

## عقد الفرنشايز Franchise (الامتياز التجاري) وأحكامه في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة بالقانون التجاري

الدكتور/ فيصل عباس الرشيدى\*  
الدكتور/ عبدالرحمن حمود المطيري\*\*

### ملخص:

يتلخص الحديث في هذا البحث حول موضوع عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري)، وهو عقد بين طرفين، صاحب المنتج أو الصنعة ومن لديه معلومات التصنيع وأسرار المعرفة أو ما تسمى بالـ (معرفة الفنية) ويسمى المانع، وبين طرف آخر يسمى الممنوح له وهو الذي يقوم بتوزيع المنتج أو بيعه أو تصنيعه أو عرضه وتسويقه على الآخرين، وفق شروط قانونية على العقد، وبينت في البحث مفهوم هذا العقد ومصطلحاته، والألفاظ ذات الصلة به، وذكرت لمحة تاريخية عن نشأة هذا العقد، ثم في المبحث التالي ذكرت توصيف القانونيين لهذا العقد، ومكونات هذا العقد وأطرافه وشروطه، وختمت البحث بمبحث الحكم الفقهي لعقد الفرنشايز، وذكرت فيه ثلاثة أفرع في التكييف الفقهي له، بناء على أنواع عقد الفرنشايز، إما أنه عقد بيع أو عقد إجارة بشرط، أو عقد بيع وإجارة، وتطرق في هذا المبحث لاختلافات الفقهاء في هذه المسائل، والإشكالات الواردة على بعض هذه التكييفات، والرد على هذه الإشكالات، والترجيح بينها.

### مقدمة:

الحمد لله الذي خلق السماوات والأرض، وجعل الظلمات والنور، ثم الذين كفروا بربهم يعدلون، وهدى صفوة عباده إلى نوره المبين، وصراطه المستقيم، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ﷺ وعلى آله وأصحابه وبعد ...  
فإن مما لا شك فيه أن للاقتصاد دوراً هاماً وعظيماً في توجيه مسارات التاريخ وحياة الأمم والشعوب في العصر الغابر والحاضر، ولذا خصه الإسلام بعناية عظيمة واهتمام كبير يتناسب مع سلطانه القوي وتأثيره الممتد، ولا تكاد ترنو بطرفك إلى مجال من مجالاته القديمة أو الحديثة إلا وجدته حرياً بالجمع والتحقيق ومن بين تلك الموضوعات الاقتصادية المعاصرة المهمة، والتي ارتبطت بتعاملات

\* محاضر في كلية التربية الأساسية - الهيئة العامة للتعليم التطبيقي والتدريب - دولة الكويت.  
\*\* عضو هيئة تدريس في قسم الفقه المقارن والسياسة الشرعية - كلية الشريعة - جامعة الكويت.

الناس التجارية (عقد الفرنشايز Franchise)، أو ما يطلق عليه (عقد الامتياز التجاري) حيث إنه نمط تجاري يتزايد دوره في الحياة الاقتصادية مع مرور الأيام وتوالي الأزمان، وأصبح ارتباط التعاملات التجارية به كثيراً كثرة لا يمكن الاستغناء عنها.

ولما كانت هذه العقود تشكلت بصيغة مستجدة لم تكن موجودة في مسائل الفقه وكتب الفقهاء، بل ولا حتى في بعض القوانين التجارية المعاصرة، كان لابد من بحث هذا الموضوع من الجانب الفقهي ومقارنته بالجانب القانوني، وتكيفه ومعرفة أحكامه وآثاره، وقد اخترت أن يكون عنوان البحث (عقد الفرنشايز Franchise) دراسة فقهية مقارنة بالقانون التجاري.

### سبب اختيار الموضوع:

أولاً: قلة الدراسات المتعلقة بموضوع (عقد الفرنشايز Franchise)، وبعض هذه الدراسات لم تستوعب كل ما يتعلق به، بحيث بقيت نواحي كثيرة مهمة من المواضيع تحتاج إلى دراسة واستقصاء.

ثانياً: موضوع (عقد الفرنشايز Franchise) موضوع عالمي، ومعاصر وواقعي؛ ومرتبطة بالحياة التجارية في دول العالم، فكان لا بد من البحث في هذا الموضوع لأهميته.

### أهداف البحث:

أولاً: فهم وتصور هذه العقود وتكيفها التكيف الفقهي المناسب حتى يتسنى للشركات التجارية الإسلامية معرفة ما يتعاقدون عليه ويتعاملون به.

ثانياً: مواكبة التطور الهائل والسريع في العقود التجارية وصياغاتها العالمية، ومعرفة مكونات هذه العقود.

ثالثاً: الاستفادة من هذه التطورات العالمية في العقود التجارية في بلاد المسلمين، وما يتناسب معها.

### مشكلة الدراسة:

سيحاول الباحث من خلال تناوله للموضوع الإجابة عن الأسئلة التي يتناولها البحث، ومناقشتها، وهي:

أولاً: التكيف الفقهي لحقيقة (عقد الفرنشايز Franchise).

ثانياً: الطبيعة القانونية لهذا العقد، والتميز بين أنواعه المختلفة.

ثالثاً: عناصر هذه العقود ومكوناتها.

## الدراسات السابقة:

من الدراسات الفقهية السابقة لهذا الموضوع ما يلي:

أولاً - الدراسات القانونية:

وهناك العديد من الدراسات القانونية في هذا المجال منها على سبيل المثال لا الحصر كتاب:

- ١ - (الفرنشايز) لنعيم مغبغب، وهو من أوسع وأدق الدراسات القانونية التي اطلعت عليها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان ٢٠٠٩م.
  - ٢ - عقد الامتياز التجاري، د. محمد محسن إبراهيم النجار، وكانت دراسة البحث تدور حول نقل المعرفة الفنية في عقد الامتياز، نشرته دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية ٢٠٠١.
  - ٣ - المحل في عقد الامتياز التجاري، د. أحمد أنور محمد، وتدور دراسة البحث حول الامتياز التجاري ومقارنته بالقانون العراقي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان ٢٠١٠م.
  - ٤ - النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري، د. ياسر سيد محمد الحديدي، ربط فيه الباحث عقد الامتياز التجاري مع الفكر الاقتصادي مع الفكر القانوني، مع القوانين العالمية في عقد الفرنشايز، منشورات منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧م.
- ثانياً - الدراسات الشرعية:

- ١ - الامتياز في المعاملات المالية وأحكامه في الفقه الإسلامي، إبراهيم التتم، دار ابن الجوزي - سنة ١٤٣٠هـ، والمؤلف في هذا الكتاب لم يتعرض لإجراءات (عقد الفرنشايز Franchise)، وإنما كان كلامه حول الامتياز فقط في باب المعاملات المالية، ولم يتناول الباحث عقد الامتياز التجاري إلا في صورة مختصرة عندما تحدث عن الامتياز في إنتاج السلع والخدمات.
- ٢ - العقود المبتكرة للتمويل والاستثمار بالصكوك الإسلامية، خالد بن سعود الرشود، وهي رسالة علمية لدرجة الدكتوراه في المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود - الرياض، وهي من ضمن مشاريع كرسي (سابق) لدراسات الأسواق المالية الإسلامية، ٥١٤٣٤، ٢٠١٣م.
- وقد غابت عن هذه الرسالة بعض الجوانب القانونية المتعلقة بعقد الفرنشايز ومقارنتها في الفقه الإسلامي.
- ٣ - بيع الاسم التجاري - للدكتور عجيل جاسم النشمي بحث منشور في مجلة مجمع

الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، العدد الخامس ٥١٤٠٩، وهذا البحث كما هو مبين من عنوانه، متعلق فقط في بيع الاسم التجاري أو ما يعرف بـ (الحقوق المعنوية) وهو جزء من حق الامتياز أو ما يعرف بـ (المعرفة الفنية) وبينهما اتفاق وافتراق.

٤ - عقد الامتياز التجاري وأحكامه في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، حسام الدين خليل، دار الفكر الجامعي - الإسكندرية ٢٠١٢م، وهي رسالة قيمة في هذا الموضوع، وبالنظر في هذه الرسالة تبين أن الباحث في مبحث التكيف الفقهي اقتصر على التكيف العام لعقد الامتياز التجاري، ولم يوضح ويكيف مقومات عقد الفرنشايز، كامتياز السلع والخدمات والبنیان التجاري.

٥ - أحكام الامتياز في الفقه الإسلامي وتطبيقاته المعاصرة - دراسة فقهية تأصيلية - رسالة علمية لنيل درجة الدكتوراه من الجامعة الأردنية - عمان - مقدمة من الدكتور/ خالد جاسم الهولي، وتمت المناقشة في ٢٠٠٧م، وقد أجاد الباحث وأفاد في الموضوع إلا أنه لم يتطرق أيضاً للحديث عن عقد الفرنشايز Franchise وصوره وتطبيقاته المعاصرة وتكييفه الفقهي والقانوني.

### حدود البحث:

اقتصرت في معالجة البحث على الفقه الإسلامي والقانون التجاري.

### منهج البحث وإجراءاته:

المنهج الذي سأتبعه في هذه الدراسة، هو مزيج بين المنهج الوصفي والمنهج التحليلي والاستقرائي.

### هيكلية الدراسة وعناوين مواضيعها:

اقتضت طبيعة البحث مني أن أقوم برسم منهج له، وقد قمت برسم منهج بحثي على النحو التالي:

المبحث التمهيدي: الإطار العام لعقد الفرنشايز (النشأة - المفهوم - المكونات):

المطلب الأول: مفهوم مصطلح (عقد الفرنشايز - الامتياز التجاري)

المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة بعقد الفرنشايز (الامتياز التجاري)

المطلب الثالث: أطراف عقد الفرنشايز ومحلّه

المطلب الرابع: أنواع عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري)

المطلب الخامس: شروط عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري)  
المبحث الأول: عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري) في القانون:  
المطلب الأول: عقد الوكالة التجارية (الوكالة الحصرية) وعلاقتها بعقد الامتياز التجاري (الفرنشايز)

المطلب الثاني: عقد الالتزام التجاري وعلاقته بعقد (الفرنشايز)  
المطلب الثالث: علاقة عقد الفرنشايز مع عقود التوريد  
المطلب الرابع: عقد (الفرنشايز) وعقد الترخيص باستعمال العلامة التجارية  
المطلب الخامس: الآثار القانونية الناشئة عن عقد الفرنشايز والالتزامات المترتبة

عليه

أولاً: التزامات وحقوق مانح الفرنشايز والمرخص له (الفرنشايزر)  
ثانياً: التزامات الممنوح له

المبحث الثالث: الحكم الفقهي لعقد الفرنشايز (الامتياز التجاري)  
المطلب الأول: التكيف الفقهي للمعرفة الفنية أو ما يسمى بـ (Know How) في عقد الفرنشايز

الفرع الأول: مالية الحق المعنوي عند الفقهاء:

الفرع الثاني: ماهية الحق المعنوي:

الفرع الثالث: التكيف الفقهي للمعرفة الفنية:

المطلب الثاني: التكيف الفقهي لأنواع عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري):

الفرع الأول: التكيف الفقهي الأول لعقد الفرنشايز (الامتياز التجاري): أنه عقد

بيع:

الفرع الثاني: التكيف الفقهي الثاني أنه عقد إجارة:

الفرع الثالث: التكيف الثالث للفرنشايز، هو عقد إجارة وعقد بيع:

الخاتمة: النتائج والتوصيات

## المبحث التمهيدي

### الإطار العام لعقد الفرنشايز (المفهوم - النشأة - المكونات):

#### المطلب الأول

#### مفهوم مصطلح (عقد الفرنشايز - الامتياز التجاري)

##### أولاً - تعريف مصطلح العقد:

١ - العقد في اللغة: يأتي بمعنى الربط والشد والضمن والعهد، قال في القاموس: عقد الحبل والبيع والعهد: شده<sup>(١)</sup>.

ويطلق أيضاً على الجمع بين أطراف الشيء، يقال: عقد الحبل: إذا جمع أحد طرفيه على الآخر وربط بينهما<sup>(٢)</sup>، وقيل: عقدت البيع ونحوه، وعقدت اليمين وعقدتها بالتحديد وتوكيد، وعقدته على كذا، وعقدته عليه بمعنى: عاهدته، ومعدت الشيء مثل مجلس: موضع عقده، وعقدة النكاح وغيره: إحكامه وإيرامه، والجمع عقود<sup>(٣)</sup> ومنه قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ﴾ أي: أحكامه، والمعنى: لا تعزموا على عقدة النكاح في زمان العدة<sup>(٤)</sup>.

##### ٢ - العقد في الاصطلاح:

##### يطلق العقد في الاصطلاح على معنيين:

أ - المعنى العام، وهو كل ما يعقده (يعزمه) الشخص أن يفعله هو، أو يعقده على غيره فعله على وجه إلزامه إياه.

وعلى ذلك فيسمى البيع والنكاح وسائر عقود المعاوضات عقوداً؛ لأن كل واحد من طرفي العقد ألزم نفسه الوفاء به، وسمي اليمين على المستقبل عقداً؛ لأن الحالف ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من الفعل أو الترك، وكذلك العهد والأمان؛ لأن معطيها

(١) الفيروزآبادي، مجد الدين، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ط. الثامنة، ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م، فصل العين (ص ٣٠٠).

(٢) ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، الناشر: دار صادر - بيروت، الطبعة: الثالثة - ١٤١٤ هـ، (٣/٢٩٦).

(٣) الفيومي، أحمد بن محمد، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الناشر: المكتبة العلمية - بيروت، (٢/٤٢١) باب: ع ق د.

(٤) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، (٣ / ١٩٢)، ط. دار الكاتب العربي.

قد ألزم نفسه الوفاء بها، وكذا كل ما شرط الإنسان على نفسه في شيء يفعلُه في المستقبل فهو عقد، وكذلك النذور وما جرى مجرى ذلك<sup>(١)</sup>.

ومن هذا الإطلاق العام قول الألويسي في تفسير قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ حيث قال: المراد بها يعم جميع ما ألزم الله عباده وعقد عليهم من التكاليف والأحكام الدينية وما يعقدونه فيما بينهم من عقود الأمانات والمعاملات ونحوهما مما يجب الوفاء به<sup>(٢)</sup>.

ب - المعنى الخاص، وبهذا المعنى يطلق العقد على ما ينشأ عن إرادتين لظهور أثره الشرعي في المحل، قال الجرجاني: العقد ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول<sup>(٣)</sup>. وبهذا المعنى عرفه الزركشي بقوله: ارتباط الإيجاب بالقبول الالتزامي كعقد البيع والنكاح وغيرهما<sup>(٤)</sup>.

## ثانياً - مفهوم مصطلح الامتياز:

تعريف الامتياز لغة: يأتي الامتياز في اللغة: بمعنى التمايز و التباين والانقطاع، ومنه امتاز القوم: تميز بعضهم عن بعض، وامتاز منه: أي اعتزل، قال الله تعالى: ﴿وَأَمَّا زُورًا أَلْيَوْمَ أَيُّهَا الْمُجْرِمُونَ﴾ [يس: ٥٩]، قال أبو عبيدة: امتازوا أي: انقطعوا عن المؤمنين<sup>(٥)</sup>. وقال الزجاج في هذا المعنى: "أي انفردوا عن المؤمنين"<sup>(٦)</sup>.

وعلى هذا يكون المعنى في (امتازوا) أي: تميزوا عن أهل الجنة إلى النار، يقال: مزت الشيء عن الشيء إذا عزلته عنه، فانماز وامتاز وميزته فتميز<sup>(٧)</sup>.

- (١) الجصاص، أحكام القرآن، (٢ / ٤١٤)، ط. دار الفكر
- (٢) الألويسي، شهاب الدين محمود، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، المحقق: علي عبد الباري عطية. الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٥ هـ، (٣/ ٢٢٣).
- (٣) الجرجاني، التعريفات، ط دار الكتاب العربي، (ص ١٩٦).
- (٤) الزركشي، بدر الدين محمد بن عبد الله، المنثور في القواعد الفقهية، الناشر: وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م، (٢ / ٢٩٧).
- (٥) اليميني، نشوان بن سعيد الحميري، شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، المحقق: د حسين بن عبد الله العمري - مطهر بن علي الإيراني - د يوسف محمد عبد الله، الناشر: دار الفكر المعاصر (بيروت - لبنان)، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م، (٩ / ٦٤٣٠).
- (٦) الزجاج، إبراهيم بن السري، معاني القرآن وإعرابه، المحقق: عبد الجليل عبده شلبي، الناشر: عالم الكتب - بيروت، الطبعة: الأولى ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م، (٤ / ٢٩٢).
- (٧) ابن أبي زَمِين، محمد بن عبد الله، تفسير القرآن العزيز، المحقق: أبو عبد الله حسين بن عكاشة - محمد بن مصطفى الكنز، الناشر: الفاروق الحديثة - مصر/ القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م (٤ / ٤٩).

وقال ابن قتيبة: "امتازوا اليوم أيها المجرمون أي انقطعوا عن المؤمنين، وتميزوا منهم" (١)، ويأتي الامتياز والتميز والتمايز بمعنى: الرفعة ... والتحزب والتنافس (٢)، ويقال: ماز الشيء ميّزا عزله وفرزه، وماز فلانا عليه: فضله عليه، و(امتاز) الشيء بدا فضله على مثله وانفصل عن غيره وانعزل (٣)، وهكذا نرى أن لفظة (ماز) يراد بها الفرز والعزل والتحزب والتنافس والرفعة على الغير، وبهذا يكون لفظ الامتياز لا يخرج عن هذه الدلالات من حيث اللغة:

- ١ - الانقطاع عن الباقيين.
  - ٢ - الانفراد والانعزال عنهم.
  - ٣ - التحزب.
  - ٤ - التنافس، والتفضل.
  - ٥ - الرفعة على الغير.
- وهي مفردات متقاربة في المعنى، وإن كان أقرب المعاني لموضوع بحثنا هي: (الفرز والتنافس والرفعة).

### ثالثاً - معنى مصطلح الفرنشايز Franchise:

يختلف تعريف عقد الفرنشايز باختلاف تطبيقاته العملية في كل نظام قانوني مستقل، والسبب في ذلك يعود إلى أن كل نظام قانوني يقوم بتعريف عقد الفرنشايز حسب التطبيقات العملية لديه، ويتوقف ذلك على العلاقة بين المرخص والمرخص له. فبعض (الأنظمة القانونية) كيف هذا العقد على أنه نوع من أنواع الوكالة التجارية، ويأخذ بهذا الاتجاه النظام القانوني الكويتي، الذي يرى فيه وكالة عقود، وبعضهم الآخر قد تنصل من هذه الفكرة القانونية وأسبغ على عقد الفرنشايز التجاري خصوصية لا توجد في الوكالات التجارية (٤).

وهذه أهم التعاريف لعقد الفرنشايز:

- (١) ابن قتيبة، عبد الله بن مسلم، غريب القرآن، المحقق: أحمد صقر، الناشر: دار الكتب العلمية، ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م (ص: ٣١٥).
- (٢) الرّبيدي محمد بن عبد الرزّاق الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، مجموعة من المحققين، الناشر: دار الهداية (٣٤١/١٥).
- (٣) المعجم الوسيط، إبراهيم أنيس وآخرون، (٢/٨٩٣).
- (٤) الكندري، محمود، أهم المشكلات العملية التي يواجهها عقد الامتياز التجاري، (ص٩٦).

## أولاً - تعريف اتحاد الامتياز الأوروبي:

وفقاً لتقنين السلوك الصادر من الاتحاد يعرف الفرنشايز (الامتياز التجاري) بأنه: "نظام لتسويق السلع أو الخدمات أو التكنولوجيا، يقوم على التعاون الدائم والوثيق بين طرفين مستقلين مالياً وقانونياً، المانح من جهة والمتلقي الفرد من جهة أخرى، بمقتضاه يمنح الأول - في مقابل أداءات مالية مباشرة أو غير مباشرة - الحق للطرف الثاني في القيام بالعمل وفقاً لأسلوبه الخاص، مستخدماً الاسم أو العلامة التجارية أو علامة الخدمة وأيضاً المعرفة الفنية والطرق التجارية الأخرى الخاصة به، مدعماً ذلك بالمساعدة التجارية والتقنية طوال مدة سريان اتفاق الامتياز المبرم لهذا الغرض"<sup>(١)</sup>.

ويركز التعريف على التعاون المستمر بين طرفي العقد والتبادل المعرفي طوال فترة العقد، وهذا ما يعكس المفهوم التكاملي لعقد الامتياز بين الطرفين.

## ثانياً - تعريف اتحاد الامتياز الدولي:

عرف الاتحاد الدولي للامتياز بأنه: "علاقة عقدية بين طرفين يلتزم بموجبها الأول (المانح) بأن يداوم على الاهتمام المستمر بعمل الطرف الثاني (المتلقي) في العديد من المجالات مثل المعرفة الفنية والتدريب، ويقوم المتلقي بالعمل تحت اسم تجاري معروف ومن خلال شكل أو إجراءات مراقبة بمعرفة الأول على أن يمول المتلقي نشاطه من مصادره الخاصة"<sup>(٢)</sup>.

ويلاحظ على هذا التعريف ما يلي:

- ١ - التعريف يؤكد على الطبيعة التعاقدية بين الطرفين، وبالتالي تنطبق القواعد العامة للعقود على عقد الامتياز.
- ٢ - يؤكد على التزام المانح بتقديم التدريب والمعرفة الفنية المتعلقة بطبيعة العقد المبرم.
- ٣ - يظهر من خلال التعريف ضرورة السيطرة على الطريقة وتوحيد الشكل والإجراءات داخل المنظومة لتبدو كأنها وحدة واحدة في جميع أفرعها.

(١) الحديدي، ياسر، النظام القانوني لعقد الامتياز، (ص ٢١). وانظر أيضاً: منصور، سامي بديع، الحماية القانونية للفرانشيزي في النظام القانوني اللبناني، دراسة في مجلة العدل، الصادرة عن نقابة المحامين اللبنانيين، العدد الأول، السنة الثالثة والثلاثون، ١٩٩٩م (ص ٢٩).

(٢) الحديدي، ياسر، النظام القانوني لعقد الامتياز، (ص ٢٣).

٤ - ينص التعريف على أن المتلقي يعتمد في تمويل مشروعه واستثماره على رأس ماله الخاص به.

### ثالثاً - تعريف اتحاد الامتياز الفرنسي:

جاء تعريف الاتحاد الفرنسي للامتياز (الفرنشايز) بما يلي: "الامتياز طريقة للتعاون بين مشروعين، مشروع (المانح) من جهة ومشروعات (المتلقين) من جهة أخرى والذي يتضمن بالنسبة للأول:

- ١ - التملك أو الحق في استخدام علامات لجذب العملاء سواء أكانت علامات تجارية أم صناعية أو شعارات أو اسم لشركة أو اسم تجاري أو رموز.
- ٢ - استخدام المعرفة الفنية و الخبرة المكتسبة الخاصة به.
- ٣ - مجموعة من المنتجات أو الخدمات أو التكنولوجيا سواء أكانت مبرأة أم لا. ويشكل الارتباط بين هذه العناصر الثلاثة مفهوم الامتياز<sup>(١)</sup>.

أما القضاء الفرنسي، فقد عرف عقد "الفرانشايز" بأنه العقد الذي بموجبه يضع المرخص تحت إمرة المرخص له اسمه التجاري، بالإضافة إلى الأحرف الأولى والرموز والعلامة التجارية والمعرفة الفنية، ومجموعة من السلع أو الخدمات يتم إنتاجها بطرق أصلية ومحددة، ويجري استغلال هذه العناصر باتباع طرق فنية وتجارية موحدة سبق تجربتها ويجري اختبارها وضبطها باستمرار، وذلك بمعرفة المرخص وتحت إشرافه ورقابته<sup>(٢)</sup>.

### رابعاً - تعريف الاتحاد البريطاني<sup>(٣)</sup> للـ "الفرانشايز":

عرفه الاتحاد بأنه: "عقد يتم بين شخص يسمى المرخص Franchisor وشخص آخر يسمى المرخص له Franchisee وفقاً للبنود الآتية:  
يسمح أو يطلب من المرخص له أن يمارس خلال فترة معينة، عملاً معيناً تحت اسم معين يخص أو مملوك للمرخص أو مرتبط به.

