تاريخ الإستلام: 2019/10/06 تاريخ القبول: 2019/12/28 تاريخ النشر: 2020/01/05

إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار التكنولوجي

Problems of the law applicable to the technological investment

بن عصمان جمال[1]
جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان
jamalbenosman@gmail.com

لبيك شوقي
جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان
benos_djamel@yahoo.com

ملخص:

يحظى عقد الاستثمار التكنولوجي بأهمية بالغة، بوصفه وسيلة لنقل المعرفة التكنولوجية وأسلوب مبتكر للتعاقد، ويتميز هذا النوع من العقود بخاصيتين أساسيتين؛ صفته الدولية، وعدم التكافؤ بين أطرافه، فمن جهة هناك الدولة كطرف والشخص الأجنبي المتعاقد معها سواء كان فردًا أم شركة، ومن جهة أخرى فالدولة هي شخص من أشخاص القانون الدولي العام والقانون العام الداخلي، وهو ما يمنحها سلطات سيادية لا يتمتع بها الشخص الأجنبي فنكون هنا أمام تفاوت من الناحية القانونية تميل فيه كفة الدولة، لكن بمقابل تفاوت من الناحية الفنية والاقتصادية ترجح فيه هذه المرة كفّة المستثمر الأجنبي الذي يتمتع بخبرة عالية وتخصص دقيق في مجال تخصصه تنعدم عند الطرف الآخر إنّ هذه الوضعية تثير جملة من الإشكالات أهمها مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا النوع من العقود.

الكلمات المفتاحية: عقد الاستثمار التكنولوجي، القانون الواجب التطبيق، قاعدة الإسناد، قانون الإرادة، الأداء المميز.

ABSTRACT:

The technology investment contract is very important, as a mean of transferring technological knowledge and innovative method of contracting.

This contract raises many problems in international private relations, due to the lack of parity between the contracting parties. The hosting state on the one hand enjoys sovereignty and the foreign private investor on the other hand has no sovereignty at all.

keywords: Technology investment contract, conflict of laws, Applicable law,The law of will.

[1] - المؤلف المرسل: بن عصمان جمال **jamalbenosman@gmail.com**

ISSN: 2353-0251 E-ISSN: 2602-6791 جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية

مقدمة:

يعتبر عقد الاستثمار التكنولوجي من العقود الحديثة نسبيًا، إذ يرجع في نشأته إلى أوائل الستينات من القرن العشرين، وذلك إبان التطور والتحول التكنولوجي الهائل الذي شهده العالم، والحاجة إلى نقل المعرفة التكنولوجية من الدول المتقدمة إلى الدول النامية بهدف تضييق الفجوة العميقة في التقدم الاقتصادي والصناعي والفني بين الدول المتقدمة من جانب، والدول الأقل نموًا من جانب آخر، ومن أهم خصوصيات هذا النوع من العقود عدم التكافؤ الذي يغلب على أطرافه، ففي حين يتمتع المستثمر بخبرة عالية وتخصص دقيق في مجال تخصصه، فإن المتعاقد الآخر (طالب الاستثمار) تغيب عنده هذه الخبرة ويجهل غالبًا هذا التخصص، مما يفرض نوعًا من التعاون بين طرفيه ويظهر التفاوت أيضا في مراكز الأطراف من الناحية القانونية والاقتصادية، فالدولة هي شخص من أشخاص القانون الدولي العام والقانون العام الداخلي، والاثنين يمن

حائها سلطات أو مزايا سيادية لا يتمتع بها الشخص الأجنبي المتعاقد معها سواء كان فردًا أم شركة، وفي مقابل ذلك لا تزال هذه الدولة في مركز اقتصادي أضعف بكثير من ذاك الذي يتمتع به الشخص الأجنبي المتعاقد معها.

