



كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962

الحماية القانونية لمتلقي الفرنشيز في التشريع الجزائري

أطروحة للحصول على شهادة دكتوراه في العلوم

تخصص: حقوق. فرع: قانون الأعمال.

تحت إشراف الأستاذ:

– بودالي محمد.

تقدم وتناقش علنا من طرف الطالب:

– مسلم الطاهر.

أمام لجنة المناقشة

الصفة	جامعة الإنتماء	الرتبة	الأستاذ
رئيسا	جامعة جيلالي ليابس بسيدي بلعباس	أستاذ محاضر "أ"	براسي محمد
مشرفا ومقررا	جامعة جيلالي ليابس بسيدي بلعباس	أستاذ التعليم العالي	بودالي محمد
عضوا مناقشا	جامعة الدكتور مولاي الطاهر بسعيدة	أستاذ محاضر "أ"	عثماني عبد الرحمن
عضوا مناقشا	جامعة الجيلالي بونعامه بخميس مليانة	أستاذ محاضر "أ"	سردو محمود

العنوان: "الحماية القانونية لمتلقي الفرنشيز في التشريع الجزائري"

الملخص:

يسعى أصحاب رؤوس الأموال الجزائريين إلى استثمار أموالهم في مشاريع ناجحة، سواء في مجال الصناعة أو الخدمات أو الفلاحة، ويكون ذلك بابتكار مشاريع من الصفر، وهذا يتطلب بذل جهد ومال ووقت، مما يجعل المستثمر يلجأ إلى اقتصار الجهد والوقت وتوفير المال من خلال انضمامه إلى مشاريع معروفة وناجحة بطلب ترخيص من أصحابها، ومن أشهر هذه التراخيص عقد الفرنشيز، الذي يكون فيه المانح هو صاحب المشروع الناجح الذي يمتلك القوة الاقتصادية والمعرفة الفنية والقانونية، ويكون فيه المتلقي هو المستثمر الجزائري الذي يطمح للحصول على المعرفة الفنية التي يملكها المانح والشهرة التجارية التي تتمتع بها علامته، وهذا وضع قد يستغله المانح في فرض شروط على المستثمر الجزائري يختل بها التوازن العقدي بينهما، لذا كان المتلقي في حاجة لحماية قانونية، قد توفرها له النصوص القانونية الخاصة والعمامة.

كلمات مفتاحية: عقدالفرنشيز، المانح ، المتلقي، الحماية القانونية.

Title: « Legal protection of the franchisee in Algerian law»

Abstract:

Algerian investors want to invest their money in successful projects, whether in the field of industry, services, or agriculture, by creating projects from scratch, and this requires efforts, money and time, which makes the investor resort to reducing effort, time and saving money by joining the known And successful projects, by requesting a license from its owners, and from these licenses is the franchise contract, in which the franchisor is the owner of the successful project that enjoys economic strength and technical and legal knowledge and the franchisee is the Algerian investor, and he is aspires to obtaining the know how that the franchisor possesses and the commercial fame enjoyed by his mark, This situation that the franchisor may exploit to impose conditions on the Algerian investor, These conditions may destabilize the contractual balance between them, so the franchisee needed legal protection that might be provided by legal texts.

Keywords: franchise contract, franchisor, franchisee, legal protection.

Intitulé: « la Protection juridique du franchisé dans la legislation algérienne»

Résumé:

Les investisseurs algériens veulent investor leur argent dans des projets réussis, que ce soit dans le domaine de l'industrie, les services ou l'agriculture, en créant des projets à zéro, ce qui nécessite des efforts, des dépenses et du temps, cela oblige l'investisseur à réduire ses efforts, son temps et faire des économies de l'argent en rejoignant les projets connus et réussis, en demandant une licence à ses propriétaires, et le meilleur exemple de ces licences, c'est le contrat de franchise, dans lequel le franchiseur est le propriétaire du projet réussi qui possède une force économique et de connaissances techniques et juridiques et le franchise est l'investisseur algérien, qui veut obtenir le savoir-faire de le franchiseur et la renommée commerciale de sa marque, Cette situation que le franchiseur peut exploiter pour imposer des conditions à l'investisseur algérien, Ces conditions peuvent déstabiliser l'équilibre contractuel entre eux, de sorte que le franchisé a besoin d'une protection juridique qui pourrait être fournie par des textes juridiques.

Mots-clés: contrat de franchise, franchiseur, franchisé, protection juridique.

شكر.

قال تعالى: ﴿ وَلَقَدْ آتَيْنَا لُقْمَانَ الْحِكْمَةَ أَنْ اشْكُرْ لِلَّهِ وَمَنْ يَشْكُرْ فَإِنَّمَا يَشْكُرُ لِنَفْسِهِ وَمَنْ كَفَرَ فَإِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ حَمِيدٌ ﴾ [لقمان: 12].

وقال تعالى: ﴿ وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ أَنْ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ ﴾ [لقمان: 14].

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا يشكر الله من لا يشكر الناس".

إذا كان شكري نعمة الله نعمة * عليّ له في مثلها يجب الشكر

فكيف بلوغ الشكر إلا بفضلها * وإن طالت الأيام واتصل العمر

إذا عم بالسراء عم سرورها * وإن خص بالضراء أعقبها الأجر

فالحمد والشكر لله كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، الذي وفقني إلى إتمام هذا العمل، وأجزل عليّ النعم التي لن أحصي لفردتها عدا، والشكر لأمي وأبي اللذين تحملا التعب والنصب لأرتاح، وسهرا لأنام، وتضرعا لله ليوفقني في أمور ديني ودنياي، فبارك اللهم في عمريهما، وتقبل دعاءهما، واجعلهما من سكان الفردوس الأعلى.

ثم الشكر لكل من كان له فضل عليّ من أهل بيتي، والشكر لكل من علمني ولو حرفا واحدا، والشكر لأستاذي الفاضل بودالي محمد الذي قبل الإشراف على هذا العمل، وصبر عليّ صبر الأب على ابنه، وإنه لشرف لي كبير أن أطرنى في كتابة هذه الرسالة، والشكر لأعضاء اللجنة الموقرة لقبولهم مناقشة عملي، ولي الشرف العظيم أن يمحس دكاترة بمقامهم عملي المتواضع هذا.

مقدمة

ظهر عقد ترخيص استغلال المعرفة الفنية وغيرها من عناصر الملكية الفكرية الأخرى في الولايات المتحدة الأمريكية تحت اسم "Franchising" وكان ذلك إعادة لصياغة الكلمة الفرنسية "Affranchir"⁽¹⁾ أو "Franc" التي تعني الانعتاق من العبودية⁽²⁾.

انتشر هذا العقد بشكل واسع وسريع في كل دول العالم لما له من أهمية بالغة لطرفيه، فهو يضمن للمانح انتشارا أوسع لعلامته ويضمن للمتلقي الاستثمار في مشروع ناجح تحت علامة مشهورة، ولديها شريحة واسعة من الزبائن.

احتفظ هذا العقد بنفس التسمية التي أعطيت له في كثير من اللغات غير أن الفقهاء والمترجمين العرب لم يتفقوا على كلمة واحدة موحدة لهذا العقد، وليس هذا بالأمر الغريب، فحتى في فرنسا أطلقت عليه تسميتين وهما "Franchisage" التي جاءت بموجب القرار الوزاري الصادر بتاريخ 29 نوفمبر 1973 الذي أعطى ترجمة لكلمة "Franchising" الأنجلوسكسونية، وتسمية "Franchise" التي يفضل رجال الأعمال استخدامها⁽³⁾.

ترجم بعض الفقهاء العرب عقد الفرنشيز ترجمة لغوية، وهذا أمر لا يستقيم عادة مع المصطلحات التقنية، فوجد الدكتورة سميحة القليوبي تسمية عقد السماح، وترجمته الدكتورة فرحة زراوي صالح بعقد الإعفاء⁽⁴⁾، وهو ما نجده عند الرجوع إلى القاموس القانوني الذي يترجم "Franchise" بالإعفاء⁽⁵⁾، غير أن مصطلح السماح قد يشمل عدة عقود أخرى يكون محلها هو السماح لمتعاقد آخر باستغلال العلامة التجارية أو براءة الاختراع، كما أن الإعفاء يصلح لاستعماله في المناطق الاقتصادية الحرة التي يعفى المستثمر فيها من الضرائب.

(1) Steven FINLEY – antitrust aspects of franchising in the United states and Canada – thèse – Mcgill university – Montreal – Canada – 1974 – p1.

(2) François LUC SIMON – théorie et pratique du droit de la franchise – Delta – Liban – 2009 – p6.

(3) Philippe LE TOURNEA – le franchisage – 4^{em} édition – Economica – paris – 1994 – p5.

(4) د/ زراوي صالح فرحة – الكامل في القانون التجاري الجزائري، الحقوق الفكرية، حقوق الملكية الصناعية والتجارية – حقوق الملكية الأدبية والفنية – ابن خلدون – الجزائر – 2006 – ص252.

(5) R.TERKI et M.CABBABE – lexique juridique français arabe suivi de formulaire judiciaire – 3^{em} édition – SNED – Alger – 1982 – P138.

ترجم فقهاء آخرون عقد الفرنشيز بعقد الامتياز التجاري ومنهم الدكتور ياسر سيد الحديدي، ولتمييزه عن ما يسمى بالفرنسية "la concession" أطلق على هذا الأخير اسم الالتزام التجاري⁽¹⁾، وأخذ بهذه التسمية صالح عبد الكريم إبراهيم السعودي⁽²⁾، والدكتور ماجد عمار⁽³⁾، والباحث يوسف جيلالي⁽⁴⁾، والدكتور محمد محسن إبراهيم النجار، وإن كان هذا الأخير لم يؤيد هذا التعريب، وبرر استعماله عنوانا لكتابه بعدم وجود ترجمة عربية متفق عليها لمصطلح "الفرنشيز"⁽⁵⁾، غير أن عقد الامتياز التجاري يقابله بالفرنسية "contra de concession"، وهذا ما نجده في المواد 2 و6 من المرسوم التنفيذي رقم 390/07⁽⁶⁾.

والفرق شاسع بين العقدين، فالامتياز التجاري عقد يتم بين مالك العلامة الذي يلتزم بعدم البيع لغير المرخص له، على إقليم معين مع التزام الأخير في المقابل بتوزيع السلع المرخص بها فقط مع احترام السياسة التجارية التي يضعها المرخص، أما عن تسمية هذا العقد بعقد التوزيع الحصري أو الامتياز الحصري فهي غير صحيحة لأن الحصرية البسيطة أو المتبادلة تمثل جوهر عقد الامتياز التجاري وبالتالي فلا حاجة لوصفه بها⁽⁷⁾.

يعرف عقد الفرنشيز - على خلاف هذا - على أنه وسيلة عقدية للتعاون فيما بين المشروعات المستقلة، التي تعتمد على نقل المعارف الفنية والتجارية وما يرتبط بها من حقوق الملكية الفكرية والصناعية إلى جانب المساعدة التقنية من المانح للمتلقي، لممارسة نشاطه وفقا لمعايير وشروط يضعها المانح⁽⁸⁾، ويلتزم المتلقي من جانبه بأن يدفع مقابل الدخول إلى شبكة الفرنشيز مبلغا جزافيا، إلى جانب دفع أقساط دورية قد تحسب على أساس رقم الأعمال الذي

(1) د/ ياسر سيد الحديدي - النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري - دار الفكر العربي - مصر - 2006 - ص39.

(2) صالح عبد الكريم إبراهيم السعودي - عقد الامتياز التجاري دراسة فقهية تطبيقية - مكتبة القانون والاقتصاد - الرياض - 2013.

(3) د/ ماجد عمار - عقد الامتياز التجاري - دار النهضة العربية - مصر - 1992.

(4) يوسف جيلالي - النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري (دراسة مقارنة) - أطروحة دكتوراه - جامعة وهران - 2012.

(5) د/ محمد محسن إبراهيم النجار - عقد الامتياز التجاري، دراسة في نقل المعارف الفنية - دار الجامعة الجديدة للنشر - مصر - 2001 - ص341.

(6) مرسوم تنفيذي رقم 390/07 الذي يحدد شروط وكيفيات ممارسة نشاط تسويق السيارات الجديدة - الصادر بتاريخ 12 ديسمبر 2012 - الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 78 - الصادرة بتاريخ 12 ديسمبر 2007.

(7) François COLLART DUTILLEUL et Philippe DELEBEQUE - contrats civils et commerciaux - 5^{em} édition - Dalloz - Paris - 2001 - p845.

(8) د/ ياسر سيد الحديدي - مرجع سابق - ص24.

يحققه خلال مدة زمنية معينة، إضافة إلى وجوب المحافظة على سرية المعرفة الفنية وغيرها من الالتزامات⁽¹⁾.

يتضح من هذا أن عقد الفرنشيز يختلف عن عقد الامتياز التجاري من ناحيتين، إذ يختلف محل كل من العقدین، فمحل عقد الامتياز التجاري هو مجرد تسويق السلع، في حين محل عقد الفرنشيز هو السماح بإعادة بعث طريقة تسويق أصيلة وفعالة التي يمكن أن تطبق على إنتاج السلع وتسويق الخدمات، هذه الطريقة التسويقية المختبرة من طرف المانح هي محل عقد الفرنشيز، كما يلحظ أن المانح قد يكون هو نفسه موزعا في حين يكون المرخص في عقد الامتياز التجاري صانعا فقط، كما تختلف التزامات كل من مانح الفرنشيز ومرخص عقد الامتياز التجاري، فالمانح في عقد الفرنشيز ملزم بالترخيص بالمعرفة الفنية وتقديم المساعدة التقنية طيلة مدة العقد، ويلزم المتلقي بدفع مقابل الدخول إلى شبكة المانح، إضافة إلى دفع أتاوى دورية مقابل استغلال عناصر الملكية الفكرية للمانح هذه الالتزامات المالية لا يتحملها الملتزم في عقد الامتياز التجاري⁽²⁾.

تفاديا لهذا النقد ذهب آخرون إلى ترجمة الفرنشيز بعقد تسويق الشهرة التجارية ومنهم: الدكتور هاني دويدار⁽³⁾، والأستاذ سمير عبد السميع الأودن⁽⁴⁾، غير أن هذه التسمية قد توحى بأن عقد الفرنشيز يقتصر على التوزيع، في حين نجده يحتوي إلى جانب عقد فرنشيز التوزيع كل من الفرنشيز الصناعي والفرنشيز الخدماتي وغيرها.

ترجم الدكتور مصطفى سلمان حبيب عقد الفرنشيز بالترخيص الامتيازي⁽⁵⁾، وهي تسمية قريبة من تلك التي أخذ بها بلعزام مبروك في أطروحة الدكتوراه التي قدمها تحت عنوان عقد

(1) François COLLAR DUTILLEUL et Philippe DELEBECQUE – op.cit – p868.

(2) Philippe LE TOURNEAU – la concession exclusive – Economica – Paris – 2004 – p14.

(3) د/ محمد محسن إبراهيم النجار – مرجع سابق – ص341.

(4) د/ سمير عبد السميع الأودن – تسويق الشهرة التجارية (الفرنشيز) ودور التحكيم في منازعاتها – منشأة المعارف – مصر – 2009.

(5) د/ مصطفى سلمان حبيب – الاستثمار في الترخيص الامتيازي (الفرنشايز) – دار الثقافة – الأردن – 2009.

الترخيص التجاري⁽¹⁾، ولا يخفى الغموض الذي يشوب هذه التسمية، إذ تجعل العقد يشتهر بغيره من عقود ترخيص العلامة التجارية وبراءات الاختراع، وبعقد الامتياز التجاري.

وترجمه الدكتور ساسان رشيد بالترخيص باستغلال واستعمال العلامة التجارية⁽²⁾، وهي تسمية أخذ بها الدكتور محمودي مسعود⁽³⁾، وإن كان عقد الفرنشيز لا يقتصر على الترخيص باستغلال واستعمال العلامة فحسب، وإنما يمتد ليشمل الترخيص بباقي عناصر الملكية الفكرية الأخرى.

في حين نجد الدكتور عمر سعد الله جمع بين تسميتي الفرنشيز والامتياز التجاري⁽⁴⁾، وإن كان الامتياز التجاري يقابله بالفرنسية "la concession" وهو ما نجده عند الرجوع إلى القاموس القانوني الذي يترجم "la concession" بالالتزام أو الامتياز⁽⁵⁾.

اعتمد فريق آخر من الفقهاء نفس الكلمة الفرنسية بحروف عربية أي "الفرنشيز"، ومنهم الدكتور نعيم مغيب الذي برر هذه الترجمة بعدم وجود كلمة عربية تعطي نفس المعنى لكلمة "Franchising"، وأنه لا يجد حرجاً في استعمال نفس الكلمة بحروف عربية، قياساً على الراديو، والتلفزيون، والفلسفة، والأيدولوجيا، والتكنولوجيا، والإلكترونية وغيرها كثير، ولتبرير موقفه يقول بأنه إذا أوجدنا كلمة عربية لترجمتها من اللغة الأجنبية ينبغي حينئذ تعريف وتفسير الكلمة العربية المعتمدة، ولاقتصاد الجهد في كل ذلك احتفظ بنفس التسمية⁽⁶⁾ التي تبناها كتاب آخرون⁽⁷⁾.

(1) بلعزام مبروك - عقد الترخيص التجاري (دراسة مقارنة) - أطروحة دكتوراه - الجزائر - 2016.

(2) د/ ساسان رشيد - عقد التوزيع بترخيص استعمال العلامة التجارية (عقد الفرانشايز) محاولة للتأصيل - دار النهضة العربية - القاهرة - 2013.

(3) د/ محمودي مسعود - أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - 2006 - ص 183.

(4) د/ عمر سعد الله - قانون التجارة الدولية - النظرية المعاصرة - دار هومة - الجزائر - 2007 - ص 203.

(5) R.TERKI et M.CABBABE - op.cit - P60.

(6) د/ نعيم مغيب - الفرنشيز، دراسة في القانون المقارن - الحلبي الحقوقية - لبنان - الطبعة 2 - 2009 - ص 19.

(7) سبيل جلول - عقد الفرانشيز، موجبات الفرقاء - الحلبي الحقوقية - لبنان - 2001؛ د/ عبد المنعم زمزم - عقود الفرانشيز بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية - دار النهضة العربية - القاهرة - 2011؛ د/ لبنى عمر مسقاوي - عقد الفرانشايز دراسة على ضوء الفقه والاجتهاد والعقد النموذجي المعتمد في غرفة التجارة الدولية - المؤسسة الحديثة للكتاب - لبنان - 2012؛ حسن محمد حمدان - الحماية القانونية للفرانشيزي، دراسة مقارنة - الحلبي الحقوقية - لبنان - 2009.

اخترت نفس التسمية عنوانا لبحثي هذا للتبريرات التي سبق ذكرها، من أجل دراسة عقد يعتبر من أحدث وأهم عقود نقل التكنولوجيا وأكثرها انتشارا، وما زادني شغفا بدراسة هذا العقد هو العمل به في الجزائر من وقت ليس بقريب، ووجود فدرالية للفرنشيز في الجزائر ومشروع قانون ينظم هذا العقد اقترحتة الحكومة عام 2009 ولازال لم يصدر إلى يومنا هذا، ومما يزيد أهمية البحث في هذا الموضوع هو اتجاه الدولة الجزائرية في السنوات الأخيرة إلى إيجاد بديل عن البترول الذي يشهد سوقه تذبذبا أثر بشكل ملحوظ على الاقتصاد الجزائري.

اتجهت الحكومات الجزائرية منذ بداية أزمة انخفاض الأسعار الأخير إلى تقوية قطاعات أخرى تغنيها عن الربيع البترولي وتحرر الاقتصاد الوطني من التبعية للنفط، ومن أهم هذه القطاعات السياحة والفلاحة والصناعة، وإن كان القطاعان الأولان تملك فيهما الجزائر خبرة كافية ويمكنها تطويرهما حتى دون حاجة إلى خبرات أجنبية، غير أنها تبقى تحتاج دائما في مجال الصناعة إلى الخبرة التي تمتلكها الدول المتقدمة.

يتم نقل الخبرة في المجال الصناعي عن طريق عقود نقل التكنولوجيا، مثل عقد المفتاح في اليد⁽¹⁾ وعقود تراخيص براءات الاختراع والعلامات التجارية، وعقد الفرنشيز الذي نحن بصدد دراسته، غير أن عدم تكافؤ القوة الاقتصادية لأطراف هذه العقود، واختلاف مصالحهم وأهدافهم قد يخل بالتوازن المالي لها، مما يحتم بحث سبل حفظ هذا التوازن.

تهدف الشركات المتحكمة في التكنولوجيا إلى توسيع أسواقها الداخلية والخارجية، وبسط هيمنتها على الدول، وتحقيق أكبر ربح ممكن، في حين يسعى مستورد التكنولوجيا إلى اكتساب المعرفة الفنية التي تؤهله للتحكم في التكنولوجيا الحديثة وتساعده على التحرر من التبعية لمالك التكنولوجيا، ويكون هذا المطلب أكثر إلحاحا لدى متلقي التكنولوجيا الذي ينتمي لدولة مثل الجزائر.

كثيرا ما لا يفلح مستورد التكنولوجيا في الأهداف التي يسطرها، خاصة أنه يجد نفسه خاضعا لشروط يضعها المانح ولا يقبل مناقشتها، وهي في الغالب تحقق مصالح الأخير، لما يتمتع به من قوة اقتصادية، ومعرفة فنية وقانونية واسعة تؤهله لتحقيق أكبر المكاسب على حساب المتلقي، الذي يجد نفسه مضطرا للإذعان لهذه الشروط، مدفوعا بحاجته الملحة إلى التكنولوجيا لاسيما إذا

(1) Philippe le Tourneau – op.cit – p. 22, 23.

كان في وضع مثل الذي تعانيه الجزائر اليوم في سعيها لإيجاد مخرج لها من أزمة اقتصادية سببها اعتمادها شبه التام على عائدات البترول.

عالجت تشريعات الدول هذا الاختلال في التوازن بين مصالح مورد التكنولوجيا ومستوردها بتنظيمها لعقود نقل التكنولوجيا، ومن ذلك تنظيمها لعقد الفرنشيز بقوانين خاصة به، أو بنصوص خاصة بصنف من العقود التي ينتمي إليها مثل عقود التوزيع أو عقود نقل التكنولوجيا.

كانت الولايات المتحدة الأمريكية سباقة في تنظيم عقد الفرنشيز في قانون الكشف الكلي الذي فرض مجموعة من الالتزامات على مانح الفرنشيز، وعلى رأسها واجب الإعلام، ممثلاً بذلك ضماناً لملتقى الفرنشيز، من أجل تفادي الاحتيال الذي وقع فيه الكثير من المتلقين منعدمي الخبرة، ولنفس السبب أصدرت فرنسا قانوناً ينظم عقود التوزيع، كما نظمت الكثير من الدول العربية عقود نقل التكنولوجيا، ومن ذلك قانوني التجارة المصري والفلسطيني، في حين لازال القانون الجزائري يخلو من أي نصوص قانونية خاصة بهذا العقد، إلا من المشروع المقترح في 2009 الذي لم يصدر بعد.

يدفعنا هذا الوضع إلى محاولة إيجاد القواعد القانونية التي قد تكفل التوازن في العلاقة العقدية بين مالك التكنولوجيا والمستثمر الجزائري الذي يسعى إلى جلب هذه التكنولوجيا، من أجل كسب معارف تقنية وفنية في هذا المجال، تكون كفيلة بتنمية الخبرة لدى اليد العاملة الجزائرية في مجال التصنيع، من أجل تحقيق سياسة الدولة الجزائرية في التحرر من التبعية للنفط، وإيجاد البدائل الاقتصادية، وتقليص حجم المواد المستوردة بتصنيعها محلياً، والعمل على تطويرها لتتماشى مع المعايير الدولية من أجل تصديرها.

لا تخلو القواعد القانونية من أحكام توفر حماية خاصة للطرف الضعيف في العلاقة العقدية، ومنها القواعد الواردة في القانون المدني الجزائري الذي تخضع له جميع العقود غير المسماة، وحتى العقود المسماة في ما لم يوجد فيه نص، إلى جانب نصوص خاصة مثل تلك التي تنظم المنافسة، والقوانين التي تحمي المستهلك والطرف المذعن في عقود الإذعان.

توفر هذه القواعد القانونية حماية للطرف الضعيف في جميع مراحل العقد وحتى في المراحل السابقة عليه، فنجد قواعد قانون حماية المستهلك تفرض على منتج السلعة أو مسوقها وعلى مقدم

الخدمة التزاما بالإعلام، وهو التزام يأتي في المرحلة السابقة للتعاقد، هذا الالتزام الذي يمكن استنتاجه من بعض قواعد القانون المدني مثل تلك المتعلقة بالتدليس أو بالعيوب الخفية.

أولى القانون المدني حماية خاصة للأهلية والرضا، من خلال حماية منعدم الأهلية وناقصها، واشترط في من ينوب هؤلاء شروطا صارمة في التصرف في أموالهم، بل إن من هذه الشروط ما يطبق حتى على من ينوب كامل الأهلية في التصرف من أجل حماية الأصيل، الذي يتحمل وحده الالتزامات الناتجة عن التصرفات التي يبرمها نائبه، كما تضمن القواعد المتعلقة بسلامة الرضا حماية المتعاقد ولو كان راشدا من كل عيب قد يشوب رضاه.

يمكن استنتاج حماية المتعاقد من القواعد التي تنظم المحل وحتى تلك التي تفرض شكلا معيناً لإبرام بعض العقود، وتلك التي تحمي الطرف المذعن من خلال إعطاء القاضي سلطة إعفائه من الشروط التعسفية الواردة في هذه العقود أو تعديلها بما يعيد التوازن للعلاقة العقدية، وتفسير الشك لمصلحته، ورفع الغبن عن كل متعاقد صارت التزاماته مرهقة بسبب ظروف طارئة أخلت بالتوازن الاقتصادي للعقد.

لا تنتهي الحماية القانونية للمتعاقد بمجرد إبرام العقد، بل تستمر هذه الحماية إلى مرحلة تنفيذه، وتظهر عند إنهاء العقد، لتمنع إنهاءه بالإرادة المنفردة لأحد طرفيه، خاصة إذا كان هذا العقد محدد المدة، وذلك من أجل تفادي أي إنهاء تعسفي للعقد قد يضر بالمتعاقد.

يستفيد بلا شك المتلقي من هذه الحماية التي توفرها القواعد القانونية في القانون المدني وفي غيره من القوانين التي تحمي الطرف الضعيف في العقد، لكن عقد الفرنشيز يتميز بطبيعة خاصة وأكثر تعقيدا من العقود الكلاسيكية المعروفة، مما يخلق شكاً في كفايتها لحماية المتلقي في عقود الفرنشيز، خاصة أنها ذات طبيعة مميزة، وتمر بثلاث مراحل هامة، تبدأ بمرحلة المفاوضات، التي تؤسس لهذا العقد وتحدد مصير المصالح المختلفة لأطرافه، وهي مرحلة لم ينظمها القانون الجزائري مما يترك فراغاً تشريعياً يصعب ملؤه، وهي على خلاف مرحلة انعقاد العقد وتنفيذه التي فصلها القانون المدني الجزائري، ليظهر الفراغ التشريعي مرة أخرى في المرحلة التي تلي انتهاء عقد الفرنشيز، وهي مرحلة تستمر فيها التزامات وحقوق أطراف هذا العقد على خلاف المعتاد في العقود.

ومن أجل إجلاء هذا الشك والبحث عن القواعد القانونية التي يمكن بها حفظ التوازن في عقود الفرنشيز، كان لابد من تقسيم هذا البحث إلى بايين، أخصص الأول منهما لدراسة حماية متلقي الفرنشيز في المرحلة التي تسبق الانطلاق الفعلي لمشروعه، وهي تشمل تكوين العقد وما يسبقه من مفاوضات، وأخصص الباب الثاني لدراسة الحماية القانونية للمتلقي في المرحلة التي تبدأ بالتطبيق الفعلي لمشروع الفرنشيز، وهي تشمل مرحلة تنفيذ العقد ومرحلة انتهائه وما يليها.

وتجدر الإشارة إلى أنه كان في المستطاع جمع المرحلة السابقة للتعاقد مع المرحلة التي تلي انتهاء عقد الفرنشيز، نظرا لوجود قواسم مشتركة بينهما، فكلتاها تندر القواعد القانونية التي تنظمهما، وتحكمهما في الأصل المسؤولية التقصيرية، ولا يكون المتلقي فيهما طرفا في عقد الفرنشيز، وعليه فمن الممكن أن يشمل الباب الأول على حماية متلقي الفرنشيز حال كونه متعاقدا، وفيها تكوين العقد وتنفيذه، وأن يشمل الباب الثاني حماية متلقي الفرنشيز خارج العقد، وفيها مرحلة المفاوضات والمرحلة التي تلي انتهاء هذا العقد، غير أن التسلسل المنطقي والزمني للعقد فرضا علينا جعل المفاوضات في مكان متقدم على تكوين العقد في هذا البحث.

وأيا كانت الخطة المختارة فإن كل باحث يتبع في بحثه منهجية معينة من أجل الوصول إلى مقصده من بحثه، ولأجل ذلك كان لابد من اتباع دراسة تحليلية للنصوص القانونية التي تهدف إلى حماية الطرف الضعيف في العقد، مع الاستعانة بما جادت به قريحة الفقهاء في هذا المجال، وتدعيم البحث بقرارات قضائية ما أمكن في بعض المواضع التي تتوافر فيها، وكل هذا حتى تكون هذه الدراسة معينة للمهتمين بشأن الاستثمار وعقود التكنولوجيا إلى جانب دراسات أخرى في مجال عقد الفرنشيز تم إيرادها في هذا البحث.

باب أول: حماية متلقي الفرنشيز في مرحلتي المفاوضات وتكوين العقد.

يعتبر المتلقي متعاقدًا منذ لحظة إبرام العقد إلى غاية انتهائه، ويتم العقد عند تطابق الإرادتين، اللتين تظهران من خلال التعبير المتمثل في الإيجاب والقبول، إلا أن عقد الفرنشيز كغيره من العقود التجارية الدولية كثيرا ما تسبقه مفاوضات طويلة وشاقة قبل أن يصدر الإيجاب الذي يظهر إرادة أحد طرفيه.

يصدر الإيجاب في الأصل من المانح في عقد الفرنشيز الذي يعتبر من عقود الإذعان كما سيأتي تفصيله لاحقا، وهي عقود ينفرد فيها الطرف القوي في العلاقة العقدية بوضع شروطه، التي يقوم بصياغتها في شكل عقد نموذجي يوجه إلى الجمهور، ولا يكون للمتلقي الذي يختار التعاقد معه إلا أن يقبل هذه الشروط جميعا ويدخل في شبكة الفرنشيز التي يديرها المانح، أو يرفض كل هذه الشروط أو بعضها ويبقى خارج الشبكة، ولا يكون له حق المساومة والمناقشة إلا في بعض الشروط التي تختلف من متلقي لآخر، بسبب اختلاف المنظومات التشريعية للدول، وكذا لاختلاف المناخ الاستثماري من منطقة لأخرى، واختلاف الميول الاستهلاكي من مجتمع لآخر.

يصدر الإيجاب في عقد الفرنشيز على شكل عقد نموذجي كما ذكر في الفقرة السابقة وهذا يقتضي أن يكون مكتوبا، إذ لا يمكن تصور عقد نموذجي في شكل شفهي، والكتابة - حسب المادة 60 من القانون المدني الجزائري - هي أحد طرق التعبير عن الإرادة، وتعطي أمانا أكبر للمتعاقدين، وتضمن حقوق أطرافها على نحو أفضل من التعبير الشفهي، وذلك لسهولة إثباتها، وهي تعتبر من أهم وسائل الإثبات وأقواها، وما ورد فيها لا يمكن إثبات عكسه إلا بالكتابة.

يكتب المانح الإيجاب الصادر منه إما في الشكل التقليدي، بأن يكون العقد النموذجي مضمنا في كتيبات أو نشرات أو غيرها من أشكال الكتابة على الورق، كما يمكن أن يكون الإيجاب في دعائم إلكترونية، مثل الأقراص المضغوطة أو الومضة وغيرها، وأكدت المادتين 323 مكرر و323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري على أن الكتابة الإلكترونية لا تختلف عن الكتابة على الورق، بل أصبحت الآن أكثر شيوعا منها لسهولة تداولها وإرسالها.

لكن السؤال المطروح هنا: متى ينتج هذا التعبير الصادر من المانح أثره؟، ومتى يصبح ملزما بالنسبة إليه؟، وهل يعتبر إيجابا أم مجرد دعوة إلى التعاقد أو التفاوض؟.

ينتج التعبير أثره حسب المادة 61 من القانون المدني الجزائري في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، والذي يوجه إليه الإيجاب قد يكون حاضرا أمام الموجب حقيقة أو حكما، إذ يجمع مجلس العقد المتعاقدين ولو كانا في دولتين مختلفتين إن أمكنهما الاتصال مباشرة بالهاتف مثلا أو السكايب أو غيرها من وسائل التواصل الحديثة، وقد يكون الشخص الذي يوجه إليه الإيجاب غائبا عن الموجب، ويختلف الوقت الذي ينتج فيه التعبير أثره حسب كل وضع، فإذا جمع الطرفان مجلس عقد ينتج الإيجاب أثره من وقت صدوره، أما إذا لم يجمعهما مجلس فينتج الإيجاب أثره من اليوم الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول الإيجاب قرينة بسيطة على العلم.

يقتضي إنتاج الإيجاب أثره أن يصبح ملزما لمن صدر منه، ويكون الإيجاب ملزما حسب المادة 63 من القانون المدني الجزائري إذا عين الموجب أجلا للقبول، وهذا ما يسمى بالأجل الصريح، وقد يكون الأجل ضمنا حسب نفس المادة إذا أمكن استخلاصه من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة، فإن انقضى الأجل أو تراجع الموجب قبل صدور القبول في حالة عدم وجود الأجل فإنه يصبح في حل من إيجابه، أما إذا جمع الطرفان مجلس عقد فإن الإيجاب يصبح غير ملزم لصاحبه إذا لم يصدر القبول فورا حسب المادة 64 من القانون المدني الجزائري، وإن كان هذا لا يمنع قيام العقد إذا صدر القبول قبل أن ينفذ مجلس العقد ما لم يوجد دليل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه قبل ذلك.

يستنتج من هذه المواد أن المانع يكون ملزما بالإيجاب الصادر منه خلال المدة التي يحددها للقبول أو التي يمكن استنتاجها من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة، لكن بالرجوع إلى الفقرات السابقة نجد التعبير عن الإرادة الذي يصدر من المانع يوجه إلى الجمهور في شكل عقد نموذجي، ويكون إيجابا إذا تضمن أركان العقد، وجميع الأمور الجوهرية فيه، ويرى الدكتور عبد الرزاق السنهوري بأن هذا لا يعتبر إيجابا إذا كان الشخص الذي وجه إليه التعبير محل اعتبار⁽¹⁾، وعقود الفرنشيز من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي كما سيتم بيانه لاحقا، فإذا أصبح الإيجاب باتا - وهذا لا يتم في عقود الفرنشيز غالبا إلا بعد مفاوضات - وصدر قبول مطابق له من المتلقي تم العقد.

(1) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام - الجزء 1 - دار إحياء التراث العربي - لبنان - دون سنة نشر - ص206.

ينعقد العقد بتطابق إرادتي المانح والمتلقي، ويصبح هذا الأخير طرفا في عقد الفرنشيز وتطبق عليه القواعد القانونية التي تنظم العقود جميعا الواردة في القانون المدني، لعدم تنظيم عقد الفرنشيز بقانون خاص، ولا يخفى على أحد ما تضمنته هذه القواعد من حماية للطرف الضعيف منذ تكوين العقد إلى غاية انتهائه، فاشتترطت بلوغ الشخص سنا معينة حتى يتمكن من إبرام العقود الدائرة بين النفع والضرر مثل عقد الفرنشيز، واشترطت سلامة عقل الشخص من الجنون والعتة، ووفرت حماية خاصة للسفيه وذي الغفلة، واشترطت سلامة الإرادة من العيوب حماية لرضا المتعاقد، وفرضت شكلا معيناً في بعض العقود لتبنيه أطرافها لخطورة التصرف الذي يقبلون عليه حماية لهم، كما اشتترطت في المحل شروطاً تمنع التغيرير والإضرار بالمتعاقد.

تبقى المرحلة السابقة للتعاقد خالية من أي تنظيم في القانون المدني الجزائري على خلاف مرحلة تكوين العقد، لذلك كان لا بد من اللجوء إلى بعض القوانين الخاصة والقوانين المقارنة من أجل إيجاد الحلول المناسبة، التي يمكن من خلالها توفير حماية للمتلقي في عقد الفرنشيز.

فصل أول: حماية متلقي الفرنشيز في مرحلة المفاوضات.

تسبق تكوين عقد الفرنشيز مرحلة مفاوضات يتدارس فيها المانح والمتلقي شروط العقد الذي يقدمان على إبرامه، ولم تنظم مرحلة المفاوضات في معظم القوانين، بما يتيح مجالاً واسعاً لأطرافها في تنظيمها، وحرية تامة في بدئها أو في عدم التفاوض، وهي مرحلة لا تحكمها سوى بعض المبادئ التي جاء بها القضاء، لكن يلحظ أن بعض الدول التي نظمت عقد الفرنشيز قد فرضت بعض الالتزامات على أطراف المفاوضات في هذا العقد، مثل الالتزام بالإعلام وبحسن النية⁽¹⁾.

تحقق هذه الالتزامات بعض الحماية التي تضمن عدم الإضرار بمصالح المتلقي، خاصة إذا علمنا أن مرحلة المفاوضات لا يمكن أن تطبق عليها القواعد المقررة لحماية الشخص باعتباره طرفاً في العقد، ذلك أنها مرحلة سابقة عليه، ويختلف الأمر إذا عقد المانح والمتلقي ما يسمى بعقد المفاوضات، بحيث تكون حقوق والتزامات الطرفين محددة فيه، ومضمونة بتطبيق المسؤولية العقدية على كل من يخل بها، بترتيب جزاءات مدنية عليه، قد يحددها القانون، أو يتولى أطراف العقد

(1) Cyril GRIMALDI; Serge MERESSE; Olga ZAKHAROVA-RENAUD – droit de la franchise – Litec – Paris – 2010 – p89.

تحديدها، وقد يحكم بها القاضي أو المحكم في حال عدم اتفاقهما عليها، كما يمكن للقاضي أو المحكم أن يعدلا الجزاء المنصوص عليه في الاتفاق.

يتعدد الجزاء في المسؤولية المدنية، فقد يكون إجبارا على التنفيذ، أو دفعا بعدم التنفيذ، وأكثر الجزاءات المدنية تطبيقا هو التعويض، الذي يتفق أكثر مع مرحلة المفاوضات، فلو طبقنا الإجبار على التنفيذ في مرحلة المفاوضات فإن ذلك يقتضي حمل المفاوض على مواصلة المفاوضات، وهذا أمر يتعارض مع الحرية الشخصية ومع مبدأ سلطان الإرادة ثم إن المفاوضات يجب أن تقوم على التفاهم والليونة وهذه لن تتوفر لدى شخص يرفض التفاوض، كما يستبعد القول بجبر المفاوض على إبرام العقد النهائي لاستقلال مرحلة المفاوضات عن مرحلة التعاقد، غير أنه إذا ثبت وجود وعد بالتعاقد في مرحلة المفاوضات فيمكن للقاضي أن يحكم بالعقد النهائي إذا توافرت شروط الوعد بالتعاقد، ومن هنا يتضح أن أنسب طريقة لجبر الضرر في مرحلة المفاوضات هي التعويض بمقابل.

اختلف الفقه في أساس التعويض في مرحلة المفاوضات، فمنهم من قال بأنه يبنى على المسؤولية العقدية للمفاوض، ومنهم من قال أنه يبنى على المسؤولية التقصيرية ما دام العقد المتفاوض بشأنه لم ينعقد، واستثنوا من ذلك حالة إبرام الأطراف عقد تفاوض. ولتفصيل هذا كله سيحوي هذا الفصل ثلاثة مباحث لتحديد مفهوم المفاوضات، ومعرفة الالتزامات المفروضة على المانح فيها، ثم المسؤولية المترتبة على المانح في هذه المرحلة.

مبحث أول: مفهوم المفاوضات.

درج الفقهاء على عرض مفهوم مصطلح ما قبل البدء في الخوض فيه بالدراسة والتحصيص، وهو أمر بديهي تتطلبه المنهجية العلمية والطريقة السليمة لإيصال الفكرة إلى القارئ بكل يسر، ولن نحيد على هذا النهج، فسندرس في هذا المبحث مفهوم المفاوضات، لأن ما كان من السوي أن نتكلم عن التزامات المانح في مرحلة المفاوضات وعن المسؤولية المترتبة على عاتقه دون أن نعرف معنى المفاوضة.

يتطلب توضيح معنى المفاوضة تعريفها من أجل تمييزها عما قد يشتبه بها من مصطلحات مثل شرط إعادة التفاوض، الذي يكون لاحقا على انعقاد العقد في حين تكون هي سابقة عليه، كما يؤدي تعريفها إلى استنتاج الخصائص التي تميزها عن العقد، ومعرفة أهميتها بالنسبة للأطراف

المفاوضة، التي تسعى إلى تحقيق أكبر المكاسب باتباع استراتيجيات تختلف من مفاوض لآخر، وتختلف من صفقة لأخرى بالنظر إلى طبيعة العقد المراد إبرامه والظروف المحيطة بالتفاوض، كما تختلف باختلاف الجهة التي يتبع لها المفاوض، فإستراتيجية المتفاوض باسم شركة كبرى تسعى إلى بسط نفوذها على أسواق جديدة بنشر علامتها التجارية ليست كإستراتيجية المتفاوض باسم شركة تسعى إلى الحصول على ترخيص باستغلال هذه العلامة.

مطلب أول: تعريف المفاوضات وتحديد خصائصها.

تستخدم المفاوضات في العلوم السياسية كما تستعمل في العلوم القانونية، وهي تستعمل في مجال القانون الدولي العام، مثل المفاوضات التي تجري بين الدول لأجل تسوية النزاعات القائمة بينها، كما تستخدم في مجال العقود أيا كانت أطرافها، ومن ذلك المفاوضات التي تمهد لإبرام الصفقات التجارية، ولما اختلفت استخدامات المفاوضات كان لابد من تعريفها لتحديد معناها.

يؤدي تعريف المفاوضات التي تمهد للعقد إلى تمييزها عن غيرها من أنواع المفاوضات الأخرى، ويبرز خصائصها التي تظهر اختلافها عن مرحلة التعاقد، فرغم خضوعها مثل العقد لمبدأ سلطان الإرادة إلا أنها لا ترتب التزامات وحقوقا عقدية إلا إذا نظمت باتفاق خاص، وهي مرحلة تقارب وجهات نظر الطرفين من أجل إبرام صفقة تحقق مصالح كل منهما.

فرع أول: تعريف المفاوضات.

اختلف الفقهاء في تعريف المفاوضات بحسب منظور كل واحد منهم، وباختلاف المجال الذي تستعمل فيه، فنجد منهم من أعطاها تعريفا عاما يشمل كل أنواع المفاوضات، ومنهم من جاء تعريفه سياسيا، ومنهم من عرفها باعتبارها مرحلة سابقة لإبرام العقد، ولذلك سنقوم في هذا الفرع بعرض التعريف الفقهي للمفاوضات بعد معرفة معناها اللغوي.

أولا تعريف المفاوضات في اللغة.

تستخدم المفاوضة أو التفاوض في معنيين أحدهما يدور حول المشاركة أو الشركة، ويدور المعنى الآخر حول المجارات والمحادثة والحوار، وتقتض المفاوضة في اللغة المشادة وتبادل الرأي، وتمحيصه بغرض الوصول إلى اتفاق، فالمفاوضة تبنى على المشاكلة بين طرفين أو أكثر،

يقف فيها الأطراف على قدم المساواة، فإذا انعدمت هذه المساواة فلا مفاوضة، بل استسلام لرغبة طرف واستجابة لأوامره⁽¹⁾.

والمفاوضة في اللغة، هي المساواة والمشاركة، وهي مفاعلة من التفويض كأن كل واحد منهما، رد ما عنده إلى صاحبه. وتفاوضوا في الحديث أخذوا فيه. وتفاوض القوم في الأمر أي فاض فيه بعضهم بعضاً⁽²⁾.

ثانياً: تعريف المفاوضات في الاصطلاح.

عرفت الموسوعة الدولية للعلوم الاجتماعية المفاوضات بأنها شكل من أشكال التفاعل، تحاول فيه الحكومات والأفراد أو المنظمات إدارة بعض مصالحهم المتصارعة، أو هي عملية صريحة تتعلق بمشروعات أو مقترحات ومقترحات مضادة⁽³⁾.

والتفاوض عند فقهاء العلوم السياسية هو عملية مختلطة ثنائية أو متعددة الأطراف، يراد منها إيجاد حل للقضايا الخلافية أو التوصل إلى اتفاق يرضي جميع الأطراف، ويتم ذلك عن طريق تحويل قيم أو ابتكار قيم جديدة في ظل تحكم المتغيرات الفردية، والداخلية والدولية، وفي ظل وجود مؤسسات وطنية ودولية تساعد وتساهم في رسم وإدارة وتنفيذ العمليات التفاوضية والاتفاقيات المنبثقة عنها⁽⁴⁾.

أما التفاوض على العقد فهو تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية والتجارية بين الأطراف المتفاوضة، من أجل التعرف على الصفة المزمع عقدها، والتعرف

(1) عميش حمزة عبد الرحمان - المفاوضات والمعاهدات، دراسة مقارنة بين التشريع الإسلامي والقانون الدولي، العهدة العمرية ومعاودة الرملة أنموذجاً - مذكرة ماجستير - منشورات مركز أبحاث فقه المعاملات الإسلامية - 2016 - ص19.

(2) د/ علي أحمد صالح - المفاوضات في العقود التجارية الدولية - دار هومة - الجزائر - 2012 - ص47.

(3) د/ أحمد عبد الكريم سلامة - النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية - الدليل الإلكتروني للقانون العربي www.arablawninfo.com - ص20؛ د/ أحمد عبد الكريم سلامة - قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، قانون

الإرادة وأزمته - دار النهضة العربية - القاهرة - بدون سنة نشر - ص61.

(4) راقي عبد الله - مقارنة المفاوضات الدولية، نحو تصميم إطار تحليلي متكامل - أطروحة دكتوراه - جامعة الحاج لخضر بباتنة - 2009 - ص19.

على ما سيسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات تقع على عاتق الطرفين، وتحري أفضل الصيغ القانونية التي تحقق مصالح كل طرف في المفاوضات⁽¹⁾.

عرف جانب من الفقه التفاوض بأنه قيام أطراف العقد المقرر التوصل إلى إبرامه بتبادل وجهات النظر والمشاورات والمقترحات والدراسات والتقارير الفنية والاستشارية القانونية، وذلك من أجل حسم الخلافات والتوصل إلى إبرام العقد النهائي، وتحديد الحقوق والتزامات، سواء ما تعلق منها بتنظيم المفاوضات نفسها أو العقد المزمع إبرامه⁽²⁾.

والمفاوضة بمفهومها الواسع هي عملية اتصال بين شخصين أو أكثر يدرسون فيها البدائل للتوصل إلى حلول مقبولة لديهم، أو بلوغ أهداف مرضية لهم، فهو موقف يتبارى فيه تعبيرياً طرفان أو أكثر من خلال مجموعة من العمليات لا تخضع لشروط محددة سلفاً حول موضوع من المواضيع المشتركة، يتم فيها عرض مطالب كل طرف وتبادل الآراء وتقريب وجهات النظر، باللجوء إلى كافة أساليب الإقناع المتاحة لكل طرف، لحمل الطرف الآخر على قبول الاقتراحات التي يقدمها، وتنتهي هذه المفاوضات غالباً باتفاق تتبادل بموجبه الأطراف المواد المطلوبة، ويعتبر أفضل بكثير للطرفين من الاتفاق الذي لا تسبقه مفاوضات بشأن بنوده⁽³⁾.

ولابد من الإشارة إلى الاختلاف بين مفهوم المفاوضات وشرط إعادة التفاوض، فإن كان تعريف الأول كما سبق ذكره، فإن شرط إعادة التفاوض هو ذلك الشرط الذي يسمح للأطراف بإعادة تنظيم العقد الذي يربطهما، في حالة حدوث تغيرات في المعطيات الأولية للعقد التي تم

(1) د/ حمدي محمود بارود - القيمة القانونية للاتفاقيات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية - مجلة الجامعة الإسلامية - جامعة الأزهر بغزة - المجلد 13 - العدد 2 - 2005 - ص127؛ نبيل إسماعيل الشبلاق - الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد (دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا) - مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية - جامعة دمشق - المجلد 29 - العدد 2 - 2013 - ص308.

(2) د/ حسان علي مسلم الطائي - دور الإرادة في مرحلة المفاوضات العقدية - مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية - جامعة كركوك بالعراق - المجلد 5 - العدد 16 - 2016 - ص601؛

Claire POITEVIN - L'avant-contrat en droit des contrats d'auteur - thèse - université d'Avignon - 2011 - p45.

(3) د/ أم كلثوم صبيح محمد - المفاوضات الممهدة للتعاقد، ماهيتها وأحكامها، دراسة مقارنة بين الواقع العملي والفراغ التشريعي - مجلة كلية الحقوق - جامعة النهدين - المجلد 16 - العدد 3 - 2014 - ص286.

الاتفاق على أساسها، بما من شأنه أن يغير التوازن الاقتصادي في هذا العقد إلى حد يجعل أحد الأطراف يتحمل إفسارا غير عادل⁽¹⁾.

يعتبر شرط إعادة التفاوض ترجمة اقتصادية للبحث عن العدالة في تنفيذ العقد، من خلال تحقيق توازن مالي لاحق لإبرام العقد، في حين التفاوض السابق على العقد يعتبر ترجمة قانونية تعبر عن توازن مالي سابق الوجود، ويدخل شرط إعادة التفاوض إلى حد كبير في إطار العدالة في حين يدخل التفاوض ما قبل العقد في دائرة القانون، حيث يسود المرحلة ما قبل التعاقدية مبدأ حسن النية بما يحققه من عدالة⁽²⁾، وما تقتضيه النزاهة والتعاون بين الأطراف المتفاوضة.

فرع ثاني: خصائص المفاوضات.

تتميز المفاوضات ببعض الخصائص التي تجعلها مختلفة عن مرحلة التعاقد، فهي لا تتم إلا بين شخصين أو أكثر، ولا يمكن أن يتصور تفاوض الشخص مع نفسه، في حين يجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه، كما لا يحاسب أطرافها على عدم الوصول إلى العقد النهائي لأنها تبنى على الاحتمال، إلا إذا ارتكب أحدهما خطأ أدى إلى تخلف النتيجة المرجوة منها، كما أنها مرحلة تسبق العقد وتمهد لإبرامه، ومع ذلك فإنها تلتقي مع العقد في كونها تصرفا إراديا إذ لا يجبر الشخص على الدخول في المفاوضات ولا على الاستمرار فيها.

أولا: المفاوضات تتم بين شخصين على الأقل.

لا يكون التفاوض على العقد إلا من خلال المناقشة وتبادل وجهات النظر والحوار، ولا يمكن تصور هذه المسائل إلا إذا وجد شخصين على الأقل، إذ لا يتصور حدوث تفاوض الشخص مع نفسه، على عكس ما هو الحال عليه في تعاقد الشخص مع نفسه⁽³⁾.

(1) مروك أحمد - شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية - أطروحة دكتوراه - جامعة الجزائر - 2015 - ص 134.

(2) د/ رشا علي الدين - سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد، دراسة مقارنة في ظل الأزمة المالية الراهنة - المؤتمر العالمي السنوي الثالث عشر المنعقد بقاعة السنهوري بكلية الحقوق جامعة المنصورة بين 1 2 أبريل 2009 تحت عنوان الجوانب القانونية والاقتصادية للأزمة المالية العالمية - ص 73.

(3) د/ وعود كاتب الأنباري - المفاوضات العقدية عبر الأنترنت - مجلة رسالة الحقوق - جامعة كربلاء - المجلد 1 - العدد 2 - 2009 - ص 201.

ثانيا: التفاوض تصرف إرادي.

لا تحدث عملية التفاوض إلا إذا اتجهت إرادة الأطراف إلى الدخول في التفاوض بهدف إبرام عقد ما، وتظل إرادة الطرفين حرة تماما طيلة مرحلة المفاوضات، ولو جمعهما عقد تفاوض فكما كان لكل طرف الحرية في دخول المفاوضات تبقى له الحرية في الاستمرار فيها أو الانسحاب منها ولو في آخر لحظة، عملا بمبدأ حرية العملية التفاوضية⁽¹⁾.

ثالثا: قيام المفاوضات على عنصر الاحتمال.

سبق القول أنه لا يشترط الوصول بالمفاوضات إلى نهايتها وإبرام العقد النهائي ولو كان بين المتفاوضين عقد للتفاوض، إذ يبقى كل متفاوض غير متأكد من أن المفاوضات تنتهي بإبرام العقد، إذ قد تصل إلى طريق مسدود، فيعدل الطرفان عنها دون التوصل إلى اتفاق بشأن العقد الذي كانا يتفاوضان على بنوده⁽²⁾.

ومادام التفاوض على العقد ذو نتيجة احتمالية إذ لا يؤدي بالضرورة إلى إبرام العقد⁽³⁾، فلا بد من مراعاة عدم الإضرار بحقوق الغير الذين اعتقدوا بحسن النية في تعلق الأمر بعقد نهائي، خاصة إذا كان بين الطرفين عقد على التفاوض⁽⁴⁾، وكان هذا العقد شكليا إذا كان التفاوض بشأن عقد شكلي⁽⁵⁾.

رابعا: قيام عملية التفاوض على العروض المتبادلة.

تقوم المفاوضات على الأخذ والعطاء، وتبادل المقترحات والعروض، ويقوم كل طرف بتقديم تنازلات من جانبه، وتعديل الشروط التي جاء بها من أجل التوصل إلى توازن بين المصالح المتعارضة للطرفين⁽⁶⁾، والوصول إلى تصور مشترك لكل المسائل التي تمت مناقشتها، وبالتالي

(1) د/ إيناس مكي عبد نصار - التفاوض الإلكتروني، دراسة مقارنة في ظل بعض التشريعات العربية المعاصرة - مجلة جامعة بابل - المجلد 21 - العدد 3 - 2013 - ص 950.

(2) د/ حسان علي مسلم الطائي - مرجع سابق - ص 604.

(3) د/ وعود كاتب الأنباري - مرجع سابق - ص 201.

(4) د/ أم كلثوم صبيح محمد - مرجع سابق - ص 288.

(5) د/ عبد الله عبد الأمير طه الشمري - فكرة عقد المفاوضة - مجلة كربلاء العلمية - جامعة كربلاء - العدد 4 - 2008 - ص 24.

(6) د/ وعود كاتب الأنباري - مرجع سابق - ص 201.

التوصل إلى صياغة مشروع عقد يعتبر بمثابة إيجاب مشترك نابع عن إرادة الطرفين المتفاوضين معا⁽¹⁾.

خامسا: المفاوضة مرحلة تمهيدية.

تهدف المفاوضات إلى الإعداد والتحضير لإبرام العقد النهائي، وإن كان التفاوض لا يلزم الطرفين فإنه يهدف في النهاية إلى إبرام العقد، بعدما قام الطرفان بالتمهيد له من خلال التوصل إلى اتفاقات مرحلية، تقود المفاوضات إلى بلورتها في اتفاق نهائي⁽²⁾.

لذلك تختلف المفاوضات عن الإيجاب الذي يعتبر إرادة أعلن عنها صاحبها وضمنها عناصر العقد الأساسية، وهو الإيجاب البات والأخير، الذي إذا اقترن به القبول ينعد العقد، ولا يكون للموجب الرجوع عن إيجابه إلى غاية صدور القبول أو الرفض من الطرف الذي وجه إليه الإيجاب، إذا كان الإيجاب ملزما كأن يحدد الموجب مدة لصدور القبول فيها⁽³⁾.

فرع ثالث: الاتفاقات التي تتخلل مرحلة المفاوضات.

تمهد مرحلة المفاوضات للعقد الذي تسبقه لذلك كثيرا ما تمر بمراحل تصحب كل واحدة منها اتفاقات تلخص ما وصل إليه المتفاوضان، فتبدأ بدعوة يوجهها شخص إلى آخر أو إلى مجموعة غير محددة من الأشخاص من أجل التفاوض على إبرام صفقة معينة، فإذا قبل الطرف الثاني اتفقا على مبدأ التفاوض، ثم إذا تعرف كل واحد منهما على الآخر يتبادلان وعدا بالتعاقد أو بالتفضيل ليؤكدوا على جدية المفاوضات، ثم يكتب كل واحد منهما ما توصل إليه ويقدم طلباته في شكل مكتوب للطرف الثاني في ما يسمى بخطاب النوايا، الذي قد يكون النواة لاتفاق تمهيدي يحدد فيه الطرفان المسائل الجوهرية للعقد والتزامات وحقوق كل طرف.

أولاً: الدعوة إلى التفاوض.

تبدأ المفاوضات عادة بدعوة يوجهها أحد الأشخاص إلى آخر من أجل إبرام عقد ما، فيلبي الطرف المدعو إلى التفاوض هذه الدعوة أو لا يلبيها، إذ هذا أمر متروك لإرادته ولا إلزام عليه في

(1) د/ حسان علي مسلم الطائي - مرجع سابق - ص604.

(2) د/ وعود كاتب الأنباري - مرجع سابق - ص201؛ د/ حسان علي مسلم الطائي - مرجع سابق - ص606.

(3) د/ عبد الله عبد الأمير طه الشمري - مرجع سابق - ص24.

ذلك، كما يمكنه توجيه دعوة إلى الأول، وقد يتبادلان عدة دعوات للتفاوض، ومن هنا يتضح أن الدعوة إلى التفاوض هي عرض يوجهه شخص إلى شخص بعينه أو إلى الجمهور من أجل الدخول في مناقشات، بهدف الوصول إلى إبرام عقد معين⁽¹⁾.

ليست الدعوة إلى التفاوض ملزمة لمن وجهت إليه ولو كان شخصا معينا، لكن إذا أجاب أحد الدعوة إلى التفاوض طوعا ينتقل المتفاوضان إلى مرحلة أكثر تقدما من المفاوضات، من أجل التفاهم على كيفية سيرها، وهو ما يسمى بالاتفاق على مبدأ التفاوض.

ثانيا: الاتفاق على مبدأ التفاوض.

هو اتفاق يتعلق بتنظيم المفاوضات ذاتها، مثل مكان وزمان انطلاقها، وممثلي الأطراف فيها، واللغة المستعملة في التفاوض، والجهة التي يقع عليها تحمل مصاريف المفاوضات، وغالبا ما يتم الاتفاق على مبدأ التفاوض قبل بدأ المفاوضات أو في الجلسة الأولى منها، لذلك يعتبر اتفاقا إجرائيا محضا، تتطرق فيه أطراف المفاوضة إلى عموميات تخص محل المفاوضات ومكانها وزمانها، ومثال ذلك أن تتقابل الأطراف في الجولة الأولى من أجل أن يتعرف كل واحد منهما على الآخر، ويناقشا المسائل المتعلقة بالتعاقد المطلوب، من خلال عرض حاجة طالب التعاقد ومدى استطاعة الطرف الآخر تلبيةها، ثم يتفقان على زمان ومكان الجولة الثانية من المفاوضات⁽²⁾.

فإذا أبرم الطرفان عقدا للتفاوض وتعهدا فيه ببدء المفاوضات ومواصلتها وفقا لمنهجية معينة يتفقان عليها، أصبحا ملزمين بكافة الالتزامات الناشئة عن هذا العقد، الذي لا يعتبر مجرد اتفاق مطلق على التفاوض، بل هو يتجاوز ذلك بقبول الأطراف المتفاوضة تقييد حريتهم في التعاقد أو

(1) د/ سعد حسين عبد ملحم - التفاوض بالعقود عبر شبكة الأنترنت - مجلة كلية الحقوق - جامعة النهريين - الجلد 12 - العدد 8 - 2005 - ص25؛

Radu STANCU - l'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle
Comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen -
thèse - université de Strasbourg - 2015 - p19, 20.

(2) د/ حمدي محمود بارود - مرجع سابق - ص133.

رفضه، غير أن أطراف التفاوض لا تكون ملزمة بإبرام العقد النهائي الذي تدور المفاوضات حوله⁽¹⁾.

بعد انتهاء الجولة الأولى والاتفاق على مبدأ التفاوض، وتقدم الأطراف المتفاوضة في مناقشة بنود العقد المراد إبرامه، قد يقدم أحدهم إلى الآخر وعدا بإبرام العقد النهائي، وهو ما يسمى بالوعد بالتعاقد، الذي تناولته أحكام القانون المدني.

ثالثا: الوعد بالتعاقد.

يغلب بعد التقدم في مفاوضات عقود التجارة الدولية أن يعد أحد الأطراف الآخر بإبرام الصفقة معه، إذا رغب الطرف الثاني في ذلك خلال مدة معينة، وهو وعد بالتعاقد يتم عادة بعد أن يقطع أطراف المفاوضات شوطا أوليا في المناقشات والمساومات بينهم، وبعد أن يكون كل منهم على دراية كاملة بطلبات وإمكانيات الآخر⁽²⁾.

فالوعد بالتعاقد هو عقد يلتزم بمقتضاه الواعد بإبرام عقد آخر في المستقبل، مع الموعد له إذا ما أظهر هذا الأخير رغبته في التعاقد خلال مدة زمنية محددة، وهو عقد تام يستوجب توافر أركانه وشروط صحته من رضا صحيح ومحل وسبب وشكلية إن كان العقد النهائي شكليا، وقد يكون الوعد بالتعاقد ملزما لجانب واحد إذا صدر الوعد من أحد الطرفين فقط، وقد يكون ملزما للجانبين إن كان كل واحد منهما وعد الآخر بالتعاقد⁽³⁾.

ويجب أن يتضمن الوعد بالتعاقد توافق الأطراف على جميع العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه خلالها، فإذا نكل الواعد عن وعده وقاضاه الموعد له طالبا تنفيذ ما وعد به، فإن القاضي يحكم له بالعقد النهائي، ويقوم الحكم مقام العقد⁽⁴⁾، إذا توافرت جميع شروطه وأركانه، وخاصة الشكلية في العقود التي يطلب فيها القانون شكلا معيناً للانعقاد حسب المادة 72 من القانون المدني الجزائري.

(1) د/ هدية عبد الحفيظ مفتاح بن هندي - التنظيم الاتفاقي للمفاوضات في الإطار العقدي ، صورها وآثارها - مجلة الجامعة الأسمرية - الجامعة الأسمرية للعلوم الإسلامية بالعراق - العدد 21 - 2014 - ص216.

(2) د/ حمدي محمود بارود - مرجع سابق - ص133.

(3) François luc simon - op.cit - p71, 72; Radu STANCU - op.cit - p307, 308.

(4) د/ محمد حسين منصور - العقود الدولية - دار الجامعة الجديدة - مصر - 2009 - ص50؛

Cyril GRIMALDI; Serge MERESSE; Olga ZAKHAROVA-RENAUD - op.cit - p96.

رابعاً: الاتفاق على تأجيل التوقيع.

درج المتفاوضون في حالات عدة أن يتفقوا على أن يحتفظ أحد الأطراف أو جميعهم بالحق في تأجيل التوقيع على العقد النهائي، وقد يحدث هذا الاتفاق بعد أن يكون المتفاوضون اتفقوا على جميع المسائل الجوهرية للعقد، وقد يتم في أي مرحلة من مراحل المفاوضات، حتى ولو كان ذلك في الجولة الأولى منها، أو في الاتفاق على مبدأ التفاوض، مادام أن الاتفاق على تأجيل التوقيع هو غالباً التهرب من المسؤولية التي تترتب عن قطع المفاوضات⁽¹⁾.

خامساً: خطاب النوايا.

نشأ هذا الخطاب من خلال ما جرى عليه العمل في إنجلترا، فهو ذو محتوى متنوع ودقيق للغاية غالباً، وهو يفيد بصورة مبدئية الرغبة في التعاقد، ويفتح مجال المفاوضات للوصول إلى نتيجة، ويمكن أن ينص خطاب إعلان النوايا على التعهدات الجوهرية للأطراف المتفاوضة، مثل أن يبين دور كل طرف وقيمة الأداءات المختلفة، ومجالات التنفيذ وجزاءات التأخير وغيرها، ويعتبر هذا الخطاب عقداً مستقلاً، يبنى عليه عقد أو عدة عقود لاحقة لتحديد العناصر الفرعية خاصة الفنية التي لم يتم فحصها⁽²⁾.

يسمى خطاب النوايا خطاب التفاهم أو مذكرة التفاهم أو مذكرة أساسيات الاتفاق، وهو مستند مكتوب يوجهه طرف يرغب في التعاقد على أمر معين إلى طرف آخر يعرب فيه عن رغبته تلك، وي طرح فيه الخطوط العريضة للعقد، المستقبل المزمع إبرامه، ويدعوه إلى التفاوض والدخول في محادثة حوله، ويعتقد الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة أن أي مستند لا ينطوي على إبداء الرغبة في التعاقد، ولا يتضمن بياناً للنقاط الأساسية والخطوط العريضة للعملية التعاقدية المستقبلية، ولا يشمل على دعوة الطرف الآخر للالتقاء والجلوس سويًا للتفاوض حولها، لا يعتبر ذلك المستند خطاباً للنوايا، بل يعتبر مستنداً آخر وجب أن يسمى باسمه⁽³⁾.

(1) د/ حمدي محمود بارود - مرجع سابق - ص 134.

(2) د/ هدية عبد الحفيظ مفتاح بن هندي - مرجع سابق - ص 223.

(3) د/ أحمد عبد الكريم سلامة - قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية - قانون الإرادة وأزمته - مرجع سابق - ص 33،

34؛ نبيل إسماعيل الشبلق - مرجع سابق - ص 315، 316؛ بن ساعد إلهام - مرجع سابق - ص 207، 208.

يمثل خطاب النوايا المرحلة قبل النهائية للمفاوضات، فهو يمثل خطوة نحو العقد النهائي، وهو يعبر عن رغبة الأطراف المتفاوضة في التوصل إلى اتفاق حول جميع المسائل المتعلقة بالصفقة التي تجري المفاوضات بشأنها، ومن ثم يعتبر خطاب النوايا خلاصة لمضمون المواقف النهائية لأطراف التفاوض من جميع الاتفاقات الأولية التي أبرمها⁽¹⁾.

سادسا: الاتفاق على التوقيع بالأحرف الأولى.

قد يتفق المتفاوضون على التوقيع بالأحرف الأولى قبل إبرام العقد النهائي، وإن كان هذا الأمر سائدا في القانون الدولي، غير أنه لا يوجد مانع من استخدامه في مفاوضات العقود التجارية، ويجري التوقيع بالأحرف الأولى إذا كانت وثائق التفويض لا تعطي للمفاوض سلطة التوقيع، فيوقع بالأحرف الأولى على مسؤوليته، أو إذا كان مترددا في إعطاء موافقته النهائية على الأمر الذي يتم التفاوض بشأنه، فيوقع بالحروف الأولى حتى يتسنى له الرجوع إلى السلطة المخولة بتوقيع الاتفاق، أو حتى يصله خطاب من هذه الجهة، فإذا تقرر التوقيع على هذا الاتفاق بعد ذلك فإنه لا يسري بأثر رجعي، مما يدل على أن التوقيع بالأحرف الأولى لا يعتبر توقيعاً نهائياً، ما لم تتفق الأطراف المعنية على إعطائه مثل هذا الأثر⁽²⁾، وهذا ما نصت عليه المادة (12-22) من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات التي دخلت حيز النفاذ في 27 يناير 1980.

سابعا: الاتفاق التمهيدي.

يقصد بالاتفاق التمهيدي المرحلة النهائية من المفاوضات التي تسبق إبرام العقد مباشرة، بحيث يقدم فيها الأطراف ما تبلور لديهم من مباحثاتهم المشتركة من حيث شروط التعاقد، والتزامات كل طرف أثناء مرحلة المفاوضات، ففي الاتفاق النهائي يتم التحديد الدقيق لشروط العقد والتزامات طرفيه، والمستندات المحددة لوجهات النظر التي تم اعتمادها بصفة مبدئية تمهيدا لصياغتها في عقد ملزم للأطراف بمجرد توقيعه، وقد لا يحتوي هذا الاتفاق بعض التفاصيل غير الجوهرية التي يؤجل الاتفاق عليها والفصل فيها أثناء التعاقد، وقد تنتهي المفاوضات باتفاق تمهيدي واحد أو عدة اتفاقات تمهيدية، إذا انصب التفاوض على صفقة متعددة الجوانب⁽³⁾.

(1) د/ حمدي محمود بارود - مرجع سابق - ص 134.

(2) د/ بلقاسم أحمد - القانون الدولي العام، المفهوم والمصادر - دار هومة - الجزائر - 2005 - ص 77، 78.

(3) د/ هدية عبد الحفيظ مفتاح بن هندي - مرجع سابق - ص 222.

قد يكون السبب في اللجوء إلى الاتفاق التمهيدي أن يكون التوقيع على العقد والبدء في تنفيذه معلقا على استيفاء بعض الشروط أو حدوث أمر معين، كما هو الحال مثلا في عقود نقل التكنولوجيا، والتقيب عن الثروات الطبيعية، فقد استقر العمل على أن التوقيع على العقد النهائي وبدأ تنفيذه لا يتم إلا بعد الحصول على التراخيص الخاصة باستغلال براءة الاختراع أو غيرها من عناصر الملكية الفكرية، أو انتظار الحصول على الترخيص الإداري لمباشرة النشاط والدخول إلى الموقع للبدء بالتقيب، أو الحصول على تسهيل ائتماني أو قرض من إحدى البنوك أو المؤسسات المالية⁽¹⁾.

مطلب ثاني: استراتيجيات التفاوض.

لا يكون التفاوض ناجحا إذا لم يتم على استراتيجية علمية، وتختلف هذه الأخيرة من مفاوض لآخر، فلا تكون نفس الاستراتيجية مناسبة لجميع القضايا التي يتم التفاوض بشأنها، إذ غالبا ما تلعب العلاقة بين الأطراف المتفاوضة دورا هاما في اختيار الاستراتيجية المناسبة، حيث تقوم العملية التفاوضية في أساسها على تحديد المواقف بين أطرافها، وهي عملية منظمة لها شروطها وقواعدها، ولها قوانين محددة مرسومة مسبقا، ويفرض على كل راغب في خوض المفاوضات الالتزام بتلك القواعد والشروط⁽²⁾.

لا توجد في الحياة العملية استراتيجية بقوالب جامدة تنطبق على جميع المفاوضات، بل إن هذه الاستراتيجيات تختلف باختلاف الزمان والمكان وموضوع التفاوض، وباختلاف الأطراف المتفاوضة ذاتها، إذ يجب على المفاوض أن يكون مبدعا في اختيار الاستراتيجيات التي تتناسب مع إدارة الصراع أو المفاوضات التي يخوضها، بغية الوصول إلى أفضل النتائج وتحقيق الأهداف المرجوة من الدخول في هذه المفاوضات⁽³⁾.

(1) د/ أحمد عبد الكريم سلامة - النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية - مرجع سابق - ص 11؛ وانظر في هذا المعنى أيضا د/ محمد حسين منصور - مرجع سابق - ص 43، 44.

(2) د/ محسن أحمد الخضير - مبادئ التفاوض - مجموعة النيل العربية - القاهرة - 2003 - ص 79.

(3) د/ عبد الرضا فرج بدرابي؛ أحلام على محمد النجفي - التكامل بين استراتيجيات التفاوض واستراتيجيات إدارة الصراع دراسة استطلاعية في عينة من منظمات الأعمال العراقية - المجلة العراقية للعلوم الإدارية - جامعة كربلاء - المجلد 7 - العدد 28 - 2011 - ص 6.

فرع أول: تعريف استراتيجية التفاوض.

يعرف كريستون ديون استراتيجية التفاوض بأنها انتقاء أولى التحركات الأساسية التي ترمي إلى توجيه المفاوضات نحو الأهداف الكبرى، وهذا من خلال التعامل معها باعتبارها مجموعة متكاملة، وكل هذا مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف التي ترافق المفاوضات من أجل تحقيق هذه الأهداف⁽¹⁾.

تعرف استراتيجية التفاوض في العقود بأنها تلك الخطة التي يضعها ويعدّها الطرف المتفاوض مسبقاً، وهي تشمل الخطوط العريضة للأمور التي سيتم التفاوض بشأنها، بغاية الوصول إلى الهدف المرجو، ولما كان لكل طرف في المفاوضات هدفه المحدد فله أن يضع الاستراتيجية التي تناسبه في إدارة عملية التفاوض، على أن تتفاعل استراتيجية كل مفوض مع استراتيجية المتفاوض الآخر، حتى يتسنى لهما مواصلة المفاوضات وإنهاءها سواء بالاتفاق على إبرام العقد النهائي أو عدم الاتفاق على ذلك، ولن تتفاعل استراتيجيات التفاوض إلا إذا كان كل طرف في المفاوضات ملماً بوسائل الجدل والإقناع من أجل التأثير على الآخر⁽²⁾.

فرع ثاني: أنواع استراتيجيات التفاوض.

تختلف الاستراتيجية المتبعة من مفوض إلى آخر، كما تختلف باختلاف وضع كل مفوض والظروف المحيطة بالمفاوضة، وكذا أسباب الدخول في المفاوضات، فتجد مفاوضاً يسعى إلى التكامل مع الطرف الآخر وتطوير التعاون الموجود معه من أجل تحقيق المصلحة المشتركة لهما، في حين تجد مفاوضاً يسعى إلى إنهاء الطرف الآخر واستنزاف ماله ووقته وجهده، ويقوم بتفكيك أعضاء الوفد المتفاوض من أجل إخضاع الطرف الذي يتفاوض معه.

أولاً: استراتيجية منهج المصلحة المشتركة.

تقوم هذه الاستراتيجية على أساس التفاوض المشترك بين أطراف المفاوضات، من أجل مصالحهما جميعاً⁽³⁾، والعمل الجاد والمشارك لتحديد وحل المشكلات التي قد تحول دون التوصل

(1) راقي عبد الله - مرجع سابق - ص 33.

(2) د/ أحمد عبد الكريم سلامة - قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، قانون الإرادة وأزمته - مرجع سابق - ص 70.

(3) د/ غيث الربيعي - استراتيجيات التفاوض - مجلة العلوم السياسية - جامعة بغداد - العددان 38 و 39 - 2009 - ص 413.

إلى اتفاق مجدي، وهي لا تتطلب بالضرورة حصول خسائر لأحد الأطراف المتفاوضة، لذلك وجب أن تسود هذه الاستراتيجية في حل مختلف المشكلات التي قد تنشأ بين الأطراف أيا كانت دولا أو منظمات أو أشخاص خاصة(1).

تستلزم استراتيجية المشاركة ليونة في المواقف ووضوحا في حدود المصالح لكل طرف، فإن كان من حق المفاوض أن يضع حدا معيناً لا يمكنه النزول عنه، فيجب عليه في المقابل أن يعرف نية الطرف الآخر ويتبين الحد الأدنى الذي لا يمكنه النزول عنه، ويجب عليه أن يتعاطى مع هذا الأمر بغير تصلب أو تعنت في المواقف، فينزل عن حده الأدنى إذا اقتضى الأمر ذلك وإذا كان الطرف الآخر سيقبل بمثل هذا التنازل، وهذا كله بهدف الوصول إلى اتفاق والحفاظ على التواصل بين أطراف التفاوض، من أجل الدفع بالمفاوضات إلى الأمام وتحقيق الأهداف المسطرة لها(2)، ولهذه الاستراتيجية صور متعددة نذكر بعضها في ما يلي.

أ- استراتيجية التكامل:

يعتبر منهج التكامل أحد مناهج استراتيجية المصلحة المشتركة، وفيه تتطور العلاقة فيما بين الأطراف المتفاوضة إلى درجة أنهما يشكلان شخصا واحدا، بحيث تصبح مصالحهما مندمجة وفوائدهما موحدة، وذلك بغرض الاستفادة من الفرص المتاحة أمام أطراف التفاوض إلى أقصى حد(3).

تصل المفاوضات باستراتيجية التكامل إلى أفضل استثمار متوازن، تتبلور فيه علاقة متشابكة تتجه نحو إدخال عناصر متماسكة مع بعضها، يقوم المتفاوض من خلالها بالانخراط في تحالف أو اندماج مع أشخاص آخرين، بحيث يعود عليهم هذا الاندماج بمنافع مشتركة، تضمن لهم تنافسية واستدامة واستمرارا لنشاطهم، ضمن علاقة مبنية على الثقة والشفافية والمكاشفة الصريحة، من أجل تحقيق الاستقرار ووصول جميع الأطراف إلى الأهداف المستقبلية المشتركة في إطار اتفاق تكاملي(4).

(1) عميش حمزة عبد الرحمان - مرجع سابق - ص40.

(2) د/ أحمد عبد الكريم سلامة - النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية - مرجع سابق - ص25.

(3) د/ غيث الربيعي - مرجع سابق - ص413.

(4) د/ عبد الرضا فرج بدرابي؛ أحلام علي محمد النجفي - مرجع سابق - ص9.

ب- استراتيجية تطوير التعاون الحالي:

وهي استراتيجية في التفاوض تسعى إلى تحقيق جملة من المصالح العليا، التي تهدف إلى تطوير المصلحة المشتركة للأطراف المتفاوضة، من أجل تطوير وتوثيق أوجه التعاون التي كانت قائمة بينهما منذ بداية المفاوضات(1).

يتم تنفيذ استراتيجية تطوير التعاون الحالي عن طريق إقناع الأطراف المتفاوضة بتوسيع مجالات التعاون، والارتقاء بدرجة التعاون من مرحلة التفهم المشترك إلى اتفاق الرأي ثم إلى مرحلة تنفيذ الاتفاق لتحقيق المنفعة المشتركة(2)، وجني ثمارها.

وقد يتم تنفيذ هذه الاستراتيجية عن طريق تعميق العلاقة القائمة للرقى بالمصالح المشتركة للأطراف، وتظهر هذه الاستراتيجية على وجه الخصوص في المفاوضات الاقتصادية والتجارية بين الدول المتقدمة والنامية التي تتضمن نقل التكنولوجيا والمعرفة الفنية لهذه الأخيرة(3).

ثانيا: استراتيجية منهج الصراع:

يمارس هذا النوع من الاستراتيجيات على مستويات عدة، بين الدول أو المنظمات أو الأشخاص الخاصة، وغالبا ما يعلن المفاوض الذي ينتهج هذه الاستراتيجية عن نيته في تعميق المصالح المشتركة، وتقوم هذه الاستراتيجية في أساسها على الخداع والتمويه(4).

لا تعلن الأطراف المتفاوضة عن اتباعها منهج الصراع استراتيجية للتفاوض رغم خلفية العلاقة التاريخية بينها، ومهما كانت درجة هذه العلاقات، ذلك أن الإعلان عن اتباع استراتيجية الصراع يعتبر بمثابة إعلان عن انعدام خبرة وكفاءة الطرف المفاوض، لقيام هذه الاستراتيجية على الخداع والتمويه، رغم التشدد بالسعي إلى التعاون لتحقيق المصالح المشتركة بين المتفاوضين(5).

(1) د/ غيث الربيعي - مرجع سابق - ص 413.

(2) عميش حمزة عبد الرحمان - مرجع سابق - ص 45، 46.

(3) د/ محسن أحمد الخضيرى - مرجع سابق - ص 83.

(4) د/ غيث الربيعي - مرجع سابق - ص 413.

(5) د/ محسن أحمد الخضيرى - مرجع سابق - ص 85.

يكون المفاوض الذي يتبع استراتيجية الصراع في التفاوض متصلبا في آرائه و متمسكا بمطالبه ولا يتنازل عنها إلا بطريقة تدريجية ومحدودة، وإن كانت هذه الاستراتيجية تصلح في المفاوضات السياسية، إلا أنها لا تخدم كثيرا مفاوضات العقود، ذلك أن تطويق المفاوض للطرف الآخر من أجل الحصول على أحسن صفقة وإن أتى ثماره فقد يؤدي إلى زعزعة مستقبل العلاقات بين الطرفين، فالانتصار بهذه الطريقة قد يحمل معه بذور نهايته، إذ غالبا ما تضطر الظروف الطرف المغبون إلى المطالبة بتعديل العقد في أول فرصة تتاح له، مما يؤدي بالضرورة إلى زعزعة العلاقة التعاقدية بين الطرفين، كما قد يؤدي الضغط على الطرف المفاوض إلى إنهاء عملية التفاوض بسبب رفضه الاستمرار فيها، مما يسبب فشل المفاوضات في الوصول إلى إبرام العقد المنشود⁽¹⁾. ولهذا الاستراتيجية صور منها ما يلي:

أ- استراتيجية الإنهاك أو الاستنزاف.

تعتبر استراتيجية الإنهاك من أهم الاستراتيجيات التي يتبعها المفاوضون على المستوى الدولي والمحلي والفردي، بحيث يعمل المفاوض الذي يتبع هذه الاستراتيجية على استنزاف وقت وجهد ومال الطرف الآخر أثناء التفاوض⁽²⁾.

1- استنزاف وقت الطرف الآخر:

يستنزف المفاوض الذي يتبع سياسة الإنهاك وقت المفاوض الآخر، بتفاوضه حول مبدأ التفاوض ذاته، أو بالتفاوض في عدة جولات حول التوقيت المناسب للقيام بالجولات التفاوضية التي تم الاتفاق عليها، كما يقوم بالتفاوض حول مكان التفاوض الحالي والأماكن التي يحتمل نقل المفاوضات إليها، أو الأماكن البديلة في حال الاضطرار إلى ذلك، وتفرغ موضوعات التفاوض إلى جزئيات صغيرة وتخصيص جولات لكل جزئية على حدة⁽³⁾، وكل هذا من أجل إطالة أمد المفاوضات لإنهاك الطرف الآخر والحصول منه على أكبر قدر من التنازلات.

رغم طول المدة التي تأخذها المفاوضات بسبب انتهاج هذه السياسة إلا أنها لا تصل إلا إلى نتائج محدودة ومنعدمة القيمة، فهي في الغالب تأخذ طابعا شكليا يمكن تغييره في أي وقت إذا

(1) د/ أحمد عبد الكريم سلامة - النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية - مرجع سابق - ص 25.

(2) د/ محسن أحمد الخضيرى - مرجع سابق - ص 86.

(3) د/ غيث الربيعي - مرجع سابق - ص 414.

رغب الطرفان المتفاوضان في ذلك، سواء باتفاقهما على هذا التغيير أو تم التغيير بإرادة منفردة، وهذا كله يؤدي إلى خسائر تلحق الطرف المتفاوض تفوق بكثير قيمة المفاوضات التي أجراها⁽¹⁾.

2- استنزاف جهد الطرف الآخر إلى أقصى حد:

يقوم المتفاوض الذي يتبع سياسة الإنهاك منهجا له بإنهاك الطرف الآخر عن طريق إثارة عقبات قانونية يختلقها حول كل جزئية من جزئيات القضية محل التفاوض، وعقبات حول تسمية المواضيع والتعابير والجمل المستعملة والكلمات والألفاظ التي تتكون منها الجمل بإثارة الشكوك حول معانيها⁽²⁾، حتى يظهر للطرف الآخر مدى أهمية هذه الألفاظ ويصورها على أنها مسألة محورية لا بد من تمحيصها، وأن مشكل الألفاظ يحتاج إلى دراسة وتمحيص معمقين، ليشغل بها خبراء الطرف الآخر ومستشاريه فيضيع جهودهم ووقتهم حول التدقيق في الصياغة اللفظية، لمعرفة ما يمكن قبوله وما يجب رفضه منها، ليصلوا إلى تعبير لفظي سليم يوافق القضية المتفاوض بشأنها ويحقق مصالحهم المسطرة⁽³⁾.

يعمل المتفاوض الذي يتبع سياسة الإنهاك على زيادة الاهتمام بالنواحي الفنية كثيرة الشعب، مثل الجوانب الجغرافية والتجارية والاقتصادية والبيئية والعسكرية وغيرها، والتريث بشأنها وتأجيل البت فيها إلى غاية وصول آراء الخبراء والفنيين، وهكذا في كل جلسة من جلسات المفاوضات حتى تنتهي دون التوصل إلى نتيجة حاسمة حول المسألة محل التفاوض في تلك الجلسات⁽⁴⁾.

يعمد أيضا هذا المتفاوض إلى وضع برنامج حافل بالاستقبالات والحفلات والمؤتمرات الصحفية، وزيارة الأماكن التاريخية ومناطق الاستجمام، وزيارة أماكن الترفيه الليلية وامتداد السهرات إلى وقت متأخر من الليل، ويقوم في المقابل بالحد من ساعات التفاوض فلا تبدأ المفاوضات إلا على الساعة التاسعة مثلا لتنتهي قبل منتصف النهار، ليبدأ برنامج غير تفاوضي يشمل الغذاء والاستجمام والراحة وحفلات التعارف وغيرها، حتى يستنزف جهد الطرف الآخر بطريقة ماهرة لا يشعر بها أبدا، مع ما يظهر له المتفاوض الذي يتبع هذا المنهج من اهتمام

(1) د/ محسن أحمد الخضيرى - مرجع سابق - ص 86، 87.

(2) عميش حمزة عبد الرحمان - مرجع سابق - ص 48.

(3) د/ محسن أحمد الخضيرى - مرجع سابق - ص 87.

(4) د/ غيث الربيعي - مرجع سابق - ص 414.

بالتفاوض معه والعمل على إبعاده وإراحتة بشكل تام⁽¹⁾، في الوقت الذي يقوم فيه باستنزاف أمواله بزيادة معدلات إنفاقه وتكاليف إقامته واستجمامه، ومستحقات مستشاريه خلال مدة المفاوضات، مما يحمله خسائر معتبرة، بل قد يفوت عليه فرصا مالية واقتصادية سانحة، تمثل بديلا جيدا للصفقة التي يتفاوض بشأنها، وربما محتملا ضاع بسبب الجلوس حول مائدة التفاوض والانشغال بها⁽²⁾.

ب- استراتيجية التفكير أو التثتيت:

تعتبر استراتيجية التفكير من أهم منهجيات الصراع، وهي تقوم على فحص الطرف الآخر وتشخيصه، وتحديد أهم نقاط ضعفه وقوته من خلال التفاوض معه، وكل هذا من أجل الوصول إلى بناء سياسة مأكرة لتفكير وحدة الفريق التفاوض والقضاء على وحدته وتماسكه، إلى أن يصبح مشتتا متفرقا، تختلف آراء أعضائه وتتصادم فيضعف جهدهم ويندثر الانسجام الذي كان يجمعهم، وغالبا ما يلجأ التفاوض إلى هذه الاستراتيجية من أجل تنظيم دفاعه إذا تعرض لضغط تفاوضي قوي، أو مبادرة تفاوضية مفاجئة لم يكن يتوقعها ولم يخطط لها مسبقا⁽³⁾.

ج- استراتيجية الإخضاع:

تعتبر عملية التفاوض وفق منهج الصراع معركة شرسة ومباراة ذهنية يخوضها كل طرف في المفاوضات، وتقوم هذه الاستراتيجية على حشد الطاقات وتوفير الإمكانيات التي تضمن السيطرة التامة على الجولات التفاوضية، وذلك باتباع طرق عدة منها⁽⁴⁾:

1- يرفع التفاوض الذي يتبع هذه الاستراتيجية قدرته على تشكيل المبادرات وتنويعها وتعديلها قبل عرضها على الطرف الآخر، فيكون له بذلك السبق في التعامل معه ويأخذ بزمام المبادرة في كل جولة مفاوضات، مما يسهل عليه الحركة ويجبر الطرف الثاني على التعامل مع

(1) د/ محسن أحمد الخضيرى - مرجع سابق - ص 87، 88.

(2) عميش حمزة عبد الرحمان - مرجع سابق - ص 49.

(3) د/ غيث الربيعي - مرجع سابق - ص 414.

(4) المرجع السابق - ص 415.

المبادرة التي يقوم هو بتشكيلها ويعلم كل صغيرة وكبيرة عنها، فيسير الطرف الثاني وفق الطريق الذي رسمه الأول بما يسهل على الأخير السيطرة التامة على مجريات المفاوضات(1).

2- يطور المفاوضات الذي يتبع استراتيجية الإخضاع قدرته على الحركة وعلى الاستجابة التلقائية والفورية لكل التغيرات الطارئة، والاستعداد الجيد والمستمر للتفاوض فور إبداء الطرف الآخر الرغبة في بدء المفاوضات، وذلك بهدف تقوية فرصة الأخذ بزمام المبادرة على هذا المفاوضات، والإبقاء على السيطرة التي كان يفرضها على مجريات التفاوض منذ بدايتها، ولن يسمح بتغيير الوضع إلى أن تنتهي المفاوضات(2).

د - استراتيجية الدحر:

يستخدم المفاوضات الذي يتبع الصراع منهجا له هذه الاستراتيجية بصرف النظر عن قلة أو انعدام المعلومات عن الطرف الآخر أو ندرتها، فيتدرج في التفاوض خطوة خطوة، إلى أن تصبح المفاوضات عنده في شكل غزو منظم للطرف الذي يتفاوض معه، حيث يتخطى ندرة المعلومات التي كان يعلمها عن الطرف الثاني، ويقوم بتجميع كافة هذه المعلومات من خلال المفاوضات التمهيديّة، ليستطيع تحديد المجالات التي يمتلك فيها ميزات لتكون مرتكزا قويا له في التفاوض، ويقوم في الوقت نفسه بتشتيت المفاوضات المقابل بفتح مجالات أخرى معه في التفاوض تستغرق قدراته وإمكانياته، ليدفعه في الأخير إلى الانحصر بصورة تدريجية(3).

مبحث ثاني: حماية متلقي الفرنشيز بفرض التزامات على المانح في المرحلة قبل التعاقدية.

تعتبر الالتزامات شقا من آثار الواقعة القانونية التي تمثل الحقوق شقها الثاني، والواقعة القانونية التي تنتج آثارا تعتبر مصدرا لها، لذلك يقال مصادر الالتزام كناية عن الوقائع القانونية التي تنتجها، وهي تنقسم إلى تصرفات قانونية تتمثل في العقد والإرادة المنفردة، وأعمال مادية تتمثل في الفعل النافع والفعل الضار، ووقائع طبيعية يكون القانون فيها هو المصدر المباشر للآثار المترتبة عنها.

(1) عميش حمزة عبد الرحمان - مرجع سابق - ص50.

(2) د/ محسن أحمد الخضيري - مرجع سابق - ص92.

(3) عميش حمزة عبد الرحمان - مرجع سابق - ص51.

يدفعنا هذا إلى التساؤل عن مصدر الالتزامات التي تفرض على المانح في المرحلة السابقة للعقد، فالقول بأنها مرحلة سابقة للعقد يخرج به التصرفات القانونية عند الكثير من الفقهاء، في حين يرى فريق أنها التزامات عقدية رغم كونها موجودة قبل انعقاد العقد، كما لا يمكن القول أن مصدر هذه الالتزامات العمل الضار أو العمل النافع، ولا يبقى إلا أن يكون مصدرها هو القانون، وهذا ما يذهب إليه الفقهاء الذين لا يعتبرون الالتزامات في مرحلة المفاوضات التزامات عقدية إلا إذا أبرم الطرفان عقد تفاوض.

فإن لم يبرم المانح والمتلقي عقد تفاوض تبقى الالتزامات المفروضة على الأول مصدرها المباشر هو القانون، فإن لم ينص عليها الأخير يبقى للقضاء في كل دولة تقدير مدها إلى مرحلة المفاوضات من عدمه، ولا يخفى على من يدرس الالتزام بالإعلام والالتزام بحسن نية الدور الذي لعبه القضاء في نشوءهما.

مطلب أول: التزام المانح بإعلام المتلقي.

يسمى هذا الالتزام بالالتزام بالإعلام أو الالتزام بالتبصير أو الإفضاء، وهو يمثل وسيلة فعالة توفر قدرا كبيرا من الحماية للمتعاقدين، خاصة في تلك الأنواع الجديدة من العقود التي وإن اختلفت عن المفهوم التقليدي لعقود الإذعان إلا أنها تتشابه معها إلى حد كبير، خاصة في ما يتعلق باختلال التوازن العقدي بين أطرافها، وتعاضم القدرة التفاوضية لأحد الطرفين في مواجهة الطرف الآخر، ويأتي هذا الالتزام في مرحلة المفاوضات، لتتأكد الطبيعة الوقائية له، ويوفر مزية تكوين الرضا الواعي المتبصر الذي يساهم في تكوين الإرادة الحاسمة للعقد⁽¹⁾.

تؤدي الطبيعة الوقائية لإعلام المتلقي إلى تجنب وقوعه في غلط أو غبن يفقد عقد الفرنشيز توازنه الاقتصادي، وإن كان المشرع نظم الغبن والغلط في القانون المدني، إلا أنه لم ينص صراحة على الالتزام بالإعلام فيه، وإنما نصت عليه قوانين خاصة، وعليه سيحتوي هذا المطلب على دراسة الالتزام بالإعلام في القواعد الخاصة والعامة بعد تعريفه.

(1) د/ ياسر سيد الحديدي - مرجع سابق - ص 178، 179.

فرع أول: تعريف الالتزام بالإعلام.

تتطلب دراسة كل مفهوم أو مصطلح القيام بتعريفه، ليتضح معناه ويسهل فهمه وتمييزه عما قد يشته به من مفاهيم قريبة منه، لذلك وجب تعريف الالتزام بالإعلام في اللغة أولاً، ثم عرض مختلف التعاريف الفقهية التي تبين معنى الالتزام بالإعلام في العقود.

أولاً: تعريف الالتزام بالإعلام في اللغة.

الالتزام من فعل لزم يلزم والفاعل لازم والمفعول به ملزوم، لزم الشيء يلزمه لزمًا ولزوماً، ولازمه ملازمة، ولزماً والتزمه وألزمه إياه فالتزمه، ورجل لزمة يلزم الشيء فلا يفارقه، واللازم الفيصل جداً⁽¹⁾، والالتزام أيضاً الاعتناق⁽²⁾، ولزم الشيء فلانا وجب عليه، يقال لزمه الغرم، ولزمه الطلاق⁽³⁾، وغيرها.

أما الإعلام فمن الفعل علم، وعلم الشيء بالكسر يعلمه علماً عرفه، واستعلمه الخبر فأعلمه إياه⁽⁴⁾، وعلمت بالشيء أي عرفت، وعلم الأمر بمعنى تعلمه وأتقنه وتحصل على حقيقة الشيء وأدركه⁽⁵⁾.

ثانياً: تعريف الالتزام بالإعلام في الاصطلاح.

الالتزام بالإعلام التزام سابق على التعاقد أوجده الاجتهاد القضائي، يقع بموجبه على أحد المتعاقدين واجب تقديم بيانات للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد، بحيث تكون هذه البيانات لازمة لإيجاد رضا سليم كامل متطور على علم بكافة التفاصيل في هذا العقد⁽⁶⁾.

(1) محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري جمال الدين أبو الفضل - لسان العرب - الجزء 16 - طبعة خاصة لوزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد - المملكة العربية السعودية - 2010 - ص14.

(2) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي - مختار الصحاح - مكتبة لبنان - بيروت - 1986 - ص249.

(3) مجمع اللغة العربية - المعجم الوسيط - مكتبة الشروق الدولية - مصر - الطبعة 4 - 2004 - ص823.

(4) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي - مرجع سابق - ص189.

(5) محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري جمال الدين أبو الفضل - لسان العرب - الجزء 15 - طبعة خاصة لوزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد - المملكة العربية السعودية - 2010 - ص312.

(6) خليفي مريم - الالتزام بالإعلام الإلكتروني وشفافية التعامل في مجال التجارة الإلكترونية - دفاتر السياسة والقانون - العدد 4 - لسنة 2011 - ص205؛

يعود فرض هذا الالتزام إلى ظروف واعتبارات معينة قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد، أو صفة أحد طرفيه، أو طبيعة محله، أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يعلم ببيانات معينة، أو يتحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر الذي يلتزم بناء على جميع هذه الاعتبارات بالإدلاء بالبيانات اللازمة⁽¹⁾.

وهو تنبيه أو إعلام طالب التعاقد بمعلومات من شأنها إلقاء الضوء على واقعة ما أو عنصر ما من عناصر التعاقد المزمع، حتى يكون الطالب على بينة من أمره، بحيث يتخذ قراره الذي يراه مناسباً على ضوء حاجته وهدفه من إبرام العقد⁽²⁾.

وهو واجب مفروض بواسطة القانون على بعض الباعة الحرفيين أو الشركات المتخصصة، يلزمهم بتقديم المعلومات التي تتصل بمحل العقد أو العملية المزمع القيام بها، ويكون ذلك باستعمال الوسائل الملائمة لكل عقد، مثل البيانات الإعلامية والإشهار، والكتيبات الإشهارية وغيرها⁽³⁾.

وهو التزام ضمني أوجده القضاء يكون بموجبه الطرف الأكثر خبرة والأوسع معرفة واطلاعا ملزماً بإبلاغ الطرف الآخر بكل ما تعلق بموضوع العقد من بيانات، ويكون ذلك في المرحلة السابقة على التعاقد، حتى يصل هذا الطرف إلى إبرام العقد برضا حر وسليم⁽⁴⁾.

فرع ثاني: الالتزام بالإعلام في قانون حماية المستهلك.

الالتزام بإعلام المستهلك هو التزام عام يشمل المرحلة السابقة على التعاقد في جميع عقود الاستهلاك، ويتعلق بالإدلاء بكافة المعلومات والبيانات اللازمة لإيجاد رضا حر وسليم لدى المستهلك، لتمكينه من إبرام العقد وهو على علم كافي بحقيقة التعاقد، وكل البيانات التفصيلية التي

(1) د/ هادي حسين عبد علي الكعبي؛ محمد جعفر هادي - الالتزام قبل التعاقد بالإعلام - مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية - جامعة بابل - المجلد 5 - العدد 2 - 2013 - ص18، 19.

(2) عبوب زهيرة - حق المستهلك في الإعلام - مجلة الدراسات القانونية المقارنة - جامعة شلف - العدد 1 - ديسمبر 2015 - ص138.

(3) د/ هادي حسين عبد علي الكعبي؛ محمد جعفر هادي - مرجع سابق - ص17؛ حامق ذهبية - الالتزام بالإعلام في العقود - رسالة دكتوراه - جامعة الجزائر - 2009 - ص9.

(4) بومدين أحمد - دور الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في حماية رضا المستهلك - مجلة العلوم القانونية - المركز الجامعي بالوادي - العدد 1 - جوان 2010 - ص167.

تسمح له بتقدير مدى ملاءمة السلعة أو الخدمة التي يقدمها المنتج للغاية التي يصبو إلى تحقيقها من خلال إبرامه لهذا العقد⁽¹⁾.

يمتد الالتزام بالإعلام الذي يقع على عاتق المهني إلى مرحلة تنفيذ العقد، وهو يتضمن الإدلاء بكل المعلومات التي ينبغي للمستهلك الاطلاع عليها أثناء تنفيذ العقد، وهنا يطلق عليه اسم الالتزام بالإعلام اللاحق على التعاقد، وهو يوجب على المهني بعد إبرام العقد وخلال تنفيذه تقديم المعلومات الضرورية الخاصة باستعمال السلعة أو الخدمة، وتحذير المستهلك من المخاطر الناتجة عن هذا الاستعمال، والاحتياطات التي ينبغي عليه اتباعها لتجنب هذه المخاطر، حتى يتمكن المستهلك من استعمال السلعة والانتفاع بالخدمة على وجه سليم وآمن⁽²⁾.

تتيح هذه المعلومات التي يقدمها المهني للمستهلك القيام بعملية تقييم السلع والخدمات التي تتناسب بشكل أكثر مع رغباته، ويستطيع تقدير المنفعة التي يمكن الحصول عليها من هذه السلعة أو تلك الخدمة، وهي تمثل تدابير احترازية وإجراءات وقائية لحماية المستهلك من الأضرار التي يمكن أن تقع له جراء جهله بالسلعة أو الخدمة، ففي إعلامه بهذه المعلومات أمن واستقرار له⁽³⁾.

يكفل الالتزام بالإعلام التوازن بين مصالح المهني ومصالح المستهلك⁽⁴⁾، لذلك أقام القانون قرينة بجهل المستهلك ببعض المعلومات المتعلقة بالسلع والخدمات التي يقدمها المهني، فحدد القانون المعلومات والبيانات التي يجب أن يتضمنها الإعلام.

ألزم القانون كل متدخل بأن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يقدمه لجمهور المستهلكين، ويكون ذلك عن طريق وضع الوسم أو العلامة أو أي وسيلة أخرى تتناسب

(1) د/ نويري سعاد - الالتزام بالإعلام وحماية المستهلك في التشريع الجزائري - مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية - جامعة باتنة - العدد 8 - جانفي 2016 - ص224؛ بن قوية المختار - دور العلامة في حماية المستهلك (دراسة مقارنة) - أطروحة دكتوراه - جامعة الجزائر - 2017 - ص88؛ د/ هادي حسين عبد علي الكعبي؛ محمد جعفر هادي - مرجع سابق - ص18؛
Djamila MAHI-DISDET - l'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique - thèse - université d'AVIGNON - 2011 - p88, 89.

(2) خليفي مريم - مرجع سابق - ص206.

(3) باسل يوسف محمد الشاعر - التدابير الاحترازية والتشريعية لحماية المستهلك في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - جامعة الأردن - 2004 - ص120، 121.

(4) قلواز فاطمة الزهراء - مقارنة الالتزام بالإعلام ببعض المفاهيم القانونية الكلاسيكية - مجلة الدراسات القانونية المقارنة - جامعة شلف - العدد 1 - ديسمبر 2015 - ص35.

مع السلعة المعروضة أو الخدمة المقدمة من طرف المهني، وذلك من أجل بسط الشفافية والوضوح على المعاملات التجارية⁽¹⁾.

وهذا بغرض ضمان أمن استعمال المنتجات، وحتى لا تسبب أي ضرر لصحة المستهلك أو أمنه ومصالحه، في حدود الشروط العادية للاستعمال أو الشروط التي يمكن أن يتوقعها المتدخلون، الذين يلزمون بضمان أمن المنتج الذي يضعونه بين يدي المستهلك، وذلك بمراعاة التأثيرات التي يمكن أن يحدثها استعمال هذا المنتج مع منتجات أخرى، كما يلتزم المتدخلون ببيان تعليمات الاستعمال، وتعليمات إتلاف المنتجات التي يعرضونها لجمهور المستهلكين، وبيان الفئات التي يمكنها استعمال المنتج وتلك التي يمثل هذا الاستعمال عليها خطرا جسيما⁽²⁾.

وكل هذا من أجل أن يلبي المنتج المعروض أو الخدمة المقدمة الرغبات المشروعة للمستهلك، من حيث طبيعة وصنف ومنشأ السلعة ومميزاتها الأساسية، وتركيبتها ونسبة مقوماتها اللازمة، وهويتها وكمياتها، ومصدرها والنتائج المرجوة منها⁽³⁾.

يتم إعلام المستهلك عن طريق الوسم أو العلامة أو أية وسيلة أخرى مناسبة⁽⁴⁾، والوسم هو كل نص مكتوب أو مطبوع، أو كل عرض بياني يظهر على البطاقة، التي ترفق بالمنتج أو توضع قربه لأجل ترقية البيع، ويجب أن يكون محررا باللغة العربية أصلا وأن يتسم بالوضوح⁽⁵⁾، أما العلامة فهي كل الرموز القابلة للتمثيل الخطي، لاسيما الكلمات بما فيها أسماء الأشخاص والأحرف والأرقام، والرسومات أو الصور والأشكال المميزة للسلع أو توضيبيها، والألوان بمفردها أو

(1) بن قوية المختار - مرجع سابق - ص92؛ المادة 17 من القانون 03/09 الصادر بتاريخ 2009/02/25 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش - الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 15 - الصادرة بتاريخ 2009/03/08.

(2) المادة 9 و10 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

(3) المادة 11 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش؛ بومدين أحمد - مرجع سابق - ص176؛ د/ نويري سعاد - مرجع سابق - ص228.

(4) المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 378/13 الصادر بتاريخ 9 نوفمبر 2013 يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك - الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 8 - الصادرة بتاريخ 18 نوفمبر 2013.

(5) د/ نويري سعاد - مرجع سابق - ص233؛ المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 484/05 الصادر بتاريخ 22 ديسمبر 2005 المتعلق بوسم المواد الغذائية وعرضها - الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 83 - الصادرة بتاريخ 25 ديسمبر 2005.

مركبة، التي تستعمل كلها لتمييز سلع أو خدمات شخص طبيعي أو معنوي عن سلع وخدمات غيره⁽¹⁾.

يعتبر الوسم أداة لتنفيذ الالتزام بالإعلام سواء في المواد الغذائية حسب المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 378/13، أو في منتجات غير غذائية حسب المادة 38 من نفس المرسوم⁽²⁾.

تظهر أهمية الوسم من خلال دوره الإعلامي والأمني للمستهلك، لأنه يبرز مميزات السلعة، ويشير إلى التحذيرات المتعلقة بكيفية الاستعمال والاستهلاك وطرق الحفظ، بما يؤثر في اختيار المستهلك للسلعة، ويبسر الوسم الإثبات لأنه يكون مكتوبا، ويمنع الغش الصناعي، فهو وسيلة لحماية رضا المستهلك من جهة، وحماية العون الاقتصادي من المنافسة غير المشروعة، من جهة أخرى⁽³⁾.

وفي جميع الأحوال يجب على المهني أن يدلي للمستهلك بمجموعة من البيانات تتعلق باستخدام المنتج واستعمالاته، والآثار السلبية لبعض السلع، وبيان تاريخ الصنع وانتهاء الصلاحية لاستخدامها، وبيان وزن السلعة وحجمها، وبيان أسلوب حفظ السلعة وطرق تخزينها، وإعلام المستهلك بالاحتياطات التي يجب عليه اتخاذها عند استعمالها، مع بيان الأخطار التي قد تنجم عن الاستخدام السيئ للسلعة وكيفية مواجهة ذلك، وبيان مراكز صيانة السلعة وتكاليف ذلك، على أن تكون هذه المعلومات وسعر السلعة مكتوبة بشكل واضح لا يثير أي لبس لتساعد المستهلك على اتخاذ قرار الشراء بشكل سليم⁽⁴⁾.

(1) المادة 2 من الأمر 06/03 المتعلق بالعلامات.

(2) عرعارة عسالي - التوازن العقدي عند نشأة العقد - أطروحة دكتوراه - الجزائر - 2015 - ص 242.

(3) د/ عميرات عادل - التزام العون الاقتصادي بالإعلام - مجلة العلوم القانونية والسياسية - جامعة الوادي - عدد 13 - جوان 2016 - ص 246.

(4) باسل يوسف محمد الشاعر - مرجع سابق - ص 121. المواد 12 و 19 و 38 من المرسوم التنفيذي رقم 378/13 المتعلق بتحديد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك.

كما يجب على كل من يقدم خدمة بمقابل أو بالمجان، أن يعلم المستهلك عن طريق الإشهار أو الإعلان، أو بواسطة أي طريقة أخرى تناسب الخدمة التي يقدمها، بكل ما تعلق بمقابل الخدمة والمسؤولية التعاقدية والشروط الخاصة بتقديمها⁽¹⁾.

يستخدم مقدم الخدمة كل وسيلة متاحة لإعلام المستهلك باسمه وعنوانه واسم شركته ومقرها، ورقم القيد في السجل التجاري أو سجل الصناعة التقليدية والحرف، ورقم وتاريخ الرخصة، والجهة التي سلمتها، وكل شروط تنفيذ العقد، والالتزامات المترتبة على طرفيه ومدة انقضائه وشروط فسخه⁽²⁾.

تثار مسؤولية المانح في حالة عدم إعلام المستهلك رغم أن السلعة أو الخدمة يقدمها المتلقي إلى المستهلك مباشرة، ذلك أنه يعتبر مت دخلا في إنتاج هذه السلعة أو تقديم تلك الخدمة، ويكون مسؤولا عن الأضرار التي قد تسببها المنتجات التي تحمل علامته، وتنتج بالمعرفة الفنية التي نقلها إلى المتلقي⁽³⁾.

فرع ثالث: الالتزام بالإعلام في عقد الفرنشيز.

يلتزم كل طرف في عقد الفرنشيز بالإدلاء بالمعلومات والبيانات للطرف الآخر، ويعد هذا الإفضاء من المبادئ العامة التي تحكم المفاوضات، حيث يقرر هذا المبدأ التزاما عاما على كل طرف بالإدلاء للطرف الآخر في مرحلة المفاوضات أو وقت إبرام العقد بكل المعلومات والبيانات المتوافرة لديه بخصوص محل العقد وغرضه، أو بجميع المعلومات التي يحتاجها الطرف الآخر وتكون ذات صلة بالظروف التي تؤدي إلى الاستغلال الأمثل للتكنولوجيا المتوقع نقلها من خلال عقد الفرنشيز، والغالب هنا أن طالب هذه المعلومات يكون هو المتلقي لأنه في حاجة إليها، وهو التزام يقع على المانح باعتباره صاحب هذه المعلومات والبيانات محل الإفضاء.

ذلك أن الهدف من هذه البيانات والمعلومات هو تبصير المتلقي - الذي قد لا يملك أي معرفة تقنية أو تجارية - بما يعزز معرفته بالأخطار الناجمة عن إبرام عقد الفرنشيز، خاصة وأنه

(1) المادتين 51 و52 من المرسوم التنفيذي 38/13 المتعلق بتحديد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك.

(2) المادة 55 من المرسوم التنفيذي 138/13 المتعلق بتحديد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك.

(3) Dominique BASCHET – la franchise guide juridique, conseils pratiques – Gualino éditeur – Paris – 2005 – p195.

يتقدم لإبرام هذا العقد وهو ليس على قدم المساواة مع المانع⁽¹⁾، الذي كما سبق ذكره يقوم بالإعداد الأولي للمستندات القانونية اللازمة، باعتباره صاحب الخبرة والأقدر على عرض شروطه لانتقال التكنولوجيا محل العقد⁽²⁾.

يجد المانع بهذا نفسه ملزماً بإطلاع المتلقي على المعلومات الخاصة بالمعرفة الفنية وكافة عناصر الملكية الفكرية محل العقد، وقد عمقت المادة 86 من القانون المدني الجزائري هذا المبدأ عندما اعتبرت كل سكوت متعمد على المعلومات ذات الأهمية في العقد يمكن أن يترتب عليه تدليس أو غلط⁽³⁾، إضافة إلى أن هذا الالتزام يمليه مبدأ حسن النية الذي يعتبر التزاماً بحد ذاته يقع على المفاوض، وهو مبدأ تبنته كافة القوانين الحديثة⁽⁴⁾.

تبنت مختلف التشريعات الالتزام بالإعلام الذي يقع على عاتق المانع من أجل إطلاع المتلقي على كافة المعلومات الخاصة بالملكية الفكرية التي ينقلها إليه، وتزايدت أهمية هذا الالتزام في عقود التوزيع بصفة عامة وفي عقود الفرنشيز على وجه الخصوص، ويعود سبب هذا إلى ما صاحب نشوء هذا العقد وتطوره من انتشار الكثير من الممارسات التعسفية، وإساءة استغلال هذا العقد من طرف العديد من المانحين الذين استغلوا قلة الخبرة لدى المتلقين⁽⁵⁾.

ومن هذا المنطلق قامت العديد من القوانين سواء على المستوى الدولي أو الداخلي، بتخصيص مواد كثيرة تفصل فيها معنى الالتزام بالإعلام في عقد الفرنشيز، كما حددت مضمونه، وكيفية أداء المانع له، والمسؤولية التي يتحملها في حال إخلاله بهذا الالتزام، وعلى هذا الأساس سنتبع تطور هذا الالتزام في مجال الفرنشيز كما يلي:

(1) François-Xavier Licari – la protection du distributeur intégré en droit français et allemand – Litec – France – 2002 – p195.

(2) د/ جلال وفاء محمدين – الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا – دار الجامعة الجديدة – مصر – 2004 – ص15.

(3) د/ محمد محسن إبراهيم النجار – مرجع سابق – ص184.

(4) مثل المادة 2 من القانون المدني السوري، والمادة 5242 من القانون المدني الألماني، والفقرة الثالثة من المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، ذكرها د/ محمودي مسعود – مرجع سابق – ص131.

(5) د/ ياسر سيد الحديدي – مرجع سابق – ص179؛

Amandine BOUVIER – op.cit – p221, 222; François-Xavier Licari – op.cit – p195, 196.

أولاً: الالتزام بالإعلام في عقد الفرنشيز في القوانين الدولية.

أكدت مدونة السلوك الدولية لنقل التكنولوجيا على مراعاة واجب الإعلام من خلال نصها في الباب الخامس على ما يلي: (1)

- أ- تزويد المستورد بالمعلومات اللازمة لتمكينه من الوقوف على عناصر التكنولوجيا وتقدير قيمتها، على أن تكون هذه المعلومات مفصلة قدر المستطاع.
- ب- التصريح بما يكون قد أبرمه كل من الطرفين من اتفاقيات سابقة تؤثر في اتفاق نقل التكنولوجيا التي تجري المفاوضات بشأنها وذلك بالقدر الذي لا يحدث ضرراً.
- ج- التزام المستورد "المتلقي" بتزويد المورد "المانح" بالمعلومات المتاحة له، الخاصة بالظروف الفنية في دولته وأهدافها في التنمية، وتشريعاتها ذات الصلة بنقل التكنولوجيا وذلك بالقدر اللازم لتمكين المورد من تنفيذ التزاماته.
- د- يتعهد المورد بإطلاع المستورد على ما لديه من أسباب أو معلومات تجعله يعلم ما إن كان استعمال التكنولوجيا بالكيفية المقترحة واستعمال السلع الناتجة عنها لا يناسب البيئة بدولة المستورد، أو أنه يمثل خطراً على الصحة العامة أو مضراً بها.
- هـ- تعهد المورد بإطلاع المستورد على ما يعلمه من قيود أو منازعات تتعلق بالحقوق التي تشملها التكنولوجيا.

كما وضعت المؤسسة الدولية لتوحيد القوانين نظاماً متكاملًا للإعلام المسبق في إطار عقد الفرنشيز، وبموجب هذا النظام يلتزم المانح بأن يسلم للمتلقي المحتمل المرشح للتعاقد معلومات خطية متكاملة عن وضعية المانح والمشروع الذي يديره، وعن كافة الظروف المالية والقانونية المتعلقة بالعقد خلال مهلة أقصاها 14 يوماً من تاريخ توقيع العقد أو من دفع أية قيمة نقدية حسب المادة الثانية منه (2).

(1) د/ وليد عودة الهمشري - عقود نقل التكنولوجيا، الالتزامات المتبادلة والشروط التعسفية، دراسة مقارنة - دار الثقافة - الأردن - 2009 - ص 231.

(2) لجنة دراسة الفرنشيز التابعة للمؤسسة الدولية لتوحيد القانون الخاص - الدورة الخمسة المنعقدة في روما بتاريخ 7 ديسمبر 2000 من أجل إعداد نموذج قانون يتعلق بالإعلام في عقد الفرنشيز.

ثانيا: التزام المانح بإعلام المتلقي وفق القانون الأمريكي.

بدأت بعض الولايات الأمريكية بسن تشريعات خاصة بعقد الفرنشيز منذ 1970، التي كللت بصدور قانون فدرالي عام 1978، وتعتبر هذه التشريعات أكثر فاعلية من مثيلاتها في فرنسا وأوروبا عامة، ورغم قيام القانون الأمريكي على الحرية التعاقدية في عمومه إلا أنه فرض قيودا على المانح حماية للمتلقي، نظرا لما تحققه هذه الحماية من انتشار أوسع لعقود الفرنشيز⁽¹⁾.

