مجلة الحقوق والحريات

العدد الثالث

ديسمبر 2016

القانون الواجب التطبيق على عقد الإستثمار التكنولوجي في التشريع الجزائري

الأستاذة وردة شرف الدين

أستاذ مساعدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة محمد خيضر (بسكرة) – الجزائر

الملتقى الدولي السادس عشر حول: "الضمانات القانونية للاستثمار في الدول المغاربية"

المنعقد يومي 23/22 فيفري 2016

من طرف مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة

ومخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع

قسم الحقوق - كلية الحقوق والعلوم السياسية -

جامعة محمد خيضر - بسكرة -

مقدمة:

يبرم عقد الاستثمار بين دولة كشخص من أشخاص القانون الدولي ومستثمر أجنبيا[1]، فإذا كانت البلدان النامية تتمسك بتطبيق قانونها الوطني على العلاقة العقدية من أجل ضمان امتيازاتها كسلطة عمومية والدفاع عن سيادتها، تحاول البلدان المتقدمة وشركاتها المتعددة الجنسيات وضع حدود لهذه السيادة وذلك من خلال تمسكها بشرط التجميد التشريعي أحيانا[2]، وأحيانا أخرى تحاول تفادي القانون الداخلي للدولة المضيفة والمحاكم الوطنية لهذه الدولة، فتتمسك بضرورة خضوع العقد للقانون الدولي أو قانون عبر دولي[3].

لم يعد مفهوم الاستثمار قاصرا على حركة رأس المال النقدي أو العيني، إنما أصبح مفهوما شاملا لوسائل الإنتاج كافة في حركتها عبر الحدود الدولية، فالتكنولوجيا في الوقت الراهن –بلا شك– تعد وسيلة الإنتاج الأولى، فالعلاقة بين التكنولوجيا والاستثمار ليست مجرد علاقة نظرية فحسب، إنما هي علاقة يؤكدها الواقع العملي، إذ أن العديد من الدول المتقدمة والنامية تبني سياستها التشريعية إزاء الاستثمارات على أساس تقييم العنصر التكنولوجي في عملية الاستثمار ذاتها.

فما المقصود بالاستثمار التكنولوجي وما مدى أهميته في تحقيق التنمية الإقتصادية؟ وما مدى أخذ المشرع الجزائري بهذا النوع الحديث من الاستثمار؟ وما هو القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار التكنولوجي؟ وما هو القانون الواجب التطبيق على هذا النوع من ألاستثمار في التجربة الجزائرية؟.

---

[1] – حيبوط محمد وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، الجزائر، دار هومة، الطبعة الثانية، 2014، ص 203.

[2] – يتمسك المستثمر الأجنبي بإدراج شرط التجميد التشريعي لتفادي التعديلات في القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية والتي تقوم بها الدولة تحقيقا لأهدافها الإقتصادية ومسايرة لتطوراتها في مختلف المجالات. بحيث يكون المستثمر الأجنبي على علم بالقواعد القانونية التي ستبقى تنظم علاقاته مع الدولة، مما يسمح له بضمان مردودية وأمن الاستثمار الذي يبقى خاضعا للشروط التي أنجز فيها. أنظر في ذلك: عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 2016-2017.

[3] – حيبوط محمد وعلي، المرجع السابق، ص 223-224.

المبحث الأول: ماهية عقد الاستثمار التكنولوجي

المطلب الأول: التعريف بالتكنولوجيا

سنحاول التعرف على المعنى الاصطلاحي الاقتصادي والقانوني للتكنولوجيا. وعلى وفق الآتي:

الفرع الأول: الاصطلاح الاقتصادي

طرحت عدة تعاريف على المستوى الإقتصادي للتكنولوجيا فعرفت بأنها (مجموعة الظواهر التي تشكل جزء من المشروع الصناعي والتي تعتبر بصفة مباشرة نتاجا للعلم، وبعبارة أخرى التكنولوجيا هي علم التحسينات المنظمة). وهناك من عرفها بأنها (الطريقة التي يتم بواسطتها تحويل الموارد إلى منتجات) [1]. وقيل أيضا أن التكنولوجيا (اصطلاح يقصد به الدراسة الرشيدة للفنون الصناعية) أو هي (القدرة على الابتكار وإنشاء واستخدام وتكميل وإتقان الفنون الصناعية المختلفة)[2]

والملاحظ أن التعريف الإقتصادي يعتبر التكنولوجيا التطبيق المنظم للمعرفة العلمية في مجال الأنشطة الإنتاجية العملية...، ولذلك فالتكنولوجيا هي التطبيق العملي على نطاق تجاري وصناعي للاكتشافات والاختراعات العلمية التي يتمخض عنها البحث العلمي. [3].

