جامعـــــــة زيان عاشـــــــور – الجلفــة
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

قابليـة التحكيـــم في مـــواد الملكية الفكرية

مذكرة ضمن متطلبات
نيل شهادة الماستر حقوق تخصص ملكية فكرية

إعـــداد الطلبـــة:
مبـــروك معيـــزة
علاء الدين عـلاوي

إشراف الأستاذة
قريقر فتيحة

لجنة المناقشـــة

1- الأستاذة: عمـــران عطية رئيســا
2- الأستاذة: عدلانـــي سهـام مقـررا
3- الأستاذة: تاكليت عويسات منـاقشا
4- الأستاذة : قريقر فتيحة مشرفا

السنة الجامعيـــة 2017-2018

الإهداء

أهدي ثمرة جهدي هذا
إلى والدتي ووالدي أطال الله في عمريهما
إلى رفيقة دربي زوجتي
إلى ابنائي محمد و جنى

الفصل الأول

القابلية الشخصية للتحكيم

الفصل الثاني

القابلية الموضوعية للتحكيم

بسم الله الرحمان الرحيم

مقدمـــــــــة

من المسلم به أن الإنســان و منذ أن وجد على هذه البسيطة وهو يصارع من أجـل البقاء و ليتسنى له ذلك وجب عليه التفكير لإيجاد وسائل تمكنه من تطويع الطبيعـــة و بمــرور الوقت و التطور بدأ يجسد هذه الأفكار في وسائل و آلات لتمكنه من التغلب على مصاعب الحياة اختـــزالا للوقت و الجهد ، لكن هذه الوسائل أصبحت قابلة للتقليد و الاستغلال من طرف الغير و لأن الإنسان فُطر على حب التملك جعلت منه فطرته يفكر في استثمار أفكاره و ليتمكن من ذلك وجب عليه التفكير في حماية هذه الأفكار و توفير الحماية الجماعية لها وهو ما نستنتجه من خلال التطور التاريخي للملكية الفكرية فقد كان الحرفيون يضعون علامات على منتجاتهم لتمييزها عن غيرها و بظهور الثورة الصناعية في أوروبا التي شهدت ازدهار الوسائــل و الآلات الصناعية أدى ذلك إلى كثرة الابتكارات و الاختراعات و من جانب آخر بدأ التقليد لهذه الآلات الشيء الذي جعل المخترعين يمتنعون عن عرض منتجاتهم في المعارض التي كانت تقام خصيصا لذلك و لم يتوقف سعيهم هذا إلى تأمين ممتلكاتهم المادية بل تعداها إلى الممتلكات المعنوية و هي الأفكار فبدئوا مع مرور الوقت يفكرون في كيفية حماية أفكارهم الأدبية و الفنية الشيء الذي جعل الدولة تتدخل من أجل حماية هذه الأفكار و الوسائل المبتكرة فوضعت القوانين و شددت العقوبات على المقلدين ، لكن هذه الحماية الداخلية لم تكن كافية بسبب توسع الاختراعات و الابتكارات و تخطيها حدود الدولة الواحدة ، لكن قوانين الحماية لا يمكن أن تتعدى إقليم الدولة و هذا ما جعل الدول تتكتل من أجل وضع نظام قانوني واحد شامل يضمن حماية دولية للملكيــة الفكريـــة و هو مــا تجسد في اتفاقية باريس سنة 1883 لحماية الملكية الفكرية و اتفاقية برن لسنة 1886 لحمايـة الملكيـة الأدبيــة و الفنية ، هذه المحاولات الحثيثة لتدويل الحماية استوجبت إلزام الدول المتعاقدة المصادقة على الاتفاقيات الدولية الهادفة لحماية الملكية الفكرية الأدبية و الصناعية بسن قوانين موحدة للحماية لكن هذه الحماية قد لا تكون مجدية في حالها إذا كان هناك عقود سمح القانون الداخلي بإبرامها و يكون أحد أطرافها أجنبيا هذا الأخير أصبح يخاف على مصالحه نتيجة عدم ثقته في القاضي الوطني و طول إجراءات التقاضي ما جعله يضغط على المتعاقد الآخـــر و يدفعه إلى إيجاد وسائل بديلة تسمح بها القوانين الداخلية لحل النزاعات التي قد تعتري العقود المبرمة في إطار الملكية الفكرية و الجزائر باعتبارها دولة

حديثة الاستقلال عمدت إلى حماية الملكية الفكرية و صادقت على الاتفاقيات الدولية لحمايتهـــا و سعت للانضمام إلى منظمة التجارة العالمية و الجزائر كانت تعترف بالتحكيم كوسيلة بديلة لحل النزاعات في المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية[1] لكن بشروط نظرا لتبنيها النظام الاشتراكي الذي كانت بموجبه الدولة تحتكر كل الشركات و المؤسسات و بالتالي فلا مجال للجوء إلى حل النزاعات الناشئة بين المؤسسات لأنها كانت كلها مؤسسات عمومية لكن و بانفتاح الدولة الجزائرية على الاقتصاد العلمي بدأت تتعامل مع غيرها كشخص خاص و أجازت التحكيم بينها و بين غيرها كما اعترفت بالتحكيم كوسيلة بديلة لحل النزاعات الناشئة بين المتعاقدين في إطار الصفقات العمومية و عقود الاستثمار التي يكون أحد أطرافها أجنبي و بالتالي كانت الظروف الاقتصادية هي الدافع الأكبر الذي جعل الجزائر تعترف بالطـــرق البديلـة كـالوساطـــة و الصلح و التحكيم وهو ما تجسد و تكرس في المادة 1006 من قانون الإجـــراءات المدنيـــة و الإدارية[2].

أصبح اللجوء إلى التحكيم في الوقت الراهن ضرورة ملحة، بالنظر إلى التطور الذي عرفه ميداني التجارة والخدمات، وما نتج عن ذلك من تعقيد في المعاملات وتشعب في القضـايا المطروحة كانت الباعث الأساسي في إيجاده كوسيلة قانونية تمكن الأطراف من حل خلافاتهم، بشكل سري وسريع و فعال مع منحهم مرونة وحرية أكثر، لا تتوفر عادة في قضاء الدولة.

كل ذلك جعل التحكيم لا يقتصر على مجرد اعتباره نظاما استثنائيا لمنافسته لقضـــاء الدولـــة أو حتى نظام مصاحب وقرين له، بل أصبح يشكل نظاما بديلا عنه أدى بجل الدول إلى الأخذ به و تنظيمه، وبيان قواعده، وتيسير أحكامه.

[3]و التحكيم هو قيام الأطراف المتنازعة في مسألة معينة بالاتفاق على إخضاع نزاعهم إلى طرف ثالث يختارونه لحسم هذا النزاع بقرار ملزم لهم و هو نظام قديم معروف في كل البـــلاد.

---

[1] أنظر الأمر رقم 154/66 المتضمن قانون الإجراءات و الإدارية المؤرخ في :1966/06/68.

[2] القانون رقم 09/08 المؤرخ في :25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

[3] نبيل اسماعيل عمر ، التحكيم في المواد المدنية و التجارية الوطنية و الدولية ، طبعة 2004 ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، ص 04.

و حسب جانب من الفقه هو: " **اتفاق الأطراف علـى اختيـار شخص (محكم) أو أكثر ليفصل فيما يثور مستقبلا أو يثور فعلا بينهم من منازعات بحكـم ملزم دون المحكمة المختصة**"[1].

و عليه، فالتحكيم هو حل نزاع من لدن محكم منفرد أو مجموعة محكمين، يتلقى أو يتلقون من الأطراف مهمة الفصل في النزاع بناء على اتفاق تحكيم، يلتزم من خلاله الأطراف باللجوء إليه قصد حل نزاع نشأ أو قد ينشأ عن علاقة قانونية معينة، تعاقدية أو غير تعاقدية ، فعقد التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف نزاع نشأ بينهم بعرض هذا النزاع على هيئة تحكيمية كما عرفه جانب من الفقه على أنه " **الاتفاق الذي يتم بين الطرفين بعد قيام النزاع بينهما لعرض هذا النزاع على التحكيم**".[2]

أمـــــا شرط التحكيم فهو الاتفاق الذي يلتزم فيه أطـراف عقد بأن يعرضوا على التحكيم النزاعات التي قد تنشأ عن العقـــد المذكور فشرط التحكيم إذن يتعلق بنزاع لم يولد بعد فهو شرط قد يتم إعمال مقتضياته وقد لا يتم إعمالها، وهو يختلف عن عقد التحكيم على اعتبار أن هـــذا الأخير متعلق بنزاع تحقق ونشأ فعلا.

و اتفاق التحكيم سواء أكان عقدا أم شرطا، فانه يقوم على أساس مبدأ سلطان الإرادة، الذي يشكل أساس مشروعية التجاء الأطراف إلى التحكيم، ومنه يستمد المحكم سلطته في الفصل فـي النــزاع.

و نظرا للتوسع في ميدان المبـادلات التجارية الدولية المنصبة على الملكية الفكرية و انطوائـه على مصالح مادية ضخمة من جهة ، و اتساع إقبـــال عالم الاستثمار و التجـارة على التحكيـم التجاري الدولي الذي لم يعد طريقة تحتاج إلى وصف مزاياها بل ضرورة يفرضها واقع التجـــارة الدولية[3] من جهة أخرى، جعل من الملكية الفكـــرية و التحكيـم التجاري الدولي مجالان لابد أن

---

[1] أحمد السيد الصاوي، " التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 و أنظمة التحكيم العربية"، دار النهضة العربية ، طبعة 2 ، سنة 2004 ، ص 12 .

[2] ناريمان عبد القادر،" اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994"، دار النهضة العربية، ط.1 ، 1996 ، ص.209.

[3] أبو زيد رضوان ، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي القاهرة مصر 1981 ، ص 8.

يتقاطعان، إن التحكيم و كونه كما عرفه **الدكتور أبو زيـد رضوان:**[1] « **نظـام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم الخصوم إمـا مباشرة أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها**» من ناحية و كونه ينطـوي علـى السريـة السرعة و الكفاءة، كذا إمكانية اتفاق أطراف النزاع علـى القواعد الحاكمـة لـه و ضمانـه استقرار العلاقات الرابطة بينهم لما يعد من وسيلة أقل حدة من القضـاء الوطني من ناحيـة أخرى، فإنه يخدم بشكل كبير نزاعات الملكية الفكريـة و يتلاءم مع الطبيعة الخاصـة التي يمتاز بها هذا الميدان، ذلك أنه:

– **من ناحية السرية،** فإن نزاعات الملكيـة الفكـريـة تحتـاج أكثر من غيـرها مـن المجالات الاستثمارية للسرية الشديدة لما تنطوي عليه من معلومات سـرية و دقيقـة لابـد مـن المحافظـة عليها وعدم إفشائها فكثيرا ما يكون اقتناء حق مرتبـط بعناصر الملكية الفكريـة مبنيا برمـته على السرية، حيث أن إفشاء طريقة صنع، معادلة تركيب أو عنصر تكويـن مثلا ، يمكن غيـر المبتكر من نسبة الابتكار إليه قبل المبتكـر ذاته، و هذا يجعل الناشطين في ميدان الإبداع شديدي الحرص على سرية نشاطهم قبل الخروج بـه إلـى الجمهور و حتى بعده .

–**من ناحية السرعة** ، فإن التطورات التكنولوجية الحديثة و التقنيات المتقدمة جعلت من العالم الحديث عرضة لتغيرات و تقلبات بسيطة و جذرية بشكل سريع جدا، فما يعد ابتكارا اليوم جاوزه الزمن غدا و ما يعد اكتشافا الحين أصبح تاريخا اللحظة الموالية و أساسا لاكتشاف آخر؛ هذا ما يدفع المبدعين و المبتكرين إلى البحث عن أسرع الطرق لتسويـة نزاعاتهم ، و مرة أخرى فإن التحكيم يوفر لهم هذه الخاصية.

–من نواحي أخرى ، فإن التحكيم يضمن لتمعاملي الملكية الفكرية تخصص الهيئة الفاصلة في مجال النزاع على خلاف القضاء الوطني.

أسباب اختيار الموضوع

أسباب اختيار الموضوع هو جدته فالتحكيم كوسيلة بديلة لحل النزاعات في مواد الملكيـة الفكرية هـو طريقـة جديدة بواسطتها يتفق أطراف العقد على تحديد الجهة التي يمكنهـا أن تحل

[1] أبوزيد رضوان المرجع السابق ص8.

نزاعاتهم اللاحقة كما أن أغلب الشركات العالمية و المستثمرين الأجانب و حتى المستثمرين داخل الوطن يلجئون للتحكيم لحل نزاعاتهم ، كما أن التحكيم له علاقة وطيدة بكل القوانين السارية فله علاقة بالقوانين الدولية و القانون المدني و التجاري و قانون الإجراءات المدنية و قانون الملكية الفكرية تجعل دارس التحكيم ملم بكل القوانين و تزيد في رصيده العلمي كما أن التحكيم أصبح أسلوب حياة لأنه يتميز بالهدوء و الاتفاق المسبق و أضحى هو الوسيلة الوحيدة المعتمدة من طرف أكبر الشركات التجارية سواء الداخلية أو الشركات الأجنبية التي تبنته لحل نزاعاتها كما أن إجراءاته التي تتميز بالسهولة و السرية تجعل المستثمرين الوطنيين و الأجانب على حد السواء يتفقون عليه لحل نزاعاتهم المستقبلية أو الحالة.

إذا كانت الدولة عملت على بسط سيادة على إقليمها في مجال الملكية الفكرية فهل تقبل وسائل أخرى بديلة غير وسائلها لحل هذه النزاعات ؟

هذا ما يقودنا إلى طرح عدة أسئلة فرعية أخرى للوصول إلى الإجابة على الإشكالية المطروحة و التي تتمثل في:

هل كل مواد الملكية الفكرية، تقبل أن تكون محلا للتحكيم ؟ أم أن بعضها يقبل التحكيم و البعض الآخر لا يقبل؟ و ما هو القانون الواجب التطبيق في حالة القابلية للتحكيم ؟

المنهج المتبع في البحث

اتبعنا في هذه الدراسة المنهج التحليلي، حيث قمنا بتحليل كل الجزئيات المتعلقة بقابلية التحكيم في مواد الملكية الفكرية والنتائج المترتبة عليه، وكذا القانون الواجب التطبيق عند الاتفاق على شرط التحكيم، وفقا لما يقتضيه ذلك من نصوص قانونية وغيرها من التحليل العلمي.

و قد اعتمدنا أيضا على المنهج المقارن إلى جانب المنهج التحليلي، حيث قارنا النصوص القانونية من أوامر و مراسيم تشريعية التي أصدرها المشرع الجزائري في مجال تنظيم فكرة التحكيم، مع مواقف التشريعات الوطنية والدولية الأخرى.

تقسيم البحث

بناءا على المعطيات المتوفرة في لب الدراسة، ومحاولة منا للإلمام أكثر بقابلية التحكيم في مواد الملكية الفكرية بكل محتوياتها تم تقسيم البحث إلى فصلين.

في البداية قدمنا فكرة مختصرة عن التحكيم بصفة عامة، ثم سلطنا الضوء على قابلية التحكيم من حيث الأشخاص في الفصل الأول بعنوان القابلية الشخصية للتحكيم و قسمناه لمبحثين تناولنا في المبحث الأول قابلية الشخص الطبيعي للتحكيم في مواد الملكية الفكرية الذي تفرع الى مطلبين الأول تضمن قابلية المؤلف و صاحب الحقوق المجاورة للتحكيم و الثاني تناولنا في قابلية التحكيم في مواد الملكية الصناعية و المبحث الثاني تطرقنا فيه إلى قابلية الأشخاص الاعتبارية للتحكيم قسمناه إلى مطلبين تناولنا في الأول قابلية الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم و في المطلب الثاني تطرقنا إلى قابلية الأشخاص المعنوية الخاصة للتحكيم

و في الفصل الثاني تناولنا قابلية التحكيم في مواد الملكية الفكرية من حيث الموضوع قسمناه الى مبحثين الأول تناولنا فيه موضوع المحل القابل للتحكيم و قسمناه إلى مطلبين المطلب الأول تناولنا فيه المسائل الموضوعية الغير قابلة للتحكيم و في المطلب الثاني تناولنا المسائل الموضوعية القابلة للتحكيم و في المبحث الثاني تناولنا القانون الواجب التطبيق على محل التحكيم قسمناه الى مطلبين تطرقنا في المطلب الأول إلى اختيار قانون الإرادة للقواعد الوطنية و لقواعد التجارة الدولية و في الثاني تطرقنا الى القانون الواجب التطبيق في حالة غياب الإرادة.

الفصل الأول: القابلية الشخصية للتحكيم

من المعروف أن أشخاص القانون هم الأشخاص الطبيعية و الأشخاص المعنوية الاعتبارية العامة و الخاصة و في مجال الملكية الفكرية المخترع و المؤلف هم أشخاص طبيعيين كما قد يكونوا أشخاص اعتبارية تبرم العقود فيما يسمح به القانون الداخلي ، و لتكون هذه الأشخاص مؤهلة لتحمل الالتزامات و المطالبة بحقوقها يجب عليهـــا أن تتمتع بالأهليـــــة القانونيـــة، و الأهلية القانونية هي صورتين الأولى أهلية الوجوب التي تولد مع الإنسان بمجرد ولادته أو احتمالا (الجنين في حالة ولادته حيا) أما أهلية الأداء هي قابلية الشخص لتحمل الالتزامات و طلب الحقوق في حالة بلوغه سن الرشد القانوني المقدر في القانون المدني الجزائري بتسعة عشر سنة[1] كاملة أما الشخصية الاعتبارية العامة فإنها تكون مؤهلة قانونا لتحمل الالتزامات و طلب الحقوق بصدور القانون المنظم لها ، و الشخصية الاعتبارية الخاصة سواء كانت أشخاص اعتبارية مدنية أو أشخاص تجارية فإنها تكتسب شخصيتها القانونية بمجرد المصادقـــة على قانونهـــا الأساسي و في هذا الفصل نتناول القابلية الشخصية للتحكيم نتطرق فيه إلى قابلية الشخص الطبيعي للتحكيم (المبحث الأول) ثم قابلية الشخص الاعتباري للتحكيم سواء كان شخص اعتباري خاص أم شخص اعتباري عام (المبحث الثاني) .

[1] أنظر الأمر 75-58 ، المؤرخ في: 26/سبتمبر 1975 ، المعدل و المتمم بقانون 07-05 ، المؤرخ في:13 ماي 2007 ، المتضمن القانون المدني الجزائري المادة 40 ، ص 12

المبحث الأول: قابلية الشخص الطبيعي للتحكيم:

أشخاص القانون الخاص هم الأشخاص الطبيعية الذين لهم وجود مادي ووجـــود قانوني و المقصود بالوجود المادي هو أن يكون الشخص حي و الوجود القانوني هو أهليته في التصرف و إبرام ما يشاء من العقود شرط أن تكون في الإطار المشروع و باعتبار اللجوء إلى التحكيم من التصرفات القانونية التي يمكن لأشخاص القانون الخاص اللجوء إليها فإننا سنتطرق في هذا المبحث إلى قابلية أشخاص القانون الخاص للتحكيم و باعتبار أن أشخاص القانون الخاص هم الأشخاص الطبيعية الذين هم في مجال حقوق الملكية الذهنية الأدبية و الفنية المؤلف و أصحاب الحقوق المجاورة و في مجال الملكية الصناعيـــة المخترع و صاحب التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة و المبتكر للرسوم و النماذج الصناعية و صاحب تسمية المنشأ و صاحب العلامة التجارية و عليه فإننا سنتناول في قابلية الأشخاص الطبيعية للتحكيم في مطلبين نتطرق في (المطلب الأول) لقابلية الفنان المبدع و أصحاب الحقوق المجاورة للتحكيم ثم نتطرق لقابلية المخترع و صاحب التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة و المبتكر للرسوم و النماذج الصناعيـــة و صاحب تسمية المنشأ و صاحب العلامة التجارية في(المطلب الثاني).

المطلب الأول: قابلية المؤلف و صاحب الحقوق المجاورة للتحكيم.

من المعروف أن المؤلف أو الفنان المبدع هو شخص طبيعي له مطلق التصرف في حقوقه المالية فله أن يبرم ما يشاء من عقود على أساس أن العقد شريعة المتعاقدين و لإبرام أي عقد من العقود المدنية يجب أن يكون هناك تراضي بين المتعاقدين[1] و ليكون هنـــاك تراضي صحيحـــا و ذلك بأن يكون صادرا من ذي أهلية و خاليا من عيوب الإرادة و هي الغلـــط و التدلـــيس

[1] أنظر العربي بلحاج ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري الجزء الأول التصرف القانوني العقد و الإرادة المنفردة ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية بن عكنون الجزائر طبعة 1999 ص 96.

و الإكراه و الاستغلال و لقـــد أضـــاف إليها المشـــرع الجزائري الغبن في المادة 91 من القانون المدنـي الجزائري[1].

كما أن صفة المؤلف أو صاحب الحقوق المجاورة تثبت للمؤلف أو الفنان بمجرد إبداعه لمصنفه و ذلك وفقا للمادة 1/12 من قانون 05/03 التي نصها (يعتبر مؤلف مصنف أدبي أو فني في مفهوم هذا الأمر الشخص الطبيعي الذي أبدعه...)

فالتمتع بحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة المادية يترتب بمجرد الإبداع وهو ما قضت به المادة 03 من قانون 05/03 و بالتالي فالإجراءات الإدارية التي يقوم بها المؤلف على مستوى الديوان الوطني لحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة لا تكسبه صفة المؤلف و بالتالـي شرعية تمتعه بالحقوق المادية و المعنوية التي لا تعد من قبيل النظام العام و يمكن أن تكون قابلة للتحكيم[2].

إن حقوق الملكيـــة الأدبية و الفنية تناولها المشرع الجزائري في المادة 21 من الأمر 05/03 المؤرخ في 19 جمادي الأول عام 1424هـ الموافق لـ:23 جويلية 2003 في الباب الثاني بعنوان الحقوق المحمية[3] يتبين من خلال المادة المذكورة أعلاه أنه متى كان أي حق من الحقوق الأدبية و الفنية قابلا للتصرف فيه ، كان قابلا في ذات الوقت لطلب التحكيم في نزاع يخصه فالمؤلف يتمتع بحقوق معنوية و مادية ، فالمعنوية لا يمكنه التصرف فيها ، أما الحقوق

---

[1] راجع المادة 91 من القانون المدني الجزائري ، التي نصها (إذا كانت الالتزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه التعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر و تبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا أن المتعاقد الآخر قد استغل فيه ما غلب عليه من طيش أو هوى ، جاز للقاضي بناءا على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد .)

2 راجع ، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 44 ، المؤرخة في 23 يوليو سنة 2003 الموافق لـ:23 جمادي الأولى عام 1424هـ المتضمن أمر 05/03 المتعلق بحقوق المؤلف و لحقوق المجاورة في المادة 03 منه التي تنص على (يمنح كـل صاحب إبداع أصلي لمصنف أدبي أو فني الحقوق المنصوص عليها في هذا الأمر.
تمنح الحماية مهما يكن نوع المصنف و نمط تعبيره و درجة استحقاقه ووجهته بمجـرد إيداع المصنف مثبتا أم لا بأي دعامة تسمح بإبلاغه للجمهور)

[3] راجع الجريدة الرسمية الجزائرية المادة 21 منه بنصها(يتمتع المؤلف بحقوق معنوية و ماديـــة على المصنف الذي أبدعه تكون الحقوق المعنوية غير قابلة للتصرف فيها و لا للتقادم و لا يمكن التخلـــي عنها.
تمارس الحقوق المادية من قبل المؤلف شخصيا أو من يمثله أو أي مالك آخر بمفهوم هذا الأمر).

المادية فيمكنه أن يتصرف فيها كما تنص المادة 61 من قانون 05/03[1] و بالنسبة للحقوق المجاورة لحقوق المؤلف فقد نصت المادة 109 من قانون 05/03 على أن لصاحب الحقوق المجاورة الحق في التصرف في إنتاجه الفكري بأن يرخص بتثبيته بعقد مكتوب[2] و ما دام يمكن لصاحب الحقوق المجاورة أن يتعاقد بخصوص تثبيت أدائه فإنه تقبل تصرفاته هذه تخضع للتحكيم.

يتبين من خلال استقراء المواد السالفة الذكر أنه إذا ما تعلق محل النزاع بحقوق مادية كحق استغلال المصنف أو حق الاستنساخ أو الإبلاغ تكون قابلة للتصرف فيها و بالتالي خضوعها للتحكيم، أما الحقوق المعنوية التي تعتبر حقوق لا تنفصل عن شخصية المؤلف أو ذوي الحقوق المجاورة نصت عليه [3]المادة 112 فقرة 3 و المتمثلة في حق النسب و الكشف و العدول و الحق في سلامة المصنف كما هو الحال في التراخيص الإجبارية التي نصت عليها المادة 33 من

---

[1] راجع ، الجريدة الرسمية الجزائرية المرجع السابق ، المادة 61 التي نصها (تكون الحقوق المادية للمؤلف قبلة للتنازل بين الأحياء بمقابل مالي أو بدونه مع مراعاة أحكام هذا الأمر ، و تنتقل هذه الحقوق بسبب الوفاة مع مراعاة أحكام هذا الأمر و التشريع المعمول به)

[2] الجريدة الرسمية الجزائرية ، المرجع السابق المادة 109 التي نصها (يحق للفنان المؤدي أو العازف أن يرخص وفق شروط محددة في عقد مكتوب بتثبيت أدائه أو عزفه غير المثبت أو استنساخ هذا التثبيت و البت الإذاعي السمعي أو السمعي البصري لأدائه أو عزفه أو إبلاغه إلى الجمهور بصفة مباشرة)

[3] راجع المادة 03/112 من الأمر 05/03 (.. الحقوق المعنوية غير قابلة للتصرف فيها و غير قابلة للتقادم و لا يمكن التخلي عنها..)

[4] راجع الجريدة الرسمية المرجع السابق المادة 33 التي نصها(يمكن أن يترتب على أي مصنف أدبي أو فني أنتج في شكل مطبوع أو سمعي أو سمعي بصري أو أي شكل آخر معد للتعليم المدرسي أو الجامعي.

– الترخيص الاجباري بترجمة غير استئثاري لأغراض النشر في الجزائر على شكل نشر خطي أو بواسطة البث الإذاعي السمعي أو السمعي البصر إذا لم تسبق بترجمته الى اللغة الوطنية ووضعه موضع التداول أو إبلاغه إلى الجمهور في الجزائر بعد سنة واحدة من نشره للمرة الأولى .

– ترخيص إجباري غير استئثاري باستنساخ مصنف بغرض نشره ما لم يسبق نشره في الجزائر بسعر يساوي السعر المعمول به في دور النشر الوطنية بعد 3 سنوات من نشره للمرة الأولى إذا تعلق الأمر بمصنف علمي و سنوات من نشره للمرة الأولى إذا تعلق الأمر بمصنف خيالي و 5 سنوات من نشره للمرة الأولى إذا تعلق الأمر بمصنف آخر – يتولى الديوان الوطني لحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة وفقا للاتفاقيات الدولية المصادق عليها ، تسليم ترخيص المذكور في الفقرتين أعلاه.

قانون 05/03 التي تطرقت إلى التراخيص الإجبارية الرامية إلى ترجمة أو استنساخ وضع للتداول، إبلاغ أو استنساخ مصنفات معدة للتعليم المدرسي أو الجامعي و الطعن في هذه الشرعية يعد طعنا في الصلاحية الممنوحة للديوان الوطني لحقوق المؤلف و يعد مساسا بالنظام العام كما أنه و طبقا للمواد من 41 إلى 51 من قانون 05/03 فإن هناك أعمال مشروعة غير ماسة بحقوق المؤلف و التي لا تحتاج إلى ترخيص مسبق كالاستعمال لغرض شخصي ، تعليمي فلا يمكن التحكيم في مشروعية هذه الأعمال لأنها ممنوحة قانونا[1].

