

مطبوعة بيداغوجية بعنوان:

محاضرات في القانون التجاري  
مفهوم القانون التجاري - الأعمال التجارية - التاجر -  
المحل التجاري

من إعداد الدكتور: بوداود خليفة

الرتبة: أستاذ محاضر "ب"

الطور: ليسانس

السنة: الثانية جذع مشترك

السداسي: الثالث

السنة الجامعية: 2025/2024

## مقدمة

القانون التجاري هو مجموعة القواعد القانونية التي تطبق على الأعمال التجارية وتنظم حرفة التجارة، ومعنى ذلك أن القانون التجاري ينظم علاقات معينة فقط تنشأ نتيجة القيام بأعمال معينة هي الأعمال التجارية كما ينظم نشاط طائفة معينة هي طائفة التجار، والقانون التجاري كباقي فروع القانون الأخرى لديه خصائص تميزه عن باقي القوانين الأخرى ومصادر متعددة ومتنوعة يستمد منها أساسه، وموضوعات تدخل في نطاقه وتخضع لتنظيمه.

وعلى اعتبار القانون المدني الشريعة العامة التي كانت تطبق على جميع المعاملات وعلى جميع الأفراد دونما تفرقة مهما كانت صفاتهم أو الأعمال التي يأتونها، فإن القانون التجاري قانون حديث النشأة مقارنة بهذا القانون، كونه لم يستقل عنه إلا منذ عهد قريب، حيث بدأ بأنظمة متفرقة دعت إليها ضرورة تيسير الائتمان بين التجار وتبسيط الإجراءات القانونية، وسرعة تنفيذه بما يتلاءم وطبيعة التجارة، ليتم تقنينه بالصورة التي هو عليها اليوم في عهد نابليون عام 1807، والذي ضم 648 مادة تعلقت بتنظيم عديد المسائل ذات الصلة بالتجارة والتجار.

لذلك فإن هذه المطبوعة تتناول برنامج القانون التجاري والمتمثل في (مفهوم القانون التجاري ومصادره، الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري)، وفقاً للبرنامج البيداغوجي للتعليم القاعدي المشترك للسنة الثانية ليسانس، ميدان الحقوق والعلوم السياسية، فرع الحقوق، معتمدين في ذلك منهجية علمية مبسطة تتيح للطلبة متابعة حيثيات المقياس بشكل سهل وبسيط، وذلك وفقاً للتقسيم الآتي:

## الفصل الأول: مفهوم القانون التجاري ومصادره

المبحث الأول: مفهوم القانون التجاري

المبحث الثاني: مصادر القانون التجاري

## الفصل الثاني: الأعمال التجارية

المبحث الأول: ضوابط التمييز بين العمل التجاري والعمل المدني

المبحث الثاني: أهمية التمييز بين العمل التجاري والعمل المدني

المبحث الثالث: أنواع الأعمال التجارية

## الفصل الثالث: التاجر

المبحث الأول: شروط اكتساب صفة التاجر

المبحث الثاني: التزامات التاجر

## الفصل الرابع: المحل التجاري

المبحث الأول: مفهوم المحل التجاري

المبحث الثاني: حماية المحل التجاري من المنافسة غير المشروعة

خاتمة

## الفصل الأول

### مفهوم القانون التجاري ومصادره

## الفصل الأول: مفهوم القانون التجاري ومصادره

نتناول تباعا في هذا الفصل مفهوم القانون التجاري (مبحث أول)، ثم مصادر القانون التجاري (مبحث ثاني).

### **المبحث الأول: مفهوم القانون التجاري**

تقتضي منا الإحاطة بمفهوم القانون التجاري تحديد كل من:

- نشأة وتطور القانون التجاري
- تعريفه
- خصائصه
- علاقته بالقانون المدني كشرعية عامة.
- وتحديد نطاقه.

### **المطلب الأول: نشأة وتطور القانون التجاري**

فرضت الحاجة الإنسانية وجود مبادلات بين الناس، فكان أول ما تم الاهتداء إليه في بادئ الأمر هو التعامل بالمقايضة، والتي تعني مبادلة سلعة بسلعة، ثم ظهرت النقود وبدأت التجارة، فحاء القانون التجاري لضبط التعاملات بين التجار مع بعضهم البعض، أو بين التجار وعملائهم.

والقانون التجاري كغيره من النظم القانونية الحالية له أصله التاريخي الذي يستند إليه قبل أن يصل إلى الصورة التي نعرفه عليها الآن، وإذا أردنا دراسة تاريخ تطور قواعد القانون التجاري فإنه يمكن الحديث عن مراحل ثلاث:

### **الفرع الأول: مرحلة العصور القديمة**

عرفت منطقة الشرق الأوسط منذ القدم العديد من الأسواق التجارية، التي كانت تستقطب التجار من كل حذب وصوب محملين بمختلف البضائع للبيع أو التبادل، ولعل هذا الاستقطاب إنما مرده الموقع الجغرافي الملائم للمنطقة، فضلا عن سيادة الأمن والنظام فيها، الأمر الذي استوجب خلق قانون عرفي يحكم هذا النوع من الأعمال، يلتزم به كل التجار الوافدين باختلاف بلدانهم واحناسهم واديانهم، مما يجعل القانون التجاري منذ بدء عهده قانونا دوليا<sup>1</sup>.

وعرفت هذه المرحلة التجارة عن طريق المصريين القدماء، الفينيقيين والآشوريين، الذين كانت مبادلاتهم التجارية تتم عبر البحر الأبيض المتوسط، فكانت قواعد التجارة عندهم قواعد عرفية بعيدا عن الشكلية يحكمها مبدأ القوة الملزمة للعقود ومبدأ حسن النية في العقود.

كما عرف البابليون والآشوريون العديد من قواعد التجارة، من قبيل قواعد تنظيم القرض، والتي تحرم الربا الفاحش (الفائدة المرتفعة)، وقواعد تنظيم عقد الشركة، بالإضافة إلى بعض العمليات الشبيهة بعمليات البنوك الآن، كالقرض برهن، حيث تم ذكر هذه القواعد على الألواح لدى البابليين، وبالضبط في مسألة حمورابي التي عاجلت بعض

<sup>1</sup> أكرم يا ملكي، القانون التجاري (دراسة مقارنة)، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998، ص 18.

المعاملات التجارية في 44 مادة من مجموع 382 مادة تضمنتها المسئلة المنحوتة على حجر الكرانيت الأسود، من خلال النص على بعض أنواع الشركات المعروفة في الوقت الحالي، فضلا عن بعض العقود الخاصة بالقرض والوكالة بعمولة، وعقد النقل وبعض المعاملات المصرفية<sup>1</sup> كما سبق القول.

