جامعـــــــــــــــة أبو بكر بلقايـــــــــــــــد

- تلمسان -

كلية الحـــقـــوق والعلوم السياسية

شعبة الحقوق

محاضرات في:

القـــانون التجـــاري

موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس

من إعداد:

د. مسيردي سيدأحمد.

أستاذ محاضر "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان.

السنة الجامعية: 2022-2023

جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان.
كلية الحقوق والعلوم السياسية.
شعبة الحقوق.

محاضرات في مقياس القانون التجاري

-موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس-

إعداد:

د.مسيردي سيدأحمد

أستاذ محاضر "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان.

السنة الجامعية : 2023/2022 م

مقدمة :

تعد التجارة أحد الأسس الهامة للنشاط الاقتصادي داخل الدولة ، فهي تساهم في دفع عجلة التنمية من خلال خلق الثروات وتداولها ، وإيجاد فرص الشغل ، وتوفير الحاجيات للمستهلكين.

وقد كانت التجارة ذات مفهوم بسيط يقتصر على تبادل المنافع لإشباع حاجيات الأفراد التي لا يستطيعون توفيرها بأنفسهم، ثم ظهرت فكرة التخصص في التجارة لما اهتم بعض الأفراد بالنشاط التجاري كحرفة لهم ، فتكونت طبقة التجار ، لتلعب دور الوسيط بين المنتج والمستهلك ، وتزايد دورها في التأثير على الحياة بمختلف مناحيها من جهة ، وعلى التواصل بين الحضارات من جهة أخرى.

ولما كانت القاعدة القانونية تنظم الظاهرة الموجودة على أرض الواقع ، فقد تطورت القواعد القانونية المنظمة للتجارة بتطور الأخيرة ، حتى وصلت مرحلة استقلال قانون خاص بتنظيم التجارة تحت اسم "القانون التجاري".

وإذا كان القانون المدني هو الشريعة العامة التي تحكم جميع التصرفات فقد ظهرت أعراف وعادات خاصة بالتجار قننت فيما بعد لتشكل قانونا له خصوصياته ، وقد لعب التجار دورا أساسيا في وضع أحكام هذا القانون من خلال الأعراف.

وفي هذا الصدد ، أصبحت الأعمال القانونية تقسم إلى أعمال مدنية تخضع للقانون المدني، وأعمال تجارية تخضع للقانون التجاري، بحيث لا يخضع العمل التجاري للقانون المدني إلا في الأمور التي لم ينظمها القانون التجاري. مع ملاحظة وجود أعمال تعد تجارية بالنسبة لأحد طرفي العلاقة القانونية ومدنية بالنسبة للطرف الآخر تسمى "الأعمال المختلطة"، ويخضع هذا النوع من الأعمال لنظام قانوني خاص سيأتي بيانه بالتفصيل لاحقا.

وعلة انفصال القانون التجاري عن القانون المدني هي ما تمتاز به المعاملات التجارية من مرونة وسرعة وثقة وبساطة الإجراءات، مما استوجب إيجاد قواعد خاصة بها تراعي هذه الاعتبارات.

ويتضمن برنامج مقياس القانون التجاري الموجه للسنة الثانية ليسانس **محورين أساسيين** هما: **الأعمال التجارية** و**التاجر**، ومادام المقياس يدرس للمرة الأولى في المسار التكويني الجامعي للطالب فسيتم تخصيص **محور تمهيدي** حول القانون التجاري لفهم المقصود به وخصوصياته ومصادره.

محور تمهيدي : مدخل لدراسة القانون التجاري.

تقوم التجارة على دعامتين أساسيتين : السرعة والائتمان، وقد جاء القانون المنظم للمعاملات التجارية متميزا بخصائص عديدة تتلاءم مع تلك الدعامتين أبرزها المكانة الخاصة للعرف وحرية الإثبات وقسوة جزاءات عدم الوفاء وغيرها، وقبل التعمق في هذه المسائل المهمة، يستحسن ضبط مفهوم القانون التجاري ومعرفة تطوره التاريخي (المبحث الأول)، ثم دراسة مصادره ونطاقه (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للقانون التجاري .

سيتم التطرق في هذا المبحث إلى تعريف القانون التجاري أولا، والإشارة إلى نبذة عن تطوره التاريخي ثانيا .

المطلب الأول : تعريف القانون التجاري .

القانون التجاري هو فرع من فروع القانون الخاص يشمل مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم طائفة معينة من الأعمال هي "الأعمال التجارية" وتطبق على فئة خاصة من الأشخاص هم "التجار"[1].

[1] عمار عمورة، شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، 2018، ص10.

وتنسب تسمية القانون التجاري إلى مصطلح "التجارة"، وجدير بالتنبيه في هذا المقام إلى أن المفهوم القانوني لمصطلح التجارة أوسع من المفهوم الاقتصادي لها، فالتجارة في القانون تشمل عمليات التصنيع علاوة على تداول الثروات والسلع والخدمات . في يقتصر المفهوم الاقتصادي لكلمة تجارة على عمليات تداول السلع والخدمات دون عمليات الإنتاج.

من جهة أخرى، يلاحظ أن المشرع الجزائري لازال يخلط بين "القانون" **(Le droit)** و"التقنين"**(Le code)** ، رغم الاختلاف الشاسع بين المصطلحين، فالقانون أوسع من التقنين، إذ يشمل جميع المصادر الرسمية والاحتياطية للقانون، وأحد تلك المصادر الرسمية هو التقنين، أي مجموعة القواعد المكتوبة الصادرة عن السلطة التشريعية. مؤدى ذلك كله، أن التسمية الأصح لأعمال السلطة التشريعية في المجال التجاري هو "التقنين التجاري" . ورغم هذا الانتقاد الفقهي، يظل التقيد بالتسمية التي جاء بها المشرع (القانون التجاري) معمولا به إلى غاية تعديل تشريعي يراعي هذه المسألة.

المطلب الثاني: التطور التاريخي للقانون التجاري.

ظهرت التجارة منذ القدم ، فهي قديمة قدم الإنسان ، إلا أن ظهور القانون التجاري في صورة قانون مستقل بذاته تأخر إلى عصور لاحقة ، إذ تبلورت القواعد التجارية بمرور الزمن واستمرت في التطور والتراكم حتى صارت بالشكل المستقل عن القانون المدني المعروف في أغلب القوانين الحديثة .

أولا: في العصر القديم .

ظهرت التجارة منذ قديم الزمان في صورة "المقايضة" بداية، حيث كان تبادل سلع بسلع هو أول وسيلة للتداول. ثم حلت تدريجيا المعادن والنقود وغيرها كوسيلة للتعامل التجاري.

وتشير الدراسات التاريخية إلى أن شعوب البحر الأبيض المتوسط قد مارسوا التجارة، فقدماء المصريين والآشوريين والكلدانيين تعاملوا بالنقد والقرض، واستخدموا بعض الصكوك التي تشبه إلى حد ما السند لأمر والسفتجة (وإن كان البعض يرجع ظهور السفتجة إلى الفرس، الشاهد هنا أن قواعد السفتجة ضاربة في التاريخ)[2] .

كما عرف البابليون قواعد قانونية تجارية من 282 مادة عالجت بعض أوجه النشاط التجاري خاصة ما تعلق بعقد الشركة وعقد القرض بفائدة وعقد الوديعة والوكالة بالعمولة.

أما الفينيقيون، فيرجع لهم الفضل في ابتداع بعض أنظمة قانون التجارة البحرية باعتبارهم رجال بحر مارسوا التجارة البحرية على نطاق واسع.

كما وضع الإغريق نظاما خاصا للقرض البحري ، الذي أصبح أساس القرض الجزافي ، ويرى بعض الفقهاء أن هذا النظام هو أصل نظام التأمين البحري[3].

[2] عمار عمورة، المرجع السابق، ص19.
[3] المرجع نفسه، ص 20.

أما الرومان ، فكان لهم دور بسيط في تطور القانون التجاري مقارنة بدورهم في تطوير القانون المدني ، وسبب ذلك هو أنهم كانوا يعتبرون التجارة مهنة لا تليق بالأشراف، فتركوا ممارستها للرقيق والأجانب. فكان القانون المدني في عهد الرومان يطبق على جميع التصرفات القانونية بما فيها الأعمال التجارية . ورغم ذلك ترك الرومان آثارا قانونية في القانون التجاري منها تكريس نظرية الممثل التجاري والدفاتر التجارية ونظام الإفلاس[4].

والنتيجة هي أن القانون التجاري بمفهومه المتميز والمستقل لم يظهر إطلاقا في العصور القديمة، وإنما وجدت فقط بعض القواعد التجارية المشتتة في النظم القانونية القديمة.

ثانيا: في العصر الوسيط.

أدى سقوط الإمبراطورية الرومانية على يد القبائل الجرمانية في القرن الخامس ميلادي إلى انعدام الأمن وقيام الحروب المختلفة وظهور الجمهوريات الإيطالية كفلورنسا وجنوة والبندقية، ثم ما لبثت أن ظهرت التجارة بين الدويلات الجديدة وبدأت تظهر قواعد تجارية جديدة كإخضاع النزاعات التجارية لقضاء خاص (قضاء القناصل).

و في أواخر القرن السابع ميلادي، ظهرت الحضارة الإسلامية التي لعبت دورا مهما في تطوير التجارة ، فخلقت شبكات تجارية واسعة مع الحضارتين الصينية والهندية خصوصا.

[4] أحمد محرز ، القانون التجاري الجزائري، ج1، نظرية الأعمال التجارية، صفة التاجر- الدفاتر التجارية، المحل التجاري، دار النهضة العربية، بيروت، 1981، ص25.

ويلاحظ أن الشريعة الإسلامية لا تميز بين المعاملات المدنية والتجارية كقاعدة عامة ، بل عالجتها ككل متكامل. مع وجود بعض الأحكام المتعلقة بالتجارة فقط، ومثال ذلك قاعدة حرية الإثبات المعروفة في القوانين الحديثة تجد لها أصلا في الشريعة الإسلامية:

إذ قال الله تعالى:

"يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ...، إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها ..."[5]

كما ساهم النظام الكنسي في القرن الحادي عشر في ظهور شركة التوصية.

ثم ظهرت في إيطاليا في القرن الثالث عشر " البنوك" ، وبعد ذلك تدخل المشرع في الدول الأروبية المختلفة لفصل القضاء التجاري عن القضاء المدني، ومن هنا بدأ القانون التجاري يكتسب استقلالية عن القانون المدني[6].

والخلاصة أن العصر الوسيط أرسى المعالم الأولى لتمييز القانون التجاري عن القانون المدني، فأصبح قانونا مهنيا يعنى فقط بالحرفة التجارية ، كما بدأ القانون التجاري في نهاية هذا العصر في اكتساب طابع دولي، إذ ظهرت العديد من القواعد القانونية الموحدة بين دول أروبا الغربية خاصة.

[5] الآية 281 من سورة البقرة.
[6] أحمد محرز ، المرجع السابق، ص23

ثالثا: في العصر الحديث

بحلول القرن الخامس عشر عرف العالم تطورات جديدة على الصعيد الاقتصادي والجغرافي والسياسي كان لها أثر في تطور القانون التجاري.

من ذلك اكتشاف القارة الأمريكية وطريق رأس الرجاء الصالح وبروز دولة عظمى جديدة هي الإمبراطورية العثمانية وظهور الحركات الاستعمارية التوسعية من طرف فرنسا وإنجلترا وإسبانيا والبرتغال وهولندا خصوصا. فأنشأت هذه الدول مستعمرات لها عبر العالم، الأمر الذي أدى إلى تركيز رؤوس الأموال في يد فئات برجوازية فظهرت على إثر ذلك الشركات الرأسمالية الكبرى مما أدى إخلال كبير بحرية المنافسة التجارية من الناحية الواقعية. وفي ظل هذه الظروف، ظهرت شركة المساهمة، التي تعتبر حاليا أشهر أنواع الشركات التجارية.

ونشطت في هذا العصر عمليات إيداع النقود واستثمارها عن طريق البنوك والتعامل بالأوراق التجارية والأوراق المالية فظهرت الحاجة الماسة إلى تقنين المزيد من القواعد التجارية ، فكانت الانطلاقة الفعلية **من فرنسا**[7] من طرف الملك لويس الرابع عشر عندما أمر وزيره "كولبير" أن يجمع شتات الأعراف والعادات التجارية في قانون واحد، فعهد إلى أحد كبار التجار يدعى "جاك سافاري" بإعداد أول مجموعة تجارية ، وبعد أن انتهت اللجان التي شكلها "سافاري" من عملها، تم الاعتماد عليها في إصدار الأمر الملكي الفرنسي الأول في مارس 1973 المتعلق بالشركات

[7] أحمد محرز ، المرجع السابق، ص27.

والأوراق التجارية والإفلاس واختصاص المحاكم التجارية وأطلق عليه " مجموعة سافاري ". وتبعتها سنة 1681 مجموعة خاصة بالتجارة البحرية .

ثم تم إلغاء المجموعتين عن طريق قانون "شابولي" الصادر في 17 مارس 1791 الذي كرس حرية التجارة والصناعة .

ثم صدر **أول قانون تجاري فرنسي بتاريخ 15 سبتمبر 1807** وقد جمع هذا القانون بين دفتيه قواعد التجارة البرية والبحرية وأحكام الإفلاس والقضاء التجاري وتحديد صفة التاجر والتزاماته...، ولازال هذا القانون معمولا به إلى اليوم مع تعديلات عديدة أدخلت عليه.

وقد اقتبست الدولة العثمانية قانونها التجاري الصادر في 1850 عن التقنين التجاري الفرنسي ، وطبقته على البلاد التي كانت سيطرتها.

ثم شهد القرن التاسع عشر –وبداية القرن العشرين– حركة تشريعات تجارية كبرى في أروبا وآسيا تأثرت في معظمها بالقانون التجاري الفرنسي، مما يجعل الأخير قانونا مهما في العصر الحديث.

وكذلك فعل المشرع الجزائري، إذ اقتبس أغلب أحكام القانون التجاري الفرنسي في الأمر 75–59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري، وقد مر القانون التجاري الجزائري بخمسة تعديلات هي:

1-المرسوم التشريعي 93-08 لسنة 1993.

2-الأمر 96-27 لسنة 1996.

3-القانون 05-02 لسنة 2005.

4-القانون 15-20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015.

5-القانون 22-09 المؤرخ في 5 ماي 2022.

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن التقنين التجاري الجزائري جاء في خمسة أبواب هي:

تضمنت 842 مادة موزعة على خمسة أقسام هي:

أولا: التجارة عموما (التجار، الدفاتر التجارية، السجل التجاري، العقود التجارية).

ثانيا: المحل التجاري (بيع المحل التجاري ورهنه، الإيجارات التجارية، التسيير الحر ــ تأجير التسيير).

ثالثا: في الإفلاس والتسوية القضائية ورد الاعتبار والتفليس وما عداه من جرائم الإفلاس.

رابعا: السندات التجارية (السفتجة ،السند لأمر، الشيك، سند الخزن ،سند النقل وعقد تحويل الفاتورة، في بعض وسائل الدفع).

خامسا: في الشركات التجارية: (قواعد سير مختلف الشركات، الأحكام الجزائية).

المبحث الثاني : مصادر القانون التجاري ونطاقه.

ستتم دراسة كل من مصادر القانون التجاري ونطاقه في المطلبين المواليين.

المطلب الأول: مصادر القانون التجاري.

مصدر القاعدة القانونية هو المنبع أو المرجع الذي يستمد منه الحكم القانوني، وتنقسم مصادر القانون التجاري إلى مصادر رسمية (أصلية) ومصادر احتياطية (تفسيرية).

أولا : المصادر الرسمية للقانون التجاري.

المصادر الرسمية للقانون التجاري هي المصادر الملزمة للقاضي بالترتيب ، إذ يجب على القاضي –لغايات فصله في نزاع معروض أمامه– أن يرجع إلى المصادر الرسمية مصدرا بمصدر، منتقلا من المصدر الأعلى إلى المصدر الأدنى إن لم يجد الحكم القانوني في المصدر الأعلى، كما يلتزم القاضي بالرجوع إلى المصادر الرسمية **بالترتيب** الذي وضعه المشرع.

إن ضرورة القراءة المتوازية بين النصوص القانونية المختلفة التي لها علاقة بموضوع مصادر القانون التجاري تفرض الرجوع إلى كل من:

–نص **المادة 154 من الدستور الجزائري**، التي تنص على مايلي:

" المعاهدات الّتي يصادق عليها رئيس الجمهوريّة، حسب الشّروط المنصوص عليها في الدّستور، تسمو على القانون ".

-نص **المادة الأولى مكرر من القانون التجاري**، وهذا نصها:

"يسري القانون التجاري على العلاقات بين التجار، وفي حالة عدم وجود نص فيه يطبق القانون المدني وأعراف المهنة عند الاقتضاء".

-نص **المادة الأولى من القانون المدني**. وقد جاء فيها:

" تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

وبالرجوع إلى تلك النصوص الثلاثة نستنتج الترتيب التالي للمصادر الرسمية للقانون التجاري:

1-الدستور:

أورد المؤسس الدستوري الجزائري مجموعة من المبادئ الدستورية في المجال التجاري، وفي هذه الحالات يجب على كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية احترام هذه المبادئ في أعمالها القانونية تحت طائلة الدفع بعدم الدستورية، كما يلتزم بذلك جميع المواطنين والمقيمين على الإقليم الجزائري.

ومن أمثلة المبادئ الدستورية الناظمة للتجارة نذكر:

- مبدأ "حرية الصناعة والتجارة" في نص المادة 61 من الدستور والتي جاء فيها:

"حرية التجارة والاستثمار والمقاولة مضمونة، وتمارس في إطار القانون".

مبدأ حماية حقوق المستهلكين في عقود الاستهلاك (الأعمال المختلطة التي سيأتي الحديث عنها لاحقا) الوارد في نص المادة 62 من الدستور وهذا مضمونها:

"تعمل السلطات العمومية على حماية المستهلكين بشكل يضمن لهم الأمن والسلامة والصحة وحقوقهم الاقتصادية".

2-المعاهدات الدولية والاتفاقيات الدولية في المجال التجاري التي صادقت عليها الجزائر:

تسمو المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي يصادق عليها رئيس الجمهورية على القانون بنص المادة 154 من الدستور سابقة الذكر، فكل بند ذو طابع تجاري في معاهدة دولية أو اتفاقية دولية يعد مصدرا مباشرا وأصليا للقانون التجاري.

ومن أمثلة الاتفاقيات التجارية التي صادقت عليها الجزائر:

-اتفاقية تسهيل وتنمية المبادلات التجارية بين البلدان العربية:

تمت المصادقة على هذه الاتفاقية في 10 فيفري 1981 بتونس، وصادقت الجزائر عليها في أوت 2004، ومن أهم ما جاء في الاتفاقية :

-مبدأ المعاملة الوطنية العربية.

-مبدأ الشفافية.

-مبدأ تبادل المعلومات.

-مبدأ توحيد التعريفات.

-أسس معالجة اختلال ميزان المدفوعات للدول الأطراف.

-اتفاقية الشراكة مع المجموعة الأوروبية:

تم المصادقة عليها من طرف الجزائر في أفريل 2002، ودخلت حيز التنفيذ في 01 سبتمبر 2005، وقد نصت على إنشاء منطقة تبادل حر بين شمال البحر الأبيض المتوسط وجنوبه علاوة على تطوير وتشجيع التعاون التجاري والاقتصادي والمالي والاستثماري بين الضفتين، ومن أبرز ما تضمنته الاتفاقية نذكر:

-تحرير التجارة بين الضفتين من جميع القيود (القانونية والضريبية والإجرائية)

-تخفيض الرسوم الجمركية تمهيدا لتفكيكها نهائيا في مرحلة لاحقة.

-إجراءات ضد الإغراق.

-حماية الصناعات الناشئة والقطاعات التي تعاد هيكلتها.

-الاتفاق التجاري التفاضلي الجزائري-التونسي:

صادقت عليها الجزائر بتاريخ 11 جانفي 2010 بمقتضى المرسوم الرئاسي 10-12 (ج.ر رقم 12 الصادرة في فيفري 2012)، وأهم ما تضمنته الاتفاقية هو النص على امتيازات ضريبية لتصدير واستيراد عدد من المنتوجات الصناعية والزراعية بين الجزائر وتونس.

3-التقنين التجاري:

إن القانون هو المصدر القاعدي، المصدر الأكثر أهمية ضمن مصادر القانون، ويأخذ لفظ القانون في الاستعمال معنيين، من الناحية الشكلية وبالمعنى الضيق، يعرف القانون بأنه كل عمل صادر عن السلطة التشريعية وهذه القواعد ملزمة، فالمعيار الذي يأخذ بعين الاعتبار هو السلطة أو الجهة التي يصدر عنها نص القانون. لكن ومن وجهة نظر مادية أكثر اتساعا من المعنى الأول، فالقانون هو كل أمر أو قرار له طابع الإلزام صادر عن أي سلطة مختصة.

يقصد بالتشريع مجموعة النصوص الواردة في القانون التجاري والصادر بموجب الأمر رقم 59/75 المعدل والمتمم، والمتضمن العديد من الأحكام تضمنت 842 مادة موزعة على خمسة أقسام هي:

أولا: التجارة عموما (التجار، الدفاتر التجارية، السجل التجاري، العقود التجارية).

ثانيا: المحل التجاري (بيع المحل التجاري ورهنه، الإيجارات التجارية، التسيير الحر _ تأجير التسيير).

ثالثا: في الإفلاس والتسوية القضائية ورد الاعتبار والتفليس وما عداه من جرائم الإفلاس(في الإفلاس والتسوية القضائية، في رد الاعتبار التجاري، في التفليس وما عده من جرائم الإفلاس).

رابعا: السندات التجارية: (في السفتجة والسند لأمر، الشيك، سند الخزن وسند النقل وعقد تحويل الفاتورة، في بعض وسائل الدفع).

خامسا: في الشركات التجارية: (قواعد سير مختلف الشركات، الأحكام الجزائية).

كما يشمل أيضا جميع النصوص التشريعية والتنظيمية المكملة له، سواء كانت صادرة قبل نفاذه أو بعد سريانه طالما لم تتعارض مع أحكامه. أما في حالة عدم وجود نص صريح يحكم مسألة معينة، في القانون التجاري وجب الرجوع إلى أحكام القانون المدني.

4-التقنين المدني:

يراد بالتشريع أيضا كمصدر للقانون التجاري، النصوص الموجودة في القانون المدني الصادر في 26 سبتمبر 1975، باعتباره الشريعة العامة التي تنظم جميع العلاقات القانونية، والتي تطبق على كل مسألة لم يرد بشأنها حكم في القانون التجاري أو في النصوص المكملة له.

فإذا حدث مثلا، تعارض بين نصين في القانون التجاري والقانون المدني، وكان كلا من النصين من نفس قوة الإلزام (نصين آمرين أو مكملين) وجب تغليب النص التجاري على النص المدني، تطبيقا لقاعدة "الخاص يقيد العام ولا يلغيه".

5-أعراف المهنة (العرف التجاري):

أعراف المهنة في أبسط مفاهيمها هي قواعد سلوك غير مكتوبة انتشرت بين طائفة التجار واعتقدوا بإلزاميتها، وللعرف –من الوجهة القانونية– ركنان: مادي (تكرار السلوك) ومعنوي (الاعتقاد بإلزاميته). ومثال ذلك تعارف التجار على إعفاء صغار التجار من مسك الدفاتر التجارية،

ويلاحظ أن العرف التجاري مصدر أساسي ملزم من جهة، وهو يتمتع بمكانة متميزة من جهة أخرى، لأن الأعراف التجارية كثيرة ومرتبتها تأتي قبل الشريعة الإسلامية في ترتيب المصادر، على خلاف مصادر القانون المدني الذي تسبق فيه الشريعة الإسلامية العرف من حيث الترتيب.

6-الشريعة الإسلامية :

يقصد بالشريعة الإسلامية جميع مصادرها، من قرآن كريم وسنة نبوية شريفة وإجماع وقياس وغيرها، كما أن المشرع أجاد إذ لم يحدد مذهبا معينا من المذاهب الفقهية تاركا الأمر واسعا للقاضي.

7-العرف بشكل عام (العرف غير التجاري):

يعرف العرف كقاعدة قانونية غير مكتوبة درج عليها الأشخاص في تنظيم عاداتهم التجارية مع شعورهم بإلزاميتها دون أن تستند إلى نص تشريعي[8].

ويفترض علم القاضي بالعرف، فلا يطلب إثباته من الخصوم، ولكن قد يصعب على القاضي معرفة جميع الأعراف، ولذا إذا تمسك أحد هم بعرف معين وكان القاضي غير عالما به، فإنه يكلف الخصم بإقامة الدليل على وجوده وتحديد مضمونه. كما قد يكون للعرف قوة القانون عندما يحيل إليه بصريح النص، وعلى سبيل المثال نذكر ماجاءت به المادة 34 من القانون التجاري، فيما يتعلق بفسخ عقد الوكالة التجارية غير محددة المدة بقولها:".. إذا كان عقد الوكالة التجارية غير محدد بمدة

[8] علي جمال الدين عوض، الوجيز في القانون التجاري، دار النهضة العربية، 1975، ص 45.

معينة فلا يجوز لكلا الطرفين فسخه دون إخبار مسبق ومطابق للأعراف، إلا في حالة صدور خطأ من الطرفين".

كذلك ماجات به المادة 51 فيما يتعلق بالضمان بسبب نقل الأشياء " إذا كانت الأشياء المنقولة مما تنقص وزنا أو كيلا على العموم من جراء النقل فيضمن الناقل مقدار النقص الزائد عما جرى العرف بالتسامح فيه.."

والحديث عن العرف كمصدر من مصادر القانون التجاري، يستدعي التميز بينه وبين العادات التجارية les coutumes et les usages conventionnels ، فإذا كانت القاعدة العرفية تلزم المتعاقدين، يتعين تطبيقها ولو كان الأطراف يجهلان توافر عنصر الإلزام فيها، مثلها مثل القاعدة التشريعية، أما العادة التجارية، عادة اتفاقية، فهي بمثابة قاعدة درج الأشخاص على تضمينها اتفاقهم استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة.