و ما دام أنه يمكن للمؤلف و صاحب الحقوق المجاورة إبرام اتفاق التحكيم فإنه يجب أن تتوفر فيه شروط إبرام العقود و هي التراضي و المحل و السبب و هي الأركان اللازمة لإبرام العقود.

الفرع الأول: أهلية المؤلف و صاحب الحقوق المجاورة.

من المعروف أن المؤلف و أصحاب الحقوق المجاورة هم أشخاص طبيعيين يمكن لهم إبرام عقود تخص الجانب المادي من ابتكاراتهم و مؤلفاتهم و لصحة العقد يجب أن تتوفر أركانه و هي التراضي و المحل و السبب و ليكون التراضي صحيحا وجب أن يصدر من ذي أهلية.

-<u>أولا : التراضي</u>

التراضي هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني أي أن يكون إيجاب من العارض و قبول من المعروض عليه التعاقد ، و ليكون الإيجاب و القبول صحيح و منتج لآثاره يجب أن يصدر من إرادة واعية و شخص مؤهل لإبرام العقود و لما كانت الأهلية عنصر هام في بناء إرادة الشخص، بحيث تجعله يعبر عنها وفق ما يرتب عليه القانون من آثار و كونها خاصية مميزة لصفة الإنسان، فإنها تجعله يكتسب بها حقوق و يتحمل بها التزامات.

1- الأهليـــة فالأهلية هي: " صفة يقدرها المشرع في الشخص، تجعله صالحا لأن تثبت له الحقوق و تثبت عليه الواجبات، و تصح منه التصرفات"

و الأهلية بهذا المفهوم تسير مع الشخصية القانونية للإنسان وجودا أو عدما أو كمالا و نقصانا ومراحل ثبوت الحق له، ثم ثبوته عليه، ثم صحة بعض التصرفات منه.

و تنقسم الأهلية كما هو مستقر عليه إلى أهلية وجوب وأهلية أداء.

[1] راجع ، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 44 ، المرجع السابق ، ص ،ص ، 9،10

ا: **فأهلية الوجوب:** هي قابلية الشخص لاكتساب الحقوق والخضوع للواجبـــات، وهـي تثبت بمجرد الولادة، و بتعبير آخر يمكن القول أنها صلاحية الشخص لأن يكون طرفا في الحق ســواء كـان طرفا إيجابي أو سلبي.

ب: أما أهلية الأداء: فهي صلاحية الشخص للتعبير عن إرادتـــه تعبيـرا يرتب عليه القانون آثـاره فتجعل الشخص صالحا لمباشرة الحقوق و أداء الواجبات، وهي بهـــذا المعنـــى تعبـر عن الحال التي يكـون فيها الإنسان صالحا لتحمل تلك الآثار و يتفق الفقه على أنها هي صلاحية الشخص لأن يشتـرك في تصرف قانوني كالاتفاق على التحكيم و تمر هذه الأهلية بعدة مراحل:

1 : الصبي غير المميز (عديم الأهلية)

كل شخص دون السادسة عشرة من عمره يعتبر غير مميز أي فاقد التميـز بسبب صغـــر السن و لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية فهو عديم الأهلية مما يجعله غير أهـل لإبـرام اتفاق التحكيم ، وتعتبر تصرفاته باطلة بطلان مطلق.

2: الصبي المميز

كل شخص بلغ السادسة عشرة من عمره ولم يكمل التاسعة عشر يعتبر مميزا و لكنـه ناقص الأهلية طبقا للمادة 43 من القانون المدني إلا أن التصرفات الضارة له تقع باطلة بطلانا مطلـــق فهي بالنسبة لـه كعديم الأهلية، أما تصرفاته النافعة له نفعا محضا فتكون صحيحة كقبـول الهبـــة وفيما يتعلق بتصرفاته الدائرة بين النفع و الضرر، فتعتبر قابلة للبطلان، و تصرفاته تكون باطلـة بخصوص إبرامه اتفاق التحكيم.

3 : بلوغ سن الرشد

كل شخص بلغ التاسعة عشر من عمره، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية لبلوغـــه سن الرشد القانوني، ذلك ما لم يصبه عارض من عوارض الأهلية و ينطبق هذا الحكـــــم على العقود التي يباشرها الشخص البالغ .

2- : عوارض الأهلية

إن بلوغ الشخص السن القانونية المؤهلة له لممارسـة مختلف الأعمال القانونية والتجاريـــة بصفة خاصـة ، لا تجعلـــه بالضرورة أهلا للقيام بها و ممارستها، ما لم يكن مرشدا لذلك باعتبار أن الترشيد مرتبط بخلو إرادة الشخص من أي عارض قد يصيبه سواء كان هـذا العارض طبيعـي

قضائي أو قانوني.

ا: العوارض الطبيعية و تنقسم بدورها إلى عوارض معدمة و عوارض منقصة.

– **فأما الأولى** تتمثل في **<u>الجنون و العته</u>** :فكلاهما آفة تصيب العقل فتسبب له اضطرابات تؤدي إلى زواله، ضف إلى ذلك الاضطرابات الخارجية التي يسببها الجنون عكس العته الذي لا يـؤدي إلى زوال العقل كله و لا يسبب اضطرابات خارجية.

ويأخذ حكم المعتوه حكم المجنون، فكل مصاب بهما يعتبر تصرفه باطلا بطـلان مطلـق، وتكون أهليته منعدمة وهذا بنص المادة 42 من القانون المدني.

و تجدر الإشارة إلى أنه إذا وقع التصرف من المصاب بهما قبل الحجر عليه فـإن تصـرفه هـذا يكون صحيحا ولا يقع باطلا، خاصة إذا كانت حالة الجنون أو العته غير شائعة.

و عليه و حتى لا يكون هذين السببين عرضة لإفلاس التاجر و ضياع ماله تدخل المشـرع لمنـع المصاب بهما من اكتساب صفة التاجر، إذ لا بـد من صدور حكـم للحجر عليه، صـادر من المحكمة المختصة.

و بخصوص العوارض المنقصة فهي:**<u>السفه و الغفلة</u>** : فالسفه هو « تبذير المال و إتلافـه علـى خلاف مقتضى العقل و الحكمة و أن هذا العيب لا يخل بمناط أهلية الأداء لـدى السفه وهو العقل بل يمس تدبيره ، وعليه فالسفيه كامل العقل ولكن مغلوب بهواه، لذا يمنع من التصرف فـي مالـه.

وإذا بلغ الشخص سن الرشد وكان سفيها أو ذي غفلة فإنه يحجر عليـه، و يتوقف الحجـر علـى حكم القاضي مع شهر قرار الحجر، وقد اعتبر القانون تصرفات القاصر صحيحة إذا كانت نافعة له نفعا محضا، أما التصرفات الدائـرة بين النفـع و الضـرر فتكون قابلة للإبطال و يؤول حق التمسك بإبطالها عند الإجازة – الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة– وفي كل الأحوال نأخـذ بأحكام القاصر المميز.

كما أن التصرفات الصادرة عن السفيه أو ذي الغفلة قبل إشهـار قـرار الحجر، فلا تكون باطلـة أو قابلة للإبطـال، إلا إذا كـانت نتيجة سوء نيـة واستغلال صادر ممن تعاقد معه وهـذا عكس تصرفات المجنون و المعتوه الصادرة قبل توقيع الحجر فإبطالها يكون واقع على أساس انعـدام الإرادة.

ب – العاهات البدنية : بالرجوع إلى المادة 80 من القانـون المدنـي الجزائري نجدها قـــد أوردت حكم خاص إذ نصت على أنه إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له وصيا قضائيا يعاونه فـــي التصرفات التي تقتضيها مصلحته و يكون قابلا للإبطال كل تصرف عين مـن أجلـــه مساعـــد قضائي، إذا صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قـــرار المساعدة فإن هذا التصرف يعتبر قابلا للإبطال لمصلحة صاحب العاهة .

ج – العوارض القضائية: بخصوص هذه العوارض نفرق بين حالتين:

الحالة الأولى/ الأشخاص الذين حكم عليهم بعقوبة الحبس النافذة فإذا صدر حكم قضـائي عـــن جريمة ، فإن هذا الحكم يعتبر بمثابـــة عارض من عـــوارض الأهلية يفقد من صـدر الحكم فـي مواجهته.

الحالة الثانية :حالة الأشخاص الذين شهر إفلاسهم ولم يرد اعتبارهم كما نصت عليه المادة 366 من القانون التجاري ، والتي تنص في فحواها أنه « لا يقبل رد الاعتبار ... للأشخاص المحكـوم عليهم في جناية أو جنحة مادام من آثار الإدانة منعهم من ممارسة مهنـــة تجاريـــة أو صناعية ...» و تجدر الإشارة أنه من يحدد مدة المنع هو القاضي على أن لا تكون أقـل من 05 سنوات و يجوز في هذه الحالة طلب رد الاعتبار.

أما بخصوص المفلس فإن المنع من ممارسة التجارية ينشأ بقوة القانـون و يمتد إلـــى حيـــن رد الاعتبار أو قد يرد الاعتبار بقوة القانون في الحالة التي يوفي فيها التاجر كل مبالغ المدين وهـذا ما نصت عليه المادة 358 من القانون التجاري.

ثانيا – صور خاصة بالتراضي –

هناك بعض الحالات القانونية التي يمكن أن يكون عليها الشخص الطبيعي عند اتفاقه على شرط التحكيم[1] وكيلا عن الأصيل أو وكيلا في حالة شهر الإفلاس و التسوية القضائية تتعدد الحالات و نذكر منها ما يلي:

[1] علي فيلالي الالتزامات النظرية العامة للعقد طبعة منقحة موفم للنشر صفحة 124.

1- الوكيل

كما ذكرنا سابقا بإمكان الشخص الأصيل أن يتفق على شرط التحكيم بنفسه ببلوغه 19 سنة كاملة و لم تتأثر أهليته بأي مانع، أو عارض، أو أن يوكل شخصا ينوبه ، بشرط أن تكون الإنابة في شكل وكالة خاصة تجيز للموكل فيها أن يقوم بمباشرة الاتفاق الخاص بالتحكيم بدلا منه تطبيقا لنص[1] المادة 574 من القانون المدني الجزائري ، كذلك الوكالة العامة التي يتحصل عليها المحامي لا تكون كافية، بل تفرض عليه وكالة خاصة بالتحكيم حتى لا يكون الاتفاق الذي يبرمه باطلا، و البطلان في هذه الحالة قد يجيزه الوكيل فيصبح صحيحا لتنازله عن حق التمسك بالبطلان، أما إذا لم يتنازل عن حق التمسك أصبح الاتفاق باطل، لأن هذا الحق مقتصرا على الوكيل فقط من أجل حمايته، دون الخصم الذي يجوز له ذلك.

2-الإفلاس و التسوية القضائية

إن افتتاح إجراءات التسوية القضائية أو إجراءات الإفلاس، تكون بناءا على إقرار التاجر المتوقف عن دفع ديونه في أجالها المحددة، وذلك خلال 15 يوم من تاريخ التوقف عن الدفع، أو يطلب من إحدى دائنيه أو من المحكمة ذاتها، وعليه فإذا قضت المحكمة بإشهار إفلاس التاجر أو بالتسوية القضائية أنتج الحكم آثاره ابتداء من تاريخ صدوره و بعد صدور الحكم لا يمكن له الاتفاق على التحكيم.

2-1 - تصرفاته بعد حكم الإشهار بالإفلاس:

بالرجوع لنصي المادتين224 /1 و 277 القانون التجاري الجزائري نجد أن التاجر المفلس لا يسمح له بمباشرة أي اتفاق يخص التحكيم ابتداء من تاريخ صدور الحكم بإشهار إفلاسه لأنه لم يعد مؤهلا للتصرف أو لتسيير أمواله، فيعين بذلك وكيلا التفليسة، [2]ليتولى بدلا منه مباشرة

[1] الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ:26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري مادة رقم 574

[2] أنظر المادة 1/224 من القانون التجاري التي نصها(في حالة التسوية القضائية لشخص معنوي أو إفلاسه يجوز إشهار ذلك شخصيا على مدير قانوني أو واقعي ظاهري أو باطني مأجور كان أم لا ؟ إذا كان المدير في ظل الشخص المعنوي أثناء قيامه بتصرفاته قد قام لمصلحته بأعمال تجارية أو تصرف في أموال الشركة كما لو كانت أمواله الخاصة .)

هذا الاتفاق على أن لا يخرج عن نطاق الإذن الممنوح لـــه من المحكمة، بينما هذه الجهة المختصة لا تمنح الإذن لوكيل التفليسة إلا إذا قدم القاضـي المنتدب تقريرا يثبت فيه وجود ضرورة تستلزمها مصلحة الدائنين أو المصلحة العامـــــة[1].

أما إذا صدر في حق التاجر المدين حكم بالتسوية القضائية فلا يجوز لــه الاتفـاق على شرط التحكيم بكل حرية، بل يشترط أن يساعده وكيل التفليسة لمباشرة ذلك ، لأنــه هو الأثر المترتب عن حكم التسوية، مع وجوب توفر شرط الإذن الممنـوح من القاضي المنتدب حتى يحق لـه مباشـرة هذا الاتفــاق الخاص بالتحكيــم[2]، وقـد يضـاف إلى هذه الشروط المذكورة سابقا شرط آخر هو وجوب التصديق من المحكمـــة في حالـة مـــا إذا تعـــدت قيمة العقد المتضمنة شرط التحكيم اختصــاص المحكمة (الدرجة الأخيرة) أو كانت قيمة العقد غير معلومــة و قد لا يبقى التاجر المدين محتفظا بنفس الوضعية المقررة عند الحكم عليه بالتسوية القضائية، بل يمكن أن تقيد حرية تصرفه فيصبح غير مؤهل لمباشرة أي تصــرف خاص بأمواله، بما فيها التحكيم إلا إذا تحققت إحدى الحالات المنصوص عليها في القانون والتي يتحول فيها التاجر إلى حالة التسويـة القضائية بعدما كان في حالة التفليسة والتحويل يكون بناءا على حكم آخــر ، كما يمكـن أن يقع التصالح بين المدين والتاجر و دائنيه في إطار عقد الصلح الذي نشأ بينهم على مسألة الديون، وذلك لتحديــد مواعيد استحقاقها، أو تحديد طرق تسديدها، في حين أنه لا ينتج عقد صلح آثاره إلا بعد صدور الحكم القضائي بالتصديق عليه، ويكون هذا الحكم مستوفـي لجميع طرق الطعن فيــه، أي حكم نهائي ليرتب عليه إنهاء مهام وكيل التفليسة، وكذا استرجاع أهلية المدين التاجر في التصرف، وبالتالي يمكن له أن يباشر أي اتفاق خاص بالتحكيم وتبقى

---

[1] راشد راشد الأوراق التجارية الإفلاس و التسوية القضائية طبعة 1999 ديوان المطبوعات الجامعية صفحة 219

[2] أنظر المادة 277 من القانون التجاري التي نصها (يجوز للمدين في حالة التسوية القضائية و بمعرفة وكيل التفليسة و إذن القاضي المنتدب متابعة استغلال مؤسسته التجارية و الصناعية.

و في حالة الإفلاس إذا ارتأى وكيل التفليسة استغلال المحل التجاري لا يكون له الا بعد إذن المحكمة بناءا لتقرير القاضي المنتدب بإثبات أن المصلحة العامة أو المصلحة الدائنين تقتضي ضرورة ذلك

صحيحة، حتى و إن تم إبطال، أو فسخ عقد الصلح ما لم تتعرض حقـوق دائنيـه إلى طرق احتياليـة أو تدليسية الصادرة من المدين.

3- التعهد عن الغير و الأشخاص المتضامنين و الحارس القضائي:

أ- التعهد عن الغير:

فقد تقتضي سرعة المعاملات التجارية أن يباشر شخص لحساب غيره بـإبـرام عقد يتضمـن شـرط التحكيم دون إحرازه على القبول المطلوب قانونا من الشخص الذي أبـرم لحسابه، لخروج هذا التصرف عن نطاق النيابة الشرعية أو القانونية التي تجيز له مباشرة مثل هذه التصرفات، في حين يشترط له أن يضع تعهدا في العقد أثناء إبرامه مـع وجوب إحرازه على موافقة الغيـر (إما يمنح الإذن أو بإجازة الموكل) حتى يرتب هـذا العقـد آثـاره ، و إن لم يحصل على الموافقـة أصبح العقد باطلا ، غير أن المشرع الجزائـري ألزم الكتابـة في القبول بشرط التحكيم وهو ما نصت عليه المادة 1012 قانون الإجراءات المدنيـة و الإدارية.

ب- الأشخاص المتضامنين:

فالدائنين المتضامنين والمدينين المتضامنين لهم كامل الحريـة في قبول ، أو رفض أي اتفاق خاص بشرط التحكيم الذي يبرمه أحد متضامنيهم إذا قبلوا الاتفاق انصرفت إليهم آثاره و إذا رفضوا لا تنصرف إليهم أي آثار له ويبقى الاتفاق صحيحا بالنسبة لمن باشـره فقط .

ج - الحارس القضائي:

يعين الحارس القضائي من طرف المحكمة من أجل عدم ضياع الأموال المتنـازع عنها فيتولى حراستها في حدود السلطات المخولة بذلك، فقد يدعو الأمر أثناء ممارسة مهامـه التي تنتهـي بنهاية التنازع القائم، أن يباشر التصرف الخاص بشرط التحكيم، فيكون هذا التصـرف صحيحا ما لم يخرج عن نطاق الإذن الممنوح له من المحكمة كجهة مختصة.

ثالثا: صحة التراضي.

حصر المشرع المدني عيوب الرضا في الغلط، التدليس الإكراه أو الغبن، بحيث أن هذه العيوب يمكن أن تخل بسلامـة تطابق الإرادتين على اتخاذ التحكيم كطريق بديل لحل المنازعات الممكن حدوثها في المستقبل و المشترط أصلا سلامة الإرادة من تلك العيوب حتى يرتب الرضا آثاره

1-الغلط:

الغلط هو وهم يقوم في ذهن الشخص يحمله على اعتقاد غير الواقع ، فإذا وقع أحد المتعاقدين عند الاتفاق على شرط التحكيم في غلط يمس جوهر التعاقد (كالغلط في القانون أو ذات المتعاقد) [1]جاز له إبطال العقد لأنه لو لم يقع فيه لما أتم التعاقد، قد يخطئ أطراف التعاقد عند الاتفاق على شرط التحكيم عند تحديد اسم الهيئة المراد الاحتكام إليها كون أن الهيئة التحكيمية لا وجود لها على أرض الواقع، لكن محكمو غرفة التجارة الدولية لم يقروا بعدم اختصاصهم لحل هذه المنازعة التي عرضت عليهم، بل فهموا أن هناك خطأ وارد عند الاتفاق، وتم تصحيحه، ومارسوا بعدها مهامهم التحكيمية على أساس وجود شرط التحكيم، وكما ذهب أيضا القضاء الأمريكي تقريبا إلى نفس ما ذهب إليه محكمو غرفة التجارة الدولية، بحيث أقروا أن عدم وجود اسم الهيئة التحكيمية المذكورة في الاتفاق على أرض الواقع لا يعني بطلان شرط التحكيم بل يبقى موجودا .

2-الغش أو التدليس:

لغش هو من العيوب المؤثرة على السلامة الرضائية عند الاتفاق على شرط التحكيم، فلو لا توهم أحد المتعاقدين أو انخداعه جراء تلك الأفعال الاحتيالية أو التدليسية التي قام بها أو تعمد المتعاقد الآخر السكوت عنها أو من يمثله(تمثيل قانوني أو اتفاقي) [2] لما أتم التعاقد، و إن بلغت خطورته إلى هذا الحد جاز له إبطال العقد، أما إذا كان الغير هو المدلس فيشترط في هذه الحالة أن يثبت دراية المتعاقد الأخر بتلك الأفعال التدليسية أو إلزامية التيقن منها حتى يجاز له طلب الإبطال ويحدث أن يتعرض أحد المتعاقدين عند الاتفاق على شرط التحكيم إلى غش، أو تدليس مخطط له من المتعاقد الآخر بقصد سلبه كما حدث في قضية(التورنيك) عندما قامت شركة فرنسية بأفعال احتيالية و تدليسية بقصد سلب أموال شركة كندية، ومن بين هذه الأفعال الاحتيالية التي قامت بها هي تشكيل هيئة تحكيمية لتحقيق ما تصبوا إليه، وكان مقرها فرنسا، في حين أنه تم الاتفاق على شرط التحكيم بين الشركة الكندية والشركة الفرنسية في

[1] علي علي سليمان مرجع سابق صفحة56

[2] علي علي سليمان المرجع السابق صفحة 60

إطار الصفقة المبرمة فيما بينهما مع تحديد تلك الهيئة التحكيمية في شرط التحكيم للاحتكام إليها في حالة النزاع ؛ بعدها قدم طلب التحكيم لفض النزاع القائم ضد الشركة الكندية أمام هيئة التحكيم من طرف الشركة الفرنسية، وبعدها حققت هيئة التحكيم للشركة الفرنسية ما كانت تصبوا إليه من خلال حكمها ضد الشركة الكندية، لكن ذلك لم يدم طويلا لأن أمر الهيئة التحكيمية انكشف، مما أدى بالقضاء إنصاف الشركة الكندية جراء النصب والاحتيال الواقع عليها من طرف الشركة الفرنسية .

3-الإكراه:

الإكراه هو ضغط يتعرض له المتعاقد فيولد في نفسه رهبة أو خوفا يحمله على التعاقد[1] فإذا بلغ عدم الاطمئنان لدى أحد المتعاقدين على نفسه أو ماله أو عرضه أو من يقربه حدا من الجسامة تجعله مرغما على إبرام العقد المتضمن شرط التحكيم، جاز له طلب إبطال العقد إذا ثبت أن سبب عدم الاطمئنان هو المتعاقد الآخر، أما إذا كان من الغير فيشترط أن يثبت دراية أو إلزامية دراية الطرف الآخر بذلك حتى يجاز له طلب الإبطال.

4-الغبن:

هو اختلال التوازن الاقتصادي في عقد المعاوضة نتيجة عدم التعادل بين ما يأخذه كل متعاقد فيه و ما يعطيه [2] و فيما يتعلق بحقوق المؤلف فإن المادة 66 من قانون 05/03 المتعلق بحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة فقد منحت الحق للمؤلف الذي وقع ضحية غبن نتيجة عقد يتعلق باستغلال مؤلفه أن يطلب مراجعة العقد و إذا لم يحصل اتفاق يحق له رفع دعوى قضائية للمطالبة بإعادة التوازن بين الأرباح الناتجة عن استغلال مؤلفه و الأجر الممنوح له إذا لم يكن هناك توازن و يعد باطل كل اتفاق يخالف ذلك[3].

---

[1] علي بلحاج ، مرجع سابق ، ص 115.

[2] علي بلحاج ، مرجع سابق ، ص126.

[3] المادة 66 من قانون 05/03 التي نصها(يحق للمؤلف أن يطالب بمراجعة العقد في حالة غبن يضيع حقه ، و إن لم يحصل اتفاق يحق له رفع دعوى قضائية إذا تبين بوضوح أن المكافئة الجزافية المحصل عليها تقل عن مكافئة عادلة قياسا بالربح المكتسب و يعد باطلا كل اتفاق يخالف ذلك .

يمكن للمؤلف أن يباشر دعوى بسبب الغبن الذي لحق به في أمد يسري مدة خمسة عشر سنة ابتداءا من تاريخ التنازل.

و يجوز للمؤلف المغبون أن يرفع دعوى الغبن خلال خمسة عشر سنة يتم احتسابها من تاريخ التنازل.

و في حالة وفاة المؤلف يمكن لورثته أن يتمسكوا بمراجعة بنود العقد في حالة الغبن و ذلك في خلال مدة خمسة عشر سنة يتم احتسابها من تاريخ وفاة المؤلف.

و في مجال الملكية الفكرية فإن للمخترع مطلق التصرف في حقوقه المكتسبة التي ابرم بشأنها عقود و عليه سنتطرق إلى قابلية حقوق الملكية الفكرية الصناعية للتحكيم .

المطلب الثاني: قابلية التحكيم في حقوق الملكية الصناعية.

إذا كانت الحقوق الأدبية و الفنية تنشأ و يكتسبها المؤلف بمجرد إبداع مصنفه الفني و عرضه للجمهور فإن المخترع في حقوق الملكية الصناعية لا يمكن أن يتحصل على براءة الاختراع ، العلامة التجارية ، اسم المنشأ ، الرسم و النموذج الصناعي و من ورائها حقوقه المادية و المعنوية إلا بعد تسجيل اختراعه لدى المعهد الوطني للملكية الصناعية التي هي سلطة عمومية مختصة و بالتالي فالحقوق المادية و المعنوية متوقفة على إجازة سلطة عمومية متمثلة في المعهد الوطني للملكية الصناعية.

الفرع الأول: الأشخاص الطبيعية و القابلة للتحكيم في الملكية الصناعية.

الملكية الصناعية مجالها الابتكارات الجديدة و الاختراعات التي يتوصل إليها الأشخاص المخترعين و المخترع هو شخص طبيعي توصل بتفكيره إلى ابتكار شيء جديد قابل للتطبيق الصناعي و هذا المخترع كشخص طبيعي يمكنه إبرام عقود تخص اختراعه و لإبرام العقود يجب أن يكون أهلا لممارسة حقوقه و عليه يستوجب منا معرفة الأهلية القابلة للتحكيم في مجال الملكية الصناعية.

1 الأهلية القابلة للتحكيم في أشخاص الملكية الصناعية

تجدر الإشارة إلى أن حقوق الملكية الصناعية تصنف إلى فئتين فئة الابتكارات أو الاختراعات الجديدة و التي تشمل براءات الاختراع ، التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة و الرسوم و النماذج الصناعية و فئة البيانات المميزة و التي تشمل العلامات و قبل التطرق إلى

في حالة وفاة المؤلف يمكن لورثته التمسك بأحكام هذه المادة مدة خمسة عشر سنة تسري ابتداءا من تاريخ وفاة المؤلف.

أهلية المخترعين و أصحاب البيانات المتميزة يتوجب علينا معرفة صفة حامل براءة الاختراع لأن المخترع هو أصلا مبدع الشيء، غير أن ذلك لا يجعـــل منه حامـــــــلا للقب براءة الاختراع، إذ يعود هذا اللقب وفقا[1] للأمر رقم 07/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بحماية الاختراعات، إلى الأسبقية في طلب البراءة أو ذو أقدم أولوية إليها وفقا للمادة 13 منه.

لذا فإنه على المخترع الإسراع بإتمام إجراءات الحصول على البراءة و الحرص على عدم كشف اختراعه للغير حتى لا يستحوذ عليه فيسبقه إلى حقه؛ و في حالة وقوع مثل هذا الانتحال لصفة المخترع فإنه يكون على صاحب الحق إثبات اغتصاب اختراعه قضائيا .

إن براءة الاختراع تمنح صاحبها حقوقا لاستغلال اختراعه بشكل استئثاري، كما تمنحه حق نقل هذه الحقوق إلى الغير و التعاقد بخصوصها بمنح رخص تعاقدية لاستغلال الاختـــراع[2] و إن النزاعات القائمة بشأن استغلال هذه الحقوق و التعاقدات المبرمة بخصوصها قابلة للتحكيم فيها فمن آثار الحصول على براءة الاختراع حق صاحب البراءة في التصرف في البراءة بأن تكون محلا للتصرفات القانونية الناقلة للحقوق و بذلك ينقل الحق في البراءة بمقتضى عقد من عقود المعاوضة أو التبرع[3] وفقا لما جاء في المواد 36 إلى 50 من قانون 07/03 .