وبرع الفينيقيون في مجال التجارة البحرية من خلال تأسيسهم لنظام الخسائر المشتركة، أو ما يعرف بقاعدة العوار\* بصورته المعروفة حاليا في القوانين الحديثة، وأسسوا (الفينيقيون) لنظام القرض البحري ذي الفائدة المرتفعة، الذي يعرف في الوقت الحالي بـ (قرض الفوائد الجسيمة)، كما ساهم الإغريق (اليونانيون) في إرساء بعض قواعد القانون التجاري لا سيما في مجال التجارة البحرية كفكرة قرض المخاطرة، التي هي عبارة عن عقد بين المقرض وصاحب السفينة، حيث يتسلم هذا الأخير مبلغا من المال من المقرض لاستغلاله في رحلة السفينة، على أن يرده مع الربح بعد انتهاء الرحلة، على أن يتحمل المقرض الخسارة في حال فشل الرحلة<sup>2</sup>.

حتى الرومان، على الرغم من أن امتهان التجارة لديهم كان عملا وضيعا لا يليق بأشراف القوم، إلا ان هذا لم يمنع من وجود علاقات تجارية لهم مع غيرهم من الشعوب، الأمر الذي أسفر عن خلق العديد من النظم التجارية لديهم من قبيل (نظام كفالة البنك لعميله)، و(النظام المحاسبي)، فضلا عمّا ورثه المشرعون الرومان عن أسلافهم الفينيقيين والإغريق كقاعدي العوار المشترك وقرض المخاطرة الكبيرة<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: مرحلة العصور الوسطى

ساد بداية هذه المرحلة تراجع، أو إن صح التعبير ركود للنشاط التجاري وذلك بسبب سقوط الإمبراطورية الرومانية على يد القبائل الجرمانية، إلا أن نشوء الحروب الصليبية، ونشوء المدن والمراكز التجارية البحرية في مدن أوروبا أدى إلى ازدهار وتطور العادات والأعراف التجارية، حيث تمخض عن الحروب الصليبية خلال القرنين السابع والثامن ميلادي ازدهار التجارة البحرية بين الشرق والغرب عبر البحر الأبيض المتوسط، فكانت إيطاليا بحكم موقعها الاستراتيجي المطل على البحر الأبيض المتوسط تتلقى كل جديد من طرف العرب الذين كان لهم الفضل في تطوير التجارة، من خلال تبنّيهم للعديد من القواعد التجارية من قبيل (شركات الأشخاص، نظام الإفلاس، والتعامل بالسفينة).

كما كانت هذه الحروب الصليبية أيضا سببا في تطور النظام البنكي بغية تمويل هذه الحروب، ونشوء مراكز للتجارة والتبادل التجاري في أوروبا "مدينة جنوة والبندقية وفلورنسا بإيطاليا"، حيث عرفت هذه الفترة تنظيم تجاري كرسّ تدعيم وتقوية النظام الطائفي لفئة التجار من أجل حماية مصالحهم، فتم انشاء قضاء تجاري يحكم منازعات

<sup>1</sup> فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، الجزء الأول، طبعة مزيدة ومنقحة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006، ص 15.

\* ويقصد بقاعدة العوار "A varie" الخسارة، ذلك أن ربان السفينة قد يضطر أثناء الطريق إلى القاء بعض البضائع في البحر من أجل الحفاظ على سلامة السفينة، فلا يتحمل هذه الخسارة صاحب البضاعة التي ألقيت في البحر وحده، بل يشترك الجميع في تحمل هذه الخسارة.

<sup>2</sup> فوزي محمد سامي، المرجع نفسه، ص 15 و 16.

<sup>3</sup> أكرم يا ملكي، المرجع السابق، ص 21، أنظر أيضا فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 16.

التجار، يعتمد على العادات والأعراف التجارية، ليتمكن القول أن هذه المرحلة كانت بمثابة البداية لنشوء القانون التجاري كقانون مستقل.

فضلا عما جاءت به الشريعة الإسلامية من مبادئ وقواعد كان لها الأثر الكبير في مجال التجارة، من قبيل "مبدأ حرية التجارة" في قوله تعالى: "وأحل الله البيع وحرم الربا"<sup>1</sup>، وفي المقابل نعت عن الاحتكار والاستغلال في قوله صلى الله عليه وسلم: "لا يحتكر الطعام إلا خاطئ"<sup>2</sup>، وقوله صلى الله عليه وسلم: "الجالب مرزوق والمحتكر ملعون"<sup>3</sup>، وكذا "مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية" في الآية 282 من سورة البقرة في قوله تعالى: "... يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ۚ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ۚ وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ ۚ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا ۚ فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ ۚ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ۚ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى ۚ وَلَا يَأْب الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ۚ وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ۚ ذَلِكُمْ أَفْضَلُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشُّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا ۚ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا ۗ وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ۚ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ ۚ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فَسُوقٌ بِكُمْ ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ ۚ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ ۚ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ "

#### الفرع الثالث: مرحلة العصر الحديث

طبعا عرف العصر الحديث-نتيجة الاكتشافات الجغرافية\*- ظهور شركات مساهمة عملاقة مثل "شركة الهند الشرقية والهند الغربية وشركة فانان بنما، وشركة خليج هدس" التي تعد أول نموذج لشركات المساهمة المنتشرة في أرجاء المعمورة اليوم والتي كانت تتمتع بقوة اقتصادية ونفوذ كبير، أصبح يشكل خطرا على سيادة الدول، الأمر الذي دفع بالمشروع الوطني للدول التي ينشط فيها هذا النوع من الشركات إلى مجابهة ذلك بوضع تقنيات لكل من النشاط الاقتصادي والتجاري، ناقلا بذلك القانون التجاري من قانون عرفي واحد نشأ في البيئة التجارية وذو صبغة دولية إلى قانون مقنن (مكتوب) ذا صبغة وطنية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> الآية 275 من سورة البقرة.

<sup>2</sup> عن معمر بن عبد الله رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا يحتكر إلا خاطئ»؛ رواه مسلم.

<sup>3</sup> عن عمر - رضي الله عنه -، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: "الجالب مرزوق والمحتكر ملعون". رواه ابن ماجه، والدارمي.

\* أدت سلسلة الرحلات التي أجرتها البعثات الأوربية وعلى رأسها الرحالة القينيسي "ماركو بولو" إلى البلاط المنغولي بيكين في القرن الرابع عشر للميلاد، إلى انطلاق السفن الإسبانية والبرتغالية وعلى رأسها "كريستوف كولومبس" و"ماجلان" و"فاسكو دي كاما" لاكتشاف الأمريكتين والالتفاف حولهما وحول رأس الرجاء الصالح للوصول إلى الهند وبلدان الشرق الأقصى، بعد أن كانت قوافل التجار العرب والفرس في القرن الرابع للميلاد تنفذ إلى قلب آسيا الوسطى والصين عبر "طريق الحرير"، معلنة انتقال مركز ثقل التجارة من البحر الأبيض المتوسط إلى المحيط الأطلسي والمحيط الهادي، الأمر الذي جعل الذهب والفضة ينهالان على دول كإسبانيا وهولندا والبرتغال وفرنسا وإنجلترا نتيجة اساطيلها التي كانت تجوب تلك الأنحاء.