يفرق بعض الإقتصاديين بين فكرتي التقنية والتكنولوجيا، فالتقنية في نظرهم تشكل المنهج أو الأسلوب المستخدم في الإنتاج، بينما تشكل التكنولوجيا مجموع الخصائص المتعلقة بالآلات والمنتجات وتنظيم الإنتاج، فالتقنية تتعلق بعملية الإنتاج نفسها، في حين أن التكنولوجيا تشمل المعارف الفنية اللازمة لعملية الإنتاج من بدايتها إلى نهايتها[4].

[1] – مرتضى جمعة عاشور، عقد الإستثمار التكنولوجي، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2010، ص 29.

[2] – صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2005، ص 6.

[3] – مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 29-30.

[4] – نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992ن ص 20

الفرع الثاني: الاصطلاح القانوني

اختلف فقهاء القانون في تعريف التكنولوجيا نتيجة لاختلاف الزاوية التي ينظر منها كل منهم، فهناك من عرفها بأنها (مجموعة المعارف والمهارات اللازمة لصناعة منتج معين بالإضافة إلى المعلومات والمعرفة اللازمة لإنشاء الوحدات الصناعية الواجب توافرها للحصول على هذا المنتج)[1]. كما عرفها آخرون بأنها (مجموعة المعارف العلمية والخبرات والمهارات المكتسبة في مشروع ما، والتي طبقت في العملية الإنتاجية ويحتفظ بها المشروع سرا لزيادة قدرته التنافسية، لما لها من أثر في تحسين منتجاته أو تقليل نفقاته)[2] كما تعرف التكنولوجيا بأنها (أفكار تتعلق بتطبيقات عملية في مجال الصناعة يترتب علها تقدم واضح في مستوى الفن الصناعي، وذلك بالقياس إلى الحالة السابقة لاكتشاف الفكرة)[3].

وقد عرفه مؤتمر الأمم المتحدة للتنمية والتجارة (كل ما يمكن أن يكون محلا لبيع أو تبادل على وجه الخصوص براءات الاختراع والعلامات التجارية والمعرفة الفنية غير الممنوحة عنها براءت أو علامات أو القابلة لهذا وفقا للقوانين التي تنظم براءات الاختراع والعلامات التجارية والمهارات والخبرات التي لا تنفصل عن أشخاص العاملين والمعرفة التكنولوجية المتجسدة في أشياء مادية وبصفة خاصة المعدات والآلات)[4]

المطلب الثاني: التعريف بالاستثمار التكنولوجي

إزاء هذا الارتباط بين التكنولوجيا والاستثمار، فقد عمد بعض المشرعين إلى تنظيم استيراد عنصر التكنولوجيا بذات التشريع المنظم لدخول الاستثمارات الأجنبية إلى إقليم الدولة، ومن ذلك ما نصت عليه المادة الخامسة من قانون تشجيع الاستثمار السوداني لسنة 1999 بنصها (المال المستثمر، يقصد به... الحقوق المعنوية وحقوق الملكية الفكرية ويتضمن حقوق النشر والعلامات التجارية وبراءات الإختراع والتصميمات

---

[1] - مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 30.

[2] - بشار محمد السعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2006، 57

[3] - مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 31.

[4] - مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 30-31، أنظر كذلك: عيسى الصمادي، الإثبات في عقد نقل التكنولوجيا -عبر شبكة الإنترنت-، مقال منشور ضمن مجلة: دراسات قانونية، دورية فصلية تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعلمية، العدد 06، الجزائر، دار الخلدونية، فيفري 2010، ص 58.

الصناعية التي تستخدم في المشروع على أن تكون تلك الحقوق مسجلة وفقا لأحكام القانون الخاص بكل منها، يملكها المستثمر، أو مرخص له باستخدامها من جانب من يملكها)[1].

كذلك ما نصت عليه المادة 21 من قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006، بقولها: (يتكون رأس المال المشمول بأحكام هذا القانون مما يأتي:... ثانيا-ج- الحقوق المعنوية التي تشمل براءات الاختراع والعلامات التجارية المسجلة والمعرفة الفنية والخدمات الهندسية والإدارية والتسويقية وما في حكمها)[2].

كما نص القانون الفرنسي رقم 1008-66 في 28 كانون الأول/ ديسمبر 1966 بصدد تنظيم المناقلات المالية مع الأجانب، ثم الحق بذلك القانون مرسوم رقم 78-67 في 27 من كانون الثاني يناير 1967، ليعرف فيه الاستثمار في رأس المال، فانطوى ذلك التنظيم على قواعد مختلفة للتطبيق على العقود التي تعتمد على النزول عن حقوق الملكية الصناعية وتقديم المساعدات التقنية، وبدت فيه التفرقة واضحة في التعامل مع التكنولوجيا ورأس المال، ورغم إلغاء ذلك المرسوم بآخر سنة 1970، إلا أنه حافظ على تلك التفرقة بين عنصري التكنولوجيا ورأس المال[3].