و ليتمكن المخترع من إبرام العقود و استغلال ابتكاره وجب عليه أن تكون إرادته سليمة.

---

[1] المادة 13 من الأمر 07/03 التي نصها(عدا حالة إثبات قضائي للانتحال ، فإن أول من يودع طلبا لبراءة أختراع أو أول من يطالب بأقدم أولوية لمثل هذا الطلب ، يعد هو المخترع و عند الاقتضاء ، فإن هذه الصفة ترجع لخلفه)

[2] نسرين شريقي حقوق الملكية الفكرية حقوق المؤلف و الحقوق المجاورة حقوق الملكية الصناعية دار بلقيس للنشر طبعة 2014 ص92

[3] راجع المادة 36 من قانون 07/03 المتعلق ببراءات الاختراع التي نصها (تكون الحقوق الناتجة عن براءة اختراع أو عن براءة اختراع أو/ شهادات الإضافة المحتملة المتصلة بها قابلة للانتقال كليا أو جزئيا.

تشترط الكتابة في العقود المتضمنة انتقال الملكية أو التنازل عن حق الاستغلال أو توقف هذا الحق أو رهن أو رفع الرهن المتعلق بطلب براءة اختراع أو ببراءة اختراع وفقا للقانون الذي ينظم هذا العقد و يجب أن تقيد في سجل البراءات .

لا تكون العقود المذكورة في الفقرة أعلاه نافذة في مواجهة الغير إلا بعد تسجيلها.)

أولا –الرضا و الأهلية

لكي يتحقق الرضا عند التعاقد يجب تطابق إيجاب وقبول كل من المخترع ، و الطرف المتعاقد معه لإحداث أثر قانوني، وتلتقي إرادتا المتعاقدين إما بشكل اتفاق ابتدائي ، وهو اتفـــاق بسيط وسري أو وعد فردي بالتعاقد يلتزم بموجبه صاحب البراءة أو العلامـــة بالتنـــازل عن حقه مقابل موافقة المستفيد، ويجب أن يكون الرضا خاليا من عيوب الإرادة وإلا كان باطلا،إضافة للرضـــا يجب أن يتمتع المخترع المتعاقد ، بأهلية لإبرام العقد، وهي أهلية التصرف بالبيع وأهليـــة الأداء، بمعنـــى التمتع بسن التمييز ، ويجب أن لا يعترض هذه الأهلية عارضا من عوارض الأهلية.

و قد يكون المخترع مميز لكنه غير راشد فتكون تصرفاته دائرة بين النفع والضرر فإنه لا يجـــوز للمخترع الناقص للأهلية التعاقد إلا بوجود ولي أو وصي.

إن المخترع الراشد و باعتباره شخص طبيعي فإنه بإمكانه إبرام ما يشاء من تصرفات قانونية فالمخترع بعد أن يقدم طلب البراءة الذي يخص ابتكاره الجديد الناتـــج عن نشـــاط اختراعـــي و القابل للتطبيق الصناعي و المشروع الغير مخالف للنظام العام و الآداب ، و بعد أن يقدم طلب الحصول على البراءة و يتحصل عليها و التي يسلمها له المعهد الوطني للملكية الصناعية باعتبارها سلطة عامة و التي بموجبها يتمكن من ممارسة حقه في الاستغلال الاحتكاري لاختراعه و يشترط في مقدم طلب براءة الاختراع أن يكون مؤهلا لممارسة حقوقه المدنية و القيام بالتصرفات القانونية كإبرام العقود ، فالمخترع له حقوق يتمتع بها وعليـــه واجبات تلزمه لكـــن لا يحق له القيام بالتصرفات القانونية ما لم يصل مرحلة معينة تجيز له ذلك و تمكنه من القيـام بجميع التصرفات القانونية لقد حدد المشرع الجزائري فـي نـــص المادة 40 من القانون المدني و هي بلوغ 19 سنة كاملة، واشترط عليه سلامة عقله.

ويكون الشخص المخترع مؤهلا للاتفاق علـــى شرط التحكيم متى توافـــرت فيـــه الشـروط المنصوص عليها في نص المادة 40 من القانون المدني الجزائري التي تنص على[1] (كـــــــل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشـــرة حقوقه

[1] علي علي سليمان ، مرجع سابق ، ص 49

المدنية و سن الرشد تسعة عشر سنة كاملة) و هذا يعني أن أسباب الحجر تترتب على عوارض الأهليـــة و هي صغر السن و العته و الجنون و السفه .

المبحث الثاني: قابلية الأشخاص الاعتبارية للتحكيـــم.

الأشخاص الاعتبارية هي مجموعة من الأموال و الأشخاص و قد تكون عامة تهدف إلى تحقيق الصالح العام ، كما قد تكون شخصية اعتبارية خاصة تهدف إلى تحقيق مصالح خاصة و عليه فإننا سنتطرق إلى قابلية الأشخاص الاعتبارية العامة للتحكيم التي عرفها المشرع الجزائري في المادة 49 من القانون المدني.

المطلب الأول: قابلية الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم.

الأشخاص المعنوية العامة وهي الدولة أو الأشخاص المعنوية التي تتبع الدولـة ، ويمكـن تعريفها بأنها مجموعة الأشخاص والأموال التي تنشأ من قبل الدولة بموجب نظام، ويكون لهـا هدف مشروع ، وتكون نشأتها وانتهاؤها بموجب نظام و تنقسم الشخصية المعنوية العامة إلى عدة أقسام

– الشخصية المعنوية الإقليمية وهي تلك الأشخاص التي يتحدد اختصاصها بنطاق جغرافي معين

– الشخصية المعنوية المرفقية أو المرافق العامة وهي أشخاص يتحدد نوعها علـى أساس النشاط او الخدمة التي تقدمها .

فالشخص المعنوي العام يتميز بماله من السيادة و امتيازات السلطـة العامـة ويمنحـه القانـون الشخصية المعنوية وفقا للمادة 49 من القانون المدني[1] فللـدولة شخصيـة معنوية، وتنشأ

[1] أنظر المادة 49 من القانون المدني الجزائري (قانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يوليو 2005 التي نصها (الأشخاص الاعتبارية هي:

الدولة ، الولاية ، البلدية

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري،
- الشركات المدنية و التجارية،
- الجمعيات و المؤسسات ،
- الوقف،
- كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية

بمجـــرد توافـــر عناصرها من شعب وإقليم وحكومة ذات سيادة [1] ، الولايـــــــة تتمتع بالشخصية المعنويـة إذ نصت المادة الأولى من قانـــون الولاية على أن الولاية جماعة عمومية إقليمية ذات شخصيـــــة معنويـة واستقلال مالي يديـــرها والي، و البلدية تتمتع بشخصية مستقلة فهي ليست فرعـــا من الحكومـــة المركزية ولا من الولاية ويمثلهـــا رئيس البلدية وتثبت الشخصية المعنوية العامة للبلديـــة بمقتضى القانون إلى جانب الدولة والولاية والبلدية يمثل الشخص المعنوي العام كذلك الأشخاص المعنويـــة المرفقيـة أو المصلحية أو المؤسسات فإذا كان اختصـاص الشخص المعنوي العام الإقليمـــي مقيدا بحدود إقليميـة فإن اختصاص الشخص المعنوي المصلحـي أو المرفقي مقيد بالغـرض الذي أنشأ من أجلـه و مادامت الشخصية المعنوية العامـــــــة لها استقلال مالي فهل هي مؤهلة قانونا لإبرام العقـــود و الاتفـاق على التحكيم؟ لمعرفـــــة ذلك يتوجب علينا معرفـــة أهليتهـــا و قابليتها للتحكيم.

الفرع الأول: أهلية الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم.

دأبت الدولة على توفير مناخ قانوني مناسب لجذب الاستثمارات على إقليمهـــا، من خـلال إبرامهـــا لعقود استثمار توفر فيها قدرا معتبرا من الحماية القانونية لحقوق المستثمريـــن الأجانب من جهـــة مقابل مساهمة هذه الاستثمارات في التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة من جهـــــة أخرى ، إلا أن نهاية هذه الاستثمارات قد تعتريها نزاعات ، و يتطلب ذلك تدخل محكمة مختصة لفضه.

و نظرا لعدم ثقة المستثمر الأجنبي بحيادية قضاء الدولة المتعاقدة ، سعـــى المجتمع الدولي من خلال العديد من الاتفاقيات الدولية إلى إيجاد طرق ودية و بديلة عن القضاء التقليدي لحـــل هـــذه النزاعات التي قد تنشأ من جراء مخالفة الدولة أو المستثمر لأحد التزاماتهمـــــــا في عقد الاستثمار.

و اعتبارا لذلك، يعد التحكيم التجاري الدولي أحد أهم أساليب التسوية الودية، باعتباره نظام لعدالـة خاصة، يسمـح بسحب الاختصاص في حل نزاع معين مـــن المحاكم الوطنيـة لصالح أشخـاص خواص، يختارهم الأطراف أنفسهم من حيث المبدأ العام .

[1] علي علي سليمان ، مرجع سابق ، ص 49.

فهو بذلك يتمتع بدور هام في تسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات و عامل جذب رئيسي للاستثمار الأجنبي، و محط أنظار المشرع على الصعيد الدولي و الداخلي.

فعلى الصعيد الوطني، عرفت الجزائر التحكيم منذ الاستقلال، لأنه بعد الاستقلال مباشرة غير المستعمر الفرنسي القوانين الخاصة بالمحروقات و كرس مبدأ الحقوق المكتسبة عن طريق اتفاقيات افيان فبعدما كانت المنازعات الخاصة بالمحروقات تؤول إلى مجلس الدولة الفرنسي أصبحت تخضع إلى التحكيم الدولي، انتقل الاختصاص القضائي من مجلس الدولة الفرنسي الى التحكيم الدولي عوض آن ينتقل إلى المحكمة العليا الجزائرية و ذلك من أجل ان لا تكون المحاكم الجزائرية مختصة [1] مما ، جعل قضاء التحكيم يتأثر سلبيا أمام المنظومة القانونية الرافضة لخضوع الدولة المستقلة له .

و مبرر ذلك التوجه الاقتصادي الاشتراكي آنذاك، و مفهوم السيادة التقليدية و في القوانين السارية، أولى المشرع أهمية بالغة عند تنظيم أهلية أشخاص القانون العام للجوء إلى التحكيم نظرا للأهمية التي توفرها هذه الأهلية لأطراف العلاقة التعاقدية .

فإن كان المستثمر الأجنبي ينتظر الحماية القانونية لاستثماره من تعسف القضاء الوطني فإن أهمية هذه الأهلية بالنسبة لأشخاص القانون العام و الدولة خصوصا لا تقل عن غيرها فهي تساعد على حل النزاع المتعلق بالمشروع الاستثماري بطريقة سلسة بعيدة عن إجراءات القضاء المعقدة، مما يساعد على تنفيذ الاستثمار، و تحقيق الأهداف المرجوة منه.

ومن أجل ذلك، عمل المشرع في المادة 17 من قانون الاستثمار [2] على التصريح بهذه الأهلية و هذا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف و في حالة وجود اتفاقية بين الطرفين على تسوية النزاعات عن طريق تحكيم خاص، غير أن هذه الأهلية ليس بالإباحة المطلقة، فقد تواجه من الناحية الإجرائية بعض الضبط، لكي لا نجزم من البداية أنها قيود و حضر قانوني.

[1] عليوش قربوع كمال ، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون، الطبعة 3 لسنة 2005 صفحة 2.

[2]

و على هذا الأساس ضبطت المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية [1]أهلية الدولة وأشخاص القانون العام الأخرى لطلب التحكيم، من ناحيتين، تمثلت الأولى في ضبط الأشخاص المعنوية العامة في الخضوع للتحكيم، ما يسمى فقهيا القابلية الشخصية للتحكيم أما الناحية الثانية فتعلقت بقابلية محل النزاع لفصل فيه أمام التحكيم مراعيا في ذلك عدم مخالفة قواعد النظام العام.

فقابلية الشخص المعنوي العام للتحكيم هو تمتع أطراف النزاع أمام هيئة التحكيم بالأهلية القانونية للنظر في النزاع، كطريقة من طرق فض النزاعات و تمنح هذه الإجازة لأشخاص القانون العام غالبا لفض منازعات الاستثمار، و بصفة عامة بالنزاعات الناتجة عن تطبيق عقود الدولة و تتأصل أهلية أشخاص القانون العام الجزائرية، من أسس تاريخية و اقتصادية أثرت على استقرار الأهلية القانونية في الخضوع للتحكيم.

لقد كانت الدولة الجزائرية في وقت سابق ترفض التحكيم و تكرس عدم قابلية الشخصية المعنوية العامة للتحكيم و ذلك لأسباب تاريخية، و اقتصادية ساهمت في بلورة قناعتها في الاعتراف بقابلية أشخاص القانون العام للتحكيم.

أولا: عدم قابلية الشخصية المعنوية العامة للتحكيم وفقا للعامل التاريخي

بعد الاستقلال مباشرة ، بقي قطاع المحروقات الميدان الحساس في العلاقات الجزائرية الفرنسية خاصة بعدما كرس المستعمر الفرنسي مبدأ الحقوق المكتسبة عن طريق اتفاقية افيان و هذا نتيجة افتقار الجزائر للتقنيات الحديثة لتسيير قطاع المحروقات ، ما دفع الدولة الفرنسية إلى إحالة الاختصاص في حل المنازعات المتعلقة بالمحروقات، التي كان يفصل فيها مجلس الدولة الفرنسي أثناء فترة الاستعمار، إلى التحكيم الدولي ، عوضا من الانتقال إلى المحكمة العليا الجزائرية ، وهذا حفاظا على مصالحها الاقتصادية في الجزائر.

---

[1] أنظر المادة 1006 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية التي نصها (يجوز لكل اللجوء الى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.

لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم .

و لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ، ما عدى في علاقاتها الاقتصادية الدولية ، أو في إطار الصفقات العمومية.

من الملاحظ، أن القابلية الشخصية للتحكيم بالنسبة لأشخاص القانون العام كانت منحصرة في المنازعات المتعلقة بميدان المحروقات، لاعتبار أنه المجال الأكثر حيوية و حداثة في تلك الفترة ما جعل الدولة بحاجة إلى استغلاله بوسائل تقنية حديثة لم تكن تملكها بسبب مخلفات الثورة التحريرية من جهة، و من جهة أخرى، العقود البترولية التي أبرمتها الدولة الفرنسية و التي بقيت سارية بعد الاستقلال ، ما قد يكلف الدولة الجزائرية في حالة فسخها لتلك العقود تعويضات تقع على عاتق الخزينة العمومية الجزائرية كل هذه الأسباب جعلت الدولة تتغاضى عن تعديل أو إلغاء التشريعات الفرنسية التي بقيت سارية رغم وضوح نية المستعمر في الحفاظ على الروابط الاقتصادية الفرنسية بالبترول الجزائري، و تخوفه من استرجاع الجزائر لسيادتها على هذا القطاع ، عند إخضاع مثل هذه العلاقات الاقتصادية للتحكيم الدولي بدلا من القضاء الجزائري ، ما يؤكد أن أهلية الدولة كشخص معنوي عام في الخضوع للتحكيم الدولي في هذه الفترة ، كان مفروضا على الدولة الجزائرية و ليس خيارا.

تدارك المشرع الجزائري الوضع، بالتراجع عن فكرة التحكيم نهائيا، باتخاذ موقف رافض و مناهض له خاصة عندما تكون احد أشخاص القانون العام طرفا في المنازعة و كان هذا بصدور الأمر رقم 66 /154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المؤرخ في 1966/06/08 و ذلك في [1]المادة 442 فقرة 3 و يرجع الدافع وراء استغناء الدولة عن قابليتها الشخصية للتحكيم في هذه المرحلة إلى تمسكها بمفهوم استرجاع السيادة، التي هدفت إليها الثورة التحريرية فخضوع أشخاص القانون العام للتحكيم سيؤدي إلى المساس بسيادة القانون الوطني، مما استوجب رفض كلي للتحكيم كقضاء موازي، و تجنب فرضية تطبيق قانون أجنبي على الدولة صاحبة الكيان السيادي.

واقعيا لم تتوقف الدولة عن اللجوء للتحكيم، رغم إسقاط أهليتها ، إلا بعد استرجاع سيادتها الكلية على قطاع المحروقات، بعد تأميمه سنة1971 حيث أن تفوق إرادة الأطراف على التشريع و إعمال مبدأ قدسية العقد عند إبرام الدولة لاتفاقية التحكيم، في المرحلة الممتدة بين صدور قانون الإجراءات المدنية سنة 1966إلى غاية تأميم المحروقات سنة1971 غير مبررة لأن

[1] أنظر الأمر رقم 66/154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المؤرخ في:1966/06/08 المادة 3/442 التي نصها (لا يجوز للدولة و لا لأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم)

القابلية الشخصية للتحكيم قد شابها عيب قانوني، و هو عدم توفر الأهلية القانونية و التي توقف بالضرورة التعبير عن الإرادة عند إبرام اتفاقية التحكيم و من ثم عدم الاعتراف بحكم هيئة التحكيم أمام القضاء ، بسبب عيب قد شاب اتفاقية التحكيم في حد ذاتها.

لم تستقر أهلية أشخاص القانون العام في الخضوع للتحكيم إلا في ظل الأمر 71/24 المتضمن القانون الأساسي للمحروقات الجزائرية[1]، حيث أخضعت النزاعات الناشئة بموجب العقود المبرمة بين الدولة و المستثمرين الأجانب للقانون الوطني الداخلي، و من ثم القضاء الوطني المختص و هو سواء الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا الجزائرية ، إذا ما كانت الدولة طرفا في العقد، و إلى اختصاص الغرفة الادارية على مستوى المجالس القضائية ، فيما إذا تعلق النزاع بمؤسسة سونطراك آنذاك بهذا الشكل تم إلغاء قانون البترول الصحراوي لسنة 1958 و استعادة اختصاص المحاكم الجزائرية على جميع منازعات المحروقات.

لقد تشبث المشرع الجزائري بعدم القابلية الشخصية للتحكيم، لحقبة من الزمن ، قدمت فيها الحكومة سياسة التأميم كمبرر و أساس للأعمال السيادية إلا أنها تراجعت عن موقفها خاصة بعد حدوث الأزمة الاقتصادية الناتجة عن نزول سعر البترول في السوق الدولية.

ثانيا : تكريس قابلية الشخصية المعنوية العامة للتحكيم وفقا للعامل الإقتصادي

لعبت العوامل الاقتصادية ، دورا هاما في تحديد مدى خضوع أشخاص القانون العام للتحكيم سواء الدولي أو الداخلي فطبيعة الاقتصاد المزدوج بين الدولة الجزائرية و الفرنسية إبان الاستقلال، و الذي هيمنت عليه فرنسا هو الذي أوجد لاحقا الخيار الاقتصادي و الاجتماعي و الذي منح دورا أساسي للدولة بصفتها المحرك الأساسي للتطور و بالتالي المتعامل الوحيد في التجارة الدولية كان هذا العامل نتيجة حتمية لانتهاج الدولة النظام الاشتراكي بعد الاستقلال مباشرة ، سعيا منها للنهوض بالاقتصاد الوطني من خلال التدخل الاحتكاري في مجالات اقتصادية متنوعة، و بصفة خاصة احتكار التجارة الدولية.

ومن ثم كان التحكيم الداخلي إجباريا بين الشركات الوطنية الاشتراكية سابقا ، أما الدولي

[1] أنظر الأمر رقم :24/71 المؤرخ في:16 صفر 1391 الموافق لـ:12 ابريل 1971 المتضمن تعديل المر رقم:1111/58 المؤرخ في 22نوفمبر 1958 و المتعلق بالبحث عن الوقود و استغلاله و نقله بواسطة القنوات و بالنظام الجبائي الخاص بهذه النشاطات، الجريدة الرسمية العدد 30 الموافق لـ:13 ابريل 1971 ص،429.

فالواقع أثبت أن فقط المؤسسات العمومية هي المؤهلة للخضـــوع له، دون إمكانيـة تمييزها عـــن الدولة التي تمارس عليها وصاية ، على أساس ذلك تكون الحقائـق دائما معروفـــــة ، فبعد أن كانت حداثة الدولة و الظروف الاريخية سببا في عدم قابلية لجوء الدولـة إلى التحكيـــم ، تأتـي حقيقة أخرى وقفت أمامها الدولة لتعيد نظرتها حول مـوضوع النزاعات الناشئة بموجب علاقاتهـا الاقتصادية الدولية، لكن عامل عودة التحكيم للمنظومة القانونية الجزائرية اختلف ليأتي الاعتراف بأهلية للدولة في الخضوع للتحكيم، نتيجة توجه الدولة لاقتصاد السوق ،عملها على فتـــح السوق الاقتصادية أمام الاستثمار الخارجي، و تشجيعه وهو ما كرسته الجزائر في قانون الاستثمار[1] رقم 93 في المادة 41 منه[2] التي كانت بمثابة منعرج مهم لرجوع الجزائر الى التحكيم الدولي و هـذا ما تضمنته المادة التي نصت على أن المبدأ هو من اختصاص المحاكم لجزائرية أما الاستثنـــاء فهو للجوء إلى التحكيم الدولي[3].

ثالثا:التكريس القانوني الدولي لقابلية الشخصية المعنوية للتحكيم

لأهلية أشخاص القانون العام في الخضوع للتحكيم تكييفا قانونيـــا دوليـا ، إذ يعبر عـــن موقف الدولة من اللجوء للتحكيم على المستوى الدولي ، و الذي يعتبـر بدوره السانـــد الرئيسي في صناعة أحكاما قانونية منظمة لهذه الأهلية داخل التشريـع الوطني و من بين العوامل الدوليـة التي كرست قابلية الشخصية المعنوية العامة للتحكيم.

1 – تنظيم اتفاقية واشنطن لأهلية أشخاص القانون العام في الخضوع للتحكيم

إن الدولة في عالم الأعمال الدولية ، ليست فقط مشرعـا أو قاضيا، بل تستطيع أن تكـون

---

[1] المرسوم التشريعي رقم:12/93 المؤرخ في:19 ربيع الثاني 1414 الموافق لـ:05 اكتوبر 1993 يتعلق بترقية الاستثمار الجريدة الرسمية العدد 64 .الموافق لـ:10 اكتوبر 1993 ص، ص 03-10

[2] أنظر المادة 41 من قانون الاستثمار 12/93 التي نصها (يعرض أي نزاع يطرأ بين المستثمر الأجنبي و الدولة الجزائرية إما بفعل المستثمر و إما نتيجة لإجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده على المحاكم المختصة ، الا إذا كانت هناك اتفاقيات ثنائية او متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالصلح و التحكيم أو اتفاق خاص ينص على شرط التحكيم أو يسمح للأطراف بالاتفاق على إجراء الصلح باللجوء الى تحكيم خاص.)

[3] عليوش ، قربوع كمال ، مرجع سابق ، ص 10

متعامل اقتصاديا دوليا و يزداد مركزها أهمية عند إبرامها لعقود استثمار دولية ، لـــذا فإن نظـــرة الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم ، لم تهمل إطلاقا مركز الدولة في المنازعة التحكيمية التـــي تربطها بأشخاص القانون الدولي الخاص، لما لهـا من أهلية التصرف و أهلية التعاقد ، و مـن ثم أهلية التقاضي على الحقوق التي تكتسبها على إقليمها و المتنازع عليها.

فالدولة المقصودة في هذه الاتفاقيات هي الدول المصادقة عليها فقط ، و هذا ما أشـــارت إليـه اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الـدول و رعايـا الدول الأخـــــرى في مقدمتها و التي جاءت فيها" :إن الدول المتعـــاقدة ...تأخـذ فـي الاعتبار أن المنازعـــات يمكـن أن تنشأ في أي وقت بشأن الاستثمارات بين الدول المتعاقـــدة و رعـــايا الدول المتعاقدة الأخرى " ... و ما أكدته أيضـا المادة الأولى منها عنـد نصها على الغرض من إنشاء المركز الدولـــي لتسوية المنازعات المتعلقـة بالاستثمارات، حيث جاء فيهـا "...غرض المركـــز هو توفير طريقـي التوفيق و التحكيم من اجل تسويـــة المنازعات المتعلقـة بالاستثمارات، التي تقـــوم بين الدولـــة المتعاقدة من ناحية و رعايا الدول المتعاقـــدة الأخـــرى من ناحية ثانية، طبقا لأحكام الاتفاقيـــة الحالية[1]".

و على أساس ذلك، يظهر أن تنفيذ أحكام هذه الإتفاقية أو التنازع أمـــام المركـــز الدولي لتسويـة المنازعات المتعلقة بالاستثمارات ، يكون ملزما فقط على أطراف هذه الاتفاقيـة من الدول و من ثم يسري على رعاياه من المستثمرين المتعاقدين مع دول أجنبيـة و يحسب لها أنها مـددت من أهليـة الدولة في الخضـوع للتحكيم لتشمـل المؤسسات والهيئات العموميـــــة التابعة لها تحت شرط عدم اعتراض الدولة على ذلك.

2 – امتداد أهلية الدولة في الخضوع للتحكيم لأشخاص القانون العام الأخرى

إن امتداد أهلية الدولة في إبرام اتفاق التحكيم و الخضـــوع لهيئـــة تحكيميـــة إلى الهيئات و المؤسسات العامة التي تبرم عقود استثمار دولية، يتوقف حسب الاتفاقية ، على إقـرار الدولـــة تبعية هذه المؤسسات ، فالدولة المؤهلة للامتثال أمام المركز الدولي لتسوية نزاعـات الاستثمارات بين الدول و رعايا دول أخرى ، أن تعين الجهات الإدارية التابعة لها، و التي تمتد لها أهليتهـــا

[1] أنظر اتفاقية واشنطن المتضمنة تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول المتعاقدة و رعايا الدول الأخرى أمام الركز الدولي في:18مارس1965.

في أن تكون طرفا في إجراءات التحكيم أمام المركز، تعيينا رسميا، مع شرط مصادقة الدولة على اتفاقية التحكيم الصادرة عن الهيئة الإدارية التابعة لها، غير أن اعتبار أهلية الدولة هي نفسها أهلية الأشخاص العامة المعنوية، ستتعارض لا مجال مع الاستقلالية التي تتمتع بها بعض المؤسسات والهيئات العامة، خاصة لما للدولة من سلطة تقديرية مطلقة في تحديد نوع الاستثمارات غير القابلة للفصل في منازعاتها أمام المركز دون إبلاغها.

رابعا :القابلية الشخصية للتحكيم استناد لأحكام القانون الداخلي

بعد أن كان الأمر 154/66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية[1] يعترف للأشخاص المعنوية التابعين للقانون العام بطلبهم للتحكيم في علاقاتهم التجارية الدولية و ذلك في المادة 2/442 إلا أنه و بصدور المرسوم التشريعي 09/93 استبدل المادة : 442 بأحكام المادة: 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي نصها (**يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها.**

و لا يجوز التحكيم في الإلتزام بالنفقة و لا في حقوق الإرث و الحقوق المتعلقة بالمسكن و الملبس و لا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم.

و لا يجوز للأشخاص المعنوية التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية[2] "

أزال هذا النص اللبس والغموض على أهلية الدولة في اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي فلم يكن إصدار المرسوم التشريعي09/08 خروج من مرحلة المنع و الحظر إلى مرحلة الإجازة والإباحة ، باعتبار أن المشرع الجزائري لم ينكر التحكيم التجاري الدولي، بقدر ما هو نقلة نوعية للنظام القانوني التحكيمي الجزائري .