ولما كان إلزام العادة لا يكمن في قيمتها الذاتية، بل يستمد من اتفاق المتعاقدين على الأخذ بها، عدت واقعة مادية لا يفترض علم القاضي بها ولا يطبقها إلا إذا تمسك بها الخصم الذي يقع على عاتقه عبء إثباتها.

وترتبط العادة بتفسير إرادة الطرفين، فإنها تعتبر من مسائل الواقع عكس العرف الذي يعتبر تطبيقه مسألة قانونية. وعلى ذلك بينما يعتبر الخطأ في تطبيق العرف كالخطأ في تطبيق القانون يوجب

نقض الحكم، فإن تطبيق العادة يعد من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع ولا يوجب الخطأ في هذا الشأن نقض الحكم.

وتأتي العادة الإتفاقية قبل النص المفسر التجاري أو المدني، لأن النص المفسر يفترض إرادة المتعاقدين والعادة تستمد إلزامها من اتفاق الطرفين الصريح أو الضمني، ولذلك فإن العادة التي جرى عليها الإتفاق تكون أرجح في التفسير الصحيح لإرادة المتعاقدين من النص[9].

8-مبادئ العدالة وقواعد القانون الطبيعي:

يقصد بمبادئ العدالة وقواعد القانون الطبيعي مجموعة الأسس الراسخة في الفطرة البشرية السليمة ، فالإنسان مجبول عليها بمجرد كونه إنسانا دون الحاجة إلى تعليم أو الرجوع إلى مصدر آخر، ومثال ذلك مبدأ أن أخد ممتلكات الغير أو الاعتداء عليه شتما أو ضربا سلوكيات خاطئة تستوجب إنصاف المظلوم من الظالم مرتكب مثل السلوكيات.

ثانيا : المصادر الاحتياطية للقانون التجاري.

المصدر الاحتياطي هو مصدر مساعد للقاضي يمكنه الرجوع إليه بعد استنفاذ المصادر الرسمية دون أن يجد حلا قانونيا، على أن الرجوع إليه مسألة اختيارية للقاضي، ولا ترتيب بين المصادر

[9] سمير عالية، القانون التجاري، الجزء الأول، الناشر دار النهضة العربية، السنة 1989، ص 27.

الاحتياطية، فللقاضي الاستعانة بها وفق سلطته التقديرية دون ترتيب بينها، بل يمكن للقاضي أن يجتهد رأيه ولا يرجع إليها أصلا.

وتتعدد المصادر الاحتياطية للقانون التجاري ، على أن أهمها الفقه والقضاء[10].

1-الفقه:

يقصد بالفقه الأعمال العلمية التي ينتجها الأساتذة الجامعيون والقضاة والمحامون والموثقون والباحثون ورجال القانون عامة، وتشمل مؤلفاتهم وأبحاثهم ورسائل تخرجهم ومداخلاتهم العلمية ومحاضراتهم المنشورة. فللقاضي الرجوع إليها لفهم القضية المطروحة والبحث عن حلول لها.

فمجموع ما يستخلصه أصحاب الاختصاص في جميع الميادين القانونية من أحكام قانونية، التي يضعها المشرع ويشير إلى أوجه القصور وسبل تلافيها يشكل مصدرا هاما بالنسبة للمسائل التي لم يرد فيها نص قانوني.وتعد آراء الفقهاء من المصادر التفسيرية للقانون، بحيث يكمل دور القضاء في تفسير القانون، الذي يهتدي به القاضي عند الفصل في المنازعات التي تثار أمامه محاولا بذلك التوصل إلى الحكم المناسب لحل هذا النزاع، بالرغم من أن القاضي غير ملزم بالأخذ بها وإنما له أن يرجع إليها على سبيل الاستئناس.

[10] سعيد يوسف، قانون الأعمال و الشركات، منشورات الحلبي الحقوقية، السنة 2004، ص 61.

2-القضاء :

يقصد بالقضاء كمصدر للقانون التجاري القرارات القضائية في المجال التجاري الصادرة في أعلى درجة (المحكمة العليا)، إذ يشكل ما استقر عليه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا مرجعا احتياطيا لقاضي الموضوع يساعده على إيجاد حل للنزاع المطروح أمامه.

يعتبر القضاء مصدرا تفسيرا، إذ يشكل أهمية كبيرة في نطاق القانون التجاري، يستلهم القاضي حكمه من المصادر الملزمة بمقتضى تفسير القواعد القانونية، فالاجتهاد القضائي يعد مجموعة من الأحكام التي تستخلص من استقرار المحاكم. ولا خلاف حول اعتبار القضاء في الدول التي ينتسب نظامه إلى النظام الأنجلوسكسوني من أهم المصادر الرسمية للقانون، نظرا لاستناد هذا النظام في جزء كبير منه إلى ما يسمى "بالسابقة القضائية" التي تتمثل في أن الجهات القضائية المختصة بنظر النزاع تكون مجبرة على إعطاء هذا النزاع ذات الحل الذي أعطى في الماضي لنزاع مشابه له".

الأمر الذي يستتبع حتما، تقيد كل محكمة بأحكام المحاكم الأعلى منها درجة، وتقيد المحاكم العليا بما سبق أن أصدرته هي نفسها من أحكام، مما يجعل للحكم القضائي قوة إلزام في العمل فيما يطبق أو ينشئ من قاعدة قانونية، فلا يجوز من بعد، مخالفة هذه القاعدة القانونية أو الامتناع عن تطبيقها في نزاع مماثل[11].

[11] محمد فريد العريني، القانون التجاري، الأعمال التجارية، التجار، الشركات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013، ص36.

أما القضاء في الدول اللاتينية والعربية كالجزائر مثلا، فإنه لا يعد بمصدر ملزم، بل هو مصدر تفسيري بمعنى أن القاضي يتمتع بكل الحرية في إصدار أحكامه. فهو غير ملزم بالأحكام التي سبق له أن أصدرها، لا وبل لا يكون ملزما حتى بإتباع قضاء المحاكم الأعلى منه درجة، لأن مهمة القضاء في هذه الدول هو تطبيق القانون وليس خلق القانون، ولكنه مع هذا يستأنس عادة من حيث الفعل والواقع بما أصدره غيره من القضاة من أحكام لاسيما إذا ما كانت من قضاء أعلى خشية الطعن في أحكامه[12].

المطلب الثاني: نطاق القانون التجاري.

يتحدد نطاق القانون التجاري بمسألتين أساسيتين : الأعمال التجارية والتجار. فوفق النظرة الموضوعية يطبق القانون التجاري على العلاقة التي يشكل موضوعها عملا تجاريا، ووفق النظرة الذاتية يطبق القانون التجاري على العلاقات التي يكون أطرفها تجارا[13]، وتفصيل ذلك كما يلي:

أولا : النظرية الموضوعية

يهتم القانون التجاري حسب هذه النظرية بطبيعة العمل ذاته، دون أي اعتبار لشخص من صدر منه سواء كان تاجرا أو غير تاجر، فهو إذن قانون الأعمال التجارية. وعلى هذا فقد تنطبق أحكام القانون التجاري على أعمال تعتبر تجارية ولو لم يحترفها الشخص، بل ولو قام بها مرة واحدة، أما إذا احترف هذه الأعمال فإنه يكتسب صفة التاجر ويخضع لأحكام خاصة في هذه الحالة ولا

[12] عمار عمورة، ص 24.
[13] سمير عالية، الوجيز في القانون التجاري، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعةالأولى، ص 10،11.

يعتد القانون الموضوعي بصفة التاجر إلا لهذا الغرض، أي إخضاع التاجر لواجبات معينة كالقيد في السجل التجاري ومسك الدفاتر التجارية و الإفلاس[14].

و قيل في تبرير هذه النظرية أنها أكثر تماشيا مع فكرة المساواة بين المواطنين ومبدأ حرية التجارة الذي يسمح لكل فرد أن يزاول العمل التجاري مما يستلزم خضوع هذا العمل لقواعد القانون التجاري، إذ لم تعد الأعمال التجارية – طبقا لهذا المبدأ – وقفا على التجار بعد أن تطورت الأعمال التجارية وما ترتب على هذا التطور من تعميم الأخذ بالأساليب التجارية في التعامل بين الأشخاص،كالعمليات المصرفية واستغلال السندات التجارية، إذ ليس من المنطق أن يطبق القانون التجاري على أعمال من طبيعة واحدة، قواعد مختلفة لمجرد اختلاف صفة الشخص القائم بها[15].

ومع أن النظرية الموضوعية تستند إلى طبيعة العمل وأن الاعتماد عليها في تحديد نطاق كل من القانون المدني و القانون التجاري أقرب إلى طبائع الأشياء، فإن هذه النظرية يؤخذ عليها أن اعتبار العمل التجاري المحور الذي تدور من حوله قواعد القانون التجاري يقتضي تحديد الأعمال التجارية مقدما أو على الأقل وضع معيار يهتدي به لتمييز العمل التجاري عن العمل المدني، وهذا من الأمور التي يصعب تحقيقها، إذ ليس من السهل على المشرع تحديد العمال التجارية تحديد مانعا، لأنه لا يستطيع أن يتنبأ مقدما بالأعمال التجارية التي قد تظهر في المستقبل استجابة لحاجات التجارة المتطورة، كما أنه ليس من السهل وضع معيار يُهتدى به لتمييز العمل التجاري عن العمل المدني[16].

---

[14] سمير الشرقاوي، القانون التجاري، ج1، دار النهضة العربية ، مصر، 1982، ص21.
[15] حلو أبو حلو ، القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية والتاجر، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1982، ص64.
[16] سمير عالية، الوجيز في القانون التجاري، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعةالأولى، ص 10،11.

ثانيا : النظرية الذاتية

ينظر القانون التجاري حسب هذه النظرية إلى شخص القائم بالعمل، فالتاجر هو الذي ينظم النشاط التجاري وتقتصر تطبيق قواعده على من يمتهنون حرفة التجارة وحدهم، فهو جاء لينظم علاقاتهم وليقدم الحلول المناسبة للمنازعات التي تنشأ بينهم. والحقيقة أن القانون التجاري ذو نشأة طائفية وظل هذا الطابع الطائفي لصيقا به حتى بعد إلغاء نظام الطوائف[17].

ويرى أصار هذا الرأي، أنه رغم المساواة بقي هذا القانون مهني ينظر إلى العمل الذي يقوم به التاجر، واستند أنصار هذه النظرية في تدعيم وجهة نظرهم إلى حجج أربع: الأولى سياسية، ومفادها أن مبدأ المساواة أمام القانون لا يمنع من وجود قوانين ذات طابع مهني ما دام أن الانضمام لهذه المهن يحكمه مبدأ الحرية. والثانية تاريخية وفحواها أن نظرية العمل التجاري، التي أقام منها البعض أساسا للقانون التجاري، ليست إلا بدعة صنعها بعض فقهاء القرن التاسع عشر،، لا يؤيدها تاريخ ذلك القانون ولا يزكيها صدر المشرع. والثالثة اقتصادية، ومحصلتها أن فكرة المهنة التجارية لا تتعارض ومبدأ الحرية الاقتصادية، والرابعة قانونية، مؤداها أن غالبية الأحكام التي قررها التقنين الجديد لا تجد تبريرا إلا في فكرة المهنة التجارية، كالأحكام الخاصة بالقيد في السجل التجاري وإمساك الدفاتر التجارية والإفلاس..الخ[18].

المحور الأول : الأعمال التجارية

[17] علي السيد قاسم، دروس في قانون الأعمال، الجزء الأول، الناشر دار النهضة العربية، 2001، ص 24.
[18] فريد العريني، المرجع السابق، ص 12.

سبق القول أن نطاق القانون التجاري يتحدد بمسألتين أساسيتين هما الأعمال التجارية والتجار، وتتميز دراستهما بشيء من التركيب والتعقيد، لذلك سنفرد هذا المحور كله لبحث الأعمال التجارية، لكي ندرس لاحقا التاجر في المحور الموالي.

تجدر الإشارة بداية إلى صعوبة تعريف الأعمال التجارية، لعدم وجود تعريف دقيق يشمل الأعمال التجارية كلها، ورغم ذلك، سنحاول الخروج بتعريف لهذا النوع من الأعمال في نهاية المحور، وقد ترك التعريف –عمدا- إلى نهاية المحور ، لأنه يصعب فهمه لو جاء في مطلعه. وسبب ذلك أن تعريف العمل التجاري يتضمن معلومات لم يدرسها الطالب حتى الآن (معايير العمل التجاري، أنواعه ...).

وعليه ، سنستهل هذا المحور بدراسة معايير التمييز بين العمل التجاري والعمل المدني ، ثم نعرج على أهمية التفرقة بينهما، ثم ننتقل إلى دراسة موضوع مهم جدا هو "أنواع الأعمال التجارية، لكي نختم المحور بمحاولة إعطاء تعريف واضح للعمل التجاري.

المبحث الأول : معايير تحديد العمل التجاري وآثار تمييزه عن العمل المدني

قبل التطرق إلى أنواع الأعمال التجاري ومحاولة تصنيفها، سواء بالنظر إلى ماهيتها الذاتية أو إلى شكلها، أو بالنظر إلى الشروط القانونية الواجب توافرها في العمل التجاري بالتبعية، يتعين البحث أولا عن أهم الضوابط التي تحكم العمل التجار، والوقوف على أهمية التمييز بينه وبين العمل المدني من أجل الوقوف على نظام قانوني يحكم الأعمال التجارية.

المطلب الأول : معايير تمييز العمل التجاري عن العمل المدني.

قبل التطرق إلى أنواع الأعمال التجاري ومحاولة تصنيفها، سواء بالنظر إلى ماهيتها الذاتية أو إلى شكلها، أو بالنظر إلى الشروط القانونية الواجب توافرها في العمل التجاري بالتبعية، يتعين البحث أولا عن أهم الضوابط التي تحكم العمل التجار، والوقوف على أهمية التمييز بينه وبين العمل المدني من أجل الوقوف على نظام قانوني يحكم الأعمال التجارية.

أ-المضاربة:

اتجه الأستاذان "ليون كان " و " رينو " إلى القول بأن معيار العمل التجاري هو فكرة المضاربة، فالعمل التجاري هو كل عمل يهدف إلى تحقيق الربح ، وذلك لأن التجارة تعني مجموعة العمليات التي تسعى إلى تحقيق الربح عن طريق تحويل المواد الأولية أو المنتجات المصنوعة و نقلها أوتبادلها[19].

ويشوب هذه النظرية بعض العيوب والقصور، من حيث تواجد بعض الأنشطة التي تهدف إلى الربح، مادام أن كل نشاط إنساني يحاول صاحبه الزيادة في أصوله. و حسب هذا المعيار فإنه يدخل بعض الأعمال في دائرة الأعمال التجارية بالرغم من أنها مدنية في الأصل، كأعمال الحرف والاستغلال الزراعي والمهن الحرة التي يمارسها أشخاص طبيعيون. كما أن هناك أعمال تعد تجارية

[19] محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص 69.

حتى ولو لم يقصد صاحبها تحقيق الربح، كشروع العون الاقتصادي مثلا بإعادة بيع سلعة بسعر أدنى من سعر تكلفتها الحقيقي[20]، وذلك لأجل جلب الزبائن لمؤسسته.

ويقصد بسعر التكلفة الحقيقي، " سعر الشراء بالوحدة المكتوبة على الفاتورة، يضاف إليه الحقوق والرسوم، وعند الاقتضاء، أعباء النقل". و قد تعرض التاجر ظروف معينة، مرتبطة بنشاطه كأن يلجأ إلى إعادة بيع السلع التي بيعت بصفة إرادية أو حتمية بسبب تغيير النشاط أو إنهائه أو بمناسبة تنفيذ حكم قضائي، كما قد يلجأ إلى ببيع السلع سريعة التلف والمهددة بالفساد بأقل من سعر السوق، فنية الربح إذن، تبقى عنصرا نفسيا يصعب إثباته.

ب- التداول

العمل التجاري الذي يسهل تداول السلع من يد المنتج إلى حين استقرارها في يد المنتج، والتجارة تكمن في الوساطة في تداول السلع والنقود في الزمان والمكان وهي الشراء بقصد إعادة البيع والسمسرة والوكالة بالعمولة وغيرها من عمليات البنوك وهي من الأعمال التجارية لأنها تؤدي إلى تداول السلع والنقود. أما الأعمال التي لا تتناولها السلع وهي وحالة ركود مثل أعمال المنتج الأول أو المستهلك فهي أعمال مدنية. ووفقا لهذا المعيار يخرج من دائرة الأعمال التجارية كل ما يتعلق بالعقارات لأنها ليست محلا للتداول من مكان لآخر.

[20] جلال وفا محمد دين، المبادئ العامة في القانون التجاري، الدار الجامعية، الجزائر، ص71.

يعتبر عملا تجاريا حسب هذه النظرية، كل نشاط يتعلق بالوساطة في تداول الثروة من وقت خروجها من يد المنتج الأول إلى غاية وصولها إلى المستهلك[21].

والتداول إما أن يأخذ شكلا ماديا كنقل الشيء من مكان لآخر أو غير مادي كالديون والائتمان.

و يرى أنصار هذا المعيار أن فكرة التداول تجعل البضاعة أو الخدمة في حالة حركة، لذا يظل عمل المنتج عملا مدنيا لأن نشاطه لا يدخل في دائرة التداول أو الحركة بل يبقى في حالة سكون. وحسب هذا المعيار فإن العمليات الاستخراجية تخرج من دائرة الأعمال التجارية.

يؤخذ على نظرية التداول وفقا للمفهوم الأخير أنها تؤدي إلى استبعاد الصفة التجارية على العمليات الاستخراجية بالرغم من أنها تصنف ضمن الأعمال التجارية بطبيعتها، وعلى سبيل المثال ما تعرضت له المادة الثانية من القانون التجاري بقولها: يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه: - * كل مقاولة لاستغلال المناجم أو المناجم السطحية أو مقالع الحجارة أو منتجات الأرض الأخرى".

وترتيبا عل ى ما سبق فإن النظرية حصرت التداول في شكله المادي فقط بالرغم من أن التداول قد يتخذ شكلا قانونيا، مثل التداول في العقارات كتغيير المالك أو المنتفع.

غير أنه بالرغم من الانتقادات الموجهة لهذه النظرية إلا أن فكرة الوساطة في تداول الثروة تشكل أهم عناصر تعريف العمل التجاري. وبالمقابل حاول البعض البحث عن معيار أكثر دقة

[21] مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري، دراسة مقارنة، الأعمال التجارية ، التجار ، الشركات التجارية، المؤسسة التجارية، الملكية الصناعية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ب.س، ص 65.

ووضوح للوقوف عند تعريف جامع للعمل التجاري، والابتعاد عن الاعتبارات والمفاهيم الاقتصادية، لذا هناك من توقف عند فكرة المشروع أو المقاولة كمعيار قانوني محدد للأعمال التجارية.

ج- المقاولة:

تبنى الفقيهان "أسكارا" و "فيفانتي" فكرة المشروع كمعيار محدد للأعمال التجارية، والمقاولة في القانون تعني التكرار المهني للأعمال استنادا إلى تنظيم مادي سابق يكفل استمراره ودوامه، فمعيار التجارية لا يستمد -حسب هؤلاء- من ذات العمل وطبيعة موضوعه أو من صفة الشخص القائم به، بل من شكل التنظيم الذي يرتكز عليه هذا العمل.

فمن يمارس عملا في شكل مشروع يعتبر عمله تجاريا حتى ولو لم يكن هذا العمل واردا في التعداد القانوني للأعمال التجارية. والمشروع لا يختلط بالحرفة وذلك خلافا لما يدعيه البعض من أن المشروع ليس شيئا آخر غير الحرفة وأن من يقول بالحرفة يقول بالمشروع[22].

وبالرغم من أن القانون الجزائري كغيره من القوانين العربية لم يعرف المقاولة كمعيار للتميز بين العمل التجاري والمدني، بل قام بتعداد أنواع المقاولات التجارية التي تكتسب الوصف التجاري، في حين لا يمكن الأخذ بمفهوم عقد المقاولة الوارد في القانون المدني بموجب المادة 549 والتي تنص بأن " المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر".

[22] فريد العريني، المرجع السابق، ص 72.

غير أن فكرة المقاولة هي أيضا يشوبها نوع من الغموض من ناحية ولا تصلح معيارا وحيدا لتمييز العمل التجاري من ناحية أخرى، ذلك لأنها لا تكفي لوحدها لتحديد الأعمال التجارية. على أساس أن هناك أعمال تجارية بصريح نص المادة الثانية تعتبر تجارية حتى ولو تمت في شكل منفرد، كالشراء لأجل البيع الذي يتصدر قائمة الأعمال التجارية المنفردة.كما أن هنا بعض الأنشطة تمارس في شكل مقاولة غير أنها لا تعتبر تجارية ولا تخضع لأحكام القانون التجاري، كمقاولة الصناعة التقليدية أو المقاولة الحرفية لإنتاج المواد والخدمات. وعليه فإن معيار المقاولة بات لا يستوعب كل الأعمال التجارية الواردة في القانون.

وفي محاولة إعطاء تعريف للعمل التجاري كتعبير مجرد عن الظواهر الاقتصادية الخاضعة للقانون التجاري، خلص الفقيهان HAMEL و LAGARDE إلى تبني موقف محايد بين النظريتين المادية و الشخصية، وذلك برفضهما تغليب أي من فكرتي العمل التجاري والتاجر على الأخرى، ليصبح القانون التجاري هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم من جهة الأعمال التجارية والتي تسري من جهة أخرى على التجار.

وبصدد تعريف العمل التجاري يشير الفقيهان إلى أن التاجر، كشخص من أشخاص القانون، لا يتحدد إلا في ضوء احترافه الأعمال التجارية. وبالتالي لا يمكن أن تكون الحرفة عنصرا من عناصر تعريف موضوعها أي تعريف العمل التجاري. وإزاء الضوابط الفقهية الأخرى التي بق للفقه الفرنسي اقتراحها، يبدي الفقيهان الملاحظات الجوهرية الآتية:

أنها جميعا تتضمن شقا من الحقيقة، وبالأخص فيما يتعلق بتعبير العمل التجاري عن أعمال تداول الثروة وبتوافر قصد المضاربة بهدف تحقيق الربح. أما بشأن ضابط المشروع، فيشير الفقيهان إلى أن الازدواج في تنظيم المعاملات بين قانون مدني و قانون تجاري إنما هو من صنع المشرع ذاته، وقد أراد حصر نطاق تطبيق القانون ن التجاري في حدود معينة، ولذلك لم يصف المشرع جميع الأعمال الواردة في التعداد التشريعي للعمال التجارية بالمشروعات وإنما بعضها دون البعض الآخر بهذه الصفة، وهو ما يستتبع القول بأنه لا يلزم في الأعمال المعروفة بالأعمال التجارية المنفردة أن تكون في شكل مشروع حتى تخضع لأحكام القانون التجاري .

وتقوم المقاولة على ركنين هما[23]:

1-التكرار:

ويقصد به القيام بالعمل بشكل مستمر بصفة دورية ، فلا يمكن إطلاق المقاولة على أعمال تتم لمرة واحدة فقط أو لمرات محدودة أو متقطعة حتى لو كان القائم بها شخصا محترفا. ويسمح هذا الركن .بمباشرة العمل بصفة متكررة على نحو معتاد ومتصل، فالقائم بمشروع التوريد يلتزم بعمليات التوريد على وجه التكرار. ويعد هذا العنصر بمثابة الشرط الأول والرئيسي للمقاولة، فالتكرار باعث لفكرة التنظيم كونه نتيجة منطقية للشرط الأول.

[23] علي البارودي، الأعمال التجارية ، التجار ، الشركات التجارية ، منشأة المعارف، الإسكندرية، ب.س، ص88.

2-التنظيم.

معنى هذا الركن أن المقاولة تستند إلى تحضيرات مادية مسبقة مثل تخصيص مكان لممارستها وتجهيزه بالوسائل المطلوبة وشراء آلات الإنتاج والاتفاق مع عمال وغيرها.

وبعبارة مساوية، يتطلب المشروع تنظيما مسبقا مرسوما ومهيأ بالوسائل اللازمة لقيامه على نحو مستمر ، ويتضح ذلك التنظيم من تجهيز الشخص للوسائل المادية والقانونية لمباشرة النشاط التجاري على نحو دائم كجمع مواد الإنتاج ، التأمين، استخدام الغير، الاقتراض، المكان....

وعليه، يمكن تعريف المقاولة على أنها :

" الوحدة الاقتصادية والقانونية التي تجتمع فيها عناصر بشرية ومادية من أجل ممارسة نشاط اقتصادي يهدف إلى الإنتاج أو التوسط في تداول الثروات والخدمات"[24].

وتعرف أيضا على أنها: "التكرار المهني للعمل استنادا إلى تنظيم سابق"[25].

نتيجة قانونية مهمة: تحديد العمل التجاري من العمل المدني هي من مسائل التكييف يفصل فيها القاضي بصفة أولية. ومعنى ذلك أنه في نهاية المطاف سيفصل قاضي الموضوع في صفة العمل، وللقاضي استعمال معايير التمييز السابقة، كما يجوز له القياس على الأعمال التجارية التي نص عليها المشرع، ويعتبر حكم القاضي هو الفيصل في التمييز بين العمل التجاري والعمل المدني.

---

[24] عزيز العكلي، شرح القانون التجاري، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1998، ص 301.

[25] المرجع نفسه، ص 156.

المطلب الثاني : الفروقات القانونية بين العمل التجاري والعمل المدني.

تعد مسألة التمييز بين العمل التجاري والعمل المدني مسألة في غاية الأهمية، وسبب ذلك هو الآثار القانونية المترتبة عن تلك التفرقة، فلكل عمل نظام قانوني يخضع له يتميز عن العمل الآخر، ومن أهم ما يميز النظام القانوني للأعمال التجارية هو ما سيأتي تباعا :

1-حرية الإثبات:

الإثبات لغة، هو تأكيد الحق بالبينة، والبينة الدليل أو الحجة القوية، وهناك لفظ بمعنى الدليل مشتق من المصدر (إثبات) وهو ثبت ولفظ ثبت تطلق مجازا على كل حجة أي ثقة في روايته فيقال فلان ثبت من الإثبات أي ثقة من الثقات، فالإثبات على وجه العموم هو تأكيد حقيقة أي شيء بأي دليل.

