جامعة الجيلالي بونعامة بخميس مليانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

الموضوع

تحكيم العقد التجاري في التشريع الجزائري

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات لنيل شهادة الماستر في إدارة أعمال

اعداد الطالبتين:

- فتاح نبيلة
- عاشور سمية

إشراف الدكتور:

رواب جمال

أعضاء لجنة المناقشة :	
1- سردون محمود	رئيسا
2- رواب جمال	مشرفا ومقررا
3- حوحش امينة	مناقشة

السنة الجامعية: 2016/2015

الشكر و التقدير

قال الله تعالى: "قُل لَّوْ كَانَ الْبَحْرُ مِدَاداً لِّكَلِمَاتِ رَبِّي لَنَفِدَ الْبَحْرُ قَبْلَ أَن تَنفَدَ كَلِمَاتُ رَبِّي وَلَوْ جِئْنَا بِمِثْلِهِ مَدَداً".

صدق الله العظيم *الآية 109 من سورة الكهف*

بفضل الله و عونه و بعد جهد و مثابرة تم إنجاز هذا العمل المتواضع الذي نسأل الله عز و جل أن يجعله خالصا لوجهه الكريم، و في هذا الصدد لا يسعنى إلا أن نتقدم بجزيل الشكر لكل من ساعدنا من قريب أو من بعيد على إتمام هذا البحث و على رأسهم الأستاذ المشرف روابح جمال الذي رافقنا بتوجهاته و نصائحه القيمة لإعداد هذه المذكرة و لم يدخر أي جهد في معاونتنا و إفادتنا بتوجهاته

إلى جميع أساتذة جامعة خميس مليانة الذين تشرفنا بأن تلقى

عنهم معارفنا القانونية.....لهم منا خالص الدعاء

الإهداء

إلى المشعل الذي يضيء دربي. قاموس أفكاري و منبع انطباعي

أبي العزيز

إلى من فرحت بقدومي إلى الحياة و العين الساهر على رعايتي و القلب الحنون و الصدر الرحب..... أمي الغالية

إلى الغالية و العزيزة على قلبي.....جدتي.....حفظها الله

إلى الغاليتين والعزيزتين عائشة زهرة

إلى إخوتي و أخواتي

عبد الله، عبد الرزاق ، عبد النور، يونس،والكتكوت الصغير محمد أيوب

فاطمة، وزوجها عثمان بركاني، إلى نبض روحي حميدة وإلى الأمورة ملك

إلى توأم روحي خير وإلى بلسم قلبي فاطمة الزهراء

إلى صديقاتي : رتيبة أسماء فاطمة أمينة زهيرة فاطمة الزهراء ابتسام روميساء حورية وخاصة خديجة

إلى زميلتي في المذكرة عاشور سمية

إلى كل من ساعدني و آزرني في هذه المرحلة الدقيقة معنويا أو ماديا

إلى جميع الطلبة الذين تعرفت عليهم بجامعة خميس مليانةو تربطني بهم صداقة

نبيلة

الإهداء

إلى مملكتي و جمهوريتي الفاضلة التي ولدت و ترعرعت فيها عائلتي حفظها الله تعالى قال تعالى: "و قضى ربك ألا تعبد إلا إياه و بالوالدين إحسانا".

إلى من كللهما الله بالهيبة و الوقار إلى من جادا علي بالعطاء بدون انتظار

أرجو من الله أن يمد في عمركما لتريا ثمارا قد حان قطفها بعد طول انتظار

وستبقى كلماتكما نورا أهتدي به اليوم و في الغد و إلى الأبد " أبي وأمي العزيزين" حفظهما الله و أطال عمرهما.

إلى من شاركوني ظلمات الرحم إخوتي و أخواتي

فؤاد- كمال –أمحمد- كنزة- إكرام-خيرالدين

إلى كل عائلة عاشور- وعائلة بوشاقور

إلى أبناء عمي فاطمة الزهراء- دليلة- نسيمة –سارة -روميساء- رزيقة – إيمان- أمينة- سارة

إلى عمي مراد وعمتي فتيحة وإيمي

إلى صديقتي في المذكرة فتاح نبيلة

إلى الذين جمعتني معهم المحبة و الصداقة و إلى كل الأهل و الأقارب.

سمية

مقدمة

مقدمة:

يعد التحكيم طريق خاص لحل المنازعات المختلفة بين الأشخاص، وقد عرفته المجتمعات القديمة، واتخذت منه أداة لحسم المنازعات بين أفرادها على أساس من الأعراف والتقاليد السائدة فيها، وقد أدى التطور الكبير الذي طرأ على الأعمال التجارية إلى انتشار نظام التحكيم على الصعيدين الداخلي والدولي،فعلى المستوي الدولي تم بعقد المؤتمرات الدولية، وتوقيع المعاهدات والاتفاقيات، وإصدار تشريعات التحكيم من قبل الدول المختلفة والمنظمات الدولية الخاصة و مراكز التحكيم الدائمة، كما وضعت لجنة الأمم المتحدة قانونا نموذجيا للتحكيم الدولي في 21جوان1985، أما على المستوي الداخلي فقد تطرقه تشريعات مختلف الدول لتنظيم التحكيم وأصدرت تعديلات على قوانينها لما يتوافق ودور هذا القضاء الخاص ومن بينها الجزائر التي تبنت أحكام جديدة تخص هذا النظام في حل المنازعات الناتجة عن العلاقات التجارية الدولية، وتجسدت في تعديل قانون الإجراءات المدنية لسنة1966، وإصدار المرسوم التشريعي رقم93-09 المتعلق به وهذا نظرا للتحولات الاقتصادية والتجارية وتوجهه الجزائر نحو اقتصاد السوق الآمر الذي جعلها تغير الكثير من مواقفها الرسمية فبعدما كانت تعارض فكرة التحكيم التجاري الدولي وإعطاء الاختصاص للمحاكم الوطنية والقانون الجزائري، أصبحت تسمح اليوم باللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي بنصوص صريحة منصوص عليها في القانون ، فنجد قانون الإجراءات المدنية والادارية08-09 المؤرخ في 25 فبراير2008 خص التحكيم التجاري الدولي بأحكام هامة كما سنراه لاحقا.

ونظراً لتشابك العلاقات التجارية والصناعية، كَثَر اللجوء إلى تضمين عقودها شرط تحكيم، لتسوية المنازعات الناشئة عن تلك العقود، فلا يكاد يخلو عقد من عقود التجارة – ولاسيما الدولية منها – من شرط يُلجأ بموجبه إلى التحكيم عند نشوء نزاع أو خلاف يتعلق بتفسير أو تنفيذ العقد الأصلي المتضمن شرط التحكيم.

وتظهر أهمية شرط التحكيم في العقود التجارية من الهدف أو الغاية منه وهو حل النزاع، ومن أنه يرتكز على اتفاق الإرادة بين أطراف العقد، وكونه يُبرم في وقت تسوده روح المودة والاطمئنان، مما يؤدي إلى استمرار التعامل بين أطراف العقد، ويبدد أي مخاوف في نفوسهم من المفاجآت التي تحدث عند حدوث أي نزاع أو خلاف بينهم بسبب العقد، لأنهم قد وضعوا الآلية السليمة لحل النزاع أو الخلاف – الذي قد ينشأ – والمتمثلة في شرط التحكيم المبرم مسبقاً، وضمنوا بذلك وسيلة مميزة لحل النزاع بأقل وقتاً وتكلفة وإجراءات أكثر مرونة تتلاءم مع طبيعة المعاملات التجارية، علاوة على ما يترتب من اللجوء إلى التحكيم من آثار، ومنها اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم دون القضاء العام المختص أصلاً بنظر النزاع، فأصبح للتحكيم التجاري أهميته كقضاء خاص إستثنائى، ولاسيما في منازعات المعاملات التجارية الدولية، ويدل على ذلك انتشار مراكز التحكيم الدائمة واتساع نطاق نشاطاتها.

فأهمية الموضوع تتضح من خلال التسليم أيضا بفعاليته في وقت بلغ التحكيم مداه في المعاملات التجارية الداخلية والدولية.

ونتيجة لهذا كان الدافع والمبرر إلى دراسة موضوع تحكيم العقد التجاري في التشريع الجزائري هو أن ما نلاحظه في الوقت الراهن لا يكاد يخلو عقد من عقود التجارة من شرط التحكيم، بإضافة إلى ندرة المؤلفات التي تناولت موضوع التحكيم في العقود التجارية ذات الطابع الداخلي بالدراسة والتحليل المستفيض الذي يتناسب والدور الذي تضطلع به هذه الأخيرة على عكس موضوع العقد التجاري الدولي، كذلك نص المشرع الجزائري على إمكانية اللجوء إلى التحكيم كطريق بديل لحل منازعات في أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ودراسة مدي فاعلية التحكيم كطريق بديل لحل منازعات العقود التجارية وبالنظر إلى ما يثيره التحكيم في مثل هذه العقود من مسألة أهلية الأشخاص على إنفاق اللجوء إلى التحكيم واثر ذلك على حصانة الدولة القضائية.

ومن هذا نطرح الإشكال التالي : كيف عالج المشرع الجزائري موضوع التحكيم كآلية لحل المنازعات المتعلقة بالعقود التجارية؟

ولدراسة هذا الموضوع استخدمنا المنهج الوصفي التحليلي، حيث استعملنا المنهج الوصفي في تحديد مفهوم العقود التجارية وإبراز أنواعها ونظامها القانوني بإضافة إلى تحديد مفهوم التحكيم وطبيعته القانونية، والمنهج الثاني هو التحليلي الذي استخدمناه من خلال تحليل مختلف أحكام وقواعد التحكيم التجاري الداخلي التي نظمها المشرع الجزائري ومختلف القوانين الوضعية الأخرى.

وللإجابة على الإشكالية المطروحة، تطرقنا أليه من خلال فصلين: الفصل الأول تتمثل في العقود التجارية والتحكيم، دراسة في المفاهيم، الفصل الثاني: تتمثل في الطبيعة القانونية لاتفاقية التحكيم في القانون الجزائري.

الفصل الأول:
العقود التجارية والتحكيم، دراسة في المفاهيم

الفصل الأول: العقود التجارية والتحكيم، دراسة في المفاهيم

إن اصطلاح العقود التجارية، وان كان شائع الاستعمال إلا انه يفتقر إلى الدقة والتحديد، ذلك انه لا يوجد عقود تجارية بالمعني المفهوم في الاصطلاح، بل أن العقود التجارية التي ينظمها القانون المدني، بسب انه يتضمن نفس أركان العقود المدنية[1]، وقد تكون العقود تجارية، إذا اندرجت في عداد الأعمال التجارية، وقد تكتسب الصفة التجارية بطريقة التبعية لصدورها من تاجر لحاجات تجارية، وقد يكون العقد تجاريا بالنسبة للطرف الأخر، وحينئذ بعد العقد مختلطا[2].

الأصل في العقود التجارية تخضع للقواعد العامة التي تنص عليها القانون المدني، إلاأن هناك قواعد خاصة تطبق علي العقود المدنية منها مايتصل بالإثبات ومنها قواعد موضوعية خاصة بإبرام العقود التجارية وتنفيذها.

ويعتبر التحكيم بمثابة القضاء الخاص الذي يتمتع بخصوصية معينة، تميزه عن قواعد وأصول المحاكمات العادية في كل بلد، كما يعتبر المحكم بمثابة قاض خاص تعهد للخصوم بتنفيذ مهمة تحكمية، تكون محلا للنزاع فيما بينهم خلال فترة زمنية معينة، لقاء أتعاب تحدد بموجب اتفاقية التحكيم، سواء كانت بندا تحكميا أو عقدا مستقلا بذاته من الاتفاق المبرم فيما بينهم[3].

---

[1]/ د،أكثم الخوالي ،دروس في القانون التجاري ، ب، ط، جامعة القاهرة، سنة1961،ص3.

[2] / د، حلو أبو الحلو، القانون التجاري الجزائري ، ب،ط، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون،الجزائر، بدون سنة النشر،ص110.

[3]/ أ، جعفر مشيتن، التحكيم التجاري في العقود الإدارية والتجارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، الرباط، جامعة المغرب، بدون سنة، ص06.

وبناءً لهذا المدخل سوف نتطرق في هذا الفصل إلى تحدي ماهية العقود التجارية في المبحث الأول، وفي المبحث الثاني نتطرق إلى التحكيم كآلية لتسوية منازعات العقود التجارية.

المبحث الأول: ماهية العقود التجارية

يرى بعض الكتاب والفقهاء أن مصطلح العقود التجارية ليس دقيقا،بسبب أنه يقتضينفس أركان العقود المدنية[1].

وهذا يقتضي إبرام تعريفه عند علماء اللغة ثم في الاصطلاح الفقهي ثم في التشريعات، وإبراز أهم أنواع العقود التجارية، وتحديد نظامها القانوني، وعليه نقسم مبحثنا هذا إلى مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم العقود التجارية

المطلب الثاني:النظام القانوني للعقود التجارية

المطلب الأول: مفهوم العقود التجارية

للوقوف على حقيقة مفهوم العقد التجاري نرى من الضروري تفريد مركباته، ومنه نتطرق في الفرع الأول إلى تعريف العقد لغة واصطلاحا،ثم الفرع الثاني تعريف العقد التجاري وخصائصه.

[1]/ أ، سمير جميل حسين الفتلاوي، العقود التجارية الجزائرية،ب،ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية،بن عكنون، الجزائر،سنة2001، ص01.

الفرع الأول:تعريف العقد لغة واصطلاحا:

أولا:تعريف العقد لغة:العقد كلمه تفيد الربط بين أطراف الشيء وجمعها، وإما بين كلاهما، والمراد بيه العهد[1].

ثانيا: تعريف العقد اصطلاحا:العقد هو التزام المتعاقدين وتعهدهماأمرا وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول.

أو هو اتفاق بمقتضاه يلتزم شخص أوأشخاص في مواجهة شخص أوأشخاص آخرين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن العمل.

هو توافق إرادتين علي إنشاءالالتزام أو أكثر[2].

ثالثا: تعريف المشرع الجزائري للعقد :

بالرغم من اندثار التفرقة بين العقد و الاتفاق في الوقت الحاضر، غير أننا نجد نفس تعريف القانون الفرنسي للعقد م1101 فرنسي وفي التقنين المدني الجزائري نصتالمادة 54 "منه على انه العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص ، أخرين بمنح أو فعل او عدم فعل شيء ما" [3].

ونلاحظ على هذه المادة أنها ترجمه حرفيه لنص الفرنسي،و أنها تميز بين العقد والاتفاق وتجعل العقد مقصور على أشياء الحق فقطبما جاء فيها من القول:بمنح أو فعل

---

[1]/ د،خالد رزيقان،العقود التجارية،دراسة تحليلية،الطبعة الأولي، دار حامد للنشر والتوزيع، سنة2007، ص63.

[2]/ أ، على فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، الطبعة الثانية، موقم للنشر،الجزائر، سنة2005ص33-34.

[3]/ الأمر رقم75-58، المؤرخ في 20 رمضان1395 الموافق ل26 سبتمبر سنة1975 المتضمن قانون المدني،المعدل والمتمم.

أوعدم فعل شيء ما وكان الأفضل في الصياغة أن تكون إعطاء شيء أو القيام بعمل أوالامتناع عنه.

وقد سبق القول أن العقد والاتفاق لفظان مترادفان لمحلول واحد وتوافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، أيا ما كانت طبيعته القانونية،أي سواء كان إنشاء الحق كالبيع أو نقله وحوالة الحق،وحوالة الدين أو تعديله من أجل الوفاء بالالتزام، أو إنهائه زواله، كالوفاء وهذا هو الأثر الذي يرتبه القانون على توافق إرادتين أو أكثر لإحداث هذا الأثر.

وعلاوة على ماتقدم فإنه كان من الأفضل عدم تعرفيه تماشيا مع القوانين الحديثة، ولذا نري حذف المادة 54 من التقنين المدني الجزائري أو تعديلها، لتصبح العقد توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء حق أونقله أو تعديله أو إنهائه[1].