صدر القانون الفدرالي بتاريخ 21 أكتوبر 1979 تحت اسم "Full Disclosure Act" قانون الكشف الكلي"، وهو يطبق على جميع الاتفاقات التي تكيف على أنها عقود فرنشيز دون الأخذ بعين الاعتبار الاسم الذي أطلقه عليها المتعاقدان، ولا يطبق على العقود التي لا تتوافر فيها شروط عقد الفرنشيز حتى ولو أطلق عليها المتعاقدان هذا الاسم⁽²⁾.

يعد هذا القانون أول تشريع يحقق الحماية للمتلقي ويضع مستوى ثابت من المعلومات التي يجب أن يقدمها كل مانح فرنشيز يمارس نشاطه في الولايات المتحدة الأمريكية، غير أنه لا يلغي التشريعات الخاصة بكل ولاية التي تتعلق بالفرنشيز، مادامت لا توفر حماية أقل للمتلقي، ومن هنا يكون هذا الأخير خاضعا عند ممارسة نشاطه في الولايات المتحدة الأمريكية لكل من التشريع الفدرالي وتشريعات الولايات التي يمارس فيها نشاطه⁽³⁾.

يقع هذا الالتزام على المانح أو الوسيط أو السمسار، والمانح قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا ممثلا في فرد أو شركة، أو جمعية أو أي كيان آخر يهدف لتحقيق مصلحة لشبكة الفرنشيز، أما السمسار فقد يكون هو بدوره فردا أو شركة أو تجمعا أو جمعية أو أي تجمع يهدف إلى تحقيق المصلحة المشتركة للأطراف من خلال مساعدتهم على إبرام العقد، فهو لا تنصرف إليه آثار عقد الفرنشيز، وإن قام السمسار بهذا الالتزام فإنه يسقط من على عاتق المانح والعكس⁽⁴⁾.

(1) Didier MATRAY – introduction générale – séminaire organize à Liege le 29 septembre 2000 – Delta – Beyrouth – 2002 – p11.

(2) د/ ياسر سيد الحديدي – مرجع سابق – ص204.

(3) بلعزام مبروك – مرجع سابق – ص274.

(4) د/ محمد محسن إبراهيم النجار – مرجع سابق – ص188.

غير أن المانح قد يكون هو مالك الفرنشيز، أو مؤسس شبكة الفرنشيز، وقد يكون مانحا فرعيا، فإذا كان عقد الفرنشيز مبرما بين الأخير والمتلقي، فتقطع كل صلة بين المانح والمتلقي، وتبقى علاقته المباشرة مع المانح الفرعي، الذي يكون ملزما بدوره بواجب الإعلام، وتثير هذه الحالة المسؤولية التضامنية بين المانح الرئيس والمانح الفرعي، الذي يستمد سلطته من الأول، ويبدو وكأنه المانح في إقليمه⁽¹⁾.

وأيا كان الذي يقع عليه الالتزام بالإعلام، يجب أن يعطي للمتلقي مجموعة من البيانات تدور حول اسم المانح وكل ما تعلق بممتلكاته الفنية والمعرفية، والسوابق القضائية لشخصه أو شركته، وكل العاملين لديه والخبراء والمؤمنين، وكذلك قائمة المتلقين الذين تعامل معهم، مع توضيح لمصير عقود هؤلاء، ومدى نجاحهم أو فشلهم في تنفيذ الفرنشيز، وكذلك شرح مفصل للالتزامات المانح المالية وغير المالية، مثل تلك المتعلقة باختيار الموقع والمؤمنين، إضافة إلى محتوى عقد الفرنشيز في جميع جوانبه، مثل صيغة الفرنشيز ونوعه، وغيرها من المعلومات الضرورية التي يمكن أن تؤثر في إرادة المتلقي وقراره بالانضمام إلى شبكة الفرنشيز من عدمه، وأن يتم تقديم هذه المعلومات في شكل ملف يحتوي غلافه على تحذير لجمهور المتلقين بتوخي الحذر من المعلومات الواردة في هذا الملف، إلى جانب ملف آخر يتضمن تفاصيل إضافية حول المعاملات المالية الخاصة بالمانح، وتقدم هذه المعلومات جميعا إلى المتلقي في المقابلة الأولى، على أن يقدم المانح إلى المتلقي نسخة العقد وما تعلق به من وثائق خلال أيام العمل الخمسة التي تسبق دخول العقد حيز التنفيذ⁽²⁾.

ينص هذا القانون على أن يتم توجيه هذه المعلومات إلى المتلقي نفسه أو إلى أي ممثل أو وكيل أو عامل لديه، أو أي شخص لديه علاقة بالمتلقي أو وسيطه أو ممثله، أو من يكلف بإعداد عقد الفرنشيز لمصلحة المتلقي، وتكون له صلاحية الاطلاع على المعلومات ويكون مسؤولا بالتضامن مع المتلقي في الحفاظ على سرية هذه المعلومات⁽³⁾.

(1) د/ ياسر سيد الحديدي - مرجع سابق - ص 205.

(2) د/ محمد محسن إبراهيم النجار - مرجع سابق - ص 186، 187.

(3) د/ ياسر سيد الحديدي - مرجع سابق - ص 205.

ثالثاً: التزام المانح بإعلام المتلقي في القانون الكندي.

أصدرت مقاطعة البرتا بتاريخ 01 نوفمبر 1995 قانون الفرنشيز تحت اسم " Franchise Alberta Act" الذي عدل عام 2000، وكان الموضوع الأساس لهذا القانون دعم المتلقي وحمايته من خلال الإلمام بالمعلومات اللازمة قبل إبرام العقد، الذي يتم عن طريق فرض واجب على المانح بأن يدلي إلى المتلقي بكافة المعلومات الضرورية قبل 14 يوماً كحد أدنى من توقيع العقد أو دفع أية قيمة نقدية، وتتعلق هذه المعلومات بتوافق عقد الفرنشيز مع قوانين المنافسة، ونسخة عن كل العقود التي أبرمها المانح، والمعلومات المالية والمحاسبية الخاصة بمؤسسة المانح، وتقديم كتاب يتضمن وصفاً واسعاً للفرنشيز ومضمونه، ومحلّه المتمثل في عناصر الملكية الفكرية⁽¹⁾.

يعطي هذا القانون للمتلقي الحق في رفع دعوى قضائية للمطالبة بإبطال العقد، وبتعويضه عما أصابه من ضرر بسبب تخلف أو نقص هذه المعلومات أو عدم وضوحها، ويسقط حقه هذا إن لم يمارسه خلال سنتين من إبرام عقد الفرنشيز⁽²⁾.

رابعاً: التزام المانح بإعلام المتلقي في القوانين الأوروبية.

تلزم المادة الثالثة من نظام الآداب المهنية "code de déontologie" - الذي صدر عن الاتحاد الأوروبي - مانح الفرنشيز أن يسلم إلى المتلقي قبل توقيع العقد نسخة من نظام الآداب المهنية، كما يجب عليه أن يزوده بكافة المعلومات المتعلقة بالفرنشيز موضوع التعاقد خلال مدة معقولة تسبق إبرام العقد، كما يوجب هذا النظام على المانح أن يقدم هذه المعلومات بشكل مكتوب⁽³⁾.

(1) Régis FABRE – réglementation législative du contrat de franchise dans d'autres pays, l'esquisse d'une philosophie – séminaire organize à Liege le 29 septembre 2000 – Delta – Beyrouth – 2002 – p110.

(2) Ibid – p111.

(3) Yves MAROT – le droit de la franchise – Gualino éditeur – paris – 2003 – p65.

كان هذا القانون الأساس الذي اتبعته مختلف القوانين التي تنظم عقد الفرنشيز لدول الاتحاد الأوروبي، لتتص في قوانينها الداخلية على الالتزام بالإعلام لتؤكد أهميته، وحرصا منها على حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية.

وضعت الفدرالية الهولندية للفرنشيز الأسس الواجبة لتطبيق الالتزام بالإعلام، إذ ألزمت المانح بأن يعطي المتلقي كل المعلومات الضرورية لاستغلال عناصر الفرنشيز، كما ألزمته بأن يختار متلقي ذا ملاءة كافية تجعله قادرا على استثمار مؤسسته بشكل أفضل، كما أوجب هذا القانون على الطرفين اللجوء إلى القضاء الهولندي، وحصرت التحكيم في إقليم الدولة الهولندية دون سواه⁽¹⁾.

فرض على المانح التزام بإعلام المتلقي في فرنسا بقانون دوبان رقم 89 - 1008 المؤرخ في 31 ديسمبر 1989، وصدر مرسوم تنفيذي له بتاريخ 4 أبريل 1991، ويعود صدور هذا القانون إلى سعي المشرع الفرنسي إلى القضاء على التجاوزات التي وقعت في سنوات الثمانينات من قبل المانحين، وما نتج عنها من رفع دعاوى قضائية من المتلقين الذين تضرروا من هذه التجاوزات، وهو قانون لا يطبق إلا على عقود الفرنشيز التي أبرمت في فرنسا و/أو التي تنفذ كلها أو في جزء منها في فرنسا⁽²⁾.

نص القانون التجاري الفرنسي في الفقرة الثالثة من المادة 330 مكرر 3 على الالتزام بالإدلاء بكافة المعلومات قبل التعاقد، في جملة من العقود ومنها عقد الفرنشيز⁽³⁾، هذا إلى جانب القواعد القانونية الأخرى التي تنص على الالتزام بالإعلام في عقود أخرى، مثل قانون إعلام المستهلكين الصادر بتاريخ 10 يناير 1978 وقانون ديسمبر 1986 المتعلق بحرية التسعيرة والمنافسة⁽⁴⁾، والمادة 1112 مكرر 1 من القانون المدني الفرنسي.

(1) André LOMBART – les codes de déontologie – séminaire organize à Liege le 29 septembre 2000 – Delta – Beyrouth – 2002 – p126, 127.

(2) Jean Marie LELOUP – la franchise droit et pratique – 4 édition – Delmas – Paris – 2004 – p169; Didier MATRAY – op.cit – p10; Yves MAROT – op.cit – p66.

(3) François LUC SIMON – op.cit – p77.

(4) د/ ياسر سيد الحديدي – مرجع سابق – ص182.

ألزمت المادة 330 مكرر 3 من القانون التجاري الفرنسي كل شخص يضع تحت تصرف شخص آخر اسما تجاريا أو علامة تجارية، أو عنوانا تجاريا، قبل توقيع العقد ومن أجل المصلحة المشتركة للطرفين بأن يقوم بتزويد الطرف الآخر بمستند يحتوي على بعض المعلومات الحيوية والجدية التي تجعل هذا الطرف ملما بكافة الوقائع، ويقبل على الالتزام بعد معرفة سببه⁽¹⁾.

حددت كل من الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون دابان والمرسوم التنفيذي رقم 91:337 الصادر في 4 أبريل 1991 العناصر المختلفة التي يجب أن تتضمنها وثيقة الإعلام، سواء كانت هذه العناصر ترتبط بالمعلومات الخاصة بمؤسسة المانح وشبكته، مثل تاريخ إنشاء المشروع وممارسة النشاط والمراحل التي مر بها المشروع، وشكله القانوني ورقم قيد الشركة في السجل التجاري، وخبرة المدراء وتاريخهم الوظيفي ومحاسبة الشركة، والمصارف التي تتعامل معها، وكذا مراحل نمو شبكة الفرنشيز، وأطرافها وعناوينهم وتاريخ انقضاء عقودهم، والعقود التي انتهت وسبب انتهائها، إلى جانب تزويد المتلقي بكل المعلومات المتعلقة بعناصر الملكية الفكرية المرخص بها، مثل أرقام قيدها وإن كانت انتقلت إلى المانح بترخيص وتاريخ انتهاء الرخصة، كما يقع على المانح وجوب إطلاع المتلقي على أحوال السوق، مثل حجم الطلب على هذه المنتجات أو الخدمات محل عقد الفرنشيز، والميل الاستهلاكي للمجتمع الذي يحتمل أن يسوق المتلقي فيه هذه السلع والخدمات، واحتمالات تطور هذا السوق، وعدد وحجم المشاريع المنافسة فيه، إضافة إلى كل المعلومات المالية والقانونية، مثل الالتزامات المالية الواقعة على المتلقي، ومدة العقد وشروط تجديده وفسخه ونطاق الحصرية وغيرها⁽²⁾.

خامسا: التزام المانح بإعلام المتلقي في بعض القوانين العربية.

تطرق القانون الفلسطيني إلى الالتزام بالإعلام السابق على إبرام العقد في عقود نقل التكنولوجيا، حيث نصت المادة 82 من مشروع قانون التجارة الفلسطيني على أنه: "يلتزم المورد بأن يكشف للمستورد في العقد أو خلال المفاوضات التي تسبقه ما يلي:

(1) Pedro AMARAL – le contrat de franchise au Brésil – thèse – université Montpellier 1 – 2010 – p180; Cyril GRIMALDI; Serge MERESSE; Olga ZAKHAROVA-RENAUD – op.cit – p97, 98; François-Xavier LICARI – op.cit – p220; Claire POITEVIN – op.cit – p106.

(2) François LUC SIMON – le contrat de franchise: un an d'actualité – petites affiches – Quotidienne des journaux judiciaires associés – n244-9 Novembre 2006 – p15; Pedro AMARAL – op.cit – p180, 181, 182; Yves MAROT – op.cit – p67, 68.

1- الأخطار التي قد تنشأ عن استخدام المعرفة الحديثة محل التعاقد، وعلى وجه الخصوص ما يتعلق منها بالبيئة أو الصحة العامة أو سلامة الأرواح أو الأموال، وعليه أن يطلع على ما يعلمه من وسائل لاتقاء هذه الأخطار.

2- دعاوى القضاية وغيرها من العقوبات التي تعوق استخدام الحقوق المتصلة بالمعرفة الحديثة لاسيما ما يتعلق منها ببراءات الاختراع.

3- أحكام القانون المحلي بالنسبة للمورد بشأن التصريح بتصدير المعرفة الفنية."

قصرت هذه المادة الالتزام بالإعلام على المانح، رغم أن الدكتور حمدي بارودي يراه من الالتزامات المتقابلة التي تقع على كل من المانح والمتلقي، ولعل هدف المشرع الفلسطيني من قصر هذا الالتزام على المانح هو حماية المصلحة العامة بدرجة أولى، وحماية مصلحة المتلقي الخاصة في مرتبة ثانية⁽¹⁾.

ألزم قانون التجارة المصري الجديد المانح بتقديم المعلومات الضرورية واللازمة من أجل الاستغلال الأمثل لعناصر الملكية الفكرية محل عقد الفرنشايز، فأوجبت المادتان 76 و 77 منه على المانح الإفشاء إلى المتلقي بجميع المعلومات المتعلقة بالظروف القانونية والواقعية للاستغلال، ويلتزم المتلقي في مقابل ذلك بالحفاظ على سرية المعرفة الفنية التي وصلت إلى علمه في مرحلة المفاوضات⁽²⁾.

وجاءت المادة 86 من قانون التجارة المصري لتفصيل محل محتوى الالتزام بالإعلام في عقود نقل التكنولوجيا فنصت على أنه⁽³⁾: "يلتزم مورد التكنولوجيا بأن يكشف للمستورد في العقد أو خلال المفاوضات التي تسبق إبرامه على ما يلي:

1- الأخطار التي قد تنشأ عن استخدام المعرفة الحديثة محل التعاقد، وعلى وجه الخصوص ما يتعلق منها بالبيئة أو الصحة العامة أو سلامة الأرواح أو الأموال، وعليه أن يطلع على ما يعلمه من وسائل لاتقاء هذه الأخطار.

(1) د/ حمدي محمود بارودي - عقد الترخيص التجاري "الفرانشايز" وفقا لأحكام مشروع قانون التجارة الفلسطيني - مجلة الجامع الإسلامية (سلسلة الدراسات الإنسانية) - جامعة الأزهر - المجلد 16 - العدد 2 - سنة 2008 - غزة - ص 824.

(2) د/ محمد محسن إبراهيم النجار - مرجع سابق - ص 195.

(3) د/ جلال وفاء محمددين - مرجع سابق - ص 54.

2- الدعاوى القضائية وغيرها من العقوبات التي تعوق استخدام الحقوق المتصلة بالمعرفة الحديثة لاسيما ما يتعلق منها ببراءات الاختراع.

3- أحكام القانون المحلي بالنسبة للمورد بشأن التصريح بتصدير المعرفة الفنية.".

جاء الالتزام بالإعلام في قانون التجارة المصري عاما بحيث ينطبق على جميع عقود نقل التكنولوجيا التي تشمل كما سبق بيانه عقد الفرنشيز، كما أن هذا الالتزام يمتد وفق هذا القانون إلى مجمل المرحلة قبل التعاقدية، وهذا على عكس القانون الفرنسي، غير أنه جاء قاصرا من حيث عدم تحديده الوثائق التي يلزم المانح بتقديمها على وجه الدقة، ولم يحدد المدة الزمنية التي يلتزم خلالها المانح بالقيام بإعلام المتلقي بهذه الوثائق والمعلومات⁽¹⁾، وحرص على الجوانب البيئية والقانونية التي تصاحب نقل التكنولوجيا، ولم يهتم بالجوانب المالية والفنية لها⁽²⁾.

فرع رابع: التزام المانح بإعلام المتلقي في القواعد العامة.

تولي قوانين الدول حماية خاصة للإرادة من أجل دعم التراضي على وجه يحقق للطرفين التعاقد على بينة ودراية بكل معطيات العقد وتفصيله، حتى يتكون تصور صحيح في ذهن المتعاقد لمآلات التصرف الذي يقدم عليه، ويكون المنطلق لتحديد الدافع الباعث إلى التعاقد بما يتماشى مع المصالح التي يسعى المتعاقدان إلى تحقيقها، وكل هذا من أجل تجنب أي نقص أو عيب في رضا المتعاقدين، خاصة الذي يوجد منهما في مركز تعاقدى ضعيف قبل التعاقد الآخر، الذي يحيط علما بكل معطيات العقد، أو يكون أكثر اطلاعا عليها من المتعاقد الأقل خبرة، الذي قد يؤدي به عدم الاطلاع على هذه المعلومات إلى الوقوع في غلط⁽³⁾.

وعلى هذا قد يجد الالتزام بالإعلام أساسه في عيوب الرضا، خاصة منها الغلط والتدليس لارتباطهما الوثيق بهذا الالتزام، الذي يعتبر وسيلة وقائية من هذين العيبين، فإن قام المتعاقد الذي يملك المعلومات والمعطيات الخاصة بمحل العقد وكل ما يؤثر فيه من عوامل مالية وفنية وقانونية

(1) د/ محمد محسن إبراهيم النجار - مرجع سابق - ص 195.

(2) د/ عبد المنعم زمزم - مرجع سابق - ص 70.

(3) د/ ساسان رشيد - التأسيس القانوني للالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدى - مجلة العلوم القانونية - المركز الجامعي بالوادي - العدد 3 - 2011 - ص 275.

بإعلام المتعاقد معه بها، وكانت هذه المعلومات جوهرية في نظر المتعاقدين، حال ذلك دون ادعاء الطرف الذي يكون له الحق في الإعلام بالوقوع في غلط جوهرى⁽¹⁾.

قرر المشرع الجزائري في المادة 85 من القانون المدني التزاما على كل طرف بالإفصاح عما لديه من معلومات مؤثرة في العقد، إذ جعل الكتمان المتعمد الذي يوقع الطرف الآخر في وهم يثير المسؤولية العقدية للمتكم على أساس التدليس⁽²⁾.

لم يبق التدليس مقتصرًا على الأفعال الإيجابية للمدلس، بل يعتبر السكوت مع أنه فعل سلبي تدليسا، لأن السكوت عن واقعة مهمة بالنسبة للطرف الآخر يعتبر غشا، بحيث لو علمها لما أقدم على التعاقد، ويعبر عن سوء نية المتعاقد الذي تكتم عن هذه المعلومات، وبهذا تقتضي النزاهة في التعامل إعلام الطرف الآخر بكل المعلومات المهمة في العقد⁽³⁾.

غير أن واجب الالتزام بالإعلام أوسع من نطاق الإفشاء المرتبط بعبء التدليس، ذلك أن المتعاقد لا يكون ملزما مبدئيا بالاستعلام عن البيانات من أجل الإفشاء بها للمتعاقد الآخر إلا إذا كان مهنيا، أو كانت هذه البيانات جوهرية في الشيء محل العقد، ثم أن المتعاقد الذي يدعي إخلال الطرف الآخر بالتزامه بالإعلام لا يكون ملزما بإثبات العنصرين المادي والمعنوي كما في الكتمان الذي يمثل تدليسا، وهذا يجعل كل كتمان إخلالا بالالتزام بالإعلام، لكنه لا يجعل كل إخلال بالالتزام بالإعلام تدليسا⁽⁴⁾.

نستنتج من هذا أن التدليس بالكتمان لا يمكنه أن يغني عن الالتزام بالإعلام، خاصة إذا علمنا أن وضعية الجهل التي يوجد فيها الدائن بالمعلومات يجب أن تكون مشروعة ومبررة، بحيث

(1) عرارة عسالي - مرجع سابق - ص228؛ في هذا المعنى د/ إسماعيل محمد المحاقري - الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية دراسة فقهية قضائية مقارنة - مجلة الحقوق - الكويت - العدد 4 - ديسمبر 2006 - ص298. وفي هذا السياق أيدت المحكمة العليا قرارا صادرا عن مجلس قضاء البليدة حكم ببطان عقد القرض بسبب الغلط الجوهرى الذي وقع فيه المقترض بسبب عدم إعلامه من طرف البنك المقرض، المحكمة العليا - ملف رقم 581228 - قرار صادر بتاريخ 2010/07/22 - مجلة المحكمة العليا - عدد 2 - 2010 - ص161.

(2) د/ محمد محسن إبراهيم النجار - مرجع سابق - ص195؛

Betty Mercedes MARTINEZ-CARDENAS - la responsabilité précontractuelle, étude comparative des régimes colombien et français - thèse - université Panthéon-Assas - 2013 - p94.

(3) Djamil MAHI-DISDET - op.cit - p45, 46.

(4) عرارة عسالي - مرجع سابق - ص229.

لا يتحقق التدليس إذا لم يبذل المتلقي أي جهد، خاصة إذا كان منتميا إلى شبكة الفرنشيز، ولا يتحقق الكتمان أيضا إذا لم يتم المانع بتمكين المتلقي من وثيقة الإعلام المسبق بمناسبة تجديد عقد الفرنشيز، ذلك أن المتلقي في هذه الحالة يعتبر على بينة مما هو مقبل عليه، خاصة إذا كان تجديد العقد بنفس الشروط المتعاقد عليها سابقا⁽¹⁾، ودون تغيير أو تطوير في عناصر الملكية الفكرية محل العقد.

يقع بناء على المادة 379 من القانون المدني الجزائري التزام على عاتق البائع بإعلام المشتري بالعيوب الخفية في الشيء المبيع، وإذا لم يفعل ذلك اعتبر مخلا بالتزامه، ذلك أن البائع لا يلتزم بنقل ملكية الشيء المبيع فحسب، بل أن ينقل أيضا حيازة مفيدة تستجيب للغرض الذي أعد له المبيع، فإذا لم يكن المبيع محققا للغرض الذي أعد له جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع لغلط جوهر في المبيع، ولا يقتصر هذا الضمان على عقود البيع بل يمتد إلى كل عقد ناقل للملكية أو الانتفاع، خاصة إذا كان من عقود المعاوضات، إذ يلتزم كل من ينقل ملكية أو انتفاعا إلى شخص آخر أن تكون حيازة هذا الأخير مفيدة⁽²⁾.

إن الإدلاء بالعيوب الخفية لها تأثير مباشر على رضا المتعاقد، ولن تكون المعلومات التي يدلي بها الطرف الذي يعلمها للطرف الآخر ذات نفع إلا إذا وقع الإعلام بها قبل إبرام العقد، ذلك أن المتعاقد ما كان ليقدم على إبرام العقد لو علم بعدم صلاحية الشيء للاستعمال فيما أعد له، وعلى هذا الأساس يرى الفقيه "Ghestin" أن الالتزام بالإعلام الذي يقع تحت جزاء ضمان العيوب الخفية له انعكاس على رضا المتعاقد، لذلك فهو يسبق تكوين العقد رغم أنه لا يكشف إلا بعد إبرامه⁽³⁾.

وحتى يعتبر العيب الخفي أساسا للالتزام بالإعلام لا بد أن تتوافر فيه شروط نظرية العيوب الخفية، بأن يجهل المتعاقد العيب الخفي جهلا مشروعا، وأن ينقص العيب من الشيء محل العقد

(1) د/ ساسان رشيد - التأسيس القانوني للالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد - ص276؛

François LUC SIMON – théorie et pratique du droit de la franchise – op.cit – p103, 104.

(2) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي ترد على الملكية، البيع والمقايضة - الجزء 4 - الحلبي الحقوقية - لبنان - الطبعة 3 - 1998 - ص710.

(3) عرارة عسالي - مرجع سابق - ص230.

أو من نفعه، وأن لا يمكن للمتعاقد الذي يثبت له الحق في الإعلام أن يكتشف العيب بمعاينة الرجل العادي⁽¹⁾.

لا يستطيع المتعاقد الذي يقع عليه الالتزام بالإعلام أن يتخلص من ضمان العيوب إلا إذا أثبت أن الملتزم له كان يعلم وقت العقد بهذه العيوب، وله أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات مادام العلم واقعة مادية⁽²⁾.

تبقى نظرية عيوب الإرادة بما فيها الغلط والتدليس قاصرة على تحقيق الحماية التي يمكن أن يوفرها الالتزام بالإعلام⁽³⁾، كما يبقى الالتزام بالإعلام أشمل من الالتزام بضمان العيوب الخفية، ذلك أن عدم استيفاء البيانات الخاصة بكيفية استخدام الشيء محل العقد، أو التحذير من أخطاره، أو عدم ملاءمته لأغراض المتعاقد لا يعد عيباً خفياً، في حين يعتبر عدم الإدلاء بهذه البيانات خرقاً للالتزام بالإعلام، ولما كانت نظرية العيوب الخفية غير كافية لتقرير الالتزام بالإعلام لأبد من الرجوع إلى مواد أخرى تعضدها من أجل تحقيق هذا الهدف، مثل المادة 352 التي تقرر للمشتري حقاً في العلم الكافي بالشيء المبيع، الذي يتحقق باشمال الشيء على بيانات المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه⁽⁴⁾.

مطلب ثاني: التزام المانح بمبدأ حسن النية.

يوجب حسن النية على المانح الالتزام بإعلام المتلقي بالبيانات اللازمة، لذلك يمكن أن يكون مبدأ حسن النية الأساس لجملة من الأحكام التي لا ترتبط بالضرورة بمرحلة تنفيذ العقد فقط، بل تمتد لمرحلة إبرامه، بحيث يشكل هذا المبدأ قوالب لجملة من الأفكار التي ساهمت في التأسيس لتطوير أنظمة خاصة منها على وجه الخصوص الأحكام المتعلقة بالتدليس والغلط⁽⁵⁾.

(1) حامق ذهبية - مرجع سابق - ص134.

(2) د/ عبد الرزاق السنهوري - العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة - مرجع سابق - ص728.

(3) عيوب زهيرة - مرجع سابق - ص142.

(4) عرارة عسالي - مرجع سابق - ص231.

(5) د/ ساسان رشيد - عقد التوزيع بترخيص استعمال العلامة التجارية (عقد الفرانشايز) محاولة للتأصيل - مرجع سابق - ص134؛

يظهر من هذا أن مبدأ حسن النية من أهم الالتزامات المفروضة على المانح في كل المراحل التي يمر بها عقد الفرنشيز، لذلك يجب تعريفه ليتضح معناه، ودراسة تطوره التاريخي من خلال تتبعه في مختلف القوانين، ثم وجب الاطلاع على بعض الأفعال التي تظهره إلى الوجود، لأن حسن النية من الأفعال النفسية التي لا يمكن كشفها إلا إذا اقتربت بمظهر مادي ملموس.

فرع أول: التعريف بمبدأ حسن النية.

يعتبر مبدأ حسن النية مبدأ عاما يظل العقود جميعا، سواء في ما يتعلق بانعقادها وتحديد مضمونها أو تنفيذها، وتستوجب الاتجاهات الحديثة مد نطاق هذا المبدأ إلى مرحلة انعقاد العقد لأهميته فيها، بما من شأنه أن يضفي طابعا أخلاقيا على القانون⁽¹⁾.

لا تقتصر أهمية هذا المبدأ على مرحلتها انعقاد العقد وتنفيذه بل تمتد إلى المرحلة السابقة عن التعاقد، بحيث يعتبر الالتزام بالتفاوض بحسن نية التزاما جوهريا في مفاوضات عقود التجارة الدولية، إذ يمثل مطلبا أساسيا لنجاحها⁽²⁾.

غير أن البعض ينكر وجود مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات على أساس عدم وجود رابطة عقدية أصلا في هذه المرحلة، وبالتالي عدم وجود التزامات تعاقدية، وإن كان الكثير من فقهاء القانون الإنجليزي قد أنكروا وجود هذا المبدأ حتى في المرحلة التعاقدية، على أساس انعدام سلطة القاضي الوطني في البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين⁽³⁾.

يتعذر إيجاد تعريف عام وموحد لمبدأ حسن النية، ذلك أن مفهومه لا يتضمن مدلولاً واحداً، فهو يدخل القانون بمدلولين شخصي تارة وموضوعي تارة أخرى، فالقانون يأخذ بالمدلول الشخصي لحسن النية عندما يعتبرها حالة نفسية أو ذهنية، تتمثل في الجهل بظرف أو واقعة ما، أو هي الاعتقاد الخاطئ الذي يتولد في ذهن شخص ما، وهذا المفهوم الشخصي هو المقصود بحسن النية في الحياة حسب المادتين 814 و 824 من القانون المدني الجزائري، ودفع غير المستحق

(1) عرارة عسالي - مرجع سابق - ص 205.

(2) د/ ذكري محمد حسين؛ د/ استبرق محمد حمزة - التزامات أطراف التفاوض في عقود التجارة الدولية - مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية - جامعة بابل - المجلد 6 - العدد 4 - 2014 - ص 287.

(3) د/ محمود فياض - مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد - مجلة الشريعة والقانون - كلية القانون بجامعة الإمارات - العدد 54 - أبريل 2013 - ص 288.

في المادة 146 و147 من نفس القانون، والمادة 791 منه المتعلقة بالالتصاق، وقد يأخذ القانون بالمدلول الموضوعي لمبدأ حسن النية، وهذا هو المدلول المعتمد في مجال الإرادة التعاقدية، بحيث يمثل ضابطاً أخلاقياً يجري تقديره على نحو موضوعي ومجرد، وفقاً للسلوك الحسن الذي تقتضيه الحياة في المجتمع⁽¹⁾.

يمثل حسن النية الوسيلة التي يستطيع من خلالها القاضي الوطني التدخل لضمان توازن العلاقة التعاقدية بين الأطراف المتعاقدة، وهو المبدأ الذي يحمل المتعاقد على الاعتقاد بمعاملة الطرف المقابل له بصدق وأمانة بالشكل الذي يرغب هذا الأخير من الغير في التعامل معه على أساسه، ويضمن هذا المبدأ التزام طرفي التعاقد بالصدق والأمانة على نحو يتماشى مع نزاهة المعاملات القانونية، وبناءً على هذه الاعتبارات يضع الفقهاء تعريفاً لمبدأ حسن النية، فيرونه التزاماً يقع على الطرف المتعاقد يحمله على مراعاة مصالح وتوقعات الطرف المقابل بما يضمن نزاهة المعاملات القانونية وتمثيل مصالح أطراف العلاقة على نحو متوازن⁽²⁾.

يشكل مبدأ حسن النية جزءاً حيوياً في كل نظام قانوني، وهو بذلك يكمل قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ويعد عنصراً أساسياً من عناصر هذه القاعدة، وهو يعبر عن المحافظة على الثقة والصدق في التعامل، ويستلزم الأمانة والإخلاص والنزاهة في تنفيذ الالتزامات الاتفاقية⁽³⁾.

عرف جانب من الفقه الالتزام بحسن النية في المفاوضات أنه: "التعامل بصدق واستقامة مع الطرف الآخر بصورة تبقي ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة التي تم من أجلها التفاوض والتزم بها كل من طرفيه، بحيث لا تؤدي إلى إضرار الطرف الآخر دون مسوغ قانوني، بل يتوصل كلا الطرفين إلى حقه بأمانة"، وعرفه آخرون بأنه: "الأمانة بالفعل ومراعاة المعايير التجارية المعقولة بشأن التعامل النزيه في التجارة، وهو أن يتعاون طرفي المفاوضات على إبرام العقد"⁽⁴⁾.

(1) د/ أكرم محمود حسين البدو؛ د/ محمد صديق محمد عبد الله - أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات - مجلة الرافدين للحقوق - جامعة الموصل - المجلد 13 - العدد 49 _ 2011 - ص 408، 409.

(2) د/ محمود فياض - مرجع سابق - ص 231.

(3) د/ رغد عبد الأمير مظلوم حميد الخزرجي - مبدأ حسن النية في تنفيذ المعاهدات الدولية - مجلة ديالي - جامعة ديالي - العدد 64 - 2014 - ص 175.

(4) د/ ذكري محمد حسين؛ د/ استبرق محمد حمزة - مرجع سابق - ص 288.

لا يقصد بمبدأ حسن النية في المفاوضات السابقة على التعاقد معناه العادي الذي ينصرف إلى التزام المتعاقد بتنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية، ذلك أن هذا المبدأ هو مبدأ عام يحكم كافة العقود ويتعلق بتنفيذ الالتزامات التعاقدية، ولكننا نقصد في هذا الخصوص مبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود مرحلة المفاوضات، ذلك أن مبدأ حسن النية في هذه المرحلة ليس من شأنه أن يوجد أساساً قانونياً للمسؤولية التي تنشأ عن ضرورة استناد المعاملات إلى الصدق والإخلاص والثقة التعاقدية⁽¹⁾.

اختلفت الأنظمة القانونية المقارنة في تنظيم مبدأ حسن النية خلال مرحلة التفاوض على العقد إلى ثلاث اتجاهات رئيسية، فنص التوجه الأول صراحة على هذا الالتزام في نصوص القانون المدني، في حين أهمل المشرع في قوانين أخرى النص صراحة على هذا الالتزام في القانون المدني، في الوقت الذي عملت به المحاكم الوطنية وأقره فقهاء القانون استناداً إلى نظرية الخطأ، في حين أنكر اتجاه آخر صراحة التطبيق المطلق لهذا المبدأ على الالتزامات التعاقدية، وقصره على طائفة من العقود من أجل حماية المستهلك، تماشياً مع تشريعات الاتحاد الأوروبي⁽²⁾.

ولما اختلفت قوانين الدول في الأخذ بمبدأ حسن النية على هذا النحو كان لابد من تتبع تطور هذا المبدأ في مختلف القوانين في الفرع الموالي.

فرع ثاني: مبدأ حسن النية في مختلف القوانين.

اهتمت مختلف القوانين منذ القدم بمبدأ حسن النية، حيث لعب دوراً هاماً في صياغة الكثير من القواعد القانونية في القانون الروماني، وما زالت القوانين الدولية والوطنية تحت على الأخذ به، وتجعله التزاماً على عاتق كل طرف في علاقة عقدية، وإن اختلفت في مداها، فمن القوانين ما جعلت هذا المبدأ يسود كل مراحل العقد ويمتد إلى مفاوضاته، ومنها ما قصرته على العقد فقط، ومن القوانين ما نصت على وجوب احترام حسن النية عند تنفيذ العقد كما هو الحال في المادة 107 من القانون المدني الجزائري.

(1) د/ حمدي محمود بارود - الطبعة القانونية للمسؤولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد - مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية - جامعة الأزهر بغزة - المجلد 20 - العدد 2 - يوليو 2012 - ص 547.

(2) د/ محمود فياض - مرجع سابق - ص 234.

أولاً: مبدأ حسن النية في القانون الروماني.

نشأ مبدأ حسن النية مع نشأة القانون الروماني، حيث اعتبر مصدراً من مصادر القاعدة القانونية في هذه المرحلة الزمنية، وبموجب هذا المبدأ استطاع القاضي الروماني أن يتدخل لفرض التزامات تعاقدية على طرفي العقد للوصول إلى حالة من التوازن العقدي بينهما، إذا ما وجد أن هذا التوازن قد اختل بسبب عدم تعادل المركز القانوني لطرفي العقد، إما بسبب قيام أحد طرفيه بإعفاء نفسه من المسؤولية العقدية متى أخل بالتزام عقدي أو قانوني مترتب عليه، أو بسبب تمتع أحد طرفي العلاقة التعاقدية بسلطة تعديل شروط العقد بعد تكوينه أو إنهائه بإرادة منفردة، أو بسبب فرض أحد المتعاقدين على الآخر تعويضاً مبالغاً فيه لا يتناسب البتة مع ما قد يرتكبه هذا المتعاقد من مخالفات، دون أن يكون المشتراط ملتزماً بمبالغ تعويض مكافئة⁽¹⁾.

ثانياً: مبدأ حسن النية في المبادئ العامة لعقود التجارة الدولية.

أصدر معهد توحيد القانون الخاص بروما سنة 1994 القانون الموحد لقانون التجارة الدولية "Unidroit"، وأشار فيه إلى مبدأ حسن النية في مفاوضات عقود التجارة الدولية في نص المادة (7-1) التي جاءت بعنوان حسن النية وأمانة التعامل، إذ نصت على أن يلتزم كل طرف بالتصرف وفقاً لما يمليه حسن النية وأمانة التعامل في التجارة الدولية، وشددت على أنه لا يجوز للأطراف الاتفاق على استبعاد هذا الالتزام أو تقييده⁽²⁾.

تفرض هذه القواعد على الأطراف المتفاوضة أن تتفاوض بما يمليه عليها الشرف والأمانة والنزاهة في التعامل، وكلما كان هنالك اتفاق على التفاوض وجب تنفيذه بحسن نية من الطرفين، ويجب أن يسود هذا المبدأ مفاوضات عقود التجارة الدولية على العموم وعقود نقل التكنولوجيا خاصة، ذلك أن المفاوضات في هذه العقود الأخيرة تجري وفق استراتيجيات تقوم على المناورات والتكتيكات، خاصة وأن متلقي التكنولوجيا يتفاوض غالباً مع متفاوضين محترفين عن شركة عملاقة، مما يشدد على تقييد هذه الأخيرة بهذا المبدأ، فلا يجوز لها الحصول على فائدة زائدة

(1) د/ محمود فياض - مرجع سابق - ص 228، 229.

(2) د/ ذكري محمد حسين؛ د/ استبرق محمد حمزة - مرجع سابق - ص 289.

وغير عادلة من جراء استغلال حالة الاحتياج أو الضائقة الاقتصادية التي يكون فيها المتلقي، أو حاجته المستعجلة أو عدم تبصره أو جهله أو عدم قدرته على التفاوض مع الطرف الآخر⁽¹⁾.

ثالثاً: مبدأ حسن النية في القانون الإنجليزي.

يكشف التطور التاريخي للقانون الإنجليزي أن مبدأ حسن النية كان معروفاً في هذا القانون، بحيث يرى جانب من الفقه الإنجليزي أن القانون التجاري القديم يضم مفهوماً عاماً لمبدأ حسن النية، حيث كان التجار يتولون فصل المنازعات في ما بينهم في ظل القانون العرفي التجاري مما أوجد إلى حد ما قواعد موحدة⁽²⁾.

ثم اختلف هذا المبدأ في مراحل متقدمة من القانون الإنجليزي، ولم تعد المدرسة الإنجليزية تلزم نفسها بتطبيق هذا المبدأ باعتباره التزاماً تعاقدياً، حيث اعتبرت أن الالتزامات التعاقدية لا تنشأ إلا بالتوقيع على العقد وإنشائه قانوناً، وأقر مجلس اللوردات هذا المذهب في قضية "Walford v Miles" عام 1992، حيث وجد أنه لا التزام بالتفاوض بحسن نية في نظرية العقد في النظام القانوني الإنجليزي⁽³⁾، وبقي الأمر على حاله فلم يقر القانون الإنجليزي مبدأ عاماً لحسن النية، وإنما اكتفى بإيراد بعض النصوص الخاصة التي تمنع بعض أوجه التفاوض غير العادل، فعالج حالات فردية تنجم عن الإخلال بمبدأ العدالة⁽⁴⁾.

رغم أن القانون الإنجليزي لم يتضمن مفهوماً عاماً لمبدأ حسن النية، إلا أنه أخذ به باعتباره واجباً عاماً في بعض العقود مثل عقد الوكالة، وعقود الاستهلاك، حيث نص القانون الصادر سنة 1979 صراحة على هذا المبدأ، تماشياً مع توجيهات قوانين الاتحاد الأوروبي بشأن حماية المستهلكين، بل إن الفقه الإنجليزي اعترف بوجود هذا المبدأ في مرحلة المفاوضات رغم عدم اعترافه بما يسمى بعقد المفاوضة⁽⁵⁾.

(1) د/ حمدي محمود بارود - الطبيعة القانونية للمسؤولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد - مرجع سابق - ص 548، 549.

(2) د/ رعد عبد الأمير مظلوم حميد الخزرجي - مرجع سابق - ص 179.

(3) د/ محمود فياض - مرجع سابق - ص 236، 237.

(4) د/ حمدي محمود بارود - الطبيعة القانونية للمسؤولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد - مرجع سابق - ص 550، 551.

(5) د/ رعد عبد الأمير مظلوم حميد الخزرجي - مرجع سابق - ص 180.

شهد عام 1994 و2002 تطورا ملحوظا في تنظيم القانون الإنجليزي لمبدأ حسن النية، ففي عام 1994 أصدر المشرع الإنجليزي القانون رقم 1994/3159 المتعلق بالشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، ثم عدل هذا القانون بموجب قانون آخر عام 1999 تحت رقم 1999/2083 من أجل تنظيم التوجيه الأوروبي رقم 13 لسنة 1993 الخاص بالشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، حيث اعتبرت المادة (5-1) من قانون 1999 الشرط تعسفيا إذا خالف مقتضيات حسن النية، وامتد هذا المبدأ إلى مرحلة المفاوضات، إذ نصت المادة (3-1) من التوجيه الأوروبي الذي جاء القانون الإنجليزي لتنفيذه، على وجوب مراعاة حسن النية بين المتعاقدين في مرحلة المفاوضات، مع ضرورة مراعاة المركز التفاوضي لكل متعاقد عند تقدير الشروط التعسفية، وأقر مجلس اللوردات الإنجليزي وجود تطبيقات لهذا المبدأ في قضية " Yeoman's Row Management Limited v Cobbe"⁽¹⁾.

رابعا: مبدأ حسن النية في القانون الأمريكي.

لم يقرر القانون الأمريكي مفهوما عاما لمبدأ حسن النية، واكتفى هو الآخر بمعالجة فردية لكل حالة تتجم عن الإخلال بقواعد العدالة، ومن ذلك المادة (1-203) التي تعالج مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد⁽²⁾.

رغم أن القانون الأمريكي لم يورد مفهوما عاما لمبدأ حسن النية، فإنه أولاه مكانة خاصة، حيث ذكر هذا المبدأ في أكثر من 50 مادة من القانون التجاري الأمريكي الموحد، حيث نصت المادة (1-203) منه على وجوب التزام أطراف العقد بحسن النية، ومع ذلك فإن ظاهر هذه النصوص يوضح أن مبدأ حسن النية في القانون الأمريكي قاصر على مرحلة تنفيذ العقد فقط ولا يمتد إلى مرحلة تكوينه أو مرحلة المفاوضات، وهذا ما أخذ به فقهاء القانون الأمريكي وتأثرت به المحاكم⁽³⁾.

يقصر تطبيق مبدأ حسن النية على مرحلة تنفيذ العقد عملا بالمادة (1-203) من القانون التجاري الأمريكي الموحد⁽⁴⁾، ومع ذلك فقد فسرت أحكام القضاء الأمريكي مفهوم التعاون الذي نص

(1) د/ محمود فياض - مرجع سابق - ص 237، 238.

(2) د/ حمدي محمود بارود - الطبيعة القانونية للمسؤولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد - مرجع سابق - ص 551.

(3) د/ رغد عبد الأمير مظلوم حميد الخرجي - مرجع سابق - ص 181.

(4) د/ حمدي محمود بارود - الطبيعة القانونية للمسؤولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد - مرجع سابق - ص 551.

عليه القانون الأمريكي على أنه يستلزم حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد وكذا في مرحلة تكوينه، بل ويمتد حتى مرحلة المفاوضات، رغم أن السائد في القانون الأمريكي أن مبدأ حسن النية لا يطبق في المرحلة السابقة على إبرام العقد⁽¹⁾.

خامسا: مبدأ حسن النية في القانون الألماني.

يعتبر المشرع الألماني أحسن من اعتد بمبدأ حسن النية، حيث جعلت منه المادة 242 من القانون المدني مبدأ عاما، كما أن القضاء الألماني يستعمل هذا المبدأ بشكل مباشر لمواجهة أي اختلال للتوازن في العقود⁽²⁾.

تأثر القانون الألماني بالقانون الروماني الذي توسع في استعمال مبدأ حسن النية، حيث يراعى هذا المبدأ في مرحلة تكوين العقد ومرحلة تنفيذه، حيث ألزمت المادة (241-2) من القانون المدني الألماني كل متعاقد بمراعاة حقوق ومصالح المتعاقد الآخر، وتوسعت المادة (311-2) من نفس القانون في هذا المبدأ لتجعله يشمل مرحلة المفاوضات، علاوة على أعمال هذا المبدأ في مرحلة تنفيذ العقد حسب المادة 242 من القانون المدني الألماني⁽³⁾.

سادسا: مبدأ حسن النية في القانون الفرنسي.

يعتبر مبدأ حسن النية ضمان أمان للعقد، كما يقول الفقه الفرنسي، لأنه يعطي العقد مرونة ويخفف من مبدأ سلطان الإرادة، بحيث يبدو مبدأ حسن النية مفهوما أساسيا للعقد، وأخذ القانون الفرنسي بهذا المبدأ متأثرا بالقانون الروماني⁽⁴⁾.

فرض مبدأ حسن النية في المرحلة قبل التعاقدية بموجب المادة 1112 من القانون المدني الفرنسي في التعديل الذي جاء في الأمر رقم 131-2016 الصادر بتاريخ 10 فيفري 2016، كما نصت المادة 1104 منه على أنه يجب الالتزام بحسن النية في مفاوضات العقد وتكوينه وتنفيذه، وبذلك لم يعد هذا المبدأ قاصرا على تنفيذ العقد فقط.

(1) د/ رعد عبد الأمير مظلوم حميد الخزرجي - مرجع سابق - ص 183.

(2) عرعارة عسالي - مرجع سابق - ص 206.

(3) د/ ذكرى محمد حسين؛ د/ استيرق محمد حمزة - مرجع سابق - ص 288.

(4) د/ وعود كاتب الأنباري - مرجع سابق - ص 203.

سابعاً: مبدأ حسن النية في بعض قوانين الدول العربية.

تنص الفقرة الثانية من المادة 148 من القانون المدني المصري على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية."، كما ترشد الفقرة الثانية من المادة 150 من ذات القانون المفسر إلى أن يراعي خلال تأويله العقد ما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، ومن هذين النصين وغيرها يتضح أن مبدأ حسن النية في القانون المصري يمثل الإطار العام والروح التي يجب أن تسود تفسير العقد وتنفيذه، فإذا تعددت معاني عبارات العقد أو طرق تنفيذه، فعلى المتعاقد أن ينفذه بما تقتضيه الأمانة والاستقامة والعدالة⁽¹⁾.

وعلى نفس المنهاج نصت معظم القوانين العربية على مبدأ عام يقضي بحسن النية في تنفيذ العقود، بحيث نصت الفقرة الأولى من المادة 150 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951، والفقرة الأولى من المادة 146 من قانون المعاملات الإماراتي (القانون الاتحادي رقم 5 لسنة 1975)، والمادة 90 من القانون المدني الكويتي رقم 68 لعام 1980، على أنه يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع حسن النية⁽²⁾.

كما تنص الفقرة الأولى من المادة 107 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية."، والمشرع إذ يعترف صراحة بهذا المبدأ أثناء تنفيذ العقد في هذه المادة، فهذا يعني اعترافه به أثناء تكوين العقد أيضاً، ذلك أن المبادئ التي يتم بها الانعقاد هي نفسها المبادئ التي يقدم المتعاقدان على تنفيذها⁽³⁾، كما أن الحكمة من هذه المادة لا تتحقق إلا إذا بني العقد على حسن النية من بدايته، إذ لا يعقل أن يتم تنفيذ العقد بحسن نية في حين كانت نية المتعاقدين سيئة في المراحل التي تسبق تنفيذه⁽⁴⁾.

يمتد مبدأ حسن النية إلى مرحلة تكوين العقد رغم أن النصوص في قوانين الدول العربية جاءت متطابقة في وجوب مراعاة مبدأ حسن النية في تنفيذه، ولم تنص على وجوب مراعاته في مرحلة المفاوضات التي تمهد له، بعكس القانونين الفرنسي والألماني⁽⁵⁾.

(1) د/ رعد عبد الأمير مظلوم حميد الخرجي - مرجع سابق - ص 186.

(2) د/ وعود كاتب الأنباري - مرجع سابق - ص 203.

(3) عرعارة عسالي - مرجع سابق - ص 207.

(4) د/ علي أحمد صالح - مرجع سابق - ص 401.

(5) د/ وعود كاتب الأنباري - مرجع سابق - ص 203.

لا يؤدي مبدأ حسن النية ثماره في المرحلة السابقة على إبرام العقد إلا من خلال قواعد ومفاهيم واضحة ومحددة، لذلك يجب الأخذ بهذا المبدأ بوصفه قاعدة للسلوك بمفهومه الموضوعي، يقع على الأطراف المتفاوضة وجوب مراعاته أثناء مرحلة المفاوضات، فيجد هؤلاء سندا لمحاسبة كل من يخالف الالتزامات التي يفرضها حسن النية عليه، وعلى هذا الأساس يجب أن تنص المواد القانونية في قوانين الدول العربية ومنها المادة 107 من القانون المدني الجزائري، على أن يجب مراعاة حسن النية أثناء المفاوضات، وفي مرحلة تكوين العقد وتنفيذه⁽¹⁾.

فرع ثالث: بعض مظاهر حسن النية وسوء النية في مرحلة المفاوضات.

يبقى سوء النية أو حسنها من الأمور النفسية التي يصعب كشفها أو إثباتها، لكن إذا اقترنت بأفعال مادية فإنها تصبح ظاهرة يمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات، فكما هناك أعمال تثبت حسن نية المفاوض هناك أخرى تثبت سوء نيته، وسنقوم في هذا الفرع بدراسة ما يجب على المانح إثباته من أفعال ليثبت حسن نيته، وما ينبغي عليه أن يتجنبه من الأعمال التي تنافي هذا المبدأ.

أولاً: مظاهر حسن النية في المفاوضات.

يكون المفاوض حسن النية متعاوناً مع الطرف الآخر مراعاة للمصلحة المشتركة، متقيداً بما يفرضه واجب النزاهة والشرف في التعامل مع من يتفاوض معه.

أ- الالتزام بالتعاون:

وردت كلمة التعاون في عدة تعاريف لعقد الفرنشيز، منها التعريف الذي وضعه اتحاد الفرنشيز الأوروبي لهذا العقد، في تقنين السلوك الذي أصدره عام 1983، الذي عرف عقد الفرنشيز على أنه نظام لتسويق المنتجات أو الخدمات أو التكنولوجيا، يستند على التعاون الوثيق والمستمر بين مشاريع المانح والمتلقي⁽²⁾.

(1) في هذا المعنى د/ أكرم محمود حسين البدو؛ د/ محمد صديق محمد عبد الله - مرجع سابق - ص 409.

(2) Zoubeir Mrabet - les obligations du franchiseur - étude du droit civil et du guide d'un droit sur les accords internationaux de franchise principale - thèse - université de Montréal - 2005 - p10.

كما يصف الدكتور ياسر سيد الحديدي عقد الفرنشيز بأنه وسيلة عقدية للتعاون في ما بين المشروعات المستقلة، التي تعتمد على نقل المعارف الفنية والتجارية وما يرتبط بها من حقوق الملكية الفكرية والصناعية⁽¹⁾، وبهذا تظهر قيمة التعاون في هذا العقد، ولا يقتصر هذا الالتزام الذي يقع على عاتق المتعاقدين على مرحلة تنفيذ العقد، بل يشمل أيضا مرحلة المفاوضات.

فالتعاون معيار سلوكي تقتضيه حسن النية، وهو اعتراف من المتعاقد الملتزم به بأنه مرتبط بمصالح مشتركة أو متقاطعة مع الطرف الآخر، فالتعاون في رأي "J.Mertre" هو ضرورة التوجهات والسلوكيات التي تتقاطع لخدمة مصلحة مشتركة⁽²⁾، ويعتبر التزاما أساسا يقع على كل متفاوض طوال مرحلة المفاوضات⁽³⁾.

يعتبر التعاون موقفا إيجابيا يتخذه كل طرف في المفاوضات، من أجل التشاور والمشاركة في إعداد عملية التفاوض، وتحديد مكان وزمان إجراء التفاوض، والتراضي على تحديد الخبراء والفنيين والاستشاريين، وهذا كله يكون لدى المتفاوض رضا مستتيرا للاستمرار في المفاوضات إلى نهايتها، أو إلى قناعة تامة بالعدول عنها إذا كان التعاقد ليس في مصلحته، وهذا يحقق النفع المتبادل للطرفين دون أن يسبب إرهاق أحدهما⁽⁴⁾.

إذا كان التعاون يساعد المتفاوض في تشكيل رضا سليم فيقدم على العقد وهو على بينة من أمره، فإنه يهيئ له أيضا مقاييس لم تكن معروفة خلال إبرام العقد، عندما يسمح للقاضي والأطراف من تناول كل العناصر التي من شأنها التأثير على تنفيذ العقد بطريقة عادلة، مع الأخذ بعين الاعتبار الإطار والمضمون التعاقدية والهدف من العملية⁽⁵⁾.

تتنوع صور التعاون بين الأطراف المتفاوضة أو المتعاقدة، فيقتضي التعاون في مرحلة المفاوضات عدم الإصرار على تحديد أماكن للتفاوض تستدعي السفر والإنفاق بلا مبرر، وإبداء المرونة في مناقشة جدول الأعمال دون تصلب في الآراء، وتجنب تقديم العروض المبالغ فيها قصد إفشال المفاوضات، وكذا عدم رفض العروض المبررة، واحترام العادات والأعراف التجارية

(1) د/ ياسر سيد الحديدي - مرجع سابق - ص24.

(2) عرارة عسالي - مرجع سابق - ص217، Radu STANCU - op.cit - p126.

(3) د/ محمد حسين منصور - مرجع سابق - ص57، 58.

(4) د/ ذكرى محمد حسين؛ د/ استيرق محمد حمزة - مرجع سابق - ص292.

(5) عرارة عسالي - مرجع سابق - ص217.

السائدة في المفاوضات، وإخطار الطرف الآخر في حالة عقد العزم على قطع المفاوضات في وقت مناسب⁽¹⁾.

ب- النزاهة في التعامل مع الطرف الآخر:

تقتضي النية الحسنة نزاهة المتعاقد في تنفيذ التزامه بإخلاص، ومن مقتضيات النزاهة أن يتمتع المتعاقد عن كل غش أو تدليس يجعل تنفيذ الالتزام عسيرا أو مستحيلا، وأشار المشرع الجزائري إلى هذا الالتزام في المادة 361 من القانون المدني التي تنص على أن: "يلتزم البائع أن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يتمتع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا."⁽²⁾.

يقيم الامتناع عن الغش العلاقات بين الأشخاص على قدر من النزاهة والشرف ويعزز الثقة بين الأطراف، إذ ترشد المادة 111 من القانون المدني الجزائري من يتولى تأويل العقد إلى الاستهداء بما ينبغي أن يتوافر من ثقة وأمانة بين المتعاقدين، والالتزام بالأمانة ذاته يستلزم أن يكون المتعاقد أو المفاوض نزيها⁽³⁾.

يبرر الالتزام بالنزاهة بين المتعاقدين بطلان كل شرط ناتج عن غش، مثل شرط الإعفاء من المسؤولية حسب المادة 178 من القانون المدني الجزائري، والشرط الذي ينقص الضمان أو يسقطه حسب المادتين 377، و490 من ذات القانون، ومن النزاهة أن لا يدفع المتعاقد بعدم التنفيذ طبقا للمادة 123 من نفس القانون لمجرد أن المتعاقد معه قد واجهته بعض الصعوبات الموضوعية في تنفيذ التزاماته، بل يجب أن يستند دفعه عند الاقتضاء إلى اعتبارات جدية⁽⁴⁾.

نص المشرع الجزائري على الالتزام بالنزاهة في القانون 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، إذ جاء الباب الثالث تحت عنوان نزاهة الممارسات التجارية، الذي خصص الفصل الرابع منه للممارسات التجارية غير النزيهة⁽⁵⁾.

(1) د/ علي أحمد صالح - مرجع سابق - ص 480، 481.

(2) د/ فيلاي علي - الالتزامات، النظرية العامة للعقد - موفم للنشر - الجزائر - 2001 - ص 296.

(3) عرارة عسالي - مرجع سابق - ص 214.

(4) د/ فيلاي علي - مرجع سابق - ص 296.

(5) قانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 جويلية 2004 الذي يتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

كما نصت الفقرة الأولى من المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي رقم 114/15 على أنه: "يجب أن يتضمن القرض الاستهلاكي معلومات صحيحة ونزيهة توضح على الخصوص عناصر العرض وكيفيات الحصول عليه، وكذا حقوق وواجبات أطراف القرض".⁽¹⁾

ثانيا: بعض مظاهر سوء النية في المفاوضات.

يعتبر سيء النية كل مفاوض يدخل المفاوضات وهو ينوي عدم إبرام العقد، أو الذي يتفاوض مع عدة أطراف وهو لا ينوي التعاقد إلا مع طرف بعينه، أو الذي يقطع المفاوضات دون سبب مشروع.

أ- التفاوض بنية عدم التعاقد:

يعتبر التفاوض بنية عدم التعاقد أحد صور سوء النية، سواء حدث هذا قبل بداية المفاوضات، أو أن المفاوض كانت نيته حسنة ثم ساءت بعد ذلك لأسباب ما⁽²⁾، كأن يرى قلة الفائدة التي سيحصل عليها من التعاقد، ومثال ذلك أن يبدأ مانح مفاوضات مع متلقي الفرنشيز لا لإبرام العقد معه وإنما لتقويت فرصة عليه لإبرام عقد فرنشيز مع مانح آخر، إما نكاية في هذا المتلقي أو سعيا لعرقلة توسع شبكات الفرنشيز المنافسة لمشروعه، وأيا كان المتضرر يجوز له المطالبة بتعويض ما فاته من كسب وما لحقته من خسارة، إما بناء على الإخلال بالالتزام بالنزاهة أو بناء على المنافسة غير المشروعة.

نصت المادة (2-301) من مبادئ القانون الأوروبي الموحد على أنه: "يعتبر مخالفا لمبدأ حسن النية قيام طرف ما بالتفاوض على إنشاء عقد في وقت اتجهت لديه النية إلى عدم إنشاء هذا العقد"، وألزمت المادة 26 من القانون المدني الألماني الشخص بالتعويض متى اتجهت نيته إلى الإضرار بالغير على نحو يتعارض مع مقتضيات المصلحة العامة⁽³⁾، وهذا ما جاء في المادة 182 من القانون المدني الجزائري التي تقيم المسؤولية على أساس تفويت الكسب.

(1) مرسوم تنفيذي رقم 114/15 المؤرخ في 12 ماي 2015 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي - الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 24 - الصادرة بتاريخ 13 ماي 2015.

(2) Betty Mercedes MARTINEZ-CARDENAS - op.cit - p288.

(3) د/ محمود فياض - مرجع سابق - ص240.

ب- التفاوض مع عدة أطراف بنية إبرام عقد مع طرف واحد:

لا يعتبر هذا الأمر مخالفا لمبدأ حسن النية إلا إذا اشترط المتفاوضان على بعضهما عدم التفاوض مع الغير مادامت المفاوضات قائمة بينهما، أو إذا دل واقع التفاوض على حتمية توقيع العقد بين الطرفين على نحو لا يقبل الشك، وعلى هذا الأساس رفضت محكمة استئناف باريس في قضية "Gallay v Alvat Belgie Company" مطالب المدعي بالتعويض على أساس إجراء المدعى عليه المفاوضات مع أطراف أخرى أثناء تفاوضه معه على شروط العقد، معللة حكمها بعدم اشتراط المدعي حصرية التفاوض، وفي المقابل أيدت محكمة النقض الفرنسية في عام 2003 القرار الصادر عن محكمة استئناف في قضية "Manoukian"، الذي حكمت فيه بتعويض المدعي على أساس إخلال المدعى عليه بمبدأ حسن النية في التفاوض، عندما تفاوض مع جهات أخرى في وقت اتفق فيه الطرفان على ميعاد لتوقيع العقد⁽¹⁾.

ج- قطع المفاوضات دون سبب.

يفرض مجرد البدء في المفاوضات التزاما على الطرفين بالتقيد بمبدأ حسن النية في التفاوض، الذي يترتب آثارا مباشرة من بينها عدم جواز قطع المفاوضات من طرف أي مفاوض إلا إذا كان ذلك يرجع إلى أسباب جدية ومقنعة⁽²⁾.

يحق للمفاوض قطع المفاوضات في أي وقت شاء عملا بحرية عدم التعاقد⁽³⁾، على أنه لا يجوز له التعسف في الحق على نحو يتعارض مع حسن النية، فيكون سيء النية من قطع المفاوضات التي وصلت إلى مرحلة متقدمة على نحو يبعث على الاعتقاد بحتمية التعاقد، ويكون سيء النية أيضا المفاوض الذي يقطع المفاوضات دون سبب مشروع⁽⁴⁾.

(1) Betty Mercedes MARTINEZ-CARDENAS – op.cit – p289 à 291.

د/ محمود فياض – مرجع سابق – ص242، 243.

(2) د/ كاظم كريم علي الشمري – المسؤولية في الفترة ما قبل التعاقدية – مجلة الفتح – جامعة ديالي – المجلد 2 – العدد 27 – 2006 – ص13.

(3) Radu STANCU – op.cit – p30, 86.

(4) د/ محمود فياض – مرجع سابق – ص245؛

Betty Mercedes MARTINEZ-CARDENAS – op.cit – p272, 293.

مبحث ثالث: المسؤولية المترتبة على المانع في مرحلة المفاوضات.

اختلف الفقه والقضاء حول الطبيعة القانونية لمرحلة المفاوضات، وأدى اختلاف القوانين في تنظيم هذه المرحلة إلى بروز أكبر لهذين التيارين، حيث أن الدول التي نظمت قوانينها مرحلة المفاوضات، يذهب الفقه والقضاء فيها إلى اعتبار المفاوضات جزءاً من العقد، وتخضع لنفس القواعد المطبقة عليه، وتكون الالتزامات الناتجة في مرحلة المفاوضات التزامات عقدية، ويؤيد هذا الاتجاه بعض فقهاء الدول التي لم تنظم مرحلة المفاوضات في قوانينها، إلا أن جمهور الفقه والقضاء في هذه الدول لا يعتبر المفاوضات جزءاً من العقد ولا يرى بأن الالتزامات فيها ذات طابع عقدي.

أدى هذا الاختلاف في تكييف مرحلة المفاوضات والالتزامات التي ترتبها إلى اختلاف في الطبيعة القانونية للمسؤولية التي تقع على المفاوض الذي يخل بهذه الالتزامات، فتكون مسؤولية عقدية عند من يرون أن الالتزامات في مرحلة المفاوضات ذات طابع عقدي، وتكون مسؤولية تقصيرية عند الفريق الثاني. ولما كانت هذه الدراسة تبحث الحماية القانونية للمتلقي فستقتصر على طبيعة مسؤولية المانع الذي يخل بالالتزامات المترتبة على عاتقه في مرحلة المفاوضات.

مطلب أول: المسؤولية العقدية للمانع في مرحلة المفاوضات.

ذهب جانب من الفقه إلى أن المفاوضات تكون ذات طبيعة عقدية، لوجود تصرف قانوني يختلف محله عن العقد المتفاوض بشأنه، ينشأ بين المتفاوضين، ويعتبر هذا التصرف مصدر الالتزامات التي تنشأ في مرحلة المفاوضات، مثل الالتزام بالإعلام وبحسن النية وما يترتب عنها من التزام بالتعاون والشفافية، ولما كانت هذه الالتزامات في رأيهم عقدية فإن الإخلال بها يترتب مسؤولية عقدية على المخل⁽¹⁾.

يفسر أصحاب هذا الاتجاه نشوء التصرف القانوني الذي يضيء الطابع العقدي على مرحلة المفاوضات، بأن المفاوضات تنشأ في بادئ الأمر بناء على دعوة يتم قبولها، وهذا الاتفاق الأول هو المصدر المباشر للضمان المتبادل في مرحلة المفاوضات، ذلك أنه يحتوي شرطاً ضمناً مقتضاه التزام كل طرف اتجاه الآخر بالاستمرار في المفاوضات وعدم قطعها بشكل تعسفي، حتى

(1) د/ سعد حسين عبد ملحم - مرجع سابق - ص 53؛

تحقق هذه المفاوضات الغرض النهائي منها، وإن أخل المفاوض بهذا الالتزام وجب عليه تعويض الطرف الآخر بناء على المسؤولية العقدية⁽¹⁾.

يرى "إهرنج" أن المسؤولية المترتبة في مرحلة المفاوضات هي مسؤولية عقدية، لأن كل متفاوض يقع عليه التزام ضمني بتحمل مسؤولية الضرر الذي يسببه للطرف الآخر، مادام ناتجا عن خطأ ارتكبه أثناء المفاوضات العقدية، ويفترض هذا الفقيه وجود عقد ضمان يقترن بكل مفاوضة، ويستند إلى رضا ضمني متبادل بين الطرفين المقدمين على إبرام العقد⁽²⁾.

ذهب رأي آخر يدخل ضمن الرأي السابق إلى أن الدعوة إلى التفاوض تتضمن توكيلا ضمنيا، مفاده اتخاذ كل الوسائل اللازمة للوصول إلى إبرام العقد النهائي، فإذا لم تتحقق هذه النتيجة يكون من أخل بهذا الالتزام مسؤولا عن تعويض الطرف الآخر عما أنفقه من مصروفات في سبيل تنفيذ الوكالة⁽³⁾.

انتقد هذا الاتجاه على أنه لا يمكن إضفاء الطبيعة العقدية على مجرد افتراض لا يؤيده الواقع في كثير من الأحيان، فإذا لم يوجد تصرف قانوني أثناء المفاوضات فلا تكون ذات طبيعة عقدية، إلا إذا انصرفت إرادة المتفاوضين بشكل واضح وصريح إلى إنشاء مثل هذا التصرف القانوني، بإبرام عقد ينظم سير المفاوضات⁽⁴⁾، ويحدد مضمونها بشكل دقيق مثل أوقات إجراء المفاوضات وأماكنها ومن يتحمل تكاليفها وغيرها من التفاصيل الأخرى.

يسمى هذا الاتفاق الذي يبرمه المتفاوضان بعقد المفاوضة، وهو عقد يتفق فيه شخصان أو أكثر على إبرام عقد في المستقبل، وهو تصرف لا ينعقد إلا بتوافر جميع أركان العقد وشروطه، وتحديد المسائل الجوهرية فيه، ويرتب عقد المفاوضة التزامات على عاتق أطرافه بهدف الوصول إلى إبرام عقد معين، وهي تمثل حقا شخصيا محله التزام بقيام بعمل⁽⁵⁾.

(1) د/ أكرم محمود حسين البدو؛ محمد صديق محمد عبد الله - مرجع سابق - ص 424.

(2) د/ وعود كاتب الأنباري - مرجع سابق - ص 206؛ نبيل إسماعيل الشبلاق - مرجع سابق - ص 323؛

François-Xavier Licari - op.cit - p199, 200; Claire POITERIN - op.cit - p73, 74.

(3) د/ كاظم كريم علي الشمري - مرجع سابق - ص 3؛ نبيل إسماعيل الشبلاق - مرجع سابق - ص 324.

(4) د/ سعد حسين عبد ملحم - مرجع سابق - ص 52، 53.

(5) د/ عبد الله عبد الأمير طه الشمري - مرجع سابق - ص 24.

تقوم المسؤولية العقدية على عاتق المفاوض في الحالات التي يمكن فيها إثبات وجود عقد مفاوضة، يرتب التزامات على عاتق طرفيه، ومما لاشك فيه أن المسؤولية المترتبة على الإخلال بالالتزامات التعاقدية تكون مسؤولية عقدية، أما إذا لم يثبت وجود عقد للتفاوض بل سارت المفاوضات بين الطرفين وتخللتها بعض الاتفاقات التي توصل إليها الطرفان أثناءها، ولم يتفقا صراحة أو ضمنا على استبعادها فيكون للقاضي الرجوع إليها، وله أن يعطيها التكييف القانوني الصحيح دون الوقوف عند التكييف الذي يطلقه المتفاوضان عليها، وأيا كان موقفهم إزاءها، إذ قد يجد القاضي في هذه الاتفاقات ما يستنتج منه وجود إيجاب أو قبول أو عقد للبدء في المفاوضات أو الاستمرار فيها⁽¹⁾.

لم ينكر الفقهاء الذين يرون أن المسؤولية في مرحلة المفاوضات هي مسؤولية تقصيرية، إمكان انعقاد المسؤولية العقدية للمفاوض كلما قام الدليل على توافر علاقة عقدية بين المتفاوضين، وتتوافر هذه العلاقة إذا تلاقى إيجاب وقبول يستنتج من ورقة وقعت أو أي اتفاق في المرحلة السابقة لإبرام العقد، وعليه تنعقد المسؤولية العقدية للمفاوض كلما ثبت وجود عقد تفاوض بين الأطراف، لتنظيم عملية التفاوض ولرصد النقاط التي حسمت أثناء هذه المرحلة⁽²⁾.

فإذا وجد عقد مفاوضة على النحو الذي بيناه سابقا، وأخل أحد المتفاوضين بالالتزامات المترتبة عليه فإنه يتحمل مسؤولية عقدية جراء هذا الإخلال، والسؤال المطروح: ما هي الالتزامات التي قد يخل بها المفاوض؟ وكيف تقرر مسؤوليته العقدية بسبب الإخلال بها؟.

فرع أول: الالتزامات المفروضة على المتفاوض في عقد المفاوضة.

يعتبر الاتفاق على التفاوض عقدا تاما يخضع للمبادئ التي تطبق على باقي العقود، ومن ذلك العقد شريعة المتعاقدين، التي تخول أطراف هذا الاتفاق إيراد ما شاءا من شروط، وترتيب ما أرادوا من آثار، وسنقتصر في هذا الفرع على دراسة شرطين اثنين في عقد المفاوضة هما: الالتزام بمواصلة التفاوض، وشرط حصرية المفاوضة.

(1) د/ حمدي محمود بارود - الطبيعة القانونية للمسؤولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد - مرجع سابق - ص 556.

(2) د/ أكرم محمود حسين البدو ؛ محمد صديق محمد عبد الله - مرجع سابق - ص 429.

أولاً: عدم قطع المفاوضات، أو الالتزام بمواصلة التفاوض.

وهو التزام يفرضه عقد المفاوضة على جميع أطرافها، من أجل السير في المفاوضات وتقديم مقترحات جديدة، حتى ولو لم تؤد تلك المقترحات إلى نتائج إيجابية أو التوصل إلى إبرام العقد النهائي، ذلك أن الالتزام بإبرام العقد النهائي ليس إلا التزاماً ببذل عناية، فلا يعتبر المفاوض مخطئاً إذا لم تسفر المفاوضات عن النتائج المرجوة منها، ما دام قد بذل عناية الرجل العادي لبلوغها⁽¹⁾.

وقد سبق القول عند الحديث في الالتزامات الواقعة على المانع أثناء المفاوضات وعلى الخصوص في الالتزام بحسن النية، أن هذا الالتزام وحده كفيل بفرض التزامات أخرى منها عدم قطع المفاوضات بشكل يعارض حسن النية، ورغم أن التوقف عن التفاوض يعتبر حقاً لكل مفاوض إذ لا يمكن إجبار الشخص على التعاقد خلاف إرادته، فإنه لا يجوز له في المقابل أن يتعسف في استعمال حقه بقطع المفاوضات.

ثانياً: الالتزام بعدم التفاوض.

قد يفرض عقد المفاوضة على كلي الطرفين أو على واحد منهما فقط التزاماً بعدم التفاوض مع أطراف أخرى إلى غاية نهاية المفاوضات بينهما.

فإذا اشترط أحد المتفاوضين على الآخر أن لا يقوم بإجراء أي مفاوضة مع أطراف أخرى خلال سير المفاوضات بينهما، وجب على الطرف الثاني أن يلتزم بهذا الشرط متى كان وارداً في عقد المفاوضة صراحة أو ضمناً، وبهذا الصدد حكمت محكمة استئناف فارساي الفرنسية عام 1992 برفض مطالب المدعي في التعويض على أساس إجراء المدعى عليه مفاوضات مع جهات أخرى أثناء تفاوضه معه على شروط العقد، وعللت ذلك بعدم وجود شرط حصريّة المفاوضات بين الطرفين⁽²⁾.

(1) د/ عبد الله عبد الأمير طه الشمري - مرجع سابق - ص 24.

(2) د/ محود فياض - مرجع سابق - ص 242، 243.

فرع ثاني: أركان المسؤولية العقدية الناتجة عن الإخلال بهذه الالتزامات.

لقيام المسؤولية العقدية لأبد من وجود عقد صحيح بين الطرفين، فإذا كان العقد باطلا كانت المسؤولية التي تنشأ عن خطأ يسبب ضررا مسؤولية تقصيرية، لا فرق في ذلك بين البطلان المطلق والقابلية للبطلان، وأن يكون العقد قائما أثناء حدوث الضرر، وأن يكون الضرر ناتجا عن الإخلال بالتزام عقدي⁽¹⁾.

أولا: ركن الخطأ.

يقصد بالخطأ في العقد كل إخلال بالتزام عقدي، سواء كان التزاما بتحقيق غاية أو ببذل عناية⁽²⁾، فلا يسأل المفاوض عن تعويض الضرر الذي أصاب الطرف الآخر إلا إذا ارتكب خطأ، وقطع المفاوضات يعتبر خطأ إلا إذا وجد ما يبرره، كما يشترط في الخطأ أن يكون جسيما، إذ أن المسؤولية العقدية للمفاوض لا تقوم إلا إذا كان الخطأ الذي ارتكبه على قدر من الجسامة والوضوح، خاصة إذا كان المتفاوضان محترfan، ولديهما خبرة ودراية أكثر من الشخص العادي، لكن إذا جمعت المفاوضات بين محترف وشخص عادي فتثور مسؤولية المحترف لمجرد قطع المفاوضات، في حين لا تثور مسؤولية الطرف المقابل إلا إذا ارتكب خطأ جسيما في قطعها⁽³⁾.

ثانيا: ركن الضرر.

لا يكفي خطأ المفاوض لتقوم المسؤولية العقدية في مرحلة المفاوضات، بل يجب أن يترتب ضرر عن هذا الخطأ يصيب الطرف الآخر، وكثيرا ما يتحقق الضرر في المفاوضات العقدية، إذ قد تقوت هذه المفاوضات صفقة رابحة على المفاوض الذي كان يعتمد عليها لأجل الحصول على الربح الذي فوته جراه، غير أنها انتهت بسبب إخلال المفاوض المقابل بالتزاماته فيها، ويكفي ضياع الوقت في المفاوضات بدون جدوى ضررا للمفاوض، ولا يقتصر الضرر عند جانب من الفقه على الضرر المادي بل يشمل الضرر المعنوي، ومثاله أن يدخل تاجر في مفاوضات من أجل إبرام صفقة ما، ويحمله اعتقاده على نجاح هذه المفاوضات على ترتيب نشاطه التجاري على

(1) د/ بلحاج العربي - النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون) - الجزء 2 - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - 1995 - ص 17.

(2) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام - ص 643.

(3) د/ عبد الله عبد الأمير طه الشمري - مرجع سابق - ص 26، 27.

أساسها، فإن هي فشلت بخطأ المفاوض الآخر وجد نفسه مضطرا إلى إعادة تنظيم نشاطه من جديد، وقد يعجز عن الوفاء بالتزامات تعهد بها بناء على ثقته التامة في إبرام الصفقة التي يتفاوض بشأنها، مما يؤدي إلى الإضرار بسمعته التجارية، وهذا ضرر أدبي يقبل التعويض، ويشترط في الضرر ماديا كان أو أدبيا أن يصيب مصلحة مشروعة للمفاوض⁽¹⁾، وأن يكون مباشرا ومتوقعا⁽²⁾.

يجب أيضا أن يكون الضرر محقق الوقوع، بأن يكون حالا قد وقع فعلا، والمقصود بهذا أن لا يكون افتراضيا أو احتماليا، إذ يشترط فيه حسب الفقرة الثانية من المادة 182 من القانون المدني الجزائري أن يكون نتيجة طبيعية للخطأ، ولم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول، كما يجب أن يكون الضرر شخصا سواء كان ماديا أو معنويا، ولم يسبق للمضروب أن حصل على تعويض عن هذا الضرر، وأن يثبت به بأية وسيلة من وسائل الإثبات المتاحة له⁽³⁾.

ثالثا: العلاقة السببية.

يجب أن يكون الضرر الحاصل للمفاوض ناتجا عن الخطأ الذي ارتكبه الطرف الآخر، إذ يجب أن يرتبط الضرر بالخطأ ارتباط النتيجة بالسبب فإن انقطع هذا الارتباط فلا تقوم مسؤولية المفاوض الذي ارتكب خطأ عن تعويض الضرر الحاصل للمفاوض الآخر لانقطاع العلاقة السببية، وهي تنقطع بسبب خطأ المضروب، فإن كان الضرر الذي أصاب المفاوض نتج عن خطأ ارتكبه فلا يحق له مطالبة الطرف الآخر بتعويضه، إذ العدالة تقتضي أن يتحمل كل شخص نتيجة أخطائه، وقد ينتج الخطأ عن القوة القاهرة، فتنتقطع المفاوضات مثلا نتيجة عدم تمكن أحد طرفيها المضي قدما فيها بسبب لا يد له فيه، وبالتالي لا يسأل عن تعويض الطرف الآخر عما أصابه من أضرار ناتجة عن هذه القوة القاهرة لانتفاء علاقة السببية، على أنه إذا اشترك خطأ المفاوض مع قوة القاهرة في إلحاق ضرر بالمفاوض الثاني، فينظر في ما إذا كانت القوة القاهرة هي التي أدت إلى حدوث الضرر فلا يسأل مرتكب الخطأ، أما إن اشترك خطأه في الضرر فإنه يكون مسؤولا بقدر مساهمته في هذا الضرر، وقد ينتج الضرر عن خطأ الغير الذي لا يسأل عنه

(1) د/ وعود كاتب الأنباري - مرجع سابق - ص 207.

(2) د/ عبد الله عبد الأمير طه الشمري - مرجع سابق - ص 27.

(3) د/ بلحاج العربي - النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون) - مرجع سابق - ص 158، 159.

المفاوض، فلا يكون الأخير هنا مسؤولاً عن تعويض الضرر، أما إن اشترك خطأ الغير وخطأ المفاوض في حصول الضرر فإنهما يتحملان التعويض عن الضرر كل بقدر مساهمة خطئه فيه⁽¹⁾.

فرع ثالث: التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية أثناء مرحلة المفاوضات.

تختلف طرق التعويض بحسب ظروف كل علاقة قانونية، بحيث ما يصلح طريقاً للتعويض في علاقة قد لا يصلح في غيرها، فمنها ما يكون فيها التعويض العيني هو الأنسب ومثاله الإزالة المادية للمخالفة، والإجبار على تنفيذ الالتزامات، ومنها ما يكون فيها التعويض بمقابل هو الملائم إذا أصبحت إزالة المخالفة غير ممكنة أو صار تنفيذ الالتزام مستحيلاً، ولذلك تختلف عناصر التعويض حسب كل حالة كما سنبينه في العناوين الآتي ذكرها.

أولاً: طريقة التعويض.

يجبر المدين بعد إذاره على تنفيذ التزامه عينا متى كان ذلك ممكناً، فإذا استحال على المدين التنفيذ العيني لالتزاماته حكم عليه بتعويض الضرر الناتج عن عدم تنفيذ التزاماته، إلا إذا أثبت أن هذه الاستحالة ناتجة عن سبب لا يد له فيه⁽²⁾.

وقد يجبر المدين على تنفيذ التزامه عينا عن طريق فرض غرامة تهديدية عليه لحمله على هذا التنفيذ، إذا كان لازال قادراً على تنفيذ التزامه، وكان تدخله لازماً لذلك، حيث لا يكون التنفيذ ملائماً إلا إذا قام به المدين بنفسه، في الالتزامات التي تبنى على الاعتبار الشخصي، هذا مع عدم الإخلال بما للدائن من حق في التعويض عن الضرر الحاصل له بسبب التأخر في التنفيذ⁽³⁾.

(1) د/ وعود كاتب الأنباري - مرجع سابق - ص 208.

(2) المادتان 164 و176 من القانون المدني الجزائري.

(3) د/ سعد حسين عبد ملحم - مرجع سابق - ص 38. المادة 174 من القانون المدني الجزائري.

أ- التنفيذ العيني لالتزامات المفاوض:

يقصد بالتنفيذ العيني عين ما التزم به المدين، وهو الطريقة المثلى لإصلاح الضرر، إذ يؤدي إلى الإصلاح الكامل للضرر ويعيد الحالة إلى ما كانت عليه قبله، فيعيد المفاوض إلى الحالة التي كان عليها قبل قطع المفاوضات، ولدائن الحق دائما في المطالبة بالتنفيذ العيني⁽¹⁾.

ذهب جانب من الفقه إلى جواز الحكم بالتنفيذ العيني تعويضا عن المسؤولية العقدية في حالة عدم إتمام العقد، فلو نقض مفاوض الإيجاب الملزم، فللمفاوض الآخر أن يرفع دعوى إلى القضاء طالبا التعويض العيني عن طريق اعتبار العقد منعقدا⁽²⁾.

لم يلق هذا الرأي قبولا عند الكثير من الفقهاء، ذلك أنه رغم كون الأصل هو التنفيذ العيني للالتزام إلا أنه من غير المتصور أن يلتزم من قطع المفاوضات بالتنفيذ العيني، إذ يعتبر التراضي أساس التفاوض ومن هنا لا يمكن إجبار الطرف الذي تسبب بخطئه في قطع المفاوضات، أو تقاعس عن الاستمرار فيها على العودة إلى طاولة المفاوضات، أو إرغامه على مواصلتها⁽³⁾.

يدعم أصحاب هذا الرأي الأخير مذهبهم بأن التفاوض غالبا ما يقوم على اعتبارات شخصية، وهذا يجعل من غير المستساغ أن يجبر أحد المتفاوضين على التفاوض والجلوس مع طرف آخر في جو يسوده التوتر والنزاع، وهذا الأمر لن يفضي إلى عقد يمكن القول عنه تصرف إرادي، مع الضغط الذي يقع على إرادة المفاوض في الاستمرار في المفاوضات في حين هو يريد الانسحاب منها، وهذا يتعارض مع مبدأ سلطان الإرادة وحريتها، الذي يسود مجال الاتفاقات، ولهذا يكون اللجوء إلى التنفيذ العيني عن طريق الغرامة التهديدية أو غيرها من الوسائل لدفع الطرف المتقاعس عن المفاوضات أو الذي قطعها أن يعود إليها أو يستمر فيها يكون أمرا غير مستحب، وغير منصوص عليه في عقود التجارة الدولية تحديدا، إذ أنها تقوم على اعتبارات تستلزم قدرا كبيرا

(1) د/ بن أحمد صليحة - آثار المسؤولية الناشئة عن إخلال المفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية - دفاتر السياسة والقانون - جامعة قاصدي مرياح بورقلة - العدد 10 - 2014 - ص177.

(2) د/ كاظم كريم علي الشمري - مرجع سابق - ص17.

(3) د/ أم كلثوم صبيح محمد - مرجع سابق - ص311. وفي هذا السياق نقضت المحكمة العليا قرارا صادرا عن مجلس قضاء وهران حكم بإلزام أحد أطراف عقد بيع شقة بالحضور أمام الموثق للتوقيع على العقد، لأنها وجدته متناقضا مع مبدأ سلطان الإرادة، المحكمة العليا - ملف رقم 586766 - قرار صادر بتاريخ - 2010/07/22 - مجلة المحكمة العليا - عدد 1 - 2011 - ص109.

من التعاون والنزاهة كما أشرنا إليه سابقا، ولذلك يبقى التنفيذ بمقابل أي بدفع بدل نقدي هو الجزاء الملائم عن إخلال المفاوض بالتزاماته أثناء المفاوضات(1).

يختلف التفاوض عن التعاقد إذ هو مرحلة سابقة عليه، ولأجل ذلك لا يمكن أن ينعقد إذا كان الشخص يرفض الدخول في مفاوضات بشأنه أو يرفض الاستمرار فيها بعد بدئها، وإجباره على ذلك يعتبر مساسا بحريته الشخصية، ولا يمكن في المقابل أن تعين المحكمة شخصا يقوم مقام المفاوض الذي قطع المفاوضات ولو كانت المرحلة التي قطعت فيها جد متقدمة ويمكن معها إبرام العقد، وتأييدا لهذا الاتجاه قضت محكمة بروكسل التجارية في حكم لها صادر بتاريخ 24 جوان 1985 باستحالة التنفيذ العيني لإعلان مبادئ "accord de principe" مؤكدة على أنه ما ضاع على المفاوض هو فرصة التعاقد وليس العقد نفسه(2)، هذا إضافة إلى أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تحل إرادة القاضي محل إرادة الأطراف في إبرام عقد لا يريدانه أو على الأقل يرفضه واحد منهما(3).

رغم أنه لا يجوز جبر المفاوض على مواصلة المفاوضات أو العودة إليها في حال انقطعت بخطئه، إلا أنه يمكن أن يجبر على تنفيذ بعض الالتزامات التي تقع عليه في مرحلة المفاوضات تنفيذا عينيا، ومن ذلك أن يلتزم بالسرية أو حصرية المفاوضات، وهي التزامات بتحقيق نتيجة تقبل التنفيذ العيني، لذلك يجوز للدائن أن يلجأ إلى تنفيذها بالقوة إن أخل المدين بها، ومثال ذلك أن يتخذ الإجراءات القانونية اللازمة لمنع المفاوض من استغلال المعلومات التي تحصل عليها في مرحلة المفاوضات إذا لم يتم إبرام العقد النهائي(4).

ب- تنفيذ التزامات المفاوض عن طريق التنفيذ بمقابل:

مادام لا يمكن إجبار المفاوض على تنفيذ التزامه عينا في مرحلة المفاوضات - حسب الرأي الراجح - فإنه لا يبقى أمام الدائن المتضرر إلا اللجوء إلى التنفيذ بمقابل، بأن يقتضي من المدين مبلغا من النقود يغطي الضرر الذي أصابه جراء إخلال المفاوض الآخر بالتزاماته، ويشمل التعويض في هذه الحالة الضرر المباشر المتوقع، إلا إذا أثبت المفاوض أن المدين الذي أخل

(1) د/ وعود كاتب الأنباري - مرجع سابق - ص208، وفي هذا المعنى د/ علي أحمد صالح - مرجع سابق - ص760، 761.

(2) د/ بن أحمد صليحة - مرجع سابق - ص118.

(3) د/ سعد حسين عبد ملحم - مرجع سابق - ص59.

(4) د/ بن أحمد صليحة - مرجع سابق - ص119.

بالتزامه قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما، فإن التعويض يشمل الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع⁽¹⁾، ويشمل النفقات التي صرفت في سبيل إبرام العقد والفرص التي ضاعت عليه بسبب وثوقه في المفاوضات⁽²⁾.

ثانيا: عناصر تقدير التعويض.

يشمل التعويض حسب المادة 182 من القانون المدني الجزائري ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به، ولا يلزم المدين في المسؤولية العقدية إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد، إلا إذا ارتكب غشا أو خطأ جسيما فإنه يكون مسؤولا عن تعويض الضرر المباشر متوقعا كان أو غير متوقع.

أ- تعويض المفاوضات المضرور عما لحقه من ضرر:

تحدد الخسائر التي تلحق المفاوضات بمقدار النقص المالي الذي ما كان ليحصل له لو لم تتولد في نفسه الثقة التامة في إبرام العقد بسبب ما آلت إليه المفاوضات من تقدم، وتتمثل هذه الخسارة في النفقات التي صرفها من أجل التحضير لإبرام العقد مثل نفقات إعداد الدراسات وتكاليف المستشارين والخبراء، وأجرة المخازن والوسطاء، ومصاريف سفر وإقامة الوفد المفاوضات، وغيرها من النفقات التي تقتضيها عملية التفاوض⁽³⁾.

ليحصل المفاوضات المتضرر جراء إخلال الطرف الآخر على تعويض النفقات التي ذكرناها لا بد أن تكون قد أنفقت بمناسبة التفاوض أو بسببه، بحيث لا يكون للمفاوض حق في التعويض عما أنفقه من مصروفات قبل بدء المفاوضات، ولا ما أنفقه بعد انسحاب المتفاوض الآخر، ولا النفقات التي تكبدها بسبب خفته وعدم حيظته⁽⁴⁾.

(1) د/ سعد حسين عبد ملحم - مرجع سابق - ص 61.

(2) د/ وعود كاتب الأنباري - مرجع سابق - ص 209.

(3) د/ سعد حسين عبد ملحم - مرجع سابق - ص 65؛ د/ علي أحمد صالح - مرجع سابق - ص 768؛

Cyril GRIMALDI; Serge MERESSE; Olga ZAKHAROVA-RENAUD - op.cit - p91.

(4) د/ بن أحمد صليحة - مرجع سابق - ص 121.

يعتبر ضياع الوقت من الأضرار التي يتوقع حصولها للمفاوض، الذي إن أثبت خطأ الطرف الآخر جاز له المطالبة بتعويض عن هذا الضرر متى قام الدليل عليه، والمقصود بالوقت الضائع الساعات والشهور والسنين التي قد تستغرقها المفاوضات، دون جدوى في المناقشات والتنقل من مكان لآخر ومن بلد لآخر، فيعوض المتفاوض عن الوقت الذي أضاعه في البحث عن الآلات اللازمة للمصنع الذي يطمح أن ينشئه بإبرام العقد المتفاوض بشأنه ويهمل محله التجاري⁽¹⁾.

نقضت محكمة النقض الفرنسية حكماً رفض طلب المضرور بتعويض عن ضياع الوقت معللة قرارها بأن الموجب قد اعتقد في التزامه بالبقاء على إيجابه، مما دفعه إلى عدم التصرف في عقاره طيلة هذا الوقت⁽²⁾.

ب- تعويض المفاوض المتضرر عما فاتته من كسب:

يشمل التعويض عن قطع المفاوضات حسب القانون الإنجليزي ما فات من كسب، بتعويض المتفاوض المتضرر عما فاتته من كسب كان يتوقعه أثناء المفاوضات على العقد، وفي نفس الاتجاه أقر القانونان الألماني والإيطالي للمفاوض الحق في الحصول على تعويض عن المكاسب التي قد يكون خسرها جراء عدم تعاقد مع الغير وتفضيله التفاوض مع الطرف الذي قطع المفاوضات⁽³⁾.

يذهب الرأي الراجح من الفقه إلى أنه لا يمكن التعويض عن الكسب الفائت، لأن العقد لم ينعقد أصلاً، ذلك أن الكسب الفائت يحسب على أساس ما التزم به المتعاقد أو التعهدات التي اشتمل عليها العقد، ونحن نتكلم عن أضرار وقعت أثناء المفاوضات وقبل إبرام العقد، وعليه فلا يتم التعويض في هذه المرحلة إلا على الخسارة التي لحقت للمفاوض المضرور⁽⁴⁾.

نستنتج من هذا أن إخلال المفاوض بالتزاماته الملقاة على عاتقه أثناء مرحلة المفاوضات تثير مسؤوليته، ويجوز للمتضرر طلب تعويض عما أصابه من ضرر، غير أن ذلك يقتصر على

(1) د/ إيناس مكي عبد نصار - مرجع سابق - ص 961.

(2) د/ بن أحمد صليحة - مرجع سابق - ص 122.

(3) د/ محود فياض - مرجع سابق - ص 252، 253.

(4) د/ كاظم كريم علي الشمري - مرجع سابق - ص 218.

الخسارة التي لحقت دون الكسب الذي كان سيحصل عليه لو أبرم العقد، لكن السؤال المطروح هل يجوز التعويض عن فوات فرصة إبرام العقد؟(1).

ج- تعويض المفاوض الذي أصابه ضرر بسبب تفويت فرصة عليه:

يقصد به حرمان المتفاوض من فرصة جادة لتحقيق كسب محتمل، بسبب فشل المفاوضات بخطأ من أحد أطرافها، مما فوت فرصة إبرام العقد النهائي على الطرف الآخر، وفوات الفرصة هو أن يأتي شخص خطأ يؤدي إلى حرمان شخص آخر من فرصة كان يتوقع من ورائها جني كسب أو تفادي خسارة، ويشترط في الفرصة أن تكون جادة ولا يمكن استدراك فواتها، وأن لا يشارك المضرور بخطئه في حصولها أو تفاقم أضرارها(2).

يعتبر تفويت الفرصة من الأضرار التي يمكن أن تقع بسبب قطع المفاوضات، إذ تؤدي غالبا إلى حرمان المتفاوض من فرصة حقيقية وجادة لتحقيق كسب محتمل تتمثل في إبرام عقد، سواء كان مع المتفاوض الذي قطع المفاوضات أو مع غيره، لذلك أقر القضاء أن الحرمان من فرصة تحقيق الكسب تمثل ضررا محققا واجب التعويض ولو كان الكسب في ذاته شيئا محتملا، وفي هذا الصدد قضت المحاكم أنه لا يوجد مانع من أن يحسب الكسب الفائت بما كان المضرور يأمل أن يحصل عليه مادام هذا الأمل لديه ما يبرره من أسباب معقولة(3).

يرفض البعض خلافا لهذه الأحكام القضائية التعويض عن فوات فرصة، على أساس أن للمفاوض الحرية التامة في الانسحاب من المفاوضات إذا عرضت عليه صفقة رابحة من جهة أخرى، وإن كان قد استمر بإرادته في المفاوضات رغم ما عرض عليه، فيفهم من تصرفه هذا أنه يسعى إلى تحقيق نتائج أفضل من خلال المفاوضات التي يخوضها، وبالتالي يعتبر مضاربا وعليه أن يتحمل وحده فوات الفرصة عليه، غير أن هذا الرأي وإن كان يصح إلا أن المفاوضات غالبا ما يجد نفسه مقيدا في العدول عن المفاوضات، إما بسبب وجود عقد تفاوض يمنعه من ذلك، أو بناء على مقتضيات حسن النية والنزاهة في المعاملات، التي تمنعه من الالتفات إلى أية فرصة أخرى

(1) د/ سعد حسين عبد ملحم - مرجع سابق - ص 66.

(2) د/ إيناس مكي عبد نصار - مرجع سابق - ص 961.

(3) د/ بن أحمد صليحة - مرجع سابق - ص 122.

قد تسنح له، وقطع الطرف الآخر لهذه المفاوضات رغم التزامه هو بها قد يضيع عليه الكثير من الفرص مما يربط له الحق في الحصول على تعويض لأجل جبر الضرر⁽¹⁾.

وتقويت الفرصة يأخذ أحد صورتين: فإما أن الفرصة التي ضاعت على المتفاوض المضرور هي إبرام العقد النهائي الذي كانت تدور المفاوضات حوله، أو أن تتمثل الفرصة الضائعة في ما فات المتفاوض من فرص إبرام عقود أخرى بسبب انشغاله بالمفاوضات.

اتجهت بعض أحكام القضاء إلى عدم التعويض عن فوات فرصة إبرام العقد النهائي، لأن ذلك يتعارض مع طبيعة المفاوضات، باعتبارها مرحلة تمهيدية لإبرام العقد، ويكون فيها احتمال الوصول إلى إبرام العقد النهائي متساويا مع احتمال عدم إبرامه، وتقويت فرصة إبرام هذا العقد يعتبر أمرا احتماليا ولا يجب التعويض عليه، لعدم وجود فرصة جادة ومحققة للمتفاوض في الوصول بالمفاوضات إلى إبرام العقد، وقد أيد جانب من الفقه الحديث هذا الرأي⁽²⁾، وأقرته المادة 1112 من القانون المدني الفرنسي في تعديل 2016.

مطلب ثاني: المسؤولية التقصيرية للمانع في مرحلة المفاوضات.

طبقا للقواعد العامة فإنه إذا أخل أحد أطراف العلاقة القانونية بالالتزامات المترتبة في ذمته يكون مسؤولا عن تعويض الضرر الناجم عن هذا الإخلال، وعلى ذلك فإن انطوى سلوك المتفاوض على مخالفة لهذا المبدأ فإنه يكون مخطئا وتثور مسؤوليته⁽³⁾، ويمكن أن نطبق عليه المادة 124 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض.

ويرى أكثر الفقهاء أن المسؤولية المترتبة في مرحلة المفاوضات هي مسؤولية تقصيرية لا عقدية، وهذا يعني أن إخلال المتفاوض بالتزامه أثناء مرحلة المفاوضات يمكن أن يكون سببا كافيا لقيام مسؤولية المخل وفقا للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية في القانون المدني، وذلك لاعتبارات حسن النية والنزاهة والشرف، حيث يؤدي الإخلال بهذه المبادئ وقطع المفاوضات دون مراعاتها

(1) د/ كاظم كريم علي الشمري - مرجع سابق - ص 218.

(2) د/ أم كلثوم صبيح محمد - مرجع سابق - ص 313؛

Cyril GRIMALDI; Serge MERESSE; Olga ZAKHAROVA-RENAUD - op.cit - p92.

(3) د/ إيناس مكي عبد نصار - مرجع سابق - ص 957.

إلى قيام مسؤولية المفاوض عن تعويض الطرف المضروب عما لحقه من خسارة، وقد أخذت بهذا الرأي معظم القوانين العربية⁽¹⁾.

والسبب في اعتبار المسؤولية المترتبة في مرحلة المفاوضات مسؤولية تقصيرية أنها مرحلة سابقة لإبرام العقد⁽²⁾، فهذا الأخير وحده الذي يترتب التزامات على طرفيه، ويثير الإخلال بها المسؤولية العقدية، أما المفاوضات بحد ذاتها فلا تقيم أية رابطة عقدية بين المتفاوضين، إلا إذا وجد عقد تفاوض بين طرفيها كما ذكر سابقاً⁽³⁾، فالمفاوضات وفق هذا الرأي مجرد عمل مادي لا يرقى إلى مصاف التصرف القانوني ولا يترتب أي أثر قانوني، فهو لا يلزم أي طرف بالتوصل إلى إبرام العقد النهائي، وتطبيقاً لحرية التعاقد يستطيع كل طرف أن ينسحب من المفاوضات دون أن يخشى تحقق مسؤوليته، ذلك أن العدول وحده لا يصلح سبباً للمسؤولية، بل إن المفاوض ليس ملزماً بتقديم مبرر لعدوله هذا، غير أنه إذا صاحب العدول عن المفاوضات خطأ التزم من عدل عن المفاوضات بتعويض الطرف الذي أصابه ضرر جراء هذا العدول بناء على المسؤولية التقصيرية⁽⁴⁾.

ولما كانت الالتزامات الناشئة في مرحلة المفاوضات غير عقدية، فإن المسؤولية التي تترتب على الإخلال بالالتزام بالإعلام أو الالتزام بحسن النية وما يرتبط به من التزامات أخرى مثل الالتزام بالنزاهة والشرف والتعاون، والالتزام بمواصلة المفاوضات وعدم إنهاؤها بدون سبب مشروع، وغيرها من الالتزامات، تكون مسؤولية تقصيرية، وهي تقوم بحكم القانون لا على أساس التصرف الباطل، إذ يجعل القانون المسؤولية التقصيرية عن الخطأ في مرحلة المفاوضات قائمة على تحمل التبعة أو عن التقصير في تنفيذ الالتزامات، وأن هذه المسؤولية توجب على المخطئ تعويضاً لمصلحة المضروب، الذي يجب عليه إثبات كل عناصر المسؤولية التقصيرية بوصفها وقائع مادية⁽⁵⁾.

(1) د/ وعود كاتب الأنباري - مرجع سابق - ص206؛

François-Xavier Licari - op.cit - p198, 199.

(2) François Luc Simon - théorie et pratique du droit de la franchise - op.cit - p63.

(3) Claire POITEVIN - op.cit - p73.

(4) د/ سعد حسين عبد ملحم - مرجع سابق - ص88، 89.

(5) د/ أكرم محمود حسين البدو؛ محمد صديق محمد عبد الله - مرجع سابق - ص423.

وعلى هذا الأساس سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، نبين في الأول الالتزامات التي قد يخل بها المانح أثناء مرحلة المفاوضات، لنصل في فرع ثاني إلى أركان المسؤولية التقصيرية التي تترتب على عاتق المانح المخطئ والآثار المترتبة عنها.

فرع أول: إخلال المانح بالالتزامات المفروضة عليه.

ذكرنا عند الكلام في الالتزامات الملقة على عاتق المانح في مرحلة المفاوضات، التي تعتبر ضمانات لحماية المتلقي، أن المانح ملزم بإعلام المتلقي عن محل عقد الفرشيز وبكل المسائل الموضوعية والقانونية المرتبطة بالعقد المزمع إبرامه بينهما، وأن يلتزم خلال المفاوضات بحسن النية وما يفرضه هذا المبدأ من التزامات تابعة له.

أولاً: إخلال المانح بالالتزام بالإعلام.

نص القانون الجزائري على الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، وبين كيفية تنفيذه، ونص على العقوبات المترتبة عن الإخلال بهذا الالتزام⁽¹⁾، وإلى جانب المسؤولية الجزائية قرر مسؤولية مدنية، إذا نتج عن هذا الإخلال ضرر بالمستهلك، حيث تنص المادة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري على أنه: "يكون المنتج مسؤولاً عن الضرر الناتج عن عيب في منتجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة عقدية".

وعلى هذا الأساس إذا أخل المهني بالتزامه بالإعلام المسبق على التعاقد، فإنه يكون مسؤولاً عن إخلاله بهذا الالتزام، وتبنى مسؤوليته على أساس المسؤولية التقصيرية⁽²⁾، على أن المتدخل يسأل ولو لم تربطه علاقة مباشرة بالمستهلك حسب المادة 140 مكرر السابق ذكرها.

أما في القوانين الأجنبية التي نصت على وجوب الإعلام في عقود الفرشيز خصوصاً أو في عقود نقل التكنولوجيا بصفة عامة، فإنها قررت جزاءات خاصة على كل من يقع عليه الالتزام بالإعلام المسبق ولم يؤده بالشكل المقرر قانوناً.

(1) ومن العقوبات المترتبة عن الإخلال بالالتزام بالإعلام تلك المذكورة في المواد 18 و68 و69 من قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

(2) خليفي مريم - مرجع سابق - ص214.

ففي القانون الأمريكي قد تصل الجزاءات المدنية إلى 10000 دولار أمريكي في حالة ما إذا صدر من المانح إعلام مضلل للمتلقي، مثل أن يشمل معلومات زائفة بخصوص أرقام المبيعات التي حققها المانح أو التي يتوقع أن يحققها المتلقي، وتترتب نفس الجزاءات في حالة عدم تسليم المانح الوثائق اللازم للإعلام إلى المتلقي في المدة المحددة قانوناً، وهذا علاوة على فرض غرامات على المانح، وللمتلقي المطالبة بتعويض عن الأضرار التي تصيبه جراء الإخلال بهذا الالتزام إعمالاً للمبادئ العامة، ويشمل التعويض ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب⁽¹⁾، مع بقاء العقد صحيحاً.

أقر قانون دابان في فرنسا عقوبة جزائية وأخرى مدنية على كل من يخالف واجب الالتزام بالإعلام، وعلى هذا يجوز للمتلقي أن يطالب بإبطال العقد بسبب إخلال المانح بالتزامه بالإعلام، أو بسبب كون الإعلام مضللاً، وعلى هذا الأساس قضت محكمة استئناف باريس في حكم لها صادر بتاريخ 23 مارس 1993 على أن: "المانح ملزم بتزويد المتلقي بالبيانات الأساسية..."، كما قضت محكمة استئناف ليون في حكم لها صادر بتاريخ 19 يناير 1989 بتعويض المتلقي الممثل في شركة "AMC" بمبلغ قدره 300000 فرنك فرنسي جراء الأضرار التي أصابها بسبب المعلومات غير الحقيقية المرتبطة بدراسة السوق التي أدلى بها المانح المتمثل في شركة "Cantena"⁽²⁾.

أما في القانون الجزائري ولعدم وجود تنظيم خاص بعقود الفرنشيز أو عقود نقل التكنولوجيا عموماً ولا مرحلة المفاوضات، فإن عدم تنفيذ المانح لالتزامه بالإعلام أو تنفيذه إياه بشكل سيء يترتب عليه مسؤولية تقصيرية، وذلك لانعدام أية علاقة تعاقدية تربط المانح بالمتلقي لتكون مصدراً للمسؤولية العقدية، فمجرد امتناع المانح عن الإدلاء بالبيانات الضرورية للمتلقي كاف لترتيب مسؤوليته التقصيرية، دون النظر إلى آثار هذا الامتناع وانعكاساته على صحة رضا المتلقي⁽³⁾.

إضافة إلى المسؤولية التقصيرية المترتبة على المانح في حال إخلاله بهذا الالتزام، فإن العقد يكون مهدداً بالبطلان إذا ما أوقع الإخلال بواجب الإعلام للمتلقي في غلط، سواء كان هذا الغلط

(1) د/ ياسر سيد الحديدي - مرجع سابق - ص211.

(2) د/ عبد المنعم زمزم - مرجع سابق - ص74.

(3) د/ ساسان رشيد - عقد التوزيع بترخيص استعمال العلامة التجارية (عقد الفرانشايز) محاولة للتأصيل - مرجع سابق -

ناتجا عن جهل بمعلومات ضرورية في عقد الفرنشيز، أو ناتجا عن غلط وقع فيه بسبب التدليس الذي مارسه المانح عليه سواء بكتمه بيانات ضرورية أو بسبب إدلائه بمعلومات مضللة للمتلقي، كما يكون المانح مسؤولا مسؤولية عقدية ويعوض المتلقي عن الأضرار التي رتبها هذه الأخطاء، وعن ضمان العيوب الخفية التي تعد أهم أسباب الالتزام بالإعلام السابق لإبرام العقد.

ثانيا: إخلال المانح بالالتزام بحسن النية.

بيننا سابقا أن المانح ملزم بالتقيد بمبدأ حسن النية في تعامله مع المتلقي في مرحلة المفاوضات، وهو ملزم وفق هذا المبدأ بالتعاون مع المتلقي لإبرام عقد الفرنشيز متحليا في ذلك بما يفرضه واجب النزاهة والشرف، وأن لا يتعسف في قطع المفاوضات.

يجب على المانح عملا بمبدأ حسن النية أن يتمتع عن إتيان أي سلوك من شأنه إشاعة أمل كاذب يبعث على ثقة زائفة لدى المتلقي في جدية المفاوضات، وأن لا يتفاوض معه لمجرد الدعاية أو استطلاع السوق المحلية للمتلقي دون أن تكون له نية حقيقية في إبرام عقد فرنشيز معه⁽¹⁾، فإن هو فعل ذلك يكون مسؤولا عن تعويض المتلقي عما أصابه من ضرر جراء اعتقاده بجدية المفاوضات.

يمنع على المانح تحت واجب التعاون أن يصر على تحديد أماكن التفاوض التي تستدعي من المتلقي أن يسافر وينفق أموالا بلا مبرر، وأن يبدي مرونة في مناقشة جدول الأعمال والامتناع عن التصلب في عرض الآراء، خاصة وأنا ذكرنا في ما سبق أن عقود الفرنشيز من عقود الإذعان التي تكاد تنعدم فيها المساومة، وأن لا يقدم المانح عروضاً مبالغاً فيها قصد إفشال المفاوضات أو أن يدفع المتلقي لرفض هذا العرض، وعليه أن لا يرفض بدون مبرر طلب المتلقي بتعيين خبير أو أكثر لحسم مسألة ما، وأن يحترم العادات والأعراف السائدة في مفاوضات العقود التجارية، وأن يخطر المتلقي إذا ما عزم على قطع المفاوضات في وقت مناسب، وهذا ما أشار إليه حكم التحكيم الذي صدر عن غرفة التجارة الدولية بباريس، حين رفض الحكم للمدعي بتعويض عن قطع المفاوضات لأن المحكمة وجدت هذا القطع مبررا ويتمشى مع أعراف

(1) د/ عقيل فاضل حمد الدهان؛ منقذ عبد الرضا الفردان - الإطار القانوني لعقد التفاوض الإلكتروني - مجلة جامعة أهل البيت - جامعة أهل البيت بالعراق - المجلد 1 - العدد 8 - 2009 - ص 66.

التجارة⁽¹⁾. فإن خالف المانح أحد هذه الواجبات التي يتطلبها الالتزام بالتعاون بين المتفاوضين، وسبب ذلك ضررا للمتلقي، جاز للأخير طلب تعويض بناء على المسؤولية التقصيرية للمانح.

يلتزم المانح بالنزاهة في تنفيذ التزاماته التي تفرضها مرحلة التفاوض بكل إخلاص، وذلك بأن يمتنع عن إتيان أي فعل أو امتناع مبني على غش أو تدليس، بحيث يجعل سير المفاوضات والوصول إلى إبرام العقد النهائي أمرا عسيرا⁽²⁾، فإن فعل ذلك وترتب عن فعله انتهاء المفاوضات، جاز للمتلقي طلب تعويض عما أصابه من ضرر جراء انقطاع المفاوضات بناء على المسؤولية التقصيرية للمانح.

يمنع على المانح إجراء أي مفاوضات مع الغير طوال مدة المفاوضات مع المتلقي، إذا اشترط هذا الأخير حصرية المفاوضات معه، أو إذا دل واقع التفاوض على حتمية توقيع العقد بين الطرفين على نحو لا يقبل الشك، فإذا خالف المانح هذا المنع تترتب عليه مسؤولية عقدية في حالة ما إذا اتفق مع المتلقي على حصرية المفاوضات، ومسؤولية تقصيرية في حالة غياب هذا الشرط إذا دل واقع الحال على حتمية توقيع عقد الفرنشيز بينه وبين المتلقي، وهذا الأمر الأخير أكدته محكمة النقض الفرنسية عام 2003 عندما أيدت حكم محكمة الاستئناف في قضية "Manoukian"، الذي قضت فيه المحكمة بتعويض على شركة "Manoukian" قدره 400000 فرنك فرنسي، يشمل ما لحق المدعي من خسارة، دون ما فاتته من كسب لانتهاء الرابطة العقدية بين الطرفين⁽³⁾.

يمنع على المانح أيضا قطع المفاوضات بشكل تعسفي وبدون مبرر، فإذا انحرف المانح عن السلوك المألوف الذي يتبعه عادة المفاوضات اليقظ عند وضعه في نفس الظروف، وعن واجب حسن النية، فإنه يتحمل تعويضا عن خطئه التقصيري، ويعوض المتلقي الذي أيقض في نفسه ثقة مشروعنة تتمثل في توقع النجاح في إبرام العقد⁽⁴⁾.

(1) ذ/ ذكرى محمد حسين؛ د/ استيرق محمد حمزة - مرجع سابق - ص293.

(2) د/ فيلاي علي - مرجع سابق - ص295.

(3) د/ محمود فياض - مرجع سابق - ص243، 244؛

Betty Mercedes MARTINEZ-CARDENAS - op.cit - p289 à 291.

(4) د/ حمدي محمود بارود - الطبيعة القانونية للمسؤولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد - مرجع سابق - ص551، 552.

فرع ثاني: أركان المسؤولية التقصيرية للمانح في مرحلة المفاوضات.

تتشابه أركان المسؤولية التقصيرية مع أركان المسؤولية العقدية في اسمها مع اختلاف في الخطأ ومدى التعويض، واختلاف في الإثبات، وعلى ذلك سندرس في هذا الفرع الخطأ التقصيري الذي يرتكبه المانح، والضرر الحاصل للمتلقى بسبب هذا الخطأ.

أولاً: الخطأ التقصيري.

تتعدد الأخطاء التي يمكن أن يرتكبها المانح وترتب في ذمته تعويضاً للمتلقى المتضرر، فقد تتمثل في عمل إيجابي أو سلبي، ومنها أن يقطع المانح المفاوضات دون سبب جدي ومشروع بعد وصولها إلى مراحل متقدمة واطمئنان المتلقى إلى إبرام عقد الفرنشيز، وقد يتمثل خطأ المانح في سوء نية بسبب عدم تعامله بنزاهة باتباع منهج الصراع في المفاوضات، أو عدم تعاونه مع المتلقى للوصول بالمفاوضات إلى نتائج مرضية للطرفين، أو بعدم إعلامه المتلقى بالمعلومات اللازمة والضرورية، أو بتقديم معلومات خاطئة أو غامضة للمتلقى⁽¹⁾.

وإن كان عدول المانح عن المفاوضات لا يكفي وحده لقيام مسؤوليته التقصيرية، فإنه لا بد أن يقترن عدوله بخطأ سواء كان هذا الخطأ سابقاً للعدول أو مصاحباً له أو لاحقاً عليه، غير أنه لا يشترط في هذا الخطأ أن يكون على قدر معين من الجسامه، ولا يشترط فيه توافر نية الإضرار بالمتلقى⁽²⁾.

يؤدي اشتراط اقتران عدول المانح عن مفاوضات عقد الفرنشيز بخطأ إلى الحد كثيراً من دور المسؤولية في مرحلة المفاوضات، ولن يحقق للمتلقى المضرور الحماية القانونية اللازمة، مما يؤدي إلى زعزعة الثقة في هذه المرحلة ويهدر حقوق المتفاوض المضرور، لذلك يرى الدكتور علي أحمد صالح أن قطع المفاوضات وحده يرتب مسؤولية على عاتق المتفاوض⁽³⁾.

(1) د/ إيناس مكي عبد نصار - مرجع سابق - ص 958.

(2) د/ حمدي محمود بارود - الطبيعة القانونية للمسؤولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد - مرجع سابق - ص 565.

(3) د/ علي أحمد صالح - مرجع سابق - ص 696.

ثانيا: الضرر.

يلتزم المانح الذي تقررت مسؤوليته التقصيرية بتعويض المتلقي عما أصابه من ضرر مباشر متوقع كان أو غير متوقع⁽¹⁾، وسواء كان هذا الضرر الذي أصاب المتلقي ضررا أدبيا أو ماديا، مثل الخسارة التي يتحملها جراء المفاوضات والوقت الذي أضاعه فيها، والأضرار التي أصابت سمعته واعتباره، كأن يؤدي فشل المفاوضات إلى الإضرار بسمعته التجارية⁽²⁾.

ثالثا: العلاقة السببية.

يجب أن يكون الضرر الحاصل للمتلقي ناتجا عن خطأ المانح، فإن كان الضرر الحاصل للمتلقي ناتجا عن خطئه أو خطأ الغير أو عن قوة قاهرة فلا تثور مسؤولية المانح، أما إن اشترك خطأ المانح مع السبب الأجنبي أو مع خطأ المتلقي في إحداث ضرر للأخير فيعمل بمبدأ الخطأ المنتج، أما إن كان الخطأ منتجاً في الضرر فلا يتحمل المانح إلا قدرا معيناً من التعويض يناسب حجم مشاركة خطئه في إحداث الضرر.

