وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة طاهري محمد – بشار.

كلية الحقوق و العلوم السياسية.

قسم الحقوق.

محاضرات في القانون التجاري

موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس.

من إعداد الدكتورة: محتال آمنة.

تمت المصادقة على المطبوع
بموجب محضر المجلس العلمي
لدورة جوان رقم 06 بتاريخ 2023/06/13
د. جارد محمد
رئيس المجلس العلمي لكلية
الحقوق والعلوم السياسية
جامعة طاهري محمد - بشار

السنة الجامعية:2023/2022.

مقدمة:

تعد التجارة ظاهرة حضارية هامة وحلقة أساسية من حلقات النشاط الإقتصادي، حيث كان لها مفهوم بسيط يرتكز على تبادل المنافع لإشباع الرغبات والحصول على أساسيات الحياة التي لا يمكن للإنسان الحصول عليها بمفرده، فاهتم الأفراد بالنشاط التجاري، فتكونت طبقة التجار لتحل المكانة الوسط بين المنتج والمستهلك، ثم ظهرت أعراف وعادات خاصة بفئة التجار تبنى على أساس السعة والسهولة في الإجراءات واستبعاد الشكليات المعقدة، فتميزت عن غيرها من قواعد القانون المدني التي تحكم جميع التصرفات، فقننت لتشكل قانونا مستقلا ذو خصوصية.

إن قواعد القانون التجاري قد استغرقت وقتا طويلا من الزمن حتى ترسخت في أذهان التجار الذين يتعاملون بها و أخذت مكانتها وقوتها الملزمة، فظهرت بداية على شكل عادات و أعراف وتقاليد من صنع التجار أنفسهم، لتأخذ فيما بعد شكلها المعروف حاليا. فهذه القواعد اهتمت بجميع الجوانب المنظمة للتجار ومعاملاتهم التجارية كالمحاكم التجارية، السجل التجاري، الدفاتر التجارية، السندات التجارية، المحل التجاري...

كما يرجع الفضل أيضا للتجار في إرساء العديد من المبادئ من أجل تسهيل العمليات التجارية للتعامل بها سواء فيما بينهم أو مع غير التجار، ومن أهم هذه المبادئ مبدأ حرية الاثبات في المسائل التجارية، مبدأ الثقة والائتمان بين التجار، مبدأ التضامن بين المدينين.

والأعمال التجارية تخضع لأحكام القانون التجاري المستقل عن القانون المدني، غير أن هذا الأخير يبقى الشريعة العامة لفروع القانون الخاص والمرجع الذي يجب الرجوع إليه إذا لم يوجد نص في القانون التجاري ينظم مسألة معينة.

إن القانون التجاري يشمل في معناه القانون من جهة، والتجارة من جهة أخرى، فالقانون هو بصفة عامة مجموع القواعد المنظمة لحياة الفرد في المجتمع، بينما يقصد بالتجارة في مفهومها الضيق التداول وتوزيع الثروات. في حين يقصد بالتجارة قانونا تداول الثروات التي يقوم بها التجار وكذا الأعمال التجارية والإنتاجية والصناعية. ولهذا النوع من القانون صلة بالعديد من القوانين ذات الطبيعة التجارية والتي تنظم المعاملات التجارية كقانون النقد والقرض وقانون المنافسة وقانون الاستثمار والقانون الجوي والقانون البحري رغم عدم استعمالها صراحة لمصطلح التاجر والأعمال التجارية.

سنتناول في هذا المطبوع برنامج مقياس القانون التجاري الأعمال التجارية – التاجر – المحل التجاري للسنة الثانية السداسي الثالث من نظام ل م د وفقا للبرنامج التالي:

الفصل الأول: مفهوم القانون التجاري ومصادره

المبحث الأول: تعريف القانون التجاري وتحديد نطاقه

المبحث الثاني: نشأة القانون التجاري وتطوره

المبحث الثالث: مصادر القانون التجاري

الفصل الثاني:الأعمال التجارية

المبحث الأول: أهمية التفرقة بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية ومعايير هذه التفرقة

المبحث الثاني: أنواع الأعمال التجارية

الفصل الثالث:التاجر والتزاماته القانونية

المبحث الأول: الشروط القانونية لاكتساب صفة التاجر

المبحث الثاني: الالتزامات القانونية للتاجر

الفصل الأول

مفهوم القانون التجاري ومصادره

إن القانون التجاري قد نشأ وتطور باختلاف مناطق مزاولة التجارة وكذا باختلاف بيئة ممارسة الأنشطة التجارية، ويرجع الفضل للتجار أنفسهم في ظهور وخلق قواعد القانون التجاري التي تبناها المشرع فيما بعد ليأخذ هذا الأخير شكله المعروف حاليا.

إن طبيعة المعاملات التجارية وما تقتضيه البيئة التجارية من ضرورة خضوع هذه المعاملات لقواعد و أحكام خاصة غير تلك التي تخضع لها معاملات الأفراد من غير التجار قد جعلت القانون التجاري يتمتع بذاتية واستقلال أحكامه. وفي هذا الشأن يثور التساؤل عن نطاق تطبيق هذا القانون. لقد اختلف الفقه في تحديد نطاق القانون التجاري، فظهرت نظريتين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية.

والقانون التجاري قد تفرع و انبثق عن القانون المدني ليكون قانونا مستقلا، وهذه الاستقلالية قد أثارت خلاف فقهيا واسعا، حيث تمسك البعض باستقلالية القانون التجاري عن القانون المدني، بينما أثار البعض الآخر فكرة تبعية القانون لتجاري للقانون المدني أي وحدة القانون الخاص.

إن القانون التجاري باعتباره فرع من فروع القانون الخاص، هو وليد أعراف نشأت وتطوت منذ عصور طويلة، وقد مر هذا القانون بعدة مراحل تاريخية : العصر القديم ، العصر الوسيط والعصر الحديث.

وللقانون التجاري مصادر يتوجب على القاضي أن يستمد منها أحكامه و قراراته في المواد التجارية عندما يعرض عليه نزاع قانوني، حيث يتوجه هذا الأخير إلى المصادر الرسمية، ويستلهم قناعاته من المصادر التفسيرية.

سنحاول في هذا المحور تعريف القانون التجاري وتحديد نطاقه (المبحث الأول)، ونشأته وتطوره (المبحث الثاني)، ومصادره (المبحث الثالث).

المبحث الأول: تعريف القانون التجاري وتحديد نطاقه

لقد اهتم الأفراد بالنشاط التجاري، فتطور مفهوم التجارة من المفهوم البسيط المقتصر على تبادل المنافع قصد الحصول على أساسيات الحياة، إلى المفهوم الواسع الذي يرتكز على فكرة التخصص في النشاط التجاري، فتكونت طبقة التجار لتلعب دور الوسيط بين المنتج والمستهلك، والتي بدورها ابتدعت أعراف وعادات خاصة بهم شكلت قانونا مستقلا ذو خصوصيات.

فظهور القانون التجاري جاء نتيجة لعدم ملائمة العديد من قواعد القانون المدني للأنشطة التجارية نظرا لخصائص هته الأخيرة. وهو ما يبرر في حد ذاته وجود اختلاف جوهري بين الظواهر التي ينظمها القانون المدني عن تلك التي يحكمها القانون التجاري.

في هذا المبحث سنحاول تسليط الضوء على تعريف القانون التجاري (المطلب الاول)، وتحديد نطاقه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف القانون التجاري

القانون التجاري فرع من فروع القانون الخاص عرفته مدونة التجارة في المادة 1 على أنه:"ينظم القواعد المتعلقة بالأعمال التجارية والتجار". بمعنى أنه يعنى بتنظيم الأعمال التجارية التي تنشأ بين التجار فيما بينهم، أو بين التجار وزبائنهم، وهو بهذا الوصف يكون أضيق من القانون المدني الذي ينظم القواعد التي تحكم العلاقات بين الأفراد بغض النظر عن طبيعة الأعمال التي يقومون بها.

- كما عرفه الأستاذ ليون كون وريمون أن القانون التجاري مجموعة القواعد التي تطبق على الأعمال التجارية وعلى الأشخاص الذين لهم صفة التاجر.
- وعرفه الأستاذ Thaller على أنه:"ذلك الفرع من القانون الخاص الذي يحدد طبيعة وآثار الاتفاقيات والعقود المبرمة بين التجار أو تلك المبرمة بمناسبة ممارسة الأعمال التجارية".
- كما اعتبره الفقيه George Robert على أنه فرع من فروع القانون الخاص الذي ينظم العمليات القانونية التي يقوم بها التجار سواء فيما بينهم أو مع عملائهم [1] بشرط أن تتم هذه العمليات لممارسة التجارة.
- وعرف حديثا من طرف الفقيه الفرنسي أسكالا على أنه "مجموعة القواعد الخاصة التي تطبق على فئة محدودة من الأشخاص هي طائفة التجار وعلى طائفة محدودة من الأعمال هي الأعمال التجارية.

[1] عبد القادر البقيرات، مبادئ القانون التجاري (الأعمال التجارية –نظرية التاجر– المحل التجاري– الشركات التجارية)، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، 2015، ص.10.

- وتعريف القانون التجاري عند غالبية الفقهاء يأخذ بالمذهبين الشخصي والموضوعي معا فيعرفونه على أنه ذلك الفرع من فروع القانون الخاص الذي ينطبق على طائفة معينة من الأعمال القانونية هي الأعمال التجارية وعلى طبقة من الأشخاص هم التجار وأحكامه وقواعده محتواه داخل مجموعة قانونية هي المجموعة التجارية[2].

وفي العصر الحديث نلاحظ مدى اتساع مفهوم القانون التجاري لذا يفضل أن يطلق عليه اصطلاح قانون الأعمال بدلا من القانون التجاري، وهذا للتطور السريع والمستمر الذي تتسم به الحياة التجارية، إذ أصبح يشمل بحكمه أيضا المؤسسات التجارية.

- خصائص القانون التجاري

إن للقانون التجاري خصائص جعلت قواعده مستقلة ومنفصلة عن القانون المدني، وبحسب معظم الفقهاء نجمل الخصائص في السرعة والسهولة في الاجراءات، الثقة والائتمان.

- السرعة والسهولة في الاجراءات: إن طبيعة الاعمال التجارية تتطلب السرعة على عكس الأعمال المدنية التي تطغى عليها صفة البطء، فهذه السرعة فرضت قواعد تختلف عن قواعد القانون المدني كقاعدة حرية الإثبات على عكس ما هو معمول به في القواعد العامة والتي تتطلب عادة الاثبات الكتابي. فالأعمال التجارية على خلاف الأعمال المدنية يقوم بها الفرد في فترات متقاربة موضوعها منقولات معرضة لتقلبات الأسعار وقابلة للتلف مما يتطلب القيام بها بسرعة[3].

2

[3] مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص.10.

لكن ما يمكن ملاحظته أنه حتى المعاملات المدنية أصبحت تتصف بالسرعة كالشركات المدنية، في حين نجد أن الشكلية إزدادت في أحكام القانون التجاري، حيث أصبح مبدأ حرية الاثبات في المعاملات التجارية محدودة التطبيق حيث اشترط المشرع أن يكون هناك عقد كتابي لبعض التصرفات كتأسيس الشركة التجارية (545 ق.ت) أو بيع المحل التجاري (79 ق.ت).

- الإئتمان: يحتاج التاجر أثناء ممارسته لنشاطه التجاري لعنصر الائتمان الذي يعرف على أنه الثقة المتبادلة عادة بين التجار في المعاملات التجارية ومن أمثلة ذلك منح المدين أجلا للوفاء بالدين، أو طلب التاجر قرضا من البنك، فالبنك قد يمنح التاجر قرضا بكل سهولة مقارنة بالشخص المدني، كون التاجر يملك ضمانات أكبر.

كما يعد نظام الافلاس من مظاهر الائتمان، فالتاجر يتعامل مع تاجر آخر بثقة أكبر وائتمان أكثر لأنه يمكن شهر إفلاس التاجر وتصفية أموال التاجر المتوقف عن الدفع(215ق.ت). ومن مظاهر الائتمان أيضا افتراض التضامن عند عدم تسديد الدين دون أن يتطلب ذلك اتفاق بين المدينين على عكس القاعدة العامة. فكل هذه المظاهر تدعم الثقة في المعاملات التجارية مما يساهم في تطوير الاقتصاد.

المطلب الثاني: نطاق تطبيق القانون التجاري

و يثور التساؤل في هذا الصدد عن النطاق التي يجب إعمال أحكام القانون التجاري به . و بمعنى آخر متى تنطبق أحكام القانون التجاري هل في كل حالة يوجد فيها العمل التجاري بغض النظر عن صفة القائم به ، أم تنطبق أحكامه على التجار فقط في سياق ممارستهم لحرفتهم التجارية ؟ . الواقع أن تحديد نطاق تطبيق القانون التجاري يتنازعه نظريتين هما: النظرية

الموضوعية و النظرية الشخصية و سنقوم بتفصيل كل من النظريتين ثم نعرض لموقف المشرع الجزائري.

هناك نظريتان يتم التطرق إليهما عند تحديد المجال الذي سيتمّ فيه تطبيق القانون التجاريّ.

-النظرية الموضوعية (المادية) Théorie objective

يرى أصحاب هذه النظرية الموضوعية أن القانون التجاري هو قانون الأعمال التجارية ، فإذا قام شخص بعمل تجاري فإن هذا العمل تحكمه قواعد القانون التجاري سواء كان القائم به تاجر أم غير تاجر، و حتى و لو قام به مرة واحدة .

و هذه النظرية لها صبغة سياسية حيث تهدف إلى تدعيم مبدأ الحرية الاقتصادية الذي قضى على نظام الطوائف لأنه كان يعوق ازدهار التجارة و تقدمها بسبب منعه لغير طائفة التجار من ممارسة الأعمال التجارية[4].

-النظرية الشخصية (الذاتية) Théorie subjective

إن النظرية الشخصية مفادها أن القانون التجاري في أصله قانون مهني ينظم نشاط من يحترفون التجارة دون غيرهم ، لذلك فلا بد من تحديد المهن التجارية على سبيل الحصر، فإذا قام شخص غير تاجر بعمل من طبيعة تجارية فإن هذا العمل يخرج عن دائرة العمل التجاري. فعنصر الاحتراف في مفهوم هذه النظرية يعتبر المعيار الذي يحدد نطاق القانون التجاري. ويبرر أنصار

[4] سميحة القلبوي، الموجز في القانون التجاري، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1972، ص.20.

هذه النظرية رأيهم في أن أصل نشأة القانون التجاري تعود إلى القواعد و العادات و النظم التي ابتدعها التجار الأمر الذي أصبح به هذا الفرع من القانون قانونا مهنيا.

- موقف المشرع الجزائري:

إن المشرع الجزائري جمع بين النظريتين ، حيث عرف التاجر في المادة 1 من القانون التجاري التي تنص : " يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا و يتخذه مهنة معتادة له ما لم يقضي القانون بخلاف ذلك." فنلاحظ أن المشرع الجزائري قد استند على العمل التجاري في تحديد وصف التاجر(النظرية الموضوعية) .

كما أشار في المادة 1 مكرر من نفس القانون على أنه : " يسري القانون التجاري على العلاقات بين التجار، و في حالة عدم وجود نص فيه يطبق القانون المدني و أعراف المهنة عند الإقتضاء." وهذا دليل على اعتماد المشرع الجزائري على النظرية الشخصية أما في المادتين : 02 و 03 فقد عدد الأعمال التجارية بحسب الشكل و الموضوع ، فنلاحظ أنه استلهم هذه الأفكار من النظرية الموضوعية . أما في المادة 04 من نفس القانون فأخذ فيها بالنظرية الشخصية عندما عدد الأعمال التجارية بالتبعية ، حيث ينقلب العمل المدني إلى تجاري بالتبعية إذا قام به تاجر بمناسبة مباشرته لنشاطه التجاري ، فيستمد العمل الصفة التجارية من صفة الشخص القائم به.

إن المشرع الجزائري أخذ بمذهب مزدوج فلا نجد قواعده كلها من طبيعة واحدة إنما استلهمت بعض أحكامه من النظرية الشخصية و البعض الآخر من النظرية الموضوعية ، و عليه فيمكن تعريف القانون التجاري بأنه : " مجموعة من القواعد القانونية التي تطبق على طائفة

معينة من الأشخاص يحترفون الأعمال التجارية و هم التجار ، و على طائفة معينة من الأعمال التجارية".

المبحث الثاني: نشأة القانون التجاري وتطوره

لقد عرفت التجارة منذ القديم عن طريق فكرة بسيطة مفادها تبادل السلع بدل السلع أو ما عرف بالمقايضة التي كانت الوسيلة الأولى للتداول، إلى حين ظهور النقود محلها كواسطة للتعامل.

لقد مر القانون التجاري بمراحل تاريخية هامة وضعت أسسه و دعائمه المعروف بها حاليا، ففي كل مرحلة ساهم شعبها في ارساء العديد من القواعد والعادات في مجالات عدة، وتتمثل هذه المراحل التاريخية في العصر القديم (المطلب الأول)، العصر الوسيط (المطلب الثاني)، والعصر الحديث (المطلب الثالث).

-العصر القديم :

إن القانون التجاري منذ بدء عهده كان قانونا دوليا هذا ما كشفت عنه التحريات التاريخية والتنقيبات الأثرية عن ازدهار التجارة منذ ألفي سنة قبل الميلاد بين السومريين و الأكاديين الذين تعود إليهم الحضارة التي أقيمت في أرض الرافدين، وسكان المدن السورية، وبين المصريين في عهد السلالتين الرابعة والسادسة للفراعنة و أهالي جزيرة كريت عن طريق البحر، حيث كانت هذه الجزيرة تزود مصر بالنحاس والخزف والحلي الذهبية مقابل ما كانت تستورده

منها من الأسلحة والعاج[5]. فصدر في عهد الفراعنة في القرن السابع عشر قبل الميلاد قانون تضمن قواعد صارمة بالنسبة للقروض الربوية، كما عرفت مصر القديمة صدور قانون بوخوريس الذي جمعت فيه الأعراف والتقاليد القانونية التي تناولت مبدأ حرية التعاقد والاثبات بالكتابة[6].

ترجع الآثار المعروفة عن التجارة إلى البابليين، حيث ازدهرت التجارة في بلاد ما بين النهرين، وتشكل قانون حمورابي الذي يعد أول مجموعة شاملة من النصوص القانونية الذي احتوى على 282 مادة ، فعرف البابليون عمليات البنوك والرهن الحيازي وعقود الخدمات والوديعة والشركة و الوكالة.

أما الفينيقيون وباعتبارهم رجال بحر عاشوا في الساحل الشرقي للبحر الأبيض المتوسط سيطروا على التجارة البحر الأبيض المتوسط في القرن الثاني عشر قبل الميلاد. فقد كان لهم الفضل في خلق بعض الأنظمة في قانون التجارة البحرية نظرا لامتلاكهم اسطول بحري حربي وتجاري، حيث ساهموا في وضع العديد من القواعد البحرية كتلك التي تعرف بالخسائر البحرية المشتركة[7].

---

[5] أكرم ياملكي، القانون التجاري، دراسة في الأعمال التجارية والتاجر والمتجر والعقود التجارية، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2010، ص.26-27.

[6] ناجي زهرة، القانون التجاري الاعمال التجارية التاجر والمحل التجاري، مطبوع القانون التجاري، جامعة بومرداس، 2017/2016 ،ص.12.

[7] الخسائر البحرية المشتركة هي قاعدة بحرية هامة مفادها أنه إذا ألقيت بضاعة أحدهم في البحر لتخفيف حمولة السفينة وانقاذها من الغرق، فإنه يجب على مالك السفينة ومن وصلت بضائعهم إلى البر سالمة بفضل هذه التضحية تعويض صاحب البضاعة المرمية في البحر. انظر, أكرم ياملكي، المرجع السابق، ص.28.

و مارس الإغريق التجارة في القرن السادس قبل الميلاد في مدن تقع على البحر الأبيض المتوسط، حيث كان لهم دور هام في تطوير التجارة البحرية فوضعوا نظاما خاصا للقرض البحري، الذي أصبح أساس القرض الجزافي ويرى البعض أن هذا النظام هو أصل نظام التأمين البحري أين المؤمن له لا يحصل على مبلغ التعويض إلا في حالة تحقق الخطر المؤمن منه[8].