(١) الحديدي، ياسر، النظام القانوني لعقد الامتياز، ص ٢١، وهو ما نص عليه قانون بوندي الفرنسي (Boudin) رقم ٨٩/١٠٠٩ انظر: العتيبي، خالد، العلاقات القانونية الناشئة عن عقد الامتياز التجاري، (ص ٢٦).

(٢) عمار، ماجد، عقود الامتياز التجاري، دار النهضة - القاهرة ١٩٩٢م، (ص ١٥).

(٣) وهو نوع من اتحادات التجار أنشئ عام ١٩٧٧م بين مجموعة من الشركات البريطانية والعالمية المختصة بتوزيع البضائع والخدمات. [يراجع: الكندري، محمود، أهم المشكلات العملية التي تواجه عقد الامتياز التجاري، (ص ٩٦)].

يمارس المرخص سيطرة ورقابة مستمرة خلال مدة الترخيص على الأعمال التي يقوم بها المرخص له، والتي تشكل موضوع الترخيص.

يلتزم المرخص بتزويد المرخص له بكل ما يلزم لتأدية الأعمال موضوع الترخيص، ومساعدته في ذلك وبالأخص (تنظيم عمل المرخص له، وتدريب موظفيه، والبضائع المستخدمة والإدارة... الخ)<sup>(١)</sup>.

يلتزم المرخص له خلال فترة الترخيص أن يدفع للمرخص أتعاب الترخيص والعمولات المستحقة نتيجة المبيعات التي يقوم بها المرخص له. ويؤكد تعريف الاتحاد البريطاني للامتياز على:

- ١ - الطبيعة التعاقدية للطرفين.
  - ٢ - يظهر الدور المسيطر للمانح على الطريقة التي يمارس فيها المتلقي النشاط.
  - ٣ - يؤكد على التزام المانح بتقديم المساعدة المستمرة للمتلقي والتي تعد أساسية في ممارسته للنشاط، بينما أغفل في هذا الجانب الإشارة إلى أهمية التدريب.
  - ٤ - يؤكد على جانب المدفوعات من جانب المتلقي<sup>(٢)</sup>.
- ويلاحظ على هذه التعريفات أنها متفقة على النقاط التالية:

أن عملية "الفرانشايز" هي علاقة عقدية بين الأطراف، فيها يقوم طرف (Franchisor) بترخيص الطرف الآخر (Franchisee)، ليقوم بمباشرة العمل أو المشروع تحت الاسم أو العلامة أو السمعة التجارية المملوكة أو المرتبطة بالمرخص (Franchisor).

سيطرة المرخص على الطريقة التي يعمل بها المرخص له في المشروع المرخص.

وفي هذه العلاقة، ينص على ضرورة تقديم المساعدة الفنية know how من قبل المرخص (Franchisor) للمرخص له (Franchisee).

وتنتقد التعريفات السابقة بما يلي:

- ١ - التعريفات السابقة لم تتطرق لموضوع المدة وتقديرها، وهذا مناف لظاهر عقود الامتياز، حيث إنها في الغالب تكون محددة بمدة قابلة للتجديد، ولا تكون أبدية.

(١) الكندري، محمود، أهم المشكلات العملية التي تواجه عقد الامتياز، (ص ٩٦).

(٢) الحديدي، ياسر، النظام القانوني لعقد الامتياز، (ص ٢٢).

- ٢ - اعترض بعض الباحثين على كلمة (المانح) في أغلب التعريفات السابقة، ويفهم منه أن هذه الحقوق تعطى على وجه الهبة بلا عوض، وهذا بلا شك مخالف لعقد الامتياز التجاري حيث إنه من عقود المعاوضات.
- وقد يجاب عن هذا الاعتراض: بأن المراد بالمنح هو إعطاء الأولوية رغبة من صاحب الحق ولا يلزمه أحد بهذا، فبداية العقد والاتفاق يكون بتخصيص الطرف الأول وهو صاحب العلامة والحق و المعرفة لطرف آخر بهذا الامتياز، ثم بعد الاتفاق وكتابة العقد يكون الامتياز بمقابل وعوض.
- ٣ - جاء أغلب التعاريف بطول وتقسيم ينافي صيغة التعاريف<sup>(١)</sup>.
- ٤ - ركزت بعض التعاريف على عناصر وأغفلت أخرى، مما أنتج خللاً في غالب التعاريف.

#### ويمكن اختيار التعريف لعقد الامتياز التجاري، بأنه:

"عقد بين طرفين يلتزم أحدهما بتمكين الطرف الآخر من الانتفاع بالحقوق المعنوية والفكرية والصناعية مع الالتزام بتقديم المساعدة الفنية مقابل عوض مالي خلال مدة محددة"<sup>(٢)</sup>.

#### رابعاً - لمحة تاريخية عن عقد الفرنشايز:

"الفرنشايز" أو الامتياز التجاري Franchising هو أسلوب مبتكر ابتدئته حاجات التجارة لزيادة حجم المشروع وتوسيع دائرة نشاطه، وذلك بالترخيص لمشروع أو عدة مشروعات أخرى ببيع المنتجات أو تقديم الخدمات، ويكون باتباع شكل معين ونظام تجاري معين يخص المشروع المملوك للمرخص (Franchisor)، ويعتمد هذا الأسلوب بصفة أساسية على استعمال المرخص له Franchisee اسم المرخص التجاري وعلامته التجارية إن وجدت<sup>(٣)</sup>.

(١) الرشود، خالد بن سعود، العقود المبتكرة للتمويل والاستثمار بالصكوك الإسلامية، رسالة علمية لدرجة الدكتوراه في المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود - الرياض، من ضمن مشاريع كرسي (سابق) لدراسات الأسواق المالية الإسلامية. ٥١٤٣٤، ٢٠١٣م، (ص ٣٣٥).

(٢) الرشود، خالد، العقود المبتكرة، (ص ٣٣٥). بتصرف.

(٣) الكندري، محمود أحمد، أهم المشكلات العملية التي يواجهها عقد الامتياز التجاري (Franchising)، قسم القانون الخاص - كلية الحقوق جامعة الكويت، بحث منشور في مجلة الحقوق - جامعة الكويت، مجلد ٢٤ عدد ٤ ديسمبر ٢٠٠٠م.

ويرجع الأصل التاريخي لمصطلح (الفرنشايز - Franchise) إلى الكلمة الفرنسية قديمة الأصل (Franchir أو Affranchir) واللذان تعنيان التحرر أو الاعتاق من العبودية أو القيد، وقد اكتسب هذا المصطلح في فرنسا في القرن الثاني عشر والثالث عشر معنى - الامتياز- الذي يمنحه السيد أو النبيل لشخص ما ويتنازل بموجبه عن بعض حقوقه لهذا الشخص في مقابل مجموعة إتوات مادية أو معنوية، وهو ما تعورف عليه في تلك الفترة بسياسة (فيليب أوجست)، وهو ما اعتاد عليه الملوك في تلك العصور من منح بعض البارونات وكبار المسؤولين في الدولة امتياز جمع الضرائب مقابل مبلغ يدفع إجمالاً<sup>(١)</sup>.

ثم أعاد الأمريكيون استعمال المصطلح الفرنسي الذي شاع في العصور الوسطى ثم طوي ونسي، وكان ذلك في مطلع القرن العشرين، ثم ما لبث هذا المصطلح إن تبلور على المستويين الاقتصادي والقانوني خاصة في الفترة التالية للحرب العالمية الثانية<sup>(٢)</sup>.

وقد ساعد على ذلك النمو الاقتصادي والزيادة السكانية التي زادت من الطلب على السلع والخدمات، وفتح المجال أما أصحاب المشروعات للتوسع في الأنشطة من ناحية، ومن ناحية أخرى وفرة رؤوس الأموال لدى بعض المحاربين القدامى، كذلك وجد رجال الأعمال من لديهم أفكار مبتكرة أو خبرات عملية قيمة أنهم يستطيعون التوسع من خلال نظام الامتياز التجاري<sup>(٣)</sup>.

وقد كانت أولى الشركات التي اعتمدت نظام الامتياز التجاري شركة (سنجر سوينغ) لآلات الخياطة في بدايات العام ١٨٦٠م ثم شركة كوكا كولا وشركة محركات جنرال موتورز وفورد للسيارات، ثم تتابعت الشركات على هذا النظام، ثم امتد نظام الامتياز التجاري إلى أوروبا حيث ظهر في فرنسا عام ١٩٧٠م، وأمام هذا النجاح الذي حققه عقد الامتياز التجاري في أمريكا وفرنسا بدأت معظم الدول الأوروبية في الاهتمام به للنجاح التجاري الذي حققه<sup>(٤)</sup>.

- (١) الحديدي، ياسر سيد محمد، النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري، منشأة المعارف - الإسكندرية - مصر ٢٠٠٧م، (ص٤).
- (٢) النجار، محمد محسن، عقد الامتياز التجاري دراسة في نقل المعرفة، دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - مصر ٢٠٠١م، (ص٦).
- (٣) الحديدي، النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري، (ص٨).
- (٤) العتيبي، خالد، العلاقات القانونية الناشئة عن عقد الامتياز التجاري، (ص٣٣).

ومع هذا الاهتمام والانتشار تم إنشاء الاتحاد الفرنسي للامتياز التجاري ١٩٧١م<sup>(١)</sup>، ثم بعد ذلك تم إنشاء الاتحاد الأوروبي للامتياز التجاري في عام ١٩٧٢م، ثم انتقل إلى بقية دول العالم ومن ضمنها الشرق الأوسط، حيث ظهر في لبنان عام ١٩٧٣م مع شركة كنتاكي ومن ثم شركة بيبسي كولا وشركة بيتزاهت وماكدونالدز وشركات أخرى، وقد ظهر في مصر منذ فترة طويلة من خلال الاستثمارات التجارية الدولية في القطاعات المختلفة مثل تعبئة المشروبات الغازية، ولكن لم يعرف الامتياز التجاري كمصطلح ومفهوم قانوني إلا في أواخر الثمانينات من القرن الماضي<sup>(٢)</sup>.

وأما في الكويت فلم يصدر أي قانون لتنظيم عقد الامتياز التجاري (الفرنشايز) كسائر الدول الأخرى، وإنما عمل على تنظيم استخدام العلامات التجارية من خلال قانون التجارة الكويتي<sup>(٣)</sup>.

وعلى الرغم من كثرة الانتشار والتوسع باستخدام هذا النوع من الاستثمار والعمل التجاري في الكويت، فإنه لا يوجد في الكويت قانون خاص بتنظيم هذا النوع من العمل التجاري على وجه الخصوص، ولذا فإنه يتم النظر إليه من خلال تطبيق أحكام ونصوص «القانون التجاري الكويتي»، وأيضاً من خلال أحكام ونصوص «قانون الملكية الفكرية والعلامات التجارية»<sup>(٤)</sup>.

## المطلب الثاني

### الألفاظ ذات الصلة بعقد الفرنشايز (الامتياز التجاري):

فيما يلي سأورد تعريفات المصطلحات التي لها علاقة بعقد الامتياز التجاري، وهي كالتالي:

- (١) الحديدي، ياسر، النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري، (ص ١٢).
- (٢) العتيبي، خالد ضيف الله، العلاقات القانونية الناشئة عن عقد الامتياز التجاري، (ص ٣٤).
- (٣) الكندري، محمود، أهم المشكلات العملية التي يواجهها عقد الامتياز التجاري، (ص ١٤)، وقد نصت المادة: ٦١ من القانون التجاري الكويتي رقم ٦٨ الصادر سنة ١٩٨٠م على ترتيب علاقات العلامات التجارية بين الأفراد.
- (٤) دراسة أعدتها المحامية فانت النقيب نشرت في جريدة القبس الكويتية العدد (١٤١٦٥) بتاريخ: ٢٠١٢/٢/١٩م تحت عنوان: "حقوق الامتياز التجاري (فرنشايز) لا يرهاها قانون خاص في الكويت".

## أولاً - العلامة التجارية:

هي "كل إشارة أو دلالة مميزة يتخذها الصانع أو التاجر أو مقدم الخدمة لتمييز منتجاته أو بضاعته أو خدماته عن مثيلاتها التي يتاجر بها أو يقدمها آخرون" (١).

وعرف القانون التجاري الكويتي "العلامة التجارية": "هي كل ما يأخذ شكلاً مميزاً من كلمات أو إمضاءات أو حروف أو أرقام أو رسوم أو رموز أو عناوين أو أختام أو تصاوير أو نقوش أو عناصر تصويرية وتشكيلات الألوان أو أي إشارة قابلة للإدراك بالنظر والعلامة السمعية والعلامات الخاصة بحاسة الشم أو أي علامات أخرى أو أي مجموعة منها إذا كانت تستخدم أو يراد استخدامها في تمييز بضائع أو منتجات أو خدمات للدلالة على أنها تخص صاحب العلامة بسبب صنعها أو اختيارها أو الاتجار بها أو عرضها للبيع" (٢).

وعرفها بعض الباحثين: "بأنها تلك الإشارة المتخذة شكلاً مميزاً، التي يتخذها صاحب متجر أو مصنع شعاراً لمنتجاته، تمييزاً لها عن غيرها من المنتجات، وتمكيناً للمستهلك من التعرف على حقيقة مصدرها أينما وجدت" (٣).

وبهذا يُستخلص أن العلامة التجارية هي كل ما يوضع على المنتج لتمييزه عن غيره.

## ثانياً - الرسوم والنماذج الصناعية:

الرسم الصناعي: "عبارة عن تنسيق جديد للخطوط على سطح المنتحات، فيعطي لها شكلاً جذاباً" (٤).

والنماذج الصناعية عرفت بأنها "كل شكل مجسم، سواء ارتبط بخطوط أو ألوان أو لم يرتبط، يعطي مظهراً خاصاً يمكن استخدامه لأغراض صناعية أو حرفية" (٥).

وعليه فإن الرسوم والنماذج الصناعية ما هي إلا عبارة عن مجموعة من

(١) زين الدين، صلاح الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، دار الثقافة - عمان الأردن ط. الأولى ٢٠٠٦م، (ص١١٤).

(٢) في المادة (٦٢) المعدلة بقانون رقم ١ بتاريخ ١٤/١/٢٠٠١م.

(٣) الرشود، خالد، العقود المبتكرة، (ص٣٣٦).

(٤) محمد حسني عباس، الملكية الصناعية والمحل التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١م، (ص٢٤٣).

(٥) مصطفى كمال طه، القانون التجاري اللبناني، دار النهضة العربية - بيروت، ط. الثانية ١٩٧٥م، (ص٧١٨).

الأشكال والألوان ذات طابع فني خاص، يتم تطبيقها على السلع والمنتجات عند صنعها لإضفاء الجمال عليها، وبالتالي جذب الزبائن وتفضيلها على مثيلاتها، للرسوم التي تزينها أو للنماذج التي تفرغ فيها<sup>(١)</sup>.

وورد تعريف الرسوم والنماذج الصناعية والدوائر المتكاملة في الباب الثاني من القانون التجاري الكويتي رقم ٤ لسنة ١٩٦٢م في شأن براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية (١٩٦٢/٤)

وجاء في المادة رقم (٣٥): "فيما يتعلق بتطبيق هذا القانون يعتبر رسماً أو نموذجاً صناعياً كل ترتيب للخطوط أو كل رسم شكل جسم بألوان أو بغير ألوان لاستخدامه في الانتاج الصناعي بوسيلة آلية أو يدوية أو كيميائية".

وبدأ التنظيم القانوني لبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية في الكويت بمقتضى القانون رقم (٤) لسنة ١٩٦٢، في شأن براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية<sup>(٢)</sup>، ثم صدرت بعد ذلك لائحته التنفيذية بقرار وزير التجارة رقم (١٥) لسنة ١٩٦٥<sup>(٣)</sup>.

### ثالثاً - براءة الاختراع:

يمكن تعريف براءة الاختراع بأنها الوثيقة التي تصدرها الدولة للمخترع اعترافاً منها بحقه في ما اخترع، أو للمكتشف اعترافاً منها بحقه فيما اكتشفه، فبراءة الاختراع لا تعدو أن تكون شهادة رسمية - صك - تصدرها جهة إدارية مختصة في الدولة إلى صاحب الاختراع أو الاكتشاف، يستطيع بمقتضى هذه الشهادة الاستئثار في استغلال اختراعه أو اكتشافه لمدة محدودة<sup>(٤)</sup> وبقيود معنية<sup>(٥)</sup>.

- (١) صلاح الدين زين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، (ص ٩٩).
- (٢) منشور في الجريدة الرسمية - الكويت اليوم - السنة الثامنة، العدد رقم ٣٧٣ بتاريخ ١٥/٤/١٩٦٢م.
- (٣) نشر في الجريدة الرسمية - الكويت اليوم - ١٩٦٥م، العدد ٥٥٥ (ص ١٢) وبعدها.
- (٤) وقد نصت المادة رقم (١٢) من القانون التجاري الكويتي رقم (٤) لسنة ١٩٦٢ في شأن براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية على أن: "مدة براءة الاختراع عشرون سنة تبدأ من تاريخ تقديم طلب البراءة، ويلتزم صاحب البراءة بتقديم طلب تجديد البراءة خلال الستة شهور الأخيرة من انتهاء كل أربع سنوات".
- (٥) وفيما يتعلق بالبراءات التي تم تسجيلها في دول أخرى ويراد تسجيلها في دولة الكويت، فإن مدة حمايتها تكون هي المدة المتبقية لهذه البراءات في الدول المسجلة لديها.
- (٥) صلاح زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، (ص ٣٠).

وتحول البراءة لمالكها دون غيره الحق في استغلال الاختراع بجميع الطرق<sup>(١)</sup>، وينتقل حق البراءة بالميراث وجميع الحقوق المترتبة عليها، وكذلك تنتقل ملكية براءة الاختراع كلها أو بعضها بعوض أو بغير عوض للغير كما يجوز رهنها<sup>(٢)</sup>.

### رابعاً - المساعدة التقنية:

يقصد بها: "تقديم المساعدة وإعطاء كل ما هو مطلوب فنياً وتقنياً، ووضع جميع الأساليب والوسائل تحت تصرف الطرف الآخر، الراغب بالحصول على هذه التقنية، وبصورة عامة تعد المساعدة الفنية الصورة المتحركة للمعرفة الفنية.

ويندرج تحت هذه المساعدة الأعمال الآتية:

- ١ - إعداد برامج التدريب على البيع، أو على طرق الخدمة بعد البيع.
  - ٢ - تحسين السلع والأجهزة وتجديدها.
  - ٣ - نصح المستفيد أو الممنوح له، باعتماد نظام محاسبي معين، وإنشاء نظام، والقيام بلقاءات لأجل تنفيذ هذه الأساليب.
  - ٤ - قيام المانح بالمساعدة في اختيار مكان المحل الجديد.
  - ٥ - يساعد المانح (الفرنشايزر) بتحديد الوقت المناسب لفتح المحل، بحكم خبرته في السوق.
  - ٦ - يقدم المانح الضوابط المتبعة في اختيار العملاء.
- ومن المهم هنا أن هذه المساعدات التقنية الفنية، لها ثمن مخصص تدرج عادة في العقد تحت بند المصاريف المستوجبة الدفع مقابل الخدمات المقدمة له.

### المطلب الثالث

#### أطراف عقد الفرنشايز ومحلله:

الطرف الأول (مالك السلعة والمعرفة الفنية): وهو الذي يملك سلعة أو منتجاً أو خدمة أو نظام عمل معين، أو معرفة فنية، أو حقاً معنوياً، بحيث يقوم بالترخيص أو إعطاء الإذن في استعمال ذلك مقابل عوض مالي وفقاً لشروط يتم الاتفاق عليها<sup>(٣)</sup>،

(١) المادة رقم (١٠) من القانون الكويتي التجاري رقم (٤/١٩٦٥).

(٢) المادة رقم (٢٧) من القانون الكويتي التجاري رقم (٤/١٩٦٥).

(٣) الرشود، العقود المبتكرة، (ص٣٣٨).

وبالتالي فقد أطلق عليه في بعض القوانين الخاصة بالامتياز بـ (الفرنشايزر<sup>(١)</sup>) وجاء في بعض منها بمسمى (المانح)<sup>(٢)</sup> وسماه بعضهم بالـ (المرخص).

**الطرف الثاني المشتري:** وهو الطرف الذي يشتري حق الفرنشايز من المانح، ويقوم بتشغيله بفتح مشروع، مستخدماً نفس الاسم التجاري أو العلامة التجارية، أو المعرفة الفنية الذي يزوده به المانح (الفرنشايزر) وهو بذلك يتمتع بالقدرة المالية والإدارية ودفع الرسوم المستحقة على ذلك<sup>(٣)</sup>.

ولذا فقد أطلق عليه مصطلح (الفرنشايزي)<sup>(٤)</sup> وسماه آخرون بـ (المتلقي)، واقتصر آخرون على تسميته بـ (الممنوح له)<sup>(٥)</sup>، وسماه البعض بالـ (المرخص له).

### محل عقد الفرنشايز أو المعقود عليه:

يتكون محل العقد في عقود الفرنشايز من عدة عناصر أساسية:

### أولاً - المعرفة الفنية (know How):

ويقصد بها تلك المعرفة التي اقتص بها من اكتشاف الصنعة أو اختار الهيئة والنوع للباس، أو ما يعرف أحياناً بالخلطة السرية التي يتكون منها طعام وشراب المأكولات والمشروبات العالمية، أو تلك المعرفة التقنية التي اكتشفها وبنائها بخبرتهم أولئك الخبراء في التقنية، فهي باختصار معلومات دقيقة وسرية لا يطلع عليها إلا أصحابها المالكون لها، أو من يمنح له حق الفرنشايز، فمن ذلك مثلاً:

١ - الخلطات السرية الموجودة في تكوينات دجاج (كنتاكي) أو مطاعم (البييك) في السعودية، فهذه الخلطات سرية ومعرفتها لا يمكن الاطلاع عليها، فهي ملك لصاحبها.

٢ - ومن ذلك أيضاً، المعرفة التي يتم فيها تصنيع مكونات المشروبات الغازية للكوكاكولا أو البيبسي وغيرها.

٣ - وأيضاً يمكن التمثيل للمعرفة التقنية، بما يتم فيه من برمجة المواقع والمشاريع الإلكترونية، فإن لها طبيعة سرية لا يطلع عليها إلا من له الصلاحية في ذلك، مثل

(١) مغبغب، نعيم، الفرنشايز، منشورات الحلبي الحقوقية، ط. الثانية ٢٠٠٩م، (ص ١٤).

(٢) النجار، محمد حسن، عقد الامتياز التجاري، (ص ١٨).

(٣) البشتاوي، دعاء، عقد الفرنشايز وآثاره، (ص ٢٣).

(٤) مغبغب، نعيم، الفرنشايز، (ص ١٤).

(٥) النجار، عقد الامتياز، (ص ١٨).

برمجة نظام التشغيل في ويندوز فهو بحق معرفة فنية لا يملكه إلا شركة مايكروسوفت، أو تصميم البرمجة لمواقع قوقل العملاقة.

٤ - ويمكن التمثيل للمعرفة الفنية، في خلطات العطور ومستلزمات التجميل، فإنها تصنع بطريقة سرية، ومعرفتها ليست ملكاً لكل أحد.

وبعد هذا التوضيح المبسط للمعرفة الفنية، نورد التعريفات التي جاءت لمصطلح (المعرفة الفنية):

فقد ورد تعريفها بأنها: "الخبرة التقنية ذات الطابع السري، التي تكون ضرورية لتحقيق وتنفيذ بعض الطرق التقنية، ذات الأهداف الصناعية" (١).

وعرفت لائحة نظام اللجنة الأوروبية رقم ٨٨/٤٠٨٧ المعرفة الفنية بأنها: "مجموعة من المعلومات العملية غير المحمية ببراءة الاختراع، والمستمدة من خبرة مانح الامتياز بعد أن قام بتجربتها بنفسه، وهذه المعلومات يجب أن تكون سرية، وجدية، ولها ذاتية خاصة بها" (٢).

وقد عرفت القواعد الصادرة من المجلس الاقتصادي الأوروبي في ٣٠ نوفمبر ١٩٨٨م المعرفة الفنية بأنها: "مجموعة من المعلومات العملية غير المبرأة والناجمة من خبرة المانح وتجاربه والتي تعد سرية وجوهرية ومعرفة" (٣).