المطلب الثاني: قابلية الأشخاص المعنوية الخاصة للتحكيم

يقصد بالشخص المعنوي بأنه مجموعة من الأموال أو الأشخاص اعترف لها القانون بالشخصية القانونية، أي بأهلية اكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات، وينظر إلى هذه المجموعة

[1] قانون 66/154 المتضمن قانون الاجراءات المدنية مرجع سابق

[2] أنظر المادة 1006 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية

بشكل مجـرد عن الأشخاص الطبيعيين أو العناصر المكونـة لهـا وقد سمـــي صاحب مثل هذه الشخصيـة بالشخص المعنوي تمييزاً لـه عن الشخص الطبيعي (الانسان) و قد عرفهـــا القانــون المدني الجزائري في المادة 50 [1]الشخصية المعنويـــــة الخاصة و هـي الأشخاص القانونيـــــة التي لا تتبع الدولة بل تتبع الأفـــراد والجماعـــات الخاصة وتهدف بصـــورة أساسيـــــة إلى تحقيق مصالح فردية خاصة، تتميز مـن حيث طريقة وأداة إنشائها و خضوعها لرقابـــة الدولـة و يكون إنشاؤها بموجب قـرار من الجهة المختصة و يمكن تعريفها بأنــها هي تلك التي يكونــها الأفراد سـواء لتحقيـق غرض خاص بهم أو بغرض يعود بالنفع العام وهي على نوعين مجموعات الأشخاص ومجموعات الأفراد مثالها: الشركات التجارية ، الجمعيات المدنيـــة الخاصـــة.

الفرع الأول: أهلية الأشخاص المعنوية الخاصة القابلة للتحكيم.

مما لا شك فيـــه هـــو أن كل شخص مسئول أمام القانـــون عن تصرفاته و عـــن طرق كسب حقوقه الشرعية و القانونيـــة، و من دون شك أن لكل إنسان تصرفات نافعة له و تصـرفات ضـــارة لـــه ، و الشخص يكون مسئول عن كل تصرفاته أكانت ضارة أو نافعة إذا كانت له إرادة حـــــــرة و الإرادة الحرة تكون إذا كانت أهليته سليمة ، و عليـه فإن الشخص المعنـوي الخاص تبـدأ أهليته من تاريخ صدور قرار اعتمادها رسميا[2] ، غير أنه يجب التذكير أنـــه هناك استثنـــاء

---

[1] راجع المادة 50 من القانون المدني الجزائري التي نصها(يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان، و ذلك في الحدود التي قررها القانون يكون لها خصوصا

– ذمة مالية

– أهلية في الحدود التي يعينها عقد غنشائها أو التي يقررها القانون .

– لشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج و لها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها في نظر القانون الداخلي في الجزائر

– نائب يعبر عن إرادتها

– حق التقاضي.

[2] راجع الأمر رقم: 59/75 المؤرخ في:25 سبتمبر1975 المتضمن القانون التجاري في المادة 549 منه التي نصها (لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية الا من تاريخ قيدها في السجل التجاري و قبل إتمام هذا الإجراء يكون الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة متضامنين من غير تحديد أموالهم إلا إذا قبلت الشركة بعد تأسيسها بصفة قانونية دون أن تأخذ على عاتقها التعهدات المتخذة فتعتبر بمثابة تعهدات الشركة منذ تأسيسها)

بحيـث يمكن لشخصية معنوية خاصة ممارسة حق الطعن في عدم اعتمادها أو رفع دعــوى أمام الجهــات القضائية المختصة للطعن في قرار إلغاء اعتمادها.

إن الشخص المعنوي الخاص يهدف من وراء إنشائـــــه تحقيق خدمـــة خاصة، وتسمى و يقصد بهـا الجمعيات والنقابات و الشركات المدنية والتجارية والتي تعترف لها الدولة بالشخصية الاعتباريــة لتحقيق أهداف خاصة ، و تعتبـر الجمعيات والشركـــات المدنيـــة أشخاص معنوية خاصة سوء كانت ذات طابع خيـري أو مدنـي، وأن نشاطهـا لا يهـــدف إلـــى تحقيق الربـــح أو المضاربة على المواد التجارية ومن جهة أخرى طبيعــة عمل الشركة و موضوعها الذي يحدد في عقد تأسيسها موضوعها أو بالأحرى نشاطهـا التجـاري كقيامها بعمليات الشـراء والبيع و على العكس مـن ذلك إذا كـان موضــوع الشركة هو القيام بالأعمـــال المدنيــة أو الزراعية ، أو إدارة معهد تعليمي مثلا فإنها تكون شركة مدنية.

إضافة إلى ذلك فقد عرف التشريع الجزائري ما يسمى بالتجمعات الاقتصادية وعليه فإنـه يجـــوز لشخصين معنــوي أو أكثر أن يؤسسوا فيما بينهم كتابيا ولفترة محدودة تجمعا لتطبيق كل الوسائل الملائمة لتسهيل النشاط الاقتصادي و يتمتع هذا التجمع بالشخصية المعنويــة وبالأهلية التامـــة من تاريخ تسجيله في السجل التجـــــاري.

إذن ومن خلال هذه المفاهيم الأولية والتي حاولنا استبعـــاد مختــلف الأشخـاص المعنوية الخاصة التي لا تمثل الجانب الأكبر في الحياة التجاريـة واقتصرنـــا على دراســـة أهلية الشركـة التجارية باعتبارها شخص معنوي خاص بالغ الأهمية .

أولا: الشركـــة

إن مزاولة التجارة لا يقتصر على التجار الأفراد، بل يتعداه ذلك إلى جماعة مـن الأشخاص فـــي شكل نظام قانوني هو الشركة التجارية، وإن كان هذا النظام أقل عدد من التجـــار الأفـــراد فإنهـا ضم معظم المشروعات التجارية والمالية والصناعية الكبيرة و المتوسطة، والتـــي تتجـــاوز مقدار الفرد الواحد ويتعذر تحقيقها إلا بجمع جهـود و أمـــوال عدد كبيـــر من الأفـراد ، و يترتب على شخصية الشركة المعنوية نشوء أهليتها في حدود الغرض الذي وجدت من أجلـــــه، وقبـــل التطرق لأحكام هذه الأهلية وجب علينـــــا تعريـــف الشركة و تحديد أنواعها.

1- تعريف الشركة

عرفها المشرع الجزائري بنص المادة: 416 من القانون المدني أنها :" عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك[1] " ويخلص من هذا التعريف أن الشركة عقد يجب أن يتوفر على الأركان العامة في العقد وهي الرضا وهو التعبير عن إرادة المتعاقدين والمحل وهو موضوع الشركة والسبب أي الدافع إلى التعاقد كما يجب أن يتوافر على أركان خاصة وهي أن يصدر العقد من شخصين فأكثر و أن يقدم كل منهم حصة في الشركة، وأن يقتسم كل منهم أرباح المشروع وخسائره و يضاف إلى ذلك ركن آخر هو أن تتوافر بينهم نية الاشتراك أي رغبة الشركاء في التعاون لتحقيق غرض الشركة.

ولا يكفي توفر هذه الأركان لإبرام عقد الشركة، إذ لا بد أن يكون الرضا المذكور سلفا صادر من ذي أهلية ، وهذه الأخيرة تحدد وفق الغرض الذي وجدت من أجله الشركة، وعليه فلها أن تكتسب أموالا جديدة وأن تتصرف في أموالها القائمة وأن تتعامل مع الغير فتصبح دائنة أو مدينة و بالرجوع لنص المادة 2/564 من القانون التجاري التي أجازت تكوين شركة تجارية تضم شخص واحد« ... إذا كانت الشركة ذات المسؤولية المحدودة لا تضم إلا شخصا واحد (كشريك وحيد) تسمى هذه الشركة "مؤسسة ذات الشخص الوحيد و ذات المسؤولية المحدودة" إذن مفهوم العقد لم يعد ذا أهمية كبيرة في تكوين الشركة كما لها أن تساهم في شركة أخرى و أن تتقاضى وتقاضي أمام القضاء بواسطة ممثلها القانوني دون حاجة إلى إدخال الشركاء وهذا ما يجعلها تكتسب أهلية تجارية.

2 -أهلية الشركة

إن أهلية الشركة محددة بالأعمال اللازمة لتحقيق الغرض من إنشائها والموضحة في سند إنشائها فلا يجوز لها إذن أن تتجاوز هذا الغرض الذي أنشأت من أجله فإذا أرادت الشركة تغير نشاطها وجب عليها اتخاذ إجراءات تعديل العقد التأسيسي والنص فيه على نشاطها

[1] عمورة عمار المرجع السابق ص 127.

الجديد، لكن هــل باكتساب الشركة للشخصية المعنوية، يكسبها بالضرورة الأهلية التجاريــة؟

قبل التطرق للشخصية المعنوية للشركة التجارية، وجب علينا الرجوع إلى أحكام الشركـــات المدنية إذ نجد المشرع في[1] المادة 417 من القانون المدني الجزائري اعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصا معنويا، غير أن هذه الشخصية لا تكون حجة على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات الشهر التي ينص عليها القانون.

ويتضح من ذلك أن النشر في الشركات المدنية ليس شرطا لصحة العقد إنما هو فقط شرطا لنفاذه في مواجهة الغير، ويجوز للغير التمسك بوجودها إن كان له في ذلك مصلحــة، حتى إذا لم تقم بإجراءات النشر.

أما بالنسبة للشركات التجارية فقد ألزم المشرع الشهر حيث ألزمت المادة 548 من القانون التجاري " يجب أن تودع العقود التأسيسية والعقود المعدلة للشركات التجارية لدى المركز الوطني للسجل التجاري ، وتنشر حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من أشكال الشـــــركات وإلا كانت باطلة".

وأكدت المادة 549 من القانون التجـــاري على أن الشركة التجارية لا تكتسي الشخصيــة المعنوية إلا بعد تسجيلها في السجل التجاري « لا تتمتع الشركة التجارية بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري...» وعليه فإن القيد في السجل التجـاري يكسب الشركـــة الأهليـة القانونية لممارسة التجارة ويرتب لها جميع الحقوق إلا مـا كان منها ملازما لصفة الإنسان مثال ذلك ، حقوق الأسرة ومن ناحية أخرى لا يحق للشخـص الاعتباري الاكتســاب إلا ما كـان من الحقوق والالتزامات متصـــلا بالغرض الذي قامت الشركة بتحقيقـــه وذلك ما يعرف « مبدأ التخصيص» فإذا كان الغرض من قيام الشركة هو تجارة الكتب ولوازم المكاتب، فلا يجــوز لهــا أن تتجاوز هذا الغرض.

ولقد أضاف المشرع أنواع جديدة من الشركات التجاريـــة وهي شركة التوصيـــة البسيطة– بالأسهم– والمساهمـــة ذات مجلس المديرين ومجلس المراقبـــة ، كما أجاز المشرع تكوين شركة

[1] راجع المادة 417 من القانون المدني الجزائري التي نصها(اعتبر الشركة بمجــرد تكوينها شخصا معنويا، غير أن هذه الشخصية لا تكون حجة على الغير إلا بعد استيفـــاء إجراءات الشهر التي ينص عليها القانون.

المحاصة بين شخصين طبيعيين أو أكثر تتولى إنجاز عمليات تجارية ومثـــال ذلـــك أن يتفـق شخص يرغب في الاستتار إخفاء اسمه عن الجمهور مع شخص آخر علـــى القيام بعمل معين أو كأن يتفق شخصان على أن يرسل أحدهما بضاعة فيصرفها الآخـــر ويتقاسمان الأربـــاح والإشكال المطروح في مثل هذه الشركات هو أنها لا تتمتع بالشخصيـــة المعنويـــة و لا تخضع للإشهار فكيف لها إذن أن تكتسبه الأهلية التجارية ؟

إذن باعتبار أن مثل هذه الشركات التي لا تتمتع بشخصية معنوية مستقلـــة عن أشخاص الشركات فيها، والتي يتفرع عن انتفاء شخصيتها المعنوية أنه ليس لها إسم أو عنوان ولا ذمـــة مستقلة عـــن ذمم الشركات وليس لها موطن أو جنسية خاصة بها، فإن هذا كله لا يغني عـن تمتعها بالأهليـــة التجارية على اعتبار أن المشرع عندما لم يصنفها ضمن الشركات التجاريـــة بحسب الشكل، يكـون قد أقر بوجودها قانونا كشركة تجارية بحسب الموضوع ، فكلمـــا مارست نشاطا تجاريا تكتسب بـــه صفة التاجر ونطبق عليها أحكام القانون التجاري، ومسألـــة الإثبات فيها ترجعنا إلى تطبيق قواعد الإثبات العامة.

أما الشركة الفعلية فهي الشركة التي استند القضاء فيها لحماية الأوضاع الظـــاهرة تحقيقا لاستقـرار المركز القانوني، ومن الحالات التي يمكن الاعتراف فيها بالوجود الفعلـــي للشركـــة هي حالة عدم القيد في السجل التجاري أو عدم كتابة عقد تأسيسها و ذلك استنادا إلـــى[1] المادة 2/418 من القانون المدني، و إذا اعترفنا بوجودها كشركة تجارية نكون قـــــد أقررنـا بأهليتها التجارية ونطبق عليها أحكام الأهلية.

3- الشركاء

قد ذكرنا سابقا أنه من الشروط الواجب توافرها في عقد الشركة هو الرضا ، وحتى يكـــون هـــذا الأخير صحيحا يجب أن يكون صادر من ذي أهليـــة ، أي أن الشريك يجب أن يكـون أهـلا للتصرف ولم يحجر عليه لعته أو سفه أو جنون ذلك لأن عقد الشركة يعتبر من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر.

وسن الأهلية محدد بتسعة عشر عاما طبق لنص المادة 40 من القانون المدني وهـــذا ما

[1] راجع المادة 2/418 من القانون المدني الجزائري التي نصها(...غير أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان قبل الغير و لا يكون له أثر فيما بينهم الا من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان)

أكـــــده قانون السجل التجاري رقم 90 / 22 في القسم الخاص بالشركـــات التجاريــة ، حيث أنــه طبقـا للمادة التاسعة منه أن:« عقد الشركة ينشأ بعقد رسمي يحدد لدى الموثق، ويشتـــــرط الموثق قبــل أن يحرر العقد كل الوثائق التي تساعد على إثبات الأهلية المدنيـــــة للأشخـــاص والاكتتـاب حسب الشكل القانوني.

ويجب علينا أن نفرق بين شركات الأشخاص وشركات الأموال ، ففي شركات الأمـــــــوال يجوز للولي أو الوصي أن يوظف أموال القاصـــــر كحصـــــة في شركة توصية بسيطة أو فـــــي أسهم شركات الأموال و ذلك بعد أخذ إذن من المحكمة – و السبب ذلك راجـــــع إلى كـــون أن المساهم لا يكتسب صفة التاجر ولا يسأل عن ديون الشركة إلا في قيمة الأسهم.

أمـــا فــي شركـــة الأشخاص يجب توافر صفة الاتجار في الشريك وعليه لا يقبل المحجـــــور عليه أو القاصـــر أو المجنون في هذه الشركات إلا أنه قد أثيرت بخصوص هذه المسألة حالـــة خاصة ألا وهي:

الحالـة التي تـــؤول فيها التجـــارة إلى القاصر كحصة في شركة تضامن وهي حالة كثيــرة الحدوث عندما يموت الشريك المتضامن و يترك وارثا دون الثامنة عشرة من عمره.

وفي التشريع الجزائري، نجده أجـاز أن يتضمن القانون الأساسي للشركة انتقال الحصة إلى الورثـة في حالة وفاة الشريك المتضامن أما في حالة استمرار الشركة ويكون أحد الشركـــــاء من الورثة قاصر فهنا يكون غير مسئول عن ديون الشركة مدة قصوره إلا بقدر أموال تركة مورثه.

ونلاحظ هنا أن المشرع أقر بتحويل شركة التضامن إلى شركة توصية والتي نجـــد فيهـــا نوعين من الشركـــاء ، شركاء يتحملون مسؤوليــة شخصية من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة وشركاء لهم يتحملون الخسائر إلا في حدود ما حصلوا عليه في تركـــــة مورثهــم.

4- الآثار الناجمة عن أهلية الشركة

هناك آثار تكون ناتجة عن أهلية الشركاء المكونين للشركة كشخص معنوي خاص، وهنـاك آثار تكون ناتجة عن أهلية الشركة ككيان مستقل عن شركائها و هو ما يصطلح عليـــه بانقضاء أهليتها وكذا مسئوليتها المدنية والجزائية في حالة الإخلال بالتزاماتها. [1]

أ -البطلان لنقص الأهلية

في الحالة التي يكـــون فيها أحد الشركاء ناقص الأهلية، وقت إبرام العقد سواء كان قاصـرا أو محجورا عليه أو مصاب بأي عارض من عوارض الأهلية الطبيعية فهنا وطبق للقواعـد العامة يكون العقد باطلا بطلانا نسبيا و يحق في هذه الحالة أن يطلب القاصـــر الإبطـــال سواء في مواجهة الشركاء أو في مواجهة الغير، وهذا ما نصت عليه المادة 742 من القانون التجـــاري وتتقادم دعاوى بطلان الشركة أو الأعمال أو المداولات اللاحقة لتأسيسهـــا بانقضاء أجـــل ثلاث سنوات اعتبارا من تاريخ حصول البطلان وذلك من دون إخلال بانقضاء الميعـــاد المنصوص عليه الفقرة الأولى من المادة 738 القانون التجاري ويحق لكل من له مصلحـــة إعذار أو إنذار القاصر بطلب إما بتصحيح البطلان وذلك بإجازة العقـد وإمـا التمسك بهـذا البطلان وبعـــد مضي 06 أشهر من تاريخ الإنذار و في حالة عدم التصحيح أو رفـــع دعوى الإبطال سقط حق القاصر في طلب البطلان .

ويجوز لأي شريك أن يتدخل في الدعوى طالبا اتخاذ الإجراء اللازم لعدم إبطال الشركة، كأن يقوم هذا الشريك بشراء حصة الشريك القاصر.

فبالنسبة لشركات الأشخاص وعند إبرام عقد الشركة فيها فإنه سيـؤدي إلى بطـــــلان الشركة، كون أن الاعتبار الشخصي الذي تقوم عليه تلك الشركات يفقدها قدرتها علـــى العمل بخروج شريك منها، غير أنه يمكن تصحيح هذا البطلان وذلك بإجماع جميـع الشركـــاء على استمرارية الشركة بينهم دون القاصر الذي يخرج من الشركة مع أخذ حصته.

أما بالنسبة لشركة الأموال فالبطلان قليل الوقوع في العمل، بسبب ما تتطلبه من إجراءات الترخيص في مثل هذه الشركات من فحص للأوراق المتعلقة بالمؤسسين مما يسمح بتحقيق أهليتهم.

[1] عمورة عمار المرجع السابق ص 129

و قد نصت المادة 733 قانون التجاري بخصوص شركات ذات المسؤولية المحدودة أنه (... فيما يتعلق بالشركاء ذات المسؤولية المحدودة، أو شركاء المساهمة فإن البطلان لا يحصل من عيب في القبول ولا من فقد الأهلية ما لم يشمل هذا الفقد كافة الشركاء المؤسسين ...)

و بالنظر للتشريع الفرنسي نجده يستبعد بطلان شركة الأموال لنقص أهلية الشريك فيها.

ب –البطلان لفقدان الأهلية أو الوفاة

تحل شركة التضامن إذا فقد أحد الشركاء أهليته وذلك في الحالة التي يصاب فيها بعارض من العوارض المعدمة تسقط عنه حقوقه المدنية كون أنها تقوم على الاعتبار الشخصي، إلا أن هذا الفقد ليس من النظام العام فقد نصت المادة 563 قانون تجاري أنه يمكن أن ينص القانون الأساسي على استمرارية الشركة أو يقرر باقي الشركاء ذلك بإجماع الآراء و في حالة الاستمرار تعين حقوق الشريك الفاقد لهذه الصفة والواجب أداؤها له.

وفي حالة وفاة أحد الشركاء :فإن شركة التضامن تنقضي ولا يحل ورثته محله فيها إلا إذا نص النظام الأساسي للشركة على ذلك لأن شخصية الشريك محل اعتبار في هذا النوع من الشركاء لكنه يجوز استمرار الشركة فيما بين باقي الشركاء فقط دون الورثة وذلك إذا كان هذا الحكم متفق عليه في العقد التأسيس للشركة وفي هذه الحالة يجب أن تدفع الشركة حصة المورث إلى الورثة نقدا حسب تقديرها وقت وحدوث الوفاة من طرف خبير معتمد.

أما فقد أو وفاة أحد الشركاء في شركة المساهمة فإن الشركة هنا لا تنحل وإنما تستمر مع باقي الشركاء بشرط استكمال الشروط الواجب تطلبها قانونا في هذه الشركة المتمثلة في عدد الشركاء ورأس مال الشركة.

ج–انقضاء أهلية الشركة

هناك أسباب عامة تؤدي إلى انقضاء أهلية الشركات بصفة عامة وتتمثل في انتهاء أو انقضاء الأجل المحدد للشركة، بناءا على إرادة الشركاء أو بتحقيق الغاية التي أنشأت من أجلها، وفي حالة عدم تحديد المدة فإنها تنقضي بتجاوز 99 سنة طبقا[1] للمادة 546 قانون تجاري ، كما تنقضي الشركات بهلاك جميع أموالها أو جزء كبير منه بحيث لا تبقى فائدة

[1] المادة 546 من القانون لتجاري التي نصها (يحدد شكل الشركة و مدتها التي لا يمكن أن تتجاوز 99 سنة ة كذلك عنوانها أو اسمها أو مركزها أو موضوعها و مبلغ رأسمالها في قانونها الأساسي)

من استمرارها، وهذا مـا نصت عليه[1] المادة 438 من القانون المدني.
و إضافة إلى الأسباب العامة للانقضاء، فإنه توجد أسباب خاصة بكل شركة.

1- شركـــــة التضـــامن: تقوم شركة التضامن على اعتبار شخصي فهي تنقضـــي إمـا بوفـاة أحـد الشركـاء أو فقـد أهليتـه أو إعسار أو إفلاس أحد الشركاء فيهـا و كذلك في حالة تعين المدير كشريك اتفاقي فعزله يـؤدي إلـى حل الشركة ما لـم ينص[2] في العقـد على خلاف ذلك و معنى ذلك أن أسباب الانقضاء الخاصة ليس من النظـام العـام و مـن ثم جاز استمرار الشركة إذا ما نص ذلك على العقد التأسيسي أو إذا ما قـرر باقـي الشركاء استمرارهـا بإجماع الآراء.

2- شركـــة التوصيـــة البسيطـة : تقوم الشركة على اعتبار شخصي فتحل هذه الشركة بموت أحد الشركاء المتضامنين و في حالـــة الحجر عليه أو إعساره أو انسحابه [3]الإفلاس أو التسوية القضائية لأحد الشركاء المتضامنين أو المنع من ممارسة مهنـة تجارية لأحدهـم، وهو ما نصت عليه المادة 563 مكرر 10 من القانون التجاري إلا أنه يمكـن للشركـاء المتضامين الباقين الإقرار باستمرار الشركة. [4]

3- شركة المساهمة : يمكـن أن تحـل الشركـة بقوة القانون بانتهاء المدة المحددة لها في قانونها الأساسي و قد تتخذ الجمعية العامة غير العادية قرار حل الشركة قبل حلول لأجل المحدد لها و قد تحل بتحقق الغرض الذي أنشئت من أجله و قد تحـل بسبب خفض بفعـل الخسائـر

---

[1] تنتهي الشركة بهلاك جميع مالها أو جزء كبير منه بحيث لا تبقى فائدة في استمرارها .

و إذا كان أحد الشركاء قد تعهد بأن يقدم حصته شيئا معينا بالذات و هلك هذا الشيء قبل تقديمه أصبحت الشركة أصبحت الشركة منحلة في حق جميع الشركاء)

[2] أنظر عمورة عمار ، شرح القانون التجاري الجزائري ، الأعمال التجارية – التاجر– الشركات التجارية طبعة منقحة دار المعرفة 10 نهج عبد الرحمان ميرة باب الوادي الجزائر ص 210.

[3] أنظر عمورة عمار المرجع السابق ص 220.

[4] المادة 563 مكرر 10 التي نصها(تحل الشركة في حالة الإفلاس أو التسوية القضائية لأحد الشركاء المتضامنين أو المنع من ممارسة مهنة تجارية أو عدم قدرة أحد الشركاء المتضامنين غير أنه عند وجود شريك متضامن أو أكثر يمكن الشركاء أن يقرروا في هذه الحالة بالاجماع استمرار الشركة فيما بينهم و تطبق أحكام المادة 563 أعلاه عليهم.

الثابتة في وثائق الحسابات إلى أقل من ربه رأسمال الشركة فإن مجلس الإدارة أو المديرين حسب الحالة ملزم في خلال الأشهر الأربعة التالية المصادقة على الحسابات التي كشفت عن هذه الخسائر بعد اجتماع بطلب كل معنى في حالة تخفيض عدد المساهمين أي أقل من الحد الأدنى القانوني منذ أكثر من عام ويجوز لها أن تمنح الشركة أجلا أقصاه ستة أشهر لتسوية الوضع و يجب أن يشهر الحل في الجريدة ليعلم به الغير.

4- شركة ذات المسؤولية المحدودة تنقضي الشركة بالأسباب العامة للشركات كحلول أجل انتهائها و تحقق الغرض الذي أنشئت من أجله كما تنقضي بذات الأسباب الخاصة لانقضاء الشركات بمعنى أنه يتعين على المدير أو المديرين في حالة خسارة الشركة لثلاثة أرباع[1] رأسمالها أن يعرضوا أمر الحل على الشركاء و تحل باجتماع غير عادي بعدد شركاء يمثلون ثلاثة أرباع رأسمال الشركة لا يجوز أن يتجاوز عدد الشركاء في مثل هذه الشركة عشرون شريكا وإلا حولت إلى شركة مساهمة في أجل سنة واحدة و إلا حلت الشركة و إذا حولت إلى شركة تضامن فيشترط الموافقة الجماعية للشركاء و في حالة اجتماع الحصص في يد شخص واحد فتحول إلى شركة ذات مسؤولية محدودة ذات الشخص الواحد.

- **شركة التوصية بالأسهم :** هي شركة تصنف ضمن شركات الأموال لأنها تقوم على اعتبار مالي و تتكون من فريقين من الشركاء شركاء متضامنين وشركاء موصون مساهمين و تنقضي و قد عرفها المشرع الجزائري في المادة 715 من القانون التجاري (شركة التوصية بالأسهم هي التي يقسم رأسمالها الى أسهم و تتكون من شريك متضامن أو أكثر لهم صفة تاجر يسألون بالتضامن دون تحديد عن ديون الشركة و بين شركاء موصين لهم صفة مساهمين و لا يتحملون الخسائر إلا في حدود حصصهم و لا يمكن أن يقل عدد الشركاء الموصون ع ثلاثة .[2]

[1] عمورة عمار المرجع السابق ص268.

[2] عمورة عمار المرجع السابق ، صفحة 275.

و تنقضي لشركة بنفس الأسباب التي تنقضي بها الشركات عامة ، كما تنقضي بانسحاب أحد الشركاء المتضامنين أو فقدانه أهليته بالحجر عليه أو إفلاسه لتوافر الاعتبار الشخصي فيما بينهم ما لم يقضي الاتفاق على خلاف ذلك ، أما خروج الشريك المساهم أو الحجر عليه فلا يؤثر في انقضاء الشركة و لا تنقضي بوفاة أحد الشركاء لمتضامنين و إذا كانت لا تضم الا شريكا متضامنا واحدا فإنها تنقضي بوفاته ، غير أنه يجوز النص على خلاف ذلك في قانون الشركة شرط أن يختار الورثة من يحل محله أو تتحول الشركة الى شركة مساهمة .

