أساس الالتزام بعدم إفشاء الأسرار التجارية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا

((دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي))

ا.د.عبد الباسط عبد الصمد احمد
ا.م.د.حسين عبد القادر معروف
علي جاسم محمد

المقدمة

تعد عقود نقل التكنولوجيا من العقود المهمة التي غالباً ما تحتاج إلى معرفة الكثير من الأمور المتعلقة بالعقد قبل إبرامه ، إذ لا تنعقد بمجرد إيجاب وقبول كالعقود البسيطة من دون الحاجة إلى الدخول في مفاوضات تسبق عملية التعاقد، سيما وأنَّ مفهوم التكنولوجيا في الوقت الحاضر لم يعد يقتصر على الأساليب الصناعية بل أصبح يشمل العديد من المسائل التي يمكن أن تدخل ضمن مفهوم التكنولوجيا ومنها: الأمور التنظيمية والإدارية والتجارية التي يكون لها قيمة اقتصادية كونها سرية لا يعرفها إلا مالكها أو المرخص له بذلك، لذا نجد أنَّ مالكها يتخذ الإجراءات اللازمة للحفاظ على سريتها من أجل الاستئثار بها لنفسه ليتفوق على باقي المنافسين و يطلق عليها (الأسرار التجارية) ،وتعد محلاً لتلك العقود. وتُعرف إنها((أي معلومات تكنيكية أو غير تكنيكية أو صيغ أو وسائل وبرامج أو آلة أو تصميما ومعلومات اقتصادية أو قائمة العملاء الفعلين أو المحتملين، والتي هي سرية بشكل كاف لجلب قيمة اقتصادية فعلية أو محتملة والنابعة من حقيقة إنَّها غير معروفة بشكل عام عن طريق أشخاص آخرين والذين قد يحصلون على قيمة اقتصادية من كشفها أو استخدامها))[1] ، وإذا ما تم الكشف عن هذه الأسرار التجارية أو البعض منها في فترة المفاوضات العقدية فإنَّ الطبيعة الخاصة لتلك الأسرار تفرض على من يطلَّع عليها أن يلتزم بعدم إفشائها لكونها تفقد قيمتها الاقتصادية بمجرد إفشائها.

ويقصد بهذا الالتزام :((التزام المستورد المحتمل أو من يضمنهم بعدم إفشاء الأسرار التكنولوجية التي تصل إلى علمه أو باستغلالها لمصلحته أو نقلها الى الغير بمقابل أو دون مقابل أو يسهل استخدامها من قبل الغير))[2].

ويتسم الالتزام بعدم إفشاء الأسرار التجارية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا بخصائص عدّة تجد أساسها في الطبيعة الخاصة لمحل تلك العقود، ومن أهم تلك الخصائص انَّه التزام سلبي ومستمر فضلاً عن كونه التزاما أصليا، أما طبيعة الالتزام بعدم إفشاء الأسرار التجارية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا فيذهب معظم الفقهاء [3]،ونحن نؤيدهم في ذلك، إلى إن هذا الالتزام يُعَدُّ التزاماً بتحقيق نتيجة ،

([1]) د. آمال زيدان عبد اللاه ، الحماية القانونية للأسرار التجارية ((دراسة تحليلية في القانون المصري والأمريكي)) ، ط١ ،دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩، ص٦٣

([2]) د. وفاء مزيد فلحوط ، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية ، ط١،منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٨ ، ص٧٣ .

(١) ([3])أنظر : ،د . يونس صلاح الدين محمد علي ، العقود التمهيدية ((دراسة تحليلية مقارنة)) ، دار شتات للنشر، مصر ،٢٠١٠ ص١٨٦. كذلك :د. آمال زيدان عبد اللاه ، المرجع السابق ، ص١٦١ . كذلك : د. محمد حسن قاسم ، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية(دراسة مقارنة) ، دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية ، ٢٠٠٢ ، ص٢٠٦. كذلك :د. معتز نزيه محمد الصادق المهدي ، الالتزام بالسرية والمسؤولية المدنية (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة طبع ، ص ٧٠. وكذلك : د. عبد العزيز المرسي حمود ، ، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدي ((دراسة مقارنة)) ، بدون اسم ناشر ، بدون مكان نشر ، ٢٠٠٥ ص٨٦.

وذلك لأنَّه لا يكفي مجرد بذل المتفاوض كل ما في وسعه للوفاء بالالتزام بعدم إفشاء الأسرار التجارية ، بل يجب أنْ يكون ذلك بالامتناع عن إفشائها فعلاً ومن ثم فإنَّ مجرد الخطأ يُثير مسؤولية المتفاوض. ويستندون في ذلك إلى إنا لالتزام بعدم إفشاء الأسرار التجارية من الالتزامات السلبية، ومن ثم فان تنفيذه يتم عن طريق الامتناع عن كل فعل إيجابي يؤدي الى نقل الأسرار التجارية من نطاق السرية إلى نطاق العلنية ، لذلك فإنَّ أي فعل ايجابي مهما قلَّ شأنه يُعَدُّ خرقاً لهذا الالتزام ، ولما كانت الغاية التي يسعى إليها مالك الأسرار التجارية هي إلزام المتلقي بعدم إفشائها فإنَّ قيام المتفاوض الذي يطّلع على الأسرار التجارية ببذل قصارى جهده لا يكفي لتحقيق هذا الالتزام ، إنَّما يجب عليه الامتناع عن القيام بأي عمل ينجم عنه إفشاء الأسرار التجارية التي أصبح مالكها أكثر تشدداً للحفاظ عليها ، ولا يقبل أن يكون الالتزام ببذل عناية وإنَّما يهدف إلى أَنْ يكون الالتزام بتحقيق نتيجة وهي عدم إفشاء تلك الأسرار وأنَّ أي إخلال بهذا الالتزام يعرض المتلقي للمسؤولية المدنية [1].

وإذا كان هذا الالتزام يجد أساسه في العقد النهائي المبرم بين المتفاوضين (عقد نقل التكنولوجيا)، فإنَّ الأمر أكثر صعوبة فيما إذا انتهت المفاوضات العقدية دون التوصل إلى إبرام العقد وهذه من المسائل المهمة التي تضفي على مرحلة المفاوضات أهمية كبيرة. ولا يقتصر الأمر على القانون الوضعي فقط وإنما نجد أنَّ الشريعة الإسلامية الغرّاء توصي بالالتزام بحفظ الأسرار على وجه العموم، وتعد هذا الالتزام التزاما أخلاقيا قبل أن يكون داخلاً في مجال المسؤولية المدنية وما يترتب عليها من آثار، فالشريعة الإسلامية عموماً تهدف إلى حماية حقوق الأشخاص من التعدي عليها..

وتتركز إشكالية البحث في إن الأسرار التجارية التي يكشف عنها في مرحلة المفاوضات العقدية تُعدَّ من أهم عناصر عقود نقل التكنولوجيا ولذلك نجد طالب التكنولوجيا حريص كل الحرص للاطَّلاع على الأسرار التجارية، وفي مقابل ذلك فإنَّ مبدأ حُسن النيّة يفرض على مالك تلك الأسرار الكشف عنها أو عن جزء منها للطرف الآخر (طالب التكنولوجيا) من أجل أن يطّلع عليها ويُحدِّد مدى ملائمتها له فيما يبغى التوصل إليه، وكل هذا بهدف التوصل إلى التفاهم والوقوف على أهمِ المحاورِ التي تُبيِّن له مدى أهمية إبرام العقد بالنسبة إليه.

ونتيجة غياب التنظيم القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في الكثير من القوانين فان تحديد أساس حماية هذه الأسرار يعد أمرا شائكا إذا ما أخذنا بالاعتبار آراء فقهاء القانون في هذا الشأن،وسيكون كل من القانون العراقي والمصري والأردني والفرنسي والأمريكي محلا للمقارنة في هذا البحث.

([1]) أنظر : د. آمال زيدان عبد اللاه ، المرجع السابق ، ص١٦٧. كذلك : د . يونس صلاح الدين محمد علي ، المرجع السابق ، ص١٨٧، كذلك : د. معتز نزيه محمد الصادق المهدي ، المرجع السابق ، ص٧١

وهذا ينسحب بدوره على الفقه الإسلامي .بل ان المسالة في هذا الفقه تعد أكثر تعقيدا،إذ يجب البحث في التكييف الفقهي للأسرار التجارية لمعرفة ما إذا كانت تدخل ضمن المفهوم العام للأسرار وبعد ذلك هل يمكننا أن نطبق عليها الأحكام الخاصة بحفظ الأسرار في الفقه الإسلامي ؟ أم أنها تُعد من الأموال المتقوّمة شرعاً لتكون محلاً للحماية وتدخل ضمن نطاق الأحكام الشرعية التي يرسمها لنا الشارع المقدس لحماية الأموال ومنع التعدي عليها .

وهذا ما سيتم الإجابة عنه من خلال هذا البحث ،إذ سيقسم على مبحثين :يخصص الأول منها لتحديد أساس الالتزام بعدم إفشاء الأسرار التجارية في القانون الوضعي .بينما ينعقد المبحث الثاني لبيان أساس الالتزام بعدم إفشاء الأسرار التجارية في الفقه الإسلامي .

المبحث الأول

أساس الالتزام بعدم إفشاء الأسرار التجارية في القانون الوضعي

إنَّ أهمية الأسرار التجارية بوصفها محلاً لعقود نقل التكنولوجيا تجعل مسألة المحافظة عليها وعدم إفشائها إلى الغير أمراً بالغ الأهمية وخاصة في مرحلة المفاوضات ؛ولذلك لابُدَّ من أساس لهذا الالتزام في القانون الوضعي،وهذا الأساس ينقسم على ثلاثة أقسام ، فمن جهة يكون أساس الالتزام عقدياً في حالة وجود اتفاق بين المتفاوضين يحكم هذه الفترة المهمة ، ومن أخرى قد يجد أساسه في نصوص القوانين التي توضع لتنظيم نقل التكنولوجيا أو المحافظة على الأسرار التجارية ، وبذلك يكون القانون مصدراً مباشراً لهذا الالتزام .

ولكن اختلفت الآراء في تحديد الأساس القانوني لهذا الالتزام في حالة عدم وجود اتفاق بين الطرفين خلال فترة المفاوضات من جهة ، وعدم وجود نصوص قانونية تلزم المتفاوض بعدم إفشاء الأسرار التجارية التي يطلع عليها في مرحلة المفاوضات التي تسبق إبرام عقود نقل التكنولوجيا من جهة أخرى ولذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين،الأول منها يختص ببيان أساس الالتزام بعدم إفشاء الأسرار التجارية في حالة وجود عقد أو نص قانوني ، أما المطلب الثاني فسوف نسلط فيه الضوء على آراء الفقهاء المختلفة في أساس هذا الالتزام في حالة غياب العقد والنص القانوني.

المطلب الأول

أساس الالتزام بعدم إفشاء الأسرار التجارية

في حالة وجود عقد أو نص قانوني

إنَّ تعارض مصالح المتفاوضين في عقود نقل التكنولوجيا يجعل كلّاً منهما يبذل كل الجهود لتحقيق مصالحه، فمن جهة نجد مالك التكنولوجيا يسعى للمحافظة على سريتها ، في حين يحرص طالب التكنولوجيا على الاطلاع على تلك الأسرار قبل الإقدام على إبرام أي عقد بشأنها من جهة أخرى، ومن ثم فإنَّهم يحرصون على إيجاد أفضل الحلول التي تؤمَّن مرحلة المفاوضات وتخلق توازنا بين تلك المصالح ، فتارةً نجدهم يبرمون العقود التي تنظم مفاوضاتهم وتارةً أُخرى نجد بعض النصوص التي تنظم بعض الالتزامات القانونية في فترة المفاوضات العقدية التي من أهمها الالتزام بعدم إفشاء المعلومات السرية، وهذا ما سوف يتمَّ تناوله كلّ على حده.

الفرع الأول

الالتزام بعدم إفشاء الأسرار التجارية التزام عقدي

لأهمية مرحلة المفاوضات العقدية تسعى أطرافها بدافع الحرص على إيجاد تنظيم لها من خلال إبرام عقود تمهيدية تحكم مرحلة المفاوضات، وتحدد المسائل المهمة التي يتفقون عليها بصياغة تحفظ حقوق كلٍ منهما ، ففي معظم الأحيان تستمر مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا لفترات طويلة ، فربَّما تستمر لأشهر أو لسنوات في بعض الحـالات من أجـل تأكد واطمئنان المستورد المحتمل على توافر التكنولوجيا الملائمة لاحتياجاته من الناحيتين الفنية والاقتصادية ، وهذا كله يتطلب الكشف عن أسرار التكنولوجيا من قبل مالكها إلى المستورد المحتمل ومنها الأسرار التجارية ؛لذلك نجد أَنَّ مالك الأسرار التجارية يقوم ببذل كل الجهود ؛ لأجل المحافظة عليها،فيحرص على إبرام عقود تمهيدية مع طالب التكنولوجيا تلزم الأخير بالمحافظة على الأسرار التجارية التي تُكشَف إليه ، وعدم إفشائها إلى الغير وأهم هذه العقود هو ما يطلق عليه (عقد التفاوض)، وعليه سوف يتم بيان مفهوم هذا العقد من جهة،وأهم الالتزامات الناشئة عنه من جهة أخرى.

أولا: تعريف عقد التفاوض:

يُعَدُّ عقد التفاوض وأحداً من أهم العقود التمهيدية التي يتم إبرامها في مرحلة المفاوضات العقدية، فتشمل هذه الفترة نوعين من العقود، النوع الأول : هو عقود تتعلق بمرحلة إبرام العقد النهائي و تهدف

إلى تسهيل إجراءات التفاوض بهدف التوصل إلى إبرام العقد النهائي ، ولا ينطبق على هذه العقود وصف عقد التفاوض ؛ لاتصالها الوثيق بمرحلة إبرام العقد النهائي[١] ومن ثم فهي تخرج عن نطاق دراستنا ، أمَّا النوع الآخر فهو العقود التي تتعلق بالمفاوضات وتنقسم بدورها إلى قسمين أحدها يتعلق بتنظيم المفاوضات من دون أن تنشأ التزامات على الطرفين، أي أنَّ هذه العقود ترسم الطريق لسير المفاوضات بالشكل الصحيح كما إنَّها تحدد الإطار الواضح للمفاوضات من حيث الوقت الذي تبدأ فيها المفاوضات، وكذلك طريقة سيرها ومواعيد الجلسات وأماكنها الى غير ذلك من الأمور المنظمة للمفاوضات [٢].أما النوع الآخر فهي العقود التي تنشأ التزاماً بالتفاوض على الطرفين أحدهما تجاه الآخر ويتمثل هذا الالتزام بالبدء والاستمرار بالتفاوض بشأن عقد معين يهدفان إلى إبرامه من جهة ، والالتزام بالتفاوض بحسن النيَّة من جهة أخرى[٣].

وما يعنينا في هذا النطاق هو النوع الثاني من عقود المفاوضات الذي يفرض على أطرافه التزام البدء بالمفاوضات والاستمرار بها ، وتنفيذها طبقا لمبدأ حسن النية. ولهذا العقد أهمية خاصة ، إذ إنَّ هذا العقد يفرض التزامات حقيقية تقترب من الالتزام الذي يفرضه القانون إلا إنَّه يستلزم قدرا أكبر من العناية الواجبة في الحرص على الاستمرار بالمفاوضات وفقا لمبدأ حسن النية على نحو يفوق ما تفرضه القواعد العامة في نطاق المسؤولية التقصيرية[٤]،ومع هذا فإنَّ هذا العقد لا يختلف عن باقي العقود التي تنظمها القواعد العامة ، إذ يتطلب لوجوده وصحته الشروط التي يتطلبها القانون في سائر العقود من رضا ومحل وسبب [٥].

وبما أنَّ البدء بالمفاوضات والاستمرار بها يجد أساسه في العقد المبرم بينهم وهو التزام جوهري ، لذلك فإنَّ تنفيذ هذا العقد يجب أنْ يكون طبقاً لما اشتمل عليه وبما لا يتعارض مع مبدأ حسن النية طبقا للقواعد العامة ؛ لذلك فإن أي خطأ في مرحلة التفاوض يُعَدُّ إخلالاً بعقد التفاوض ومن تلك الأخطاء هو إفشاء الأسرار التجارية [٦].

---

(١) أنظر: د. محمد حسين عبد العال ، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية (دراسة تحليلية مقارنة للوسائل القانونية لتأمين المفاوضات في عمليات التجارة الدولية) ،دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨ ص٩-١٠. كذلك : د. ابو العلا علي النمر ، ، مفاوضات عقود التجارة الدولية ،ط٢ ،بدون اسم ناشر ، بدون مكان طبع ، بدون سنة طبع ، ص٥٦.

(٢) أنظر : د. ابو العلا علي النمر ، المرجع السابق ، ص٥١.كذلك : د. محمد حسين عبد العال ، المرجع السابق ، ص١٠.

(٣)أنظر: د. محمد حسين عبد العال ، المرجع السابق ، ص٩٠. كذلك : حياة محمد محمد ابو النجا ، الالتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، ٢٠٠٤ ، ص١٠٤.

(٤) أنظر : د. ابو العلا علي النمر ، المرجع السابق ، ص٥٤-٥٥ .

(٥)أنظر : د. سعد حسين عبد ملحم ، التفاوض في العقود عبر شبكة الانترنيت بين القواعد العامة في نظرية الالتزام والضرورات العملية ، ط١ ، صباح صادق جعفر، بغداد ، ٢٠٠٤ ، ص٤٢.

(٦) أنظر : رجب كريم عبد اللاه ، التفاوض على العقد (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق – جامعة القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص٤٢٢. كذلك : حياة محمد محمد ابو النجا ،المرجع السابق ، ص١٠٤ (ولعل أهم الأسباب التي تدعو إلى إيجاد عقد تفاوض بين الطرفين يتمثل في بقاء أطراف التفاوض أحراراً بقطع المفاوضات وعدم وجود التزام عقدي يحكمها وكذلك الاكتفاء بقواعد المسؤولية

وقد عُرِّف عقد التفاوض بأنَّه((عقد يلتزم بمقتضاه كل طرف في مواجهة الطرف الآخر بالدخول في المفاوضات لإبرام عقد لاحق لم تتحدد بعد شروطه وعناصره الأساسية والثانوية))[١]،وعرفه آخر[٢]بأنَّه ((اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص اتجاه شخص آخر بالبدء أو الاستمرار في التفاوض بشأن عقد معين بهدف إبرامه ، وهو ما يسمى في العمل بالاتفاق المبدئي ،لذا فإنَّه يختلف عن الاتفاق المرحلي [٣]كما يختلف عن الوعد بالتعاقد والوعد بالتفضيل ؛ لأن عقد التفاوض يسبق المفاوضات على إبرام عقد أياً كان نوعه))،بينما يرى آخر[٤]أن المقصود بعقد التفاوض هو:((اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص اتجاه أخر بالبدء أو الاستمرار في التفاوض بشان عقد معين بهدف إبرامه)).

ومن خلال التعاريف السابقة يبدو أَنَّ عقد التفاوض من العقود الملزمة للجانبين ، إذ يُرتب التزاماً بالتفاوض على كل طرف من أطرافه ، ومن ثم فإنَّ لأي طرف منهم الحق بمطالبة الطرف الآخر بتنفيذ التزامه بالتفاوض طبقا لمبدأ حسن النية لإبرام عقد معين سواءً تحددَّت عناصره أو توافر بعضها ولكنها لا تكفي لانعقاده، إلا إن عقد التفاوضل ينشأ عنه التزام بات بإبرام العقد النهائي [٥] .

إنَّ معظم التشريعات لم تنظم عقد التفاوض ، إذ أنَّها لم تنظم مرحلة التفاوض أصلاً ، وأنَّ القانون العراقي لا يختلف في ذلك عن بقية التشريعات ، إلا إنَّ وجود مثل هذا العقد يمكن التوصل إليه بموجب القواعد العامة في القانون المدني ، إذ إنَّ الطرفين المتفاوضين ووفقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ليس هناك ما يمنعهما من إبرام عقد تفاوض لتنظيم المفاوضات العقدية الذي يترتب عليه التزامات حقيقة ،وتنعقد بموجبه المسؤولية العقدية على الطرف المخل بإحدى هذه الالتزامات [٦].

أما في مصر ومع ندرة التشريعات التي تضمنت نصوصا تتعلق بالمفاوضات العقدية فإنَّ محكمة النقض تتشدد في اعتبار المفاوضات مجرد أعمال مادية لا يترتَّب عليها أثر قانوني [٧]، إلا إنَّ بعض

التقصيرية التي ربما يفشل الطرف المتضرر بإثبات عناصرها من خطا وضرر وعلاقة سببية ، كما إنها لا تقدم ضمانة كافية وحماية فعاله لعملية التفاوض).

([1])Mousseron :la durree dans la Formation du contrat in Melanges alfred. JAuffRET Aix -Marseilles 1974,p509 etss.spec p531

نقلا عن : حياة محمد محمد أبو النجا ،المرجع السابق ، ص١١٥.

([٢])المحامي صبار محمد عمار ، المفاوضة في عقود التجارة الالكترونية ، بحث منشور في شبكة المعلومات العالمية في منتدى المحامين العرب على الموقع الالكتروني :

http:/www.mohamoon-montad.com.defaut.aspx?action=Display&id=333Type= 3 ص١١.

([٣]) الاتفاق المرحلي هو: اتفاق يبرمه الطرفان في احدى مراحل التفاوض ويحددان فيه بعض شروط العقد النهائي التي اتفقا عليها في تلك المرحلة . د. ابو العلا علي النمر ، المرجع السابق ، ص٥٩.

([٤]) د. ابو العلا علي النمر ، المرجع السابق ، ص٥٢.

([٥]) أنظر: د. محمد حسين عبد العال،المرجع السابق،ص٩٤.كذلك:د.عبد العزيز المرسي حمود ،المرجع السابق ، ص٣٢.

([٦]) أنظر: د. يونس صلاح الدين محمد علي ، المرجع السابق ، ص٦٤.

([٧]) أنظرفي عرض موقف القانون المصري : د. يونس صلاح الدين محمد علي ، المرجع السابق ، ص٦٤.

