسات اللازمة لعملية الاستغلال، إلى مراقبة سير الوحدة الإنتاجية والصناعية لمعرفة مدى حسن استغلالها من قبل المتلقي<sup>3</sup>.

### ثانيا - عقد التدريب و التأهيل:

تعتبر عقود التدريب والتأهيل من العقود التي تنصب حول الجانب البشري بتكوين كفاءات الطرف المتلقي، ولهذا اعتبر العقد من أفضل الوسائل لنقل التكنولوجيا.

وقد تم تعريف عقد التدريب والتأهيل على أنه العقد الذي يتعهد بمقتضاه المدرب بنقل مجموعة من المعارف الفنية والمعلومات اللازمة وخبرته وكفاءته والتي تمكن الطاقم الفني للمتلقي من استعمال التكنولوجيا بصورة فعالة نظير مقابل مالي محدد يدفعه هذا الأخير<sup>4</sup>.

ويتوجب أن يحدد في عقد التدريب والتأهيل الفئات وعدد المستخدمين الذين يتعين أن يشملهم التدريب ومدة التدريب ، وينبغي على المدرب تزويد المتلقي ببرنامج تدريبي يتضمن تمكين المتدربين من الحصول على المعلومات والمهارات اللازمة للاضطلاع بواجباتهم في تشغيل المنشأة وصيانتها على الوجه الصحيح<sup>5</sup> .

1 - صالح الطيار ، مرجع سابق ، ص 69.

2 - إبراهيم قادم ، مرجع سابق ، ص 183.

3 - السيد مصطفى أحمد ابو الخير، مرجع سابق، ص 138.

4 - صالح بكر الطيار ، مرجع سابق ، ص 69.

5 - الدليل القانوني للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن صياغة العقود الدولية لتشيد المنشآت الصناعية ، مرجع سابق ، الفصل السادس ، الفقرة د ، ص 85

وختاماً يمكن القول أن صيغة العقد هي التي تحدد مدى تحقق التوازن العقدي ما بين الأطراف ، إضافة إلى ذلك فإن احتواء عقود نقل التكنولوجيا على شروط تعسفية تقيد المتلقي من أسباب التي تعصف بالتوازن . وهذا ما سيتم تناوله في المطلب الثاني :

### **المطلب الثاني : الشروط المقيدة**

إن المبدأ العام يفرض على الأطراف احترام كافة بنود العقد استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة في إبرام العقود والوفاء بالتعهدات، حيث أن العقد ينشئ رابطة تعاقدية لا يجوز خرقها أو المساس بها، إلا أن هناك عوائق قانونية تحد من سلطان الإرادة في إبرام العقود أو الوفاء بالشروط والالتزامات، فتحول دون تمكين الطرف القوي في العقد من فرض شروطه على الطرف الضعيف.

لكن في ظل العقود الدولية عموماً وعقود نقل التكنولوجيا خصوصاً وانعدام سلطة تشريعية عليا تفرض على الأطراف قوانينها، فإنه يصعب على الطرف المتضرر من الشروط التعسفية أن يحقق التوازن للعقد ، إلا إذا أتفق الأطراف على قوانين أحكامها تقيم توازن ما بين الأطراف .

وغالبا ما يسعى الطرف الأقوى اقتصادياً وتكنولوجياً إلى اختيار قوانين تتلاءم مع الشروط المفروضة من قبله، نظراً للدور التفاوضي القوي الذي تلعبه الشركات الموردة للتكنولوجيا في المجال الدولي، الأمر الذي يؤدي إلى تبعية الدول النامية إلى الدول المصدرة للتكنولوجيا مما يستتبع ذلك ضرراً بالاقتصاد القومي الذي تنتمي إليه الدول النامية<sup>1</sup>

ونتيجة للأضرار المترتبة على الشروط المقيدة المفروضة من قبل الشركات الموردة عملت العديد من القوانين الوطنية و الاتفاقيات الدولية إلى مكافحة الشروط المقيدة ومحاولة إقامة توازن العلاقات ما بين الطرف المورد للتكنولوجيا والطرف المتلقي.

ولأهمية هذا الموضوع سيتم البحث عن ماهية الشروط المقيدة (الفرع الأول ) والوظائف والآثار المترتبة عليها (الفرع الثاني )

### **الفرع الأول : ماهية الشروط المقيدة**

تلجأ العديد من المشروعات المصدرة للتكنولوجيا إلى فرض مجموعة شروط تعسفية مقيدة يكون الهدف منها عرقلة أي محاولة للمنافسة من قبل المشروع المتلقي للتكنولوجيا، وخطورة هذه الشروط على المشاريع المتلقية سيتم التعرض إلى مضمون هذه الشروط و صورها وذلك للاستجلاء ماهيتها.

### **أولاً : مضمون الشروط المقيدة**

<sup>1</sup> إبراهيم قادم ، مرجع سابق ، ص 215



تسعى الشركات المصدرة للتكنولوجيا أثناء تعاقدتها مع المتلقي الإبقاء على فجوة تكنولوجية بينها وبين المشروع المتلقي؛ لكي يتم الحد من القدرة التنافسية للمشروع وبقائه تحت السيطرة المباشرة للشركة المصدرة للتكنولوجيا بهدف تعظيم الربح<sup>1</sup>.

لهذا تسعى الشركات الموردة لتكنولوجيا إدراج شروط تعسفية مقيدة، لكي تضمن السيطرة على التكنولوجيا ومنع أي منافسة قد تقوم من جانب المشروع المتلقي.

ولم يتفق الفقهاء على تعريف موحد للشروط المقيدة نظرا لتعدد طبيعتها وتعدد صورها فتم تعريفها بأكثر من تعريف منها أنها "عبارة عن شروط تعسفية يفرضها مورد التكنولوجيا، نظرا لسيطرته واحتكاره لسوق التكنولوجيا، ومركزه التفاوضي القوي على الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، وهو الطرف المتلقي للتكنولوجيا، وتؤدي إلى تقييد قدرة هذا الأخير على المنافسة، وإلى آثار سلبية على الاقتصاد الوطني في مجموعته"<sup>2</sup> وقد عرفت أيضا على أنها "مجموعة شروط ذائعة في العمل يفرضها مورد التكنولوجيا على المستورد لتقييد حرته في استعمال التكنولوجيا التي تنقل أو في التصرف في الإنتاج الذي يحصل من استعمالها ويرضي المستورد بهذه الشروط على الرغم من تعسفها، لشدة حاجته إلى التكنولوجيا"<sup>3</sup>.

وطبقا لمؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية فقد تم تعريف الشروط المقيدة على أنها الممارسات المقيدة للأفعال و التصرفات التي تمارسها الشركات والمشروعات عن طريق التعسف و إساءة استغلال مركز القوى والاحتكاري في السوق والتي يكون من شأنها الحد من النفاذ إلى الأسواق وتقييد المنافسة فضلا عما ترتبه من آثار سلبية وضارة بحركة التجارة الدولية<sup>4</sup>.

وبهذا تعتبر الشروط المقيدة مانعة للمنافسة حيث تستطيع الشركة ذات التفوق التكنولوجي القضاء على أي منافس محتمل والحفاظ على مركزها الاحتكاري ، وذلك بفضل تفوقها التكنولوجي وضعها للعراقيل التي تحد من المنافسة<sup>5</sup>.

فاستطاعت المشاريع الموردة من فرض شروطاً مقيدة على متلقي التكنولوجيا نتيجة لما لديها من قوة معرفية وتفاوضية، وبالتالي لا يجد الطرف المتلقي إلا الإذعان لهذه الشروط نظرا لحاجته الماسة لعقود نقل التكنولوجيا وبذلك استطاع مورد التكنولوجيا من فرض السيطرة التكنولوجية والاقتصادية على المشروع المتلقي.

وعند النظر للعقود المبرمة ما بين المشروعات الموردة والدول النامية يلاحظ أنه قلما يخلو عقد نقل التكنولوجيا من الشروط المقيدة فوفقا للأحد الدراسات التي قام بها مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية وفي دراسة قام بها أيضا مركز التنمية التابع لمنظمة التعاون و التنمية الاقتصادية تبين أن

1 - إبراهيم حمد عبد الرحمن، مرجع سابق ، 2008، ص60

2 - إبراهيم قادم ، مرجع سابق ، ص 217

3- وليد عودة الهمشري، مرجع سابق ، ص266

4 - السيد مصطفى أبو الخير، مرجع سابق، ص 396

5-أمل شبلي، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الاحتكار، المكتب الجامعي الحديث 2008، القاهرة، ص 11

من بين 451 عقد لنقل التكنولوجيا المبرمة من قبل مجموعة الأندين، منها 314 عقد تضمن شروطا مقيدة، وتتنوع هذه الشروط ما بين كمية و نوعية وجغرافية وزمنية وتعتبر القيود الإقليمية والمتعلقة بالشراء الإجباري والتصدير والإنتاج والبيع الأكثر شيوعا في عقود واتفاقيات نقل التكنولوجيا<sup>1</sup>.

ويعزو أسباب انتشار الشروط المقيدة أولا إلى التفوق المعرفي والتقني لمورد التكنولوجيا وإمكانية فرض أي شرط من جانب المورد هذا من جانب، ومن جانب آخر لضعف الجانب التفاوضي من قبل الدول النامية المتلقية للتكنولوجيا وعدم معرفتهم الجوانب القانونية والاقتصادية للعملية التعاقدية والتفاوضية، الأمر الذي قد يجعلهم طعما سهلا للشركات الكبرى، إضافة إلى أن غياب معايير الشفافية في العقود قد يعرض الفريق التفاوضي التابع للدول النامية إلى إغراءات من قبل المشاريع المصدرة للتكنولوجيا، فيتم التوقيع على العقد دون مناقشة وتمحيص حقيقي في بنوده.

وترتبيا على ما سبق يتضح أن الشروط المقيدة تعبر عن الفلسفة الاقتصادية الليبرالية السائدة حاليا والمؤسسة على آليات السوق، أو بالأصح الفلسفة الليبرالية الاحتكارية مما أدى إلى حدوث اختلال في مشروعات الدول النامية ناتج عن سلوك تعسفي مضر بحركة التجارة صادر عن الدول المتقدمة ممثلة في الشركات المتعددة الجنسية<sup>2</sup>.

ويمثل وجود الشروط المقيدة في عقد نقل التكنولوجيا تعبيراً صريحا للاختلال التوازن بين أطراف العقد، فتسعى الدول النامية لتجنب هذه الشروط كونها تمثل عرقلة حقيقية في توطين التكنولوجيا في الدولة المتلقية مما يجعل العقد في ظل هذه الشروط قليل الفائدة وقد يمثل خطرا حقيقيا للدولة.

وتسعى الشركات الموردة للتكنولوجيا حماية ميزة التفوق التكنولوجي لكي تبوء بمركز احتكاري، وذلك باستخدام النظام الحالي للاتفاقية " التربس " التي لاقت جدلا واسعا من قبل الدول النامية ورأوا أن هذه الاتفاقية تستهدف خلق ندرة مصطنعة في سوق التكنولوجيا العالمية، وخلق وضع احتكاري للشركات لتعاطم ما يحصل عليه من عوائد مباشرة، وهي الأتاوات مقابل التراخيص ونقل المعرفة، وغير مباشرة متمثلة في كسب سباق التنافس وإضعاف الشركات المنافسة القائمة، وتجنب المنافسين المحتملين والحد من قدرتهم على التنافس، هذا بعد أن أخذت دول عديدة تتبع النموذج الياباني بالاعتماد على التقليد في إطار إستراتيجية اللحاق بالدول المتقدمة<sup>3</sup>.

وقد أبدت العديد من المؤسسات والعلماء امتعاضها حول التشديد في معايير نظام حماية الحقوق الفكرية فعلى سبيل المثال ذكر بروف بارتون من جامعة ستانفورد " أن خطر تباطؤ نقل التكنولوجيا للدول النامية بفضل حقوق الملكية الفكرية يجعل من الحكمة أن تتجه جهود التنسيق الجارية الآن في إطار التربس إلى التفكير مليا في وضع معيار مشترك للدول النامية ومعيار آخر للدول المتقدمة ".

1 - إبراهيم قادم، مرجع سابق ص 255

2 - السيد مصطفى أحمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 398

3 - السيد أحمد عبد الخالق، حماية حقوق الملكية الفكرية في ظل اتفاقية التربس والتشريعات الاقتصادية، دار الفكر والقانون، الطبعة الأولى، ص 118-119

كما ورد في تقرير التنمية الصادر عن برنامج الأمم المتحدة للتنمية في سنة 1999.

السباق القاسي" عديم الرحمة "لحقوق الملكية الفكرية يحتاج لأن يتوقف ويخضع للتساؤل. إذ أن ما تشهده التكنولوجيا الجديدة من تطور يسبق الأطر السياسية و القانونية والأخلاقية و التنظيمية اللازمة لضبطه، ومن ثم فإن هناك حاجة لمزيد من الفهم في كل الدول للنتائج الاقتصادية و الاجتماعية للاتفاقية التربس، إذ بدأ البعض يثير التساؤل حول العلاقة بين تملك المعرفة والابتكار وبدأت تزدهر رؤى بديلة للابتكار على أساس المشاركة والابتكار المجتمعي، ولم تثبت هذه أن الابتكار يتطلب بالضرورة الحصول على براءة اختراع<sup>1</sup>.

ومن خلال ما تقدم يتضح أن الدول المتقدمة تفرض رؤيتها ونموذجها الذي تراه لكي يتم على أساسه نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية.

ومن هنا يثار سؤال جوهري حول تقدير معيار وجود الشروط المقيدة؟

اختلفت الآراء حول معيار تقدير وجود الشروط المقيدة مما يتسبب في ذلك اختلاف الأثر وفقا للاختلاف الآراء ، وقد تجلّى ذلك في اجتماعات لجنة الإنكثاد التابعة للأمم المتحدة عند صياغة مشروع التقنين الدولي ، فتناول التقنين الشروط المقيدة في بابه الرابع الذي أثار جدلا ليس فحسب حول مضمون الشروط إنما أيضا حول صياغته، لهذا كثرت في هذا الباب الألفاظ والعبارات الموضوعية بين الأقواس، إشارة إلى وجود خلافات في شأنها<sup>2</sup>.

وما هذه الخلافات في الواقع إلا انعكاس للخلاف الجوهري المتمثل في تحديد معيار تقدير وجود الشروط المقيدة ، ومدى القوة الملزمة لهذا التقنين، فقد كانت الدول النامية ترى أن يكون حظر الشروط المقيدة كاملا دون فحص ما إذا كانت لهذه الشروط مبرر من عدمه، وقد تم التوسع في عدد هذه الشروط بما يجاوز الأربعين شرطا، وفي الأثر المترتب عنها من حيث ضرورة بطلانها بطلانا مطلقا ، أما الدول الصناعية ، فقد استهدفت الحد من نطاق هذه الشروط ومن أثارها بحيث لا تزيد عن أربعة عشر شرطا ويقتصر أثر إدراجها في العقد على مجرد خضوعها لتقدير القاضي، فلا يقع بطلانها وجوبيا<sup>3</sup>.

ونتيجة لاختلاف المواقف حول تقدير معيار الشروط المقيدة بسبب اختلاف المصالح ما بين الدول النامية والدول المتقدمة، فإن هذا الأمر حال دون إصباح الطابع الملزم على المشروع.

أما معيار تقدير الشروط المقيدة في ظل نظام اللجنة الأوروبية المشتركة فقد تبنت نظام حددت من خلاله الشروط المباحة والمحظورة في عقود نقل التكنولوجيا والتي قسمتها إلى:

<sup>1</sup> - السيد أحمد عبد الخالق ، مرجع سابق ص 124-125

<sup>2</sup> - عبد الرؤوف جابر، الوجيز في عقود التنمية التقنية ، منشورات الحلبي ، بيروت، الطبعة الأولى 2005، ص

35

<sup>3</sup> إبراهيم حمد عبد الرحمن ، مرجع سابق، ص 67

**1 - شروط بيضاء :** وهي شروط غير قابلة للإبطال في حالة ما تضمنها عقد نقل التكنولوجيا، وقد تضمنت اللائحة شروطا طويلة بالمقارنة بالشروط السوداء ، مثل حق المرخص في الاعتراض على المرخص له لقيام الأخير باستغلال التكنولوجيا خارج إقليمه

**2- شروط سوداء :** وهي شروط تبطل في حد ذاتها وإن لم يتمسك ببطلانها المتلقي من حيث أنها تعسفية وغير معقولة ، مثل تحديد حجم الإنتاج .

**شروط رمادية :** وهي تدور بين الصحة والبطلان حسب ظرف كل عقد مثل شرط الشراء الإجباري

1

تعتبر الشروط السوداء في اتفاقية السوق المشتركة أقل عددا، عند مقارنتها بالشروط البيضاء ذلك لأن اللجنة الأوروبية المشتركة تمثل مصالح دول الاتحاد الأوروبي ويعتبر الاتحاد من الدول العالم المورد للتكنولوجيا، فلماذا يسعى للتقليل من تعداد الشروط المقيدة .

وعلى مستوى اتفاقية التريبس فإنها لم تحدد صور الشروط المقيدة كما فعلت لجنة الانكاد أو اللجنة الأوروبية المشتركة إلا أنه تضمنت مجموعة من المبادئ التي تستطيع من خلالها الدول أن تحظر الشروط المقيدة وذلك من خلال نص المادة 40 الذي ينص على " 1 - توافق البلدان الأعضاء على انه قد يكون لبعض الممارسات أو شروط منح التراخيص للغير ، فيما يتعلق بحقوق الملكية المقيدة للمنافسة آثارا سلبيا على التجارة، وقد تعرقل نقل التكنولوجيا أو نشرها 2 - لا يمنع من أحكام هذا الاتفاق البلدان الأعضاء من أن تحدد في تشريعاتها ممارسات أو شروط الترخيص للغير، التي يمكن أن تشكل في حالات معينة إساءة لاستخدام حقوق الملكية الفكرية "

ومن خلال استعراض المواد المتقدمة يتضح أن الاتفاقية لم تتعامل مع الشروط المقيدة مثل تعاملها مع أشكال المنافسة غير المشروعة الأخرى ، من حيث أنها بعد أن بينت أن الدول الأعضاء قد اتفقت على أن بعض الشروط المقيدة لها آثار سلبية على نقل التكنولوجيا ، فإنها جاءت في البند الثاني فاقترحت على عدم منع البلدان الأعضاء من تحديد بعض الشروط المقيدة في تشريعاتها التي تعرقل نقل التكنولوجيا ، ومن المعلوم أن حق الدولة في سن تشريعات تحارب بها أوضاع خاطئة هو حق سيادي غير متوقف على إقرار اتفاقية ما ، لذا فإن هذا النص لا قيمة واقعية له، خصوصا إن ترك أمر تحديد الشروط المقيدة دون معايير دولية ملزمة للدول، فإن هذا سينتج عنه أن كل دولة ستسن تشريعات تلاءم مصالحها وفقا لموازن القوى التي لديها ، إضافة إلا إن هذا الأمر قد يؤدي إلى تطبيق الشروط المقيدة على دول تشريعاتها تحظرها وذلك في حالة ما إذا كان القانون الواجب التطبيق على العقد لم يحظر تلك الشروط .

1 - زينة غانم الصفار، الشروط المقيدة لحرية المتلقي في عقود نقل التكنولوجيا ، مجلة الرافدين للحقوق ، المجلة 13 ، العدد 48 ، السنة 16 ، ص 82

إضافة إلى أن إشكالية الشروط المقيدة لا تحل فقط عن طريق قوانين داخلية باعتبار أنه قد يتم الالتفاف على أحكام القانون ويتم اختيار قوانين لا تحظر الشروط المقيدة ، فلهذا يجب توحيد الجهود بين دول العالم النامي للإقرار اتفاقية على مستوى دولي تحضر الشروط المقيدة

ويتوجب استغلال مسألة انفتاح أسواق جديدة ومتنوعة مثل الهند وسنغافورة وغيرها من البلدان الأمر الذي يجعل المنافسة شديدة ما بين الدول الغربية وهذه الدول وخصوصا في ظل التكنولوجيا الغير المعقدة ، مما يعطي للطرف الضعيف إمكانية فرض شروطه التي يراها <sup>1</sup>.

وعلى الرغم من اختلاف الدول النامية والدول الصناعية حول تقدير وجود الشروط المقيدة إلا أن تشريعات الدول الصناعية قد حظرت بعض التصرفات التي تهدف السيطرة على الإنتاج أو التوزيع فتغلق السوق وتجعله خاضعا لسيطرتها الكاملة الأمر الذي يسبب نتائج وخيمة على المستوى الاقتصادي والسياسي والاجتماعي ، أما تشريعات الدول النامية فهي تهدف إلى تحقيق مزيد من التنمية والتقدم الاقتصادي وعدم تمكين المشروعات الموردة من التحكم في اقتصاديات الدولة. وبذلك يختلف تشريعات الدول المتقدمة عن تشريعات الدول النامية من حيث الغاية والغرض الاقتصادي الذي يستهدفه كلا التشريعين <sup>2</sup>.

وقد حظر المشرع الليبي في قانون النشاط التجاري بعض صور الشروط المقيدة وذلك في تعددها لصور المنافسة غير المشروعة فقد نص في المادة 1285 على أنه يحظر بموجب أحكام هذا القانون جميع الاتفاقات الصريحة والضمنية التي تهدف إلى الإخلال بمبادئ المنافسة غير المشروعة، وتطبيق قواعد السوق، أو الحد منها أو التأثير عليها وعلى الأخص .

- الاتفاقات أو الأعمال التي تهدف أو تؤدي إلى تحديد أسعار السلع والخدمات ، أو تمثل مساسا بقواعد العرض والطلب سواء برفع الأسعار أو خفضها .
- تقاسم الأسواق أو مصادر السلع والخدمات أو العملاء على أسس جغرافية أو كمية أو موسمية

ونص أيضا في المادة 1288 على حظر جميع الأنشطة التجارية التي يكون مزاوليها في أوضاع تتيح لهم التأثير أو القدرة على التأثير في نشاط السوق والتحكم فيه إساءة استخدام تلك الأوضاع للقيام بأعمال للإخلال بالمنافسة أو الحد منها أو منعها وعلى الأخص الأعمال التالية :

- استغلال أوضاع التبعية الاقتصادية لفرض شروط للتعامل من شأنها الحد من مبادئ المنافسة

1 - جمال غنية ، المفهوم القانوني للشروط المقيدة في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية ، مجلة العلوم القانونية ، جامعة الزيتونة ، العدد السادس ، السنة الثالثة ، 2015 ، ص 20

2- محمد شوقي شاهين ، الشركات المشتركة ، طبيعتها وأحكامها ، بدون ناشر ، ص 614

- التدخل بأية صورة كانت للحد من عمليات إنتاج وتصنيع وتطوير وتوزيع السلع والخدمات أو الحد من دخولها إلى سوق وبالنظر إلى أن الشروط المقيدة من صور المنافسة غير المشروعة فإنها يسري عليها الحكم بحظر هذه الصور ، إلا أن عقود نقل التكنولوجيا تختلف على جميع النشاطات التجارية الأخرى ، باعتبارها تمثل أهمية اقتصادية عالية للاقتصاد الوطني وتساعد على تحقيق متطلبات التنمية المستدامة، لذا يتطلب على المشرع الليبي أن يسد النقص بإصدار قانون ينظم عقود نقل التكنولوجيا ، وأن يعمل على تعداد وحظر الشروط المقيدة ، وأن يجعل تعددها على سبيل المثال لا الحصر باعتبار أن هذه الشروط تأخذ عدة صور قد تكون واضحة أو مستترة تهدف إلى عرقلة نقل التكنولوجيا وتوطئتها ، ومن هذه الصور التالي :

### ثانيا : صور الشروط المقيدة في عقود نقل التكنولوجيا.

لقد بدل الفقه جهدا مضنيا لخصر صور الشروط المقيدة وتعدادها، وذلك تبعا لتوجهات أطراف العقد من جهة ، ومن جهة أخرى للاختلاف الغاية التي يرغب المورد في تحقيقها من فرض الشروط المقيدة.

وقد قسمت هذه الشروط وفقا لرأي السائد في الفقه إلى مجموعتين:

**المجموعة الأولى:** تختص بالشروط المقيدة للاستغلال الاقتصادي والتجاري للمشروع متلقي التكنولوجيا.

**والمجموعة الثانية:** تختص بالشروط المقيدة للاستقلال التكنولوجي.

وسيتم تناول أبرز صور الشروط المقيدة في كل من هاتين الطائفتين على التالي:

### 1 - الشروط المقيدة للاستقلال التجاري والاقتصادي.

نتيجة عدم تكافؤ المقدرة التفاوضية ما بين الدول النامية والمشروعات الموردة للتكنولوجيا ، تسعى المشروعات إلى فرض العديد من القيود الكمية والنوعية على عملية الإنتاج والتسويق وذلك لكي تستطيع السيطرة على الأسواق الدولية ، حتى تتمكن الشركات الدولية من فرض إستراتيجيتها المتمثلة في التقسيم الدولي للعمل<sup>1</sup>.

**أ-الشروط التي تفرض على إدارة وتسيير المشروع.**

لقد نصت العديد من القوانين على حظر أي شرط يفرض رقابة على إدارة وتسيير المشروع ، فقررت المادة 75 من قانون التجارة المصري على أنه ( يجوز إبطال كل شرط يرد في عقد نقل التكنولوجيا...وذلك بوجه خاص الشروط التي يكون موضوعها إلزام المستورد بأمر مما يأتي : شراء

<sup>1</sup>إبراهيم قادم ، مرجع سابق ص 214

المواد الخام أو المعدات أو الآلات أو الأجهزة أو قطع الغيار لتشغيل التكنولوجيا من المورد وحده أو من المنشآت التي يعينها دون غيرها).

ويعرف هذا الشرط الذي بمقتضاه يلزم المستورد شراء الأدوات والمعدات و قطع الغيار من مورد التكنولوجيا، شرط الشراء الإجباري، و يعتبر من الشروط الشائعة في عقود نقل التكنولوجيا حيث بينت الدراسات التي قام بها مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية أن 232 عقد ترخيص واستغلال براءات اختراع في قطاعات صناعية مختلفة في كل من كولومبيا والأكوادور والبيرو يوجد منها 155 عقد فرض فيها شرط الشراء الإجباري وأن 71 عقد فقط ترك فيها الحرية للمرخص من التزود من أي مصدر يرغبه<sup>1</sup>.

ولهذا الشرط مبرراته إذا كان السبب الحقيقي من وجوده هو ضمان الاستخدام الأمثل للتكنولوجيا ، أو ضمان جودة المنتج وخصوصا إذا تعلق الأمر بمنتج معد للتصدير ويحمل العلامة التجارية للمورد<sup>2</sup> ، إلا أن الأمر ليس كذلك في كثير من الأحيان، فغالبا ما تتوافر الآلات و قطع الغيار في السوق المحلي أو الدولي بشروط أفضل ، فيكون السبب الحقيقي لإدراج هذه الشروط هو تمكين المورد من تحقيق مستوى ربحي أكبر<sup>3</sup>.

ولهذا يعتبر هذا الشرط من أخطر الشروط المقيدة وأعمقها أثرا في إحداث التبعية التكنولوجية لما يترتب عليه من المغالاة في النفقة الإجمالية لتكنولوجيا ، ومن ثم الإساءة للاقتصاد القومي وذلك بمنع المستورد من اللجوء إلى السوق المحلي لسد احتياجاته المكملة لعملية نقل التكنولوجيا وقد لا تظهر للمستورد من فائدة في إبطال هذا الشرط في حال تعهد المورد بتقديم معدات والآلات بأسعار تنافسية وبشروط أفضل<sup>4</sup>.

وقد قوبل شرط الشراء الإجباري بالإنكار الشديد من المحاكم الأمريكية فهو يقاس في الأغلب على الترتيبات الرابطة ، حيث إنه في الترتيبات الرابطة تستخدم شركة قوة سوقها على منتج معين لتدفع المشتري لشراء منتج آخر، وفي ترتيب شرط التعامل الإجباري تستخدم الشركة أهمية تجارتها مع العميل لدفعه على شراء منتجاتها ، فيعتبر عنصر الإجبار في هذه الترتيبات المتبادلة على أنها مقيدة للمنافسة في تأثيرها<sup>5</sup>.

1 السيد مصطفى أحمد أبو الخير، مرجع سابق 404

2 - زينة غانم الصفار ، ص 103

3 حسام الدين عيسى ، ترخيص الملكية الفكرية ونقل التكنولوجيا، مقال مقدم في مؤتمر الملكية الفكرية ، مسقط ،

2004

4 - جلال وفاء محمدين ، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا في ظل الجهود الدولية وأحكام نقل التكنولوجيا في قانون

التجارة الجديد ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، ص 117

5 - عبد الناصر الحلوي ، الاحتكار المحظور وأثره على حرية التجارة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة

الأولى 2007، ص 120

وكذلك قد عد مجلس المنافسة الفرنسي شرط الشراء الإجباري من الشروط المحظورة ، لتكريسه التبعية الاقتصادية<sup>1</sup>

وتجدر الإشارة إلى أن هناك شرط آخر يدخل ضمن سلطة المورد في فرض رقابته وإدارته للمشروع ويخلق تبعية للطرف المورد وهو شرط رقابة الجودة ، فوفقا لهذا الشرط يجب أن يكون المنتج النهائي طبقا لمعايير يحددها المورد.

ويشكل شرط مراقبة الجودة خطورة كبيرة على المتلقي ، إذ أنه يهدف إلى تجنب أي تعرض لخطر المنافسة التي قد تنشأ بسبب المنتجات المصنوعة من قبل المرخص له<sup>2</sup>.

وقد برر جانب من الفقهاء هذا الشرط إذا كان يهدف للمحافظة على السمعة التكنولوجية ، لذلك نصت بعض عقود نقل التكنولوجيا على أنه يحق للمرخص أثناء سريان العقد بصفة دورية مراقبة جودة المنتج وفي حالة عدم مطابقتها لمعايير الجودة التي حددها المورد يحق له سحب حق استغلال التكنولوجيا الواردة<sup>3</sup>.

وإضافة إلى ما تقدم يوجد شرط آخر مفاده إشراك المورد في إدارة المنشأة واختيار العاملين، وقد نص المشروع المصري على إبطال هذا الشرط لكونه يحول دون الاكتساب الحقيقي للتكنولوجيا، ومع ذلك قد يكون هذا الشرط صحيحا إذا اقتصر على تقديم المساعدة الفنية دون فرض السيطرة على المتلقي ، وأيضا يجوز للمورد ان يفرض على المتلقي بعض العاملين اللازمين للمشروع في المراحل الأولى لكي يستطيع توطين التكنولوجيا على أكمل وجه<sup>4</sup>.

وقد جرى القضاء الأمريكي على القبول بشرعية هذا الشرط ، إذا كان القصد منه حماية سمعة المورد ، والقبول بعدم مشروعية هذه الشروط متى كان الهدف منها إعاقة نقل التكنولوجيا<sup>5</sup>.

## ب- الشروط التي ينشأ عنها آثار كمية و أقليمية

لقد حظر القانون النموذجي بشأن المنافسة الصادر عن هيئة الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (تقييد عمليات التصنيع والتوزيع أو التسويق أو الحد من توزيع الخدمات أو نوعها أو حجمها أو وضع شروط أو قيود على توفيرها ) وقد سارت على النهج ذاته المادة 1288 من قانون النشاط التجاري لسنة 2010 والمادة 75/د من قانون التجارة المصري لسنة 1997 فقد نصت المادة 1288 على منع(التدخل بأية صورة كانت لحد من عمليات إنتاج أو تصنيع أو تطوير أو توزيع السلع والخدمات

1 - حسين عبد الماحي ، الشروط المقيدة في عقود نقل التكنولوجيا ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، جامعة المنصورة ، العدد 34 ، 2003 ، ص 54

2 نصيرة بو جمعة سعدي ، مرجع سابق 310.

3 السيد مصطفى أحمد أبو الخير ، مرجع سابق ص 405.

4 - حسين عبده الماحي ، مرجع سابق ، ص 52

5 السيد مصطفى أبو الخير ، مرجع سابق ، ص 406.



أو الحد من دخول السوق) ونصت المادة 75/د من قانون التجارة المصري على أنه يجوز إبطال كل شرط لتقييد حجم الإنتاج أو ثمنه أو تصديره)

ويعد من صور الشروط ذات الآثار الكمية والإقليمية، الشروط المتعلقة بتقييد حجم الإنتاج أو ثمنه أو كيفية توزيعه أو تصديره، ومن هذا القبيل الشروط التي تضع حداً أقصى للإنتاج أو أسعاره أو مجالات التوزيع<sup>1</sup>

وتتضمن هذه الشروط الاشتراطات العقدية التي تسعى لتقييد حرية الطرف المتلقي في تحديد حجم وكمية الإنتاج ، كما يتعلق الأمر أيضا بتلك الشروط التي تهدف إلى تقييد حرية المتلقي في اختيار المجالات الاقتصادية التي يرغب في تصريف إنتاجه داخلها سواء كان محلياً أو دولياً<sup>2</sup>.

ويلجأ المورد إلى إبرام هذه الشروط لكي يضمن اختراقه للأسواق الجديدة وإسهامه في تنظيم الأسواق التي يسمح للمتلقي بتصدير إنتاجه إليها ، إضافة لما تحققه هذه الشروط من وضع حد أقصى للعملية الإنتاجية للمشروعات المتلقية طوال مدة سريان العقد الأمر الذي يسمح للمورد بفرض الرقابة على حجم الإنتاج ونوعيته وهذا يتطلب حضوره للمشروعات المتلقية وحقه بالتالي في مراجعة جميع الوثائق والمستندات للتأكد من وفاء المتلقي لهذا الشرط<sup>3</sup>.

وتقوم هذه الشروط على فكرة التخصيص فيما يترك للمتلقي الأمر في بعض مجالات الإنتاج ، دون تمكينه من الاستفادة القصوى الممكن الحصول عليها فيستأثر المورد بالربح والعوائد ، وبهذا يتم تقييد حرية المنافسة ، بل قد ينتهي الأمر إلى انعدام القدرة التنافسية ، الأمر الذي يجعل التكنولوجيا المستوردة هي للاستهلاك المحلي فقط.

وتتخذ الشروط المتعلقة بمنع التصدير أشكالاً عدة منها:

### (1)-منع المتلقي من التصدير الكلي أو الجزئي.

ومضمون هذا الشرط هو قصر المتلقي على أسواق معينة لا يجوز له تجاوزها ، ويمنع بذلك الدخول إلى الأسواق الدولية فيكون مقصوراً فقط على الأسواق الوطنية.

ويسبب هذا المنع ضرراً جسيماً للمتلقي حيث يتم حرمانه من الإرباح التي كان يأمل الحصول عليها من المنتجات التي قام بتصنيعها ، وكذلك يحرمه من العملات الأجنبية التي كان سيحنيها مقابل تصدير المنتج ، وهذا الأمر يؤدي إلى الإضرار بالاقتصاد القومي<sup>4</sup>.

أما المنع الجزئي فيقوم المورد بوضع قائمة للدول التي يسمح فيها بالتصدير ، أو وضع قائمة بالدول التي لا يسمح فيها بالتصدير.

1 - حسين عبده الماحي ، مرجع سابق ، ص 53

2 إبراهيم قادم ، مرجع سابق ، ص 229.

3 وليد عودة الهمشري ، مرجع سابق ، ص 274.

4 إبراهيم حمد عبد الرحمن الحميد ، مرجع سابق ، ص 86.

والهدف من تقييد المتلقي بأسواق معينة دون غيرها هو أنه غالباً ما يكون للمورد في هذه الأسواق نفوذاً سواء كان يغذي بنفسه الأسواق، أو أنه سبق له أن تنازل على ترخيص لمتلقي آخر<sup>1</sup>.

ومما لا شك فيه أن شرط منع التصدير يتعارض مع سهولة وانسياب حركة التجارة الدولية، الذي أكدته الكثير من الاتفاقيات الدولية، وأهمها اتفاقية الجات

## (2)- حصول المتلقي على موافقة المورد قبل التصدير.

يشترط المورد على المتلقي أن يتحصل على موافقة من قبله قبل أن يصدر منتجاته إلى السوق، ويمكن هذا الشرط للمورد من إحكام سيطرته على المشروعات المتلقية والمحافظة على مركزه الاحتكاري وإجهاض أي محاولة للمنافسة من قبل المشروعات المتلقية وذلك عن طريق فرض شروطه على متلقي التكنولوجيا، فلا يستطيع الحصول على الموافقة إلا إذا كان المتلقي ممثلاً للشروط المفروضة عليه من قبل المورد.

وبواسطة هذا الشرط يخلق علاقة تبعية ما بين مشروع المورد والمتلقي ويصبح المتلقي جزءاً من السياسة التجارية للمورد، وينتج عما تقدم حرمان المتلقي من الأرباح التي كان سيجنيها من التصدير عن طريق منعه الولوج إلى الأسواق ويتحقق بذلك عجز مستمر ومزمن في موازين مدفوعاته<sup>2</sup>.

## ج- الشروط المقيدة لحرية المشروع في بيع وتسويق منتجاته .

لا تتعامل المشاريع الموردة في إطار سياستها التنظيمية مع التسويق باعتباره مرحلة مستقلة وتابعة للعملية الإنتاجية، ولكن باعتباره إحدى العمليات المهمة التي تداخل في عملية الإنتاج ذاتها، بل تبدأ قبل مرحلة البدء في الإنتاج في شكل اتفاقات مباشرة، فهي تسعى بصفة دائمة لضم الأسواق إلى مجال نشاطها، وفتح أسواق جديدة<sup>3</sup> ويعد من صور الشروط المقيدة لحرية المشروع في بيع وتسويق منتجاته، الشرط المنصوص عليه صراحة في المادة 75 من قانون التجاري المصري شرط ( قصر بيع الإنتاج أو التوكيل في بيعه على المورد أو الأشخاص الذي يعينهم ).

ويمثل هذا الشرط ضرراً كبيراً للمتلقي من حيث تقييد حريته في البحث عن مصادر تمويل بديلة للتزويد<sup>4</sup> إضافة إلى أنه قد يؤدي إلى تبعية المتلقي للمورد في مجال التسويق ويفقد بذلك جانب كبير من المهارات اللازمة لإعادة بيع المنتجات التي تستخدم التكنولوجيا في تصنيعها، وهي مهارات لا تقل أهمية عن عملية اكتساب التمكن التكنولوجي ذاتها<sup>5</sup>.

1 - المرجع سابق، ص 86.

2 إبراهيم حمد عبد الرحمن الحميد، مرجع سابق، ص 88.

3 - أحمد راجي أبو الوفا، الواقع الاحتكاري في التجارة الدولية وأثره في نظرياتها، دكتوراه، جامعة عين شمس، 1998، ص 242،

4 - عبد الناصر فتحي الجلوي، مرجع سابق، ص 196

5 - جلال وفاء محمد، مرجع سابق، ص 118

إلا أن هذا الشرط في حالات معينة قد يمثل فائدة لطرفي العقد، في حالة ما إذا كانت الطاقة الإنتاجية للمتلقي تتجاوز الطلب المحلي وكان المورد يدعم قدرات المتلقي في بلوغ طاقة تصديرية معينة<sup>1</sup>

وإضافة إلى الشروط المقيدة لحرية المتلقي في بيع وتوزيع منتجاته يعد شرط تقييد المتلقي في الدعاية والتعريف عن المنتج من الشروط المجحفة، فالأصل أن يسمح للمتلقي الحرية في الإعلان والدعاية كيفما شاء ، إلا أنه في حالات معينة يجوز للمورد أن يلزم المتلقي بعدم الإفصاح في الإعلان أو الدعاية عن سر تركيب المنتج إذا كان إنتاجه يتضمن معارف فنية تدخل في صناعته<sup>2</sup> إضافة إلى أن المورد من حقه أن يجبر المتلقي كتابة مكونات السلعة وتاريخ انتهاء الصلاحية بعبارات واضحة على غلاف المنتج بهدف حماية مستهلك السلعة<sup>3</sup>

## 2- الشروط المقيدة للاستقلال التكنولوجي:

تشكل الشروط المقيدة للاستقلال التكنولوجي خطرا كبيرا على متلقي التكنولوجيا حيث أنها تحد من قدرته على اكتساب التكنولوجيا وتطويرها وملئتها للأهداف والاستراتيجيات التي يراها المتلقي.

وبذلك يصبح عقد نقل التكنولوجيا في ظل هذه الشروط ما هو إلا عقد نقل بضائع والآلات ينعدم فيه النقل الحقيقي للتكنولوجيا.

ويتم إدراج هذه الطائفة من الشروط نتيجة الاحتكار القانوني الممنوح للمورد بواسطة حماية مشروعات الملكية الصناعية ، فيشكل هذا الاحتكار أداة تعيق المتلقي من توطين التكنولوجيا واكتسابها وبذلك تتمكن الشركات الموردة للتكنولوجيا من ضمان احتكارها للسوق وانفرادها به<sup>4</sup>.

ولا تتوقف هذه الشروط أثناء فترة سريان العقد بل تمتد إلى ما بعد انتهاء العقد ، لذا سيتم تقسيم هذه الشروط إلى شروط مقيدة أثناء فترة سريان العقد ، وشروط مقيدة بعد سريان العقد :

### أ-الشروط المقيدة للطرف المتلقي خلال سريان العقد.

تنصب هذه الطائفة من الشروط على الحقوق المنقولة أثناء فترة سريان العقد وتتمثل في الآتي:

#### (1) الشروط المقيدة لممارسة المتلقي للأنشطة التكنولوجية.

تهدف الشروط المقيدة لممارسة المتلقي للأنشطة التكنولوجية إلى الحد من قدرة المتلقي من الاستفادة الممكنة من العقد، فتمنعه القيام بأعمال البحث والتطوير أو أن تحده من استخدام التكنولوجيا في مجالات أخرى ، أو من إمكانية ملئمة التكنولوجيا مع بيئة المتلقي.

1 - المرجع السابق ، ص 119

2- زينة غانم الصفار ، مرجع سابق ،ص 91

3 - جلال وفاء محمدين ، مرجع سابق ، ص 110

4 - إبراهيم قادم ، مرجع سابق ، ص 237.

## (أ) الشروط التي تمنع المستورد القيام بالبحث والتطوير

لقد حظرت المادة الأولى والخامسة والسابعة من نصوص المشروع الدولي الخاص بنقل التكنولوجيا أي اتفاق يحرم المتلقي من حق البحث، بأن يفرض عليه التنازل أو اطلاع المجهز على نتائج ما توصل إليه من البحث دون مقابل.

وتكمن أهمية البحث كونه يمثل الجانب النظري لعملية التحسين والتطوير، وبذلك تبقى التكنولوجيا متطورة على مر الزمن، ولا بد من الإشارة إلى أن إغفال البحث أو منع المتلقي من ممارسة حقه فيه يؤدي إلى عدم استيعاب التكنولوجيا المنقولة، وبرز مثال على ذلك حالة الصين حينما اهتمت بالبحث العلمي التطبيقي من أجل الإنتاج وأهملت البحث الأساسي إلا في الجوانب المتعلقة بالأسلحة والمجال النووي ، الأمر الذي أدى إلى عرقلة تطوير التكنولوجيا، وتأتي عملية التطوير مكتملة لعملية البحث حيث أنها تهدف إلى استيعاب التكنولوجيا لموائمتها لبيئة المتلقي.

ويمثل البحث والتطوير أهمية كبرى للمتلقي حيث إنه يحرره من ربة المورد ومن احتكاره للتكنولوجيا، ويجعله مساهما في السوق الدولية بدلا من تابع لسياسات المورد ، لذلك تنص غالبية العقود المبرمة لنقل التكنولوجيا على هذا الشرط ، وبالأخص العقود المبرمة بين الشركة الأم وإحدى فروعها في دول العالم النامي<sup>2</sup>. مما ينتج عنه بقاء المتلقي أسيرا للمورد ، فيؤدي ذلك الحد من قدرته على المنافسة ، فيظل قابعا في محل ثابت وجامد.

## (ب)-الشروط التي تحد من إمكانية ملاءمة التكنولوجيا للظروف المحلية للمتلقي.

إن تهيئة البيئة الملائمة من أهم عوامل نجاح عملية نقل التكنولوجيا ، لكون التكنولوجيا معدة من قبل المورد فلهذا في الغالب لا تكون نتاج بيئة المتلقي لذا يتوجب عليه أن يقوم بتعديلها بما يتلاءم مع بيئته وذلك عن طريق فك الحزم التكنولوجية للإدراك محتواها من قبل الطاقم المحلي للمتلقي<sup>3</sup>.

وقد سارت العديد من المشروعات الموردة للتكنولوجيا من وضع شروط يمنع من خلالها تعديل التكنولوجيا أو تكييفها بصورة تتلاءم مع بيئة المتلقي بحجة المحافظة على فعالية الطريقة الصناعية من ناحية، ومن ناحية أخرى قد يتعلق العقد بمجالات تكنولوجية متطورة أو منتجات تقتضي مستوى موحد من الجودة<sup>4</sup>.

ولكن الواقع العملي أوضح أن لهذا الشرط هدفاً آخرًا يختلف عما قد يبذره المجهز ويتمثل في منع المتلقي من تكييف التكنولوجيا لظروفه المحلية ، فيتم منعه بطريقة غير مباشرة من استخدام تكنولوجيا مماثلة من مصادر أخرى ، لكونه يقطع الطريق أمام المتلقي من تطويع التكنولوجيا وفقا

<sup>1</sup> - نداء كاظم محمد المولى ، الأثار القانونية لعقود نقل التكنولوجيا ، دار وائل للنشر، عمان ، الطبعة الأولى ، 2003

، ص 237

<sup>2</sup> - السيد مصطفى أحمد أبو الخير ، مرجع سابق ، ص 417

<sup>3</sup> - جلال وفاء محمدين ، مرجع سابق ، 108

<sup>4</sup> - إبراهيم قادم ، مرجع سابق ، ص 243

لظروفه المحلية، وبالذات مكونات الإنتاج التي تتوفر في بلد المتلقي ، ولذا يبقى الأخير معتمدا بشكل رئيس في الحصول على موارد الإنتاج من المورد<sup>1</sup>

ويعتبر هذا الشرط من الشروط الخطيرة لكونه يجهض أي محاولة للإقامة قاعدة تكنولوجية مستقلة ، فعملية الملائمة أهم المراحل التي عن طريقها توطن التكنولوجيا، وتخلق قدرات ذاتية بعيدة عن التبعية المفروضة من قبل الشركات الموردة للتكنولوجيا.

### (ج)-الشروط المقيدة لمجال أو نطاق استخدام التكنولوجيا.

تكمن الشروط المقيدة لمجال أو نطاق استخدام التكنولوجيا في حصر إمكانية الاستفادة من التكنولوجيا إلا في المجال المتفق عليه في العقد ، فلا يجوز استخدام التكنولوجيا في مجالات متعددة من الممكن الاستفادة منها.

وبذلك تنقيد حرية المتلقي في مد نطاق الاستفادة لتشمل مجالا أخرى يراها ضرورية و مهمة ومفيدة له ، مثل منع الاستفادة من تكنولوجيا العقد في منشآت أخرى تابعة للمتلقي حتى في حالة وجود رابطة مادية داخل القطاع الإنتاجي نفسه ، كالنص في عقد نقل التكنولوجيا على قصر التعامل على المنشأة "س" فقط ومنع امتداد الاستفادة من التكنولوجيا داخل منشآت أخرى ولو كانت تابعة للمتلقي<sup>2</sup>.

ويعتبر هذا الشرط مشروعاً في الدول الصناعية، إذا كان مرتبطاً بممارسة المورد الحقوق الاحتكارية المعترف بها قانوناً على التكنولوجيا محل العقد ومثال على ذلك القانون الألماني لسنة 1987 المادة 20 من القانون الخاص بالقيود على المنافسة<sup>3</sup>.

### (2)-الشروط المقيدة المفروضة على التطور التكنولوجي للمتلقي.

في كثير من عقود نقل التكنولوجيا يفرض المورد على المتلقي رد التحسينات والتجديدات الواردة على التكنولوجيا ، فيمنع المتلقي من الحصول على براءة اختراع بشأن النتائج التي توصل إليها من خلال استخدام التكنولوجيا ، ورد التجديدات والتحسينات إلى المورد، واعتبار هذا الأخير هو المالك الفعلي، وله حرية الاختيار ما بين تمكين المتلقي من استخدامها من عدمه<sup>4</sup>.

يهدف المورد من خلال فرض هذا النوع من القيود إلى ضمان حالة التبعية الاقتصادية والتكنولوجية وذلك بمنع المتلقي من الاستفادة من التحسينات التي أدخلها على التكنولوجيا، والتي عن طريقها من الممكن أن يصل إلى مرحلة الاستقلالية التكنولوجية عن المورد، فيصبح للمتلقي قوة تكنولوجية محلية تمكنه من فتح أسواق جديدة بعيدة كل البعد عن دائرة سيطرة المورد ، الأمر الذي

1 - زينة غانم الصفار ، مرجع سابق ، ص 93

2 - إبراهيم قادم ، مرجع سابق، ص 243.

3 - السيد مصطفى أحمد أبو الخير ، مرجع سابق ص 425

4 - نصيرة بوجمعة سعدي ، مرجع سابق، ص 320.

يجعله منافسا محتملا للمورد ، فلهذا قطعاً للطريق يلزم المورد المتلقي برد كل التحسينات التي يصل إليها.

وقد قررت اللجنة الاقتصادية للمجموعة الأوروبية عدم قبول تبادل التحسينات من خلال الترخيص الاستثنائي ورأت أن شروط الرد قد تكون مقيدة للمنافسة في سوق يكون الاحتكار للأقلية ، وعلى عكس ذلك اتجهت التشريعات في الولايات المتحدة إلى اعتبار أن شروط رد التحسينات تعتبر امتداد تعسفي للاحتكار الممنوح بواسطة براءة الاختراع وتتوقف هذه الشروط على مدى تشجيعها للنشاط الخلاق وجعلها كل التحسينات ميسورة الحصول عليها<sup>1</sup>. مثل أن تأخذ الاتفاقيات شكل من أشكال التعاون الاقتصادي إذا كان هناك تبادل بين أطراف متكافئة أو قوة تفاوضية متقاربة<sup>2</sup>، إلا أن هذا الأمر يبدو منعدماً في العلاقة ما بين الدول النامية والشركات الكبرى نظراً للاختلال توازن القوى التفاوضية ما بين الأطراف.

### (3)- الشروط المقيدة للحق في المنازعة.

تسعى الشروط المقيدة للحق في المنازعة الحد من المسؤولية الناتجة عن ضمان التكنولوجيا محل العقد المبرم ما بين أطراف العقد .

ويمثل هذا الشرط خطورة كبيرة، لأن قبول المتلقي لشرط عدم المنازعة يجعله يقبل تكنولوجيا انقضت وسقطت في الدومين العام ويترتب عليه حرمانه من حق طبيعي هو البحث عن مدى صلاحية التكنولوجيا محل العقد وما إذا كان المقابل لها هو نظير حق احتكاري يتمتع بالحماية أو دفع مال باهظ مقابل شيء قد يكون ملكاً للجميع<sup>3</sup>.

وقد تناول التقنين الدولي للسلوك في مجال نقل التكنولوجيا في المادة الثانية من الفصل الرابع هذا الشرط ، فنص على أنه " يعتبر شرطاً مقيداً التزام الطرف المتلقي بالامتناع عن المطالبة بحقوق براءات الاختراع وغيرها من الوسائل الأخرى لحماية الاختراع عند حدوث نزاع بين الطرفين "

### ب- الشروط المقيدة للاستغلال التكنولوجي بعد الفترة العقدية.

لكي يضمن المورد احتكاره للتكنولوجيا يفرض على المتلقي شروطاً مقيدة سواء عند انتهاء العقد أو انتهاء المدة المقررة لحماية الملكية الصناعية وذلك نتيجة الاحتكار القانوني للمعرفة الفنية التي لديه.

1 - السيد مصطفى أحمد أبو خير ، مرجع سابق ، ص 419-420.

2 - إبراهيم قادم ، مرجع سابق ، ص 247.

3 - إبراهيم حمد عبد الرحمن الحميد ، مرجع سابق ص 73.

فمن المعلوم أن الالتزامات المفروضة على الطرفين تنتهي بانتهاء العقد أو بانقضاء المدة المقررة لحماية الملكية الصناعية ، مما يجعل أمر فرض الالتزامات على المتلقي أمرا مجحفا وتعسفيا ليس له أساس قانوني .

### (1) القيود المفروضة بعد انتهاء مدة العقد.

من المعروف أنه بمجرد انتهاء العقد تنتهي أي قيود أو التزامات تكون مفروضة على أحد طرفي العقد ، إلا أن المورد في كثير من الأحيان يسعى إلى إخضاع المتلقي من أجل الحد من استقلاله التكنولوجي لكي يبقى خاضعا خضوعا مطلقا لسياساته ، ولهذا يضمن في العقود شروطا تنتج آثارها بعد انتهاء الفترة العقدية.

وتمثل هذه الشروط خطورة كبيرة على متلقي التكنولوجيا حيث أنها قد تجبره على وقف عملية استغلال محل العقد بعد انقضائه، مما لا يجعل للمتلقي من خيار سوى طلب تجديد العقد وفقا لشروط أخرى مقابل أداء مالي جديد، أو التخلي عن المشروع

وأهم هذه الشروط شرط عدم استخدام المعلومات والمعارف الفنية المنقولة للمتلقي بمقتضى عقد نقل التكنولوجيا الذي انتهى مدته إلا بعد الحصول على ترخيص صريح من قبل المورد وإرجاع جميع الوثائق والمستندات الفنية المجسدة لهذه المعارف بمجرد انتهاء مدة العقد للمورد، وقد تكون هذه الشروط عامة أي تلزم المتلقي بالتوقف عن ممارسة أي نشاط إنتاجي أو صناعي مرتبط بمجال التكنولوجيا المنقولة بعد انتهاء العقد، وقد تكون نسبية أي التزام المتلقي بالحفاظ على سرية المعلومات والمعارف الفنية وعدم إطلاع الغير عليها، هذا الأمر الذي يجعل من المستحيل على المتلقي الاستمرار في استغلال التكنولوجيا بعد انتهاء العقد ، مما يعني أن المواد المخصصة والجهود المبذولة لاستخدامها في عملية الإنتاج والتسويق قد تم استثمارها بلا جدوى وبدون أي فائدة<sup>1</sup>، هذا الأمر الذي يجعل عقد نقل التكنولوجيا في ظل هذه الشروط ليس سوى عقد إيجار.

### (2) – القيود المفروضة بعد انقضاء الملكية الصناعية أو اختفاء الطابع السري للمعرفة الفنية.

يفقد محل التكنولوجيا قيمته الاقتصادية عند زوال الطابع السري للمحل أو انقضاء مدة براءة الاختراع التي كانت تحميه

وبعد انقضاء الملكية الصناعية أو اختفاء الطابع السري للمعرفة الفنية، فإنها تسقط في الدومين العام وتصبح مباحا للجميع ويترتب على ذلك إمكانية استغلالها دون أية شروط أو قيود، مما يعني سقوط الالتزامات المفروضة على الطرف المتلقي، وبالتالي فإن استمرار أداء المتلقي لالتزامه لا يستند إلى أي أساس قانوني<sup>2</sup> ، إلا أن الواقع يقرر عكس ذلك تماما ، حيث أن العقود وبالنظر لمدتها الطويلة في الغالب تتجاوز بحد كبير الفترة القانونية المقررة لحماية حقوق الملكية الصناعية أو للاعتراف بحقوق المورد على المعرفة الفنية الناتجة عن خبرته في مجال تكنولوجي معين، وبذلك تطول مدة التزامات

1 - إبراهيم قادم ، مرجع سابق ، ص 250

2 - وليد العوده الهمشري ، مرجع سابق ، ص 278.

المتلقي مما يعني استمرار القيود المالية والاقتصادية، ويظهر ذلك جليا في فرض تراخيص مجمعة على المتلقي حيث تؤدي للإطالة حالة التبعية من حيث انقضاء القيود والالتزامات المرتبطة ببراءة الاختراع الأصلي على شرط انتهاء أجل براءة اختراع<sup>1</sup> ، ويتضح أن هذا الشرط من الشروط المجحفة نظرا لأن المستورد يستطيع أن يستفيد من التكنولوجيا دون الحاجة إلى التعاقد والالتزام بدفع الإتاوات المفروضة عليه بدون وجه حق بعد أن أصبح المحل من الأموال الشائعة .

## الفرع الثاني : وظيفة الشروط المقيدة وأثارها على المشروعات المتلقية في الدول

### النامية:

لقد سبق أن رأينا من خلال ما تقدم مدى حرص المشروعات الموردة على النص على الشروط المقيدة في عقود نقل التكنولوجيا، لما لهذه الشروط من دور في الاحتفاظ بمزايا عديدة منها السيطرة على السوق من ناحية ومن ناحية أخرى رقابة المتلقي وضمان التبعية للمورد، ولهذا تقوم الشروط المقيدة بعدة وظائف هدفها تكريس السيطرة وتعظيم الربح.

مما لا شك فيه أن هذه الشروط تسبب خللا في موازين العلاقات بين الأطراف ، وذلك نتيجة الآثار المترتبة عنها، مما قد تؤدي إلى انعدام الفائدة المرجوة من العقد متجاوزة في ذلك المتلقي باعتباره الطرف الرئيس في العقد لتطال اقتصاد وتنمية البلد التي ينتمي إليها، ولهذا سيتم تقسيم المطلب إلى فرعين:

أولا-وظائف الشروط المقيدة ، ثانيا -الآثار المترتبة على الشروط المقيدة.

## الفرع الأول - وظائف الشروط المقيدة:

رأينا فيما سبق أن الشروط المقيدة تتعدد وتتنوع لكي تنسجم مع مصلحة وأهداف المشروعات الموردة للتكنولوجيا من أجل الانفراد بالسوق واحتكار المعرفة ، مما يضمن القضاء على أية منافسة محتملة من قبل المشروعات المتلقية وهذا بلا شك يأتي من خلال الوظائف التي تحققها هذه الشروط .

### أولا : الوظيفة الوقائية .

غالبا ما تهدف المشاريع الموردة للتكنولوجيا إلى الانفراد بالأسواق لكي يتم تعظيم الربح؛ لهذا تخشى من أية منافسة قد تقوم من جانب المتلقي وخصوصا إذا كانت له إمكانيات تؤهله من تبؤ الصدارة في السوق مثل توفر المواد الخام اللازمة للصناعة أو رخص الأيدي العاملة أو انخفاض الضرائب في بلده، ولذلك يضع المورد مجموعة من العراقيل التي تقضي على أية منافسة محتملة من قبل المتلقي ، وحصره في دائرة معينة لا يجوز تجاوزها.

1 - إبراهيم قادم ، مرجع سابق ، ص 253.



لهذا سعت الشركات الموردة للتكنولوجيا عن طريق فرض شروط مقيدة إلى تطبيق النمط الجديد للتقسيم الدولي للعمل من خلال قيامها بالمحافظة على توزيع حلقات السلسلة الإنتاجية والتي ستنقل بعض حلقاتها إلى الدول النامية دون أن يقصد بهذا النقل إنشاء اقتصاديات صناعية متكاملة البنية في هذه الدول ، وذلك لأن تكامل عناصر العملية الإنتاجية في هذه الحالة لا يتم على مستوى الدولة الواحدة بل يتم على مستوى العالم كله مما يؤدي إلى تقطيع أوصال هيكل الإنتاج الوطني في كل دولة نامية يستضيف جزء من هذه العملية الإنتاجية على أرضها ، فالعمليات الإنتاجية الصناعية المنقولة أحادية الحلقة التكنولوجية ، أي مقطوعة الروابط الأمامية والخلفية على السواء ومندمجة رأسياً باقتصاديات الدول المتقدمة<sup>1</sup>.

ومن ضمن الشروط الوقائية التي تهدف إلى منع المنافسة، شرط تحديد المجال الإقليمي والجغرافي للمتلقي الذي يسمح بالتواجد فيه خلال عمليات الإنتاج والتوزيع، حيث ساعد هذا الشرط على تقييد حرية المتلقي في الاستقلال التجاري والاقتصادي للمشروع، إضافة للشرط المتعلق بعمليات التصدير وحجم الإنتاج ونوعية المنتجات.

وقد ينص أيضاً في عقود نقل التكنولوجيا على التزام المتلقي بعدم الدخول في منافسة مع المورد سواء بشكل مباشر أو غير مباشر، مثل منع المتلقي من التعاقد مستقبلاً على تكنولوجيا منافسة للتكنولوجيا محل العقد.

### ثانياً : الوظيفة التبعية .

لقد تطورت وسائل السيطرة على الفائض الاقتصادي للشعوب وذلك باختلاف التطورات التي عرفتتها الرأسمالية، فمن التجارة في عهد الرأسمالية التجارية و استعمالها كأسواق، إلى الرأسمالية الصناعية و التوسع في التصنيع للسيطرة على السوق، إلى الرأسمالية المالية وتصدير رأس المال كهدف لتوسيع الأسواق، إلى عصر الثورة التكنولوجية الذي عزز موقع البلاد المتقدمة بسبب تفوقها التكنولوجي.

فصار الهدف الجديد يجمع الأهداف السابقة جميعاً، بحيث أن تعظيم الفائض الاقتصادي و توسيع الأسواق و ضمان مصادر المواد الخام و مصادر التراكم الرأسمالي أصبح بتحقيق احتكار التكنولوجي أو عبر السيطرة التبعية التكنولوجية<sup>2</sup>.

فالصناعات المقامة بمقتضى هذه العلاقات هي في الجوهر صناعات تابعة تكنولوجيا للمورد ، فهي لا تستند إلى قاعدة تكنولوجية محلية، و إنما تنقل هذه الصناعات و معها التكنولوجية الصناعية و منتجات التكنولوجية. الأمر الذي أدى إلى نشوء صناعة محلية بدون قاعدة و قدرة تكنولوجية وطنية مستقلة.

1 - عماد محمد الليثي ،دراسة في منهجة وإكساب التبادل الاقتصادي الدولي المعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة ،2002، ص 194.