الفرع الثاني: تعريف العقد التجاري وخصائصه

أولا: تعريف العقد التجاري:من الصعب وضع تعريف معين للعقود التجارية أوإخضاعها لأي تحديد، كذلك أن كل عقد وارد في القانون المدني من الجائز استخدامه في ميدان التجارة، ولا يمكن حصر كافة التعهدات التي يبادلها التجار.

غير أن العقد قد يكتسب الصفة التجارية بتطبيق أحد المعاير المقررة للعمل التجاري.

وطبقا لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية فإن العقد يعتبر تجارياً إذا أبرمه تاجر لحاجات تجاريه، وقد يكون العقد عملاً مختلطا، أي تجاريا بالنسبة لطرف ومدنيا بالنسبة لطرف أخرعلى النحو المعروف في نظرية الأعمال التجارية[2].

---

[1]/ د، محمدصبري السعيدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزامات، الجزء الأول، الطبعة الثانية، ، دار الهدي، عين مليلة، الجزائر، سنة2004،ص40-41.

[2]/ الموقع الإلكتروني، ابو المنذر،ماهية العقود التجارية ونظامها القانوني .www. Omanlega/.net/ub/showthv

وقد تطرق المشرع الجزائري للعقود التجارية في القانون التجاري في الكتاب الأول تحت عنوان التجار عموما، في بابه الرابع بعنوان في العقود التجارية.

ثانيا:خصائص العقد التجاري

بالرغم من صعوبة تعريف العقود التجارية، فإنه من المستقر تميزها بخصائص ثلاثة وهي الرضائية، وطابع المعاوضة، وورودها دائما على المنقول.

1-العقود التجارية عقود رضائية:بمعني أنه يكفي لانعقادها التراضي دون حاجه لكتابة العقد أو أخذ شكل معين[1].

-العقد ألرضائي :هو العقد الذي يكفي لانعقاده مجرد التراضي ، أي مجرد تطابق الإرادتين عليه، أي كانت وسيلة التطابق ، كتابه أومشافهة أو إشارة.

-الرضائيه هي القاعدة العامة في القانون المدني الجزائري مالم يقضي بغير هذا نص خاص[2].

وعلى هذا نصت المادة 59 من القانون المدني" بأنه يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بنصوص القانونية" [3].

2-العقود التجارية عقود معاوضة: أي أنه ينبغي أن يتلقي كل طرف فيها مقابلا لما يعطى، ويراعي في بعض العقود أنها قد تتم على سبيل المجاملة، أي أنها تبدوا بغير مقابل

---

[1]/ ابو المنذر، المرجع السابق.

[2]/ أ، بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الثالثة،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة2004،ص46-47.

[3]/ القانون المدني الجزائري، الأمر 75-58،المرجع السابق.

ظاهر، ولكنها تعتبر مع ذلك عقود تجاريه لانتفاء نية التبرع، ومن ذلك الخدمات المجانية التي البنوك للعملاء، والبيوع التي تتم أوقات التصفية بتخفيضات كبيرة في الائتمان[1].

عقد المعاوضه: هو الذي يأخذ فيه كلمن المتعاقدان مقابلا لما أعطى ولما التزم،كعقود البيع والمقايضة وإيجار والشركة والصلح والعمل وغيرها[2].

وقد عرفته المادة 58 من القانون المدني الجزائري:"العقد بعوض هو الذي يلتزم كل واحد من طرفين اعطاء او فعل شيء ما."

3 العقود التجارية ترد دائماً على منقول: لأن الأصل في العقارات أنها مستمد من نطاق القانون التجاري، ومن ثم فلا مجال في العقود التجارية لتطبيق بعض قواعد القانون المدني، ومن ذلك ضمان الاستحقاق المقرر لعقد البيع حيث يغني عنه في البيع التجاري تمتع المشتري بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.[3]

الفرع الثالث:أنواع العقود التجارية

يري البعض بأن تقسيم العقود التجارية على غرار العقود المدنية ،فهناك عقد تجاري مسمى وهو العقد الذي وضع له القانون اسما خاصاً،ويكفل بيان أحكامه ، وذلك لشيوع هذا العقد بين الأفراد وانتشاره في معاملاتهم، فالعقد المسمى يخضع لقواعد القانونية التي أوردها القانون بشأنه وهي قواعد مكملة لإرادة المتعاقدين في مجموعها،لا تطبق إلا إذا لم يتفق المتعاقدان على خلافها ولا تطبق القواعد العامة في نظرية الالتزام الخاصة بالعقد محل تنظيم القانون.

---

[1]/ابو المنذر، نفس المرجع.

[2]/ أ،بلحاج العربي، المرجع السابق،ص49.

[3]/ ابو المنذر، المرجع السابق.

العقد التجاري غير المسمي هو العقد الذي لم يضع له القانون اسما خاص، ولم تنص على القواعد التي تحكم انعقاده وأثاره، ومثالهاالعقد الذي تتعهد بموجبه دار النشر بطبع كتاب لمؤلف معين أو تتولى نشره وبيعه.[1]

وتتمثل العقود التجارية التي نص عليها المشرع الجزائري فيما يلي:

اولا: عقد البيع التجاري:

يعرف عقد البيع التجاري بأنه عقد يلتزم البائع بموجبه بأنه يملك المشتري أن ينقل إليه ملكية شيء،أو حق لهقيمة ماديه في التعامل، وذلك مقابل عوض وهذا العوض قد يكون عيناً أو حقاً مما يكون له قيمه ماديه في التعامل،ولما كان عقد البيع التجاري عقداً كسائر العقود فإنه لا يتميز بأحكام خاصة به، بل يخضع للقواعد العامة التي تخضع لها العقود التجارية، حيث نصت عليه المادة 351 من القانون المدني الجزائري "البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء حقا مالياًأخر في مقابل ثمن نقدي".

ويلاحظ في تطبيق أركان العقد علي البيع التجاري أن الرضائية في العقود التجارية تتخذ أشكالاً أبسط منها في العقود المدنية، فالرضا بالبيع إما يكون صراحة وقد يكون دلالة، بأن يرسل أحد التجار مثلا بضاعة مع بيان ثمنها لتاجر أخر متعاقد معه فيستلمها هذا الأخير وفقا للعادةالمتبعة بينهما دون أن يرفضها، ويعد هذا قبول ضمنياً.[2]

ويترتب علي عقد البيع التجاري أثار معينه حيث ينقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري،وهو الأثر المباشر للبيع إلا إذا كان القانون والاتفاق نص علي غير ذلك، بإضافة لما يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري وهذا نابع من التزامه بنقل حق ملكيته للمبيع، تنفيذا

---

[1]/ د، محمد صبري السعدي، المرجع السابق،ص51.

[2]/ د،عبد القادر حسين، الوسيط في شرح القانون التجاري، بدون طبعة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الاردن، سنة 1999،ص353.

لعقد البيع، كما يلتزم البائع بالضمان ينتقل ضمان الانتفاع الهادئ بالمبيع أي ضمانه هذا التعرض والاستحقاق لما يسهل ضمان الانتفاع المفيد بالشيء، أي ضمانه من العيوب الخفية، وهذا طبقا للقانون المدني الجزائري التزامات البائع من المادة 360 إلى المادة 368.

ولما كانت البيوع التجارية تنصب غالبا على منقولات ماديه مما يجبر المشتري إسقاط دعوى الغير بالتمسك بقاعدة الحيازة، فإنه يصبح مالكا أي أن الحيازة تقوم بذاتها قرينة على الملكية مالم يثبت غير ذلك.

في حين يلتزم المشتري بدفع الثمن حيث يبين القانون المدني الجزائري التزامات المشتري في المواد من 387 إلى396،[1]حيث يلتزم المشتري عند التعاقد أن يسلم ثمن المبيع قبل أن يقوم باستلام المبيع أو المطالبة به .

وإذا كان التسليم التزام على البائع لا خيار له فيه، وهو من مقتضي عقد البيع فهو من جهة أخري حق للمشتري،لا يجوز للبائع أن يحول بينه وبين هذا التسليم وعادة ما يتفق أطراف البيع عقد البيع على مكان تسليم البيع.[2]

ثانيا: عقد الرهن التجاري

تقوم المعاملات التجارية على عاملي السرعةوالائتمان في المعاملات التجارية مما يتطلب تحريرها في القيود الرسمية التي تنقل كأصل المعاملات المدنية، ولذلك كان الأصل في المعاملات التجارية تقوم على الثقة التي تدفع بالتاجر أن يقدم لتاجر أخر المساعدة دون ضمان الثقة فيه وبمركزه المالي.

---

[1]/ راجع،القانون المدني الجزائري،المرجع السابق.

[2]/ د، عبد القادر حسين، الوسيط في ضرح القانون التجاري، المرجع السابق،ص206.

وقد كانت نظرة التجار إلى الرهن يحيطها الشك والتردد لمايمكن أن تثيره من الشكوك حول المركز المالي للمدنين منهم بحساب أنهم على وشك ألإفلاس ولذا خلا التقنين التجاري الفرنسي لسنة 1807 من تنظيم عقد الرهن التجاري.

وقد نظم المشرع الجزائري عقد الرهن في الكتاب الرابع من القانون المدني تحت عنوان الحقوق العينيةالتبعية،[1]و في القانون التجاري في الفصل الثاني بعنوان الرهن في الباب الرابع.[2]

ويعتبر عقد الرهن التجاري ليس عقدا أصلياً بل عقد تبعياً، إذا أن العبرة في صفة الرهن التجاري في صفة الدين المضمون بعقد الرهن،فإذا كان الدين تجاريا كان الرهن تجاريا،وإذا كان مدنيا كان الرهن مدنيا تبعا لدين الأصلي،أي أن الصفة التجارية لا تلحق الرهن التجاري تبعا لهذا الدين أي الدائن أي المدين دائماً، تلحق بالتبعية للصفة التي يكتسبها الدين الأصلي.[3]

عقد الرهن التجاري هو عقد رضائي يتم بمجرد تطابق إرادتي كل من الدائن والمدين، فلا يشترط في إنشائه صيغه معينه، فيجوز أن يعقد بصور شفهية أو كتابيه أوبموجب سند عادي، أو رسمي، وذلك انطلاقا من حرية الإثبات التي أسبغها المشرع الجزائري في المادة 31من القانون التجاري" يثبت الرهن المتمم من تاجر أو غير تاجر لأجل عمل من الأعمال التجارية اتجاه الغير،وبالنسبة للمتعاقدين طبقاً لأحكام المادة 30 أعلاه".[4]

---

[1]/ راجع، القانون المدني الجزائري،المرجع السابق.

[2]/ القانون التجاري، الباب الأول، الرهن الرسمي.

[3]/ د،عبد القادر حسين، المرجع السابق، ص226.

[4]/ راجع،القانون التجاري الجزائري، المرجع السابق.

متى تم عقد الرهن التجاري فإنه يرتب حقوقا والتزامات على كل من الدائن المرتهن والمدين الراهن، حيث يلتزم المدين الراهن بتسليم الشيء المرهون إلي الدائن المرتهن أو غير الذي يتفق عليه الطرفان.

وكذلك لدائن الحق في احتباس الشيء المرهون تحديد،أو يد شخص أخر ضمانا لاستفاء حقه كما يلتزم المدين بنقل حيازة المال المرهونإلى الدائن.

ونقتضي عقد الرهن التجاري بتسديد قيمة الدين المضمون بالرهن أو باتخاذ الإجراءات اللازمة للبيع المال المرهون.[1]

ثالثا: عقد النقل التجاري

يعرف عقد النقل بأنه العقد المتبادل الذي يكون الغرض الأساسي منه تأمين انتقال شخص أو شيء من موضع إلى أخر.

وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 36 من القانون التجاري" عقد النقل هو اتفاق يلتزم بمقتضاه متعهد النقل مقابل ثمن بأن يتولي بنفسه نقل شخص أو شيء من مكان إلى مكان معين".[2]

ومن خلال هذه المادة يتبين أن عقد النقل يتمتع بالخصائص التالية:

-هو عقد المعاوضة: ومعني ذلك أن يلتزم الناقل بنقل الأشياء والأشخاص، لايكون تبرعا وهو مايفهم من وصفه بالعقد المتبادل الذي يقدم فيه المرسل أو المسافر الأجر مقابل تقديم الناقل خدمته.

---

[1]/ د،عبد القادر حسين، المرجع السابق،ص237.

[2]/ الأمر75-59 المؤرخ في 26سبتمبر 1995 المعدل والمتمم والمتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية30سبتمبر1977 عدد78.

-عقد رضائي:عقد النقل عقد رضائي يتم بين الطرفين الناقل من جهة والمرسل أو المسافر من جهة أخري، على نقل أشياء أوأشخاص من مكان إلى مكان أخر، فيعتبر عقد تاماً بمجرد الإنفاق.

-عقد النقل عقد ملزم لطرفين: ومعني ذلك أن الناقل يلتزم بتنفيذ عملية النقل التيالتزم بها، كمحل عقد النقل في المواعيد المتفق عليها، فيما بين المكانين المتفق عليهما لمكان المغادرة، ومكان الوصول.[1]

رابعا: عقد الوكالة التجارية

عرفها المشرع الجزائري في المادة 34 من القانون التجاري" يعتبر عقد الوكالة التجارية اتفاقية يلتزم بواسطتها الشخص عادة، بإعداد أو إبرام البيوع، أو الشراءات، وبوجه عام جميع العمليات التجارية باسم ولحساب أخر والقيام عند الاقتضاء بعمليات تجارية لحساب الخاص، ولكن دون أن يكون مرتبط بعقد إجارة الخدمات".

وتعرف الوكالة بشكل عام بأنها عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصاً أخر مقام نفسه في التصرف جائز معلوم.

يتم عقد الوكالة التجارية بإنفاق الوكيل والموكل وبمجرد تلاقي الإيجاب بالقبول، كغيره من العقود التجارية، فهو من العقود الرضائية ، ويتم إثباته بكافة طرق الإثبات كالكتابة والبصمة الشخصية والقرائن، والوكيل قد يكون شخص طبيعي أو معنوي.[2]

---

[1]/ د، عبد القادر حسين، المرجع السابق، ص226.

[2]/ د، عبد القادر حسين، المرجع السابق،ص238.

المطلب الثاني: النظام القانوني للعقود التجارية:

الأصل أن العقود التجارية تخضع للقواعد العامة التي نص عليها القانون المدني، إلا أن هناك قواعد خاصة تطبق على العقود التجارية وتميزها عن العقود المدنية منها ما يتصل بالإثبات، ومنها قواعد موضوعية خاصة بإبرام العقود التجارية وتنفيذها، ويلاحظ أن هذه القواعد تعرض عادة بصدد التمييز بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية.

ذلك ما سوف نتناوله في هذه الدراسة محاولين إبراز نقاط الاختلاف بين العقود المدنية والعقود التجارية على النحو التالي :

الفرع الأول:الاختصاص القضائي والإثبات:

سوف نتناول في هذا المبحث الاختصاص القضائي بنوعيه المحلى والنوعي وقواعد الإثبات المدني منها والتجاري.

أولا: الاختصاص القضائي

هو السلطة الممنوحة لجهة معينة للفصل في الخصومات، وحسم المنازعات وفقا لأحكام القانون، بإتباع إجراءات خاصة تتخذ أشكالا معينة يقوم بها الخصوم والقضاء وأعوانه.[1]

وينقسم الاختصاص القضائي إلى اختصاص نوعي واختصاص محلي:

1 حالة شد شط مدعى

يقوم النظام القضائي في بعض الدول كفرنسا مثلا على أساس وجود نوعين من المحاكم المدنية، والمحاكم التجارية، فتعتبر المحاكم المدنية صاحبة الاختصاص العام وتقوم بالفصل في جميع الدعاوي التي لم يجعلها المشرع من اختصاص محاكم أخرى، بينما يعتبر اختصاص المحاكم التجارية هو اختصاص مهني محدد، لا تختص إلا بالمنازعات التي حددتها (المادة 631 من القانون التجاري الفرنسي) وهي:

[1]/انظر، المرجع السابق، حلو أبو الحلو،ص110.

-المنازعات المتعلقة بتعهدات ومعاملات التجار.

-المنازعات التي تقوم بين الشركاء في الشركات التجارية.

-المنازعات الخاصة بالأعمال التجارية بين جميع الأشخاص.