رابعا: التعويض.

سبق الكلام عن التعويض في المسؤولية العقدية للمانح في مرحلة المفاوضات، وقلنا أنها تشمل ما لحق المتلقي من خسارة وما فاتته من كسب، غير أن التعويض في المسؤولية التقصيرية لا يكون إلا على أساس ما لحق المتلقي من خسارة دون ما فاتته من كسب، غير أنه يجوز تعويضه عن فوات الفرصة إذا توافرت شروطها المبينة مسبقا.

(1) د/ محمد صبري السعدي - شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، - الجزء 2 - دار الهدى - الجزائر - الطبعة 2 - 2004 - ص14.

(2) د/ إيناس مكي عبد نصار - مرجع سابق - ص958.

فصل ثاني: حماية متلقي الفرنشيز أثناء تكوين العقد.

يمر كل عقد بمرحلة التكوين وهي مرحلة تتشعب أحكامها وتتفرع حتى تكاد تغطي على كل مراحل العقد، ولابد على كل من ينظر في نزاع حول آثار عقد أن يتأكد من أنه تكون وفق القانون، إذ لا ينتج العقد آثاره إلا إذا توافرت فيه أركانه وشروطها.

نظم المشرع الجزائري هذه الأركان والشروط في القسم الثاني من الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الثاني من القانون المدني تحت عنوان شروط العقد، في 40 مادة، بداية من المادة 59 إلى غاية المادة 98.

وبدأ القانون المدني الجزائري بالتراضي ثم المحل ثم السبب، وأشار في المادة 59 منه إلى الشكلية بقوله: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"، أي القواعد التي تنص على عدم كفاية التراضي لتكوين عقد ما، وهو ما يصطلح عليه بالعقد الشكلي.

رغم أن كلمة الحماية لم تذكر صراحة في جميع القواعد القانونية التي نظمت مرحلة تكوين العقد في القانون المدني الجزائري، إلا أنه يمكن استنتاجها بالتدقيق في النصوص واستحضار الحكمة من سنّها، فلا يتحمل الشخص مثلا التزاما من تصرف قانوني إلا إذا صدر منه تعبير مفهوم عن إرادته في قبول الالتزام إذ الأصل أنه لا ينسب لساكت قول، بل لا يتحمل هذا الالتزام ولو صدر منه تعبير مفهوم إذا لم تتطابق إرادته مع إرادة من وجه إليه هذا التعبير، أو إذا لم يصدر هذا التعبير عن إدراك واع وإرادة سليمة، وهكذا بالنسبة لكل القواعد القانونية التي تنظم هذه المرحلة.

ومن أجل دراسة الحماية القانونية التي يستفيد منها المتلقي بتطبيق القواعد التي تنظم مرحلة تكوين العقد، سنتبع التنظيم الذي جاء في القانون المدني، فنقسم هذا المفصل إلى ثلاثة مباحث، ندرس في الأول حماية متلقي الفرنشيز بتطبيق القواعد المتعلقة بركن التراضي، ونخصص المبحث الثاني لدراسة الحماية القانونية التي توفرها القواعد المنظمة لمحل العقد للمتلقي، ونترك المبحث الأخير من هذا الفصل لدراسة الحماية القانونية التي توفرها الشكلية للمتلقي، أما السبب فلن نخصص له مبحثا في دراستنا هذه، لأنه لا يشترط في السبب إلا أن يكون غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، ومن المعلوم أن القواعد المتعلقة بالنظام العام تحمي المصلحة العامة، ونحن

في هذه الدراسة نتناول حماية مصلحة خاصة وهي مصلحة المتلقي، لذلك لن نعرض لركن السبب.

مبحث أول: حماية متلقي الفرنشيز بتطبيق القواعد المتعلقة بركن التراضي.

يعتبر التراضي الركن الأساس في جميع التصرفات القانونية، فلن يصح التصرف إلا إذا توافر فيه هذا الركن، وهو أول ما يتناوله المشرعون والشارحون للقانون عند دراسة أركان العقد وشروطها، ولذلك تجد القانون يسهب في تنظيم جميع تفاصيله، وتجد شراح القانون يطرقون فيه كل زاوية بالتحليل والتمحيص والتتظير.

وتجد القانون يفرض حماية بالغة لهذا الركن، فلا يرتب على التصرف القانوني أي أثر إلا إذا كان التعبير الذي أنشأه صادرا عن إدراك واع وإرادة سليمة، فيكون التصرف باطلا بطلانا مطلقا إذا كان التمييز والإدراك منعدمين، ويكون قابلا للإبطال إذا كانا ناقصين أو إذا صدر التعبير عن غلط أو تدليس أو إكراه.

وعلى هذا الأساس سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، ندرس في الأول الحماية التي يستفيد منها متلقي الفرنشيز بتطبيق القواعد المتعلقة بأهلية الأداء، ونخصص المطلب الثاني لدراسة الحماية القانونية التي فرضها المشرع لحماية المتلقي الذي يقع في غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال وغبن.

مطلب أول: حماية متلقي الفرنشيز بتطبيق القواعد المتعلقة بالأهلية.

تنقسم الأهلية إلى قسمين أهلية وجوب وأهلية أداء، وتعطي الأولى للشخص إمكان اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وتكون ناقصة لدى الجنين، وتصبح كاملة بمجرد أن ينفصل الطفل عن أمه حيا، ويتوافر الشروط المتطلبة لإنشاء الشخص المعنوي، ولا تنقص ولا تنعدم ولا تنتهي إلا بانتهاء الشخصية القانونية، أما أهلية الأداء فتعطي للشخص الحق في إبرام التصرفات القانونية بنفسه، ولها أحوال ثلاثة لدى الإنسان، فتكون منعدمة عند من لم يبلغ 13 سنة وعند المجنون والمعتوه، وتكون ناقصة عند من بلغ 13 ولم يبلغ 19 سنة ويقاس عليه السفه وذو الغفلة، وتكتمل ببلوغ الشخص 19 سنة ميلادية كاملة.

يقصد بالأهلية إذا جاءت مطلقة - كما في هذا العنوان - أهلية الأداء، وعليه سندرس في هذا المطلب الدور الذي تلعبه أحكام الأهلية في حماية متلقي الفرنشيز، سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، وسواء أبرم عقد الفرنشيز بنفسه أو نابه غيره في ذلك إن كان المتلقي شخصا طبيعيا.

فرع أول: إذا كان المتلقي شخصا طبيعيا.

يستطيع الشخص الطبيعي أن يبرم عقد فرنشيز باسمه أو نيابة عن غيره من الناس، لكن حماية له من أن يستغل أو يغبن في إبرام مثل هذا العقد، فرض القانون قيودا لحمايته، فقرر منع كل من لم يبلغ 13 سنة من عمره والمجنون والمعتوه من إبرام أي تصرف ولو كان نافعا له نفعا محضا، وأعطى كلا من المميز والسفيه وذو الغفلة الحق في إبرام التصرفات النافعة نفعا محضا، والتصرفات الدائرة بين النفع والضرر مثل عقد الفرنشيز، على أن تكون التصرفات الأخيرة قابلة للإبطال لمصلحته، كما فرض القانون شروطا في النيابة حماية للأصيل.

أولا: الأهلية المتطلبة في المتلقي إذا تعاقد بنفسه.

الأهلية إذا جاءت مطلقة دون أن تضاف إلى كلمة أخرى فالمقصود بها أهلية الأداء، وهي صلاحية الشخص لاستعمال الحق بنفسه⁽¹⁾، وأن يكون أهلا لمباشرة التصرفات القانونية⁽²⁾، وهي تتوفر لكل شخص لديه قدرة من التمييز والإدراك تؤهله للتعبير عن إرادته تعبيرا يرتب عليه القانون آثارا قانونية⁽³⁾، فهي كما نرى ترتبط بالتمييز فتكون منعدمة إذا انعدم وتكون ناقصة إذا كان التمييز ناقصا وتكتمل إذا اكتمل التمييز⁽⁴⁾.

وتنقسم التصرفات من حيث ارتباطها بالأهلية إلى عقود اغتناء كالموهوب له في الهبة، وعقود إدارة كعقد الإيجار بالنسبة للمؤجر، وعقود تصرف كعقد البيع بالنسبة للبائع والمشتري،

(1) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام - ص 268.

(2) د/ محمد صبري السعدي - شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام - الجزء 1 - دار الهدى - الجزائر - الطبعة 2 - 2004 - ص 158.

(3) د/ إسحاق إبراهيم منصور - نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - 2001 - ص 228.

(4) خليفة الخروبي - العقود المسماة (الوكالة، البيع والمعاوضة، الكراء، الهبة) - مجمع الأطرش للكتاب المختص - تونس - 2013 - ص 116.

وعقود تبرع كالهبة بالنسبة للواهب⁽¹⁾، فإن كان لكامل الأهلية الحق في إبرام هذه التصرفات جميعا فلا يحق لمنعدمها أن يبرم أيها منها، ويجوز لناقص الأهلية أن يبرم عقود الاغتناء وتكون صحيحة، ويبرم عقود التصرف وتكون قابلة للإبطال لمصلحته.

ولما كان المتلقي بإبرامه لعقد الفرنشيز يباشر تصرفا قانونيا وجب أن تتوفر فيه أهلية الأداء المتطلبة لإبرام مثل هذا التصرف، وما دام عقد الفرنشيز من عقود التصرف فيكفي في المتلقي أن يكون ناقص الأهلية.

أ- إبرام عقد الفرنشيز إذا كان المتلقي منعدم الأهلية:

تكون الأهلية منعدمة إذا انعدم التمييز، ويكون التمييز منعدما لصغر في السن أو جنون أو عته⁽²⁾.

1- انعدام أهلية التلقي لصغر في السن:

حسب الفقرة الثانية من المادة 42 من القانون المدني الجزائري يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة، وتكون كل تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا حسب المادة 82 من قانون الأسرة الجزائري، وجاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يجوز إقرار هذا التصرف بعد وقوعه حسب المادة 102 من القانون المدني الجزائري⁽³⁾، كما لا يجوز الترخيص به قبل ذلك.

يتضح من هذه المواد مجتمعة أن من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة لا يجوز له إبرام عقد الفرنشيز بنفسه ولو رخص له وليه بذلك، وإن هو أبرم هذا العقد فإنه يكون باطلا بطلانا مطلقا ولا يصححه إقرار من ينوب المتلقي قانونا، ولا يكون ملزما بإرجاع ما قبضه من المانح إلا ما عاد عليه

(1) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام - ص 268.

(2) تنص المادة 42 من الأمر رقم 58/75 الصادر بتاريخ 26 سبتمبر 1975 - المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم - الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 78 - الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975 على ما يلي: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا للتمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون."

(3) تنص المادة 82 من القانون رقم 11/84 الصادر بتاريخ 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم - الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 24 - الصادرة بتاريخ 12 يونيو 1984 على ما يلي: "من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة (42) من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة."

بنفع⁽¹⁾، ويقع عبء إثبات انعدام الأهلية على من يدعيه، فإذا أثبت من ينوب المتلقي أن الأخير أبرم العقد قبل أن يبلغ ثلاثة عشر سنة كان عقد الفرنشيز باطلا، ولا يجوز للمانح أن يحتج بأنه كان يعتقد أن المتلقي ذو أهلية⁽²⁾، بل حتى ولو ثبت أن المتلقي استعمل طرقا احتيالية لإبرام العقد كأن زور شهادة ميلاده، فإن العقد يبطل ولا يكون المتلقي مسؤولا عن تعويض المانح، لأنه لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو إهمال منه أو عدم حيطة إلا إذا كان مميزا⁽³⁾.

فهذه المواد كلها تعتبر حماية قانونية للمتلقي الذي يبرم عقد فرنشيز وهو لم يبلغ ثلاثة عشر سنة، فيكون العقد الذي أبرمه باطلا مع إعفائه من أية مسؤولية عقدية أو تقصيرية ناتجة عن هذا البطلان.

2- انعدام أهلية المتلقي لجنون أو عته:

تنص الفقرة الأولى من المادة 42 من القانون المدني الجزائري على أنه: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون"، والجنون اختلال في العقل ينشأ عنه اضطراب أو هيجان، ويفقد صاحبه التمييز بين الأمور الحسنة والقبیحة⁽⁴⁾، أما العته فهو آفة توجب خللا في العقل، تجعل المصاب بها مختلط الأحوال، فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء، والبعض الآخر منه يشبه كلام المجانين، وكذا في سائر أموره⁽⁵⁾، ولم يفرق القانون المدني الجزائري بين المجنون والمعتوه فتكون تصرفاتهما باطلة بطلانا مطلقا، ونفصل حكم عقد الفرنشيز الذي يبرمه المتلقي وهو مجنون أو معتوه في ما يلي:

(1) رغم أن المادة 103 من القانون المدني الجزائري نصت على أنه لا يلزم ناقص الأهلية إلا برد ما عاد عليه بنفع، وأن منعدم الأهلية لا تشمل هذه المادة، فإن المادة 148 من القانون المدني الجزائري تشملها، لأنها نصت على أن من لم تتوفر فيه أهلية التعاقد لا يكون ملزما إلا بالقدر الذي أثرى به إن هو تسلم غير المستحق.

(2) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام - ص270.

(3) تنص المادة 125 من القانون المدني الجزائري على أنه: "لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو إهمال منه أو عدم حيطة إلا إذا كان مميزا".

(4) عز الدين محمد خوجة؛ عبد الستار أبو غدة - نظرية العقد في الفقه الإسلامي - مجموعة دله البكة - دون بلد نشر - 1963 - ص35.

(5) د/ عبد القادر عزيز أحمد الحياي - أهلية التعاقد وأحكام فاقديها بين الشريعة والقانون - مجلة الجامعة الإسلامية - الجامعة العراقية الأهلية - المجلد 1 - العدد 26 - 2011 - ص215؛ عز الدين محمد خوجة؛ عبد الستار أبو غدة - مرجع سابق - ص39.

- إبرام المتلقي عقد الفرنشيز قبل الحجر عليه لجنون أو عته:

تنص المادة 107 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها".

يتضح من خلال هذه المادة أن عقد الفرنشيز يكون صحيحا إذا أبرمه المتلقي قبل الحجر عليه ولو كان مجنونا أو معنوها، أما إن كانت هذه الصفة ظاهرة ومعروفة لدى الناس، أو كان المانح يعلمها ولو جهلها الآخرون، فإن عقد الفرنشيز يكون باطلا بطلانا مطلقا ويجوز لكل ذي مصلحة التمسك بهذا البطلان كما يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها⁽¹⁾، ولا يتحمل المتلقي أي مسؤولية عقدية أو تقصيرية جراء إبطال العقد، وهذا لأجل حمايته باعتباره منعدم التمييز.

- إبرام المتلقي عقد الفرنشيز بعد الحكم عليه بالحجر:

تنص المادة 107 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة..."، فإن أبرم المتلقي عقد فرنشيز بعد الحكم عليه بالحجر لجنون أو عته فإن هذا العقد يكون باطلا، ولا يجوز للمانح أن يتمسك بجهله لهذا الحكم أو بعدم علمه بحالة المتلقي العقلية، وحماية لهذا الأخير لا يتحمل أية مسؤولية عقدية أو تقصيرية جراء بطلان عقد الفرنشيز.

- إصابة المتلقي بجنون أو عته بعدما صدر منه التعبير عن إرادته:

يثور هذا الإشكال إن كان التعاقد بين غائبين، نظرا للمدة التي تفصل بين الإيجاب والقبول، فالأصل أن العقد بين غائبين يعتبر قد تم في المكان والزمان الذين يعلم فيهما الموجب بالقبول⁽²⁾، ويكون ذلك حتى ولو فقد المتلقي أهليته بجنون أو عته بعد أن صدر منه القبول وقبل أن يعلم به

(1) تنص الفقرة الأولى من المادة 102 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها...".

(2) تنص الفقرة الأولى من المادة 67 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول...".

المانح⁽¹⁾، غير أنه إذا صدر حكم بالحجر على المتلقي وعين له نائب يقوم برعاية شؤونه، فله أن يتراجع عن القبول قبل أن يصل إلى علم المانح ما لم يمنع أجل صريح أو ضمني هذا الرجوع.

ب- إبرام المتلقي عقد الفرنشيز إذا كان ناقص الأهلية:

يكون الشخص ناقص الأهلية إذا بلغ ثلاثة عشر سنة ولم يبلغ تسعة عشر سنة، أو إذا بلغ تسعة عشر سنة وكان سفيها أو ذا غفلة.

1- نقص أهلية المتلقي لصغر في السن:

كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد يكون ناقص الأهلية، وسن التمييز ثلاث عشرة سنة، وسن الرشد تسع عشرة سنة كاملة⁽²⁾، ويترتب على نقص أهلية الشخص أن له أن يقبل كافة التبرعات وكل حق يتلقاه بدون عوض لأن هذه التصرفات نافعة له نفعاً محضاً ولو لم يجزها وليه، وتكون تبرعاته باطلة لأنها ضارة به ضرراً محضاً أجازها الولي أو لم يجزها، وله أن يبرم المعاوضات التي فيها نفع مشوب باحتمال الضرر غير أنها تكون متوقفة على إجازة الولي⁽³⁾، أو قابلة للإبطال⁽⁴⁾.

فإن أبرم مميز عقد فرنشيز بصفته متلقياً فإن هذا العقد يكون قابلاً للإبطال لمصلحته حسب المادة 101 من القانون المدني الجزائري، أو موقوفاً على إجازة وليه أو وصيه حسب المادة 83

(1) تنص المادة 62 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه...".

(2) تنص الفقرة الثانية من المادة 40 من القانون المدني الجزائري على أنه: "وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة." وتنص الفقرة الثانية من المادة 42 من نفس القانون على أنه: "يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة."، وتنص المادة 43 منه على أنه: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقره القانون".

(3) محمد مصطفى شلبي - المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه - مطبعة دار التأليف - الإسكندرية - 1962 - ص 445؛ د/ محمد شاعر رشيد - أحكام الإكراه في الشريعة الإسلامية - مجلة البحوث والدراسات الإسلامية - الهيئة العلمية الاستشارية ديوان الوقف السني - العدد 4 - 2006 - ص 131، 132؛ وتنص المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيمال إذا كانت مترددة بين النفع والضرر...".

(4) تنص المادة 101 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس

(5) سنوات. ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب...".

من قانون الأسرة الجزائري، ويمكن التوفيق بين هذين النصين رغم تعارضهما الظاهر، فإن أجاز ولي أو وصي المتلقي عقد الفرنشيز الذي أبرمه أصبح هذا العقد غير قابل للإبطال، أما إن لم يجيزاه ولم يعترض عليه فإن للمتلقي أن يطالب بإبطاله إن بلغ سن الرشد ما لم تمض خمس سنوات من بلوغه هذا السن أو عشر سنوات من يوم إبرام العقد⁽¹⁾.

يقع عبء إثبات نقص أهلية المتلقي على من يدعيه فإن نجح في ذلك أمكنه المطالبة بإبطال عقده، ولا يجوز للطرف الآخر وهو المانح الاحتجاج بأنه كان يعتقد بكمال أهلية المتلقي، أما إن لجأ الأخير إلى طرق احتيالية لإخفاء أهليته فإنه يكون ملزماً بتعويض المانح⁽²⁾ حسب المادة 125 من القانون المدني الجزائري، كما يكون ملزماً برد ما عاد عليه بنفع إن هو أبطل العقد⁽³⁾، وكل هذه النصوص كما نرى توفر حماية خاصة للمتلقي إذا كان مميزاً.

2- نقص أهلية المتلقي لسفه أو غفلة:

كل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية حسب المادة 43 من القانون المدني الجزائري، والسفه خفة ناتجة عن ضعف في بعض ملكات النفس، تصيب الإنسان فتجعله ينفق أمواله على غير مقتضى العقل والشرع، ويبذرهما على أوجه لا تعود عليه بالنفع، والسفيه كامل العقل لكن العلة في تدبيره⁽⁴⁾. أما ذو الغفلة فهو الشخص الذي لا يهتدي إلى التصرفات الرباحة المفيدة فيغيب في المعاملات لسلامة قلبه ونيته غيباً فاحشاً⁽⁵⁾.

(1) محمد مصطفى شلبي - مرجع سابق - ص 446، 447. ترى اسعد فاطمة أن المادة 101 من القانون المدني تلغي المادة 83 من قانون الأسرة، وبالتالي يجب استبعاد حكم المادة الأخيرة. اسعد فاطمة - نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة) - أطروحة دكتوراه - جامعة تيزي وزو - 2015 - ص 101، 102.

(2) د/ بلحاج العربي - مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري - الجزء 1 - دار هومة - الطبعة 2 - 2016 - ص 379، 380.

(3) تنص الفقرة الثانية من المادة 103 من القانون المدني الجزائري على أنه: "غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية، إذا أبطل العقد لنقص أهليته إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد".

(4) د/ غالب علي الداودي - المدخل إلى علم القانون - دار وائل للنشر - عمان - الطبعة 7 - 2004 - ص 254؛ محمد صبري السعدي - مرجع سابق - ص 162؛ د/ عبد القادر عزيز أحمد الحياي - مرجع سابق - ص 216.

(5) د/ منذر الفضل - الوسيط في شرح القانون المدني - دار آراس - العراق - 2006 - ص 129؛ د/ أنور سلطان - مصادر الالتزام في القانون المدني - دار الثقافة - الأردن - 2014 - ص 52.

يختلف حكم تصرفات السفه وذي الغفلة قبل الحجر عليهما وبعد ذلك، وعليه سنفصل مآل عقد الفرنشيز الذي يبرمه متلقي ناقص أهلية لسفه أو غفلة.

- إبرام المتلقي عقد فرنشيز قبل الحكم عليه بالحجر لسفه أو غفلة:

يكون عقد الفرنشيز في هذه الحالة صحيحا، لكن إذا كان السفه أو الغفلة ظاهرين وفاشين بين الناس، أو كان المانح يعلم وقت إبرام عقد الفرنشيز أن المتلقي سفه أو ذو غفلة فإن العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا حسب المادة 107 من قانون الأسرة الجزائري، ويكون قابلا للإبطال حسب المادة 43 من القانون المدني الجزائري لأن السفه وذا الغفلة حسب هذه المادة يأخذان حكم الصبي المميز، فإذا ثبت بأن المتلقي كان سفها أو ذا غفلة عند إبرامه عقد الفرنشيز، وثبت أن ذلك كان ظاهرا وفاشيا بين الناس، أو ثبت أن المانح كان يعلم بحالة المتلقي ولو جهلها غيره، فإن العقد يكون قابلا للإبطال لمصلحة المتلقي، الذي يتمتع بنفس الحماية التي منحها القانون للصبي المميز.

- إبرام المتلقي عقد فرنشيز بعد الحجر عليه لسفه أو غفلة:

إذا أبرم شخص عقد الفرنشيز بصفته متلقيا بعد أن صدر عليه حكم بالحجر لسفه أو غفلة، فإن هذا العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا حسب المادة 107 من قانون الأسرة الجزائري، ويكون قابلا للإبطال حسب المادة 43 من القانون المدني الجزائري، ويطلب بإبطاله الشخص الذي عينه الحكم بالحجر قيما على المتلقي، ولا يكون هنا ملزما إلا بإرجاع ما عاد عليه بنفع حسب المادة 103 من القانون المدني الجزائري، على أنه يكون ملزما بتعويض المانح عما لحقه من ضرر إن ثبتت مسؤوليته التقصيرية، وما قابلية عقد الفرنشيز للإبطال وعدم مسؤولية المتلقي عن إرجاع ما لم يعد عليه بنفع إلا دلالة على حماية المشرع للمتلقي إن هو أبرم عقد فرنشيز بعد الحكم عليه بالحجر لسفه أو غفلة.

ثانيا: إذا ناب شخص المتلقي في إبرام عقد الفرنشيز.

قد ينوب شخص المتلقي في إبرام عقد الفرنشيز سواء بموجب نيابة قانونية أو اتفاقية، والنيابة هي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في التعبير عن الإرادة مع انصراف الآثار

القانونية المترتبة عنه إلى الأصيل كما لو كان التعبير صادرا منه⁽¹⁾، وإن كانت الإنابة لا تشمل الوقائع المادية، فإنها تكون جائزة في جميع التصرفات القانونية، إلا ما تعارض منها مع الإنابة، فلا يجوز مثلا أن ينيب شخص آخر ليحلف يمينا عنه، لأنها تتصرف إلى ذمة الحالف⁽²⁾.

ولما كانت آثار التصرف الذي أبرمه النائب تتصرف إلى الأصيل الذي عليه تحمل الالتزامات الناتجة عنها دون أن يتحمل النائب أي التزام، كان لابد من فرض قيود على النائب حتى لا يضر بمصالح الأصيل.

أ- القيود المفروضة على النائب حماية لمتلقي الفرنيشيز:

وضع القانون حدودا للنائب لا يجوز له تعديها في نيابته وهي:

1- أن يتعاقد النائب باسم متلقي الفرنيشيز:

تنص المادة 75 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا لم يعلن المتعاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائما أو مدينا..."، فلا يكفي أن يعبر النائب عن إرادته بل يجب عليه أن يعلم المانح بأنه يتعاقد باسم المتلقي، فلو تعامل النائب باسمه فإن آثار العقد تتصرف إليه لا إلى الأصيل⁽³⁾.

ومن المعلوم أنه يستثنى من هذا الشرط فرضان هما: أن تكون الظروف تفرض حتما علم المتعاقد بأنه يتعامل مع النائب ولو لم يفصح عن صفته، فمن يدخل محلا به عامل يدرك حتما أن هذا العامل يتصرف نيابة عن مالك المحل، والفرض الثاني أن يكون من تعاقد مع النائب لا يختلف عنده الأمر سواء تعاقد مع النائب أو مع الأصيل، والاستثناء الأول يمكن تصوره في عقد

(1) د/ خليل أحمد حسن قعادة - الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري - مصادر الالتزام - الجزء 1 - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - الطبعة 4 - 2010 - ص 37.

(2) عمار محسن كزار الزرقي - دور النيابة في إنشاء التصرفات القانونية - مجلة مركز دراسات الكوفة - جامعة الكوفة - المجلد 1 - العدد 18 - 2010 - ص 231، 232.

(3) د/ سمير عبد السميع تناغو - مصادر الالتزام - مكتبة الوفاء القانونية - الإسكندرية - 2005 - ص 25.

الفرنشيز، كأن يبزم مانح العقد مع مدير الشركة المتلقية⁽¹⁾، أما الاستثناء الثاني فلا يمكن الأخذ به في هذا العقد لقيامه على الاعتبار الشخصي.

2- أن لا يتجاوز النائب حدود نيابته:

تنص المادة 74 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فإن ما ينشأ من هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل."، وتتحدد سلطة النائب إما عن طريق الاتفاق أو القانون أو القضاء⁽²⁾، ومادامت الحدود التي توضع بالاتفاق لا يمكن حصرها فسيقصر حديثنا هنا عن الحدود القانونية للنيابة.

_ وجود سند قانوني للنيابة:

من شروط النيابة أن تستند على حكم قضائي، أو نص قانوني أو وكالة، فالمقدم الذي يدير أموال المحجور عليه لعقوبة جنائية حسب المادة 9 مكرر من قانون العقوبات يستند في نيابته على الحكم القضائي الذي عينه، ونفس الأمر بالنسبة للمقدم الذي تعينه المحكمة على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها حسب المادة 99 من قانون الأسرة الجزائري، والمقدم الذي يعينه القاضي لتسيير أموال المفقود الذي حكم بفقده حسب المادة 111 من قانون الأسرة الجزائري، ووكيل التفليسة الذي تعينه المحكمة بموجب الحكم بشهر الإفلاس، ويمارس جميع حقوق ودعاوى المفلس طيلة مدة التفليسة حسب المادة 244 من القانون التجاري الجزائري، ويكون الولي نائبا بحكم القانون عن أولاده القصر حسب المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري، ويكون الوكيل نائبا عن الموكل بموجب العقد المبرم بينهما حسب المادة 571 من القانون المدني الجزائري.

- إذا كان النائب وليا أو وصيا أو قيما فلا يجوز له إبرام عقد فرنشيز باسم من ينوب عنه إلا إذا أذن له القاضي بذلك، لأن عقد الفرنشيز يعتبر استثمارا لأموال القاصر، ومن المعلوم أنه لا يستطيع من ينوب القاصر استثمار أموال المناب بالقرض أو المساهمة في شركة قائمة أو بإنشاء

(1) أحمد عبد الحسين الياسري - التنظيم القانوني للنيابة في التعاقد (دراسة مقارنة بين القانون العراقي والقانون المدني المصري) - مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية - جامعة بابل - المجلد 8 - العدد 4 - 2016 - ص 699.

(2) عمار محسن كزار الزرفي - مرجع سابق - ص 41.

شركة جديدة إلا إذا أذن له القاضي بذلك⁽¹⁾، ويجب أن يكون تصرفه بمعيار الرجل الحريص حسب المادتين 88 و95 من قانون الأسرة الجزائري، كما لا يستطيع القيم التصرف في أموال الغائب أو المفقود إذ لا يكون له إلا إدارتها⁽²⁾.

- إذا سقطت الولاية عن الولي بقرار مسبب من القاضي الذي له الولاية العامة⁽³⁾، أو تم عزل الوصي أو المقدم، أو حجر عليهم قانوناً أو قضائياً بسبب جنون أو عته أو سفه أو غفلة⁽⁴⁾، أو أصبحوا عاجزين عن القيام بشؤون النيابة الموكلة إليهم⁽⁵⁾، أو زالت أسباب الحجر عن المحجور عليه لبلوغه سن الرشد أو بإفاقة من الجنون والعته أو رشده من السفه والغفلة، على أن يرفع الحجر بحكم قضائي إذا تم بهذه الطريقة⁽⁶⁾، كل هذه الأسباب تمنع الولي أو الوصي أو المقدم من إبرام عقد فرنشيز باسم من ينوبون عنه، وقد أقرت هذه الأحكام المواد 91 و96 و100 و108 من قانون الأسرة الجزائري.

- إذا كانت النيابة اتفاقية فيجب أن يكون عقد الوكالة مكتوباً حتى يستطيع النائب إبرام عقد فرنشيز باسم المتلقي، ذلك أن المادة 572 من القانون المدني الجزائري أوجبت إفراغ الوكالة في الشكل الذي يتطلبه العمل القانوني محل الوكالة، وعقد الفرنشيز من العقود التي يفرض فيها القانون الكتابة والتقييد في بعض العناصر المكونة لمحلها.

(1) أحمد نصر الجندي - شرح قانون الأسرة الجزائري - دار الكتب القانونية مطابع شتات - مصر - 2009 - ص176؛ يرى عيسى أحمد أن الشركة المقصودة في المادة 88 من قانون الأسرة هي شركة الأشخاص، ولم أجد لهذا التقييد مبرراً، كما أن الأستاذ برر تقييده بأن منعدم الأهلية لا يمكن أن يكتسب صفة التاجر، ومعلوم أن إذن القاضي لا يعطيه هذه الصفة. عيسى أحمد - الاجتهاد القضائي في مجال الولاية على أموال القصر - مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية - جامعة البلدية - العدد 1 - 2011 - ص92.

(2) قضت المحكمة العليا ببطلان تصرف المقدم في أموال المفقود، لأن هذا التصرف كان صادراً قبل الحكم بالوفاة، المحكمة العليا - ملف رقم 435190 - قرار صادر بتاريخ 2008/12/24 - مجلة المحكمة العليا - عدد 2 - 2009 - ص127.

(3) أحمد نصر الجندي - مرجع سابق - ص177. ومن أسباب سقوط الولاية أن يرتد الأب عن دين الإسلام، أو يكون الأبوين غير مسلمين وتسلم الأم فتكون أولى بالولاية على أبنائهما القصر منه، فيسقط عنه الولاية لمصلحتهم ويسندها إلى أمهم. عيسى أحمد - مرجع سابق - ص87؛ د/ عبد الخالق ناجي عبيد - حكم تصرفات الولي في مال اليتيم - مجلة العلوم الإسلامية - الجامعة العراقية - المجلد 1 - العدد 5 - 2012 - ص264.

(4) عيسى أحمد - مرجع سابق - ص86.

(5) ومن صور عجز الولي أو الوصي أو المقدم أن يصاب بمرض يقعه عن العمل، أو يصل إلى سن الهرم، أو يطرأ عليه سفه أو غفلة لا يهتدي بسببهما إلى التصرف النافع. محمد بن عبد العزيز النُمي - الولاية على المال - مكتبة الملك فهد الوطنية - الرياض - 1432 هـ - ص191.

(6) محمد بن عبد العزيز النُمي - مرجع سابق - ص202.

- لا يمكن للنائب الذي لا يملك إلا وكالة عامة أن يبرم عقد فرنشيز باسم الموكل، ذلك أن الوكيل الذي وكل بموجب وكالة عامة لا يكون له إلا إبرام أعمال الإدارة حسب المادة 573 من القانون المدني الجزائري، وبما أن عقد الفرنشيز ليس من أعمال الإدارة فإن الوكيل لا يستطيع إبرامه إلا بوكالة خاصة حسب المادة 574 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾.

- يجب على الوكيل في عقد الوكالة أن يبذل عناية الرجل العادي عند إبرامه عقد فرنشيز باسم الموكل، عملا بنص المادة 576 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه: "يجب دائما على الوكيل أن يبذل في تنفيذه للوكالة عناية الرجل العادي".

- إذا انتهت الوكالة بموت الموكل أو بعدوله عن الوكالة أو بعزله الوكيل أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة حسب المادة 586 من القانون المدني الجزائري، فلا يجوز للوكيل إبرام عقد فرنشيز بعد ذلك باسم الموكل⁽²⁾.

ب- النتائج المترتبة عن عدم التزام النائب بهذه القيود في إبرام عقد الفرنشيز:

في حالة ما إذا أخل النائب أثناء إبرامه عقد فرنشيز باسم المتلقي بهذه القيود التي ذكرناها سابقا، فإنه يترتب على ذلك النتائج الآتية ذكرها:

1- إذا لم يعلم النائب المانح بصفته:

بمفهوم المخالفة للمادة 74 من القانون المدني الجزائري فإن آثار عقد الفرنشيز لا تنصرف إلى المتلقي إذا لم يعلن النائب عن صفته للمانح، فإن أبرم النائب العقد باسمه وكان المانح يعلم ذلك انصرفت آثار العقد إلى النائب⁽³⁾، أما إن كان النائب يتعامل باسم المتلقي والمانح يعتقد أنه يتعامل باسمه، أو إذا كان النائب يتعاقد باسمه والمانح يعتقد أنه يتعامل باسم المتلقي لم ينعقد العقد ولم تنصرف آثاره لا إلى النائب ولا إلى المتلقي⁽⁴⁾، وتجدر الإشارة إلى أن عقد الفرنشيز

(1) خليفة الخروبي - مرجع سابق - ص 38.

(2) نقضت المحكمة العليا قرارا صادرا عن مجلس قضاء المسيلة بتاريخ 2009/11/09 لأنه حكم بصحة عقد بيع عقار أبرمه الوكيل بعد عزله من طرف الموكل، وحكمت ببطلان هذا العقد لإبرامه بعد انتهاء الوكالة، المحكمة العليا - ملف رقم 0769254 - الصادر بتاريخ 2013/04/11 - مجلة المحكمة العليا - عدد 1 - 2013.

(3) د/ علي علي سليمان - النظرية العامة للالتزام - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - الطبعة 8 - 2008 - ص 44.

(4) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام - ص 199، 200.

ينصرف إلى المتلقي حتى ولو لم يعلن النائب عن صفته للمانح إذا كان هذا الأخير من المفروض حتما أن يعلم بهذه النيابة حسب المادة 75 من القانون المدني الجزائري.

2- إذا تجاوز النائب حدود نيابته:

بمفهوم المخالفة للمادة 74 من القانون المدني الجزائري فإن تجاوز النائب حدود نيابته لم تتصرف آثار عقد الفرشيز حقوقا كانت أو التزامات إلى المتلقي.

فإذا كان النائب وليا أو وصيا أو قيما ولم يأذن له القاضي في إبرام عقد فرشيز باسم من ينوب عنه قانونا فإن آثار هذا العقد لا تتصرف إلى المتلقي، ويكون النائب مسؤولا عن أي ضرر يصيب أموال الأصيل إن هو لم يبذل عناية الرجل الحريص، إذ نصت المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام. وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:..."، أما إن كانت النيابة اتفاقية فلا يسأل الوكيل عما يصيب الموكل من ضرر إلا إذا لم يبذل عناية الرجل العادي، حسب المادة 576 من القانون المدني الجزائري.

يتمتع على النائب إبرام عقد فرشيز باسم المتلقي إذا انتهت النيابة لأي سبب قانوني أو اتفاقي، إلا إذا كان النائب والمانح يجهلان معا وقت إبرام العقد انقضاء النيابة فإن آثار العقد تضاف إلى المتلقي حسب المادة 76 من القانون المدني الجزائري، ولا تتصرف آثار عقد الفرشيز إلى المتلقي كذلك إذا أبرم الوكيل هذا العقد وهو لا يملك إلا وكالة عامة، ويبقى للمتلقي في الحالات التي يتجاوز فيها الوكيل حدود الوكالة أن يجيز عقد الفرشيز الذي أبرمه نيابة عنه⁽¹⁾.

فرع ثاني: إذا كان المتلقي شركة تجارية.

يكون متلقي الفرشيز غالبا شخصا معنويا، والشخص المعنوي حسب المادة 50 من القانون المدني الجزائري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان، فتكون له أهلية أداء تخول إبرام التصرفات القانونية في حدود السند الذي أنشأه، ومادام الشخص المعنوي لا يستطيع التعبير عن إرادته إلا بواسطة نائب يتصرف باسمه ولحسابه، فإنه لا بد من حماية هذا الشخص المعنوي من الأضرار التي قد يسببها له من ينوب عنه.

(1) اسعد فاطمة - مرجع سابق - ص 274؛ أحمد عبد الحسين الياسري - مرجع سابق - ص 701.

يلحظ أن الفقه قد اختلف في الصفة التي يظهر بها الشخص الذي يبرم التصرفات باسم الشركة، فمنهم من اعتبره وكيلا يتصرف نيابة عن موكله، ومنهم من اعتبره نائبا قانونيا قياسا على الولي أو الوصي أو المقدم، ومنهم من يعتبره جزءا من الشركة وعضوا لا بد أن يوجد فيها.

وعليه سنقسم هذا الفرع إلى أجزاء ثلاثة، ندرس في الأول الصفة التي يظهر بها الشخص الذي يبرم عقد فرنشيز باسم الشركة، ونخصص الثاني لدراسة شروط سريان عقد الفرنشيز الذي يبرمه المدير في حق الشركة، ونعرض في الأخير مسؤولية المدير اتجاه الشركة.

أولاً: صفة الشخص الذي يبرم عقد فرنشيز باسم الشركة.

يرى جانب من الفقهاء أن المدير يبرم العقود باسم الشركة باعتباره موكلا من طرف الشركاء، ومنهم من يرى أنه نائب قانوني قياسا على الولي والوصي بالنسبة للقاصر، ومنهم من اعتبره جزءا من البناء القانوني للشركة.

أ- اعتبار المدير وكيلا.

نصت المادة 50 من القانون المدني الجزائري على وجوب اتخاذ الشركة نائبا يعبر عن إرادتها، كما نصت الفقرة الثالثة من المادة 578 من القانون التجاري الجزائري على أنه: "وعلى المديرين والشركاء المورطين كي يتخلصوا من المسؤولية الملقاة على عاتقهم أن يقيموا الدليل على أنهم بذلوا في إدارة شؤون الشركة ما يبذله الوكيل المأجور من النشاط والحرص."، وتتص الفقرة الثانية من المادة 715 مكرر 25 من نفس القانون على أنه: "ولا يكون لأي قرار صادر عن الجمعية العامة أي أثر لانقضاء دعوى المسؤولية ضد القائمين بالإدارة لارتكابهم خطأ أثناء القيام بوكالتهم."، وتتص المادة 427 من القانون المدني الجزائري على أنه: "وإذا كان انتداب الشريك للإدارة قد وقع بعد عقد الشركة جاز الرجوع فيه كما يجوز في التوكيل العادي".

يستنتج من هذه المواد مجتمعة أن العلاقة بين المدير والشركة هي علاقة وكالة⁽¹⁾، يشترط فيها ما يشترط في النيابة الاتفاقية كما درسناها سابقا، غير أن هذا الرأي انتقد من عدة أوجه:

(1) وأخذ بهذا التكييف: د/ محمد سمير الشراقوي، ود/ علي يونس، ود/ طالب حسن موسى، ود/ طعمة الشمري، ذكرهم د/ حسن يوسف غنايم - مسؤولية الشركة عن أعمال المدير في مواجهة الغير - مجلة الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة - العدد 6 - سبتمبر 1992 - ص 483 - هـ 2.

1- تفترض الوكالة وجود عقد بين الموكل والوكيل حسب المادة 571 من القانون المدني الجزائري، والعقد لا يتم إلا بتطابق إرادتي هذين الشخصين حسب المادة 59 من نفس القانون، لكن إذا كانت إرادة الوكيل موجودة وهو المدير، فإن إرادة الموكل غير موجودة، إذ ليس للشركة إرادة⁽¹⁾، كما أن الوكيل يستطيع دائما أن يباشر التصرفات التي وكل غيره في إبرامها، ولا يمكن للشركة فعل ذلك⁽²⁾، وإن كان المشرع قد أقر بوجود إرادة للشركة من خلال نصه في المادة 50 من القانون المدني على أن: "...نائب يعبر عن إرادتها".

2- إذا كان الانتقاد الأول ينفي أن يكون عقد الوكالة قد تم بين الشركة والمدير، فإنه لا يمكن القول أيضا أن هذا العقد تم بين المدير والشركاء، ذلك أن تعيينه يتم بالأغلبية، وإعمالا لقواعد الوكالة لا يملك المدير أن يتصرف نيابة عن الشركاء الذين لم يوافقوا عليه، كما أن للمدير سلطات لا يملكها الشركاء الذين عينوه وهذا يتنافى أيضا مع القواعد العامة للوكالة⁽³⁾، ويرد القائلون بوجود عقد وكالة على الشق الأول من هذا الانتقاد بقولهم أن تعيين المدير كان بإجماع الشركاء من خلال موافقتهم على القانون الأساسي للشركة الذي يفوض الأغلبية بتعيين المدير⁽⁴⁾.

3- لا تتصرف آثار العقد الذي يبرمه الوكيل إلى الموكل إذا تجاوز الأول حدود الوكالة ولو كان الذي تعاقد معه الوكيل حسن النية بمفهوم المخالفة للمادة 74 من القانون المدني الجزائري، في حين تنص الفقرة الثانية من المادة 577 من القانون التجاري الجزائري على أنه: "... فإن الشركة نفسها ملزمة بتصرفات المدير التي لم تدخل في نطاق موضوع الشركة، ما لم تثبت أن الغير كان عالما أن التصرف يتجاوز ذلك الموضوع أو أنه لم يخف عليه ذلك نظرا للظروف، وذلك بقطع النظر على أن نشر القانون الأساسي كاف وحده لتكوين ذلك الإثبات".

4- حسب المادتين 587 و588 من القانون المدني الجزائري فإنه يجوز إنهاء الوكالة بالإرادة المنفردة لأي من طرفيها، وهذا يتعارض مع الكثير من أحكام عزل المدير في الشركة، فمثلا حسب الفقرة الأولى من المادة 427 من نفس القانون لا يجوز عزل الشريك من وظيفة

(1) د/ عمورة عمار - الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري - دار المعرفة - الجزائر - 2000 - ص178.

(2) د/ فضيل نادية - أحكام الشركات طبقا للقانون التجاري الجزائري (شركات الأشخاص) - دار هومة - الجزائر - الطبعة 7 - 2008 - ص66.

(3) د/ مصطفى كمال طه - القانون التجاري - الدار الجامعية - بيروت - 1972 - ص275.

(4) أكومون عبد الحليم - الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري - قصر الكتاب - البليلة - 2006 - ص170.

المتصرف بدون مبرر إذا تم تعيينه بنص خاص في عقد الشركة، كما ترتب الفقرة الأخيرة من المادة 559 من القانون التجاري الجزائري تعويضا للمدير إذا تم عزله دون سبب.

ب- اعتبار المدير نائبا قانونيا:

نظر البعض إلى المدير باعتباره نائبا قانونيا عن الشركة، مثلما ينوب الولي أو الوصي أو القيم القاصر والمحجور عليه لجنون أو عته أو سفه أو غفلة، ومثل القيم على أموال الغائب أو المفقود وغيرهما، والسبب في هذا الاعتقاد هو أن القانون من يحدد أصول تعيين وعزل المدير، ويبين نطاق سلطاته ومسؤوليته، وذلك من أجل تبرير انعدام أهلية الشركة⁽¹⁾.

ويؤخذ على هذه النظرية أن نيابة الولي أو الوصي أو القيم على القاصر أو المحجور عليه تقتضيها حماية هذا القاصر أو المحجور عليه، في حين تبنى نيابة المدير عن الشركة على استحالة مباشرة الشخص المعنوي شؤونه بنفسه، كما أن النيابة القانونية مؤقتة تنتهي بانتهاء أسبابها، إما ببلوغ القاصر سن الرشد أو برفع الحجر عن المحجور عليه، في حين تدوم نيابة الشخص الاعتباري مادام قائما، ولا يمكن أن يتصور أن يصبح قادرا في يوم ما على مباشرة التصرفات بنفسه⁽²⁾.

ج- اعتبار المدير عضوا في بناء الشركة.

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن مدير الشركة لا يعتبر نائبا عنها نيابة قانونية أو اتفاقية، وإنما يعتبر عضوا من الأعضاء التي تدخل في تكوينها، وهو العضو الذي يعمل لحسابها، فمثل كمثل اللسان في جسم الإنسان، حيث لا تستطيع الشركة اتخاذ أي قرار إلا بواسطة هذا العضو⁽³⁾، فهو يعتبر جزءا من كيان الشركة القانوني وأداة التنفيذ فيها⁽⁴⁾.

(1) جاك يوسف الحكيم - الشركات التجارية - منشورات جامعة دمشق - سوريا - 2006 - ص1؛ إبراهيم علي صالح - المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية - دار المعارف - مصر - 1980 - ص238.

(2) إبراهيم علي صالح - مرجع سابق - ص239.

(3) د/ عمورة عمار - مرجع سابق - ص179.

(4) عز الدين الديناصوري؛ عبد الحميد الشواربي - المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء - القاهرة - 1988 - ص1594.

ثانيا: شروط التزام الشركة بعقد الفرنشيز الذي يبرمه مديرها.

يشترط لإضافة آثار عقد الفرنشيز حقوقا كانت أو التزامات إلى الذمة المالية للشركة أن يكون مديرها قد أبرم هذا العقد بعنوان الشركة أو لحسابها، وأن يحترم المدير حدود سلطته في ذلك.

أ- أن يتعامل المدير بعنوان الشركة أو لحسابها:

تلتزم الشركة بعقد الفرنشيز الذي يبرمه مديرها، متى تعاقد هذا الأخير لحساب الشركة، ويكون الأمر كذلك إن وقع على العقد بعنوانها، وتكون الشركة ملزمة بالتصرفات التي يبرمها المدير ولو أبرمها لحسابه الخاص متى وقع عليها بعنوانها، عملا بالنيابة الظاهرة، إلا إذا استطاعت الشركة إثبات سوء نية الشخص الذي تعاقد مع المدير، فإنها لا تكون ملزمة بهذا التصرف⁽¹⁾.

تكون الشركة ملزمة بالعقد الذي يبرمه مديرها ولو لم يوقع عليه بعنوانها، بل أبرمه باسمه الخاص، إذا استطاع المتعاقد معه إثبات أن هذا العقد تم إبرامه لمصلحة الشركة لا لمصلحة مديرها، وله أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات⁽²⁾.

ب- أن يكون العقد الذي أبرمه المدير يدخل في حدود سلطته.

تكون الشركة ملزمة بالعقد الذي يبرمه مديرها متى توفر الشرط الأول ولم يتجاوز المدير حدود سلطته، أما إن تجاوزها كأن أبرم عقدا لا يدخل في الغرض الذي أنشئت لأجله الشركة فإنها لا تكون ملزمة به⁽³⁾.

غير أن المشرع أقر مبدأ مخالفا لهذا الأمر في الفقرة الأولى من المادة 555 من القانون التجاري الجزائري، حين ألزم الشركة بالتصرفات التي يبرمها المدير ولو تجاوز حدود سلطته، بنصه على أن لا يحتج على الغير بالشروط المحددة لسلطات المدير، وأكدت الفقرة الأولى من المادة 649 من نفس القانون هذا الأمر حين نصت على أنه: "تكون الشركة ملزمة في علاقتها

(1) د/ مصطفى كمال طه - مرجع سابق - ص323.

(2) د/ حسن يوسف غنايم - مرجع سابق - ص503.

(3) د/ مصطفى كمال طه - مرجع سابق - ص324.

مع الغير، حتى بأعمال مجلس المديرين غير التابعة لموضوع الشركة ما لم يثبت أن الغير كان يعلم أن العمل يتجاوز هذا الموضوع أو لا يمكنه تجاهله نظرا للظروف مع استبعاد كون نشر القانون الأساسي يكفي وحده لتأسيس هذه البيئة".

يعود تقرير هذا المبدأ إلى حماية الغير حسن النية، بحيث لا يحتج عليه بحدود سلطة المدير ولو تم شهرها، ذلك أنه من العنت أن يكلف الغير بالرجوع إلى النظام الأساسي للشركة عند كل تعامل للوقوف على مدى سلطة المدير، وعلى هذا الأساس يعتبر الغير حسن النية، وعلى الشركة التي تدعي سوء نيته أن تثبت ذلك⁽¹⁾.

كان لابد من حماية الشركة في هذا الفرض من خلال تحميل مديرها خطأه، ذلك أن علمه بوقوع المسؤولية على الشركة في حال تجاوزه حدود سلطته، يجعله لا يتخذ الحيطة اللازمة في تصرفه⁽²⁾، ولأجل هذا يرى الدكتور مصطفى كمال طه أن المتعاقد مع المدير لا يمكنه أن يحتج بالعقد المبرم خارج سلطات الأخير ولو كان حسن النية، متى قامت الشركة بشهر القيود الواردة على سلطات المدير بالطرق القانونية، بل لا يجوز للغير سيء النية الرجوع على الشركة ولو لم تشهر هذه القيود⁽³⁾.

يضاف إلى ذلك أننا هنا بصدد الكلام عن عقد الفرنشيز الذي يتم بين المتلقي المتمثل في الشركة التي يتصرف مديرها نيابة عنها، وبين مانح الفرنشيز الذي يعتبر محترفا، ومنه يجب على المانح التحقق من صلاحيات المدير قبل أن يبرم عقد فرنشيز معه، ولا يمكنه التمسك بحسن نيته اتجاه الشركة المتلقية.

ثالثا: مسؤولية المدير اتجاه الشركة.

تنص الفقرة الأولى من المادة 578 من القانون التجاري الجزائري على أنه: "يكون المديرون مسؤولين على مقتضى قواعد القانون العام منفردين أو بالتضامن حسب الأحوال اتجاه الشركة أو الغير، سواء عن مخالفة أحكام هذا القانون أو عن مخالفة القانون الأساسي أو الأخطاء التي يرتكبونها في قيامهم بأعمال إدارتهم."، كما تنص الفقرة الأولى من المادة 715 مكرر 23 من

(1) د/ حسن يوسف غنايم - مرجع سابق - ص 507.

(2) د/ فضيل نادية - مرجع سابق - ص 130، 131.

(3) د/ مصطفى كمال طه - مرجع سابق - ص 324.

نفس القانون على أنه: "يعد القائمون بالإدارة مسؤولين على وجه الانفراد أو بالتضامن حسب الحالة اتجاه الشركة أو الغير، إما عن المخالفات الخاصة بالأحكام التشريعية أو التنظيمية المطبقة على شركات المساهمة، وإما عن خرق القانون الأساسي أو عن الأخطاء المرتكبة أثناء تسييرهم."، وتتص الفقرة الثانية من المادة 578 من نفس القانون على أنه: "وعلى المديرين أو الشركاء المورطين كي يتخلصوا من المسؤولية الملقاة على عاتقهم أن يقيموا الدليل على أنهم بذلوا في إدارة شؤون الشركة ما يبذله الوكيل المأجور من النشاط والحرص".

يتضح من هذه المواد مجتمعة أن المدير يكون مسؤولا اتجاه الشركة إذا تجاوز حدود سلطاته أو تعدى الغرض الذي أنشئت من أجله الشركة، وهي مسؤولية عقدية لوجود عقد بين الشركة ومديرها، وإذا تعدد المدراء كانوا مسؤولين بالتضامن قبل الشركة، كما هو الحال في تعدد الشركاء⁽¹⁾، وقد يسأل المدير عن خطئه التقصيري إن تصرف دون أن توكله الشركة بالتصرف نيابة عنها أو إذا تصرف بعد عزله من الإدارة.

تتص المادة 800 من القانون التجاري الجزائري على أن: "يعاقب بالسجن لمدة سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20000 إلى 200000 دج، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط: ... 4- المسيرون الذين استعملوا عن سوء نية أموالا أو قروضا للشركة، استعمالا يعلمون أنه مخالف لمصلحة الشركة تلبية لأغراضهم الشخصية أو لتفضيل شركة أو مؤسسة أخرى لهم فيها مصالح مباشرة أو غير مباشرة."، وورد نفس الحكم في المادة 811 الحالة رقم 3.

وليس يهمننا هنا العقوبات الجزائية التي يتعرض لها المدير في حالة استعماله التعسفي لمال الشركة مع أنها تمثل حماية قانونية لها، وإنما كلامنا هنا عن مسؤولية المدير اتجاه الشركة، ذلك أن المسؤولية المدنية غالبا ما تكون مرتبطة مع المسؤولية الجزائية، إذ يحق للمتضرر من فعل مجرم أن يرفع دعوى مدنية أمام القضاء المدني أو الجزائي لتعويضه عما أصابه من ضرر جراء هذا الفعل، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة الثانية من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري بقولها: "يتعلق الحق في الدعوى المدنية للمطالبة بتعويض الضرر الناجم عن جنائية أو جنحة أو مخالفة بكل من أصابهم شخصا ضرر مباشر تسبب عن الجريمة."، وتضيف الفقرتين الأولى والثانية من المادة الثالثة من نفس القانون: "يجوز مباشرة الدعوى المدنية مع الدعوى العامة

(1) د/ مصطفى كمال طه - مرجع سابق - ص325؛ د/ فضيل نادية - مرجع سابق - ص132.

في وقت واحد أمام الجهة القضائية نفسها. وتكون مقبولة أيا كان الشخص المدني أو المعنوي
المعتبر مسؤولاً مدنيا عن الضرر."، وتنص الفقرة الأولى من المادة الرابعة من نفس القانون على
أنه: "يجوز أيضا مباشرة الدعوى المدنية منفصلة عن الدعوى العمومية".

ومما يزيد حماية للشركة وضمانا لاقتضاء حقها من المدير الذي تجاوز حدود سلطته، أو
أساء استخدام أموالها، أو تعدى الهدف الذي أنشئت من أجله، هو ما فرضه المشرع في بعض
الشركات مثل شركة المساهمة من وجوب امتلاك مجلس الإدارة عددا من الأسهم يمثل 20%
على الأقل من رأسمال الشركة.

مطلب ثاني: حماية متلقي الفرشيز بتطبيق القواعد المتعلقة بسلامة الرضا.

يشترط القانون في التعبير عن الإرادة أن يكون صادرا عن إدراك تام ورضا سليم من
صاحبه، حتى ينتج هذا التعبير أثرا قانونيا يعتد به القانون ويحميه، وإن كنا درسنا فيما سبق كيف
يحمي القانون ناقص الأهلية أو منعدمها، فسنعرض هذا المطلب لدراسة الأحكام القانونية التي
تضمن سلامة رضا أطراف العلاقة التعاقدية.

حرص المشرع على حماية رضا المتعاقد من كل عيب، فأعطاه الحق في المطالبة بإبطال
عقده أو تعديله، فيحق لكل من وقع في غلط أو تدليس أو إكراه أن يطلب إبطال العقد إذا استطاع
أن يثبت وقوعه في أحد هذه العيوب، كما يحق لمن وقع في استغلال وغبن أن يطلب إلى القضاء
رفع الغبن عنه.

فرع أول: حماية المتلقي الذي وقع في غلط.

يستفيد المتلقي في عقد الفرشيز من القواعد القانونية التي أقرها المشرع لحماية رضا المتعاقد
الذي يقع في غلط يدفعه إلى التعاقد، وعليه سندرس في هذا الفرع تعريف الغلط، وأنواعه التي
يجوز للمتلقي التمسك بها لإبطال عقد الفرشيز، والشروط التي يفرضها القانون على المتلقي حتى
يستفيد من هذه الحماية.

أولاً: تعريف الغلط.

الغلط وهم يقوم في ذهن المتعاقد يحمله على التعاقد على خلاف ما كان يريده، مما يجعل العقد قاصراً عن تحقيق السبب الذي دفعه إلى التعاقد⁽¹⁾، والغلط قد يعدم الرضا وقد يعيبه فقط، والغلط الذي يعدم الرضا هو ما يسمى بالغلط المانع الذي يستبعده الفقهاء عند دراسة عيوب الإرادة أو عيوب الرضا⁽²⁾، والسبب في ذلك أنهم يدرسون الغلط في صحة الرضا في حين يدخل الغلط المانع في وجود الرضا، ولما كانت دراستنا هذه لا تقتصر على الغلط الذي يعيب الرضا فقط وإنما تشمل كل غلط قد يقع فيه متلقي الفرنشيز، ويمنحه هذا الغلط الحق في المطالبة بإبطال العقد سواء كان باطلاً أو قابلاً للإبطال، فإني سأعرض كل أنواع الغلط.

أ- الغلط الذي يؤدي إلى تخلف ركن التراضي:

قد يقع هذا الغلط في ماهية العقد، كأن يعطي شخص لآخر مبلغاً من المال على أنه قرض أو وديعة ويعتقد الطرف الآخر أنه استلم هبة، وهنا لا ينعقد العقد لانعدام الرضا⁽³⁾، ومثاله في عقد الفرنشيز أن يتعاقد شخص من الجزائر مع شركة كوكاكولا بقصد الحصول على عقد فرنشيز، في حين ينوي المانع أن يعطيه الحق في استغلال العلامة التجارية أو عقد امتياز تجاري، أو كأن يعتقد المتلقي أنه سيحصل على عقد فرنشيز رئيس ولا يحصل في الواقع إلا على عقد توريد محدود في المكان والزمان⁽⁴⁾.

وقد يقع الغلط في ذاتية المحل، ومثال ذلك أن يبيع شخص لآخر لوحة فنية من لوحتين يملكهما، فيعتقد المشتري أنه يشتري اللوحة الأخرى التي لم يقصد البائع بيعها، فلا ينعقد هذا العقد لعدم توافق الإرادتين على محل الالتزام⁽⁵⁾، ومثاله في عقد الفرنشيز أن يملك المانع نفس العلامة

(1) د/ فيلاي علي - مرجع سابق - ص108؛ د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام - ص289؛ د/ محمد صبري السعدي - مرجع سابق - ص165.

(2) من الفقهاء من يرى أن الغلط عيب في الإرادة وعلى رأسهم الدكتور عبد الرزاق السنهوري، ومنهم من يراه عيباً في الرضا مثل الدكتور فيلاي علي و J.Flour; J.Laubet، راجع في ذلك د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام - ص289؛ د/ فيلاي علي - مرجع سابق - ص108.

(3) د/ محمود عبد الرحمان محمد - النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام - الجزء 1 - دار النهضة العربية - القاهرة - بدون تاريخ نشر - ص118، 119.

(4) حسن محمد حمدان - مرجع سابق - ص22.

(5) د/ رمضان أبو السعود - مصادر الالتزام - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - الطبعة 3 - 2003 - ص107، 108.

على شيئين مختلفين مثل عمار بن عمر للعجائن وعمار بن عمر للمصبرات، فقصد المانح أن يرخص للمتلقي بعقد فرنشيز لإنتاج العجائن التي تحمل علامته، في حين كان المتلقي يقصد الحصول على عقد فرنشيز لإنتاج المصبرات.

مادام الغلط بهذا المفهوم يؤدي إلى عدم توافق الإرادتين في ماهية العقد أو محله، فإن التراضي يكون غير موجود ويبطل العقد بطلانا مطلقاً⁽¹⁾، وعليه إذا وقع المتلقي في إحدى صور الغلط التي ذكرناها آنفاً فله أن يمتنع عن تنفيذ العقد أو يطالب بإبطاله إن هو نفذه، ويكون له ذلك ولو ثبت حسن نية المانح، لأنه لا تطبق في هذه الصور أحكام الغلط التي نصت عليها المواد من 81 إلى 85 من القانون المدني الجزائري، وإنما تطبق المادة 59 من القانون المدني الجزائري التي تشترط تطابق الإرادتين لانعقاد العقد، ولم يحصل تطابق الإرادتين في جميع صور الغلط المانع التي ذكرناها آنفاً.

ثانياً: الغلط الذي يعيب الرضا:

وهذا النوع من الغلط لا يؤدي إلى تخلف ركن التراضي وإنما هو يعيب الرضا فقط، فيعطي الحق لمن جاء رضاه معيباً أن يطالب بإبطال العقد، وهذا النوع من الغلط هو الذي عالجه المواد من 81 إلى 85 من القانون المدني الجزائري، وفرضت شروطاً معينة لا بد من توافرها ليتمكن المتعاقد الذي يتمسك بغلط من المطالبة بإبطال العقد. ونذكر هذه الشروط في ما يلي:

أ- أن يكون الغلط جوهرياً:

تنص المادة 81 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطالب بإبطاله"، وتنص المادة 82 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط. ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان

(1) د/ عبد الحي القاسم عبد المؤمن عمر؛ الصادق أبكر آدم بشر - ماهية الغلط والأحكام المتعلقة به فقها وقانوناً - مجلة جامعة بخت الرضا العلمية - جامعة بخت الرضا - العدد 11 - يونيو 2014 - ص 244، 245؛ د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام - ص 290، د/ فيلاله علي - مرجع سابق - ص 109؛ د/ محمد صبري السعدي - مرجع سابق - ص 166.

جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد وحسن النية، وإذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيس في التعاقد.

يتضح من هذه المواد مجتمعة ضرورة أن يكون الغلط جسيما، وهو يعتبر كذلك إذا بلغ حدا من الخطورة تستدعي تدخل المشرع لحماية من وقع فيه⁽¹⁾، ويكون جوهريا بنظر المتعاقدين وهذا معيار شخصي، إذ ما يراه متعاقد جوهريا قد لا يراه غيره كذلك، ولما كان هذا الأمر يرتبط بحالة نفسية قد يصعب الكشف عنها في بعض الأحيان، فإن المشرع أعطى قرينة موضوعية قد تساعد على كشف هذه الحالة النفسية، وهي شروط العقد وحسن النية⁽²⁾، ومن نص المادة 82 السابق ذكرها نستنتج أيضا أنه يجب أن تكون هذه الصفة هي الدافع الرئيس إلى التعاقد، فإذا تبين أن الاعتقاد الخاطئ الذي قام في ذهن المتعاقد كان هو العامل الحاسم في إبرام العقد فإن العيب يكون جوهريا، ويكون الرضا معيبا⁽³⁾.

والغلط الذي يفسد الرضا قد يقع في صفة الشيء أو في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، كما بينت ذلك المواد التي ذكرناها سابقا، كما قد يقع الغلط في القيمة أو القانون.

1- الغلط في صفة جوهرية في الشيء :

يكون الغلط في صفة الشيء مؤثرا إذا كان هو الدافع الرئيس إلى التعاقد⁽⁴⁾، وتكون صفة الشيء جوهرية إذا رآها المتعاقد جوهرية، وهذا معيار شخصي كما سبق وبيننا، وهو يختلف من شخص لآخر، فما يراه أحدهم جوهريا قد لا يراه غيره كذلك، ومثاله أن يكون محل العقد أثاث ما، فقد يهتم أحدهم بكون الأثاث أثريا مهما كانت مادة صنعه، وقد لا يحفل آخر بكون الشيء أثريا وإنما يهمله أن يكون مصنوعا من مادة بعينها.

رغم أخذ المشرع بالمعيار الذاتي في تحديد الصفة الجوهرية، إلا أنه لم يقتصر على إرادة أو نفسية المتعاقد، وإنما يستلزم أن تكون هذه الصفة جوهرية في اعتبار المتعاقدين في قوله: "ويعتبر

(1) د/ فيلاي علي - مرجع سابق - ص 110.

(2) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام - ص 298.

(3) د/ سمير عبد السمیع تناغو - مرجع سابق - ص 51.

(4) د/ عبد الحي القاسم عبد المؤمن عمر؛ الصادق أبكر آدم بشر - مرجع سابق - ص 239.

الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشئ يراها المتعاقدان جوهريّة."، وتعين الظروف الملازمة للعقد وحسن النية في التعامل القاضي على كشف نية المتعاقدين⁽¹⁾.

ومثال ذلك أن يشتري شخص من تاجر آثار قطعة معتقدا أنها أثرية فيجد أنها ليست أثرية، فيكون اقتناء هذه القطعة من تاجر آثار قرينة على كون هذه الصفة جوهريّة بالنسبة له، وتكون قرينة أيضا بالنسبة لبائع الآثار الذي كان عليه أن يبين للمشتري أن القطعة ليست أثرية عملا بمبدأ حسن النية في التعامل⁽²⁾، ومثال ذلك في عقد الفرنشيز أن يعتقد المتلقي أنه سيحصل على مساعدة تقنية كاملة بموجب عقد الفرنشيز الذي أبرمه، في حين أنه لم يحصل في الواقع إلا على استشارات نظرية⁽³⁾.

2- الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفقاته:

قد يغلط المتعاقد في ذات المتعاقد أو في صفة من صفقاته الجوهريّة، ويكون هذا في العقود ذات الاعتبار الشخصي، حيث تكون ذات المتعاقد أو صفة فيه محل اعتبار لدى المتعاقد الآخر وقت إبرام العقد، وتكون هي السبب الوحيد أو الدافع الرئيس إلى التعاقد⁽⁴⁾.

تكون عقود التبرع بطبيعتها ذات اعتبار شخصي، وقد تكون عقود المعاوضة أيضا ذات اعتبار شخصي مثل شركة التضامن، أو العقود المبرمة مع الفنانين والرياضيين، ومثاله أن يتعاقد مقاول مع مهندس يعتقد أنه يحمل شهادة فنية فيجده لا يحملها، أو أن يعتقد المؤجر أن المستأجر متزوج فيجده أعزبا⁽⁵⁾.

ومثال ذلك في عقد الفرنشيز أن يتعاقد المتلقي مع مانح يعتقد أنه يمر بمرحلة ازدهار في أعماله، ثم يتضح له أن المانح يمر بأزمة مالية خانقة⁽⁶⁾.

(1) د/ توفيق حسن فرج - النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام - منشورات الحلبي الحقوقية - لبنان - 2008 - ص 132.

(2) د/ عبد الحي القاسم عبد المؤمن عمر؛ الصادق أكبر آدم بشر - مرجع سابق - ص 247، 248؛ د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام - ص 298.

(3) حسن محمد حمدان - مرجع سابق - ص 22.

(4) د/ بلحاج العربي - مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري - الجزء 1 - مرجع سابق - ص 396.

(5) د/ محمد صبري السعدي - مرجع سابق - ص 173.

(6) حسن محمد حمدان - مرجع سابق - ص 22.

3- الغلط في القيمة:

رغم أن المشرع الجزائري لم يذكر في المواد المتعلقة بالغلط هذا النوع، إلا أن الفقهاء يرون أن الغلط في القيمة إذا كان هو الدافع الرئيس إلى التعاقد يجعل العقد قابلاً للإبطال⁽¹⁾، ومثاله أن يبيع شخص سندا بقيمته الاسمية، ثم يكتشف أن هذا السند قد ربح جائزة مالية كبيرة، فإنه يجوز له طلب إبطال العقد لغلط في القيمة، ومثاله أيضا قضية اتفق فيها صاحب بضاعة مع صاحب سفينة على أن يكون سعر نقل البضاعة إما على أساس وزنها أو حجمها حسب ما يختاره صاحب السفينة، واختار هذا الأخير حساب السعر على أساس الحجم الذي اتضح أنه يزيد على الحساب على أساس الوزن بثمانية أضعاف، ولم يكن صاحب البضاعة يعلم ذلك والدليل أنه رفض الاتفاق مع صاحب سفينة أخرى على سعر يقل كثيرا عن السعر الذي يطالب به، فأجابت محكمة الاستئناف المختلطة المصرية صاحب البضاعة في طلبه بإبطال العقد⁽²⁾.

ومثاله في عقد الفرنشيز أن يتفق المانح والمتلقي على أن يتم دفع مقابل الدخول إلى الشبكة يضاف إليه أتاوى دورية، على أن تقدير هذه الأتاوى الدورية إما أن يكون بناء على رقم الأعمال الذي يحققه المتلقي، أو بناء على مبلغ جزافي يقدره المانح، واختار المانح هذا التقدير الأخير، واتضح للمتلقي أن الفارق كبير جدا بين التقديرين وأنه كان يجهل ذلك، فيعتبر هذا غلط في القيمة خاصة وأن المتلقي ما هو إلا مستثمر يحاول أن يحقق أكبر قدر من الربح وغلط مثل هذا قد يكلفه خسارة استثماره.

4- الغلط في الباعث.

قد يقع الغلط في سبب العقد أو في الدافع الباعث إليه، كأن يتفق الورثة مع الموصى له على قسمة العين الشائعة بينهم ثم يتبين أن الوصية باطلة⁽³⁾، ومثاله في عقد الفرنشيز أن يبرم المتلقي العقد بقصد الحصول على تكنولوجيا تمكنه من التصنيع، ثم يكتشف أن العقد لا يعطيه إلا حقا في التوزيع لا يخوله الحصول على التكنولوجيا التي كان يريد.

(1) د/ محمد صبري السعدي - مرجع سابق - ص174؛ وعلى خلاف ذلك يرى الدكتور فيلاي علي أنه يجب انتظار موقف القضاء نظرا لشكته في اعتماد هذا الحل. د/ فيلاي علي - مرجع سابق - ص119، 120.

(2) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام - ص301.

(3) د/ فيلاي علي - مرجع سابق - ص109؛ د/ محمد صبري السعدي - مرجع سابق - ص167.

يؤدي الغلط الواقع في كل من السبب والباعث إلى جعل العقد قابلاً للإبطال، ولا يكون هنالك مجال للقول بأن الغلط في السبب يجعل العقد باطلاً بطلانا مطلقاً كما كانت ترى النظرية التقليدية في الغلط، ذلك أن المشرع الجزائري اعتبر السبب الوحيد الذي يجعل العقد باطلاً هو السبب غير المشروع أو المخالف للنظام العام والآداب العامة حسب المادة 97 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾.

5- الغلط في القانون:

تنص المادة 83 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يكون العقد قابلاً للإبطال في القانون إذا توفرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين 81 و82 ما لم يقض القانون بغير ذلك".

يتضح من هذه المادة أنه إذا كان الغلط في القانون هو الدافع إلى التعاقد جاز للمتعاقد الواقع فيه أن يطالب بإبطال العقد، ومثاله دائن بدين طبيعي يتعهد بوفائه معتقداً أن القانون يلزمه بذلك، أو رجل يهب لمطلقة هبة بعد انقضاء عدتها معتقداً أنه سيسترجعها إلى عصمته، جاهلاً أنها أصبحت بائناً⁽²⁾، ومثاله أيضاً أن يتقاسم وارث مع أخته التركة باعتبار أن حصتها مثل حصته، جاهلاً أن قانون الأسرة يجعل للذكر مثل حظ الأنثيين⁽³⁾، فكل هؤلاء يجوز لهم المطالبة بإبطال عقودهم لغلط في القانون.

ومثاله في عقد الفرنشيز أن يبرم المتلقي العقد معتقداً أن قانون المانح يجيز إعطاء الحكم الصادر عن قضاء دولة المتلقي الصيغة التنفيذية في مواجهة المانح، في حين أن الواقع خلاف ذلك، فللمتلقي الحق في هذه الحالة وما يماثلها من غلط في القانون أن يطالب بإبطال عقد الفرنشيز الذي أبرمه⁽⁴⁾.

(1) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام - ص305.

(2) د/ محمود عبد الرحمان محمد - مرجع سابق - ص128.

(3) د/ ياسين محمد الجبوري - الوجيز في شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية - الجزء 1 - دار الثقافة - الأردن - الطبعة 2 - 2011 - ص210.

(4) حسن محمد حمدان - مرجع سابق - ص22.

ب- أن يتصل الغلط بالمتعاقد الآخر:

تنص المادة 85 من القانون المدني الجزائري على أنه: "ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية. ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد."

يتضح من هذه المادة أنه لا يكفي أن يكون الغلط جوهرياً بل يجب أن يكون المتعاقد الآخر قد اتصل بالغلط⁽¹⁾، ويتوافر هذا الشرط إذا كان الغلط مشتركاً أو أن يكون - على الأقل الطرف الآخر - على علم به أو كان يسهل عليه أن يتبينه، فإن كان على علم به يعد سبباً في إبطال العقد ويسهل عليه تبينه يكون مقصراً وفي الحالتين يكون للمتعاقد الواقع في غلط أن يطالب بإبطال العقد وليس للطرف الآخر أن يحتج على ذلك⁽²⁾، لكن إن كان الأخير يجهل تماماً أن المتعاقد معه قد وقع في الغلط وكان من الصعب عليه أن يستنتج ذلك، فلا يجوز لمن وقع في الغلط أن يطالب بإبطال العقد إذا أظهر المتعاقد الآخر نيته في تصحيح هذا الغلط.

فلو افترضنا في الأمثلة التي سبق ذكرها أن مانح الفرنشيز قد اشترك مع المتلقي في الغلط أو أنه كان يعلم بالغلط أو كان من السهل عليه أن يتبينه، جاز للمتلقي المطالبة بإبطال العقد حماية لرضاه، ويبقى له الحق في إبطال العقد ولو لم يتصل الغلط بعلم المانح إذا لم يبد الأخير رغبته في تصحيح العقد، أو كان هذا التصحيح غير ممكن⁽³⁾.

غير أن المتلقي لا يستفيد من هذه الحماية إذا كان الغلط الذي وقع فيه ناتج عن طيش أو إهمال فادح، خاصة إذا كان ذا خبرة ومعرفة بإبرام عقود الفرنشيز ويملك من المؤهلات ما يسمح له بتجنب الوقوع في غلط، أو كان من السهل عليه تفادي هذا الغلط ببذل بعض الجهد، بأن يقوم بدراسة وتحليل بعض المؤشرات أو يطلب بعض المعلومات والوثائق من الطرف الآخر ليطلع عليها، أو أن يستعلم على وضعية المانح وشركات المتلقين السابقين الذين تضمهم شبكة الفرنشيز.

(1) د/ عبد الحفي القاسم عبد المؤمن عمر؛ الصادق أكبر آدم بشر - مرجع سابق - ص 240.

(2) د/ محمد صبري السعدي - مرجع سابق - ص 179.

(3) فإبرام المتلقي عقد الفرنشيز معتقداً أن الحكم الصادر عن قضاء دولته يعطيه قانون دولة المانح الصيغة التنفيذية، هو غلط لا يمكن للمانح تصحيحه، لأنه ليس بيده تعديل قانون دولته ليمسح بإعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الصادر عن قضاء دولة المتلقي.

فرع ثاني: حماية المتلقي ضحية التدليس.

يعرف التدليس على أنه كل الطرق الاحتيالية التي يستعملها أحد المتعاقدين من أجل إيقاع الطرف الآخر في غلط يحمله على التعاقد⁽¹⁾، ونستنتج من هذا التعريف أن الطرق الاحتيالية التي يستعملها المتعاقد يجب أن تخلق وهما في ذهن الشخص يحمله على إبرام تصرف ما، فيكون العقد قابلاً لإبطال بسبب الغلط، ولا يكون التدليس وحده كافياً إذا لم يوقع المتعاقد في غلط⁽²⁾، ويتضح من التعريف أيضاً أن للتدليس عنصران مادي ومعنوي، وهو يتطلب اجتماع عدة شروط ليعطي من وقع فيه حقا في إبطال العقد.

أولاً: عنصرا التدليس.

يتكون التدليس من عنصرين اثنين: عنصر مادي يتمثل في الفعل الإيجابي أو السلبي الصادر من المدلس، وعنصر معنوي يتمثل في تأثير رضا المدلس عليه بسبب فعل المدلس، واتجاه نية المدلس إلى إحداث هذا الأثر.

أ- العنصر المادي:

تنص المادة 86 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيلة التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد. ويعتبر تدليسا السكوت عن واقعة أو ملبسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو الملابسة".

نستنتج من هذه المادة أن العنصر المادي للتدليس هي الوسائل المختلفة التي يستعملها المتعاقد للتأثير على إرادة الغير، سواء كانت حيلة أو كذبا أو مجرد كتمان⁽³⁾، والحيلة هي كل وسيلة يستعملها المتعاقد ويكون من شأنها إيقاع المتعاقد الآخر في غلط يحمله على التعاقد، ولا يشترط فيها حدا من الجسامة مادامت كافية لإيقاع المتعاقد في غلط، فالمعيار هنا ذاتي يختلف

(1) François-Xavier LICARI – op.cit – p264; Betty Mercedes MARTINEZ-CARDENAS – op.cit – p91.

بن قوية المختار – مرجع سابق – ص210.

(2) د/ فيلاي علي – مرجع سابق – ص124.

(3) د/ عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام – ص321، 322.

من شخص لآخر، ومثاله إخفاء مستندات أو صنعها أو تزويرها، أو انتحال شخصية أو وظيفة أو الظهور بمظهر الثراء⁽¹⁾، أما الكذب فهو مبالغة في القول وتزوير للحقيقة وإخفائها، وقد لا يكفي الكذب العادي لتكوين العنصر المادي للتدليس إذا كان ذلك مألوفاً في التعامل مثل التاجر يبالغ في مدح سلعته بأفضل الأوصاف لأجل الترويج لها، أما إن كانت طبيعة المعاملة تقتضي تحري الصدق وتجنب الكذب أياً كان مقداره فإنه يعتبر تدليسا، ومن العقود التي تتطلب تحري الصدق عقود التأمين بصفة عامة⁽²⁾.

ليس الكتمان تدليسا في الأصل، إلا أنه يعتبر كذلك إن كانت طبيعة العقد تقتضي الإفصاح عن معلومات بعينها سواء فرض ذلك بالقانون أو الاتفاق أو عملاً بمبدأ عدم جواز الغش في المعاملات، ومثاله شخص يؤمن على حياته ويكتم عن شركة التأمين مرضاً خطيراً يوشك أن يودي بحياته، فيعتبر ذلك تدليسا منه مادام قد تعمد الكتمان وهو يعلم خطورة هذا الأمر ومدى تأثير كتمانها على المتعاقد الآخر، الذي ما كان ليكتشف هذا المرض إلا بإفصاح المتعاقد عنه⁽³⁾، وفي هذا يختلف التدليس في القانون عنه في مفهوم فقهاء المذهب المالكي الذين يعرفون التدليس بأنه كتمان عيب السلعة عن المشتري وقت العقد، فيكون الكتمان في الأصل تدليسا⁽⁴⁾.

ومثال التدليس بالكتمان في عقد الفرشيز أن يزود المانح المتلقي بمجموعة من المستندات توضح مدى نجاح علامته والواقع خلاف ذلك، أو أن يوهم المتلقي بكثرة المتلقين عنه ونجاح استثماراتهم أو بأنه يحتكر السوق في حين أن الأمر عكس ذلك تماماً، أو أن يكتم المانح عن المتلقي الضائقة المالية التي تمر بها شركته أو الكساد الذي أصاب منتجاته، أو يكتم عنه نسب الفشل الكبير الذي مني به المتلقون السابقون.

ب- العنصر المعنوي:

لا يكفي أن يكتم المتعاقد معلومات أو يستعمل طرقاً احتيالية بل لابد أن ينوي إيقاع المتعاقد معه في غلط يحمله على التعاقد، ذلك أن التدليس خطأ عمدي ينبغي فيه أن يقصد المدلس

(1) د/ فيلاي علي - مرجع سابق - ص 127.

(2) د/ محمد صبري السعدي - مرجع سابق - ص 183.

(3) د/ رمضان أبو السعود - مرجع سابق - ص 123.

(4) د/ سليمان خلف الحميد الخلف - أثر الغبن في المعاوزات المالية - مجلة مداد الآداب - الجامعة العراقية - المجلد 1 -

العدد 3 - 2012 - ص 377.

تضليل المدلس عليه، فإذا لم يقصد ذلك لم يكن للمتعاقد الآخر أن يطالب بإبطال العقد إلا إذا توافرت شروط الغلط، ومثال ذلك تاجر يصف سلعته بأفضل الأوصاف للترويج لها فينخدع بذلك أحد المشتريين، بل أن الشخص قد يقصد التضليل ومع ذلك لا يعتبر تدليسا منه إذا كان الغرض مشروعاً، ومثال ذلك مودع يستعمل طرقاً احتيالية ليحصل من المودع عنده على إقرار بالوديعة إذا تبين له أنه شخص غير أمين⁽¹⁾.

ثانياً: شروط إبطال عقد الفرشيز للتدليس.

يشترط على المتلقي الذي يسعى إلى إبطال العقد للتدليس أن يثبت وجود العنصر المادي للتدليس، وأنه هو الذي دفعه إلى التعاقد، وأن يثبت أن التدليس كان صادراً من المتعاقد الآخر، أو كان متصلاً به إن كان صادراً من الغير.

أ- أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد:

جاء في المادة 86 من القانون المدني الجزائري: "... بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد."، ومن هذا النص نستنتج أنه يجب أن تكون الحالة النفسية التي ولدتها تلك الحيلة هي التي دفعت الشخص إلى التعاقد، والمعيار هنا شخصي يختلف من متعاقد لآخر، وللقاضي تقدير مدى تأثير التدليس في نفس المتعاقد ليكشف ما إذا كان هو الدافع إلى التعاقد، مستعينا في ذلك بما جرى عليه الناس في التعامل، وبالحالة النفسية للمتعاقد من سن وذكاء وثقافة وخبرة وحالته الصحية والمالية من جهة، ومدى قوة حيلة المتعاقد المدلس⁽²⁾.

يجوز للمدلس عليه متى تبين له أن المتعاقد الآخر أوقعه في غلط أن يطالب بإبطال العقد، ويطلبه بتعويض ما أصابه من ضرر جراء التدليس على أساس العمل غير المشروع، كما يجوز له أن يبقى على العقد ويكتفي بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، إذا كانت له مصلحة في الإبقاء على العقد⁽³⁾، غير أنه لا يجوز للمدلس أن يتوقى إبطال العقد كما هو الحال في

(1) د/ محمود عبد الرحمن محمد - مرجع سابق - ص 135.

(2) د/ ياسين محمد الجبوري - مرجع سابق - ص 193، 194.

(3) د/ توفيق حسن فرج - مرجع سابق - ص 152.

الغلط، الذي يجوز فيه للمتعاقد أن يتوقى الحكم بإبطال العقد إذا عرض التنفيذ بالشكل الذي توهمه الغلط، الذي لا ينشأ له حق في التعويض لأن المتعاقد الآخر لم يرتكب أي خطأ⁽¹⁾.

ب- أن يتصل التدليس بالمتعاقد الذي استفاد منه:

تنص المادة 87 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطالب بإبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس".

يفهم من المادة أن العقد لا يكون قابلاً للإبطال بسبب تدليس إلا إذا كان صادراً من المتعاقد، أو كان صادراً من الغير الذي تواطأ معه المتعاقد، أو لم يكن الأخير متواطئاً لكنه علم بالتدليس، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم به، أما إن كان التدليس صادراً من الغير ولم يستطع المدلس عليه أن يثبت علاقة المستفيد من التدليس بذلك فلا يكون من حقه المطالبة بإبطال العقد، ويبقى له أن يطالب بإبطاله للغلط إذا توافرت شروطه، فإن لم يتمكن من ذلك لم يبق له إلا الرجوع على المدلس بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية⁽²⁾.

إذا أبرم متلقٍ عقد فرنشيز مندفعاً باعتقاد خاطئٍ نتج عن تدليس صادر من المانح أو من غيره، فله أن يطالب بإبطال عقد الفرنشيز وتعويضه عما أصابه من ضرر، بشرط أن يثبت جميع أركان التدليس بجميع طرق الإثبات، فيثبت وجود الطرق الاحتمالية ويثبت اتجاه نية المانح إلى إيقاعه في غلط، ويثبت علم المانح بالتدليس إن كان صادراً من الغير، وأن يثبت أيضاً أنه انخدع بالطرق الاحتمالية وأنها كانت السبب في قبوله إبرام عقد الفرنشيز أو إبرامه بشروط أشد، أما إن لم يستطع إثبات أحد هذه الأمور فلا يبقى له إلا المطالبة بإبطال العقد لغلط إن توافرت شروطه، ولا يكون له في حالت ثبوت أركان التدليس الواقع من الغير إلا الرجوع عليه بالتعويض إن لم يتمكن من إثبات علاقة المانح بهذا التدليس، ففي مثالنا السابق يفترض أن تقديم المستندات المزورة والمعلومات الخاطئة كانت من غير المانح، سواء كان هذا الغير مؤسسة إشهار أو مجرد شخص مأخوذ بمنتجات المانح محل عقد الفرنشيز.

(1) دلال تفكير مراد العارضي - الإكراه الملجئ في القانون المدني العراقي - مجلة مركز دراسات الكوفة - جامعة الكوفة - المجلد 1 - العدد 32 - 2014 - ص 102.

(2) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام - ص 331.

فرع ثالث: حماية المتلقي المكره.

الإكراه ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى إبرام العقد تحت سلطان خوف حال، فليس الخطر هو الذي يعيب الرضا وإنما الخوف الحال، أما إن كان الإكراه معدما للرضا كأن ينتزع الرضا من المتعاقد عنوة بأمسك يده وجعله يوقع أو يضع بصمته على عقد أو سند دين، فإن العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا لانعدام الرضا، والإكراه الذي نحن بصدد دراسته لا يعدم الرضا وإنما يفسده، ذلك أن المكره قد اختار أهون الضررين وهو إبرام العقد بدل التعرض للأذى، وإن لم تكن إرادته حرة في هذا الاختيار⁽¹⁾.

يجب على المتعاقد الذي يسعى إلى إبطال عقده بسبب عيب في رضاه متولد عن إكراه أن يثبت توافر مجموعة من الشروط، نذكرها في ما يلي:

أولاً: استعمال وسائل تهدد المكره بخطر جسيم محقق.

لا بد أن يستعمل المكره وسائل ما، سواء كانت مادية مثل الضرب الذي لا يعدم الرضا أو وسائل نفسية مثل التهديد بالأذى، تهدد المكره بخطر جسيم يصيبه هو أو أحد أقاربه بأذى في جسمه أو ماله أو شرفه أو نفسه، سواء كان الأذى حالاً أو مستقبلاً⁽²⁾.

يسمى الإكراه الذي تستعمل فيه وسائل مادية بالإكراه الحسي، ويدعى الإكراه بالوسائل النفسية بالإكراه النفسي، ومادام كل منهما يسبب أذى وألماً للمكره يدفعه إلى إبرام العقد لتفادي هذا الأذى فإنه يكون كفيلاً بجعل العقد قابلاً للإبطال⁽³⁾، ويجب أن يكون الخطر جسيماً، ومعيار تقدير جسامته الخطر شخصي محض، بحسب نظرة الشخص المكره وظروفه، ولا يشترط أن يكون الخطر حقيقياً من الناحية الموضوعية⁽⁴⁾.

يجب أن يكون الخطر الذي يحقق بالمكره محققاً أي وشيك الوقوع، فلو كان الخطر الذي يهدد المكره وهمياً أو متراخياً ولا يحدث رهبة في نفس الشخص ويعتقد أنه يمكنه تفاديه فلا يقع

(1) د/ محمد صبري السعدي - مرجع سابق - ص 191، 192.

(2) د/ علي علي سليمان - مرجع سابق - ص 65.

(3) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام - ص 338.

(4) دلال تفكير مراد العارضي - مرجع سابق - ص 105.

الإكراه، غير أن الخطر المستقبل الذي يولد رهبة حالة في نفس المكره يعد معيبا للرضا، ذلك أن أمر الخوف أو الرهبة يختلف من شخص لآخر⁽¹⁾.

قد يهدد الخطر المكره في جسمه فيخشى أن يتسبب في قتله أو بتر أحد أعضائه، أو أن ينزل به ألما نفسيا، أو أن يقع هذا الخطر على شرفه وسمعته بين الناس أو ثقتهم فيه، أو أن يصيب الضرر ماله كأن يهدد بحرق مزروعاته وإتلافها⁽²⁾، ويعتبر الإكراه موجودا ولو لم يقع على المكره بل كان الخطر يهدد أحد أقاربه حسب نص المادة 88 من القانون المدني الجزائري.

ثانيا: استعمال وسيلة للوصول إلى هدف غير مشروع.

قد يستعمل المكره وسائل غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع، ومثاله شخص يهدد آخر بقتله أو إتلاف ماله أو اختطاف ابنه إن لم يبيع له داره، وقد يستعمل المكره وسائل مشروعة للوصول إلى هدف غير مشروع، ومثاله أن يهدد دائن مدينه بإعلان إفلاسه والحجز على أمواله قصد الحصول على مبلغ أكبر من حقه، فيضطر المدين إلى كتابة هذا السند نتيجة الرهبة التي ولدها التهديد في نفسه⁽³⁾.

أما إذا استعمل المتعاقد في الإكراه وسائل مشروعة للوصول إلى غرض مشروع فلا يكون العقد قابلا للإبطال بسبب الإكراه، ومثاله دائن يهدد بالتنفيذ على مدينه إذا لم يعطه تأميننا عينيا لحقه، فيكون الرهن حينها صحيحا ولا يمكن للمدين المطالبة بإبطاله، أو زوجة تهدد زوجها بالحبس إن لم يقترض للإنفاق عليها، فيكون عقد القرض صحيحا⁽⁴⁾.

أما إذا استعمل المتعاقد وسائل غير مشروعة للوصول إلى غرض مشروع فإن العقد لا يكون قابلا للإبطال بسبب الإكراه، إلا إذا كانت الوسيلة تصل إلى حد الجرم المعاقب عليه⁽⁵⁾، فإنها

(1) د/ فيلالى علي - مرجع سابق - ص 137، 138؛ دلال تفكير مراد العارضي - مرجع سابق - ص 106.

(2) د/ خليل أحمد حسن قعادة - مرجع سابق ص 61.

(3) د/ ياسين محمد الجبوري - مرجع سابق - ص 176، 177.

(4) د/ محمد صبري السعدي - مرجع سابق - ص 195.

(5) د/ أمجد محمد منصور - النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام - دار الثقافة - الأردن - 2011 - ص 103.

تكون مفسدة للرضا كأن يستعمل شخص العنف والضرب على من سرق ماله ليعترف كتابة بما سرق(1).

والإكراه قد يتم بوسائل مادية أو نفسية كما سبق القول، وقد يكفي النفوذ الأدبي لتوليد رهبة في نفس المتعاقد تحمله على إبرام العقد، وفي هذه الحالة يكون العقد قابلا للإبطال إذا ثبت أن صاحب النفوذ قصد الوصول إلى هدف غير مشروع، أما إذا كان غرضه من الضغط على إرادة المكره مشروعا فلا يعتبر ذلك إكراها، ومثاله أب يستعمل نفوذه الأدبي على ابنه الغني لينفق على أخته المعدمة(2).

ثالثا: أن تتولد في نفس المتعاقد رهبة تحمله على التعاقد:

لا يكفي أن يستعمل المتعاقد وسائل ضغط تهدد المتعاقد الآخر بخطر محقق، بل يجب أن يولد هذا التهديد رهبة حالة في نفس الطرف الثاني، وأن تدفع هذه الرهبة من مورس عليه التهديد إلى إبرام العقد، فإن ثبت أن الرهبة لم تكن هي الدافع الرئيس لإبرام العقد بل كان للمكره مصلحة في العقد بغض النظر عن الإكراه، فلا يعتبر الإكراه هنا مفسدا للرضا ويبقى العقد صحيحا(3).

يجب أن يراعى في تقدير الإكراه حسب نص المادة 88 من القانون المدني الجزائري جنس المكره وسنه وحالته الاجتماعية والصحية، وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها التأثير في جسامته الإكراه، فليس الذكر كالأنثى، ولا الصبي كالشباب، ولا المتعلم كالأمي، ولا المريض كصحيح الجسم قوي البنية، وليس من يكون منعزلا مثل من يكون بين الناس، ولا من يكون في النهار كمن يكون في الليل(4).

رابعا: أن يتصل الإكراه بالمتعاقد الآخر.

تنص المادة 89 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا صدر الإكراه من غير المتعاقد فليس للمتعاقد المكره أن يطالب بإبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه."

(1) د/ فيلاي علي - مرجع سابق - ص141.

(2) د/ علي علي سليمان - مرجع سابق - ص66.

(3) د/ محمود عبد الرحمان محمد - مرجع سابق - ص143، 144.

(4) د/ سمير عبد السيد طناغو - مرجع سابق - ص62.

يكون الإكراه متصلا بالمتعاقد إذا كان صادرا منه، أو من الغير إذا كان عالما به أو كان مفروضا عليه حتما أن يعلمه، وهذا يجعله سيء النية، أما إذا ثبت حسن نيته فلا يجوز للمكروه طلب إبطال العقد، ولا يكون له إلا الرجوع على المكروه بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية⁽¹⁾.

يصدر الإكراه من المتعاقد أو من غيره كما سبق تبيانه، وقد تتسبب ظروف خارجية في الضغط على إرادة المتعاقد، وهو ما يدعى بحالة الضرورة، التي قد تنتج عن ظروف اقتصادية أو اجتماعية أو طبيعية أو صحية تهيأت مصادفة، فإن استغلها المتعاقد للحصول على منافع لا يستحقها يكون سيء النية ويجوز للطرف المكروه أن يطالب بإبطال العقد، ومثاله شخص يصاب بمرض خطير يهدد حياته فيبرم عقدا مع طبيب ليجري له عملية جراحية، فإن استغل الطبيب حالته وفرض عليه مبلغا كبيرا - لإجراء العملية - لا يتناسب البتة مع الأجر المعتاد لها فإن العقد يكون قابلا للإبطال، أما إن كان الطبيب يجهل حالة المريض النفسية، أو أنه كان يعلم حالته وأبرم معه العقد بالأجر المعتاد لم يكن للمريض الحق في المطالبة بإبطال العقد⁽²⁾.

يقع إثبات هذه الشروط جميعا على المكروه، الذي عليه أن يثبت وسائل الإكراه، وأن يثبت بأن هذه الوسائل ولدت في نفسه رهبة حالة، وأن هذه الرهبة هي التي حملته على التعاقد، وعليه أن يثبت سوء نية المتعاقد المستفيد من الإكراه إذا لم يكن صادرا منه، ويجوز له الإثبات بكل ما يتاح له من وسائل لأن جميع هذه الوقائع مادية ويجوز إثباتها بكل طرق الإثبات، فإن تمكن المتعاقد المكروه من إثبات هذه الأمور جميعا كان له المطالبة بإبطال العقد، ومطالبة المتعاقد المستفيد من الإكراه بالتعويض إن كانت له علاقة بالإكراه، أما إن كان هذا الأخير حسن النية فليس للمكروه إلا الرجوع بالتعويض على الغير المتسبب في الإكراه⁽³⁾.

يستبعد الإكراه غالبا من عقد الفرنشيز إذا كان دوليا⁽⁴⁾، لكن يمكن تصوره في عقد الفرنشيز الداخلي أو المحلي، ومثال ذلك أن تكون شركة المانح مملوكة لأب المتلقي فيفرض عليه الدخول في شبكته بإبرام عقد فرنشيز، مستعملا نفوذه الأدبي عليه، فيجوز للمتلقي حينئذ المطالبة بإبطال

(1) د/ بلحاج العربي - مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري - الجزء 1 - مرجع سابق - ص 456، 457.

(2) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام - ص 352، 353.

(3) د/ محمد صبري السعدي - مرجع سابق - ص 201.

(4) حسن محمد حمدان - مرجع سابق - ص 21.

عقد الفرنشيز للإكراه، مستفيدا بذلك من الحماية القانونية التي توفرها القواعد المتعلقة بالإكراه لكل من أبرم العقد وكان رضاه معيبا بسببه.

فرع رابع: حماية المتلقي الذي وقع ضحية الاستغلال والغبن.

يقع هذا العيب بسبب استغلال أحد المتعاقدين هوى جامحا أو طيشا بينا في الآخر يدفعه إلى إبرام عقد يتحمل فيه التزامات تفوق بكثير تلك التي يتحملها المتعاقد المستغل⁽¹⁾، ويكون الأمر أشد وطأة على المتعاقد المغبون إذا لم يتحمل الطرف الآخر أي التزام، بل قد يجاوز الاستغلال العقود إلى التصرف القانوني الصادر من جانب واحد مثل الوصية⁽²⁾.

يشترط على المتعاقد الذي يدعي وقوعه في هذا العيب، أن يثبت اجتماع الشروط التي تمكنه من الاستفادة من الحماية التي فرضها القانون لمن شاب رضاه عيب الاستغلال والغبن. ونوجز هذه الشروط في ما يلي:

أولا: أن يختل التوازن بين البدلين اختلالا فادحا.

نصت المادة 90 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر،...".

حدوث اختلال في الأداءات المتقابلة بين الطرفين هو الغبن، وما هو إلا المظهر المادي للاستغلال⁽³⁾، والاختلال الفادح قد يكون في نسبة الربح الذي يحصل عليه المتعاقد المغبون، فيحصل على فائدة أقل بكثير من تلك التي يحصل عليها الطرف الآخر، وقد يكون التفاوت في الالتزامات، بحيث يتحمل المغبون التزامات تفوق بكثير ما يحصل عليه من عوض، أو أن لا يحصل على أي عوض⁽⁴⁾.

(1) انظر في هذا المعنى د/ فيلاي علي - مرجع سابق - ص 151.

(2) د/ مندر الفضل - مرجع سابق - ص 153.

(3) د/ رياض حسين أبو سعيدة - القوة الملزمة للعقد والاتجاه الموسع لدائرة الغبن - مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية - جامعة الكوفة - المجلد 1 - العدد 11 - 2011 - ص 47.

(4) د/ علي علي سليمان - مرجع سابق - ص 67، 68.

ومعيار تقدير التفاوت الفادح قد يكون شخصيا أو موضوعيا، فإما أن ينظر إلى ما جرت عليه عادات الناس، فيكون الغبن فادحا إذا كان تفاوت البدلين مما لا يتسامح الناس في مثله، ولا يعتبر التفاوت المعفو عنه في المعاملات غبنا، ويعد الغبن فادحا عند فقهاء المذهب المالكي إذا تجاوز الثلث أما إن قل عن هذا المقدار فلا يعطي للمغبون خيار الإبطال⁽¹⁾، ولم يحدد المشرع الجزائري نسبة عامة للتفاوت، بل خص بعض التصرفات بتحديد هذه النسبة مثل الغبن في بيع العقار أو في القسمة الاتفاقية⁽²⁾، غير أن ورود الغبن ضمن المواد التي تنظم عيوب الرضا يفهم منه أن المشرع ينظر إلى الغبن نظرة شخصية، بحيث تكون العبرة في فداحة التفاوت بين البدلين بوجهة نظر الطرف المغبون، خاصة وأن الغبن مربوط بالاستغلال الذي يمثل الجانب النفسي لهذا العيب⁽³⁾، وإن كان المعيار الموضوعي يرجح الثاني في الحفاظ على استقرار المعاملات، فإنه يكون أقل مرونة من المعيار الشخصي الذي يتماشى مع الفروق الموجودة بين الحالات المختلفة⁽⁴⁾.

ثانيا: أن يكون في المغبون طيش بين أو هوى جامع.

الطيش البين هو الخفة الزائدة، والتسرع المصحوب بتهور وانعدام تبصر، وقلة اكتراث بعواقب الأمور، ووقوف عند نزوة عابرة تدفع المتعاقد إلى إبرام العقد، ويشترط في الطيش أن يكون واضحا ظاهرا⁽⁵⁾، ومثاله حال الشاب الذي يرث مالا كثيرا فيصرفه يمينا وشمالا وتدفعه

(1) د/ عزيز كاظم جبر الخفاجي - الغبن عيب في الرضا أم في ذات العقد - مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية - جامعة الكوفة - المجلد 1 - العدد 1 - 2009 - ص 21؛ د/ سليمان الخلف حميد الخلف - مرجع سابق - ص 384.

(2) تنص الفقرة الأولى من المادة 358 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا بيع عقار بغبن يزيد عن (1/5) الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى (4/5) أربعة أخماس ثمن المثل."؛ وتنص الفقرة الأولى من المادة 732 من نفس القانون على أنه: "يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس (1/5)،...". وعلى ذلك لا يجوز الطعن بالغبن في البيع أو القسمة اللذان يتمان أمام القضاء، وتأكيدا لهذا رفضت المحكمة العليا طعنا في قرار صادر عن مجلس قضاء تيارت حكم فيه بعدم قبول الطعن بالغبن في القسمة التي صادق عليها القضاء، المحكمة العليا - ملف رقم 446655 - قرار صادر بتاريخ 2008/12/24 - مجلة المحكمة العليا - عدد 2 - 2009 - ص 137.

(3) د/ عزيز كاظم جبر خفاجي - مرجع سابق - ص 32؛ د/ رياض حسين أبو سعيدة - مرجع سابق - ص 49، 50.

(4) إيناس مكي عبد نصار - خيار الغبن، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي - مجلة العلوم الإنسانية - جامعة بابل - المجلد 1 - العدد 11 - 2012 - ص 118.

(5) د/ بلحاج العربي - مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري - الجزء 1 - مرجع سابق - ص 473.

حاجته الدائمة إلى المال بالتنازل عن ممتلكاته بمبلغ زهيد⁽¹⁾، أما الهوى الجامح فهو ولع الشخص بشيء أو بشخص آخر ولعا شديدا لا قبله له بدفعه⁽²⁾، ومن ذلك أن تقدم زوجة على طلب الخلع من زوجها لتتزوج رجلا تهواه، فيستغل فيها زوجها هواها الجامح لغيره ويطلب منها مبلغا كبيرا عوضا عن الخلع⁽³⁾.

ثالثا: أن يستغل الطرف الآخر هذا الطيش البين أو الهوى الجامح.

لا يكفي الطيش البين أو الهوى الجامح في المتعاقد ليتحقق الاستغلال، وإنما لابد أن يعلم المتعاقد الآخر بهذا الضعف ويقصد استغلاله⁽⁴⁾، فرغم أن المتعاقد لم تكن له يد في ما أصاب الطرف الآخر من طيش أو هوى إلا أنه استغل فيه ما أصابه من ذلك، وهذا الاستغلال هو الذي دفع الطرف المغبون إلى التعاقد⁽⁵⁾، ومثال ذلك في عقود الفرنشيز، أن تتزوج فتاة تمتلك شركة مانحة برجل ثري فتستغل فيه هواه الجامح لها لتبرم معه عقد فرنشيز وتحصل منه على مقابل يفوق بكثير ما يحصل عليه من ربح لقاء هذا العقد، ومثاله أيضا أن يستغل مانح فرنشيز شابا ورث ثروة طائلة فيبرم معه عقد فرنشيز تتفاوت فيه التزاماتهما تفاوتًا فادحا يضر بمصلحة المتلقي، وقد وقع هذا كثيرا في تاريخ تطور عقد الفرنشيز.

رابعا: أن يثبت المغبون أنه وقع في استغلال.

يقع على المغبون عبء إقامة الدليل على التفاوت الفادح بين ما يؤديه وما يحصل عليه من العقد الذي يطعن فيه بالاستغلال، وأن يثبت ما اعتراه من طيش بين أو هوى جامح، وأن يثبت أن الطرف الآخر قد استغل فيه هذا الضعف، فإن قدر قاضي الموضوع أن عناصر الاستغلال

(1) د/ رباحي أحمد - المجال المادي للغبن في العقود بين التوسعة والتضييق (دراسة مقارنة) - الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية - جامعة حسيبة بن بو علي، الشلف - العدد 3 - 2010 - ص25؛ د/ رياض حسين أبو سعيدة - مرجع سابق - ص68.

(2) د/ عبد الحي حجازي نظرية الالتزامات، النظرية العامة للالتزام وفق القانون الكويتي - الجزء 1 - المجلد 1 - مطبوعات جامعة الكويت - الكويت - 1982 - ص1065.

(3) د/ رياض حسين أبو سعيدة - مرجع سابق - ص68؛ د/ رباحي أحمد - مرجع سابق - ص25.

(4) د/ محمود عبد الرحمن محمد - مرجع سابق - ص154.

(5) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام - ص368.

موجودة حكم بإبطال العقد أو إنقاص التزامات الطرف المغبون، أو أن يزيد التزامات الطرف المستغل إن عرضها هذا الأخير في عقد معاوضة⁽¹⁾.

مبحث ثاني: حماية متلقي الفرشيز بتطبيق القواعد المتعلقة بركن المحل.

ثار جدل فقهي حول المحل هل تضاف إلى العقد أم إلى الالتزامات المترتبة عليه، ويرى جانب منهم أن محل العقد هو العملية القانونية التي تراضى عليها الطرفان مثل الفرشيز، أما محل الالتزام فهو ما تعهد به المدين⁽²⁾، فمحل العقد هو الالتزام المترتبة عليه⁽³⁾، ويرجح الدكتور فيلالي علي أن العبرة تكون بمحل الالتزام، لأن العقد ليس له في الحقيقة محل وإنما هو واقعة قانونية تترتب عنها آثار قانونية تتمثل في الحقوق والالتزامات، وهذه الأخيرة هي التي لها محل⁽⁴⁾.

يتضح من هذا أن عقد الفرشيز واقعة قانونية تترتب عنها آثار قانونية تتمثل في حقوق والتزامات كل من المانح والمتلقي، ولما كانت دراستنا تدور حول حماية متلقي الفرشيز فسنعصر دراستنا على محل التزام المانح.

تظهر الحماية القانونية في المحل فيما فرضه المشرع من قواعد قانونية تضمن حصول كل طرف في العلاقة التعاقدية على ما يحقق هدفه من هذا العقد، إذ أن الدافع الباعث لدخول المتلقي في شبكة المانح هو ما سيقدمه له هذا الأخير مقابل انضمامه إلى شبكته، إذ تضمن هذه القواعد عدم التغيير بالمتلقي عاضدة بذلك القواعد المتعلقة بحماية الرضا، وفارضة شروطا تضمن هذه الحماية ندرسها في هذا المبحث بعد أن نبين محل التزام المانح في عقد الفرشيز.

(1) د/ محمد صبري السعدي - مرجع سابق - ص 207. تأكيداً لهذا أيدت المحكمة العليا قراراً صادراً عن مجلس قضاء بومرداس حكم برفض طلب الورثة بإبطال عقد الهبة الذي أجراه مورثهم لعدم تمكنهم من إثبات عناصر الاستغلال، المحكمة العليا - ملف رقم 427599 - قرار صادر بتاريخ 2008/09/17 - مجلة المحكمة العليا - عدد 1 - 2009 - ص 123.

(2) د/ محمد صبري السعدي - مرجع سابق - ص 209.

(3) د/ علي علي سليمان - مرجع سابق - ص 69.

(4) د/ فيلالي علي - مرجع سابق - ص 168.

مطلب أول: المحل في عقد الفرنشيز.

حددت المادة السابعة من القانون 13/82 محل التزام مورد التكنولوجيا، وركزت بالخصوص على براءات الاختراع والمعارف الفنية والمساعدة التقنية التي يجب تقديمها للمتلقي، من خلال إرسال تقنيين وخبراء ذوي معرفة تقنية واسعة إلى منشأة المتلقي⁽¹⁾.

تعتبر المعرفة الفنية أهم عنصر في محل التزام المانح، التي على أساسها يكيف العقد على أنه عقد فرنشيز بل قد يكون المحل مقتصرًا عليها، وقد يضم إلى جانبها العلامة التجارية للمانح وبراءات الاختراع التي يملكها أو يستغلها، والرسوم والنماذج، والاسم التجاري، والشعار، والعنوان على مواقع الإنترنت، وسن فصل هذا كله في الفروع الآتية.

فرع أول: المعرفة الفنية.

تعتبر المعرفة الفنية عنصرا مهما في عقد الفرنشيز، فهي تمثل التزام المانح الرئيس، هذه المعرفة الفنية تميز عقد الفرنشيز عن عدد لا بأس به من العقود المشابهة له⁽²⁾.

اختلف الفقهاء في تعريف المعرفة الفنية، وقد ورد هذا الخلاف على نطاقها، فرغم أن الفقه مجمع على وجوب اقترانها بالسرية حتى تكتسب الحماية القانونية، إلا أن الدور الذي تلعبه السرية في المعرفة الفنية كان محل خلاف بين الفقهاء، فمنهم من يرى أن دورها يتمثل في احتكار التكنولوجيا وبالتالي يكون هذا الدور منفصلا عن جوهر المعرفة الفنية، ومنهم من يرى أن السرية جزء لا يتجزأ منها⁽³⁾.

عرفت لجنة حماية الملكية الصناعية المنبثقة عن غرفة التجارة الدولية عام 1961 المعرفة الفنية بأنها: "اكتساب المعرفة والتجربة الفنية أو الجمع بين المعارف والتجارب الفنية ذات الصفة السرية، من أجل وضع تلك التجارب والمعارف موضع التطبيق العملي قصد تحقيق أهداف صناعية."، وعرف الدليل الإرشادي الذي وضعته اللجنة الاقتصادية التابعة للأمم المتحدة المعرفة

(1) قانون 13/82 - الصادر بتاريخ 28 أوت 1982 - المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد وسيورها المعدل والمتمم - الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 35 - الصادرة بتاريخ 31 أوت 1982.

(2) François luc SIMON - théorie et pratique du droit de la franchise - p. 144; Amandine BOUVIER - regards sur le contrat de franchise - thèse - université de Montpellier - 2015 - p74.

(3) د/ محمد محسن إبراهيم النجار - مرجع سابق - ص 2، 3.

الفنية بأنها: "مجموعة المعارف والمعلومات والمهارات الفنية اللازمة لتصنيع منتج ما أو تصنيع بعض عناصره."⁽¹⁾.

عرف القضاء هو الآخر المعرفة الفنية في غير ما موضع، حيث جاء في حكم صادر سنة 1917 عن المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية أن: "المعرفة الفنية هي الطرق الجديدة التي تستخدم في الصناعة"، وجاء في حكم لنفس المحكمة صادر بتاريخ 1944 أن: "المعرفة الفنية تعود إلى مرحلة من مراحل التصنيع، وأيضاً إلى المعلومات والتجارب المرتبطة به"، كما رأت محكمة "ميرلاند" في حكمها الصادر سنة 1968 أن المعرفة الفنية هو حق ملكية يعادل حقوق براءة الاختراع⁽²⁾.

ورد في حكم لمحكمة الاستئناف "ديسولدورف" "Düsseldorf" صادر بتاريخ 26 يوليو 1957، أن حق المعرفة الفنية يستند أساساً على معرفة بعض النواحي الفنية التي تغيب على رجل الحرفة العادي، الذي لا تزيد معلوماته ومهاراته على المعلومات العادية في مجال التصنيع، كما جاء في حكم لمحكمة "دوي" "Douai" بتاريخ 16 مارس 1967 "أن هناك بعض الأساليب الفنية والتطبيقية المبتكرة أو ما يعرف بالمعرفة الفنية لها قيمة ذات طبيعة تنافسية، تساعد حائزها على خفض التكاليف الخاصة بالإنتاج أو تحسين نوعية المنتج، وهذه الأساليب غير قابلة لمنح براءة اختراع"⁽³⁾.

عرف السيد دوراند "DURAND"، المعرفة الفنية بأنها "مجموعة من المعارف والوسائل التقنية والمعلومات التي تمكن من الاستتساخ الصناعي الفعال لمنتج أو نظام أو عملية ذات طبيعة جديدة وسرية"، وعرفها السيد ليلوب "LELOUP" بأنها "مجموعة من المعارف العملية القابلة للنقل، التي لا يمكن للجمهور الوصول إليها فوراً، ولم تؤخذ عليها براءة اختراع، وتمنح ميزة تنافسية للشخص الذي يسيطر عليها"، ويعتبر السيد بن سوسن المعرفة الفنية "الجمع بين

(1) د/ ياسر سيد الحديدي - مرجع سابق - ص70.

(2) د/ محمود الكيلاني - الموسوعة التجارية والمصرفية، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا - دار الثقافة - الأردن - 2008 - ص81، 82.

(3) د/ ياسر سيد الحديدي - مرجع سابق - ص71.

الاختصاصات المتعلقة بتنظيم إنتاج و/أو توزيع المنتجات أو الخدمات، التي طورها واختبرها المانح، ونقلها إلى المتلقي بمجرد توقيع العقد، عن طريق المساعدة التقنية والرقابة الدائمة⁽¹⁾.

يرى الفقيه "دلوز" "Deleuz" أن المعرفة الفنية هي الخبرات الصناعية أو الاقتصادية الجديدة وغيرها التي تترجم إلى مفاهيم ذهنية يجوز تكييفها، وتتخذ شكل إضافة جديدة على الإنتاج أو على إدارة مشروع ما وتكون قابلة للنقل، في حين يرى الفقيه "بارتان" "Bertin" أن المعرفة الفنية تتكون من مجموعة المعارف والوسائل التقنية والمعلومات التي تتسم بالجدة، التي تسمح بالإنتاج الصناعي بواسطة مالكيها الذي يحافظ على سريتها لاستعمالها أو نقلها إلى الغير بطريقة سرية أو من أجل الأمرين معا⁽²⁾.

وعرف الأستاذ "ماك دونالد" "Mac Donald" المعرفة الفنية بأنها "عبارة عن معلومة فنية تجسد معلومات تكتيكية تحتوي حقيقتين، الأولى أن تكون سرية، والثانية أن تعطي هذه المعلومة لصاحبها ميزة على منافسيه الذين لا يعرفونها"⁽³⁾.

تعرف المعرفة الفنية باعتبارها محلا لعقود نقل التكنولوجيا على أنها "عبارة عن المعطيات السرية التطبيقية والعملية التي يتوصل الشخص عن طريقها إلى تجسيد هذه المعطيات إلى واقع مادي ملموس"⁽⁴⁾.

أما المعرفة الفنية في عقود الفرنشيز فهي الأساليب والوسائل التي ابتدعها مانح الفرنشيز، وهي الطرق الشخصية التي تعود له، فلا يكفي الاعتماد على سرية المعرفة بحد ذاتها دون الأخذ بعين الاعتبار ما توصل إليه في نشاطه وما تم إدخاله في هذا النشاط الذي كان قد ضمن تطوره وتقديمه⁽⁵⁾.

(1) Quoc Chien NGO – le contra de franchise étude comparative (droit Français et droit Vietnamien) – thèse – université – François Rabelais de Tours – 2012 – p80; Amandine BOUVIER – op.cit – p75.

(2) د/ ياسر سيد الحديدي – مرجع سابق – ص72،82.

(3) بن ساعد إلهام – عقود نقل المعرفة الفنية وعلاقتها بالتنمية – أطروحة دكتوراه – جامعة بسكرة – 2012 – ص57.

(4) المرجع السابق – ص93.

(5) د/ نعيم مغنغب – مرجع سابق – ص91.