ويطلق على المعرفة الفنية (know how) مصطلح السر التجاري، وذلك كما ورد في تعريف عقد الامتياز في القانون التجاري الماليزي، بأن: "صاحب الامتياز يمنح لمتلقي الامتياز الحق في استعمال العلامة أو السر التجاري (المعرفة الفنية) أو أية معلومات سرية أو حقوق ملكية فكرية مملوكة لصاحب الامتياز .." (٤).

### شروط المعرفة الفنية:

يشترط في المعرفة الفنية الشروط التالية:

- (١) مغيب، نعيم، الفرشايين، (ص٩٦).
- (٢) قرني، ياسر، دور عقود الامتياز التجاري في نقل المعرفة الفنية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة - ٢٠٠٥م، ص١٥٨. [نقلاً عن: العتيبي، خالد، العلاقات القانونية الناشئة عن عقد الامتياز التجاري، (ص١٣٠)].
- (٣) الحديدي، ياسر، النظام القانوني لعقد الامتياز، (ص٨١).
- (٤) أحمد، أنور محمد، المحل في عقد الامتياز التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، ط. الأولى: ٢٠١٠م، (ص٩٥).

- ١ - أن تكون المعرفة الفنية سرية: ولا يشترط أن تكون السرية مطلقة، لأن العملية الإنتاجية في الوقت الحاضر تتطلب تقسيم العمل على عدد غير قليل من العمال والموظفين، مما يزيد احتمالات تسرب المعرفة الفنية<sup>(١)</sup>.
- ٢ - شرط الاستعمال والقيمة: ويسمى هذا الشرط بشرط (الجددة)، أي أن تكون على قدر الأهمية بالنسبة للممنوح له الامتياز، والمقصود بهذا الشرط الاستعمال الفعلي أو الواقعي الذي يعطي للمعرفة الفنية نفعية معينة، وبالتالي تعطي للمانح ميزة اقتصادية، وإلا كانت بالنسبة له ليست ذات أهمية وبالتالي ليست ذات جدوى<sup>(٢)</sup>.
- ٣ - أن تكون المعرفة الفنية سهلة النقل: إذ إن المعرفة الفنية تشكل الميزة الأساسية للامتياز التجاري، فهي تسمح لغير الممتهين القيام بأعمال معينة لم يكونوا قادرين عليها، فلا بد أن تكون قابلة للانتقال ومحددة بشكل واضح وجلي<sup>(٣)</sup>.
- ٤ - أن تكون المعرفة الفنية قابلة للعرض و الانتقال: وذلك بأن تكون قابلة للكشف عن أهميتها عند عرضها، مع المحافظة على سريتها، وتلعب العملية الاستعراضية لسرية المعرفة الفنية محوراً أساسياً للإعلان عن نشاط المانح أو المالك (الفرنشايزر)، وكذلك لا بد من قابليتها للنقل إذا أمكن دون نقل لحائزها، وهذا هو الفارق بين المعرفة الفنية والمهارة، فالمهارة لصيقة بالشخص والمعرفة الفنية غير ذلك<sup>(٤)</sup>.
- ٥ - أن تكون المعرفة الفنية مبتكرة: وذلك بأن تضيف قيمة جديدة للممنوح له، بحيث تعطيه ميزة على منافسيه<sup>(٥)</sup>.
- ٦ - ألا يسجل على المعرفة الفنية براءة اختراع: لأن تسجيل البراءة يزيح ستار السرية عن المعرفة الفنية، ويغير طبيعة الحق الوارد عليها من حق ملكية مستمد من المعرفة الفنية إلى الحق المستمد من شهادة البراءة<sup>(٦)</sup>.

(١) النجار، محمد محسن، عقد الامتياز التجاري، (ص٤)، وانظر أيضاً: الحديدي، ياسر، النظام القانوني لعقد الامتياز، (ص٩٢).

(٢) العتيبي، خالد، العلاقات القانونية الناشئة عن عقد الامتياز التجاري، (ص١٣٤).

(٣) الحديدي، ياسر، النظام القانوني لعقد الامتياز، (ص٨٨).

(٤) النجار، عقد الامتياز التجاري، (ص٤).

(٥) الرشود، العقود المبتكرة، (ص٣٤٠).

(٦) النجار، عقد الامتياز التجاري، (ص٤).

## – المعرفة الفنية (know how) وعلاقتها بعقد الفرنشايز (Franchise) الامتياز التجاري:

أجمع الفقه القانوني على أن المعرفة الفنية جوهرية في عقد الامتياز، وأن غيابها يستوجب إعادة وصف العقد أو فسخه أو إبطاله لغياب محل العقد فيه.

وقد أشار الاتحاد الفرنسي للامتياز في تعليقه على أهمية المعرفة الفنية في علاقة الفرنشايز: "أنه في غياب معرفة فنية حقيقية لا يمكن أن يوجد عقد امتياز تجاري"<sup>(١)</sup>.

### العنصر الثاني: المساعدة التقنية:

ويقصد بها: "تقديم المساعدة وإعطاء كل ما هو مطلوب فنياً وتقنياً ووضع جميع الأساليب والوسائل تحت تصرف الطرف الآخر، الراغب بالحصول على هذه التقنية، وبصورة عامة تعد المساعدة الفنية الصورة المتحركة للمعرفة الفنية"<sup>(٢)</sup>.

### العنصر الثالث: عناصر الملكية الفكرية:

وهي تعد من العناصر المكونة لنشاط الفرنشايز، فهي أساسه ولب فكرته، فهذه العناصر التي أوجدت هذا الإبداع والتميز في هذا النشاط، الأمر الذي أدى إلى تطوره وازدهاره.

### الركن الرابع – العوض:

يتضمن العوض في عقد الامتياز التجاري أمرين:

#### الأول – رسم الدخول الثابت:

يتوافق إبرام عقد الامتياز التجاري (الفرنشايز) بشكل عام مع دفع قيمة محددة كرسوم دخول من قبل المستفيد (الفرنشايزي) للمالك أو المانح (الفرنشايزر)، وهذا الرسم مقابل السماح باستثمار هذا النشاط، كما يشمل الثمن تكاليف التنشئة والتعليم على الفرنشايز، والدراسات التي يتطلبها قبل البدء بالنشاط وإبرام العقد، ولا يتضمن رسم الدخول هذا أجور المديرين، ولا أسعار البناء أو أسعار المؤسسة وفوائد القروض، ولا يمكن استرجاع هذا المبلغ حتى ولو توقف العقد بعد فترة قصيرة، لكن إن كان التوقف ناتجاً عن المالك أو المانح (الفرنشايزر) فمن العدل مقاضاته ومساءلته عن الأضرار التي قد تقع بالمستفيد (الفرنشايزي)<sup>(٣)</sup>.

(١) الحديدي، ياسر، النظام القانوني لعقد الامتياز، (ص ٨١).

(٢) وقد سبق الحديث عنها بالتفصيل في بحث الألفاظ ذات الصلة.

(٣) النجار، محسن، عقد الامتياز التجاري، (ص ٣٠).

## الثاني: نسبة العائدات:

يقدر هذا الجزء من العوض بنسبة مئوية من المبيعات المحققة، وتتفاوت هذه النسبة حسب أهمية الخدمات المقدمة، فيفرض بعض مانحي الفرنشايز حداً أدنى مضموناً، مثل الهولندي إن ٩٪، ومان باور ٥٪<sup>(١)</sup>.

وهذه العائدات تشكل أحد المداخل الرئيسية للمانح (الفرنشايز)، ويتم حساب هذه العائدات بنسبة مئوية من رقم الأعمال للممنوح له (الفرنشايزي)، ورقم الأعمال يعني قيمة المبيعات باستثناء الضرائب، وما يمكن إعادته للزبائن، أو التنزيلات المسموح بها من قبل الفرنشايزر<sup>(٢)</sup>.

وتعطي بعض القوانين للمانح الحق في فرض نسبة من الفوائد - يتم الاتفاق عليها في العقد - إذا لم يتم دفع المبالغ المستحقة في مواعيدها<sup>(٣)</sup>.

## المطلب الرابع

### أنواع عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري)

تتشترك جميع عقود الفرنشايز في كونها اتفاقاً على كيفية استغلال العلامة التجارية للمرخص، وطريقة مراقبة المرخص لأعمال المرخص له، ونقل المعرفة الفنية له، وما يتطلب ذلك من مستلزمات للعقد، وتتمثل صور "الفرنشايز" وأنواعه في أربعة أنواع أساسية، تختلف باختلاف الغرض من الفرنشايز:

### النوع الأول: امتياز التصنيع (Manufacture Franchise):

هذا النوع من "الفرنشايز" يعتمد بالدرجة الأولى على نقل المعرفة الفنية (know how) لتصنيع المنتجات أو تجميعها من المرخص (الفرنشايزر) إلى المرخص له (الفرنشايزي)، ففي هذا العقد يقوم المرخص بنقل تكنولوجيا المرخص له، فيكشف الأسرار الصناعية المتعلقة بكيفية الإنتاج للمنتجات التي تكون مملوكة للمرخص<sup>(٤)</sup>. وعادة ما يكون محل هذا العقد الترخيص باستغلال براءة الاختراع أو حق من

(١) جلويل سيبيل، عقد الفرنشايز، (ص ٨٠). [نقلاً عن: الرشود، خالد، العقود المبتكرة، (ص ٣٤٢)]

(٢) مغيب، نعيم، الفرنشايز، (ص ٢١١).

(٣) مغيب، نعيم، الفرنشايز، (ص ٢١١).

(٤) الكندري، محمود أحمد، أهم المشكلات التي يواجهها عقد الامتياز التجاري، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، مجلد ٢٤ عدد ٤ ديسمبر ٢٠٠٠م، (ص ١٠١).

حقوق الملكية الصناعية، أو الزراعية، وعليه فإن المرخص له (Franchisee) يقوم بتصنيع المنتجات محل الترخيص وتوزيعها والتي تحمل العلامة التجارية للمرخص مستعيناً بخبرات المرخص في هذا المجال، فهذه الخبرات تتمثل في مراقبة المرخص لأعمال الإنتاج، وذلك للتأكد من جودة المنتجات والتي عادة ما يقوم المرخص بتحديد نماذج قياسية (standards) يجب مراعاتها، وهذه المنتجات تحمل العلامة التجارية للمرخص وتكون مطابقة للمواصفات التي يحددها<sup>(١)</sup>.

### النوع الثاني: امتياز التوزيع (Franchise Distributing):

في هذا النوع يقوم المرخص Franchisor بتوريد المنتجات محل الترخيص خلال مدة العقد، بحيث يقوم المرخص له Franchisee بتسويق هذه المنتجات من خلال نظام توزيع معين، ويكون للمرخص له أن يستخدم الاسم والعلامة التجارية للمرخص له.

وفي هذا النوع أيضاً يمارس المرخص الرقابة والسيطرة والإشراف على أعمال المرخص له الذي يكون ملتزماً باتباع وسائل التسويق الفنية المتبعة من قبل المرخص، كما يقوم المرخص بتقديم المساعدات الفنية في مجال توفير قطع الغيار والإعلانات وخدمات الصيانة، ويلاحظ أن هذا النوع عادة ما يقترن بإعطاء المرخص له Franchisee حق القصر، أي أن يكون هذا الموزع الوحيد لهذه المنتجات في منطقة نشاطه، وهو ما يعرف بعقد التوزيع القصري أو الحصري<sup>(٢)</sup>.

### النوع الثالث: فرنشايز الخدمة التجارية (الفرنشايز الخدماتي):

في هذا النوع من الفرنشايز يضع المانح (الفرنشايزر) بعض الخدمات تحت تصرف الممنوح له (الفرنشايزي)، الذي بدوره يقدمها للزبائن، تحت شعار الأول ومسؤوليته، فالآلات والمعدات والأجهزة قليلة نسبياً في هذا النوع، إنما التركيز يتم على الأنظمة الواجب تطبيقها لجلب الزبائن، ومن أمثلة هذا النوع من امتياز الخدمة التجارية: مثل صيانة السيارات، وخدمات البطاقات الائتمانية المعتمدة (كبطاقات فيزا وماستر كارد.. وغيرها)، وكذلك الفنادق العالمية مثل (فنادق هيلتون وشيراتون ونحوها)<sup>(٣)</sup>.

(١) نعيم مغيب، الفرنشايز، (ص ٤٦).

(٢) الكندري، محمود، أهم المشكلات التي يواجهها عقد الامتياز التجاري، (ص ١٠١).

(٣) الرشود، العقود المبتكرة، (ص ٣٤٤).

وفي هذا النوع يعتمد المرخص له بدرجة كبيرة على السمعة التجارية، وعلى شهرة العلامة التجارية المملوكة للمرخص، وهذه العلامة معروفة عند الجمهور الذي عادة ما يقبل على شراء هذه السلع أو الخدمات لارتباطها بهذه العلامة، فجل اهتمام المرخص هو تقديم خدمات أو سلع متماثلة من حيث الشكل والنوع والمواصفات، وحتى يصل إلى هذه النتيجة فإنه يحدد نماذج قياسية ومواصفات موحدة لجميع المشروعات المرخص لها، وهذه النماذج والمواصفات، تخضع لرقابة واحدة من المرخص، ولعل أهم ما يميز هذه المشروعات المتعددة أنها تظهر أمام الجمهور كشبكة واحدة<sup>(١)</sup>.

### النوع الرابع: الامتياز التجاري الاستثماري:

بموجب هذا النوع يتم الاتفاق على استثمار مؤسسة بذاتها بما في ذلك الاستراتيجية الخاصة بطبيعة عملها وإعلاناتها، فلا يتوقف الأمر على السرية، وأساليب التقنية<sup>(٢)</sup>.

### ومعنى هذا الفرنشايز:

أن يتم الاستثمار في المؤسسة في جميع نشاطاتها، بحيث لا يتوقف على نقل المعرفة وأساليب التقنية فقط، وإنما يتم العمل في استثمار العمليات التجارية والإعلانات وما شابه ذلك.

## المطلب الخامس

### شروط عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري)

#### أولاً - شرط السرية:

عند إجراء مفاوضات لإبرام عقد الامتياز التجاري لا بد للطرف الآخر (الممنوح له الامتياز) من أن يطلع على أسرار المعرفة الفنية قبل إبرام العقد ليقدر إن كانت ذات قيمة بالنسبة له أم لا، وعليه لا بد من أن يقتزن عقد الامتياز التجاري بشرط السرية نظراً لطبيعته، والذي يلتزم به الطرف المتلقي بالحفاظ على أسرار المعرفة الفنية التي اطلع عليها بنفسه أو بواسطة أشخاص قبل العقد أو بعده، سواء أبرم العقد وتم الاتفاق أم لا<sup>(٣)</sup>.

(١) الكندري، محمود، أهم المشكلات التي يواجهها عقد الامتياز التجاري، (ص ١٠٢).

(٢) نعيم مغيب، الفرنشايز، (ص ٤٨).

(٣) المولى، نداء كاظم محمد، الآثار القانونية لعقود نقل التكنولوجيا، ط. الأولى دار وائل للنشر،

٢٠٠٣ م عمان - الأردن، (ص ١٦٨).

## ثانياً - شرط عدم المنافسة:

ومعناه: ألا يناقس الممنوح له الحق في استخدام المعرفة الفنية المانح في هذه المعرفة أو تصنيع ما يشابهها، أو الاتفاق مع شخص آخر في ذات النشاط والمعرفة، وهو من طبيعة العقد.

ويهدف هذا الشرط في الدرجة الأولى إلى توفير الضمان لمانح الامتياز بعدم تسرب أو إفشاء المعرفة الفنية المستخدمة في هذا العقد<sup>(١)</sup>.

وقد قررت قواعد القانون الأوروبي رقم ٤٠٧٨/٨٨ والقضاء الفرنسي في العديد من أحكامه ومحكمة العدل الأوروبية<sup>(٢)</sup>، على ضرورة حماية المصلحة المشتركة لمانح الامتياز، وهذا الشرط لحماية مصلحة مانح الامتياز من منافسته في معرفته الفنية<sup>(٣)</sup>.

## ثالثاً - شرط المدة:

يجب أن يكون لعقد الفرنشايز مدة محددة، ولا يمتنع أن تتعدد المدد في العقد نفسه، فالالتزام بشرط عدم المنافسة والالتزام بشرط السرية قد تكون لمدة تزيد على مدة العقد، وتختلف من التزام للآخر<sup>(٤)</sup>.

وتحديد المدة قد يكون بشكل صريح في ذلك العقد، فإن لم يوجد فإن سكوت الطرفين ودخول مدة جديدة للعقد يعتبر تجديدًا له، وفي حالة السكوت وعدم تحديد مدة لعقد الامتياز التجاري ولا حتى بشكل ضمني فإنه يعتبر في هذه الحالة غير محدد المدة<sup>(٥)</sup>.

## رابعاً - شرط الحصرية:

ومعناه: أن يتم الاتفاق على منطقة جغرافية وحدود إقليمية معينة ومحددة في

(١) المولى، نداء كاظم، الآثار القانونية لعقود نقل التكنولوجيا، (ص ١٧٥).

(٢) الحديدي، ياسر، النظام القانوني لعقد الامتياز، (ص ٢٢١).

(٣) يرى بعض الباحثين في الفقه القانوني أنه على الرغم من قانونية هذا الشرط فلا يجب أن يكون مطلقاً بل يجب أن يخضع لقيود زمنية، وهي في الغالب سنة واحدة كما حددتها القواعد الأوروبية والقضاء الفرنسي، وكذلك يجب أن يحدد المكان فلا يقع العقد على كل الأماكن، [انظر: العتيبي، خالد، العلاقات القانونية الناشئة عن عقد الامتياز، (ص ٤٧)].

(٤) مغبغب، نعيم، الفرنشايز، (ص ١٨٢).

(٥) الحديدي، ياسر، النظام القانوني لعقد الامتياز، (ص ٢٢٦).

العقد يتم فيها منح حق المعرفة الفنية للممنوح له في عقد الفرنشايز، فتكون هذه المنطقة المحددة حصراً له في استخدام المعرفة الفنية المتفق عليه.

جرت العادة في عقود الامتياز أن ينص بها على ما يسمى بتحديد المنطقة الإقليمية، وهذا التحديد ينعكس على حماية كل من المانح والمتلقي لحقوقه وأسلوب ممارسة هذه الحقوق، ويرتبط بتحديد المنطقة والإقليم وعادة ما يسمى بشروط الحصرية<sup>(١)</sup>(٢).

وإن كان هذا النشاط المتعلق بالامتياز التجاري محدداً بإقليم معين كمدينة أو جزء من إقليم أو دولة أو غيرها فهذا ما يسمى بشروط الحصرية الإقليمية، وشروط الحصرية قد يكون نسبياً وقد يكون مطلقاً، وهو من الشروط التي تلازم عقد الامتياز التجاري<sup>(٣)</sup>.

وهناك نوع آخر لشروط الحصرية وهو الذي يلتزم به الممنوح له الامتياز بالتزود الكلي أو الجزئي من مانح الامتياز أو أحد الموردين التابعين له بمستلزمات النشاط المتعلق بالامتياز التجاري، وشروط الإمداد الحصري بخلاف الحصرية الإقليمية لا يمكن افتراض وجوده إن لم يذكر بشكل صريح في العقد<sup>(٤)</sup>.

(١) يفضل استعمال مصطلح الحصرية على عكس ما ذهب إليه فقه القانون التجاري من ترجمة لمصطلح (Clause exclusive) إذ يفضل هذا الفقه تسميته بشروط القصر. [انظر: علي قسام، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية (السنة الرابعة والخمسون)، ١٩٨٤ العدد ٣، مطبعة جامعة القاهرة، عقد الالتزام التجاري، ص ٢٠٧، نقلاً عن: النجار، محمد محسن، عقد الامتياز التجاري، (ص ٥٣)].

(٢) وتعد الشروط الحصرية من أكثر الشروط التي أثارت جدلاً واسعاً، لما لها من تأثير على حرية التبادل التجاري والسلعي والخدمي بين الأطراف المختلفة، لما يعتبر وفقاً للفكر التجاري التحرري قيوداً على الحرية ومدعاة للاحتكار [الحديدي، ياسر، النظام القانوني لعقد الامتياز، (ص ٢٤٩)].

(٣) النجار، محمد محسن، عقد الامتياز التجاري، (ص ٥٣).

(٤) العتيبي، خالد، العلاقات القانونية الناشئة عن عقد الامتياز التجاري، (ص ٤٩).

## المبحث الأول

### عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري) في القانون

إن الصفة القانونية لعقد الامتياز التجاري من الصعب تحديدها بدقة كما في باقي العقود، ولهذا كان لغياب النصوص القانونية التي تنظم هذا العقد، حيث لا يوجد قانون واحد يطبق على جميع جوانبه، وإنما توجد بعض القوانين والأنظمة التي تعالج بعض جوانبه، كقوانين المنافسة ومنع الاحتكار، وكونه يعد من عقود نقل التكنولوجيا فنتيجة لهذا وقع عبء إيجاد حلول قانونية للمشاكل التي تقع بسبب تنفيذ عقد الامتياز التجاري على عاتق القضاء<sup>(١)</sup>.

وفي أول الأمر حاول القضاء الفرنسي أن يخضع عقد الامتياز التجاري لأحكام عقد البيع، وقام بالتالي بإبطال العديد من العقود لكون الثمن من أركان عقد البيع ولم يذكر في عقد الامتياز التجاري<sup>(٢)</sup>، ولقد تعرض هذا الاتجاه إلى اعتبار عقد الامتياز التجاري عقداً شاملاً يشكل إطاراً عاماً لعدة عمليات قانونية، فهو يهدف إلى تنظيم العلاقة القانونية بين مانح الامتياز و الممنوح له الامتياز وليس عقد بيع أو بيوع متعاقبة، إذ هو يهدف إلى تحقيق التوازن بين مشروع مانح الامتياز والممنوح له الامتياز<sup>(٣)</sup>.

وهكذا نجد التشريعات القانونية لم تحدد بالضبط طبيعة عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري)، ونجد هذا واضحاً في القوانين العربية، حيث لا يوجد ذكر لقانون الفرنشايز بمعناه العالمي إلا في بعض المواد التشريعية، وبعض أحكام القضاء النادرة التي عملت على إخضاعه لأحكام عقود أخرى، ففي المملكة العربية السعودية مثلاً نرى أنها تخضع عقود الامتياز التجاري لنظام الوكالة التجارية<sup>(٤)</sup> وهكذا نجد في الكويت عقود

(١) العتيبي، خالد، العلاقات القانونية الناشئة عن عقد الامتياز التجاري، (ص ١٢٠).

(٢) قرني، ياسر، دور عقود الامتياز التجاري في نقل المعرفة الفنية، (ص ٨٤).

(٣) قاسم، علي سيد، عقد الالتزام التجاري، (ص ٤٠).

(٤) فقد أكد عبد الله الموسى مدير إدارة العلامات والوكالات التجارية بوزارة التجارة والصناعة في المملكة العربية السعودية، أن النظام المرتقب سيكون شاملاً لكل الأنشطة التي تندرج تحت اسم «الامتياز التجاري»، وسيكون منفصلاً عن نظام الوكالات التجارية، مضيفاً أن عدد الشركات التي تنشط في السوق السعودية تحت نظام الامتياز التجاري يصل إلى نحو ٤٠٠ شركة؛ تأتي المطاعم في مقدمتها، وتأتي بعدها شركات الملابس، ثم المقاهي. [انظر: جريدة الشرق الأوسط - العدد (١٢٢٣٧) الأربعاء ٠٩ رجب ١٤٣٣هـ - ٣٠ مايو ٢٠١٢م]

الامتياز تخضع لباب الوكالة التجارية وما يتبعه من أحكام<sup>(١)</sup>، بينما في لبنان نجد عقود الامتياز التجاري خاضعة لأحكام التمثيل التجاري الحصري الصادر به مرسوم رقم (٦٧/٣٤)<sup>(٢)</sup>.