وقد صدر قانون التجارة المصري الجديد رقم 17 لسنة 1999، متضمنا فصل أول بعنوان نقل التكنولوجيا من الباب الثاني، وذلك في المواد من 72 إلى 87، وعرف عقد نقل التكنولوجيا في المادة (73) منه بأنه: (عقد نقل التكنولوجيا اتفاق يتعهد بمقتضاه (مورد التكنولوجيا) بأن ينقل بمقابل معلومات فنية إلى (مستورد التكنولوجيا) لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو لتركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات، ولا يعتبر نقلا للتكنولوجيا مجرد بيع أو شراء أو تأجير أو استئجار السلع، ولا بيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص باستعمالها، إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل تكنولوجيا أو كان مرتبطا بها)[4].

---

[1] – هذا القانون متوفر من خلال الموقع الإلكتروني بتاريخ: 2016/01/26:
file:///C:/Users/user/Downloads/invest%20sodan.pdf

[2] – هذا القانون متوفر من خلال الموقع الإلكتروني بتاريخ: 2016/01/26:
file:///C:/Users/user/Downloads/InvestmentLawAr.pdf.

[3] – مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 38.

[4] – هذا القانون متوفر من خلال الموقع الإلكتروني *بتاريخ 2016/01/26*:
www.wipo.int/wipolex/ar/details.jsp?id=13558.

أما على المستوى الدولي، فيلاحظ أن معاهدات الاستثمار درجت على التوسع في مفهوم الاستثمار، بحيث لم يقتصر على الاستثمارات النقدية أو المالية المنظورة، بل يشمل كل اسهام في المشروع عن طريق تقديم أصول فيه، سواء كانت هذه الأصول مادية وملموسة أم لم تكن كذلك (كحقوق براءات الاختراع)، فلم تضع تعريفا مانعا لاصطلاح الاستثمار، وذلك لتترك قدرا من المرونة للمعاهدة، من أجل أن تستوعب الأشكال الجديدة من الاستثمارات التي قد تظهر في ظل التغيرات المستمرة في المعاملات التجارية، حيث يلاحظ وفي ظل تطور العلاقات الاقتصادية الدولية، ظهرت أشكال جديدة من الاستثمار، مثل عقود تسليم مفتاح وعقود الخدمات وعقود المساعدة التقنية، ولا شك في أن هذه الأشكال تثري مفهوم الاستثمار وتوسع نطاقه[1].

المطلب الرابع: التعريف بعقد الإستثمار

فقد وصفها أحد الأساتذة بأنها (العقود المبرمة من قبل الدولة أو الهيئات التابعة لها مع طرف خاص أجنبي في حقل الإستثمار). أو هي: (كل العقود التي تبرمها الدولة مع شخص من أشخاص القانون الخاص الأجنبي، والتي تتعلق بمباشرة الأنشطة التي تدخل في إطار خطط التنمية الاقتصادية للبلاد)[2].

تبرم الدولة في سعيها إلى تحقيق تنميتها الاقتصادية العديد من العقود اللازمة لذلك مع المستثمرين الأجانب بحسب حاجتها لتنفيذ خططها الاقتصادية. وهي قد تقوم بإبرام هذه العقود بطريقة مباشرة عن طريق قيام من يمثلها (رئيس الدولة-رئيس الوزراء-أحد الوزراء) بإبرامها، أو بطريقة غير مباشرة عن طريق قيام إحدى المؤسسات أو الهيئات العامة التابعة لها بإبرامها)[3].

وأن يكون الطرف الثاني المتعاقد مع الدولة مستثمرا أجنبيا منتميا لدولة أجنبية أخرى، ويستوي في ذلك أن يكون هذا المستثمر شخصا طبيعيا أو شخصا اعتباريا[4].

---

[1]- مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، 39.

[2]- بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 12.

[3]- بشار محمد السعد، المرجع السابق، ص 15، كما نصت على ذلك: المادة 1/25 من اتفاقية واشنطن لعام 1965 المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

[4]- نصت على ذلك: المادة 2/25 من اتفاقية واشنطن لعام 1965.

المطلب الخامس: فوائد الاستثمار التكنولوجي[1]

إن التطور التقني الناتج عن نقل التكنولوجيا يساعد في تحقيق السرعة في التنمية الاقتصادية والاستثمارات الأجنبية يمكن أن تساهم في سد النقائص الموجودة في هذا المجال نظرا للتكنولوجيا المتطورة التي تستعملها في التنظيم والتسيير والإنتاج، لأن الاستثمار تصاحبه عادة تقنيات في الإنتاج وخبرة في التنظيم والتسيير التي تعتبر معايير للتطور التقني.

يتم نقل التكنولوجيا بطرق مختلفة منها:

أولا – شراء المعرفة الفنية عن طريق التراخيص.

ثانيا – اتفاقيات المعرفة الفنية بين البلدان النامية والبلدان المتقدمة (ثنائية ومتعددة الأطراف)

ثالثا – الاستثمارات الخاصة التي تستخدم تكنولوجيات عالية ومتطورة.

