

الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد (دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا)

إعداد طالب الدكتوراه نبيل اسماعيل الشبلاق

ومشاركة الدكتور

إشراف الدكتور

فاروق أبو الشامات

محمد سعيد أحمد إسماعيل

كلية الحقوق

جامعة دمشق

الملخص

تعدُّ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا من أهم العقود بالنسبة إلى الدول النامية، لعدة أسباب، أولها، أنه من خلال هذه العقود تستطيع الدول النامية - إن أحسنت صنعاً - أن تقلص الفجوة بينها وبين الدول المتقدمة من الناحية التقنية، وأيضاً تساعد هذه العقود الدول النامية على تحقيق معدلات التنمية ممَّا يمكنها من تحقيق الرفاهية والازدهار لمواطنيها، جملة من المسائل القانونية تثيرها هذه العقود، ولكنني حاولت التركيز على المرحلة التمهيديَّة التي تسبق إبرام العقد ومسؤولية الأطراف خلالها، وقد دفعتني إلى ذلك ما وجدته من غياب للنصوص القانونية المنظمة لهذه المرحلة على الرغم من أهميتها، فقد حاولت من خلال هذا البحث تسليط الضوء على بعض الجوانب القانونية عن المفاوضات العقدية الاتفاقات التمهيديَّة ومسائل أخرى متبعاً بذلك المنهج المقارن.

مقدمة:

إن المنتبج للتطورات الاقتصادية والاجتماعية والتقنية التي يشهدها العالم اليوم وما رافق ذلك من تطور مواز في أنماط التعامل وكيفياته على الصعيدين الداخلي والخارجي، لا بد أن يلحظ تحولاً جذرياً موازياً في منهج دراسة تكوين العقد، فبعد أن كان التركيز منصباً على اللحظة التي يتلاقى فيها الإيجاب والقبول، على اعتبار أنه عند هذه النقطة فقط ينبثق العقد ويولد ككائن قانوني، أصبحت الاتجاهات الحديثة في الفقه القانوني تنظر بعين الاهتمام إلى نقطة البداية الحقيقية في حياة العقد، وهي لحظة التفكير فيه وما يتبعها من سعي متواصل وحثيث من قبل الأطراف لتجسيد الفكرة واقعاً ملموساً.

وبذلك تغير نمط التفكير الذي ساد مدة طويلة من الزمن في ساحة الفكر القانوني، وأصبح ينظر إلى الإيجاب والقبول على أنهما محصلة لا يتأتى إدراكها إلا بعد مدة من المفاوضات قد تطول وقد تقصر؛ الأمر الذي يتصور معه أن تكون عملية التعاقد عملية متعاقبة المراحل ومتعددة الأوجه، فضلاً عن ذلك أصبح من الممكن النظر في مسؤولية الأطراف خلال مدة التفاوض، وفحص مدى انطباق سلوكيات الأطراف خلال هذه المدة على ما يوجبه حسن النية والثقة المشروعة في التعامل.

لم يحدث هذا التغيير المهم في نمط التفكير القانوني بشكل تلقائي، وإنما حدث جراء بروز عوامل عدة دفعت إليه دفعاً، ومن أهم هذه العوامل -دون شك- بروز ظاهرة العقود الكبيرة المركبة ذات القيمة الهائلة كعقود الأشغال الدولية وعقود نقل التكنولوجيا، ذلك أن هذه العقود بما تنطوي عليه من أهمية اقتصادية وتنموية تحتاج إلى مدة طويلة لتنفيذها قد تمتد سنوات، وهي من هذا الجانب لا يتصور أن تبرم بإيجاب وقبول لحظيين، فمثل هذه العقود التي تحفها المخاطر بالنظر إلى مدة تنفيذها الطويلة، واحتمالات تغير الظروف لا بد أن تسبقها مدة طويلة من الإعداد والتحضير والتفاوض.

مشكلة البحث:

بالنظر إلى أن مهمة تنظيم مدة ما قبل العقد قد تركت للفقه والقضاء فقد تعددت الاجتهادات والنظريات التي عالجت هذه المسألة، خاصة لجهة القيمة القانونية التي تنطوي عليها والمبادئ التي تحكمها والتزامات الأطراف خلالها، وأيضاً طبيعة المسؤولية القانونية الناتجة عن الإخلال بالالتزامات التي تفرضها المبادئ الراسخة المنبثقة من الثقة المشروعة والمبنية على أساس من الضرورة العملية لاستقرار التعامل، وعليه كان لزاماً توضيح هذه المسائل وإرساء طائفة من الحلول لمعالجتها بما يتناسب والثقافة القانونية السائدة، وبما لا يتعارض والمنظومة القانونية والتشريعية المتبناة.

هدف البحث:

الهدف من هذه الدراسة إبراز الأهمية الكبيرة للمرحلة السابقة على العقد وبيان ضرورة أن يتناولها المشرع بالتنظيم، فبالنظر إلى أهمية عقود نقل التكنولوجيا من جهة إسهامها في عملية التنمية بجوانبها المتعددة، ولما لها من أثر عميق في عملية التمكين من ولوج عصر الاقتصاد المعرفي يبدو من غير المناسب ترك هذه المرحلة دون أن تظالها يد المشرع بالتنظيم، كما أن تحديد طبيعة المسؤولية القانونية في هذه المرحلة تبدو على جانب من الأهمية في هذا السياق، بالنظر إلى اختلاف النتائج القانونية التي يمكن أن تتأتى عن هذه الطبيعة .

منهجية البحث:

بالنظر إلى الجوانب المتعددة التي تنطوي عليها المرحلة السابقة على التعاقد فقد تعددت المنهجيات التي اعتمدت فقد اتبعت المنهجية التاريخية حيناً لبيان المراحل التاريخية التي مرت بها جملة من العناصر التي بُحِثَتْ، وكذلك المنهج الاستنتاجي حيناً آخر إلى الوصول ما استقر عليه الفقه والقضاء من قواعد لحكم هذه المرحلة، فضلاً عن المنهج المقارن الذي يفرض نفسه ممثلاً لهذه الدراسات، وقد قُسمت هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث، تناولنا في المبحث التمهيدي مفهوم عقود نقل التكنولوجيا بصورة موجزة، وتناولنا في المبحث الأول التعريف بالمرحلة السابقة على العقد، وفي المبحث الثاني جرى التعرض إلى الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف خلال هذه المرحلة.

مبحث تمهيدي

التعريف بعقود نقل التكنولوجيا (TECHNOLOGY TRANSFER CONTRACTS)

شكلت السلع والخدمات خلال حقبة طويلة مادة التجارة الرئيسية على المستويين الدولي والوطني بوصفها أهم ما يجري تداوله والتعامل فيه، لكن الحال - كما نلاحظ - إلى تغير، إذ نشهد انحساراً تدريجياً لدور المُدخلات التقليدية للإنتاج و بروز عنصر جديد في العملية الإنتاجية هو عنصر المعلومات، فلم تعد للمواد الأولية ورأس المال الثابت وقوة العمل الأهمية ذاتها التي كانت لها منذ منات السنين، فمركز الصدارة في المنظومة الإنتاجية العصرية أصبح وبشكل تدريجي تتبوأه المعلومات أو المعرفة.

أثبتت الدراسات الحديثة أنّ تراكم رأس المال المعرفي (الذهني) القابل لأن يتجسد في السلع له أهمية تفوق أهمية رأس المال المادي⁽¹⁾، يدلُّ على ذلك أن جانباً مهماً من التجارة الدولية اليوم ينصب على نقل التكنولوجيا التي هي في النهاية معلومات ومعرفة، وتشكل التكنولوجيا أهم مقومات التنافسية إذ تعدُّ العنصر الوازن في القيمة المضافة إلى أيّ منتج أو سلعة.

ويبدو أن أهمية التكنولوجيا تتعاظم باضطراد، خاصة ونحن نعيش اليوم ما يسمى بالاقتصاد المعرفي الذي تشكل فيه المعلومات ووسائل انتقالها وتداولها الركائز الأهم والأبرز، ولما كان تبادل المعلومات وانتقالها هو العامل الأهم في إبراز أهميتها وقيمتها - إذ إنه ليس ثمة فائدة من المعرفة إذا ظلت مخبوءة ومحتكرة -، وحيث إنَّ هناك تفاوتاً بيناً بين الدول لجهة مستوى التطور والقدرة على خلق التكنولوجيا من جهة وباعتبار أن هناك حاجة ملحة لدى الدول النامية لتحقيق معدلات التنمية المرومة من جهة أخرى؛ فهذه الأسباب مجتمعة جعلت انتقال التكنولوجيا من الجهات التي تحوزها وتحتكرها إلى الجهات التي تفتقر إليها أمراً لا مفر منه، وفي هذا السياق كان العقد الدولي لنقل التكنولوجيا .

المطلب الأول: خصائص العقد الدولي لنقل التكنولوجيا .

أولاً: المحل:

إن المحل في العقد يشكل أحد أركانه⁽²⁾ وهو بشكل عام الموضوع الذي ينصب عليه اتفاق الأطراف، وهو في عقود نقل التكنولوجيا يتمثل في نقل التكنولوجيا أياً كانت صورة هذا النقل، ويجب أن يكون هذا المحل موجوداً وممكناً ومعيناً، أو أن يكون قابلاً للتعيين، ويجب أن يكون فضلاً عن ذلك مشروعاً، وهذا ينطبق على حد سواء على العقود الدولية والداخلية.

تعدُّ التكنولوجيا من بين المصطلحات التي لم يحدد معناها بشكل منضبط ودقيق من الناحية القانونية، فعلى الرغم من شيوع استخدام المصطلح بصورة لافتة خاصة في المدة الأخيرة إلاَّ إنه لا يزال يفتقر إلى الوضوح والتحديد الكافيين، ويلحظ الباحث أنَّ هناك تأثيراً واضحاً للاتجاهات الاقتصادية في

(1) - محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، دار الفكر العربي، 1995، ص/14/

(2) - لا نريد أن ندخل في الجدل المتعلق باعتبار المحل هو ركن في الالتزام وليس ركناً في العقد، فليس ثمة متسع لذلك في بحثنا.

المحاولات الجارية لوضع تعريف قانوني لهذا المصطلح، وهنا يمكن القول: إنَّ التأصيل القانوني للمصطلح مازال رهيناً للتأصيل الاقتصادي له.

وفي هذا السياق نذكر التعريف الذي تبناه مؤتمر الأمم المتحدة للتنمية والتجارة (الاونكتاد) فالتكنولوجيا بحسب هذا الأخير " كل ما يمكن أن يكون محلاً لبيع أو شراء أو تبادل، وعلى وجه الخصوص براءات الاختراع والعلامات التجارية والمعرفة الفنية غير الممنوح عنها

براءات أو علامات، أو القابلة لهذا المنح وفقاً للقوانين التي تنظم براءات الاختراع أو العلامات التجارية، وكذلك المهارات والخبرات التي لا تنفصل عن أشخاص العاملين، والمعرفة التكنولوجية المتجسدة في أشياء مادية وبصفة خاصة المعدات والآلات " لا نريد أن ندخل في الجدل المتعلق باعتبار المحل هو ركن في الالتزام وليس ركناً في العقد، فليس ثمة متسع لذلك في بحثنا (3)، ويؤخذ على هذا التعريف أنه لم ينفذ إلى مفهوم التكنولوجيا وركز على ما يمكن أن يكون محلاً لها فحسب.

ويعرف الدكتور محسن شفيق التكنولوجيا بأنها "الجانب التطبيقي للعلم وأنه يطلق عليه في الاصطلاح الدارج، حق المعرفة" لا نريد أن ندخل في الجدل المتعلق باعتبار المحل هو ركن في الالتزام وليس ركناً في العقد، فليس ثمة متسع لذلك في بحثنا. (4) وعرفت الدكتورة سميحة القليوبي التكنولوجيا بأنها الجانب التطبيقي الفعلي للأبحاث العلمية والوسيلة للحصول على أفضل تطبيق لهذه الأبحاث " لا نريد أن ندخل في الجدل المتعلق باعتبار المحل هو ركن في الالتزام وليس ركناً في العقد، فليس ثمة متسع لذلك في بحثنا. (5)

وفي إطار الجهود الدولية لتعريف التكنولوجيا فإنَّ تعريفاً أكثر شمولية تم تبنيه من قبل (WIPO) لا نريد أن ندخل في الجدل المتعلق باعتبار المحل هو ركن في الالتزام وليس ركناً في العقد، فليس ثمة متسع لذلك في بحثنا. (6) إذ عرفتها بأنها "المعرفة والخبرة المكتسبة ليس فقط للتطبيق العملي لتقنية ما، وإنما أيضاً للاستغلال الإداري والمالي والتجاري والصناعي لمشروع ما" وتبعاً لما سبق يتبين الاختلاف الواضح في التعريفات التي سبقت لمصطلح التكنولوجيا، ويتضح بجلاء تأثير المفهوم

(3) - وليد عودة الهمشري، عقود نقل التكنولوجيا - الالتزامات المتبادلة والشروط التقيدية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 28

(4) - محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، ص 5

(5) - سميحة القليوبي، عقود نقل التكنولوجيا، بحث مقدم إلى مؤتمر نقل التكنولوجيا بالقاهرة (19-25) شباط 1983، نقلاً عن وليد عودة الهمشري، المرجع السابق ص 29.

(6) - اختصاراً لـ (World Intellectual Property Organization).

الاقتصادي للمصطلح لا نريد أن ندخل في الجدل المتعلق باعتبار المحل هو ركن في الالتزام وليس ركناً في العقد، فليس ثمة متسع لذلك في بحثنا. (7)، كما يظهر من خلال تحليل هذه التعريفات أن هناك خلطاً بين التكنولوجيا وبين العناصر المكونة لها كحق المعرفة والتقنية، وفي النهاية لا تخرج التكنولوجيا بالمعنى القانوني عن كونها مالا معنوياً له قيمة اقتصادية، وهي بهذه المنزلة يمكن أن تكون محلاً للملكية وتجري عليها - تبعاً لذلك - التصرفات القانونية كلها. (8).

ثانياً - أطراف العقد الدولي لنقل التكنولوجيا (THE PARTIES OF TECHNOLOGY) (TRANSFER CONTRACTS).