أما المعنى القانوني للإثبات، فهو تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحق، أو هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها[26].

وفيما يخص عن وسائل الإثبات، تنص المادة 333 من القانون المدني على أنه:

[26] علي السيد قاسم، المرجع السابق، ص 128.

"في غير المواد التجارية، إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك".

يظهر من خلال قراءة النص أنه يجوز في المسائل التجارية إثبات التصرف القانوني ولو زادت قيمة التصرف على 100.000 د.ج بالبينة والقرائن دون الرجوع إلى الكتابة، على خلاف ما تعرضت إليه المادة 328 من القانون المدني بقولها:" لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون التاريخ ثابتا ابتداء من :

– يوم تسجيله – من يوم ثبوت مضمونه — من يوم التأشير عليه — من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط وإمضاء.."

و الأصل أن الإثبات في المواد التجارية، بسيط وأخف من تلك التي تضمنتها نصوص القانون المدني في مجال إثبات الالتزام[27].

ومن أهم تطبيقات المبدأ ما جاءت به المادة 30 من القانون التجاري على أنه:" يثبت كل عقد تجاري:

1– بسندات رسمية،

2– بسندات عرفية،

[27] أكتم أمين الخولي، الموجز في القانون التجاري، الجزء الأول، الناشر مكتبة السيد عبد الله وهبة، ص 194.

3- فاتورة مقبولة،

4- بالرسائل،

5- بدفاتر الطرفين،

6- بالإثبات بالبينة أو بأي وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها".

غير أن مبدأ حرية الإثبات لا يسري على إطلاقه، بل تعترضه بعض القيود، ومثال ذلك ما يشترطه المشرع على بعض التصرفات القانونية من ضرورة الالتزام بالكتابة الرسمية، كالتصرفات الواردة على المحل التجاري، بحيث تشترط المادة 187 مكرر تحرير العقود الإيجار في الشكل الرسمي، وذلك تحت طائلة البطلان، بمعنى أنه لا يمكن أن يحل محل الكتابة أي وسلة أخرى غير الكتابة الرسمية، بحيث لا يمكن إثبات الاستغلال بالقيد في السجل التجاري أو بدفع الضرائب. كذلك الوعد ببيع القاعدة التجارية يستوجب إثباته بعقد رسمي، إلى جانب عمليات تأسيس الشركات التجارية، وما تعرضت إليه صراحة المادة 544 وما بعدها من القانون التجاري.

2-افتراض التضامن:

يعد التضامن بمثابة الضمان، الذي يستطيع من خلاله الدائن مطالبة أي واحد من المدنين المتضامنين بوفاء الدين في حالة عجز المدين الأصلي عن الوفاء بديونه في أجل استحقاقها، وعلى سبيل المثال ما تعرضت إليه المادة 432 من القانون التجاري على أنه:" إن ساحب السفتجة وقابلها ومظهرها وضامنها الاحتياطي ملزمون جميعا لحاملها على وجه التضامن". وكذلك ما ورد في المادة

551 بقولها:" للشركاء بالتضامن صفة التاجر وهم مسئولون من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة..."

وفي المسائل التجارية، فإن العرف قد استقر على أن التضامن بين المدنين إذا تعددوا هو القاعدة العامة، مالم يوجد اتفاق على خلاف ذلك. أما في المواد المدنية، فالأمر يختلف إذ يوجد بين المدنين مسؤولية بالتكافل responsabilité conjointe وليس بالتضامن، إلا إذا كان هذا التضامن بناءا على أحكام المادة 217 من القانون المدني. وعلى ذلك لا يستطيع الدائن في حالة عدم وجود تضامن قانوني solidarité légale أو تضامن اتفاقي solidarité conventionnelle مطالبة كل واحد من المدنيين إلا بوفاء جزء من الدين ويتحمل إعسارهم عند الاقتضاء.

3-عدم تطبيق نظرية الميسرة:

في المعاملات المدنية، وطبقا للمادة 210 من القانون المدني، يجوز للقاضي أن يعين ميعادا مناسبا لحلول الأجل، مراعيا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة مع اشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزاماته.

وطبقا للقواعد العامة فإن حق المدين في الأجل يسقط إذا شهر إفلاسه، أما في المواد التجارية، خاصة في باب الإفلاس والتسوية القضائية وحماية للدائن، لا يستفيد المدين المفلس من الآجال.

غير أن المشرع في مجال الإلتزام الصرفي (السفتجة) خرج عن هذه القاعدة، بحيث وضع استثناءا مفاده، إمكانية الحصول على مهلة أو أجل للوفاء وهو ما يعرف بالمهلة القانونية أو الإتفاقية، وذلك بصريح الفقرة الأخيرة من المادة 426 من القانون التجاري، التي تجيز للضامنين أن يتقدموا إلى المحكمة خلال ثلاثة أيام من ممارسة الحامل لحقه في الرجوع، طلبا يلتمسون فيه ميعادا، فإذا تقرر قبول الطلب، حدد في الأمر الوقت الذي يجب فيه على الضامنين وفاء الأوراق التجارية، دون أن تتجاوز المهلة الممنوحة التاريخ المحدد للإستحقاق.

وتختلف المهلة القضائية عن المهلة القانونية والتي تصدر بناءا على ظروف القوة القاهرة أو وجود نص قانوني لحالة ما، بحيث يحول دون تقديم السفتجة أو تقديم الاحتجاج في الآجال المعينة، فتمتد المواعيد، أي تمنح آجال للحامل، تطبيقا لما ورد في الفقرة الثانية من المادة 464 من القانون التجاري والتي جاء فيها مايلي:" ولا يجوز منح أجال قانونية كانت أو شرعية إلا في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 426 و 438 من هذا القانون". و عليه يجب على الحامل أن يبادر بعد زوال القوة القاهرة ودون إبطاء إلى تقديم السفتجة للقبول أو الوفاء أو الاحتجاج عند الاقتضاء، تطبقا للمادة 438 من القانون التجاري.

4-قسوة جزاء عدم الوفاء بالالتزام:

إن نظرية الالتزامات التجارية تهدف إلى توفير السرعة ودعم الائتمان في مجال إبرام وتنفيذ المعاملات التجارية، والوقوف بجانب الدائن الذي أولى المدين ثقته، لذا فإن الأحكام تميل إلى تغليب مصلحة الدائن على مصلحة المدين، خلافا لما هو مقرر في المعاملات المدنية.

يعد نظام الإفلاس من الأنظمة التي قننها القانون التجاري وجعلها مقصورة على فئة التجار أشخاص طبيعيين كانوا أو معنويين إلأى جانب الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الخاص، والإفلاس هو نظام التنفيذ الجماعي على أموال المدين الذي توقف عن الدفع، ويعد الإفلاس ذي نتائج خطيرة على المدين وعلى الدائن.

ويعرفه جانب من الفقه: فالإفلاس نظام خاص بالتجار يهدف إلى تنظيم التنفيذ الجماعي على أموال التاجر المدين الذي توقف عن دفع ديونه المستحقة.

أما الإعسار فيعرف على أنه عدم القدرة على النفقة أو أداء ما عليه بمال ولا كسب، ويكمن الفرق بينهما من حيث أن المفلس قد يكون له مال كثير لكنه لا يفي بديونه اللازمة، أما المعسر فهو من عسرت عليه أموره وشقت وبذلك يكون المعسر أسوأ حالا من المفلس.

ويمكن القول بأن الإعسار والإفلاس عموم وخصوص مطلق، فكل مفلس معسر وليس كل معسر مفلس. المعسر لا سبيل للدائنين عليه، فلا يجوز مطالبته بالدين ولا إجباره لسداده وإنما يجب إنظاره إلى ميسرة، أما المفلس فتسري عليه أحكام الإخلال وهي تبدأ بشهر إفلاسه ثم الحجر عليه

وتنتهي ببيع أمواله[28]، والدليل على وجوب إنظار المعسر قوله تعالى " وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة"[29].

5-الإعذار غير القضائي:

إن استيفاء الديون المدنية يستوجب إعذارا وفق السبل القانونية المحددة في نص المادة 180 من القانون المدني، وفي المقابل جرى العرف التجاري على أن إعذار المدين بالتزام تجاري يتحقق بمجرد خطاب عادي نظرا لما تتطلبه التجارة من سرعة.[30]

6-خصوصية قواعد الاختصاص القضائي :

ينظر القسم التجاري في المنازعات التجارية، وفقا لما هو منصوص عليه في القانون التجاري، مع مراعاة أحكام المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. غير أنه في المحاكم التي لم تنشأ فيها الأقسام يبقى القسم المدني هو الذي ينظر في جميع النزاعات باستثناء القضايا الاجتماعية[31]. مع ملاحظة وجود نزاعات تجارية تستأثر بالبت فيها المحكمة التجارية المتخصصة حددتها المادة 536 مكرر من القانون 22-13 المعدل لقانون الإجراءات المدنية والإدارية هي:

-منازعات الإفلاس والتسوية القضائية.

[28] زكي حسين زيدان، الإفلاس والإعسار في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، سنوية محكمة، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، عدد10، 1996.
[29] سورة البقرة الآية 280.
[30] عمورة عمار، المرجع السابق ، ص45.
[31] راجع المادة 32 من ق.إ.م.إ

-منازعات البنوك والمؤسسات المالية مع التجار.

-منازعات الشركات التجارية.

-المنازعات البحرية ومنازعات النقل الجوي ومنازعات التأمينات التجارية.

-منازعات الملكية الفكرية.

-منازعات عقود التجارة الدولية.

ولقد وضع المشرع قاعة عامة في مجال الاختصاص المحلي، بحيث يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له..[32]. غير أنه يمكن الخروج على هذه القاعدة، عملا بالمادة 04/39 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على مايلي:" في المواد التجارية، غير الإفلاس والتسوية القضائية، أمام الجهة التي وقع في دائرة اختصاصها الوعد، أو تسليم البضاعة، أو أمام الجهة القضائية التي يجب أن يتم الوفاء في دائرة اختصاصها، وفي الدعوى المرفوعة ضد الشركة، أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها أحد فروعها".

وفضلا عما ورد في قواعد الاختصاص الإقليمي، وضع المشرع بعض الاستثناءات نذكر منهاعلى سبيل المثال: في مواد الإفلاس والتسوية القضائية للشركات وكذا الدعاوى المتعلقة بمنازعات

[32] راجع المادة 37 من ق.إ.م.إ

الشركاء، ترفع الدعاوى أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان افتتاح الإفلاس أو التسوية القضائية أو مكان المقر الاجتماعي للشركة[33].

وإذا كان المشرع يجيز الاتفاق على عقد الاختصاص لجهة قضائية غير التي تعينها قواعد الاختصاص الإقليمي في حالات معينة، إلا أنه منع الخروج على قواعد الاختصاص تطبيقا لما ورد في المادة 45 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها:" يعتبر لاغيا وعديم الأثر كل شرط يمنح الاختصاص الإقليمي لجهة قضائية غير مختصة إلا إذا تم بين التجار".

وإذا كان للقسم التجاري، الفصل في المنازعات التي تنشأ بين التجار والناتجة عن الالتزامات المتعلقة بعملهم التجاري، إلا أنه في حالة إذا لم يكن طرفي النزاع تاجرين، فإن الدعوى تخرج عن نطاق القسم التجاري، وذلك في حالة العمل المختلط أي الأعمال التي تبرم بين تاجر غير تاجر، فإنها تخضع لنظام خاص، فإذا كان التصرف مدنيا من جانب المدعي وتجاريا من جانب المدعى عليه، فللمدعي الخيار في رفع الدعوى أمام القسم المدني أو التجاري، بينما لا يملك الطرف الآخر إلا رفع دعواه أمام القسم المدني.

7-النفاذ المعجل:

المبدأ العام، أن الأحكام الصادرة في المواد المدنية لا تكون قابلة للتنفيذ إلا بعد أن تصبح نهائية، أي بعد أن تحوز قوة الشيء المقضي به، بحيث لا تقبل المعارضة ولا الاستئناف، باستثناء

[33] راجع الفقرة الثالثة من المادة 40 من ق.إم.إ

الأحكام الواجبة التنفيذ بقوة القانون. يؤمر بالنفاذ المعجل رغم المعارضة عند طلبه في جميع الحالات التي يحكم فيها بناءا على عقد رسمي أو وعد معترف به حاز قوة الشيء المقضي به. ويجوز للقاضي في جميع الأحوال الأخرى أن يأمر في حالة الاستعجال بالنفاذ المعجل بكفالة أو بدون كفالة[34].

كما تعرضت المادة 227 من القانون التجاري في الباب المتعلق بالإفلاس والتسوية القضائية على مايلي:" تكون جميع الأحكام والأوامر الصادرة بمقتضى هذا الباب معجلة التنفيذ رغم المعارضة أو الاستئناف وذلك باستثناء الحكم الذي يقضي بالمصادقة على الصلح".

8-خصوصية أحكام الرهن الحيازي:

يخضع الرهن المنعقد لضمان تجاري لأحكام القانون التجاري، وهي تختلف عن أحكام القانون المدني ، وتتسم إجراءاته بالبساطة عند التنفيذ على الشيء المرهون ، وهذا ما نصت عليه المادة 33 من القانون التجاري :

إذا لم يتم الدفع في الاستحقاق جاز للدائن خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تبليغ عاد حاصل للمدين أو الكفيل العيني من الغير إذا كان له محل، أن يشرع في البيع العلني للأشياء المرهونة. ويجوز لرئيس المحكمة بناء على طلب الأطراف أن يعين عونا للدولة مختصا للقيام بهذا العمل . ويعتبر

[34] أنظر المادة 323 ق.إ.م.إ

لاغيا كل شرط يرخص فيه للدائن بأن يستمسك المرهون أو يتصرف فيه من غير مراعاة للإجراءات المقررة آنفا ".

وسبب ذلك أن الرهن التجاري يرد –عادة – على سلع تخضع لتقلبات الأسعار أو تكون سريعة التلف مما يستلزم تنفيذ الرهن التجاري في أسرع وقت .

وهذا بخلاف الرهن المنعقد لضمان مدني ، إذ يستوجب للتنفيذ على المال المرهون في حالة عدم وفاء المدين بالتزاماته حصول الدائن على حكم من القضاء ، وهذا يتطلب إجراءات طويلة ومعقدة [35].

9-المكانة المتميزة للعرف التجاري كمصدر للقاعدة القانونية:

يحتل العرف التجاري مكانة مرموقة ضمن مصادر القانون التجاري ، ويتجلى ذلك من جانبين:

-حجم الأعراف التجارية: حجم الأعراف التجارية كبير جدا مقارنة بالأعراف المدنية، وسبب ذلك كثرة المعاملات التجارية ومباشرتها من طرف أشخاص محترفة مما نشأ عنه كم هائل

[35] علي السيد قاسم، مبادئ القانون التجاري، دار النهضة العربية، مصر، 1995، ص 97.

من الأعراف التجارية تنافس حجم القواعد القانونية التجارية (بل وتفوقها أحيانا مثلما هو الحال بالنسبة للأعراف المصرفية التي تفوق حجم قواعد قانون النقد والقرض).

-ترتيب العرف التجاري ضمن مصادر القانون التجاري: حسب نص المادة الأولى مكرر من القانون التجاري يأتي العرف التجاري مباشرة بعد التشريع ثم تأتي الشريعة الإسلامية فباقي المصادر، أما في القانون المدني فيأتي العرف بعد التشريع والشريعة الإسلامية لتأتي بعد ذلك باقي المصادر تباعا (حسب نص المادة الأولى من القانون المدني).

المبحث الثاني: أنواع الأعمال التجارية

الأعمال التجارية ليست صنفا واحدا، وإنما تتنوع إلى عدة أنواع مختلفة[36]، وتتعد تقسيمات الأعمال التجارية حسب الزاوية التي ينظر منها إليها، غير أننا سنتقيد بالتقسيم الأشهر والأرجح فقها والمتبع تشريعا في القانون التجاري. وحسب هذا التقسيم تصنف الأعمال التجارية إلى ثلاثة أنواع هي: الأعمال التجارية بحسب الموضوع، الأعمال التجارية بحسب الشكل، والأعمال التجارية بالتبعية.

المطلب الأول: الأعمال التجارية بحسب الموضوع.

[36] سمير الشرقاوي، القانون التجاري، ج.1، دار النهضة العربية، مصر، 1982 ، ص 145.

بالرجوع إلى المادة الثانية من القانون التجاري، نجد بأنها تصبغ الصفة التجارية على بعض الأعمال ولو وقعت منفردة، أي مرة واحدة وأعمال لا تعد كذلك إلا إذا صدرت في شكل مقاولة أو مشروع أي المقاولات التجارية.

ويلاحظ أن الأعمال التجارية حسب الموضوع ذكرها المشرع على سبيل المثال لا الحصر، ويمكن للقاضي استخلاص أعمال تجارية حسب الموضوع أخرى بناء على اجتهاده، ورغم إجماع الفقه على أن الأعمال التجارية حسب الموضوع ذكرها المشرع على سبيل المثال، إلا أن المشرع المصري أجاد إذ نص على ذلك صراحة في نص المادة 07 من قانون التجارة المصري، وتوجه المشرع المصري يزيل كل لبس حول هذه المسألة، وجدير بالمشرع الجزائري سلوك مسلكه.

أ-الأعمال التجارية المنفردة.

لقد ذكر المشرع بموجب المادة الثانية من القانون التجاري أعمالا تجارية حتى ولو تمت مرة واحدة دون النظر إلى شخص القائم بالعمل، بمعنى أن الوصف التجاري يلحق العمل بالنظر إلى موضوعه وليس بالنظر إلى القائم بالعمل، والأعمال التجارية المنفردة التي ذكرها المشرع الجزائري هي:

1-الشراء لأجل البيع

نصت المادة الثانية في فقرتيها الأولى والثانية على مايلي:" يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه:

- كل شراء للمنقولات لإعادة بيعها بعينها أو بعد تحويلها وشغلها،

- كل شراء للعقارات من أجل إعادة بيعها.

تعتبر عملية الشراء لأجل البيع من بين الأعمال التي تتصدر قائمة الأعمال التجارية، كما يظهر من خلال النص أن المشرع وضع شروطا ينبغي توافرها لإضفاء الصفة التجارية على العمل المراد القيام به، ويتعلق الأمر بطبيعة العمل، فيجب أن يكون هناك شراء أما الثاني فيتصل بالسبب بحيث يشترط أن يكون الشراء قصد البيع.

ومادام أن المشرع الجزائري لم يفرق بين محل الشراء (المنقول أو العقار) وبالتالي فلا داعي لاعتبار محل الشراء من شروط العمل التجاري، لذا سنتوقف عند دراسة الشرطين السابق الإشارة إليهما.

أولا: أن يكون هناك شراء

يقصد بالشراء كل كسب لملكية الشيء بمقابل، يستوي في ذلك أن يكون هذا الكسب وارد على الملكية أو المنفعة أو أن يكون هذا المقابل نقديا أو عينيا.

ومن ثم يدخل في معنى الشراء عقد المقايضة[37]، كأن ينقل أحد المتعاقدين إلى الآخر على سبيل التبادل ملكية مال غير النقود. وعليه لا يعد عملا تجاريا لتخلف عنصر الشراء، بيع الشخص لأموال تلقاها دون مقابل، كأن ينتقل إليه المال عن طريق الهبة أو بسبب الوصية أو الميراث. كما

[37] راجع المادة 413 من القانون المدني.

تستبعد أيضا من نطاق الأعمال التجارية كل من عمليات الإستغلال الزراعي، الإنتاج الذهني، المهن الحرة..).

وتأتي القوانين العربية لتعبر عن كون الشراء لأجل البيع نموذج الأعمال التجارية، فهو يأتي دائما في مقدمة التعداد التشريعي للأعمال التجارية، بل أنه في القوانين التي تميز بين الأعمال التجارية المنفردة والمشروعات التجارية أو بين الأعمال التجارية المنفردة و الحرف التجارية[38]، يعد الشراء لأجل البيع عملا تجاريا منفردا تعبيرا عن عدم جواز تعليق خضوع نموذج الأعمال التجارية لأحكام القانون التجاري، على ثمة شرط سواء تمثل في مزاولته على وجه الإحتراف أو في إطار مشروع[39].

ملاحظة : أعمال تخرج عن مفهوم الشراء.

- الاستغلال الزراعي:

يراد بالاستغلال الزراعي عادة، تلك العمليات الزراعية التي ترتكز على الأرض وتعتمد على القوانين البيولوجية، بحيث يقتصر دور الإنسان على معاونة هذه القوانين على إحداث آثارها الطبيعية[40].و لا خلاف إذن على أن الزراعة وما يتصل بها من أعمال تخرج عن دائرة القانون التجاري. فإذا باع الشخص محصولاته الزراعية التي أنتجتها الأرض سواء كانت مملوكة له أو مستأجرا لها، فإن هذا العمل لا يلحقه الوصف التجاري بل يظل يحتفظ بطابعه المدني.

[38] جاء في نص المادة الخامسة من قانون التجارة المصري لسنة 1999، تحت الفصل الأول * الأعمال التجارية * بقولها: تعد الأعمال الآتية تجارية إذا كانت مزاولتها على وجه الإحتراف: أ) توريد البضائع، ب) الصناعة، ب) النقل البري والنقل في المياه الداخلية..الخ

[39] هاني دويدار، الأعمال التجارية، دار الجامعية للنشر، 2003، ص 181

[40] نادية فضيل ، القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية، التاجر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 57.

وعلة عدم اعتبار هذا البيع واستبعاده من قائمة الأعمال التجارية، ترجع في الأساس إلى كونه غير مسبوق بشراء حتى ولو لجأ المزارع إلى شراء البذور والأسمدة والأكياس الضرورية للاستغلال الفلاحي أو الاعتماد على منتوجات يتم شراؤها من الغير، وبيع تلك المنتجات يتجاوز بلا شك حدود بيع منتجات الأرض والذي استقر حكم طابعه المدني. وحيث يختلط بيع منتجات الأرض ببيع منتجات يتم شراؤها من الغير، اضطر القضاء إلى مواجهة هذه الظاهرة لتحديد مدى وجوب اعتبار البيع عملا تجاريا أم على العكس عملا مدنيا.

ولقد انطلق القضاء من قاعدة أن ضابط التمييز يتحدد بالنشاط الرئيسي، ويتضح من ذلك أن ضابط التمييز هو في الأساس ضابط كيفي، إذ يتحدد الحكم على ضوء صفة النشاط الرئيسي، لكن القضاء في سبيل تحديد وجه النشاط الرئيسي قد تبنى ضابطا كميا، مؤداه أنه متى كانت الكمية المشتراة من الغير تزيد على كمية منتجات الأرض تحدد النشاط الرئيسي بالشراء لأجل البيع، أما إذا كانت الكمية المشتراة من الغير تقل عن كمية منتجات الأرض تحدد النشاط الرئيسي للاستغلال الزراعي[41].

ولا يعتبر تجاريا بيع المزارع منتجات الأرض التي يقوم بزراعتها سواء كان مالكا أو مجرد منتفع بها، ومع ذلك إذا قام المزارع بتحويل المواد التي تنتجها الأرض التي يزرعها واستخدم في ذلك

[41] هاني دويدار، المرجع السابق، ص 403 و 404.

آلات ذات قوة محركة كبيرة أو عدد قليل من العمال أو أسس متجرا أو مصنعا بصفة دائمة لبيع حاصلاته بحالتها أو بعد تحويلها اعتبر عملا تجاريا[42].

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري أخذ موقفا صريحا بشأن أعمال المزارع وبذلك وضع حد للخلاف في البحث حول طبيعة عمل المزارع، بحث جاء في المادة التاسعة منه على أنه:" لا يعد عملا تجاريا بيع الزارع منتجات الأرض التي يزرعها سواء كان مالكا لها أو مجرد منتفع بها[43]."

وإذا كان لاستبعاد المزارع أو الفلاح ما يبرره بالنسبة للاستغلال الزراعي الذي يقوم على العمل الشخصي، فإن الأمر يختلف بسبب تحول بعض الأنشطة الفلاحية كمقاولات الاستغلال الفلاحي مثلا، نتيجة اللجوء إلى أساليب وطرق حديثة مع الإعتماد بالدرجة الأولى على ما تقدمه البنوك من قروض (التمويل الخارجي).

ولقد تطور نمط تغذية الحيوان من الاعتماد على الرعي أساسا إلى تعليف الحيوان صناعيا، فضلا عن اتساع رقعة الميكنة واستخدام الآلات التي تزيد من معدل إنتاج المنتجات الحيوانية كحليب الأبقار وبيض الدواجن. ومما لا شك فيه أن تطور هذه الفنون أدى بالإنسان إلى السيطرة الكبيرة على الدورة البيولوجية للحيوان، مما ساعد على انتظام نشاط تربية الحيوان على أسس رأسمالية جعلته يقترب كثيرا في آلياته من آليات المشروعات التجارية والصناعية[44]

- الإنتاج الذهني:

[42] المادة الثامنة من قانون التجارة البحريني
[43] المادة التاسعة من قانون 17 لسنة 1999 بإصدار قانون التجارة المصري
[44] هاني دويدار، المرجع السابق، ص 259.

يعد الاستغلال الذهني والفني من قبيل الأعمال المدنية، ولا يلحقه الوصف التجاري لأنه من قبيل الإنتاج الفكري الذي لا يسبقه شراء، فهو بذلك يقترب إلى عمل المنتج الأول. وتطبيقا لذلك إذا طبع المؤلف مؤلفاته وباعها على نفقته لا يعتبر عمله تجاريا دون الأخذ بعين الإعتبار المبالغ المالية المضافة إلى ثروته، لأن هذا الحق مرتبط بصاحبه فلا يجوز لأي شخص التصرف فيه.