أكدت الجمعية العامة للأمم المتحدة على واجبات البلدان المتقدمة في هذا المجال، بحيث ألحت على ضرورة تسهيل الخيارات التكنولوجية على البلدان النامية وتطوير التعاون الدولي في هذا المجال وأكدت على ضرورة أن يكون ذلك مجانا نظرا لأهميته في تحقيق تقرير المصير الاقتصادي للشعوب.

المطلب السادس: دوافع الجزائر من اللجوء إلى الاستثمار التكنولوجي[2]

إن تحقيق التنمية الاقتصادية يتطلب اكتساب مستوى تكنولوجي مقبول. لكن للأسف، فإن البلدان النامية لا تملك القاعدة العلمية الضرورية لذلك، فاضطرت إلى استيراد تكنولوجيا من الخارج باتباع أساليب مختلفة في التعاون الاقتصادي، ولقد ترتب عن ذلك بقاؤها في تبعية تكنولوجية للبلدان المتقدمة.

إذا كانت البلدان النامية تملك الموارد والثروات الطبيعية والطاقات البشرية الضرورية لاستغلال مواردها الطبيعية والانتفاع بها. لأن رأس المال والخبرة الفنية والعلمية تعتبر شروطا أساسية لتصنيع البلدان النامية.

إن الحاجة إلى التكنولوجيا قد دفعت الجزائر إلى فتح اقتصادها على الشركات الأجنبية من أجل الاستفادة من خبرتها ومعرفتها التقنية والعلمية.

---

[1] – مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص ص 162-164.

[2] – عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص ص 159-160.

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار التكنولوجي

من المتوقع أن ينشأ نزاع بين أطراف عقد الاستثمار وتعزى أسباب النزاع بين هؤلاء الأطراف إما إلى إخلال أحد الأطراف بالتزاماته في عقد الاستثمار وإما إلى التفسير الخاطئ لأحد العاقدين الأمر الذي يتطلب معه وجود وسائل لحل النزاع عند حدوثه بين طرفي عقد الإستثمار.

لا شك أن هذا النزاع قد يتم تسويته بينهما وديا وبشكل مباشر ولكن قد يصر كل طرف من أطراف العقد على رأيه من دون التوصل إلى حل لهذا النزاع الأمر الذي يستدعي عرض النزاع على القضاء[1].

مهما كانت الآلية التي اتبعها أطراف عقد الاستثمار لتسوية نزاعهم، فإن حل النزاع تتطلب الوقوف على القانون الواجب التطبيق على الواقعة، والصعوبة التي تقف أمام المحكمين والقضاة هو التوصل إلى هذا القانون نظرا لوجود الطرف الأجنبي في عقد الاستثمار.

فقد نصت المادة 17 من قانون الاستثمار في الجزائر (يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يكون بسبب المستثمر أو بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده، للجهات القضائية المختصة إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم أو في حالة وجود اتفاق خاص ينص على بند تسوية أو بند يسمح للطرفين بالتوصل إلى اتفاق بناء على تحكيم خاص).

حماية المستثمرين الأجانب قضائيا، فقد حرصت الدولة الجزائرية على المصادقة على إتفاقية واشنطن الدولية لسنة 1965 والتي أنشأت المركز الدولي لتسوية المنازعات في مجال الإستثمارات بين الدول المضيفة للإستثمار ورعايا الدول الأخرى وعلى إتفاقية نيويورك الدولية لسنة 1985، والمتعلقة بالإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية أما عربيا، لا بد وأن نشير إلى الإتفاقية العربية الموحدة لسنة 1980 والمتعلقة بنقل رؤوس الأموال العربية من وإلى البلدان العربية وكذلك إلى الإتفاقية العربية للتعاون القضائي لسنة 1983. أما مغاربيا، فقد إنضمت الجزائر إلى إتفاقيتين مغاربتين، الأولى وهي الإتفاقية المغاربية لتشجيع وضمان الإستثمار بين دول إتحاد المغرب العربي لسنة

[1] – مرتضى حسين إبراهيم السعدي، النظام القانوني لشركات الاستثمار المالي، دراسة تحليلية مقارنة، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2011، ص ص 130-131.

1990. أما الثانية فهي الإتفاقية المغاربية للتعاون القانوني والقضائي لدول الإتحاد المغرب العربي لسنة 1991. وكل هذه الإتفاقيات التي أشرنا إليها قد خصصت بابا خاصا بتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار إن لم نقل قد نظمت طرق تسويتها في أدق تفاصيلها. إلى جانب تنصيصها على الحلول الودية، سواء أكانت مفاوضات أو توفيق أو مفاوضات وتوفيق معا.