الفصل الثاني :"القابليـــــة الموضـــوعيـــــة للتحكيـــــم "

بعد التطرق الى القابلية الشخصية للتحكيم نتناول في هذا الفصل الثاني مواضـيع الملكيـة الفكرية و قابليتها للتحكيم ، فمن المسلم به أن حقوق الملكية الفكرية هي حقوق محميـــة بموجب القانون الذي استأثرت الدولة بوضعه و هي قوانين موضوعية لا يمكن الاتفـــــاق علة مخالفتها و هي متعلقة بشخص المخترع أو المؤلف لكن هناك بعض الحقوق التي يمكن للمختـــــــرع أو المؤلف أو صاحب الحقوق المجاورة التعامل فيها فقد تكون محل عقد التنـــازل أو محـــل عقد ترخيص بالاستغلال أو قد تكون محل عقد نشر مقابل عوض مالي و هـــذه الحقوق التي يمكن التصرف فيها هي التي يمكن أن تكون محل اتفاق التحكيم فإذا كان التحكيم هو في حد ذاتـــه اتفاق على اتخاذ الطرق البديلة عن القضاء العادي في حل النزاعات التي قد تنشأ قبل التعاقـد أو نشأت بعد التعاقد أي قد تكون نتيجة اتفاق سابق أو لاحق للعقد ، غير أن من المهم التطرق إلـى المسائل الموضوعية الغير قابلة للتحكيم و المسائل الموضوعية الغير قابلة للتحكيم في مـــــواد الملكية الفكرية و إذا علمنا و حصرنا المسائل القابلة للتحكيم فإننا سنعرج إلى معرفة القانـــــون الواجب التطبيق على هذه المسال القابلة للتحكيم فإذا تطرقنا إلى القانون الواجب التطبيـــق فإننا نتطرق إلى حالتين الحالة التي يختار فيها المتعاقدين القانون الذي سيطبق في سبيل حل النـــزاع أما إذا لم يحدد أطراف العقد القانون الواجب التطبيق على النزاع الواقع أو المحتمل وقوعه فمـــا هي الاجراءات المتخذة في سبيل حل النزاع ، هذا كل ما سنتطرق اليه في الفصل الثاني الـــذي عنوانه القابلية الموضوعية للتحكيم قسمناه إلى مبحثين مبحث تناولنا فيه موضوع المحل القابـــل للتحكيم وهو مقسم إلى مطلبين المطلب الأول تناولنا فيه المسائل الموضوعية الغير قابلة للتحكيـم و المطلب الثاني تناولنا في المسائل القابلة للتحكيم و في المبحث الثاني تناولنا القانـــون الواجب التطبيق على محل التحكيم في مواد الملكية الفكرية و قسمناه إلى مطلبين(المطلب الأول) تناولنا فيه القانون الوطني أو قانون التجارة الدولية الذي تختاره إرادة المتعاقدين و في (المطلب الثانـــي) تناولنا بالبحث عن القانون الواجب التطبيق في حالة غياب الإرادة.

المبحث الأول : موضوع المحل القابل للتحكيم.

التحكيم هو قضاء اتفاقي و يجوز لأي متعاقدين اللجوء إليه هذا كقاعدة عامة وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 1006 فقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بقولها يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها ، لكن هذا الاتفاق ليس مطلقاً من حيث الموضوع ، بل هو مقيد بقيود قانونية تحدد ما يجوز و ما لا يجوز التحكيم فيه و بالتالي فتحديد موضوع التحكيم يتطلب تحديد المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم أي القيود المفروضة على القابلية الموضوعية للتحكيم وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 1006 بنصها (لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم ثم تطرقت المادة في فقرتها الثالثة إلى تحديد المواضيع التي يمكن للأشخاص المعنوية العامة اللجوء للتحكيم فيها وهي العلاقات الاقتصادية الدولية و الصفقات العمومية بنصها (و لا يجوز للأشخاص المعنية العامة أن تطلب التحكيم ما عدى في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية) و بعد ذلك نعرج لتحديد مسائل الملكية الفكرية التي يجوز فيها التحكيم و هذا يعني تحديد محل التحكيم بالمعنى الموضوعي لتحديد المنازعات التي تقبل التحكيم و يسمح المشرع بها و يجوز التحكيم فيها [1] و تعيين هيئة التحكيم هو جزء من موضوعه و عليه فمحل التحكيم في مسائل الملكية الفكرية يعتبر ركنا من أركانه لا ينعقد بدونه و يشترط في محل هذا العقد أن يكون ممكنا موجودا أو قابل للوجود و معينا أو قابل للتعيين و أن يكون مشروعا غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة ، كما أن محل العقد يجب أن يكون له السبب الذي عقد من أجله الاتفاق و منه سنتطرق في هذا المبحث إلي مطلبين نتناول في (المطلب الأول) النطاق الموضوعي لمحل التحكيم أي المسائل الموضوعية الغير قابلة للتحكيم ثم نتطرق إلى المسائل الموضوعية القابلة للتحكيم.

[1] نبيل اسماعيل عمر ، التحكيم في المواد المدنية و التجارية الوطنية و الدولية ، إتفاق التحكيم– خصومة التحكيم – حكم المحكم وفقا لأحدث التعديلات التشريعية و القضائية ، الطبعة الأولى سنة 2004 دار الجامعة الجديدة 38 ش سوتير – الأزاريطة – الاسكندرية ص 73.

المطلب الأول: المسائل الموضوعية الغير قابلة للتحكيم.

مادام التحكيم هو قضاء اتفاقي يمكن للأطراف اللجوء إليه بمحض إرادتهم ، فـــإن هـــذا الاتفاق ليس مطلق بل مقيد بقيود قانونية تحدد ما يجوز التحكيم فيه و ما لا يجوز التحكيـم فيـه فالمنازعات تختلف باختلاف المسائل التي يمكـــن أن ينشـــأ الـنزاع من أجلها، لأن اللجوء إلى طريـق التحكيم في بعض المسائل قد لا يسمح به ، بينما يكـون جائز في مسائل أخرى ، لـــــذا يجب مراعاة ذلك عند تحديدها حتى لا يفـرغ شـرط التحكيم من محتواه ، فهناك مسائل لا يمكن أن تكون محلا للتعامـل بحكم طبيعتها.

و هي الأشياء التي لا يمكن الاستحواذ عليها أو الاستئثار بها مثل الهواء والمـاء وأشعـــة الشمـس إلا أن هذه الأشياء إذا أمكن إحرازها والاستحواذ عليها تصبح حقوقاً قابلـة للتصـــرف فيها وعلّـــة عدم قابلية هذه الأشياء لحكم العقد ترتد إما لبقائها على الإباحة الأصلية أو علـــى عدم القدرة على تسليمها أو لعدم دخولها في ملك المتصرف .

و هناك تعاملات لا يمكن أن تكون محلا للتعاقد بحكـم القانـــون فقد نص المشـــرع على خروجهـــا لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة و منها منع التعامل بالجسد البشري و ذلك بسبـب حرمـة الإنسان وقدسية جسده وصفاته الجوهرية، وكذلك فقد منع التعامل ببعض الأشياء الخطـرة التي تضـــر بالمصلحة العامة كالسموم والمخدرات و في مجال الملكية الفكرية فلا يمكن للمخترع أو المؤلف أن يتعاقد بخصوص اختراع يضر بجسم الانسان أو مؤلف يدعو للتمييز العنصـــري فهي أشياء تخرج عن نطاق التعامل بحكم القانون.

و هناك مواضيع لا تكون محلا للتعامل فيها بسبب مخالفته للنظام العـــام ، غيـــر أن فكرة النظام العام فكرة مرنة يصعب تحديدها وتأتي صعوبة وضع تعريف للنظام العـــام لاختلاف مفهومـه من مجتمع لآخر، ومن زمان لآخر إلا أن ذلك لم يمنع من وضع تعريف له فهناك من عرّفه على أنـه [1]"مجموعـــة القواعـــد القانونيـــة الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها لأنها

[1] أشرف عبد العليم الرفاعي ، اتفاق التحكيم و المشكلات العملية و القانونية في العلاقات الخاصة الدولية ، دراسة فقهية قضائية مقارنة ، دار الفكر الجامعي 20ش سوتير الأزاريطة الاسكندرية صفحة 29.

تمس كيان الدولة ، أو تتعلق بمصلحة أساسية من مصالحها السياسية ، أو الاجتماعيـــة أو الاقتصاديـــــــة " والنظام العام يتسع باتساع تدخل الدولة ، وقد جرت العادة على القـــول إن كل القواعد القانونية التي تتعلق بالمصالح العليا للدولة تعتبر من النظام العام ، وبناء علـــى هذا فان هنـــاك فـــروع بأكملها من فروع القانون تتعلق قواعدها بالنظام العام ومثال ذلك القانون الدستوري والقانـــون الإداري والقانون الضريبي والقانون الجنائي، كما إن فكرة النظام العـــام لا تقتصر على قواعد القانون العام بل تتعداه إلى القانون الخاص.

الفرع الأول : المسائل المتعلقة بالنظام العام

هناك مسائل في القانون لا يمكن الاتفاق على مخالفتها لأن الدولة استأثرت بتنظيمها ووضعت ضوابط و قواعد عامة و مجردة و أي اتفاق يخالفها يعرض المتعاقدين للمسائلة القانونية و من هذه المسائل الجنسية و المسال الجنائية و إجراءات التقاضي و التنفيذ.

1-**الجنسية:** رابطة قانونية سياسية بين الفرد والدولـــة تنسب و ترد كل فرد للدولة التي ينتمي إليها وتسبغ عليه صفة المواطن فيها وتنشأ عنها حقوق وواجبات متقابلة" فالجنسيـــة تمس تكوين الدولة وهي مظهر من مظاهر سيادتها ، و نعتبر القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام القواعد التي تحكم الحالة المدنية فأي اتفاق على تغيير الاسم أو الجنسية في غير الأحوال التي يحددها القانون يكون باطلا بطلانا[1] مطلقا لتعلقه بالنظام العام .

2-**المسائل الجنائية:** المسائـــل الجنائيـة بصفة عامة لا يجوز الصلح بشأنها ، وبالتالي لا يجوز أن تكون موضوعا للتحكيم وذلك لتميزها بجملة خصائص من شأنهـــا أن تجعـــــل الفصل فيها منوطا بقضاء الدولة ، ومن هذه الخصائص إن النـــزاع بشأنها لا يكون بين أشخاص وإنما بين شخص المخترع أو المؤلف الذي يقدم شكوى عن التقليد و النيابة العامة التي تباشر إجراءات المتابعة الجزائية فلا يمكن أن تكون شكوى التقليد محل تحكيم بين المخترع و المؤلف المضرور و المقلد و لا يجوز أن تكون النيابة العامة طرفـــا أصيلا في التحكيم ، لأنها تباشر وظيفتها أمام القضاء وليس أمام المحكمين ، لأنها تمثل المجتمع

[1] أشرف عبد العليم الرفاعي مرجع سابق ، صفحة 32

وهذا ما يتعلق بالنظام العام فلا يجوز الصلح بشأنها لا مع النيابة العامة و لا مع المجني عليه نفسه ، إلا أن حق النيابة العامة قد يعلّق على تقديم شكوى من المجني عليه أو على تقديم طلب كتابي من جهة حكومية أو على إذن خاص من جهة حكومية ففي مثل هذه الأحوال يعتبر الاتفاق على التحكيم بمثابة تنازل عن الحق في الشكوى أو تقديم الطلب أو أخذ الإذن ، كما أن الاتهام يحكمه مبدأ الشرعية – لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص – فلا يجوز التحكيم في صدد قيام الجريمة أو عدم قيامها ، أو في صدد نسبتها إلى فاعلها و في صدد العقوبة الجنائية المراد إعمالها كجزاء على ما ارتكبه الجاني.

و على العكس مما سبق فإن المسائل المالية المترتبة على ارتكاب جريمة يمكن أن تكون محلا للتحكيم لأنه يحوز الصلح بشأنها و مثال ذلك جواز التحكيم بشأن تقدير التعويض المستحق للمؤلف أو المخترع ، على أن هذا لا يمنع من رفع الدعوى الجنائية أو من السير فيها.

3-المسائل المتعلقة بإجراءات التقاضي والتنفيذ:

لا يجوز التحكيم في نزاع يتصل بإجراءات التقاضي أمام القضاء ، لأن القضاء هو المختص في حل هذه النزاعات ، وضمن إجراءات قانونية لأن إجراءات التقاضي من النظام العام فلا يجوز إلزام المحكمة بتنفيذ حكم المحكّمين لأن المحكمة وحدها التي تملك تقدير إن كان هذا من اختصاصها من عدمه ، كما لا يجوز أن يكون موضوعا للتحكيم الحكم ببطلان أو صحة إجراء من إجراءات التقاضي.

كما لا يجوز التحكيم في المنازعات التي تتعلق بإجراءات التنفيذ فالقاضي الوطني يمتنع عن إعطاء أمر التنفيذ لحكم يخالف النظام العام في دولته[1] سواء كانت هذه المنازعات تتعلق بصحة إجراءاته أو بطلانه ، أو كانت المنازعة تتعلق بالإعفاء من إجراء تطلبه القانون و كما يجوز التحكيم بصدد إتباع إجراءات أخرى لم يتطلبها القانون ، أما إذا تطلب القانون لصحة إجراءات الحجز أو التنفيذ رفع دعوى معينة فإن هذه الدعوى لا يجوز رفعها إلا للمحكمة المختصة دون هيئة التحكيم ، و السبب في عدم جواز التحكيم في إجراءات

[1] أشرف عبد العليم الرفاعي ، مرجع سابق ، صفحة 39.

التقاضي و إجراءات التنفيذ أن هذه الإجراءات تجري تحت إشراف القضاء ورقابته و لأن المشرع نظم إجراءاتها ومنع الاتفاق على مخالفتها، وعليه فإن اللجوء إلى التحكيم في هذه المسائل المذكورة يعد إخلال لما نص عليه المشرع لأن المنع جاء بقاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، و إلا وقع البطلان المطلق على تلك المسائل عند الاتفاق عليها .

كما وضح المشرع الجزائري تلك المسائل من خلال نص المادة 2/1008 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد و بهذا فإن التشريعات المذكورة لم تخرج عن نطاق تحديد المسائل التي لا يسمح التحكيم فيها لكن الاختلاف يكمن في فكرة النظام العام، لأن فكرة النظام العام ليست ثابتة القواعد بالنسبة لجميع الدول بل هي متوقفة على خصوصية وطبيعة كل دولة و باستثناء تلك المسائل المفروضة عليها المنع الخاص بعدم جواز التحكيم فيها

الفرع الثاني : مسائل المتعلقة بالملكية الفكرية في الجانب المعنوي.

يقصد بالملكية الفكرية بمعناها الوسع الحقوق القانونية التي تنتج من الأنشطة الفكرية في المجالات الصناعية و العملية و الأدبية و الفنية و التي اعترف لها المشرع بالحماية القانونية[1] وفق شروطها المحددة و مصطلح الحقوق الفكرية ينطوي تحت مظلته كل ما ينتج عن العقل من أعمال تتضمن صفة الجِدة والابتكار والحداثة، لذا يمكن رد الحقوق التي تقع في دائرة الملكية الفكرية إلى ما يلي:

1- حقوق المعنوية للمؤلف .

حقوق المؤلف المعنوية من حقوق الملكية الفكرية تحمي نتاج العمل الفكري من الأعمال الأدبية و الفنية و تشمل المصنفات في مجال العلوم والآداب والفنون الجميلة كالرسم و النحت بالإضافة إلى أعمال التكنولوجيا كالبرمجيات و قواعد البيانات [2]، و يقصد بحق

[1] نسرين شريقي ، تحت إشراف د: مولود ديدان حقوق الملكية الفكرية ، حقوق المؤلف و الحقوق المجاورة ، حقوق الملكية الصناعية ، دار بلقيس للنشر حي عدل عمارة02 باب الزوار 1 الجزائر طبعة 2014 صفحة 5 .

[2] نسرين شريقي المرجع نفسه ص16.

المؤلف الحقوق والالتزامات التي ترد على المصنفات سواء كانت محررة ، أو شفوية ، أو مرئية أم مجرد فكرة لم يتم بلورتها إلى كيانات ، وإنما يوجد ما يثبت وجودها ليتمكن صاحبها من ممارسة كافة السلطات التي يتمتع بها حسب القواعد العامة للقانون والآداب العامة و باعتبار الطبيعة القانونية المزدوجة لحقوق المؤلف على أساس أن المصنف الذهني ينشأ عنه مركز قانوني مختلط يتكون من عنصرين هما العنصر المادي و العنصر المعنوي و هذا الأخير لصيق بشخص المؤلف و يتصل اتصالا وثيقا به ذلك أن العمل الذهني المتمثل في المصنف هو مرآة عاكسة لشخصه المبدع وهو الوسيلة التي يتعرف بها الجمهور عليه وكقاعدة عامة لا يجوز التحكيم في مسائل الملكية الأدبية والفنية بالنسبة للمسائل الجنائية لتعلقها بالنظام العام إلا أنه يجوز التحكيم في الحقوق المالية المترتبة عليها كالتعويض عن الاعتداء عليها.

2 – الحقوق المعنوية للمخترع.

تعد الملكية الصناعية فئة أو فرع من فروع الملكية الفكرية و قد عرفتها سميحة القيلوبي بأنها " تلك الحقوق التي ترد على مبتكرات جديدة كالاختراعات و النماذج المنفعة و مخططات التصميمات للدوائر المتكاملة و المعلومات الغير مفصح عنها و التصميمات و النماذج الصناعية أو على شارات مميزة تستخدم إما في تمييز المنتجات العلامات التجارية و المؤشرات الجغرافية أو في تمييز المنشآت التجارية الاسم التجاري " [1] و هذه الحقوق تشمل براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية العلامات التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة و تسميات المنشأ و يقصد ببراءة الاختراع :"الشهادة التي تمنحها الدولة للمخترع فيثبت له حق احتكار استغلال اختراعه ماليا لمدة محدودة و بأوضاع معينة ." و يقصد بالتصاميم الشكلية كل ترتيب ثلاثي الأبعاد مهما كانت الصيغة التي يظهر فيها لعناصر يكون على الأقل عنصرا نشيطا و لكل وصلات دائرة متكاملة ... [2] و الدوائر المتكاملة منتوج في شكله النهائي أو في شكله

[1] نسرين شريقي ، المرجع السابق ص 78.

[2] فاضلي ادريس ، المدخل الى الملكية الفكرية ، الملكية الأدبية الفنية و الصناعية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الرابعة لسنة 2007 ، ص197.

الانتقالي يكون أحـــد عناصـــره على الأقل عنصرا نشيطا و كل الارتباطات أو جزء منها هي جزء متكامل من جسم أو سطح لقطعة من مادة و يكـون مخصصا لأداء وظيفـــة الكترونيـــة و يقصد بالرسوم و النماذج الصناعية فالرسـم يعني صور الأشكال و الزخراف المستعملة لأي مادة طبيعية بعملية أو وسيلة صناعية ... كـــل ترتيب وتنسيق للخطوط بطريقة فنية مبتكرة تكسب السلع والبضائع رونقا جميلا وجذابا يشد انتبـــاه المستهلك". ويقصد بالنماذج الصناعية " كل شكـــل أو قالـــب أو هيكل يستخدم لصناعة السلـــع والبضائع بشكل يضفي عليها مظهرا خاصا يميزها عن غيرها ، و يقصد بتسميـــة المنشـــأ الاسم الجغرافي لبلد أو منطقة أو جزء من منطقة أو ناحية أو مكان مسمى و من شأنه أن يعيـــن منتجا ناشئا فيه و تكون جودة هذا المنتج أو مميزاته منسوبة حصرا أو أساسا لبيئة جغرافية تشتمل علـــى العوامل الطبيعية و البشرية.

3- الحقوق التجارية.

وتشمل الحقوق التجارية العلامات التجارية و الأسماء والعناوين التجارية ويقصد بالعلامـــة التجارية " كل الرموز القابلة للتمثيل الخطي لا سيما الكلمات بما فيها أسماء الأشخاص و ألحرف و الأرقام و الرسومات أو الصور و ألشكال المميزة للسلع أو توضيبهـــا و الألـــوان بمفـــردها أو المركبة التي تستعمل كلها لتمييز سلع أو خدمات شخص طبيعي أو معنـــوي علـــى سلـــع و خدمات غيره [1] و هي إشـــارة أو دلالة مادية مميزة يتخذها الصانع أو التاجر أو مقدم الخدمـــة لتمييز بضائعه ، أو منتجات، أو خدماته ، عن التي يملكها الآخريـــن [2]، ويقصـــد بالاســم التجاري:"التسمية التي يختارها التاجر لمتجره كي يميزه عن غيره من المتاجر". ويقصـد بالعنـوان التجاري:"التسمية التي يختارها التاجر لنفسه كي تميزه عن غيره من التجار.

و السؤال الذي يطرح هو هل يجوز التحكيم في مسائل الملكية الصناعية ؟ إن الملكية الصناعيـة المتمثلة في الرسوم، النماذج ، العلامة التجارية ، وبراءات الاختراع و خاصة فيما يتعلق بتوافـــر الشروط الموضوعية والشكلية لقبول تسجيلها فهي استأثر المشرع بتنظيمها و

[1] فرحة زراوي صالح ، المرجع السابق ، صفحة 209 .

[2] نسرين شريقي المرجع السابق ، ص 138.

بالتالي لا يمكـــن أن تكون قابلة للتحكيم فيها لتعلق ذلك بالنظام العام ويكمن السبب في ذلك إلـــى تغليـــب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، كما لا يجوز التحكيم بشأن تقليد العلامة التجاريـــة لأن تقليدهـا يشكل جريمة .

المطلب الثاني:المسائل الموضوعية القابلـــــة للتحكيم

بعد أن ألقينا نظرة على المسال التي لا تقبل التحكيم لتعلقها بالنظام العام مراعاة للمصلحة العامــة و مسائل متعلقة بالملكية الفكرية في جانب الحقوق المعنوية اللصيقة بالشخصيـــة و التي استأثــر المشرع الجزائري كغيره من التشريعات الدولية بحماية الحقوق المعنوية في حقوق الملكية الفكريـــة و في هذا المطلب نتطرق إلى المسائل الموضوعيـــة القابلة للتحكيم فعلى الرغم من إثارة مسألـــة النظام العام عند التطرق لموضوع قابليــة مواد الملكية الفكرية للتحكيم إلا أننا نجد أن الدولة و في إطار تعاملها و إبرامها عقود دولية مع غيرها مـن الدول أو الشركات العالمية نجد أن الدولة تتعاقد من أجل جلب المستثمرين أو تتعاقد في إطار الصفقات العموميـة و هذه المعامـــلات تكون قابلة للتحكيـــم الدولي بالإضافة إلى الجانب المادي أي الحقوق المادية من مواد الملكية الفكريـــة هي الأخرى قابلة للتحكيـم لأنها قابلة أن تكون محلا للتعاقد و عليه سنتطرف للفــرع الأول المتعلــق العقود التي تبرمها الدولة في إطـار عقود الاستثمار.

الفرع الأول: القابلية الموضوعية للتحكيم في مجال الاستثمار

يتدخل النظام العام في التحكيم إذا ما واجه المحكم في حكمه قاعـدة من قواعد النظام العام فأهميته تكمن في أنه يمثل قاعدة قانونية فضفاضة لا يجوز الاتفــاق على خلافهـا و إلا حكـــم القضاء ببطلان ما يخالفها من تلقاء نفسه ، و يحد النظام العام من أهلية الخضوع للتحكيم وفقـــا للفقرة الثانية من المادة 1006 قانـــون الإجـراءات المدنيـــة و الإداريـــة[1] بسبب موضوع النزاع القابل عرضه على التحكيم و ليس لشخص الماثل أمام التحكيم ، لذا فإن اكتمال الأهلية القانونية

[1] راجع المادة 1006 فقرة 3 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية التي نصها (... و لا يجوز للأشخاص النعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية.)

للدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى يتوقف على التكامل بين القابليـــــة الشخصيـــــة و القابلية الموضوعية للتحكيم مع ضرورة صحة هذه الأخيرة.

و على هذا الأساس ، تعمـل فكـــرة النظـــام العـــام بمعناها الدقيق على إيقاف القابلية للتحكيم الموضوعية ، من خلال:

الآلية الأولى: ارتباط النظام العام بمصلحـة المجتمع العامة ، و النزاع في هـــذه الحالـة يطـرح فقط أمام القاضـي الوطني المختص، مع استحالة عرضه أمـــام التحكيـم لمـــا للنزاع من علاقـة وثيقة بالسيادة الوطنية للدولة أو المؤسسات العامة ، و التخوف من المساس المباشر بحقـــــوق المجتمع ، كما ورد في الفقـرة 1 من المـادة 1006 قانون الإجراءات المدنيـــة و الإداريـة ليست بالإطلاق الممكن تصوره ، إنمـا قد قيدتها الفقرة الثانية مـن نفس المادة ، بما يسمى النظام العام المعمـــول به في الدولة .

الآلية الثانية : دور المحكم في إثارة فكرة النظام العـام عنـــد فصله في النزاع الـذي يكون أحد أشخاص القانون العام طرفا فيه ، ليكون دور النظام العام هنا ليس بالمانع القانـوني إنما قيـــــدا على الحكم فقط ، و للمحكم بذلك تحديد عواقب مخالفة النظام العام في اتفاقية التحكيـم و عليـه فالمحكمة التحكيمية لها صلاحية تطبيق قاعدة من قواعد النظام العـام و معاقبة انتهاكها بإبطـال اتفاقية التحكيم ، في حين أن المسألة ليست بالسهولة المتوقعـة فقانون الدولة أحيانا غير فعـــال أمام هيئات التحكيـم الـدولي ، خاصة إذا ما تعلق النظـام العام الداخلي بمسألة قانونية داخلية لا يمكن اعتبارها دوليا من قواعد النظام العام الـدولي لتطـرح بذلك المسألـــــة بشكل أكثر تعقيدا من الحد من هذه الأهلية بموجـب نص قانونـــــي داخلي فالاتجاه السائد في التحكيم الدولي هو تبنـي النظـــام العـــام الـــدولي دون النظـــام العام الداخلي لتفسره التطبيقات العملية على ضوء القيم و المصالح العليا للدول المتقدمة دون باقـي الدول لتكون بذلك الدولة المضيفة الطرف الأضعف عند مواجهـة المستثمر الأجنبي أمام هيئات التحكيم الدولية.

الفرع الثاني: القابلية الموضوعية للتحكيم في مجال الصفقات العمومية

إن الملاحظ مما سبق، هو أن أهلية أشخاص القانون العام في إجراء أو طلب التحكيم منحصـــرة في عقـــود الاستثمار و العلاقات الاقتصاديـــة الدولية تحت شرط إبرامها وفقـــا لأحكام قانـون الصفقات العمومية، ما يخولنا أن نعتبر هذه العلاقات التعاقدية التي للدولة أهلية

الخضوع للتحكيم في منازعاتها، هي في الأصل عقود دولية ذات طبيعة إدارية فرغم ما أثارته هذه الأهلية من إشكالات قانونية لدى الفقه، خاصة ما تعلق منها بعقود الامتياز المذكورة في قانون البلدية و الولاية و التي لا تعتبر من عقود الصفقات العمومية ، إلا أن المشرع تداركها في القانون الجديد 09/08 بجعل تفويضات المرفق العام خاضعة لنفس إجراءات تنظيم[1] الصفقات العمومية و بالعودة لأحكام[2] المرسوم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام نجد أن أهلية المصلحة المتعاقدة و التي تتمثل حسب المادة: **6 التي نصها** : لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات :

- الدولة،
- الجماعات الإقليمية،
- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري،
- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري ،

عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة ، كليا أو جزئيا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية و تدعى في صلب النص "المصلحة المتعاقدة ".[3]

و منه فالدولة ، و الجماعات الإقليمية ، و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري و المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بانجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية في اللجوء للتحكيم وفقا لأحكام المادة : 153 من هذا المرسوم و هذا في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجانب و أمام هيئة دولية، بناءا على اقتراح من الوزير المعني للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة ، فعقود الصفقات المبرمة مع متعاملين أجانب تكون موضوع دعوى للمنافسة الدولية، تطبيقا لسياسات

[1] قانون 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية

[2] راجع قانون الصفقات العمومية رقم :247/15 المؤرخ في 2 ذي الحجة الموافق لـ:16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

[3] قانون الصفقات العمومية المرجع السابق

التنمية العمومية عن طريق الالتزام بالاستثمار في شراكة[1] و على أساس ذلك ، تبرم عقود الدولة ذات الطبيعة الدولية المؤهلة لأن ينظر في منازعاتها أمام التحكيم الدولي وفقا لإجراءات إبرام الصفقات العمومية.