أما في الدول العربية ومنها الجزائر ومصر، الأردن، لا توجد فيها مثل هذه المحاكم، حيث تأخذ البلاد العربية بوحدة الاختصاص القضائي[1]، حيث يختص نوع واحد من المحاكم بنظر المنازعات المدنية والتجارية على حد سواء، كما جرى العمل على تشكيل دائرة أو أكثر لنظر الدعاوي التجارية وذلك ضمن المحاكم الابتدائية والمجالس القضائية ومحاكم الاستئناف، وإن إنشاء هذه الدوائر الخاصة للنظر في المسائل التجارية، لا علاقة له بقواعد الاختصاص النوعي، وإن هذه الدوائر لا تعتبر محاكم لها كيان مستقل وإنشاؤها ليس إلا من قبيل توزيع العمل على القضاة داخل المحكمة الواحدة.

وينتج عن ذلك نتيجة هامة، وهي في حالة ما إذا رفعت دعوى مدنية أمام دائرة تجارية أو رفعت دعوى تجارية أمام دائرة مدنية، فإنه لا يجوز الدفع بعدم الاختصاص النوعي للدائرة التي رفعت أمامها الدعوى، لا يجوز للمحكمة الحكم من تلقاء نفسها بعدم الاختصاص، بل كل ما تستطيع عمله هو إحالة الدعوى إلى الدائرة المختصة بنفس المحكمة وعلى فرض لم تقم بهذه الإحالة وحكمت في الدعوى، فإن حكمها يكون صحيحا باعتباره صادرا من محكمة مختصة.

ويمكن القول بصفة عامة، بأن الاختصاص النوعي يخضع للنظام العام، وليس للدائرة التجارية اختصاصا مطلقا في جميع القضايا التجارية، وغني عن الذكر أن دعوى المسؤولية التي ترمي إلى تعويض الضرر الذي سببه أي ناقل من اختصاص الدائرة

---

[1]/ انظر، الاستاذ فوزي محمد سامي، مبادىء القانون التجاري، الطبعة الأولى،الدار العلمية للنشروالتوزيع، عمان،2003،ص21.

المدنية حتى إذا وقع الحادث أثناء ممارسة التجار.[1]

2-الإخطار شرط لازم

يقصد بالقضاء المحلي المحاكم التي يقع مقرها في مكان ويكون لها دائرة اختصاص مكاني لا تحددها.[2]

تقضي القواعد العامة في الاختصاص المحلي، بإقامة الدعوى أمام محكمة موطن المدعى عليه وذلك بنص المادة الثامنة من قانون الإجراءات المدنية الجزائرية، بينما في المعاملات التجارية يجوز للمدعى الخيار في أن يرفع دعواه أمام إحدى محاكم ثلاث:

1-محكمة موطن المدعى عليه

يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارته موطنا بالنسبة للأعمال المتعلقة بهذه التجارة إلى جانب موطنه الأصلي (م 37 مدني جزائري)، وإذا كان المدعى عليه يباشر التجارة في فروع متعددة ،جاز للمدعى رفع الدعوى إلى المحكمة التي تقع في دائرتها الفرع الذي يتصل به النزاع،[3]وهناك استثناءات أوردها المشرع في المادة الثامنة إجراءات مدنية:

-ترفع الدعاوى في مواد الإفلاس والتسوية القضائية أمام المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها مكان افتتاح الإفلاس.

-ترفع الدعاوي المتعلقة بالشركات بالنسبة لمنازعات الشركات امام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها المركز الرئيسي للشركة.

-ترفع الدعاوي العقارية، أو دعاوي الأشغال المتعلقة بالعقار أو دعاوي الإيجارات المتعلقة بالعقارات، وأن تكون تجارية أمام المحكمة التي يقع العقار في دائرة

---

[1]/ انظر، الاستاذ فرحة زراوي صالح،الكامل في القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،ص53.

[2]/ انظر،حلو ابو الحلو، مرجع سابق،ص112.

[3]/ انظر، الاستاذ نور الدين شاذلي،القانون التجاري، دار العلوم للنشر والتوزيع،الجزائر،ص69.

اختصاصها.

2-محكمة إبرام العقد وتسليم البضاعة

ويشترط للاختصاص هنا أن يكون الاتفاق أو التسليم الفعلي قد حصلا في دائرة المحكمة، ويشترط أن يكون التنفيذ قد تم فعلا جميعه أو جزءا منه، فلا يكفي أن يكون متفقا على حصول التنفيذ في دائرتها .[1]

3-محكمة محل الدفع

وهو المكان الذي تم الاتفاق بين الطرفين على الوفاء فيه، وهو ما نصت عليه المادة التاسعة من قانون الإجراءات المدنية.

ثانيا:قواعد الإثبات:

تختلف قواعد الإثبات بالنسبة إن كنا أمام عقود مدنية أو عقود تجارية، ذلك ما سوف نتطرق إليه في هذين الفرعين:

آ-الإثبات في العقود المدنية:

يفرض المشرع قيودا على إثبات العقود المدنية كاشتراط الكتابة في إثبات العقود المدنية التي تزيد قيمتها على 100.000 دج أو كانت غير محددة القيمة (المادة 333 من القانون المدني المعدلة بمقتضي القانون رقم 05-10 مؤرخ في جمادي الأول عام 1426 الموافق ل20 يونيو سنة2005) وعدم جواز إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي إلا بالكتابة، ووجوب ثبوت تاريخ العقد بطرق معينة للاحتجاج به على الغير.[2]

---

[1]/ انظر، الاستاذ سلمان بوزيان، مبادىء القانون التجاري، المؤسسات الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع،بيروت،2003،ص102.

[2]/ انظر، الاستاذ مصطفي كمال طه، العقود التجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2005،ص12.

تنويع الأدلة غير المقيدة في:

الأصل في العقود التجارية أن الإثبات جائز بكل الطرق، حر طليق من القيود التي وضعها المشرع لما عداها من الديون، ومن ثم يجوز إثبات التصرفات القانونية التجارية مهما كانت قيمتها، بشهادة الشهود والقرائن والدفاتر التجارية والمراسلات وجميع طرق الإثبات .[1]

ويستند مبدأ حرية الإثبات في العقود التجارية إلى ما تتطلبه التجارة من سرعة في التعامل، فضلا عما تقوم عليه من ثقة متبادلة بين التجار ولتيسير الإثبات فرض المشرع على التجار مسك دفاتر تجارية تقيد فيها جميع العمليات التي يقومون بها.[2]

على أن الإثبات بالبينة (شهادة الشهود) في العقود التجارية أمر جوازي لمحكمة الموضوع، فلها أن ترفض الاستجابة إليه متى رأت من ظروف الدعوى والأدلة التي استندت إليها ما يكفي لتكون عقيدتها.

كما يجوز في العقود التجارية أن يتم إثبات تاريخ السندات العادية بالنسبة إلى الغير، بجميع طرق الإثبات، ويعد تاريخ الإسناد القابلة للتداول أو تاريخ تطهيرها صحيح إلى أن يثبت العكس، وذلك خلافا لما هو مقرر في المواد المدنية، بأن السند العادي لا يعد صحيح التاريخ بالنسبة إلى الغير، إلا من يوم تسجيله أو من يوم إثباته في سند رسمي، أو من يوم وفاة أحد الموقعين عليه، أو من يوم إدراج خلاصته في سند رسمي .على أن مبدأ حرية إثبات العقود التجارية ليس مطلقا، بل ترد عليه استثناءات:

إذا كانت العلة من إطلاق الإثبات في المواد التجارية هي ما تقوم عليه المعاملات التجارية من سرعة في الإبرام والتنفيذ، فقد تطلب المشرع الكتابة في بعض

---

[1]/ انظر،الاستاذ مصطفي كمال طه، وائل أنور بندق،اصول القانون التجاري، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،2006،ص127.

[2]/نصت المادة51من قانون التجارة الأردني على" يجوز إثبات العقود المشار اليها بجميع طرق الإثبات مع الإحتفاظ بالإستثناءالوارد في الأحكام القانونية الخاصة".

العقود والتصرفات التجارية ،التي يستغرق إبرامها أو تنفيذها وقتا طويلا، بحيث يكون لدى المتعاقدين متسع من الوقت لتحرير سند كتابي أو تنطوي على أهمية خاصة حسما لكل نزاع محتمل، حول طبيعتها وآثارها، كما هو الشأن في عقد الشركة[1]، وعقد النقل البحري، وعقد التأمين البحري، كما أن طبيعة بعض المعاملات لا يمكن أن تكون إلا كتابة كما هو الحال في الأوراق التجارية، وكذلك بيع أو رهن او تأجير المحل التجاري[2]، وبيع أو رهن السفينة.

ولأن قواعد الإثبات لا تتعلق بالنظام العام، فهناك آراء فقهية تنادي بضرورة توحيد قواعد الإثبات، وبوضع نظام موحد له، لأن ذلك يكون أكثر ملائمة للعقود المبرمة بين شخص مدني وآخر تجاري .كما أن تعميم طرق الإثبات لا يشكل أي نوع من الخطر، كما أن توحيد قواعد الإثبات يتفق مع المساواة بين المواطنين ذلك ما توصلت إليه بعض الدول كهولندا، وانجلترا.

الفرع الثاني:القواعد الخاصة بتنفيذ العقود التجارية:

وضع المشرع للعقود التجارية قواعد خاصة مختلفة عن القواعد التي تخضع لها العقود المدنية، وتهدف بعض هذه القواعد إلى توفير السرعة والبعض الأخر تهدف إلى دعم الائتمان، وهما الدعامتان اللتان يقوم عليها القانون التجاري.

ولن نتعرض إلى القواعد العامة، أما القواعد الخاصة فنعالجها على النحو الآتي:

اولا:التضامن:

الأصل أن التضامن لا يفترض، فلا بد إذن من وجود نصوص في العقد أو في القانون، وذلك ما نصت عليه المادة 217 مدني جزائري وقد اختلف الفقه والقضاء فيما إذا كان تطبيق هذا المبدأ قاصرا على المسائل المدنية وحدها، أم أنه يشمل المسائل

---

[1]/ انظر ،المادة 418 من القانون المدني الجزائري.

[2]/ انظر ، المواد79،و120،من القانون التجاري.

التجارية أيضا.

استقر القضاء الفرنسي على وجود عرف قديم، يقتضي بافتراض التضامن في العقود التجارية، فإذا أريد نفيه وجب وضع نصوص صريحة في العقد تلغيه، ولما كانت القاعدة التي تقضي بعدم جواز افتراض التضامن من القواعد غير الآمرة، فكان التعارض قائم هنا بين العرف وقاعدة مفسرة، فيجب أن تكون الإرجحية للعرف، خصوصا وأن افتراض التضامن في مصلحة التجارة،[1]إذ فيه ضمان للدائنين، كما أنه يسهل على المدنيين الحصول على الائتمان وهو عصب المعاملات التجارية.

هذا وقد أقام القانون التجاري التضامن بنصوص صريحة في مواضع عديدة أهمها ما يأتي:

-الشركاء في شركات التضامن والشركاء المتضامنون في شركات التوصية مسؤولون على وجه التضامن عن ديون الشركة .ذلك ما نصت عليه المادة 551 تجاري جزائري.

-الموقعون على الورقة التجارية، كالساحب والمسحوب عليه والمظهر، مسئولون بالتضامن عن أداء قيمة الورقة (المادة 426 تجاري جزائري)التي تنص على التضامن بين المظهرين والساحب لفائدة حامل السفتجة.

ثانيا:الإعذار:

هو تسجيل تأخير المدين في الوفاء بالتزامه، أو هو وضع المدين موضع التأخير، حيث لا يستطيع الدائن أن يطلب فسخ العقد أو أن يطالب بتعويض ملحقه من ضرر إلا إذا قد سبق وأعذر المدين بضرورة الوفاء بالتزامه، والأصل أن إعذار المدين في المواد المدنية يكون بإنذاره، بمطالبته بالوفاء بمقتضى ورقة رسمية تعلن إليه بواسطة محضر قضائي.

[1]/انظر، الأستاذ محسن شفيق،القانونالتجاري المصري،الجزء الأول، الطبعةالأولي، دارنشر الثقافة، الإسكندرية،ص126.

أما في العقود التجارية، فيكون إعذار المدين أو إخطاره بإنذار رسمي، أو بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول، ويجوز في أحوال الاستعجال أن يكون ببرقية أو أية وسيلة أخرى كالهاتف أو البريد الإلكتروني.[1]

ثالثا:المهلة القضائية:

من حق المحاكم أن تمنح المدين مهلة للوفاء بدينه، متى آنست منه حسن النية والقدرة على الدفع، وتستطيع المحكمة أن تكرر منح المهلة، ولها أن تأمر بتقسيط الدين على المدين، وإنما يجب أن تحتاط للأمر، فلا تسرف في هذا السبيل، بل تعتدل في تقرير المهلة والتي تمنحها، وتدقق في مركز المدين المالي، فلا تمهله إلا إذا كان عسره طارئا وخاليا من سوء النية والإهمال، كما عليها أن تنظر إلى مصلحة الدائن، فتضن بالمهلة إذا كان يترتب عليها ضرر بليغ له، فالأمر متروك إذن لتقدير القاضي ولظروف الحال، ومن البديهي أن رائد القانون من إعطاء المحاكم سلطة منح المهل أو الأمر بتقسيط الديون، هو الأخذ بيد المدينين وإقالتهم من عثرتهم، وحمايتهم من تعسف الدائنين، ولا شك أن هذا الوضع يقرب إلى الأذهان المبادئ التي ينادي بها أنصار نظرية تغير ظروف العقد .[2]

أما في العقود التجارية فإن منح المدين أجلا جديد للإيفاء بدينه، قد يلحق في الغالب ضررا جسيما بالدائن، ذلك أن المعاملات التجارية مرتبطة بعضها ببعض، حيث أن عدم تنفيذ الالتزام بأداء الدين المستحق قد يؤدي إلى عجز الدائن عن إيفاء دينه قبل الغير، وبالتالي قد يتعرض إلى شهر إفلاسه.

ولهذا من الصعوبة بمكان إعطاء المهلة القضائية للمدين بدين تجاري، إلا في حالات استثنائية يقدرها القاضي.

---

[1]/ انظر، الأستاذ جلال وفاء محمدين،المبادىء العامة في القانون التجاري، الدار الجامعية،ص71.

[2]/ انظر، محسن شفيق، مرجع سابق،ص124.

رابعا:الرهن الحيازي:

إن الرهن الحيازي " : عقد به يلتزم شخص، ضمانا لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون.[1]

إذن الرهن الحيازي يكون رهنا تجاريا إذا كان الرهن المعقود ضمانا لدين تجاري، سواء أكان الذي أنشأه تاجرا أو غير تاجر[2]ويخضع هذا الرهن في تنفيذه لإجراءات خاصة بسيطة تتحصل في أن للدائن، بعد حلول ميعاد دفع الدين وبعد مضي خمسة عشر يوما يشرع في بيع المنقولات بالمزاد العلني دون حاجة إلى حكم أو إذن على عريضة أي تنفيذ بدون سند تنفيذي.

أما إذا انعقد الرهن ضمانا لدين مدني، يكون الرهن مد نيا ويخضع لأحكام القانون المدني وهي توجب عليه إذا أراد التنفيذ على المال المرهون في حالة عدم وفاء المدين بالتزاماته، وأن يتبع عدة إجراءات طويلة ومعقدة وتستغرق وقتا طويلا، وتكلف أموالا باهضة، إذ يتعين أن يحصل على حكم من القضاء بحقه، أو عليه أن يتنظر حتى يصبح هذا الحكم نهائيا، فيكون بيده سندا تنفيذيا يستطيع بمقتضاه الحجز على الشيء المرهون، وبيعه في المواعيد المحددة وفقا للأوضاع المقرره في قانون المرافعات.

خامسا: النفاذ المعجل

الأصل في المسائل المدنية، أن الأحكام لا تكون قابلة للتنفيذ إلا بعد أن تصير نهائية، أي بعد أن تحوز قوة الشيء المقضي فيه، ولا يمكن الخروج عن هذه القاعدة إلا

---

[1]/انظر الأستاذ انور العمروسي، الوافية في شرح القانون المدني،الجزء الخامس،الطبعة الثانية،دار العدالة،القاهرة،ص201.