وفي ظل عدم التكافؤ بين أطراف عقد الاستثمار التكنولوجي تثار العديد من الإشكاليات أهمها مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق، فالمقرر فقها قضاء وتشريعا هو خضوع العقود لقانون الإرادة غير أنّ خصوصيات هذه العقود تجعلنا نتساءل بحق حول: **مدى ملائمة هذا القانون؟، وكذا الحل المتبع عند عدم اتفاق الأطراف حول قانون يحكم عقد الاستثمار التكنولوجي؟.**

المبحث الأول: اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار التكنولوجي:

المتعارف عليه في ظل منهج تنازع القوانين أنّ العقود الدولية تخضع لمبدأ حرية واستقلالية الإرادة، أو ما يسمى بقانون الإرادة، والذي أضحى من المبادئ المستقرة في إطار القانون الدولي الخاص.[1]

وسنحاول من خلال هذا المبحث التطرق للمقصود بقاعدة قانون الإرادة (المطلب الأول) ومن ثم نبرز موقف المشرع الجزائري من هذه القاعدة (المطلب الثاني)

المطلب الأول: المقصود بقانون الإرادة

قانون الإرادة مبدأ استقر العمل به بعد تطور تاريخي،[2] إذ يؤكد جانب من الفقهاء أن خضوع العقد لقانون الإرادة، هي من الأفكار القديمة التي ظهرت مع وجود العلاقات التي تتم عبر الحدود، فقد عُرفت تلك الفكرة في

[1] بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010،، ص 119.

[2] حيث مرّت قاعدة خضوع العقود أو الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية لقانون الإرادة بعدة مراحل أهمها عندما أخضع فقه الأحوال الإيطالي القديم تلك العقود موضوعًا وشكلاً لقانون بلد إبرامها، فقال الفقيه الإيطالي Curtius بإخضاع العقد لقانون بلد إبرامه على أساس أن إرادة الأطراف قد اتجهت

مجلة دولية دورية علمية محكمة متخصصة في مجال العلوم القانونية والسياسية تصدر عن جامعة عمار ثليجي بالأغواط – الجزائر

ISSN: 2353-0251 جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية E-ISSN: 2602-6791

موقع المجلة عبر البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية، وفق الرابط التالي: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/304

مصر البلطمية، خلال المائتي عام السابقة على الميلاد عندما كان المتعاقدين يختارون القانون الواجب التطبيق على عقدهم عن طريق تحريره إما باللغة المصرية أو باللغة الإغريقية فإذا حرر باللغة المصرية دلَّ ذلك على اختيارهم للقانون المصري، وإذا حرر باللغة الإغريقية دلَّ على اختيارهم لأحكام القانون البلطمي.[1]

ولقد استقرت تلك القاعدة عند القضاء الفرنسي منذ 5 ديسمبر 1910م، من خلال الحكم الذي يعتبره البعض[2] بمثابة دستور قانون الإرادة ومقننه حيث قررت فيه المحكمة أن: "القانون الواجب التطبيق على العقود، سواء من حيث تكوينها أو من حيث آثارها وشروطها، هو ذلك القانون الذي يتبناه الأطراف...."

وبهذا الحكم أصبحت الأولوية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية للقانون المختار من جانب الأطراف.

ويؤكد جانب من الفقهاء[3] أن هذا المبدأ أصبح عالميًا، بل وأغلق باب المناقشة والجدل الفقهي حول إقراره ولذا نجد أن معظم التشريعات الوطنية المقارنة الحديثة قد قننته، والتي من بينها التشريع الجزائري كما سنأتي على تبيان ذلك لاحقًا، بالإضافة إلى إقراره من قبل الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتنازع القوانين في موضوع العقود الدولية، والتي نذكر منها اتفاقية لاهاي لعام 1955م والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية وذلك في المادة 1/2،[4] واتفاقية واشنطن لسنة 1965 والخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى وذلك في المادة 1/42 منها التي تنص في جملتها الأولى على أن: "تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقًا لقواعد القانون التي يتفق عليها الأطراف المتنازعة..." .

ضمنًا لاختيار هذا القانون، أما الفقيه الفرنسي ديمولان Dumoulin فقد أكد أيضًا على إخضاع العقد لقانون الإرادة. راجع: السيد عبد المنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2018، ص 21. وراجع أيضًا حول التطور التاريخي لقاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة: محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، جلال حزى وشركاه، الاسكندرية، 2000، ص 24 وما يليها، هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص 19 وما يليها.

[1] محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة، (دراسة مقارنة)، ط1، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2013، ص 50.

[2] السيد عبد المنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص ص 22-23. نقلاً عن:

H.BATIFOL & P.LAGARDE : Droit international privé, T.II, op.cit, p210. Etss, A.E.SCHNITZER, La loi applicable aux contrats, Rev.Crit..D.I.P.1955, p462.