ينص قانون "أفنور" "Afnor" على أن المعرفة الفنية في مجال الفرنشيز تتكون من المعارف والخبرات ذات الطبيعة الفنية أو التجارية أو الإدارية أو المالية وغيرها التي يمكن تطبيقها عمليا لاستغلال مشروع أو ممارسة مهنة⁽¹⁾، وحسب التقنين الأوروبي للسلوك رقم 330 لسنة 2010 فإن المعرفة الفنية تتكون من: "مجموعة المعارف العملية غير المبرأة أو الناتجة عن خبرة المانح التي قام بتجريبها بنفسه، وهي معارف سرية وجوهرية ومعرفة."⁽²⁾.

فرع ثاني: العلامة التجارية.

تعرف المادة الثانية من قانون العلامات الجزائري العلامة بأنها: "كل الرموز القابلة للتمثيل الخطي، لاسيما الكلمات بما فيها أسماء الأشخاص والأحرف والأرقام والرسومات أو الصور والأشكال المميزة للسلع أو توضيبيها، والألوان بمفردها أو مركبة، التي تستعمل كلها لتمييز سلع أو خدمات شخص طبيعي أو معنوي عن سلع وخدمات غيره"⁽³⁾.

يتضح من هذا أن العلامة التجارية تعتبر من أهم الوسائل التي تمكن المستهلك من التعرف على منتجات أو بضائع صانع أو تاجر بعينه دون غيره من الصناع أو التجار، وهي تتضمن عدم تضليل جمهور المستهلكين⁽⁴⁾.

يساعد استعمال العلامة الدولة كذلك على تحديد السلع والخدمات التي تفي بالمعايير المطلوبة للجودة وتلك التي لا تفي بها، بالإضافة إلى استخدامها مصدرا للمعلومات الإحصائية والاقتصادية، وتعد العلامة التجارة قيمة إضافية للمشروع نفسه، فنجد مثلا القيمة المضافة لعلامة

(1) Amandine BOUVIER – op.cit – p75.

(2) Louis VOGEL – la franchise au carrefour du droit de la concurrence et du droit des contrats – LGDJ diffuseur – p123, 124.

(3) الأمر رقم 06/03 الصادر بتاريخ 19 يوليو 2003 المتعلق بالعلامات – الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 44 – الصادرة بتاريخ 23 يوليو 2003.

(4) منير محمد الجنبهي؛ ممدوح محمد الجنبهي – العلامات والأسماء التجارية – دار الفكر الجامعي – مصر – 2000 – ص11.

"كوكا كولا" تساوي 39 مليار دولار، و"بيبسي كولا" 37,8 مليار دولار، و"مالبورو" 38,7 مليار دولار، و"موتورولا" 15,3 مليار دولار، وغيرها من العلامات المشهورة⁽¹⁾.

يشترط في العلامة عدة شروط منها:

أولاً: أن تكون العلامة التجارية مميزة.

يجب أن تتصف العلامة بصفة ذاتية تمنع من الخلط بغيرها وتجعل من السهل معرفتها، وتكون العلامة مميزة متى تم وضعها بطريقة هندسية معينة⁽²⁾، وقد جاء شرط تمييز العلامة في المادة الثانية من قانون العلامات الجزائري.

ثانياً: أن تكون العلامة جديدة.

تكون العلامة جديدة إذا لم يسبق استعمالها أو تسجيلها من قبل أحد، وفي هذا الخصوص تكفي الجودة النسبية سواء من حيث المنتجات أو الزمان أو المكان، أي جواز أن تكون ذات العلامة قد استعملت على منتج آخر، وليتوافر شرط الجودة للعلامة يجب أن لا تكون ضرورية في استخدامها من التاجر، وأن لا تكون من جنس الشيء الذي تميزه ولا تدخل في وظيفته⁽³⁾.

ثالثاً: أن تكون العلامة مشروعة.

عددت المادة السابعة من الأمر الجزائري 06/03 المتعلق بالعلامات المذكور سابقاً، الحالات التي تكون فيها العلامة غير مشروعة، ومن ذلك أن تكون رموزاً خاصة بالملك العام، أو أن تكون مخالفة للنظام العام والآداب العامة المفروض بقوانين وطنية أو اتفاقات ثنائية أو متعددة

(1) د/ عبد الله حسين الخشروم - الوجيز في حقوق الملكية الصناعية والتجارية - دار وائل - الأردن - 2005 - ص142، 143.

(2) د/ صلاح زين الدين - الملكية الصناعية والتجارية - دار الثقافة - الأردن - 2000 - ص277.

(3) د/ نور حمد خاطر - شرح قواعد الملكية الفكرية، الملكية الصناعية - دار وائل - الأردن - 2005 - ص280، 281. ويظهر من قرار المحكمة العليا أنها تأخذ بالجدة المطلقة، حيث أبطلت قرار مجلس قضاء الجزائر الصادر بتاريخ 2010/12/14، لأنه لم يكتف بالنظر في تشابه رموز العلامتين بل ذهب للبحث في السلع التي استخدمت عليها العلامتين، ورأت المحكمة العليا أنه كان على قضاة الموضوع الاكتفاء بالنظر في التسمية لتقرير عدم جدة العلامة، المحكمة العليا - ملف رقم 0871530 - قرار صادر بتاريخ 2013/12/05 - مجلة المحكمة العليا - عدد 2 - 2013 ص189. وواضح أن هذا القرار يخالف منطوق نص المادة السابعة من الأمر رقم 06/03 المتعلق بالعلامات، رغم اعتماد قضاة المحكمة العليا على هذه المادة في هذا القرار.

الأطراف، وكذا الرموز التي تحمل تقليدا لشعارات رسمية أو أعلام وغيرها، وكذا كل الرموز التي قد تحدث لبسا لدى الجمهور.

ونظرا لأهمية العلامة في تمييز سلع وخدمات التجار والصناعيين عن بعضهم البعض فقد فرضت المادة الثالثة من قانون العلامات الجزائري وجوب وضعها على كل سلعة أو خدمة معروضة على التراب الجزائري.

جاء في التعريف الواردة بشأن عقد الفرنشيز، بأن العلامة التجارية تعتبر من أهم عناصر محله، وذلك لما تقوم به من دور رئيس وهام في هذا عقد، حيث يضع المتلقي العلامة التجارية نصب عينيه وهو يختار نوع الفرنشيز الذي يدخل فيه، حيث أن شهرة العلامة وسمعتها وارتباطها عادة بالجودة من العوامل التي تهم المتلقي، وترتبط العلامة التجارية كنظام، بنظام آخر حيوي هو الدعاية والإعلان، فالإثنان يمثلان زاويتين لمثلث زاويته الثالثة تمثل المنتج أو الخدمة، ويعتبر التأثير المتبادل لهذه العناصر الثلاثة ومدى نجاحها وتميزها العامل الرئيس الذي يحدد مدى نجاح عقد الفرنشيز⁽¹⁾.

فرع ثالث: براءة الاختراع.

براءة الاختراع هي وثيقة تصدرها الدولة للمخترع اعترافا منها بحقه في اختراعه، فهي إذن شهادة رسمية تصدرها جهة إدارية مختصة وتسلم إلى صاحب الاختراع، يثبت له بها حقه في الاستئثار باستغلال اختراعه لمدة يحددها القانون⁽²⁾.

في حين تعرف المادة الثانية من الأمر المتعلق ببراءات الاختراع⁽³⁾ الاختراع على أنه: "فكرة لمخترع، تسمح عمليا بإيجاد حل لمشكل محدد في مجال التقنية".

يشترط لصحة الاختراع وصلاحيته لأن يكون محلا لمنح شهادة براءة الاختراع شروطا تتمثل فيما يلي:

(1) د/ ماجد عمار - مرجع سابق - ص 63 و 65.

(2) د/ فيصل عباس الرشيدى؛ د/ عبد الرحمان حمود المطيري - عقد الفرنشايز franchise (الامتياز التجاري) وأحكامه في الفقه الإسلامي - مجلة الحقوق - جامعة الكويت - العدد 2 - 2015 - ص 314.

(3) الأمر رقم 07/03 الصادر بتاريخ 19 يوليو 2003 المتعلق ببراءة الاختراع - الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 44 الصادرة بتاريخ 23 يوليو 2003.

أولاً: أن يكون الاختراع جديداً.

قد تكون الجودة موضوعية أو شكلية، فمعنى الجودة الموضوعية أن يمثل الاختراع ابتكاراً من الناحية الفعلية بحيث يكون غير معروف بالمقارنة مع حالة الفن الصناعي السائدة في وقت ما، أما الجودة الشكلية فتختلف القوانين الوطنية في تطبيقها أو تحديد مداها⁽¹⁾.

تحمي الجودة في الأساس حق المخترع، فلولاها لما استحق الحماية، ويجب أن يمثل تقدماً في الفن الصناعي يجاوز ما يصل إليه التطور العادي المؤلف⁽²⁾، وهذا ما جاء في المادة الثالثة من الأمر المتعلق ببراءة الاختراع المذكور سابقاً، بحماية الاختراعات الجديدة، واعتبرت المادة الرابعة من نفس الأمر الاختراع جديداً إذا لم يكن مدرجاً في حالة التقنية.

ثانياً: أن يكون الاختراع قابلاً للاستغلال الصناعي.

تعطي براءة الاختراع لصاحبها الحق المانع في استغلال الفكرة محل البراءة خلال مدة محددة، وهذا يقتضي بطبيعة الحال أن يكون للاختراع خاصية صناعية، أي أن يكون قابلاً للتطبيق في المجال الصناعي⁽³⁾، وعلى هذا الأساس استبعد الأمر 07/03 المتعلق بالبراءات سابق الذكر في مادته السابعة من مجال الاختراع ما يلي:

- 1- المبادئ أو النظريات والاكتشافات ذات الطابع العلمي وكذلك المناهج الرياضية.
- 2- الخطط والمبادئ والمناهج الرامية إلى القيام بأعمال ذات طابع ثقافي أو ترفيهي محض.
- 3- مناهج ومنظومات التعليم والتنظيم والإدارة والتسيير.
- 4- طرق علاج جسم الإنسان أو الحيوان بالجراحة أو المداواة وكذلك مناهج التشخيص.
- 5- مجرد تقديم المعلومات.
- 6- برامج الحاسوب.

(1) د/ جلال وفاء محمد - الحماية القانونية للملكية الصناعية وفقاً لاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريبس) - دار الجامعة الجديدة - مصر - 2000 - ص 65، 66؛ لقلب سعد؛ شعبان السعيد - دور براءة الاختراع في تحفيز الإبداع والبحث والتطوير - المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية - المركز الجامعي بتسميلت - العدد 2 - ديسمبر 2016 - ص 38.

(2) د/ محمد حسنين - الوجيز في الملكية الفكرية - المؤسسة الوطنية للكتاب - الجزائر - 1985 - ص 132.

(3) د/ جلول أحمد خليل - النظام القانوني لحماية الاختراعات ونقل التكنولوجيا إلى الدول النامية - ذات السلاسل - الكويت - 1983 - ص 106.

ثالثا: أن لا يكون الاختراع أو استعماله مخلا بالنظام العام أو الآداب العامة.

لا يحق للشخص الحصول على براءة اختراع، إذا كان اختراعه مخالفا للنظام العام والآداب العامة، ومثاله أن يبتكر طريقة صناعية لحفظ الأغذية باستخدام مواد ضارة بالصحة، أو أن يكون استعمال الشيء الذي اخترعه لا يتم إلا في مجالات غير مشروعة، ومثاله اختراع آلة للمقامرة، أو آلة لتزييف النقود، أو أن يصنع عقاقير الغرض منها الإجهاض⁽¹⁾.

يمكن أن يستند عقد الفرنشيز إلى براءة اختراع اكتشفت أثناء قيامه، أو التي توضع تحت تصرف المتلقي، ليستثمرها ويستغلها بصورة مستجدة غير معروفة سابقا تؤدي إلى النجاح والتوسع في النشاط، وإذا استند عقد الفرنشيز إلى براءة الاختراع يجب العمل ضمن التشريعات والأنظمة التي تطبق على هذه البراءة، بالإضافة إلى الاتفاقات التعاقدية التي يتم إبرامها بين المانح ومتلقي الفرنشيز⁽²⁾.

فرع رابع: الاسم التجاري.

هو الاسم الذي يطلقه صاحب المحل أو المستغل على المحل التجاري وقد يكون مقتصرا على اسم مالك المحل، كما يمكن أن يشمل شيئا آخر، ولا يجوز التصرف فيه إلا مع المحل التجاري، لأن الاسم التجاري مجرد عن المحل لا يعني شيئا⁽³⁾، وإن كان هذا منصوص عليه في بعض القوانين كالقانون المصري، فإن هذا لم يرد في التشريع الجزائري، وإن كان المنطق يقضي برفض التصرف في الاسم التجاري مستقلا عن المحل لصالح تاجر آخر⁽⁴⁾.

يعتبر ترخيص المانح للمتلقي باستخدام اسمه التجاري شرطا حيويا في عقد الفرنشيز، وهو لا يقل أهمية عن الترخيص باستعمال العلامة التجارية، إذ أن هذين العنصرين من محل عقد

(1) د/ محمد حسنين - الوجيز في الملكية الفكرية - المؤسسة الوطنية للكتاب - الجزائر - 1985 - ص139.

(2) د/ نعيم مغنغب - مرجع سابق - ص82، 84.

(3) د/ علي حسن يونس - المحل التجاري - دار الفكر العربي - مصر - بدون سنة نشر - ص18، 19.

(4) د/ زراوي صالح فرحة - الكامل في القانون التجاري الجزائري، المحل التجاري والحقوق الفكرية - ابن خلدون - الجزائر -

2001 - ص94.

الفرنشيز هما الضامنان لتجانس شبكة الفرنشيز⁽¹⁾، وتشترب في الاسم التجاري شروط عدة منها⁽²⁾:

أ- أن تكون التسمية مميزة:

يعني تميز التسمية أن تكون لها ذاتية خاصة عن غيرها من التسميات الأخرى المستخدمة في تمييز المنشآت المماثلة، فإن لم يكن كذلك جاز إبطاله وعدم الاعتراف به، كما لا يعتبر اسما تجاريا كل اسم ضروري للعمل التجاري، كما لا يكون الاسم الشائع اسما تجاريا⁽³⁾.

ب- أن يكون الاسم مشروعاً:

يجب أن يكون الاسم غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، فلا يجوز للتاجر اتخاذ اسم يخذش الحياء مثلاً، كما لا يجوز له تسمية محله باسم سبق استعماله على محل مماثل في نفس المنطقة لأن ذلك يعد منافسة غير مشروعة.

ج- أن يكون الاسم جديداً:

وأخيراً يشترط في الاسم أن يكون جديداً، والجدة هنا نسبية كمثلتها في العلامة التجارية، فلا يجوز استخدام اسم سبق استخدامه، واستخدام شعار عائد للغير دون رضاه، ويذهب القضاء الفرنسي إلى منع استخدام اسم تجاري سبق استخدامه ولو لم يكن في نفس النشاط التجاري، بناء على عدم التعسف في استعمال الحق، أما إذا كان الشخص قد اختار اسمه الشخصي ليكون اسماً تجارياً لنشاطه، وكان قد استخدم من قبل، فإنه لا يمنع من ذلك، وإن كان يشترط عليه إضافة بيان متميز⁽⁴⁾، منعا للمنافسة غير المشروعة، وإظهارا للفرق بين النشاطين حتى لا يقع المستهلك في خلط بينهما.

(1) بلعزام مبروك - مرجع سابق - ص142.

(2) د/ عاطف محمد الفقي - الحماية القانونية للاسم التجاري، دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - 2001 - ص43 الى 50.

(3) بلعزام مبروك - مرجع سابق - ص141.

(4) المرجع السابق - ص142.

فرع خامس: الشعار.

يعتبر شعارا كل تسمية مبتكرة أو رمز تصويري يستخدمه التاجر لتمييز محله التجاري عن المحال الأخرى المشابهة، وهو لا يدل على نوع التجارة التي يمارسها مالك الشعار، ويشترط فيه أن يكون مبتكرا وذا سمات مميزة لكي يستفيد من الحماية القانونية، ويشترط في الشعار أن لا يكون قد سبق استعماله في تجارة مماثلة، وأن لا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة⁽¹⁾.

يمكن أن يستند الفرنشيز على شعار يضمن حماية النشاط، وتصبح له قيمة مهمة إذا تمكن من إعطاء طابع خاص للسلع والخدمات المقدمة، فبالإضافة إلى تسهيل التعرف على هذه السلع، يمنح الشعار ضمانا بمجرد عرضه، إلى جانب تسهيل الاتصالات التسويقية، هذا علاوة على ما يشكله الشعار المشهور من عنصر جاذبية للمتلقين والمستهلكين على حد سواء⁽²⁾.

فرع سادس: الرسوم والنماذج الصناعية.

يعرف الرسم الصناعي بأنه المنظر الجمالي والزخرفي في سلعة ما يجعلها تظهر بمظهر جذاب تتميز به عن غيرها، ويعرف النموذج الصناعي على أنه الشكل الذي يجسد سلعة أو منتجا ما وغرضه تزييني لأجل إضفاء جاذبية على السلعة⁽³⁾.

وتنص المادة الأولى من الأمر رقم 86/66 المتعلق بالرسوم والنماذج⁽⁴⁾ على أنه: "يعتبر رسما كل تركيب خطوط أو ألوان يقصد بها إعطاء مظهر خاص لشيء صناعي أو خاص بالصناعة التقليدية، ويعتبر نموذجا كل شكل قابل للتشكيل ومركبا بالألوان أو بدونها أو كل شيء صناعي أو خاص بالصناعة التقليدية يمكن استعماله كصورة أصلية لصنع وحدات أخرى ويمتاز عن النماذج المشابهة له بشكله الخارجي".

(1) د/ رزوي صالح فرحة - الكامل في القانون التجاري الجزائري، المحل التجاري والحقوق الفكرية - مرجع سابق - ص من 100 إلى 103.

(2) د/ نعيم مغيب - مرجع سابق - ص 85.

(3) بهناس رضا - الحماية القانونية لعناصر الملكية الصناعية في ظل اتفاقية تريبس - المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية - المركز الجامعي بتسميلت - العدد 1 - 2016 - ص 55.

(4) الأمر رقم 86/66 المؤرخ في 28 أبريل 1966 المتعلق بالرسوم والنماذج - الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 35 - الصادرة بتاريخ 3 مايو 1966.

يشترط في النموذج أو الرسم أن يكون قابلاً للتطبيق الصناعي، كما يجب أن يكون الرسم أو النموذج جديداً ويكفي أن يكون كذلك في معظم جزئياته، كما يشترط أن يكون مبتكراً، إلى جانب شرط المشروعية بحيث لا يكون الرسم أو النموذج مخالفاً للنظام العام والآداب العامة⁽¹⁾.

قد يمثل الرسم أو النموذج أحد عناصر محل عقد الفرنشيز، وإن كانت هذه الرسوم والنماذج مسجلة وفق القوانين المعمول بها فوجب احترام القواعد المطبقة عليها⁽²⁾.

فرع سابع: الاسم على شبكة الإنترنت.

يعتبر اسم المؤسسة الوارد على شبكة الإنترنت بمثابة العلامة القانونية، كما هو الحال بالنسبة لاسمها التجاري، ويعتبر الاسم على شبكة الإنترنت موقعا ممتازا ومهما في تنمية الدور الاقتصادي والاجتماعي للمؤسسة وكذلك بالنسبة للخدمات والسلع التي تعرضها⁽³⁾.

مطلب ثاني: شروط المحل في عقد الفرنشيز.

يختلف المعقود عليه من عقد لآخر، فقد يكون شيئاً معيناً بذاته أو من المثليات، وقد ينصب التصرف على منقول أو على عقار، والمنقول قد يكون مادياً ملموساً، وقد يكون منقولاً معنوياً، وتختلف الأحكام المطبقة على كل نوع من هذه الأنواع، فما يشترط في العقار لا يشترط في المنقول، مثل الكتابة والتسجيل وأحكام الغبن وغيرها، وما يشترط في المنقول الحكمي لا يشترط في المنقول المادي، إذ الحق الوارد على المنقول الحكمي قسماً مالي يجوز التصرف فيه، وقسم لصيق بشخصية صاحبه لا يجوز التصرف فيه.

ولما كان المحل في عقد الفرنشيز منقولاً حكماً في الأساس، فإن له أحكاماً وشروطاً خاصة ندرسها في هذا المطلب، غير أن المنهجية تقتضي دراسة الشروط المتطلبة في المحل عموماً قبل التطرق للشروط الخاصة.

(1) د/ صلاح زين الدين - مرجع سابق - ص 211 إلى 216.

(2) د/ نعيم مغيب - مرجع سابق - ص 90.

(3) المرجع السابق - ص 90.

فرع أول: الشروط العامة للمحل.

نقصد بالشروط العامة للمحل تلك الشروط التي نظمها القانون المدني، حيث اشترط أن يكون المحل موجودا أو ممكن الوجود في المستقبل، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، وأن يكون غير مستحيل استحالة مطلقة سابقة لتكوين العقد، وأن يكون غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، فإن تخلف أحد هذه الشروط بطل العقد.

أولاً: أن يكون المحل موجوداً أو قابلاً للوجود.

إذا كان محل الالتزام هو نقل أو إنشاء حق عيني، فيجب أن يكون الشيء الذي تعلق به الحق العيني موجوداً، قبل نشوء الالتزام أو أثناءه، كما يكفي أن يكون الشيء ممكن الوجود بعد نشوء الالتزام المتعلق به⁽¹⁾، فإذا كان الشيء غير موجود على هذا النحو فإن العقد لا يقوم لتخلف ركن المحل، ويكون الشيء غير موجود إذا انعدم أصلاً، فلا هو موجود حالاً ولا يمكن أن يوجد في المستقبل⁽²⁾، ومثاله أن يرخص المانع للمتلقي ببراءة اختراع أو معرفة فنية لا زال لم يتوصل إليها ولا يملك المؤهلات لذلك، وقد يكون الشيء موجوداً لكن يهلك قبل انعقاد العقد أو أثناءه، ومثاله أن يرخص المانع في عقد الفرنشيز للمتلقي بمعرفة فنية انكشف أمرها للناس كافة، أو بعلامة أو براء اختراع انقضت مدة حمايتها المقررة قانوناً.

يكون العقد في هذه الأمثلة جميعاً باطلا لعدم وجود المحل أثناء انعقاده، خاصة إذا قصد المتعاقدان أن يقع التزام المانع على شيء موجود، فإذا قصداً أن يقع الالتزام على شيء مستقبل فإن العقد ينشأ صحيحاً متى كان ممكن الوجود، أما إن كان هلاك المحل قد وقع بعد انعقاد العقد فإنه يفسخ بسبب عجز أحد المتعاقدين عن الوفاء بما التزم به⁽³⁾، ومن ذلك ما نصت عليه المادة 369 من القانون المدني الجزائري بقولها: "إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بتسلم المبيع."، ومثال ذلك أن يرخص المانع للمتلقي في عقد الفرنشيز بمعرفة فنية كانت سرية ثم كشفت بعد انعقاد العقد فإن العقد يفسخ، لأن أساس المعرفة الفنية أن تكون سرية.

(1) د/ بلحاج العربي - مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري - الجزء 1 - مرجع سابق - ص 496.

(2) د/ فيلاي علي - مرجع سابق - ص 169.

(3) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام - ص 376.

يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً كما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 92 من القانون المدني الجزائري، التي جاء فيها: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً"، والشيء المستقبلي قد يكون محقق الوجود، ومثاله أن يرخص المانع للمتلقي ببراءة اختراع هو بصدد تطويره أو يرخص له باختراع موجود وبالتحسينات التي ستطرأ عليه، فالتحسينات غير موجودة حالاً لكنها ممكنة الوجود مستقبلاً، أو أن يرخص المانع للمتلقي بتركيبات لم ينفذها بعد في شكل معرفة فنية، فكل هذه الأمور غير موجودة لكنها محققة الوجود في المستقبل.

قد يكون الشيء المستقبلي محتمل الوجود، ومثاله أن يرخص المانع للمتلقي فرنشيز ببراءة اختراع لم يتوصل إليه، أو معرفة فنية لم يتوصل إليها بعد، أو بنموذج صناعي لازال لم يضع له المخططات النظرية، ويكون عقد الفرنشيز في هذه الحالة معلقاً على شرط واقف هو تحقق وجود الشيء المرخص به، فإذا وجد اعتبر عقد الفرنشيز منعقداً، أما إذا لم يتحقق وجود الشيء المرخص به فيعتبر الشرط الواقف قد تخلف ولا ينعقد عقد الفرنشيز، وينعقد العقد من يوم تحقق وجود الشيء ولا يمكن أن يسري بأثر رجعي لأن عقد الفرنشيز من عقود المدة، ولا يمكن أن يلزم المتلقي بدفع مقابل معرفة فنية لم يتم باستغلالها خلال المدة التي سبقت وجودها، إلا إذا كان العقد يشمل نقل ملكية آلات ووسائل للمتلقي فإن العقد يسري بأثر رجعي بالنسبة لها ويعتبر منعقداً من يوم إبرامه.

غير أن المشرع قد يحظر التعامل في بعض الأشياء المستقبلية، ومثال ذلك ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 92 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه: "غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون".

منع المشرع الجزائري في هذه المادة التعامل في تركة إنسان حي، ويشمل المنع كل تعامل سواء كان بيعاً، أو رهناً، أو هبة، أو قسمة، أو مقايضة، أو صلحاً، أو إيجاراً، أو غيرها من التعاملات، ويستوي في ذلك أن يتم هذا التصرف من الوارث أو الموصى له أو المورث نفسه، ومثاله أن يتنازل ابن عن نصيبه في تركة أبيه الذي لازال حياً لابن عمه بمقابل، أو أن يتم التعامل بين وارث وآخر، ومثاله أن يكون التنازل في مثالنا السابق من الابن لأخيه، ويسري المنع

حتى ولو كان التعامل بين المورث نفسه ووارث له، فيشترط له نصيبا أكثر أو أقل مما يستحقه قانونا⁽¹⁾.

والحكمة في منع المشرع التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة هو منع المضاربة على موت المورث، والمضاربة على حياة الإنسان تعتبر مخالفة للأداب العامة⁽²⁾، ويعود أساس هذا المنع القانوني إلى القانون الروماني، الذي كان يهدف إلى حماية المورث، لذلك أجاز التعامل في التركة إذا كان المورث طرفا فيه أو وافق عليه، غير أن التشريعات الحديثة ومنها القانون الجزائري منعت التعامل في تركة الإنسان ولو كان ذلك برضاه، لأنها تهدف إلى حماية المورث إلى جانب حماية الوارث نفسه، فقد يكون الوارث سفيها نزقا ينفق أموالا لم يبذل عليها أي جهد فيجعله ذلك فريسة سهلة للمضاربين، ولو أبيع له التعامل فيما سيرثه فإنه سيتنازل عنه بأبخس الأثمان⁽³⁾.

وإن نحن أمعنا النظر في المادة 92 من القانون المدني الجزائري، وقمنا بتطبيقها على عقد الفرنشيز فإننا نجد الفقرة الأولى منها تمثل حماية للمتلقي، فتجعل العقد باطلا إذا كان أحد عناصر الملكية الفكرية المرخص بها أو كلها غير موجودة أثناء العقد، ويكون الأمر نفسه إذا كانت مستحيلة الوجود في المستقبل، لكن إن كانت محتملة الوجود فيكون العقد موقوفا لمصلحة المتلقي، فإن وجدت بعد ذلك اعتبر العقد منبرما منذ تاريخ العقد في الأشياء التي يكون التزام المانح فيها نقل ملكية إلى المتلقي مثل الآلات والمواد المصنعة ونصف المصنعة، ويعتبر العقد منبرما من يوم تحقق وجود الأشياء التي يكون فيها محل التزام نقل حق انتفاع فقط مثل المعرفة الفنية والعلامة، لأن العقد بالنسبة إليها زمني ويحسب المقابل فيها على أساس المنفعة التي يحصل عليها المتلقي، أما إذا لم يتحقق وجود هذه الأشياء في المستقبل فإن العقد يعتبر وكأن لم يكن.

ثانيا: أن يكون المحل ممكنا.

تنص المادة 93 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إن كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام والأداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا".

(1) د/ محمود عبد الرحمن محمد - مرجع سابق - ص 168.

(2) د/ علي علي سليمان - مرجع سابق - ص 70.

(3) د/ محمد صبري السعدي - مرجع سابق - ص 215.

ترجع الاستحالة أحيانا إلى الاعتبارات الشخصية للمتعاقد فتكون نسبية، وقد تتعلق الاستحالة باعتبارات موضوعية فتكون حينئذ مطلقة، بحيث يعجز كل الأشخاص عن القيام بمحل الالتزام، وهذه هي التي يترتب عليها بطلان العقد بطلانا مطلقا⁽¹⁾.

فإن التزم شخص مثلا بعمل فني يكون مستحيلا عليه، لأن هذا العمل يحتاج إلى قدر معين من الطاقة والمعرفة التي تتوافر لغيره فتجعل العمل ممكنا بالنسبة لهذا الأخير، فإن الالتزام هنا لا يكون باطلا، ولكن يبقى لصاحب الحق أن يطالب بتعويض ما أصابه من ضرر جراء ذلك، كما يجوز له المطالبة بفسخ العقد إذا كان ملزما للجانبين، إلا إذا كانت الاستحالة لاحقة ولا يد للمدين فيها فلا تعويض عليه⁽²⁾.

أما إن كانت الاستحالة راجعة إلى أسباب موضوعية، فإنها قد تكون طبيعية كأن يلتزم شخص بلمس الشمس أو ببيع منزل قد تهدم أو ماشية نفقت، وقد تكون الاستحالة قانونية، ومثالها أن يلتزم محامي باستئناف حكم فاتت فيه المواعيد وأصبح غير قابل للاستئناف، وسواء كانت الاستحالة المطلقة طبيعية أو قانونية فإنها تحول دون نشأة الالتزام ويكون العقد باطلا⁽³⁾.

يتضح لنا مما تقدم أن الاستحالة النسبية لا تجعل العقد باطلا سواء كانت سابقة لنشوئه أو لاحقة عليه، وإنما تجعل العقد قابلا للفسخ إن كان ملزما للجانبين، مع إلزام المدين بالتعويض في الحالتين إلا إذا كانت الاستحالة اللاحقة لإبرام العقد لا يد له في وقوعها، في حين تجعل الاستحالة المطلقة العقد باطلا بطلانا مطلقا إذا كانت سابقة عليه، وتجعله منفسخا إن كان ملزما للجانبين إذا كانت لاحقة لإبرامه، مع التزام المدين بتعويض ما أصاب الدائن من ضرر ما لم يثبت السبب الأجنبي⁽⁴⁾.

ومثال الاستحالة النسبية في عقد الفرنشيز أن يتعهد المانح بتقديم مساعدة تقنية بإرسال مدربين وتقنيين فنيين إلى منشأة المتلقي، ثم يتبين للأخير أن المانح لا يملك هذا النوع من المدربين والتقنيين فيكون من حق متلقي الفرنشيز أن يطالب بفسخ العقد أو أن يكتفي بالتعويض دون الفسخ، ومثال الاستحالة المطلقة أن يتعهد المانح بإعطاء المتلقي حق حصرية الاستغلال في

(1) د/ خليل أحمد قداة - مرجع سابق - ص74؛ د/ سمير عبد السيد تناغو - مرجع سابق - ص70.

(2) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام - ص384.

(3) د/ محمد صبري السعدي - مرجع سابق - ص210.

(4) د/ محمود عبد الرحمن محمد - مرجع سابق - ص169، 170.

منطقة ما فيجد الأخير أن متلقين غيره يتمتعون بنفس هذا الحق على ذات المنطقة، أو أنهم غير ممنوعين وفق اتفاقاتهم مع المانح على استغلال الفرنشيز فيها، فيكون في هذا الفرض عدم منافسة المتلقي مستحيلا استحالة مطلقة ويفقد شرط الحصرية الإقليمية كل أثر، فيكون العقد باطلا بطلانا مطلقا، هذا إن كانت هذه الاستحالة سابقة على نشوء عقده، أما إن كانت تابعة له فللمتلقي اللجوء إلى أحكام ضمان التعرض القانوني الصادر من الغير ويطالب المانح بفرض احترام حقه في الحصرية مع تعويضه عما لحقه من ضرر جراء الإخلال بحقه هذا، كما يجوز له المطالبة بفسخ العقد مع التعويض بسبب إخلال المانح بالتزامه بضمن التعرض القانوني الصادر من الغير.

ثالثا: أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين.

تنص المادة 94 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً. ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن تبين ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر التزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط".

إذا التزم شخص بالقيام بعمل أو امتناع عن عمل فيجب أن يكون ما التزم به معيناً، أو على الأقل أن يكون قابلاً للتعيين⁽¹⁾، فإذا التزم مانح بتقديم مساعدة تقنية للمتلقي فلا بد أن يبين في أي مجال تكون وكيفية تقديمها هل تتم بدورة تكوينية لعمال المتلقي في مصانع المانح أو بإرسال مدربين وتقنيين إلى منشأة المتلقي لتدريب عماله، وإذا التزم المانح بعدم المنافسة فلا بد أن يبين النطاق المكاني والزمني لهذا الالتزام وهل يقتصر عليه هذا المنع أم يشمل المتلقين الآخرين أيضاً، فإذا كانت التزامات المانح معينة على هذا النحو أو كان من الممكن تعيينها من ظروف التعاقد يكون عقد الفرنشيز صحيحاً، أما إذا لم يبين المانح مدى التزامه بالمساعدة الفنية ولا كيف تتم، أو مدى التزامه بعدم المنافسة وتحقيق شرط الحصرية للمتلقي، ولم يمكن تعيين مثل هذين الالتزامين من ظروف التعاقد أو من العرف فإن عقد الفرنشيز يكون باطلاً لعدم تعيين جزء من محله.

(1) د/ خليل أحمد قدارة - مرجع سابق - ص 77.

أما إذا كان محل الالتزام شيئاً، فإن تعيينه يختلف من الأشياء المعينة بذاتها إلى الأشياء المعينة بنوعها، فيتم تعيين القيميات تعييناً نافياً للجهالة⁽¹⁾، ومن ذلك نص الفقرة الأولى من المادة 352 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها: "يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً، ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه."، أما إن كان محل من الأشياء المثلية، التي لها نظير في السوق بتفاوت بينها أو بتفاوت يسير ليس ذا أهمية، ويقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، فوجب تعيين نوعها وجنسها ومقدارها وجودتها عند الاقتضاء⁽²⁾.

ذكرت المادة 94 من القانون المدني الجزائري تعيين النوع في النص العربي وتعيين الجنس في النص الفرنسي والمقصود هو تعيين الجنس، لأنه مكون رئيس في الشيء المثلي وإهماله يمنع قيام العقد⁽³⁾، ذلك أنه يجب معرفة الجنس قبل معرفة النوع إذ لا يمكن معرفة نوع الشيء قبل معرفة جنسه، فإذا قلنا قمح هندي، يكون القمح هو الجنس والهندي هو النوع⁽⁴⁾.

نصت المادة 686 من القانون المدني الجزائري على أن: "الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد، أو المقياس أو الكيل أو الوزن."، فلا بد إذن من تحديد مقدار الشيء المثلي إذا كان محلاً للالتزام، ويكفي أن يعين جنس ونوع الشيء المثلي دون مقداره إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره، ومثاله أن يلتزم مورد بتوريد الغذاء الكافي لمدرسة أو مشفى، فإن المقدار هنا يكون قابلاً للتعيين على أساس عدد تلاميذ المدرسة أو عدد أسرة المشفى⁽⁵⁾.

(1) د/ سمير عبد السميع تتاغو - مرجع سابق - ص 82.

(2) د/ أحمد أنور محمد - المحل في عقد الامتياز التجاري (دراسة مقارنة) - منشورات الحلبي الحقوقية - لبنان - 2010 - ص 90.

(3) د/ فيلاي علي - مرجع سابق - ص 178، 179.

(4) د/ علي علي سليمان مرجع سابق - ص 22.

(5) د/ سمير عبد السيد تتاغو - مرجع سابق - ص 73.

يجب إلى جانب تحديد جنس ونوع الشيء المثلي تحديد جودته، فإن لم تعين ولم يمكن استنتاجها من ظروف التعاقد أو العرف، فإنه يجب على المدين أن يقدم شيئاً من صنف متوسط، حتى لا يغبن بتقديم شيء من نوع جيد، ولا يغبن الدائن بإجباره على قبول شيء من نوع رديء⁽¹⁾.

نستنتج من هذه الأحكام مجتمعة أنه لا بد من تعيين محل التزام المانح في عقد الفرنشيز وإلا كان العقد باطلا لمصلحة المتلقي، فيجب أن تعين براءة الاختراع التي سيرخص بها المانح، خاصة إذا كان يملك عدة اختراعات، وإذا كان المحل يشمل معرفة فنية فلا بد أن يعينها تعييناً كافياً، وهذا ما يتضمنه الالتزام بالإعلام المسبق في عقد الفرنشيز الذي سيأتي تفصيله في الباب الثاني، وإذا كان المانح يستعمل علامته على منتجين من صنفين مختلفين فعليه أن يعين الصنف الذي يشمل الترخيص، وهكذا في كل التزامات المانح الأخرى.

رابعاً: أن يكون المحل مشروعاً.

تنص المادة 93 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته أو مخالفاً للنظام العام والآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً".

يتضح من هذه المادة أن العقد يكون باطلاً إذا كان المحل فيه مخالفاً للنظام العام والآداب العامة، وإن كان المشرع قد ذكر النظام العام والآداب العامة في غير ما موضع من القانون إلا أنه لم يحددهما ولم يعط أمثلة عنهما تاركاً ذلك للفقهاء والقضاء.

يقصد بالنظام العام المصالح العامة السياسية والاجتماعية والاقتصادية والخلقية التي ترتبط بالنظام الأعلى للمجتمع وتعلو على المصلحة الخاصة لكل شخص، ويجب على كل فرد في المجتمع مراعاة هذه المصلحة العامة ولو كان الاتفاق على خلافها يحقق له منافع فردية، إذ لا يجوز التضحية بمصلحة عامة لتحقيق مصلحة خاصة⁽²⁾.

يعتبر النظام العام أوسع نطاقاً من القواعد الآمرة التي تتصل به، فهي فكرة فضفاضة تستعصي على التعريف والتحديد، لذلك لم يرد لها تعريف جامع مانع لتباين آراء الفقهاء واختلافهم

(1) د/ محمد صبري السعدي - مرجع سابق - ص 217.

(2) د/ أحمد أنور محمد - مرجع سابق - ص 90، عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام - ص 326.

في تحديد مفهومها ومداهما، الذي يختلف باختلاف أنظمة الحكم والتيارات الفكرية التي تسود المجتمعات، لذلك اختلف النظام العام من مجتمع لآخر ومن زمن لآخر (1).

ينطبق ما قلناه في النظام العام على الآداب العامة على اعتبارها جزء منه، فهي تمثل المصلحة الخلقية في المجتمع، لذلك نجدتها تختلف من مكان لآخر ومن زمن لآخر في نفس المكان، وأساس الآداب العامة هو الرأي العام وما يتأثر به من مبادئ عليا أخلاقية واجتماعية مبنية على الدين والعادات والأعراف السائدة فيه (2).

يتضح لنا من خلال دراسة هذا الشرط أنه قرر لحماية المجتمع بالحفاظ على الأسس التي يقوم عليها، فلا يجوز لمتلقي جزائري التعاقد مع مانح فرنشيز من أجل تصنيع أسلحة أو أدوية غير مرخصة، أو أن ينتج منتجا مخالفا للآداب العامة مثل تصنيع أو توزيع الدمية الجنسية أو ما اصطلح عليه بالزوجة البديلة، ولا يجوز أن يكون محل عقد الفرنشيز صناعة أدوية تساعد على الإجهاض.

يمكن للمتلقي الحصول على عقد فرنشيز على أن يكيّفه مع مقتضيات النظام العام والآداب العامة في دولته، فيجوز له مثلا الحصول على عقد فرنشيز في مجال الفندقية مثل الشيراتون والهلتون وغيرها، لكن دون أن يكون مماثلا تماما لما هو عليه الفندق في الدولة التي نشأ فيها، بحيث يكون تنظيمه والخدمات التي يقدمها تتماشى مع الأنظمة والقوانين والآداب السائدة في دولة المتلقي.

إن كان الأساس في اشتراط مشروعية المحل هو ضمان حماية المجتمع، فإن عدم مخالفة شروط العقد للنظام العام قد تكون مقررة لحماية المتلقي، ومن ذلك أن يشترط المانح على المتلقي أن لا يطالب بتعديل العقد ولو طرأت حوادث استثنائية عامة تجعل تنفيذ المتلقي لالتزاماته مرهقا له، أو أن يشترط المانح على المتلقي أن لا يلجأ إلى القضاء لتعديل أو إلغاء الشروط التعسفية في عقد الفرنشيز مع أن هذا العقد من عقود الإذعان، أو أن يعفي المتلقي نفسه من المسؤولية عن خطئه الجسيم، وغيرها من الشروط التي تكون مخالفة للنظام العام فتبطل جميعها حماية للمتلقي.

(1) د/ غالب علي الداودي - مرجع سابق - ص 83، 85.

(2) د/ محمد صبري السعدي - مرجع سابق - ص 218؛ د/ غالب علي الداودي - مرجع سابق - ص 90.

فرع ثاني: الشروط الخاصة بالمحل في عقد الفرنشيز.

أدت خصوصية المحل في عقد الفرنشيز إلى وجوب توافر شروط خاصة تختلف عن شروط المحل التي نظمها القانون المدني، وأهم ما أضفى على المحل خصوصيته كونه مالا معنوياً، إذ أهم عناصر المحل في هذا العقد هي المعرفة الفنية وعناصر الملكية الفكرية الأخرى مثل براءة الاختراع والعلامة والرسم والنموذج وغيرها، فبغيابها لا يعتبر العقد عقد فرنشيز.

أولاً: أن ينقل المانح معرفة فنية مطابقة لما لديه إلى المتلقي.

يلتزم المانح في عقد الفرنشيز بنقل المعرفة الفنية إلى المتلقي، وهو الالتزام الرئيس له والأكثر أهمية في عقد الفرنشيز، وعدم وفاء المانح بهذا الالتزام يؤدي إلى بطلان العقد لمصلحة المتلقي لغياب السبب بالنسبة إليه⁽¹⁾.

ذلك أن المعرفة الفنية تعطي المتلقي الميزة التي ينقلها إليه المانح، والقيمة التي تضاف إلى مؤسسة المتلقي التي تضمن نجاحه، فبدون معرفة فنية لا يمكن تكييف الاتفاق بين المانح والمتلقي على أنه عقد فرنشيز⁽²⁾.

ولأن المعرفة الفنية شيء معنوي غير محدد ولا مجسد في وثيقة أو مسجل كما هو الحال في براءة الاختراع أو العلامة التجارية، فإنه يثور الإشكال في قابليتها للنقل، ومع ذلك أقرت المنظمة العالمية للتجارة في مراكش عام 1994 أن المعرفة الفنية تصلح محلاً للحقوق، وتركت التكييف القانوني لها وللحقوق الواردة عليها للفقهاء والقضاء⁽³⁾.

حاول الفقهاء وضع الآليات العقدية التي تنظم الترخيص المؤقت باستعمال واستغلال المعرفة الفنية وبيعها، مع بقاء المالك الأصلي للمعرفة الفنية مستمراً في استغلالها، وهذا يعتبر خروجاً عن القواعد العامة المعروفة في البيع الذي ينقل الملكية وينقل معها حق استغلال الشيء الذي ترد عليه إلى المشتري، ويصطدم بصعوبة استيعابه في البناء التقليدي للحق⁽⁴⁾.

(1) François Luc Simon – théorie et pratique du droit de la franchise – p166.

(2) Louis VOGEL – op.cit – p123.

(3) د/ محمد محسن إبراهيم النجار – مرجع سابق – ص3.

(4) د/ ياسر سيد الحديدي – مرجع سابق – ص73.

تكون المعرفة الفنية تطبيقية قابلة للنقل، وغير معروفة لدى عامة الناس، ولم يؤخذ عليها براءة اختراع، وهي تعطي لصاحبها ميزة تنافسية⁽¹⁾، ومن هذا التعريف نستنبط الشروط الخاصة بالمعرفة الفنية التي تكون محلا للترخيص.

ولما كانت المعرفة الفنية أحد أهم أسس المحل في عقد الفرنشيز بل قد تكون هي المحل، فإن الفقهاء قد اشترطوا لها شروطا حتى تكون محلا للتعاقد. ونذكر أهم هذه الشروط في ما يلي:

أ- يجب أن تكون المعرفة الفنية معرفة ومطابقة:

يجب تحديد المعرفة الفنية، أي لأبد من وصفها بطريقة كاملة بما فيه الكفاية لتمكين المتلقي من التحقق مما إذا كانت تفي بشروط السرية والأهمية، ويعكس هذا الشرط الالتزام بالإعلام قبل التعاقد الذي يفرض على المانح، كما يفرضه واجب الشفافية في العلاقات التعاقدية، وبالتالي يجب أن تتحقق جميع المعلومات التي تشكل المعرفة الفنية من أجل تسهيل دراستها من قبل المتلقي، لذا يجب أن تكون مجسدة في وثائق يقدمها المانح إلى المتلقي وقت توقيع العقد، وبما أن هذا يبدو متناقيا مع شرط السرية، فمن الضروري إيجاد حل توفيقى بين هاتين الضرورتين، فمن أجل الحفاظ على السرية يمكن أن لا يكشف المانح في الوثائق التعاقدية عن جميع عناصر المعرفة الفنية، فالمواد المكتوبة ليست الوسيلة الوحيدة لنقل الدراية الفنية، إذ يمكن نقلها عن طريق تدريب المتلقي وموظفيه، وتزويده بالصور الفوتوغرافية والأفلام وأشرطة الفيديو⁽²⁾.

ب- أن تكون المعرفة الفنية قابلة للنقل:

تعتبر قابلية المعرفة الفنية للنقل من أهم خصائصها التي تميزها، ورغم أنها تشترك في هذه الميزة مع براءة الاختراع إلا أنها أكثر دقة وبلوغا للمعنى الذي يدل على مضمون النقل وهدفه⁽³⁾.

تكون المعرفة الفنية قابلة للنقل دون حاجة لنقل حائزها، وهذا ما يميزها عن المهارة التي تكون لصيقة بالشخص⁽⁴⁾، وهي تتميز بهذا أيضا عما يسمى بالسر الصناعي الذي لا ينقل إلا في

(1) Zoubeir MRABET – op.cit – p37.

(2) Amandine BOUVIER – op.cit – p78.

(3) د/ محمود الكيلاني – مرجع سابق ص104.

(4) يوسف جيلالي – مرجع سابق – ص159؛ د/ فيصل عباس الرشيدى؛ د/ عبد الرحمان حمود المطيري – مرجع سابق – ص318.

حدود ضيقة لا تكاد تتعدى المنشأة التي تملكه وفروعها، ويشمل نقل المعرفة الفنية نقل القدرة على الإنتاج مع استيعاب جيد لها والسيطرة عليها⁽¹⁾.

تختلف طرق نقل المعرفة الفنية من عقد فرنشيز لآخر، فإما أن تنتقل شفاهة، أو عن طريق دورات تدريبية للمتلقين وعماله في منشأة المانح، أو أن يرسل الأخير مدربه وتقنييه إلى منشأة المتلقي لتدريب عماله على المعرفة الفنية، وقد يتم نقل المعرفة الفنية كتابة بتضمينها في مستندات تشرح المعرفة الفنية شرحاً مفصلاً، وقد أولى القضاء أهمية كبيرة للتسليم المادي لهذه المستندات باعتبارها تضمن نقل المعرفة الفنية، ومن ذلك حكم محكمة باريس بتاريخ 20 ديسمبر 1995، الذي وصف هذه المستندات بأنها أداة عملية لنقل المعرفة الفنية وما ارتبط بها من خلال ما تتضمنه من معلومات ورسومات وبيانات، كما أكد القضاء على وجوب نقل المعرفة الفنية في بداية العلاقة التعاقدية، ومن ذلك ما جاء في حكم لمحكمة باريس صادر بتاريخ 10 مارس 1989، الذي أخذ على المانح تأخره في نقل المستندات التقنية الضرورية للمتلقي رغم أنه نقل إليه المعرفة الفنية⁽²⁾.

ج- أن تكون المعرفة الفنية سرية:

لا يعني هذا الشرط أن تكون المعرفة الفنية مطلقة السرية إذ يمكن أن تكون معلومة لدى قلة من المستغلين بفرع النشاط، ولا تقتصر نسبية السرية في المعرفة الفنية على الأشخاص الذين يعملون بها، وإنما يطال محتوى الابتكارات ذاته، إذ قد تقتصر السرية على توليفة أو تركيبة جديدة لعناصر معروفة من قبل⁽³⁾.

وتأكيداً لهذا جاء في حكم صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 13 جويلية 1966 أن: "المعرفة الفنية هي الكشف لمؤسسة صناعية عن طريق التصنيع، أو مهارات يدوية كانت تجهلها

(1) عبد المهدي كاظم ناصر؛ نظام جبار طالب - المعرفة الفنية وأثرها في عقد الفرنشيز - مجلة جامعة بابل - جامعة بابل - المجلد 17 - العدد 2 - 2009 - ص 283.

(2) د/ ياسر سيد الحديدي - مرجع سابق - ص 73 إلى 85.

(3) يوسف جيلالي - مرجع سابق - ص 159؛

ولم تكن لتكتشفها بنفسها إلا عن طريق أبحاث شاقة ومكلفة، بحيث أن ما يمنحه المتعاقد لشريكه في العقد يعتبر ميزة يمكن تقديرها وأن يعلق دفعها واستخدامها على دفع أتاوى ما.⁽¹⁾

د - أن تكون المعرفة الفنية أصيلة:

تكون المعرفة الفنية أصيلة إذا أضافت قيمة جديدة للمتلقي تعطيه ميزة على منافسيه، وهي تختلف عن براءة الاختراع في عنصر الجودة، إذ يكفي استغلال جديد لعناصر المعرفة الفنية لتعتبر جديدة⁽²⁾.

أكدت أحكام القضاء على أهمية هذا الشرط، ومنها الحكم الصادر عن محكمة "بروسوير" "Bressuire" في 19 يوليو 1973 التي حكمت ضد المانع لأن الطرق التي قام باختيارها كانت تدخل في الدومين العام ولم تتحقق فيها الأصالة⁽³⁾، ومنها قرار صادر عن محكمة استئناف فرنسية في 9 أكتوبر 1990، حكمت فيه ببطلان عقد الفرنشيز لاعتبار المعرفة الفنية غير أصيلة⁽⁴⁾.

هـ - أن تكون المعرفة الفنية مجربة ومختبرة:

يجب في كل العقود بصفة عامة التحلي بحسن النية في التعامل مع الطرف الآخر، لذلك يقع على المتعاقد التزام بتقديم جميع المعلومات الضرورية لاستغلال محل التعاقد، وينطبق الأمر ذاته على عقود الفرنشيز، وعلى هذا الأساس يكون المانع ملزماً بتقديم كل المعلومات الضرورية للمتلقي لكي يقوم بالاستغلال الأمثل لمحل عقد الفرنشيز، بعد أن يكون المانع قد تأكد من فاعلية المعرفة الفنية في تحقيق النجاح من خلال عدة تجارب سابقة، ويتم ذلك في وحدة أو عدة وحدات نموذجية تعتبر بمثابة عينة اختبار لإظهار مزايا وعيوب هذه المعرفة، ويكون هذا الالتزام الملقى على عاتق المانع مستمراً إذ يكون عليه تطوير المعرفة الفنية بما يتماشى مع مستجدات السوق، وينقلها إلى المتلقي تنفيذاً لالتزامه بتقديم المساعدة التقنية للأخير⁽⁵⁾.

(1) د/ ياسر سيد الحديدي - مرجع سابق - ص 93.

(2) د/ سمير عبد السميع الأودن - مرجع سابق - ص 151.

(3) د/ ياسر سيد الحديدي - مرجع سابق - ص 97.

(4) Louis VOGEL - op.cit - p124.

(5) Amandine BOUVIER - op.cit - p77, 78.

و- أن لا يسجل على المعرفة الفنية براءة اختراع:

لأن تسجيل براءة على المعرفة الفنية يزيل عنها السرية، وتتغير طبيعة الحق الذي يرد عليها من حق ملكية لمضمون المعرفة الفنية إلى الحق المستمد من شهادة براءة الاختراع، لكن هذا لا يمنع من أن تكون المعرفة الفنية مكتملة لبراءة اختراع ومرتبطة بها، مادامت تبقى سرية وتتوفر على المقومات الأخرى التي ذكرناها سابقاً⁽¹⁾.

ينقل المانع إلى المتلقي المعرفة الفنية إذا اجتمعت فيها هذه الخصائص، وليست هذه بالمهمة السهلة، خاصة إذا كان لا بد أن يتزامن نقلها مع نقل باقي العناصر المادية التي يشملها عقد الفرنشيز، وأن تكون هذه المعرفة مطابقة تماماً لما تم الاتفاق عليه بين المانع والمتلقي، مع ضرورة استيعاب هذا الأخير لها، لذا يكون التزام المانع في نقل المعرفة الفنية التزاماً بتحقيق نتيجة، ويكون مسؤولاً عن نقل جميع عناصر المحل بصورة مماثلة لما لديه وإلا اعتبر مخالفاً بالتزامه⁽²⁾، وجاز للمتلقي المطالبة بإبطال العقد دون الإخلال بحقه في التعويض.

يتم نقل المعرفة الفنية بتسليمها، والتسليم يكون في الوقت الذي عينه المتعاقدان، فإذا لم يعين المتعاقدان صراحة ميعاد التسليم، فقد يفهم أنهما أحالا على العرف في تعيين هذا الميعاد، والعرف يختلف باختلاف محل الالتزام⁽³⁾.

ويكون تسليم المعرفة في عقود الفرنشيز عن طريق تسليم المستندات أو تدريب المتلقي وعماله في منشأته أو منشأة المانع، ويعود للطرفين تحديد طريقة ومكان وزمان التسليم، ويجب أن يكون ذلك موافقاً للغرض الذي تم الاتفاق عليه، فيتم تسليم كل عنصر بالتزامن مع غرضه، والمانع ملزم في جميع الأحوال بتسليم المعرفة الفنية بطريقة تتناسب مع طبيعتها والغرض الذي ينشده المتلقي منها⁽⁴⁾.

(1) د/ فيصل عباس الرشيدى؛ د/ عبد الرحمان حمود المطيري - مرجع سابق - ص318.

(2) د/ نداء كاظم محمد المولى - مرجع سابق - ص77.

(3) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية - الجزء 6 - الحلبي الحقوقية - لبنان - الطبعة 3 - 1998 - ص332.

(4) د/ نداء كاظم محمد المولى - الآثار القانونية لعقد نقل التكنولوجيا - دار وائل - الأردن - 2003 - ص79، 80.

يتم التسليم حسب المادة 282 من القانون المدني الجزائري في المكان الذي اتفق عليه المتعاقدان أو في المكان الذي كان الشيء المعين بذاته موجودا فيه أثناء نشوء الالتزام، فإذا لم يكن محل الالتزام شيئا معينا بذاته يكون التسليم في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز مؤسسته إذا كان الالتزام متعلقا بهذه المؤسسة، وعليه يكون نقل المعرفة الفنية في مؤسسة المانح بانتقال المتلقي وعماله إليها من أجل التدريب على المعرفة الفنية، أو بأن يرسل المانح فنييه إلى مؤسسة المتلقي ليلقنوا هذا الأخير وعماله المعرفة الفنية، حسب اتفاقهما، أما إن لم يرد اتفاق بهذا الشأن في عقد الفرنشيز فيتم نقل المعرفة الفنية في مؤسسة المانح.

لا يكفي أن ينقل المانح معرفة فنية إلى المتلقي، بل يجب أن تكون مطابقة تماما لما تم الاتفاق عليه، غير أن مطابقة المعرفة الفنية لا يمكن أن يظهر إلا بعد مدة من الزمن قد تطول وقد تقصر، ذلك أن هذا الأمر يحتاج سلسلة من التجارب التي يجب على المتلقي إجراؤها من أجل الوصول إلى النتيجة التي كان يريدها⁽¹⁾.

ثانيا: أن يقدم المانح مساعدة تقنية للمتلقي تمكنه من استيعاب المعرفة الفنية.

يلتزم المانح بتزويد المتلقي بمساعدة تقنية متواصلة طويلة مدة تنفيذ عقد الفرنشيز⁽²⁾ من أجل نقل المعرفة الفنية والكفاءات العامة والمتخصصة والخبرات، التي تتيح للمتلقي اكتساب التكنولوجيا، التي تمكنه من دخول عالم المنافسة، وتعطيه ميزة على غيره من منتجي التكنولوجيا تضمن له الاستمرار في السوق، وتحقق له الربح من استثماراته⁽³⁾.

يقع على المانح عبء تزويد المتلقي بكل العناصر الفنية محل الترخيص، وتشمل كافة المعلومات التطبيقية التي تلزم لاستيعاب المتلقي المعرفة الفنية، وذلك من خلال إمداده بالفنيين والخبراء لتدريب المستخدمين لديه على الاستغلال الأمثل للمعرفة الفنية، ومن ذلك تدريب المتلقي وعماله على تشغيل الأجهزة والآلات المستعملة في منشأته، والتدريب على صيانتها وإصلاحها إن

(1) د/ نداء كاظم محمد المولى - مرجع سابق - ص 83، 84.

(2) Dominique BASCHET - op.cit - p190.

(3) د/ بوجمعة سعدي نصيرة - عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي - ديوان المطبوعات الجامعية الجزائري - الجزائر - بدون سنة نشر - ص 212.

هي تلفت، إلى جانب تدريبه على الأساليب التقنية والحديثة في إدارة مشروعه وتصريف منتجاته أو تسويق خدماته⁽¹⁾.

تختلف أساليب تقديم المساعدة التقنية إلى المتلقي، فقد تكون على شكل كتيبات إرشادية تبين طريقة تشغيل الآلات وصيانتها وإصلاحها، وطريقة إدارة المشروع وتسويق المنتجات، إضافة إلى المجالات الدورية التي تحتوي تجارب المانح أو المتلقين الآخرين، ويتم نشر وتوزيع هذه المجالات على جميع أعضاء شبكة الفرنشيز، وقد تكون المساعدة التقنية مضمنة في أشرطة فيديو وبرامج كمبيوتر وأقراص صلبة أو مضغوطة أو وامضة، هذا إلى جانب تقديم الدورات التدريبية والمحاضرات والحلقات الدراسية والزيارات الميدانية، وتقديم الملحوظات حول الأشغال وتحسين وتجديد الآلات⁽²⁾.

تجدر الإشارة إلى أن المساعدة التقنية لا تمثل في حد ذاتها قيمة اقتصادية مثل المعرفة الفنية التي تعتبر قيمة اقتصادية قابلة للتنازل عنها، وهي تعتبر أشمل من المساعدة التقنية، وما هذه الأخيرة إلا تابعة لها⁽³⁾.

يرى البعض أن المانح غير ملزم بتقديم مساعدة تقنية إلى المتلقي في عقد الفرنشيز إلا إذا اتفقا على ذلك صراحة في العقد، ومن ذلك ما ذهب إليه المادة 77 من القانون التجاري المصري، التي جعلت المساعدة التقنية موقوفة على شرط طلب المتلقي لها، فإن لم يفعل لم تكن المساعدة التقنية شرطا في صحة محل عقد الفرنشيز⁽⁴⁾.

ذهب آخرون عكس السابقين وهم يرون أن المساعدة التقنية من مستلزمات عقد الفرنشيز، فبدونها لا يتمكن المتلقي من استيعاب المعرفة الفنية المنقولة إليه، ويكون المانح ملزما بها ولو استبعدها شرط في العقد، ويكون من حق المتلقي أن يطالب بفسخ العقد إن امتنع المانح عن تقديم المساعدة التقنية التي تعينه على فهم المعرفة الفنية، لأن هذه هي النتيجة التي يهدف إليها من

(1) د/ ياسر سيد الحديدي - مرجع سابق - ص162؛ د/ نعيم مغيب - مرجع سابق - ص99؛

Louis VOGEL - op.cit - p127, 128.

(2) د/ محمد محسن إبراهيم النجار - مرجع سابق - ص122؛ د/ فيصل عباس الرشيدى؛ د/ عبد الرحمان حمود المطيري - مرجع سابق - ص315.

(3) د/ نعيم مغيب - مرجع سابق - ص98.

(4) د/ جلال وفاء محمدين - الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا - مرجع سابق - ص49.

إبرامه عقد فرنشيز⁽¹⁾، وقد سبق القول أن تخلف هذه النتيجة يعتبر إخلالا من المانح بالتزامه بنقل المعرفة الفنية.

وقد أكدت محكمة باريس هذا الرأي الأخير في حكم لها، الذي اعتبر فيه أن واجب تقديم الإرشادات هو التزام يقع على عاتق مورد الآلة الإلكترونية، ويكون هذا الواجب أكثر إلحاحا إذا كانت معلومات الزبون أو المتلقي ناقصة أو منعدمة، أما إذا كان متلقي الفرنشيز يمتلك خبرة كافية في مجال العقد الذي أبرمه فلا يلزم المانح بتقديم المساعدة التقنية له إلا إذا اتفقا عليها في عقدهما، ومثال هذا الفرض الأخير أن نكون بصدد إبرام عقد فرنشيز بعد إنهاء العقد الأول فيما يسمى بتجديد العقد⁽²⁾.

غالبا ما لا يقتصر الترخيص في عقد الفرنشيز على المعرفة الفنية بل يشمل عناصر ملكية فكرية أخرى يمتلكها المانح، ومن هذه العناصر نجد براءة الاختراع، وما يصطلح عليه عند الفقهاء بالعلامة الفارقة، التي تشمل العلامة التجارية، والاسم التجاري، والعنوان، والرسوم والنماذج، وهذه العناصر جميعا تكون ضرورية لتطوير الفرنشيز وتمييز المنتج أو الخدمة عما ينافسهما⁽³⁾، لذلك يلزم المانح بنقل هذه العناصر أيضا إلى المتلقي متى كانت ضرورية في نظر المتعاقدين.

ثالثا: أن ينقل المانح علامته التجارية إلى المتلقي ويحافظ عليها طيلة سريان العقد.

قد يحوي عقد الفرنشيز ترخيصا باستعمال العلامة التجارية التي يملكها المانح، سواء كان ذلك يشمل كل أو بعض المنتجات أو الخدمات التي سجلت عليها العلامة التجارية، وقد يكون الترخيص باستعمال العلامة التجارية استثنائيا لمصلحة المتلقي وقد يكون غير استثنائي⁽⁴⁾.

تشترط المادة 17 من الأمر 06/03 المتعلق بالعلامات تحت طائلة البطلان أن يتضمن الترخيص باستعمال العلامة التجارية مدة الرخصة وتحديد السلع والخدمات التي تشملها والإقليم الذي يمكن استعمال العلامة في مجاله، أو نوعية السلع المصنعة والخدمات المقدمة من قبل حامل الرخصة، كما يلتزم المانح بإعادة تسجيل العلامة إن انتهت المدة الأولى لحمايتها، التي

(1) د/ ياسر سيد الحديدي - مرجع سابق - ص 158.

(2) د/ وليد عودة الهمشري - مرجع سابق - ص 101.

(3) سبيل جلول - مرجع سابق - ص 55.

(4) د/ عبد الله حسين الخشروم - مرجع سابق - ص 165.

تقدر بعشر سنوات من يوم التسجيل حسب المادة الخامسة من نفس الأمر، كل هذه النصوص تضمن حماية لحقوق المتلقي من خلال المحافظة على محل عقد الفرنشيز، ومنع المنافسة غير المشروعة لمؤسسة المتلقي بما يجنبه كل ضرر من خلال تحديد الإطار المكاني والزمني لاستغلاله.

رابعاً: نقل المانح اسمه التجاري إلى المتلقي.

يسمح المانح للمتلقي أن يستعمل اسمه التجاري على محله أو شركته، إذا كان عقد الفرنشيز يشمل الترخيص بالاسم التجاري الذي يملكه المانح⁽¹⁾، ويختلف الاسم التجاري عن العلامة التجارية في أن الأخيرة يجوز التصرف فيها منفصلة عن المحل التجاري، حسب المادة 14 من الأمر 06/03 المتعلق بالعلامات، في حين لا يجوز التصرف في الاسم التجاري منفصلاً عن المحل التجاري.

بما أن الاسم التجاري لا يجوز التصرف فيه إلا مع المحل التجاري فيجب أن يكون نقله مكتوباً في عقد رسمي وإلا كان العقد باطلاً، وامتنع انتقال الاسم التجاري إلى المتلقي، وهذا عملاً بنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري التي أوجبت إخضاع العقود الواردة على المحلات التجارية والصناعية أو أحد عناصرها - ومن عناصرها الاسم التجاري - إلى الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان، ولا تخفى أهمية الشكلية في حماية طرفي العقد، وما المتلقي إلا طرف في عقد الفرنشيز فتشمله هذه الحماية، التي سنفصلها لاحقاً عند الكلام في الحماية القانونية للمتلقي بتطبيق القواعد المتعلقة بركن الشكلية.

خامساً: أن ينقل المانح شعار مؤسسته إلى المتلقي.

يلزم المانح بالسماح للمتلقي باستخدام شعاره التجاري الذي أكسبه شهرة تجارية معينة، إن كان عقد الفرنشيز يشمل الترخيص بهذا الشعار⁽²⁾، ولا يخفى على أحد ما يلعبه الشعار من دور مهم في التعريف بالسلعة أو الخدمة التي يقدمها المتلقي وما يمثله من عنصر مهم في جذب الزبائن، وهذا يحقق له مصلحة مشروعة جديرة بالرعاية، ولما كان الشعار جزءاً من المحل أو المؤسسة التجارية أو الصناعية، فإنه يشمل ما قلناه سابقاً عن الاسم التجاري في وجوب توافر

(1) د/ ماجد عمار - مرجع سابق - ص 77.

(2) المرجع السابق - ص 78.

الشكالية التي تحمي حقوق المتلقي من تعرض المانح نفسه أو تعرض غيره من المتلقين الآخرين، مما يحميه من المنافسة.

سادسا: أن ينقل المانح الرسوم والنماذج إلى المتلقي.

قد يشمل عقد الفرنشيز ترخيصا باستعمال الرسوم والنماذج التي يملكها المانح، خاصة إذا كان لها دور مهم في تنفيذ العقد، فيقع حينها التزام على المانح بنقلها إلى المتلقي، والتزام بالمحافظة عليها من خلال تسجيلها قبل انتهاء مدة التسجيل الأولى، وأن يدفع المبالغ المستحقة لتمديد التسجيل⁽¹⁾، وكل هذا من أجل حماية حقوق المتلقي، وحتى لا يفقد امتيازها في الاستغلال الحصري للرسوم والنماذج بسبب امتناع المانح عن دفع الرسوم الواجبة للاحتفاظ بها أو بسبب عدم طلبه تمديد مدة حمايتها، مما يفقدها هذه الحماية.

سابعا: أن ينقل المانح إلى المتلقي براءة الاختراع والتحسينات التي يدخلها عليها.

إذا كان عقد الفرنشيز يشمل الترخيص ببراءة الاختراع، فإن المانح يكون ملزما بالتنازل عن حقه الاستثنائي في استغلال اختراعه للمتلقي في الحدود المنقولة عليها في عقد الفرنشيز، وقد يكون الترخيص كلياً أو جزئياً، أو بسيطاً أو استثنائياً، ويكون بسيطاً إذا احتفظ المانح بحقه في استغلال الاختراع، ويكون استثنائياً إذا لم يكن لغير المرخص له الحق في استغلال الاختراع محل الترخيص⁽²⁾.

تنص المادة 37 المتعلق بالبراءات على بطلان كل شرط من شأنه أن يفرض تحديدات تمثل استعمالاً تعسفياً للحقوق التي تخولها براءة الاختراع، خاصة تلك التي قد يؤدي استخدامها إلى الإضرار بالمنافسة في السوق الوطنية.

تعتبر الحقوق الواردة على براءة الاختراع مؤقتة حسب المادة 9 من الأمر 07/03 المتعلق بالبراءات⁽³⁾، ولذلك يجب على المانح أن يرخص براءة الاختراع في حدود مدة حمايتها، لأنه بعد

(1) تنص الفقرة الرابعة من المادة 13 من الأمر رقم 86/66 المتعلق بالرسوم والنماذج على أنه: "وتنتهي الحماية بانتهاء الفترة الأولى البالغة عاماً واحداً وذلك إذا لم تجر المطالبة بتمديد مدة هذه الحماية أو إذا لم يتم دفع الرسم".

(2) د/ جلول أحمد خليل - النظام القانوني لحماية الاختراعات ونقل التكنولوجيا إلى الدول النامية - ذات السلاسل - الكويت - 1983 - ص 409.

(3) تنص المادة 9 من الأمر 07/03 على أنه: "مدة براءة الاختراع هي عشرون (20) سنة ابتداء من تاريخ إيداع الطلب...".

انقضاء هذه المدة تسقط البراءة أو الرسم والنموذج ولا تعود حقا احتكاريا لصاحبها، وهذا يستتبعه أن لا تكون مدة الفرنشيز أطول من المدة المتبقية لسقوط عناصر الملكية الفكرية التي يشملها.

يلتزم المانح إلى جانب التزامه بنقل براءة الاختراع والرسوم والنماذج والمعرفة الفنية إلى المتلقي بنقل التحسينات التي قد يدخلها على هذه العناصر خلال مدة سريان العقد إذا طلب منه المتلقي ذلك⁽¹⁾، ويذهب بعض الفقهاء إلى أن نقل التحسينات لا تعتبر من التزامات المانح إلا إذا نص عليها عقد الفرنشيز صراحة أو ضمنا، أو تم الاتفاق عليها بعد ذلك بعقد لاحق⁽²⁾.

يرى - على خلاف الرأي السابق - غالبية الفقه الفرنسي ضرورة نقل هذه التحسينات إلى المتلقي ولو لم ينص عليها عقد الفرنشيز، واستندوا في رأيهم على المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي، التي تقابلها المادة 107 من القانون المدني الجزائري، التي تفرض على المتعاقد تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، وأن العقد لا يقتصر على ما ورد فيه بل يشمل مستلزماته أيضا التي قد يحددها القانون أو العرف أو العدالة، بحسب طبيعة هذا العقد⁽³⁾، وهذا الرأي الأخير يؤيده مبرر قوي، ذلك أن استثناء المانح بالتحسينات التي يدخلها على عناصر الملكية الفكرية التي رخص بها للمتلقي، سيصرف المستهلكين عن طلب المنتج أو الخدمة التي يقدمها المتلقي، وهذا أمر منافٍ لحسن النية ونزاهة المنافسة ولما تقتضيه العدالة، وإلزام المانح بنقل التحسينات ولو لم ينص عليها عقد الفرنشيز يوفر حماية أكثر للمتلقي ويراعي مصالحه، دون أن يضر بمصالح المانح⁽⁴⁾.

ثامنا: التزام المانح بالضمان.

يضمن المانح التعرض والاستحقاق، ويضمن إلى جانب ذلك العيوب الخفية في محل عقد الفرنشيز، ويشمل هذا الضمان كل عقد ناقل للملكية أو الحيازة أو الانتفاع، خاصة في عقود المعاوضة، فعلى كل من التزم بنقل ملكية شيء أو بنقل حيازته أو انتفاع به أن ينقل إلى الطرف

(1) د/ جلال وفاء محمدين - الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا _ مرجع سابق - ص54.

(2) د/ وليد عودة الهمشري - مرجع سابق - ص256.

(3) د/ جلول أحمد خليل - مرجع سابق - ص414.

(4) د/ محمود الكيلاني - مرجع سابق - ص213.

الأخر حياة هادئة لا يعكر صفوها تعرض منه أو من أي شخص آخر⁽¹⁾، أو خلل بسبب عيب خفي.

يعتبر عقد الفرنشيز من عقود المعاوضة، فالمانح يرخص بما يملكه من عناصر الملكية الفكرية إلى المتلقي، ويلتزم الأخير بدفع مقابل الدخول إلى الشبكة إضافة إلى دفع أتاوى دورية، مما يجعل هذا العقد خاضعا للأحكام العامة في الضمان، ومن ذلك أن يلتزم المانح بضمان تعرضه المادي والقانوني إلى جانب ضمان التعرض القانوني الصادر من الغير⁽²⁾، كما يضمن أي عيب خفي يظهر في أحد الأشياء المكونة لمحل عقد الفرنشيز، سواء كانت هذه الأشياء مادية مثل الآلات والمعدات أو معنوية مثل المعرفة الفنية والاختراع.

يضمن المانح في عقد الفرنشيز ملكيته لبراءة الاختراع والرسوم والنماذج والعلامة التجارية والاسم التجاري والشعار والمعرفة الفنية، حتى يتمكن المتلقي من حيازتها حياة هادئة ونافعة، ويضمن المانح تعرض الغير واستحقاقه ويقف إلى جانب المتلقي أثناء سريان العقد، فإن هو فشل في ذلك يكون من حق المتلقي طلب فسخ العقد وتعويضه عما لحقه من ضرر⁽³⁾.

مبحث ثالث: حماية متلقي الفرنشيز بتطبيق القواعد المتعلقة بالشكلية.

تتعارض الشكلية مع أسس المذهب الليبرالي، الذي نادى أنصاره بتقديس الحرية الفردية، وجعلوا مبدأ سلطان الإرادة هو المرجع في تكوين العقد وفيما يترتب عليه من آثار قانونية، بل وفي جميع الروابط حتى ولو لم تكن عقدية⁽⁴⁾، ويقتضي هذا المبدأ أن يكون أطراف العقد أحرارا في إيراد ما شأؤوا من شروط، وترتيب ما أرادوا من آثار، في أي شكل يفضلونه، مما يجعل العقود رضائية.

تأثرت الكثير من القوانين بهذا المذهب وأطلقت العنان لمبدأ سلطان الإرادة، فلم تفرض شكلا معيناً للتعبير عنها، فشاعت العقود الرضائية، وضاعت دائرة العقود الشكلية، لكن الأمر لم يبق

(1) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي ترد على الملكية، البيع والمقايضة - مرجع سابق - ص 622.

(2) د/ نداء كاظم محمد المولى - مرجع سابق - ص 97.

(3) د/ محمود الكيلاني - مرجع سابق - ص 183.

(4) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام - مرجع سابق - ص 141.

على حاله، إذ ظهر المذهب الاشتراكي الذي راح ينتقد المذهب السابق وينقض كل الأسس التي قام عليها ومنها مبدأ سلطان الإرادة.

شاعت العقود الشكلية في القوانين التي تأثرت بالمذهب الاشتراكي وضاق نطاق العقود الرضائية، بهدف تحقيق المصلحة العامة وخدمة المجتمع، وحماية الطرف الضعيف، ومن هنا بدأ يظهر دور الشكلية، ومازالت إلى اليوم موجودة في القوانين ومنها القانون الجزائري رغم أنها الاستثناء من الأصل، ولهذا وجب دراسة دورها في حماية أطراف العقد في هذا المبحث.

مطلب أول: الشكلية المتطلبة في عقد الفرنشيز.

عقد الفرنشيز عقد غير مسمى⁽¹⁾، لأن أغلب التشريعات لم تخصصه بتنظيم خاص وهذا الحال في فرنسا ومعظم دول العالم بما فيها الدول العربية والجزائر على الخصوص، والعقد غير المسمى يخضع في تنظيمه للقواعد العامة في الالتزامات التي تخضع لها كافة العقود⁽²⁾، ويكون رضائيا في الأصل، لكن عقد الفرنشيز مركب من عدة عقود نظمها المشرع وخصها بشكالية معينة مثل عقد ترخيص براءة الاختراع والعلامة التجارية والرسوم والنماذج وغيرها.

يوجب احتواء عقد الفرنشيز على عقود شكلية أن يكون شكليا، لكن قبل أن ندرس وجود الشكلية من عدمها في هذا العقد لابد من دراسة مفهومها في فرع أول، ثم نخصص الثاني لعرض مختلف أنواعها.

فرع أول: مفهوم الشكلية.

يصعب تحديد مفهوم الشكلية، وذلك عائد إلى تعدد الأشكال وتنوعها واختلاف غرض كل واحد منها عن الآخر، واختلاف الجزاء المترتب عن تخلف كل واحدة منها، ويجب أن لا يفهم من الشكلية الثوب الذي تتخذه الإرادة لتنتج أثرا قانونيا معينا، سواء كان ذلك باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا، ومادام الشخص حر في اختيار أي من الوسائل للتعبير عن إرادته في إبرام

(1) Jean Marie Leloup – la franchise droit et pratique – 4 édition – Delmas – Paris – 2004 – p11.

(2) د/ رمضان أبو السعود – مرجع سابق – ص25.

تصرف قانوني فإن هذا الأخير يبقى تصرفاً رضائياً⁽¹⁾، أما إذا فرض المشرع على المتعاقدين صورة خاصة من صور التعبير عن الإرادة فإننا نكون بصدد تصرف شكلي، ينعدم أثره القانوني جزاء على غياب الشكلية التي فرضها المشرع⁽²⁾.

والعقد الشكلي هو الذي لا يكفي لانعقاده مجرد تراضي المتعاقدين، بل لابد لإتمامه من اتباع شكل محدد يبينه القانون أو يتفق عليه المتعاقدان⁽³⁾، فتكون الشكلية في الحالتين ركناً في العقد، وقد يشترط المتعاقدان أن تكون الشكلية للإثبات فحسب، ولقاضي الموضوع السلطة التقديرية في تحديد ما إذا كان شرط الشكلية في العقد للإثبات أو للانعقاد، وإذا كان هنالك شك حول ما إذا كانت الشكلية مطلوبة لانعقاد العقد أو لإثباته فقط، فإنه يفسر على أن الشكلية المشترطة للإثبات فقط لأن الأصل في العقود الرضائية، لا فرق في ذلك بين الشكلية الاتفاقية والتي يفرضها القانون⁽⁴⁾.

وعلى خلاف ذلك يرى الدكتور عبد الرزاق السنهوري أن الشك إذا كان حاصلًا في نص القانون، الذي لم يمكن أن يتبين من صياغته إن كانت الكتابة مطلوبة للإثبات أم للانعقاد، فإنها تحمل على المعنى الأخير، ولا يجوز هنا القول أن الأصل في العقد أن يكون رضائياً، ذلك أن هذا يصدق على المتعاقدين لا على المشرع، الذي له السلطة الكاملة في أن يفرض الشكل الذي يريده للتصرف، ومتى فعل ذلك ولم يقم دليل على أن هذا الشكل مقرر للإثبات فيفترض أنه قرر لانعقاد العقد⁽⁵⁾.

(1) زاوي محمود - الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة - مذكرة ماجستير - جامعة الجزائر - 1987 - ص 38، 39.

(2) د/ وسن قاسم غني - الشكلية الاتفاقية - مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية - جامعة بابل - المجلد 3 - العدد 01 - 2011 - ص 9.

(3) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام - مرجع سابق - ص 150، والهامش 1 ص 151.

(4) د/ فراس بحر محمود - أثر الزمان والمكان في تحديد لحظة انعقاد العقود الشكلية في الفقه الإسلامي والقانون - مجلة العلوم القانونية والسياسية - جامعة ديالي - المجلد 3 - العدد 1 - 2014 - ص 201؛ د/ محمد حسنين - الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري - المؤسسة الوطنية للكتاب - الجزائر - 1983 - ص 16؛ د/ علي علي سليمان - مرجع سابق - ص 22، 23.

(5) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام - مرجع سابق - هامش ص 153، 154.

اختلفت التشريعات والقوانين منذ القدم في الأخذ بالشكلية، فمنها ما جعل الرضائية هي الأصل في العقود، كما هو الحال في الفقه الإسلامي، حيث أن القاعدة العامة فيه هي استبعاد الشكلية، والاكتفاء بمجرد التراضي لإنشاء العقد، فيما عدا بعض الاستثناءات القليلة الواردة على هذا الأصل⁽¹⁾، وهذا على خلاف الوضع في المراحل الأولى من القانون الروماني وقبله.

حيث ظهرت الشكلية في النظم القانونية القديمة نظرا لولع أهلها ولعا فطريا مترسقا في نفوسهم بتجسيد المعنويات وإعطائها كيانا ماديا تدركه الحواس، سمعا أو رؤية أو لمسا وتحسسا، مما أعطى الشكلية عندهم بعدا رمزيا ينطوي على حركات وإشارات تستجيب لغرائز الإنسان⁽²⁾.

كانت الشكلية في القانون الروماني هي الأساس في إنتاج التصرف لآثاره القانونية، فإذا اتخذ تصرف ما الشكل الذي يقرره القانون فلا يجوز للمتعاقد أن يتحلل من عقده بدعوى أن إرادته معيبة، أو أن الدافع الباعث على الالتزام لم يتحقق، فكان الشكل وحده كافيا لجعل العقد صحيحا ومنتجا لآثاره⁽³⁾.

ومع توسع الإمبراطورية الرومانية، واحتكاك الرومانيين بالإغريق الذين تميزوا بالفلسفة وبراعتهم في التجارة، لحظ الرومانيون عيوب الشكلية التي كانت تعرقل سرعة المعاملات نظرا لتعقيداتها، فأصبحت بذلك لا تيسر الواقع الحضاري الذي وصلوا إليه، خاصة في مجال التجارة عندما أصبحت روما مركزا تجاريا هاما في أوروبا، فحث هذا الأمر الرومانيين على التخلي عن الشكلية تدريجيا، وأصبحوا أكثر اهتماما بالإرادة والرضا، ولم يعد الشكل كافيا وحده في بعض الأحيان لصحة التصرف، فصار من الممكن إبطال عقد لعيب في الرضا ولو توافرت الشكلية المطلوبة فيه⁽⁴⁾.

نتجت عن ازدهار التجارة في الحضارة الرومانية أوضاع قانونية جديدة، حيث أصبح القانون الروماني يكتفي بتسليم العين محل العقد لإبرامه، فظهر ما يسمى بالعقود العينية مثل القرض

(1) د/ حسين عبد القادر معروف - الشكلية في العقود في الفقه الإسلامي - مجلة آداب البصرة - جامعة البصرة - العدد 52 - 2010 - ص298.

(2) د/ صالح أحمد عبطان - الشكلية في العقود الإلكترونية - مجلة الرافيدين للحقوق - جامعة الموصل - المجلد 2 - العدد 25 - 2005 - ص235.

(3) د/ محمد صبري السعدي - مرجع سابق - ص55.

(4) زواوي محمود - مرجع سابق - ص8.

والعارية والوديعة والرهن الحيازي، ثم أصبح التراضي كافيا لإنشاء بعض العقود مثل البيع والإيجار والشركة، لكن تقرير مبدأ الرضائية لم يتبناه القانون الروماني إلا في نهاية تطوره مع قانون جستنيان⁽¹⁾.

وبعد سقوط الإمبراطورية الرومانية وظهر ما يسمى بالإقطاع في أوروبا، عادت الشكلية إلى ما كانت عليه في بداية القانون الروماني، وأصبح التصرف لا ينعقد إلا باتباع أشكال وطقوس معينة، ألغتها الكنيسة بعد ذلك بعد أن ساد العهد الكنسي في أوروبا، ولأن مبادئ القانون الكنسي مبنية على قواعد الدين التي توجب الوفاء بالعهود مهما كان شكلها وتعاقب على الإخلال بالوعد أصبح الرضا يكفي لإبرام التصرفات، ثم ذهب كبار فقهاء الكنيسة أمثال "توماس الإكويني" "Tommaso d'Aquino" أن الأصل في التصرفات الرضائية، وما الشكلية إلا استثناء من هذا المبدأ⁽²⁾.

وضع "ديمولان" "Dumoulin" في بداية القرن السادس عشر البذرة الأولى لمبدأ سلطان الإرادة، الذي يستدعي التخلص من الشكلية في إبرام التصرفات، ومما مهد لانتشار مبدأ الرضائية ظهور الثورة الصناعية في أوروبا وما صاحبها من اتساع هائل في مجال التجارة، وسرعة في إبرام الصفقات والتصرفات التجارية التي تتنافى مع الشكلية التي تتميز بالبطء والتعقيد، وقد زاد مبدأ الرضائية ازدهارا مع الثورة الفرنسية⁽³⁾.

أصبح من جراء هذا التطور العقد شريعة المتعاقدين، وساد مبدأ سلطان الإرادة في تكوين العقد وتنفيذه وإنهائه، حيث أصبح من حق الأشخاص التفاوض الحر حول أي تصرف، وإيراد الشروط التي يرضونها دون قيد، فأصبح الاتفاق محددًا أساسيا للقانون، ما أدى إلى ازدهار ما يسمى بالقانون الاتفاقي "droit conventionnel"⁽⁴⁾.

غير أن الأمر لم يطل حتى ظهر المذهب الاشتراكي الذي يقيد حرية التعاقد بحجة حماية الطرف الضعيف، وإعادة التوازن إلى العقد إذا ما اختل، واعتبار العقد أداة لخدمة الاقتصاد

(1) د/ محمد صبري السعدي - مرجع سابق - ص 56.

(2) زاوي محمود - مرجع سابق - ص 11، 12.

(3) د/ علي علي سليمان - مرجع سابق - ص 23.

(4) د/ عجة الجبالي - مدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون بين التقليد والحداثة - دار الخلدونية - الجزائر - دون سنة نشر - ص 203.

القومي⁽¹⁾، مما أدى إلى أفول نجم سلطان الإرادة، وضاق إطار العقود الإرادية إلى حد بعيد، وعادت العقود الشكلية إلى الظهور بكثرة في الدول التي تبنت الاشتراكية مذهباً لها⁽²⁾.

لا تخلو القوانين الحديثة من الشكلية، غير أنها تختلف اختلافاً جذرياً عما كان عليه الحال في بداية القانون الروماني، إذ أن الشكلية المتطلبة حالياً لا تكفي وحدها لإبرام تصرف ما، بل لابد من توافر أركان أخرى وأهمها التراضي، الذي تحميه القوانين الحديثة، إذ أن أي عيب يصيب الرضا يجعل العقد قابلاً للإبطال ولو كان صحيحاً من حيث الشكل، كما أن الشكلية الحديثة تهدف إلى تحقيق غايات شتى، فمنها ما يحقق المصلحة الخاصة وحماية الأطراف المتعاقدة، ومنها ما يرمي إلى حماية المصلحة العامة، من حفظ النظام، وتمويل الخزينة العمومية من خلال الرسوم التي تقبض مقابل الشكلية، ومنها ما يهدف إلى حماية الغير، ولأجل هذا لابد من التطرق إلى أنواع الشكلية.

فرع ثاني: أنواع الشكلية.

قد يفرض القانون شكلاً معيناً لإتمام تصرف ما، إما أن يكون هذا الشكل كتابة رسمية أو عرفية، أو أن يكون متطلباً للإثبات أو للانعقاد، وقد يتمثل الشكل في إجراء معين مثل التسجيل، أو القيد، أو الشهر.

وإذا كان الشكل متطلباً للإثبات فلا يخرج العقد من وصف الرضائية، ويبقى في الأصل العام الذي تمثل الشكلية الاستثناء الوارد عليه، وهذا هو المعتمد في القوانين الحديثة، وقبلها عند فقهاء الشريعة الإسلامية الذين لم يعتبروا الشكلية ركناً في العقد باستثناء الإشهاد على عقد الزواج⁽³⁾، أما إن كانت الشكلية متطلبة للانعقاد فإنها تكون ركناً في العقد ويترتب على تخلفها بطلانه، وهي تنبيه من المشرع إلى المتعاقدين بخطورة التصرف الذي يقدمان على إبرامه⁽⁴⁾.

(1) حبيب إبراهيم الخليلي - المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - 2008 - ص54.

(2) د/ علي علي سليمان - مرجع سابق - ص23.

(3) د/ فراس بحر محمود - مجلس العقود الشكلية في الفقه الإسلامي والقانون - مجلة كلية التراث الجامعة - الجامعة العراقية - العدد 17 - 2015 - ص197؛ د/ حسين عبد القادر معروف - مرجع سابق - ص311.

(4) صالح أحمد عبطان - مرجع سابق - ص247.

قد يشترط القانون إبرام تصرف قانوني معين في شكل مكتوب، والكتابة قد تكون رسمية أو عرفية، ويقصد بالكتابة الرسمية تلك الصادرة عن موظف رسمي مختص كما هو الحال في عقود الرهن الرسمي⁽¹⁾، أما الكتابة العرفية فهي التي يقوم بها الأشخاص فيما بينهم دون تدخل موظف رسمي، كما يمكن أن تكون الكتابة إلكترونية.

أ- الكتابة الرسمية.

تعتبر ورقة رسمية كل محرر كتابي يصدر من الدوائر الرسمية الحكومية، وما في حكمها من المؤسسات العامة التي تخضع لسلطان الإدارة وأنظمتها⁽²⁾.

تنص المادة 324 من القانون المدني الجزائري على أن: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه."

يعتبر العقد رسمياً حسب هذه المادة إذا حرره موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، فإذا كان مختصاً بتحرير العقد من حيث طبيعته ومضمونه، فإن هذا العقد يعتبر سنداً تنفيذياً متى مهر بالصيغة التنفيذية، ويمكن صاحبه من التنفيذ بحقه مباشرة بدون استصدار حكم قضائي⁽³⁾.

فرض القانون على الأشخاص الكتابة الرسمية في كثير من العقود، ومن ذلك العقود التي تتضمن نقل حق عيني عقاري، والعقود التي ترد على المحلات التجارية والصناعية أو أي عنصر

(1) د/ إسحاق إبراهيم منصور - مرجع سابق - ص 343.

(2) د/ رحمانى إبراهيم - التوثيق الكتابي ودوره في حماية الحقوق والالتزامات الأجلية (دراسة فقهية مقارنة) - مجلة العلوم القانونية - المركز الجامعي بالوادي - عدد 2 - جانفي 2011 - ص 27.

(3) د/ محمدي فريدة زراوي - المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق - المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية - الجزائر - 2000 - ص 169، 170؛ المحكمة العليا - ملف رقم 752352 - 2012/03/22 - مجلة المحكمة العليا - العدد 2 - 2013 - ص 132.

من عناصرها، وعقود التنازل عن أسهم الشركات أو حصص فيها، وعقود الإيجار الزراعية والتجارية، وعقود تسيير المحلات التجارية والصناعية، وعقود تأسيس الشركات وغيرها⁽¹⁾.

يشترط لاعتبار الكتابة رسمية جملة من الشروط ذكرتها المادة 324 من القانون المدني الجزائري، نتولى شرحها في ما يلي:

1- صدور الكتابة الرسمية من موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة:

يجب أن يحرر العقد الرسمي موظف عمومي أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ولا يشترط أن يكتب العقد بخط يده بل يكفي أن يكون تحريره صادرا باسمه، ويجب عليه أن يوقعه بإمضائه، فيثبت في المحرر ما رآه من وقائع العقد، مثل حضور أطراف التصرف وتسليم كل واحد منهم ما تعهد به للآخر وحضور الشهود وذكرهم بأسمائهم، ويجب عليه أن يكتب تاريخ تحرير العقد، وأن يتلو على المعنيين ما كتبه وينبههم إلى الآثار المترتبة على هذا التصرف، وغيرها من الوقائع التي عاينها، أو قد يكتفي بكتابة ما سمعه من ذوي الشأن⁽²⁾.

2- أن يدخل تحرير العقد في حدود سلطة واختصاص من حرره:

يجب أن تكون ولاية محرر العقد الرسمي قائمة، فلو حرره بعد أن عزل من وظيفته، أو نقل من عمله، أو حل آخر محله، فإن الكتابة تكون باطلة، إلا إذا لم يعلم محرر العقد بانتهاء ولايته وكان ذوو الشأن حسني النية فإن العقد يبقى صحيحا حماية للظاهر، والأمر نفسه إذا كان تعيين موظف مخالفا للقانون، أو عينته سلطة غير شرعية، فإن ما يحرره من عقود يبقى صحيحا عملا بنظرية الموظف الفعلي⁽³⁾.

(1) المواد 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري، والمادتين 73 و545 من الأمر رقم 59/75 الصادر بتاريخ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم - الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 101 - الصادرة بتاريخ 19 ديسمبر 1975.

(2) د/ عبد الرزاق السنهوري - نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات وآثار الالتزام - الجزء 2 - دار النهضة العربية - مصر - 1968 - ص115.

(3) رحامية عماد الدين - الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية - الخاصة في التشريع الجزائري - أطروحة دكتوراه - جامعة مولود معمري بتيزي وزو - 2014 - ص43؛ د/ عبد الرزاق السنهوري - نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات وآثار الالتزام - مرجع سابق - ص122، 123.

إذا كان محرر العقد مختصا كما بيناه سابقا، فإنه يكون أهلا لتحرير جميع العقود التي تدخل في اختصاصه، إلا إذا نزع عنه القانون هذه الأهلية في حالات يحددها، ومثال ذلك أن تكون للموظف مصلحة شخصية في التصرف أو يربطه علاقة قرابة مباشرة أو مصاهرة مع أحد أطرافه، ومن ذلك ما جاء في قانون التوثيق الذي نصت أحكامه على أنه لا يجوز للموثق أن يتلقى العقد إذا كان طرفا فيه أو ممثلا لأحد أطرافه، أو يعود عليه بنفع ما، أو على أحد أقاربه وأصهاره حتى الدرجة الرابعة، ولا يجوز لهم أن يكونوا شهودا في العقود التي يحررها ولو لم تكن لهم أية مصلحة فيها، وينطبق الأمر نفسه على من هم تحت سلطته، ولا حرج أن يكون الشهود في العقد من أقارب أو أصهار أطرافه(1).

تعود الحكمة من هذا المنع إلى درء مضنة المحاباة التي قد تشوب تحرير العقد إذا كان للمحرر مصلحة مباشرة في العقد الذي يحرره، وكذلك إذا كان لأحد أقاربه بالنسب أو المصاهرة مصلحة فيه، والحكمة من عدم قبول شهادة أقارب وأصهار محرر الورقة هي تجنب تأثيره على الشهود وحتى يضمن حيادهم، لكن لا مانع إن كانت القرابة تجمع بين الشاهدين أو بينهما وأطراف العقد(2).

يشترط أيضا أن يكون الموظف مختصا في تحرير العقد من حيث مضمونه، فللموثق مثلا تحرير جميع العقود المدنية، ولا يجوز له أن يمتنع عن تحرير أي عقد يطلب منه إلا إذا كان هذا العقد مخالفا للأنظمة والقوانين المعمول بها(3)، ولا يمكنه أن يبرم عقدا ناقلا للملكية بين شخصين تابعين للقانون العام إذ يدخل هذا في اختصاص مدير أملاك الدولة(4)، ويدخل إبرام عقود الزواج في اختصاص الموثق وضابط الحالة المدنية، وليس للأخير مثلا تحرير عقد رهن رسمي.

يشترط إلى جانب هذا أن يكون الموظف مختصا في تحرير العقد من حيث المكان، فببإشرا عمله في تحرير التصرفات القانونية في دائرة اختصاصه، ومن ذلك مثلا أن يكون رئيس المحكمة

(1) المادتين 19 و20 من القانون 02/06 - الصادر بتاريخ 20 فبراير 2006 - المتضمن تنظيم مهنة الموثق - الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 14 - الصادرة بتاريخ 8 مارس 2006.

(2) د/ عبد الرزاق السنهوري - نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات وآثار الالتزام - مرجع سابق - ص124، 125.

(3) المادة 15 من القانون 02/06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق.

(4) رحايمية عماد الدين - مرجع سابق - ص44.

مختصا بإعطاء حق تخصيص على العقارات التي تقع في دائرة اختصاص هذه المحكمة⁽¹⁾، ويكون القنصل الجزائري في الخارج مختصا بحكم القانون بالمهام التوثيقية⁽²⁾.

3- مراعاة الأشكال التي يفرضها القانون:

يجب مراعاة الشكل الذي فرضه القانون وإلا كان السند باطلا، فيجب مثلا على الموثق أن يحرر العقود باللغة العربية وإلا كانت باطلة، وأن يكتب المبالغ والسنة والشهر ويوم التوقيع على العقد بالحروف ويكتب التواريخ الأخرى بالأرقام، ويصادق على الإحالات في الهامش، أو في أسفل الصفحات، وأن يوقع على الكلمات المشطوبة في العقد بالأحرف الأولى وعند الاقتضاء يوقع عليها الشهود والمترجم⁽³⁾.

يقضي القانون بإيراد بعض البيانات العامة التي يجب أن تكتب في كل عقد رسمي، مثل اسم ولقب الموثق ومقر مكتبه، واسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ ومكان ولادة الأطراف وجنسياتهم، واسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ ومكان ولادة الشهود، واسم ولقب وموطن المترجم، والمكان والسنة والشهر واليوم الذي أبرم فيه العقد، ووكالات الأطراف المصادق عليها⁽⁴⁾.

يضاف إلى ذلك ذكر البيانات الخاصة بكل تصرف، فإذا كان العقد ينصب على بيع عقار فلا بد من ذكر حدوده ومساحته، والحقوق العينية المتعلقة به سواء كانت أصلية أو تبعية، ومثال ذلك أن يكون العقار مرهونا أو عليه حق انتفاع أو حق ارتفاق أو تخصيص أو امتياز⁽⁵⁾.

ب- الكتابة العرفية:

تكون الكتابة عرفية إذا حررها الأطراف فيما بينهم دون تدخل موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، دون أن تخضع لشكلية معينة أثناء تحريرها إلا أنه يجب

(1) المادة 491 من القانون المدني الجزائري.

(2) المحكمة العليا - ملف رقم 496233 - قرار صادر بتاريخ 2009/9/29 - مجلة المحكمة العليا - عدد 2 - 2009 - ص162.

(3) المادة 26 من القانون 02/06 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، وسارت على هذا النهج المحكمة العليا في قرارها الذي أيدت فيه قرار مجلس قضاء الجزائر العاصمة الذي حكم ببطلان عقد الهبة والعقود التي بنيت عليه لأنه حرر باللغة الفرنسية، قرار المحكمة العليا - ملف رقم 408837 - قرار صادر بتاريخ 2008/05/21 - مجلة المحكمة العليا - عدد 1 - 2008 - ص121.

(4) المادة 29 من القانون 02/06 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق.

(5) زواوي محمد - مرجع سابق - ص170.

توقيعها⁽¹⁾، وتضاف إليها الكتابة الرسمية التي لم تحترم فيها الشروط التي ذكرناها سابقا⁽²⁾، ويجب أن يكون السند العرفي موقعا من ذوي الشأن أنفسهم أو من ينوب عنهم، ولا يعتبر العقد العرفي سندا تنفيذيا كما هو حال العقد الرسمي، وإنما لابد من استصدار حكم لتنفيذ ما ورد فيه⁽³⁾.

فرض القانون على الأشخاص كتابة بعض التصرفات دون أن يفرض فيها الرسمية، ولم يشترط القانون في العقد العرفي أن يكون مكتوبا بطريقة معينة أو بأسلوب وشكل محدد، وترك الحرية التامة للأشخاص في إعداد السندات العرفية⁽⁴⁾، لكنه قد يشترط إيراد بعض المعلومات العامة أو الخاصة، ومن ذلك أن يكون العقد العرفي مكتوبا بخط يد الأطراف أو موقع من قبلهم بإمضاء أو بصمة، ومن ذلك أيضا ما اشترطه القانون في السفتجة من بيانات، مثل كتابة كلمة سفتجة فيها، وكتابة مبلغ السفتجة والمعلومات الخاصة بأطرافها، ثم لا يهم بعد ذلك إن كانت هذه الورقة محررة بخط اليد أو كانت مطبوعة في نماذج يتم ملؤها، ولا يشترط فيها أن تكون مكتوبة بخط يد الساحب مادامت مستوفية لكل المعلومات التي يجب أن ترد فيها⁽⁵⁾.

ومن العقود التي فرض فيها المشرع الكتابة العرفية، عقد الكفالة، وعقد الوكالة التي لا يتطلب العمل القانوني محلها كتابة رسمية، وعقد الإيجار، وعقد إيراد مرتب مدى الحياة، والأوراق التجارية مثل السفتجة والسند لأمر والشيك⁽⁶⁾.

تجدر الإشارة إلى أن للأفراد الحرية التامة في كتابة عقودهم في شكل رسمي سواء تطلب فيها القانون كتابة عرفية أو لم يتطلب أي كتابة، على أنه يجب مراعاة الشروط التي فرضها القانون للكتابة الرسمية، وإلا اعتبرت كتابة عرفية، لأن هذه الأخيرة لم يشترط لها القانون سوى أن تكون موقعة من ذوي الشأن⁽⁷⁾.

(1) د/ ماجد محمد سليمان أبا الخيل - العقد الإلكتروني - مكتبة الرشد - الرياض - 2009 - ص112؛ راحيمية عماد الدين - مرجع سابق - ص14.

(2) المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني الجزائري.

(3) د/ محمدي فريدة زواوي - مرجع سابق - ص170؛ د/ رحمانى إبراهيم - مرجع سابق - ص30.

(4) د/ بوضياف عمار - النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القانون الجزائري - جسر - الجزائر - 2010 - ص204.

(5) د/ فوزي محمد وفاق محمود - القانون التجاري والأوراق التجارية - دون دار نشر - بغداد - 1992 - ص55.

(6) المواد 645 و572 و467 و615 من القانون المدني الجزائري.

(7) د/ رحمانى إبراهيم - مرجع سابق - ص30.

ج- الكتابة في الشكل الإلكتروني.

تنص المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون محددة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

عرف القانون المصري الكتابة الإلكترونية بأنها كل حروف أو أرقام أو رموز أو أية علامات أخرى، تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية، أو أية وسيلة أخرى مشابهة، وتعطي دلالة قابلة للإدراك⁽¹⁾، ويمكن أن يفهم منها قصد أطرافها.

وفي المقابل يعرف القانون الجزائري التوقيع الإلكتروني في الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون 15-04⁽²⁾ على أنه: "بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق"، والتوقيع الإلكتروني حسب المادة الثانية من قانون التوقيع الإلكتروني لسنة 2001 الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها ومرتبطة بها منطقيا، ويجوز أن تستخدم لتعيين هوية التوقيع بالنسبة إلى هذه الرسالة، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة فيها⁽³⁾.

أجاز المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري الكتابة بأية طريقة كانت، سواء بتسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تضمنتها أو طرق إرسالها، وهذا المفهوم يشمل الكتابة الإلكترونية، التي أكدت المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري على أن لها نفس قوة الكتابة على الورق في الإثبات، لكن بشروط محددة يمكن استخلاصها من المادتين 323 مكرر 323 مكرر 1.

(1) د/ ماجد محمد سليمان أبا الخيل - مرجع سابق - ص104؛ رعد فوزي عبد - الشكلية في العقد الإلكتروني (شرط للانعقاد أم للإثبات) - مجلة كلية الإسلامية الجامعة - جامعة النجف - العدد 33 - 2015 - ص546.

(2) القانون 04/15 الصادر بتاريخ 01 فبراير 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين - الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 06 - الصادرة بتاريخ 10 فبراير 2015.

(3) رعد فوزي عبد - مرجع سابق - ص538.

يشترط في الكتابة الإلكترونية أن تكون ذات معنى مفهوم، سواء كانت متضمنة في برامج الحاسوب الآلي، أو موضوعة في أقراص مضغوطة أو وامضة، أو كانت مرسلة بالفاكس، ومهما كانت طرق قراءتها، المهم أن يفهم منها مقصود كاتبها، فإن لم تكن كذلك لم تصلح لإثبات التصرف المكتوب بها.

كما يشترط فيها أن تكون قابلة للتأكد من مصدرها، ومثال ذلك أن تكون موقعة منه، وقد اشترط المشرع التوقيع في العقود الرسمية حسب المادة 324 مكرر من القانون المدني الجزائري، كما أن العقد العرفي ينسب إلى من وقعته حسب المادة 327 من نفس القانون، وينطبق الأمر ذاته على التوقيع الإلكتروني حسب نفس المادة، والتوقيع هو شرط بديهي لكي تنسب الكتابة لأصحابها سواء كانت رسمية أو عرفية أو إلكترونية⁽¹⁾.

يشترط أيضا أن تكون الكتابة الإلكترونية محددة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها، بحيث لا تكون عرضة للتعديل أو التحريف، ومن ذلك كتابة العقد في وارد وهذا يسهل تحريفه، ويشترط في المحرر الإلكتروني أن يكون قابلا للرجوع إليه كلما اقتضت الحاجة ذلك، وهذا حتى نضمن أن المحرر الإلكتروني هو نفسه العقد المتفق عليه بين أطرافه دون تغيير⁽²⁾.

د - الكتابة المتطلبة للإثبات والكتابة المتطلبة للانعقاد:

قد يفرض القانون الكتابة للإثبات، كما هو الحال في التصرف المدني الذي تزيد قيمته على المائة ألف دينار جزائري⁽³⁾، أو عقد الكفالة، ولا فرق بين أن تكون الكتابة رسمية أو عرفية، ذلك أن الكتابة الرسمية إن كانت متطلبة للإثبات فقط فيجوز الإثبات بها ولو تخلف فيها أحد شروط الكتابة الرسمية، متى اجتمعت لها شروط الإثبات بالكتابة العرفية.

(1) د/ محمد فواز المطالقة - الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة - دار الثقافة للنشر والتوزيع - دون بلد نشر - 2006 - ص211؛ رغد فوزي عبد - مرجع سابق - ص548.

(2) د/ يوسف أحمد النوافلة - حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات في القانون الأردني - دار وائل - الأردن - 2007 - ص61.

(3) أكد هذا الأمر قرار صادر عن المحكمة العليا أيدت فيه قرارا صادرا عن مجلس قضاء وهران حكم على المقترض بإرجاع مبلغ 180000 دينار جزائري مع أن هذا العقد أفرغ في كتابة عرفية فقط، المحكمة العليا - ملف رقم 678615 - قرار صادر بتاريخ 2011/10/20 - مجلة المحكمة العليا - العدد 1 - 2012 - ص136.

أما إن كانت الكتابة مشترطة لانعقاد التصرف فتكون الشكلية حينها ركنا في العقد، ومن ذلك عقد الرهن الرسمي، وجميع العقود الواردة على العقارات والمحلات التجارية والصناعية حسب المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري، ويكون المحرر الرسمي نفسه محلا في العقد، فإذا جاء ناقصا أو غير مستوفٍ للشروط التي يتطلبها القانون فيه فإنه لا يبطل المحرر الرسمي وحده وإنما يبطل معه التصرف ككل، سواء كانت الرسمية متطلبة بنص القانون أو باتفاق أطراف العقد(1).

ويرى الدكتور فراس بحر محمود أن الشكلية المتطلبة لانعقاد إذا كانت اتفاقية لا يرتب تخلفها بطلان العقد، حيث يحق للمتعاقدين مخالفة الشكل الذي اشترطه بإرادتهما المشتركة(2)، عملا بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي جاء في المادة 106 من القانون المدني الجزائري، وحسب الدكتور وسن قاسم غني فإن الشكل المتفق عليه ولو اشترط لانعقاد لا يجعل التصرف شكليا بل يبقى رضائيا، ذلك أن الاتفاق على شكل معين ما هو إلا تطبيق لمبدأ الرضائية، في حين يكون الشكل الذي يفرضه القانون لانعقاد استثناء على هذا المبدأ(3).

أما إن كان العقد الرسمي جزءا من عقد لا يتطلب الرسمية ولم تتوفر فيه شروطها فإنه يبطل وحده، ويبقى العقد الذي تضمنه صحيحا، إلا إذا تبين أن الأخير ما كان لينشأ بغير العقد الرسمي، ومثال ذلك أن يتضمن عقد قرض اتفاقا على أن ينشئ المقترض رهنا رسميا لمصلحة المقرض، ولم يفرغ هذا الوعد بالرهن أو عقد الرهن في شكل رسمي أو كان غير مستوفٍ لشروطه، فإن الرهن أو الوعد به يكون باطلا، ويبقى الشق المتعلق بالقرض صحيحا ما لم يتبين أن القرض ما كان لينشأ لولا الرهن الرسمي فيبطلان معا(4).

(1) د/ عبد الرزاق السنهوري - نظرية الالتزام، الإثبات وأثار الالتزام - مرجع سابق - ص137. وفي هذا الاتجاه أيدت المحكمة العليا قرارا صادرا عن مجلس قضاء وهران يقضي ببطلان عقد بيع عقار على التصميم لعدم إفراده في الشكل الرسمي، المحكمة العليا - ملف رقم 436937 - قرار صادر بتاريخ 2008/11/19 - مجلة المحكمة العليا - العدد 2 - 2008 - ص193.

(2) د/ فراس بحر محمود - مجلس العقود الشكلية في الفقه الإسلامي والقانون - مرجع سابق - ص212؛ د/ فراس بحر محمود - أثر الزمان والمكان في تحديد لحظة انعقاد العقود الشكلية في الفقه الإسلامي والقانون - مرجع سابق - ص213.

(3) د/ وسن قاسم غني - مرجع سابق - ص11، 13، 18.

(4) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية - الجزء 10 - الحلبي الحقوقية - لبنان - الطبعة 3 - 1998 - ص283.

هـ - التسجيل:

يعتبر التسجيل من الإجراءات الشكلية التي فرضها المشرع لبعض التصرفات القانونية، ويتم التسجيل في سجلات رسمية تمسكها جهة إدارية مختصة، فتسجل مثلا عقود الشركات والعقود الواردة على المحل التجاري في السجل التجاري الذي تمسكه مصلحة السجل التجاري، وتسجل العقود الواردة على العقارات في سجلات المحافظة العقارية.

يجب إتمام التسجيل في العقود التي طلب فيها المشرع ذلك وإلا لم تنتج آثارها، فلو باع مقول منزلا بناه فإنه يكون ملزما بتسجيل هذا العقد لأنه ملزم بنقل ملكية العقار إلى المشتري ولا يتم هذا الالتزام إلا بالتسجيل، وإن رفض البائع تنفيذ التزامه كان من حق المشتري رفع دعوى قضائية للمطالبة بإجباره على ذلك، فإن لم يسجل عقد البيع فإنه لا ينتج أثره لا بالنسبة للمتعاقدين ولا بالنسبة للغير ولو كان رسميا⁽¹⁾.

و - القيد:

قد يفرض القانون قيد بعض التصرفات القانونية لإتمامها، ومن ذلك وجوب قيد عقد الترخيص باستعمال العلامة التجارية في سجل العلامات الذي تمسكه المصلحة المختصة، وكذلك قيد التصرفات الواردة على العقار من رهن وبيع وغيرها في السجلات المخصصة لذلك، ومثاله أيضا قيد التصرفات الواردة على براءات الاختراع لدى المعهد الوطني الجزائري للملكة الصناعية، وغيرها.

ز - الشهر:

يفرض القانون شهر بعض التصرفات القانونية، ومن ذلك التصرفات الواردة على العقارات، والتصرفات التي ترد على المحلات التجارية، وتختلف وسيلة الشهر بحسب كل تصرف، فمثلا ينشر بيع المحل التجاري في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، وفي جريدة مختصة بالإعلانات القانونية في الدائرة أو الولاية التي يستغل فيها المحل التجاري، ونشر عقد بيع العقار أو رهنه في المحافظة العقارية الواقع في دائرة اختصاصها.

(1) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية - الجزء 9 - دار إحياء التراث العربي - دون تاريخ نشر - ص 359، 360.

قد يقتصر أثر عدم تسجيل أو قيد أو شهر تصرف ما على عدم نفاذه اتجاه الغير وقد يكون باطلا برمته فلا ينفذ لا بين عاقيه ولا اتجاه الغير، ومن ذلك ما نصت عليه المادة 793 من القانون المدني الجزائري بأنه لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون، وأكدت على ذلك المادة 15 من الأمر المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، بنصها على أن كل حق ملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارة في مجموعة البطاقات العقارية، وجاء في المادة 16 من نفس الأمر أن العقود الإدارية والاتفاقية التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصحيح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموع البطاقات العقارية⁽¹⁾.

وقد يكون تسجيل أو قيد وشهر التصرفات مقرر لإعلام الغير ودعم الائتمان والثقة في الميدان التجاري، مثل ما هو الحال في العقود الواردة على المحل التجاري، ومن ذلك أيضا وجوب تسجيل التصرفات الواردة على السند الاسمي في السجلات التي تملكها الشركة لهذا الغرض، وفي حال عدم تسجيلها لا تكون حجة على الشركة أو الغير⁽²⁾.

ويعتبر من الغير بالنسبة لعقد ما كل من تعلق له حق خاص بالشيء محل العقد⁽³⁾، ينازع الحق الذي أنشأه، فيكون من الغير الخلف الخاص الذي انتقل إليه حق عيني أصلي في العين محل العقد، فمشتري العقار مثلا يعتبر غيرا بالنسبة لعقد الرهن الوارد على هذا العقار.

كما يؤدي التسجيل لاستقرار المعاملات، لما تتميز به هذه الوسيلة من ضمان ديمومتها وعدم ضياعها، عكس المحررات التي قد تتلف عند أصحابها وتضيع منهم، فتتيح لأطراف التصرف إثباته ولو فقدوا السندات التي تثبت حقوقهم⁽⁴⁾.

(1) الأمر رقم 74/75 الصادر بتاريخ 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري - الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 92 - الصادرة بتاريخ 18 نوفمبر 1975، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا - ملف رقم 0785784 - قرار صادر بتاريخ 2013/07/11 - مجلة المحكمة العليا - عدد 2 - 2013 - ص 341.

(2) الفقرة الثانية من المادة 715 مكرر 39 من القانون التجاري الجزائري على أنه.

(3) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع، الإيجار والعارية - مرجع سابق - ص 188.

(4) د/ إحسان شاكر عبد الله؛ زكريا يونس أحمد - عقد المساطحة والشكلية فيه في القوانين المدنية والتجارية العراقية - مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية - جامعة تكريت - المجلد 1 - العدد 4 - 2009 - ص 19.

فرع ثالث: اعتبار عقد الفرنشيز عقدا شكليا.

يعتبر عقد الفرنشيز من العقود غير المسماة في الجزائر، لأن المشرع لم ينظمه بنصوص خاصة، والعقود غير المسماة عادة يكفي فيها توافر ركن التراضي والمحل والسبب ولا تشترط فيها الشكلية، لكن بعد دراستنا عقد الفرنشيز وجدنا أن محله يشمل عناصر الملكية الفكرية مثل الاسم التجاري والعلامة التجارية وبراءة الاختراع والشعار وغيرها، وهي أمور اشترط المشرع شكلية معينة لإنشاء حقوق عليها أو نقلها.

نجد مثلا الأمر 06/03 المتعلق بالعلامات يفرض إفراغ العقود التي تتضمن ترخيصا بعلامة تجارية في شكل معين، كما يوجب قيدها في السجلات المخصصة لذلك⁽¹⁾، وعليه يجب أن تحترم نفس الإجراءات من كتابة وقيده في عقد الفرنشيز الذي يحتوي ترخيصا باستغلال العلامة التجارية.

وينص قانون براءة الاختراع أيضا على أنه يجب كتابة العقود الواردة على براءة الاختراع في شكل معين وبإيراد ألفاظ ومعلومات خاصة في هذا العقد، كما يوجب قيد هذه التصرفات في السجل المخصص لتسجيلها⁽²⁾، وبالتالي يخضع عقد الفرنشيز الذي يرخص فيه المانح للمتلقي ببراءة اختراع لنفس الشكلية.

وإذا كان عقد الفرنشيز يتضمن ترخيصا برسم أو نموذج يملكه المانح فيجب حينها كتابة العقد في شكل معين، وتسجيل هذا العقد في السجلات المخصصة لتسجيل الرسوم والنماذج الصناعية، وينطبق الأمر نفسه على عقد الفرنشيز الذي يشمل الترخيص بتسمية المنشأ⁽³⁾.