يجب أن نشير إلى أن أهلية أشخاص القانون العام لعرض نزاعاتها أمام التحكيم، ما هي إلا نتيجة لمبدأ أساسي في النظام الدولي المتعلق بالتحكيم، و الذي يطلق عليه القابلية للتحكيم حيث أن هذه الأهلية لا تكتمل إلا بتوافر نوعي هذا المبدأ ، و تكاملهما فأي عيب قانوني في القابلية الشخصية و الموضوعية للتحكيم، يبطل تلقائيا أهلية أشخاص القانون العام في الخضوع للتحكيم و بين درجة الإباحة و الحضر تمحورت أهلية أشخاص القانون العام الجزائرية خاصة في ظل القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية [2]

[1] قانون الصفقات العمومية المرجع السابق.

[2] قانون 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية

الفرع الثالث : القابلية الموضوعية للتحكيم في مسائل الملكية الفكرية

لقد سبقت الإشارة أن في مواد الملكية الفكريـة الى الحقوق المعنوية لصيقة بشخص المؤلف أو المختـرع لا يمكن أن تكون محلا للتحكيـــم لأن المشرع استأثر بتنظيمها خاصـــة فيما يتعلـق بتوافر الشروط الموضوعية والشكلية لقبول تسجيل البراءة و يكمن السبب في ذلك إلـــــى تغليب المصلحة العامـــــة على المصلحة الخاصة ، غير أن الجوانب المتعلقة بالحقوق الماديـــة التـــي منحها المشرع للمؤلف و المخترع يمكن أن تكون قابلة للتحكيم.

1- حقوق المادية للمؤلف و أصحاب الحقوق المجاورة و قابليتها للتحكيم

الحقوق المادية التي يتمتع بها المؤلف أو صاحب الحقوق المجاورة هي التي يمكنه التصرف فيهـا لقد[1] تعرض المشرع إلى أحكـــام الحق المادي أو المالي للمؤلف فـي الفصل الثاني من الباب الثاني من المواد:27 إلى 32 ، من الأمر 05/03 ، فالحق المالي للمؤلف هو عبـــارة عـن حق الاستغـلال المالي للمصنف يجوز التصرف فيه لنقله إلـى شخص آخر بمقابل أو بدون مقابل و للمؤلف وحده الحق في الاستغلال المالي ولا يجوز لغيره مباشرة هـذا الحق إلا بعد حصول على إذن كتابـــي من صاحب حـق الاستغلال المالي للمصنف الأصلي أو خلفـه وهو ما نصت عليـه المادة 62 من الأمر 05/03 و يتضمن الإذن طريقة و نوع و مدة الاستغـــلال ، يقصد بأوجـــه الاستغـلال التي يباشـرها المؤلف للاستفادة من ثمرة جهده الذي بذله ، لذلك يحق لـــــه استغلال مصنفه بأي شكل من أشكال الاستغلال و الحصول على عائد مالي منه، وقد يتـــــم استغـــلال المصنف من المؤلف نفسه كما قد يكون هذا الاستغلال بواسطة الغير الذي يتنازل له المؤلف عن حقـه فـي الاستغـــلال نظيـر مقابل متفق عليه و قد تكون طريقة الاستغلال المصنف و نقلـــه إلى الجمهور بنشره بحالـه الأصلية أو بتحويلـه أو ترجمته و قد نصت المادة 2/27 من قانون 05/03 عن الطـــرق و الوسائل التي يتم بها استغـلال المصنف ، كما يحق له دون سواه مـــع مراعـــاة

[1] حسين مبروك ، المدونة الجزائرية للملكية الفكرية ، دار هومة الطبعة الثالثة ، لسنة 2011 ، صفحة 253.

أحكـام هذا الأمر أن يقوم أو يسمـح لمـن يقوم على الخصوص بالأعمال تتمثل في إبرام عقـد النشر و عقد رخصة الإبلاغ للجمهور و هذه العقود يمكن أن تكون محلا للتحكيم :

أ: عقـــد النشـــر:

يتم نقل المصنف إلى الجمهور عن طريق عملية النشر و وسائل النشر المتعددة منهـا: الطباعـة ، الرسم ، الحفر ، أو التصويـر الفوتوغرافـي، أو الصب في قوالب أو التسجيل في الأشرطـة و الأسطوانات و التسجيل اللاسلكي و التلفزيوني أو ما يطلق عليه السمعي و السمعـي البصـري أي بمثابة طبع نسخ من المصنف [1]، و بذلك فعملية النشر تتم عن طريق نسخ صـورة من المصنف و يعد عقد النشر نموذجا عن عقود التنازل عن الحقوق المادية للمؤلف ، وقد خصه المشرع بالمواد من 84 إلـى 98 من الأمر رقم 03-05 .

و يترتب على حق المؤلف في نشر و نسخ مصنفه حق آخر يتمثل طبقا للبند 9 من المادة 27 في الترجمة و الاقتباس و إعادة التوزيع و غير ذلك من التحويلات المدخلـة على مصنف المؤلف الذي تتولد عنها مصنفات مشتقة، كما له ترجمة مصنفه إلى اللغة التي يراها مناسبـة لتساعد فـي عملية رواج مصنفه و كذلك حق في اقتباسه أو توزيعه موسيقيا إذا كان لحنا موسيقيا أو إعـادة توزيعه أو إجراء أي تطوير آخر لمصنفه

لقد خصص المشرع الكثير من النصوص القانونية لتمكيـن المؤلف من نشـر مصنفـه لاستعمال حقوقه وذلك من المواد : 84 الى 98 من الأمر 05/03 .

فعقد النشر ينتقل بمقتضاه للناشر حق استنساخ المصنف في طبعه أو إعادة طبعات يتفق عليهـا في عقد النشر و في المقابل يحصل المؤلف على اجر أو مكافأة متفق عليها و يمكـن للمـؤلف أن يفسخ عقد النشر دون المساس بالتعويضات التي قد يستحقها خلال مهلة ثلاثة أشهـر عندما لا توضع نسخ المصنف تحت تصرف الجمهور وفقا للمواصفات و الآجـال المقـررة في العقد و قد عرفته المادة 84 من هذا الأمر كالآتي :

[1] نسرين شريقي مرجع سابق ص55

يعتبر عقد النشر، العقد الذي يتنازل بموجبه المؤلف للناشر عن حق استنساخ نسخ عديدة من المصنف حسب شروط متفق عليها و مقابل مكافأة للقيام بنشرها و توزيعها على الجمهور لحساب الناشر.

يشمل عقد النشر المصنف الأدبي أو الفني في شكل طباعة خطية أو تسجيلات سمعية بصرية المادة 85 كل هذه التعاملات و التي تكون في شكل عقود تصلح أن تكون محلا للتحكيم.

ب: عقد رخصة الإبلاغ للجمهور:

يقصد بالأداء العلني إبلاغ المصنف إلى الجمهور بطريقة مباشرة و في مكان عام يستطيع الجمهور التردد عليه سواء كان ذلك بمقابل أو بالمجان و علانية الأداء لا تتوقف على تحديد طبيعة المكان بل و لا على طبيعة الاجتماع أيضا.
ذلك أن المكان العام قد ينقلب إلى مكان خاص كما لو استأجره شخص لإقامة حفلة عائلية و قد ينقلب المكان الخاص إلى عام متى سمح للجمهور بالدخول فالأداء العلني يتحقق متى كان الاجتماع عاما مسموحا للجمهور حضوره[1].

و يستوي أن يقوم المؤدي بالتأدية أمام الجمهور في المكان العام مباشرة بحيث يكون تحت سمع الجمهور و بصره و مثال ذلك المصنفات التي تبلغ إلى الجمهور عن طريق التمثيل أو الأداء العلني و المنقوشات و التماثيل والرسومات والألواح الزيتية أو أن يقوم بهذه التأدية في أستوديو مغلق ثم تقوم أجهزة الإذاعة والتلفزيون بنقل الأداء.

قد يكون الآداء شخصي كأن يكون بصوت إنسان و لو بالاستعانة بأجهزة مضخمة للصوت والصورة معا مثل التلاوة العلنية ، كالقصائد الشعرية و النثرية و المحاضرات العلمية و قد تكون عن طريق التوقيع الموسيقي ، كالعزف على الآلات الموسيقية المختلفة أو الحركات الرياضية الرقص بأنواعه أو تمثيل مسرحي أو قد يكون عن طريق أجهزة ميكانيكية (غير شخصي) عن طريق آلات سمعية أو سمعية بصرية كالإذاعة و التلفزيون.

[1] نسرين شريقي المرجع السابق ص 59 .

كما قد ينقل المصنف إلى الجمهور بطريق غير مباشر بنسخ صور منه و نشرهـا و هـــذا هـو الغالب و في هذا الشأن نصت المادة 27 من قانون 05/03 على استنساخ المصنف بأيـــة وسيلـة و في البند 9 ذكرت الترجمة و الاقتباس و إعـــادة التوزيـــع و غير ذلك من التحويلات المدخلة علـى المصنف التي تتولد عنها مصنفات مشتقة من المصنف الأصلي الذي يبقى مرجعا و تضاف إليـه مصنفات جديدة بعد تحويله يتم نقل المصنف إلى الجمهور عن طريق نشره و هو حق خالص للمؤلـــف يتـــــولاه بنفسه أو بواسطـة غيره و يتم ذلك بنسخ نماذج وصور للمصنف و حق الاستنساخ يعتبـــــــر من الحقوق الخالصة للمؤلف أو لمن يأذن له بذلك و هو يتم بكافة الوسائل و الطرق المادية المؤدية لإظهـار المصنف[1]

و رخصة الابلاغ للجمهور و الاطلاع نصت عليها المـــادة 99 من الأمر 05/03 بـأن يخضع إبلاغ المصنفات المحمية للجمهور عن طريـق التمثيـــــل أو الأداء أو البث الإذاعـــي السمعـي أو السمعي البصري أو التوزيع السلكـــي أو العـــرض أو بأي وسيلة لوضـع المصنفات في متناول الجمهور بترخيص من مؤلف أو من يمثله يسمى رخصة الإبلاغ إلـــى الجمهـــــور باستثناء الحـــالات المنصوص عليها في هذا الأمر و رخصة الإبلاغ للجمهور ما دامت تصلـح أن تكون محل عقـــد فإنها بالتالي تصلح أن تكون محلا للتحكيم.

2- الحقوق المادية في الملكية الصناعية و قابليتها للتحكيم

تكون حقوق الملكية الصناعية محل للتصرفات القانونية التعاقدية الناقلة للملكيـة ، التي يتـم التنازل فيها بعوض بموجب عقد بيع، أو تقديم الحق كحصة في شركة مقابل اقتسام الأربـــــاح و الخسائر ، كما أنها قد تكون محل تصرفات تعاقدية أخرى غير ناقلة للملكيـــــــــة و هي عقد الترخيص و عقد الرهن.

ونظرا للأهمية الاقتصادية البالغة لعقد التنازل وعقـــد الترخص ونظـرا للدور الذي يؤديانه لتلبيـة حاجة مجال الإبداع من سيولة مادية لمواصلة البحث والتطويـر، خاصة في مجـال براءات الاختراع وذلك بمـــا لها من تأثيـــر مباشر على الصناعات و المساهمة في النمو الاقتصادي

[1] نسرين شريقي مرجع سابق ،ص 59

للمجتمع، باستغلال يخدم مصلحته وتطوره ، نتناول بالدراسة عقد التنازل مع الإشـــارة إلـــى عقد التقديم كحصة في الشركة ثم عقد الترخيص و عقد الرهن و مدى قابليتها بأن تكون محلا للتحكيم

أولا: عقد التنازل

نص المشرع الجزائري على عقد التنازل بالنسبة لجميع حقوق الملكية الصناعيـــــــة، ولقد استعار عن ذلك بعبارة انتقال الحقوق أو تحويل الحقوق، ومنه فلكي يكون عقد التنازل صحيحـــا يجب أن يتوفر على جميع الشروط الموضوعية و بالتالي لا يمكن للمتنازل عن حقوق الملكيـــة الصناعية ســـواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا أن يتصرف إلا إذا كان صاحب صفـــة، وذلك بأن يكون مالكا شرعيا للحق، أو وكيلا شرعيا تخول له هذه السلطة بموجب وكالة خاصـــة، في حالة ما إذا كان مـــالك الحق شخصا معنويا، وفي حالة الحقوق المشتركة أو الجماعيـــــــة فالشخص المشترك له حق التنازل عن حصته من حقوق الملكية الصناعية بشرط عـــدم المساس بالحصص التي يستفيد منها الشركاء الآخرون واحترامها.

إن التنازل الذي يسعى من خلاله أصحاب حقوق الملكية الصناعية إلى المساهمـــة فـــي التسويـــق والاقتصاد يجب أن يتم مقابل ثمن، وبالرجوع إلى الأحكام العامة ، يجب أن يكـــون الثمن محددا أو قابلا للتحديد ، وقد يتم تحديده بصفة جزافية في بند يتضمنه العقد، مع العلم[1] أنه يمكـــن للأطـــراف التخلي عن هذا البند كما يمكن أن يكون الثمن محددا في شكل تعويضـات نسبيـــة حسب رقـــم الأعمال المحقق من قبل الشركة المتنازل لها في أربـاح استغلالها، وفي هذه الحالـــة يجب علـى المتنازل له الالتزام باستغلال هذه العناصر، كونه التزام بتحقيق نتيجة ، لكن إذا لم يحدد في العقد حد أدنى للاستغلال الواجب تحقيقه من قبل المتنازل له فيكـــــون الالتزام هنـــا ببدل عناية، لأنـه في حالة تقصيره يفسخ عقد التنازل بسبب عدم التزامه، وفي هذه الحالة يقـع عبء إثبـات التقصيـر والخطأ على المتنازل.

ويجب أن يرتكز عقد التنازل على ركن المحل، وهو موضوع الاتفاق، فلا يكون عقد التنازل إلا بوجود حق من حقوق الملكية الصناعية، لأنه يشترط في المحل أن يكون موجودا وساري المفعول وقت انعقاد العقد وذلك تحت طائلة البطلان.

[1] فرحة زراوي صالح المرجع السابق ص 143.

ففي البراءة مثلا يجب أن تكون موجودة يوم إبرام العقد، ولا يهم أن تكون البراءة قـد سلمـت فعلا من قبل المعهد أو قدم طلب للحصول عليها، فالتنازل هنا قائم لحين إتمام إجراءات الإيـداع دون انتظار استلام البراءة ، وعليه ففي حالة رفض البراءة يعد العقد مفسوخا لعـدم الالتزام بتسليم محل التعاقد، كذلك إذا سقطت البراءة وانتهت يوم إبرام العقد يكون التنازل باطلا لانعدام المحل، ويعـد أيضا باطلا إذا بطل المحل ولا يجوز للمتنازل أن يبادر بطلب إبطال البراءة محل التنازل لأنـه ملزم بواجب الضمان، عكس المتنازل له الذي يحق له إبطالها عند اكتشافه سببا مبطلا، ويكـون هذا عادة تنصلا من تنفيذ التزاماته، [1]ما يدفع المتنازل غالبا إلى اعتماد شرط عدم الاعتراض فـي عقود التنازل إذا كان التنازل يتعلق براءات متعددة فبطلان البراءة الواحدة منهم لا يلغي كل العقد،إلا في حالة ما إذا كانت هذه البراءات تابعة للبراءة الملغاة.

يعد المحل بالنسبة للمتنازل له الثمن الذي يقدمه للمتنازل لذا يعتبر عنصر الثمـن من العناصر الأساسية لعقد التنازل لأنه بغيابه تتغير طبيعة العقد كلية ويصبح عقدا دون مقابـل. أما في العلامات إذا تمت بشأنها إجراءات التسجيل ثم كانت محلا لعقد التنازل قبل الحصول على قبول المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية، ففي حالـة رفض هـذه الأخيـرة يكون مصير التنازل الفسخ نظرا لانعدام محل التنازل وبإتمام الشروط الموضوعية يجب على أطـراف عقـد التنازل إثبات هذا العقد و لا يتم ذلك إلا بإتباع الإجراءات الشكلية.

1- الشروط الشكلية لعقد التنازل

لقد اشترط المشرع الجزائري شروطا شكلية واجبة لإثبات عقد التنازل و هي:

أ: الكتابة والتسجيل [2]يفرض القانون شكليات معينة لإثبات عقود التنازل المتعلقة بجميع حقوق الملكية الصناعيـة بمـا فيها البراءة و العلامة، وذلك كتابة ، لأنها مسألة تكتسي أهمية تطبيقية لا يستهان بها خاصة فـي عقود التنازل عن الحقوق المالية التي يملكها كل من الشخص الطبيعي والمعنوي.

[1] نسرسين شريقي مرجع سابق ص 93

[2] فرحة زراوي صالح المرجع السايق ص 145.

وإلزامية الكتابة في هذا المجال تستجيب لضرورة حماية الأطرف المتعاقدة ، لذا اشترطها المشـــرع واعتبرها وسيلة للإثبات في براءة الاختراع ، أما في العلامة فقد بأنه " تشترط تحت طائلـــــــة البطلان الكتابة نص في المادة 15 من الأمر 03 / 06 وإمضاء الأطـــــراف في عقـــود النقل أو رهن العلامة المودعة أو المسجلة [1] في مفهوم المادة 14 وفقا للقانـــــون الذي ينظم هذه العقود....." ولا تنتقل ملكية الحقوق ولا يكون التنازل حجة على الغير إلا بعد تسجيل التصرفات في السجلات الخاصة بكل حق، لأن التسجيل هو الوحيد الذي يفترض ويثبت إيداع عقـد النقـــل ومنه فإن عقد التنازل هو عقد شكلي لا ينعقد إلا بالتسجيل ، لأنه في حالة العكس لا يستطيـــع المتنازل له مواجهة الغير بملكية الحق أو بأحقيته في احتكار استغلال الابتكار أو الإبـداع ، ذلك لأن الملكيـة لم تنتقل إليه، ونتيجة لذلك فإن المتنازل له ليس له أية صفة لادعاء التقليـــد ، لـــذا يجب الإسراع في عمليـــة التسجيل، لأن المشرع لم يحدد وقتا للتسجيل، بحيث يمكن إجـــراؤه في أي وقت لاحق لإبرام العقـــد ومثل هذا الإجراء ليس له أثر رجعي ، غير أن عـــــدم التسجيل لا يؤثر على صحة العقد لأنه لا يتمسك به في مواجهة المتنازل للمتنازل له، و لا يقضي به القاضي من تلقاء نفسه لأن التسجيـــل لا يثار إلا في حالة تنفيذ العقد في مواجهة الغير.

ب- النشر والإشهار

إن إلزامية الإشهار تمس جميع عقود التنازل في أي وقت كان بعد إبرام العقد و تسجيله، وعليـــه فإن المتنازل له الذي سجل عقد التنازل في السجلات الخاصة بعناصر الملكية الصناعية لا يحق له أن يدعي ضد المقلدين بدعوى التقليد مادام أنه لم يتم إشهار العقد، وبالتالي فالإشهار ضروري لكي يكون التنازل في مواجهة الغير، بحيث يخضع طبيعيا إلى منطق مؤسساتي يقضي بضمـــان الحماية للتجارة ال وقيان جون بيةا.لإشارة إلى أن جميع الإجراءات من تسجيل وإشهار تكون على مستوى الإدارة بإيداع العقد المكتوب محل التنازل لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية.

إذا كان العقد صحيحا مستوفيا لجميع شروطه يستلزم تنفيذه، وهذا ما يرتب مجموعة من الآثـــار القانونية.

[1] الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 44 ص 25.

وهنا تكمن أهمية عقد التنازل الاقتصادية، من حيث أنه وسيلة هامة للاستغلال، يتمكن بموجبه المتنازل من الحصول على مقابل مادي ويضمن استغلال ابتكاره بالطريقة المثلى، كما ينتفع به المتنازل له، خاصة منها الشركات التي تسعى إلى اكتساب البراءات و العلامات بالتنازل واستغلالها استغلالا واسعا بطرق تحقق بها أرباحا طائلة، ولعل هذا ما منحها الاحتكار، فحققت بذلك التطور الصناعي والتجاري ودفع عملية النمو الاقتصادي.

إضافة إلى عقد التنازل كوسيلة تعاقدية لاستغلال الملكية الصناعية الناقلة للملكية، نجد عقد تقديم حقوق الملكية الصناعية كحصة في شركة عند تقديم المحل التجاري، حسب المادة 117من القانون التجاري الجزائري (و يكون من بين عناصره المعنوية براءة الاختراع أو علامة وعلى الرغم من الأهمية الاقتصادية الكبرى التي تقدمها هذه الحقوق للسوق ضمن النشاط المؤسساتي لا تنظم تشريعات الملكية الصناعية هذه العقود، الأمر الذي يحيلنا إلى الأحكام العامة.

ومنه يخضع هذا العقد لشروط العقد في الأحكام العامة من صفة و أهلية، و رضا خال من العيوب، و [1]سبب و محل مشروعين للعقد، و قد يتعلق عقد تقديم حقوق الملكية الصناعية كحصة في شركة بحقوق تم تسليمها أو بطلب تسجيل هذه الحقوق لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية ، و يبرم هذا العقد بين شخصين، هما أطراف العقد أولهما المساهم وفي هذه الحالة الأخيرة تقدم حصص العامل مقابل نقل ملكيته أو حق الانتفاع بها، وهي مقابل إضافي للإبداع الذي تم انجازه في الخدمة، يلتزم بالنص عليه في عقد العمل، و الثاني هو المستفيد و يكون إما شركة مدنية محلها دراسات تجارب تقنية وعلمية لبراءة اختراع، أو دراسة منتوج تحمله العلامة الخاصة بها، أو تكون تجارية إذا تعلق محلها بالاستغلال الصناعي أو التجاري للملكية الصناعية فطبيعة الشركة حسب طبيعة العمليات التي تنجز من خلالها، وتكون الحصص بعمل أو بمنقول معنوي متمثل في حقوق الملكية الصناعية.

و تكون المساهمة بحقوق الملكية الصناعية على سبيل التمليك أو على سبيل الانتفاع، و يعد ضروريا تحديد القيمة المادية المقدمة في النظام الداخلي للشركة، وتحدد حصة كل شريك فيها، ولا يكون أقل أو أكثر من القيمة الحقيقية لهذه الحقوق.

[1] عمورة عمار مرجع سابق ص:130

أخضع المشرع الجزائري هذا العقد لشكليات الكتابة والشهر ، وقرر مبدأ الكتابة في عقـــد الشركة التي تمتلك حقوق الملكية الصناعية كحصة مكونة لرأس مالها، وكافة العقود اللاحقة لـــه لكـــي يصبح صحيحا وملزما، أما في حالة انعدام الكتابة يصبح العقد غير ملزم ويعد باطـــلا، غير أنه في القانون التجاري يجوز للغير الإثبات بكافة الطرق عند الاقتضاء ، ما يجعل العقـــــــد غير المكتوب ليس باطلا بطلانا مطلقا، و كتابة العقد تضمن الحفاظ على التفاصيل الخاصة بعلاقـــة الشركاء فيما بينهم وعلاقة المساهم بالشركة، كما أن تنفيذ العقد قد يستغرق وقتا طويلا، فالعقـــد المكتوب يعرف الغير بتفاصيل الاتفاق ويحدد حقوق كل واحد و واجباته في المشروع المتفـــق على تأسيسه و استغلاله ، وبالإضافة إلى أن الكتابة شرط ضروري لتنفيذ إجراءات الشهر، وبعـد إبرام العقد يجب أن يقدم لدى المركز الوطني للسجل التجاري وينشر حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات تحت طائلة البطلان وبالموازاة مع هذا الشهر العام يتوجب التسجيـــل على المستوى الوطني في السجل الخاص بالبراءات أو العلامات الممسوك من طـــرف المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية و متى وقع العقد صحيحا ترتبت عنه آثار قانونية، بحسب مـا إذا كانت مقدمة على سبيل الملكية أو على سبيل الانتفاع.

فإذا كانت على سبيل التمليك فهي عملية بيع من الشريك إلى الشركة، هي نقل ، تام للملكية مثـل عقد التنازل، فتسري عليه أحكام عقد البيع فيما يخص الضمان ويخضـــع لنفس الشـــروط الموضوعية، وشكليات عقد التنازل، ويترتب عن هذا النقل فقدان الشريك ملكيته لحقوقه التي ساهم بها، فلا يمكنه بعد ذلك التصرف فيها أو استعمالها لمصلحته الخاصة، فتصبح جـــزء من الذمة المالية للشركة و لها وحدها حق استغلال هذه الحقوق اقتصاديا دون غيرها، ولها حق التصـــرف فيها، و لها أيضا الصفة لمقاضاة الغير المعتدي عليها.

أما إذا كانت على سبيل الانتفاع وذلك بأن يمنح المساهم حق الاستغلال لمدة معينة إمـــا بصفـة استثنارية، تكون الإجراءات المتبعة هنا أحكام الإيجار، والتي تطبق على عقد الترخيص، ولا يجوز للمساهم أن يستغل هذا الحق وأن يمنح تراخيص للغير بالاستغلال، أو بصفة غيـــر استثناريـــــة وعادية تمكن المساهم من أن يستغل هو أيضا الحق المساهم به بنفسه أو بواسطة الغير، استغلالا مستقلا عن الاستغلال في الشركة، مع حقه في تحريك دعوى التقليد، وفـــي كلتا الحالتين على الشركة أن تلتزم باستغلال الحق محل العقـــد بالشكل الكافي الذي يسد حاجات

الاقتصاد، وإلا تعرض للترخيص الإجباري إذا تعلق الأمر ببراءة الاختراع و السقوط في حالـــة كـون الحصـــة علامة.

إن الوسائل الناقلة للملكية بالغة الأهمية بالنسبة للشركات التي تعتبرها وسيلة تمكنها من استغلال الملكية الصناعية، إلى جانبها نجد تصرفات أخرى غير ناقلة للملكية أهمها عقد الترخيص الذي لا يقل أهمية عن عقد التنازل.

ثانيا :عقد الترخيص

إلى جانب التصرفات القانونية الناقلة لملكية حقوق الملكية الصناعية التي خولها المشرع الجزائري لصاحبها، نص أيضا على تصرفات أخرى تعد وسائل للاستغلال، لكنها لا تنتقل بموجبها حقـوق الملكية الصناعية، فهي تبقى لدى ملكية صاحبها، ما يسمح لمالكها بمواصلة تحسين و تطويـــر استغلاله بواسطة هذه الوسائل دون أن يفقد ملكيته لها.