ومما سبق نرى أن عقد الفرنشايز عقد مسمى مستحدث أوجدته التكنولوجيا الحديثة والتقدم العلمي في هذا المجال وحاجات الناس لمثل هذه العقود، وعقد الامتياز التجاري له علاقة ببعض العقود المسماة في القوانين التجارية الحالية، و على هذا فعقد الامتياز التجاري (الفرنشايز) يحيط به تشابه كبير ببعض هذه العقود جعلت البعض يدرجه تحت عقود مشابهة وليس هو منها دليل تعارض الكيفية العقدية بينهما كما سنبينه فيما يلي، فكان لازماً بيان تلك العقود وعلاقة عقد الامتياز التجاري (الفرنشايز) بها، ونقاط التمايز والاختلاف بينهما، وهذه العقود هي:

١ - عقد الوكالة التجارية (الوكالة الحصرية)

٢ - عقد الالتزام التجاري

٣ - عقد التوريد

٤ - شركة عقد

٥ - عقد الترخيص باستعمال العلامة التجارية.

## المطلب الأول

### عقد الوكالة التجارية (الوكالة الحصرية) وعلاقتها بعقد الامتياز التجاري (الفرنشايز)

#### تعريف الوكالة التجارية:

الوكالة لغة: بفتح الواو وكسرهما، الاسم من وكل فلاناً، فوض إليه أمراً من الأمور، فهي تفويض التصرف إلى الغير<sup>(٣)</sup>.

(١) يراجع: رزق، طارق عبد الرؤوف، الوكالات التجارية والسمررة وعقود التوسط في قانون

التجارة الكويتي، دار النهضة العربية - القاهرة، ط. الأولى ٢٠٠٨م، (ص٧٣) وما بعدها.

(٢) كالقضية التي عرضت أمام القضاء اللبناني بين شركة شعبان إخوان للتجارة وكتناكي فرايد تشيكنهولدنغ إن، [انظر: العتيبي، خالد، العلاقات الناشئة عن عقد الامتياز التجاري، (ص١٢١)].

(٣) قلجعي، محمد رواس، معجم لغة الفقهاء، الناشر: دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م، (١/٥٠٩).

## تعريف الوكالة التجارية في الاصطلاح القانوني:

عرف القانون الفرنسي الوكيل التجاري بأنه: "وكيل يقوم بممارسة مهنة الاستقلال ودون أن يكون مقيدا بعقد إجارة خدمات، حيث يتولى بطريقة مستمرة التفاوض لعقد بعض البيع والشراء والإجارة أو تقديم خدمات باسم ولحساب منتجين أو مصنعين أو تجار أو وكلاء تجاريين آخرين، هذا ويمكن أن يكون الوكيل التجاري شخصاً طبيعياً أو معنوياً"<sup>(١)</sup>.

وعرف قانون تنظيم أعمال الوكالة التجارية المصري الوكيل التجاري بأنه:

"كل شخص طبيعي أو اعتباري<sup>(٢)</sup> يقوم بصورة معتادة ودون أن يكون مرتبطاً بعقد عمل أو عقد تأجير خدمات بتقديم العطاءات أو إبرام عمليات البيع أو الشراء أو التأجير أو تقديم الخدمات باسم ولحساب المنتجين أو التجار أو الموزعين أو باسمه ولحساب أحد هؤلاء"<sup>(٣)</sup>.

فالوكيل التجاري يقوم بإبرام العقود باسم ولصالح الموكل وهو ليس طرفاً بالعقد الذي يتم مع الغير، فالرابطة التعاقدية تنشأ بين الممول والغير مباشرة، ولا يجب أن يكون هناك علاقة بين الموكل والوكيل (كعلاقة تبعية) ولا يستخدم اسمه عند إتمام الصفقة.

و يتضح من خلال هذه التعاريف أنها تشتمل على نوعين من الوكالات التجارية، ففي حالة تعاقد الوكيل باسم الموكل ولحسابه فهذا النوع يطلق عليه القانون المصري مسمى (وكالة العقود) أو ما يسمى بعقد التمثيل التجاري، وفي حالة تعاقد الوكيل باسمه ولحساب موكله فيطلق عليه مسمى (الوكالة بالعمولة).

## أوجه التشابه والاختلاف بين عقد الامتياز التجاري وعقد الوكالة التجارية:

### أوجه التشابه بين عقد الامتياز التجاري وعقد الوكالة التجارية:

١ - كلا العقدين من العقود الملزمة للجانبين، حيث يقع على كل طرف من أطرافه التزامات.

(١) القانون الفرنسي رقم (٩١/٥٩٣) الصادر بتاريخ ٢٥ حزيران ١٩٩١م.

(٢) انظر: قانون تنظيم الوكالات التجارية الكويتي رقم ٣٦ لسنة ١٩٦٤م المادة (١).

(٣) وكذا في قانون التجارة الكويتي، انظر: المادة الأولى من القانون رقم (١٢٠)، الخاص بتنظيم أعمال الوكالة التجارية ولائحته التنفيذية الصادر بقرار وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية رقم (٣٤٢) لسنة ١٩٨٠م.

- ٢ - كلا العقدين من عقود المدة التي تحتاج في تنفيذها إلى زمن<sup>(١)</sup>، وكذلك يقومان على الاعتبار الشخصي لطرفي العقد<sup>(٢)</sup>.
- ٣ - الممنوح له الامتياز في عقد الامتياز التجاري يكون مستقلاً في عمله عن مانح الامتياز، وهكذا يكون الوكيل التجاري عن موكله<sup>(٣)</sup>.
- ٤ - يتمتع كل من المتلقي (الممنوح له) في عقد الامتياز والوكيل في وكالة العقود بالاستقلال القانوني ومباشرة العقود<sup>(٤)</sup>.
- ٥ - كلا العقدين يقوم على الاعتبار الشخصي، وعلى هذا يترتب على ذلك انفساخ العقد في حالة الوفاة أو الإفلاس أو فقدان الأهلية لأحد الطرفين.
- ٦ - يتوافر الشرط الحصري في كلا العقدين، حيث غالباً ما يقصر التوزيع في منطقة نشاط معينة على شخص الوكيل دون غيره، ومنع الوكيل من تلقي توكيلات لغير الموكل في منطقة نشاطه، وهذا الجانب يماثله في عقد الامتياز التجاري شرط حصر الامتياز للممنوح له في منطقة محددة<sup>(٥)</sup>.

### أوجه الاختلاف بين عقد الفرنشايز وعقد الوكالة التجارية:

- ١ - يعد الوكيل في عقد الوكالة التجارية وسيطاً لإبرام العقود فقط، وبالتالي فهو لا يتحمل أية مخاطر مالية فيما يتعلق بالعقد المبرم، بينما المتلقي (الممنوح له) في عقد الامتياز يدخل في العلاقة التجارية متحملاً كافة المخاطر الناجمة عن إدارته للمشروع<sup>(٦)</sup>.
- ٢ - ومن الأوجه المهمة في التمييز بين العقدين، هو أن المحل في عقد الوكالة التجارية هو التصرف القانوني كما في القانون الكويتي<sup>(٧)</sup> والمصري، ولا يشترط نقل المعرفة الفنية في عقد الوكالة التجارية، وإن وجد فإنها تكون عنصراً مكملاً<sup>(٨)</sup>، بينما المحل في عقد الامتياز التجاري هو نقل المعارف الفنية أو الإدارية أو التسويقية.
- ٣ - الوكيل في عقد الوكالة التجارية والوكالة بالعمولة يكون مأجوراً وليس بصفته

(١) الحديد، ياسر، النظام القانوني لعقد الامتياز، (ص٤٧).

(٢) أنور محمد، أحمد، المحل في عقد الامتياز التجاري، (ص٦٠).

(٣) خليفة، ماجد محمد، الوكالة التجارية، رسالة دكتوراه - جامعة الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٩٧م، (ص٦٦).

(٤) أنور محمد، أحمد، المحل في عقد الامتياز التجاري، (ص٦١).

(٥) قاسم، علي سيد، عقد الالتزام التجاري، (ص١٢).

(٦) أنور محمد، أحمد، المحل في عقد الامتياز التجاري، (ص٦١).

(٧) السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (ص٤٢١).

(٨) أنور محمد، أحمد، المحل في عقد الامتياز التجاري، (ص٦٢).

مستخدمًا أو عاملاً لدى الموكل، بينما في عقد الامتياز فإن مانح الامتياز لا يدفع أجراً إلى الممنوح له لأنه ليس أجيراً عنده ويعمل لحسابه، ولذا لا يلتزم الممنوح له الامتياز بتقديم حساب إلى مانح الامتياز بخلاف الوكيل في عقد الوكالة الذي يلتزم بتقديم حساب للوكيل<sup>(١)</sup>، ففي عقد الامتياز التجاري يدفع المتلقي للمانح رسوماً مالية خاصة للدخول في شبكة المانح ويأخذ نسبة دورية من مبيعاته، بينما في عقد الوكالة التجارية لا يدفع الوكيل للموكل رسوماً مقابل القيام بنشاط الوكالة، بل إنه يحصل على عمولة مبيعات في المنطقة المحددة له.

### يتضح مما سبق:

أن عقد الوكالة التجارية يتغير مع عقد الفرنشايز، وإن كان هناك بعض الشبه بين العقدين لكن لا يمكن اعتبار عقد الفرنشايز أنه عقد وكالة تجارية للاختلاف الجوهرى بين العقدين.

وهكذا يتبين الاختلاف الواضح بين عقدي الفرنشايز وعقد الوكالة التجارية، وإن تشابها في بعض النقاط، فإن هذا التشابه لا يعد أكثر من كونه تشابهاً ظاهرياً باعتبار صيغتين للعمل التجاري ليس إلا، فلذا لا يمكن تطبيق أحكام عقد الوكالة التجارية على عقد الفرنشايز لاختلاف العقدين في طبيعتهما القانونية، وعلى هذا لا بد من تتبع العقود الأخرى ومقارنتها بعقد الفرنشايز.

## المطلب الثاني

### عقد الالتزام التجاري وعلاقته بعقد الامتياز التجاري (الفرنشايز)

عقد الالتزام من أهم العقود الإدارية؛ لأنه يمنح فرد أو شركة الحق بإدارة واستغلال مرفق من المرافق العامة.

وقد عرفته محكمة القضاء الإداري المصرية بقولها: " .. إن التزام المرافق العامة ليس إلا عقداً إدارياً يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية، وطبقاً للشروط التي توضع لها، بأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستحقاقه للأرباح"<sup>(٢)</sup>.

ويخلط الكثير بين عقد الالتزام التجاري وعقد الامتياز التجاري، وسبب الخلط التشابه والتماثل في بعض عناصر العقدين.

(١) قرني، ياسر، دور عقود الامتياز التجاري في نقل المعرفة الفنية، (ص ٧٣).

(٢) الحديدي، ياسر، النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري، (ص ٤٠).

ومن الفروق المهمة بين العقدین، ما يلي:

- ١ - يمنح نظام الامتياز التجاري للمتلقى فرصة الاندماج بينه وبين الشبكة الرئيسية التي تملك الاسم التجاري، من خلال العديد من الشروط والضوابط، بينما عقد الالتزام التجاري لا يمنح الطرف الآخر حق التوسع والاندماج، ولا يعطيه الحق والصلاحيّة في استخدام الاسم والعلامة التجارية.
- ٢ - يتضمن عقد الالتزام التجاري التعهد من قبل المنتج بتوريد البضائع المتفق عليها في العقد، وما يلحقها من لوازم وقطع غيار، بينما في عقد الامتياز التجاري فإن الالتزام بالتوريد مكمل للعقد قد يتوفر أو لا بحسب طبيعة العقد المبرم.
- ٣ - يختلف عقد الامتياز التجاري عن عقد الالتزام التجاري، بأن الأول يتم فيه دفع رسوم خدمة وانضمام لشبكة الامتياز، ولا يشترط دفع هذه الرسوم في عقد الالتزام التجاري.

يتضح مما سبق:

أنه لا يمكن وصف عقد الامتياز التجاري بأنه عقد التزام تجاري لما فيه من الفروق التي ذكرناها سابقاً.

### المطلب الثالث

#### علاقة عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري) مع عقود التوريد

عقد التوريد عرفته محكمة القضاء الإداري في مصر بأنه: (اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين)<sup>(١)</sup>.

علاقة الاتفاق والافتراق بين عقد الامتياز التجاري وعقد التوريد:

أوجه التشابه:

- ١ - كلا العقدین من العقود الإلزامية، فالمنح في عقد الفرنشايز يقدم المعرفة الفنية وفي عقود التوريد يتم تسليم المواد المطلوبة في العقد.
- ٢ - كلا العقدین من عقود المعاوضات.
- ٣ - كلا العقدین من العقود الرضائية التي تتم برضا الطرفين، حيث يعتبر الرضا الخالي من العيب ركناً أساسياً في العقد.

أوجه الاختلاف:

- ١ - المورد في عقد التوريد ملزم بتوريد كمية محددة المقدار والثلث، بينما في عقد

(١) الأسس العامة للعقود الإدارية، (ص ١٢١).

الفرنشايز قد يزود المانح الممنوح له بكميات غير محددة المقدار في فترة زمنية غير محددة، وفقاً لشروط الفرنشايز<sup>(١)</sup>.

٢ - محل العقد في عقود الامتياز هو (المعرفة الفنية والمساعدة التقنية) و لوازمها، وما يطرأ عليها باستمرار، ويلتزم الممنوح له الامتياز التجاري بالتعهد بعدم اطلاق غيره على أسرار المعرفة الفنية<sup>(٢)</sup>، وبعدم منافسة مانح الامتياز التجاري في ذات النشاط، وهذه الأمور لا تشترط في عقود التوريد ولا تعتبر أساساً في العقد.

**يتضح مما سبق:**

الفرق الواضح بين عقد التوريد وعقد الفرنشايز (الامتياز التجاري)، وعلى هذا لا يمكن وصف عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري) بأنه عقد توريد.

**المطلب الرابع: عقد الامتياز التجاري (الفرنشايز) و علاقته بعقد الترخيص باستعمال العلامة التجارية:**

يعتبر عقد الترخيص الأداة الرئيسية للنقل الدولي للتكنولوجيا، وهو يتضمن أساساً نقل المعرفة الفنية من المرخص إلى المرخص له، غير أن الترخيص قد يشمل بالإضافة إلى المعرفة الفنية نقل الحق في استغلال براءة اختراع أو تصميم صناعي أو علامة تجارية إلى المرخص له.

ويختلف عقد الترخيص عن غيره من العقود التي ترد على حقوق الملكية الصناعية فهو عقد غير ناقل للملكية، إذ تبقى ملكية البراءة أو العلامة أو غير ذلك من حقوق الملكية الصناعية في ذمة المرخص، ويقتصر أثر الترخيص على أن يمنح المرخص له حقاً شخصياً في الاستعمال<sup>(٣)</sup>.

**ويجوز أن يتضمن عقد الترخيص القيود الآتية:**

- أ - بيان حدود استعمال العلامة والنطاق الجغرافي والمدى الزمني لاستعمالها.
- ب - تحديد الشروط التي تستلزمها متطلبات الرقابة الفعالة لجودة السلع أو الخدمات.
- ج - تحديد التزامات المستفيد من الترخيص بشأن الامتناع عما قد ينتج عنه الإساءة إلى العلامة.

(١) مغبغب، نعيم، الفرنشايز، (ص١٠٤).

(٢) مغبغب، نعيم، الفرنشايز، (ص١٠٥).

(٣) انظر: د. محمد حسنى عباس، الملكية الصناعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠، ص ١٩٠ - د أكثم أمين الخولي، الوسيط في القانون التجاري، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، سنة ١٩٦٤ بند ١٤٠، (ص٢٠٢).

وقد تناول قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م حكم الشروط التقييدية في المادة (٧٥) منه، التي نصت على أنه: "يجوز إبطال كل شرط يرد في عقد نقل التكنولوجيا ويكون من شأنه تقييد حرية المستورد في استخدامها أو تطويرها أو تصريف الإنتاج أو الإعلان عنه".

#### يتضح مما سبق:

يرتكز عقد الفرنشايز بصفة أساسية على الترخيص باستعمال الاسم والعلامة التجارية، ويتضمن العقد غالباً نقل تكنولوجيا حيث يكشف المرخص الأسرار الصناعية اللازمة للإنتاج للمرخص له<sup>(١)</sup>.

ولا شك أن هناك تقارباً كبيراً بين الفرنشايز والترخيص باستعمال العلامة التجارية حيث إن اسم المرخص وعلامته التجارية يعتبران حجر الزاوية في عقود الفرنشايز، غير أن عقد الفرنشايز يختلف عن الترخيص باستعمال العلامة التجارية من بعض الوجوه:

**الأول:** حيث يتضمن التزام المرخص بنقل المعرفة الفنية know-how

**الثاني:** يشمل عقد الفرنشايز تقديم المساعدة الفنية وتدريب المرخص له على التشغيل والإنتاج.

**الثالث:** غالباً ما يتضمن عقد الفرنشايز استغلال براءة اختراع أو حق من حقوق الملكية الصناعية.

ولذلك يدخل عقد الفرنشايز في عداد العقود الناقلة للتكنولوجيا، على خلاف الترخيص باستعمال العلامة<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الخامس

**الآثار القانونية الناشئة عن عقد الامتياز التجاري والالتزامات المترتبة عليه**

#### – آثار عقد الفرنشايز:

عقد الفرنشايز من العقود التبادلية الملزمة للطرفين، فهو يرتب عدة التزامات على

(١) لمزيد من التفاصيل في هذا الموضوع انظر: د. حسام عبد الغني الصغير، الترخيص باستعمال العلامة التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، (ص٦١) وما بعدها.

(٢) ورقة عمل بعنوان: ترخيص الملكية الفكرية ونقل التكنولوجيا – د. حسام الدين الصغير، مقدمة في ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية، تنظمها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو)، بالتعاون مع وزارة التجارة والصناعة ومجلس الشورى في سلطنة عمان – مسقط، ٢٣ و ٢٤ مارس/آذار ٢٠٠٤م، (ص٦).

عاتق كل من مانح الفرنشايز والممنوح له، وهذه الالتزامات والآثار يرتبها القانون، وفقاً لارتباط الإيجاب بالقبول<sup>(١)</sup>، من هذه الالتزامات نذكر منها ما يلي:

### أولاً - التزامات وحقوق مانح الامتياز التجاري والمرخص له (الفرنشايزر):

- ١ - السماح للممنوح له باستعمال العلامة التجارية وجميع الإشارات والرموز التجارية الدالة على انضمامه لشبكة الفرنشايز.
  - ٢ - نقل المعرفة الفنية للممنوح له.
  - ٣ - تقديم المساعدات الفنية والتجارية اللازمة لتنفيذ عقد الفرنشايز<sup>(٢)</sup>.
  - ٤ - التوريد الحصري للممنوح له متى ما تضمن العقد شرط قصر<sup>(٣)</sup>.
- هذه من أهم الالتزامات التي يرتبها العقد على عاتق الفرنشايزر أو مانح الفرنشايز، والتي يترتب على عدم تنفيذها فسخ العقد.

### ثانياً - التزامات الممنوح له:

- ١ - دفع رسوم الدخول في شبكة التوزيع التابعة للمانح.
  - ٢ - دفع الاقساط المتفق عليها في العقد.
  - ٣ - الالتزام بتطبيق المعرفة الفنية وفق تعليمات المانح.
  - ٤ - الالتزام بالمحافظة على سرية المعرفة الفنية<sup>(٤)</sup>.
  - ٥ - الالتزام بالتعاون الفعال في تطبيق نظام الفرنشايز.
  - ٦ - الالتزام بعدم المنافسة أثناء تنفيذ العقد<sup>(٥)</sup>.
- عدم تنفيذ هذه الالتزامات من قبل الممنوح له يخول المانح الحق في فسخ العقد والمطالبة بالتعويض متى ما كان هناك ضرر نتج من عدم تنفيذ العقد من قبل الممنوح له.

(١) انظر: المادة (٣١) من القانون المدني الكويتي.

(٢) مغيب، نعيم، الفرنشايز، (ص ٢٠٠).

(٣) النجار، محمد محسن، عقد الامتياز التجاري، (ص ٥٣).

(٤) مغيب، نعيم، الفرنشايز، (ص ٩٢)، وأيضاً: الحديدي، ياسر، النظام القانوني لعقود الامتياز، (ص ٢١٥).

(٥) الحديدي، ياسر، النظام القانوني لعقود الامتياز، (ص ٢٢١).

## المبحث الثالث الحكم الفقهي لعقد الامتياز التجاري

### المطلب الأول التكييف الفقهي للمعرفة الفنية أو ما يسمى بعقد الفرنشايز بـ (Know How)

بعد عرض المبحثين السابقين عن عقد الفرنشايز، تبين أن عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري) عقد مبني على نقل المعرفة الفنية أو ما يطلق عليه (know-how)، أو نقل التكنولوجيا المستخدمة في الصناعة أو التصميم أو الرسوم الإنتاجية أو غيرها من أساسيات الصناعة أو الإنتاج، وعلى هذا يكون عقد الفرنشايز عبارة عن عقد مبني على استعمال حق معنوي أو فكري والاعتياض عنه، وذلك ببيعه أو الإجارة على توزيعه أو غير ذلك، فما الحكم الفقهي لهذا العقد؟  
وللإجابة على هذا التساؤل لابد من معرفة التكييف الفقهي للحق المعنوي، والاعتياض عنه بالبيع أو التأجير، وهو ما سأحدث عنه فيما يلي:

#### التكييف الفقهي للحق المعنوي:

لمعرفة الحكم الفقهي للحق المعنوي لابد من بيان أمرين مهمين في هذه المسألة، وهما:

- ١ - مالية الحق المعنوي عند الفقهاء
- ٢ - ماهية الحق المعنوي عند الفقهاء

### الفرع الأول مالية الحق المعنوي عند الفقهاء

- مفهوم المال:

المال لغة: يطلق على كل ما تملكه الإنسان من الأشياء<sup>(١)</sup>.

المال اصطلاحاً: اختلف الفقهاء في تعريف المال:

(١) المطرزي، ناصر بن عبد السيد الخوارزمي، المغرب في ترتيب المعرب، الناشر: دار الكتاب العربي، بدون تاريخ طبعة، (١/٤٨٨)، وانظر أيضاً: لسان العرب، مادة مول.

## أولاً - تعريف المال عند فقهاء الحنفية:

عرف فقهاء الحنفية المال بتعريفات عديدة:

**الأول:** قال ابن عابدين: "المراد بالمال ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة، والمالية تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم". وقال أيضاً: "المال: المنتفع به في التصرف على وجه الاختيار"<sup>(١)</sup>.

**الثاني:** قال السرخسي: (والمال اسم لما هو مخلوق لإقامة مصالحنا به، ولكن باعتبار صفة التمول والإحراز). وقال أيضاً: (وكل عين ينتفع به - غير الآدمي الحر - فهو مال)<sup>(٢)</sup>.

**الثالث:** وعرفوه أيضاً بقولهم: "المال ما تجري فيه الرغبة والضنة"<sup>(٣)</sup>.

وعند النظر في هذه التعريفات للحنفية نجدها قد اعتمدت عدة عناصر للمالية، هي:

- ١ - إمكان الإحراز والادخار.
  - ٢ - قصد التمول، والمراد بالتمول صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة.
  - ٣ - ميل الطبع إليه.
  - ٤ - الانتفاع به.
- وعلى هذا فيخرج عن مسمى المالية عدة محترزات هي:
- ١ - المنافع، حيث لا يمكن ادخارها؛ لأنها أعراض لا تبقى زمانين، فهي في نظرهم ملك لا مال.
  - ٢ - الدين؛ لعدم إمكان قبضه وإحرازه حقيقة ما دام ديناً.
  - ٣ - ما لا يتمول لقلته وحقارته، كحبة قمح ونحوها.
  - ٤ - الميتة والدم؛ لعدم إباحتهما، ولعدم تمولهما، ولعدم ميل الطبع إليهما.
  - ٥ - ما لا نفع فيه.
- وعلى هذا فمدار مالية الشيء عند الحنفية هي إمكانية حيازته والانتفاع به على

(١) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، رد المحتار على الدر المختار، الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، (٥٠١/٤).

(٢) السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط، الناشر: دار المعرفة - بيروت، بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، (٧٩/١١).

(٣) ابن أمير حاج، ابن الموقت الحنف، التقرير والتحبير، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، (١٥٨/١).

وجه العادة والعرف، ومراد الحنفية أن الشيء منتفع به على وجه العادة، أن الشارع يجيز الانتفاع به حال الاختيار<sup>(١)</sup>.