وراجع في نفس السياق: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية، القانون الواجب التطبيق وأزمته) ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000-2001، ص 160.

[3] حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص 484.

[4] راجع نص الاتفاقية باللغة الانجليزية على الرابط الإلكتروني التالي:

http://www.jus.uio.no/lm/hcpil.applicble.law.sog.convention.1955/doc.html

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية

المطلب الثاني: قانون الإرادة في التشريع الجزائري:

وضع المشرع الجزائري القاعدة الخاصة بالعقود الدولية في المادة 18 من القانون المدني التي تنص على ما يلي: " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد.

غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه."

ما يمكننا استخلاصه من خلال هذه المادة، هو أن المشرع الجزائري، قد اعتد بمبدأ قانون الإرادة من خلال فقرتها الأولى غير أنه قيد هذه الإرادة بضرورة أن يكون القانون المختار ذو صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، عكس ما كان عليه الوضع قبل تعديل هذه المادة،[1] أين لم يكن أي أثر لهذا القيد، بحيث ترك المشرع للمتعاقدين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما، حتى ولو لم يكن له صلة بالعقد، وحسب بعض الفقه أن مثل هذا الموقف يتماشى مع ما تستوجبه متطلبات التجارة الدولية.[2]

ما يمكن استخلاصه أيضًا من خلال هذه المادة، هو أنها لا تشتمل على الفقرة التي تقرر الاعتداد بالإرادة الضمنية للمتعاقدين، في حالة عدم وجود إرادة صريحة لهما، مما يفيد بأن المشرع الجزائري لا يعتد إلا بالإرادة الصريحة للمتعاقدين خلافًا للمشرع المصري[3] وغيره من المشرعين العرب الذين يعتدون أيضًا بالإرادة الضمنية.

وفي حالة سكوت الإرادة عن الاختيار، ذهب المشرع نحو تفضيل التصدي لهذا الوضع من خلال التركيز الموضوعي للعقد بمقتضى ضوابط إسناد محددة مسبقًا تتمثل على الترتيب في: قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، إذا اتحدا موطنًا، أو كانت لهما جنسية مشتركة، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد، هذه الضوابط سنأتي على التفصيل فيها من خلال المبحث الموالي.

المبحث الثاني: عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار التكنولوجي

وفقًا لأحدث الاتجاهات في القانون الدولي الخاص المعاصر، فإن معظم التشريعات والاتجاهات الفقهية الحديثة تميل عند سكوت الإرادة عن الاختيار إلى إسناد العقد للقانون الأوثق صلة به (المطلب الأول) أو من خلال نظرية

[1] حيث حررت في ظل الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 كما يلي: "يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون المكان الذي ينبرم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر.

غير أن العقود المتعلقة بالعقار يسري عليها قانون موقعه."

[2] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص 307.

[3] راجع نص المادة 19 من القانون المدني المصري.

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية
موقع المجلة عبر البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية، وفق الرابط التالي: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/304

الأداء المميز، التي تقوم على إسناد كل فئة من العقود ذات الطبيعة الواحدة إلى القانون الذي يناسب طبيعتها (المطلب الثاني)

المطلب الأول: إخضاع عقود الاستثمار للقانون الأوثق صلة بها

تفرض دراسة هذه المسألة تحديد المقصود بالقانون الأوثق صلة بالعقد (الفرع الأول) ومن ثم نتطرق إلى أهم ضوابط تحديده (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المقصود بالقانون الأوثق صلة بالعقد

يتحدد هذا القانون من خلال الرجوع لمركز الثقل في العلاقة العقدية، ومن خلال عناصر شخصية Subjective، هذا قبل دخول اتفاقية روما لعام 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية حيز النفاذ، أمّا بعد دخولها حيز التنفيذ في أول أبريل عام 1991م، أصبح تحديد مركز الثقل في العلاقة العقدية، يتم من خلال عناصر موضوعية، أي بالرجوع لقانون الدولة الأوثق صلة بالعقد موضوعيا Objectivement.[1]

حيث تقضي المادة 1/4 من اتفاقية روما بأنه:"في الحدود التي يتم فيها تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد....يسري على العقد قانون البلد الذي له به أكثر الروابط وثوقًا..."،[2] وهو ما أكدته أيضًا المادة 1/28 من القانون الدولي الخاص الألماني لعام 1986م،[3] والسويسري لعام 1987 في المادة 1/117 منه[4] والفقرة 188 من تنازع القوانين الأمريكي، حيث عبرت عن ذلك بقولها The Most signifiant Relationship وكذلك القانون الصيني الجديد لعام 1999م، الخاص بالعقود الدولية[5]

وإذا كان للقاضي – على هذا النحو- تحديد القانون الأوثق صلة بعقد الاستثمار التكنولوجي، فما الضوابط التي يستطيع الاستعانة بها عند تحديده لهذا القانون؟ هذا ما سنعالجه في العنصر الموالي.