[2]/ انظر الأستاذ محمد فريد العريني،جلال وفاء البدري محمدين، قانون الأعمال،دار الجامعة الجديدة للنشر،2000،ص41.

في الحالات الاستثنائية التي نص عليها المشرع.

أما الأحكام الصادرة في المسائل التجارية، فتكون مشمولة بالنفاذ المعجل، سواء أكانت هذه الأحكام قابلة للمعارضة أو الاستئناف، أن تطبيق هذه القاعدة يتوقف على دفع التاجر الصادر الحكم لمصلحته كفالة حتى يستطيع أن ينفذ الحكم تنفيذا معجلا.

والحكمة من تنفيذ الأحكام تنفيذا معجلا ،هو ضمان السرعة في المعاملات وقطع الطريق على المدين المماطل الذي يسعى جاهدا إلى التهرب من تنفيذ التزاماته، عن طريق وقف تنفيذ الأحكام الصادرة ضده بالطعن فيها.

سادسا:الإفلاس

الإفلاس هو الوضعية القانونية لتاجر توقف عن الوفاء بديونه، يعلن عنه بمقتضى حكم،والتاجر المفلس، تغل يده عن إدارة ذمته المالية وتنزع عنه بعض الحقوق.

والإفلاس إجراء تنفيذي يؤدي إلى الموت التجاري للمفلس، وتصفية مؤسسته وبيع كل أمواله الأخرى.

إن الإفلاس أصلا، نظام تجاري، فالتاجر المتوقف عن الدفع، هو وحده الذي يمكن شهر إفلاسه، ومع ذلك، فإن بعض التشريعات تطبقه على التجار وغير التجار، كالتشريع الألماني والإنجليزي والأمريكي والسويسري، أما التشريعات اللاتينية فهي بشكل عام تقصر تطبيقه على التجار فقط، وفي الجزائر يطبق الإفلاس على التجار أفرادا أو شركات[1]،أما الشخص المدني فيطبق عليه نظام الإعسار، الذي يعد أقل قسوة وأخف وطأة من نظام الإفلاس، بحيث تباع أموال المدين المعسر المحجوزة وتقسم على الدائنين بسمة غرماء ويترك له ما يحتاج إليه لنفقته ونفقة من يلزم بالإنفاق عليهم.[2]

---

[1]/انظر ، الأستاذ راشد راشد، الأوراق التجارية الإفلاس،التسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري، دوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1999،ص217.

[2]/انظر،الأستاذ احمد محمد خليل، الإفلاس التجاري والإعتبار المدني،منشأة المعارف، الإسكندرية،ص13.

سابعا: الفوائد

إن الفائدة في القانون التجاري تختلف عنها في القانون المدني، فالفائدة القانونية لا تستحق إلا عند التأخر في الوفاء، ولذلك تفترض حلول أجل الوفاء بالدين، وقدرها القانون المصري ب % 4 في المواد المدنية و % 5 في المواد التجارية ما لم يتفق على غير ذلك بشرط ألا تزيد على % 7 في الحالتين .[1]

أما في التقنين المدني الجزائري الحالي لم يسمح بالفائدة بين الأفراد.

أما من حيث سريان الفوائد فيبدأ من تاريخ حلول أجل الدين في القانون التجاري،

أما في القانون المدني فلا تسري الفائدة إلا بعد الإعذار والمطالبة بها أمام القضاء، ان لم يحدد الإتفاق أو العرف التجاري تاريخا آخر لسريانها، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره (المادة 226 مدني مصري).

والسبب في ارتفاع سعر الفائدة القانونية وهي التي تستحق دون اتفاق عليها في حالة تأخر المدين في الوفاء بالتزامه في المواد التجارية عنه في المواد المدنية، هو أن النقود التي تستثمر في الأعمال التجارية تنتج ربحا أكثر مما لو استعملت في أعمال مدنية، فضلا عن أنها أكثر عرضة للضياع، ولأن المشرع يفترض أن الضرر الذي يلحق الدائن بدين تجاري من جراء التأخر في الوفاء أكثر جسامة مما يلحق الدائن المدني، إذ في مقدور الدائن التجاري استثمار النقود التي تدفع إليه مباشرة.

[1]/انظر، الأستاذ عبد الحميد الشواربي، القانون التجاري، منشأة المعارف الإسكندرية،ص110.

المبحث الثاني: ماهية التحكيم كآلية لتسوية منازعات العقود التجارية الوطنية

يقتضي الحديث عن ماهية التحكيم، إبرام تعريفه عند علماء اللغة وتعريفه شرعا، ثم في مختلف التشريعات، وابراز مزايا وعيوب التحكيم، وكذلك الحديث عن طبيعته القانونية، والنظريات التي قيلت بهذا الخصوص بصورة موجزة، وعليه نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:[1]

المطلب الأول:مفهوم التحكيم

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم

المطلب الأول: مفهوم التحكيم

نتناول تعريف التحكيممن الناحية اللغوية ومن الناحية الشرعية، ثم نتطرق إلى التعريف القانوني للتحكيم،وإيراد بعض من التعريفات التي أوردها الفقه، وهذا ماسنقوم بإبرازه علي النحو التالي:

الفرع الأول: التعريف اللغوي والشرعي للتحكيم

سنقوم من خلال هذا الفرع بي بيان تعريف التحكيم الذي سيكونمحور دراستنا منخلال بيان تعريفه من الناحية الغوية والناحية الشرعية على النحو التالي:

أولا: لغة: من حكم بالضم أي القضاء، ويقالحكم عليه بالأمر حكماً والحاكم منفذ الحكم،كالحكم بفتح الحاء والكاف وحاكمه إلى الحاكم، دعاه وخاصمه وحكمه في الأمر

[1]/ عبد الباسط محمد الواسع الضراسي،النظام القانوني لإتفاق التحكيم، دراسة تحليلة مقارنة،الطبعة الأولى، دار النشر المكتب الجامعي الحديث،إسكندرية، سنة2005، ص15.

تحكيما، أي أمره أن يحكم فاحتكم وتحكم وجاز فيه حكمه، ويقال حكم فلاناً بيننا، أي أجزنا حكمه بيننا.[1]

والحكم اسم من أسماء الله الحسني وقد وردت في القرآن الكريمآيات كثير دالة علي إنّ الذي يحكم ويفصل بين الناس فيما شجرة بينهم هو الذي يسمي الحكم وقد أمر اللهعباده بما أمر به رسله بأن يحكموا بين الناس بالعدل.

قال الله تعالي(فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّىَ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لاَ يَجِدُواْ فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجاً مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسْلِيماً).[2]

وقيل الحكم هو الذي لايقع في وعده ريب ولا في فعله عيب ،وقيل هوالذي حكم على القلوب بالرضا والقناعة وعلى النفوس بالاتقاء والطاعة، وقيلهو الذي يفصل بين الحق والباطل النافذ حكمه لأزاد لقضائه جلت أسماءه.

ثانيا: التحكيم شرعا وهو عبارة عن اتخاذ الخصمين حكماً برضاهما لفصل خصومهما ودعواهم، ويقال لذلك حكم بفتحتين، ومحكم بضم (الميموفتح الحاء)، وتشديد الكاف المفتوحة، والقضاء يأتي بمعني الحكم والحاكمية ويجوز التحكيم في دعاوي المال المتعلقة بحقوق الناس.[3]

---

[1]/ د، علي عوض حسن، المحامي بالنقض، التحكيم الإختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية، ب، ط، دار الفكر الإسلامي، الإسكندرية، سنة2004،ص10.

[2]/ القرآن الكريم، الأية65،من سورة النساء.

[3]/ د، علي عوض حسن،المرجع السابق، ص11.

ويعرفه فقهاء المسلمين التحكيم بأنه تولية الخصمين حكماً يحكم بينهما، وعرفه أيضا بأنه الاتفاق على طرح النزاع علي شخص معين أو أشخاص معينين لبعضهما فيه دون المحكمة المختصة به.[1]

الفرع الثاني: التعريف القانوني والفقهي للتحكيم:

سنتطرق في هذا الفرع إلى تحديد كل من التعريف القانوني، والتعريف الفقهي كلّ على حدى.

اولا: التعريف القانوني:

إن التحكيم نظام خاص للتقاضي ينظمه القانون، يسمح بمقتضاه للخصوم في منازعات معينه بأن يتفقوا على إخراج منازعه بواسطة شخص أشخاص عاديين يختارهم الخصوم، ويسندون إليهم الفصل في النزاع.

كما عرفه آخرون: التحكيم هو طريقة لحل النزاع يعتمد على اختيار الأطراف لقضاتهم بدلا من الاعتماد على التنظيم القضائي.

1-تعريف اتفاقية لاهاي لتسوية السليمة للمنازعات الدولية

التعريف السائد للتحكيم هو الذي تضمنته المادة37 من اتفاقية لاهاي لتسوية السليمة للمنازعات الدولية التي توصل إليها مؤتمر السلام الدولي الثاني الذي عقد في لاهاي عام 1907، حيث قررت هذه المادة أن موضوع التحكيم الدولي في تسوية المنازعات بين الدول

[1]/ عبد الباسط محمد الواسع الضرسي، المرجع السابق ،ص16-17.

بواسطة قضاة من اختيارهم وعلى أساس احترام القانون وان اللجوء إلى التحكيم ينطوي على تعهد الخصوم بحسن نية للحكم.[1]

2-تعريف التشريعات الوطنية للتحكيم

نجد أن لا يوجد نص في التشريعات الوطنية الحديثة المنظمة للتحكيم لتحديد ما المقصود بالتحكيم بشكل مباشر ولعل ذلك راجع إلى أن أغلبية هذه التشريعات استوحي من القانون النموذجي للتحكيم، والذي جعل عدم تعريف التحكيم احتراما من الخلافات الوطنية بشأن تحديد مفهوم التحكيم.

ومع هذا نجد أن القانون المصري رقم27 لسنة 1994 وعلى الرغم من أنه مستوحي من القانون النموذجي لتحكيم حيث نجد أنه تعرض لتحديد المقصود بالتحكيم، ونصت المادة الرابعة فقرة الأولى من قانون التحكيم المصري على انه: ينصرف لفظ التحكيم في حكم القانون التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولي إجراءات التحكيم بمقتضي اتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك.[2]

كما نجد أن المشرع الأردني لم يتطرق إلى تعريف التحكيم في قانون التحكيم الجديد لسنة 2001 لكن ورد تعريف التحكيم في القانون القديم رقم 18لسنة 1953 حيث نصت

---

[1]/ د، ابراهيم محمد عنابي،اللجوء لتحكيم الدولي،(العام،الخاص،التجاري)، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، سنة2006،ص20.

[1]/ نورة حليمة، مذكرة ماستر، تخصص إدارة أعمال، التحكيم التجاري الدولي ،جامعة جلالي بونعامة، خميس مليانة،الجزائر، سنة2014/2013، ص07.

المادة الثانية منه: وتعني عبارة اتفاق التحكيم الخطي المتضمن لحالة الخلافات القانونية أو المقبلة على التحكيم سواء كان اسم المحكم أو المحكمين مذكوراً في الاتفاق أو لم يكن.[1]

كما لا نجد تعريف واضح ودقيق من طرف المشرع الجزائري، رغم انه تناول مختلف أحكام التحكيم التجاري الداخلي والدولي من خلال المواد المدرجة ضمن المرسوم التشريعي 93-09 وحتى في القانون الجديد 08-09 المؤرخ في 25-02-2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية في الباب الثاني بعنوان التحكيم الذي يظم فيه المشرع الجزائري التحكيم بنوعيه الداخلي والدولي.[2]

ثالثا:تعريف الفقه للتحكيم

تعددت تعريفات التي اقترحها الفقه العربي في هذا الخصوص وسوف نعرض أهم التعريفات:

1-ذهب فريق أول إلى تعريف التحكيم: طريقة لحل النزاع وتعتمد على اختيار أطراف النزاع لقضاتهم بدل من الاعتماد على التنظيم القضائي.

2-وذهب فريق ثاني إلى تعريف التحكيم هو نظام قضائيا خاصا تقضي فيه خصومة معينة عن القضاء العادي ويعهد فيها خصومة معينة عن القضاء العادي ويعهد فيها المحكمين للفصل فيها

---

[2]/المرسوم التشريعي93-09 المؤرخ في 03ذي القعدة عام1413، الموافق ل25 افريل 1993، المعدل والمتمم للأمر رقم66-154 المؤرخ في 08 يونيو 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية العدد27، الموافق 27 افريل1993،ص58.

[3]/ قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد21 لسنة 2008.

3-وذهب فريق آخر لتعريف التحكيم بأنه الاتفاق على طرح نزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة.[1]

4-وذهب فريق آخر إلى تعريف التحكيم بأنه اتفاق ذوي الشأن على عرض نزاع معين قائم على فرد أو أكثر أو على جهة أو هيئة معينة للفصل فيه دون المحكمة المختصة.

5-وذهب فريق آخر إلى تعريف التحكيم بأنه أهم وسيلة بمقتضاها يستغني الإطراف عن قضاء الدولة، فكما أن الأفراد يستطعون الاتفاق على حل منازعاتهم بالصلح فيما بينهم فإنهميستعطون عرض هذه المنازعة على شخص أو أشخاص يختارونهم أو يحددون وسيلة اختيارهم، لكي يتولوا الفصل في هذا المنازعة.

6-ويذهب فريق آخر إلى تعريف التحكيم: بأنه وسيلة لفصل المنازعات حين يتفق الخصوم على عرض تلك المنازعات على أشخاص يختارونهم ويحددون لهم مهمة التحكيم متضمنةالقواعد القانونية والإجراءات التي تتبع.[2]

الفرع الثالث: مزايا وعيوب التحكيم

يشترك التحكيم مع القضاء في الهدف المتوخى منهما وهو فض المنازعات بحكم ملزم لاطرافه، ويلاحظ انتشار التحكيم وازدهاره في حل المنازعات لا سيما التجارية منها، وله مزايا وعيوب شأنه في ذلك شأن أي نظام آخر لايخلو من المزايا والعيوب وهذا ما سيتم تناوله في هذا الفرع :

[1]/ أ،هشام خالد، أوليات التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة في النظم القانونية اللاتنية والأنجلوسية والعربية، سنة2004، دار الفكر، ص43-44.

[2]/ هشام خالد، نفس المرجع،ص50-51.

اولا: مزايا التحكيم

يمكن ارجاع اسباب انتشار التحكيم ورواجه وتفضيل اللجوء اليه، وقيام الهيئات والمنظمات التي تقوم بمهامه الى المزايا الأتية:

1-السرعة: لعل اهم ما يذكر بهذا الخصوص وياتي في مقدمة مبررات اللجوء الى التحكيم هي السرعة التي يحققها للاطراف في حل المنازعات، حيث يرغب اطراف العلاقة القانونية بتفادي طرح منازعاتهم على القضاء بسبب ماتتسم به اجراءات التقاضي من بطء وتعقيد، اما التحكيم فانه يتم عادة دون تقيد باجراءات التقاضي، عدا ما يتعلق بالنظام العام كحق الدفاع ومبدا المواجهة..الخ،[1] وبذلك يتخلص الخصوم من البطء المعتاد امام قضاء الدولة، كما انه يتم غالبا على درجة واحدة ومنثم فالتحكيم يتسم بالسرعة المطلوبة.

2-السرية: وتاتي في المرتبة الثانية من مزايا التحكيم السرية التي تحاط بها اجراءات التحكيم، وان كانت العلنية التي تحيط بنظام التقاضي مبدأ من مبادىء التقاضي وتعد من ضمانات العدالة، لكنها تنقلب وبالا على التجار اذا كان منشأنها إذاعة أسرار صناعية أو اتفاقات خاصة يحرص التجار على ابقائها سرا مكتوما ، فتتم جلسات التحكيم بصورة سرية بحيث لايحضرها الا اطراف النزاع فقط، ولا تقتصر السرية على الجلسات فقط بل تمتد الى الاحكام الصادرة في المنازعات.