وقد خالف متأخرو الحنفية في تعريفهم للمال فلم يجعلوا إمكان الحيازة والإحراز أو العينية المادية من مقومات المال حيث أشاروا إلى ذلك بقولهم: "يطلق المال على القيمة، وهي ما يدخل تحت تقويم مقوم من الدراهم والدنانير"<sup>(٢)</sup>، فشمّل هذا التعريف الأعيان والمنافع والحقوق، فمناطق المالية عندهم هو القيمة التي تقدر بالنقد، فكل ما له قيمة فهو مال؛ لأن كل ما فيه قيمة فهو منفعة، والناس لا يتعارفون على تقويم ما ليس فيه منفعة، إذ لا يجري التعامل فيها أصلاً، فمناطق المالية عندهم القيمة التي تقدر بالنقد<sup>(٣)</sup>.

### ثانياً - تعريف المال عند المالكية:

عرف المالكية المال بتعريفات مختلفة:

الأول: قال الشاطبي: "هو ما يقع عليه الملك، ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه"<sup>(٤)</sup>.

الثاني: قال ابن العربي - في معرض كلامه عن السرقة والمال المسروق -: "كل مال تمتد إليه الأطماع، ويصلح عادة وشرعاً للانتفاع به، فإن منع منه الشرع لم ينفع تعلق الطماعية فيه، ولا يتصور الانتفاع منه، كالخمر والخنزير مثلاً"<sup>(٥)</sup>.

### ثالثاً - تعريف المال عند الشافعية:

عرف الشافعي - رحمه الله تعالى - المال بقوله: (ولا يقع اسم مال إلا على ما له قيمة يباع بها، وتكون إذا استهلكها مستهلك أدى قيمتها)<sup>(٦)</sup>.

- (١) انظر: ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت بعد ١١٣٨ هـ)، وبالْحاشية: منحة الخالق لابن عابدين، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية بدون تاريخ، (٥/٢٧٧).
- (٢) رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين): (٤/١١).
- (٣) انظر: بحث بعنوان (بيع الاسم التجاري) للدكتور عجيل جاسم النشمي منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابعة لمنظمة المؤتمر الإسلامي، العدد الخامس ١٤٠٩ هـ.
- (٤) الشاطبي، إبراهيم بن موسى، الموافقات، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان، الناشر: دار ابن عفا، الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ / ١٩٩٧ م، (٢/٣٢).
- (٥) ابن العربي، القاضي محمد، أحكام القرآن، تخريج وتعليق: محمد عبد القادر عطاء، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الثالثة، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م، (٢/١٠٧).
- (٦) الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، الناشر: دار المعرفة - بيروت، سنة النشر: ١٤١٠ هـ / ١٩٩٠ م، (٥/١٧١).

وقال أيضاً: (كل منفعة ملكت وحل ثمنها، مثل كراء الدار وما في معناها مما تحل أجرته)<sup>(١)</sup>.

وقال النووي - رحمه الله تعالى - : "فما لا نفع فيه ليس بمال فأخذ المال في مقابلته باطل، ولعدم المنفعة سببان:

أحدهما: القلة كالحبة والحببتين من الحنطة، والزبيب، ونحوهما.  
والسبب الثاني: الخسة كالحشرات"<sup>(٢)</sup>.

وبالنظر في تعريفات الشافعية للمال نجدها تحدد عنصرين للمالية عندهم، وهي:

١ - كونه ذا قيمة تلزم متلفه.

٢ - الانتفاع به، فيخرج من ذلك: ما لا ينتفع به لقلته أو لخسته.  
ويعني هذا: دخول المنفعة، والدين في مسمى المال.

### رابعاً - تعريف المال عند الحنابلة:

عرف الحنابلة المال بقولهم: المال شرعاً ما يباح نفعه مطلقاً، أو يباح اقتناؤه بلا حاجة، قال الفتوحي في منتهى الإيرادات في تعريفه للمال: "ما يباح نفعه مطلقاً واقتناؤه بلا حاجة"<sup>(٣)</sup>، وقال الحجاوي في الإقناع: "وهو ما فيه منفعة مباحة لغير حاجة أو ضرورة"<sup>(٤)</sup>.

وبالنظر إلى تعريفات الحنابلة للمال عندهم نجدها تحدد للمال عنصرين، هما:

١ - إمكان الانتفاع به.

٢ - حل الانتفاع مطلقاً، أي من غير حاجة ولا ضرورة.

### الخلاصة:

وبالنظر إلى ما سبق من تعريفات الفقهاء للمال، نجدهم يشترطون في المال الأوصاف التالية:

(١) الشافعي، الأم، (٦٣/٥).

(٢) النووي، يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ / ١٩٩١م، (٣/٣٥٢)

(٣) الفتوحي، محمد بن أحمد، منتهى الإيرادات، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م، (٢/٢٥٤)

(٤) الحجاوي، موسى بن أحمد، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، المحقق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، الناشر: دار المعرفة بيروت - لبنان، (٥٩/٢).

- ١ - أنه يمكن إحرازه: والحرز ما لا يعد المالك أنه مضيع لماله إذا وضعه فيه، ومرجعه العرف لأنه ليس له ضابط لغة ولا شرعاً.
- ٢ - أنه يقع عليه الملك: أي يمكن أن يملك، فأما ما لا يملك فلا يسمى مالا.
- ٣ - أنه يمكن الانتفاع به في العادة.
- ٤ - أن الطبع البشري يميل إليه.
- ٥ - أن يكون له قيمة عند الناس، وداخلاً تحت التقويم.

وبالنظر إلى الحق المعنوي، نجد أن جميع هذه الأوصاف تنطبق عليه:

فهو يمكن إحرازه، بتسجيله لدى الجهات المختصة، وبالتالي يمنع الاعتداء عليه بأي شكل من الأشكال، كما أنه يقع عليه الملك، وينتفع به في العادة، وله قيمة مكتسبة من تعارف الناس على أهميته، وانتفاع الناس بالحق المعنوي ظاهر من جهة أنه يعرف بالمنتج إن كان علامة تجارية أو اسماً تجارياً، ويعين على انتشاره، ومن جهة استفادة الناس منه مباشرة إذا تم تصنيعه إن كان (سمة، أو مؤلفاً، أو فكرة، أو رسماً أو أ نموذجاً صناعياً، أو مخترعاً جديداً) كما قد قضى العرف الحالي بموجب الأنظمة والقوانين المختصة أنه يجب الضمان على المعتدي على الحق المعنوي، بل يدخل تحت طائلة العقوبة<sup>(١)</sup>.

والحق العيني في الفقه الإسلامي لا يشترط فيه أن يكون محله عيناً مادية، بل يجوز أن يكون منفعة أو معنى، إذ المنظور في الحق العيني هو العلاقة المباشرة التي يقرها الشرع بين صاحب الحق ومحله، خلافاً لما استقر عليه الفقه الوضعي: من اشتراط كون محل الحق مادياً حتى يعتبر عينياً، وبذلك يشمل الحق العيني في الشريعة الحقوق المالية وغير المالية<sup>(٢)</sup>.

**فيتين مما سبق:** أن المال شمل معظم الحقوق، وأن كل ما يجري فيه الملك فهو مال، والحقوق مما يجري فيها الملك فهي أموال باستثناء ما لا يقبل التبويض، فهذه الحقوق المعنوية سواء أكانت حقوقاً أدبية أم فنية أو حقوقاً صناعية أو تجارية فإنها مال في مفهوم الفقهاء وخاصة المالكية الذين يرون أن المال: "كل ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك"، كما يرون أن الحقوق كلها أموال إذ الحق "جنس يتناول

(١) الرشود، خالد، العقود المبتكرة، (ص ٣٥٤).

(٢) الدريني، فتحي، حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن، مؤسسة الرسالة - بيروت - لبنان، ١٩٨١م الطبعة الثانية: (ص ٧٩).

المال وغيره كالخيار والفقهاء والقصاص والولاء والولاية ... " (١)، فيشمل المال حينئذ الأعيان والمنافع والحقوق (٢).

وجمهور الفقهاء يرون - كما مر معنا - أن الملك علاقة اختصاص مقرة من الشارع تنشأ بين المالك ومحل الملك، ومحل الملك أعم من أن يكون مادياً أو غير مادي، فيصح - والحال هذه - أن نعتبر الحقوق المعنوية مالاً، فيكون الحق المعنوي من مشتملات المال، فيصح أن يكون محلاً ما دامت علاقة الاختصاص قائمة وهو منتفع به شرعاً إذ الانتفاع من كل شيء حسب طبيعته، والناس يعتبرون فيه القيمة، وفيه حق المطالبة القضائية، وهي نتيجة للحماية الشرعية للحق (٣)، وعلى هذا فقد تكاملت للحق المعنوي عناصر الملك.

## الفرع الثاني ماهية الحق المعنوي

بعد إثبات المالية للحق المعنوي، بقي لنا أن نعرف ماهية هذه المالية بالنسبة للحق المعنوي، هل هي من قبيل الأعيان، أو المنافع، أو الديون، ولبيان ذلك نورد تعريفات كل مصطلح.

**الأعيان:** جمع عين، ويطلق الفقهاء مصطلح " العين " باعتبارين:

الأول: في مقابل الدين، باعتبار أن الدين ما ثبت في الذمة من غير أن يكون معيناً مشخصاً، سواء أكان نقداً أم غيره، أما العين فهي الشيء المعين المشخص كبيت.

الثاني: في مقابل المنفعة، وهو المراد به في هذا الاعتبار لموضوع البحث، وتفترق العين والمنفعة بأمرين:

١ - أن العين قائمة بذاتها، بخلاف المنفعة فهي عرض، كما أن المنفعة تتولد من العين ولا عكس.

٢ - أن المنفعة تتجدد بتجدد أوقاتها، فممنفعة السكنى تأتي بعد النزول فيه، وهذا بخلاف العين فهي قائمة عند الطلب موجودة قبله.

(١) حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير: (٤٥٧/٤).

(٢) النشمي، عجيل، بيع الاسم التجاري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس.

(٣) فتحي الدريني، حق الابتكار، (ص ٩٤).

**المنافع في اللغة:** جمع منفعة وهي كل ما ينتفع به، والجمع منافع<sup>(١)</sup>.

**وفي الاصطلاح:** هي الفائدة التي تحصل باستعمال العين، فكما أن المنفعة تستحصل من الدار بسكناها تستحصل من الدابة بركوبها<sup>(٢)</sup>.

**والانتفاع في الاصطلاح:** هو حق المنتفع في استعمال العين واستغلالها ما دامت قائمة على حالها وإن لم تكن رقبته مملوكة<sup>(٣)</sup>.

وغالباً ما يستعمل الفقهاء كلمة الانتفاع مضافة إلى الحق أو الملك، فيقولون: حق الانتفاع أو تملك الانتفاع عبارة عن الترخيص لشخص أو الإذن له في أن يباشر بنفسه فقط الانتفاع كالإذن في سكنى المدارس واستعمال الطرق والأنهار فيما لا يضر العامة ونحو ذلك.

**الدين:** الدين في اللغة: يقال دان الرجل يدين ديناً من المداينة، ويقال: داينت فلاناً إذا عاملته ديناً، إما أخذاً أو عطاءً، من أدنت: أقرضت وأعطيت ديناً<sup>(٤)</sup>.

### معنى الدين في اصطلاح الفقهاء:

اختلف الفقهاء في حقيقته على قولين:

**القول الأول:** أن الدين عبارة عما يثبت في الذمة من مال في معاوضة أو إتلاف أو قرض، وهو مذهب الحنفية<sup>(٥)</sup>.

**والقول الثاني:** أن الدين عبارة عما يثبت في الذمة من مال بسبب يقتضي ثبوته، وهو مذهب جمهور الفقهاء من المالكية و الشافعية والحنابلة<sup>(٦)</sup>.

فتدخل فيه كل الديون المالية، سواء منها ما ثبت في نظير عين مالية وما ثبت

(١) ابن منظور، لسان العرب، (٣٥٩/٨) فصل النون.

(٢) أفندي، علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، الناشر: دار الجيل، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م، (١١٥/١)، تعريف المال المادة (١٢٦).

(٣) باشا، محمد قدری، مرشد الحيران في معرفة أحوال الإنسان في المعاملات المالية، المطبعة الأميرية - بولاق ١٢٠٨ هـ ١٨٩١م، الطبعة الثانية، المادة الخامسة، (ص ٤).

(٤) ابن منظور، لسان العرب، مادة (دين).

(٥) انظر: رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين، دار الفكر - بيروت، ١٩٩٢م: (١٥٧/٥)؛ وانظر: النسفي، نجم الدين، طلبه الطلبة، الناشر: المطبعة العامرة، مكتبة المثني ببغداد، (ص ١٤١).

(٦) انظر: الرملي، شمس الدين، نهاية المحتاج، دار الفكر - بيروت، ١٩٨٤م، (٣/١٣٠)، منح الجليل (٣٦٢/١)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب (١/٥٨٥)، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، (١/٣٩٣).

في نظير منفعة وما ثبت حقاً لله - تعالى - من غير مقابل كالزكاة، وتخرج عنه سائر الديون غير المالية من صلاة فائتة وإحضار خصم إلى مجلس الحكم ونحو ذلك.

**التعريف المختار:** هو تعريف الجمهور؛ إذ لا فرق من حيث الثبوت في الذمة أو وجوب الأداء بين المال في الذمة بدلاً عن شيء والمال الثابت فيها من غير أن يكون بدلاً عن شيء.

وبالنظر إلى الحق المعنوي كالعلامة التجارية، وبراءة الاختراع، والرسم النموذجي الصناعي، نجد أن هذه أعيان قائمة بذاتها، يمكن إحرازها بالتسجيل، لا تحدث أنا بعد أن، بل هي موجودة منذ اكتشافها، مرصودة في السجلات الرسمية، مثبتة على المنتجات والسلع والخدمات<sup>(١)</sup>.

وبناء على ما سبق فإن الحق المعنوي، هو عين وليس بمنفعة ولا دين، وله حكم الأموال.

## الفرع الثالث

### التكييف الفقهي للمعرفة الفنية

تبين فيما سبق أن المعرفة الفنية (Know How) عين وليس بمنفعة، ولها حكم الأموال، لأنها قائمة بذاتها، ويمكن إحرازها بالتسجيل، وترصد في السجلات الرسمية بأسماء أصحابها، مثبتة على المنتجات والسلع.

وتعتبر المعرفة الفنية والمساعدة التقنية من التزامات المانع أو المرخص تجاه الممنوح والمرخص له في عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري)، فهي التزام مثبت في العقد، وبناء عليه يمكن القول بأن التكييف الفقهي للمعرفة الفنية:

أنها من الأعيان التي تحرز وتملك، وهي من لوازم عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري) وتوابعه، وهذا ما تؤكد لائحة اللجنة الأوروبية المتعلقة بعقد الامتياز (الفرنشايز) برقم (٨٨/٤٠٨٧) في مادتها الأولى فقرة (ب) بأن عقد الامتياز يجب أن يتضمن على:

- نقل المعرفة الفنية الخاصة بمانح الامتياز إلى متلقي الامتياز.
- قيام مانح الامتياز بتقديم مساعدات فنية إلى متلقي الامتياز<sup>(٢)</sup>.

(١) الرشود، خالد، العقود المبتكرة، (ص ٣٥٦).

(٢) أحمد أنور، المحل في عقد الامتياز التجاري، (ص ١٦١).

وهكذا نرى أن المعرفة والمساعدة الفنية، تعتبر من لوازم العقد وتوابعه، وطرق تعيين توابع العقد عند الفقهاء ما يلي:

- ١ - أن لا تقبل الانفكاك عن المعقود عليه بالنظر إلى الغرض من العقد عليه، فبيع القفل يدخل معه المفتاح؛ لأنه لا يتحقق الغرض من القفل دون المفتاح.
- ٢ - إذا كان مدلول اسم المبيع يتناولها، بحيث يعتبر جزءاً من أجزائه، فبيع الدار مثلاً يدخل فيه غرفها.
- ٣ - إذا كانت تتصل بالمبيع اتصال قرار، بأن تكون موضوعاً على الدوام: كبيع الدار مثلاً تدخل فيه الأبواب.
- ٤ - أن تكون خاضعة للعرف، فما تعارف عليه الناس وقرروه أنه من توابع العقد فهو كذلك، فالأصل أن هذه الأمور كلها ترجع إلى العرف، وهو يختلف باختلاف البلاد، فما جرى العرف في بلد بدخوله في البيع تبعاً دخل فيه، وإن لم يجر هذا العرف في بلد آخر<sup>(١)</sup>.

يقول القرافي في الفرق بين قاعدة (ما يتبع العقد عرفاً، وقاعدة: ما لا يتبعه): "وهذه الأبواب التي سردها مبنية على العوائد، ... وما عداها مدركة العرف والعادة، فإذا تغيرت العادة أو بطلت هذه الفتاوى، وحرمت الفتوى بها لعدم مدركتها فتأمل ذلك، بل تتبع الفتوى هذه العوائد كيفما تقلبت"<sup>(٢)</sup>.

وعند الشافعية والحنابلة: إن قال: بعثك هذه الدار. دخل فيها ما اتصل بها من الرفوف المسمرة، وكل ما اتصل بها اتصال استقرار لمصلحتها، ولا يدخل المنفصل عند الحنابلة، و هو أحد الوجهين عند الشافعية<sup>(٣)</sup>.

يقول ابن عابدين: "الأصل أن ما لا يكون من بناء الدار ولا متصلاً بها، لا يدخل إلا إذا جرى العرف أن البائع لا يمنعه عن المشتري، فالمفتاح يدخل استحساناً لا قياساً لعدم اتصاله، وقلنا بدخوله بحكم العرف"<sup>(٤)</sup>.

- (١) انظر: الفروق، القرافي، أحمد بن إدريس، أنوار البروق في أنواء الفروق، الناشر: عالم الكتب، بدون طبعة وبدون تاريخ، (٢٨٣/٣)، والشربيني، مغني المحتاج (٢/٨٠ - ٨٦)، والنووي، المجموع شرح المهذب: (١/٢٨٥)، والبهوتي، شرح منتهى الإرادات (٢/٢٠٦ - ٢٠٩).
- (٢) القرافي، الفروق (٣/٢٨٨)، الفرق قاعدة ١٩٩ ما يتبع العقد عرفاً وقاعدة ما لا يتبعه.
- (٣) النووي، المجموع (١١/٢٦٨)، وكشاف الفناع (٣/٢٧٥).
- (٤) حاشية ابن عابدين (٤/٣٤).

وبالنظر في أقوال الفقهاء السابقة، ووجه اعتبار أن المساعدة الفنية من توابع العقد ولوازمه، نجد ما يلي:

١ - إن المساعدة الفنية لا تقبل الانفكاك عن المعقود عليه، فلا يمكن انفكاك عقد الامتياز التجاري عن المساعدة الفنية؛ إذ إن نشاط الممنوح في عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري) يتوقف على تقديم المساعدة، ولا تحصل الفائدة ولا الغرض من العقد إلا بها، فتعلق النشاط بها أعظم من تعلق المفتاح بالقفل<sup>(١)</sup>.

٢ - إنها مما يشتمل عليها المبيع، وذلك أن العقد لم يحدد لها ثمناً مستقلاً، ومعنى الشمولية هنا أنها تدخل معه بالثمن نفسه دون أن يكون لها حصة من الثمن؛ لأن القاعدة أن كل ما يدخل في المبيع تبعاً لا حصة له من الثمن<sup>(٢)</sup>.

٣ - إن العرف القانوني قد أوجب على المانح أو المرخص تقديم هذه المساعدة للممنوح أو المرخص له<sup>(٣)</sup>.

ومما سبق يتبين للباحث أن المعرفة الفنية (Know How) والمساعدة التقنية تكيف على أنها من توابع العقد ولوازمه، بل وتعتبر محلاً للعقد وأساساً له.

وقد اطلع الباحث على تكيف لبعض الباحثين عن المعرفة الفنية على أنها من باب الشروط في العقد لمصلحة العاقد<sup>(٤)</sup>، وليس له مناسبة في هذا التكيف، لأننا إذا اعتبرنا أن المساعدة الفنية (Know How) هي محل العقد وأساسه فلا معنى لاعتبارها من الشروط في العقد.

وعلى ما تقدم يتضح أن المعرفة الفنية من الأعيان المالية التي تقع عليها عقود المنفعة والتملك، فيمكن الاعتياض عنها بالمبيع أو بإجارة منفعتها، وهذا ما سأورده في المطلب التالي:

## المطلب الثاني

### التكيف الفقهي لأنواع عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري)

إذا نظرنا في عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري) وأنواعه وأركانه، نجد أن هذا العقد لا يخلو من أن يكون أحد ثلاثة عقود (عقد بيع - عقد إجارة - اجتماع عقد بيع في عقد إجارة)، وبيانه كالتالي:

(١) الرشود، خالد، العقود المبتكرة، (ص ٣٦٠).

(٢) أفندي، علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، (١/ ٢١٣)، (المادة ٢٣٤).

(٣) نعيم مغيب، الفرنشايز، (ص ١٩٤).

(٤) الرشود، خالد، العقود المبتكرة، (ص ٣٦٠).

## الفرع الأول التكييف الفقهي الأول لعقد الفرنشايز (الامتياز التجاري): أنه عقد بيع

وهذا التكييف واضح في نوع واحد من أنواع الامتياز التجاري، وهو عقد امتياز التوزيع، وذلك لأن المستفيد (الممنوح له أو المرخص له) يقوم بشراء منتجات المالك (المرخص أو المانح) التي عليها شعاره، أو علامته التجارية، ثم يقوم بتوزيعها، فنلاحظ هنا أن محل العقد مكون من جزأين:

- أ - أصل: وهو ذات المنتج.
  - ب - تابع: وهو الشيء المادي الذي يحمل شعار المانح أو المرخص (الحق المعنوي)، وبالتالي فالعقد وقع على مبيع واحد مركب من جزأين متلازمين لا ينفك أحدهما عن الآخر<sup>(١)</sup>.
- وقد يرد إشكالات على هذا التكييف، منها:

١ - علاقة رسم الدخول في هذا العقد: أي ما وجه هذا الثمن الذي يؤخذ قبل البيع في هذا العقد.

ويمكن الجواب من وجهين:

الأول: أن هذا الرسم ليس من أركان عقد الفرنشايز، وليس ملزماً في كل المواد القانونية الخاصة بالفرنشايز (الامتياز التجاري)، وليس بلازم في العقد، بل هو خاضع للقوانين الخاصة في البلد المقدم فيه الامتياز التجاري، كما يخضع أيضاً لتوافق إرادة العاقدين في العقد.

الثاني: ويمكن أن تعتبر هذه الرسوم في حال اشتراطها في العقد، أنها في مقابل ما يقدمه المانح (الفرنشايزر) للممنوح له (الفرنشايزي) من دراسات ودورات خاصة لهذا العمل، وتنشئة الموظفين، وما يتطلبه العمل والنشاط الذي تم العقد من أجله.

٢ - ثمن المبيع وقدره غير معلوم وقت العقد:

وتوضيح هذا الإشكال: أن من شروط البيع (العلم بالثمن والمثمن) وذلك لورود النهي عن البيع جزافاً، لما دلّ عليه قول ابن عمر - رضي الله عنه - : ((كُنَّا نَسْتَبْرِي الطَّعَامَ مِنَ الرُّكْبَانِ جَزَافاً، فَهَنَّا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ نَبِيعَهُ حَتَّى نَنْقُلَهُ

(١) الرشود، خالد، العقود المبتكرة، (ص ٣٦٦).

مِنْ مَكَانِهِ<sup>(١)</sup>، وهي في هذا العقد غير معلومة وقت التعاقد، إذ إن العقد هنا يتضمن التزام المانع ببيع منتجاته المعلوم أوصافها للممنوح، دون ذكر كمياتها وأثمانها. ويمكن أن يجاب عن هذا الإشكال:

بأن هذا البيع يخرج على أنه بيع (استرجار)، وإليك بيان هذا البيع وأقوال الفقهاء فيه:

### مفهوم الاسترجار وأحكامه:

مفهوم الاسترجار:

الاسترجار لغة: الجذب والسحب، وأجرته الدين: أخرته له<sup>(٢)</sup>.