كان الرومان ينظرون للتجارة على أنها مهنة محتقرة لذلك لم يهتموا بها بل تركوها للعبيد و الأجانب، ففي البداية قد عرفت روما نوعين من القوانين قانون الشعوب والقانون المدني. فقانون الشعوب كان يعتبر الشريعة العامة الذي يطبق على الأجانب الذين اعترفت لهم روما بحق ممارسة التجارة، تميز بأنه قانون مرن و بسيط مقارنة بإجراءات القانون المدني، ثم تم بعد ذلك إدماجه في القانون المدني الذي أصبح يطبق على جميع الأفراد ويحكم جميع المعاملات، وهذا ما أدى إلى عدم التمييز بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية، وبين قواعد القانون التجاري والقانون المدني، لكن ساهموا في بناء قواعد القانون التجاري بطريقة غير مباشرة[9].

– العصر الوسيط :

لقد ظهرت العديد من القواعد التجارية حيث ساهم العرب ابتداءا من القرنين السابع والثامن عشر ميلادي من وضع بعض القواعد التجارية التي وجدت فيما بعد في أوربا، كشركات الأشخاص و الافلاس و السفتجة دون أن ننسى دور الإسلام في إرساء أحكام عدة كقاعدة حرية الإثبات. وبفضل انتشار الأسواق في الدول الاوربية برزت العديد من القواعد التجارية التي

[8] عادل علي المقدادي، القانون التجاري وفقا لأحكام التجارة العماني رقم 55 لسنة 1990، ج 1، ط1، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2003، ص.13.

[9] أكرم ياملكي، المرجع السابق، ص.28-29.

أساسها السرعة والائتمان ومن بينها السفتجة التي سمحت آنذاك بتسهيل عملية نقل النقود من مكان إلى آخر،كما ظهر نظام الإفلاس و ظهور قضاء خاص يتولاه التجار و يطبقون القواعد العرفية، و ظهرت شركة التوصية نتيجة لمنع الكنيسة القرض بفائدة، فاستعمل أصحاب الأموال شركة التوصية لاستغلال مكان القروض بالفوائد ، قاعدة حرية الإثبات في المواد التجارية...إلخ.

-العصر الحديث :

يمكن اعتبار العصر الحديث في هذا المجال منذ إكتشاف القارة الأمريكية و الفتح الذي قام به العثمانيين للقسطنطينية ، هذا الحدث الذي يقابله تقهقر ايطاليا في التحكم الجيد في التجارة التي بدأت تتحول إلى غرب أوروبا (إنجلترا – فرنسا – هولندا – البرتغال) و هي الدول التي تقع معظمها على المحيط الأطلسي أين ظهرت بنوك و شركات عملاقة مما ساعد على تزايد النشاط التجاري و استعمال نظام القروض أو الأوراق التجارية و نظام البورصات و إنشاء شركات متعددة الجنسيات.

ونظرا لتعدد الأعراف و العادات التجارية في مختلف المدن بدأ التفكير في كيفية توحيدها و جعلها تشريعا موحدا يحكم التجارة عموما ، فصدر في فرنسا أول قانون للتجارة بموجب أمر ملكي سنة 1673 يعرف ب " لائحة جاك سافاري" لاستعانة المشرع عند وضعه بالتجار أنفسهم من خلال لجنة ترأسها شيخ التجار Savary.

و نتج عن الثورة الفرنسية صدور قانون باسم واضعه الوزيرChapelier" قانون شابولي " في 14 جوان 1791 و مفاده إنهاء نظام الطوائف و تقرير حرية التجارة و الصناعة.و في سنة

1801 انتهت اللجنة المختصة من تحضير مشروع القانون التجاري الذي أصبح سنة 1807 تقنينا يحتوي على أربعة أجزاء ، الأول في التجارة بوجه عام ، و الثاني في التجارة البحرية ، و الثالث في الإفلاس و الرابع في القضاء التجاري ، و يعتبر هذا التشريع بمثابة عمل هام جدا استمر العمل به لسنوات طويلة وتم الغاؤه بصدور قانون التجارة الفرنسي الجديد سنة 2000 ، حيث أصبح مصدرا لمعظم التشريعات الوطنية منها القانون التجاري الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 75 / 59 المؤرخ في 26 / 09 / 1975 ، و الذي عدل خاصة عن طريق المرسوم التشريعي رقم 93 / 08 الصادر بتاريخ 1993/04/25، أما بالنسبة لآخر تعديل فكان بموجب القانون رقم 02/05 المؤرخ في 06 / 02 / 2005.

المبحث الثالث: مصادر القانون التجاري

يتم الرجوع إلى المصادر للبحث عن الأحكام واجبة التطبيق كلما ثار نزاع قانوني ذو طبيعة تجارية، فيتوجب على القاضي أن يستمد أحكامه وقراراته في المسائل التجارية من المصادر القانونية.

إن القانون التجاري له مصادر متعددة و متنوعة يستمد منها أساسه و هي المصدر الموضوعي أو المادي والمصدر التاريخي والمصدر الرسمي والمصدر التفسيري و نقتصر منها على المصادر الرسمية (المطلب الأول) والمصادر التفسيرية (المطلب الثاني) ، فيا ترى ما هي هذه المصادر و ما هي درجتها و قوتها في الأخذ بها في المنازعات التجارية ؟

المطلب الأول: المصادر الرسمية

تتمثل المصادر الرسمية في التشريع، العرف والعادات.

الفرع الأول: التشريع

التشريع يحتل المرتبة الأولى بين مختلف المصادر التي على القاضي أن يرجع إليه أولا ولا يرجع إلى غيره من المصادر إلا إذا لم يجد نصا تشريعيا يطبق على نزاع تجاري. ويمثل التشريع كمصدر من مصادر القانون التجاري حيث يتضمن الاحكام الخاصة التي نص عليها القانون التجاري الصادر بموجب الأمر 75-59 المعدل والمتمم بموجب عدة نصوص قانونية في صورة قوانين أو مراسيم تنظم مواضيع ذات الطبيعة التجارية وهي تلك المتعلقة بالأعمال التجارية والتاجر والمحل التجاري والسندات التجارية والإفلاس والتسوية القضائية والشركات التجارية والدفع والوفاء الالكتروني. إضافة إلى التشريعات التجارية الخاصة كتلك المتعلقة بالبنوك وحماية المستهلك وقانون المنافسة

وقانون المؤسسات الاقتصادية، كما يتضمن التشريع التجاري أيضا الأحكام العامة التي نص عليها القانون المدني باعتباره الشريعة العامة لفروع القانون الخاص، فيعتبر الأصل والمرجع فيما لا نص فيه في القانون التجاري.[10]

وإذا فرض وجود تعارض بين نص تجاري ونص مدني، وجب تغليب النص التجاري على النص المدني حتى ولو كان هذا الأخير لاحقا للنص التجاري إلا إذا كان النص اللاحق ينص صراحة على الغاء النص التجاري ففي هذه الحالة يقوم القاضي بتطبيق النص المدني اللاحق[11].

كما تعتبر الاتفاقيات المنظمة للتجارة الدولية التي صادقت عليها الجزائر من المصادر الرسمية للقانون التجاري، كاتفاقية بروكسل 1924 التعلقة بالنقل البحري الدولي، اتفاقية فارسوفيا لسنة 1929 المتعلقة بالنقل الجوي، اتفاقية النقل الدولي للبضائع بالسكك الحديدية لسنة 1980، حيث أدخلت أحكام هذه الاتفاقيات في القانون الداخلي، وكان الغرض من هذه الاتفاقيات هو توحيد النصوص القانونية التي تحكم التجارة الدولية وبالتالي القضاء على مشكلة تنازع القوانين[12].

الفرع الثاني: العرف والعادات التجارية

إن للأعراف والعادات التجارية مكانة هامة في مجال تنظيم العلاقات التجارية كون التشريع قد يعجز أحيانا عن مسايرة هذا النوع من العلاقات المتشعبة و سريعة التطور.

[10] بوقادوم أحمد، المرجع السابق، ص.9.
[11] بوقادوم أحمد، المرجع السابق، ص.10.
[12] ناجي زهرة، المرجع السابق، ص.18.

العرف التجاري هو ما درج عليه التجار من قواعد في تنظيم معاملاتهم التجارية بحيث تصبح لهذه القواعد قوة ملزمة فيما بينهم شأنها شأن النصوص القانونية وإذا كان التشريع دائما مكتوبا فإن العرف غير مدون كما أن هذا الأخير هو قانون تلقائي لا إرادي على عكس التشريع الذي يعتبر مصدر إراديا ومقصودا.

-العنصر المادي :يتمثل في تكرار السلوك أو العادة ليس شرطا من طرف جميع أفراد المجتمع و إنما من طرف الأفراد الذين يهمهم هذا السلوك أو هذه العادة كأصحاب مهنة تجارية معينة كما يشترط في العادة شرط الزمن و إن يمضي على ظهورها مدة من الزمن كافية لتأكيدها و تختلف المدة حسب البيئة و الوسط الذي تنشأ فيه، غالبا ما تكون المدة قصيرة.

-العنصر المعنوي :هو اعتقاد الناس بإلزمية العادة أو السلوك كالقانون تماما .

والسؤال الذي يطح نفسه ما هي القوة الالزامية للعرف التجاري؟

إن المقصود بالقوة الالزامية للعرف مكانة العف بين نصوص القانون التجاري ونصوص القانون المدني، فالقاعدة العرفية لا تستمد قوتها من ارادة الأطراف، لكن من شعور الناس بأنها ملزمة وحكمها حكم النصوص القانونية فيعتبر العرف التجاري نافذا بحد ذاته ما لم يستبعده الأطراف، و يعمل به حتى و لو كان احد المتعاقدين جاهلا به، و القاضي ملزم بتحري وجود العرف كما يفعل بالنسبة للنصوص القانونية.

ويتم إثبات وجود العرف بجميع وسائل الإثبات، فيمكن للقاضي التحري عنه أو تكليف

الأطراف بذلك، و قد يستعين بغرفة التجارة لأنها هي المكلفة بجمع الأعراف ضمن كل مهنة تجارية.

يترتب على اعتبار العرف التجاري كالقواعد القانونية التشريعية، خضوع القاضي لرقابة المحكمة العليا في تطبيق و تفسير القواعد العرفية، فإذا اخطأ قاضي الموضوع في تطبيق العرف جاز نقض حكمه أمام المحكمة العليا أو محكمة النقض[13].

والمتفق عليه أنه لا يقدم العرف التجاري على النص التجاري الآمر، لكنه يقدم على النص التجاري المكمل أو المفسر. أما بالنسبة لإمكانية تقديم العرف التجاري على على النص المدني الآمر، يرى البعض في هذا الموضوع أن الغلبة يجب أن تكون للنص المدني الآمر لأنه يتعلق بالنظام العام، وبالتالي لا يجوز مخالفته سواء بقاعدة عرفية أو باتفاقات خاص، وكل اتفاق على مخالفة النظام العام يعد باطلا، في حين يمكن الاتفاق على مخالفة العرف لأنه ليس قاعدة قانونية آمرة[14].

في حين ذهب البعض الآخر إلى تقديم العرف التجاري على النص المدني ولو كان آمرا، وحجتهم في ذلك أن قواعد القانون التجاري المكتوبة وغير المكتوبة هي قواعد خاصة، ومن تم مع وجود هذه القواعد الخاصة التجارية (العرف التجاري) لا تكون هناك حجة إلى تطبيق القواعد القانونية المدنية الآمرة التي تعد من القواعد العامة في هذه الحالة، فالقانون المدني لا يطبق إلا إذا لم يوجد حكم خاص في القانون التجاري، كذلك إن تقديم العرف التجاري على النص

[13] عبد الحميد الشواربي، نظرية الأعمال التجارية و التاجر وفقا لقانون التجارة رقم 17لسنة1999 الفقه_ القضاء _ التشريع، منشاة المعارف، الاسكندرية، 2002، ص.20

[14] حلو أبو حلو، زهير عباس كريم، المرجع السابق، ص.80.

المدني الآمر ليس فيه تغليب للعرف على التشريع، فالأمر لا يعدو أن يكون تحديدا لنطاق تطبيق كل من القانون التجاري والقانون المدني.[15]

وبالنسبة للقانون الجزائري نجد أن المشرع لم يرتب مصادر القانون التجاري، غير أن هناك من استند إلى نص المادة 449 من القانون المدني[16] في الفصل الخاص بالشركات، أن نية المشرع الجزائري اتجهت إلى تغليب العرف التجاري على النص المدني حتى ولو كان آمرا في حالة غياب نص تشريعي تجاري. لأن هذا النص جاء عاما و مطلقا ولم يميز بين النص المدني الآمر والنص المدني المكمل وبين النص التجاري المكمل والمطلق يجري على إطلاقه ما لم يرد نص يقيده في معرض النص[17].

تختلف العادات التجارية عن العرف التجاري أنها تتكون من الركن المادي دون الركن المعنوي، لذلك فهي تتمتع بمرتبة أدنى من العرف، و تستمد قوتها و الزاميتها من إرادة الأطراف باشتراطها في معاملاتهم صراحة أو ضمنا، و لا يقوم القاضي بتطبيقها إلا إذا تمسك ابها الخصوم، و إذا اخطأ القاضي في تطبيقها يعد ذلك من قبيل الخطأ في الوقائع وليس الخطأ في تطبيق القانون لذلك فهو لا يخضع لرقابة المحكمة العليا، و تظهر الحكمة في ذلك انه لو جعل للمحكمة العليا رقابة على تطبيق و تفسير العادات التجارية فهذا يؤدي إلى تجميدها على معنى واحد، في حين انه يجب أن تظل العادات التجارية مرنة حتى تساير تطور

[15] مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص.29.

[16] الأمر 57-59 مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل26 سبتمبر لسنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

[17] حلو أبو حلو، زهير عباس كريم، المرجع السابق، ص.80.

الحياة التجارية، لكن مع ذلك هناك حالة واحدة يقتضي يقتضي الأمر فيها حتما لرقابة المحكمة العليا على تطبيق العادات التجارية و ذلك في الحالة التي يقوم فيها قاضي الموضوع بعادة تجارية مخلفة للنظام العام كما لو حكم بشهر إفلاس شخص غير متمتع بصفة لتاجر وهذا وفقا لعادة تجارية.

و من أمثلة العادات التجارية إنقاص الثمن بدلا من فسخ البيع إذا كانت البضاعة المسلمة من صنف اقل جودة من الصنف المتفق عليه، فيجب على من يتمسك بها أن يقيم الدليل على وجودها وتثبت بكافة طرق الأثبات المعروفة في المواد التجارية.

و المتفق عليه أن العادات التجارية لا يمكن أن تخالف نصا تجاريا أو مدنيا آمرا، و المتفق عليه أيضا أن العادات التجارية يمكن أن تخالف نصا مفسرا سواء كان هذا النص تجاريا أو مدنيا. و بناءا على ما تقدم بيانه هناك من يرتب المصادر الإلزامية للقانون التجاري من حيث قوتها كمايلي[18]:

1 –القواعد التجارية الآمرة

2- قواعد العرف التجاري

3–القواعد القانونية المدنية الآمرة و ما تحيل إليه

4–العادات التجارية

5 –النصوص التجارية المفسرة

[18] بوقادوم أحمد، المرجع السابق، ص.12.

6 –النصوص المدنية المفسرة

المطلب الثاني: المصادر التفسيرية للقانون التجاري

إن المصادر التفسيرية للقانون التجاري هي المصادر غير الإلزامية التي يرجع إليها القاضي لاستخلاص التفسير الملائم للقواعد القانونية الرسمية. تتمثل المصادر الرسمية للقانون التجاري في الفقه والقضاء.

الفرع الأول: القضاء

يقصد بالقضاء كمصدر للقانون الاجتهاد القضائي أو ما يعرف بالسوابق القضائية التي تتكون بمرور الزمن، ومن الناحية القانونية وإن كان حكم المحكمة لا يلزمها ولا يجبر غيرها من المحاكم حتى ولو كان صادرا عن المحكمة العليا ذاتها، غير أنه يمكن الاستعانة به في القضايا المماثلة [19].

وللقضاء دور هام في سد الفراغ الذي عرفه القانون التجاري والقانون المدني في بعض المسائل التجارية، غير أن القضاء في الدول الانجلوسكسونية يختلف عن القضاء في الدول اللاتينية، ففي الدول الانجلوسكسونية إذا أصدر قاضي معروف بخبرته وعلمه حكما فاصلا في مسألة متنازع عليها تعين على القضاة الآخرين أن يأخذوا بنفس الحل في القضايا المماثلة التي تعرض أمامهم. أما في الدول اللاتينية على خلاف القاضي في الدول الانجلوسكسونية، يتمتع القاضي بحرية كبيرة فلا يلزم بأن يتبع ما أصدره غيره من الأحكام في القضايا المماثلة التي تعرض أمامه للفصل فيها، لكن مع ذلك فهو يستأنس بها ويسترشد بها لإيجاد الحل القانوني للنزاع المعروض أمامه، ففي هذه الحالة لا تتمتع اسوابق القضائية بحجية قانونية ولكن مع ذلك فلها حجية أدبية كبرى، ذلك

[19] ناجي زهرة، المرجع السابق، ص.21.

أم مهمة القضاء في هذه الدول التي أخذت بالنظرية اللاتينية ومنها الجزائر هو تطبيق للقانون وليس خلق للقانون، ولكن مع ذلك يلعب دورا مهما في الحياو التجارية كمصدر للقانون التجاري فالقضاء هو الذي ابتدع نظرية المنافسة غير المشروعة ونظرية الشكات الفعلية ونظرية الافلاس[20].

الفرع الثاني: الفقه

الفقه هو ما أدلى به فقهاء القانون التجاري من آراء حول مسألة معينة وهم بصدد تفسير النصوص القانونية المتعلقة بها أو بصدد التعليق على الأحكام القضائية الصادرة بشأنها، وهذا من أجل سد الفراغ اموجود في النصوص القانونية، وتوجيه المشرع لإصدار النصوص القانونية الملائمة بشأنها.

ولرأي الفقهاء و أساتذة القانون وقضاة ومحامين وغيرهم ممن يجتهد ويكتب في مؤلفاتهم القانونية العلمية دور هام في التأثير على المشرع وذلك باستعانة هذا الأخير بآراء ونظرية الفقهاء سواء في مرحلة صياغته لمشاريع القوانين المختلفة أو عند تعديله للنصوص القانونية، فأساتذة القانون هم الذين يكونون القضاة تكوينا علميا قانونيا[21].

[20] عمار عمورة، المرجع اسابق، ص.24.

[21] حلو أبو حلو، زهير عباس كريم، المرجع السابق، ص.83.

الفصل الثاني

الأعمـــال التجاريـة

تشكل الأعمال التجارية الجزء الهام من نطاق القانون التجاري، وهذا راجع لنظامها القانوني المختلف في كثير من الحالات عن القانون المدني. ونظرا لعدم وجود تعريف تشريعي للعمل التجاري، قام المشرع الجزائري على غرار التشريعات الحديثة بتعداد الأعمال التجارية على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، وهذا ما يصعب مسألة وضع حدود بين القانون التجاري والقانون المدني.

و للفقه دور هام في تحديد مفهوم العمل التجاري بوضع معايير مختلفة يمكن على أساسها اقامة التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني، حيث حاول البحث في جوهر الأعمال القانونية التي يقوم بها الشخص من أجل الكشف عن مميزات العمل التجاري وتمييزه عن العمل المدني و إيجاد معيار صالح لجميع أنواع الاعمال التي تعد تجارية.

وقد قام المشرع الجزائري بتعداد الأعمال التي تعد تجارية، فقد عالج في المادة 2 من القانون التجاري الأعمال التجارية بحسب الموضوع التي تعتبر تجارية بطبيعتها وبغض النظر عن صفة القائم بها، المتمثلة في الأعمال التجارية المنفردة، المقاولات التجارية و أعمال التجارة البحرية. كما ذكر في المادة 3 من القانون التجاري الأعمال التجارية بحسب شكلها، وهي التي تتخذ شكلا معينا، وتعد تجارية بغض النظر عن صفة القائم بها. أما في المادة 4 من القانون التجاري، فقد نص المشرع على نظرية الأعمال التجارية بالتبعية التي هي في الاصل أعمال مدنية وتصبح تجارية إذا قام بها شخص له صفة التاجر.

سنحاول في هذا الفصل تسليط الضوء على أهمية التفرقة بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية معايير هذه التفرقة (المبحث الاول)، ثم أنواع الأعمال التجارية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: أهمية التفرقة بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية ومعايير هذه التفرقة

إن المشرع الجزائري لم يتبنى تعريفا للعمل التجاري، بل اكتفى بتعداد ما يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه أو بحسب شكله أو بالتبعية، وهي حالات توحي بأن ورودها ضمن التقنين إنما جاء على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، لأنه لا يمكن حصر كل الأعمال التجارية نظرا لتشعبها وتطورها المستمر والدائم. كما أن القضاء قد عجز عن وضع تعريف واحد جامع مانع لفكرة العمل التجاري.