2 - محمد حشماوي ، الاتجاهات الحديثة للتجارة الدولية في ظل العولمة ، رسالة دكتوراة ، جامعة الجزائر ،2006، ص 55

لذا يسعى موردو التكنولوجيا إلى فرض السيطرة والتبعية على المتلقي، وذلك بفرض قيود يصعب معها المحافظة على استقلالية المشروع في إدارته لشئونه ، ويعد شرط منع إجراء الدراسات والأبحاث لتطوير التكنولوجيا ، وملاءمتها لبيئة المتلقي إضافة إلى شرط التنازل على أية تجديلات وتحسينات دون مقابل من الشروط التي تكرر التبعية للمورد .

### ثالثا - الوظيفة التجارية :

تسعى الشروط المقيدة إلى إبقاء بعض النفوذ والسيطرة للمورد ليتم التدخل في شؤون إدارة مشروع المتلقي، لغرض التحكم في السوق وخلق احتكار حقيقي له ، مما يجعل المتلقي مجرد وكيل للمورد لا يستطيع إلا تنفيذ سياسته ، الأمر الذي يؤدي إلى انعدام القدرة التنافسية للمتلقي .

ولعل من أبرز الشروط التي تؤدي الوظيفة التجارية، هي الشروط المتعلقة بتحديد حجم وكمية ونوعية المنتج، إذ بها يستطيع المورد وضع حد أقصى للإنتاج أو أسعاره أو مجالات التوزيع وكذلك الشرط الذي يفرض رقابة على المنتج، عن طريق مراقبة الجودة إذ يقوم بوظيفة تجارية وهي تجنب المنافسة التي تظهر من قبل المتلقي ، إضافة إلى شرط الشراء الإجمالي ، الذي به يستطيع المورد إجبار المتلقي على شراء أدوات أو مواد خام تكون أساسا موجودة في سوقه وبأسعار أفضل ، وبذلك ترتفع أسعار التكنولوجيا ويضمن المورد مردودا مستمرا وعاليا بسبب وجود هكذا شرط .

### الفرع الثاني : أثر الشروط المقيدة على الدول النامية

تصيب الشروط المقيدة المتلقي بآثار ضارة سواء على مستوى المشروع أو على اقتصاد الدولة ككل ، مما يسبب خلافا في توازن العلاقات بين الطرفين ومن أبرز هذه الآثار هي :

#### أولا - عدم القدرة على توطين التكنولوجيا

غالبا ما يسعى المتلقي من خلال إبرامه لعقد نقل التكنولوجيا إلى أهداف منها مباشرة وهي الاستفادة التجارية والاقتصادية من المشروع المزمع إنشائه ، وأهداف غير مباشرة وهي نقل التكنولوجيا وتوطينها لكي يتم امتلاك ناصيتها وصياغتها وتطويرها وفقا للظروف والخصوصية الوطنية لكي يتم اللحاق بركب الحضارة والتقدم .

غير أن آثار الشروط المقيدة تأتي مخالفة للمقصد الذي يريده المتلقي ، وذلك بتكيله بشروط تجعله قابعا تحت المورد غير قادر على تحقيق استقلاليته التكنولوجية مما يجعل قدرته محصورة فقط في استعمال التكنولوجيا دون توطينها وتوليدها الأمر الذي يجعل الدول المتلقية للتكنولوجيا سوفا استهلاكية لمنتجات المورد من المعارف الفنية .

وهذا ما يفهم من إيراد شرط يمنع به المتلقي من البحث والتطوير للتكنولوجيا المنقولة للحد من قدرته على الابتكار والتجديد التكنولوجي من ناحية ، ومن ناحية أخرى يمنع القيام بعملية تكييف

التكنولوجيا وملاءمتها مع الظروف المحلية ، لأنه بدون البحث والتطوير يستحيل على المتلقي استيعاب التكنولوجيا وتطويرها فضلا عن اكتساب السيطرة عليها <sup>1</sup>

كذلك الشرط الذي يفرضه المورد بأن يكون له الحق في اختيار العاملين الذين يتولون عمليات الإنتاج بعد تدريبهم والدين يعتبرون العناصر الفعالة لتحقيق التمكن التكنولوجي في المشروعات المتلقية ، وهذا بلا شك يتوقف على اعتبارات محددة تبدأ في آلية الاختيار ، ودور المتلقي في هذا الاختيار ومدى انتماء هؤلاء العاملين للمشروع المتلقي ، إضافة إلى نوعية التدريب ومستواه <sup>2</sup>

## ثانيا - زيادة نفقة نقل التكنولوجيا

إن من العوامل الرئيسية وراء سعي الشركات الموردة للتكنولوجيا لإدراج الشروط المقيدة هي رغبتها في زيادة الفائض الاقتصادي لديها ، فيتم استغلال رغبات المشاريع المتلقية في الحصول على التكنولوجيا مقابل زيادة أعباء التكلفة التكنولوجية، الأمر الذي ينتج عنه إرهاق كاهل ميزانية الدولة من أجل الحصول على التكنولوجيا .

والنفقات التي يتحملها المتلقي من أجل الحصول على التكنولوجيا ليست قاصرة على المدفوعات المباشرة التي يتحصل بموجبها المتلقي على التكنولوجيا ، بل هناك أعباء غير منظورة والتي هي نتاج للشروط المقيدة <sup>3</sup>

## المبحث الثاني

### تغير الظروف التعاقدية

1 - إبراهيم قادم ، مرجع سابق ، ص 266

2 - وليد عودة الهمشري ، مرجع سابق ، ص 284

3- محمود عبد الفضيل ، النفط والمشكلات المعاصرة للتنمية العربية ، عالم المعرفة ، الكويت ، 1979 ، ص 40

من المعلوم أن عقود نقل التكنولوجيا من عقود المدة ، لاحتياجها لفترات زمنية لانجازها ، هذا الأمر الذي قد يعرضها إلى مجموعة من العراقيل التي قد تسبب في انهيار كامل لاقتصاديات العقد ، بسبب استحالة حالة دون التنفيذ " القوة القاهرة " أو أن يصاب هذا التوازن بالخلل نتيجة ظرف طارئ .

وقد عالج التشريع الليبي في نصوص قوانينه مسألة القوة القاهرة والظروف الطارئة ، ولكن ما مدى ملائمة هذه القوانين لعقود نقل التكنولوجيا ، هذا ما سيتم محاولة بحثه في هذا المبحث

## المطلب الأول

### القوة القاهرة

تعتبر القوة القاهرة من المفاهيم الراسخة في أغلب التشريعات الوطنية لما تمثله من ضرورة أكدها واقع الحال ، فقد لا يكاد يخلو تشريع من الإشارة إلى بعض من شروطها والآثار المترتبة عليها .

وإن كان مفهوم القوة القاهرة يمثل أهمية في العقود الداخلية لمعرفة العقبات التي تحول دون تنفيذ العقد ، فإن أهميتها تزداد في ظل عقود نقل التكنولوجيا من حيث أن احتمالية وقوع عراقيل تعرق التنفيذ أكبر في هذه العقود ، باعتبار الزمن مكون رئيسي من مكوناتها .

وقد صيغت القوة القاهرة في زمن لا يتسم بالتعقيد ولوقائع داخلية وعلاقات بسيطة فهل هذه الصياغة تحقق توازنا للعلاقة التعاقدية مابين المورد والمستورد في عقود نقل التكنولوجيا .

لذلك وفقا لهذا التساؤل سيقسم المطلب إلى فرعين نتعرض فيه \_ الفرع الأول إلى مدى ملائمة الشروط التقليدية للقوة القاهرة لعقود نقل التكنولوجيا ، ونتعرض في الفرع الثاني إلى الآثار المترتبة على القوة القاهرة وذلك لمعرفة مدى ملائمة المعالجة التقليدية للقوة القاهرة لواقع عقود نقل التكنولوجيا .

### الفرع الأول: مدى ملائمة الشروط التقليدية للقوة القاهرة لعقود نقل التكنولوجيا

سيتم تناول في هذا الفرع شروط القوة القاهرة التقليدية ومعرفة مدى الملائمة التي تحققها ، ثم سيتم التطرق إلى البديل الذي غالبا ما يلجأ إليه المتعاقدون ، وهو صياغة قوة القاهرة تلائم مصالح المتعاقدين .

### أولاً: شروط القوة القاهرة

لقد جرت أقلام الفقهاء لتبيان شروط القوة القاهرة ومعرفة ماهيتها ، ذلك لكونها من النظريات الخطيرة التي تهدد كيان العقد فيحل عليه الانفساخ ويعفى المدين من المسؤولية . و تتمثل هذه الشروط في ما يلي :

## 1- استقلال الحدث عن إرادة المدين .

يعتبر شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين من الشروط اللازم توافرها في القوة القاهرة ، لكونه يعكس مبدأ حسن النية ، إذ أنه من غير المنطقي أن يعفى الشخص من مسؤولية خطئه كان سببا في وجودها .

فإذا كان للمدين يد في حدوث القوة القاهرة سواء عمدا أو تقصيرا ، فلا ينقض الالتزام بل تتغير طريقة تنفيذه ، فيصبح واجب التنفيذ عن طريق التعويض بعد أن كان واجب على المدين الوفاء به عينا.<sup>1</sup>

فلهذا يجب ألا يكون الحادث الذي حال دون تنفيذ الالتزام هو نتيجة طبيعية لعمل المدين أو تقصير منه كما لو كان الحادث مثلا حاصلًا نتيجة لإدارته السيئة للمشروع أو تخمينه الخاطئ للشروط التي تستند عليها ظروف تنفيذ التزاماته بشكل اعتيادي .

وقد نص على هذا الشرط أغلب التشريعات، وجاء التعبير عنه بصيغ مختلفة، فقد عبر عنه القانون الليبي والمصري " بسبب أجنبي لا يد له فيه <sup>2</sup> ، في حين أستخدم المشرع الفرنسي استعمل عبارة "سبب أجنبي لا شأن لإرادة المدين فيه " في المادة "1147" من القانون المدني الفرنسي أما قانون الالتزامات الألماني فنص في المادة "275" بعبارة " أن لا يكون المدين قد تسبب في وقوع الاستحالة"<sup>3</sup>

وعلى غرار القوانين الوطنية يتنوع التعبير عن شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين في الشروط العامة والنموذجية التي أعدتها غرفة التجارة واتفاقيات التجارة الدولية، إذ يستعمل الشرط النموذجي الخاص بالقوة القاهرة عبارة " عائق مستقل عن إرادة المدين "، في حين تبنت مبادئ اليونيدرو تعبيراً هو " أن يفلت الحدث عن سيطرة الطرف المضرور " .

ومما تقدم يتضح أن أي حدث لكي يكتسب صفة القوة القاهرة يجب أن تتوافر فيه "شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين " ، إلا أن هناك العديد من الشروط التعاقدية التي نظمت شرط الخارجية فخففت من شدته فضبطت شرط الخارجية بمعيار المعقولة ، ليتم بذلك تجنيب الأطراف اللجوء إلى

1 - د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، المجلد الأول ، دار النهضة العربية القاهرة ، ص 966

2 - . المادة 168 ، 218 ، 360 ، 672 من القانون المدني الليبي ، والمواد 165 ، 215 ، 273 من القانون المدني المصري

3 صفاء تقي عبد النور العيسوي ، اثر القوة القاهرة على عقود التجارة الدولية ، دراسة مقارنة ، جامعة الموصل ، 2005 ، ص 18

المعيار المتشدد ، الذي يعني عدم مشاركة المدين في وقوع الحدث بأي شكل من الأشكال، أي أن يكون الحادث خارجا عن إرادته وعن النشاط الذي يمارسه<sup>1</sup>

ومثال على ذلك الشرط رقم (1066) من شروط الفيدك حيث نص على أنه " إذا وقع حادث خارج عن سيطرة الأطراف المعقولة تجعل تنفيذ التزامات المتعاقدين مستحيلا أو غير قانوني "

## أ- معيار الشرط

أختلف الفقهاء حول تحديد معيار " شرط استقلالية الحدث عن إرادة المدين " ما بين المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي .

فينظر أصحاب المعيار الشخصي إلى الجانب الشخصي للمتعاقد فيولون اهتماما بإرادة المدين ، فيجب أن لا يساهم المتعاقد بقصد أو بغير قصد في حدوث الاستحالة بأي حال من الأحوال، ويلقي هذا المعيار على المحكم أو القاضي عبء تحليل موقف المدين النفسي والسلوكي لمعرفة ما إذا كان له يد فيه في وقوع القوة القاهرة أو لا.<sup>2</sup>

ونظرا لصعوبة التي يثيرها الأخذ بهذا المعيار اتجه بعض الفقه إلى الأخذ بالمعيار الموضوعي في تقدير شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين ، ووفقا لهذا المعيار فإن الشرط المذكور يتحقق إذا كان الحدث ليس فقط بعيدا عن إرادة المدين وألا تشارك في وقوعه ، بل يجب أن يكون الحدث بعيدا عن دائرة عمله أو نشاطه.<sup>3</sup>

ويؤخذ على هذا المعيار التضييق إذ يقلل من حالات التخلص من المسؤولية<sup>4</sup> لذلك تميل أغلب التشريعات<sup>5</sup> واتفاقيات التجارة الدولية إلى الأخذ بالمعيار الشخصي<sup>6</sup>

و نتيجة لتبني المعيار الشخصي واعتماد الأسلوب المرن في صياغة شرط " استقلال الحدث عن إرادة المدين" يتم تجنب الكثير من الصعوبات التي يثيرها هذا الشرط.

1 - شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 209

2 - صفاء تقي الدين العيساوي ، مرجع سابق، ص 124

3 - عبد الوهاب بشكار ، القوة القاهرة وأثرها على عقود الاستثمار ، رسالة ماجستير جامعة الفاتح ، 2003 ، ص 103

4 - سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، ج2 ، الالتزامات ، الفعل الضار ، المسؤولية المدنية ، القسم الأول ، ص 490

5 - لقد تبني التشريع الليبي في المادة (168) والمادة (218) المعيار الشخصي حيث اشترطت المواد استقلال الحدث عن إرادة المدين وليس عن نشاطه

6 - تشير المادة (2-2-6) من مبادئ اليونيدروا إلى تبني المعيار الشخصي في تقدير شرط الخارجية " تتوافر حالة الأحداث الشاقة إذا وقعت ظروف تخل بتوازن العقد بشكل جوهري ...ج- أن تكون هذه الأحداث خارجة عن سيطرة الطرف الذي تعرض لها "

## ب- الصعوبات التي يثيرها شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين

يثير شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين العديد من الصعوبات للقضاة والمحكمين نظرا لصعوبة تقديره في بعض الحوادث وتتمثل هذه الصعوبات في الأتي :

### (1)- الأزمات السياسية

أصبح العالم في هذا الزمن يعج بالأزمات مابين الدول نتيجة لتشابك المصالح وتعقدها ، وهو ما قد يؤدي إلى خلق توترات تقضي في كثير من الأحيان إلى قيام حالة القوة القاهرة . لذلك فإن التساؤل الذي يطرح من هذا الجانب هل يتمسك المتعاقد بالقوة القاهرة لإعفائه من المسؤولية عندما يكون هو أحد أطراف الأزمة التي أدت إلى قيام حالة القوة القاهرة سواء أدت هذه الأزمة إلى حرب أو حصار اقتصادي على الدولة ؟

باستعراض شروط القوة القاهرة ومنها شرط الخارجية فإنه لا يحق للمتعاقد التمسك بالقوة القاهرة إذا كان له يد في وقوع الحادث ، لذلك لا يحق لصانع الأزمة التمسك بوجود حالة القوة القاهرة لعدم توافر شرط الخارجية .

وفي هذا الصدد جاء مشروع لجنة القانون الدولي حول مسؤولية الدول بنص بخصوص تقرير حالة القوة القاهرة في حالة الأزمات السياسية إذ تشترط (1- عدم المشروعية بواقعة في الدولة لعدم مطابقتها لالتزاماتها الدولية تستبعد إذا كانت هذه الواقعة قد نتجت عن حالة القوة القاهرة لا يمكن وقفها أو حدث خارجي غير متوقع أو غير ممكن السيطرة عليه . والذي يجعل تصرف الدولة مستحيلا بشكل يطابق التزاماتها 2- الفقرة (1) لا تنطبق إذا كانت الدولة المعينة قد أسهمت في حلول هذه الحالة في الاستحالة المادية)<sup>1</sup> .

وبحسب هذا النص فإن القوة القاهرة لا تنطبق على صانع الأزمة لكونه هو الذي أسهم في وقوعها ، بعكس الطرف المقابل الذي يستطيع التمسك بإعفائه من المسؤولية لكون الحدث خارجيا عنه .

ومما لا ريب فيه أن تطبيق قواعد القوة القاهرة بشأن الأزمات السياسية ، وإن كان لها معيار قانوني واضح ، إلا أنها تخضع في كثير من الأحيان إلى إرادة القوة السياسية الفاعلة والمؤثرة على الصعيد الدولي ، مما يجعل تحديد الطرف المسؤول عن إحداث الأزمة في يد تلك القوى .

### (2)- الإضراب

1 - بشار عدنان ملكاوي ، تأثير مبادئ العقد عند حلول أزمة سياسية ( مثال الشرق الأوسط منذ عام 1945 ) ، الطبعة الأولى ، عمان 2002 ص

الإضراب يقصد به امتناع مجموعة من العمال عن العمل امتناعا إراديا ومدبرا بقصد إذعان صاحب العمل لمطالبهم المتعلقة بظروف العمل وشروطه<sup>1</sup>.

وقد جاء قانون رقم 45 لسنة 1972 بتحريم الإضرابات والاعتصامات حيث ذكر في المادة 3 ( لا يجوز الالتجاء إلى الإضراب بأي صورة لحل المنازعات ، أو لتحقيق مطلب أو هدف معين ) . وبوجود هكذا نص يمنع القبول بفكرة الإضراب ناهيك عن الموافقة على تحمل نتائجها واعتبارها من القوة القاهرة ، إلا أن الأمر قد اختلف بصدد الإعلان الدستوري فقد قررت المادة 14 أنه ( تضمن الدولة حرية الرأي وحرية التعبير الفردي والجماعي، وحرية البحث العلمي، وحرية الاتصال، وحرية الصحافة ووسائل الإعلام والطباعة والنشر، وحرية التنقل، وحرية التجمع والتظاهر والاعتصام السلمي، وبما لا يتعارض مع القانون ). وبهذا القانون رقم 45 ملغي إلغاء ضمني لتعرضه مع المادة 14 من الإعلان الدستوري.

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى تثير حالة الإضراب، صعوبات حول تقدير شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين، لربط العلاقة ما بين الإضراب وصاحب المشروع وهل لرب العمل علاقة في حدوث الإضراب ؟ .

قد نظر القضاء الفرنسي في مسألة الإضراب ، محترضا كثيرا حول تقدير توافر شرط استقلال الشرط عن إرادة المدين ، فحلل حادث الإضراب بشكل متعمق لتقييمه إذا كان الحادث حالة من حالات القوة القاهرة<sup>2</sup> .

وقد اقتفى أغلب الفقه موقف القضاء الفرنسي ، فرأوا أن الإضراب إذا كان يستمد أسبابه من المشروع ولمسائل تتعلق بالعمال وعملهم داخل المشروع ، فهذا النوع من الإضراب يمنع صاحب المشروع من التمسك بالقوة القاهرة، لعدم توافر شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين ، أما إذا كان الإضراب مرتبطا بأسباب اقتصادية أو سياسية بعيدة عن المشروع . فهنا يستطيع صاحب المشروع إعفائه من التزاماته بسبب وقوع حدث لا يد له فيه<sup>3</sup>.

### (3) - عقود الدولة

ينظر إلى عقود الدولة بوصفها عقودا تختلف عن العقود التجارية العادية للاعتبارات القوية المتعلقة بالسياسة العامة التي قد تكمن وراء التعاقد الحكومي، سواء فيما يتعلق بمشاريع الاستثمار

1 - مصطفى أحمد أبو عمرو ، علاقات العمل الجماعية ، ( الإغلاق والتحكيم والوساطة والإضراب والمفاوضة في ضوء قانون العمل الجديد ، رقم 12 لسنة 2003 ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، 2005 ، ص 339

2 - عبد المنعم حسون عزوز ، شرط القوة القاهرة في العقود الدولية ، مقال منشور على الانترنت ،

<http://www.ao-academy.org/docs/index.php?fl=extrem%20power.doc>

3 - آية صالح حميد ، أثر القوة القاهرة على علاقات العمل الفردية، رسالة ماجستير ، جامعة الفاتح ، 2009 ، ص



الأجنبي المباشر أو الوظائف الاقتصادية الأخرى التي ترعاها الدولة، فكثيراً ما يدخل عنصر من قواعد القانون العام أو السلطة التقديرية للحكومة في التفاوض بشأن هذه العقود وإبرامها وتنفيذها أو إنهاؤها.

وغالبا ما يرتبط إنهاء عقود الدولة بتصورات متعلقة بالحاجة العامة. وقد يؤدي هذا إلى الأخذ بقواعد لتحديد الأضرار التي لا تستند بالكامل إلى الاعتبارات التجارية التي قد تنطبق على العقود العادية. ويمكن أيضا أن تختلف وسائل إنهاء العقد بين العقود التجارية العادية وعقود الدولة. فبينما يمكن إنهاء هذا العقد أو ذلك بسبب الإخلال بأحكامه، فإن العقود الحكومية كثيراً ما يتم إنهاؤها ، أو يصبح تنفيذها مستحيلاً إما كلياً أو جزئياً، بموجب إجراء تتخذه الدولة.<sup>1</sup>

وتجدر الإشارة أن التساؤل ينتفي إذا قام الأطراف بتنظيم هذه المسألة بنص صريح في العقد. كأن يدرج الأطراف صراحةً في العقد عمل الأمير ضمن حالات القوة القاهرة أياً كانت الجهة التي تصدره، وعندئذ تعتبر كل القرارات التي تتخذها الدولة مستقلة عنها وتمثل قوة القاهرة. أو قد يتفق الأطراف على إعفاء الدولة من أية مسؤولية تجاه الطرف الآخر يكون سببها عمل الأمير، ومن ذلك الشرط الذي اتفق فيه الأطراف على أنه: (لا يلتزم الأطراف بتعويض الخسائر أو الأضرار التي تنتج عن احترام المشتري أو البائع لكل النصوص والإجراءات التي يفرضها نص تشريعي أو لائحي صادر عن السلطة العامة)<sup>2</sup>.

ويجب التنويه إلى أن الشركات الأجنبية حريصة على إدراج شروط تعاقدية تهدف إلى تجميد القواعد التشريعية في الدولة المضيفة ، ويرجع حرص الشركات الأجنبية على إدراج هذه النوعية من الشروط إلى المخاوف التي تنتاب هذه الشركات من جراء المزايا السيادية التي تتمتع بها الدولة الطرف في العقد ، فالدولة بما تملك من سلطة تشريعية يمكنها تعديل أو تغيير تشريعها على النحو الذي يؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي الذي كان قائماً عند إبرام العقد .

أما إذا لم ينص العقد على تحديد طبيعة هذه التصرفات ، فإن القاضي سيواجه صعوبات في تقدير شرط استقلال الحدث عن إرادة الجهاز أو المشروع التابع للدولة ، كشرط من شروط اللزوم توافرها لإعفاء المشروع من المسؤولية المترتبة على عاتقه بسبب قيام حادث القوة القاهرة.<sup>3</sup>

هذا ويمكن القول أن المحكمين يمنحون الأولوية في الواقع في تحديد مدى توافر الاستقلال في القرارات التي تتخذها الدولة لوجود أو عدم وجود رقابة من قبل الدولة على هذه المشروعات ، فإذا كانت الرقابة كلية ، أي بمعنى إن الدولة هي التي تتولى رسم سياسة المشاريع وتحديد ميزانياتها

1 - مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية ، العقود الحكومية ، سلسلة دراسات الاونكتاد بشأن قضايا اتفاقات الاستثمار الدولية ، الأمم المتحدة ، نيويورك و جنيف 2004

2 - الفقرة (ج) من الشرط النموذجي الذي أعدته غرفة التجارة الدولية بخصوص القوة القاهرة والظروف الطارئة والتي تدرج تعداداً لما يعد قوة القاهرة وفقاً للفقرة الأولى من الشرط وتتضمن هذه الفقرة أعمال السلطات أياً كانت سواء مشروعة او غير مشروعة باستثناء تلك التي يتحمل المتعاقد مخاطرها وفقاً لنصوص أخرى في العقد

3 - شريف غانم ، مرجع سابق ، ص 299

وآلية إدارتها ، فمعنى ذلك أن المشروع ليس مستقلا عن الدولة<sup>1</sup> ، وبهذا يتمتع عليه التمسك بالقوة القاهرة لكونه يمثل شخصية قانونية واحدة اتجاه المتعاقد الآخر .

وتطبيق هذه الفكرة نجده في قرار التحكيم الصادر من المركز الدولي لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار بين شركة A.G.T.P وبين حكومة دولة الكونغو، حيث أكدت هيئة التحكيم أن المشروع العام والدولة لا يمثلان تجاه الغير إلا وحدة قانونية واحدة وتدخل السلطة العامة المرتبطة عضوياً بالوظيفة العادية للمشروع لا يشكل سبباً أجنبياً<sup>2</sup>.

أما في حالة عدم وجود رقابة على المشروع ، أو إذا لم تصل الرقابة إلى حد التأثير على القرارات الصادرة من الدولة ، كأن تسمح الدولة لهذه المشروعات بإبرام العقود وتحديد مضمونها بحرية واسعة، فإن قضاء التحكيم لا يتردد في قبول دفع هذه المشروعات بوجود شرط الاستقلال عن القرارات الصادرة من الدولة<sup>3</sup>.

ومثال على ذلك في قضية *Noc. Libyan sun\_oil* في هذه القضية تمسكت *sun\_oil* بالقرارات الصادرة من الحكومة الأمريكية والخاصة بالتأشيرات السفر والتنقل إلى ليبيا ، وكذلك القيود الجديدة التي فرضتها الحكومة ، وأنها تعد بالنسبة لها قوة القاهرة تعفيها من التزامها تجاه *NOC* . قبلت هيئة التحكيم هذا الدفع ورأت أن القرارات التي اتخذتها الحكومة الأمريكية لا تعتبر صادرة من شركة *Sun\_oil* بل تعد خارجة عنها<sup>4</sup>.

## 2- شرط عدم التوقع

يقصد بشرط عدم التوقع استبعاد كافة الظروف والأحداث التي تدخل في علم المدين أو إدراكه من دوائر الأسباب الأجنبية، بحيث يعرف إذا كان وقوع هذه الحوادث ستخلق استحالة أمام تنفيذ هذه الالتزامات أم لا،<sup>5</sup> و بذلك يمثل هذا الشرط الفاصل بين قدرة المتعاقد على تحاشي الحدث من خلال الاستعداد لمواجهة إذا كان متوقعا، أو عدم القدرة على ذلك .

وعلى الرغم من أهمية هذا الشرط إلا أنه لا يوجد في الأحكام العامة للقانون المدني ما يشير إلى وجوده ، وهذا لا يعني عدم الاعتداد به، ولكن يدخل في الاعتبار طالما أن المشرع لم يضع تحديدا صارما لمفهوم القوة القاهرة<sup>6</sup>. بخلاف بعض التشريعات التي حرصت على الإشارة لشرط عدم التوقع منها التشريعة العامة التي يطبقها القضاء الانجليزي حيث إشارة (كل ما ينشأ عن عارض غير متوقع ومجهول)، وكذلك الأمر أيضا في القانون المدني الألماني والقانون الخاص بالعقود

1 - حفيفة حداد، مرجع سابق ص109

2 - صفاء تقي نور الدين العيساوي ، مرجع سابق ،ص108

3 - شريف غانم ، مرجع سابق ص 303

4 - قرار التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية ، المجموعة الثالثة، 1985\_1995 رقم 555 ص 3

5 - آية صالح حميد ، مرجع سابق ، ص 77

6 - الحبيب جبودة ، القوة القاهرة بين القانون المدني الليبي وعقود الفيديك ،المجلة الجامعة -العدد السادس عشر -

المجلد الثاني -ابريل 2014، ص 8

الاقتصادية الدولية- فقد نصت المادة 1\293 من القانون رقم 5 - فبراير الخاص بالعقود الدولية على أن " تعتبر قوة القاهرة الظروف التي تعيق تنفيذ الالتزام إذا كانت غير متوقعة وقت إبرام العقد وإذا كان من المستحيل تخطيها باستخدام الوسائل المتعددة في التجارة الدولية <sup>1</sup>.

أما بخصوص مجال التجارة الدولية فقد نصت العديد من الاتفاقيات وأحكام التحكيم والعقود النموذجية على هذا الشرط . منها مبادئ اليونيدروا.من خلال المادة (7-1-7) حيث نصت بأن(القوة القاهرة كل ما لم يكن من المحتمل أو من المتوقع حصوله وقت إبرام العقد).

وأيضاً نصت اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع سنة 1980 على أنه (بيراً المتعاقد من التزامه إذا اثبت أنه ليس من الممكن أن ننتظر منه بشكل معقول أن يأخذ في اعتباره وقت إبرام العقد).

وكذلك الأمر في قضاء التحكيم الذي يؤكد في قراراته المختلفة على ضرورة توافر شرط عدم التوقع في الحدث ، ففي القرار الصادر في القضية رقم 1782 في عام 1972 ، فقد أشارت الهيئة إلى غياب شرط عدم التوقع في العقبات التي واجهها ممثلو إحدى الشركات الألمانية الذين يحملون الجنسية الإسرائيلية في الدخول إلى الدول العربية والوصول إلى المكان المحدد لتنفيذ العقد وقد جاء في القرار " وإن القرار العقبة عندما تكون متوقعة وقت إبرام العقد ، فعلى المدين اتخاذ كل الإجراءات والاحتياطات اللازمة لتجنبها وتخفيف أثارها والامتناع عن إبرام العقد وإيجاد حل له <sup>2</sup>.

### أ - معيار تقدير شرط عدم التوقع

لقد اختلفت الاتجاهات الفقهية في تحديد شرط عدم التوقع ، منهم من يرى أن المعيار يجب أن يكون شخصياً وذلك بقياس مدى قدرة الشخص على التوقع ، وآخرون رأوا أن يتم اعتماد المعيار الموضوعي، فينظر إلى الحدث مجرداً من الاعتبارات الشخصية .

### (1) المعيار الشخصي

يرى جانب من الفقه أن توقع الحدث من عدمه يجب أن يرجع فيه إلى معيار الشخص المتعاقد وظروفه الاجتماعية والاقتصادية فلا يجب أن يحمل الشخص أكثر مما يحتمل <sup>3</sup>.

وبناء على هذا لا يمكن القول بمعيار واحد تحدد به درجة التوقع ،ذلك نتيجة لاختلاف الناس في مراكزهم وتوقعاتهم ، فقدره التوقع لدى شركة متعددة الجنسيات بالطبع أكثر بكثير من قدرة تاجر صغير .

1 - شريف غانم ، المرجع السابق ، ص 231

2 - منشور في مجموعة قرارات غرفة التجارة الدولية ، باريس ، المجموعة الأولى

3 - رشوان حسن رشوان أحمد ، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد ، رسالة دكتوراه ، جامعة

القاهرة ، 1994 ، ص 439

وقد تبنى البند الأول من الشرط النموذجي للقوة القاهرة هذا المعيار حيث قرر أنه ( يعفى المتعاقد من المسؤولية إذا تبين أنه لم يستطع وقت التعاقد وبشكل معقول أن يأخذ في اعتباره الحدث ) وكذلك المادة (7-1-7) المتعلقة بعقود التجارة الدولية التي ذكرت أنه ( لكي يتم تجنب المسؤولية عن عدم التنفيذ يجب أن يثبت أنه ليس بإمكانه بشكل معقول أن يأخذ حدث القوة القاهرة في اعتباره وقت إبرام العقد ) .

وقد وجه إلى هذا المعيار العديد من الانتقادات منها أن هذا المعيار مرتبط بعدة عوامل فكرية ونفسية يصعب التحقق منها ، فلهذا يصعب على القاضي أو المحكم الوصول إلى الحقيقة باعتماده هذا المعيار<sup>1</sup>، وكذلك يترتب على الأخذ بهذا المعيار مخالفة المنطق القانوني الذي يقضي بتوحيد الأحكام الصادرة في الموضوع الواحد ، لا التميز بينها بحسب الصفات التي يتصف بها المتعاقد<sup>2</sup>.

## (2) – المعيار الموضوعي

نظرا للانتقادات التي وجهت إلى المعيار الشخصي رأى جانب آخر أنه يجب إن ينظر إلى الظروف المتعلقة بالعملية التعاقدية بغض النظر عن ظروف الأشخاص ، فيقوم المعيار الموضوعي على تجريد رابطة الالتزام من طرفيها وينظر إليها نظرة موضوعية<sup>3</sup>

وللمعيار الموضوعي الغلبة في قضاء التحكيم ، لكون هيأت التحكيم غالبا ما تتطلب قدرا من الاحتياط والعناية في توقع الحدث من جانب المتعاقد الذي يتمسك بالقوة القاهرة، ويعد المتعاقدون في ميدان التجارة الدولية أشخاص لهم خبرة و متمرسين في ميدان عملهم. ويفترض أنهم عالمون ومدركون للأخطار التي تصادفهم أثناء تنفيذهم التزاماتهم، لا سيما إذا كانت العقود التي تربطهم هي عقود تبادلية. لذلك، فإنه يرجح توقع الأطراف للحدث بناءً على قرينة التخصص المهني ما لم يتم إثبات العكس ، وهذا ما نص عليه قرار التحكيم رقم 5617 لسنة 1986 حيث أكد على أنه "يقاس عدم التوقع بوضع أحد الأشخاص في نفس ظروف المدين لمعرفة إذا كان من الممكن أن يأخذ في اعتباره الحدث وقت إبرام العقد<sup>4</sup>.

وقد تم توجيه النقد لهذا المعيار لعدم ايلائه أي نظر للجانب الشخصي للمتعاقد ، ذلك لكون هذا المعيار يقيم التوقع على قرينة موضوعية قد تبعد عن الواقع الأمر الذي يجعل الأمر مجرد مفروض فرضا<sup>5</sup>، فضلا عن ذلك فإن هذا المعيار فيه شدة في التطبيق وبذلك يقلل من حالات التبرؤ من المسؤولية .

## (2) الصعوبات التي يثيرها شرط عدم التوقع في ظل عقود نقل التكنولوجيا

1 - شريف غانم ،مرجع سابق ،ص 261

2 - رشوان حسن رشوان أحمد ، مرجع سابق ،ص 440

3 - آية صالح حميد ، مرجع سابق ، ص 77

4 - قرار غرفة التجارة الدولية رقم 5671 لسنة 1986 المجموعة الثالثة ، ص 537

5 - رشوان حسن رشوان حسن ، مرجع سابق ، ص 443

هناك فرق شاسع بين العقود الداخلية البسيطة وعقود نقل التكنولوجيا ، ذلك لأن عقود نقل التكنولوجيا من العقود المعقدة ، التي غالبا ما تعد عن طريق مفاوضين متمرسين في ميدان عملهم ، ومدركين للأخطار التي تصادفهم ، وفي كثير من الأحيان ما يعمل هذا الفريق تحت مؤسسة لا تكون محصورة في نطاق إقليمي محدود ، بل يمتد تواجدها في أقاليم عدة ، فضلا عن امتلاكها العديد من الوسائل المتطورة ، وبيوت الخبرة القادرة على رصد الأخطار ولو كانت النسبة لاحتمال حدوثها ضئيلة .

ونتيجة لهذا التطور الحادث في التقنيات والقدرات ، فإن أطراف العلاقة التعاقدية غالبا ما يتجهون للتخفيف من إطلاقية عدم التوقع ، بإضفاء وصف المعقولية عليه ليكون بذلك ملائما لهذه التطورات الحاصلة .

وتطبيقا لذلك نصت مبادئ اليونيدروا في المادة 7-1-7 على أنه ( يعفى المتعاقدون من المسؤولية عن عدم التنفيذ إذا أثبت أن عدم التنفيذ يعود إلى عائق من غير المعقول أن يدخله في حساباته وقت إبرام العقد " . فيكون الحدث غير متوقعا إذا لم يكن هنالك سبب خاص يجعلنا نعتقد أنه سيقع ) .

على أنه هناك بعض الشروط تتجه إلى هجر شرط عدم التوقع كشرط مستقل ، حيث يدخل ضمن شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين ، ومثال على ذلك الشرط الذي ينص على أنه ( في حالة وقوع أحداث مستقلة عن إرادة المدين وتؤدي إلى استحالة كلية أو جزئية في تنفيذ التزامات أحد المتعاقدين)<sup>1</sup> .

### 3 - شرط عدم إمكانية التجنب أو الدفع

يعد هذا الشرط من الشروط الأساسية التي تستلزمها طبيعة هذه الفكرة التي تقوم عليها القوة القاهرة التقليدية ، إذ لو كان بالإمكان تجنب العائق الذي يحول دون تنفيذ الالتزام لما كنا أمام قوة قاهرة ، ذلك لأن القوة القاهرة تعكس لنا فكرة التفوق على قدرات وإمكانيات الإنسان على أثر وقوع حادث لا مفر منه في كل تقدير .

وقد اعتبر هذا الشرط من الشروط الجوهرية ، إذ نصت المادة 672\2 من القانون المدني الليبي على " دون أن يكون في وسع أي إدارة يقظة غير مقصرة أن تتوقع حصوله أو أن تدرأ نتائجه"

ويتخذ مفهوم القدرة على الدفع في نطاق المسؤولية المدنية صور شتى ، فقد يكون بإمكان المدين أن يمنع وقوع الحدث وتفاذي النتائج الناجمة عنه بصورة مطلقة ، وقد يكون ليس بإمكانه إلا التقليل من مقدار الحدث والنتائج المترتبة عنه وذلك باتخاذ التدابير اللازمة لذلك<sup>2</sup> .

وقد ذهب بعض الفقه إلى أن مقاومة الحدث لا يكون بالهروب المادي فقط ، بل يتعداه ليشمل تعذر مقاومة الحدث بسبب الاستحالة الأدبية أيضا ، أي أنه من المستحيل على الشخص أن يتصرف بخلاف ما تصرف به<sup>1</sup> .

1 - شريف غانم ، مرجع سابق ص 246

2 - صفاء تقي عبد النور العيساوي ، مرجع سابق ، ص 78

وأختلف الفقه حول المعيار الذي يقاس به الجهد المبذول في تجنب وقوع الحدث ، فذهب جانب من الفقهاء إلى أن المعيار الذي يقاس به الجهد هو معيار شخصي ، حيث يتم النظر إلى ظروف المتعاقد ومدى إمكانية تجنب الحدث ، إذ ليس من العدل تكليف الشخص أكثر من المستطاع، ورأى جانب آخر من الفقهاء أن معيار تحديد الجهد المبذول يقاس بموضوعيه ، فينظر إلى الرجل المعتاد ، ومدى إمكانية تصدي للحدث في ظل ذات الظروف<sup>2</sup>.

ومن خلال التمعن في شرط عدم إمكانية الدفع، يتبين أن المعيار الذي يقاس به الشرط ، يتعين أن يكون معيارا شخصيا فلكل فرد إمكانية ووسائله وطاقته لتصدي ظرف ما ، فلو أن الشخص وجد في ظروف أكبر وكانت الإمكانيات متاحة لغيره ، فمن المجحف أن نلزمه بالتنفيذ استنادا إلى أن غيره كان بإمكانه التصدي للحدث .

### أ - شرط عدم إمكانية التجنب في قانون التجارة الدولية .

تؤكد أغلب اتفاقيات التجارة الدولية وأحكام التحكيم على ضرورة توافر شرط عدم إمكانية الدفع في الحدث المكون للقوة القاهرة ، فقد ذكرت اتفاقية اليونيدروا في المادة (7-1-7) أنه ( يعفى المتعاقد من مسؤولية التنفيذ إذا أثبت أن عدم التنفيذ يرجع إلى عائق لم يكن يستطيع تجنب وقوعه أو منعه أو التغلب على نتائجه )

كذلك الأمر في الشرط النموذجي للقوة القاهرة حيث يصف البند الأول من هذا الشرط بأنه " ما لم يمكن تجنبه أو تخطيه " .

تجدر الإشارة إلى أن قضاء التحكيم لم يغفل التأكيد على شرط عدم إمكانية الدفع في قراراته المختلفة ، ففي القرار الصادر من هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في القضية رقم (2142) لسنة 1974 نص على الأتي " أن التهديدات التي تحتج بها الشركة المدعى عليها ، للانتفاء مسؤوليتها عن عدم تسليم المنتجات البترولية ، لا تتوافر فيها شروط القوة القاهرة وذلك لغياب شرط عدم التوقع ، وشرط عدم إمكانية الدفع"<sup>3</sup>

وفي حكم آخر طالبت الشركة المدعية من الشركة المدعى عليها إكمال تنفيذ العقد ، فاحتجت الشركة المدعى عليها بأن هذه الأعمال تمثل بالنسبة لها قوة قاهرة يستحيل معها تنفيذ الالتزام، كما وافقت هيئة التحكيم على حجة الشركة المدعى عليها بوجود استحالة حقيقة أثناء الأعمال العدائية وبعدها ب 20 يوم . واعتبرت أن " الظروف التي تتواجد فيها الدولة نتيجة الأعمال العدائية ، بما فيها ردود الأفعال تجاه رعايا دولة المدعى عليها تخلق موقفا وفقا للتقدير المعقول ، يحمل تهديدات ضد أمن هؤلاء العمال وأمن أسرهم ، ومن ثم لا يمكن أن يجبروا على البقاء في هذه الدولة . ولم توافق الهيئة على وجود مثل هذه الاستحالة بعد عشرين يوما من انتهاء الأعمال العدائية ، ولم تر في

1 - عبد الوهاب بشكار ، مرجع سابق ، ص 96

2 - المرجع سابق ، ص 97

3 - قرار غرفة التجارة الدولية ، المجموعة الأولى ، ص 195، 197

صعوبات الحصول على التأشيرات التي تواجه هذه الشركة ولا الصعوبات المالية الناتجة من إلغاء الاعتماد المالي ما يشكل استحالة مطلقة في التنفيذ<sup>1</sup>.

ومن خلال استعراض هذه الاتفاقيات والقرارات اتضح أنه يجب أن يكون الحدث غير ممكن الدفع والتجنب ، لكي يكتسب وصف القوة القاهرة ، إلا أن واقع عقود التجارة الدولية قرض مرونة على هذا الشرط ، فغالبا ما يقوم الأطراف بصياغة شرط عدم إمكانية التجنب أو الدفع على نحو مرن ، مستخدمين عبارة " لا يمكن التغلب على الحدث باستخدام الجهود الممكنة " ومثال على ذلك الشرط الذي ينص على أنه " يمثل القوة القاهرة كل حدث أو ظرف لا يمكن للبائع أن يدفعه بشكل معقول "2.

ويصف أحد الفقهاء عبارة الجهود الممكنة المعقولة بأنها تتضمن مقارنة بين استخدام وسائل معقولة في دفع الحدث ، وأن العلاقة بين الوسائل والتكاليف علاقة وثيقة ، فكلما كانت الوسائل المستخدمة مهمة ومتقدمة كلما كانت التكاليف مرتفعة<sup>3</sup>.

ومن ثم فإن شرط عدم إمكانية التجنب أو الدفع يتبلور من خلاله فكرة استحالة التنفيذ، الذي يشكل أساس القوة القاهرة ، فإذا كان تأثير الحدث على المدين كبيرا إلى درجة لا يستطيع المدين تجنبه أو دفعه ، ومن ثم القيام بالتزامه، فإنه بلا ريب أن هذا الحدث يوصف بالقوة القاهرة .

## ب - الاستحالة

لقد نصت المادة (218) من القانون المدني على أنه " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام حكم عليه بالتعويض .... ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي " ويقصد بالاستحالة عدم إمكانية تنفيذ الالتزام لوجود حادث لا يمكن التغلب عليه مطلقا ، وأن هذا المانع لا يقوم بالنسبة إلى المدين وإنما بالنسبة لجميع الأفراد<sup>4</sup>.

يتطلب قضاء التحكيم، على غرار القضاء الوطني، أن يؤدي حدث القوة القاهرة إلى استحالة مطلقة في تنفيذ التزامات المدين كما تواترت قرارات التحكيم التجاري الدولي على رفض تطبيق أحكام نظرية القوة القاهرة في الحالات التي يتمكن فيها المدين من التوصل إلى حلٍ بديل يستطيع من خلاله تنفيذ التزاماته.

ومن القرارات التي اعتمد فيها قضاء التحكيم الاستحالة المطلقة في حدث القوة القاهرة ذلك الصادر في القضية رقم (3546) من هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية. وتتلخص وقائع هذه القضية في أن المدعي وهو مشترٍ لمواد خام قد طالب البائع بالتعويض عن عدم تنفيذ التزامه وتسليم جزء من الكمية المتعاقد عليها بعد انتهاء حرب أكتوبر 1973. وقد تمسك البائع المدعى عليه بالقوة القاهرة على أساس القول أن عمليات الزراعة توقفت حتى شهر آذار من عام 1974 بسبب حالة

1 - شريف غانم ، مرجع سابق ص 117،118

2 - صفاء تقي نور الدين العيساوي ، المرجع السابق ، ص120

3 - شريف غانم ، مرجع سابق ص120

4 - عبد الحي حجازي ، نظرية الاستحالة ، مجلة إدارة القضايا الحكومية اس7ع\2 القاهرة 1963ص166 .

الحرب. عليه، فإنه يتمتع بعذر عن عدم توريده الكمية المطلوبة من البضائع. كما أن قيامه بتوريد الكمية المطلوبة بالأسعار القديمة، مع وجود ارتفاع في الأثمان بشكل كبير جداً، يعني أنه سيبيع هذه الكمية بثالث تكلفة إنتاجها.

وقد رفضت هيئة التحكيم الدفوع التي تقدم بها المدين وجاء في قرارها: " الثابت في قناعتنا أن القوة القاهرة، في فترة الحرب، قد حالت دون الوفاء بالالتزام العقدي في الفترة من 10/8 وحتى 12/31 من عام 1973. وبناءً على ذلك، فإن مدة تنفيذ العقد قد امتدت، في هذه الحالة، لمدة شهرين. ولم يثبت أن القوة القاهرة قد منعت من التنفيذ خلال شهري كانون الثاني وشباط من عام 1974. . . كما أن ارتفاع أثمان البضاعة بشكل كبير جداً يجعل التنفيذ مرهقاً للمدين أو أكثر كلفة له. أي انه يؤدي إلى مجرد استحالة نسبية وليس استحالة مطلقة في تنفيذ الالتزام " (1).

فهئية التحكيم، في هذا القرار، قد أكدت على ضرورة توافر الاستحالة المطلقة كأثر يترتب على وقوع حدث القوة القاهرة.

ومن خلال ما تقدم اتضح أن هيئات التحكيم لكي تقرر إعفاء المدين من المسؤولية، يجب أن يكون هناك استحالة مطلقة حالت دون التنفيذ ، إلا أنه غالباً ما يتم التخفيف من الاستحالة المطلقة لكي تعطي مرونة ومثال على ذلك الشرط الوارد في مجموعة الشروط العامة رقم (574/أ) التي وضعتها اللجنة الاقتصادية الأوروبية، حيث عرف الشرط المذكور القوة القاهرة بأنها: " الأحداث التي تؤدي إلى استحالة نسبية (صعوبة) في تنفيذ العقد أو تلك التي تؤدي إلى إعاقة السريان العادي للعقد<sup>2</sup>.

ويتضح لنا من الشرط السابقة ، أنه ابتعد عن الاستحالة المطلقة التي يتطلبها المفهوم التقليدي للقوة القاهرة ، وإنما قد يكتفي الأطراف بمجرد عقبات في السريان العادي ، دون الحاجة إلى بدل جهد ونفقات كبيرة .

وتتعدد أنواع الاستحالة وذلك حسب الصور الذي يتخذها السبب المنشئ لها . وهذه الصور هي

## 1- الاستحالة المادية

تعتبر الاستحالة المادية من أكثر أنواع الاستحالة وقوعاً في واقع الحياة العملية . فالاستحالة هي التي تحول دون تنفيذ العقد لأنه تنصب على العين محل الالتزام<sup>3</sup>.

ويأخذ حكم الاستحالة المادية في التنفيذ الاستحالة المعنوية، كموت المتعاقد الذي يكون شخصه محل اعتبار، كالتعاقد مع فنين متخصصين في مجال عملهم<sup>4</sup>.

1 قرار غرفة التجارة الدولية ، المجموعة الأولى ، ص 86،104

2- صفاء تقي نور الدين العيساوي ، مرجع سابق ص124

3 - عبد المنعم حسون عزوز ، مرجع سابق

4 - عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص 965



بل أن مجرد الخوف من وقوع خطر يهدد النفس قد يجعل تنفيذ العقد مستحيلا على المهدد . وهذا ما قرره اللجنة القضائية في بريطانيا، عندما تم الاستغناء عن أحد العاملين في أحد البنوك في قسطنطينية . لتركه عمله خوفا على نفسه من أتباع أتاتورك لاعتقالهم له من قبل . وعرض الأمر على القضاء فقرر أنه لا يجوز حرمان المتعاقد مع البنك من أجره ، لأنه كان في استحالة معنوية حالت دون تنفيذ التزامه<sup>1</sup>

وفي قرار تحكيم أكدت هيئة التحكيم على وجود استحالة معنوية فقررت " الظروف التي تتواجد فيها الدولة نتيجة الأعمال العدائية ، بما فيها ردود الأفعال تجاه رعايا دولة المدعى عليها تخلق موقفا وفقا للتقدير المعقول يحمل تهديدات ضد أمن هؤلاء العمال وأمن أسرهم ، ومن ثم لا يمكن أن يجبروا على البقاء في هذه الدولة"<sup>2</sup>.

وقد تم تأكيد فيما سبق أن العوائق التي تمنع تنفيذ الالتزام تؤدي إلى قيام حالة القوة القاهرة ، ولكن الاستحالة لا تطرح إذا كنا أمام مثلثات ذلك لأنه لا هلاك في المثليات ، ويمكن أن يسلم بديل الشئ الهالك. ولكن ليس كذلك إذا كنا في تنفيذ مشروع ، لأنه يحتوي على خصائص معينة ومواصفات فنية وكفاءة تشغيل ومقومات جودة ، لا تتوفر إلا فيما يختص بصنعه مشروع هذا المتعاقد ، وهو الدافع لإبرام هذا العقد ، فلا يمكن استبدال مشروع بمشروع آخر ، لان التنفيذ بمادة بديلة تنطوي على مخالفة جوهرية تؤدي إلى فسخ العقد<sup>3</sup> .

## 2\_ الاستحالة القانونية

في كثير من الدول تتدخل السلطات في الحياة الاقتصادية ، فتضع تشريعات وضوابط على التعاملات ، الأمر الذي قد يؤدي في بعض الأحيان إلى نشوء استحالة قانونية . وهذا التدخل في الحياة الاقتصادية ليس قاصرا على الدول المتبعة النهج الاشتراكي ، بل أحيانا الدول الرأسمالية تتدخل في الحياة الاقتصادية لترتيب الاقتصاد الهيكلي للدولة بما يتلاءم مع المصلحة العامة<sup>4</sup>، وتحتل الاستحالة القانونية مجالا واسعا في عقود نقل التكنولوجيا لأنها دائما ما تكون النتيجة الفعلية لتدخل الدولة في الحياة الاقتصادية من خلال وضعها سياسة السوق لأغراض التبادل الدولي للسلع .

## 3\_ الاستحالة الاقتصادية

1 - رشوان أحمد رشوان ، مرجع سابق ، ص 479

2 - شريف غانم ، مرجع سابق ص 118

3 - عبد المنعم حسون عزوز ، مرجع سابق

4 - ومثال على ذلك ما حدث مع نهاية العام 2007م إثر عدم تمكن المقترضين في السوق العقاري من تسديد المبالغ المستحقة عليهم، وأخذت كبريات البنوك في الدول الرأسمالية تنهوى أمام إعصار هبوط أسعار الأسهم، الأمر الذي أوجب تدخل الحكومات للإسراع في استنقاذ ما يعرف بالسوق الحر

إن وراء أي عملية تعاقدية تجارية مآرب اقتصادية يسعى المتعاقدون إلى تحقيقها، ولكن ربما حلت أحوال تجعل من المستحيل تحقيق هذه الأهداف فنكون إزاء استحالة لأسباب اقتصادية نتيجة انعدام المصلحة المرجوة من التعاقد .

ونتيجة تعقد المسائل التجارية وتجاوزها الحدود الإقليمية متأثرة ومؤثرة في وضع الاقتصاد الدولي ، أصبح من الممكن الحديث عن مستوى اقتصادي عالمي متميز بألياته ومشكلاته وأفاق تصوره عن المستويات الوطنية<sup>1</sup> مما أدى إلى انعكاس على الأدوات القانونية فتغير من مفهومها وما تخضع له من قواعد<sup>2</sup> ، وما التطور الحاصل في مفهوم الاستحالة واحتوائها لنواحي الاقتصادية إلا نتيجة لاستجابة للمتغيرات العالمية لكي تلائم الظواهر المصاحبة لها .

هذا وتجدر الإشارة إلى أن بعض الفقه قصر الاستحالة على الاستحالة المادية ، لكون تغير الظروف الاقتصادية والمالية من الممكن أن يؤدي إلى زيادة في تكلفة تنفيذ الأداء ولكن لا تجعل التنفيذ مستحيلا بشكل مطلق<sup>3</sup> ، فلهذا وفقا لهذا الرأي فإن الظروف الاقتصادية لا ترقى إلى مرتبة القوة القاهرة ، حتى لو كانت هذه الظروف عبارة عن أزمة اقتصادية طاحنة<sup>4</sup> .

وهذا التفسير وأن كان مقبولا في وقت مضى إلا أنه غير مقبول في الوضع الحالي لأن حالة النظام التنافسي الشديد في ظل اقتصاد السوق ومفاجئات ظروف العولمة ، هذا قد يجعل الشركات في وضع مالي لا يمكن إصلاحه مما يؤدي في النهاية إلى إغلاق المؤسسة مما يتسبب بإفلاسها<sup>5</sup> .

وقد وجه انتقاد لهذا المعيار ، لأنه قد يؤدي إلى توسع في مفهوم القوة القاهرة مما قد يجعل تطبيقه غير مؤكد وغير مستقر في بعض الأحيان ، خاصة عندما يفتقر طرفا العقد إلى حسن النية في التعامل و اعتماده كوسيلة للتهرب من تنفيذ التزاماتهم ، ولهذا يجب تقييد الاستحالة الاقتصادية في ظروف معينة يستوجب تحديدها في العقد لكي لا يمكن استبعاد الاستحالة الاقتصادية بشكل كلي عند كافة الافتراضات وعدم اعتبارها سببا للإعفاء من المسؤولية<sup>6</sup> .

## ثانيا : صياغة القوة القاهرة التعاقدية .

لسلطان الإرادة مكان مهم في جميع العقود فالعقد شريعة المتعاقدين ، ولإطراف الحرية الكاملة في تحديد التزاماتهم التعاقدية والحقوق المترتبة على عقودهم ، وأهمية هذا المبدأ تتضاعف في

1 - يوسف حسن يوسف ،العولمة والاقتصاد الدولي ، الطبعة الأولى 2010 ، ص 104

2 - محمد إبراهيم موسى ، انعكاسات العولمة في عقود التجارة الدولية ، دار الجامعة الجديد ، مصر 2007

3 - شريف غانم ، مرجع سابق ، ص 104

4 - عبد الحكيم فودة ، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية ، منشأة المعارف الإسكندرية ،

1999 ، ص 493

5 - عبد المنعم حسون عزوز ، مرجع سابق

6 - المرجع السابق

العقود الدولية ف " كل الأنظمة أيا كانت تطبق مبدأ سلطان الإرادة فيما يتعلق بالعقود الدولية ويظهر هذا المبدأ على أنه مبدأ عالمي في هذه الأنظمة حتى لو لم يكن له دائما نفس المعنى ونفس التطبيق "1

وتجدر الإشارة إلى أن المحكمين يظلون ملتزمين بما تقدم، وان كان القانون الواجب التطبيق ينظم هذا الأمر. إذ أنهم لن يكونوا بحاجة إلى اللجوء إلى هذا القانون وتطبيقه طالما وجد نص تعاقدي واضح، وهذا ما يعكس، في الواقع، أهمية الدور الذي تؤديه الحرية التعاقدية في ميدان التجارة الدولية .

وقد اهتمت بعض النصوص القانونية، وطنية، ودولية، وتلك المتعلقة بالتحكيم بتنظيم ما تقدم صراحة و من ذلك قانون التحكيم المصري رقم 37 لسنة 1994. إذ تنص الفقرة الثالثة من المادة (39) على أنه: (يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة). الفقرة الثالثة من المادة (31) من قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1976 على أنه (وفي جميع الأحوال، تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لشروط العقد، وبمراعاة الأعراف التجارية السارية على المعاملة). وتتبنى الموقف ذاته الفقرة الثانية من المادة (17) من اللائحة الجديدة لغرفة التجارة الدولية بباريس، والفقرة الثالثة من المادة (33) من لائحة التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (اليونسترال). إذ أن المادتين كلتيهما تلزمان المحكم باحترام الشروط التعاقدية، فقد ورد النص موحداً في كلا المادتين على أنه: ( في جميع الحالات فإن المحكم سيأخذ في اعتباره الشروط العقدية وعادات التجارة الدولية ).

تعتبر عقود نقل التكنولوجيا ليست استثناء على ما تقدم، فلأطراف الحرية الكاملة في الاتفاق على أي شرط يحقق مصالحهم ، شرط ألا يكون مخالفا للنظام العام ، فهذا ليس غريباً أن يضمن الأطراف في عقودهم شرط القوة القاهرة ، بما يحقق توازن العلاقات بين الأطراف ، ذلك لمواجهة المسائل المثارة والناجمة عن الانقلاب الاقتصادي . ذلك لأن القوة القاهرة كما استقرت في الفقه والقضاء لا تستوعب الحالات ذات الطابع الاقتصادي والتكنولوجي بمستجداتها مما يجعل أمر تطبيقها في العقد الدولي لنقل التكنولوجيا عسيراً<sup>2</sup>.

فلهذا أحلت القوة القاهرة التعاقدية في عقود نقل التكنولوجيا محل القوة القاهرة التقليدية ، معبرة عن إرادة الأطراف في كيفية إدارة العقبات التي تعترض العقد الدولي ، محققة بذلك توازناً بين أطراف العلاقة التعاقدية ، إذا كان المفاوض عالماً بكيفية صياغة هكذا عقود ، ولأطراف العلاقة التعاقدية الحرية في اختيار الصيغة التي تلائمهم حسب تقديرهم ظروف تنفيذ التزامهم .

## 1 : الشرط ذات التعريف العام " الطريقة اللاتينية "

1 قرار التحكيم الصادر في قضية التحكيم توبكوا كلاسياتيك ضد الحكومة الليبية ،سنة 1977  
2 د . محمود الكيلاني، مرجع سابق ، ص 398 . وقد ذكر الكاتب مثلاً عن المستجدات التي قد تحدث : بأنه قد يتم إعلان حظراً أو تحذيراً عالمياً ضد منتج الشركة لأسباب تتعلق بالأمن أو الصحة ، وصدر هذا الحظر بعد أن اكتشفت خطورة المنتج على الأمن والصحة . ففي هذا المثال لم يكن الحادث متوقفاً وليس بالإمكان دفعه .

إن المقصود بالشرط العام هو أن يأتي المتعاقدین بتعريف عام للقوة القاهرة وذكر خصائصها وشروطها، ووفقاً لطريقة التعريف العام للقوة القاهرة قد يستعير الأطراف التعريف الضروري لها من النظام القانوني الوطني الواجب التطبيق على العقد، أو من أي نظام قانوني آخر.

ومن الفقه من يؤكد على ما تقدم بقوله: (ولا يزال عدد من الشروط توضع على غرار القوانين الوطنية التي لها مكانها في التجارة الدولية، وبصفة خاصة في الدول الأوربية)<sup>1</sup>.

وينبغي للمحافظة على توازن العقدي عدم إعطاء تعريف للقوة القاهرة ذات ميل لطرف واحد، فيجب أن يأخذ في الاعتبار الظروف التي تعرقل تنفيذ الالتزام كافة، إلا أنه من الملاحظ في نماذج العقود الجاهزة، أن هذه الصياغة دائماً تكون لمصلحة المجهز. ومثال على ذلك الشرط التالي "تعتبر حالة من حالات القوة القاهرة كل الحوادث مهما كانت طبيعتها، خارج السيطرة المعقولة للبائع ذات طبيعة تعوق أو تؤخر تنفيذ العقد"<sup>2</sup>.

والأمثلة على هذا الشرط عديدة منها الشرط الذي ينص على أن القوة القاهرة هي "كل الأحداث المستقلة عن إرادة الأطراف وغير متوقعة وغير المتجنب وقوعها وتحدث أثناء تنفيذ العقد وتعوق التنفيذ الكلي أو الجزئي للالتزامات الناجمة عن هذا العقد" وأيضاً الشرط الذي ينص على أن القوة القاهرة هي (كل واقعة مستقلة عن خطأ أو فعل الأطراف تجعل بطريقة غير متوقعة تنفيذ الالتزامات العقدية مستحيلًا مع استبعاد الوقائع التي تجعل هذا التنفيذ أكثر صعوبة)<sup>3</sup>.

ويتميز هذا الشرط بسهولة صياغته وعموميته وتجريده حيث يقدم معياراً محدداً للقول بمدى توافر القوة القاهرة من عدمها، فمن الصعب أن يتنبأ الإنسان بكل العراقيل التي تعوق تنفيذ العقد. فلهذا من الأفضل أن يؤتى بمعيار عام لتحديد المعوقات التي بحدوثها تتوافر القوة القاهرة<sup>4</sup>.