<sup>4</sup> أنظر أكرم يا ملكي، المرجع السابق، ص 27.

وتعتبر فرنسا من الدول السبّاقة في مجال التقنين، من خلال إصدارها لأول تقنين خاص بالتجارة البرية في عهد لويس الرابع عشر سنة 1673، والذي عني بـ: "احكام الشركات، الأوراق التجارية والإفلاس"، والذي عُرف بتقنين "Savary" أحد كبار التجار وأحد أعضاء اللجنة التي صاغت هذا القانون، حيث تميز هذا القانون بصبغته الطائفية بمنح التجار امتيازات عديدة.

ثم صدر في فرنسا قانون التجارة البحرية سنة 1681، وسنة 1791 أي بعد الثورة الفرنسية صدر قانون تضمن حرية التجارة للقضاء على القانون الطائفي السابق.

ليصدر في عهد نابليون وبالضبط سنة 1807 أول تقنين شامل، يعتبر أعظم عمل تشريعي في القانون التجاري في العصر الحديث تضمن أربعة كتب:

- الأول: للتجارة بوجه عام
- الثاني: للتجارة البحرية
- الثالث: للإفلاس
- أما الرابع: فخصص للقضاء التجاري<sup>1</sup>.

فأصبح هذا القانون مصدرا لمعظم التشريعات الوطنية، وعلى غرارها الجزائر التي أصدرت الأمر 259/75 في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، والذي عرف بدوره العديد من التعديلات خلال السنوات (1993، 1996، 2005 و 2015 و 2022)<sup>3</sup>.

ليعرف القانون التجاري في الوقت الحاضر تقسيما يخضع لقوانين الدول القائمة من حيث أصولها التاريخية والذي يعرف أربع كتل كالاتي<sup>4</sup>:

1 جلال وفاء البديري محمددين، المبادئ العامة في القانون التجاري، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1995، ص 24.

2 الأمر 75-59، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، ج ر العدد 101، المؤرخة في 19 ديسمبر 1975، المعدل والمتمم.

3 عدل وتم القانون التجاري الجزائري سنة 1993 بموجب المرسوم التشريعي 93-08 المؤرخ في 03 ذي القعدة عام 1413 الموافق لـ 25 ابريل سنة 1993، ج ر عدد 27، المؤرخة في 05 ذي القعدة عام 1413 الموافق لـ 27 ابريل سنة 1993، حيث أدخلت تعديلات على بعض أحكام القانون التجاري، خاصة تلك المتعلقة بتأسيس الشركات التجارية، ونظام الإفلاس، والمسؤولية المدنية للشركات التجارية، وذلك سعيا من المشرع إلى تحديث القانون التجاري بما يتلاءم والتطورات الاقتصادية الحاصلة، ثم عدّل الأمر 75-59 المتضمن القانون التجاري سنة 1996 بموجب الأمر 96-27 المؤرخ في 09/12/1996، ج ر عدد 77، المؤرخة في 11/12/1996، والذي جاء بنظام "المؤسسة ذات المسؤولية المحدودة وذات الشخص الوحيد"، بعد أن كان المشرع الجزائري يكرس المفهوم التعاقدية للشركة، وذلك باشتراطه وجود شريكين على الأقل لتأسيس شركة طبقا لنص المادة 416 من القانون المدني الجزائري، أما تعديل 2005 بموجب القانون 05-02، فقد مس أحكام الإيجارات التجارية، من خلال إلغاء كل من "التنبيه بالإخلاء" و"التعويض الاستحقاقي للمستأجر" في حالة رفض المؤجر تجديد الإيجار، تاركا ذلك لاتفاق الأطراف، ومضيقا من امتيازات المستأجر المخولة له قبل هذا التعديل، بينما جاء تعديل القانون التجاري لسنة 2015 بموجب القانون 15-20 بتعديلات مست أحكام الشركة ذات المسؤولية المحدودة، من خلال جواز تقديم حصة العمل في مثل هذا النوع من الشركات، وتعديل إجراءات اكتتاب الحصة فيها، وكذا إلغاء الحد الأدنى لرأس المال التأسيسي، فضلا عن رفع الحد الأدنى لعدد الشركاء من عشرين شريكا إلى خمسين شريكا، في حين جاء تعديل القانون التجاري الجزائري لسنة 2022 بموجب القانون 22-09، ج ر عدد 32، المؤرخة في 14 مايو 2022، بنوع جديد من شركات المساهمة "شركة المساهمة البسيطة" كنموذج للمؤسسات الناشئة، تختلف عن باقي الشركات الأخرى، سواء ما تعلق بطريقة تسييرها أو تنظيمها.

4 أكرم يا ملكي، المرجع السابق، ص 29 و 30.

**الكتلة اللاتينية:** والتي تضم التقنين التجاري الفرنسي لسنة 1807 والقوانين التي استقت أحكامها منه، كالقانون البلجيكي والهولندي والإيطالي والاسباني والبرتغالي واليوناني والمصري والمغربي والتونسي واللبناني والسوري والعراقي والأردني وعلى غرارها الجزائري.

**الكتلة الجرمانية:** وتشمل التقنين التجاري الألماني الصادر سنة 1897 والقوانين التي استقت أحكامها منه، أو من القانون الذي سبقه لسنة 1861 قبل استكمال المانيا وحدتها السياسية، كالتقنين التجاري النمساوي وتقنين الالتزامات السويسري، والتقنين التجاري الياباني، والتقنين التجاري التركي، ومجموعة قوانين الدول الاسكندنافية (السويد والدنمارك والنرويج) والمتقاربة في أحكامها بحكم موقعها الجغرافي وتاريخها المشترك.

الكتلة الأنجلوسكسونية: والتي تضم القوانين التجارية في كل من المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى، وايرلندا، والولايات المتحدة الأمريكية، ودول الدومينيون (كندا وأستراليا ونيوزيلندا)... الخ.

**الكتلة الشيوعية:** بعد سقوط النظام الشيوعي في أوروبا الشرقية أصبحت تضم هذه الكتلة قوانين الأقطار التي مازالت محكومة بالفكر الماركسي، كالصين وفيتنام، وكوبا، والتي تُعد في مجملها قوانين اقتصادية يغلب عليها الطابع السياسي والإداري، أكثر منها قوانين تجارية بالمعنى التقليدي، بالنظر إلى نزع ملكية وسائل الإنتاج من أيدي الأفراد والمشاريع الخاصة، واستئثار الدولة بكل النشاط التجاري والاقتصادي، وهو الوضع الذي كان سائدا في الاتحاد السوفياتي قبل انهياره، وكذا دول أوروبا الشرقية قبل تحولها من النظام الاشتراكي إلى النظام الرأسمالي، أو ما يصطلح عليه نظام الاقتصاد الحر.