تعد مسألة تحديد مفهوم الطرف في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا مسألة تنطوي على أهمية خاصة، بالنظر إلى ما لها من أثر في المسائل المتعلقة بتسوية النزاعات ذات الصلة بتعيين القانون واجب التطبيق، وكذلك القضاء المختص بهذه التسوية، ذلك أن قواعد الإسناد الخاصة بتحديد القانون واجب التطبيق على العلاقات التعاقدية إنما تعول بشكل كبير على ضابط الموطن المشترك أو غيره من الضوابط وثيقة الصلة بأطراف العلاقة التعاقدية في حال غياب إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية. (9).

وفيما يأتي بعض التعريفات التي سيقى لمصطلح الطرف: فقد عرفت المدونة الدولية للسلوك الطرف بأنه "أي شخص طبيعي أو اعتباري خاضع لقانون عام أو خاص سواء كان فرداً أو جماعة، مثل المؤسسات أو الشركات أو المنشآت وشركات التضامن وغيرها من أنواع المشاركة، سواء أنشأتها أو امتلكتها أو تولت إدارتها الدول أو الهيئات التابعة لها، وكذلك الدول والوكالات الحكومية والمنظمات الدولية حين تشارك في صفقة نقل دولي للتكنولوجيا ذات طابع تجاري".

ونصت هذه المادة أيضاً على أن تعبير الطرف يشمل فروع الشركات والمشروعات المشتركة بصرف النظر عن العلاقة القانونية القائمة فيما بين بعض منها أو فيما بينها جميعاً.

(7) - Some one defined it " technology transfer is the process by which a technology, expertise, knowhow or facilities developed by one individual, enterprise or organization is transferred to another individual, enterprise or organization see the website:
http://www.yale.edu/ocr/about/documents/TECHNOLOGYTRANSFEROVERVIEW_OCRRevision_s_23Sep08.pdf

آخر زيارة للموقع كانت بتاريخ 2012/2/7

(8) - وليد عودة الهمشري، مرجع سابق، ص 30. ولمزيد من التفصيل عن هذا الموضوع انظر وفاء مزيد فلهوط، المرجع السابق، ص 172 وما بعده وأيضاً انظر يوسف الاكياي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، 1989 ص 28.

(9) - انظر المادة 20/ من القانون المدني السوري.

كما عرفه مشروع قانون نقل التكنولوجيا المصري "كل شخص طبيعي أو اعتباري من أشخاص القانون العام أو الخاص فرداً أو جماعة أو شركة، أياً كان مقر مركز إدارته الرئيسي أو مزاولته لنشاطه، وتعدُّ طرفاً الدول والوكالات الحكومية والمنظمات الدولية والإقليمية وغيرها حين تتعاقد في صفقة نقل تكنولوجيا ذات طابع تجاري، وتعدُّ فروع الشركات والشركات الوليدة والمشروعات المشتركة وغيرها بغض النظر عن طبيعة العلاقة الاقتصادية وغير الاقتصادية القائمة بينها"، ويبدو أن هناك تشابهاً يصل إلى درجة التطابق بين التعريف الذي جاء به المشرع المصري وذلك الذي ساقه المشرع في المدونة الدولية للسلوك، ولا غرابة في ذلك إذا ما علمنا بأن المشرع المصري اعتمد في صياغته للتعريف الذي أورده للطرف على التعريف الذي اعتمده المدونة الدولية⁽¹⁰⁾.

إن الطرف في عقود نقل التكنولوجيا من جهة الدول النامية غالباً ما يكون الدولة ممثلة بأحد أجهزتها، والطرف المقابل غالباً ما يكون من الشركات متعددة الجنسيات⁽¹¹⁾، ونذكر هنا على سبيل المثال العقد المبرم بين الشركة العالمية للكيمياويات والمنظفات الصناعية المصرية (ش.م.م) وبين شركة (ميكانيش مودرن S.R.L) الإيطالية في أواخر القرن المنصرم، إذ فازت هذه الأخيرة بمناقصة دولية لتوريد وحدات كاملة لتصنيع بوردرة المنظفات، وقد قدمت الشركة الإيطالية عرض أسعار لتقديم الخدمات الهندسية وتوريد المعدات والمواد والإشراف على التركيب وبدء التشغيل، وقد قبلت الشركة المصرية بالعرض المقدم، وقد نظمت علاقة الطرفين بموجب عقد شمل الجوانب الفنية والقانونية بأدق تفاصيلها⁽¹²⁾.

(10) - جميل محمد حسين، تقرير عن أعمال لجنة مشروع قانون تنظيم نقل التكنولوجيا وقد ورد فيه " إن اللجنة وافقت على أن يتخذ ميثاق قواعد السلوك (CODE OF CONDUCT IN TRANSFER OF TECHNOLOGY) كأساس مهم يستند إليه عمل اللجنة كمصدر أولي "

(11) - See for more about multinational firms : Glenn Morgan & Peer hull Kristensen & Richard Whitley , The multinational firm organizing across institional and national divides , Oxford university press , Great Britain ,2001,p /4/, and see: Gorgio Barba Navaretti & Anthony J.Venables , Multinational firms in the world economy , Princeton university press , U.S , first edition , 2004,p /2/

(12) - لمزيد من التفصيل انظر محمود الكيلاني، جزاء الإخلال في تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ، أطروحة دكتوراه نوقشت في جامعة القاهرة (1988)، ص 577 وما بعدها .

المطلب الثاني: صور العقد الدولي لنقل التكنولوجيا

(THE FORMS OF INTERNATIONAL TECHNOLOGY TRANSFER) CONTRACTS

يمكن رد أشكال العقد الدولي لنقل التكنولوجيا إلى طائفتين اثنتين، والتمييز بين هاتين الطائفتين إنما ينبع من حقيقة الأدعاء التي تتطوي عليها العقود في كل من الطائفتين، ففي حين تنحصر التزامات المورد في بعض العقود بنقل التكنولوجيا المتعاقد عليها فقط دون أن يرافق ذلك أي التزامات أخرى، وهنا نكون أمام العقود البسيطة. نجد أن بعض هذه العقود يكون المورد فيها ملتزماً - فضلاً عن عملية النقل تلك - بأداءات أخرى، من قبيل تقديم الخدمات اللازمة والمواد الأولية وبيان كيفية الاستخدام، وهذه العقود تسمى بالعقود المركبة.

أولاً: العقود البسيطة، وأبرز أنماطها عقد الهندسة (ENGINEERING CONTRACT) وهو عقد يلتزم فيه المورد (المؤسسة الهندسية) أن تقوم بتصميم أو تأسيس منشأة ضمن مواصفات متفق عليها مقابل ما يتعهد به المتلقي من أداءات مالية، فاللزام المورد إنما ينصب على تزويد المتلقي بالمستندات والرسومات والخرائط والخطط ونوعية الآلات، ويعد ذلك كله من عناصر المعرفة الفنية التي تشكل بمجموعها محلاً للعقد الدولي لنقل التكنولوجيا⁽¹³⁾.

ويندرج تحت هذه العقود عقد المساعدة الفنية، وهو العقد الذي يكون محله تدريب مستخدمي التكنولوجيا وتعليمهم على كيفية استغلال المعرفة الفنية المنقولة، ويمكن تعريف المساعدة الفنية بأنها "الخدمات اللازمة لوضع المعرفة الفنية المنقولة موضع التنفيذ" وهي أيضاً "أداة لتغطية التدريب والتعليم ونقل المعرفة الفنية والكفاءات والمهارات، كما أنها تتيح اكتساب تكنولوجيا محددة" وضمن هذه الطائفة نجد أيضاً عقد البحث، وهو اتفاق يتعهد بموجبه المدين بالقيام بدراسات ذات طبيعة عقلية وإجراء تجارب عملية ذات صلة بمهارة المدين بهدف الوصول إلى معارف جديدة غير موجودة في مجال العلم، وكذلك استخدام طرائق لاكتشاف أشياء مادية كالبتترول والمعادن.

(13) - صالح بن بكر الطيار، العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، دار بلال، بيروت، 1999، ص 181. وفي ذات السياق انظر محمود الكيلاني، جزء الإخلال في تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا المرجع سابق، ص 211-212.

ثانياً: العقود المركبة⁽¹⁴⁾:

وأهم صورها عقد تسليم مفتاح، وهو عقد ينطوي على أداءات والتزامات متنوعة، وفيها يقوم المورد المقاول بتنفيذ العمليات الإنشائية جميعها ابتداء من تمهيد الأرض وإقامة الأبنية وتوريد الآلات والأجهزة وتركيبها وتدريب العاملين وتشغيل المصنع، أو هو عقد يلتزم فيه مورد التكنولوجيا بأن يقدم إلى المشتري مجمعاً صناعياً متكاملًا في حال التشغيل مع تحمله المسؤولية الكاملة عن تشييد المصنع وضمان الأداء والتشغيل⁽¹⁵⁾، وأيضاً عقد الترخيص: ويمكن لنا أن نعرفه بأنه عقد يلتزم وفقه صاحب حق ملكية صناعية أو براءة اختراع أو علامة تجارية أو نموذج صناعي أو اسم تجاري بأن يمنح شخصاً آخر الحق باستغلال ما في حوزته مدة محددة من الزمن مقابل ثمن معين، أو بأنه التصرف القانوني الذي يتنازل بموجبه صاحب البراءة في حقه الاستثنائي في احتكار استغلال اختراعه كلياً أو جزئياً.

المبحث الثاني: مفهوم المرحلة السابقة على التعاقد

تمهيد: سبق وأن بينا أن التطورات التكنولوجية المتواترة والتوسع الهائل في التجارة الدولية، خلقت أنواعاً كثيرة من العقود تميّزت بالتعقيد وتعدد الجوانب، وكذلك تميّزت بأنها تنطوي على قيمة اقتصادية ذات شأن، وهذه العقود اتطوت كذلك على مخاطر عديدة، الشيء الذي يجعل من العسير أن نتخيل أن يتم إبرام هذه العقود - على أهميتها - بقبول وإيجاب لحظيين، بل يستلزم الأمر أن يسبق إبرام الصفقة مرحلة تهيئة وتمهيد ومفاوضات شاقة متشعبة الأبعاد وممتدة الزمن، كما أنها في كثير من الأحيان تكون باهظة التكاليف، وهي ما يمكن تسميته بالمرحلة السابقة على التعاقد التي تعدّ من أهم المراحل في حياة العقد⁽¹⁶⁾، وهي تكتسي أهمية خاصة بالنسبة إلى عقود نقل التكنولوجيا بالنظر إلى الطبيعة الخاصة والحساسية لمحل هذه العقود، ممّا يستوجب التعريف بها وبيان خصائصها لجهة المضمون ولجهة الالتزامات والمسؤوليات القانونية المترتبة على أطرافها.

(14) - ومن أهم صور العقود المركبة نذكر عقود الأشغال الدولية وعقود البوت (BOT)، وعقود تسليم المفتاح والتأجير التمويلي. انظر أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مجلة الحقوق، العدد الثاني، البحرين، 2004، ص 360 وما بعدها.

(15) - نصيرة بو جمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1987.

(16) - هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دراسة مقارنة في القانونين المصري والانكليزي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 5.

المطلب الأول: التعريف بالمرحلة السابقة على العقد ومضمون هذه المرحلة.

تصدى بعض الفقه لتعريف المرحلة السابقة على العقد، وقد عكست المحاولات التي جرت لتكريس مفهوم قانوني لهذه المرحلة اهتماماً واضحاً بها خاصة أن المشرع في أكثر البلدان أغفلها ولم يعرها من الأهمية ما تستحق، فقد عرفها بعض الفقه الفرنسي⁽¹⁷⁾ بأنها "تلك المرحلة التي تضم مجموعة من العمليات التمهيديّة التي تتمثل في المباحثات والمساوي والمشاورات وتبادل وجهات النظر بهدف التوصل إلى اتفاق"، وقد عرّفت أيضاً بأنها "تلك المرحلة التي يتم فيها تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنيّة بل والاستشارات القانونيّة التي يتم تبادلها من قبل أطراف المرحلة السابقة على العقد ليكون كل منهم على بينة من أفضل الطرق القانونيّة التي تحقق مصلحة الأطراف وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات على عاتق الأطراف"⁽¹⁸⁾.

إن المرحلة السابقة على العقد هي من الغنى والتنوع بما يجعلها مادة ثرة لرجال القانون والاقتصاد والفنيين، فهي عملية تمهيديّة تتخللها الدراسات الاقتصادية، والفنيّة والقانونيّة كما تتضمن عمليات تتعلق بالتمويل والتأمين، ازدادت أهمية العقد الاقتصادية كلما كانت هذه المرحلة أكثر أهمية وتعقيداً، ويمكن القول: إنّ هذه المرحلة لا يمكن بأي حال تجاوزها خاصة في الصفقات الدولية المتعلقة بالمشاريع الكبرى مثل مشاريع البنى التحتيّة (مطارات - جسور - مصانع)، وكذلك مشاريع التنقيب عن المعادن (البترول - الغاز..... الخ)

إن إدارة هذه المرحلة تتطلب أشخاصاً من ذوي الخبرة والكفاءة، فالقدرة على المناورة والتأثير تؤدي دوراً بارزاً في هذا الشأن، ولاسيما أنّ أكثر العقود تتم بين الدول ممثلة بأحد أجهزتها والشركات المتعددة الجنسيات، وهذه الأخيرة تملك من الخبرة والمعرفة الفنيّة ما يؤهلها لتكون الطرف المسيطر في أية عملية تفاوض مع الغير.

سبقّت الإشارة إلى أن المرحلة السابقة على التعاقد هي مرحلة غنية ومتعددة الجوانب والأوجه، وهي فضلاً عمّا ذكر قبلاً مرحلة متسلسلة الحلقات، ونعني بذلك أن هذه المرحلة بدورها تنقسم إلى مراحل تفضي إحداها إلى الأخرى فالمرحلة السابقة على العقد في حالة العقود الدولية لنقل التكنولوجيا

(17) - J. GARBONNIER, Droit civil, 4-Les obligations, 20ed puf 1996, n0 28-b, P.72

نقلًا عن رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه نوقشت بجامعة القاهرة، 2000، ص 63.
(18) - حسام كامل الاهواي، المفاوضات في الفترة ما قبل التعاقدية ومرآة إعداد العقد الدولي، ورقة بحث قدمت أمام ندوة الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، القاهرة، 1993، ص 2.

تتألف - برأينا - من مرحلتين فرعيتين هما مرحلة أو مدة المفاوضات، ومرحلة الاتفاقات التمهيديّة⁽¹⁹⁾، وعليه سنتناول فيما يأتي هاتين المرحلتين بشيء من الإيجاز .

أولاً: المفاوضات (NEGOTIATIONS).

أ- لمحة تاريخية (HISTORICAL VIEW):

إن المفاوضات ليست بالظاهرة حديثة العهد، والافتراض أنها وجدت مع وجود المجتمعات البشرية الأولى افتراض لا يجافي المنطق، ذلك أن ما فطر عليه الإنسان ككائن اجتماعي أملى عليه السعي لبناء علاقات مع أبناء جنسه الأمر الذي أفضى إلى تواصل إنساني، ما لبث أن استدعى توصلًا اقتصادياً دفعت إليه ظروف الإنتاج إذاك، فعدم قدرة الإنسان على إشباع حاجاته المتزايدة بجهوده الفردية دفع به إلى مقايضة ما ينتجه مع ما ينتجه الآخرون، وكانت عملية المقايضة تلك تجري عبر حوار بسيط يفضي إلى إبرام الصفقة، هذا الحوار ليس إلا عملية تفاوضية بدائية.

ولما كانت هذه العملية من البساطة بحيث لا يمكن مقارنتها بالأثر القانوني الذي يتمخض عنها (العقد) فقد درج الفقهاء على إهمالها وعدم الالتفات إليها، وعدوا - حتى وقت قريب - أن تلاقي الإرادات المعبر عنه بالإيجاب والقبول هو ما يجب الاعتداد به وإيلانه الأهمية.

وقد اتساق صناع التشريع وراء هذا التفكير حتى منتصف القرن العشرين حيث بدأت تظهر إشارات خجولة للمفاوضات في بعض التشريعات⁽²⁰⁾ أما التشريعات التي صدرت قبل ذلك فنجدها خلواً من أي أثر لمرحلة المفاوضات فليس ثمة من قانون عالج هذه المرحلة ودخل إلى دقائقها .

ب- تعريف المفاوضات:

ذهب بعضهم إلى تعريف التفاوض بأنه " قيام أطراف العلاقة العقدية المستقبلية بتبادل الاقتراحات والمساومات والدراسات والتقارير الفنية والاستشارات القانونية ومناقشة الاقتراحات التي يضعها

(19) - بعض الكتاب يقسم مرحلة ما قبل العقد إلى ثلاث مراحل، وهي مرحلة المفاوضات ومرحلة الاتفاق أو المشروع وأخيراً مجلس العقد، انظر جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001 ص 22.

(20) - كالقانون المدني الإيطالي لعام 1942 الذي تكلم فقط عن ضرورة التزام حسن النية في مفاوضات العقود عموماً (م 1337) والقانون المدني اليوناني لعام 1946 (م 197 و 198)، كما أن هناك إشارة مقتضبة للمفاوضات في قانون الموجبات اللبناني، م/178/.

سوية أو ينفرد بوضعها أحدهما ليكون كل منهما على بينة مما يقدمان عليه وللوصول إلى أفضل النتائج التي تحقق مصالحهما، وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق بينهما من حقوق لهما والتزامات عليهما⁽²¹⁾. ومنهم من عرفها بأنها تبادل في وجهات النظر حول موضوع العقد وشروطه ومناقشة لها وتعبير عن مواقف من العروض والعروض المتقابلة يتخذها المفاوضون تمهيداً للوصول إلى اتفاق نهائي⁽²²⁾.

وجاء في حكم تحكيمي صادر عن غرفة التجارة الدولية المفاوضات (بأنها مرحلة يتعهد فيها الطرفان بالتفاوض أو متابعة التفاوض بغرض التوصل إلى إبرام عقد لم يتحدد موضوعه إلا بطريقة جزئية لا تكفي في جميع الأحوال لاتعقاده)⁽²³⁾

ومن خلال هذه التعريفات يمكن لنا أن نبيّن خصائص المفاوضات، وهي تتمثل بما يأتي:

1- عملية التفاوض ليست سوى عملية يتواصل من خلالها الأطراف ويتبادلون وجهات النظر في العقد المزمع إبرامه.

2- تهدف المفاوضات إلى التوفيق بين المصالح المتعارضة للأطراف، وهذا ما يسوغ المناقشة في موضوع العقد وشروطه.

3- لا بدّ من أن تتجه نية الأطراف إلى التوصل إلى اتفاق.

ويمكن في ضوء ما سبق بيانه أن نعرف المفاوضات بشكل عام بأنها (عملية يتم من خلالها التفاوض والمناقشة بين الأطراف وتنطوي على تبادل للأفكار ووجهات النظر بغية الوصول إلى اتفاق حول مصلحة معينة أو بهدف العثور على حل لمشكلة اقتصادية أو قانونية أو تجارية أو سياسية).

ج- ضرورة المفاوضات.

نتيجة لجملة من التطورات الاقتصادية والتكنولوجية، ظهرت عقود مركبة ومعقدة - كما سبق التنويه- وبالنظر إلى أنّ هذه العقود ذات تأثيرات اقتصادية واجتماعية وسياسية فإنّ طريقة التعاقد التقليدية تبدو غير ملائمة، فهذه الطريقة لم تعد تتناسب والتحويلات العميقة التي نعيشها فتطور

(21) - شيراز عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، دار دجلة، عمان، 2008، ص 336.

(22)- See for more P.D.V. Marsh ,contract negotiations hand book ,Gower publishing ,Great Britain, third ed,2001,p 1.

(23) - في هذا الحكم التحكيمي كان النزاع يتمحور حول تطبيق إحدى قواعد التجارة الدولية التي يشار إليها عادة بالمصطلح اللاتيني (lexmercatoria) فالمحكمة رفضت عدّ العقد محل النزاع عقد بيع وجرى تكيفه على أنه مجرد عملية تفاوض، انظر في ذلك رجب كريم عبد اللّاه، مرجع سابق، ص 235.

وسائل الاتصال وتكنولوجيا المعلومات، وشيوع إبرام العقود عن بعد⁽²⁴⁾ كل ذلك دفع إلى وجوب الدخول في مفاوضات بصدد أي عقد من مثل هذه العقود، وعدم الركون إلى عمليات مساومة بسيطة لم تعد تجدي نفعاً.

ويبدو أن المفاوضات مرحلة ضرورية لجملة من الأسباب نبينها فيما يأتي:

1- أسباب منطقية (LOGICAL REASONS):

تؤدي المفاوضات دوراً مهماً فيما يتصل بالحد من أسباب النزاع بين أطراف العقد مستقبلاً، ذلك أن مساحة الخلاف بعد إبرام العقد تضيق كلما اتسعت مساحة التفاهم السابقة على إبرام العقد، وهذا لا يتأتى إلا إذا اتفق بشكل مسبق على المسائل التفصيلية كلها التي يمكن أن تكون مثار نزاع، وعليه يمكن أن تكون المفاوضات ذات أثر وقائي، سواء انتهت إلى إبرام عقد أم لا، فإذا توجت المفاوضات بعقد، كان هذا الأخير مرتكزاً على أساس متين من التفاهم بين الأطراف، وإذا كان الإخفاق حليف الأطراف المتفاوضة، تكون المفاوضات قد جنبت الأطراف مغبة الاخرات في علاقة قد تفتح باباً عريضاً للنزاع.

2- أسباب اقتصادية (ECONOMIC REASONS):

غالباً ما يدرج في العقود الدولية _ ومنها الخاصة بنقل التكنولوجيا بطبيعة الحال - بند يتعلق بإعادة التفاوض، والغاية من إدراج هذا البند هي الحفاظ على التوازن الاقتصادي للعقد والذي يتكئ على الالتزامات المتقابلة للأطراف، فالعقود التي تُنفذ خلال مدة طويلة تجعل من الممكن تصور حدوث ظروف طارئة أو غير متوقعة تخل بهذا التوازن بصورة يصبح معها تنفيذ التزامات أحد الأطراف باهظاً ومرهقاً، وهنا يشكل بند التفاوض طوق نجاة للطرف المتضرر، فمن خلاله يمكن للأطراف التفاوض على التخفيف من الالتزامات المرهقة أو الزيادة في الالتزامات المقابلة.

د - أهمية المفاوضات:

وتتبدى أهمية المفاوضات من خلال أنها تعدّ تجسيداً لمبدأ سلطان الإرادة بوجهيه السلبي والإيجابي، فإذا خلصت هذه المفاوضات إلى إبرام صفقة، تجسد هذا المبدأ بجلاء في القوة الملزمة للعقد عملاً بالقاعدة الشهيرة العقد شريعة المتعاقدين، وإذا لم تسفر المفاوضات عن بلوغ الغاية فإنّ مبدأ سلطان

(24) Gegory A. Carrett, contract negotiations - skills - tools and best practices, CCH. INCORPORATED, USA, 2005, P 20

الإرادة يُطل من نافذة إضفاء الشرعية على الامتناع عن التعاقد⁽²⁵⁾، من جهة أخرى تسهم مرحلة المفاوضات في تفسير الصيغ الغامضة لبعض العقود وخاصة الدولية منها، فإذا ما أُخل طرف من الأطراف المتعاقدة بأمر من الأمور المتعلقة بشروط العقد وينوده فإن الرجوع إلى مدة المفاوضات وما تم تداوله فيها يساعد بشكل كبير على كشف الأمور الملتبسة وأخيراً يمكن من خلال المفاوضات الكشف عن مدى الجدية التي يبديها الأطراف ومدى استعدادهم للمضي في الأمر إلى نهايته، وهذه الجدية غالباً ما تتبدى من خلال استعداد الأطراف لقبول شروطهم المتبادلة.

ثانياً: الاتفاقات التمهيدية.

ثمة اختلافات بينة بين العقود الدولية المعاصرة وبين العقود التي تُبرم بصورة يومية في الإطار الداخلي، فالأولى كما سبق وبيننا تنطوي على العديد من المسائل الفنية الدقيقة التي يتعذر حسمها في جلسة أو جلستين، إنما يتم ذلك من خلال مراحل متعاقبة ومتسلسلة وعبر اتفاقات متوازية أو متتابعة بهدف الوصول إلى العقد النهائي الذي يكون خلاصة ما تم الاتفاق عليه بين الأطراف، إن هذه الاتفاقات التي أُشير إليها تسمى بالاتفاقات التمهيدية (التحضيرية) وهذه الاتفاقات تُحرر في مستندات يعبر من خلالها الأطراف عن ما تم الاتفاق عليه أو عن الرؤية والتصور المستقبلي للعلاقة العقدية المزمع الانخراط فيها، ومن أهم هذه الاتفاقات في مجال العقود الدولية لنقل التكنولوجيا نذكر اتفاق التفاوض، وخطاب إعلان النيات، واتفاق المبدأ⁽²⁶⁾ وسنتناول هذه الاتفاقات تباعاً.

أ- اتفاق التفاوض: إن من يريد إبرام عقد من العقود يبدأ مساعاه هذا عادة بدعوة إلى التفاوض يحث فيها من يريد أو من تتوافر فيه الشروط المطلوبة على التقدم بعرض أو إيجاب ليكون محوراً للتفاوض تدور حوله جهود الأطراف في سبيل خلق رابطة عقدية، فإذا ما حدث وتقدم أحدهم قابلاً بالدعوة فإن ذلك يكون منطلقاً للعملية التفاوضية، وعندئذ يصبح من المتصور القول بوجود اتفاق بينهما على التفاوض إذا ما سلمنا بفكرة الاتفاق الضمني التي نادى بها العلامة اهرنغ⁽²⁷⁾، غير أن الأطراف قد لا تركز لهذا الموقف السلبي وما ينطوي عليه من اتفاق ضمني، فقد تتجاوز الأطراف ذلك لموقف أكثر وضوحاً وإيجابية، فقد يتم الاتفاق بشكل صريح على مسار موضوعي أو إجرائي لاستمرار العملية التفاوضية الجارية بينهم، وتتعدد أشكال هذا الاتفاق وتتعدد تبعاً لذلك الالتزامات

(25) - مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 22.

(26) - محمد مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 229.

(27) - رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 204.

التي تنطوي عليها، فقد يتم الاتفاق بين الأطراف بمناسبة بدء التفاوض بينهم على تنظيم معين لعملية التفاوض وإجراءاتها أو بعضها، كأن يتم الاتفاق على إطار زمني للمفاوضات، أو على المكان الذي تباشر فيه، أو يتم الاتفاق على تشكيل لجان مشتركة لدراسة الجوانب الفنية أو المالية أو الاقتصادية أو القانونية للعملية المراد تحقيقها أو للتفاوض بشأن كل منها⁽²⁸⁾ وفي حالة العقود الدولية لنقل التكنولوجيا فإن محلها يخشى عليه من استخدام الطرف المتلقي بمجرد الكشف عنه، فيكون اتفاق التفاوض من الأدوات القانونية التي يمكن من خلالها ضمان أن لا يساء استخدام الأسرار التي يمكن الإفشاء بها حال التفاوض بين الأطراف⁽²⁹⁾، وقد يكون هناك اتفاق على تحمل تبعات النفقات التي تستوجبها عملية التفاوض، وقد يكون اتفاق التفاوض متعلقاً بعقد قائم بالفعل، إذ يورد الطرفان فيه بنداً يتعلق بالالتزام بالتفاوض لتجديد العقد أو تعديله عندما تطرأ ظروف تجعل من العقد غير محقق لهدفه أو تخل بتوازنه الاقتصادي، وتبقى القيمة القانونية لمثل هذا الاتفاق مثار جدل، فبينما يتفق معظم الفقهاء على أنه ينتمي إلى طائفة الاتفاقات السابقة على التعاقد وباعتبار أن هذا الاتفاق ليس من شأنه أن يحسم أي عنصر من عناصر العقد المزمع إبرامه، فإن مثل هذا الاتفاق يبقى خارج الدائرة التعاقدية، ومن ثم خارج دائرة الإلزام وهذا يترتب عليه أن الإخلال بهذا الاتفاق لا يفضي إلى مسائلة المخل على أساس المسؤولية العقدية .

وفيما يتعلق بتعريف عقد التفاوض فقد عرفته محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية (CCI) بأنه "عقد بمقتضاه يتعهد طرفاه بالتفاوض أو بمتابعتة، من أجل التوصل إلى إبرام عقد معين لم يتحدد موضوعه إلا بشكل جزئي لا يكفي في جميع الأحوال لاتعاقده " وقد عرفه بعض الفقه بأنه " اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص تجاه شخص آخر بالبدء أو الاستمرار في التفاوض بشأن عقد بهدف التوصل إلى إبرامه"⁽³⁰⁾ ويمكن من التعريفات السابقة أن نجمل خصائص عقد التفاوض بأنه عقد حقيقي تتوافر فيه الأركان الأساسية اللازمة لقيام أي عقد ويعدُّ عقد التفاوض عقداً رضائياً فليس ثمة شكل معين يجب أن يفرغ فيه، وهو كذلك عقد تمهيدي فمن خلاله تنظم عملية التفاوض بالكيفية التي توصل إلى إبرام العقد النهائي.

(28) - أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مرجع سابق، ص 388 وما بعدها.

(29) - هاني صلاح سري الدين، مرجع سابق، ص 20 وما بعدها.

(30) - شيراز عزيز سليمان، مرجع سابق، ص 405.

وتختلف الالتزامات التي تترتب على اتفاق التفاوض، ولكنها بصورة عامة تنصب على التزام الأطراف بالتفاوض أو الاستمرار فيه، وقد يرتب التزاماً بالحفاظ على سرية المعلومات، وقد ينطوي على الالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية مع طرف ثالث.

ب- اتفاق المبدأ: يتبادر إلى الذهن عندما يذكر مصطلح اتفاق المبدأ معنيين مختلفان، المعنى الأول هو أن اتفاق المبدأ إما يعني اتفاقاً على الهدف المبتغى أو اتفاقاً على الغاية المرومة، بمعنى أنه اتفاق لا يكون الأطراف فيه قد توصلوا إلى حسم العناصر الجوهرية اللازمة لإبرام العقد المنشود، وهنا يبدو أن التسمية الأكثر دقة التي يجب أن تُعطى لهذا الاتفاق هي الاتفاق على المبدأ.

أمّا المعنى الآخر فينصرف إلى اتفاق تام العناصر من حيث الشروط والهيكل النهائي إلا أنه يحتاج إلى إرادة باتة نهائية تضي عليه صفة الإلزام، ومن المناسب أن يطلق عليه في هذه الحالة الاتفاق المبدئي.

إن المدقق سوف يلحظ أن صدى كلا المعنيين قد تردد مراراً في أحكام القضاء المختلفة⁽³¹⁾.

دفعت الأحكام القضائية المختلفة التي كرسست وجوداً حقيقياً لا ريب فيه لاتفاق المبدأ، دفعت الفقهاء إلى تحليل الفكرة والوصول بها إلى درجة النضج القانوني الذي يبرز ملامحها وأبعادها بوضوح من خلال معرفة ما ينطوي عليه اتفاق المبدأ من التزامات، وقد تبين أن نتائج ثلاثاً يمكن استخلاصها وتبينها من خلال الأحكام المختلفة للقضاء في هذا الشأن، وهي:

• إن اتفاق المبدأ هو اتفاق على الهدف الذي يسعى إليه الأطراف وهو بهذه المنزلة لا يتطلب أن تكون العناصر الجوهرية للعقد المنشود قد حُسمت.

• إن الوصول إلى الهدف المنشود يوجب إلقاء التزام على عاتق أطراف اتفاق المبدأ بالتفاوض لكي يتم الوصول إلى ذلك الهدف ويرى بعض الفقه انه حتى في الحالات التي لا يكون هناك بند صريح يلزم الأطراف بالتفاوض في اتفاق المبدأ، فإنّ هذا الأخير يحمل ضمن ما يحمل من مضمون التزاماً بالتفاوض مفروضاً على الأطراف، وحثهم في ذلك أن الاتفاق على الهدف يبدو دون قيمة إذا لم يكن هناك التزام ملقى على عاتق الأطراف بالسعي للوصول إلى هذا الهدف، ولا يكون ذلك إلا من خلال التفاوض.

(31) - لمزيد من الإيضاح والتفصيل انظر، مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 265 و ما بعدها، وأيضاً مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 192.

- الالتزام المترتب على الأطراف في اتفاق المبدأ ليس سوى التزام بوسيلة، وليس التزاماً بنتيجة، بمعنى أن الغاية النهائية وهي إبرام العقد يُسعى إليها تفاوضياً، ولكن تبقى مسألة الوصول إلى تلك الغاية مسألة احتمالية، مع ضرورة قيام الأطراف بجهد إيجابي جدي يرمي للوصول إلى الاتفاق المنشود.

ج- خطاب إعلان النيات: نشأت خطابات النيات وترعرعت في رحاب القوانين الأنجلوساكسونية، بتأثير مقتضيات التجارة الدولية وما تستلزمه من ضرورة توفير الثقة وحسن النية في التعامل. وقد كان من الصعب تقبل فكرة خطابات النيات في ظل القوانين اللاتينية، ولكن سرعان ما انتشرت الفكرة في البلاد ذات الشرائع اللاتينية وعلى رأسها فرنسا للأسباب نفسها التي اقتضت ظهورها في البلاد ذات الشرائع الأنجلوساكسونية.⁽³²⁾

يبدو من الصعوبة بمكان وضع تعريف واحد لخطاب إعلان النيات، فهذا الأخير يشتمل على وثائق لم يستقر الفقه القانوني على مدلول منضبط لها⁽³³⁾ ولعل من أهم الإشكاليات التي يطرحها موضوع خطاب النيات كثرة الاصطلاحات التي تطلق عليه، ومن بين تلك المصطلحات المستعملة نجد خطاب الطمأنة (Lettre de Confort) في كل من ألمانيا وإيطاليا وخطاب الثقة (Letter of Confidence) في بريطانيا، وخطاب المسؤولية (Letter of Responsibility) في الولايات المتحدة الأمريكية لكن يبقى المصطلح الشائع والمستعمل بكثرة خصوصاً في مجال عقود التجارة الدولية هو مصطلح خطاب النيات letter of intention ونحن نرى أن من بين أفضل التعريفات التي سيقتم لمصطلح خطاب النيات التعريف الذي أورده الفقيه عبد الكريم سلامة⁽³⁴⁾، والذي عرف خطاب النيات بأنه مستند مكتوب يوجه من طرف يرغب في التعاقد على أمر معين إلى الطرف الآخر يعرب فيه عن رغبته تلك، وي طرح فيه الخطوط العريضة للعقد المستقبلي المزمع إبرامه ويدعوه إلى التفاوض والدخول في محادثات حوله؛ ووفقاً لهذا التعريف فإن أي مستند لا ينطوي على إبداء الرغبة في التعاقد، ولا

(32) - مصطفى أحمد عبد الجواد: خطابات النيات الصادرة عن الغير في مجال الائتمان، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000، ص 3

(33) - لعل من بين الأسباب التي أدت إلى غموض المصطلح في فقه القانون الخاص، هو أن هذا المصطلح تم استيراده من فقه القانون الدولي العام، فظهوره كان في مجال العلاقات التي يحكمها هذا الأخير، ومعلوم أن المشتغلين في القانون الدولي والقائمين عليه يعمدون إلى استخدام مفردات تنطوي على أكثر من مدلول ويفضلون التلميح على التصريح، مستخدمين غالباً عبارات فضفاضة تحمل معنى الالتزام والتحفظ في آن معاً، وقد انتقل مصطلح إعلان النيات إلى فقه القانون الخاص الذي يحكم علاقات الأفراد سواء كانت هذه العلاقات دولية أم داخلية.

(34) - أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مرجع سابق، ص 345.

يتضمن بياناً للنقاط الرئيسية والخطوط العريضة للعقد المنشود، ولا يشتمل على دعوة للتفاوض، لا يعد خطاباً للنيات، بل يعد مستنداً آخر يجب أن يسمى باسمه.

إذا فخطاب إعلان النية من حيث التكييف القانوني هو عبارة عن تصرف قانوني يترجم رغبة من وجهه من الأطراف في إبرام العقد النهائي في ضوء التفاهات التي تم التوصل إليها، ولا يعد هذا الخطاب بحد ذاته إيجاباً ولا وعداً بالتعاقد، إذ إنَّ العبارة بتمام إبرام العقد بحسب ما اتجهت إليه إرادة الأطراف، والأصل أن خطاب إعلان النيات لا يعد ملزماً لمن صدر عنه، ولا سيما أن هذا الخطاب غالباً ما يُصاغ بعبارات لا تدلُّ على الالتزام تجاه الطرف المقابل، ثم إن الهدف من هذا الخطاب يتمثل غالباً في رسم الخطوط العامة وإرساء الإطار المبدئي للمفاوضات المستقبلية تمهيداً لإبرام العقد النهائي، ولكن هذا القول لا يؤخذ على إطلاقه فقد ينطوي خطاب إعلان النيات على الإلزام في بعض المواضع، فقد يتضمن على سبيل المثال الالتزام بما تم التفاوض عليه. وقد يتمخض خطاب إعلان النيات عن عقد معلق على شرط أو عن إيجاب مكتمل العناصر ينتظر القبول من الطرف الآخر، فتنوع الصيغ التي يتجسد فيها خطاب إعلان النيات تجعل منه كياناً ينوس بين الإلزام واللا إلزام.

المطلب الثاني : خصائص المرحلة السابقة على العقد :

تتميز هذه المرحلة بعدد من الخصائص تجعل لها مدلولاً قانونياً خاصاً، الأمر الذي يميزها عن غيرها من الأفكار القانونية، ويمكن الباحث من رسم حدود واضحة لها. وسوف نركز هنا على أهم الخصائص التي تميز هذه المرحلة، وهي أنها مرحلة تمهيدية تسبق إبرام العقد، وسنبحث بكونها مرحلة ذات نتائج احتمالية.

أولاً: المرحلة السابقة على العقد هي مرحلة تمهد لإبرام العقد.

لا شك أن هذه المرحلة هي مرحلة تأسيسية، تهيئ الأرضية المناسبة لإبرام العقد المروم، وتتبع أهميتها من أهمية هذا الأخير، وفي هذه المرحلة يمكن للأطراف أن يحيط كل منهم بحاجات الطرف الآخر، ومن ثم يتمكن من تقدير مدى أهمية الوصول إلى العقد النهائي بالنسبة إليه، ومن نافذة القول أن الأطراف خلالها يبقون خارج دائرة الإلزام، بمعنى أنهم يحتكمون خلالها إلى مبدأ حرية التعاقد⁽³⁵⁾، وفيها أيضاً تُناقش شروط العقد للوصول إلى أفضل صيغة ممكنة لجهة تحقيقها لمصالح الأطراف كافة. ومن الشائع في هذه المرحلة أن يبرم الأطراف اتفاقات مرحلية تمثل خلاصة ما تم التوصل إليه. ويمكن أن تكون الغاية من مثل هذه الاتفاقات تسجيل ما تم الاتفاق عليه ليصار إلي تنحيته جانباً والانتقال إلى التفاهم

(35) - جلال علي العدوي، الإلزام القانوني على المفاوضة، أطروحة دكتوراه نوقشت في جامعة الإسكندرية، 1990، ص 25

على أمور أخرى يتضمنها العقد المنشود بحيث يمكن تمثيل العقد بسلسلة متعددة الحلقات⁽³⁶⁾، وسنتناول فيما بعد هذه الاتفاقات المرحلية لنتبين أشكالها وقيمتها القانونية.

ثانياً - المرحلة السابقة على العقد مرحلة ذات نتيجة احتمالية.

لما كانت المرحلة السابقة على العقد مرحلة محكمة بمبدأ حرية التعاقد، فإن الأطراف المنخرطة فيها ليسوا ملزمين بالوصول إلى الاتفاق المطلوب، وعليه يمكن لهذه المرحلة أن تتكفل بالنجاح ببلوغ الغاية المرومة وهي إبرام العقد، أو أن تنتهي هذه المرحلة إلى اللاشيء، وهذا احتمال وارد، ففي حالات كثيرة يقف الأطراف عند نقطة لا تتفق وجهات النظر حولها، ومن ثم تقف الأمور عند هذا الحد، والجدير ذكره أن هذه المرحلة تتخذ طابعاً خاصاً في عقود نقل التكنولوجيا، فهي من التعقيد والتشعب بحيث يجب أن تحسم خلالها مسائل كثيرة، وهذا بالتأكيد يزيد احتمالات الإخفاق بالنظر إلى كثرة الموضوعات التي يفترض تناولها، فعملية التفاوض عملية بالغة التعقيد وخصوصاً في العقود التي تحظى بأهمية كبيرة إذ تقف وراءها عوامل ومتغيرات تتشكل منها مواقف الأطراف وتؤثر في الغاية من عملية التفاوض؛ وهذا يجعل عنصر الاحتمال يسيطر على تلك الغاية، ونخلص إلى نتيجة مفادها أنه ليس كل تفاوض على عقد لا يبدأ أن يفضي إلى إبرامه، ما دام القانون الذي يسود هذه المرحلة هو "كل شخص حر في أن يتعاقد أو أن لا يتعاقد"⁽³⁷⁾.

المطلب الثالث - المبادئ القانونية التي تحكم المرحلة السابقة على العقد.

أولاً - مبدأ سلطان الإرادة

إن عدم تعرض أغلب التشريعات المعاصرة لتنظيم المرحلة السابقة على العقد بشكل عام والمفاوضات بشكل خاص، يستفاد منه خضوع هذه المرحلة لمبدأ سلطان الإرادة، فما هو مبدأ سلطان الإرادة؟

1- المفهوم القانوني لمبدأ سلطان الإرادة : يقوم المبدأ على فكرة بسيطة مفادها أن للإرادة السلطان الأكبر في بناء أي كيان تعاقدي والتحكم فيه نشوءً واستمراراً وانتهاءً، بل وفي كل أثر قانوني يترتب على العقود حتى لو خرج هذا الأثر عن دائرة التعاقد⁽³⁸⁾، والمعول عليه حال أخذنا بهذا

(36) - لمزيد من التفصيل جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقات الممهدة للتعاقد وأهمية التفريق بين العقد والاتفاقات السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة العشرون - العدد الأول، 1996، ص 133 وأيضاً انظر مصطفى محمد الجمال السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2001، ص 237. وفي المعنى ذاته انظر مصطفى العوجي، القانون المدني - العقد، بيروت، 1995، ص 181.

(37) - جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 39، وفي ذات المعنى انظر شيراز عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود مرجع سابق، ص 337.

(38) - محمد محمود عبد الله، الموجز في التصرف القانوني المجرد، دراسة تاريخية، منشورات جامعة دمشق، 1997، ص 23.

القول هو إرادة حرة مستقلة لا تشوبها شائبة وأن يتمتع من تصدر عنه بشخصية قانونية يُعد بمثلها.

2- المفاوضات وسلطان الإرادة: عندما ينخرط طرفاً العقد المزمع إبرامه في عملية تفاوضية ابتغاء الوصول إلى رابط عقدي يحكم علاقتهم المشتركة ويتم من خلاله تنظيم العناصر المتعلقة بالعقد المنشود، يكون لكل من أطراف هذه العملية التفاوضية الحق في ألا يذهب في مفاوضاته هذه إلى النهاية وأن ينسحب منها متى شاء، ولا تثريب عليه في ذلك، وهذا الحق مكفول بمبدأ قانوني راسخ هو مبدأ حرية التعاقد⁽³⁹⁾، وقد كرست محكمة النقض المصرية هذا المبدأ إذ قررت لأن المفاوضات ليست سوى عمل مادي لا يترتب عليها بذاتها أي أثر⁽⁴⁰⁾.

إذا فالمفاوضات لا ترقى بذاتها إلى مرتبة العقد ولا تنشئ التزاماً أو رابطة عقدية بين طرفيها، ولا يجب على الطرف المنسحب أن يبدي سبباً مبرراً لانسحابه، فعملية التفاوض ليست سوى عملية أخذ ورد وتبادل لعروض قد لا تنال رضا أحد الأطراف، ثم إن ترتيب مسؤولية ما على عاتق الطرف المنسحب قد يخلق صعوبة في التعامل يخشى معها أن يحجم الشخص عن مفاوضة الغير في أمر يرغب في التعاقد فيه دفعا لما قد يترتب عليه من مسؤولية⁽⁴¹⁾.

إن الأخذ بهذا الأمر على إطلاقه ليس بالأمر المحمود، فالعدول عن المفاوضات وخاصة تلك المرتبطة بعقود وصفقات كبيرة ينطوي على كثير من الحيف والإضرار بالطرف الآخر، فالعدول في مثل هذه الحالات قد يحمل معه آثاراً سيئة بالنظر إلى أن المفاوضات فيها تستغرق كثير من الجهد والوقت والمصاريف، مما يجعل عدم إتمام المفاوضات مكلفاً بدرجة كبيرة، لذلك كان لا بد من ضابط لمبدأ حرية العدول بحيث يتم التخفيف - ما أمكن - مما قد يترتب عليه من ضرر.

ثانياً: مبدأ حسن النية⁽⁴²⁾.

كرست بعض القوانين وخاصة ذات الأصل اللاتيني - ومنها القانون السوري بطبيعة الحال⁽⁴³⁾ - مبدأ حسن النية بالنسبة إلى مرحلة ما بعد إبرام العقد، وليس ثمة ما يمنع من إعمال هذا المبدأ في المدة

(39) - جرى الاعتراف بهذا المبدأ وإقراره بصورة جلية من خلال المبادئ التي تبناها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (UNIDROIT) فقد نصت المادة (1/1) من المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية التي أقرها المعهد في عام (1994) على أنه " يكون الأطراف أحراراً في إبرام العقد وفي تحديد مضمونه"

(40) - جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 39.

(41) - عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، دار الفكر، بيروت، ص 238.

(42) - see for more information: <http://tetlev.law.mcgill.ca/comparative/goodfaith.pdf>

جرت آخر زيارة الموقع في 2012/2/23

السابقة على العقد سواء كان ذلك في مرحلة المفاوضات أو في مرحلة الاتفاقات التمهيديّة، فمبدأ سلطان الإرادة إذا ما أخذ على إطلاقه فإنه قد يقضي إلى نتائج وخيمة، من شأنها أن تزعزع - إلى حد كبير - الثقة واستقرار التعامل، وحسن النية يؤدي دوراً ملطفاً للآثار التي قد تنجم عن حرية التعاقد ويسهم إلى حد ما باستقرار المعاملات.

إن العقد لم يعد يعدُّ ساحة لتنافر المصالح وتعارضها، بل هو مؤسسة قانونية تخدم غاية اجتماعية واقتصادية؛ لذا يجب أن يبنى على المصالح المشتركة والثقة المتبادلة، وحسن النية ليس مسألة نفسية بل لا بدّ من ترجمته سلوكاً سوياً خلال عملية التفاوض⁽⁴⁴⁾، ويمكن أن نعرف حسن النية بأنه " إقدام المتفاوضين أو الراغبين في التعاقد على هذه العملية على أساس من الثقة والاستقامة في التعامل والابتعاد عن أساليب الخداع والتضليل التي من شأنها إشاعة جو من عدم الطمأنينة لدى الأطراف، وحسن النية يتمخض عن التزامات ومقتضيات يمكن إجمالها بما يأتي:

أ- التزام الجدية في التفاوض:

ويقتضي هذا الالتزام أن يدخل الأطراف في عملية التفاوض ولديهم نية حقيقية في الوصول إلى اتفاق، وعدم الجدية قد يظهر في أكثر من صورة في المفاوضات التي تسبق عقود نقل التكنولوجيا، فهناك عدم الجدية التي تستهدف التجسس، وهنا لا يكون ثمة نية لدى أحد الطرفين في التوصل إلى اتفاق، إذ إنّ هذا الطرف يجعل التفاوض وسيلة للحصول على معرفة الأسرار الصناعية للمتفاوض الآخر⁽⁴⁵⁾، فمثل هذا السلوك يستهدف الحصول أو الاطلاع على المعرفة الفنية التي يمتلكها الطرف الآخر مع عدم وجود النية للوصول إلى اتفاق بشأنها، وقد تستهدف عدم الجدية تفويت الفرصة للتعاقد مع الغير بقصد الإضرار بالطرف المتفاوض معه أو بقصد تحقيق مصلحة شخصية، وعندما يتحقق هذا الغرض يلجأ الطرف سبب النية إلى جملة من الأساليب لإنهاء المفاوضات، كرفع السعر بطريقة جائرة⁽⁴⁶⁾ أو اتخاذ موقف استفزازي يلجئ الطرف الآخر إلى إنهاء المفاوضات وتخلو معظم

(43) - نصت المادة 149 من القانون المدني على "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"

(44) - P.D.V Marsh, contract negotiations , op cit ,p 20.

(45) - شيراز عزيز سليمان، مرجع سابق، ص 342.

(46) - ورد في القانون الألماني نص خاص يتعلق بالتعويض عن عدم التزام الجدية في التفاوض إذ ورد في المادة (122) من هذا القانون "إذا كان الإعلان باطلاً وفقاً للمادة 118 (لعدم جديته).... التزم صاحب هذا الإعلان بتعويض من وجه إليه"

القوانين من التعرض لمسألة التزام الجدية في المفاوضات، إلا أن بعض القوانين جاءت على ذكر هذه الجزئية، وقد أشارت المبادئ التي وضعها المعهد الدولي لتوحيد القانون التجاري الـ (UNIDROIT) في المادة (1/15) وتحت عنوان التفاوض بسوء نية...3- أن سوء النية بوجه خاص، بأن يدخل الطرف أو يستمر في التفاوض عندما لا يقصد التوصل إلى اتفاق مع الطرف الآخر⁽⁴⁷⁾، ويفهم من هذا النص أن مبادئ الـ (UNIDROIT) تعدّ من يقوم بالتفاوض أو الذي يستمر فيه دون أن يكون لديه نية بالوصول إلى اتفاق، يكون سيئ النية، ممّا يعني إخلاله بما يوجبه حسن النية في إبرام العقود، وهناك إشارة مشابهة وردت في مشروع قانون العقود الأوربي، إذ ورد في المادة (2/301) من هذا المشروع " 2- على أية حال فإنّ الطرف الذي تفاوض أو قطع التفاوض على نحو مخالف لحسن النية ونزاهة التعامل يكون مسؤولاً عن الأضرار التي يسببها للطرف الآخر.

3- ويخالف حسن النية ونزاهة التعامل على وجه الخصوص الطرف الذي يدخل أو يستمر في المفاوضات مع عدم وجود نية حقيقية للتوصل إلى اتفاق مع الطرف المقابل"، ولا نجد في اتفاقية فيينا الخاصة بالبيوع الدولية ما يشير إلى تبنيها نصاً مماثلاً فقد سكتت هذه الأخيرة عن هذا الالتزام.

ت-الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات:

وهو من أهم الالتزامات التي يجب على الأطراف في عقود نقل التكنولوجيا الالتزام بها في مدة المفاوضات، بالنظر إلى طبيعة المحل في هذه العقود، إذ إنّ السير في المفاوضات المتعلقة بمثل هذه العقود يستلزم الكشف عن العديد من الأسرار من جهة الطرف المورد إلى الطرف المتلقي، سواء بشأن المسائل الفنية أو التكنولوجية أو القانونية وسائر الأسرار الأخرى ذات الصلة بالكيان المادي والمعنوي للمحل موضوع التفاوض، وفي مثل هذه العقود يسعى المورد جاهداً للمحافظة على الأسرار الفنية التي يمتلكها حرصاً على قيمتها وحفاظاً على موقعة التنافسي، ويكون المتلقي في المقابل حريصاً كل الحرص على الحصول على أكبر قدر من ممكن من المعلومات والأسرار عن التكنولوجيا محل التفاوض ليتمكن من تقدير قيمتها⁽⁴⁸⁾، ودراسة مدى قدرته على استيعابها، وكذلك مدى ملاءمتها لاحتياجاته، ولكن غالباً ما يتفق الأطراف على صيغة توفيقية يتم من خلالها التوفيق بين مصالح الطرفين، وعلى العموم فإنّ الالتزام بالمحافظة على السرية سواء كان التزاماً وقّع عليه

(47) – ((it is contrary to good faith and fair dealing in particular ,for a party to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party).

(48) - يوسف الاكياي، مرجع سابق، ص 96، وانظر في ذات المعنى شيراز عزيز سليمان، مرجع سابق، ص 360.

المتلقي أم لا فإنه يعد من مقتضيات حسن النية، فإذا كان هذا الالتزام عقدياً وجب على المدين به أن ينفذ التزامه هذا بحسن نية بحسب ما أوردته كثير من التشريعات الوضعية، أما إذا كان هذا الالتزام عاماً وغير محدد المعالم، فإنه مما يتنافى مع حسن النية قيام أحد الأطراف بإفشاء الأسرار التي يطلع عليها، فاستقامة التعامل والسلوك الحصيف يستوجبان عدم إقدام أحد الأطراف على أي فعل قد يتسبب بضرر للطرف الآخر، وإلا كان مسؤولاً عن تعويض الضرر الذي قد يحيق بالطرف المقتات عليه، ومن نافلة القول أن إفشاء أسرار المعرفة الفنية بشكل خاص قد تسبب أضراراً كبيرة، ولاسيما أن هذه الأخيرة لا تكون محمية بموجب براءة اختراع مسجلة.

ج- الالتزام بالإعلام:

لم يكن هذا الالتزام محل اهتمام الفقه في القرون الماضية، وذلك بالنظر إلى بساطة التعاملات المدنية والتجارية وعدم تعقيدها، ولكن في عالم اليوم ونتيجة التطورات الفنية والتكنولوجية المعاصرة التي أدت إلى تزايد التفاوت في درجة المعرفة بشكل ملحوظ بين الأطراف المتعاقدة، نجد أن هذا الأمر انعكس سلباً على التعاملات التجارية، مما دفع بالفقه والقضاء إلى التدخل في هذه المسألة ووضع حد للهوة الموجودة من الناحية المعرفية بين المتعاقدين، وكان ذلك من خلال فرض التزام بالإدلاء بالمعلومات في المراحل السابقة على التعاقد توخياً لإبرام العقد وفق رضا مستنير بصورة من شأنها إلقاء الضوء على واقعة ما أو عنصر ما من عناصر التعاقد المزمع الولوج فيه، حتى يكون التعاقد على بينة من أمره وأن يتخذ قراره بالتعاقد بصورة تنسجم مع حاجته وهدفه من إبرام العقد. فقد عمدت جل التشريعات الحديثة بما فيها التشريعان السوري والمصري على تكريس الالتزام بالإعلام ففي المادة (126) من القانون المدني السوري الفقرة الثانية نص المشرع "ويعدّ تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملبسة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابس" ويستشف من خلال المفهوم المعاكس لهذه الفقرة أن المشرع أوجب على طرفي العقد إعلام بعضهم بعضاً بأي واقعة جوهرية تتصل بعلاقتهم العقدية يكون لها تأثير في إقدام الطرف الآخر على التعاقد أو إحجامه عنه، وفي إطار بحثنا المتعلق بالعقود الدولية لنقل التكنولوجيا نجد بأن المشرع المصري وفي قانون التجارة الجديد الصادر عام 1999 في المادة (76) منه رتب التزاماً بالإعلام على مورد التكنولوجيا في المرحلة التي تسبق إبرام العقد (المفاوضات) بأن يبين للمتلقي الأخطار التي تنشأ عن التكنولوجيا محل التفاوض، خاصة تلك التي تتصل بالبيئة والصحة العامة وسلامة الأموال والأرواح وسبل الوقاية منها، وكذلك الدعاوى القضائية وغيرها من العقوبات التي تحول دون

استخدام الحقوق ذات الصلة بالتكنولوجيا محل التعاقد، وأيضاً أحكام القانون المحلي بشأن التصريح بتصدير التكنولوجيا.

ولم يخلو القانون الفرنسي من إشارات بشأن الالتزام بالإعلام في مرحلة ما قبل التعاقد، فهناك العديد من مواد القانون المدني الفرنسي استنتج منها القضاء الالتزام بالإعلام في المرحلة السابقة على التعاقد، منها المادة (1110)⁽⁴⁹⁾ المتعلقة بالغلط ففي حكم لها ذهبت محكمة النقض الفرنسية، الدائرة الثالثة المدنية إلى أن الإخلال ما قبل التعاقد بالالتزام بالإعلام يعدُّ من قبيل التديس المفضي إلى الغلط ومن ثم إلى بطلان العقد⁽⁵⁰⁾ والمادة (1645)⁽⁵¹⁾ المتعلقة بضمان العيوب فقد أخذت الغرفة التجارية في محكمة النقض في حكمها بتاريخ ٦ كانون الأول / ١٩٨١، على محكمة استئناف باريس بأنها "قبلت الضمان في حين أنها بينت أن الشاري عند التفاوض في مادة الأثغال العامة كان عليه أن يكشف استناداً إلى تجاربه شوائب عمل الآلة التي أصبح مكتسباً لمليتها وبرز صفته كشارٍ مهني."⁽⁵²⁾

المبحث الثالث: الطبيعة القانونية للمسؤولية ما قبل التعاقدية

تمهيد:

إذا قام أحد أطراف العملية التفاوضية بسلوك معين خلال المدة السابقة على العقد، وكان هذا السلوك يشكل إخلالاً بما يفرضه حسن النية من التزامات على الأطراف، فإنَّ الطرف المخل في هذه الحالة يكون مخطئاً بسلوكه ذلك، ما من شأنه أن يرتب مسؤوليته عن كل ضرر يحصل للطرف الآخر، ويثار السؤال هنا عن طبيعة المسؤولية في هذه الحالة هل هي مسؤولية عقدية أم أنها مسؤولية تقصيرية؟

(49) - Article 1110 L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. Elle n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention.

(50) - الحكم رقم (186) الصادر في 4 أيار 1974، نقلاً عن نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد دراسة مقارنة، دار النهضة، القاهرة، 1982، ص 267.

(51) - Article 1645 Si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur

(52) - محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، القاهرة، دون ذكر دار النشر، 1978 ص

المطلب الأول: المسؤولية ما قبل التعاقدية مسؤولية عقدية

يرى أنصار هذا الاتجاه أن المسؤولية في مرحلة ما قبل العقد إنما هي مسؤولية عقدية، ورائد هذا التيار هو العلامة الألماني اهرنج الذي شرح نظريته في مقال شهير له بعنوان (الخطأ في تكوين العقد)، إذ يرى أن الخطأ في المدة السابقة على التعاقد سواء ترتب عليه عدم انعقاد العقد أم أدى إلى بطلان هذا العقد هو خطأ عقدي يثير المسؤولية العقدية على عاتق مرتكبه، ممّا يجعل هذا الأخير مسؤولاً بالتعويض، وعلى أساس مما سبق يرى اهرنج أن العقد على الرغم من بطلانه وبطلان العقد يجعل منه رديفاً للعدم ولا يخرج عن كونه واقعة مادية ينشئ التزاماً بالتعويض كعقد لا كواقعة مادية _ وبذلك فإن دعوى التعويض تستند إلى أساس من الخطأ العقدي، ويرى هذا الفقيه أن الخطأ العقدي إنما يكمن في أقدام المتعاقد الذي تسبب بخطئه ببطلان العقد على التعاقد، وهو يعلم أنه أتى سبباً من أسباب البطلان، وحتى لو فرض أنه كان لا يعلم بسبب البطلان، فمقتضيات العدالة توجب في هذا الفرض أن يتحمل تبعه جبر الضرر الذي تسبب به للطرف الآخر حسن النية، بمعنى أن الخطأ عند اهرنج هو وجود سبب البطلان في جانب أحد المتعاقدين مما يتعين معه تعويض المتعاقد الآخر. وأمّا عن تكييف اهرنج لهذا الخطأ بأنه عقدي على الرغم من عدم إبرام العقد أو بطلانه فإنه يستند إلى فكرة العقد الضمني الذي بمقتضاه يتعهد كل شخص مقدم على التعاقد للطرف الآخر بصحة التصرف وبأن لا يأتي من جانبه بأي فعل أو تصرف يوجب بطلان العقد، وبذلك يكون رضا المتعاقد الآخر في الوقت نفسه أيضاً قبولاً ضمنياً لهذا التعهد فيتم عقد الضمان بإيجاب وقبول ضمنيين وقد قال اهرنج: إن التصرف القانوني الذي يضيف الطبيعة العقدية على المفاوضات هو عبارة عن عقد ضمني بين المتفاوضين يلتزم بمقتضاه كل واحد من المتفاوضين تجاه الآخر بأن يجعله في وضع يسمح له بإبرام العقد محل التفاوض، كما يلتزم في الوقت ذاته بالامتناع عن أي عمل من شأنه إعاقة عملية إبرام العقد، فإذا قطع المفاوضات دون عذر مشروع يكون قد أحل بالالتزام الذي يفرضه عليه العقد الضمني، ومن ثم يُسأل مسؤولية عقدية عن تعويض الضرر الذي لحق الطرف الآخر⁽⁵³⁾.

(53) - ثمة من قال بتأسيس المسؤولية في المرحلة ما قبل العقدية على أساس نظرية تحمل التبعة، فقد ذهب الفقيه الألماني (فينشيد) إلى أن كل شخص يقدم على التعاقد ويتخذ زمام المبادرة في العملية التعاقدية، يجب أن يتحمل تبعه نشاطه هذا ويكون من ثم مسؤولاً عن الأضرار الناجمة عن ذلك التي قد تلحق بالطرف الآخر أو حتى بالغير جراء بطلان العقد أو إعاقة إبرامه، بصرف النظر عن السبب الذي أدى إلى هذا البطلان، وتتعدّد مسؤولية البادئ بالنشاط التعاقدية بمجرد حدوث الضرر حتى في الحالة التي يكون فيها حسن النية ولا يعلم سبب الضرر. تمتاز هذه النظرية بسهولة الإثبات إذ يكفي أن يثبت الطرف المتضرر، وقوع ضرر عليه جراء النشاط التعاقدية الذي بادر به الطرف الآخر وهذا أمر يسير، فالضرر واقعة مادية من السهل إثباتها وهو أمر يأتي بفائدة عظيمة للطرف المتضرر فلو افترضنا أن أحد الأشخاص بادر إلى التفاوض مع إحدى الشركات لتقوم بتشبيد مصنع للسيارات، فقامت الشركة بإجراء الدراسات وعمل التصميمات اللازمة وتكلفت نتيجة ذلك مصاريف باهظة، ثم قام المبادر

وبخصوص الكيفية التي نشأ بها العقد الضمني_ يشرح اهرنغ_: أن الإيجاب الصادر من أحد المتفاوضين يتحلل إلى إيجابيين، الأول موضوعه العقد الذي يجري التفاوض بشأنه، أما الإيجاب الثاني فموضوعه عدم إعاقة إبرام هذا العقد، ولما كان هذا الإيجاب الأخير يتمخض لمصلحة الموجب له فإن مجرد سكوته يعد قبولاً يقوم به العقد الضمني، ونحن ننزع إلى الرأي الذي يقول: إن ما ذهب إليه هذا الفقيه لا يخرج عن كونه افتراضاً محضاً على اعتبار أن العقد لا ينشأ إلا بإرادة صريحة وبيّنة، ومن جهة أخرى فإن المتعاقد عندما يعلن عن إرادته فهو يستهدف إبرام العقد الذي يجري التفاوض بشأنه ولا تنصرف هذه الإرادة إلى إبرام تصرف لم تحدد معالمه أو الالتزامات التي يفرضها، ثم أن العقد الضمني المزعوم إذا كان يرمي إلى عدم إعاقة إبرام العقد المتفاوض بشأنه وكان ينشأ لحظة الإيجاب - بحسب اهرنغ - فهذا يعني أن الأطراف تبقى خارج مظلة الإلزام قبل صدور الإيجاب، الأمر الذي يعني أن كلاً من الطرفين يكون حراً في قطع المفاوضات متى شاء طالما أن الإيجاب لم يصدر بعد. تجدر الإشارة إلى أن فقهاء آخرين ذهبوا أيضاً إلى أن المسؤولية في المرحلة السابقة على التعاقد هي مسؤولية عقدية، ولكن الأساس الذي ركنا إليه للوصول إلى هذه النتيجة اختلف عن الأساس الذي اعتمده اهرنغ، فقد قال بعضهم بتأسيس المسؤولية على أساس الوكالة (الألماني شورول) وذهب هذا الأخير إلى أن الدعوة إلى المفاوضات من قبل شخص ما تنطوي على توكيل ضمني لمن وجهت إليه باتخاذ الإجراءات التي من شأنها تمكين الأطراف من إبرام العقد، فإذا انتهت المفاوضات ولم يتحقق هذا الهدف، كان الموكل مسؤولاً عن تعويض الوكيل عن المصروفات التي أنفقها في سبيل تنفيذ الوكالة، على الرغم من عدم بلوغ الغاية، وقد ضرب شورول مثلاً على ذلك بأن صاحب فندق تلقى عرضاً بحجز غرفة في يوم محدد، فقام بتنفيذ ذلك وقد اضطره ذلك إلى رفض طلب عميل آخر أراد شغل الغرفة في ذات اليوم، ولكن صاحب العرض تراجع عنه في اللحظة الأخيرة ممّا فوت على صاحب الفندق فرصة إشغال الغرفة بزبون آخر، وهنا يستطيع صاحب الفندق - بوصفه وكيلاً افتراضياً - الرجوع على صاحب العرض بدعوى الوكالة لتعويض ما فاتته،

يقطع المفاوضات بصورة مفاجئة دونما مبرر وفقاً لنظرية التبعة يكون بوسع الشركة أن تطالب بالتعويض عما تكلفته بمجرد إثبات الضرر الذي أصابها دونما حاجة إلى إثبات الخطأ من جانب المبادر وهي مسألة على جانب كبير من الصعوبة. يؤخذ على هذه النظرية أنها لم تبحث في طبيعة المسؤولية السابقة على التعاقد، كما أنها تلقي بالتبعة دوماً على عاتق الطرف المبادر إلى النشاط التعاقدية، وهذا لا يتفق مع الواقع العملي فالأدوار تتغير ويتم تبادلها بين طرفي العملية التفاوضية، كما أنها تجعل الناس يعزفون عن المبادرة إلى أي نشاط تفاوضي حتى لإبرام العقود التي يرغبون بإبرامها خوفاً من تبعة هذا النشاط ولاسيما أن الإخفاق متوقع في أي نشاط من هذا القبيل، انظر محمد حسام محمود لطف، المسؤولية القانونية في مرحلة التفاوض، دراسة في القانونين المصري والفرنسي، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 1995، ص 45.

ونحن نرى أنه لا يستقيم بناء المسؤولية على فكرة الوكالة من منطلق كون الوكيل يقوم بالعمل باسم الموكل ولحسابه ولا يعمل لحسابه الشخصي، وهذا يعني أن ليس ثمة تعارض بين مصالح الموكل والموكل، بخلاف ما هو عليه الحال في المرحلة السابقة على التعاقد، فكل طرف إنما يتصرف بدافع من مصلحته الذاتية حتى لو أدى ذلك إلى تباين في هذه المصالح، وعليه لامجال لوصف العلاقة بين الأطراف بأنها وكالة. ومنهم من قال بتأسيسها على فكرة الفضالة وقال بهذه النظرية الفقيه الألماني (تون) فقد عدّ تون أن الشخص الذي وجهت له دعوة للبدء بالمفاوضات فضولياً يدير شأناً من شؤون رب العمل (صاحب الدعوة) عليه يمكن الرجوع على هذا الأخير بعدوى الفضالة لاسترداد ما أنفقته لإتمام العقد، فهو وإن كان يسعى إلى مصلحة شخصية أساساً ولكنه في الوقت عينه يهدف إلى تحقيق مصلحة صاحب الدعوة فيكون من حقه استرداد ما أنفقته لمصلحة الأخير، ومن جانبنا نرى أن ثمة جملة أسباب تجعل من هذه النظرية محل نقد وهذا نابع من طبيعة دعوى الفضالة، فالفضالة تفترض أن يكون رب العمل جاهلاً بتدخل الفضولي وهذا غير متحقق في مرحلة ما قبل العقد، فمرحلة المفاوضات إنما تتم بالمشاركة بين الفرقاء ما يفترض علمهم بكل خطوة أو عمل يتم في سبيل الوصول إلى العقد، فضلاً عن ذلك يجب أن يتجه قصد الفضولي لتحقيق مصلحة رب العمل، والواقع أنه هنا يسعى لمصلحته الشخصية أيضاً. ولهذه الأسباب لا يمكن أن نركن لهذه النظرية وفكرة الفضالة كأساس للمسؤولية ما قبل العقدية.

لقد استقر رأي الفقه على عدم صلاحية النظريات التي أسست المسؤولية ما قبل التعاقدية على خطأ عقدي، وذلك لأنها تقوم على افتراض محض لا ينسجم والمنطق القانوني السليم، فمن الصعوبة بمكان الأخذ بالرأي القائل ببناء المسؤولية على العقد الأصلي ولما يُبرم بعد، ثم إن القول بوجود اتفاق ضمنى يتعهد بموجبه كل متعاقد بصحة العقد المنوي إبرامه وكذلك عدم إتيان أي فعل يتسبب بإعاقه إبرام هذا العقد أو بطلانه أمر لا يمكن الركون إليه، وهذا ما يفسر لنا انصراف أغلب الفقه في كل من فرنسا ومصر عن هذه النظرية، وتبنيهما للاتجاه القائل بأن المسؤولية في مدة ما قبل التعاقد إنما تبنى على الخطأ التقصيري الذي يستوجب التعويض متى توافرت شروطه.

المطلب الثاني: المسؤولية ما قبل التعاقدية مسؤولية تقصيرية:

في ضوء الانتقادات التي وجهت إلى النظرية العقدية في تفسير المسؤولية ما قبل العقدية ذهب جانب واسع من الفقه إلى أن المسؤولية في مرحلة ما قبل التعاقد هي مسؤولية تقصيرية، من منطلق أن كل ما يأتيه الطرفان في هذه المرحلة إنما يندرج في إطار الوقائع المادية التي لا يعتد بها قانوناً،

وحاول أنصار هذا الاتجاه تأسيس هذه النظرية على أساس فكرة التعسف في استعمال الحق، ولكن التسليم بهذا الرأي يستوجب وجود حق يتعسف في استعماله، وهذا الحق غير موجود.

إن القائلين بهذه النظرية اعتمدوا على حقيقة مفادها ما دنا نحن في ساحة قانونية لاعدد فيها فهذا مدعاة لإنكار المسؤولية العقدية على الجملة، إذ لا يمكن التسليم بوجود عقود مفترضة والاتكاء عليها للقول بالمسؤولية العقدية، وعليه فالمسؤولية هنا مسؤولية تقصيرية، فإذا ما ارتكب أحد طرفي عملية التفاوض خطأ ما أفضى إلى وقوع ضرر - ومعيار الخطأ هو سلوك الرجل المعتاد أو سلوك الرجل الممتن بحسب الحالة - بالطرف الآخر وأمكن ربط هذا الخطأ بذلك الضرر بعلاقة سببية تكون دعوى التعويض قد استجمعت أركانها وأمكن للمضرور أن يركن إليها لجبر ما أصابه من ضرر، وعلى هذا استقر الرأي السائد في الفقه الحديث، وكذلك في الاجتهاد القضائي في كل من مصر وفرنسا⁽⁵⁴⁾،

لم تكن هذه النظرية بمجنية عن النقد إذ يؤخذ عليها تجاهلها بأن ثمة التزامات يمكن أن تنشأ عن العديد من العقود التي قد تبرم بين أطراف التفاوض ويكون الغرض منها تنظيم عملية التفاوض، أو الحفاظ على سرية المعلومات، أو الالتزام بعدم التفاوض مع الغير، وعليه فالإخلال بالالتزامات الناتجة عن مثل هذه العقود وإن كان يقع في مرحلة تسبق إبرام العقد النهائي، إلا أنه لا يمكن بأي حال تجريدها من طبيعتها العقدية.

وبدورنا نرى بأن تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية القانونية في المرحلة السابقة على التعاقد إنما يتم من خلال استكناه العلاقة التي تربط الأطراف والوقوف على طبيعتها، فقد تكون هذه العلاقة محصورة في سياق مادي مجرد، وقد تكون علاقة عقدية واضحة المعالم، وقد تكون علاقة من طبيعة مختلطة، وهذه الحالة الأخيرة يمكن تصور قيامها إذا ما قام الأطراف بالتفاوض بناء على دعوة مجردة، وفي أثناء تفاوضهم يقومون بإبرام بعض العقود التي تنظم عملية التفاوض أو ضمان السرية أو غيرها من العقود التمهيدية، وهذه العلاقة تجمع بين الطبيعة المادية المجردة (التفاوض) والطبيعة العقدية (العقود الممهدة للعقد النهائي)، وفي ضوء ما تقدم فقد تتعدد المسؤولية التقصيرية تارة والمسؤولية العقدية تارة أخرى، ففي الحالات التي يمكن التثبت فيها من وجود عقد يربط الأطراف وينظم التزاماتهم المتقابلة يصار إلى أعمال المسؤولية العقدية متى توافرت عناصر قيامها

(54) - وجدنا أن ثمة ضحالة غير خافية في الفقه السوري فيما يتعلق ببحث المرحلة السابقة على العقد، ولم نفع على اجتهادات قضائية يمكن من خلالها أن نستشف الفلسفة التي انتهجها القضاء السوري في حسم مسألة الطبيعة القانونية للمسؤولية ما قبل التعاقدية.

من خطأ وضرر وعلاقة سببية، والخطأ العقدي إنما ينشأ جراء عدم قيام أحد الطرفين بتنفيذ التزاماته - يستوي في ذلك أن يكون ذلك تم عمداً أو كان ناتجاً عن إهمال منه - ولا بدّ بعد ذلك من وجود ضرر أحاق بالطرف الآخر، وفوق ذلك يجب أن تربط علاقة سببية بين هذا الضرر وذاك الخطأ، وفي ما يتعلق بالطرف الذي تلقى على كاهله مسالة الإثبات فيجب التنويه أنه يجب على المضرور أن يثبت الضرر والخطأ معاً، إذ إن الخطأ لا يفترض وجوده بمجرد وجود الضرر، أمّا العلاقة السببية، فليس الدائن هو من يجب أن يثبت قيامها، إنما يجب على المدين أن يثبت عدم وجود علاقة سببية تربط بين الخطأ بالضرر، إذا أراد أن يدفع بالمسؤولية عن نفسه.

أمّا في الفروض التي لا يمكن فيها التثبت من وجود عقد ما، فإن أحكام المسؤولية التقصيرية هي الضابط لهذه المرحلة، فإذا ثبت قيام أحد الأطراف بفعل لا يتسق مع ما يفرضه حسن النية من التزامات، من قبيل العدول المفاجئ وغير المبرر من المفاوضات أو تقديم مقترحات غير جدية لا نفع منها ولا طائل، أو إفشاء أسرار تتعلق بالمحل المتفاوض عليه مثلاً فإن ذلك كله يشكل خطأ، فإذا تسبب هذا الخطأ بضرر ما للطرف الآخر، ولم يتمكن الطرف الذي وقع الخطأ من جاتبه من نفي العلاقة السببية بين خطئه وبين الضرر - على اعتبار أن العلاقة السببية مفترضة بين الخطأ والضرر - فإن المسؤولية التقصيرية تتحقق على عاتق الطرف المخطئ ويكون ملزماً بالتعويض على الطرف المتضرر.

المطلب الثالث: أحكام المسؤولية ما قبل التعاقدية في القانون المقارن والاتفاقيات الدولية وفي أحكام القضاء

بعد أن استعرضنا موقف الفقه من الطبيعة القانونية لمرحلة ما قبل التعاقد، يبدو من المفيد أن تأتي على ما قررته التشريعات الوطنية وكذلك الصكوك الدولية ذات الصلة في هذا الشأن، وسنعمد إلى استعراض بعض من أحكام القضاء في هذا الشأن.

سنتبع في هذا المطلب منهجية نستعرض من خلالها صور الخطأ المرتب للمسؤولية في هذه المرحلة، وموقف القوانين والصكوك الدولية من هذه الصور المتباينة، وكذلك سننظر في بعض الأحكام القضائية ذات الدلالة في هذا السياق.

إن الخطأ المرتب للمسؤولية في مرحلة ما قبل التعاقد ليس سوى الإخلال بالواجبات والالتزامات المترتبة على أطراف العملية التفاوضية التي يفرضها حسن النية والثقة المشروعة في التعامل،

وسينصب تركيزنا على أهم هذه الواجبات التي يفرضها حسن النية في ما يتعلق بعقود نقل التكنولوجيا، وهي تبعاً لضرورة الاستمرار بالتفاوض وعدم قطع المفاوضات بصورة تعسفية، ومن ثم الالتزام بالإعلام، وبعد ذلك الالتزام بسرية المعلومات.

أولاً: موقف القانون المقارن والقضاء والاتفاقات الدولية من قطع المفاوضات.

إن القانون من حيث المبدأ لا يرتب أثراً قانونياً على التفاوض وهذا الأمر ينسحب على جل القوانين الوضعية، ويفهم من هذا أن كل طرف من أطراف العملية التفاوضية حر في أن يقطع المفاوضات متى شاء، وهذا لا يرتب عليه -أي فعل- أي تبعات، ثم إنه ليس بملزم إثبات سبب عدوله عن المفاوضات، ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة إذ يُلطف من مفاعيلها الواجب المفروض على طرفي التفاوض بوجوب مراعاة حسن إبرام العقود.

أمّا بخصوص موقف الاتفاقيات الدولية من هذه المسألة فإننا لا نجد في اتفاقية فينا للبيوع الدولية (1980) ما يشير إلى تبنيتها نصاً يتعلق بالالتزام بعدم قطع المفاوضات⁽⁵⁵⁾.

أكدت الأحكام القضائية الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية أن المفاوضات يحكمها مبدأ حرية التعاقد ومبدأ حسن النية وهذا الأخير يقتضي مراعاة المصالح المبررة المشروعة للطرف الآخر، ومن خلال الأحكام المختلفة للمحاكم الفرنسية يمكن أن نستنتج أن القضاء الفرنسي يعدُّ أن هناك قطعاً غير مبرر للمفاوضات في عدة حالات نذكر منها:

- إنهاء التفاوض بصورة مفاجئة وبقرار منفرد بعد أن وصلت المفاوضات إلى مرحلة متقدمة وبعد أن أنفق في سبيل الوصول إلى ما وصلت إليه مصاريف كثيرة، وقد ورد في إحدى القضايا

(55) - تجدر الإشارة إلى أن المادة (1/15) من القسم الثاني من المبادئ التي وضعها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (UNIDROIT) يُظهر وجود هذا الالتزام إذ ورد فيه " على أي حال فإن الطرف الذي يتفاوض أو يقطع التفاوض بسوء نية مسؤول عن الأضرار التي يتسبب بها للطرف الآخر " ويبدو أن مشروع قانون العقود الأوروبي قد تبني نصاً مماثلاً إذ نصت المادة (2/301) منه (على أي حال فإن الطرف الذي يتفاوض أو يقطع المفاوضات على نحو مخالف لحسن النية ونزاهة التعامل يكون مسؤولاً عن الأضرار التي يسببها للطرف الآخر) وقد أضفت عبارة ((نزاهة التعامل)) مدى أوسع لهذه المادة مقارنة بسابقتها، وفيما يأتي النص الانكليزي للمادة (1/15) من المبادئ المشار إليها أعلاه، و للمادة (2/301) من قانون العقود الأوربي على التوالي:

(article2.1.15 " however , a party who negotiates or breaks negotiations in bad faith is liable for the losses caused to the other party ").

(article (2.301) ".....- (2) however a party which has negotiated or broken off negotiations contrary to good faith and fair dealing is liable for the losses caused to the other party")

المعروضة أمام إحدى المحاكم الفرنسية " قطع المفاوضات فجأة ودون مبرر مشروع بعد أن بلغت مبلغاً متقدماً مما يخالف مقتضيات حسن النية في المعاملات التجارية، ويعد ذلك من قبيل الخطأ التقصيري الموجب للمسؤولية"⁽⁵⁶⁾

- تعمد الطرف القاطع ترك الطرف الآخر في حالة من الغموض وعدم الوضوح بالنسبة إلى مصير المفاوضات، وعدم مكاشفته بالرغبة بإنهاء التفاوض في الوقت المناسب.

وذهبت أيضاً المحاكم الألمانية مذهباً مماثلاً إذ رأَت المحكمة العليا الألمانية أنَّ الأطراف المتفاوضة بإمكانها التعويل على الثقة المشروعة التي يوليها المتفاوض للآخر، بحيث يكون من حقه أن يحصل على التعويض عما يصيبه من أضرار نتيجة الإخلال بهذه الثقة إذ إنَّ هذا الإخلال يعد خطأً موجباً للمسؤولية⁽⁵⁷⁾.

ولم تتعد المحاكم الإيطالية بدورها عن هذا الاتجاه ففي أحد قراراتها ذهبت إلى أنه " إذا كان أحد الطرفين في أثناء المفاوضات قد أحدث في الآخر نفسه ثقة معقولة في إبرام العقد ثم قطع المفاوضات دون سبب معقول، أو بسوء نية فإنه يكون مسؤولاً بتعويض الضرر"⁽⁵⁸⁾، ويتبين لنا من سياق ما ذكرنا أن القضاء في دول عدة عدَّ الطرف الناكث عن المفاوضات ضمن شروط معينة مخطئاً ومن ثمَّ تترتب عليه مسؤولية تقصيرية يكون ملزماً بالتعويض على الطرف المتضرر.

ثانياً: موقف القانون المقارن والقضاء والاتفاقيات الدولية من الإخلال بالالتزام بالإعلام إن معظم القوانين الأوروبية وكذلك العربية تجعل من الإخلال بالالتزام بالإعلام سبباً لإثارة المسؤولية التقصيرية، وفيما يتعلق بالاتفاقيات والصكوك الدولية، فقد جاءت اتفاقية فيينا للتبوع الدولية خلواً من أي نص يوجب الالتزام بالإعلام، وعليه لم نجد ما يمكننا من تلمس نمط المسؤولية حال الإخلال بهذا الالتزام من وجهة نظر الاتفاقية العتيدة وعلى الرغم أن المدونة الدولية للسلوك الخاصة بعقود نقل التكنولوجيا أكدت الالتزام الخاص بالإعلام (المرتتب على طرفي التفاوض)⁽⁵⁹⁾ إلا أنها لم ترتب جزاءً معيناً على الإخلال بهذا الالتزام.

(56) - Cass.Civ.9 mail 1973.JCP.1974.176432 espece Iarret c.d appel de Versailles.21 Juillet 1993(2cas) D.S.1993 IR..235

نقلًا عن مصطفى العوجي، القانون المدني، مرجع سابق، ص 165.

(57) - رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 266.

(58)-حكم محكمة النقض الإيطالية في الرابع من نيسان من عام 1960، نقلًا عن شيراز عزيز سليمان، مرجع سابق ص 352.

(59) - لمزيد من التفصيل انظر وفاء فلحوط، مرجع سابق، ص 86 - 87.

وقد أكدت أحكام القضاء المختلفة الصادرة عن المحاكم الفرنسية مسؤولية الطرف المتخلف عن أداء واجب الإعلام، فقد ورد في حكم صادر عن محكمة النقض الفرنسية "إن امتناع شخص عن الإدلاء بالبيانات التي يقع على عاتقه تقديمها بمقتضى التزام اتفاقي أو قانوني أو حتى مهني، يعدُّ خطأ ويثير مسؤوليته التقصيرية" فباعتبار أن المفاوضات التي تسبق العقد هي من قبيل الوقائع القانونية ومن ثم فالالتزامات الناشئة خلالها التزامات ببذل عناية بالإخلال بهذه الالتزامات يشكل خطأ ذا طبيعة تقصيرية، أمّا في القضاء الأمريكي ففي ظل تبني القانون الأمريكي لمبدأ (MISREPRESENTATION) (60)، فإنّه يرتب المسؤولية فحسب في الحالة التي يدلي فيها أحد طرفي العملية التفاوضية ببيانات مضللة من شأنها أن توقع الطرف الآخر في وهم يدفعه لإبرام العقد، وما كان ليفعل ذلك لو أنه تبيّن حقيقة الأمر وكان يملك المعطيات الصحيحة، وقد رتب القانون في هذه الحالة نوعاً من المسؤولية التقصيرية ولكن ضمن شروط يبدو أهمها أن تكون المفاوضات بين الأطراف قد أوشكت أن تتوج بإبرام العقد.

ثالثاً: موقف القانون المقارن والقضاء والاتفاقات الدولية من الإخلال بواجب الحفاظ على سرية المعلومات

إن هذا الالتزام على جانب كبير من الأهمية، ولا شك أن أهميته تزداد في المرحلة التي تسبق العقود الدولية لنقل التكنولوجيا بالنظر إلى خصوصية المحل في مثل هذه العقود، فمحل هذه العقود -كما سبق بيانه- هي المعرفة الفنية التي قد يُبذل في سبيل الحصول عليها مبالغ طائلة، ففي سبيل تقدير ثمنها من قبل الطرف المتلقي يجب على الطرف المورد أن يكشف بعضاً من هذه المعرفة، فإذا ما انتهت المفاوضات بين الأطراف دون الوصول إلى اتفاق، وقام الطرف الذي حصل على أسرار المعرفة بإفشائها فإنّ من شأن ذلك أن يرتب عليه مسؤولية قانونية (61).

يتبيّن من قانون التجارة المصري الجديد وفي المادة (83) منه بأنه يرتب مسؤولية قانونية على الطرف الذي يخل بالالتزام المفروض عليه بالحفاظ على الأسرار التي يحصل عليها، وهذه المسؤولية تقضي بتحميل من تقع على عاتقه تبعاً تعويض الضرر سواء حدث الإفشاء في مرحلة التفاوض السابقة على إبرام العقد أو بعد ذلك، ويبدو جلياً أن مسألة الطرف المخل في مرحلة ما قبل العقد إنما تتم بموجب أحكام المسؤولية التقصيرية. أمّا موقف القوانين الاتكلسوسونية من هذه المسألة

(60) - لمزيد من الإيضاح انظر شيراز عزيز سليمان، مرجع سابق ص 387.

(61) - يعد هذا التصرف خرقاً بيناً لمبدأ حسن النية الذي يحكم مرحلة ما قبل العقد كما رأينا.

فقد عالجتها هذه القوانين من خلال نظرية الكسب بلا سبب وبحسب هذه القوانين فإن من يدخل في عملية تفاوضية بقصد إبرام عقد يكون ملزماً برد ما حصل عليه من كسب نتيجة تصرفه غير النزيه في مرحلة إبرام العقد ويكون تطبيق هذه النظرية في الحالات التي يتم فيها الكشف عن المعلومات التي تم الإفشاء بها في أثناء التفاوض إذ يسعى المتلقي للمعلومات إلى استخدام ما حصل عليه بعد فشل المفاوضات، ففي هذه الحالة وفي ظل غياب اتفاق عن سرية المعلومات يكون الطرف المخد ملتزماً بإعادة ما اكتسبه على حساب المتعاقد الذي أفصح عن المعلومات.

كان لاتفاقية التريس (TRIPS) كبير الأثر في قوانين الدول الاتكلسوسكونية وغيرها من الدول الأطراف في هذه الاتفاقية، إذ أعادت هذه الدول النظر في تشريعاتها وأصدرت قوانين تتلاءم وبنود هذه الاتفاقية⁽⁶²⁾، وجدير بالذكر أن القضاء في بريطانيا أسهم - إلى حد كبير - في توضيح شروط قيام المسؤولية جراء الإخلال بالسرية، وإحدى أهم الأساسيات في هذه الشأن تتمثل في إمكانية منع الشخص الذي أفصح له المعلومات في إطار من الثقة سواء بصورة صريحة أو ضمنية من إفشاء ما حصل عليه من معلومات، أو أن يستخدمها بنفسه إذ إن مثل هذا السلوك يعد خرقاً للثقة التي تم التعويل عليها بداية الأمر الذي يشكل خطأً موجباً للمسؤولية، ومن ثم التعويض⁽⁶³⁾.

اهتمت الاتفاقيات الدولية بهذا الموضوع وأولته عنايتها فقد جاءت اتفاقية (TRIPS) لتحديد معنى السر التجاري، فقد نصت المادة (2/39) من هذه الاتفاقية على " للأشخاص الطبيعية والقانونية إمكانية منع المعلومات ضمن سيطرتهم بطريقة قانونية من أن تكشف أو تحرز أو تستخدم من قبل الآخرين دون رضاهم بأسلوب يتعارض مع الممارسات التجارية النزيهة " فهذه المادة ركزت بصورة رئيسة على الالتزام بالسرية والالتزام بعدم الاستعمال للصالح الشخصي، وكذلك مبادئ اليونديروا نصت على ما يأتي: " عندما يعطى معلومات على أنها سرية من قبل طرف في فترة المفاوضات يكون الطرف الآخر تحت واجب عدم الكشف عن تلك المعلومات أو استخدامها بشكل لا يتناسب والغرض منها، سواء تم إبرام العقد لاحقاً أم لا وكلما كان ذلك ملائماً فإن التعويض عن خرق ذلك الواجب قد يتضمن تعويضاً عن المنفعة التي حل عليها الطرف المقابل " ويرى بعضهم بأن هذه المادة تستند إلى

(62) - see ,economic Espionage acts (USA- 1996) available at the website
(<http://www.tesm.com/USCII8 90.html>)

جرت آخر زيارة للموقع بتاريخ 2012/2/23.

(63) - see for more details ,Bruce R Clark &Brendan J Sweeney , Marketing and the law ,printed by Robert Burton ,Australia ,1999, p 42-63

نظرية الكسب بلا سبب، في حين يذهب رأي آخر إلى أنه يستند إلى المسؤولية التقصيرية، وهذا الرأي الأخير أجدر بأن يتم تبنيه.

خاتمة:

عالجنا في هذه الدراسة المتواضعة موضوعاً قديماً وحديثاً في آن، وهو المرحلة السابقة على التعاقد مركزين على العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، أقول قديماً لأن وجوده كان معاصراً لنشأة العقد الأولي، وأقول حديثاً لأن تناول هذا الموضوع والاهتمام به في الفقه القانوني عموماً وفي الفقه العربي خصوصاً جاء حديث العهد نسبياً، إذ إن محاولة لرصد بداية الاهتمام بهذا الموضوع لن تذهب بنا إلى أبعد من عقد إلى الوراثة أو عقدين على أبعد تقدير، وهذا لا شك يدل على حداثة هذا الموضوع من جهة التناول الفقهي.

إن الإحاطة بهذا الموضوع المتشعب وإعطاء صورة واضحة عن تفاصيله كله أمر متعذر في هذا القدر من الصفحات، وقد حاولت هذه الدراسة رصد مختلف العناصر التي تدخل في نطاق هذا الموضوع، ورغم أن محدودية حجم البحث اقتضت تناول بعض هذه العناصر باختصار والاهتمام بالمبادئ والرئيسيات إلا أنني حاولت التفصيل والتعمق في بعض المفاهيم ما وجدت إلى ذلك سبيلاً.

بدا من خلال البحث أن هناك جملة من النتائج يمكن عرضها في هذا السياق، وهي:

٧ ازدياد الاهتمام بالمرحلة السابقة على التعاقد خاصة في العقود ذات الأهمية، ومن بينها -دون شك- عقود نقل التكنولوجيا، وهذا الاهتمام دفع إليه واقع اقتصادي واجتماعي معين.

٧ هناك غياب تشريعي واضح فيما خص مرحلة ما قبل التعاقد، الأمر الذي أفضى إلى حالة من عدم وضوح الرؤية تجاه بعض المصطلحات والمفاهيم سواء في التشريعات الوطنية أو في الاتفاقيات الدولية.

٧ في ظل غياب النص التشريعي برز دور الفقه والقضاء في التعريف بهذه المرحلة وبيان أبعادها، وكذلك تحديد طبيعة المسؤولية القانونية للأطراف في هذه المرحلة.

٧ هناك تنازع بين اتجاهين فيما يتعلق بتحديد طبيعة المسؤولية القانونية في هذه المرحلة، اتجاه مهجور ينظر إلى المسؤولية القانونية على أنها مسؤولية عقدية، واتجاه آخر يرى أن المسؤولية في هذه المرحلة هي مسؤولية تقصيرية، وقد أيد هذه الأخيرة جملة من أحكام القضاء.

وفي ضوء هذه النتائج التي تم التوصل إليها يمكن لنا تأكيد التوصيات الآتية:

1- بالنظر إلى أهمية عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية فلا بد من البحث في أفضل السبل وانتقاء أفضل الصيغ التي تحقق مصلحة هذه الدول، ولما كانت الدول المتقدمة والشركات متعددة الجنسيات تمثل الطرف القوي في مثل هذه العقود، فلا بد من التأكيد على مسؤولية هذه الأخيرة في المدة السابقة على التعاقد في حال الإخلال بما يفرضه حسن النية من موجبات.

2- لما كانت عدوى الاهتمام بهذا الموضوع لما تنتقل للتشريع بعد، فلا بد من تأكيد ضرورة أن تُعدّل التشريعات الوضعية القائمة؛ وذلك بإضافة نصوص تتناول هذه المرحلة بالتنظيم، توخياً لبلورة أبعادها وتحديد مضامينها، فإعمال المبادئ العامة والنظريات الراسخة وإن كان يساعد على معالجة بعض المشكلات إلا أن ذلك قد لا يفي بالغرض في أحيان كثيرة، ثم إن من شأن معالجة مرحلة ما قبل العقد ومسؤولية الأطراف خلالها تشريعاً أن تغني القاضي عن إعمال القياس والركون إلى المقاربات التي قد تنأى به عن العدالة في أحيان كثيرة.

3- في ما يتعلق بطبيعة المسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل التعاقد، فإننا لا نرى غضاضة في تبني الاتجاه القائل بالمسؤولية التقصيرية في هذه المرحلة، خاصة أن هذا الاتجاه قد تعزز بحجج كثيرة ساقها الفقه في غير دولة، فضلاً عن أن أغلب أحكام القضاء جاءت مؤيدة لهذا التوجه، مع الأخذ بالحسبان أنه في حال تبلور اتفاقات محددة المعالم بين الأطراف وكانت هذه الاتفاقات تفرض التزامات معينة فإن الإخلال بهذه الالتزامات يرتب على الطرف المخل مسؤولية عقدية مع ما يتبع ذلك من أحكام.

قائمة المراجع

- _الجمال، مصطفى محمد، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001
- _ زكي، محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، القاهرة، دون ذكر دار النشر، 1978
- سري الدين، هاتي صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دراسة مقارنة بين القانون المصري والانكليزي، دار النهضة العربية القاهرة، 1998
- سعدي، نصيرة بو جمعة، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1987
- _ سليمان، شيراز عزيز، حسن النية في إبرام العقود، دار دجلة، عمان، 2008.
- السنهوري، عبد الرزاق، نظرية العقد، الجزء الأول، دار الفكر، بيروت.
- _ الشافعي، جابر عبد الهادي سالم، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2001
- شفيق، محسن، المشروع ذو القوميات المتعددة من الناحية القانونية، مطبعة جامعة القاهرة، 1978
- شفيق، محسن، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، جامعة القاهرة والكتاب الجامعي،
- الصادق المهدي، نزيه محمد، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد دراسة مقارنة، دار النهضة، القاهرة، 1982
- الطيار، صالح بن بكر، العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، دار بلال، بيروت، 1999
- عبد الجواد، مصطفى أحمد، خطابات النيات الصادرة عن الغير في مجال الائتمان، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000،
- _ عبد الله، محمد محمود، الوجيز في التصرف القانوني المجرد، دراسة تاريخية، منشورات جامعة دمشق، 1997.
- _ العوجي، مصطفى، القانون المدني، العقد، بيروت، 1995.
- فلحوط، وفاء مزيد، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008
- الكيلاني، محمود عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، دار الفكر العربي، 1995

- _ لطفي، محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية القانونية في مرحلة التفاوض، دراسة في القانونين المصري والفرنسي، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 1995
- _ النجار، محمد محسن، عقد الامتياز التجاري، دراسة في نقل المعارف الفنية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001.
- وليد عودة الهمشري، عقود نقل التكنولوجيا - الالتزامات المتبادلة والشروط التقييدية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009
- الرسائل العلمية
- عبد الالة، رجب كريم، التفاوض على العقد - دراسة مقارنة (رسالة دكتوراه) - جامعة القاهرة، 2000
- الاكيابي، يوسف، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الخاص، أطروحة دكتوراه، جامعة الزقازيق، 1989
- _ العدوي، جلال علي، الإيجار القانوني على المفاوضة، أطروحة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 1990.
- الكيلاني، محمود، جزاء الإخلال في تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ، أطروحة دكتوراه نوقشت في جامعة القاهرة (1988).
- المقالات والبحوث
- الاهوائي، حسام كمال، المفاوضات في الفترة ما قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، ورقة بحث مقدمة أمام ندوة الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية القاهرة (1990).
- سلامة، أحمد عبد الكريم، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مجلة الحقوق - العدد الثاني، البحرين، 2004
- القليوبي، سميحة، عقود نقل التكنولوجيا، بحث مقدم إلى مؤتمر نقل التكنولوجيا بالقاهرة (9-25) شباط، 1983
- _ النكاس، جمال فاخر، العقود والاتفاقات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاقات السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة العشرون، العدد الأول 1996.

ENGLISH BOOKS

- _ Bruce R Clark & Brendan J Sweeney , Marketing and the law, printed by Robert Burton Australia ,1999.
- _ Gegory A. Carrett , contract negotiations – skills- tools and best practices , CCH.INCORPORATED ,USA,2005,
- _ P.D.V. Marsh ,contract negotiations hand book ,Gower publishing ,Great Britain, third ed,2001.
- _ Glenn Morgan & Peer hull Kristensen & Richard Whitley, The multinational firm organizing across institional and national divides, Oxford university press, Great Britain ,2001.
- _ Gorgio Barba Navaretti & Anthony J.Venables, Multinational firms in the world economy , Princeton university press , U.S , first edition , 2004.

WEBSITES:

- _ http://www.tesm.com/USCI18_90.html.
- http://www.yale.edu/ocr/about/documents/TECHNOLOGYTRANSFEROVERVIEW_OCRRevisions_23Sep08.pdf
- _ <http://tetley.law.mcgill.ca/comparative/goodfaith.pdf> .

تاريخ ورود البحث إلى مجلة جامعة دمشق 2011/3/24.