ولما لهذا الشرط من ميزات إلا أنه لا يكاد يخلو من انتقادات وجهت إليه، حيث أن مهمة الفصل في وجود العناصر المكونة للقوة القاهرة من وسائل الواقع التي تحتاج إلى التحليل عميق. وقد يثار الخلاف بين الأطراف في مدى توافر الشروط مجتمعة أو لا، وخصوصاً أن هذه الشروط تقاس بأكثر من معيار، ومن المعروف أن موقف القضاء الدولي ليس موحدًا ولكل نظريته التي يستند عليها في تقييم القوة القاهرة، فهذا الأمر قد يؤدي إلى التوصل إلى أحكام لا تتوافق مع توقعات الأطراف وإرادتهم<sup>5</sup>.

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن تطبيق الشرط ذات التعريف العام يؤدي إلى التضيق من نطاق حالات القوة القاهرة، ذلك لكون القضاء والتحكيم غالباً ما يتم تطبيق شرط القوة القاهرة على نحو متشدد، ولكن في كثير من الأحيان ما يتدخل أصحاب العلاقة التعاقدية لإعطاء مرونة لشرط القوة القاهرة وذلك عن طريق استبعادهم أحد عناصر القوة القاهرة أو التخفيف من شدة بعض الشروط.

1 - صفاء تقي نور الدين العيساوي، مرجع سابق ص 114

2 - عبد المنعم حسون عزوز، مرجع سابق

3 - شريف غانم، مرجع سابق ص 202

4 - المرجع السابق ص 204

5 - صفاء تقي نور الدين العيساوي ص 116

## 2 - شرط يعدد حالات القوة القاهرة (( الطريقة الأنجلوسكسونية ))<sup>\*1</sup>

يقصد بهذا الشرط أن يتفق الأطراف على الأحداث والظروف التي تعد من وجهة نظرهم قوة القاهرة، وإن لم تكن كذلك من الناحية الواقعية لكونها لم تتوافر فيها شروط القوة القاهرة .  
ففي الماضي لم تكن بعض الموانع معتمدة كحالة من حالات القوة القاهرة، كالإضراب في الدول الاشتراكية الذي لم يكن يعتبر من الظروف غير المتوقعة، لذلك يقوم أطراف العقد، بتحديد الأحداث التي تعتبر وفقاً لوجهة نظرهم قوة القاهرة تفادياً لأي عائق قد يحدث.<sup>2</sup>  
وفي حين أخر قد يقوم الأطراف بتحديد الأحداث التي لا تعتبر وفقاً لوجهة نظرهم قوة القاهرة وعندئذٍ تعتبر جميع الأحداث والظروف التي تتوافر فيها الشروط العامة للقوة القاهرة (استقلال الحدث عن إرادة المدين وعدم التوقع واستحالة الدفع)، قوة القاهرة باستثناء الأحداث التي اتفقوا على عدم اعتبارها كذلك . وقد يجمع العقد بين الأمرين معاً، ما ورد في نموذج العقد الذي وضعته غرفة التجارة الدولية والذي سرد فيه ما يعتبره قوة القاهرة ، وما لا يعتبره قوة القاهرة .<sup>3</sup>  
والجدير بالذكر أن طبيعة الأحداث والوقائع التي يدرجها الأطراف يختلف من عقد لأخر، وذلك لاختلاف العقود فيما يشكل لها قوة القاهرة.

والأمثلة على شرط الذي يعدد حالات القوة القاهرة كثيرة منها الشرط الذي يحدد مفهوم القوة القاهرة بأنها " الحرب سواء العلنية أولاً، الثورة، الغزو، التمرد، الشغب، المظاهرات المدنية، العنف الشديد، التخريب، الانفجار، الحريق، العاصفة، الرياح، الفيضان، فرض حظر استيراد مواد اتفقت الشركة المتعاقدة على استيرادها من الخارج، أي عمل من حكومة أجنبية يؤثر على استيراد تجهيزات أو مواد لازمة لتنفيذ العقد"<sup>4</sup>.

ويحتوي نموذج عقد تسليم مفتاح الذي وضعته غرفة التجارة الدولية، على تعداد طويل للحوادث التي تعتبر من قبيل القوة القاهرة، مثل الحرب والتخريب والمصادرة والتأميم والإضراب واستحالة الحصول على الطاقة أو المادة الأولية.<sup>5</sup>

وقد تم تفادي في هذا التعريف النقد الموجه إلى التعريف العام حيث يساهل الأمر على القضاء لإصدار الأحكام دون النظر هل الواقعة تؤدي إلى قيام حالة القوة القاهرة ام لا .

وإزاء هذه الميزة متقدمة الذكر .فقد انتقدت هذه الطريقة لكونها لا تسوي النزاعات بشكل عادل لأنه إذا ظهرت أحداث خلاف التي تم ذكرها في العقد فيؤدي ذلك إلى الضن بأن إغفالها كان المقصود منه استبعادها ، ولذلك فقد حذرت اليونيدروا إلى هذا الشرط حيث ذكرت : "إن شرط القوة القاهرة جاء يحمي الأطراف من المتطلبات عن التقصير في الوفاء بالالتزامات التعاقدية بفعل القضاء والقدر ، وهو على جانب كبير من الأهمية وتزداد هذه الأهمية عندما يكون موضوع العقد تكنولوجيا متطورة أو مركبة ، ويكون عدم التسليم أو التوريدات المتأخرة للبيانات الهندسية أو توريد الآلات

\* سميت هذه الطريقة بالطريقة الأنجلوسكسونية لأن القضاء الإنجليزي يرغب بالتقيد الحرفي بما عبرت عنه إرادة الأطراف في العقود دون البحث في النية الباطنية للأطراف

2 - الياس ناصيف ، مرجع سابق ، ص 188

3 - المرجع سابق ص 189

4 - شريف غانم ، مرجع سابق ، ص 216

5- صفاء تقي نور الدين العيساوي ، ص 126

راجعا إلى مثل هذه الأسباب لذا يجب ضمان عدم النص على هذا الشرط حتى لا يتمكن المورد على أساسه من دفع المسؤولية إذا تأخر في التنفيذ متذرا بأسباب كان يمكنه توقعها أو كان له بعض التحكم فيها<sup>1</sup>

### 3- الشرط المختلط .

لتفادي الانتقادات الموجه لكلا الشرطين، يعتمد الأطراف وضع تعريف عام للقوة القاهرة مع ذكر أمثلة توضيحية لحالات القوة القاهرة .

والمثال على ذلك الشرط الذي ينص على أنه " لا يترتب أي حق على إخفاق الشركة في تنفيذ أي حكم من أحكام هذا العقد، كما لا يعد ذلك خرقا لهذا العقد إذا تبين أن ذلك قد تسبب عن قوة القاهرة أي عن قضاء وقدر أو حرب أهلية أو فتنة أو إضراب العمال أو عن أي حادث آخر غير متوقع وخارج إرادة الشركة"<sup>2</sup>

ويعد صياغة تعريف للقوة القاهرة باعتماد طريقة التعريف المختلط ، الأكثر استعمالا في عقود التجارة الدولية ، وذلك لتفاديها الانتقادات التي وجهت للطريقتين ، والأخذ بميزات كلتا الطريقتين<sup>3</sup>.

ويجب التنويه أخير أن شرط القوة القاهرة من الشروط الخطيرة التي تؤثر تأثيرا مباشرا على العقد ، لذا يجب أن يخضع للتقييم الدقيق عند التفاوض ، ومن ثم يجب أن يصاغ بحذر بحيث يساعد على الحفاظ على التوازن العقدي بين المتعاقدين ، وهذا الأمر متوقف على القوة والتأثير التفاوضي التي يتمتع بها أطراف العقد .

### الفرع الثاني : الآثار المترتبة على القوة القاهرة

من خلال ما تقدم في الفرع السابق تبين أنه يوجد اختلاف ما بين مفهوم القوة القاهرة التقليدية، والقوة القاهرة الحديثة ، نتيجة لاختلاف العقود الدولية عن الوطنية ، الأمر الذي جعل أطراف العلاقة التعاقدية في كثير من العقود الدولية يصغون مفهوم للقوة القاهرة يكون قادرا على تخفيف الأخطار حال وقوعها .

ورغم هذا الاختلاف إلا أنه هنالك قاسم مشترك ما بين القوة القاهرة التعاقدية والقوة القاهرة الحديثة ، وهو في حالة ما كانت هنالك استحالة مطلقة في تنفيذ العقد فإن كلا القوتين تؤدي إلى انفساخ العقد ، ولكن الأمر مختلف في حالة الاستحالة المؤقتة فلكل من القوتين طريقتهما في معالجة الاستحالة المؤقتة .

1 - د .محمود الكيلاني ، مرجع سابق ، ص 401

2 - البند 24 من عقد الامتياز النموذجي المرفق بقانون البترول رقم 25 لسنة 1955

3 - صفاء تقي نور الدين العيساوي ، مرجع سابق ، ص 130

## أولاً : الوقف

يعد الوقف من النظم التي استحدثها القضاء لخلق حل للاستحالة المؤقتة، وذلك لتفادي انفساخ العقد والمحافظة على استمرارية العلاقة لحين زوال العائق الذي يحول دون التنفيذ .

وإذا كان عدد قليل من التشريعات التي تأخذ بوقف العقد فإن الأمر على خلاف ذلك في العقود الدولية<sup>1</sup> وقد عبر عن ذلك أحد فقهاء قانون التجارة الدولية حيث ذكر ( أن النظرية التقليدية للقوة القاهرة تسمح بوقف تنفيذ العقد في حالة الاستحالة المؤقتة ، إلا أن هذا الفرض ليس إلا حالة خاصة ويمكن أن تكون استثنائية ، وقد تحول هذا الاستثناء إلى قاعدة من قواعد عقود التجارة الدولية)<sup>2</sup>

وتكمن أهمية الوقف أنه يعيد التوازن والتكافؤ ويوجد درجة من التناسب بين الاستحالة والأثر المترتب عنها ، لكون الاستحالة غالباً تؤدي إلى انفساخ العقد ، وهذا الأمر يترتب ضرراً للمتعاقدين وخصوصاً في مجال نقل التكنولوجيا ، حيث أن عقود نقل التكنولوجيا من العقود التنموية المرتبطة باقتصاديات الدولة ، لهذا فإن محاسن تعليق العقد على فسخه هو أن إبرام عقد جديد يتطلب الوقت والدخول في مفاوضات جديدة وما إلى ذلك من زيادة المصاريف على كاهل الدولة وقد لا يتم التحصل على شروط ملائمة للتعاقد ، فلهذا يفضل تعليق التعاقد على فسخه .

### 1: شروط وقف عقد نقل التكنولوجيا أثناء القوة القاهرة

يشترط لوقف تنفيذ عقد نقل التكنولوجيا أن تتوافر عدة شروط وهي ، أن تكون هنالك استحالة مؤقتة وأن يكون التنفيذ مجدياً

#### أ- استحالة مؤقتة.

من المعلوم بدهاءة أنه إذا حلت استحالة مطلقة أثناء سريان العقد ، فإنه لا سبيل إلا انفساخ العقد ، ذلك لأن محل الالتزام يتلاشى ولا أمل في استمرار العقد ، فلهذا يجب لكي نعمل الوقف أن تتوافر استحالة وقتية، والتي تعني إمكانية زوال عائق الذي يحول دون التنفيذ . إلا أنه ليس ضرورياً أن يكون هناك ارتباط بين الاستحالة المؤقتة والوقف ، ففي بعض الحالات قد تؤدي الاستحالة المؤقتة إلى فسخ العقد ، إذا كان التنفيذ غير مجدياً ، أو أن الاستحالة قد استمرت ما بعد انقضاء التي يكون خلالها التنفيذ مجدياً<sup>3</sup> .

1 - تنظم مبادئ اليونيدروا الوقف، إذ تنص المادة (7-1-2/7) منها على انه: (إذا كان العائق مؤقتاً فحسب، فإن الإغفاء يظل منتجاً لأثره خلال مدة معقولة، يراعى فيها أثر العائق على تنفيذ العقد)

2 - شريف غانم مرجع سابق ، ص 316

3 - عبد الوهاب الرومي ، مرجع سابق ، ص 772

كما أن ظروف التعاقد قد تدفع إلى اعتبار الاستحالة نهائية أو مؤقتة، ففي قضية عرضت على القضاء الفرنسي تعاقدت إحدى الشركات على استيراد كمية من حامض الكبريتيك من شركة أخرى لمدة خمس سنوات ابتداءً من 1913/2/6، استمر تنفيذ العقد على نحو مرضٍ حتى بداية عام 1915، حيث حالت الحرب واعتداء الأعداء واحتلالهم أراضي تقع من ضمنها مصانع الشركة المصدرة دون قيام الأخيرة بتنفيذ التزاماتها، فأخطرت الشركة المستوردة بنيتها في وقف تنفيذ العقد والاحتفاظ بما لديها من مخزون من حامض الكبريتيك لاحتياجات السلطة العسكرية في البلاد. فنشب نزاع بين الشركتين رفع إلى القضاء فأجابت المحكمة الشركة المصدرة إلى طلباتها استناداً إلى ظروف التعاقد التي تقضي بوقف تنفيذ العقد مراعاةً للمصلحة العليا المتعلقة بالدفاع المدني ريثما تزول حالة الحرب<sup>1</sup>.

## ب- أن يكون الوقف محددًا نسبيًا والتنفيذ مجديًا

أن الباعث الحقيقي وراء وقف عقد نقل التكنولوجيا هو المحافظة عليه وحمايته من التهديدات التي تحيق به، نظراً للأهمية الذي يمثله هذا العقد سواء للمتلقى أو المصدر.

وإن كانت القاعدة في العقود الدولية أصبحت أن الأثر المترتب على القوة القاهرة هو الوقف نظراً لملاءمته لواقع هذه العقود إلا أن وقف العقد يجب أن يخضع إلى الوقت المعقول منطقيًا، ويعني ذلك ألا تستمر فترة الوقف إلى مدة لا حدود لها التي تضيع الفائدة المرجوة من العقد، لذلك يجب أن تقتصر إمكانية وقف تنفيذ العقد بمدة محددة<sup>2</sup>

## 2- أحكام الوقف

إن الالتزامات المترتبة على العقد في حالة القوة القاهرة المؤقتة تسكن لفترة من الزمن لوجود عائق حال دون التنفيذ، ولكن بعد زوال هذا العائق تعود الالتزامات للحركة من جديد. فلهذا الوقف يرتب التزامات من نوع آخر تهدف إلى ضمان التنفيذ في المستقبل، فالوقف مرتبط بجذواه، فإذا كان وقت الوقف طويلًا وتضيع الغاية المرجوة من العقد. فإنه يفضل فسخه على استمراره بدون فائدة.

عليه، سيتم تناول الالتزامات المترتبة عن وقف تنفيذ العقد الفقرة الأولى. ونهاية وقف تنفيذ العقد في الفقرة الثانية.

## أ- الالتزامات المترتبة على وقف عقد نقل التكنولوجيا

لما كان وقف تنفيذ عقد نقل التكنولوجيا يهدف إلى الإبقاء على العقد والمحافظة على الالتزامات الموقوفة، فإن الوقف يلقي على عاتق المورد والمتلقي التزامين من أجل إعادة الالتزامات إلى النفاذ.

<sup>1</sup> محسن شفيق، نظرية الحرب كقوة القاهرة، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة العاشرة ص36.

<sup>2</sup> - عبد المنعم محسن عزوز، مرجع سابق



## 1- المحافظة على العقد

قد ذكرنا سابقا أن وقف العقد لا يعني انتهائه ، بل هو فقط في حالة سكون ، فلهذا يفرض على المتعاقدين التزامات تحفظية هدفها المحافظة على الرابطة العقدية حتى يكون لها فاعليتها الكاملة عند استئناف العقد وضمن تنفيذه في المستقبل.

ولهذه الالتزامات جانبان جانب سلبي يتمثل في الامتناع عن عمل أي شيء يمثل تهديدا لكيان العقد مثل عدم البوح بالأسرار التكنولوجية والمحافظة على السرية وعدم الدخول في مفاوضات موازية تمثل تهديدا للعقد<sup>1</sup>، بالإضافة إلى جانب إيجابي يتجلى في العمل على الحفاظ على كيان العقد ، مثل طلب الأذن والتراخيص ، فالمورد في عقد نقل التكنولوجيا ملتزم بالحفاظ على التكنولوجيا التي لم تسلم بعد والقيام بالإصلاحات حتى لا تفقد قيمتها وإعمال التحديثات لها لتكون مواكبة للتطورات الحادثة<sup>2</sup>.

والأصل هو أن يتحمل كل متعاقد المصاريف اللازمة للحفاظ على العقد من جانبه ، إلا أن الشروط التعاقدية قد تتضمن أحيانا تنظيما لهذه المسألة، فقد يتفق المتعاقدين على عدم القيام أي منهما بتعويض الآخر عما تكبده من نفقات ومصروفات للحفاظ على العقد ، أو قد يتم الاتفاق على أن يتحمل الطرفين تلك المصروفات مناصفة<sup>3</sup>.

## 2- الالتزام بالسعي لاستئناف سريان العقد

يجب على أطراف العقد القيام بكافة الأعمال والإجراءات الضرورية وبذل الجهود اللازمة التي تساعد على استئناف وتنفيذ العقد ، ويحدث ذلك من خلال السعي للتخلص من الحدث أو نتائجه ، وقيام الأطراف بالتخلص من عقبة التنفيذ هو التزام يفرضه واجب التعاون بين الأطراف ، ويعد هذا من أهم المبادئ التي يفرضها واقع العقود الدولية ومنها عقد نقل التكنولوجيا ذلك لحرص العرف التجاري الدولي للحفاظ على الرابطة التجارية بين المتعاقدين<sup>4</sup>.

فإذا كان سبب وقف عقد نقل التكنولوجيا عيبا في التصميم أو نقص في صناعة إحدى المعدات بحيث ساهمت في زيادة المنشأة من الوقود ، فإنه ينبغي على المورد أن يتخذ كافة الإجراءات اللازمة لإصلاح التصميم بحيث يخفف نسبة استهلاك الوقود إلى الحد المعقول<sup>5</sup>

1 - شريف غانم ، مرجع سابق ، ص 356

2 - مراد محمود المواجهة ، المسؤولية المدنية في عقود نقل التكنولوجيا ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى 2010 ،

ص 485

3 - شريف غانم ، مرجع سابق ، ص 370

4 - تأكيدا لهذا الالتزام تنص المادة 19 الفقرة الثالثة الخاصة بشروط الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين لعقود الإنشاءات لسنة 1999 على أن " يلتزم كل طرف في كل الأوقات باستخدام كل الوسائل المعقولة بهدف تقليل أي تأخير في تنفيذ العقد نتيجة للقوة القاهرة "

5 - مراد محمود المواجهة ، مرجع سابق ، ص 484

ولا بد القول بأنه في حالة إخلال أي من الطرفين بالالتزامات التي يفرضها الوقف على المتعاقدين ، فإنه يلتزم بتعويض المتعاقد الآخر بما لحق به من ضرر جراء هذا الإخلال ، دون أن يكون له الحق في فسخ العقد . إذ أن إعطاء حق الفسخ للمضور سيلغي دون شك الفائدة التي أسس نظام الوقف لأجلها وهي الحفاظ على العقد.<sup>1</sup>

## ب - انقضاء الوقف

ينقضي وقف تنفيذ العقد بطرق متعددة، فهو أما أن ينقضي باستئناف سريان العقد بعد زوال القوة القاهرة، أو أن ينقضي قبل انتهاء مدته ، فإذا كان الوقف يحمي العقد ويحافظ على مصالح الأطراف ، فإن استمرار العائق لفترة طويلة يقلق المتعاقدين ويهدد مصالحهم بالخطر ، ذلك لأنهم يتعلقون بعقد بات يثير القلق ، فلهذا ينقضي العقد إذا أصبح التنفيذ غير مجدٍ .

### 1- انقضاء الوقف باستئناف سريان العقد

ينقضي وقف تنفيذ العقد بلا شك بزوال القوة القاهرة، التي أدت إلى إقرار الوقف، وتتجه غالبية الفقه إلى اعتبار استئناف سريان العقد حقاً للمتعاقدين. ويجوز لكل منهما مطالبة الآخر باستئناف سريان العقد إذا تقاعس الطرف الآخر عن تنفيذ التزاماته بعد انقضاء الوقف، ويجوز مطالبة الطرف المتقاعس عن تنفيذ التزامه بالتعويض عما لحق به من أضرار وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية.<sup>2</sup>

ولكن التساؤل الذي يثار هنا، هل يستمر في تنفيذ العقد بناء على الشروط الأولى أو بناء على شروطاً جديدة ، علماً بأن عقود نقل التكنولوجيا من عقود المدة ، إذ غالباً ما تشهد حركة الأسواق العالمية تغيراً ملحوظاً في أسعار المواد الأولية والمواد المصنعة أو المنتجة بسبب بعض الظروف ، لذلك في كثير من الأحيان بعد انتهاء القوة القاهرة تنقلب اقتصاديات العقد ويختل توازنه نتيجة للحادث

نتيجة هذه الإشكالية وضعت بعض العقود شرط إعادة التفاوض لمعالجة اختلال التوازن التي سببته القوة القاهرة للعقد . بعد أن كانت القوة القاهرة بمفهومها التقليدي لا تؤدي إلا إلى انفساخ العقد كأصل عام ، ومما لا ريب فيه أن استحداث هذا الرأي يسمح بنوع من المرونة للاستقرار العقد والمحافظة على توازن اقتصادياته .

### 2- انقضاء وقف تنفيذ العقد إذا أصبح التنفيذ غير مجدٍ أو غير مفيد

<sup>1</sup> -صفاء تقي نورا لدين العيساوي ، مرجع سابق ،ص 205  
<sup>2</sup> - صفاء تقي نورا لدين العيساوي ، مرجع سابق ، ص 207

طالما أن من شروط وقف تنفيذ العقد هو أن تكون المدة المتبقية من العقد مفيدة في تنفيذ ما تبقى من التزامات الطرفين . فقد ينقضي الوقف بفسخ العقد إذا تبين أن التنفيذ أصبح غير مجدٍ ، حيث يجوز لكلا الطرفين في الفرض المتقدم، المطالبة بانفساخ العقد على أساس تحول الاستحالة المؤقتة إلى نهائية أو دائمة ، وهذا ما سيتم بحثه في الفقرة الثانية .

## ثانياً : الانفساخ

يسعى أطراف العلاقة التعاقدية في عقود نقل التكنولوجيا إلى اعتبار القوة القاهرة عقبة عارضة في تنفيذ العقد ، ولذلك يتعين إدارتها لانقاد العقد وذلك على أساس مواعمة شروط التنفيذ ، ومن أجل هذا فالكثير من العقود تقترح حلولاً مابين وقف الأعمال وإطالة الأجل والتقليل من الخسائر وإمكانية إبرام عقد جديد<sup>1</sup> هذا في حالة أن العقبة التي تحول التنفيذ مؤقتة ، أما إذا كانت مطلقة ولم يكن هناك أمل في إدارة العقبة فليس هنالك من حل إلا انفساخ العقد

ويتجه قضاء التحكيم للتشدد في قبول الفسخ رغبة منهم في الحفاظ على العقد واستقرار المراكز القانونية وتتجلى مظاهر هذا الاتجاه في التقدير المتشدد لشروط أعمال القوة القاهرة من جانب قضاء التحكيم والذي يؤدي به في معظم الحالات إلى رفض التمسك بها لعدم توافر شرط أو أكثر من الشروط الواجبة لقيامها

ويبدو انه مهما كان التشدد الذي تبديه هيئة التحكيم لقبول فسخ العقد بسبب القوة القاهرة فإنه لا يمنعها من الحكم بانقضاء العقد متى ما توافرت شروطه، وخاصة إذا وجد المحكم إن الاستمرار في تنفيذ العقد لم يعد ممكناً وان الأطراف أمام استحالة مطلقة تمنعهم كلياً من التنفيذ.

وهذا ما يؤكد قرار التحكيم الصادر بجلسة 24 يوليو 1985، حيث جاء فيه(... وهذا الحظر يعتبر أمراً لا يمكن تفاديه أو مقاومته، لأن الشركة لا تستطيع التغلب عليه إلا بأحد طريقتين: أما أن تعصي الأمر وتستمر في تنفيذ العقد، أو ترفع دعوى أمام القضاء لإلغاء هذا القرار، وكلا الأمرين غير ممكن)<sup>2</sup>

ويترتب على وقوع الانفساخ بالمعنى المتقدم، جملة من النتائج، تتجسد في انحلال العقد، أي زواله، وإبراء المتعاقدين مما يرتب عليهما من التزامات، وكذلك انتفاء مسؤولية المدين التعاقدية، الأمر الذي يفرض امتناع الحكم بالتعويض على المدين.

## 1- انحلال العقد :

إن أهم النتائج المترتبة على الانفساخ هو انحلال الالتزام العقدي وتوابعه ، وهذا ما نجده واضحاً في النصوص التي أوردتها المشرع الليبي في المادة 165 من القانون المدني ( في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضت التزام المدين بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه التزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه ) .

1 - مصطفى حبشي ، التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 299  
2 - محي الدين إسماعيل علم الدين ، منصة التحكيم التجاري الدولي ، الجزء الأول ، بدون سنة نشر ، ص230.

وبانفساخ العقد فإنه تزول كافة الالتزامات التي لم يتم تنفيذها فلا يحق لأي من الأطراف المطالبة بالتنفيذ إلا إذا كان هناك اتفاق بخلاف ذلك. وقد وردت في المادة (7-3-5) من مبادئ اليونيدورا ( بأنه بإنهاء العقد يترتب عليه تحلل الأطراف من التزاماتهم المقابلة ) ويترتب على ما تقدم أن الالتزامات تنحل ولكن التساؤل الذي يطرح ما هو مصير الالتزامات المتولدة نتيجة عن الالتزام الأصلي .

يمكن إن نصادف مثل هذه الالتزامات الفرعية بشكل واضح ومتزايد في ظل عقود نقل التكنولوجيا، فقد يلجأ المقاول وهو بصدد إنشاء مشروع صناعي كبير إلى إبرام العديد من العقود الفرعية مع مجموعة من الشركات أخرى مثل إبرام عقود بخصوص توصيل كهرباء للمصنع، أو إبرام عقد مع شركة بخصوص أعمال كيميائية وذلك بهدف طرد الغازات المنبعثة، ويهدف المقاول من جراء مثل هذه العقود إلى ضمان تحقيق هدف المقابلة الأصلي في المدة المحددة للتنفيذ، فإذا انقضى هذا العقد لم يبق ثمة مشروع أو عقد فرعي ولم يبق بالتالي معنى لاستمرار تلك العقود الفرعية وذلك تطبيقاً للقاعدة إذا سقط الأصل سقط الفرع " و بالنسبة للعقود الفرعية إذا غير مستقلة عن المقابلة الأصلية ويعلم جميع المتعاقدين مع المقاول الأصلي أو مع رب العمل أو كان في وسعهم العلم بأن القصد من التعاقد هو خدمة المقابلة الأصلية ثم استحال تنفيذ عقد المقابلة الأصلية لأي سبب من الأسباب فإن العقود الفرعية التي أبرمت لغرض تنفيذ عقد المقابلة الأصلية فإنها تنقضي هي الأخرى بانقضاء عقد المقابلة الأصلي أما إذا كانت العقود الفرعية مستقلة عن العقد الأصلي أو كان المتعاقدون ليس لديهم علم بالعقد الأصلي فإن الالتزام الفرعي يبقى ويرتّب كافة الآثار<sup>1</sup>.

إضافة إلى أن الانفساخ، لا أثر له في شروط العقد المتعلقة بتسوية المنازعات فالغالب أن يتضمن العقد شروطاً تتعلق بتسوية المنازعات التي قد تنشأ بين المتعاقدين، كالاتفاق على إحالة النزاع إلى التحكيم، أو الاتفاق على اختصاص محكمة دولة معينة أو على تطبيق قانون معين. وهذه الشروط تظل قائمة بعد الانفساخ وتحدث آثارها ولا يؤثر فيها انهيار العقد<sup>2</sup>. وقد تبنت اليونيدورا ذلك من خلال المادة (5-3-7) التي تنص على أنه " لا يؤثر الإنهاء على أي حكم في العقد يخص المنازعات أو أي حكم آخر من شأنه أن يسري حتى بعد الإنهاء " .

ويرجع ذلك إلى أن هذه الشروط تتميز عن الأداءات الاقتصادية والقانونية المتبادلة والناشئة عن العقد بحيث لا يترتب على فصلها عنه أو إضافتها إليه المساس بجوهره أو الالتزامات الأساسية الناشئة عنه. كما أن القصد من الاتفاق على هذه الشروط وإضافتها إلى العقد هو حل المنازعات التي قد تنشأ بين المتعاقدين، فلا يبدأ تطبيقها إلا بعد أن تثور هذه المنازعات بينهما، فإذا اتفق في العقد على شرط التحكيم ثم أعلن أحد المتعاقدين فسخ العقد وثار النزاع بينهما بخصوص مبررات الفسخ أو

<sup>1</sup> - حامد شاكر محمود الطائي ، الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي ، رسالة ماجستير ، جامعة بابل العراق ،

2002 ص135

<sup>2</sup> يخلو قانون المرافعات الليبي من هذا الحكم ، ويجب على المشرع أن يتفادى هذا ويصدر قانون تحكيم آخر ينص على استقلال شرط التحكيم عن العقد ليكون بذلك مواكبا حركة التجارة

قدر التعويض المستحق عن الإخلال الذي حدث، فإنه يتعين إعمال هذا الشرط وإحالة النزاع إلى التحكيم ليفصل فيه. ولا يتصور تجاهل هذا الشرط وعدم تطبيقه، إذ أنه لم يوضع إلا لهذا الغرض<sup>1</sup>.

كذلك يوجد أيضا العديد من الالتزامات الأخرى، من أهمها المحافظة على السرية. فإذا أفصح المورد عن معلومات سرية ضرورية للإنتاج تتعلق بالمعدات التي ينتجها، والتي لم تصبح بعد معلومات شائعة، فإن المستورد يظل حتى إنهاء العقد من جانبه ملتزماً بالألا يفصح عن هذه المعلومات السرية. بل إن الالتزام بضمان السرية يعد من أهم الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض قبل إبرام العقد ولو لم يتم إبرامه، إذ يلتزم كل طرف بالألا يستغل ما حصل عليه من معلومات في مرحلة التفاوض في حالة فشل المفاوضات، وقد يبرم أطراف التفاوض اتفاقات مستقلة تهدف إلى تنظيم علاقاتهم ومسئولياتهم قبل بعضهم البعض في مرحلة التفاوض وقبل إبرام العقد محل التفاوض، ومنها الاتفاق بالالتزام بالسرية في مرحلة المفاوضات، والذي يهدف إلى منع أي من أطراف التفاوض من الإفصاح عما تم تبادله خلال التفاوض إلى الغير، أو استخدام هذه البيانات أو المعلومات من قبل أي من الأطراف لحسابه الشخصي دون الاستئذان المسبق من صاحب هذه المعلومات.

## 2- انتفاء المسؤولية

يعد هذا الأثر من الآثار الخاصة بالانفساخ وهو مرتكزها و أساسها جميعاً، والذي يميز نظام الانفساخ عن نظام الفسخ، فالفسخ يؤكد قيام المسؤولية باتجاه المدين في حالة عدم تنفيذ الالتزام من قبل احد المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين، ذلك أن الفسخ هو جزاء عدم تنفيذ الالتزام، فإذا استحال تنفيذ الالتزام لسبب أجنبي لا يد فيه ولم يستطع إثبات ذلك، حكم عليه بالتعويض لعدم تنفيذ التزامه، وذلك بعكس الانفساخ الذي ينفي المسؤولية<sup>2</sup>.

و تؤكد اتفاقيات التجارة الدولية على انتفاء مسؤولية المدين كأثر لوقوع حالة القوة القاهرة، وتطبيقاً لذلك يعالج الشرط النموذجي الذي أعدته غرفة التجارة الدولية للقوة القاهرة. إذ تنص الفقرة الأولى من البند الأول من هذا الشرط على أنه: ( لا يعتبر الطرف مسؤولاً عن عدم تنفيذ أي من التزاماته بالقدر الذي يثبت فيه أن عدم التنفيذ يرجع إلى عائق مستقل عن إرادته، وإنه لم يكن من المعقول إن يتوقعه أو يتوقع نتائجه على موقعه من تنفيذ العقد لحظة إبرامه، وإنه لم يكن من المعقول أن يتجنبه أو يتخطاه أو على الأقل يتجنب أو يتخطى نتائجه) وتسير مبادئ العقود التجارية الدولية اليونيدروا، على النهج نفسه، حيث تنص الفقرة الأولى من المادة (7-1-7) من هذه المبادئ على أنه: "يعفى الطرف من المسؤولية عن عدم التنفيذ إذا أثبت إن عدم التنفيذ يرجع إلى عائق...". ومن الأمثلة التوضيحية على ذلك، لو باع (أ) الذي يصنع محطات طاقة نووية في البلد (س) محطة طاقة نووية إلى شركة مرفق عام (ب) في البلد (ص)، والتزم (أ) بموجب بنود العقد بتوريد كافة متطلبات محطة الطاقة من اليورانيوم لمدة عشر سنوات بسعر ثابت خلال هذه المدة مقدراً بالدولار الأمريكي.

1 - خالد أحمد عبد الحميد، فسخ العقد الدولي، رسالة دكتوراه، القاهرة 2000، ص 331

2 - تنص المادة 218 من القانون المدني الليبي "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه..."

وبعد خمس سنوات فرضت حكومة دولة (ص) رقابة على الصرف الأجنبي حالت بين (ب) والسداد بأي عملة خلاف عملة (ص). إذ يعفى (ب) في الفرض المتقدم من السداد بالدولار الأمريكي ولا تقوم مسؤوليته عن عدم التنفيذ إذا اثبت أن عدم التنفيذ يرجع إلى قوة القاهرة.<sup>1</sup>

ويترتب عن امتناع المسؤولية العقدية عن المدين هو عدم الإقرار بالتعويض ، لان أغلب الأحكام في المسؤولية العقدية في حالة حدوثها هو تعويض الدائن عن الأضرار التي أصابته وما فاتته من كسب من جراء الإخلال بالالتزام، وعلى ذلك فعدم المسؤولية معناه عدم تعويض وهذه معادلة ثابتة وعادلة لأنه في حالة القوة القاهرة لا يمكن مسائلة المدين وبالتالي اعتباره مسؤولاً ويحكم عليه بتعويض الدائن لان عدم التنفيذ لم يكن بخطئه فلذلك تنتفي المسؤولية العقدية، إضافة إلى أن العقد يبنى على توقعات معينة تضبط موازينه، فإذا حدثت قاهر يخل بالتوقعات المبني عليها العقد، فإن إلزام أحد الأطراف بدفع التعويض يضاعف الخسارة التي تصيبه المتمثلة في انتهاء العقد ودفع التعويض، أما الطرف المقابل فخسارته تكون واحدة وهي انتهاء العقد .

إلا أنه قد يتفق الأطراف في حالة ما حدثت قوة القاهرة أن يلتزم أحد المتعاقدين بتحمل تبعة القوة القاهرة ويجبر الضرر وذلك باعتبار ان أحكام القوة القاهرة غير متعلقة بالنظام العام فيجوز الاتفاق على خلافها .

وقد حدد الكتاب الفضي من عقود الفيدك المتعلق بعقود تسليم المفتاح الطرف الذي يتحمل تبعات القوة القاهرة، وذلك في نص المادة 3/17 فألزم رب العمل بتحمل مخاطر . (أ- الحرب سواء كانت معلنة أو غير معلنة، والأعمال العدائية، والاحتلال الأجنبي ب - التمرد والثورات، والعصيان المسلح، والحرب الأهلية ج - الإشعاعات الأيونية والتلوث الناتج عن الإشعاع للوقود الذري ، أو بقايا احتراق هذا الوقود، وكذلك النشاط الإشعاعي والسموم والمتفجرات أو أي مخاطر أخرى ناتجة عن أي مركبات ذرية متفجرة أو مكوناتها د- الأمواج الضاغطة الناشئة عن السفن الفضائية أو الأجهزة الهوائية ه - أعمال الشغب والإضرابات السياسية و الإخلال بالنظام و- الخسائر والأضرار الناتجة بسبب استخدام أو استيلاء رب العمل على أي جزء من الأعمال باستثناء الإجراءات الاحترازية المسموح لها لرب العمل بموجب العقد). وباستثناء المخاطر المتقدمة يتحمل المقاول أي مخاطر قد تحدث للمشروع .

ومن الملاحظ أن رب العمل يتحمل أغلب المخاطر الناتجة عن القوة القاهرة، وبهذا يعتبر تنظيم القوة القاهرة في الكتاب الفضي يخل بالتوازن المطلوب توافره بين المتعاقدين، وذلك نتيجة انحيازه لجانب المقاول الذي يكون في الغالب المستثمر الأجنبي في مقابلة الدول ، ولذا ينبغي على الفريق التفاوضي أن يحذر من هكذا صيغ ، ويجب التمسك بوجود انتفاء المسؤولية من حيث أن الضرر

<sup>1</sup> - صفاء تقي نور الدين العيساوي ، مرجع سابق ص140

المرتتب نتيجة القوة القاهرة ضرر مشترك وواقع على الطرفين وليس مختص به طرف دون آخر ، ولهذا يجب دفن المسؤولية حيث تقع <sup>1</sup> .

## المطلب الثاني

### الظروف الطارئة

يعد الزمن عنصرا رئيسا في عقود نقل التكنولوجيا نظرا لأن التمكين بالانتفاع بالنقل لا يتصور وجوده إلا إذا كان العقد ممتدا فترة من الزمن مما قد يجعل المناخ السياسي والاقتصادي والاجتماعي عرضة للتغير خلال فترة سريان العقد، الأمر الذي قد يؤثر بشدة على العائد الاقتصادي الذي ينتظره الأطراف <sup>2</sup>

وقد عالج المشرع الليبي مسألة تغير الظروف التي تؤدي إلى إرهاب المتعاقد حيث نصت المادة ( 147 ) الفقرة على ما يأتي( ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية ، وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة قاذحة ، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق خلاف ذلك ) و كذلك الأمر في المادة (105) من لائحة العقود الإدارية لسنة 2007 حيث قررت أنه إذا طرأت ظروف استثنائية عامة لا يمكن دفعها ولم يكن في الوسع توقعها ، وكان من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا يهدد المدين بخسارة

1 - الحبيب جبودة ، مرجع سابق ، ص 22

2 - لقد أكدت المادة 86 من القانون التجاري المصري رقم 17 لسنة 1999 على عنصر الزمن ومدى تأثيره على عقد نقل التكنولوجيا فنصت على أنه يجوز لكل من طرفي عقد نقل التكنولوجيا بعد انقضاء خمس سنوات من تاريخ العقد ، أن يطلب إنهاءه أو إعادة النظر في شروطه بتعديلها بما يلاءم الظروف الاقتصادية العامة القائمة ، ويجوز تكرار تقديم هذا الطلب كلما انقضت خمس سنوات ما لم يتفق على مدة أخرى "

فادحة دون أن يصبح مستحيلا ، كان للمتعاقد الحق في تعويض يرد التوازن المالي للعقد للحد المعقول فإذا استمر قيام هذه الظروف ولم يرج زوالها جاز إنهاء العقد بناء على طلبه "

ولم يقف المشرع عند المادة 147 من القانون المدني والمادة 105 من لائحة العقود الإدارية بل أورد نصا خاصا في نطاق عقد المقاولة حينما نص في المادة 657 على أنه ( ليس للمقاول إذا ما ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة وغيرها من التكاليف أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة الأجر ولو بلغ هذا الارتفاع حدا يجعل تنفيذ العقد عسيرا . على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة ، لم تكن في الحسبان وقت التعاقد وتداعى لذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة ، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد )

ومن خلال النصوص متقدمة الذكر، يتضح أن المشرع قد تبني نظرية الظروف الطارئة إذا ما حدثت ظروف أدت إلى إرهاب المدين، ولكن التساؤل الذي يطرح مدى تبني التشريعات المقارنة للظروف الطارئة وتأثير ذلك على عقود نقل التكنولوجيا هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى مدى فعالية القواعد والنظم القانونية المتعلقة بالظروف الطارئة في حل مشاكل تغير الظروف التي تسبب خلل في توازن العقد على عقود نقل التكنولوجيا.

## الفرع الأول – اختلاف التشريعات حول نظرية الظروف الطارئة

### وتأثير ذلك على عقود نقل التكنولوجيا

لقد اختلفت التشريعات حول مسألة تبني نظرية الظروف الطارئة لرفع الإرهاب عن المدين وذلك نتيجة اختلافهم حول القوة الملزمة للعقد ، الأمر الذي يستلزم عرض موقف أهم التشريعات حول مسألة نظرية الظروف الطارئة، وتأثير ذلك على عقد نقل التكنولوجيا

### أولا : موقف التشريعات المقارنة إزاء الظروف الطارئة

إن نظرية الظروف الطارئة لم تكن نتاج التشريعات الحديثة بل امتد تاريخها إلى قرون طوال فرضتها قواعد العدالة والإنصاف على مبدأ احترام الإرادة ولو أنها لم تكن بناء كاملا في القوانين القديمة .



فقد قال شيشرون " عندما يتغير الزمن يتغير الواجب " وأكد سينديك على نفس الحكم فقال " أنا لا أعتبر خائناً لعهدي ولا يمكن اتهم بعدم الوفاء إلا إذا بقيت الأمور على ما هي عليه وقت التزامي تم لم أنفذه ، والتغير الذي يطرأ على أمر واحد يجعلني حراً في أن أناقش التزامي من جديد ، ويخلصني من كلامي الذي أعطيته ، ويجب أن يبقى كل شيء على حالته التي كان عليها في الوقت الذي تعهدت فيه لكي أستطيع المحافظة على كلامي " <sup>1</sup>.

ولما كانت نظرية الظروف الطارئة ثغرة ينفذ منها القاضي إلى فينال من قوته الملزمة ، لم تلبث النظرية أن انتكست في بعض التشريعات، ثم ظهرت في تشريعات أخرى .

## 1- القانون الفرنسي

في البدء عند صدور قانون نابليون سنة 1804 لم تكن هناك إشارة إلى نظرية الظروف الطارئة ، نتيجة تشعب التشريع بالمذهب الفردي ، لذلك تم رفض أي أمر يخل بمبدأ سلطان الإرادة وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين والقوة الملزمة للعقد ، وكان الهدف من هذا المحافظة على العقد والإبقاء على قوته الملزمة مهما بلغت الظروف الطارئة من قوة إلا إذا بلغت مبلغ القوة القاهرة ، فحينها يفسخ العقد ويحلل المدين من التزاماته التعاقدية وقد أكدت المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي على " العقد شريعة المتعاقدين ولا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لقوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً "

واستمر الوضع إلى ما هو عليه إلى أن أتى القضاء الإداري وأرسى نظرية الظروف الطارئة في حكم شهير احتوى على معظم المبادئ والقواعد الرئيسية التي يركز عليها تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، حتى أنه من الممكن اعتبار ما تضمنه هذا الحكم بمثابة دستور لهذه النظرية <sup>2</sup>.

وتتلخص هذه القضية أنه في عام 1904 أبرمت الشركة العامة للإضاءة عقد امتياز مع شركة بوردو لإمداد المدينة بالغاز لمدة ثلاثين عاماً ، وقد تحددت الأسعار طبقاً لما كان عليه الفحم في ذلك الوقت . ولما قامت الحرب العالمية الأولى واجتاحت الجيوش الألمانية المناطق التي يتواجد فيها الفحم في فرنسا ، تعذرت على الشركة الحصول على الفحم فاضطرت إلى استيرادها من الخارج بأثمان باهظة فارتفع سعر الغاز ارتفاعاً فاحشاً ، ولما رفع دعوى بخصوص هذه الواقعة ، قضي بتعديل العقد بما يتناسب مع السعر الجديد <sup>3</sup>.

1 - إدوار عيد ، أثر انخفاض قيمة العملة على الالتزامات المدنية ، 1990، ص 28

2 - سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مطبعة جامعة عين شمس ، الطبعة الخامسة ، 1991 ، ص 661

3 - عبد الحكيم فودة ، مرجع سابق ص 19

وما تدخل القضاء الإداري لتعديل العقد إلا لتأكيديه أن مبدأ استمرار وانتظام المرافق العامة تتطلب في حالة ما إذا كان الالتزام مرهقا أن تتدخل الإدارة لتخفيف الإرهاق على الشركة الملتزمة بالتنفيذ ، حتى تستطيع تنفيذ التزاماتها والمواصلة في تقديم المنفعة العامة<sup>1</sup> .

ونظرا لانتفاء علة انتظام وسير المرافق العامة في الدعاوي المدنية فهذا رفض القضاء الفرنسي تطبيق هذه النظرية في القضاء المدني ، لذلك ظلت نظرية الظروف الطارئة محصورة في القضاء الإداري دون أن تمتد إلي الدعاوي المدنية.

## 2- القانون الإنكليزي

لقد أرسى القضاء الإنكليزي قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في جميع الدعاوي ، ذلك لكون الالتزامات لم تترتب إلا نتيجة عقد أبرمه المتعاقد بإرادته ، وأنه لا يستطيع الشخص أن يتصل من التزاماته ، إلا إذا كان هناك اتفاق بين الأطراف يجيز التنصل<sup>2</sup>

ولذلك يجب على المتعاقدين أن يحتاطوا من كافة العراقيل التي تعوق دون تنفيذ التزاماتهم بالشكل المناسب وذلك بوضع شروط للتأمين ضد أي خطر قد يعرقل تنفيذ العقد .

إلا أنه في سنة 1863 حدثت واقعة على أثرها أدخلت تعديلات على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، حيث صار نزاع ما بين صاحب ملهى وفرقة موسيقية على تأجير الملهى لأنه في اليوم الأول من الإيجار شب حريق في الملهى ، فأقامت الفرقة الموسيقية دعوى على صاحب الملهى لمطالبته بالتعويض بسبب عدم تنفيذه الالتزام . رفض القاضي هذا الطلب وأخلى مسؤولية صاحب الملهى ، لأن مبدأ قدسية العقد الذي استند إليه المدعي لا يعمل إلا حيث يكون العقد مجرد من أي شرط سواء كان ضمنيا أو صريحا ، ولا ريب أنه في حالة هذا العقد أن المتعاقدين يوجد شرط ضمنيا بينهم ، ألا وهو أن استمرار التعاقد رهين على وجود الملهى<sup>3</sup> .

ومن هذه الدعوى أرسى القضاء الإنكليزي قاعدة مفادها أن الالتزام التعاقدية ينقضي عند وجود الاستحالة استنادا على فكرة الشروط الضمنية .

في الواقع أن هذا الحل واجه استحالة التنفيذ ، إلا أنه بالرغم من ذلك استقرت نفس النظرية وهي نظرية الخيبة لمواجهة الظروف التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا ، والحل الذي اتبعه القضاء هو فسخ العقد إذا كان تنفيذ العقد أصبح أكثر كلفة وإرهاقا ، ولم يسمح للقضاء بالتدخل لتعديل شروط العقد إلا إذا كان هنالك اتفاق صريح بين الأطراف<sup>4</sup> .

1 - نظرية الظروف الطارئة وأثر اختلال التوازن الاقتصادي في تنفيذ العقود ، مقال منشور على الانترنت على

الرابط التالي <http://www.startimes.com/f.aspx?t=33915997>

2 - محمود الكيلاني ، مرجع سابق ، ص 411

3 - مصطفى حبشي ، مرجع سابق ، ص 319

4 - شريف غانم ، مرجع سابق ، ص 115

### 3- القانون الألماني

إن المبدأ الغالب في القانون الألماني القوة الإلزامية للعقد ، وأنه لا يجوز تعديل العقد إلا إذا اتفق على ذلك صراحة ، فلهذا رفض القضاء الألماني اعتماد نظرية الظروف الطارئة لعدم وجود نص يقرها<sup>1</sup> .

إلا أن الأمر اختلف بعد الحرب العالمية الأولى نتيجة التحولات التي أحدثتها الحرب على العملة الألمانية ، فقد ارتفعت الأسعار مما أدى إلى التضخم والكساد الاقتصادي . وبناءً على ما حدث تدخل القضاء الألماني وعدل العقد استناداً إلى المادة (157) من القانون المدني الألماني التي توجب تفسير العقد وفقاً لمقتضيات حسن النية والمادة (242) التي نصت " على أن المدين يلزم بتنفيذ التزامه كما يفرضه حسن النية متلازماً مع العادات المقبولة في الأعمال " <sup>2</sup> .

وفي مرحلة تالية عمل القضاء والفقهاء على فصل النظرية عن مبرراتها أي حسن النية. وعلى اعتماد مبدأ انهيار الأساس التعاقدية عند التغيير في الظروف العقدية، لكون الأطراف يضعون جملة من الظروف والأوضاع يفترضون استمرارها، وأنهم لم يكونوا ليبرموا العقد فيما لو أدخلوا في حسابهم تغيير الظروف والأوضاع أو زوالها<sup>3</sup> .

#### ثانياً : تأثير اختلاف النظم القانونية إزاء الظروف الطارئة على عقود نقل التكنولوجيا

يعتبر العقد في مجال نقل التكنولوجيا وثيقة دستورية لأصحاب العلاقة التعاقدية حيث تتبلور حقوقهم وتتكشف التزاماتهم فلهذا يحرص الأطراف على صياغة نصوصه بطريقة محكمة تجنباً لأي نزاع قد يحدث ما بين المورد والمستورد.

ومع حرص الأطراف على أداء التزاماتهم على أكمل وجه لكن قد تحدث أحداث تؤدي إلى نشوء نزاع ما بين الأطراف ، فلهذا غالباً ما يتم النص على آلية لتسوية المنازعات وذلك بالنص على شرط التحكيم كآلية لفض النزاع ما بين الأطراف ، حتى يلبي متطلبات الأعمال الحديثة التي لم تعد المحاكم قادرة على التصدي لها بشكل منفرد ، فمع التطور الهائل في التجارة والخدمات وما نتج عنه من تعقيد في المعاملات ، وللحاجة إلى السرعة والفاعلية والتخصص في فض المنازعات الأمر الذي استلزم وجود آليات قانونية تمكن الأطراف اللجوء إليها لحل خلافاتهم بشكل فعال مع منحهم مرونة وحرية لا تتوافر عادة في المحاكم ، أضف إلى ذلك السرية التي تعد ركناً مهماً في عقود نقل التكنولوجيا

1 - ادوار عيد ، مرجع سابق ص 66

2 - سامي منصور ، عنصر الثبات وعامل التغيير في العقد المدني، دون ناشر، بيروت ، 1987 ، ص280

3 - ادوار عيد ، مرجع سابق ص 66

وبما أن عقد نقل التكنولوجيا من العقود الدولية التي يدخل فيها العنصر الأجنبي، فإنه يكون عرضة لتنازع من عدة قوانين، لذلك تكمن الصعوبة في كيفية الوصول إلى قانون التطبيق .

ولتفادي اختلاف القوانين إزاء الظروف الطارئة ما بين رافض لتعديل العقد تمسكا بالقوة الملزمة للعقد وسلطان الإرادة، وما بين مشرع لتعديل، يلجأ غالبا المتعاقدون الدوليون إلى تقنيات قانونية تعالج أثر التغيرات التي تحدث بعد إبرام العقد، ويعتبر شرط إعادة التفاوض من أهم الشروط التي تهدف إلى مواصلة التنفيذ، وتؤدي إلى تغيير في المعطيات الأولية التي أخذ بها المتعاقد<sup>1</sup>.

وقد أكد حكم التحكيم الصادر من غرفة التجارة الدولية على أهمية هذا الشرط لتفادي اختلاف القوانين حول تعديل العقد إذا اختل توازنه. فقررت الهيئة ( أن شرط إعادة التفاوض ملائم في الحاضر لكي يطبق على معاملات التجارة الدولية لكونه يتلقى عدم التوافق في المبادئ القانونية بين الدول)<sup>2</sup>

ولكن التساؤل الذي يطرح ما هو موقف المشرع الليبي من وجود هكذا شرط في العقود، باسترجاع نص المادة 147 من القانون الليبي الذي ينص على أن " ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة قاذحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق خلاف ذلك " يتضح من هذا النص أنه لا صحة لهذا الشرط إذ تنص على بطلان كل اتفاق مخالف لهذا النص، فالقاضي يملك وحده سلطة تعديل العقد دون غيره .

ولكي يتم التوفيق بين شرط إعادة التفاوض والقانون الليبي يجب أن يتم إلغاء عبارة " ويقع باطلا كل اتفاق خلاف ذلك "، فبعض القوانين المقارنة لم تعتبر نظرية الظروف الطارئة من النظام العام العام<sup>3</sup> ماعدا القوانين العربية<sup>4</sup> التي اعتبرت النظرية من النظام العام لخشية من أن يتخلص الدائن من أحكامها بالاتفاق على ما يخالفها فتهدج النظرية لكونها لم تكن مألوفة بعد<sup>5</sup>

## الفرع الثاني : مدى فاعلية القواعد المتعلقة بالظروف الطارئة

1- أسيل باقر جاسم، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض، بحث منشور على الانترنت على الرابط التالي،

[http://repository.uobabylon.edu.iq/journal\\_view.aspx?dpp=687](http://repository.uobabylon.edu.iq/journal_view.aspx?dpp=687)

2 - عبد الكريم محمد السروي، النظام القانوني لعقود الطاقة، المؤتمر السنوي الحادي والعشرين ( الطاقة بين

القانون والاقتصاد ) جامعة الإمارات سنة 2013، ص 731

3 - العديد من التشريعات لم تعتبر نظرية الظروف الطارئة من النظام العام مثل التشريع الإيطالي، والتشريع

البولندي

4 - أغلب التشريعات العربية المتبنية نظرية الظروف الطارئة اعتبرت أحكامها من النظام العام مثل التشريع

السوري في المادة 146 والتشريع المصري في المادة 147 والتشريع العراقي في المادة 148. وهذه المواد تتطابق

مع المادة 146 من التشريع الليبي

5 - د، محمد عبد الحميد أبو زيد، منافع المرافق العامة وحتمية استدامتها، ص 516

للتعرف على فاعلية الأشياء والوقوف على النتائج التي ترجى منها ، يجب دراسة البنية الهيكلية لهذه الأشياء ، ولأجل ذلك سنتعرض لدراسة شروط الظروف الطارئة ، والوسائل المعطاة للقاضي لرد التوازن .

## أولاً : شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

يتطلب تطبيق نظرية الظروف الطارئة توافر عدة شروط ورغم ذلك لا يوجد اتفاق تام بشأن هذه الشروط في القوانين المقارنة ، فبينما تلجأ بعض النظم القانونية إلى التوسع في نطاق الشروط ، نجد أن البعض الآخر ينتهج منهج التضييق في محاولة للحد منها .

### 1- ظرف استثنائي

من المعلوم أن الشيء تحدده اللغة وتحصره في نطاقه ، والاستثناء لغة هو عكس المألوف ، أي أنه نادر الوجود والوقوع ، ولهذا جعل معيار الاستثناء يتلازم مع عامل الندرة في وقوع الحدث<sup>1</sup>

ولذلك فإن أي حدث غير مألوف الوقوع في زمن ما ومكان ما يعد ظرفاً استثنائياً مثل نشوب حرب في مكان آمن ، وارتفاع الأسعار أو انخفاضها بشكل مفاجئ وغير مسبوق ، وهطول أمطار غزيرة على مكان لا تسقط الأمطار فيه إلا نادراً ، كل هذه الظروف توصف بالاستثنائية لكونها قليلة الوقوع عادة.<sup>2</sup>

ولكن ما أن يألّف هذا الظرف ويتكرر وقوعه فإنه يصبح غير استثنائي لاعتياد وقوعه، مثل نشوب الحروب في مكان يتسم بالتوتر ، كالعراق وليبيا وغيرهما من مناطق النزاع الأخرى

وقد يحدث الظرف الطارئ بعد انعقاد العقد أو أن يكون الظرف متوافراً عند إبرام العقد إلا أنه لم يكن ظاهراً ومثالاً على ذلك أن يكون هنالك عقد (تسليم المفتاح) التزم بموجبه المورد بتنفيذ كل الأعمال بداية من إنشاء البنية الأساسية للمشروع إلى تسليم المفتاح فيه ، وأثناء التنفيذ طرأت ظروف غير محسوبة متمثلة في أن الأرض التي ستقام عليها المنشأة تبين أن تحتها مجرى مياه يحول دون تنفيذ المشروع بقيمته الأساسية المتفق عليها مما يستوجب أن يقوم المورد بوضع أساسيات تزيد تكلفتها أضعاف عما كان مقدرها لها في العقد.<sup>3</sup>

### أ- معيار الشرط

1 - سامي منصور ، مرجع سابق ، ص 28

2 - عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص

3 - مراد محمود المواجهة ، مرجع سابق ص ، 248

من خلال ما سبق تبين أن الظرف الاستثنائي هو الظرف الذي يندر وقوعه وقلمما يحدث في الواقع ولكن هل كل ظرف قليل الوقوع يكفي لإعمال نظرية الظروف الطارئة ، أم يجب توافر عنصر آخر يشترط في تكوينها ؟

لقد اختلف الفقهاء في ذلك واختلفت باختلافهم التشريعات التي تبنت نظرية الظروف الطارئة ، وانقسموا بذلك إلى فريقين : منهم من يرى وجوب اتصاف الظرف بالعمومية لكي يعمل بنظرية الظروف الطارئة ، ومنهم من يرى عكس ذلك ويقرر إعمال النظرية ولو أن المدين لوحده تضرر من الوضع .

## (1) الاتجاه الأول : اشتراط العمومية في الظرف

لقد أكد هذا الاتجاه أن الظروف الطارئة لكي يتم تطبيقها يجب أن يكون الحادث الاستثنائي عاما، أي يشمل عددا كبيرا من الناس دون أن يعتد بأشخاص بدواتهم أو منطقة معينة أو طائفة معينة أو سلعة أو نوع من التعامل<sup>1</sup>

وما حرص هذا الاتجاه على اشتراط العمومية في الظرف الاستثنائي إلا رغبة لتضييق نطاق نظرية الظروف الطارئة من أجل المحافظة على استقرار المعاملات والروابط القانونية ، وأيضا لكون الأصل في العقود القوة الإلزامية فلماذا عند الخروج على هذا الأصل يجب أن يكون في أقل قدر ممكن<sup>2</sup>.

## (2) الاتجاه الثاني : عدم اشتراط العمومية في الظرف

لقد ذهب الجانب الآخر من الفقه إلى عدم إقرار عمومية الظرف الاستثنائي وأخذت بعض التشريعات بذلك<sup>3</sup>، وذلك لتعارضه مع الأساس التي بنيت عليه النظرية، وهو العدالة التي تقتضي رفع الإرهاق ورد التوازن بين المتعاقدين وأن اشتراط هذا الشرط يكون فيه إجحاف للمتعاقد الذي أصيب بإرهاق نتيجة وجود هكذا شرط<sup>4</sup>.

ومن خلال ما تقدم يتبين أن هناك تعارض مابين العمومية والأساس الذي بنيت عليه نظرية الظروف الطارئة ، ويتجلى هذا التعارض في عقود نقل التكنولوجيا ، لكون عمومية الحدث تنصرف إلى أن تشمل التغيرات طائفة من الناس أو تصيب رقعة مكانية واسعة ، وهذا لا يتحقق غالبا في عقود نقل التكنولوجيا ، إذ أن عقود نقل التكنولوجيا بطبيعتها تنصرف بخصوصية واضحة نسبة إلى مجال إبرامها ومؤدى ذلك إنفراد العلاقة التعاقدية مابين المورد والمستورد وخضوعها لظروف خاصة قلمما تتوافر في كثير من العقود ولو كانت عقود نقل تكنولوجيا .

<sup>1</sup> - حازم بيومي مصري ، التوازن في العقد الإداري الدولي ، دار النهضة العربية ، طبعة ، 2010 ، ص 328

<sup>2</sup> بن يحيى شارف ، ضرورة إسقاط شرط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري ، الأكاديمية

لدراسات الاجتماعية والإنسانية ، الجزائر ، العدد 4 - 2010 ، ص 52

<sup>3</sup> - لقد اكتفى التشريع التونسي بوصف الاستثنائية دون العمومية لظرف الطارئ

<sup>4</sup> - بن يحيى شارف ، مرجع سابق ، ص 52

## ب- مدى توافر عنصر الاستثنائية في الإجراءات التي تتخذها الدولة

لقد أثير التساؤل حول التدابير التي تتخذها الدولة في ظل اختصاصها ، هل تعتبر غير استثنائية ومألوفة في ظل ممارسة اختصاصها خاصة في ظل الاقتصاد الممنهج ؟

لقد أجاب الفقه عن هذا التساؤل برأيين مختلفين، فيرى **الاتجاه الأول** أن تدخل الدولة هو ممارسة لصلاحياتها واختصاصاتها وأن الأعمال التي تقوم بها ما هي إلا ممارسة لحقوقها في ظل ما يسمح بها الدستور فلماذا غير صحيح أن الظروف التي تنتج عن طريق تدخل الدولة ظروفًا طارئة لكونها متوقعة وبذلك تنتفي عنها الاستثنائية.

أما **الاتجاه الثاني** فقد ذهب إلى أن القوانين والقرارات الإدارية وإن كانت مألوفة ومتوقعة في ظل الظروف العادية المستقرة ، إلا أنه من الممكن أن تطرأ على الدولة ظروفًا استثنائية غير متوقعة فتصدر بذلك تشريعات لمواجهة هذه الظروف المستجدة مثل فرض ضريبة جديدة لمواجهة العجز في الميزانية أو أن ينقلب المنهج الاقتصادي في الدولة انقلابًا جذريًا، مثل حدوث ثورة في الدولة أو انقلاب ، وعلى أثر ذلك تتغير التشريعات لتلبي متطلبات المرحلة المستجدة بنظام الحكم.<sup>1</sup>

إلا أنه في مجال عقود نقل التكنولوجيا يصير الاستثناء مألوفًا نتيجة لتعدد العلاقات وارتباطها بالاقتصاد الدولي وحركة التجارة الدولية فتصبح النتائج متوقعة لارتباط العقد بمنظومة دولية وأن أي تغيير في دولة ما ولو لم تكن دولة المتعاقدين تأثر في التزامات المورد والمستورد وقد تجعل تنفيذ الالتزامات مرهقًا وعسيرًا.<sup>2</sup>

## 2- الإرهاق

إن الكسب و الخسارة من الأمور المألوفة في مجال التعامل التجاري، وخصوصًا في الصفقات والعقود الدولية التي تصل ميزانياتها لأرقام هائلة، مما يجعل من هكذا نوع من العقود متعرضًا لمخاطر كثيرة جدًا.