وإذا صاحب العمل الذهني بعض الأعمال التجارية لبيع الإنتاج كشراء الورق لبيع المؤلفات أو شراء الأدوات للتصوير أو الرسم، فإن هذه الأعمال تعتبر مدنية بالتبعية لأنها ثانوية إلى جانب العمل الأصلي وهو الإنتاج الذهني.

- المهن الحرة:

يظهر كذلك الاستغلال المباشر للملكات الإنسانية في مزاولة المهن الحرة، وتتميز هذه المهن بالخصائص التالية: أنها لا تتطلب إلا عملا ذهنيا،في حين أن التجارة تتطلب عملا ماديا في جزء منها كنقل البضائع وتحويل المواد ... كما أنها تفترض التنزه عن المادة ولذلك يسمى ما يحصل عليه من يمارس إحدى هذه المهن بمقابل الأتعاب وليس بالأجر ، وأخيرا تقوم في معظم الأحيان على الثقة الشخصية بين من يباشرها وعملائه. ويدخل في نطاق المهن الحرة عمل المحامي والطبيب والمهندس[45].

ثانيا: قصد إعادة البيع

[45] فريد العريني، المرجع السابق، ص 90.

سبق الإشارة إلى أن المشرع لم يفرق في محل الشراء سواء ورد الشراء على المنقول بمختلف أنواعه (مادية، معنوية، بحسب مآلها أو على العقار، فالعمل يعد تجاريا متى قام الشخص بعملية الشراء بقصد إعادة البيع، فالتصرف يعد تجاريا حتى ولو لم يتحقق البيع فعليا، وقصد الربح يكون موجودا حتى وإن تمت العملية بخسارة.

وقد تباع السلعة بأقل من ثمن الشراء خشية تلفها، كما قد يعمد التاجر إلى بيع سلعته دون ربح ليتخلص من منافس، فالرأي استقر على إضفاء الوصف التجاري على عملية الشراء من أجل البيع اعتدادا بالقصد البعيد، إذ يرمي التاجر من وراء ذلك إلى تحقيق ربح أكبر ينتج عن السيطرة على السوق[46].

وترتيبا على ذلك يجب البحث عن الباعث لمعرفة ما إذا كان الشراء تجاريا، فإذا كان الباعث عند المشتري الرغبة في بيع السلعة ولكن بعد مدة، عدل عن البيع مراعيا في ذلك تقلبات السوق، يحتفظ العمل في هذه الحالة بالطابع التجاري، أما إذا كان الباعث يكمن في الاستغلال الشخصي فإن الشراء يخرج من دائرة الأعمال التجارية.

كما لا يشترط أن يكون القصد قبل الشراء أو بعده، بل يشترط وجود القصد وقت الشراء قياسا على عنصر النية وقت الشراء ليتحقق بذلك عنصر المضاربة. ومثال ذلك إذا اشترى شخص منقولا (سيارة نفعية) لأجل البيع ثم عدل، فإن العمل يحتفظ بطابعه التجاري لتوافر نية البيع وقت

[46] علي السيد قاسم، المرجع السابق، ص 86.

الشراء ، أما إذا كان الشراء لأجل الاستعمال أو الاستغلال الشخصي ثم قام بالبيع محققا فائدة معتبرة، فإن عمله يظل مدنيا لانتفاء نية البيع وقت الشراء.

وبالمقابل ليس من الضروري أن يباع المنقول بحالته وقت الشراء، فقد يتم البيع بعد عملية التحويل كشراء الحبوب وتحويلها إلى دقيق. ويطرح عملية إعادة البيع مسألة كيفية الإثبات، حيث وضع القضاء بعض القرائن التي يمكن استخلاصها، من الظروف المحيطة بالتصرف كأن تكون الكميات المشتراة كبيرة تفوق حاجة الاستهلاك الشخصي. ولكن من أهم القرائن على قيام هذا القصد هي بلا شك احتراف التجارة في صنف البضاعة المشتراة.كما توقف الصفة التجارية للعمل على الباعث الدافع إليه، إذ يعد خير دليل على ضعف نظرية العمل التجاري الموضوعي Acte de commerce objectif، بمعنى كيف يمكن استقصاء الباعث على الشراء لإضفاء الطابع التجاري أو المدني على العمل حسبما إذا كان المقصود منه هو إعادة البيع أو الاستعمال الشخصي، لن يتسنى معرفة ذلك دون أخذ صفة الشخص القائم به في الاعتبار[47].

2-أعمال الصرف :

اعتبر المشرع بصريح الفقرة الثالثة عشر من المادة الثانية، كل عملية صرف من قبيل الأعمال التجارية بحسب الموضوع، و لقد نظم المشرع الصرف بموجب الأمر رقم 01/03 المعدل والمتمم

[47] هاني دويدار، الأعمال التجارية بالقياس، دار الجامعية الجديدة للنشر، 2003، ص 18،19.

للأمر رقم 22/96 المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال إلى الخارج[48]. وبالرجوع إلى التنظيم المتعلق بالصرف[49]،في مادته الأولى:" فإن مصطلح الصرف يقصد به كل عملية شراء أو بيع للعملة الصعبة على حساب ما يقابلها من دينار جزائري أو عملة أجنبية أخرى".

كما تشمل هذه الكلمة أيضا: "النقد بصفة بحتة، السندات، بطاقات القرض أو الائتمان، الصكوك البنكية، أوراق القرض، إضافة إلى السبائك الذهبية، القطع النقدية الذهبية والأحجار والمعادن النفسية"[50].

3-أعمال البنوك:

ولقد حاول المشرع بموجب الأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم[51]، إعطاء تعريف للعمليات المصرفية ضمن الكتاب الخامس بعنوان "التنظيم المصرفي" بحيث جاء في نص المادة 66 بقولها:"تتضمن العمليات المصرفية تلقي الأموال من الجمهور وعمليات القرض، وكذا وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن وإدارة هذه الوسائل".

وتعتبر أموالا متلقاة من الجمهور، الأموال التي يتم تلقيها من الغير، لا سيما في شكل ودائع، مع حق استعمالها لحساب من تلقاها، بشرط إعادتها[52]. والبنوك مخولة دون سواها بالقيام بجميع

---

[48] عبد القادر بقيرات، مبادئ القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2011، ص 154.

[49] التنظيم رقم 07/91 الصادر في 14أوت 1991 المتضمن قواعد وشروط الصرف (بنك الجزائر).

[50] أحسن بوصقيعة، مخالفة الصرف في القانون الجزائري، دار الحكمة،ص11.

[51] عدل بموجب الأمر رقم 10-04 مؤرخ في 16 رمضان عام 1413 الموافق 26 غشت سنة 2010، ج ر. عدد 50.

[52] راجع المادة 66 من الأمر رقم 11/03 المعدل والمتمم.

العمليات المبنية، كما يمكن البنوك والمؤسسات المالية أن تجري جميع العمليات ذات العلاقة بنشاطها الآتية:

- عمليات الصرف،
- توظيف القيم المنقولة وكل منتوج مالي...[53].

4-السمسرة:

تعتبر من قبيل الأعمال التجارية، أعمال السمسرة و الوكالة بالعمولة، فالسمسرة إذن تقوم على أساس تقريب وجهات النظر وتسهيل التعاقد بين الأطراف، مما يعني أن عمل السمسار عمل مادي يختلف كليا عن عمل الوكيل بالعمولة الذي يتخذ صفة قانونية. ويتمثل التزام السمسار في بذل العناية اللازمة وذلك من خلال إيجاد الشخص الذي يمكن التعاقد معه [54]. ومن أمثلة أعمال السمسرة ما تعرضت إليه المادة 631 من القانون البحري بشأن السمسار البحري، بحيث يعد سمسارا بحريا " كل شخص طبيعي أو معنوي يلتزم مقابل أجر وبموجب وكالة بالعمل كوسيط لإبرام عقود شراء السفن وبيعها وعقود الاستئجار والنقل البحري والعقود الأخرى التي تتعلق بالتجارة البحرية".

[53] راجع المادتين 70 و 72 من نفس الأمر.
[54] إدوارد العيد، العقود التجارية وعمليات المصارف دار النجوى، 1986، ص 28

أما الوسيط هو كل شخص طبيعي أو اعتباري يحصل أو يحاول الحصول بصورة مباشرة أو غير مباشرة على مكافأة أو ميزة من أي نوع كانت عند تحضير أو تفاوض أو إبرام أو تنفيذ صفقة.

وتعد السمسرة عملا تجاريا مهما كانت طبيعة العمليات التي يمارسها السمسار، وتعرف كذلك على أنها:" عقد يكلف بموجبه السمسار من طرف شخص بالبحث عن شخص آخر لربط علاقة بينهما قصد إبرام العقد"[55].

وتختلف أعمال السمسرة عن الوكالة بالعمولة، بحيث يتخذ الوكيل صفة قانونية، مادام أنه يتعامل باسمه ولحساب شخص آخر،كما أن السمسرة لا تقوم على فكرة النيابة في التعاقد، لأنها تقتصر على الوساطة بين شخصان يريدان أن يتعاقدا دون أن يكون تابعا أو نائبا عن أحدهما في إبرام العقد، بل مجرد وسيط يقتصر دوره في التقريب بين طرفي العقد ودون أن تترتب في ذمته أية التزامات أو تتولد له حقوق شخصية عن هذا العقد[56].

5- الوكالة بالعمولة:

[55] المادة 405 من القانون المغربي.
[56] عزيز العكلي، شرح القانون التجاري، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1998، ص 305.

تعد الوكالة بالعمولة أيضا شكل من أشكال الوساطة، وإن كانت تختلف عن عقد الوكالة التجارية من حيث أن الصفة التجارية تلحق العملية دون اشتراط الاحتراف. بحيث قد يتعاقد الوكيل مع الغير باسمه الشخصي ولكن لحساب موكله لقاء عمولة يحصل عليها تتمثل عادة في نسبة مئوية من قيمة الصفقة، وعند إذن يطلق عليه اصطلاحا بالوكيل بالعمولة le commissionnaire.

ولقد تعرض المشرع بصريح المادة 34 من القانون التجاري إلى عقد الوكالة التجارية (الوكيل التجاري أو الممثل التجاري) بقولها: " يعتبر عقد الوكالة التجارية اتفاقية يلتزم بواسطتها الشخص بإعداد أو إبرام البيوع أو الشراءات وبوجه عام جميع العمليات التجارية باسم ولحساب تاجر، والقيام عند الاقتضاء بعمليات تجارية لحسابه الخاص ولكن دون أن يكون مرتبطا بعقد إجارة الخدمات".

ويترتب على عقد الوكالة التجارية التزام الوكيل التجاري بالقيام بالأعمال المكلف بها في الحدود المرسومة في العقد، فعليه أن يسعى لترويج بضاعة موكله أو خدماته، فيعمل على إبرام أكبر عدد من العقود في دائرة نشاطه. ولتحقيق ذلك يلتزم الوكيل التجاري القيام بأعمال الدعاية اللازمة لترويج السلع والمنتجات. ويقوم بإبرام التصرفات المكلف بها باسم ولحساب الموكل وبالتالي لا يعد الوكيل طرفا في العقد الذي يبرمه ولا يسأل عن تنفيذ العقود التي يبرمها باسم الموكل[57].

في مقابل ذلك يلتزم الموكل بدفع الأجر المتفق عليه للوكيل التجاري ورد المصروفات التي أنفقها في سبيل المحافظة على البضاعة كما يلزم الموكل بإحاطة الوكيل التجاري بالمعلومات الضرورية

[57] بسام حمد الطراونة و باسم محمد ملحم، شرح القانون التجاري، مبادئ القانون التجاري، النظرية العامة ، الأعمال التجارية والتجار، الدفاتر التجارية، دار المسيرة، عمان، الأردن، 2017، ص189.

حول السلع محل عقد الوكالة. كما تختلف الوكالة عن السمسرة من حيث أنها تقوم على فكرة النيابة في التعاقد، فالوكيل بعمولة عندما يتصرف باسمه ولحساب الموكل يترتب عن هذا الالتزام حقوق وواجبات في ذمة المتعاقدين، كما تختلف عن الوكالة في القانون المدني كونها تعد عملا تجاريا بغض النظر عن أطراف العلاقة وكذلك طبيعة المعاملة.

6-عقود التجارة البحرية.

تشمل عقود التجارة البحرية كلا من البيوع والتأمينات وعقود العمل مع ربان السفينة وطاقمها وعمالها وعقود الإيجار الواردة على السفينة وغيرها[58].

ب-المقاولات التجارية:

إلى جانب الأعمال التجارية المنفردة، نظم المشرع طائفة ثانية من الأعمال لا تكتسب الصفة التجارية إلا إذا وقعت في شكل **مشروع أو مقاولة**، فتجارية هذه الأعمال لا تستمد من العمل ذاته وطبيعة موضوعه أو من صفة الشخص القائم به، بل من شكل التنظيم الذي يستند إليه.

[58] مصطفى البنداري، مبادئ قانون المعاملات التجاري، الجزء الأول:نظرية الأعمال التجارية، طبقا لقانون التجارة رقم 17 لسنة 1999، الناشر دار النهضة العربية، ص 144.

جدير بالتنبيه قبل دراسة المقاولات التجارية واحدة بواحدة الإشارة إلى مسألة مهمة: لقد أغفل المشرع الجزائري الإشارة إلى شرط يجمع عليه الفقه والقضاء المعاصر في المقاولة لاعتبارها تجارية ألا وهو "المضاربة"، ولذلك يجب توفر شرط المضاربة في المقاولة حتى تعد تجارية، وينطبق هذا الكلام على المقاولات التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 02 من القانون التجاري أيضا، فكل مقاولة تبرعية لا يمكن أن تكتسب صفة العمل التجاري، لأن المقاولة عمل تجاري بحسب الموضوع، فلا يكفي توفر شكل المقاولة لوحده، وإنما لابد من قيامها على المضاربة.

وقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 02 من القانون التجاري على أحد عشر نوعا من المقاولات التجارية هي:

1-تأجير المنقولات والعقارات:

تنص الفقرة الثالثة من القانون التجاري على أن تأجير المنقول أو العقار لا يعد تجاريا إلا إذا صدر في صورة مقاولة، أي على سبيل الاحتراف والتكرار، ومن أمثلة ذلك مقاولة تأجير السيارات ومقاولة تأجير الأفلام السينمائية ومقاولة تأجير الشقق السكنية وغيرها، ويلاحظ هنا أن مقاولة التأجير هي عمل تجاري بالنسبة للمؤجر دون المستأجر، فعمل المستأجر يخضع لضوابط التمييز سابقة الذكر لمعرفة طبيعته.

وجدير بالذكر في هذا المقام أن المشرع الجزائري سلك نهجا مغايرا للمشرع الفرنسي، فالأول يعتبر كلا من مقاولة تأجير المنقولات والعقارات عملا تجاريا، في حين قصر الثاني الأعمال التجارية على مقاولة تأجير المنقول دون مقاولة تأجير العقار التي تظل عملا مدنيا حسبه.

2-مقاولة الإنتاج أو التحويل أو الإصلاح (مقاولة الصناعة):

يقصد بهذا النوع من المقاولات، تلك المشروعات التي تحترف إنتاج المواد الأولية وتحويلها إلى سلع نصف مصنعة تؤدي إلى إشباع أو تشبع الحاجات الإنسانية. ولقد قضت محكمة النقض الفرنسية بتجارية كل الأعمال التي تتحصل في تحويل المواد الأولية بواسطة وسائل ميكانيكية، بيد أن الصناعة لا تقتصر في مدلولها القانوني على الصناعات التحويلية وحدها، وإنما تضم كما فسرها القضاء والفقه إلى كل تعديل للأشياء يزيد من قيمتها أو يجعلها تحقق منفعة جديدة.

ويصنف هذا النوع الأعمال ضمن المقاولات التجارية لقيامه على عنصر الوساطة بين عمل العمال وجمهور المستهلكين، فضلا عن توافر المضاربة وقصد تحقيق الربح فيه. كما يعد الصانع تاجرا ولو درج العرف على التمييز بين التاجر والصانع، فالتاجر يضارب على الفرق بين ثمن الشراء وثمن البيع مع بقاء شكل المادة كما هو، في حين أن الصانع يحول المادة الأولية ويحدد ثمن البيع بمراعاة نفقات الإستثمار والعمل.

كما يسمح معيار المقاولة في هذه الصورة **بتمييز الصانع في إطار مقاولة الصناعة عن الحرفي** سواء من حيث الآلات المستعملة أو عدد العمال الذين يستخدمهم. فالإسكافي والنجار والرصاص

والخياط ممن يمارسون صناعة يدوية بمفردهم أو بمساعدة عدد قليل من العمال دون الاستعانة بآلات إنتاج ضخمة وكثيرة يعدون "حرفيين" لا صناعا (تجار)، لأنهم يحصلون أرباحهم من أعمالهم اليدوية ومهاراتهم الشخصية بالدرجة الأولى، وليس من المضاربة على عمل الغير وآلات الإنتاج ولا على فروق الأسعار بين المواد الأولية والمواد المصنعة، فعملهم أقرب إلى بيع إنتاجهم الفكري ومهارتهم الشخصية منه إلى المضاربة التجارية، وبالتالي يظل عمل الحرفي عملا مدنيا. أما مقاولة الصناعة فإنها تقوم أصلا على أساس المضاربة على عمل الغير وعلى الطاقة والآلات وعلى فروق الأسعار، فالمقاول يجمع عناصر الإنتاج المادية والبشرية في مشروع وهو يضارب على فروق الأسعار بقصد تحقيق الربح بين تكاليف الإنتاج وأسعار البيع، ولذلك تعد مقاولة الصناعة عملا تجاريا.

3-مقاولة البناء والحفر وتمهيد الأراضي:

تنص الفقرة الخامسة من المادة الثانية من القانون التجاري على أنه تعد من الأعمال التجارية كل مقاولة للبناء أو الحفر أو لتمهيد الأراضي ، فمتى اتخذت هذه الأعمال شكل المقاولة اعتبرت عملا تجاريا سواء قدم المقاول المواد اللازمة للبناء أو اقتصرت مهمته فقط على تقديم العمال ، ذلك أن عمل المقاولة هنا يقوم على أساس المضاربة بين عمل العمال وفروق الأسعار .

4-مقاولة التوريد أو الخدمات:

التوريد عقد يلتزم بمقتضاه شخص يسمى المورد بتسليم عميله الأشياء المتفق عليها على توريدها بصفة دورية ومنتظمة خلال فترة زمنية معينة، كتوريد اللحوم أو الخضر أو الملابس،

ويشترط في التوريد أن يتصف بالدورية والانتظام، فهو من العقود المستمرة التي يعتبر فيها الزمن عنصرا جوهريا فيها. والتوريد لا يكون تجاريا إلا إذا وقع في شكل مقاولة، وهو ما تعرضت إليه صراحة الفقرة السادسة من المادة الثانية بقولها: " كل مقاولة للتوريد".

ولقد ذهب البعض إلى تجارية التوريد ولو لم يكن مسبوقا بشراء طالما اتخذ شكل مشروع، لأن التوريد نوع خاص من البيع يتصف بالدورية، فلا غرابة أن يختلف حكمه- إذا وقع في شكل مشروع – عن حكم البيع في صورته البسيطة. وبذلك يستقيم حكم القانون على أساس أن التوريد حالة تتوسط بين البيع المسبوق بشراء والبيع غير المسبوق بشراء الذي لا يقر القانون تجاريته ولو وقع في شكل مشروع أو مقاولة، كما استقر الرأي في فرنسا على تجارية مقاولات التوريد حتى ولو كان المورد ينتج ما يقوم بيعه بصفة دورية ومنتظمة، فلا يلزم أن يكون المورد قد سبق له شراء الأشياء التي تعهد بتوريدها.

5-مقاولة استغلال المناجم ومقالع الحجارة ومنتجات الأرض:

اعتبر المشرع الجزائري الصناعات الاستخراجية عملا تجاريا إذا تمت على وجه المقاولة، فالمقاولات التي تستخرج المعادن والنفط والغاز والرخام والمياه المعدنية وغيرها تكتسب وصف العمل التجاري بحسب موضوعه، ويلاحظ أن المشرع الجزائري أدخل جميع الصناعات الاستخراجية ضمن هذا المفهوم على خلاف المشرع الفرنسي مثلا الذي استثنى مقاولة المناجم من طائفة الأعمال التجارية.

6-مقاولة النقل والانتقال:

يعد النقل إحدى الدعائم الأساسية التي يرتكز عليه النشاط الاقتصادي في العصر الحديث، الذي أصبحت فيه الحرفة ضرورة، لأن لولاه لوجب استهلاك السلع في الأمكنة التي تصنع فيها، مما يؤدي إلى شل حركة التبادل وهي جوهر الحياة، لهذا اعتبر النقل واحد من المعايير التي يقيم على ضوئها مدى تقدم الدول. ويعتبر انتقال الأشخاص أو نقل البضائع من قبيل الأعمال التجارية، ويشترط أن يتم النقل أو الانتقال في شكل مقاولة.

والنقل معناه:" كل نشاط يقوم من خلاله شخص طبيعي أو اعتباري بنقل أشخاص أو بضائع من مكان إلى آخر، عبر الطرق أو السكة الحديدية على متن مركبة ملائمة"[59].

وإذا كانت عملية نقل الأشخاص لا تكتسب الوصف التجاري، إلا إذا تمت في شكل مقاولة، **فإن التساؤل يطرح حول مدى اعتبار نقل الركاب في سيارة الأجرة "طاكسي" الذي يتولى قيادتها بنفسه من قبيل الأعمال التجارية؟**

رغم أن **البعض** ذهب إلى أن عمل صاحب سيارة الأجرة يعد تجاريا، إذ أنه يقوم بمشروع نقل بالمعنى المقصود بنص المادة 02 من القانون التجاري[60]، إلا أن **الرأي الفقهي والقضائي الراجح** استبعد الطابع التجاري عن هذا العمل، مستدلين في ذلك بأسانيد متباينة، نذكر منها:

59

60

1- إن صاحب سيارة الأجرة سواء كان مالكا لها أو مستأجرا يعد حرفيا، بحيث أن نشاطه يقترب من بيع المهارة الشخصية منه إلى المضاربة.

2- أضف إلى ذلك انتفاء طابع الاستقلال عند ممارسة النشاط، يعد أحد العلامات المميزة لعقد النقل، انتفاء يقربه من عقد إيجار الخدمات، ليبتعد به عن دائرة النقل. وذلك راجع إلى أن صاحب سيارة الأجرة يتلقى الأوامر والتوجيهات من الزبون على نحو يؤدي إلى فقده لاستقلاله والتوسط في مواجهته.

3- إن عدم الاستقلالية تبرره كذلك حالة طلب النقل بالهاتف حيث ينطلق العداد من المكان الذي تنطلق فيه سيارة الأجرة التي تقوم بالنقل حين تلقي المكالمة الهاتفية، ويمكن أن تدخل مدة الانتظار في الحساب إن اقتضى الأمر ذلك.

وتجدر الإشارة إلى المسؤولية تقع على عاتق سائق سيارة الأجرة الفردية أو الجماعية، من حيث ضرورة إعلام الزبون بكل تغيير يحصل في التعريفة خلال الرحلة، وبالمقابل يأخذ السائق أجره من عمله اليدوي الخاص.

7-مقاولة استغلال الملاهي العمومية والإنتاج الفكري:

اعتبرت الفقرة التاسعة من المادة الثانية من القانون التجاري مقاولة استغلال الملاهي العمومية من الأعمال التجارية، ويقصد بهذا النوع من المقاولات تلك المقاولات الخاصة بتسلية الجمهور في مقابل أجر، كدور السينيما والغناء والمسارح والسيرك ومدن الملاهي وغيرها. أما مقاولة الإنتاج

الفكري فتختص بها دور النشر بصفة أساسية التي يتمثل عملها في شراء حق التأليف من المؤلف قصد بيعه وتحقيق الأرباح.

8-مقاولات التأمين.

نصت عليها المادة 10/2 من القانون التجاري، والتأمين هو أن يتعهد شخص يسمى المؤمن بأن يؤدي للمؤمن له مبلغا من النقود في حالة وقوع حادث أو تحقق الخطر المؤمن منه، وذلك نظير قسط يؤديه دوريا المؤمن له، وهذا ما يسمى **التأمين بأقساط ثابتة**. كما توجد صورة أخرى من التأمين تسمى **التأمين التبادلي (التعاوني)** وهو أن يتفق مجموعة من الأشخاص معرضين لأخطار متشابهة على تعويض الضرر الذي يحل بأحدهم عند وقوع الخطر المؤمن منه ، ويتم تعويضه من مجموع اشتراكاتهم الدورية، فيلعبون جميعهم دور المؤمن والمؤمن له والمستفيد في نفس الوقت دون أي وساطة في عملية التأمين. وقد اعتبر المشرع الجزائري مقاولة التأمين عملا تجاريا سواء احترفت التأمين بأقساط ثابتة أو التأمين التبادلي.

9-مقاولة استغلال المخازن العمومية :

المخازن أو المستودعات العمومية هي محلات واسعة معدة لإيداع السلع فيها نظير أجر بمقتضى سندات تمثل السلعة الموضوعة فيها، وتقوم مقاولة المخازن –وهي مقاولة تجارية بصريح المادة 11/2 من القانون التجاري– باستلام السلع والحفاظ عليها لحساب مودعها أو لمن تؤول إليه ملكيتها بمقتضى سندات الخزن . وتمثل السلعة في حالة إيداعها في مخزن عمومي بسند ذا قسيمتين : يمثل الأول ملكية السلعة ويكون التصرف فيها بيعا أو مقايضة باستعماله، ويمثل الثاني وسيلة لرهن السلعة للحصول على ائتمان (قرض بنكي مثلا).

10-مقاولة بيع السلع الجديدة بالمزاد العلني بالجملة أو الأشياء المستعملة بالتجزئة:

اعتبر المشرع كل عملية بيع للسلع الجديدة بالمزاد العلني بالجملة أو الأشياء المستعملة بالتجزئة، عملا تجاريا بحسب موضوعه طبقا للفقرة الثانية عشر من المادة الثانية، بشرط أن تتم عملية البيع في إطار مشروع أو مقاولة. أي أن يتم في تلك المحلات التي يجري فيها بيع المنقولات الجديدة والمستعملة للجمهور في المزاد العلني".