3- المرونة وبساطة الاجراءات : يجوز ان يتم التحكيم دون التقيد بقواعد قانون المرافعات الغير متعلقة بالنظام العام ويكون باجراءات بسيطة حيث نجد ان هيئة التحكيم تتمتع بحرية اوسع واكثر من القضاء في كل ما يتعلق باجراءات التقاضي، وبالنسبة للمرونة في الموضوع فالقضاة في المحاكم العادية مكبلون بالقانون يلتزمون بمراعاة نصوصه

[1]/ عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق،ص50.

واجراءاته، بحيث لو جاءت احكامهم على خلاف النص او منافية وجب النقض وان كان لها ايجابيات كونها تحول دون الميل والهوى الا انه في مجال المنازعات التجارية ،حيث يرغب الاطراف في عدالة مرنة تتفهم متطلباتهم وتراعي تعاملاتهم سواء السابقة منها على النزاع او اللاحقة وطبعة خصوصيتها فهم يفضلون اللجوء الى التحكيم.

4-حرية اختيار هيئة التحكيم من اصحاب الخبرة:ومن مزايا التحكيم انه يوفر لأطراف النزاع حرية اختيار المحكمين سواء بطريقة مباشرة او غير مباشرة عن طريق تحديد الجهة التي يعهد اليها باختيارهم، الامر الذي يحقق الامان والطمانينة لدى اطراف النزاع،ايضا كون اختيار هيئة التحكيم يتم عادة ممن لهم خبرة في مجال النزاع،فالمحكم على خلاف القاضي لا يلزم ان يكون رجل قانون فالاطراف يختارون محكمين ممن لهم الخبرة في مجال النشاط الذي يتعلق به النزاع.

5- المحافظة على مستقبل العلاقة بين الاطراف: الاطراف في المحاكم العادية يدخلون الى ساحة القضاء وهم مهتمون بتصفية حساباتهم اي وهم ينظرون الىالوراء اما التحكيم فالعكس تماما فان الاطراف عندما يلجاون الى التحكيم،يضعون اعتبارهم المحافظة على مستقبل العلاقة بينهم اي وهم ينظرون الى الامامفهو يحقق العدالة بطرق وظروف اكثر ملاءمة للمتخاصمين من تلك التي تتم امام الجهة المختصة بالفصل في النزاع .[1]

ثانيا :عيوب التحكيم

على الرغم من المزايا الظاهرة للتحكيم لاتحول دون تقرير ان لنظام التحكيم مساوئه:

1-ففي التحكيم يتحمل الاطراف ابتداء مصاريف التحكيم معا، وكذا اتعاب المحكمين،في حين انه في التقاضي لا يدفع الاطراف اتعاب للقاضي، ولايتحمل المدعيابتداء

[1]/ عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق ص51-52-53-54.

الا رسوما بسيطة، ولا يحكم بالمصاريف الا على من يخسر الدعوي بعد انتهاء الخصوم بحكم نهائي

2-قد تطول الاجراءات في التحكيم عن اجراءات امام المحاكم بسبب عدم قيام احد الطرفين بتعين المحكم الذي له اختياره،او عدم اتفاق الطرفين على المحكم الوحيد،او عدم الاتفاق على رئيس الهيئة،او بسبب التمسك ببطلان الاتفاق او عدم شموله لما يثار في التحكيم من منازعات.

3-وفي التحكيم اذا تفرع عن النزاع الذي اتفق الاطراف على التحكيم بشانه انزعة اخري مرتبطة به ومس التحكيم مصالح اشخاص اخرين او كان من اللازم ادخالهم في التحكيم للحصول على حماية قضائية كاملة، فانه لاسبيل الى توسيع نطاق التحكيم دون رضاء ذوي الشان، في حين ان نطاق الخصومة امام القضاء يمكن ان يتسع من الناحية الموضوعية(الطلبات المرتبطة) ومن ناحية الاشخاص(تدخل الغير واختصاصه) دون رضاهم جميعا.

4-في التحكيم قد يتولى الفصل في النزاع شخص او اشخاص تنقصهم الخبرةاو الكفاءة في حين انه امام قضاء الدولة يتولى الفصل في النزاع قاض مؤهل ومحترف اكثر قدرة على الفص فيه.

5- واخير فان حكم التحكيم يصدر في بعض التشريعات ومنها القانون المصري غير قابل للطعن فيه باي طريق من طرق الطعن التي تنص عليها قانون المرافعات، وذلك

على خلاف حكم القاضي الذي يصدر غالبا قابلا للطعن فيه بالاستئناف ثم بالنقض او التماس اعادة النظر، وهو مايتيح الفرصة للوصول الى حل عادل للنزاع.[1]

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم

رغم اتفاق الفقه على اعتبار نظام التحكيم وسيلة لحل المنازعات يحل فيها حكم التحكيم محل الحكم القضائي في تحقيق الحماية للحق المتنازع فيه إلا انه قد ثار الخلاف حول الطبيعة القانونية للتحكيم، ووجدت أكثر من نظرية في هذا الخصوص، والخلاف حول الطبيعة القانونية للتحكيم ليس خلافا نظريا وحسب، فله نتائج خطيرة لاسيما عند بحث القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وعند طلب تنفيذ الحكم وهذه النظريات تتطرق إليها في الفروع التالية:[2]

الفرع الأول: النظرية العقدية للتحكيم

للفقه أراء متعددة بالنسبة لطبيعة التحكيم، ويرجع هذا التعدد إلىالأساسألاتفاقي الذي يقوم عليه التحكيم، والنتيجة ذات الصفة القضائية التي ينتهي إليها المحكم، أي الحكم ألتحكيمي، فالتحكيم يتكون من عاملين، الأول هو الاتفاق يبرمه طرفا النزاع ، والثاني هو الحكم الصادر عن هيئة التحكيم.

ومن هنا ظهرت النظرية العقدية، فهذا الفقه يري أن التحكيم ليس قضاء وان مايصدر عن المحكمين ليس أحكاما قضائية، ويرون أن للتحكيم طبيعة عقدية تستند في قيامها إلى إرادة الخصوم وحكم المحكم يرتبط بعقد التحكيم، وصدور أمر بالتنفيذ من محاكم الدولة لا

---

[1]/ د، فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق،الطبعة الاولي، توزيع منشاة المعارف ، الاسكندرية،جامعة مصر، سنة2007،ص16-17.

[2]/ عبد الباسط محمد الضراسي، المرجع السابق،ص23.

يجعل حكم المحكمة عملا قضائيا بالمعني الدقيق بل يؤدي أمر التنفيذ إلى صيرورة حكم التحكيم سندا تنفيذيا واجب النفاذ.[1]

ويرون أن المحكم ليس قاضيا بل هو شخص عادي، ويمثل التحكيم الاختياري الصورة الأصلية للتحكيم، ولا يؤدي الأمر القضائي بتنفيذ حكم المحكم إلى اعتباره حكماً قضائيا بالمعني المعروف للأحكام، بل يظل مرتبطا في مصيره وتفسيره بعقد التحكيم حتى بعد صدور الأمر بتنفيذه، ويبرر هذا الرأي موقفه بالقول، بان مصدر سلطة المحكمة إرادة الأطراف، عكس القضاء الذي يهدف إلى حماية المصلحة العامة.

وهذه النظرية أبرزت دور الإرادة في الاتفاق على التحكيم وأهملت وظيفة المحكمة القضائية، ذلك الدور الناشئ من الإرادة الفردية ومن ترخيص القانون تلك الرخصة التي تسمح للفرد العادي بإصدار عمل يعترف به القانون كحكم القضاء والواقع أن النظرية الإجرائية والموضوعية للتحكيم.[2]

الفرع الثاني: النظرية القضائية للتحكيم

قيل في نقد النظرية التعاقدية وهو ذاته طبيعة النظرية القضائية أن التمسك بشرط التحكيم هو من وجهة نظر القانون المدني تمسك بتنفيذ شرط من شرط من شروط العقد وشأن شرط التحكيم شأن سائر الشروط الاتفاقية لا يمكن أن يسقط الحق في التمسك بها بمجرد التكلم في الموضوع أمام المحكمة كما لا يمكن أن يسقط الحق في التمسك بها بصورة ضمنية لان الدفع بالتحكيم ليس منشودة في الأصل قانون المرافعات الذي يعني بالإجراءاتو الدفوع المتعلقة بها،وإنما هو ينبثق ويأتي من أحكام القانون المدني كأثر من أثار عقد التحكيم ومن ناحية أخري فإن الذي يحدد اختصاص المحاكم المختلفة اختصاصا متعلقا

[1]/ أ،شريف الطباخ، التحكيم الإختياري والإجباري،الطبعة الأولي، دار الفكر القانوني ، سنة2008، ص36.

[2]/ أ، شريف الطباخ، نفس المرجع،ص36-37.

بالوظيفة أواختصاص نوعيا أو محليا هو المشرع وليس إرادة الخصوم وحتي في الأحوال التي يجيز فيها المشرع الاتفاق على اختصاص محكمة غير المحكمة المختصة محليا ..... اختصاص هذه المحكمة ولا..... اختصاصها الأصيل بل يبقي إلي جانب اختصاص المحكمة التي حددها الخصوم وأذنفإرادة الخصوم ليس من شانها أن تؤثر في تحديد اختصاص المحاكم المختلفة وبناء عليها، فإن اتفاق على التحكيم يمنع المحكمة المختصة من النظر في الدعوى وينشئ دفعا بعدم قبولها، وتنتهي هذه النظرية إلي أن التحكيم قضاء من نوع خاص هدفه تطبيق إرادة المشرع وان الأفراد حين ينزلون في وثيقة التحكيم عن حقهم في الالتجاء إلى القضاء فإنهم ينزلون عن وسيلة حماية الحق وهي الدعوى.[1]

الفرع الاول: النظرية المختلطة

يرى أنصار هذه النظرية أن التحكيم له طبيعة مختلطة وبتطبيق عليه وصف معين في كل مرحلة من مراحله، فهم لا يضفون على التحكيم طبيعة واحدة من بدايته إلى نهايته بل يكيفون كل مرحلة على حده، ويعطونها التكيف القانوني المناسب والمطابق لها.

ويذهب إلى هذه النظرية اغلب الفقهاء مبررين ذلك بما تقتضيه مصلحة التجارة التي تتطلب إطلاق حرية الاتفاق على التحكيم من بدايته، ثم تحويله في المرحلة الأخيرةإلى قضاء ليكتسب القرار الذي اصدر فيه حجيته بذاته فلا نحتاج إلى دعوى يعقبها حكم يضفي عليه هذا الحجية.

[1]/ د،علي عوض حسن، المرجع السابق،ص48.

ويعيب أنصار هذه النظرية على النظرية العقدية والقضائية أن كل منهما أرادتأن تصف نظام التحكيم في مجموعة وصفا واحدا، بينما هو في الحقيقة نظام مختلط حيث يبدأ باتفاق ثم إجراء ثم ينتهي بقضاء، هو قرار التحكيم.

بمعني أنأنصار هذه النظرية يقفون موقفا وسطا بخلاف النظريتين السابقتين اللتين تقفان موقف المتشدد في تحديد طبيعة التحكيم، إماأنصار النظرية، فالتحكيم في نظرهم تتعاقب عليه صفتان، وهي صفة التعاقدية وهذه تبدوا واضحة في اختيار الخصوم للتحكيم كنظام للتقاضي وأحجامهم عن التوجه لقضاء الدولة وكذلك في اختيارهم القانون الذي سيحكم إجراءات التحكيم موضوع النزاع، غير أن هذا الطابع التعاقدي يبدآ في الأول تدريجيا ليتخذ شكلا قضائيا(الصفة القضائية) منذ بداية التحكيم ويكتمل له هذه الصفة بفضل تدخل الدولة ومنح الحكم الصادر من المحكمين أمر التنفيذ.[1]

الفرع الثاني: نظرية استقلال التحكيم

وهناك بعض الفقهاء يرون أن التحكيم هو نظام مستقل، فإرادة الخصوم لا توجد في التحكيم الإجباري في النظم التي تأخذ بهذا النوع من التحكيم، واعتبار التحكيم نظام مختلط يؤدي إلى نتائج شاذة منها:

1-أن القضاء سلطة عامة تهدف إلي تحقيق سيادة الدولة والتحكيم يهدف إلى تحقيق وظيفة اجتماعية واقتصادية للأفراد.

2-التحكيم يختلف عن القضاء في بنائه الداخلي.

3-اعتراف القانون بنظام التحكيم لا يعني إضفاء الطبيعة القضائية عليه بصورة آلية، وإنما يظل اتفاق التحكيم له دور كبير في هذا الموضوع.

[1]/ عبد الباسط محمد الضراسي، المرجع السابق،ص25-26.

4-كما أن المحكم يخضع لقواعد المغايرة تلك التي تحكم دور القاضي.

5-أساس حجية المحكم يختلف عن أساس حجية الحكم القضائي، وكذلك تختلف القوة التنفيذية لكلاهما وشروط إعمالها.[1]

[1]/ د، نبيل اسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية في اتفاق التحكيم، خصومة التحكيم، حكم المحكم ، الطبعة الاولي، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة2004،ص36.

الفصل الثاني:
الطبيعة القانونية لاتفاقية التحكيم في القانون الجزائري

الفصل الثاني: الطبيعة القانونية لاتفاقية التحكيم في القانون الجزائري

التحكيم حق قرره القانون للأفراد يخول لهم الاتفاق على إحالة ما نشا بينهم من النزاع بخصوص تنفيذ عقد معين أو على إحالة نزاع نشا بينهم بالفعل، على واحد أو أكثر من الأفراد يسمون محكمين ليفصلوا في النزاع المذكور بدلا من أن يفصل فيه القضاء المختص.[1]

المبحث الأول: صور ومضمون اتفاقيات التحكيم

تعتبر اتفاقيات التحكيم الحجر الأساس الذي يمنحه العقد للأطراف للجوء للتحكيم دوليا أو داخليا لحل نزعاتهم، حيف تعكس موقف الأطراف في النزاع سواء عن طريق التحكيم الداخلي أو الدولي وترتب أثار مهمة بالنسبة لمصير العقد،[2] وعليه وجب النظر في صور اتفاقية التحكيم (المطلب الأول) ومضمون اتفاقية التحكيم(المطلب الثاني).

المطلب الأول:صور اتفاقية التحكيم

يتضح لنا من تعريف اتفاق التحكيم ان له صورتين:الاولى وهي ان يكون في صورة عقد بين الخصوم بمناسبة نزاع قائم بالفعل بينهم، ويطلق عليها الفقه العربي تسمية مشارطة التحكيم او عقد التحكيم.

والصورة الثانية ان يرد الاتفاق في صورة شرط او بند في عقد من العقود ويتضمن احالة المنازعات التي قد تنشأ بين اطراف العقد عند تنفيذه او تفسيره الى التحكيم ويطلق عليه تسمية شرط التحكيم، ويعكس اتفاق التحكيم حقيقة قانونية مقتضاها: وحدة المعاملة

---

[1]/ د، عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات التحكيم الداخلي والدولي، ب،ط، بدون سنة،ص21.

[2]/ د،محمود السيد التحيوي، أركان الاتفاق على التحكيم، شروطه وصحته،ب، ط، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، جامعة مصر، سنة2007،ص65.

القانونية للصورتين السابقتين" شرط ومشارطة"، وليس فقط لضمهما تحت عنوان واحد، فاتفاق التحكيم،له صورتان هما شرط التحكيم ومشارطة التحكيم.[1]

بينماعرف المشرع الجزائري اتفاقيات التحكيم في صورتين متباينتين هما شرط التحكيم واتفاق التحكيم[2] وهذا ما سيتم تناوله في هذا المطلب:

الفرع الاول: شرط التحكيم

يقصد بشرط التحكيم اتفاق الأطراف على احالة ما نشأ من نزاع حول تفسير العقد أو تنفيذه، يفصل فيه بواسطة التحكيم، وقد يرد الشرط في نفس العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية أو اتفاق لاحق، بما يعني تنازل المتعاقدين مسبقا وقبل نشوء النزاع بينهم عن اللجوء ألى المحاكم العادية.

فاتفاق التحكيم قد يرد في صورة شرط في أي عقد من العقود مضمونه إحالة ما قد ينشأ بين أطرافه من منازعات إلى التحكيم،أي أنه يواجه منازعة أو منازعات محتملة وغير محددة ويمكن أن ينشأ مستقبلا بين الأطراف الراغبة في اللجوء للتحكيم سواء تعلقت بتفسير العقد أو تنفيذه وقد لا تنشأ.