ولا يعني بأي حال من الأحوال اختلاف هذه الكتل عدم وجود تشابه بينها، أو عدم وجود تأثير فيما بينها، ذلك أن تأثير العديد من قوانين الدول بالقانون الفرنسي، لا ينفي تأثير هذا الأخير بدوره بغيره من القوانين، لا سيما القانون الإنجليزي والألماني، على غرار تأثير القانون الإيطالي والقانون الاسباني بالقانون الألماني، وتأثر قوانين دول أمريكا اللاتينية بالقانون الاسباني... الخ.

### المطلب الثاني: تعريف القانون التجاري

قبل الخوض في تعريف القانون التجاري لا بد من تحديد موقعه من التقسيم العام للقانون.

### الفرع الأول: تعريف القانون بشكل عام

يقصد بالقانون عموما مجموعة قواعد عامة ومجردة تسود في مجتمع معين ويجبر أفرادها على احترامها من خلال فرض جزاءات عليهم عند مخالفتهم لها<sup>1</sup>، أو بمعنى آخر: مجموعة القواعد التي تنظم سلوك الأفراد في علاقات بعضهم ببعض، وكذلك علاقات السلطات العامة ببعضها البعض، وعلاقتها بالمواطنين<sup>2</sup>، أو هو: "مجموعة من القواعد

<sup>1</sup> جلال وفاء البدري محمددين، المرجع السابق، ص 12.

<sup>2</sup> عزيز العكيلي، الوجيز في القانون التجاري، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2000، ص

القانونية التي تنظم سلوك الأشخاص ونشاطهم مع بعضهم بعضا، أو علاقاتهم بالسلطة وعلاقة السلطة بأقسامها المختلفة وبعضها بعضا<sup>1</sup>.

وانطلاقا من هذه الوظيفة المزدوجة للقانون فإن من أهم التقسيمات الفقهية لهذا الأخير تلك التي تقسمه إلى قانون عام وقانون خاص بالنظر إلى الأشخاص المخاطبين بهذه القواعد.

**والقانون العام** هو الذي تظهر فيه السلطة العامة ممارسة لسلطانها في الداخل، ولسيادتها في الخارج، بمعنى آخر: إذا تعلق الأمر بعلاقة الشخص بالدولة باعتبارها صاحبة سلطة وسيادة سمي القانون عاما، لذلك نجد من فروع القانون العام كل من:

- **القانون الدستوري:** وهو الذي ينظم ويحدد نوع الحكم في الدولة، ويحكم علاقات سلطات الدولة ببعضها البعض، ويبين حقوق الأفراد وواجباتهم.
- **القانون الإداري:** ويهتم بتنظيم الأعمال الإدارية في الدولة.
- **القانون الجنائي:** وينظم سلطة الدولة في إيقاع العقوبات على المجرمين
- **والقانون الدولي العام:** وهو الذي ينظم العلاقة بين الدول، وعلاقات الدول بالمنظمات الدولية.

أما **القانون الخاص** فهو الذي يهتم بتنظيم العلاقات الخاصة بين أفراد المجتمع الواحد<sup>2</sup>، أو هو القانون الذي يحكم وينظم العلاقات التي لا تتعلق بتنظيم السلطات العامة ولا تتصل بحق السيادة، بل ينظم العلاقة بين الأشخاص أنفسهم، أو بينهم وبين الدولة باعتبارها ذات شخصية اعتبارية وقد يتمتع الأشخاص بشخصية معنوية، أو حقيقية<sup>3</sup>، بمعنى آخر: إذا كان القانون موجها إلى الأشخاص العاديين سمي قانونا خاصا، ويسمى القانون خاصا أيضا إذا تعلق بتنظيم العلاقة بين الدولة باعتبارها شخصية اعتبارية وبين الأشخاص العاديين أو الاعتباريين، أو بين الأشخاص المعنوية الخاصة فيما بينها.

حيث يعد **القانون المدني** أقدم فروع القانون الخاص، كونه يتضمن أحكاما وقواعد عامة تحكم المعاملات بصفة عامة، الأمر الذي يجعل منه **الشرعية العامة** التي يتم اللجوء إليها عند غياب ما يحكم الرابطة القانونية في فرع آخر من فروع القانون<sup>4</sup>.

ومع ذلك لا بد من الإشارة إلى أن تطور المجتمع وتنوع مظاهر الحياة أدى إلى ظهور فروع أخرى من القانون الخاص لا تقل أهمية عن القانون المدني كفرع أم، لذلك فإن من أهم فروع القانون الخاص إضافة للقانون المدني نجد:

- **القانون التجاري:** والذي سنأتي على تعريفه لاحقا.
- **القانون البحري:** والذي ينظم العلاقات الخاصة بالملاحة البحرية وعقودها، سواء كانت عقود عمل أو تأمين، أو نقل.

<sup>1</sup> الشريف عليان وآخرون، **القانون التجاري مبادئ ومفاهيم**، الطبعة الأولى، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الأردن، 2000، ص 13.

<sup>2</sup> أنظر جلال وفاء البدري محمددين، المرجع السابق، ص 12، انظر أيضا عليان الشريف وآخرون، نفس المرجع، ص 13.

<sup>3</sup> أنظر الشريف عليان وآخرون، المرجع نفسه، ص 13.

<sup>4</sup> أنظر عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص 13.

- قانون العمل: ينظم العلاقة بين صاحب العمل والعمال، من حيث الحقوق والواجبات وغيرها من مسائل العمل
- قانون المنافسة: القانون الذي يحمي ويضبط المنافسة الحرة والنزهاء في السوق.
- القانون الجوي: ينظم النشاط الإنساني فيما يخص الملاحة الجوية، واستخدام الطائرات، والفضاء الجوي.
- القانون الدولي الخاص: وهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات الأشخاص الخاصة والتي تتخطى حدود الدولة.

### الفرع الثاني: تعريف القانون التجاري

حاول الفقه وضع تعريف للعمل التجاري والقانون التجاري من خلال اقتراح جملة من الضوابط، فهناك من عرف القانون التجاري استنادا إلى شخص التاجر (المذهب الشخصي)، وهناك من عرفه استنادا لموضوعه (المذهب الموضوعي)، الأمر الذي جعل كلا المذهبين محل انتقاد مفاده القصور وعدم الشمولية، فجاء مذهب ثالث (المذهب المختلط) حاول التوفيق بين المذهبين.

### أولا: تعريف المذهب الشخصي للقانون التجاري

يُعرف هذا المذهب القانون التجاري كقانون مهني يخضع له التجار في علاقاتهم المختلفة، فيرون أنه: " مجموعة القواعد القانونية التي تطبق على فئة معينة من الأفراد، هي فئة التجار"، أو هو: " قانون العمليات القانونية التي يقوم بها التجار، سواءً فيما بينهم أو مع عملائهم"<sup>1</sup>.

