جامعة المنصورة
كلية الحقوق
قسم القانون الدولي الخاص

القانون الواجب التطبيق على عقد الفرنشايز وفقاً لمنهج الإسناد الأحادي

مقدم من
الباحث/ السيد إبراهيم أحمد عبده
باحث دكتوراه

تحت إشراف الأستاذ الدكتور
محمد السيد عرفه
أستاذ القانون الدولي الخاص
عميد كلية الحقوق جامعة المنصورة (سابقا)

٢٠١٦

مقدمة

إذا كان الأصل هو خضوع الروابط العقدية الدولية أسوة بغيرها من الروابط الخاصة ذات الطابع الدولي لحكم القانون من خلال قواعد الإسناد المزدوجة وفقاً لمنهج التنازع التقليدي أو منهج التنازع السافيني ، القائم على تحليل العلاقات الخاصة الدولية وتحديد مركزها وصولاً إلى الكشف عن القانون الواجب التطبيق في شأنها ، سواء كان هذا القانون هو قانون القاضي أو قانونا أجنبيا ، فإن هذا لا يعني أفول نجم منهج الإسناد الأحادي أو المفرد الجانب والذي يقوم على أساس تحليل القوانين المتزاحمة لحكم العلاقات القانونية ، بعد الكشف عن مضمون هذه القوانين وتحديد نطاق تطبيقها، بدلاً من تحليل العلاقات المطروحة ؛بحثاً عن القانون الواجب التطبيق ٠ (١)

فعلى الرغم من بقاء الفقه الغالب على إخلاصه للمنهج السافيني المزدوج ، إلا أنهم قد اعترفوا بالمنهج الأحادي كعلاج للتخفيف من حدة الانتقادات التي وجهت للمنهج التقليدي وهو ما أدى إلى ظاهرة تعدد المناهج في القانون الدولي الخاص المعاصر ٠

ولعل من الانتقادات التي وجهت للمنهج السافيني المزدوج هو شدة تعقيده ،وبالتالي صعوبة استخدامه . فقد شبهه البعض بلعبة الشطرنج ويتساءلون : كيف يمكن لقضاة غير متخصصين في مشاكل القانون الدولي الخاص تطبيق هذا المنهج ؟ وإذا كان الأمر يبدو صعبا بالنسبة للقضاة فإنه يغدو أكثر صعوبة بالنسبة للمتقاضين ٠

بالإضافة إلى ذلك فقد عيب على هذا المنهج - أيضاً - عدم قدرته على توقع الحلول مما يترتب عليه انعدام الأمن القانوني ، فقاعدة التنازع في بعض الدول تتخذ من القضاء مصدراً لها أكثر من التشريع ، وهو ما يفقدها الوضوح نسبياً ومن ثم تقود إلى عدم القدرة على التنبؤ بالحلول ، فتأتى الحلول في بعض الأحيان مستجيبة لمفهوم القاضي للعدالة أكثر من كونها إعمال لقاعدة مجردة منضبطة ، الأمر الذي يؤدى إلى تحول هذا المنهج لوسيلة تحكمية في يد القاضي يستخدمها لتحقيق فكرته الشخصية عن العدالة ، ويظهر ذلك واضحاً في مجال التجارة الدولية ، حيث يتطلب نوعاً من الأمن القانوني ونوعاً من اليقين ،فالعقود التجارية تخضع في معظم النظم التشريعية لقانون الإرادة ، ويشوب هذا القانون

---

(١) د ٠ محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق ، منشاة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٠، ص ١٥٩ ، بند ٢٦٢ ٠

الأخير عند غياب الإرادة الصريحة بعض الغموض و عدم اليقين ، وذلك في الحدود التي يلجأ فيها القاضي للبحث عن الإرادة الضمنية أو المفترضة ، و هو البحث الذي يعتمد على قدر معين من تخمين القاضي ٠

ومن ناحية آخري فقد نعى على هذا المنهج إفراطه في دوليته ، نتيجة معاملة القانون الوطني والقانون الأجنبي على قدم المساواة ، إذ قد يؤدى في بعض الأحيان إلى تطبيق قانون أجنبي على علاقة شديدة الاتصال بدولة القاضي ٠(١)

و مع تدخل الدو لة في الحياة الاقتصادية والاجتماعية ، وذلك عن طر يق سن التشريعات المنظمة لعلاقات الأفراد كدعامة رئيسية في تحقيق تنمية اقتصادية شاملة ، وبعد أن ثبت بالتجربة ضعف الاستثمار المباشر كأحد وسائل نقل التكنولوجيا في تحقيق هذه التنمية الأمر الذي دفع الدول النامية إلى فتح الأبواب أمام عمليات نقل التكنولوجيا عن طر يق عقود نقل التكنولوجيا واستغلالها ، ولا شك أن هذه العقود والتي من بينها عقد الفرنشايز تعد قاطرة النمو التكنولوجي في الدولة ، لما تؤديه من نقل معرفة فنية سرية جديدة للممنوح لهم ، فضلا عن تقديمها لأساليب وطرق فنية وإدارية وتسويقية جديدة تسهم أيضاً في ر فع كفاءة العمالة وزيادة فرص العمل ٠(٢)

ومع تواتر بعض التشريعات الحديثة على تقرير قواعد إسناد حمائية لبعض العقود التي تتسم بحاجة خاصة للحماية بالنظر لصفه أطرافها وللظروف المحيطة بإبرام عقودها (٣) فكان لا بد من النظر إلى عقود نقل التكنولوجيا - والتي من بينها عقد الفرنشايز- لما يتضمنه هذا العقد من اختلال واضح بين طرفيه ، الأمر الذي يستوجب معه ضرورة تقييد إرادة طر في العلاقة العقدية في اختيار القانون الذي يحكم العقد ، ذلك لأن القانون لم يعد في خدمة الإرادة بل أصبحت الإرادة كجوهر للعقد في خدمة القانون ٠(٤)

---

(١) د ٠أحمد عبدالحميد عشوش ، تنازع مناهج تنازع القوانين ، دراسة مقارنه ، بدون دار نشر ، ١٩٨٨ ، ص ١٤ ٠

(٢) د ٠ لطفي رمزي أمين جندي ، عقد الامتياز التجاري كوسيلة من و سائل نقل التكنولوجيا ، رسالة دكتوراه ، جامعة حلوان ، بدون سنة نشر ، ص ٢٢٠ وما بعدها ٠

(٣) توجد بعض العقود الدولية التي يتم إسنادها لقانون آخر مختلف عن قانون الإرادة، مثل عقود الأحوال الشخصية، كعقد الزواج، وعقد العمل...الخ " انظر ٠ د٠محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤ ، ص ٧ هامش ٢ ٠

(٤) د٠ أحمد محمد الهوارى ، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٥ ، ص١٢ ، بند ٨ ٠

وبالتالي أصبح التدخل التشريعي سواء في الحياة الاقتصادية والاجتماعية يقتضى إخضاع المسائل التي تناولتها هذه التشريعات مباشرة للقانون الوطني ، سواء كانت هذه المسائل وطنية أم متضمنة عنصرا أجنبيا ، والتغاضي تماما عن منهجية قواعد الإسناد السافيني المزدوج واعتماد منهجية قواعد الإسناد الأحادية أو المفردة الجانب ٠

وهو ما انتهجه المشرع المصري في قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ في المواد ٧٢، ٨٧/٢، وذلك لدى تحديده للقانون الواجب التطبيق على عقود نقل التكنولوجيا والتي من بينها عقد الفرنشايز حيث سلب أي دور للإرادة في اختيار قانون العقد ٠

وإذا كان المشرع قد " اخضع في هذا القانون ، كل عقد يتضمن نقلا للتكنولوجيا ، بصورة كلية او جزئية لأحكامه ، ونظرا لاحتواء الفرنشايز علي عنصر المعرفة الفنية ضمن محله ، فإنه يكون مخاطبا بأحكام هذا القانون "٠ (١)

وبالتالي يكون المشرع المصري قد اخضع عقود الفرنشايز لأحكام القانون المصري في جميع الفروض وفي جميع الأحوال وبشكل مباشر، ودون أن يتقرر للأطراف أو للقضاء أي سلطة في اختيار هذا القانون وإلا وقع اختيارهم باطلا ، فالاعتبار الذي هيمن على المشرع المصري وهو بصدد ذلك يكمن فيما تمثله عقود الفرنشايز وغيرها من عقود نقل التكنولوجيا في تحقيق تنمية اقتصادية شاملة ، دون اعتبار لجنسية طرفي العلاقة التعاقدية مصرين كانوا أم أجانب ٠(٢)

ووفقا لما تقدم تتضح لنا معالم هذا الفصل بتقسيمه إلى مبحثين نعرض في الأول منهما لماهية منهج الإسناد الأحادي والتفرقة بينه وبين مناهج التنازع الأخرى ، وفي الثاني نتعرف على مبررات إقصاء منازعات الفرنشايز من إطار تنازع القوانين ، وذلك على النحو التالي ٠

المبحث الأول : ماهية منهج الإسناد الأحادي والتفرقة بينه وبين مناهج التنازع الآخرى٠

المبحث الثاني: مبررات إقصاء منازعات الفرنشايز من إطار تنازع القوانين ٠

---

(١) د ٠محمد محسن إبراهيم النجار ، عقد الامتياز التجاري ، دراسة في نقل المعارف الفنية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، ٢٠٠١ ، ص ٨ ٠ وأيضاً د ٠ عبدالمنعم زمزم ، عقود الفرانشيز بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ٢٠١١ ، ص ٢٠٩ ، بند ٢٧٠ ٠

(٢) د ٠عبدالمنعم زمزم ، عقود الفرانشيز بين القانون الدولي .....، مرجع سابق ، ص ٢١٤ وما بعدها ، بند ٢٧٧ ٠

المبحث الأول

ماهية منهج الإسناد الأحادي والتفرقة بينه وبين مناهج التنازع الأخرى

تمهيد وتقسيم

رغم بقاء الفقه الغالب على إخلاصه للمنهج السافيني المزدوج ، إلا أنهم قد اعترفوا بالمنهج الأحادي كعلاج للتخفيف من حدة الانتقادات التي وجهت إليه ، لذلك يتعين تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين ، نتعرف في الأول على مفهوم منهج الإسناد الأحادي ومجال إعماله ، وفي الثاني نعرض للفروق الأساسية بينه وبين مناهج التنازع الآخرى ٠

المطلب الأول

مفهوم منهج الإسناد الأحادي ومجال إعماله

تقسيم

تنقسم الدراسة في هذا المطلب إلى ثلاث فروع ، نتولى في الأول منهما تعريف منهج الإسناد الأحادي وعملية إحيائه ، وفي الثاني نتحدث عن مجال إعمال هذا المنهج ، أما الفرع الثالث فنتعرف من خلاله على التطبيقات التشريعية الخاصة به ، على النحو التالي ٠

الفرع الأول

تعريف منهج الإسناد الأحادي وعملية إحيائه (١)

يقصد بمنهج الإسناد الأحادي أو المفرد الجانب ، تلك القواعد التي تكتفي ببيان حالات

---

(١) يذهب الدكتور أحمد عبدالحميد عشوش ، القاعدة التي تحدد أحوال تطبيق القانون الوطني دون الأجنبي بالقاعدة القاصرة أو منهج التنازع القاصر ، ويصفها استاذنا الدكتور محمد السيد عرفه بالقاعدة مفردة الجانب ، وينعتها أيضاً الدكتور هشام علي صادق بقاعدة الإسناد الأحادية ، وذات التسمية يطلقها الدكتور محمود محمد ياقوت ، كما يسميها الدكتور عبدالمنعم زمزم بالمنهج الأحادي ، وتصفها الدكتورة طرح البحور على حسن فرج بالأحادية التقليدية المغلقة ، انظر : د ٠ أحمد عبدالحميد عشوش ، تنازع مناهج تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص ١٨٠ ، د ٠ محمد السيد عرفه ، مختصر القانون الدولي الخاص ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ٢٠١٠ ، ص ٥٤ ، د ٠هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، منشاة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠١ ، ص ٧٩٣ ، بند ٥١١ ، د ٠ محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق ، مرجع سابق ، ص١٧٩ ، بند ٢٩٦ ، د ٠عبدالمنعم زمزم ، عقود الفرانشيز بين القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص ٢١٨ بند ٢٨٢ ، د ٠ طرح البحور على حسن فرج ، تدويل العقد ، دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما ١٩ يونيو ١٩٨٠ ، منشاة المعارف ، الإسكندرية ، بدون سنة نشر ، ص ٢١٧ ، ونميل إلى تسميتها بمنهج الإسناد الأحادي ٠

اختصاص قانون القاضي دون أن تشير إلى الحالات التي ينعقد فيها الاختصاص لقانون دولة أجنبية ٠(١)

مفاد ذلك ، أن التنازع بين القوانين وفقاً للمنهج الأحادي أو التقليدي المغلق هو تنازع بين سيادات دول مختلفة ، وبالتالي ينطلق أنصار هذا المنهج من فكرة مؤدا ها كفالة الاحترام المتطلب بين السادات ٠

ففي ظل غياب سلطة عليا فوق الدول تقوم بتوزيع الاختصاص التشريعي بين السيادات المختلفة ، يتعين أن يترك لكل مشرع مهمة تحديد نطاق قانونه ، حيث لا يجوز تطبيق قانون على خلاف إرادة مشرعه ، وبالتالي فإن قاعدة الإسناد في دولة القاضي تعد قاعدة مفردة الجانب ، فهي لا تحدد إلا مجال تطبيق القانون الوطني ، فإذا ما أراد قانون القاضي الإنطباق على العلاقة محل النزاع تعين تطبيقه ، أما إذا رفض هذا القانون الانطباق ، فليس من مهمة قاعدة الإسناد في دولة القاضي تحديد القانون الأجنبي الواجب التطبيق ، كما يجرى عليه الحال في المنهج المزدوج ، وبصرف النظر عن إرادة القانون الأجنبي المختص في الانطباق ، وإنما يتعين على القاضي في هذه الحالة أن يبحث عن القانون الأجنبي الذي يريد الانطباق على النزاع بمقتضى قواعده الخاصة بالتنازع ، فمثل هذا المسلك وحده هو الذي يكفل وحدة الحلول ويحقق الاحترام المتطلب للسيادة الأجنبية ٠(٢)

وتعود الأحادية التقليدية المغلقة إلى الفقه الايطالي والألماني القديم ، ويؤيدهم في ذلك الأستاذ الفرنسي (نبوابيه) Niboyet الذي استعار بدوره فكرة الهدف الاجتماعي من الفقيه (بيليه) Pillet واستخدمها استخداما أحادياً (٣) ، و هى فكره تسعى لحل مشكلة تنازع القوانين من خلال أهداف أو غايات اجتماعية ، من منطلق أن لكل قانون هدفاً اجتماعياً يرمي إلى تحقيقه فالقانون الداخلي يتمتع بصفتين هما الاستمرارية والعموم ومن خلالهما يمكن

---

(١) د ٠ هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق ..... ، مرجع سابق ، ص ٧٩٤ ، بند ٥١١ ٠

(2) Gothot, (p), le renouveau de la tendance unilateraliste en droit international prive, Rev.crit , 1971 , P . 11.