قد يتضمن عقد الفرنشيز ترخيصا بتصميم شكلي يملكه المانح فيجب أن يكون العقد مكتوبا، ويجب تسجيله في السجل الخاص بالتصاميم الشكلية⁽⁴⁾، على أنه يجب الإشارة إلى أن عناصر

(1) المادة 15 من 06/03 المتعلق بالعلامات.

(2) المادة 36 من الأمر 07/03 المتعلق ببراءات الاختراع.

(3) المادتين 21 و35 من الأمر 86/66 المتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية؛ والمادة 12 من المرسوم رقم 121/76 الصادر بتاريخ 16 يوليو 1976 المتعلق بكيفية تسجيل تسمية المنشأ وتحديد الرسوم المتعلقة بها - الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 59 - الصادرة بتاريخ 23 يوليو 1976.

(4) المادة 29 من الأمر رقم 08/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بحماية التصاميم الشكلية والدوائر المتكاملة - الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 44 - الصادرة بتاريخ 23 يوليو 2003.

الملكية الخاضعة لهذه الإجراءات هي تلك المودعة أو المسجلة في الجزائر دون غيرها، سواء كانت اختراعا أو رسما أو نموذجا أو علامة تجارية أو تصميميا شكليا.

كما أن عقد الفرنشيز قد يتضمن ترخيصا باستعمال الاسم التجاري للمانح، والاسم التجاري لا يتم الترخيص به منفردا وإنما لابد أن يكون الترخيص به مع المحل التجاري أو المؤسسة الصناعية أو التجارية، والعقود الواردة على المحل التجاري أو أحد عناصره أو على مؤسسة صناعية أو تجارية يجب تحريرها في الشكل الرسمي وتسجيلها أو قيدها وشهرها، فيخضع عقد الفرنشيز في هذه الحالة لنفس الشكلية⁽¹⁾.

يؤدي كل ما ذكرناه من وجوب احترام الشكلية التي يتطلبها القانون للترخيص بأحد عناصر الملكية الفكرية أو أحد عناصر المحل التجاري أو المؤسسة إلى التساؤل عن مآل عقد الفرنشيز الذي لا تحترم فيه هذه الشكلية، وهذا ما سنقوم ببحثه في المطلب الموالي.

مطالب ثاني: أثر وجود أو انعدام الشكلية في عقد الفرنشيز.

يعرف حكم محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ 4 جوان 2002 عقد الفرنشيز على أنه ذلك العقد الذي تضع بموجبه المؤسسة المانحة اسما تجاريا أو يافطة أو شعارا ومساعدة تجارية تحت تصرف المؤسسة المتلقية لمساعدتها على إنشاء نشاط تجاري وتزويدها بالمعرفة الفنية اللازمة⁽²⁾.

يتضح من هذا التعريف أن عقد الفرنشيز يشمل الترخيص بأحد عناصر الملكية الفكرية، ونجد المشرع الجزائري نظم الكثير منها بنصوص خاصة مثل براءة الاختراع والعلامات والرسوم والنماذج وتسمية المنشأ وغيرها، وقد فرض للتصرف فيها شكلا معينا، ومن التعريف دائما يتضح أن هذه العناصر قد تكون جزءا من مؤسسة أو محل تجاري، والمشرع الجزائري فرض الرسمية في التصرفات الواردة على هذه العناصر.

(1) المواد 79 و83 و545 و549 من القانون التجاري الجزائري.

(2) François Luc Simon – théorie et pratique du droit de la franchise – p13.

فرع أول: أثر وجود وانعدام الشكلية في عقد الفرنشيز الذي يحتوي عنصرا من عناصر الملكية الفكرية المسجلة في الجزائر.

يرخص المانع للمتلقي بالمعرفة الفنية ومختلف عناصر الملكية الفكرية التي يملكها، فإن كانت المعرفة الفنية لا تسجل لأن ذلك يخالف بقاءها سرية كما ذكرنا سابقا، فإن باقي عناصر الملكية الفكرية يمكن تسجيلها، وعليه إن احتوى عقد الفرنشيز على أي من عناصر الملكية الفكرية المسجلة في الجزائر فإنه يكون خاضعا لنفس شروط إنشاء الحقوق التي يتطلبها المشرع فيها.

أولا: إذا اشتمل عقد الفرنشيز على ترخيص ببراءة اختراع.

ذكرنا عند التطرق لمحل عقد الفرنشيز أنه قد يشمل براءة اختراع، ولذلك وجب أن يكون مكتوبا، وإن كانت المادة 36 من الأمر 07/03 المتعلق ببراءة الاختراع لم تبيّن نوع الكتابة، فإن المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري اشترطت الرسمية في العقود التي تتضمن نقل محلات تجارية أو صناعية أو أحد عناصرها، وقد يكون من عناصرها براءة الاختراع، ومادام المانع يعتبر تاجرا ويمارس نشاطه التجاري في شكل مؤسسة أو شركة تجارية، فإن الترخيص ببراءة الاختراع يجب أن يكتب في عقد رسمي وإلا كان باطلا⁽¹⁾.

يفرض القانون على مالك براءة الاختراع إن هو أراد أن يتصرف فيها أن يسجل هذا التصرف، ولا يهم بعد ذلك ما نوع التصرف الذي أبرمه، فمهما كان العقد سواء ترخيصا باستغلال براءة الاختراع أو تنازلا عنها، أو رهنا لها، أو رفع رهن عنها، لأبد من تسجيله لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية⁽²⁾.

إن كتب عقد الفرنشيز الذي يشمل براءة اختراع في شكل رسمي، فإنه يكون حجة بما ورد فيه على كامل التراب الوطني، وعلى أطرافه، وحجة على الغير في تاريخه، وليس لأحد

(1) الفقرة الثانية من المادة 36 من الأمر 07/03 المتعلق ببراءات الاختراع، والمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري على أنه.

(2) الفقرة الثالثة من المادة 63 من الأمر 07/03 المتعلق ببراءات الاختراع.

المتعاقدين التحلل مما ورد فيه إلا إذا طعن فيه بالتزوير وثبت ذلك، ويكون قابلا للتنفيذ به دون حاجة إلى حكم قضائي إن هو مهر بالصيغة التنفيذية⁽¹⁾.

يكون عقد الفرنشيز الذي يشمل ترخيصا ببراءة اختراع باطلا إذا لم يفرغ في شكل رسمي، والعقد الباطل يجوز لكل ذي مصلحة المطالبة بإبطاله، أما إذا كتب هذا العقد كتابة رسمية لكنه لم يسجل في سجل براءات الاختراع فإنه يبقى صحيحا وحجة بين أطرافه لكنه لا يكون نافذا في حق الغير⁽²⁾، والغير كل من له مصلحة قد تتأثر بعقد الفرنشيز، مثل مرخص له ببراءة الاختراع محل هذا العقد.

ثانيا: إذا شمل عقد الفرنشيز ترخيصا بعلامة تجارية.

اشتطت المادة 15 من الأمر 06/03 المتعلق بالعلامات الكتابية في عقد الترخيص باستغلال العلامة، ولم تبين نوع الكتابة إذا ما كانت رسمية أو عرفية، لكن بالرجوع إلى المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري نستنتج أن الترخيص باستغلال العلامة التجارية يجب أن يكتب في عقد رسمي، ويجب مراعاة الأشكال التي فرضها القانون لهذا العقد، فيجب أن يكون موقعا من طرفيه، وأن يتضمن العلامة المرخص بها، ومدة الرخصة، والسلع والخدمات التي منحت من أجلها الرخصة، والإقليم الذي يمكن استغلال العلامة في نطاقه، ونوعية السلع المصنعة والخدمات التي يقدمها المرخص له، كما يجب تسجيل هذا العقد في السجل الخاص بالعلامات الذي يمسكه المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية⁽³⁾.

فإن احترمت الشكلية المتطلبة في عقد الفرنشيز الذي يشمل ترخيصا بعلامة تجارية فإنه يكون حجة بما ورد فيه على كامل التراب الوطني بين أطرافه، وعلى الغير في تاريخه، ويمكن التنفيذ به دون حاجة لصدور حكم قضائي بشأنه إن هو مهر بالصيغة التنفيذية.

(1) المواد 324 مكرر 5؛ 324 مكرر 6 من القانون المدني الجزائري؛ والفقرة 11 من المادة 600 من القانون رقم 09/08 الصادر بتاريخ 25 فبراير 2008 يتضمن الإجراءات المدنية والإدارية - الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 21 - الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008.

(2) الفقرة الثالثة من المادة 36 من الأمر 07/03 المتعلق ببراءات الاختراع.

(3) الفقرة الأولى من المادة 15 والمادة 17 من الأمر 06/03 المتعلق بالعلامات.

أما إذا لم يكن عقد الفرنشيز الذي يشمل ترخيصا باستغلال العلامة التجارية مكتوبا، أو لم ترد فيه المعلومات التي ذكرناها سابقا فإنه يكون باطلا، أما إذا كتب كتابة رسمية لكنه لم يسجل في سجل العلامات فإنه يبقى صحيحا ولا يكون نافذا في حق الغير⁽¹⁾، لأن التسجيل والشهر وضعا لإعلام كل من له مصلحة قد تتعارض مع الحق المسجل والمشهر.

ثالثا: إذا كان عقد الفرنشيز يشمل ترخيصا برسم أو نموذج صناعي.

يجب أن يكتب العقد المشتمل على ترخيص برسم أو نموذج في شكل رسمي، ويشترط تسجيل هذا العقد في السجل الخاص بالرسوم والنماذج، وينطبق الحكم نفسه على عقد الفرنشيز الذي يشمل ترخيصا برسم أو نموذج صناعي.

فإن كتب عقد الفرنشيز في شكل رسمي فإنه يكون حجة كما ذكرنا في عقد الفرنشيز المشتمل على براءة اختراع أو علامة تجارية، وإن لم يكن مكتوبا في عقد رسمي فإنه يكون باطلا، أما إذا كان عقد الفرنشيز مكتوبا كتابة رسمية لكنه لم يسجل في السجل الخاص بالرسوم والنماذج فإنه يبقى صحيحا ولكن لا يكون نافذا في حق الغير⁽²⁾.

رابعا: إذا كان عقد الفرنشيز يشمل ترخيصا باستغلال تصميم شكلي للدوائر المتكاملة.

يجب إفراغ العقود التي تتضمن ترخيصا باستغلال تصميم شكلي لدوائر متكاملة في شكل رسمي، ويجب أن يسجل العقد في سجل التصاميم الشكلية، ويشمل هذا الشرط عقد الفرنشيز الذي يتضمن ترخيصا باستغلال تصميم شكلي.

فإن كتب عقد الفرنشيز الذي يتضمن ترخيصا بتصميم شكلي كتابة رسمية فإنه يكون حجة في كامل التراب الوطني وحجة على الغير في تاريخه، ولا يمكن الاعتراض على ما فيه بين عاقيه إلا إذا ثبت أنه مزور، أما إذا لم يكتب في عقد رسمي أو تخلف أحد شروط الكتابة الرسمية فإن عقد الفرنشيز يكون باطلا، وإن صحت الكتابة الرسمية وتخلف فيه التسجيل فإنه

(1) الفقرة الأولى من المادة 15 من الأمر 06/03 المتعلق بالعلامات.

(2) المادة 21 من الأمر 86/66 المتعلق بالرسوم والنماذج على أنه.

يكون صحيحا وحجة بين أطرافه لكنه لا يكون حجة على الغير، والغير المقصود هنا هو كل من ثبت له حق على هذا التصميم الشكلي محل الترخيص وكان حقه مسجلا وفق القانون⁽¹⁾.

فرع ثاني: إذا كان عقد الفرنشيز يشمل تنازلا عن محل تجاري أو صناعي.

غالبا ما يكون مانح الفرنشيز في شكل شركة صناعية وتجارية، أو مستغلا لمحل تجاري، وفي جميع الأحوال فرض القانون على من يتنازل عن محل تجاري أو مؤسسة تجارية أو صناعية أو أي عنصر من عناصرها، أن يفرغ هذا التصرف في شكل رسمي، وأن تحترم فيه الأوضاع المقررة قانونا، إضافة إلى وجوب تسجيله في السجل التجاري وشهره⁽²⁾.

يرى البعض أن الرسمية المتطلبة في بيع المحل التجاري في القانون الجزائري ليست شرطا موضوعيا، إذ الكتابة فيه مشترطة للإثبات، ذلك أن عقد بيع المحل التجاري يعتبر عقدا رضائيا حسب هذا الرأي⁽³⁾، لكن في الواقع أن هذا الرأي وإن كان يصح في القانون التجاري المصري الذي يمكن فيه إثبات بيع المحل التجاري بكافة طرق الإثبات⁽⁴⁾، فإنه لا يأخذ به في القانون التجاري الذي اشترط الرسمية في عقد بيع المحل التجاري، وجعلها ركنا فيه، ورتب على تخلفها بطلانه⁽⁵⁾.

فإن اشتمل عقد الفرنشيز على تنازل عن محل تجاري أو عن أحد عناصره وجب أن يكتب كتابة رسمية، وأن ترد فيه المعلومات العامة والخاصة التي يفرض القانون إيرادها، فإذا احترمت هذه الشكلية كان العقد صحيحا، لكنه لا يكون نافذا اتجاه الغير إلا بعد إعلان البيع خلال 15 يوما من تاريخ العقد، وذلك بنشر ملخص في الجريدة الرسمية للإعلانات القانونية، وفي جريدة مختصة بالإعلانات القانونية في الدائرة أو الولاية التي يستغل فيها المحل التجاري⁽⁶⁾.

(1) المادة 29 من الأمر 08/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بحماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة.

(2) المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري؛ المادتين 79 و83 من القانون التجاري الجزائري.

(3) د/ زراوي صالح فرحة - الكامل في القانون التجاري الجزائري، المحل التجاري والحقوق الفكرية - مرجع سابق - ص207، 208.

(4) د/ علي حسن يونس - مرجع سابق - ص273.

(5) د/ محمد حسنين - الوجيز في الملكية الفكرية - مرجع سابق - ص250؛ لظفي محمد الصالح قادي - الشكلية في بيع المحل التجاري - مجلة الوحدات للبحوث والدراسات - ورقلة - العدد 10 - لسنة 2010 - ص320.

(6) د/ محرز أحمد - القانون التجاري الجزائري - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - 1980 - ص213.

تجدر الإشارة في الأخير إلى أن الشكلية بجميع أنواعها لم يفرضها القانون إلا بهدف حماية المصالح الخاصة للمتعاقدين والغير، وتحقيقا للمصلحة العامة، إذ تساعد الشكلية الدولة في الحصول على موارد مالية تدخل خزانتها العامة، من خلال فرض رسوم التسجيل والضرائب المحصلة جراء إبرام العقود الرسمية⁽¹⁾.

ويسهل العقد المكتوب على القضاء مراقبة احترام الأشخاص للقواعد الآمرة وعدم مخالفة ما تفرضه من شروط أو ما تمنعه من تعسف فيها، إذ أن العقود غير المكتوبة يصعب اكتشاف الشروط التعسفية فيها ويصعب اكتشاف مخالفتها للقواعد القانونية الآمرة، التي وضعت لحماية النظام العام وتحقيق المصلحة العامة.

تدعم الكتابة الائتمان والثقة بين الناس، لذلك فرض الله عز وجل علينا إذا تداينا بدين إلى أجل مسمى أن نكتبه، وفرض على من يدعى للكتابة أو الشهادة وكان أهلا لها أن لا يرفضها، فكلما كان حق الشخص مكتوبا كلما اطمأن إلى ضمان احترامه، فكما سبق وقلنا يكون للكتابة الرسمية حجة مطلقة وتكون حجة على الغير في تاريخها، ويكون العقد العرفي كذلك متى أصبح ثابت التاريخ.

تجنب الشكلية المتعاقد الوقوع في عيوب الرضا، وتسهل عليه إثباتها إن هو وقع فيها، وتسهل عليه المطالبة بإلغاء أو تعديل الشروط التعسفية، كما أن نظرية تفسير العقد لمصلحة المدين أو لمصلحة الطرف المذعن يسهل إعمالها إذا كان العقد مكتوبا، كما أن فرض الشكلية في تصرف ما من شأنه أن ينبه المتعاقدين إلى خطورة التصرف الذي يقدمون عليه، إذ أن طول الإجراءات وتعقيدها يتيح لهم المجال للتفكير والتصرف بروية⁽²⁾، وغيرها من الأمثلة التي ذكرناها في هذا البحث.

يتبين لنا من دراسة الشكلية في عقد الفرنشيز أن المتلقي يستطيع الاستفادة إلى أقصى حد من الحماية التي توفرها الشكلية الواجب اتباعها في هذا عقد، فيمكنه المطالبة بإلغاء أو تعديل الشروط التعسفية كما سيأتي تفصيله لاحقا، وتسهل الكتابة عليه هنا إثبات وجود الشرط التعسفي ويسهل عليه إثبات وجه التعسف فيه، كما ينتج عن الكتابة وضوح الإرادة مما يجنب المتلقي

(1) د/ إحسان شاكر عبد الله؛ زكريا يونس أحمد - مرجع سابق - ص 19.

(2) المرجع السابق - ص 19.

الوقوع في عيوب الرضا، وخاصة الغلط والتدليس اللذان يسهل الوقوع فيهما إن كان العقد شفهيًا، وتسهل الشكالية للمتلقّي إثبات حقوقه والمطالبة بها، وما تتيحه الكتابة الرسمية له من سهولة في التنفيذ إن امتنع المانح عن تنفيذ التزاماته، كما تمكنه كتابة حقوقه وتسجيلها وشهرها من درء أي تعرض أو منافسة غير مشروعة من الغير، الذي يدعي حقا في استغلال أحد عناصر الملكية الفكرية التي يشملها عقد الفرنشيز، كما يسهل عليه إثبات وجود المنافسة غير المشروعة، لأن عقده يبين بدقة مجال استغلاله المكاني والزماني والسلع التي ينتجها أو الخدمات التي يقدمها.

باب ثاني: حماية متلقي الفرنشيز في مرحلتي تنفيذ العقد وانتهائه.

يصبح المتلقي طرفا في عقد الفرنشيز بعد أن تتطابق إرادته مع إرادة المانح على العناصر الجوهرية للعقد، ولو لم يعرضوا للمسائل التفصيلية، ولا بأس أن يتفقا عليها أثناء تنفيذ عقدهما، فإذا وقع بينهما خلاف على هذه المسائل حكم القاضي فيها طبقا لطبيعة العقد المبرم بين الطرفين، وأحكام القانون والعرف والعدالة، لكن إذا اشترط المانح والمتلقي أن العقد لا يتم إلا بالاتفاق على هذه الأمور التفصيلية امتنع على القاضي تكميل هذا العقد، ويعتبر أنه لم ينعقد لعدم توافق الإرادتين.

يحكم القاضي أيضا بالعقد ويقوم حكمه مقامه، إن وعد أحد طرفي عقد الفرنشيز أو كلاهما الطرف الآخر بإبرامه ثم نكل عن وعده وقاضاه الآخر، ويشترط لقيام حكم القاضي محل العقد في هذه الحالة أن يكون الطرفان قد اتفقا على الأمور الجوهرية فيه، وتوافرت باقي شروط وأركان العقد الأخرى ولاسيما الشروط الشكلية.

يستمر المانح والمتلقي بتنفيذ الالتزامات المفروضة على كل منهما منذ لحظة انعقاد العقد إلى غاية انتهائه، ويكون المتلقي منذ هذا الوقت محميا بالقواعد القانونية التي وضعها المشرع لحماية الاتفاقات العقدية وأطرافها.

يظهر اهتمام المشرع بمرحلة تنفيذ العقد من خلال ربط الكثير من الأحكام بها، فالغالط مثلا لا يجوز له التمسك بإبطال العقد للغلط المصاحب لمرحلة تكوين العقد، إذا أبدى الطرف الآخر استعدادا لتنفيذ العقد وفق ما كان يصبو إليه الغالط حسب المادة 85 من القانون المدني الجزائري.

وربط المشرع مسؤولية الشخص الذي أبرم العقد حال نقص أهليته بتنفيذ هذا العقد في المادة 103 من القانون المدني الجزائري، وجعل الالتزام بمبدأ حسن النية مرتبطا بمرحلة تنفيذ العقد في المادة 107 منه.

كما يرتبط الضرر غالبا بالتنفيذ من عدمه أو التأخر فيه، ويختلف التعويض باختلاف كل مرحلة، كما يكون إرجاع المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد أسهل في حالة عدم تنفيذ العقد، وتكون أكثر صعوبة بعد التنفيذ خاصة إذا كان العقد زمنيا.

وأكثر ما يميز مرحلة التنفيذ هو أن العديد من عيوب الإرادة والمسائل المتعلقة بضمان العيوب الخفية وضمان الاستحقاق لا تظهر إلا مع بداية هذه المرحلة.

كما أن اختلال التوازن المالي بين المتعاقدين لا يظهر غالبا إلا بعد البدء في تنفيذ العقد، وإن كان يصعب لحظه أثناء التكوين، فقد لا يدرك الطرف المذعن أن شرطا ما يشكل تعسفا في حقه إلى أن يشرع في تنفيذه، وقد لا يكتشف وجود بنود غامضة أو مراوغة إلا إن بدأ في تجسيدها، هذا عن الخلل الذي تحدثه شروط العقد، إذ قد يكون الخلل ناتجا عن ظرف خارج عن العقد في ما يسمى بالظروف الطارئة، وهذه غالبا تأتي في مرحلة تنفيذ العقد.

امتد اهتمام المشرع بالعقد إلى مرحلة انتهائه إذ منع إنهاءه بالإرادة المنفردة لأحد أطرافه، وهذا يمثل حماية لكليهما، وللطرف الضعيف منهما خاصة، إلا إذا كان العقد غير محدد المدة فيجوز إنهاؤه من أيهما بشروط سنورها لاحقا، وإن كان يتمتع أن لا تحدد مدة انتهاء الفرنشيز لتعارض بعض أحكامه مع قواعد قانون المنافسة، كشرط الحصرية الإقليمية مثلا.

غير أن الجديد في عقد الفرنشيز أنه قد تمتد بعض آثاره إلى ما بعد انتهائه، فإن كان من المعتاد أن تنتهي آثار العقد بمجرد انقضاء الأجل المتفق عليه، أو بتقاييل طرفيه إذا أرادا إنهاءه قبل هذا الوقت، أو بإنهائه بالإرادة المنفردة لأحد طرفيه إذا كان غير محدد المدة، فإن عقد الفرنشيز وعلى خلاف الأصل تمتد بعض الآثار المترتبة عنه إلى مرحلة ما بعد انتهائه، بحيث تقع التزامات على طرفيه يجب عليهما وفاؤها، ويبقى السؤال مطروحا حول طبيعة هذه الالتزامات والمسؤولية المترتبة عنها.

لا ينظر إلى المتلقي في المرحلة التي تلي انتهاء العقد باعتباره طرفا في عقد الفرنشيز، ولا يتغير الوضع حتى ولو أبرم المانح والمتلقي عقدا لاحقا ينظمان فيه التزاماتهما التي تلي هذه المرحلة، بل أن الوضع لا يختلف ولو كانت الالتزامات المفروضة على الطرفين بعد انتهاء عقد الفرنشيز منظمة ببنود العقد ذاته.

ينتج عن تنظيم المرحلة اللاحقة لانتهاء عقد الفرنشيز بعقد خاص أو ببنود في عقد الفرنشيز أن تكون الالتزامات الناتجة عقدية، ويرتب الإخلال بها مسؤولية عقدية، غير أنه كثيرا ما يغفل المتعاقدان عن تنظيم هذه الالتزامات باتفاق خاص، مما يجعل الالتزامات المفروضة على كل منهما غير عقدية، ويرتب الإخلال بها مسؤولية تقصيرية.

تولت الكثير من القوانين تنظيم المرحلة اللاحقة لعقد الفرنشيز، سواء من خلال إصدار قوانين خاصة بهذا العقد، أو بعقود تشمله مثل عقود التوزيع أو عقود نقل التكنولوجيا، أو بفرض التزامات على الأطراف في هذه المرحلة، غير أن الكثير من التشريعات لم تقم بتنظيمها، فتولى القضاء في هذه الدول الاجتهاد في فرض التزامات على الأطراف في الوقت الذي يلي انتهاء عقد الفرنشيز.

ويعتبر مبدأ حسن النية وعدم التعسف في استعمال الحق من أهم الالتزامات المفروضة على طرفي عقد الفرنشيز في المرحلة التي تلي انتهاءه، غير أن نص القانون أو القضاء على هذه الالتزامات لا يجعلها عقدية إذا لم يبرم المانح والمتلقي عقدا لتنظيم العلاقة بينهما، وتبقى المسؤولية المترتبة في هذه المرحلة تقصيرية.

بناء على ما تقدم سنخصص الفصل الأول من هذا الباب لدراسة تنفيذ عقد الفرنشيز، وهي مرحلة فصلت أحكامها في القانون المدني الجزائري، ونخصص الفصل الثاني لدراسة المرحلة التي تصاحب انتهاء عقد الفرنشيز وتمتد بعده، من أجل إيجاد أساس قانوني لحماية المتلقي من الشروط التعسفية التي قد يفرضها عليه المانح بعد انتهاء عقده، أو التعسف الذي يبديه هذا الأخير بمناسبة إنهاء العقد أو بعده.

فصل أول: حماية متلقي الفرنشيز في مرحلة تنفيذ العقد.

يتضح في مرحلة تنفيذ العقد السبيل الذي سيتخذه هذا الاتفاق، ويعرف مصير العلاقة التعاقدية، فإما إلى تحقيق الأهداف التي ابتغاها أطرافها، وإنتاج الآثار المتوقعة منها، وإما إلى زوالها وتخلف كل أو بعض آثارها.

يعود اعتبار مرحلة تنفيذ العقد مفترق طرق العلاقة التعاقدية إلى كون الخلافات لا تظهر إلا أثناء هذه المرحلة، حتى ولو كانت مسبباتها مقترنة بتكوين العقد، فغالبا ما يكتشف الشخص العيب في الشيء الذي انتقلت إليه ملكيته أو انتفاعه أو العيب الذي شاب رضاه بعد تنفيذ العقد أو أثناء ذلك، فيكون أمامه خياران، إما أن يطالب بإبطال العقد إن كان نفذه، أو يمتنع عن تنفيذه إن لم يقم بتنفيذه بعد.

فيكون رافع الدعوى إما المتعاقد المتضرر من آثار العقد إن كان قام بتنفيذ التزاماته كليا أو في جزء منها، أو يرفعها المتعاقد الآخر إن كان من ادعى الضرر ممتنع عن تنفيذ العقد، ويعود للسلطة القضائية تقدير صحة طلبات المدعي.

ولسنا هنا بصدد الكلام عن دعوى إبطال العقد لغلط أو تدليس أو لعيب في محل العقد، لأننا درسنا سابقا الحماية القانونية للمتلقي في القواعد المتعلقة بتكوين العقد، لذلك سنخصص هذا الفصل لدراسة الحماية القانونية للمتلقي باعتباره طرفا مدعنا، ثم ندرس حماية المتلقي في حالة وقوع حوادث استثنائية تخل بالتوازن الاقتصادي لعقد الفرنشيز.

وقد لاحظنا في الدراسات السابقة أنها تجعل دراسة عقد الإذعان وتعديل أو إلغاء الشروط التعسفية فيه ضمن مرحلة تكوين العقد، وعلى خلاف ذلك جاءت في هذه الدراسة ضمن تنفيذ العقد، ويعود هذا لعدة أسباب منها، أن الذين قالوا بوجود جعل قواعد الإذعان مع القواعد التي تنظم مرحلة تكوين العقد وعلى رأسهم الدكتور عبد الرزاق السنهوري يقر بأن الإذعان لا يعتبر إكراها بالمفهوم الذي جاءت به القواعد المتعلقة بحماية الرضا، ولا يعد عيبا من عيوب الإرادة، فينشأ العقد صحيحا غير قابل للإبطال، ثم إن كلام السنهوري عن الإذعان جاء في إطار الكلام عن القبول الذي وصفته المادة 70 من القانون المدني الجزائري على أنه مجرد تسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها، وهي مادة أكدت على أن عقد الإذعان صحيح التكوين رغم الصفة الاستثنائية للقبول فيه، ثم أن القواعد التي جاءت في تفسير عقد الإذعان وتعديل أو إلغاء الشروط التعسفية فيه تقع في الجزء المخصص لتنفيذ العقد، إذ أنها وردت بعد المادة 107 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية".

مبحث أول: حماية متلقي الفرنشيز باعتباره طرفا مدعنا.

أدت التطورات الاقتصادية التي صاحبت الثورة الصناعية إلى ظهور عقود الإذعان، ذلك أن التطور الصناعي والتكنولوجي وما صاحبه من تنوع في الخدمات والمنتجات وحملات الدعاية، أدت إلى تقوية النزعة الاستهلاكية لدى الأشخاص، فاندفعوا إلى إبرام عقود تشبع شهواتهم دون مناقشة بنودها، أو مفاوضة حول شروطها ومحتواها، مما أدى إلى اتساع نطاق التعاقد وفق شروط موحدة وعامة يعدها أحد المتعاقدين مسبقا، وكان واضح هذه الشروط في الأغلب يتمتع بقوة

تعاقدية وهيمنة اقتصادية وتقنية، ومعرفة واسعة بالقانون، وأدى اتساع العمل بهذه العقود إلى ظهور دراسات فقهية واجتهادات قضائية تطالب بإعادة التوازن إلى العقد، من أجل حماية الطرف الضعيف فيه، مما حث المشرعين على إيجاد قواعد تلبي هذه المطالب التي كانت تؤيدها هيئات وجمعيات، مثل جمعيات حماية المستهلك.

حمت مختلف التشريعات الطرف الضعيف في عقود الإذعان، ولما كانت دراستنا تدور حول حماية المتلقي في عقد الفرنشيز كان لا بد من التأكد من وجود الإذعان في هذا العقد، ثم دراسة أحد أهم نتائج تكييف عقد الفرنشيز على أنه عقد إذعان وهي تفسيره لمصلحة المتلقي، في المطلبين الآتيين.

مطلب أول: اعتبار عقد الفرنشيز عقد إذعان.

يرى الدكتور محمودي مسعود بأن عقد الفرنشيز فرع من عقود الامتياز يسمح بموجبه صاحب علامة تجارية يتمتع بشهرة بأن تستعمل علامته من طرف تاجر آخر يسمى المرخص له، على شرط أن يخضع لمتطلبات السياسة التجارية للمرخص، على أن يضمن الأخير للمرخص له مساعدة فنية وإرشادات فيما يتعلق بتجهيز المحلات التجارية وسير الحملات الإعلانية مقابل دفعه نسبة مئوية على رقم الأعمال⁽¹⁾.

نجد في التعريف أن من شروط هذا العقد أن يخضع المتلقي لمتطلبات السياسة التجارية للمانح، ولن يستقيم ذلك إلا إذا كان هذا الأخير يفرض شروطه على المتلقي من أجل تحقيق هذا الهدف، ولكن للجزم بأن هذا العقد من عقود الإذعان كان لا بد من دراسة مفهوم الإذعان وطبيعة التصرفات التي توصف بهذا الوصف وندرس خصائصها، لنعرف ما إذا كان عقد الفرنشيز يندرج ضمن هذه التصرفات.

(1) د/ محمودي مسعود - مرجع سابق - ص 183.

فرع أول: مفهوم الإذعان.

أخذ هذا النوع من العقود تسميات عديدة، فهو يسمى بالفرنسية عقد الانضمام " contrat d'adhésion"، وهي تسمية جاء بها الفقيه "سالي"، ويفضلها بعض الفقهاء العرب⁽¹⁾، وأطلق عليه قانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة 172 منه عقد الموافقة، وهو يسمى بعقد الإذعان في كل من القانون المدني الجزائري في المواد 70 و 110 و 112، والقانون المدني المصري، وصاحب هذه التسمية هو الدكتور عبد الرزاق السنهوري حسب الدكتور عبد المنعم فرج الصدة⁽²⁾، ولا يعترض عليها أو يفضلها فقهاء آخرون لما لها من دلالة على معنى الاضطرار في القبول⁽³⁾.

والإذعان لغة الإسراع مع الطاعة والانقياد والإقرار، نقول أذعن له إذا انقاد، وهو مذعن، وأذعن فلان بحقي: أقر به⁽⁴⁾، قال تعالى: "وإن يكن لهم الحق يأتوا إليك مذعنين"⁽⁵⁾، أي إذا كانت الحكومة لهم لا عليهم جاؤوا سامعين مطيعين، وإذا كانت الحكومة عليه أعرض ودعا إلى غير الحق، وأحب أن يتحاكم إلى غير النبي صلى الله عليه وسلم ليروج باطله، ثم بإذعانه أولاً لم يكن عن اعتقاد منه أن ذلك هو الحق بل أنه موافق لهواه، ولهذا لما خالف الحق قصده عدل عنه إلى غيره⁽⁶⁾.

(1) د/ نزيه كمال حماد - عقود الإذعان في الفقه الإسلامي - مجلة العدل - وزارة العدل المملكة العربية السعودية - العدد 24 - شوال 1425 هـ - ص 56؛ د/ رفيق المصري - الخطر والتأمين - ص 79، 81، ذكره د/ نزيه كمال حماد - المرجع السابق - ص 56- 4؛ د/ نون يونس صالح؛ إبراهيم عنتر - التنظيم التشريعي لعقود الإذعان في القانون المدني العراقي - مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية - جامعة تكريت - المجلد 2 - العدد 5 - ص 43؛ د/ نزيه كمال حماد - عقود الإذعان - مجلة مجمع الفقه الإسلامي - مجمع الفقه الإسلامي بجدة - الجزء 3 - العدد 14 - 2004 - ص 360.

(2) د/ لعشيب محفوظ - عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري - المؤسسة الوطنية للكتاب - الجزائر - 1990 - ص 27.

(3) د/ محمد عبد اللطيف صالح الفرفور - عقود الإذعان في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي - مجلة مجمع الفقه الإسلامي - مجمع الفقه الإسلامي بجدة - الجزء 3 - العدد 14 - 2004 - ص 198؛ د/ علي أحمد التّودي - عقود الإذعان - مجلة مجمع الفقه الإسلامي - مجمع الفقه الإسلامي بجدة - الجزء 3 - العدد 14 - 2004 - ص 387؛ د/ محمد إبراهيم بنداري - حماية المستهلك في عقد الإذعان - بحث مقدم في ندوة "حماية المستهلك في الشريعة والقانون" - المنعقدة بتاريخ يومي السادس والسابع ديسمبر 1998 - من طرف كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة - في فندق هيلتون العين - ص 5.

(4) زياد خلف عليوي الجوالي - الحماية المدنية للمستهلك في عقد الإذعان - (دراسة تحليلية مقارنة) - مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية - جامعة تكريت - المجلد 2 - العدد 19 - 2013 - ص 424.

(5) سورة النور الآية 49.

(6) إسماعيل بن عمر بن كثير - تفسير القرآن العظيم - الجزء 6 - دار الكتب العلمية - بيروت - 1998 - ص 68.

فالإذعان هو الإسراع مع الطاعة، والإذعان هو الخضوع، واختلف أهل اللغة هل هو الخضوع مع الذل والهوان؟ أم هو بدون ذل وهوان، فذهب الفيروزآبادي في القاموس المحيط، وابن منظور في لسان العرب، والرازي في مفتاح الصحاح أن الإذعان يكون مع الذل والهوان، ورأى العسكري في الفروق اللغوية أن الإذعان يكون بغير ذل وهوان، والإذعان الانقياد، والإذعان للحق والاعتراف به هو الإقرار⁽¹⁾.

يقال أذعن الرجل أي انقاد وذل وخضع، وناقاة مذعان أي سلسلة الرأس، منقادة لصاحبها، وأذعن فلان بحقي إذا أقر به، وتقول العرب: هو في الإساءة إليك ممعن وأنت منقاد له مذعن، ويقال رجل مذعان بمعنى مطواع⁽²⁾.

وعقد الإذعان هو العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها⁽³⁾، فهو عقد ينحصر فيه قبول أحد الطرفين بالتسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر وضعه موجب ولا يقبل مناقشة فيه⁽⁴⁾.

فلا تحصل مفاوضة في مثل هذا العقد مع الموجب، بل يجب عليه قبول العقد أو تركه جملة، وهذا على خلاف الأصل، ذلك أن العقود مبنية على حرية الإرادة في اختيار ما تبرمه منها وحريتها في تنظيم آثارها، غير أن بعض الظروف قد تضطر أشخاصا معينين إلى إبرام نوع معين من العقود دون أن يكون لهم اختيار في إبرامه أو تركه، أو في ترتيب آثاره بشكل أو بآخر⁽⁵⁾، مما

(1) منال جهاد أحمد خلة - أحكام عقد الإذعان في الفقه الإسلامي - مذكرة ماجستير - الجامعة الإسلامية - غزة - 2008 - ص38.

(2) أحمد سمير قرني - عقود الإذعان في الفقه الإسلامي - مذكرة ماجستير - جامعة الشارقة - 2008 - ص28.

(3) د/ بودالي محمد - الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري - دار هومة - الجزائر - 2007 - ص12؛ منهل عبد الغني قلندر - الإذعان بين العقد والنظام القانوني (دراسة تحليلية مقارنة) - مجلة الرافدين للحقوق - جامعة الموصل - المجلد 16 - العدد 9 - 2013 - ص43؛ د/ بحماوي الشريف - سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية - مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية - جامعة باتنة - العدد 2 - جوان 2014 - ص100.

(4) د/ دنون يونس صالح؛ إبراهيم عنتر - مرجع سابق - ص42؛ زياد خلف عليوي الجوالي - مرجع سابق - ص425.

(5) د/ محمد علي القرني بن عيد - عقود الإذعان - مجلة مجمع الفقه الإسلامي - مجمع الفقه الإسلامي بجدة - الجزء 3 - العدد 14 - 2004 - ص308؛ د/ إسماعيل محمد المحاقري - مرجع سابق - ص298.

يحدث تفاوتاً بين الطرفين، فيما يتعلق بحق المساومة وتحديد السعر وغير ذلك، من الشروط التي تخدم مصالح الطرف القوي⁽¹⁾.

يؤدي انفراد الطرف القوي في عقد الإذعان بوضع تفاصيله وشروطه إلى رجحان مصلحته على مصلحة الطرف الثاني القابل، الذي لا يكون له أي دور في وضع بنود العقد أو مناقشتها أو تعديلها أو إلغاء شيء منها، وهذا وضع قد يترتب شروطاً تعسفية تضر بمصلحة الطرف المذعن⁽²⁾.

فرع ثاني: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان.

اختلف فقهاء القانون في الطبيعة القانونية لعقد الإذعان، وذلك راجع إلى الطريقة التي يتم بها اتفاق الإرادتين في هذا العقد⁽³⁾.

انقسم الفقه في هذا الشأن إلى ثلاثة مذاهب، فأغلب فقهاء القانون يرون أن عقد الإذعان عقد حقيقي، لأنه يتم باتفاق إرادتين، في حين ذهب آخرون أمثال "سالي" و"ديجي" و"هوريو" أن عقد الإذعان هو بمثابة قانون أو لائحة تنظم العلاقة بين الموجب والقابل، ويرى فريق ثالث أن عقود الإذعان هي عقود حقيقية تحوي نوعين من الشروط: شروط جوهرية تكون محل نقاش بين الطرفين، وأخرى تبعية تكون في الغالب مطبوعة سلفاً⁽⁴⁾.

ثار شك في بداية الأمر حول كون الإذعان قبولا ينعقد به عقد حقيقي، أم أن العلاقة بين المحتكر والمذعنين له علاقة لائحية ينظمها القانون إن كان الاحتكار قانونياً، ويرجح الفقه القانوني حالياً أن الضغط الذي يكون الطرف المذعن واقعا تحته لا يبلغ حد الإكراه الذي يعدم الرضا أو يفسده، فالقبول بطريق الإذعان صحيح، وإن هو اقترن بإيجاب رتب عقداً حقيقياً⁽⁵⁾.

(1) د/ قطب مصطفى سانو - عقود الإذعان - مجلة مجمع الفقه الإسلامي - مجمع الفقه الإسلامي بجدّة - الجزء 3 - العدد 14 - 2004 - ص333، 353.

(2) منال جهاد أحمد خلة - مرجع سابق - ص40.

(3) د/ لعشب محفوظ - مرجع سابق - ص33.

(4) أحمد سمير قرني - مرجع سابق - ص49، ويؤيد منهل عبد الغني قلندر الاتجاه الذي يقول به "سالي" و"ديجي" و"هوريو"، لأن العقد حسبه يجب أن يتم عن حرية واختيار. منهل عبد الغني قلندر - مرجع سابق - ص46.

(5) د/ لعشب محفوظ - مرجع سابق - ص36.

ذلك أن هذا الضغط أو الإكراه الواقع على القابل ليس هو المعروف في عيوب الرضا، بل هو إكراه متصل بعوامل اقتصادية أكثر مما هو متصل بعوامل نفسية⁽¹⁾.

ولا يكفي عدم تساوي الطرفين في القوة الاقتصادية لنفي صفة العقد عن عقود الإذعان، ذلك أن هذه العقود لا تنفرد وحدها بهذه الخاصية، فكثير من العقود تتميز بذلك، ومنها العقود التي يبرمها ناقص الأهلية، أو التي يبرمها شخص مع ما فيها من غبن له، وتلك التي يكون فيها السعر محددًا، فيكفي في عقود الإذعان إذا أنها تصرف قانوني يتم بإرادتين⁽²⁾.

ذلك أن عدم التساوي بين المتعاقدين لا يمكن توقيه، بل قد يكون الضرر في عقد الإذعان أقل من بعض العقود الأخرى لتساوي الجميع أمام الإيجاب الذي يكون موجهًا لكل الناس⁽³⁾، وقد يكون الضرر في عدم التعاقد أكبر من الدخول في عقد إذعان، لأنه كما سبق القول يوفر سلعة أو خدمة ضرورية للأشخاص، والغالب عدم تساوي الأداءات في العقود، والمهم أن لا تصل إلى حد الإخلال بالتوازن الاقتصادي فيها.

ومع ذلك تمسك القائلون بأن ما يسمى عقد الإذعان ليس لها من العقد إلا اسمها، لأن هذا النوع لا تتوفر فيه الإرادة المشتركة، ولا توجد فيه المساواة التي تفرضها فكرة العقد، وأن القبول في عقد الإذعان لا يكون عن بينة واختيار، لذلك يجب تفسير هذا العقد كما يفسر القانون⁽⁴⁾، لكن إذا أمعنا النظر في عقود الإذعان نجد أنها لا تتعد بإرادة الموجب وحدها، بل لابد أن تقترن بإرادة القابل، ولا يضر عدم المساواة الاقتصادية بين طرفيها مادامت المساواة القانونية متوافرة فيها، وهذه لا تشترط أن تكون بنود العقد محل نقاش، وكما سبق الذكر فإن الإكراه الاقتصادي لا يعد عيبًا في الرضا⁽⁵⁾.

(1) منهل عبد الغني قلندر مرجع سابق - ص46؛ د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام - مرجع سابق - ص229.

(2) د/ لعشبة محفوظ - مرجع سابق - ص41.

(3) حسن الجواهري - عقود الإذعان - مجلة مجمع الفقه الإسلامي - مجمع الفقه الإسلامي بجدة - الجزء 3 - العدد 14 - 2004 - ص434؛ د/ علي أحمد الندوي - مرجع سابق - ص388.

(4) د/ دنون يونس صالح؛ إبراهيم عنتر - مرجع سابق - ص43، 44؛ منهل عبد الغني قلندر - مرجع سابق - ص45؛ د/ محمد عبد اللطيف صالح الفرفور - مرجع سابق - ص228؛ د/ نزيه كمال حماد - عقود الإذعان - مرجع سابق - ص360، 361؛ حسن الجواهري - مرجع سابق - ص430.

(5) د/ بحماوي الشريف - مرجع سابق - ص103؛ أحمد سمير قرني - مرجع سابق - ص49.

حسنت القوانين العربية النزاع في هذه المسألة، واعتبرت عقود الإذعان عقوداً حقيقية، وإن كانت ميزت بينها وبين عقود المساومة، ومن ذلك المادة 70 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾، والمادة 100 من القانون المدني المصري.

فرع ثالث: خصائص عقود الإذعان.

تمثل خصائص عقود الإذعان الشروط التي يجب توافرها في عقد حتى يمكن وصفه بهذه الصفة، فإن تخلفت بعضها أو كلها لم يكن التصرف عقد إذعان، ولم يحق لأحد طرفيه أن يستفيد من الحماية القانونية التي فرضها القانون للطرف المذعن. غير أن القوانين اختلفت في هذه الشروط، فمنها ما يكتفي بشرطين اثنين هما: توجيه إيجاب في شكل نموذجي للجمهور، وأن يكون القبول مجرد تسليم بما يفرضه الطرف القوي من شروط، ومن القوانين ما يشترط إلى جانب هذا: أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة لا غنى للجمهور عنها، وأن تكون هذه الخدمة أو السلعة محتكرة من جهة أو جهات معينة دون سواها.

أولاً: توجيه إيجاب في شكل نموذج إلى الجمهور.

يصدر الشخص الموجب إيجاباً موحد الشروط، ويوجهه إلى الجمهور بشكل مستمر، فهو غير موجه لشخص بعينه، بل موجه إلى كل من يملك أهلية القبول دون أن ينتهي بانتهاء المجلس، كما في العقود التقليدية التي ينتهي الإيجاب فيها بمجرد انتهاء مجلس العقد⁽²⁾، ويغلب أن يكون الإيجاب في شكل مطبوعة أو نموذج يحتوي على شروط مفصلة، وتكون متوافقة مع مصلحة الموجب غالباً⁽³⁾.

وتنقسم هذه الشروط عادة إلى شروط عامة، وشروط أخرى لا تبدو في غالب الأحيان ذات أهمية في نظر المتعاقد لتكرارها في عقود كثيرة، وعلى عكس ذلك تعتبر ذات أهمية بالغة في نظر الموجب لما تمثله من ضمان لحفظ السير الفني لمؤسسته أو شركته⁽⁴⁾.

(1) د/ علي علي سليمان - مرجع سابق - ص 26.

(2) منال جهاد أحمد خلة - مرجع سابق - ص 49.

(3) - زياد خلف عليوي الجوالي - مرجع سابق - ص 426؛ د/ محمد عبد اللطيف صالح الفرفور - مرجع سابق - ص 199.

(4) د/ لعشبة محفوظ - مرجع سابق - ص 65.

وتكون هذه الشروط غير قابلة للنقاش، فلا يحق للموجب أن يقترح أي تعديل، فإما أن يقبل الإيجاب أو يرفضه جملة واحدة، وهذا يبين مدى قوة وسيطرة الموجب بالنسبة للطرف المذعن⁽¹⁾.

ومادام الإيجاب موجه إلى الجمهور بشكل مستمر فلا يجوز للموجب التراجع عن إيجابه قبل انتهاء المهلة المحددة لذلك، حسب نص المادة 63 من القانون المدني الجزائري، كما لا يجوز للموجب أن يمتنع عن التعاقد إذا أبدى القابل رغبته في العقد، وإلا قامت مسؤوليته بناء على التعسف في استعمال الحق إن كان احتكار السلعة أو الخدمة قانونيا، أو بناء على تجاوزه حدود حقه إذا كان الاحتكار فعليا، إلا إذا كان اشترط لنفسه الرجوع عن إيجابه متى شاء، فلا يكون ملزما بالبقاء عليه⁽²⁾.

ثانيا: أن يكون القبول مجرد تسليم بما يمليه الموجب.

لا يعبر القابل في عقد الإذعان عن إرادته بعد مناقشة بنود العقد ومفاوضة الموجب عليها، بل إنه في موقفه اتجاه الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو يدع، لكنه يكون مضطرا إلى القبول نظرا لحاجته إلى التعاقد على شيء لا غنى له عنه، فرضاه يكون بسبب حاجته الماسة إلى تلك السلع أو المنافع⁽³⁾.

لا يتميز مجرد التسليم عن القبول في عقود المساومة، ذلك أنه يكون ردا إيجابيا عن طريق الكلام أو الكتابة أو الإشارة، ولعل وصف المشرع القبول بمجرد التسليم في المادة 70 من القانون المدني الجزائري هو إبراز لضعف الطرف المذعن، الذي يعود إلى التفاوت الاقتصادي بين طرفي العقد⁽⁴⁾.

يكتفي الاتجاه الحديث بهذين الشرطين لاعتبار التصرف عقد إذعان، ومن هؤلاء شراح القانون الفرنسي، الذين اعتبروا عدم المساواة في عقود الإذعان لا يفرضها بالضرورة احتكار سلعة

(1) د/ فيلاي علي - مرجع سابق - ص 61.

(2) د/ محمود أحمد أبو ليل - عقود الإذعان - مجلة مجمع الفقه الإسلامي - مجمع الفقه الإسلامي بجدّة - الجزء 3 - العدد 14 - 2004 - ص 277؛ د/ لعشب محفوظ - مرجع سابق - ص 61؛ د/ بحماوي الشريف - مرجع سابق - ص 102.

(3) د/ نزيه كمال حماد - عقود الإذعان في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص 57.

(4) د/ محمد بودالي - مكافحة الشروط التعسفية في العقود - دار الفجر - الجزائر - 2007 - ص 732.

أو خدمة من طرف الموجب، بل قد تكون نتيجة قوة اقتصادية، فكل مهني يعتبر غالبا في وضع يمكنه من فرض ما يراه من شروط على عملائه⁽¹⁾.

ثالثا: أن ينصب العقد على سلعة أو خدمة ضرورية للجمهور.

يكون محل عقد الإذعان سلعة أو خدمة أو مرافق ضرورية بالنسبة لجمهور المستهلكين بصفة عامة والمنتفعين بصفة خاصة، ولا غنى لهؤلاء عن هذه السلعة أو الخدمة، وتترتب لهم مشقة على عدم الحصول عليها⁽²⁾.

على أن ضرورة السلعة أو الخدمة أمر نسبي يختلف من مجتمع لآخر، فما يعتبر ضروريا في مجتمع ما يكون غير ذلك في مجتمع آخر⁽³⁾، بل قد تصل هذه الضرورة إلى معيار شخصي بحيث تختلف من شخص لآخر.

رابعا: احتكار الموجب السلعة أو الخدمة.

يكون الموجب غالبا في عقود الإذعان محتكرا للسلعة أو الخدمة أو المنفعة محل العقد، أو المرفق احتكارا قانونيا أو فعليا، أو على الأقل يسيطر عليها بشكل يحد من نطاق المنافسة فيها⁽⁴⁾، لأنه إذا وجدت منافسة حقيقية حرة فإنها تمنع وجود عقود الإذعان، لأنها تحول دون استغلال الموجب للطرف الآخر لوجود البديل⁽⁵⁾.

(1) خوله كاظم محمد راضي - الإيجاب في عقد الإذعان - مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية - جامعة بابل - المجلد 6 - العدد 1 - 2014 - ص381؛ د/ فيلالتي علي - مرجع سابق - ص61؛ - زياد خلف عليوي الجوالي - مرجع سابق - ص427، 428؛ د/ محمود أحمد أبو ليل - مرجع سابق - ص279؛ د/ محمد إبراهيم بنداري - مرجع سابق - ص12، 13. وقد أخذ القانون اليمني بهذا الاتجاه الحديث، راجع في ذلك: د/ إسماعيل محمد المحاقري - مرجع سابق - ص298. وفي المقابل يرى آخرون أن العقد لا يعتبر عقد إذعان إلا إذا وجد فيها شرط الاحتكار، راجع: د/ نزيه كمال حماد - عقود الإذعان - مرجع سابق - ص363، د/ علي أحمد الندوي - مرجع سابق - ص389.

(2) د/ نزيه كمال حماد - مرجع سابق - عقود الإذعان في الفقه الإسلامي - ص57؛ أحمد سمير قرني - مرجع سابق - ص54.

(3) د/ لعشيب محفوظ - مرجع سابق - ص59.

(4) مجلس الفقه الإسلامي الدولي - قرار رقم 132(14/6) - مجلة مجمع الفقه الإسلامي - مجمع الفقه الإسلامي بجدّة - الجزء 3 - العدد 14 - لسنة 2004 - ص523.

(5) د/ محمود أحمد أبو ليل - مرجع سابق - ص277؛ د/ محمد علي القرني بن عيد - مرجع سابق - ص318؛ د/ محمد إبراهيم بنداري - مرجع سابق - ص10.

ومن الاحتكار القانوني احتكار شركات الهاتف والمياه والغاز والكهرباء والنقل بالسكك الحديدية، ومن الاحتكار الفعلي أن ينفرد الموجب بإنتاج سلعة أو تقديم خدمة، أو وجود منافسة شكلية، ومثاله أن يتكفل منتجوا سلعة في تجمع واحد يمكنهم من توحيد شروطهم كما في شركات التأمين⁽¹⁾، أو المانحين في عقد الفرنشيز، ومثاله الفدرالية الفرنسية للفرنشيز، أو الفدرالية الأوروبية للفرنشيز، وغيرها من فدراليات الفرنشيز التي تتكون من مجموع المانحين.

فرع رابع: تطبيق خصائص عقد الإذعان على عقد الفرنشيز.

يرى محمد محسن إبراهيم النجار توافر شروط الإذعان التي فصلناها سابقا في عقد الفرنشيز، وذلك كما يلي⁽²⁾:

صدور إيجاب عام ونموذجي بحيث يتمتع على القابل أن يعدل شروطه، وهذا ذات ما تمتع عنه إرادة المتلقي في عقد الفرنشيز، وهذا بسبب ضعف مركزه الاقتصادي بالمقارنة مع المانح الذي يحتكر المعرفة الفنية التي يسعى المتلقي إليها.

احتكار المانح في عقد الفرنشيز يعطيه سيطرة مستمرة على المتلقي، وهذا ما مكنه من فرض شروطه، ولا يجد المتلقي مناصا من ذلك، لما تتميز به سوق التكنولوجيا من طبيعة احتكارية، ومن أهم عناصرها المعرفة الفنية التي سبق اعتبارها أهم عنصر في محل عقد الفرنشيز، وتميزها بالسرية وعدم التسجيل هو ما يثقل كاهل المتلقي أكثر.

إن التكنولوجيا المتمثلة في المعرفة الفنية وعناصر الملكية الفكرية الأخرى التي يملكها المانح تعتبر ضرورية دائما للمتلقي، وهنا تختلف نظرة المتلقي عن المستهلك أو غيره من المتلقين، لأن معيار الضرورية - كما سبق القول - يبقى شخصيا، مادام المتلقي لا يستطيع الاستغناء عن التكنولوجيا التي يملكها المانح بسبب حاجته الماسة إليها في ظل المنافسة الاقتصادية المستعرة⁽³⁾.

(1) منال جهاد أحمد خلة - مرجع سابق - ص 50.

(2) د/ محمد محسن إبراهيم النجار - مرجع سابق - ص 36، 37.

(3) المرجع السابق - ص 37.

فرغم أن عقد الفرنشيز يتم باتفاق المانح والمتلقي، واقتراجه بهذا المعنى من عقود التراضي، إلا أنه في الواقع عقد إذعان إن نحن أمعنا النظر في شروطه وكيفية مناقشتها بين الطرفين، ذلك أن المانح هو المتعاقد المتسلط الذي يملك إمكانيات أكثر من المتلقي الذي يجد نفسه مرغماً إلى حد بعيد على قبول معظم الشروط المعروضة أو رفضها، وقد أشار إلى هذا الوصف المستند البرلماني لمجلس النواب البلجيكي الصادر بتاريخ 8 نيسان 2002 (1).

يعتبر إذن عقد الفرنشيز عقد إذعان لأنه قلما يسمح للمتلقي بالتفاوض حول بنوده، التي نظمها المانح في وقت سابق على إبرام العقد، حيث أن المانح يعد عقوداً تشكل عروضاً موجهة إلى من يرغب بدخول شبكته، ولا يتسنى للمتلقي إلا أن يقبل العرض بجميع شروطه فيبرم عقد الفرنشيز، أو يرفضه ويبقى خارج شبكة المانح (2).

تدخل المشرع الفرنسي بسبب هذا الوضع لحماية الطرف الضعيف في عقود التوزيع التي يعتبر الفرنشيز أحد صورها، وسن قانوناً يحدد المعلومات التي يجب على المانح تقديمها للمتلقي في المدة السابقة على إبرام العقد، غير أن المتلقي لا يملك حقاً في مناقشتها، مما يجعل عقد الفرنشيز يتصف أكثر بطابع الإذعان، فرغم الالتزامات المفروضة على المانح في المرحلة السابقة للتعاقد، يبقى المتلقي مذعناً لشروط العقد (3).

يضمن القانون المدني أيضاً حماية لمتلقي الفرنشيز تتمثل في رفع الغبن عنه، إذ أعطته المادة 110 من القانون المدني الجزائري الحق في رفع دعوى إلى القضاء من أجل طلب تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية حسب ما تقضي به قواعد العدالة، وذلك من أجل إعادة التوازن إلى العلاقة العقدية المختلفة (4).

(1) د/ نعيم مغيب - مرجع سابق - ص 157.

(2) حسن محمد حمدان - مرجع سابق ص 20؛

Régis FABRE - op.cit - p113.

(3) سبيل جلول - مرجع سابق - ص 32.

(4) في هذا المعنى د/ إيناس مكي عبد نصار - خيار الغبن، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي - ص 123.

مطلب ثاني: تأويل العقد لمصلحة المتلقي باعتباره طرفاً مدعياً.

تنص المادة 111 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين، أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات."

وتضيف المادة 112 من القانون المدني الجزائري بأنه يجب أن: "يؤول الشك في مصلحة المدين، غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعى"، وإن كان عنوان هذا المطلب يتوافق مع الجزء الأخير من هذه المادة إلا أنه من المنهجية أن نعرف مفهوم التأويل وحالاته وعوامله، لنصل في الأخير إلى تفسير العقد في حالة قيام الشك لدى المفسر.

فرع أول: مفهوم تأويل العقد.

يعرف التأويل على أنه عملية ذهنية يقوم بها المفسر، مدفوعاً بما اعترى العقد من غموض، لأجل الوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة لأطرافه، مستعيناً في ذلك بما ورد في صلب العقد وبغناصر خارجة عنه ومرتبطة به، حسب وسائل محددة للتأويل⁽¹⁾.

وتأويل العقد هو تحديد معنى ومرمى الشروط التي يتضمنها، وهي مهمة تقع على عاتق السلطة القضائية عند حصول خلاف بين أطراف عقد ما على مضمونه، وحينها يجب على القاضي أن يعرف ما الذي أراده المتعاقدان عند استعمالهما بنوداً مطاطة وغامضة أو تتضمن معنيين وهي من مسائل الواقع التي يختص بها قضاة الموضوع⁽²⁾.

(1) د/ خالد عبد حسين الحديثي - تكميل العقد (دراسة مقارنة) - الحلبي الحقوقية - لبنان - 2012 - ص58، 59؛ محمد عبد الرزاق محمد - تفسير الشك لمصلحة الطرف المدعى - مجلة رسالة الحقوق - جامعة كربلاء - العدد 3 - 2011 - ص154.

(2) د/ مورييس نخلة - الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة - الجزء 4 - الحلبي الحقوقية - لبنان - 2007 - ص415؛ Clémentine CAUMES - l'interprétation du contrat au regard des droits fondamentaux - thèse - l'université d'Avignon - 2010 - p14.

يلجأ القاضي سعياً منه إلى تحديد المعنى المقصود إلى تفسير العقد، حتى يستخلص معناه الحقيقي من خلال تحديد ما قصدته الإرادة المشتركة لعاقديه⁽¹⁾، بغض النظر عما إذا كانت العبرة في الإرادة الظاهرة أو في الإرادة الباطنية⁽²⁾.

قد يكون النزاع الذي نشب بين المتعاقدين عائداً إلى كيفية تنفيذ العقد، وليحل القاضي هذا النزاع يكون عليه أن يصل إلى حل ينفذ به العقد وفق ما ترضيه إرادة الطرفين معاً، وسعياً منه لتحقيق ذلك وجب عليه أن يحدد نطاق العقد باستخلاص الإرادة المشتركة، وبحث ما يعتبر من مستلزمات العقد وفقاً للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام وحسن النية، بعد أن يكون قد فسر ما اعترى عبارات العقد من غموض يستدعي التأويل⁽³⁾.

ولا يعتبر تفسير العقد تعديلاً له، ذلك أن القاضي يستند إلى إرادتي المتعاقدين في تفسير العقد، ويمارسه بموجب سلطة أصلية، ويهدف فيه إلى البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين بقصد الكشف عنها، في حين يتم تعديل العقد خارج إرادة العاقدين ورغماً عنهما بموجب سلطة استثنائية، وقواعد قانونية آمرة، تهدف إلى تحقيق التوازن بين الأداءات في العقد، كما هو الحال في الشروط التعسفية، أو في الظروف الاقتصادية الطارئة وغيرها⁽⁴⁾.

إن تحديد نطاق العقد يستدعي بالضرورة تفسيره قبل ذلك، كما ذكرنا سابقاً، إلا أن العقد قد يكون في حاجة إلى تكميل، وهنا قد يقع خلط بين تفسير العقد وتكميله، ففي حين يعتمد تفسير العقد في النظرية الذاتية على القيام بمطابقة الإرادة الظاهرة مع الإرادة الباطنية، باعتبار الأخيرة هي الأساس في تكوين العقد وتفسيره، فإن تكميل العقد لا يبدأ إلا من حيث الحد الذي انتهت عنده الإرادة الباطنية والتعبير عنها، بإضافة ما تنظمه هذه الإرادة التي تقدر بعوامل موضوعية مستمدة

(1) د/ لعشب محفوظ - مرجع سابق - ص114؛

Liwei QIN - L'interprétation du contrat : étude comparative en droits français et chinois - thèse - université Panthéon-Assas - 2012 - p30, 50, 51.

(2) مقني بن عمار - القواعد العامة للتفسير وتطبيقاتها في منازعات العمل والضمان الاجتماعي (دراسة مقارنة) - رسالة دكتوراه - جامعة وهران - 2009 - ص20.

(3) في هذا المعنى د/ برهان زريق - نظرية تفسير العقد في القانون المدني والإداري - مطبعة الإرشاد - اللاذقية - بدون سنة نشر - ص35.

(4) بوكماش محمد - سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي - رسالة دكتوراه - جامعة الحاج لخضر بباتنة - 2012 - ص79؛ أحمد سمير قرني - مرجع سابق - ص153.

من القانون والعرف والعدالة، التي تعتمد عليها النظرية الموضوعية في تفسير العقد مغلبة بذلك الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنية، مما جعل تفسير العقد في هذه النظرية يقترب من تكميله⁽¹⁾.

أخذ المشرع بالنظرية الموضوعية لأنه أوجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين من أجل تفسير العقد، والاستهداء في كشف هذه الإرادة بطبيعة التعامل والعرف الجاري، وهذه عوامل موضوعية تجعل الإرادة الظاهرة هي المصدر الذي تستخلص منه الإرادة الباطنية⁽²⁾، ويرى محمد صبري السعدي أن القانون الجزائري أخذ بالنظرية الذاتية، فالمعروف أن العبرة بما اتجهت إليه الإرادة الحقيقية لإحداث الأثر القانوني الذي يستهدفه المتعاقدين، وما العبارات المستعملة إلا وسيلة لبيان تلك الإرادة⁽³⁾.

فرع ثاني: حالات تأويل العقد.

شرح تفسير العقد في الأصل لرفع الغموض الذي قد يشوب التعبير عن الإرادة، سواء كان الغموض يشمل جميع عبارات العقد أو يقتصر على بعضها أو واحدة منها فقط، غير أن وضوح عبارات العقد لا يعني دائما وضوح معناه الإجمالي، إذ قد تكون العبارات واضحة إذا نظرنا إليها منفردة لكن تصير غامضة إذا جمعت بغيرها كأن تكون متعارضة مثلا، وعليه سنقسم هذا الفرع إلى قسمين، ندرس في الأول تفسير العبارة واضحة المعنى، ونخصص الثاني لدراسة تأويل العبارة الغامضة.

أولا: تأويل العقد إذا كانت عباراته واضحة.

غلبت بعض النظم الحديثة الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنية، فتعمل النص ولو كان متنافيا مع الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، في حين ذهبت نظم أخرى إلى ترجيح الإرادة الباطنية على الإرادة الظاهرة متى تم الكشف عنها والتأكد منها⁽⁴⁾، فلا يتوقف القاضي عند التعابير الحرفية متى تبين له أن بنود العقد جاءت مخالفة لنية الطرفين نتيجة غلط واضح، ولو كانت عبارات العقد

(1) د/ خالد عبد حسين الحديثي - مرجع سابق - ص 58.

(2) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام - مرجع سابق ص 593؛ د/ عبد المنعم فرج الصدة - نظرية العقد - ص 316، أشار إليه مقني بن عمار - مرجع سابق - ص 80 - الهامش رقم 2؛ د/ حوحو يمينه - سلطة المحكمة العليا في مراقبة تفسير العقد - مجلة المحكمة العليا - العدد 1 - 2013 - ص 63.

(3) د/ محمد صبري السعدي - مرجع سابق - ص 288.

(4) د/ برهان زريق - مرجع سابق - ص 40.

واضحة، وقد جاء في معنى المادة 1156 من القانون المدني الفرنسي أنه يجب البحث في العقود عما كانت عليه النية المشتركة للمتعاقدين بدلا من التوقف عند النص الحرفي للعقد⁽¹⁾.

يقصد بوضوح العبارة وضوح العقد في مجموع ما جاء فيه من عبارات، وليس وضوح كل جملة أو كل بند على حدة، فالأصل أن يعتبر العقد وحدة كاملة سواء من أجل تنفيذه أو من أجل تفسيره لتحديد نطاقه، لذلك قد يكون العقد غامضا رغم وضوح العبارة، كما لو تعارضت العبارات الواضحة، أو كانت العبارة الواضحة لا تتماشى مع المدلول الكلي للعقد⁽²⁾، ولذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأن العقد قد يحتاج إلى التفسير رغم وضوح العبارة، كما لو وجدت في العقد عبارتان واضحتان لكنهما متناقضتان مما يستدعي تفسيرهما⁽³⁾.

أما إن كان العقد واضحا في دلالاته فلا يجوز للقاضي الانحراف عن العبارات الواضحة بحجة تفسير العقد، لأن تفسيرها في هذه الحالة يعتبر تحريفا ومسحا وتشويها لها، فإن خالف القاضي هذا المنع كان حكمه عرضة للنقض⁽⁴⁾.

أكدت مجموعة من القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى على عدم جواز انحراف القاضي عن العبارات الواضحة بحجة تأويلها، ومنها القرار الصادر عن الغرفة التجارية بتاريخ 12 مارس 1983، وكذلك قرار المحكمة العليا المؤرخ في 16 جوان 1991، وقرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 13 يوليو 1985⁽⁵⁾، وقرار الغرفة المدنية المؤرخ في 03 أبريل 1985، ملف رقم 33528⁽⁶⁾.

غير أن القاضي قد يجد نفسه مضطرا إلى تفسير العبارات الواضحة، إذا كان المتعاقدان قد أساءا التعبير عن إرادتهما المشتركة، بحيث لا تدل العبارات التي استخدمها مع وضوحها على ما

(1) د/ مورييس نخلة - مرجع سابق - ص416.

(2) د/ أنور سلطان - مرجع سابق - ص198؛ محمد عبد الرزاق محمد - مرجع سابق - ص154.

(3) د/ محمد صبري السعدي - مرجع سابق - ص292.

(4) د/ عبد الرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء 6: أثر العقد بالنسبة إلى الموضوع، زوال العقد - دار إحياء التراث العربي - لبنان - دون تاريخ نشر - ص8؛

Clémentine CAUMES - op.cit - p14; Liwei QIN - op.cit - p64, 65.

(5) د/ فيلاي علي - مرجع سابق - ص309، 310.

(6) مقتني بن عمار مرجع سابق - ص107.

قصدا منها، بل تدل على معنى آخر غير الذي يريدانه، ذلك أن وضوح العبارة لا يدل دائما على وضوح الإرادة⁽¹⁾.

فينحرف القاضي عن العبارات الواضحة إلى المعنى الذي قصد إليه المتعاقدان، متى تضمن حكمه أسباب العدول عن العبارة الواضحة، وبين الاعتبارات التي اعتمدها في الكشف عن النية الحقيقية للمتعاقدين، وإلا كان حكمه باطلا لعدم اشتماله على الأسباب الكافية التي يجب قانونا أن يبنيها عليها⁽²⁾.

ثانيا: تأويل العقد في حالة غموض العبارة.

تكون عبارات العقد غامضة إذا كانت مبهمة، بحيث لا تفيد شيئا، أو أن تحمل أكثر من معنى، فتكون غير دقيقة لعدم تحديد مقصود العاقدين منها، أو أن تكون العبارة واضحة لكنها تتعارض مع عبارة أخرى في العقد واضحة، مما يصعب استنتاج نية المتعاقدين، أو أن يتناقض مضمون بعض العبارات مع الأحكام الكلية للعقد، أو أن ينتج الغموض عن إغفال المتعاقدين ذكر بعض تفاصيل العقد⁽³⁾، وهنا لا بد من تفسير هذا المضمون وإجلائه.

يميز عبد الحي حجازي بين التفسير الشخصي للعبارات الغامضة الذي يتطلب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، والتفسير الموضوعي الذي يرجع إليه القاضي عندما يتعذر عليه الكشف عن الإرادة المشتركة، فيكون هدف التفسير هنا هو تحقيق أغراض موضوعية مثل حسن النية والعدالة⁽⁴⁾.

يقصد بالإرادة المشتركة للمتعاقدين في تفسير العقد الإرادة التي التقى عندها المتعاقدان، ولا عبء للإرادة الفردية للمتعاقد التي لم تلتق مع نية المتعاقد الآخر، والإرادة المشتركة حسب فريق من الفقهاء هي الظاهرة التي توافق عليها المتعاقدان، وهي التي تكون محلا للتفسير من أجل كشف الإرادة الباطنية، غير أن افتراض مطابقة الإرادة الباطنية للظاهرة وإن كان هو الغالب لكنه

(1) د/ عبد الرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء 6 - مرجع سابق - ص8؛ د/ محمد صبري السعدي - مرجع سابق - ص291.

(2) د/ أنور سلطان - مرجع سابق - ص198؛ د/ حوحو يمينة - مرجع سابق - ص68.

(3) د/ فيلاي علي - مرجع سابق - ص310، 311؛ د/ حوحو يمينة - مرجع سابق - ص69.

(4) د/ عبد الحي حجازي - مرجع سابق - ص554.

ليس أمرا مسلما به، فقد يقصد المتعاقدان أمرا ويعبران عنه تعبيرا غير دقيق فتتحرف إرادتهما الظاهرة عن الحقيقية، والواجب هنا الأخذ بهذه الأخيرة في تفسير العقد⁽¹⁾.

يمثل الإيجاب الذي يتلقاه الموجب له ويفهمه أو يستطيع أن يفهمه على نحو معين الإرادة المشتركة عند بعض الفقهاء، فتكون العبر هنا بهذا الفهم الذي وقع حقيقة أو حكما، باعتباره القدر المتيقن من الفهم الذي التقت عنده إرادة المتعاقدين، ويعاب على هذا الرأي أن العقد يكون باتفاق إرادتين لا بتعبير صادر من الموجب وحده⁽²⁾.

يرى "سالي" "Saleilles" أن الإرادة المشتركة للمتعاقدين هي تلك الإرادة القانونية التي يجمع عندها القاضي إرادتي المتعاقدين، دون أن يغلب إحداها على الأخرى، وظاهر هذا الرأي أنه استبدل الإرادة الحقيقية للمتعاقدين بإرادة مفترضة يضعها القاضي ويفرضها عليهما، وهذا قد يؤدي به إلى الخروج عن دوره في تفسير العقد إلى تعديله دون وجه حق⁽³⁾.

أرشد المشرع القاضي ليسهل عليه الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، فحوله الاستعانة ببعض العوامل الموضوعية، وهي حسب الفقرة الثانية من المادة 111 من القانون المدني الجزائري: طبيعة العقد، والأمانة والثقة التي يجب أن تسود بين المتعاقدين، والعرف الجاري في المعاملات.

فرع ثالث: العوامل المعتبرة في تفسير عقد الفرنشيز.

يتخذ كل من يسعى إلى تحقيق غاية الوسائل التي تسهل عليه بلوغها، فمن يقوم بتفسير العقد يهدف إلى الوصول إلى النية المشتركة لعاقديه، ولن يتأتى له ذلك إلا إذا استعان بوسائل تسهل عليه الكشف عن هذه النية، وهي وسائل قد تكون داخل العقد ذاته، وقد تكون خارجة عنه، وبناء عليه نقسم هذا الفرع إلى القسمين الآتيين.

(1) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام - مرجع سابق - ص 607.

(2) د/ فيلاي علي - مرجع سابق - ص 311.

(3) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام - مرجع سابق - ص 607، 608.

أولاً: العوامل الخارجية لتفسير عقد الفرنشيز.

يساعد العرف الجاري في المعاملات القاضي في تفسير العقد، كما قد يكشف تنفيذه عن النية المشتركة لعاقديه.

أ- العرف الجاري في المعاملات:

العرف سنة مستقرة غير مخالفة للنظام العام يعمل بها الناس عند غموض عبارات العقد، ويرجع إليها القاضي إذا لم يوجد نص قانوني⁽¹⁾، أو هو اعتياد الأشخاص على اتباع سلوك معين في بيئة معينة ومجتمع معين، بشكل متكرر ومطرد، مصحوب باعتقادهم بإلزام هذا السلوك ووجوب الخضوع لأحكامه وترتب الجزاء على من يخالفه⁽²⁾، وهنا يختلف العرف عن العادة التي تتمثل في سلوك ينتقل من جيل إلى جيل بواسطة السماع والحفظ⁽³⁾، لذلك يعتبر العرف قانوناً يكمل نقصاً في التشريع ولا تعتبر العادة كذلك.

ومادامت القاعدة العرفية قانونية عامة ومجردة، فإن القاضي يستعين بها لتفسير العقد ولو لم تتجه إرادة الأفراد الصريحة أو الضمنية للأخذ بها، لما لها من قوة إلزام ذاتي مستمدة من طبيعتها الموضوعية، في حين لا تفسر العادة العبارات الغامضة في العقد إلا إذا توجهت الإرادة المشتركة للمتعاقدين إلى الأخذ بها، وبالتالي فلا يمكن الاعتماد على عنصر خارجي عن النية المشتركة إلا من خلال هذه النية معبراً عنها بقبول العادة وليس العرف⁽⁴⁾.

يتضح من هذا أن العرف المقصود في المادة 111 من القانون المدني الجزائري، الذي يلجأ إليه القاضي لتفسير العبارات الغامضة في العقد حتى يكشف النية المشتركة للمتعاقدين، هي عادات لم ترق إلى مستوى العرف الذي يكون مصدراً للقانون⁽⁵⁾، ولذلك فإن العرف حين يكون عاملاً من عوامل تفسير العقد ليس العرف عندما يكون مصدراً للقانون، فإن خالف القاضي العرف

(1) د/ فيلاي علي - مرجع سابق - ص 315.

(2) د/ غالب علي الداودي - مرجع سابق - ص 154.

(3) د/ عجة الجيلالي - مرجع سابق - ص 472.

(4) د/ برهان زريق - مرجع سابق - ص 117.

(5) مقتني بن عمار - مرجع سابق - ص 15.

في الحالة الأولى لم يكن حكمه عرضة للنقض، وينقض حكمه إن جاء مخالفا للعرف في الحالة الثانية لأنه قانون (1).

قد تكون الأعراف والعادات التي يلجأ إليها القاضي في تفسير العقد هي تلك السائدة في مكان إبرامه، أو التي يعمل بها في مكان تنفيذه، وقد أجمع الفقه على جواز استناد القاضي إلى عادات وأعراف المكان الذي ينفذ فيه العقد لتفسيره، متى رآها تتوافق مع النية المشتركة للمتعاقدين (2).

وقد تكون الأعراف والعادات التي يلجأ إليها القاضي في تفسير العقد خاصة بطرفيه أو مستمدة من اتفاقاتهم السابقة، وهي ما يصطلح عليه بالعادات الاتفاقية، ويمكن تسميتها بالعرف الخاص، الذي ينبغي على القاضي الأخذ به في تفسير العقد، إذا كان متعارضاً مع عرف عام (3).

ب- طريقة تنفيذ العقد.

يمكن أن تتضح إرادة المتعاقدين من الطريقة التي ينفذان بها العقد، فإن قاما بتنفيذه على نحو معين مدة من الزمن، جاز للقاضي تفسير العقد واكتشاف إرادة المتعاقدين المشتركة في ضوء طريقة التنفيذ التي تراضيا عليها (4).

يتفق كل من الفقه والقضاء على أن طريقة تنفيذ العقد تعتبر وسيلة مؤكدة لتفسير إرادة المتعاقدين في حالة غموض عبارات العقد، وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد بأنه: "متى كان الحكم قد استخلص النية المشتركة للمتعاقدين من مدلول عبارة العقد وطريقة تنفيذه، فإن النعي عليه بالخطأ يكون على غير أساس (5)".

(1) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام - مرجع سابق - ص 612، 613.

(2) مقني بن عمار - مرجع سابق - ص 153.

(3) د/ محمد صبري السعدي - مرجع سابق - ص 297؛ د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر

الالتزام - مرجع سابق - ص 612؛ مقني بن عمار - مرجع سابق - ص 154.

(4) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام - مرجع سابق - ص 613.

(5) د/ محمد صبري السعدي - مرجع سابق - ص 298.

ومثال ذلك أن يقوم مستأجر بدفع الأجرة في محل إقامة المؤجر لمدة معينة من الزمن، فيستنتج منه أن المؤجر والمستأجر أرادا تنفيذ عقدهما على خلاف ما تقضي به القواعد العامة، التي تجعل دفع الأجرة في محل إقامة المستأجر (1).

وإن كان لا يوجد خلاف في اعتماد طريقة تنفيذ العقد لتفسيره إذا كانت عباراته غامضة، فقد اختلف في اعتماد هذه الطريقة في تفسير العقد إذا كانت عباراته واضحة، والراجح أن طريقة تنفيذ العقد ليس من شأنها تعديل المفهوم المستمد من عبارات العقد الواضحة، إلا إذا ثبت أن النية الحقيقية المشتركة للمتعاقدين توافق طريقة التنفيذ وتتعارض مع عبارات العقد رغم وضوحها (2).

ثانياً: العوامل الداخلية لتفسير عقد الفرنشيز.

يعتبر من العوامل الداخلية في تفسير العقد طبيعته، والأمانة والثقة الواجبة في تنفيذه، وحسن نية أطرافه، كما أن عبارات وألفاظ العقد يفسر بعضها ببعض.

أ- طبيعة التعامل:

تعرف طبيعة التعامل على أنها ماهية العقد ونوعيته التي يتجلى فيها الغرض منه، وتعد بهذا مظهراً من مظاهر القانون الطبيعي، الذي يعبر عن النسب الدقيقة الصادرة عن طبائع الأشياء (3).

فإذا كانت عبارات العقد تحمل أكثر من معنى، فيحتمل أن النية المشتركة قد انصرفت إلى المعنى الذي يتفق مع طبيعة التعامل، فإذا اشترط المعير في عارية استعمال أن يرد المعير الشيء أو مثله، فلا يفسر ذلك على أن المتعاقدين أرادوا عارية استهلاك، بل قصد المعير أن يلزم المستعير في حالة هلاك الشيء برد مثله لا أن يرد تعويضاً (4).

أيد هذا الاتجاه حكم صادر عن محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ 30 جوان 1958، الذي جاء فيه أن: "من العوامل التي يستهدي بها القاضي للكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين

(1) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام - مرجع سابق - ص 613؛ د/ محمد صبري السعدي - مرجع سابق - ص 298.

(2) مقني بن عمار - مرجع سابق - ص 162.

(3) د/ برهان زريق - مرجع سابق - ص 138.

(4) د/ عبد الرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء 6 - مرجع سابق - ص 10.

يرجع إلى طبيعة التعامل، حيث يختار القاضي المعنى الذي تقتضيه طبيعة العقد، إذ المعقول أن المتعاقدين قصداً أن يتركا العقد محكوماً بالقواعد التي تقتضيها طبيعته ما لم يصرحا بخلاف ذلك.⁽¹⁾

ب- الأمانة والثقة:

توجب الأمانة في التعامل على من وجه إليه الإيجاب أن يفهم عباراته، فإذا حدث خطأ في التعبير وعلم به أو كان في استطاعته أن يتبينه، فتفرض عليه الأمانة أن لا يستغل الغموض الذي وقع في التعبير مادام قد فهمه على حقيقته، أو كان في إمكانه فهمه، وفي المقابل يكون من حق الشخص الذي وجه إليه التعبير أن يطمئن إلى العبارة بحسب ظاهرها، ويعتبره المعنى الذي قصده من وجه التعبير، وهذه هي الأمانة والثقة التي يستوجبها العقد بين طرفيه⁽²⁾.

يؤول القاضي العقد على أساس الثقة والأمانة التي يفترض وجودها بين المتعاقدين، ولا يأخذ الإرادة التي تقوم على الغش والخداع بعين الاعتبار عند تفسير العقد⁽³⁾.

ج- حسن النية:

وما حسن النية إلا ناتج عن الثقة والأمانة المتطلبة في التعاقد، وهو الإخلاص والأمانة في قصد المتعاقدين وهدفهما من إبرام العقد، وهو من القواعد الكلية التي تفرض وجوباً في المعاملات بين الناس، ولو أغفلوا النص عليها في عقودهم، باعتبارها من الأسس التي تتطلبها العدالة في كل رابطة قانونية⁽⁴⁾.

د- الاعتماد على ألفاظ العقد وصيغته لتفسيره:

إن كانت عبارات العقد تحمل أكثر من معنى وكان أحدها فقط ينتج أثراً، حملت العبارة على هذا المعنى، كما أن عبارات العقد يفسر بعضها بعضاً، إذ يجب تفسيرها باعتبارها جزءاً من كل العقد، كأن تكون عبارة مطلقة وأخرى تحدها، وقد يرد أصل في عبارة ويرد عليه استثناء في

(1) د/ برهان زريق - مرجع سابق - ص 139.

(2) د/ محمد صبري السعدي - مرجع سابق - ص 297.

(3) د/ فيلاي علي - مرجع سابق - ص 315.

(4) مقتني بن عمار - مرجع سابق - ص 198.

أخرى، وقد تكون عبارة مبهمة فتفسر بغيرها، وإذا تضارب معنى عبارتين قرب بينهما القاضي دون تشويه لمعنى العقد، فإن لم يستطع أخذ بمعنى العبارة التي يظهر أن المتعاقدين يريدانها، كما أن تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم دائما إلا إذا ظهر للقاضي أنها استثناء أو تخصيص، فله أن يختار القاعدة الملائمة لتفسير العقد الذي هو بصدد تأويله⁽¹⁾.

لا تقتصر عوامل تفسير العقد على ما ذكرناه، فللقاضي أن يلجأ إلى أي عامل آخر داخلي أو خارجي يساعده في تأويل العقد، والوصول إلى الإرادة المشتركة لطرفيه، ومثال ذلك أن يعتمد على الظروف المحيطة بإبرام العقد وتنفيذه، وما سبقه أو عاصره أو لحقه من اتفاقيات ومفاوضات عن موضوع العقد⁽²⁾.

يبحث القاضي عند تأويل العقد عن النية المشتركة للمتعاقدين، فإن هو وصل إليها يصدر حكمه بذلك، وإن قام عنده شك في تفسير العقد فيجب أن يكون في مصلحة المدين، إلا إذا كان العقد عقد إذعان فإن الشك يؤول لمصلحة الطرف المذعن دائنا كان أو مدينا.

فرع رابع: قيام الشك لدى القاضي في النية المشتركة للمتعاقدين.

يفسر القاضي العقد وفق ما تقتضيه النية المشتركة لعاقديه إن تمكن من كشف هذه النية، لكن الصعوبة قد تبقى رغم كشف النية المشتركة، كأن تحتل تفسيرين أو أكثر دون إمكان الجزم بأحدها واستبعاد ما سواه، وهنا يتدخل المشرع ليفرض على القاضي الحل الذي يجب عليه الأخذ به، فيفرض عليه أن يأخذ بالتفسير الذي يكون في مصلحة المدين، أو التفسير الذي يكون في مصلحة الطرف المذعن دائنا كان أو مدينا.

أولا: تأويل الشك لمصلحة المدين.

يسعى القاضي الذي يدأب على تفسير العقد إلى الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، فإذا توصل إلى تفاسير عدة وبقي الغموض قائما لديه في أيها اتفقت عليه إرادة المتعاقدين فسر هذا الشك في مصلحة المدين⁽³⁾، وهذا ما قرره المادة 112 من القانون المدني الجزائري، لأن

(1) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام - مرجع سابق - ص 610، 611.

(2) د/ محمد صبري السعدي - مرجع سابق - ص 298.

(3) د/ ذنون يونس صالح؛ إبراهيم عنتر - مرجع سابق - ص 50.

الأصل هو براءة الذمة، وما مشغولية الذمة إلا الاستثناء على هذا الأصل، وما دام الدائن يدعي خلاف هذا الأصل فعليه أن يثبت دعواه، ويبرر هذه القاعدة أن الالتزام يملله الدائن لا المدين⁽¹⁾.

ومثال ذلك أن يقع شك في تفسير الشرط الجزائي في عقد فرنشيز، هل يشمل التعويض التأخير عن دفع الأتاوى الدورية التي التزم بها المتلقي، أم أنه يقتصر على مجرد عدم الوفاء بها، فيفسر على أن الشرط الجزائي لا يشمل التأخير في التنفيذ، ومثاله أيضا أن يقع شك في وجوب إعدار المانح للمتلقي في حال تأخره عن دفع الأتاوى الدورية لاستحقاق التعويض الاتفاقي أم أنه لا حاجة للإعدار، فيفسر الشك لمصلحة المتلقي ولا يستحق المانح التعويض المتفق عليه إلا من يوم إعدار المتلقي.

ثانيا: تأويل الشك لمصلحة الطرف المدعن.

يؤول الشك حسب الفقرة الثانية من المادة 112 من القانون المدني الجزائري لمصلحة الطرف المدعن دائما كان أم مدينا.

لا يكون تفسير عقود الإذعان على أساس القصد المشترك بل على أساس الهدف الذي سعى إليه المتعاقدان، وبذلك يكون تفسير عقد الإذعان غالبا لمصلحة الطرف المدعن، هذا ناهيك عما إذا كان شك في تفسير عبارات عقد الإذعان، التي يقوم بصياغتها الطرف القوي الذي لا يجوز أن يستفيد من غموضها إن كان مدينا، فيكون مسؤولا بذلك عن خطئه في الصياغة المبهمة لبند العقد⁽²⁾.

وذهب فريق من الفقهاء إلى أن أساس تفسير عقود الإذعان لمصلحة الطرف المدعن ليس مسؤولية المشتراط عن إخلاله بواجب، بقدر ما هو حماية للطرف الضعيف، فأساس تفسير عقد الإذعان لمصلحة المدعن حتى ولو كان دائما هو العدالة وليس المسؤولية⁽³⁾.

يستفيد المتلقي من هذه الحماية التي توفرها المادة 112 من القانون المدني الجزائري، باعتبار عقد الفرنشيز من عقود الإذعان كما بيناه سابقا، فيفسر الشك لمصلحته إذا كان هناك

(1) د/ مندر الفضل - مرجع سابق - ص207؛ محمد عبد الرزاق محمد - مرجع سابق - ص156؛ د/ حوجو يمينة - مرجع سابق - ص74.

(2) د/ لعشب محفوظ - مرجع سابق - ص145، 146.

(3) د/ برهان زريق - مرجع سابق - ص144.

محل لتفسير عقد الفرنشيز وتوافرت الشروط التي ذكرناها آنفاً، وأعمل القاضي كل العوامل المتاحة لديه ولم يصل إلى الإرادة المشتركة للمانح والمتلقي، ويبقى الشك قائماً عنده في تفسير أحد بنود العقد، فيجب أن لا يكون تأويله ضاراً بمصلحة المتلقي سواء كان دائناً أو مديناً في هذا البند الذي وقع فيه الشك.

ليست هذه الحماية الوحيدة التي يستفيد منها المتلقي باعتبار عقد الفرنشيز عقد إذعان، إذ يستفيد أيضاً من الحماية المقررة بموجب المادة 110 من القانون المدني الجزائري، التي تجيز للقاضي أن يعدل أو يلغي الشروط التعسفية في عقد الفرنشيز، وسنؤجل الكلام عنها في المبحث الموالي.

مبحث ثاني: حماية المتلقي بإعفائه من الشروط التعسفية في العقد.

يعتبر تعسفياً كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركاً مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى، يكون من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد⁽¹⁾، فهو شرط مكتوب غير خاضع للمفاوضة الفردية⁽²⁾، وهو الشرط الذي يستأثر أحد طرفي العلاقة العقدية بفرضه تعسفاً على الآخر، بحيث يجعله يخضع له دون إمكانية حقيقية لتعديله بسبب عدم المساواة التي وجد فيها، وينتج عنه اختلال ظاهر في التوازن العقدي بين حقوق والتزامات الأطراف في كل مراحلها، ويظهر الميزة التي يحصل عليها الطرف الأقوى بما يشكل عبئاً على الآخر دون مقتضى⁽³⁾.

سعى المشرع الجزائري إلى رفع الغبن عن الطرف الضعيف في كل المواضع التي يحتاج فيها إلى الحماية، ومنها تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية التي يفرضها الطرف القوي في العقد

(1) الفقرة الخامسة من المادة الثالثة من القانون 02/04 الصادر بتاريخ 23 يوليو 2004 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية - الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 41 - الصادرة بتاريخ 27 يوليو 2004؛ انظر في هذا المعنى: Annelieke GILLOTOT - relevé d'office du juge et droit de la consommation - thèse - université d'Avignon - 2014 - p22, 808, 809.

(2) د/ عائدة مصطفى - حماية المستهلك من الشروط التعسفية - مجلة الاجتهاد القضائي - العدد 14 - أبريل - 2017 - ص12.

(3) د/ رباحي أحمد - أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن - مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا - جامعة الشلف - العدد 5 - مارس 2010 - ص347.

عليه، سواء كان ذلك في القواعد العامة في القانون المدني أو القواعد القانونية في النصوص الخاصة كما هو الحال في القانون المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

قد يحتوي عقد الفرنشيز على شروط تعسفية خاصة أن طرفاه يختلفان من حيث القوة الاقتصادية والمعرفة التقنية والخبرة الفنية، والمتلقي دائما هو الطرف الضعيف في هذا العقد، لذلك يستفيد من هذه الحماية القانونية، وعليه سندرس في هذا المبحث الشروط التعسفية في عقد الفرنشيز وكيفية تعديلها أو إلغائها في المطلبين الآتيين.

مطلب أول: الشروط التعسفية في عقد الفرنشيز.

يعتبر عقد الفرنشيز موطنا خصبا للشروط التعسفية، نظرا لاحتكار المانح للتكنولوجيا التي تعتبر محل هذا العقد، والموضع الاحتكاري لهذا الطرف يعطيه فرض ما شاء من شروط وما على المتلقي إلا القبول بها أو رفضها جملة واحدة، وهو غالبا ما يجد نفسه مضطرا إلى التعاقد لحاجته إلى التكنولوجيا التي يمتلكها المانح، ويكون وضع المتلقي أضعف إذا كان من الدول النامية.

ويعتبر هذا نتيجة لاعتبار عقد الفرنشيز من عقود الإذعان كما فصلناه سابقا، وهي عقود يضع شروطها المانح ولا يقبل مناقشتها، لكن لا تكون هذه الشروط تعسفية دائما رغم وضعها من طرف واحد، لذلك كان لزاما علينا أن نتطرق إلى شروط اعتبار البند تعسفيا، لنستنتج الشروط التعسفية التي قد ترد في عقد الفرنشيز.

فرع أول: شروط اعتبار الشرط تعسفيا.

يشترط لتعديل أو إلغاء شرط باعتباره تعسفيا أن يكون بندا من عقد، بحيث يجب أن يكون مفروضا من الطرف الآخر، ويجب أن يكون الشرط مكتوبا، سواء كان العقد مكتوبا كله أو في جزء منه، فلو كان الشرط شفويا لما صح المطالبة بتعديله أو إلغائه لأنه يصعب إثباته، ويشترط في الأخير أن يؤدي البند التعسفي إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، وهذا يقتضي النظر إلى الشرط باعتباره جزء من العقد لا منفردا عنه، إذ قد يكون الشرط التعسفي مبررا بالنظر إلى شروط أخرى في العقد.

أولا : الشرط التعسفي في العقد.

تنص الفقرة الرابعة من المادة الثالثة من القانون 02/04 على ما يلي: "عقد: كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر، بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه.

يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى، مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا."

وتنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من المرسوم التنفيذي 306/06 على ما يلي: "يقصد بالعقد في مفهوم هذا المرسوم وطبقا للمادة الثالثة الحالة الرابعة من القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 والمذكور أعلاه، كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه."⁽¹⁾.

إذا عدنا إلى الفقرة الرابعة من المادة الثالثة من القانون 02/04 نجد المشرع أخذ بالمفهوم الواسع لعقد الإذعان كما سبق شرحه، إذ لم يشترط احتكار صاحب السلعة أو مقدم الخدمة لها احتكارا قانونيا أو فعليا، وإنما اكتفى بشرطي الإعداد المسبق للعقد من الطرف القوي في العلاقة الاقتصادية، وتسليم الطرف المذعن بشروط العقد دون أن يناقشها، ثم أنه لم يحصر الشكل النموذجي الذي يأتي فيه العقد، فقد يكون في شكل سند أو فاتورة أو جدول أو مناشير، والمهم أن تتضمن شروط العقد ولا يهم بعد ذلك الشكل الذي جاءت فيه.

ثم أن المشرع الجزائري لم يحصر الحماية في عقود الإذعان على غير المحترف، فحتى المحترف قد يوجد في وضعية إذعان، بسبب عدم اختصاصه أو قلة خبرته، أو نتيجة القوى غير المتكافئة بينه وبين المتعاقد الآخر، وحسن فعل المشرع الجزائري عندما مد الحماية ووسع في

(1) المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الصادر بتاريخ 10 سبتمبر 2006 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية - الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 56 - صادرة بتاريخ 11 سبتمبر 2006.

نطاقها من حيث الأشخاص، ذلك أن إضفاء التوازن على العلاقة العقدية يقتضي عدم إقصاء أي متعاقد يكون في وضع يحدث اختلالا في العلاقة التعاقدية⁽¹⁾.

ومادام المشرع الجزائري قد اختار توحيد وتوسيع نطاق الحماية ضد الشروط التعسفية لكل من المستهلك والعون الاقتصادي، أو المحترف، فلا داعي لأن نميز بين كل من المحترف والمستهلك⁽²⁾.

ثانيا: أن يكون الشرط مكتوبا.

تنص الفقرة الرابعة من المادة الثالثة من القانون 02/04 على أنه: "...حرر مسبقا..."، فمعنى حرر كتب، فيجب أن يكون الشرط والعقد الذي يحتويه مكتوبان، حتى يسهل معرفة ما إذا كان تعسفيا أم لا، ومن هنا يتضح أن عقد الإذعان إذا لم يكن مكتوبا لم يستطع الطرف المذعن الحصول على الحماية التي قررها القانون له، فلا يمكن إعفاؤه من الشروط التعسفية أو تعديلها.

غير أن عقد الإذعان قد يكون مكتوبا، لكن تكون فيه شروط تعسفية غير مكتوبة، أي تكون شفوية فقط، فإذا طبقنا عليها النص السابق فإنها تكون خارجة من إطار الشروط التعسفية ولو كان العقد في مجمله مكتوبا، وبالتالي لا تطبق بشأنها القواعد المتعلقة بتعديل الشرط التعسفي أو إلغائه.

يتضح من هذا أن عقد الإذعان قد يتسع ليشمل كل عقد ولو أبرم شفاهة، لكن النص المذكور سابقا يخرج العقود غير المكتوبة من إطار الحماية، ويدخل في المادة تلك العقود التي تكون في مجموعها أو في جزء منها مكتوبة مسبقا، مما يجعلها متعلقة بعملية مستمرة، وأكثر أهمية من تلك المنجزة شفاهة⁽³⁾.

لم يحدد النص السابق نوع الكتابة، فقال يمكن أن ينجز العقد في شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم، أو أي وثيقة أخرى أيا كان شكلها، أي سواء كانت كتابة تقليدية أو إلكترونية، أو كانت كتابة مطلوبة للإثبات أو لازمة لانعقاد العقد، أو كانت رسمية أو

(1) د/ بودالي محمد - مكافحة الشروط التعسفية في العقود - مرجع سابق - ص 90، 91.

(2) عرعارة عسالي - مرجع سابق - ص 177.

(3) د/ بودالي محمد - الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري - مرجع سابق - ص 118.

عرفية، فالمهم أن يكون الشرط الخاضع للفحص من قبل القاضي لمعرفة مدى تعسف الموجب فيه مكتوبا.

نستنتج من هذا كله مدى تنوع أشكال عقود الإذعان التي تتضمن شروط التعاقد العامة، التي لا يمكن حصرها، ويكفي هنا وجود نص مكتوب من طرف شخص معين هو المحترف، أو أي عون اقتصادي يهدف إلى إذعان شخص أو مجموعة من الأشخاص، سواء كان هؤلاء محترفين مثله أو مجرد مستهلكين عاديين⁽¹⁾.

ثالثا: أن يتسبب الشرط في اختلال التوازن الاقتصادي.

جاء في الحالة الخامسة من المادة الثالثة من القانون 02/04 أن الشرط يعد تعسفيا إذا كان من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد، ومعيار هذا الشرط هو عدم التوازن الملازم لبنود العقد، وليس ضمان التعادل الكلي بين الأداءات المتقابلة، ولا ينظر إلى الشرط لوحده بل يكون تقدير عدم التوازن بالنظر إلى شروط العقد مجتمعة، إذ أن تعسف شرط قد يكون مبررا بالنظر إليه من خلال مجموع شروط العقد، كما يقدر التوازن في وقت إبرام العقد وبالنظر إلى الظروف المحيطة به وقت إبرامه، وكذلك الرجوع إلى شروط عقد آخر إذا كان إبرام عقد أو تنفيذه يخضع للآخر، ومثال ذلك اقتران عقد الرهن بعقد بيع⁽²⁾.

لم يذكر النص السابق وجوب الأخذ في عين الاعتبار الظروف المحيطة بإبرام العقد عند النظر في الشروط التعسفية، غير أن هذا يعتبر من الأمور المسلم بها، فالقضاء يرجع إلى هذه الظروف دائما في تعامله مع جميع العقود عندما يقوم بتأويلها دون الحاجة إلى النص عليها صراحة في القانون، ولم يذكر في النص السابق أيضا وجوب النظر إلى شروط عقد آخر يرتبط

(1) د/ بودالي محمد - الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري - مرجع سابق - ص118.

(2) د/ حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي - اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية (دراسة مقارنة) - مجلة العلوم القانونية - جامعة بغداد - المجلد 26 - العدد 2 - 2011 - ص230؛ عرارة عسالي - مرجع سابق - ص185، 186؛ د/ منصور حاتم محسن - العلاقة بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي (دراسة مقارنة) - مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية - جامعة بابل - المجلد 7 - العدد 4 - 2015 - ص157، 158؛

به عقد الإذعان الذي يكون القاضي بصدد مناقشة شروطه، ومع ذلك يعتبر أن المشرع الجزائري قد اعتمد أحدث الأحكام والآراء بصدد مكافحته الشروط التعسفية في العقود⁽¹⁾.

ومن صور الشروط التعسفية إعفاء الطرف القوي من المسؤولية، والشرط الذي يعطيه الحق في الرجوع عن العقد، أو الذي يعطيه حق وقف تنفيذه، والشروط التي تحد من تعامل المتعاقد المذعن مع الغير، وشرط إعفاء الطرف القوي من الضمان القانوني، أو الذي يعطيه حق تعديل الخدمة أو مواصفات السلعة دون تعديل الثمن، والشرط الذي يعطيه حق تعديل وقت التسليم متى شاء، وغيرها من الشروط التي يعود للقاضي السلطة التقديرية في اعتبارها تعسفية، وما يكون منها جائرا ومخالفا لروح الحق والعدل في ضوء ظروف وملابسات كل عقد على حدة⁽²⁾.

فرع ثاني: بعض صور الشروط التعسفية في عقد الفرنشيز.

منعت المادة الخامسة من القانون 13/82 مورد التكنولوجيا من فرض بعض الشروط التي تعتبر تقييدية أو تعسفية على الشركة المتلقية، مثل الشروط التي تقيد الاستغلال، كشرط منع المتلقي من الحصول على تكنولوجيا أكثر تطورا أو منعه من تطوير التكنولوجيا التي نقلها إليه المانح، وشرط التمون الحصري من المانح أو من الجهة التي يعينها.

أولا: شروط تقييد الاستغلال الاقتصادي لمشروع المتلقي.

من أهم خصائص عقد الفرنشيز تبعية المتلقي الاقتصادية للمانح، نظرا لتمتع الأخير بالقوة الاقتصادية التي تجعله يحتكر وسائل الإنتاج، ويبقى المتلقي مجرد مذعن لشروطه، وليبقى المانح على تبعية المتلقي له يفرض عليه جملة من الشروط أهمها:

(1) د/ رباحي أحمد - أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن - مرجع سابق - ص361، 362.

(2) د/ محمد إبراهيم بنداري - مرجع سابق - ص18؛ لمزيد من الأمثلة عن الشروط التعسفية راجع: زياد خلف عليوي الجوالي - مرجع سابق - ص426، 427؛ وراجع أيضا: د/ حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي - مرجع سابق - ص225، 226، 227؛ د/ عايدة مصطفى - مرجع سابق - ص3؛

أ- شرط التمون الحصري من المانح:

يلزم المانح المتلقي بموجب هذا الشرط بأن يحصل على المؤن التي يحتاجها مشروعه منه هو فقط، أو من الجهات التي يعينها له، التي قد تجمعها بالمانح مصالح اقتصادية معينة.

يعتبر هذا الشرط أساسيا من المانح لإتمام عملية نقل عناصر المحل في عقد الفرنشيز، وهو يأتي في إطار الشروط التعسفية، لأن المتلقي قد يتوصل إلى المواد الأولية والمؤن التي يحتاجها في مشروعه من مصادر أخرى بسعر مناسب وبأقل التكاليف، أو قد تكون مثل هذه المواد متوفرة في دولته، فلا يستطيع المتلقي أن يحصل عليها من غير المصادر التي حددها له المانح بموجب شرط التمون الحصري⁽¹⁾، وقد يجد المتلقي نفسه مرغما على التزود بما يلزمه من مواد في إنتاج سلعه أو تقديم خدماته تحت شرط رقابة الجودة رغم عدم الاشتراط الصريح لحصرية التمون.

ب- شرط رقابة الجودة:

حينما يخلو عقد الفرنشيز من شرط التمون الحصري من الجهات التي يعينها المانح، فإنه يتمتع بحرية اختيار الجهة التي تمده بالبضائع التي يحتاجها في مشروعه، لكنها حرية مقيدة باحترام المستوى العام للجودة داخل شبكة الفرنشيز التي ينتمي إليها، وبدعم الإضرار بصورة المانح التجارية، الذي تبقى له السلطة التامة في تقرير ما إذا كانت منتجات المتلقي من سلع وخدمات مطابقة لمعايير الجودة التي يشترطها، بل وقد يتعدى الأمر ذلك، فيمكنه رفض كل منتج من المتلقي يرى بأنه يسبب ضررا لعلامته حتى ولو تطابق مع معايير الجودة المعمول بها في الشبكة، وهذه السلطة الواسعة التي يتمتع بها المانح بموجب هذا الشرط تقلص كثيرا من حرية المتلقي في اختيار مصدر يزوده بالمؤن، فيبقى اختياره لها مرهونا بقبول المانح⁽²⁾، فينقلب بذلك شرط مراقبة الجودة إلى شرط التمون الحصري.

ثانيا: الشروط المقيدة ذات الآثار الكمية والإقليمية.

ينص عقد الفرنشيز الدولي في معظم الأحيان على شروط تقيد أحد المتعاقدين، ويرد هذا الشرط في شكل التزام على المتلقي لضمان حق المانح في الحصول على مستوى مضمون من

(1) د/ وليد عودة الهمشري - مرجع سابق - ص 271، 272.

(2) د/ محمد محسن إبراهيم النجار - مرجع سابق - ص 55.

الربح، أي حد أدنى من الأتاوى، أو تقييد المتلقي بإنتاج حد أقصى كوسيلة للحفاظ على سعر السلع المنتجة أو عدم منافسة هذه السلع الأسواق الأخرى(1).

تعتبر الشروط الإقليمية المقيدة إحدى الوسائل لضمان توزيع جغرافي في السوق الدولي يتناسب مع إستراتيجية المانح المنبثقة عن فكرة التخصص، وتعتبر من بين أهم الشروط التي تدخل في نطاق هذا الفرع، وتؤثر على استغلال المشروع المتلقي للتكنولوجيا المنقولة اقتصاديا وتجاريا، وشرط حصول المتلقي على إذن أو ترخيص من المانح قبل قيامه بتصدير إنتاجه، أو منعه من تصدير منتجه إلى دول أخرى، أو تسويق المنتجات عبر شبكة المانح التجارية والتسويقية(2).

يعتبر شرط الحصرية الإقليمية من أهم الشروط التقييدية ذات الآثار الإقليمية، وهو يهدف إلى تحديد نطاق استغلال المتلقي، وإن كان هذا الشرط يتيح في الظاهر للمتلقي احتكارا يمكنه من تحقيق أرقام أعمال مرتفعة في النطاق الإقليمي المحدد بالعقد(3)، فإن الدكتور وليد عودة الهمشري يرى أن هذا الشرط يتلاقى مع شروط عدم المنافسة في الوقت الذي يعتبر بديهيا قيام التجارة على المنافسة المشروعة، ومثل هذه الشروط تحد بشكل كبير من القدرة التنافسية لمشروع المتلقي في الأسواق الدولية أو الداخلية، بل قد تسهم هذه الشروط في شل مثل هذه القدرة التنافسية بالكامل، خاصة مع اشتراط المانح عدم إبرام اتفاقات مع مشروعات منافسة لمشروعه من طرف المتلقي(4).

قد يشترط المانح على المتلقي إلى جانب شرط التقييد بإنتاج كمية معينة أو حصر الاستغلال في إقليم محدد ما يسمى بالإلزام بمواصلة الإنتاج، الذي يفرضه المانح على المتلقي عادة بشرط في عقد الفرنشيز، مما يشكل عبئا على المتلقي في حالة تقادم المعرفة الفنية بظهور ما هو أحدث منها، وانصراف الزبائن عما يقدمه المتلقي من سلع وخدمات إلى غيرها(5).

(1) د/ محمود الكيلاني - مرجع سابق - ص218.

(2) د/ وليد عودة الهمشري - مرجع سابق - ص274.

(3) د/ محمد محسن إبراهيم النجار - مرجع سابق - ص53.

(4) د/ وليد عودة الهمشري - مرجع سابق - ص274، 275.

(5) د/ محمود الكيلاني - مرجع سابق - ص217.

ثالثاً: الشروط التي تقيد الاستغلال التكنولوجي للمتلقي.

تعتبر شروطاً تعسفية تلك التي تقيد الاستغلال التكنولوجي للمتلقي سواء كانت مرتبطة بعناصر الملكية الفكرية، أو مرتبطة بالممارسات التكنولوجية للمتلقي.

أ- القيود المرتبطة بعناصر الملكية الفكرية:

يشترط المانع على المتلقي الامتناع عن إثارة أية منازعة عن صحة حقوق الملكية الفكرية التي نقلها إليه بموجب عقد الفرنشيز، وخاصة ما تعلق منها ببراءات الاختراع والعلامة التجارية، وهذا الشرط يدخل دون أدنى شك في الشروط التعسفية، التي تهدف إلى تنصل المانع من التزامه بضمان محل عقد الفرنشيز، هذا المحل المتمثل أساساً في التكنولوجيا التي ينقلها إليه، فيعفي نفسه من ضمان أي تعرض مادي أو قانوني من الغير⁽¹⁾.

اعتبر القضاء اشتراط المانع في عقد الفرنشيز المتضمن براءة اختراع بأن لا يطعن المتلقي في صحة البراءة شرطاً غير مشروع، لأن المانع ملزم قانوناً بضمان التعرض القانوني الصادر من الغير والمادي والقانوني الصادر منه، ولأن عقد الفرنشيز من عقود المعاوضة وتطبق عليه أحكام البيع في هذا الصدد، فإنه يعتبر باطلاً كل شرط يعفي المانع من تعرضه الشخصي، كما يعد شرط عدم ضمان الاستحقاق الذي مرده سوء نية المانع باطلاً أيضاً⁽²⁾، وهذا ما تضمنته الفقرة الأولى من المادة 377 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها: "ويكون باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير."، وكذلك الفقرة الأولى من المادة 378 من نفس القانون التي جاء فيها: "يبقى البائع مسؤولاً عن كل نزع يد ينشأ عن فعله ولو وقع الاتفاق على عدم الضمان ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك."

ب- الشروط المقيدة للممارسات التكنولوجية:

قد يشترط المانع على المتلقي شروطاً تقيد مجال أو نطاق استخدام التكنولوجيا المنقولة بموجب عقد الفرنشيز، والشروط التي تحد من إمكانية تكييف هذه التكنولوجيا مع ظروف البيئة المحلية، والشروط التي تمنع المتلقي من القيام بأنشطة البحث والتطوير، وتعتبر هذه الشروط في

(1) د/ وليد عودة الهمشري - مرجع سابق - ص 276.

(2) د/ محمود الكيلاني - مرجع سابق - ص 184.

عمومها مشروعة في الدول المتقدمة، لأنها ترتبط بممارسة المانح لحقوقه الاحتكارية المعترف له بها قانونا على التكنولوجيا محل العقد، ومن هذه الدول من تجيز مثل هذه القيود حتى بالنسبة للمعرفة الفنية التي لم تحصل على براءة اختراع⁽¹⁾.

مطلب ثاني: تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية في عقد الفرنشيز.

تنص المادة 110 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك."

يلزم عقد الفرنشيز الذي توافرت فيه أركانه وشروطه طرفيه، ويلتزم بموجبه كل من المانح والمتلقي بتنفيذ الالتزامات التي يربتها العقد في ذمته، ويعبر عن هذا الأمر بالقوة الملزمة للعقد، وعلى كل طرف احترام العقد في حدود تنظيم العلاقات التي يحكمها كأنه قانون، ويترتب على هذا الأمر أنه لا يستطيع أحد أطرافه أن ينقضه أو يتحلل منه بإرادته المنفردة، ولا يحق له تعديله ما لم يصرح له القانون أو الاتفاق بذلك⁽²⁾.

نتج مبدأ العقد شريعة المتعاقدين عن مبدأ سلطان الإرادة، حيث يرى أصحاب المذهب الفردي أن الإرادة هي المصدر الوحيد للحقوق والواجبات، وما دام الشخص قد التزم بمحض إرادته فإنه يكون ملزما بالوفاء بما تعهد به⁽³⁾.

يقوم العقد في هذه الحالة مقام القانون في تنظيم العلاقة التعاقدية فيما بين طرفيه، بل هو ينسخ القانون خارج دائرة النظام العام والآداب العامة، إذ أن الأحكام القانونية التي تخرج عن هذه الدائرة ليست إلا أحكاما تكميلية أو تفسيرية لإرادة المتعاقدين، فإذا تولى المتعاقدان بإرادتهما تنظيم العلاقة في ما بينهما في العقد، كان هذا الأخير بمثابة قانون يسري عليهما، وتواري البديل أمام الأصيل⁽⁴⁾.

(1) د/ وليد عودة الهمشري - مرجع سابق - ص 277.

(2) انظر في هذا المعنى د/ محمد صبري السعدي - مرجع سابق - ص 313.

(3) د/ فيلاي علي - مرجع سابق - ص 286.

(4) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام - مرجع سابق - ص 624، 625.

تحول قاعدة العقد شريعة المتعاقدين دون انفراد أحد أطراف العقد بنقضه أو تعديل بنوده، ولا يتم ذلك إلا باتفاق الطرفين عليه، ويقوم هذا المبدأ على أساس سلطان الإرادة من ناحية، وعلى أساس أخلاقي يفرضه واجب الوفاء بالعهود من ناحية أخرى، كما تفرضه دواعي استقرار المعاملات⁽¹⁾.

يتمتع على القاضي هو الآخر نقض العقد أو تعديله تحت أي حجة⁽²⁾، إذ لا يجوز له أن ينقض عقدا صحيحا أو يعدله بدعوى أن النقص أو التعديل تفرضه مقتضيات العدالة، إذ أن العدالة تكمل إرادة المتعاقدين لكنها لا تتسخها⁽³⁾، فهو ملزم مثل المتعاقدين باحترام مقتضيات العقد كما تم الاتفاق عليه، فلا يستطيع تعديله إلا إذا أعطاه القانون هذه السلطة⁽⁴⁾.

ينطبق ما قلناه عن تعديل العقد في مجمله على تعديل العقد في جزء منه، أو في بعض شروطه، إذ يمنع على أحد المتعاقدين بموجب مبدأ العقد شريعة المتعاقدين أن يعدل أحد شروط العقد أو يتحلل منه بإرادته المنفردة تحت أي مبرر، كما يمنع على القاضي من جهة أخرى أن يعدل شروط العقد أو يعفي المتعاقد منها بدعوى أن تعديلها أو إلغائها يوافق العدالة.

نستخلص من هذا كله أنه يمنع على المانع كما المتلقي أن يعدل شروط عقد الفرنشيز بإرادته المنفردة بدعوى أنها غير عادلة في نظره، أو أنه لا يطبق الوفاء بها لما يسببه تنفيذها من إرهاب له، وإنما عليه أن يرفع الأمر إلى القضاء إن رأى أنها تشكل تعسفا في حقه، ويمنع على القاضي أيضا أن يجتهد رأيه وهو يفسر عقد الفرنشيز، أو يحدد نطاقه، أو ينظر في أي نزاع بشأنه، أن يقوم بتعديل أحد شروطه متحججا بأن هذا التعديل يضمن مساواة أكثر بين المانع والمتلقي.

غير أنه يجوز للمتعاقدين الاتفاق على تعديل العقد، فإذا تم إبرام عقد فرنشيز صحيح ثم تقرر تعديل بعض شروطه، جاز ذلك لكل من المانع والمتلقي طالما حصل بينهما اتفاق بهذا

(1) د/ أمجد محمد منصور - مرجع سابق - ص 181.

(2) د/ رمضان أبو السعود - مرجع سابق - ص 216؛ Clémentine CAUMES - op.cit - p9؛ ولقد عمد القضاء على ترسيخ هذا المبدأ من خلال الأحكام القضائية الصادرة عنه، ومنها قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2012/05/24، في ملف رقم 771895، منشور في مجلة المحكمة العليا - عدد 2 - 2013 - ص 137.

(3) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام - مرجع سابق - ص 625.

(4) د/ توفيق حسن فرج - مرجع سابق - ص 292.

الشأن، ولكن إن لم يحصل مثل هذا الاتفاق يبقى الطرفان ملتزمين بالعقد ما لم يقض القانون بغير ذلك.

ينص القانون في بعض الحالات الاستثنائية على تعديل العقد نزولا عند اعتبارات العدالة، كما هو الحال في تعديل الشرط الجزائي حسب الفقرة الثانية من المادة 184 من القانون المدني الجزائري، وفي جواز منح المدين نظرة الميسرة حسب الفقرة الثانية من المادة 281 من نفس القانون، وفي جواز الرجوع في الهبة حسب المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري، وفي جواز تعديل أجر الوكيل حسب الفقرة الثانية من المادة 581 من القانون المدني الجزائري، وفي جواز رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في نظرية الحوادث الطارئة.