وجاء في نص المادة 69 من القانون المدني على مايلي:" لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزاد، ويسقط المزاد بمزاد أعلى ولو كان باطلا".

وبالرجوع إلى النصوص المنظمة لمهنة محافظ البيع بالمزايدة، الذي أصبح يتولى بصفته ضابطا يكلف وفق الشروط المحددة بموجب القوانين والتنظيمات، بالتقييم والبيع بالمزاد العلني للمنقولات والأموال المنقولة المادية، بحيث يجب عليه أن يتقيد بصرامة بالواجبات والالتزامات.

ومن بين الالتزامات التي يتعين عليه القيام بها، ما تعرضت إليه المادة 43 من القانون رقم 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية والتي تنص على مايلي:" عندما يكون الحجز على أموال سريعة التلف أو تقضي ذلك حالة السوق أو لظروف خاصة، يمكن للوالي المختص إقليميا بناء على اقتراح المدير الولائي المكلف بالتجارة أن يقرر دون المرور بالإجراءات القضائية المسبقة، البيع الفوري من طرف محافظ البيع بالمزايدة للمواد المحجوزة...).

ويتقاضى محافظ البيع بالمزايدة أتعابه مباشرة من زبائنه حسب التعريفة الرسمية، كما يتقاضى أتعاب عن خدماته لدى المحاكم والمجالس القضائية. أما إذا كانت المصادرة تتعلق بسلع كانت موضوع حجز عيني، تسلم هذه المواد إلى إدارة أملاك الدولة التي تقوم ببيعها.

11-مقاولة صنع أو شراء أو بيع أو إعادة بيع السفن للملاحة البحرية:

أضاف الأمر رقم 96-27 المعدل للقانون التجاري مقاولة جديدة، إذ أصبحت تنص المادة 02 من القانون التجاري على مقاولة صنع أو شراء أو بيع أو إعادة بيع السفن للملاحة البحرية، ولكي تكتسب هذه المقاولة الصفة التجارية يجب أن يتعلق موضوعها بالتجارة البحرية، وأن يكون الغرض منها هو المضاربة وتحقيق الربح، أما إذا تعلق الأمر بشراء سفينة أو أكثر بهدف

النزهة أوالهواية أو التنقل ليتمتع بها مالكها لوحده أو رفقة عائلته أو بغرض التدريب أو البحث العلمي فإن المقاولة تظل مدنية في هذه الحالة[61] .

يلاحظ على التعداد التشريعي الوارد في المادة الثانية، إنما ورد على سبيل المثال لا الحصر، حيث أن هذه الأعمال هي التي استطاع المشرع الإلمام بها وقت إصدار القانون، لكنه لم يتنبأ لما ستفرزه البيئة التجارية مستقبلا من أعمال، نتيجة التطور المستمر في عالم التجارة والتكنولوجيا الحديثة. ولقد استطاع المشرع المصري على خلاف بعض التشريعات العربية[62]، أن يلزم القضاء بإتباع منهج القياس على الأعمال التجارية بحسب نص القانون وذلك من أجل إضافة الظواهر المستحدثة إلى التعداد التشريعي للأعمال التجارية. فعقب تعداد الأعمال التجارية في المواد الرابعة والخامسة والسادسة تأتي المادة السابعة من قانون التجارة المصري الجديد رقم 17 لسنة 1999، لتنص على أنه: (يكون عملا تجاريا كل عمل يمكن قياسه على الأعمال المذكورة في المواد السابقة لتشابهه في الصفات والغايات).

وبذلك يكون القانون التجاري المصري قد أفصح عن المنهج الواجب اتباعه في سبيل اعتبار ثمة عمل لم يرد له ذكر في التعداد التشريعي للأعمال التجارية من قبيل هذه الأعمال التجارية بنص

[61] وسيلة شريط، التعداد التشريعي للأعمال التجارية بحسب الموضوع الوارد في القانون التجاري الجزائري، مقال منشور في مجلة المعيار، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، 2005، ص44. والمقال متوفر عبر المنصة الرقمية الجزائرية للبحوث عبر الرابط:
https://www.asjp.cerist.dz/en/article/15640

[62] ومنها القانون التجاري الجزائري الذي لم يتبنى الأعمال التجارية بالقياس

القانون. بل أكثر من ذلك قد أفصح عن علة القياس التي تكمن في معيار "التشابه في الصفات والغايات".

ولذلك يصلح حكم الأعمال التجارية بالقياس في قانون التجارة المصري الجديد محورا للتحليلات التي تقتضيها الظاهرة المشار إليها، وتعين عناصر الدراسة المقارنة والدراسة التاريخية على بلورة الحلول الواجب تبينها بشأن المسائل والقضايا التي تثيرها ظاهرة الأعمال التجارية بالقياس[63].

ولا ريب أن عمومية المعيار المتعلق بالتشابه "في الصفات والغايات" المنصوص عليه في المادة السابعة السالفة الذكر يؤدي إلى إمكانية[64]:

1/ قياس ما استجد من أعمال على ما هو قائم، متى اتحدت معها في الصفات والغايات، وللقضاء السلطة التقديرية في هذا المجال.

2/ الاستغناء عن ذكر القائمة المطولة من الأعمال المذكورة، وما يتفرع عن كل منها، والاكتفاء بالنص على حالات معدودة كأمثلة، والإحالة إلى قاعدة التماثل في الصفات والغايات،

3/ إن التعداد التشريعي للأعمال التجارية – فضلا عن كثرته– لا يعبر عن منهجية معينة يمكن القول باتجاه المشرع نحوها. وكان الأولى تصنيف هذه الأعمال في مجموعات رئيسية، ثم الإحالة بشأن الحالات الفرعية إلى قاعدة القياس المذكورة سلفا،

---

[63] هاني دويدار، الأعمال التجارية بالقياس، دار الجامعية الجديدة للنشر، 2003، ص 18،19.

[64] مصطفى البنداري، مبادئ قانون المعاملات التجاري، الجزء الأول:نظرية الأعمال التجارية، طبقا لقانون التجارة رقم 17 لسنة 1999، الناشر دار النهضة العربية، ص 144.

4/ إن المشرع قد خص بعض الأعمال بعبارات قد يستفاد منها، أن الإعتراف بتجارية العمل، ليس استنادا إلى شكل التنظيم الذي يباشر من خلاله، وإنما بنية القائم به والباعث الدافع إليه.

المطلب الثاني: الأعمال التجارية حسب الشكل.

تعرض المشرع بموجب المادة الثالثة من القانون التجاري للأعمال التجارية بحسب الشكل والتي جاء فيها مايلي:" يعد عملا تجاريا بحسب شكله:

- التعامل بالسفتجة بين كل الأشخاص،
- الشركات التجارية،
- وكالات ومكاتب الأعمال،
- العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية،
- كل عقد تجاري يتعلق بالتجارية البحرية والجوية.

وقد ذكر المشرع الجزائري الأعمال التجارية بحسب الشكل على سبيل الحصر، فلا يجوز استنباط أعمال تجارية حسب الشكل أخرى.

1-التعامل بالسفتجة.

لقد عالج المشرع السفتجة La lettre de change ضمن الباب الأول من الكتاب الخامس بعنوان "السندات التجارية" بحيث تعد السفتجة عملا تجاريا مهما كان الأشخاص[65]، وهي بمثابة صك محرر وفقا لأوضاع وبيانات معينة نص عليها القانون تتضمن كلمة "سفتجة" مكتوبة بمتن الصك وباللغة التي كتب بها، تفيد أمرا غير معلق على شرط بالوفاء بمبلغ معين من النقود موجه إلى المسحوب عليه لصالح المستفيد في تاريخ معين أو بمجرد الإطلاع.

فالسفتجة إذن، سند يتضمن أمرا من شخص يسمى الساحب نحو شخص ثان يسمى المسحوب عليه، بدفع مبلغ معين وفي تاريخ معين لأمر شخص ثالث هو الحامل أو المستفيد، وهي بذلك تمثل دينا وتقبل التداول بطرق التجارية.

2-الشركات التجارية (ماعدا شركة المحاصة).

نظم المشرع الشركات التجارية ضمن الكتاب الخامس والشركات التجارية حسب المادة 544 هي كالتالي: شركات التضامن شركات التوصية(البسيطة وبالأسهم) وشركات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة. وتعد هذه الشركات تجارية بحكم شكلها ومهما يكن موضوعها. **على خلاف شركات المحاصة التي تعد تجارية بحكم موضوعها**، فلكي تكتسب شركة المحاصة الصفة التجارية يجب أن يكون موضوعها تجاريا.

[65] راجع المادة 389 ق.ت

3-وكالات ومكاتب الأعمال:

تتولى وكالات ومكاتب الأعمال تسيير أمور الغير وترعى شؤونه، أو تقدم له بعض الخدمات الفنية لقاء أجر، كوكالات السفر والسياحة والوكالات العقارية، ووكالات الإعلان والإشهار ومكاتب الدراسات وغيرها.

والأصل أن الوكالات مهما كان شكلها كتلك التي تنشط مثلا في مجال البيع والإيجار تقوم على مبدأ "الوكالة " في التعامل بين الوكيل العقاري والزبائن بغرض ضمان مبدأ الشفافية في التعامل، بحيث تتضمن الوكالة ضرورة تحديد بنود العقد، كتحديد ثمن العمارة أو قطعة الأرض المعروضة للبيع أو للكراء، فضلا عن تحديد مستحقات صاحب الوكالة، وذلك من أجل وضع حد للمنازعات التي قد تنشأ أمام المحاكم العقارية والجزائية، بسبب عمليات النصب والاحتيال أو بغرض تسوية وثائق هذه الأراضي أو السكنات.

4-العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية:

اعتبر المشرع الجزائري على خلاف التشريعات العربية، كل عملية تتعلق بالمحلات التجارية من قبيل الأعمال التجارية بحسب الشكل، ومن أهم ما يطرأ على المحل التجاري عمليات البيع أو الإيجار أو الرهن.

ويعرف المحل التجاري من خلال العناصر المكونة له بأنه[66]:" تعد جزءا من المحل التجاري الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري، ويشمل المحل التجاري إلزاميا عملائه و شهرته.."

فشراء المحل التجاري أو بيعه يعد تجاريا بغض النظر عن القائم بالعمل سواء كان الشخص تاجرا أو غير تاجر، لأن الصفة تمنح للعمل متى توافرت فيه الشروط الشكلية التي يتطلبها القانون. ونذكر على سبيل المثال ما جاءت به المادة 79 من القانون التجاري بقولها:" كل بيع اختياري أو وعد بالبيع... يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا". وتضيف المادة 324 مكرر من القانون المدني على أنه:" زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجاري أو صناعية وكل عنصر من عناصرها، ...في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد".

5-العقود المتعلقة بالتجارة البحرية والجوية:

تصنف العقود التجارية المتعلقة بالتجارة البحرية من قبيل الأعمال التجارية بحسب شكلها، ونذكر على سبيل المثال الأعمال المتعلقة ببناء السفن واستخدام الملاحين وغيرهم من العاملين في السفن. ولكن آخر تدخل للمشرع الجزائري يثير بعض التساؤلات، حيث أدى إلى إدراج بعض

[66] راجع المادة 78 من القانون التجاري.

العمليات المتعلقة بالتجارة البحرية ضمن قائمة الأعمال التجارية بحسب موضوعها، ونذكر على سبيل المثال، كل عقود التأمين والعقود الأخرى المتعلقة بالتجارة البحرية، كل الاتفاقيات والاتفاقات المتعلقة بأجور الطاقم وإيجارهم، وكل الرحلات البحرية.

لذا يرى البعض، بأنه حتى تكون الأمور واضحة كان على المشرع الخيار بين حلين:

-إما إدراج أحكام المادة الرابعة من الأمر رقم 96/ 27 في المادة الثالثة من القانون التجاري لجعل العقود المتعلقة بالتجارة البحرية أعمالا تجارية بحسب الشكل مهما كانت صفة الشخص القائم بها ومهما كان عدد العمليات.

-وإما إلغاء أحكام المادة الثالثة (الشطر الأخير) من القانون التجاري لإعادة إدراجها في المادة الثانية من نفس القانون مع إضافة أحكام المادة 4 من الأمر رقم 27/96، وهذا الحل أصوب.

المطلب الثالث: الأعمال التجارية بالتبعية

- تعرض المشرع إلى هذا النوع من الأعمال صراحة بموجب المادة الرابعة من القانون التجاري بقوله:" يعد عملا تجاريا بالتبعية:
  - الأعمال التي يقوم بها التاجر والمتعلقة بممارسة تجارته أو حاجات متجره،
  - الالتزامات بين التجار.

من خلال قراءة النص، يمكن استخلاص أنه لا يعد العمل تجاريا بالتبعية إلا بتوافر شرطين أساسين وهما:

- أن يكون القائم بالعمل تاجرا،

- ارتباط العمل بممارسة تجارته أو حاجات متجره.

أولا: أن يكون القائم بالعمل تاجرا

لو رجعنا إلى قائمة الأعمال التجارية المنصوص عليه في المادة الثانية، نجد بأن العمل لا يلحقه الوصف التجاري إلا بتوافر شروط معينة، غير أن هذه الأخيرة تختلف عن الشروط الواردة في المادة الرابعة، بمعنى أن الصفة التجارية التي تميز العمل التجاري بحسب الموضوع تكسب الشخص القائم بها صفة التاجر،هذه الصفة تنعكس على كل الأعمال التي يقوم بها الشخص بمناسبة ممارسة حرفة تجارية.

ثانيا: ارتباط العمل بممارسة النشاط التجاري

يخرج هذا الصنف من الأعمال التجارية، عن تلك الواردة ضمن التعداد القانوني، من حيث أنها تشكل أعمال مدنية في الأصل، ولا يكفي لاعتبار العمل تجاريا بالتبعية صدوره من تاجر، وبالتالي خضوعه لأحكام القانون التجاري، بل اشترط المشرع كذلك أن يكون العمل مرتبطا بممارسة تجارته أو حاجات متجره أي متعلقا بحرفته التجارية، فإذا انتفى هذا الارتباط، احتفظ العمل بطابعه المدني.

وتسهيلا لإثبات الارتباط بين العمل والحرفة التجارية، أقام القضاء قرينة قانونية مؤداها أن كل عمل يقوم به التاجر خارج نطاق الأعمال التجارية الموضوعية يفترض أنه قام به لحاجات تجارته، وتسمى هذه القرينة " بقرينة التجارية " أي احتراف تجارية أعمال التاجر. وبالتالي لا يتطلب ضرورة تحقيق الربح لإمكان القول بقيام الارتباط بين العمل والحرفة.

وبالمقابل فإن كل عمل يقوم به التاجر، يعد متعلقا بتجارته ما لم يثبت العكس ، فقيام التاجر بالاقتراض مثلا يعد من قبيل الأعمال التجارية بالتبعية. قرينة التجارية هنا، بسيطة قابلة لإثبات العكس، كما يقع عبئ الإثبات على التاجر الذي يدعي أن الأعمال التي باشرها والتي ثار نزاع حولها ذات طابع مدني لانتفاء الرابطة بمهنته التجارية.

ويتسع نطاق تطبيق الأعمال التجارية بالتبعية اتساعا يسمح باستيعاب جميع العقود والالتزامات التي يبرمها التاجر لحاجات تجارته أو بمناسبة ممارستها سواء كان مصدر هذه الأعمال عقديا أم غير عقدي وهو ما يظهر من الفقرة الثانية من المادة السالفة الذكر بقولها " الالتزامات بين التجار".

تعد الالتزامات التي تنشأ بين التجار، من تطبيقات نظرية الأعمال التجارية بالتبعية شريطة أن تكون هذه الأعمال بمناسبة حرفة التجارة، ومثال ذلك مختلف الالتزامات التي قد يعقدها التاجر من عقود عمل، ونقل وغيرها من عقود التأمين والإيجار.

ورغم وضوح المبدأ وسهولته، فقد ثار خلاف فقهي حول بعض العقود، وبالخصوص عقد الكفالة. فما طبيعة الكفالة الناشئة بمناسبة ممارسة المهنة التجارية؟ بمعنى هل الكفالة التي تنشأ بين التجار تعد من قبيل الالتزامات بين التجار؟

تعد الكفالة عملا مدنيا، لأنها عمل تبرعي في الأصل، غير أن المشرع الجزائري قد أخذ موقفا واضحا بموجب المادة 651 من القانون المدني والتي جاء فيها ما يلي:" تعد كفالة الدين التجاري عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا، غير أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية

ضمانا احتياطيا أو عن تظهير تعد دائما عملا تجاريا".وبالتالي فإن الكفالة تحتفظ بطابعها المدني حتى ولو صدرت من تاجر ولضمان دين تجاري. وعليه لا يمكن التوسع في تفسير النص، بالقول بأن الكفالة تفقد طابعها المدني في حالة إذا كان الكفيل محترف أو قام بها الكفيل التاجر لمصلحة تجارته، كأن يكفل التاجر أحد زبائنه التجار ليدرأ عنه خطر الإفلاس ويحتفظ به كزبون.

ولا يقتصر نطاق تطبيق الأعمال التجارية بالتبعية على الالتزامات التعاقدية، بل يشمل أيضا تلك الناشئة عن الالتزامات غير العقدية، وذلك استنادا إلى عموم النص " الالتزامات ". ومن ثم يعتبر تجاريا بالتبعية، التزام التاجر بالتعويض عن المنافسة غير المشروعة وعن العمل غير المشروع متى نشأ بمناسبة نشاطه التجاري، كما يستفيد المتضرر من تطبيق أحكام القانون التجاري كالتمسك بمبدأ حرية الإثبات.

وترتيبا على ذلك، يمتد تطبيق نظرية التبعية في نطاق الإثراء بلا سبب، الدفع غير المستحق، الفضالة، وهي تصرفات مشروعة، كالتزام التاجر برد مبالغ دفعت له عن إهمال.

ملاحظة مهمة ذات صلة بأنواع الأعمال التجارية: خصوصية الأعمال المختلطة.

توجد أعمال من نوع خاص تعد تجارية بالنسبة لأحد أطراف العلاقة ومدنيا بالنسبة للطرف الآخر تسمى **"الأعمال المختلطة"**، ولهذه الأخيرة **نظام قانوني خاص** بها تتمثل خصوصياته فيما يلي:

-يجمع الفقه على أن العبرة في الأعمال المختلطة هو صفة المدعى عليه، فإذا كان العمل تجاريا بالنسبة للمدعى عليه خضع النزاع للقضاء التجاري وتطبق عليه قواعد القانون التجاري، وإذا كان العمل مدنيا بالنسبة للمدعى عليه خضع النزاع للقضاء المدني وتطبق عليه قواعد القانون المدني.

-إذا ورد العمل المختلط في صورة عقد يسمى الأخير "عقد استهلاك" في هذه الحالة.

-توجد العديد من الخصائص التي تطبق على عقد الاستهلاك منها : التزام التاجر بالإعلام، التوسع التشريعي في نطاق الشروط التعسفية حماية للمستهلك (مثال ذلك المادة 29 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش)، الانتقال إلى نوع جديد من المسؤولية يتسم بالصرامة في مواجهة التاجر المحترف تسمى "المسؤولية الموضوعية" فيكفي لقيام تحقق الضرر مع افتراض خطأ التاجر دون حاجة إلى إثباته....

نتيجة : التعريف المقترح للعمل التجاري.

يصعب إعطاء تعريف جامع مانع للعمل التجاري نظرا لكثرة أنواعه ومعاييره واختلاف كل نوع عن الآخر، ورغم ذلك يمكن اقتراح التعريف التالي للعمل التجاري:" **هو تصرف قانوني يخضع للقانون التجاري إما بنص القانون صراحة على تجارية العمل ، أو لكونه يتضمن معايير المضاربة أو التداول أو المقاولة مجتمعة أو منفردة، وفي هذه الحالة يعهد إلى قاضي الموضوع بالفصل في تجارية العمل بناء على اجتهاده باستخدام معايير العمل التجاري سابقة الذكر أو بالقياس على الأعمال التجارية بحسب الموضوع التي نص عليها المشرع**".

المحور الثاني : التاجر.

استند المشرع الجزائري في تحديد صفة التاجر على نظرية الأعمال التجارية، فتنص المادة الأولى من القانون التجاري على مايلي:

"يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له ، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك".

ورغم ما تقدم، **يجب الفصل بين شروط اكتساب العمل للصفة التجارية واكتساب الشخص لصفة التاجر**، فهما مسألتان منفصلتان لكل منهما شروطها الخاصة. ومؤدى ذلك أن كون العمل تجاريا لا يعني بالضرورة أن القائم به يكتسب صفة التاجر، كما أنه ليست كل الأعمال التي يقوم بها التاجر تعد أعمالا تجارية.

المبحث الأول: شروط اكتساب صفة التاجر

انطلاقا من أن صفة التاجر لا تفترض وإنما يتطلب المشرع ضرورة توافر شروط قانونية لإثباتها، حتى يستطيع قاضي الموضوع أن يتوقف على تحديد المراكز القانونية من خلال المعاملات التي تتم بين مختلف أشخاص القانون . ويمكن تقسيم شروط اكتساب صفة التاجر إلى شروط عامة وشروط خاصة كمايلي:

المطلب الأول-الشروط العامة لاكتساب صفة التاجر:

أولا-المشروعية:

ترتبط المشروعية بالعمل نفسه، فيجب أن يكون مشروعا لا تمنعه القوانين والأنظمة سارية المفعول، وغياب هذا الشرط له أثر عادم للشروط الأخرى وفقا لقاعدة "مابني على باطل فهو باطل"، فمهما تحققت باقي الشروط، فلا مجال للحديث عن صفة التاجر إذا كان الشخص يحترف أعمالا غير مشروعة (تجارة المخدرات، الصرف في السوق الموازية...).

ثانيا – الأهلية:

لا يكفي أن يزاول الشخص حرفة تجارية لكي تلحقه صفة التاجر، بل ينبغي أيضا أن يكون أهلا لمباشرة التجارة، لأن التجارة من أعمال التصرف فيجب أن تتوافر في من يريد مزاولتها الأهلية اللازمة لإجراء التصرفات القانونية.

والأصل أن يكون الشخص كامل الأهلية ما لم يثبت فقدانها ولا يجوز الاتفاق على خلاف قواعد الأهلية وذلك لأن هذه القواعد من النظام العام. والأهلية مناطها التمييز، لأن الإدارة لا تصدر إلا عن تمييز، فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية، ومن نقص تمييزه كانت أهليته ناقصة ومن

انعدم تمييزه انعدمت أهليته[67]، وتنقسم أهلية الشخص إلى أهلية وجوب وهي صلاحية الشخص لوجوب الحقوق له وعليه، أي لاكتساب الحقوق وتحمله الالتزامات. وبالمقابل فإن أهلية الوجوب تكون قائمة للشخص منذ ولادته وفي بعض الأحيان قبل ولادته، وتبقى ملازمة إلى حين وفاته، وهي بهذا إما أن تكون كاملة بجانبها الإيجابي وجانبها السلبي وإما أن تكون ناقصة فتقتصر على جانبها الإيجابي كما في حالة الجنين الذي مازال في بطن أمه و لم ينفصل عنها بعد.

وقد ترتبط الذمة المالية بأهلية الوجوب، أي ارتباط الذمة المالية بشخصية صاحبها وذلك بغض النظر عن توفر حقوق ثابتة له والتزامات واقعة عليه في وقت معين، حيث أن العبرة في وجود الأهلية هي توافر الصلاحية لا كتساب الحقوق وتحمل الالتزامات دون النظر إلى اكتسابها أو التحمل بها فعلا وحالا.

غير أن البعض يرفض ارتباط الذمة المالية بالشخصية القانونية إلى حد الخلط بينهما، مما دفع إلى القول بأنه مادامت الذمة المالية والشخصية شيئا واحد ففيما إذن اصطلاح الذمة المالية،وما فائدته وليس له من مدلول جديد، بمعنى التفرقة بين الشخصية القانونية باعتبارها مجرد الصلاحية لا كتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات وبين الذمة المالية وهي مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات مالية، أما أهلية الأداء فتعرف على أنها:" صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيرا يعتد به القانون فيرتب عليه آثارا قانونية"[68]. وتتدرج أهلية الأداء بتدرج السن وقد يعترضها عارض يؤدي

[67] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، مصادر الإلتزام، ص279 رقم 150.
[68] فيروز بن شنون، الاتجاهات الحديثة في نظرية الذمة المالية، دراسة مقارنة، ص، 3و 19.

بها إلى الزوال بخلاف أهلية الوجوب التي تلازم الشخص طوال حياته. ولا يمكن لمن لا تتوافر له أهلية الوجوب أن يحل محل شخص آخر، في حين نجد أن انعدام أهلية الأداء يمكن معالجته بإحلال ممثل قانوني محل عديم الأهلية تكون له الولاية في التصرف في أمواله.

وتجدر الإشارة بأن القانون التجاري لم يتعرض للسن القانونية لممارسة وامتهان الأعمال التجارية، مما يستوجب الرجوع إلى أحكام القانون المدني، حيث جاء في نص المادة 40 مايلي:" كل شخص بلغ ن الرشد متمتعا بقواه العقلية، و لم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة".

وعلاوة على خضوع الأهلية التجارية للقواعد العامة عموما، إلا أن القانون التجاري أورد ثلاثة استثناءات أساسية هي:

أ- الأحكام المتعلقة بالقاصر المأذون له

جاء في نص المادة الخامسة من القانون التجاري على أنه:" لا يجوز للقاصر المرشد، ذكرا أم أنثى البالغ من العمر ثمانية عشرة سنة كاملة والذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال تجارته...".