فلهذا فإن التوازن المطلق قلما يكون متواجدًا بين المتعاقدين لكون العقود تتضمن قدرًا من المخاطر العادية التي يجب أن يضعها كل متعاقد في حسابه وتدخل في حساب الأطراف . ومن هنا يثار التساؤل حول المقصود بالإرهاق الذي بتحقيقه يصيب العقد اختلالًا في التوازن ؟ إن المادة 2\147 من القانون المدني الليبي أشارت بما يهدد المدين بخسارة فادحة ، ومن الملاحظ أن هذا التعبير لا يشير إلى متى تكون الخسارة فادحة ، ذلك لأن معيار الإرهاق الذي يصيب المدين من جراء الحادث الاستثنائي معيار مرن ليس له مقدار ثابت ، فما يكون مرهق لمدين في ظروف معينة قد لا يكون مرهق في ظروف أخرى .

1 - سامي بديع منصور ، مرجع سابق ، ص 38

2 - ومثال ذلك الأزمة المالية سنة 2008 التي انهارت عل أثرها العديد من الشركات واقتصاديات دول مختلفة .

ولهذا فإن الإرهاق لدى بعض الفقه يكون كلما تجاوزت الخسارة السعر الحدي، وهو الفاصل بين الارتفاع المحتمل في الأسعار و ما يمكن توقعه وقت إبرام العقد وبذلك يفرض اختلالاً غير عادي في الواجبات والحقوق لدى المتعاقدين مما يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد فتكون الخسارة جسيمة تخرج عن حدود ما هو مألوف.<sup>1</sup> لذلك فإنه لا يوصف بالإرهاق أن يكون تنفيذ التزام المدين في عقد نقل التكنولوجيا أكثر كلفة أو يفرض زيادة نفقات بحيث لا يسبب للمدين خسارة فادحة . ومن ثم فإن مجرد التغير في الثمن أو سعر الكلفة أو في سعر المواد الأولية التي تنتج من التقلبات الاقتصادية لا تكفي لوحدها أننا بصدد اختلال توازن الأداءات التعاقدية<sup>2</sup>.

وقد أكد على هذا الأمر في الشرط النموذجي الذي أعدته غرفة التجارة بباريس والذي يتعلق بالظروف الطارئة والقوة القاهرة فقد نص البند الأول من الاقتراحات التي تتعلق بالظروف الطارئة أنه " في حالة وقوع أحداث غير متوقعة تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي على نحو شديد مما يؤدي إلى وقوع خسارة فادحة للطرفين "

## معيار تقدير الإرهاق

لقد اختلف الفقه حول معيار تقدير الإرهاق ، لكون ذلك يثير صعوبات على الصعيد العملي ، فالخسارة الفادحة التي تشكل الإرهاق هل يقتضي أن ينظر عند تحديدها إلى المدين نفسه أم إلى الصفقة ذاتها ؟

### (1) المعيار الشخصي:

يقوم المعيار الشخصي على النظر لظروف المتعاقد وهل أصابه إرهاق نتيجة تغير الظروف أم لا، ومن هذا المنطلق يكون تحديد المعيار بناءً على المتعاقد وليس على الصفقة .

وهكذا فإن المعيار الشخصي يتطلب بحث حالة المدين بتنفيذ الالتزام المرهق، من حيث ثورته بصفة عامة، وعمّا إذا كان تنفيذ التزامه هذا يرهقه مع تملكه لهذه الثورة. وعمّا إذا كانت لديه وسائل أيا كانت تمكنه من تنفيذ التزامه ، ولو كان غيره من المدينين لا يستطيعون تنفيذ هذا الالتزام لحرمانهم من هذه الوسائل.<sup>3</sup>

ويعتبر السبب في تبني بعض الفقه لهذا المعيار هو علة وجود نظرية الظروف الطارئة، فأسباب تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة هي قواعد العدالة ومبادئ الإنصاف ورفع الإرهاق على المتعاقد فالمدين الملي يسهل عليه تنفيذ التزامه بعكس المدين متوسط الحال .

1 - سامي منصور ، مرجع سابق ، ص 48

2 - شريف غانم ، مرجع سابق ، ص 142

3 - رشوان أحمد رشوان حسن ، مرجع السابق ص 515



ولقد تم انتقاد هذا الاتجاه ذلك لأن الأخذ بالمقياس الشخصي فيه مبالغة بالاعتداد بكل الظروف الشخصية الخاصة بالمدين وثيقة الصلة منها بالأداء محل الالتزام أو ليس لها صلة بالأداء، الأمر الذي يؤدي إلى حلول شديدة الاختلاف والتباين<sup>1</sup>

أضف إلى ذلك أن هناك أشخاص بطبيعتهم مليونيين لا يتأثرون إطلاقاً بالخسارة التي تقع مثل الشركات الكبرى ، وكذلك فإنه قد توجد بعض الصعوبات العملية لتطبيق هذا المعيار والوقوف على حالة كل مدين على حدة ، من حيث الحالة المادية للمدين وخصوصاً في ظل الظروف التي انقلبت فيها مقياس الملاءة والثراء ، فلم تعد تظهر بمظاهر مادية واضحة وإنما تستر وراء العمليات المصرفية أو المساهمة في الشركات الكبرى .

ورغم هذه الانتقادات الموجهة إلى المعيار الشخصي إلا أن كثير من الشروط التعاقدية وقرارات التحكيم يفضلون المعيار الشخصي في تقديرهم للاختلال ، في حالة عدم الاتفاق على معيار معين من قبل المتعاقدين .

ومن أمثلة القرارات التي تبني فيها المحكمون هذا المعيار القرار رقم 2508 حيث رفضت الهيئة ما تمسكت به الشركة من وجود تغيرات في الظروف الخارجية لعقد يعطي لها الحق في التوقف عن تنفيذ التزاماتها لحين تعديل العقد ، وأشارت الهيئة إلى القانون السويسري المطبق على العقد ، الذي لا يجيز تعديل أحكام العقد في حالة تغير في الظروف الاقتصادية ، إلا إذا توافرت شروط تطبيق المادة 20 من قانون الالتزامات التي تنص على أن " التعسف الظاهر في الحق لا يحمي القانون " وأكدت الهيئة أن تطبيق أحكام هذه المادة تتطلب أن يصبح تنفيذ العقد مرهقا للمدين ، وليس مجرد تغير في التزاماته . وعلى الرغم من أن الهيئة رأت في هذه القضية أن مسألة تغير الظروف يمكن أن تنطبق في العقود الدولية بشكل أكثر مرونة مما هي عليه في النظم القانونية الوطنية ، إلا أنها أشارت إلى قول الشركة بأن العقد لا يمثل بالنسبة لها إلا جزء بسيطاً من أعمالها . ولذا اعتبرت أن تنفيذ بالأثمان المتفق عليها لا يمثل اختلالاً في توازن العقد وإنما يعتبر من المخاطر العادية التي يجب أن تتحملها الشركة<sup>2</sup> .

## (2) المعيار الموضوعي

يتبنى غالبية الفقه المعيار الموضوعي لتحديد درجة الإرهاق ، وقد رأوا أنه يجب النظر إلى العقد بغض النظر عن ظروف المدين الشخصية<sup>3</sup> فلماذا يجب على المحكمة أن تنظر إلى الظروف المحيطة بالمتعاقدين ، وهل الظروف الخارجية تؤدي إلى اختلال التوازن أم لا لكي يتم تطبيق نظرية الظروف الطارئة .

1 - المرجع سابق ، ص 516

2 - شريف غانم ، مرجع سابق ، ص 142

3 - رشوان أحمد رشوان حسن ، مرجع سابق ، ص 512

فكثيرا ما يتسبب الإرهاق الطفيف من الناحية الموضوعية في أحداث خسارة فادحة للمدين بينما لا تحدث هذه الخسائر الفادحة لمدين آخر مهما كانت جسيمة ، فعلى سبيل المثال الشركات الكبيرة متعددة الجنسيات من الصعب القول أن اختلال التوازن في صفقة معينة قد سبب لها إرهاقا في التزاماتها .

وقد أكدت محكمة النقض المصرية على هذا المعيار في إحدى أحكامها حيث قررت " بأن توافر الإرهاق الذي يهدد بخسارة فادحة أو عدم توافره - معياره موضوعي بالنسبة للصفقة المعقودة ذاتها - من مسائل الواقع " <sup>1</sup>

وقد تبنت بعض الشروط التعاقدية هذا المعيار، فقد نصت إحدى الشروط على أنه " إذا اختل توازن الاتفاق الحالي بشكل أساسي " والشروط الذي ينص ان الاختلال...يعوق السريان العادي للاتفاق " <sup>2</sup> ويدل هذان الشرطان أن الاختلال يجب أن يكون موضوعيا متمثلا في تغيير شروط العقد وليس مرتبنا بأطراف العلاقة التعاقدية .

### 3- متراخي التنفيذ

لم يذكر المشرع الليبي شرط تراخي المدة في نصوص قوانينه ، وذلك لأنه شرط مفترض ضمنا ، لكون نظرية الظروف الطارئة تعالج الالتزامات المرهقة برفعها عن المدين ، وردها للحد المعقول ، وهذا يقتضي وجود فترة زمنية مابين الانعقاد والتنفيذ <sup>3</sup>، فيجب أن يكون العقد من العقود التي يستغرق تنفيذها فترة من الزمن مثل عقد التوريد والمقاوله ، أو من العقود الفورية ولكن تنفيذها مؤجل المدة .

وتعتبر عقود نقل التكنولوجيا من عقود المدة، لما تحتاجه هذه العقود لوقت طويل للتنفيذ ، نظرا لكونها في الغالب يتم تنفيذها على شكل مرحلي بداية من التفاوض تم الاتفاق مرورا بكل مراحل التنفيذ إلى أن يتم التنفيذ في صورته النهائية .

يتضح فيما سبق أن تراخي التنفيذ يجب أن يتوافر لإعمال نظرية الظروف الطارئة ، ولكن التساؤل الذي يطرح هل يتم تطبيق نظرية الظروف الطارئة خلال الفترة الفاصلة ما بين المراحل السابقة عن إبرام العقد النهائي البات؟

يثير هذا التساؤل إشكالية حقيقة ذلك لأنه أصبحت المراحل السابقة عن التعاقد في الفترة الراهنة من أهم مراحل عقد نقل التكنولوجيا؛ لكونها تحدد حقوق والتزامات الأطراف وتقرب

1 - نقض مدني جلسة 24 - 12 - 1985 في الطعن رقم 585 لسنة 52

2 - شريف غانم ، المرجع السابق ، ص 157

3 - عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص 755

جهات النظر وتعرف مدى جدوى المشروع وملاءمته الاقتصادية وكذلك لا اعتبار هكذا نوع من العقود هي من العقود المركبة والتي يحتاج إبرامها إلى مفاوضات والتوصل بشأنها إلى اتفاق إطاري وعقود تطبيقية تنضوي تحت نطاقها .

ونتيجة لما تقدم تغير نمط التفكير الذي كان سائداً في ساحة الفكر القانوني فأصبح ينظر إلى الإيجاب والقبول على أنهما محصلة لا يتأتى إدراكهما إلا بعد مدة من المفاوضات قد تطول أو تقصر<sup>1</sup> لكون الإيجاب والقبول التقليديين غير قادرين على مجابهة المخاطر التي تحتوي عليها عقود نقل التكنولوجيا فهذه القواعد أصبحت غير قادرة على الاستجابة لضرورات وسائل الإنتاج الصناعي وطرق التسويق الحديثة وتعجز عن مجابهة المخاطر التي تنطوي عليها عادة العقود غير التقليدية

ولقد عرضت هذه المشكلة على القضاء الفرنسي في محاولة لتطبيق فكرة الغبن اللاحق إلا أن البحث في هذه المشكلة لم يتعد حالات الوعد ببيع العقارات، إذ المعروف في القانون الفرنسي أن الغبن لا يطبق إلا في حالة بيع العقار.<sup>2</sup>

وجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي أيد هذا الاتجاه بإصداره تشريعا بتاريخ 28 نوفمبر سنة 1949 أضاف به فقرة ثانية إلى المادة 1675 تنص "على أنه في حالة الوعد بالبيع من جانب واحد يقدر الغبن في اليوم الذي يتحقق فيه الوعد" كما أخضعت المجموعة المدينة العامة للإمبراطورية النمساوية الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي لأحكام نظرية الظروف الطارئة إذ لم تعترف هذه المجموعة بأحكام هذه النظرية إلا في حالة مشروعية العقد.<sup>3</sup>

فإذا تصادف أن وقعت ظروف طارئة بين الوعد بالتعاقد، وقيام العقد النهائي فضل تطبيق أحكام النظرية في هذه الحالة ، وباعتبار أن مرحلة التفاوض من المراحل السابقة على إبرام العقد إلا أنها تختلف على الوعد بالبيع في كون الوعد بالبيع يتضمن ما يرى الأطراف الالتزام به في عقدهم ، حيث يتم تحديد ما يتراسوا عليه من العناصر الأساسية أو الجوهرية التي هي من ركائز الوعد بالتعاقد، إلا أن الأطراف أثناء فترة التفاوض قد يبرمون عقودا ( العقد الجزئي ، وعقد الإطار ) تكون الهدف من ورائها التمهيد لإبرام العقد النهائي ، فلهذا إذا وقع ظرف طارئ بعد إبرام العقد التمهيدي ينبغي تطبيق النظرية لرفع الإرهاق على المدين .

## ثانيا : رد الالتزام المرهق

لقد أعطى المشرع للقاضي سلطة في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وذلك بعد الموازنة بين مصالح المتعاقدين، باستخدام مكنات عن طريقها يتم رفع الإرهاق .

1 - نبيل إسماعيل الشبلاق ، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة قبل التعاقد (دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا) مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية ، المجلد 29 ، العدد الثاني ، 2013 ، ص 300

2 - محمد عبد الجواد ، الغبن اللاحق والظروف الطارئة في القانونين الفرنسي والمصري ، مجلة القانون والاقتصاد ، ص 33 ، العدد الثاني ، ص 207

3- محمد عبد الجواد ، مرجع سابق ص 167.

## 1 – وسائل رد الالتزام المرهق

تتمثل هذه الوسائل في أ- نقص وزيادة الالتزام، ب- التعويض

### أ - نقص وزيادة الالتزام

إن نقص التزامات المدين أو زيادة التزام الدائن ، هي من إحدى الوسائل المتاحة للقاضي لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، لكون القانون لم يحدد وسيلة بعينها لرفع الإرهاق ، وإنما ترك ذلك للقاضي حسب سلطته التقديرية ليختار الوسيلة الملائمة لرفع الإرهاق عن المدين .

فربما كانت الوسيلة المثلى لرفع ذلك هي إنقاص الالتزام إلى الحد المعقول ، كمثل أن يتعهد المورد بتوريد بضاعة معينة، ثم ترتفع بعد ذلك أسعارها، ونتيجة لما يترتب على ارتفاع الأسعار من إرهاق للمدين ، يمكن للقاضي أن يقضي بإنقاص الكميات الموردة ، ليرفع بذلك الإرهاق عن المتضرر .

وإنقاص الالتزامات يكون على وجهين، إما إنقاص كمي أو إنقاص كيفي ، ومثال على الإنقاص الكيفي أن يتعهد شخص بتوريد كميات محددة من صنف متفق عليه ، ثم طرأت حوادث استثنائية تجعل الحصول على الصنف المتفق عليه مرهقا للمدين سواء بارتفاع سعره أو بصعوبة توريد الكميات المتفق عليها ، فهذا يمكن للقاضي رد الإرهاق الذي أصاب المدين من جراء إجباره على توريد الصنف المتفق عليه ، بالإذن له بتوريد نفس الكمية المتفق عليها ، ولكن من صنف أقل جودة

1

ويلاحظ أن عقود نقل التكنولوجيا من العقود التي يكون فيها المعقود عليه محل اعتبار ، فغالبا ما يتم التعاقد على أشياء بمواصفات محددة ولا يمكن إنقاصها أو تغييرها بأشياء أخرى ، فهذا لا يعتبر إنقاص الالتزام المرهق هي الوسيلة المثلى ، و إنما يكون الأفضل هو زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق ، أي زيادة التزامات الدائن ، مثل تعهد مورد بتوريد معدات نقل التكنولوجيا فارتفعت الأسعار بشكل ملحوظ ، فيرفع القاضي السعر الوارد في العقد لكي يرفع الإرهاق عن المورد ليستطيع إكمال تنفيذ الالتزام بشكل ملائم .

ولا شك أن القاضي وهو في سبيله لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، لا يوزع الخسارة المألوفة بين الطرفين، بل يتحملها المدين وحده لأن الزيادة المألوفة عرفا يتحملها المدين لكونها من تبعات التجارة، لا اعتبار أن عامل الربح والخسارة المحرك الرئيسي لها<sup>2</sup> ولهذا أن الزيادة غير المألوفة هي التي تقسم بين الأطراف لكونها غير متوقعة عند إبرام العقد ، ومن العدالة ألا يحمل المدين بظروف ليست من صنعه .

1 - رشوان أحمد رشوان ، مرجع سابق ، ص 577

2 - محمد محي الدين إبراهيم محمد سليم ، المرجع سابق ، ص 640

هذا ويدور حكم القاضي بإنقاص الالتزام المرهق للحد المعقول مع الظرف الطارئ وجودا وعدمًا، فإذا زال الظرف الطارئ زال معه الإنقاص ورجع العقد إلى ما كان عليه وقت التعاقد<sup>1</sup>.

## ب - التعويض

إن التعويض كما هو معلوم يكون نتيجة لمسؤولية تترتب على عاتق المدين لارتكابه خطأ أو تحمله خطأ أحد تابعيه ، أما التعويض في الظروف الطارئة فهو تعويض من نوع آخر، ليس ناتجا عن خطأ بل نتج عن ظرف طارئ يستوجب معه رفع الإرهاق عن المدين<sup>2</sup>.

فلهذا لا يمثل التعويض جبرا كاملا للضرر مثل باقي التعويضات المترتبة عن الخطأ بل يعتبر التعويض في الظرف الطارئ عبارة عن رفع الإرهاق عن طريق مقاسمة الضرر الذي لم يكن للمدين يد فيه ، فلهذا وجب توزيع الخسارة المترتبة عن الظرف الطارئ .

ويختلف الدور الذي يقوم به القاضي في مواجهة الظروف الطارئة في كل من القضاءين المدني والإداري .

## (1) - سلطة القضاء الإداري

تتخصر سلطة القاضي الإداري في الحكم بالتعويض، فقد حصرت المادة 105 من لائحة العقود الإدارية رفع الإرهاق بالتعويض فقررت أنه ( للمتعاقد الحق في تعويض يرد التوازن المالي للعقد للحد ) فمن هنا لا يستطيع القاضي الإداري تعديل العقد ، ذلك لأن مهمته تفسير العقد فقط وليس من صلاحياته تعديله، لكون القاضي لا يملك أن يأمر الإدارة بالقيام بعمل معين<sup>3</sup>. وكذلك إن الإدارة حين تضمن العقد شروطا معينة وتحمل المتعاقد بمقتضاها التزامات محددة فإنها تهدف لتحقيق مصلحة عامة ، ولو أتيح للقاضي أن يعدل شروط العقد رغم إرادة الإدارة فقد تتعرض المصلحة العامة للخطر ، ومن ثم فإن من دواعي المصلحة العامة أن تظل شروط العقد نافذة ، حتى تقبل الإدارة مختارة تعديليها، لأنها لن تفعل ذلك إلا بعد أن تتأكد مقدما من أن المصلحة العامة لن تضار من جراء هذا التعديل<sup>4</sup>.

وقد انتهج مجلس الدولة الفرنسي والمصري حلا وسطا مع المحافظة على قواعد الاختصاص ، وذلك عن طريق دعوة كل من الإدارة والمتعاقد معها إلى اتفاق ودي يحل كل تنازع بينهما ، فإذا لم يتم الوصول إلى اتفاق فليس هنالك أما القاضي إلا الحكم بالتعويض<sup>5</sup>.

1 - عزت صلاح عبد العزيز محمد ، إعادة التوازن العقدي في ظل الأزمة المالية العالمية ، دار الفكر الجامعي ، 2013 ص 282

2 - رشوان أحمد رشوان ، مرجع سابق ، ص 624

3 - وهيب عياد سلامة ، مرجع سابق ، ص 110

4 - سليمان الطماوي ، مرجع سابق ، ص 660

5 - حازم بيومي المصري ، مرجع سابق ، ص 353 ، وأيضا مصطفى الحبشي ، مرجع سابق ، ص 334

## (2) - سلطة القضاء المدني

لم يقيد القضاء المدني في مواجهة الطرف الطارئ بأي وسيلة ، بل أعطي للقاضي الحق في اختيار أي وسيلة تمكن من رفع الإرهاق وردة للحد المعقول فليس هنالك قيود على القاضي إلا مصلحة الأطراف .

والتعويض قد يلجأ إليه القاضي المدني شأنه في ذلك شأن القاضي الإداري ، ولكن الفرق الذي بينهما أن التعويض في القضاء الإداري هو الوسيلة الوحيدة المعطاة للقاضي كأداة لتعديل العقد ، في حين أنه بالنسبة للقاضي المدني وسيلة اختيارية من بين عدة وسائل أخرى<sup>1</sup>.

### ج - مدى إمكانية الحكم بالفسخ

لقد خرج المشرع عن الأصل العام المتمثل في القوة الملزمة للعقد بإعطاء القاضي مكنة تعديل العقد إذا استجدت ظروف طارئة تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا وذلك استجابة لمبدأ أسمى ألا وهو العدالة التعاقدية وتوازن الأداءات ، فأعطت الفقرة الثانية من المادة 147 من القانون المدني للقاضي سلطة رد الالتزام المرهق للحد المعقول لكي يرفع الإرهاق عن الطرف المتضرر .

ومن هنا يثار تساؤل حول سلطة القاضي في فسخ التعاقد إذا كان لا يستطيع رفع الإرهاق إلا عن طريق الفسخ لانعدام أي وسيلة تمكن من رفع الإرهاق .

لقد اختلف الفقه ما بين مؤيد للفسخ ومعارض له ، أما الفريق الأول المؤيد فيرى أن رد الالتزام المرهق يقصد به مواجهة الصعوبات التي تسبب إرهاق للمدين لذلك قد لا تجدي أي وسيلة لإعادة التوازن لكون الإرهاق بلغ حدا لا ينفع معه مجرد توزيع الخسارة ما بين المتعاقدين فلهذا من الأصلح فسخ العقد على استمراره ، وكذلك من غير المنطقي أن نفرض على الدائن التعديل إذا كان يريد التخلي عن الصفقة وخصوصا أن الفسخ يكون أصلح للمدين إذ يدفع عنه كل أثر للحادث الطارئ<sup>2</sup> ، وقد نص المشرع على فسخ عقد المقاولات إذا انهار توازن الأداءات بين أطراف العلاقة التعاقدية فقرر أنه " على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة ، لم تكن في الحسبان وقت التعاقد وتداعى لذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاول ، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد " . فلهذا طالما قبل المشرع منح القاضي صراحة سلطة فسخ عقد ذا طبيعة معقدة مثل المقاول ، فمن باب أولى يجب التسليم بامتداد تطبيق هذا الحل إلى جميع عقود المدة.

أما الفريق الثاني المعارض للفسخ فيرى أن نص الفقرة الثانية من نص المادة 147 انحصرت في تعديل العقد دون فسخه أو وقفه فالتعديل يقتضي إبقاء العقد مع تغيير في أحكامه<sup>3</sup> . فلهذا في هذه الحالة

1 - رشوان أحمد رشوان حسن ، مرجع سابق ،ص 616

2 - محمد محي الدين إبراهيم محمد سليم ، نظرية الظروف الطارئة ما بين الفقه الإسلامي والقانون المدني ، دون ناشر ،ص 665

3 - المرجع سابق ،ص 666

يجب التفسير في نطاق ضيق لأن الأمر متعلق باستثناء والاستثناء لا يتوسع فيه فهذا يسري الأصل وهو القوة الملزمة للعقد

وبذلك أختلف حكم نص المادة (147) من القانون المدني عن المادة (105) من لائحة العقود الإدارية لسنة 2007 حيث قررت أنه إذا طرأت ظروف استثنائية عامة لا يمكن دفعها ولم يكن في الوسع توقعها ... كان للمتعاقد الحق في تعويض يرد التوازن المالي للعقد للحد المعقول فإذا استمر قيام هذه الظروف ولم يرج زوالها جاز إنهاء العقد بناء على طلبه". فقرر هذا النص للمدين الحق في طلب فسخ العقد على عكس المادة 147 من القانون المدني التي لم تنص على ذلك.

وكان الأجدر بالمشرع أن نص على فسخ العقد في المادة 147، أسوة بمبادئ اليونديروا التي سمحت بفسخ العقد إذا كان الإرهاق لا علاج له فالاختلال الدائم في اقتصاديات العقد المسبب للإرهاق لا يمكن جبره عن طريق نظرية الظروف الطارئة لأن هذه النظرية لم توجد لدفع تعويضات إلى ما لا نهاية<sup>1</sup>.

## 2 القواعد المشتركة في وسائل رفع الالتزام المرهق :

إن الوسائل المعطاة للقاضي في رده للالتزام المرهق تشترك في العديد من الأمور هي :

### أ – ضوابط رفع الالتزام المرهق

يجب أن يراعي القاضي عند رد الالتزام المرهق، تحميل المدين تبعة الإرهاق المؤلف أولاً ، ومن ناحية أخرى لا يمكن للقاضي أن يعمل الوسائل الممنوحة له إلا في ظل التزام قائم ، أما الالتزامات التي نفذت فقد انتهت ولم يعد لها وجود وبالتالي يغض القاضي الطرف عنه حتى لو ادعى من قام بالتنفيذ إرهاق أصابه جراء هذا التنفيذ<sup>2</sup>

وكما يهمل القاضي ما تم تنفيذه ، فانه كذلك لا ينظر إلى ما سيتم تنفيذه مستقبلاً ، ذلك لكونه أمراً مجهولاً وغير معلوم ، فقد تزول هذه الظروف فيعود العقد كما كان عليه ، وبذلك ترجع له قوته الإلزامية<sup>3</sup>.

وقد أكدت هذا الأمر محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها حيث ذكرت أنه " يجب على القاضي ألا يعمل الجزاء المنصوص عليه في هذه الفقرة إلا بالنسبة للقسط أو الأقساط التي يثبت له

1 - نصت المدة 6-2-3 من مبادئ اليونديروا (... إذا توصلت المحكمة إلى توافر الظروف الشاقة ، فيمكن أن تقضي ما دام ذلك معقولاً بأي مما يلي: أ- إنهاء العقد في التاريخ وفقاً للشروط التي تم تحديدها ، ب- تطويع العقد بالتعديل بهدف إعادة توازن الأداءات )

2 - عبد الرازق السنهوري ، مرجع سابق ، ص 648

3 - رشوان أحمد رشوان ، مرجع سابق ، ص 582

أن أداء المشتري لها قد أصبح بسبب وقوع الطارئ غير متوقعا مرهقا له بحيث يهدده بخسارة فادحة ، أما باقي الأقساط المستقبلية فإن القاضي لا يعمل في شأنها هذا الجزاء <sup>1</sup> ،

## ب- تحديد نسبة رفع الالتزام المرهق

إن تحديد نسبة رد الإرهاق تثير صعوبات عملية، إذ ما هو الأساس الذي يستند عليه هذا التحديد ، فهل تقسم النسبة مناصفة بين المتعاقدين لكون العقد يفرض في بعض الأحيان مخاطر من الواجب أن يتحملها طرفا العلاقة نظرا لتساوي مراكزهم القانونية ، أم أنه يجب الموازنة بين الأطراف وليس المناصفة بينهم .

لقد ذهبت محكمة النقض المصرية في حكم لها أنه " متى توافرت الشروط التي يتطلبها القانون في الحادث الطارئ فإن للقاضي سلطة تعديل العقد برد الالتزام الذي صار مرهقا إلى الحد المعقول وهو حين يختار في حدود سلطته التقديرية الطريق المناسب لمعالجة الموقف الذي يواجهه لا يرفع كل خسارة عن عاتق المدين ويحملها للدائن وحده ، ولكنه يحد من فداحة هذه الخسارة التي ستصيب المدين ، ويصل بها إلى الحد المعقول ، بتحميل المدين الخسارة المألوفة التي كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد ، ويقسم ما يزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة بين المتعاقدين بالسوية فيما بينهم ، باعتبار أن ذلك في مراعاة الموازنة بين مصلحة كل منهما " <sup>2</sup>

وقد وجه النقد إلى المسلك الذي سلكته محكمة النقض ذلك لأن المشرع تطلب من القاضي الموازنة بين مصلحة الطرفين ، ومقتضى الموازنة هو دراسة حالة المتعاقدين وظروفهم الشخصية ، ومن المعلوم أن المناصفة قد لا ترد الالتزام للحد المعقول <sup>3</sup> فلماذا يجب أن يترك للقاضي اختيار النسبة التي بها يرفع الإرهاق ويرد الالتزام إلى الحد المعقول مراعاة لظروف كل قضية على حدة، بيد أنه مما يسترعي الانتباه أن مجلس الدولة الفرنسي قد جرى من الناحية الواقعية على جعل نصيب المتعاقد مع الإدارة نصيبا رمزيا ، حال تحميل المجلس للدولة في معظم أحكامه لنسبة تبلغ 90% من الخسارة <sup>4</sup>.

وبصدد توزيع العبء بين طرفي التعاقد ، أدخل مجلس الدولة الفرنسي في حسبانته دواع واعتبارات عديدة : موقف المتعاقد إزاء الطرف الطارئ ومحاولة التغلب عليه والحال الاقتصادية العامة للمشروع والاستقرار الاقتصادي بوجه عام للدولة <sup>5</sup>.

## ج- رفع الالتزام المرهق مقرر لمصلحة المدين

1 - نقض مدني بجلسة 26-12-1964 ، رقم الطعن 29\368 ق

2 - نقض مدني بجلسة 1-2-1977 في الطعن 570 لسنة 42 ق

3 - رشوان أحمد رشوان ، مرجع سابق ، ص 585

4 - عبد الحكيم فودة ، مرجع سابق ، ص 117

5 - وهيب عياد سلامه ، دروس في العقود الإدارية مع التعمق لطلاب دبلوم العلوم الإدارية ، التوازن المالي للعقد وفكرة التعويض غير القائم على الخطأ ، كلية الحقوق ، جامعة أسبوط ، 2000 ص 119



لقد حصر المشرع الليبي الاستفادة من نظرية الظروف الطارئة للمدين حيث ذكر أنه " وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة قادمة ، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول " فمن هذا النص يتبين أن للمدين وحده الحق دون الدائن الاستفادة من رفع الإرهاق نتيجة ظرف الطارئ وذلك بخلاف النص الذي قررته مبادئ الينديروا في المادة 6-2-2 حيث نصت على أنه ( تتوافر الظروف الشاقة إذا وقعت أحداث تخل بصورة جوهرية بتوازن العقد إما برفع تكاليف التنفيذ على أحد الأطراف و أما بخفض قيمة ما يتلقاه أحد الأطراف )

ومن الملاحظ أن هناك عقودا تمتد لفترات زمنية طويلة تجعل الدائنين في خطر يتزايد مع تفاقم هبوط القوة الشرائية للنقود، ومثال ذلك عقود البوت التي قد تستمر أكثر من 90 سنة فلهذا وجب على المشرع التدخل لمواجهة اختلال التوازن الذي قد يحدث للدائن وإعطائه الحق في التمسك بنظرية الظروف الطارئة لمجابهة أي خطر قد يحدث نتيجة طول مدة العقد .

## د- النتيجة

إن الوسائل المعطاة للقاضي يترتب عليها رفع الإرهاق عن المدين ورده إلى الحد المعقول بتحليل الدائن جزء من هذا الإرهاق ، فليس للقاضي أن يرفع كل الضرر الذي وقع على المتعاقد الذي اختل التوازن المالي لعقده، فمن هنا يترأى أن الحل هو حل جزئي فقط، لكون هذه النظرية لا تستهدف إلا مجرد التخفيف عن المدين رافة به وبظروفه، ولا تهدف إلى إبعاد كل خسارة عنه ، وهي إذ تفعل ذلك فإنها تقتصر على التخفيف من العبء الاستثنائي الذي وقع ولا تمس العبء العادي والمألوف في التعامل ، حيث أنه وحده الخسارة العادية والمألوفة يتحملها المدين<sup>1</sup> .

ومن حيث أن نظرية الظروف الطارئة لا تعالج المشاكل إلا جزئيا فلهذا فإنه من الأفضل معالجة العراقيل التي تحدث نتيجة الظروف الطارئة عن طريق التشاور بين الأطراف دون إضاعة للجهد والوقت في المناقشات التي قد تطول في مسائل الإجراءات القضائية ، وفي ذلك تحقيقا واقعيًا للإرادة المنفردة لأصحاب العلاقة التعاقدية ، لكونه يحقق المصلحة المشتركة بينهما .

وقد أكد على هذا الأمر القرار الصادر من غرفة التجارة الدولية بباريس في قضية رقم 6129 سنة 1990 " إن المبادئ العامة للقانون وكذلك التنفيذ الأمن للعقد يفرضان على الأطراف عندما يصطدم تنفيذ العقد باستحالة أو صعوبات كبيرة أن يتشاورا وأن يبحثوا بشكل فعال عن وسيلة مناسبة لتخطي هذه الصعوبات " <sup>2</sup>

<sup>1</sup> - مصطفى الحبشي ، مرجع سابق ، ص 350

<sup>2</sup> - مراد محمود المواجهة ، مرجع سابق ، ص 438

وختاما قد اتضح أن الحلول التشريعية في بعض الأحيان غير قادرة على معالجة اختلال التوازن العقدي لعقود نقل التكنولوجيا نتيجة لما تحمله هذه العقود من تطورات مستمرة ،لذا يستلزم بحث وسائل تحقيق التوازن .

## الفصل الثاني

### وسائل تحقيق التوازن في عقود نقل التكنولوجيا

يسعى أطراف العلاقة التعاقدية في عقود نقل التكنولوجيا إلى إقامة التوازن بينهم وذلك من لحظة التفاوض لإعداد العقد، فالتفاوض القائم على ضوابط صحيحة يؤدي إلى قيام عقد متوازن بين المتعاقدين ، ولا ينتهي دور التفاوض بمجرد إبرام العقد بل يبدأ من جديد في حالة إذا كان هناك حوادث غير متوقعة أدت إلى خلل في التوازن العقدي ، وفي حال لم يثمر التفاوض عن أي نجاح يلجأ المتعاقدون للتحكيم لمعالجة التوازن العقدي ، إن وجد اتفاق بين الأطراف يوجب ذلك .

ولا تقتصر وسائل تحقيق التوازن على التفاوض والتحكيم فقط، بل تشمل العديد من الوسائل الأخرى مثل خطاب الضمان ، والتأمين ، ووسائل فض المنازعات المتعددة كالصلح والوساطة والقضاء ، إلا

أنه لضرورات البحث تم الاقتصار على التفاوض والتحكيم، ولذا سيتم تقسيم وسائل تحقيق التوازن في عقود نقل التكنولوجيا إلى التفاوض (المبحث الأول) و التحكيم (المبحث الثاني)

## المبحث الأول

### التفاوض\*

\* ينبغي التمييز بين مرحلة التفاوض وبين مسألة الاختيارات التكنولوجية، فتلك المرحلة الأخيرة تعني تحديد التكنولوجيا التي يحتاجها المتفاوض، ويتعين حسمها قبل مرحلة التفاوض، وهناك العديد من الاعتبارات التي تحكم مسألة الاختيارات التكنولوجية، مثل مهارة طالب التكنولوجيا في الإدارة والتسويق، ومدى ملاءمة التكنولوجيا بالنسبة لظروفه الاجتماعية والبيئية والاقتصادية، ومدى توافر العمالة الماهرة لديه، ومدى قوة رأس المال لطالب التكنولوجيا أو افتقاره إليه، ولا تحسم مسألة اختيار التكنولوجيا إلا من خلال الدراسات الأولية التي تبحث جدوى المشروع في جوانبه الاقتصادية والفنية والاجتماعية كافة، فيتعين أن تكون البيئة المراد نقل التكنولوجيا إليها مهيئة لاستقبالها حتى يتسنى تحقيق الأهداف الأساسية للتنمية، لان التكنولوجيا التي تصلح لبيئة معينة قد لا تصلح لبيئة أخرى، نظرا لاختلاف الموارد الطبيعية والبشرية في كل منها. ومن هذا المنطلق تبرز أهمية بذل العناية اللازمة لاختيار انطباق أنواع التكنولوجيا، بما يتلاءم مع احتياجات وظروف الدولة الراغبة فيها. وتقوم المكاتب الوطنية بدور كبير بالنسبة لعملية نجاح المفاوضات وإبرام عقد نقل التكنولوجيا بشروط معقولة، وتحتل هذه المكاتب مكانا بارزا

مما لا ريب فيه أن قواعد الإيجاب والقبول التقليديين أصبحت غير كافية لإبرام عقود نقل التكنولوجيا لما لهذه العقود من تعقيد وتنوع في المجالات، كونها ترد على مشروعات ضخمة، وتنصب على عمليات مركبة وملينة بالتعقيدات القانونية والفنية، ناهيك عن القيمة الاقتصادية والتنموية العالية التي تشكلها هذه العقود .

فليس بخاف أن جل أسباب نجاح العقد أو فشله ترجع في الأصل إلى مرحلة التفاوض، فكلما كان الإعداد للعقد جيدا وتمت المفاوضات بكل حرية ودراسة وطمأنينة وعقلانية، كلما جاء مضمون العقد متوازنا ومتعادلا ومتكافئا، لا يشوبه نقص أو غموض أو إبهام ، بما يكفل تنفيذه دون خلافات أو منازعات . وعلى العكس من ذلك، كلما كان الإعداد رديئا وسيئا، وكانت المفاوضات سريعة وارتجالية ، كانت صياغته مبهمه أو متناقضة ، وجاء العقد غير متوازن ومشوبا بالغموض والثغرات ، الأمر الذي يفتح الباب واسعا للنزاع والصراع والخصومة بين الطرفين مستقبلا<sup>1</sup> وبذلك يلعب التفاوض دورا وقائيا بالنسبة للإطراف سواء أسفر التفاوض عن إبرام عقد أم لم يسفر ، فالمفاوضات الجيدة تكون خير ضمان لقيام عقد لا تتور منازعات بشأنه<sup>2</sup>

لذلك يستلزم الأمر قبل إبرام عقد نقل التكنولوجيا الخوض مع أطراف العملية التفاوضية نقاشات قد تستغرق فترة طويلة من الزمن، وتتطلب نفقات باهظة، وذلك من أجل تقريب وجهات النظر، ومعرفة حقوق والتزامات الأطراف بدقة ، فيدخل في نطاق التفاوض المقترحات الأولية، ابتداء من إبداء الرغبة في التعاقد والمناقشات التي تتم بينهما ، إذ يناقشان ما يمكن أن يكون عليه فحوى العقد الذي يراد إبرامه، كذلك يدخل في نطاق المفاوضات المعلومات الفنية والمالية والقانونية الذي يتبادلها الأطراف بهدف الوصول إلى أفضل صيغة .

وإضافة إلى ما تقدم، يساعد التفاوض على تحقيق توازن عقدي في عقود نقل التكنولوجيا من خلال مرحلتين، المرحلة الأولى المفاوضات السابقة على إبرام العقد حيث إنه إذا كانت موازين القوى التعاقدية تميل للجانب الأجنبي في كثير من الأحيان نظرا لتفوقه التكنولوجي مما يجعله في وضع احتكاري ، إلا أنه قد صار ثابتا في الوقت الحالي أنه لم يعد مقبولا أن تدعي الدولة أو الهيئات التابعة لها ، أن الطرف الأجنبي قد أملى عليها إرادته ، ذلك لأن القوة الاقتصادية للطرف الأجنبي

---

في الإطار الحكومي لتنفيذ السياسة القومية للتكنولوجيا، وتحمل هذه المكاتب أسماء متباينة. مثال أكاديمية البحث العلمي والتكنولوجي في مصر ويطلق عليها عادة في دول أمريكا اللاتينية اسم السجلات الوطنية لنقل التكنولوجيا أما في ليبيا فقد أعدت هيئة البحوث الصناعية وهيئة البحث العلمي لهذا الغرض إلا أنها عاجزة على تحقيق الأهداف المنوط بها نتيجة كثير من العراقيل التي يطول شرحها في هذا المجال وتساعد هذه المكاتب الوطنية طالبي التكنولوجيا الحصول عليها بأفضل الشروط الممكنة من خلال المعلومات التي تقدمها، كما قد تزوده بخبراء متخصصين عند التفاوض ، يوسف عبد الهادي الأكياي ، النظام القانوني لعقد نقل التكنولوجيا في مجال الدولي الخاص ، رسالة دكتوراة ، جامعة الزقازيق ، 1989 ، ص 88

1 - رجب كريم عبد اللاه ، التفاوض على العقد ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2000، ص 4،

2 - محمد حسين عبد العال ، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998 ، ص 12

تجد حدودها في السلطات السيادية للدولة ، ومن ثم يصير العقد ملتقي لهذه القوى المتضادة ، فتأتي المفاوضات محققة توازنا عقديا بين الأطراف <sup>1</sup>.

أما المرحلة الثانية في تحقيق التوازن هي عند حدوث حوادث غير متوقعة تؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ، إذ أن الثابت في عقود نقل التكنولوجيا أنها تستغرق زمنا قد يطول لتنفيذها ، مما يجعلها عرضة لعراقيل سياسية أو اقتصادية أو تشريعية، وبذلك يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا إن لم يكن مستحيلا، مما يجعل المدين في موقف حرج ويلحق به ضررا ، بحيث يضطر المتعاملون بذلك العقد إلى إدراج شرط يعيد التفاوض لمواجهة الظروف التي حدثت وإعادة التوازن بين المتعاقدين ويسمى هذا الشرط بشرط إعادة التفاوض <sup>2</sup>.

ولهذا تتطلب عقود نقل التكنولوجيا تفاوضا مستمرا ، ومن هنا يعد التفاوض في مرحلة التنفيذ ترجمة اقتصادية عن تفاوض قانوني سابق الوجود ولكنه لاحق لإبرام العقد ، بينما التفاوض في مرحلة الانعقاد فهو ترجمة قانونية عن توازن اقتصادية سابق الوجود .

ولأهمية التفاوض والدور الذي يلعبه لتحقيق التوازن العقدي سواء في المراحل السابقة عن إبرام العقد، أو المراحل اللاحقة عن الإبرام، سيتم بحث التفاوض السابق عن إبرام العقد والمبادئ التي يقوم عليها بشكل عام في (مطلب أول) ثم سيتم تناول التفاوض خلال مرحلة التنفيذ وسيخصص لدراسته شرط إعادة التفاوض باعتباره من أهم الشروط التي تعيد التوازن (مطلب ثاني)

### **المطلب الأول : التفاوض السابق على إبرام العقد**

يعتبر التفاوض لإبرام العقود فكرة قديمة تمتد جذورها للبدايات الأولى لتبادل السلع بين البشر، ولكن لم تلق فكرة التفاوض ظلالها في الفقه والتشريعات القانونية إلا مؤخرا، لذلك لا تجد في التشريعات الوطنية أية إشارة إلى المفاوضات وتنظيمها إلا جانب من التشريعات الأوروبية كالقانون المدني الإيطالي لعام 1942 الذي نص على ضرورة الالتزام بحسن النية أثناء فترة المفاوضات (م 1337) والقانون المدني اليوناني لعام 1946 (م 197 و 198) .

غير انه مع تطور الحياة التجارية وتعقد مجالات العقود وخصوصا عقود نقل التكنولوجيا ، كل هذا يقتضي جلوس أطراف العقد سويا ومناقشة بنود العقد قبل إبرامه . ويقتضي علينا بحث الأحكام العامة للمفاوضات " الفرع الأول " والمبادئ التي يقوم عليها التفاوض " الفرع الثاني "

### **الفرع الأول : الإطار العام للمفاوضات**

1 - جمال الدين صلاح الدين ، مرجع سابق ، ص 267 ، 268

2 - د . أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، 2001-2000 ، ص

للتفاوض دور فعال في عملية إبرام عقد نقل التكنولوجيا مما يستوجب دراسة الإطار العام للمفاوضات، وذلك من خلال تبيان ماهيته " أولا " تم التطرق إلى ضوابط عملية التفاوض " ثانيا "

## أولا : ماهية التفاوض

إن أول ما يثير الاهتمام في التفاوض هو التعرف على ماهيته ، ولتحقيق ذلك لا بد من تعريف التفاوض وبيان طبيعته القانونية.

### 1- تعريف التفاوض :

هناك العديد من التعريفات المتعددة للتفاوض نظرا لتعدد الزوايا التي ينظر منها كل طرف إلى المفاوضات ، فالتفاوض عبارة عن فن الاتصال الفعال وإدارة الحوار البناء، وهو عملية يتم بموجبها وضع مقترحات محددة وواضحة تهدف التوصل إلى اتفاق لتبادل أو تحقيق مصلحة مشتركة مع وجود مصالح متعارضة، فيتم تضيق مساحة الاختلافات وتوسيع منطقة الاشتراك بينهم من خلال المناقشة والتضحية والحجة والإقناع.<sup>1</sup>

أما في الفقه القانوني فقد تم تعريف التفاوض بعد تعريفات منها " هو حدوث اتصال مباشر أو غير مباشر بين شخصين أو أكثر بمقتضى اتفاق بينهم يتم خلاله تبادل العروض والمقترحات وبذل المساعي المشتركة بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن عقد معين تمهيدا لإبرامه في المستقبل.<sup>2</sup>

وجاء في حكم تحكيمي صادر عن غرفة التجارة الدولية تعريف المفاوضات "هي المرحلة التي يتعهد فيها الطرفان بالتفاوض أو متابعة التفاوض بغرض التوصل إلى إبرام عقد لم يتحدد موضوعه إلا بطريقة جزئية لا تكفي في جميع الأحوال لانعقاده "<sup>3</sup>

ومن خلال التعريفات المتقدمة يتضح أن خصائص التفاوض تتمثل في الآتي :

1 – أن التفاوض لا يتم صدفة بين أطرافه ، بل يسبقه العديد من الإعدادات والتجهيزات التي ترمي إلى تجهيز العملية التفاوضية .

2- تفاعل بين الأطراف الراغبة في إقامة علاقات مشتركة بهدف الوصول إلى اتفاق بخصوص المقترحات المطروحة بينهم .

## 2- الطبيعة القانونية للتفاوض

لم تنظم الكثير من التشريعات مرحلة التفاوض بنصوص تفصيلية ، بل اكتفت بالمبادئ العامة التي تحكم تصرفات الأطراف مثل حسن النية في إجراء التصرفات ومبدأ سلطان الإرادة .

1 - نور الهدى أحمد التواتي ، النظام القانوني للتفاوض في عقود التجارة الدولية ، رسالة ماجستير ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، 2013 ، ص 12

2 - رجب كريم عبد اللاه ، مرجع سابق ، ص 64

3 - أحمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 97

ومن أجل ذلك اشدت الخلاف بين الفقهاء حول الطبيعة القانونية للتفاوض بين من يرى أن التفاوض له طبيعة مادية، ومن يرى له طبيعة عقدية.

## أ- الطبيعة المادية للتفاوض

يرى الفقه التقليدي أن التفاوض ليس إلا واقعة مادية مفرغة من أي قيمة قانونية ، إلا إذا كان التفاوض تم بموجب اتفاق سابق صريح بين الطرفين ، فإذا ما جاء التفاوض بمثل هذا الاتفاق الصريح فيتحول من مجرد عمل مادي غير ملزم لا يترتب أي أثر قانوني إلى تصرف قانوني ملزم<sup>1</sup>. وقد سارت محكمة النقض المصرية على ذات الرأي فقررت أن : " المفاوضة ليست إلا عملا ماديا لا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني"<sup>2</sup>

وإذا كانت المفاوضات حسب هذا الرأي لا يترتب عليها إي التزام، فإن المفاوضات يستطيع العدول متى شاء ما لم يصل إلى مرحلة إبرام العقد ، إلا أنه إذا اقترن العدول عن المفاوضات بخطأ ألحق ضررا بالطرف الآخر ، ألزم من عدل عن المفاوضات على تعويض هذا الضرر ويكون هذا التعويض وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية .

وقد تعرض هذا الرأي إلى انتقادات باعتبار أن قيام المسؤولية التقصيرية تستلزم ثبوت الخطأ ، مما يستوجب على المضرور اثبات أن الطرف العادل عن المفاوضات قد ارتكب خطأ وتسبب في ضرر للمضرور ، و لا يخفى أن هذا الإثبات فيه مشقة كبيرة له ، وعليه فإن حصر المسؤولية في مرحلة التفاوض في إطار المسؤولية التقصيرية من شأنه أن يشجع على العبث في المفاوضات وعدم الجدية في الاستمرار فيها بسبب صعوبة إثبات الخطأ مما يجعل الطرف الخاطيء في مأمن من المطالبة بالتعويض<sup>3</sup>

أما إذا تمكن الطرف المتفاوض الواقع عليه الضرر من إثبات مسؤولية المدين فإن المدين يلتزم بتعويض الخطأ المتوقع وغير المتوقع بخلاف لو وقعت عليه أحكام المسؤولية العقدية التي تلزم بالتعويض عن الضرر المتوقع فقط ، هذا الأمر إضافة لكونه غريبا وغير منطقي فإنه من شأنه أن ينفر من المفاوضات<sup>4</sup>

## ب- الطبيعة العقدية للتفاوض

1 - د . حمدي محمود بارود ، نحو إرساء تكيف قانوني جديد لمفاوضات العقد ، مجلة جامعة الأزهر بغزة ، 2010 المجلد 12 ، العدد 1 ص 726

2 - نقض مدني 9 \ 2 \ 1967\ المجموعة س 18 ، رقم 52 ، ص 334

3 - رجب كريم عبد اللاه ، مرجع سابق ، ص 298

4 - حمدي بارود ، المبادئ التي تحكم التفاوض في العقود الدولية ومضمون الالتزام بها ، مجلة الجامعة الإسلامية ، غزة ، المجلد السادس عشر ، العدد الأول ، 2008 ، ص 847

يرى أصحاب هذا الرأي أن التفاوض له طبيعة عقدية سواء تم الاتفاق صراحة على التفاوض أم لم يتم الاتفاق .

والحقيقة انه بمجرد اتفاق الأطراف على الدخول في مفاوضات يكون ذلك بمثابة عقد بينهم، فينشأ عن هذا الاتفاق التزامات، كالقيام بعمل معين أو الامتناع عن عمل، ويكون هذا العقد ضابطاً لتصرفات المتفاوضين، و حاكم العلاقة فيما بينهم، ومن ثم فإن المسؤولية المترتبة في حالة وقوع خطأ هي مسؤولية عقدية .

ويقدم هذا الرأي فائدة كبيرة لعقود نقل التكنولوجيا ، نظراً لاستغرقها فترة من الزمن ، فحتاج إلى جهد مضمّن ، ونفقات باهظة ، إضافة إلى الفرص التي يمكن أن يفقدها أحد طرفي التفاوض في الدخول في صفقات كان من الممكن الدخول إليها ، لذلك فإن قطع المفاوضات التي تتم خارج إي التزام عقدي والاكتفاء بقواعد المسؤولية التقصيرية ، لا يقدم ضماناً كافية وحماية فعالة لعملية التفاوض ، كي تؤدي الغرض المرجو منها قانونياً واقتصادياً ، باعتبار أن التفاوض أضحي من الأدوات اللازمة لتسيير إبرام العقد<sup>1</sup>.

وخروجاً من التجاذبات الفقهية ما بين الرأيين، فكر المتفاوضون الدوليون في ضرورة إيجاد علاقة قانونية تربط بين أطراف التفاوض ، لكي يتم تجنب الخلافات في الأنظمة القانونية بالنسبة للالتزام القانوني لمرحلة المفاوضات ، وتنظيم عملية التفاوض بما يكفل فرض الانضباط ، إضافة إلى توفير الأمان القانوني لراغب التعاقد وحمايته من المتفاوض سئ النية .

ولهذا يبرم المتفاوضون الدوليون عدة عقود تنظم التفاوض وترسم الإطار الإجرائي له ، وتختلف هذه العقود باختلاف مضمونها ، وتتمثل هذا العقود في الآتي :

**1- عقد التفاوض:** وهو عبارة عن اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص اتجاه شخص آخر بالبداية في التفاوض بشأن عقد معين بهدف إبرامه أو تجديده.

وقد يرد الاتفاق بشكل مستقل، أو في صورة شرط يتضمنه عقد آخر، وهذه الصورة توجد في المجال الصناعي والتجاري ، ذلك أن العقود الدولية تتضمن غالباً شرطاً يلزم الأطراف قبل انقضاء مدة التعاقد بالتفاوض لتجديد العقد أو إعادة توازنه إذا حدث ظرف يسبب خلل في التوازن<sup>2</sup>.

**2- عقد الإطار :** هو اتفاق يهدف لتنظيم نموذجي لعلاقة مستمرة تتعدد تطبيقاتها وتتلاحق عبر الزمن، بحيث يصبح كل تطبيق منها محكوماً بالقواعد المتفق عليها في التنظيم الإطارية، ويكون هناك دائماً مستويان من الروابط الاتفاقية التي تحكم علاقة الطرفين، مستوى أعلى حاكم يمثله اتفاق الإطار،

1 - د . حمدي محمود بارود ، نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد ، مرجع سابق ، ص 731

2 - نور الهدى أحمد التواتي ، مرجع سابق ، ص 30



ومستوى أدنى تمثله كثرة من العقود التي تبرم وتعد في إطار هذا الاتفاق الحاكم، والتي تعرف في المصطلح القانوني بالعقود التطبيقية<sup>1</sup>

ويتميز عقد الإطار عن العقود التنفيذية اللاحقة أنه عقد واحد تتبعه عقود تنفيذية مستقلة، يتطلب إبرامها تراضيا جديدا بين الطرفين في كل مرة . وقد قرر القضاء الفرنسي أن عقد الإطار ما هو إلا تمهيد لبيع أو خدمات مستقبلية لم تتحدد بعد كميتها وأسعارها وإمكانية توريدها، ورغم الاستقلال من حيث التكوين بين عقد الإطار والعقود التنفيذية اللاحقة، فإن كل ذلك يشكل مجموعة عقدية يربطها هدف اقتصادي واحد<sup>2</sup>

**3- العقد الجزئي :** إذا كان العقد متعدد فيه الجوانب القانونية والفنية، فإنه من المناسب حسم كل جزء بعقد مستقل لهدف تغطية شاملة لكل جوانب العقد ، ومن أمثلة العقود الجزئية التي يمثل كل واحد منها عملية من العمليات المتعددة التي ينظمها هدف واحد ، إبرام عقد انئمان مالي تمهيدا لعقد توريد مصنع، وعقد كفالة أو ضمان مع عقد تسهيلات ائتمانية مع عقد فتح حساب من خلال هدف واحد هو مساهمة المصرف في الصفقة التجارية ، وعقد توريد الماكينات يلحقه عقد تركيب وعقد تدريب ثم عقد قرض لتمويل المشروع ، ثم عقد توريد الخبرة الفنية ، وأخيرا عقد إدارة المصنع.<sup>3</sup>

## ثانيا : ضوابط عملية التفاوض

تتطلب المفاوضات عند إجرائها الأخذ بكل مستلزمات النجاح التي بواسطتها يتم تحقيق الأهداف التي يرنو إليها المتفاوضون ، وحتى يتم تحقيق ذلك لا بد من أن يتم التفاوض بصورة جيدة من جانب أطراف العقد، حتى يستطيع كل طرف التأكد من أن العقد سوف يحقق أهدافه وغاياته التي يتوقعها منه.

لذا لا بد الأخذ بمسببات هذا النجاح والابتعاد عن السلبيات التي تؤدي بالعملية التفاوضية إلى الفشل، وذلك من خلال إتباع خطوات عملية قبل وأثناء وبعد العمليات التفاوضية ،حتى تتحقق الأهداف التي يرغب الأطراف التوصل إليها ، فهذه الخطوات إذا لم تكن منضبطة فلن تؤدي إلى النتائج المرجوة.

## 1- الضوابط الشخصية

التفاوض بوصفه سلوكا اتصاليا يتطلب أن يكون المتفاوض أو الفريق التفاوضي لديه صفات عدة تكفل نجاح المفاوضات ، فالمفاوضات لم تعد دربا من ضروب الجدل والنقاش الارتجالي، بل صارت علما من العلوم التي تدرس ضمن مفردات المنهج المقرر لطلبة إدارة الأعمال ، كما أن العديد من رجال الأعمال والشركات العالمية الكبرى يعملون جاهدين على تدريب كفاءات معينة

1 - مصطفى الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي بيروت ، ط1، 2002 ، ص 282

2 - محمد إبراهيم الدسوقي ، الجوانب القانونية في إدارة التفاوض وإبرام العقود ، معهد الإدارة العامة للبحوث، الرياض ، 1995 ، ص 109

3- المرجع السابق ، 111

للبروز في هذا الفن الذي يعتبر ذا أثر مباشر في عقد أي اتفاق تجاري من العقود التجارية الدولية والمشاريع الكبرى بمختلف أنواعها وتمثل هذه الصفات في :

أ- **الخبرة التفاوضية** : تتعلق هذه القدرة بمعرفة مدى قدرة المتفاوض بتحليل القضايا التفاوضية وعناصرها وعواملها ، ومعرفة العناصر التي تتكون منها هذه القضايا وربط الأسباب بالنتائج وإيجاد علاقة المؤثر والسبب ، وتتوافر القدرة على التحليل بتضافر مجموعة من المعارف :

**1- المعرفة القانونية:** يجب على المتفاوض أن تكون لديه معرفة قانونية، أو يستعين بأحد المتخصصين في الشؤون القانونية، لكي تتم مناقشة الاتفاق وصياغته على أفضل وجه، وتجنب الثغرات القانونية التي قد تسبب خلا في توازن العلاقات. صحيح أن الاتجاه الغالب في الدول النامية هو عدم الاقتناع بتواجد القانونيين على مائدة المفاوضات ، ولكن مما لا شك فيه أن عدم استدعاء القانونيين إلا بعد توقيع الاتفاق بين الطرفين لن يمكنهم من أداء مهمة الصياغة على أكمل وجه ، فاشترك القانونيين في المفاوضات يتيح لهم فهم خلفيات الاتفاق، الأمر الذي يساعد على إحكام الصياغة ويقلل من احتمال وجود ثغرات في التجسيد المادي لهذا الاتفاق ، مما قد يكون سببا لتصدعه في المستقبل<sup>1</sup>

**2- المعرفة اللغوية** : يتوجب على المتفاوض أن تكون لديه لغة سليمة تمكنه من التفرقة بين المعني الدارج للكلمة والمعنى الاصطلاحي لها وكذلك يتوجب أن تكون لديه لغة أجنبية إذا كان الفريق يستخدم لغة أجنبية .

**2- المعرفة الاقتصادية:** يستلزم من المتفاوض أن يكون له معرفة اقتصادية، لكي يتمكن من دراسة جدوى مشروع ومدى ملاءمة المشروع لبيئة الدولة المزمع إقامة المشروع فيها<sup>2</sup>

**ب - التكامل الشخصي** : يجب على المتفاوض أن يتمتع بالصبر والقدرة على التفكير و التعبير والسيطرة على مجرى المفاوضات، وأن يتمتع بالحنكة والفتنة والهدوء ، وان تكون لديه القدرة على إقناع المتفاوض الآخر بإقامة الحجة والبرهان وتجنب أساليب المغالطة والضغط للحصول على حد أقصى من الفوائد ، ومحاولة تخفيف المواجهة التعاقدية ، فالمفاوضات ليست حربا ، وإنما هي تفاعل وتعاون وتواصل تبتغي التواصل إلى المصالح المشتركة والمتوازنة لطرفيها<sup>3</sup> .

## 2- الضوابط الموضوعية

إضافة للضوابط الشخصية لابد من توافر بعض الضوابط الموضوعية منها :

### أ- إعداد جدول المفاوضات إعدادا جيدا

1 - أحمد شرف الدين ، أصول الصياغة القانونية للعقود ، دار نصر للطباعة الحديثة ، الطبعة الثالثة ، 2008 ، ص

18

2 - باربارا اندرسون ، التفاوض الفعال ، مكتبة الهلال للنشر والتوزيع ، ص 77

3 - أحمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق ، 80

لكي تكفل المفاوضات بالنجاح يجب على المتفاوضين إعداد جدول المفاوضات إعداد جيداً ، فهذا يجب أن يكون جدول المفاوضات :

- محددًا فيه لأهداف الأساسية لعملية التفاوض، والتي تعتبر سبب العقد المزمع إبرامه.

- تحديد المسائل المراد التفاوض من أجلها تحديداً شاملاً ومفصلاً .

– يجب أن يكون مصاغاً بلغة قانونية سليمة منعا لأي خلاف قد يحدث بسبب التردد في تفسير وتأويل بنود التفاوض.