فالمميز لشرط التحكيم هو وروده قبل حدوث النزاع ويرد شرط التحكيمفي الغالب في صلب العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية سواء كان عقدا مدنيا ام عقد تجاريا، ويستوي ان يرد هذا الشرطفي اي مكان من العقد سواء في بدايته أو نهايته، إلا أن ذلك ليس بلازم، إذ قد يكون شرط التحكيم قائما بذاته ومنفصلا عن العقد المبرم بين أطرافه مصدر الرابطة

[1]/ عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق،ص74.

[2]/ راجع، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المرجع السابق.

القانونية، ولا يؤثر ذلك في وصفه بأنه شرط للتحكيم مادام الاتفاق عليه قد تم قبل نشوء النزاع بالفعل بين الأطراف المحتكمين.

وهناك من يري أن شرط التحكيم يلزم أن يكون بندا في العقد، أما إذا كان مستقلا فيكون مشارطة حتي لو كان بعد حدوث النزاع، ويجب أن يكون مستوفيا لأركان اتفاق التحكيم وشروط صحته المنصوص عليها في القانون، أي انه ينبغي توافر أركان اتفاق التحكيم العامة والخاصة، ما عدا تحديد المنازعة إذ أنه من الميل تحديد النزاع قبل وقوعه.[1]

حيث تنص المادة1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على ما يلي "شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة، لعرض النزاعات التي قد ثارت بشان هذا العقد على التحكيم الداخلي"، كما تنص المادة1040 على أن" اتفاقية التحكيم تسري على النزاعات المستقبلية".

يتبين من التعريفين أن شرط التحكيم هو اتفاق مكتوب بين طرفين في عقد يتعهدان بمقتضاه أن يخضعوا للتحكيم المنازعات التي يحتمل أن تنشا عن العقد، يرد شرط التحكيم على أي نزاع قد يحدث بين الأطراف في المستقبل بمناسبة تفسير العقد الذي تضمنه،أو تنفيذه، فلا يرد على نزاع معين

ويرد شرط التحكيم عادة في العقد الأصلي المبرم بين أطرافه كبند من بنود العقد وقد يكون منفصلا بحيث يرد في عقد لاحق يكون مبرم بينهما[2]، ونكون هنا بصدد اتفاق التحكيم.

---

[1]/ عبد الباسط محمد الضراسي، المرجع السابق، ص79.

[2]/ د، محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق،ص65-67.

الفرع الثاني:اتفاق التحكيم

قبل البدء بتعريف اتفاق التحكيم أو عقد التحكيم كما يسمي أحيانا يجدر التنبيه إلي أن سبب الاختلاف في التعبير عن اتفاق التحكيم بمصطلح الاتفاق أو العقد مرده إلى التفرقة بين الاتفاق والعقد.

فالاتفاق هو: توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه.

والعقد هو: توافق إرادتين على انشاء التزام أو نقله أو تعديله.

ويري أكثر الفقهاء أنه لا أهمية للتميز بين الاتفاق والعقد، وهذا الرأي الذي يميل إليهالباحث، ومع ذلك يستحسن أن يعبر عن اتفاق التحكيم بالاتفاق وعن الصور التي يتخذها هذا الاتفاق .

ويعرف اتفاق التحكيم بانه: ذلك الاتفاق الذي يحرره الخصوم فيما بينهم على عرض ما نشأ أو ما قد ينشأ من نزاع بخصوص عقد معين على التحكيم.

ومن تعريفات اتفاق التحكييم أنه: ذلك العقد الذي يتفق الأطراف بمقتضاه على عرض النزاع القائم فعلا أو النزاع الذي قد ينشأ في المستقبل بمناسبة تنفيذ عقد معين على محكمين بدلا من عرضه على قضاء الدولة.[1]

حيث نصت المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أن " اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على تحكيم الداخلي"، كما نصت الفقرة الأولى من المادة1040 من نفس القانون على انه" تسري اتفاقية

[1]/ عبد الباسط محمد الضراسي، المرجع السابق،ص62-63.

التحكيم على النزاعات القائمة تحكيم دولي"، يدل هذا على اتفاق التحكيم في التحكيم الدولي، بينما في المادة1011 فإنها تخص التحكيم الداخلي.

يقصد باتفاق التحكيم المبرم بين الخصوم في نزاع معين قائم بينهم بالفعل يلتزمون بمقتضاه على عرض نزاعهم على محكم أو محكمين يختارونهم للفصل فيه بدلا من المحكمة المختصة،[1] يتبين من ذلك أن اتفاق التحكيم يأتي بعد إبرام العقد.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يأخذ بالتفرقة بين الصورتين شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم في نوعي التحكيم الداخلي والدولي.

في الواقع فان شرط التحكيم كثيرا ما يدرج في العقد بل أصبح هذا الشرط هو القاعدة في ميدان التجارة الدولية، حيث أن الغالبية العظمى من قضايا التحكيم، وخاصة الدولي تنشأ استنادا إلي اتفاق لاحق على نشوء النزاع، ويعبر عن اتفاق التحكيم في معظم الدول العربية بعبارة مشارطة التحكيم.[2]

المطلب الثاني: مضمون اتفاقية التحكيم

حددت المادتان1008 و1012 مضمون اتفاقية لتحكيم، ومن ثمة ينبغي الوقوف عند تعيين موضوعات النزاعات(الفرع الأول) وتعيين الجهة التحكمية(الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعيين موضوعات النزاع

إضافة إلى وجود المنازعة وتحديدها ومشروعيتها، يشترط أيضا تحديد موضوع النزاع المراد عرضه على التحكيم في اتفاق التحكيم، ويقصد به تحديد مجموع الادعاءات المتبادلة

[1]/ أ،أشرف عبد العليم الرفاعي،اتفاق التحكيم،ب،ط دار الفكر الجامعي الإسكندرية، جامعة مصر، سنة2008، ص224.
[2]/ أ، أشرف عبد العليم ، نفس المرجع، ص226.

التي يدعيها الخصوم، والإدعاء هو محل طلب الخصم، ويجب أن يحدد موضوع النزاع أو بالأحرى موضوع القضية بشكل واضح.

غير أن هذا ليس لازما عند الاتفاق على التحكيم، أما بالنسبة لشرط التحكيم المتضمن إحالة النزاع إلى التحكيم فيكفي تحديد المحل الذي يدور حوله النزاع، ويمكن تحديده بصفة إجمالية كالقول بأن شرط التحكيم يتعلق بكل نزاع ينشأ عن تنفيذ عقد معين.[1]

حيث أن تعين محل المنازعة يسمح بمعرفة طبيعة المسائل المتنازع فيها، والتي استبعدت عن اختصاص المحاكم العادية، وتختلف موضوعات النزاع باختلاف نوع التحكيم، غير أن المادة 1006من قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاءت مشتركة بين التحكيم الداخلي والدولي من حيث موضوعات النزاع.

اولا:في التحكيم الداخلي:

حددت المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الأولي موضوعات اتفاقية التحكيم الداخلي والمتمثلة في الحقوق التي للأشخاص مطلق التصرف فيها.

أما الفقرة 2 و3 من نفس المادة تمنع الاتفاق على التحكيم الداخلي في المسائل المتعلقة بالنظام العم أو حالة الأشخاص و الأهلية، ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ماعدا العلاقات الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية، وهذا يعني أن الأشخاص المعنوية العمة لا يجوز لها اللجوء إلى التحكيم الداخلي.

[1]/ عبد الباسط محمد الضراسي، المرجع السابق،ص150-151.

ثانيا:في التحكيم الدولي:

تعرض على التحكيم الدولي موضوعات النزاع المتعلقة بالمصالح الاقتصادية بين دولتين، وتلجا الأشخاص المعنوية العامة الجزائرية إلى التحكيم الدولي إذا تعلق الأمر بالصفقات العمومية التي يكون طرفها شخص أجنبي، هذا ما ورد في الفقرة 3 من المادة 1006، كما تنص المادة1039 من نفس القانون على مايلي:" يعدالتحكيم دوليا، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".

ضف الى ذلك أن المادة 975 من نفس القانون قد أكدت على أنالأشخاصالمعنوية العامة لا تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر.

وقد أصبح اللجوء إلى التحكيم أمرا عاديا، وقد أصبحت القاعدة في التجارة الدولية، التي تشارك فيها الأشخاص المعنوية أن تتضمن العقود شرطا تحكميا،[1]لا يبث المحكم إلا في المسائل التي عين من اجلها، ولذلك يقع باطلا الحكم الذييصدره المحكمون دون اتفاقية التحكيم.

الفرع الثاني: تعين الجهة التحكمية

سبق القول أن اتفاق التحكيم هو: ذلك العقد المكتوب الذي يلتزم أطرافه بالالنجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت،أو يمكن أن تنشأ بينهم بمناسبة علاقة قانونية معينة، على أن يتضمن هذا العقد المحكمين، أو تحديد طريقة تعيينهم.[2]

---

[1]/ أ، أشرف عبد العليم، المرجع السابق، ص278.

[2]/ عبد الباسط محمد الضراسي، المرجع السابق،ص143.

حيث تختلف الجهة التحكمية تماما على حسب اختيار الأطرافإذا كان المحكم خارج عن أي نظام مؤسساتي فنقول أننا بصدد تحكيم حر، وتعيينا لمحكمآو المحكمين وفق هذا النظاميقومأساسا على إرادةالأطراف المتنازعة التي تتمتع بحرية مطلقة في تحديد عدد المحكمين والشروط الواجب توافرها وطرق تعينهم.

أما النوع الثاني من التحكيم هو التحكيم المؤسساتي الذيتتولي مؤسسة التحكيم تنظيمه طبقا لنظامها، أن هذا النوع من التحكيم كرسته اتفاقيات دولية ومن أهمها اتفاقية واشنطن لسنة1965 المتعلقة بفض النزاعات الناتجة عن الاستثمارات بين دول ورعايا دول أخري.[1]

اولا:في التحكيم الداخلي:

تنص المادة 1008 فقرة 2 "يجب أن يتضمن شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، تعين المحكم أو المحكمين، أو تحديد كيفيات تعينهم"، إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم، بفعل احد الأطرافأو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعين المحكم أو المحكمين، في هذه الحالة قد يعينهم رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه وإذا كان شرط التحكيم باطلا أو غير كاف لتشكيل محكمة التحكيم يتحقق رئيس المحكمة من ذلك ويصرح بعدم التعين.

نفس المسالة واردة بالنسبة لاتفاق التحكيم حيث تنص المادة1012 فقرة2 " يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين، أو كيفية تعينهم.

[1]/أ، أحمد عمران ، التحكيم التجاري الدولي، مجلة العلوم القانونية،العدد13جوان2009،كلية الحقوق الجامعية باجي مختار عنابة الجزائر،ص66-67.

ثانيا: في التحكيم الدولي:

تنص المادة 1041 " يمكن للأطراف، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم".

وفي حالة وجود صعوبة في تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم فان للطرف الذي يهمه التعجيل أن يرفع الأمرإلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قانون الإجراءات الجزائري فان الأمر يرفع إلى رئيس محكمة الجزائر.[1]

يستنتج من المادة الخاصة بالتحكيم الدولي انه يجوز الأخذبأحد النظامين للتحكيم، التحكيم الحر أو التحكيم المؤسساتي، ويبقي للأطراف الحق في الالتجاء إلى رئيس المحكمة المختصة لتعين أعضاء التحكيم المكلف بالفصل في النزاع، أما في اتفاقية التحكيم الداخلي فان حق التعيين إذا تبين أن هناك صعوبة، يعود لرئيس المحكمة وليس بطلب من أطراف الاتفاقية، لكن كيف تفصل المحكمة في موضوع التعين دون أن يطلب منها ذلك.

[1]/ قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، المرجع السابق.

المبحث الثاني:الطبيعةالقانونيةلاتفاقيةالتحكيم:

إذا كانت اتفاقية التحكيم هي الأساس الذي يقوم عليه التحكيم فان القرار الصادر عن المحكم بحل المنازعة ليس إلا انعكاس لهذه الاتفاقية ومن ثم لا بد أن تتخذ الصفة التعاقدية، ولقد أيدت محكمة النقض الفرنسية، وأكدت الطبيعة التعاقدية للتحكيم بشكل صريح في حكمها الشهير الصادر في 1937/07/27 حيث نصت على مايلي:"أن قرارات التحكيم الصادرة على أساس مشارطة التحكيم تكون وحدة واحدة مع هذه المشاركة وتشترك معها في صفتهاالتعاقدية".[1]

أن اتفاقية التحكيم عقد يتم باتفاق الأفراد ويعتبر مظهر لسلطان إرادتهم، واستعمالا منهم لحقهم ي اللجوء إلى نظام التحكيم، وللتأكد من تلك الصفة التعاقدية لابد أن نوضح أحكام العقد ونسقطها على اتفاقية التحكيم وفقا للتشريع الجزائري.

تنص المادة54 من القانون المدني الجزائري على أن "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح آو فعل أو عدم فعل شيء ما"، كما تنص المادة 1007" شرط التحكيم هو الاتفاق....." كذلك المادة1011 " اتفاق التحكيم هو اتفاق.....".

وتعتبر اتفاقية التحكيم عقد من عقود القانون الخاص شانها في ذلك شان أي عقد آخر وتظل اتفاقية التحكيم من طبيعة إرادية خالصة.

ومن خلال هذه الأحكام الواردة في القانون الجزائري، يمكننا لدراسة أركان العقد ومدي توافرها في اتفاقية التحكيم، للعقد ثلاثة أركان أو شروط انعقاد وهي:

---

[1]/نور الدين بن شيخ، شرط التحكيم في العقود الإقتصادية، رسالة ماجيستر،معهد الحقوق،جامعة الجزائر، سنة1986،ص29.

الرضا، المحل، والسبب، كم يلتزم فوق ذلك حتى يكون العقد صحيحا، أن يكون كل من طرفيه يتمتعان بالأهلية اللازمة لعقده، وان تكون إرادة كل منها سليمة أي خالية من العيوب التي تفسدها وهذا شرط للصحة.[1]

المطلب الاول: أركان عقد اتفاقية التحكيم :

سيتم الحديث في هذا المطلب عن الأركان العامة لاتفاق التحكيم، ونظرا لكون الرضا والمحل لهما من الخصوصية في اتفاق التحكيمما يقتضي التفصيل فيهما بالبحث، اما ركن السبب فلا يثير أي صعوبة في اتفاق التحكيم، فالسبب في اتفاق التحكيم يتمثل في إرادة الأطراف باستبعاد طرح النزاع على القضاء، وتفويض الأمر للمحكمين، وهذا سبب مشروع دائما،إلا اذا ثبت أن المقصود بالتحكيم التهرب من أحكام القانون.

أولا: ركن الرضا:

يعد الرضا ركنا اساسيا لقيام أي عقد، ويتكون التراضي من إرادتين على الأقل، فإذا تلاقت إرادة المتعاقدين، بتبادل الإيجاب والقبول، فإن التراضي يكون قد تم ويكون العقد قد انعقد، إذا ما توافر الركنان الآخران، فإذا إنتفت هذه الإرادة كان العقد باطلا، أما إذا كانت الإرادة صادرة ممن يملكها ولكنها معيبة بعيب من عيوب الرضا، كالغلط أو التدليس أو الإكراه فإن العقد يكون قابلا للبطلان وفقا لقواعد القانون المدني.[2]

ويقصد به توافق الإرادتين أو التراضي، ولهذا المعني، يقال أن العقد يتم بمجرد رضا العقدين أو أن رضا العاقدين هو أهم ركن من أركان العقد.[3]

---

[1]/ أ، سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني،ب،ط، مطبعة السلام للنشر،جامعة مصر، سنة1987،ص130.

[2]/ عبد الباسط محمد الضراسي، المرجع السابق،ص98.

[3]/أ،سليمان،مرقس، نفس المرجع،ص132-133.

إن عنصر الإرادة في العقد من أهم عناصره التي يقوم عليها، والتعبير عن الإرادة الذي يفيد قبول التحكيم كوسيلة لحل النزاع بين الأطراف، يصدر بالضرورة عن أشخاص معينين، وهنا تثور مسالة التأكد من أهليتهم لإبرام هذا النوع من التصرفات.