الفقهاء[١] هناك يذهبون إلى إمكانية توصل الطرفين إلى إبرام عقد تفاوض يجعل من المفاوضات العقدية ليست مجرد عمل مادي وإنَّما تصرف قانوني خاضع لنظرية العقد ويجب تنفيذه طبقا للمادة (١/١٤٨) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨التي تلزم المتعاقدين بتنفيذ العقد طبقاً لمبدأ حسن النية ،ويترتب على الإخلال بما يتضمنه العقد من بنود انعقاد المسؤولية العقدية على الطرف المخل بالتزامه.

وفيما يتعلق بالقانون الفرنسي فإنَّ خلو القانون المدني الفرنسي لسنة(١٨٠٤) من تنظيم خاص للمفاوضات لم يمنع من ظهور دور بارز للفقه هناك ،إذ ذهب بعضهم[٢]إلى اعتبار المفاوضات العقدية غير المصحوبة باتفاق صريح لا تخرج عن كونها مجرد أعمال مادية، وبخلاف ذلك فإنَّ وجود عقد تفاوض بين الطرفين ينقل هذا العمل من مجرد عمل مادي إلى تصرف قانوني يجعل من الإخلال به سبباً تنشأ بموجبه المسؤولية العقدية.

وقد تبنى الأمر رقم ٢٠١٦ -١٣١ الصادر في ١٠ شباط ٢٠١٦ الخاص بإصلاح قانون العقود والنظام العام واثبات الالتزامات الفرنسي تنظيما لمرحلة المفاوضات العقدية في المادة (١١١٢)، اذ جاء في صدرها ((البدء بالمفاوضات ما قبل التعاقدية وتقدمها وقطعها مسائل اختيارية .يجب لزاما ان تستوفي هذه المسائل مقتضيات حسن النية ...)).

يتضح ممَّا تقدَّم أنَّ عقد التفاوض هو تصرف قانوني ينتج عن تلاقي إرادتين يترتب بموجبه التزامٌ متبادلٌ بين أطرافه، مثل بدء المفاوضات والاستمرار بالتفاوض بحسن النية باعتباره تنفيذاً لهذا العقد،وإخراج المفاوضات من مجرد عمل مادي إلى تصرف قانوني ملزمٍ لهم وفقاً للقواعد العامة التي تحكم العقود بصورة عامة ، ويتفرع عن الالتزام بالتفاوض بحسن النية عدد من الالتزامات ومنها : الالتزام بسرية المعلومات التي يتمَّ الاطلاع عليها أثناء فترة المفاوضات ، ومن ثم فإنَّ الإخلال بسرية هذه المعلومات التي تشمل الأسرار التجارية يجعل من المتفاوض المخل معرضاً لتطبيق أحكام المسؤولية المدنية ذات الطبيعة العقدية استنادا لعقد التفاوض وما يملكه من قوة ملزمة طبقا للقواعد العامة.

---

(١)أنظر : د. محمد ابراهيم دسوقي ، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود ، معهد الادارة العامة ، الرياض ، ١٩٩٥ ، ص٩ . كذلك : محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص٢٠١. وكذلك : د. محمد حسين عبد العال ، المرجع السابق ، ص٩٢ وما بعدها

(٢) J.Schmitd, Levolution de la responsabiliteprecontravtuelleen droitfrancais in: evolution de la resposabilitedelictuelle en droit compare delictulle , ed , A. Metzner,1987,p547

J.Ghestin , "traite de droitcivile, la formation du contrat " , 3ed , L.G.D.J , 1993, p295

نقلا عن : د. ابو العلا علي النمر ، المرجع السابق ، ص٢٠٥.

ثانيا: آثار عقد التفاوض:

يُعَدُّ العقد من مصادر الالتزام في القوانين الوضعية، ولما كان العقد مصدراً للالتزامات المترتبة عليه فإنَّ الالتزام لا يسبق العقد وإنَّما يكون لاحقا له لعدم اتجاه الإرادة لإلزام نفسها[١].وإذا ما وجد اتفاق بين الأطراف المتفاوضة(عقد التفاوض)فيتم اسباغ التكييف العقدي على مرحلة المفاوضات ، ولذلك تظهر التزامات متعددة على عاتق الأطراف التي أبرمت عقد التفاوض باعتبارها أثراً لعقد التفاوض أو ما يسمى التزامات قبل التعاقد[٢]، ومن أهم الالتزامات التي يفرضها عقد التفاوض :

أ-الالتزام ببدء المفاوضات :

ويقصد به افتتاح المفاوضات وإجراء الحوار وتبادل الاقتراحات المتصلة بالعقد المراد إبرامه بين الطرفين ، وغالباً ما يتفق الطرفان على موعد مُحدَّد لبدء المفاوضات ، وفي حالة عدم وجود موعد محدد لذلك يتم البدء في المفاوضات ، خلال فترة معقولة[٣].

ويُعَدُّ هذا الالتزام من الالتزامات الجوهرية في عقد التفاوض،كما إنَّ الالتزام بالبدء بالمفاوضات هو التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، ففي حالة طلب أحد الأطراف بدء المفاوضات يترتَّب على الطرف الآخر تنفيذ التزامه بالجلوس على مائدة المفاوضات ومناقشة المسائل المتعلقة بالعقد الذي يسعى الطرفان لإبرامه ، وكذلك فإنَّ مجرد الإخلال بهذا الالتزام يُعَدُّ سبباً لقيام المسؤولية العقدية ، لأنه يُعَدُّ خطأ لا ينفي المسؤولية عنا لطرف المخل بالتزامه إلا بإثبات السبب الأجنبي[٤] .

ب- الاستمرار في المفاوضات:

بمجرد دخول الطرفين في عقد التفاوض يكونان ملزمين بالاستمرار في المفاوضات؛ وذلك لأنَّ الدخول في دائرة المفاوضات تنشأ عنه حالة واقعية يجب الاعتداد بها ؛لأنَّ كل طرف دخل المفاوضات على أساس الثقة التي تولّدت في نفسه للطرف الآخر، بأنَّه سيتفاوض معه بجدية وصدق لإبرام العقد النهائي[٥]؛ وذلك على الرغم من انَّ الطرفين غير ملزمين بإبرام العقد النهائي ، ولهما الحريَّة في العدول في أي وقت طبقاً لمبدأ حرية التعاقد . إلا إنَّ هذا المبدأ يتقيد بأنَّ المتفاوض يجب عليه أنْ يبذل قصارى

---

(١) أنظر : د. محمد ابراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص٧٥.

(٢) أنظر : د. يونس صلاح الدين محمد علي ، المرجع السابق ، ص١٥٩.

(٣) أنظر : د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق ، ص٦٩. كذلك : د. يونس صلاح الدين محمد علي، المرجع السابق ، ص١٦٠.

(٤) أنظر : د. انور العمروسي، المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون المدني، ط١،دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية،٢٠٠٤، ص٣٠٨.

(٥) أنظر : د. عبد العزيز المرسي حمود ، المرجع السابق ، ص٧٩. كذلك : د. سعد حسين عبد ملحم ، التفاوض في العقود عبر شبكة الانترنيت بين القواعد العامة في نظرية الالتزام والضرورات العمـــلية ،ط١ ، صباح صادق جعفر، بغداد ، ٢٠٠٤ ، ص٢٩.

جهده في المفاوضات لبلوغ النتيجة المراد التوصل إليها؛ وذلك لأن التزامه هو التزام ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق نتيجة، وعليه فإنَّ عدول أحد الأطراف في مرحلة المفاوضات التي يتضمنها عقد التفاوض يجعل منه مسؤولاً مسؤولية عقدية إذا كان هناك ضرر يترتب على ذلك العدول [١].

ج- التفاوض بحسن نية :

يفرض عقد التفاوض التزاماً آخر على الطرفين يتمثل بتنفيذ هذا العقد بحسن النية، ويكون ذلك بتنفيذ عقد التفاوض مستنداً إلى الأمانة والثقة في المعاملات ، وهذا كلَّه يجد أساسه في العقد المبرم بينهم ،والذي يجب تنفيذه بحسن النية وفقاً لما تتضمنه القواعد العامة من أحكام[٢] ، إذ نجد أن الفقرة الأولى من المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١تنص على أَنَّه((يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية))، ويُعَدُّ الالتزام بالتفاوض بحسن نية التزاماً بالمعنى الضيق ، فهو ليس مجرد واجب عام يقضي بعدم الانحراف عن السلوك المعتاد ، ويتقيد به الشخص اتجاه الآخرين في أي وقت، بل هو التزام عقدي لا ينشأ إلا بوجود أساس له،وهذا الأساس يتمثل بعقد التفاوض[٣].

كما أَنَّ الالتزام بالتفاوض بحسن النية يُعَدُّ من السعة ليشمل الكثير من الالتزامات التي تتفرع عنه ، والتي تُعَدُّ مُكمَّلة أو مساعدة للالتزام بالتفاوض بحسن النية[٤]، ومن تلك الالتزامات على سبيل المثال لا الحصر الالتزام بالاستقامة في التفاوض ، والالتزام بالتعاون، والالتزام بالأعلام ، والالتزام بالاستعلام، وأيضاً الالتزام بسرية المعلومات التي يطّلع عليها أثناء المفاوضات، ولعل أهم ما يتعلق بهذه الدراسة التزامان هما :

(١)الالتزام بالإعلام

يعني التزام كل متفاوض بالإفضاء إلى المتفاوض الآخر بكل ما لديه من بيانات ومعلومات تتعلق بالعقد المتفاوض عليه ؛ لكي يتسنى له إبرام العقد باراه سليمة متنورة بعيداً عن الغش والتدليس ، ومن ثم فإنَّ كل طرف من أطراف عقد التفاوض يكون ملزماً اتجاه الآخر منذ بدء المفاوضات باتخاذ موقف إيجابي نحو الآخر وذلك بإحاطته بما فيه الكفاية اللازمة من المعطيات والبيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد

(١) أنظر: يونس صلاح الدين محمد علي ، المرجع السابق، ص ١٦٥. كذلك : د. ابو العلا علي النمر ، المرجع السابق ، ص٥٤.
(٢) أنظر : د. آمال زيدان عبد اللاه ، المرجع السابق ، ص١٥٦. كذلك : د. يونس صلاح الدين محمد علي ، المرجع السابق، ص١٧١.
(٣) أنظر : د . يونس صلاح الدين محمد علي ، المرجع السابق ، ص ١٧٢. كذلك : حياة محمد محمد ابو النجا ، المرجع السابق ، ص ٧٩
(٤) أنظر : د. عبد العزيز المرسي حمود ، المرجع السابق ، ص٧٥.

المراد إبرامه[١] .ويلاحظ خلو القانون المدني العراقي من أي نص ينظم مرحلة ما قبل التعاقد بما فيها مرحلة التفاوض عامة، والالتزام بالأعلام بشكل خاص على عكس القانون المدني المصري[٢].

كما ان القانون الفرنسي بالأمر رقم ٢٠١٦- ١٣١ قد اشار في المادة (١١١١٢) الى انه ((أي طرف يعرف معلومة تكون أهميتها حاسمة لرضا الطرف الآخر يجب عليه ان يعلمه إياها،ما دام الأخير يجهل فعلا هذه المعلومة او يثق بالمتعاقد الآخر)).

(٢)الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات

هو أحد الالتزامات المتفرعة عن الالتزام بالتفاوض بحسن النية ، ويعني هذا الالتزام المحافظة على سريَّة المعلومات والبيانات ذات الأهمية الكبرى بالنسبة لصاحبها التي يقوم كل طرف باطلاع الطرف الآخر عليها أثناء المفاوضات.

لذلك يجب على من يطّلع عليها أن يبقيها طي الكتمان ،وأن لا يعمد إلى إفشائها للغير أو استغلالها بنفسه و لحسابه الخاص بدون إذن من صاحبها؛ وذلك لأنَّ قيمتها الاقتصادية ترتبط بسريتها[٣]، وينقسم هذا الالتزام من حيث المضمون إلى قسمين: يتمثل الأول بالالتزام بعدم إفشاء الأسرار، أمَّا الثاني فإنَّه يتعلق بالامتناع عن استغلال هذه المعلومات والبيانات ذات الطابع السري لحسابه الخاص ؛ كونها تمثل ميزة تنافسية لحائزها اتجاه الآخرين[٤] .

والذي يهمنا هنا هو الشق الأول من هذا الالتزام ، إذ يكون المتفاوض الذي يطَّلع على الأسرار والمعلومات المهمة التي تكون سرية بطبيعتها أو التي يضفي عليها صاحبها طابع السرية ملزماً بعدم إفشائها إلى الغير ؛ وذلك لأن في إفشائها ضررا يصيب صاحبها، ومن هذه المعلومات الأسرار المتعلقة بعقود نقل التكنولوجيا ، إذ يطّلع طالب التكنولوجيا على أسرارها التي تُعَدُّ ذات قيمة اقتصادية كبيرة

---

(١) أنظر : د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض ((دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي)) ، النسر الذهبي ، القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص١٨.

(٢) الأمر الذي يجعل من الرجوع إلى القواعد العامة أمراً لا مناص منه وتحديداً في نظرية الغلط ، إذ إنَّ المادة (١١٩) من قانونا المدني نصت على ((لا يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط أن يتمسك به إلا إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع في نفس الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبين وجوده)) وهذا النص يبين لنا بأنَّه لأجل التمسك بالغلط لابد أن يكون مشتركا بين الطرفين أو أنْ يكون الطرف الذي لم يقع فيه كان على علم به أو من السهل عليه العلم به. أنظر : د . يونس صلاح الدين محمد علي ، المرجع السابق ، ص١٧٥ ،وبخلاف ذلك فإنَّ القانون المدني المصري نص صراحة على هذا الالتزام في المرحلة السابقة على التعاقد في المادة (٢/١٢٥) منه والتي تنص على أنَّه ((يعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة ، إذا تبين إن المدلس ما كان عليه أن يبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو الملابسة)) إذ يتبين هنا أنَّ الالتزام بعدم الاخفاء أو بعدم السكوت هو المقصود بالأعلام قبل التعاقد ، إذا يعد السكوت العمدي عن واقعة مؤثرة تدليسا ولا فرق بين معاملة واخرى ،وهذا الالتزام اصبح واجباً عاماً ولا يقتصر على عقد دون آخر. أنظر : د. حسام الدين كامل الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقد ومراحل إعداد العقد الدولي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، العدد الثاني. السنة ٣٨ ، يوليو ، ١٩٩٦ ، ص٨٢.

(٣)أنظر: رجب كريم عبد اللاه ، المرجع السابق ، ص٥٨ .

(٤) أنظر: د. محمد حسام محمود لطفي ، المرجع السابق، ص٣١ .

بالنسبة لمالكها ، وإنَّ أساس الالتزام بعدم إفشائها هنا هو الاتفاق بين الطرفين والمتمثل بعقد التفاوض الذي يفرض هذا الالتزام مهما كانت نتيجة المفاوضات ، ومن ثم تقوم المسؤولية العقدية في حالة الإخلال بهذا الالتزام[١]وأَنَّ هذا الالتزام يكون مقابلاً لالتزام المتفاوض الآخر الذي يلتزم بالإدلاء بالمعلومات والبيانات ذات العلاقة بالعقد المستقبلي.

الفرع الثاني

الالتزام بعدم إفشاء الأسرار التجارية التزام قانوني

على الرغم من قلة التشريعات المنظمة لعقود نقل التكنولوجيا وكذلك الأمر بخصوص القواعد المنظمة لحماية الأسرار التجارية ، إلا إن التنظيمات القانونية في الفترة الأخيرة أخذت بالظهور سواءً على مستوى القواعد المستقلة ،ام على مستوى النصوص الضمنية في القوانين الأخرى المدنية بشكل عام أو التجارية بشكل خاص التي تنظم أما عقود نقل التكنولوجيا أو حماية الأسرار التجارية ، فمن جهة نجد أنَّ الدول النامية تسعى لإيجاد تنظيمات قانونية تحفظ لها حقوقها وسيادتها في العقود الدولية وخاصة فيما يتعلق بعقود نقل التكنولوجيا التي ترتبط غالباً بخطط التنمية الاقتصادية في تلك البلدان، لذلك نجد العديد من الدول النامية [٢]قد اتجهت الى إصدار قوانين تنظم عقود نقل التكنولوجيا .

كما إن ظهور الاتفاقيات الدولية التي توفّر حمايةً للملكية الفكرية ، ومنها اتفاقية التربس أَدَّى إلى تعديل التشريعات الوطنية من قبل الدول التي انضمت إليها بناءً على شروط وضعتها تلك الاتفاقية لتوفير حماية للأسرار التجارية [٣].

وعليه سنقسم هذا الموضوع على قسمين : يُخصص الأول لبيان النصوص القانونية على المستوى الداخلي التي تنص على الالتزام بعدم إفشاء الأسرار التجارية، أما الثاني فسيخصص للنصوص القانونية على المستوى الدولي التي تلزم بعدم إفشاء الأسرار التجارية .

---

(١)أنظر : د. يونس صلاح الدين محمد علي ، المرجع السابق ، ص١٩٠.

(٢)على سبيل المثال اصدرت الارجنتين قانون في عام ١٩٧١لتنظيم التراخيص ونقل التكنولوجيا وكذلك في المكسيك صدرت عدة قوانين من أهمها قانون نقل التكنولوجيا ١٩٧٣.للمزيد من التفاصيل أنظر:
C.Wolcott parker II, Licensing to Developing countries(in current Trends in Domestic and International Licensing) 1977pp.403_427 .

(٣) أنظر : د .عبدالله حسين الخشروم ، الوجيز في حقوق الملكية الصناعية والتجارية ، ط١،دار وائل للنشر، عمّان ،٢٠٠٥ ، ص٤٢.

اولا: النصوص التشريعية على المستوى الداخلي :

اهتمت بعض التشريعات بمسألة الالتزام بعدم إفشاء الأسرار التجارية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا ومن هذه التشريعات نجد أَنَّ المُشَرِّع المصري قد أوجد فصلاً كاملاً في قانون التجارة الجديد يَخصُّ عقود نقل التكنولوجيا وقد تَضمَّن نصوصاً خاصة بالالتزام بعدم إفشاء الأسرار التجارية والتي جاءت موافقة لأحكام اتفاقية التربس التي ألزمت الأعضاء بتعديل تشريعاتها [1]، حيث أوجبت المادة (١/٨٣)من القانون السابق على التزام المستورد بحفظ سرية التكنولوجيا التي يطّلع عليها ، وعلى سرية التحسينات، ويكون مسؤولاً عن الضرر الحاصل نتيجة عدم الالتزام بذلك سواءً كان في مرحلة المفاوضات ، أم كان ذلك بعد إبرام العقد،وهذا يدلُّ على مدى إدراك المُشَرِّع المصري لأهمية الأسرار التجارية وخاصة في مرحلة مهمة هي مرحلة المفاوضات في عقود نقل التكنولوجيا التي تغيب عنها الحماية العقدية في كثير من الأحيان،وكذلك فإنَّ المُشَرِّع المصري لم يقفْ عند هذا الحد من توفير الأساس الذي يحمي الأسرار التجارية إذ صدر بعد ذلك قانون الملكية الفكرية رقم(٨٢)لسنة ٢٠٠٢وقد تضمنت المواد(٥٥-٦٢)منه نصوصاً تحمي الأسرار التجارية من الإفشاء ، وبَيَّنت صور الاعتداء عليها ، والآثار المترتبة على ذلك مستنداً في ذلك إلى الأفعال التي تُعَدَّ من قبيل المنافسة غير المشروعة[2] .

ويبدو إن المشرع المصري في النصوص السابقة قد عد الإخلال بالالتزام بعدم إفشاء الأسرار التجارية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا موجبا للمسؤولية التقصيرية. أي إن أساس هذا الالتزام هو النص التشريعي.فقد ميزت المادة(١\٨٣) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩بين مرحلة المفاوضات وبين مرحلة إبرام العقد،اذ إن هذا الالتزام جاء في سياق بيان التزامات مستورد التكنولوجيا بموجب عقد نقل التكنولوجيا .وقد عرفت المادة ٧٣ عقد نقل التكنولوجيا بأنه ((اتفاق يتعهد بمقتضاه (مورد التكنولوجيا) بان ينقل بمقابل معلومات فنية الى (مستورد التكنولوجيا) لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة او تطويرها او لتركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات ...)). وبذلك اخرج النص مرحلة المفاوضات من نطاق عقد نقل التكنولوجيا لتكون مرحلة سابقة وخارجة عنه ،ولا تلحقها الصفة العقدية.ويؤكد ذلك صياغة المادة(١\٨٣) ،اذ جاء إلزام مستورد التكنولوجيا بهذا الالتزام في مرحلة المفاوضات في إطار الالتزام بالتعويض عن إفشاء هذه السرية.

([1]) أنظر : د. آمال زيدان عبد اللاه ، المرجع السابق ، ص١٣٥.

([2]) أنظر: د. ذكرى عبد الرزاق محمد ، ، حماية المعلومات السرية من حقوق الملكية الفكرية (KNOW-HOW) في ضوء التطورات التشريعية والقضائية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧، ص١٥١ – اذ ذكرت أَنَّ من صور الاعتداء على الأسرار التجارية هو إفشاءها من قبل من يطلع عليها بدون موافقة مالكها .

كما إن قانون حماية الملكية الفكرية كان صريحا في اعتبار النص التشريعي هو أساس هذا الالتزام ،فقد اعتبر إفشاء الأسرار التجارية داخلا في نطاق المنافسة غير المشروعة. وهذه ترجع في أساسها إلى المسؤولية التقصيرية .

أما في الأردن فقد صدر قانون خاص بالأسرار التجارية وهو قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية و ذلك استجابة لمتطلبات الانضمام إلى اتفاقية التربس الخاصة بحماية الملكية الفكرية، إذ يُعَدَّ الأردن من أوائل الدول العربية استجابة لذلك فهذا القانون هو أوَّل قانون خاص بالأسرار التجارية في المنطقة[١]،وقد نصّت المادة السادسة من القانون السابق على أنَّه((أ- يُعَدُّ حصول أي شخص على سر تجاري أو استعماله له أو الإفصاح عنه بطريقة تخالف الممارسات التجارية الشريفة دون موافقة صاحب الحق إساءة لاستعمال السر التجاري.ب - لغايات تطبيق أحكام الفقرة (أ)من هذه المادة يعتبر مخالفا للممارسات التجارية الشريفة على وجه الخصوص ما يلي :

- الإخلال بالعقود
- الإخلال بسرية المعلومات المؤتمنة أو الحث على الإخلال بها
- حصول شخص على الأسرار التجارية من طرف آخر إذا كان يعلم أو بمقدوره أن يعلم بأن حصول ذلك الطرف عليها كان نتيجة مخالفة للممارسات التجارية الشريفة .