---

[1] Foyer Jacques, Entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, Clunet 1991, pp607-608.

[2] راجع نص الاتفاقية باللغة الانجليزية منشور على الرابط الالكتروني التالي:
http://www.jus.uio.no/lm/ec.applicable.law.contracts.1980/doc.html

[3] راجع نص القانون منشور في:
Rev.Crit, 1987, pp 171.

[4] راجع الق د خ السويسري منشور على الرابط الالكتروني التالي:
/http://www.admin.ch/ch/f/rs/291

[5] حيث تقضي المادة 126 منه بأنه:"في حالة عدم وجود القانون الواجب التطبيق، يسري على العقد قانون البلد الذي له به أكثر الروابط وثوقًا". نقلاً عن: السيد عبد المنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 98.

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية

الفرع الثاني: ضوابط تحديد القانون الأوثق صلة بالعقد

يمكن التكلم هنا عن ضوابط جامدة وأخرى مرنة.

أولا: الضوابط الجامدة: تتمثل الضوابط الجامدة، في إسناد العقد عند غياب الاختيار الصريح أو الضمني من قبل الأطراف، لضوابط إسناد محددة سلفًا ومعلومة للأطراف، حددها المشرع ورتبها بحيث إذا لم توجد إحداها انتقل القاضي للضابط الذي يليها... وهكذا، فهي ضوابط يكون الفرض فيها محددًا تحديدًا دقيقًا، والحل أيضًا بحيث لا يملك القاضي أدنى سلطة تقديرية، سواء في تحديد مدى انطباق الضابط أو نوع الحل الذي يترتب على انطباقه.

وقد أخذت العديد من التشريعات بهذه الضوابط، ومنها القانون المدني الجزائري الذي نص في المادة 18 الفقرة 3 و4 منه على: "..وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد..."

فبعدما نص المشرع الجزائري في الفقرة 1 من ذات المادة على قانون الإرادة كضابط أصلي يلزم القاضي بالرجوع إليه في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، وعبر عليه بالقانون المختار من المتعاقدين وأقرنه بشرط توافر صلة بينه وبين المتعاقدين أو العقد، كما بينا ذلك سابقًا.

يأتي دور الضوابط الاحتياطية، والتي يرجع إليها في الحالة التي لا يوجد فيها اتفاق على القانون الواجب التطبيق، ويصعب على القاضي التوصل إلى الإرادة الضمنية، وهذه الضوابط جاءت وفق ترتيب يفيد الأولوية فأمام انعدام الاتفاق يتم الرجوع إلى موطن الأطراف أو جنسيتهم بحسب الأحوال، فإذا لم يتحقق هذا الاتحاد تم الرجوع إلى قانون الدولة التي يتم فيها إبرام العقد.

وتجدر الإشارة إلى أنه هناك من التشريعات من أدرجت ضابط آخر من الضوابط الجامدة، وهو ضابط محل تنفيذ العقد،[1] نذكر منها: الق د خ التركي لعام 1982م في المادة 24، التي تقضي بأنه:

"إذا لم يوجد اختيار صريح من قبل الأطراف، يسري على الالتزام التعاقدي مكان تنفيذ العقد..."

والواقع أن الأخذ بهذه الضوابط الجامدة من شأنه أن يمكن الأطراف من معرفة القانون الواجب التطبيق على العقد مقدمًا الأمر الذي من شأنه أن يحقق لهم الأمان القانوني الذي ينشدونه ويصون لهم على هذا النحو توقعاتهم المشروعة من ناحية والاستقرار المتطلب للتجارة الدولية من ناحية أخرى.