- ترتيب النقاط محل التفاوض حسب أولويات ووزن كل نقطة، وتصديرها قائمة جدول الأعمال، أو تأخيرها إلى المسائل الفرعية، أو توزيعها بنحو متوازن ، مما يتيح تخفيف شدة المساومة والجمود في مواقف الأطراف

## ب - حسن تنظيم الفريق التفاوض

من المعلوم أن التفاوض في عقود نقل التكنولوجيا عملية عسيرة ومعقدة ، لاحتوائها العديد من الجوانب الفنية و القانونية، والاقتصادية والتقنية والمالية المتداخلة ، لذا يستوجب أن يكون الفريق القائم بالعملية التفاوضية ذو كفاءة متنوعة المجالات حتى يتسنى لهم توسيع رقعة التشاور، وتنويع وجهات النظر، وإنجاز عملية التفاوض في وقت ملائم، وذلك بحسم كل المسائل مرة واحدة بدلا من مرات متعددة ، ولقاءات متكررة، وهنا يستوجب تقسيم العمل بدقة بين أعضاء الفريق التفاوضي لتحاشي التضارب والتداخل بينهم وتحديد منسق بين كل منهم، ومتحدث رسمي واحد لهم ، مع تحديد مسؤولية كل عضو في الفريق عند مناقشة الجانب الذي يدخل في تخصصه .

وينبغي التنبيه إلى أنه يجب التحذير من إطلاق الحرية الكاملة دون حدود أو قيود للمفاوض بحيث يكون هو السلطة وهو مفوضها ، أو أن يتم تقييد حرية التفاوض بحيث يصبح مغلول الإرادة ويصبح عديم الفائدة أو الجدوى<sup>1</sup>

## ج – المعلومات التفاوضية :

إن أغلب العوامل التي تساعد على فشل أو نجاح التفاوض هو مدى توفر المعلومات بخصوص التفاوض الآخر أو الصفقة المزمع إبرامها لكي يتم التأثير على المتفاوض الآخر وإنجاح عملية التفاوض، فهذا يجب أن تتوفر لدى المتفاوض الدراسات النوعية لمختلف جوانب المسألة التي يدور التفاوض بشأنها ، وتوفير كافة الإمكانيات البشرية والتجهيزات المادية للمساعدة على الحصول على المعلومات .

## د - الرغبة المشتركة :

<sup>1</sup> - نور الهدى أحمد التواتي، مرجع سابق ، ص 19

عملية التفاوض ليست من العمليات السهلة ، فهي تقوم على وجهات نظر متقابلة ومصالح متعارضة بين أطرافها، كل طرف له هدف معين يريد تحقيقه عن طريق أقل التكاليف الممكنة ليحصل على أكبر فائدة، فلهذا يجب أن تتوفر الإرادة الحقيقية المشتركة لأطراف التفاوض للبدء في العملية التفاوضية ابتداءً والحرص على استمراريتها والعمل على تدعيم علاقات الأطراف واستمرارها، فاندما الرغبة يؤدي إلى فشل المفاوضات في بدايتها الأولى، كما أن انتقاصها حتى مع الوصول إلى اتفاق، كفيل بتحطيم ذلك الاتفاق على أولى أعتاب عملية تنفيذه .

وبتضافر العوامل الشخصية والموضوعية فإن عملية التفاوض ستكون في الغالب بالنجاح، إلا أنه بالإضافة إلى العوامل الشخصية والموضوعية ينبغي أن تجري المفاوضات في ظل التزامات تحكم سير العملية التفاوضية.

### **الفرع الثاني : الالتزامات التي تحكم التفاوض في عقود نقل التكنولوجيا**

توجد العديد من المبادئ التي تحكم عملية سير المفاوضات، إذ لولاها لأصبح التفاوض عديم الفائدة وبدون قيمة وسببا في إضاعة المال والوقت ليس إلا ، فلهذا فإن ترسيخ هذه الالتزامات قد تقدم ضمانا لحسن سير العملية التفاوضية و لقيام عقد لاحق محققا توازنا عقديا بين أطرافه .

ويعتبر التفاوض بحسن النية من الالتزامات الرئيسية ، والذي يتفرع عنه العديد من الالتزامات الأخرى .

#### **أولا : التفاوض بحسن النية**

تعد مرحلة المفاوضات من المراحل التي تحتاج إلى حسن نية بين المتفاوضين، ويتحقق ذلك بالصدق والأمانة والبعد عن المناورات واصطياد الأخطاء ، ويعتبر مبدأ حسن النية من أهم المبادئ القانونية التي من خلالها يستطيع المشرع الوطني التدخل للحفاظ على التوازن ، من خلال فرض التزامات قانونية على طرفي التعاقد، تتغلب على حالة عدم التوازن التي قد تنشأ نتيجة لاختلاف المركز القانونية لطرفي التعاقد، أو لوجود ضعف تعاقدية يعتري أحدهما مقارنة مع الطرف الأخرى<sup>1</sup> .

<sup>1</sup>- محمود فياض ، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد ، مجلة الشريعة والقانون ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، السنة 27 العدد 54 لسنة 2013 ، ص 226

ونجد أن الكثير من التشريعات لم تنص على حسن النية أثناء التفاوض ، بل أقرت مبدأ عاما يقتضي حسن النية في تنفيذ العقود ، فقد أشارت المادة 148 من القانون المدني الليبي على ( ضرورة تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبأسلوب يتفق مع حسن النية )<sup>1</sup>

أما على صعيد قانون التجارة الدولية يعد مبدأ حسن النية من المبادئ الأساسية والجوهرية الذي يركز عليه العديد من المبادئ القانونية التي تنظم تكوين وتنفيذ وتفسير العقود التجارية الدولية نظراً لإرسائه أسس العدالة على الصعيد الدولي. إذ تنص الفقرة الأولى من المادة (7) من اتفاقية الأمم المتحدة (فيينا 1980) وتحت عنوان (أحكام عامة) على أنه: (يراعى في تفسير هذه الاتفاقية صفتها الدولية، وضرورة تحقيق التوحيد في تطبيقها، كما يراعى ضمان احترام حسن النية في التجارة الدولية). ومن الفقه<sup>2</sup> من يرى إن النص وإن ورد مقترناً بعبارة (التفسير) فإنه يطرح مبدأً عاماً يلزم كل ذي شأن في عقد البيع، فيلتزم به القضاة أثناء تفسيرهم لشروط العقد. ويلتزم به المتعاقدون وهم يبرمونه وينفذونه بل أن الاتفاقية التزمت به ، إذ تضمنت أحكاماً لا يفسرها إلا حسن النية الذي ينبغي أن يكون سائداً في المعاملات .

كذلك تنص المادة (1-4-1) من مبادئ اليونيدروا تحت عنوان (حسن النية وأمانة التعامل) على أنه: (يلتزم كل طرف بأن يتصرف وفقاً لما يقتضيه حسن النية وأمانة التعامل في التجارة الدولية). وتحظر الفقرة الثانية من ذات المادة على الأطراف مخالفة هذا الالتزام كلاً أو جزأً، فتنص على أنه: (لا يجوز للأطراف استبعاد هذا الالتزام أو تقييده).

وقد نص قانون التجارة المصري لعام 1999 النافذ، على مجموعة من الالتزامات القانونية في عقد نقل التكنولوجيا والتي تجسد ضرورة الالتزام بالمبدأ المذكور. إذ تنص المادة (76) منه على أنه: (يلتزم مورد التكنولوجيا بأن يكشف للمستورد في العقد أو خلال المفاوضات التي تسبق إبرامه ما يأتي: أ. الأخطار التي قد تنشأ عن استخدام التكنولوجيا وعلى وجه الخصوص ما يتعلق منها بالبيئة أو الصحة العامة أو سلامة الأرواح والأموال التي قد تنشأ عن استخدام التكنولوجيا وعليه أن يطلع على ما يعلمه من وسائل لاتقاء هذه الأخطار). وكذلك تنص المادة (83) من القانون المذكور على أنه: (يلتزم المستورد بالمحافظة على سرية التكنولوجيا التي يحصل عليها. . . ويسأل عن تعويض الضرر الذي ينشأ عن إفشاء هذه السرية سواء وقع ذلك في مرحلة التفاوض أو بعد ذلك )

وبهذا يلتزم أطراف عقد نقل التكنولوجيا بحسن النية عند التفاوض؛ لغرض إقامة توازن ما بين إطلاق مبدأ الحرية التعاقدية الذي لا تلزم الأطراف إلى الوصول إلى اتفاق معين وبين توفير حد أدنى من الحماية والثقة والجدية عند التفاوض .

ويتحدد نطاق الالتزام بحسن النية بجانبيين ، جانب موضوعي وجانب زمني ، ويتمثل الجانب الموضوعي من خلال ما يتطلبه حسن النية من التعاون مع المتفاوض الآخر وإحاطته علماً بكافة

1 - أغلب التشريعات لم تنص على مبدأ حسن النية أثناء التفاوض باستثناء قلة نادرة من التشريعات كالتشريع المدني الإيطالي الذي نص في المادة 1137 منه على أنه " يلتزم الأطراف أثناء المفاوضات وإبرام العقد بالتعامل بما يتفق وحسن النية "

2 - أبو العلا النمر ، مفاوضات عقود التجارة الدولية ، دار أبو المجد ، الطبعة الثانية 2002 ، ص 160

تفاصيل العقد<sup>1</sup> وهذا ما أكدته مبادئ الينيدورا في المادة ( 5-1-3 ) حيث نصت على ( أن يلتزم كل طرف بالتعاون مع الطرف الآخر ) ، وأيضا القرار الصادر في القضية رقم (2443) لعام 1975 حيث أعلن المحكمون بأنه (يجب أن يعلم الأطراف جيدا أن التعاون بينهم هو الذي يسمح بحل كل المشكلات التي تواجههم ، ويجد الالتزام بالتعاون أساسه في مبدأ حسن النية)<sup>2</sup>

ولا تدرج صور واجب التعاون في الواقع تحت الحصر، فكل ما يحتاجه السير الأمثل للعملية التفاوضية يجب الالتزام به، بيد انه يمكن، عموماً، إيراد الأمثلة التالية التي تعد تجسيدا للالتزام بالتعاون بين الأطراف:

- عدم التراخي في تحديد مواعيد لجلسات التفاوض، واحترام هذه المواعيد والالتزام بها.
- عدم الإصرار على تحديد أماكن للتفاوض تستدعي السفر والإنفاق من قبل المتعاقد الآخر دون مبرر.
- إبداء المرونة الممكنة في مناقشة بنود الاجتماعات وعدم إبداء التصلب في عرض الآراء.
- عدم الرفض بلا مبرر لتعيين خبير لحسم مسألة فنية محل خلاف بين الأطراف المتفاوضة.
- عدم التراجع عما تم الاتفاق عليه بإثارة النزاع في مسألة تم حسمها من قبل.
- احترام الأعراف والعادات التجارية السائدة في المعاملات الدولية.
- في حالة العزم على قطع المفاوضات لأي سبب يجب إخطار المتعاقد الآخر بذلك في الوقت المناسب.
- بذل الجهود الممكنة لغرض إنهاء المفاوضات في الموعد المحدد أو المعقول والامتناع عن إطالة أمدها دون مبرر<sup>3</sup>
- وإضافة إلى ما تقدم يجب على المتفاوض الالتزام بالجدية و يتمثل ذلك في عدم تقديم اقتراحات غير مقبولة الهدف من ورائها عرقلة الوصول إلى إي اتفاق، ويظهر ذلك في عدة صور منها تقديم اقتراحات غير مقبولة لكي يتم تفويت فرصة على متعاقد آخر لحصوله على العقد المتفاوض عليه ، أو أن يجعل التفاوض وسيلة للحصول على الأسرار الصناعية للمتفاوض الآخر ، فمثل هذا السلوك يستهدف الحصول أو الاطلاع على المعرفة الفنية التي يمتلكها الطرف الآخر مع عدم وجود نية حقيقية للوصول إلى اتفاق<sup>4</sup>.

وقد فسرت مبادئ اليونديروا في المادة (1:15) التفاوض بسوء نية فأكدت على " أن سوء النية بوجه خاص أن يدخل الطرف أو يستمر في التفاوض عندما لا يقصد التوصل إلى اتفاق مع الطرف الآخر "

1 - حمدي بارود ، دراسة حول المبادئ التي تحكم المفاوضات في عقود نقل التكنولوجيا ، مجلة القانون والاقتصاد العدد 74 ، لسنة 2005 ، ص 647

2 - صفاء تقي نور الدين ، مرجع سابق ، ص، 223

3 - رجب كريم عبد الله، مرجع سابق، ص446-447.

4 - نبيل إسماعيل شبلق ، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل التعاقد في عقود نقل التكنولوجيا ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد 29 ، العدد الثاني ، 2013، ص319

إلا أن الالتزام بالتفاوض بحسن النية لا يمنع المتفاوض من الدخول في مفاوضات متوازية مع أكثر من طرف طالما لم يخل هذا الطرف بمبدأ حسن النية في التفاوض ، ويؤسس هذا الحكم على قاعدتين ، القاعدة الأولى هي مبدأ حرية التعاقد وحق الأطراف في الموافقة في الدخول في العملية التعاقدية من عدمه وحرية الأطراف في اختيار أفضل العروض ، أما القاعدة الثانية فهي عدم وجود التزام قانوني على أي من أطراف التفاوض بإعلام الطرف المقابل بالقيام بالتفاوض مع أطراف أخرى ، وفي المقابل يعتبر هذا التصرف مخالفا لمقتضيات مبدأ حسن النية في حالتين :

1 - متى اشترط المتفاوض حصر التفاوض معه فقط .

2- إذا دل واقع التفاوض على حتمية توقيع العقد بين الطرفين على نحو لا يقبل الشك<sup>1</sup>

أما من حيث النطاق الزمني للالتزام بالتفاوض بحسن النية ، فإنه يمتد من بدء التفاوض مروراً بمرحلة التفاوض بل إلى مرحلة ما بعد المفاوضات ، فيعد الطرف مخالفاً بالالتزام إذا دخل في التفاوض وليس لديه نية في إبرام العقد وإنما هدفه التجسس على المتعاقد الآخر ، كما يمتد إلى مرحلة ما بعد التفاوض ، إذ يعد من قبيل الإخلال بالتفاوض بحسن النية بعد انتهاء المفاوضات أن يقوم أحد الأطراف بالتشهير بسمعة الطرف الآخر لتبرير عدوله عن إبرام العقد

وبهذا فإن الالتزام بالتفاوض بحسن النية له شقين: الأول هو الالتزام ببدا المفاوضات وهي تستلزم اتخاذ موقف تعبيرى حركى قائم بين طرفين أو أكثر حول المسائل المتعلقة بالعقد ومن خلاله تتم عرض وتبادل وتقارب وجهات النظر وفيه تستخدم جميع أساليب الإقناع للحفاظ على المصالح القائمة والحصول على منافع جديدة عن طريق إقناع المتعاقدين للقيام بعمل معين في إطار الارتباط بين أطراف العملية التفاوضية عن طريق تقديم اقتراحات جديدة وجديّة من شأنها ملائمة العقد فيما ينشده الأطراف منه<sup>2</sup>

والشق الآخر هو الاستمرار في عملية التفاوض ومتابعتها وعدم الانسحاب من التفاوض والعدول عنه إلا بسبب مبرر ، وفي هذا الصدد تقرر هيئة التحكيم في حكم صادر عن غرفة التجارة الدولية في قضية رقم (3131) في سنة 1979 ( بأن الاتفاق على التفاوض يولد تعهداً بمتابعة التفاوض والاستمرار فيه )<sup>3</sup>

وتزداد أهمية الالتزام بمواصلة التفاوض كلما تقدمت المفاوضات وأوشكت على الانتهاء بنجاح، حيث يجب على المتفاوض، حينئذٍ، الاستمرار في عملية التفاوض وعدم العدول عنها وإلا اعتبر مخالفاً بالتزامه. لذا فإنه إذا توصل الطرفان إلى اتفاق مرحلي حول بعض بنود العقد التزم كل منهما بمواصلة التفاوض على ما تبقى من تلك البنود للتوصل بشأنها إلى اتفاق، ولا يجوز لأي منهما

1 - محمود فياض ، مرجع سابق ، ص 242

2 - منيرة أحمد عبد الله البشاري ، فض منازعات التجارة الدولية ، دراسة لمبدأ التفاوض في إطار منظمة التجارة العالمية ، 2004 ، 2005

3 - محمد أبو زيد ، المفاوضات في الإطار التعاقدى صورها وأحكامها ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، ص

التراجع أو المنازعة حول ما يتم الاتفاق بشأنه. وإذا كانت ثمة مسائل خلافية لا تزال قيد المناقشة، فإنه يجب على كل متفاوض إبداء قدر من المرونة حيالها وتقديم ما يستطيع من التنازلات بشأنها، حتى تستمر المفاوضات ولا تتعثر. وعند التوصل إلى اتفاق نهائي فلا يجوز لأي متعاقد مفاجأة الآخر بطلب جديد غير معقول أو الإصرار عليه بطريقة تهدد سير العملية التفاوضية في آخر لحظة<sup>1</sup>

ومن ثم إذا لم تسفر المفاوضات سواء عن توقيع العقد النهائي أو عن تعديل العقد لا يترتب على ذلك مسؤولية الأطراف ، لكون التزام المتعاقدين التزام ببذل عناية للوصول إلى اتفاق نهائي، أو لحل معالجة اختلال الأداءات وليس وجوب تحقيق النتيجة على أنه يجب مراعاة حسن النية أثناء التفاوض ، وبذلك يكون الاستمرار في التفاوض هو التزام ببذل عناية والحرص على إرجاع التوازن للعقد أو إبرام العقد النهائي<sup>2</sup>.

وقد يدعم هذا الاستخلاص ما قننه المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص في روما حيث جاء في مجموعة المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية والتي وضعها عام 1994 ما نصه في الفقرة الأولى من البند 15 من المادة الثانية (يكون الأطراف أحراراً في التفاوض، ولا يكونون – مسئولين إذا لم يصلوا إلى اتفاق)

أما عن دلائل انتفاء حسن النية عند بدء المفاوضات الدخول فيها من جانب أحد الأطراف دون أن تكون لديه النية الحقيقية والرغبة الجادة في التعاقد، وقد أكد هذا المعنى نص الفقرة 3 من المادة (2-15) من مجموعة المبادئ المتعلقة بالتجارة الدولية (مبادئ اليونيدورا) ل والتي جاء فيها: (...ويعتبر سيء النية خصوصاً الطرف الذي يفتتح أو يتابع المفاوضات وهو يعلم أن ليس لديه النية في الوصول إلى اتفاق).

### ثانياً : الالتزامات الثانوية المتفرعة عن الالتزام بحسن النية

إن ما طرأ على هذا العالم من تقدم علمي واقتصادي جعل هنالك تفاوتاً بين مستويات البشر والدول ، فلهذا اضطرت الدول الصاعدة علمياً واقتصادياً أن تتعاقد مع الشركات المكتسبة التفوق العلمي والاقتصادي، بغية إشباع الحاجات واللاحق بركب التقدم، ولكي تأتي هذه المعاملات سليمة من العيوب وخالية من الاستغلال، فحسن النية يفرض في هذه المرحلة بعض الموجبات التي بها يتحقق التوازن ما بين المتفاوضون<sup>3</sup>

و غياب الاتفاق ما بين المتفاوضين على هذه الالتزامات لا يؤثر في وجودها ، فمصدر هذه الالتزامات هو مبدأ حسن النية الذي يعد الأساس الذي يرتكز عليه كل الأحكام التي تنظم مرحلة المفاوضات .

1 - رجب كريم عبد اللاه ، مرجع سابق ، ص 447

2 - محمد أبو زيد ، مرجع سابق ، ص 157

3 - عبد المنعم موسى إبراهيم ، حسن النية في العقود ، منشورات زين الحقوقية ، 2006 ، ص 7



فمبدأ حسن النية يتفرع عنه مجموعة من الالتزامات القانونية، التي من شأنها تنظيم عملية سير المفاوضات وإلزام المتفاوض بإتباع سلوك النزاهة، سواء أسفرت المفاوضات الوصول لإبرام العقد أو لم تسفر ، ومن هذه الالتزامات :

## 1 - الالتزام بالإعلام

لم يكن هذا الالتزام محل اهتمام الفقه في القرون الماضية، نظرا لبساطة المعاملات المدنية والتجارية واقتراب مستوى القوى التعاقدية ما بين الأطراف<sup>1</sup> ، إلا أنه مع ظهور عقود مثل عقود نقل التكنولوجيا، واحتوائها الكثير من التفاصيل الدقيقة واحتكار الشركات المتعددة الجنسية للمعارف والمعلومات، لهذا فإن الطرف الضعيف المتمثل في الدول النامية أو أحد مشاريعها لا يتوافر لفريقه التفاوضي في الغالب الإلمام بكل ما يتعلق بتفاصيل العقد

وقد يضطر الطرف المتلقي لإبرام عقد لا يتوافر فيه مصالحه نتيجة للاختلال التوازن المعرفي ما بين أطراف العقد؛ لذا يفرض التزام على مالك التكنولوجيا أن يدلي بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بعقد نقل التكنولوجيا والتي من شأنها أن تساهم في إيجاد رضا سليم وكامل بكافة تفاصيل العقد ، وفي المقابل يلتزم طالب التكنولوجيا بالإفصاح عن اشتراطات المشرع المحلي في شأن المكونات الممنوع استيرادها وأية قيود فنية وصحية يستلزمها القانون في التعاقد<sup>2</sup>.

والالتزام بالإعلام يحقق تقارب في المراكز القانونية ، وإزالة الغموض المعرفي ما بين المتعاقدين ، وخصوصا بعد التطورات الحاصلة في مجال المشروعات التي تجاوزت نطاق عملها المدى المحلي ، فانتشرت في كل دول العالم مع التطور المستمر في استخدام التكنولوجيا في مجال التصنيع ، مما أرغب الدول النامية في التعاقد معها ، إلا أن التفاوت المعرفي تجعل في كثير من الأحيان العقد قليل الفائدة ، فلذا يأتي دور الالتزام بالإعلام مجليا للغموض المعرفي والتقني .

لهذا اعتبر أحد الفقهاء أنعدم التكافؤ بين طرفي العقد ليس اقتصاديا بقدر ما هو عدم التكافؤ في المعلومات المتصلة بالعقد<sup>3</sup>.

لقد أثبت الواقع عجز القواعد العامة للقانون المدني عن مواجهة الاختلال المعرفي بين المتعاقدين ، ذلك بعد أن ظهر واضحا عدم كفاية القواعد العامة للقانون المدني وعجزها عن توفير الحماية اللازمة للمفاوض الراغب في التعاقد فمن المعروف أن المشرع حين أرسى تنظيما تشريعا لعيوب الإرادة وضع في اعتباره أن يحقق في الوقت نفسه استقرار المعاملات في المجتمع<sup>4</sup>، فقد اشترط في الغلط الذي يعيب الإرادة أن يكون داخلا في نطاق التعاقد ، وذلك بأن يكون المتعاقد الآخر واقعا

1 - نبيل إسماعيل الشبلاق ، مرجع سابق ، ص 321

2 - عصام أحمد البهجي ، الالتزام بالشفافية والإفصاح في عقود الاستثمار والاستهلاك والعلاج الطبي ، المكتب الجامعي الحديث ، الطبعة الأولى ، ص 41

3 - بتقة حفيظة ، الالتزام بالإعلام في عقد الاستهلاك ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، 2013 ص 14

4 - رجب كريم عبد اللاه ، مرجع سابق ، ص 425

بدوره في الغلط نفسه ، أو يكون على علم به ، أو أن يكون من السهل عليه أو يتبينه <sup>1</sup> كما أن الأصل فيما يتعلق بالتدليس أن المتعاقد يلتزم فحسب بالتزام سلبي يتمثل في الامتناع عن الخداع والتضليل <sup>2</sup> ، إضافة إلى أن اللجوء إلى نظرية عيوب الرضا لا سيما الغلط والتدليس لا يسمح إلا بإبطال العقد وإنهاء أزمة الاختلال ، وهذا الجزاء لا يتلاءم مع حاجات الدول النامية ورغبتها في الحصول على التكنولوجيا . ولهذا تزايدت المطالبات بضرورة السعي نحو تدعيم وسائل الحماية المتاحة أمام المفاوض من خلال إيجاد وسائل قانونية متطورة تكون أكثر استجابة للواقع .

ولا يتعلق الالتزام بالإعلام بأن يدلي فقط للمفاوض معه بكافة المعلومات والبيانات المهمة والجوهرية المتعلقة بالعقد المتفاوض عليه ، بل يمتد هذا الالتزام إلى أبعد من هذا ، فيجب على المتفاوض أن يكون أكثر ايجابية وتعاوناً ، فعليه تقديم واجب النصح أو التحذير إلى احتمال وجود خطورة قانونية أو مادية ناتجة عن العقد المزمع إبرامه ، لكي يتخذ الطرف الآخر الوسائل والسبل لتجنب المخاطر <sup>3</sup>

من هنا يمكن القول أن أساس الالتزام بالإعلام وجوهه يتمثل في الإفصاح بكل معلومة أو بيان يتصل اتصالاً مؤثراً و رئيسياً بالعقد مثل البيانات المتعلقة بالخصائص والموصفات الرئيسية للمحل المتعاقد كالنوع والجودة والصنف وكذلك المعلومات المتعلقة بمكان وبيئة التنفيذ ، وتعتبر هذه البيانات بيانات جوهرية لارتباطها بموضوع العقد، فهي قد تؤدي إلى تغيير فكرة التعاقد ذاتها لدى الأطراف، أو حتى تعديلها وجعلها على نحو آخر نتيجة المعلومات الجديدة، وبالتالي لا بد أن يقع هذا الالتزام على معلومات مهمة وضرورية ومؤثرة على موضوع العقد بمعنى أنها تحدث ردة فعل لدى الدائن بحيث لو كان علم بها لتصرف بشكل مخالف، كأن يرفض مثلاً إبرام العقد أو يعيد النظر في مقتضياته لكي يحصل على مزايا مطابقة لما كان يتوقعه

وفي المقابل يجب على الطرف الآخر المدلى له بالمعلومات ألا يتخذ موقفاً سلبياً تجاه مصالحه، وألا يتكل على الطرف الآخر، بل عليه أيضاً أن يتحرى عن المعلومات والبيانات ليتأكد من صحتها ، ولهذا تم قيد الالتزام بالإعلام وحصره في شروط هي :

#### أ- علم المتفاوض بالمعلومات

يشترط لإلزام المتفاوض في عقد نقل التكنولوجيا بإعلام المتفاوض معه عن البيانات والمعلومات أن يكون المفاوض على علم بهذه المعلومات ؛ لأنه من غير المنطقي أن يلزم المفاوض بالإعلام عن معلومات هو بالأصل يجهلها ، وفي عقود نقل التكنولوجيا يكون شرط علم الشركة المورد

1 - بينت المادة 120 من القانون المدني الليبي شروط الغلط فنصت على أنه " إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه "

2 - تشير المادة 1\125 من القانون المدني الليبي إلى أنه " يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد " ومن الملاحظ ان استخدام لفظ حيل وإردافه بالجسامة يوحي أن المدلس أتخذ موقفاً إيجابياً بشأن إيقاع المتعاقد في الغلط

3 - رجب كريم عبد اللاه ، مرجع سابق ص ، 428

للتكنولوجيا بالمعلومات أمر مفترض نتيجة الخبرة والمعرفة التي يمتلكها ، إلا أنه قد يكون المورد لا علم له ببعض المعلومات المهمة المتعلقة بالتكنولوجيا نتيجة صعوبة سيطرته عليها السيطرة الكاملة

## ب- أن يكون جهل المتفاوض الآخر بالمعلومات جهلا مشروعاً

يشترط لقيام هذا الالتزام أن يكون المتفاوض الآخر جاهلاً بالبيانات والمعلومات اللازمة ، وكان من الصعوبة عليه استعلامها من تلقاء نفسه رغم بحثه عن المعلومات باللجوء إلى أكثر من جهة، إذ أن الالتزام بالإعلام يفرضه واقع عدم التكافؤ في المعلومات ، الذي يعطي لأحد الطرفين تميزاً في اتجاه مركز الآخر، مما قد يسبب في النهاية اختلال التوازن العقدي ، بمعنى آخر أن يكون أحد الأطراف على مستوى عالٍ من الدراية والمعرفة والخبرة بكل المعلومات المتصلة بالعقد، ويكون الطرف الآخر في مستوى متدني ، وغير قادر على معرفة تفاصيل ومعلومات عن العقد رغم بحثه ومحاولة التقصي عن البيانات والمعلومات وبذلك يستحيل عليه استعلام<sup>1</sup> ، ويرجع هذا إما إلى استحالة موضوعية، وذلك إذا تعذر على الدائن العلم بسبب الحيابة المادية للشئ محل العقد بواسطة المتعاقد الآخر، كحيابة المفاوضات للمعرفة الفنية ومنعه لأي أحد من الإطلاع عليها ، وإما أن تكون استحالة شخصية، وذلك ترجع إلى عدم خبرة الدائن في مجال العقد وإبرامه بسبب تعقد العقد واحتياجه إلى مهارات خاصة لا تتوافر عادة إلا عند مختص ، مثل الأمور الفنية المعقدة .

ووجوب توافر هذه الشروط يؤكدته الحكم الصادر في قضية شركة KLOCKNER التي تعاقدت مع دولة الكامبيرون على إنشاء مشروع مشترك لصنع الأسمدة بصيغة عقد المفتاح في اليد ، إلا أن دولة الكامبيرون رفضت دفع المبلغ بالكامل للشركة نظراً لإخلالها بواجب الإعلام و إخفائها جزءاً مهماً من المعلومات والبيانات التي لو انكشفت لما عزمت دولة الكامبيرون على توقيع العقد ، وعندما طرح موضوع النزاع أمام هيئة التحكيم قررت أنه يصعب القبول بوجود التزام عام بالإعلام مصدره تشريعات الدول لذا يتطلب أن يتفق عليه الأطراف في العقد ، إضافة إلى أنه من غير المعقول أن لا تعلم حكومة الكامبيرون بأمر التكلفة المتعلقة بالمواد الخام والمنتجات النهائية للسماد ، بينما تسيطر هذه الحكومة على نحو مطلق على سوق التعامل في السماد بأكمله وذلك من خلال طلبها عقد مناقصة دولية ، وسيطرتها على شبكة توزيع السماد، والتحديد اللائحي لسعر بيع السماد في الكامبيرون<sup>2</sup>

ونصت العديد من التشريعات والاتفاقيات على الالتزام بالأعلام كواجب قانوني على المتفاوض فذكرت المادة 76 من قانون التجارة المصري على أن " يلتزم مورد التكنولوجيا بأن يكشف للمستورد في العقد أو خلال المباحثات التي تسبق إبرامه على ما يلي 1- الأخطار التي قد تنتج عن استخدام التكنولوجيا على وجه الخصوص فيما يتعلق بالبيئة والصحة العامة وسلامة الأرواح أو الأموال ، وعليه أن يطلع على ما يعلمه من وسائل للانتقاء هذه الأخطار 2- الدعاوي القضائية وغيرها من

1 - المرجع سابق ، ص 441

2 - حفيظة حداد ، مرجع سابق ، ص 230

العقبات التي قد تعوق استخدام الحقوق المتصلة بالتكنولوجيا لا سيما ما يتعلق ببراءة الاختراع 3-  
أحكام القانون المحلي بشأن تصدير التكنولوجيا "

وقد جاء أيضا في الباب الخامس من قانون السلوك الدولي لنقل التكنولوجيا التأكيد على هذا الالتزام  
وذلك في معرض حديثه عن قواعد السلوك في مرحلة التفاوض حيث أوصى التقنين بمراعاة القواعد  
التالية :

1- تزويد المتلقي بالمعلومات اللازمة لتمكنه من الوقوف على عناصر التكنولوجيا وتقدير قيمتها  
على أن تكون هذه المعلومات مفصلة قدر الإمكان .

2- التصريح بما يكون قد أبرمه كل من الطرفين من اتفاقات سابقة تؤثر في اتفاق نقل التكنولوجيا  
التي تجري المفاوضة بشأنها وذلك بالقدر المستطاع الذي لا يحدث ضررا .

3- التزام المتلقي بتزويد المعلومات المتاحة له والخاصة بالظروف الفنية في دولته وأهدافها في  
التنمية و تشريعاتها ذات الصلة بنقل التكنولوجيا وذلك بالقدر اللازم لتمكين المروود من تنفيذ  
التزاماته.

4 – يتعهد المورد باطلاع المتلقي على ما لديه من أسباب أو معلومات تجعله يعتقد أن استعمال  
التكنولوجيا بالكيفية المقترحة أو استعمال السلع الناتجة عن تصنيعها لا يناسب البيئة بدولة المتلقي أو  
يمثل خطرا على الصحة العامة أو من بها .

5- ويتعهد المورد باطلاع المتلقي على ما يعلمه من قيود أو منازعات تتعلق بحقوق التي تشملها  
التكنولوجيا

## 2- المحافظة على السرية

تقوم مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا على تناول معلومات ومساءل فنية، تمتاز جلها بالسرية ، لذا  
يجب على المتفاوض المحافظة على السرية وعدم إفشاء الأسرار التي اطلع عليها أثناء التفاوض

ويجد الالتزام بالمحافظة على السرية أساسه في العديد من التشريعات والاتفاقيات الدولية، مثل نص  
المادة (83) التجارة المصري لسنة 1999 الذي نص على انه: (يلتزم المستورد بالمحافظة على  
سرية التكنولوجيا التي يحصل عليها. . . ويسأل عن تعويض الضرر الذي ينشأ عن إفشاء هذه السرية  
سواء وقع ذلك في مرحلة التفاوض أو بعد ذلك ) وقد شدد أيضا على أهمية احترام واجب الحفاظ  
على سرية المعلومات التي يتم الإفشاء بها أثناء المفاوضات مجموعة مبادئ عقود التجارة الدولية  
اليونيدروا ، فقد نص البند 16 من المادة الثانية على أنه: "يلتزم الطرف الذي يتلقى أثناء المفاوضات  
معلومة معينة ذات طابع سري من الطرف الآخر، وسواء أبرم العقد أم لم يبرم بعدم إفشائها أو

استخدامها بغير حق لأغراض شخصية، ويرتب الإخلال بهذا الواجب تعويضا يشمل في هذه الحالة المنافع التي كان سيحصل عليها الطرف الآخر"

والمقصود بعنصر السرية ليس مجرد إجراء المفاوضات في كتمان، بل يعني التزام المتفاوض بالصمت بخصوص كل المعلومات المالية والفنية الإدارية التي لها قيمة اقتصادية، والتي يبوح بها المتفاوض من أجل الإدلاء بالمعلومات التي تؤدي إلى وصول إلى اتفاق بشأن إبرام العقد . ويوجد هناك أنواع عديدة من السرية مثل السرية الإدارية، السرية الضريبية، والسرية المهنية، والسرية المصرفية، وسرية المعلومات، وسرية الأعمال التجارية ، وقد تكمن السرية في تصميم الآلة أو الجهاز أو كيفية استعماله أو تركيب المادة أو غير ذلك من الأسرار الصناعية، وتؤدي أنواع هذه السرية دورا مهما في مجالات عديدة، مثل المجال التنافسي والاستراتيجيات الاقتصادية والسياسية وطرق اتخاذ القرار<sup>1</sup> .

فلهذا يتكون محل الالتزام بالمحافظة على الأسرار من شقين أساسيين هما: 1 - الامتناع عن إفشاء هذه الأسرار 2 - والامتناع عن استغلالها. فمن ناحية يلتزم المتفاوض الذي اطلع على الأسرار إبان المفاوضات بأن يمتنع كلية عن إفشائها وإذا عثرت على الغير، وأن يعتبر ما سمعه أو رآه كأن لم يكن، فإذا كان التفاوض يجري بخصوص شراء شركة مثلا واطلع المتفاوض على معلومات سرية عن هذه الشركة وجب عليه أن يمتنع تماما عن إفشاء هذه المعلومات أو نقلها إلى منافسي الشركة سواء أثناء التفاوض أو بعده. فإذا كان المتفاوض يلتزم طبقا للالتزامه بالتفاوض بحسن نية أن يعلم الشخص الذي يتفاوض معه أنه يجري مفاوضات موازية مع الغير إن وجد، فإنه في المقابل يلتزم بعدم نقل أسرار هذا الغير إلى من يتفاوض معه .

ومن جهة أخرى لا ينبغي أن يحصر هذا الالتزام بعدم إفشاء هذه المعلومات للغير، وإنما أيضا يجب أن يمتد الالتزام ليشمل عدم السماح باستخدام المعلومات المتحصل عليها في المفاوضات لتحقيق مكاسب خاصة ، نظرا لأن المعلومات التي قدمت كانت فقط لغرض التفاوض والتعريف بالمشروع المزمع إنشائه، لهذا إن أي استخدام لهذه المعلومات في غير المجال المخصص لها ، يعد استخداما غير مشروع<sup>2</sup>.

ويعتبر الالتزام بالسرية التزاما متقابلا، لكي يحقق التوازن بين الطرفين، خاصة إذا كان الراغب في التعاقد من الدول النامية ، فيفضي للمورد بمعلومات المتاحة له والمتعلقة بالظروف الفنية في دولته وأهدافه في التنمية ، كما يفضي له أيضا بما قد أبرمه من اتفاقيات سابقة تؤثر في اتفاق نقل التكنولوجيا التي يجري المفاوضات بشأنها<sup>3</sup>.

ولا يسري التزام المحافظة على السرية على المفاوضات فقط، بل يمتد لمساعديه وكل من يتصل به كالخبراء والمتخصصين لفحص وتقييم التكنولوجيا، إذ يتعين عليهم أن يتحملوا نفس الالتزام .

1 - صالح الطيار ، مرجع سابق ، ص 229

2 - رجب كريم عبد اللاه ، مرجع سابق ، ص 469، 470

3 - حمدي بارود ، دراسة حول المبادئ التي تحكم المفاوضات في عقود نقل التكنولوجيا ، ص 661

وتدق مسألة المحافظة على الأسرار عندما يستعين طالب التكنولوجيا بخبير لفحص التكنولوجيا محل العقد، وتقييم مدى ملاءمتها لمتطلبات الراغب في الحصول على التكنولوجيا، إذ أن الخبير أقر على اقتناص السر من غيره، ووجوده يزيد من مخاوف الحائز لها ويضاعف حرصه على المحافظة على السر، ويلاحظ أن ظاهرة الاستعانة بالخبراء كثيرة الوقوع في المعاملات مع الدول النامية لضعف خبرتها، ولأنها كثيرا ما تدفع ثمن التكنولوجيا المتحصلة عليها من قروض تعقدها مع البنوك الدولية، وهذه البنوك تستعين في تقدير إخراج القرض أو منحه برأي مستشار، وهو لا يستطيع إبداء الرأي إلا بعد فحص التكنولوجيا التي سيستخدم القرض في الحصول عليها<sup>1</sup>، ويبدو أنه إذا دأب السر التكنولوجي بسبب الخبير الذي استعان به البنك، فإن المسؤولية تكون على الخبير أو البنك وليس على طالب التكنولوجيا، نظرا لانتفاء علاقة المتبوعية بين طالب التكنولوجيا و الخبير .

وقد اختلف الفقه حول المدى الزمني لسريان الالتزام المحافظة على السرية، فرأى جانب من الفقه أن هذا الالتزام يستمر إلى حين زوال الطابع السري للمعلومات بدون أن يكون للمدين يد في نشره، ورأى الجانب الآخر وهو الاتجاه الراجح أن الاتجاه السابق يغالي كثيرا في المحافظة على السرية زمنيا إلى حد غير مقبول، وأنه من الضروري أن يتقيد هذا الالتزام زمنيا نظرا لان فكرة الالتزامات المؤبدة فكرة غير مقبولة وأي التزام يكون مؤبدا يعتبر باطل، ولهذا يجب أن يتم تحديد هذا الالتزام بمدد مناسبة تكون كافية لضمان حماية سرية المعلومات<sup>2</sup>.

ويجب التنويه إلى أن أهمية المحافظة على السرية يؤكد اعتبار الضرر اللاحق الذي يستحيل إصلاحه غالبا إذا تم إفشاء المعلومات، لهذا يحتاط حائز المعرفة الحديثة غالبا بضمانات كي يضمن سلامة المحافظة على السرية منها :

1- الأخذ من طالب التكنولوجيا تعهدا خطيا أو ما يسمى بعقد تمهيدي يبرم بين الأطراف المتفاوض، والغاية منه المحافظة على المعلومات السرية التي يطلع عليها أثناء المفاوضات وعدم إفشائها أو استعمالها قبل إبرام العقد النهائي<sup>3</sup>.

2- ومن الضمانات الأخرى التي يطالب بها حائز التكنولوجيا، هو إلزام طالب التكنولوجيا بدفع مبلغ معين أو تقديم خطاب ضمان يكون ضمانا للمحافظة على السرية، وتعتبر هذه الوسيلة من الوسائل التي تتبع في الغالب عند التعامل لأول مرة بين طرفي المفاوضات، وبذلك يحرص المتفاوض على عدم تسريب المعلومات، ويبقى مصير ما دفع من مبلغ مرهونا بما ستؤول إليه الأمور بعد إجراء المفاوضات، فإن أبرم العقد النهائي بحسب مبلغ الضمان من القيمة المتفق عليها، أما في حالة الفشل نتيجة الإخلال بالالتزام المحافظة على السرية فيبقى هذا المبلغ لمالك التكنولوجيا تعويضا عن الضرر

<sup>1</sup> ابو العلا النمر، مرجع سابق، ص 112

<sup>2</sup> المرجع السابق ص 113

<sup>3</sup> - حمدي بارود، دراسة حول المبادئ التي تحكم المفاوضات في عقود نقل التكنولوجيا، ص 657

الذي لحقه نتيجة إخلال المفاوض ، أما في حالة فشل المفاوضات دون إخلال هذا الأخير بالتزامه فيسترد مبلغ الضمان <sup>1</sup>.

وتعتبر خير ضمانة يتخذها مالك التكنولوجيا للحفاظ على السرية هي ألا يخرج من الأسرار التكنولوجية إلا بالقدر المناسب لتمكين الراغب في التعاقد من تقدير قيمتها الحقيقية وليقارن بينها وبين المبلغ المطلوب فيها ، ويفضل في هذه الحالة ألا يطع الطالب على كل التفاصيل التكنولوجية وإنما فقط الاقتصار على الاطلاع على نتائج استعمالها كلما كان ذلك ممكناً، وأن يجري الحائز على الطالب تحريات للوقوف على نشاطه التجاري ومركزه المالي قبل الدخول معه في مفاوضات <sup>2</sup>

ويجب التنويه إلى أن الالتزام بالسرية لا يشمل المسائل غير المشروعة، مثل التهرب من الضرائب، أو التهرب الجمركي، والاحتكارات غير المشروعة، لكن خروج مثل هذه المسائل من إطار الالتزام بالسرية لا يعني أن الطرف الآخر قد أصبح مطلق الحرية في الإفشاء بها للكافة، أو إلى وسائل الإعلام، لكن يقتصر الإفشاء بها إلى السلطات العامة متى كانت تشكل جريمة جنائية، وكان القانون يوجب عليه كمواطن الإبلاغ عنها، أو طلبت السلطات شهادته <sup>3</sup>

## المطلب الثاني - التفاوض اللاحق عن إبرام العقد

### (شرط إعادة التفاوض)

بدأ استعمال شروط المراجعة وشرط إعادة التفاوض من قبل الممارسين للتجارة الدولية في القرن الحالي في البلاد التي تتبع النظام الانجلوسكسوني، و النظام الجرمانني، و يرتبط ظهور شروط المراجعة عموماً وشرط إعادة التفاوض خصوصاً بالتقلبات الاقتصادية والتطور التكنولوجي وتدهور أسعار النقد العالمي ، إضافة إلى الظواهر الطبيعية مثل الزلازل والعواصف ، الذي سبب عرقلة تنفيذ العقود الدولية مما ألزم ابتداء شروط تواجه هذه التقلبات .

وقد أتضح في المبحث الثاني من الفصل الأول أن الحلول التشريعية لمعالجة حالات انعدام التوازن أو اختلاله نتيجة لتغير الظروف لا يستجيب لواقع عقود نقل التكنولوجيا ، لما لهذه العقود من خصوصية ونواحي فنية معقدة غير مغطاة في التشريعات الوطنية، فلهذا أصبح وجود شرط يعيد التوازن بين المتعاقدين ضرورة ملحة لانقاذ العقد و ضمان استمراره .

و قد صيغت عدة شروط نموذجية لإعادة التفاوض مثل الشرط النموذجي للقوة القاهرة والظروف الطارئة الذي أعدته غرفة التجارة الدولية باريس لسنة 2003 " فنص على أنه يجوز للطرف المضروب من تغير الظروف أن يطلب إعادة التفاوض في العقد " .

1 - المرجع السابق ، ص 659

2 - المرجع السابق ، ص 658

3 - محمد إبراهيم الدسوقي ، مرجع سابق ، ص 100

ومن الأمثلة على هذا الشرط أيضا ما يرد في البنود العقدية التالية :

" إذا تغيرت الظروف الأولية التي أبرم على أساسها هذا العقد تغيرا كبيرا ألحق بأحد الطرفين مشقة في التنفيذ ليس من العدل أن يتحملها لوحده ، وجب على الطرفين أن يتفاوضا لتعديل شروط هذا العقد بشكل يتلاءم مع الظروف الجديدة وفقا لقواعد العدالة " أو " يلتزم الطرفان بالتفاوض لتعديل هذا العقد عندما يخلل توازنه الأولي بسبب تغير ظروف النظام الاقتصادي أو النقدي "

وأیضا ذكرت المادة 6-2-3 من اتفاقية اليونيدروا أنه " في حالة الظروف الشاقة يحق للطرف الذي تعرض لها طلب إعادة التفاوض . ويتعين توجيه الطلب مسببا دون تأخير غير مبرر "

كذلك تضمن مشروع مدونة السلوك الخاص بالشركات المتعددة الجنسية الذي أعدته لجنة الشركات المتعددة الجنسية التي تشكلت في إطار الأمم المتحدة النص على ضرورة مراجعة العقود والتفاوض بشأنها ، ولهذا فقد نصت على أن " العقود والاتفاقيات المبرمة ما بين الدول والشركات عبر الدولية يتعين التفاوض بشأنها وتطبيقها في ظل اعتبارات حسن النية كما إن هذه العقود والاتفاقيات التي يتعين تنفيذها في إطار زمني طويل الأمد ، يجب أن تتضمن شروطا لإعادة مراجعة بنودها ، أو لإعادة التفاوض بشأنها ، وفي حال تخلف هذه الشروط السابقة ، وإذا تغيرت الظروف التي تم إبرام هذه العقود في ظلها تغيرا جوهريا ، فإنه يتعين على الشركات المتعددة الجنسيات أن تتصرف في ضوء اعتبارات حسن النية ، ويجب عليها التعاون مع الحكومات من أجل إعادة مراجعة هذه الاتفاقيات أو إعادة المفاوضة بشأنها"<sup>1</sup>

ونظرا لأهمية هذا الشرط في عقود نقل التكنولوجيا فسيتم التعرض في هذا المطلب إلى ماهية شرط إعادة التفاوض في (الفرع الأول) و الالتزامات التي يترتبها شرط إعادة التفاوض (الفرع الثاني) .

## الفرع الأول: ماهية شرط إعادة التفاوض

يعتبر شرط إعادة التفاوض من الشروط المهمة التي يحرص الكثير من المتعاقدين الدوليين على إدراجها في عقودهم، لما له من أهمية لإعادة التوازن نتيجة تغير الظروف التعاقدية ، لذلك سيتم التطرق إلى مفهوم الشرط ، و الصور التي يتخذها شرط إعادة التفاوض في عقود نقل التكنولوجيا

### أولا - مفهوم شرط إعادة التفاوض

لقد خلق الفن التعاقدية في ميدان التجارة الدولية أكثر من شرط لمواجهة ما يحصل من تغير في الظروف المرافقة لتنفيذ العقد ، حيث يسعى أطراف العقد جاهدين لحماية أنفسهم من تقلبات الظروف

<sup>1</sup> - مراد محمود المواجدة ، مرجع سابق ، ص ، 423



المحيطة بتنفيذ عقودهم ، أياً كانت طبيعتها . ويعتبر شرط إعادة التفاوض من ابرز تلك الشرط وأكثرها أهمية على الصعيد العملي<sup>1</sup>.

وما حرص المتعاقدين في مجال عقود نقل التكنولوجيا لإدراج هكذا نوع من الشروط إلا ترجمة حقيقة لرغبتهم في المحافظة على العقد وتجنبيه المخاطر التي يعجز التشريع الوطني على تأمينها، إذ أنه بالنسبة للسوق الذي يتم تنفيذ عقود نقل التكنولوجيا فيه يكون عرضة للكثير من التقلبات والتغيرات المتسارعة والمتلاحقة، مثل التقلبات المالية والاقتصادية والسياسية والتكنولوجية هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى تشكل عقود نقل التكنولوجيا أهمية كبيرة لطرفي العقد وخصوصاً لجانب المتلقي وهو غالباً من الدول النامية نظراً لاعتبار هذا العقد جزءاً لا يتجزأ من إستراتيجيته العامة للتنمية في كافة الجوانب وجزأ مهما من خطته الاقتصادية التي تهدف إلى نهوض المجتمع، لهذا فإن الهدف الأساسي لهذا الشرط يتمثل في إعادة التفاوض في هذا العقد من أجل تعديل أحكامه وبنوده حتى تتماشى مع المعطيات الجديدة في الظروف المحيطة بعملية تنفيذ هذا العقد، وبذلك تبرز خصوصية عقد نقل التكنولوجيا عن بقية العقود الداخلية من ناحية اتفاق المورد والمتلقي على أن يتم إعادة التفاوض في العقد إذا حدثت ظروف ذات طبيعة معينة يتم تحديدها في العقد ، تؤدي بشكل أو بآخر إلى قلب التوازن الاقتصادي لعقد نقل التكنولوجيا بحيث يلحق ضرر فادح لأحد الطرفين المتعاقدين<sup>2</sup>.

فلهذا يمكن تعريف شرط إعادة التفاوض أنه شرط يدرجه المتعاقدون بغية إعادة التفاوض في شروط العقد إذا حدثت ظروف أدت بدورها إلى خلل في التوازن العقدي للمتعاقدين .

ومن خلال ما تقدم، يتضح أنه لكي يتم إعادة التفاوض مابين المتعاقدين يجب أن يتفق الأطراف على إدراج شرط إعادة التفاوض في العقد ، ولذلك يتعين على المورد والمتلقي أن يحددا نطاق الشرط وأثاره، وباعتبار أن هذا الشرط ليس له مفهوماً محدداً في القانون ، فلهذا يجب الاتفاق على تحديده<sup>3</sup>، أضف إلى ذلك إن هذا الشرط ليس له مضمونا واحداً في كل العقود ، بل انه يتنوع وفقاً لرغبات الأطراف وطبيعة الظروف المرافقة لإبرام العقد وتنفيذه، لذا تتغير صورة الشرط من عقد إلى آخر، فقد يواجه الشرط في عقد ما ظروفاً اقتصادية، بينما يواجه في عقد آخر ظروفاً سياسياً أو مالية . كما قد يتفق الأطراف على تطبيق الشرط لمجرد حدوث ضرر لأحدهم أياً كان مقدار ذلك الضرر، ويمكن لهم أيضاً أن يحددا الضرر بمستوى معين لكي يتم إعادة التفاوض<sup>4</sup>.

وفي تحديد نطاق ما قد يتغير من الظروف، يمكن الرجوع إلى الدليل الصادر عن اللجنة الاقتصادية لأوروبا بشأن إنشاء عقود المجمعات الصناعية سنة 1976 حيث أوصت المادة 50 منه أطراف العقد بتحديد درجة أهمية التغيرات الاقتصادية وأثرها على عقدهم من حيث التغير أو الإنهاء ، كما بينت بعض الأمثلة لما قد يتغير من ظروف مثل :

1 - أسيل باقر جاسم ، مرجع سابق

2 - مراد محمود المواجدة ، المرجع سابق ، ص 406

3 - مراد محمود المواجدة ، مرجع سابق ، ص 407

4 - أسيل باقر جاسم ، مرجع سابق

التغير في الأسواق

التغير في خطط الإنتاج

التغير في البرامج الموضوعة للتنمية

التغير في القوانين الوطنية تغيراً جوهرياً

التغير في التكنولوجيا المستخدمة

التغير في تكاليف الإنتاج

التغير في وفر المواد الأولية

الصعوبات التي تظهر أثناء الإنتاج

التضخم العالمي

الاضطراب النقد الدولي

الانقلاب في اقتصاديات الطاقة<sup>1</sup>

وتجدر الإشارة إلى أنه بالرغم من المزايا التي يقدمها شرط إعادة التفاوض للمتعاقدين الدوليين ، لكونه يترك للمتعاقدين مطلق الإرادة في صياغة الشرط وتحديد كافة عناصره ، وذلك بتخفيفه من الجمود الذي يمكن مواجهته فيما لو كان الشرط معالماً ضمن نصوص وطنية أو اتفاقيات دولية ، إلا أن هذا الشرط يثير صعوبات عملية مثل أن يعتري تنظيم الأطراف لشرط إعادة التفاوض نقص أو غموض أو تعارض ، لا يكون بمقدور القاضي أو المحكم التصدي لتحديد مضمونه من تلقاء نفسه ، كما قد يواجه القاضي أو المحكم صعوبة كبيرة في تفسير النوايا الداخلية للأطراف وما اتجهت إرادتهم إليه .

ولذا فقد حرصت لائحة غرفة التجارة الدولية الصادرة عام 1978 بشأن قواعد إعادة التوازن للعقود الدولية طويلة المدة على مطالبة الأطراف تضمين عقودهم شروطاً تفصيلية تبين الحالات التي تقبل فيها إعادة موائمة العقد مع الظروف التي تطرأ بعد التعاقد<sup>2</sup>

واعتبر جانب من الفقه أن شرط إعادة التفاوض يمثل أحد القواعد التي يجب أن تنظم بطريقة تتفق مع فكرة تدويل العقد، بمعنى إخضاعه لنظام قانوني مستقل مع ما يستتبعه ذلك من إقصاء عملية البحث عن إسناد العلاقة إلى قانون وطني معين ، فيدخل هذا الشرط ضمن قواعد التجارة الدولية

<sup>1</sup> - صلاح الدين جمال الدين ، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية ، دار الفكر الجامعي ، 134 ،

135،

<sup>2</sup> - المرجع السابق ، ص 142

وبذلك سيكون مصدر هذا الالتزام قواعد التجارة الدولية ، ومن ثم فإن الالتزام بالتفاوض يكون أمرا واجب الإلتباع حتى عند إغفال النص عليه في العقد.<sup>1</sup>

## ثانيا : الصور التي يتخذها شرط إعادة التفاوض في عقود نقل التكنولوجيا

يتخذ شرط إعادة التفاوض في عقود نقل التكنولوجيا عدة صور وتهدف جميعها إلى تحقيق هدف واحد ، وهو مواجهة ما يستجد من ظروف وإعادة التوازن الذي اختل نتيجة للتغير الحاصل في العقد، وأبرز هذه الصور هي:

### 1- شروط المحافظة على القيمة

يهدف هذا الشرط إلى إعادة التوازن في حالة حدوث تقلبات في أسعار النقد ، وتوزيع المخاطر المالية بين المورد والمتلقي ، ومن أمثلة هذه الشروط شرط الفهرسة، الذي يهدف إلى الإبقاء على القيمة وفق مؤشر معين ، وكذلك شرط المقياس المقيد الذي يهدف إلى المحافظة على القيمة رغم تغير العملة أو أي ظروف مصاحبة.<sup>2</sup>

ويبدو أن أكثر الشروط شيوعا في شأن المحافظة على القيمة هو شرط الزبون الأكثر عناية والعرض المنافس ، وهذه الشروط يستعملها المتعاقدون في عقود توريد البترول ، حيث تسمح الشركات النفطية بتحميل المشتريين كل زيادة في ثمن البترول من طرف البلدان المنتجة له ، وشروط الرفع والتخفيض التي تسمح بمراجعة الشروط المالية للعقد في حالة رفع أو انخفاض مستوى الأجور أو تكلفة المواد الأولية<sup>3</sup>

ويتم التعديل وفقا لهذا الشرط بشكل تلقائي وبنسبة محددة مسبقا من قبل أطراف العقد، كلما كان هناك ظرف يؤدي إلى نشوء خلل في توازن العلاقات ، كأن يتفق الأطراف عند إبرام العقد انه في حالة حدوث تغير في قيمة العملة التي يتم بها الدفع ، أو في تكلفة المواد الأولية بنسبة معينة ، يتعدل السعر المتفق عليه بنسبة معينة<sup>4</sup> .

ومثال على ذلك، الشرط المنصوص عليه في العقد المبرم بين شركة بناء فرنسية، وإحدى المؤسسات العامة العربية ، حيث نص على أنه ( إذا حصل نتيجة لظروف استثنائية ، أي زيادة أو نقص في كلفة المواد أو الأجور بشكل يؤدي إلى زيادة أو نقص يتعدى عشر السعر الإجمالي المتفق

1 - أبو العلا النمر ، مرجع سابق ، ص 84

2 - . مراد محمود المواجهة ، مرجع سابق ، ص 409

3 - حسن علي كاظم ، اشتراطات الهاردشيب وأثرها على تعديل العقود الدولية ، مجلة رسالة الحقوق ، السنة الثالثة ، العدد الثاني 2011 ، ص 48

4 - شريف غانم ، مرجع سابق ، ص 85

عليه، فإنه يمكن للمقاول أن يطلب تعديل السعر الإجمالي ، إلا أنه لا يمكن منح أي تعديل بالنسبة للقسم الذي يتعدى العشر)<sup>1</sup>

ويقدم هذا النوع من الشروط فائدة جلية للمتعاقدين إذ يسمح بالمحافظة على بقاء العقد أمام موجة التغيرات النقدية التي قد تعصف باستقرار الرابطة التعاقدية ما بين الأطراف وخصوصا بعد أزمة الرهن العقاري لسنة 2008، وأزمة انخفاض أسعار البترول الراهنة التي أثرت على النظام النقدي الدولي مما سبب في إحداث سلسلة من المنازعات بسبب الصعوبة على المستوى الاقتصادي بشأن العقود التي أصبحت غير متكافئة ما بين أطراف العقد .

ورغم أهمية وانتشار هذا النوع من الشروط ، إلا أنه لا يعالج المشاكل الناتجة عن اختلال التوازن بشكل مطلق، نظرا لعدم كفايتها للوفاء بالغرض المحدد، ذلك باعتبار أن هذه الشروط لا تغطي إلا المخاطر النقدية والضريبية دون المخاطر الاقتصادية ، ولا سيما أن عقد نقل التكنولوجيا يتسم بالتعقيد وبالتالي يتعرض للعديد من المخاطر التي تتجاوز المخاطر النقدية والضريبية.<sup>2</sup>

## 2- شرط التفاوض في المستقبل

وهو الشرط الذي يدرجه طرفا العقد محدد المدة ، بحيث يلتزمان بموجبه بالتفاوض عند نهاية مدة سريان العقد من أجل النظر في إمكانية تمديد العقد أو إنهائه ، وغالبا ما يتم إدراج هذا الشرط في عقود التراخيص وعقود الامتياز التجاري.<sup>3</sup>

ويحقق هذا الشرط فائدة كبيرة للمتعاقدين الدوليين، إذ أنه يحافظ على استمرار العلاقة التعاقدية بين الأطراف، من خلال إلزام الأطراف بالتفاوض للنظر في سبل تمديد العقد وتجديده لمدة أخرى بعد انتهاء المدة المحددة له ، ومما لا ريب فيه أن استمرار العلاقة ما بين أطراف العقد خصوصا إذا كانت مثمرة ، تحقق فائدة كبيرة للأطراف واقتصاد الدولة ككل.<sup>4</sup>

وقد جعل المشرع المصري من شرط التفاوض في المستقبل في عقود نقل التكنولوجيا التزاما قانونيا واجب التقيد به حتى ولو لم يتم إدراجه في العقد ، فقد نصت المادة 86 في القانون التجارة الجديد على انه ( يجوز لكل من طرفي عقد نقل التكنولوجيا بعد انقضاء خمس سنوات من تاريخ العقد أن يطلب إنهائه أو إعادة النظر في الشروط بتعديلها بما يلاءم الظروف الاقتصادية العامة القائمة ويجوز تكرار تقديم هذا الطلب كلما انقضت خمس سنوات ما لم يتفق على مدة أخرى )

ويقدم هذا النص فائدة كبيرة للمتلقي إذ أنه يفرض على طرفي العقد أن يتفاوضا بعد انتهاء مدة خمسة سنوات قابلة للتقصير غير قابلة للتمديد، فيعيدا النظر في العقد وفقا للتطورات التي قد تطرأ على التكنولوجيا محل العقد ، ومواكبتها للتطور التكنولوجي في مجال استخدامها ، حيث أنه قد تنخفض

1 - عبد الحميد الأحذب ، التحكيم وثنائق تحكيمية ، الجزء الرابع ، مؤسسة نوفل ، بيروت ، ص 52

2 - صلاح الدين جمال الدين ، مرجع سابق ، ص 140

3 - أبو العلا علي أبو النمر ، مرجع سابق ص 84

4 - رجب كريم عبد اللاه ، مرجع سابق ، ص 318

القيمة الفنية للتكنولوجيا في مجال استخدامها ، أو قد تنعدم قيمتها بشكل كلي نتيجة لظهور تكنولوجيا جديدة في المجال نفسه وذات تكلفة أقل أو أكثر فعالية ، فتصبح مدة العقد عبئاً على المتلقي سواء من الناحية المالية أو العائد الفني من محل العقد.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني : الالتزامات التي يترتبها شرط إعادة التفاوض على أطراف التعاقد

يفرض شرط إعادة التفاوض على المتفاوضين التزامات متقابلة متمثلة في التزام المدين بإخطار الدائن بوقوع الحادث الذي يعوق تنفيذ العقد، و بالنتائج المترتبة عليه ، وفي المقابل يفرض شرط إعادة التفاوض على الدائن أن يبذل كل ما في جهده لكي لا تتفاقم مسؤولية المدين، وتتمثل هذه الالتزامات في :

#### أولاً- الالتزام بتخفيف الضرر

إن مبدأ حسن النية يفرض على الدائن القيام بواجبات هدفها تقديم العون للطرف الآخر من أجل القيام بالغاية المرجوة من عملية إعادة التفاوض، لهذا يتوجب على الدائن بدل قصارى جهده واستخدام كافة الوسائل للحد من الأضرار والخسائر الناتجة عن تغير الظروف التعاقدية .