ج- لا يعتبر مخالفا للممارسات التجارية الشريفة على وجه الخصوص التوصل الى السر التجاري بصورة مستقلة او عن طريق الهندسة العكسية)).

يبدو واضحاً أَنَّ المُشَرّع الأردني قد أشار إلى الأعمال التي تُعَدُّ مخالفةً للممارسات التجارية الشريفة على سبيل المثال لا الحصر،إذ إنَّه استعمل عبارة على وجه الخصوص وهذا يَدلُّ بما لا يقبل الشك أنَّ ما جرى تعداده كان أمثلة يمكن القياس عليها[٢] .

ويتضح إنَّ المُشَرّع الأردني قد أشار صراحة إلى الالتزام بعدم إفشاء الأسرار التجارية، وذلك يبدو واضحاً من خلال تحليل نص المادة (٦/ب) ، إذ أشارت هذه المادة إلى الإخلال بالعقود بوصفها مثالاً لمخالفة الممارسات التجارية الشريفة .وهذا يَدلُّ دلالةً واضحةً على أَنَّ هذه الحالة تختص بالإخلال عند وجود عقد يربط الأطراف ويلزمهم بالمحافظة على الأسرار التجارية . كما أشارت الفقرة ذاتها إلى مثال آخر، وهو الإخلال بسريَّة المعلومات المؤتمنة، وهذا المثال يَخْتصُّ بالحالة التي لا يرتبط فيها صاحب

(١) أنظر: المحامي عمر كامل السواعدة ،الأساس القانوني لحماية الأسرار التجارية ((دراسة مقارنة)) ،ط١، دار الحامد ، عمّان ، ٢٠٠٩ ، ص٣٤.

(٢) أنظر : المحامي عمر كامل السواعدة ، المرجع السابق ، ص١٠٣.

السر ومتلقيه بأي عقد ، أي أَنَّ هذه الحالة تناقش مسألة الإفضاء بالأسرار التجارية إلى شخص على سبيل الأمانة والثقة بالشخص المتلقي ، دون أن يكون هناك رابطة عقدية تربطهما،وهذا يعني ، من مفهوم المخالفة التزام المتلقي بالمحافظة عليها وعلى سريتها ، و يُعَدُّ إفشاؤها إخلالاً بهذا الالتزام، وهو ما يُعَدُّ مخالفة للممارسات التجارية الشريفة، و هو ما ينطبق بدوره، على ما نعتقد،على مرحلة المفاوضات في حالة عدم وجود عقد تفاوض ، إذ إنَّ وجود هذا العقد يعني انطباق الحالة السابقة ، وعند غياب هذا العقد تنطبق الحالة التي نحن بصددها ، وعليه نجد إن أساس الالتزام بعدم إفشاء الأسرار التجارية يجد سنده في هذه الحالة.

أما في القانون الفرنسي قبل صدور الأمر رقم ٢٠١٦- ١٣١لم يكن هناك نص خاص يشير إلى الالتزام بعدم إفشاء الأسرار التجارية في مرحلة المفاوضات ، فضلاً عن إنَّ القانون الفرنسي على عكس الكثير من القوانين لم يعترف بملكية الأسرار التجارية ومن ثم ينفي حمايتها عن طريق حق الملكية ،الأمر الذي دفع بالفقه الفرنسي إلى محاولة حماية الأسرار التجارية في مرحلة المفاوضات من طرق عدة منها الاستناد إلى النصوص الجنائية [١]ومنها ما يتعلق بدعوى المنافسة غير المشروعة وفقاً للمادة (١٣٨٢) من القانون المدني الفرنسي ،باعتبار إنَّ إفشاء سرية المعلومات التكنولوجيا من قبل المتفاوض يُعَدُّ خطأ يثير المسؤولية المدنية ، إذ يُعَدُّ تصرفاً خارجاً عن العادات والأعراف في هذا النطاق[٢]، كذلك فإنَّ القضاء في فرنسا اقر في أحد قراراته بوجوب الالتزام بسرية المعلومات التي يدلي بها المتفاوض في مرحلة المفاوضات إلى المتفاوض الآخر عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة ، إذ قررت محكمة النقض في باريس أنَّ من يقوم بإفشاء الأسرار أو استخدامها لمصلحته الخاصة يكون ملزماً بتعويض الطرف الآخر لأنَّ فعلهُ يُعَدُّ من صور المنافسة غير المشروعة[٣].

أما بصدور الأمر رقم ٢٠١٦-١٣١ فقد اقر المشرع الفرنسي حماية المعلومات السرية في مرحلة المفاوضات العقدية، إذ نصت المادة (٢\١١١١٢) على أن ((تقوم مسؤولية كل من يستخدم او يفشي دون ترخيص معلومات سرية حصل عليها بمناسبة المفاوضات طبقا للقواعد العامة)).

([١])إذ يوجد هناك حماية جنائية للأسرار التجارية في فرنسا حيث أنَّ القضاء في فرنسا يطبق نص المادة (٤١٨)من قانون العقوبات الفرنسي التي تخص جريمة إفشاء الأسرار الصناعية على جريمة إفشاء الأسرار التجارية. للمزيد أنظر : فرهاد سعيد سعدي ، الحماية القانونية للأسرار التجارية دراسة مقارنة للجوانب المدنية لحماية المعرفة الفنية know-How ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة - جامعة صلاح الدين، اربيل، ٢٠٠٣ ، ص٦٢- ٦٣.

([٢])أنظر : د. وفاء فريد فلحوط ، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا الى الدول النامية ، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٨ ، ص٩١.

([٣]) قرار محكمة النقض الفرنسية ، الدائرة الاجتماعية ، في ٣/اكتوبر/١٩٨٧، أورده د. ابو العلا علي النمر ، المرجع السابق ، ص٩٩.

ويبدو إن القانون المدني الفرنسي قد اعتبر نص التشريع أساسا للالتزام بعد إفشاء الإسرار التجارية ،وان المسؤولية الناشئة عن الإخلال به هي مسؤولية تقصيرية في حالة عدم وجود عقد ينظم مرحلة المفاوضات.فهو وان كان قد نظم مرحلة المفاوضات العقدية بعد تعديله بالأمر رقم ٢٠١٦-١٣١ ،إلا انه لم يعد تلك المرحلة جزءا من العقد ،أو بعبارة أخرى لم يعد التفاوض بين طرفي العقد ذا طبيعة عقدية في حالة عدم وجود اتفاق او عقد تفاوض.اذ صرحت المادة (٢١١١١٢) بان المسؤولية عن إفشاء معلومات سرية تقوم وفقا للقواعد العامة ،ومصطلح القواعد العامة في إطار المسؤولية يشير إلى المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية.وهو ما يعني إن المسؤولية في مرحلة المفاوضات قد تكون عقدية في حالة وجود عقد تفاوض. وقد تكون مسؤولية تقصيرية في حالة عدم وجود هذا العقد . وأخيراً فإنَّ المُشَرِّع الأمريكي يُعَدُّ أوَّل المُشَرِّعين اهتماماً وتنظيماً لمسألة الأسرار التجارية ؛ وذلك لما تكبدت الولايات المتحدة من خسائر فادحة نتيجة الاعتداء على الأسرار التجارية للشركات الكبرى ،وعلى الرغم من إنَّ القانون الأمريكي قد أقر بحق صاحب الأسرار التجارية التي يملكها إلا إنَّ هذه المعالجة القانونية لم تكن هي الأحدث في الحماية ،بل سبقتها عدة وسائل[١]،ففي عام ١٩٣٩صدرت مدونة الفعل الضار التي نصت في القسم (٧٥٧) منها على أنَّه((كل من يفشي أو يستعمل سراً تجارياً يخص الغير بدون حق يكون مسؤولاً إذا :١- كشف السر بأساليب غير سوية ،٢- كان إفشاء السر أو استعماله يشكل خرقاً للثقة التي أودعها فيه الغير عندما أفضى إليه السر)). ومن هذا النص يتضح أنَّ الحصول على الأسرار التجارية بطرق غير سوية يُعَدُّ مبرراً لقيام المسؤولية إذ إن الأسلوب غير السوي لانتهاك الأسرار التجارية من سرقة أو التجسس أو أي فعل من الأفعال التي تخالف الأخلاق المتعارف عليها في التجارة تُعَدُّ أمراً مرفوضاً وموجباً لقيام المسؤولية .

وعلى الرغم من أنَّ القانون الأمريكي يجعل من مرحلة التفاوض قائمة على مبدأ المخاطرة والاحتمالية إلا إنَّه استثنى مرحلة المفاوضات في عقود نقل التكنولوجيا؛ نظراً لطبيعتها الخاصة وخطورتها وخاصة محلها المتمثل بالمعارف التكنولوجية و أقام المسؤولية على أساس نظرية الثقة التي أخذت بها الدول ذات النظم الانكلوسكسونية ، إذ تنص هذه النظرية على إنَّ أساس المسؤولية في مرحلة المفاوضات تقوم على الثقة المتبادلة بين الأطراف ، وأنَّ من يطّلع على أسرار تجارية في مرحلة المفاوضة العقدية يجب عليه عدم إفشائها لأنَّه مؤتمنٌ عليها وهذا ما أشارت إليه مدونة الفعل الضار في القسم (٧٥٧)إذ اعتبرت إفشاء الأسرار التجارية يشكل خرقاً للثقة التي أودعها صاحب السر [٢].
وقد توسعت القوانين الأمريكية فلم تقصر الالتزام على الشخص الذي يطَّلع على الأسرار بل شملت الغير

(١) أنظر: د. حسام الدين عبد الغني الصغير ، حماية المعلومات غير المفصح عنها والتحديات التي تواجه الصناعات الدوائية في الدول النامية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥، ص٧٢.
(٢) أنظر : د . آمال زيدان عبد اللاه ، المرجع السابق ، ص١١٧-١١٨

الذي يحصل على الأسرار بحسن النية، فقد جعلت منه مُلزماً بعدم إفشاء الأسرار التجارية التي يطلع عليها شريطة أنْ يكون من أفصح له عنها قد أخبره بأنَّها سرية وليس من حقه استعمالها أو إفشاؤها[١]، إذ جاء في القسم (٧٥٨/ب)من مدونة الفعل الضار على أَنَّه ((يُسال هذا الغير إذا استعمل المعلومات السرية أو أفصح عنها بعد إخطاره بأنَّ المعلومات التي حصل عليها هي أسرار تجارية تخص غيره ، أو لحدوث خطأ أدى إلى وصول تلك المعلومات السرية إليه)).

ونتيجة لزيادة عدد قضايا الأسرار التجارية تمَّ إعداد مشروع القانون الموحد للأسرار التجارية من قبل المؤتمر الوطني للقوانين الموحدة بعد أنْ طلب منه ذلك عام ١٩٦٩،الذي تمَّ إقراره عام ١٩٧٩وتم تعديله سنة ١٩٨٥[٢]، وقد جاء بمفاهيم واسعة للأسرار التجارية ، إذ نصت المادة (٢) من القسم الأول منه على المسؤولية عن الإساءة للأسرار التجارية سواءً بالحصول عليها أو إفشائها ، كما حدَّدَت مفهوم الإساءة بقولها :((أولاً : اكتساب السر التجاري للآخرين من قبل شخص يعلم أو كان لديه أسباب معقولة للعلم بأنَّ السر التجاري قد تمَّ إفشاؤه بوسائل غير قانونية .ثانياً : إفشاء واستعمال السر التجاري للآخرين بدون الموافقة الصريحة أو الضمنية من قبل صاحب السر .)).

وعلى الرغم من الأهمية الكبيرة لعقود نقل التكنولوجيا، واهتمام بعض التشريعات بمسألة الالتزام بالسرية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا إلا إنَّ القانون العراقي خلا من نصوص قانونية تنظم هذه العقود من جهة ،ومن جهة أخرى لم يتم تشريع أي نصوص قانونية لتنظيم مرحلة المفاوضات العقدية في القوانين العراقية وخاصة المشاكل المتعلقة بهذه المفاوضات ، ومن أهمها مشكلة المعلومات السرية وكيفية المحافظة عليها .

وبالرجوع إلى القواعد العامة في القانون نجد أَنَّ هناك بعض النصوص قد أشارت إلى الالتزام بالسرية إلا إنَّها لا تتعلق بإلزام المتفاوض بالمحافظة على سرية المعلومات التي يطلع عليها أثناء

---

(١) أنظر : د. حسام الدين عبد الغني الصغير ، المرجع السابق ، ص٨٥.

(٢) إلى جانب ذلك فقد صدر قانون التجسس الاقتصادي في امريكا عام ١٩٩٦الذي ينص على العديد من القواعد الخاصة بالعقوبات الجنائية على من يقوم بالتجسس الاقتصادي والاعتداء على الأسرار التجارية .

المفاوضات [١] ومنها المادة (١/٩٠٩/هـ)من القانون المدني [٢] ، وكذلك المادة (٣٥/ أولاً)من قانون العمل العراقي[٣]، وأيضا المادة (١/٤٦)من قانون المحاماة العراقي[٤].

إلا إنَّ الآونة الأخيرة شهدت تعديل قانون براءة الاختراع والنماذج الصناعية رقم (٦٥)لسنة١٩٧٠ بموجب أمر سلطة الائتلاف (المُنحلة) المرقم (٨١)لسنة٢٠٠٤ليصبح اسمه (قانون براءات الاختراع والنماذج الصناعية والمعلومات غير المصفح عنها والدوائر المتكاملة والأصناف النباتية)، الذي أشار لأول مرة إلى مصطلح لم تألفه القوانين العراقية وهو مصطلح (المعلومات غير المفصح عنها) ، ليصبح هذا القانون أول قانون خاص يهتم بمسألة المعلومات غير المفصح عنها أو الأسرار التجارية كما أسْمَتْها بعض التشريعات[٥] .

وقد أشار القانون اعلاه في الفصل الثالث (مكرر) منه إلى الشروط الواجب توافرها في المعلومات غير المفصح عنها حتى يتم توفير الحماية القانونية لها ، إذ نصت المادة (١) من القسم (أولاً) على أنَّه((للأشخاص الطبيعية والمعنوية صلاحية حبس المعلومات بصورة قانونية في حدود سيطرتهم على كشفها أو الحصول عليها أو استعمالها من قبل الآخرين بدون موافقة بطريقة لا تتعارض مع الأعراف التجارية الثابتة طالما أَنَّ هذه المعلومات : أ – سرية بمعنى أنَّها غير معروفة عموماً أو متاحة بصورة مقروءة للأشخاص في حدود الفئات التي تتعامل عادة مع هذا النوع من المعلومات في مسألة ما كـهيئة أو جمعية أو تشكيل منظم العناصر.ب- لها قيمة تجارية لأنَّها أسرار .ج- خاضعة لمراحل رصينة حسب أوضاع الشخص الذي يحوز المعلومات بصورة قانونية لحفظها سراً)) .

وفي ضوء ذلك يتضح إنَّ هذه الشروط تركز على أنْ تكون المعلومات سرية ، لأن السرية هي الجوهر الذي تدور حوله فكرة المعلومات التي يتم حمايتها،التي يترتَّب على سريتها قيمة اقتصادية أو تجارية لتلك المعلومات ، إلا إنَّ القانون المذكور لم يتطرق صراحة إلى التزام المتفاوض بعدم إفشاء المعلومات غير المفصح عنها أو الأسرار التجارية التي يطلع عليها أثناء فترة المفاوضات إلى الغير ، سيَّما وأَنَّ هذه الشروط التي يشترطها هذا النص تتطابق مع ما يشترط في محل عقود نقل التكنولوجيا ،إذ

---

(١) أنظر : د. سعد حسين عبد ملحم ، المرجع السابق ، ص٣٤.

(٢) نصت هذه المادة على وجوب الالتزام بعدم إفشاء الأسرار من قبل العامل اتجاه رب العمل بما يطَّلع عليه من أسرار صناعية وتجارية إذ تنص الفقرة (هـ) منها على أنَّه ((يجب على العامل ...هـ : أن يحتفظ بأسرار رب العمل الصناعية والتجارية حتى بعد إنقضاء العقد)).

(٣) نصت هذه المادة على وجوب الالتزام بعدم إفشاء الأسرار من قبل العامل اتجاه رب العمل بما يطَّلع عليه من أسرار صناعية وتجارية إذ تنص الفقرة (هـ) منها على أنَّه ((يجب على العامل ...هـ : أن يحتفظ بأسرار رب العمل الصناعية والتجارية حتى بعد إنقضاء العقد))

(٤) نصّت هذه المادة على ((لا يجوز للمحامي أن يفشي سراً أُؤتمِن عليه أو عرفه عن طريق مهنته ولو بعد إنتهاء وكالته)).

(٥) اضيف إلى القانون السابق رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٠تحت عنوان الفصل الثالث (مكرر)حماية المعلومات غير المفصح عنها بموجب أمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (٨١) لسنة ٢٠٠٤وقد نشر في الوقائع العراقية بالعدد (٣٩٨٣) في حزيران ٢٠٠٤.

إنَّ المادة ألسابقة قد أعطت للأشخاص الطبيعة والمعنوية صلاحية حبس المعلومات بصورة قانونية في حدود سيطرتهم على كشفها أو الحصول عليها أو استعمالها من قبل الآخرين دون موافقة ويكون ذلك بطريقة لا تعارض الأعراف التجارية الثابتة بشرط كون هذه المعلومات سرية ولها قيمة تجارية تكسبها من سريتها وقيام مالكها باتخاذ الإجراءات المناسبة لحمايتها ، أي المعلومات التي لم تسجل عليها براءة اختراع، وهي نفسها التي تكون محلاً لعقود نقل التكنولوجيا[١] .

ويبدو هنا قصور هذا التشريع عن توفير الحماية الكاملة للمعلومات غير المفصح عنها وبالتحديد مسألة الالتزام بعدم إفشائها وخاصة في مرحلة التفاوض ؛وعليه نأمل من المُشَرّع العراقي وضع نصوص قانونية تحدد الالتزام بعدم إفشاء المعلومات السرية ، ومنها الأسرار التجارية في مراحل عقود نقل التكنولوجيا كافة من أجل إيجاد توازن بين مصالح أطراف هذه العقود، وتوفير حماية كاملة لهذه المعلومات وعلى الأقل إدراج نص قانوني في قانون براءات الاختراع والنماذج الصناعية والمعلومات غير المفصح عنها والدوائر المتكاملة والأصناف النباتية ، ونقترح أن يكون النص بالشكل الآتي (يلتزم من يطّلع على الأسرار التجارية لأي سبب كان بعدم إفشائها إلا بموافقة مالكها ، وبخلاف ذلك يكون مسؤولاً عن أي ضرر يصيب مالكها) .

ثانيا: النصوص التشريعية على المستوى الدولي:-

منذَ أنْ وجد أصحاب رؤوس الأموال والشركات في الإبداع مجالاً خصباً للاستثمار أخذوا يحثُّون دولهم على التدخل لحماية الملكية الفكرية تحت مسميات مختلفة، وبدأت آثار ذلك التدخل تظهر في نهاية القرن التاسع عشر بصدور اتفاقيتين مهمتين في مجال الملكية الفكرية وهما : اتفاقية الملكية الصناعية (اتفاقية باريس)عام ١٨٨٣ ، واتفاقية الملكية الأدبية والفنية (اتفاقية برن)عام ١٨٨٦كبداية لتوفير الحماية لحقوق الملكية الفكرية [٢].ثم ظهرت بعد ذلك العديد من الاتفاقيات الدولية الأخرى التي كانت اتفاقيات جديدة لحماية الملكية الفكرية [٣]في بعض الأحيان ،واتفاقيات معدلة للاتفاقيات السابقة في أحيان أُخرى ،وكان آخر هذه الاتفاقيات اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (اتفاقية التربس)الملحقة باتفاقية التجارة العالمية (WTO).

---

(١) أنظر : د. طارق كاظم عجيل ، ثورة المعلومات وانعكاساتها على القانون المدني (دراسات وبحوث)، ط١،منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،٢٠١١، ص٣٥١.

(٢)أنظر : د. نوري حمد خاطر ، شرح قواعد الملكية الفكرية (الملكية الصناعية) دراسة مقارنة في القوانين الأردني والاماراتي والفرنسي ، ط٢ ، دار وائل للنشر ،عمان ، ٢٠١٠ ، ص٩.

(٣) ومن اهم تلك الاتفاقيات اتفاقية روما لحماية الحقوق المجاورة (حقوق المؤدين وحقوق هيئات الإذاعة وحقوق منتجي التسجيلات الصوتية) لعام ١٩٦٦واتفاقية واشنطن لحماية تصاميم الخطوط الطوبوغرافية للدوائر المتكاملة لعام١٩٨٥.

لقد ألزمت اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية التي أبرمت في ٢٠ اذار ١٨٨٣[١]الأطراف الموقعة عليها أن تُعَدِّل تلقائياً من مضمون تشريعاتها الداخلية بما يتفق وأحكامها[٢]،وقد كانت هذه الاتفاقية عند إبرامها ملائمة للدول الحرة كافة، بخلاف الدول النامية التي لا تستطيع الاستفادة من مبادئ وقواعد هذه الاتفاقية القوة نفسها التي تستفيد منها الدول المتقدمة التي تتمتع بتفوق تكنولوجي هائل [٣]،كما إنَّ التعديلات التي أدخلت على هذه الاتفاقية منذ سنة ١٨٨٣وحتى التعديل الذي تَمَّ في مؤتمر لندن سنة١٩٣٤ما هي إلا نتيجة لرغبة الدول المتقدمة صناعيا للمحافظة على احتكاراتها وتدعيم تفوقها التكنولوجي[٤].

وعلى الرغم من كون اتفاقية باريس لم تعالج في بداية الأمر المعارف التكنولوجية أو الأسرار التجارية ، ولكنَّها وبعد عدة تعديلات كان آخرها في عام ١٩٦٧(تعديل إستكهولم) أضيفت لها مسألة قمع المنافسة غير المشروعة في عداد صور حماية الملكية الصناعية ،وعليه أصبحت حماية الأسرار التجارية من خلال هذه الاتفاقية كونها إحدى صور الملكية الفكرية؛ لأنَّ إفشاء أسرار التجارة أو الاعتداء عليها بأساليب تناقض الشرف والأمانة في التعامل يُعَدُّ عملاً غير مشروع [٥]، إذ نصت الفقرة (٢)من المادة الأولى من اتفاقية باريس على أنَّه ((تشمل حماية الملكية الصناعية براءات الاختراع ونماذج المنفعة والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات الصناعية والتجارية وعلامات الخدمة والاسم التجاري وبيانات المصدر،أو تسميات المنشأ وكذلك قمع المنافسة غير المشروعة)).