يعتبر عقد الترخيص وسيلة أساسية من وسائل الاستغلال، فغالبـا ما يلجـــأ مالكي حقوق الملكيـــة الصناعية إلى استغلال حقوقهم، عن طريق منح تراخيص للغيـــر [1] بموجب عقد بين صاحب الحـــق والمرخص له، ويتم الاستغلال طبقا للشروط والأحكام المنصوص عليها في العقد مقابـــل مبلـــغ محدد، يدفع في شكل إيرادات أو عوائد، ويخول هذا العقـــد للمرخص له التمتع بحق الاستغلال دون نقل ملكية الحق، وهذا ما منح عقد الترخيص مكانته المعتبرة وجعله من أهم العقـــود الشائعـــة الاستعمال في المجال العملي باعتباره وسيلة اقتصادية هامة في استغـــلال حقـوق الملكية الصناعية، هذا ما يؤثر بصفة مباشرة على المجتمع الذي يعتبر الترخيص وسيلـة لاكتساب معارف تقنية وفنية جديدة، الأمر الذي يدفع مسار التقدم التقني والاقتصادي في الدول.

لم يعرفـه المشـــرع الجزائري في التشريعات المتعلقة بحقوق الملكية الصناعية[2]، بما فيهـا تشريعات 2003 ، وعليـه يعرف الفقه عقد الترخيص بأنه" :التصرف القانوني الذي يتنازل بموجبه مالك الحق، أو من آلت إليه حقوق الملكية الصناعية عن حقه الاستئثاري في احتكار استغـــلال إنجازه للغير كليا أو جزئيا، وذلك لمدة معينة لقاء مبلغ يحدد في العقد ، كما يعرف عقد الترخيص هو الذي يخول بمقتضاه صاحب الحق لشخص واحد أو عدة أشخاص حق

[1] فرحة زراوي صالح المرجع السابق ص 154.

[2] أمر رقم07/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق ببراءة الاختراع.

الاستئثار بالاستغلال الكلي أو الجزئي لحقوق الملكية الصناعية مقابل مبلغ مالي محدد في العقد، لمدة زمنية معينـــة.

ومن حيث الطبيعة يتقارب عقد الترخيص من الكثير من الأنظمة القانونية، فمن الفقه من يرى بأنه حق شبيه بحق الانتفاع لأن في كليهما يتمتع الشخص باستغلال الشيء في حين تبقى الملكية في يد صاحبها ، غير أن هذا مردود عليه لأن حق الانتفاع ينتهي بوفاة المنتفع عكس عقد الترخيص فهو باق حتى بوفاة المستفيد ، ويمكن أيضا للترخيص أن يتعدد وهذا خلاف حق الانتفاع الذي لا يمكن أن يكون أكثر من حق انتفاع واحد على نفس المال،[1] كما انه لا يمكـــن للمرخص لـــه أن يتنازل عن مباشرة الاستغلال إلا بموافقة المرخص لأن عقد الترخيص قائـــم على الاعتبار الشخصي، في حين يمكن للمنتفع أن يتنازل عن حقه في الانتفاع لشخص آخر كون هذا الأخيـــر حقا عينيا.

وهناك رأي آخر يعتبر الترخيص عقد من نوع خاص وهو شبه شركة لأنه يقيم روابط ايجابيـــة بين المرخص و المرخص له شأنه في ذلك شأن الشركاء في عقد الشركة المرتبطين ايجابيا، من أجـل تحقيق المنفعة المشتركة زيادة على تداخل العقدين من حيث التزامات الطرفين إلا أن أغلب الآراء تذهب إلى اعتبار عقد الترخيص شبيه إلى حد ما بعقد الإيجار، لأنه بمثابة تنازل صاحب الحق عن الانتفاع بحق استغلال حقوق الملكية الصناعية إلى المرخص لـه وبالتالي فان عقد الترخيص ما هو إلا نوع من الإيجار وذلك لما للعقدين من عناصر متشابهة كالتزامات الطرفين في كلا العقدين، أين يلتزم المالك بتمكين المستأجر من الانتفاع بالشيء محل الإيجار في حين يلتزم المرخص له والمستأجر في نفس الوقت بدفع الإتاوة أو الأجرة، كما يشتركان في حالة الفسخ، إذ أن فسخ كلا العقدين لا يكون لهما أثر رجعي، غير أن الحق في رفع دعوى التقليد على من يعتدي على حق الاحتكار يبقى دائما لصاحب الحق على حقوق الملكية الصناعية، و لما كان الأمر كذلك فعقد الترخيص يخضع للقواعد العامة لعقد الإيجار.

[1] صلاح زين الدين، الملكية الصناعية و التجارية، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان، طبعة 2000، ص120

1- أنواع عقد الترخيص:

أ -الترخيص الإستئثاري :فيه يقتصر الحق في استغلال إما البراءة أو العلامة، وعلى المرخص له فقط دون سواه داخل الحدود الجغرافية التي يرسمها العقد، بحيث يمنـع[1] على المرخص منح تراخيص أخرى لغير المرخص له، وهذا النوع من الترخيص يسلب حق المرخص في الاستغـــلال داخل الإقليم الذي يحدده العقد، كما لا يجوز للمرخص أن يرخص لشخص آخر في الاستغـــلال داخل الحدود المكانية التي يرسمها عقد الترخيص الاستئثاري.

ب -الترخيص غير الإستئثاري أو العادي : و هذا النوع من الترخيص لا منع المرخص من منـح تراخيص أخرى بالاستغلال لأي عدد يشاء من الأشخاص، كما كون من حقه الاستغلال بنفســـه و في جميع الأحوال لا يجوز للمرخص له أن يتجاوز في استعماله للبراءة أو العلامة، الحدود التي يرسمها العقد، ويجب على المرخص له أن يتبع تعليمات المرخص ويحتـــرم الطـــرق والأساليب التجارية التي يحددها العقد، كما يلتزم بدفع الإتاوة المتفق عليها.

2 - شروط عقد الترخيص

يعتبر عقد الترخيص من العقود الرضائية، تنعقد بمجرد تبادل الإيجاب والقبـــول بين الأطـــراف و هو عقد من العقود التجارية غير المسماة أي التي لم يقم القانون بتنظيمها بصورة خاصـــة أو وضع نظاما قانونيا لها و بالتالي فهي تخضع للأحكام العامة المتعلقة بالعقود.

يقوم عقد الترخيص على الاعتبار الشخصي والثقة المتبادلة بين طرفيه، لأنه يتضمن نقل معرفـــة فنية و تكنولوجيا تتسم بطابع السرية.

لكي يتم إبرام عقد ترخيص حقوق الملكية الصناعية صحيحا يجب أن يقوم بين أطراف متعاقـــدة ويقوم على أركان العقد طبقا للقواعد العامة (الرضا، الأهلية، المحل، السبب) و يتم وفق الشكلية القانونية.

يبرم عقد الترخيص بالاستغلال بين المالك والغير سواء كان شخصا طبيعيـا أو معنويـا ويجب أن يكون المرخص هو المالك الأصلي لحقوق الملكية الصناعية، وإلا اعتبر الترخيص باطـلا، فعلى المرخص لـه أن يتأكد من صفة المرخص قبل المفاوضات الأولية وذلك بطلب مستخرج من السجل الممسوك لدى الهيئة المختصة و في الجزائر هي المعهد الوطني الجزائري

[1] نسرين شريقي ، مرجع سابق ، ص 94

للملكية الصناعية، غير أنه إذا كان التعاقد مع وكيل مالك الحق يجب أن يقدم وكالة عامة لإبرام عقود التراخيص، كما أنه يمكن أن يكون العقد قائما بين شركاء متعددين، الأمر الذي لم ينظمه المشرع الجزائري، بل نص فقط على إمكانية الملكية المشتركة لحقوق الملكية الصناعية.

نظم المشرع الجزائري عقد الترخيص وذلك بموجب التشريعات التي تنظم حقوق الملكية الصناعية في نص المادة 37 من [1]لأمر 06/03 الخاص بالعلامات و[2] الأمر 07/03 المتعلق ببراءة الاختراع والمادة 16 من الأمر 03 /07 و رغم هذه الإجازة لم يشترط شكلا خاصا لإبرامه، حتى في التعديل الأخير لعام 2003، وبالتالي فإن عقد الترخيص كونه عقدا رضائيا ينعقد بمجرد الاتفاق بين الطرفين، وغالبا ما يتم كتابته ، لأنه الأصح من الناحية العملية فالكتابة شرط لإثباته غير أن عقد الترخيص لا ينتج أثره بالنسبة للغير إلا بعد إتباع إجراء التسجيل و النشر والإشهار، الذي يعد ضروريا لتمكين السلطة المختصة والغير من الاطلاع على جميع العقود وقيمتها الاقتصادية، وكذا عائدات الاستغلال.

يجب أن يتضمن عقد الترخيص الفترة المحددة للرخصة إذا كان المحل براءة اختراع، و إذا كان محله علامة، يذكر فيه نوع السلع والخدمات التي منح من أجلها الترخيص و تحديد الإقليم الذي سمح في إطاره استعمال العلامة سواء من حيث مجاله أو نوعية المنتوجات المصنعة أو الخدمات المقدمة من قبل حامل الرخصة و إ ّ لا كان عقد الترخيص باطلا يكون عقد الترخيص مطلقا أو محدد المجال؛ فيكون الاستغلال إما كليا يمنح المرخص له حق الاستغلال على جميع الإقليم طوال مدة الحماية أو جزئيا يتحدد حسب شروط العقد، كما يكون محددا بمنطقة أو منتوجات معينة أو لمدة محددة حسب ما جاء في اتفاق عقد الترخيص، يرد عقد الترخيص في الاستغلال على نطاق التصنيع، الاستعمال و البيع كما يجوز أن يتضمن العقد مرحلة من المراحل.

يحضر على المرخص له أن يتجاوز نطاق عقد الترخيص، وإلا قاضاه المرخص بدعوى التقليد ودعوى المنافسة غير المشروعة، ويحضر عليه أيضا تجاوز مدة الاستغلال المحددة في عقد الترخيص وفي حالة غياب ذلك تكون المدة هي مدة صلاحية الحق.

---

[1] الجريدة الرسمية الجزائرية العدد 44 ص 22

[2] نسرين شريقي المرجع نفسه ص :27.

لا يقوم عقد رهن حقوق الملكية الصناعية، إلا بتوافر الشروط الموضوعيـــة العامـــة، من تراض خال من العيوب، كالغلط والتدليس والإكراه، و محل وسبب مشروعين ، ولا يجوز لأحد أن يرهن البراءة أو العلامة إلا إذا كان صاحب الصفة في حقوق الملكية الصناعيـــــــة أو المحل التجاري.

ولقد حصر المشرع الجزائري العناصر التي يشملها الرهـــن، والتـــي تعـد عناصر المحل التجاري فـي نص المادة 119 من القانون التجاري الجزائري[1]، منهـا بـراءة الاختـراع، الرخص و علامات الصنع أو التجارة ، و حقوق الملكية الصناعية لا تدخل في رهن المحل التجاري إلا إذا نص عليها عقـد الرهن صراحة.

ولإطلاع الغير على التصرفات التي ترد على المحل التجاري وتسهيل التعامل مـــع المدين يجب اتخاذ إجراءات شكلية اشترطت لصحة الرهن، أولها الكتابة [2]لان عقد الرهن عقدا شكليا لا يثبت إلا كتابة في محرر رسمي، و ذلك حرصا على منع أي منازعات حول العناصر المشمولة بالـرهن و لا تترتب امتيازات الرهن إلا إذا تم شهره، وقيده في السجل العمومي على مستـــــوى المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها المحل التجاري ، في أجل شهر من تاريخ العقد التأسيسي، وإلا كـــان العقد باطلا، أما إذا انقضت المدة دون شهر العقد يتوجب تحرير عقد جديد، و إذا تـــــم الشهر صحيحا، يصبح الرهن نافذا ومحتجا به في مواجهة الغير.

ونظرا للأهمية الاقتصادية لحقوق الملكية الصناعية، يجب شهر رهن البراءة أو العلامـــــة بقيد إضافي لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية بتوافر الشروط الموضوعية والشكلية يعتبر العقد صحيحا وتترتب عنه آثارا قانونية، فبالنسبة للمدين الراهن، يحتفظ بحيازته لهذا المحل مما يتيح له إمكانية الاستمرار في الاستغلال التجاري، ولكن مع الالتزام بـ:

-المحافظة على المحل المرهون و حقوق الملكية الصناعية مثل العلامـــة، وإبقائها بحالة جيدة دون أن يرجع على الدائن المرتهن بأي شيء مقابل ذلك .

[1] الأمر رقم 75 /59 المؤرخ في 25سبتمبر1975 مرجع سابق

[2] فرحة زراوي صالح مرجع سابق ص 153.

-عدم اقتراف أي عمل يؤدي إلى إلحاق الضرر بمحل العقد ، والذي يعرض ضمان الدائـــــن المرتهن إلى الإنقاص، كعدم دفع الرسوم السنوية والتي تعرض البراءة للسقوط ، أو عدم الالتـــزام بحماية هذه الحقوق من التقليد من طرف الغير.

أما بالنسبة للدائن المرتهن، فعقد الرهن يمنحه حق الأولوية في الحصـــول علـــى الدين المضمون متقدما على الدائنين العاديين والدائنين المقيدين التالين له في المرتبـــة، ويكون ترتيب الدائنيـن المرتهنين المقيدة حقوقهم حسب ترتيب تاريخ قيدهم، أما في حالة تقييد عدة رهـــون في يوم واحد تكون لهذه القيود جميعا مرتبة واحدة يحق للدائن المرتهن أن يتبع محل الرهن فـــي أي يـد يكون و يجوز لدائني صاحب حقوق الملكية الصناعية في حالة عدم وفائه بدينه أن يحجزوا هذا الحـــق فالبراءة أو العلامة مثلا تدخل في الذمة المالية لصاحبها، وبالتالـــــي تدخـــل في الضمان العام للدائنين، كون الملكية الصناعية من بين أهم عناصر المحل التجاري و قد يـــؤدي الحجز إلى فقدان صاحب الملكية الصناعية لملكيته لها، إذا ما قام الدائن الحاجـــــز بإجراءات التنفيذ عليها في حالـــة ما إذا لم يستطع صاحب حق الملكية الصناعية دفع ما عليه من ديون نخلص الى أن عقد الاستغلال و عقد الترخيص و الرهن من العقود التي تكون محلا للتحكيـــــم.

الفرع الرابع: السبب اللازم للقابلية الموضوعية التحكيم.

قديما لـــم يكن لفكـرة السبب وجـود في العقود الرومانيـة القديمة ،[1] لأن الشكليـة هـــي المبدأ السائد على تلك العقود، ومـــع لتطـور الذي شهده القانـــون الرومانـــي لـم يعد يأخـــذ بمطلقيـــه المبـدأ السابـق، بل أصبح يعتمد على مبدأ آخر يتمثل في الرضائيـة واتخـــذوها كمبدأ أساسي في تكوين نوع أخـــر من العقود الجديدة، بحيث أصبحت الغايـة التي يراد تحقيقها مباشـــرة من التعاقد هـــي المفهوم الموضوعي (المعروف بالسبب القصدي) والمـــــركز عليه في نظريـــة السبب آنذاك، دون الأخذ بعين الاعتبار ما يوجد في نيـــة المتعاقد من دافع أو حافز يجعله يقدم علـــى إبـــرام العقد وهو المفهوم الذاتي المستقر عليـه من طرف رجال الكنيسة، مع اشتراطهـــم أيضا بعدم مخالفـــة

[1] أنظر علي علي سليمان النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الثالثة ص 73

هــذا الباعث للنظام العام ، وأن لكل متعاقد سبب خاص به لا يشبه غيـره عند إبرامهم للنـــوع نفســـه من العقود، لأن السبب لا يدخل ضمن موضوع العقد.

وبعدها جاءت النظرية التقليدية للسبب والتي تبناها الفقهاء الفرنسيين، حيث تخــلو بدورهم عن المفهوم الذاتي للسبب، و تمسكوا بالمعنى الموضوعي له وتوصلـــوا بأن السبب يختلف عن الباعث وأنهما ليس شيء واحد، فالأول هو الغاية التي يراد تحقيقهـــا مباشــرة من التعاقد أمـــا البــاعث هـو الغاية التي يراد تحقيقــها من التعاقـــد التي لا تتصل بموضوع العقد لكونها غير مباشرة، كمــا أن لكل متعاقد باعث خاص بـــه لا يشبـــه باعث غيره الذي يبرم في النوع نفســه من العقود.

لكن لم تبق نظريـــة السبب على حالها بــل انتقدت و بها ظهرت النظرية الحديثة التي ربطت بين المفهومين للسبب الموضوعي وكذا الذاتـــي، بحيث أنهـــم لم يتخلوا عن الفكرة الموضوعية للسبب واشترطوا مشروعيـــة البــاعث حتى يصح العقد لأن عدم توفر تلك الصفة في الباعث يؤدي إلى بطلان العقد بشرط أن يكون المتعاقد الآخر على درايـة أو من المفروض أن يدرك عدم توفر هذه الصفة في الباعث ، وإن لـــم يتحقــق الشرط الخاص بالمتعاقد الآخر بقي العقد صحيحا، في حين التشريع المصري ينظــر للسبب في العقد أنــه شرط لا بد من وجوده، كما يلزم توفر صفة المشروعية فيه حتى لا يبطل العقد لأن عدم توفر أحد الشرطين سيؤدي إلى ذلك حتما بطلان العقد وبهذا تكون النظرية الحديثة للسبب هي النظرية التي استقر عليها التشريع المصري بنص المادة 136 مدني غير أن شروط السبب لا تنحصر فقط في وجود المشروعية، بل يضيف لها البعض (الفقه والتشريع) وجوب توفر شرط ثالث وهو صحة السبب[1].

ومن بين التشريعات التي أضافت هذا الشرط إلى السبب هو التشريع الفرنسي، الذي اشترط توافر الشروط الثلاث في السبب حتى ينتج الالتزام آثاره.

وكذلك النظرية الحديثة للسبب هي النظرية التي استقر عليها التشريع الجزائري بالرجوع إلى نص المادة 97 مدني، والتي يمكن الاستنتـــــاج منها شرطـــي الوجود و المشروعية الواجب

[1] خليل أحمد حسن قدادة: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائري ،2005، ص 73.

توافرها في السبب حتى لا يدخل العقد إلى دائرة البطـــلان المطلق رغم أن شـــرط الوجود لم تشر إليه المادة بشكل صريح إلا أن حسب رأي البعض يمكـــن استخلاص ذلك منها، واستدلا بأن الالتزام الذي يقع على عاتق المتعاقد يفترض وجـــود السبب فيه لأنـــه من غير المعقول أن نعتقد العكس و هناك من يرى أن المـــادة 97 بنصهـا الفرنســي بينت شرطين بصورة واضحة دون أي لبس[1] بينما الرأي الآخـــر أن المشـرع لـــم يشترط فـي نص المادة 97 من القانون المدني الجزائري إلى شرط الوجود بـــل أشار إلى المشروعيـــة فقط[2]

لكن نرجح الرأي الثاني أكثر، لأن النص الفرنسي صيغته جاءت حقا واضحـــة فـــي إشارتها إلى الشرطين ، وبغض النظر عن النص الفرنسي نرجح الرأي الذي استنتـــج شرط الوجود من نص العربي للمادة 97 من القانون المدني الجزائري و قدم حجـــة لذلك غيـــر أننـــا نضيف حجة أخـــرى تتمثل أن البحث عن صفة المشروعية على أي شيء يطبق هـــذا البحث، فلا بد مـن وجود سبب يطبق عليه البحث، لأن انعدام وجود السبب سيؤدي بنا حتما إلى أن لا نتبين مشروعيته من عدمها، وهذه الحجة مستنتجة من خلال آراء الفقهاء السابقين.

وبنـــاء على كل ما تقدم نصل إلى معرفة ما هو السبب عند الاتفاق المتعلـــق بشرط التحكيم التجاري الدولي، لكن السؤال الواجب طرحه لمعرفة هذا السبب هو لمـــاذا يلـــتزم المدين[3]؟ أو بمعنى أدق لماذا يلتزم المتعاقد عند اتفاقه علـــى شرط التحكيـــم التجاري ؟ الإجابة تكون على النحو التالي:

لإيجـــاد حل للمنازعات التي يمكن أن تقع في المستقبل عن طريـق التحكيـــم، وعند تطبيق لشرط السبب وفقا للقانون الجزائري نجد أن السبب موجود هـــو إيجـاد الحل، أمـــا توفر صفة المشروعية فإن لجوء الأطراف إلى التحكيـــم لإيجاد الحـل المناسب للمنازعات وتجنبهم

[1] علي فيلالي: المرجع السابق، ص 260.

[2] خليل أحمد قدادة: المرجع السابق، ص 73 .

[3] علي فيلالي: المرجع نفسه ، ص 243.

القضاء العادي هـــو أمـــر مشروع لا يخالف النظام العـــام ما دام أن التحكيم هو الطريق البديل عن القضاء العادي وهو جائـز حسب التشريع الجزائري إذن السبب مشروع.

المبحث الثاني :

القانون الواجب تطبيقه على موضوع التحكيم في مواد الملكية الفكرية

التحكيم طريقة من الطرق البديلة للقضاء و يتم اللجوء إليه بإرادة الأطراف وفقـــا لمبـــدأ سلطان الإرادة غير أن اتفاق الأطراف على اللجوء للتحكيم و تحديد محل التحكيم و موضوعـــه يستلـــزم تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الذي يعتـبر من بين الأسس الهامة التي يقـوم عليها نظام التحكيم، في حين أن هذه القواعـــد الوطنيـة أو القواعد الخاصة بالتجارة الدولية هـي التي يمكن أن تمثل تلك القواعـد القانونية المعينة على حسب ما تتجه إليه الإرادة المحتكمة، أمـا إن لم تعبر إرادة الأطـراف عليهـا فتكون القواعد القانونية التي تراها هيئة التحكيم هي التي يحكم بها في موضوع النزاع و ينطبق هذا على حقوق الملكية الفكرية الأدبية و الفنية و حقـــوق الملكية الصناعية و هو ما نتطرق إليه في هذا المبحث و قد قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين الأول نتطرق فيه إلى اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق و في المطلب الثاني نتطرق الى القانون الواجب التطبيق في حالة غياب قانون الإرادة.

المطلب الأول :قانون الإرادة كقانون واجب التطبيق.

قد يختار المتعاقدين القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم بشأن المنازعات التي قد تنشأ بينهم مستقبلا و قد يتم اختيار القانون الوطني ليكون هو الواجب التطبيق أو قد يختارون تطبيق القواعد الدولية و عليه قد قد نتطرق في هذا المطلب إلى فرعين الفرع الأول نتناول فيه القانون الوطني كقانون واجب التطبيق و الذي سيطبق على النزاع و في الفرع الثاني نتناول حالة اختيار إرادة الأطراف القانون الأجنبي كقانون واجب التطبيق على النزاع .

الفرع الأول :اختيار الإرادة للقواعد الوطنية

من الطبيعي أن العقد يطبق عليه القانون الـــذي رسـا عليـــه تطابق إرادة الأطراف المعبر عنهـــا بكل حرية وبما أن إرادة الأطراف هي التي لم تتجـــــه إلى القضـــاء من أجل حل المنازعات، بل اتخذت طريق التحكيم للقيام بذلك، وهي الإرادة نفسها التي تشكل هيئة التحكيـــم لتمـارس مهامهـا وكذلك هي الإرادة التي ترى أن موضوع النزاع يجب أن يطبـــق عليه قواعد

قانونية معينة، وعليه يفرض على المحكم أن يطبق القواعد القانونية التي توافقت عليها و يوضح المشرع الجزائري بأن الأطراف لهم الحق في حرية اختيار ما يجب تطبيقه على موضوع النزاع من قواعد قانونيـــة و دون أي قيد ، وعلى المحكم أن يلتـــزم بما اتجهت إليه إرادة الطرفيـــن.

و لقد كرست قانون الإرادة معظم الاتفاقية الدولية المتعلقة بالقانون الواجب تطبيقه على الالتزامات التعاقدية منها " اتفاقية روما " لسنـــة 1980 و اتفاقيـة"اتفاقية لاهاي " التي تضـم فـي طياتها تحديد القانون الواجب تطبيقه على البيـوع الدولية للمنقولات المادية المبرمة في سنـــة 1955 . بينما هناك اتفاقيات دولية وأنظمة لمراكز دولية خاصة بالتحكيم، سارت في نفس الاتجاه السابـــق نذكر منها:

الاتفاقية الأوروبية1961 لسنة الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي ، حيث تؤكد ما سبق في نص المادة السابعة " للأطراف الحرية في تحديد القانون الذي يجب تطبيقه من قبل المحكم على موضوع النزاع" [1]و قانـــون الأونسترال القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي هو أيضا يبين تلك الحرية من خلال نص المادة 28 ، وحتى غرفة التجارة الدولية لـم تخرج عن هذا النطاق بنص المادة 13 ، واللجنة المنبثقة عن الأمم المتحدة المنظمة للتحكيم والتي اتجهت إلى نفس ما ذهبت إليـه الاتفاقيات السابقة و كذلك قواعد التحكيم لمركز القاهرة الإقليمي، حيث تشيـــر إلى هـــذه الحرية في المـادة333 و المادة :42 من اتفاقية واشنطن1965 لتسوية المنازعات الناشئـة عن الاستثمارات بين الدول، وبين رعايا الدول الأخرى ، والمـــادة 12 من اتفاقيـة تسويـــة منازعات الاستثمار فـي الدول العربيـــة ، والجدير بالملاحظة أن المحكم يصبح ملزما بتطبيـــق ما اتجهت إليه إرادة الأطراف غير أن النصوص القانونية التي جاءت بها التشريعات الوطنيـــة والدولية لـم تستقر على استخدام مصطلح واحد يثبت ما سيلتزم بـــه ، فهناك من استخدم مصطلـح قواعـــد القانون، وهناك من استعمل مصطلح القانون، مما دفع بالفقهاء للتدخل لرفع اللبس الواقـــع عندما يجد المحكم نفسه أمام أحد المصطلحين، بحيث فسروا مصطلح القانـون في حدود المعنى الضيق له، وقصدوا به أحد القوانين الوطنية التي اتجهت إليـــه إرادة الأطـراف في حين قدموا تفسيرا أوسع لمصطلح قواعد القانون، لأنه يضم في معناه

[1] أشرف عبد العليم الرفعي ، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم و النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، طبعة 2003 ، ص25.

عدة مفاهيم بإمكان الأطراف انتقاء أحدا منها، كأن تكون المبادئ العامة المستنبطة من القانون هي التي تدخل في زمرة هذه القواعـــد القانونية، وكذلك الأعراف التجاريـــة يمكن أن تدخل ضمن تلك القواعد أو غيرهـا و إن اتجـــاه إرادة الأطراف لا يمكن حصرهـا في قانون وطني معين، بل لهم كامل الحرية في تحديد ما يرونـه مناسبا من القوانين الوطنية المختلفة، حتى وإن كانت مثلا جنسية أحد أطراف عملية التحكيم من ذاك القانون المتفق عليه ، لكن هناك فكرة النظام العام التي يلزم عدم معارضتها، وأخذها بعين الاعتبار عندما يحدد القواعد القانونية، لأن معارضتها ستؤدي بالحكم الذي تصدره هيئة التحكيـــم بألا يدخل حيز التنفيذ، وهو ما أقرته اتفاقية نيويورك في مادتها الخامسة الفقـــرة الثانية وكذلك القانون المصري فهو يقر باحترام النظام العام رغم الحريـــة الممنوحة في تحديد القواعد القانونيـــة للأطراف ، أما إذا حدد القانون الذي يطبق على موضوع النـزاع في العقد الأصلي، أو في إحدى لواحقه بتعبير صريح عـن إرادة سيجعل المحكم بعدهـا مجبـــــرا عندما يكون بصدد الفصـــل في موضوع المنازعة، بأن يقضي بما تم التعبير عنه ، وهذا مـا أكدته معظم الأحكام القضائية، و الآراء الفقهية.