وعليه نص المشرع الجزائري بموجب المادة السابقة على طرق تسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار، وهي المصالحة والتحكيم في حالة وجود بند للتسوية أو اتفاق خاص بالتحكيم، كما يمكن اللجوء إلى المحاكم القضائية المختصة، دون تحديد هذه الهيئات، إلا أنها لا يمكن أن تعني إلا الهيئات التحكيمية الدولية مثل هيئة التحكيم التابعة للمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار، إلا أنه لا أحد ينكر أن اللجوء إلى المحاكم الوطنية لم يكن غائبا وإن كانت التفسيرات المعطاة غالبا ما تصب في اتجاه القضاء التحكيمي.

ويختلف القانون الواجب التطبيق على النزاع المتعلق بعقد الإستثمار على حسب آلية تسوية النزاع الذي تم اللجوء إليها من قبل الطرفين، وسنتعرض لذلك من خلال:

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق في حال عرض النزاع على التحكيم

يلجأ الأطراف في عقود الاستثمار التكنولوجي إلى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن هذه العقود، ليس فقط للمزايا العديدة التي يقدمها وإنما، في الأساس، لأسباب تتعلق بذات عقود الاستثمار التكنولوجي، ما يدفع أطراف عقود الاستثمار التكنولوجي إلى اللجوء إلى التحكيم باعتباره قضاء محايدا يسعى إلى التوفيق بين مصالحهم المتعارضة[1]. ولحل النزاع المعروض بين أطراف عقد الاستثمار، يلجأ المحكمين إلى ضرورة معرفة القانون الواجب التطبيق على الواقعة.

الفرع الأول: مفهوم التحكيم

التحكيم هو: (نظام قضائي خاص، يختار فيه الأطراف قضاتهم، ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق أو شرط خاص مكتوب بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل، بينهم بخصوص علاقتهم التعاقدية أو غير التعاقدية ذات الطابع الدولي، والتي يجوز تسويتها بطريق التحكيم بإنزال حكم القانون عليها وإصدار قرار قضائي ملزم)[2].

[1] – مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص ص 418-419.

[2] – المرجع نفسه، ص 422.

وللتحكيم شكلين[1]:

الأول- شرط التحكيم: وهو نص وارد ضمن نصوص عقد معين، يقرر اللجوء إلى التحكيم بوصفه وسيلة لحل المنازعات التي قد تثور بين المتعاقدين حول العقد وتنفيذه.

الثاني مشارطة التحكيم: أي اتفاق يبرمه الأطراف منفصلا عن العقد الأصلي وذلك للجوء إلى التحكيم في صدد نزاع قائم.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق[2]

اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق يستند إلى اختيار الأطراف، فإن هذا الإختيار يمكن أن يكون صريحا، وقد لا يعبر أطراف النزاع صراحة عن إرادتهم في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، لذا يلجأ المحكم أو هيأة التحكيم إلى البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف في تحديد للقانون الواجب التطبيق على النزاع المطروح إمامه. وفي حالة انعدام الاختيار فإن فقه القانون الدولي الخاص يطرح نظريتين وهما نظرية التركيز الموضوعي ونظرية الأداء المميز.

وسنتطرق جيدا للقانون الواجب التطبيق من قبل المحكم على النزاع المتعلق بعقد الاستثمار التكنولوجي، عند الحديث عن القانون الواجب التطبيق أمام المحاكم الوطنية في المطلب الثالث من هذا المبحث.

والسؤال المطروح هنا وفي حال عدم نص الأطراف في اتفاق التحكيم على القانون البلد الذي سيبحث المحكم في إطار قوانين تنازعه على القانون الواجب التطبيق على النزاع، فأي قانون سيلجأ له المحكم في هذه الحالة؟

اختلف الفقهاء في الإجابة عن هذا السؤال، فمنهم من ذهب إلى تطبيق قواعد تنازع القوانين للبلد الذي يجري فيه التحكيم.

وذهب اتجاه آخر إلى تطبيق قواعد تنازع القوانين للبلد المحكم وهذا مرجعه إلى أن أطراف عقد الاستثمار التكنولوجي عند اختيار هيأة التحكيم أو المحكم يكونون قد اختاروا ضمنا قانون بلد المحكم.

وذهب آخرون إلى تطبيق قواعد التنازع في بلد التنفيذ لاعتبارات عملية،...بيد أن اتصال الحكم بأكثر من دولة يجعل من الصعوبة تحديد مكان التنفيذ.

---

[1] - مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 424.

[2] - أنظر في ذلك: مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص ص 468-472 .

ويذهب اتجاه إلى إخضاع عقود التجارة الدولية وأهمها عقود التنمية الاقتصادية (ومنها عقد الاستثمار التكنولوجي) للقانون الدولي العام.

وأخيرا يرى جانب من الفقه إعطاء هيئة التحكيم البحث عن قواعد التحكيم التي تراها مناسبة دون التقيد بقواعد تنازع القوانين في قانون معين أو من خلال ربط النزاع بقواعد الاسناد التي تعتبر أكثر اتصالا به

وقد نصت المادة 2/1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، على القانون الواجب التطبيق في حال اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، وهو: إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما.