ونقلا عن ٠ د ٠ محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين ..... ، مرجع سابق ، ص١٧٨ ، هامش ١ ٠

(3) Pillet , Principes de droit international Prive , Paris 1903 , p. 75 et s . V aussi , Niboyet , Traite de droit international Prive , Francais m Tome III , p . 166 et s .

نقلا عن ٠د ٠ هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق .....، مرجع سابق ، ص ٧٩٥ ، هامش ١٧٣ - ١٧٤ ٠

تحقيق الهدف الاجتماعي ٠(١)

وعلى هذا الأساس تمني الفقيه (نبوايه) أن تحدد كل دولة نطاق تطبيق قانونها في ضوء الأهداف الاجتماعية التي يسعى إليها هذا القانون ، دون أن يكون من شأنها تحديد اختصاص قوانين الدول الأخرى احتراماً لسيادة هذه الأخيرة ، وبهذه المثابة انحاز الأستاذ الفرنسي للمنهج الأحادي رافضاً على هذا النحو قواعد الإسناد المزدوجة التي قد تشير باختصاص قانون أجنبي ٠(٢)

إذن فالأحادية المغلقة أو التقليدية تقضي تماما على احتمال تطبيق قانون أجنبي على أي حالة تدخل في نطاق تطبيق القانون الوطني ٠

ولقد وجد للمنهج القاصر أو الأحادي صدى واسع لدى الفقه والقضاء الأمريكي ، وحتى في إطار النظم الأوروبية فمازال للمنهج الأحادي أو القاصر وجوده الذي تزايد في الربع الأخير من القرن العشرين تحت تأثير الثورة الأمريكية على المنهج السافيني ، ويعد الأستاذ الأمريكي (برنارد كيري) prainerd Currie من أكثر الفقهاء عنفا في مواجهة هذا المنهج ، وتُجمل نظرية (كيري) التي أقامها على فكرة المصلحة الحكومية بقوله ، أن هدف أي قاعدة قانونية في نهاية الأمر – تحقيق سياسة ما – بالمدلول الواسع لهذا التعبير ، إذ إن الدولة بوصفها مشرعا ، لها مصلحة في تطبيق القواعد التي تصدرها وأن تري سياستها متحققة ، وتجد قوانينها التي تسنها مطبقة ٠ فمن خلال المصالح الخاصة بكل دولة يمكن تحديد نطاق التطبيق المكاني لكل قاعدة قانونية ٠(٣)

ويفرق (كيري) بين ثلاثة فروض لحل مشكلة التنازع ، ففي الفرض الأول الذي تكون للدولة مصلحة واحدة فقط في تطبيق قانونها على المسالة محل النزاع ، فإنه يتعين تطبيق قانون هذه الدولة بصرف النظر عما إذا كان هذا القانون هو قانون القاضي أم قانون أجنبي أما إذا تبين وجود مصالح لقوانين لحكم المسالة محل النزاع ، وهما قانون القاضي

---

(١) د ٠خليل إبراهيم محمد خليل ، تكامل مناهج تنازع القوانين ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠١٥ ، ص ٤٧ ٠ أيضا ٠ د٠ عز الدين عبدالله ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ، الجزء الثاني ، ط ٩ ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ١٩٨٦ ، ص ٦١ وما بعدها ٠

(٢) د ٠هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق ..... ، مرجع سابق ، ص ٧٩٥ ، بند ٥١١ ٠

(3) CURRIE , Essavs on the conflict of Laws , p. 107 .108 .

نقلا عن د ٠أحمد عبدالحميد عشوش ، تنازع مناهج تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص ١٦٣ ، هامش ١ ٠

والقانون الأجنبي ، فيتعين في هذه الحالة تطبيق قانون القاضي ، أما الفرض الثالث والذي يتمثل في وجود مصالح لقانونين أجنبين لحكم العلاقة محل النزاع ، فإنه يتعين تطبيق قانون القاضي إلى أن يأتي – حسبما يقرر – شخص آخر بفكرة أفضل ٠(١)

ولقد تعرض المنهج الأحادي أو القاصر لانتقادات عديدة من جانب أغلب الفقه الحديث ولعل من أهمها ، رفضه للأساس الذي يقوم عليه هذا المنهج والمتمثل في كون التنازع بين القوانين هو تنازع بين سيادات دول مختلفة ، ذلك لأن الثابت عكس ذلك ، فلا يمس تطبيق القانون الأجنبي مطلقا السيادة الوطنية للمشرع ، بل إن تطبيق القانون الأجنبي يعد بمثابة تعبير عن السيادة الوطنية إذ ينطبق بناء على إحالة من قاعدة الإسناد الوطنية تبعاً لفقه سافيني ٠(٢)

واستنادا إلى ذلك فقد اتجه جانباً من أنصار المنهج الأحادي المغلق إلى الدعوة لإحياء هذا المنهج أو بعثه من جديد ، فاتجه الفقيه (جوتو) إلى نشر مقال له بعنوان إحياء المنهج القاصر (الأحادي) في القانون الدولي الخاص وقارنه بطائر العنقاء٠ (٣)

كما اتجه الأستاذ الايطالي (كوادري) Quadri إلى إحياء هذا المنهج بإعطائه مفهوما جديداً يقوم على أساس حرية كل دولة في تحديد نطاق تطبيق قوانينها على الأقل بطريقة ضمنية يمكن الكشف عنها من خلال معيار الذاتية بين المسالة المطروحة والقاعدة التي تريد الانطباق ، فلدى الأستاذ (كوادري) يتحدد القانون الوطني أو الأجنبي الواجب التطبيق بالتوافق بين كل من القانونين وذلك بإعمال معيار الصلة الذاتية ٠(٤)

وهو ما يقتضي تحليل تفصيلي لكل قاعدة قانونية على حده ، بالكشف عن تفاصيل مضمونها المادي ونطاق التطبيق الذي قرره لها مشرعها ، سواء من حيث المكان أو

---

(١) د٠ أحمد عبدالحميد عشوش ، تنازع مناهج تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص ١٦٥ وما بعدها ٠

(٢) د ٠ طرح البحور على حسن فرج ، تدويل العقد ، مرجع سابق ، ص ٢١٧ ، بند ٢٨٥ ٠

(3) Gothot, (p), le renouveau…….. op . Cit, p. 1 , et s .

وطائر العنقاء هو طائر خرافي زعم أنه يعمر خمسة قرون بعد أن يحرق نفسه ويبعث مره آخري من رماده في أبهى شبابه ٠ انظر ٠ د٠ أحمد عبدالحميد عشوش ، تنازع مناهج تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص١٨٢ ، هامش ١ ٠

(4) QUADRI (Rolando), Le Lezioni di diritto internazionale Privato ,5 edition Napoli, 1969

نقلا عن ٠ د ٠ طرح البحور على حسن فرج ، تدويل العقد ، مرجع سابق ، ص ٢٠٣ وما بعدها ٠

V. aussi , EMILE TYAN : " Droit international Prive " 2 edition , Beyrouth , 1974 , p. 49 ets

الأشخاص أو غير ذلك ، وعلى ضوء هذا التحليل يتم الكشف عن حقيقة دخول المسالة المعروضة في نطاق تطبيق هذه القواعد ، وبالتالي قيام إرادة الانطباق من عدمها٠ ويلاحظ أن تحليل القواعد القانونية على هذا النحو ، يكشف عن المراكز القانونية التي تدخل في نطاق تطبيقها دون اعتبار لطبيعتها الوطنية أو الدولية ، فنطاق العلاقات التي تتعامل معها أحادية كوادري لا يتوقف عند حدود العلاقات الدولية كما هو الحال في النظرية المزدوجة ٠(١)

ولقد تعرض هذا الاتجاه أيضا – مثل سلفه – للنقد ، نظراً لعدم تماشيه مع الواقع العملي نتيجة عدم التغلب على عقبتين أساسيتين أولهما : تتمثل في الحالة التي لا يجد فيها القاضي أصلا قانونا يمكن انطباقه على العلاقة وهو ما يعرف بالتنازع السلبي ، والحالة الأخرى تبدو في حالة رغبة أكثر من قانون في التطبيق على ذات العلاقة وهو ما يعرف بالتنازع الإيجابي، حيث انتهى مناصرو الأحادية إلى تطبيق قانون القاضي على العلاقة المطروحة استنادا لتفادى وجود علاقة بلا وطن في حالة التنازع السلبي ولحرص القاضي على تحقيق مصالح دولته في حالة التنازع الإيجابي ٠(٢)

ولتفادى تلك الانتقادات رأي الأستاذ (كوادري) أن الأخذ بفكرة الفاعلية من شأنها إيجاد الحلول المناسبة للمسائل المطروحة ، فمعيار الفاعلية يتمم عمل معيار الصلة الذاتية الذي يحدد القانون الواجب التطبيق ، ويلجأ إليه (كوادري) لحل مشكلات تنازع القوانين الناشئ عن اختصاص عدة قوانين بذات النزاع المعروض إيجابا أو سلبا ٠(٣)

وبهذه المثابة يكمل معيار الفاعلية عمل معيار الصلة الذاتية ، الذي يتحدد به القانون الواجب التطبيق ، فهذا الأخير يفترض أن ثمة قانونا وأحداً تقوم لدية إرادة الإنطباق على الحالة المعروضة ، فإذا ما تعددت هذه القوانين يتم ترجيح تطبيق أكثرها فاعلية ٠

وأخيرا يتضح لنا أوجه الشبه والاختلاف بين أحاديه نبواييه المغلقة وأحادية كوادري ، فهما يتفقان على عدم جواز تطبيق القانون الأجنبي على غير إرادة مشرعه ، حيث تنحصر وظيفة قاعدة التنازع الأحادية في تحديد نطاق تطبيق قواعد القانون الوطني دون الأجنبي إلا

---

(١) د ٠ طرح البحور على حسن فرج ، تدويل العقد ، مرجع سابق ، ص ٢٠٥ ، ٢٠٦ ، بند ٢٦٦ ٠

(٢) د٠ أحمد عبدالحميد عشوش ، تنازع مناهج تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص ١٩١ ٠

(3) Gothot, (p), le renouveau…….. op . Cit, p. 34 .

وأيضاً ٠ د ٠ طرح البحور على حسن فرج ، تدويل العقد ، مرجع سابق ، ص ٢٢٥ ، بند ٢٩٧ ٠

أنهما يختلفان من وجهتين (١) ، فمن حيث نوع التنازع المتصور ، يتضح أن التصور الأحادي المغلق يقوم على أساس أن التنازع بين القوانين هو في حقيقته تنازع بين سيادات دول مختلفة في حين أن أحادية كوادري ترفض ذلك ، فتنازع القوانين لدية يقوم بين قوانين الدول من منظور المصالح الخاصة الدولية ، فالقانون الواجب التطبيق يتحدد بالتنسيق بين القانون الوطني والأجنبي وفقاً لمعيار الصلة الذاتية ، كذلك يختلفان أيضاً من حيث القانون الواجب التطبيق خارج نطاق القانون الوطني ، فالأحادية المغلقة تعمل على تضييق نطاق إعمال القواعد المزدوجة والحد من تنازع القوانين ، فهي تقضي تماما على احتمال تطبيق قانون أجنبي على أي حاله تدخل في نطاق تطبيق القانون الوطني ، بعكس أحادية كوادري حيث يتحدد القانون الواجب التطبيق بالتوافق بين كل من القانونين الوطني والأجنبي وفقاً لمعيار الصلة الذاتية ٠

كما تختلف أحادية (كوادري) عن أحادية (كيري) ، في أن الأخير لا يعتمد إلا على فرضيه واحدة هي فرضية تزاحم المصالح التي تمثلها القواعد المادية المتزاحمة ، فالفقيه كيري ينكر تماما قاعدة الإسناد ، أما أحادية كوادري فهي تمارس دورها على صعيد القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد ، كذلك فإن أحادية كيري تنحاز دائما لقانون القاضي حتى ولو كانت خارج القواعد المتزاحمة ، بعكس كوادري حيث يقيم حلوله استنادا إلى معيار الصلة الذاتية الذي يكشف عن إرادة الانطباق ومدى دخول الحالة المعروضة ضمن نطاق تطبيق القاعدة دون تفرقة بين القواعد الوطنية والقواعد الأجنبية ، فإذا ما تحقق هذا المعيار لدى أكثر من قاعدة فإنه يقوم بترجيح القاعدة الواجبة التطبيق بالاستناد إلى معيار الفاعلية للوصول إلى تطبيق القانون الأكثر اتفاقا مع الحالة المعروضة ٠(٢)

---

(1) Quadri (Rolando), …….. op, cit , p 275 .