يضر التمسك بالعقد - بناء على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين - مصالح المتعاقد في بعض الأحيان مما يخل بوضوح بالتوازن العقدي بما يستلزم تصحيحه⁽¹⁾، وتعديله دون حاجة إلى اتفاق عاقديه على ذلك، وقد يكون سبب هذا التهديد هي الشروط التعسفية التي يفرضها أحد المتعاقدين على الآخر، ومثل هذا الأمر كثير الوقوع في عقود الإذعان، وتقاديا لمثل هذا الخطر سمحت المادة 110 من القانون المدني الجزائري للقاضي بأن يعدل شروط العقد، إذا كان عقد إذعان وتضمن شروطا تعسفية⁽²⁾.

يجوز للقاضي على هذا الأساس أن يعدل شروط عقد الفرنشيز إذا رأى أنها تعسفية، خاصة وأن عقد الفرنشيز يعتبر عقد إذعان كما ذكر سابقا في هذا البحث، فشروطه يعدها المانح في عقد نموذجي، وما على المتلقي إلا القبول بها كاملة فيدخل في شبكة الفرنشيز الخاصة بالمانح، أو يرفضها ويبقى خارج هذه الشبكة.

فإذا اشترط المانح على المتلقي أن يحصل على المؤن التي يحتاجها في مشروع منه فقط، مع أن المتلقي كان في وسعه أن يحصل عليها من جهة أخرى وبأسعار أقل بكثير من تلك التي يفرضها المانح عليه، جاز للقاضي أن يعدل هذا الشرط بحيث يصبح من حق المتلقي الحصول على هذه المؤن من الجهة التي يراها أنسب له لتخفيض تكاليف الإنتاج.

(1) Clémentine CAUMES – op.cit – p10.

(2) د/ فيلاي علي - مرجع سابق - ص 289.

كما يمكن للقاضي تعديل شرط مواصلة الإنتاج الذي يفرضه المانع على المتلقي في عقد الفرنشيز، فيحدد مثلا مهلة معينة لهذا الالتزام، مراعيًا في ذلك حق المانع في الحصول على فائدة بمواصلة المتلقي لاستغلال التكنولوجيا المنقولة إليه، ومراعيًا من جهة أخرى تقادي المتلقي مواصلة هذا الاستغلال في وقت تصبح فيه هذه التكنولوجيا قديمة.

فرع ثاني: إلغاء الشروط التعسفية في عقد الفرنشيز.

حسب المادة 110 من القانون المدني الجزائري فإنه يجوز للقاضي أن يعفي الطرف المذعن من الشروط التعسفية التي قد ترد في عقد الإذعان، وإعفاء المذعن منها يعني إلغاؤها، وإلغاء شرط أو أكثر من العقد لا بد أنه يؤدي إلى إنقاص جزء منه، وهذا قد يترتب عليه إنهاء العقد بالكلية، إذا كان هذا الجزء أساسيا في العقد، ولا يقوم العقد إلا به، حيث تنص المادة 104 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير هذا الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله."، وقد أشرنا سابقا أن عقد الفرنشيز قد يحوي شروطا تعسفية تعد باطلة، والقاضي يعفي المتلقي منها بموجب السلطة التي منحتها إياها المادة 110 من القانون المدني الجزائري، ومن الشروط الباطلة في عقد الفرنشيز: اشتراط عدم إثارة أية منازعة عن صحة حقوق الملكية الفكرية، وقلنا أن هذا الشرط باطل، لأنه يهدف إلى إعفاء المانع من ضمان الاستحقاق، حيث جعلت المادة 377 شرط الإعفاء من الضمان أو إنقاصه يعد باطلا إذا كان المشترط سيء النية، وكذلك الفقرة الأولى من المادة 378 من القانون المدني الجزائري المذكورة آنفا.

ومن الشروط الباطلة ما جاء ذكره في المادة 110 من القانون المدني الجزائري، وهو أن يشترط المانع على المتلقي في عقد الفرنشيز بأن لا يرفع إلى القضاء طلبا بإلغاء أو تعديل الشروط التعسفية، إذ نصت في آخرها على أن يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك، لأن هذا الشرط يعتبر مخالفا للنظام العام⁽¹⁾، غير أنه لا يشترط في إبطال شرط تعسفي أن يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة، بل يكفي أن يشكل تعسفا في حق المذعن ويكلفه خسارة فادحة.

(1) خوله كاظم محمد راضي - مرجع سابق - ص 389؛ د/ حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي - مرجع سابق - ص 235؛ حسن الجواهري - مرجع سابق - ص 436.

وأيا كان الشرط التعسفي الذي يقرر القاضي إعفاء المتعاقد المذعن منه، لا بد أن تتوفر فيه جملة من الشروط يتطلبها القانون لإنقاص العقد.

أولاً: أن يكون الشرط المراد إلغاؤه باطلاً أو تعسفياً.

يجب على القاضي أن يراعي هذا الشرط عندما يقرر إعفاء الطرف المذعن من بند في عقد الفرنشيز، فيجب أن يكون هذا البند باطلاً، ومثاله البند الذي يشترط فيه المانح على المتلقي عدم اللجوء إلى القضاء لتعديل الشروط التعسفية أو إلغائها، أو اشتراط إعفائه من ضمان التعرض الشخصي، أو اشتراط عدم اللجوء إلى القضاء ولو حدثت ظروف طارئة جعلت تنفيذ المتلقي لالتزاماته مرهقاً، وغيرها من الشروط التي تخالف قواعد قانونية أمره، أو يجب على الأقل أن ينتج عن هذا البند الذي يراد إلغاؤه اختلالاً ظاهراً في التوازن العقدي بين حقوق والتزامات الأطراف في كل مراحله، فيحصل فيه الطرف القوي على ميزة فاحشة تشكل عبئاً غير مبرر على الطرف المذعن⁽¹⁾.

ثانياً: أن يكون العقد قابلاً للانقسام.

تقتضي عملية إنقاص العقد أن يكون قابلاً للانقسام، ويرى الدكتور فيلالي علي أن العقد يكون قابلاً للانقسام إذا كان سقوط جزء منه لا ينال من تكييف العقد، ولا ينال من طبيعته القانونية، أما إن كان الإنقاص يغير من طبيعة العقد فيكون غير قابل للانقسام، فأبطل الشرط الذي يسقط حق المؤمن في التعويض لا يؤدي إلى انقضاء عقد التأمين، في حين لا يمكن إبطال شرط إعفاء أحد الشركاء من أرباح الشركة أو من خسائرها دون إبطال عقد الشركة ككل، لأن هذا الشرط ينال من طبيعة عقد الشركة⁽²⁾.

يكون العقد غير قابل للانقسام إذا كان محله غير قابل للانقسام بطبيعته، أو إذا تبين من غرض الطرفين أو من نيتهم المشتركة أنه كذلك، أو إذا نص القانون أن العقد غير قابل للانقسام، حسب نصي المادتين 236 و466 من القانون المدني الجزائري.

(1) د/ رباحي أحمد - أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن - مرجع سابق - ص 397.

(2) د/ فيلالي علي - مرجع سابق - ص 283.

ثالثاً: أن لا يكون الشرط المراد إلغاؤه هو الدافع إلى التعاقد.

يشترط أن لا يكون الشق أو الشرط المراد إلغاؤه هو الباعث الدافع إلى التعاقد، وبمعنى آخر لولا هذا الشرط أو الشق لما أبرم المتعاقدان العقد، لأن إبقاء العقد بعد إبطال هذا الشق أو الشرط يتعارض مع إرادة المتعاقدين التي يجب على القاضي أن يحترمها⁽¹⁾.

ومثال ذلك شخص يهب زوجته التي طلقها مالا، ويشترط عليها أن لا تتزوج وليس لها ولد منه، وتبين للقاضي أن هذه الهبة هي متعة لتعويضها عن طلاقها، فيبطل الشرط ويبقى على الهبة، أما إذا كان الزوج قد منح مطلقة هذه الهبة حتى تتفرغ لرعاية أولادهما وتربيتهم، فإن هذا الشرط يكون هو الباعث الدافع، فتبطل الهبة إذا تزوجت⁽²⁾.

رابعاً: أن يراعي القاضي مقتضيات العدالة في إلغاء الشرط التعسفي.

تعتبر فكرة العدالة غير واضحة ولا محددة، فهي شعور كامن في أعماق النفس البشرية، يكشف عنه العقل السليم وروح العدل الطبيعي بين الناس، ويوحى به الضمير المستتير لأجل إعطاء الحقوق لأصحابها، فقواعد العدالة تشمل الحدود العادلة التي تحقق العدل في الحالات التي يحيل فيها القانون القاضي عليها⁽³⁾.

وهي تعني ضرورة التسوية في الحكم على الحالات المتساوية، وضرورة اختلاف الحكم في الحالات غير المتساوية، والأخذ بأقرب الحلول إلى الاعتبارات الإنسانية إذا تعددت الحلول لموضوع واحد، ومراعاة جميع الظروف الشخصية التي أدت إلى وجود حالة عند الحكم فيها⁽⁴⁾.

أحال القانون الجزائري القاضي على قواعد العدالة في حالة عدم وجود نص في التشريع يحكم النزاع المطروح أمامه، إذ جاء في المادة الأولى من القانون المدني الجزائري: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها في لفظها أو في فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة."

(1) د/ محمد صبري السعدي - مرجع سابق - ص 276؛ د/ علي غالب الداودي - مرجع سابق - ص 177.

(2) د/ علي علي سليمان - مرجع سابق - ص 79.

(3) د/ غالب علي الداودي - مرجع سابق - ص 177.

(4) د/ إسحاق إبراهيم منصور - مرجع سابق - ص 159، 160.

تعتبر العدالة بهذا المفهوم مصدرا من المصادر الرسمية للقانون الجزائري، كما تعتبر موجهها للقاضي في إصدار أحكامه حتى مع وجود نص في التشريع يحكم النزاع المطروح عليه إذا ما أحاله القانون عليها، ومن ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 107 من القانون المدني الجزائري، التي أحالت القاضي على العدالة لتحديد مستلزمات العقد، والمادة 65 من نفس القانون التي أحالت على العدالة لمعرفة المسائل التفصيلية في العقد، والمادة 110 منه التي تجيز للقاضي إلغاء أو تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان وفق مقتضيات العدالة.

ولما كانت فكرة العدالة فلسفية وواسعة لا يمكن حصرها، فللقاضي الجزائري أن يستهدي بما يمهده به النظام القانوني الجزائري من سبل لتطبيق العدالة، ومن ذلك ما تضمنه الدستور الجزائري في ديباجته، حيث اعترف بما سماه بالعدالة الاجتماعية التي تعني المصلحة العامة للمجتمع، التي تستلهم من التشريع والشريعة الإسلامية وقيم ثورة نوفمبر، على أن يخضع تقدير المصلحة لسلطة قاضي الموضوع⁽¹⁾.

يعتمد القاضي في استنباط ما تفرضه العدالة على اعتبارات موضوعية عامة لا على تفكيره الذاتي الخاص⁽²⁾، خاصة إذا علمنا أن المصالح الاجتماعية التي يركز عليها مفهوم العدالة الاجتماعية تختلف من مجتمع لآخر ومن زمن لآخر.

فإلغاء القاضي لشرط تعسفي في عقد الإذعان يكون لما تمليه العدالة عليه، منظور إليها بمنظور المجتمع الذي صدر حكمه فيه، إذ ما يعتبر تعسفا في مجتمع ما قد لا يعد كذلك في مجتمع آخر، وما يعتبر عادلا في مجتمع قد لا يكون كذلك في غيره من المجتمعات.

ومن ذلك ما رأيناه سابقا في الشروط التي ترتبط بممارسة متلقي الفرشيز للأنشطة التكنولوجية، حيث وجدناها مشروعة في الدول المتقدمة، فلا تعتبر هناك تعسفية أو منافية للعدالة، لكن أن يشترط مانح على متلقي في دولة نامية أن لا يطور التكنولوجيا المنقولة إليه يعتبر تعسفا ويخالف سعي هذه الدول إلى اكتساب تكنولوجيا تخرجها من تبعيتها للدول المتقدمة في هذا المجال، وعلى هذا الأساس يجوز للقاضي الجزائري إلغاء هذا الشرط باعتباره تعسفا، ولو تحجج المانح بأن هذا الشرط لا يعتبر كذلك في دولته.

(1) د/ عجة الجيلالي - مرجع سابق - ص 513.

(2) د/ غالب علي الداودي - مرجع سابق - ص 178.

ولتعزيز حماية الطرف المذعن يرى الدكتور بودالي محمد ضرورة الاعتراف للقاضي بسلطة إثارة التعديل أو الإغفاء من الشروط التعسفية من تلقاء نفسه، بمناسبة نظره في دعوى التنفيذ أو الفسخ، لأن هذا من شأنه أن يساهم في بناء نظام قضائي متكامل لحماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية⁽¹⁾، وهذا حتى يساهم في التطور الحاصل في القانون الأوروبي الذي يعطي القاضي سلطة التدخل من تلقاء نفسه لتعديل أو إلغاء الشرط التعسفي⁽²⁾.

مبحث ثالث: حماية متلقي الفرنيشيز بتطبيق نظرية الظروف الطارئة.

تنص الفقرة الثالثة من المادة 107 من القانون المدني الجزائري على: "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

يتضح من هذه المادة حرص المشرع الجزائري على درء كل اختلال في التوازن الاقتصادي للعقد، وسعيه لحماية المتعاقد الذي تتهدده خسارة فادحة بسبب حادث استثنائي، فأعطاه الحق في اللجوء إلى القضاء من أجل طلب رفع الغبن عنه، وجعل كل شرط يمنعه من الحصول على هذه الحماية باطلا.

يستفيد من هذه الحماية كل متعاقد متى ثبت توافر الشروط التي نصت عليها هذه المادة، وهي تشمل عقد الفرنيشيز الذي يكون مستمر التنفيذ دائما، خاصة أن نظرية الظروف الطارئة تجد التطبيق الخصب لها في هذا النوع من العقود⁽³⁾، فلو طرأت حوادث استثنائية جعلت تنفيذ التزامات المتلقي مرهقة له كان من حق هذا الأخير اللجوء إلى هذه المادة، من أجل تعديل العقد بما يرفع الغبن عنه، وعلى هذا الأساس سنتطرق في هذا المبحث إلى شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة بعد أن نعرف مفهومها، ثم ندرس كيفية تعديل عقد الفرنيشيز بسببها.

(1) د/ بودالي محمد - الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري - مرجع سابق - ص 59.

(2) د/ حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي - مرجع سابق - ص 238، د/ منصور حاتم محسن - مرجع سابق - ص 161.

(3) د/ أمجد محمد منصور - مرجع سابق - ص 45، 46.

مطلب أول: مفهوم الحوادث الطارئة وشروط تطبيقها.

تؤثر الكثير من الحوادث والظروف على تنفيذ العقد، فمنها ما يكون سابقا لانعقاد العقد ومنها ما يكون لاحقا عليه، ومنها ما يكون ناتجا عن إرادة أحد أطرافه ومنها ما يكون خارجا عن إرادة المتعاقدين، أما التي تسبق العقد فقسمان ما يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة وهذه تمنع قيام العقد أصلا، ومنها ما تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا على الملتزم دون غيره وهذه لا تمنع قيام العقد، أما التي تلحق إبرام العقد فقسمان أيضا ما يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا وهذه تؤدي إلى انفساخ العقد بقوة القانون، ومنها ما تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا وهذه تعطي للقاضي سلطة رفع الإرهاق عن المدين المرهق، وتعطي الظروف التي تنشأ بتدخل إرادة أحد أطراف العقد الحق للطرف الآخر في فسخ العقد وطلب التعويض سواء كانت سابقة لانعقاد العقد أو لاحقة عليه.

يحتم علينا تعدد الظروف التي تؤثر على تنفيذ العقد التطرق إلى مفهوم الظروف الطارئة حتى نميزها عما يمكن أن يشتهب بها، ثم نعرض الشروط التي يتطلبها القانون لتعديل العقد بسبب هذه الظروف.

فرع أول: مفهوم الحوادث أو الظروف الطارئة.

الحوادث من حدث حدوثا وحدائته، نقيض قدم، وتضم داله إذا ذكر مع قدم، وحدثان الأمر بالكسر أوله وابتدائه، كحدثته، ومن الدهر، نوبه، كحوادث وأحداثه⁽¹⁾.

والظرف يعني البراعة وذكاء القلب، وحسن العبارة والهيئة والحدق بالشيء، وظرف الشيء وعاءه، ومنه ظروف الأزمنة والأمكنة، فالظرف وعاء كل شيء⁽²⁾.

أما الطارئة، فأصلها طراً، وهو ما حدث وخرج فجأة، وطرأ على القوم إذا أتاهم من مكان بعيد فجأة، ويقال للغرباء الطراء، والطارئة مؤنث الطارئ⁽³⁾.

(1) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي - القاموس المحيط - مؤسسة الرسالة - الطبعة 8 - لبنان - 2005 - ص167.

(2) محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري جمال الدين أبو الفضل - لسان العرب - الجزء 11 - مادة ظرف - طبعة خاصة لوزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد - المملكة العربية السعودية - 2010 - ص132، 133.

(3) بوكماش محمد - مرجع سابق - ص242.

أما الحوادث الاستثنائية في مفهوم القانونيين، فهي تلك الحالة الاستثنائية التي يطرأ فيها حادث لم يكن متوقعا، من شأنه أن يؤدي إلى اختلال التوازن بين التزامات الأطراف اختلالا فادحا، فيصبح بذلك الالتزام الملقى على عاتق المدين مرهقا له إرهاقا شديدا، ويكبده خسارة فادحة جراء تنفيذه كما هو متفق عليه⁽¹⁾.

أو هي حالة عامة غير مألوفة أو غير طبيعية، أو واقعة مادية أيضا لم تكن في حسابان المتعاقدين وقت التعاقد، ولم يكن في وسعهما ترقب حدوثها بعد التعاقد، ويترتب عليها أن يكون الالتزام التعاقدي مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة إذا لم يصبح مستحيلا، فهي حوادث لا تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا لأنه لو صار كذلك لانقضى الالتزام وانفسخ العقد، فهي ظروف تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا، مع إمكان تنفيذ العقد رغم الإرهاق، على أن لا تكون نتيجة الحادث انقضاء الالتزام بل برده إلى الحد المعقول⁽²⁾.

وتكون الحوادث الاستثنائية غير مألوفة لأنها نادرة الوقوع، فهي حوادث لا تقع في الظروف العادية، ومنها الزلازل والحروب، وأورد القانون البولوني أمثلة عنها، مثل الحرب والوباء وهلاك المحصول كليا، على أن بعض الفقهاء ينسبون صفة الاستثنائية إلى آثار الحادث وليس إلى الحادث نفسه، فقد يكون الحادث مألوفا في ذاته، لكن الآثار المترتبة عليه تكون غير مألوفة، ومثاله ارتفاع الأسعار ارتفاعا باهظا بسبب صدور أو تعديل قانون لتأمين محروقات مثلا، ويرى الدكتور فيلالي علي أن وصف الاستثنائية ينطبق على الحادث كما ينطبق على آثاره، فأيهما كان غير مألوف فالعبرة تكون به⁽³⁾.

ولا يعتبر الحادث طارئا إلا بالنظر إليه داخل محيطه الزماني والمكاني، وهذا يؤدي إلى تعدد الحوادث وتنوعها باختلاف المكان والزمان اللذان تحدث فيهما، فيجد القضاء نفسه مضطرا إلى

(1) د/ ياسر باسم ذنون؛ رؤى خليل إبراهيم - نظرية الظروف الطارئة وأثرها على الأحكام القضائية، دراسة مقارنة - مجلة الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة - العدد 57 - لسنة 2014 - ص 177.

(2) د/ شارف بن يحيى - ضرورة إسقاط شرط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي - الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية - العدد 4 - لسنة 2012 - ص 50.

(3) د/ فيلالي علي - مرجع سابق - ص 300.

إصدار أحكام تتماشى مع هذا التطور المستمر، إذ ظهرت ولا تزال تظهر ظروف لم تكن معروفة من قبل، مثل التلوث البيئي والإشعاع النووي أو القرصنة الإلكترونية وغيرها⁽¹⁾.

لا يستطيع المتعاقد الذي أصبح التزامه مرهقا أن يتحلل من التزامه، وإنما يبقى ملزما بالعقد ولو كان تنفيذه مرهقا بالنسبة إليه، مادام لم يصبح تنفيذه مستحيلا، غير أن العدالة تقتضي توزيع عبء هذا الظرف الطارئ بين طرفي العقد، فيتدخل القاضي بموجب ذلك ليعدل الالتزامات الناشئة عن العقد بما يتناسب مع الحادث الذي طرأ⁽²⁾.

يختلف الحادث الطارئ والحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، فإن كان كل واحد منهما غير متوقع الحصول، إلا أن الحادث الطارئ حادث عام في حين قد يكون الحادث المفاجئ فرديا، كما أن الحادث الطارئ يؤدي وقوعه إلى تعديل العقد فقط، في حين يؤدي وقوع الحادث المفاجئ إلى نهايته، لأنه يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، ويتحمل الدائن تبعه هذا الأخير كاملة، في حين يتقاسمها مع المدين في الظرف الطارئ كما ذكر في الفقرة السابقة⁽³⁾.

يبرز الجانب الأخلاقي في نظرية الظروف الطارئة في أنها تسعف المتعاقد المنكوب إذا اختل التوازن الاقتصادي للعقد، لذلك ظهرت بادئ الأمر في القوانين ذات الطابع الديني، كما هو الحال في القانون الكنسي في العصور الوسطى، كما أولاها فقهاء الشريعة الإسلامية عناية خاصة⁽⁴⁾.

عرفت نظرية الظروف الطارئة في القانون الكنسي، الذي أسسها على افتراض وجود شرط ضمني في كل عقد مقتضاه بقاء الأمور على ما هي عليه وقت إبرام هذا العقد، فإذا تغيرت تلك الظروف فإن تنفيذ العقد يصبح جائرا بالنسبة لأحد المتعاقدين مما يحتم إعادة النظر في التزامات الطرفين قصد رفع الضرر عن الطرف المرهق⁽⁵⁾.

(1) بوكماش محمد - مرجع سابق - ص 243.

(2) د/ محمد صبري السعدي - مرجع سابق - ص 319.

(3) د/ محمد حسنين - الوجيز في نظرية الالتزام - مرجع سابق - ص 113.

(4) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام - مرجع سابق - ص 633.

(5) د/ محمد محي الدين إبراهيم سليم - نظرية الظروف الطارئة - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - 2007 - ص 31.

عرف فقهاء الشريعة الإسلامية نظرية مشابهة لنظرية الحوادث الطارئة، أطلقوا عليها اسم نظرية العذر، وأجازوا فسخ العقد للعذر بطلب من الطرف الذي تضرر بالحادثة المفاجئ، ذلك أنه لو ألزم المتعاقد بتنفيذ العقد للحقه ضرر لم يلزمه بالعقد⁽¹⁾.

رغم أن فقهاء الشريعة الإسلامية الأولون لم يعرفوا نظرية الظروف الطارئة ولم ينظروا لها كما فعل فقهاء القانون، غير أنهم أوردوا تطبيقات لها في بعض العقود، كما هو الحال في عقد الإيجار والجوائح في بيع الثمار⁽²⁾.

عرف فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرون الحوادث الطارئة تماشياً مع التطور الذي عرفته هذه النظرية في القانون، فقد عرفها محمد رشيد قباني بقوله: "هي كل حادث عام لاحق لتكوين العقد، وغير متوقع حصوله، ينجم عن وقوعه اختلال في المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل أو آجال، ويصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد عليه مرهقاً له إرهاقاً شديداً، ويتهدهد بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسائر التجار".⁽³⁾

انتعشت نظرية الحوادث الطارئة في القوانين الحديثة، ونصت عليها قوانين الدول، ومنها المادة 269 من قانون الالتزامات اليوناني، والمادة 1467 من القانون المدني الإيطالي الجديد، والفقرة الثامنة من المادة 147 من القانون المدني المصري، والفقرة الثانية من المادة 148 من القانون المدني السوري، والفقرة الثانية من المادة 147 من القانون المدني الليبي، والفقرة الثانية من المادة 146 من القانون المدني المصري، والفقرة الثالثة من المادة 107 من القانون المدني الجزائري المذكورة سابقاً⁽⁴⁾.

فرع ثاني: شروط تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة.

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون الالتزام المراد تعديله ناتجاً عن عقد متراخي التنفيذ، وأن يكون الطرف قد جد بعد إبرام العقد فلو وقع قبل ذلك لما صح تطبيق هذه النظرية،

(1) د/ عبد الرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء 6 - مرجع سابق - ص 67، 68.

(2) المرجع السابق - ص 64.

(3) د/ محمد رشيد قباني - نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - مجلة المجمع الفقهي الإسلامي - العدد 2 - لسنة 1989 - ص 131.

(4) د/ محمد صبري السعدي - مرجع سابق - ص 320.

وأن يكون استثنائيا وعماما حيث لا يعتد بالحادث الذي اعتاد الناس وقوعه ولا الحوادث الخاصة بشخص المدين، وأن يكون غير متوقع لأن العقد تبنى آثاره على ما يتوقعه عاقده، وأن يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا فلو أصبح التنفيذ مستحيلا لانقضى الالتزام وانفسخ العقد بقوة القانون.

أولا: أن يكون الالتزام المراد تعديله ناتجا عن عقد.

يشترط لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة أن يكون الالتزام الذي يرهق المدين ناشئا عن عقد، فإن لم يكن ناشئا عن عقد فلا تسري عليه أحكام هذه النظرية⁽¹⁾، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 107 من القانون المدني الجزائري بقولها: "..... وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية....".

غير أن العقود تختلف فمنها المسمى وغير المسمى، والرضائي والشكلي والعيني، ومنها الملزم للجانبين مثل البيع، ومنها الملزم لجانب واحد مثل الهبة، ومنها عقد المعاوضة وعقد التبرع، وعقود محددة وأخرى احتمالية، والعقد المحدد هو الذي يستطيع كل متعاقد أن يعلم مقدار ما سيحصل عليه ومقدار ما سيؤديه، أما الاحتمالي فلا يستطيع المتعاقدان أن يحددا ما يحصل عليه كل واحد منهما أثناء إبرام العقد، لذلك لا يستطيع من كان حقه احتماليا أن يطعن بالغبن، كما توجد عقود فورية يتم تنفيذها دفعة واحدة، وعقود المدة التي يعتبر الزمن فيها عنصرا جوهريا⁽²⁾.

يوجي إطلاق لفظ العقد في نص المادة 107 المذكورة أعلاه أن النظرية تطبق في جميع العقود التي ذكرناها، غير أن شرط عدم توقع الحادث الاستثنائي الذي أوردته هذه المادة في قولها: "...حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها..."، يوجب استبعاد تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الاحتمالية، ذلك أن هذه العقود تقوم على احتمال الكسب والخسارة، إذ أن تحديد الربح والخسارة لا يكون إلا بوقوع أمر محدد، وهو قد يقع وقد لا يقع، مثلما هو عليه الحال في عقود التأمين، لذلك لا يستطيع المدين ادعاء الخسارة المرهقة من حادث غير متوقع، لأن الأساس الذي تبنى عليه العقود الاحتمالية هو الخسارة المتوقعة التي يتحملها أحد عاقدتها⁽³⁾.

(1) د/ قذافي عزات الغنائيم - العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي - دار النفائس - الأردن - 2008 - ص164؛ د/ ياسر باسم ذنون؛ رؤى خليل إبراهيم - مرجع سابق - ص188.

(2) د/ محمد حسنين - الوجيز في نظرية الالتزام - مرجع سابق - ص114، إلى 118.

(3) د/ ياسر باسم ذنون؛ رؤى خليل إبراهيم - مرجع سابق ص189.

في حين يرى الدكتور رائف محمد النعيم خلاف ذلك، إذ أن المشرع لو أراد استبعاد العقود الاحتمالية لأظهر إرادته، ومادام أنه لم يفعل فهو بلا ريب يقصد الإطلاق⁽¹⁾.

ثانياً: أن يكون العقد متراخي التنفيذ.

إن طرء حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها كما نصت على ذلك الفقرة الثالثة من المادة 107، تقتضي أن توجد مدة من الزمن تفصل بين صدور العقد وتنفيذه، ومثال ذلك عقود التوريد⁽²⁾، والإيجار وغيرها من العقود المستمرة، وهي ما يصطلح عليه بالعقود الزمنية، التي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيها⁽³⁾.

غير أن لفظ العقد المتراخي لا يقتصر على عقود المدة، بل يشمل أيضاً العقود الفورية ذات التنفيذ المؤجل، ومثاله بيع الثمار على الأشجار بشرط بقائها حتى تمام نضجها، ففي مثل هذه الحالة أيضاً يمكن أن تطرأ حوادث لم يكن في الوسع توقعها عند إبرام العقد⁽⁴⁾.

والمهم في هذا أن تفصل مدة زمنية بين انعقاد العقد وتنفيذه، ومع ذلك إن طرأت حوادث استثنائية عامة بعد صدور العقد مباشرة - وإن كان هذا لا يقع إلا نادراً - فلا يوجد مانع حينها من تطبيق نظرية الحوادث الاستثنائية على هذا العقد، ولهذا آثرت الكثير من القوانين المدنية ومنها القانون الجزائري أن تسكت على شرط التراخي، فإن كان في الغالب أن يوجد هذا الشرط فإنه يبقى في نظر هذه القوانين غير ضروري⁽⁵⁾.

(1) د/ رائف محمد النعيم - الظروف الطارئة على الالتزام العقدي (دراسة تحليلية مقارنة في الفقه الإسلامي والقوانين العربية في المضمون والآثار) - مجلة الساتل - الجامعة الأسمرية للعلوم الإسلامية - ص 21.

(2) عبد القادر الفار - مصادر الالتزام - دار الثقافة - الأردن - 2012 - ص 128، 129.

(3) د/ قذافي عزات الغناني - مرجع سابق - ص 165، 166.

(4) د/ عبد المجيد الحكيم؛ د/ عبد الباقي البكري؛ د/ محمد طه البشير - الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام - الجزء 1 - وزارة التعليم العالي والبحث العلمي - العراق 1980 - ص 162.

(5) د/ عمار محسن كزار - نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد - مجلة مركز دراسات الكوفة - جامعة الكوفة - العدد 38 - 2015 - ص 90؛ د/ محمد رشيد قباني - مرجع سابق - ص 142.

تفيد كلمة طرء الواردة في الفقرة الثالثة من المادة 107 من القانون المدني الجزائري أن تأتي هذه الحوادث بعد انعقاد العقد، فلو كانت موجودة قبل انعقاده ما أثرت عليه ولو كان أحد المتعاقدين أو كليهما لا يعرف بوجودها(1).

لا تنطبق نظرية الظروف الطارئة أيضا إذا كان حدوث هذه الظروف بعد تنفيذ التزامات المتعاقدين، ولا تنطبق أيضا إذا كان تنفيذ الالتزامات فوريا وتأخر المدين في تنفيذها بخطئه أو بإهمال منه حتى حدثت الظروف الطارئة(2).

لا يشترط أن تكون كل الالتزامات المتقابلة في العقد متراخية التنفيذ لتطبيق هذه النظرية، بل يكفي وجود التزام واحد متراخي التنفيذ إلى ما بعد وقوع الحادث الطارئ الذي جعله مرهقا، دون الأخذ بعين الاعتبار إذا ما كان الالتزام المقابل قد تم تنفيذه أم كان متراخي التنفيذ كذلك(3).

ثالثا: أن يطرأ بعد صدور العقد وقبل تنفيذه حادث استثنائي عام لم يكن في الوسع توقعه.

يشترط في الحادث الاستثنائي الذي يؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، الذي يخول الطرف المضرور منه طلب رفع الإرهاق شروط عدة نلخصها في العناوين الآتية.

أ- أن يكون هذا الحادث قد جد بعد إبرام العقد:

فلو كانت هذه الحوادث موجودة أثناء إبرام العقد مثل حالة حرب، فليس للمدين أن يدعي عدم توقعها، وقد سبق الإشارة إلى هذا.

ب- أن يكون الحادث استثنائيا:

يكون الحادث استثنائيا إذا كان يندر حصوله، بحيث يبدو شاذا بحسب المؤلف من شؤون الحياة، فلا يعول الرجل العادي عليه ولا يدخله في حسابانه، مثل الحروب والزلازل والحرائق، وانتشار الأوبئة، والسيول العنيفة، وغارات الجراد، والدود الذي يتلف المحصول بشكل غير مألوف، وفرض ضرائب أو رفعها، أو فرض تسعيرة جبرية وغيرها، وتوضح هذه الأمثلة أنه لا يشترط في

(1) د/ محمد صبري السعدي - مرجع سابق - ص321؛ د/ عمار محسن كزار - مرجع سابق - ص90.

(2) د/ جابر جاد نصار - عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام، دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام - دار النهضة العربية - القاهرة - 2002 - ص178، 180.

(3) د/ محمد صبري السعدي - مرجع سابق - ص322.

الحادث الاستثنائي أن يقع نتيجة آفة أو أية واقعة مادية، بل يعتبر كذلك ولو كان ناتجا عن صدور تشريع جديد⁽¹⁾، أو عن أعمال تخريب قام بها شخص أو مجموعة من اللصوص مثلا، فإن كانت هذه الحوادث عادية وتحدث دائما فلا تدخل في مفهوم هذه النظرية ولا ينطبق عليها هذا الشرط، ومثال ذلك ما يحدث في مصر سنويا من تعرض زراعة القطن للدودة⁽²⁾.

ج- أن يكون الحادث عاما:

يقصد بعموم الحادث الاستثنائي أن لا يكون الحادث خاصا بالمدين وحده، مثل موته وإعلان إفلاسه، أو حدوث اضطراب بأعماله، أو حصول حريق في محصوله، بل لا بد أن يمس كافة الناس أو فئة منهم على الأقل⁽³⁾.

اشتراط المشرع في الفقرة الثالثة من المادة 107 من القانون المدني الجزائري أن يكون الحادث الطارئ عاما وليس خاصا بالمدين وحده، وهذا ينم عن رغبته في تضيق نطاق تطبيق نظرية الحوادث الطارئة، حتى لا تنال كثيرا من القوة الملزمة للعقد⁽⁴⁾.

وقد أيد جانب من الفقه هذا الاتجاه باعتبار تعديل العقد للظروف الطارئة استثناء من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين لذا وجب الحد من استعمالها قدر الإمكان، لأنها تهدم استقرار الروابط العقدية، فعلى المدين أن يتحمل آثار الظروف التي تصيبه وحده دون غيره، ويعضد هذا الاتجاه مبرر آخر هو أن الحوادث العامة تكون ملموسة ويمكن التحقق منها وضبطها على عكس الظروف الخاصة⁽⁵⁾.

يرى الدكتور فيلاي علي أنه إذا كان الغرض من نظرية الظروف الطارئة هو ضمان العدالة العقدية، فإنه لا مبرر من اشتراط صفة العمومية في الحوادث الطارئة، خاصة وأن هذه الحوادث

(1) عادل مبارك المطيرات - أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - 2001 - ص 85.

(2) د/ علي علي سليمان - مرجع سابق - ص 99.

(3) د/ عبد المجيد الحكيم؛ د/ عبد الباقي البكري؛ د/ محمد طه البشير - مرجع سابق - ص 162؛ د/ محمد صبري السعدي - مرجع سابق - ص 322.

(4) د/ محمد محي الدين إبراهيم سليم - مرجع سابق - ص 266.

(5) د/ شارف بن يحيى - مرجع سابق - ص 52.

تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا فقط، مما يجعل الشرط غير منطقي حيث لم يرد في القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ العقد مستحيلا⁽¹⁾.

وتظهر عدم منطقية هذا الشرط أيضا في أنه يقاس فيه الأثر الجزئي بمعيار الأثر الكلي، والعدالة تفرض أن يقدر أثر الظرف بقدره، سواء كان المتضرر منه شخصا واحدا أو مجموعة من الأشخاص، وسواء شمل إقليما واحدا أو عدة أقاليم⁽²⁾.

يجعل اشتراط العمومية في الظرف الطارئ تطبيق النظرية غير عادل، ذلك أنها تحرم المدين المرهق من الاحتماء بنظرية الظروف الطارئة للتخفيف من إرهاقه بدعوى عدم إصابة غيره بهذا الإرهاق، والعدالة تقتضي أن ينحصر تطبيق هذه النظرية بالنظر إلى كل عقد منفردا عما سواه من عقود⁽³⁾.

وتتوافق هذه النظرة مع كثير من القوانين الحديثة، التي لم تشترط صفة العمومية للظرف الطارئ، ومن ذلك القانون الإيطالي والبولوني واليوناني والتونسي، فقد اعتبرت هذه القوانين كل حادث استثنائي غير متوقع يؤدي إلى إرهاب المدين موجب لتطبيق نظرية الظروف الطارئة⁽⁴⁾، وسبق هذه القوانين جميعا الفقه الإسلامي الذي لا يشترط صفة العموم في الظرف الطارئ، ذلك أن فكرة الحادث الطارئ أوسع في الفقه الإسلامي⁽⁵⁾.

د- أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع:

هذا هو الشرط الذي سميت النظرية باسمه، ذلك أن كل عقد يحمل في طياته بعض المخاطر، وكل متعاقد حذر بقدر هذه المخاطر ويزنها عند إبرام العقد، فإن هو قصر في ذلك تحمل وزر تقصيره⁽⁶⁾، ولم يكن له الالتجاء إلى هذه النظرية.

(1) د/ فيلاي علي - مرجع سابق - ص302.

(2) د/ شارف بن يحيى - مرجع سابق - ص52.

(3) المرجع السابق - ص52.

(4) بوكماش محمد - مرجع سابق - ص312.

(5) د/ قذافي عزات الغناني - مرجع سابق - ص166، 167؛ د/ رائف محمد النعيم - مرجع سابق - ص11.

(6) عادل مبارك المطيرات - مرجع سابق - ص76.

فإذا كان الحادث متوقعا أو يمكن توقعه فلا سبيل لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، ففيضان النيل مثلا في مصر لا يعتبر ظرفا طارئا إلا إذا كان فيضانه استثنائيا، ولا يعتبر تغير سعر العملة حادثا طارئا لأنها من الأمور المتوقعة⁽¹⁾، وفي هذا الصدد نصت المادة 95 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كان محل الالتزام نقودا، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر".

يغني شرط عدم توقع الحادث المفاجئ عن وصف استثنائي، فالحادث الاستثنائي هو حادث غير متوقع⁽²⁾، والظاهر أن المشرع أورد هذا الوصف من باب التأكيد على أن مراجعة العقد هي حالة استثنائية، ويرى جانب من الفقهاء أن عدم التوقع ينصرف إلى نتائج الظرف الطارئ، لأن ما يترتب عنه من آثار هي التي تكون غير متوقعة، وتؤدي إلى الاختلال بين الأداءات المتقابلة، ويرى فريق آخر أن الظرف غير المتوقع لا يحدث إلا نتائج غير متوقعة، في حين قد تحدث نتائج غير متوقعة عن حادث متوقع⁽³⁾، فإذا بلغت حدا من الجسامة يعجز بموجبها المدين عن تقاضي أخطاره، فيعتبر حادثا استثنائيا تطبق عليه نظرية الظروف الطارئة⁽⁴⁾.

يعتبر توقع الحادث من عدمه من الأمور الذاتية التي يختلف تقديرها من شخص لآخر، والمعيار الذي يجب إعماله في تقدير ما إذا كان الحادث متوقعا أو غير متوقع هو معيار موضوعي، فإذا كان الحادث مما يمكن للرجل المعتاد أن يتوقعه وقت التعاقد فلا يشكل حادثا استثنائيا، ولو كان المدين نفسه لم يتوقعه⁽⁵⁾.

وهذا يترتب عليه أن لا يكون لإرادة أحد الطرفين دخل في حدوث الظرف الطارئ، فلا يستفيد من تسبب في حدوثه من الحماية التي توفرها نظرية الحوادث الطارئة للطرف المرهق، إذ ليس من المعقول أن يتسبب الشخص في حدوث ظرف ما ثم يسمح له بجني ثماره، ومثال ذلك الشخص الذي يشعل نارا في محصوله الزراعي أو يحرق مصنعه، أو يفتح قناتا لينفذ منها الماء

(1) د/ محمد حسنين - مصادر الالتزام - مرجع سابق - ص113.

(2) د/ محمد محي الدين إبراهيم سليم - مرجع سابق ص252.

(3) د/ فيلاي علي - مرجع سابق - ص301.

(4) د/ ياسر باسم ذنون؛ رؤى خليل إبراهيم - مرجع سابق ص192.

(5) د/ عمار محسن كزار - مرجع سابق - ص90؛ د/ رائف محمد النعيم - مرجع سابق - ص11.

إلى أرضه فيغرقها ويتسبب في تلف محصوله، ويقوم بهذا من أجل أن يتصل من تنفيذ التزاماته⁽¹⁾.

يتفرع عن شرط عدم توقع الحادث المفاجئ أن يكون مما لا يمكن دفعه وتحاشيه، فإذا كان باستطاعة المدين أن يدرأه ببذل جهد معقول فيستوي حينها أن يكون متوقعا أو غير متوقع، ويكون تقاعس المدين عن دفعه وتقاديه خطأ يتحمل تبعته⁽²⁾.

إمكان دفع الحادث المفاجئ قد يعني أن يكون في إمكان المتعاقد منع وقوع هذا الحادث من البداية، وقد لا يكون في وسعه ذلك، ولكنه يستطيع أن يقلل حجمه أو آثاره، وقد يكون في مقدوره أن يتفادى آثار هذا الحادث المفاجئ باتخاذ بعض التدابير الوقائية⁽³⁾.

هـ - أن يجعل هذا الحادث تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين به.

يعتبر الإرهاق الأثر المترتب عن الحادث المفاجئ، وهو الأساس الذي تقوم عليه هذه النظرية، ذلك لو أن جميع الشروط التي سبق ذكرها توافرت وتخلف هذا الشرط فلا يكون لها أي أثر على التزامات المتعاقدين، وقد نصت على هذا الحكم الفقرة الثالثة من المادة 107 من القانون المدني الجزائري بقولها: "...وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة...".

يبقى الوفاء بالالتزام في حالة وقوع حوادث طارئة ممكنا وإن كان مرهقا للمدين به، وفي هذا الشرط يختلف الحادث الاستثنائي عن القوة القاهرة، فرغم أنهما يشتركان في عدم توقع حدوثهما، وفي أن كليهما لا يمكن دفعه أو تجنب نتائجه ببذل جهد معقول من المدين الذي تأثر التزامه بأحدهما، فإنهما يختلفان في النتيجة التي تترتب عن كل واحد منهما، فإن كانت القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا فينقضي بذلك الالتزام وينفسخ العقد بقوة القانون، فإن الحادث الطارئ يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا فقط بالنسبة للمدين به، ولا يؤدي إلى انقضائه⁽⁴⁾.

(1) عادل مبارك المطيرات - مرجع سابق - ص 77.

(2) د/ ياسر باسم ذنون؛ رؤى خليل إبراهيم - مرجع سابق ص 192؛ د/ عمار محسن كزار - مرجع سابق - ص 90.

(3) عادل مبارك المطيرات - مرجع سابق - ص 78.

(4) د/ عبد المجيد الحكيم؛ د/ عبد الباقي البكري؛ د/ محمد طه البشير - مرجع سابق - ص 163.

ولما كان الحادث الطارئ والقوة القاهرة يختلفان على هذا النحو، فإن المدين لا يتحمل تبعه عدم تنفيذ التزاماته التي أصبحت مستحيلة، في حين يتحمل شيئاً من تبعه الحادث الطارئ بتوزيع الخسارة بينه والدائن، برد التزامه إلى الحد المعقول لا إعفائه منه نهائياً⁽¹⁾.

يعود سبب عدم إعفاء المدين من تنفيذ التزامه نهائياً أنه لم يصبح مستحيلاً وإنما صار مرهقاً فقط، والإرهاق قد ينظر إليه من منظور شخصي، وقد يرى من جانب موضوعي، فالمعيار الذاتي يقدر الإرهاق في ضوء ثروة المدين، فإذا كان واسع الثراء فقليلاً ما يكون تنفيذ الالتزام بالنسبة إليه مرهقاً، ولو زاد مقداره بأضعاف كثيرة على العوض الذي يتحصل عليه طالما كان يمكنه تحمله، مقابل ما يملكه من ثروة، أما تقدير الإرهاق بالمعيار الموضوعي فيكون في ضوء الالتزامات التي يربتها العقد بغض النظر عن ثروة عاقيه⁽²⁾.

يبقى الإرهاق الذي يقع فيه المدين معياراً مرناً، ويتغير بتغير الظروف المحيطة بالعقد وبأطرافه، لذلك نجده متغيراً غير ثابت ولا محدد المقدار، فما يكون مرهقاً لمدين قد لا يكون مرهقاً لمدين آخر، وما يكون مرهقاً لمدين في ظروف قد لا يكون مرهقاً لنفس المدين في ظروف مختلفة، فالمهم على أي حال أن يصبح تنفيذ الالتزام يهدد المدين بخسارة فادحة، إذ الخسارة المألوفة في التعامل لا تكون كافية للمطالبة بتعديل العقد للظروف الطارئة، ذلك أن التعامل يحتمل الربح والخسارة⁽³⁾.

يتضح من هذا أن الالتزام لا يصبح مرهقاً لمجرد أن المدين سيمنى بخسارة من جراء التنفيذ بل يجب أن تكون الخسارة فادحة، والمعيار في تحديد الفداحة ليس شخصياً ينظر فيه إلى الشخص المدين، بل هو معيار موضوعي ينظر فيه إلى العقد ذاته مقيساً بظروف المدين العادي، فالعبرة إذن بالخسارة التي تصيب المدين في عقد معين بالذات، بصرف النظر عن ثرائه الذي يجعله قادراً على تحمل الخسارة أو أي ظروف أخرى خاصة به تخفف من حدة الإرهاق⁽⁴⁾.

فإذا كان للمتعاقد أن يتمسك بنظرية الحوادث الطارئة في صفقة أبرمها مع الحكومة، فلها أيضاً أن تتمسك بها إذا أصبح التزامها مرهقاً بالنسبة إلى الصفقة التي عقدتها معه، رغم أن

(1) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام - مرجع سابق - ص 644، 645.

(2) د/ فيلاي علي - مرجع سابق - ص 302.

(3) د/ محمد رشيد قباني - مرجع سابق - ص 144؛ د/ جابر جاد نصار - مرجع سابق - ص 181.

(4) عادل مبارك المطيرات - مرجع سابق - ص 79.

الخسارة تعتبر شيئاً هينا بالنسبة إلى ميزانيتها الضخمة، وإذا تعهدت شركة إنارة مثلا بإنارة مدينة بالكهرباء مقابل ثمن معين تتقاضاه من الجمهور، ثم وقع حادث استثنائي عام غير متوقع أدى إلى ارتفاع تكلفة إنتاج الكهرباء، جاز لها أن تطلب رد التزامها إلى الحد المعقول، حتى ولو كانت هذه الشركة على قدر من الثراء يمكنها من تنفيذ التزامها دون تخفيف⁽¹⁾.

ويبقى الإرهاق موجودا حتى ولو كان المدين قد حصل على ربح عالي من صفقات أخرى، فإذا تعهد شخص بتوريد أطعمة وكانت عنده كميات كبيرة منها، ثم ارتفعت الأسعار ارتفاعا فاحشا، فالالتزام يكون قد أصبح مرهقا للمتعهد، ولا ينظر في تقدير الخسارة إلى الكمية الكبيرة المخزنة عنده، ذلك أنه لو لم تكن عنده هذه الكميات لاضطر إلى شرائها من السوق⁽²⁾.

يكون بهذا معيار الإرهاق موضوعيا، ويعود تقديره للسلطة التقديرية للقاضي الموضوع، آخذا بعين الاعتبار الصفة ذاتها دون نظر إلى الظروف المتعلقة بشخص المدين⁽³⁾، على أن ثروة المدين تكون إلى حد معين محل اعتبار في تقدير الخسارة الفادحة، فمن كان فقيرا كانت خسارته فادحة، ولو لم تبلغ أضعاف الخسارة المألوفة، ومن كان ثريا وجب أن تبلغ الخسارة الفادحة بالنسبة إليه أضعاف الخسارة المألوفة⁽⁴⁾.

مطلب ثاني: مراجعة عقد الفرنشيز بسبب الظروف الطارئة.

ذكرت الفقرة الثالثة من المادة 107 من القانون المدني الجزائري شروط الحادث الاستثنائي، التي فصلناها في المطلب السابق، فإن هي توافرت جاز للقاضي - حسب نفس النص - تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

قد يفهم من كلمة جاز الواردة في النص المذكور أعلاه، أن القاضي غير ملزم بمراجعة العقد، فله أن يعمل النظرية إذا توافرت شروطها وله أن لا يعملها ولو توافرت هذه الشروط، لكن هذا الفهم غير صحيح، ويتضارب مع غرض المشرع من استحداثه نظرية الظروف الطارئة، ذلك أن مراجعة العقد إذا حدثت ظروف طارئة بالشروط المذكورة سابقا تعتبر من النظام العام، إذ

(1) د/ محمد صبري السعدي - مرجع سابق - ص 324.

(2) د/ عبد المجيد الحكيم؛ د/ عبد الباقي البكري؛ د/ محمد طه البشير - مرجع سابق - ص 163.

(3) د/ محمد صبري السعدي - مرجع سابق - ص 324.

(4) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام - مرجع سابق - ص 645.

قضت الفقرة الثالثة من المادة 107 من القانون المدني الجزائري في آخرها ببطلان كل اتفاق على خلاف أحكامها، لذا يجد القاضي نفسه ملزماً بمراجعة العقد إذا اجتمعت شروط الظرف الطارئ، على أن تبقى له سلطة تقديرية واسعة في تقدير الخسارة الفادحة، وفي الكيفية التي يرد بها الالتزام المرهق إلى الحد المعقول⁽¹⁾.

فيقوم القاضي بتعديل العقد لتحقيق التوازن بين التزامات الطرفين، وتوزيع الخسارة بينهما إن أمكن، والقاضي عندما يقوم بهذا التعديل لا يزيل كل الخسارة التي تلحق المدين، ولكنه يقوم بهذا التعديل لأجل الحد من هذه الخسارة التي تصيب المدين بقصرها على الحد المعقول⁽²⁾.

لم تفرض الفقرة الثالثة من المادة 107 من القانون المدني الجزائري على القاضي كيفية تعديل العقد، بل تركت له السلطة التقديرية التامة في ذلك، بقولها: "...أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول..."، وتبعاً لهذا قد يرى القاضي أن ينقص التزام المدين المرهق، وقد يرى أن زيادة الالتزام المقابل هو الأقرب للعدالة، كما يمكنه أن يوقف تنفيذ العقد إلى غاية زوال الظرف الطارئ إذا رأى أنه حادث مؤقت يوشك أن ينقضي.

فرع أول: إنقاص التزام المدين المرهق.

يمثل إنقاص الالتزام المرهق الوسيلة الطبيعية والعادية لرفع الإرهاق عن المدين، ويكون ذلك بإعفاء المدين من تنفيذ قسط مما التزم به، وهذا ما كان ينص عليه المشروع النهائي للقانون المدني المصري قبل أن يعدل عن كلمة إنقاص الالتزام إلى رد الالتزام⁽³⁾، ولأزال القانون المدني العراقي ينص على إنقاص الالتزام بدل رده إلى الحد المعقول⁽⁴⁾.

تختلف صور إنقاص الالتزام باختلاف طبيعة محله، فإذا كان شخص ملزم بألف قنطار من السكر مثلاً، فلا يلزم وفقاً لظروف الطارئة إلا بنصف المقدار المتفق عليه، وقد يتمثل الإنقاص في تخفيض ثمن السلعة إذا أصبحت قيمتها مرهقة للمشتري بسبب حوادث طارئة، وقد يقتصر

(1) د/ فيلاي علي - مرجع سابق - ص 303، 304.

(2) د/ ياسر باسم ذنون؛ رؤى خليل إبراهيم - مرجع سابق ص 193.

(3) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام - مرجع سابق - ص 646.

(4) د/ ياسر باسم ذنون؛ رؤى خليل إبراهيم - مرجع سابق ص 195.

الإنقاص على إعفاء المدين من بعض الشروط التي أصبحت مرهقة له، مثل إلغاء شرط يتعلق بأجل التنفيذ أو كميته، أو بجودة السلعة أو الخدمة، وغيرها من شروط التنفيذ الأخرى⁽¹⁾.

ففي كل هذه الحالات يجوز للقاضي أن ينقص التزامات المدين بالكيفية التي تتوافق مع محل هذه الالتزامات، وذلك حتى يرد التزامه إلى الحد المعقول، فإن فعل القاضي ذلك أصبح المدين ملزماً بما حكم القاضي لا أكثر ولا أقل، وجرى حكم العقد بهذا التعديل بين طرفيه، وهنا يجوز للطرف المقابل أن يتقاضى الالتزام عينا كما عدله القاضي أو تعويضاً طبقاً للقواعد العامة، كما يجوز له إن امتنع المدين عن تنفيذ التزامه المعدل أن يطلب فسخ العقد مع التعويض عما أصابه من ضرر جراء إخلال المدين بالتزاماته⁽²⁾.

يهدف إنقاص التزام المدين المرهق في جميع الأحوال إلى تقليص الخسارة الفادحة التي تلحقه، والحد من آثارها عليه قدر الإمكان، ومع ذلك يتحمل ما بقي من الخسارة في حد المألوف، في محاولة من القاضي لتوزيع مقدار الخسارة الفادحة بين المتعاقدين دون تغليب مصلحة أحدهما على الآخر، آخذاً في الحسبان الظروف التي أحاطت العملية التعاقدية⁽³⁾.

فرع ثاني: زيادة التزام الدائن.

قد يقدر القاضي أن رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول يكون بزيادة الالتزام المقابل له، ومثاله أن تتعهد شركة سكر بتوريد كمية منه لمصنع حلوى، ولحدوث ظرف طارئ يكون توريد هذه الكمية مرهقاً لهذه الشركة، فيحكم القاضي برفع السعر عن ذلك المحدد في العقد، لكن دون أن يحمل مصنع الحلوى كل الزيادة التي اقتضاها الظرف الطارئ، بل يوزعها على كل من الدائن والمدين⁽⁴⁾.

(1) د/ فيلاي علي - مرجع سابق - ص304.

(2) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام - مرجع سابق - ص648.

(3) د/ فيلاي علي - مرجع سابق - ص305.

(4) د/ محمد صبري السعدي - مرجع سابق - ص325.

يخير القاضي الدائن في حالة ما إذا قرر زيادة التزاماته بين أن يقبل العقد مع هذه الزيادة أو يرضى بفسخه، فإذا اختار الدائن الفسخ كان هذا أصلح للمدين، الذي يرتفع بذلك عن عاتقه كل أثر للظرف الطارئ⁽¹⁾.

وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة 561 من القانون المدني الجزائري على هذا الحكم بقولها: "على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاول، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو يفسخ العقد."

يشك الدكتور فيلالي علي في هذا الرأي لعدة أسباب، فالمادة 107 من القانون المدني الجزائري جاءت واضحة في تقييد القاضي بالنظر في الالتزام المرهق وهو التزام المدين، كما أن النص الفرنسي لهذه المادة استعمل كلمة "réduire" التي تعيد الإنقاص في التزام المدين لا الزيادة في التزام الدائن، فنية المشرع انصرفت إلى إنقاص الالتزام لا غير، ولو كان الأمر على غير ذلك لعبر عنه بوضوح كما فعل في الفقرة الثالثة من المادة 561 من القانون المدني، التي ليس لها مبرر سوى الحل الاستثنائي الذي تضمنته، ولو رأى المشرع أن الفقرة الثالثة من المادة 107 من القانون المدني تسمح للقاضي بزيادة التزام الدائن لما أضاف هذه الفقرة، ثم أن إرادة الدائن انصرفت إلى تحمل الالتزام المذكور في العقد، وزيادة هذا الالتزام يجري خلاف إرادته⁽²⁾.

يقوم القاضي في حالة إنقاص الالتزام المرهق أو زيادة الالتزام المقابل برد الالتزام إلى الحد المعقول بالنسبة للحاضر فقط، ولا شأن له بالمستقبل لأنه غير معلوم، إذ من الممكن أن يزول أثر الحادث الطارئ، فيعود حينها العقد إلى ما كان عليه قبل تعديله، وتعود له قوته الملزمة كما كان في الأصل⁽³⁾.

فرع ثالث: وقف تنفيذ العقد.

قد يقدر القاضي أن رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وإعادة التوازن بين التزامات المتعاقدين لا تتحقق عن طريق إنقاص الالتزام المرهق أو زيادة التزام الدائن، وإنما يتم ذلك عن

(1) د/ عمار محسن كزار - مرجع سابق - ص 90.

(2) د/ فيلالي علي - مرجع سابق - ص 306.

(3) د/ محمد رشيد قباني - مرجع سابق ص 146.

طريق وقف تنفيذ العقد مدة معينة من الزمن حتى تنتهي هذه الظروف الاستثنائية، وتعود الأمور إلى مجراها الطبيعي، إذا بدا له أن هذه الحوادث سرعان ما ستزول، أما إذا كان من غير المتوقع انقضاء هذه الظروف فلا فائدة حينئذ من وقف تنفيذ العقد، وقد يختار القاضي بدلا من وقف العقد منح المدين أجلا لتنفيذ التزاماته بالصورة التي يضع إطارها القاضي لتحقيق التوازن⁽¹⁾.

فإذا تعهد مقاول بإقامة مبنى وتسبب حادث طارئ بارتفاع أسعار بعض مواد البناء ارتفاعا فاحشا، ولكن هذا الارتفاع مؤقت يوشك أن يزول بفتح باب الاستيراد، جاز للقاضي أن يحكم بوقف التزام المقاول بتسليم المبنى في الموعد المحدد في العقد، حتى يتمكن المقاول من القيام بالتزامه دون إرهاب، إذا لم يلحق هذا الوقف ضررا جسيما بصاحب المبنى⁽²⁾.

لا يمس الحكم بوقف التنفيذ العقد في مضمونه لا من الناحية الموضوعية ولا من الناحية المادية، بحيث تظل الالتزامات فيه محتفظة بقيمتها ومقاديرها دون أن تتأثر بهذا الوقف المؤقت، ولذلك يعود العقد إلى قوته الملزمة التي كان عليها قبل طرؤ الحادث الاستثنائي بمجرد انتهاء أثر هذا الحادث⁽³⁾.

يشترط أن يراعي القاضي إذا لجأ إلى رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بواسطة وقف التنفيذ عدم إلحاق ضرر بالدائن⁽⁴⁾، فإن ترتب من التأجيل ضرر يساوي ذلك الذي يلحق المرهق، أو كان أكبر منه، لم يجز للقاضي وقف تنفيذ العقد، إذ الضرر لا يزال بمثله، فلو استأجر شخص دابة ليركبها أو يحمل عليها إلى مكان معين، فانقطعت الطريق إليه لخوف حادث، أو اكترى إلى مكة فلم يحج الناس في ذلك العام من تلك الطريق، فلكل من الطرفين فسخ الإجارة، وإن أرادا إبقاءها إلى حين إمكان استيفاء المنفعة جاز، وبهذا جاء قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة

(1) د/ ياسر باسم ذنون؛ رؤى خليل إبراهيم - مرجع سابق ص 195. وتتفق هذه الوسيلة مع ما يعرف في القانون الجزائري بنظرة الميسرة التي نصت عليها المادة 281 من القانون المدني الجزائري.

(2) د/ محمد محي الدين إبراهيم سليم - مرجع سابق - ص 446.

(3) هبة محمد محمود الديب - أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية - رسالة ماجستير - جامعة الأزهر غزة - 2012 - ص 65.

(4) مروك أحمد - مرجع سابق - ص 75.

العالم الإسلامي يقول: "ويحق للقاضي أن يمهل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير، ولا يتضرر الملتزم له كثيرا بهذا الإمهال." (1).

قد يثير وقف تنفيذ الالتزام بشكل مؤقت مشكلة الالتزامات التي يقع على المدين تنفيذها بعد انتهاء الوقف في عقود المدة، التي يكون فيها الوقت معقودا عليه، بحيث تقاس به كمية الالتزامات التي يتحملها كل من طرفي العقد، فيكون في وقف التنفيذ إثارة الشك حول كم الالتزامات التي يجب أداؤها، لأن التوقف يؤدي إلى مرور مدة من الزمن قد تزيد أو تقل عن مدة العقد.

غير أنه لا يؤثر وقف الالتزام على تنفيذه، إذا كان هذا الوقف قد استغرق المدة المحددة أصلا لتنفيذه، وذلك بأن ينتقل هذا الالتزام إلى مدة جديدة تساوي المدة التي أوقف فيها الالتزام (2).

فرع رابع: فسخ العقد.

يرى الكثير من الفقهاء (3) أنه ليس من الجائز أن يحكم القاضي بفسخ العقد بسبب الظروف الطارئة، فإذا كانت الفقرة الثالثة من المادة 107 من القانون المدني الجزائري قد أعطت القاضي سلطة تعديل العقد فهي لم تعطه سلطة فسخه، وإذا قلنا عكس ذلك نكون بصدد سلطة إلغاء العقود لا سلطة تعديلها (4)، ذلك أن دور القاضي في الظروف الطارئة يقتصر على رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وهذا يستوجب الإبقاء على الالتزام والعقد برمته (5).

يبير إبقاء القاضي على الالتزام المرهق سعيه إلى توزيع تبعه الحادث الطارئ بين المدين والدائن، وفسخ العقد يؤدي إلى تحميل الدائن تبعه الحادث الاستثنائي (6)، مما يترتب عنه إلحاق الضرر به لتفادي الإضرار بالمدين، وقد سبق القول أن الضرر لا يدفع بمثله.

(1) د/ رائف محمد النعيم - مرجع سابق - ص 25، 26.

(2) مروك أحمد - مرجع سابق - ص 75.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، د. عبد الحي حجازي، د. أنور سلطان، د. حسين عامر، أشار إليهم د/ محمد محي الدين إبراهيم

سليم - مرجع سابق - الهامش 1 و 2 - ص 458.

(4) مروك أحمد - مرجع سابق - ص 76.

(5) د/ محمد صبري السعدي - مرجع سابق - ص 326.

(6) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام - مرجع سابق - ص 648.

كما يعضد هذا الرأي أن الظروف الطارئة قد تكون مؤقتة، ويعود العقد إلى ما كان عليه قبل حدوثها بمجرد انتهائها، وهذا ما أشرنا إليه عند الكلام في إنقاص التزامات المدين المرهق أو زيادة التزامات الدائن، أو وقف تنفيذ الالتزام، حيث قلنا أن القاضي يعدل العقد بالنظر إلى الظروف السائدة ولا شأن له بعد انقضائها، حيث يعود العقد إلى قوته الملزمة التي كان عليها، وفسخه بسبب الحادث الطارئ يؤدي إلى قطع الطريق أمام العقد لأن يعود إليها.

إذا كان لا يجوز للقاضي فسخ العقد عملاً بنص المادة 107 من القانون المدني الجزائري، فإنه ليس من حق المدين في المقابل أن يطلب هذا الفسخ، وإنما يجب عليه تنفيذ التزاماته وفق التعديل الذي يحكم به القاضي، فيكون حقه مقتصرًا على طلب رد التزامه إلى الحد المعقول⁽¹⁾.

أيدت أحكام القضاء هذا المذهب، حيث قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "تعطي المادة 2/147 القاضي رخصة يجريها عند توافر شروط معينة وتقتصر سلطته بشأنها على رد الالتزام التعاقدية الذي لم يتم تنفيذه إلى الحد المعقول، إذا كان تنفيذه مرهقًا للمدين، دون أن يكون من حقه فسخ العقد أو إعفاء المدين من التزامه القائم، أو إلزام الدائن برد ما استوفاه منه."⁽²⁾

وعلى خلاف هذا الرأي يرى بعض الفقهاء⁽³⁾ أنه يجوز فسخ العقد طبقًا للمادة 107 من القانون المدني الجزائري، خاصة أن الفسخ يعد في بعض الحالات وسيلة لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، فيحكم القاضي مثلًا بفسخ العقد من خلال إعفاء المدين مما بقي في ذمته إن كان هذا يؤدي إلى تجنبه الخسارة الفادحة، أو يحكم بفسخ العقد بسبب الارتفاع الفاحش في الأسعار إذا تعذر على المدين تنفيذ التزامه ولو زاد القاضي في التزام الدائن⁽⁴⁾.

ويتماشى هذا مع نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي، التي تعطي للطرف المضرور الحق في طلب فسخ العقد، لينجو من الخسارة والضرر الفاحش الذي تسببت فيه الحوادث الطارئة، لأن الإبقاء على التزاماته رغم ذلك يحمله ضررًا غير مستحق بالعقد⁽⁵⁾.

(1) هبة محمد محمود الديب - مرجع سابق - ص 70.

(2) نقض مدني رقم 1320/24 - بتاريخ 1973/12/20. هبة محمد محمود الديب - مرجع سابق - هامش 1 ص 68.

(3) رشوان حسن رشوان، محمد عبد الجواد، فيلالي علي، أشار إليهم مروك أحمد - مرجع سابق - هامش 1 - ص 77.

(4) د/ فيلالي علي - مرجع سابق - ص 306.

(5) د/ رائف محمد النعيم - مرجع سابق - ص 26.

يتفق هذا المذهب أيضا مع ما جاءت به بعض القوانين الغربية، ومن ذلك نص المادة 269 من القانون المدني البولوني التي تجيز للقاضي فسخ العقد إذا رأى ضرورة لذلك، وتقضي المادة 1467 من القانون المدني الإيطالي بأن العقد يفسخ لمصلحة المدين المرهق، ولكن يجعل للمتعاقد الآخر الحق في درأ طلب الفسخ بعرض تعديل شروط العقد بما يتفق مع العدالة⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى المادة 561 من القانون المدني الجزائري، نجد أن المشرع أعطى القاضي سلطة فسخ عقد المقاول، إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية أدت إلى تداعي الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لهذا العقد، وهي سلطة استثنائية وإلا لما كان المشرع خصها بالذكر في هذه المادة ولأحال على المادة 107 من القانون المدني، مما يؤكد أنه قصد تعديل العقد للظروف الطارئة لا إنهائه⁽²⁾.

يفسخ العقد للظروف الطارئة بطلب من الدائن، إذا لم يعد التعديل الذي حكم به القاضي يتماشى مع ما اتجهت إليه إرادته، كما أشرنا إليه سابقا في زيادة التزامات الدائن، الذي له حسب الدكتور عبد الرزاق السنهوري أن يقبل الزيادة أو أن يطلب فسخ العقد ويكون ذلك أفضل للمدين، الذي يعفيه الفسخ من تحمل أي أثر للظرف الطارئ⁽³⁾.

غير أن فسخ العقد للظرف الطارئ يختلف عن فسخ العقد بسبب عدم تنفيذه لخطأ المدين، فإذا كان المدين لا يتحمل أية مسؤولية في الحالة الأولى، فإنه يكون ملزما بالتنفيذ بمقابل في الحالة الثانية⁽⁴⁾، حسب ما جاء في المادة 119 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك".

(1) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام - مرجع سابق - ص 648، 649.

(2) مروك أحمد - مرجع سابق - ص 78؛ د/ علي فيلاي - مرجع سابق - ص 306.

(3) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام - مرجع سابق - ص 647.

(4) د/ فيلاي علي - مرجع سابق - ص 306.

فصل ثاني: حماية المتلقي بمناسبة انتهاء عقد الفرنشيز.

يتعارض تأييد العلاقات التعاقدية في الأحوال العينية مع الحرية التعاقدية التي يتطلبها مبدأ سلطان الإرادة، كما قد يتعارض في بعض العقود مع قواعد قانونية أمرت كترك التي تنظم السوق، ومن هذه العقود عقد الفرنشيز الذي يحتوي بند الحصرية الإقليمية أو حصرية التموين، ولا يخفى على أحد تعارض هذين البندين مع مبدأ حرية المنافسة.

وقد يتعارض تأييد العلاقة التعاقدية مع طبيعة العقد ومع الطبيعة الخاصة لمحلها، إذ تختلف محال العقود باختلاف الحقوق الواردة عليها، ومن ذلك العقود التي تتضمن نقل حق انتفاع بشيء أو حقا عينيا تبعا عليه، مثل عقود الإيجار وعقد الرهن الرسمي والرهن الحيازي، ومثالها أيضا عقد الفرنشيز الذي ينقل فيه المانح للمتلقي حق انتفاع في الأصل، يتمثل هذا الحق في استغلال المعرفة الفنية وعناصر الملكية الفكرية الأخرى مثل براءات الاختراع، والعلامة التجارية، والرسوم والنماذج الصناعية، والاسم التجاري، والرموز وغيرها.

تتميز هذه العناصر المنقولة بموجب عقد الفرنشيز إلى المتلقي بأن ملكيتها ليست مؤبدة، وهذا على خلاف الأصل في حق الملكية، إذ تمنح قوانين حماية الملكية الفكرية مدة زمنية لاستغلالها، فالمانح الذي يملك هذه العناصر لن يستأثر باستغلالها إلا للمدة المقررة قانونا، ويستثنى من هذا المبدأ المعرفة الفنية لأنها تبقى غير مسجلة.

يستلزم هذا كله القول بوجود انتهاء عقد الفرنشيز، لكن حتمية انقضاء العلاقة العقدية لا تعني تبرير إيقاع الضرر بأحد أطرافها، إذ يبقى إيقاع الضرر بالغير فعل غير مشروع ويجب تقرير القواعد التي تحمي هذا الغير، سواء بتوقي وقوع الضرر أصلا أو بتعويض الطرف المتضرر إن وقع فعلا.

وضعت القوانين أحكاما عديدة لحماية المتعاقد من كل إنهاء تعسفي لعقده، فنجد مثلا المادة 106 من القانون المدني الجزائري تعطي العقد قوة القانون بالنسبة لأطرافه، وتمنع إنهاءه من أحد طرفيه بإرادته المنفردة أو من غيرهم، كما تلزم المادة 119 من نفس القانون كل من أخل بالتزاماته تعويض الطرف الآخر سواء أدى هذا الإخلال إلى فسخ العقد أو لم يفعل.

يتضح من هذا أن كل إنهاء لعقد الفرنشيز لم يتفق عليه المانح والمتلقي يرتب التزاما بتعويض المضرور عما أصابه من ضرر جراء هذا الإنهاء، إلا إذا اتفق أطراف العقد على هذا الإنهاء، أو كان خارجا عن إرادتهما، وهذا يظهر أن انتهاء عقد الفرنشيز قد يؤدي إلى إثارة مسؤولية أحد أطرافه، وقد لا يؤدي إلى ذلك، وعليه سنعرض في هذا الفصل هذين الفرضين في مبحثين، ونخصص الثالث لآثار انتهاء عقد الفرنشيز، على أن تقتصر هذه الدراسة على الإنهاء من طرف المانح لأن غايتها بحث الحماية القانونية للمتلقى.

مبحث أول: انتهاء عقد الفرنشيز الذي لا يثير مسؤولية المانح.

تتفق كل القوانين على أن العقد شريعة المتعاقدين، يطبق عليهم كما يطبق القانون، ويكون المتعاقد ملزما بتنفيذ ما اتفق عليه حسب ما يمليه عليه مبدأ حسن النية في المعاملات، ويبتعد عن إتيان كل فعل يخل بمقتضيات النزاهة والتعاون الواجبين في تنفيذ الالتزامات التعاقدية.

يؤدي كل إخلال بالالتزامات التعاقدية وما يمليه مبدأ حسن النية وما يترتب عليه من واجب التعاون والنزاهة إلى إثارة المسؤولية العقدية للمخل، ويترتب في المقابل حق للطرف الآخر في جبر الضرر الذي أصابه جراء هذا الإخلال.

ويعتبر إنهاء العقد دون اتفاق أطرافه على ذلك أكبر إخلال به، ذلك أنه يؤدي إلى إنهاء جميع آثاره من حقوق والتزامات بأثر رجعي إلا إذا كان الزمن عنصرا جوهريا في هذا العقد مع مراعاة ما نشأ للغير حسن النية من حقوق، وإذا أدى إنهاء العقد إلى إلحاق ضرر بأحد أطراف العقد يكون الآخر ملزما بتعويضه عن هذا الضرر إلا إذا تم هذا الإنهاء باتفاقهما عليه، أو كان لسبب لا يد للمتعاقدين فيه.

مطلب أول: الإنهاء الاتفاقي لعقد الفرنشيز.

تختلف صور الاتفاق على إنهاء عقد الفرنشيز، ومنها تحديد وقت ينتهي بانقضائه هذا العقد، أو الاتفاق على إنهاء عقد الفرنشيز محدد المدة قبل انتهائها، إما باتفاق سابق على إبرام العقد أو باتفاق لاحق عليه، أو بإنهاء عقد الفرنشيز غير محدد المدة باتجاه الإرادة الصريحة أو الضمنية لطرفيه إلى ذلك.

يعتبر إذا كل اتفاق سابق أو لاحق لإبرام العقد، أو صريح أو ضمني يعطي لأحد طرفيه أو لكليهما الحق في إنهاء العقد غير محدد المدة، أو حتى الذي حددت مدته، إنهاء اتفاقيا لعقد الفرنشيز، لا يترتب أي تعويض على أحدهما ما لم يتفقا على خلاف ذلك.

فرع أول: الإنهاء الاتفاقي لعقد الفرنشيز محدد المدة.

العقد محدد المدة حسب الأستاذ "Poulain" هو العقد الذي ينتهي بتحقق واقعة مؤكدة في المستقبل لا يتوقف حدوثها على محض مشيئة أي من المتعاقدين⁽¹⁾، الذين يكون من حقهما إنهاء العقد قبل تحقق هذه الواقعة إذا اتفقا على ذلك.

أولاً: انتهاء عقد الفرنشيز بانتهاء المدة المتفق عليها في العقد.

تترك العقود لسلطان الإرادة، فينظم المتعاقدان علاقتهم التعاقدية كما يشاءان، ولهما أن يشترطا ما شاءا من الشروط على أن لا تكون مخالفة للنظام العام والآداب العامة، ومن الشروط التي قد يضمها عقد الفرنشيز طريقة انتهائه، فقد يحدد المانع والمتلقي مدة زمنية ينتهي عقد الفرنشيز الذي يجمعهما بانقضائها، وقد يشترطان مع هذا أن يبلغ أحدهما الآخر بانتهاء عقد الفرنشيز رغم الاتفاق على أجل انتهائه، أو الاتفاق على إمكانية الاستمرار في العقد رغم انقضاء مدته.

والأصل أن العقد ينتهي بمجرد انقضاء المدة المتفق عليها فيه، إلا إذا اشترط المتعاقدان خلاف ذلك، فيجب حينها احترام هذا الشرط عملاً بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين⁽²⁾، وأكد على ذلك نص المادة 449 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري، الذي جاء فيه أن: "ينتهي الإيجار بانقضاء المدة المتفق عليها دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء".

يغلب في عقود الأعمال والمشاركة أو عقود التعاون، التي يمثل عقد الفرنشيز أحد صورها أن تبرم لمدة محددة، ذلك أن القانون كثيرا ما يوجب تحديد وقت معين تنتهي بانقضائه مثل هذه

(1) د/ ياسر سيد الحديدي - مرجع سابق - ص271.

(2) François Luc Simon - théorie et pratique du droit de la franchise - op.cit - p318.

العقود، وهو يهدف في ذلك إلى إتاحة المجال للمتعاقدين في التمسك بانتهاء أو تعديل شروط العقد، أو وضع مدة قصوى لا ينبغي للعقد أن يتجاوزها⁽¹⁾.

تحدد عادة مدة العقود ما بين ثلاث سنوات إلى خمس سنوات، بحيث يسترجع كل متعاقد حريته بانتهاء هذه المدة، ويترتب عن تحديد مدة الفرنشيز على هذا النحو انقضاء العلاقة التعاقدية بين المانح والمتلقي، وتحلل كل منهما من التزاماته، إلا ما يمتد منها بعد انتهاء العقد، مثل الالتزام بالسرية وعدم المنافسة، واسترجاع المخزون وغيرها⁽²⁾.

يبقى تحديد مدة عقد الفرنشيز أمراً غير جوهري من الناحية القانونية، غير أن طبيعة العقد، وطريقة تنفيذه، أو طبيعة محله قد تفرض تحديد مدة ينتهي عقد الفرنشيز بانقضائها، فمدة عقد الفرنشيز مرتبطة بالمدة المتوقعة لحياة المنتجات والخدمات التي يقدمها المتلقي، أو بصفة عامة المعرفة الفنية ومدى بقاء الجمهور متعلقاً بها⁽³⁾.

يأخذ في عين الاعتبار عند تحديد مدة عقد الفرنشيز أيضاً أن تكون هذه المدة كافية لاستهلاك الاستثمارات التي يرصدها المتلقي في سبيل إنجاز المشروع التجاري أو الصناعي بمناسبة عقد الفرنشيز، وقيمة هذه الاستثمارات التي يطبقها المتلقي والعوائد والأرباح التي يتوقعها منها، كما يراعى في تحديد مدة عقد الفرنشيز مصلحة المانح في استرجاع التكاليف التي أنفقها من أجل نقل المعرفة الفنية إلى المتلقي ونفقات التدريب وغيرها، ولن يتحقق ذلك إلا باستمرار المتلقي في استغلال الفرنشيز ودفع الأتاوى المالية التي التزم بها للمانح خلال مدة كافية⁽⁴⁾.

وعلى ذلك وجب أن تتوافق المدة المحددة لانتهاء عقد الفرنشيز مع المصلحة الاقتصادية التي يجب أن تحصل لطرفيه، كما أن هذه المدة قد تكون مرتبطة بأمر خارجة عن عقد الفرنشيز، كما لو كان المتلقي يعتمد جزئياً أو كلياً على عقود لتمويل مشروعه المتعلق باستثمار

(1) د/ ساسان رشيد - عقد التوزيع بترخيص استعمال العلامة التجارية (عقد الفرانشايز) محاولة للتأصيل - مرجع سابق - ص206، 207؛

François Luc Simon - théorie et pratique du droit de la franchise - op.cit - p319; 320.

(2) د/ ياسر سيد الحديدي - مرجع سابق - ص271.

(3) د/ لبنى عمر مسقاوي - مرجع سابق - ص188.

(4) د/ ساسان رشيد - عقد التوزيع بترخيص استعمال العلامة التجارية (عقد الفرانشايز) محاولة للتأصيل - مرجع سابق - ص207، 208؛

François Luc Simon - théorie et pratique du droit de la franchise - op.cit - p318.

الفرنشيز المرخص له به، وهذا يحتم أن تتوافق مدة عقد الفرنشيز مع المدة المحددة لتسديد القروض التمويلية وأن لا تقل عنها⁽¹⁾، كما قد تكون الشروط التي يحتويها هذا العقد مثل شروط الحصرية سببا في تحديد مدته⁽²⁾.

سبق القول أن مدة عقد الفرنشيز تكون مرتبطة بالطبيعة المؤقتة لمحلها، فغالبا ما يحدد القانون مدة معينة لسقوط الحقوق التي تمثل جوهر عقد الفرنشيز، ذلك أن هذا العقد ما هو إلا ترخيص بعناصر الملكية الفكرية التي يملكها المانح، وهذه الحقوق قابله لانتهاك الحماية القانونية لها.

فإن كانت المعرفة الفنية غير قابلة للسقوط لأنها لا تسجل إلا أنها تصبح قديمة مع مرور الزمن، خاصة مع ما نراه من تطور هائل ومستمر في المعارف الفنية، فإن استغنى جمهور المستهلكين عن معرفة فنية واستعاضوا عنها بغيرها فلا تبقى لها حينئذ فائدة اقتصادية، وبقاء المتلقي متمسكا بها يكون غير ذي جدوى لعزوف المستهلكين عن الخدمة أو السلعة التي يقدمها، وعلى ذلك وجب مراعاة قابلية المعرفة الفنية للتغير والتطور عند تحديد مدة الفرنشيز.

أما إن كان هذا العقد يضم أحد عناصر الملكية الفكرية المسجلة في محله، فلا بد حينها من مراعاة المدة القانونية المقررة لحمايتها، فبراءة الاختراع مثلا تنتهي مدة حمايتها بمرور 20 سنة من تسجيلها⁽³⁾، وعلى المانح أن يراعي المدة المتبقية عند ترخيصه للمتلقي باستغلال هذه البراءة، فلا تتجاوز مدة عقد الفرنشيز المدة المتبقية لحمايتها، وينطبق الأمر نفسه على الرسوم والنماذج التي حدد لها القانون 10 سنوات لحمايتها⁽⁴⁾، والأمر ذاته بالنسبة للعلامة التجارية التي تنتهي مدة حمايتها بمرور عشر سنوات من تاريخ إيداع طلب تسجيلها، إلا إذا تم تجديد تسجيلها قبل انقضاء هذه المدة، ويجب تحديد مدة عقد الفرنشيز الذي يحتوي ترخيصا بعلامة تجارية تحت طائلة البطلان⁽⁵⁾.

(1) د/ لبنى عمر مسقاوي - مرجع سابق - ص 189.

(2) Yasser AL SURAIHY - la fin du contrat de franchise - thèse - Université de Poitiers - France - septembre, 2008 - P30; Cyril GRIMALDI; Serge MERESSE; Olga ZAKHAROVA-RENAUD - op.cit - p204.

(3) المادة 9 من الأمر 07/03 المتعلق ببراءات الاختراع.

(4) المادة رقم 13 من الأمر 86/66 المتعلق بالرسوم والنماذج.

(5) المادة 5 و 17 من الأمر 06/03 المتعلق بالعلامات.

ينتهي عقد الفرنشيز الذي حددت مدته بمجرد انقضائها، فبمقابل التزام كل من المانح والمتلقي في الاستمرار بتنفيذ التزاماتهما خلال مدة عقد الفرنشيز، يترتب لكل منهما حق في التحلل من هذه الالتزامات بمجرد انقضاء هذه المدة، دون أن تترتب أية مسؤولية على عاتق طرفيه بسبب هذا الانتهاء، ودون حاجة لأن يخطر كل طرف الآخر⁽¹⁾.

أما إذا اتفق الطرفان في عقد الفرنشيز على شرط التجديد الضمني فإنه يجب إخطار الطرف الآخر لإنهاء هذا العقد، وفي غياب الإخطار يحق لكل من المانح والمتلقي التمسك بتجديد عقد الفرنشيز، دون أن يكون من حق الطرف الآخر أن يعترض على ذلك، على أن عقد الفرنشيز قد يمتد بعد انتهاء مدته رغم عدم وجود شرط التجديد الضمني، إذا استمر الطرفان في تنفيذ التزاماتهما التي يفرضها العقد، فيتجدد هذا الأخير بنفس الشروط ولذات المدة المنصوص عليها في العقد المنتهي⁽²⁾.

ثانيا: انتهاء عقد الفرنشيز محدد المدة قبل انقضائها.

تنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري على أنه: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون."، فوفقا لهذه المادة لا يجوز لأحد الطرفين إنهاء عقد الفرنشيز محدد المدة بإرادته المنفردة قبل انقضائها، وبمفهوم المخالفة يجوز لهما الاتفاق على ذلك سواء بالنص في عقد الفرنشيز على أنه يجوز لكل من المانح والمتلقي إنهاء العقد قبل حلول أجله، أو باتفاقهما على حله أثناء سريانه.

تطبيقا للأحكام العامة لا يجوز للمانح ولا للمتلقي إنهاء عقد الفرنشيز بإرادته المنفردة، إذا كان هذا العقد محدد المدة⁽³⁾، غير أنه يصح أن يدرج الطرفان بندا في عقدهما يحددان بموجبه الحالات التي تجيز إنهاء عقد الفرنشيز بالإرادة المنفردة لواحد منهما، مع النتائج التي قد تترتب على هذا الإنهاء المبكر للعقد، والأصل أن لا يكون الطرف الذي أنهى عقد الفرنشيز محدد المدة لما له من سلطة وفق هذا الشرط مسؤولا عن تعويض الطرف الآخر عما يصيبه من ضرر جراء

(1) د/ ساسان رشيد - عقد التوزيع بترخيص استعمال العلامة التجارية (عقد الفرانشايز) محاولة للتأصيل - مرجع سابق - ص208.

(2) د/ ياسر سيد الحديدي - مرجع سابق - ص271، 272.

(3) François Luc Simon - théorie et pratique du droit de la franchise - op.cit - p321.

هذا الإنهاء، على أنه يجوز لهما اشتراط تنبيه الطرف الثاني عند عقد العزم على إنهاء العقد، واشتراط تعويض يتقاضاه هذا الطرف في حال ما إذا أصابه ضرر بسبب إنهاء عقده⁽¹⁾.

وإذا طبقنا القواعد العامة هنا، يكون من الجائز للمانح أو المتلقي إنهاء عقد الفرنشيز محدد المدة بإرادته المنفردة قبل انقضاء مدته، إذا أعطاه شرط في العقد هذه السلطة، ولا يكون من فعل ذلك منهم مسؤولاً عن تعويض الطرف الآخر، إلا إذا كان اتفاقهما ينص على هذا التعويض، غير أنه من أنهى عقد الفرنشيز محدد المدة يكون مسؤولاً عن تعويض الطرف الثاني ولو كان الاتفاق يسمح له بإنهائه بإرادته المنفردة إذا ارتكب غشا أو خطأ جسيماً حسب الفقرة الثانية من المادة 178 من القانون المدني الجزائري، كما يلزم بدفع تعويض أكبر من ذلك المتفق عليه في العقد لنفس السبب حسب المادة 185 من نفس القانون.

تنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري التي سبق ذكرها على أنه يجوز نقض العقد باتفاق طرفيه على ذلك، وعملاً بهذه المادة يجوز للمانح والمتلقي الاتفاق على إنهاء عقد الفرنشيز محدد المدة قبل انقضائها، وهذا ما يدعى بالتقاييل في العقود، الذي يتم باتفاق كل من المانح والمتلقي على إنهاء عقد الفرنشيز قبل انقضاء مدته، ولا شك في جواز ذلك، فكما استطاعا أن يتعهدا بالتزامات باتفاقهما، يجوز لهما أن يتحلا من هذه الالتزامات باتفاقهما أيضاً، والأهلية اللازمة للتقاييل هي نفسها التي تلزم لانعقاد الفرنشيز، ويكون رضا كل من الطرفين صريحاً أو ضمناً⁽²⁾.

ومن الإنهاء الضمني لعقد الفرنشيز محدد المدة أن يتوقف المتلقي عن دفع الأتاوى الدورية المترتبة على عاتقه بموجب عقد الفرنشيز، وامتناع المانح في المقابل عن مطالبته بها، وعن تقديم المساعدة التقنية للمتلقي، وهذا يمكن الاستدلال منه على عدم رغبة الطرفين في الاستمرار في العلاقة العقدية التي جمعتهم، دون حاجة إلى اتفاق مكتوب⁽³⁾.

(1) د/ نعيم مغيب - مرجع سابق - ص 240، 241.

(2) انظر في هذا المعنى د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - الإيجار والعارية - مرجع سابق - ص 747، 748.

(3) د/ ساسان رشيد - عقد التوزيع بترخيص استعمال العلامة التجارية (عقد الفرانشايز) محاولة للتأصيل - مرجع سابق - ص 222.

يعتبر رفع أحد المتعاقدين دعوى قضائية بفسخ عقد الفرنشيز من قبل الإيجاب الصريح بإنهاء هذا العقد، وهنا يجوز للمتعاقد الآخر عند رفع الدعوى أن يقبل هذا الإيجاب فيتم الفسخ بالتراضي، غير أن هذا لا يمس بما للمدعي من حق في التعويض⁽¹⁾.

ومادام عقد الفرنشيز من عقود المدة فإن إنجاءه لا يتم إلا بالنسبة للمستقبل، إذ لا يمكن الرجوع بالزمن واسترجاع الالتزامات التي قام المتعاقد بتنفيذها، خاصة التزامات المانح التي تتمثل في تمكين المتلقي من عناصر الملكية الفكرية، وتقديم المساعدة التقنية له وإرشاده، وغيرها من الالتزامات التي تنفذ دوريا، وعليه فإن إنهاء عقد الفرنشيز محدد المدة قبل انقضائه بالإرادة المشتركة لطرفيه يترتب عنها عدم إنتاج آثار في المستقبل، دون إعادة النظر في صحة الالتزامات المتبادلة قبل هذا الإنهاء⁽²⁾، أما إذا كان المتلقي قد دفع أتاوى دورية عن مدة تلي التقايل فمن حقه استرجاعها، وإن كان للمانح أتاوى مستحقة عن المدة السابقة عن التقايل استوفاه⁽³⁾.

فرع ثاني: الإنهاء الاتفاقي لعقد الفرنشيز غير محدد المدة.

رغم أن العقد النموذجي للفرنشيز الذي تعتمد عليه غرفة التجارة الدولية يحدد مدة معينة لهذا العقد، وينظم كيفية تجديده في حال انقضاء هذه المدة، إلا أنه أعطى الخيار للمانح والمتلقي بأن يبرما عقد فرنشيز دون أن يحددا مدة لانتهائه⁽⁴⁾، وكثيرا ما تكون عقود الفرنشيز غير محددة المدة⁽⁵⁾.

يعتبر عقد الفرنشيز غير محدد المدة إذا عقده المانح والمتلقي دون أن يعرضا للمدة أصلا بل سكتا عنها، ويعتبر كذلك أيضا إذا عرض المتعاقدان المدة ولكنهما لم يعيناها، ومثاله أن يعرض المتعاقدان المدة ويذكران أنها المدة التي تتناسب مع عقدهما وتليق لتنفيذ التزاماتهما على أحسن وجه، بحيث يحصل كل طرف منهما على الفائدة المرجوة من هذا العقد، أو أنها المدة التي

(1) انظر في هذا المعنى د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - الإيجار والعارية - مرجع سابق - ص748.

(2) / ساسان رشيد - عقد التوزيع بترخيص استعمال العلامة التجارية (عقد الفرانشايز) محاولة للتأصيل - مرجع سابق - ص225.

(3) انظر في هذا المعنى د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - الإيجار والعارية - مرجع سابق - ص748.

(4) د/ لبنى عمر مسقاوي - مرجع سابق - ص192.

(5) Yasser AL SURAIHY - op.cit - p29.

تقتضيها الظروف الاقتصادية التي تحيط إبرام العقد مثلا، كما ينعقد الفرنشيز لمدة غير محددة إذا صرح طرفاه بذلك ببند في العقد، أما إذا ذكر أن عقد الفرنشيز يبقى ما بقي المتلقي يدفع الأتاوى الدورية، أو إلى المدة التي يريدتها هو أو التي يريدتها المانح، فمدة العقد هنا لا تكون غير معينة، وإنما تكون المدة التي يريدتها المانح أو المتلقي، وتنقضي حتما بموت من علفت المدة على إرادته إن كان شخصا طبيعيا، وبانتهاء شخصيته الاعتبارية إن كان شخصا معنويا، وإذا صرح طرفا عقد الفرنشيز بأن هذا الأخير يبقى ما بقي محله قابلا للاستثمار فإن المدة تكون هنا غير معينة، وتكون كذلك إن اتفق المتعاقدان على مدة لانتهاء عقدهما، لكن لم يستطع أي منهما إثباتها⁽¹⁾.

قد يتفق المانح والمتلقي على تعيين أجل محدد لانتهاء عقد الفرنشيز الذي أبرماه، ومع ذلك يوردان شرطا يعطي واحدا منهما أو كليهما الحق في إنهائه قبل انقضاء الأجل المتفق عليه، وهذا يجعله عقدا غير محدد المدة، وبهذا قضت محكمتي النقض المصرية والفرنسية في العديد من القضايا التي فصلتا فيهما، حين أقرتا بأنه يكفي لاعتبار العقد غير محدد المدة أن ينص على حق أحد طرفيه أو كليهما في إنهائه قبل انقضاء مدته المحددة لذلك⁽²⁾.

ذكرنا سابقا أنه يجوز للمانح والمتلقي إنهاء عقد الفرنشيز محدد المدة قبل انقضائها إذا اتفقا على ذلك، عملا بنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري، وهو ما يطلق عليه بالتقابل، ومادام التقابل جائزا في العقود محددة المدة، فلا بد أن يكون جائزا من باب أولى في العقود غير محددة المدة، ويكون هنا أيضا إنهاء عقد الفرنشيز صريحا أو ضمنيا، بالاتفاق على إنهائه بعقد مكتوب مثلا، أو ضمنيا من خلال توقف المانح والمتلقي عن تنفيذ التزاماتهما.

بل إن إنهاء العقد غير محدد المدة تمليه القواعد العامة والخاصة في القانون، ذلك أن تأييد الالتزام يمس بالحرية الشخصية للمتعاقد، لذلك وجب وضع حد للعقد غير محدد المدة، كما أن عقود الفرنشيز غالبا ما تتعارض شروطها مع عدم تحديد مدة انتهائها، ومن ذلك شرط الحصرية الإقليمية وشرطك حصرية التمون، هذه الشروط تتعارض مع مبدأ حرية المنافسة الذي تنص عليه

(1) انظر في هذا المعنى د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - الإيجار والعارية - مرجع سابق - ص153، 154.

(2) د/ ياسر سيد الحديدي - مرجع سابق - ص269.

مختلف القوانين المتعلقة بالممارسات التجارية، وهذا يحتم وضع حد لعقد الفرنشيز الذي يضم مثل هذه الشروط⁽¹⁾.

مطلب ثاني: انتهاء عقد الفرنشيز لأسباب خارجة عن إرادة عاقيه.

ينتهي عقد الفرنشيز لأسباب عدة منها ما يكون خارجا عن إرادة طرفيه، ومن ذلك أن يستحيل على المانح أو المتلقي تنفيذ التزاماته بسبب قوة قاهرة، أو أن يوقف القاضي تنفيذ العقد لرفع الإرهاق عن الطرف المتضرر من ظرف طارئ وتنتهي مدة العقد قبل انتهاء هذا الطرف، ومن الأسباب الأجنبية التي تنهي عقد الفرنشيز وفاة أحد طرفيه أو فقده أهليته، أو إفلاسه لسبب لا يد له فيه، أو إذا تقرر بطلان شركة أحد طرفي العقد أو اندماجها.

ينتج عن انتهاء عقد الفرنشيز على هذا النحو براءة ذمة طرفيه من أية مسؤولية اتجاه الطرف الآخر، إلا إذا كان لإرادة أحدهما دخل في وقوع الأسباب التي ذكرت في الفقرة السابقة فإنه يكون مسؤولا عن هذا الانتهاء، كأن يكون لأحدهما دخل في وقوع الحادث الاستثنائي، أو أفلس بالتدليس، أو ارتكب خطأ أدى إلى بطلان شركته.

فرع أول: انفساخ عقد الفرنشيز بقوة القانون.

يسمى انتهاء العقد في هذه الحالة بالانفساخ بقوة القانون، لأنه لا يخضع لرقابة القضاء، ولا يستطيع القضاء أن يمنح أجلا أو يحكم بتعويض جراء هذا الإنهاء، غير أن هذا لا يمنع القضاء من التدخل عند نشوب خلاف بين طرفي العقد ليقرر ما إذا كان العقد قد انفسخ أو مازال قائما⁽²⁾، خاصة وأن الطرف الذي أصبح تنفيذ التزامه مستحيلا يستطيع الدفع بعدم التنفيذ دون حاجة لإعذار الطرف الآخر⁽³⁾.

تنص المادة 307 من القانون المدني الجزائري على انتهاء الالتزام لسبب أجنبي، حيث أقرت بأن: "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن

(1) د/ ساسان رشيد - عقد التوزيع بترخيص استعمال العلامة التجارية (عقد الفرانشايز) محاولة للتأصيل - مرجع سابق - ص208؛ Yasser AL SURAIHY - op.cit - p30.

(2) د/ محمد حسنين - الوجيز في نظرية الالتزام - مرجع سابق - ص127.

(3) د/ فيلاي علي - مرجع سابق - ص358.

إرادته."، يتضح من هذه المادة أن استحالة تنفيذ الالتزام أحد طرفي العقد لسبب لا يد له فيه يؤدي إلى انقضاء التزاماته، وتبرأ ذمته منها بحيث لا يكون ملزماً بتنفيذها عينا ولا بمقابل(1).

تأكيداً لما جاء في هذا النص تتضمن أغلب عقود التجارة الدولية - ومنها عقد الفرنشيز - شرطاً يعفي الملتزم من تنفيذ التزاماته التعاقدية في حالة حدوث قوة قاهرة تحول دون تنفيذها، ويكون عقد الفرنشيز أكثر عرضة لمثل هذه الظروف إذا كان يجمع أطرافاً من دول متعددة، ومن القوة القاهرة نشوب الحروب بين الدول، وكذلك الحروب الأهلية التي تخل بالاستقرار السياسي والاقتصادي للدول، ويدخل ضمن القوة القاهرة أيضاً الحصار الاقتصادي على الدولة الذي يجعل المتعاقد المنتمي لهذه الدولة يعجز كلياً أو جزئياً عن تنفيذ التزاماته(2).

إن انقضاء التزامات أحد طرفي العقد لاستحالة التنفيذ الراجع إلى سبب أجنبي، يؤدي بالضرورة إلى إنهاء الالتزامات المقابلة ولو لم يصبح تنفيذها مستحيلاً، عملاً بنص المادة 121 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أن: "في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون.".

يقصد بالاستحالة في هذا الصدد تلك التي تكون مطلقة، ولا يمكن توقعها ولا تفاديها أو مقاومتها، وتتحقق استحالة التنفيذ حسب المادة 307 المذكورة آنفاً، إذا أثبت المدين أن الوفاء بالتزاماته أصبح مستحيلاً عليه لسبب لا يد له فيه، وعليه ينفسخ العقد الملزم للجانبين بقوة القانون تبعاً لانقضاء التزامات أحد طرفيه لسبب أجنبي(3).

ويشترط لانتهاء عقد الفرنشيز لسبب خارج عن إرادة عاقيه الشروط الآتي ذكرها:

(1) د/ محمد صبري السعدي - الواضح في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام - دار الهدى - الجزائر - 2010 - ص 385. أكد القضاء هذا المبدأ في الأحكام والقرارات الصادرة عنه ومنها قرار مجلس قضاء الجزائر الصادر بتاريخ 20/11/2007 الذي حكم بانتهاء عقد الإيجار بسبب انهيار البناية التي يقع فيها المحل المؤجر بسبب زلزال، هذا القرار الذي أيدته المحكمة العليا - ملف رقم 539508 - الصادر بتاريخ 03/06/2009 - مجلة المحكمة العليا - عدد 1 - 2011 - ص 200.

(2) د/ صالح بن عبد الكريم بن براهيم السعدي - مرجع سابق - ص 111.

(3) د/ فيلاي علي - مرجع سابق - ص 358.

أولاً: أن تكون الاستحالة لاحقة لانعقاد العقد.

يجب أن تكون استحالة التنفيذ ناشئة بعد إبرام عقد الفرنشيز، فإن كانت هذه الاستحالة قائمة أثناء إبرامه أو سابقة عليه فإن العقد يقع باطلا لاستحالة محله، عملاً بنص المادة 93 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾.

ثانياً: أن تكون الاستحالة مطلقة.

تكون الاستحالة مطلقة إذا كانت تعم جميع الأشخاص، ولم تكن قاصرة على طرفي عقد الفرنشيز فقط، وتكون الاستحالة مطلقة أيضاً إذا استحال تنفيذ الالتزام بغض النظر عن تكاليفه، فإذا أصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً فقط فإن شروط الاستحالة غير متوفرة⁽²⁾، وطبقت نظرية الظروف الطارئة في هذه الحالة⁽³⁾، ومثال ذلك أن تكون هذه الاستحالة مؤقتة توشك أن تزول ويصبح تنفيذ الالتزام ممكناً عند حلول أجله، أو امتدت هذه الاستحالة إلى غاية حلول الأجل لكن يتوقع زوالها في وقت يكون تنفيذ الالتزام لازال ممكناً ولا يتعارض مع طبيعة العقد⁽⁴⁾، وعندها يجوز إيقاف تنفيذ العقد إلى غاية انقضاء هذه الظروف كما بيناه سابقاً عند الكلام في نظرية الظروف الطارئة.

ثالثاً: يجب أن تشمل الاستحالة تنفيذ الالتزام كلياً.

أما إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلًا في جزء منه فقط فإن الفسخ لا يقع، وللدائن في هذه الحالة الخيار بين الفسخ أو التنفيذ العيني لما بقي من الالتزام⁽⁵⁾، كما يثبت للطرف الآخر في العقد أن يقبل هذا الوفاء الجزئي مقابل طلب تخفيض التزاماته، أو طلب فسخ العقد إن شاء، ومن ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 482 من القانون المدني الجزائري، خاصة وأنه لا يمكن إجبار الدائن على قبول الوفاء الجزئي لحقوقه، إلا إذا نص شرط في العقد أو اتفاق لاحق على خلاف ذلك حسب المادة 277 من نفس القانون.

(1) د/ محمد صبري السعدي - شرح القانون المدني، مصادر الالتزام - الجزء 1 - مرجع سابق - ص 388.

(2) د/ فيلاي علي - مرجع سابق - ص 358.

(3) د/ علي علي سليمان - مرجع سابق - ص 108.

(4) د/ محمد صبري السعدي - الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، أحكام الالتزام - مرجع سابق - ص 386.

(5) د/ محمد صبري السعدي - شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام - الجزء 1 - مرجع سابق - ص 388.

رابعاً: أن تكون الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي.

يجب أن تكون استحالة تنفيذ الالتزام راجعة إلى سبب خارج عن إرادة الملتزم أي لا يد له فيها، فإذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين فإن العقد لا يفسخ، ويظل التزام المدين قائماً وإن تحول إلى تعويض لتعذر الوفاء العيني⁽¹⁾، والسبب الأجنبي الذي يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً وينهي العقد هو الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، أو خطأ الغير، أو خطأ الدائن نفسه⁽²⁾.

خامساً: أن يثبت المدين استحالة التنفيذ.

يجب على المدين أن يثبت أن تنفيذ الالتزام أصبح مستحيلاً عليه، لا مرهقاً له فقط، وأن يثبت أن لا يد له في هذه الاستحالة، بأن يثبت القوة القاهرة، أو خطأ الغير، أو خطأ الدائن نفسه، أي أن عبء إثبات هذه الأمور جميعاً يقع على عاتق المدين بالالتزام الذي أصبح تنفيذه مستحيلاً⁽³⁾.

يترتب على الشروط السابق ذكرها انقضاء العقد من تلقاء نفسه وبقوة القانون ويعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، مع عدم إلزام المدين بالتعويض، لأن عدم وفائه بالتزامه راجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه⁽⁴⁾.

وعليه إذا أصبح تنفيذ التزامات المتلقي مستحيلاً لسبب أجنبي انقضت التزاماته وانتهى العقد في المقابل، ولم يتحمل أي تعويض مادام لم يرتكب أي خطأ، وفي هذا حماية له من المطالبة بأي تعويض من طرف المانح في حالة انتهاء العقد بهذه الطريقة، ويكون للمتلقي في المقابل أن يطالب المانح بتعويضه عن انتهاء العقد إذا كان الأخير هو المتسبب في استحالة تنفيذ المتلقي لالتزاماته، كما يكون من حقه أن يطالب المانح الذي يتحجج باستحالة تنفيذ التزاماته بإثبات هذه الاستحالة وإثبات أنها راجعة لسبب أجنبي، وإلا كان المانح ملزماً بتعويض المتلقي عن إنهاء العقد، وذلك حماية له من أي إنهاء تعسفي لعقد الفرنشيز من طرف المانح لمجرد ادعاء الأخير بوجود سبب أجنبي يجعل تنفيذ التزامه مستحيلاً.

(1) د/ محمد صبري السعدي - شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام - الجزء 1 - مرجع سابق - ص 388.

(2) د/ محمد صبري السعدي - الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، أحكام الالتزام - مرجع سابق - ص 388.

(3) د/ علي علي سليمان - مرجع سابق - ص 108.

(4) د/ محمد صبري السعدي - شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام - الجزء 1 - مرجع سابق - ص 389.

فرع ثاني: انتهاء عقد الفرنشيز بسبب موت أحد طرفيه.

يعتبر عقد الفرنشيز من عقود الاعتبار الشخصي⁽¹⁾، ويقصد بالعقد القائم على الاعتبار الشخصي، ذلك الذي تراعى فيه شخصية المتعاقد عند إبرام العقد وأثناء تنفيذه، فالعقد يعتمد في قيامه وتنفيذه على شخصية المتعاقد ومدى الثقة في سمعته وملاءمته⁽²⁾.

يترتب عن الاعتبار الشخصي في العقد انتهاءه بموت أحد أطرافه أو إفلاسه أو الحجر عليه لفقد أهليته، ومن ذلك ما نصت عليه المادة 439 من القانون المدني الجزائري بقولها: "تنتهي الشركة بموت أحد الشركاء..."، وأيضاً ما جاء في المادة 569 من نفس القانون التي نصت على أن: "ينقضي عقد المقاوله بموت المقاول..."، وما نصت عليه المادة 586 من نفس القانون بقولها: "تنتهي الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة، وتنتهي أيضاً بموت الموكل أو الوكيل".

تتقضي الشركة حسب المادة 439 من القانون المدني الجزائري بمجرد وفاة أحد الشركاء لأن شخصية هذا الشريك كانت محل اعتبار لدى باقي الشركاء⁽³⁾، وينطبق الأمر ذاته على المقاول والوكيل اللذان تكون شخصيتهما محل اعتبار عند رب العمل والموكل، غير أن انقضاء العقود الذي يبني على الاعتبار الشخصي ليس متعلقاً بالنظام العام، ومن ثم يجوز الاتفاق على ما يخالفه بنص صريح في العقد⁽⁴⁾.

رغم عدم وجود نص في القانون الجزائري يبني إنهاء عقد الفرنشيز على الاعتبار الشخصي لأنه ليس من العقود المسماة، على خلاف عقد الشركة أو الوكالة أو المقاوله، فإنه يمكن مع ذلك التوصل إلى اعتبار عقد الفرنشيز من العقود المبنية على الاعتبار الشخصي بقياسه على الوكالة،

(1) د/ محمد محسن إبراهيم النجار - مرجع سابق - ص 29.

(2) د/ حسام الدين خليل فرج محمد - عقد الامتياز التجاري (franchise) وأحكامه في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة - دار الفكر الجامعي - مصر - 2011 - ص 75.

(3) د/ محمد عبد الغفار البسيوني؛ تامر يوسف سغفان؛ محمد عبد الرحمان الصالحي - القانون التجاري، دراسة موجزة في الأعمال التجارية والتاجر والأوراق التجارية والشركات التجارية - 2009 - ص 266؛ د/ حسن حنتوش رشيد الحسناوي؛ د/ عباس مرزوك فليح العبيدي - آثار وفاة الشريك في الشركة وفقاً للتشريع العراقي - مجلة جامعة كربلاء العلمية - جامعة كربلاء - المجلد 6 - العدد 1 - ص 257.

(4) د/ إبراهيم سيد أحمد - العقود والشركات التجارية - الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية - 1999 - ص 145؛ د/ حسن حنتوش رشيد الحسناوي؛ د/ عباس مرزوك فليح العبيدي - مرجع سابق - ص 257.

خاصة أن هذا العقد قريب الشبه بوكالة العقود⁽¹⁾، التي تطبق بشأن انقضائها القواعد العامة في القانون المدني، التي يرى البعض عدم كفايتها لتنظيم هذا العقد، نظرا للحماية التي يجب توفيرها لوكلاء العقود، وإحاطتهم ببعض الضمانات الضرورية، وخاصة في دولة مثل الجزائر تعتمد أسواقها على تجارة الاستيراد، التي يضطلع وكلاء العقود بدور بارز في نجاحها وازدهارها، لذلك وجب إعداد نظام شامل بوكالة العقود يكفل تحقيق التوازن بين طرفي العقد⁽²⁾.

ويكون الأمر أكثر إلحاحا في عقود الفرشيز لتوفير حماية خاصة للمتلقي، خاصة مع توجه الجزائر في الآونة الأخيرة نحو التصنيع، والسعي الحثيث للحصول على المعرفة الفنية التي يعتبر عقد الفرشيز من أهم وسائل نقلها.

وفي ظل غياب نص في وكالة العقود يبين ما إذا كانت مبنية على الاعتبار الشخصي من دونه، ذهب القضاء إلى قياسها على الوكالة المدنية، ففي حكم لمحكمة النقض الفرنسية في 12 أبريل 1967 قضت بأن وكالة العقود التي تربط بين الموكل والوكيل وإن كانت توصف بأنها مبرمة للمصلحة المشتركة إلا أن قيامها على الاعتبار الشخصي ليس محل شك، وأيد هذا الحكم حكم آخر صادر عن محكمة استئناف باريس، الذي رفض وجهة النظر التي تقول أن الوكالة التجارية لا تقوم على الاعتبار الشخصي الذي تقوم عليه الوكالة المدنية⁽³⁾.

يظهر الاعتبار الشخصي في عقود الفرشيز في أن المانح يختار المتلقي بالنظر إلى قدرته الذاتية على استيعاب التكنولوجيا التي سينقلها إليه ليعيد تحقيق النجاح الذي حققه المانح، كما يأخذ المتلقي عند إبرام عقد الفرشيز بعين الاعتبار قدرة المانح على نقل أسباب النجاح إليه، ولاسيما المعرفة الفنية التي تتميز بالسرية مما يجعلها مرتبطة بشخص المانح، ويمكن استخلاصها من النية الظاهرة أو الضمنية للمتعاقدين، سواء من خلال اشتراط انقضاء عقد الفرشيز لانتهاء الاعتبار الشخصي لأحد طرفيه أو استنتاج ذلك من بعض بنود العقد، مثل اشتراط موافقة المانح

(1) د/ ياسر سيد الحديدي - مرجع سابق - ص 248.

(2) د/ محمد حسن الجبر - العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية - النشر العلمي والمطابع، جامعة الملك سعود - المملكة العربية السعودية - الطبعة 2 - 1997 - ص 122.

(3) د/ ياسر سيد الحديدي - مرجع سابق - ص 249.

على تنازل المتلقي عن مشروعته للغير، أو اشتراط أخذ الشفعة لأعضاء الشبكة أو للمانح في حال قرر المتلقي التنازل عن عقده للغير⁽¹⁾.

فإن أمكن استنتاج الطابع الشخصي لعقد الفرنشيز بقياسه على عقد الوكالة المدنية أو وكالة العقود التجارية، أو بقياسه على عقد المقاولة أو عقد التصنيع تحت براءة الاختراع، أو أمكن استنتاج ذلك من خلال شروط الاعتماد أو شروط الأفضلية، فإن العقد ينقضي بوفاة أحد طرفيه المانح أو المتلقي.

غير أن البعض يرى أن الاعتبار الشخصي في عقود الفرنشيز يتوجه إلى مشروع المتلقي أو المانح لا إلى شخصية مالكة⁽²⁾، وأكد هذا الاتجاه حكم محكمة استئناف "إميان" الصادر في 15 ديسمبر 1960 الذي حكم بعدم انقضاء وكالة العقود بوفاة أحد طرفيه، لأن الاعتبار الشخصي فيها توجه إلى المؤسسة ذاتها لا إلى الشخص الذي يديرها، ويخالف الدكتور رضا السيد عبد الحميد هذا الرأي بقوله أن قيام وكالة العقود على الاعتبار الشخصي هو الأقرب إلى المنطق القانوني، حيث أن امتلاك الفرد الوكيل مؤسسة فردية أو مشروعاً منظماً يتعامل معه العملاء باعتباره كيانه له أجهزته الفنية والإدارية، ليس من شأنه أن يحجب الاعتبار الشخصي لدى الموكل في شخص الوكيل⁽³⁾.

قد يموت المتلقي الذي بذل جهداً كبيراً ومستمرًا في ترسيخ منتجات وخدمات المانح في الأسواق التي كان يستثمر فيها هذا المتلقي، فينتهي عقد الفرنشيز ويستفيد المانح من العملاء الذين ارتبطوا بسلعه أو خدماته نتيجة مجهود المتلقي، الأمر الذي ينزل بهذا الأخير أبلغ الضرر نظراً لما تكبده من نفقات كبيرة في إدارة نشاطه، إضافة إلى نفقات الدعاية والإعلان والترويج وغيرها⁽⁴⁾.

(1) د/ ساسان رشيد - عقد التوزيع بترخيص استعمال العلامة التجارية (عقد الفرنشيز) محاولة للتأصيل - مرجع سابق - ص230.

(2) د/ حمدي محمود بارود - عقد الترخيص التجاري "الفرنشيز" وفقاً لأحكام مشروع قانون التجارة الفلسطيني - مجلة الجامع الإسلامية (سلسلة الدراسات الإنسانية) - جامعة الأزهر - المجلد 16 - العدد 2 - 2008 - ص836.

(3) د/ ياسر سيد الحديدي - مرجع سابق - ص249، 250.

(4) د/ محمد حسن الجبر - مرجع سابق - ص122.

ولما كان لعقد الفرنشيز مضمون مالي فإنه يكون قابلا للتوريث، فينتقل هذا العقد إلى ورثة المتلقي عند وفاته وإلا استحقوا التعويض عن عدم حلولهم محله، وذلك لما يمثله مورثهم من قيمة مالية في عقد الفرنشيز، ودخول تلك القيمة المالية في ذمته، وتتكون هذه القيمة المالية وتتعاظم منذ بداية ممارسة المتلقي للنشاط بموجب عقد الفرنشيز وسعيه الدؤوب إلى تكوين قاعدة واسعة من العملاء، وحرصه على تنمية وتطوير هؤلاء الزبائن مما يعطي لورثته الحق في الحصول على مقابل حرمان مورثهم من الاستمرار في الاستفادة من عنصر العملاء الذي كونه، ولهذا أوجب المرسوم الصادر عن السوق الأوروبية في 18 ديسمبر 1986 الخاص بالوكلاء التجاريين، النص صراحة على انتهاء العقد في حالة عدم موافقة الورثة على الاستمرار فيه، أو في حالة ما إذا كانوا غير قادرين على تشغيل وإدارة المشروع بأنفسهم⁽¹⁾.

يتضح من كل ما تقدم أن عقد الفرنشيز ينقضي بوفاة المانح أو المتلقي إذا كانت شخصيتهما محل اعتبار، غير أنه لا يجوز للمانح أن يتمسك قبل ورثة المتلقي بانتهاء عقد الفرنشيز لمجرد وفاة المتلقي إذا لم يثبت أنه أخذ بعين الاعتبار مؤهلات مورثهم الشخصية وقت التعاقد، أو أن يثبت عدم قدرة الورثة على تنفيذ عقد الفرنشيز، وإلا كان ملزما بتعويضهم حسب المادة 569 من القانون المدني الجزائري.

فرع ثالث: انتهاء عقد الفرنشيز بإفلاس أحد طرفيه.

يطرح إفلاس المانح أو المتلقي وضعية غاية في التعقيد بشأن مصير عقد الفرنشيز ذلك أن شهر الإفلاس يهدد الاعتبار الشخصي الذي يقوم عليه هذا العقد، بحيث يعطي إدارة مشروع المانح أو المتلقي لغيرهما، كما أن شهر الإفلاس يمس بسرية المعرفة الفنية محل عقد الفرنشيز، كما يمس بالسمعة التجارية⁽²⁾.

يرجع انتقال إدارة المفلس إلى الغير بما يرتبه حكم شهر الإفلاس من غل يد المفلس عن إدارة أمواله، فيصبح غير مؤهل قانونا لمباشرة التصرفات القانونية، ومنها تسيير أو إدارة أو رقابة مؤسسة تجارية أو حرفية أو أي شخص معنوي سواء بشكل مباشر أو غير مباشر إلى أن يرد له الاعتبار التجاري حسب المادة 234 من القانون التجاري الجزائري، وهذا يجعله في وضع يستحيل

(1) د/ ياسر سيد الحديدي - مرجع سابق - ص 250، 251.