كما قد تتشكل صعوبة لدى المحكم عندما يريد الفصل وفقا للقانون الوطني الذي استقـــر عليـــه الأطراف في موضوع النزاع المتضمن هذا القانون لقواعد تنازع القوانين، وكذا القواعد موضوعيـــة فماذا سيكون الحل بالنسبة للمحكم في هذه الحالة، أي هل يمكـن للمحكم تطبيق فكرة الإحالة في هذه الحالة أم لا؟

أجابت معظم الاتفاقيات الدولية بعدم جواز تطبيق المحكم لفكرة الإحالة في هذه الحالة مـن بينها" اتفاقية روما "في نص المادة 15 ، و"اتفاقية لاهاي "المادة 2 ، و قانـون الأونسترال التـــي تنـــص المادة 28 الفقرة الأولى منه على ما يلي " ... وأي اختيار لقانون دولـة ما أو نظامهـــا القانوني يجب أن يؤخذ على أنه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولـــــــــة، وليس لقواعدها الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق الطرفان صراحة على خـــــلاف ذلك..."[1] يتضح من خلال نص المادة 28 أن المحكم لا يبحث عن قواعد تنازع القوانين لقانون الدولة المتفق عليهـــا لتطبيقها، بل يكتفـــي بتطبيق القواعد الموضوعية فقط ، إلا في حالة ما إذا اتفق الأطرف علـــى

[1] أشرف عبد العليم الرفاعي ، المرجع السابق ، ص 10.

اتخاذ قواعد تنـــازع القوانين لذلك القانون الوطني، هنا يتعين على المحكم أن يطبق ما تم الاتفاق عليه، و بالتالـي إن فكرة الإحالة لا تعترف بها هذه الاتفاقية ما لم يوجد اتفاق يجيز ذلك.
وحتى القوانين الداخلية لم تخالف ما اتجهت إليه الاتفاقيات الدولية حول فكرة الإحالة، بأن القواعد الموضوعية فالمشرع الجزائري إذا رجعنا إلى نصوصه القانونية التي تنظم التحكيم لا نجد إشـــارة صريحة إلى وجوب الأخذ بالقواعد الموضوعية كما أوجبها القانون المصري بل يمكن استنتاجهـــا من نص المادة: 1050 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.[1]

أما فيما يخص قواعد الإسناد توجد مسائل أو حالات معينة لا يمكن أن تستغني عن قواعد الإسناد حتى و إن كانت فكرة الإحالة غير مشار إليها، أو غير متفـــق عليها بحسب أري بعض الفقهاء كأن يقوم المحكم بعدم تطبيق القانون الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف أي يستبعد تطبيقه بسبب وجود تحايل، أو غش في القانون المراد الحكم به ، أو أن يخالف هذا القانون الذي عبرت عنـــــه الأطراف قواعد النظام العام الملزم احترامها ، مما جعل الفقهاء يستنجدون بقواعد الإسناد لإيجـاد حل لهذه الحالة التي يمكن أن يصادفها المحكم، وبهذا انقسمت آراؤهم إلى ثلاث اتجاهات كل وجهة ترى بأن يكون القانون الذي يستند عليه للحكم به هو:

1- قانون الإدارة: يـــــرى أصحاب هـــــذا الاتجاه، بما أن هناك قانون تم تحديـده من قبل الأطراف فإن على المحكم أن يطبق قواعد إسناده، أي قواعـد تنازع القوانين الموجودة فيه ، لكن معظـــــــم الفقهاء لم يقتنعوا بما جاء به هذا الاتجاه.

2-القانون الذي يجري فيه التحكيم :بينما هذا الاتجاه يرى بأنه مادام هيئـــة التحكيـــم لها مكان يتواجد فيه مقرها، وهذا المكان من المفروض أنه يوجد في دولة معينـــــــة ، فقانـونها هو المتعين أن يحكم به موضوع النزاع وفقا لقواعد تنازع القوانين الموجودة فيه، أي قواعد إسناده.

3-القانون الذي ستختاره هيئة التحكيم لتحكـــم بـه في النزاع المعروض عليها دون فرض قيود تؤثر على اختيارها، وهذا النظام الذي استقر عليه الكثير من الفقهاء والمعروف " بنظـــــام الإسناد الملائم " و يرى البعض أن الإسناد إلى القانون الذي تختاره هيئة التحكيـــم هو الأنسب في هذه الحالة.

---

[1] أنظر قانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المادة 1050 التي نصها (تفصل محكمة التحكيم في نزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره أطراف و في غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة)

الفرع الثاني :اختيار قواعد التجارة الدولية

قد تكون قواعد التجارة الدولية هي الاختيار التي أفصحت عنه إرادة الأطـــــراف و يصير بعدها كقانون يلزم المحكم ليحكم به موضوع النزاع ، لذا يجب معرفة هذه القواعد التجارية الدولية ، التـي يكون تطبيقها في مجال التحكيم التجاري الدولي هو أنسب مجا لها و التـــــي تستمد من المبادئ العامة ما استقر عليه قضاء التحكيم الدولي، وكذا الأعراف التجارية الدولية مع العلـــــم أنهـــا لا تحدها حدود جغرافية تقيدها.

وبمعنى آخر أن ما تقره محاكم التحكيم الدولية، وتلك الأعراف التجارية، والعادات المتداولـة دوليا هي المشكلة للقواعد التجارية الدولية أي قواعد قانون غير وطني و يتولد عن هذه الأعـراف و العادات التجارية عقود نموذجية، ومصطلحات تجارية دولية، حيث تتمثل هذه العقود النموذجيـة في تلك العقود التي تنظم نوع من الحرف، أو تجارة معينة، حيث تكـون فـــي غالب الأحيـــــان و العادات المتداولة بين الأشخاص الذين يمارسون هذه الحرفة، أو التجارة هي التي يستمـــد منها تنظيمها الذي تحر ره طائفة من التجار في شكل بنود، لا تكون ملزمـــة إلا إذا تم التوقيع عليهـا وكان للعقود النموذجية صدى كبير على المستوى الدولي التجاري مما دفع إلى تحرير هـذه العقود من طرف المنظمات الدولية ، كهيئة الأمم المتحدة التي دونت عقود متعلقة بالتوريد، أو التركيبات الصناعية، أو إنشاءاتـــها وغيرها، التي كانت عن طريق إحدى لجانها " اللجنـــة الاقتصاديـة الأوروبية " ، كما حررت عقود أخرى تم فيها التوحيد بين الدول في مجالات معينة، نذكر منهـا: "اتفاقية برن1965 "، التي وحدت النقل عبر السكك الحديدية، كذلك النقل الجوي تم تحرير شروط عامة موحدة له دوليا، حيث أطلق على هذا الاتحاد الدولي الخاص "الأياتا "

إن التشريعات الوطنية والدولية أقرت بأن مبدأ سلطان الإدارة هو أساس التطبيـق الملـزم لقواعـد التجارة الدولية على موضوع ، لأن الأطراف عبروا وبكل حرية عن هذا الاختيار، وبالتالي اكتسبت الأطراف صفة المشروعية لاتفاقهم على تلك القواعد القانونية، وعليه يمكن أن يكـــون الاختيار نابعا من إرادة صريحة ، أو إرادة ضمنية ، كما قد تكون القواعد القانونية التي عبـــرت عنها إرادة الأطراف صراحة هي أحد أنواع القواعد التجارية الدولية سواء أكانت لوحدها أو كانت مع قانون داخلي غير أن القانون الجزائري لم يدل بإمكانية انتقاء قواعد التجارية الدولية بشكـــل

صريح بـل يمكـــــن استنتاج ذلك من نص المادة 1050 قانون الاجراءات المدنية و الادارية[1] الجزائري التي لم تحدد نوع هذا القانون المـــراد اختيـــاره ، بـــــل ترك مجال الحرية مفتوحـــا للأطراف، وبالتالي قد يستقرون على قواعد التجارية الدوليـة وكما يقر القانون الفرنسي بإمكانيـــة تطبيق القواعد التجارية الدولية إذا اتفقت الأطراف.

المطلب الثاني :في حالة غياب قانون الإرادة

في حالة غياب قانون الإرادة، ما هو القانون الذي سيطبقه المحكم على موضـــوع النـــزاع ؟ أجابت العديد من التشريعات الوطنية، والدولية، وكذا النظم القانونية للعديد من المراكز الدوليـــة الخاصـــة بالتحكيم على ما يمكن أن يطبقه المحكم في حالة غياب إرادة الأطراف.

الفرع الأول : موقف التشريع الوطني الجزائري

تنص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على ما يلي " تفصل محكمـــة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف ، وفي غياب هذا الاختيـــار تفصـل حسب قواعد القانون، و الأعراف التي تراها ملائمة " و يبين المشرع الجزائري أنه في حالة عـدم وجود قانون في الاتفاق على التحكيم، فعلى الهيئـــة أن تجد ما تراه مناسبا من القواعد القانونيـة والأعراف للفصل في النزاع المعروض عليهما، فالمشـرع منح الحرية لهيئة التحكيم في ذلك.

الفرع الثاني :موقف الاتفاقيات الدولية ومراكز التحكيم.

يبين قانون الأونسترال المعدل في 2006 أنه في حالة عدم وجود القواعـــد القانونية في الاتفاق على التحكيم الذي يلزم تطبيقها من طرف هيئة التحكيم عندمـــا تعرض عليها المنازعات كان لهـذه الهيئـــــة أن تحددها، لكن التحديد في هذه الحالة يختلف عن سابقيه بحيث أوجبت الاتفاقية اللجوء إلى قواعد الإسناد للحصـــول على القانـــون المراد تحديده من هيئة التحكيـم وبمعنى أدق إن الاتفاقية منحت لهيئة التحكيم حرية تحديد القانون، لكن قيدت طريقـــة الحصول على هذا القانـــون لأنه يمكن أن يتحصل على هذا القانون عن طريق القواعد الموضوعية .

[1] أنظر قانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المادة 1050 التي سبق الإشارة إليها.

1- نظام التحكيم للمركز الإقليمي بالقاهرة على أنه " وتشير المادة 33 منـــــه أن التحكيـم على موضوع النزاع القانون الذي يعينه الطرفان فإن لم يتفقا على تعيين هـــذا القانون وجب أن تطبق هيئة التحكيم القانون الذي تعينه قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها واجبـة التطبيـق " [1] و يلاحظ أنها طبقت نفس الفكرة التي أقرها قانون الأونسترال.

2- النظام القانوني لغرفة التجارة الدولية: تنص فـــي المـــــادة 17 على " للأطرا ف حرية الاتفاق على القواعد القانونية الواجبة على محكمة التحكيم تطبيقها على موضوع النزاع فـإذا لم يتفقوا على ذلك طبقت محكمة التحكيم القواعد التي ت ا رها ملائمة في كل الأحـــوال تأخذ محكمة التحكيم بعين الاعتبار أحكام العقد، والعرف التجاري ذات الصلـة هذا النص يدل علـى أن غرفة التجارة الدولية منحت حرية تحديد القانون للهيئة عند انعدام تحديـــده ، لكـن مـــع بعض التوجيهات التي يمكن أخذها في الحسبان عند الاختيار.

كذلك المشرع المصري، والقانون النموذجي (الأونسترال) نصا على وجوب الأخذ بالحسبـان هذه التوجيهات عند تحديد القانون من طرف هيئة التحكيم و عليه يتضح مما سبق أن هناك موقفيـن يمكن استقراؤهما من خلال النصوص القانونية الداخلية و الاتفاقيات الدولية بشأن تحديد القانـون من طرف المحكم عند عدم وجوده في الاتفاق على شرط التحكيم حيث يتمثل هذان الموقفان في:

1-وجوب العمل بقواعد التنازع في تحديد هذا القانون.

2-عند استبعاد لهذه القواعد القانونية، يتم بعدها مباشرة تحديد هذا القانـــون المـــراد تطبيقـــه والجدير بالملاحظة أن هناك عدة مؤشرات عامة كانت أو خاصة يمكن أن يستخدمهـــا المحكـــم لاختيار القانون الواجب التطبيق عند غياب إرادة الأطرا ف في تحديده، والذي كـــان بالإمكان أن يصبوا إليه الأطرا ف .

[1] أشرف عبد العليم الرفاعي ، مرجع سابق ، ص12.

الخـــاتمة

لقد تم التطرق في هذه الدراسة إلى قابلية التحكيم في مواد الملكية الفكرية و بينا أنه أنـه إذا كانت الدولة قد عملت على بسط سيادتها على كامل إقليمهـا و استأثـــرت بتنظيـم مواد الملكية الفكرية بترسانة من القوانين من أجل حمايتها بقواعدها آمرة لا يمكن الاتفاق على مخالفتها ، فكانت قواعدها من النظام العام و أوكل الفصل في النزاعات الناشئة عنها إلى الجهات القضائية الوطنية المختصة و الإشكالية التي كانت محل دراستنا هي إذا كانت الدولـة عملت على بسط سيادة على إقليمهـــا في مجال الملكية الفكرية فهل تقبل وسائل أخرى بديلة غير وسائلها لحل هذه النزاعات ؟

في سبيل الإجابة على هذه الإشكالية كان بحثنا فشرعنا في تسليط الضوء على الأشخاص القابلة للتحكيم في مجال حقوق الملكية الفكرية و توصلنا إلى أن الحقوق الملكية الفكريـــة تنقسم الى قسمين حقوق معنوية المتعلقة بشخصية المختـرع أو المؤلف أو صاحب الحقـــوق المجاورة غير قابلة للتحكيم ، و حقوق مادية متعلقة بذمته الملية فالحقوق لمعنوية غير قابلة للتحكيم لأنـــه لا يمكن أن تكون محل تعاقد وهو ما جعل المشرع الجزائري يستأثر بتنظيمها و يجـــــرم الاتفاق على مخالفتها أما الحقوق المالية فقد ترك المشرع الجزائري مجـــالا للتصرف فيها و بالتالي يمكن أن تكون محلا للتعاقد و يمكن للمتعاقدين الاتفاق بشأنها على التحكيم.

و مادامت الحقوق المالية يمكن التعاقد بشأنها كان لزاما علينا مناقشة الأشخاص المؤهليـــن للتعاقد بشأن الحقوق المالية المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية و توصلنا الى أن الشخص المؤهـــل للتعاقد هو الشخص المؤهل قانونا للتعاقد الذي تكون إرادته حرة و خالية من العيـوب التي تكـون بينه و بين إبرام العقود بكل حرية ، و تطرقنا إلى قابلية الأشخاص الاعتبارية العامـــة و قابليتها للتحكيم إذا كانت تقوم بتصرفات غير سيادية و بالنسبة للأشخاص الاعتبارية الخاصة فهي كذلك يمكن أن تكون قابلة للتحكيم إذا أبرمت عقود في مجال الملكية الفكرية .

بعدما ناقشنا القابلية الشخصية للتحكيم تطرقنا كان يجدر بنا أن نتطرق إلى قابلية موضـوع العقد للتحكيم أي قابلية محل العقد للتحكيم فتوصلنا إلى أن هناك مسائل تخرج عن نطاق التحكيم و هذه المسائل تتعلق بالنظام العام و قد حددها المشرع الجزائري و هي مسائل المتعلقة بالنظـــام

العام و حالة الأشخاص و أهليتهم كما حدد للأشخاص المعنوية العامة المجال الذي يمكـــن أن تلجأ فيه للتحكيم و هو العلاقات الاقتصادية الدولية و الصفقات العمومية ، و بالنسبة للمسائـــل التي يجوز التحكيم فيها و هي العقود الواردة على الحقوق المالية في مجال الملكية الفكرية.

بعد إلمامنا بقابلية الأشخاص للتحكيم و القابلية المضوعية للتحكيم توجب علينا التطرق الى القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في مجال العقود المبرمة في إطار الملكية الفكريـــة و توصلنا إلى أنه في حالة اتفاق المتعاقدية على تطبيق قانون معين فإن هذا القانون المتفق عليه هو الذي يكون واجب التطبيق شريطة أن يتعارض مع القانون الوطني ، أما إدا لم يتفق المتعاقين على القانون الواجب التطبيق فإن المجال قد ترك لهيئة التحكيم لتطبيق قواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة

من أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة ما يلي:

- أن حقوق الملكية الفكرية هي حقوق معنوية ذات قيمة مالية و تجارية أقرها المشرع للمختـــرع أو المفكر أو صاحب الحقوق المجاورة تخول لصاحبها سلطـــة الاستئثـــار باستغلالها في مواجهة الغير، غير أن المشرع ترك للمخترع أو المؤلف مجال للتصرف في حقوقه الماديـــة و منحه حريـــة ابرام ما يشاء من عقود شرط أن تكون مشروعة.
- أن هناك حقوق معنوية في مجال الملكية الفكرية قد استأثر المشرع بتنظيمها بقواعـــد آمرة لا يمكن الاتفاق على مخالفتها و هذه الحقوق لصيقة بالشخصية لا يمكن التعامل فيها.
- إن الفسحة القانونية التي منحها المشرع للمخترع أو المؤلف للتصـــرف فـــي حقوقهما المادية تمكنهم كذلك من أن يختاروا الوسائل البديلة لحل النزاعات التي ستنشأ قبل التعـــاقد أو نشأت بعد التعاقد ما دام سمح القانون باللجوء إليهـــا و ذلك مراعـــاة منـــه لمصلحة المتعاقدين في الوصول إلـى حل للنزاعات بصورة سريعة و بأخف الأضرار

-أن المشرع الجزائري قد كفل لأصاحب الحقوق في مجال الملكية الفكرية في إمكانية اللجوء إلى التحكيم باعتباره وسيلة بديلة لفض النزاعات من خلال إقراره لمواد قانونية تبين له كيفية اللجوء الى التحكيم.

- قد يمكن اللجوء إلى التحكيم في مواد الملكية الفكرية الأشخاص الطبيعية المتمثلة في المخترع أو المؤلف أو صاحب الحقوق المجاورة ، كما يمكن للأشخاص الاعتبارية الخاصة أو العامة أن

تلجأ إلى التحكيم شرط أن يسمح القانون الداخلي بذلك و أن لا يكون العقد المزمع إبرامه مخالف للنظام العام و الآداب العامة.

– قد يتفق أطراف العقد في مجال الملكية الفكرية على القانون الواجب التطبيق على النزاع القابل للتحكيم لكن قد لا يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة يمكن للأطراف اللجوء الى قواعد القانون الأعراف التي تراها هيئة التحكيم ملائمة لكن ترك المجال لهيئة التحكيم على إطلاقه لا نراه حلا مناسبا لأنه يترك المجال مفتوح لاتطبيق أي قانون فكان حريا على المشرع الجزائري أن ينص على تطبيق قانون محل العقد حتى يسهل تنفيذه.

قائمـــــــة المراجـــــع و المصـــــــادر

1 المصـــــــــادر:

النصوص التشريعية

1. الأمر رقم 05/03 المؤرخ في:19 يوليو 2003 المتعلق بحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة.
2. الأمر رقم 06/03 المؤرخ في:19 يوليو 2003 المتعلق بالعلامات.
3. الأمر رقم 07/03 المؤرخ في:19 يوليو 2003 المتعلق ببراءة الاختراع.
4. الأمر رقم 08/03 المؤرخ في:19 يوليو 2003 المتعلق بحماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة.
5. الأمر 75-58 ، المؤرخ في: 26/سبتمبر 1975 ، المعدل و المتمم بقانون 07-05 ، المؤرخ في:13 ماي 2007 ، المتضمن القانون المدني الجزائري.
6. الأمر رقم 154/66 المتضمن قانون الإجراءات و الإدارية المؤرخ في :1966/06/68.

النصوص التنظيمية

1. المرسوم التشريعي رقم:12/93 المؤرخ في:19 ربيع الثاني 1414 الموافق لـ:05 اكتوبر 1993 يتعلق بترقية الاستثمار الجريدة الرسمية العدد 64.

2 – الكتب العامة

1. بلحاج العربي النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ديوان المطبوعات الجامعية 1999.
2. سائح سنقوقة شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية دار الهدى 2011.

3. علي علي سليمان النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ديوان المطبوعات الجامعية .

4. علي فيلالي الالتزامات النظرية العامة للعقد موفم للنشر 2012 .

5. عمر بن سعيد الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني دار الهدى طبعة 2004.

6. عمورة عمار ، شرح القانون التجاري الجزائري ، الأعمال التجارية – التاجر– الشركات التجارية طبعة منقحة دار المعرفة 10 نهج عبد الرحمان ميرة باب الوادي الجزائر.

7. محمد صبري السعدي الواضح في شرح القانون المدني دار الهدى 2012.

3-<u>الكتب المتخصصة</u>

1. أشرف عبد العليم الرفاعي اتفاق التحكيم و المشكلات العنلية و القانونية في العلاقات الخاصة الدولية دار الفكر الجامعي 2006.

2. أشرف عبد العليم الرفاعي القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم و النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية درا الفكر الجامعي2003 .

3. الطيب زروتي القانون الدولي للملكية الفكرية تحاليل ووثائق مطبعة الكاهنة .

4. عجة الجيلالي أزمات حقوق الملكية الفكرية دار الخلدونية 2012.

5. عليوش قربوع كمال التحكيم التجاري الدولي في الجزائر ديوان لمطبوعات الجامعية 2005.

6. فاضلي ادريس المدخل الى الملكية الفكرية الملكية الأدبية و الفنية و الصناعية ديوان المطبوعات الجامعية2007.

7. فرحة زراوي صالح الكامل في القانون التجاري الجزائري الحقوق الفكرية حقوق الملكية الصناعية و التجارية حقوق الملكية الأدبية و الفنية ابن خلدون للنشر طبعة 2006.

8. نسرين شريقي حقوق الملكية الفكرية حقوق المؤلف و الحقوق المجاورة و حقوق الملكية الصناعية دار بلقيس طبعة 2014.

فهرس

المقدمة 1

الفصل الأول: القابلية الشخصية للتحكيم..... 6

المبحث الأول: قابلية الشخص الطبيعي للتحكيم.....7

المطلب الأول:أهلية المؤلف و صاحب الحقوق المجاورة للتحكيم.....9

الفرع الأول: اهلية المؤلف و أصحاب الحقوق المجاورة.....11

أولا : التراضي 11

ا: أهلية الوجوي.....11

ب: أهلية الآداء.....12

1- الصبي غير المميز..... 12

2- الصبي المميز.....12

3- بلوغ سن الرشد.....12

ثانيا : عوارض الأهلية.....12

1- عوارض طبيعية.....13

2- عاهات بدنية 14

3- عوارض قضائية.....14

ثالثا :صور خاصة بالتراضي:.....14

1- الوكيل.....15

2- الافلاس و التسوية القضائية.....15

2-1 : التصرف عبد الحكم بشهر الافلاس.....15

3- التعهد عن الغير و الأشخاص المتضامنين و الحارس القضائي.....15

ا: التعهد عن الغير.....15

ب: الأشخاص المتضامنين.....15

ج: الحارس القضائي.....15

ثالثا : صحة التراض.....17

1- الغلط.....17

2- الغش أو التدليس.....17

3- الاكراه 17

4- الغبن.....17

المطلب الثاني:قابلية التحكيم في مواد الملكية الصناعية.....20

الفرع الأول: الفرع الأول: الأشخاص الطبيعية و القابلة للتحكيم في الملكية الصناعية.....20

1-الأهلية القابلة للتحكيم.....20

أولا : الرضا و الأهلية.....22

المبحث الثاني: قابلية الأشخاص الاعتبارية للتحكيـم.....23

المطلب الأول:قابلية الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم.....24

الفرع الأول: أهلية الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم.....25
أولا: عدم قابلية الشخصية المعنوية العامة للتحكيم وفقا للعامل التاريخي.....27
ثانيا:تكريس القابلية الشخصية المعنوية للتحكيم وفقا للغامل الاقتصادي.....28
ثالثا: التكريس القانوني الدولي للقابلية الشخصية المعنوية للتحكيم.....30
1-تنظيم اتفاقية واشنطن في اهلية أشخاص القانون العام في الخضوع للتحكيم.....30
2-امتداد أهلية الدولة في الخضوع للتحكيم في أشخاص القانون العام.....31
رابعا: القابلية الششخصية للتحكيم استنادا للقانون الداخلي.....32
المطلب الثاني: قابلية الأشخاص المعنوية للتحكيم.....32
الفرع الأول: اهلية الشخاص المعنوية الخاصة القابلة للتحكيم.....33
أولا: الشركة.....34
1-تعرف الشركة.....35
2-أهلية الشركة.....36
3-الشركاء.....37
4-الآثار الناجمة عن أهلية الشركة.....39
ا: البطلان لنقص الأهلية.....39
ب: البطلان لفقدان الأهلية.....40
1- شركة التضامن.....41
2- شركة التوصية.....41

3-شركة المساهمة.....41

4-شركة ذات المسؤولية المحدودة.....42

5-شركة التوصية بالأسهم 43

الفصل الثاني: القابلية الموضوعية للتحكيم.....44

المبحث الول: موضوع المحل القابل للتحكيم.....45

المطلب الأول: المسائل الموضوعية الغير قابلة للتحكيم.....46

الفرع الأول: المسائل المتعلقة بالنظام العام.....46

1- الجنسية.....47

2- المسائل الجنائية.....47

3-المسائل المتعلقة بإجراءات التقاضي و التنفيذ.....48

الفرع الثاني: المسائل المتعلقة بالمكية الفكرية في المجال المعنوي.....48

1-الحقوق المعنوية للمؤلف.....49

2-الحقوق المعنوية للمخترع.....50

3-الحقوق التجارية.....51

المطلب الثاني: المسائل الموضوعية القابلة للتحكيم.....52

الفرع الأول: القابلية الموضوعية للتحكيم في مجال الاستثمار.....52

الفرع الثاني: القابلية الموضوعية للتحكيم في مجال الصفقاة العمومية.....53

الفرع الثالث : القابلية الموضوعية للتحكيم في مجال الملكية الفكرية.....56

1-الحقوق المادية للمؤلف و لأصحاب الحقوق المجاورة و قابليتها للحكيم.....56

أ- عقد النشر.....57

ب- عقد رخصة الابلاغ للجمهور.....58

2-الحقوق المادية للملكية الصناعية و قابليتها للتحكيم.....59

أولا: عقد التنازل.....60

ا: الشروط الشكلية لعقد التنازل.....61

ب: النشر و الاشهار.....62

ثانيا: عقد الترخيص.....65

1-أنواع الترلاخيص.....66

ا: الترخيص الاستئثاري.....67

ب: الترخيص الغير استئثاري.....67

2-شروط عقد الترخيص.....67

الفرع الرابع: السبب الالزم للقابلية الموضوعية للتحكيم.....70

المبحث الثالث: القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم في مواد الملكية الفكرية.....73

المطلب الأول: قانون الارادة كقانون واجب التطبيق 73

الفرع الأول: اختيار الارادة للقواعد الوطنية.....75

1-قانون الارادة.....76

2-القانون الذي يجري فيه التحكيم.....76

3-القانون الذي ستختاره ةهيئة التحكيم.....76

الفرع الثاني: اختيار قواعد التجارة الدولية.....77

المطلب الثاني: في حالة غياب قانون الارادة.....78

الفرع الأول: موقف التشريع الوطني الجزائري.....78

الفرع الثاني: موقف الاتفاقيات الدولية و مراكز التحكيم 78

1-نظام التحكيم للمركز الاقليمي بالقاهرة 79

2-النظام القانوني لغرفة التجارة الدولية.....79

الخاتمـــــــة.....80

قائمة المراجع.....83

الفهرس 86