في القانون الجزائري، يعتبر كل من بلغ سن 18 سنة كاملة[69] ، دون تمييز بين الجنس (ذكرا أم أنثى) قاصر مرشد، فلا يجوز لمن تقل سنه عن الشرط المذكور أن يزاول التجارة ولو كان

[69] راجع المادة 413-2 من القانون المدني الفرنسي

قانون دولته يعتبره راشدا أو يجيز له الإتجار في حدون السن القانونية.كما أجاز المشرع الفرنسي للقاصر المرشد البالغ من العمر 16 سنة إمكانية ممارسة التجارة بشرط الحصول على ترخيص قضائي.

لقد استلزم المشرع الجزائري ضرورة حصول القاصر المرشد على الإذن لأجل ممارسة التجارة وفي نطاق الحدود التي يتطلبها القانون:

لا يختلف معنى الإذن في اللغة عنه في الاصطلاح فهو إباحة الفعل وإطلاقه، والإباحة تعني التخيير بين الفعل والترك دون ترتب أي ثواب أو عقاب، وبهذا فإن الإذن في تصرف معين يعني إباحة القيام به وهذا هو المقصود من الإذن في التجارة للصبي المميز، إذ يملك بهذا الإذن القيام بشتى أنواع التصرفات التي أذن له فيها، ومن هنا يمكن تعريف الإذن في التجارة بأنه: نظام يهدف إلى امتحان القاصر ومرانه والتوسيع عليه في موارد رزقه،وهو يفيد معنى إمضاء تصرفاته المأذون له بها من غير توقف على إجازة أحد بعد ذلك.

وبهذا المعنى يقترب الإذن في التجارة من معنى إجازة التصرف إذ أن كليهما يدل على الموافقة على التصرف مع فارق أن الإذن في التجارة يسبق التصرف وأن الإجازة تأتي بعده، وهذا هو مرد الفقهاء بأن الإجازة اللاحقة هي كالإذن السابق. وأخيرا فإن الإجازة تختلف عن الإذن من حيث أثرها فهي تثبت ويثبت معها التصرف فور صدورها في حين أن الإذن يمتد حتى انتهاء العمل المأذون به أو انتهاء المدة المحددة للإذن وينتج عن ذلك أن الإذن لا يستلزم حتمية القيام بالعمل المأذون فيه بل هو على سبيل التخيير وهو متروك لتقدير المأذون ورأيه.بيد أن إخفاقه في اتخاذ القرار

المناسب قد يؤدي إلى سحب الإذن أو الحد منه وذلك لما في هذا من ضرر محتمل على الصبي المأذون[70].

إذا أراد القاصر المرشد البالغ من العمر ثمانية عشرة سنة كاملة، أن يباشر التصرفات والأعمال باسمه وعلى وجه يعتد به القانون، يتعين عليه الحصول أولا على الإذن وهو ما أشارت إليه صراحة الحالة الأولى من المادة الخامسة بقولها: – إذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن...، وبالتالي فإن جميع العمليات التجارية التي تصدر من القاصر تكون باطلة لا يعتد بها القانون ولا يمكن أن تلحقها الإجازة، لأننا أمام معاملات تجارية وليست مدنية. وبهذا المعنى فإن الإذن في التجارة من النظام العام وهو يسبق التصرف، وبالتالي لا يمكن أن تسري القاعدة التي تقضي بأن: (الإجازة اللاحقة كالإذن السابق) حيث تعد كل التعهدات التي يعقدها دون الإذن في حكم البطلان المطلق.

و يعود الاختصاص في منح الإذن، إما للأب أو الأم حسب الحالات التي عددها المشرع، ويتعين على الأب بمناسبة منح الإذن مراعاة الظروف التي تسمح للقاصر بممارسة التجارة من عدمها.

يرتبط هذا الشرط بالجهة المختصة في تسليم الإذن، وبالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة الخامسة، فإن الجهة المؤهلة قانونا لمنح الإذن تنحصر في كل من الأب أو الأم (لا يمكن الحديث عن مجلس العائلة ما دام أنه غير موجود في القانون الجزائري). وذلك في الحالات الآتية: وفاة الأب، غيابه، سقوط السلطة الأبوية[71]، استحالة مباشرتها) . وتجدر الإشارة بأن المشرع الجزائري لم يتعرض

[70] ليث عبد الأمير محمد رضا الصباغ، النظام القانوني للصبي المأذون له في التجارة * دراسة مقارنة * منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2005، ص 50-51.

[71] يمكن الوقوف على حالات السقوط، كحالة فك الرابطة الزوجية أي الطلاق، حيث تسقط سلطة الأب التي كان يمارسها أثناء قيام العلاقة الزوجية، سواء في علاقته مع الزوج أو الأولاد، بمعنى تلك السلطة مستمدة من مركز الأب باعتباره رب الأسرة، فبجرد فبمجرد الطلاق،نقول بأن السلطة الأبوية قد سقطت.

لمسألة امتناع الأب عن منح الإذن للقاصر، بمعنى هل تنتقل سلطة منح الإذن للأم، وتسقط سلطة الأب في هذه الحالة، أم تحل المحكمة محل الولي، مراعية في ذلك مصلحة القاصر؟ الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يتعرض لهذه الحالة، وبالتالي تبقى سلطة الأب قائمة حتى في حالة الرفض سواء كان هذا الرفض مبررا أو غير مبرر، مادام أن المشرع يعتبر بأن الأب هو من يحرص على مصالح ابنه، ولا يمكن اعتبار هذا الأمر سهوا من المشرع يجب تداركه، وإن كانت بعض التشريعات العربية أخذت موقفا مغايرا، حينما أجازت للمحكمة أن تأذن للصغير المميز في حالة امتناع الولي[72].

غير أن هناك من يرى إمكانية مناقشة القيمة القانونية لامتناع الولي عن منح الإذن في التجارة، ونفرق في ذلك بين حالة الامتناع المبرر وغير المبرر، ففي الحالة الأولى فهو امتناع مشروع يهدف إلى تحقيق مصلحة القاصر ورعاية شؤونه، ويحقق هذا الامتناع أثره ولو كان الولي قد قدم للمحكمة طلبا بالإذن ورخصت له بذلك، إذ يبقى للولي على الرغم من كل هذا، أن يمتنع عن منح الإذن إذا كان هذا الامتناع مبررا، وهو يكون كذلك إذا ما استجدت ظروف تكشف عن عدم أهلية الصبي لمثل هذا الإذن وتستوجب عدم منحه، ولا يمكن للصبي في هذه الحالة أن يحتكم إلى نص المادة 101.

أما الحالة الثانية أي الامتناع التعسفي الذي يقصد منه الولي الإضرار بمصلحة القاصر وحجبه عن تولي أموره بنفسه، ومن هنا فإذا رأت المحكمة في قرار الولي مثل هذا التعسف فلا تملك إلا أن تحل محله حماية للصبي المميز وإنصافا له من تعسف وليه، وذلك استنادا إلى حكم المادة 101 من

[72] الموقف الذي ذهب إليه صراحة القانون المدني العراقي بموجب المادة 101 بقولها: للمحكمة أن تأذن للصغير المميز عند إمتناع الولي عن الإذن وليس للولي أن يحجر عليه بعذلك.

القانون المدني العراقي الذي أريد به ضمان فاعلية الإذن الممنوح من قبل المحكمة والذي لولاه لكان للولي كل الحرية في طلب سحب الإذن بمجرد صدوره من المحكمة[73]

ويستلزم المشرع ضرورة المصادقة على الإذن من طرف رئيس المحكمة.

قد يكون الإذن بالتجارة مطلقا يشمل كل أنواع النشاط التجاري وكل أموال القاصر، كما أن الإذن قد يكون مقيدا بنوع بعينه من التجارة، أو بمبلغ محدد من أموال القاصر. و في جميع الأحوال يعتبر القاصر المأذون بالتجارة كامل الأهلية فيما أذن له، وتصبح تصرفاته كلها صحيحة مادام لم يخرج على حدود الإذن، بينما يضل قاصرا فيما عداها.

وتبعا لذلك لا يجوز للقصر الذين ليسوا تجار التوقيع على السفتجة، وفي حالة المخالفة تكون السفتجة باطلة بالنسبة لهم، دون أن ينال ذلك من الحقوق التي يختص بها كل من الطرفين بمقتضى المادة 103 من القانون المدني[74].

وللقاصر المأذون بالتجارة أن يجري كافة التصرفات القانونية المتصلة بتجارته وتقع كلها صحيحة[75]، ويكون له أن يجري كافة التصرفات المتصلة بهذه التجارة من بيع وشراء واقتراض لكنه يظل ناقص الأهلية في كل ماعدا ذلك من الأعمال التي لا تتصل بمباشرة التجارة التي أذن فيها. ويكتسب القاصر المأذون صفة التاجر فتطبق قرينة التجارية على أعماله ويلتزم بالتزامات التجار.

---

[73] ليث عبد الأمير، المرجع السابق، ص 124، 125.
[74] راجع الفقرة الأولى من المادة 393 من القانون التجاري.
[75] علي السيد قاسم، دروس في قانون الأعمال، الجزء الأول، الناشر دار النهضة العربية، 2001، ص 128.

ولكن مسئوليته عن الديون التجارية لا يمكن أن تتعدى دائرة الأموال التي حددها الإذن إذا كان مقيدا وذلك استثناء من مبدأ وحدة الذمة[76].

وبالمقابل، فإذا كان منح الإذن للقاصر المرشد، مشروطا بالظروف التي يراها الأب أو الأم ملازمة لممارسة القاصر التجارة، فإنه وبالمقابل يجوز أيضا إلغاء الإذن، وذلك بصريح الفقرة الأولى من المادة 25 من القانون التجاري والتي جاء فيها مايلي: تسري أحكام المادة السابقة حتى فيما إذا كانت الوقائع موضوع نشر قانوني آخر، وذلك:

1/ في حالة الرجوع عن ترشيد التاجر القاصر تطبيقا لأحكام التشريع الخاص بالأسرة وعند **إلغاء الإذن المسلم للقاصر الخاص بممارسة التجارة.**

بمعنى يمكن للتاجر القاصر، الاحتجاج في مواجهة الغير المتعاقد معه بسبب نشاطهم التجاري أو لدى الإدارات العامة، بإلغاء الإذن، إذا أثبت بأن الغير كانوا شخصيا على اطلاع بوضعية القاصر وقت إبرام الاتفاق.

وفيما يخص التسجيل في السجل التجاري ينبغي التمييز بين:

القاصر المرشد: ويتعلق الأمر بالقاصر البالغ من العمر 18 سنة كاملة والحاصل على الإذن من أبيه أو أمه ويحرر الإذن أمام الموثق، ويقوم القاضي على أساس الإذن بتسليم شهادة الترشيد (عقد الترشيد) المطلوبة عند القيد في السجل التجاري، الذي يهدف من خلاله المشرع إلى حماية

[76] أكتم أمين الخولي، الموجز في القانون التجاري، الجزء الأول، الناشر مكتبة السيد عبد الله وهبة، ص 194.

الغير. وبالتالي تكون للقاصر المأذون له في الإتجار، الأهلية الكاملة للقيام بجميع التصرفات التي تقتضيها تجارته.

أما القاصر غير المرشد فلا يمكنه ممارسة التجارة لأنه يعد في حكم الأشخاص الفاقدين لحقوقهم المدنية، وفي حال امتلاك القاصر لحقوق في شركة ما، يجب أن يكون ممثلا من طرف وليه الشرعي أو الإيصائي بعد الحصول على ترخيص من القاضي.

وبسبب خصوصية عقد الزواج وتميزه عن العقود المالية الأخرى، فإن أهلية المرأة في الزواج تكتمل بتمام (19) سنة[77] وعليه فإن الترشيد بالزواج لا يؤهل القاصر – الأنثى - لمزاولة التجارة، بمعنى إذا حصل ترشيد التاجر القاصر تطبيقا لأحكام التشريع الخاص بالأسرة، وجب على المرأة الحصول على إذن من أبيها أو أمها، أي الترخيص لها طبقا للأحكام الواردة في المادة الخامسة من القانون التجاري.

وبالرجوع إلى المادة السادسة والتي تجيز للقاصر المأذون له بالقيام بأعمال الإدارة، تجعل من الإذن مقيد وليس مطلق، بحيث لا يسمح له بمباشرة أعمال التصرف، بل يقتصر نشاطه على إمكانية ترتيب أي التزام أو رهن على عقاراته. بينما التصرف عن طريق البيع يتوقف على إتباع أشكال الإجراءات المتعلقة ببيع أموال القصر أو عديمي الأهلية. وعليه تنص المادة 88 من قانون الأسرة على مايلي:" على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام.."

[77] راجع المادة السابعة من قانون الأسرة.

كما يتعين على القاضي أن يراعي في الإذن حالة الضرورة والمصلحة، وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني[78].

ب- زوج التاجر:

لقد كانت المادة السابعة من القانون التجاري قبل التعديل لا تخاطب زوج التاجر بل المرأة المتزوجة، والوقوف عند مركزها القانوني لإضفاء الصفة التجارية عليها، وبالتالي خضوعها لأحكام القانون التجاري، بحيث كانت صياغة المادة على النحو التالي:" لا تعتبر المرأة المتزوجة تاجرة إذا كان عملها ينحصر في البيع بالتجزئة للبضاعة التابعة لتجارة زوجها".

وهذه الأحكام ما هي إلا تلك التي كان معمولا بها في فرنسا وذلك في ظل القانون رقم 65-570 المؤرخ في 13 يوليو 1965 في مجال تطور حقوق المرأة في فرنسا إذ ألغى الإمكانية الممنوحة للزوج للإعتراض على ممارسة زوجته التجارة. ومن الثابت أن هذه المادة كانت متعلقة بوضعية معينة وهي حالة المرأة المتزوجة التاجرة التي يكون زوجها تاجرا إذ لا تطرح أية إشكالية في حالة عدم ممارسة الزوج التجارة.

وإذا كان المشرع جعل من عنصر التبعية سببا لاستبعاد الصفة عن المرأة المتزوجة، بحيث يشترط أن تكون عمليات البيع منفصلة عن تجارة الزوج، وإلا فإنها تأخذ حكم الزوج الأجير الذي يخضع لتعليمات صاحب المقاولة أي الزوج.

[78] راجع المادة 89 من قانون الأسرة.

وانطلاقا من أن المشرع الجزائري لم يلزم الزوجة التي تريد أن تحترف التجارة، حصولها على إذن زوجها، بمعنى لايجوز للزوج الإعتراض في حالة إذا أراد ت المرأة امتهان التجارة، وذلك راجع إلى أن المشرع أخذ بنظام الفصل بين الذمم، كما للزوجين أيضا حقوق وواجبات مشتركة وهو ما أشارت إليه الفقرة الأولى من المادة 37 المعدلة) من قانون الأسرة على أنه:" لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر".

وبالرجوع إلى المادة السابعة من القانون التجاري بقولها: " لا يعتبر زوج التاجر تاجرا إذا كان يمارس نشاطا تجاريا تابعا لنشاط زوجه. ولا يعتبر تاجر إلا إذا كان يمارس نشاطا تجاريا منفصلا".

ومن خلال قراءة النص يتبين أن المشرع قد أدخل بعض التعديلات من حيث شروط التبعية، إلى جانب استبدال عبارة المرأة المتزوجة بزوج التاجر، لأن هذه العبارة قد تشمل الرجل كما قد تشمل المرأة كذلك، إذ أن المشرع في هذه الحالة وضع حكما عاما يسري على الزوجين دون استثناء.

وترتيبا على ذلك تعرضت المادة الثامنة من القانون التجاري إلى تحديد نطاق التزام المرأة التاجرة بالأعمال التي تقوم بها لحاجات تجارتها. فإلى جانب المسؤولية الشخصية، تعتبر المرأة التاجرة كاملة الأهلية بمجرد توافر الشروط القانونية لاكتساب صفة التاجر، كمسك الدفاتر التجارية والتسجيل في السجل التجاري الذي يؤهلها لممارسة النشاط التجاري.وحماية للغير المتعامل، يكون

للعقود بعوض التي تتصرف بمقتضاها المرأة التاجرة في أموالها الشخصية لحاجة تجارتها كامل الأثر، بحيث لا يمكن لها التهرب من الالتزامات الملقاة على عاتقها.

غير أن الأمر يختلف إذا كانت الأموال مشتركة بين الزوجين والتي قد يكتسبانها خلال الحياة الزوجية، لأن مسألة تحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما أمر ضروري للوقوف على المسؤولية المشتركة وتحمل الالتزامات الناشئة بمناسبة ممارسة النشاط التجاري.

ج-اكتساب الشركة التجارية للشخصية المعنوية: فلا تكتسبها إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري.

المطلب الثاني: الشروط الخاصة لاكتساب صفة التاجر.

جاء في نص المادة الأولى من القانون التجاري على مايلي:

" يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له.ما لم يقض القانون بخلاف ذلك".

من خلال قراءة النص يتبين بأن المشرع اشترط ضرورة توافر شروط معينة لإلحاق صفة التاجر على الشخص أثناء ممارسته للأعمال التجارية، وتتمثل في ضرورة ممارسة العمل التجاري، إلى جانب اعتباره مهنة معتادة له.

أولا-القيام بالأعمال التجارية :

يشكل العمل التجاري شرطا أساسيا لإكتساب الشخص الطبيعي أو المعنوي صفة التاجر، بحيث لا يمكن أن يخاطب هؤلاء بأحكام القانون التجاري، إلا إذا تبين أن التصرف ناتج عن عمل تجاري، بمعنى أن ممارسة العمل المدني بصورة مستمرة ومنتظمة لا يشكل شرطا لإصباغ الوصف التجاري على العملية. إن المقصود بمباشرة العمل التجاري في المادة الأولى، يشمل فقط طائفة التعداد القانوني للأعمال التجارية في المادة الثانية- سبق التطرق إلى الأعمال التجارية بحسب الموضوع في الفصل الأول وذلك من أجل تفادي التكرار.

غير أن البعض يرى، أن هذين الشرطين أي العمل التجاري إلى جانب عنصر المهنة لا يكونان إلا شرطا واحدا، أولهما ليس في حقيقة الأمر إلا موضوعا لثانيهما، بمعنى أنه يشترط لكي يصبح الشخص تاجرا، يتعين عليه أن يزاول حرفة تجارية. والحرفة لا يمكن تعريفها إلا بموضوعها، أي على ضوء الأعمال المكونة لها، وهذه الأعمال إذا ما تعلق الأمر بحرفة تجارية لا يمكن أن تكون إلا الأعمال التجارية.

ثانيا-الامتهان

لقد استعمل المشرع عبارة الحرفة كشرط لاكتساب صفة التاجر، وذلك قبل التعديل الذي مس نص المادة الأولى من القانون التجاري، وذلك بموجب الأمر رقم 27/96 المعدل والمتمم،حيث استبدل مصلح "الحرفة" "بالمهنة"، وعليه سوف يتم التطرق إلى كلا من المفهومين.

تعرف الحرفة على أنها (تكريس الشخص لنشاطه على نحو رئيسي ومعتاد للقيام بعمل معين قصد الحصول على الربح). كما يعرفها البعض على أنها(توجيه نشاط الإنسان بشكل مستمر ومنتظم لممارسة عمل معين واتخاذه مهنة من أجل إشباع حاجياته)[79].

إن الاحتراف كواقعة مادية شرط أساسي لاكتساب صفة التاجر، فلمعمول عليه في كون الشخص تاجر أو غير تاجر، ليس بما يصف به نفسه ولا بما يصف به غيره، وإنما بتوافر الشروط القانونية التي نص عليها المشرع لاكتساب هذه الصفة، ومن هذه الشروط احتراف الأعمال التجارية.

لقد اشترطت المادة الأولى لاكتساب الشخص صفة التاجر، أن يتخذ من الأعمال التجارية مهنة معتادة له. وتجدر الإشارة أنه إلى غاية سنة 1996 كان المشرع يستعمل مصطلح "الحرفة" ونتيجة لأهم التعديلات التي طرأت على المنظومة القانونية خلال هذه الفترة، أخذ القانون التجاري جانب منها، وأهمها الأمر رقم 27/96 المعدل والمتمم والذي بموجبه تم تعديل المادة الأولى، حيث إلى جانب إضافة الفقرة الثانية والمتمثلة في مايلي" مالم يقض القانون بخلاف ذلك" استبدل عبارة "الحرفة" "بالمهنة". فما المقصود من المهنة وهل كان من الضروري تعديل هذه المادة؟ مع العلم أن بعض التشريعات العربية لازالت تحتفظ بالحرفة كشرط لا كتساب صفة التاجر، والبعض منها من استبدل عبارة المهنة بالحرفة.

[79] مجد أوراس بن لعلي، قانون التاجر المعاصر والأسواق العالمية الحديثة، مقال منشور في مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، تصدرها كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجامعة باتنة 1، مارس 2015، ص7. المقال متوفر كذلك عبر المنصة الرقمية الجزائرية للبحوث عبر الرابط التالي: https://www.asjp.cerist.dz/en/article/5797

يقصد بالمهنة" تكريس النشاط بشكل أساسي واعتيادي لإنجاز مهمة بقصد جلب المنفعة".

ويذهب الفقه الفرنسي إلى أن فكرة الحرفة التجارية غامضة وواسعة المعنى، ولهذا قيلت آراء مختلفة في الفقه والقضاء لتحديد الحرفة التجارية. فالبعض قد استعان بفكرة المضاربة والتداول لتحديد المقصود بالحرفة التجارية التي تسبغ على من يزاولها صفة التاجر. وعلى أساس هذه الفكرة اعترف بصفة التاجر للشخص الذي يحترف عمليات المضاربة في سوق الأوراق المالية. غير أن فكرة المضاربة والتداول منتقدة بحجة عدم كفايتها لتحديد الأعمال التجارية وعدم كفايتها لتحديد الصفة التجارية.

و ذهب البعض الآخر إلى وضع معيار للحرفة أكثر موضوعية وهو فكرة المشروع أو فكرة المحل التجاري، غير أن هذا المعيار يصطدم بوجود بعض الأشخاص الذين يكتسبون صفة التاجر دون أن يكون لهم مشروع أو يمارسون التجارة في محل تجاري. كما يلاحظ أن الإحتراف ليس معناه الإمتداد في الزمن، بل معناه أن الشخص الذي يقوم بشراء وبيع الأسهم في سوق الأوراق المالية لا يكتسب الصفة التجارية، مع أن العمل الذي يقوم به من الأعمال التجارية، ويتكرر من قبله، ولكنه لا يصل إلى مرتبة احترافه وتوجيه النشاط إليه بصورة رئيسية ومعتادة وإن امتد في الزمن.

يقتضي الاعتياد تكرار وقوع العمل من وقت لآخر، أما الاحتراف يستوجب تكرار وقوع العمل بصفة مستمرة ومنتظمة. لذلك يكون الاحتراف مهنة يتخذها الشخص سبيلا للارتزاق، في حين يكفي في الاعتياد أن يطرأ وقوع العمل من الشخص من حين لآخر. فالاعتياد مرتبة أدنى من الاحتراف لا تكفي لإسباغ صفة التاجر على من اعتاد القيام بالأعمال التجارية. ومن أمثلة الاعتياد

الذي لا يصل إلى درجة الاحتراف قيام غير التاجر بشراء وبيع الأسهم من وقت لآخر فالعمل يتكرر من شخص لآخر، ولكنه لا يصل إلى مرتبة احترافه وتوجيه النشاط إليه بصفة رئيسية ومعتادة.

الأصل أن احتراف التجارة يحاط بوسائل الشهر والعلانية أمام جمهور الناس، ولكن قد يحترف الشخص التجارة باسم مستعار أو مستترا وراء شخص آخر، إما لأنه ممنوع من ممارسة التجارة بمقتضى القوانين والأنظمة، أو تكون له مصلحة في ذلك، كأن يكون مدينا بمبلغ ويخشى إظهار أمواله فيعهد إلى غيره باحتراف التجارة دون أن يظهر هو نفسه أمام الجمهور.

فإذا احترف الشخص التجارة بصورة خفية، أي بغير اتخاذ مظاهر خارجية تكشف عن احترافه التجارة، إذ يحدث عملا أن يحترف الشخص نشاطا تجاريا بصورة خفية وتحت اسم مستعار، لأنه ممنوع من احتراف التجارة بمقتضى القوانين والأنظمة. **فإن هذا المنع لا يحول دون اكتسابه صفة التاجر وخضوعه لأحكام القانون التجاري** إذا خالفه واحترف الأعمال التجارية، حتى لا يكون المنع سببا للإفلات من أحكام القانون التجاري مع **بقاء خضوع الممنوع من التجارة للجزاءات القانونية المقررة في هذا الشأن.** يشكل احتراف الأعمال التجارية، ظاهرا أو مستترا يسبغ صفة التاجر على المحترف، ولقد أخذ قانون التجارة المصري بهذا المبدأ صراحة بموجب المادة 18 منه بقولها:

" تثبت صفة التاجر لكل من احترف التجارة باسم مستعار أو مستترا وراء شخص آخر فضلا عن ثبوتها للشخص الظاهر".

إن إثبات عناصر الحرفة التجارية مسألة موضوع يفصل فيها قاض الموضوع ولا رقابة للمحكة العليا عليها، ومتى فصلت المحكمة في مسألة توافر أو عدم توافر هذه العناصر، فعليها بعدئذ

أن تبني على ذلك النتيجة القانونية وهي قيام أو عدم قيام الحرفة التجارية. فصفة التاجر إذن تستمد من أعمال إيجابية تنهض دليلا على احتراف التجارة، فهي إذن لا تفترض بل على من يدعي قيامها أن يثبت عناصر الحرفة وله في ذلك كافة طرق الإثبات.

إن صفة التاجر كما يرى البعض (لا تقوم على سمعة أو شهرة ولا يقيمها إقرار أو اتفاق أو حتى اتخاذ بعض المظاهر كمسك الدفاتر التجارية أو التسجيل في السجل التجاري. كما لا يشترط لاكتساب هذا الوصف أن يكون للشخص محل تجاري، فالمحل وإن كان من أهم مظاهر الحرفة التجارية إلا أنه ليس من مستلزماتها.

فصفة التاجر تفترض فيمن ينتحلها بالإعلان عنها في الصحف أو في منشورات أو في الإذاعة والتلفزيون أو بأية وسيلة أخرى، وبالمقابل يجوز نفي هذه القرينة بإثبات أن من انتحل الصفة المذكورة لم يزاول التجارة فعلا[80] .