(٢) د ٠ طرح البحور على حسن فرج ، تدويل العقد ، مرجع سابق ، ص ٢١٧ وما بعدها ، بند ٢٨٤وما بعده ٠

الفرع الثاني
مجال إعمال منهج الإسناد الأحادي

إزاء الانتقادات التي وجهت لمنهج الإسناد الأحادي و عدم قدرة أنصاره على تطبيقه بشكل عام ، فقد تعالت الأصوات للمطالبة بضرورة البحث عن المجالات المختلفة في القانون الدولي الخاص ، والتي يمكن من خلاله تطبيق هذا المنهج تطبيقاً جزئياً أو محدوداً ، وعلى ضوء ذلك فقد وجد أنصار المنهج الأحادي متنفسا لهم في المجالات الآتية :

١- مجال قواعد القانون العام

يقصد بقواعد القانون العام ، مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقة بين الدول ، أو بين الدول والأفراد والتي تكون الدولة طرفاً فيها باعتبار ها صاحبة السلطة والسيادة ، أي تلك القواعد المنظمة للعلاقات التي تمارس فيها الدولة امتيازات السلطة العامة ، وبالتالي فهي قواعد لا تهدف إلى تنظيم العلاقات الخاصة بالأفراد ٠(١)

وبما أن قواعد القانون العام تتناول نوعين من التنظيم ، أحدهما متعلق بتنظيم الدولة ذاتها بسلطاتها المختلفة والأخر متعلق بتنظيم علاقتها من حيث كونها سلطة عامة أو صاحبة سيادة بغيرها ، فإنها تكون قواعد أحادية الجانب ، حيث تقتصر على الدولة وحدها ولا تقبل تدخل دولة آخري في هذا التنظيم ، كما لا يجوز تطبيق هذه القواعد خارج الحدود الإقليمية احتراما لمبدأ السيادة ٠

فالمراكز الخاضعة للقانون العام لا تثير بحسب الأصل تنازعا بين القوانين ، وإنما تثير فقط مشكلة تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان ، إذ ليس هناك اختيار بين عدة قوانين كما هو الشأن في مسائل القانون الخاص ٠(٢)

فقانون العقوبات المصري باعتباره أحد فروع القانون العام ، يحدد مثلاً الجرائم التي يعاقب عليها ، وهى جرائم تقع داخل الحدود الإقليمية للدولة ، فإذا ما وقعت جريمة جنائية ، فإنه يتعين البحث أولاً عما إذا كانت هذه الجريمة تخضع لقانون العقوبات المصري من عدمه

---

(١) د ٠ ثروت عبدالحميد ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، الكتاب الأول ، نظرية القاعدة القانونية ، بدون دار نشر ، بدون سنة نشر ، ص ٩٤ وما بعدها٠

(٢) د ٠ هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق ..... ، مرجع سابق ، ص ٧٨٧ ، بند ٥٠٧ ٠

وهو ما يعرف بمشكلة تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان ، فإذا كانت تخضع لنطاق تطبيق هذا القانون طبق عليها ، وإلا تخلي القاضي عن نظر النزاع ، فهو غير ملزم بالبحث عن قانون العقوبات الأجنبي الذي تخضع له هذه الجريمة على اعتبار أن القانون العام يطبق تطبيقا إقليميا ، وبالتالي لا تثار بصدد مسائل القانون العام مشكلة تنازع القوانين٠ (١)

بل حتى في المسائل التي يتصور فيها ضرورة الرجوع للقانون العام الأجنبي بصفه تبعية في بعض الفروض كشرط لازم لتطبيق القانون الوطني ، إنما يتم بناء على معايير انطباق هذا القانون كما قررها المشرع الأجنبي ، مما يؤكد بأنه محض إعمال للمنهج الأحادي كما هو الحال في المادة الثالثة من قانون العقوبات ، التي اشترطت في الفعل الذي ارتكبه المصري خارج البلاد – حتى يمكن معاقبته عليه بعد عودته إلى للقطر – أن يكون أيضاً معاقباً عليه بمقتضى قانون البلد الذي وقع فيه هذا الفعل٠ (٢)

٢- مجال قواعد البوليس ذات التطبيق الضروري

تشكل قواعد البوليس ذات التطبيق الضروري عودة جزئية للمنهج الأحادي الذي كان سائد في العصور القديمة والذي يقوم على تحليل القوانين والبحث عن نطاق تطبيقها ، على خلاف منهج التنازع الذي يستند على تحليل الروابط القانونية وصولاً إلى القانون الواجب التطبيق في شأنها ، وتعد الأحادية في هذا الإطار ذات طابع جزئي ، لأن إعمالها قاصر على مجال قواعد البوليس بصفه خاصة دون غيرها من القواعد القانونية الآخرى الواجبة التطبيق ٠ (٣)

معني هذا ، أن إعمال هذه القواعد الآمرة لا يستبعد تماما تطبيق القانون الأجنبي المختص بمقتضى قواعد الإسناد المزدوجة ، وإنما يؤدي فقط إلى استبعاد القاعدة الموضوعية في هذا القانون التي تتعارض مع قاعدة البوليس التي تريد الإنطباق ، وبذلك يظل القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد المزدوجة مختصاً بحكم كافة أوجه النزاع التي تثيرها العلاقة المطروحة ، عدا ما كان منها داخلاً في نطاق تطبيق قاعدة البوليس التي تريد الإنطباق وبذلك يتضح الفارق بين الأحادية الجزئية والأحادية العامة التي كانت سائدة في العصور القديمة والتي

---

(١) د٠ محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي ، مرجع سابق ، ص١٨٢ ، بند ٣٠٣

(٢) د ٠ محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي ، المرجع السابق ص ١٨٢، بند ٣٠٤ ٠

(٣) د٠هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص٧٩١ ، بند ٥٠٩

كانت ترفض منهج التنازع المزدوج تماماً ٠(١)

الفرع الثالث

التطبيقات التشريعية الخاصة بمنهج الإسناد الأحادي

من التطبيقات التشريعية لمنهج الإسناد الأحادي ما تناولته المادة ١١/٢ من القانون المدني المصري التي نصت على أنه " أما النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها فيسري عليه قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مراكز إدارتها الرئيسي الفعلي ، ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسي في مصر ، فإن القانون المصري هو الذي يسري "٠

فهذه الفقرة تعد نموذجاً لقواعد الإسناد الأحادية ، حيث أنها وإن كانت قد أخضعت النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية لقانون الدولة التي يوجد بها مركز إدارتها الرئيسي ، وهو ما يضفي على قاعدة الإسناد المصرية طابعها المزدوج ، إلا أن المشرع قد وضع استثناء على الفقرة المذكورة لصالح القانون المصري ينص على تطبيق هذا القانون حتى ولو كان مركز إدارة المشروع الرئيسي الفعلي في الخارج ، وذلك متى كان مركز نشاطه الرئيسي في مصر ، فالعبرة هنا بمركز أو بمكان الاستغلال الرئيسي ٠

وأيضاً الاستثناء الذي تضمنته المادة ١٤ من القانون المدني المصري حول ضوابط الإسناد التي تضمنتها المادتان ١٢ مدني ، ١٣ مدني ، لهو مثال آخر لقواعد الإسناد الأحادية حيث جاء نصها " في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج يسري القانون المصري وحده على شرط الأهلية للزواج "٠ (٢)

فعلى الرغم من خضوع الشروط الموضوعية للزواج في المادة ١٢ مدني لقانون جنسية كل من الزوجين وخضوع آثاره وانقضائه في المادة ١٣ مدني لقانون جنسية الزوج وهو ما يضفي على قواعد الإسناد الواردة بالمادتين المذكورتين طابعاً مزدوجاً ، إلا أن المشرع المصري قد أورد في المادة ١٤ مدني استثناء لصالح القانون المصري على الحلول المتقدمة حيث أخضع الزواج كله للقانون المصري ، عدا شرط أهلية الزواج الذي أخضعه

---

(١) د٠محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي ، مرجع سابق ، ص ١٨٤ ، بند ٣٠٧

(٢) الجامع للقوانين المصرية، المجلد الأول ، القانون المدني ، بدون دار نشر ، بدون سنة نشر ، ص ٨ - ٩ ٠

لقانون الجنسية إذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج ٠ (١)

وكذلك المادة ١٦/١ من القانون الفرنسي الصادر في ١٨ يونيو ١٩٦٦م والتي تضمنت مثالاً فريداً لقواعد الإسناد الأحادية في شان عقود النقل البحري ، فقد نصت على تطبيق أحكام هذا القانون فيما لو تم النقل من / إلى الموانئ الفرنسية والتي لا تخضع لاتفاقية دولية تكون فرنسا طرفاً فيها ٠(٢)

وفي إيطاليا نصت المادة ١٨٥ من القانون الإيطالي الصادر في ٢٢ إبريل ١٩٤١م والمتعلق بحق المؤلف مثالاً آخر لقواعد الإسناد الأحادية بقولها " هذا القانون يسري على كل أعمال المؤلفين الإيطاليين، وعلى أعمال المؤلفين الأجانب المتوطنين في إيطاليا والتي تنشر لأول مرة في إيطاليا "٠ (٣)

المطلب الثاني

التفرقة بين منهج الإسناد الأحادي ومناهج التنازع الأخرى

تمهيد وتقسيم

على الرغم من تسيد منهج قاعدة الإسناد أو المنهج السافيني في حل مشكلات تنازع القوانين بشان العلاقات الخاصة الدولية ، فإن هذا لا يعني على الإطلاق أفول نجم المنهج الأحادي أو المفرد الجانب الذي كان متبعا منذ القدم واعتد بتحليل القوانين وتحديد نطاق تطبيقها ، فعلى الرغم من الاختلافات الظاهرة بين المنهجين ، إلا أن منهج الإسناد التقليدي من شأنه استيعاب القواعد الأحادية إلى جانب قواعده المزدوجة ، فالتعاون بينهما أمر ضروري في مجال القانون الدولي الخاص ، فالأحادية تكون مع وليس ضد قاعدة الإسناد المزدوجة ٠ (٤)

ومع ذلك ، ومن أجل تلافي مغالاة منهج قاعدة الإسناد في الاستجابة للاعتبارات الدولية ، حينما سوى بين القانون الأجنبي والقانون الوطني في الإسناد ، فقد اعترف الفقه الحديث بوجود بعض القواعد القانونية التي تنتمي لقانون القاضي أو إلى قانون أجنبي شرعت أصلا لتنظيم الروابط الداخلية ، وإن كانت مراعاة طبيعتها الآمرة تقتضي امتداد تطبيقها أيضاً إلى

---

(١) د ٠ محمد السيد عرفه ، مختصر القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص ١٨٠ وما بعدها ٠ وأيضا ٠ د ٠ محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي ، مرجع سابق ، ص ١٨٦ ، بند ٣١٠ ٠

(٢) د ٠ هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق ..... ، مرجع سابق ، ص ٧٩٩ ، بند ٥١٣ ٠

(٣) د٠ محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي ،مرجع سابق ، ص ١٨٧ ، بند ٣١١ ٠

(٤) د ٠ طرح البحور على حسن فرج ، تدويل العقد ، مرجع سابق ، ص ١٩٤ ، بند ٢٥٠ ٠

العلاقات الخاصة الدولية ، وذلك بصرف النظر عن أي حكم مخالف قد يتضمنه القانون المختص بحكم العلاقة العقدية بمقتضى قواعد الإسناد ، و هذا هو التطبيق المباشر لما يطلق عليه القواعد ذات التطبيق الضروري ٠(١)

وعلى صعيد آخر ، يوجد إلى جانب القواعد ذات التطبيق الضروري قواعد مباشرة آخري أطلق عليها الفقه القواعد المادية أو الموضوعية في القانون الدولي الخاص ،و هى قواعد جاءت استجابة لمتطلبات التجارة الدولية ، فلم ُتشرع في الأصل لحكم روابط القانون الداخلي وإنما وضعت أساسا لتنظيم العلاقات ذات الطابع الدولي ، فهي لا تنطبق بحسب الأصل إلا على هذه العلاقات ، و هى لا تحتاج لانطباقها على هذا النحو وفقاً لما يراه البعض لمنهج التنازع بما يتضمنه من حلول لمشكلة القانون الواجب التطبيق ، وإنما تنطبق تطبيقاً مباشراً على العلاقات الدولية التي تدخل في نطاق سريانها ، بصرف النظر عن القانون المختص وفقاً لقاعدة تنازع القوانين ، و بذلك لا يلجأ القاضي لمنهج التنازع إلا في الفروض التي لا يجد فيها قاعدة مادية تقدم له الحكم المباشر للمسالة المطروحة ٠ (٢)

وهكذا تعددت مناهج تنازع القوانين ، لدرجة أن هناك من تحدث عن " أزمة المنهج التقليدي للتنازع " فالقواعد المادية أو الموضوعية في القانون الخاص أضحت منافساً لمنهج الإسناد التقليدي ، فهي قواعد دولية تلاءم الروابط الدولية ، ووجدت من أجلها لتحل مشكلاتها مباشرة ، أما قواعد الإسناد التقليدي فهي قواعد وطنية النشأة وموضوعها الوحيد هو تحديد قانون وطني معين لحكم الروابط الدولية ، وبالتالي فهما منهجان من شأنهما أن يكونا في وضع تنافس والقول نفسه يصدق على القواعد ذات التطبيق الضروري ، فهذه الأخيرة لها الأولوية في التطبيق على قواعد الإسناد ، حيث يتعين على القاضي أن يرجع أولاً إلى قانونه عسى أن يجد فيه قاعدة من القواعد ذات التطبيق الضروري تريد الإنطباق ، فإذا انعدمت لجأ القاضي عندئذ إلى منهج الإسناد التقليدي٠ (٣)

ومع ذلك فقد رفض بعض الفقه ، الحديث عن فكرة وجود تنازع بين مناهج القانون الدولي

---

(١) د٠محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي ، مرجع سابق ، ص ١٦٠ ، بند ٢٦٤ ٠

(٢) د٠هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق ..... ، مرجع سابق ، ص ٧٠٢ ، بند ٤٥٥ ٠

(٣) د٠ خليل إبراهيم محمد خليل ، تكامل مناهج تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص ٩ ٠

الخاص ، مؤكداً أن الأمر في حقيقته لا يتعلق بتنازع في المناهج أكثر من تعلقه بتكامل بين المناهج ٠ (١)