ويترتب على إخلال الدائن بهذا الواجب حرمانه مقدارا من التعويض يعادل قيمة الأضرار والخسائر التي كان بإمكانه أن يتجنبها لو عمل الخطوات المعقولة لتجنب وتقليص الخسائر، علاوة على ذلك أنه قد يترتب على إخلال الدائن بواجب تقليل الأضرار تغيير وقت تقدير التعويض، فإذا كان بإمكان الدائن أن يعمل صفقة بديلة يتجنب فيها الأضرار أي يقللها ولكن لم يفعلها، فإن تقدير التعويض سيكون طبقاً للوقت الذي كان بإمكانه أن يعمل هذه الصفقة البديلة<sup>2</sup>، ولهذا يمثل هذا المبدأ ترجمة حقيقية للمبدأ الاقتصادي الذي يلزم الدائن إدارة أعماله في حالة الضرورة.<sup>3</sup>

ويعتبر الالتزام بتخفيف الضرر من أكثر الالتزامات رسوخا، فقد تضمنت أغلب الاتفاقات الخاصة بالتجارة الدولية والتشريعات الوطنية هذا المبدأ، مع حرص الأطراف على تضمينه في عقودهم.<sup>4</sup>

ومن القوانين التي تضمنت التزام تخفيف الضرر القانون المدني الليبي، فقد نصت المادة ((224)) على انه: " إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو بنص في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة

1 -- . مراد محمود المواجدة ، مرجع سابق ، ص 411

2 - صفاء تقي نور الدين العيساوي ، مرجع سابق ص 280

3 - سلامة فارس عرب ، وسائل معالجة اختلال العقود في قانون التجارة الدولية ، دار الكتاب الحديث 1996 ، ص

398

4 - يرى بعض الفقه أن الالتزام بتخفيف الضرر هو " أحد العادات الأكثر رسوخا في التجارة الدولية . فالعادة تفرض على الدائن أن يثبت عند تقديمه طلب التعويض أنه قد اتخذ الإجراءات الممكنة لتخفيف قدر الضرر الذي يتحملة " شريف غانم ، مرجع سابق ، ص 521

طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو لتأخره في الوفاء به ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول .

ومن خلال هذا النص يتضح أنه لا يعوز الدائن من عدم التنفيذ إلا إذا كانت نتيجة طبيعية لعدم التنفيذ أو التأخير فيه بشرط ألا يكون بمقدور الدائن توقيه ببذل جهد معقول .

وقد عنونت مبادئ اليونيدروا المادة 7-4-8 ب( تخفيف الضرر ) فنصت على انه: (1- لا يسأل الطرف المدين عن الضرر الذي تكبده الطرف الدائن بقدر ما كان يمكن للطرف الدائن تخفيفه باتخاذ خطواتٍ معقولة 2- يحق للطرف الدائن استرداد أي مصروفات معقولة يكون قد تكبدها لدى محاولته تخفيف الضرر ) .

كما تنظم اتفاقية فينا الالتزام بتخفيف الضرر من خلال نص المادة 88 " فنصت على انه: "يجب على الطرف الذي يتمسك بمخالفة العقد أن يتخذ التدابير المعقولة والملائمة للظروف للتخفيف من الخسارة الناجمة عن المخالفة، بما فيها الكسب الذي فات. وإذا أهمل القيام بذلك، فللطرف المخل أن يطالب بتخفيف التعويض بقدر الخسارة التي كان من الممكن تجنبها " .

و قد أكدت هيئات التحكيم على وجوب تخفيف الضرر في العديد من القضايا، ومن القرارات التحكيمية التي طبقت فيها الفكرة المذكورة القرار الصادر في القضية رقم (3344) لسنة 1981 من قبل محكمي غرفة التجارة الدولية ، ففي هذا القرار فصلت هيئة التحكيم، وكان مقرها في جنيف، في النزاع الذي ثار بين مشروعين احدهما تابع للجزائر، والآخر تابع للمغرب بالاستناد إلى قرار تحكيمي سابق، وتتلخص وقائع النزاع في أن المشروع الأول الجزائري الجنسية ابرم عقد توريد مع مشروع مغربي لتوريد كميات من النفط إليه من عام 1972 حتى عام 1974. ورغم أن مدة العقد لا تتجاوز الثلاث سنوات، فإنه – أي العقد – قد خضع لإعادة التفاوض بين الطرفين نهاية عام 1973 بناءً على طلب من المورد – المتعاقد الجزائري – بسبب الارتفاع الكبير في أسعار النفط على مستوى السوق العالمي. وقد نتج عن هذه المفاوضات اتفاق بين الأطراف على تحديد سعر معين للنفط. وحدث ان أصدرت الحكومة الجزائرية قرارا يقضي بإلغاء كل الاتفاقات المالية التي حدثت في النصف الأول من عام 1974، فأصيب المستورد بضرر من جراء القرار المذكور الذي شكل حالة قوة القاهرة، نشب نزاع بين الطرفين فعرض على هيئة التحكيم التي ذهبت في قرارها إلى انه: (ويجب أيضا حتى تقوم مسؤولية المشروع المورد ان يقيم المستورد الدليل على إصابته بضرر نتج من الخطأ الذي ارتكبه المورد، وهذا لم يحدث كما انه لم يثبت، كما يتطلب قضاء التحكيم، انه قد اتخذ الإجراءات الممكنة لتخفيف هذا الضرر)<sup>(1)</sup>.

فهيئة التحكيم في القرار المذكور، قد أسست حكمها على ما استقر عليه قضاء التحكيم من ضرورة قيام الدائن بإثبات اتخاذه الإجراءات الممكنة لتخفيف ما يصيبه من ضرر من جراء عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه حتى تقوم مسؤولية هذا الأخير. وذلك رغم أن القانون الواجب التطبيق على العقد هو القانون الجزائري الذي ينظم الالتزام بتخفيف الضرر من خلال نص المادة (182) من القانون المدني الجزائري التي تنص على انه ( . . . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول. ) .

319- شريف محمد غنام ، مرجع سابق ، ص524-525.

ورغم أهمية هذا الالتزام إلا أنه قلما يحتوى تشريع أو اتفاقية أو عقد آلية لتخفيف الضرر والحد من الخسائر ، لذلك تتنوع الإجراءات المتبعة لتخفيف الأضرار تبعا لتنوع العقود واختلافها عن بعض ، ومع هذا فإن تخفيف الضرر تنتج عنه صعوبات عملية في عقود نقل التكنولوجيا

## 1- صور تخفيف الضرر في عقود نقل التكنولوجيا

تعد عملية إعادة التفاوض من أهم الأمور التي تساهم في تخفيف الضرر، بوصفها أداة فنية تساهم في انقاد عقد نقل التكنولوجيا من الانهيار وتصويب مساره، وذلك بتخفيف الضرر عن لحقه من أجل المحافظة على المصلحة وزيادة التعاون بين الأطراف<sup>1</sup> وتختلف آليات تخفيف الضرر من مشروع إلى آخر وذلك حسب الضرر الواقع على الدائن و قدرة المشروع المالية والفنية وظروف الواقعة، ورغم تعدد الآليات المتاحة لتخفيف الضرر فإن عقود نقل التكنولوجيا تثير صعوبات لتخفيف الضرر نتيجة طبيعة العقد المعقدة.

### أ- إكمال المشروع في عقد تسليم المفتاح

يتجسد الالتزام بتخفيف الضرر في عقود نقل التكنولوجيا في قيام الدائن ببذل محاولات جادة لغرض تكملة المشروع ولو بسعر منخفض عن السعر السائد في السوق العالمية وتطبيق هذا الإجراء نجده واضحا في قرار هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في باريس في القضية رقم (4761) لسنة 1987. وتتلخص وقائع النزاع في قيام شركة مقاولات ليبية بالتعاقد مع شركة إيطالية لتنفيذ أعمال إنشائية في ليبيا لصالح شركة مقاولات وطنية - رب عمل. حيث اتفق طرفا العقد على تقدير ثمن جزافي للمقولة غير قابل للمراجعة. كما تم تحديد فترة زمنية أمدها أربعة وعشرون شهرا لانجاز العمل تبدأ من تاريخ إبرام العقد. تأخرت الشركة الليبية في انجاز بعض الأعمال اللازمة لبدء تنفيذ المشروع كاستخراج تأشيريات دخول العمال الأجانب، هدم بعض المباني، إعداد بعض المواد الأولية إجراء الفحوصات للتربة مما أدى إلى تمديد التسليم فترة ثمانية أشهر إضافية. وبعد حوالي ثمانية عشر شهرا من التعاقد لم تتمكن الشركة الإيطالية سوى من انجاز 10% فقط من مجمل الأعمال الإنشائية المتعاقد عليها. فلجأ الطرفان إلى إعادة التفاوض في العقد لتذليل الصعوبات التي تعترض سير المشروع إلا أن الشركة الإيطالية لم تتمكن من تنفيذ التزاماتها بالكامل مرة أخرى. فاضطر الطرفان إلى إعادة التفاوض مرة أخرى في 1982. حيث تمت زيادة السعر المتفق عليه بطلب من الشركة الإيطالية نظرا لزيادة أسعار المواد الإنشائية. وقد حددت الشركة الليبية تاريخ دفع هذه الزيادة بعد الحصول على موافقة رب العمل، إلا أن هذا الأخير رفض مراجعة السعر الوارد بالعقد، فلم تتمكن شركة المقاولات الليبية من تنفيذ التزاماتها. فقامت الشركة الإيطالية بإخلاء موقع العمل، وسحب عمالها ورفعت طلب التحكيم إلى غرفة التجارة العالمية في باريس. وقد انتهت هيئة التحكيم التي نظرت في النزاع إلى تعويض الشركة الإيطالية - المدعية - عما لحقها من ضرر جراء عدم تنفيذ الشركة الليبية - المدعى عليها - التزاماتها، وذلك في ضوء الظروف التي مر بها العقد

1 - أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، ص 67

والتي آل إليها. إلا أنها أدانت - في الوقت ذاته - موقف الشركة الإيطالية من عدم الاكتراث في تنفيذ التزام مهم يفرضه القانون الليبي واجب التطبيق وكذلك قانون التجارة الدولية، وهو اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة للحد من الأضرار من جراء عدم تنفيذ الطرف الآخر التزاماته<sup>1</sup>.

### ب: تقديم اقتراحات جديدة تسهل تنفيذ العقد

في بعض الأحيان، قد يبادر الدائن إلى تقديم مقترحات جديدة إلى المدين الذي تعذر عليه تنفيذ التزامه، بحيث يكون من شأن تلك الاقتراحات تذليل بعض الصعوبات التي يواجهها المدين. ويؤكد قضاء التحكيم التجاري الدولي على ما تقدم. ويمكن أن نلمس ذلك في موقف هيئة التحكيم في النزاع الذي نشب بين الشركة الوطنية الليبية للبترول، وشركة Sun-Oil للبحث عن البترول. حيث أدانت هيئة التحكيم موقف الشركة الليبية، نظراً لأنها لم تتخذ الإجراءات الممكنة لتخفيف ما لحقها من ضرر من جراء عدم تنفيذ شركة Sun-Oil التزامها بالبحث والتنقيب عن النفط في ليبيا. كما أنها لم تتفاوض مع شركة Sun-Oil على تقديم طرق جديدة تسهل تنفيذ العقد سواء فيما يتعلق بتجهيز الشركة بالمعدات اللازمة أو بإجراء عمليات تحليل التربة إلى غير ذلك<sup>2</sup>.

### ج:-البحث عن مصدر تمويل جديد

يتوجب على الدائن البحث عن مصدر جديد لتمويل نفسه إذا تعذر على المدين تنفيذ التزامه، ويعتبر القرار الصادر في القضية رقم (5514) لسنة 1990 خير مثال على هذا الإجراء، ففي هذا القرار أكد المحكمون على إن المشروع الفرنسي قد اتخذ موقفاً إيجابياً عندما قام بتمويل نفسه مالياً بعد توقف التمويل المالي المخصص له حتى يمكنه التوصل وتنفيذ التزاماته<sup>3</sup>.

## 2- صعوبة تخفيف الضرر في عقود نقل التكنولوجيا

في بعض الحالات، قد ترجع الصعوبة في تقدير إجراءات تخفيف الضرر من قبل هيئة التحكيم إلى طبيعة العقد ذاته، ففي عقود نقل التكنولوجيا من المتصور أن يواجه المشتري بعض الصعوبات في تسلم التكنولوجيا، كما لو كان استيراد تلك التكنولوجيا ممنوعاً في بلد المشتري بموجب قرار إداري يمنع استيرادها، أو كما لو فرض على استيرادها رسوم جمركية باهظة تجعل

1 - أحمد مخلوف ، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثانية ، 2005 ص214-217.

2 - شريف غانم ، مرجع سابق ص ، 542

1- شريف غانم ، مرجع سابق ، ص 543



استيرادها غير مفيد في مقابل التكنولوجيا الوطنية. ففي الحالات المذكورة لا يستطيع المورد من الاحتفاظ بها، لمصلحة المشتري لحين زوال العائق. حيث لا يعلم متى سيزول.

فضلاً عما تقدم، فإن تسليم التكنولوجيا قد يتم في فترات معينة تكون لها أهمية كبيرة خلالها، بحيث يصبح تسليمها بعد تلك الفترة غير مجدٍ للمشتري، وعندئذ لا يمكن أن نطلب من المورد البحث عن مشتريين جدد لتخفيف الضرر الذي أصابه، خاصة إذا كانت التكنولوجيا مصممة لخدمة أغراض معينة، ولمشتري معين بذاته ولا يمكن أن تباع إلى غيره لسريتها مثلاً. ويحدث ذلك عموماً، إذا كانت التكنولوجيا تخص الحربية أو العسكرية أو إذا كان مستورد التكنولوجيا الدولة أو إحدى مؤسساتها وفي المقابل قد يكون من صعوبة أن نطلب من المشتري البحث عن موردٍ آخر ذلك أن التكنولوجيا غالباً ما تكون متطورة إلى درجة كبيرة أو تحيطها السرية التامة نظراً لطبيعتها أو لطبيعة المواد المستخدمة فيها، كما أن المشتري غالباً ما يرغب في شراء التكنولوجيا من شركاتٍ بعينها ضماناً لجودتها وهو ما يتعارض مع فكرة البحث عن موردٍ آخر<sup>1</sup>.

أضف إلى ذلك أنه في الغالب ما يتم تصميم التكنولوجيا وفقاً لمواصفات خاصة، لكي تتلاءم مع بيئة المتلقي، مثل تصميم هندسي لإقامة مصفاة نפט، فإن هذا التصميم يتوقف على نوعية التربة والأرض المقام عليها المشروع ونوع المناخ، ومن ثم فإن محاولة البحث عن مشتري آخر لهذه التصاميم عملية مستحيلة.

## ثانياً - الالتزام بالإخطار

من الناحية الإجرائية لم يضع القانون المدني الليبي شروطاً خاصة بضرورة الإخطار أو التبليغ من أي طرف لإمكان الاحتجاج بالقوة القاهرة<sup>2</sup> بل بالعكس فقد قررت المادة 161 أنه ( في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ من تلقاء نفسه ) ، ويتضح من خلال هذا النص أن وقوع القوة القاهرة لا يترتب عليه أي التزام، فجميع الالتزامات تنقضي من تلقاء ذاتها ولا محل للإخطار، وهذا ما بينته المحكمة العليا في حكمها إذ ذكرت أنه إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلًا بسبب القوة القاهرة فلا محل للإعذار<sup>3</sup>.

والعلة من عدم إلزام المدين بالإخطار عند وقوع الحدث غير المتوقع، هو نتيجة قصر القوة القاهرة في القانون المدني على المفهوم التقليدي، الذي يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا على نحو مطلق، ومن المعلوم أن أحد المبررات التي يقوم عليها الإخطار هو التنبيه بوجود عقبة تحول دون التنفيذ، وبالتالي إدارتها والعمل على إزالتها من قبل أطراف العقد، وذلك عن طريق التفاوض بينهم.

ولكن هذا الأمر على خلاف ذلك في اتفاقيات التجارة الدولية، حيث تنص أغلبية الاتفاقيات على وجوب الإخطار عند وقوع حادث القوة القاهرة، لكي يستطيع المدين مواجهة الخطر والتفاوض

1 - مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 465

2 - الحبيب جبودة، مرجع سابق، ص 9

3 - نقض مدني 10-4-1989 مجلة المحكمة العليا س 26 ع 1، ص 125

بشأنه، إذ تنص الفقرة الرابعة من المادة 79 من اتفاقية فيينا على انه: (على الطرف الذي لم ينفذ التزاماته أن يوجه إخطار إلى الطرف الآخر بالعائق وأثره في قدرته على التنفيذ وإذا لم يصل الإخطار إلى الطرف الآخر خلال مدة معقولة بعد أن يكون الطرف الذي لم ينفذ التزاماته قد علم بالعائق أو كان من واجبه أن يعلم به فعندئذ يكون مسؤولاً عن التعويض عن الأضرار الناتجة عن عدم استلام الإخطار المذكور).

وكذلك تناول الشرط النموذجي للقوة القاهرة والظروف الطارئة، الذي أعدته غرفة التجارة الدولية في البند الرابع منه الالتزام بالإخطار تحت عنوان (واجب الإخطار). إذ ينص على انه: (على الطرف الذي يتمسك بانتفاء مسؤوليته أن يخطر الطرف الآخر، في أسرع وقت ممكن، بعد علمه بالعائق وآثاره على موقفه من تنفيذ التزامه، بالعائق وآثاره على هذا التنفيذ).

كما تناولت الالتزام بالإخطار مبادئ العقود التجارية الدولية اليونيدروا إذ تنص الفقرة (3) من المادة (7-1-7) على انه: (يلتزم الطرف الذي يخفق في التنفيذ بأن يخطر الطرف الآخر بوجود العائق وتأثيره على قدرته على التنفيذ، فإذا لم يتسلم الطرف الآخر الإخطار خلال مدة معقولة بعد أن يكون الطرف الذي أخفق في التنفيذ قد علم بالعائق أو كان في وسعه العلم به، فيسأل عن التعويضات المترتبة على عدم تسليم الإخطار)

## 1- متطلبات الإخطار

يجب على المتعاقد الذي تخلف عن تنفيذ التزامه بسبب التغيير في الظروف التعاقدية ، أن يوجه إلى المتعاقد الآخر إخطاراً بالحادثة وأثره في قدرته على التنفيذ ، وقد قصد بذلك تمكين المتعاقد الآخر من اتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية مصالحه، ودعوته إلى التفاوض من أجل تعديل بنود العقد وإعادة التوازن الاقتصادي إليه

لذلك يجب أن يتضمن الإخطار توضيحاً لهذا العائق، وما إذا كان سيؤدي إلى تأخير التنفيذ فقط أم سيصبح التنفيذ مختلفاً عما كان قد اتفق عليه في العقد، والإخطار بالحلول المقترحة من أجل مواجهة الأحداث ، حتى يتاح للمتعاقد الآخر أن يشارك في عملية التفاوض ولديه العلم الكافي بكافة الظروف المحيطة بتنفيذ العقد .

وتجدر الإشارة أن مسؤولية المدين المهني تتشدد، فلا يتخلص من مسؤوليته بمجرد أن يتبث أنه قام بالإخطار عن المعلومات المتعلقة بالحادثة بل عليه إحاطة الدائن علماً بكافة الملبسات والظروف التي عاصرت وقوع الحادث وبعد وقوعه أيضاً، فعليه استناداً إلى صفته المهنية أن يقوم بالبحث الدقيق والكافي لكي يتبرأ من المسؤولية<sup>1</sup> ، ولهذا تعتبر مسؤولية مورد التكنولوجيا عن الإخطار مسؤولية مشددة نظراً لمهنيته وتخصصه في العقود الفنية

1 - صفاء تقي نور الدين العيساوي ، مرجع سابق ص 253

و يفترض أن يكون الإخطار في شكل معين حتى يحقق الهدف و الغاية المنشودة ، ولكن مع هذا يجب أن لا تؤثر الشكلية على ضرورة أن يتم الإخطار في أقصر مدة ممكنة من وقوع الحدث، حتى يتمكن الدائن من اتخاذ الإجراءات اللازمة لتوخي النتائج المترتبة على الحدث

## 1- شكل الإخطار

لقد عالج المشرع الليبي شكل الإخطار عند النص على الموانع المشروعة التي تحول دون تقديم السفنجة فنص في المادة 886 من قانون النشاط التجاري على أنه " إذا حال حادث قهري لا يمكن التغلب عليه دون تقديم السفنجة أو رفع الاحتجاج في المواعيد المقررة لذلك امتدت هذه المواعيد . وعلى حامل السفنجة أن ينبه دون تأخير الدور السابق بالأسباب القاهرة وأن يثبت هذا التنبيه مؤرخاً وموقعا عليه منه في السفنجة أو في الورقة المتصلة بها "

فألزم المشرع حامل السفنجة أن يقوم بإثبات الحادث في ورقة السفنجة ذاتها أو أي ورقة متصلة بها ويجب أن تكون موقعة ومؤرخة .

أما مبادئ اليونيدروا فقد ألزمت في المادة (7-1-7) في الفقرة الثالثة منها، الطرف الذي يخفق في التنفيذ بأن يخطر الطرف الآخر بوجود العائق وتأثيره على قدرته على التنفيذ، فإنها لم تلزمه أن يتخذ هذا الإخطار شكلاً معيناً، ومع ذلك فإن المادة (9-1) من هذه المبادئ تنص في الفقرة الأولى تحت عنوان (الإخطار) (عندما يكون الإخطار مطلوباً، فيجوز توجيهه بأي طريقة تتناسب مع الظروف).

معنى ذلك أن الإخطار لا يشترط فيه شكل خاص، وبالإمكان التعبير عنه بأي وسيلة مناسبة للظروف وبهذا يجب توجيه الإخطار بالوسيلة التي تكون مناسبة وملئمة مع الظروف، بأن تتفق سرعة إجراء الاتصال مع مدى استعجال المعلومات المرسله. فإذا كان الميعاد المحدد للإخطار قد قارب على الانقضاء لا يكون مقبولاً إرساله بالبريد العادي، وتكون الوسيلة التي تتناسب مع الظروف في هذه الحالة الفاكس أو البريد الإلكتروني، فلهذا فإن معرفة الوسيلة المناسبة تتوقف على معرفة الظروف الفعلية للحالة المطروحة، وبالذات مدى الثقة في مختلف وسائل الاتصال وأهمية وسرعة الرسائل المطلوب تسليمها. فإذا كان من الواجب توجيه الإخطار كتابياً ولم يتيسر الاعتماد على الخدمة البريدية، فإن الوسيلة المناسبة في هذه الحالة قد تكون الفاكس أو التلكس أو أي صورة أخرى للتراسل الإلكتروني. وقد تكون الوسيلة المناسبة هي استخدام التليفون إذا كان الاتصال الشفهي كافياً. وعند اختيار أي وسيلة من وسائل الاتصال كقاعدة عامة يجب على المرسل أن يأخذ في اعتباره الوضع القائم في بلده وبلد المرسل إليه .

ويجوز أن يكون الإخطار شفهيًا ، كأن يتم توجيهه عن طريق الهاتف. ويعد الإخطار على هذا النحو مقبولاً من الناحية النظرية لكنه يثير من الناحية العملية مشكلة كيفية إثباته. إذ يصعب على الدائن أن يثبت حدوث الاتصال

كما يجب أن يؤخذ في الاعتبار وسائل الاتصال التي يملكها الطرفان، فلا يجوز لأحدهما توجيه الإخطار بوسيلة لا يملك الطرف الآخر الوسائل اللازمة لاستقبالها<sup>1</sup>.

ومن الملاحظ في الوقت الحالي انتشار استعمال البريد الإلكتروني كوسيلة لإبلاغ الإخطار ، حيث إن النصوص القانونية الوطنية واغلب اتفاقيات التجارة الدولية التي توجب الإخطار، لا تتطلب شكلاً معيناً يجب أن يتم به ؛ لأن مشرعي هذه النصوص يعطون الأولوية لعنصر السرعة التي يجب أن يتم بها الإخطار، لأن عدم التنفيذ أو التأخير في تنفيذ هذه العقود يترتب عليه آثار جسيمة تتفاقم مع مرور الوقت، ومن ثم يجب أن يعلم الطرف الآخر بالطرف غير المتوقع بأسرع وقت ممكن، بغض النظر عن التقييد بشكليات معينة، ولهذا فإن مصطلح الكتابة الذي تنص عليه بعض الاتفاقيات يجب أن يفهم ويفسر بمرونة أكبر فيما يتعلق بالتجارة الدولية. لأن مفهوم الكتابة في مجال العقود التجارية الدولية وبوجه عام، في السنوات الأخيرة - أصبح يشمل المستندات والوثائق الإلكترونية<sup>2</sup>

ويمكن توجيه الإخطار بأية لغة تكون مفهومة بالنسبة للمتعاقد الآخر، والغالب أن يتضمن العقد تحديداً للغة التي تتم بها جميع الاتصالات والإخطارات والتبليغات بين الطرفين، وعندئذ فإنه يلزم توجيه الإخطار باللغة المحددة في العقد وبخلافه فإنه يمكن اعتماد اللغة التي من المفترض أن يأخذ بها شخص سوي الإدراك من نفس صفة المتعاقد ، مع الأخذ بعين الاعتبار جميع الظروف المتصلة بالحالة: كالمراسلات السابقة بين الطرفين والعادات التي استقر عليها التعامل بينهما<sup>3</sup>

## ب- مدة الإخطار

غالباً ما تولي العقود والاتفاقيات الدولية للمدد التي بموجبها يتم تنفيذ الالتزام اهتماماً ، إذا أن بموجبها يتم تحديد مسألة مدى تقصير المدين من عدمه في واجب الإخطار .فبالنسبة لاتفاقيات التجارة الدولية والشروط العامة والنموذجية الشائعة في عقود التجارة الدولية، فإنها استعملت أكثر من مصطلحاً للتعبير عن المدة التي يجب أن يوجه خلالها الإخطار. فمنها من يستعمل مصطلح (خلال مدة معقولة)، كاتفاقية الأمم المتحدة (فيينا 1980) ، وكذلك مبادئ العقود التجارية الدولية (اليونيدروا)، ويراعى في تقدير الميعاد المعقول الذي يتعين توجيه الإخطار فيه الظروف الخاصة بكل حالة على حده، والتي توضح مدى الحاجة إلى الإسراع في توجيه الإخطار. وتتعدد الظروف التي تؤثر في تحديد هذا الميعاد .

أما في مجال الشروط التعاقدية، فقد حرص المتعاقدون الدوليون على سرعة الإخطار بالعائق الذي حال دون التنفيذ ، ولذلك تجد في أغلب الشروط مدد محددة لتوجيه الإخطار مثل الشرط الذي اتفق عليه الأطراف على أن (يلتزم المتعاقد الذي لم يستطيع تكمله التزامه بسبب حالة القوة القاهرة، بأن يخطر المتعاقد الآخر في مدة ثمانية أيام بوقوع الحدث. . .). وقد تكون هذه المدة عشرة أيام، مثال

1 - خالد محمد احمد ، مرجع سابق ، ص255

2 - جمال محمود عبد العزيز ، الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع ، رسالة دكتوراة ، جامعة القاهرة ،

1996 ، ص 207

3 خالد محمد احمد ، مرجع سابق ، ص260

ذلك الشرط الذي ينص على أن (يلتزم الطرف X بأن يخطر الطرف Y كتابةً في مدة عشرة أيام بقيام حالة القوة القاهرة). وقد يحدد الأطراف هذه المدة بخمسة عشر يوماً. ومثال ذلك الشرط الذي ينص على انه: (يلتزم البائع بأن يخطر المشتري بخطابٍ مسجل بوقوع حدث القوة القاهرة خلال خمسة عشر يوماً تبدأ من لحظة وقوع الحدث). وكذلك الشرط الوارد في عقد الترخيص باستخدام براءة الاختراع المبرم بين شركة آي بي سي المصرية وهي شركة محدودة، وبين شركة فيليبس موريس المساهمة، حيث جاء فيه (يخطر الطرف الذي يتمسك بحدث من أحداث القوة القاهرة الذي من شأنه أن يؤخر أو يعلق أداء الالتزامات الموضحة في العقد، الطرف الآخر بوقوع ذلك الحدث في غضون خمسة عشر يوماً من وقوعه)<sup>1</sup>

## 2- الجزاء المترتب على الإخلال بالإخطار

يتعرض المدين عند إخلاله بتنفيذ التزامه إلى الجزاء ، فهذه الجزاءات إما تكون محددة مسبقاً من قبل أطراف العلاقة التعاقدية ، أو يتركون مسألة التحديد للسلطة القضائية لتري أي جزاء مناسب .

ولا تخرج هذه الجزاءات عن ثلاث احتمالات ، إما الحق في التعويض عن الأضرار التي لحقت بالدائن من جراء عدم توجيه الإخطار، أو عدم التمسك بالحدث إلا من وقت القيام بالإخطار، أو سقوط الحق في التمسك بوقوع الحدث

### أ- الحق في التعويض

يتمثل هذا الجزاء في مطالبة الدائن المدين بالتعويض عن اخلاله بالتزامه المفروض عليه، ألا وهو والأخطار نتيجة لما ترتب على الإخلال من أضرار تصيب الدائن دون أن يؤثر ذلك على حق المدين في التمسك بوقوع الحدث سواء لنفي مسؤوليته أو لإعادة التفاوض في أحكام العقد

وقد نصت العديد من اتفاقيات التجارة الدولية على هذا الجزاء . منها اتفاقية (فيينا 1980)، حيث نصت في المادة 79 الفقرة الرابعة على انه: (. . . .) وإذا لم يصل الإخطار إلى الطرف الآخر خلال مدة معقولة بعد أن يكون الطرف الذي لم ينفذ التزاماته قد علم بالعائق أو كان من واجبه إن يعلم به فعندئذ يكون مسؤولاً عن التعويض عن الأضرار الناتجة عن عدم استلام الإخطار المذكور). كذلك مبادئ اليونيدروا تنص أيضاً على هذا الجزاء في الفقرة الرابعة من المادة (7-1-7) انه: (. . . .) فإذا لم يتسلم الطرف الآخر الإخطار خلال مدة معقولة بعد أن يكون الطرف الذي أخفق في التنفيذ قد علم بالعائق أو كان في وسعه العلم به، فيسأل عن التعويضات المترتبة على عدم تسليم الإخطار).

ومن قرارات التحكيم التجاري الدولي، التي تأخذ بهذا الحل، القرار الصادر بجلسة 24 تموز 1985، حيث ذهبت هيئة التحكيم إلى أن الشركة المتخصصة في مجال إنشاء مصانع الوقود النووي التابعة لإحدى الدول المتقدمة، قد تأخرت في الإخطار بقرار حظر التعامل مع حكومة إحدى الدول

1 - شريف غانم ، مرجع سابق ، ص 485

الأسبوعية، الصادر من الدولة التابعة لها الشركة. وقدرت هيئة التحكيم مقدار التعويض عن التأخير في القيام بالإخطار لعدة أشهر بمبلغ مائتي ألف دولار<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة إلى صعوبة إثبات الضرر في حالة إخلال المدين بواجب الإخطار ، إذ أنه من الصعب أن يثبت الدائن أن عدم قيام المدين بالإخطار وفق ما هو مطلوب منه، أو في المدة المحددة قد تسبب له ضرر، إذ كان بإمكانه أن يتخذ إجراءات من شأنها التقليل من خسائره أو توفير وسيلة أخرى للتنفيذ وقد أشارت إحدى قرارات التحكيم إلى هذه الصعوبة، عندما قدرت هيئة التحكيم أن الإخطار حتى ولو كان قد تم في الميعاد المحدد، لما كان قد قدم فائدة للمدعى عليهم. وأكدت الهيئة أن الإخطار لا تكون له فائدة، ولا يسأل المدين عند تخلفه إلا إذا ساعد المدعي، بمجرد وصوله، على اختيار طريق آخر للنقل بخلاف الطريق الذي أصبح من المستحيل النقل من خلاله نتيجة القرارات الإدارية التي تمنع استخدامه. بناءً عليه، رفضت هيئة التحكيم طلب المدين بالتعويض عن الأضرار التي تسبب فيها الإخطار من جانب المدعى عليهم<sup>2</sup>.

## ب- عدم التمسك بحدث التغير في الظروف والاستفادة من الحلول إلا من وقت توجيه الإخطار

يتمثل هذا الإجراء في عدم إمكانية تمسك المدين بالتغير الحاصل في الظروف لإعفائه من المسؤولية أو الاستفادة من الحلول التي ستقدمها عملية إعادة التفاوض إلا من لحظة توجيه الإخطار للدائن، أما قبل ذلك فيعتبر مسؤولاً عن عدم تنفيذ العقد في الفترة ما بين علمه بوقوع الحدث، وإخطار الدائن به

ولعل ما يبرر هذا النوع من الجزاءات، هو تشجيع المدين على الإسراع بإخطار الدائن بوقوع الحدث بأقرب وقت ممكن؛ لتقليل الضرر وسرعة إيجاد الحلول ، إذ لا عبرة بوقوع الحدث، ويعد كأنه لم يقع قبل تمام الإخطار

وقد قررت غرفة التجارة الدولية باريس ذلك في القضية التي عرضت عليها، والتي تتلخص وقائعها في أن إحدى الشركات الفرنسية طالبت بالتعويض عن الخسائر التي لحقت بها من إحدى الشركات الرومانية التي لم تقم بتسليمها كمية معينة من الكربون ، وقد تمسكت الشركة الرومانية بإلغاء السلطات الرومانية لرخص التصدير التي تتعلق بالكربون محل العقد ، ومما لا ريب فيه أن هذا الإلغاء يمثل لها قوة قاهرة وبالتالي يعفيها من الوفاء بالتزامها بالإخطار ، إلا أن هيئة التحكيم لم تأخذ بذلك ، لأن الشركة الرومانية لم تف بالتزامها بالإخطار حيث ذهبت هيئة التحكيم إلى " إن إلغاء رخص التصدير من قبل السلطة الرومانية يمثل بلا أدنى شك حالة قوة قاهرة سواء من ناحية

1 - محي الدين إسماعيل علم الدين ، مرجع سابق ، ص 224 ، 230 ، .  
2- قرار التحكيم الصادر من غرفة التجارة الدولية لجمهورية ألمانيا الاتحادية منقول من أحمد مخلوف ، مرجع سابق ، ص 317

المبادئ العامة للقانون أو من ناحية المادة (9) من العقد ، ومع ذلك تعرض المادة (9) على الطرف المتمسك بها الالتزام بإخطار الطرف الآخر كتابة بحدوث القوة القاهرة وبالإجراءات التي ينوي اتخاذها ... والحال أن قرارات السلطات الرومانية في تاريخ 15-3-1970 لم يتم إخطار المتعاقد بها إلا من تاريخ 29-11-1973 وبالتالي فإن المدعي عليه يفقد إمكانية الانتفاع بها وذلك فيما يتعلق بالكميات الواجب تسليمها في الفصلين الثاني والثالث من سنة 1973<sup>1</sup>

### ج- سقوط الحق في التمسك بإعادة التفاوض

بموجب هذا الجزاء يفقد الطرف المدين حقه في التمسك بالحدث طالما لم يتم بإخطار المتعاقد الآخر به. فالمدين الذي لم ينفذ التزامه بالإخطار ولم يحترم الشكليات المنصوص عليها بخصوص هذا الإخطار، فإن الجزاء الأنسب الذي يستحقه في هذه الحالة هو سقوط حقه في التمسك بحدث التغيير في الظروف و الاستفادة من الحلول التي تقدم في هذا الشأن .

ومن الأحكام التي أصدرتها هيئة التحكيم لتأكد هذا الجزاء، قرار غرفة التجارة الدولية عام 1985، وذلك في قضية تتلخص وقائعها في أن حكومة دولة افريقية قد عهدت مهمة إنشاء مجمع صناعي إلى شركة سويسرية. وتنفيذاً لالتزامها قامت الشركة الأخيرة بالتعاقد مع شركة فرنسية من الباطن، حيث عهدت إليها بتنفيذ أعمال الإنشاءات في المجمع الصناعي. بيد أن الشركة توقفت عن التنفيذ بعد فترة بسبب عدم قيام الشركة السويسرية بدفع مستحقاتها المالية. وبعد فترة من الوقت قامت الشركة السويسرية بدفع جزء من مستحقات الشركة الفرنسية، فاستكملت الأخيرة أعمالها. وأخذت الشركة السويسرية على عاتقها مخاطر التأخير في التنفيذ. ونظراً لعدم حصول الشركة الفرنسية على كامل مستحقاتها، قدمت طلب تحكيم اختصت فيه الشركة السويسرية وطالبت بإلزامها بالتعويض عما أصابها من ضرر.

ولغرض قيام الشركة السويسرية بدفع تلك المطالبة، احتجت أمام هيئة التحكيم بأن توقفها عن الدفع كان نتيجة حدث خارج عن حدود سيطرتها وغير متوقع، يتمثل في عدم وفاء الحكومة الأفريقية (رب العمل) بالتزاماتها المادية، ولا سيما، أنها لا تملك أية موارد مالية أخرى يمكن الاستعانة بها لتسديد مستحقات الشركة الفرنسية. وهذا يشكل حالة قوة القاهرة بالنسبة إلى الشركة السويسرية تعفيها من التزامها تجاه الشركة الفرنسية.

رفضت هيئة التحكيم تمسك الشركة السويسرية بالقوة القاهرة، نظراً لإهمال الشركة السويسرية في إخطار الشركة الفرنسية بالقوة القاهرة. وأكدت الهيئة في قرارها على أن الشركة السويسرية لم تخطر الشركة الفرنسية بأسباب عدم تنفيذ التزامها في وقت مناسب حتى يتسنى للأخيرة اتخاذ ما تراه مناسباً تجاه ذلك. لذلك فإن حق الشركة السويسرية في التمسك بالحدث كقوة القاهرة يسقط. ومما جاء في القرار: (في حالة وجود ظروف غير متوقعة تعدل الشروط التي يجب أن ينفذ العقد وفقاً لها يجب على المدين إن يتصرف بشكل يحفظ مصالح الدائن وان يخطره بكل الإجراءات التي يتخذها)<sup>2</sup>.

1 - مراد محمود المواجدة ، مرجع سابق ، ص 460

2 - احمد مخلوف ، مرجع سابق ، ص 328

ويعتبر هذا الجزاء مغالى فيه وغير مناسب، لأن فقدان المدين لحقه في التمسك بالحدث، لا يتناسب مطلقاً مع الخطأ أو الإهمال الذي ارتكبه بعدم توجيه الإخطار، فإذا كان تصرف المدين يوصف بالوصف المتقدم. فإن الجزاء المناسب لا يتجسد، على أية حال، في فقدان المدين بحق التمسك بالحدث، بل إن كل ما في الأمر هو إمكانية تعويض الدائن عن الأضرار التي أصابته نتيجة هذا الخطأ أو الإهمال، إضافة إلى أن الأحداث الغير متوقعة لا تنتج أثرها مباشرة، ولا تعرف نتائجها إلا بعد مرور فترة من الزمن، فإذا تأخر المدين عن إخطار دائنه بهذه الآثار، وكان تأخيره مبرراً، فهل يكون جزاء ذلك سقوط حقه وعدم الاستفادة من الأحداث القاهرة للتخلص من المسؤولية؟ أو حتى المطالبة بتعديل أحكام العقد عن طريق إعادة التفاوض فيه<sup>1</sup>.

## المبحث الثاني

### التحكيم

---

<sup>1</sup> -صفاء تقي عبد النور العيساوي، مرجع سابق، ص 269



في حال عدم وصول الأطراف إلى اتفاق خلال مرحلة التفاوض ، فإنهم يجدون أنفسهم مضطرين للجوء إلى التحكيم لحل الخلاف القائم بينهم، إذا كان هناك شرط يقضي بحل النزاع الذي سيحدث عن طريق التحكيم ، ويكاد لا يخلو عقد دولي في الوقت الراهن من شرط التحكيم ، إذ يعد التحكيم من الوسائل المفضلة لدى المستثمرين لفض النزاع ، ومع ذلك فإنه قد وجهت له العديد من الانتقادات أهمها سعيه لتحقيق مصالح الشركات التابعة للدول المتقدمة باعتباره أداة الهدف من ورائها المحافظة على ميزان القوى في المعاملات الدولية .

إزاء ما تقدم يطرح التساؤل الأتي هل التحكيم قادر على تحقيق التوازن بين مصالح الدول النامية التي تسعى لتحقيق خططها الاقتصادية التنموية، ومصالح المستثمر الأجنبي الذي تمتلكه هواجس مساس الدولة بحياد قضائها .

ومن خلال هذا التساؤل سيتم تقسيم المبحث لمطليين ، تقدير نظام التحكيم (المطلب الأول ) ومدى سلطة المحكم في إعادة التوازن للعقد (المطلب الثاني )

### **المطلب الأول - تقدير نظام التحكيم**

للقوف على نظام التحكيم وتقديره، يتوجب معرفة الضرورات التي تفرض وجوده على عقود نقل التكنولوجيا، والمخاطر التي تعترض هذا النظام ، ليتم الموازنة بين الضرورات والمخاطر، لكي يتم الخروج بنظرة شاملة لتقدير نظام التحكيم

### **الفرع الأول - ضرورات التحكيم**

قد أوشك التحكيم أن يصبح الملاذ الوحيد لحل النزاعات المتعلقة بعقود التجارة الدولية؛ إذ أن المستثمرين لا يرضون بوسيلة تحل النزاع من الممكن أن تكون تحت سيطرة الدولة؛ لذا يلجأ المستثمرون إلى التحكيم كونه وليد إرادتهم، ويعكس القضاء العادل والنزيه بالنسبة لهم .

ومع مرور الزمن تيقنت دول العالم وخصوصا النامية منها عدم إمكانية الاصطدام مع آليات التجارة الدولية، التي تحكم العلاقات التجارية لهذه الدول، سواء بإرادتها أو رغما عنها، وإلا أدى ذلك إلى عزلها اقتصاديا، فبدأت الدول تمتثل للتحكيم أكثر من ذي قبل، حيث اعترفت بقضاء التحكيم نتيجة الضرورات التي فرضها واقع التجارة الدولية<sup>1</sup> وهذه الضرورات منها :

### **أولا - الضرورات الإجرائية**

<sup>1</sup> - احمد كريم سلامة ، قانون التجاري الدولي والداخلي ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، 2004 ، ص

هناك العديد من الضرورات الإجرائية المتطلبة لفصل النزاع في عقود التجارة الدولية ، وكان نظام التحكيم الأكثر تلبية لهذه الضرورات منها :

## 1- السرعة

تتطلب العقود الدولية بوجه عام وعقد نقل التكنولوجيا بوجه خاص حسما سريعا لما قد يحدث من نزاع ، ذلك لأن المماثلة في البث في النزاع يؤدي إلى أضرار كبيرة للمتخاصمين ، من حيث ارتباط عنصر الوقت بالمعاملات التجارية ارتباطا جوهريا وبتترجم ذلك في النهاية بقيمة مالية قد ترتفع أو تنخفض على نحو يدعم المشروع الاقتصادي أو يسبب له الانهيار .

وسرعة فض النزاع في التحكيم يرجع إلى أن أغلب المحكمين يكرسون وقتهم للنظر في القضية القائمة أمامهم ، من حيث أن المحكم ينظر للقضية على سبيل التفرغ لها في الجلسات التي يتفق عليها الأطراف، على عكس القاضي الوطني فإنه ينظر إلى عشرات القضايا التي تطرح أمامه <sup>1</sup>.

والثابت أن العديد من النظم القانونية التي تنظم التحكيم التجاري الدولي تحرص على وجوب حسم النزاع في فترة زمنية قصيرة ، بحيث لا تتعدى 6 أشهر من تاريخ توقيع الخصوم على وثائق التحكيم <sup>2</sup> وقد نص قانون المرافعات الليبي في المادة 752 على أنه ( على المحكمين أن يحكموا في الميعاد المشروط، فإذا لم يشترط ميعاد وجب الحكم في ظرف ثلاثة أشهر من تاريخ قبولهم... وللمحكمين طلب مد الميعاد مرة واحدة إذا لزم ذلك، لتعين طريقة للإثبات بشرط ألا يزيد الامتداد عن ثلاثة أشهر).

ويعتمد التحكيم على الاستماع إلى الطرفين أكثر من اعتماده على المذكرات <sup>3</sup> وبذلك يعطى للخصوم إمكانية مناقشة نزاعهم بلغة عادية ، دونما حاجة لاستعمال اللغة القضائية وما تنسم به من تعقيد ، فإذا كانت المعالجة القضائية تنسم بالتعقيد و التقييد بشكليات معينة ، فإن الأمر على خلاف ذلك في التحكيم من حيث أن المعالجة التحكيمية للنزاع تنسم بالبساطة والحريية <sup>4</sup>.

## 2 - تحقيق حماية قضائية فعالة

1 - رمضان علي عبد الكريم دسوقي ، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها ، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة ، الطبعة الأولى ، 2011 ، ص 479

2 - هشام خالد مرجع سابق ، ص 30

3 - رمضان علي عبد الكريم دسوقي ، مرجع سابق ، ص 479

4 - مرتضى عاشور ، مرجع سابق ، ص 445

يعتبر التحكيم أكثر فاعلية من القضاء، من حيث أنه يعمل على ضمان المستقبل التنفيذي للقرار التحكيمي، من خلال عدم الطعن بالاستئناف في حكم التحكيم لدى الكثير من النظم القانونية<sup>1</sup> وبذلك يعتبر حكم التحكيم ملزماً ونهائياً وغير قابل للطعن<sup>2</sup>

أما عن موقف القانون الليبي في هذا الشأن، فقد أشارت المادة 767 من قانون المرافعات أنه "يجوز استئناف أحكام المحكمين بعد التصديق عليها، حسب المادة 763 وذلك طبقاً للقواعد المقررة لاستئناف الأحكام الصادرة من المحاكم، ولا يقبل الاستئناف إذا كان المحكومون مفوضين بالصلح أو كانوا محكمين في استئناف أو إذا كان الخصوم قد تنازلوا صراحة على حق الاستئناف "

وتكمن فعالية التحكيم أيضاً في حث الأطراف على التنفيذ الفوري دون إبطاء، فقد نصت المادة 6\28 من لائحة التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس أنه " يكون كل حكم تحكيمي ملزماً للأطراف، ويتعهد الأطراف لدى إحالتهم للنزاع إلى التحكيم وفقاً لهذا النظام بتنفيذ أي حكم دون تأخير، ويعتبرون بذلك قد تنازلوا عن كل طرق الطعن ".

وكذلك ألزمت العديد من الاتفاقيات الدول على الاعتراف بالحكم التحكيمي وبقوته التنفيذية، لضمان تحقيق الفاعلية، ومن هذه الاتفاقيات اتفاقية واشنطن لسنة 1965 بشأن تسوية المنازعات بين الدول وروايات الدول الأخرى، فقد نصت في المادة 1/54 ( تعترف كل دولة متعاقدة بالحكم الذي يصدر بناء على أحكام هذه الاتفاقية وتضمن تنفيذ الالتزامات المادية التي يفرضها الحكم كما لو كان نهائياً صادراً من محكمة محلية )

### 3- السرية

إن من مبادئ المحاكمة العادلة وفقاً للقضاء الوطني هو علانية الجلسات، إلا أن هذا المبدأ قد يسبب ضرراً كبيراً للخصوم من حيث أن المعلومات والبيانات تعتبر أموالاً لها قيمة مادية، وفي حالة انتشارها قد يؤدي ذلك إلى ضرر في مجال المنافسة الدولية،<sup>3</sup> فلذلك يحرص المستثمرون على عدم إفشائها ونشرها، فيلجأ الأطراف إلى التحكيم لكي يتم المحافظة على سرية المعلومات والبيانات الواردة في القضية .

1 - تنص المادة 52\1 من قانون التحكيم المصري على أنه " لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريقة من طرق الطعن المنصوص عليها من قانون المرافعات المدنية والتجارية " وكذلك نصت المادة 34 من القانون النموذجي للتحكيم والتجاري الدولي لسنة 1985 أنه " لا يجوز اللجوء إلى المحاكم الوطنية للطعن على التحكيم الدولي بأي طريق من طرق الطعن المعروفة "

2 - أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 130

3 - أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 130

وتعتبر عقود نقل التكنولوجيا من العقود التي يعد عنصر السرية فيها هو كل رأسمالها من بداية المفاوضات إلى انتهاء تنفيذ العقد، حيث أنها تقوم على المعرفة الفنية مما يعني أن الكشف عن سريتها يفقدها أهميتها الاقتصادية<sup>1</sup>

والمثال على ذلك إبرام عقد نقل التكنولوجيا بين دولة متقدمة و دولة نامية ، فترتب عليه العديد من الحقوق و الالتزامات بين الطرفين مثل التزام المشروع ببناء مصنع معين وفقا لمواصفات معينة، إضافة إلى توريد المصنع بالمواد الخام وتوريده بالآلات والأجهزة، فضلا عما تقدم يلتزم المشروع بتدريب العمالة اللازمة لتشغيل المصنع . ولا شك أن هذه العقود تثير الكثير من الخلافات بين أطرافها ، فمن المتصور أن يكون إنتاج المصنع ليس بالجودة المطلوبة أو أن يتقاعس المورد عن توريد المواد الخام أو الآلات ، ففي هذه الحالة سيشب النزاع بين المورد والمتلقي مما يضطروا إلى حسمه عبر قنواته المحددة إما عن طريق القضاء أو عن طريق التحكيم ، ومما لا شك فيه أن اللجوء إلى القضاء سيزترتب عليه كشف الكثير من الأسرار القائمة بين الخصوم، مثل براءات الاختراع والمعلومات التقنية الخاصة بالصناعة المعنية والمركز المالي للمشروع والعديد من الأسرار الأخرى ، ذلك لأن علانية الجلسات في القضاء أحد ركائزه ، فلهذا يستحسن اللجوء إلى التحكيم للمحافظة على السرية<sup>2</sup>

ويختلف مدى الاحتفاظ بالسرية من نظام إلى آخر ، فمضمونها في النظام اللاتيني أحوط منه بكثير من النظام الانجلوسكسوني<sup>3</sup>، ولم تنظم أغلب التشريعات مسألة السرية في تشريع متكامل ، فقد عالجتة النظم بصفة جزئية بمناسبة تنظيم سرية الجلسات وبالتالي يمكن أن يثار التساؤل الآتي ، حول مدى التزام هيئة التحكيم بالمحافظة على السرية حتى ولو لم يكن هناك اتفاق بين الأطراف حول التعرض لها ؟ .

لقد اختلفت آراء الفقه حول هذه المسألة، فذهب بعضهم إلى وجوب التزام المحكم بما ورد في اتفاق التحكيم، لأن مهمته الحكم وفقا لما اتفق عليه الأطراف صراحة،<sup>4</sup> أما الرأي الآخر فإنه ألزم المحكم بالالتزام بالسرية ،حفاظا على مصلحة الخصوم وعدم تعريضهم للخطر في حالة نشر المعلومات والبيانات التي تحتوي عليها القضية ، وعلى أي حال يرى أغلب الفقه أنه من المفضل النص في اتفاق التحكيم بالمحافظة على السرية وذلك قطعا لأي شك<sup>5</sup>.

ولأهمية السرية يحرص الأطراف على تشكيل هيئة تحكيم خاصة بهم أو الالتجاء إلى مراكز التحكيم المتخصصة مثل غرفة التجارة الدولية بباريس أو محكمة التحكيم بلندن وغيرها من المراكز

1- رمضان علي عبد الكريم دسوقي ، مرجع سابق ، ص 481

2 - هشام خالد ، مرجع سابق ، ص 73 ، 74

3 - محمود محمد المغربي ، أزمة التحكيم بين مقتضيات الشفافية وضرورات السرية ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد السابع عشر ، السنة الخامسة ، 2013 ، ص 215 - 221

4 - مريم محمد سليم العوا ، التحكيم بين السرية والعلانية ، المجلة السابقة ، ص 65

5 - هشام خالد ، مرجع سابق ، ص 71

لتشكيل هيئة تتولى الفصل في القضية، وعند نشر المبادئ القانونية الخاصة بالتحكيم يراعى الاقتصار على المبدأ دون التعرض لأسماء الأطراف<sup>1</sup>

## ثانيا - الضرورات الاقتصادية

لقد فرض الواقع الاقتصادي الدولي وجود التحكيم كآلية من آليات فض النزاع القائم ما بين المستثمر والبلد المتلقي وذلك نتيجة لضرورات تتمثل في الآتي:

### 1- حاجات التجارة الدولية

هنالك فرق بين حاجات التجارة الداخلية وحاجات التجارة الدولية من حيث أن علاقات ومعاملات التجارة الدولية تمتد لفترة من الزمن أطول نسبيا من التي تستغرقها التجارة الداخلية ، إضافة إلى امتياز التجارة الدولية بنوع من تعقد العلاقات وتشابكها ، ولهذا تعتبر الحلول والآليات الموضوعية لمواجهة المشاكل الناجمة عن العقود والعلاقات الداخلية غير ملائمة لواقع عقود التجارة الدولية، لذلك وجدت آليات وصيغ لمواجهة المشاكل الناجمة عن عقود التجارة الدولية ، مثل إدراج شرط إعادة التفاوض وشرط القوة القاهرة وشرط مراجعة العقد تلقائيا وغيرها من الشروط الأخرى التي تهدف إلى مواجهة العقبات التي تحول دون تنفيذ العقد .

مما لا شك فيه أنه في حالة وقوع العقبات يدخل أطراف العقد في عملية تفاوضية لمناقشة العقبات، ولكن إذ باءت هذه المفاوضات بالفشل تكون مهمة المحكم تطويع العقد وفقا لما استجد من ظروف بدلا من فسخ العقد الذي قد يسبب ضررا للمتعاقدين .

ومن الثابت أن قضاء الدولة بنظمه وقواعد عمله غير قادر على حسم المنازعات المتعلقة بعقود التجارة الدولية ، وقد أكد الواقع أن التحكيم هو البديل الذي يعمل بعيدا عن قواعد القوانين الوطنية، ورسخ مجموعة من القواعد و الحلول التي تتجاوز وخصوصية مشكلات التجارة الدولية ، وهو دائم التطور ليستجيب مع ما يطرأ على واقع التجارة الدولية من تغيرات<sup>2</sup>.

### 2- تشجيع الاستثمارات الأجنبية

تلجأ أغلب الدول التي تسعى لجذب الاستثمار إلى التحكيم كضمانة إجرائية لجلب المستثمرين ، هذا الأمر الذي جعل الكثير من الدول يدرجوا شرط اللجوء إلى التحكيم لفض النزاع القائم بين الأطراف في العقد .

1 - محي الدين إسماعيل علم الدين ، مرجع سابق ، ص 8

2 - محمد إبراهيم موسى ، التطويع القضائي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق في عقود التجارة الدولية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2005 ، ص 34

وقد تضمن القانون الليبي رقم 9 لسنة 2010 للاستثمار التحكيم كوسيلة لفض النزاع فذكرت المادة 24 انه ( يعرض أي نزاع ينشأ بين المستثمر الأجنبي والدولة أما بفعل المستثمر أو نتيجة لإجراءات اتخذتها ضده الدولة على المحاكم المختصة، إلا إذا كانت هناك اتفاقية بين الدولة والدولة التي ينتمي إليها المستثمر، أو اتفاقيات متعددة الأطراف تكون الدولة التي ينتمي إليها المستثمر فيها تتضمن نصوصا متعلقة بالصلح أو التحكيم أو اتفاق خاص بين المستثمر والدولة ينص على شرط التحكيم )

ويستلزم لتحقيق فاعلية التحكيم كضمانة لجلب وتشجيع الاستثمار أن يتبنى العديد من المبادئ المتمثلة في:

### أ- استقلال شرط التحكيم

ويقصد باستقلال شرط التحكيم هو عدم ارتباط مصير العقد بمصير شرط التحكيم من حيث أن صحة أو بطلان العقد لا تؤثر في صحة شرط التحكيم .

وأساس استقلال شرط التحكيم عن العقد يرجع إلى اختلاف المحل والسبب في شرط التحكيم عن المحل والسبب في العقد الأصلي ، فالمحل في شرط التحكيم هو حل النزاع بينما المحل في العقد الأصلي فإنه ينصب على بيع أو إيجار شئ معين ، أما سبب شرط التحكيم فهو المحافظة على استمرار العقد ، و في العقد الأصلي قد يكون الربح أو إتمام مشروع معين<sup>1</sup> .

ويعتبر استقلال شرط التحكيم عن العقد من المبادئ المعترف بها على صعيد التشريعات الوطنية و الاتفاقيات الدولية ، فقد نصت المادة 23 من قانون التحكيم المصري على انه ( يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان الشرط صحيحا في ذاته )<sup>2</sup>

كما قد ورد في القانون النموذجي للتحكيم الدولي في المادة 1\16 على انه ( ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءا من العقد كما لو كان مستقلا عن شروط العقد الأخرى ، وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم )

1 - أسامة أحمد حسن ، مدى استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي ، رسالة ماجستير ، جامعة غزة . 2010 ، ص48

2 - مطابقة للمادة الثالثة في مشروع قانون التحكيم الليبي

## ب - مبدأ الاختصاص بالاختصاص

ويقصد به حق المحكم أن ينظر في اختصاصه، سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الخصوم بإبطال العقد الأصلي أو اتفاق التحكيم، وذلك من لحظة قبول المحكم لمهمته وحتى إصدار الحكم<sup>1</sup>

مما لا ريب فيه أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص ينسجم مع فعالية التحكيم كوسيلة لتشجيع الاستثمار، وذلك من حيث تماثيه مع متطلبات السرعة والفاعلية، إذ أن إعطاء فرصة الطعن في اختصاص المحكم أمام القضاء قد يتعارض مع الميزة التي يتمتع بها التحكيم المتمثلة في سرعة حسم النزاع، وأيضا يقطع مبدأ الاختصاص بالاختصاص الطريق أمام الخصم سئ النية الذي يهدف إلى المماطلة وتعطيل إجراءات التحكيم.

وقد أقرت العديد من التشريعات الوطنية والمعاهدات الدولية مبدأ الاختصاص بالاختصاص، حيث نصت المادة 22 من قانون التحكيم المصري على أنه ( تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق يحكم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع)<sup>2</sup>

وكذلك قد ورد هذا المبدأ في اتفاقية واشنطن لسنة 1965 حيث قررت المادة 41 على أنه ( المحكمة هي التي تحدد اختصاصها ) وأيضا نصت المادة 16 من قانون النموذجي للتحكيم الدولي أنه ( يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته )

## ج - عدم قبول دفع الدولة أو هيئاتها بعدم أهليتها للتحكيم

إن أهلية الدولة في اللجوء إلى التحكيم من المسائل التي ثار حولها جدل كبير، ولا سيما في مجال العلاقات الدولية، إذ أن الدول في كثير من الأحيان تتمسك بحصانتها القضائية في مواجهة الطرف الأجنبي، الذي تم الاتفاق مسبقا معه على اللجوء إلى التحكيم.

وإن كان يبدو أن خضوع الدولة لقانونها وقضائها الوطني من المبادئ المستقرة في القانون الدولي الخاص، إلا أن أعمال هذا المبدأ بشكل مطلق يضر بالطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة في حالة تمسكها ببطلان التصرف الصادر منها بقبولها للتحكيم نظرا لأن القبول بالإجراء خارج الاختصاص الممنوح لها أو أن التصرف تضمن شرطا من الشروط التي لا يمكن الدولة التي يتبعها الجهاز أن تجيزه.<sup>3</sup>

1 - أسامة أحمد حسن، مرجع سابق، ص 113

2 - مطابقة للمادة 21 من مشروع قانون التحكيم الليبي

3 - حفيفة حداد مرجع سابق، ص 72

ونظرا للمخاطر التي يتعرض لها الطرف الأجنبي مع الدولة في حالة تمسك الأخيرة بحصانيتها القضائية مما يؤدي إلى بطلان ما صدر عن الجهاز التابع لها من تصرفات ، ونظرا لأن الطرف الأجنبي لا يعلم في كثير من الأحيان القيود القانونية والإدارية التي تحظر على الهيئات التابعة للدولة بالقبول بالتحكيم لفض النزاع لهذا ذهبت الأحكام القضائية إلى عدم الإضرار بالطرف الأجنبي الغير عالم بالوضع القانوني في الدولة استنادا إلى مبدأ حسن النية <sup>1</sup>.

واستنادا على ما تقدم ، قضت محكمة الاستئناف في باريس في 22.2.1994 في قضية وزارة التجهيز التونسية ضد باك تفاف بأن " منع الدولة من الالتجاء إلى التحكيم لا يصلح إلا في العقود الداخلية ، ويكفي أن يكون العقد دوليا حتى يقع الإقرار بإمكانية التجاء الدولة إلى التحكيم طبقا لحاجات التجارة الدولية واحتراما لأعراف هذه التجارة " <sup>2</sup> ، وقد أشارت اتفاقية واشنطن لسنة 1965 في المادة 25 إلى أهلية الدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها من اللجوء إلى التحكيم

وفي الختام يجدر القول أن عدم قبول دفع الدولة أو هيئاتها بعدم أهليتها للتحكيم بعد موافقتها على شرط التحكيم سيجعل التحكيم ذا فائدة كبيرة في حسم النزاع حيث أنه يقطع الطريق أمام ماطلة الدولة أو الأشخاص المعنويين التابعي لها بالتمسك ببطلان شرط التحكيم للتهرب من اللجوء إليه بحجة أن قانونها لا تبيح ذلك ويعتبر هذا الأمر ضمانا كبيرة للمستثمرين ويحقق توازنا عقديا بينهم وبين الدولة .