ففي ظل الفراغ التشريعي الذي يخص تحديد مفهوم العمل التجاري كون المشرع لم يقم بوضع معيا ثابت وواضح من شأنه تحديد طبيعة العمل التجاري وتمييزه عن العمل المدني، برز دور الفقه الذي حاول منذ وقت طويل البحث في وضع معايير على أساسها يتم التمييز بين العمل التجاري والعمل المدني.

وعليه، فإنه من المهم تحديد مفهوم العمل التجاري وتمييزه عن العمل المدني، وذلك بسبب اختلاف النظام القانوني الذي يخضع له كل نوع، حيث تخضع الأعمال التجارية لأحكام القانون التجاري، بينما تخضع الأعمال المدنية لأحكام القانون المدني.

سنتعرض في المطلب الأول أهمية التفرقة بين الاعمال التجارية والأعمال المدنية، وفي المطلب الثاني معايير التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني.

المطلب الأول: أهمية التفرقة بين الاعمال التجارية والأعمال المدنية

إن لتمييز العمل التجاري عن العمل المدني أهمية تكمن في تحديد القواعد القانونية التي تطبق على كل نوع من هذه الأعمال.

الفرع الأول: الاختصاص القضائي

يعد الاختصاص من المسائل الجوهرية في سير الدعوى القضائية، ويقصد به ولاية القضاء بالفصل في القضايا المعروضة بالفصل في القضايا المطروحة أمامه وفقا لمعايير النوع و الموقع الاقليمي[22].

-الإختصاص النوعي:

يقصد بالاختصاص النوعي ولاية جهة قضائية على اختلاف درجاتها، بالنظر في نوع محدد من الدعاوى، فالاختصاص النوعي هو توزيع القضايا بين الجهات القضائية المختلفة على أساس نوع القضية[23].

تتميز المنازعات التجارية بطابع خاص على خلاف المنازعات المدنية، حيث يتطلب الفصل فيها على وجه السرعة وفقا لإجراءات خاصة، الأمر الذي دفع بالمشرع الجزائري إلى استحداث محاكم تجارية متخصصة. يتعلق الأمر بالمرسوم التنفيذي رقم 23-52 المؤرخ في 14

[22] بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الاجراءات المدنية والإدارية، ط2، منشورات البغدادي، الجزائر، 2009، ص.74 .
[23] بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.74.

يناير 2023 المحدد لشروط وكيفيات اختيار مساعدي المحكمة التجارية المتخصصة و المرسوم التنفيذي رقم 23-53 المؤرخ في 14 يناير 2023 المحدد لدوائر الاختصاص الإقليمي للمحاكم التجارية المتخصصة.

- **الاختصاص الإقليمي:**

يقصد بالاختصاص الإقليمي ولاية جهة قضائية بالنظر في الدعاوى المرفوعة امامها استنادا إلى معيار جغرافي يخضع للتقسيم القضائي.

عملا بالقواعد العامة للاختصاص الإقليمي فإنه يتوجب على المدعي رفع دعواه أمام محكمة موطن المدعى عليه لأن الدين مطلوب وليس محمول، بمعنى أن على الدائن الذهاب إلى موطن المدعى عليه ليطالبه بالدين عملا بالمادة 32 من قانون الاجراءات المدنية والادارية[24]، بينما في المواد التجارية يجوز للمدعي الخيار في أن ترفع الدعوى أمام احدى المحاكم.

- محكمة موطن المدعى عليه: وهو ما تقضي به القواعد العامة، حيث يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص موطن تجارته إضافة إلى موطنه الأصلي المادة 37 من القانون المدني الجزائري[25]، إلا انه هناك استثناءات على القاعدة العامة المقررة للاختصاص الإقليمي (موطن المدعى عليه) تستند إما لطبيعة الوقائع أو بالنظر إلى أطراف الخصومة.

- 1-بالنظر إلى طبيعة الموضوع: لم يرد تحديد الاختصاص بموجب المادة **39** من قانون الاجراءات المدنية والإدارية إلا على سبيل التوجيه ولا يجوز للقاضي اثارة عدم الاختصاص تلقائيا فيما لم يثره

[24] القانون رقم 08-09 المؤرخ في 23 فيفري 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية.

[25] المادة 37 من القانون المدني الجزائري: " يعتبر المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا خاصا بالنسبة للمعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو المهنة".

أحد أطراف الخصومة، فإذا تقدم الخصم بدفع يتضمن عدم اختصاص الجهة القضائية كان للقاضي الرد على هذا الدفع. المادة **39** من قانون الاجراءات المدنية والإدارية: " ترفع الدعاوى المتعلقة بالمواد المبينة أدناه أمام الجهات القضائية الآتية:

1 - في مواد الدعاوى المختلطة، أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مقر الأموال،

2 - في مواد تعويض الضرر عن جناية، أو جنحة، أو مخالفة، أو فعل تقصيري، ودعاوى الأضرار الحاصلة بفعل الإدارة، أمام الجهة القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الفعل الضار،

3 - في مواد المنازعات المتعلقة بالتوريدات والأشغال وتأجير الخدمات الفنية أو الصناعية، يؤول الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق أو تنفيذه، حتى ولو كان أحد الأطراف غير مقيم في ذلك المكان،

4 - في المواد التجارية، غير الإفلاس والتسوية القضائية، أمام الجهة القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الوعد، أو تسليم البضاعة، أو أمام الجهة القضائية التي يجب أن يتم الوفاء في دائرة اختصاصها، وفي الدعاوى المرفوعة ضد شركة، أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها أحد فروعها،

5 - في المواد المتعلقة بالمنازعات الخاصة بالمراسلات والأشياء الموصى عليها، والإرسال ذي القيمة المصرح بها، وطرود البريد، أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المرسل، أو موطن المرسل إليه".

أما بالنسبة لتحديد الاختصاص بموجب المادة 40 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية فهو يتميز استثناءا بطابع الالزام وللقاضي أن يثير عدم اختصاصه تلقائيا حتى ولو لم يثره أحد أطراف الخصومة، ذلك أن المشرع حدد الاختصاص في المواد التسعة التي تضمنها نص المادة مراعاة منه لاعتبارات تتعلق أساسا بحسن سير مرفق العدالة. المادة **40** من قانون الاجراءات المدنية والإدارية :" فضلا عما ورد في المواد 37 و38 و46 من هذا القانون، ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها:

1- في المواد العقارية، أو الأشغال المتعلقة بالعقار، أو دعاوى الإيجارات بما فيها التجارية المتعلقة بالعقارات، والدعاوى المتعلقة بالأشغال العمومية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار، أو المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال.

2 – في مواد الميراث، دعاوى الطلاق أو الرجوع، الحضانة، النفقة الغذائية والسكن، على التوالي، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفى، مسكن الزوجية، مكان ممارسة الحضانة، موطن الدائن بالنفقة، مكان وجود السكن.

3 – في مواد الإفلاس أو التسوية القضائية للشركات وكذا الدعاوى المتعلقة بمنازعات الشركاء، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان افتتاح الإفلاس أو التسوية القضائية أو مكان المقر الاجتماعي للشركة.

4 – في مواد الملكية الفكرية، أمام المحكمة المنعقدة في مقر المجلس القضائي الموجود في دائرة اختصاصه موطن المدعى عليه.

5 – في المواد المتعلقة بالخدمات الطبية، أمام المحكمة التي تم في دائرة اختصاصها تقديم العلاج.

6 – في مواد مصاريف الدعاوى وأجور المساعدين القضائيين، أمام المحكمة التي فصلت في الدعوى الأصلية، وفي دعاوى الضمان أمام المحكمة التي قدم إليها الطلب الأصلي.

7 – في مواد الحجز، سواء كان بالنسبة للإذن بالحجز، أو للإجراءات التالية له، أمام المحكمة التي وقع في دائرة اختصاصها الحجز.

8 – في المنازعات التي تقوم بين صاحب العمل والأجير، يؤول الاختصاص الإقليمي للمحكمة التي تم في دائرة اختصاصها إبرام عقد العمل أو تنفيذه أو التي يوجد بها موطن المدعى عليه.

غير أنه في حالة إنهاء أو تعليق عقد العمل بسبب حادث عمل أو مرض مهني يؤول الاختصاص للمحكمة التي يوجد بها موطن المدعي.

9 – في المواد المستعجلة، أمام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها مكان وقوع الإشكال في التنفيذ، أو التدابير المطلوبة.

كما يجوز للمدعي في بعض الحالات الاختيار بين أكثر من محكمة، نذكر منها الدعاوى الناشئة عن عقد النقل البحري حيث تمنح المادة 745 من القانون البحري للمدعي حق الخيار بين محكمة اقامة المدعى عليه أو محكمة ميناء التفريغ.

2- بالنظر إلى صفة أطراف الخصومة:

خلافا للقواعد العامة المقررة للاختصاص، استحدث قانون الاجراءات المدنية والإدارية أحكاما تخص فئة القضاة كما تم تكريس المبادئ المتعلقة بتطبيق القوانين من حيث المكان وفقا للقانون المدني. الحالتان وردتا في المواد من 41 إلى 44 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية:

*الدعاوى المرفوعة ضد أو من الأجانب

*الدعاوى المرفوعة من أو ضد القضاة.

* الدعاوى المرفوعة ضد أو من الأجانب: من خلال المادتين 41 و42 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية نلاحظ أن المشرع كرس على التوالي مضمون المادتين 10 و 11 من القانون المدني المتعلقتين بتطبيق القوانين من حيث المكان وفقا للمبادئ المقررة في القانون المدني.

المادة 41 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية:"يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي، حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر، أمام الجهات القضائية الجزائرية، لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري.

كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين".

المادة 42 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية:"يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي، حتى ولو كان مع أجنبي".

*الدعاوى المرفوعة من أو ضد القضاة:للانسجام مع واجبات القاضي المنصوص عليها في القانون العضوي المتعلق بالقانون الأساسي للقضاء ومدونة أخلاقيات مهنة القضاة، استحدث المشرع

المادتين 43 و44 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية من أجل ضمان محاكمة منصفة وبعيدة عن كل شبهة دون المساس بحق التقاضي في رفع الدعاوى كغيره من المواطنين.

المادة 43 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية:"عندما يكون القاضي مدع في دعوى يؤول فيها الاختصاص لجهة قضائية تابعة لدائرة اختصاص المجلس القضائي الذي يمارس فيه وظائفه، وجب عليه رفع الدعوى أمام جهة قضائية تابعة لأقرب مجلس قضائي محاذ للمجلس الذي يمارس فيه مهامه".

المادة 44 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية: "عندما يكون القاضي مدعى عليه، جاز للخصم أن يرفع دعواه أمام جهة قضائية تابعة لدائرة اختصاص أقرب مجلس قضائي محاذ لتلك التي يمارس في دائرة اختصاصها القاضي وظائفه".

الفرع الثاني: الاثبات

في المسائل التجارية المبدأ هو حرية الاثبات وبالتالي يجوز اثبات التصرفات القانونية التجارية مهما كانت قيمتها بكافة طرق الاثبات كما أشارت المادة 30 من القانون التجاري الجزائري كالبينة والقرائن والدفاتر التجارية والمراسلات والفواتير وغيرها من سندات رسمية وعرفية. بينما وضع القانون المدني قيودا صارمة لإثبات الالتزام المدني و هذا في المواد 333 و ما بعدها فلا يجوز الإثبات بغير الكتابة متى كانت قيمة الالتزام تزيد على حد معين.

لكن هذا المبدأ ليس بمبدأ مطلق حيث يتطلب الكتابة في بعض العقود نظرا لأهميتها و خطورتها مثل عقد تأسيس الشركات التجارية الذي ينبغي افراغه في شكل رسمي[26]، عقد بيع المحل التجاري، وكذا عقد العمل البحري وعقد النقل البحري، عقد بيع و رهن السفن.

إن سبب خروج المشرع عن مبدأ حرية الاثبات في مثل هذه التصرفات يعود إلى أن ابرامها وتنفيذها يستغرق وقتا طويلا بحيث يكون للمتعاقدين كامل الوقت لتحرير سند كتابي حسما لكل نزاع محتمل في المستقبل حول طبيعة هذه التصرفات وآثارها[27].

الفرع الثالث: جزاء الالتزام

تضامن المدنيين: يقصد بالتضامن بين المدنيين في القانون المدني أنه متى قام احدهم بوفاء الدين تبرئ ذمةالآخرين من المدنين، كما يجوز للدائن مطالبة المدنين منفردين أو مجتمعين و ليس لأحدهم

رفض الوفاء و هذا على أساس فكرة التضامن. فلا افتراض للتضامن في المسائل المدنية، فلا يكون بين المدنين إلا إذا وجد نص صريح ينص على التضامن أو اتفاق بين المتعاقدين طبقا لنص المادة 217 من القانون المدني الجزائري.

غير أنه في المسائل التجارية يجوز نفي التضامن بنص في العقد، ما لم ينص القانون بنص آمر على فرض التضامن كنفي المادة 551 من القانون التجاري الجزائري التي تقضي بأن للشركاء بالتضامن صفة التاجر وهم مسؤولون من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة.

[26] باستثناء شركة المحاصة التي أجاز المشرع اثباتها بكافة الوسائل، انظر المواد 795 مكرر1 إلى 795 مكرر5.

[27] بن زارع رابح ، المرجع السابق، ص.41.

إن قاعدة التضامن بين المدنين في المسائل التجارية تنسجم مع متطلبات التجارة في دعم الثقة و الائتمان بين المتعاملين و هي تستند إلى عرف تجاري يقوم على قرينة وجود مصلحة مشتركة دفعت المدنين إلى التزامهم معا بدين تجاري و احد بغير حاجة إلى اتفاق أو نص في القانون حماية للتجارة[28].

مهلة الوفاء (نظرة الميسرة): تسمح القواعد العامة المطبقة بشأن المعاملات المدنية منح نظرة الميسرة فإذا ما حل أجل الاستحقاق ورفع الدائن دعوى ضد مدينه لمطالبته بتسديد الدين فورا، فإن ذلك لا يمنع القاضي الذي تبث لديه حسن نية المدين المدعى عليه وبطلب منه أن يمنحه مهلة للوفاء بالدين وهذا طبقا للمادة 281 من القانون المدني الجزائري. غير أنه وعلى عكس ذلك، لا يجوز للقاضي منح المدين مهلة للوفاء وهذا بهدف ضمان توفير حماية للدائنين الذين نشأت ديونهم نتيجة معاملات تجارية، وذلك لما تتطلبه التجارة من سرع التنفيذ.

وبالرجوع إلى أحكام القانون التجاري الجزائري فإننا لا نجد فيه أي نص يخول للمدين أن يطلب منحه مهلة للوفاء، بل بالعكس من ذلك فإن عديد الأحكام التجارية مشمولة بالنفاذ المعجل رغم قابلية الحكم للطعن فيه.

غير وضع التاجر الذي الذي توقف عن دفع ديونه في إطار التسوية القضائية، قد يمكنه من مهلة للوفاء بديونه والوقوف مجددا على رأس أعماله وذلك في إطار أحكام قانونية خاصة تسمح

[28] انظر، حلو أبو الحلو، زهير عباس كريم، المرجع السابق، ص.90-91.

بعقد جلسة الصلح الواقي من الافلاس فيما بين المدين ودائنيه. ويكاد يكون ذلك الاستثناء الوحيد الذي يمكن التاجر المدين من تأجيل دفع ديونه وبالتالي استفادته من مهلة قضائية[29].

عدم مجانية العمل التجاري: من أهم خصائص العمل المدني أنه مجاني لا يهدف إلى تحقيق الربح، على عكس العمل التجاري الذي يتم بمقابل أي يهدف إلى تحقيق الربح حتى ولو لم يتم تحقيق الربح فعلا و بالتالي فالعمل التجاري لا يتم على سبيل التبرع فكل عمل تجاري يتم لقاء اجر يحدد مسبقا بناءا على اتفاق و إذا لم يحدد يقوم القاضي بتحديده بالرجوع للنصوص القانونية والأعراف.

وتسري هذه القاعدة على جميع الأعمال التجارية وأهمها الوكالة بالعمولة والسمسرة والوكالة التجارية وغيرها.

ينظر إلى المقابل المفترض للعمل التجاري نظرة واسعة، ومن ثم فإنه يكفي لاعتبار العمل حاصلا بمقابل أن تتحقق لمن يقوم به مصلحة مادية ولو غير مباشرة.

الإفلاس: الإفلاس نظام تجاري بالأساس[30] يطبق على كل تاجر سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا توقف عن دفع ديونه بحسب المدة 215 من القانون التجاري، بمعنى أنه بمثابة العقاب الصارم لكل تاجر خرق مبدأ الائتمان الذي تقتضيه جميع الاعمال التجارية. والأصل أن قواعد وأحكام القانون المدني لا يعرف نظام الإفلاس بل نظام آخر يعرف بنظام الاعسار المتمثل في عدم قدرة المدين على الوفاء بديونه نتيجة لاستغراق هذه الديون جميع أمواله.

[29] انظر، بن زارع رابح، المرجع السابق، ص.49.

[30] وإن كان نظام الافلاس نظاما تجاريا بالأساس، إلا أن تطبيقه امتد ليشمل الشركة المدنية والتعاونيات وغيرها.

الإعذار: هو وضع المدين في حالة تأخيره عن تنفيذ التزامه حيث يترتب على تأخيره نتائج قانونية. والقاعدة العامة في القانون المدني هي أن مجرد تأخير المدين عن تنفيذ التزامه لا يكفي لاعتباره مقصرا فسكوت الدائن عن المطالبة بحقه عند حلول أجل الوفاء يعتبر قرينة على قبوله مد هذا الأجل.ولكي ينفي الدائن هذه القرينة يجب أن يعبر من جديد عن رغبة في المطالبة ويكون ذلك بإعذار يوجه للمدين بإنذاره أو يقوم مقام الإنذار ولا بد أن يتم الإنذار بورقة رسمية[31].

أما في المسائل التجارية فقد جرى العرف على أنه يكفي أن يتم الإعذار بخطاب عادي دون حاجة إلى أي ورقة رسمية نظرا للسرعة التي تتطلبها التجارة[32].

النفاذ المعجل: إن النفاذ المعجل واجب وبقوة القانون بالنسبة للأحكام الصادرة في المسائل التجارية سواء كانت هذه الأحكام قابلة للمعارضة أو الاستئناف. وتطبيق هذه القاعدة يتوقف على دفع التاجر الصادر الحكم لمصلحته كفالة حتى يستطيع أن ينفذ الحكم تنفيذا معجلا[33].

إن جميع الأحكام الاستعجالية لها سرعة التنفيذ رغم المعارضة والاستئناف المادة 304 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، وكذلك حكم الافلاس ينفذ رغم المعارضة والاستئناف بحسب المادة 227 من القانون التجاري.

[31] نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري، المرجع السابق، ص.53.

[32] تنص المادة 179 من القانون التجاري على مايلي:"لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك".

[33] سميحة القليوبي: الموجز في القانون التجاري، المرجع السابق، ص.56.

أما بالنسبة للمسائل المدنية فالأحكام غير قابلة للتنفيذ إلا بعد أن تصبح حائزة على قوة السيء المحكوم فيه، أي أن تصبح الأحكام نهائية استوفت جميع طرق الطعن، ولا يجوز النفاذ المعجل في المسائل المدنية إلا استثناءا[34].

الرهن الحيازي: إن الرهن الحيازي في القانون المدني يختلف عن الرهن الحيازي في القانون التجاري، فعندما يعقد الرهن ضمانا لدين مدني يكون الرهن مدنيا وبالتالي يخضع لأحكام القانون المدني التي تتميز بإجراءات تستغرق وقتا طويلا.

أما إذا كان عقد الرهن ضمانا لدين تجاري فإنه يخضع لأحكام القانون التجاري التي تختلف عن أحكام القانون المدني عند التنفيذ على الشيء المرهون، حيث وطبقا لأحكام 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 بالزاد العلني للأشياء المرهونة دون الحاجة لحكم أو إذن على عريضة أي تنفيذ دون إصدار حكم بالتنفيذ[35].

التقادم: إن التقادم المسقط يتقادم فيه الحق نتيجة سكوت صاحبه عن المطالبة به مدة من الزمن حيث حقوقه بعد مرور تلك المدة المحددة قانونا.وفي تحديد مدة التقادم اختلفت التشريعات، حيث حددها المشرع الجزائري ب15 سنة بحسب المادة 197 من القانون المدني، بينما في التشريع الفرنسي فمدة التقادم حددت ب 30 سنة.