وقد أَرست الفقرة الثانية من المادة (١٠ مكرر)من اتفاقية باريس العلاقة بين حماية الأسرار التجارية من الإفشاء ، وقواعد قمع المنافسة غير المشروعة ؛ لأن هذه المادة أشارت إلى أَنَّ أي عمل من أعمال المنافسة يتعارض مع العادات الشريفة في المعاملات التجارية والصناعية يُعَدُّ عملا من أعمال المنافسة غير المشروعة[٦]، إذ نصّت على أنَّه ((ويكون محضوراً بصفة خاصة ما يلي: ..... ٢-الادعاءات المخالفة للحقيقة في مزاولة التجارة والتي من طبيعتها نزع الثقة عن منشأ أحد المنافسين أو منتجاته أو نشاطه الصناعي أو التجاري)) .

([١])في بداية الأمر وقع على هذه الاتفاقية إحدى عشرة دولة هي(بلجيكا - البرازيل - السلفادور - فرنسا -ايطاليا - البرتغال - هولندا - سويسرا - صربيا - اسبانيا - جواتيمالا)وقد نفذت هذه المعاهدة عام ١٨٨٤اذ انضمت اليها بعد ذلك كل من (بريطانيا - تونس - الاكوادور) ، أنظر : خالد محمود المهيري ، الحماية القانونية للملكية الصناعية ، (حماية العلاقات التجارية في دولة الامارات العربية المتحدة في ضوء الاتفاقيات الدولية واحكام القضاء) ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية ، بدون تاريخ . نقلا عن : د . محمد حسن عبد المجيد الحداد ، الاليات الدولية لحماية حقوق الملكية الصناعية واثرها الاقتصادي ، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية ، دار الكتب القانوني ودار شتات للنشر، القاهرة ٢٠١١ ، ص٦٢ هامش رقم (٣) .

([٢]) أنظر : د. محمد حسن عبد المجيد الحداد ، المرجع سابق ، ص٦٢.

([٣]) أنظر : د. محمد حسن عبد المجيد الحداد ، المرجع السابق ، ص٨٨.

([٤])أنظر : د. محمد حسني عباس ،الملكية الصناعية أو طريق انتقال الدول النامية إلى عصر التكنولوجيا ، منشورات المنظمة العالمية للملكية الفكرية ، جنيف، ١٩٧٦، ص٢٢.

([٥]) أنظر : د. حسام الدين عبد الغني الصغير ، المرجع السابق ، ص١٠٥.

([٦])أنظر: د. حسام الدين عبد الغني الصغير ، المرجع السابق ،هامش ، ص١٠٤.

وفي عام ١٩٦٧تاسست المنظمة العالمية للملكية الفكرية [١]التي يرجع تأريخها إلى كل من اتفاقية باريس واتفاقية برن اللتان نصتا على إنشاء أمانة لهما تحت أسم (المكتب الدولي) ، إذ اتحد المكتبان[٢] عام ١٨٩٣وباشرا بالعمل تحت مُسميات مختلفة حتى تمت الاستعاضة عنهما باسم المكتب الدولي للملكية الفكرية سنة ١٩٧٠التي أصبحت في سنة ١٩٧٤ إحدى الوكالات المتخصصة للأمم المتحدة وكان من أهم أهدافها تشجيع النشاط الفكري،وتيسير نقل التكنولوجيا إلى البلدان النامية؛ لدفع عجلة التنمية الاقتصادية وكذلك حماية الملكية الفكرية في كافة أنحاء العالم، وضمان التعاون الإداري بين اتحادات الملكية الفكرية وأيضا توفير المعلومات المتعلقة بالملكية الفكرية ، وأخيراً القيام بالمهام الإدارية لاتحاد باريس واتحاد برن اللذينِ تَمَّ إنشائهما طبقاً للاتفاقيات أعلاه وكانت خير وسيلة لحماية الملكية الفكرية من الاعتداء عليها ومن صور الملكية الفكرية طبقاً لاتفاقية باريس هي قمع المنافسة غير المشروعة [٣]

إلا أَنَّ ما جاء في الاتفاقيات السابقة كان مبادئ عامة ولم تتطرق إلى الكثير من التفاصيل من جهة [٤] ،وكذلك فإنَّ غياب الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية في العديد من الدول النامية والتي سعت إلى اختصار الطريق للتوصل إلى الملكية الفكرية ، عن طريق القرصنة والتقليد واستخدام الكثير من الأساليب غير المشروعة للحصول على الملكية الفكرية ، ومن ضمنها الاعتداء على الأسرار التجارية ، من جهة أُخرى دعت الدول الصناعية وفي مقدمتها الولايات المتحدة الأمريكية إلى تقديم مشروع لإقرار اتفاقية دولية لحماية حقوق الملكية الفكرية واقترحت أيضاً إدخال الأسرار التجارية كإحدى صور الملكية الفكرية بعد أنْ تكبدت خسائر فادحة بسبب الاعتداء على الأسرار التجارية حيث بلغت خسائر الولايات المتحدة الأمريكية في هذا المجال بـ (٢٤)بليون دولار أمريكي[٥] .

([١])أسست هذه المنظمة بموجب اتفاقية تم توقيعها في استكهولم في ١٤/تموز/١٩٦٧باسم (اتفاقية انشاء المنظمة العالمية للملكية الفكرية) ودخلت حيز التنفيذ سنة١٩٧٠وتسمى اختصاراً باللغة العربية (الويبو) وباللغة الانكليزية (Wipo)وبالفرنسية والاسبانية (OMPI).د. صلاح زين الدين ، المدخل إلى الملكية الفكرية (نشأتها ومفهومها ونطاقها واهميتها وتكييفها وتنظيمها وحمايتها) ،ط١،دار الثقافة ، عمّان ، ٢٠٠٦ ص١٧٤.

([٢]) وهذان الاتحادان هما :الاتحاد الدولي لحماية الملكية الصناعية والاتحاد الدولي لحماية المصنفات الادبية والفنية ، د. علاء ابو الحسن العلاق ومحمد عبد المجيد رؤوف ، الملكية الفكرية المبادئ والتطبيق ، ط١ ،المركز الوطني لحماية حق المؤلف والحقوق المجاورة – وزارة الثقافة ، بغداد ، ٢٠١٠ ، ص١٦٤.

([٣]) أنظر : د. صلاح زين الدين ، المرجع السابق ، ص١٧٥ وما بعدها . كذلك د. علاء عبد الحسين العلاق ومحمد عبد المجيد رؤوف ، المرجع السابق ، ص١٦٤.

([٤]) أنظر : فرهاد سعيد سعدي ، المرجع السابق ، ص٦٧.

([٥]) أنظر: د. صلاح زين الدين ، المرجع السابق ، ص١٤٥- ١٤٦.

وفي عام ١٩٩٤تَمَّ توقيع اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية والمعروفة اختصاراً بـ (Trips)[١]والتي تُعَدُّ إحدى الملاحق لاتفاقية التجارة العالمية،وتُعَدُّ هذه الاتفاقية إحدى أهم الاتفاقيات في مجال الملكية الفكرية ، وقد جاءت الاتفاقية بأحكام بالغة الأهمية بخصوص اتفاقية (باريس)واتفاقية (برن)،اذ لم تقم هذه الاتفاقية بإلغاء ما جاءت به الاتفاقيات السابقة ، وإنَّما حاولت أن تجعل أحكامها تتواءم مع الأحكام الواردة في الاتفاقيات السابقة من خلال مراعاة الأحكام السابقة وإضافة أحكام جديدة[٢]حيث أضافت لها بعض الصور الحديثة للملكية الفكرية ومنها الأسرار التجارية تحت مسمى (المعلومات غير المفصح عنها)، إذ نَصَّت الفقرة (٢)من المادة الأولى من هذه الاتفاقية على أنَّ مصطلح الملكية الفكرية يشمل جميع فئات الملكية الفكرية المنصوص عليها في الأقسام من(١ - ٧)من الجزء الثاني ،وهي:

((١- حقوق المؤلف والحقوق المتعلقة بها ،٢- العلامات التجارية ،٣- المؤشرات الجغرافية، ٤- التصميمات الصناعية،٥- براءات الاختراع،٦- التصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة، ٧- حماية المعلومات غير المفصح عنها)) وبهذا تكون هذه الاتفاقية قد أدخلت المعلومات السرية ضمن صور الملكية الفكرية تحت ضغط كبير من الدول الصناعية وفي مقدمتها الولايات المتحدة الأمريكية وبعض الدول الأوربية إلا إنَّها وعلى الرغم من ذلك لم تعترف لحائز المعلومات السرية بحق ملكية الأسرار التجارية (وهذا ما طالبت به الولايات المتحدة في بداية المفاوضات) بل أقامت أساس الحماية على قواعد المنافسة غير المشروعة حيث جاءت المادة (٣٩)منها استناداً على نص المادة (١٠مكرر)من اتفاقية باريس وهذا هو السائد في البلدان الأوربية التي لم تعترف بملكية المعلومات السرية التي تحظر ارتكاب الأعمال التي تناقض السلوك القويم في التعاملات ، وعليه فإنَّ الاتفاقية تسري اتجاه الأشخاص الذين يحصلون على الأسرار التجارية بطريقة تتنافى مع الممارسات التجارية الشريفة [٣].

---

(١)وقعت هذه الاتفاقية في مراكش في ١٥ /ابريل /١٩٩٤ودخلت حيز التنفيذ في ١/كانون الثاني /١٩٩٥بعد جولات متعددة من المفاوضات لتعديل اتفاقية (لسنة ١٩٤٧) وكانت المفاوضات قد استمرت للفترة من ١٩٨٦ولغاية ١٩٩٤وكان آخرها مفاوضات الاورغواي التي ادخلت فيها اقتراحات عدّة مقدمة من الولايات المتحدة الامريكية ومن الدول الاوربية تضمَّنت حماية الأسرار التجارية كفرع من فروع الملكية الفكرية إلا أَنَّ العديد من الدول النامية قد اعترضت عليها بحجة أَنَّها سوف تتسبب باحتكار المعلومات التكنولوجيا عنها ومن الدول التي اعترضت (البرازيل ،الهند ،بيرو)وطالبت باستبعادها من المفاوضات ، إلا أَنَّه وبعد تعديلات على الاقتراح الامريكي تَمَّ الاتفاق واقرار هذه الاتفاقية بموافقة (١٣١) دولة منها بعض الدول العربية ،وقد تم التوصل إلى عدّة اتفاقيات ضمنَّية هدفها الاساسي تحرر التجارة الدولية .للمزيد من التفاصيل أنظر: د. صلاح زين الدين ، المرجع السابق ، ص١٤٢وما بعدها. كذلك : د. علاء ابو الحسن العلاق ومحمد عبد المجيد رؤوف ، المرجع السابق ص١٥١، د. جلال وفاء محمدين ، الحماية القانونية للملكية الصناعية وفقاً لاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريبس) ،دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤، ص١٣ و ما بعدها .

(٢)أنظر: د. صبري حمد خاطر ، تفريد قواعد تربس في قوانين الملكية الفكرية(دراسة مقارنة) ، دار الكتب القانونية ودار شتات ، القاهرة ، ٢٠١٢ ، ص٢٥.

(٣)أنظر: د. حسام الدين عبد الغني الصغير ،المرجع السابق ، ص١٠٦.

ويلاحظ من نص المادة (٣٩)من هذه الاتفاقية أنَّها تنص على مفهوم واسع لحماية الأسرار التجارية تحت مسمى (المعلومات غير المفصح عنها) إذ نصَّت على أنَّه:

((١- أثناء ضمان الحماية الفعالة للمنافسة غير المنصفة حسب ما تنص عليه المادة (١٠)مكررة من اتفاقية باريس تلتزم البلدان الأعضاء بحماية المعلومات السرية وفق الفقرة (٢)والبيانات المقدمة للحكومات أو الهيئات وفقاً لأحكام الفقرة (٣).

٢ - للأشخاص الطبيعيين والاعتبارين حق منع الإفصاح عن المعلومات التي تحت رقابهم بصورة قانونية لآخرين أو حصولهم عليها أو استخدامهم لها دون الحصول على موافقة منهم بأسلوب يخالف الممارسات التجارية النزيهة طالما كانت تلك المعلومات :

(أ) سرية من حيث أنَّها ليست بمجموعها أو في الشكل أو التجميع الدقيقين لمكوناتها معروفة كانت أو سهلة الحصول عليها من قبل أشخاص في أوساط المتعاملين عادة في النوع المعني من المعلومات .(ب)ذات قيمة تجارية نظراً لكونها سرية .(ج)أخضعت لإجراءات معقولة في إطار الأوضاع الراهنة من قبل الشخص الذي يقوم بالرقابة عليها من الناحية القانونية بغية الحفاظ على سريتها .

٣- تلتزم البلدان الأعضاء ،حين تشترط للموافقة على تسويق الأدوية أو المنتجات الكيماوية الزراعية التي تستخدم مواد كيماوية جديدة تقديم بيانات على اختيارات سرية او بيانات أخرى ينطوي إنتاجها أصلا على بذل جهود كبيرة بحماية هذه البيانات من الاستخدام التجاري غير المنصف .كما تلتزم البلدان الأعضاء بحماية هذه البيانات من الإفصاح عنها إلا عند الضرورة من اجل حماية الجمهور أو ما لم تتخذ إجراءات لضمان عدم الاستخدام التجاري غير المنصف)).

ويتضح لنا بأنَّ هذه الاتفاقية قد جاءت بهذه النصوص لحماية الأسرار التجارية مستندة بذلك إلى المنافسة غير المشروعة، كما في اتفاقية باريس وكذلك فإنها ولأول مرَّة قد أدرجت الأسرار التجارية في صور الملكية الفكرية وأيضاً فإنَّها فرضت على الدول التي تنظمُ إليها بتعديل تشريعاتها ووضع قواعد لحماية الملكية الفكرية[١].

ومن كل ما تقدم نلاحظ أنَّ النص القانوني يُعَدُّ أحد الأُسس التي يستند عليها في حماية الأسرار التجارية في مرحلة مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا سواء على مستوى التشريعات الوطنية ، أو على مستوى الحماية الدولية جنباً إلى جنب مع الحماية العقدية لهذه الأسرار ،ولكن ما هو الحل عند غياب الاتفاق

(١)نصت هذه الاتفاقية على أنَّ الدول التي تنظم إليها يجب أنَّ تقوم بسن وتعديل القوانين الخاصة بحماية الملكية الفكرية بما يتلاءم مع بنود هذه الاتفاقية .للمزيد أنظر نص المواد (٦٥-٦٧) من اتفاقية التربس.

وعدم وجود نص قانوني يحمي الأسرار التجارية في مرحلة المفاوضات ؟هذا الأمر يحتم علينا البحث عن أسس أخرى لهذا الالتزام .

المطلب الثاني

أساس الالتزام بعدم إفشاء الأسرار التجارية

عند غياب العقد والنص القانوني

أحياناً يكون الاتفاق هو الأساس القانوني للالتزام بعدم إفشاء الأسرار التجارية في مرحلة المفاوضات ، وفي أحيان أخرى نجد أنَّ النص القانوني هو أساس ذلك ، ولكن ما هو أساس الالتزام بعدم إفشاء الأسرار التجارية في مرحلة المفاوضات في حالة عدم وجود اتفاق وكذلك غياب النص القانوني؟

طبقاً للقواعد العامة فإنَّه لا يمكن إلزام شخص بعدم إفشاء الأسرار التجارية التي يطَّلع عليها في مرحلة المفاوضات عند عدم توصل المتفاوضين إلى اتفاق بينهما يَتَضمَّن ذلك الالتزام أو عدم وجود نص قانوني يلزمه بذلك ،إلا إنَّ عدم وجود ذلك لم يمنع فقهاء القانون من إيجاد أساس للالتزام بعدم إفشاء الأسرار التجارية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا ؛ وذلك لسببين أولهما: أَهمية وخطورة مرحلة المفاوضات ، والثاني : الأهمية الاقتصادية للأسرار التجارية بالنسبة لمالكها.

وهنالك ثلاث اتجاهات في هذه المسألة :الأول يذهب إلى وجود عقد ضمني بين المتفاوضين ، أمَّا الاتجاه الثاني فيرى أنَّ الطبيعة الخاصة للمفاوضات تفرض الالتزام بعدم إفشاء الأسرار التجارية ، بينما يكون أساس الالتزام هو الخطأ التقصيري في اتجاه ثالث ، وهذا ما سيتم مناقشته في الآتي.

الفرع الأول

العقد الضمني

يذهب أنصار هذا الاتجاه[١]إلى أنَّ مجرد دخول شخص في مفاوضات عقدية مع آخر ينشأ بموجبه عقد ضمني بين الطرفين، وكان أول من نادى بهذا الاتجاه هو الفقيه الألماني (اهرنج) ، فقد ذهب إلى إنَّ أساس التزام المتفاوض في المرحلة السابقة للتعاقد هو العقد الضمني ، مستنداً في ذلك إلى وجود عقد ضمني بين طرفي المفاوضات يلتزم بموجبه كل طرف اتجاه الآخر بإبرام العقد ، وعدم القيام بأي عمل من شأنه إعاقة المفاوضات ومنع التوصل إلى إبرام العقد النهائي ،ويرى (اهرنج) إنَّ الإيجاب الذي يصدر في فترة المفاوضات يتكون من ايجابيين ،الأول يخص العقد الأول محل التفاوض ، أما الإيجاب الثاني فإنَّه يكون متعلقاً بعدم إعاقة إبرام العقد النهائي ، ولأن هذا يكون من مصلحة الموجب فإنَّ سكوته يُعَدُّ قبولاً يبرم بموجبه العقد الضمني[٢] .

ويُعَدُّ إفشاء المتفاوض للمعلومات السريَّة التي يطلع عليها أثناء المفاوضات العقدية إخلالاً تنشأ بموجبه المسؤولية العقدية ، أو بتعبير آخر فإنَّ الفقيه الألماني يرى إنَّ المسؤولية العقدية لا تشمل ما يتضمنه العقد فقط، بل أنَّها تمتد إلى المرحلة السابقة للعقد ، إذ إنَّ أي خطأ يحدث من قبل المتفاوض أثناء فترة المفاوضات تنشأ بموجبه المسؤولية العقدية ؛ وذلك لأن المسؤولية العقدية كما يرى لا تحكم إبرام العقد وتنفيذه فقط ، بل تمتد لتشمل مرحلة المفاوضات العقدية ،وقد سُمِّي هذا بالخطأ قبل التعاقد[٣]، إذ تمر المفاوضات العقدية بمرحلتين هما : مرحلة المناقشات بشأن العقد المستقبلي وتحديد عناصره ، أمَّا المرحلة الأخرى فهي التي تبدأ بتوجيه الإيجاب بعد اتفاق الأطراف على شروط التعاقد ، ومن ثم فإنَّ الخطأ أمَّا أنْ يكون قبل صدور الإيجاب أو بعده[٤].

وفي ظل افتراض وجود عقد ضمني بين المتفاوضين ،كما يرى أصحاب هذا الاتجاه، فإنَّ الالتزام بعدم إفشاء المعلومات السرية يُعَدُّ واحداً من أهم تلك الالتزامات ، ويُعَدُّ الإخلال بأحد الالتزامات العقدية خطأ عقدياً تنعقد بموجبه مسؤولية المتفاوض العقدية إذا ما نتج عن ذلك الخطأ ضرر يصيب المتفاوض الآخر، وممَّا لاشك فيه أنَّ قيام المتفاوض بإفشاء الأسرار التجارية التي يطَّلع عليها بمناسبة المفاوضات

---

(١) أنظر : د. مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي (دراسة مقارنة) ، ط١،منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٠ ، ص١٦٧. كذلك : د. يونس صلاح الدين محمد علي ، المرجع السابق ، ص٥٢.

(٢) أنظر في عرض هذا الاتجاه : سليمان براك دايح الجميلي ، المفاوضات العقدية(دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة النهرين ، بغداد ، ١٩٩٨ ، ص٤٣.

(٣) أنظر في عرض هذا الاتجاه : د محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ ، ص٩٤.

(٤) أنظر : سليمان براك دايح الجميلي ، المرجع السابق ، ص٩٦.

العقدية يُعَدُّ خطأ يترتب عليه ضرر يلحق مالكها ؛ نتيجة لفقدانها صفتها السريَّة ، وفقدانها لقيمتها الاقتصادية تبعاً لذلك .

إلا إنَّ هذا الاتجاه قد تعرض للنقد؛لأنَّ الالتزام العقدي لا يكون إلا بوجود العقد بمعناه القانوني والذي ينشأ عن اتحاد إرادتين صحيحتين لا وجود لأي شك في دلالتهما على إبرامه ولذلك ينتفي العقد بمعناه القانوني عند غياب هاتين الإرادتين ؛لأنه لا يمكن افتراضهما [١] ، فالمتفاوض بدخوله في مرحلة المفاوضات العقدية يسعى إلى إبرام العقد محل التفاوض ولا يمكن اعتباره قد أبرم عقداً ضمنياً يترتب عليه التزام بالاستمرار بالتفاوض وعدم إفشاء الأسرار التجارية[٢] وغيرها من الالتزامات ، وكذلك فإنه لا يمكن اعتبار الإيجاب بعدم إعاقة إبرام العقد لمصلحة الموجب دائما ؛ لأن الإخلال بالمفاوضات قد يصدر من الموجب نفسه فكيف سيكون حينئذ في مصلحته[٣] .

وعليه ولعدم وجود إرادة متجهة إلى إبرام العقد الضمني وإلزام نفسها بعدم إفشاء الأسرار التجارية لا يمكن القول بوجود أثر قانوني لهذه الإرادة لمجرد افتراض وجود عقد ضمني بين المتفاوضين دون وجود اتفاق على ذلك.