فالعلاقة بين منهجي الإسناد والقواعد المادية لا يمكن وصفه بالتنافس لأن التنافس يقتضى التكافؤ ، وهو غير موجود ، فمنهج القواعد المادية يعتريه الكثير من النقص والقصور وهذا بحد ذاته ، لا يكفي لإقصاء منهج الإسناد إلا بطريقة جزئية ، كما أن العلاقة بين منهج الإسناد ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري وإن كانت علاقة بين منهجين مستقلين إلا أنهما يقومان على عمليتين متتابعتين ، الأولى : تحديد القانون الواجب التطبيق ، والثانية : إعمال هذا القانون وتطبيقه ، ففي المرحلة الأولى يقوم القاضي بتحديد نطاق عمل القاعدة محل التساؤل ، فتكون الأولوية إذن للقواعد ذات التطبيق الضروري لتحديد نطاقها وتأخير ما يتعلق بمنهج الإسناد ، أما المرحلة الثانية فهناك تجاور وتعايش بين المنهجين فلكل منهما نطاق إعماله ٠(٢)

واستنادا لما سبق تنقسم الدراسة في هذا المطلب إلى ثلاث فروع ، نتولي في الأول منهما التفرقة بين منهج الإسناد الأحادي ومنهج الإسناد المزدوج ، وفي الثاني نستعرض التفرقة بين منهج الإسناد الأحادي ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري ، أما الفرع الثالث فنتعرف من خلاله على التفرقة بين منهج الإسناد الأحادي ومنهج القواعد المادية أو الموضوعية ، وذلك على النحو التالي ٠

الفرع الأول

التفرقة بين منهج الإسناد الأحادي ومنهج الإسناد المزدوج

واقع الأمر أن الانتقال من الإسناد المزدوج إلى الإسناد الأحادي قد تم عبر تاريخ طويل من التطور مر به منهج الإسناد التقليدي وبصفه خاصة في سنوات القرن العشرين الأخيرة وجاء هذا التطور تحت تأثير الانتقادات العنيفة التي استهدفت النموذج السافيني ، فزيادة تسييس القانون الخاص الذي صاحب تدخل الدولة بالتنظيم الآمر لتعويض اختلال التوازن بين

---

(١) د٠ أحمد عبدالحميد عشوش ، تنازع مناهج تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص ٢٠٥ ٠وأيضا ٠ د ٠ محمد الروبي ، عقد الامتياز التجاري في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٣ ٠، ص ٢٧٩ وما بعدها ، بند ٣١٥ وما بعده ٠

(٢) د٠ خليل إبراهيم محمد خليل ، تكامل مناهج تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص ١٠ ٠

المراكز القانونية والاقتصادية للمتعاملين وتنظيم النشاط الاقتصادي وتنامي التنظيم الدولي للاقتصاد والتجارة العالمية ، من الأمور التي لا تستوعبها إمكانات قاعدة التنازع المزدوجة بمفردها ، الأمر الذي أظهر حاجة منهج الإسناد إلى التجديد والتطوير ، ولهذا السبب كانت عودة الأحادية عودة قوية ومؤثرة في منهج الإسناد ٠ (١)

وقواعد الإسناد الأحادية تعد من القواعد غير المباشرة إسوه بقواعد الإسناد المزدوجة أي أنها لا تتضمن حلا مادياً للنزاع المطروح ، وإنما تكتفي فقط بالإشارة إلى القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع ٠

ومن جهة آخري، فإن قواعد الإسناد الأحادية مثلها في ذلك مثل قواعد التنازع المزدوجة الجانب تشير باختصاص نظام قانوني معين ، دون أن يكون من مهمتها تحديد القاعدة المادية الواجبة التطبيق داخل هذا النظام ، باعتبار أن المرجع في هذا التحديد هو النظام القانوني الذي أشارت قاعدة التنازع باختصاصه ٠(٢)

ومع ذلك تبدو أوجه الاختلاف واضحة بين منهج الإسناد الأحادي ومنهج القواعد المزدوجة ، فالأول يعتمد في فض التنازع على تحليل القوانين المتزاحمة لحكم العلاقة الخاصة الدولية ، بعد الكشف عن مضمون هذه القوانين وتحديد نطاق تطبيقها ، في حين أن منهج الإسناد المزدوج يعتمد في فض التنازع على تحليل العلاقة القانونية محل النزاع وردها إلى أحدى الفكر المسندة تمهيدا لتطبيق القانون المختص ، سواء كان هذا القانون هو قانون القاضي أو قانونا أجنبياً ، فلا يقتصر إعمال قاعدة الإسناد على بيان حالات تطبيق قانون القاضي فقط ، وإنما تقوم- أيضاً - ببيان الحالات التي يطبق فيها القانون الأجنبي ، حيث أنها قاعدة مزدوجة الجانب ٠ (٣)

فقاعدة الإسناد الأحادي هي قاعدة مفردة الجانب لا تحدد إلا مجال تطبيق القانون الوطني الذي تنتمي إليه ، فإن كان قانون القاضي يريد الإنطباق على العلاقة الدولية المطروحة

---

(١) د ٠ طرح البحور على حسن فرج ، تدويل العقد ، مرجع سابق ، ص ٢٨٦ وما بعدها ، بند ٣٩٤ ٠

(٢) د ٠ هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق ..... ، مرجع سابق ، ص ٧٩٤ ، بند ٥١١ ٠

(3) Yvon LOUSSOUARN, & Pierre BOUREL : Droit international prive , paris troisieme edition ,1988 , P, 117 , et s .

و٠ د ٠ محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي ، مرجع سابق ، ص ١٧٣، بند ٢٨٦

تعين تطبيقه ، أما إذا رفض هذا القانون الإنطباق فليس من مهمة قاعدة الإسناد في دولة القاضي أن تحدد القانون الأجنبي الواجب التطبيق ٠(١)

ومن جانب آخر فإن منهج الإسناد الأحادي يهدف إلى تحقيق المصالح الوطنية وذلك من أجل حماية التنظيم الاقتصادي والاجتماعي والسياسي للدولة ، في حين أن منهج الإسناد المزدوج ، يهدف إلى تحقيق صالح المعاملات الخاصة الدولية وذلك عن طريق إتاحة المجال للمشرع الوطني لتطبيق القانون الأجنبي داخل نطاقه الإقليمي متى رأي أنه أقدر على حكم النزاع وأكثر صلة به ٠

فضلا عن كون منهج الإسناد المزدوج هو منهج مجرد، حيث لا يهتم بالمضمون الموضوعي للحل النهائي للنزاع ، فلا يعرف القاضي مسبقا طبيعة الحل في القانون الأجنبي ، الذي أشارت باختصاصه قاعدة الإسناد الوطنية ، ومن اجل تجنب المخاطر المحتملة من تطبيق القانون الأجنبي فإنه ومن خلال الدفع بالنظام العام يمكن استبعاد هذا القانون ، إذا ما تضاربت أحكامه مع المبادئ الجوهرية في دولة القاضي ، في حين لا يتصور إعمال الدفع بالنظام العام حيال منهج الإسناد الأحادي ، لأن القانون الواجب التطبيق هو قانون القاضي وليس قانونا أجنبيا ٠ (٢)

كما أن عقيدة الازدواجية ترتبط بطائفة الوقائع والتصرفات ذات الطبيعة الدولية ، فتوافر الطبيعة الدولية يعتبر مسالة أوليه لا يمكن الفكاك منها ، لكي تمارس الازدواجية سلطانها وذلك بخلاف النظرية الأحادية ، فالتصوير المزدوج يوكل إلى قاعدة الإسناد حل مشكلة تنازع القوانين على إطلاقها ، بينما التصوير الأحادي بصفه عامة يوكل إليها مهمة تحديد نطاق تطبيق القانون الوطني ٠ (٣)

الفرع الثاني

التفرقة بين منهج الإسناد الأحادي ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري

يقصد بالقواعد ذات التطبيق الضروري تلك التي تلازم تدخل الدولة وترمي إلى تحقيق وحماية المصالح الحيوية والضرورية الاقتصادية والاجتماعية للجماعة ، والتي يترتب

---

(١) د ٠ هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق ..... ، مرجع سابق ، ص ٧٧٨ ، بند ٥٠٤ ٠

(٢) د ٠ محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد .....، مرجع سابق ، ص ١٧٥ ، بند ٢٨٩ ٠

(٣) د ٠ طرح البحور على حسن فرج ، تدويل العقد ، مرجع سابق ، ص ٣١٧ وما بعدها ، بند ٤٣٣ وما بعده ٠

على عدم احترامها ،إهدار ما تبتغيه السياسة التشريعية وتكون واجبة التطبيق على كافة الروابط التي تدخل في مجال سريانها أيا كانت طبيعتها ، وطنية أم ذات طابع دولي ٠(١)

أو هي " مجموعة القواعد الموضوعية في النظام القانوني الوطني التي يتعين تطبيقها تطبيقا مباشراً دون النظر إلى تصنيفها أو انتمائها إلى القانون العام أو القانون الخاص ودون حاجة لإعمال منهج قواعد الإسناد ٠ (٢)

أما الفقيه فرنسيسكاكين Fransecakis - أول من دعا إلى هذا المنهج – عرفها بأنها " تلك التي تفرضها ضرورة ضمان التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة "٠(٣)

فالقواعد ذات التطبيق الضروري تعد من القواعد الموضوعية الداخلية ، والتي شرعت أصلا لتنظيم الروابط والعلاقات الداخلية ، وقد تنتمي هذه القواعد لقانون القاضي أو لقانون أجنبي ، وإن كانت مراعاة طبيعتها الآمرة تقتضي امتداد تطبيقها على العلاقات الخاصة الدولية ، وذلك بصرف النظر عن أي حكم مخالف قد يتضمنه القانون المختص أصلا بحكم العلاقة العقدية بمقتضى قواعد الإسناد ٠(٤)

فهي قواعد يتم تطبيقها بشكل مباشر ، ويفترض معرفة القاضي بشكل مسبق بمضمونها وأيضاً بأهدافها ، فضلا عن نتائج تطبيقها على النزاع المطروح عليه ٠

وتتمتع القواعد ذات التطبيق بالقدرة على جلب الاختصاص التشريعي للنظام القانوني الذي تنتمي إليه سواء كان هذا النظام هو نظام القاضي أو النظام الأجنبي ، والأمر على خلاف ذلك بالنسبة لقواعد الإسناد الأحادية ، فالقاضي غير ملزم سوى بإعمال قواعد الإسناد الأحادية التي تنتمي إلى نظامه القانوني ، وليس هناك ما يجبره على إعمال القواعد المماثلة في القوانين الأجنبية ٠ (٥)

---

(١) د٠ أحمد عبدالكريم سلامة ، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٨٥ ، ص ٧٢ ، بند ٥٧ ٠

(٢) د ٠ يوسف عبدالهادى خليل الاكيابى ، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا ، في مجال القانون الدولي الخاص ، بدون دار نشر ، ١٩٨٩ ، ص ٢٥٤ ٠

(٣) د ٠ بدران شكيب الرفاعى ، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص ، دار الكتب القانونية دار شتات ٢٠١١ ، ص ٢٧١ ٠

(٤) د٠ السيد عبدالمنعم حافظ السيد ، عقد التاجير التمويلي الدولي ، دار الفكر الجامعي ، ٢٠١٠ ، ص ٢٢٩ ٠

(٥) د٠ محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي ، مرجع سابق ، ص ١٨٩، بند ٣١٥ ٠

ومن ناحية آخري فالقواعد ذات التطبيق الضروري تتعايش مع قواعد الإسناد المزدوجة دون أن تؤدى إلى إقصائها جانباً ، حيث أنها لا تستبعد تماما تطبيق القانون الأجنبي المختص بمقتضى قواعد الإسناد المزدوجة لصالح قانون القاضي ، وإنما هي قد تحل محل أحدى قواعده المماثلة في حدود المسالة التي تحكمها هذه القواعد الآمرة ، حيث يتم إعماله في حدود ما يتطلبه مضمونها والأهداف التي تسعى إلى تحقيقها ، أما في الحالة التي يختص فيها قانون القاضي بمقتضى قاعدة إسناد أحادية ، فيتم تطبيق كافة أحكام هذا القانون بصرف النظر عن مضمون هذه الأحكام أو أهدافها ٠ (١)

بمعني ، أنه إذا ما حدث وعرض على القاضي منازعة متعلقة بعلاقة قانونية تنطوي على عنصر أجنبي ، تندرج في بعض جوانبها ضمن أحد المجالات التي خصها المشرع بالقواعد ذات التطبيق الضروري ، يستوي أن تنتمي هذه القاعدة إلى قانون القاضي أو إلى قانون أجنبي عند توافر ضوابط معينة ، فإن القاضي يطبق هذه القاعدة مباشرة على الجوانب التي تدخل في مجال سريانها دون استشارة قاعدة الإسناد ، ولا الالتفات إلى مضمون القانون الواجب التطبيق بمقتضاها تحقيقا للغاية التي تغيا ها المشرع من وراء هذا القانون ، أما الجوانب الأخرى التي تخرج عن مجال تطبيقها فيسرى عليها القانون الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة التنازع ٠ (٢)

ويشير استاذنا الدكتور هشام علي صادق إلى عدة نتائج تترتب على هذه التفرقة بين القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد الإسناد الأحادية ، " أولها : أنه إذا اختص قانون القاضي بمقتضى قاعدة إسناد أحادية تعين تطبيق كافة أحكام هذا القانون المتعلقة بالعلاقة المطروحة ، بغض النظر عن مضمون هذه الأحكام أو أهدافها ، وعلى العكس فإن القاعدة ذات التطبيق الضروري ، لا يتعين تطبيقها إلا في حدود ما يتطلبه مضمونها ، أو الأهداف التي تسعى إلى تحقيقها ، وثانيها : إن تطبيق قواعد الإسناد الأحادية يؤدى عادة إلى تطبيق عدد غير محدود من القواعد المادية في النظام القانوني الذي تنتمي إليه قاعدة الإسناد ، وهى القواعد التي تنظم العلاقة التي تم إسنادها على هذا النحو إلى النظام المذكور ، والوضع يختلف عند إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي لنظام قانوني معين ، حيث يتم هذا

---

(١) د ٠ محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي ، مرجع سابق ، ص ١٩٠، بند ٣١٥ ٠