النقد: أنتقد هذا التعريف على أساس عدم التمييز بين أعمال التاجر المدنية والتجارية، فمن غير المعقول أن تخضع جميع أعمال التاجر للقانون التجاري، كسواء المستلزمات الخاصة، أو عقد الزواج الذي ينظمه قانون الأسرة... الخ.

### ثانيا: تعريف المذهب الموضوعي للقانون التجاري

على خلاف المذهب الشخصي فإن المذهب الموضوعي يُعرف القانون التجاري استنادا إلى موضوعاته بغض النظر عن صفة القائم بها، فيري أن القانون التجاري هو: " مجموعة القواعد القانونية التي تطبق على فئة محدّدة من الأنشطة، هي الأنشطة التجارية".

النقد: النقد الذي وجه لتعريف لهذا المذهب كان على أساس عدم إمكانية حصر الأعمال التجارية، التي تعرف تطورا دائما ومستمرًا.

### ثالثا: تعريف المذهب المختلط للقانون التجاري

في محاولة للتوفيق بين المذهبين السابقين عرف المذهب المختلط القانون التجاري بأنه: " فرع من فروع القانون الخاص يحكم العلاقة بين التجار وينظم الممارسات التجارية على اختلاف أشكالها وصورها"<sup>2</sup>، أو هو: " مجموعة

<sup>1</sup> أنظر مالك عليان، محاضرات في القانون التجاري (التاجر - الأعمال التجارية - المحل التجاري - الشركات التجارية)، ألفت على طلبه السنة أولى ليسانس، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، قسم العلوم التجارية، جامعة الجزائر 03، 2021-2022، ص 09.

<sup>2</sup> أنظر لزه العبيدي، شرح القانون التجاري الجزائري (الأعمال التجارية-التاجر - المحل التجاري)، الطبعة الأولى، مطبعة منصور، الوادي، الجزائر، 2022، ص 03، أنظر أيضا الشريف عليان وآخرون، المرجع السابق، ص 14.

القواعد التي تخضع لها جميع المعاملات التجارية، ويخضع لها التجار، حيث تفرض عليهم هذه القواعد القيام ببعض الالتزامات التي تقتضيها طبيعة المعاملات التجارية كمسك الدفاتر والتسجيل في السجل التجاري<sup>1</sup>. وبهذا فهو يمثل مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات الأشخاص التجارية من خلال تنظيم العمل التجاري والتجار ووسائل الدفع (شيك، كمبيالة، بطاقة مصرفية، حوالات، سندات تجارية)، والشركات التجارية بأنواعها (إنشائها، إدارتها، تنظيم تفليسها)، و يتبع هذا القانون قوانين فرعية كثيرة كقانون الشركات والقانون التجاري البحري و قانون حماية الملكية التجارية و الصناعية، قانون المنافسة، قانون التجارة الإلكترونية، قانون شراء الأسهم المالية، قانون التوزيع و التسويق، القانون المصرفي الخ... وكلها معاملات تتطلب السرعة والدقة والثقة والائتمان<sup>2</sup>. وهو المعيار الذي أخذ به **المشرع الجزائري\*** من خلال المواد (1، 2، 3 و4 من القانون التجاري الجزائري)<sup>3</sup>.

### المطلب الثالث: خصائص (خصوصية) القانون التجاري

إذا كان القانون التجاري يعتمد اعتمادا أساسيا على القانون المدني، كأقدم فروع القانون الخاص، والشريعة العامة التي يتم اللجوء إليها عند غياب حكم لمسألة معينة في القانون التجاري، فإن تنظيم القانون التجاري لأعمال فئة معينة من الأشخاص الذين يمارسون التجارة يسبغ عليه خصوصية، أو ذاتية تميزه عن القانون المدني كفروع أم من فروع القانون الخاص، وتتجلى هذه الخصوصية، أو الذاتية إن صح التعبير في الآتي:

#### الفرع الأول: السرعة والمرونة في الإجراءات

تتلاحق الأعمال التجارية بكثرة في حياة التاجر، لذلك فإن المعاملات التجارية قوامها السرعة، فقد ترد على منقولات معرضة لتقلبات الأسعار، أو قابلة للتلف، الأمر الذي ينبغي معه إبرامها بسرعة، على عكس الأعمال المدنية التي تتسم بالبطء والظهور في حياة الفرد على فترات متباعدة، بحيث يملك معها الفرد المناقشة والمساومة وتمحيص ما يعرض عليه من شروط، حماية لمصالحه وحسما للمنازعات في المستقبل<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> أنظر فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 11.

<sup>2</sup> أنظر احمد محمد عطية، القانون التجاري (نظرية الأعمال التجارية - نظرية التاجر - المحل التجاري - النظرية العامة للشركات التجارية)، دون طبع، دون دار نشر، القاهرة، ص 05.

\* يتضح موقف المشرع الجزائري بخصوص تعريف القانون التجاري من خلال الأخذ بالمذهب المادي للقانون التجاري بموجب الأمر رقم 75-59 المعدل والمتعمم المتضمن القانون التجاري ويتجلى ذلك في قيامه بتعداد الأعمال التجارية في نص المادة الثانية والثالثة منه، غير أنه ترك المجال للأساس الشخصي ليكون معول عليه لتحديد نطاق القانون التجاري فنص على تعريف التاجر المادة الأولى منه كما نص على نظرية الأعمال التجارية بالتبعية في المادة الرابعة منه، ونص على واجبات التاجر في المواد من 9 إلى 29، ويأتي هذا التوجيه التشريعي بخصوص الأخذ بالنظريتين معا نتيجة المشاكل التي تتعرض لها كل من النظريتين في التطبيق.

<sup>3</sup> أنظر المواد 01 و02 و03 و4 من القانون التجاري الجزائري.

<sup>4</sup> أنظر جلال وفاء البدري محمددين، المرجع السابق، ص 13.

وتتجلى سرعة المعاملات التجارية أيضا فيما تفرضه من قواعد خاصة تختلف عن قواعد القانون المدني، لا سيما ما تعلق بقاعدة حرية الإثبات في المعاملات التجارية<sup>1</sup>، خلافا للقاعدة العامة في الإثبات والمتمثلة في الإثبات الكتابي في التصرف القانوني الذي تزيد قيمته عن 100 ألف دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة طبقا لنص المادة 333 من القانون المدني<sup>2</sup>.

كما يحقق القانون التجاري السرعة أيضا بتيسير تداول الحقوق الثابتة في صكوك (كالسفتجة والشيك)، بحيث يكفي بتسليمها أو تظهيرها، بما يكفل اجرائها بسرعة تامة دون شك أو جدل حول صحتها.

### الفرع الثاني: التجارة أساسها الائتمان والثقة

ذلك أن أغلب العمليات التجارية تتم بأجل، فالتاجر عند شرائه للبضاعة الأكيد أنه لا يستطيع بيعها في الحال، إلا إذا منحه البائع الائتمان، أي يحوله أجلا للوفاء<sup>3</sup>.