الفرع الثاني

الطبيعة الخاصة للمفاوضات العقدية

يذهب اتجاه آخر[٤]إلى إنَّ الالتزام بعدم إفشاء الأسرار التجارية من قبل المستورد المحتمل في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا يجد أساسه في الطبيعة الخاصة للمفاوضات العقدية ، فيرى أنصار هذا الاتجاه إنَّ المفاوضات العقدية ليست مجرد وقائع مادية ، بل هي نظام قانوني قائم بذاته ، فلا يمكن إنكار إنَّ الأطراف التي تشترك في المفاوضات العقدية بإرادتها لم تكن تتوقع إبرام العقد النهائي والالتزام بما يتفقون عليه من بنود ، وهذا كله لا يمكن اعتباره مجرد وقائع مادية بلا آثرٍ قانوني ، وحتى في حالة عدم التوصل إلى إبرام العقد النهائي فإنَّ مرحلة المفاوضات العقدية يترتب عليها التزام أساسي هو الالتزام بحسن النية في التفاوض الذي يُعَدُّ الأساس الذي تتفرع منه جميع الالتزامات في مرحلة المفاوضات [٥].إذ يرى بعضهم [٦]أنَّ مبدأ حسن النية الذي أشارت إليه القواعد العامة لا يقتصر دوره على مرحلة

---

(١) أنظر : د. محمد حسام محمود لطفي ، المرجع السابق ، ص ٤١.

(٢) أنظر : د. سعد حسين عبد ملحم، المرجع السابق ، ص١٠٠.

(٣)أنظر : د. محمود جمال الدين زكي،مشكلات المسؤولية المدنية ، ج١،ط٣،مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة،١٩٧٨، ص١١٩.

(٤) أنظر : د. صبري حمد خاطر ، قطع المفاوضات العقدية ، مجلة الحقوق - كلية الحقوق- جامعة النهرين،المجلد الاول ،العدد الثالث،سنة ١٩٩٧، ص٣١٣ . كذلك : د. سعد حسين عبد ملحم ، المرجع السابق ، ص٣٥-٣٦.

(٥)أنظر : د . سعد حسين عبد ملحم ، المرجع السابق ، ص٢٧-٢٨ .

(٦) أنظر : د. صبري حمد خاطر،الالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات،مجلة العلوم القانونية – كلية القانون - جامعة بغداد ،المجلد ١١،العدد (١) ،سنة ١٩٩٦ ، ص١٧٣. كذلك : سليمان براك دايح الجميلي ، المرجع السابق ، ص ٦٦.

تنفيذ العقد فقط ، بل أنَّه يجب توافره في جميع مراحل العقد ابتداء من الفترة السابقة للتعاقد ومروراً بإبرامه وثم تنفيذه ، فيكون هذا المبدأ بمثابة الضابط الذي يحكم جميع تصرفات المتفاوضين وبما ينسجم مع الثقة المتبادلة بينهم الذي يلعب دوراً مهماً في هذه المرحلة ؛ وذلك لأنَّها تُعَدُّ مرحلة اختبار بين الأطراف المتفاوضة للتوصل إلى التفاهم والوقوف على النقاط التي تُمَكِّن كل طرف من تقدير مدى أهمية العقد بالنسبة له ، ويكون ذلك عن طريق كشف كل طرف من المتفاوضين للأخر عن الأسرار المتعلقة بالعقد وخاصة فيما يتعلق بالتكنولوجيا محل العقد المراد إبرامه [١] .

فالأطراف المتفاوضة في عقود نقل التكنولوجيا و استنادا للثقة المتبادلة تقوم بالكشف عن معلومات ذات طابع سري متعلقة بالتكنولوجيا المراد نقلها إلى المستورد المحتمل لها ، وهذا التقارب بين إرادة طرفي التفاوض لا يمكن القول بأنَّه تطابق إرادتين ينتج عنه العقد بمعناه القانوني المعروف ، وعليه فإنَّ هذا الوضع يكون ذو طبيعة خاصة تُعَدُّ أساساً للالتزام بعدم إفشاء الأسرار التجارية التي تكون محلاً لعقود نقل التكنولوجيا الذي يقع على عاتق طالب التكنولوجيا[٢]، وإنَّ أيّ إخلال بهذا الالتزام تنهض بموجبه مسؤولية خاصة بنظام المفاوضات العقدية ، يسأل بموجبها المتفاوض المخل بالتزامه المتمثل بعدم إفشاء الأسرار التجارية وفقاً لأحكام تلك المسؤولية[٣].

ولكن هذا الاتجاه لم يسلم من النقد، إذ تعرض لعدة انتقادات منها: إنَّ النظام القانوني ما هو إلا عبارة عن مجموعة من القواعد المتماسكة فيما بينها ، ويميزها الثبات في التطبيق ، وهذا غير متوافر في مرحلة ما قبل التعاقد ، سيَّما وأَنَّ هنالك تشريعات عديدة لم تنظم هذه المرحلة التي تسبق العقد[٤]، ومنها التشريع العراقي ، ومن جهة أُخرى فإنَّه لا يمكن اعتماد الثقة المتبادلة بين المتفاوضين على أساس مبدأ حسن النية لترتيب التزامات على عاتقهم ؛ لأنَّها تَحدُّ من إرادة المتفاوضين ،وتفرض عليهم القيود وتلزمهم بعدم الإخلال بالمفاوضات العقدية ، ومنها الالتزام بعدم إفشاء الأسرار التجارية ، وهذا كلّه لا يعني الإخلال بنظام قانوني خاص ومن ثم لا يمكن القول بوجود مسؤولية خاصة لتلك المفاوضات العقدية [٥].

[٥]. ولما كانت هذه المرحلة غير منظمة من قبل المُشَرِّع العراقي فإنَّ القول بوجود نظام خاص للمفاوضات العقدية أمراً لا يتعارض مع مسألة البحث عن غطاء تشريعي لهذه المرحلة ، لذا فإن هذا الرأي يمكن اعتباره دعوة للمُشَرَّع لتنظيم هذه المرحلة أكثر من كونه تفسيراً لهذا الالتزام في مرحلة المفاوضات العقدية[٦].

([١]) أنظر:في عرض هذا الاتجاه: د. آمال زيدان عبد اللاه ، المرجع السابق ، ص١١١.

([٢]) أنظر:في عرض هذا الاتجاه: د. مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق ، ص٣٣٠.

([٣]) أنظر : د. صبري حمد خاطر، الالتزام قبل التعاقد ...، مرجع سابق ، ص١٣٠.

([٤]) أنظر : د. مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق ، ص٣٣١.

([٥])أنظر : المحامي صبار محمد عمار، المرجع السابق ، ص٨.

([٦]) أنظر : أحمد سلمان شهيب السعدي ، الالتزام التعاقدي بالسرية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق- جامعة النهرين ، بغداد بغداد ، ٢٠٠٥ ، ص٨٢.

وبدورنا نتفق مع هذا الرأي ؛ لما لهذه المرحلة من خطورة تستوجب تغطيتها بنظام قانوني خاص من جهة ، ومن جهة أُخرى فإنَّ أهمية الأسرار التجارية هي الأخرى من المسائل المهمة التي تحتاج إلى أحكام قانونية تنظمها ، وهذا سيكون حلاً أفضل من افتراض وجود نظام خاص للمفاوضات يترتَّب على الإخلال به مسؤولية خاصة لا تدخل ضمن نطاق المسؤولية العقدية أو التقصيرية.

الفرع الثالث

الخطأ التقصيري

يرى اتجاه ثالث[١]إن أساس الالتزام بعدم إفشاء الأسرار التجارية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا هو القانون ؛ إذ إن هذا الالتزام يمثل التزام سابق يفرضه القانون وهو عدم إلحاق الضرر بالغير؛ وذلك لأنَّ إفشاء الأسرار التجارية التي يطَّلع عليها المستورد المحتمل للتكنولوجيا أثناء فترة المفاوضات يُعَدُّ إضراراً بمالكها، لأنَّها تمثل معظم رأس مال المشروع[٢].

والمقصود إنَّ القانون هو الأساس في هذا الالتزام أي النص القانوني غير المباشر أو القواعد العامة بتعبير أَدق تكون هي أساس الالتزام بعدم إفشاء الأسرار التجارية في حالة غياب العقد والنص القانوني المباشر ، وهذا على خلاف ما ذهب إليه البعض[٣] الذي يرى إنَّ أساس التزام المتفاوض بالسريَّة هو النص القانوني المباشر أو غير المباشر ،فوجود النص القانوني المباشر يجعلنا بغنى عن البحث عن ذلك الأساس ولا حاجة للاستعانة بآراء الفقهاء لتحديد أساس هذا الالتزام ؛ وذلك لأنَّ الالتزام الذي يجد أساسه في النص القانوني المباشر لا يخضع سوى للنص الذي أنشأه[٤]، وعليه فإنَّ أساس الالتزام هنا وفقاً لرأي لرأي أصحاب هذا الاتجاه يتمثل بالنص القانوني غير المباشر في حالة غياب الاتفاق والنص القانوني المباشر في مرحلة المفاوضات العقدية الذي يلزم المتفاوض بعدم إفشاء الأسرار التجارية ؛ لأنَّ عدم

---

(١) أنظر : د . حسن الخطيب ، نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية في القانون الفرنسي والقانون العراقي المقارن ، مطبعة حداد ، البصرة، ١٩٨٦، ص ٣٢٩ . كذلك : د. محسن شفيق ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، مطبعة جامعة القاهرة ، القاهرة ، ١٩٨٤ ، ص ٨٥ . كذلك : د. محمد عبد الظاهر حسين ،المرجع السابق ، ص٩٠. كذلك : د. ابو العلا علي النمر ، المرجع السابق ، ص١٠٤.

(٢) أنظر : د . محمود الكيلاني ، الموسوعة التجارية والمصرفية ، المجلد الأول ، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا ،ط١ ، دار الثقافة ، عمّان ، ٢٠٠٨ ، ص ٢٠٦.

(٣) أنظر : احمد سلمان شهيب السعدي ، المرجع السابق ، ص٨٢.

(٤)إذ تنص المادة (٢٤٥) من القانون المدني العراقي على أنَّه ((الالتزامات التي تنشأ مباشرة من القانون وحده تسري عليها النصوص القانونية التي انشأتها)).

وجود عقد يحكم تصرفات المتفاوضين ، وأيضاً غياب النص القانوني المباشر يجعل مسألة الرجوع إلى القواعد العامة أمراً لا يمكن الحياد عنه .

ولما كانت المعلومات التي يطَّلع عليها المتفاوض في عقود نقل التكنولوجيا وبالأخص الأسرار التجارية تمثل أهمية قصوى؛ ذلك لأنَّها ذات قيمة مالية كبيرة ، فإنَّ إفشاءها يمثل إخلالاً بواجب قانوني يتمثل بعدم الأضرار بصاحبها، إذ إنَّا لأخير يسعى لبقائها سرية وعدم إفشائها لارتباط ذلك بقيمتها الاقتصادية .فهذا الالتزام موجود ويستخلص من ضرورة عدم الأضرار بالمتفاوض الآخر [١]لأنَّ الإخلال بهذا الالتزام طبقا لهذا الرأي يُعَدُّ سبباً لقيام المسؤولية التقصيرية ، وذلك لأنَّ الإفشاء يُعَدّ عملاً مخالفاً للعادات والأعراف التجارية السليمة ومن ثم فإنَّ أيّ ضرر قد يلحق مالك الأسرار التجارية نتيجةً لإفشائها من المتفاوض الآخر يجعل من الأخير مسؤولاً عن تعويض الطرف الأول عمَّا أصابه من ضرر؛لأنَّه ومن دون شك إنَّ إفشاء الأسرار التجارية سيحرم مالكها من الميزة التنافسية التي يمتلكها وهذا يُعَدُّ ضرراً مؤكداً[٢] .

ويبدو أنَّ الرأي الأخير القائل بالنص القانوني غير المباشر كأساس للالتزام بعدم إفشاء الأسرار التجارية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا هو الأرجح في حالة غياب العقد وعدم وجود نص قانوني خاص يشير إلى هذا الالتزام ؛ وذلك لأنَّه في كثير من الأحيان يكون مجرد الإفشاء ضرراً يلحق بمصلحة الطرف الذي يكشف الأسرار التجارية ، فإنَّ المفاوض الآخر إذا ما قام بإفشاء الأسرار التجارية فإنَّه يكون قد أخل بالتزام قانوني يتمثل بالمحافظة على الأسرار التجارية ومن ثم يكون سبباً لقيام المسؤولية التقصيرية ؛ لأنَّه يخالف نصاً قانونياً يقضي بعدم إلحاق الضرر بالآخرين طبقاً للقواعد العامة [٣] .

([١]) أنظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، ج١، مصادر الالتزام ، المجلد الأول ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، بدون سنة طبع ، ص٢٢١ .

([٢]) أنظر: د . ذكرى عبد الرزاق محمد ، المرجع السابق ، ص١٤٦.

([٣])إذ تنص المادة (٢٠٤) من القانون المدني العراقي على أنَّه ((كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض)).

المبحث الثاني

أساس الالتزام بعدم إفشاء الأسرار التجارية

في الفقه الإسلامي

مما لاشك فيه إنَّ الأسرار التجارية تُعَدُّ من أهم الموضوعات المعاصرة التي ظهرت أهميتها مع التقدم العلمي والتجاري والصناعي والتقني الذي يشهده العالم بأسره، والتي لها تأثير سلباً وإيجابا على اقتصاد الأفراد والأمم ، وقد رافق هذا التطور انتشار مسألة التعدي عليها بأنواعه المختلفة وصوره المستهجنة،الأمر الذي أوجب حمايتها من عبث العابثين وتلاعب المتلاعبين وذلك من خلال عقد المؤتمرات وإصدار القوانين وعقد الاتفاقيات الدولية[1].

ومن أجل تحديد أساس الالتزام بعدم إفشاء الأسرار التجارية في الفقه الإسلامي ينبغي معرفة طبيعة هذه الأسرار من ناحية شرعية وتحديد ما إذا كانت تُعَدّ بنظر الشريعة مالاً يجب حمايته كما هو الحال في القوانين الوضعية التي اعترفت بأنَّ الحقوق الفكرية هي حق معنوي متقوم بالمال ويجب حمايته ، إذ اعتبرت الأسرار التجارية إحدى صور الملكية الفكرية ، ومن ثم لابد من تحديد التكييف الفقهي لها ؛ لمعرفة ما هو الأساس الشرعي للالتزام بعدم إفشائها.

وسنقسم هذا المبحث على مطلبين،الأول لبيان التكييف الفقهي للأسرار التجارية في الفقه الإسلامي ،أمَّا الثاني فسنعرج فيه إلى تحديد أساس الالتزام بعدم إفشاء الأسرار التجارية في مفوضات عقود نقل التكنولوجيا من منظور الفقه الإسلامي .

([1]) أنظر : د. ناصر بن محمد بن مشري الغامدي ، حماية الملكية الفكرية في الفقه الإسلامي والآثار الاقتصادية المترتبة عليها ،ط١ ، دار الجوزي ، ١٤٢٨ هـ ، ص٢.

المطلب الأول

التكييف الفقهي[1] للأسرار التجارية

بادي ذي بدء لابُدَّ من معرفة ما هو التكييف الفقهي للأسرار التجارية؛ لمعرفة هل أنَّها محلاً للحماية في نظر المُشَرِّع الإسلامي ،وخاصة إذا ما عرفنا بأنَّ للتكييف الفقهي أهمية كبيرة بالنسبة لما يستجد من نوازل فقهية وعقود مستجدة في حياتنا المعاصرة،كل ذلك في سبيل معرفة ما هو موقف الفقه الإسلامي من الأسرار التجارية ،فهل تُعَدُّمن الحقوق المعنوية المجردة ولا تسري ضمن منفعة مالية متقومة ؟ أم هي حق مالي متعلق بمنافع مالية متقومة ؟وما هو موقف الفقه الإسلامي من الحقوق المعنوية ؟

من اجل ذلك كله لابُدَّ من معرفة التكييف الفقهي للأسرار التجارية في الفقه الإسلامي من خلال بيان معنى المال والحق لغةً واصطلاحاً لدى فقهاء المسلمين ، ومن ثم تحديد طبيعة الأسرار التجارية وهل لها حماية في منظور الفقه الإسلامي .

الفرع الأول

تعريف المال والحق في الفقه الإسلامي

المال لغةً: يُطلق على كلِّ ما يملكه الإنسان وحازه بالفعل من جميع الأشياء ، عيناً كان أم منفعة ، أما مالا يملكه ولم يدخل في حيازته بالفعل فلا يُعَدُّ مالاً في اللغة العربية ،وجمعه : أموال ، ويسمى المال مالاً ؛ لأنَّه يميل إلى هذا تارة ، وإلى الآخر تارة أخرى أو؛لأنَّ الناس يميلون إليه بقلوبهم [2] .ويخرج من المعنى اللغوي للمال كل ما لا يدخل في حيازة الإنسان مثل الصيد في الصحراء والسمك في الماء . أما في اصطلاح الفقهاء : فلم يتفقوا على اصطلاح ثابت لتحديد معنى المال ، إذ يوجد هناك اصطلاحان

([1])يقصد بمصطلح التكييف الفقهي أنَّه ((تحديد لحقيقه الواقعة المستجدة لألحاقها بأصل فقهي ، خصه الفقه الإسلامي بأوصاف فقهية ، بقصد إعطاء تلك الأوصاف للواقعة المستجدة عند التحقق من المجانسة والمشابهة بين الأصل والواقعة المستجدة في الحقيقة)) د . محمد عثمان شبير ، التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية ، دار القلم ، دمشق ، ٢٠٠٤ ، ص٣٠ .
إذ يختلف التكييف الفقهي عن القياس والتخريج ، فالقياس بالأصل لابد أن يكون منصوصاً عليه في الكتاب والسُنَّة والاجماع على العكس من التكييف الفقهي فلا يشترط فيه ذلك ؛ لأنَّه ربما يكون نصاً لفقيه أو قاعدة كلية عامة ، أما التخريج فإنَّه بالأصل لابُدَّأنْ يكون منصوصاً عليه في أحد مذاهب الأئمة بينما لا يشترط ذلك في التكييف اذ قد يكون منصوصا عليه في الكتاب والسُنَّة فحسب . أنظر : د . عن د. حسام الدين خليل فرج محمد ، عقد الامتياز التجاري واحكامه في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، ط١ ،دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ، ٢٠١١ ، ص١٠٥.

([2]) أنظر : ابن منظور ، جمال الدين محمد بن مكرم بن علي ابو الفضل الأنصاري ، لسان العرب ، ج١١، ط٣ ،دار صادر ، بيروت ،١٤١٤هـ ،، باب اللام ، فصل الميم ، ص٦١٠ .

مشهوران هما اصطلاح فقهاء الحنفية واصطلاح جمهور الفقهاء ، فعند الحنفية يقصد به ((ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة))[١] ،ولا يُعبر هذا التعريف عن حقيقة موقف موحد لدى جميع فقهاء المسلمين من المال شرعاً؛ لأنَّ هناك من الأموال ما لا يمكن ادخاره مع بقاء منفعته أمثال الخضروات والفواكه، ومنها ما لا يميل إليه الطبع ولا يقبله مع بقائه مـالاً كالأدوية مـثلاً[٢].

أمَّا المال عند جمهور الفقهاء فإنَّ تعريفه أعمّ وأوسع من تعريف الحنفية ، إذ إن له تعريفات عدّة وهي متقاربة في المعنى ،إذ يُعرَّفه البعض على أنَّه ((ما يرغب في امتلاكه بالعوض ذاتا امتلاكاً غير محرم))[٣]، وعـرّفهُ آخر أنَّه((كل ما يجري فيه البذل والعطاء))[٤]،وهذه التعاريف تتسع لتشمل كل ما يمكن تملكه سواء أمكن ادخاره كمعظم الأعيان أم لا يمكن ادخاره كالمنافع ،وكذلك عرف المال إنَّه ((ما كان له قيمة مادية بين الناس وجاز الانتفاع به في حال السعة والاختيار ،ويلزم مُتلفه الضمان))[٥] .

ويلاحظ أنَّ التعاريف السابقة للمال عند جمهور الفقهاء هي أولى بالاعتبار وأرجح من تعريف الحنفية له ،لأنها تشمل المنافع ، التي وإنْ كان من الصعب حيازتها مستقلة عن الأعيان، ولكنلا قيمة للأعيان إذا فقدت منفعتها ، لأنَّ المتعامل بالأعيان يرنو إلى الحصول على المنافع السليمة والكاملة من تلك الأعيان ، ومن ثم كلما اكتملت منافع العين كلما ازدادت قيمتها ، ومن هنا كانت المنفعة مالاً عند جمهور الفقهاء ومتأخري الحنفية؛ لأنَّه بإضافة المنفعة إلى جوهر الأعيان تصبح لها قيمة حقيقية وبطرح تلك المنفعة تكون النتيجة معاكسة [٦] ،وذلك بخلاف رأي الأحناف فهم يرون أنَّ المنافع ليست مالاً((ولا يكون لها قيمة إلا في عقود الإجارة وما في معناها)) [٧]،إذ لا يمكن حيازتها؛لأنَّها معدومة قبل وجودها وإذا وجدت فُنيت شيئاً فشيئا[٨]

---

(١) أنظر : محمد امين الشهير بأبن عابدين ، حاشية بن عابدين رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: عادل احمد عبد الموجود وعلي محمد معوض ، ج ٧ ، كتاب البيوع ، دار عالم الكتب ، الرياض ، ٢٠٠٣ ، ص١٠.

(٢) أنظر: د. عبد السلام العبادي ، الملكية في الشريعة الإسلامية ، ج١، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ٢٠٠٠ ، ص١٧٣.

(٣) كاظم الحائري ، فقه العقود (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي) ، ج١،ط٣ ، مجمع الفكر الإسلامي ، قم ، بدون سنة طبع ، ص١٠٧ .

(٤) د. محمد نجيب عوضين المغربي ، الوجيز في المعاملات الشرعية (النظريات الفقهية) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص٦١.

(٥) جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية ، تحقيق: خالد عبد الفتاح شبل، ط١، مؤسسة الكتب الثقافية،بيروت ، ١٤١٥هـ ، ص ٤٠٩.

(٦) أنظر: د. محمد نجيب عوضين المغربي ، الوجيز في المعاملات الشرعية (النظريات الفقهية) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص٦١.

(٧) الاستاذ علي الخفيف ، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية (معناها – أنواعها – عناصرها – خواصها – قيودها) ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٩٦، هامش ص١٣

(٨) أنظر: د . احمد محمود الشافعي ، الملكية والعقد في الفقه الإسلامي ، بدون اسم ناشر ، بدون مكان نشر ، ١٩٩٥ ، ص٦.

ويتضح أنَّ تعريف الجمهور للمال يسمح بتوسع دائرة الأموال لتشمل ما يستجد في هذا العصر من أموال لم تكن معروفة من قبل ، والتي اعتبرها العرف أموالاً مثل الحقوق المعنوية أو ما يسمى بالحقوق الفكرية ومن بينها الأسرار التجارية التي يعترف لها العرف وتعامل الناس بأنَّها ذات قيمة مالية .