المطلب الثاني:القانون الواجب التطبيق في حال عرض النزاع على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

الفرع الأول: لمحة موجزة عن المركز الدولي

تميل الحكومات بناء على سيادتها إلى أن تفرض قوانين بلدها على العقود وعلى متابعة التحكيم، ومن جانب آخر يبحث المستثمرون الأجانب على الدوام عن أوثق طريق ممكن خوفا من سلطات الحكومات وتغيير القوانين.

إضافة إلى أن الدعاوى التجارية ولاسيما الخلافات الناشئة عن استثمار رؤوس الأموال الأجنبية هي نوع خاص من الدعاوي التي تتمتع بميزاتها الخاصة لهذا يتطلب حل هذه الخلافات بطريقة سلسة وقواعد مناسبة فضلا عن قضاة متخصصين ملتزمين بالحياد. لذا يعد مركز تسوية منازعات الاستثمار في واشنطن المركز الوحيد في العالم والذي يختص بالفصل في منازعات الاستثمار المباشر التي تنشأ بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار. ويساهم المركز بدوره في تشجيع الاستثمار الأجنبي من خلال إتاحة سبل للتحكيم والمصالحة في النزاعات الدولية المتعلقة بالاستثمار بين الحكومات والمستثمرين الأجانب من القطاع الخاص في البلدان المضيفة[1].

[1] – ازاد شكور صالح، الإستثمار الأجنبي، سبل استقطابه وتسوية منازعاته، مصر، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، 2011، ص 135-136.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق

أولا- القانون الذي يتفق عليه الطرفان[1]:

إن الاتفاقية أعطت لأطراف النزاع حرية كاملة في اختيار القانون الذي يطبق على النزاع بينهما من قبل هيئة التحكيم، وذلك إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة باعتباره أحد المبادئ التي تحكم القانون الواجب التطبيق.

واستنادا إلى هذا المبدأ وإلى نص المادة (1/42) من الاتفاقية فإن في قدرة الأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع الناشئ بينهم سواء كان هذا القانون هو قانون الدولة المضيفة للاستثمار باعتباره القانون الأكثر صلة بالعلاقة التعاقدية بينهم، أو القانون الدولي إضافة إلى المبادئ العامة للقانون، مع إمكانية تطبيق مبادئ العدل والإنصاف حسب الاتفاق بينهم.

ثانيا- خلو العقد من القانون الواجب التطبيق:

في حالة خلو الاتفاقية المبرمة بين المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار من النص على القانون الواجب التطبيق، وذلك بإيراد قاعدة احتياطية ألزمت فيها هيئة التحكيم بتطبيق إما قانون الدولة المضيفة للاستثمار شاملا قواعده الخاصة بتنازع القوانين، وإما قواعد القانون الدولي الواجبة التطبيق على الوقائع المعروضة[2].

1- تطبيق قانون الدولة المضيفة:

إن الأساس القانوني في تفضيل واختيار قانون الدولة المضيفة حسب ما ذهب إليه الفقه يرجع إلى أنه القانون الأكثر صلة بالعلاقة موضوع النزاع، حيث أن الاستثمار وما ينتج عنه يتواجدان ماديا على إقليم الدولة المضيفة، كما أن هذه الدولة غالبا هي مكان إبرام العقد ولعل من الحكمة عند نشوب أي نزاع عن هذا العقد أن تبحث المحكمة أولا عن مدى ارتباطه بقانون الدولة المضيفة، إضافة إلى أن المستثمر عندما أقدم على الاستثمار في هذه الدولة فقد رضى ضمنا تطبيق قوانينها الخاصة بالجوانب المتعلقة بالعملية الاستثمارية.

---

[1]- زاد شكور صالح، المرجع السابق، ص 213-214.

[2]- المرجع نفسه، ص 214.

إلا أنه قد تثور الصعوبة في حالة عدم وجود نص يحكم العلاقة موضوع النزاع في قانون الدولة المضيفة للاستثمار، وقد بدا ذلك في بعض أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات البترولية[1]، حيث انتهى المحكم إلى تطبيق مبادئ العدل والإنصاف[2].

2- تطبيق القانون الدولي[3]:

بالرجوع إلى ما قررته الاتفاقية في المادة 2/42 من عدم جواز رفض المحكمة الحكم في النزاع بحجة عدم وجود نصوص قانونية صالحة للتطبيق على النزاع أو نتيجة قصور هذه القواعد على حكم العلاقة التعاقدية بين الطرفين، وذلك من اجل تجنب إنكار العدالة وإصدار الحكم العادل في النزاع.