(2) د/ سمير عبد السميع الأودن - مرجع سابق - ص 198.

معه قانونا أن يستمر في تنفيذ التزاماته التعاقدية التي يربتها عليه عقد الفرنشيز، مما يؤدي إلى انتهاء هذا العقد تلقائيا لاستحالة تنفيذ المتعاقد المفلس لالتزاماته التعاقدية لمانع قانوني⁽¹⁾، خاصة وأن عقد الفرنشيز مبني على الاعتبار الشخصي كما بيناه سابقا.

أكدت المادة 623 من قانون التجارة المصري هذا الأمر، حيث أظهرت الأثر المميز لواقعة الإفلاس على العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي، إذ يترتب على شهر إفلاس أحد أطراف هذه العقود فسخها بسبب انهيار الاعتبار الشخصي الذي تقوم عليه⁽²⁾.

يتعرض المانح للإفلاس كما قد يتعرض المتلقي له أيضا، وأيا كان من أشهر إفلاسه فإن لذلك أثر على عقد الفرنشيز لما فيه من اعتبار شخصي، وفي ما يلي ندرس أثر إفلاس المانح على عقد الفرنشيز، ثم أثر إفلاس المتلقي على العقد.

أولا: أثر شهر إفلاس المانح على عقد الفرنشيز.

يؤثر شهر إفلاس المانح تأثيرا بالغا على عقد الفرنشيز، ويجعل المتلقي في موقف صعب، فهو لا يستطيع طلب إنهاء العقد أثناء مرحلة الإفلاس نظرا لعدم زوال الشخصية القانونية للمانح بعد، ثم أن عقده يكون مهددا بالانتهاء بمجرد زوال هذه الشخصية القانونية بتصفية شركة المانح، كما أن المتلقي يجد نفسه من يوم صدور الحكم بشهر إفلاس المانح ملزما بالتعامل مع إدارة التقلية، وهذا ما يهدد استمرار المساعدة التقنية، ويؤثر على العناصر المعنوية للفرنشيز⁽³⁾.

يؤدي إفلاس المانح وتصفية شركته إلى انتهاء الوجود القانوني لها، ويترتب عن ذلك انتهاء كل العقود التي يكون طرفا فيها، بما في ذلك العقود التي أبرمها المانح مع مختلف المتلقين المنتمين إلى شبكة الفرنشيز التي أنشأها⁽⁴⁾.

(1) د/ ساسان رشيد - عقد التوزيع بترخيص استعمال العلامة التجارية (عقد الفرانشايز) محاولة للتأصيل - مرجع سابق - ص233.

(2) د/ ياسر سيد الحديدي - مرجع سابق - ص251، 252.

(3) د/ سمير عبد السميع الأودن - مرجع سابق - ص200.

(4) د/ ساسان رشيد - عقد التوزيع بترخيص استعمال العلامة التجارية (عقد الفرانشايز) محاولة للتأصيل - مرجع سابق - ص236.

إن إنهاء عقد الفرنشيز بسبب إفلاس المانح يعطي للمتلقي الذي لم يرتكب أي خطأ أن يطالب المانح بتعويض عن إنهاء عقده، وللمدعى عليه دفع هذه المطالب إذا أثبت أن إفلاسه لا يرجع إلى خطئه بل يعود إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، أما إذا كان إفلاسه بالتقصير أو ارتكب أي خطأ فيكون ملزماً بالتعويض، وقد أيدت العديد من الأحكام هذا الأمر، فقد اعترفت محكمة "كان" التجارية بحق الوكيل في وكالة العقود في التعويض عن انتهاء عقده، وفي المقابل رفضت محكمة "ديجون" أن تحكم بالتعويض للوكيل الذي انتهى عقده بسبب إفلاس الموكل، على أساس أن هذا الإفلاس ليس راجعاً لإرادة المفلس ولكن يعود لسبب أجنبي عنه⁽¹⁾.

يحصل المتلقي على تعويض جراء إنهاء عقد الفرنشيز بسبب إفلاس المانح إذا لم يستطع الأخير إرجاع إفلاسه لسبب أجنبي، غير أن ثبوت حق المتلقي في طلب التعويض لا يحرمه من حقوق أخرى، مثل حق الانتفاع وحق ملكية التحسينات التي أدخلها على المعرفة الفنية الخاصة بشبكة الفرنشيز، كما يظل محتفظاً بحقه في استغلال الفرنشيز مادام العقد موجوداً، وأن يبقى في شبكة الفرنشيز إذا عاد المانح إلى نشاطه إثر صلح أو بسبب وفائه بجميع ديونه⁽²⁾.

أما إذا لم يعد المانح إلى نشاطه بسبب تصفيته فينتهي عقد الفرنشيز، بل غالباً ما يفلس جميع المتلقين المنضوين تحت شبكته، بسبب تردي سمعة وملاءة شبكة الفرنشيز بسبب إفلاس مؤسسها، إذ تتوقف المعرفة الفنية عن تطورها وتتأثر شهرة العلامة التجارية، التي يستخدمها المتلقون لتسويق منتجاتهم وخدماتهم، وينقضى الائتمان الذي كان يوفره المانح لدائني الشبكة⁽³⁾، وهذا يؤدي بالضرورة إلى ضعف ائتمان المتلقي على إثر مطالبة دائنيه الذين كان المانح قد كفله في مواجهتهم، هذا علاوة على فقد المتلقي لحقه في الاستئثار باستغلال عناصر الملكية الفكرية محل عقد الفرنشيز، بعد أن توّول إلى غير المانح عند تصفية شركته⁽⁴⁾.

ثانياً: إفلاس متلقي الفرنشيز.

يقتضي استقلال المتلقي القانوني والإداري والمالي عن مشروع المانح، أن يكون كل طرف مسؤولاً في مواجهة دائنيه، وعلى ذلك لا يسأل المانح عن إفلاس المتلقي ولا يكون ضامناً لديونه

(1) د/ ياسر سيد الحديدي - مرجع سابق - ص 252، 253.

(2) د/ سمير عبد السميع الأودن - مرجع سابق - ص 200، 201.

(3) د/ ياسر سيد الحديدي - مرجع سابق - ص 254.

(4) د/ سمير عبد السميع الأودن - مرجع سابق - ص 204.

في مواجهة جماعة دائني المتلقي، ويستطيع الأخير إقامة مسؤولية المانح إذا استطاع أن يثبت انتفاء استقلالته عنه، أو إثبات صوريتها، كأن يكون خاضعا لتوجيهات وتعليمات المانح بصفة ملزمة ومستمرة ينتقي معها استقلالية المتلقي في أخذ قراراته(1).

وفي هذا الصدد أقامت محكمة الاستئناف الفرنسية مسؤولية المانح عن إفلاس المتلقي بناء على احتفاظ المانح بالوثائق المالية والاجتماعية والحسابية اللازمة لإدارة مشروع المتلقي، وعلى تلك الوثائق التي أعدها ووقع عليها والبيانات الضريبية والاجتماعية التي أدلى بها، وبناء على تحكمه في تعيين مستخدمي المتلقي، وعدم اتخاذ الإجراءات اللازمة لزيادة مخزون المتلقي من السلع التي تدخل في إدارة مشروعه رغم علمه بعدم كفاية هذا المخزون لتلبية الطلب، ومن كل هذا يتضح أن المانح قد ارتكب ثلاثة أخطاء تبنى عليها مسؤوليته على إفلاس المتلقي وهي: تدخله التعسفي في إدارة مشروع المتلقي، وإخفاقه في الإدارة الجيدة لهذا المشروع، وسماحه باستمرار نشاط المتلقي مع علمه بعدم كفاية الرصيد المالي لتسيير نشاطه(2).

أما إذا ثبت استقلال مشروع المتلقي عن مشروع المانح فإن الأخير لا يكون مسؤولا أمام دائني المتلقي المفلس، ويكون للمانح هنا استرجاع عناصر الملكية الفكرية التي رخص بها للمتلقي الذي لم يكن له إلا حق انتفاع عليها، كما يكون من حق المانح استرجاع البضائع والمعدات التي لازال يحتفظ بملكيته، ولو كانت في مخازن المتلقي، ورغم أن دائني هذا الأخير قد عولوا على الوضع الظاهر بوجودها في مخازنه(3).

إن كانت عناصر الملكية الفكرية التي يستغلها المتلقي المفلس تبقى مملوكة للمانح الذي يكون له وحده حق التصرف فيها وبالتالي يسترجعها ولا تدخل في التقلية، فإن السؤال يثور حول التحسينات التي يدخلها المتلقي على هذه المعرفة الفنية التي كما سبق القول يتمتع بحق ملكية عليها، هل تدخل في التقلية أم يستردها المانح؟، ونظرا لطبيعة الرابطة الموجودة بين عناصر الملكية الفكرية المرخص بها والتحسينات التي تدخل عليها ولاستحالة فصلها عن بعضها، فيكون للمانح استرجاعها أيضا، على أن يقوم بتعويض المتلقي عن هذه التحسينات، وسنفضل هذا عند الكلام في المبحث الأخير من هذا الفصل عن التزامات المانح بعد انتهاء عقد الفرنشيز.

(1) د/ ياسر سيد الحديدي - مرجع سابق - ص255.

(2) د/ محمد محسن إبراهيم النجار - مرجع سابق - ص160، 161.

(3) د/ سمير عبد السميع الأودن - مرجع سابق - ص207.

يسترجع المانح كما قلنا عناصر الملكية الفكرية والتحسينات التي يدخلها المتلقي عليها، في حال إفلاس هذا الأخير، كما يسترجع البضائع التي لأزال يملكها من مخازن المتلقي، أما البضائع التي انتقلت ملكيتها إلى الأخير فلا يستطيع المانح استرجاعها في الأصل ولو لم يقبض الثمن، ولا يكون له إلا الدخول في جماعة الدائنين، إلا إذا اشترط المانح احتفاظه بملكية هذه البضائع، فإنه يستطيع استرجاعها إلا إذا كان هذا الشرط يهدف إلى محاباة المانح وتفضيله على غيره من دائني المفلس، فإن ثبت صحة هذا الشرط جاز للمانح مطالبة المتلقي باسترداد البضائع التي انتقلت ملكيتها إليه فتخرج من عناصر الذمة المالية للمتلقي، ولا يستطيع دائنوه التنفيذ عليها، ولا يمنع المانح من ممارسة حقه هذا إلا انتقال ملكية هذه البضائع إلى الغير حسن النية⁽¹⁾، أو تغيير طبيعة هذه البضائع عن طريق تحويلها إلى منتجات أخرى بحسن نية.

يثور التساؤل هنا عن مآل عقد الفرنشيز في حالة إفلاس المتلقي، هل ينتهي العقد بمجرد إعلان إفلاسه؟، أو يمكن أن يمتد أو يعود بعد التصفية.

يترتب عن شهر إفلاس المتلقي فقد أهليته في إدارة مشروعه، لكن تبقى مع ذلك شخصيته القانونية قائمة، وطبقاً للقواعد العامة يجوز للمانح طلب فسخ عقد الفرنشيز لمجرد أن المتلقي المفلس قد غلت يده عن إدارة مشروعه وحلت محله إدارة التفليسة، وذلك لقيام عقد الفرنشيز على الاعتبار الشخصي، ومع ذلك يبقى للقاضي السلطة التقديرية لتقرير جدية المصلحة التي يسعى المانح لحمايتها بمطالبته بفسخ العقد، إلا إذا تضمن عقد الفرنشيز شرط انفساخ العقد لمجرد إفلاس أحد طرفيه، دون الحاجة إلى انتظار ما ستؤول إليه التفليسة، فإن القاضي يفقد سلطته التقديرية في تقرير الفسخ⁽²⁾، على أن للقاضي أن لا يحكم بفسخ عقد الفرنشيز إذا كان الإفلاس قد طال شخص المتلقي باعتباره فرداً ولم يطل مشروعه الذي يستغل عناصر العقد، وإذا ثبت لديه أن الاعتبار الشخصي كان للمشروع ككل لا للمتلقي ذاته.

يتمتع القاضي كما سبق القول بالسلطة التقديرية في فسخ عقد الفرنشيز بسبب إفلاس المتلقي إذا لم يتضمن العقد شرط الانفساخ لمجرد الإفلاس، كما يتمتع القاضي عن فسخ العقد إذا تخلف

(1) د/ ياسر سيد الحديدي - مرجع سابق - ص 256.

(2) د/ محمد محسن إبراهيم النجار - مرجع سابق - ص 168.

شرط الاعتبار الشخصي في العقد، ويجوز في هذه الحالة للمحكمة أن تقضي بإيقاف تنفيذ العقد إلى غاية انقضاء مرحلة الإفلاس⁽¹⁾.

فإذا انقضت مرحلة الإفلاس وانتهت بتصفية أموال المتلقي فإن ذلك يعني نهاية الشخصية القانونية للشخص المعنوي الذي كان يستثمر الفرنشيز، وينتهي معه عقد الفرنشيز الذي يبنى على الاعتبار الشخصي، هذا الاعتبار الذي يمنع انتقال هذا العقد إلى دائني المتلقي المفلس⁽²⁾.

يترتب على التصفية تنفيذ دائني المتلقي على موجوداته، وقد يكون من ذلك عناصر الملكية الفكرية المملوكة للمانح، رغم أن هذه العناصر والبضائع تبقى كما سبق القول ملكا للمانح ويحق له استرجاعها مما يحول دون تنفيذ دائني المتلقي المفلس عليها، غير أنه إذا ثبت عدم استقلال مشروع المتلقي عن مشروع المانح فيجوز حينها لدائني المتلقي التنفيذ على هذه العناصر، غير أن الطبيعة الخاصة لمحل الفرنشيز تجعل من المتعذر تقسيمها بين الدائنين، ومن ذلك العلامة التجارية والمعرفة الفنية والعناصر الأخرى المرتبطة بهما⁽³⁾.

ذكرنا سابقا عند الكلام في إفلاس المانح، أن المفلس يسترجع سلطته في إدارة أمواله بمجرد إرجاع الاعتبار التجاري له، إما بسبب دفعه لجميع ديونه، أو بسبب صلح، فماذا يكون مصير عقد الفرنشيز إذا استرجع المتلقي حقه في إدارة أمواله؟.

يسترد المتلقي سلطته في إدارة أمواله ويعود إلى مباشرة تجارته إذا لم تنته مرحلة الإفلاس بتصفية مشروعه، أو إذا استفاد من صلح واق للإفلاس، ويرجع إلى تنفيذ عقد الفرنشيز إذا لم يطالب المانح أصلا بفسخه، أو إذا طالب بذلك ولم تحكم له المحكمة بفسخ العقد لتخلف الاعتبار الشخصي، أو إذا قدر القاضي عدم جدية مصلحة المانح في طلب الفسخ إذا لم يرد في عقد الفرنشيز شرط الانفساخ لمجرد إفلاس أحد طرفيه، كما يعود عقد الفرنشيز إلى ما كان عليه قبل وقعه من طرف القضاء بسبب شهر إفلاس المتلقي.

(1) د/ محمد محسن إبراهيم النجار - مرجع سابق - ص169.

(2) د/ سمير عبد السميع الأودن - مرجع سابق - ص208.

(3) د/ محمد محسن إبراهيم النجار - مرجع سابق - ص181.

أما إذا تم فسخ عقد الفرنشيز بسبب إفلاس المتلقي، فيبقى الأمر خاضعا لإرادة المانح الذي يعتبر كما سبق بيانه الطرف الأقوى في عقد الفرنشيز، كون هذا العقد من عقود الإذعان، فيكون بيد المانح أن يعيد الحال إلى ما كان عليه مع اقتضاء ما تأخر من أقساط⁽¹⁾.

يحق للمانح أن يطالب المتلقي المفلس بتعويض عما أصابه من ضرر، سواء تم انتهاء العقد بسبب إفلاس المتلقي أو لم ينته، إذا أثبت ارتكاب المتلقي لخطأ تسبب في إعلان إفلاسه، وحماية للمتلقي يجوز له دفع مسؤوليته بإثبات العنصر الأجنبي، وإذا استطاع إثبات خطأ المانح في إفلاسه كال له الحق في مطالبته بتعويض ما أصابه من ضرر جراء هذا الإفلاس علاوة على تعويضه عن انتهاء العقد.

فرع رابع: انتهاء عقد الفرنشيز بسبب اندماج شركة المانح أو شركة المتلقي مع غيرها.

يتم اندماج الشخص المعنوي بانتقال ممتلكاته إلى شخص معنوي آخر، أو بجمع ممتلكاته مع ممتلكات شخص معنوي آخر أو أكثر لأجل تشكيل شخص جديد، وهذا يترتب عليه زوال الشخصية المعنوية للشركة المندمجة وانتقال ذمتها المالية جميعا من حقوق والتزامات إلى الشركة الضامنة أو الشركة الناتجة عن هذا الاندماج⁽²⁾.

وكما رأينا في الإفلاس فإن الاندماج قد يؤدي إلى انتهاء الشخصية القانونية للمانح أو المتلقي الذي اندمج في شركة أخرى، وهذا يترتب عليه زوال الاعتبار الشخصي، الذي يبنى عليه عقد الفرنشيز، مما ينتج عنه انتهاء هذا العقد بالتبعية.

أولاً: انتهاء عقد الفرنشيز بسبب اندماج المانح.

إذا كانت شركة المانح هي الدامجة لشركة أخرى فإن الذمة المالية للشركة المندمجة تنتقل إلى المانح، وهو ما يزيد من عناصر ذمته المالية، وهو وضع لا يترتب عليه زوال الشخصية القانونية للمانح، ذلك أن الشركة الدامجة تظل قائمة بعكس الشركة المندمجة، ومن هنا لا يستطيع المتلقي طلب فسخ عقد الفرنشيز لأن الاعتبار الشخصي الذي بني عليه عقده لازال قائماً، إلا أنه

(1) د/ سمير عبد السميع الأودن - مرجع سابق - ص 208.

(2) د/ ساسان رشيد - عقد التوزيع بترخيص استعمال العلامة التجارية (عقد الفرانشايز) محاولة للتأصيل - مرجع سابق - ص 236.

يحق له الاعتراض على هذا الاندماج إذا أثبت وجود تهديد حال لمصالحه، يتمثل في خطر إفسار المانح إفساراً قد يؤدي إلى إفلاسه، إذا استطاع أن يثبت أن الالتزامات التي انتقلت إلى المانح بالاندماج أكبر بكثير من الحقوق، وله في هذه الحالة أن يطالب بإنهاء عقد الفرنشيز وتعويضه عن ذلك⁽¹⁾.

يترتب على اندماج شركة المانح في شركة أخرى أو انضمامه مع شركات أخرى إلى انتهاء الشخصية القانونية للمانح، وهذا يعطي للمتلقي الحق في طلب فسخ عقد الفرنشيز بناء على زوال الاعتبار الشخصي لشركة المانح على إثر انقضاء شخصيته القانونية، على أنه يبقى للمتلقي الحق في الاختيار بين فسخ العقد أو النزول عن هذا الحق والاستمرار مع الشركة الجديدة⁽²⁾.

إذا قرر المتلقي الإبقاء على عقد الفرنشيز رغم انتهاء الشخصية القانونية للمانح بسبب اندماجه في شركة أخرى أو انضمامه إلى مجموعة من الأشخاص الاعتبارية، فإن حقه يبقى قائماً في الرجوع على الذمة المالية الجديدة التي نتجت من الاندماج، ويبقى المانح ملزماً بنقل المعرفة الفنية الجديدة طالما كانت مرتبطة بنشاط محل الفرنشيز ولو توقف هو عن استغلالها⁽³⁾.

ثانياً: انتهاء عقد الفرنشيز بسبب اندماج المتلقي.

يؤدي اندماج شركة المتلقي إلى انتقال الرقابة عليه بسبب الاندماج إلى شركة أخرى، وهذا يؤدي إلى حل شركة المتلقي دون تصفية أصولها، وما ينتج عنه من تحويل الذمة المالية إلى الشركة المتلقية في الوضع نفسه الذي كانت عليه وقت الاندماج، وقد يكون الاندماج جزئياً عن طريق الانفصال⁽⁴⁾، كما قد تكون شركة المتلقي هي الدامجة مما يؤدي إلى انتقال الذمة المالية لشركة أخرى إليها، والاندماج في هذه الحالة الأخيرة لا يترتب عليه انقضاء الشخصية القانونية لشركة المتلقي.

(1) د/ محمد محسن إبراهيم النجار - مرجع سابق - ص 127.

(2) د/ ياسر سيد الحديدي - مرجع سابق - ص 261.

(3) د/ سمير عبد السميع الأودن - مرجع سابق - ص 189.

(4) د/ ساسان رشيد - عقد التوزيع بترخيص استعمال العلامة التجارية (عقد الفرانشايز) محاولة للتأصيل - مرجع سابق - ص 237.

يختلف الوضع في اندماج المانح عنه في اندماج المتلقي، ذلك أن اندماج الأخير ولو لم يترتب عليه انقضاء شخصيته القانونية فقد يحتاج إلى ترخيص من المانح، الذي يكون له في جميع الأحوال طلب فسخ عقد الفرنشيز، لاعتبارين أساسيين، يعود أولهما للاعتبار الشخصي، ويعود الثاني إلى طبيعة المعرفة الفنية، التي قد يؤدي الاندماج بأية طريقة إلى إفشاء سريتها وانتهاء قيمتها الاقتصادية⁽¹⁾.

فرع خامس: بطلان شركة المانح أو شركة المتلقي.

إن كانت شركة المانح سابقة على إبرام عقد الفرنشيز فإن شركة المتلقي قد تنشأ بمناسبة إبرام عقد الفرنشيز، لكن هذا لا يحجب ما يوجد من فروق بين هذا العقد والعقد الذي تنشأ به شركة المتلقي، فحتى ولو كان كل من المانح والمتلقي يقدمان أداء معيناً في عقد الفرنشيز فإن هذه الأداءات لا تمثل حصة في الشركة، كما أن نيتي المتعاقدين لا تتجهان إلى المشاركة في عقد الفرنشيز وإنما إلى إقامة تعاون بينهما لأجل إنجاح المشروع المتلقي، ومع ذلك فإن كانت شركة المتلقي قد نشأت بسبب عقد الفرنشيز ولتنفيذه فإنها تبطل إذا توافرت أحد أسباب البطلان في هذا العقد، وبطلان شركة المتلقي بسبب بطلان عقد الفرنشيز يتحمله الطرفان⁽²⁾.

أما إذا كان بطلان شركة المتلقي راجع إلى عقد الشركة ذاته، فإن هذا يؤدي إلى انعدام الشخصية القانونية للمتلقي، ولا يكون لما أبرمه من تصرفات حجية قانونية، وإن كانت أحكام القضاء قد استقرت على عدم رجعية البطلان حماية للغير حسن النية، ويطبق الأمر نفسه على عقد الفرنشيز، غير أن للمانح الخيار بين الإبقاء على العقد تبعاً لما استقر عليه عمل القضاء، أو التمسك بالأثر الرجعي للبطلان ومن ثم إنهاء عقد الفرنشيز⁽³⁾، وفي هذه الحالة يتحمل المتلقي وحده تبعاً انتهاء العقد.

أما إن كان سبب البطلان قد توافر في شركة المانح، فإن هذا لا يمنع من اعتبار عقد الفرنشيز صحيحاً إذا تم في وقت لم يتم الكشف فيه عن بطلان شركة المانح باعتبارها شركة

(1) د/ حمدي محمود بارود - عقد الترخيص التجاري (الفرانتشايز) وفقاً لأحكام قانون التجارة الفلسطيني - مرجع سابق - ص 838.

(2) د/ سمير عبد السميع الأودن - مرجع سابق - ص 191.

(3) د/ حمدي محمود بارود - عقد الترخيص التجاري (الفرانتشايز) وفقاً لأحكام قانون التجارة الفلسطيني - مرجع سابق - ص 836، 837.

فعلية⁽¹⁾، غير أن بطلان شركة المانح يترتب عليه عجزه عن الاستمرار في عقد الفرنشيز، فيؤدي ذلك بالضرورة إلى انتهاء هذا العقد، لأن الاستمرار في تنفيذ هذا العقد يصطدم بصعوبة التنفيذ على العناصر المعنوية التي يملكها المانح في مواجهة دائنيه الذين سقطت ديونهم على إثر بطلان الشركة، التي تتعرض للتصفية جراء ذلك⁽²⁾، ويكون للمتلقي في هذه الحالة حق المطالبة بتعويض عن انتهاء عقد الفرنشيز، أما إن أمكن تصحيح البطلان فإن شركة المانح تستمر ويستمر معها عقد الفرنشيز⁽³⁾.

مبحث ثاني: إنهاء عقد الفرنشيز الذي يثير مسؤولية المانح.

تختلف أسباب انتهاء العلاقة العقدية بين المانح والمتلقي، فإما أن تكون هذه الأسباب خارجة عن إرادة أطراف عقد الفرنشيز، وفي هذه الحالة لا يتحمل أي منهما مسؤولية هذا الانتهاء، وقد تتدخل إرادة واحد منهما أو كليهما في إنهاء هذا العقد.

لا يترتب انتهاء عقد الفرنشيز لسبب لا يد للطرفين فيه مسؤولية أي منهما كما بيناه سابقاً، ويكون الحال ذاته إن تم الإنهاء باتفاقهما عليه، أما إن أنهى أحدهما العقد بإرادته المنفردة، أو ساهم في السبب الأجنبي الذي أنهى العقد، فإنه يكون مسؤولاً عن هذا الإنهاء.

ولما كانت هذه الدراسة تتمحور حول حماية المتلقي فإنها ستقتصر على انتهاء عقد الفرنشيز بتدخل إرادة المانح، وتركز على أمرين اثنين هما: انتهاء عقد الفرنشيز بسبب إخلال المانح بالتزاماته، وإنهاء هذا الأخير العقد بإرادته المنفردة.

مطلب أول: انتهاء عقد الفرنشيز بسبب إخلال المانح بالتزاماته.

تقع على المانح جملة من الالتزامات قبل انعقاد عقد الفرنشيز وبعد انعقاده، فيلتزم بالتفاوض بحسن نية ومراعاة واجب النزاهة والشرف، ويلتزم بإعلام المتلقي، وإخلاله بهذه الالتزامات يترتب عليه مسؤولية سابقة على إبرام العقد، وهذا أمر فصلناه سابقاً، غير أن الإخلال بهذه الالتزامات قد يمتد إلى ما بعد إبرام عقد الفرنشيز، كأن يكتشف المتلقي أثناء تنفيذ عقده أن المانح تعامل معه

(1) د/ سمير عبد السميع الأودن - مرجع سابق - ص 191.

(2) د/ حمدي محمود بارود - عقد الترخيص التجاري (الفرانتشايز) وفقاً لأحكام قانون التجارة الفلسطيني - مرجع سابق - ص 836.

(3) د/ سمير عبد السميع الأودن - مرجع سابق - ص 192.

بغش أثناء مرحلة المفاوضات، أو أنه لم يقدم له معلومات كافية عن العقد وعن حالة الشبكة ووضع شركة المانح، أو أنه قدم له معلومات خاطئة أوقعتة في غلط، وهذا يترتب عليه حق للمتلقي في طلب فسخ العقد لهذه الأسباب.

يلتزم المانح أيضا بجملة من الالتزامات أثناء مرحلة تنفيذ العقد، ومنها نقل عناصر الملكية الفكرية محل عقد الفرنشيز، وضمان تمتع المتلقي بها تمتعا هادئا خال من أي اعتراض وضمان سلامتها من العيوب، كما يلتزم بتقديم مساعدة تقنية للمتلقي تساعد على استيعاب المعرفة الفنية المنقولة إليه ليعيد تحقيق النجاح الذي سبق للمانح تحقيقه، كما يلتزم الأخير بتمويل المتلقي والامتناع عن منافسته في النطاق الإقليمي المخصص له إذا تضمن عقد الفرنشيز الذي يجمعهما بند الحصرية الإقليمية، ونقل التحسينات التي أدخلها على المعرفة الفنية حتى تواكب خدمات ومنتجات المتلقي التطورات الحاصلة في مجال التكنولوجيا التي يستثمر فيها، فإن أخل المانح بهذه الالتزامات أو غيرها جاز للمتلقي طلب فسخ العقد وتعويضه عما لحقه من ضرر جراء ذلك، أو أن يبقى على العقد ويكتفي بالتعويض.

فرع أول: إخلال المانح بالالتزامات السابقة على إبرام عقد الفرنشيز.

قلنا سابقا أن إخلال المانح بالتزاماته قبل التعاقدية يترتب عليه مسؤولية عقدية إذا جمعه بالمتلقي عقد مفاوضة، أو مسؤولية تقصيرية إذا لم يبرم مثل هذا العقد، ولسنا هنا بصدد الكلام عن مسؤولية المانح قبل التعاقدية للكلام فيها سابقا، وإنما موضوعنا هو أثر الإخلال بهذه الالتزامات الذي قد يمتد إلى مرحلة تنفيذ العقد ويؤدي إلى إنهائه.

بيننا سابقا أن إخلال المانح بالالتزام بالإعلام قد يترتب عليه وقوع المتلقي في غلط، ويجوز له في هذه الحالة أن يطلب إبطال العقد على أساس التدليس، سواء تم إعلامه إعلاما ناقصا أو خاطئا، أو لم يعلم أصلا طبقا للمادة 86 من القانون المدني الجزائري التي ساوت بين الكذب والكتمان اللذان يشكلان العنصر المادي للتدليس، ولا يكتفي المتلقي هنا بالمطالبة بفسخ العقد وإنما يثبت له حق في طلب التعويض لقيام مسؤولية المانح، كما يمكن أن تبنى مسؤولية المانح على المادة 379 من القانون المدني الجزائري في حالة عدم إعلام المتلقي بما يشملته محل الفرنشيز من عيوب، وسواء بنيت مسؤولية المانح على أساس التدليس أو ضمان العيوب الخفية فإنها لا بد ناتجة عن إخلاله بالالتزامات قبل التعاقدية من إعلام وحسن نية.

رغم تناقض أحكام القضاء الفرنسي في البداية، بين تقرير بطلان عقد الفرنشيز بمجرد تخلف الالتزام بالإعلام، وعدم تقريره إلا إذا أوقع عدم الإعلام المتلقي في غلط، فإنه استقر في النهاية على الرأي الأخير الذي يؤيده كثير من الفقه الفرنسي⁽¹⁾، وهو ما يجب العمل به كما بيناه في الفقرة السابقة.

فرع ثاني: إخلال المانح بالتزاماته أثناء تنفيذ العقد.

عقد الفرنشيز اتفاق يقوم بموجبه المانح بترخيص براءة اختراعه وبتأجير علامته واسمه إلى المتلقي الذي يجب عليه دفع مبلغ الدخول إلى الشبكة وأتأوى دورية، ويستفيد في المقابل من الدعم الذي يقدمه المانح من تدريب ودعاية، وكذا توريد كل أو بعض المواد بسعر منافس⁽²⁾.

يتضح من هذا التعريف جملة من الالتزامات التي يتحملها المانح في عقد الفرنشيز يكون عليه تنفيذها، فإن أخل بواحد منها جاز للمتلقي طلب فسخ العقد وتعويضه عما أصابه من ضرر.

أولاً: إخلال المانح بالتزامه بنقل عناصر الملكية الفكرية المرخص بها إلى المتلقي.

يعتبر الالتزام بنقل المعرفة الفنية من أهم التزامات المانح، ذلك أن وجود أو انعدام عقد الفرنشيز يرتبط بوجود أو انعدام المعرفة الفنية، ولما كان انعدام المعرفة الفنية يفوت الغرض الأساس من التعاقد فإن العقد يكون باطلا لانعدام المحل، أو لانعدام السبب بالنسبة للمتلقي⁽³⁾.

لكن الفرض هنا أن المعرفة الفنية موجودة والتزم المانح بتقديمها لكنه امتنع عن نقلها، ولما كان نقل المعرفة الفنية هو التزام بعمل يقع على المانح وهو التزام قائم على الاعتبار الشخصي، لأنه يتعذر على المتلقي الحصول عليها بدون تدخل المانح، وإصرار الأخير على عدم تنفيذ التزاماته⁽⁴⁾، يترتب عليه وفقا للقواعد العامة حق المتلقي في الحصول على حكم يلزم المانح بتنفيذ التزامه بنقل المعرفة الفنية، وتفرض عليه غرامة تهديدية لحمله على تنفيذ هذا الالتزام إذا اقتضى

(1) يوسف جيلالي - مرجع سابق - ص194، 195.

(2) د/ عمر سعد الله - مرجع سابق - ص203.

(3) د/ عبد المنعم زمزم - مرجع سابق - ص78؛

François Luc Simon - théorie et pratique du droit de la franchise - op.cit - p166.

(4) د/ ساسان رشيد - عقد التوزيع بترخيص استعمال العلامة التجارية (عقد الفرانشايز) محاولة للتأصيل - مرجع سابق - ص181.

الأمر ذلك، فإن استجاب المانح لهذا الحكم أو أصر على عدم التنفيذ حكم القاضي بتعويض المتلقي مراعي الضرر الذي أصابه والعنت الذي بدا من المانح حسب المادتين 174 و175 من القانون المدني الجزائري، كما يجوز للمتلقي المطالبة بفسخ العقد بمجرد امتناع المانح عن تنفيذ التزامه أو توقفه عن هذا التنفيذ دون حاجة إلى طلب فرض الغرامة التهديدية عليه، مع بقاء حقه في طلب التعويض.

وإذا كان المانح ملزماً بنقل عناصر ملكية فكرية أخرى إلى جانب المعرفة الفنية فيجب عليه نقلها إلى المتلقي والمحافظة عليها، فإن رخص للمتلقي باستغلال براءة الاختراع ثم امتنع عن تسليمها للمتلقي جاز للأخير طلب فرض غرامة تهديدية عليه لحمله على تنفيذ التزامه، أو أن يطلب فسخ العقد لإخلال المانح بالتزامه دون الإخلال بحقه في التعويض في الحالتين، وينطبق الأمر نفسه إذا رخص المانح للمتلقي بعلامته التجارية أو بما يملكه من رسوم ونماذج صناعية، ولا يقتصر التزام المانح على تسليم هذه العناصر بل يكون ملزماً بالمحافظة عليها طيلة مدة العقد، فيجب عليه إعادة تسجيل العلامة التجارية بعد انتهاء مدة حمايتها السابقة، وتنتهي مدة حمايتها بمرور 10 سنوات من التسجيل حسب المادة الخامسة من الأمر 06/03 المتعلق بالعلامات، كما يجب عليه دفع رسوم التسجيل الخاصة بالرسوم والنماذج حتى تتمتع بالحماية القانونية حسب المادة 13 من الأمر 86/66 المتعلق بالرسوم والنماذج.

يلتزم المانح إلى جانب هذا بتقديم مساعدة تقنية للمانح منذ انعقاد العقد إلى غاية انتهائه، وهي تأتي في صور مختلفة، فيقدم المانح الاستشارات والإشراف الفني للمتلقي قبل أن يبدأ نشاطه، وتتمثل هذه الاستشارات في دراسات الجدوى ودراسة السوق، واختيار الموقع الملائم للنشاط وتحديد نوعية العملاء المستهدفين بالفرنشيز، وتقديم كتيبات الإرشادات لتزويد المتلقي بالطرق الإدارية والمالية التي تتبعها شبكة الفرنشيز، وتدريب عماله والإشراف على عملية انطلاق المشروع، وكل ما يلزم من تسهيلات تساعد المتلقي على إعادة تحقيق النجاح الذي حققه المانح، وتجنب الأخطاء التي يقع فيها المتلقي المبتدئ⁽¹⁾.

(1) د/ صالح بن عبد الكريم بن براهيم السعودي - مرجع سابق - ص 81؛

يجوز للمتلقي المطالبة بإبطال عقد الفرنشيز إن امتنع المانح عن تقديم المساعدة التقنية له لتخلف السبب الذي دفعه إلى إبرام العقد⁽¹⁾، وهذا ما أكدته محكمة استئناف "Agen" في حكمها الصادر بتاريخ 23 أكتوبر 1989 الذي جاء فيه: "عقد الفرنشيز يوجب على المانح الترخيص للمتلقي ليس فقط باستغلال علامته واسمه التجاري وتقديم المعرفة الفنية، وإنما يوجب عليه أيضا تقديم المساعدة التقنية اللازمة، وهو ما لم يفعله المانح حيث لم يجب على طلبات المتلقي بتقديم المساعدة أثناء تنفيذ العقد مما يوجب الحكم ببطلانه."⁽²⁾.

لا ينهي التزام المانح بتقديم المساعدة التقنية بمجرد انطلاق مشروع المتلقي، بل يلتزم بتقديم المساعدة التقنية بشكل دوري ومستمر طيلة مدة العقد، فيقدم للمتلقي الاستشارات الفنية والقانونية والتجارية والمحاسبية والضريبية، ويجب على جميع أسئلة المتلقي ليتمكن الأخير من الحفاظ على السير الحسن لمشروعه وينمي قدراته الإنتاجية، كما يقدم المانح للمتلقي مختلف الوسائل والأدوات الدعائية من أفلام ومطبوعات وغيرها، كما يراقب المانح المواد الدعائية للمتلقي ليضمن اتساقها مع برامج الدعاية الخاصة بشبكة الفرنشيز ككل⁽³⁾.

فإن امتنع المانح في أية مرحلة من مراحل تنفيذ العقد عن تقديم المساعدة التقنية إلى المتلقي، جاز للأخير رفع دعوى قضائية لإجباره على تنفيذ التزامه، فإن رفض كان للمتلقي أن يطلب فسخ العقد وتعويض ما أصابه من ضرر جراء إخلال المانح بالتزاماته وجراء انتهاء العقد قبل أجله.

يلتزم المانح في إطار تقديم المساعدة التقنية بنقل التحسينات التي يدخلها على عناصر الملكية الفكرية محل عقد الفرنشيز إلى المتلقي، وهو التزام يتصف بالاحتمالية، لأن وجوده متوقف على ظروف المانح التقنية وقدرته على التطوير خلال مدة سريان عقد الفرنشيز، ويرتبط هذا الالتزام أيضا بوجود تعلق هذه التحسينات بالمعرفة الفنية المرخص بها دون غيرها، ويشترط طلب المتلقي لها⁽⁴⁾.

(1) Dominique BASCHET – op.cit – p191.

(2) د/ عبد المنعم زمزم – مرجع سابق – ص105.

(3) د/ ياسر سيد الحديدي – مرجع سابق – ص180؛

Quoc Chien NGO – op.cit – p175 à 179.

(4) د/ حمدي محمود بارود – عقد الترخيص التجاري (الفرانتشايز) وفقا لأحكام قانون التجارة الفلسطيني – مرجع سابق – ص827، 828.

فإن طالب المتلقي المانح بنقل التحسينات التي أدخلها على المعرفة الفنية إليه وامتنع عن ذلك، جاز للمتلقي طلب فسخ العقد، ذلك أن امتناع المانح عن تقديم هذه التحسينات يعتبر امتناعاً عن تقديم المساعدة التقنية، ثم أن إدخال تحسينات على المعرفة الفنية يجعل تلك التي يستغلها المتلقي قديمة، مما يترتب عليه عزوف المستهلكين الساعين إلى الحديث من التكنولوجيا عنها، مما يفقده زبائنه ويهدد مشروعه بالإفلاس، كما يمكنه الاعتماد في مطالبته بنقل التحسينات على المادة 107 من القانون المدني الجزائري باعتبارها من مستلزمات محل عقد الفرنشيز، فإن امتنع المانح عن تقديم التحسينات إلى المتلقي، جاز للأخير المطالبة بفسخ العقد والحصول على تعويض لقيام مسؤولية المانح بسبب إخلاله بالالتزام بنقل التحسينات.

ثانياً: إخلال المانح بالتزامه بالضمان.

يلتزم المانح في عقد الفرنشيز بضمان خلو المحل من أي عيب، كما يضمن تعرضه المادي والقانوني وتعرض الغير إن كان قانونياً.

أ- ضمان العيوب الخفية.

يقرر القانون الالتزام بضمان العيوب الخفية على كل مدين بتسليم شيء في عقد ناقل للملكية أو ناقل لانقاع، وذلك من أجل أن يحقق هذا الشيء الانتفاع الذي أعد له، وهو يترتب في ذمة المدين به بحكم القانون دون الحاجة إلى النص عليه في العقد، وقد يزيد المتعاقدان هذا الضمان وقد ينقصان منه، وقد يشترط المدين إعفاءه من هذا الضمان⁽¹⁾.

ويكون المانح الذي يلتزم بنقل حق انتفاع أو ملكية إلى المتلقي ضامناً لجميع العيوب الخفية ولو لم يكن عالماً بوجودها، إلا إذا كان المتلقي عالماً بها أو في استطاعته أن يعلم بها إذا ما بذل عناية الرجل المعتاد في تفحص محل الفرنشيز، ويظل المانح ملتزماً بضمان العيوب الخفية ولو كان في وسع المتلقي اكتشافها ببذل عناية الرجل العادي إذا أثبت المتلقي أن المانح أكد له خلو محل الفرنشيز من تلك العيوب أو أنه أخفاها عنه غشاً، ووردت كل هذه الأحكام في المادة 379 من القانون المدني الجزائري.

(1) د/ عبد الأمير جفات كروان - تبرؤ البائع من ضمان العيب الخفي، دراسة مقارنة - مجلة كلية الإسلامية الجامعة - جامعة النجف الأشرف بالعراق - العدد 36 - 2015 - ص 366.

ويعتبر عيباً خفياً كل ما يجب أن تخلو منه الفطرة السليمة للشيء من آفات عارضة⁽¹⁾، ويأخذ العيب الخفي في هذه الصورة معنى موضوعياً، بحيث ينظر إلى صلاحية الشيء محل العقد في ذاته وقدرته على تحقيق الغرض المقصود منه، ويحدد هذا الغرض بناءً على جملة من المعطيات قد تكون واردة في العقد أو ظاهرة من طبيعة الشيء محل العقد أو من طريقة استعماله، كما يعتبر عيباً خفياً تخلف الصفة التي اشترطها الدائن في المحل، ولو كان تخلف هذه الصفة لا يجعل المحل غير صالح للاستعمال إلا أنه يعطي للدائن الحق في الرجوع على المدين بدعوى الضمان⁽²⁾.

يدخل في مفهوم الصفة التي يوجب تخلفها الضمان، كل الخصائص التي تتعلق بموصوفاتها من الأعيان وتجعلها محلاً للطلب بالنظر لهذه الخصائص والسمات، فصفة الشيء هي التي تنشئ الباعث الدافع لاقتناؤه والانتفاع به دون النظر إلى ذاته، وعلى هذا تكون صفات الشيء هي ملاك المالية ومنشأ حصول الرغبات في الأعيان، سواء كانت هذه الصفة تتطلبها طبيعة الشيء أو طريقة استعماله، أو كانت مشترطة في العقد، واشترط المتلقي لصفات معينة في عقد الفرنشيز يحقق له نوعاً من الضمان في مواجهة المانح المحترف، خاصة مع ما تتميز به عناصر الملكية الفكرية من دقة وتطور، وما يوجد من تباينات فنية في علاقة المانح بالمتلقي، هذه العلاقة التي تتميز بعدم المساواة في العلم بين أطراف عقد الفرنشيز، بما يجعل المتلقي في وضع أقل من المانح الذي يتمتع بقوة اقتصادية كبيرة وعلم بكافة ظروف وتفاصيل العقد بالمقارنة مع المتلقي⁽³⁾، وقد يكون اشتراط صفات معينة في عقد الفرنشيز صريحاً وقد يكون ضمناً يستنتج مما احتواه الإعلام السابق لإبرام العقد من صفات للمعرفة الفنية وما تعلق بها من عناصر الملكية الفكرية الأخرى.

يشمل ضمان العيوب الخفية كل عيب توافرت فيه الشروط الآتية:

(1) قلاوaz فاطمة الزهراء - مرجع سابق - ص47؛ مصطفى أحمد الزرقا - عقد البيع - دار القلم - دمشق - الطبعة 2 - 2012 - ص133.

(2) د/ دلal تفكير مراد العارضي - ضمان عيوب البيع الخفية، دراسة مقارنة - مجلة كلية الإسلامية الجامعة - جامعة النجف الأشرف بالعراق - العدد 16 - 2012 - ص515.

(3) انظر في هذا المعنى د/ سلام عبد الزهرة الفتلاوي - ضمان فوات الصفة المشروطة في المبيع، دراسة مقارنة - مجلة مركز دراسات الكوفة - جامعة الكوفة - المجلد 1 - العدد 13 - 2009 - ص158. بتصرف.

1- شروط العيب الخفي:

يشترط في العيب الذي يستحق الضمان أن يكون مؤثرا، وأن يكون قديما إذا تعلق الأمر بشيء نقلت ملكيته إلى المتلقي، وأن يكون العيب خفيا.

- أن يكون العيب مؤثرا:

يختلف الأمر هنا بين ما إذا كان المانح قد نقل إلى المتلقي حق انتفاع وهذا هو الغالب، إذ أن المانح يحتفظ بحقه في استغلال عناصر الملكية الفكرية فهو لا ينقل إلى المتلقي إلا حق انتفاع عليها، وقد يحصل أن ينقل المانح إلى المتلقي حق ملكية، كما هو الحال في التزام المانح بالتموين أو في عقد فرنشيز التوزيع.

ففي التزام المانح بنقل حق انتفاع إلى المتلقي يضمن كل عيب يحول دون انتفاع المتلقي بمحل الفرنشيز أو ينقص من هذا الانتفاع إنقاصا كبيرا حسب المادة 488 من القانون المدني الجزائري، وتحديد المنافع المقصودة من الشيء محل العقد يستفاد من أحد أمرين، ما هو مبين في عقد الفرنشيز أو ما هو ظاهر من طبيعة محله، والعقد كما سبق بيانه قد يحتوي على صفات يشترطها المتلقي، أو التي يتعهد المانح بوجودها، فإذا لم يذكر المتعاقدان شيئا من المنافع المقصودة من محل عقد الفرنشيز، أو أنهما لم يذكرها جميعا، وجب تحديد هذه المنافع بالرجوع إلى طبيعة محل عقد الفرنشيز، فإن وجد بالمعرفة الفنية مثلا عيب يخل بهذه المنافع وجب على المانح الضمان⁽¹⁾.

أما إذا كان المانح ملتزما بنقل حق ملكية أشياء إلى المتلقي سواء كان ذلك بموجب شرط تموين المتلقي، أو كان الفرنشيز عقد توزيع، فإن المانح يضمن كل عيب يقع في مادة الشيء، ومعيار العيب هنا موضوعي محض، ويستنتج هذا من المادة 379 من القانون المدني الجزائري، والعيب قد ينقص من قيمة الشيء المادية وقد ينقص من نفعه المادي، ويختلف نقصان القيمة عن نقصان النفع، إذ قد ينقص العيب من قيمة الشيء دون نقصان نفعه والعكس صحيح، وأيا كان العيب فإنه يوجب الضمان، مادام يفوت الغاية المذكورة في العقد أو التي تستنتج من طبيعة محله أو طريقة استعمال هذا المحل، والغاية تحدها الصفات التي اشترط الدائن توافرها أو ضمن

(1) انظر في هذا المعنى د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، الإيجار والعارية - مرجع سابق - ص437، 438.

المدين وجودها، ولو لم تكن مألوفة في مثل الشيء الذي اشترطت فيه، فإن لم يذكر المتعاقدان لا صراحة ولا ضمنا المنافع المقصودة من الشيء محل العقد، وجب الرجوع إلى طبيعة هذا المحل لتحديد هذه المنافع⁽¹⁾.

- أن يكون العيب قديما.

يقصد بقديم العيب أن يكون موجودا في الشيء محل العقد قبل التسليم، سواء كان موجودا قبل العقد أو بعده⁽²⁾، ويقع على الدائن إثبات وجود هذا العيب أو وجود سببه قبل أن يتسلمه⁽³⁾، فإن أثبت المتلقي وجود عيب في الآلات أو البضائع التي تسلمها من المانح بموجب عقد الفرنشيز أثناء التسليم، أو أثبت أن سبب العيب كان موجودا قبل التسليم ولو لم يحدث هذا العيب إلا بعد هذا الوقت، فإن المانح يكون ملزما بضمان هذا العيب⁽⁴⁾، ولأجل هذا فرضت المادة 380 من القانون المدني الجزائري على من تسلم شيئا أن يتحقق من حالته عندما يتسنى له ذلك.

يقع على المتلقي إثبات قدم العيب، ويكون له ذلك بكل وسائل الإثبات، وللمانح أن يثبت وقوع العيب بعد التسليم أو بسبب خطأ المتلقي، كأن يسيء استعمال الآلات التي سلمها إليه أو أهمل صيانتها أو المحافظة عليها، فإن فعل تخلص من الضمان وتحمل المتلقي تبعه العيب⁽⁵⁾.

يجب لاشتراط القدم في العيب أن يكون المانح نقل إلى المتلقي ملكية الشيء أما إن نقل إليه مجرد حق انتفاع كما هو الحال في المعرفة الفنية والعلامة التجارية وبراءة الاختراع وغيرها، فلا يشترط القدم في العيب، فالمانح يضمن سلامة التكنولوجيا التي ينقلها إلى المتلقي بموجب عقد الفرنشيز من أي عيب ولو حصل بعد التسليم، وهذا الحكم راجع إلى طبيعة حق الانتفاع،

(1) انظر في هذا المعنى كل من د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، البيع والمقايضة - مرجع سابق - ص 717 إلى 720؛ خليفة الخروبي - مرجع سابق - ص 213، 214.

(2) مصطفى أحمد الزرقا - مرجع سابق - ص 135.

(3) د/ دلال تفكير مراد العارضي - ضمان عيوب البيع الخفية، دراسة مقارنة - مرجع سابق - ص 516، 517.

(4) انظر في هذا المعنى د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، البيع والمقايضة - مرجع سابق - ص 722، 722.

(5) د/ دلال تفكير مراد العارضي - ضمان عيوب البيع الخفية، دراسة مقارنة - مرجع سابق - ص 517.

فالفرنشيز عقد مستمر ويبقى المانح يضمن للمتلقى الانتفاع الهادئ والكامل بالمعرفة الفنية وما اتصل بها من عناصر ملكية فكرية، فإن طرأ عليها عيب ضمنه المانح وتحمل تبعته(1).

- أن يكون العيب خفيا وغير معلوم للمتلقى.

يكون العيب خفيا إذا لم يعلمه الدائن ولم يكن في وسعه أن يطلع عليه ولو فحص الشيء محل العقد بعناية الرجل المعتاد حسب المادة 379 من القانون المدني الجزائري، فلا يستطيع المتلقي مثلا أن يدعي خفاء العيب حتى ولو كان خفيا إذا كان يعلم بوجوده، أو أنه أحاط به علما بسبب خبرته الشخصية أو لاستعانته بخبير، لأن إقدام المتلقي على إبرام عقد الفرنشيز مع علمه بوجود عيب في محله يعتبر دليلا على أنه راعى وجود هذا العيب عند تحديد مقابل الدخول في الشبكة والأتاوى الدورية التي التزم بدفعها، أو أنه اعتبر هذا العيب غير مؤثر في قيمة الخدمة أو السلعة التي سينتجها، ولا في منفعة التكنولوجيا التي يستغلها، وللمانح أن يثبت واقعة علم المتلقي بالعيب بكل وسائل الإثبات، فإن استطاع ذلك سقط عنه الضمان وتحمل المتلقي تبعه العيب(2).

يستنتج من هذا أن المانح لا يضمن العيوب الظاهرة، التي يستطيع الرجل العادي تبينها، غير أن هذا لا يمنع المتلقي من رفض بعض مكونات محل عقد الفرنشيز إذا ظهر عليها عيب بعد إبرام العقد وقبل التسليم، وإن كان هذا لا يعتبر من قبيل ضمان العيوب الخفية، فإنه يمثل حماية قانونية للمتلقى من عيوب محل عقد الفرنشيز الظاهرة(3)، وزيادة في حمايته لم يشترط المشرع عليه الاستعانة بخبير لأجل اكتشاف العيب الخفي، وعلى هذا لم تسقط المحكمة العليا الالتزام بالضمان عن بائع مركبة رقم طرازها غير واضح رغم أن المشتري لم يستعن بخبير(4).

يتحمل المانح تبعه العيب ويكون ضامنا له ولو أثبت أن المتلقي كان في استطاعته أن يعلمه، إذا أثبت الأخير أن المانح أكد له خلو محل الفرنشيز من العيب المعين الذي اكتشفه، أو إذا تعمد المانح إخفاء العيب غشا منه، ذلك أن تأكيد المانح على خلو محل الفرنشيز من هذا

(1) بهذا المعنى د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، الإيجار والعارية - مرجع سابق - ص 435.

(2) د/ دلال تفكير مراد العارضي - ضمان عيوب البيع الخفية، دراسة مقارنة - مرجع سابق - ص 520.

(3) سعدي فتيحة - ضمان عيوب المبيع الخفية في القانون المدني الجزائري مقارنات - أطروحة دكتوراه - جامعة وهران - 2012 - ص 127.

(4) قرار المحكمة العليا رقم 103404 المؤرخ في 23 نوفمبر 1993. أشارت إليه سعدي فتيحة - مرجع سابق - ص 131 - الهامش رقم 03.

العيب يعتبر اتفاقاً ضمناً على أن المانع يضمن هذا العيب بالذات إذا ظهر في التكنولوجيا التي نقلها إليه، فيطمئن المتلقي إلى ذلك ولا يكلف نفسه عناء التحري عنه، غير أنه لا يكفي هنا أن يؤكد المانع للمتلقي خلو التكنولوجيا محل الفرنشيز من العيوب بوجه عام بل يجب أن يؤكد خلوها من عيب أو عيوب بذاتها، أما في حالة تعدد المانع إخفاء العيب عن غش منه فإنه يكون قد ارتكب خطأ يستغرق خطأ المتلقي في عدم فحص محل عقد الفرنشيز، فإذا لم يستطع المتلقي إثبات تأكيد المانع على خلو المحل من عيب أو عيوب بذاتها ولا إخفاء هذه العيوب غشاً، فيعتبر راضياً بهذه العيوب، غير أن علم المتلقي بالعيب إما لظهوره أو لاستطاعة الرجل العادي تبينه لا يسقط الضمان إذا أثبت المتلقي أنه كان يعتقد أن هذا العيب غير مؤثر ثم ظهر أنه على خلاف ذلك، وأثبت في نفس الوقت أن الرجل العادي ما كان ليدرك أن هذا العيب سيخل بمنفعة من المنافع المقصودة من محل عقد الفرنشيز⁽¹⁾.

فإذا توافرت شروط العيب الخفي التي سبق بيانها جاز للمتلقي الرجوع على المانع بدعوى الضمان، على أن يقوم بذلك خلال مدة معينة من اكتشاف العيب، وأن يخطر المانع بوجود العيب الموجب للضمان في وقت مناسب⁽²⁾.

رغم أن المادة 379 من القانون المدني الجزائري قد ساوت بين تخلف الوصف المشترط وتخلف الوصف الذي تتطلبه طبيعة المحل أو طريقة استعماله، وجعلت كل واحد منهما موجب للضمان، إلا أن دعوى الضمان في تخلف الوصف الذي اشترطه الدائن أو تعهد به المدين لا يشترط فيه أن يكون مؤثراً أو خفياً، بل مجرد تخلف الصفة يوجب الضمان إذا أخطر الدائن المدين بتخلفها⁽³⁾.

يجب على المتلقي عملاً بالمادة 380 من القانون المدني الجزائري أن يتحقق من حالة الأشياء محل عقد الفرنشيز بمجرد تمكنه من ذلك، وأن يبادر إلى إخطار المانع بالعيب عند اكتشافه، حتى لا تضيع معالم العيب فيصبح إثباته عسيراً، ويخطر المتلقي المانع بالعيب في أجل

(1) انظر في هذا المعنى د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، البيع والمقايضة - مرجع سابق - ص 726، 728.

(2) د/ دلال تفكير مراد العارضي - ضمان عيوب البيع الخفية، دراسة مقارنة - مرجع سابق - ص 527. وحددت المادة 383 من القانون المدني الجزائري هذه المدة بسنة.

(3) د/ سلام عبد الزهرة الفتلاوي - مرجع سابق - ص 162.

مقبول وإلا اعتبر راضيا بالعيب وسقط حقه في الضمان، ولما لم يحدد المشرع طريقة معينة للإخطار فإنه يتم بأي طريقة ولو شفاهة، إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك، ويثبت المتلقي الإخطار بكل وسائل الإثبات، إلا إذا اشترط الطرفان وجوب الإخطار بالكتابة فلا يثبت إلا بها⁽¹⁾، ويترك أمر تحديد الأجل اللازم للإخطار والرضا الضمني بالعيب من طرف المتلقي للسلطة التقديرية للقاضي، الذي يستعين بالظروف والملابسة⁽²⁾.

2- تعديل الضمان:

تنص المادة 384 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو ينقصا منه أو يسقطا هذا الضمان، غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه."، وتنص المادة 383 من نفس القانون على أن: "تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد انقضاء سنة من يوم تسليم المبيع حتى ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول."، وتنص المادة 488 من نفس القانون على أن: "يضمن المؤجر للمستأجر باستثناء العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها كل ما يوجد بالعين من عيوب تحول دون استعمالها أو تنقص من هذا الاستعمال نقصا محسوسا، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك."، وجاء في الفقرة الثانية من المادة 490 من ذات القانون ما يلي: "ويبطل كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو التخفيف من ضمان العيوب إذا أخفاها المؤجر غشا."، وبمفهوم المخالفة لهذه الفقرة يكون في الأصل الاتفاق على تعديل الضمان زيادة أو نقصانا صحيحا.

من هذه المواد مجتمعة نستنتج أنه يجوز للمانح والمتلقي أن يتفقا على زيادة الضمان أو الإنقاص منه أو إعفاء المانح منه نهائيا.

- زيادة الضمان:

يتعلق الاتفاق على زيادة ضمان العيوب الخفية بأسباب الضمان أو بمدى التعويض المستحق عند تحقق الضمان، ومثال زيادة أسباب الضمان أن يشترط المتلقي على المانح أن يضمن له عيبا لم يتبينه وقت التسليم حتى ولو أمكن تبينه عن طريق تفحص محل عقد الفرشيز

(1) د/ دلال تفكير مراد العارضي - ضمان عيوب البيع الخفية، دراسة مقارنة - مرجع سابق - ص 528.

(2) د/ سلام عبد الزهرة الفتلاوي - مرجع سابق - ص 162.

بعناية الرجل المعتاد، ومثاله أيضا أن يتفق المانح والمتلقي على زيادة مدة سقوط الضمان أكثر من سنة، وقد نصت على هذا الفرض الفقرة الأولى من المادة 383 المذكورة أعلاه، ومن زيادة أسباب الضمان أن يضمن المانح صلاحية الآلات والمواد التي مون بها المتلقي للعمل، أو ضمان رواج السلع والخدمات التي سينتجها المتلقي بالتكنولوجيا التي نقلها المانح إليه، ومثال زيادة مدى التعويض عند تحقق أسباب الضمان أن يشترط المتلقي رد المؤن والمعدات التي ظهر فيها عيب، أو أن يسترد المتلقي المصروفات الكمالية ولو كان المانح حسن النية، وغيرها من الشروط التي يجوز إدراجها في عقد الفرنشيز ويجب العمل بها⁽¹⁾.

- إنقاص الضمان:

يجوز للمانح والمتلقي الاتفاق على تخفيف الضمان، ومثال ذلك أن لا يضمن المانح عيبا معيناً يذكره، أو أن يقتصر الضمان على عيوب لا يكتشفها إلا رجل خبير ويعجز الرجل العادي عن كشفها⁽²⁾، أو أن يرد المتلقي الآلات التي يظهر فيها عيب دون أي تعويض آخر، ولا يسترد إلا أقل القيمتين الثمن الذي دفعه مقابلها أو قيمة هذه الآلات سليمة، أو أن ينحصر الضمان في استبدال أجزاء سليمة بالأجزاء التي ظهر فيها العيب دون الحق في إرجاع الآلات كلها⁽³⁾.

ومن شروط إنقاص الضمان أن يشترط المانح على المتلقي أن لا يضمن العيوب التي تطرأ بعد التسليم على العناصر التي لا ينقل له فيها إلا حق انتفاع، وسبق القول أنه لا يشترط القدم في هذه الحالة واشتراط قدم العيب يعتبر تخفيفاً من الضمان⁽⁴⁾.

وعلى خلاف شروط زيادة الضمان فإن شروط إنقاص الضمان لا تصح إذا تعمد المانح إخفاء العيب، أو كان المتلقي بحالة تمنعه من الاطلاع على العيب، فإذا أخفى المانح العيب غشا

(1) انظر في هذا المعنى د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، البيع والمقايضة - مرجع سابق - ص756؛ سعدي فتيحة - مرجع سابق - ص369.

(2) د/ دلال تفكير مراد العارضي - ضمان عيوب البيع الخفية، دراسة مقارنة - مرجع سابق - ص536.

(3) انظر في هذا المعنى د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، البيع والمقايضة - مرجع سابق - ص756، 757.

(4) انظر في هذا المعنى د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، الإيجار والعارية - مرجع سابق - ص453.

منه أو منع المتلقي مانع من الاطلاع على العيب بقي المانح ضامنا وكأن شرط التخفيف لم يكن، ويقع على المتلقي عبء إثبات غش المانح أو المانع بكل وسائل الإثبات⁽¹⁾.

- إسقاط الضمان:

كما يجوز زيادة الضمان أو إنقاظه يجوز إسقاطه تماما، ومن ذلك أن يشترط المانح عدم ضمانه لأي عيب يظهر في أي من الأشياء التي نقل إلى المتلقي حق ملكية عليها أو حق انتفاع، ويصح هذا الشرط حتى ولو كان المانح يعلم بوجود عيوب معينة ولكنه لم يتعمد إخفاءها عن المتلقي الذي يعتبر قابلا بتحمل تبعة العيوب، ويراعى ذلك عادة في تقدير الثمن الذي يدفعه للمانح مقابل حصوله على الترخيص باستغلال معرفته الفنية وما ارتبط بها من عناصر أخرى⁽²⁾، وينتقد البعض شرط تعمد إخفاء العيب وعدم الاكتفاء بعلم المانح بالعيب لإبطال شرط إسقاط الضمان، باعتبار أن علم المانح بالعيب يتنافى مع ما يوجبه حسن النية في تنفيذ العقد⁽³⁾.

نشير في الأخير أنه يجب عدم التوسع في شرط الإعفاء من ضمان العيوب الخفية، فإذا اشترط المانح إعفاءه من ضمان العيوب الخفية في عبارة عامة، فلا يعني ذلك أنه إذا وجد عيب بأحد عناصر محل عقد الفرنشيز أن يعفى من كل التزام في صدده⁽⁴⁾، كما يشترط لصحة اتفاق إسقاط الضمان أن لا يكون المانح قد تعمد إخفاء العيب، لأن ذلك يعتبر غشا منه فيبطل شرط الإعفاء ويبقى الضمان قائما في ذمة المانح⁽⁵⁾.

لا يقتصر التزام المانح بضمان العيوب الخفية اتجاه المتلقي فقط، بل يمتد إلى ضمان عيوب السلع والخدمات التي يقدمها المتلقي إلى الزبائن، إذ يمكن لهؤلاء إثارة مسؤولية المتلقي، أو أن يرفعوا دعوى مباشرة على المانح⁽⁶⁾.

(1) د/ دلالة تفكير مراد العارضي - ضمان عيوب البيع الخفية، دراسة مقارنة - مرجع سابق - ص 536.

(2) انظر في هذا المعنى د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، البيع والمقايضة - مرجع سابق - ص 757، 758.

(3) د/ عبد الأمير جفات كروان - مرجع سابق - ص 374.

(4) انظر في هذا المعنى د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، الإيجار والعارية - مرجع سابق - ص 453.

(5) د/ دلالة تفكير مراد العارضي - ضمان عيوب البيع الخفية، دراسة مقارنة - مرجع سابق - ص 536.

(6) Dominique BASCHET - op.cit - p194.

ب- ضمان التعرض والاستحقاق:

الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق كالاتزام بضمان العيوب الخفية يجاوز نطاقه عقد البيع إلى كل عقد ناقل للملكية، وإلى كل عقد ينقل الحيازة والانتفاع، خاصة إذا كان العقد من عقود المعاوضة، ذلك أن من يكون ملتزماً بنقل ملكية الشيء أو حيازته والانتفاع به يجب عليه أن ينقل إلى الشخص الآخر ملكية أو حيازة هادئة لا يعكر صفوها تعرض منه أو من أي شخص آخر، وإن كان العقد معاوضة ظهر الضمان بصورة أوضح، إذ أن الشخص الآخر قد دفع مقابلاً لنقل الملكية إليه أو الانتفاع ويكون من حقه أن يخلص له الشيء الذي دفع مقابلاً له، والقواعد التي أدمجت في عقد البيع تعتبر القواعد العامة في ضمان التعرض والاستحقاق، إلا فيما تختلف فيه بعض العقود نظراً لخصوصيتها⁽¹⁾.

يضمن المانح التعرض الصادر منه شخصياً، سواء كان تعرضاً مادياً أو تعرضاً مبنياً على سبب قانوني، وكذلك يضمن التعرض الصادر من الغير إذا كان هذا التعرض مبنياً على سبب قانوني، ولا يضمن تعرض الغير إذا كان مادياً⁽²⁾.

يهدف هذا الضمان إلى منع كل حرمان للمتلقى سواء كان جزئياً أو كلياً، من العناصر التي ينقلها إليه المانح بموجب عقد الفرنشيز، بسبب ثبوت حق الغير على بعض هذه العناصر أو كلها، ومن ثم قد يتعلق الأمر بالاستحقاق الكلي أو الاستحقاق الجزئي⁽³⁾.

تختلف النتائج المترتبة عن كل من حرمان المتلقي الكلي أو الجزئي من أحد عناصر محل عقد الفرنشيز، كما يختلف الأمر بين ما إذا كان الحرمان قد حدث بسبب المانح أو بسبب الغير، ويختلف الأمر بالنسبة للفرض الأخير بين ما إذا كانت حيولة الغير دون استحقاق المتلقي لأحد عناصر محل الفرنشيز أو كلها مبنية على سبب قانوني أو مادي، لذلك وجب دراسة كل فرض في عنوان خاص به.

(1) انظر في هذا المعنى د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، البيع والمقايضة - مرجع سابق - ص 622، 623.

(2) انظر في هذا المعنى د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، الإيجار والعارية - مرجع سابق - ص 297.

(3) د/ زراوي صالح فرحة - الكامل في القانون التجاري الجزائري، المحل التجاري والحقوق الفكرية - مرجع سابق - ص 225.

- ضمان التعرض الصادر من المانح:

تنص المادة 371 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو فعل الغير..."، وتنص الفقرة الأولى من المادة 483 من نفس القانون على أنه: "على المؤجر أن يمتنع عن كل تعرض يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، ولا يجوز له أن يحدث بها أو بملحقاتها أي تغيير ينقص من هذا الانتفاع".

يقوم ضمان تعرض المانح إذا صدر منه عمل حال وليس مجرد احتمال، يكون من شأنه أن يحول كلياً أو جزئياً دون انتفاع المتلقي بعناصر محل الفرنشيز المنقولة إليه، فلا بد إذن لقيام مسؤولية المانح أن يجتمع الشرطان معاً، فإن كان فعل المانح مجرد احتمال فلا يكفي، كأن يقوم بتهديد المتلقي بالتعرض له، فإن نفذ المانح تهديده فلا يقوم ضمان الاستحقاق إلا إذا كان فعله يؤدي إلى حرمان المتلقي جزئياً أو كلياً من الانتفاع من العناصر المرخص له بها، فإن لم يؤدي فعل المانح إلى هذه النتيجة فلا ضمان ويستوي أن يكون العمل الذي يأتيه المانح مادياً أو قانونياً⁽¹⁾.

ويشترط إلى جانب الشرطين السابقين أن يقع تعرض المانح خلال مدة سريان عقد الفرنشيز، وأن لا يستند المانح في الأعمال التي يأتيها على حق ثابت له⁽²⁾، فإن قام المانح بأعمال تعارض حق المتلقي بعد انتهاء عقده فلا ضمان عليه، ولا يقوم حق المتلقي في الضمان ولو كان الفعل أثناء سريان عقد الفرنشيز إن كان من حق المانح القيام به.

ومثال التعرض الصادر من المانح أن يقوم باستغلال الفرنشيز الذي رخص به للمتلقي في نفس النطاق الإقليمي الذي يستغل فيه الأخير، ولا يقوم حق هذا المتلقي في الضمان في هذه الحالة إلا إذا احتوى عقده على شرط الحصرية الإقليمية، أما إن لم يحتوه فلا يحق له الاعتراض على استغلال المانح في نفس نطاق استغلاله هو، ومثاله أيضاً أن يرفع المانح دعوى تقليد أو منافسة غير مشروعة على المتلقي، فيجوز للأخير الرجوع على المانح بدعوى ضمان التعرض،

(1) انظر في هذا المعنى د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، البيع والمقايضة - مرجع سابق - ص 626، 627.

(2) انظر في هذا المعنى د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، الإيجار والعارية - مرجع سابق - ص 304.

ولابد من التفريق بين فرضين هنا أيضا، فإن كانت الدعوى التي رفعها المانح بصدد نطاق إقليمي لا يملك المتلقي حق الاستغلال فيه فلا ضمان للأخير، وإن كان يحق للمتلقي الاستغلال في النطاق الإقليمي الذي طالبه المانح بعدم المنافسة فيه قام حقه في الضمان.

- ضمان التعرض الصادر من الغير:

تنص المادة 371 من القانون المدني الجزائري على أن: "يضمن البائع التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري، ويكون البائع مطالبا بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه."، وتنص الفقرة الثانية من المادة 483 من نفس القانون على أنه: "ولا يقتصر ضمان المؤجر على الأفعال التي تصدر منه أو من تابعيه، بل تمتد إلى كل ضرر أو تعرض قانوني صادر من مستأجر آخر أو أي شخص تلقى الحق عن المؤجر."

يشترط لقيام ضمان التعرض الصادر من الغير أن يقع التعرض فعلا لا أن يكون محتمل الوقوع، وأن يتمثل هذا العمل في ادعاء الغير حقا على جميع أو بعض عناصر الملكية الفكرية محل عقد الفرنشيز يتعارض مع حق المتلقي، وأن يكون هذا الحق سابقا على نشوء حق المتلقي، وإذا كان تاليا له وجب أن يكون الغير استمد حقه من المانح⁽¹⁾، هذا إن كان المانح قد نقل إلى المتلقي حق ملكية، أما إذا نقل له حق انتفاع فقط وهذا هو الغالب في محل الفرنشيز فإن المانح يضمن تعرض الغير ولو وقع الفعل بعد نشوء حق المتلقي وطيلة مدة عقد الفرنشيز، ولو لم يكن الحق انتقل إليه من المانح نفسه⁽²⁾، كأن يكون الغير اكتسب الحق من متلقي آخر، ويشترط إلى جانب ذلك أن يكون للغير الحق في قيامه بهذا العمل الذي يراه المتلقي متعارضا مع حقه.

ومثال التعرض الصادر من الغير في عقد الفرنشيز أن يدعي الغير الحق في استغلال عناصر محل عقد الفرنشيز المرخص بها للمتلقي، في نفس نطاق استغلال الأخير، أو أن يطالب المتلقي بوقف استغلال الفرنشيز في هذا النطاق، فإن ثبت حق هذا الغير في الحصرية الإقليمية

(1) انظر في هذا المعنى د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، البيع والمقايضة - مرجع سابق - ص 640.

(2) انظر في هذا المعنى د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، الإيجار والعارية - مرجع سابق - ص 341.

لم يجز للمتلقي استغلال الفرنشيز في هذا الإقليم، وكان من حق المتلقي والغير أن يرجعا على المانح بضمان التعرض، أما إن لم يكن أي منهما يملك حق الحصرية الإقليمية فلا يجوز لهما الرجوع بالضمان على المانح، أما إن كان المتلقي يمتلك حق الحصرية دون هذا الغير الذي يعارضه في حقه جاز للمتلقي الرجوع على المانح بدعوى الضمان، وألزم الغير باحترام حق المتلقي في حصرية الاستغلال.

ومثاله أيضا أن يرفع شخص على المتلقي دعوى تقليد بشأن براءة الاختراع التي يستغلها بموجب عقد الفرنشيز، ويدعي هذا الغير ملكية البراءة أو جزء منها، فيقوم حق المتلقي في ضمان التعرض الصادر من هذا الشخص.

ج- دعوى الضمان:

إذا توافر للمتلقي شروط الضمان الذي يستوجبه العيب الخفي أو التعرض سواء كان صادرا من المانح أو من الغير فإنه يحق له أن يرفع دعوى ضمان، وهي دعوى مستقلة عن كل من دعوى الإبطال ودعوى الفسخ، ويؤكد هذا نص المادة 375 من القانون المدني الجزائري، التي عرضت لذكر عناصر التعويض بشكل مفصل، ثم أشارت إلى استقلال هذه الدعوى عن الدعويين الآخرين، حيث جاء في العبارة الأخيرة من هذه المادة: "كل ذلك ما لم يتم المشتري دعواه على طلب فسخ البيع أو إبطاله".⁽¹⁾

فإن وجد المتلقي عيبا في العناصر المرخص بها بموجب عقد الفرنشيز، فله أن يطلب فسخ العقد ورد الثمن وتعويضه عما لحقه من ضرر وخسارة، كما يمكن للمتلقي أن يقتصر على طلب التعويض دون المطالبة بفسخ العقد إذا كانت الخسارة التي لحقته ليست بالغة الأهمية⁽²⁾، بحيث يستطيع معها السير في مشروعه وتحقيق بعض الربح ولو لم يرق إلى ما كان يأمله، وللمتلقي أيضا الحق في طلب التنفيذ العيني عن طريق إصلاح العيب إن أمكن، أو طلب إنقاص مقابل الدخول إلى الشبكة والأتاوى الدورية التي التزم بها اتجاه المانح⁽³⁾.

(1) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، البيع والمقايضة - مرجع سابق - ص 619.

(2) د/ زراوي صالح فرحة - الكامل في القانون التجاري الجزائري، المحل التجاري والحقوق الفكرية - مرجع سابق - ص 226.

(3) انظر في هذا المعنى د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، الإيجار والعارية - مرجع سابق - ص 445.

ويجب على المتلقي أن يرفع دعوى الضمان بعد إعدار المانح، وخلال سنة من يوم تسلمه الأشياء التي انتقلت إليه ملكيتها من المانح، وإلا سقط حقه حتى ولو لم يكتشف المتلقي العيب، إلا إذا التزم المانح بالضمان لمدة أطول، أو إذا كان المانح قد أخفى العيب غشا منه حسب المادة 383 من القانون المدني الجزائري، ويختلف الأمر إذا نقل المانح إلى المتلقي مجرد حق انتفاع، فيحق للأخير هنا أن يرفع دعوى الضمان خلال سنة من اكتشاف العيب، إلا إذا التزم المانح لمدة أطول أو كان سيء النية.

أما إذا تعلق الأمر بدعوى ضمان التعرض فإن الأمر يختلف حسب ما إذا كان التعرض قد أدى إلى حرمان المتلقي من كل عناصر محل عقد الفرنشيز أو من بعضها فقط، وما إذا كان التعرض صادرا من المانح أو من أحد تابعيه، أو كان صادرا من الغير.

فإذا كان التعرض صادرا من المانح نفسه أو من أحد تابعيه، فيكون للمتلقي هنا أن يواجه المانح بالالتزام بالضمان⁽¹⁾، لتخلص له العناصر التي نقلت إليه بموجب عقد الفرنشيز، ويبقى له الحق في طلب التعويض عما أصابه من ضرر بسبب التعرض، وله أن يطالب بفسخ العقد بناء على إخلال المانح بالتزامه بالضمان.

أما إن كان التعرض صادرا من الغير وأدى إلى حرمان المتلقي من كل العناصر المنقولة إليه بموجب عقد الفرنشيز أو من بعضها فقط، فلا يبقى له في الحالة الأولى إلا طلب فسخ العقد واستعادة ثمن المعدات والمؤن التي نزعت ملكيتها منه، واسترجاع المبالغ المالية التي دفعها لقاء المدة اللاحقة للفسخ عن استغلال المعرفة الفنية بقدر يساوي ما فاتته من هذا الاستغلال، أما إن حرم المتلقي من بعض العناصر فقط بسبب تعرض الغير له فيجوز له طلب إنقاص التزاماته مع تعويضه عما أصابه من ضرر، وإن كان جانب من الفقه يرى أن الاستحقاق الجزئي يكاد يؤدي إلى إلغاء العقد مع المطالبة بالتعويض خاصة إذا وقع على عنصر جوهري من عناصر الفرنشيز⁽²⁾.

(1) انظر في هذا المعنى د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، البيع والمقايضة - مرجع سابق - ص 638.

(2) انظر في هذا المعنى د/ زراوي صالح فرحة - الكامل في القانون التجاري الجزائري، المحل التجاري والحقوق الفكرية - مرجع سابق - ص 225، 226.

وأما إن تمكن المانح من رد التعرض الصادر من الغير بعدما طالبه المتلقي بالضمان، سقط حق الأخير في المطالبة بفسخ العقد أو التعويض، مادام المانح نفذ التزامه عينا، كما لا يحق للمتلقي مطالبة المانح بتعويضه إن كان التعرض الصادر من الغير مبني على سبب مادي حتى وإن أدى إلى حرمان المتلقي من كل أو بعض العناصر المنقولة إليه من المانح، لأن الأخير لا يضمن تعرض الغير إلا إذا كان قانونيا، إلا إذا وجد اتفاق بين الطرفين بأن يضمن المانح التعرض الصادر من الغير أيا كان، وحتى ولو لم يوجد مثل هذا الشرط يكون من مصلحة المانح بل ومن مصلحة شبكة الفرنشيز كافة أن يدافعوا على عناصر الفرنشيز، وهو أمر يمليه واجب التعاون الذي يتميز به هذا العقد⁽¹⁾.

ثالثا: إخلال المانح بالتزامه بالحصرية الإقليمية.

جرت العادة في عقود الفرنشيز أن يتفق المانح والمتلقي على تحديد منطقة أو إقليم استغلال واحد منهما أو كليهما، وينعكس هذا التحديد على حقوق كل من المانح والمتلقي، ويوضح أسلوب ممارسة هذه الحقوق، وتحدد منطقة استغلال كل طرف عادة بما يطلق عليه في اصطلاح المتعاملين في عقود الفرنشيز وما يشبهها من عقود التوزيع شروط الحصرية⁽²⁾.

يرتبط عادة التزام المانح بالحصرية الإقليمية بالتزامات أخرى، منها التزامه بعدم منافسة المتلقي في النطاق الإقليمي الذي يملك حق حصرية عليه، والتزام المانح بعدم إغراق المتلقي في ذات الإقليم، والالتزام بالتفضيل.

يكون من حق المتلقي الذي يتمتع بحق الحصرية الإقليمية أن يستأثر باستغلال حق المعرفة الفنية وتسويق المنتجات والخدمات التي استخدمت هذه المعرفة الفنية فيها، ويقابله التزام المانح بعدم منافسة المتلقي داخل هذا الحيز المكاني المعين في عقد الفرنشيز، وقد يكون المانح ملزما بنفس الشرط بأن لا يمنح ترخيصا آخر إلى الغير لذات التكنولوجيا المرخص بها للمتلقي في نفس الإقليم الذي يشمل شرط الحصرية⁽³⁾.

(1) François VIDTS – le contrat de franchise et les droits intellectuels – séminaire organize à Liege le 29 septembre 2000 – Delta – Beyrouth – 2002 – p69.

(2) د/ ياسر سيد الحديدي – مرجع سابق – ص232.

(3) د/ سمير عبد السميع الأودن – مرجع سابق – ص88، 89.

وإن كان المانح لا يتحمل أية مسؤولية في حالة قيام شخص من خارج شبكته بتوزيع نفس المنتجات أو تقديم نفس الخدمات محل الحصرية داخل نطاق استغلال المتلقي، ذلك أن هذا الشخص الأجنبي لم يتلق هذه التكنولوجيا من نفس المانح، لكن الأخير يكون مسؤولاً عن كل اعتداء على حق الحصرية الإقليمية يكون صادراً من طرف أحد أعضاء شبكته⁽¹⁾، ذلك أنه ملزم بضبط الحصرية داخل الشبكة، وهو دور يضطلع به من أجل أن يحول دون تجاوز أي واحد من المتلقين نطاقه الإقليمي على حساب الآخر⁽²⁾، فإن هو أخفق في ذلك ثارت مسؤوليته.

يمتد هذا الالتزام إلى المانح نفسه بحيث يمنع عليه بيع أو أداء خدمة داخل النطاق الإقليمي لأي من المتلقين، سواء كان ذلك البيع بالطرق التقليدية أو بالمراسلة أو غيرها من الطرق، فإن لم يحترم شرط الحصرية قامت مسؤوليته⁽³⁾.

إن قيام مسؤولية المانح بسبب إخلاله بشرط الحصرية، إما لتسويق منتجات أو خدمات بنفسه أو عن طريق وكيل، في النطاق الإقليمي الذي يتمتع فيه المتلقي بالحصرية، أو لعجزه عن منع متلقي آخر من خرق هذه الحصرية، يترتب عليه حق المتلقي في طلب التعويض عما أصابه من ضرر جراء منافسته غير المشروعة من المانح نفسه أو من أحد المتلقين الآخرين، كما يحق له المطالبة بفسخ عقد الفرنشيز بناء على إخلال المانح بالتزامه بالحصرية الإقليمية.

قد يرتبط الالتزام بالحصرية بالتزام آخر يسمى الالتزام بالترتيب، ومضمونه أن يلتزم المانح بتفضيل المتلقي على الغير لإنشاء مؤسسات أخرى لاستغلال الفرنشيز على إقليم محدد سواء تم إدراج هذا الشرط في العقد أو تم إيرادها في اتفاق لاحق على إبرام عقد الفرنشيز، وتتم مناقشة هذا الشرط بشكل ثنائي بين المانح والمتلقي أو بشكل جماعي بحضور جميع أعضاء شبكة الفرنشيز من أجل أن يستفيد الكل من هذا الحق⁽⁴⁾، ويكون للمتلقي الذي استعاد من هذا الحق أن يلزم المانح به، فإن أخل به الأخير بأن أعطى لمتلق آخر الحق في استغلال الفرنشيز في نفس النطاق

(1) د/ ساسان رشيد - عقد التوزيع بترخيص استعمال العلامة التجارية (عقد الفرانشايز) محاولة للتأصيل - مرجع سابق - ص187، 188.

(2) د/ صالح عبد الكريم بن براهيم السعودي - مرجع سابق - ص83.

(3) د/ سمير عبد السميع الأودن - مرجع سابق - ص88، 89.

(4) François Luc Simon - Théorie et pratique du droit de la franchise - op.cit - p200.

الذي يملك فيه المتلقي الأول حق الأفضلية جاز له أن يطالب المانح بالتنفيذ العيني لشرط التفضيل بإلغاء الاتفاق مع المتلقي الثاني مع تعويض كليهما عما أصابه من ضرر.

رابعاً: إخلال المانح بالتزامه بتمويل المتلقي.

إن الالتزام بتمويل المتلقي يعتبر في الغالب التزاماً تبادلياً، بحيث يلتزم المتلقي بعدم التمكن من غير المانح أو ممن عينهم الأخير، ويلتزم في المقابل المانح بتمويل المتلقي عملاً بذات الشرط.

رغم أن التمويل الحصري لا يعتبر محددًا لطبيعة العقد، وليس من الأمور الجوهرية في عقد الفرنشيز وهو في هذا يشترك مع بند الحصرية الإقليمية⁽¹⁾، إلا أنه يعتبر التزاماً رئيساً يقع على عاتق المانح في عقود فرنشيز التوزيع، التي يتعلق فيها الترخيص بتوزيع منتجات المانح في إطار نظام الفرنشيز⁽²⁾، وفي هذه الحالة يلتزم المانح بأن لا يبيع أي شخص آخر من هذه السلع والبضائع ضمن المنطقة التعاقدية، وهو يظهر في هذه الصورة الأخيرة كأنه جزء من بند الحصرية الإقليمية⁽³⁾، ويعتبر التمويل شرطاً أساسياً في عقد الفرنشيز أيضاً إن كانت المواد التي يحتاجها المتلقي في مشروعه يحتكرها المانح.

يأتي الالتزام بتمويل المتلقي كما سبق القول في شكل التزام يقع على المانح أو على من عينه بتوريد سلع إلى المتلقي سواء كانت مصنعة بشكل جزئي أو كلي، أو في شكل مواد أولية، يقوم المتلقي بتوزيعها أو باستعمالها في إنتاج سلع نهائية أو في تقديم خدمات⁽⁴⁾.

أ- التزام المانح بتمويل المتلقي بنفسه:

يظهر هذا الالتزام بشكل أساس في عقود فرنشيز التوزيع، عندما يكون المانح منتجاً أو موزعاً، ويقوم بتمويل المتلقين المنضوين تحت شبكة الفرنشيز التي أسسها من أجل توزيع السلع التي يمونها بها⁽⁵⁾، ويوجد أيضاً في عقود الفرنشيز التي يحتاج فيها المتلقي إلى تمويل بمواد لا

(1) د/ ساسان رشيد - عقد التوزيع بترخيص استعمال العلامة التجارية (عقد الفرانشايز) محاولة للتأصيل - مرجع سابق - ص196.

(2) د/ لبنى عمر مسقاوي - مرجع سابق - ص144.

(3) د/ نعيم مغيب - مرجع سابق - ص218.

(4) د/ لبنى عمر مسقاوي - مرجع سابق - ص144.

(5) Zoubeir Mrabet - op.cit - p46.

يمكنه الحصول عليها من غير المانح، وفي هاتين الصورتين يكون شرط التموين جوهريا في العقد ولو لم ينص عليه صراحة، ويتضمن هذا الالتزام التزامين أساسيين هما التزام بتسليم والتزام بضمان، وقد يكون الالتزام بالتموين فوري التنفيذ، وقد يكون تنفيذه دوريا⁽¹⁾.

إن إخلال المانح بهذا الالتزام يترتب في عاتقه مسؤولية عقدية، سواء كان هذا الإخلال كليا أو جزئيا أو تأخيرا في التنفيذ فقط، أو تمويينا بسلع رديئة تؤثر سلبا على المنتج أو الخدمة التي يقدمها المتلقي، ويقع على هذا الأخير إثبات خطأ المانح، وإثبات حصول خطأ المانح يتم بالرسائل والإعذارات التي أرسلها إلى المانح من أجل تنبيهه فيها بأنه أخل بالتزامه بالتموين⁽²⁾.

فإن أثبت المتلقي خطأ المانح جاز له المطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر مع الإبقاء على العقد، كما يحق له طلب فسخ عقد الفرنشيز لإخلال المانح بالتزامه بالتموين، مع طلب تعويض الأضرار التي أصابته جراء هذا الإخلال.

هذا إن أخل المانح بالتزامه بتسليم المواد التي تعهد بتسليمها للمتلقي تنفيذا للالتزام بالتموين، أما التزام المانح بضمان هذه المواد فقد سبق تفصيله عند الكلام في إخلال المانح بالتزامه بضمان العيوب الخفية وضمان التعرض والاستحقاق.

ب- أن يتعهد المانح بتموين المتلقي من الغير.

قد يلجأ المانح إلى تعيين جهات أخرى يتمون منها المتلقي بالمواد التي يحتاجها في حالة عدم توافرها لدى المانح، أو إذا لم تكن هذه المواد والمدخلات من تخصص المانح⁽³⁾، ويكون هذا التعهد ضروريا إذا كانت هذه الجهات تحتكر تلك المواد.

يعتبر المانح في هذه الحالة مشترطا لمصلحة المتلقي الذي يكون مستفيدا من هذا الاشتراط، ومن هنا يخضع شرط التموين إلى القواعد العامة التي تحكم الاشتراط لمصلحة الغير، ومادام المتلقي يدفع مقابل هذه السلع والمواد التي يتم تموينه بها فيكون من حقه تسلمها، ويبقى المانح ملزما بمتابعة تنفيذ المتعهد لالتزامه بتموين المتلقي، وملزما أيضا بضمان جودة السلع والمواد التي

(1) د/ لبنى عمر مسقاوي - مرجع سابق - ص 149.

(2) François Luc Simon - Théorie et pratique du droit de la franchise - op.cit - p185.

(3) د/ ياسر سيد الحديدي - مرجع سابق - ص 238.

يقدمها الموردون للمتلقي، كما يضمن له اقتناءها بسعر معقول وتنافسي، ويمكن تحديد السعر التنافسي بالنظر إلى ما يدفعه أعضاء شبكة الفرنشيز الآخرون مقابل سلع مماثلة⁽¹⁾.

فإن توقف الأشخاص الذين عينهم المانح لتموين المتلقي عن تنفيذ التزامهم أو تأخروا في تنفيذه، جاز للمتلقي الرجوع على هؤلاء الموردين بعد إغذارهم بوفاء التزامهم، أو أن يعذر المانح مباشرة ليطالب الموردين بتنفيذ ما تعهدوا به، فإن عادوا إلى تنفيذ التزاماتهم كان من حق المتلقي الحصول على تعويض ما أصابه من ضرر جراء هذا التأخير، وإن أصروا على عدم تنفيذ التزامهم بالتموين كان على المانح أن يعين أشخاصا آخرين لتموين المتلقي أو يترك له الخيار في التمون من أية جهة أراد، فإن لم يكن هناك بديل انفسخ العقد لعجز المانح عن تنفيذ التزامه بتموين المتلقي وانتهى عقد الفرنشيز، وترتب للمتلقي حق في التعويض على عاتق الموردين والمانح إن ثبت خطأه، أو على عاتق الموردين فقط إن انتهى خطأ المانح.

مطلب ثاني: إنهاء المانح عقد الفرنشيز بإرادته المنفردة.

تنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري على أنه: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون."، يتضح من هذا النص أنه يمنع على المانح أن ينهي عقد الفرنشيز بإرادته المنفردة، خاصة إذا كان العقد محدد المدة.

تثور مسؤولية المانح إن هو أنهى عقد الفرنشيز بإرادته المنفردة لخرقه المنع الوارد في المادة المذكورة سابقا، لكن الأمر يختلف بين ما إذا كان العقد محدد المدة أو لم يكن كذلك، فإن حدد المانح والمتلقي وقت انتهاء عقد الفرنشيز فإنه لا يجوز لأحدهما إنهاءه قبل هذا الوقت، إلا إذا اتفقا على خلاف ذلك، أما إن كان عقد الفرنشيز غير محدد المدة فإنه لا يسأل الطرف الذي ينهيه بإرادته المنفردة إلا إذا ارتكب خطأ.

فرع أول: إنهاء المانح عقد الفرنشيز محدد المدة بإرادته المنفردة.

قد يشترط المانح لنفسه حق إنهاء عقد الفرنشيز بإرادته المنفردة ولو كان محدد المدة، وحينها يجوز له إنهاؤه دون أن يترتب في ذمته أي تعويض لصالح المتلقي، إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك، أو إذا ارتكب المانح خطأ جسيما أو غشا، وعلى هذا سنتكلم في هذا الفرع عن إنهاء

(1) Zoubeir Mrabet – op.cit – p48.

المانح لعقد الفرنشيز محدد المدة بموجب شرط في العقد، وإنهاؤه دون وجود شرط يعطيه الحق في هذا الإنهاء.

أولاً: إنهاء المانع عقد الفرنشيز محدد المدة بموجب شرط في العقد يسمح له بذلك.

قد يتفق المانع والمتلقي على أجل معين ينتهي عقد الفرنشيز بحلوله، ومع ذلك يوردان شرطاً في عقدهما يعطي أحد طرفيه أو كليهما إنهاءه قبل انتهاء مدته، وإن كانت محكمتي النقض المصرية والفرنسية قد اعتبرت أن مثل هذا الشرط يجعل عقد الفرنشيز غير محدد المدة ولو حدد أجل ينتهي العقد بحلوله، غير أن المحكمتين اشترطتا على من يبادر إلى إنهاء العقد محدد المدة بموجب شرط يعطيه الحق في ذلك أن يقوم بإخطار الطرف الآخر، وأن يكون إنهاءه العقد مبرراً⁽¹⁾.

وبناء على هذا الاجتهاد الذي جاءت به المحكمتين السابقتين، تقوم مسؤولية المانع إن هو قام بإنهاء عقد الفرنشيز محدد المدة ولو أعطاه شرط في العقد هذا الحق، إذا لم يخطر المتلقي بهذا الإنهاء وأصاب الأخير ضرر جراء ذلك، كأن يكون الإنهاء في وقت غير مناسب له، أو أنه لم يمنح المتلقي فرصة لتحضير نفسه لهذا الإنهاء، كما تقوم مسؤولية المانع إن كان إنهاءه لعقد الفرنشيز غير مبرر، وفي الحالتين يجوز للمتلقي المتضرر من هذا الإنهاء أن يرفع الأمر إلى القضاء ليطالب بتعويض ما أصابه من ضرر.

قد يتفق المانع والمتلقي على إعطاء الحق لواحد منهما أو كليهما في إنهاء العقد الذي يجمعهما بإرادته المنفردة، مع اشتراط إرسال إنذار للطرف الآخر، وفي هذه الحالة يكون من حق المانع أن ينهي العقد بإرادته المنفردة بناء على هذا الشرط بعد إرسال إذار مسبق إلى المتلقي، ويكون له ذلك دون أن يتحمل أي تعويض، إلا إذا ارتكب المانع خطأ جسيماً، ومن الخطأ الجسيم أن يرسل المانع إنذاراً إلى المتلقي لإنهاء عقد الفرنشيز دون أن يحترم المهلة المعقولة أو المتفق عليها للإنذار، بحيث لا يترك للمتلقي الوقت الكافي لإيجاد البديل⁽²⁾.

ذلك أنه حتى في حالات الإعفاء من المسؤولية، يكون الشخص مسؤولاً عن تعويض الضرر الحاصل للطرف الآخر إذا ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً، حيث تنص الفقرة الثالثة من المادة 178

(1) د/ ياسر سيد الحديدي - مرجع سابق - ص 269.

(2) د/ نعيم مغنغب - مرجع سابق - ص 240.

من القانون المدني الجزائري على أنه: "وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه أو خطأه الجسيم".

يجوز أن يتفق طرفا عقد الفرنشيز محدد المدة على أن للمانح أو المتلقي أن ينهي العقد متى شاء، مع اشتراط إعدار الطرف الآخر وإعطائه تعويضا محددًا لجبر الضرر الحاصل له عن هذا الإنهاء المبكر لعقده، وبناء على هذا الشرط إن بادر المانح إلى إنهاء عقد الفرنشيز محدد المدة وقام بإعدار المتلقي في مدة معقولة ولم يرتكب غشا ولا خطأ جسيما، فإنه لا يكون مسؤولا عن تعويض المتلقي إلا بالقدر المتفق عليه في العقد ولو تجاوز الضرر الذي أصاب المتلقي هذا القدر، غير أن للمتلقي أن يطلب تعويضا أكبر إذا أثبت أن التعويض لا يتناسب البتة مع الضرر الحاصل له وأن المانح قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما⁽¹⁾، وقد نصت المادة 185 من القانون المدني الجزائري على هذه الأحكام.

قد يتفق طرفا عقد الفرنشيز أيضا على أنه يحق لأي منهما إنهاء العقد محدد المدة بإرادته المنفردة إذا أخل الطرف الآخر بالتزاماته، وهنا يكون من حق المانح أن ينهي العقد دون الرجوع إلى المتلقي إذا أخل الأخير بأي التزام يفرضه العقد عليه، غير أن هذا لا يمنع القاضي من مراقبة مدى عدم التزام المتلقي بالعقد وتأثير ذلك على المانح، وأن هذا الأخير لم يستغل وضعيته المتلقي لإنهاء عقد الفرنشيز⁽²⁾، فإن ثبت أن المتلقي لم يخل بأي التزام، أو أن طرفا طارئا أو مفاجئا أجبره على التأخر في تنفيذ التزام ما، وأن المانح قد استغل وضعيته الاقتصادية باعتباره الطرف الأقوى في العلاقة العقدية مع المتلقي، فإنه يكون مسؤولا عن تعويض الأخير عما أصابه من ضرر جراء هذا الإنهاء.

ثانيا: إنهاء المانح عقد الفرنشيز محدد المدة إذا لم يعطه شرط في العقد هذا الحق.

قد يستند المانح في إنهاء عقد الفرنشيز محدد المدة إلى عدم كفاءة المتلقي، ولو لم يعطه شرط في العقد حق إنهائه، ولما كان المانح ينفرد بتقرير الأهلية الفنية للمتلقي نظرا لهيمنة الاقتصادية، فإنه يستطيع إنهاء العقد بناء على خطأ المتلقي المتمثل في عدم كفاءته، ويكون بذلك

(1) د/ نعيم مغيب - مرجع سابق - ص 241.

(2) Caroline Sterlin - L'essor de la protection accordée au franchisé dans ses relations avec le franchiseur aux stades d'exécution du contrat et de sa rupture - thèse - Université Lille 2 - France - p67,68.

قادرا على التخلص من كل أثر سلبي للفسخ، غير أن للمتلقي رفع الأمر إلى القضاء الذي يقدر ما إذا كان إنهاء المانع للعقد مبررا أم غير مبرر، فإذا ثبت للقضاء أن إخفاق المتلقي في استيعاب مضمون الفرنشيز راجع إلى خطأ المانع، كان هذا الأخير مسؤولا عن تعويض الأضرار اللاحقة بالمتلقي جراء إنهاء عقده، ويثبت خطأ المانع إذا كانت الكفاءة مفقودة قبل دخول المتلقي في الشبكة بسبب إخفاق المانع في الدراسات التي ينفرد بها عادة، كما يثبت خطأ المانع إذا لم يتم بتأهيل المتلقي، ولم يزوده بالدراسات الجادة، أو إذا أخفقت هذه الدراسات في تنمية النشاط لدى مؤسسة المتلقي، أو إذا امتنع المانع أو أخفق في نقل المعرفة الفنية إلى المتلقي، أو إذا نقلها إليه لكنها أخفقت في تلبية احتياجات سوق المتلقي⁽¹⁾.

وبناء على ما سبق إذا أنهى المانع عقد الفرنشيز محدد المدة بإرادته المنفردة قبل انقضائها، دون أن يعطه شرط في العقد هذا الحق، متحججا فقط بتخلف المتلقي عن الكفاءة التي تتطلبها شبكة الفرنشيز، جاز للمتلقي المطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر جراء هذا الإنهاء إذا استطاع أن يثبت في جانب المانع أحد الأخطاء المذكورة في الفقرة السابقة التي أدت إلى عدم كفاءته.

فرع ثاني: إنهاء المانع عقد الفرنشيز غير محدد المدة بإرادته المنفردة.

إذا لم يتفق طرفا عقد الفرنشيز على تحديد مدة ينتهي بانقضائها عقدهما، فإن التساؤل يثور حول حق كل طرف من أطراف هذا العقد في إنهائه بإرادته المنفردة، طالما لم يحدد طرفاه مدة زمنية معينة لانتهائه⁽²⁾.

عملا بالقواعد العامة فإنه يجوز إنهاء عقد الفرنشيز غير محدد المدة في أي وقت بالإرادة المنفردة للمانع أو المتلقي، حتى لا نكون بصدد تأبيد لهذا العقد، وإن كان لا بد أن يخطر المبادر إلى إنهاء العقد الطرف الآخر وإعطائه الوقت الكافي ليعيد ترتيب أموره، ويترك تحديد مدة الإخطار لاتفاق الطرفين بشرط أن تكون معقولة⁽³⁾، فإن لم يحددها الطرفان كان للقاضي سلطة

(1) د/ محمد محسن إبراهيم النجار - مرجع سابق - ص48، إلى 50.

(2) د/ لبنى عمر مسقاوي - مرجع سابق - ص149.

(3) د/ محمود أحمد الكندري - أهم المشكلات العملية التي يواجهها عقد الإمتياز التجاري - مجلة الحقوق - مجلس النشر العلمي الكويت - العدد 4 - ديسمبر 2000 - ص149؛

تقديرها بناء على طبيعة كل عقد والظروف المحيطة به وما يقتضيه مبدأ حسن النية في المعاملات.

يبني حق الإنهاء الانفرادي لعقد الفرنشيز غير محدد المدة على اعتبارات عديدة، منها أن التعاقد لمدة غير محدودة يؤدي إلى التنازل عن حرية التعاقد، وتقييد الشخص مستقبلا في التعاقد وهذا أمر يتعارض مع كرامته الإنسانية، أو يحد من قدرته على التصرف في ما ثبت له من حقوق يقرها القانون، لذلك كان من حق المتعاقد أن ينهي العقد غير محدد المدة بإرادته المنفردة ولو لم يعطه شرط في العقد هذا الحق، وقد درجت القوانين والأحكام القضائية على هذا النهج⁽¹⁾، وقد تمتد هذه الاعتبارات إلى غير المتعاقدين، إذ أن عدم تحديد مدة انقضاء عقد الفرنشيز من شأنه أن يؤثر على مبدأ حرية المنافسة بسبب انحصارها بين مجموعة من المتعاملين الذين يرتبطون بعقود غير قابلة للفسخ، مما يحرم غيرهم من الدخول في المنافسة ويؤدي إلى التقليل من نجاعة السوق، كل هذه الأسباب تعطي أساسا قويا للمانع في إنهاء عقد الفرنشيز غير محدد المدة بإرادته المنفردة⁽²⁾.

رغم ثبوت حق المانع في إنهاء عقد الفرنشيز غير محدد المدة كما سبق القول، فإنه لا بد أن يتقيد ببعض القيود التي يفرضها العقد، أو المبادئ العامة للقانون مثل مبدأ حسن النية وعدم التعسف في استعمال الحق.

ومن الأمور التي يجب أن يراعيها المانع قبل إنهاء الفرنشيز غير محدد المدة بإرادته المنفردة إخطار المتلقي في وقت مناسب، وقد تحدد مدة الإخطار في العقد، وقد تحددها القوانين⁽³⁾ أو الأعراف التجارية السائدة في مثل هذه العقود، وذلك من أجل إعطاء المتلقي الفرصة لأخذ الاحتياطات اللازمة لمواجهة الظروف التي تنشأ عن الإنهاء، ويتجه القضاء إلى وضع حد أدنى

(1) المادة 66 و الفقرة 3 من المادة 73 من القانون رقم 11/90 الصادر بتاريخ 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم - الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 17 - الصادرة بتاريخ 25 أبريل 1990، والفقرة 1 من المادة 440 من القانون المدني الجزائري.

(2) د/ ساسان رشيد - عقد التوزيع بترخيص استعمال العلامة التجارية (عقد الفرانشايز) محاولة للتأصيل - مرجع سابق - ص257.

(3) ومثال ذلك تحديد مدة الإخطار في إنهاء عقد الإيجار بشهرين في الفقرة 2 من المادة 469 و الفقرة 2 و 4 من المادة 469 مكرر 2 من القانون المدني الجزائري.

للمدة اللازمة للإخطار بستة أشهر، وهي مدة لا تلزم طرفي عقد الفرنشيز، إذ يمكنهم الاتفاق على مدة أقصر أو أطول منها⁽¹⁾.

يحدد الطرفان مدة الإخطار في عقد الفرنشيز، فإن لم يحدداها تعود للقاضي سلطة تقديرها، ويستند في ذلك إلى عوامل موضوعية تتعلق بطبيعة النشاط موضوع عقد الفرنشيز، وقيمة الاستثمارات التي بذلها المتلقي في هذا المشروع، وبمدى قدم العلاقة التعاقدية بين طرفيه، وما تتطلبه حسن النية في المعاملات، إذ ليس من حسن النية أن يقدم المانح على إنهاء العقد قبل أن يستهلك المتلقي الاستثمارات التي دفعها دون أن يحقق ربحاً منها، أو أن ينهي المانح العقد بعدما اطمأن المتلقي إلى متانة علاقته بالمانح فزاد استثماراته قصد الاستمرار في العقد بعلم المانح الذي أنهى العقد قبل أن يسترد المتلقي ما أنفق من أموال⁽²⁾.

يترتب عن إنهاء المانح عقد الفرنشيز غير محدد المدة دون احترام شرط الإخطار المسبق استحقاق المتلقي لتعويض يجبر الضرر الناجم عن هذا الإنهاء، سواء كان الضرر قد أصابه على المستوى التجاري أو المادي أو المعنوي، ويجب على المتلقي إثبات عناصر الضرر التي تتمثل في فقد العناصر المادية أو المعنوية لمحل عقد الفرنشيز، مما يترتب عليه فقد العملاء وانخفاض رقم أعمال المتلقي⁽³⁾، ولا يهم بعد ذلك إن كان المتعاقدان قد اتفقا على الإخطار أو لم يتفقا عليه فهو واجب على المانح على أي حال.

لتقوم عناصر المسؤولية في حق المانح الذي أنهى عقد الفرنشيز بإرادته المنفردة لابد من إثبات خطأه والضرر الذي حصل للمتلقي بسبب هذا الخطأ، وخطأ المانح قد يتمثل في عدم إخطار المتلقي، الذي يجب عليه نفي حصول الإخطار، وللمانح أن يدفع ذلك بإثبات وجود الإخطار ولا يتسنى له ذلك إلا بالكتابة إذا اشترط الطرفان الكتابة في الإخطار، ويجوز في هذه الحالة إثبات الإخطار بإقرار المتلقي أو بالقرائن أو باليمين، وإذا لم يكن هناك اتفاق على طريقة معينة للإخطار فيجوز حينها تطبيقاً للقواعد العامة للمانح أن يثبت الإخطار بالبينة أو بالقرائن⁽⁴⁾.

(1) د/ ياسر سيد الحديدي - مرجع سابق - ص272.

(2) د/ لبنى عمر مسقاوي - مرجع سابق - ص192.

(3) د/ ياسر سيد الحديدي - مرجع سابق - ص272، 273.

(4) انظر في هذا المعنى د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، الإيجار والعارية - مرجع سابق - ص779.

الأصل أن تنتفي مسؤولية المانح الذي ينهي عقد الفرنشيز غير محدد المدة إن هو أثبت قيامه بإخطار المتلقي في الوقت المحدد، سواء كان هذا الوقت محددًا بشرط في العقد، أو كان الوقت الذي يقدره القاضي للإخطار بالنظر إلى عوامل موضوعية.

تقوم مسؤولية المانح ولو اثبت وجود الإخطار، إن استطاع المتلقي إثبات أن الإخطار قد تم خلال مدة أقصر من المتفق عليها، وفي حالة عدم الاتفاق يقدر القاضي ما إذا كانت المهلة الممنوحة للمتلقى بعد الإخطار كافية لئلا يُلحق الأضرار التي لحقت به جراء هذا الإنهاء، فإن وجد القاضي أن هذه المهلة غير كافية قامت مسؤولية المانح عن تعويض المتلقي ولو أثبت أنه قام بإخطاره.

لا تقتصر رقابة القضاء على احترام المانح المدة المتفق عليها في العقد للإخطار، بل تمتد إلى تقدير ما إذا كانت هذه المدة المتفق عليها كافية، خاصة إذا ثبت أن تحديدها كان نتيجة استغلال الهيمنة الاقتصادية للمانح، أو كانت أقل مما هو مفترض لها بالنظر إلى طول مدة التعامل بين المتعاقدين، أو بالنظر إلى ما يحتاجه المشروع من وقت لاستهلاك الاستثمارات المرصودة له⁽¹⁾، فإن ثبت للقاضي ذلك قامت مسؤولية المانح ولو أثبت أنه قام بإخطار المتلقي في الوقت المحدد في العقد، ويبني القضاء حكمه على أساس إلغاء شرط تحديد المدة إما بناء على أنه شرط تعسفي، وهذا يجوز تعديله أو إلغاؤه حسب المادة 110 من القانون المدني الجزائري، أو باعتبار هذا الشرط إعفاء من المسؤولية وهو يبطل إذا كان المشروط سبب النية حسب الفقرة الثانية من المادة 178 من نفس القانون.

قد يبني خطأ المانح على أساس التعسف في استعمال الحق، فحتى لو ثبت أن المانح قد أنهى عقد الفرنشيز غير محدد المدة بعد إخطار المتلقي في الوقت المناسب، فقد يكون مسؤولاً عن تعويض المتلقي عما لحقه من ضرر، ذلك أن إنهاء المانح لعقد الفرنشيز رغم تطبيق المتلقي للشروط والمعايير المتفق عليها في العقد يلحق ضرراً غير مشروع بهذا الأخير، خاصة إذا كان الإنهاء قد تم قبل أن يتمكن من قطف ثمار العقد، وفقاً لما كان يصبو إليه من أهداف مشروعته،

(1) د/ ساسان رشيد - عقد التوزيع بترخيص استعمال العلامة التجارية (عقد الفرنتشايز) محاولة للتأصيل - مرجع سابق - ص260.

مما يتيح للمتلقي إثارة مسؤولية المانح على أساس التعسف في استعمال الحق وفقا للقواعد العامة⁽¹⁾.

لا يكفي أن يخطر المانح المتلقي بإنهاء العقد في الوقت المحدد، بل لابد أن يكون إنهاءه العقد مبنيا على أسباب معقولة، وأن يثبت المبرر الجدي والواقعي الذي يحول دون الاستمرار في تبادل الالتزامات بين طرفي عقد الفرنشيز، ذلك إن كان إنهاء المانح العقد غير محدد المدة يحتاج إلى شرط شكلي يتمثل في الإخطار فإنه يحتاج إلى شرط موضوعي يتمثل في المبرر الجدي والواقعي⁽²⁾.

يعود للقاضي تقدير جدية الأسباب التي يعرضها المانح لإنهاء عقد الفرنشيز، مثلما كان له الحق في تقدير المدة الواجبة للإخطار إذا لم يتفق عليها الطرفان في العقد، أو تقدير كفايتها إذا كان منصوص عليها.

يعتبر من قبيل الأسباب المشروعة التي يبرر بها المانح إنهاء العقد، سوء المركز المالي للمتلقي، أو توقفه عن الدفع، أو اتخاذ إجراءات شهر الإفلاس في مواجهته، أو إذا أخل المتلقي بالتزاماته التعاقدية وفق العقد المبرم⁽³⁾، أو لفقد المتلقي كفاءته الفنية أو الإدارية أو المالية في إدارة مشروعه، فإن أثبت المانح السبب المشروع انتقت مسؤوليته عما قد يحدث للمتلقي من أضرار بسبب هذا الإنهاء، ولما كان الأمر مبنيا على إثبات ودحض الإثبات، يستطيع المتلقي إثبات أن المانح كان هو المتسبب في ما اعتمد عليه لإنهاء العقد، ومثاله أن يثبت أن المانح هو الذي تسبب في سوء مركزه المالي لتخلف المعرفة الفنية التي ينقلها له عن التطور أو بسبب امتناعه عن نقل التحسينات إليه ليتدارك تأخره، أو إذا أثبت المتلقي أن إفلاسه نتج عن إخلال المانح بالتزاماته اتجاهه، أو يثبت بأنه دفع بعدم تنفيذ التزاماته لنفس السبب، أو أن يثبت أن فقده الكفاءة ناتج عن فشل المانح في نقل المعرفة إليه أو امتناعه عن تقديم المساعدة التقنية اللازمة لاستيعاب المعرفة الفنية.

(1) د/ لبنى عمر مسقاوي - مرجع سابق - ص 194.

(2) د/ ساسان رشيد - عقد التوزيع بترخيص استعمال العلامة التجارية (عقد الفرانشايز) محاولة للتأصيل - مرجع سابق - ص 258.

(3) د/ ياسر سيد الحديدي - مرجع سابق - ص 273.

فإن ثبت للقاضي خطأ في جانب المانح الذي أنهى عقد الفرنشيز بإرادته المنفردة، وثبت أن هذا الخطأ تسبب في ضرر للمتلقي، كان للقاضي أن يقدر التعويض اللازم لتغطية الضرر مراعيًا في ذلك الخسارة التي لحقت للمتلقى، والكسب الذي فاته جراء هذا الإنهاء⁽¹⁾.

مبحث ثالث: الآثار المترتبة على إنهاء عقد الفرنشيز.

تنتهي آثار العقد بانتهائه بأية طريقة من طرق الانقضاء من حيث المبدأ، غير أن لعقد الفرنشيز طبيعة خاصة بحيث تبقى بعض الآثار حتى بعد انتهائه، وقد تكون هذه الآثار عقدية إن كانت منظمة بشرط في عقد الفرنشيز المنتهي أو باتفاق لاحق عليه، سواء كان هذا الاتفاق تم أثناء قيام العقد أو أبرم بعد انقضائه.

يترتب عن القول بوجود آثار لاحقة لانتهاء عقد الفرنشيز أن تنتج حقوق والتزامات في ذمة طرفيه، فإذا كانت الالتزامات عقدية لتنظيمها باتفاق كما سبق ذكره، يترتب الإخلال بها مسؤولية عقدية، أما إذا لم تنظم باتفاق فإن الإخلال بها يترتب مسؤولية تقصيرية.

يتضح من هذا أن كل من المانح والمتلقي قد يتحمل مسؤولية مدنية إما عقدية أو تقصيرية، إن هو أخل بالالتزامات التي تنشأ في ذمته بمناسبة انتهاء عقد الفرنشيز، يثيرها الطرف الآخر صاحب الحق، وعليه سندرس في هذا المبحث آثار انتهاء عقد الفرنشيز على المتلقي ثم على المانح في المطلبين الآتيين.

مطلب أول: آثار انقضاء عقد الفرنشيز على المتلقي.

يكون انتهاء عقد الفرنشيز غالباً مضراً بمصالح المتلقي الذي يجد نفسه متوقفاً عن ممارسة نشاط كان يدر عليه الربح، وذلك عملاً بشرط عدم منافسة المانح، هذا الذي يفرض على المتلقي عدم ممارسة أي نشاط مشابه لمحل العقد المنتهي، كما يمنع عليه الانتماء إلى أية مؤسسة منافسة لمؤسسة المانح، بما يؤدي إلى فقدان المتلقي عنصر الزبائن الذي ساهم في تكوينه.

ورفعاً لهذا الضرر أوجد حق للمتلقي في تجديد عقده، حتى يتجنب فقد عملائه، لكن لم يتفق جميع الفقهاء على ثبوت هذا الحق للمتلقي خاصة إذا لم يشترط التجديد صراحة أو ضمناً في عقد

(1) د/ ياسر سيد الحديدي - مرجع سابق - ص 273.

الفرنشيز، ومع ذلك يمكن تخفيف الضرر الذي يسببه شرط عدم المنافسة بوضع قيود زمنية ومكانية وموضوعية لهذا الشرط.

فرع أول: حق المتلقي في طلب تجديد عقده.

ينتهي العقد في الأصل بانتهاء المدة التي اتفق عليها طرفاه لانتهائه، لكن يبقى الحق للمتعاقدين في تمديد العقد أو تجديده، كما يمكن أن يطلب أحدهما التجديد ويرفضه الآخر، الذي استخدم حقه المكفول بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومع ذلك قد يثير رفض طلب تجديد العقد في بعض الحالات التساؤل حول حق الطرف الذي رفض طلبه بتجديد العقد في تعويض ما أصابه من ضرر جراء رفض طلبه، مثل ما هو الحال عليه في عقود المصلحة المشتركة⁽¹⁾.

وما يدعم هذا التساؤل أكثر هو إبرام عقد فرنشيز بين مانح ومتلقي وتجديده عدة مرات متتالية، ثم يقرر المانح وضع نهاية للعقد ويختار عدم التجديد، مما قد يكلف المتلقي أضراراً مادية وأدبية، تعود إلى إسهامه في تنمية شهرة علامة المانح من خلال ترويج سلعه وخدماته، وتوسيع قاعدة زبائنه، وكلها أمور تعود على المانح بالنفع، كما تعود هذه الأضرار إلى ما أنفقه المتلقي من أموال لأجل دعم شبكة الفرنشيز، التي استفاد جميع أعضائها من هذا الدعم بما فيهم المانح⁽²⁾.