[34] عبد القادر البقيرات، المرجع السابق،

[35] المرجع نفسه، ص.26.

غير أن المشرع الجزائري قد حدد مدة التقادم تحديدا قصيرا جدا في المسائل التجارية، فعلا سبيل المثال في الشركات التجارية نصت المادة 777 من القانون التجاري على تقادم كل الدعاوى ضد الشركاء غير المصفين بمرور خمس سنوات. كما أن التقادم بالسفتجة بمضي 3 سنوات من تاريخ الاستحقاق طبقا للمادة 461 من القانون التجاري الجزائري.

استنادا لما تقدم فإنه يمكننا القول بأن مسألة تمييز العمل التجاري عن العمل المدني هامة نتيجة للآثار المترتبة على هذا التمييز، والتي تبدو واضحة من خلال خضوع كل نوع من الأعمال إلى نظام قانوني مستقل.

المطلب الثاني: معايير التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني

إن الحديث عن معايير التمييز بين العمل التجاري والعمل المدني يستدعي ابراز الدور الذي لعبه الاجتهاد الفقهي في دراسة و تحليل الاعمال القانونية التي يقوم بها الشخص من أجل استخلاص مميزات العمل التجاري التي تجعله مختلفا تماما عن العمل المدني، من أجل وضع معيار مناسب يطبق على جميع الأعمال ذات الصفة التجارية.

وفي هذا المجال استند أنصار المذهب الشخصي إلى اعتبارات قانونية لصياغة نظريتهم كنظرية السبب ونظرية الحرفة ونظرية المقاولة أو المشروع (الفرع الأول). أما أنصار المذهب الموضوعي فأقاموا نظريتهم على اعتبارات اقتصادية كنظرية المضاربة ونظرية التداول (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المعايير الموضوعية

إن المعايير الموضوعية تنظر للقانون التجاري على أنه قانون نشاط تجاري بغض النظر عن صفة القائم به سواء كان تاجرا أم غير تاجر، فهي تحدد القانون تحديدا موضوعيا معتبرة إياه قانون العمل التجاري وليس قانون التجار.

يرى أنصار هذه النظرية على أن العمل التجاري يقوم على فكرة المضاربة (أولا) بحيث يعتبر عامل الرغبة في تحقيق الربح وهو المحرك الأساسي للنشاط التجاري، بينما يرى البعض الآخر يرون أن فكرة التداول هي معيار العمل التجاري (ثانيا)، كما اتجه البعض إلى دمج فكرة التداول و المضاربة معا (ثالثا).

أولا– معيار المضاربة : THEORIE DE LA SPECULATION

تعرف المضاربة لغة بأنها السفر بغرض التجارة، و في المفهوم الشرعي، المضاربة هي نوع من الشركات يقوم باتفاق طرفين يقدم أحدهما المال والآخر يقدم جهدا ونشاطا في الاتجار، والغاية من ذلك تحقيق الربح وتوزيعها فيما بينهم[36]. أما المضاربة في البورصة فلها معنى قانوني يختلف تماما عن المعنى الشرعي، فهي تعني المخاطرة بالبيع أو الشراء بناءا على التنبؤ بتقلبات الأسعار بغية الحصول على فارق الأسعار.

و يمكن تعريف المضاربة اقتصاديا على أنها عملية تتعلق بشراء شيء لإعادة بيعه في وقت لاحق بهدف تحقيق الربح. و يعتبر الأستاذ PARDESSUS أول من نادى باعتماد المضاربة كأساس لتمييز العمل التجاري عن غيره، وذلك في مؤلفه الصادر سنة 1814 بعنوان "دروس في القانون

[36] عبد القادر البقيرات، المرجع السابق، ص. 14.

التجاري"[37] بحيث أكد من خلال ذلك أن "التجارة هي البحث عن الربح بنقل الأموال"[38] ، وبحسبه يعد عملا تجاريا كل عمل يتم انجازه بغرض الحصول على الربح مثل الشراء من أجل البيع، وهو ما ذهب إليه لاحقا الأستاذان

Lyon-caen و Renault اللذان يعتبران بدورهما أن معيار العمل التجاري هو فكرة المضاربة، حيث يرى الفقيهان بأن التجارة هي "مجموعة العمليات التي تهدف إلى تحقيق الأرباح بالمضاربة عن طريق تحويل المواد الأولية أو نقلها أو مبادلتها"[39].

ففي نظر أنصار هذه النظرية، أي عمل يسعى أساسا إلى تحقيق الربح هو عمل تجاري أما الأعمال التي تتم دون هدف تحقيق كسب مادي من ورائها تعتبر أعمالا مدنية.

إلا أن هذه النظرية تعرضت لانتقادات عدة منها أن هناك أعمالا تعتبر تجارية كالتصرفات الخاصة بالأوراق التجارية (السفتجة ، السند لأمر ، الشيك ..) دون أن يكون الهدف منها تحقيق الربح ، وبالمقابل هنا عمليات أخرى يسعى الشخص من ورائها تحقيق الربح ولكن لاتعتبر قانونا من الأعمال التجارية كما هو الحال في ممارسة بعض المهام الحرة كالمهدنس، المحامي، الطبيب. كما قد ينتهي هدف تحقيق الربح من العمل دون أن يؤثر في تجاريته مثلما هو الحال

---

[37] أنظر، فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري، دار ابن خلدون، الجزائر، 2002، ص.69.

[38] Le commerce c'est la recherche du profit par la transmission de biens".

[39] Le commerce c4est l'ensemble des opérations qu'ont pour but de réaliser les bénéfices en spéculant sur la transformation, sur le transport ou l'échange de matière premières.

انظر، بن زارع رابح، المرجع السابق، ص.12.

بالنسبة لعمليات بيع البضائع بأقل من ثمن شرائها للقضاء على منافس أو بسبب قابليتها للتلف.

ويخلص منتقدي هذه النظرية إلى القول بأنها لا تتماشى مع المفهوم الحديث للقانون التجاري بدليل أن الدولة تباشر مشاريع اقتصادية عامة بشكل غير مباشر عن طريق مؤسسات أو شركات تخضع للقانون التجاري على الرغم من كونها تتجه في كثير من الأحيان إلى آداء خدمة عامة على حساب تحقيق الربح.

ثانيا– معيار تداول الأموال: THEORIE DE LA CIRCULATION

جاء الأستاذ THALLER بمعيار آخر هو فكرة التداول. وذلك حينما خلص إلى القول بمناسبة بحثه عن العامل المشترك الذي يربط الأعمال التجارية المنصوص عليها قانونا بموجب التشريع الفرنسي بأن هذه الأعمال التجارية إنما يحكمها مبدأ واحد رغم عدم قيام التجانس بينها ورغم عدم انصراف نية المشرع ذاته إلى الأخذ بهذا المبدأ عند تعداده لهذه الأعمال ويتمثل هذا المبدأ بفكرة التداول"[40].

ومفاده أن التجارة تعني التداول أي تداول النقود والبضائع والسندات. والتداول معناه تحريك السلعة وانتقالها كانتقال البضاعة المصنعة من المنتج إلى التاجر وبعد ذلك إلى المستهلك، وعليه فإن عمليات تحويل المنتجات وتصنيعها وعمليات السمسرة والوكالة بالعمولة والنقل، وكذلك بيع هذه المنتجات إلى المستهلك تدخل في عداد الأعمال التجارية لأنها تتعلق بالسلعة أو المنتج حال حركته.

[40] انظر، محمد فريد العريني، هاني دويدار، قانون الأعمال ، ص.

وشرحا لذلك يقول الأستاذ THALLER أن العمل الذي تكون السلعة موضوعا له قبل أو بعد هذه الفترة أي حال وجودها في يد المنتج لم تتحرك أو بعد استقرارها في يد المستهلك وانتهاء حركتها فيعتبر عملا مدنيا تحكمه فواعد القانون المدني، وبالتالي فإن كافة عمليات الإنتاج كالزراعة والصناعة الإستخراجية وعمليات الشراء النهائي للسلعة بواسطة المستهلك تعتبر أعمالا مدنية.

والإنتقادات التي وجهت لهذه النظرية تنحصر في أن الأخذ برأي الأستاذ THALLER يؤدي إلى التضييق من مفهوم التجارة بحث تخرج من دائرتها الأعمال المتعلقة بالصناعة، رغم أن التجارة بمعناها القانوني تشمل الصناعة. ضف إلى ذلك أن هناك أعمالا يتحقق فيها التداول للبضائع دون أن تعتبر تجاري كبيع المزارع انتاج مزرعته أو قيام التعاونية ببيع السلع لأعضائها، كما أن نظرية التداول تتعارض مع نص المادة 2 من القانون التجاري الجزائري إذ أن هذا القانون يعتبر استغلال المناجم ومقالع الحجارة ومنتجات الأرض الأخرى من الأعمال التجارية متى صدرت في شكل مقاولة.

ثالثا–معيار التداول بقصد المضاربة: ظهر معيار التداول بقصد المضاربة نتيجة للإنتقادات التي وجهت إلى كل من معيار المضاربة ومعيار التداول وعدم صلاحية كل منهما كمعيار مميز للعمل التجاري، فنادى بعض الفقهاء بالجمع بين المعيارين معا كمعيار واحد لتمييز العمل التجاري عن غيره من الأعمال. نادى بهذا المعيار أنصار المذهب الموضوعي الأستاذان Hamel و Lagard ، حيث يريان أن العمل التجاري هو التوسط في تداول الثروات بقصد الربح ويقدمان مثالا لذلك الشراء لأجل البيع الذي يقوم بعملية التوسط في تداول الثروات يصبح عملا تجاريا كلما كان

غرضه تحقيق الربح. كما يريان أن القانون التجاري هو قانون الأعمال وبواسطة المعيار الموضوعي وخاصة نظرية التداول بقصد المضاربة نستطيع تحديد نطاق القانون التجاري مع عدم إهمال فكرة المقاولة أو المشروع[41].

إن كافة نظريات المذهب الموضوعي لا تصلح كمعيار جامع مانع موحد لتحديد مفهوم العمل التجاري.

الفرع الثاني: المعايير الشخصية

يعتبر القانون التجاري عند أنصار المذهب الشخصي قانون التجار، فلا يولون أي اهتمام بطبيعة العمل، بل بالشخص القائم به، فإذا كان الشخص غير تاجر فيخضع عمله للقانون المدني وإذا كان تاجرا فعمله يخضع للقانون التجاري.

ومن المعايير التي جاء بها هذا المذهب : نظرية الحرفة (أولا) ونظرية المقاولة أو المشروع (ثانيا).

أولا–معيار الحرفة: وبحسب العميد Georges RIPERT فإن تحديد نطاق القانون التجاري يتم على ضوء ضوابط شخصية لا تستمد من ذات العمل وطبيعة موضوعه وإنما تستمد من طريقة مزاولته، وذهب في هذا الإطار إلى القول بأن الحرفة التجارية هي معيار العمل التجاري، بمعنى أن العمل التجاري هو الذي يصدر من التاجر لمزاولة حرفته التجارية، أنه ذلك العمل الذي يصدر من شخص احترف التجارة[42].

[41] أنظر، عبد القادر البقيرات، المرجع السابق، ص.16.

[42]

إن نظرية الحرفة التجارية تعتمد في أساسها القانوني على النص التشريعي الذي يحدد مفهوم التاجر بحيث عرفه المشرع الفرنسي على أنه:" يعد تاجرا كل من يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له".

ويعتبر الأستاذ Georges RIPERT بأن النص على المقاولات ضمن القانون التجاري دليل على نظرية المهنة أو الحرفة التجارية، لأن المقاولة في نظره سوى مهنة تجارية.

ولعل أبرز ما يعيب هذه النظرية أنها تثير التساؤل الذي أراد أصحابه الإجابة عنه وهو ماهية العمل التجاري ، فالحرفة التجارية تعني مباشرة الشخص للأعمال التجارية بصفة معتادة ومستمرة وبالتالي فتحديد المقصود بهذه الحرفة يستلزم مسبقا الوقوف على ماهية العمل التجاري ، الأمر الذي يصل بنا وفقا لهذا المعيار إلى الوقوع في حلقة مفرغة ، لأن العمل التجاري يتحدد على ضوء الحرفة التجارية في الوقت الذي لايمكن معه تعريف هذه الأخيرة إلا من خلال الأعمال التجارية المكونة لها. كما أن هذا المعيار لا يمكن تطبيقه على بعض الأعمال التجارية التي نص المشرع على تجاريتها حتى ولو باشرها الشخص لمدة واحدة فقط حسب ماذكرته المادة 2 من القانون التجاري حيث ذكرت "يعد عملا تجاريا...

-كل شراء للمنقولات لإعادة بيعها بعينها أوبعد تحويلها وشغلها...".

ثانيا– معيار المقاولة أو المشروع: يقترح الأستاذ ESCARRA في سبيل تحديد مفهوم العمل التجاري وتمييزه عن العمل المدني، معيارا يرتكز على فكرة المقاولة. وقد سبقه في ذلك الفقيه

الايطالي VIVANTI ، ويعتقد ESCARRA بأن المقاولة هي استعمال وسائل الانتاج في منظمة دائمة أسست على منشأة مادية[43].

ويضيف الأستاذ بأن المقاولة أو المشروع إنما هي تكرار الاعمال التجارية على وجه الاحتراف بناءا على تنظيم مهني سابق[44].

فالعمل بحسب هذا الرأي لا يكون تجاريا إلا إذا كان على وجه المقاولة أو الاحتراف وهو ما يستلزم تكرار القيام بالعمل بصفة مستمرة ومنتظمة.

ولكن يعاب على هذه النظرية أنها لاتشمل كل التعداد لقانوني للأعمال التجارية ، كما أنها تستبعد العمل التجاري المنفرد مثل الشراء لأجل البيع. أضف إلى جانب ذلك توجد مقاولات مدنية تخضع لقواعد القانون المدني وهذا مايؤدي بنا إلى القول أن نظرية المقاولة تتضمن جانب من الصحة إلا أنها ليست صحيحة على إطلاقها.

- **موقف المشرع الجزائري:** لقد حاول المشرع الجزائري الأخذ بمحاسن كل النظريات واجتهادات الفقهاء وما وصلت إليه التشريعات الحديثة. حيث أخذ المشرع الجزائري في المادة 1 من القانون التجاري بالمذهب الشخصي "يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له ما لم يقض القانون بخلاف ذلك".

---

[43] L'entreprise est la mise en œuvre de moyens de production dans une organisation permanente fondée sur une installation matérielle. J. ESCARRA, cours de droit commercial, Recueil Sirey, n°91, Ed 1952, p.60.

[44] L'entreprise est en somme la répétition professionnelle d'actes de commerce reposant sur une organisation préétablie. Ibid.p.91.

والمادة 2 من نفس القانون تنص على أنه يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه أي المذهب الموضوعي وعددت هذه الأعمال على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر.

كما تناولت المادة 3 من القانون التجاري تعداد الأعمال التجارية بحسب الشكل وهي:

*التعامل بالسفتجة بين الأشخاص

* الشركات التجارية

*وكالات ومكاتب الأعمال مهما كان هدفها

*العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية

*كل عقد تجاري يتعلق بالتجارة البحرية والجوية.

أما في المادة 4 من القانون التجاري فقد أخذ المشرع الجزائري بالمذهب الشخصي، حيث اعتبر هذا النوع من الأعمال ذات الأصل المدني تجارية إذا كان القائم بها تاجرا، حيث هذه المادة نصت على الاعمال التجارية بالتبعية :"يعد عملا تجاريا بالتبعية: أولا–الأعمال التي يقوم بها التجار والمتعلقة بممارسة تجارته أو حاجات متجره.

ثانيا–الالتزامات بين التجار."

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف العمل التجاري شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي، بل اكتفى بتعداد جملة من الأعمال التجارية، ولأجل ذلك سنخصص المبحث الموالي لدراسة أنواع الاعمال التجارية بحسب التشريع الجزائري.

المبحث الثاني: أنواع الأعمال التجارية

لقد تناول المشرع الجزائري تقسيم الأعمال التجارية بموجب المواد 3،2 و4 من القانون التجاري الجزائري ، فحسم في هذه المواد و حدد طبيعة بعض الأعمال معترفا بتجاريتها و بالتالي إخضاعها للقانون التجاري ، و من ثم لا يحق للأفراد الاتفاق على تغيير وصف أعمالهم و كل اتفاق على ذلك يعد باطلا، باعتبار أن المشرع أراد إخضاع العمل لنظام قانوني معين ، هو القانون التجاري فلا يجوز لهم إخضاعه لنظام قانوني آخر.

إن نية المشرع الجزائري تتجه إلى تبيان وجود نوعين مختلفين من الأعمال التجارية أولهما يعتمد على ذاتيتها أو طبيعتها الخاصة مهما كانت صفة القائم بها، أما النوع الثاني فيتمثل في الاعمال التجارية الشخصية التي تأخذ بعين الاعتبار صفة الشخص القائم بها كونه تاجرا.

كما ذكر المشرع الأعمال التجارية على سبيل المثال و ليس الحصر و هذا ما يستفاد من الصياغة المستعملة في نص المادة 2 حيث استعمل تعبير " يعد عملا تجاريا ....." ، و إنه لو كان يقصد التعداد الحصري لكانت صياغة المادة : " الأعمال التجارية بحسب موضوعها هي ...." ، و عليه فإن أنواع الأعمال التجارية هي أربعة:

-الأعمال التجارية بحسب الموضوع (بطبيعتها).

-الأعمال التجارية بحسب الشكل.

-الأعمال التجارية بالتبعية.

-الأعمال التجارية المختلطة.

إن هذا التصنيف المتعلق بالتعداد الوارد في القانون التجاري الجزائري للأعمال التجارية سليم بل هو دقيق من الناحية القانونية حيث وبحسب الأستاذ فرحة زراوي صالح يمكن تصنيف الأعمال التجارية المنصوص عليها في التشريع الجزائري إما نسبة إلى عناصرها الذاتية بغض النظر عن صفة القائم بها، وإما بسبب الصفة التجارية للشخص القائم بها[45].

أولا – الأعمال التجارية بحسب الموضوع

إن الأعمال الوارد ذكرها في المادة 02 هي أعمال تجارية بحسب الموضوع بغض النظر عن صفة الشخص القائم بها ، وهي الأعمال التي تهدف إلى تحقيق الربح عن طريق تداول الثروات ، ويمكن تقسيم هذه الأعمال إلى قسمين، أحدهما يأخذ بالطابع التجاري للعمل ولو وقع منفردا ولذلك في تسمى بالأعمال التجارية الموضوعية المنفردة، وثانيهما يعتبر الأعمال لا تعد ذات طابع تجاري إلا إذا صدرت على وجه المقاولة، ولذلك سميت بالمقاولات التجارية.

1-الأعمال التجارية المنفردة

2-المقاولات التجارية

1– **الأعمال التجارية المنفردة**: وهي أعمال تعتبر تجارية ولو تمت بصورة منفردة ومن قبل أشخاص لا يتمتعون بالصفة التجارية. وتشمل الأعمال التجارية المنفردة شراء المنقولات لإعادة بيعها بذاتها أو بعد تحويلها وشغلها، وكذا العقارات لإعادة بيعها، والعمليات المصرفية والسمسرة وعمليات الوساطة أو التوسط لشراء وبيع العقارات أو المحلات التجارية والقيم العقارية[46].

[45] أنظر، فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص.78.

[46] كان على المشرع أن يستعمل لفظ القيم المنقولة عوض القيم العقارية. انظر، شادلي نور الدين، القانون التجاري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص35.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري قد أضاف إلى هذه الأعمال عمليات أخرى تتعلق بالسفن والأنشطة البحرية وذلك بموجب التعديل الوارد على القانون التجاري بالأمر 27/96.

**الشراء من أجل البيع :

يتضح من نص المادة الثانية أن كل شراء من أجل بيع المنقولات أو العقارات يعتبر عملا تجاريا بحسب الموضوع ، غير أن هذا مرهون بتوفر ثلاث شروط أولها الشراء وثانيهما أن يتعلق الشراء بالمنقول أو بعقار، و آخرها أن يكون الشراء بقصد البيع.

الشرط الأول – الشراء :

الشراء هو كل تملك بمقابل سواء كان المقابل مبلغ من المال أو عينا ، و لكي يكون العمل تجاريا لابد من أن تسبقه عملية شراء ، لذلك تستبعد من نطاق التجارة عقود البيع التي لم تسبقها هذه العملية ، كمن يبيع بضاعة تحصل عليها عن طريق الهبة أو الميراث أو الوصية ...