بالرجوع إلى المادة 1006 يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها، ويتضح من هذا النص أن الأهلية المطلوبة لصحة اتفاقية التحكيم هي أهلية التصرف، هذا أذا كان أطراف النزاع أشخاص طبيعيين،[1] أما إذا كان طرفي النزاع شخص اعتباري أي شخص معنوي كالشركات مثلا، لها الشخصية القانونية فلها أهلية الوجوب ولها حق التقاضي ومن ثمة فان الممثل القانوني لهذا الأشخاص الاعتبارية هو الذي يعبر عن إرادتها في كافة التصرفات ومنها اتفاقية التحكيم.[2]

كما تنص المادة60 من القانون المدني " أم التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة.....".

وجوب الكتابة في اتفاقية التحكيم وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

في التحكيم الداخلي تنص المادة1008 فقرة 1" يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو الوثيقة التي تستند إليها"،كما تنص المادة 1012 فقرة 1 علي ما يلي " يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا".

في التحكيم الدولي تنص المادة 1040 فقرة 2 " يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأية وسيلة أخري تجيز الإثبات بالكتابة". لم يحدد

---

[3]/ أ، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ب،ط، دار النشر للجامعات القاهرة، جامعةمصر، بدون سنة، ص322.

[2]/ أ، أشرف عبد العليم، المرجع السابق،ص262.

المشرع الجزائري شكلا كتابيا معينا ولم يستوجب في الكتابة أن تكون رسمية، إذا يكفي أن تكون عرفية موقعة من الطرفين.

وما يلاحظ أن المشرع الجزائري في ما يخص التحكيم الداخلي نص في مادتين متفرقتين في الأولي على إلزامية الكتابة شرط التحكيم وفي المادة الثانية على إلزامية كتابة اتفاق التحكيم، أما في التحكيم الدولي فذكر المشرع في مادة واحدة على كتابة اتفاقية التحكيم بصورة عامة مع إضافة الوسائل الأخرى التي تجيز الإثبات بالكتابة،وما نستنتجه من ذلك، انه في التحكيم الداخلي لا يسمح باستعمال الوسائل الأخرى التي تجيز الكتابة رغم أن كل الوسائل الاتصال الحديثة أصبحت مستعملة للإثبات.[1]

ثانيا: ركن المحل:

يعد اتفاق التحكيم كما سبق القول عقدا، فلا بدله من محل شأنه شأن أي عقد آخر ويعد محل العقد يمثل ركنا أساسيا من أركانه والذي لا ينعقد بدونه، فالغاية المنشودة من أي العقد هي إنشاء الالتزام، ويقصد بالمحل في اتفاق التحكيم: أن يخضع الأطراف للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع يتعلق برابطة من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم ، إذا فمحل اتفاق التحكيم هو النزاع أو الخلاف الذي نشأ أو يمكن أن ينشأ بين الأطراف، ويقصد بالنزاع: تعارض بين مصلحتين قانونيتين أو أكثر، بسبب تعارض وجهات النظر القانونية حول وقائع النزاع أو القواعد القانونية الواجبة التطبيق بين شخصين أو أكثر،[2] ويشترط في

[1]/أ، عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق،ص137.

[2]/ عبد الباسط محمد الضراسي ، مرجع سابق،ص126-127.

محل العقد بصفة عامة فضلا عن وجوده أن يكون معينا أو قابل للتعيين وان يكون مشروعا[1] ونبين هذه الشروط على النحو التالي :

أولا : شرط المشروعية:

يشترط في محل الالتزام أن يكون مشروعا ومعني ذلك أن يكون الأمر المتعهد فيه اتفاقية التحكيم جائزا قانونا.

وفي التحكيم الداخلي مشروعية المحل أن لا يكون محل النزاع من الموضوعات التي استبعدتها المادة 1006 السابقة الذكر.

أما في التحكيم الدولي فان مشروعية المحل أن يتعلق موضوع النزاع بمصالح اقتصادية بين دولتين على الأقل وكذلك المواد التي استبعدتها المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثانيا: شرط التعين:

يشترط في محل الالتزام أن يكون معينا آو على الأقل قابلا للتعين وهذا ما نصت عليه المادة94 من القانون المدني الجزائري" إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا".

وبالنسبة لاتفاقية التحكيم فان محل الالتزام هو موضوع النزاع الذي تم تحديده في الاتفاقية، حيث أن طبيعة الالتزام لا يستوجب التعين إلا في موضوعاته وعليه فان قانون الإجراءات المدنية والإدارية اوجب تعيين موضوعات النزاع في المواد 1008 فقرة2 و

[1]/ أ، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق،ص138.

1012 فقرة 2 هذا بالنسبة للتحكيم الداخلي، أما بالنسبة للتحكيم الدولي فان الموضوعات معينة وهي متعلقة بمصالح اقتصادية دولية طبقا للمادة 1039.

ثالثا: شرط الإمكان:

أن يكون محل العقد ممكنا غير مستحيل فإذا كان محل الالتزام مستحلا في ذاته كان العقد باطلا بطلان مطلقا وفي ذلك ما نصت عليه المادة 93 قانون مدني جزائري" إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا بطلانا مطلقا".

أن المعني المقصود من الوجود هو أن يكون الشيء موجودا وقت نشوء الالتزام أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك،[1] فالالتزام بإخضاع المنازعات التي قد تثور أو التي قد ثارت فعلا للتحكيم أمر غير مستحيل وهو ما يؤكدتوفر الشرط في اتفاقية التحكيم وهذا ما جاءت به المادة1040 " تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية".

ولو كان مستقبلا كما هو الحال في شرط التحكيم حيث أن النزاع والالتزام في المستقبل يكون ممكنا، وبما أن محل الالتزام في العقد قد يكون أداء عمل أو الامتناع عن عمل فان محل الالتزام في اتفاقية التحكيم هو التزام الأطراف بعرض المنازعة للتحكيم، ويولد في الحقيقة التزامين:

-التزام سلبي هو عدم اللجوء إلى القضاء العادي لعدم اختصاصه.

- الالتزام الايجابي هو إخضاع المنازعة لقضاء التحكيم.

[1]/ أ، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق،ص276.

الفرع الثالث: ركن السبب:

يقصد بالسبب الغرض الذي من اجله التزم العاقد، والسبب في اتفاقية التحكيم هو اللجوء إلى قضاء خاص لما فيه من مميزات وتفادي قضاء الدولة من تعقيدات إجرائية و وقتية، ولما يحققه من سرية مطلوبة مع فرض حسن النية.

المطلب الثاني: تصنيف عقد اتفاقية التحكيم:

يتم التصنيف من ناحية تكوين العقد، ومن ناحية موضوعه، ومن ناحية طبيعته، ومن ناحية تنفيذه.

الفرع الأول: من ناحية تكوين عقد اتفاقية التحكيم:

تنقسم العقود من حيث تكوينها إلى عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية، ويعرف العقد الرضائي بأنه مايكفي في انعقاده تراضي المتعاقدين أي اقتران الإيجاب بالقبول، فالتراضي وحده هو الذي يكون العقد ولا يلزم للتعبير عن الإرادة فيه شكل خاص يفرضه القانون، كما لا يلزم فيه اقتران التعبير عن الإرادة بأي عمل أو إجراء أخر كشرط لقيامه،ويعرف العقد الشكلي بأنه العقدالذي لا يكفي لانعقاده مجرد التراضي بل لا بد فيه من الإعراب عن الإرادة في شكل معين يحدده القانون، ويعرف العقد العيني بأنه: العقد الذي لا يتم بمجرد التراضي بل يجب أن يقترن توافق الإرادتين بتسليم العين محل التعاقد إلى من ستؤل اليه بمقتضى العقد.[1]

[1]/ عبد الباسط محمد الضراسي، المرجع السابق،ص67-68.

1-في التحكيم الداخلي:

أن اتفاقية التحكيم عقد شكلي بحيث لا يكفي لانعقادها اقتران الإيجاب بالقبول لكن يجب إفراغها في شكل خاص حدده القانون بحيث يعتبر هذا الشكل ركنا في انعقادها وهذا ما أكدته المادة1012 فقرتها الأولي" يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا" كذلك المادة 1008 من نفس القانون تنص على مايلي " يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها"

2-في التحكيم الدولي:

وفيما يتعلق بالأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي فان نص المادة1040 فقرة تؤكد أيضا شكلية عقد اتفاق التحكيم بالعبارات التالية" يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، و بأية وسيلة اتصال آخري".

يفهم من ذلك أن المشرع الجزائري استبعد الشفوية في اتفاق التحكيم وأكد على كتابة العقد،[1] حيث اتجهت إرادة المشرع الجزائري صراحة إلى اعتبار الكتابة ركنا لقيام اتفاقية التحكيم وليست مجرد وسيلة لإثباته، ولما كانت الكتابة تعد ركنا شكليا في اتفاقية التحكيم فان البطلان الناشئ عن تخلفها يعتبر بطلانا متعلقا بالنظام العام.

وتجدر التفرقة هنا بين اتفاقية التحكيم التي تستند على شرط تحكيم مدرج في العقد الأصلي، وبين اتفاقية التحكيم التي تتم بناء على اتفاق مستقل عن ذلك العقد، وفي الحالة الأولي يفترض بداهة أن العقد الأصلي ورد كتابة، وبالتالي فان شرط التحكيم الوارد فيه هو أيضا كتابي ، وهذا بخلاف ما إذا كانت اتفاقية التحكيم مستقلة عن العقد الأصلي، ولكن يبقي هذا العقد من حيث صحته وإثباته خاضعا للقواعد العامة، وبمعني آخر يجوز إبرامه

[1]/ انظر، المادة 2 فقرة 2،اتفاقية نيويورك، الصادرة في 10جوان1958،المتعلقة بإعتماد تنفيذ القرارات التحكيمية.

شفويا، بل وإثباته بالشهادة، في حين أن اتفاقية التحكيم يجب أن تكون مكتوبة، ومثال ذلك أن يكون العقد عقد بيع تجاري، فانه يجوز إبرام مثل هذا العقد شفويا، تطبيقا لمبدأ الرضائية في العقود، دون حاجة لكتابة أو لأي شكل آخر فيه كما يجوز إثباته بشهادة الشهود وذلك حسب القواعد العامة في المعاملات المدنية.

ولكن لوا افترضنا أن احد طرفي العقد ادعى بوجود اتفاقية التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن هذا العقد، فان الادعاء لا يكون مقبولا ما لم تكن الاتفاقية مكتوبة.[1]

أن التوجه الحديث في مفهوم الكتابة يشمل وسائل الاتصال الحديثة مثل الفاكس، التلكس والبريد الالكتروني خاصة مع انتشار التجارة الالكترونية الدولية والداخلية على حد سواء، والتي أصبحت تعتمد أساسا على وسائل الاتصال الحديثة، ويبدوا أن المشرع الجزائري قد ساير هذا التوجه، هذا ما يفهم من خلال نص المادة 1040 قفرة 2 التي جاء فيها "... أو بأية وسيلة اتصال أخري تجيز الإثبات بالكتابة".

الفرع الثاني: تصنيف اتفاقية التحكيم من ناحية موضوعها:

يقسم فقهالقانون المدني العقود من حيث الموضوع إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة، فالعقد المسمي هو: ماخصه القانون باسم معين وتولي تنظيمه لشيوعه بين الناس في تعاملهم، والعقد غير مسمي هو: مالم يخصه القانون باسم معين ولم يتول تنظيمه، كونه أقل شيوعا من العقود المسماة.

فالعقود المسماة: هي العقود التي وضع لها المشرع تنظيما خاصا، ومناط التميز بينهما هو وجود تنظيم تشريعي خاص من عدم وجوده[2]وبهذا فإن اتفاقية التحكيم عقد مسمي لان

---

[1]/ أ،حمز أحمد الحداد،كتاب اتفاق التحكيم في القوانين العربية، ب، ط، الأردن، سنة 2003، ص1-2.

[2]/عبد الباسط محمد الضراسي، المرجع السابق، ص66.

العقد المسمي هو الذي خصه القانون باسم معين وبنصوص تنظم إحكامه بالذات،[1] فالمشرع الجزائري نص على أحكام اتفاقية التحكيم وخصص لها قسمين من الفصل الأول من الباب الثاني من الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أما إذا أخذنا في الاعتبار التصنيفات المعتمد في القانون المدني الجزائري للعقود على سبيل الحصر فيمكن اعتبار عقد اتفاقية التحكيم عقد غير مسمي.

الفرع الثالث: التصنيف من ناحية تنفيذ عقد اتفاقية التحكيم:

أن اتفاقية التحكيم عقد فوري بحيث لا دخل للزمن في تعيينها، في حالة ما إذا ثار نزاع يخص تنفيذ العقد الأصلي يلتزم الطرفان بإخضاع النزاع إلى التحكيم سواء كانت اتفاقية التحكيم على شكل شرط تحكمي يتوقع النزاع الذي يمكن أن يثور في المستقبل، أو اتفاق التحكيم يكون النزاع قد ثار، المهم أن العقد يبدأ تنفيذه بعد حصول النزاع ولا دخل لعنصر الزمن فيه.

الفرع الرابع: التصنيف من ناحية طبيعته اتفاقية التحكيم:

تنقسم العقود من حيث أثرها إلى عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد، فالعقد الملزم لجانبين هو: العقد الذي ينشىء التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين،أما العقد الملزم لجانب واحد فهو: العقد الذي ينشىء التزامات إلى في جانب أحد المتعاقدين، وهكذا يتضح أن العقود الملزمة لجانبين هي تلك التي تنشىء التزامات على كل من طرفي العقد،[2] وبتطبيق ذلك على اتفاقية التحكيم نجد انهاعقد ملزم للطرفين وهو العقد الذي يكفي لانعقاده تراضي المتعاقدين، واتفاقية التحكيم تنشئ التزاما لكلا الطرفين بإخضاع المنازعات التي قد تثور أو قد تثور أو قد ثارت للتحكيم إذا هذا الالتزام يقع على عاتق كلا الطرفين.

---

[1]/ أ ، سليمان مرقس، المرجع السابق،ص14.

[2]/ عبد الباسط محمد الضراسي، المرجع السابق،ص70.

1-عقد اتفاقية التحكيم عقد تبعي:

إن العقد التبعي هو الذي لا يقوم إلا استنادا إلى عقد أخر، واتفاقية التحكيم كعقد لا تكون إلا بوجود عقد أصلي أو التزام أصلي، بالنسبة لاتفاق التحكيم لا نعتبره عقدا تبعيا لأنه يأتي كعقد منفصل، أما بالنسبة لشرط التحكيم نعتبره عقدا تبعيا للعقد الأصلي حيث أن بطلان العقد الأصلي لايودي إلى بطلان عقد اتفاقية التحكيم وهذا ما جاءت به المادة 1040 الفقرة الأخيرة" لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة العقد الأصلي"، مثال عن ذلك عقد صلح بشان عقد بيع، فإذا فسخ آو بطل العقد التبعي(عقد الصلح) فان ذلك لا يزيل العقد الأصلي(عقد البيع)، هذا إعمالا لمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم والمقصود به عدم ارتباط شرط التحكيم بمصير العقد الأصلي، كذا إمكانية تطيق قانون مستقل ومختلف عن القانون الذي ينظم العقد الأصلي(المادة1040، فقرة 3).

وقد تم الاعتراف بمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم أو سلطان اتفاقية التحكيم بمناسبة عدة قضايا معروفة ومن بينها قضية Gossetفي7-5-19636قضيةHecht في 14-7-1972 حيث وردت عبارات واضحة لتكريس مبدأ الاستقلالية والذي يعد من أهم مبادئ اتفاقية الحكيم.

يكون بهذا المشرع الجزائري قد اخذ بالقانون السويسري في المادة78 فقر3 وبالقضاء الفرنسي في مسالة استقلالية اتفاقية التحكيم بالنسبة للعقد الأساسي أو الأصلي.[1]

ما نلاحظه أن المشرع الجزائري لم يفرق بين شرط التحكيم واتفاقية التحكيم في ما يخص مبدأ الاستقلالية، لكن عموما لا يقصد باستقلالية اتفاقية التحكيم ألا أذا كان الآمر يتعلق بشرط التحكيم.