[1] يعد الفقيه الألماني SAVIGNY هو أول من نبه الأذهان إلى أهمية إسناد العقود الدولية إلى قانون محل تنفيذها، نقلاً عن: أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع "أصولاً ومنهجًا"، ط1، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، 1996، ص 1106.

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية

غير أنه مما يؤخذ على هذه الضوابط أنها تتجاهل الطبيعة الخاصة بكل عقد، وكثيرًا ما لا تعبر عن مركز الثقل في العلاقة التعاقدية، الأمر الذي يبدو، على حد تعبير الفقه، نشازًا في إطار المنهج العام لقواعد تنازع القوانين التي تربط قاعدة الإسناد بمركز الثقل في العلاقة.[1]

ومن جانبنا نرى بأن هذه الضوابط تشكل عقبة رئيسية في تطوير الحلول، وملاحقة مستجدات الفن القانوني الذي تفرضه العقود الحديثة التي ظهرت في عصر التكنولوجيا، ومن ثم فهي لا تصلح لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار التكنولوجي الذي يتميز بطبيعة خاصة لا تسمح بإدراجه تحت أي من طوائف العقود المسماة.

وبصرف النظر عن الضوابط الجامدة، ومدى صلاحية الأخذ بها، ظهرت ضوابط الإسناد المرنة التي يمكن الاستعانة بها والتي يراعى فيها طبيعة العقد محل النزاع، ونتعرض لتلك الضوابط فيما يلي:

ثانيا: الضوابط المرنة: تسعى هذه الضوابط وعلى عكس الضوابط الجامدة إلى مزيد من المرونة في الإسناد، وذلك حسب مقتضيات التعاقد ودواعيه في كل حالة على حدا، سعيا وراء إدراك العدالة على نحو أفضل، حيث يقوم القاضي وفقًا لهذه الضوابط بالبحث في كل حالة على حدى عن أقرب القوانين صلة بالرابطة العقدية، والذي يعبر عن مركز الثقل في هذه الرابطة كما تشير به ظروف التعاقد وملابساته، فالقانون المناسب هو ذلك الذي أشار إليه العقد فعلاً.

وعلى هذا النحو فإن الاتجاه الذي ينادي بإعمال هذه الضوابط في الإسناد، والذي قاده الأستاذ الفرنسي باتيفول متأثرًا في ذلك بالقضاء الإنجليزي، كما أخذ به القضاء الفرنسي الحديث قبل نفاذ اتفاقية روما في فرنسا، قد أراد التوصل إلى إسناد العقد إلى أوثق القوانين صلة به في ضوء ظروف التعاقد في كل حالة على حدى.

وعلى الرغم من المزايا الواضحة لهذه النظرية أهمها تفادي الإسناد الجامد والمحدد سلفًا ومحاولاتها لإدراك العدالة على نحو أفضل، إلا أن خطورتها تكمن في تضحيتها بالأمان القانوني الذي ينشده المتعاقدون، والذي تهدف إليه قواعد القانون الدولي الخاص، حيث يتعذر على الأطراف العلم المسبق بما سينتهي إليه القاضي عند تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، وذلك في ضوء الظروف الواقعية، والتي قد يصعب عليهم معرفتها والإلمام بها، وما عسى أن يستخلصه القاضي منها، ولذا تحولت الأنظار –وبصفة خاصة– بعد دخول اتفاقية روما لعام 1980م حيز النفاذ في أول أبريل 1991م نحو نظرية التركيز الموضوعي للعقد بمقتضى فكرة الأداء المميز، كضابط إسناد مرن، يمكن أن يحقق للمتعاقدين العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق على العقد، بمقتضى تحديد الشخص المدين بالأداء الأكثر

[1] عكاشة عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية (دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1994، ص 60.

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية
موقع المجلة عبر البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية، وفق الرابط التالي: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/304

تميزًا في العقد،[1] فما مدى ملائمة هذه الفكرة لعقود الاستثمار التكنولوجي؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال المطلب الموالي.

المطلب الثاني: نظرية الأداء المميز وتطبيقاتها على عقد الاستثمار التكنولوجي

فكرة الأداء المميز –بصفة عامة– من الأمور التي يصعب أن نضع لها تعريفًا جامعًا مانعًا، أو نُصيغ لها قاعدة تجمع السمات الرئيسية لها، وإنما يتوقف الأمر على تحليل كل عملية تعاقدية للوقوف على طبيعة الأداء المميز أو الأكثر تميزًا فيها، بمعنى أنها تقوم عند تحديد القانون الأوثق صلة بالعقد إلى تفريد معاملة عقود الاستثمار، حسب الوزن القانوني والأهمية الواقعية والفعلية للأداء أو الالتزام الأساسي في العقد ومكان الوفاء به، أو تقديمه.