ومن اجل ذلك فقد أضافت المادة 1/42 من الاتفاقية قواعد ومبادئ القانون الدولي الصالحة للتطبيق لترجع إليها المحكمة بعد البحث في قانون الدولة الطرف في النزاع، وذلك لتكملة النقص والقصور وسد الثغرات الموجودة في قانون الدولة المضيفة.

وهذا ما ذهبت إليه محكمة التحكيم في قضية بقولها إن المادة 1/42 من اتفاقية واشنطن، تخول محكمة التحكيم الحق في تطبيق مبادئ القانون الدولي، لسد النقص في القوانين الداخلية، وله الأولوية في حالة وجود في حالة وجود تنازع بين تلك المبادئ والقانون الداخلي، وتسمو أحكامه على قوانين الدولة الطرف في النزاع، وحكمت على إندونيسيا بالتعويض لأنها أنكرت العدالة وأثرت بلا سبب وكلا المبدأين من مبادئ القانون الدولي.

إن تطبيق القانون الدولي على النزاع فيه حماية لمصلحة المستثمر في حالة قيام الدولة المضيفة بإصدار قانون تجيز فيه تأميم ومصادرة المشروعات الاستثمارية طبقا لهذا القانون، فالقانون الدولي يعمل على ضمان احترام الدولة المضيفة لاتفاقية الاستثمار التي أبرمتها مع المستثمر الأجنبي، وعدم مخالفتها أو النكوص عنها إعمالا للقاعدة المعروفة في القانون الدولي وهي أن (العقد شريعة المتعاقدين).

---

[1]- زاد شكور صالح، المرجع السابق، ص ص 215-216.

[2]- ومن ذلك النزاع الذي نشب بين حاكم قطر والشركة البحرية الدولية للبترول international marine oil company بمناسبة عقد امتياز البترول المبرم بينهما عام 1935، أنظر وقائع هذه القضية، زاد شكور صالح، المرجع السابق، ص 216.

[3]- زاد شكور صالح، المرجع السابق، ص ص 217-218.

المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق في حال عرض النزاع على المحاكم الوطنية

قد يعبر أطراف عقد الاستثمار التكنولوجي عن إرادتهم المتجهة نحو تحديد قانون معين بذاته لينظم علاقتهم التعاقدية وما ينشأ عنها من آثار، ويحدث في بعض الأحيان أن يغفل المتعاقدان التعبير عن هذه الإرادة في صورة واضحة، فيبرم عقدهم دون تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع الذي قد ينشأ بينهم[1].

الفرع الأول: اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق

أولا- الإرادة الصريحة:

يكون الاختيار صريحا إذا ما تم الاتفاق على القانون الواجب التطبيق بموجب شرط صريح يدرج ضمن شروط عقد الاستثمار التكنولوجي أو بمقتضى اتفاق مستقل عنه

ويثار التساؤل عن مدى اشتراط توافر الصلة بالعقد بالقانون المختار من عدمه؟

1- هناك من يذهب إلى أنه يشترط أن يكون القانون المختار ذا صلة بالعقد...إذ لا يعقل أن ينصاع القاضي وراء أهواء الخصوم أو رغباتهم غير المشروعة ليبارك اختيارهم المخطئ الذي خرجوا به عن أهداف قاعدة الإسناد التي منحتهم حق الاختيار مقيدا بضرورة تحقيق غايتها وإدراك مقاصدها في حل مشكلة تنازع القوانين الموضوعية للعقد، كمحل الإبرام أو محل التنفيذ أو قانون موطن الأطراف أو قانون جنسيتهم.

2- وبالمقابل، يذهب اتجاه آخر إلى القول بأن حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق هي حرية مطلقة، وليس للقاضي تغيير القانون المختار بادعاء أنه يفتقد الصلة المزعومة بينه وبين الرابطة العقدية.

نص المشرع الجزائري في المادة 1/18 من القانون المدني (يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد).

ما مدى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق؟

1- يرى جانب من الفقه أن التنازع لا يقوم إلا بين قوانين دول تتمتع كل منها بصفة الدولة وفقا لمبادئ القانون الدولي العام، ومن ثم فإن فكرة الإرادة لا تعني غير اختيار المتعاقدين في العقد الدولي لقانون وطني لدولة معينة.

[1]- مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 477.

2- وبالمقابل يرى جانب من الفقه، واستنادا إلى التطورات وحاجات التجارة الدولية، إلى تصور قيام التنازع بين شرائع لا تنتمي لسيادة اقليمية، وبناء عليه يمكن للمتعاقدين، عملا بقاعدة التنازع التي تخولهم حق اختيار قانون العقد، الإختيار بين قواعد مأخوذة من نظام وطني معين وكذلك قواعد ذات صبغة عالمية لا تنتمي لسيادة إقليمية معينة، كالأعراف الجارية في ميدان التجارة الدولية.