يعتبر المانح والمتلقي مستقلان عن بعضهما مالياً وإدارياً حسب القواعد العامة، ولهما أن يختارا اعتماد تجديد عقد الفرنشيز من عدمه، ولذلك لا بد من وجود بند صريح في العقد يعطي المتلقي الحق في تجديد عقده، لكن في غياب الشرط الصريح يصعب القول بوجود الشرط الضمني، كما يرى الدكتور نعيم مغبغب أنه لا يوجد حق مكتسب يقضي بتجديد عقد الفرنشيز تلقائياً، فلا بد من وجود شرط صريح بتجديد العقد، حتى يترتب تعويض للمتلقي في حالة عدم تجديد عقده⁽³⁾.

لا يمنع ما قلناه سابقاً من تجدد عقد الفرنشيز تجدداً ضمناً، فإن كان الأصل أنه لا ينسب لساكت قول، فإن السكوت في بعض الحالات قد يدل على القبول، وهو ما يسمى بالسكوت الملابس الذي نصت عليه المادة 60 من القانون المدني الجزائري، فإن اتخذ طرفاً عقد الفرنشيز

(1) د/ ياسر سيد الحديدي - مرجع سابق - ص 274، 275.

(2) د/ سمير عبد السميع الأودن - مرجع سابق - ص 93.

(3) د/ نعيم مغبغب - مرجع سابق - ص 244.

موقفا لا يدع أي مجال للشك في دلالاته على نيتها في تجديد العقد، فإن ذلك يعتبر تجديدا ضمنيا لهذا العقد، ومثال ذلك أن يستمر الطرفان في تنفيذ التزاماتهما التعاقدية بعد انقضاء مدة العقد أو بعد إخطار أحدهما الآخر بإنهائه، إذا كان الاستمرار في العقد من مصلحة طرفيه لاسيما المتلقي الذي يكون مرتبطا اقتصاديا بالعقد المنتهي في غالب الأحوال، فيستمر المانح في تمويل المتلقي وتقديم المساعدة التقنية له وتزويده بالتحسينات التي يدخلها على المعرفة الفنية، ويستمر المتلقي في المقابل في دفع الأتاوى الدورية والخضوع لتعليمات وإرشادات المانح المتعلقة بالجوانب الإدارية والمحاسبية والتسويقية، وإبقائه في الوقت نفسه على المظهر الخارجي الموحد لمحلته بما يوحي بأنها لازالت ضمن شبكة الفرنشيز⁽¹⁾.

قد يتفق الطرفان على بند - كما سبق القول - يعطي المتلقي الحق في طلب تجديد عقده، كما قد يبيننا في هذا الشرط كيفية ممارسته، والمدة التي يمكن خلالها ممارسته، وإن كان لا بد من طلب التجديد قبل انقضاء مدة العقد أو قبل إنهائه إذا لم يكن محدد المدة، فهل يقال بهذا أن الحق في التجديد قد يثبت قبل انقضاء العقد أم أنه لا يثبت إلا بعد انتهاء العقد الأول؟ ومتى وكيف يسقط الحق في التجديد؟ وما مقدار التعويض الذي يستحقه المتلقي في حال رفض المانح تجديد عقده؟، وقد لا يتفق الطرفان على تجديد العقد ولا يستمران في تنفيذه ليقال أنه تجدد بشكل ضمني، وفي جميع هذه الأحوال يثور التساؤل عن مدى أحقية المتلقي في تجديد عقده، وما مقدار التعويض الذي يحصل عليه في حالة رفض طلبه وعلى أي أساس يتم تقديره.

يقع على عاتق المانح التزام بتجديد عقد المتلقي إذا نص بند صريح في العقد على تجديده عند انتهاء مدته، فإن هو أخل بالتزامه بأن رفض طلب المتلقي بتجديد عقد الفرنشيز حق للأخير أن يرفع دعوى قضائية يطالبه فيها بالتنفيذ العيني لالتزامه، فإن أصر المانح على عدم التجديد، لم يبق للمتلقي إلا الحصول على تعويض، الذي يقدره القاضي على أساس ما فات المتلقي من ربح وما لحقه من خسارة.

يجب على المتلقي أن يحترم طريقة ممارسة حقه في طلب التجديد إذا حدد شرط التجديد هذه الطريقة، فإن اشترط الطرفان أن يكون طلب التجديد مكتوبا أو أن يتم عن طريق محضر قضائي، فعلى المتلقي أن يحترم هذه الإجراءات وإلا اعتبر الطلب كأن لم يصل إلى المانح وفقد المتلقي

(1) د/ ساسان رشيد - عقد التوزيع بترخيص استعمال العلامة التجارية (عقد الفرنتشايز) محاولة للتأصيل - مرجع سابق - ص214، 215.

حقه في التجديد، أو في تعويض ما أصابه من ضرر في حالة رفض طلبه، ويقع عبء إثبات حصول طلب التجديد بحسب الإجراءات المتفق عليها على عاتق المتلقي وللمانح أن يثبت عكس ذلك، ولا يمكنهما الإثبات بغير الكتابة إن اشترطت في طلب التجديد.

يقع على المتلقي أيضا وجوب احترام المدة اللازمة لطلب التجديد، فإن تأخر المتلقي في تقديم طلبه عن المدة المحددة لذلك فقد حقه في التجديد وفي التعويض عن عدم التجديد، ويعتبر المانح في حل من التزامه بتجديد عقد المتلقي، إن هو اثبت عدم حصول الطلب في الميعاد المتفق عليه في العقد، ومثال ذلك أن يتفق المانح والمتلقي أن يكون لهذا الأخير حق في تجديد عقده إن قدم للمانح طلبا بذلك قبل شهر من انقضاء العقد الأول، في حين لم يقدم المتلقي هذا الطلب إلا بعد انتهاء العقد الأول، ويستوي أن يكون المتلقي قد تأخر عن تقديم الطلب في الوقت المتفق عليه بسبب إهمال منه أو تقصير أو بسبب أجنبي لا يد له فيه، لأنه في جميع الأحوال ينتفي خطأ المانح فيصبح في حل من التزاماته، ولا يكون مسؤولا إلا إذا كان هو المتسبب في تأخر المتلقي عن تقديم طلب التجديد في الوقت المتفق عليه.

فإذا احترم المتلقي إجراءات طلب التجديد والشروط المتفق عليها لذلك، ورفض المانح طلبه، جاز له المطالبة بالتنفيذ العيني أو التعويض إن أصر المانح على عدم تنفيذ التزامه بالتجديد، ويعود تقدير التعويض إلى القاضي كما سبق القول، غير أن المتعاقدين قد يتفقان على تعويض يقدمه المانح للمتلقي في حالة رفض تجديد عقده، وفي هذه الحالة لا يكون للمتلقي إلا المطالبة بهذا التعويض المقدر في العقد ولو زاد الضرر الذي لحق به عن هذا التعويض، ولا يحق له أن يطالب بقيمة أكبر إلا إذا أثبت أن المانح ارتكب غشا أو خطأ جسيما حسب المادة 185 من القانون المدني الجزائري.

هذا كله إن تم الاتفاق على تجديد عقد الفرنشيز بعد انقضاء مدته، أما إن لم يرد في العقد مثل هذا الشرط فنكون أمام فرضين، الأول أن يواصل الطرفان تنفيذ العقد بعد انتهائه فنكون بصدد تجديد ضمني، والفرض الثاني أن يتوقف الطرفان عن تنفيذ العقد بمجرد انقضاء مدته.

فإذا استمر الطرفان في تنفيذ عقد الفرنشيز بعد انتهاء مدته فإن ذلك يعتبر تجديدا ضمنيا للعقد، ويتم هذا التجديد لنفس المدة السابقة دون تعديل في التزامات طرفيه، ويمتد العقد بنفس شروط العقد الأول ودون أن يتحمل أي واحد منهما التزامات إضافية، إلا أن البعض يرى وجوب

الإعلام الذي يقع على عاتق المانح، ويرى فريق آخر أن لا ضرورة لهذا الإعلام هنا لأن المتلقي قد اكتسب معرفة كافية واطلاعا واسعا على عناصر عقد الفرنشيز ولم يعد في حاجة إلى الإعلام⁽¹⁾.

يمنع تجديد العقد ضمنيا على أي واحد من طرفيه إنهاءه بإرادته المنفردة قبل انقضاء مدته، وهي مدة مماثلة لمدة العقد الأول، فإن قام المانح بإنهاء هذا العقد بإرادته المنفردة قامت مسؤوليته حسب ما بيناه سابقا في الكلام عن إنهاء المانح عقد الفرنشيز محدد المدة بإرادته المنفردة.

يبقى للمانح أن يتمسك بانتهاء العقد الذي تجدد ضمنيا بعد انقضاء مدته، ويكون له هذا الحق أيضا بانتهاء مدة العقد الأول وقبل أن يتم تجديده صراحة أو ضمنا، دون أن يتحمل أية مسؤولية، إذ لا يحق للمتلقي أن يطالب المانح بتعويض عن عدم تجديد عقده⁽²⁾، ولو أصابه ضرر بسبب انتهاء العقد، لأن المانح لم يرتكب أي خطأ، مادام قد خضع لشريعة العقد التي تقضي بانتهائه عند انقضاء مدته المتفق عليها.

إن كان الأصل أن لا يستحق المتلقي أي تعويض عن عدم تجديد الفرنشيز، إذا لم يعطه بند في العقد هذا الحق، فإنه يستحق التعويض استثناء إذا ارتبط رفض المانح تجديد العقد بظروف تجعله متعسفا في استعمال حقه⁽³⁾.

انقسم القانون والفقه بهذا الشأن إلى فريقين، يذهب الأول إلى إطلاق حق المانح في عدم تجديد العقد، فمن العدل أن لا يجبر المانح في الاستمرار في العقد بعد انقضاء مدته على خلاف إرادته، والمنطق أيضا يفرض هذا المذهب إذ قد يؤدي فرض التجديد على المانحين رغم إراداتهم إلى عزوفهم عن إبرام عقود فرنشيز مما يؤدي إلى إضعاف أو ربما إنهاء العمل بهذا العقد، الذي يلعب دورا بارزا في نقل التكنولوجيا، ولهذه الأسباب أخذت المحاكم الأمريكية بهذا المذهب، ولم تقر للمتلقي بحقه في التعويض عن عدم تجديد عقده إلا إذا أعطاه شرط في العقد هذا الحق، وفي

(1) د/ ساسان رشيد - عقد التوزيع بترخيص استعمال العلامة التجارية (عقد الفرانشايز) محاولة للتأصيل - مرجع سابق - ص216؛

François Luc Simon - théorie et pratique du droit de la franchise - op.cit - p104.

(2) د/ لبنى عمر مسقاوي - مرجع سابق - ص231.

(3) François Luc Simon - théorie et pratique du droit de la franchise - op.cit - p325; Yasser AL SURAIHY - op.cit - p31.

حالة عدم وجود هذا الشرط لا يتحمل المانح أية مسؤولية إذا رفض طلب المتلقي في التجديد، ولو لم يكن رفضه مستندا إلى سبب جدي ومناسب، ويكون مسؤولاً عن رفض التجديد دون سبب جدي إذا فرض عليه شرط في العقد تسبب رفضه⁽¹⁾.

يذهب الفريق الثاني إلى وجوب تعويض المتلقي عند رفض تجديد عقده ولو لم يعطه شرط في العقد هذا الحق، ولم يفرض على المانح تسبب رفض طلب التجديد ببند في العقد، ويعتبر حق المتلقي في التعويض قائماً مقابل ما بذله في تنمية نشاط الفرنشيز، وما تكبده من نفقات تهيئة منشأته لأجل الانضمام إلى شبكة الفرنشيز، وما سيفوته من تحقيق ربح مشروع جراء انتهاء عقده قبل أن يسترد ما أنفقه من استثمارات لتنفيذ هذا العقد⁽²⁾.

يؤسس أصحاب هذا الرأي حق المتلقي في التعويض على أحد المبادئ الثلاثة الآتية: أولها العقد ذو المصلحة المشتركة والحق في العملاء، وثانيها إثراء المانح على حسابه بدون سبب، وثالثها تعسف المانح في استعمال حقه بعدم التجديد⁽³⁾.

يثبت حق المتلقي في الحصول على تعويض جراء عدم تجديد عقده ولو لم يعطه بند في العقد الحق في طلب التجديد، ويتحمل المانح مسؤولية الأضرار الحاصلة للمتلقي جراء انتهاء عقده ورفض تجديده، ولن تسقط عنه هذه المسؤولية إلا إذا أثبت الأسباب الجدية التي دفعته إلى رفض طلب المتلقي لتجديد عقد الفرنشيز، ويقام هذا التعويض على أساس المصلحة المشتركة التي يتميز بها هذا العقد، الذي أبرم لمصلحة طرفيه المانح والمتلقي، وهو يشبه نظام وكالة العقود⁽⁴⁾ التي أخذت بها العديد من القوانين واعتبرتها من عقود المصلحة المشتركة.

رأى أصحاب هذا الاتجاه أن فكرة المصلحة المشتركة الموجودة في وكالة العقود يمكن قياسها على عقود أخرى مشابهة منها عقد الفرنشيز، وجوهر هذه المصلحة المشتركة هو وجود زبائن مشتركين بين طرفي العقد، كان لكل من المانح والمتلقي دور في تكوينهم وجذبهم، ويكون من مصلحة الطرفين تنمية هؤلاء العملاء وزيادة أعدادهم⁽⁵⁾.

(1) د/ حسام الدين خليل فرج - مرجع سابق - ص 225.

(2) د/ سمير عبد السميع الأودن - مرجع سابق - ص 94.

(3) د/ حسام الدين خليل فرج - مرجع سابق - ص 227.

(4) د/ سمير عبد السميع الأودن - مرجع سابق - ص 95.

(5) د/ حسام الدين خليل فرج - مرجع سابق - ص 227.

يستحق المتلقي التعويض حسب هذا الرأي بسبب فقدته عنصر العملاء الذي ساهم في تكوينه، وسيفقدون ويحرم من النفع الذي يعود عليه منهم بسبب رفض تجديد عقده، ولكي يعترف للمتلقي بدوره في تكوين عنصر العملاء عليه أن يثبت قدرته على اكتساب زبائن خاصين به ومرتبطين بنشاطه الخاص بعيدا عن عنصر الجذب في علامة المانح، وأن يثبت مقدار هذا الدور الذي لعبته عناصر الجذب الخاصة به، وإن كان امتلاك المتلقي لمحل تجاري أو استغلاله له يعطيه الحق في امتلاك عنصر الزبائن، غير أن هذا لا يكفي لاستحقاقه تعويضا عن عدم تجديد عقده، بل يجب عليه أن يثبت تعرضه لخطر فقد عملائه⁽¹⁾،

حاول جانب آخر من الفقه الاعتماد على القواعد العامة في القانون المدني لإيجاد أساس لتعويض المتلقي عن رفض تجديد عقده، ولو لم يشترط لنفسه حق التجديد لا في العقد ولا في اتفاق لاحق، ولم يلتزم المانح في المقابل بتبرير رفضه التجديد إن طلبه المتلقي، إذ تمنع القواعد العامة أن يثري شخص على حساب آخر دون وجه حق، فنجد المادة 141 من القانون المدني الجزائري تنص على أن: "كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء".

يجب أن تجتمع عدة شروط ليعتبر المانح قد أثرى على حساب المتلقي، حتى يتمكن الأخير من الحصول على تعويض مبني على الإثراء بلا سبب، ومن المادة السابق ذكرها نستنتج أن شروط الإثراء بلا سبب هي: إثراء المدين، وافتقار الدائن، وأن توجد رابطة سببية بين الاغتناء والافتقار، وألا يكون لاغتناء المدين سبب.

يقصد بشرط إثراء المدين أن يحصل على منفعة مادية أو معنوية يمكن تقييمها بالمال تدخل ذمته المالية إما في شكل الحصول على كسب أو تجنب خسارة، ومثال المنفعة المادية حصول المدين على مبلغ من المال، ومثال المنفعة المعنوية حصول شفاء المريض بسبب طبيب أو تحصيل شخص علما من آخر، وقد يكون الإثراء بزيادة حقوق المدين أو بإنقاص التزاماته، وتتم زيادة حقوقه مثلا بقبض مال لا يستحقه بحسن نية، ومثال إنقاص التزاماته أن يدفع الغير ديناً عنه، وقد يكون الإثراء مباشرا بانتقال منفعة من ذمة المفتقر إلى ذمة المغتني بفعل أحدهما، وقد يكون الإثراء غير مباشر إذا تدخل شخص أجنبي كما لو بنى مقاول منزلا للمثري بأدوات يملكها

(1) Dominique BASCHET – op.cit – p211, 214; Yves MAROT – op.cit – p61, 62.

المفتقر، وقد يكون الإثراء بفعل مادي كما هو في المثال السابق، وقد يكون الإثراء بتصرف قانوني، كما لو اتفق مشتري سيارة مع ميكانيكي لإصلاحها فأصلحها ثم فسخ البيع، فيكون بائع السيارة قد أثرى على حساب الميكانيكي الذي أصلحها بناء على اتفاق مع المشتري⁽¹⁾.

يقصد بشرط افتقار الدائن أن تقع له خسارة، وتقوته منفعة كان من حقه الحصول عليها، والافتقار مثل الإثراء قد يكون إيجابياً أو سلبياً، وقد يكون مباشراً أو غير مباشر، كما أنه قد يكون مادياً أو معنوياً، ولا بد من توافر هذا الشرط إذ لا يكفي الشرط الأول ليستطيع الدائن الرجوع على المثري بدعوى الإثراء بلا سبب، فإذا قام الإثراء دون الافتقار فلا يلزم المثري برد أي شيء، إذ أنه يكون ملزماً برد أقل قيمتي الإثراء والافتقار، فإذا لم يفقر الشخص الآخر فلا التزام على المثري⁽²⁾.

يجب أن يكون هذا الافتقار مترتباً على إثراء المدين، أي أن تقوم علاقة سببية بين إثراء المدين وافتقار الدائن، فإذا أنشأ شخص حديقة في منزله وجعلها تجميلاً جعل قيمة منزل جاره ترتفع، فيكون الأخير قد أثرى بسبب ارتفاع قيمة منزله، لكن الشخص الذي أنشأ الحديقة لنفسه لم يفقر⁽³⁾، ويعود تقدير العلاقة السببية لقاضي الموضوع، وفي حالة تعدد الأسباب يمكن الاستعانة بفكرة السبب المنتج، فإذا كان الافتقار هو السبب المنتج للإثراء قامت العلاقة المباشرة بينهما، أما إذا انعدمت العلاقة السببية بين الافتقار والاعتناء فلا يحق للمفتقر الرجوع على من أثرى.

لا يحق للمفتقر الرجوع على من أثرى بالتعويض إلا إذا انعدم السبب القانوني للإثراء، ويفترض وجود سبب للإثراء إلا إذا أثبت المفتقر عكس ذلك، وقد يكون السبب المشروع للإثراء عقداً أو نصاً قانونياً، فإذا أثرى شخص على حساب آخر لشرط في عقد بينهما فلا مجال لإعمال قاعدة الإثراء بلا سبب، وينطبق الحكم نفسه ولو لم يكن العقد قد أبرم بين المفتقر والمثري، فلو أثرى شخص على حساب آخر بدون سبب ثم وهب ما أثرى به إلى شخص ثالث، فلا يحق للمفتقر الرجوع على الموهوب له، ولا يكون للمفتقر أيضاً الرجوع على المثري الذي أثرى بسبب

(1) د/ محمد حسنين - مصادر الالتزام - مرجع سابق - ص 218.

(2) د/ محمد صبري السعدي - مصادر الالتزام - الجزء 2 - مرجع سابق - ص 256.

(3) د/ علي علي سليمان - مرجع سابق - ص 235.

نص في القانون، فلا يستطيع من سقط حقه بالتقادم الرجوع على الذي اكتسب حقه بالتقادم على أساس الإثراء بلا سبب⁽¹⁾.

إذا توافرت الشروط الثلاث للمتلقي جاز له مطالبة المانح بتعويض مستندا إلى نظرية الإثراء بلا سبب، فيثبت أن المانح قد أثرى على حسابه إما لفقده عنصر العملاء الذين يستفيد منهم المانح، أو بفقده التحسينات التي أدخلها على التكنولوجيا فتصبح قيمة مضافة تزيد من قيمة هذه التكنولوجيا، التي ينتهي حق المتلقي في استغلالها بمجرد انتهاء عقد الفرنشايز، فيكون المانح قد أثرى بقدر ما أضافه عنصر العملاء والتحسينات إلى شركته مقابل افتقار المتلقي الذي يفقد العملاء الذين كونهم والتحسينات التي بذل جهدا ومالا في الوصول إليها⁽²⁾.

ويرى الدكتور سيد ياسر الحديدي استبعاد تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب في هذا المجال، ذلك أن المتلقي ولو أثبت افتقاره واغتناء المانح على حسابه، فإنه لا يمكنه إنكار السبب القانوني الذي اغتنى على إثره المانح، فإثراء المانح كان بسبب عقد صحيح يربطه مع المتلقي، وتختلف هذا الشرط يجعل من الصعب على الأخير الحصول على تعويض بناء على الإثراء بلا سبب⁽³⁾.

أسس فريق آخر حق المتلقي في التعويض عن رفض تجديد عقده في حال لم يعطه شرط في العقد هذا الحق على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق، فيكون المانح مسؤولا عن تعويض المتلقي إذا ارتكب خطأ تقصيريا بمناسبة رفضه تجديد عقد الفرنشايز، ومن ذلك أن يجعل المتلقي مطمئنا لتجديد العقد رغم نيته الباطنة في عدم التجديد، أو أن لا يعلم المتلقي بعدم التجديد إلا قبل انقضاء أجل العقد بمدة زمنية غير كافية، أو إذا كان رفض المانح تجديد العقد مبني على أسباب غير مشروعة⁽⁴⁾، كأن يكون السبب انتماء المتلقي الحزبي أو الديني أو العرقي مثلا، بل إن مجرد عدم اعتماد المانح على سبب جدي لرفض طلب التجديد يعتبر تعسفا في استعمال الحق⁽⁵⁾، كما سبق ذكره.

(1) د/ محمد حسنين - مصادر الالتزام - مرجع سابق - ص 219.

(2) د/ بلحاج العربي - النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري - الجزء 2 - ص 459، 460.

(3) د/ ياسر سيد الحديدي - مرجع سابق - ص 300.

(4) د/ ساسان رشيد - عقد التوزيع بترخيص استعمال العلامة التجارية (عقد الفرنشايز) محاولة للتأصيل - مرجع سابق - ص 220؛

François Luc Simon - théorie et pratique du droit de la franchise - op.cit - p325, 326.

(5) د/ حسام الدين خليل فرج - مرجع سابق - ص 229.

ومجمل القول أن أي خرق من المانح لما يفرضه مبدأ حسن النية والثقة والنزاهة في التعامل التي ينتظرها منه المتلقي، يشكل تعسفاً من طرفه لامتناعه عن تجديد العقد، مما يعطي للمتلقي حقاً في الحصول على تعويض ما أصابه من خسارة وما فاتته من كسب جراء انتهاء عقده ورفض طلب تجديده⁽¹⁾.

انتقد البعض تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق على رفض المانح طلب تجديد العقد الذي يتقدم به المتلقي إليه، إذ أن المسألة في حالة عدم تجديد العقد المنتهي لا تتعلق بالحق في رفض التجديد وإنما بحرية عدم التعاقد، فيكون المانح هنا قد استعمل حريته في عدم التعاقد وليس حقه في رفض التجديد، ونظرية التعسف تتعلق بالتعسف في استعمال الحق لا في استعمال الحريات⁽²⁾.

لكن حتى ولو وضعنا نظرية التعسف في استعمال الحق جانبا، فإن المنطق يدعو إلى تعويض المتلقي عما أصابه من ضرر جراء رفض المانح تجديد عقده، ذلك أن تصرف المانح هنا يتعارض مع العرف التجاري ومبادئ الشريعة الإسلامية والقانون الطبيعي وقواعد العدالة⁽³⁾، هذه التي أحال عليها المشرع الجزائري القاضي في حالات عدة، حيث أقر في المادة 107 من القانون المدني أن العقد لا يقتصر على ما ورد فيه فحسب وإنما يشمل مستلزماته وفق القانون والعرف والعدالة وطبيعة الالتزام، وغيرها من المواد.

فرع ثاني: التزام المتلقي بعدم المنافسة.

يتضمن عقد الفرنشيز عادة شرط عدم المنافسة بعد انقضائه، ويتضمن هذا البند التزام المتلقي بعدم إنشاء نشاط مشابه لموضوع الفرنشيز، سواء كان ذلك بشكل مباشر أو غير مباشر، في النطاق الذي كان يشمل العقد، كما يمنع المتلقي وفق هذا الشرط من تملك حصص في شركات منافسة للمانح⁽⁴⁾.

(1) د/ لبنى عمر مسقاوي - مرجع سابق - ص 232.

(2) د/ ياسر سيد الحديدي - مرجع سابق - ص 306.

(3) د/ سمير عبد السميع الأودن - مرجع سابق - ص 97.

(4) Carolin STERLIN - op.cit - p91, 92; François Luc Simon - le contrat de franchise un an d'actualité - op.cit - p42; Amandine BOUVIER - op.cit - p351.

يصب شرط عدم المنافسة في مصلحة المانح، ذلك أنه المستفيد الوحيد منه، إلا إذا رخص لمتلقي آخر في ذات الإقليم الذي يسري فيه شرط عدم المنافسة، في حين يكون هذا الشرط ضارا بمصلحة المتلقي، ذلك أنه بعد أن يسترد المانح العناصر المعنوية للعقد وعلى رأسها المعرفة الفنية وما اتصل بها من عناصر ملكية فكرية أخرى مثل براءة الاختراع والعلامة التجارية والرسوم والنماذج وغيرها، تبقى العناصر المادية لمشروع المتلقي من آلات ومعدات عرضة للتلف، ويبقى عماله عرضة للبطالة، وهذا كله ناتج عن السلوك السلبي للمتلقي الممتنع عن منافسة المانح⁽¹⁾.

يستولي المانح بطريقة غير مباشرة - بسبب شرط عدم المنافسة - على بعض العناصر التي يملكها المتلقي مثل الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية والتحسينات التي أدخلها على التكنولوجيا المنقولة إليه، إضافة إلى تحمل المتلقي أعباء مالية في مواجهة مستخدميه، فيدفع أجورهم ومقابل التأمين عليهم لدى شركات التأمين، وهذا كله من أجل الإبقاء عليهم إلى حين انقضاء مدة عدم المنافسة⁽²⁾.

ولهذه الأسباب كلها يجب أن يكون شرط عدم المنافسة محددًا من حيث الموضوع والمكان والزمان، إذ يجب أن لا يكون مطلقًا لتعارضه مع حرية المنافسة، ولأن هذا الشرط يعتبر من الشروط التعسفية في وضعية الهيمنة⁽³⁾ التي تمنعها القوانين، ومن ذلك نص المادة 6 من قانون المنافسة الجزائري التي تنص على أنه: "تحظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه لاسيما عندما يرمي إلى الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها... الخ".

لأجل هذا فرضت القوانين والاجتهادات القضائية شروطًا صارمة على المانح حتى لا يتعسف في شرط عدم المنافسة حماية منها للمتلقي، بحيث يجب أن يكون بند عدم المنافسة مبررا بمصلحة مشروعة للمانح ومتناسبا معها وإلا كان باطلا⁽⁴⁾، فإذا كان من مصلحة المانح حماية

(1) د/ عبد المنعم زمزم - مرجع سابق - ص 127، 128.

(2) د/ سمير عبد السميع الأودن - مرجع سابق - ص 98.

(3) قوسم غالية - التعسف في وضعية الهيمنة في القانون الجزائري على ضوء القانون الفرنسي - أطروحة دكتوراه - جامعة تيزي وزو - 2016 - ص 183؛

François Luc Simon - le contrat de franchise un an d'actualité - op.cit - p42, 43.

(4) قوسم غالية - مرجع سابق - ص 184.

المعرفة الفنية والعلامة التجارية التي يملكها وغيرها، فلا بد أن يتم تحديد المنع من المنافسة بنطاق جغرافي وزماني بالقدر الكافي لحماية هذه العناصر دون مجاوزة وإلا اعتبر ذلك تعسفا في حق المتلقي⁽¹⁾.

يجب أن يدفع المانح مقابلا للمتلقي عن امتناعه عن المنافسة، وتتكون عناصر هذا المقابل من الخسائر والنفقات التي يتكبدها المتلقي أثناء مدة سريان شرط عدم المنافسة، وما يفقده من أرباح كان سيحققها لو ظل يمارس نشاطه الذي توقف عنه بموجب هذا الشرط، وإن كان من الصعب تحديد هذه الأرباح بالاستناد على رقم الأعمال الذي كان يحققه المتلقي قبل انتهاء عقده نظرا لتأثير العناصر المملوكة للمانح في هذا الربح، لكن يمكن الاستناد إلى متوسط الأرباح التي تجنيها المشروعات المماثلة في نفس الإقليم والتي لا تكون منضمة في شبكة الفرنشيز⁽²⁾.

مطلب ثاني: آثار انقضاء عقد الفرنشيز على المانح.

يحقق انتهاء عقد الفرنشيز غالبا منافع للمانح أكثر من تحقيقه فائدة للمتلقي الذي كما ذكرنا سابقا يفقد عنصر الزبائن الذي يعد من أهم عناصر المحل أو المؤسسة التجارية، فهو مصدر ربحها ورواج سلعها وخدماتها.

يؤدي هذا الاختلال في المصالح الذي نتج عن انتهاء عقد الفرنشيز إلى ترتيب آثار تخفف من وقع الخسارة على المتلقي، فيلزم المانح من جهة باسترجاع السلع التي بقيت عند المتلقي بعد انتهاء العقد إذا كانت تحمل علامته أو شعاره، أو أن يسمح له بتصريفها، كما تستلزم حماية المتلقي وضع قيود على المطالبة القضائية التي قد يرفعها المانح عليه بدعوى إفشاء أسراره الفنية والتقنية.

فرع أول: التزام المانح باسترجاع المخزون.

أشرنا سابقا إلى أن المانح والمتلقي قد يتفقان في عقد الفرنشيز على أنه يقوم المانح بتمويل المتلقي بالبضائع والمعدات، وهذه البضائع قد تكون مصنعة أو نصف مصنعة، وهذا يطرح إشكالا يدور حول كيفية تصريف ما بقي مخزونا منها لدى المتلقي، خاصة إذا كانت هذه السلع تحمل

(1) Carolin STERLIN – op.cit – p92, 93.

(2) د/ محمد محسن إبراهيم النجار – مرجع سابق – ص327.

علامة المانح أو شعاره وهي عناصر تعود إلى المانح بمجرد انتهاء عقد الفرنشيز، ولا يجوز للمتلقي استعمالها بعد ذلك وإلا توبع من طرف المانح أو المتلقي الذي حل محله بدعوى التقليد أو المنافسة غير المشروعة، ويظهر هذا الإشكال بشكل أوضح في عقود فرنشيز التوزيع، التي يقوم فيها المتلقي بتوزيع المنتجات التي تحمل علامة المانح باستخدام المعارف الفنية لهذا الأخير في التسويق، وكل هذا يطرح تساؤلاً حول مصير البضائع التي بقيت في مخازن المتلقي بعد انتهاء عقد الفرنشيز.

غالباً ما يتفق الطرفان في عقد الفرنشيز على تنظيم مصير المخزون، فيشترط المانح على المتلقي إعلامه بكل تفاصيل البضائع الموجودة في مخازنه خلال مدة محددة من انتهاء العقد ليعيد المانح شراءها منه، ويشترط المتلقي على المانح أن يقوم بتصريف هذا المخزون إن امتنع الأخير عن تنفيذ التزامه باسترجاع المخزون، وهذا من أجل أن يتفادى المتلقي الضرر الذي يحصل له ببقاء المخزون لديه دون إمكانية تصريفه، خاصة وأنه مرتبط بشرط عدم المنافسة بعد انتهاء العقد، مما يلحق به ضرراً أكيداً متمثلاً في خسارة قيمة المخزون، ولذلك يحق له تفادي هذه الخسارة بتصريف المخزون إذا رفض المانح استرداده، ويكون له هذا الحق ولو لم يكن مشروطاً في العقد، لكن يجب عليه أن يمارسه دون إلحاق ضرر بمتلقين آخرين، بأن يبيعه بسعر السوق، ولا شك أن هذا يمثل حماية له في حالة إخلال المانح بالتزامه باسترجاع المخزون⁽¹⁾.

إذا ورد في العقد شرط يعطي المتلقي الحق في تصريف المخزون خلال مدة محددة من انتهاء العقد، فإن المتلقي يفقد هذا الحق إذا لم يتم بيع ما بقي في مخازنه من منتجات خلال المدة المحددة، غير أنه يجوز للمتلقي الرجوع على المانح بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية إذا أثبت أن عدم قدرته على تصريف المخزون ناتج عن خطأ المانح، كأن يكون الأخير قد أنهى العقد فجأة أو كان متعسفاً في إنهائه⁽²⁾.

أما إذا خلا العقد من كل تنظيم لتصريف المخزون بعد انقضاء الفرنشيز، فإن الأمر لا يخرج على أحد الأمرين: فإما أن يكون المتلقي مجرد شخص مؤتمن تودع لديه المنتجات بغرض بيعها، كما هو حال المتلقي في عقد فرنشيز التوزيع، وهنا يلتزم المانح باسترجاعها ولو لم يفرض

(1) د/ لبنى عمر مسقاوي - مرجع سابق - ص 225، 226.

(2) د/ ساسان رشيد - عقد التوزيع بترخيص استعمال العلامة التجارية (عقد الفرانشايز) محاولة للتأصيل - مرجع سابق - ص 288، 289.

عليه شرط ذلك، أما إن انتقلت ملكية هذه البضائع إلى المتلقي فلا يلزم المانح باسترجاعها إذا انتهى العقد⁽¹⁾.

يخل الوضع الأخير بمقتضيات العدالة، إذ يصبح المانح الذي يرفض تجديد العقد في مركز متميز عن مركز المتلقي، في الوقت التي يتعرض فيه هذا الأخير لأضرار جسيمة، خاصة عند عجزه عن التخلص من هذه البضائع المخزونة لديه⁽²⁾، إذا كانت هذه البضائع تحمل علامة واسم المانح، إذ لا يستطيع المتلقي تسويقها لارتباطه ببند عدم المنافسة، ولأن انتهاء عقد الفرنشيز يقتضي بالضرورة استرجاع المانح العناصر التي رخص بها للمتلقي وعلى رأسها المعرفة الفنية والعلامة التجارية، أما إن كانت البضائع لا تحمل اسم المانح أو علامته فيجوز للمتلقي تصريفها⁽³⁾.

أجازت أحكام القضاء - عملاً بمقتضيات العدالة - للمتلقي تصريف المنتجات التي بقيت في مخازنه ولو كانت تحمل اسم وعلامة المانح، إذا لم يكن الأخير ملزماً باسترجاع المخزون بشرط في العقد، ومن ذلك حكم محكمة باريس التي قضت بأن المتلقي لا يكون مرتكباً لأي خطأ برفض سحب اللافتة الدالة على مانح الامتياز بعد انتهاء العقد، مادام بقاء هذه اللافتة من شأنه أن يسهل تصريف السلع المخزونة لديه التي اشتراها سابقاً من المانح⁽⁴⁾.

إعمالاً لمبدأ العدالة دائماً ألزمت أحكام أخرى المانح بإعادة شراء البضائع المخزونة لدى المتلقي إذا انتهى عقد الفرنشيز، ولو لم يلزمه شرط في العقد بذلك، ولأجل تفادي أي نزاع فرضت الكثير من القوانين على المتعاقدين في عقود الفرنشيز إيراد بند يوضح كيفية استرجاع المخزون أو تصريفه⁽⁵⁾، حماية لطرفي العقد.

(1) د/ حسام الدين خليل فرج - مرجع سابق - ص 213.

(2) د/ ياسر سيد الحديدي - مرجع سابق - ص 278.

(3) د/ لبنى عمر مسقاوي - مرجع سابق - ص 227.

(4) د/ حسام الدين خليل فرج - مرجع سابق - ص 213؛ وفي هذا الاتجاه أعطت المادة 98 من الأمر رقم 05/03 الصادر بتاريخ 19 يوليو 2003 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة - الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 44 - الصادرة بتاريخ 23 يوليو 2003، أعطت الناشر الحق في تصريف الكتب خلال عامين من انتهاء عقد النشر.

(5) د/ ياسر سيد الحديدي - مرجع سابق - ص 278.

فرع ثاني: حق المانح في عدم إفشاء أسراره الفنية والتقنية.

يرتبط هذا الحق إلى حد بعيد بالتزام المتلقي بعدم منافسة المانح بعد انتهاء العقد، فإن كان هذا الشرط الأخير يمنع المتلقي نفسه من استغلال عناصر الملكية الفكرية المملوكة للمانح، أو مجرد إنشاء نشاط مشابه لمحل الفرنشيز، بعد انتهاء هذا العقد⁽¹⁾، فإن عدم إفشاء الأسرار الفنية والتقنية يمنع غير المتلقي من استغلال هذه العناصر.

يقابل حق المانح في عدم إفشاء أسراره الفنية والتقنية المتعلقة بالفرنشيز محل الترخيص التزام المتلقي بالمحافظة على سرية هذه المعلومات المنقولة إليه ومنها النظم الإدارية والتسويقية والمحاسبية وغيرها، ويمنع عليه إفشاؤها لزيائنه أو منافسي المانح، ويظهر هذا الالتزام منذ مرحلة المفاوضات حيث يرتبط بالتزام المانح بالإعلام ولا ينقضي هذا الالتزام بل يستمر أثناء العقد وحتى بعد انتهائه⁽²⁾.

ذلك أن هذه الأسرار هي التي تعطي للمانح ميزة في مواجهة منافسيه الذين يجهلونها أو لم يسبق لهم استعمالها⁽³⁾، وإفشاء هذه الأسرار من طرف المتلقي أو غيره يفقد المانح هذه الميزة، وقد تفقده جراء ذلك زبائن ارتبطوا به لأجل تميز سلعه أو خدماته.

يكون المتلقي مسؤولاً بشكل مباشر اتجاه المانح عن أي كشف للمعلومات السرية، سواء تم خرق هذا الالتزام من المتلقي نفسه أو من أحد عماله أو خبراءه ومستشاريه، سواء تصرف هؤلاء تحت سيطرة المتلقي أو خارج إطار سيطرته، وذلك حتى بعد انتهاء علاقة المتلقي هؤلاء⁽⁴⁾، عملاً بمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه، ذلك أنه من حق المانح أن تحفظ أسرار صناعته أو تجارته، حتى بعد انتهاء عقد الفرنشيز، لذلك يكون له الحق في مطالبة المتلقي بتعويض لجبر الضرر الذي لحقه جراء إفشاء هذه الأسرار⁽⁵⁾.

(1) François VIDTS – op.cit – p71.

(2) د/ حسام الدين خليل فرج – مرجع سابق – ص101؛

Betty Mercedes MARTINEZ-CARDENAS – op.cit – p245.

(3) د/ أحمد أنور محمد – مرجع سابق – ص179.

(4) د/ لبنى عمر مسقاوي – مرجع سابق – ص185.

(5) د/ صالح بن عبد الكريم بن إبراهيم السعودي – مرجع سابق – ص98.

لكن ليس كل إفشاء لأسرار المعرفة الفنية يترتب عليه تعويض على عاتق المتلقي، إذ ليس على المانح تحميل المتلقي المسؤولية إلا إذا أثبت خطأ المتلقي وأثبت حصول الضرر له وأثبت العلاقة السببية بين خطأ المتلقي والضرر الذي حصل له، عملاً بما تقتضيه المسؤولية التقصيرية من شروط، فإن تخلفت أحد أركانها فلا تعويض على المتلقي، الذي يكون محمياً بالمبدأ القانوني الذي يقضي بأن الأصل براءة الذمة، فتكون ذمة المتلقي بريئة من التعويض عن إفشاء الأسرار، إلا إذا أثبت المانح عكس ذلك من خلال إثباته لأركان المسؤولية التقصيرية.

خاتمة.

تسعى الدولة الجزائرية جاهدة لجلب الاستثمار الأجنبي، وتشجيع المستثمرين المحليين للاستثمار في مجال الصناعات بمختلف أنواعها، قصد اكتساب المعارف الفنية والمهارات التقنية في مجال التصنيع، وتوطين التكنولوجيا والعمل على الاتجاه نحو الانعتاق من التبعية في هذا المجال للدول المتقدمة، وحتى لا تبقى الجزائر مجرد سوق تتسابق الشركات الكبرى وتتنافس من أجل غزوه والسيطرة عليه.

وعمدت الجزائر إلى تطوير قانون الاستثمار وتحديثه حتى يتماشى مع هذه التطلعات، ومع ذلك تبقى الكثير من النقائص في هذا المجال، لعدم تنظيم عقود نقل التكنولوجيا بقواعد خاصة أو حتى بقواعد ضمن القانون التجاري كما فعلت بعض الدول العربية، ومن أهم العقود الناقلة للمعرفة الفنية والتي لازالت غير منظمة بقواعد خاصة عقد الفرنشيز، هذا الذي قدمت الحكومة مشروع قانون ينظمه عام 2009 لكنه لم يصدر إلى اليوم، ويبقى هذا العقد يخضع للقواعد التي تنظم العقود في القانون المدني.

رغم خضوع عقد الفرنشيز للقانون المدني إلا أن هناك جوانب تبقى في حاجة إلى التنظيم، خاصة أن قبول المستثمر الوطني لهذا العقد يكون مجرد تسليم للشروط التي يملها المانح ولا يقبل مناقشة فيها، ويكون هذا المانح غالبا شركة أجنبية ذات انتشار واسع في الأسواق الدولية مما يعطيها خبرة أكبر في إبرام العقود وتسيير جميع مراحلها، وتسيير المنازعات الناشئة عنه بفاعلية أكبر، مقابل قلة الخبرة لدى المستثمر الوطني في هذا المجال، مما حتم علينا بحث القواعد التي يكون من شأنها حماية المتلقي في جميع المراحل التي يمر بها عقد الفرنشيز.

تعتبر المفاوضات مرحلة حساسة في عقد الفرنشيز، وقد تفتنت لهذا الأمر الكثير من الدول فنظمتها بنصوص في القانون المدني أو بقواعد في نصوص خاصة ببعض العقود، وفرضت على الطرف القوي بعض الالتزامات التي تكفل التوازن بين مصالح جميع الأطراف وتوفر حماية للطرف الضعيف، ومنها الالتزام بالإعلام والالتزام بحسن نية.

نظم المشرع الجزائري الالتزام بالإعلام في قانون المستهلك، من خلال إلزام كل متدخل في إنتاج سلعة أو مسوقها أو مقدم خدمة بإعلام المستهلك بكل ما من شأنه أن يشكل رضا سليما لدى هذا الأخير، وفرض عقوبة جزائية على كل من يمتنع عن الإعلام أو يقوم بإعلام مضلل،

كما أعطى المتضرر الحق في طلب التعويض لجبر الضرر، لكن لحظنا أن المتلقي لا يمكنه أن يستفيد من هذه القواعد بشكل مباشر لعدم دخوله في مفهوم المستهلك، وإن كان المانح قد يعلم المتلقي حتى يتجنب الدعوى المباشرة التي يمكن للمستهلك المتضرر من عدم الإعلام أو الإعلام المضلل أن يرفعها على كل متدخل في إنتاج سلعة أو تقديم خدمة، خاصة أن المتلقي يظهر وكأنه جزء من كيان لا يتجزأ وهو شبكة الفرنشيز التي يديرها المانح.

حاولنا إيجاد أساس لهذا الالتزام في قواعد القانون المدني، فبحثنا قواعد الغلط والتدليس وقواعد ضمان العيوب الخفية لعلها تشكل هذا الأساس، لكنها تبقى غير كافية لفرض الالتزام بالإعلام على المانح كما هو متعارف عليه في عقود الفرنشيز عند الدول التي نظمت هذا العقد أو التصرفات التي يدخل ضمنها.

ذلك أن عدم إعلام المانح للمتلقي لا يشكل تدليسا إلا إذا كانت هذه المعلومات جوهرية في العقد، في حين يشكل الكتمان خرقا لهذا الالتزام ولو لم تكن المعلومات جوهرية طبقا للقوانين التي نظمت هذا الالتزام، كما أن المتلقي الذي يعتمد على قواعد التدليس يكون عليه إثبات العنصرين المادي والمعنوي للتدليس، في حين لا يكون مضطرا إلى ذلك إذا اعتمد على إخلال المانح بالإعلام المفروض بقواعد قانونية.

يبقى الالتزام بالإعلام - كذلك - أشمل من الالتزام بضمان العيوب الخفية، ذلك أن عدم استيفاء البيانات الخاصة بكيفية استخدام الشيء محل العقد، أو التحذير من أخطاره، أو عدم ملاءمته لأغراض المتعاقد لا يعد عيبا خفيا، في حين يعتبر عدم الإدلاء بهذه البيانات خرقا للالتزام بالإعلام، مما يجعل هذا الالتزام أوسع بكثير من التدليس بالكتمان وضمان العيوب الخفية.

يتضح من هذا عدم كفاية القواعد القانونية العامة والقواعد القانونية في قانون حماية المستهلك لفرض الالتزام بالإعلام على المانح، هذا الالتزام الذي يوفر حماية بالغة الأهمية للمتلقي في الدول التي نظمت عقد الفرنشيز والعقود المشابهة له، مما يدعو إلى الإسراع بإصدار القانون الذي ينظم عقد الفرنشيز في الجزائر لتدارك هذا النقص، كما نقترح تعديل المادة 107 من القانون المدني التي تفرض الالتزام بحسن نية في مرحلة التنفيذ، حتى يصبح هذا الالتزام يظل مرحلة تكوين العقد ومرحلة المفاوضات، حتى يتماشى القانون الجزائري مع التطورات الحديثة في هذا

المجال، خاصة وأن الكثير من القوانين الدولية والوطنية تفرض الالتزام بحسن النية في مرحلة المفاوضات، وهذا من شأنه أن يعطي حماية أكثر للمتلقي، ويا حبذا لو أوجدت نصوص تنظم مرحلة المفاوضات من أجل إيجاد ضمانات قانونية قوية لأطرافها.

يبقى على المتلقي الجزائري - في ظل هذا الفراغ التشريعي - أن يبرم عقد مفاوضة مع المانح، حتى يتمكن من حفظ حقوقه خاصة مع ما للأطراف من حق في اشتراط ما أرادا من شروط في عقدهما، مثل اشتراط التزام المانح بالإعلام، ويبقى الالتزام بحسن النية مفروضا بالقانون في هذه الحالة لوجود عقد بين الطرفين، فيضمن المتلقي بذلك عدم قيام المانح بكل ما يخل بمقتضيات العقد، مثل قطع المفاوضات أو التفاوض دون قصد إبرام العقد، أو غيرها من الأخطاء التي يصبح المانح مسؤولاً عند ارتكابها مسؤولية عقدية.

يكون على المتلقي أيضا تعلم استراتيجيات التفاوض من أجل تكييف متطلباته حسب طبيعة الصفقة التي يريد إبرامها وأسلوب الطرف الذي يتفاوض معه، كما يمكنه الاطلاع على هذه الاستراتيجيات من اكتشاف المفاوضات الذي يتبع استراتيجية الصراع فيبادر إلى قطع المفاوضات حتى لا يتكبد خسائر لا يمكنه تداركها، ويجب على المتلقي أن يراقب الوفد الذي يتفاوض نيابة عنه وأن يقوم بالإشراف عليه أو مراقبته، حتى يتجنب تأثير المانح عليه، هذا التأثير الذي قد يرتب إخلالا بالتوازن الاقتصادي للصفقة المراد إبرامها، وإضراراً بالمصالح المشروعة للمتلقي.

تضمن قواعد القانون المدني مصالح المتلقي باعتباره متعاقدًا منذ إبرامه عقد الفرنشيز، لما توفره من حماية لركن التراضي، سواء في القواعد التي تنظم الأهلية أو في تلك التي تشترط سلامة الرضا من العيوب، والتي تفرض إعادة التوازن الاقتصادي للعقد برفع الغبن عن المدين الذي أصبح التزامه مرهقا، أو بتعديل أو إلغاء الشروط التعسفية في عقود الإذعان.

تبقى بعض النقائص في مواضع شتى رغم تنظيمها بقواعد القانون المدني، ومن ذلك تحميل المتلقي - إذا كان شركة - آثار عقد الفرنشيز الذي يبرمه نائبه ولو تعدى حدود سلطته، ويتحمل المتلقي هذه الآثار ولو أشهر القانون الأساسي للشركة، إلا إذا أثبت المتلقي سوء نية المانح، الذي يكون غير مكلف بالاطلاع على هذا القانون الأساسي حسب قواعد القانون التجاري، وهذا وضع يضر بلا شك بمصالح المتلقي الذي يجب حمايته هنا بفرض واجب على المانح بالاطلاع على القانون الأساسي للشركة المتلقية التي يسعى إلى إبرام عقد فرنشيز معها، وافترض علمه بهذا

النظام بمجرد شهره، وهذا يستلزم إصدار قانون ينظم عقد الفرشيز، أو على الأقل استثناء المحترف من القاعدة التي تحمي الشخص الذي يتصرف مع مدير الشركة بافتراض علمه بالقانون الأساسي الذي يحدد سلطات هذا المدير متى تم شهره وفقا للقانون، يبقى على الشركة المتلقية في هذه الحالة أن تطور أساليب الرقابة على المدير من أجل تقادي خروج هذا الأخير عن سلطاته، وإعطائه الحوافز المالية والمعنوية التي تكفل ولاءه للشركة وتضمن عدم إضراره بمصالحها.

تحمي قواعد القانون المدني - كما سبق شرحه - الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية من خلال حفظ التوازن الاقتصادي للعقد، وإعادة هذا التوازن في حال اختلاله أثناء تنفيذ العقد سواء كانت أسبابه مصاحبة لإبرام العقد كما هو الحال في الشروط التعسفية أو كانت لاحقة عليه كما هو الحال في نظرية الظروف الطارئة.

ويؤخذ على هذه القواعد بعض المآخذ، منها عدم إعطاء القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها دون أن يطلب ذلك الطرف المذعن في العقد، والمتلقي قد يحجم عن رفع هذا الطلب ولو احتوى عقد الفرشيز الذي أبرمه بعض الشروط التعسفية خشية أن ينهي المانع عقده، مما يضر بمصالح المتلقي، ولو أعطيت للقاضي سلطة النظر في الشروط التعسفية من تلقاء نفسه لوفر ذلك حماية أكبر للطرف المذعن، وكان أكثر تماشيا مع روح العدالة.

يؤخذ على نظرية الظروف الطارئة أمران، أولهما أنه لا يستفيد منها المدين الذي يصبح التزامه مرهقا بسبب حادث طارئ، إذا كان هذا الحادث خاصا به دون غيره من الأشخاص، وهذا يتنافى مع العدالة التي تقتضي النظر في توازن العقد دون النظر إلى غيره من العقود، كما يتنافى مع المنطق إذ كيف يؤخذ بالحادث الخاص بالمدين إذا كان قوة قاهرة وهو يؤدي إلى إنهاء العقد، ولا يؤخذ بالحادث الخاص بالمدين إذا سبب له إرهاقا فقط وهو لا يرتب إلا تعديل العقد. أما الأمر الثاني فهو أن ليس للقاضي إلا سلطة تعديل العقد للظروف الطارئة ولا يكون له إنهاءه، في حين يكون الإنهاء في كثير من الحالات أكثر تحقيقا للعدالة، وقد أخذت به الكثير من الدول، وقال به قبل ذلك فقهاء الشريعة الإسلامية.

يرجع تقييد سلطة القاضي في تعديل العقد سواء في القواعد التي تنظم الظروف الطارئة أو الشروط التعسفية، إلى أن هذه السلطة تعتبر استثناء من الأصل الذي تنص عليه المادة 106 من القانون المدني، بأن العقد شريعة المتعاقدين، هذا المبدأ الذي يعتبر تطبيقا لسلطان الإرادة، لكن لا

ينبغي أن يطغى سلطان الإرادة على ما تتطلبه العدالة، وهي أمر يجب مراعاته في العلاقات بين الأشخاص أيا كان أساسها قبل غيره من المبادئ الأخرى، ولا بأس من الاستعانة بالفقه الإسلامي الذي يزخر بدراسات كثيرة ومتنوعة في هذا المجال.

يبقى على المتلقي هنا أن يتقاضى هذا النقص في الحماية القانونية من خلال حرصه على عدم الموافقة على شروط المانح التي يراها تعسفية، وأن لا يخشى رفع الأمر إلى القضاء إذا بدا له أثناء تنفيذ العقد أن بعض الشروط تخل بالتوازن الاقتصادي وتضر بمصالحه، حتى يتسنى للقاضي إلغاؤها أو تعديلها إن وجدها تمثل تعسفا في حق المتلقي وفقا لقواعد العدالة، كما على الأخير أن يشترط لنفسه الحق في تعديل أو إبطال عقد الفرنشيز إذا طرأ حادث استثنائي يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد ولو كان خاصا به، لجواز الاتفاق على مثل هذه الشروط، وهي لا شك ستقوي الحماية القانونية التي تمنحها القواعد المنظمة لنظرية الظروف الطارئة التي يستفيد منها المتلقي.

تحظر المادة 106 من القانون المدني الجزائري على المتعاقد إنهاء العقد بإرادته المنفردة، ولاشك أن هذه المادة تمثل حماية للمتلقي من أي إنهاء تعسفي لعقد الفرنشيز من طرف المانح، لكن الأخير يستطيع إنهاء العقد بإرادته المنفردة إذا كان غير محدد المدة، ولا يحق للمتلقي أن يطالب المانح بأي تعويض في هذه الحالة، إلا إذا استطاع أن يثبت في جانبه خطأ تقصيريا، ولا يكون المانح مسؤولا عن هذا الإنهاء ولو لم يكن مبررا أو مسبقا بإعذار للمتلقي، إلا إذا كان المانح متعسفا، وعليه يجب على المتلقي أن يحفظ مصالحه بحرصه على تحديد مدة انقضاء العقد، أو اشتراط الإعذار لإنهاء العقد إذا لم يكن محدد المدة، وتعيين وقت كافي للإعذار، حتى يستطيع الرجوع بالتعويض على المانح الذي ينهي عقد الفرنشيز الذي لم تحدد مدته بدون إعذار المتلقي أو إعذاره في وقت متأخر، كما يمكن للمتلقي أن يشترط لنفسه تعويضا عن انتهاء عقده ولو تم وفقا للقانون والاتفاق، لأن تشديد المسؤولية المدنية بالاتفاق جائز.

تبقى المرحلة التي تلي انتهاء عقد الفرنشيز غير منظمة في القانون الجزائري، رغم أن هذا العقد يرتب بعض الآثار بعد انتهائه خلافا للأصل، فيجد المتلقي الجزائري نفسه غير محمي بنصوص قانونية في هذه المرحلة، فلا يكون من حقه طلب تجديد عقده لأن القانون الجزائري لا يعطيه هذا الحق، كما لا يكون من حقه تصريف المخزون بعد انتهاء العقد، خاصة إذا كانت المواد المخزنة تحمل علامة المانح أو اسمه أو شعاره أو أيا من عناصر الملكية الفكرية الأخرى

التي تعود إلى المانع بمجرد انتهاء حق المتلقي في استغلالها، بل يجد المتلقي نفسه في هذه الحالة مهددا بتوقيع جزاءات عليه مدنية وجزائية، إذ قد يتابع من طرف المانع أو المتلقي الجديد الذي حل محله بدعوى التقليد، التي ترتب مسؤولية جزائية، وقد يتابع بدعوى المنافسة غير المشروعة.

يتحمل المتلقي في هذا الوضع خسارة مالية لقاء المخزون الذي لا يستطيع تصريفه، ولا يستطيع أن يفرض على المانع استرجاعه، لعدم وجود نص قانوني يفرض على الأخير استرجاع المخزون بعد انتهاء العقد، كما يتحمل المتلقي خسارة زبائنه، ونفقات أخرى من أجل الإبقاء على عماله إلى غاية انتهاء المنع من ممارسة نشاط مشابه لذلك الذي كان يمارسه بموجب العقد المنتهي، تحت شرط عدم المنافسة الذي يفرضه المانع عليه، دون أن يعطيه القانون حقا في طلب تجديد عقده أو حقا في طلب التعويض في حالة رفض التجديد، أو حقا في تعويضه في مرحلة توقف نشاطه عملا بالمنع من المنافسة.

ينبغي تنظيم المرحلة اللاحقة لانتهاء عقد الفرنشيز من أجل ضمان حماية مصالح المتلقي في هذه المرحلة، وإصدار قانون الفرنشيز الذي اقترح مشروعه في 2009 من أجل تنظيم كل مراحل هذا العقد، سواء السابقة لانعقاده، أو التي تحكم تكوينه وتنفيذه، أو تلك التي تلي انتهاءه.

وفي انتظار ذلك لا يبقى للمتلقي إلا أن ينظم هذه المرحلة مع المانع باتفاق خاص، من أجل تحديد مصير المخزون، وتحديد شرط عدم المنافسة في الزمان والمكان والموضوع، وأن يشترط المتلقي لنفسه تعويضا عن عدم المنافسة، وتعويضا عن الزبائن الذين يفقدون في حالة عدم تجديد عقده، أو أن يشترط على المانع تجديد عقده عند انتهاء مدته، وأن يتفق مع المانع بشكل دقيق على حدود مسؤوليته عن إفشاء أسرار التكنولوجيا المنقولة إليه بموجب عقد الفرنشيز، وأن يبين بالاتفاق مصير التحسينات التي يدخلها المتلقي على هذه التكنولوجيا، وهذا الأمر يجعل الآثار المترتبة بعد انتهاء عقد الفرنشيز عقدية تطبق بشأنها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ويعطيها قوة القانون في حماية المتلقي، وتعطي المتلقي الحق في الحصول على تعويض من المانع بناء على المسؤولية العقدية في حالة الإخلال بها.

قائمة المراجع.

أولاً: المراجع المكتوبة باللغة العربية.

أ: كتب.

- 1- د/ إبراهيم سيد أحمد - العقود والشركات التجارية - الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية - 1999.
- 2- إبراهيم علي صالح - المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية - دار المعارف - مصر - 1980.
- 3- د/ أحمد أنور محمد - المحل في عقد الامتياز التجاري (دراسة مقارنة) - منشورات الحلبي الحقوقية - لبنان - 2010.
- 4- أحمد نصر الجندي - شرح قانون الأسرة الجزائري - دار الكتب القانونية مطابع شتات - مصر - 2009.
- 5- د/ أحمد عبد الكريم سلامة - قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، قانون الإرادة وأزمته - دار النهضة العربية - القاهرة - بدون سنة نشر.
- 6- أكمون عبد الحليم - الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري - قصر الكتاب - البلدة - 2006.
- 7- د/ أمجد محمد منصور - النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام - الدار العلمية الدولية ودار الثقافة - الأردن - 2003.
- 8- د/ أنور سلطان - مصادر الالتزام في القانون المدني - دار الثقافة - الأردن - 2014.
- 9- د/ إسحاق إبراهيم منصور - نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - 2001.

- 10- إسماعيل بن عمر بن كثير - تفسير القرآن العظيم - الجزء 6 - دار الكتب العلمية - بيروت - 1998.
- 11- د/ بوجمعة سعدي نصيرة - عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي - ديوان المطبوعات الجامعية الجزائري - الجزائر - بدون سنة نشر.
- 12- د/ بودالي محمد - الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري - دار هومة - الجزائر - 2007.
- 13- د/ بودالي محمد - مكافحة الشروط التعسفية في العقود - دار الفجر - الجزائر - 2007.
- 14- د/ بوضياف عمار - النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القانون الجزائري - جسر - الجزائر - 2010.
- 15- د/ بلحاج العربي - النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون) - الجزء 2 - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - 1995.
- 16- د/ بلحاج العربي - مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري - الجزء 1 - دار هومة - الطبعة 2 - 2016.
- 17- د/ بلقاسم أحمد - القانون الدولي العام، المفهوم والمصادر - دار هومة - الجزائر - 2005.
- 18- د/ برهان زريق - نظرية تفسير العقد في القانون المدني والإداري - مطبعة الإرشاد - اللاذقية - بدون سنة نشر.
- 19- د/ جابر جاد نصار - عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام، دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام - دار النهضة العربية - القاهرة - 2002.
- 20- جاك يوسف الحكيم - الشركات التجارية - منشورات جامعة دمشق - سوريا - 2006.

- 21- د/ جلال وفاء محمدين - الحماية القانونية للملكية الصناعية وفقا لاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريبس) - دار الجامعة الجديدة - مصر - 2000.
- 22- د/ جلال وفاء محمدين - الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا - دار الجامعة الجديدة - مصر - 2004.
- 23- د/ جلول أحمد خليل - النظام القانوني لحماية الاختراعات ونقل التكنولوجيا إلى الدول النامية - ذات السلاسل - الكويت - 1983.
- 24- د/ وليد عودة الهمشري - عقود نقل التكنولوجيا، الالتزامات المتبادلة والشروط التعسفية، دراسة مقارنة - دار الثقافة - الأردن - 2009.
- 25- د/ زراوي صالح فرحة - الكامل في القانون التجاري الجزائري، المحل التجاري والحقوق الفكرية - ابن خلدون - الجزائر - 2001.
- 26- د/ زراوي صالح فرحة - الكامل في القانون التجاري الجزائري، الحقوق الفكرية، حقوق الملكية الصناعية والتجارية - حقوق الملكية الأدبية والفنية - ابن خلدون - الجزائر - 2006.
- 27- حبيب إبراهيم الخليلي - المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - 2008.
- 28- د/ حسام الدين خليل فرج محمد - عقد الامتياز التجاري (franchise) وأحكامه في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة - دار الفكر الجامعي - مصر - 2011.
- 29- حسن محمد حمدان - الحماية القانونية للفرانشيزي، دراسة مقارنة - الحلبي الحقوقية - لبنان - 2009.
- 30- د/ ياسين محمد الجبوري - الوجيز في شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية - الجزء 1 - دار الثقافة - الأردن - الطبعة 2 - 2011.
- 31- د/ ياسر سيد الحديدي - النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري - دار الفكر العربي - مصر - 2006.

- 32- د/ يوسف أحمد النوافلة - حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات في القانون الأردني - دار وائل - الأردن - 2007.
- 33- د/ لبنى عمر مسقاوي - عقد الفرانشايز دراسة على ضوء الفقه والاجتهاد والعقد النموذجي المعتمد في غرفة التجارة الدولية - المؤسسة الحديثة للكتاب - لبنان - 2012.
- 34- د/ لعشب محفوظ - عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري - المؤسسة الوطنية للكتاب - الجزائر - 1990.
- 35- د/ ماجد محمد سليمان أبا الخيل - العقد الإلكتروني - مكتبة الرشد - الرياض - 2009.
- 36- د/ ماجد عمار - عقد الامتياز التجاري - دار النهضة العربية - مصر - 1992.
- 37- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي - القاموس المحيط - مؤسسة الرسالة - الطبعة 8 - لبنان - 2005.
- 38- مجمع اللغة العربية - المعجم الوسيط - مكتبة الشروق الدولية - مصر - الطبعة 4 - 2004.
- 39- د/ موريس نخلة - الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة - الجزء 4 - الحلبي الحقوقية - لبنان - 2007.
- 40- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي - مختار الصحاح - مكتبة لبنان - بيروت - 1986.
- 41- محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري جمال الدين أبو الفضل - لسان العرب - مجلد 9 - دار صادر - لبنان - الطبعة 4 - 2005.
- 42- محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري جمال الدين أبو الفضل - لسان العرب - الجزء 11 - طبعة خاصة لوزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد - المملكة العربية السعودية - 2010.

- 43- محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري جمال الدين أبو الفضل - لسان العرب - الجزء 15 - طبعة خاصة لوزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد - المملكة العربية السعودية - 2010.
- 44- محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري جمال الدين أبو الفضل - لسان العرب - الجزء 16 - طبعة خاصة لوزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد - المملكة العربية السعودية - 2010.
- 45- محمد بن عبد العزيز النُمي - الولاية على المال - مكتبة الملك فهد الوطنية - الرياض - 1432 هـ.
- 46- د/ محمد حسين منصور - العقود الدولية - دار الجامعة الجديدة - مصر - 2009.
- 47- د/ محمد حسن الجبر - العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية - النشر العلمي والمطابع، جامعة الملك سعود - المملكة العربية السعودية - الطبعة 2 - 1997.
- 48- د/ محمد حسنين - الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري - المؤسسة الوطنية للكتاب - الجزائر - 1983.
- 49- د/ محمد حسنين - الوجيز في الملكية الفكرية - المؤسسة الوطنية للكتاب - الجزائر - 1985.
- 50- د/ محمدي فريدة زراوي - المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق - المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية - الجزائر - 2000.
- 51- د/ محمد محي الدين إبراهيم سليم - نظرية الظروف الطارئة - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - 2007.
- 52- د/ محمد محسن إبراهيم النجار - عقد الامتياز التجاري، دراسة في نقل المعارف الفنية - دار الجامعة الجديدة للنشر - مصر - 2001.

- 53- محمد مصطفى شلبي - المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه - مطبعة دار التأليف - الإسكندرية - 1962.
- 54- د/ محمد عبد الغفار البسيوني؛ تامر يوسف سغفان؛ محمد عبد الرحمان الصالحي - القانون التجاري، دراسة موجزة في الأعمال التجارية والتاجر والأوراق التجارية والشركات التجارية- الجامعة العمالية - دون بلد نشر - 2009.
- 55- د/ محمد فواز المطابقة - الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة - دار الثقافة للنشر والتوزيع - دون بلد نشر - 2006.
- 56- د/ محمد صبري السعدي - شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام - الجزء 1 - دار الهدى - الجزائر - الطبعة 2 - 2004.
- 57- د/ محمد صبري السعدي - شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام - الجزء 2 - دار الهدى - الجزائر - الطبعة 2 - 2004.
- 58- د/ محمد صبري السعدي - الواضح في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام - دار الهدى - الجزائر - 2010.
- 59- د/ محمود الكيلاني - الموسوعة التجارية والمصرفية، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا - دار الثقافة - الأردن - 2008.
- 60- د/ محمودي مسعود - أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - 2006.
- 61- د/ محمود عبد الرحمان محمد - النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام - الجزء 1 - دار النهضة العربية - القاهرة - بدون تاريخ نشر.
- 62- د/ محسن أحمد الخضيري - مبادئ التفاوض - مجموعة النيل العربية - القاهرة - 2003.
- د/ محرز أحمد - القانون التجاري الجزائري - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - 1980.

- 63- منير محمد الجنبهي؛ ممدوح محمد الجنبهي - العلامات والأسماء التجارية - دار الفكر الجامعي - مصر - 2000.
- 64- د/ منذر الفضل - الوسيط في شرح القانون المدني - دار آراس - العراق - 2006.
- 65- د/ مسعود محمودي - أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - 2006.
- 66- مصطفى أحمد الزرقا - عقد البيع - دار القلم - دمشق - الطبعة 2 - 2012.
- 67- د/ مصطفى كمال طه - القانون التجاري - الدار الجامعية - بيروت - 1972.
- 68- د/ مصطفى سلمان حبيب - الاستثمار في الترخيص الامتيازي (الفرنشايز) - دار الثقافة - الأردن - 2009.
- 69- نداء محمد كاظم المولى - الآثار القانونية لعقد نقل التكنولوجيا - دار وائل - الأردن - 2003.
- 70- د/ نور حمد خاطر - شرح قواعد الملكية الفكرية، الملكية الصناعية - دار وائل - الأردن - 2005.
- 71- د/ نعيم مغيب - الفرنشايز، دراسة في القانون المقارن - الطبعة 2 - الحلبي الحقوقية - لبنان - 2009.
- 72- د/ ساسان رشيد - عقد التوزيع بترخيص استعمال العلامة التجارية (عقد الفرنشايز) محاولة للتأصيل _ دار النهضة العربية - القاهرة - 2013.
- 73- سبيل جلول - عقد الفرنشايز، موجبات الفقاء - الحلبي الحقوقية - لبنان - 2001.
- 74- د/ سمير عبد السميع تناغو - مصادر الالتزام - مكتبة الوفاء القانونية - الإسكندرية - 2005.

- 75- د/ سمير عبد السميع الأودن - تسويق الشهرة التجارية (الفرشيز) ودور التحكيم في منازعاتها - منشأة المعارف - مصر - 2009.
- 76- د/ عاطف محمد الفقي - الحماية القانونية للاسم التجاري، دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - 2001.
- 77- د/ عبد الحي حجازي - نظرية الالتزامات، النظرية العامة للالتزام وفق القانون الكويتي - الجزء 1 - المجلد 1 - مطبوعات جامعة الكويت - الكويت - 1982.
- 78- د/ عبد الله حسين الخشروم - الوجيز في حقوق الملكية الصناعية والتجارية - دار وائل - الأردن - 2005.
- 79- د/ عبد المجيد الحكيم؛ د/ عبد الباقي البكري؛ د/ محمد طه البشير - الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام - الجزء 1 - وزارة التعليم العالي والبحث العلمي - العراق - 1980.
- 80- د/ عبد المنعم زمزم - عقود الفرانشيز بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية - دار النهضة العربية - القاهرة - 2011.
- 81- عبد القادر الفار - مصادر الالتزام - دار الثقافة - الأردن - 2012.
- 82- د/ عبد الرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء 6: أثر العقد بالنسبة إلى الموضوع، زوال العقد - دار إحياء التراث العربي - لبنان - دون تاريخ نشر.
- 83- د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام - الجزء 1 - دار إحياء التراث العربي - لبنان - دون سنة نشر.
- 84- د/ عبد الرزاق السنهوري - نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات وآثار الالتزام - الجزء 2 - دار النهضة العربية - مصر - 1968.

- 85- د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي ترد على الملكية، البيع والمقايضة - الجزء 4 - الحلبي الحقوقية - لبنان - الطبعة 3 - 1998.
- 86- د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية - الجزء 6 - الحلبي الحقوقية - لبنان - الطبعة 3 - 1998.
- 87- د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية - الجزء 9 - دار إحياء التراث العربي - دون تاريخ نشر.
- 88- د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية - الجزء 10 - الحلبي الحقوقية - لبنان - الطبعة 3 - 1998.
- 89- د/ عجة الجيلالي - مدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون بين التقليد والحداثة - دار الخلدونية - الجزائر - دون سنة نشر.
- 90- عز الدين الديناصوري؛ عبد الحميد الشواربي - المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء - القاهرة - 1988.
- 91- عز الدين محمد خوجة؛ عبد الستار أبو غدة - نظرية العقد في الفقه الإسلامي - مجموعة دله البكة - دون بلد نشر - 1963.
- 92- د/ علي أحمد صالح - المفاوضات في العقود التجارية الدولية - دار هومة - الجزائر - 2012.
- 93- د/ علي حسن يونس - المحل التجاري - دار الفكر العربي - مصر - دون سنة نشر.
- 94- د/ علي علي سليمان - النظرية العامة للالتزام - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - الطبعة 8 - 2008.
- 95- د/ عمورة عمار - الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري - دار المعرفة - الجزائر - 2000.

- 96- د/ عمر سعد الله - قانون التجارة الدولية - النظرية المعاصرة - دار هومة - الجزائر - 2007.
- 97- د/ فوزي محمد وفاق محمود - القانون التجاري والأوراق التجارية - دون دار نشر - بغداد - 1992.
- 98- د/ فيلاي علي- الالتزامات، النظرية العامة للعقد - موفم للنشر - الجزائر - 2001.
- 99- د/ فضيل نادية - أحكام الشركات طبقا للقانون التجاري الجزائري (شركات الأشخاص) - دار هومة - الجزائر - الطبعة 7 - 2008.
- 100- صالح بن عبد الكريم بن إبراهيم السعودي - عقد الامتياز التجاري دراسة فقهية تطبيقية - مكتبة القانون والاقتصاد - الرياض - 2013.
- 101- د/ صلاح زين الدين - الملكية الصناعية والتجارية - دار الثقافة - الأردن - 2000.
- 102- د/ قذافي عزات الغناني - العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي - دار النفائس - الأردن - 2008.
- 103- د/ رمضان أبو السعود - مصادر الالتزام - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - الطبعة 3 - 2003.
- 104- د/ توفيق حسن فرج - النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام - منشورات الحلبي الحقوقية - لبنان - 2008.
- 105- د/ خالد عبد حسين الحديثي - تكميل العقد (دراسة مقارنة) - الحلبي الحقوقية - لبنان - 2012.
- 106- د/ خليل أحمد حسن قدارة - الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري - مصادر الالتزام - الجزء 1 - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - الطبعة 4 - 2010.
- 107- خليفة الخروبي - العقود المسماة (الوكالة، البيع والمعاوضة، الكراء، الهبة) - مجمع الأطرش للكتاب المختص - تونس - 2013.

108- د/ غالب علي الداودي - المدخل إلى علم القانون - دار وائل للنشر - عمان - الطبعة 7 - 2004.

ب: رسائل جامعية.

1- أحمد سمير قرني - عقود الإذعان في الفقه الإسلامي - مذكرة ماجستير - جامعة الشارقة - 2008.

2- اسعد فاطمة - نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة) - أطروحة دكتوراه - جامعة تيزي وزو - 2015.

3- باسل يوسف محمد الشاعر - التدابير الاحترازية والتشريعية لحماية المستهلك في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - جامعة الأردن - 2004.

4- بلعزام مبروك - عقد الترخيص التجاري (دراسة مقارنة) - أطروحة دكتوراه - الجزائر - 2016.

5- بوكماش محمد - سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي - رسالة دكتوراه - جامعة الحاج لخضر بباتنة - 2012.

6- بن ساعد إلهام - عقود نقل المعرفة الفنية وعلاقتها بالتنمية - أطروحة دكتوراه - جامعة بسكرة - 2012.

7- بن قوية المختار - دور العلامة في حماية المستهلك (دراسة مقارنة) - أطروحة دكتوراه - جامعة الجزائر - 2017.

8- هبة محمد محمود الديب - أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية - رسالة ماجستير - جامعة الأزهر غزة - 2012 - ص 65.

9- زاوي محمود - الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة - مذكرة ماجستير - جامعة الجزائر - 1987.

10- حامق ذهبية - الالتزام بالإعلام في العقود - رسالة دكتوراه - جامعة الجزائر - 2009.

- 11- يوسف جيلالي - النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري (دراسة مقارنة) - أطروحة دكتوراه - جامعة وهران - 2012.
- 12- منال جهاد أحمد خلة - أحكام عقد الإذعان في الفقه الإسلامي - مذكرة ماجستير - الجامعة الإسلامية - غزة - 2008.
- 13- مقني بن عمار - القواعد العامة للتفسير وتطبيقاتها في منازعات العمل والضمان الاجتماعي (دراسة مقارنة) - رسالة دكتوراه - جامعة وهران - 2009.
- 14- مروك أحمد - شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية - أطروحة دكتوراه - جامعة الجزائر - 2015.
- 15- سعدي فتيحة - ضمان عيوب المبيع الخفية في القانون المدني الجزائري مقارنات - أطروحة دكتوراه - جامعة وهران - 2012.
- 16- عادل مبارك المطيرات - أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - 2001.
- 17- عميش حمزة عبد الرحمان - المفاوضات والمعاهدات، دراسة مقارنة بين التشريع الإسلامي والقانون الدولي، العهدة العمرية ومعاهدة الرملة أنموذجا - مذكرة ماجستير - منشورات مركز أبحاث فقه المعاملات الإسلامية - 2016.
- 18- عرعارة عسالي - التوازن العقدي عند نشأة العقد - أطروحة دكتوراه - الجزائر - 2015.
- 19- قوسم غالية - التعسف في وضعية الهيمنة في القانون الجزائري على ضوء القانون الفرنسي - أطروحة دكتوراه - جامعة تيزي وزو - 2016.
- 20- راقي عبد الله - مقارنة المفاوضات الدولية، نحو تصميم إطار تحليلي متكامل - أطروحة دكتوراه - جامعة الحاج لخضر بباتنة - 2009.
- 21- رحايمية عماد الدين - الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري - أطروحة دكتوراه - جامعة مولود معمري بتيزي وزو - 2014.

ج: مقالات.

3- أحمد عبد الحسين الياسري - التنظيم القانوني للنيابة في التعاقد (دراسة مقارنة بين القانون العراقي والقانون المدني المصري) - مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية- جامعة بابل - المجلد 8 - العدد 4 - 2016.

2- د/ أحمد عبد الكريم سلامة - النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية - الدليل الإلكتروني للقانون العربي www.arablawinfo.com

3- د/ إحسان شاكر عبد الله؛ زكريا يونس أحمد - عقد المساطحة والشكلية فيه في القوانين المدنية والتجارية العراقية - مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية - جامعة تكريت - المجلد 1 - العدد 4 - 2009.

4- د/ إيناس مكي عبد نصار - خيار الغبن، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي - مجلة العلوم الإنسانية - جامعة بابل - المجلد 6 - العدد 11 - 2012.

5- د/ إيناس مكي عبد نصار - التفاوض الإلكتروني، دراسة مقارنة في ظل بعض التشريعات العربية المعاصرة - مجلة جامعة بابل - المجلد 21 - العدد 3 - 2013.

6- د/ أكرم محمود حسين البدو؛ د/ محمد صديق محمد عبد الله - أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات - مجلة الرافدين للحقوق - جامعة الموصل - المجلد 13 - العدد 49 - 2011.

7- د/ أم كلثوم صبيح محمد - المفاوضات الممهدة للتعاقد، ماهيتها وأحكامها، دراسة مقارنة بين الواقع العملي والفراغ التشريعي - مجلة كلية الحقوق - جامعة النهدين - المجلد 16 - العدد 3 - 2014.

8- د/ إسماعيل محمد المحاقري - الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية دراسة فقهية قضائية مقارنة - مجلة الحقوق - الكويت - العدد 4 - ديسمبر 2006.

9- بهناس رضا - الحماية القانونية لعناصر الملكية الصناعية في ظل اتفاقية تريبس - المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية - المركز الجامعي بتسمسيلات - عدد 1 - 2016.

- 10- بومدين أحمد - دور الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في حماية رضا المستهلك - مجلة العلوم القانونية - المركز الجامعي بالوادي - العدد 1 - جوان 2010.
- 11- د/ بحماوي الشريف - سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية - مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية - جامعة باتنة - العدد 2 - جوان 2014.
- 12- د/ بن أحمد صليحة - آثار المسؤولية الناشئة عن إخلال المفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية - دفاتر السياسة والقانون - جامعة قاصدي مرباح بورقلة - العدد 10 - 2014.
- 13- د/ دلال تفكير مراد العارضي - ضمان عيوب البيع الخفية، دراسة مقارنة - مجلة كلية الإسلامية الجامعة - جامعة النجف الأشرف بالعراق - العدد 16 - 2012.
- 14- دلال تفكير مراد العارضي - الإكراه الملجئ في القانون المدني العراقي - مجلة مركز دراسات الكوفة - جامعة الكوفة - المجلد 1 - العدد 32 - 2014.
- 15- د/ هادي حسين عبد علي الكعبي؛ محمد جعفر هادي - الالتزام قبل التعاقد بالإعلام - مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية - جامعة بابل - المجلد 5 - العدد 2 - 2013.
- 16- د/ هدية عبد الحفيظ مفتاح بن هندي - التنظيم الاتفاقي للمفاوضات في الإطار العقدي ، صورها وآثارها - مجلة الجامعة الأسمرية - الجامعة الأسمرية للعلوم الإسلامية بالعراق - العدد 21 - 2014.
- 17- د/ وسن قاسم غني - الشكلية الاتفاقية - مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية - جامعة بابل - المجلد 3 - العدد 01 - 2011.
- 18- د/ وعود كاتب الأنباري - المفاوضات العقدية عبر الأنترنت - مجلة رسالة الحقوق - جامعة كربلاء - المجلد 1 - العدد 2 - 2009.
- 19- زياد خلف عليوي الجوالي - الحماية المدنية للمستهلك في عقد الإذعان - (دراسة تحليلية مقارنة) - مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية - جامعة تكريت - المجلد 2 - العدد 19 - 2013.

- 20- د/ حوحو يمينه - سلطة المحكمة العليا في مراقبة تفسير العقد - مجلة المحكمة العليا - العدد 1 - 2013.
- 21- د/ حمدي محمود بارود - القيمة القانونية للاتفاقيات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية - مجلة الجامعة الإسلامية - جامعة الأزهر بغزة - المجلد 13 - العدد 2 - 2005.
- 22- د/ حمدي محمود بارود - عقد الترخيص التجاري "الفرانتشايز" وفقا لأحكام مشروع قانون التجارة الفلسطيني - مجلة الجامع الإسلامية (سلسلة الدراسات الإنسانية) - جامعة الأزهر - المجلد 16 - العدد 2 - 2008.
- 23- د/ حمدي محمود بارود - الطبيعة القانونية للمسؤولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد - مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية - جامعة الأزهر بغزة - المجلد 20 - العدد 2 - جويلية 2012.
- 24- د/ حسان علي مسلم الطائي - دور الإرادة في مرحلة المفاوضات العقدية - مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية - جامعة كركوك بالعراق - المجلد 5 - العدد 16 - 2016.
- 25- د/ حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي - اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية (دراسة مقارنة) - مجلة العلوم القانونية - جامعة بغداد - المجلد 26 - العدد 2 - 2011.
- 26- د/ حسين عبد القادر معروف - الشكلية في العقود في الفقه الإسلامي - مجلة آداب البصرة - جامعة البصرة - العدد 52 - 2010.
- 27- حسن الجواهري - عقود الإذعان - مجلة مجمع الفقه الإسلامي - مجمع الفقه الإسلامي بجدة - الجزء 3 - العدد 14 - 2004.
- 28- د/ حسن حنتوش رشيد الحسناوي؛ د/ عباس مرزوك فليح العبيدي - آثار وفاة الشريك في الشركة وفقا للتشريع العراق - مجلة جامعة كربلاء العلمية - جامعة كربلاء - المجلد 6 - العدد 1.

- 29- د/ حسن يوسف غنايم - مسؤولية الشركة عن أعمال المدير في مواجهة الغير - مجلة الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة - العدد 6 - سبتمبر 1992.
- 30- د/ ياسر باسم ذنون؛ رؤى خليل إبراهيم - نظرية الظروف الطارئة وأثرها على الأحكام القضائية، دراسة مقارنة - مجلة الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة - العدد 57 - 2014.
- 31- د/ كاظم كريم علي الشمري - المسؤولية في الفترة ما قبل التعاقدية - مجلة الفتح - جامعة ديالى - المجلد 2 - العدد 27 - 2006.
- 32- لظفي محمد الصالح قادري - الشكلية في بيع المحل التجاري - مجلة الوحدات للبحوث والدراسات - ورقلة - العدد 10 - 2010.
- 33- لقيب سعد؛ شعبان السعيد - دور براءة الاختراع في تحفيز الإبداع والبحث والتطوير - المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية - المركز الجامعي بتسمسليت - العدد 2 - ديسمبر 2016.
- 34- مجلس الفقه الإسلامي الدولي - قرار رقم 132(14/6) - مجلة مجمع الفقه الإسلامي - مجمع الفقه الإسلامي بجدة - الجزء 3 - العدد 14 - لسنة 2004.
- 35- د/ محمد إبراهيم بنداري - حماية المستهلك في عقد الإذعان - بحث مقدم في ندوة "حماية المستهلك في الشريعة والقانون" - المنعقدة بتاريخ يومي السادس والسابع ديسمبر 1998 - من طرف كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة - في فندق هيلتون العين.
- 36- د/ محمد عبد اللطيف صالح الفرفور - عقود الإذعان في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي - مجلة مجمع الفقه الإسلامي - مجمع الفقه الإسلامي بجدة - الجزء 3 - العدد 14 - 2004.
- 37- محمد عبد الرزاق محمد - تفسير الشك لمصلحة الطرف المدعى - مجلة رسالة الحقوق - جامعة كربلاء - العدد 3 - 2011.

- 38- د/ محمد علي القرني بن عيد - عقود الإذعان - مجلة مجمع الفقه الإسلامي - مجمع الفقه الإسلامي بجدة - الجزء 3 - العدد 14 - 2004.
- 39- د/ محمد رشيد قباني - نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - مجلة المجمع الفقهي الإسلامي - العدد 2 - 1989.
- 40- د/ محمد شاكر رشيد - أحكام الإكراه في الشريعة الإسلامية - مجلة البحوث والدراسات الإسلامية - الهيئة العلمية الاستشارية ديوان الوقف السني - العدد 4 - 2006.
- 41- د/ محمود أحمد أبو ليل - عقود الإذعان - مجلة مجمع الفقه الإسلامي - مجمع الفقه الإسلامي بجدة - الجزء 3 - العدد 14 - 2004.
- 42- د/ محمود أحمد الكندري - أهم المشكلات العملية التي يواجهها عقد الإمتياز التجاري - مجلة الحقوق - مجلس النشر العلمي الكويت - العدد 4 - ديسمبر 2000
- 43- د/ محمود فياض - مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد - مجلة الشريعة والقانون - كلية القانون بجامعة الإمارات - العدد 54 - أبريل 2013.
- 44- منهل عبد الغني قلندر - الإذعان بين العقد والنظام القانوني (دراسة تحليلية مقارنة) - مجلة الرافدين للحقوق - جامعة الموصل - المجلد 16 - العدد 9 - 2013.
- 45- د/ منصور حاتم محسن - العلاقة بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي (دراسة مقارنة) - مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية - جامعة بابل - المجلد 7 - العدد 4 - 2015.
- 46- نبيل إسماعيل الشبلاق - الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد (دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا) - مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية - جامعة دمشق - المجلد 29 - العدد 2 - 2013.
- 47- د/ نويري سعاد - الالتزام بالإعلام وحماية المستهلك في التشريع الجزائري - مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية - جامعة باتنة - العدد 8 - جانفي 2016.

- 48- د/ نزيه كمال حماد - عقود الإذعان في الفقه الإسلامي - مجلة العدل - وزارة العدل المملكة العربية السعودية - العدد 24 - شوال 1425 هـ.
- 49- د/ نزيه كمال حماد - عقود الإذعان - مجلة مجمع الفقه الإسلامي - مجمع الفقه الإسلامي بجدة - الجزء 3 - العدد 14 - 2004.
- 50- د/ ساسان رشيد - التأسيس القانوني للالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد - مجلة العلوم القانونية - المركز الجامعي بالوادي - العدد 3 - 2011.
- 51- د/ سلام عبد الزهرة الفتلاوي - ضمان فوات الصفة المشروطة في المبيع، دراسة مقارنة - مجلة مركز دراسات الكوفة - جامعة الكوفة - المجلد 1 - العدد 13 - 2009.
- 52- د/ سليمان خلف الحميد الخلف - أثر الغبن في المعاوضات المالية - مجلة مداد الآداب - الجامعة العراقية - المجلد 1 - العدد 3 - 2012.
- 53- د/ سعد حسين عبد ملحم - التفاوض بالعقود عبر شبكة الأنترنت - مجلة كلية الحقوق - جامعة النهدين - المجلد 12 - العدد 8 - 2005.
- 54- د/ عايدة مصطفى - حماية المستهلك من الشروط التعسفية - مجلة الاجتهاد القضائي - العدد 14 - أبريل - 2017.
- 55- د/ عبد الأمير جفات كروان - تبرؤ البائع من ضمان العيب الخفي، دراسة مقارنة - مجلة كلية الإسلامية الجامعة - جامعة النجف الأشرف بالعراق - العدد 36 - 2015.
- 56- د/ عبد الحي القاسم عبد المؤمن عمر؛ الصادق أبكر آدم بشر - ماهية الغلط والأحكام المتعلقة به فقها وقانونا - مجلة جامعة بخت الرضا العلمية - جامعة بخت الرضا - العدد 11 - يونيو 2014.
- 57- د/ عبد الله عبد الأمير طه الشمري - فكرة عقد المفاوضة - مجلة كربلاء العلمية - جامعة كربلاء - العدد 4 - 2008.

- 58- عبد المهدي كاظم ناصر؛ نظام جبار طالب - المعرفة الفنية وأثرها في عقد الفرانشيز - مجلة جامعة بابل - جامعة بابل - المجلد 17 - العدد 2 - 2009.
- 59- د/ عبد القادر عزيز أحمد الحياي - أهلية التعاقد وأحكام فاقديها بين الشريعة والقانون - مجلة الجامعة الإسلامية - الجامعة العراقية الأهلية - المجلد 1 - العدد 26 - 2011.
- 60- د/ عبد الرضا فرج بدرأوي؛ أحلام على محمد النجفي - التكامل بين استراتيجيات التفاوض واستراتيجيات إدارة الصراع دراسة استطلاعية في عينة من منظمات الأعمال العراقية - المجلة العراقية للعلوم الإدارية - جامعة كربلاء - المجلد 7 - العدد 28 - 2011.
- 61- د/ عبد الخالق ناجي عبيد - حكم تصرفات الولي في مال اليتيم - مجلة العلوم الإسلامية - الجامعة العراقية - المجلد 1 - العدد 5 - 2012.
- 62- عبوب زهيرة - حق المستهلك في الإعلام - مجلة الدراسات القانونية المقارنة - جامعة شلف - العدد 1 - ديسمبر 2015.
- 63- د/ عزيز كاظم جبر الخفاجي - الغبن عيب في الرضا أم في ذات العقد - مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية - جامعة الكوفة - المجلد 1 - العدد 1 - 2009.
- 64- عيسى أحمد - الاجتهاد القضائي في مجال الولاية على أموال القصر - مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية - جامعة البليدة - العدد 1 - 2011.
- 65- د/ علي أحمد الندوي - عقود الإذعان - مجلة مجمع الفقه الإسلامي - مجمع الفقه الإسلامي بجدة - الجزء 3 - العدد 14 - 2004.
- 66- عمار محسن كزار الزرفي - دور النيابة في إنشاء التصرفات القانونية - مجلة مركز دراسات الكوفة - جامعة الكوفة - المجلد 1 - العدد 18 - 2010.
- 67- د/ عمار محسن كزار - نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد - مجلة مركز دراسات الكوفة - جامعة الكوفة - العدد 38 - 2015.

- 68- د/ عميرات عادل - التزام العون الاقتصادي بالإعلام - مجلة العلوم القانونية والسياسية - جامعة الوادي - عدد 13 - جوان 2016.
- 69- د/ عقيل فاضل حمد الدهان؛ منقذ عبد الرضا الفردان - الإطار القانوني لعقد التفاوض الإلكتروني - مجلة جامعة أهل البيت - جامعة أهل البيت بالعراق - المجلد 1 - العدد 8 - 2009.
- 70- د/ فيصل عباس الرشيدى؛ د/ عبد الرحمان حمود المطيري - عقد الفرنشايز franchise (الامتياز التجاري) وأحكامه في الفقه الإسلامي - مجلة الحقوق - جامعة الكويت - العدد 2 - 2015.
- 71- د/ فراس بحر محمود - أثر الزمان والمكان في تحديد لحظة انعقاد العقود الشكلية في الفقه الإسلامي والقانون - مجلة العلوم القانونية والسياسية - جامعة ديالى - المجلد 3 - العدد 1 - 2014.
- 72- د/ فراس بحر محمود - مجلس العقود الشكلية في الفقه الإسلامي والقانون - مجلة كلية التراث الجامعة - الجامعة العراقية - العدد 17 - 2015.
- 73- د/ صالح أحمد عبطان - الشكلية في العقود الإلكترونية - مجلة الرافدين للحقوق - جامعة الموصل - المجلد 2 - العدد 25 - 2005.
- 74- د/ قطب مصطفى سانو - عقود الإذعان - مجلة مجمع الفقه الإسلامي - مجمع الفقه الإسلامي بجدة - الجزء 3 - العدد 14 - 2004.
- 75- قلواز فاطمة الزهراء - مقارنة الالتزام بالإعلام ببعض المفاهيم القانونية الكلاسيكية - مجلة الدراسات القانونية المقارنة - جامعة شلف - العدد 1 - ديسمبر 2015.
- 76- د/ رائف محمد النعيم - الظروف الطارئة على الالتزام العقدي (دراسة تحليلية مقارنة في الفقه الإسلامي والقوانين العربية في المضمون والآثار) - مجلة الساتل - الجامعة الأسمرية للعلوم الإسلامية.

- 77- د/ رباحي أحمد - المجال المادي للغبن في العقود بين التوسعة والتضييق (دراسة مقارنة) - الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية - جامعة حسيبة بن بو علي، الشلف - العدد 2 - 2010.
- 78- د/ رباحي أحمد - أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن - مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا - جامعة الشلف - العدد 5 - مارس 2010.
- 79- د/ رحمانى إبراهيم - التوثيق الكتابي ودوره في حماية الحقوق والالتزامات الآجلة (دراسة فقهية مقارنة) - مجلة العلوم القانونية - المركز الجامعي بالوادي - عدد 2 - جانفي 2011.
- 80- د/ رياض حسين أبو سعيدة - القوة الملزمة للعقد والاتجاه الموسع لدائرة الغبن - مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية - جامعة الكوفة - المجلد 1 - العدد 11 - 2011.
- 81- د/ رشا علي الدين - سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد، دراسة مقارنة في ظل الأزمة المالية الراهنة - المؤتمر العالمي السنوي الثالث عشر المنعقد بقاعة السنهوري بكلية الحقوق جامعة المنصورة بين 1 و 2 أفريل 2009 تحت عنوان الجوانب القانونية والاقتصادية للأزمة المالية العالمية.
- 82- د/ رغد عبد الأمير مظلوم حميد الخزرجي - مبدأ حسن النية في تنفيذ المعاهدات الدولية - مجلة ديالي - جامعة ديالي - العدد 64 - 2014.
- 83- رغد فوزي عبد - الشكلية في العقد الإلكتروني (شرط للانعقاد أم للإثبات) - مجلة كلية الإسلامية الجامعة - جامعة النجف - العدد 33 - 2015.
- 84- د/ شارف بن يحيى - ضرورة إسقاط شرط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي - الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية - العدد 4 - 2012.
- 85- خوله كاظم محمد راضي - الإيجاب في عقد الإذعان - مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية - جامعة بابل - المجلد 6 - العدد 1 - 2014.

86- **خليفة مريم** - الالتزام بالإعلام الإلكتروني وشفافية التعامل في مجال التجارة الإلكترونية -
دفاتر السياسة والقانون - العدد 4 - لسنة 2011.

87- **د/ ذكري محمد حسين؛ د/ استبرق محمد حمزة** - التزامات أطراف التفاوض في عقود
التجارة الدولية - مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية - جامعة بابل - المجلد 6 -
العدد 4 - 2014.

88- **د/ ذنون يونس صالح؛ إبراهيم عنتر** - التنظيم التشريعي لعقود الإذعان في القانون المدني
العراقي - مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية - جامعة تكريت - المجلد 2 - العدد 5
- 2010.

89- **د/ غيث الربيعي** - استراتيجيات التفاوض - مجلة العلوم السياسية - جامعة بغداد -
العددان 38 و 39 - 2009.

د: نصوص قانونية.

1- القانون رقم 13/82 الصادر بتاريخ 28 أوت 1982 المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة
الاقتصاد وسيرها المعدل والمتمم - الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 35 - الصادرة بتاريخ 31 أوت
1982.

2- القانون رقم 11/84 الصادر بتاريخ 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم -
الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 24 - الصادرة بتاريخ 12 يونيو 1984.

3- القانون رقم 11/90 الصادر بتاريخ 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم
- الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 17 - الصادرة بتاريخ 25 أبريل 1990.

4- القانون رقم 02/04 الصادر بتاريخ 23 يوليو 2004 يتعلق بتحديد القواعد المطبقة على
الممارسات التجارية - الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 41 - صادرة بتاريخ 27 يوليو 2004.

5- القانون 02/06 - الصادر بتاريخ 20 فبراير 2006 - المتضمن تنظيم مهنة الموثق -
الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 14 - الصادرة بتاريخ 8 مارس 2006.

- 6- القانون رقم 09/08 الصادر بتاريخ 25 فبراير 2008 يتضمن الإجراءات المدنية والإدارية -
الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 21 - الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008.
- 7- القانون 03/09 الصادر بتاريخ 25 فبراير 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش -
الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 15 - الصادرة بتاريخ 08 مارس 2009.
- 8- القانون 04/15 الصادر بتاريخ 01 فبراير 2015 - يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع
والتصديق الإلكترونيين - الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 06 - الصادرة بتاريخ 10 فبراير
2015.
- 9- الأمر رقم 86/66 الصادر بتاريخ 28 أبريل 1966 - المتعلق بالرسوم والنماذج - الجريدة
الرسمية الجزائرية عدد 35 - الصادرة بتاريخ 3 مايو 1966.
- 10- الأمر رقم 58/75 الصادر بتاريخ 26 سبتمبر 1975 - المتضمن القانون المدني المعدل
والمتمم - الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 78 - الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975.
- 11- الأمر رقم 59/75 الصادر بتاريخ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل
والمتمم - الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 101 - الصادرة بتاريخ 19 ديسمبر 1975.
- 12- الأمر رقم 74/75 الصادر بتاريخ 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام
وتأسيس السجل العقاري - الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 92 - صادرة بتاريخ 18 نوفمبر
1975.
- 13- الأمر رقم 05/03 الصادر بتاريخ 19 يوليو 2003 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق
المجاورة - الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 44 - الصادرة بتاريخ 23 يوليو 2003.
- 14 - الأمر رقم 06/03 الصادر بتاريخ 19 يوليو 2003 المتعلق بالعلامات الجريدة الرسمية
الجزائرية عدد 44 - الصادرة بتاريخ 23 يوليو 2003.
- 15- الأمر رقم 07/03 الصادر بتاريخ 19 يوليو 2003 المتعلق ببراءة الاختراع - الجريدة
الرسمية الجزائرية عدد 44 - الصادرة بتاريخ 23 يوليو 2003.

16- الأمر رقم 08/03 الصادر بتاريخ 19 يوليو 2003 المتعلق بحماية التصاميم الشكلية والدوائر المتكاملة - الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 44 - الصادرة بتاريخ 23 يوليو 2003.

17- المرسوم رقم 121/76 الصادر بتاريخ 16 يوليو 1976 المتعلق بكيفية تسجيل وإشهار تسميات المنشأ وتحديد الرسوم المتعلقة بها - الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 59 - الصادرة بتاريخ 23 يوليو 1976.

18- المرسوم التنفيذي رقم 484/05 - الصادر بتاريخ 22 ديسمبر 2005 المتعلق بوسم المواد الغذائية وعرضها - الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 83 - الصادرة بتاريخ 25 ديسمبر 2005.

19- المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الصادر بتاريخ 10 سبتمبر 2006 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية - الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 56 - الصادرة بتاريخ 11 سبتمبر 2006.

20- المرسوم التنفيذي رقم 390/07 الذي يحدد شروط وكيفيات ممارسة نشاط تسويق السيارات الجديدة - الصادر بتاريخ 12 ديسمبر 2012 - الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 78 - الصادرة بتاريخ 12 ديسمبر 2007.

21- المرسوم التنفيذي رقم 378/13 الصادر بتاريخ 9 نوفمبر 2013 - يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك - الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 8 - الصادرة بتاريخ 18 نوفمبر 2013.

22- المرسوم التنفيذي رقم 114/15 الصادر بتاريخ 12 مايو 2015 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي - الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 24 - الصادرة بتاريخ 13 مايو 2015.

هـ - قرارات قضائية.

1- المحكمة العليا - ملف رقم 408837 - قرار صادر بتاريخ 2008/05/21 - مجلة المحكمة العليا - عدد 1 - 2008.

- 2- المحكمة العليا - ملف رقم 436937 - قرار صادر بتاريخ 2008/11/19 - مجلة المحكمة العليا - العدد 2 - 2008.
- 3- المحكمة العليا - ملف رقم 427599 - قرار صادر بتاريخ 2008/09/17 - مجلة المحكمة العليا - عدد 1 - 2009.
- 4- المحكمة العليا - ملف رقم 496233 - قرار صادر بتاريخ 2009/9/29 - مجلة المحكمة العليا - عدد 2 - 2009.
- 5- المحكمة العليا - ملف رقم 435190 - قرار صادر بتاريخ 2008/12/24 - مجلة المحكمة العليا - عدد 2 - 2009.
- 6- المحكمة العليا - ملف رقم 446655 - قرار صادر بتاريخ 2008/12/24 - مجلة المحكمة العليا - عدد 2 - 2009.
- 7- المحكمة العليا - ملف رقم 581228 - قرار صادر بتاريخ 2010/07/22 - مجلة المحكمة العليا - عدد 2 - 2010.
- 8- المحكمة العليا - ملف رقم 539508 - الصادر بتاريخ 2009/06/03 - مجلة المحكمة العليا - عدد 1 - 2011.
- 9- المحكمة العليا - ملف رقم 586766 - قرار صادر بتاريخ 2010/07/22 - مجلة المحكمة العليا - عدد 1 - 2011.
- 10- المحكمة العليا - ملف رقم 678615 - قرار صادر بتاريخ 2011/10/20 - مجلة المحكمة العليا - العدد 1 - 2012.
- 11- المحكمة العليا - ملف رقم 0769254 - الصادر بتاريخ 2013/04/11 - مجلة المحكمة العليا - عدد 1 - 2013.
- 12- المحكمة العليا - ملف رقم 752352 - 2012/03/22 - مجلة المحكمة العليا - العدد 2 - 2013 -

13- المحكمة العليا - ملف رقم 771895 - قرار صادر بتاريخ 2012/05/24 - مجلة المحكمة العليا - عدد 2 - 2013.

14- المحكمة العليا - ملف رقم 0785784 - قرار صادر بتاريخ 2013/07/11 - مجلة المحكمة العليا - عدد 2 - 2013.

15- المحكمة العليا - ملف رقم 0871530 - قرار صادر بتاريخ 2013/12/05 - مجلة المحكمة العليا - عدد 2 - 2013.

ثانيا: المراجع المكتوبة بلغة أجنبية.

A: les livres.

1- **Cyril GRIMALDI; Serge MERESSE; Olga ZAKHAROVA-RENAUD** - droit de la franchise - Litec - Paris - 2010.

2- **Dominique BASCHET** - la franchise guide juridique, conseils pratiques - Gualino éditeur - Paris - 2005.

3- **François COLLART DUTILLEUL et Philippe DELEBEQUE** - contrats civils et commerciaux - 5^{em} édition - Dalloz - Paris - 2001.

4- **François LUC SIMON** - théorie et pratique du droit de la franchise - Delta - Liban - 2009.

5- **François-Xavier LICARI** - la protection du distributeur intégré en droit français et allemand - Litec - France - 2002.

6- **JEAN MARIE LELOUP** - la franchise droit et pratique - 4 édition - Delmas - Paris - 2004.

7- **Louis VOGEL** - la franchise au carrefour du droit de la concurrence et du droit des contrats - LGDJ diffuseur.

8– Philippe LE TOURNEA – le franchisage – 4^{em} édition – Economica – paris –1994.

9– Philippe LE TOURNEAU – la concession exclusive – Economica – Paris – 2004.

10– R.TERKI et M.CABBABE – lexique juridique français arabe suivi de formulaire judiciaire – 3^{em} édition – SNED – Alger – 1982 – P138.

11– Yves MAROT – le droit de la franchise – Gualino éditeur – paris – 2003.

B: les thèses.

1– Amandine BOUVIER – regards sur le contrat de franchise – thèse – université de Montpellier – 2015.

2– Annelieke GILLOTOT – relevé d'office du juge et droit de la consommation – thèse – université d'Avignon – 2014.

3– Betty Mercedes MARTINEZ–CARDENAS – la responsabilité précontractuelle, étude comparative des régimes colombien et français – thèse – université Panthéon–Assas – 2013.

4– Caroline STERLIN – L’essor de la protection accordée au franchisé dans ses relations avec le franchiseur aux stades d’exécution du contrat et de sa rupture – thèse – Université Lille 2 –France.

5– Claire POITEVIN – L'avant–contrat en droit des contrats d'auteur – thèse – université d'Avignon – 2011.

6– Clémentine CAUMES – l’interprétation du contrat au regard des droits fondamentaux – thèse – l’université d’Avignon – 2010.

7– Djamila MAHI–DISDET – l’obligation d’information dans les contrats du commerce électronique – thèse – université d’AVIGNON – 2011.

8– Liwei QIN – L’interprétation du contrat : étude comparative en droits français et chinois – thèse – université Panthéon–Assas – 2012.

9– Pedro AMARAL – le contrat de franchise au Brésil – thèse – université Montpellier 1 – 2010.

10– Quoc Chien NGO – le contra de franchise étude comparative (droit Français et droit Vietnamien) – thèse – université – François Rabelais de Tours – 2012.

11– Radu STANCU – l’évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle Comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen – thèse – université de Strasbourg – 2015.

12– Steven FINLEY – antitrust aspects of franchising in the United states and Canada – thèse – McGill university – Montreal – Canada – 1974.

13– Yasser AL SURAIHY – la fin du contrat de franchise –thèse – Université de Poitiers – France – septembre, 2008.

14– Zoubeir MRABET – les obligations du franchiseur – étude du droit civil et du guide d’unidroit sur les accords internationaux de franchise principale – thèse – université de Montréal – 2005.

C: les articles.

1– Didier MATRAY – introduction générale – séminaire organise à Liege le 29 septembre 2000 – Delta – Beyrouth – 2002

2– François LUC SIMON – le contrat de franchise: un an d'actualité – petites affiches – Quotidienne des journaux judiciaires associes – n244–9 Novembre 2006.

3– François VIDTS – le contrat de franchise et les droits intellectuels – séminaire organise à Liege le 29 septembre 2000 – Delta – Beyrouth – 2002.

4– André LOMBART – les codes de déontologie – séminaire organise à Liege le 29 septembre 2000 – Delta – Beyrouth – 2002.

5– Régis FABRE – réglementation législative du contrat de franchise dans d'autres pays, l'esquisse d'une philosophie – séminaire organise à Liege le 29 septembre 2000 – Delta – Beyrouth – 2002.

فهرس العناوين.

1	مقدمة.....
9	باب أول: حماية متلقي الفرشيز في مرحلتي المفاوضات وتكوين العقد.....
11	فصل أول: حماية متلقي الفرشيز في مرحلة المفاوضات.....
12	مبحث أول: مفهوم المفاوضات.....
13	مطلب أول: تعريف المفاوضات وتحديد خصائصها.....
13	فرع أول: تعريف المفاوضات.....
16	فرع ثاني: خصائص المفاوضات.....
18	فرع ثالث: الاتفاقات التي تتخلل مرحلة المفاوضات.....
23	مطلب ثاني: استراتيجيات التفاوض.....
24	فرع أول: تعريف استراتيجية التفاوض.....
24	فرع ثاني: أنواع استراتيجيات التفاوض.....
30	مبحث ثاني: حماية متلقي الفرشيز بفرض التزامات على المانح في المرحلة قبل التعاقدية.....
31	مطلب أول: التزام المانح بإعلام المتلقي.....
32	فرع أول: تعريف الالتزام بالإعلام.....
33	فرع ثاني: الالتزام بالإعلام في قانون حماية المستهلك.....
37	فرع ثالث: الالتزام بالإعلام في عقد الفرشيز.....
46	فرع رابع: التزام المانح بإعلام المتلقي في القواعد العامة.....
49	مطلب ثاني: التزام المانح بمبدأ حسن النية.....
50	فرع أول: التعريف بمبدأ حسن النية.....
52	فرع ثاني: مبدأ حسن النية في مختلف القوانين.....
58	فرع ثالث: بعض مظاهر حسن النية وسوء النية في مرحلة المفاوضات.....
63	مبحث ثالث: المسؤولية المترتبة على المانح في مرحلة المفاوضات.....
63	مطلب أول: المسؤولية العقدية للمانح في مرحلة المفاوضات.....
65	فرع أول: الالتزامات المفروضة على المتفاوض في عقد المفاوضة.....
67	فرع ثاني: أركان المسؤولية العقدية الناتجة عن الإخلال بهذه الالتزامات.....

69	فرع ثالث: التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية أثناء مرحلة المفاوضات.....
75	مطلب ثاني: المسؤولية التقصيرية للمانح في مرحلة المفاوضات.....
77	فرع أول: إخلال المانح بالالتزامات المفروضة عليه.....
81	فرع ثاني: أركان المسؤولية التقصيرية للمانح في مرحلة المفاوضات.....
83	فصل ثاني: حماية متلقي الفرشيز أثناء تكوين العقد.....
84	مبحث أول: حماية متلقي الفرشيز بتطبيق القواعد المتعلقة بركن التراضي.....
84	مطلب أول: حماية متلقي الفرشيز بتطبيق القواعد المتعلقة بالأهلية.....
85	فرع أول: إذا كان المتلقي شخصا طبيعيا.....
96	فرع ثاني: إذا كان المتلقي شركة تجارية.....
103	مطلب ثاني: حماية متلقي الفرشيز بتطبيق القواعد المتعلقة بسلامة الرضا.....
103	فرع أول: حماية المتلقي الذي وقع في غلط.....
111	فرع ثاني: حماية المتلقي ضحية التدليس.....
115	فرع ثالث: حماية المتلقي المكره.....
119	فرع رابع: حماية المتلقي الذي وقع ضحية الاستغلال والغبن.....
122	مبحث ثاني: حماية متلقي الفرشيز بتطبيق القواعد المتعلقة بركن المحل.....
123	مطلب أول: المحل في عقد الفرشيز.....
123	فرع أول: المعرفة الفنية.....
126	فرع ثاني: العلامة التجارية.....
128	فرع ثالث: براءة الاختراع.....
130	فرع رابع: الاسم التجاري.....
132	فرع خامس: الشعار.....
132	فرع سادس: الرسوم والنماذج الصناعية.....
133	فرع سابع: الاسم على شبكة الإنترنت.....
133	مطلب ثاني: شروط المحل في عقد الفرشيز.....
134	فرع أول: الشروط العامة للمحل.....
142	فرع ثاني: الشروط الخاصة بالمحل في عقد الفرشيز.....
153	مبحث ثالث: حماية متلقي الفرشيز بتطبيق القواعد المتعلقة بالشكلية.....

154	مطلب أول: الشكلية المتطلبة في عقد الفرنشيز
154	فرع أول: مفهوم الشكلية
158	فرع ثاني: أنواع الشكلية
169	فرع ثالث: اعتبار عقد الفرنشيز عقدا شكليا
170	مطالب ثاني: أثر وجود أو انعدام الشكلية في عقد الفرنشيز
170	فرع أول: أثر وجود وانعدام الشكلية في عقد الفرنشيز الذي يحتوي عنصرا من عناصر الملكية الفكرية المسجلة في الجزائر
171	فرع ثاني: إذا كان عقد الفرنشيز يشمل تنازلا عن محل تجاري أو صناعي
174	باب ثاني: حماية متلقي الفرنشيز في مرحلتي تنفيذ العقد وانتهائه
177	فصل أول: حماية متلقي الفرنشيز في مرحلة تنفيذ العقد
179	مبحث أول: حماية متلقي الفرنشيز باعتباره طرفا مذعنا
180	مطلب أول: اعتبار عقد الفرنشيز عقد إذعان
181	فرع أول: مفهوم الإذعان
182	فرع ثاني: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان
184	فرع ثالث: خصائص عقود الإذعان
186	فرع رابع: تطبيق خصائص عقد الإذعان على عقد الفرنشيز
189	مطلب ثاني: تأويل العقد لمصلحة المتلقي باعتباره طرفا مذعنا
191	فرع أول: مفهوم تأويل العقد
191	فرع ثاني: حالات تأويل العقد
193	فرع ثالث: العوامل المعتبرة في تفسير عقد الفرنشيز
196	فرع رابع: قيام الشك لدى القاضي في النية المشتركة للمتعاقدين
201	مبحث ثاني: حماية المتلقي بإعفائه من الشروط التعسفية في العقد
203	مطلب أول: الشروط التعسفية في عقد الفرنشيز
204	فرع أول: شروط اعتبار الشرط تعسفيا
204	فرع ثاني: بعض صور الشروط التعسفية في عقد الفرنشيز
208	مطلب ثاني: تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية في عقد الفرنشيز
212	فرع ثاني: إلغاء الشروط التعسفية في عقد الفرنشيز
215	

219	مبحث ثالث: حماية متلقي الفرنشيز بتطبيق نظرية الظروف الطارئة.....
220	مطلب أول: مفهوم الحوادث الطارئة وشروط تطبيقها.....
220	فرع أول: مفهوم الحوادث أو الظروف الطارئة.....
223	فرع ثاني: شروط تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة.....
232	مطلب ثاني: مراجعة عقد الفرنشيز بسبب الظروف الطارئة.....
233	فرع أول: إنقاص التزام المدين المرهق.....
234	فرع ثاني: زيادة التزام الدائن.....
235	فرع ثالث: وقف تنفيذ العقد.....
237	فرع رابع: فسخ العقد.....
240	فصل ثاني: حماية المتلقي بمناسبة انتهاء عقد الفرنشيز.....
241	مبحث أول: انتهاء عقد الفرنشيز الذي لا يثير مسؤولية المانح.....
241	مطلب أول: الإنهاء الاتفاقي لعقد الفرنشيز.....
242	فرع أول: الإنهاء الاتفاقي لعقد الفرنشيز محدد المدة.....
247	فرع ثاني: الإنهاء الاتفاقي لعقد الفرنشيز غير محدد المدة.....
249	مطلب ثاني: انتهاء عقد الفرنشيز لأسباب خارجة عن إرادة عاقيه.....
249	فرع أول: انفساخ عقد الفرنشيز بقوة القانون.....
253	فرع ثاني: انتهاء عقد الفرنشيز بسبب موت أحد طرفيه.....
256	فرع ثالث: انتهاء عقد الفرنشيز بإفلاس أحد طرفيه.....
262	فرع رابع: انتهاء عقد الفرنشيز بسبب اندماج شركة المانح أو شركة المتلقي مع غيرها.....
264	فرع خامس: بطلان شركة المانح أو شركة المتلقي.....
265	مبحث ثاني: إنهاء عقد الفرنشيز الذي يثير مسؤولية المانح.....
265	مطلب أول: انتهاء عقد الفرنشيز بسبب إخلال المانح بالتزاماته.....
266	فرع أول: إخلال المانح بالتزامات السابقة على إبرام عقد الفرنشيز.....
267	فرع ثاني: إخلال المانح بالتزاماته أثناء تنفيذ العقد.....
288	مطلب ثاني: إنهاء المانح عقد الفرنشيز بإرادته المنفردة.....
288	فرع أول: إنهاء المانح عقد الفرنشيز محدد المدة بإرادته المنفردة.....
291	فرع ثاني: إنهاء المانح عقد الفرنشيز غير محدد المدة بإرادته المنفردة.....

296	مبحث ثالث: الآثار المترتبة على إنهاء عقد الفرنشيز
296	مطلب أول: آثار انقضاء عقد الفرنشيز على المتلقي
297	فرع أول: حق المتلقي في طلب تجديد عقده
305	فرع ثاني: التزام المتلقي بعدم المنافسة
307	مطلب ثاني: آثار انقضاء عقد الفرنشيز على المانح
307	فرع أول: التزام المانح باسترجاع المخزون
310	فرع ثاني: حق المانح في عدم إفشاء أسراره الفنية والتقنية
312	خاتمة
318	قائمة المراجع
347	فهرس العناوين