والتجارة لا غنى لها عن الائتمان، حيث يعتمد القانون التجاري إلى دعم الائتمان عن طريق الزيادة في ضمانات الدائن التجاري، لأنه كلما زادت هذه الضمانات، زادت فرصة الدائن في استيفاء حقه وكان أكثر استعدادا لمنح الائتمان لمن يطلبه من غيره من التجار، ومثال ذلك: ما كفله المشرع من رعاية لحقوق حامل الورقة التجارية، لا سيما ما تعلق بقاعدة "عدم جواز الاحتجاج بالدفع في مواجهة الحامل"<sup>\*</sup>، وكذا تشدد المشرع مع التاجر الذي

<sup>1</sup> يعد مبدأ حرية الإثبات من المبادئ التي يقوم عليها القانون التجاري، ويقصد به تخليص الإثبات التجاري من القيود المعمول بها في مجال المسائل المدنية، ويرجع أصل هذا المبدأ فيما يدعيه التجاريين الغربيين إلى العصور الوسطى عندما ازدهرت التجارة في أوروبا بفضل الأسواق "Faires" التي كان يقصدها التجار القادمين من دول مختلفة كإيطاليا وفرنسا وألمانيا. وقد تمخضت عنها الكثير من الأعراف التجارية كانت بمثابة قواعد كان يلتزم بها التجار والتي خصصوا لها محاكم يرأسها قاضي يسمى بالقنصل "Consul" وكانت هذه الأعراف تشكل في ذلك الوقت ما يسمى بقانون التجار، غير أن الأصل الحقيقي لهذا المبدأ يرجع إلى الشريعة الإسلامية إذ ورد في الآية رقم 282 من سورة البقرة ما يلي: "يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه... إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها."، هذه الآية التي يتعلق الشطر الأول منها بالإثبات في المواد المدنية والتي تشترط فيها الكتابة، أما الجزء الثاني من هذه الآية فيتعلق بالتجارة ويظهر منها تقدير المولى عز وجل لخصوصيتها لذلك استثنى القائم بها من اللجوء إلى الكتابة فيما يجرون من تصرفات، وتماشيا مع السرعة في الإبرام والتنفيذ التي تقتضيها التجارة، لذلك فسح المجال فيها للإثبات بكل الطرق، وكغيره من المبادئ، يخضع مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية لاستثناءات تتمثل في الآتي:

- في الأوراق التجارية التي لا يجوز الإثبات إلا بها عملا بمبدأ الكفاية الذاتية حماية للحامل وتشجيعا على التعامل بالورقة التجارية.
- اشتراط المشرع للكتابة في إثبات عقد الشركة (م 545 ق ت ج)، ورهن المحل التجاري (م 120 ق ت ج)، وعقود الإيجار التجارية (م 187 ق ت ج)، وبيع المحل التجاري (م 79 ق ت ج)، وكذا عقود التأمين البرية والبحرية.

<sup>2</sup> أنظر المادة 333 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني (المجريدة الرسمية عدد 78 لسنة 1975)، المعدل والمتمم.

<sup>3</sup> أنظر أكرم يا ملكي، المرجع السابق، ص 14 و 15.

\* ويقصد بهذه القاعدة عدم أحقية المدين في التمسك بأية دفع في مواجهة الحامل تكون قد نشأت عن علاقة خارجية بين المدين وأحد المظهرين السابقين، بغرض رفض الوفاء، وذلك عملا بمبدأ استقلال التوقيعات، ورغم أن هذه القاعدة لم يرد بها نص تشريعي، فإن العرف التجاري جرى على العمل بأحكامها، سعيا إلى إضافة الثقة على الائتمان التجاري من خلال الأوراق التجارية، وحماية الحامل من مفاجأة الدفع التي لم يكن على علم بها وقت التظهير. الأمر الذي من شأنه ضمان سرعة تداول الكمبيالة وتأدية وظيفتها الاقتصادية، وسيوضح ذلك للطالب بشكل جلي عند التطرق لمقياس الأوراق التجارية في السنة الثالثة ليسانس وبالضبط في السادسة السادسة.

يتخلف عن تنفيذ التزاماته في مواعيد استحقاقها بتعريضه لشهر افلاسه، فضلا عن افتراض التضامن بين المدينين بدین تجاري\*.

### الفرع الثالث: القانون التجاري أكثر قابلية وسرعة للتطور

ومرد ذلك أن القانون التجاري يحكم الأعمال التجارية والاقتصادية التي تعرف سرعة في التطور والتجدد، فأحكام هذا القانون تتطور بتطور الاتصال، ذلك أن القانون التجاري أكثر علاقة وتأثرا بالعوامل السياسية والاقتصادية والاجتماعية، على خلاف القانون المدني الذي يصبو إلى الجمود والاستقرار لاعتماده عادات وتقاليده مضي عليها زمن طويل<sup>1</sup>.

### الفرع الرابع: استناد القانون التجاري للعادات والأعراف

فالنشاط التجاري لا ينتظر النصوص حتى تظهر الحاجة إلى قاعدة معينة في ممارسة نشاط تجاري معين، لأنه سرعان ما يبتدع التجار ما يحتاجون إليه من قواعد يلتزمون بها جميعا ويتراضون عليها، فيحترمونها فيما بينهم احترام القانون، دون الحاجة إلى تدخل صريح من جانب المشرع بالنص المكتوب، لذلك تظهر خصوصية القوانين المدنية من دولة إلى أخرى لاستنادها لعادات وتقاليده وأعراف تختلف من مجتمع إلى آخر، وفي المقابل يظهر بوضوح التشابه الدولي بين القوانين التجارية، نتيجة اعتمادها مصادر دولية متجانسة، كونها تنظم علاقات اقتصادية، وتجارة دولية، واتفاقيات دولية تجارية... الخ<sup>2</sup>.

### خلاصة

من خلال هذه النقاط التي تجسد الطبيعة المميزة للقانون التجاري، يتضح أن أهم ما يميز هذا الأخير عن المعاملات المدنية، إنما يتجلى في عنصرين، الأول هو السرعة والتي تظهر من خلال سرعة التعامل التجاري وبساطة الإجراءات بعيدا عن الشكليات تفاديا لما من شأنه أن يؤدي إلى خسائر فادحة ونتائج خطيرة على مستقبل التاجر ووضعه المالي في السوق، على خلاف المعاملات المدنية التي تتسم بالبطء والتريث، واجراءات قد تستغرق وقتا طويلا، أما العنصر الثاني فيتمثل في الائتمان كركن أساسي في المعاملات التجارية، من خلال الثقة بين التجار، والتي تجعل أغلب المعاملات التجارية تتم بأجل ودون الحاجة إلى سيولة مالية، بالنظر إلى ما أحاط المشرع هذا العنصر من ضمانات، لا سيما نظام الإفلاس، وكل هذا يفرض وجود القانون التجاري بشكل مستقل عن قواعد القانون المدني.