ثالثا–قيام الشخص بالأعمال التجارية لحسابه الخاص

لا يكفي للشخص لاكتساب صفة التاجر مجرد قيامه بالأعمال التجارية على وجه الامتهان، بل يجب فضلا عن ذلك أن يقوم بها على وجه الاستقلال ولحسابه الخاص[81].

[80] المادة 19 من قانون التجارة المصري الجديد رقم 17 لسنة 1999 والإفلاس والصلح الواقي منه.
[81] عمارة عمورة، ص89

ورغم أن هذا الشرط أغفلته المادة الأولى من القانون التجاري سابقة الذكر، إلا أنه محل إجماع فقهي وقضائي، فلا يمكن منح الصفة التجارية لشخص يعمل لحساب شخص آخر ويخضع لتوجيهه ورقابته، ولهذا لا يعد تجارا عمال التاجر ولا مدير شركة المساهمة.

أما الوكيل بالعمولة والسمسار فيكتسبان صفة التاجر لأنهما يباشران الأعمال التجارية على وجه الاستقلال ودون رقابة أو توجيه من أحد رغم أنهما يقومان بذلك لحساب الغير.

كما تجدر الإشارة إلى الاستثناء من شرط القيام بالأعمال التجارية بالنسبة **لحالة التاجر الظاهر** التي سبق شرحها، فهناك حالات يمتهن فيها الشخص بشكل خفي مستتر لكونه ممنوعا من التجارة أو لسبب آخر كتعمد عدم معرفة الغير بأنه صاحب التجارة، فيستعين بشخص آخر يظهر أمام الغير أنه هو صاحب التجارة فعلا **ويسمى حينئذ ب"التاجر الظاهر"، ويكتسب صفة التاجر حماية للغير المتعامل معه، كما أن "التاجر المستتر" يكتسب صفة التاجر لتوفر جميع الشروط القانونية لاكتساب هذه الصفة فيه.**

المبحث الثاني: آثار اكتساب صفة التاجر

يترتب على اكتساب صفة التاجر مجموعة من الالتزامات على التاجر وعدد من الحقوق، وسيتطرق المطلب الأول لالتزامات التاجر، في حين يتطرق المطلب الثاني لحقوق التاجر.

المطلب الأول: التزامات التاجر

يلتزم التاجر بعدة التزامات قانونية هي: القيد في السجل التجاري ومسك دفاتر تجارية والخضوع لنظام الضريبة على الأرباح التجارية والخضوع لنظام الإفلاس.

أولا: القيد في السجل التجاري

يقصد بهذا الالتزام أنه يتوجب على التاجر أن يسجل نفسه بصفته تاجرا ومشروعه التجاري ببياناته المختلفة أمام مصالح السجل التجاري، وسندرس هذا الالتزام من حيث تعريف السجل التجاري ودوره ، ثم مصدر الالتزام ونطاقه ومضمونه تباعا.

أ-تعريف السجل التجاري

السجل التجاري هو دفتر يعد لتدوين أسماء التجار سواء كانوا أشخاصا طبيعية أو شركات تجارية والوقائع المتصلة بنشاطهم التجاري. ويوجد سجل تجاري محلي على مستوى كل ولاية وسجل تجاري وطني على مستوى الجزائر العاصمة، يشرف على السجل التجاري المحلي مأمور يعينه مدير المركز الوطني للسجل التجاري، كما يخضع السجل التجاري لرقابة القضاء (قاضي السجل التجاري) للتحقق من صحة المعلومات الواردة فيه والنظر في المنازعات الناشئة بشأنه. وقد نظمه المشرع الجزائري للمرة الأولى بمقتضى قانون السجل التجاري الصادر بتاريخ 18 أوت 1990.

ويجب عدم الخلط بين السجل التجاري (المصلحة التي تحوز دفتر بأسماء التجار ونشاطاتهم) **ومستخرج السجل التجاري** (المحرر الممنوح للتاجر من طرف مصالح السجل التجاري بعد قيامه بالقيد على مستواها دلالة على وفائه بهذا الالتزام).

ب-دور السجل التجاري

يلعب السجل التجاري أدوارا قانونية متعددة أهمها:

1-دور إشهاري:

معنى ذلك أن السجل التجاري أداة لشهر صفة التاجر أمام الغير تفاديا لكل لبس أو انتحال بهذا الشأن، فمن أسباب وضع نظام السجل التجاري هو إنشاء هيئة رسمية تحوز أسماء التجار ونشاطاتهم التجارية حتى تتجلى بوضوح صفاتهم التجارية للغير المتعامل معهم.

2-دور إثباتي:

يلعب السجل التجاري دورا جوهريا في إثبات صفة التاجر، بل هو قرينة قانونية قاطعة (كما سيأتي بيانه لاحقا) على أن من تم قيده في السجل هو تاجر في نظر القانون (المادة 21 من القانون التجاري).

3-دور إحصائي:

من أهم الأدوار المنوطة بالسجل التجاري هو أنه يوفر وسيلة مثلى لمعرفة عدد التجار ونشاطاتهم التجارية (من حيث نوعها وحجمها ومكانها وعدد عمالها ...) الممارسين على الإقليم الوطني. وهذا يعطي معلومات دقيقة لصانعي القرار حول حالة التجارة والاقتصاد في البلد، مما يساعدهم في تشخيص مكامن الخلل فيها ووضع الحلول المناسبة لها.

ج-مصدر الالتزام ونطاقه:

ج1-مضمون الالتزام :

يتعين على التاجر التقدم بملف كامل أمام مصالح السجل التجاري من أجل قيد نفسه خلال شهرين من بدء ممارسة نشاطه التجاري (طبقا للمادة 21 من القانون التجاري ، وكذلك المادة 31 من القانون 04-08 المتعلق بممارسة الأنشطة التجارية).

غير أن القيد أول مرة ليس هو كل مضمون الالتزام، بل يتفرع الالتزام بالقيد في السجل التجاري إلى الالتزامات الفرعية التالية:

1-تعديل بيانات السجل التجاري بناء على تغير وضعية المشروع التجاري للتاجر (زيادة أو نقصان رأس المال، تغيير العنوان، تغيير نوع التجارة زيادة أو نقصانا، تغير في عدد عمال التاجر...).

2-طلب الشطب من السجل التجاري إذا توقف التاجر بمحض إرادته عن ممارسة التجارة، فإذا أراد التاجر اعتزال التجارة وجب عليه شطب نفسه من السجل التجاري ، ويبقى التاجر الذي توقف عن التجارة ملتزما بجميع التزامات التجار إلى غاية شطبه النهائي من السجل التجاري.

3-الحصول على رمز إلكتروني للسجل التجاري: أوجبت المادة 7 من المرسوم التنفيذي 18-112 المؤرخ في 5 أفريل 2018 (ج.ر المؤرخة في 11 أفريل 2018) على كل التجار القيد في السجل التجاري الإلكتروني والحصول على رمز إلكتروني للسجل التجاري ، وبالتالي يجب على التاجر الممارس قبل صدور هذا المرسوم أن يبادر إلى قيد نفسه في السجل الإلكتروني واستصدار رمز إلكتروني لسجله[82]. وقد منح ذات المرسوم مهلة للتجار للالتزام بما جاء فيه انتهت في 30 جوان 2021.

سؤال ذو صلة: هل القيد في السجل التجاري شرط لاكتساب صفة التاجر؟

الجواب: القاعدة أن القيد ليس شرطا لاكتساب صفة التاجر، بل يجب اكتساب صفة التاجر أولا قبل الحديث عن القيد في السجل التجاري.

واستثناء من ذلك، يصبح القيد شرطا لاكتساب صفة التاجر في حالتين :

[82] سناء خميس، الأعمال التجارية الإلكترونية في التشريع الجزائري، مقال منشور في مجلة الدراسات والبحوث القانونية ، يصدرها مخبر الدراسات والبحوث في القانون والأسرة والتنمية الإدارية، جامعة المسيلة، مارس 2017، ص11. المقال متوفر كذلك عبر المنصة الرقمية الجزائرية للبحوث عبر الرابط :
https://www.asjp.cerist.dz/en/article/65031

-**حالة التاجر المعنوي:** في هذه الحالة يجب القيد في السجل التجاري لاكتساب الشركة للشخصية المعنوية ومن ثم صفة التاجر، لأن الشركة التجارية لا تكتسب الشخصية القانونية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري طبقا لنص المادة 549 من القانون التجاري الجزائري.

-**حالة التاجر القاصر المرشد:** في هذه الحالة أيضا يجب القيد لاكتساب التاجر القاصر للترشيد ومن ثم صفة التاجر بصريح نص المادة 05 من القانون التجاري الجزائري[83].

هـــ-آثار القيد في السجل التجاري:

يترتب على القيد في السجل التجاري مجموعة من الآثار القانونية هي:

1-تبرئة ذمة التاجر من التزام قانوني:

إن امتثال التاجر لأحكام القيد في السجل التجاري يعفيه من أية مساءلة قانونية مترتبة عن إخلاله بهذا الالتزام، لأن المشرع يفرض في نص المادة 19 من القانون التجاري هذا الالتزام على جميع التجار، ويترتب على الإخلال به جزاءات قانونية متعددة سيأتي بيانها لاحقا.

[83] نور الدين بن حميدوش و محمد رضا حمادي، التسجيل في السجل التجاري بين الشرط والأثر لاكتساب صفة التاجر، مقال منشور بمجلة الأستاذ الباحث، الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، 2019، ص 13 و14. والمقال متوفر عبر المنصة الرقمية الجزائرية للبحوث عبر الرابط التالي:
https://www.asjp.cerist.dz/en/article/74097

2-وجود قرينة قانونية على اكتساب الشخص المقيد صفة التاجر

طبقا لكل من نص المادة 21 من القانون التجاري، والمادة 18 من قانون السجل التجاري يعد القيد في السجل التجاري قرينة على اكتساب صفة التاجر وإمكانية الاحتجاج بها على الغير. **وقد أصبح القيد في السجل التجاري قرينة قانونية قاطعة على اكتساب صفة التاجر بعد أن كان قرينة بسيطة قبل تعديل القانون التجاري بمقتضى الأمر 96-27 الصادر سنة 1996).**

3-اكتساب الشركة للشخصية المعنوية.

تنص المادة 549 من القانون التجاري على مايلي:

"لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري. وقبل إتمام هذا الإجراء يكون الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة ولحسابها متضامنين من غير تحديد أموالهم إلا إذا قبلت الشركة بعد تأسيسها بصفة قانونية أن تأخذ على عاتقها التعهدات المتخذة، فتعتبر التعهدات بمثابة تعهدات الشركة منذ تأسيسها".

يستفاد من هذا النص أن القانون لا يعترف للشركة بالشخصية القانونية إلا من يوم قيدها أمام مصالح السجل التجاري، فقيد الشركة مطلب قانوني لحصولها على الشخصية القانونية ومن ثم اكتساب صفة التاجر، فلا يجوز الحديث عن تجارية شركة فاقدة للشخصية القانونية.

4-اكتساب القاصر للترشيد.

بما أن القاصر المرشد وضع قانوني مخالف للظاهر، فالقاصر في هذه الحالة يعد كامل أهلية في حدود الإذن الممنوح له، وجب شهر هذا المركز القانوني الخاص لكي يكون الغير على معرفة به، ووسيلة هذا الشهر هو قيد الإذن الممنوح للقاصر بممارسة التجارة في السجل التجاري. وقد ورد هذا الحكم القانوني في الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة من القانون التجاري :

"... ويجب أن يقدم هذا الإذن الكتابي دعما لطلب التسجيل في السجل التجاري".

و-آثار الإخلال بالتزام القيد في السجل التجاري :

يتعامل المشرع الجزائري بصرامة واضحة مع الإخلال بالتزام القيد، وسبب ذلك هو الدور القانوني الهام الذي يلعبه السجل التجاري في الحياة التجارية (دور إثباتي ودور إحصائي ودور إشهاري كما سبق توضيحه). ولتحقيق ذلك يحمي المشرع هذا الالتزام بجزاءات قانونية على الصعيد الجزائي والتجاري والمدني، وبيان ذلك كايلي:

و-1*الجزاءات الجزائية للإخلال بالتزام القيد في السجل التجاري.

يحصي المشرع ست جرائم ترتبط بالإخلال بأحكام القيد في السجل التجاري هي:

1-جريمة ممارسة نشاط تجاري قار دون التسجيل في السجل التجاري خلال شهرين من بداية ممارسة النشاط :

طبقا لنص المادة 31 من القانون 04-08 المتعلق بممارسة الأنشطة التجارية يترتب على عدم قيد التاجر الذي يمارس نشاطا تجاريا قارا (ثابتا في عنوان واحد) نفسه في السجل التجاري في غضون **شهرين** من بداية النشاط العقوبات التالية:

-غلق المحل إلى غاية تسوية الوضعية .

-غرامة 10000 د.ج إلى 100000 د.ج

2-جريمة ممارسة نشاط تجاري غير قار دون التسجيل في السجل التجاري

طبقا لنص المادة 32 من القانون 04-08 سابق الذكر ، يعاقب كل تاجر متجول (يمارس نشاطا تجاريا غير قار) غير مسجل في السجل التجاري بالعقوبات التالية:

-غرامة من 5000 د.ج إلى 50000د.ج

-**وجوازيا:** حجز السلع والمركبة.

3-الإدلاء بمعلومات غير صحيحة أو غير كاملة :

يتضمن هذا النوع من الإخلال بأحكام القيد **صورتين** : تتعلق **الأولى** بالإدلاء بمعلومات غير صحيحة (كاذبة ومخالفة للحقيقة)، وترتبط **الثانية** بالإدلاء بمعلومات غير كاملة (صحيحة ولكنها ناقصة تعمد التاجر إخفاء بعضها). وقد ساوى المشرع في عقوبات صورتي الإخلال بأحكام القيد سالفة الذكر في المادة 33 من القانون 04-08 المذكور آنفا، وتتمثل تلك العقوبات في مايلي:

-غرامة من 50000 د.ج إلى 500000 د.ج

4-جريمة تزوير وثائق السجل وتقليدها.

يعاقب نص المادة 34 من القانون 04-08 المذكور سابقا على هذه الجريمة بمايلي:

-الحبس من 6 أشهر إلى سنة .

-غلق المحل .

-غرامة من 100000 د.ج إلى 1000000 د.ج.

جوازيا: المنع من التجارة لمدة أقصاها 5 سنوات.

5-جريمة عدم تعديل بيانات السجل خلال ثلاثة أشهر:

إذا تغيرت وضعية التاجر أو مشروعه التجاري من تغير العنوان أو رأس المال أو نوع النشاط أو عدد العمال وغيرها، وجب عليه التوجه في **غضون 3 أشهر** الموالية لقيد هذه المتغيرات المرتبطة بمشروعه أمام مصالح السجل التجاري تحت طائلة العقوبات التالية:

-غرامة من 10000 د.ج إلى 100000د.ج.

-السحب المؤقت للسجل التجاري من طرف القاضي إلى غاية تسوية الوضعية (كل هذه العقوبات نصت عليها المادة 37 من القانون 04-08 سابق الإشارة إليه.

6-جريمة منح وكالة ممارسة النشاط التجاري إلى الغير دون صاحب السجل (باستثناء الزوج والأصول من الدرجة الأولى والفروع من الدرجة الأولى):

إذا منح التاجر وكالة ممارسة نشاطه التجاري إلى غيره دون زوجه أو أصوله من الدرجة الأولى أو فروعه من ذات الدرجة فهو يعرض نفسه للعقوبات الواردة في نص المادة 38 من القانون 04-08 التي سبقت الإشارة إليه.

-غرامة من 1000000 د.ج إلى 5000000د.ج

-الشطب النهائي من السجل التجاري من طرف القاضي (م38)

ملاحظة : المادة 43 من القانون 04-08 المتعلق بممارسة الأنشطة التجارية ألغت صراحة نصوص القانون 90-22 المتعلق بالسجل التجاري.

و-2* مدنيا:

-تعويض المتضرر من الخطأ القانوني الذي ارتكبه المخل بالتزامات القيد في السجل التجاري، فكل إخلال من طرف التاجر بأحكام القيد مسبب لضرر للغير يوجب على التاجر الضمان.

و-3* تجاريا:

-يفقد التاجر المخل بالتزامه بالقيد في السجل التجاري امتيازات قانونية للتجار (طبقا لنص المادة 22 من القانون التجاري)، ومن أهم تلك الامتيازات المفقودة عدم جواز الاحتجاج بصفة التاجر أمام الغير.

ثانيا-مسك الدفاتر التجارية الإلزامية:

يلتزم التاجر بمسك دفترين تجاريين على وجه الإلزام هما : **دفتر اليومية ودفتر الجرد.** كما **يمكنه حيازة دفاتر تجارية اختيارية** أخرى لها حجيتها القانونية مثل **دفتر الأستاذ ، دفتر المسودة، دفتر المخزن، دفتر الأوراق التجارية، دفتر الصندوق** وغيرها.

أ-مضمون الالتزام ونطاقه

يجب الإشارة بداية إلى مسألة مهمة، هي أن القانون يفرض على التاجر مسك دفترين فقط (اليومية والجرد، غير أنه يمكنه حيازة دفاتر أخرى إن شاء، وفي هذه الحالة تتمتع الدفاتر التجارية الاختيارية بالحجية القانونية أمام القضاء مثلها مثل الدفاتر التجارية الاختيارية.

وتلعب الدفاتر التجارية أدوارا مهمة، فهي تشكل مرجعا مهما لمصالح الضرائب لتقدير الضريبة على الأرباح التجارية المستحقة على التاجر متى ما كانت منتظمة، وللدفاتر التجارية دور محاسبي مهم فهي تعبير رقمي عن حالة المشروع التجاري مما يتيح للتجار معرفة وضعية مشروعه ربحا أو خسارة، العنصر الأول للمحاسبة هي الدفاتر، ولذلك حرصت التشريعات المختلفة على فرض القواعد التي تضمن صحة ما يرد في هذه الدفاتر من بيانات وتكفل انتظامها[84].

يتعين على كل تاجر أن يمسك الدفاتر التجارية التي تستلزمها طبيعة تجارته وأهميتها بطريقة تكفل بيان مركزه المالي بالدقة وبيان ماله وما عليه من الديون المتعلقة بتجارته[85].

غير أن العرف التجاري يعفي صغار التجار من مسك دفاتر تجارية لما فيه من إرهاق لهم مقارنة بحجم تجارتهم البسيطة[86].

[84] علي السيد قاسم، المرجع السابق، ص 156.
[85] سمير الشرقاوي،المرجع السابق، ص 129.
[86] عمارة عمورة ، المرجع السابق، ص17.

وقد انتهج القانون التجاري المصري نهجا أكثر تفصيلا في هذه النقطة، إذ ميز بين كبار التجار وصغارهم من حيث الالتزامات المفروضة عليهم[87]، حينما ألزم المشرع التجار الذين يفوق رأس مال مشروعهم 20000 جنيه مصري بمسك الدفاتر التي تستلزمها تجارتهم ، وبمفهوم المخالفة، يعفى كل تاجر تقل تجارته عن القيمة المذكورة أعلاه من مسك الدفاتر التجارية كلية[88].

أما في الجزائر، فحدد المشرع بموجب المادتين التاسعة والعاشرة من القانون التجاري نوعين من الدفاتر التجارية وهما دفتر اليومية ودفتر الجرد، وذلك حسب أهمية وطبيعة المعاملات التجارية، غير أنه لم يتطرق إلى الدفاتر الاختيارية التي قد يمكسها التاجر حسب ما تتطلب تجارته. كما تجدر الإشارة إلى وجود عرف في الجزائر يعفي صغار التجار من مسك الدفاتر التجارية الإلزامية[89].

أ-1 دفتر اليومية:

يلتزم كل شخص طبيعي أو معنوي له صفة التاجر بمسك دفتر لليومية يقيد فيه يوم بيوم عمليات المقاولة أو أن يراجع على الأقل نتائج هذه العمليات شهريا بشرط أن يحتفظ في هذه الحالة بكافة الوثائق التي يمكن معها مراجعة تلك العمليات يوميا[90].

ويعد دفتر اليومية أساس حسابات التاجر لأنه بمثابة محضر يفصل فيه كل العمليات التي يجريها في يومه ولو لم تكن متعلقة بأشغاله، كالمصاريف التي ينفقها على منزله وعلى شؤون حياته

[87] الملاحظ، أن المشرع الجزائري لا يفرق بين فئتي التجار، سواء الكبار أو التجار الصغار لا من الناحية القانونية ولا الإدارية.
[88] المادة 21 من قانون التجارة المصري الجديد رقم 17 لسنة 1999.
[89] عمارة عمورة ، المرجع السابق ، ص56.
[90] راجع المادة 9 من القانون التجاري.

الخاصة، ولايلزم التاجر ببيان مفردات محسوباته الشخصية، وإنما يكتفي بذكرها إجمالا حتى لا يتأذى التاجر من إطلاع الغير عن شؤونه الخاصة، فلا يكون في ذلك إفشاء لأسراره الشخصية.

ويهدف المشرع من وراء مراجعة نتائج عمليات المقاولة شهريا، لتبيان مركز التاجر المالي وماله من حقوق وما عليه من ديون متعلقة بتجارته.كما يتعين عليه مسك حسابات مطابقة لعرف المهنة نظرا لأهمية تجارته وذلك من أجل تفادي الإدانة بالإفلاس بالتقصير متى ثبت أنه في حالة توقف عن الدفع.

أ-2- دفتر الجرد:

إلى جانب الالتزام بمسك دفتر اليومية، يتعين على التاجر أيضا يجري سنويا جردا لعناصر أصول وخصوم مقاولته وأن يقفل كافة حساباته بقصد إعداد الميزانية وحساب النتائج وتنسخ بعد ذلك هذه الميزانية وحساب النتائج في دفتر الجرد. كما تقيد فيه أيضا تفاصيل البضاعة الموجودة لدى التاجر في آخر سنته المالية أو بيان إجمالي عنها إذا كانت تفاصيلها واردة بدفتر وقوائم مستقلة وهذه الحالة تعتبر تلك الدفاتر والقوائم جزءا متمما للدفتر المذكور، كما تقيد بالدفتر صورة الميزانية العامة للتاجر في كل سنة مالم تقيد في دفتر آخر.

وتهدف حسابات وحواصل التجار إلى ضبط تطور عناصر الذمة المالية للمؤسسة بطريقة موضوعية وطبقا للتقنيات التنظيمية. وبالإضافة إلى ذلك، يلزم الأشخاص المعنويون التجار بالقيام أو

بتكليف شخص آخر للقيام بالتحقيق في حساباتهم وحواصلهم والتصديق عليها حسب الأشكال التي نص عليها القانون[91].

أما الميزانية فهي التعبير الرقمي المنظم طبقا لقواعد المحاسبة عن مركز التاجر الإيجابي والسلبي في نهاية السنة المالية (**تنتهي السنة المالية في 31 ديسمبر من كل سنة**) .وتتخذ الميزانية شكل جدول مكون من جانبين الأصول والخصوم، فالأصول هي حقوق المشروع وتشمل الأموال الثابتة والمنقولة والديون التي على الغير للتاجر، أما الخصوم هي ديون المشروع أي الديون التي على التاجر للغير ورأس مال المشروع التجاري باعتباره دينا على المنشأة[92].

ويلاحظ أن المشرع قد اشترط أن تكون الدفاتر الإجبارية (اليومية، الجرد) ممسوكة بانتظام[93]، **ويجب توفر الشروط التالية حتى توصف الدفاتر التجارية بالانتظام :**

-**التنظيم** : يقصد به أن تكتب البيانات بوضوح دون كشط أو محو أو تهميش أو إحالة، ويجب أن تشمل البيانات المقيدة وفق الترتيب الزمني في الدفتر كل العمليات التجارية التي يقوم بها التاجر.

-**الترقيم**: فيجب أن تكون كل صفحات الدفتر التجاري مرقمة بشكل متسلسل من بداية الدفتر إلى نهايته.

---

[91] راجع الفقرتين الأولى و الثانية من المادة 10 مكرر

[92] أكتم أمين الخولياً المرجع السابق، ص 216.

[93] وذلك حتى يتجنب الوقوع في نطاق التفليس بالتقصير حسب ما اشارت إليه الفقرة الخامسة من المادة 371 ق.ت.

-**الختم القضائي**: يجب أن يكون الدفتر التجاري مؤشرا عليه من المحكمة المختصة في كل صفحاته.

وبالمقابل تلتزم الشركات الخاضعة لأحكام القانون التجاري، بموجب القانون رقم 11/07 المتضمن النظام المحاسبي المالي دفاتر محاسبية تشمل دفترا يوميا ودفترا كبيرا، ودفتر جرد، حيث يتفرع الدفتر اليومي والدفتر الكبير إلى عدد من الدفاتر المساعدة والسجلات المساعدة بالقدر الذي يتوافق مع احتياجات الكيان.

تسجل في الدفتر اليومي حركات رؤوس الأموال والخصوم والأموال الخاصة والأعباء ومنتجات الكيان، وفي حالة استعمال دفاتر مساعدة فإن الدفتر اليومي يتضمن فقط الرصيد الشهري للكتابات الواردة في الدفاتر المساعدة.

يتضمن الدفتر الكبير مجموع حركات الحسابات خلال الفترة المعينة، كما تنقل في دفتر الجرد الميزانية وحساب النتائج الخاص بالكيان، مع العلم أن الدفاتر المحاسبية أو الدعامات التي تقوم مقامها، وكذا الوثائق الثبوتية تحفظ لمدة 10 سنوات ابتداء من تاريخ قفل كل سنة مالية[94].

وبعبارة مساوية ، يشمل الالتزام بمسك الدفاتر التجارية الإلزامية ضرورة الاحتفاظ بها لمدة 10 سنوات كاملة طبقا لنص المادة 12 من القانون التجاري الجزائري، مع ملاحظة جواز احتفاظ

[94] راجع المادة 20 من القانون رقم 11/07 المتضمن النظام المحاسبي المالي، ج.ر عدد 74.