أي أنه عند انتفاء الإرادة يتوجب على القاضي من أجل تحديد القانون الذي يحكم العقد أن يقوم بالتركيز الموضوعي للرابطة العقدية في ضوء طبيعتها الذاتية، والتي يمكن من خلالها أن نحدد منذ البداية الأداء المميز فيها، أي الالتزام الجوهري الذي يفرضه العقد.

حيث يتم إسناد العقد في مجموعه إلى محل التنفيذ المفترض لهذا الأداء الرئيسي، والذي يعد على هذا النحو مركزًا للرابطة العقدية في مجموعها.[2]

وقد أخذت بنظرية الأداء المميز اتفاقية روما لعام 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، وذلك في المادة 4 منها، كما جاءت التشريعات الوطنية المقارنة في إطار العقود الدولية، مؤكدة على الأخذ بنظرية الأداء المميز، وعلى اعتبار القانون الأوثق صلة، هو قانون الدولة التي يتواجد بها محل الإقامة العادية للمدين بالأداء المميز، وذلك في كل مرة يتخلف فيها الاختيار الصريح أو الضمني المؤكد لقانون العقد، ونذكر من هذه التشريعات: الق د خ السويسري لسنة 1987 وذلك في المادة 117 منه، وقد وضع المشرع السويسري بعض الأمثلة التي يتم من خلالها تحديد صاحب الأداء المميز في بعض العقود حيث أشارت الفقرة 3 من المادة 117، في البند b منها بأنه:" في العقود المنصبة على استعمال شيء أو حق، يكون أداء الطرف الذي يمنح الاستعمال أو المنفعة..." هو صاحب الأداء المميز.

أمّا عن موقف التشريع الجزائري، فقد اعتمد المشرع في المادة 2/18 و3 من القانون المدني السابق ذكرها على ضوابط إسناد جامدة، وذلك عند غياب الاختيار للقانون الواجب التطبيق على العقد وبتمعن جيد في هذه الضوابط نجد أن المشرع قد أغنانا عناء البحث عن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية فيما لو سكت المتعاقدون عن

[1] السيد عبد المنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص ص 123-124.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 199.

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية
موقع المجلة عبر البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية، وفق الرابط التالي: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/304

إعلان رغبتهم الصريحة في تطبيق قانون معين وتعذر على القضاء استخلاص إرادتهم الضمنية من ظروف وملابسات الحال.

وهذا الموقف من المشرع الجزائري يخالف ما استقرت عليه الاتجاهات الفقهية والقضائية والتشريعات المقارنة الحديثة، ولذا نتساءل هنا عن إمكانية أن يؤدي الاجتهاد في إطار القاعدة الخاصة بالعقود الدولية الواردة في المادة 18 إلى مراعاة الخصوصية التي تتمتع بها العقود الدولية الحديثة والتي من بينها عقود الاستثمار التكنولوجي.

وإن كنا نعتقد هنا أن الأمر يتطلب وضع قواعد إسناد تفريدية عند غياب الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على تلك العقود، وعليه يطرح تساءل آخر بهذا الخصوص، عن مدى الاستفادة من القانون المقارن في تبني فكرة الأداء المميز، وتطبيق القانون الذي له بالمسألة أكثر الروابط وثوقًا، وهي فكرة تجد رواجًا في التقنينات المقارنة الحديثة، كما سبق الإشارة إلى ذلك وحبذا لو أشار المشرع الجزائري على وجه عام إلى فكرة الأداء المميز.

وهكذا فإن نظرية الأداء المميز في العقد تقوم على تحليل موضوعي بحت للطبيعة الذاتية للعقد وصولاً إلى تحديد الالتزام الرئيسي فيه، حتى يمكن للقاضي في ضوء ذلك إسناد الرابطة العقدية لقانون محل إقامة المدين بهذا الالتزام عند التعاقد أو مركز إدارته فيما لو كان شخصًا اعتباريًا بوصفه الحل المفترض لتنفيذ هذا الأداء.