\* ويقصد بذلك أن تعدد المدينين بدین واحد قابل للانقسام بطبيعته يجعل كل منهم ملزماً في مواجهة الدائن بأداء الدين كله، أي أن الدائن يستطيع أن يطالب أي مدين بالدين كامل ويكون لكل مدين أن يبرئ ذمته وذمة سائر المدينين بالوفاء بكل الدين للدائن، وهذا الافتراض تمليه بعض المسوغات التي تتعلق بضرورة توافر عنصر الائتمان التجاري في البيئة التجارية واستقرار المعاملات، وهذا الأمر له دور فعال في زيادة النشاط التجاري، ومن ثم المساهمة في الازدهار الاقتصادي نتيجة لازدهار وتوسع هذا النوع من المعاملات.

<sup>1</sup> أنظر الشريف عليان وآخرون، المرجع السابق، ص 15.

<sup>2</sup> الشريف عليان وآخرون، المرجع نفسه، ص 15.

## المطلب الرابع: علاقة القانون التجاري بالقانون المدني

الواقع أن مسألة علاقة القانون التجاري بالقانون المدني تتنازعها نظريتان، يتعلق الأمر بنظرية وحدة القانون الخاص التي ترفض فكرة انفصال القانون التجاري عن القانون المدني، ونظرية ازدواجية القانون الخاص التي تؤكد ضرورة استقلالية القانون التجاري عن القانون المدني لاعتبارات عديدة، وسوف نتطرق لتفصيل كلا النظريتين، ثم نعرض لموقف المشرع الجزائري من ذلك كما يلي:

### الفرع الأول: نظرية وحدة القانون الخاص

ويسمى هذا الاتجاه أيضا بأنصار ادماج القانون التجاري في القانون المدني، حيث يرى أنصاره أن هناك ارتباطا وثيقا بين الحياة المدنية والتجارية، لذلك لا بد من دمج القانون التجاري بالقانون المدني، وتطبيق ذلك على جميع الأفراد وفي جميع المعاملات دون تمييز بين "عمل مدني أو تجاري"، أو بين "تاجر وغير تاجر"، بما يحقق حسبهم "وحدة القانون الخاص".

ومبرهم في ذلك أنه يجوز لغير التجار اللجوء مثلا إلى البنوك لطلب الائتمان وفتح حسابات جارية، كما يجوز لهم التعامل بالأوراق التجارية (كالشيك والسفتجة والسند لإذن)، وكذا استثمار أموالهم بشراء الأسهم والسندات وبيعها<sup>1</sup>.

ودائما في إطار الدفاع عن وحدة القانون الخاص يرى هؤلاء أن تطبيق قواعد القانون التجاري -عند الاقتضاء- وما تتميز به من سرعة وبساطة في الإجراءات على المعاملات المدنية، من شأنه تحقيق مصلحة المتعاملين في إطار القانون المدني، وفي المقابل فإن تطبيق قواعد القانون المدني وما تمتاز به من قيود وشكليات على بعض التصرفات التجارية، من شأنه حسم المنازعات في المستقبل مما يحقق الاستقرار في المعاملات<sup>2</sup>.

ويستدلون في ذلك ببعض الدول المتقدمة التي وضعت تقنيا موحدا لكل من المعاملات التجارية والمدنية (كسويسرا وإيطاليا وإنجلترا والولايات المتحدة)<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: نظرية ازدواجية القانون الخاص

أو ما يسمى بأنصار استقلالية القانون التجاري عن القانون المدني، بحيث يرى أنصاره\* هذا الاتجاه أن دمج القانون التجاري في القانون المدني فيه انكار للواقع العملي، فبدأوا من حيث انتهى أنصار الاتجاه الأول، فقالوا أن

<sup>1</sup> أنظر جلال وفاء البدي محمد، المرجع السابق، ص 14.

<sup>2</sup> أنظر جلال وفاء البدي محمد، المرجع نفسه، ص 14 و 15.

<sup>3</sup> أنظر أكرم يا ملكي، المرجع السابق، ص 10 وما بعدها، ففي سويسرا تضمن الاتحاد السويسري منذ 1881 تقنيا مدنيا موحدا، وتقنين للالتزامات يعتبر جزءا مكملا لهذا التقنين المدني باعتباره الباب الخامس والأخير منه، تشمل أحكامه المواد المدنية والتجارية، أما في إيطاليا فقد تم دمج التقنين التجاري بالتقنين المدني في عام 1942 تحت ضغط العوامل السياسية القائمة في إيطاليا الفاشية في عهد الدكتاتور "موسوليني"، في حين أن في إنجلترا رغم تحقق وحدة القانون الخاص فيها منذ أكثر من ثلاثة قرون، فقد كان في إنجلترا قانون تجاري يعرف بـ "Law Merchant"، شرع في تطبيقه من قبل المحاكم الخاصة ابتداءً من القرن الثاني عشر، إلا أنها اصطدمت في القرن السابع عشر بالمحاكم الاعتيادية المكلفة بتطبيق الشرع العام "Commun Law"، وباعتبار هذه الأخيرة تستمد سلطاتها من الملك وتمتع بحمايته، فقد أدى ذلك إلى اختفاء المحاكم التجارية من إنجلترا، وكذا القانون الأمريكي الذي لم يعرف نظرية مستقلة للأعمال التجارية.

توحيد هذه الدول لتقنين كل من المعاملات المدنية والتجارية إنما هو ظاهريا أو شكليا فقط، والدليل على ذلك أنها تخص المعاملات التجارية بأحكام خاصة ترد في شكل أبواب أو فصول يتضمنها القانون المدني.

بل إن ثلاثة أقسام من مجموع خمسة في تقنين الالتزامات السويسري تتألف من مواد تجارية صرفة، وفي التقنين الإيطالي لم يستطع المشرع توحيد القانونين إلا في بعض العقود المدنية والتجارية متقاربة الأحكام من قبيل البيع والإجارة، والوديعة، دون إمكانية المساس بالقواعد التي تحكم التصرفات ذات الطابع التجاري، والتي ظلت تحتفظ بما لها من صفة تجارية رغم إدخالها ضمن التقنين المدني، وكذلك الحال بالنسبة للقانون الإنجليزي رغم اختفاء المحاكم التجارية، إلا أن أحكام القانون التجاري ظلت جزءاً متمماً من الشرع العام تطبقه المحاكم الاعتيادية كبقية أحكام القانون، فضلا عن صدور جملة من التشريعات التجارية الجديدة في أواخر القرن التاسع عشر، من قبيل قانون الأوراق التجارية، قانون الإفلاس، وقانون الشركات<sup>1</sup>، الأمر الذي يصعب معه القول بوجود وحدة فعلية بين التقنينين<sup>2</sup>.