ثانيا- الإرادة الضمنية:

إن اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف يمكن أن يكون صريحا. وقد لا يعبر أطراف النزاع صراحة عن إرادتهم في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد... تقع على القاضي مهمة تحديد القانون من خلال دراسة واضحة لطبيعة العقد وظروف التعاقد حتى يتسنى له استخلاص تلك الإرادة بطريقة مؤكدة، وان الطريقة المؤكدة تعني أن تكون هناك جملة من مؤشرات أو قرائن تدل بما لا يقبل الشك على اتجاه الإرادة نحو قانون معين يكون واجب التطبيق على عقدهم.

ويمكن القول بوجود عدد من المؤشرات العامة التي يتفق الفقه والقضاء على الأخذ بها في هذا الصدد، ومنها وجود اختيار للمحكمة المختصة أو وجود شرط للتحكيم يشير إلى دولة بعينها كمكان للتحكيم، وكذلك مكان تنفيذ العقد، أو استخدام لغة معينة في العقد أو مكان إقامة الطرفين وأحيانا جنسيتهم المشتركة، ومن المؤشرات الأخرى تضمين العقد أحكام مستمدة من قانون دولة معينة لتنظيم جانب مهم من العقد، وهي في كل الأحوال مسألة وقائع يقدرها قاضي الموضوع وتمارس عليه المحكمة العليا (التمييز) رقابة للتأكد من صحة الاستخلاص.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق في حالة غياب الإرادة

إذا سكت الأطراف عن اختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقد، وتعذر على القاضي أو المحكم الكشف على نحو مؤكد عن إرادتهم الضمنية، فإنه يتعين على القاضي أو المحكم أن يجتهد للوصول إلى تحديد قانون العقد بالاستناد إلى القواعد العامة لتنازع القوانين الواردة في القانون الدولي الخاص، وهناك اتجاهان في ذلك اتجاه يذهب إلى تطبيق أحد القوانين الوطنية وآخر يذهب إلى تطبيق القواعد الموضوعية في قانون التجارة الدولية.

أولا- نظرية التركيز الموضوعي:

يتمثل هذا الاتجاه في ضرورة البحث عن القانون الواجب التطبيق عن طريق إسناد العلاقة إلى الدولة التي يكون قانونها أوثق صلة.

ويتفق هذا الاسناد المرن مع ما تسير عليه المحاكم في البلاد الانكلوسكسونية في تحديد القانون (الملائم) عند غياب الاختيار الصريح أو الضمني لهذا القانون، إذ يعمل القاضي في هذه البلاد على تحديد القانون الملائم من خلال وضع نفسه محل الشخص المعقول ثم يحاول التحقق ليس فقط من نية الطرفين وإنما بما يحمله الشخص المعقول من اهتمام لحل المشكلة، وإلى مجمل المسائل التي يأخذها بالحسبان، وبصفة أساسية محل التعاقد، محل التنفيذ، محل الإقامة أو محل أعمال الطرفين، وطبيعة ومحل العقد، كما يعتمد أيضا على أسس الاقتناع وأن يكون القانون (الملائم) هو القانون الذي يضفي على العقد (الصفة العملية).

وتختلف القوانين الوطنية في تحديد العنصر الأهم من بين عناصر الإسناد الذي يعول عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق في غيبة قانون الإرادة.

ومن جانب آخر، تقضي قواعد التنازع في معظم الدول العربية، بإخضاع العقد إلى قانون الدولة إلى قانون الدولة التي يبرم العقد على أراضيها، ما لم يكن للمتعاقدين موطن مشترك أو الجنسية المشتركة.

فقد نص المشرع الجزائري في المادة 18 من قانون المدني (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).

ثانيا- نظرية الأداء المميز:

المدين بالأداء المميز: وفي تحديد المدين بالأداء المميز في عقد الاستثمار التكنولوجي، يذهب الرأي السائد في الدول الصناعية المتقدمة إلى القول بأنه هو المالك الأصلي للمعرفة التكنولوجية، أي المستثمرورتب على ذلك ان القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة موطن أو محل الإقامة العادية أو مركز إدارة منشأة المستثمر التكنولوجي.

فمفهوم هذه النظرية يهدف إلى تطبيق قانون محل إقامة المستثمر (المدين بالالتزام بنقل المعرفة التكنولوجية). وبما يعني خضوع الدول النامية لقوانين الدول الصناعية المتقدمة والتي قد تكون مجحفة وتمس اقتصادها الوطني)

خاتمة:

ونشير في دراستنا هذه أنه تم اختيار عقد الاستثمار التكنولوجي، لما يثيره هذا النوع الحديث من الاستثمار من فائدة اقتصادية على الدول النامية من جهة، وللمشاكل التي تعاني منها هذه الدول من عدم تمكنها من توفر المعارف الفنية التي تؤهلها من حسن الانتاج واستغلال مواردها الطبيعية والبشرية التي تزخر بها والتي دفعتها إلى ضرورة الاستثمار في هذا المجال.