أما الحق في اللغة : فهو نقيض الباطل ، وهو مصدر حقَّ الشيء يحقُّإذا ثبت ووجب ، وقيل في تحديد أصله الحاء والقاف أصل واحد وهو يدل على أحكام الشيء و صحته ،ويطلق على المال والملك والموجود الثابت والنصيب والواجب واليقين [١] .

أما في اصطلاح الفقهاء فقد استعمل الفقهاء الحق بمعانٍ متعددة وفي مواضع مختلفة ترجع كلها إلى المعنى اللغوي ،وأكثر المتقدمين منهم لم يضعوا تعريفاً اصطلاحياً للحق ؛ وذلك لشيوعه ووضوح معناه ،ومن تلك الاستعمالات هو كل ما يثبت للشخص من ميزات ومكنات سواءً أكان الثابت شيئاً مالياً أو غير مالي ، كما استعملوه في مقابل الأعيان والمنافع المملوكة بمعنى المصالح الاعتبارية كحق الشفعة والطلاق ونحو ذلك ، وأيضاً أخذوا بمعناه اللغوي الصرف كقولهم حقوق الدار أي مرافقها كحق الشرب والمسيل ؛ لأنها ثابتة للدار ولازمة له[٢] وينقسم الحق باعتبار صاحبه من منظور الفقه الإسلامي إلى ثلاثة أقسام وهي : حق الله سبحانه وتعالى[٣]، وحق العبد (الإنسان) ، والحق المشترك (حق الله وحق العبد)[٤] ،وما يهمنا هنا هو القسم الثاني من أنواع الحق، وهو حق الإنسان الذي يُعرَّف بأنَّه ((وهو الحق الخالص للإنسان ويكون فيه مصلحة له ، وهو على نوعين – عام وخاص – فالحق العام ما يترتَّب عليه مصلحة عامة للمجموع من غير ان يختص به أحد كالخدمات العامة ... اما الحق الخاص فهو ما ترتب عليه مصلحة خاصة لفرد أو افراد كحق السكن وحق العمل وما شابه ذلك من حقوق ملتصقة بالأفراد))[٥]،وهذا الأخير على عكس الحقين الأوليين يقبل الإرث والإسقاط بالصلح واخذ العوض عليه ، مع العلم أنَّ الحق المشترك يقبل ذلك إذا ما غلب حق العبد على حق الله سبحانه وتعالى

---

(١)أنظر: مجد الدين ابو الطاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي،القاموس المحيط،ج١،ط٨ ، مؤسسة الرسالة،،بيروت، ٢٠٠٥، باب القاف – فصل الحاء، ص٨٧٤.

(٢) أنظر: د. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي ، ط٦،دار النفائس ، عمان ، ٢٠٠٧ ، ص٣٤.

(٣) حق الله سبحانه وتعالى(حق الله الخالص) هو((ما قصد به قصداً أولياً التقرب إلى سبحانه وتعالى وتعظيمه واقامة شعائر دينه، او ما قصد به تحقيق النفع العام للمجتمعات الانسانية وحمايتها من غير اختصاص بأحد من الناس وينسب الى الله تعالى لعظم جلاله وشمول نفعه)) . أ. د. عبد الستار حامد الدباغ ، نظرية الحق في الفقه الإسلامي ،ط١ ،مركز البحوث والدراسات الإسلامية ، بغداد ، ٢٠٠٨ ص٤٧ .

(٤)الحق المشترك بين الله والعبد : وهو الحق المشترك بين الله عز وجل وبين العبد أو هو ما اجتمع فيه الحقان حق الله تعالى وحق الانسان والتي يغلب فيها حق الله تعالى على حق العبد تارة كما في حد القذف ، ويغلب حق العبد على حق الله تعالى تارةً اخرى كحق القصاص. د . محمد نجيب عوضين المغربي ، المرجع السابق ، ص٥١-٥٢.

(٥) أنظر: المحامي .إسماعيل العمري، الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون ، ط١ ،مطبعة الزهراء الحديثة ، الموصل ، ١٩٨٤، ص٣١ .

والعكس صحيح[١].ويسمى حق العبد بالحق الخاص، ولهذا يكون لصاحب الحق وحده دون غيره حق التصرف فيه، والمطالبة به و إسقاطه إنْ احتمل الإسقاط[٢]،ويقسم حق العبد (الإنسان)إلى أقسام متعددة وفقاً لاعتبارات مختلفة ، إذ يقسم باعتبار محل الحق إلى قسمين :

الأول: الحق غير المتقرر (المجرد):وهو مكنة يثبتها الشارع المقدس للإنسان لمباشرة تصرف من التصرفات في أمر من الأمور كحق الشفعة وحق إبرام العقود المشروعة.

الثاني: الحق المتقرر(المتعلق بالمال):وهو الحق الذي يقوّم بمحل معين يدركه الحس ،ويثبت لصاحبه سلطة على هذا المحل تمكنه من مباشرة التصرفات الشرعية ،كحق الملك للعين والمنفعة[٣] .

أما الاعتبار الثاني في التقسيم فيكون باعتبار مالية الحق من عدمه حيث يقسم إلى :

الأول : الحق غير المالي: وهو الحق الذي لا يتعلق بالمـال ولا يرتبط به ارتباطا جوهرياً ، فكل حق لا يقوّم بالمال ولا يقبل الاعتياض عنه بالمال يُعَدُّ حقـاً غير مـالي كـحق الولاية والحضانة[٤] .الثاني: الحق المالي :ويقصد به الحق الذي يقوم بالمال ، أي أنَّ محله مالاً أو مقوماً بالمال وينظم هذا الحق العلاقات المالية للأشخاص كما يتميز عن غيره من الحقوق بقابليته للانتقال والتنازل، وعليه فهي تصلح لأن تكون محلاً للتعامل[٥]كحق الملكية والمنافع .

إن هذا التقسيم للحق من قبل الفقهاء المسلمين كان من خلال تعرضهم للحقوق التي تقبل الاعتياض عنها بالمال والحقوق التي تنتقل بالإرث ، وإذا كان الفقه الإسلامي لم يهتم بأنواع الحق المالي التي عرفها فقهاء القانون وهي(الحق الشخصي ، الحق العيني ، الحق المعنوي) إلا انه لا يستنكر تلك التقسيمات وأن لم يولها عناية توجب الذكر وربما يكون قد نظمها في تقسيمات أخرى للحق[٦]. ويقصد بالحق الشخصي :هو حقَ يقرَّه الشارع لشخص على آخر كحق البائع على المشتري بتسديد ثمن البيع ، النوع الثاني : الحق العيني :وهو مصلحة اختصاصية لشخص تخوله سلطة مباشرة على عين مالية معينة كحق الملكية وحقوق الارتفاق المقررة لشخص على عقار معين ، النوع الثالث :الحق المعنوي

---

(١) أنظر:ابي العباس احمد بن ادريس الصنهاجي القرافي ،الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق،ضبطه وصححه خليل المنصور،ج١ ،دار الكتب العلمية،بيروت، ١٩٩٨ ص٢٥٦ . كـذلك : د . رمضان علي الشرنباصي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي (نظرية العقد - الملك - الحق) ، ط١ ،منشاة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٠، ص٢٠٤.

(٢) أنظر: استاذنا د. عبد الباسط عبد الصمد أحمد الشاوي ، نظرية الحق في الفقه الإسلامي ، محاضرات مطبوعة القيت على طلبة الماجستير في فرع القانون الخاص في كلية القانون والسياسة - جامعة البصرة، للعام الدراسي ٢٠١١-٢٠١٢ ، ص٢٦.

(٣) أنظر: ابن عابدين ، ج٤ ، المرجع السابق ، ص ٥١٨-٥١٩ .

(٤) أنظر : د. محمد نجيب عوضين ، المرجع السابق ، ص٥٧ .

(٥) أنظر : الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق، ص١١-١٣.

(٦) أنظر : الأستاذ علي الخفيف ، الملكية في الشريعة الإسلامية .....، مرجع سابق ، ص١٥ ، وكذلك : الحق والذمة .... ، مرجع سابق ، ص٨٢.

:وهو الحق الذي يرد على أشياء معنوية لا تدرك بالحواس،وإنَّما تدرك بالعقل والفكر كالأفكار العلمية والاختراعات والمبتكرات[١].

ويذهب أحدهم[٢]إلى إنَّ هذا النوع من الحقوق لم يكن معروفا في الشرائع القديمة ، فهو وليد العوامل والوسائل المدنية والاقتصادية الحديثة والتطور العلمي والصناعي ، ومن ثم فإنَّه لا يدخل ضمن الحقوق العينية ؛ لكونه لا يرد مباشرة على شيء معين، ولا يدخل ضمن الحقوق الشخصية لأنَّه؛ لا يفرض تكليفاً خاصاً على شخصٍ معين غير صاحب الحق ، بل هو سلطة الشخص على شيء غير مادي ، يملك بموجب هذه السلطة ثمرة جهده الفكري وإنتاجه الذهني وله احتكار المنفعة المالية التي يمكن استغلالها من نشره أو تعميمه .

الفرع الثاني

طبيعة الأسرار التجارية في الفقه الإسلامي

بعد بيان معنى المال والحق في الفقه الإسلامي والتقسيمات التي ترد على الحق وبالتحديد التي ترد على حقوق العباد ، لابد من معرفة أين يكون موقع الأسرار التجارية من تلك التقسيمات ؟

إنَّ الأسرار التجارية التي ظهرت في السنين المتأخرة عدّتها معظم التشريعات الداخلية و الاتفاقيات الدولية إحدى صور الملكية الفكرية فضلاً عن إنَّ فقهاء القانون عدّوا حقوق الملكية الفكرية حقوقاً معنوية مقرَّرة وليست حقوق معنوية مجردة ؛ لأنَّها ذات قيمة مالية معتبرة بين الناس ، وإنَّ أغلب التشريعات الداخلية تضع لها من الضمانات ما يكفل حمايتها ويثبتها ويجعلها مختصة بأصحابها [٣] ومن بين هذه الصور للملكية الفكرية الأسرار التجارية.

وإذا كانت دائرة المال والملك أوسع واشمل في القانون الوضعي منها في الفقه الإسلامي؛إلا أنَّ معظم فقهاء المسلمين لم يشترط أنْ يكون محل الملك من الأشياء المادية؛ لان الكثير منهم يدخلون في معنى المال المنافع التي لها قيمة مالية بين الناس وممَّا يُباح الانتفاع بها شرعاً ويمكن أنْ تجري فيها المعاوضة وهو الراجح عند جمهور الفقهاء ومتأخري الحنفية [٤] .ومن ثم فإنَّ الحقوق المعنوية عند كثير من فقهاء المسلمين تدخل ضمن مفهوم المال شرعاً؛ كونها لها قيمة مالية معتبره بين الناس ويجوز الانتفاع بها

(١) أنظر : د. محمد عثمان شبير ، المعاملات المالية المعاصرة ، مرجع سابق ، ص٣٦-٣٧ . كذلك : د . عبد الستار حامد الدباغ ، المرجع السابق ، ص٨٢ -٨٣ .

(٢)أنظر: د . مصطفى الزرقا ، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ، ط١،دار القلم ، دمشـق، ١٩٩٩ ، فقرة ٩/٢ ، ص٣١.

(٣) أنظر : د. فتحي الدريني ، حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن ، ط١،مؤسسة الرسالة ، بيروت،١٩٧٩ ، ص١٢٦ وما بعدها .

(٤) أنظر : د. ناصر الغامدي ، حماية الملكية الفكرية في الفقه الإسلامي والآثار الاقتصادية المترتبة عليها ،ط١ ، دار الجوزي ، ١٤٢٨ هـ ، ص ٢٤.

شرعاً بحسب طبيعتها وبهذا فهي محل للتملك، ولا يشترط الفقهاء المسلمين أيضا التأبيد لإضفاء صفة التملك ، فمثلاً حق المنفعة يكون ملكاً بالمعنى الحقيقي على الرغم من كونه مؤقتاً كما في منفعة العين المؤجرة [١] .كما إنَّ الاستئثار المطلوب لحق التملك في الفقه الإسلامي ليس المقصود منه حيازة الشيء بل المقصود به أنْ يختص به صاحبه دون غيره ولا يعترضه أحد في التصرف به [٢].

وبما أنَّ شروط المال عند الجمهور تنطبق على الملكية الفكرية ؛ وذلك لتمويل الناس إليها فإنَّها تُعَدُّ أحدَ الحقوق المعنوية المالية وعليه فهي محلاً للتملك ، ومن صور الملكية الفكرية الأسرار التجارية وفقاً لمنظور الفقه الإسلامي الذي يطلق فيه الفقهاء لفظ الحقوق المالية على كل حق هو مال أو المقصود منه المال مثل حق الملك وحق التملك وحق الانتفاع ، لذا فإنَّ قواعد الفقه الإسلامي تعطي لصور الملكية الفكرية بوصفها حقوقاً معنوية درجة حق المخترع نفسها في الاستئثار والانتفاع باختراعه لفترة معينة؛ وذلك لأنَّ الفقه الإسلامي (حسب الاتجاه الغالب) يقوم المنافع بالمال ، ومن صور الحقوق المعنوية حقوق الملكية الفكرية على الرأي الراجح كحق التأليف وحق الصناعة فإنَّها أموال ذات ميزات خاصة ولها قيمة في العرف وقد اختص بها صاحبها دون غيره[٣] .

وعلى الرغم من أنَّ فقهاء المسلمين المحدثين قد اختلفوا في تسمية الحقوق المعنوية بين الحقوق المعنوية وحقوق الاختراع وحقوق الابتكار إلا إن جانباً من الفقه[٤]، ونحن نؤيده في ذلك ، يرى أنَّ من الأصلح تسميتها بحقوق الابتكار؛لأنَّ هذا المسمى يشمل كل الحقوق الأدبية كحق المؤلف ، كما يشمل الحقوق الصناعية والتجارية أو ما يسمّونه اليوم بالملكية الصناعية ، على العكس من الحقوق المعنوية أو الحقوق الأدبية كإحدى المُسميات المشهورة لهذا النوع من الحقوق فإنَّها أضيق من أن تتلاءم مع كثير من أفراد هذا النوع كالاختصاص بالعلامة والأدوات الصناعية المبتكرة وعناوين المحال التجاري مما لا صلة له بالأدب والإنتاج الفكري.

وخلاصة القول إنَّ الأسرار التجارية تُعَدُّ من الحقوق المتقررة التي تتعلق بمنافع مالية متقومة بالمال، وتدخل ضمن المفهوم الواسع للمال في الفقه الإسلامي وتحديداً في نظريته الشاملة للمال والحق والملك ؛لأنَّ المال شمل معظم الحقوق وأيضاً فالمال وفقاً لمفهوم الشرع الإسلامي هو كل ما يجري فيه الملك ؛ولأنَّ الحقوق ممَّا يجري فيه الملك ؛ لذلك فهي تُعَدُّ مالاً. وبما أنَّ الأسرار التجارية تُعَدُّ بنظر العرف قيمةً مالية وتُعَدُّ أيضاً حقاً خاصاً، فهي تُعَدُّ مالاً من منظور الفقه الإسلامي ؛ ولأنَّها حق يجري فيه الملك

---

(١) أنظر : د. علي الخفيف ، الملكية في الشريعة الإسلامية ...، مرجع سابق ، ص١٤.

(٢) أنظر : د. عبد السلام العبادي ، المرجع السابق ، ص١٩٨.

(٣) أنظر: د. نعيم احمد نعيم شنيار ،الحماية القانونية لبراءة الاختراع في ظل قانون حماية الملكية الفكرية (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١٠ ، ص٦٧-٦٩ .

(٤) أنظر د مصطفى الزرقا، المدخل الى نظرية الالتزام .. ، مرجع سابق ، ص٣٢.

باعتباره أحد صور الملكية الفكرية ولذلك تُعَدّ مالاً في نظر الفقهاء المسلمين وتدخل ضمن النظرية الشاملة للفقه الإسلامي التي من مقاصدها حماية الضروريات الخمسة وهي حفظ الدين والنفس والنسل والعقل والمال[١]، وذلك من خلال حماية أصل وجودها ، وحمايتها من الأفعال التي تعرضها للاختلال .

المطلب الثاني

تحديد أساس الالتزام بعدم إفشاء الأسرار التجارية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا في الفقه الإسلامي

إنَّ حداثة عقود نقل التكنولوجيا ترتَّب عليه عدم وجود نصوص فقهيه تُشير بشكل صريح ومباشر إلى أساس الالتزام بعدم إفشاء الأسرار التجارية التي يتمُّ الكشف عنها في مفاوضات تلك العقود ؛ وذلك بسبب بساطة العقود التي شهدتها الأزمنة الماضية ، وعدم الحاجة للتفاوض بشأنها ، إلا إنَّ هذا كله لا يمنع من القول بإمكانية وجود أساس لهذا الالتزام في الفقه الإسلامي ؛ لأنَّ الإسلام يهتم بالمحافظة على الحقوق كافة ، ومنها حقوق الملكية الفكرية التي من صورها الأسرار التجارية[٢].

ومن الأدلة الشرعية التي تلزم بحفظ الأسرار وعدم إفشائها ما ورد في القرآن والسنّة ، ومنها قولة تعالى : ((إِنَّ اللهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤدُّواْ الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا))[٣]، إذ تُعَدُّ الأسرار من الأمانات العظيمة من منظور الفقه الإسلامي وإنَّ الأمر بأداء الأمانة يشمل جميع الأمانات ومنها حفظ السر[٤]، وكذلك قوله عز وجل : ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَخُونُواْ اللهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُواْ أَمَانَاتِكُمْ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ)) [٥]، وهذا دليل آخر على الالتزام بعدم خيانة الأمانة ومن الخيانة إفشاء الأسرار .

---

(١)أنظر: ابي اسحاق ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، الموافقات، المجلد الثاني،تقديم بكر بن عبدالله أبوزيد، ط١،دار ابن عفان ، الخُبَر ، ١٩٩٧ ، ص٢٠. كذلك: محمد الطاهر بن عاشور ، مقاصد الشريعة الإسلامية ،تقديم حاتم ابو سمة ، دار الكتاب المصري و دار الكتاب اللبناني ، القاهرة - بيروت ، ٢٠١١، ص١٥٣ وما بعدها.

(٢)أنظر : د. زكي زكي حسين زيدان ، حقوق الملكية الفكرية ووسائل حمايتها في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية ،دار الكتاب القانوني ، مصر ، ٢٠٠٩، ص١٢٥.

(٣)سورة النساء من الآية (٥٨).

(٤)أنظر : ياسر بن ابراهيم الخضيري ، إفشاء الأسرار الطبية والتجارية (دراسة فقهية تطبيقية) ، اطروحة دكتوراه في الفقه مقدمه إلى جامعة محمد بن سعود الإسلامية ، كلية الشريعة ، قسم الفقه ، الرياض، ١٤٣٣هـ، ص٦٢.

(٥) سورة الانفال : الآية (٢٧).

كما جاء في السُنّة الشريفة ما يَدلُّ على حفظ الأسرار، إذ روى جابر بن عبد الله (ﷺ)أنَّ رسول الله (ﷺ) قال : ((إذا حدّث الرجل بالحديث ثُمَّ الْتَفَتَ فهي أمانة)) [1]وفي هذا الحديث دلالة واضحة على حفظ الأسرار ، كما روي عن عمر بن يحيى المازني عن أبيه عن أبي سعيد الخدري (ﷺ) أنَّ رسول الله (ﷺ) قال :((لا ضرر ولا ضرار))[2] ، وهذا الحديث يُعَدُّ من أهم القواعد الفقهية التي استند عليها الفقهاء في وضع الكثير من الأحكام ،بل إن المتأمل في هذا الحديث يجد أنَّه من باب الأمر الصادر عنه (ﷺ) [3]، وإذا ما ترتَّب على إفشاء الأسرار ضرر فإنَّها تدخل ضمن الضرر المنهي عنه في هذا الحديث .

وكل هذه الأدلة تأتي من باب وصف هذا التزام بأنَّه رباني وأخلاقي يثاب من يعمل به ويأثم من يخالفه،إلا إنَّ الشارع المقدس لم يجعل الأحكام قاصرة على العبادات بل أردف بجانبها الأحكام التي تنظم المعاملات ، ولما كانت الأسرار التجارية مالاً متقوماً من منظوره لذلك فهي تُعَدُّ محلا صالحاً للتعامل ؛ وبذلك تدخل ضمن نطاق الأحكام العامة التي تنظم المعاملات المالية. وفي ظل غياب القواعد الفقهية المباشرة التي تلزم بعدم إفشاء تلك الأسرار فلا مناص من تطويع القواعد بهدف إيجاد أساس لهذا الالتزام وذلك عن طريق العقد أو الفعل الضار اللذين اشتملت عليهما أحكام الفقه الإسلامي وهذا الأمر سيتم بيانه في فرعين أولهما يخصص إلى العقد أما الثاني فيكون لبيان الفعل الضار .

الفرع الأول

العقد

على الرغم من إنَّ الفقه الإسلامي قد تبنى وضع الحلول الجزئية للأحكام لكل مسألة أو حادثة دون أنْ يركز على تقديمها في شكل نظرية عامة مجردة ، ومثال ذلك معالجته للعقود بصورة متفرقة مثل (البيع) و(الإجارة) ، إلا أنَّ ذلك لا يعنى القصور من جانب الفقهاء وإنَّما جاء ذلك لينسجم مع مبادئ الفقه الإسلامي الذي يُعَدُّ فقهاً عملياً تحليلياً وليس فقهاً تنظيرياً وتركيبياً من جانب ، ومن جانب آخر فإنَّ اهتمامهم بالجزئيات والفروع كان يتلاءم مع ذلك الوقت لضرورة بيان كل حادثة، ومن ثم فإنَّ القول بعدم وجود نظريات عامه في الفقه الإسلامي لا يمكن قبوله إذ لو أمعنا النظر في العقود التي وضع الفقه

(٢) ([1]) ابي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي ، جامع الترمذي ، بيت الافكار الدولية ، الرياض ، بدون سنة طبع ، كتاب البر والصلة ، باب ما جاء أنَّ المجالس أمانة ، ص٢٣٨ - ٣٢٩ ، رقم الحديث ١٩٥٩ . كذلك : ابي داود سليمان بن الأشعث السجستاني ، سُنن ابي داود ،ط١ ، دار الفكر ، بيروت ، ٢٠٠٥،كتاب الأدب، ص٩١٢ ، رقم الحديث ٤٨٦٨.