وهو الحل الذي أخذ به بالنسبة لعقد نقل التكنولوجيا المشرع المصري في المادة 87 من قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 حيث تنص على أنه:"...2- في جميع الأحوال يكون الفصل في موضوع النزاع بموجب أحكام القانون المصري...."[1].

وانطلاقًا مما سبق فإننا نرجح الأخذ بهذه النظرية في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار في حالة سكوت أطراف العقد عن اختيار هذا القانون، وذلك للمزايا العديدة التي تتسم بها هذه النظرية والتي من أهمها مراعاتها للطبيعة الذاتية للرابطة العقدية على نحو يجعلها أقرب المناهج لمراعاة الطبيعة الخاصة لهذه العقود.

الخاتمة:

تعتبر مسألة القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار التكنولوجي من المسائل الشائكة في القانون الدولي الخاص، نظرًا للطبيعة الخاصة لهذا النوع من العقود والناجمة عن ارتباطه بالخطط التنموية للدولة المضيفة والتفاوت في المراكز القانونية والاقتصادية لأطرافه، ويظهر من خلال ما تمت دراسته أنّ عقد الاستثمار التكنولوجي يخضع مثل بقية العقود الدولية لقاعدة قانون الإرادة، إذ أن وجود الدولة في العقد لا يؤثر في خضوعه لقاعدة قانون الإرادة، فالدولة مثلها مثل أي متعاقد آخر يمكن أن تخضع لمبدأ سلطان الإرادة.

[1] راجع نص القانون منشور في الجريدة الرسمية المصرية، عدد 19 مكرر، مايو سنة 1999.

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية
موقع المجلة عبر البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية، وفق الرابط التالي: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/304

ولقد تعددت النظريات بخصوص القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار التكنولوجي في حالة سكوت الأطراف على تحديده، إلا أننا رجحنا الأخذ بنظرية الأداء المميز، نظرًا للمزايا التي تتسم بها والتي من أهمها مراعاتها للطبيعة الذاتية للرابطة العقدية على نحو يجعلها أقرب المناهج لمراعاة الطبيعة الخاصة لهذه العقود.

ومن هذا المنطلق نرى أنه من الأجدر أن يتضمن القانون الجزائري قاعدة إسناد تنص على فكرة الأداء المميز في مجال العقود الدولية ذات الطبيعة الخاصة والمركبة كما هو الحال بالنسبة لعقود الاستثمار التكنولوجي، نظرًا لمراعاتها للطبيعة الخاصة لها، وهذا أقل ما يمكن القيام به من أجل تحسين صورة الجزائر لدى المستثمر الأجنبي وإقناعه بجدوى الاستثمار فيها بالترويج عن الفرص الاستثمارية والمزايا المرتبطة بها، لأن صورة الجزائر لدى المجتمع المدني الاستثماري ليست بالموائمة والملائمة، وهذا ما أسفرت عنه تقارير دولية صادرة عن هيئات متخصصة مثل البنك الدولي، والذي عادة ما يصنف الجزائر في مراتب متأخرة فيما يتعلق بممارسة أنشطة الأعمال، فهي حسب آخر تقرير صادر عنه (Doing Business) والمتعلق بسنة 2019 صنفها في المرتبة 157 ضمن 190 دولة.

قائمة المصادر والمراجع:

- ابراهيم موسى، انعكاسات العولمة على العقود التجارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع "أصولاً ومنهجًا"، ط1، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، 1996.
- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية، القانون الواجب التطبيق وأزمته) ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000-2001.
- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.
- السيد عبد المنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2018.
- بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، ط1 منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.
- بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية
موقع المجلة عبر البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية، وفق الرابط التالي: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/304

– جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2001.

– حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.

– عاطف محمد الفقي، التحكيم التجاري المتعدد الأطراف(دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007.

– عكاشة عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية (دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1994.

– لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقًا لقانون الاجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومة للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر، 2012

– محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة، (دراسة مقارنة)، ط1، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2013.

– محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، جلال حزى وشركاه، الاسكندرية، 2000.

– مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي (دراسة مقارنة) ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.

– هاني محمد كامل المنايلي، اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية (دراسة على الدول العربية)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011.

– هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014.

- Foyer Jacques, Entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, Clunet 1991.

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية