Dirasat: *Shari'a and Law Sciences*, Volume 48, No. 4, 2021

Deanship of Scientific Research

Applicable Law to International Franchise Contracts: A comparative study between the Jordanian, Bahraini laws and the Rome Convention

Alaa Wasfi Al – Mistarehi[1] , Tawfiq Arif Tawfiq AL- Majali[2]

[1] Department of Private Law, Faculty of Law, Yarmouk University, Jordan.

[2] Department of Private Law, School of Law, University of Jordan.

Received: 19/11/2020
Revised: 26/4/2021
Accepted 19/6/2021
Published: 1/12/2021

Citation: Al – Mistarehi, A. W. ., & AL-Majali, T. A. T. . (2021). Applicable Law to International Franchise Contracts: A comparative study between the Jordanian, Bahraini laws and the Rome Convention. *Dirasat: Shari'a and Law Sciences*, *48*(4), 142–152. Retrieved from https://dsr.ju.edu.jo/djournals/index.php/Law/article/view/3221

© 2021 DSR Publishers/ The University of Jordan.

This article is an open access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY-NC) license https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/

Abstract

This research aims to determine the law applicable to international commercial licensing contracts "franchise" by addressing the specific private rules regulating contracts, and the general rules regulating the applicable law on contractual obligations. One of the most important results we have reached is that the reference rule for "the state of distinguished performance of the contract" - stipulated in the Rome Convention - cannot be applied in order to determine the law applicable to the international franchise contract. This is by virtue of the special nature of the contractual obligations arising from this contract. As for the Jordanian legislation, the Jordanian legislator has not dealt with the law applicable to the international franchise contract, which leads to applying the general rules governing the law applicable to contractual obligations in order to determine the law applicable to this contract. In contrast, the position of the Bahraini legislator came in advance regarding defining the law applicable to the international franchise contract. Considering -under Article 20 of "The Law of Conflict of Laws"- that the "law of will" is the law applicable to this contract, where if it does not exist, then the applicable law is "the law of the country in which the main management center of the licensee is located at the time of the conclusion of the contract".

Keywords: Law, contract, franchise, Jordan, Bahrain, the Rome Convention.

القانون الواجب التطبيق على عقود الفرنشايز الدولية : دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والبحريني و اتفاقية روما

علاء وصفي المستريحي[1]، توفيق عارف توفيق المجالي[2]

[1] قسم القانون الخاص، كلية القانون، جامعة اليرموك، الأردن.

[2] كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، الأردن.

ملخّص

جاء هذا البحث لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الفرنشايز الدولية بموجب كل من القواعد الخاصة بهذه العقود -إن وجدت- وبموجب القواعد العامة الناظمة للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية. ومن أهم النتائج التي توصلنا إليها أن قاعدة الإسناد الخاصة بدولة الأداء المميز للعقد والمنصوص عليها في اتفاقية روما لا تصلح في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الفرنشايز الدولي نظرًا إلى الطبيعة الخاصة للالتزامات التعاقدية الناشئة عن هذا العقد. أمّا على صعيد التشريعين الأردني والبحريني، فإن المشرع الأردني لم يعالج القانون الواجب التطبيق على عقد الفرنشايز الدولي؛ مما يستدعي تطبيق القواعد العامة الناظمة للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في سبيل تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا العقد، وذلك بخلاف موقف المشرع البحريني الذي جاء متقدمًا بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الفرنشايز الدولي معتبرًا بموجب نص المادة 20 من قانون تنازع القوانين بأن قانون الإدارة هو القانون الواجب التطبيق على هذا العقد، فإن لم يوجد فيكون القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي يوجد فيه مركز الإدارة الرئيسي للمرخص له وقت إبرام العقد.

الكلمات الدالّة: عقد الترخيص التجاري الدولي "الفرنشايز"، القانون الواجب التطبيق على عقد الفرنشايز، قانون دولة الأداء المميز للعقد.

المقدّمة

أضحت عقود الترخيص التجاري الدولية "الفرنشايز" من ضمن العقود واسعة الانتشار في الوقت الراهن نظرًا إلى ما توفره من إمكانية نقل المعرفة الفنية والمشروعات الإنتاجية على الصعيد الدولي بما يحقق مصلحة كل من المُرخِّص والمُرخَّص له؛ فعقد الفرنشايز من شأنه أن يحقق مصلحة المُرخِّص وذلك من خلال ما يوفره له من مردود مالي كبير من المُرخَص له كبديل للترخيص، وضمان فرصة ممتازة له عن طريق الانتشار الدولي السريع دون أن يشكل ذلك عبئا ماليا على نفقاته الرأسمالية، وبالمقابل فإن من شأن عقد الفرنشايز أن يحقق مصلحة المُرخَص له من خلال زيادة فرصة نجاح استثماره المالي باعتبار أنه سوف يمارس نشاطه الاستثماري ضمن مظلة المُرخِص بما يحقق له الفاعلية والمردودية والمرونة.

ونظرًا إلى أهمية عقود الفرنشايز الدولية على الصعيد الاقتصادي الوطني لذا؛ فإنه من المهم ضمان سلاسة إبرام هذه العقود وفض النزاعات المنبثق عنها على الصعيد التشريعي، وفي هذا الصدد فإن من بين المسائل التي قد تعرقل انسيابية تنفيذ هذه العقود مسألة القانون الواجب التطبيق عليها بخاصة في ظل الصبغة الدولية التي تتميز بها هذه العقود.

إشكالية البحث:

إن الإشكالية الجوهرية لهذا البحث تتمثل بالتساؤل التالي:

ما هو القانون الواجب التطبيق على عقود الفرنشايز الدولية في التشريعين الأردني والبحريني وفي اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الدولية؟

ومن أجل الإجابة عن هذا التساؤل فإنه أيضًا يتعين علينا الإجابة عن التساؤل الآتي:

هل ثمة في التشريعات المقارنة في هذا البحث قواعد إسناد خاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الفرنشايز الدولية؟ أم أنه يتعين الرجوع إلى قواعد الإسناد العامة الناظمة للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية وإعمالها على عقود الفرنشايز الدولية في سبيل تحديد القانون الواجب التطبيق عليها؟

أهمية البحث:

إن أهمية هذا البحث تنبثق من جانبين أحدهما نظري والأخر عملي، فأما على الصعيد النظري فإن أهمية هذا البحث تكمن بما سوف يسفر عنه من تسليط الضوء على مفهوم عقود الفرنشايز الدولية باعتبارها من العقود الحديثة نسبيا، وتحديد قواعد الاسناد واجبة التطبيق على هذا العقد، وكشف اللثام عن الايجابيات والسلبيات التي تعتريها سواء على صعيد التشريعين الأردني والبحريني أو اتفاقية روما.

أمّا على الصعيد العملي فإن أهمية هذا البحث تتجسد بأنه سوف يساهم بتعريف الباحثين بعقود الفرنشايز الدولية، والقانون الواجب التطبيق عليها بموجب التشريعين الأردني والبحريني واتفاقية روما.

كما أنّ من شأن هذا البحث التنبيه لضرورة تشريع قاعدة إسناد في القانون الأردني وفي اتفاقية روما من شأنها تنظيم مسألة القانون الواجب التطبيق على عقود الفرنشايز الدولية وذلك على غرار ما ورد النص عليه في قانون تنازع القوانين البحريني.

هذا علاوة على أن من شأن هذا البحث إثراء المكتبة العربية عامة والمكتبتين الاردنية والبحرينية خاصة بمرجع قانوني جديد ومتخصص في موضوع لم يسبق على حد اطلاعنا معالجته بصورة متخصصة ومقارنة بين التشريعات محل المقارنة في هذا البحث.

أهداف البحث:

1. تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الفرنشايز الدولية بموجب التشريعين الأردني والبحريني واتفاقية روما.
2. تحديد مدى ملاءمة تطبيق قواعد الإسناد الناظمة للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية على عقود الفرنشايز الدولية.
3. تحديد مدى ملاءمة قاعدة الإسناد الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على عقود الفرنشايز الدولية والمنصوص عليها في قانون تنازع القوانين البحريني.
4. كشف اللثام عن مدى ضرورة تشريع قاعدة إسناد في القانون الأردني وفي اتفاقية روما تنظم القانون الواجب التطبيق على عقود الفرنشايز الدولية وذلك على غرار ما ورد النص عليه في قانون تنازع القوانين البحريني.
5. إضافة مرجع قانوني جديد ومتخصص في موضوع القانون الواجب التطبيق على عقود الفرنشايز الدولية بما يمكّن الباحثين من تعرُّف هذا النوع من العقود والقانون الواجب التطبيق عليها.

حدود البحث:

إن هذا البحث سيُعالج موضوع القانون الواجب التطبيق على عقود الفرنشايز الدولية وذلك حصرًا ضمن القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976م والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 2645 بتاريخ 1976/8/1م، وقانون تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية البحريني رقم 6 لسنة

2015م والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 3217 بتاريخ 9/7/ 2015م، واتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الدولية لسنة 1980م.

منهجية البحث:

إن الباحث اتبع في سبيل إعداد هذا البحث المنهج التحليلي وذلك لغايات تحليل وفهم النصوص القانونية الناظمة لقواعد الإسناد التي سوف يتم إعمالها في سبيل تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الفرنشايز الدولية في التشريعين الأردني والبحريني وفي اتفاقية روما.

وإلى جانب المنهج التحليلي فقد اتبع الباحث المنهج المقارن كمنهج مساند ورديف وذلك لغايات المقارنة بين القانون الواجب التطبيق على عقود الفرنشايز بموجب كل من التشريعين الأردني والبحريني واتفاقية روما وصولا إلى مقترحات من شأنها تعزيز الايجابيات وتلافي السلبيات.

هيكلية البحث:

إن الباحث ولغايات الإحاطة بكافة جوانب الموضوع المبحوث فيه اتبع التقسيم الثنائي، بحيث تم تقسيم البحث إلى مبحثين مع تقسيم كل مبحث لمطلبين، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: مفهوم عقد الفرنشايز والقانون الواجب التطبيق عليه على الصعيد التشريعي الدولي

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقد الفرنشايز الدولي على الصعيد التشريعي الوطني

المبحث الأول: مفهوم عقد الفرنشايز والقانون الواجب التطبيق عليه على الصعيد التشريعي الدولي

يُعد ظهور عقد الفرنشايز الدولي كغيره من العقود الحديثة كنتيجة للتطور الاقتصادي الذي رافق التطور التكنولوجي وانفتاح العالم على بعضه البعض وحلول عصر العولمة، فقد أَصبح العالم بمثابة قرية صغيرة، والفضل في ذلك ينسب إلى الاتفاقية العامة للتجارة والتعرفة الجمركية التي مهدت على نحو تدريجي إلى ظهور منظمة التجارة العالمية؛ مما أدى إلى انحسار دور المشروعات الصغيرة فأَصبح اعتماد التجارة وتغلغلها إلى الأسواق العالمية يعتمد بدرجة كبيرة على مؤسسات تجارية عريقة تنشد التوسع في ظل وجود قوانين المنافسة (البشتاوي، 2008، ص7)، كل ذلك أدى إلى ظهور عقد الفرنشايز الدولي وانتشاره بوصفه من بين أهم الوسائل التي يمكن من خلالها توسيع دائرة المشروع التجاري.

ونظرًا إلى أن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الفرنشايز الدولي بموجب التشريعات الوطنية يستدعي بداية التعريف بعقد الفرنشايز وتحديد القانون الواجب التطبيق عليه على الصعيد التشريعي الدولي لذا؛ فقد خصصنا هذا المبحث للتعريف بعقد الفرنشايز "المطلب الأول"، وتحديد القانون الواجب التطبيق عليه على الصعيد التشريعي الدولي "المطلب الثاني".

المطلب الأول: مفهوم عقد الفرنشايز

إن المتتبع لموقف المشرع الأردني من تنظيم عقد الفرنشايز يلمس بوضوح عدم تنظيم هذا العقد بصورة خاصة به بموجب أي من التشريعات الأردنية وذلك على الرغم من مدى أهميته والآثار التي يخلفها على الاقتصاد الوطني، فعلى صعيد التشريعات الأردنية لا يوجد أي نص خاص يعالج هذا العقد لذا؛ فإن هذا العقد باعتباره من جملة العقود التجارية غير المنظمة قانونيًا فإنه يخضع للنظرية العامة للعقد الوارد النص عليها في القانون المدني (الكسواني، 2015، ص310)، وذلك استنادا لنص المادة 59/أ من قانون التجارة التي جاء فيها النص على أنه: "إن عقود البيع والقرض والتأمين وجميع العقود التي لم تحدد قواعدها في هذا القانون تخضع للقانون المدني وللعرف".

أمّا على صعيد التشريعات البحرينية فإن موقف المشرع البحريني لم يختلف عن موقف نظيره الأردني حيث إنه لم يعالج عقد الفرنشايز بموجب أحكام قانونية خاصة به فيما خلا ما ورد النص عليه في المادة 20 من قانون تنازع القوانين بشأن المسائل المدنية والتجارية التي بموجبها حدد المشرع البحريني القانون الواجب التطبيق على عقد الفرنشايز الدولي لذا؛ فإن هذا العقد سيخضع في تنظيمه للنظرية العامة للعقد والمنصوص عليها في القانون المدني.

وبالعطف على ما سبق فإن تعرُّف مفهوم عقد الفرنشايز يستدعي منا الرجوع إلى أهم التعريفات التي وضعت له، وذلك على التفصيل التالي:

عرف الاتحاد الدولي للفرنشايز عقد الفرنشايز على أنه: "علاقة تعاقدية بين طرفين هما المانح والممنوح له يلتزم بمقتضاها المانح بنقل المعرفة الفنية والتدريب للممنوح له الذي يقوم بالعمل تحت اسم معروف أو شكل أو إجراءات مملوكة أَو مسيطر عليها من قبل المانح، وفي هذا العقد يقوم الممنوح له باستثمار أَمواله الخاصة في العمل - محل الفرنشايز – بحيث تكون مخاطر نجاح هذه العملية عليه، ويتحملها وحده دون غيره" (الحديدي، 2006، ص19).

ويعدُّ المشرع الفرنسي من ضمن المشرعين القلة الذين عرفوا عقد الفرنشايز، فعرفه بالقرار الصادر عنه بتاريخ 29 نوفمبر 1973م على أنه: "عقد بموجبه تمنح مؤسسة إلى مؤسسات مستقلة في مقابل أقساط الحق في تمثيلها تحت اسمها وعلامتها من أجل بيع منتجات وخدمات

هذا العقد، ويكون مرفقًا عادة بمساعدة تقنية" (مبروك، 2018، ص96).

وعرف القضاء الفرنسي عقد الفرنشايز بأنه: "العقد الذي بموجبه يضع المانح تحت تصرف الممنوح له اسمه التجاري بالإضافة إلى الأَحرف الأَولى والعلامة التجارية والمعرفة الفنية ومجموعة من السلع أَو الخدمات التي يتم إنتاجها بطرق أصلية ومحددة، ويجري استغلال هذه العناصر باتباع طرق فنية وتجارية موحدة سبق تجربتها، ويجري اختبارها وضبطها باستمرار، وذلك بمعرفة المانح وتحت إشرافه" (الكندري، 2000، ص21).

وقد تطرقت محكمة العدل الأوربية في أحد أحكامها إلى تعريف نظام الفرنشايز في حكم صادر عنها وهو: "إن نظام الفرنشايز هو نظام يقوم بموجبه أحد الاطراف باعتباره موزعًا في سوق معينة ومطورًا أساليب تجارية معينة، بمنح تجار مستقلين، في مقابل رسوم، الحق في التوزيع في أسواق أخرى باستخدام اسمه التجاري والأساليب التجارية التي أدت لنجاحه. وأكثر من أنه وسيلة للتوزيع فإنه يعد وسيلة للحصول على منافع مالية من خبراته دون استثمار صاحب الفرنشايز رأس ماله الخاص. وعلاوة على ذلك فإن نظام الفرنشايز يعطي التجار الذين ليس لديهم الخبرة اللازمة إمكانية الوصول إلى الطرق التي لا يمكن تعلمها دون بذل جهد كبير، ويتيح لهم الإفادة من سمعة الاسم التجاري لصاحب الفرنشايز" (مرزوق، 2013، ص514).

وعرف القضاء اللبناني عقد الفرنشايز بموجب الحكم الصادر عن محكمة الدرجة الأولى رقم 28/ 96 تاريخ 1992/1/30م على أنه: "اتفاق يحصل عادة بين تاجر أو صناعي يتعاطى تجارة الجملة وبين شخص يتعاطى أَو يرغب بتعاطي تجارة المفرق بصورة مستقلة ولحسابه الخاص، فتعمد الشركة إلى تسهيل تكوين مركز أَو محل تجاري يكون ملكا للتاجر وتعطيه حق بيع بضاعة من ماركة مشهورة مع حق استعماله لهذه الماركة والاسم التجاري في محله على أن يمتنع التاجر عن بيع بضاعة أَخرى مزاحمة لهذه الماركة".

وهناك من الفقه من عرف عقد الفرنشايز على أنه: "عقد يتكفل بموجبه شخص يدعى المانح بتعليم شخص آخر يدعى الممنوح له المعرفة العملية التي تشمل نقل المعرفة الفنية وتقديم المساعدة التقنية وتخويله استعمال علامته التجارية وتزويده بالسلع، أمّا الممنوح له فيتكفل باستثمار المعرفة العملية واستعمال العلامة التجارية وغيرها من حقوق الملكية الفكرية والصناعية بالإضافة إلى التزام الممنوح له بدفع الثمن والالتزام بعدم المنافسة والمحافظة على السرية" (البشتاوي، 2008، ص22).

أيضًا من الفقه من عرف عقد الفرنشايز بأنه: "عقد بين طرفين يقوم بمقتضاه أحد طرفيه الذي يطلق عليه مانح الامتياز بمنح الطرف الآخر الذي يطلق عليه الممنوح له الامتياز الموافقة على استخدام حق أو أكثر من حقوق الملكية الفكرية والصناعية أو المعرفة الفنية لإنتاج السلعة أو توزيع منتجاته أو خدماته تحت العلامة التجارية التي ينتجها أو يستخدمها مانح الامتياز وفقا لتعليماته وتحت إشرافه حصريًا في منطقة جغرافية محددة ولفترة زمنية محددة مع التزامه بتقديم المساعدة الفنية، وذلك مقابل عوض مادي أو الحصول على مزايا أو مصالح اقتصادية، أي أنه علاقة عقدية بين المانح والممنوح له بحيث يقوم الأول بوضع تحت تصرف الثاني حق أو أكثر من حقوقه المتعلقة بالملكية الفكرية والصناعية أو معرفته الفنية مع خضوع الثاني لتعليماته وإشرافه وذلك ضمن منطقة جغرافية معينة ولمدة زمنية محددة بمقابل قيام الممنوح له بالوفاء بالعوض المتفق عليه" (القضاة، 2015، ص17).

وتجدر الإشارة إلى أن هناك من يُميّز بين كل من عقد الفرنشايز وعقد الترخيص التجاري، فوفقا لهذا الرأي فإن عقد الفرنشايز وعلى الرغم من التشابه بينه وبين عقد الترخيص التجاري إلا أنه لا يعد عقد ترخيص تجاري بل عقدٌ تجاري من نوع خاص، فعقد الترخيص التجاري هو أسلوب لممارسة النشاط التجاري يقوم بين مقاولة مرخصة من جهة ومقاولة مرخص لها من جهة أخرى، حيث يقوم المُرخِص بمنح المُرخَص له الحق في استغلال المعرفة الفنية والعلامات الفارقة الخاصة به مع امكانية التزامه بتقديم المساعدات التقنية طيلة مدة العقد مقابل عوض مالي يتخذ عدة أشكال حسب اتفاق الطرفين وذلك بهدف تطوير المقاولات المتعاقدة تحت مراقبة المُرخِص المستمرة وفي جوء من التعاون والاستقلال، أمّا عقد الفرنشايز فيقوم على أساس منح المُرخِص للمُرخَص له الحق باستغلال محل الترخيص ولكن تحت اشراف ومراقبة المُرخِص بصورة مستمرة ومع التزام المُرخِص دائما بتزويد المُرخَص له بالمعرفة التقنية (الجبوري، 2011، ص20).

وعند تقيمنا لهذا الرأي فإننا لا نتفق معه حيث أننا نجد من جانبنا أن عقد الفرنشايز ما هو إلا نوع من أنواع عقود الترخيص التجاري ومرد ذلك أن عقد الفرنشايز يقوم على أساس منح المُرخِص للمُرخَص له الحق باستعمال كافة أو أغلب حقوق الملكية الفكرية والصناعية الخاصة بالمشروع الذي يملكه المُرخِص، كاستعمال العلامة التجارية والاسم التجاري والسر التجاري والنموذج الصناعي على أن يكون هذا الاستعمال في حدود الترخيص الممنوح للمُرخِص له وضمن رقابة واشراف المُرخِص مع التزام المُرخِص بتزويد المُرخَص له بالمعرفة التقنية والتزام الأخير بأداء العوض الاتفاقي للمُرخِص.

وبالتالي فإن عقد الفرنشايز لا يختلف عن سائر عقود الترخيص التجاري في جوهره، فمثلًا عقد الترخيص باستعمال العلامة التجارية يقوم على أساس استعمال العلامة التجارية الخاصة بالمُرخِص من المُرخَص له تحت رقابة واشراف المُرخِص ضمن حدود منطقة جغرافية معينة ولقاء عوض

يلتزم المُرخَص له بتأديته للمُرخِص، وهذا هو ذاته الحال بموجب عقد الفرنشايز وما يُميز الأخير عن سائر عقود الترخيص التجاري أن نطاقه أوسع حيث إنّ عقد الفرنشايز هو عقد ترخيص تجاري مركب أي أنه ينطوي على أكثر من عقد ترخيص تجاري في ذات الوقت حيث إنّ المُرخَص له سوف يحصل بموجب هذا العقد على ترخيص من المُرخِص لاستعمال العلامة التجارية والاسم التجاري والسر التجاري والنموذج الصناعي وغيرها من حقوق الملكية الفكرية والصناعية الخاصة بالمُرخِص.

وفي ختام هذا المطلب تجدر الإشارة إلى أن عقد الفرنشايز يكون في الأعم عقد ذا صبغة دولية بحيث أن مقر المشروع الاستثماري الخاص بالمُرخِص يكون في دولة أخرى غير الدولة التي يوجد فيها المشروع الاستثماري للمُرخَص له، ومع ذلك فإنه لا يوجد ما يمنع من أن يكون عقد الفرنشايز عقدًا وطنيًا بخاصة في الدول ذات المساحات الكبيرة التي يرغب فيها صاحب المشروع الاستثماري -المُرخِص- بالتوسع في مشروعه من خلال منح ترخيص للغير في ذات الدولة إلا أن ذلك يُعَدّ أمرًا نادرًا جدًا من الناحية العملية، فغالبا ما يميل صاحب المشروع الاستثماري لتوسعة مشروعه في ذات الدولة بنفسه من خلال فتح فروع له نظرًا إلى سهولة ذلك ولما يؤديه من زيادة في أرباحه مقارنة مع الأرباح التي يمكن أن يحققها نتيجة إبرام عقد الفرنشايز على الصعيد الوطني.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقد الفرنشايز الدولي على الصعيد التشريعي الدولي

على الرغم من مدى أهمية عقود الفرنشايز على الصعيد الاقتصادي وزيادة انتشارها دوليًا إلا أنه ولغاية الآن لا يوجد تشريع دولي خاص بهذا النوع من العقود من شأنه تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، ونظرًا إلى أن اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الدولية تُعَدّ بمثابة الشريعة العامة الناظمة للقانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الدولية لذا؛ فإننا سوف نعمد في هذا المطلب لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الفرنشايز الدولي على الصعيد التشريعي الدولي من خلال اتفاقية روما.

جاء في الفقرة الثانية من المادة الرابعة في اتفاقية روما النص على أنه: "في حال انعدام الاختيار الصريح للأطراف يسري على العقد قانون الدولة الذي له به أكثر الروابط وثوقًا وتتوفر تلك الروابط مع الدولة الذي يقيم فيها عادة وقت إبرام العقد الطرف الذي يقدم الأداء المميز".

واستنادًا لهذا النص وبتطبيقه على عقود الفرنشايز الدولية، فبموجب اتفاقية روما يكون قانون الإرادة هو القانون الواجب التطبيق على عقود الفرنشايز الدولية، وفي الحالة التي لا يتفق فيها طرفي عقد الفرنشايز الدولي على تطبيق قانون معين على العقد فإن القانون الواجب التطبيق سيكون قانون دولة الأداء المميز.

ويُراد بمنهج الأداء المميز منهج يقوم على تفريد معاملة العقود وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل عقد حسب الوزن القانوني والأهمية الواقعية للأداء أو للالتزام الأساسي في العقد ومكان الوفاء به أو تقديمه، فبموجب هذا المنهج يتم تركيز العقد في نظام قانوني معين من خلال طبيعته الذاتية والابتعاد عن ظروف التعاقد وملابساته الخارجية بمعنى أن يقوم القاضي بتحليل الرابطة التعاقدية نفسها والبحث عن الذاتية والابتعاد عن ظروف التعاقد وملابساته الخارجية، ويفترض أنصار هذا المنهج أن قانون مكان الاقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز هو القانون الأكثر ارتباطا بالعقد (سلامة، 2008، ص. 1104، 1105)، (العبودي، 2016، ص20)، (الفضل و العتوم، 2019، ص564).

وفي هذا الصدد فإن الإشكالية التي تثور هي حول المعيار الذي سيتم الركون إليه في تحديد الأداء المميز:

إن التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية التي تبنت منهج الأداء المميز لم تضع تعريفًا أو معيارًا للأداء المميز؛مما أدى فقهيًا إلى ظهور معيارين في سبيل تحديد الأداء المميز في العقود، وهذين المعيارين هما على التفصيل الآتي: (الفضل و العتوم،2019 ، ص565).

- أولا: معيار طبيعة العقد

يقوم هذا المعيار على أساس تحديد الأداء المميز من خلال تحديد الالتزام الجوهري في العقد، ففي كل عقد لا بد من وجود التزام يُميز العقد عن سواه، وتحديد الالتزام الجوهري يكون بالرجوع إلى طبيعة العقد ذاته ليكون هذا الالتزام هو الأداء المميز (العبودي، 2016، ص23).

- ثانيا: معيار مهنة طرفي العقد

استنادًا على هذا المعيار فإن العقد يتضمن طرفين أحدهما طرف رئيس يؤدي وظيفة اجتماعية واقتصادية، ويكون هو صاحب الأداء المميز، والآخر ليس إلا مجرد عميل عادي وذلك على غرار ما هو عليه الحال مثلًا في عقد القرض بين العميل والمصرف، فالقانون الذي يحكم عقد القرض هو قانون المصرف المُقرض لأنه يؤدي من خلال مهنته وظيفة أساسية بخلاف العميل الذي يُعَدّ العقد بالنسبة له عملًا عارضا، فالأداء المميز هنا هو ذلك الأداء الذي يدخل ضمن النشاط المهني لمحترف العمل المهني أو التجاري (عبد العال،2007، ص69، ص124)، فيطبق هذا المعيار على جميع العقود التي يبرمها المهنيون أو التجار المحترفون، كعقود العمل وعقود التأمين وعقود العمليات المصرفية، فيكون قانون مكان إقامتهم المعتادة هو الواجب التطبيق بوصفهم المدينين بالأداء المميز، فبناء على هذا المعيار فإنه يتم تحديد الأداء المميز في العقد بالنظر إلى مهنة القائم به، حيث يتم تصنيف أطراف العقد إلى طرف عادي وطرف رئيس مهني يقوم بتنفيذ العقد بمقتضى نشاطه المهني الذي يمارسه بانتظام واحتراف،

فيكون أداء هذا الأخير هو الأداء المميز في العقد.

وعند تقييم كل من المعيارين السابقين في تحديد الأداء المميز في العقد فإننا نتفق من جانبنا مع الرأي القاضي بتبني معيار طبيعة العقد نظرًا إلى ما ينطوي عليه من مرونة ويسر في تحديد الأداء المميز (منير، 2010، ص188).

وبإعمال ما سبق على عقد الفرنشايز الدولي فإن التساؤل الذي سيُطرح هو حول مدى صلاحية منهج الأداء المميز في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الفرنشايز الدولي، فهل يصلح منهج الأداء المميز كسبيل قانوني لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الفرنشايز الدولي؟

وللإجابة عن هذا التساؤل فإننا نرى بأن ذلك يستدعي تحديد المعيار الذي سوف يتم الركون إليه في تحديد الأداء المميز في عقد الفرنشايز الدولي، وذلك على النحو التالي:

فإن كان المعيار المتبع في تحديد الأداء المميز هو طبيعة العقد فإننا نتفق مع الرأي القاضي (مبروك، 2018، ص100) بأن قاعدة الأداء المميز بناء على معيار طبيعة العقد وإن كانت تُعَدّ قاعدة مرنة ولديها من الصلاحية ما يكفي لحل إشكالية القانون الواجب التطبيق على العديد من العقود التجارية ذات الصبغة الدولية إلا أنها لن تسعفنا في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الفرنشايز الدولي، فلا يكون من الممكن تحديد دولة الأداء المميز في هذا العقد نظرًا إلى طبيعة الالتزامات التعاقدية المتولدة عنه، فكما أن المُرخَص له عليه أن يُنفذ هذا العقد في دولة معينة وفقا للكيفية المتفق عليها مع المُرخِص وبالتالي فإن التزام المُرخَص له قد يُعَدّ هو الأداء المميز للعقد، فبالمقابل فإن على المُرخِص أن يقدم للمُرخَص له المعرفة الفنية والتقنية وبالتالي فإن التزام المُرخِص قد يُعَدّ هو الأداء المميز للعقد بخاصة مع وجود من ينادي في الفقه بإعتبار أن تقديم المعرفة الفنية والمساعدة التقنية هو الأداء الأكثر تميزًا في عقد الفرنشايز الدولي (الروبي، 2013، ص312)، وتبعا لذلك فإن هذا المنهج يتعين عدم الأخذ به في فض تنازع القوانين بشأن عقود الفرنشايز الدولية، وما يحتم استبعاده ما ورد النص عليه في متن المادة الرابعة من اتفاقية روما التي تضمنت النص على استبعاد افتراض موطن المدين هو دولة الأداء المميز للعقد إذا تبين مع الظروف أن العقد يظهر علاقة مع دولة أخرى.

أمّا إن كان المعيار الذي سوف يتم الركون إليه في تحديد الأداء المميز هو معيار مهنة طرفي العقد فإننا نرى من جانبنا بأن هذا المعيار لن يسعفنا في تحديد الأداء المميز في عقد الفرنشايز نظرًا إلى أن هذا المعيار يقوم على أساس تصنيف طرفي العقد إلى طرف رئيس مهني يقوم بتنفيذ العقد بمقتضى نشاطه المهني الذي يمارسه بانتظام واحتراف ويكون هو صاحب الأداء المميز وطرف عادي وهذا غير موجود في عقد الفرنشايز لأن أيًا من طرفي العقد لا يُعَدّ عميلًا عاديًا، فكل منهما يُعَدّ رئيسًا في العقد وهو يؤدي العقد ضمن مجاله المهني، المُرخِص عليه الالتزام بتقديم المعرفة الفنية والمساعدة التقنية للمُرخَص له وهو ما يدخل في مجاله المهني وهذا الالتزام يُعَدّ التزامًا جوهريًا ورئيسيًا في العقد، والمُرخَص له عليه الالتزام بتنفذ العقد ضمن مجاله المهني وبالكيفية المتفق عليها وهذا الالتزام يُعَدّ التزامًا جوهريًا ورئيسيًا في العقد.

وبناء على ما سبق ونظرًا إلى طبيعة الالتزامات التعاقدية المنبثقة عن عقد الفرنشايز الدولي فإننا نرى من جانبنا بأن منهج الأداء المميز لا يصلح كأساس يمكن الركون إليه في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الفرنشايز الدولية؛مما يجعلنا بصدد فراغ تشريعي على الصعيد التشريعي الدولي بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الفرنشايز الدولية.

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقد الفرنشايز الدولي على الصعيد التشريعي الوطني

أشرنا منذ بداية هذا البحث بأن أيًا من المشرعين الأردني والبحريني لم ينظم بصورة خاصة عقد الفرنشايز في أي من التشريعات الأردنية والبحرينية وذلك فيما عدا ما نص عليه المشرع البحريني في المادة 20 من قانون تنازع القوانين التي بموجبها حدد القانون الواجب التطبيق على عقود الفرنشايز.

ونظرًا إلى الفراغ التشريعي الموجود في القانون الأردني بشأن القانون الواجب التطبيق على عقد الفرنشايز الدولي فإن ذلك يقودنا إلى ضرورة تطبيق على عقود الفرنشايز الدولية القواعد العامة الناظمة للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية وذلك في سبيل تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، ثم نعمد إلى بحث القانون الواجب التطبيق على عقد الفرنشايز الدولي بموجب القواعد الخاصة في القانون البحريني.

وبناء عليه فإننا سوف نقسم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين نعالج في أولهما القانون الواجب التطبيق على عقد الفرنشايز الدولي بموجب القانون الأردني، ثم نعالج في المطلب الثاني القانون الواجب التطبيق على عقد الفرنشايز الدولي بموجب القانون البحريني.

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على عقد الفرنشايز الدولي في القانون الأردني

نص المشرع الأرني في الفقرة الأولى من المادة 20 في القانون المدني على أنه: "1. يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك"، ونص في المادة 21 من ذات القانون على أنه: "تخضع العقود ما بين الاحياء في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيه، ويجوز أيضًا أن تخضع

للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك".

وبالعطف على هذين النصين فإنه يُلاحظ بأن المشرع الأردني في تنظيمه للقانون الواجب التطبيق على العقود ذات العنصر الأجنبي ميز بين القانون الواجب التطبيق على النواحي الموضوعية للعقد، والقانون الواجب التطبيق على النواحي الشكلية للعقد، وبإعمال ذلك على عقد الفرنشايز الدولي فإن تحديد القانون الواجب التطبيق عليه يستدعي منا تقسيم الدراسة في هذا المطلب إلى فرعين نعالج في أولهما القانون الواجب التطبيق على النواحي الموضوعية لعقد الفرنشايز الدولي، ثم نعالج في ثانيهما القانون الواجب التطبيق على النواحي الشكلية لعقد الفرنشايز الدولي.

- الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على النواحي الموضوعية لعقد الفرنشايز الدولي

إن المتتبع لما ورد النص عليه في الفقرة الأولى من المادة 20 في القانون المدني الأردني يلمس بوضوح بأن المشرع شرع بموجب هذه الفقرة مجموعة من قواعد الإسناد في سبيل تحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل الموضوعية في العقد،ألا وهي:

1- القانون المختار

يقصد بمصطلح القانون المختار هو القانون الذي يختاره طرفا العقد، وهو ما يعبر عنه أيضًا بقانون الإرادة، ويأتي هذا القانون إعمالًا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

وبناءً عليه إن كان ثمة اتفاق بين طرفي عقد الفرنشايز الدولي على تطبيق قانون معين على النواحي الموضوعية للعقد فإن القانون الواجب التطبيق على هذا العقد بموجب القانون المدني الأردني هو قانون الإرادة ولا مجال لحرية الاختيار بينه وبين تطبيق أي قانون أخر، وبهذا المفهوم قضت محكمة التمييز الأردنية بأحد قراراتها: "إن العقد يخضع لشريعة المتعاقدين وباعتبار أنه ورد في العقد نص يقضي بتطبيق قانون جنسية الأطراف على الموضوع فإن الأخير هو القانون الواجب التطبيق ولا مجال للاختيار بينه وبين قانون أخر" (مجلة نقابة المحامين الأردنيين، 1988، ص207).

وفي هذا الصدد فإننا نطرح السؤال الآتي:

هل يشترط وجود رابطة بين القانون المختار وعقد الفرنشايز الدولي، أم أن للأطراف مطلق الحرية في اختيار أي قانون للتطبيق على موضوع العقد؟

إن آراء الفقهاء اختلفت في تحديد إن كان ينبغي وجود رابطة بين قانون الإرادة والعقد، فمنهم من ذهب للقول بأنه ينبغي أن يكون هناك رابطة بين موضوع العقد والقانون المختار فإذا لم يكن ثمة مثل هذه الرابطة بين القانون المختار وأي من عناصر العقد فإن هذا الاختيار يُعَدّ باطلًا، بيد أن هناك من ذهب للقول بأنه لا يشترط أن يكون هناك رابطة بين القانون المختار وأي من عناصر العقد إحترامًا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين (عبود، 1994، ص300).

ومن جانبنا فإننا نميل للأخذ بالرأي الثاني لذا؛ فإننا نرى أنه لا يشترط وجود الرابطة بين القانون المختار وأي عنصر من عناصر عقد الفرنشايز الدولي نظرًا إلى أن مثل هذا الشرط يُعَدّ تقييدا لحرية إرادة العاقدين وهو ما يتنافى مع المبدأ الذي يقوم عليه حق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق وهو أن العقد شريعة المتعاقدين.

2- قانون الموطن المشترك

في حال غياب اتفاق بين طرفي عقد الفرنشايز الدولي على تطبيق قانون معين على النواحي الموضوعية للعقد أو إن كان هناك مانع يمنع من تطبيق القانون الأجنبي كمخالفته للنظام العام، ففي هذه الحالة سيُعَدّ قانون الموطن المشترك لطرفي عقد الفرنشايز الدولي – إن اتحدا موطنًا - هو القانون الواجب التطبيق على النواحي الموضوعية للعقد.

3- قانون مكان إبرام العقد

بموجب الفقرة الأولى في المادة 20 من القانون المدني فإنه في حال غياب اتفاق بين طرفي العقد على تطبيق قانون معين على العقد أو عدم اتحادهما موطنا أو وجود مانع يمنع من تطبيق أي من القوانين السابقة فإن القانون الواجب التطبيق على النواحي الموضوعية لعقد الفرنشايز الدولي يُعَدّ قانون دولة إبرام العقد.

- الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على النواحي الشكلية لعقد الفرنشايز الدولي

نص المشرع الأردني في المادة 21 من القانون المدني على أنه: "تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز أيضًا أن تخضع للقانون الذي يسير على أحكامها الموضوعية كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك".

ومن خلال هذا النص وبإعماله على عقد الفرنشايز الدولي فإنه يتضح بأن القانون الواجب التطبيق على النواحي الشكلية لعقد الفرنشايز الدولي هو على النحو الآتي:

1- قانون الدولة التي تم فيها إبرام العقد.

2- القانون الواجب التطبيق على النواحي الموضوعية للعقد.

3- قانون دولة الموطن المشترك لطرفي عقد الفرنشايز الدولي إن اتحدا موطنا.

4- قانون دولة الجنسية المشتركة لطرفي عقد الفرنشايز الدولي إن كان كل منهما يحمل ذات الجنسية.

وبالعطف على ما سبق بحثه في هذا المطلب وبإعماله على عقد الفرنشايز الدولي فإنه يمكن القول بأن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الفرنشايز الدولي بموجب القانون المدني الأردني ينبغي أن يتم من خلال التمييز بين القانون الواجب التطبيق على النواحي الموضوعية لعقد الفرنشايز الدولي والقانون الواجب التطبيق على النواحي الشكلية لهذا العقد وبالتالي فإنه قد يصدف أن نكون بصدد عقد فرنشايز دولي يطبق على جوانبه الموضوعية قانون مختلف عن القانون الذي يطبق على جوانبه الشكلية.

وتجدر الإشارة إلى أننا نرى من جانبنا بأن المشرع الأردني لم يكن موفقًا عندما ميّز بين القانون الواجب التطبيق على النواحي الموضوعية للعقد والقانون الواجب التطبيق على النواحي الشكلية للعقد نظرًا إلى ما قد يترتب على ذلك في بعض الاحيان من تطبيق أكثر من قانون واحد على ذات العقد؛مما يصعب من مهمة القاضي ويتطلب منه الإلمام بأكثر من قانون واحد لذا؛ حبذا لو أن تنظيم المشرع الأردني للقانون الواجب التطبيق على العقود المشوبة بعنصر أجنبي كان كما هو عليه الحال بموقف المشرع البحريني الذي اعتبر بأن القانون الواجب التطبيق على النواحي الموضوعية والشكلية للعقد هو ذات القانون فقد نص في المادة 17/أ من قانون تنازع القوانين على أنه: "يسري على العقد من حيث الشروط المو ضوعية والشكلية ومن حيث الآثار التي تترتب عليه، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، فإن اختلفا موطنًا سرى قانون الدولة التي أُبرم فيها العقد، ما لم يتم الاتفاق أو يتبين من الظروف أن قانونًا آخر هو الذي يراد تطبيقه".

هذا وتجدر الإشارة إلى أن عقد الفرنشايز الدولي إن تم إبرامه بالمراسلة وكان القانون الواجب التطبيق على النواحي الموضوعية أو الشكلية الخاصة به هو قانون مكان إبرام العقد فإن هذا العقد يُعَدّ بموجب نص المادة 101 من القانون المدني قد انعقد في الدولة التي صدر فيها القبول على الايجاب، حيث ورد النص في المادة 101 من القانون المدني على أنه: "إذا كان المتعاقدان لا يضمهما حين العقد مجلس واحد يُعَدّ التعاقد قد تم في المكان وفي الزمان اللذان صدر فيهما القبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك".

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقد الفرنشايز الدولي بموجب القانون البحريني

أشرنا أنفًا بأن المشرع البحريني خص عقد الفرنشايز الدولي بنص خاص في قانون تنازع القوانين حدد بمقتضاه القانون الواجب التطبيق على هذا العقد دون أن يترك أمر تحديد القانون الواجب التطبيق عليه لما ورد في قواعد الإسناد العامة الناظمة للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي؛ مما دفعنا لاقتصار بحثنا بشأن القانون الواجب التطبيق على عقد الفرنشايز الدولي في القانون البحريني على ما جاء في قاعدة الإسناد الخاصة بوصفها هي القاعدة الواجبة التطبيق على عقد الفرنشايز الدولي انطلاقا من قاعدتي أن الخاص يقيد العام، وأن الخاص يقدم على العام.

نص المشرع البحريني بموجب المادة 20 من قانون تنازع القوانين على أنه: "يسري على عقود الترخيص (الفرنشايز) قانون الدولة التي بها مركز الإدارة الرئيسي للمرخص له وقت إبرام العقد، ما لم يتم الاتفاق أو يتبين من الظروف أن قانونًا آخر هو الذي يراد تطبيقه".

وبالعطف على هذا النص فإننا نلاحظ بأن المشرع البحريني شرع قاعدة إسناد يتم من خلالها فض تنازع القوانين الذي قد ينشأ في عقود الفرنشايز الدولية، إلا أنه وقبل الشروع في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الفرنشايز الدولي بموجب نص المادة 20 من قانون تنازع القوانين فإنه تجدر الإشارة إلى أننا نتفق من جانبنا مع تعبير المشرع البحريني عن عقد الفرنشايز بمصطلح عقد الترخيص لأنه وكما سبق وأن أشرنا في هذا البحث فإن عقد الفرنشايز لا يختلف في جوهره عن سائر عقود الترخيص التجاري وما يُميّز هذا العقد أن نطاقه أوسع من نطاق غيره من عقود الترخيص التجاري، فهو عقد ترخيص مركب ينطوي على أكثر من عقد ترخيص تجاري في ذات الوقت.

وبالرجوع إلى نص المادة 20 من قانون تنازع القوانين فإننا نلمس بوضوح بأن المشرع البحريني جعل بالدرجة الأولى القانون الواجب التطبيق على عقد الفرنشايز الدولي هو قانون الإرادة فإن لم يكن ثمة بين العاقدين اتفاق على تطبيق قانون معين على هذا العقد فإن القانون الواجب التطبيق عليه يُعَدّ قانون الدولة التي بها مركز الإدارة الرئيسي للمرخص له وقت إبرام العقد، وكل ذلك على التفصيل الآتي:

- أولا: قانون الإرادة

بموجب نص المادة 20 من قانون تنازع القوانين فإن القانون الواجب التطبيق على عقد الفرنشايز الدولي هو القانون الذي يتفق عليه طرفي العقد.

على أنه يُلاحظ بموجب نص المادة 20 بإن القانون المختار قد يتم الاتفاق عليه صراحة أو ضمنيًا بحيث أن القاضي قد يتمكن من خلال ظروف العقد أن يهتدي إلى أن إرادة العاقدين اتجهت ضمنيًا لتطبيق قانون معين.

ومن ضمن الظروف التي تهدي القاضي إلى الاتفاق الضمني بين العاقدين لتطبيق قانون معين على العقد الموطن المشترك للعاقدين، أو الجنسية المشتركة للعاقدين، أو وجود اتفاق صريح بين العاقدين على تطبيق قانون معين ذُكر بكافة أو بأغلب العقود المبرمة بينهما سابقا، أو من خلال التزام العاقدين بإبرام العقد على نحوية معينة ينص عليها قانون يتصل بأحد العاقدين(المستريحي، 2017، ص248، 249).

ومن جانبنا فإننا نرى أن موقف المشرع البحريني من التوسع في فسح المجال لتطبيق قانون الإرادة هو موقف ايجابي ومحمود وذلك احترامًا لمبدئي سلطان الإرادة والعقد شريعية المتعاقدين، ولأن من شأن تطبيق هذا القانون أن يعزز الطمأنينة في نفسي العاقدين.

- ثانيا: قانون الدولة التي فيها مركز الإدارة الرئيسي للمرخص له وقت إبرام العقد

بموجب نص المادة 20 من قانون تنازع القوانين فإنه في الحالة التي لا يتفق فيها طرفي عقد الفرنشايز الدولي على تطبيق قانون معين على العقد فإن القانون الواجب التطبيق على هذا العقد يُعَدّ قانون الدولة التي يوجد فيه مركز الإدارة الرئيسي للمرخص له.

وقد اعتبر المشرع البحريني بأن العبرة في وقت تحديد الدولة التي يوجد فيها المركز الرئيسي للمُرخَص له هي في وقت إبرام العقد، ومن جانبنا فإننا نجد أن هذا الموقف للمشرع البحريني هو موقف ايجابي ومحمود لأنه في وقت إبرام العقد سوف يباشر المُرخَص له فعليا اشرافه واداراته لعقد الفرنشايز، ولأن من ضمن الدوافع الجوهرية التي قد تكون دفعة المُرخِص لإبرام عقد الفرنشايز مع المُرخَص له وجود المركز الرئيسي للمُرخَص له وقت إبرام العقد في دولة معينة، كما أن المشرع البحريني بهذا الموقف يكون قد حسم أي جدل أو خلاف بشأن وقت تحديد الدولة التي يوجد فيها المركز الرئيسي للمُرخَص له.

وبالعطف على كافة ما سبق فإننا نرى بأن موقف المشرع البحريني بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الفرنشايز هو موقف ايجابي ومحمود لأنه يكون قد تجنب الفراغ التشريعي الموجود في كل من اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الدولية، والتشريع الاردني وحبذا لو أن موقف المشرع الأردني جاء كموقف نظيره البحريني بشأن القانون الواجب التطبيق على عقد الفرنشايز الدولي.

وتجدر الإشارة إلى أن قاعدة الإسناد الخاصة بعقد الفرنشايز والوارد النص عليها في المادة 20 من قانون تنازع القوانين تُعَدّ هي القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على تنازع القوانين بشأن عقود الفرنشايز الدولية التي تُبرم بالمراسلة نظرا إلى أن هذه القاعدة هي خاصة بالقانون الواجب الواجب التطبيق على كافة عقود الفرنشايز الدولية، وفي هذا الصدد لن تطبق القاعد القانونية العامة الناظمة للعقود التي تُبرم بالمراسلة فقد تم النص في المادة 45 من القانون المدني البحريني على أنه: "التعاقد بالمراسلة يُعَدّ أنه قد تم في الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد عرف أو اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك".

الخاتمة

- النتائج

1. يعد عقد الفرنشايز نوعًا من أنواع عقود الترخيص التجاري، فهو عقد ترخيص تجاري مركب ينطوي على أكثر من ترخيص تجاري في ذات الوقت، فبموجبه يمنح المُرخِص للمُرخَص له ترخيصًا باستعمال كافة أو بعض حقوق الملكية الفكرية الخاصة بمشروعه على أن يكون هذا الاستعمال ضمن حدود الترخيص وتحت رقابة واشراف المُرخِص مع التزام المُرخِص بأن يزود المُرخَص له بالمعرفة الفنية والتقنية نظير التزام المُرخَص له بأداء العوض الاتفاقي للمُرخِص.

2. نظرًا إلى طبيعة الالتزامات التعاقدية المتولدة عن عقد الفرنشايز الدولي فإن منهج الأداء المميز للعقد والمنصوص عليه في اتفاقية روما لا يصلح في سبيل تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الفرنشايز الدولي، وذلك بصرف النظر عن المعيار المتبع في تحديد الأداء المميز للعقد.

3. لم يرد في التشريعات الأردنية أي نصٍ يعالج القانون الواجب التطبيق على عقد الفرنشايز الدولي؛ مما يستدعي الرجوع إلى القواعد العامة الناظمة للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية وتحديدا نص المادة 1/20 ونص المادة 21 من القانون المدني، وبتطبيق هاتين المادتين على عقد الفرنشايز الدولي فإنه يتعين التمييز بين القانون الواجب التطبيق على النواحي الموضوعية والقانون الواجب التطبيق على النواحي الشكلية لهذا العقد.

فيكون القانون الواجب التطبيق على النواحي الموضوعية لعقد الفرنشايز الدولي هو القانون المختار، أو قانون الموطن المشترك للعاقدين، أو قانون مكان إبرام العقد، أمّا القانون الواجب التطبيق على النواحي الشكلية لعقد الفرنشايز الدولي هو قانون الدولة التي تم فيه إبرام العقد أو القانون الواجب التطبيق على النواحي الموضوعية، أو قانون دولة الموطن المشترك لطرفي العقد، أو قانون دولة الجنسية المشتركة لطرفي العقد.

4. إن المشرع الأردني لم يكن موفقًا عندما ميّز بموجب المادة 1/20 والمادة 21 من القانون المدني بين القانون الواجب التطبيق على النواحي الموضوعية للعقد والقانون الواجب التطبيق على النواحي الشكلية للعقد نظرًا إلى ما قد يترتب على ذلك في بعض الأحيان من تطبيق أكثر من قانون واحد على ذات العقد؛مما يصعب من مهمة القاضي ويتطلب منه الإلمام بأكثر من قانون واحد في ذات الوقت، وذلك على خلاف المشرع البحريني

الذي لم يُميّز بموجب نص المادة 17/أ من قانون تنازع القوانين بين القانون الواجب التطبيق على النواحي الموضوعية والشكلية للعقد المشوب بعنصر أجنبي.

5. بموجب القانون المدني الأردني إن كان عقد الفرنشايز الدولي أُبرم بالمراسلة وكان القانون الواجب التطبيق على النواحي الموضوعية أو الشكلية لهذا العقد هو قانون الدولة التي أُبرم فيها فبموجب نص المادة 101 من القانون المدني يُعَدّ مكان صدور القبول على الايجاب هو المكان الذي أُبرم فيه العقد، فيكون قانون الدولة التي صدر فيها القبول هو القانون الواجب التطبيق.

6. إن المشرع البحريني وعلى خلاف المشرع الأردني شرع بموجب نص المادة 20 من قانون تنازع القوانين قاعدة إسناد خاصة بالقانون الواجب التطبيق على عقد الفرنشايز الدولي سواء أكان الأخير أُبرم تقليديًا بحضور العاقدين في مجلس العقد أو بالمراسلة، معتبرًا بموجب المادة 20 قانون تنازع القوانين بأن القانون الواجب التطبيق على عقد الفرنشايز الدولي هو القانون المختار، فإن لم يوجد فيكون القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي يوجد فيه مركز الإدارة الرئيسي للمُرخَص له وقت إبرام العقد.

- المقترحات

1. نظرًا إلى مدى أهمية عقد الفرنشايز على الصعيد الاقتصادي الوطني لذا؛ نقترح على المشرعين الأردني والبحريني تنظيم هذا العقد بموجب أحكام قانونية خاصة به وعدم ترك أمر تنظيمه لما ورد في القواعد العامة.

2. نقترح على المشرع الأردني تعديل نص المادة 1/20 ونص المادة 21 من القانون المدني والاستعاضة عنهما بالنص التالي: "يسري على العقد من حيث الشروط الموضوعية والشكلية، ومن حيث الآثار التي تترتب عليه قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي أُبرم فيها العقد ما لم يتم الاتفاق أو يتبين من الظروف أن قانونا أخر هو الذي يراد تطبيقه".

3. نقترح على المشرع الأردني تبني نص المادة 20 من قانون تنازع القوانين البحريني وذلك في سبيل تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الفرنشايز الدولي.

4. نقترح إن تم في المستقبل تعديل اتفاقية روما أو تشريع اتفاقية دولية خاصة بعقود الفرنشايز تبني نص المادة 20 من قانون تنازع القوانين البحريني كنصٍ خاصٍ يُحدد بموجبه القانون الواجب التطبيق على عقد الفرنشايز الدولي.

المصادروالمراجع

الجبوري، ع. (2001). *عقد الترخيص "دراسة مقارنة"*. (ط1). الاردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. ص 20.

الحديدي، ي. (2006). *عقد الامتياز التجاري*. (ط2). مصر: دار الفكر العربي. ص 19.

الروبي، م. (2013). *عقد الامتياز التجاري في القانون الدولي الخاص*. (ط1). مصر: دار النهضة العربية. ص 312.

العبودي، ن. (2016). *الأداء المميز وأثره على عملية الإسناد*. (ط1). لبنان: مكتبة السنهوري. ص 20–23.

المستريحي، ع. (2017). *تنازع القانون بشأن الحماية المدنية لحق المؤلف "دراسة مقارنة"*. (ط1). الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. ص 248- 249.

سلامة، أ. (2008). *الأصول في التنازع الدولي للقوانين*. (ط1). مصر: دار النهضة العربية. ص 1104-1105.

عبد العال، ع. (2007). *قانون العمليات المصرفية الدولية*. (ط1). لبنان: الدار الجامعية. ص 69.

عبود، م. (1994). *الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي*. (ط2). المغرب: المركز الثقافي العربي. ص 300.

منير، ع. (2010). *التنظيم القانوني للتحكيم*. (ط1). مصر: دار الفكر العربي. ص 188.

الفضل، ع. و العتوم، ن. (2019). منهج الأداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 46، العدد1، الملحق 1، الأردن، الجامعة الأردنية، ص564 – 565.

الكسواني، ع. (2015). ماهية عقد الفرنشايز. *المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، مصر*، 6، ص 310.

مبروك، ب. (2018). عقد الترخيص التجاري الدولي. *مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيدر، الجزائر*، 17، ص 96–100.

مرزوق، م. (2013). الجوانب القانونية لعقد الفرنشايز. *مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصوره، مصر*، 54، ص 514.

الكندري، م. (2000). اهم المشكلات العملية التي يواجهها عقد الامتياز التجاري. *مجلة الحقوق، الكويت*، 4، ص21.

البشتاوي، د. (2008). عقد الفرنشايز وآثاره، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين. ص 7- 22.

القضاة، ع. (2015). عقد الفرنشايز وآثاره، *رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الشرق الأوسط، الاردن*. ص17.

مجلة نقابة المحامين الأردنيين، الأردن (عمان)، 1988م.

القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976م رقم 43 لسنة 1976م، والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 2645 بتاريخ 30 /3/ 1966م.

القانون المدني البحريني الصادر بالقانون رقم رقم 19 لسنة 2001م.
قانون تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية البحريني رقم 6 لسنة 2015م، والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 3217 بتاريخ 9/7/ 2015م.
اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الدولية لسنة 1980م.

References

Albishtawi, D. (2008). Eaqd alfaranshayiz watharuhu, *risalat majistir ghayr manshuratin, jamieat alnajah alwataniati, filastin.* pp. 7- 22

Aleabudi, N. (2016). *Al'ada' almumayaz wa'atharuh ealaa eamaliat al'iisnadi*. (1st ed.). Lebanon: maktabat alsanhuri. Pp.20 - 23

Alfadel, Abd., & Al Otoum, N. (2019). Distinguished performance approach in determining international contract law. *Dirasat: Shari'a and Law Sciences*, Jordan, The University of Jordan. 46 (1), supplement (1), 564-565.

Aljuburi, Abd. (2001). *Eaqd altarkhis "dirasat muqaranati"*. (1st ed.). alardin: dar althaqafat lilnashr waltawziei, p. 20.

Alkandari, M. (2000). ahum almushkilat aleamaliat alati yuajihuha eaqd aliaimtiaz altijari. *majalat alhuquqi, alkuayt.* 4, p.21.

Alkiswani, E. (2015). Mahiat eaqd alfiranshayiz. *almajalat almisriat lildirasat alqanuniat waliaqtisadiati, Egypt*, 46(3).

Almustarihi, E. (2017). *Tanazue alqanun bishan alhimayat almadaniat lihaqi almualif "dirasat muqaranati"*. (1st ed.). al'urduni: dar althaqafat lilnashr waltawziei. Pp. 248- 249

Alqanun almadaniu albahrayniu alsaadir bialqanun raqm raqm 19 lisanat 2001.

Alqanun almadaniu al'urduniyu raqm 43 lisanat 1976 raqm 43 lisanat 1976, walmanshur fi aljaridat alrasmiat raqm 2645 bitarikh 30 /3 /1966.

Alqawaninu: 1. qanun altijarat al'urduniyu raqm 12 lisanat 1966 wataedilatuhi, walmanshur fi aljaridat alrasmiat raqm 1910 bitarikh 1 /8 / 1966.

Alqudaatu,Abd. (2015). Eaqd alfaranshayiz watharuhu, risalat majistir ghayr manshuratin. *jamieat alsharq al'awsata: alardin*, p.17.

Alruwbi, M. (2013). *Eaqd aliamtiaz altijarii fi alqanun alduwlii alkhasi*. (1st ed.). Egypt: dar alnahdat alearabiati, p. 312.

Eabd aleal, E. (2007). *Qanun aleamaliaat almasrifiat alduwaliati*. (1st ed.). Lebanon: aldaar aljamieiati, p.69.

Eabuwd, M. (1994). *Alwajiz fi alqanun alduwalii alkhasi almaghribi*, ta2, almaghribi: almarkaz althaqafii alearabia, p.300.

lhadidi, Y. (2006). *Eaqd aliamtiaz altijari*. (2nd ed.). Egypt: dar alfikr alearabii, p.19

Mabruk, B. (2018). Eaqd altarkhis altijarii alduwali. *almajalat aliaijtihad alqadayiyi, , jamieat muhamad khaydar, aljazayar*, 17, pp.96 – 100.

Marzuqa, M. (2013). Aljawanib alqanuniat lieaqd alfranshayz. *majalat albuhuth alqanuniat walaiqtisadiati, jamieat almansurihi, Egypt*, 54, p. 514

Munir, E. (2010). *Altanzim alqanuniu liltahkimi*. (1st ed.). Egypt: dar alfikr alearabii, p.188.

Qanun altijarat albahrayniu raqm 7 lisanat 1987 wataedilatuhi, walmanshur fi aljaridat alrasmiat raqm 1739 bitarikh 26 /3 /1987.

Qanun tanazue alqawanin fi almasayil almadaniat waltijariat albahraynii raqm 6 lisanat 2015, walmanshur fi aljaridat alrasmiat raqm 3217 bitarikh 9/7/ 2015.

Salamatu, A. (2008). *Al'usul fi altanazue alduwlii lilqawanini*. (1st ed.). Egypt: dar alnahdat alearabiati, pp. 1104- 1105.