### ثالثا – الضرورات الفنية

مما لا ريب فيه أن عقود نقل التكنولوجيا تتميز بطبيعة فنية معقدة من الصعب على القضاء الوطني تفهمها وحل إشكالياتها ، ويعد من أهم أسباب لجوء الأطراف إلى التحكيم هو كفاءة المحكم وتخصصه في عقود التجارة الدولية ، وهو على خلاف الواقع في مجال القضاء من حيث المعروف أن من يتولى دائرة قضائية في عام قضائي سواء كانت مدنية أو إدارية أو جنائية قد يتم تغييره إلى دائرة أخرى غير التي تولاهما من قبل ، إلا إذا كان القضاء قائم على مبدأ تخصص القاضي

ومن الملاحظ كثرة المنازعات التي يظهر فيها الطابع الفني نتيجة ثورة العلم والتكنولوجيا ، فقد أصبحت الكثير من المنازعات تثير العديد من المسائل الفنية أو التكنولوجية، كما هو الحال في المسائل المتعلقة بمسؤولية المهندس أو مسؤولية المقاول أو في شئون المال والاستثمار ، الأمر الذي يجعل من الصعوبة على القاضي أن يبيث في النزاع دون الاستعانة بأهل الخبرة ، بل كثير من هذه الأمور محكومة بأعراف وعادات وممارسات مهنية لا علم للقاضي بها ، فيحتاج للتعرف على رأي الخبير ، مما جعل من الخبراء يطلون محل القضاة من الناحية العملية خلافا للأصل في كون رأي

1 - المرجع السابق ، ص 73

2- مرتضى جمعة عاشور ، الدفع بالاستنوبل للتحكيم التجاري الدولي، مجلة جامعة النهريين كلية الحقوق ، العراق ، السنة 2012 المجلد 14 العدد 4، ص 32



الخبير استشاري، الأمر الذي جعل من الأطراف يلجئون للتحكيم للتوحيد بين القاضي والخبير لاختصاص الوقت والإجراءات<sup>1</sup>.

لذلك اعتبر التخصص من المسائل الضرورية للفصل في عقود التجارة الدولية، نتيجة لظهور العقود المستحدثة بالغة التعقيد وسريعة التطور التي أفرزتها الحياة الاقتصادية المعاصرة، كما هو الحال بالعقود المتعلقة باكتشاف النفط وعقود التعاون المشترك بين المشاريع، فمن الملاحظ أن هذه العقود نشأت بعيدا عن القواعد القانونية التقليدية وتواجه مسائل فنية بالغة التعقيد وتظل لذلك سنوات عديدة قبل أن تنير انتباه المشتغلين بالقانون إليها واهتمامهم بتحليلها، والتعرف على موضوعها من النظام القانوني، ونتيجة لذلك فقد يواجه القاضي كثيرا من الحرج للتصدي لها، وكثيرا ما يجد أطرافها أنفسهم مدعوون إلى اختيار طريق التحكيم ضمانا للفصل فيما ينشأ عنها من منازعات عن طريق العارفين بدقائقها الفنية والممارسات العملية التي أفرزتها<sup>2</sup>.

وخبرة المحكم ليست محصورة في الخبرة الفنية فقط، بل تتعدى ذلك لتشمل الخبرة النفسية والتجارية، فإذا كان المحكم على دراية جيدة بالنواحي التجارية للمشروع والنواحي النفسية للمتعاملين في مجال التجارة الدولية، فإن ذلك سيؤدي إلى تفسير العقد المعني تفسيراً صحيحاً، بحيث يعبر ذلك عن حقيقة مراد المتعاقدين المعنيين، ولاشك أن مثل هذا التفسير سيؤدي إلى خلق عادات تجارية جديدة، بحيث تساهم في تنظيم علاقات المتعاملين في هذا المجال، الأمر الذي يساعد على المحافظة على توازن العلاقات في عقود التجارة الدولية<sup>3</sup>.

وقد أجري إحصاء في فرنسا أظهر أن 30% من المحكمين هم من رجال القانون وأن 70% من رجال الفن وداخل فئة رجال القانون يوجد 60% من المحامين نظراً للثقة التي يمكن أن توجد بين المحامين وأحد أطراف النزاع<sup>4</sup>.

ومن أجل أهمية التخصص والكفاءة في التحكيم نصت اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المادة 14 على أن ( يكون الأشخاص المعينون للخدمة في الهيئة على قدر عظيم من الأخلاق وأن يكون معترفا بكفاءتهم في مجال القانون والتجارة والصناعة والمال بحيث يمكن الاعتماد عليهم)

1 - هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف، 2007، ص 81

2 - المرجع سابق، ص 82

3 - المرجع سابق، ص 86

4 - عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، ص 204، رسالة دكتوراة، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان. 2010. 2011، ص 181

## الفرع الثاني: المخاطر التي تعترض التحكيم وآلية التقليل منها

يعترض التحكيم العديد من المخاطر التي تعرقل سيره وتحييد به دون تحقيق نتائج المبتغاة منه أو تحول دون فاعليته المطلوبة وبرغم صعوبة تلافئها أو القضاء عليها إجمالاً إلا أنه يمكن العمل على الحد أو التقليل منها .

### أولاً: المخاطر التي تعترض التحكيم

رغم الضرورات الواقعية التي فرضت نظام التحكيم على مستوى عقود التجارة الدولية، وما رافق ذلك من إبرام اتفاقيات دولية تهدف إلى تحييد اللجوء إليه وتنظم مسائله ، إلا أنه يعترض نظام التحكيم مخاوف ومخاطر عديدة من قبل دول العالم النامي ، وهذه المخاطر تتمثل في :

#### 1 - عدم حياد المحكم

ترى بعض دول العالم النامي خصوصاً في وقت سابق الدولة الليبية، أن التحكيم في الأساس إنما هو عبارة عن أداة بيد دول العالم المتقدم وهم المستفيدون من وجوده في العقد ، ومن ثم فرض الأحكام التي تتماشى مع مصالحهم .

ومهما كان الحكم مجحفاً وغير عادل ، واتخذ ضمن إجراءات غير صحيحة لا يستطيع الطرف المتضرر من هذا الحكم أن يتحلى منه ، لأنه نهائي وملزم وغير خاضع لرقابة القضاء الوطني .

#### 2 - خضوع المتعاقد لإرادة المستثمر

التحكيم عقد كغيره من العقود المبنية على فكرة سلطان الإرادة ، حيث يستطيع الأطراف أن يوجهوا سير الدعوى بما يتلاءم مع مصالحهم الاقتصادية والتجارية ، ووفقاً لنصوص قوانين التحكيم المتبناة من قبل دول العالم، أو يستطيع الأطراف أن يتفقوا على لغة حتى ولو لم تكن لغة الدولة المضيفة للاستثمار، وتضطر الدول المضيفة للاستثمار في أحيان كثيرة أن تسير وراء رغبات المستثمرين حتى لا تفقد الاستثمار، هذا الأمر الذي يجعل في كثير من الأحيان أطراف الخصومة الممثلين للدولة المضيفة للاستثمار غير قادرين على فهم ما يجري أثناء التحكيم، فلا يستطيعوا بذلك مراقبة انتظام إجراءات التحكيم حفاظاً على حقوقهم الإجرائية والموضوعية ، الأمر الذي يتطلب اختيار أعضاء هيئة تحكيم يستطيعون التعامل مع لغة التحكيم وفي كثير من الأحيان يكونوا من غير أبناء الدولة<sup>2</sup>

كما يفرض المستثمر في كثير من الأحيان مكان التحكيم ، وفي الغالب يكون خارج الدولة المضيفة ، نظراً لما يمثله مكان التحكيم من أهمية تتمثل في أن اتخاذ دولة معينة مكاناً لإجراء التحكيم

1 - لقد نصت المادة 22 من اتفاقية اليونسفال والتي استسقت الكثير من تشريعات التحكيم في العالم أحكامها بان " للطرفين حرية الاتفاق على اللغة أو اللغات التي تستخدم في إجراءات التحكيم "

2 - أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون التحكيم الدولي والداخلي ، مرجع سابق ، ص 864

يعطي اختصاصا لمحاكمها للمساعدة بتعين المحكم الفرد أو تعين محكم أحد الطرفين المتقاعس عن تعيينه ، أو تعين المحكم الثالث عند اختلاف محكما الطرفين عن اختياره ، و يساعد كذلك في تسير إجراءات الخصومة مثل لجوء هيئة التحكيم إلى محاكم دولة المقر للحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور أو اتخاذ إجراءات جنائية عند تزوير ورقة قدمت إلى هيئة التحكيم<sup>1</sup>.

ولهذه الأهمية المشار إليها سابقا يصر المستثمرون في كثير من الأحيان على اختيار بلد آخر للتحكيم غير الدولة المضيفة للاستثمار وذلك بحجة تأثير سلطات الدولة على المحكمين ، وبذلك يتم حرمان الدولة المضيفة للاستثمار من الأرباح المادية من استضافة التحكيم ، خصوصا إن كان لديها مراكز خاصة بالتحكيم .

و يستطيع المستثمر أيضا اختيار القانون واجب التطبيق غير قانون البلد المتلقي للاستثمار التكنولوجي ، بحجة عدم صلاحية هذه القوانين وعدم تماشيها مع مجريات العصر وأنها غير قابلة للبحث في النزاع .

هذا الأمر الذي جعل البعض يعتبر أن التحكيم نوعا من أنواع الاستعمار القانوني حيث تستطيع الدول المتقدمة من خلاله فرض لغتها وقوانينها ومحكميها على الدول المتلقية للاستثمار<sup>2</sup>.

### **3- استخدام التحكيم كوسيلة قانونية لحماية المستثمر من تبعات الاستثمار المضرة ببيئة المتعاقد**

تهدف كل دولة مضيفة إلى استقطاب أكبر عدد ممكن من المستثمرين الأجانب، لتحريك الدورة الاقتصادية وتحقيق التنمية الدائمة والشاملة ورفع مستوى عيش مواطنيها، وكثيراً ما يكون استقطاب هذه الاستثمارات عملاً غير مدروس من جميع الجوانب، ما يؤدي إلى الإخلال بالنظام البيئي، كأن تتوسع رقعة التلوث بأنواعه وتبرز مخاطره وحدته، خاصة فيما يتعلق بتلوث الماء والهواء واليابسة، وقد جعل من التحكيم وسيلة لتجريد الدولة من سيادتها وتعطيل تطبيق القوانين الوطنية، مما سبب مخاطر كبيرة للبلد المتلقي من حيث افتقاد الدولة لأي دور رقابي يحمي ويحقق المصالح العامة ، ومن ضمن الأدوار المفقودة للدولة عند لجوئها للتحكيم هو الرقابة على حماية البيئة .

فتشير العقود الاستثمارية الكبرى التي تمت تحت مظلة الاتفاقية الدولية المشجعة للاستثمار إلى أن هذه الدول أصبحت أمام خيارين :

**الخيار الأول :** أن تتخلى الدولة عن العقود التي أبرمتها من أجل المحافظة على البيئة مع دفع تعويضات للشركة الأجنبية، ومن أمثلة ذلك ما قامت به الحكومة الكندية من منع استخدام غاز سام من قبل أحد الشركات الأمريكية في مقابل دفع مبلغ تعويض للشركة صاحبة الاستثمار .

1 - أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع سابق ، ص 771 ، 772

2 - محمد دراركة ، مرجع سابق ، ص 1374

**الخيار الثاني :** هو أن تلتزم الدولة بتعهداتها مع المستثمر الأجنبي على حساب البيئة ، فلا تستطيع أن تتدخل لحماية البيئة من خلال فرض قوانينها المتعلقة لحماية البيئة ، لأنها تنازلت عن ذلك باشتراط التحكيم بينها وبين المستثمر الأجنبي ، ومن أمثلة ذلك ما التزمت به الحكومة التركية مع شركة أجنبية ، حيث وجدت الحكومة نفسها أمام التزام بدفع 300 مليون دولار إذا رغبت بالتخلي عن العقد مع هذه الشركة ، وفي نفس الوقت لا تستطيع الحكومة التركية من فرض قوانينها الوطنية المتعلقة بحماية البيئة ، لأنها اختارت التحكيم الدولي كوسيلة لحل النزاع . ونتيجة للاستمرار الشركة بإنتاج الذهب والفضة باستخدام مادة سامة ظهرت آثار بيئية مدمرة لسكان مكان الاستثمار من أمراض قاتلة ووفيات كثيرة <sup>1</sup> .

ويعتبر الحق في بيئة سليمة خالية من التلوث من ضمن حقوق الإنسان التي نصت عليها الكثير من المواثيق الدولية ، لذلك أضحت حماية البيئة والمحيط من الأولويات الأساسية الواردة في إستراتيجيات الدول المتقدمة والنامية على حد سواء. وهي مسؤولية تلقى على عاتقها على جميع الأطراف، خاصة بعد التحديات التي فرضها الوضع العالمي نتيجة التغيرات المناخية والوضع العالمي للسكان، ولا بد من وضع حد لحماية المستثمر الأجنبي المضمونة في اتفاقات الاستثمار في حال تؤدي إلى تشويه البيئة.

لهذا قد تم إعداد قواعد تحكيمية خاصة بالمنازعات المتعلقة بالبيئة حيث أن المجلس التنفيذي التابع للمحكمة الدائمة للتحكيم قد تبنى قواعد اختيارية للتحكيم في المنازعات المتعلقة بالبيئة والمصادر الطبيعية التي أطلق عليها اسم القواعد البيئية ووضعت هذه القواعد البيئية عن طريق تبنى قواعد الاونسفيرال لسنة 1976 مع إجراء بعض التعديلات عليها، لإظهار الصيغة الخاصة بالمنازعة البيئية ، وإعداد قائمة بأسماء الخبراء المتخصصين بالبيئة . كما أن اللجنة الاقتصادية الأوروبية قد وافقت على الإشارة إلى هذه القواعد البيئية في مسودة المسؤولية المدنية وأشارت أيضا إلى هذه القواعد الجمعية التجارية الدولية للغاز المتطاير في الهواء لحسم النزاع المتعلق بعقود الكربون <sup>2</sup>

#### 4 - الاعتراف بأحكام التحكيم الباطلة

إن من أخطر المخاوف التي تنتاب التحكيم هو اعتراف القضاء الوطني بأحكام التحكيم المقرر بطلانها في دولة المقر ، وذلك بدعوى أن هذه الأحكام لم يتم اندماجها في النظام القانوني في هذه الدولة ، فضلا على أن الاعتراف لا يتعارض مع النظام العام الدولي ، ويحقق هذا النهج مصالح الشركات الكبرى التي تضمن تنفيذ أحكام التحكيم ولو حكم ببطلانها في دولة المقر .

وهذا ما يبرزه بوضوح وقائع القضية ما بين شركة فرنسية وشركة انجليزية بخصوص عقد مبرم بينهما ، بمقتضاه تتعهد الشركة الانجليزية على أن تقدم للشركة الفرنسية استشارات قانونية وضرريبية، فضلا عن مساعدتها في رسو مناقصة تنفيذ أشغال عامة في الجزائر ، و ذلك ومن خلال

<sup>1</sup> - محمد لافي دراركة ، مرجع سابق ، ص 1368 ، 1369

<sup>2</sup> - مرجع سابق ، ص 1370

توسطها لدى السلطات الجزائرية لإتمام هذه الصفقة ، وبعد نجاح الوساطة طالبت الشركة الانجليزية الشركة الفرنسية بدفع العمولة المستحقة لها ، فرفضت هذه الأخيرة الأمر الذي دفعها إلى اللجوء إلى القضاء ، حسبما يقتضي العقد المبرم بينهما والذي يحيل المنازعات إلى التحكيم في جنيف وفقا للقانون السويسري ، وعلى هذا الأساس حددت غرفة التجارة الدولية محكما واحدا في جنيف ، دفعت الشركة الفرنسية أمامه بعدم مسئوليتها على أساس بطلان العقد لمخالفته للقانون الجزائري ، الذي يجرم الرشوة والوساطة واستغلال النفوذ ، فصدر حكم التحكيم برفض الدعوى التي أقامتها الشركة الانجليزية على أساس أن العمولة المطلوبة تعد مخالفة للقانون الجزائري ومتنافية مع الأخلاقيات العامة وفقا للمفهوم الوارد في المادة 1\20 من القانون السويسري ، غير أن الشركة الانجليزية طعنت في هذا الحكم بالبطلان، تأسيسا على أن القانون السويسري الذي استند إليه المحكم لم يدخل بعد حيز النفاذ . لهذا صدر في 17 - 11 - 1989 حكم محكمة عدل جنيف بإبطال حكم التحكيم لاتسامه بالتحكيمية ، أيده بعد ذلك المحكمة الفيدرالية 10 -4- 1990 . وترتبيا على حكم الإلغاء هذا تم إبرام عقد تحكيم جديد بين الأطراف أنفسهم ، صدر على أساسه إلزام الشركة الفرنسية بدفع العمولة المستحقة للشركة الانجليزية ، إلا أن الشركة الفرنسية حصلت على أمر بتنفيذ حكم التحكيم الأول الصادر في 19-4-1988 ، استأنفته الشركة الانجليزية وقررت محكمة الاستئناف تأيد الأمر استنادا إلى أن نص المادة 1\7 من اتفاقية نيويورك والمادة 1502 من القانون الفرنسي والتي لم ترد بين حالات رفض الأمر بالتنفيذ 1\5 (هـ) من اتفاقية نيويورك مما يؤدي إلى عدم تعارض هذا المفهوم مع النظام العام الدولي بالمفهوم الفرنسي ، وفي 24 -3- 1994 رفضت محكمة النقض ما نعتته الشركة الانجليزية على حكم الاستئناف، مبينة ان الحكم محل الطعن هو حكم دولي لم يدرج بعد في النظام القانوني السويسري بحيث يظل موجودا رغم القضاء ببطلانه ويظل الاعتراف به في فرنسا غير مخالفا للنظام العام الدولي ، ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد، وإنما تمكنت الشركة الانجليزية في 25-2-1993 من استصدار أمر بتنفيذ حكم التحكيم الثاني الصادر لصالحها من محكمة نانثير الابتدائية، فضلا عن حصولها في 22-9-1993 من ذات المحكمة على أمر بتنفيذ حكم المحكمة السويسرية الصادر 17-4-1990 والذي قضى ببطلان حكم التحكيم الأول الصادر في 19-4-1988 ، وفي 29-6-1995 أصدرت محكمة استئناف فرساي حكيمين أيدت فيهما الأحكام التي أصدرتها محكمة نانثير فيما قررت من إصدار أمر بتنفيذ حكم المحكمة الفيدرالية السويسرية ، وعلى الرغم من وجود هذا التناقض إلا أن محكمة النقض الفرنسية قد سعت جاهدة لإعطاء كل فاعلية لأحكام التحكيم دون النظر إلى الأحكام الصادرة بالإلغاء من دولة المقر<sup>1</sup>

ويتضح من خلال ما تقدم رغبة جزء من القضاء الوطني في الدول المتقدمة في حصر دور القضاء في مراقبة أحكام التحكيم، وإعطاء الفاعلية غير المقيدة للتحكيم، ويمثل هذا المسلك خطورة كبيرة لدول العالم النامي من حيث اعتبار أن الرقابة القضائية للأحكام تمثل ضمانا كبيرة لهم ضد تعسف الحكم التحكيمي .

1 - محمد إبراهيم موسى ، التوفيق التجاري الدولي وتغيير النظرة السائدة حول سبل تسوية منازعات التجارة الدولية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2005 ، ص 130

وقد اعتبر البعض أن السبب الحقيقي الخفي غير المعلن لهذا القضاء هو تحجيم الأنظمة القانونية التي تبنت قوانين حديثة للتحكيم، وإشعارها أنه على الرغم من التحديث الحاصل في النظام القانوني، إلا أنها غير قادرة على مسايرة التطور الحاصل في نظام التحكيم، إضافة إلى أن هذا الحل يحقق مصلحة عملية للدول الرأسمالية، إذ يمكن لمحاكمها أن تضرب عرض الحائط الأحكام القضائية الصادرة من محاكم الدول الأخذة في النمو ببطلان حكم التحكيم وخاصة إذا كان حكم التحكيم قد صدر ضد الدولة ذاتها<sup>1</sup>

ويعتبر هذا المنحى مضر بصورة التحكيم الدولي وستصيب سمعته واستقراره وتطوره كوسيلة لفض النزاع في مجال التجارة الدولية، ذلك من حيث عدم إمكانية التنسيق الدولي في الرقابة على الحكم التحكيمي من حيث أن الحكم التحكيمي، قد يبطل في بلد وينفذ في بلد آخر، ويرد في بلد ثالث، فالطرف المستفيد من حكم التحكيم سيبحث عن القاضي الأكثر تساهلاً وتسامحاً، وإن لم تكن على أرضه أموال ولا حسابات مصرفية أو أملاك للطرف المحكوم عليه<sup>2</sup>.

ونتيجة المخاوف المتقدمة في مجال التحكيم نجد الكثير من الدول النامي لم تمتثل أمام محكمة التحكيم وتتمسك بحصانتها القضائية وأن العديد من أحكام التحكيم كانت غيابة<sup>3</sup>

## ثانياً - آلية التقليل من المخاطر:

مما لا ريب فيه أن المخاوف التي تعترض التحكيم الدولي ليست مجرد أوام، بل هي حقائق لها أساس من الصحة في واقع التحكيم الدولي إذ أن الواقع يشير إلى أن كل عشر دعاوي تحكيمية بها طرف عربي يربح الطرف العربي دعوى واحدة فقط، وأن المحكمين هم بالعادة من ثلاثين إلى خمسين محكماً أوروبياً، يفصلون خلافات الاستثمارات الأوروبية في البلاد العربية وعادة ما يكون المقر إما باريس أو لندن أو جنيف<sup>4</sup>، ولكن أمام الميزات التي يقدمها التحكيم وحرص المستثمرين على ضرورة إدراج شرط التحكيم في العقود المبرمة بينهم وبين الدولة أو احد أجهزتها، درءاً للمخاطر الناتجة عن استخدام الدولة لسلطتها السيادية في مواجهة المستثمر من إهدار حياض القضاء الوطني أو التمسك بالحصانة القضائية يتوجب البحث عن سبل لتجاوز هذه المخاوف وجعل التحكيم أكثر أماناً؛ ليحقق توازناً عقدياً بين أطرافه، إذ أنه بإمكان التحكيم تحقيق التوازن العقدي إذا أصبح نظاماً غير مفروض من القوى الاقتصادية الكبرى التي لا تعتبر المصالح الجوهرية للدولة النامية من

1 - محمد إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص 137

2 - عبد الحميد الأحمد، العلاقة بين قضاء بلد منشأ حكم التحكيم وبين قضاء بلد تنفيذ حكم التحكيم، مجلة التحكيم العالمية، العدد الثامن عشر، 2013، السنة الخامسة، ص 198

3 - هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف، 2007، ص، 428

4 - عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، رسالة دكتوراة، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010. 2011، ص 181

بين المصالح المطلوب حمايتها ورعايتها ، ويستطيع التحكيم أن يحقق هذه المعادلة باستجابته للمتطلبات الضرورية التي يتضمنها القانون الدولي للتنمية.<sup>1</sup>

ورغم أن التحكيم في كثير من الأحيان يحقق مصالح المستثمرين، إلا أنه لا يمكن إلقاء اللوم على نظام التحكيم؛ لأن أحد الأسباب الرئيسية لحيدة التحكيم عن هدفه هو عدم دراية المعنيين بالأمر من قانونيين وموظفي الدولة ورجال الأعمال بقانون التحكيم والآليات المتبعة في هذا الخصوص<sup>2</sup>.

فهذا عدم وجود كوادرات عالية الدراية والتدريب لدول العالم النامي بوجه عام أدى إلى رفض هذه الدول للتحكيم كوسيلة لفض النزاع القائم مابين المستثمرين والدولة أو أحد أجهزتها ، لذا يتوجب أن يتمتع المتقدمون للتحكيم بثقافة قانونية واسعة وقائمة على الدراسة المقارنة للنظم القانونية المختلفة ، وأن يكون لديهم وعي كامل بواقع التجارة والاستثمار الدولي .

ففي الولايات المتحدة مثلا تعد لهذا الغرض سنويا ما لا يقل عن مائة رجل قانون متخصص في منازعات منظمة التجارة الدولية ، فضلا عن المؤسسات القانونية العامة والخاصة التي توفر المستشارين الاقتصاديين والقانونيين الذين يتمتعون بمؤهلات لا يستهان بها في هذا المجال ، في حين لا تجاري دول العالم النامي الدول المتقدمة في ذلك فهي لا تؤمن تأمينا كافيا للمؤسسات المختصة بخلق الكفاءة للقانونيين المختصين تدريبا وتأهيلا في فض المنازعات تحكيما ، حتى أنها قد تغفل بعض الدفاعات القانونية أو ادعاءات متوفرة يمكن الاستفادة منها فيما يتعلق بتحصيل ما تراه حقا لها في الخصومة موضوع النزاع ، إضافة إلى ان الدول المتقدمة تعمل جادة على دراسة القوانين المختلفة للدول في المؤسسات ذات العلاقة<sup>3</sup>.

ونتيجة لما تقدم يرى بعض الفقهاء أن المفتاح الوحيد لحل كثير من المشاكل المتقدمة إنما يكمن في التعليم التخصصي ، ويقدر البعض أن التحكيم لا تتم دراسته في كليات القانون في دول العالم النامي على نحو كاف ولائق بما يجب أن يكون عليه<sup>4</sup> . إضافة إلى ان تدريس القانون في كليات بعض الدول يتم وفقا لاعتبارات وطنية ، وإعمالا لمناهج ذات طبيعة وطنية<sup>5</sup>.

وقد رأى البعض أن مواجهة العالم المعاصر الذي تسيطر عليه الدول المتقدمة والهوة السحيقة التي تفصل العالم المتقدم عن العالم النامي يقتضي وضع سياسيات مرحلية دون الوقوع في الرفض غير المبرر للتحكيم، نظرا لامتلاك واحتكار الدول المتقدمة التكنولوجيا والمعرفة وهيمنتها على الاقتصاد، فلذلك لا بد من محاولة التوفيق بين مصالح الأطراف ، فإذا كانت المشروعات والشركات

1 - حفيفة حداد ، مرجع سابق ، ص 260

2 - هشام خالد ، مرجع سابق ، ص 400

3 - حنان محمود كوثراني ، الحماية القانونية لبراءة الاختراع وفقا لاتفاقية التريبس ، منشورات الحلبي ، الطبعة الأولى 2011 ، ص 400

4 - د. الكوني علي أعبودة ، بعض التحديات التي تواجه التحكيم في ليبيا ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الثامن عشر ، 2013 ، السنة الخامسة ، ص 113

5 - حنان محمود كوثراني مرجع سابق ، ص 434 ، 435

تصر على إدراج التحكيم كشرط في العقد لفض النزاع فإن مواجهة ذلك يكون بإعداد المفاوضين وتكوين الكوادر القادرة على تحقيق التوازن العقدي<sup>1</sup>.

حتى وإن كان التحكيم لفترة من فترات الزمن يعتبر وسيلة لخدمة مصالح الدول المتقدمة على حساب مصالح الدول النامية ، فإن هذا الأمر الآن لا يستطيع التسليم به بشكل مطلق من حيث أن تعدد مراكز التحكيم واعتمادها بشكل رئيس على السمعة لزيادة المردود المالي ، فلهذا أي تحيز دون وجه حق قد يسبب خسائر لمركز التحكيم أو يسبب في عزوف عن اختيار المحكم الذي حاد عن الصواب ، وأيضا تطور التكنولوجيا ووسائل الاتصال يؤدي إلى خلق رأي عام بخصوص النزاع الذي حاد عنه المحكم فيتم تشكيل قوة ردع فعالة قادرة على كبت جماح التحكيم .

### **المطلب الثاني - مدى إمكانية المحكم في إعادة التوازن العقدي :**

معرفة مدى إمكانية المحكم في إعادة التوازن العقدي للعقود الدولية يستوجب معرفة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع باعتباره هو الذي يحدد سلطة المحكم ويبين نطاقه تم نبين سلطته في إعادة التوازن العقدي

### **الفرع الأول : سلطة المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق**

إن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد لها أهمية كبرى في تحديد الآثار القانونية ، من حيث أنه الإطار الذي يتم به تحديد حقوق والتزامات الأطراف ، وفي هذا الصدد يحدد المحكم ديبوي في قضية التحكيم ضد الدولة الليبية أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق بقوله " أن القيمة القانونية وبالتالي الإلزامية لهذه العقود لا يمكن تقديرها إلا في ضوء القانون الذي يطبق عليها"<sup>2</sup> ولأهمية تحديد القانون الواجب التطبيق سيتم بحثه في الفقرات التالية :

### **أولا - سلطة المحكم في ظل اتفاق الأطراف**

نتيجة التطور الحاصل في الواقع التجاري والاقتصادي وما نتج عنه من تطور في الذهنية القانونية أصبح هناك إمكانية لخضوع العقد للقانون غير المعمول به في دولة المتلقي ، وقد اتفق الفقه أن القانون الذي يتفق عليه الأطراف له الصدارة في التطبيق من حيث إن قاعدة اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق تجد أساسها الفني في أن القانون اعترف ابتداء للإطراف بحق إنشاء وتكوين عقدهم ، ومن المعروف أن العقد هو نظام له القدرة على إنشاء قواعد قانونية وإن كانت فردية ، فمن باب أولى أن يسمح القانون للأفراد باختيار القواعد القانونية التي تحكم عقدهم فمن يملك الأكثر يملك الأقل<sup>3</sup> . وبذلك يتم احترام التوقعات المشروعة للمتعاقدین للسماح لهم باختيار النتيجة التي يرغبونها .

1 - محمد إبراهيم موسى ، المرجع السابق ، ص 93

2 عدلي محمد عبد الكريم ، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، رسالة دكتوراة ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان . 2010 . 2011 ، ص 205

3 - المرجع السابق ، ص 204



وقد كرست العديد من التشريعات والاتفاقات الدولية مبدأ حرية الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق ، فقد نصت اتفاقية واشنطن لسنة 1965 في المادة 42 الفقرة الأولى على أنه " تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون المختار بواسطة الأطراف " كما نصت لجنة اليونسترال على أنه " تفصل هيئة التحكيم النزاع وفقا لقواعد القانون الذي يختاره الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع " وكذلك أيضا نصت المادة 3 من اتفاقية روما أنه " يسرى على العقد القانون الذي اختاره الأطراف " وأيضا أكد القانون الليبي في المادة 19 على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق (يسري على الالتزامات العقدية ، قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا... هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه )

ويتبين من خلال النصوص المتقدمة أن قاعدة حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع تمثل قاعدة عامة، إلا أن هناك بعض الحالات التي يجوز للمحكم فيها استبعاد القانون المختار من قبل المتعاقدين .

## 1: حرية الأطراف في اختيار القانون

للأطراف الحرية الكاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق ، إذ يمكن أن يكون القانون المختار أحكامه تنتمي إلى دولة المتعاقد الأجنبي، أو تطبيق قانون المكان الذي تنقل إليه أجهزة التكنولوجيا ، أو تطبيق قانون دولة ثالثة تكون أحكامه أكثر ملاءمة لموضوع النزاع ، وهذا ما تعمل به المشروعات الصناعية الأمريكية والأوروبية التي تتعامل مع دول العالم النامية بخصوص نقل التكنولوجيا، إذ غالبا ما يتم اختيار تطبيق القانون السويسري باعتباره يقدم ميزة للمتعاقدين ، إذ أنه يضع أطراف العلاقة التعاقدية على قدم المساواة من حيث معرفتهم بنصوصه إضافة إلى أن أحكامه تعتبر أقل قيودا بخصوص نقل التكنولوجيا <sup>1</sup>.

ويتم في الغالب اختيار القواعد الموضوعية من القانون الواجب التطبيق دون قواعد الإسناد ، نظرا لعدم إمكانية سيطرة المتعاقدين على القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد، بخلاف الأمر عند تطبيق القواعد الموضوعية لما لها من قدرة على الفصل في النزاع وتحقيق مصالح المتعاقدين <sup>2</sup>.

ويثار التساؤل حول اشتراط توافر الصلة بين العقد و القانون المختار من عدمه ؟

لقد ذهب جانب من الفقه أن للأطراف سلطة مطلقة عند تحديد القانون الواجب التطبيق ، فلا يجوز للمحكم استبعاد القانون الذي حدده الأطراف بأي دعوى كانت حتى ولو لم تكن هنالك صلة بين القانون الواجب التطبيق والعقد . فلهذا يجب على المحكم احترام إرادة الأطراف ، لأن من شأن

1 - صلاح الدين جمال الدين ، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا ، رسالة دكتوراة ، جامعة عين شمس ، مصر ، 1992، ص ، 454

2 - هشام صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق ، ص 333

التدخل في إرادة الأطراف عند تحديد القانون الواجب التطبيق التعارض مع المبدأ القاضي باحترام توقعات الأطراف، والمساس بالاستقرار القانوني للعقد.<sup>1</sup>

ويأتي هذا الرأي متفقاً مع ما ذهب إليه اتفاقية روما لسنة 1980 التي لم تشترط أن يكون هنالك صلة ما بين العقد والقانون المختار فقد نصت المادة الثانية من الاتفاقية أن (العقد يحكمه القانون الذي اختاره الأطراف) .

ويذهب اتجاه آخر إلى وجوب أن تكون هناك صلة ما بين العقد والقانون المحدد من قبل الأطراف ، إذ أن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق لا يعني دائماً تحقيق مصلحة أطراف العلاقة ، لكون القانون الواجب التطبيق غالباً ما يتم اختياره في مرحلة سابقة عن النزاع الأمر الذي قد يجعله غير محققاً لمصلحة الأطراف<sup>2</sup> .

واكتفى أصحاب هذا الرأي بأن تكون هناك صلة فنية بين العقد والقانون الواجب التطبيق ، وهذه الصلة تتحقق عادة في عقود التجارة الدولية ، مثل إخضاع وثيقة التأمين اللويدز بوصفها من العقود النموذجية إلى القانون الانجليزي باعتباره الأقدر على حل النزاع وتقديم حلول متوازنة للأطراف<sup>3</sup>

وأحياناً قد تثار إشكالية حول أثر تغيير التشريع على القانون الواجب التطبيق ، فهل يطبق القانون الذي كان سارياً لحظة إبرام الاتفاق أم القانون المعدل ؟

يرى جانب من الفقه أن القانون يتعين النظر إليه بالحالة التي يكون عليها وقت إبرام الاتفاق بغض النظر عن مضمونه وفحواه ، الأمر الذي يجنب وضع هذا الاتفاق في بؤرة التغيرات التي تطرأ على هذا القانون<sup>4</sup> .

وهذا الأمر قد يجعل الطرف المتعاقد في حالة اختلال توازن ، نظراً لإمكانية الدولة في تعديل اقتصاديات العقد ، وذلك من خلال تغيير تشريعها واجب التطبيق ، سواء بوصفه القانون الذي يحكم العقد ، أو بوصفه من القواعد ذات التطبيق الضروري<sup>5</sup> .

ولاشك أن مثل هذه التغيرات تزيد من مخاوف المورد في تعامله مع الدولة المتقلبة للتكنولوجيا ، وتساهم في زعزعة مناخ الاستثمار بصفة عامة ، مما دفع بعض الدول للاستجابة لرغبات

1 - تبنى مجمع القانون الدولي في دور انعقاده في سويسرا سنة 1992 مبدأ حرية المتعاقدين المطلقة في اختيار قانون العقد ولو لم يكن ، على صلة بالرابطة العقدية ، هشام صادق ، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007 ص 110

2 - رشا علي الدين ، سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد ، المؤتمر العلمي السنوي الثالث لكلية الحقوق ، جامعة المنصورة ( الجوانب القانونية والاقتصادية للزامة العالمية ) ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، 2009

3 - هشام صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص 349

4 - عصام الدين القصبي ، التحكيم الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي في عقود الاستثمار ، المؤتمر السنوي السادس عشر ( التحكيم التجاري الدولي ) ، جامعة الإمارات ، سنة 2008 ، ص 232

5 - عبد الكريم محمد السروي ، مرجع سابق، ص 735

المستثمرين في تضمين اتفاقيات الاستثمار شرطا خاصا بالثبات التشريعي مقتضيا خضوع الاتفاق بما في ذلك شرط التحكيم لقانون الدولة المضيفة وقت إبرام العقد<sup>1</sup>

وكما أن للطرفين الحق في اختيار أي قانون وطني، فإن لهما الحق في تدويل العقد وإخضاعه لمجموعة القواعد التي لا تنتمي لدولة بعينها ، وهذه القواعد تتجسد في الاتفاقيات الدولية والعقود النموذجية والمبادئ العامة والأعراف التجارية أو ما يعرف بقانون التجار بالإضافة إلى قانون الدولي العام وقواعد العدالة والإنصاف

لكن قد يطرح تساؤل إزاء حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق حول مدى إمكانية الأطراف في إطلاق العقد وتجريده من أي قانون يحكمه وينظم علاقته ؟

لقد ظهر اتجاه يرمي إلى تخليص العقد من كل القوانين، ليصير عقد بلا قانون، فيكفي ما ورد في نصوص العقد ذاته من بنود ، لدرجة أنه إذا أحال العقد إلى قانون لا يطبق بوصفه كذلك بل باعتباره الشروط التعاقدية المكتملة للعقد على اعتبار أنها نصوصا تم تفويضها من قبل قانون العقد<sup>2</sup> ، فيكون بذلك طليقا من كل قاعدة أمرة أو نظام عام ، ويستند الفقه على إمكانية إطلاق العقد إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين فيقتصر دور المحكم على تطبيق العقد كما لو كان تطبيق للقانون<sup>3</sup>

وقد أيد قضاء التحكيم إطلاق العقد في الحكم الصادر عن غرفة التجارة الدولية باريس، بشأن استبعاد القانون الألماني فقرر الحكم أن ( الأطراف قد رغبوا في أن يروا النزاع قد تم تسويته دون الرجوع إلى قانون وطني واستنادا فقط إلى أساس الأحكام التعاقدية وفقا للواقع و الأعراف الدولية)<sup>4</sup>

وقد تم إطلاق العقد في العديد من العقود، منها عقد نقل التكنولوجيا المبرم بين إحدى الشركات المصرية وشركة فرنسية موردة للتكنولوجيا ، فتضمنت إحدى نصوص العقد أن " الاتفاقات التي تمت على وجه شرعي تقوم بالنسبة لمن عقدها مقام القانون " <sup>5</sup>

وقد تم انتقاد اتجاه إطلاق العقد وتحريره من أي قانون ، لأن هذا الاتجاه يخالف القواعد العامة في القانون، والتي تقرر أن العقد لا يستند إلى فراغ ، فإرادة الأطراف لا تستطيع أن تنشئ نظاما قانونيا قائما بذاته ، والعقد لا يرتب آثار قانونية إلا بالاستناد إلى نظام قانوني معين ، فقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ليست قاعدة فلسفية ، وإنما هي قاعدة قانونية تستند إلى نظام قانوني معين يضع لها ضوابطها وحدودها<sup>6</sup>.

1 - عصام الدين القصبي ، مرجع سابق ، ص ، 232

2- حفيظة حداد ، مرجع سابق ، ص 745

3 - صلاح الدين جمال الدين ، التحكيم في عقود التنمية التكنولوجية ، مرجع سابق ، 196

4 - أحمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 133

5 - أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق 197

6 - هشام علي صادق ، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية ،

ورغم التزايد في التعقيد والتفصيل في العقود المركبة لنقل التكنولوجيا ، تلك التي تبرم لإنشاء مجتمعات صناعية ، حيث ترافق بها كراسات من الشروط والالتزامات التي تشمل توقعات الأطراف في كل المسائل التي ينشأ عنها خلاف ، إلا أن مثل هذا الأسلوب التفصيلي المستمد من الأسلوب الأمريكي في التشريعات والعقود، ينطوي على العديد من المخاطر منها الجمود الزائد للعقد وما ينشأ عنه من خلافات وجدال واسع ،<sup>1</sup> أما بالنسبة لأطراف الضعيفة في العقد ، فإن إطلاق العقد يؤدي إلى إخلال في توازن علاقاتهم مع الطرف الأقوى لعدم وجود نظام حمائي يكفل التوازن المطلوب ، وإنه مهما كانت القدرة على التوقع عالية إلا أن الزمن قادر على إيجاد عراقيل وعقبات لم تكن من ضمن توقعات الأطراف .

وهذا ما أدركه فقهاء قانون التجارة الدولية بخصوص عقود نقل التكنولوجيا، حيث قالوا أنه ( لا يستطيع عقد نقل التكنولوجيا أيا كانت العناية التي بدلت في تحريره أن يحيط بكل المسائل التي قد تثير خلافا بين الطرفين ، ولهذا ينبغي أن يعين المتعاقدون القانون الذي يرجع إليه القاضي أو المحكم عندما يخلو العقد من حلول)<sup>2</sup>

هذا الأمر دفع بعض الفقه إلى وصف نظرية القانون الذاتي للعقد بالنظرية المرعبة من ناحية الآثار المترتبة علي إعمالها ، ففكرة قدرة الحكومات والأطراف المتعاقدة معها على خلق أنظمة قانونية مستقلة وتجمعات لا تخضع لأية سلطة وطنية أو دولية تؤدي إلى خلق نوع من عدم الاستقرار والثبات في مجال العلاقات ذات الطابع الدولي غير مطلوب ولا مرغوب ، لا على الصعيد القانوني أو الاقتصادي أو السياسي.<sup>3</sup>

أضف إلى ذلك إن الاعتراف بإطلاق العقد يمكن المورد من فرض شروط مقيدة على الدول النامية ليكسر التبعية والهيمنة عليها ، ولا تستطيع الدولة إبطال هذه الشروط باللجوء إلى أي قاعدة قانونية مهما كانت ، نظرا لقطع الصلة بالقانون قطعا مطلقا .

ومن خلال ما تقدم يتضح أن لإرادة الأطراف دور مهم في تحديد أحكام القانون دون أن يسمح لهم بتجاوز سقف تحديد القانون، وذلك بإطلاقه منه ،ولكن يثار تساؤل جوهري آخر حول مدى إمكانية تجزئة القانون أو التطبيق الجمعي للقوانين ؟

لقد اختلفت الآراء حول هذه المسألة ما بين مؤيد لفكرة تجزئة القانون وإخضاع العقد لأكثر من قانون وبين معارض لها ، فرأى بعض الفقه إمكانية تجزئة العقد وخضوعه لأكثر من قانون لما يحقق ذلك من ملائمة الأحكام التي تحكم موضوع العقد وتحقيقها لرغبة المتعاقدين ، بشرط ألا تخل هذه التجزئة بانسجام العقد وإفلاته من سلطان القانون<sup>4</sup> أما الرأي الآخر وهو الغالب، فيرى ضرورة إخضاع العقد لقانون واحد يحكم مسائله ، وذلك انطلاقا من أن القانون عبارة عن وحدة متكاملة لا

1 - جمال الدين صلاح الدين ، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا ، مرجع سابق ، ص 469

2 - أحمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 145

3 - د . حفيظة حداد ، مرجع سابق ص 750

4 - عدلي محمد عبد الكريم ، مرجع سابق ، ص 230

يجوز تفتيتها بإدخال أحكام قد لا تتلاءم مع البنية التركيبية للقانون ،<sup>1</sup> إضافة إلى أن القانون في الغالب لا يحقق توازنا ما بين أطراف العلاقة التعاقدية إلا من خلال تطبيقه كوحدة متكاملة ، أما التجزئة فهي عبارة عن اجتزاء القواعد التي تتلاءم مع أحد الأطراف وترك القواعد التي قد تؤدي إلى زيادة التزاماته مما يسبب اختلال في التوازن العقدي .

هذا الأمر أكده الواقع من حيث أن حرص بعض المتعاقدين على تجزئة القانون ما هو إلا تحايل على الدول النامية لتمسكها بتطبيق قانونها الوطني ، فيتم إخضاع بعض المسائل فقط لقانون الدولة ، وإخضاع بقية المسائل المثارة لقانون آخر؛ للحيلولة دون انفراد الدولة بتطبيق قانونها ، ومن الأمثلة التي توضح خطورة هذا المسلك أنه في أحد العقود المبرمة بين حكومة الاتحاد السوفيتي وإحدى الشركات الانجليزية انتهى المحكم الألماني وزميله البريطاني بشأن النزاع الحاصل على العقد على تطبيق القانون السوفيتي على تنفيذ العقد فقط أما بقية المسائل الأخرى المتعلقة بتفسير العقد وتحديد مضمونه والالتزامات الناشئة عنه فذهبوا إلى تطبيق المبادئ العامة من القانون<sup>2</sup>

ومن خلال ما تقدم يتبين أن لإطراف مساحة واسعة في اختيار قانون واجب التطبيق على موضوع النزاع ، إلا أن حريتهم في الاختيار قد تكون عرضة للتكبير من قبل المحكم ، فيتم استبعاد القانون الذي ارتضاه أطراف العقد .

## 2: استبعاد القانون الواجب التطبيق من قبل المحكم

إن الأصل العام يفرض على المحكم أن يتقيد بإرادة أطراف العقد ، إذ التحكيم يستمد سلطته من الوجود من إرادة الأطراف ، على عكس القاضي الذي يستمد وجوده من السلطة العامة .

إلا أنه يوجد بعض الحالات التي يخرج فيها المحكم عن الأصل العام فيستبعد القانون المتفق عليه من قبل الأطراف ، هذا الأمر جعل العديد من المحكمين يستخفون بأحكام القانون الواجب التطبيق ويتجاهلون أحكامه إما صراحة بالإشارة إلى استبعاده ، أو ضمنا بالالتفات على أحكامه لكونه لا يتلاءم مع واقعة النزاع . وهذه الحالات هي :

### أ- مخالفة النظام العام

يعد النظام العام قيذا على سلطان الإرادة وهو يتلزم مع القاعدة القانونية لكي يحقق فاعليتها والهدف منها ، فيعتبر النظام الحامي لمبادئ والأسس العامة الاقتصادية والاجتماعية التي يقوم عليها المجتمع .

ويوجد خلاف بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي ، إذ لكل من النظامين العامين علاقاته التي تحركه والدور الفني الذي يلعبه ، حيث إن أساس النظام العام الداخلي لا يصلح للتطبيق على منازعات التجارة الدولية ، والسبب في ذلك أن التوسع في أعمال النظام العام في المجال

1 - هدى محمد عبد الرحمن ، دور المحكم في خصومة التحكيم ، دار النهضة العربية، القاهرة 1997 ، ص 280

2 - المرجع سابق 281

الدولي قد يؤدي إلى الإضرار بالعلاقات القانونية والاقتصادية والتجارية الدولية . ولهذا قرر القضاء في فرنسا أن إقرار التعامل الإلزامي بالعملة الوطنية ليس له سوى قوة إلزام داخلية ، وهو لا ينطبق على العقود الدولية ، وكذلك اتجه القضاء إلى القول بأن التشريع الاقتصادي الوطني ليس من النظام العام الدولي على الرغم أن هذه التشريعات تعتبر من النظام العام الداخلي<sup>1</sup>

ومن هنا جاء التفريق بين النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي ، إذ أن النظام العام الوطني يتعلق بالقيم والمصالح العليا في الدولة ، بينما يتعلق النظام العام الدولي بالمصالح العليا المشتركة بين الدول .

وقد تبنى الاتجاه السائد في التحكيم النظام العام الدولي دون النظام العام الداخلي ، ففسر النظام العام الدولي على ضوء القيم والمصالح العليا للدول المتقدمة من دون باقي الدول الأقل تقدما ، وهذه النتيجة يمكن استخلاصها من كثير من التطبيقات منها قضية النزاع الحاصل ما بين الحكومة الجزائرية وشركة فرنسية .

وملخص هذه القضية يدور حول عقد استثمار بين الحكومة الجزائرية وأحد المستثمرين الأجانب في موضوع الصرف الصحي لمدينة الجزائر العاصمة ، وكانت هناك وساطة لطرف ثالث في إبرام هذا العقد مقابل مبلغ معين ، بعد إبرام العقد حصل الوسيط على جزء من المبلغ المتفق عليه وامتنع الطرف المتعهد بدفع المبلغ عن دفع باقي المبلغ ، نتيجة لذلك أحيل النزاع إلى التحكيم مرتين ، وأخيرا قدم حكم التحكيم للتنفيذ أمام القضاء الانجليزي وتبين أن العقد الأصلي غير قانوني لمخالفته النظام العام الجزائري ، إلا أن هيئة التحكيم لم تعتبر ذلك مخالفا للنظام العام الدولي وحكمت لصالح المستثمر الأجنبي<sup>2</sup>.

ومن خلال هذه القضية اتضح دور المحكمين في خلق نظام عام دولي ، يختلف عن النظام العام الداخلي ، وبالتالي قد يتم استبعاد تصرفات تكون مشروعة في ضوء القانون المختار ، أو الإبقاء على تصرفات تعتبر غير مشروعة في القانون إلا أنها لا تمثل انتهاكا لقواعد النظام العام الدولي .

وقد انتقد بعض الفقه فكرة النظام العام الدولي واعتبروها فكرة خادعة قالت بها الدول المتقدمة لإهدار مصالح الدول النامية ، وإنه لا يمكن أن يكون هناك نظام عام دولي إلا عندما تتلاشى الهوية الفاصلة بين الدول المتقدمة والدول المتخلفة<sup>3</sup>.

1 - مصطفى أحمد ترو ، سلطة المحكم الدولي في تعيين القواعد القانونية في موضوع النزاع ، دار قابس ، الطبعة الأولى 1992 ، ص221

2 - حكم سبق الإشارة في البحث ، ص119

3 - عدلي محمد عبد الكريم ، مرجع سابق ، ص 246

## ب- عدم وجود نص يصلح للتطبيق على النزاع

يكون استبعاد قانون الإرادة على أساس فرضين أحدها استبعاد القانون بحجة وجود نقص يعترى قواعده واللجوء لتكملة هذا النقص إلى قواعد القانون الدولي ، ومثال على ذلك في قضية spp ضد مصر فقد ذهبت هيئة التحكيم إلى أن كل قانون داخلي ناقص بطبعه وعند وجود هذا النقص يتم اللجوء إلى قواعد القانون الدولي<sup>1</sup>.

أما الفرض الثاني فيتم استبعاد قانون الإرادة من قبل المحكم لعدم ملاءمته لمعاملات التجارة الدولية لكونه لا يتماشى مع واقع التجارة الدولية .

وقد تعددت أحكام التحكيم التي نصت على استبعاد القانون الواجب التطبيق بحجة عدم ملاءمة هذا القانون لواقع التجارة الدولية ، ومنها حكم التحكيم الصادر في النزاع بين شيخ أبو ظبي وشركة التنمية البترولية المحدودة، حيث استبعد المحكم قانون إمارة أبو ظبي باعتباره متخلفا ولا يمكن أن يحكم المعاملات التجارية الحديثة وقد دلت المحكم على أنه " من غير المعقول بأن نفترض في هذا المكان القبلي وجود مجموعة من المبادئ القانونية على بنیان الوثائق التجارية الحديثة"<sup>2</sup>

وكذلك النزاع بين حاكم قطر وشركة البترول الدولية المحدودة الذي دلت على ذلك بقوله " أني مقتنع بأن هذا القانون لا يتضمن أية مبادئ كافية " <sup>3</sup>

ويعتبر استبعاد المحكم لقانون الإرادة بحجة عدم ملاءمة قواعده لواقع التجارة الدولية من الأمور غير مبررة في الوقت الراهن ، نظرا لعدم انحصار القوانين في نطاق الإقليمية، بل أصبح الكثير من القوانين مأخوذ من نماذج قانونية أشرفت على إعدادها منظمات دولية مثل قوانين التحكيم المأخوذة من قانون التحكيم النموذجي اليونسترال ، وقواعد الاعتمادات المستندية .

## ثانيا - سلطة المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق عند غياب إرادة الأطراف

يوجد خلاف جوهري مابين القاضي والمحكم ، فالمحكم لا يوجد لديه قواعد قانونية مفروضة عليه استخدامها لتحديد القانون واجب التطبيق على عقد نقل التكنولوجيا ، حيث أنه ليس له انتماء وظيفيا محدد ينتمي إلى وحدة سياسية أو إقليمية معينة يمكن إلحاقه بها تحكيميا على غرار القاضي ، نظرا لأن سلطة المحكم منبثقة عن إرادة الأطراف وليست من سيادة الدولة ، لهذا لا يلزم المحكم بأي تشريع ، وقد برر ذلك أحد الفقهاء حيث قال " أن التحكيم الدولي غير قابل بحكم طبيعته

1 - أحمد مخلوف ، مرجع سابق ، ص 347

2 يوسف الأكياي ، مرجع سابق ، ص 341

3 - القانون الواجب التطبيق على عقود المنازعات الدولية ، دار الكتاب الوطنية ، الطبعة الأولى 2012 ، ص 105

وعناصره أن يتكيف مع الأطر الوطنية فقد أوجدته الضرورة للخروج من نطاق القواعد الوطنية الضيقة " 1 .

وقد اتجه بعض من الفقه إلى إعطاء المحكم السلطة المطلقة في تحديد القانون واجب التطبيق على العقد ؛ لكي يحقق التحكيم الفائدة المرجوة منه لفض النزاع بسرعة ومرونة، ولتفادي القيود التي تفرضها المعايير القانونية الدقيقة<sup>2</sup>

ولهذا يثار التساؤل عن مدى إمكانية تحقيق التوازن في ظل تحكيم حر غير مقيد بقانون معين مابين الأطراف، وهل يمكن الاعتماد على العدالة التحكيمية في تحقيق التوازن المنشود؟ . لذا سنشرع في مناقشة المنهج الذي يتبعه المحكم؛ لكي يختار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع .

## 1- تنازع القوانين

من المعلوم أن عقود نقل التكنولوجيا تتجاذب أحكامها أكثر من قانون بالنظر إلى تعدد الروابط العقدية وارتباطه بأكثر من تشريع، من خلال هذا فإن مهمة المحكم تظهر جلية في البحث عن الإسناد القانوني في مختلف القوانين المجاذبة التي يمكن له تطبيقها على موضوع النزاع القائم .

لقد سار الفقه مند القدم في حالة عدم تحديد القانون واجب التطبيق على اعتماد ضوابط ثابتة مرتبطة بإرادة الأطراف بوصفها إسنادا معبرا عن الصلة الوثيقة التي تربط عقدهم بقانون الدولة محل الإبرام أو جنسية المتعاقدين أو موطنهما المشترك<sup>3</sup> لاعتبار أن هذه الضوابط هي الأوثق صلة بالعقد

وباعتماد هذه القاعدة الفقهية نجد أنها تقدم للمتعاقدین الأمان القانوني ، كونها تحقق العلم المسبق بالقانون، وتحمي المتعاقدين من مغبة أي مفاجأة قد تحدث ، ولكن مع وجاهة هذا الرأي نجد أنه قد تعرضت للنقد ، من حيث أنه يمكن أن تكون هذه الضوابط غير ذات صلة بالعقد .<sup>4</sup>

ولتفادي هذا النقد فقد اتجه الفقه وبعض التشريعات إلى الأخذ بنظرية تسمى نظرية الأداء المميز، التي تقوم على تحديد القانون الذي يحكم العقد وفقا للاتزام الرئيسي فيه ، ففكرة الأداء المميز تتركز في البحث عن الأداء الجوهرى والمهم في الرابطة العقدية والإسناد القانوني له، حيث ينظر لكل عقد

1 - فواد ديب ، المحكم الدولي ونظم تنازع القوانين الوطنية ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد 28 ، العدد الثاني ، لسنة 2008 ، ص 36

2 - هدى محمد عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص 265

3 - لقد تبنت المادة (1\19) من القانون المدني هذا الاتجاه فنصت على أنه " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدین إذا اتحدا موطننا سرى قانون الدولة الذي تم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدين أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه "

4 - هشام صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص 557



على حدة لمعرفة ما هو الأداء المميز في العقد موضوع النزاع وبذلك تنفرد معاملة العقود وتحديد القانون الواجب التطبيق عليها حسب قيمة وأهمية الأداء<sup>1</sup>.

ويوجد العديد من التشريعات والاتفاقيات التي أخذت بهذه النظرية مثل اتفاقية روما لسنة 1980 في المادة 4 حيث نصت على أنه "عند انعدام الاختيار الصريح يسري على العقد قانون البلد الذي به أكثر الروابط وتوقا ويفترض أن العقد يرتبط صلة بقانون الدولة التي يوجد بها عند التعاقد محل الإقامة المعتادة للطرف المدين بالأداء المتميز أو مركز إدارته فيما لو كان شخصا اعتباريا "

والتساؤل الجدير بالطرح ، من هو صاحب الأداء المميز في عقود نقل التكنولوجيا ؟

لقد اختلفت الآراء حول من هو صاحب الأداء المميز في عقود نقل التكنولوجيا ، فيذهب الرأي السائد في البلدان الصناعية إلى أن المالك الأصلي للمعرفة التكنولوجية هو صاحب الأداء المميز ، فلهذا عند غياب الاتفاق التعاقدية حول تحديد القانون الواجب التطبيق يجب تطبيق قانون موطن أو إدارة منشأة المستثمر التكنولوجي .

وقد أخذ بهذا الرأي المشرع السويسري حيث نصت المادة " 122 \ 1 " على أنه " يسري على العقود الواردة على الملكية الذهنية قانون الدولة التي بها محل الإقامة العادية للمالك أو المتنازل عن حق الملكية الذهنية "

وقد وجه النقد لهذا الرأي ، كونه لا يلبي طموحات الدول النامية التي تكون طرفا في العلاقات العقدية ، فخضوع الدول النامية لقوانين الدول الصناعية قد يترتب عليه ضررا في اقتصادها الوطني ، فضلا على أن الدول النامية لديها خطط تنموية قد لا تسمح باستيراد التكنولوجيا إلا وفق خطط وبيهدف التوطين ، بما يشجع ويحمي الاقتصاد الوطني من الشروط المقيدة التي تفرض على الدولة ، فلهذا يجب تطبيق قانون الدولة مستوردة التكنولوجيا<sup>2</sup>.

وهذا ما قننه المشرع المصري في المادة " 2\87 " من قانون التجارة لسنة 1999 في الباب المتعلق بعقود نقل التكنولوجيا حيث نصت على أنه " وفي جميع الأحوال يكون الفصل في موضوع النزاع بموجب القانون المصري ووكل اتفاق بخلاف ذلك باطل "

أما بالنسبة لاتفاقية روما لسنة 1980 بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق عند انعدام اختيار القانون في المادة الرابعة ، إذ نصت على إخضاع العقد لقانون الدولة الأوثق صلة بالعقد ، ويفترض أن العقد يرتبط صلة بقانون الدولة التي يوجد بها عند التعاقد محل الإقامة المعتاد للطرف المدين بالأداء المميز في العقد، أو مركز إدارته فيما لو كان شخصا اعتباريا ، " 4 / 2 " ، ووفقا لنص الفقرة الخامسة من المادة نفس66ها " عندما تكشف الظروف المحيطة بالعقد ارتباطه بروابط أكثر وثوقا مع دولة أخرى " يتم استبعاد تطبيق قانون الأداء المميز وهو ما يعني تطبيق قانون الدولة المضيفة

1 - علي محمد كريم ، مرجع سابق ، ص 267

2 - مرتضى جمعه عاشور ، عقد الاستثمار التكنولوجي " دراسة مقارنة " منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى 2010 ، ص514

باعتبار أن عقود الاستثمار التكنولوجي غالبا ما ترتبط بإقامة المنشآت الصناعية في إقليمها أو نقل المعرفة التكنولوجية إليها ، وتفوق قوة هذه الروابط وثوقا أية رابطة أخرى تقوم مع دولة المستثمر .<sup>1</sup>

وقد احتجت الشركات الدولية على تطبيق قانون الدولة المستوردة لتكنولوجيا، معللين ذلك أن قوانينها غير قادرة على مواجهة المشاكل الناجمة عن هكذا نوع من العقود ، مما سيؤدي حتما إلى تطبيق قواعد قانونية في غير بيئتها التي خلقت لها ، وهو ما يؤدي إلى الإخلال بالأمان القانوني نظرا لما تحتويه عقود نقل التكنولوجيا من مسائل مركبة ومعقدة .<sup>2</sup>

علاوة عن إمكانية الدولة تغيير تشريعها مما يخل بتوازن علاقة أطراف عقد نقل التكنولوجيا ، ويقرب اقتصاديات العقد وتوجيهها لصالح أحدهما مما يلحق ضررا بالطرف الآخر

ويبدو أن هذا الاعتراض غير مقبول، ذلك إذا كان من الصحيح أن سلطة الدولة في تعديل قانونها يشكل خطرا على ضرورة توفر الأمان القانوني وتحقيق التوازن في الالتزامات المتبادلة للأطراف ، فإن هذا الخطر يظل قائما حتى عندما يكون القانون واجب التطبيق على العقد أي قانون آخر ، وبناء عليه فإن استبعاد قانون الدولة المتعاقدة لا يكفي لتفادي المشاكل التشريعية .<sup>3</sup>

وإزاء ما تقدم يطرح سؤال جوهري عن مدى سلطة المحكم في تطبيق قواعد تنازع القوانين ؟

لقد اختلفت الآراء حول مدى استقلالية المحكم في اختيار قاعدة إسناد معينة أو إمكانية تجاهل هذه القواعد ، فبعض الاتجاهات أوجبت على المحكم التقيد بقواعد الإسناد عند اختيار القانون واجب التطبيق، إلا أن هذا الاتجاه اختلف في تحديد هوية قاعدة الإسناد ، فمن الآراء من أوجبت على المحكم الالتزام بنظام تنازعي معين مثل الرجوع إلى نظام تنازع القوانين في القانون الوطني للمحكم أو في قانون الخصم أو في قانون مقر العقد .<sup>4</sup>

وفي المقابل ذهب البعض إلى إعطاء المحكم الحق في تحديد قاعدة الإسناد التي يرى أنها الأنسب لموضوع النزاع ، وقد أكد على هذا أحد الفقهاء حيث قال " أن المحكم ليس ملزما بإتباع قواعد الإسناد في بلد دون غيره " <sup>5</sup> وبهذا للمحكم الحرية في تبني أي قاعدة تنازع ، التي تبدو له أكثر ملاءمة من غيرها تبعا لظروف القضية .