(٢) د ٠ محمد الروبي ، عقد الامتياز التجاري في القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص ٢١١ ، بند ٢٣٤ ٠

الإعمال في حدود ما يتطلبه مضمونها ، و من ثم فهي لا تؤدى بداهة إلى تطبيق أي قاعدة قانونية آخري تنتمي إلى هذا النظام ، فلا يكفي لنعت قاعدة قانونية على أنها من القواعد ذات التطبيق الضروري قيام مشرعها بتحديد نطاق تطبيقها المكاني صراحة ، وإنما يتعين لاكتسابها هذه الصفة أن يكون ثمة ارتباط عقلاني بين مضمونها المادي ومجال سريانه بصرف النظر عما إذا كانت إرادتها في الإنطباق على العلاقة المطروحة قد تحددت على نحو صريح أو ضمني ، مستخلصاً من مضمون الأهداف التي تسعى إلى إدراكها ، وثالثها : أنه إذا تم اعتناق دولة لقاعدة من قواعد الإسناد الأحادية ، فان أي تعديل تشريعي لقاعدة أو عدة قواعد مادية في قانون هذه الدولة لا يؤثر بداهة في اختصاص قانونها ، بخلاف القواعد ذات التطبيق الضروري حيث يترتب على أي تعديل تشريعي لاحق لمثل هذه القواعد التساؤل حول ما إذا كان المضمون الجديد لها يبرر تطبيقه الضروري من عدمه ؟ " ٠ (١)

وعلى ضوء ما تقدم يتجلي الفارق الجوهري بين القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد الإسناد الأحادية في أن الأخيرة تؤدي إلى اختصاص النظام القانوني الوطني بحكم الرابطة العقدية المثارة ، مع استبعاد كافة الاحتمالات الممكنة لتطبيق القانون الأجنبي حيالها ، في حين أن القواعد ذات التطبيق الضروري تقوم مقام أحدى القواعد المماثلة في القانون المختص فيما لو استدعي ذلك الاعتبارات المتعلقة بمضمون هذه القاعدة ، أو الأهداف التي ترمي إليها ، فهي لا تقصي قواعد الإسناد المزدوجة والتي قد تؤدي إلى اختصاص قانون أجنبي بالعلاقة العقدية المطروحة ٠

الفرع الثالث

التفرقة بين منهج الإسناد الأحادي ومنهج القواعد المادية أو الموضوعية (٢)

لا مراء في أن المعاملات والتجارة الدولية في تطور دائم ، هذا التطور المتواصل يجعل

---

(١) د ٠ هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق ..... ، مرجع سابق ، ص ٨٠٥ وما بعدها ، بند ٥١٦ ٠

(٢) تعددت المصطلحات المستخدمة في الفقه للتعبير عن القواعد المادية أو الموضوعية التي تحكم المعاملات الدولية كمصطلحات قانون التجارة الدولية ، ومصطلح القانون الموحد ، ومصطلح قانون خاص مشترك دولي ، أو قانون شعوب ذو طابع حديث ، أو قانون التجار ، أو قانون عرفي عبر الدول ، أو القانون الدولي للأعمال ٠ انظر ٠ د ٠ اشرف شوقي مسيحه ، القواعد المادية الدولية وانكماش السيادة التشريعية الوطنية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، ٢٠٠٧ - ٢٠٠٨ ، ص ١٣٣ ٠

منهجية قواعد الإسناد تقف في كثير من الأحيان عاجزة عن مواكبة القفزات الوثابة والنقلات النوعية التي تحدث في هذا المجال ، وكذلك ، فإن منهجية قواعد الإسناد تبدو أحيانا غير متناغمة مع واقع العلاقات الدولية التي تنظمها ، حيث يفضي إعمالها وهى قواعد وطنية إلى تطبيق قواعد محلية وضعت لحكم العلاقات الداخلية على العلاقات ذات الطابع الدولي ٠ (١)

وتلافياً للمثالب السابقة ، فقد ظهرت قواعد تضع حلولا موضوعية مباشرة لحكم بعض جوانب العلاقات الدولية الخاصة والتجارية منها على وجه الخصوص ، تراعي خصوصيتها وتستوعب تطوراتها وتنسجم مع طبيعتها الدولية وتفي بمتطلبات التجارة الدولية ، أطلق عليها القواعد المادية أو الموضوعية والتي يمكن تعريفها بأنها " قواعد موضوعية لا إرشادية وضعت خصيصا لتنظيم بعض جوانب العلاقات الدولية الخاصة لاسيما التجارية منها على نحو مباشر أي دون حاجة للجوء إلى القواعد التقليدية لتنازع القوانين٠ (٢)

وتتميز القواعد المادية بسمات متعددة ، فهي قواعد ملائمة لخصوصية العلاقات الدولية التي تتطلب تنظيما خاصاً ، فضلاً عن الصفة الموضوعية التي تعطي حكم القانون في المسالة بالتطبيق المباشر للقاعدة المادية - أضف إلى ذلك - كونها قواعد ذات طابع دولي حيث تتولي بالتنظيم العلاقات الخاصة التي تحتوي على عنصر أجنبي ، فضلاً عن سهولة العلم بها حيث يتحقق للأطراف دراية بأحكامها وتوقع الحلول بشأنها ، وتلك من أهم متطلبات العلاقات الخاصة الدولية ٠ (٣)

هذا وقد تنوعت المصادر التي تستقي منها القواعد المادية ، فقد يكون مصدرها تشريعياً (٤)

---

(1) Batiffol (H) , La pluralisme des methods en droit international prive , Recueil , 1973 , p.107 et s .

نقلا عن د ٠ محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين ..... ، مرجع سابق ، ص ٢٩٥ ، هامش ١ ٠

(٢) د ٠ محمد الروبي ، عقد الامتياز التجاري ..... ، مرجع سابق ، ص ٢٣١ ، بند ٢٥٦ ٠ وأيضا ٠ د ٠ محمد السيد عرفه ، القانون الواجب التطبيق على النزاع أمام هيئة التحكيم ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٩ ، ص ٢٥٥ ، بند ٢٤٠ ٠

(٣) د / اشرف شوقي مسيحه ، القواعد المادية الدولية .....، مرجع سابق ، ص ١٣٧ وما بعدها ٠

(٤) كما هو الشأن في تقنين التجارة الدولية التشيكي الصادر عام ١٩٦٣م ، والذي بدا العمل به اعتبارا من أول يناير عام ١٩٦٤م ، ويعد أول تشريع في العالم تصدي للتنظيم المادي لعلاقات التجارة الدولية ، وأيضا القوانين المنظمة للاستثمارات الأجنبية ، كالقانون المصري رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ ، وكذلك التقنين الخاص بالعقود الاقتصادية الدولية ، الصادر في ألمانيا الديمقراطية عام ١٩٧٦م ٠ انظر ٠ د٠ هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق ..... ، مرجع سابق ، ص ٧٠٩ ، بند ٤٦٠ ٠ وأيضا٠ د / محمد السيد عرفه ، القانون الواجب التطبيق على النزاع ..... مرجع سابق ، ص ٢٥٦ ، بند ٢٤١ ٠

وقد يكون مصدرها قضائياً (١) ، وقد يكون مصدرها الاتفاقيات الدولية أو المجامع والهيئات الدولية والتنظيمات المهنية ٠ (٢)

ولعل من أهم الفوارق بين منهج الإسناد الأحادي وبين منهج القواعد المادية يتمثل في أن قواعد الإسناد الأحادي تكتفي ببيان حالات اختصاص قانون القاضي دون أن تشير إلى الحالات التي ينعقد فيها الاختصاص لقانون أجنبي ، إنما القواعد المادية فلا تنطبق بحسب الأصل على علاقات القانون الداخلي وإنما هي قواعد وضعها مشرعها لتحكم روابط الحياة الخاصة الدولية ، كما أن قواعد الإسناد الأحادي هي قواعد غير مباشرة لا تتضمن حلاً مادياً للنزاع المطروح ، إنما تكتفي بالإشارة إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع ، في حين أن القواعد المادية شرعت لتنظيم الروابط الخاصة الدولية على نحو مباشر دون إحالة ٠ (٣)

---

(١) كما هو الشأن في الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية في ٤ يوليو عام ١٩٧٢ ، والتي أكدت من خلاله عن وجود قاعدة خاصة بالمعاملات الدولية ، تقضي باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي ، وهى قاعدة واجبة التطبيق على العقود الدولية ، بصرف النظر عما يقضي به القانون المختص ٠ انظر ٠ د ٠ محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد .....، مرجع سابق ، ص ٣٠٢ ، بند ٥٠٨ ٠

(٢) فالمعاهدات الدولية ، تعد من أهم مصادر القاعدة المادية الدولية ، ولعل من أبرازها ، اتفاقية فينا عام ١٩٨٠م بشان البيع الدولي للبضائع ، وكذلك اتفاقية لاهاي لعام ١٩٦٤م بشان البيع الدولي للمنقولات المادية ، وأيضا اتفاقية الجات لعام ١٩٩٤م ، ومن المجامع والهيئات الدولية نجد ، مؤتمر لاهاي ، والمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص ، والمنظمة العالمية للملكية الفكرية ، ولجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية ، ومن التنظيمات المهنية نجد ، جمعية لندن للبحوث ، وجامعة هامبورج لتجارة القمح ٠ انظر ٠ د ٠ اشرف شوقي مسيحه ، القواعد المادية الدولية .....، مرجع سابق ، ص ١٦٥ وما بعدها ٠

(٣) د ٠ محمد السيد عرفه ، القانون الواجب التطبيق على النزاع ..... مرجع سابق ، ص ٢٥٩ ، بند ١٤٣ ٠

المبحث الثاني

مبررات إقصاء منازعات الفرنشايز من إطار تنازع القوانين

تمهيد

تنحصر وظيفة قواعد تنازع القوانين في مجال العقود الدولية في إسناد الرابطة العقدية المتصلة بعنصر أجنبي إلى أحد القوانين المتنازعة لحكمها ، حيث يتولي القاضي الفصل في النزاع المطروح أمامه وذلك بترجيح قانون من بين تلك القوانين وتفضيله سواء كان وطنياً ام أجنبياً - وهو ما يعني - أنه يقوم أولا بتعيين القانون الواجب التطبيق ، أي إسناد العلاقة لقانون معين ثم يتولي ثانياً إعمال ذلك القانون بشأنه ٠

وعلى الرغم من أن مبدأ سلطان الإرادة يعني في عمق مفهومة منح الأطراف إمكانية تحديد القانون الذي يرونه الأكثر تحقيقاً لمصالحهم ، إلا أنه مبدأ عرف العديد من الهزات وخاصة في ظل التطورات التي تشهدها العلاقات الاقتصادية الدولية الراهنة ٠

ولقد جاء تدخل الدولة في كافة النواحي الاقتصادية والاجتماعية والسياسية بقصد المحافظة على المصلحة العامة للاقتصاد الوطني ، فقد استشعرت بعض النظم القانونية أهمية عقود نقل التكنولوجيا – والتي من بينها عقد الفرنشايز – في المساس بكيان الدولة الاقتصادي والاجتماعي ، نظرا لما يمثله هذا العقد من أهمية بالغة في تحقيق التنمية الاقتصادية ونقل التكنولوجيا التي تتطلع إليها بعض الدول وخاصة الدول النامية ، لذلك رأت إخضاعه للقانون الوطني مستبعده بشأنه تطبيق قانون آخر ٠

ونظراً لأن عقد الفرنشايز من العقود التي تنطوي على عدم التكافؤ الاقتصادي والقانوني بين طرفيه ، والذي يرجح دائما لمصلحة (المانح) ، فكان لابد من إيجاد السبل الضرورية نحو تحقيق الحماية الفاعلة للطرف الضعيف في العقد والذي يمثله (الممنوح له) ، وهو هدف تجمع عليه كافة النظم القانونية ٠

وعلى ذلك – وكما أشرنا من قبل – فإن المشرع المصري قد قرر باستبعاد عقد الفرنشايز – باعتباره أحد عقود نقل التكنولوجيا – من إطار تنازع القوانين ، خاضعا إياه لأحكام القانون التجاري المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م في جميع الأحوال ودون أن يكون لإرادة طرفيه أو للقضاء أي دور في هذا الشأن ٠

ولتفصيل ذلك يمكن تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتعرف في المطلب الأول على العوامل المؤدية إلى إقصاء عقد الفرنشايز من إطار تنازع القوانين ، وفي المطلب الثاني نتناول من خلاله آثر إخضاع عقد الفرنشايز لأحكام قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م ٠ وذلك على النحو التالي ٠

المطلب الأول

العوامل المؤدية إلى إقصاء عقد الفرنشايز من إطار تنازع القوانين

تتعدد العوامل المؤدية إلى إقصاء عقد الفرنشايز من إطار تنازع القوانين ، ولعل أهمها اعتباره وسيله من وسائل تحقيق التنمية الاقتصادية، فضلا عن معالجة ما ينطوي عليه العقد من اختلال وعدم التكافؤ العقدي والواقعي بين طرفيه ، وهو ما نستعرضه من خلال الفرعين التالين :

الفرع الأول

اعتبار عقد الفرنشايز وسيلة من وسائل تحقيق التنمية الاقتصادية

يلعب عقد الفرنشايز – باعتباره أحد عقود نقل التكنولوجيا – دوراً هاماً ، في تحقيق تنمية حقيقية للاقتصاد القومي وخاصة بالنسبة للدول النامية ، وذلك بعد أن ثبت بالتجربة عدم جدوى أسلوب الاستثمار المباشر ، كأحد أقدم أساليب نقل التكنولوجيا في تحقيق تنمية اقتصادية حقيقية ٠(١)

ولما كانت الدول النامية تفتقر إلى القيام بالابتكارات والاختراعات ، فكان لازماً عليها أن تهتم بمسالة نقل التكنولوجيا من الدول المتقدمة صناعياً ، ونشأ عن هذا الاهتمام جدل واسع بينها وبين الدول المحتكرة لهذه المعارف ، بعد أن استشعرت خطورة الوضع المؤدي إلى تخلفها اقتصادياً ، فطالبت بتقنين نظام اقتصادي دولي يحقق العدالة ، ويوثق أواصر التعاون بين بلدان العالم المختلفة في هذا المجال ٠