---

[1]/أ، عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر،ب، ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة2001،ص36.

ويتبين من ذلك أن استقلالية شرط التحكيم، واختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم، تبرز من الحرية التي يمنحها المشرع لأطراف النزاع في ما يخص التحكيم الدولي.

1-عقد اتفاقية التحكيم عقد مدني:

2-تبرم العقود المدنية بين أشخاص القانون الخاص بعضهم ببعض أو بينهم وبين شخص من القانون العام ليس باعتبار صاحب سيادة ،[1] ويعتبر عقد اتفاقية التحكيم عقد مدني لأنه يبرمبين أشخاص القانون الخاص، كما سبق القول فيما بينهم أو مع شخص من أشخاص القانون العام(الدولة، الولاية، البلدية) ويطبق عليه أحكام القانون الخاص.

3-عقد اتفاقية التحكيم عقد ابتدائي:

تقضي المادة 71من القانون المدني الجزائري بان الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين آو احدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له اثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها، إذا العقد الابتدائي اتفاق ابتدائي يعد كل من الطرفين فيه الأخر بان يبرم عقدا في المستقبل وهو وعد بالتعاقد لكنه ملزم للجانبين، يثور طابع العقد التمهيدي لشرط التحكيم إذا أخذنا بالتفرقة بين شرط التحكيم واتفاق التحكيم بحيث أن الطرفين اللذان ابرما شرط التحكيم لا يستطعان المرور مباشرة إلى التحكيم وعند ميلاد المنازعة يجدد الطرفان محل المنازعة باتفاق وفي عقد جديد.[2]

[1]/ أ، أشرف عبد العليم، المرجع السابق ص21.

[2]/ نوردين بن شيخ، المرجع السابق،ص21.

خاتمة

خاتمة:

الأصل في العقود التجارية انها تخضع للقواعد العامة التي أوردها القانون المدني فيما يتعلق بتكون العقد وأثاره، إلا أن هناك قواعد خاصة إستقر عليها العرف التجاري أو العادات التجارية،أو القضاء وتضمنها القانون التجاري.

والملاحظ أن فيما يتعلق بالقواعد الخاصة بإبرام العقود التجارية، فإنه الأصل فيها أن لإرادة المتعاقدين الحرية التامة في إبرامها وتحديد مضمونها ذلك تطبيقا لمبداء سلطان الإرادة، إن الحرية التعاقدية.

والتحكيم حق قرره القانون للأفراد يخول لهم الإتفاق على إحالة ما ينشأ بينهم من نزاع بخصوص تنفيذ عقد معين أو على إحالة نزاع نشأ بينهم بالفعل على واحد أو أكثر من الأفراد يسمون محكمين ليفصلوا في النزاع المذكور بدلا أن يفصل فيه القضاء.

وفي الختام نود أن نوجج اهم الإستنتاجات التي توصلنا إليها من خلال هذا البحث:

– أن الإرادة هي الساس في اتفاق التحكيم وتتمثل في اتفاق التحكيم، واختيار التحكيم طريقا لحل المنازعات التجارية أو المدنية بدلا عنالقضاء المختص

–أن اتفاق التحكيم يعد من العقود المسماة ومن العقود الملزمة للجانبين وهو عقد ذو طبيعة مدنية من حيث أركانه الموضوعية العامة، إلا أن أركانه الخاصة التي تميزه عن العقود المدنية كما أنه عقد منشأ للإجراءات ولا يشكل أي مرحلة من مراحلها

– أن شرط التحكيم الذي يرد في العقد الأصلي أو مستقلا عنه يختلف تماما عن المنظم في القانون المدني، ولا يلتقي معه في وحدة التسمية، كما أنه يختلف عن الوعد بالتعاقد والعقد الإبتدائي، ويعد عقدا نهائيا، ويشترط لإبرامه ما يشترط لإبرام المشارطة من أركان، وهو

يتمتع باستقلالية عنالعقد الأصلي، ولا يتأثر بما يطرأ على العقد الأصلي من متغيرات تؤدي إلى فسخه أو بطلانه، إعمالا لمبذا استقلال شرط التحكيم.

– يتميز اتفاق التحكيم عنالعقود الأخري كونه يشرط فيمن يكون طرفا فيه، أن يكون حائزا على أهلية التصرف وهي تقابل أهلية الأداء، ولا يصح لمن بلغ سن الرشد وفقا للقانون المدني ،ابرام اتفاق التحكيم بخصوص نزاع تجاري الا بعد أن يكون أهلا للإشتغال بالتجارة، ولا يشترط ملكية الحق موضوع التحكيم فقد يبرم الاتفاق الاصيل او الوكيل،لكنه يشترط الوكالة الخاصة لابرام اتفاق التحكيم ويجوز للأشخاص الإعتبارية العمة والخاصة ابراماتفاق التحكيم وفقا للضوابط المنصوص عليها في القانون.

– يشترط في المنازعة موضوع التحكيم اضافة إلى الشروط العامة في المحل أن تكون مما يجوز فيها التحكيم.

– ان تعين اشخاص المحكمين في اتفاق التحكيم أو في اتفاق مستقل ركن لصحة الاتفاق وفقا لقانون التحكيم، وفي صورة المشارطة يجب تعين أسماء المحكمين أو تحديد صفاتهم للجهالة، أما في صورة الشرط فيكفي بيان كيفية تشكيل هيئة التحكيم، بإشارة إلى جهة التحكيم أو طريقة التي سيتم بها هذا التعين، ويترتب البطلان على عدم تعينهم وهو بطلان نسبي يجوز لكل طرف ذي مصلحة التمسك به، أو يجوز إجازته أو الاتفاق على تصحيحه.

–إن تحديد موضوع النزاع ركن من أركان اتفاق التحكيم في صورة المشارطة أما في صورة الشرط فيكفي تحديد المحل الذي يدور حوله النزاع ويرجع ذلك إلى استحالة تحديده كونه لم يقع بعد، والحكمة من تحديد موضوع النزاع ترجع، إلى أن التحكيم تخاصم استثنائي، فالأصل هو القضاء لذلك يجب أنن يكون في حدود معينة لإبتعادها ومن ثم يكون الاتفاق باطلا اذا لم يتم فيه تحديد النزاع او اذا تم تحديده بصورة مبهمة.

– اذا الكتابة ركن من أركان اتفاق التحكيم بموجب قانون التحكيم ويترتب على تخلفها بطلان الاتفاق، وهذا يوصلنا إلى نتيجة مفادها أن اتفاق التحكيم اتفاق شكلي، ولكن شكليته أكثر مرونة من الشكلية التقلدية وتتحقق بالكتابة، او بتبادل المراسلات المكتوبة التقليدية، أو عبر وسائل الاتصال الحديثة.

– ان تفسير اتفاق التحكيم يخضع للقواعد العامة في تفسير العقود ولكنه يتطلب أخذ الحيطة والحذر عند تفسير اتفاق التحكيم، ولا يجوز الانحراف عن عبارات الاتفاق بحجية التفسير.

– ان اتفاق التحكيم له قوة الزامية مستمدة من مبدأ الزامية العقد، فلا يجوز التغير في المنازعة محل الاتفاق او عزل المحكمين .

قائمة المراجع

قائمة المصادر والمراجع:

القرآن الكريم:

سورة النساء ،آية 65.

القوانين:

1-قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد21 لسنة2008.

2- الأمر75-59- المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم والمتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية في 30سبتمبر 1975، عدد78.

3-الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل26 سبتمبر سنة 1975 المتضمنت قانون المدني المعدل والمتمم

4- المرسوم التشريعي 93-09 المؤرخ في 03 ذي القعدة عام 1413، الموافق ل25 افريل1993، المعدل والمتمم للأمر رقم66-154 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانونالإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد21 لسنة2008.

5- المادة 2 فقرة2 ، اتفاقية نيويورك، الصادرة في 10 جوان 1958، المتعلقة بإعتماد تنفيذ القرارات التحكمية.

الكتب باللغة العربية:

1. - د، على عوض حسن، المحامي بالنقض، التحكيم افختياري وافجباري، في المنازعات المدنية والتجارية، بدون طبعة، دار الفكر الإسلامي، الإسكندرية، سنة2004.

2. أ سمير جميل حسين الفتلاوي، العقود التجارية، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية بن عكنون،الجزائر، سنة2005.
3. أ هشام خالد، أولويات التحكيم التجاري الدولي،دراسة مقارنةفي النظم القانونية اللاتينية، والأنجلواسية، والعربية،سنة2004.
4. أ، أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكي،بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، جامعة مصر، سنة2008.
5. أ، أنور العمروسي، الوافية في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، دار العدالة، جامعة القاهرة،بدون سنة.
6. أ، جعفر مشينش، التحكيم التجاري في العقود الإدارية والتجارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية المغرب، بدون سنة.
7. أ، جلال وفاء محمدين، المبادىء العامة في القانونالتجاري، بدون طبعة، الدار الجامعية بدون سنة.
8. أ، حمز أحمد الحداد، كتاب االتفاق التحكيم في القوانين العربية، بدون طبعة، الأردن سنة2003.
9. أ، سليمان بو ذياب، مبادئ القانون التجاري، بدون طبعة، المؤسسات الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع.، بيروت، سنة2003.
10. أ، شريف الطباخ، التحكيم الإختياري والإجباري، الطبعة الأولى، دار الفكر القانوني، سنة2008.
11. أ، عبد الحميد الشوربي، القانونالتجاري، بدون طبعة، منشأةالمعارف، الإسكندرية، بدون سنة.
12. أ، عليوش قربوع كمال، شرح تشريعات التحكيم الداخلي والدولي، بدون طبعة، بدون سنة.

13. أ، فرحة زاوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون سنة.

14. أ، فوزي محمد سامي، مبادئ القانون التجاري، الطبعة الأولى، الدار العلمية للنشر والتوزيع، عمان، سنة2003.

15. أ، محسن شفيق، القانون التجاري المصري،الجزء الأول،الطبعة الأولى، دار النشر الثقافية، الإسكندرية،بدون سنة.

16. أ، محمد فريد العريني، جلال وفاء البدري محمدين، قانون الأعمال ، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، للنشر، سنة2000.

17. أ، مصطفى كمال طه، وائل انو بندق، أصول القانون التجاري،بدون طبعة،الفكر الجامعي، الإسكندرية،سنة2006.

18. أ، مصطفي كمال طه،العقود التجارية، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة2005.

19. أ،أحمد محمدخليل، الافلاس التجاري والاعتبار المدني، بدون طبعة، منشاة المعارف، الاسكندرية، بدون سنة.

20. أ،بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الثانية،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، سنة2004.

21. أ،راشد راشد، الأوراق التجارية، الإفلاس، التسوية القضائية، في القانون التجاري، بدون طبعة، ديوانالمطبوعات الجامعية الجزائر، سنة1999.

22. أ،على فيلالي الإلتزامات النظرية العامة للعقد، الطبعة الثانية، موقم لنشر، الجزائر، سنة2005.

23. أ،نور الدين شاذلي، القانون التجاري، بدون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، بدون سنة.

24. د، إبراهيم محمد عنابي، اللجوء إلى التحكيم الدولي(العام ،الخاص، التجاري)،الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، سنة2006.

25. د، أكثم الخوالي، دروس في القانون التجاري، بدون طبعة، جامعة القاهرة، سنة1961.

26. د، خالد رزقان، العقود التجارية،دراسة نحليلية، الطبعة الأولى، دار حامد للنشر والتوزيع،سنة2007.

27. د، عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات التحكيم الداخلي والدولي، بدون طبعة، بدون سنة النشر.

28. د، عبد القادر حسين، الوسيط في شرح القانون التجاري، بدون طبعة،مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، سنة 1999.

29. د، فتحي الوالي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، طبعة الأولى،توزيع منشاة المعارف، الإسكندرية، جامعة مصر، سنة2007.

30. د، محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للإ لتزامات، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى،عين مليلة، الجزائر، سنة2004.

31. د، محمود السيد التحيوي، أركان الإتفاق على التحمكيم، شروطه وصحته، بدون طبعة، دار الفكر الجامعيالإسكندرية، جامعة مصر، سنة2007.

32. د، نبيل إسماعيل عمر التحكيم في المواد المدنيةوالتجارية الوطنية والدولية في اتفاق التحكيم، خصومة التحكيم،حكم المحكم، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة لنشر، سنة2004.

33. د،حلو ابو الحلو، القانون التجاري، بدون طبعة، دوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون،الجزائر، بدون سنة نشر.

34. عبد الباسط محمد الضراسي، النظام القانوني، دراسة تحلياية مقارنة، الطبعةالأولى، دار النشر المكتبة الجامية الحديثة،الإسكندرية، سنة2005.

الرسائل والمذكرات

1. مذكر، نورة حليمة، مذكرة ماستر ،تخصص إدارة اعمال، التحكيم التجاري الدولي، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر، سنة 2013-2014.
2. نور الدين بن شيخ، شرط التحكيم في العقود الإقتصادية، رسالة ماجيستر ،معهد الحقوق، جامعة الجزائر، سنة1986.

المجلات:

1. أ، عمران، التحكيم التجاري الدولي، مجلة العلوم القانونية، العدد13 جوان2009، كلية الحقوق الجامعة، باجي مختار عنابة، الجزائر.

المواقع الإلكترونية:

1. الموقع الإلكتروني أبو المنذر ماهية العقود التجارية ونظامها القانوني.

www.omanlega/net/ub/showthv.

الفهرس

فهرس المحتويات

العنوان	الصفحة
مقدمة	**1**
الفصل الأول:العقود التجارية والتحكيم، دراسة في المفاهيم	**4**
المبحث الأول: ماهية العقود التجارية	**5**
المطلب الأول: مفهوم العقود التجارية	**5**
الفرع الأول: تعريف العقد لغة واصطلاحا	**6**
الفرع الثاني: تعريف العقد التجاري وخصائصه	**7**
الفرع الثالث: أنواع العقود التجارية	**9**
المطلب الثاني: النظام القانوني للعقود التجارية	**15**
الفرع الأول الإختصاص القضائي والاثبات	**15**
الفرع الثاني القواعد الخاصة بتنفيذ العقود التجارية	**20**
المبحث الثاني: ماهية التحكيم كآلية لتسوية منازعات العقود التجارية الوطنية	**26**
المطلب الأول: مفهوم التحكيم	**26**
الفرع الأول: التعريف اللغوي والشرعي للتحكيم	**27**
الفرع الثاني: التعريف القانوني والفقهي للتحكيم	**28**
الفرع الثالث: مزايا وعيوب التحكيم	**30**

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم	**35**
الفرع الأول: النظرية العقدية للتحكيم	**35**
الفرع الثاني: النظرية القضائية للتحكيم	**36**
الفرع الثالث: نظريات أخري	**37**
الفصل الثاني: الطبيعة القانونية لاتفاقية التحكيم في القانون الجزائري	**40**
المبحث الأول: صور ومضمون اتفاقيات التحكيم	**40**
المطلب الأول: صور اتفاقيات التحكيم	**40**
الفرع الأول: شرط التحكيم	**41**
الفرع الثاني: اتفاق التحكيم	**43**
المطلب الثاني: مضمون اتفاق التحكيم	**44**
الفرع الأول: تعين موضوعات النزاع	**44**
الفرع الثاني: تعين الجهة التحكيمية	**46**
المبحث الثاني:الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم	**49**
المطلب الأول أركان عقد اتفاق التحكيم	**50**
الفرع الأول: ركن الرضا	**50**
الفرع الثاني: ركن المحل	**52**
الفرع الثالث: ركن السبب	**55**
المطلب الثاني: تصنيف عقد اتفاقية التحكيم	**55**

الفرع الأول: من ناحية تكوين العقد	**55**
الفرع الثاني: من ناحية موضوعها	**57**
الفرع الثالث: من ناحية تنفيذ عقد اتفاقية التحكيم	**58**
الفرع الرابع: من ناحية طبيعة اتفاقية التحكيم	**58**
خاتمة	**61**
قائمة المراجع	**64**
فهرس المحتويات	**67**