الاسترجار عند الفقهاء هو: أخذ الحوائج من بيع شيئاً فشيئاً، ودفع ثمنها بعد ذلك<sup>(٣)</sup>.

### حكم بيع الاسترجار:

اختلفت صور بيع الاسترجار عند الفقهاء، و ملخصها ما يلي:

أولاً: مذهب الحنفية:

الصورة الأولى: أن يأخذ الإنسان من بيع ما يحتاج إليه شيئاً فشيئاً مما يستهلك عادة، كالخبز والملح والزيت والعدس ونحوها، مع جهالة الثمن وقت الأخذ، ثم يشتريها بعد استهلاكها.

فالأصل عدم انعقاد هذا البيع؛ لأن المبيع معدوم وقت الشراء، ومن شرائط المعقود عليه أن يكون موجوداً، وذلك للنهي الوارد في هذا، فقد روى أبو داود في سننه بسنده عن حكيم بن حزام رضي الله عنه، قال: يا رسول الله، يأتييني الرجل فيريد مني البيع ليس عندي، أفأبتاعه له من السوق؟ فقال ﷺ: (( لا تَبِعْ ما لَيْسَ عنْدَكَ ))<sup>(٤)</sup>، لكنهم

(١) متفق عليه، رواه البخاري في كتاب: البيوع، باب: من رأى: إذا اشترى طعاماً جزافاً، ألا يبيعه حتى يؤويه إلى رحله، حديث رقم (٢١٣٧)، ومسلم في كتاب: البيوع باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض، حديث رقم (١٥٢٧).

(٢) ابن منظور، لسان العرب، (٤/١٢٧) فصل الجيم.

(٣) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، (٤/٥١٧)، وانظر أيضاً: الأصبحي، مالك بن أنس، المدونة، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م (٣/٣١٤)، السنكي، زكريا بن محمد، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، بدون طبعة (٣/٢).

(٤) رواه الإمام أحمد في مسنده، من حديث حكيم بن حزام، حديث رقم (١٥٣١١)، و رواه أبو داود في سننه، كتاب: البيوع، باب: في الرجل يبيع ما ليس عنده، حديث رقم (٣٥٠٣).

تسامحوا في هذا البيع وأخرجوه عن هذه القاعدة (اشتراط وجود المبيع) وأجازوا بيع المعدوم هنا استحساناً.

قال ابن عابدين: "ليس هذا بيع معدوم، إنما هو من باب ضمان المتلفات بإذن مالكها عرفاً، تسهياً للأمر ودفعاً للحرج، كما هو العادة، قلت: كل هذا قياس، وقد علمت إن المسألة استحسان، ويمكن تخريجها على قرض الأعيان، ويكون ضمانها بالثمن استحساناً"<sup>(١)</sup>.

**الصورة الثانية:** وهي نفس الصورة الأولى، لكن تختلف عنها بالنسبة لمعرفة الثمن، أي إن الإنسان يأخذ ما يحتاج إليه شيئاً فشيئاً مع العلم بالثمن وقت الأخذ، ثم يحاسبه بعد ذلك.

وهذا البيع جائز ولا خلاف في انعقاده؛ لأنه كلما أخذ شيئاً انعقد بيعاً بثمنه المعلوم، ويكون بيعاً بالتعاطي، والبيع بالتعاطي ينعقد<sup>(٢)</sup>، سواء أذف الثمن وقت الأخذ أم تأجل.

ومثلها في الحكم: أن يدفع الإنسان إلى البائع الدراهم دون أن يقول له: اشترت، وجعل يأخذ كل يوم خمسة أرتال مع العلم بثمنها.

هذا البيع جائز؛ لأنه وإن كانت نيته الشراء وقت الدفع إلا أنه لا ينعقد بيعاً بمجرد النية، وإنما انعقد بيعاً الآن بالتعاطي، والآن المبيع معلوم فينعقد البيع صحيحاً.

**الصورة الثالثة:** أن يدفع الإنسان إلى البائع دراهم، ويقول له: اشترت منك مائة رطل من خبز مثلاً، وجعل يأخذ كل يوم خمسة أرتال.

(١) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، (٤/٥١٦).

(٢) قال ابن قدامة في الاستدلال لمشروعية بيع التعاطي: "إن الله أحل البيع، ولم يبين كيفيته، فوجب الرجوع فيه إلى العرف، كما رجع إليه في القبض والإحراز والفرق. والمسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك، ولأن البيع كان موجوداً بينهم معلوماً عندهم، وإنما علق الشرع عليه أحكاماً، وأبقاه على ما كان، فلا يجوز تغييره بالرأي والتحكم، ولم ينقل عن النبي ﷺ ولا عن أصحابه - مع كثرة وقوع البيع بينهم - استعمال الإيجاب والقبول، ولو استعملوا ذلك في بياعاتهم لنقل نقلاً شائعاً، ولو كان ذلك شرطاً لوجب نقله، ولم يتصور منهم إهماله والغفلة عن نقله؛ ولأن البيع مما تعم به البلوى فلو اشترط له الإيجاب والقبول لبينه ﷺ بياناً عاماً، ولم يخف حكمه؛ لأنه يفرض إلى وقوع العقود الفاسدة كثيراً وأكلهم المال بالباطل، ولم ينقل ذلك عن النبي ﷺ ولا عن أحد من أصحابه فيما علمناه، ولأن الناس يتبايعون في أسواقهم بالمعاطاة في كل عصر" أ.ه ابن قدامة، موفق الدين، المغني مع الشرح الكبير، (٣/٤٨١).

هذا البيع فاسد؛ وذلك لجهالة المبيع؛ لأنه اشترى خبزاً غير مشار إليه فكان المبيع مجهولاً، ومن شرائط صحة البيع: أن يكون المبيع معلوماً.

**الصورة الرابعة:** وهي أن يدفع الإنسان الدراهم للبيع دون أن يقول له: اشترت، وجعل يأخذ كل يوم خمسة أرتال ولا يعلم ثمنها، فهذا لا ينعقد بيعاً بالتعاطي لجهالة الثمن، فإذا تصرف الآخذ في المبيع، وقد دفعه البياع برضاه بالدفع وبالتصرف فيه على وجه التعويض عنه، لم ينعقد بيعاً، وإن كان على نية البيع، لأن البيع لا ينعقد بالنية، فيكون شبيه القرض المضمون بمثله أو بقيمته، فإذا توافقا على شيء بدل المثل أو القيمة برئت ذمة الآخذ<sup>(١)</sup>.

## ثانياً - مذهب المالكية:

لبيع الاسترجار عند المالكية عدة صور، هي كالتالي:

**الصورة الأولى:** أن يضع الإنسان عند البياع دراهم، ثم يأخذ بجزء معلوم من الدراهم سلعة معلومة وهكذا، فهذا البيع صحيح؛ لأن السلعة معلومة والثمن معلوم.

**الصورة الثانية:** أن يضع عند البياع درهماً، ويقول له: آخذ به منك كذا وكذا من التمر مثلاً، أو كذا وكذا من اللبن أو غير ذلك، يقدر معه فيه سلعة ما، ويقدر ثمنها قدرماً ما، ويترك السلعة يأخذها متى شاء، أو يؤقت لها وقتاً يأخذها فيه، فهذا البيع جائز أيضاً.

**الصورة الثالثة:** أن يترك عند البياع درهماً في سلعة معينة أو غير معينة، على أن يأخذ منها في كل يوم بسعره، وعقداً على ذلك البيع، فهذا البيع غير جائز؛ لأن ما عقد عليه من الثمن مجهول، وذلك للغرر الذي يمنع صحة البيع، قال الإمام مالك: "ولا بأس أن يضع الرجل عند الرجل درهماً ثم يأخذ منه ربع أو ثلث أو بكسر معلوم سلعة معلومة فإذا لم يكن في ذلك سعر معلوم، وقال الرجل: آخذ منك بسعر كل يوم. فهذا لا يحل؛ لأنه غرر يقل مرة ويكثر مرة، ولم يفترقا على بيع معلوم"<sup>(٢)</sup>.

**الصورة الرابعة:** أن يأخذ الإنسان من البياع ما يحتاج إليه بسعر معلوم، فيأخذ

(١) انظر تفصيلات هذه الصور في: البحر الرائق (٥/٢٧٩)، الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص (٣٦٤)، الموسوعة الفقهية الكويتية (٩/٤٤).

(٢) مالك بن أنس، موطأ الإمام مالك برواية أبي مصعب الزهري، المحقق: بشار عواد معروف - محمود خليل، الناشر: مؤسسة الرسالة - سنة النشر: ١٤١٢ هـ، (٢/٣٥٥).

كل يوم وزناً معلوماً بسعر معلوم، والتمن إلى أجل معلوم، أو إلى العطاء إذا كان العطاء معلوماً مأموناً، فهذا البيع جائز<sup>(١)</sup>.

### ثالثاً - مذهب الشافعية:

لبيع الاسترجار عند الشافعية صورتان:

**الصورة الأولى:** أن يأخذ الإنسان من البائع ما يحتاجه شيئاً فشيئاً، ولا يعطيه شيئاً، ولا يتلفظان ببيع، بل نويأ أخذه بثمنه المعتاد، ويحاسبه بعد مدة ويعطيه، كما يفعل كثير من الناس.

قال النووي: هذا البيع باطل بلا خلاف (أي عند الشافعية) لأنه ليس ببيع لفظي ولا معاطاة<sup>(٢)</sup>.

قال الأزرعي: وهذا ما أفتى به البغوي، وذكر ابن الصلاح نحوه في فتاويه، وتسامح الغزالي فأباح هذا البيع، لأن العرف جار به، وهو عمدته في إباحته<sup>(٣)</sup>.

وقال الأزرعي: قول النووي - إن هذا لا يعد معاطاة ولا بيعاً - فيه نظر، بل يعده الناس بيعاً، والغالب أن يكون قدر ثمن الحاجة معلوماً لهما عند الأخذ والعطاء، وإن لم يتعرض له لفظاً<sup>(٤)</sup>.

**الصورة الثانية:** أن يقول الإنسان للبائع: أعطني بكذا لحماً أو خبزاً مثلاً، فيدفع إليه مطلوبه فيقبضه ويرضى به، ثم بعد مدة يحاسبه ويؤدي ما اجتمع عليه، فهذا البيع مجزوم بصحته عند من يجوز المعاطاة<sup>(٥)</sup>.

(١) انظر تفصيلات هذه الصور في: مالك بن أنس، المدونة، دار الكتب العلمية، ط. الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م، (٣/٣١٥)، الباجي، سليمان بن خلف، المنتقى شرح الموطأ، الناشر: مطبعة السعادة - بجوار محافظة مصر، الطبعة: الأولى، ١٣٣٢ هـ، (ثم نقلتها دار الكتاب الإسلامي في القاهرة تصويراً عن ط. السعادة، - الطبعة: الثانية، بدون تاريخ)، (٥/١٥).

(٢) النووي، يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، الناشر: دار الفكر، (٩/١٦٤).

(٣) الشربيني، محمد بن أحمد، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م، (٢/٣٢٦).

(٤) الهيثمي، ابن حجر، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، الناشر: المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، سنة النشر: ١٣٥٧هـ - ١٩٨٣م، (٤/٢١٧).

(٥) انظر تفاصيل هذه الصور: السنيكي، زكريا بن محمد، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، بدون تاريخ طبعة، (٢/٣).

## رابعاً - مذهب الحنابلة:

مسائل بيع الاسترجار عند الحنابلة مبنية على البيع بغير ذكر الثمن، وقد ذكر المرادوي في الإنصاف هذه المسائل فقال: "البيع بما ينقطع به السعر لا يصح، وهو المذهب، وعليه الأصحاب، وعنه: يصح. واختاره الشيخ تقي الدين -رحمه الله-، قوله (أو بما باع به فلان) لم يصح، وهو المذهب، وعليه الأصحاب، وعنه: تصح، واختاره الشيخ تقي الدين -رحمه الله -، وقال: هو أحد القولين في مذهب الإمام أحمد -رحمه الله -" (١).

ومن شروط البيع كون الثمن معلوماً حال العقد على الصحيح من المذهب، وعليه الأصحاب، واختار ابن تيمية صحة البيع وإن لم يسم الثمن، وله ثمن المثل، ونظير هذا: صحة النكاح بدون تسمية مهر، ولها مهر المثل (٢).

وقد ذكر ابن مفلح في فوائده على مشكل المحرر اختلاف الروايات عن الإمام أحمد في مسائل البيع بغير ذكر الثمن، وأورد صورتين اختلف فيهما رأي الإمام أحمد، فلم يجز البيع في إحدهما، وأجازه في الأخرى (٣).

قال الخلال في البيع بغير ثمن مسمى، عن حرب: سألت الإمام أحمد قلت: الرجل يقول لرجل: ابعث لي جريباً من بر، واحسبه علي بسعر ما تباع، قال: "لا يجوز هذا حتى يبين له السعر" (٤).

أما روايتنا الجواز فهما: ما نقله أبو داود في مسأله حيث قال: باب في الشراء ولا يسمى الثمن، سمعت أحمد سئل عن الرجل يبعث إلى البقال، فيأخذ منه الشيء بعد الشيء، ثم يحاسبه بعد ذلك، قال: أرجو أن لا يكون بذلك بأس، قيل لأحمد: يكون البيع ساعتئذ؟ قال: لا (٥).

(١) المرادوي، علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، الناشر: دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية - بدون تاريخ، (٤/٣١٠).

(٢) المرجع السابق.

(٣) ابن مفلح، برهان الدين، النكت والفوائد السنوية على مشكل المحرر لمجد الدين ابن تيمية، الناشر: مكتبة المعارف - الرياض، الطبعة: الثانية، ١٤٠٤هـ، (١/٢٩٨).

(٤) ابن تيمية، أبو البركات مجد الدين، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، الناشر: مكتبة المعارف - الرياض، الطبعة: الثانية ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م، (١/٢٩٨).

(٥) السجستاني، أبو داود، مسائل الإمام أحمد رواية أبي داود السجستاني، تحقيق: أبي معاذ طارق بن عوض الله بن محمد، الناشر: مكتبة ابن تيمية، مصر، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م، (١/٢٥٦).

ورواية الجواز هذه هي ما اختارها وأخذ بها ابن تيمية وابن القيم، قال ابن تيمية: "وظاهر هذا أنهما اتفقا على الثمن بعد قبض المبيع والتصرف فيه، وأن البيع لم يكن وقت القبض وإنما كان وقت التحاسب، وأن معناه: صحة البيع بالسعر، أي السعر المعهود ببيعه به، فعن مثنى بن جامع عن أحمد في الرجل يبعث إلى معامله، ليبعث إليه بثوب، فيمر به فيسأله عن ثمن الثوب فيخبره، فيقول له: اكتبه، والرجل يأخذ التمر فلا يقطع ثمنه، ثم يمر بصاحب التمر فيقول له: اكتب ثمنه؟ فأجازه إذا ثمنه بسعر يوم أخذه، وهذا صريح في جواز الشراء بثمن المثل وقت القبض لا وقت المحاسبة، سواء أذكر ذلك في العقد أم أطلق لفظ الأخذ زمن البيع" (١).

وقال ابن القيم في إعلام الموقعين: "القول الثاني هو الصواب المقطوع به، وهو عمل الناس في كل عصر ومصر، جواز البيع بما ينقطع به السعر، وهو منصوص الإمام أحمد، واختاره شيخنا (يعني ابن تيمية) وسماعته يقول: هو أطيب لقلب المشتري من المساومة، يقول لي: أسوة بالناس، أخذ بما يأخذ به غيري، قال: والذين يمنعون ذلك لا يمكنهم تركه، بل هم واقعون فيه، وليس في كتاب الله تعالى ولا سنة رسول الله ﷺ ولا إجماع الأمة ولا قول صاحب ولا قياس صحيح ما يحرمه، وقد أجمعت الأمة على صحة النكاح بمهر المثل، وأكثرهم يجوزون عقد الإجارة بأجرة المثل، كالغسال والخباز والملاح وقيم الحمام والمكاري، فغاية البيع بالسعر أن يكون يبيعه بثمن المثل، فيجوز كما تجوز المعاوضة بثمن المثل في هذه الصور وغيرها، فهذا هو القياس الصحيح، ولا تقوم مصالح الناس إلا به" (٢).

### خلاصة ما سبق:

أن لبيع الاسترجار عدة صور، وأحكامها عند الفقهاء كالاتي:

**الصورة الأولى:** الاسترجار بثمن مؤخر دون اتفاق سابق على الثمن وكمية المبيع، وهو الذي ذكره ابن عابدين - كما سبق -، وفي هذا النوع لا يدفع المشتري للبائع ثمناً وإنما يدفعه فيما بعد، ولكن مع وجود النية، كما أنه ليس هناك اتفاق أو تفاهم مشترك.

(١) ابن تيمية، أبو البركات مجد الدين، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، باب: ما يجوز لبيعه وما يشترط لصحته (٢٩٩/١)

(٢) ابن القيم، محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م، (٥/٤)

والمسألة محل نزاع بين الفقهاء وهي ما تسمى عندهم (البيع بما ينقطع به السعر) وهي محل خلاف كبير بين الفقهاء على قولين:

**القول الأول:** القائلون بالجواز، وهو ما أخذه متأخرو الحنفية، والإمام الغزالي من الشافعية، ورواية للحنابلة اختراها شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم. ووجه الجواز عندهم: أنهم تسامحوا في هذا البيع، وأجازوا بيع المعدوم هنا استحساناً.

**القول الثاني:** القائلون بالبطلان، وهو قول المالكية وجمهور الشافعية، وهو الصحيح من مذهب الحنابلة.

ووجه ذلك عندهم: الجهالة الموجودة في الثمن، وهذا الغرر يمنع صحة البيع، وذلك لما ثبت في الصحيح عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه قَالَ: "نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الْحَصَاةِ وَعَنْ بَيْعِ الْغَرْرِ"<sup>(١)</sup>.

### القول المختار:

والذي يظهر للباحث هو رجحان القول بالجواز.

وذلك لما يلي:

- ١ - إن هذا البيع ليس على أساس بيع المعدوم، ولا لكونه مستهلكاً قبل الشراء، وإنما على أساس أن البيع قد تحقق وقت القبض بناء على العرف، وكما قال متأخرو الحنفية استحساناً.
  - ٢ - إن الأصل هو تصحيح عقود العاقل بقدر الإمكان، يقول الدكتور محمد علي القره داغي: "إن هذا في الحقيقة ليس قائماً على العقد، وإنما على التسامح والتراضي، ولذلك يرى الإمام الغزالي التسامح فيه بناء على أن ذلك من المحقرات، إضافة إلى أن ذلك لا يترتب عليه نزاع، ولذلك فلا داعي للحكم ببطلانه"<sup>(٢)</sup>.
- الصورة الثانية:** وجود اتفاق أو تفاهم متقدم بين البائع (صاحب المحل) والمشتري (المستهلك) على أن يأخذ البضاعة الموجودة في المحل شيئاً فشيئاً بثمن

(١) رواه مسلم في صحيحه، كتاب: البيوع، باب: بطلان بيع الحصاة، والبيع الذي فيه غرر، حديث رقم (١٥١٣).

(٢) ورقة بحث بعنوان: أنواع الاسترجار للدكتور: علي القره داغي، منشور في موقعه الشخصي بتاريخ: الأثنين، ٦ تموز ٢٠٠٩م. على العنوان التالي: (www.qaradaghi.com)

معلوم مؤخر يعطيه المشتري أسبوعياً أو شهرياً أو نحو ذلك، أو بعبارة أخرى: يأخذ الثمن بعد مجموعة من البياعات.

فهذا النوع يحتمل ما يأتي:

**أولاً:** أن يتم التفاهم على البيع والشراء في البداية دون تحديد الثمن لكل جزء، فهذا النوع جائز.

**ثانياً:** أن يكون البيع مثل السابق ما عدا كون المبيع غائباً عن العاقدين، وهذا البيع جائز.

**الصورة الثالثة:** أن يقدم المشتري الثمن فيضع مبلغاً من المال عند البائع (صاحب المحل) ويقول له: اشترت منك مائة كيلو من الطحين، وكذا من اللحم ...، فجعل يأخذ كل يوم خمسة كيلو مثلاً.

فهذا النوع عند الحنفية فاسد، وذلك لجهالة المبيع، حيث اشتراه دون تحديده بالإشارة.

وربما فساد هذا النوع يعود إلى تحديد المبيع دون أن يكون موجوداً، فيكون داخلياً في بيع ما لا يملك، وبيع المجهول.

أما إذا كان المبيع موجوداً فالبيع جائز عند جمهور الفقهاء.

ولذلك فالراجح هو القول بالجواز لعدم وجود موانع تمنع صحة البيع.

**الصورة الرابعة:** أن يدفع الإنسان مبلغاً محدداً للبائع دون أن يقول له اشترت، فجعل يأخذ كل يوم بنفسه أو عن طريق أهله خمسة كيلو من الطحين، وخمسة من اللحوم (مثلاً) وهكذا دون تحديد ثمنها، حيث يحسب من المبلغ المدفوع.

وهذا النوع أجازاه بعض متأخري الحنفية على خلاف بينهم في التكييف: هل هو بيع أجزى استحساناً أم هو قرض مضمون بمثله أو بقيمته، بناء على أن البيع لا بد منه من التصريح به وأن النية وحدها لا تكفي، وهو جائز أيضاً عند المالكية.

وهذا النوع جائز أيضاً عند فقهاء الشافعية القائلين بصحة بيع المعاطاة - كما سبق - وهو الراجح عند جماعة منهم، وأوردنا كلام الأزرعي في ذلك.

**وبناء على ما سبق:**

وبناء على هذه الصور التي نقلناها عن الفقهاء، فإن من قال بجواز بيع الاسترجار فعقد الفرشايذ (الامتياز التجاري) عنده جائز، وذلك:

لأن عقد الفرشايذ (الامتياز التجاري) لا يخرج من هذه الصور التي نكرها

الفقهاء، ومن قال بمنع بيع الاستجرار، فعقد الفرنشايز عنده لا يجوز على ما بيناه فيما سبق.

## الفرع الثاني التكييف الفقهي الثاني أنه عقد إجارة

وهذا واضح في ثلاثة أنواع من عقود الفرنشايز، وهي فرنشايز الخدمات التجارية، والفرنشايز التجاري الاستثماري، والفرنشايز على الخامات أو المنتجات أو السلع:

**فرنشايز الخدمات التجارية:** ووجه كون هذا النوع من الفرنشايز أنه عقد إجارة، هو أن فرنشايز الخدمات التجارية يتم فيها تأجير منفعة الحق المعنوي الذي هو العلامة التجارية ونحوها من الرسوم والنماذج، إلى الممنوح له (الفرنشايزي)، وبالتالي، فإن هذا العقد يعتبر عقد إجارة، حيث أن المانح (الفرنشايزر) في عقد الفرنشايز ملك الممنوح له منفعة الحق المعنوي، بكافة أنظمتها الخدمية، وأسسها التقنية، في مقابل عوض مسمى، وهذا هو عقد الإجارة.

**الفرنشايز التجاري الاستثماري:** ويكيف هذا النوع من الفرنشايز على أنه عقد إجارة أيضاً، لكنه يختلف عن النوع الأول في أن عقد الفرنشايز وقع على مؤسسة بكاملها، وليس فقط الحق المعنوي.

**الفرنشايز على الخامات أو المنتجات أو السلع:** وصورة هذه الأنواع من الفرنشايز، هي كالتالي:

في الفرنشايز الإنتاجي يتم فيها توزيع السلع المنتجة دون التطرق إلى أساليب تصنيعها، وتقوم بدور إيصال الانتاج للمستهلك، وفي الفرنشايز التوزيعي يتم تقديم المنتجات من الفرنشايزر إلى الفرنشايزي الذي يقوم بدوره ببيعها إلى الزبائن، وفي الفرنشايز الخدماتي يضع الفرنشايزر بعض خدماته بتصرف الفرنشايزي الذي بدوره يقدمها للزبائن<sup>(١)</sup>.

وإذا نظرنا إلى أنواع الامتياز هذه (الخامات - المنتجات - السلع - التصنيع - التوزيع - البنيان التجاري) نجدها أنها لا تخرج من كونها مبيعاً في عقد البيع، أو إجارة مشروطة بسرية المعلومات المعرفية للفرنشايزر، وذلك لأن المرخص أو المانح

(١) مغيب، الفرنشايز، (ص٤٦).