وترجع أولي المحاولات الدولية لتكريس هذا الهدف إلى عام ١٩٦١م ، حيث أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة بناء على طلب البرازيل ، قراراً بدعوة السكرتير العام للأمم

---

(١) د٠ حسام عيسي ، نقل التكنولوجيا ، دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية ، ط ١ ، دار المستقبل العربي ، ١٩٨٧، ص ١٨٢ وما بعدها ٠

المتحدة إلى عقد مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (الانكتاد) ، و هى من المنظمات التي تعني بمصالح الدول النامية (١) ، ومن خلاله تم اتخاذ كافة الإجراءات الخاصة بتسهيل نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية ٠

وفي عام ١٩٧٥م بدأ الاهتمام بالتكنولوجيا يترجم عملياً ، حيث تم إثارة النظام الاقتصادي الدولي مرة آخري في الأمم المتحدة ، فقررت الجمعية العامة للأمم المتحدة إحالته إلى مؤتمر الانكتاد ، الذي انبثق منه مشروع التقنين الدولي للسلوك لنقل التكنولوجيا ٠(٢)

ويشمل مشروع تقنين السلوك الدولي لنقل التكنولوجيا على ديباجة وعشرة أبواب ، الأول في التعريف ونطاق التطبيق ، والثاني في الأهداف والأصول العامة ، والثالث في تنظيم نقل التكنولوجيا في التشريعات الوطنية ، والرابع في الشروط المقيدة ، والخامس في الضمانات والالتزامات ، والسادس لما ينبغي أن تعامل به الدول النامية من معاملة خاصة والسابع في التعاون الدولي في مجال نقل التكنولوجيا ، والثامن في إنشاء لجنة دائمة لنقل التكنولوجيا، والتاسع في القانون الواجب التطبيق وتسوية المنازعات ، والعاشر في الأحكام الختامية التي تتوقف صياغتها على مدى القوه الملزمة لأحكامه ٠(٣)

وعلى الرغم من أن المشروع جاء وسطاً بين تطلعات البلدان النامية ومصالح الدول المتقدمة إلا أنه لم يرض أيا منهما ، ولهذا واجه المشروع صعوبات كثيرة ترتب عليها عدم اكتماله ، ولعل الصعوبة الأهم هي المتعلقة بمدى القوة الملزمة لأحكامه ، إذ كان من رأي الدول المتقدمة أن الطابع الأخلاقي لفلسفة التقنين يقتضي عدم إلزامية قواعده على اعتبار أنها مجرد إرشادات ، بينما تنادي الدول النامية بوجوب إفراغ قواعده في اتفاقية دولية ملزمة تضمن تنظيما فعالاً ومؤثراً لعملية النقل الدولي للتكنولوجيا ٠

أما مؤتمر جنيف لعام ١٩٧٨، فلم يتمكن من إنجاز تقنين في هذا الصدد يرض الجميع وكذلك الحال في الأعوام التي تلت ذلك التاريخ - ومع ذلك - فأهمية هذا التقنين لا تنكر حيث اهتدت بأحكامه كثير من تشريعات البلدان النامية الخاصة بنقل التكنولوجيا ٠

---

(١) د٠محمود سمير الشرقاوي ، منظمات التجارة الدولية والتمويل الدولي ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٩م ، ص ٩٠

(٢) حمدي محمود بارود ، محاولة لتقييم التنظيم القانوني لنقل التمكين التكنولوجي في ظل الجهود الدولية ومشروع قانون التجارة الفلسطيني ، مجلة جامعة الأزهر بغزة ، سلسلة العلوم الإنسانية ، ٢٠١٠، المجلد ١٢ ، العدد ١ ، ص ٨٤٣ وما بعدها ٠

(٣) د ٠ محسن شفيق ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٨٤ ، ص ١١ ٠

وعلى ذلك ، تستطيع البلدان النامية عن طريق نقل التكنولوجيا أن تحقق تقدماً ملحوظا في معدلات التنمية الاقتصادية، فمن خلال عقد الفرنشايز يُمكن نقل المعارف الفنية والطرق والأساليب الفنية والتجارية والتسويقية ، الأمر الذي يسهم بشكل واضح في عملية النمو وتوفير فرص العمل ورفع كفاءة الأيدي العاملة ، عن طريق التلاحم بين شبكة الفرنشايز المانحة وفروعها والاستفادة من أساليب الدعاية والإدارة والتسويق والدورات التدريبية للعاملين بالمنشاة ٠٠٠ الخ ، فزيادة أنشطة الفرنشايز يترتب عليها زيادة الضرائب التي تعود على الخزينة العامة - وأيضاً - زيادة الإنتاج ثم زيادة الطلب على الأيدي العاملة ومن ثم زيادة الدخل ، الأمر الذي يدعم التنمية الاقتصادية لهذه الدول بشكل عام ٠(١)

فعقد الفرنشايز يتم بمقتضاه تأسيس منشاة الممنوح له على ذات النسق والنظام المالي والإداري والتجاري لمنشاة المانح ، ولعل ما يميز هذا العقد عن غيره من سائر العقود الآخرى هو نقل المعرفة الفنية السرية المتوافرة لدى المانح مع كافة الأداءات الخادمة لها في حزمة واحدة ، الأمر الذي يضفي طابعاً خاصاً على هذا العقد ، تكسبه أهميه قصوى للدول النامية وتجعله موضع جذب لشركاتها الوطنية ، نظراً لاحتياجها إلى مزيد من الابتكارات والمعرفة الفنية السرية للمساهمة في تحقيق تنمية اقتصادية حقيقية لاقتصادياتها - وفي ذات الوقت - يعد عقد الفرنشايز وسيلة مثلي للمانح ، للإبقاء على التكنولوجيا في حيازته كسلاح حاسم في المنافسة داخل الأسواق ، فضلا عن استثماره للرأسمال التكنولوجي والحصول على عائد مجز مقابل استغلاله - وفي المقابل - يعتبر عقد الفرنشايز بالنسبة للممنوح له الأسلوب الأكثر ملائمة للأنشطة الاقتصادية ذات الحجم المتوسط ويتيح له في ذات الوقت فرصة الوصول إلى أسواق المانح ، الأمر الذي يحقق له فوائد خاصة ٠(٢)

ولقد أدرك المشرع المصري في قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م ، أهمية عقود نقل التكنولوجيا – والتي من بينها عقد الفرنشايز – في تحقيق تنمية اقتصادية حقيقية داخل البلاد ، وذلك باشتراطه على ضرورة أن يكون النشاط محل الفرنشايز موجهاً للاستخدام داخل جمهورية مصر العربية ، فقد أستهدف المشرع وفقاً لما أفصحت

---

(١) د ٠ لطفي رمزي أمين جندي ، عقد الامتياز التجاري ٠٠٠٠مرجع سابق ، ص ٢٣٢ ٠

(٢) د ٠ لطفي رمزي أمين جندي ، عقد الامتياز التجاري ٠٠٠٠المرجع السابق ، ص ٢٢٨ - ٢٢٩ ٠

عنه المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة حماية المصالح الوطنية ، ويضمن في الوقت نفسه للمستورد المصري استيعاباً حقيقياً للتكنولوجيا ويكون أداة لتطوير الاقتصاد الوطني وتعظيم قدراته على المنافسة في أسواق التجارة الدولية ، و هو ما أكدته المادة ٧٢/١ من قانون التجارة - سالف البيان – حيث نصت تلك المادة على أنه " تسري أحكام هذا الفصل على كل عقد لنقل التكنولوجيا لأستخدمها في جمهورية مصر العربية سواء أكان هذا النقل دوليا يقع عبر الحدود الإقليمية لمصر أم داخليا ، ولا عبره في الحالتين لجنسية أطراف الاتفاق أو لمحال إقامتهم "٠ (١)

هذا " ويصل إجمالي الاستثمارات في مجال الفرنشايز داخل مصر لنحو ٦٠ مليار جنية خلال السنوات الأخيرة ، بالإضافة إلى تجاوز عدد أنظمة الفرنشايز في مصر إلى أكثر من ٦٠٠ نظام بين أنظمة عالمية ومحلية تتنافس معاً على مبيعات سنوية تقدر بحوالي ١٢ مليار جنية ، كما يوفر في مصر حوالي ٨٠٠ ألف فرصة عمل وأيضاً ١,٥ مليون فرصة عمل غير مباشرة من الصناعات المغذية التي قامت خصيصا لخدمة هذه الأنشطة ٠

وتعمل الحكومة المصرية على دعم مشروعات الفرنشايز من خلال الصندوق الاجتماعي للتنمية ، الذي يقدم برامج تمويلية مخصصة لتنمية المشروعات الصغيرة والمتوسطة القائمة على أساس الفرنشايز ، من خلال تقديم قروض مميزة وميسره للشباب عن طريق ٣٠ فرع للصندوق منتشرين في مختلف المحافظات ، فضلا عن برامج التدريب التي يقدمها هذا الصندوق ومركز تحديث الصناعة ومجلس التدريب الصناعي ٠

وحاليا يتم تنفيذ خطة مالية لتمويل مشروعات الفرنشايز المحلية من بنك التنمية الإفريقي ArDB بالتعاون مع الصندوق الاجتماعي للتنمية SFD ، وتصل إجمالي قيمة التمويل إلى ٤٠ مليون دولار ، وذلك بشروط مبسطة ، حيث تصل قيمة القرض إلى خمسة مليون جنية بمعدل فائدة يسيرة وإعفاء ضريبي لنوعيات معينة من المشروعات "٠(٢)

---

(١) ملحق تشريعات المحاماة ، قانون التجارة والمذكرة الإيضاحية ، الجزء الأول ، دار الطباعة الحديثة ، يونيه ، ١٩٩٩، ص ٣٨ ٠

(٢) انظر الموقع الالكتروني التالي : http://www.dotmsr.com

الفرع الثاني

الاتجاه نحو معالجة اختلال التوازن العقدي والواقعي بين طرفي العلاقة القانونية

أشرنا من قبل بأن عقد الفرنشايز يجسد – في أكثر أحكامه – مصلحة المانح وفي أقلها المصلحة المشتركة للطرفين ، حيث يتربع الأول على عرش الرابطة العقدية ويهيمن عليها بينما يجد الممنوح له نفسه مكبلاً بالعديد من الشروط العقدية والواقعية التي تلجئه - في الغالب - إلى الرضوخ لإرادة المانح والاكتفاء بالدوران في فلكه ، حرصاً منه على الاستمرار في عضوية الشبكة - ومن ثم - كان طبيعيا أن ينجم عن اختلال ميزان القوي – تقنيا واقتصاديا وتسويقياً وتجاريا – بين الطرفين اختلال التوازن العقدي بينهما (١) ، وذلك لصالح المانح ، الأمر الذي يؤدي إلى الإجحاف بمصلحة الممنوح له باعتباره الطرف الضعيف قي العقد الذي تنقصه الخبرة الفعلية والقانونية في مقابل طرف قوي يتمتع بمكانه أقوي اقتصاديا ، وماليا ، وقانونياً نتيجة سيطرته الفعلية على السوق ، واحتكاره للسلعة أو الخدمة وامتلاكه للمعلومات والمعارف الفنية ، وكذا أساليب إنتاج وتداول السلعة أو الخدمة ، فضلا عن إلمامة الكامل والدقيق بشروط العقد المراد إبرامه ٠

و هو ما أكدته المذكرة الإيضاحية للمادة ٧٢/١ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م ، عندما أشارت إلى أن تنظيم عمليات نقل التكنولوجيا – وفقاً لقانون التجارة – هو رد فعل للمشاكل القانونية الناشئة عن تضارب مصالح أطراف هذه العمليات ، واختلاف موازين القوى بينهما -ومن هنا - كان ضرورياً الحد من حرية الطرف القوي في اختياره لقانون العقد ٠

وإذا كان مبدأ سلطان الإرادة وما يعنيه على صعيد علاقات القانون الدولي الخاص من منح المتعاقدين حرية اختيار القانون الذي يحكم عقدهم ، هو مبدأ جوهري كرسته كافة النظم القانونية ، إلا أنه يعد السبب الرئيسي في إجحاف الطرف القوي في العقد بالطرف الضعيف لذا كان الحد من هذه الحرية هو الوسيلة الرئيسية لتجنب هذا الإجحاف ، وقد عبر الفقيه الألماني Neuhaus عن هذه الفكرة بجلاء ، فبعد أن أكد أهمية مبدأ سلطان الإرادة استطرد قائلاً بأن هذا المبدأ يفقد معناه وأهميته على صعيد علاقات القانون الداخلي

---

(١) د ٠ محمد الروبي ، عقد الامتياز التجاري ، مرجع سابق ، ص ١٦٣ ، بند ١٧٩ ٠

أو علاقات القانون الدولي الخاص عندما يسمح للطرف القوى في العلاقة بالجور على الطرف الضعيف ٠ (١)

وعلى ذلك فإن الحد من مبدأ سلطان الإرادة بهدف إضفاء الحماية القانونية على الطرف الضعيف ، قد يقتضي الأخذ بأحد أمرين ، الأمر الأول : هو إهدار مبدأ سلطان الإرادة كلية وذلك باستبعاد أي دور لإرادة الأطراف في تحديد قانون العقد ، والأمر الثاني : هو إهدار هذا المبدأ جزئياً وذلك عندما يسمح للأطراف باختيار محدود وموجه لقانون العقد ، أو عندما يسمح باختيار هذا القانون شريطه عدم المساس بالقواعد الآمرة في القانون الذي كان سينعقد له الاختصاص عند انتفاء هذا الاختيار٠(٢)

ولقد لقي الاعتبار الأول قبولا على مسلك المشرع المصري لدى تحديده للقانون الواجب التطبيق على عقود نقل التكنولوجيا والتي من بينها عقد الفرنشايز ، حيث تدخل تشريعياً للحد من غلو حرية الطرف القوى في اختياره للقانون الذي يحكم العقد ، وذلك بالنص في المادة ٨٧ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م على أنه " ١- تختص المحاكم المصرية بالفصل في المنازعات التي تنشأ عن عقد نقل التكنولوجيا المشار إليه في المادة ٧٢ من هذا القانون ، ويجوز الاتفاق على تسوية النزاع ودياً أو بطريق تحكيم يجرى في مصر وفقاً لأحكام القانون المصري ٢- وفي جميع الأحوال يكون الفصل في موضوع النزاع بموجب أحكام القانون المصري وكل اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلاً "٠ (٣)