([2])علي بن عمر الدار القطني ،المرجع السابق ، ج٢ ، كتاب البيوع ، ص٦٨٤ ، رقم الحديث(٢٨٨/٣٠٤٦). كذلك : ابي عبدالله محمد بن يزيد ابن ماجه ، سنن ابن ماجه ، ، بيت الافكار الدولية ، الرياض ، دون سنة طبع،كتاب الأحكام،باب: من بنى في حقهما يضر بجاره، ص٢٥٢، رقم الحديث (٢٣٤١).

([3]) الخميني ، بدائع الدرر في قاعدة نفي الضرر ، ط٢، مؤسسة نشر آثار الخميني ، قم المقدسة ، ١٤١٤هـ ، ص١١٥.

الإسلامي أحكام خاصة لكل منها نجدها تشترك فيما بينها بقواعد عامه تحكمها جميعا دون أنْ يجمعها في نظرية عامة[١] .

وربما تكون نظرية العقد من أوسع النظريات التي نص عليها الفقه الإسلامي ،إنْ لم تكن أوسعها على الإطلاق ، فنجدها تدخل في تنظيم العلاقات الإنسانية في شتَّى المجالات ، إذ جاءت النصوص القرآنية الشريفة لكي تأمرنا بالوفاء بالعقود التي نقوم بإبرامها مع الآخرين ، ومنها قولة تعالى : ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ))[٢] ، وهذه الآية كما يقول عنها أحدهم[٣]نجد فيها قاعدة أساسية ونظرية كاملة للالتزامات ،إذ لا يقل ، على حد تعبيره ، ما استخلصه فقهاء المسلمين من هذه الآية من نظرية فقهية كاملة عمَّا حصل عليه الفقه الغربي.

ومفهوم العقد في اللغة يعني :نقيض الحل ،فهو بمعنى الربط والشد والتوثيق والأحكام والقوة والجمع بين شيئين، يقال عقد الشيء أي شدَّهُ ووثقه ، ويقال أيضاً عقدت الحبل والبيع والعهد: فانعقد، كما يقصد به الضمان والعهد ، والجمع عقود[٤].

وعلى الرغم من أنَّ معنى العقد في اصطلاح الفقهاء لا يبتعد عن المعنى اللغوي إذ يتحد المفهومان اللغوي والاصطلاحي للعقد في مسألة الربط والتوثيق ،إلا إنَّ الفقهاء يختلفون في نطاق ما يدخل ضمن معنى العقد من تصرفات ، إذ يذهبون إلى أنَّ هناك معنيين لمفهوم العقد تبعاً لنطاقه، هما المعنى العام والمعنى الخاص ، المعنى العام يقصد به((كل تصرف يترتب عليه حكم شرعي سواء أكان بين إرادتين فأكثر أم صدر بإرادة واحدة))[٥].وهذا هو اتجاه من توسع في ما يدخل تحت مفهوم العقد من تصرفات، فجعل جميع التصرفات تدخل ضمن نطاق العقد الفعلية منها و القولية ، سواءٌ نشأت الأخيرة عن تلاقي أرادتين كالبيع أم بإرادة واحدة كالطلاق والنذر، فإنَّ أيّ تَصرُّف يَتَضمَّن إنشاء للحق أو نقله أو إنهاءه أو إسقاطه يدخل ضمن مفهوم العقود دون أنْ يتوقف تمامه على تصرف يقابله من الجانب الآخر ، ومن ثم فإنَّ أي تصرف ينشأ حكم شرعياً يُعَدُّ عقداً سواءً وَجَد اَلتزام يقابله كما في البيع أو لم يكن هناك التزام في مقابل ذلك كما في الإبراء،وبهذا الرأي أخذ فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة[٦].

---

(١)أنظر : د. محمد نجيب عوضين المغربي ، المرجع السابق ، ص١٣.كذلك : د. عصمت عبد المجيد بكر ، نظرية العقد في الفقه الإسلامي – دراسة مقارنة مع الفقه القانوني والقوانين المعاصرة ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٩ ، ص٥-٦ .

(٢) سورة المائدة من الآية (١).

(٣)أنظر: د. حسن الخطيب ، المرجع السابق ، ص٦٩.

(٤) أنظر :ابن منظور، ، لسان العرب ، ج ٣، مرجع سابق ، باب الدال – فصل العين ، ص٢٩٦-٢٩٧.كذلك : مجد الدين الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، ج١، المرجع السابق ، باب الدال – فصل العين ، ص٣٠٠

(٥) محمد نجيب عوضين المغربي ، المرجع السابق ، ص١٢٦.

(٦) أنظر في عرض تلك الآراء : د . رمضان علي الشرنباصي ، المرجع السابق ، ص١٠. كذلك : د. احمد محمود الشافعي ، المرجع السابق ، ص١٢٦.

أما المعنى الخاص له فيرى احد فقهاء الأمامية[١]إنَّ المقصود بالعقدهو((قول من المتعاقدين أو قول من احدهما وفعل من الآخر رتب الشارع الأثر المقصود عليه)) ، أو هو ((الربط بين كلامين – أو ما يقوم مقامهما – صادرين من شخصين على وجه يترتب عليه أثره الشرعي)) [٢] ، وهذا هو الاتجاه الشائع عند الفقهاء وهو أقرب إلى معنى العقد في اصطلاح فقهاء القانون[٣]، ويتضح من خلال هذا التعريف أنَّه قد جعل من مفهوم العقد قاصراً على التصرفات القولية التي تتم بين طرفين أي بارتباط الإيجاب بالقبول أو ما يسمى (الصيغة) . والربط كما مرَّ بنا سابقاً هو أحد معاني العقد في اللغة ، إلا إنَّه لم يقصر إنشاء العقد على الكلام فقط ،بل أورد عبارة (أو ما يقوم مقامهما) ومن ثم يمكن أنْ ينعقد باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المعتبرة أو غيرها من وسائل التعبير عن الإرادة وفقا لهذا المفهوم.

إنَّ المعنى الاصطلاحي للعقد عند الفقهاء بنوعيه لا يختص بعقد معين من العقود ، كما أنَّ معالجة الفقه الإسلامي للعقود وإنْ كانت بشكل مجزئ وحسب نوع العقد كعقد البيع وعقد الإجارة وعقد الإعارة إلا إنَّها لا تعني إنَّ أي عقد لابُدَّ أنْ يكون نوعاً من هذه الأنواع التي ذكرناها على سبيل المثال لا الحصر وإنَّما التعامل في ذلك الوقت لم يكن ليتعداها ،(ومع اختلاف الفقهاء في حرية التعاقد بين من يرى أنَّ الأصل في العقود المنع حتى يرد الدليل على الإباحة وبين من يرى عكس ذلك) [٤]إلا أنَّ الظروف إذ ما اقتضت إبرام نوع معين من العقود فإنَّه يكون مصداقا للأحكام التي أقرَّها الفقه الإسلامي التي تنطبق على جميع العقود بشرط أنْلا تكون منافية لأحكام الشارع المقدس ، وقد أمر الشارع المقدس بالوفاء بالعقود دون تعيين نوعا من العقود بذاته [٥] وخير دليل على ذلك قوله تعالى : ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ))[٦]فالوفاء الذي أمر الله تعالى بظاهره هو قول عام يشمل كل ما يصدق عليه معنى العقد عرفاً وهذا تأكيد على الوفاء بالعقود بجميع معانيها و مصاديقها[٧] ، وكذلك قوله عز وجل : ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ))[٨]، وجاء قوله

---

(١) محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام ، تحقيق علي الاخوندي ،ج٢٢،ط ٧، دار أحياء التراث العربي،بيروت ، ١٩٨١ ،ص٣.

(٢)علي الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ٢٠٠٨ ، ص١٨٥.

(٣)أنظر :محمد ابو زهرة : الملكية ونظرية العقد في الفقه الإسلامي ، دار الفكر العربي ، بدون مكان نشر ، بدون سنة طبع ، ص١٩٩،ف١٠١. كذلك د. عصمت عبد المجيد بكر ، المرجع السابق ، ص٢٥ . كذلك : د. احمد محمود الشافعي ، المرجع السابق ، ص١٢٧.

(٤)أنظر : د . محمد ابو زهرة ، المرجع السابق ، ص٢٥٨ -٢٥٩،ف١٣١.

(٥) أنظر : هاشم معروف الحسني ، نظرية العقد في الفقه الجعفري – عرض واستدلال ومقارنات ، دار التعارف للمطبوعات ، بيروت ، ١٩٩٦، ص١٣٧ وما بعدها . كذلك : د. محمد ابو زهرة ، المرجع السابق ، ص٢٦٤، ف ١٣٣.

(٦)سورة المائدة من الآية (١) .

(٧) أنظر : محمد حسين الطباطبائي ، الميزان في تفسير القرآن ،ج٥ ،ط١،مؤسسة الأعلمي للمطبوعات ، بيروت ، ١٩٩٧ ، ص١٦١.

(٨)سورة النساء من الآية (٢٩)

(ﷺ): ((المسلمون عند شروطهم))[1]ليقرر حرية التعاقد من جهة،وضرورة الالتزام بالوفاء بما يضعه المسلمون من شروط بينهم من جهة أُخرى ، أي إنَّ فكرة إنشاء العقود وتكوينها في الفقه الإسلامي تُعَدُّ فكرةً مطلقةً؛ لذلك يمكن إنشاء العقود في أي وقت وبما يتناسب مع الحاجة إليها بشرط عدم التجاوز على القيود التي حدَّدها الفقه الإسلامي وهي مبدأ مشروعية التعامل ، ومبدأ التراضي وأخيراً مبدأ عدم التعدي أو أكل أموال الناس بالباطل [2].

ومن العقود المستحدثة التي ظهرت في الآونة الأخيرة عقود نقل التكنولوجيا التي غالباً ما يرافقها عقود تمهيدية تسبق إبرام العقد النهائي وهذا كله ينطبق مع مبدأ حرية التعاقد والحث على التجارة التي يكون أساسها التراضي بدلاً من الاعتداء على حقوق الآخرين وأكل أموالهم بالباطل . ومن ثم فإن الأطراف يمكنها إبرام مثل هذه العقود التي تقتضيها الضرورة والحاجة لمواكبة التطور الذي يشهده العالم. وتكون الأطراف ملتزمة بالوفاء بما جاء فيها من بنود قد اتفقوا عليها ضمن العقود التي يبرمونها قبل إبرام العقد النهائي، فإذا ما اتفقت الأطراف المتفاوضة على عمل معين أو امتناع عن عمل فإنَّهم ملزمون بالوفاء بهذا الالتزام استنادا إلى القوة الملزمة للعقد ، فإذا ما انعقد بينهم عقداً صحيحاً مستوفياً لشروطه كان لزاماً عليهم الوفاء بما وضعوه فيه من بنود لتحكم التزاماتهم وبذلك فإنَّ من يُخالف أيَّاً من هذه الالتزامات يُعَدُّ قد ارتكب خطأ عقدياً تنعقد بموجبه مسؤوليته العقدية .

ولهذا فإنَّ العقود التي تبرم في فترة المفاوضات التي تسبق إبرام عقود نقل التكنولوجيا تخضع للنظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي التي تلزم الأطراف الالتزام بالعقود بصورة عامة ، وذلك طبقاً للآية الكريمة ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ))[3] وإنَّ أي إخلال بما يرد في أي نوع من هذه العقود يكون موجبا لانعقاد مسؤولية الطرف المخل بالتزامه؛ لأنَّ مفهوم العقد وفقاً لهذه الآية الكريمة لم يختص بنوع معين منها، بل جاء بصيغة العموم والإطلاق شاملا لكل عقد، وعليه فهو ينطبق على كل عقد تتوافر فيه الشروط اللازمة للصحة والانعقاد وكان خالياً من أي قيد من القيود التي وضعها الفقه الإسلامي والتي تخل بصحة العقود، وإذا ما أبرم المتفاوضان أيَّاً من العقود التمهيدية في فترة مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا وضَمَّنوه التزاماً بأي مسألة من المسائل التي تخص تنظيم مصالحهم المتعارضة فإنَّه يجب الوفاء بما يتضمنه العقد من التزامات ، ومن تلك الالتزامات التي غالباً ما ينص عليها في العقود الممهدة

([1]) محمد بن يعقوب الكليني ، أصول الكافي،ج٥ ، ط١ ، منشورات الفجر،بيروت ، ٢٠٠٧ م - ١٤٢٨هـ، باب : الشرط في النكاح وما يجوز منه وما لا يجوز، ص٢٤٣. كذلك : أبي عبدالله محمد بنا سماعيل البخاري،صحيح البخاري،ط١ ،دارابن كثير،دمشق - بيروت، ٢٠٠٢ ، كتاب الاجارة ، باب أجرة السمسرة ، ص٥٤٣ ، رقم الحديث ٢٢٧٣. كذلك : الترمذي ، المرجع السابق، ص٢٣٧ ، رقم الحديث ١٣٥٢. كذلك : علي بن عمر الدار القطني ، سُنن الدار القطني ، حققه وعلق عليه : عادل احمد عبد الموجود وعلي محمد معوض ، ج ٢ ، دار المعرفة ، بيروت ، ٢٠٠١ ، كتاب البيوع ، ص٦٠٧ ، رقم الحديث ٩٨/٢٨٥٦.

([2]) أنظر : د . محمد نجيب عوضين المغربي ، المرجع السابق ، ص١٢٠.

([3])سورة المائدة من الآية (١) .

هو الالتزام بعدم إفشاء الأسرار التي يطَّلع عليها المتفاوض بسبب المفاوضات ، ومن أهمها الأسرار التجارية التي تكمن قيمتها بسريتها وعليه فإنَّ أيّ شرط ينص على هذا الالتزام يكون ملزماً لطالب التكنولوجيا ؛ لكونه قد وافق على هذا الالتزام عند إبرام العقد وأساس الالتزام هنا يكون هو العقد المبرم بينهما ومن ثم فإنَّ الإخلال بهذا الالتزام يجعل المتعاقد مخلاً بالتزامه و تُطَبَّق عليه قواعد المسؤولية العقدية ويلتزم بتعويض من أصابه الضرر نتيجة لهذا الإخلال الذي يتمثل بإفشاء الأسرار التجارية التي تمثل قيمة اقتصادية كبيرة وإنَّ أي فعل ينقلها من نطاق السرية إلى نطاق العلنية يترتب عليه فقدانها لقيمتها الاقتصادية يُعَدُّ خطأ عقدياً، وإنَّ أي ضررٍ يصيب مالكها يستحق عليه التعويض إذا كان ذلك الضرر هو نتيجة حتمية لخطأ المتعاقد وفقا لأحكام نظرية الضمان التي عرفها الفقه الإسلامي .

الفرع الثاني

الفعل الضار

إنَّ الفقه الإسلامي لم يتبنَ مصطلح المسؤولية التقصيرية كما هو موجود عند أهل القانون إلا إنَّه لا يمكن إنكار وجوده ،إذ ورد ضمن أحكام الضمان العامة التي اشتملت على الكثير من موارد الضمان ، ومنها الضمان عن الفعل الضار الذي يقابل اصطلاح المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعي.

والأصل في الضمان عن الفعل الضار هو لجبر الضرر في حالة التعدي على أموال الغير التي يعد حفظها من ضمن مقاصد الشريعة الإسلامية، إذ من أسباب الضمان في الفقه الإسلامي هو الإتلاف فضلاً عن (اليد ، العقد) ، ومن ثم فإنَّ أي إتلاف لأموال الغير يُعَدُّ فعلاً ضاراً وسبباً شرعياً لوجوب الضمان على من يقوم به، وهذا يجد أساسه في كتاب الله عز وجل وكذلك في السُنُّة.

إذ جاء في كتاب الله قوله سبحانه وتعالى: ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ))[1]وهذا النص فيه نهيمن الله سبحانه وتعالى عن الاعتداء على أموال الناس دون وجه حق ، ومما لاشك فيه أنَّ التعرض لأموال الغير وإتلافها دون وجه حق يُعَدُّ نوعاً من الاعتداء عليها، وهذا من باب الظلم الذي ينهى الشارع عنه ؛ لكونه ينافي أوامر الله عز وجل التي تأمر بعدم الاعتداء على حقوق الغير.

(1) سورة النساء من الآية (٢٩) .

كما جاء في السُنّةِ الشريفة أدلَّةٌ كثيرةٌ توصي بعدم إتلاف أموال الغير ومنها قوله (ﷺ) : ((لاضرر ولاضرار))[١]ودلالة الحديث على الالتزام بعدم إلحاق الضرر بالغير ، وقد استنبط منه الفقهاء العديد من القواعد الفقهية التي تضمنت مبدأ المسؤولية عن الضرر، ومنها قاعـدتي (الضرر يزال) و (الضرر يدفع بقدر الإمكان) ، وهاتان القاعدتان تهدفان إلى جبر الضرر بإزالته إنْ أمكن ذلك أو بتعويضه حسب الأحوال من جهة ، ومن جهة أخرى منع وقوع الضرر ابتداء من باب دفع الضرر أسهل من رفعه [٢]،وكما يقول عنه أحدهم[٣]أنَّه ليس المقصود من هذا الحديث فقط نفي كل حكم يلزم منه الضرر،بل يراد منه أعم من النفي؛ لأنَّ فيه إثبات تشريع لجبر الضرر.

كذلك ما رواه أنس بن مالك (رضي الله عنه) أنَّه قال :أهدت بعض أزواج النبي (ﷺ) طعاما فـي قصعة ،فضربت عائشة (رضي الله عنها) القصعة بيدها فألقت ما فيها ، فقال النبي(صلى الله عليه وآله وسلم) : ((طعام بطعام وإناء بإناء))[٤] ، ودلالة هذا الحديث في مدى إلزام من يتعرض لمال غيره بالضمان جزاءً على الفعل الضار من جهة ، وحفظاً لحق صاحب المال من جهة أخرى ؛ لأنَّ أموال الناس محرمةً شرعاً ولا يجوز الاعتداء عليها عن طريق إتلافها دون وجه حق ، وإنَّ من يقوم بإتلافها يُعَدُّ ضامنا لها ؛ لأن الإتلاف يُعَدُّ سبباً للضمان ، كما يستفاد من هذا الحديث إنَّ الأموال القيمية تعوض بقيمتها ،أما المثلية منها فتضمن بمثلها مادامت متوافرة[٥]،لذلك فإنَّ على كلِّ واحدٍ منَّا احترام مال غيره ومن أجل ذلك تقرر غرم المتلفات بالاستناد إلى سبب الإتلاف ودون الالتفاف الى نية من يقوم بالإتلاف. إلا أنَّ الفقهاء[٦] يفرقون بين الإتلاف تسبباً ، والإتلاف مباشرةً ،إذ جعلوا المتلف للمال مباشرةً ضامناً سواءً أكان الإتلاف بتعدٍ منه أو كان دون تعدٍ ، بينما اقتصر ضمان المتسبب على توفر ضابط التعدي .ومن هديّ ما سبق يتبين لنا أنَّ الفقه الإسلامي غني بالأدلة الشرعية التي تُعَدُّ أساساً للالتزام بحفظ الأموال ؛ لأنَّه بخلاف ذلك يُعَدُّ التجاوز عليها فعلاً ضاراً في مفهوم الفقه الإسلامي يلزم من يقوم به بالضمان إذا ما نتج عن

---

(١) ([١]) علي بن عمر الدار القطني ،المرجع السابق ، ج٢ ، كتاب البيوع ، ص٦٨٤ ، رقم الحديث(٢٨٨/٣٠٤٦). كذلك : ابي عبدالله محمد بن يزيد ابن ماجه ، سنن ابن ماجه ، ، بيت الافكار الدولية ، الرياض ، دون سنة طبع، كتاب الأحكام،باب: من بنى في حقهما يضر بجاره، ص٢٥٢ ، رقم الحديث (٢٣٤١)

([٢]) أنظر : د. فتحي الدريني ، النظريات الفقهية ،ط٤، منشورات جامعة دمشق ، دمشق ، ١٩٩٦- ١٩٩٧، ص٢٠٢.

([٣]) أنظر :باقر الايرواني ، دروس تمهيدية في القواعد الفقهية ، ج ١ ، ط ٥ ، دار الفقه للطباعة والنشر، بدون مكان نشر ، ١٤٣٢ هـ ، ص١٠٩.

([٤])الترمذي ، المرجع سابق ، كتاب الأحكام ، باب فيمن يكسر له الشيء ، ص٢٣٨ ، رقم الحديث (١٣٥٩).

([٥])أنظر : محمد بن علي الشوكاني ، نيل الاوطار من أسرار منتقى الاخبار ، ج١١ ، كتاب الغصب والضمانات ، قدم له : محمد صبحي بن حسن حلاق ، دار بن الجوزي ، السعودية ، ١٤٢٧ هـ ، ص٩٠.

([٦])أنظر : زين الدين بن إبراهيم المعروف بإبن نجيم الحنفي ، الاشباه والنظائر ، دار الفكر، دمشق،١٩٩٩، ص١٩٠ . كذلك : د. وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقـه الإسلامي (دراسة مقارنة) ، دار الفكر ، دمشق ، ١٩٩٨ ، ص٣١ وما بعدها . كذلك : عطيه عدلان عطيه رمضان ، موسوعة القواعد الفقهية المنظمة للمعاملات المالية الاسلامية ودورها في توجيه النظم المعاصرة ، دار الايمان ، الاسكندرية ، بدون سنة طبع ، ص٥٣٦.

فعله ضرراً بصاحب المال ، ولا تخرج الأسرار التجارية على اعتبار إنَّها من الأموال المتقوّمة من منظور الفقه الإسلامي عن مفهوم المال بصورة عامة ومن ثم يجب المحافظة عليها فإذا ما تمَّ الكشف عنها في فترة المفاوضات التي تسبق إبرام عقود نقل التكنولوجيا فإنَّ من يطَّلع عليها يكون ملتزماً بعدم إلحاق الضرر بمالكها من خلال عدم إفشاءها إلى الغير ؛ لأنَّ إفشاءها يُعَدّ ُإتلافاً لها إذ يؤدي إلى نقصان قيمتها وهو بهذا المفهوم ضرر يوجب الضمان؛فالضرر يُراد به النقص في المال أو البدن أو العرض، وأيّ نقص في قيمة تلك الأسرار يوجب الضمان طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية، وفي حالة توافر أركان المسؤولية التقصيرية من تعدٍ (إفشاء الأسرار التجارية) وضررٍ يصيب مالكها وعلاقة سببية بينهما سوف تنهض بموجبه هذه المسؤولية على من يقوم بهذا التعدي ويكون ملزماً بالضمان ،وعليه فإنَّ الفعل الضار يكون هو أساس الالتزام بعدم إفشاء الأسرار التجارية في الفقه الإسلامي في حالة عدم وجود عقد يفرض ذلك الالتزام. .