يقوم بتوريد هذه الأشياء إلى الممنوح الذي يقوم ببيعها بعد وضع الشعار أو العلامة التجارية الخاصة بالأول.

فإنه في الفرنشايز الصناعي تعطى المعرفة السرية للممنوح له ويسمح بإنتاج السلع ويعطى موافقته لتصنيع هذه السلع تحت علامة الممنوح، وفي حال قام المانع أو المرخص بتوريد معدات تستخدم في تصنيع هذه المنتجات، فإن هذه المعدات خاضعة لإرادة الطرفين في العقد، فتكون في هذه الحالة في حكم العين المستأجرة. وفي حالة البيع فقد ينص على امتلاك الممنوح له هذه المعدات بموجب العقد، وتكون قيمته داخلة في الرسم الثابت<sup>(١)</sup>.

مما سبق في تكييف ماهية الحق المعنوي تقرر أن الحق المعنوي من الأعيان المالية التي يجوز الاعتياض عنها، وبما أن عقد الإجارة كما عرفه الفقهاء هو: تملك منفعة بعوض مسمى<sup>(٢)</sup>، وهي جائزة بالكتاب والسنة والإجماع. أما في الكتاب: فقوله جل جلاله: ﴿فَإِنْ أَرْضَعَنَ لَكُمُ فَتَأْتُوهُنَّ أَجْرَهُنَّ﴾ سورة الطلاق: ٦.

وجه الاستدلال بهذه الآية واضح، وهو أن الله تعالى أمر إعطاء الأجر للمرضعة على عمل الرضاعة، وهذا يدل على مشروعيتها ذلك، ووجوب الالتزام بدفع الأجر في مقابل العمل في الإجارة، يقول الإمام الشافعي: (فأجاز الإجارة على الرضاع، والرضاع يختلف لكثرة رضاع المولود وقلته، وكثرة اللبن وقلته، ولكن لما لم يوجد فيه إلا هذا جازت الإجارة عليه، وإذا جازت عليه جازت على مثله، وما هو في مثل معناه، وأحرى أن يكون أبين منه...)<sup>(٣)</sup>.

### ودليل مشروعيتها الإجارة من السنة:

يدل على مشروعيتها أحاديث كثيرة، منها:

حديث عائشة - رضي الله عنها - في قضية الهجرة، حيث قالت: (استأجر

(١) المرجع السابق

(٢) انظر: السرخسي، المبسوط، (٤/١٥)، النووي، روضة الطالبين، (٥/١٧٣)، ابن قدامة، المغني، (٥/٣٢٢)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، (٤ / ٥).

(٣) محمد بن إدريس، الشافعي، الأم، الناشر: دار المعرفة - بيروت، بدون تاريخ طبعة، سنة النشر: ١٤١٠هـ/١٩٩٠م، (٢٦/٤)

النبي ﷺ وأبو بكر - رضي الله عنه - رجلاً من بني الدليل (اسم قبيلته) هادياً خريئاً (أي ماهراً) وهو على دين كفار قريش...<sup>(١)</sup>.

وحدث أبي هريرة - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ قال: " ما بعث الله نبياً إلا رعى الغنم، فقال أصحابه: وأنت؟ فقال: نعم، كنت أرهاها على قراريط لأهل مكة " <sup>(٢)</sup>.

### ودليل مشروعية الإجارة من الإجماع:

وقد انعقد على جواز الإجارة الإجماع في عهد الصحابة، والتابعين، وأصحاب المذاهب المعتمدة إلا ما روى عن بعض المتأخرين كأبي بكر الأصبم، وابن عليّة حيث قالوا بعدم جوازها لما فيها من غرر، وهو خلاف جاء بعد الإجماع فلا يعتدّ به، قال ابن قدامة: "وأجمع أهل العلم في كل عصر وكل مصر على جواز الإجارة، إلا ما يحكى عن عبد الرحمن بن الأصبم أنه قال: لا يجوز ذلك؛ لأنه غرر، يعني أنه يعقد على منافع لم تخلق، وهذا غلط لا يمنع انعقاد الإجماع الذي سبق في الأعصار، وسار في الأمصار، والعبرة أيضاً دالة عليها؛ فإن الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان، فلما جاز العقد على الأعيان، وجب أن تجوز الإجارة على المنافع، ولا يخفي ما بالناس من الحاجة إلى ذلك" <sup>(٣)</sup>.

وعلى هذا يكون تكييف بعض أنواع عقد الفرشايين بأنه إجارة، وذلك لأن المانع أو المرخص في عقد الامتياز التجاري هو المؤجر لهذا الحق المعنوي، والممنوح له والمرخص له هو المستأجر، فإن عقد الفرشايين (الامتياز التجاري) على هذا الوصف يمكن تخريجه على أنه عقد إجارة، حيث أن المانع أو المرخص يملك الممنوح له منفعة الحق المعنوي بكافة أنظمتها الخدمية في مقابل عوض مسمى <sup>(٤)</sup>.

### إشكال واعتراض:

يرد على هذا التكييف (أنه عقد إجارة) إشكالان:

الأول: أن الأجرة في هذا العقد غير معلومة، وهي النسبة الدورية التي تؤخذ بقدرها من المبيعات.

(١) رواه البخاري في صحيحه، كتاب: الإجارة، باب: استئجار الشركين عند الضرورة، أو: إذا لم يوجد أهل الإسلام، حديث رقم: (٢٢٦٣).

(٢) رواه البخاري في صحيحه، كتاب: الإجارة، باب: رعي الغنم على قراريط، حديث رقم (٢٢٦٢).

(٣) ابن قدامة، المغني، (٣٢١/٥).

(٤) الرشود، خالد، العقود المبتكرة، (ص٣٦٢).

**الثاني:** أن عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري) مكون من ثمن أجرة وهو (رسم الدخول) وهو النسبة المحددة بمبلغ معين وثمان مبيع فهل يجوز الجمع بينهما؟

**الإشكال الأول:** مداره أنه يجب العلم بالأجرة والأجرة هنا غير معلومة، ويشترط في الأجرة ما يشترط في الثمن من العلم به، لقول النبي ﷺ: "من استأجر أجيراً فليسم له أجرته"<sup>(١)</sup>، وإن كان الأجر مما يثبت ديناً في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة فلا بد من بيان جنسه ونوعه وصفته وقدره، ولو كان في الأجر جهالة مفضية للنزاع فسد العقد، وهي المسألة المتعارف عليها عند الفقهاء بمسألة "قفيز الطحان"<sup>(٢)</sup>، واختلف الفقهاء فيها على قولين:

**القول الأول:** لا يجوز أن تكون الأجرة بعض المعمول، أو بعض الناتج من العمل المتعاقد عليه، وهو مذهب الحنفية، وهو قول للمالكية<sup>(٣)</sup>.

(١) أخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه، باب: الرجل يقول: بع هذا بكذا، فما زاد فلك، حديث رقم: (١٥٠٢٤)، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، الناشر: المجلس العلمي - الهند، الطبعة: الثانية، ١٤٠٣هـ.

قال ابن حجر في تخريجه لهذا الحديث: "قال ابن أبي حاتم في كتاب العلل: سألت أبا زرعة عن حديث رواه حماد بن سلمة عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي عن أبي سعيد الخدري عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه نهى أن يستأجر حتى يعلم أجره، ورواه الثوري عن حماد عن إبراهيم عن أبي سعيد موقوفاً، فقال أبو زرعة: الصحيح موقوف، فإن الثوري أحفظ" انتهى كلامه. [انظر: العسقلاني، ابن حجر، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ - ١٩٨٩م، (٣/١٤٥)].

(٢) قفيز الطحان: هو أن يستأجر رجلاً ليطحن له حنطة معلومة بقفيز من دقيقها. والقفيز: مكيال يتواضع الناس عليه، وهو عند أهل العراق.

[انظر: ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، الناشر: المكتبة العلمية - بيروت، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي - محمود محمد الطناحي (٤/ ٩٠)، والنسفي، نجم الدين، طلبه الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، الناشر: المطبعة العامرة، مكتبة المثنى ببغداد، الطبعة: بدون طبعة، (ص: ١٢٧)].

(٣) المرغيناني علي بن أبي بكر، الهداية في شرح بداية المبتدي، المحقق: طلال يوسف، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان، (٣/ ٢٤٠)، وانظر أيضاً: الصاوي، أحمد بن محمد الخلوتي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، الناشر: دار المعارف، (٤/ ١٩)، وأيضاً: منهاج الطالبين وعمدة المفتين، يحيى بن شرف النووي، المحقق: عوض قاسم أحمد عوض، الناشر: دار الفكر، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٥م، (١/ ١٥٩).

**القول الثاني:** يجوز إن كانت الأجرة جزءاً شائعاً مما عمل فيه الأجير، وهو قول الحنابلة<sup>(١)</sup>، ووافقهم المالكية في بعض الصور التي يمكن فيها علم الأجر بالتقدير<sup>(٢)</sup>.

### أدلة الفريقين:

#### أدلة أصحاب القول الأول:

أولاً: حديث "نهى النبي ﷺ عن قفيز الطحان"<sup>(٣)</sup>، وجه الدلالة من الحديث: قال الطحاوي: ومعنى نهى النبي ﷺ عن قفيز الطحان هو ما كانوا يفعلونه في الجاهلية من دفع القمح إلى الطحان بجزء من الدقيق الذي يطحنه، قالوا: وهذا لا يجوز عندنا، وهو استئجار من المستأجر بعين ليس عنده، ولا هي من الأشياء التي تكون ديوناً على الذمم<sup>(٤)</sup>.  
والجواب عليه: بأن الحديث ضعيف.

ثانياً: لما فيه من غرر في تسليم المستأجر أجرة العامل؛ وذلك لأنه إذا هلك ما يجري فيه العمل ضاع على الأجير أجره، وحينئذ يكون المستأجر عاجزاً عن تسليم الأجرة، ولا يعد قادراً بقدرة غيره، ومثاله: سلخ الشاة بجلدها، وطحن الحنطة ببعض المطحون منها، لجهالة مقدار الأجر؛ لأنه لا يستحق جلدتها إلا بعد السلخ، ولا يدري هل يخرج سليماً أو مقطعاً<sup>(٥)</sup>.

(١) انظر: ابن قدامة، المغني، (٣٢٨/٥) و (٩/٥).

(٢) جاء في حاشية الصاوي: "فيجوز إن علم ما يحتطبه عليها بعادة أو شرط. فعلة الجواز العلم وسواء قيد بزمن أم لا".

الصاوي، أحمد بن محمد الخلوتي، بلغة السالك لأقرب المسالك، (٢٥/٤).

(٣) رواه الدارقطني في سننه، كتاب البيوع، حديث رقم (٢٩٨٥)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب: البيوع، باب: النهي عن عسب الفحل، حديث رقم: (١٠٨٥٤)، المحقق: محمد عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م.

قال ابن الملقن بعد سرد طرق الحديث ورجاله: "فالحديث معلول؛ فإن شيخ سفيان وهو هشام المذكور لا نعرفه، لا جرم قال الذهبي في «ميزانه»: هذا خير منكر، ورجاله لا تعرف". [انظر: ابن الملقن، سراج الدين، البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، المحقق: مصطفى أبو الغيط وعبد الله بن سليمان وياسر بن كمال، الناشر: دار الهجرة للنشر والتوزيع - الرياض - السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م، و انظر: تلخيص الحبير، (٦٠/٣)].

(٤) الطحاوي، أحمد بن محمد، شرح مشكل الآثار، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤١٥ هـ، ١٩٩٤ م، (١٨٦/٢).

(٥) الصاوي، أحمد بن محمد الخلوتي، بلغة السالك لأقرب المسالك، (١٨/٤).

## ويجاب عنه من وجهين:

**الوجه الأول:** أن التسليم في عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري) مقدور على تسليمها في غالب الأحيان، لا سيما إن تم ذلك وفق العقود الموثقة التي تضمن حق الطرفين، وأيضاً فإن تسليم الأجرة في عقد الفرنشايز هو في مقدور المانح لا في قدرة غيره.

**الوجه الثاني:** لأن وجد عجز في تسليم الأجر، فإن هذا العجز طارئ في أول العقد، ولا يستمر بل يزول بمباشرة العقد.

**ثالثاً:** قالوا: سبب المنع، هو وجود الجهالة في الأجرة المفضية للغرر المنهي عنه، ففي أسنى المطالب: "ولأن الأجرة ليست في الحال بالهيئة المشروطة فهي غير مقدور عليها وللجهل بها حينئذ" (١).

والجواب عن ذلك: أن هذا لا غرر فيه ولا جهالة، قال ابن القيم - رحمه الله - :  
 "والأخذ بالحديث الذي لا يثبت بوجه أنه «نهى عن قفيز الطحان» وهو: أن يدفع حنطة إلى من يطحنها بقفيز منها، أو غزله إلى من ينسجه ثوباً بجزء منه أو زيتونه إلى من يعصره بجزء منه ونحو ذلك مما لا غرر فيه ولا خطر ولا قمار ولا جهالة ولا أكل مال بالباطل، بل هو نظير دفع ماله إلى من يتجر فيه بجزء من الربح، بل أولى؛ فإنه قد لا يربح المال فيذهب عمله مجاناً، وهذا لا يذهب عمله مجاناً؛ فإنه يطحن الحب ويعصر الزيتون ويحصل على جزء منه يكون به شريكاً لمالكة، فهو أولى بالجواز من المضاربة، فكيف يكون المنع منه موافقاً للأصول والمزارعة التي فعلها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وخلفاؤه الراشدون خلاف الأصول؟" (٢).

## أدلة القول الثاني:

أولاً: ما رواه البخاري في صحيحه بسنده عن ابن عمر رضي الله عنه: «أن رسول الله ﷺ أعطى خيبر اليهود، على أن يعملوها ويزرعوها، ولهم شطر ما خرج منها» (٣).

(١) زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، (٢/٤٠٥).

(٢) ابن القيم، إعلام الموقعين، (٢/٢٥٠).

(٣) رواه البخاري في صحيحه، كتاب المزارعة، باب: المزارعة مع اليهود، حديث رقم: (٢٣٣١)، ومسلم في كتاب المساقاة، باب: المساقاة، والمعاملة بجزء من الثمر والزرع، حديث رقم: (١٥٥١).

## وجه الدلالة:

أن العامل في المزرعة مثل الطحان مع الحب، وقد أعطى النبي ﷺ الأرض لأهل خيبر على أن تكون الأجرة بعض ما يخرج منها وهو الشطر.

قال ابن حجر: "هذا الحديث هو عمدة من أجاز المزارعة والمخابرة لتقرير النبي ﷺ لذلك واستمراره على عهد أبي بكر - رضي الله عنه - إلى أن أجلاهم عمر - رضي الله عنه - واستدل به على جواز المساقاة في النخل والكرم وجميع الشجر الذي من شأنه أن يثمر بجزء معلوم يجعل للعامل من الثمرة، وبه قال الجمهور وخالفهم الحنفية في ذلك" (١).

ثانياً: أنها عين تنمى بالعمل عليها فصح العقد عليها ببعض نمائها، كالدرهم والدنانير، وكالشجر في المساقاة والأرض في المزارعة (٢)، وقد أشار الإمام أحمد إلى ما يدل على تشبيهه لمثل هذا بالمزارعة، فقال: لا بأس بالثوب يدفع بالثلث والربع؛ لحديث جابر، «أن النبي ﷺ - أعطى خيبر على الشطر» وهذا يدل على أنه قد صار في هذا ومثله إلى الجواز؛ لشبهه بالمساقاة والمزارعة، لا إلى المضاربة، ولا إلى الإجارة. ونقل أبو داود، عن أحمد، في من يعطي فرسه على النصف من الغنيمة، قال: أرجو أن لا يكون به بأس (٣).

## القول المختار:

يرى الباحث جواز الأجرة المشاعة وهو القول الثاني، وذلك لحديث معاملة النبي ﷺ لأهل خيبر بالشطر من أرضهم ونخلهم، على أن يعطوه نسبة من غلتها تقدر النصف ٥٠٪، وهذا كالنص في مسألة الامتياز التجاري هنا.

الإشكال الثاني: أن عقد الامتياز مكون من ثمن أجرة وهو (رسم الدخول)

## وثنم المبيع:

المقصود بـ (رسم الدخول):

هي تحديد قيمة مالية يجب دفعها إلى المانح (الفرنشايزي)، مقابل السماح

(١) العسقلاني، ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، الناشر: دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩هـ، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، (١٣/٥).

(٢) ابن قدامة، المغني، (٩/٥).

(٣) ابن قدامة، المغني، (٩/٤).

باستثمار هذا النشاط، و حق الدخول هذا يتم مقابل ولوج الممنوح له (الفرنشايزر) إلى شبكة المانح (الفرنشايزي)<sup>(١)</sup>.

**والمسألة هنا: هل يجوز الجمع بين هذه النسبة المحددة بمبلغ معين وثمان المبيع؟**

### أقوال المذاهب في ذلك:

القول الأول: من يرى عدم الجواز في المسألة السابقة (كون الأجرة ببعض الغلة)، فقولهم مطرد في عدم الجواز في هذه المسألة من باب أولى، وذلك لأن جهالة البعض (وهي النسبة) يؤدي إلى جهالة الكل.

**القول الثاني:** أما من يرى جواز كون الأجرة ببعض الغلة، وهم الحنابلة، فلهم روايتان في هذه المسألة، قال ابن قدامة: "وإن جعل له مع ذلك دراهم معلومة، لم يجز، نص عليه. وعنه الجواز، والصحيح الأول، وقال أبو بكر: هذا قول قديم، وما روي غير هذا فعليه المعتمد"<sup>(٢)</sup>.

### القول المختار:

يتبين مما سبق أن حجة المنع من الجمع بين الأجرة المقدرة بالعدد والنسبة هي مخالفة العرف، لقول الإمام أحمد لما سئل: عن الرجل يعطي الثوب بالثلث ودرهم ودرهمين؟ قال: "أكرهه؛ لأن هذا شيء لا يعرف"<sup>(٣)</sup>.

ولعل مقصود الإمام أحمد - رحمه الله - بالعرف هنا أحد هذه الأمور:

- ١ - إن كان يقصد الإمام بالعرف هو عرف التجار وقتئذ، فإن الأحكام تتغير بتغير الأعراف، والعرف في زماننا لا يمنع ذلك.
- ٢ - وإن كان مقصوده العرف الشرعي، فلا يوجد نص أو قياس صحيح يمنع منه.
- ٣ - وإن كان المقصود أنه لا يعرف عن أحد من أهل العلم جوزه، فقد روى جوازه بعض التابعين، قال ابن قدامة في المغني: "وروى الأثرم، عن ابن سيرين، والنخعي، والزهري، وأيوب، ويعلى بن حكيم، أنهم أجازوا ذلك" أي: بالثوب يدفع بالثلث والربع"، ولعل الأقرب إلى مقصود الإمام هو العرف عند التجار<sup>(٤)</sup>، والله أعلم.

(١) مغيب، نعيم، الفرنشايز، (ص ٢٠٧).

(٢) ابن قدامة، المغني، (٩/٥).

(٣) المرجع السابق.

(٤) ابن قدامة، المغني، (٩/٥).

يمكن القول أن تحديد الأجرة بالنسبة لا يخل بشرط العلم بالأجرة كما تقدم، فتكون كالأجرة المعلومة المقسومة إلى جزأين، أحدهما يدفع قبل الشروع في الانتفاع بالعين، والآخر عند الانتفاع بها شيئاً فشيئاً، ولأن الأجرة لها حكم الثمن، فيجوز دفع الأجرة شيئاً فشيئاً، كما مر معنا في بيع الاستجار، فبذلك يتبين جواز هذه الأجرة، والله أعلم.

### علاقة عقد الامتياز التجاري (الفرنشايز) بعقد الاستصناع:

الاستصناع في اللغة: مصدر استصنع الشيء: أي دعا إلى صنعه، ويقال: استصنعه: سأل أن يُصنَعَ له، كما يقال: اكتتب أي أمر أن يكتب له<sup>(١)</sup>.

وفي الاصطلاح: هو على ما عرفه بعض الحنفية: عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل<sup>(٢)</sup>.

فإذا قال شخص لآخر من أهل الصنائع: اصنع لي الشيء الفلاني بكذا درهما، وقبل الصانع ذلك، انعقد استصناعاً عند الحنفية<sup>(٣)</sup>.

### عناصر اختلاف عقد الامتياز التجاري عن عقد الاستصناع:

تفترق الإجارة عن عقد الاستصناع (الذي هو بيع عين شرط فيها العمل) في أن الإجارة تكون العين فيها من المستأجر والعمل من الأجير، أما الاستصناع فالعين والعمل كلاهما من الصانع (الأجير).

والاستصناع عقد غير لازم عند أكثر الحنفية، سواء تم أم لم يتم، وسواء أكان موافقاً للصفات وذهب أبو يوسف إلى أنه إن تم صنعه - وكان مطابقاً للأوصاف المتفق عليها - يكون عقداً لازماً، وأما إن كان غير مطابق لها فهو غير لازم عند الجميع؛ لثبوت خيار فوات الوصف.

### وأهم هذه الفروق والاختلافات ما يلي:

١ - محل عقد الامتياز يختلف عن محل عقد الاستصناع، وذلك مثل التزام المانح حق استخدام الاسم والعلامة التجارية وتقديم المعرفة الفنية.

(١) الزبيدي، محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، مجموعة من المحققين، الناشر: دار الهداي (٣٧٥/٢١) باب: صنع.

(٢) الكاساني، علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، (٢/٥).

(٣) علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، (٤٢٢/١).

- ٢ - عقد الامتياز التجاري يلزم طرفيه التزامات لا يلزمها عقد الاستصناع، فالمانح ملزم -مثلاً- بتزويد المتلقي بما يطرأ على المعرفة الفنية من تحسينات، وكذلك ملزم بعدم تزويد غير المتلقي بهذه المعرفة في المنطقة المحددة المتعاقد عليها<sup>(١)</sup>.
- ٣ - عقد الاستصناع لا بد أن تكون فيه كمية المستصنع وثمانها معلوماً علماً نافياً للجهة، وهذا بخلاف عقد الامتياز التجاري إذ من الصعوبة تحديد كمية وثمان السلع التي يتم صنعها للمتلقي وبيعها بعد ذلك<sup>(٢)</sup>.
- ٤ - عقد الاستصناع ينتهي بتمام الصنع، وتسليم العين، وقبولها، وقبض الثمن، كذلك ينتهي الاستصناع بموت أحد العاقدين<sup>(٣)</sup>، بينما عقد الامتياز التجاري لا ينتهي بتمام التصنيع وتسليم العين المتعاقد على صنعها.

### الخلاصة:

نلاحظ الفروق الواسعة بين عقد الامتياز التجاري وعقد الاستصناع، وبذلك لا يمكن تكييفه على أنه عقد استصناع.

## الفرع الثالث

### التكييف الثالث للفرنشايز، هو عقد إجارة وعقد بيع

وهذا يتضح في فرنشايز التصنيع، في أحد صورته:

ووجه هذا التكييف:

أن فرنشايز التصنيع لا يخلو من حالين:

الأولى: قد يتفق طرفا الفرنشايز، على أن يقوم المانح والمالك للفرنشايز بتوريد المواد الأولية للتصنيع.

وتوضيح ذلك:

فيجتمع في هذا النوع عقد إجارة وبيع، أو اشتراط عقد بيع في عقد إجارة.

الثانية: يكون فيها توريد فقط للمواد الأولية للتصنيع، ويتم الاتفاق على

- (١) العتيبي، خالد، العلاقات القانونية الناشئة عن عقد الامتياز التجاري، (ص ١٠١).
- (٢) حسام الدين خليل، عقد الامتياز التجاري وأحكامه في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي - الإسكندرية ٢٠١٢م، (ص ١٥٣).
- (٣) ابن الهمام، كمال الدين، شرح فتح القدير على الهداية، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ٢٠٠٣م (١٠٩/٧).

تصنيعها، وهذه الحالة واضحة في أنها عقد إجارة، وفيها التفصيل السابق في تكييف الإجارة.