فقد فطن المشرع المصري إلى أن أفضل وسيلة لحماية الطرف الضعيف في عقد التكنولوجيا – والتي من بينها عقد الفرنشايز – هي حرمان الأطراف كلية من مكنه اختيار القانون الذي يحكم العقد ، فلا يكون لطرفي العلاقة بأي حال من الأحوال الدخول في مفاوضات حول اختيار القانون الواجب التطبيق وإلا وقع اختيارهم باطلا ٠

وبالتالي يكون المشرع المصري قد خرج عن المألوف في شان تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي بصفه عامة ، وعن الحكم الوارد في نص المادة ١٩/١ من القانون المدني من حيث التفرقة بين فرضي تحديد قانون العقد بواسطة الأطراف أو بواسطة القاضي

---

(١) د ٠أحمد محمد الهوارى ، حماية العاقد الضعيف .....، مرجع سابق ، ص ٨٧ ، بند ٧٠ ٠

(٢) د ٠ أحمد محمد الهوارى ، حماية العاقد الضعيف .....، المرجع السابق ، ص ٩٠، بند ٧٣ ٠

(٣) ملحق تشريعات المحاماة ، قانون التجارة والمذكرة الإيضاحية ، مرجع سابق ، ص ٤٤ - ٤٥ ٠

مقرراً خضوع عقود الفرنشايز لأحكام القانون المصري في جميع الفروض و في جميع الأحوال وبشكل مباشر ودون أن يتقرر للأطراف أي سلطة في اختيار هذا القانون بشكل مبدئي ، مع إلغاء أي دور احتياطي للقضاء في هذا الخصوص ، بغض النظر عن جنسية الأطراف مصرين أم أجانب ، وبغض النظر عن محل إقامتهم ٠(١)

وترجع أول محاوله لاستبعاد أي دور لإرادة المتعاقدين في تحديد قانون العقد إلى مشروع الاتفاقية الدولية لتوحيد بعض قواعد الإسناد ، والذي أعدته رابطة القانون الدولي Internaional Law Association في دورة انعقاده في فبينا عام ١٩٢٦م والذي تبني إسناداً موضوعياً إلزامياً لقانون محل التنفيذ وذلك بالنسبة لعقود العمل ، وأيضاً استبعدت توصية مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده في لكسمبورج عام ١٩٣٧ الإسناد لقانون الإرادة وذلك بالنسبة للمسائل المتعلقة بتنفيذ عقد العمل ، كما استبعده مشروع الاتفاقية المعد في إطار دول الجماعة الأوروبية عام ١٩٧٢م والخاصة بتنازع القوانين في مجال علاقات العمل التي يتم تنفيذها داخل هذه الدول ، وقد نهج عدد من تشريعات القانون الدولي في مجال عقد العمل ذات النهج مثل التشريع المجرى وتشريع ما كان يعرف بجمهورية ألمانيا الديمقراطية ، أما القانون الدولي الخاص السويسري فقد تبني ذات الحل أيضاً ولكن بالنسبة لعقود الاستهلاك ٠(٢)

المطلب الثاني

آثر إخضاع عقد الفرنشايز لأحكام قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م

تمهيد

أشرنا من قبل إلى اتجاه المشرع المصري نحو استبعاد عقد الفرنشايز – باعتباره أحد عقود نقل التكنولوجيا – من إطار تنازع القوانين مقرراً خضوعه لأحكام المادة ٨٧/٢ من القانون التجاري المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م والتي تقضي " وفي جميع الأحوال يكون الفصل في موضوع النزاع بموجب أحكام القانون المصري وكل اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلاً " ، وذلك في جميع الفروض وبشكل مباشر ودون أن يكون لإرادة طر في العلاقة أو حتى القضاء أي دور في اختيار القانون الواجب التطبيق ، ومن هنا يثار التساؤل عن طبيعة

---

(١) د٠ عبدالمنعم زمزم ، عقود الفرانشيز .....، مرجع سابق ، ص ٢١٤ وما بعدها ، بند ٢٧٧ ٠

(٢) د ٠ أحمد محمد الهوارى ، حماية العاقد الضعيف .....، مرجع سابق ، ص ٩١ وما بعدها ، بند ٧٤ وما بعدها ٠

القاعدة الواردة بالمادة ٨٧/٢ من قانون التجارة المصري ؟ هل تعد قاعد إسناد مزدوجة أم قاعدة إسناد أحادية ؟ وما هو الأثر المترتب على مخالفة هذه القاعدة ؟ وهو ما نجيب عنه من خلال الفرعين التالين :

الفرع الأول

طبيعة القاعدة الواردة في المادة ٨٧ /٢ من القانون التجاري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م

لعل من السمات التي تميز بها القانون الدولي الخاص هي ظاهرة تعدد المناهج التي تضطلع بتنظيم العلاقات الخاصة الدولية ، وتحديد طبيعة القاعدة الواردة بالمادة ٨٧/٢ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م فيما إذا كانت تخضع لمنهج الإسناد المزدوج أم تخضع لمنهج الإسناد الأحادي ، تقتضي التعرف على مفهوم كل منهما بشكل مختصر – " نظرا لاستعرضنا لهما من قبل في المبحث الأول من هذا الفصل " ٠

فإذا كان الأصل هو خضوع الرابطة العقدية الدولية لحكم القانون من خلال قواعد الإسناد المزدوجة وفقاً لفقه سافيني ، والتي تحدد بالنظر إلى صياغتها المزدوجة حالات تطبيق القانون الوطني و حالات تطبيق القانون الأجنبي (١) ، فإن هذا لا يعني أفول نجم قواعد الإسناد الأحادية أو المفردة الجانب والتي تعرف بأنها ، تلك القواعد التي تكتفي ببيان حالات اختصاص قانون القاضي دون أن تشير إلى الحالات التي ينعقد فيها الاختصاص لقانون أجنبي ، و هذا ما يفرقها عن قواعد الإسناد المزدوجة والتي قد تؤدي إلى تطبيق قانون القاضي أو تطبيق قانون أجنبي ٠(٢)

فمنهج الإسناد الأحادي يقتصر فقط على الإشارة إلى مجال سريان قانون القاضي دون التعرض لمجال سريان القانون الأجنبي ٠

وبإنزال هذه المفاهيم على القاعدة الواردة بالمادة ٨٧ /٢ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م يتضح لنا أنها تشكل قاعدة إسناد أحادية (٣) ، ولكنها أحادية مغلقة – كما سبق أن ذكرنا – تلك التي تعود إلى الفقه الإيطالي والألماني القديم ، أو ما يعرف بأحادية نبوايه Nibobet - ولا - تستند إلى أحادية كوادري Quadri التي تحدد القانون الواجب التطبيق

---

(١) د٠ اشرف شوقي مسيحه ، القواعد المادية الدولية .....، مرجع سابق ، ص ١٣٧ وما بعدها ٠

(2) Yvon LOUSSOUARN, & Pierre BOUREL : Droit….. Op, Cit , P, 116 , et s .

(٣) د ٠عبدالمنعم زمزم ، عقود الفرانشيز بين القانون الدولي الخاص .....، مرجع سابق ، ص ٢١٩ ، بند ٢٨٥

بالتوافق بين كل من القانون الوطني والأجنبي وفقاً لمعيار الصلة الذاتية ٠

وبالتالي يكون المشرع المصري قد استبعد عقود نقل التكنولوجيا – والتي منها عقد الفرنشايز – من إطار تنازع القوانين وقضي بخضوعها لأحكام قانون التجارة المصري مع استبعاد أي تطبيق للقوانين الأجنبية ، فأي نزاع ينشا بخصوص عقد الفرنشايز أي كانت جنسية الأطراف أو محل إقامتهم يتعين خضوعه لأحكام قانون التجارة المصري ، طالما كان العقد موجه للاستخدام في مصر ٠

ونضيف – فوق ما ذكرناه سابقا – بتوافق اتجاه المشرع المصري مع كثير من التشريعات الوطنية الأخرى التي نصت على تطبيق القانون الوطني بشأن عقود نقل التكنولوجيا ، مثل القانون الأرجنتيني الخاص بنقل التكنولوجيا والصادر في ٢٨ أكتوبر عام ١٩٧٤م في مادته الخامسة ، والمادة ٧/١٤ من القانون المكسيكي الخاص بإنشاء سجل لنقل التكنولوجيا والصادر في ديسمبر ١٩٧٢م ، كما اتجهت بعض الممارسات التعاقدية نحو تطبيق القانون الوطني للدولة المتلقية للتكنولوجيا فيما يتعلق بتكوين العقد وتنفيذه وتفسيره ، وأكد أيضاً ميثاق الجمعية العامة للأمم المتحدة بشأن الحقوق والواجبات الاقتصادية على حق الدول في ممارسة سيادتها المطلقة والدائمة على كل ثرواتها ومواردها الطبيعية وأنشطتها الاقتصادية٠ (١)

ولقد أتخذ جانب من الفقه موقفاً رافضاً لمسلك المشرع المصري ، حيث ذهب البعض إلى القول بأن مثل هذا المسلك " يتعارض لا شك مع التنسيق المتطلب بين النظم القانونية المختلفة التي تسعى قواعد الإسناد المزدوجة إلى إدراكه ، ولهذا ينتقد الفقه الحديث قواعد التنازع المفردة الجانب لكونها تنافس المنهج التقليدي في التنازع وتفضي إلى إقصاء قواعده المزدوجة لصالح تطبيق القانون الوطني "٠(٢)

وذهب البعض الأخر إلى أن ما يؤخذ على المشرع المصري في نص المادة ٨٧/٢ " أنه أسس تطبيق القانون المصري على اعتبارات شخصية تتمثل في حماية الطرف المتلقي (الممنوح له) والذي عادة ما يكون مصرياً ، ولم يؤسسه - وقد كان ذلك بإمكانه على اعتبارات موضوعية تتفق مع فكرتي التركيز الموضوعي للروابط القانونية والأداء

---

(١) د ٠ يوسف عبدالهادى خليل الاكيابى ، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا ... ، مرجع سابق ، ص ٢٤٩ ٠

(٢) د ٠ هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق ، مرجع سابق ، ص ٨٠٢ ، بند ٥١٤ ٠

المميز ، على اعتبار أن معظم العناصر التي يتكون منها العقد تتركز على الإقليم المصري فالفكرتان الأخيرتان تؤديان بالمشرع إلى ذات النتيجة التي هدف إليها بمقتضى قاعدة الإسناد الأحادية المؤسسة دائما على اعتبارات شخصية بعيدة عن أي موضوعية " ٠(١)

ورغم موضوعية ووجاهة هذه الانتقادات ، إلا أن مسلك المشرع المصري يبدو لنا أكثر اتفاقاً مع اعتبارات العدالة ، وذلك لانسجامه مع بعض الاتجاهات التشريعية التي تسعى دائماً نحو تحقيق تنمية اقتصادية حقيقية داخل البلاد ، أو بالأحرى تلك التشريعات التي تراعي دائما الوظيفة الاقتصادية والاجتماعية ، فضلا عن تقرير حماية خاصة للممنوح له باعتباره الطرف الضعيف في العقد للحيلولة دون إجحاف وجور المانح ، الذي يتمتع بسيطرة قانونية واقتصادية تمكنه منفرداً من اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد الفرنشايز ٠

الفرع الثاني

الأثر المترتب على مخالفة القاعدة الواردة في المادة ٨٧ /٣ من القانون التجاري

تضمنت المادة ٨٧ من القانون التجاري – سابق الإشارة إليها – تحديدا واضحاً لخضوع عقود نقل التكنولوجيا – والتي من بينها عقد الفرنشايز – لأحكام القانون المصري ، فلا يجوز لطرفي العلاقة القانونية أيا كانت جنسيتهما أو محال إقامتهما ، أن يُضمنا عقدهما نصاً أو شرطاً يجيز تطبيق قانون آخر بخلاف القانون المصري ، طالما كان نشاط الفرنشايز موجه للاستخدام في مصر ٠

ورتبت المادة المذكورة جزاءاً على مخالفة هذه القاعدة ، حيث نصت في عجز الفقرة ٠ الثانية منها على أنه "٠٠ وكل اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلاً" فالبطلان هنا متعلق بالنظام العام ، وليس للقاضي أي دور بشأنه سوى التثبت من قيامه ، فإذا ثبت قيامة ، تعيين عليه النطق به تحقيقاً للمصلحة العامة ، فهو بطلان حقيقي اقتضته الإرادة العامة للمجتمع ، ومن ثم فهو بطلان وجوبي أو مطلق ، وليس بطلاناً نسبيا (٢) ، فلو أراده المشرع كذلك لاستخدم مصطلح (الإبطال) ، كما هو الشأن في المادة ٧٥ من قانون التجارة التي نصت على إبطال أي شرط في عقد نقل التكنولوجيا من شأنه أن يقيد حرية الممنوح له في استخدام

---

(١) د٠ عبدالمنعم زمزم ، عقود الفرانشيز بين القانون الدولي الخاص ..، مرجع سابق ، ص ٢٢٠ ، ٢٢١ ، بند ٢٨٧

(٢) د ٠ عبدالحكم فوده ، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة ، دار الفكر والقانون ، المنصورة ، الطبعة الثانية ، ١٩٩٩، ص ٣٦٠ ، بند ٤٢٠ ٠

التكنولوجيا وتطويعها حسب احتياجه ووفقاً لمصلحته ، كما لو تضمن عقد الفرنشايز التزاما يوجب على الممنوح له بالمحافظة على سرية المعرفة الفنية بعد انتهاء العقد بمدة طويلة أو أن يضمن المانح في العقد شروطا تعسفية تحول واستفادة الممنوح له من تسويق منتجاته في أماكن معينه أو يحظر على الممنوح له إجراء الأبحاث والتحسينات على التكنولوجيا ٠ (١)