وقد حرصت الكثير من الاتفاقيات وأحكام التحكيم على حرية المحكم في اختيار أكثر قواعد النزاع ملاءمة ، ومن الاتفاقيات التي كرست حرية المحكم في اختيار قاعدة الإسناد الملاءمة ، القانون النموذجي اليونسترال الذي تنص المادة 2\28 في على أن " إذا لم يعين الطرفان أية

1 - . مرتضى جمعه عاشور ، مرجع سابق ص 516

2 - هشام صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، ص 332

3 - يوسف سليمان حداد ، القواعد الموضوعية في قانون واجب التطبيق في منازعات عقود النفط ، ص 158 ،

المؤتمر السنوي التاسع عشر ( التحكيم في عقود النفط والإنشاءات الدولية ) 2014 ، صلالة . عمان

4 - فؤاد ديب ، مرجع سابق ، ص 42 ، 43

5 - المرجع سابق ، ص 44

قواعد وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي يقره قواعد التنازع التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق "

وكذلك كرست العديد من أحكام التحكيم الحكم ذاته ، منها الحكم الصادر في القضية رقم 2886 لسنة 1977 ، ففي هذا الحكم بعد أن أثبت المحكم عدم وجود اتفاق بين الأطراف فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع ، أكد أنه غير ملزم بقواعد التنازع الوطنية وإنما يطبق قواعد التي يقدر أنها ملائمة <sup>1</sup>

وهذه الحرية قد توقع المحكم في أخطاء عديدة ، خصوصا عندما لا تكون له خبرة كافية بمناهج تنازع القوانين ، وقد تختلف مواقف المحكمين تبعا لاختلاف ثقافتهم القانونية خاصة في غياب الرقابة القضائية التي تكفل صحة اختيار القانون أو تصحيحه ، والأقرب للتصور أن المحكم سيميل إلى اختيار القانون الذي يعلم أحكامه وغالبا ما سيكون قانون دولته <sup>2</sup> هذا إن لم تصبح الملائمة مجرد وسيلة تحكمية في يده <sup>3</sup>

وإضافة إلى الانتقاد الموجه إلى إعطاء المحكم الحرية في اختيار أكثر قواعد النزاع ملائمة ، وجهت إلى منهج تنازع القوانين بصفة عامة انتقادات جوهرية، منها اتسام المنهج بالغموض والتعقيد من حيث أن طريقة منهج تنازع القوانين ليست واضحة ومتيقنة، وبذلك ينعدم الأمان القانوني من حيث الحلول التي يقدمها منهج تنازع القوانين ، إذ أنه غالبا ما ترغب الشركات في معرفة القانون الذي يمكن أن ينطبق على أعمالهم منعا للمفاجآت التي قد تحدث ، فهذا يتطلب الأمر نوعا من الأمان القانوني لمواجهة التقلبات المتعرض لها العقد <sup>4</sup>.

فلهذا سعى الفقه تجنباً للصعوبات التي تكتنف استعانة المحكم بقواعد تنازع القوانين إلى المطالبة بتحديد القانون واجب التطبيق بالاستعانة بقواعد مباشرة دون المرور بقاعدة إسناد معينة .

## 2- القواعد المادية المباشرة

أدى التطور الحاصل في العلاقات الخاصة الدولية وما صاحب ذلك من عدم ملاءمة قواعد التنازع لواقع العقود الدولية إلى ظهور قواعد مادية تؤدي مباشرة إلى تطبيق القانون دون المرور بمنهج تنازع القوانين <sup>5</sup>.

فأصبحت القواعد المادية تقرر لتحقيق الانتشار على مستوى المعاملات التجارية الدولية عن طريق صياغة قواعد موحدة تحكم مختلف المعاملات ومختلف الجنسيات ، قواعد هدفها إبعاد القوانين

1 - يوسف سليمان عبد الرحمن الحداد ، مرجع سابق ، ص 18

2 - هدى محمد عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص 276

3 - أحمد أبو زقيه ، أوراق في التحكيم ، منشورات جامعة قاريونس بنغازي ، الطبعة الأولى 2003 ص 71

4 - صفوت أحمد عبد الحفيظ ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص ، دار المطبوعات الجامعية ، 2005 ، ص 113

5 - أحمد أبو زقيه ، مرجع سابق ص 72

الوطنية من مجال العقود الدولية، على الرغم من تصدي الدول لمعالجة المشاكل التي تنجم عن العقود الدولية عن طريق تشريعاتها الوطنية ، فقد رأى بعض الفقه أن العقود الدولية تعقدت وتتغير باستمرار على نحو تعجز في بعض الأحيان التشريعات الوطنية على ملاحقتها،<sup>1</sup> إضافة إلى أن تعدد التشريعات الوطنية التي تعالج مسائل العقود الدولية سيؤدي إلى عدم وحدة الحلول بشأن هذه المنازعات<sup>2</sup>

وقد استندت الشركات الموردة للتكنولوجيا على مبدأ التوازن العقدي لخلق قواعد خاصة بالعلاقات التجارية الدولية لتجاوز القوانين الوطنية وما تتضمنه من قواعد تنازع القوانين التي تغلب المصلحة الجماعية على المصلحة الفردية، التي تسيطر على العلاقات التجارية الاقتصادية في الوقت الحاضر.<sup>3</sup>

لهذا برز دور التحكيم الدولي في خلق القواعد المادية وذلك لدوره في حل منازعات العقود الدولية ، باعتبار أن المحكم ليس له قانون قاضي مثل القضاة ، فهو غير ملزم بتطبيق قواعد القانون الوطني إلا إذا اتفق الأطراف على ذلك ، لذلك يعبر التحكيم عن الرغبة الحقيقية من التحرر من ربة القوانين الداخلية التي تواجه في الأصل المعاملات الداخلية ولا يتلاءم في غالب الأحيان مع طبيعة التجارة الدولية .

وبالنظر إلى المكانة التي يتصدرها التحكيم كأداة لخلق وتطبيق القواعد المادية للتجارة الدولية فقد قرر بعض الفقهاء أنه سيأتي اليوم الذي يستطيع التحكيم من خلق قانون تجارة دولي يحل محل القانون الخاص الدولي الوطني.<sup>4</sup>

وتتعدد مصادر قانون التجارة الدولية بين الأعراف والعادات الدولية والمبادئ المشتركة بين الدول بالإضافة إلى وقضاء التحكيم الذي يسهم في خلق واستقرار قواعده.<sup>5</sup>

وقد انتقدت بعض الآراء فكرة اللجوء إلى قانون التجارة الدولية، باعتباره ليس نظاماً قانونياً متكاملاً ، فهو لا يحتوي على قواعد كافية تغطي كافة المسائل، فهو إن اشتمل على قواعد تتصل بتفسير العقد وإبرامه إلا أنه لا يحتوي على المسائل التي تحكم أهلية الأطراف والتراضي والنقادم وغيرها من المسائل المهمة.<sup>6</sup>

1 - محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2004 ، ص 314 ، 315

2 - صفوت أحمد عبد الحفيظ ، مرجع سابق ، ص 236

3 - محمد إبراهيم موسى ، مرجع سابق ، ص 91

4 - محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2004 ، ص 254

5 - رشا علي الدين ، مرجع سابق ، ص

6 - حفيظة حداد ، مرجع سابق ، ص 367

إضافة فإن عقود نقل التكنولوجيا تعد من العقود التي لها طبيعة خاصة، إذ تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة من خلال نقل التكنولوجيا وتوطينها، وهذا يعني ضرورة خضوع العقد للقوانين الوطنية وليس لقانون التجارة الدولية الذي نشأ أساساً ليحكم العلاقات الخاصة بين الأطراف وليس بين الأطراف الخاصة والدول .

أما الرأي المقابل فذهب إلى أنه لا ضرر على الدولة من تطبيق قانون التجارة الدولي، لا سيما أنه يوجد صمام أمان لحماية النظام العام الوطني ، حيث تقضي القواعد العامة في القانون الدولي الخاص بعدم سريان أية قاعدة إذا كانت تتعارض مع النظام العام والآداب في الدولة المتعاقدة وهذا ما نصت عليه اتفاقية نيويورك لسنة 1952 في المادة الخامسة الفقرة الثانية فذكرت أنه ( يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب منها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الاعتراف والتنفيذ إذا تبين لها...أن في الاعتراف بحكم المحكمين أن تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد ) ، وهذه المشكلة تعد محلولة أن تم التنفيذ على الأموال داخل الدولة ، ولكن الإشكالية التي تثار هي أن يتم التنفيذ على الأموال خارج الدولة وكان النظام العام مختلف في الدولة المنفذ فيها الحكم عن الدولة التي أبرمت العقد .

وقد رد بعض الفقهاء على الحجج التي تبرر لقانون التجارة الدولية أنه قادر على تحقيق التوازن العقدي، باعتبار أن قانون التجارة الدولية يجري استخدامه لتكريس الأوضاع غير العادلة ، فقد قرر أحد الفقهاء أن النزاع بين إحدى شركات البترول وليبيا ، أظهر كيف أنه بواسطة آليات عقدية مختلفة يمكن للجهات الاقتصادية غير الدولية أن تحاصر أو تبطئ على الأقل تواجد الدولة في تنظيم والسيطرة على مجال واسع لنشاط حيوي وهو استغلال ثروتها الطبيعية ، ويؤكد أنه في مجال عقود نقل التكنولوجيا يكثر الشروط المقيدة التي تهدف إلى تقييد الإنتاج والسيطرة والهيمنة على المورد مما يؤدي إلى اختلال اقتصادي مابين المتعاقدين .<sup>1</sup>

وقد تم ترجمة هذا الاختلال الاقتصادي بصورة حرفية ، إذ يسلم أنصار نظرية قانون التجار الدولي بأن النظام التجاري تتم صياغته من قبل المشروعات التي تهيمن على المبادلات الدولية ، بينما تتم صياغة قطاع الصناعة من قبل المشروعات التي تسيطر على وحدات الإنتاج ، كما تجري إدارة التدفق المالي والنقدي بواسطة البنوك الدولية العملاقة ، هذا الأمر الذي يجعل المشروعات تصوغ قانون ملائم فقط لمصالحها دون النظر في مصالح الطرف الآخر<sup>2</sup>

ومن خلال استعراض آراء المؤيدين والمعارضين لفكرة القانون التجاري الدولي، يتبين أن لكلا الرأيين جانب من الصواب ، فصحيح القوانين الوطنية قاصرة على احتواء المسائل المعقدة، وان حركة التجارة الدولية سريعة التغير، ولكن هذا الأمر لا يمنع من قيام المؤسسة التشريعية بملاحقة التغير وتقنينه لكي يتمكن من معرفة مدى توافق الأحكام التجارة الدولية مع مصالح الدولة ، وأن

1 - محمد محسوب ، نظرية قانون التجار الدولي بين الوهم والحقيقة ، بدون سنة نشر ، ص 62

2 - محمد محسوب ، المرجع السابق ، ص 64

الركون إلى حجة أن حركة التجارة الدولية سريعة التغيير ومن ثم صعوبة اللحاق بها وتنظيم أحكامها فإن هذا الأمر لم يمنع من قيام بعض الاتفاقيات من تنظيم مسائل عقود التجارة الدولية .

## الفرع الثاني - سلطة المحكم في إعادة التوازن العقدي :

تتعرض عقود نقل التجارة الدولية إلى العديد من الإشكاليات التي قد تحول دون تحقق توازنها بالشكل المطلوب ، فلهذا تكمن أهمية تحديد إمكانية قيام المحكم بإعادة التوازن العقدي من الأمور المهمة في مجال التحكيم الدولي .

وتزداد أهمية معرفة مدى قدرة المحكم في إعادة التوازن العقدي في ظل عقود نقل التكنولوجيا ، لكثرة ما تتعرض له من خلل في توازن علاقات الأطراف ، سواء من ناحية امتداد العقد لفترة زمنية طويلة مما قد تجعله عرضة للتغيرات الاقتصادية التي تعصف بتوازنه ، أو من خلال استغلال الطرف الأقوى تقنيا لحاجات وطموحات الطرف المتلقي للتكنولوجيا، وفرضه شروطا مقيدة تحول دون الاستفادة بالتكنولوجيا على الشكل المطلوب، وتجعل الطرف المتلقي للتكنولوجيا تابعا للسياسات الشركة المصدرة للتكنولوجيا .

ومن خلال ما تقدم سيتم التطرق إلى أساس سلطة المحكم في إعادة التوازن العقدي وتحديد نطاق سلطة المحكم في تعديل العقد .

## أولا - أساس سلطة المحكم في إعادة التوازن العقدي

يهيمن على العقد مبدأ مهم هو مبدأ سلطان الإرادة، أي أن لأطراف الحرية المطلقة في إنشاء التزامات شريطة أن تتقيد بالنظام العام وللإرادة الحرية في رسم نطاق العقد وتحديد أثره فبذلك لا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق إرادة الأطراف .

فذلك يجب على السلطة القضائية التقيد بما أورده الأطراف من شروط في العقد، فلا يسمح للقاضي أن يعدل العقد أو يغيره إلا باتفاق الأفراد ، إلا أنه في حالات معينة سمح المشرع للقاضي بتعديل العقد في حالة حدوث خلل في توازن العلاقات ما بين المتعاقدين مثل رفع حالة الإرهاق عند حدوث حادث طارئ يقلب اقتصاديات العقد، أو تعديل الشرط الجزائي بتخفيضه أو حذفه أو أن يحذف القاضي شرطا تعسفيا في عقود الإذعان .<sup>1</sup>

أما بالنسبة للمحكم فإن الإشكالية التي تتجلى هي مدى سلطة المحكم في إعادة التوازن للعقد في ظل غياب تنظيم تشريعي يسمح للمحكم بتعديل العقد .

1 - لقد نصت المادة 149 " على أنه إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعى منها وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق بخلاف ذلك " وبخصوص الظروف الطارئة نصت المادة 147 على إمكانية القاضي " ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تم تنفيذ الالتزام التعاقدية ، وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة قادمة ، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق خلاف ذلك "

هذه الإشكالية تواجه فرضيتين: الأولى فرضية تضمين أطراف العقد لشرط يسمح بإعادة التوازن والفرضية المقابلة هي عدم اتفاق الأطراف على تضمين العقد لشرط يعيد التوازن في حالة ما إذا اختل

## 1- سلطة المحكم في ظل شروط مراجعة العقد

يحرص المتعاقدون في ظل العقود الدولية على إدراج شروط تهدف إلى مراجعة العقد في حال تعرض توازنه إلى الخلل، ومن هذه الشروط شرط إعادة التفاوض، ولا خلاف أن إدراج هكذا نوع من الشروط يعطي للمحكم صلاحية التدخل لإعادة التوازن ما بين المتعاقدين، إذا لم يتم التوصل إلى التوازن المطلوب

وتكمن مهمة المحكم في البحث في الطرف الطارئ أو القوة القاهرة وهل توفرت شروطهما لإمكانية رفع الضرر أو لا، وتعتبر هذه المهمة مهمة فنية بالدرجة الأولى فالنزاع قد يتعلق بعقد نقل التكنولوجيا غير منفذ وفقا للمواصفات التي تم الاتفاق عليها نتيجة وجود ظرف طارئ أو قوة القاهرة حالت دون التنفيذ الأمثل للعقد، وقد يتعلق النزاع بتحديد درجة الخطر الذي لحق المتعاقد الآخر وهل توجد إمكانية للاستمرار بالعقد أو إنه وصل لدرجة يجب معها إنهاء التعاقد.<sup>1</sup>

وهذه المسائل تزيد من الصعوبات الملقاة على عاتق المحكم، ذلك أن مرور الوقت بين وقوع الحادث وإحالة النزاع للتحكيم ثم تعيين خبراء تجعل من الصعوبة الوصول إلى نتائج مرضية الأطراف خاصة إذا ما أخذنا بعين الاعتبار من أن اللجوء للتحكيم غالبا ما يحدث إلا بعد مناقشات طويلة تأخذ مجراها بين المتعاقدين أملا في الوصول إلى حل يعيد توازن علاقات الأفراد.<sup>2</sup>

وإضافة إلى ما تقدم، فإن هيئة التحكيم قد ترفض الاختصاص لعدم وجود منازعة محددة، وأن حكمت قد لا يلقى حكمها نفاذا للسبب نفسه، وفي كثير من الأحيان لا يزود المتعاقدون المحكم الوسائل والآليات التي بها يعيدون التوازن للعقد، لذلك قد ينتهي الحكم إلى نتائج تتجاوز توقعات الأطراف وبذلك قد لا يصل المحكم إلى التوازن المرجو من قبل الأطراف.<sup>3</sup>

## 2- سلطة المحكم عند غياب شروط مراجعة العقد

لقد ذهب بعض الفقه إلى أن المنازعات المثارة لتعديل العقد لا تعتبر من المنازعات القانونية، وإنما تكمن أساسها في تعارض بين المتعاقدين، ومن ثم يخول المحكم تسويتها عن طريق مبادئ العدالة وحسن النية دون إتباع إجراءات بعينها، شرط أن يخول الأطراف للمحكمين سلطة تعديل العقد، وذلك أما يكون مكتوبا صراحة أو رغبة الأطراف أمام هيئة التحكيم بتعديل المحكم للعقد.<sup>4</sup>

1 - عمر مشهور حديثة الجازي، التحكيم في عقود الاستثمار، مجلة نقابة المحامين، الأردن، العدد التاسع 2002

2 - رشا علي الدين، مرجع سابق، ص 412

3 - عصام الدين القصبى، ص 204

4 - هدى محمد عبد الرحمن، مرجع 301

ويوجد بعض أحكام التحكيم التي لم تشترط الموافقة الصريحة من قبل الأطراف واكتفت بالموافقة الضمنية ، واعتبرت أن هذه الموافقة تتوافر في حالة ما تحقق للمحكم أن شروط العقد أصبحت مخالفة للنوايا الحقيقية للأطراف، وقيدت هيأت تحكيم أخرى ممارسة هذه السلطة بثبوت تعسف من قبل المتعاقد والذي لا يحدث إلا إذا كان التغيير على قدر كبير من الجسامة.<sup>1</sup>

هذا ويتضح أن الاتجاه السائد لدى أحكام التحكيم هو عدم إمكانية تعديل العقد لعدم وجود تنظيم قانوني يسمح للمحكم بإعادة التوازن للعقد، إلا إذا كان هناك شرطا من قبل الأطراف أو كان القانون الواجب التطبيق يجيز إعادة التوازن، لأن القول بإعطاء المحكم صلاحية تعديل العقد من تلقاء نفسه دون وجود شرط يعد ذلك تجاوزا لحدود المهمة المرسومة له ، ومن ثم يعرض حكمه للإبطال نتيجة إخلاله بتوقعات الأطراف<sup>2</sup>

ومن خلال ما تقدم يتضح أن المحكم بالقانون<sup>3</sup> لا يجوز له تعديل العقد إلا إذا سمح الأطراف بذلك أو كان القانون يسمح بتعديل العقد ، والتساؤل الذي يتجلى من هذا الجانب هو مدى إمكانية السماح للمحكم وفقا للعدالة<sup>4</sup> أن يعيد توازن العلاقات العقدية عند حدوث أي عارض ؟

لقد أنقسم الفقه حول مدى إمكانية المحكم إعادة التوازن العقدي إلى قسمين :

**القسم الأول :** ذهب إلى أنه لا يجوز للمحكم أن يعيد النظر في العقد، ولو كان التحكيم وفقا للعدالة، نظرا لأن هذه السلطة لا تندرج في مفهوم التحكيم وفقا للعدالة، فلا يجوز بحال من الأحوال أن يعيد المحكم التوازن للعقد ما لم يتفق الأطراف على منحه هذه السلطة<sup>5</sup>

وقد أخذت العديد من قرارات هيئة التحكيم بهذا الرأي حيث أعلنت غرفة التجارة الدولية في القرار رقم 3267 ( أنه لمبدأ مسلم به في التحكيم الدولي أن أول واجب المحكم حتى لو كان محكما مطلقا هو تطبيق اتفاقية الأطراف ) والقرار رقم 2546 الصادر أيضا غرفة التجارة الدولية قرر ( رفض اعتبار العقد قابلا لإعادة النظر فيه وتعديله بسبب الظروف الطارئة لعدم احتوائه على شروط تسمح بذلك)<sup>6</sup>

**أما القسم الثاني :** يرى أن للمحكم وفقا للعدالة له السلطة في إعادة التوازن العقدي، ذلك أن تخويل الأطراف للمحكم بالحكم وفقا للعدالة ما هو إلا تنازل عن التمسك عن الحقوق والالتزامات المترتبة عن العقد<sup>7</sup>

1 - المرجع سابق ، ص 304

2 - المرجع سابق ، ص 305

3 - المحكم بالقانون هو المحكم الذي يلزمه الأطراف بالفصل في النزاع وفق قانون معين

4 - التحكيم وفقا لقواعد العدالة هو أن يخول الأطراف للمحكم صراحة السلطة في إصدار حكمه وفقا لقواعد العدالة دون التقيد بالقواعد الموضوعية والإجرائية إلا إذا كانت تحقق العدالة من وجهة نظر المحكم

5 - هدى محمد عبد الرحمن ، ص ، 301

6 - مصطفى أحمد ترو ، مرجع سابق ، ص 206

7 - المرجع السابق، ص 201



وقد أيد القضاء الفرنسي ما ذهب إليه هذا الرأي حيث انتهت محكمة استئناف باريس إلى إقرار مبدأ مفاده أنه في إمكان المحكم بالصلح تعديل العقد أو التخفيف من شروطه أو حتى استبعاد بعضها عند الاقتضاء<sup>1</sup> والمحكم في هذه الحالة لا يعيد إنشاء العقد بل يقتصر دوره على إعادة الفاعلية التي فقدها والتوازن الذي أراده الطرفان أصلا في العقد

ويبدو أن هذا الحل يتماشى مع التفكير المنطقي ، إذ أن منح المحكم سلطة أن يحكم وفق ما يراه عادلا دليل على رغبة الأطراف الركون إلى عدالته وعدم التقيد بالالتزامات والحقوق المنبثقة عن العقد إذا لم تكن عادلة .

و إعطاء المحكم صلاحية التحكيم وفقا للعدالة يكرس أقصى درجات العدالة ويحقق التوازن ما بين الأطراف إن تم اختيار المحكم وفقا لمعايير تضمن نزاهته وحيده وكفاءته وأمانته وإلا سيكون هناك اختلال في توازن العلاقات العقدية مما يجعل المحكم في أيدي الأقوى اقتصاديا .

ولخطورة هذا النوع من التحكيم فقد اشترطت العديد من التشريعات ومنها التشريع الليبي<sup>2</sup> وجوب أن يتم ذكر أسماء المحكمين وفقا للعدالة في مشاركة التحكيم وإلا ترتب على ذلك البطلان .

## ثانيا - نطاق سلطة المحكم في إعادة التوازن :

يتوجب لمعرفة نطاق سلطة المحكم في إعادة التوازن العقدي أن يتم التعرض لسلطته في تفسير العقد وسلطته في التعويض

### 1- نطاق سلطة المحكم في تفسير العقد

قد يواجه المحكم صعوبة في تحديد المقصود ببعض عبارات العقد فلهذا يتوجب عليه تفسير ما اعترى العقد من غموض من أجل الوصول إلى الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين مستندا إلى العقد في حد ذاته والعناصر الخارجية عنه المرتبطة به .

ولا يشترط موافقة الأطراف عند تفسير العقد لكون التفسير يدخل في مهام المحكم عند فصله للنزاع ولكن يجب ان لا يمتد إلى إعادة النظر في العقد وإلا عد متجاوزا لسلطاته الممنوحة له مما قد يسبب إبطال حكمه<sup>3</sup>.

1 - حسن حماد ، المسؤولية المدنية للمحكم في عقود ومشارطات التحكيم،رسالة دكتوراه ، جامعة الزقازيق،

2014،ص 203

2 - نصت المادة 745 على أنه " لا يجوز التفويض للمحكمين بالصلح ولا الحكم منهم بصفتهم محكمين مصالحين إلا إذا كانوا مذكورين بأسمائهم في المشاركة المتضمنة لذلك أو في عقد سابق عليها "

3 - حسين عبد الرضا عبد الله الكيايبي ، اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية ، مجلة الحقوق ، جامعة بغداد، 2011،ص 250

ويلتزم المحكم بتفسير العقد وفقا لمصالح الطرف المدين إلا إذا كان العقد المراد تفسير عقد إذعان فيفسر لمصلحة الطرف المذعن سواء كان دائنا أو مدينا باعتبار أن الطرف الأقوى هو الذي صاغ الشروط وأملها علي الطرف الآخر، ولم يكن له بد إلا قبولها ، وبالتالي يعتبر الطرف المذعن أولى بالرعاية<sup>1</sup> .

وإزاء ما تقدم يطرح سؤال جوهري ، وهو مدى اعتبار المتعاقد في العقود النموذجية طرفا مذعنا لكي تسري عليه أحكام تفسير العقد في حالة عقود الإذعان، ويبرز أهمية التساؤل وذلك عند معرفة أن بعض عقود نقل التكنولوجيا وخصوصا التراخيص يتم التعاقد بين الأطراف وفقا لعقود نموذجية معدتها المؤسسة المورددة للتكنولوجيا .

قد اختلف الفقه حول اعتبار العقود النموذجية عقود إذعان ، فرأى بعضهم أن عقود الإذعان لا تكون إلا في طائفة معينة من العقود التي تتعلق بسلع وخدمات ضرورية بالنسبة للمتعاقدين ، وأن الطرف الموجب لهذه السلعة يحتكرها قانونيا وفعليا ، ويعتبر الإيجاب صادر بصيغة واحدة للناس كافة .

أما الطرف الآخر فذهب إلى وجوب هجر الفكرة التقليدية لعقود الإذعان ، ورأوا أن عقد الإذعان هو العقد الذي يستقل به أحد الأطراف بتحديد التزاماته . وينحصر دور الطرف المذعن في القبول ، وتتمثل صفة الإذعان في عدم إمكانية الطرف المذعن من مناقشة شروط العقد المعد سلفا ، بل وقد ذهب هذا الرأي إلى أبعد من ذلك وقرر أن نظرية الإذعان لا تقي بالغرض المطلوب لتحقيق الحماية من الشروط التعسفية ، إذ أنه قد يتم التعاقد في ظل اختلال الأداءات مع غياب الاحتكار مع إمكانية مناقشة العقد ، إلا أن انعدام الكفاءة والخبرة الفنية للمتعاقد الآخر تحول دون تقدير آثار هذه الشروط على المركز المالي والقانوني للمتعاقد<sup>2</sup> .

ويبدو أن القول بحصر عقود الإذعان في العقود التي يكون فيها احتكار السلعة احتكارا قانونيا وفعليا وإن كان يمثل حماية حقيقة للطرف الضعيف في وقت مضى فإنها غير قادر على تقديم الحماية ذاتها، نظرا للتطور العلمي والتقني الهائل الذي صاحب أكثر السلع بساطة، مما يجعل المتعاقد الآخر غير قادر على الوقوف على خبايا العقد الذي يريد إبرامه؛ ولذلك فإن الإذعان ليس اختلالا اقتصاديا مجردا في موازين القوى الاقتصادية، بقدر ما هو اختلال في موازين القوى المعرفية مابين الأطراف، ولهذا ينبغي أن يمتد تفسير العقد لمصلحة الطرف المذعن، سواء كان مذعنا اقتصاديا أو معرفيا، وهذا التفسير يتماشى مع أكثر قواعد القانون رسوخا ، وهي تنفيذ العقد بحسن النية .

## 2- نطاق سلطة المحكم في تحديد التعويض

مما لا ريب فيه أن للمحكم سلطة في الحكم بالتعويض إذا توافرت مسبباته وذلك بما يتفق مع أحكام القانون الواجب التطبيق، وذلك باعتبار أن سلطة المحكم في تقرير التعويض مستمدة من تطبيق القانون إلا أنه ،هناك تساؤل جوهري يطرح في عقود الدولة التي يتم إنهاؤها بالإرادة المنفردة ،وهو أين يقف المحكم في تحديد التعويض ، هل له مكنة الحكم بالتنفيذ العيني ؟.

1 - عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص 615

2 - حسين عبد الرضا عبد الله الكيايبي ، ص 252

اختلف الفقه حول مدى تمتع المضرور بالحق في التنفيذ العيني ، فذهب رأي من الفقه إلى تأييد هذا الحق، باعتبار أن هذا التنفيذ تقره المبادئ العامة للقانون الوطني ومبادئ القانون الدولي ، وقد أخذت بعض المحكمين بهذا الرأي مثل قضية تحكيم تكسيكو ضد الحكومة الليبية التي أقر المحكم فيها التنفيذ العيني باعتبار أنه الأسلوب الأكثر طبيعية للتعويض من حيث إعادة الأشياء إلى حالتها ولا يوجد شئ في المعطيات الخاصة بالدعوى يحول دون إعادة الأمور إلى سابقها <sup>1</sup> .

وذهب الرأي الآخر وهو الراجح، إلى أنه لا يوجد مبدأ قانوني واحد يقرر استمرار تنفيذ الاتفاق بعد فسخه بالإرادة المنفردة من أحد طرفيه دون موافقة الطرف الآخر ، ومن ثم فإنه لا يكون للمحكم الحق في تقرير مبدأ التنفيذ العيني بوصفه جزءاً ملائماً لوقف العقد ، وهذا ما ذهب إليه المحكم في BP والحكومة الليبية من حيث إشارته إلى صعوبة إجبار الدولة على الرجوع عما اتخذته من إجراءات وبذلك تم اختيار تعويض ملائم لجبر الضرر <sup>2</sup>

وكذلك الأمر أيضا في قضية ليمكو ضد الدولة الليبية ، فقد رفض المحكم مبدأ التنفيذ العيني وبالتالي رفض تغيير الوضع القائم الذي خلقته قوانين التأميم ، وقد قام هذا النهج على أساس أن مبدأ إعادة الحال إلى ما كان عليه لم يجر التعامل به في القضايا الدولية المماثلة ، كما أنه من الناحية العملية من الصعوبة بمكان تنفيذ حكم تحكيمي بهذا المعنى لما يتضمنه من مساس بسيادة الدولة في النزاع ، والذي ساعد المحكم على هذا الاستخلاص أن الشركة المتضررة من هذا التأميم قد سلمت ضمنا باستحالة التنفيذ العيني لعقد الامتياز وحصرت مطالباتها بالتعويض <sup>3</sup>

فالتنفيذ العيني ضد الدولة هو تعويض غير واقعي وبالتالي يتوجب استبعاده من حيث أنه من غير المنطقي أن تضحي الدولة بمصالحها الاقتصادية والتنموية والسياسية قربانا لحكم تحكيم ، لهذا اعتبر أن التنفيذ العيني ضد الدولة يمثل استحالة سياسية ويتعارض مع فكرة السيادة <sup>4</sup>

ولهذا في ظل ما تقدم لا يكون أمام المحكم من سلطة في جبر الضرر إلا الحكم بالتعويض وذلك لاستحالة التنفيذ وفرض إرادة المحكمين على الدولة .

1 - د . أحمد عمر بوزقية ، مرجع سابق ، ص 205

2 - د . رشا علي الدين ، مرجع سابق ، ص 425

3 - د . عصام الدين القصبي ، مرجع سابق ، ص 253

4 - د . أحمد عمر بوزقية ، مرجع سابق ، ص 206

## خاتمة

يمثل مبدأ التوازن العقدي أهمية كبيرة للعقود لاستجابته لضرورات العدالة ألا وهي: إقامة علاقات متوازنة ومتكافئة بين الأطراف، ومما لا ريب فيه أن هذا يقلل من الضغائن والبغضاء التي قد تحدث، نتيجة للظلم المكرس بواسطة عقد يعطي لطرف حق دون أن يوازي ذلك التزام حقيقي .

وقد تبين من خلال صفحات البحث أن أهمية هذا المبدأ تزداد في ظل عقود نقل التكنولوجيا ، من حيث أن إنشاء عقد متوازن ما بين المورد والمتلقي يساعد على تطوير الدولة وتنميتها، وذلك بتحقيق أهم شرط من شروط التنمية المستدامة، وهو إقامة مجتمع معرفي متطور منتج ، يعتمد أفضل الوسائل لتحقيق الاستثمار وذلك بإحداث ميكانيزمات للتغير الجذري لأنماط الاستهلاكية والإنتاجية السائدة .

ويمكن أن نركز في هذه الخاتمة على أهم ما تم التوصل إليه من نتائج مع تقديم بعض التوصيات :

1- ترتفع في عقود نقل التكنولوجيا احتمالية وقوع خلل في توازن العلاقات العقدية نتيجة عدم الكفاءة في المستوى الاقتصادي والتقني بين الأطراف، إضافة إلى طول المدة التي قد تسبب في تغير الموازين التي بني عليها العقد .

2- إن عدم الدقة والنظر في البناء التعاقد لعقود نقل التكنولوجيا، يهدد بنشوء علاقات غير متوازنة بين الأطراف، باعتبار أن نمط العقد هو المحدد للالتزامات وحقوق المتعاقدين .

3- تعتبر عقود تداول التكنولوجيا من العقود التي تكرر اختلال التوازن بين المورد والمتلقي نتيجة ضعف مقدرتها على نقل التكنولوجيا وتوطينها في بلد المتلقي، مما يعني بقاء المتلقي في فلك تبعية المورد نتيجة للتفوق التكنولوجي التي لدى الأخير .

4 - تعد عقود اكتساب السيطرة التكنولوجية من العقود التي تهدف إلى نقل التكنولوجيا وتوطينها في بلد المتلقي ، وذلك بإعطائه الحق في السيطرة والتحكم بإدارة التكنولوجيا بأفضل الطرق لمصلحته .

5 – غالبا ما يسعى المورد لفرض شروط مقيدة يكون الغرض من ورائها تكبيل المتلقي بأكبال تعاقدية، تهدف إلى تقييد حرية المتلقي سواء عند استخدام التكنولوجيا أو تسويقها أو تطويرها أو عند إدارة المشروع ، مما يجعل وجود هكذا شرط يعبر تعبيرا صريحا عن اختلال العلاقات العقدية بين المورد والمتلقي .

6 – إن الشروط المقيدة في ظل عقود نقل التكنولوجيا متعددة ومتنوعة قد تكون صريحة أو مستترة ، وتقوم بعدة وظائف : تجارية و تبعية و وقائية ، الهدف من ورائها تكريس التبعية والسيطرة على السوق وخلق احتكار من قبل المورد وتعظيم الربح .

7 – قد تتوازن التزامات المتعاقدين عند إبرام العقد إلا أن هذا ليس كافيا ، فقد تتغير الظروف التي على ضوئها انعقد العقد تغيرا غير متوقع نتيجة وقوع قوة قاهرة أو ظرف طارئ.

8 - لقد عالج التشريع الليبي تغير الظروف التي تطرأ على العقد، فحدد الشروط التي تقوم عليها هذه الظروف والآثار المترتبة عنها، إلا أن هذه المعالجة في كثير من الحالات غير قادرة على تحقيق التوازن العقدي بين الأطراف ، لعدم مقدرتها على احتواء الواقع المتغير والمعقد لعقود نقل التكنولوجيا، لذلك أحلت المعالجة العقدية بدل المعالجة التشريعية، لإدارة العقبات التي تعترض عقود نقل التكنولوجيا .

9 - للتفاوض دور مهم ورئيس في تحقيق التوازن بين الأطراف، إذ به تقرب وجهات النظر بين المتعاقدين للوصول إلى شروط أفضل، سواء كان ذلك في المرحلة السابقة عن إبرام العقد، أو المرحلة اللاحقة عن الإبرام

10 - يفرض على المتفاوضين الالتزام بمبدأ حسن النية والتزامات متفرعة عنه المتمثلة في الالتزام بالإعلام والالتزام بالسرية، والتي من خلالها يتحقق التوازن العقدي بين الأطراف عن طريق فرض التزامات قانونية متقابلة .

11- يحرص المتعاقدون الدوليون على إدراج شرط يعيد التوازن نتيجة التغير في الظروف التعاقدية التي على ضوئها تم إبرام العقد .

12- يفرض شرط إعادة التفاوض على المتعاقدين التزامات متقابلة ، فيلزم المدين بإخطار دائنه بوقوع الحدث وبالظروف المصاحبة لوقوعه وبالنتائج المتحققة والمحتملة لهذا الحدث ، وفي المقابل يلتزم الدائن ببذل قصارى جهده لتخفيف الضرر، وفي حال إخلال أي منهما بالتزامه، يترتب عليه جزاءات مختلفة .

13 - يفضل المستثمرون التحكيم كوسيلة لفض النزاع، نظرا للمزايا التي يقدمها نظام التحكيم من سرعة وسرية وتخصص هيئته في إصدار الأحكام المتعلقة بالأمر الفنية الدقيقة ، إضافة لتلبيته لحاجات التجارة الدولية واتخاذ كضمانة لجذب الاستثمار .

14 - إزاء المزايا التي يمنحها نظام التحكيم للمتعاقدين، إلا أنه تتنابه العديد من المخاطر، وتتبلور في سعيه لتحقيق مصالح الشركات الموردة للتكنولوجيا، إلا إن هذه المخاطر من الممكن معالجتها أو التقليل من آثارها السلبية دون الوقوع في الرفض غير المبرر، ذلك عن طريق وضع سياسات مرحلية بواسطة تدريب محامين ومحكمين يكونوا قادرين على تحقيق التوازن في موازين القوى القانونية

15- إن النقطة الرئيسية التي يستطاع من خلالها معرفة مدى قدرة التحكيم على تحقيق التوازن هي معرفة القانون الواجب التطبيق، الذي عن طريقه تتحدد الحقوق والالتزامات بين أطراف العلاقة التعاقدية.

16- ينحصر دور المحكم في تطبيق القانون الذي اتفق عليه الأطراف، إلا أن هذا الأمر ليس مطلقاً، فللمحكم أن يستبعد القانون المتفق عليه في حالات معينة، الأمر الذي يجعل حرية الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق معرضة للتكبير .

17- في حال عدم تعيين القانون الواجب التطبيق من قبل أطراف العقد، فللمحكم السلطة المطلقة في تحديد القانون، سواء كان ذلك بالاستناد إلى قواعد تنازع القوانين، أو تطبيق قواعد مادية مباشرة، مما يعني أن للمحكم الكلمة الفصل في تحديد حقوق والتزامات الأطراف .

18 – لا يجوز للمحكم إعادة التوازن للعقد، لعدم وجود تنظيم قانوني يسمح له بذلك، إلا إذا كان هناك شرطاً من قبل الأطراف، أو كان القانون الواجب التطبيق يجيز تعديل العقد، أو أن يسمح الأطراف للمحكم أن يحكم وفقاً للعدالة.

## التوصيات

- 1) يجب على المشرع إصدار قانون ينظم فيه عقود نقل التكنولوجيا، وأن يحظر كل الممارسات المقيدة التي تنتهجها الشركات الموردة للتكنولوجيا، وأن يجعل حظرها على سبيل المثال لكي يتم تغطية جميع صور الشروط المقيدة، المستجدة التي قد تأخذ شكلاً مستتراً.
- 2) صياغة شرط القوة القاهرة، بدقة ووضوح، بما لا يترك مجالاً إلا لتطبيق ذلك الشرط في حالة وقوع حدث القوة القاهرة .
- 3) ضرورة إنشاء جهاز متخصص، يضم أكاديميين ومتخصصين، في كل الفروع العلمية ومنها القانون، على أن يكون القانونيين لديهم خبرة طويلة في مجال المفاوضات في العقود الدولية، ويكون مهمة الجهاز فحص وتدقيق التكنولوجيا المتفاوض بشأنها، ومدى تحقيقها للنتائج المراد الوصول إليها .
- 4) يتوجب على المتعاقدين إدراج شرط يعيد التوازن عند حدوث حادث غير متوقع لمعالجة اختلال التوازن، إضافة إلى ضرورة النص على مراجعة عقد نقل التكنولوجيا خلال فترة زمنية معينة، من أجل مسايرة التطورات الحاصلة على المستوى التكنولوجي.
- 5) ضرورة مراعاة الصياغة النموذجية لشرط التحكيم. تلك الصياغة التي تراعي كافة الاحتمالات وتوضح الخطوات التفصيلية لسير خصومة التحكيم، لأن الاتفاق على التحكيم كلما كان واضحاً ومفصلاً، تقلصت السلطة التقديرية لهيئة التحكيم أو المحكم في البحث عن حلول قد لا تتفق مع الرغبات الحقيقية للأطراف.

## المراجع

### أولا الكتب

- (1) أبو العلا النمر: مفاوضات عقود التجارة الدولية، دار أبو المجد، الطبعة الثانية 2002
- (2) أحمد أبو زقية: أوراق في التحكيم، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، الطبعة الأولى، 2003
- (3) أحمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 2001-2000
- (4) أحمد عبد الكريم سلامة: قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004
- (5) أحمد مخلوف: اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005
- (6) أحمد شرف الدين: أصول الصياغة القانونية للعقود، دار نصر للطباعة الحديثة، الطبعة الثالثة، 2008
- (7) أمل شبلي: التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الاحتكار، المكتب الجامعي الحديث، 2008
- (8) إدوار عيد: أثر انخفاض قيمة العملة على الالتزامات المدنية، دون ناشر 1990
- (9) إلياس ناصيف: العقود الدولية عقد المفتاح في اليد، منشورات الحلبي، بيروت، الطبعة الأولى، 2008
- (10) بشير ملكاوي: تأثير مبادئ العقد عند حلول أزمة سياسية ( مثال الشرق الأوسط مند عام 1945 ) الطبعة الأولى، عمان 2002
- (11) باربارا اندرسون: التفاوض الفعال، مكتبة الهلال للنشر والتوزيع، القاهرة
- (12) جلال وفاء محمدين: الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا في ظل الجهود الدولية وأحكام نقل التكنولوجيا في قانون التجارة الجديد، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، 2004
- (13) حازم بيومي مصري: التوازن في العقد الإداري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة، أولى، 2010
- (14) حفيظة السيد الحداد: العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- (15) حنان محمود كوثراني: الحماية القانونية لاتفاقية الترس، منشورات الحلبي، الطبعة الأولى، 2011
- (16) رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000
- (17) رمضان علي عبد الكريم دسوقي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2011،

- (18) سامي منصور ، عنصر الثبات وعامل التغير في العقد المدني، بيروت ، 1987
- (19) سلامة فارس عرب ، وسائل معالجة اختلال العقود في قانون التجارة الدولية ، دار الكتاب الحديث ، 1996
- (20) سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مطبعة جامعة عين شمس ، الطبعة الخامسة ، 1991
- (21) سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، ج2 ، الالتزامات ، الفعل الضار ، المسؤولية المدنية ، القسم الأول
- (22) السيد أحمد عبد الخالق ، حماية حقوق الملكية الفكرية في ظل اتفاقية التريبس والتشريعات الاقتصادية ، دار الفكر والقانون ، الطبعة الأولى
- (23) السيد مصطفى ابو الخير ، عقود نقل التكنولوجيا دراسة مقارنة، دراسة اتيراك للطباعة والنشر ، القاهرة ، الطبعة الأولى 2007
- (24) شريف محمد غنام ، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- (25) صفوت أحمد عبد الحفيظ ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص ، دار المطبوعات الجامعية ، 2005
- (26) صلاح الدين جمال الدين ، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية ، دار الفكر الجامعي
- (27) صلاح الدين جمال الدين ، عقود نقل التكنولوجيا دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة الأولى ، 2005.
- (28) صلاح طيار ، العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ، شهد للنشر والإعلام، القاهرة، الطبعة الأولى 1992
- (29) عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، المجلد الأول ، دار النهضة العربية القاهرة
- (30) عبد الرؤوف جابر، الوجيز في عقود التنمية التقنية ، منشورات الحلبي ، بيروت، الطبعة الأولى 2005
- (31) عبد الحكيم فودة ، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية ، منشأة المعارف الإسكندرية ، 1999 .
- (32) عبد الحميد الأحذب ، التحكيم وثائق تحكيمية ، الجزء الرابع ، مؤسسة نوفل ، بيروت .
- (33) عبد المنعم موسى إبراهيم ، حسن النية في العقود ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، 2006
- (34) عبد الناصر الحلوي ، الاحتكار المحظور وأثره على حرية التجارة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الأولى 2007.



- (35) عزت صلاح عبد العزيز محمد ، إعادة التوازن المالي في ظل الأزمة المالية العالمية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، 2013
- (36) عصام أحمد البهجي ،الالتزام بالشفافية والإفصاح في عقود الاستثمار والاستهلاك والعلاج الطبي ، المكتب الجامعي الحديث ، الطبعة الأولى
- (37) عماد محمد الليثي ،دراسة في منهجة وإكساب التبادل الاقتصادي الدولي المعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة ،2002،
- (38) محمد إبراهيم الدسوقي ، الجوانب القانونية في إدارة التفاوض وإبرام العقود ، معهد الإدارة العامة للبحوث، الرياض ، 1995
- (39) محمد إبراهيم موسى ، التوفيق التجاري الدولي وتغير النظرة السائدة حول سبل تسوية منازعات التجارة الدولية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2005
- (40) محمد إبراهيم موسى ، التطويع القضائي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق في عقود التجارة الدولية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2005
- (41) محمد إبراهيم موسى ، انعكاسات العولمة في عقود التجارة الدولية ، دار الجامعة الجديد ، مصر 2007
- (42) محمد حسين عبد العال ، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998
- (43) محمد محسوب ، نظرية قانون التجار الدولي بين الوهم والحقيقة ، بدون ناشر
- (44) محمد شوقي شاهين ، الشركات المشتركة ، طبيعتها وأحكامها ، بدون ناشر
- (45) محمد عبد الحميد أبو زيد ، منافع المرافق العامة وحتمية استدامتها، بدون ناشر
- (46) محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2004
- (47) محمود عبد الفضيل ، النفط والمشكلات المعاصرة للتنمية العربية ، عالم المعرفة ، الكويت ، 1979
- (48) محمود الكيلاني، ، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا ، دار الفكر العربي ، الإسكندرية، الطبعة الثانية 1995 ، ص 214.
- (49) مراد محمود المواجدة ،المسؤولية المدنية في عقود نقل التكنولوجيا ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى 2010
- (50) مرتضى جمعه عاشور ، عقد الاستثمار التكنولوجي " دراسة مقارنة " منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، الطبعة الأولى، 2010
- (51) مصطفى أحمد أبو عمرو ، علاقات العمل الجماعية ، ( الإغلاق والتحكيم والوساطة والإضراب والمفاوضة في ضوء قانون العمل الجديد ، رقم 12 لسنة 2003 ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، 2005
- (52) مصطفى أحمد ترو ، سلطة المحكم الدولي في تعيين القواعد القانونية في موضوع النزاع ، دار قابس، بيروت ، الطبعة الأولى

- (53) مصطفى الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي بيروت ، ط1، 2002
- (54) محي الدين إسماعيل علم الدين ، منصة التحكيم التجاري الدولي ، الجزء الأول ، بدون سنة نشر
- (55) نداء كاظم محمد المولى ، الآثار القانونية لعقود نقل التكنولوجيا ، دار وائل للنشر، عمان ، الطبعة الأولى .
- (56) هدى محمد عبد الرحمن: دور المحكم في خصومة التحكيم ، دار النهضة العربية، القاهرة 1997
- (57) هشام خالد : جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي ، منشأة المعارف ، 2007
- (58) هشام علي صادق : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية دراسية تحليلية ومقارنة للاتجاهات الحديثة في التشريعات الداخلية والاتفاقات الدولية وأحكام القضاء والمحكمين ، منشأة المعارف الإسكندرية ، 1995
- (59) هشام علي صادق : النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية
- (60) هشام علي صادق : تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، 2007
- (61) وليد عودة الهمشري ، الالتزامات المتبادلة و الشروط المقيدة، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، 2009
- (62) وهيب عياد سلامه ، دروس في العقود الإدارية مع التعمق لطلاب دبلوم العلوم الإدارية ، التوازن المالي للعقد وفكرة التعويض غير القائم على الخطأ ، كلية الحقوق ، جامعة أسيوط ، 2000
- (63) يوسف حسن يوسف ، العولمة والاقتصاد الدولي ، الطبعة الأولى 2010

## ثانيا : الرسائل العلمية

- (64) أحمد راجي أبو الوفا ، الواقع الاحتكاري في التجارة الدولية وأثره في نظرياتها ، دكتوراه ، جامعة عين شمس ، 1998 .
- (65) أسامة أحمد حسن ، مدى استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي ، رسالة ماجستير ، جامعة غزة . 2010
- (66) أنس السيد عطية سليمان ، الضمانات القانونية لنقل التكنولوجيا للدول النامية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1996
- (67) إبراهيم حمد عبد الرحمن حميد ، الشروط المقيدة في عقود نقل التكنولوجيا وأثرها على الدول النامية، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، 2007
- (68) إبراهيم قادم ، الشروط المقيدة في عقود نقل التكنولوجيا ودورها في تكريس التبعية التكنولوجية على المستوى الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2002

- (69) آية صالح حميد ، أثر القوة القاهرة على علاقات العمل الفردية، رسالة ماجستير ، جامعة الفاتح ، 2009
- (70) حفيظة بتقة ، الالتزام بالإعلام في عقد الاستهلاك ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، 2013 ،
- (71) نور الهدى أحمد التواتي ، النظام القانوني للتفاوض في عقود التجارة الدولية ، رسالة ماجستير ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، 2013
- (72) حامد شاكر محمود الطائي ، الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي ، رسالة ماجستير ، جامعة بابل العراق ، 2002
- (73) حسن حماد ، المسؤولية المدنية للمحکم في عقود ومشارطات التحكيم، رسالة دكتوراه ، جامعة الزقازيق، 2014
- (74) محمد حشماوي ، الاتجاهات الحديثة للتجارة الدولية في ظل العولمة ، رسالة دكتوراه ، جامعة الجزائر ، 2006
- (75) جمال محمود عبد العزيز ، الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1996
- (76) خالد أحمد عبد الحميد ، فسخ العقد الدولي ، رسالة دكتوراه ، القاهرة 2000 ،
- (77) رشوان حسن رشوان أحمد ، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1994 .
- (78) صفاء تقي عبد النور العيساوي ، اثر القوة القاهرة على عقود التجارة الدولية ، دراسة مقارنة ، جامعة الموصل ، 2005 .
- (79) صلاح الدين جمال الدين ، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، مصر ، 1992 .
- (80) عبد الوهاب محمد البشكار ، الطبيعة القانونية لعقود نقل التقنية إلى الدول النامية ، رسالة دكتوراه ، جامعة طرابلس ، 2012 .
- (81) عبد الوهاب بشكار ، القوة القاهرة وأثرها على عقود الاستثمار ، رسالة ماجستير جامعة الفاتح ، 2003 .
- (82) عدلي محمد عبد الكريم ، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، ص 204، رسالة دكتوراه ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان . 2010 . 2011 .
- (83) عمران علي السائح ، القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية ، دار الكتب الوطنية ، بنغازي ، الطبعة الأولى ، 2012
- (84) مصطفى حبشي ، التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة .
- (85) يوسف عبد الهادي الاكيابي ، النظام القانوني لعقد نقل التكنولوجيا في مجال الدولي الخاص، دكتوراه ، جامعة الزقازيق ، 1989 .
- (86) نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في التبادل الدولي ، رسالة دكتوراه ، جامعة الإسكندرية ، 1987 .

## ثالثا: المقالات والبحوث

- (87) أسيل باقر جاسم ، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض ، بحث منشور على الانترنت على الرابط التالي ،  
[http://repository.uobabylon.edu.iq/journal\\_view.aspx?dpp=687](http://repository.uobabylon.edu.iq/journal_view.aspx?dpp=687)
- (88) بن يحيى شارف ، ضرورة إسقاط شرط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري ، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية ، الجزائر ، العدد 4- 2010
- (89) جمال غنية ، المفهوم القانوني للشرط المقيدة في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية ، مجلة العلوم القانونية ، جامعة الزيتونة ، العدد السادس ، السنة الثالثة ، 2015.
- (90) الحبيب جبودة ، القوة القاهرة بين القانون المدني الليبي وعقود الفيديك ، المجلة الجامعة - العدد السادس عشر - المجلد الثاني - إبريل 2014.
- (91) حسام الدين عيسى ، ترخيص الملكية الفكرية ونقل التكنولوجيا ، مقال مقدم في مؤتمر الملكية الفكرية ، مسقط ، 2004
- (92) حسن علي كاظم ، اشتراطات الهاردشيب وأثرها على تعديل العقود الدولية ، مجلة رسالة الحقوق ، السنة الثالثة ، العدد الثاني 2011
- (93) حسين عبد الماحي ، الشروط المقيدة في عقود نقل التكنولوجيا ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، جامعة المنصورة ، العدد 34 ، 2003 .
- (94) حسين عبد الرضا عبد الله الكياني ، اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية ، مجلة الحقوق ، جامعة بغداد ، 2011
- (95) حمدي محمود بارود ، نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد ، مجلة جامعة الأزهر بغزة ، 2010 المجلد 12 ، العدد 1
- (96) حمدي بارود ، المبادئ التي تحكم التفاوض في العقود الدولية ومضمون الالتزام بها ، مجلة الجامعة الإسلامية ، غزة ، المجلد السادس عشر ، العدد الأول ، 2008
- (97) حمدي بارود ، دراسة حول المبادئ التي تحكم المفاوضات في عقود نقل التكنولوجيا ، مجلة القانون والاقتصاد العدد 74 ، لسنة 2005
- (98) رشا علي الدين ، سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد ، المؤتمر العلمي السنوي الثالث لكلية الحقوق ، جامعة المنصورة ( الجوانب القانونية والاقتصادية للازمة العالمية ) ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، 2009
- (99) زينة غانم الصفار ، الشروط المقيدة لحرية المتلقي في عقود نقل التكنولوجيا ، مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد 13 ، العدد 48 ، العراق ، السنة 16.
- (100) عبد الحميد الأحذب ، العلاقة بين قضاء بلد منشأ حكم التحكيم وبين قضاء بلد تنفيذ حكم التحكيم ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الثامن عشر ، 2013 ، السنة الخامسة
- (101) عبد الحي حجازي ، نظرية الاستحالة ، مجلة إدارة القضايا الحكومية ، س7 ، 2ع ، القاهرة 1963 ،
- (102) عبد الكريم محمد السروي ، النظام القانوني لعقود الطاقة ، المؤتمر السنوي الحادي والعشرين ( الطاقة بين القانون والاقتصاد ) جامعة الإمارات سنة 2013

(103) عبد المنعم حسون عزوز ، شرط القوة القاهرة في العقود الدولية ، مقال منشور على الانترنت ، <http://www.ao-academy.org/docs/index.php?fl=extrem%20power.doc>

(104) عصام الدين القصبي ، التحكيم الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي في عقود الاستثمار ، المؤتمر السنوي السادس عشر ( التحكيم التجاري الدولي ) ، جامعة الإمارات ، سنة 2008

(105) فؤاد ديب ، المحكم الدولي ونظم تنازع القوانين الوطنية ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد 28 ، العدد الثاني ، لسنة 2008

(106) الكوني علي اعبودة ، بعض التحديات التي تواجه التحكيم في ليبيا ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الثامن عشر ، 2013 ، السنة الخامسة

(107) محسن شفيق ، نظرية الحرب كقوة القاهرة ، مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الأول ، السنة العاشرة

(108) محمد أبو زيد ، المفاوضات في الإطار التعاقدى صورها وأحكامها ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية

(109) محمد عبد الجواد ، الغبن اللاحق والظروف الطارئة في القانونين الفرنسي والمصري ، مجلة القانون والاقتصاد ، س 33 ، العدد الثاني

(110) محمود فياض ، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد ، مجلة الشريعة والقانون ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، السنة 27 العدد 54 لسنة 2013

(111) محمود محمد المغربي ، أزمة التحكيم بين مقتضيات الشفافية وضرورات السرية ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد السابع عشر ، السنة الخامسة ، 2013

(112) مرتضى جمعة عاشور ، الدفع بالاستنوبل للتحكيم التجاري الدولي ، مجلة جامعة النهريين كلية الحقوق ، العراق ، السنة 2012 المجلد 14 العدد 4

(113) مريم محمد سليم العوا ، التحكيم بين السرية والعلانية ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد السابع عشر ، السنة الخامسة ، 2013 ،

(114) نبيل إسماعيل الشبلاق ، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة قبل التعاقد (دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا) مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد 29 ، العدد الثاني ، 2013.

(115) يوسف سليمان حداد ، القواعد الموضوعية في قانون واجب التطبيق في منازعات عقود النفط ، ص 158 ، المؤتمر السنوي التاسع عشر ( التحكيم في عقود النفط والإنشاءات الدولية ) 2014 ، صلالة . عمان

## الاتفاقيات والأعمال الدولية.

1. اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها 1958/6/10.
2. اتفاقية واشنطن لعام 1965 المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار والمستثمرين من رعايا الدول الأخرى.

3. اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (فيينا 1980).
4. القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي المعد من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي 1985.
5. الدليل القانوني للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن صياغة العقود الدولية لتشديد المنشآت الصناعية 1988
6. شروط الفيديك للإنشاءات الدولية الصادر عام 1987 والمعدلة بين عامي 1992 و 1996.
7. مبادئ اليونيدروا بشأن العقود التجارية الدولية 2004.
8. الشرط النموذجي للقوة القاهرة المعد من قبل غرفة التجارة الدولية 2003

رقم الصفحة	الموضوع
1	المقدمة
3	الفصل الأول: أسباب اختلال التوازن في عقود نقل التكنولوجيا
4	المبحث الأول: البناء التعاقدى لعقود نقل التكنولوجيا
4	المطلب الأول: تأثير الأنماط التعاقدية على التوازن
4	الفرع الأول: عقود تداول التكنولوجيا
5	أولاً: عقد التراخيص
6	ثانياً: عقد المفتاح في اليد
9	ثالثاً: عقد المنتج في اليد
10	الفرع الثاني: عقود اكتساب السيطرة التكنولوجية
10	أولاً: عقود المساعدة الفنية
12	ثانياً: عقد التدريب والتأهيل
12	المطلب الثاني: الشروط المقيدة
13	الفرع الأول: ماهية الشروط المقيدة
13	أولاً: مضمون الشروط المقيدة
19	ثانياً: صور الشروط المقيدة
29	الفرع الثاني: وظيفة الشروط المقيدة وأثارها على المشروعات المتلقية في الدول النامية

رقم الصفحة	الموضوع
29	أولاً: وظائف الشروط المقيدة
31	ثانياً: أثر الشروط المقيدة على الدول النامية
33	المبحث الثاني : تغير الظروف التعاقدية
33	المطلب الأول : القوة القاهرة
34	الفرع الأول: مدى ملائمة الشروط التقليدية للقوة القاهرة لعقود نقل التكنولوجيا
34	أولاً: شروط القوة القاهرة
48	ثانياً: صياغة القوة القاهرة التعاقدية
52	الفرع الثاني : الآثار المترتبة على القوة القاهرة
52	أولاً : الوقف
56	ثانياً : الانفساخ
61	المطلب الثاني : الظروف الطارئة
62	الفرع الأول: اختلاف التشريعات المقارنة حول نظرية الطارئة وتأثير ذلك على عقود نقل التكنولوجيا
62	أولاً: موقف التشريعات المقارنة إزاء الظروف الطارئة
65	ثانياً: تأثير اختلاف التشريعات حول الظروف الطارئة على عقود نقل التكنولوجيا
66	الفرع الثاني: مدى فاعلية القواعد المتعلقة بالظروف الطارئة في إعادة التوازن لعقود نقل التكنولوجيا



رقم الصفحة	الموضوع
66	أولاً: شروط تطبيق نظرية الطارئة
73	ثانياً: رد الالتزام المرهق
80	الفصل الثاني : وسائل تحقيق التوازن في عقود نقل التكنولوجيا
81	المبحث الأول : التفاوض
82	المطلب الأول : التفاوض السابق عن إبرام العقد
83	الفرع الأول : الإطار العام للمفاوضات
83	أولاً: ماهية التفاوض
86	ثانياً: ضوابط عملية التفاوض
89	الفرع الثاني : الالتزامات التي تحكم التفاوض في عقود نقل التكنولوجيا
90	أولاً : التفاوض بحسن نية
94	ثانياً: الالتزامات المتفرعة عن الالتزام بحسن النية
95	المطلب الثاني : شرط إعادة التفاوض
100	الفرع الأول : ماهية شرط إعادة التفاوض
102	أولاً: مفهوم شرط إعادة التفاوض
104	ثانياً: الصور التي يتخذها شرط إعادة التفاوض في عقود نقل التكنولوجيا

رقم الصفحة	الموضوع
106	الفرع الثاني : الالتزامات التي يربتها شرط إعادة التفاوض على أطراف العلاقة التعاقدية
118	المبحث الثاني : التحكيم
118	المطلب الأول : تقدير نظام التحكيم
118	الفرع الأول ضرورات التحكيم
119	أولا : الضرورات الإجرائية
122	ثانيا: الضرورات الاقتصادية
125	ثالثا:الضرورات الفنية
127	الفرع الثاني: المخاطر التي تعترض التحكيم وآلية التقليل منها
127	أولا: المخاطر التي تعترض التحكيم
127	ثانيا: آلية التقليل من المخاطر
131	المطلب الثاني: مدى إمكانية المحكم في إعادة التوازن العقدي
133	الفرع الأول : سلطة المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق
133	أولا: سلطة المحكم في ظل اتفاق الأطراف
140	ثانيا : سلطة المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق عند غياب إرادة الأطراف
146	الفرع الثاني : سلطة المحكم في إعادة التوازن العقدي
147	أولا : أساس سلطة المحكم في إعادة التوازن العقدي
150	ثانيا : نطاق سلطة المحكم في إعادة التوازن

رقم الصفحة	الموضوع
153	الخاتمة
156	المراجع