الخاتمة

وبعد الانتهاء من هذا البحث بفضل من الله العلي القدير لابد من إبراز أهم ما تمَّ التوصل إليه من نتائج ، وإدراج أهم التوصيات التي نأمل من المُشَرّع العراقي الأخذ بها ، وهي كالآتي :

أولاً: النتائج :-

١- إنَّ الالتزام بعدم إفشاء الأسرار التجارية في مرحلة المفاوضات يُعَدُّ واحداً من أهم الالتزامات التي يجب أنْ يلتزم بها من يطّلع على تلك الأسرار..

٢- ان عقد التفاوض الذي يبرم بين أطراف عقود نقل التكنولوجيا بمعناه الخاص:وهو التزام أطراف العقد بالتفاوض ،من حيث بدء المفاوضات والاستمرار بها ،يعد أساسا للالتزام بعد إفشاء الأسرار التجارية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا. اذ إن من مستلزمات التفاوض بحسن نية وهو اثر أساس في عقد التفاوض ،أن يحافظ المستورد المحتمل للتكنولوجيا على سرية المعلومات التي يدلي بها مورد التكنولوجيا ،سواء كانت سرية بطبيعتها أو أضفى عليها صاحبها طابع السرية. ويترتب على الإخلال بهذا الالتزام مسؤولية الطرف الآخر عقديا عن الأضرار التي لحقت بمورد التكنولوجيا .

٣- إن التشريعات محل المقارنة ،فيما عدا القانون العراقي ،قد نصت بصورة صريحة على الالتزام بعدم إفشاء الأسرار التجارية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا .وقد اعتبرت ،على ما نعتقد، إن أساس هذا الالتزام هو النص التشريعي في حالة غياب عقد ينظم مرحلة المفاوضات بين الطرفين ، ومن ثم فان المسؤولية التي تنشأ عن هذا الإخلال هي مسؤولية تقصيرية .

٤- يرجع أساس الالتزام بعد إفشاء الأسرار التجارية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا في حالة عدم وجود عقد تفاوض أو نص تشريعي خاص الى العمل غير المشروع.اذ انه في كثير من الأحيان يكون مجرد الإفشاء ضررا يلحق بمصلحة الطرف الذي يكشف عن الأسرار التجارية .وذلك لان قيام المفاوض الآخر بإفشاء هذه الأسرار هو إخلال بالتزام قانوني يتمثل بعدم الأضرار بالغير ،ومن ثم يكون سببا لقيام المسؤولية التقصيرية.

٥- على الرغم من حداثة موضوع الأسرار التجارية وعدم تبنيه من قبل فقهاء المسلمين المتقدمين بشكل مباشر إلا أنَّ أحكام الفقه الإسلامي لها من السعة والشمول ما يستوعب مثل هذا الموضوع كما استوعبت غيره من المستجدات التي ظهرت في هذا العصر.

٦- إنَّ الأسرار التجارية تُعَدُّ من الحقوق المتقررة التي تتعلق بمنافع مالية متقومة بالمال، وتدخل ضمن المفهوم الواسع للمال في الفقه الإسلامي وتحديداً في نظريته الشاملة للمال والحق والملك ؛لأنَّ المال شمل معظم الحقوق، فالمال وفقاً لمفهوم الشرع الإسلامي هو كل ما يجري فيه الملك ؛ولأنَّ الحقوق ممَّا يجري فيه الملك ؛ لذلك فهي تُعَدُّ مالاً، وبما أنَّ الأسرار التجارية تُعَدُّ بنظر العرف قيمةً مالية وتُعَدُّ أيضاً حقاً خاصاً، فهي تُعَدُّ مالاً من منظور الفقه الإسلامي ؛ ولأنَّها حق يجري فيه الملك باعتباره أحد صور الملكية الفكرية ولذلك تُعَدّ مالاً في نظر الفقهاء المسلمين وتدخل ضمن النظرية الشاملة للفقه الإسلامي التي من مقاصدها حماية الضروريات الخمسة وهي حفظ الدين والنفس والنسل والعقل والمال، وذلك من خلال حماية أصل وجودها ، وحمايتها من الأفعال التي تعرضها للاختلال .

٧- إن الفقه الإسلامي وان لم يكن يعرف الأسرار التجارية وذلك لحداثة هذا المفهوم ،إلا إن قواعد هذا الفقه يمكن ان تكون أساسا للالتزام بعد إفشائها ،ونجد في العقد إذا ما تضمن النص على هذا الالتزام أساس متينا لحماية الأسرار التجارية . كما انه حتى في غياب مثل هذا العقد فان أحكام الفعل الضار يمكن أن تشكل أساس شرعيا للالتزام بعد إفشاء الأسرار التجارية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا.

ثانيا: التوصيات :-

أما أهم التوصيات التي ندعو المُشَرّع العراقي إلى الأخذ بها هي : -

١- اتخاذ خطوات صحيحة وجادة من أجل وضع تنظيم قانوني خاص بالمفاوضات العقدية بما يتلاءم مع أهميتها .

٢- تشريع قانون خاص بالملكية الفكرية يتضمن أحكام تتناول جميع صورها ، بدلاً عن قانون براءات الاختراع والنماذج الصناعية والمعلومات غير المصفح عنها والدوائر المتكاملة والأصناف النباتية رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٠(المعدل) أو القيام بالتعديلات اللازمة عليه .

٣- إدراج نص قانوني في قانون براءات الاختراع والنماذج الصناعية والمعلومات غير المفصح عنها والدوائر المتكاملة والأصناف النباتية رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٠ (المعدل) بخصوص الالتزام بعدم إفشاء الأسرار التجارية ، ونقترح أن يكون النص بالشكل الآتي (يلتزم من يطَّلع على الأسرار التجارية لأي سبب كان بعدم إفشائها إلا بموافقة مالكها ، وبخلاف ذلك يكون مسؤولاً عن أي ضرر يصيب مالكها) .

٤- النص على اعتبار الأسرار التجارية أموالاً معنوية تصلح ان تكون محلاً للملكية والتعامل بها ، ونقترح أن يكون النص كالآتي (تعد الأسرار التجارية من الأموال المعنوية التي تمنح مالكها حق الاستعمال والاستغلال والتصرف) .

٥- اتخاذ الإجراءات السريعة والجادة من أجل انضمام جمهورية العراق إلى اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (التربس).

قائمة المصادر و المراجع

بعد القرآن الكريم

- المراجع العربية

أولاً : مراجع الفقه الإسلامي

أ- كتب التفسير

١- محمد حسين الطباطبائي ،الميزان في تفسير القرآن، ج٥،ط١ ،مؤسسة الأعلمي للمطبوعات،بيروت، ١٩٩٧ .

ب- كتب الحديث الشريف

٢- أبي داود سليمان بن الاشعث السجستاني ، سُنن أبي داود ، ط١، دار الفكر، بيروت ، ٢٠٠٥.
٣- أبي عبدالله محمد بن اسماعيل البخاري ، صحيح البخاري ، ط١ ، دار ابن كثير ، دمشق - بيروت ، ٢٠٠٢ .
٤- أبي عبدالله محمد بن يزيد بن ماجه ، سُنن أبن ماجه ، بيت الافكار الدولية ، الرياض، بدون سنة طبع .
٥- أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي ، جامع الترمذي ، كتاب الاحكام ، بيت الافكار الدولية ، الرياض ، بدون سنة طبع .
٦- علي بن عمر الدار القطني،سُنن الدار القطني،حققه وعلق عليه : عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض،ج ٢ ،دار المعرفة،بيروت، ٢٠٠١.
٧- محمد بن علي الشوكاني ، نيل الاوطار من أسرار مُنتقى الاخبار ، ج١١ ،قدم له : محمد صبحي بن حسن حلاق ، دار بن الجوزي ، السعودية ، ١٤٢٧ هـ .
٨- محمد بن يعقوب الكليني ، أصول الكافي ، ج٢ و ج ٥ ، ط١ ، منشورات الفجر، بيروت ، ٢٠٠٧ م - ١٤٢٨ هـ .

جـ -كتب الفقه الإسلامي

.فقه الامامية

٩- باقر الايرواني ، دروس تمهيدية في القواعد الفقهية ، ج١، ط ٥ ، دار الفقه للطباعة والنشر، بدون مكان نشر ،١٤٣٢ هـ

١٠- الخميني ، بدائع الدرر في قاعدة نفي الضرر ، ط٢ ، مؤسسة نشر آثار الخميني ، قم المقدسة ، ١٤١٤ هـ .

١١- كاظم الحسيني الحائري ، فقه العقود (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي) ، ج١، ط٣ ، مجمع الفكر الإسلامي ، قم ، بدون سنة طبع .

١٢-محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام ، تحقيق علي الاخوندي ، ج٢٢،ط ٧،دار أحياء التراث العربي، بيروت ، ١٩٨١ .

١٣- هاشم معروف الحسني ، نظرية العقد في الفقه الجعفري ، عرض واستدلال ومقارنات ، دار التعارف للمطبوعات ، بيروت ، ١٩٩٦.

. الفقه الحنفي

١٤- زين الدين إبراهيم ابن نجيم الحنفي ،الأشباه والنظائر ،دار الفكر ، دمشق ،١٩٩٩.

١٥- محمد أمين الشهير بأبن عابدين،حاشية بن عابدين رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار،تحقيق : عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض،ج ٧ ،دار عالم الكتب،الرياض، ٢٠٠٣ .

.الفقه المالكي

١٦- أبي اسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي ، الموافقات ، المجلد الثاني ، تقديم بكر بن عبدالله أبو زيد، ط١، دار بن عفان ، الخُبَر ، ١٩٩٧ .

١٧-أبي العباس أحمد بن ادريس الصنهاجي القرافي ، الفروق وانوار البروق في انواء الفروق، ضبطه وصححه خليل المنصور ، ج١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٨

•

الفقه الشافعي :

١٨- جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الاشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية،ج٢، ط٢،مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة- الرياض ،١٩٩٧.

. كتب الفقه الإسلامي الحديثة

١٩- د . أحمد محمود الشافعي،الملكية والعقد في الفقه الإسلامي،بدون اسم ناشر، بدون مكان نشر ، ١٩٩٥.

٢٠- المحامي إسماعيل العمري،الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون،ط١ ،مطبعة الزهراء الحديثة،الموصل، ١٩٨٤ .

٢١- د . حسام الدين خليل فرج محمد، عقد الامتياز التجاري واحكامه في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة) ،ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١١ .

٢٢- د . رمضان علي الشرنباصي،النظريات العامة في الفقه الإسلامي (نظرية العقد -الملك - الحق) ،ط١ ،منشاة المعارف،الاسكندرية، ٢٠٠٠ .

٢٣- د.زكي زكي حسين زيدان،حقوق الملكية الفكرية و وسائل حمايتها في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، دار الكتاب القانوني، مصر، ٢٠٠٩ .

٢٤- د . عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي) ، ج٦ ، المجمع العلمي العربي الإسلامي ، بيروت ، ١٩٥٤ .

٢٥- أ. د. عبد الستار حامد الدباغ ،نظرية الحق في الفقه الإسلامي،ط١ ،مركز البحوث والدراسات الإسلامية،بغداد، ٢٠٠٨ .

٢٦- د. عبد السلام العبادي،الملكية في الشريعة الإسلامية،مؤسسة الرسالة ، ج١، بيروت ، ٢٠٠٠ .

٢٧- د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي – دراسة مقارنة مع الفقه القانوني والقوانين المعاصرة ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٩ .

٢٨- عطيه عدلان عطيه رمضان، موسوعة القواعد الفقهية المنظمة للمعاملات المالية الإسلامية ودورها في توجيه النظم المعاصرة،دار الايمان،الاسكندرية،بدون سنة طبع .

٢٩- علي الخفيف،أحكام المعاملات الشرعية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ٢٠٠٨ .

٣٠-ـــــــــــــ ، الحق والذمة وتأثير الموت فيهما وبحوث اخرى ، تقديم د .علي جمعة ، ط١ ،دار الفكر العربي ، القاهرة ،٢٠١٠ .

٣١- د. فتحي الدريني ، النظريات الفقهية ، ط٤، منشورات جامعة دمشق ، دمشق ، ١٩٩٦-١٩٩٧ .

٣٢- ـــــــــــــ،حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن،ط١،مؤسسة الرسالة ،بيروت، ١٩٧٩ .

٣٣- محمد ابو زهرة : الملكية ونظرية العقد في الفقه الإسلامي،دار الفكر العربي،بدون مكان نشر ، بدون سنة طبع .

٣٤- محمد الطاهر بن عاشور،مقاصد الشريعة الإسلامية، تقديم حاتم ابو سمة،دار الكتاب المصري واللبناني، القاهرة-بيروت ،٢٠١١ .

٣٥- د . محمد عثمان شبير،التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاتها الفقهية،ط٢، دار القلم، دمشق، ٢٠١٤ .

٣٦- ـــــــــــــــ ، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي ، ط٦ ، دار النفائس ، عمّان ، ٢٠٠٧ .

٣٧- د. محمد نجيب عوضين المغربي،الوجيز في المعاملات الشرعية (النظريات الفقهية) ،دار النهضة العربية،القاهرة، ٢٠٠٣ .

٣٨- د. مصطفى الزرقا،المدخل الفقهي العام،ج٢ ،مطبعة طربين،دمشق، ١٩٦٨ .

٣٩- ـــــــــــــ،المدخل لنظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي،ط١ ، دار القلم،دمشق، ١٩٩٩ .

٤٠- د.ناصر بن محمد بن مشري الغامدي،حماية الملكية الفكرية في الفقه الإسلامي والأثار الاقتصادية المترتبة عليها،ط١،دار الجوزي، ١٤٢٨هـ .

٤١- د. وهبة الزحيلي،نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية و الجنائية في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة) ،دار الفكر،دمشق، ١٩٩٨.

د ــالأطاريح

٤٢- ياسر بن إبراهيم الخضيري ، إفشاء الأسرار الطبية والتجارية(دراسة فقهية تطبيقية) ، اطروحة دكتوراه في الفقه الإسلامي مقدمة الى جامعة محمد بن سعود الإسلامية ، كلية الشريعة، قسم الفقه ، ١٤٣٣ هـ .

هـ - البحوث والمحاضرات

٤٣- د. عبد الباسط عبد الصمد الشاوي ، نظرية الحق في الفقه الإسلامي ، محاضرات مطبوعة القيت على طلبة الماجستير في فرع القانون الخاص في كلية القانون والسياسة جامعة البصرة ، للعام الدراسي ٢٠١١- ٢٠١٢ .

ثانياً : المراجع القانونية

أ - الكتب القانونية

٤٤- د. ابو العلا علي النمر ، مفاوضات عقود التجارة الدولية ، ط٢ ، بدون اسم ناشر، بدون مكان نشر ، بدون سنة طبع .

٤٥- د. آمال زيدان عبد اللاه ، الحماية القانونية للأسرار التجارية (دراسة تحليلية في القانون المصري والأمريكي) ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ .

٤٦- د. أنور العمروسي ، المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون المدني ، ط ١، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ .

٤٧- د. جلال وفاء محمدين ، الحماية القانونية للملكية الصناعية وفقاً لاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريبس) ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤.

٤٨- د. حسام الدين عبد الغني الصغير ، حماية المعلومات غير المفصح عنها والتحديات التي تواجه الصناعات الدوائية في الدول النامية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥.

٤٩- د. حسن الخطيب ، نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية في القانون الفرنسي والقانون العراقي المقارن ، مطبعة حداد ، البصرة ، ١٩٨٦.

٥٠- د. ذكرى عبد الرزاق محمد ، حماية المعلومات السرية من حقوق الملكية الفكرية (KNOW-HOW) في ضوء التطورات التشريعية والقضائية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ،٢٠٠٧ .

٥١- د. سعد حسين عبد ملحم ، التفاوض في العقود عبر شبكة الانترنيت بين القواعد العامة في نظرية الالتزام والضرورات العملية ، ط١ ، صباح صادق جعفر ، بغداد ،٢٠٠٤ .

٥٢- د. صبري حمد خاطر ، تفريد قواعد تربس في قوانين الملكية الفكرية (دراسة مقارنة) ، دار الكتب القانونية ودار شتات ، القاهرة ، ٢٠١٢ .

٥٣- د. صلاح زين الدين ، المدخل الى الملكية الفكرية (نشأتها ومفهومها ونطاقها واهميتها وتكييفها وتنظيمها وحمايتها) ، ط١ ، دار الثقافة ، عمّان ، ٢٠٠٦ .

٥٤- د. طارق كاظم عجيل ، ثورة المعلومات وانعكاساتها على القانون المدني (دراسات وبحوث) ، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١١ .

٥٥- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، ج١ ، المجلد الاول ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، بدون سنة طبع .

٥٦- د .عبد العزيز المرسي حمود ، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدي (دراسة مقارنة) ، بدون اسم ناشر ، بدون مكان نشر ، ٢٠٠٥ .

٥٧- د .عبدالله حسين الخشروم ، الوجيز في حقوق الملكية الصناعية والتجارية ، ط١ ، دار وائل للنشر ، عمّان ، ٢٠٠٥.

٥٨- د . علاء ابو الحسن العلاق ومحمد عبد المجيد رؤوف ، الملكية الفكرية المبادئ والتطبيق ، ط١، المركز الوطني لحماية حق المؤلف والحقوق المجاورة - وزارة الثقافة ، بغداد، ٢٠١٠ .

٥٩- المحامي عمر كامل السواعدة ، الأساس القانوني لحماية الأسرار التجارية (دراسة مقارنة) ، ط١، دار الحامد ، عمّان ، ٢٠٠٩ .

٦٠- د. محسن شفيق ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٨٤.

٦١- د. محمد إبراهيم دسوقي ، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات وابرام العقود ، معهد الادارة العامة ، الرياض ، ١٩٩٥ .

٦٢- د. محمد حسام محمود لطفي ، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض (دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي) ،النسر الذهبي ، القاهرة ،١٩٩٥ .

٦٣- د. محمد حسن عبد المجيد الحداد ، الآليات الدولية لحماية حقوق الملكية الصناعية وأثرها الاقتصادي (دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية) ، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر ، القاهرة ، ٢٠١١ .

٦٤- د. محمد حسن قاسم ، مراحل التفاوض في عقد المَيكنة المعلوماتية (دراسة مقارنة) ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٢ .

٦٥- د.محمد حسني عباس،الملكية ا لصناعية أو طريق انتقال الدول النامية إلى عصر التكنولوجيا،منشورات المنظمة العالمية للملكية الفكرية ،جنيف، ١٩٧٦.

٦٦- د. محمد حسين عبد العال ، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية (دراسة تحليلية مقارنة للوسائل القانونية لتأمين المفاوضات في عمليات التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، القـاهرة، ١٩٩٨ .

٦٧- د. محمد عبد الظاهر حسين ، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ .

٦٨- د. محمود الكيلاني ، الموسوعة التجارية والمصرفية ، المجلد الأول ، عقود التجارة الدولية في مجال عقود نقل التكنولوجيا ، ط١ ، دار الثقافة للنشر ،عمّان ، ٢٠٠٨ .

٦٩- د. محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية ، جـ ١، ط٣ ، مطبعة جامعة القاهرة ، القاهرة ،١٩٧٨ .

٧٠- د. مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي (دراسة مقارنة) ، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٠ .

٧١- د. معتز نزيه محمد الصادق المهدي ، الالتزام بالسرية والمسؤولية المدنية (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة طبع.

٧٢- د. نعيم أحمد نعيم شنيار ، الحماية القانونية لبراءة الاختراع في ظل قانون حماية الملكية الفكرية (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١٠ .

٧٣- د. نوري حمد خاطر ، شرح قواعد الملكية الفكرية (الملكية الصناعية) دراسة مقارنة في القوانين الاردني والاماراتي والفرنسي ، ط٢ ، دار وائل للنشر ، عمّان ، ٢٠١٠ .

٧٤- د . يونس صلاح الدين محمد علي ، العقود التمهيدية (دراسة تحليلية مقارنة) ، دار شتات للنشر ، مصر ، ٢٠١٠ .

ب- الرسائل و الأطاريح

٧٥- حياة محمد محمد أبو النجا،الالتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية، اطروحة دكتوراة مقدمة الى كلية الحقوق،جامعة المنصورة ، ٢٠٠٤ .

٧٦- رجب كريم عبد اللاه ، التفاوض على العقد (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق – جامعة القاهرة ، ٢٠٠٠ .

٧٧- فرهاد سعيد سعدي ، الحماية القانونية للأسرار التجارية دراسة مقارنة للجوانب المدنية لحماية المعرفة الفنية know-How ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة بجامعة صلاح الدين ، اربيل ، ٢٠٠٣ .

جـ البحوث

٧٨- د. حسام الدين كامل الأهواني ، المفاوضات في الفترة قبل التعاقد ومراحل اعداد العقد الدولي ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، العدد الثاني ، السنة ٣٨ ، يوليو ، ١٩٩٦ .

٧٩- المحامي صبار محمد عمار ، المفاوضة في عقود التجارة الالكترونية ، بحث منشور في شبكة المعلومات العالمية في منتدى المحامين العرب على الموقع الالكتروني: http:/www.mohamoon.montad.com.defaut.aspx?actio=Displa y&id=333Type=3

٨٠- د. صبري حمد خاطر ، الالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات ، مجلة العلوم القانونية – كلية القانون - جامعة بغداد ، المجلد ١١، العدد (١) ، سنة ١٩٩٦.

٨١- ـــــــــــــــــ ، قطع المفاوضات العقدية ، مجلة الحقوق - كلية الحقوق - جامعة النهرين، المجلد الاول، العدد الثالث ، سنة ١٩٩٧.

ثالثاً: قواميس اللغة العربية :

٨٢- أبن منظور جمال الدين محمد بن مكرم الانصاري ، لسان العرب ،ط٤ ،دار صادر،بيروت، ٢٠٠٥ .

٨٣- مجد الدين أبو الطاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي،القاموس المحيط،ط٨ ،مؤسسة الرسالة،بيروت،٢٠٠٥ .