وتحليلا لذلك، يستند الفقه[47] إلى عنصر الشراء لاستبعاد كل صورة من صور النشاط التي لم يسبقها شراء كبيع النتجات الزراعية من قبل المزارع وإصدار الصحف والمجلات ما لم يكن بقصد تحقيق الربح والمهن الحرة وغيرها.

-الأعمال الزراعية :

على الرغم من أن الزراعة ليست من الأعمال التجارية و كذلك بالنسبة لبيع المحاصيل فهو عمل مدني، على اعتبار أن عملية البيع لم يسبقها شراء، وهو الحكم الذي يطبق على شراء

[47] أنظر، مصطفى كمال طه، الوجيز في القانون التجاري،ج1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1966، ص.29؛ على البارودي، المرجع السابق، ص.26.

ما يلزم للزراعة كالبذور و الأسمدة و المواشي لتربيتها و الأرض محل الزراعة ، و كذا شراء الآلات الزراعية لاستغلالها في خدمة الأرض[48].

لكن السؤال المطروح ما طبيعة العمل الذي يقوم به المزارع إذا قام بشراء منتجات الغير وبيعها مع منتجاته؟

إن القضاء الفرنسي يعتد بالنشاط الرئيسي مع أن البعض يرى بأنه يمكن اعتبار العمل تجاريا إذا كانت الكمية المشتراة من الغير أكبر من منتجات أرض المزارع، أما إذا كانت الكمية المشتراة ضئيلة بالنسبة لمنتجاته كان العمل مدنيا.

لكن بالنسبة للمزارع الكبيرة التي تنشط في إطار منظم و تستعمل الأساليب التجارية من إعلانات و ائتمان من البنوك و فتح حسابات جارية و استعمال الآلات و العمال ... يرى البعض أنها تشبه المقاولة و من ثم فهي قريبة للمشروعات التجارية.

-المهن الحرة:

إن العمل المهني الحر هو استثمار للفرد و ما اكتسبه من علم و خبرة و هو عمل شخصي كالمحاماة، الطب، الهندسة، المحاسبة... ، تقوم هذه الاعمال على استغلال مباشر للملكات الفنية والفكرية وهم يباشرون أعمالهم[49].فهم لا يتحصلون فضلا عن ذلك على أرباح إنما على مقابل أتعاب الخدمات التي يقدمونها لعملائهم، وهي أعمال تقوم على الثقة الشخصية بين ممارسيها وقاصديها[50].

[48] JAUFFRET, Actes de commerce , Ency.Dalloz, droit commercial,p.63.

[49] أنظر، عبد القادر البقيرات، المرجع السابق، ص.29.

[50] أنظر، بن زارع رابح، المرجع السابق، ص. 63.

إلا أن الطبيب الذي يوسع نشاطه و يفتح مصحة للعلاج و يستخدم عددا من الأطباء و العمال من ممرضين و مساعدين و أعوان، فلا يقتصر النشاط على شخصه وإنما يستعين بغيره، فإنه بهذا يهدف إلى تحقيق الربح و من ثم فهو يقوم بعمل تجاري[51].

ولق أثير الخلاف حول مهنة الصيدلي، واستقر القضاء بصددها على اعتبارها من الأعمال التجارية، لأن نشاط الصيدلي و إن كان قائما على المهارة الشخصية لم يقتصر على بيع الأدوية فقط، بل أصبح يقوم بشراء أدوات التجميل و أصبحت الصيدليات اليوم تتخذ شكل محل تجاري.

-الإنتاج الذهني و الفكري :

إن التأليف ، النحت ، الرسم و التصوير كلها أعمال مدنية لأنها لم تسبقها عملية شراء ، لكن يخرج عن ذلك عمل الناشر الذي يشتري حق التأليف قصد بيعه و تحقيق الربح و يكون بذلك وسيطا في تداول الأفكار بين المؤلف و القراء.

-بيع الصحف و المجلات:

يعتبر بيع الصحف و المجلات من الأعمال التجارية متى كان الغرض منها تحقيق الربح عن طريق نشر الإعلانات و الأخبار و المقالات العلمية أو الأدبية أو الإجتماعية ، أما إذا كانت الصحيفة لا تهدف إلى تحقيق الربح بل فقط نشر الأفكار و المعلومات كالمجلات التي تصدرها الجامعات و الهيئات القضائية و الدينية و العلمية فتعتبر من الأعمال المدنية.

الشرط الثاني – محل الشراء منقولات أو عقارات :

[51] أنظر، شادلي نور الدين، المرجع السابق، ص.40.

إن شراء المنقولات بغرض بيعها يعتبر عملا تجاريا سواء كان المنقول ماديا أو معنويا، فالمنقول المادي كالبضائع على اختلاف أنواعها، أما المنقول المعنوي فقد اعتبرها القضاء كالمنقولات المادية و ذلك عن طريق القياس مثل : براءات الإختراع النماذج الصناعية و العلامات التجارية ، حقوق الملكية الأدبية و الفنية.

لقد استبعدت مختلف التشريعات العمليات الواردة على العقارات من نطاق العمل التجاري وإضفاء الصبغة المدنية عليها واخضاعها للقانون المدني، غير أنه وبظهور المضاربات العقارية في العصر الحديث حيث انتشرت عمليات شراء العقارات من أجل بيعها لتحقيق الربح دفع المشرعين حديثا في فرنسا عام 1967 والمشرع الجزائري إلى اعتبار شراء العقارات من أجل بيعها عملا تجاريا، وكذلك الأمر بالنسبة لكل عملية توسط في شراء وبيع العقارات[52].

الشرط الثالث – نية تحقيق الربح :

لا يعتبر شراء المنقول أو العقار عملا تجاريا إلا إذا تم بقصد البيع. إن ما يميز الشراء التجاري عن الشراء المدني هو عنصر القصد ، فإذا كان القصد من الشراء هو الربح فالعمل هو عمل تجاري، أما إذا تم الشراء بقصد الاستهلاك أو الاستعمال الشخصي فلا يعد عملا تجاريا. ويجب أن يتوفر قصد البيع وقت الشراء لا وقت البيع لكي يكون لهذا الصفة التجارية.

كما يلزم أن يكون الشراء بنية المضاربة وتحقيق الربح ويعد هذا عنصرا جوهريا في العمل التجاري، ومتى توافرت نية المضاربة كان العمل تجاريا ولو لم يحصل البيع اللاحق لسبب ما، ولو

[52] أنظر، عبد القادر البقيرات، المرجع السابق، ص.30.

حصل البيع بخسارة عندما تكون البضاعة معرضة للتلف فيرى صاحبها بيعها أقل من سعرها. ويعتبر مدنيا بسبب انعدام وجود قصد تحقيق الربح عمل الجمعيات التعاونية أو النقابات.

يقع عبء الاثبات على عاتق المدعي وله أن يدلل على وجود نية البيع عند الشراء بكافة الوسائل، ويعود في النهاية لقاضي الموضوع السلطة التقديرية في تحديد ما إذا كانت نية البيع من أجل الربح متوافرة وقت الشراء أو لا.

-**أعمال الصرف و البنوك و السمسرة و الوكالة بالعمولة:

نصت الفقرة 13 من المادة الثانية من القانون التجاري الجزائري على أنه:"يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه: كل عملية مصرفية أو عملية صرف أو سمسرة أو خاصة بالعمولة".

كما نصت الفقرة 14 من ذات المادة:"كل عملية توسط لشراء وبيع العقارات أو المحلات التجارية والقيم العقارية".

-العمليات المصرفية وعمليات الصرف :

يقصد بعملية الصرف تلك التي تهدف إلى استلام عملة مقابل عملة أخرى، وقد بين النظام رقم 91-07 المؤرخ في 1991/08/14 المتعلق بقواعد الصرف وشروطه مفهوم الصرف من خلال مادته الأولى:" يقصد بالصرف كل تبادل بين العملات الصعبة الحسابية والدينار والعملات الصعبة فيما بينها".

إن هذا العمل يعتبر بالنسبة للصراف عملا تجاريا خاصة إذا كان يقصد به المضاربة على فرق السعر بين العملتين أو بين المكانين، أما بالنسبة لطالب الصرف فلا يعد تجاريا إلا تطبيقا

لنظرية التبعية، فإذا ما كان تابعا لعمل تجاري أو متعلقا بتجارة الشخص اعتبر الصرف تجاريا بالنسبة إليه أيضا[53].

أما العمليات المصرفية فنصت عليها المادة 110 من قانون النقد والقرض[54] بقولها:" تتضمن الأعمال المصرفية تلقي الأموال من الجمهور وعمليات القرض ووضع سندات الدفع تحت تصرف الزبائن و إدارة هذه الوسائل".

إن العمليات المصرفية هي العمليات التي تقوم بها البنوك و هي كثيرة و متنوعة ، فتقوم بإصدار الأوراق المالية و تتوسط بين الجمهور الذي يكتتب في الأسهم و السندات كما تتوسط في الإدخار و الإستثمار، تقوم بفتح الحسابات البنكية ، تأجير الخزائن الحديدية...و ذلك كله قصد تحقيق الربح ، لذا فكل هذه العمليات هي عمليات تجارية بالنسبة للبنك أما بالنسبة للعميل تعتبر أعمالا مدنية إلا إذا صدرت من تاجر قصد تحقيق شؤون تجارته.

-السمسرة :

إن مهنة السمسار هي التقريب بين طرفين يريدان ابرام عقد وهو يستحق أجرة (نسبة مئوية من قيمة الصفقة) على ذلك بحيث تسمى العلاقة التي تربط السمسار بعملية السمسرة[55].

ومن الأمثلة الموجودة في التشريع الجزائري سمسار الشحن، السمسار البحري، وسمسار التأمين.

[53] أنظر، شادلي نور الدين، المرجع السابق، ص.44.

[54] القانون رقم 90-10 المؤرخ في 1990/04/14 المتعلق بالنقد والقرض.

[55] أنظر، فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص.110.

فعمل السمسار هو عمل تجاري و لو وقع مرة واحدة و بغض النظر عن طبيعة الصفقة تجارية كانت أم مدنية ، أما بالنسبة للأطراف المتعاقدة فالأمر يتوقف على طبيعة التعاقد الذي يقومون به و بصفتهم.

كما أن المشرع لا يشترط تكرار العمل، وعلى هذا فإنه يكفي أن يقع العمل مرة واحدة ليكون تجاريا، أما بالنسبة لأطراف الصفقة الذين تعاملوا مع السمسار فتحدد طبيعتهم بحسب ما إذا كان لهم صفة التاجر من عدمه[56].

-الوكالة بالعمولة :

تتمثل في التوسط بين المتعاملين قصد إبرام العقود و الصفقات ، فهو يقوم بعمل باسمه الخاص و لحساب موكله في مقابل أجر، وإن الموكل قد يكون عمله مدنيا أو تجاريا تبعا لطبيعة العمل الأصلي. ومن أمثلة هذه الانشطة العمليات التي يقوم بها وكيل نقل البضائع، والوكيل لدى الجمارك وغيرها.

- **الأعمال التجارية البحرية :

إن التعداد الوارد ذكره في المادة 02 قد جاء على سبيل المثال ، و تتمثل هذه الأعمال في:

-كل شراء و بيع لعتاد أو مؤن السفن.

-كل تأجير أو اقتراض أو قرض بحري بالمغامرة.

-كل عقود التأمين و العقود الأخرى المتعلقة بالتجارة البحرية.

-كل الإتفاقيات و الإتفاقات المتعلقة بأجور الطاقم و إيجارهم.

[56] أنظر، شادلي نور الدين، المرجع السابق، ص.35.

و حقيقة لكي يكتسب العمل الصفة التجارية لا بد أن يتعلق بالتجارة البحرية و أن يكون الغرض منه المضاربة و تحقيق الربح ، أما إذا تعلق الأمر بشراء سفينة نزهة أو تدريب أو بحث علمي فإن العمل يعد مدنيا بالنسبة للمشتري و ذلك لانتفاء المضاربة و تحقيق الربح.

إلى جانب الأعمال التجارية الموضوعية المنفردة التي سبق تحليلها تضمنت المادة 2 من القانون التجاري الجزائري تعداد جملة من الأعمال التجارية الموضوعية التي لا تمارس بشكل منفرد بل في شكل مقاولات تجارية.

2- المـقاولات التـجارية

هي الأعمال التي تعد في نظر المشرع الجزائري أعمالا تجارية إذا صدرت في شكل مقاولة أو مشروع أو على سبيل التكرار و الإحتراف ، فهي لا تستمد الصفة التجارية من طبيعة العمل ذاته أو من موضوعه و لا حتى من صفة القائم به .

إن المشرع الجزائري حقيقة لم يعرف المقاولة في القانون التجاري إنما عرفها في القانون المدني و بالضبط في المادة 549 التي تنص " عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع شيئا أو يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر".

أما الفقه التجاري، وعلى وجه الخصوص أنصار نظرية المقاولة و أبرزهم ESCARRA فقد اعتنى بتحديد مفهوم المقاولة التجارية وعرفها على أنها:" تكرار الأعمال التجارية على وجه الاحتراف بناء على تنظيم مهني مسبق".

و إن المشرع الجزائري في القانون التجاري يقصد من إصطلاح المقاولات : " تكرار العمل التجاري بصورة متواصلة و معتادة و بشكل منتظم عن طريق وسائل مادية كالآلات ...و طاقة بشرية كاليد العاملة ، فتوظف مجموع هذه الوسائل على مختلف أنواعها سعيا وراء تحقيق الربح".

لذلك فالبعض يقترح استبدال مصطلح " مقاولة " باصطلاح آخر يتمثل في " مشروع " لأنه الأدق و الأكثر صحة و دلالة على ما يرمي إليه المشرع الجزائري في المادة 02 المذكورة أعلاه .

1- مقاولة تأجير المنقولات أو العقارات : مثل مقاولة تأجير السيارات ، مقاولة تأجير الأفلام السنمائية ، مقاولة تأجير الدراجات النارية ، مقاولة الفنادق التي تؤجر الغرف ....، و كذلك مقاولات تأجير العقارات لاتخاذها مقر لشركة ما أو فندق ما...إلخ.

2- مقاولة الإنتاج أو التحويل أو الإصلاح :هي مقاولة الصناعة التي تختص بتحويل المواد الأولية أو المنتجات إلى سلع صالحة لسد حاجات الإنسان كصناعة الأثاث من الخشب ، الملابس من القطن أو الصوف ، الزيت من الزيتون ...إلخ.

أما مقاولة الإصلاح فهي التي تقوم بعمليات إصلاح السلع المصنوعة كإصلاح السيارات و الأجهزة الإلكترونية ....إلخ.

3- مقاولة البناء أو الحفر أو تمهيد الأرض: كذلك ترميم المباني ، إنشاء الطرق و الجسور، إقامة الأنفاق ، شق الطرق ، حفر القنوات ، مد خطوط السكك الحديدية ...إلخ.

4- مقاولة التوريد أو الخدمات : كتوريد المياه و الكهرباء و الغاز ، توريد الأوراق للصحف أو الوقود للسفن أو الفحم و البترول للمصانع ، توريد الأغذية إلى المدارس و المستشفيات ، توريد العمال لشق الطرق و السدود أو لتنظيف المساكن أو شحن السفن و تفريغها...إلخ.

5-مقاولة إستغلال المناجم أو مقالع الحجارة أو منتوجات الأرض الأخرى:كمقاولات استخراج الحديد ، النحاس ، إستغلال النفط و الغاز، مقاولات استغلال المياه المعدنية ، استغلال الأملاح من الطبيعة ، الحجارة ، الرخام ...إلخ.

6-مقاولة النقل و الإنتقال: النقل هو عقد يتعهد بمقتضاه شخص يسمى الناقل بنقل الأشخاص أو البضائع من مكان إلى أخر بوسائل النقل البرية أو البحرية أو الجوية في مقابل أجر يدفعه المسافر أو صاحب البضاعة.

7- مقاولة إستغلال الملاهي العمومية و الإنتاج الفكري:المقصود بالأولى تلك المقاولات الخاصة بتسلية الجمهور في مقابل أجر كدور السنما ، المسارح ، السرك ، مدن الملاهي ...إلخ.

أما الثانية فتتمثل في دور النشر التي تقوم بشراء حق التأليف من المؤلف قصد بيعه و تحقيق الربح ، و كذلك المقاولات التي تستغل القصص عن طريق نشرها أو عرضها في أفلام السنما أو التي تستغل المؤلفات الموسيقية و الأداء الغنائي عن طريق نشرها في أسطوانات أو شرائط.

8- مقاولة إستغلال المخازن العمومية :المخازن أو المستودعات العمومية هي محلات واسعة معدة لإيداع السلع نظير أجر بمقتضى سندات التخزين التي تمثل السلع المودعة ، إذ تقوم مقاولة المخازن باستلام السلع و الحفاظ عليها لحساب الوديع أو لمن تؤول إليه ملكية السلعة أو حيازتها

، و يمكن بيع أو رهن هذه البضائع دون حاجة لنقلها و ذلك من خلال تظهير سند الإيداع لذلك يتمثل نشاطها في الوديعة بأجر كغرف التبريد.

9- مقاولة بيع السلع الجديدة بالمزاد العلني بالجملة أو الأشياء المستعملة بالتجزئة:يقصد بمقاولة البيع بالمزاد العلني المحلات و الأماكن المعدة لبيع المنقولات أو البضائع المملوكة للغير بطريق المناداة العلنية ، و التي تعمل على بيع الأموال المنقولة بالجملة إذا كانت جديدة و بالتجزئة إذا كانت مستعملة لمن يقدم أعلى ثمن ، و يتلقى الوسيط عادة أجر يتمثل في نسبة مئوية من الثمن.

ما تجدر الإشارة إليه أن من يمتهن الوساطة في البيع بالمزاد العلني مقابل أجر يعتبر عمله عملا تجاريا.

10- مقاولة التأمين: التأمين هو أن يتعهد شخص يسمى المؤمن بأن يؤدي للمؤمن له مبلغا من النقود في حالة تحقق الخطر المؤمن منه ، و ذلك في نظير أقساط يؤديها المؤمن له للمؤمن، و إنه بحسب المادة 02 من القانون التجاري ، فإن كل مشروع يباشر نشاط التأمين فإن عمله يعتبر تجاريا لكن مع وجود بعض الإستثناءات.

ثانيا – الأعمال التجارية بحسب الشكل

نصت المادة 3 من القانون التجاري الجزائري : " يعد عملا تجاريا بحسب شكله :

-التعامل بالسفتجة بين كل الأشخاص.

-الشركات التجارية.

-وكالات و مكاتب الأعمال مهما كان هدفها.

-العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية.

-كل عقد تجاري يتعلق بالتجارة البحرية و الجوية".

ومن خلال استقراء النص يتضح لنا جليا بأن المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي يأخذ علاوة على المذهب الموضوعي، بالمذهب الشكلي لتحديد الأعمال التجارية. و عليه الأعمال التجارية بحسب الشكل وفقا للقانون التجاري الجزائري تتمثل في :

1- التعامل بالسفتجة :

السفتجة ورقة تجارية عالجها المشرع الجزائري ضمن الكتاب الرابع من القانون التجاري الذي يحمل عنوان السندات التجارية، وذلك في المواد 389 وما يليها منه.

السفتجة هي عبارة عن محرر أو سند مكتوب يأمر من خلاله شخص يسمى "الساحب " أحد مدينه " المسحوب عليه " ، بأن يسدد مبلغ مالي لشخص ثالث هو المستفيد أو الحامل بمجرد الإطلاع عليها أو في ميعاد معين أو قابل للتعيين.

وقد نصت المادة 389 من القانون التجاري على أنه تعتبر السفتجة عملا تجاريا مهما كان الأشخاص، كما أوجبت المادة 390 من نفس القانون على البيانات الإلزامية التي يجب أن تتضمنها السفتجة.

إن كل العمليات الواردة على السفتجة من سحب و قبول و وفاء و تظهير و ضمان تعتبر عملا تجاريا سواء صدرت من تاجر أو من غير تاجر باستثناء القاصر حسب المادة 389 قانون تجاري جزائري.

ما يمكن استخلاصه أن السفتجة يعتبر عملا تجاريا سواء كان الالتزام مدنيا أو تجاريا، وأيا كانت صفة الموقعين عليها سواء كانوا مظهرين أو راهنين أو ضامنين[57].

2-الشركات التجارية:

إن عقد الشركة عقد يتم بين شخصين أو أكثر قصد القيام بعمل مشترك و تقسيم ما ينتج عنه من ربح أو خسارة ، إلا أن هذا العقد ليس كغيره من العقود إذ يترتب عليه ميلاد شخص معنوي يتمتع بكيان ذاتي مستقل.