التاجر بها لمدة أطول إن أراد ذلك، وفي هذه الحالة تظل الدفاتر التجارية المنتظمة محافظة على حجيتها القانونية .

ب-حجية الدفاتر التجارية:

يجوز للتاجر إستعمال دفاتره لمصلحته، بحيث يمكن استعمالها أمام القضاء من أجل الإثبات بسبب النزاعات التي قد تحصل بين التجار فيما بينهم.

في العلاقة بين تاجرين:

جاء في المادة 13 من القانون التجاري على أنه:" يجوز للقاضي قبول الدفاتر التجارية المنتظمة كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية". فإذا كان قبول المحكمة للدفاتر التجارية أمر جوازي فهذا لا يمنع من ضرورة توافر شروط معينة من أجل استعمال الدفاتر كدليل للإثبات وهي كالتالي:

- أن يكون طرفي العلاقة تاجرين،
- أن يكون النزاع متعلق بممارسة أعمال تجارية،
- أن تكون الدفاتر التجارية منتظمة، بمعنى أن الدفاتر التي يلتزم الأشخاص بمسكها والتي لا تراعى فيها الأوضاع، لا يمكن تقديمها إلى القضاء ولا يكون لها قوة الإثبات[95].

[95] راجع المادة 14 من القانون التجاري.

إن قيد التاجر لعملية من العمليات التي يجريها في دفاتره، إقرارا منه بوقوعها، حيث تعتبر الدفاتر في هذه الحالة دليلا كاملا في الإثبات ضد التاجر على خلاف العلاقة التي تنشأ مع غير تاجر. على شرط توافر الشروط المشار إليها في المادة السابقة.

والسبب في طرح الحجية الكاملة على الدفاتر هو أن النزاع يقع بين تاجرين يملك كل منهما دفاتر، ولما كان المفروض أن العملية المتنازع عليها تجارية، فهي مقيدة بتفصيلاتها في دفاتر كل من الخصمين، فتذكر في دفاتر أحدهما بوصفها حقا، وفي دفاتر الآخر دينا عليه، وتستطيع المحكمة بمضاهاة الدفاتر الوصول للحقيقة، فإذا توافقت دفاتر الخصمين، فللمحكمة أن تركن إلى النتيجة المستخلصة منها، وإذا تباينت دفاتر الخصمين و كانت دفاتر أحدهما منتظمة ودفاتر الآخر غير منتظمة، فالغالب أن تأخذ المحكمة بالدفاتر المنتظمة، وإذا كانت دفاتر كل من الخصمين منتظمة أو غير منتظمة فلا أرجحية لدفاتر أحدهما على الآخر.

ولهذا يتعين على المحكمة أن تكون إقتناعها بطريق آخر غير الدفاتر التجارية، ومع ذلك فالمسألة متروكة للمحكمة ولظروف الدعوى، فقد تُغلّب الدفاتر غير المنتظمة على الدفاتر المنتظمة وقد ترفض الأخذ بالدفاتر جميعا ولو كانت منتظمة[96]

في العلاقة بين تاجر وغير تاجر:

الأصل أنه لا يمكن للتاجر أن يقد دفاتره للإثبات ضد غير تاجر نظرا لإختلاف المراكز القانونية، إضافة إلى أن من شروط قبول الدفاتر التجارية أمام القضاء حسب ما أشارت إليه المادة

[96] صلاح الدين كامل سعد الله، طرق الإثبات المستحدثة في المواد التجارية، رسالة ماجستير في القانون، كلية الحقوق جامعة طنطا، السنة 2009، ص 78-79،رسالة غير منشورة.

13 من القانون التجاري أن يكون أطراف النزاع تاجرين أشخاص طبيعية أو إعتبارية. وهو ما أكدته أيضا المادة 330 من القانون المدني في إطار إثبات الإلتزام بقولها:" دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار...). غير أن هذه المادة وضعت إستثناءا على القاعدة، إذ يجوز للتاجر استعمال دفاتره التجارية في العلاقة مع غير تاجر، وذلك راجع إلى أن المحكمة في بعض الحالات عندما تريد أن تستخلص الوقائع، تبحث عن بعض القرائن عندما تكون الدفاتر التجارية منتظمة، واستعمالها لصالح التاجر.

بحيث جاء في نص المادة السالفة الذكر مايلي:(.. غير أن هذه الدفاتر عندما تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التجار، يجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة إلى أحد الطرفين فيما يمكن إثباته بالبينة".

ومن خلال مراجعة النص يمكن استخلاص شروط استعمال الدفاتر التجارية في العلاقة بين تاجر وغير تاجر.

- يتعين أن يتعلق موضوع النشاط بعقد توريد،
- أن يكون الالتزام مما يمكن إثباته بالبينة، أي أن لا تزيد قيمته عن 100.000دج[97]،
- تتمة الإثبات باليمين المتممة.

[97] راجع المادة 333 من القانون المدني الجزائري.

فإذا نشب نزاع بين تاجر وغير تاجر ويريد التاجر أن يعتمد على دفاتره التجارية، فتتجرد الدفاتر في هذه الحالة من كل حجية في الإثبات فلا يؤبه بها، ويعود المبدأ القائل بأنه لا يجوز لشخص أن يوجد لنفسه دليلا على كامل سلطاته، وهو حل منطقي. فكم يكون ميسورا للتاجر أن يثرى على حساب غيره لو أقام القانون وزنا لكل ما يحرره من حقوق له قبل الغير، إذ لا يستطيع التاجر بجرة قلم أن يلزم من يشاء أو أن يدعي لنفسه ما يشاء من حقوق، ولا تقيد الدفاتر في هذا الفرض مبدأ ثبوت بالكتابة لمصلحة التاجر، لأن شرط مبدأ ثبوت بالكتابة ووجود محرر صادر من الخصم يجعل الحق قريب الإحتمال، وال حرر في صادر من التاجر ذاته لا من خصمه، ولذا لا تجوز تكملة الدليل المستخلص من الدفاتر بالشهادة أو بالقرائن[98].

ج-جزاء عدم مسكها أو عدم انتظامها:

يترتب عن الإخلال بالتزام مسك الدفاتر التجارية الآثار القانونية التالية:

1*عدم جواز الاعتماد عليها لمصلحة التاجر (م13 ق.ت)

2*عدم إمكانية طلب التسوية القضائية

3*التعرض إلى فرض ضريبة جزافية

[98] صلاح الدين كامل سعد الله، المرجع السابق، ص 78.

4*الحرمان من الصلح الواقي من الإفلاس لارتكاب جريمة إفلاس بالتقصير[99] بسبب إخلاله بواجب مسك دفاتر تجارية منتظمة، ويعاقب المفلس في هذه الحالة بالحبس من شهرين إلى سنتين وغرامة من 25000 د.ج إلى 100000 د.ج (م 383 قانون العقوبات)، أما إذا ثبت أن التاجر قد أخفى أو أتلف دفاتره التجارية تهربا من تقديمها أمام القضاء وأعلن إفلاسه فيعد مفلسا بالتدليس ويعاقب بالحبس من سنة إلى 5 سنوات وغرامة من 100000 د.ج إلى 500000 د.ج (م 383 من قانون العقوبات).

د-شروط حجيتها في الإثبات

ما دام الاعتماد على الدفاتر التجارية في الإثبات يعد خروجا واضحا عن القواعد العامة (ولاسيما قاعدتي عدم جواز أن يصطنع الشخص دليلا لنفسه و عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه)، وجب تحقق شروط قانونية للأخذ بها في الإثبات القضائي هي:

1*الانتظام (م13 ق.ت)

2*النزاع بين تاجرين (م13 ق.ت)

3*النزاع تجاري (عمل تجاري وفقا للمادة 13 من ق.ت دائما)

[99] سعد الدين أمحمد، توقف التاجر عن الدفع بين المفهوم القانوني والضرورة الاقتصادية، مقال منشور بالمجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، تصدرها كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تيزي وزو، 2020، ص 13، المقال متوفر عبر المنصة الرقمية الجزائرية للبحوث عبر الرابط: https://www.asjp.cerist.dz/en/article/139816

4-عدم تجزئتها (م330 ق.م)

هـــ-تقديم الدفاتر التجارية أمام القضاء:

يجوز إجبار التاجر على تقديمها أمام القضاء (حتى لو لم تكن منتظمة)، وتظل حجيتها خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي.

وتقدم الدفاتر بأحد طريقين:

1*الاطلاع الجزئي (وهو الأصل)، وفي حالة الرفض توجه اليمين إلى الطرف الآخر (م 18)

2*الاطلاع الكلي (وهو الاستثناء)، وحصر المشرع حالاته في الإرث وقسمة الشركة والإفلاس (م15 ق.ت)

ملاحظة مهمة: الأصل أن دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار، واستثناء من ذلك يمكن الاعتماد عليها ضد غير التجار إذا ارتبط النزاع بتوريدات أقل من 100000 د.ج ويمكن دعمها باليمين المتممة في هذه الحالة. (طبقا لنص المادة 330 من القانون المدني الجزائري).

ثالثا-الخضوع لنظام الإفلاس

بمجرد اكتساب الشخص لصفة التاجر يخضع لنظام خاص إذا توقف عن دفع ديونه يسمى "الإفلاس" [100].

ويقصد بالإفلاس "طريق جماعي للتنفيذ على أموال التاجر المدين الذي توقف عن دفع ديونه التجارية ، بحيث تغل يده عن التصرف في أمواله ويتم تصفيتها تصفية جماعية ويوزع ثمنها بين الدائنين وفقا لقسمة الغرماء، فلا أفضلية لدائن على آخر ما دام حقه غير مصحوب بأحد الأسباب القانونية التي تبرر أفضليته كرهن أو امتياز [101].

وفي هذا الصدد تنص المادة 215 من القانون التجاري الجزائري على مايلي:

"**يتعين على كل تاجر** أو شخص معنوي خاضع للقانون الخاص ولو لم يكن تاجرا، إذا توقف عن الدفع أن يدلي بإقرار في مدى خمسة عشر يوما قصد افتتاح إجراءات التسوية القضائية أوالإفلاس".

ويتضح من هذا النص القانوني أن أول شرط لتطبيق الإفلاس هو وجود صفة التاجر، فالإفلاس نظام خاص بالتجار المتوقفين عن الدفع حصرا كقاعدة عامة، في حين يظل الإعسار نظاما خاصا بالأشخاص المدنية التي تخل بالوفاء بالتزاماتها المالية كأصل عام.

[100] سعد الدين أمحمد، المرجع السابق، ص12.
[101] عباس حلمي المنزلاوي، الإفلاس والتسوية القضائية، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 1987، ص06.

ونظام الإفلاس هو نظام قاس يتميز بقسوة الجزاءات المترتبة عنه من غل ليد التاجر وتصفية أمواله وصولا إلى العقوبات الجزائية (الحبس والغرامة). ولا غرابة في ذلك، لأن التجارة تقوم على الائتمان، وبالتالي يجب تسييج الالتزامات التجارية بجزاءات صارمة نظير الإخلال بالوفاء تدعيما للثقة في الوسط التجاري، باعتبارها داعمة أساسية تقوم عليها التجارة.

رابعا-الخضوع للضريبة على الأرباح التجارية.

يلتزم التاجر كذلك بأداء الضرائب لمصلحة الخزينة العمومية، فالتاجر مكلف ضريبيا وجب عليه المساهمة في تحمل الأعباء العامة للدولة من خلال دفع الضرائب على الأرباح التجارية مثل باقي المكلفين ضريبيا.

وتستند مصالح الضرائب في تقديرها لحجم الضريبة المفروضة على التاجر على أرباحه التجارية، كما تستند على دفاتره التجارية المنتظمة، فإن لم تجد له دفاترا تجارية منتظمة قدرت الضريبة بطريقة جزافية، والتقدير الجزافي للضريبة على الأرباح التجارية هو ضد مصلحة التاجر.

المطلب الثاني: حقوق التاجر

إلى جانب الالتزامات، يكتسب التاجر حقوقا بمجرد اكتسابه صفة التاجر أهمها الاستفادة من سمعة التاجر مهنيا وشخصيا وحق الانتخاب بالغرف التجارية والعضوية فيها والعضوية في هيئات الحكم التجارية[102].

أولا-الاستفادة من سمعة التاجر مهنيا وشخصيا:

يحق للتاجر وحده التعامل مع الغير على أساس هذه الصفة (تاجر)، فله أن يشير إلى صفته كتاجر في حياته المهنية كأن يطلب قرضا من بنك أو يطلب تأجيل الوفاء من تاجر آخر ، كما يجوز له الاستناد على هذه الصفة في تصرفاته الشخصية كأن يطلب قرضا استهلاكيا من شخص مدني أو يقدم على الخطبة والزواج. ففي كل هذه الأحوال، لا مانع قانوني من اعتداد التاجر بصفته التجارية أمام الغير، دون أن يعتبر منتحلا لصفة.

ثانيا-حق الانتخاب بالغرف التجارية والمنظمات المهنية والعضوية فيها.

[102] الطاهر بن قويدر، حقوق التاجر المرتبطة بالائتمان والوفاء في القانون الجزائري، مقال منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق والعلوم السياسية بالمركز الجامعي بآفلو، جانفي2019، ص 19، والمقال متوفر عبر المنصة الرقمية الجزائرية للبحوث عبر الرابط التالي:
https://www.asjp.cerist.dz/en/article/79577

توجد عدة منظمات مهنية أوجدها التجار لتسير مصالحهم والدفاع عن حقوقهم (مثل منظمة أرباب العمل في الجزائر)، ويعد الترشح لعضويتها أو شغل أحد المناصب فيها حكرا على من تتوفر فيه صفة التاجر.

ثالثا-العضوية في هيئات الحكم التجارية:

من المعلوم قانونا (طبقا لنص المادة 533 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية قبل تعديله في 12 جويلية 2022) أن القسم التجاري بالمحكمة يتشكل من تشكيلة ثلاثية تضم قاضيا ومحلفين، ويكون اختيار المحلفين دائما من بين التجار المسجلين في قوائم خاصة تعد لهذا الغرض، فلا يحق الانضمام إلى المحكمة كمحلف في القسم التجاري إلا للتجار.

أما بعد صدور القانون 22-13 المؤرخ في 12 جويلية 2022 المعدل للقانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد تغيرت تشكيلة القسم التجاري بالمحكمة، إذ تنص المادة 533 من القانون 22-13 المذكور أعلاه على مايلي:

"يتشكل القسم التجاري من قاض فرد".

ليصبح المحلفون يشاركون في تشكيلة جهة قضائية مستحدثة هي المحكمة التجارية المتخصصة، وفي هذا تنص المادة 536 مكرر 2 من القانون 22-13 المذكور آنفا على مايلي:

"تتشكل المحكمة التجارية المتخصصة من أقسام تحت رئاسة قاض وبمساعدة أربعة (4) مساعدين ممن لهم دراية واسعة بالمسائل التجارية ويكون لهم رأي تداولي ، والذين يختارون وفقا للشروط والكيفيات المحددة عن طريق التنظيم..."

قائمة المراجع:

أولا: المؤلفات.

- أحسن بوصقيعة، مخالفة الصرف في القانون الجزائري، دار الحكمة. ب.س.

- إدوارد العيد، العقود التجارية وعمليات المصارف دار النجوى، 1986.

- أكتم أمين الخولي، الموجز في القانون التجاري، الجزء الأول، الناشر مكتبة السيد عبد الله وهبة، ص 194.

- بسام حمد الطراونة و باسم محمد ملحم، شرح القانون التجاري، مبادئ القانون التجاري، النظرية العامة ، الأعمال التجارية والتجار، الدفاتر التجارية، دار المسيرة، عمان، الأردن، 2017.

- جلال وفا محمد دين، المبادئ العامة في القانون التجاري، الدار الجامعية، الجزائر.

- حلو أبو حلو ، القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية والتاجر، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1982.

- زكي حسين زيدان، الإفلاس والإعسار في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، سنوية محكمة، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، عدد10، 1996.

- سمير الشرقاوي، القانون التجاري، ج.1، دار النهضة العربية، مصر، 1982 .

- سمير عالية، القانون التجاري، الجزء الأول، الناشر دار النهضة العربية، السنة 1989.

- سمير عالية، الوجيز في القانون التجاري،ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1990.

- عبد القادر بقيرات، مبادئ القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2011.

- عزيز العكلي، شرح القانون التجاري، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1998.

- عزيز العكلي، شرح القانون التجاري، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1998.

- علي البارودي، الأعمال التجارية ، التجار ، الشركات التجارية ، منشأة المعارف، الإسكندرية، ب.س.

- علي السيد قاسم، دروس في قانون الأعمال، الجزء الأول، الناشر دار النهضة العربية، 2001.

- علي السيد قاسم، مبادئ القانون التجاري، دار النهضة العربية، مصر، 1995.

- فيروز بن شنون، الاتجاهات الحديثة في نظرية الذمة المالية، دراسة مقارنة.

- محمد فريد العريني، القانون التجاري، الأعمال التجارية، التجار، الشركات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013.

- مصطفى البنداري، مبادئ قانون المعاملات التجاري، الجزء الأول:نظرية الأعمال التجارية، طبقا لقانون التجارة رقم 17 لسنة 1999، الناشر دار النهضة العربية.

- مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري، دراسة مقارنة، الأعمال التجارية ، التجار ، الشركات التجارية، المؤسسة التجارية، الملكية الصناعية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ب.س.

-أحمد محرز ، القانون التجاري الجزائري، ج1، نظرية الأعمال التجارية، صفة التاجرـــ الدفاتر التجارية، المحل التجاري، دار النهضة العربية، بيروت، 1981.

-أكتم أمين الخولي، الموجز في القانون التجاري، الجزء الأول، الناشر مكتبة السيد عبد الله وهبة، ص 194.

-القرآن الكريم.

-سعيد يوسف، قانون الأعمال و الشركات، منشورات الحلبي الحقوقية، السنة 2006.

-سمير الشرقاوي، القانون التجاري، ج1، دار النهضة العربية ، مصر، 1982.

-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، مصادر الإلتزام.

-علي السيد قاسم، دروس في قانون الأعمال، الجزء الأول، الناشر دار النهضة العربية، 2001، ص 128.

-علي جمال الدين عوض، الوجيز في القانون التجاري، دار النهضة العربية، 1975.

-عمار عمورة، شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، 2018.

-ليث عبد الأمير محمد رضا الصباغ، النظام القانوني للصبي المأذون له في التجارة * دراسة مقارنة * منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2005، ص 50-51.

-مبروك حسين، المدونة البنكية الجزائرية، دار هومة، الجزائر، 2006.

-مصطفى البنداري، مبادئ قانون المعاملات التجاري، الجزء الأول:نظرية الأعمال التجارية، طبقا لقانون التجارة رقم 17 لسنة 1999، الناشر دار النهضة العربية.

-نادية فضيل ، القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية، التاجر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.

-هاني دويدار، الأعمال التجارية بالقياس، دار الجامعية الجديدة للنشر، 2003.

-هاني دويدار، الأعمال التجارية بالقياس، دار الجامعية الجديدة للنشر، 2003.

ثانيا: المقالات.

- سعد الدين أمحمد، توقف التاجر عن الدفع بين المفهوم القانوني والضرورة الاقتصادية، مقال منشور بالمجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، تصدرها كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تيزي وزو، 2020. المقال متوفر عبر المنصة الرقمية الجزائرية للبحوث عبر الرابط:

- سناء خميس، الأعمال التجارية الإلكترونية في التشريع الجزائري، مقال منشور في مجلة الدراسات والبحوث القانونية ، يصدرها مخبر الدراسات والبحوث في القانون والأسرة والتنمية الإدارية، جامعة المسيلة، مارس 2017، ص11. المقال متوفر كذلك عبر المنصة الرقمية الجزائرية للبحوث عبر الرابط :

- مجد أوراس بن لعلي، قانون التاجر المعاصر والأسواق العالمية الحديثة، مقال منشور في مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، تصدرها كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجامعة باتنة 1، مارس 2015، ص7. المقال متوفر كذلك عبر المنصة الرقمية الجزائرية للبحوث عبر الرابط التالي:

- نور الدين بن حميدوش و محمد رضا حمادي، التسجيل في السجل التجاري بين الشرط والأثر لاكتساب صفة التاجر، مقال منشور بمجلة الأستاذ الباحث، الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، 2019. والمقال متوفر عبر المنصة الرقمية الجزائرية للبحوث عبر الرابط التالي:

https://www.asjp.cerist.dz/en/article/139816

https://www.asjp.cerist.dz/en/article/15640

https://www.asjp.cerist.dz/en/article/5797

https://www.asjp.cerist.dz/en/article/65031

https://www.asjp.cerist.dz/en/article/74097

https://www.asjp.cerist.dz/en/article/79577

-الطاهر بن قويدر، حقوق التاجر المرتبطة بالائتمان والوفاء في القانون الجزائري، مقال منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق والعلوم السياسية بالمركز الجامعي بآفلو، جانفي2019. والمقال متوفر عبر المنصة الرقمية الجزائرية للبحوث عبر الرابط التالي:

-عباس حلمي المنزلاوي، الإفلاس والتسوية القضائية، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 1987.

-وسيلة شريط، التعداد التشريعي للأعمال التجارية بحسب الموضوع الوارد في القانون التجاري الجزائري، مقال منشور في مجلة المعيار، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، 2005. والمقال متوفر عبر المنصة الرقمية الجزائرية للبحوث عبر الرابط:

ثالثا: الرسائل الجامعية.

- صلاح الدين كامل سعد الله، طرق الإثبات المستحدثة في المواد التجارية، رسالة ماجستير في القانون، كلية الحقوق جامعة طنطا، مصر، 2010/2009، رسالة غير منشورة.

رابعا: القوانين.

-الأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 **يتضمن القانون التجاري** (الجريدة الرسمية 101 المؤرخة في 19 ديسمبر 1975)، المعدل والمتمم بكل من المرسوم التشريعي 93-08 لسنة 1993 (الجريدة الرسمية 27 لسنة 1993)، و الأمر 96-27 لسنة 1996 (الجريدة الرسمية 77 المؤرخة في 11 ديسمبر 1996)، والقانون 05-02 لسنة 2005، والقانون 15-20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015 (الجريدة الرسمية 71 لسنة 2015) ، والقانون 22-09 المؤرخ في 5 ماي 2022 (الجريدة الرسمية 32 المؤرخة في 14 ماي 2022).

-الأمر 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 **المتعلق بالنقد والقرض** (الجريدة الرسمية 52 المؤرخة في 27 أوت 2003). المعدل بالأمر 10-04 المؤرخ في 26 أوت 2010 (الجريدة الرسمية 50 المؤرخة في 1 سبتمبر 2010) ثم عدل بعد ذلك بالقانون 17-10 المؤرخ في 11 أكتوبر 2017 (الجريدة الرسمية 57 المؤرخة في 12 أكتوبر 2017).

الفهرس:

الموضوع..... الصفحة
مقدمة..... 2
محور تمهيدي : مدخل لدراسة القانون التجاري.....4
المبحث الأول: مفهوم القانون التجاري.....4
المطلب الأول : تعريف القانون التجاري.....4
المطلب الثاني : التطور التاريخي للقانون التجاري.....5
أولا: في العصر القديم.....6
ثانيا : في العصر الوسيط.....7
ثالثا: في العصر الحديث.....9
المبحث الثاني: مصادر القانون التجاري ونطاقه.....12
المطلب الأول : مصادر القانون التجاري.....12
أولا: المصادر الرسمية.....12
ثانيا: المصادر الاحتياطية.....21
المطلب الثاني : نطاق القانون التجاري.....24
أولا : النظرية الموضوعية.....24
ثانيا : النظرية الذاتية.....25
المحور الأول: الأعمال التجارية..... 27
المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للعمل التجاري.....27
المطلب الأول: معايير التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني.....28
أولا: المضاربة.....28
ثانيا: التداول.....29
ثالثا: المقاولة.....31
المطلب الثاني : الخصوصيات القانونية للعمل التجاري.....35
أولا-حرية الإثبات.....35
ثانيا-افتراض التضامن.....37

ثالثا-عدم تطبيق نظرية الميسرة.....38
رابعا-قسوة جزاء عدم الوفاء بالالتزام.....40
خامسا-الإعذار غير القضائي.....41
سادسا-خصوصية قواعد الاختصاص القضائي..... 41
سابعا-النفاذ المعجل.....43
ثامنا-خصوصية أحكام الرهن الحيازي.....44
تاسعا-المكانة المتميزة للعرف التجاري كمصدر للقاعدة القانونية.....45
المبحث الثاني: أنواع الأعمال التجارية.....45
المطلب الأول : الأعمال التجارية بحسب الموضوع.....46
المطلب الثاني : الأعمال التجارية بحسب الشكل.....70
المطلب الثالث: الأعمال التجارية بالتبعية.....74
ملاحظة مهمة أولى: إشارة إلى النظام القانوني للأعمال المختلطة.....77
ملاحظة مهمة ثانية: الخروج بتعريف شامل للعمل التجاري بناء على كل المكتسبات السابقة.....78
المحور الثاني: التاجر.....80
المبحث الأول : شروط اكتساب صفة التاجر.....80
المطلب الأول : شروط عامة.....81
أولا: المشروعية.....81
ثانيا: الأهلية.....81
المطلب الثاني : شروط خاصة.....92
أولا: القيام بعمل تجاري.....93
ثانيا: الامتهان..... 93
ثالثا: القيام بالعمل التجاري لحساب القائم به.....97
المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن اكتساب صفة التاجر.....98
المطلب الأول: التزامات التاجر.....99
أولا: القيد في السجل التجاري.....99

ثانيا: مسك الدفاتر التجارية.....109
ثالثا: الخضوع لنظام الإفلاس.....120
رابعا: الخضوع للضريبة على الأرباح التجارية.....121
المطلب الثاني : حقوق التاجر.....125
أولا: الاستفادة من السمعة التجارية.....125
ثانيا: حق الانتخاب في الغرف التجارية والعضوية فيها.....126
ثالثا: العضوية في هيئات الحكم التجارية.....126
قائمة المراجع..... 127
الفهرس.....133