في النوع الأول يقوم فيه المالك (المانح أو المرخص) عادة بتوريد السلع والمعدات والمواد الخام، ومواد التعبئة والتغليف والدعاية وما إلى ذلك من وسائل الإنتاج وتوزيع السلع والخدمات، ومن ناحية أخرى يتعامل المستفيد (الممنوح له أو المرخص له) مع خدمات المرخص محل حق الامتياز، بحيث يتبنى العلامة التجارية للمرخص وطريقته الشاملة في عرض المنتجات لتصبح جزءاً من هويته التجارية في تصنيعها وبيعها<sup>(١)</sup>.

فأصل العقد هو الحق المعنوي أو عناصر الملكية الفكرية، كبراءة الاختراع، والعلامة التجارية، والرسم أو النموذج الصناعي، وهذه العناصر يتم تأجيرها بموجب هذا العقد، ويستتبع ذلك أمور منها:

بيع منتجات تحمل تلك العناصر الفكرية، أو بيع خامات تستخدم لإنتاج سلعة معينة، ويرافق هذه الخامات إعطاء المعرفة السرية التي يقوم عليها تصنيع تلك الأمور، فبناء على ما تقدم يكيف العقد على أنه: عقد بيع في عقد إجارة.

وقد اختلف الفقهاء في مسألة (اجتماع عقدين في عقد أو صفقتين في صفقة أو بيع وشرط)، في صور مختلفة، وسأختار الراجح من الأقوال فيما يخص مسألتنا هذه، خشية الإطالة.

وهو القول بجواز الجمع بين بيع وإجارة، كما لو قال بعثك داري هذه وأجرتك داري الأخرى سنة بألف دينار، فهذا جائز لأنهما عينان يجوز أخذ العوض عن كل واحدة منهما منفردة، فجاز أخذ العوض عنهما مجتمعين، كما لو قال: بعثك هذين الثوبين بألف.

وهذا قول الحنابلة في الصحيح عندهم، والأظهر عند الشافعية.

قال ابن قدامة: "وَإِذَا جَمَعَ بَيْنَ عَقْدَيْنِ مُخْتَلَفِي الْقِيَمَةِ بِعَوَضٍ وَاحِدٍ كَالصَّرْفِ وَبَيْعِ مَا يَجُوزُ النَّقْرُ فِيهِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَالْبَيْعِ وَالنِّكَاحِ أَوْ الْإِجَارَةِ نَحْوُ أَنْ يَقُولَ بَعْثُكَ هَذَا الدِّينَارَ وَهَذَا الثُّوبَ بِعِشْرِينَ دِرْهَمًا أَوْ بَعْثُكَ هَذِهِ الدَّارَ وَأَجْرَتُكَ الْأُخْرَى بِأَلْفٍ. أَوْ بَاعَهُ سَيْفًا مَحَلِّيً بِالذَّهَبِ بِفِضَّةٍ أَوْ زَوْجَتَكَ ابْنَتِي وَبَعْثُكَ عَبْدَهَا بِأَلْفٍ صَحَّ الْعَقْدُ فِيهِمَا؛

(١) الرشود، العقود المبتكرة، (ص ٣٧٣).

لَأَنَّهُمَا عَيْنَانِ يَجُوزُ أَخْذُ الْعَوَضِ عَنْ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا مُنْفَرِدَةً فَجَازَ أَخْذُ الْعَوَضِ عَنْهُمَا مُجْتَمِعَتَيْنِ" (١).

وقد حدد المالكية ضوابط في الصور التي يجوز معها الجمع بين عقدين في عقد، وهي:

المالكية في شرح هذه المسألة وبيان ضوابط ما يحرم من البيعتين في بيعة، وحاصل كلامهم ما يلي:

أ - أن التحريم شامل لما إذا كان الترديد بين سلعتين مختلفتين، كما لو قال: أبيعك بدينار هذه السلعة، أو هذه الشاة، ولما إذا كان الترديد بين ثمنين، كما إذا قال: أبيعك هذه السلعة بعشرة نقداً أو بعشرين إلى سنة.

ب - ولا يحرم ذلك إلا إذا كان العقد على سبيل الإلزام للمتبايعين، أو لأحدهما بأحد الأمرين، أما إن كان على سبيل التخيير لكليهما من غير إلزام جاز.

ج - وهذا إن كانت السلعتان اللتان حصل التخيير بينهما مختلفتين بالجنس، أما إن كانتا متفقتين بالجنس، والاختلاف بينهما بالجودة أو الرداءة فقط فلا بأس به، لأنه لا يختار إلا الأفضل (٢).

ولأن الاشتراط في هذه المسألة لمصلحة أحد المتعاقدين، من غير أن يكون المشروط عقداً آخر.

وعلى ما سبق يتبين القول بجواز الجمع بين بيع وإجارة، في هذه الصورة من صورة الفرنشايز، وذلك لانفصال العوضين عن كلا العقدين، ولا تلازم بينهما في عقد الفرنشايز، ولأن فيه مصلحة للعاقدين.

والله أعلى وأعلم

(١) ابن قدامة، المغني، (٤/٢٩١)، المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، (٤/٤)

(٢٢١)، الشربيني، نهاية المحتاج، (٣/٤٦٦).

(٢) المدونة الكبرى (٣/٢٢٦).

## الخاتمة: النتائج والتوصيات

### أولاً - النتائج:

- ١ - عقد الامتياز التجاري Franchise من العقود المبتكرة في هذا العصر.
- ٢ - يرجع الأصل التاريخي لمصطلح (الامتياز-Franchise) إلى الكلمة الفرنسية قديمة الأصل (Franchir أو Affranchir) واللتين تعنيان التحرر أو الاعتاق من العبودية أو القيد.
- ٣ - يختلف تعريف عقد الامتياز باختلاف تطبيقاته العملية في كل نظام قانوني مستقل، والسبب في ذلك يعود إلى أن كل نظام قانوني يقوم بتعريف عقد الامتياز حسب التطبيقات العملية لديه، ويتوقف ذلك على العلاقة بين المرخص والمرخص له.
- ٤ - ويمكن اختيار التعريف لعقد الفرنشايز (الامتياز التجاري)، بأنه: "عقد بين طرفين يلتزم أحدهما بتمكين الطرف الآخر من الانتفاع بالحقوق المعنوية والفكرية والصناعية مع الالتزام بتقديم المساعدة الفنية مقابل عوض مالي خلال مدة محددة".
- ٥ - أعاد الأمريكيون استعمال المصطلح الفرنسي الذي شاع في العصور الوسطى ثم طوي ونسي، وكان ذلك في مطلع القرن العشرين، ثم ما لبث هذا المصطلح أن تبلور على المستويين الاقتصادي والقانوني خاصة في الفترة التالية للحرب العالمية الثانية.
- ٦ - في الكويت لم يصدر (حتى كتابة هذا البحث) أي قانون لتنظيم عقد الامتياز التجاري كسائر الدول الأخرى، وإنما عمل على تنظيم استخدام العلامات التجارية من خلال قانون التجارة الكويتي.
- ٧ - أجمع الفقه القانوني على أن المعرفة الفنية جوهرية في عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري)، وأن غيابها يستوجب إعادة وصف العقد أو فسخه أو إبطاله لغياب محل العقد فيه، فهي تعد من العناصر المكونة لنشاط الفرنشايز، فهي أساسه ولب فكرته، فهذه العناصر التي أوجدت هذا الإبداع والتميز في هذا النشاط، الأمر الذي أدى إلى تطوره وازدهاره.
- ٨ - يرى الباحث أن عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري) عقد مسمى مستحدث أوجدته التكنولوجيا الحديثة والتقدم العلمي في هذا المجال و حاجات الناس لمثل هذه العقود.

- ٩ - الاختلاف الواضح بين عقدي الامتياز التجاري وعقد الوكالة التجارية، وإن تشابها في بعض النقاط
- ١٠ - لا يمكن وصف عقد الامتياز التجاري بأنه عقد التزام تجاري لما فيه من الفروق.
- ١١ - الحق المعنوي يعد من الأموال شرعاً ويطبق عليه أحكام الأموال.
- ١٢ - الحق المعنوي، هو عين وليس بمنفعة ولا دين، وله حكم الأموال.
- ١٣ - يتبين للباحث أن المعرفة الفنية (Know How) والمساعدة التقنية تكيف على أنها من توابع العقد ولوازمه، بل و تعتبر عند البعض أنها محل العقد وأساسه.
- ١٤ - يظهر للباحث رجحان القول بجواز بيع الاستجرار، وذلك لأنه ليس على أساس بيع المعدوم، ولا لكونه مستهلكاً قبل الشراء، وإنما على أساس أن البيع قد تحقق وقت القبض بناء على العرف.
- ١٥ - يرى الباحث جواز أن تكون الأجرة جزءاً شائعاً مما عمل فيه الأجير.

### ثانياً: التوصيات:

- ١ - يوصي الباحث بأن تكثف الأبحاث حول موضوع عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري)، وذلك لتجدد هذا العقد، وتغير صورته وتركيبات عقوده باستمرار.
- ٢ - يوصي الباحث بالحد من آثار انتشار عقود الفرنشايز (الامتياز التجاري)، ومنها التشبه بغير المسلمين في لباسهم وهيئاتهم، لا سيما في عقود الفرنشايز التي تختص بالملابس التي لا تصلح لأمة الإسلام، وصناعة الملابس من أكثر السلع التي تستعمل في هذا النوع من العقود، فلربما صنع غير المسلمين ما لا يصلح لأمة الإسلام، بل قد يصل الحال إلى نشر عقائدهم وأفكارهم المنحلة.
- ٣ - يوصي الباحث بتشجيع الشركات الإسلامية المتميزة على الانتشار في باقي الدول، وتسهيل إجراءات التعاقد معها.
- ٤ - يوصي الباحث بإصدار صيغ عقود قانونية متوافقة مع الفقه الإسلامي في الدول الإسلامية؛ لتضفي على عقد الفرنشايز (الامتياز التجاري) الصفة القانونية المعتمدة.

## المراجع والمصادر

- ابن أبي زَمَنِين، محمد بن عبد الله، تفسير القرآن العزيز، المحقق: أبو عبد الله حسين بن عكاشة - محمد بن مصطفى الكنز، الناشر: الفاروق الحديثة - مصر/ القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.
- ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، الناشر: المكتبة العلمية - بيروت، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، تحقيق: طاهر أحمد الزاوى - محمود محمد الطناحي.
- ابن العربي، القاضي محمد، أحكام القرآن، تخريج وتعليق: محمد عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الثالثة، ١٤٢٤هـ.
- ابن القيم، محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
- ابن الهمام، كمال الدين، شرح فتح القدير على الهداية، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ٢٠٠٣م.
- ابن أمير حاج، ابن الموقت الحنف، التقرير والتحبير، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
- ابن تيمية، أبو البركات مجد الدين، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، الناشر: مكتبة المعارف - الرياض، الطبعة الثانية ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.
- ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن عبد الحليم، الحسبة في الإسلام، الناشر: دار الكتب العلمية، ط١.
- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، رد المحتار على الدر المختار، الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- ابن قتيبة، عبد الله بن مسلم، غريب القرآن، المحقق: أحمد صقر، الناشر: دار الكتب العلمية، ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م.
- ابن مفلح، برهان الدين، النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر لمجد الدين ابن تيمية، الناشر: مكتبة المعارف - الرياض، الطبعة: الثانية، ١٤٠٤هـ.
- ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، الناشر: دار صادر - بيروت، الطبعة: الثالثة - ١٤١٤هـ.
- ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، وفي آخره: تكملة البحر الرائق

- لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت بعد ١١٣٨هـ)،  
وبالحاشية: منحة الخالق لابن عابدين، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة:  
الثانية بدون تاريخ.
- أبو عبيد، القاسم بن سلام، كتاب الأموال، تحقيق: خليل محمد هراس، الناشر:  
دار الفكر - بيروت.
- أحمد، أنور محمد، المحل في عقد الامتياز التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية،  
ط. الأولى: ٢٠١٠م.
- الأسس العامة للعقود الإدارية، سليمان الطماوي، دار الفكر العربي ٢٠١١م.
- أسعد دياب، أبحاث في التأمينات العينية، الناشر: المؤسسة الجامعية للدراسات  
والنشر والتوزيع - بيروت ١٩٨٨م.
- الأشقر، محمد سليمان، الامتيازات الاتفاقية على الديون في حال المقاصة  
والإفلاس من وجهة الشرعية، (بحث ضمن أعمال الندوة الفقهية الثانية لبيت  
التمويل الكويتي، المنعقدة في الكويت ٤-٧ ذي القعدة ١٤٢٠هـ / الموافق ٢٨-  
٣١ مايو ١٩٩٩م)، الناشر: الرمز - الكويت، ط ١، ١٤١٣هـ).
- الأصبحي، مالك بن أنس، المدونة، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى،  
١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
- أفندي، علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي  
الحسيني، الناشر: دار الجيل، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
- أكنم أمين الخولي، الوسيط في القانون التجاري، الجزء الثالث، الطبعة الأولى،  
سنة ١٩٦٤م.
- الألويسي، شهاب الدين محمود، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع  
المثاني، المحقق: علي عبد الباري عطية.
- البابرتي، محمد، العناية شرح الهداية الناشر: دار الفكر، بدون تاريخ طبعة.
- الباجي، سليمان بن خلف، المنتقى شرح الموطأ، الناشر: مطبعة السعادة -  
بجوار محافظة مصر، الطبعة: الأولى، ١٣٣٢هـ،
- باشا، محمد قدری، مرشد الحيران في معرفة أحوال الإنسان في المعاملات  
المالية، المطبعة الأميرية - بولاق ١٢٠٨هـ ١٨٩١م، الطبعة الثانية.
- البشتاوي، دعاء، عقد الفرنشايز وآثاره، أطروحة علمية مقدمة لنيل درجة

- الماجستير في القانون الخاص من كلية الدراسات العليا - جامعة النجاح الوطنية - نابلس، فلسطين، ٢٠٠٨م.
- البهوتي، منصور بن يونس، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، الناشر: دار الكتب العلمية.
- بيع الاسم التجاري - للدكتور عجيل جاسم النشمي بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابعة لمنظمة المؤتمر الإسلامي، العدد الخامس ١٤٠٩هـ.
- البيهقي، أبو بكر، **السنن الكبرى**، المحقق: محمد عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
- **التعريفات للجرجاني**، ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
- تكملة المعاجم العربية، المؤلف: رينهارت بيتر آن نُوزي، نقله إلى العربية وعلق عليه: محمد سليم النعيمي وجمال الخياط، الناشر: وزارة الثقافة والإعلام، الجمهورية العراقية، الطبعة: الأولى، من ١٩٧٩ - ٢٠٠٠ م.
- التتم، إبراهيم، **الامتياز في المعاملات المالية وأحكامه في الفقه الإسلامي**، دار ابن الجوزي - الطبعة الأولى سنة ١٤٣٠هـ.
- الجريدة الرسمية - **الكويت اليوم** - ١٩٦٥م، العدد ٥٥٥.
- الجصاص، **أحكام القرآن**، تحقيق: محمد صادق القمحاوي - عضو لجنة مراجعة المصاحف بالأزهر الشريف، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، تاريخ الطبع: ١٤٠٥هـ.
- الحجاوي، موسى بن أحمد، **الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل**، المحقق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، الناشر: دار المعرفة بيروت - لبنان.
- الحديدي، ياسر سيد محمد، **النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري**، ص ٤، منشأة المعارف - الإسكندرية - مصر ٢٠٠٧م.
- حسام الدين خليل، **عقد الامتياز التجاري وأحكامه في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة**، دار الفكر الجامعي - الإسكندرية ٢٠١٢م.
- حسام عبد الغني الصغير، **الترخيص باستعمال العلامة التجارية**، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣م.

- الحطاب، محمد بن أحمد، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، الناشر: دار الفكر، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- خليفة، ماجد محمد، الوكالة التجارية، رسالة دكتوراه - جامعة الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٩٧م.
- الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر، سنن الدارقطني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م.
- رزق، طارق عبد الرؤوف، الوكالات التجارية والسمسرة وعقود التوسط في قانون التجارة الكويتي، دار النهضة العربية - القاهرة، ط. الأولى.
- الرشود، خالد بن سعود، العقود المبتكرة للتمويل والاستثمار بالصكوك الإسلامية، رسالة علمية لدرجة الدكتوراه في المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود - الرياض، من ضمن مشاريع كرسي (سابق) لدراسات الأسواق المالية الإسلامية. ١٤٣٤هـ، ٢٠١٣م.
- الرملي، شمس الدين، نهاية المحتاج، دار الفكر - بيروت، ١٩٨٤م.
- الزبيدي، محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، مجموعة من المحققين، الناشر: دار الهداي.
- الزجاج، إبراهيم بن السري، معاني القرآن وإعرابه، المحقق: عبد الجليل عبده شلبي، الناشر: عالم الكتب - بيروت، الطبعة: الأولى ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
- الزركشي، بدر الدين محمد بن عبد الله، المنثور في القواعد الفقهية، الناشر: وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- زين الدين، صلاح الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، ص ١١٤، دار الثقافة - عمان الأردن ط. الأولى ٢٠٠٦.
- السجستاني، أبو داود، مسائل الإمام أحمد رواية أبي داود السجستاني، تحقيق: أبي معاذ طارق بن عوض الله بن محمد، الناشر: مكتبة ابن تيمية، مصر، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
- السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط، الناشر: دار المعرفة - بيروت، بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
- السعيدان، أحمد عبد الرزاق، القانون والسيادة وامتيازات النفط مقارنة

- بالشريعة الإسلامية، النشر مركز دراسات الوحدة العربية: بيروت - لبنان ١٩٩٧م، الطبعة الثانية.
- السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول: نظرية الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٥م.
- السنيكي، زكريا بن محمد، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، الناشر: دار الكتاب الإسلامي.
- الشاطبي، إبراهيم بن موسى، الموافقات، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان، الناشر: دار ابن عفان، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ / ١٩٩٧م.
- الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، الناشر: دار المعرفة - بيروت، سنة النشر: ١٤١٠هـ / ١٩٩٠م.
- الشربيني، الخطيب، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، المحقق: مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر - بيروت.
- الشربيني، محمد بن أحمد، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ، ١٩٩٤م.
- الصاوي، أحمد بن محمد الخلوتي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، الناشر: دار المعارف
- صحيح الإمام البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الناشر: دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ.
- صحيح الإمام مسلم، محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- الطحاوي، أحمد بن محمد، شرح مشكل الآثار، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ، ١٩٩٤م.
- العتيبي، خالد، العلاقات القانونية الناشئة عن عقد الامتياز التجاري، رسالة علمية لنيل درجة دكتوراه فلسفة في القانون الخاص، كلية الدراسات القانونية العليا - جامعة عمان العربية - الأردن، طبعته دار العلم، الطبعة الأولى ٢٠٠٩م.
- عثمان بن علي، الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٣١٣هـ.

- العسقلاني، ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، الناشر: دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩هـ، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب.
- علي حسب الله، الولاية على المال والتعامل بالدين لعلّي حسب الله، مطبعة. الجبلاوي، القاهرة.
- عمار، ماجد، عقود الامتياز التجاري، دار النهضة - القاهرة ١٩٩٢م.
- الفتوحي، محمد بن أحمد، منتهى الإيرادات، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.
- الفيروزآبادي، مجد الدين، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ط. الثامنة، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.
- الفيومي، أحمد بن محمد، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الناشر: المكتبة العلمية - بيروت.
- قانون التجارة الكويتي، القانون الخاص بتنظيم أعمال الوكالة التجارية ولائحته التنفيذية الصادر بقرار وزير الاقتصاد والتجارية الخارجية رقم (٣٤٢) لسنة ١٩٨٠.
- القرافي، أحمد بن إدريس، أنوار البروق في أنواء الفروق، الناشر: عالم الكتب، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- القرآن الكريم.
- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ط. دار الكاتب العربي.
- القزويني، أحمد بن فارس، المحقق، حلية الفقهاء، د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: الشركة المتحدة للتوزيع - بيروت، الطبعة: الأولى ١٤٠٣هـ.
- القزويني، أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، المحقق: عبد السلام محمد هارون، الناشر: دار الفكرعام النشر: ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
- قلنجي، محمد رواس، معجم لغة الفقهاء، الناشر: دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
- الكاساني، علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

- الكندري، محمود أحمد، أهم المشكلات التي يواجهها عقد الامتياز التجاري، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، مجلد ٢٤ عدد ٤ ديسمبر ٢٠٠٠م.
- الكندري، محمود أحمد، أهم المشكلات العملية التي يواجهها عقد الامتياز التجاري، قسم القانون الخاص - كلية الحقوق جامعة الكويت، بحث منشور في مجلة الحقوق - جامعة الكويت، مجلد ٢٤ عدد ٤ ديسمبر ٢٠٠٠م.
- مالك بن أنس، موطأ الإمام مالك برواية أبي مصعب الزهري، المحقق: بشار عواد معروف - محمود خليل، الناشر: مؤسسة الرسالة - سنة النشر: ١٤١٢هـ.
- مجلة الأحكام العدلية، تأليف لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، تحقيق: نجيب هوايني، الناشر: نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي.
- محمد حسني عباس، الملكية الصناعية والمحل التجاري، ص٢٤٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١م.
- المرادوي، علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، الناشر: دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية - بدون تاريخ.
- المرغيناني علي بن أبي بكر، الهداية في شرح بداية المبتدي، المحقق: طلال يوسف، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان،
- مصطفى كمال طه، القانون التجاري اللبناني، ص٧١٨، دار النهضة العربية - بيروت، ط. الثانية ١٩٧٥م.
- المطرزي، ناصر بن عبد السيد الخوارزمي، المغرب في ترتيب المعرب، الناشر: دار الكتاب العربي، بدون تاريخ طبعة.
- المعجم الوسيط، إصدار مجمع اللغة العربية بالقاهرة، (إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار)، الناشر: دار الدعوة.
- مغفب، نعيم، الفرنشايز، منشورات الحلبي الحقوقية، ط. الثانية ٢٠٠٩م.
- منصور، سامي بديع، الحماية القانونية للفرانشيزي في النظام القانوني اللبناني، دراسة في مجلة العدل، الصادرة عن نقابة المحامين اللبنانيين، العدد الأول، السنة الثالثة والثلاثون، ١٩٩٩م.
- الموصللي البلدحي، الاختيار لتعليل المختار، الناشر: مطبعة الحلبي - القاهرة

- (وصورتها دار الكتب العلمية - بيروت، وغيرها)، تاريخ النشر: ١٣٥٦هـ - ١٩٣٧م.
- موفق الدين، ابن قدامة، المغني مع الشرح الكبير، ط. مكتبة القاهرة، ١٩٦٨م.
- المولى، نداء كاظم محمد، الآثار القانونية لعقود نقل التكنولوجيا، ط. الأولى دار وائل للنشر، ٢٠٠٣م عمان - الأردن، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ، ٢٢٣/٣.
- النجار، محمد محسن، عقد الامتياز التجاري دراسة في نقل المعرفة، ص٦، دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - مصر ٢٠٠١م.
- النسفي، نجم الدين، طلبه الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، الناشر: المطبعة العامرة، مكتبة المثني ببغداد، الطبعة: بدون طبعة
- النسفي، نجم الدين، طلبه الطلبة، الناشر: المطبعة العامرة، مكتبة المثني ببغداد.
- النووي، يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، الناشر: دار الفكر.
- النووي، يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ/١٩٩١م.
- النووي، يحيى بن شرف، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، المحقق: عوض قاسم أحمد عوض، الناشر: دار الفكر، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٥م.
- الهيثمي، ابن حجر، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، الناشر: المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، سنة النشر: ١٣٥٧هـ - ١٩٨٣م.
- ورقة عمل بعنوان: ترخيص الملكية الفكرية ونقل التكنولوجيا - د. حسام الدين الصغير، مقدمة في ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية، تنظمها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو)، بالتعاون مع وزارة التجارة والصناعة ومجلس الشورى في سلطنة عمان - مسقط، ٢٣ و٢٤ مارس/آذار ٢٠٠٤م.
- اليمني، نشوان بن سعيد الحميري، شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، المحقق: د حسين بن عبد الله العمري - مطهر بن علي الإيراني - د. يوسف محمد عبد الله، الناشر: دار الفكر المعاصر (بيروت - لبنان)، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.