و طبقا للفقرة الثالثة من القانون التجاري فإن الشركات التجارية تعد عملا تجاريا بحسب الشكل، و تتخذ الشركات التجارية العديد من الأشكال وفقا للقانون التجاري الجزائري. تنص المادة 544 من نفس القانون على أنه "يحدد الطابع التجاري لشركة إما بشكلها أو موضوعها، تعد شركات التضامن وشركات التوصية والشركات ذات المسؤولية المحدودة، وشركات المساهمة، تجارية بحكم شكلها ومهما يكن موضوعها".

و إن كل ما يتعلق بهذه الشركات من تأسيس و ممارسة نشاط و نزاع بين الشركاء و أعمال التصفية أو اقتسام أموال الشركة من بعد التصفية يعتبر من الأعمال التجارية بحسب الشكل.

إن ادراج الصفة التجارية للشركات التجارية بحسب شكلها تقرر حماية للغير المتعامل مع هذه الأشكال المؤسساتية[58].

[57] أنظر، أحمد محرز، القانون التجاري، السندات التجارية، ج3، دار النهضة العربية، بيروت، 1980، ص.23.

3- وكالات و مكاتب الأعمال مهما كان هدفها:

تنص الفقرة الثالثة من المادة 3 من القانون التجاري على اعتبار وكالات ومكاتب الأعمال مهما كان هدفها عملا تجاريا بحسب شكله.

ومكاتب الأعمال هي التي يقوم فيها الأشخاص بأداء خدمة للجمهور مقابل أجر يحدد بمبلغ ثابت معين يتم الاتفاق عليه مسبقا ، أو يحدد بنسبة مئوية من قيمة الصفقة التي تتوسط الوكالات و المكاتب في إبرامها ، مثل وكالات الأنباء ، وكالات الإعلان ، مكاتب السياحة ، الوكالات العقارية، والوكالات التجارية المتخصصة في تسوية المسائل الادارية المتعلقة برخص التصدير ...إلخ.

ويعتبر المشرع الجزائري مثل هذه الأعمال تجارية حماية للجمهور المتعامل معها، فقرر بذلك اخضاع القائمين عليها إلى قواعد القانون التجاري.

4- العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية:

نتص الفقرة الرابعة من المادة الثالثة من القانون التجاري على اعتبار العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية أعمالا تجارية بحسب الشكل.

فالمحل التجاري هو مجموع أموال مادية ومعنوية يستخدمها التاجر في مباشرة نشاطه. إن كل عملية تتعلق بالمحلات التجارية هي ذات صفة تجارية بصرف النظر عن الشخص القائم بها (تاجر أم غير تاجر) مثل : بيع المحلات التجارية ، تأجيرها ، رهنها ، تأجير الاسم التجاري ، بيع أو شراء أثاث المحلات التجارية ، بيع براءات الإختراع...إلخ.

[58] أنظر، بن زارع رابح، المرجع السابق، ص.80.

و المشرع الجزائري عند نصه على أن الأعمال المتعلقة بالمحل التجاري هي أعمال تجارية بحسب شكلها قد وضع حدا للخلاف الذي ثار لدى الفقه الجزائري حول مسألة طبيعة بيع أو شراء المحل التجاري أو أحد عناصره، فقد كان هذا الخلاف يتعلق بصفة المشتريغير التاجر الذي يقتني محلا تجاريا بقصد الاشتغال بالتجارة، وقد اتجه البعض إلى اعتبار العمل تجاريا بالنسبة إليه، وحجتهم في ذلك أن عملية شراء المحل التجاري ما هو سوى أول عمل يقوم به الشخص متعلق بشؤون تجارته التي يزعم القيام بها. غير أن البعض الآخر ذهب إلى أن شراء المحل التجاري يعتبر عملا مدنيا طالما المشتري لم يكتسب صفة التاجر[59].

5-العقود التجارية المتعلقة بالتجارة البحرية أو الجوية:

أن الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة من القانون التجاري الجزائري تعتبر كل عقد تجاري يتعلق بالتجارة البحرية والجوية من قبيل الأعمال التجارية بحسب شكلها.

إن كافة العقود المتعلقة بالتجارة البحرية و الجوية تعتبر أعمالا تجارية بصرف النظر عما إذا كان أطراف العقد من التجار أم لا ، مثل : شراء و بيع السفن ، شراء و بيع الطائرات ، عقود استخدام البحارة و الملاحين الإتفاق على أجورهم ، تأجير السفن و الطائرات ، التأمين البحري أو الجوي...إلخ.

وما يمكن ملاحظته أن النص قد أضفى الصبغة التجارية على العقود وحدها دون بقية الالتزامات الناشئة عن مصادر أخرى.

[59] أنظر، محمد فريد العريني، هاني دويدار، أساسيات القانون التجاري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2004، ص.83.

كما نصت المادة 2 من القانون التجاري على اعتبار بعض الأعمال المتعلقة بالتجارة البحرية أعمالا تجارية بحسب موضوعها، ويتعلق الأمر بالعمليات التالية:

- كل شراء وبيع لعتاد بحري بالمغامرة،
- كل عقود التأمين والعقود الأخرى المتعلقة بالتجارة البحرية،
- كل الاتفاقيات والاتفاقات المتعلقة بأجور الطاقم وايجارهم،
- كل الرحلات البحرية.

إن تدخل المشرع الجزائري في تعديله للقانون التجاري يثير تساؤلا يتعلق بجدوى إدراجه لبعض العمليات المتعلقة بالتجارة البحرية ضمن قائمة الأعمال التجارية بحسب موضوعها، ومنطقيا لا يمكن قبول بقاء الأعمال المتعلقة بالتجارة البحرية مشتتة بين مادتين إلا إذا تدخل المشرع ووضح المقصود بعقود التجارة البحرية التي تعد تجارية بحسب الشكل[60].

ثالثا – الأعـمال التجارية بالتبـعية

1–التعريف :

لم يكتفي المشرع الجزائري في تعداده للأعمال التجارية بتقسيمها بحسب موضوعها وبحسب شكلها، بل أضاف طائفة أخرى من الأعمال التجارية سماها الأعمال التجارية بالتبعية التي أدرجها في نص المادة 4 من القانون التجاري الجزائري والتي نصت على أنه : " يعد عملا تجاريا بالتبعية:

–الأعمال التي يقوم بها التاجر و المتعلقة بممارسة تجارته أو حاجات متجره.

[60] أنظر، بن زارع رابح، المرجع السابق، ص.85.

-الإلتزامات بين التجار".

سميت الأعمال التجارية بالتبعية بهذا الاسم لأنها تتبع الشخص الذي يمارسها ، فإذا مارسها شخص مدني تعتبر أعمالا مدنية و إذا مارسها تاجر فإنها تفقد صفتها المدنية و تكتسب الصفة التجارية ، لذلك يقال بأنها أعمال مدنية بطبيعتها إلا أنها تعتبر تجارية متى قام بها تاجر و تعلقت بشؤون تجارته ، و إنها تسمى كذلك ب " الأعمال التجارية الذاتية أو الشخصية " و " الأعمال التجارية النسبية " ، و إن الهدف من هذه النظرية هو تطبيق نظام قانوني موحد على جميع الأعمال التي تصدر عن التاجر تبعا للمبدأ القائل " تبعية الفرع للأصل في الحكم."

تعتبر الأعمال التجارية بالتبعية من ابتداع الفقه والقضاء الفرنسيين[61] ، وهي ناتجة بالأساس عن عدم تمكن الفقهاء من وضع معيار حاسم تندرج تحته الأعمال التجارية الموضوعية والذي يسمح بإضافة الاعمال الأخرى التي كشف عنها التطور الاقتصادي، والتي لم يكن بمقدور المشرع التنبؤ بها للنص عليها، فلجأ إلى ابتداع نوع آخر من الأعمال أطلق عليها اسم الاعمال التجارية الشخصية ووضع نظرية تعرف بنظرية الأعمال التجارية بالتبعية.

2- شروط تطبيق النظرية :

تؤكد المادة 4 من القانون التجاري الجزائري إنه لتطبيق هذه النظرية لا بد من توافر شروط محددة وفقا للمادة:

[61] أنظر، الياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، ج1، دار عويدات للطباعة، بيروت، لبنان، 1999، ص.37.

**ضرورة إكتساب صفة التاجر: حسب المادة 1 من القانون التجاري الجزائري.فبالنسبة للشخص الطبيعي لا بد من توفر شروط معينة ومنها امتهانه الاعمال التجارية وقيام هبها لحسابه الخاص، والتمتع بالأهلية التجارية والقيد في السجل التجاري.أما الشخص المعنوي فلا تكتسب الشركات التجارية الصفة التجارية القانونية إلا من تاريخ تسجيلها بالسجل التجاري، وهذا طبقا للمادة 549 من القانون التجاري، ومتى توافرت في التاجر كشخص طبيعي أو معنوي هذه الشروط فإن الاعمال التي يقم بها وتتعلق بشؤون تجارته تعد أعمالا تجارية بالتبعية.

**إرتباط العمل بالمهنة التجارية : كشراء التاجر للوقود لآلات مصانعه التأمين على المحل التجاري ضد الحريق و السرقة ، العقود التي يبرمها التاجر مع شركة للإعلان عن بضائعه في الصحف و المجلات لترغيب المستهلكين بها ، شراء سيارة لنقل البضائع ، التعاقد مع شركة ما لتوريد الكهرباء و الغاز لمحله التجاري ، الاقتراض لشؤون تجارته ...إلخ.

إن الفقرة الأخيرة من المادة 4 توحي بأن المشرع يشترط لاعتبار العمل تجاري بالتبعية أن يتم بين تاجرين ، غير أن كلا من الفقه و القضاء في فرنسا و مصر قد استقرا على الاكتفاء بأن يكون أحد طرفي الالتزام تاجرا حتى يعتبر العمل بالنسبة إليه تجاريا ، بينما يبقى الطرف الثاني محتفظا بصفته المدنية ، و إن هذا ما قصدته المادة 4 من القانون التجاري الجزائري.

3-ميدان تطبيق نظرية الاعمال تجارية بالتبعية :

تطبق نظرية الاعمال التجارية بالتبعية على العلاقات التعاقدية والعلاقات غير التعاقدية.

أولا-الالتزامات التعاقدية: تعد العقود والتصرفات القانونية التي يبرمها التاجر والمتعلقة بحاجات تجارته أعمالا تجارية بالتبعية ومن أمثلها: شراء التاجر أثاثا لمحلاته التجارية، الاتفاق على ترميم

العقار جميع العمليات التي يجريا التاجر مع البنوك، عقد التأمين ضد احريق أو السرقة. وهناك وضع خاص لبعض العقود اختلف الاجتهاد بشأنها كالكفالة واستخدام العمال وبيع المحل التجاري.

*الكفالة: بحسب المادة 644 من القانون المدني: "عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه". فالكفالة من عقود التبرع، والأصل أن كافة عقود التبرع الصادرة من التاجر تعتبر مدنية. و قد جاءت المادة 651 من القانون المدني: "تعتبر كفالة الدين التجاري عمل مدني ولو كان الكفيل تاجرا غير أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا، أو عن تظهير هذه الأوراق تعتبر دائما عملا تجاريا". وعلى الرغم من كونها عمل مدني، تكتسب الكفالة الصفة التجارية في ثلاث حالات:

الحالة الأولى: إذا تخذت الكفالة صورة الضمان الاحتياطي في ورقة تجارية تنشئ الصفة التجارية في هذه الحالة من شكل الورقة التجارية.

الحالة الثانية: تعتبر الكفالة تجارية إذا صدرت من أحد المصارف أو البنوك لعميل من عملائها، وتكون الكفالة تجارية في هذه الحالة لأنها تعتبر عمليات البنوك عملا تجاريا بحكم القانون لا بالتبعية.

الحالة الثالثة: تعتبر الكفالة عملا تجاريا بالتبعية إذا قام بها الكفيل التاجر لمصلحة تجارته، كأن يكفل تاجر أحد عملائه التجار ليتجنب عنه خطر الإفلاس ويحتفظ به كعميل.

*عقد الاستخدام: إذا تعاقد التاجر مع عمال لاستخدامهم في شؤون تجارته، فالعقد هنا يتمتع بالصفة التجارية بالتبعية بالنسبة للتاجر، ويبقى محتفظا بصفته المدنية بالنسبة للعامل.

*شراء وبيع المحل التجاري: إذا اراد الشخص ممارسة التجارة فإنه يقوم عادة بإنشاء محل تجاري له فيستأجر العقار ويجهزه بالأثاث اللازم، وقد يحدث في بعض الاحيان أن يجد هذا الشخص محلا تجاريا مؤسسا يريد صاحبه بيعه، إلا أنه ثار خلاف في الفقه حول شراء المحل التجاري من قبل غير التاجر. رأى البعض أن هذا الشراء لا يعتبر عملا تجاريا بالتبعية لأن المشتري لم يكتسب صفة التاجر عند الشراء، غير أن الرأي الراجح يذهب إلى أن هذا الشراء هو أول عمل يقوم به قصد احتراف التجارة. وهذا الاحتراف يكسبه صفة التاجر وبالتالي يعتبر شراء المحل التجاري عملا تجاريا بالتبعية. أما بيع المحل التجاري كان يعد سابقا عملا غير تجاري لأن البائع بهذا التصرف يفقد صفة التاجر. غير أن الرأي استقر على اعتباره عملا تجاريا بالتبعية معتبرا أن هذا العمل هو عمل يقوم به تاجر.

أما المشرع الجزائري فقد حسم الخلاف واعتبر أن جميع العمليات التي ترد على المحل التجاري من رهن أو بيع أو شراء أو ايجار عمليات تجارية بحسب الشكل طبقا لأحكام الفقرة الرابعة من المادة 3 من القانون التجاري.

ثانيا–الالتزامات غير التعاقدية:

–تعتبر أعمالا تجارية الالتزامات الناشئة عن المسؤولية التقصيرية التي تحدث بمناسبة مزاولة النشاط التجاري. فيعتبر تجاريا الالتزام الناشئ عن مسؤولية التاجر من جراء المنافسة غير المشروعة قد قام بها، كاغتصاب الاسم التجاري لتاجر آخر أو تقليد علامة تجارية له. ونفس الأمر بالنسبة

للأفعال الضارة الناشئة عن الأشياء التي يستخدمها التاجر في تجارته، فيعتبر تجاريا التزام التاجر بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن سيارته أثناء نقلها للبضائع المعدة للتسليم، وكذا الأضرار الناتجة أثناء العمل. ففي كل هذه الأحوال تعتبر مسؤولية التاجر تجارية بالتبعية.

-الالتزامات الناشئة عن الاثراء بلا سبب:يعتبر تجاريا بالتبعية الالتزام الذي يكون مصدره الاثراء بلا سبب بشرط أن يوجد صلة بين هذا الاثراء وبين النشاط التجاري. كما يعتبر عملا تجاريا بالتبعية التزام التاجر اتجاه فضولي قام بعمل له وحقق من ورائه نفعا، وإذا دفع عميل إلى تاجر مبلغا زيادة عما هو مستحق.

-التزام التاجر بدفع ديون الضرائب واشتراكات التأمينات الاجتماعية: التاجر يلتزم بدفع الضرائب لمصلحة خزينة الدولة كما يلزم أيضا بدفع اشتراكات التأمينات الاجتماعية، الأصل أن هذه الالتزامات مدنية. إن التكليف بدفع الضرائب لمصلحة الخزينة مفروض على جميع المواطنين، لذلك لا يصح طلب اشهار الافلاس بسبب عدم تسديد الضرائب، وقد تبنى القضاء هذا الرأي.

أما فيما يتعلق بدفع التاجر لاشتراكات التأمينات الاجتماعية، فالرأي الراجح يعتبرها عملا تجاريا بالتبعية لأنها ترتبط بنشاط التاجر كصاحب عمل، ولو لا نشاطه التجاري لما استخدم عمالا. وهذه الاشتراكات تتحدد طبيعتها مع طبيعة أجور العمال.

رابعا – الأعمال المختلطة

لا تعتبر الأعمال المختلطة فئة جديدة قائمة بذاتها أو مستقلة عن الأعمال التجارية ، إنما تدخل في الأعمال التجارية التي سبق ذكرها ، لكن تطلق عليها هذه التسمية نظرا لكونها تتصف بالتجارية بالنسبة لطرف و مدنية بالنسبة للطرف الآخر، مثل:شراء تاجر من مزارع محاصيل

زراعية لإعادة بيعها ، صاحب المسرح الذي يتعاقد مع الممثلين ، دار النشر التي تتعاقد مع كاتب و تشتري حقوق التأليف ، بيع تاجر التجزئة السلع للمستهلك ، عقود العمل التي يبرمها التاجر...إلخ.

ولا تقتصر نظرية الأعمال المختلطة على العقود فحسب، بل تتعداها إلى الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، فمسؤولية التاجر عن فعله أو فعل مستخدميه تتصف بالصفة التجارية بالنسبة له، بينما يتصف حق المتضرر بالصفة المدنية.

1- التعريف:

يقصد بالأعمال المختلطة التصرفات القانونية التي تعتبر تجارية بالنسبة لأحد أطراف التصرف ومدنية بالنسبة للطرف الأخر[62].

2-النظام القانوني للأعمال التجارية المختلطة:

يقتضي المنطق الأخذ بنظام مزدوج مقتضاه تطبيق أحكام القانون التجاري على من يعتبر العمل بالنسبة إليه تجاريا ، و تطبيق أحكام القانون المدني على من يعتبر العمل بالنسبة إليه مدنيا و تنشأ عن هذا النوع من الاعمال عدة اشكاليات تتعلق بالاختصاص القضائي، الإثبات ، الرهن والفائدة.

- **الإختصاص القضائي : إن مشكلة الإختصاص النوعي لا تثار في الجزائر لعدم وجود قضاء تجاري مستقل عن القضاء المدني ما هو موجود يعتبر مجرد تقسيم للعمل بين القضاة ، على

[62] أنظر، فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص.42.

عكس المشرع الفرنسي الذي أوجد نوعين من المحاكم ، محاكم خاصة بالمنازعات المتعلقة بالأعمال التجارية و أخرى خاصة بالمنازعات المدنية.

أما بالنسبة للاختصاص المحلي فيكون وفقا لما يحدده المشرع الجزائري إذ أنه لا يمكن مقاضاة الطرف المدني إلا أمام الحكمة موطن المدعى عليه كقاعدة عامة منصوص عليها في المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .أما بالنسبة للطرف التجاري فيجوز رفع الدعوى عليه أمام احدى المحاكم الثلاث: محكمة إقامته محكمة مكان إبرام العقد، محكمة محل تنفيذ العقد.

- **الإثبات : إذا كان العقد أو الالتزام ذا صفة مدنية بالنسبة للمدعى عليه، فإنه لا يجوز للمدعي إثباته إلا بوسائل الاثبات المدنية، و أما إذا كان تجاريا بالنسبة للمدعى عليه فيحق للمدعي عندئذ اللجوء إلى وسائل الاثبات التجارية، إذن صفة العمل المطلوب اثباته هو الذي يحدد طرق الاثبات.

- **الرهن و الفائدة : يخضع انشاء الرهن وتنفيذه لقواعد تختلف حسبما يكون الرهن مدنيا أو تجاريا، فإذا كان الدين المضمون بالرهن بالنسبة للمدين تجاريا أعتبر الرهن تجاريا و أخضع لأحكام القانون التجاري، أما إذا كان الرهن بالنسبة للمدين مدنيا طبقت عليه أحكام القانون المدني ، و هذا هو الحال بالنسبة لنظام الفائدة الذي يختلف بحسب ما إذا كان الدين مدنيا أو تجاريا (المشرع الجزائري منع الحصول على الفائدة المترتبة عن التأخر في تسديد الدين وفقا للمادة 454 ق م ج).

نستخلص من دراستنا للأعمال التجارية المنصوص عليها في القانون التجاري الجزائري أن هذا الوصف متعلق بالنظام العام، و أن كل اتفاق بين الطرفين على اعتبار العمل تجاريا دون أن يكون كذلك طبقا للقانون وجب على المحكمة إبطال العقد وتطبيق المعيار الوارد في القانون.

الفصل الثالث

التاجر والتزاماته القانونية

لقد أخذ المشرع الجزائري إضافة للمعيار الموضوعي كأساس للقانون التجاري المعيار الشخصي، حيث أشارت المادة 1 المعدلة من القانون التجاري بالأمر رقم 27/69 المؤرخ في 1996/12/9 على الصفة الشخصية لاكتساب الصفة التجارية أي الأخذ بالمعيار الشخصي.