إلا أن المشرع قصد بالبطلان الوارد بعجز المادة ٨٧ /٢ تجاري البطلان المطلق الذي لا يزول بالإجازة لأنه معدوم والعدم لا يصير وجوداً ولو أجيز ٠(٢)

فإذا ما خضع أو امتثل الممنوح له لإملاءات أو أوامر المانح بشان اختيار قانون آخر غير القانون المصري ليحكم ما قد ينشا بينهما من منازعات في المستقبل رغم أن مصر هي محل نشاط العقد ، جاز للممنوح له الدفع ببطلان هذا الاتفاق لمخالفته نص المادة ٨٧/٢ تجاري ، فهو نص آمر يجبر المتعاقدين على إتباعه واحترامه وليس مخالفة حكمه وإلا شاب اتفاقهم الانعدام ، مما يعود بهم إلى ذات الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد ، وهو ما يسمي بالأثر الرجعي للبطلان ، الذي لا يقتصر على العاقدين فقط أو خلفهما العام ، وإنما يمتد أيضا إلى الغير الذي يكون قد تعاقد مع أحد طرفي العلاقة وأكتسب حقاً متعلقاً بالشيء موضوع العقد ٠(٣)

---

(١) د ٠ لطفي رمزي أمين جندي ، عقد الامتياز التجاري ..... ، مرجع سابق ، ص ٢٥٨ وما بعدها ٠

(٢) د ٠ عبدالرازق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي ، مصادر الالتزام ، الجزء الأول ، منشاة المعارف بالإسكندرية ، ٢٠٠٤ ٠ ، ص ٤١٦ ، بند ٣١٥

(٣) د ٠ محسن عبدالحميد إبراهيم البيه ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، الجزء الأول ، المصادر الإرادية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة نشر ، ص ٤٦٢ ، بند ٢٧٧ ٠

الخاتمة

انتهت دراستنا للقانون الواجب التطبيق على عقد الفرنشايز وفقاً لمنهج الإسناد الأحادي وتوصلنا من خلاله إلى جملة من النتائج وعدد من التوصيات علي النحو التالي :

أولا : النتائج

١- كشفت لنا الدراسة علي أنه إذا كانت الإرادة تلعب دورا هاماً في مجال العقود ، فان منحها مساحة من الحرية لا يجعلها حرة في تكوين قانون العقد فحسب ، وإنما يعطي الغلبة للإرادة الأقوى، فيخرج اتفاق الإرادتين في صورة نظام يكرس هيمنة أحداهما على الأخرى وهو ما يتوافر بشان عقد الفرنشايز ، ففي ظل غياب تشريع مستقل ينظم عقود الفرنشايز في مصر فإن المانح يستغل مركزه القوي في فرض شروط تقييديه يبتغي من وراء ها تحقيق منفعته الخاصة استنادا لاحتكاره القانوني والفعلي للمعرفة الفنية والعلامة التجارية ولا يملك الممنوح له إلا أن يأخذ أو أن يدع ، فهو مضطر إلى القبول لحاجته إلى المعرفة الفنية ، فرضاؤه موجود ولكنه مفروض عليه٠

٢- ظهر أيضاً من خلال الدراسة أنه على الرغم من بقاء الفقه الغالب على إخلاصه للمنهج السافينى المزدوج إلا أنهم قد اعترفوا بالمنهج الأحادي كعلاج للتخفيف من حدة الانتقادات إلى وجهت للمنهج التقليدي٠

٣- أصبح التدخل التشريعي سواء في الحياة الاقتصادية والإجتماعية يقتضي إخضاع المسائل التي تناولتها هذه التشريعات مباشرة للقانون الوطني ، سواء كانت هذه المسائل وطنية أم كانت متضمنة عنصرا أجنبيا والتغاضي تماما عن منهجيه قواعد الإسناد السافيني المزدوج واعتماد منهجية قواعد الإسناد الأحادية أو المفردة الجانب ٠

٤- كشفت الدراسة أيضاً عن اتجاه المشرع المصري إلى الحد من مبدأ سلطان الإرادة لدى تحديده للقانون الواجب التطبيق على عقود نقل التكنولوجيا – والتي من بينها عقد الفرنشايز – بهدف إضفاء الحماية القانونية على الطرف الضعيف - حيث تدخل تشريعياً للحد من غلو حرية الطرف القوي في اختياره للقانون الذي يحكم العقد وذلك بالنص في المادة ٨٧ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م على أنه " ١- تختص المحاكم المصرية بالفصل في المنازعات التي تنشأ عن عقد نقل التكنولوجيا المشار إليه في المادة ٧٢ من هذا القانون ويجوز الاتفاق على تسوية النزاع وديا أو بطريق تحكيم يجري في مصر وفقاً لأحكام القانون

المصري ٢- وفي جميع الأحوال يكون الفصل في موضوع النزاع بموجب أحكام القانون المصري وكل اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلا ".

٥- كشفت الدراسة على أن القاعدة الواردة بالمادة ٨٧ /٢ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م ، تشكل قاعدة إسناد أحادية ولكنها أحادية مغلقة – كما سبق أن ذكرنا – تلك التي تعود إلى الفقه الايطالي والألماني القديم أو ما يعرف بأحادية نبوايه Niboyet ولا تستند إلى أحادية كوادري Quadri التي تحدد القانون الواجب التطبيق بالتوافق بين كل من القانون الوطني والأجنبي وفقاً لمعيار الصلة الذاتية .

ثانيا : التوصيات

١- توصي الدراسة بضرورة اتجاه المشرع المصري نحو إفراد تشريع خاص بعقد الفرنشايز يشمل كافة جوانبه ابتدآ من الإعلان عنه وانتهاء بتنفيذه وانقضاءه .

٢- توصي الدراسة أيضاً عند إعداد التشريع الخاص بعقد الفرنشايز ، على ضرورة استبعاد أي دور للإرادة أو للقضاء في اختيار القانون الواجب التطبيق أو اختيار المحكمة المختصة بنظر المنازعات الناشئة عنه ، بحيث يبقي الاختصاص منعقدا لأحكام القانون المصري في جميع الأحوال وبشكل مباشر ، وذلك حماية للطرف الضعيف في العقد و هو الممنوح له والذي غالبا ما يكون مصريا .

٣- توصي الدراسة أيضاً كليات الحقوق على مستوى جامعات مصر ، بتدريس أحكام عقد الفرنشايز شأنه شان غيرة من العقود كالبيع والتامين والإيجار ....الخ ، خاصة بعد أن ثبت بالاستبيان غياب مصطلح الفرنشايز لدى كثير من الطلاب .

قائمة المراجع

أولا : المراجع العربية

(١) د ٠ أحمد عبدالكريم سلامة : القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٨٥ ٠

(٢) د ٠ أحمد عبدالحميد عشوش: تنازع مناهج تنازع القوانين ، دراسة مقارنه ، بدون دار نشر ، ١٩٨٨ ٠

(٣) د ٠ أحمد محمد الهوارى : حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٩٥ ٠

(٤) د٠ السيد عبدالمنعم حافظ : عقد التأجير التمويلي الدولي ، دار الفكر الجامعي ٠ ٢٠١٠

(٥) د ٠ بدران شكيب الرفاعى : عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص – دار الكتب القانونية دار شتات ٢٠١١ ٠

(٦) د ٠ ثروت عبدالحميد : المدخل لدراسة العلوم القانونية ، الكتاب الأول ، نظرية القاعدة القانونية ، بدون دار نشر ، بدون سنة نشر ٠

(٧) د ٠ حسام محمد عيسي : نقل التكنولوجيا ، دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية ، ط ١ ، دار المستقبل العربي ، ١٩٨٧ ٠

(٨) د ٠ خليل إبراهيم محمد خليل : تكامل مناهج تنازع القوانين ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠١٥ ٠

(٩) د ٠ طرح البحور علي حسن فرج : تدويل العقد ، دراسة تحليلية علي ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق علي الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما ١٩ يونيو ١٩٨٠ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، بدون سنة نشر ٠

(١٠) د ٠ عبدالرازق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي ، مصادر الالتزام ، الجزء الأول ، منشأة المعارف بالإسكندرية ،٢٠٠٤ ٠

(١١) د ٠ عبدالمنعم زمزم : عقود الفرانشيز بين القانون الدولي الخاص و قانون التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ٢٠١١ ٠

(١٢) د٠عز الدين عبدالله : القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ، الجزء الثاني ، ط ٩ ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ١٩٨٦ ٠

(١٣) د ٠ عبدالحكم فوده : البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة ، دار الفكر والقانون ، المنصورة ، الطبعة الثانية ، ١٩٩٩ ٠

(١٤) د ٠ محمد السيد عرفه : مختصر القانون الدولي الخاص ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ٢٠١٠ ٠

(١٥) ــــــــــــــــــــــــ: القانون الواجب التطبيق علي النزاع أمام هيئة التحكيم دار النهضة العربية ، ٢٠٠٩ ٠

(١٦) د ٠ محمد الروبي : عقد الامتياز التجاري في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٣ ٠

(١٧) د ٠ محمد محسن إبراهيم النجار : عقد الامتياز التجاري ، دراسة في نقل المعارف الفنية ، دار الجامعة الجدية للنشر ، الإسكندرية ، ٢٠٠١ ٠

(١٨) د ٠ محسن شفيق : نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٨٤ ٠

(١٩) د ٠ محمود سمير الشرقاوي : منظمات التجارة الدولية والتمويل الدولي ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٩م ٠

(٣٠) د ٠ محمود محمد ياقوت : حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٠ ٠

(٣١) ــــــــــــــــــــــــــ: الروابط العقدية الدولية ، بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤.

(٣٢)د ٠ محسن عبدالحميد إبراهيم البيه : النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، الجزء الأول ، المصادر الإرادية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة نشر ٠

(٣٣) د٠ هشام صادق : القانون الواجب التطبيق علي عقود التجارة الدولية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠١ ٠

(٣٤) د ٠ يوسف عبدالهادي الاكيابي : النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا ، في مجال القانون الدولي الخاص ، بدون دار نشر ، ١٩٨٩ ٠

ثانيا : الرسائل الجامعية

(١) د ٠ لطفي رمزي أمين جندي : عقد الامتياز التجاري كوسيلة من وسائل نقل التكنولوجيا ، رسالة دكتوراه جامعة حلوان ، بدون سنة نشر ٠

(٢) د ٠ اشرف شوقي مسيحه : القواعد المادية الدولية وانكماش السيادة التشريعية الوطنية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، ٢٠٠٧ ، ٢٠٠٨ ٠

ثالثا : المجلات العلمية

(١) حمدي محمود بارود : محاولة لتقييم التنظيم القانوني لنقل التمكين التكنولوجي في ظل الجهود الدولية ، ومشروع قانون التجارة الفلسطيني ، مجلة جامعة الأزهر بغزة ، سلسلة العلوم الإنسانية ، ٢٠١٠، المجلد ١٢ ، العدد ١ ٠

رابعا : التشريعات

(١) ملحق تشريعات المحاماة : قانون التجارة والمذكرة الإيضاحية ، الجزء الأول ،دار الطباعة الحديثة ، يونيه ١٩٩٩ م .

(٢) الجامع للقوانين المصرية: المجلد الأول، القانون المدني ، بدون دار نشر ، بدون سنة نشر .

خامسا : المراجع الأجنبية

(1) Batiffol (H) , La pluralisme des methods en droit international prive , Recueil , 1973.

(2) CURRIE , Essavs on the conflict of Laws

(3) EMILE TYAN : " Droit international Prive ", 2 edition , Beyrouth 1974.

(4) Gothot, (p), le renouveau de la tendance unilateraliste en droit international prive, Rev.crit 1971 .

(5) QUADRI (Rolando), Le Lezioni di diritto internazionale Privato ,5 edition Napoli, 1969.

(6) Yvon LOUSSOUARN, & Pierre BOUREL : Droit international prive , paris troisieme edition ,1988.

سادساً : مواقع الانترنت

http://www.dotmsr.com .

الفهرس

الموضوع	الصفحة
المقدمة	٢
المبحث الأول: ماهية منهج الإسناد الأحادي والتفرقة بينه وبين مناهج التنازع الأخرى.....	٥
المطلب الأول : مفهوم منهج الإسناد الأحادي ومجال إعماله	٥
الفرع الأول : تعريف منهج الإسناد الأحادي وعملية إحيائه	٥
الفرع الثاني : مجال إعمال منهج الإسناد الأحادي.....	١١
الفرع الثالث : التطبيقات التشريعية الخاصة بمنهج الإسناد الأحادي.....	١٣
المطلب الثاني :التفرقة بين منهج الإسناد الأحادي ومناهج التنازع الأخرى...	١٤
الفرع الأول : التفرقة بين منهج الإسناد الأحادي ومنهج الإسناد المزدوج....	١٦
الفرع الثاني : التفرقة بين منهج الإسناد الأحادي ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري.....	١٨
الفرع الثالث : التفرقة بين منهج الإسناد الأحادي ومنهج القواعد المادية أو الموضوعية.....	٢١
المبحث الثاني : مبررات إقصاء منازعات الفرنشايز من إطار تنازع القوانين.....	٢٤
المطلب الأول : العوامل المؤدية إلى إقصاء عقد الفرنشايز من إطار تنازع القوانين	٢٥
الفرع الأول :اعتبار عقد الفرنشايز وسيلة من وسائل تحقيق التنمية الاقتصادية.....	٢٥
الفرع الثاني : الاتجاه نحو معالجة اختلال التوازن العقدي والواقعي بين طرفي العلاقة القانونية.....	٢٩
المطلب الثاني :أثر إخضاع عقد الفرنشايز لأحكام القانون التجاري المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م	٣١
الفرع الأول: طبيعة القاعدة الواردة في المادة ٨٧ /٢ من القانون التجاري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م.....	٣٢

الموضوع الصفحة
الفرع الثاني : الأثر المترتب على مخالفة القاعدة الواردة
في المادة ٨٧ /٢ من القانون التجاري..... ٣٤
الخاتمة ٣٦
قائمة المراجع ٣٩
الفهرس ٤٤