تنص المادة 1 من القانون التجاري على أنه:" يُعد تاجرًا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريًا و يتخذه مهنة معتادة له ما لم يقض القانون بخلاف ذلك". ومن خلال استقراء هذا النص يتضح لنا جليا أن المشرع قد ربط مسألة اكتساب صفة التاجر بمزاولة الشخص للعمل التجاري واتخاذه مهنة معتادة.

ومن أجل اكتساب صفة التاجر ينبغي توافر شروط يتصل بعضها بطبيعة النشاط الممارس من قبل الشخص ذاته القائم بهذا النشاط والذي يتعين أن يكون أهلا لمباشرة التجارة.

إن التمتع بالصفة التاجر يترتب عليها آثارا قانونية هامة يفرضها عنصر السرعة والائتمان اللذان يعدان دعائم للتجارة، فدعما للائتمان وبناء الثقة والاطمئنان في نفوس المتعاملين مع التجار، أوجب المشرع شهر المركز القانوني للتاجر، والعناصر المختلفة المكونة لنشاطه التجاري

فألزمه بالقيد في السجل التجاري، وتحقيقا للسرعة التي لا تحيا التجارة [63]بدونها وتنظيما للعمل التجاري فرض القانون على التاجر مسك دفاتر يدون فيها ماله من حقوق وما عليه من التزامات، ويثبت فيها جميع العمليات التجارية التي يزاولها[64].

ولدراسة الأحكام القانونية المتعلقة بالتاجر، لابد من الوقوف أولا على شروط اكتساب صفة التاجر وهو ما سنحاول شرحه في المبحث الأول من هذا الفصل، أما المبحث الثاني سنخصصه لدراسة التزامات التجار.

المبحث الأول: الشروط القانونية لاكتساب صفة التاجر

طبقًا لنص المادة 1 من القانون التجاري الجزائري " يُعد تاجرًا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريًا و يتخذه مهنة معتادة له ما لم يقض القانون بخلاف ذلك"، فنص المادة يعتبر التاجر كل من يشتغل بالأعمال التجارية ويتخذها مهنة معتادة له سواء كان شخصًا طبيعيًا أو معنويًا بشرط أن يكون موضوع النشاط الممارس تجاريا.

ويتبين من ذلك أنّ تعريف التاجر لا يرتبط بانتمائه إلى هيئة أو حرفة أو طائفة معينة، وإنما يرتبط بالعمل الذي يباشره ذلك أنّ احتراف العمل التجاري هو أساس اكتساب صفة التاجر. ويشترط لاعتبار الشخص تاجرا وفقا للنص المشار إليه الشروط التالية :

[63] أنظر، محمد فريد العريني و هاني محمد دويدار، قانون الأعمال دار لمطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2002، ص.253.

[64] أنظر، بن زارع رابح، المرجع السابق، ص.103.

-أن يباشر الشخص الأعمال التجارية على سبيل الامتهان .

- توافر الأهلية التجارية.

المطلب الأول: شروط اكتساب صفة التاجر

يتضح من نص المادة الأولى أن المشرع الجزائري اشترط شرطان أساسيان لاكتساب صفة التاجر هما: امتهان الاعمال التجارية، الأهلية التجارية .

الفرع الأول: امتهان الأعمال التجارية: امتهان الأعمال التجارية هو الشرط الجوهري الذي يكسب الممتهن صفة التاجر، إذا ما كان مؤهلا لمزاولة النشاط التجاري، و نظرًا لأهمية الامتهان في تحديد مركز الشخص من النظام القانوني للتجارة فإننا سوف نتطرق إلى ما يلي: معنى الامتهان، عناصر المهنة التجارية، موضوع المهنة التجارية، نهاية الامتهان.

أ-معنى الامتهان: يقصد بإمتهان الأعمال التجارية توجيه النشاط الإنساني نحو القيام بالأعمال التجارية بصفة منتظمة ومستمرة بحيث تكون هذه الأعمال مهنة يتخذها الشخص سبيلا للارتزاق والكسب دون اشتراط أن تكون المصدر الوحيد للكسب [65] وسواء كانت هذه الأعمال قد تمت مباشرتها على شكل مشروع من عدمه، وسواء كان للشخص محلا تجاريا أو لم يكن[66].

[65] أنظر، أحمد محرز، المرجع السابق، ص.116-117.

[66] أنظر، حلو أبو حلو، عباس زهير كريم، المرجع السابق، ص.159.

أما بالنسبة للشركات التجارية، فلا يشترط امتهان الأعمال التجارية لاكتساب صفة التاجر، فهي تكتسب هذه الصفة بمجرد أن تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها قانونا ولو كان موضوعها مدنيا[67].

وفي هذا المجال يثور الإشكال حول الحد الأدنى لتكرار الأعمال التجارية وما هو التنظيم المهني المطلوب حتى نقول أن الشخص قد امتهن ممارسة الأعمال التجارية على أساس أنها شرط لاكتساب صفة التاجر؟

حيث أنه هناك حالات يكتسب فيها الشخص صفة التاجر بصورة غير مباشرة، ومثال ذلك الشريك في شركة التضامن وشركة التوصية الذي يكتسب صفة التاجر تبعا لاكتساب الشركة لهذه الصفة[68].

ب عناصر المهنة :مهما كانت الآراء حول تعريف الامتهان فالمستقر عليه فقها وقضاء أن للمهنة التجارية عناصر ثلاث هي:

-الاعتياد: وهو بمثابة العنصر المادي للمهنة و معناه تكرار القيام بالعمل التجاري من وقت لآخر، كما يمكن أن يعد الخطوة الأولى للدخول في عالم الامتهان التجاري، والاعتياد يختلف عن الامتهان في كون الاعتياد لا يصل ولا يرتقي إلى درجة الاستمرار والإنتظام[69]، مثل الشخص

[67] أنظر، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص.53.
[68] أنظر، على علي المقدادي، المرجع السابق، ص.99.
[69] أنظر، حلو أبو حلو، عباس زهير كريم، المرجع السابق، ص.158.

الذي يعتاد شراء المفرقعات لإعادة بيعها في كل مناسبة مولد نبوي شريف. وعلى هذا الأساس فمن يقوم باعتياد الأعمال التجارية لا يلزم أن يكون تاجرًا، و لا يُعد القيام بالعمل التجاري العارض أو المتقطع أساسًا لاكتساب صفة التاجر، وتقرير حالة الاعتياد أو الامتهان مسألة موضوعية يقدرها القاضي.

-القصد: وهو العنصر المعنوي للمهنة، فيجب أن يكون الاعتياد بقصد خلق حالة أو وضع معين وهو الظهور بمظهر صاحب المهنة.

-الاستقلال في العمل التجاري :لا يكفي لاكتساب صفة التاجر أن يكون الاعتياد بقصد الظهور بمظهر صاحب المهنة بل ينبغي أيضًا أن يقع ذلك على وجه الاستقلال، فيمارس الشخص العمل التجاري باسمه ولحسابه الخاص لا لحساب غيره، لأن التجارة تقوم على الائتمان، والائتمان ذو طبيعة شخصية، يقضي تحمل المسؤولية، وعلى ذلك فالموظفون والعمال في المحلات التجارية لا يعتبرون تجارًا لأنهم أجراء يقومون بالأعمال التجارية باسم و لحساب صاحب العمل و ينقصهم ركن الاستقلال في إدارة العمل أو المشروع وهي من مميزات صفة التاجر .

- تعدد امتهان الاعمال التجارية: يجوز أن يمتهن الشخص أكثر من مهنة، إما أن تكون جميعها تجارية أو إحداها مدنية و الأخرى تجارية، في هذه الحالة يكتسب صفة التاجر بسبب امتهانه التجارة و تكون جميع أموا له ضامنة لتصرفاته التجارية على أساس أن الذمة المالية للشخص لا تتعدد و لا يخصص جزء منها لمباشرة المهنة غير أنه حتى يكتسب الشخص صفة

التاجر يجب أن لا تكون أعماله التجارية تابعة لأعماله المدنية لأنها تتحول إلى أعمال مدنية بالتبعية و بالتالي لا تكسب صاحبها صفة التاجر مثل حالة المزارع الذي منتجاته لتحويل صناعي ، و هنا يظهر دور تكرار الأعمال التجارية لأنه يسمح بالتحقق من أن ممارسة الأعمال لم تكن تابعة لعمل مدني و هذا ما يمنحه صفة العمل المدني بالتبعية و لا يسمح للشخص باكتساب صفة التاجر[70].

جـ- موضوع المهنة التجارية :لا تكون المهنة تجارية إلا إذا كان لها موضوعها عملا من الأعمال التجارية التي نصت عنها المواد 2، 3 من القانون التجاري الجزائري، أي الأعمال التجارية بحسب الموضوع والأعمال التجارية بحسب الشكل، لأن هذه الأعمال هي التي تجعل من الشخص تاجرا إذا قام بها على وجه الامتهان. أما الأعمال التجارية بالتبعية فهي غير مقصودة لأنها تعتبر اعمالا مدنية في أصلها ولا بد أن يكون للقائم بها صفة التاجر كشرط حتى يكون العمل المدني تجاريا بالتبعية.

و يجب أن يكون موضوع المهنة التجارية عملا مشروعًا يخدم التاجر من جهة والمجتمع من جهة أخرى. فمن يحترف تجارة ممنوعة أو مخالفة للنظام العام والآداب العامة لا يكتسب صفة التاجر إنما يُعد مخالفًا للقانون وهذاحماية للغير حسن النية الذي تعامل مع الشخص الذي يباشر عملا غير مشروع.

[70] انظر، حلو أبو حلو، زهير عباس كريم، ص.161.

-المركز القانوني للأشخاص الممنوعين من ممارسة التجارة: إن امتهان الأعمال التجارية يكسب الشخص صفة التاجر، وتسري عليه احكام القانون التجاري من خضوعه لنظام الافلاس حتى ولو كان هذا الشخص ممنوعا من ممارسة التجارة سواء باسمه أو باسم مستعار بمقتضى قوانين خاصة، كالمحامين والقضاة والموظفين. وتظهر الحكمة من منع هؤلاء من امتهان العمل التجاري هو عدم تأثر أعمالهم و وظائفهم بالتجارة وبالتالي الحاق الضرر بمصالح الغير، وحرمانهم من استغلال نفوذ وظائفهم في أعمال تجارية، و أن المنع من امتهان الأعمال التجارية لا يؤدي لبطلان العمل التجاري[71].

-التاجر الظاهر والتاجر المستتر: لقد ثار خلاف حول امتهان الشخص للأعمال التجارية مستترا وراء شخص آخر، فمن يكتسب صفة التاجر هل الشخص الظاهر أم الشخص المستتر؟ يرى غالبية الفقه أن الصفة تلحق كل من الشخص الظاهر والمستتر حماية للغير حسن النية الذي اطمأن للشخص الظاهر الذي تعاقد باسمه الشخصي وهو يجهل الشخص المستتر صاحب العمل الأصلي وصاحب رأس المال، وكذا قطع الطريق أمام كل من التاجر الظاهر والمستتر والممنوعين من ممارسة التجارة إذا ما حاولوا التنصل من التزاماتهم بحجة كونهم ممنوعين من ممارسة التجارة، فيعتبرون تجارا ويخضعون لنظام الافلاس لتصفية أموالهم و أعادة حقوق التعاملين معهم[72].

د-نهاية الامتهان: يبدأ الامتهان بمباشرة التجارة فعلا، ويكتسب الشخص صفة التاجر، وتستمر معه هذه لصفة باستمراره في مزاولة الأعمال التجارية على وجه الامتهان، و ينتهي الامتهان في

[71] أنظر، حلو أبو حلو، زهير عباس كريم، ص.160-161..

[72] أنظر ، عادل علي المقدادي، المرجع السابق، ص. 102.

الحالات الآتية: الوفاة، الاعتزال التام للتجارة، هلاك أموال التاجر، علمًا أن صفة التاجر لا تنتقل إلى الورثة، ولكن إذا استمر الورثة في مباشرة التجارة التي آلت إليهم فإنهم يكتسبوا صفة التاجر لا على أساس أنهم ورثة بل على أساس الامتهان[73].

-إثبات اكتساب صفة التاجر: إن صفة التاجر لا تفترض في الشخص بل يجب اثباتها وذلك بإثبات امتهان الشخص للأعمال التجارية، ويقع عبء الإثبات على عاتق الشخص الذي يدعي تمتعه بهذه الصفة عن طريق كافة وسائل الإثبات.

إن امتهان الاعمال التجارية مسألة موضوعية يفصل فيها قاضي الموضوع، وذلك بعد البحث في محل الامتهان ومشروعيته، فإذا توفرت في الشخص شروط اكتساب صفة التاجر من امتهان للاعمال التجارية وتوفر الأهلية القانونية وجب اعتباره مكتسبا لصفة التاجر، ولا يتمتع القاضي في هذا الشأن بأية لطة تقديرية في نفي هذه الصفة و إلا كان مخطئا في تطبيق النص القانوني و وجب نقض حكمه أمام المحكمة العليا لأننا في هذه الحالة نكون أمام مسألة قانون وليس مسألة واقع[74].

-اكتساب الشركات للصفة التجارية: تكتسب الشركة الصفة التجارية في القانون التجاري الجزائري إما بحسب شكلها أو بحسب موضوعها طبقا لنص المادة 544 منه. فالشركات التجارية بحسب شكلها ومهما كان موضوعها سواء كان تجاريا أو مدنيا هي شركة التضامن، شركة

[73] أنظر، أحمد حرز، المرجع السابق، ص.117 و ص.121.

[74] انظر، حلو أبو حلو، زهير عباس كريم، المرجع السابق، ص.162-163؛ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص.53.

التوصية البسيطة شركة ذات المسؤولية المحدودة، شركة التوصية بالأسهم وشركة المساهمة، كما تكتسب الشركة الصفة التجارية إذا كان موضوعها تجاريا مثل شركة المحاصة، فهذه الشركة تكتسب الصفة التجارية إذا كانت تقوم بالأعمال التجارية كالشراء من اجل البيع.

وتكتسب الشركة الصفة المدنية إذا كان موضوعها القيام بالأعمال المدنية مثل الأعمال الزراعية، فالغرض أو موضوع الشركة يحدد في عقدها التأسيسي الذي يجب ان يكون عقدا موثقا خاضعا لعملية الاشهار حتى يعلم به الكافة، وإن غرض الشركة الرئيسي هو الذي يكسبها الصفة التجارية أو الصفة المدنية، فإذا كان غرض الشركة الرئيسي تجاريا اعتبرت الشركة تجارية ولو كانت تقوم ببعض الأعمال المدنية بصفة تبعية، أما إذا كان غرض الشركة الرئيسي مدنيا اعتبرت الشركة مدنية ولو قامت ببعض الأعمال بصفة تبعية[75].

أما الشركات التي تمارس أعمالا مدنية وتأخذ شكلا من الأشكال المنصوص عليها في المادة 544 من قانون التجاري فتعتبر شركات تجارية في القانون التجاري وتأخذ الصفة التجارية ومهما كان موضوعها أو غرضها، وهذا طبقا لنص المادة 3 الفقرة الثانية من القانون التجاري، حيث تعتبر الشركات التجارية عملا تجاريا بحسب الشكل ومهما كان غرض هذه الشركات.

[75] أنظر، مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص.124.

المطلب الثاني: الأهلية التجارية.

لقد سبق الذكر أنه يجب لاكتساب الشخص صفة التاجر أن يقوم بالأعمال التجارية و يتخذها مهنة معتادة له وهو ما نصت عليه المادة الأولى من القانون التجاري الجزائري. وفضلا عن ذلك يجب أن يكون مؤهلا لممارسة العمل التجاري، فإذا لم تثبت للشخص أهلية الاتجار فلا يكتسب صفة التاجر مهما كان امتهانه، إذن فالأهلية شرط لاكتساب صفة التاجر.

والمقصود بالأهلية التجارية هي صلاحية الشخص لممارسة مهنة تجارية تستوجب إخضاعه للالتزامات التي يفرضها القانون على التجار، وهي مسألة لها أهمية بالغة بالنسبة للدولة التي تحصل الممارسة التجارية على إقليمها، و تختلف في ذلك الأهلية التجارية عن الأهلية المدنية التي تكون إما أهلية وجوب أو أهلية أداء، فأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق والتحمل بالالتزامات. أما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية الصحيحة. وهي مسألة تستوجب حماية القاصر من نفسه أو من استغلال الغير له، والمشرع الجزائري لم ينص في القانون التجاري على الأهلية اللازمة كي يمارس العمل التجاري حيث ترك أحكامها إلى القواعد العامة في القانون المدني. إلا انه تعرض لأهلية القاصر المأذون له بالتجارة في المادة الخامسة من القانون التجاري الجزائري. كما تعرض أيضًا في المادتين 6 و 7 لأحكام خاصة بأهلية المرأة المتزوجة فيما عدا ذلك يستوجب الرجوع إلى القواعد العامة.

و تجدر الإشارة هنا إلى أن المادة 50 من القانون المدني الجزائري قد عالجت كذلك مسألة أهلية الشخص الاعتباري و نصت على أن يكون للشخص الاعتباري أهلية في الحدود

التي يعينها عقد إنشائه أو التي يقررها القانون، فهي أهلية محدودة بالغرض الذي أنشأت من أجله و لا يمكنها أن تتعداه أبدًا.

الفرع الأول: الراشدون

وفقا لنص المادة 40 من القانون المدني إن سن الرشد هو بلوغ الشخص سن 19 سنة كاملة . ويكون متمتعا بقواه العقلية غير محجور عليه لعارض من عوارض الأهلية وهي الجنون والعته والسفه والغفلة. والمشرع لم يميز بين الرجل والمرأة فيما يخص سن الرشد المطلوب لممارسة الأعمال التجارية.

الفرع الثاني: القاصر المرشد

تنص المادة 5 من القانون التجاري الجزائري على أنه " لا يجوز للقاصر المرشد ذكرًا أم أنثى البالغ من العمر ثمانية عشر سنة كاملة والذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشدًا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال تجارية:

-إذا لم يكن قد حصل مسبقًا على إذن والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصادق عليه من المحكمة فيما إذا كان والده متوفيًا أو غائبًا أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها أو في حال انعدام الأب والأم.

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

ويفهم من نص المادة أن ممارسة العمل التجاري بالنسبة للقاصر مربوطة بشروط :

أولا: الإذن من الولي الشرعي.

ثانيًا: المصادقة على الإذن من طرف المحكمة التي يريد القاصر ممارسة العمل التجاري في إطار اختصاصها.

ثالثًا: أن يكون الإذن العائلي مرفقًا بطلب التسجيل في السجل التجاري.

إنطلاقا من النص يتبين أن المشرع الجزائري أعطى لمن بلغ سن الثامنة عشر كاملة من عمره فرصة مباشرة التجارة بشرط الحصول على إذن بذلك، ولعل الحكمة من تقدير هذا الحكم كاستثناء على قاعدة عدم أهلية القاصر، هي تدريبية على أمور التجارة[76].

والسؤال المطروح هو هل هذا الإذن الممنوح للقاصر بمباشرة الأعمال التجارية مطلق أو مقيد؟

لقد نصت المادة 6 من القانون التجاري على أنه:" يجوز للتجار القصر المرخص لهم طبقا للأحكام الواردة في المادة الخامسة أن يرتبوا التزاما أو رهنا على عقاراتهم . غير أن التصرف في هذه الأموال سواء كان اختياريا أو جبريا لا يمكن أن يتم إلا باتباع أشكال الإجراءات المتعلقة ببيع أموال القصر أو عديمي الأهلية".

وعليه، يجوز للقاصر المرشد مباشرة التجارة مطلقا بالنسبة للاتجار في الأموال المنقولة ويصبح كامل الأهلية في حدود ما أذن له فيه. أما بالنسبة للأموال العقارية فقد حظر المشرع على القاصر المرشد التصرف في هذه الأموال إلا بإتباع الإجراءات المتعلقة ببيع أموال القصر أو عديمي الأهلية، وذلك ضمانا من المشرع ليكفل به حماية أموال القصر. غير أنه يجوز للقاصر أن يرتب التزاما أو رهنا على العقارات التي يملكها وذلك تطبيقا للمادة السادسة من القانون التجاري.

الفرع الثالث: المرأة المتزوجة

[76] أنظر، مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص.150.

للمرأة المتزوجة في القانون التجاري الاهلية الكاملة لمباشرة التجارة، حيث ساوى المشرع الجزائري بين الرجل و المرأة في ممارسة العمل التجاري واكتساب صفة التاجر، فقط أن تمتهن المرأة الأعمال التجارية وأن تتخذ منها مهنة معتادة لها وأن تكون مؤهلة لممارسة العمل التجاري. وقد أكدت المادة 8 من القانون التجاري الجزائري ذلك بنصها:" تلتزم المرأة التاجرة شخصيًا بالأعمال التي تقوم بها لحاجات تجارتها...".

إلا أن المادة 7 نصت على أن: " لا يعتبر زوج التاجر تاجرا إذا كان يمارس نشاطا تجاريا تابعا لنشاط زوجه. ولا يعتبر تاجرا إلا إذا كان يمارس نشاطا تجاريا منفصلا."، يفهم من ذلك أن المساعدة أو التطوع من طرف الزوجة لا يكسبها الصفة التجارية لأنها تعمل لمصلحة زوجها، إلا أن ذلك لا يمنع من اكتساب صفة العاملة و تخضع في ذلك لأحكام قانون العمل وتتمتع بكافة الحقوق التي يرتبها هذا القانون.

ووفقا لمبدأ استقلالية الذمة المالية للزوجين، فمتى اكتسبت المرأة صفة التاجر فإنها تتحمل المسؤولية والمخاطر الناجمة عن أعمالها التجارية في حدود ذمتها المالية دون أن تتعدى إلى الذمة المالية للزوج وهذا ما نصت عليه المادة 8 من القانون التجاري[77].

وفي الأخير يجب الإشارة إلى أن القانون التجاري الجزائري قد أضاف طريق آخر يمكن به الشخص أن يكتسب صفة التاجر حتى ولو لم يمتهن الأعمال التجارية استنادا للمادة الأولى منه، ذلك بالرجوع إلى نص المادة 21 من القانون التجاري الجزائري التي تنص على أنه:"كل شخص

[77] أنظر، نادية فضيل، المرجع السابق، ص.137-138؛ فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص.346 وما بعدها.

طبيعي أو معنوي مسجل في السجل التجاري يعد مكتسبا صفة التاجر إزاء القوانين المعمول بها ويخضع لكل النتائج الناجمة عن هذه الصفة".

معنى ذلك أن الطريقة الثانية لاكتساب صفة التاجر هو الحصول على السجل التجاري (القيد في السجل التجاري) حتى ولو لم يكن هذا الشخص يمتهن الأعمال التجارية، ويعتبر في نظر القانون مكتسب صفة التاجر خاصة بعد نص المادة حيث أصبح القيد في السجل التجاري قرينة قاطعة اكتساب صفة التاجر لا تقبل إثبات العكس.

المبحث الثاني:التزامات التجار

لقد نظم المشرع مهنة التاجر فعندما يكتسب الشخص صفة التاجر يفرض عليه المشرع الجزائري بعض الالتزامات المتمثلة في: مسك دفاتر تجارية، القيد في السجل التجاري.

فالدفاتر التجارية لها دور تنظيمي في الحياة التجارية للتاجر، فبالرجوع لنص القانون التجاري الجزائري، نجد المشرع قد قام بتنظيم الدفاتر التجارية من حيث الأشخاص الملزمون بمسكها و أنواعها وكيفية الاحتفاظ بها وحجيتها في الاثبات والجزاء المترتب على مخالفة قواعد تنظيمها أو عدم مسكها والاحتفاظ بها.

إن الحديث عن التزامات التاجر يقتضي بالضرورة الحديث عن وجوب مسكه للدفاتر التجارية وهو ما نظمه المشرع بموجب المواد من 9 إلى 18 من القانون التجاري الجزائري، كما يعني أيضا الحديث عن التسجيل في السجل التجاري الذي تولى المشرع تفصيل القواعد التصلة بذلك بموجب المواد من 19 إلى 28 من القانون التجاري.

وبناءا على ما تقدم ذكره نتناول في هذا المبحث موضوع اللالتزام بمسك الدفاتر التجارية (المطلب الأول)، ثم نتطرق من بعد ذلك لدراسة موضوع الالتزام بالقيد في السجل التجاري (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مسك الدفاتر التجارية

إن من بين أهم الالتزامات التي تقع على عاتق التاجر الالتزام بإمساك الدفاتر التجارية. تنص المادة 9 من القانون التجاري بأنه على كل شخص طبيعي أو معنوي له صفة التاجر أن يمسك دفاتر تجارية.

فالمشرع الجزائري لم يعرف لنا الدفاتر التجارية، لكن هناك من عرفها على أنها دفاتر ذات صفحات مرقمة يمسكها التاجر لبيان مركزه المالي فيقيد فيها ماله من حقوق وما عليه من ديون، كما يقيد فيها كافة العمليات التجارية التي يقوم بها[78].

إذن الدفاتر التجارية عبارة عن سجلات يقيد فيها التاجر عملياته التجارية من إيراداته، مصروفاته، حقوقه والتزاماته، ومن هذه السجلات يتضح مركزه المالي و ظروف تجارته.

وهناك من يرجع أصل نشأة الدفاتر التجارية إلى النظام الطائفي الذي كان يتميز به التجار في العصور الوسطى، بينما يذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن الالتزام بمسك الدفاتر التجارية يرجع إلى الصيارفة اليونان، ويحتمل ظهور أول دفتر تجاري منظم بشكل واضح في القرن الخامس عشر وتحديدا سنة 1449 عن طريق الايطالي لونا باكيللو وهو دفتر وهو دفتر اليومية،

[78] حلو أبو حلو، زهير عباس كريم ، المرجع السابق، ص.190.

بينما يذهب جانب آخر من الفقه إلى أن الالتزام بمسك المحاسبة من طرف التجار قديمة جدا تكرست بموجب الأمر 1673[79].

الفرع الأول: أهمية الدفاتر التجارية

– الدفاتر التجارية المنتظمة تعطي صورة صادقة لنشاط التاجر، حيث تمكن من معرفة المركز المالي وبدقة لمعرفة ما إذا كان في حالة ربح أو خسارة،

– الدفاتر التجارية وسيلة للإثبات أمام القضاء سواء في العلاقة بين التجار أو بينهم وبين غير التجار؛

– الدفاتر التجارية وسيلة عادلة لفرض الضرائب تحول دون فرضها على أساس التقدير الجزافي الذي يؤدي إلى الاجحاف بالتاجر.

– الدفاتر التجارية وسيلة أمان تساعد التاجر لإثبات حسن نيته عند عجزه عن دفع ديونه التجارية، ويطلب الصلح الواقي من الإفلاس أو التسوية القضائية وعودته على رأس تجارته.

الفرع الثاني: الأشخاص الملزمون بمسك الدفاتر التجارية

إن الأشخاص الملزمون بمسك الدفاتر التجارية قد بينتهم المادة 9 من القانون التجاري وهم كل شخص مكتسب لصفة التاجر سواء كان تاجرا فرد شخص طبيعي أو تاجر شخص معنوي كالشركات التجارية، يمارس التجارة على التراب الوطني سواء كان وطني أو أجنبي[80].

[79] أنظر، ناجي زهرة، المرجع السابق، ص.63.

[80] أنظر، أحمد محرز، المرجع السابق، ص.134-135.

لكن الاشكال الذي يثور يتعلق بالشريك الذي يكتسب صفة التاجر بقوة القانون في شكة التضامن وشركة التوصية البسيطة وشركة التوصية بالأسهم، هل يلزم في هذه الحالة بمسك دفاتر تجارية خاصة به؟

يذهب الرأي الراجح للقول بعدم إلزام الشريك المتضامن بمسك دفاتر مستقلة عن دفاتر شركته، لأن الشريك المتضامن يقوم بالتجارة من خلال الشركة وهي وحدها ملزمة بمسك دفاتر تجارية تقيد فيها كل التزاماتها وحقوقها وأرباحها التي تعتبر في الحقيقة حقوق والتزامات وأرباح الشركاء وبالتالي لا داعي لإلزام الشركاء بنصف الالتزام دون الالتزام الآخر.

ولا يلزم الشريك المتضامن بمسك الدفاتر التجارية إلا في حالة مزاولته لنشاط تجاري لحسابه الخاص بالإضافة لذلك يقع عليه الالتزام بالقيد في السجل التجاري[81].

لكن ما يتضح من خلال نص المادة 9 من القانون التجاري ومن خلال عبارة عمليات المقاولة أن المشرع لا يخضع للالتزام بمسك الدفاتر التجارية الأشخاص الذين يمارسون تجارة بسيطة ذات رأس مال بسيط.

الفرع الثالث:أنواع الدفاتر التجارية

اختلفت التشريعات في تعيين الدفاتر التجارية الواجب على التاجر مسكها، فهناك من اكتفى بإلزام التاجر بمسك دفاتر تجارية كافية للدلالة على حالته التجارية دون تعيين. و هناك من

[81] أنظر، بوقادوم أحمد، المرجع السابق، ص.50-51.

عين حدًا أدنى من هذه الدفاتر التجارية و تركت الحرية للتاجر في أن يضيف ما يشاء حسب الحاجة الماسة لتجارته. و سوف نتكلم عن ذلك في الآتي.

1- الدفاتر التجارية الإجبارية :التاجر ملزم بمسك دفترين إجباريين هما دفتر اليومية ودفتر الجرد.

أولا- دفتر اليومية: فقد نصت المادة 9 من القانون التجاري الجزائري على أن: "كل شخص طبيعي أو معنوي له صفة التاجر ملزم بمسك دفتر اليومية يقيد فيه... ". ونصت المادة 10 منه على " يجب عليه أيضًا أن يجري سنويًا جردًا لعناصر أصول و خصوم مقاولته...".

يعتبر دفتر اليومية من أهم الدفاتر التجارية و أكثرها بيانا لحقيقة المركز المالي للتاجر بسبب طبيعته التي فرضها المشرع واعتباره سجلا يوميا يقيد فيه التاجر عمليات تجارته يوما بيوم من بيع أو شراء أو اقتراض أو دفع أو قبض سواء لأوراق نقدية أو أوراق تجارية أو استلام بضائع عينية إلى غير ذلك من الأعمال المتعلقة بتجارته.

ثانيًا- دفتر الجرد :تقيد في دفتر الجرد تفاصيل البضاعة الموجودة لدى التاجر آخر سنته المالية وكذلك يقيد بدفتر الجرد الميزانية العامة للتاجر التي توضح مركزه الإيجابي والسلبي في نهاية السنة وهي تشمل على خانتين إحداهما مفردات الأصول وهي الأموال الثابتة والمنقولة وحقوق التاجر على الغير والأخرى مفردات الخصوم لبيان الديون التي في ذمة التاجر للغير وهي ديون المشروع للغير علاوة على رأس المال باعتباره أول دين عليه.

2- **الدفاتر التجارية الاختيارية** :طبيعة التعامل التجاري الواسع وحاجات التجارة تقتضي أن يمسك التاجر دفاتر إضافية و يرجع ذلك لاختيار التاجر نفسه باعتباره أدرى من غيره بشؤون

تجارته وهي دفاتر اختيارية لم ينص عليها المشرع الجزائري بل ترك أمرها للتاجر و اختياراته. و يمكن حصرها في الآتي:

-دفتر الخزانة (الصندوق): يسجل فيه التاجر كل المبالغ التي تدخل أو تخرج من الخزانة.

-دفتر المبيعات و المشتريات: يسجل فيه التاجر كل البضائع التي يبيعها و يشتريها.

-دفتر الأوراق التجارية: يسجل فيه مواعيد الاستحقاق الخاصة بالأوراق التجارية (كمبيالات أو شيكات) لصالحه أو للغير.

-دفتر الأستاذ: ويعد هذا الدفتر من الدفاتر التجارية الهامة نظرًا لاستعماله المتواصل وارتباطه بالدفاتر الأخرى حيث يعد سجل القيد النهائي التي تصب فيه جميع الدفاتر التجارية الأخرى، وهو منظم تنظيمًا دقيقًا تخضع هذه الدقة فيه لعلم المحاسبة.

الفرع الرابع: تنظيم الدفاتر التجارية

أوضح القانون التجاري الجزائري في المادة 11 منه كيفية تنظيم الدفاتر التجارية الإجبارية نظرًا لأهميتها من أجل توحيد طريقة تنظيمها لدى التجار والتقيد بكيفية تدوين المعلومات فيها. ويمكننا أن نستشف من نص المادة 11 ما يلي: أن تسجل المعلومات الخاصة بالعمليات التي يجريها التاجر بحسب تواريخها، كما أوجبت المادة أن تخلو هذه الدفاتر من الفراغ أو ترك بعض الأماكن على بياض ولا محو ما كتب أو تحشية أو نقل على الهامش و أن لا تتضمن الشطب أو ما إلى ذلك، والهدف من كل ذلك هو مراعاة الدقة والوضوح في تدوين العمليات وتفويت الفرصة على التاجر الذي يلجأ إلى تغيير البيانات المدونة.

يجب أن ترقم هذه الدفاتر والمصادقة عليها من طرف المحكمة المختصة قبل استعمالها والهدف من هذا الإجراء هو منع التاجر من أن يزيل بعض صفحاتها أو إبدال الدفتر برمته.

الفرع الخامس: مدة الاحتفاظ بالدفاتر التجارية

تنص المادة 12 من القانون التجاري الجزائري على المدة التي يجب على التاجر الاحتفاظ فيها بدفاتره التجارية بقولها: " يجب أن تحفظ الدفاتر والمستندات المشار إليها في المادتين 9 و 10 (اليومية والجرد) عشر سنوات، كما يجب أن ترتب وتحفظ المراسلات الواردة ونسخ المراسلات الموجهة طيلة نفس المدة " المتتبع للنص يفهم أن المشرع الجزائري لم يحدد بداية سريان هذه المدة، ولكنه من البديهي أن تبدأ من تاريخ إقفال الدفتر أي من تاريخ التأشير بانتهاء صفحات الدفتر، وكذلك بالنسبة للمراسلات الواردة و الصادرة تبدأ المدة نفسها من تاريخ إرسالها أو تسلمها والجزاءات المترتبة على عدم مسك الدفاتر التجارية أو عدم انتظامها .

الفرع السادس: الجزاءات المترتبة على عدم مسك الدفاتر التجارية أو على عدم انتظامها

رتب المشرع الجزائري جزاءات مدنية وأخرى جزائية عن عدم المسك أو عدم التنظيم في المادة 14 من القانون التجاري الجزائري.

-الجزاءات المدنية :أول جزاء مدني يترتب في حق التاجر هو حرمانه من تقديم هذه الدفاتر كوسيلة من وسائل الإثبات أمام القضاء. وخضوعه للتقدير الجزافي للضريبة الذي غالبا ما يكون

في غير صالحه. زيادة على ذلك فإن التاجر المهمل أو المقصر في إمساك هذه الدفاتر أو عدم تنظيمها يحرمه من إجراء تسوية قضائية معه لعدم بيان مركزه المالي.

-الجزاءات الجنائية : تنص المادة 370 تجاري وما بعدها على أنه يعد التاجر مرتكبا لجريمة الإفلاس بالتقصير في حالة توقفه عن الدفع ولم يكن قد مسك حسابات مطابقة لعرف المهنة.

وتطبق العقوبات الجنائية المنصوص عليها في المادة 383 من قانون العقوبات على الأشخاص الذين تثبت إدانتهم بالتفليس بالتقصي أو التدليس ، وتقضي تلك المادة بأن كل من قضى بارتكابه جريمة الإفلاس في الحالات المنصوص عليها في قانون التجارة يعاقب عن الإفلاس البسيط بالحبس من شهرين إلى سنتين وعن الإفلاس بالتدليس بالحبس من سنة إلى خمس سنوات ويجوز علاوة على ذلك أن يقضي على المفلس بالتدليس بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الوطنية لمدة سنة على الأقل وخمس سنوات على الأكثر.

المطلب الثاني: القيد في السجل التجاري

السجل التجاري " ورقة معدة من طرف الدولة ومراكز محافظات السجل لتسجيل المعلومات الخاصة بالتاجر (طبيعيًا كان أو معنويًا) التي يتطلبها القانون و الأنظمة الصادرة بمقتضاها ". أو هو ورقة تفرد فيها لكل تاجر سواء كان شخصًا طبيعيًا أو معنويًا مجموعة من البيانات الخاصة به وبنشاطه التجاري تحت رقابة و إشراف الدولة.

وقد عالج المشرع الجزائري نظام السجل التجاري في المواد من 19 إلى 29 ق.ت.ج. وسنتناول في هذا المجال ما يلي:

الفرع الأول: الأشخاص الملزمون بالقيد: تنص المادة 19 من القانون التجاري الجزائري على ما يلي: " يلتزم بالتسجيل في السجل التجاري:

1- كل شخص طبيعي له صفة التاجر في نظر القانون الجزائري ويمارس أعماله التجارية داخل القطر الجزائري.

2- كل شخص معنوي تاجرًا بالشكل، أو يكون موضوعه تجاريًا، ومقره في الجزائر أو كان له مكتب أو فرع أو أي مؤسسة كانت".

ثم جاءت المادة (20) من نفس القانون و نصت على ما يلي: " يطبق هذا الإلزام خاصة على:

1- كل تاجر، شخصًا طبيعيًا أو معنويًا.

2- كل مقاولة تجارية يكون مقرها في الخارج و تفتح في الجزائر وكالة أو فرعًا أو أي مؤسسة أخرى.

3- كل ممثلية تجارية أجنبية تمارس نشاطًا تجاريًا على التراب الوطني".

الفرع الثاني: آثار القيد في السجل التجاري: تترتب مجموعة من الآثار الهامة عن القيد في السجل التجاري يمكن حصرها فيما يلي:

- اكتساب صفة التاجر: هذا الأثر حددته المادة 21 بقولها كل شخص طبيعي أو معنوي مسجل في السجل التجاري يُعد مكتسبًا صفة التاجر... وتترتب عنه كل الآثار التي يحكمها القانون التجاري.

كما أن عدم القيد في السجل التجاري بالنسبة للملزمين قانونًا بالقيد يسقط عنهم حقوق التجار دون أن يعفيهم أو يخفف عنهم من التزامات التجار.

– اكتساب الشركة الشخصية المعنوية: نصت المادة 549 من القانون التجاري الجزائري على ما يلي: " لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري"، فالقيد في السجل التجاري بالنسبة للشركات يعد بمثابة شهادة الميلاد ونشوء الشخصية المعنوية وتمتعها بالأهلية القانونية.

– ضرورة ذكر رقم السجل في معاملات التاجر : إذا تعامل التاجر مع الغير خلال مساره التجاري وجب أن يذكر في عنوان فواتيره أو طلباته أو تعريفاته أو نشراته الدعائية أو مراسلاته الرقم التسلسلي للسجل التجاري و كذا مقر المحكمة التي وقع فيها السجل التجاري و هذا ما أكدته المادة 27 تجارى بقولها: " يجب على كل شخص طبيعي أو معنوي مسجل في السجل التجاري أن يذكر في عنوان فواتيره أو طلباته أو تعريفاته أو نشرات الدعاية أو على كل المراسلات الخاصة بمؤسسته الموقعة منه أو باسمه، مقر المحكمة التي وقع فيها السجل بصفة أصلية ورقم التسجيل الذي حصل عليه.

جـ– الجزاءات الجنائية : زيادة على ما فرضه المشرع من أحكام سابقة تحقق إشهارًا قانونيًا لما يحتويه السجل التجاري من بيانات فقد فرض جزاءات و عقوبات جنائية للمخالف، سواء عدم طلب القيد في السجل التجاري، أو التأشير بالبيانات المعدلة، أو طلب المحو في الميعاد القانوني، أو إهمال ذكر المحكمة التي وقع السجل فيها، أو عدم ذكر رقم السجل على جميع فواتيره و مراسلاته.

فنصت المادة 29 من القانون التجاري الجزائري على عقوبات وجزاءات جنائية تتراوح بين الغرامات المالية وعقوبة الحبس.

د – وظيفة السجل التجاري :

- تنظيم المجتمع التجاري.
- دعم الثقة و الائتمان للمتعاملين مع التاجر.
- إعطاء صورة حقيقية عن النشاطات التجارية.
- يعطي السجل صورة للدولة عن حقيقة المركز المالي للعاملين في التجارة على مستوى التراب الوطني الأمر الذي يساعد الدولة على وضع الخطط الاقتصادية التي تهم البلد ككل.

هذا واذا كان القيد في السجل التجاري ومسك الدفاتر التجارية تعتبر من اهم التزامات التاجر، الا انه هناك التزامات أخرى مهمة، وعلى رأسها الخضوع للضرائب على الأرباح التجارية الصناعية، بالإضافة الى التزام التاجر بالامتناع عن أي تصرف يعتبر من قبيل المنافسة غير المشروعة والتي تضر بسمعة التاجر وبالتجارة وتؤدي الى متابعته بجنحة المنافسة غير المشروعة.