لذلك فهم يرون ضرورة استقلالية القانون التجاري عن القانون المدني، لعدم جواز نقل بعض الأنظمة التجارية إلى القانون المدني، كون ذلك سيؤدي حتما إلى اضطراب المعاملات، بل والاضرار بمصالح المتعاملين في إطار القانون المدني بدلا من تحقيق مصالحهم.

ومبررهم في ذلك ما يميز المعاملات التجارية من سرعة وبساطة في الإجراءات من جهة، وثقة واثمان من جهة أخرى، بما يجعلها في حاجة إلى قواعد قانونية متميزة تضمن استمرارية المبادلات التجارية في ظروف تتسم بالطمأنينة والأمان وذكروا من هذه القواعد:

- قاعدة حرية الإثبات في المواد التجارية
- قاعدة افتراض التضامن بين المدينين بدين تجاري، والتي تبناها المشرع الجزائري في المادتين (432 و 551 من القانون التجاري).
- نظام الإفلاس الذي لا يطبق إلا على التجار.
- القيد في السجل التجاري.
- مسك الدفاتر التجارية الذي لا يلزم به إلا التجار
- عدم السماح بمنح المدين مهلة قضائية.
- النفاذ المعجل للأحكام.
- قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفوع على حامل الورقة التجارية كقاعدة صرفية... وغيرها من القواعد التي تستجيب لحاجة التجارة وتطورها المستمر.

\* ويمثل هذا الاتجاه فقه القانون التجاري في مصر وفرنسا الذي سعى إلى تفنيد حجج أنصار نظرية وحدة القانون الخاص للتأكيد على ضرورة استقلال النشاط التجاري والتجار بقواعد منفصلة عن تلك التي تحكم المعاملات المدنية.

<sup>1</sup> أنظر أكرم يا ملكي، المرجع نفسه، ص ص 10-12.

<sup>2</sup> أنظر جلال وفاء البدري محمد، المرجع السابق، ص 16.

وذلك على خلاف المعاملات المدنية التي لا تعتمد بشكل أساسي على الائتمان، لقلة هذا النوع من المعاملات، الأمر الذي يفسر ضرورة اخضاعها للقانون المدني كشرعية عامة، والذي يقرّ قواعد قانونية توفر حماية أكبر للطرف الضعيف، ويكفل تحقيق مصلحته ومثال ذلك: تقييد حرية الاثبات في المواد المدنية والذي ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 333 من القانون المدني الجزائري، وعدم تقرير التضامن بين المدنين بدين مدني إلا باتفاق الأطراف، أو بنص القانون وهو ما تبناه المشرع الجزائري أيضا في نص المادة 217 ق م ج، كما يرون أنه إذا كان الحث عن الائتمان في مجال التجارة من شأنه أن يدفع بعجلة النشاط التجاري، فإن تغلغل ذلك في المعاملات المدنية من شأنه هدم العديد من العلاقات، كما هو الحال في القرض الذي يسعى من خلاله التاجر إلى تطوير ودعم تجارته، في حين أن تعميم القروض بلا حدود في المعاملات المدنية من شأنه أن يؤدي لعواقب وخيمة كون معظم القروض المدنية عادة ما تستعمل في الأغراض الاستهلاكية والترفيهية، الأمر الذي يؤدي إلى عجز المقترض عن تسديد ديونه، فضلا عما يشأ من عرقلة لسير الكثير من العمليات التجارية، في حال استعارة قواعد القانون المدني المتعلقة بشكلية بعض التصرفات<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري

أخذ المشرع الجزائري بنظرية ازدواجية القانون الخاص، والدليل على ذلك أنه خص المعاملات التجارية بتقنين خاص مستقل عن القانون المدني.

ومع ذلك لا بد من ملاحظة أن التنظيم القضائي الجزائري يقوم على وحدة المحاكم المدنية والتجارية، بشرط أن يطبق القانون المدني على القضايا المدنية، ويطبق القانون التجاري على القضايا التجارية، كون القانونين مستقلين، إلا ما يندرج ضمن اختصاص المحاكم التجارية المتخصصة، المحدد على سبيل الحصر\*.

### الفرع الرابع: مسألة القانون التجاري أم القانون الاقتصادي

تناول جانب من الفقه مصطلح "القانون التجاري" بالنقد، ويقترحون الاستعاضة عن هذه التسمية بـ"القانون الاقتصادي"، ومبررهم في ذلك:

- أن القانون التجاري لم يعد يعبر اليوم عن المقصود به في ظل اتساع نطاقه وشموله النشاط الاقتصادي.
- أن التدخل المتزايد للسلطة العامة في تنظيم الحياة التجارية والاقتصادية عموما، يجعل من القانون التجاري يحتل مكانا وسطا بين القانون الخاص والعام، وليس مجرد فرع من فروع القانون الخاص.
- أن القانون التجاري تجاوز حدوده التقليدية ليشمل مجالات كانت سابقا خاصة بالقوانين الإدارية والجنائية.

<sup>1</sup> أنظر جلال وفاء البدري محمددين، المرجع نفسه، ص16.

\* تعتبر المحكمة التجارية المتخصصة والمستحدثة بموجب القانون 22-13 المعدل والمتمم للقانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية آلية قضائية لتسوية المنازعات التجارية المحددة على سبيل الحصر على غرار القسم التجاري، حيث عمل المشرع الجزائري على تنظيمها في القسم الثاني من الفصل الرابع وبالضبط في المواد (من 536 مكرر إلى 536 مكرر 7 من نفس القانون)، وكذا الرسوم التنفيذية على التوالي (المرسوم 23-52 المحدد لشروط وكيفية اختيار مساعدي المحكمة التجارية) و(المرسوم رقم 23-53 المحدد لدوائر الاختصاص الإقليمي للمحاكم التجارية المتخصصة)، سعيا إلى تكريس القضاء التجاري المتخصص وتعزيز مناخ الأعمال.

إلا أن هناك من يرى<sup>1</sup> أن مصطلح "القانون التجاري" هو الأدق في التعبير عن مضامين هذا القانون من مصطلح "القانون الاقتصادي"، ومبررهم في ذلك:

- أن القانون الاقتصادي يتجاوز القواعد المنظمة للتجارة حتى في مفهومها الواسع\*، ليشمل القواعد المنظمة لأعمال الكسب الأخرى لا سيما الزراعة.
- أن مصطلح "القانون التجاري" مهما اتسع مفهومه يظل عاجزا عن على احتواء كل النشاط الاقتصادي.
- أن النشاط الاقتصادي برمته إنما هو في جوهره نشاطا تجاريا يخضع للقانون التجاري، لذلك سيصبح مع الوقت لا حاجة لمصطلح "القانون الاقتصادي".

وعليه الأولى الاحتفاظ بمصطلح "القانون التجاري"، خاصة وأنه مصطلح مستقر في الأذهان وفي التعامل اليومي منذ القدم وفي مختلف أنحاء العالم، وهو الرأي الأرجح في نظرنا لأنه الأقرب للواقع، ذلك أن التداخل بين المصطلحين لا ينفي وجود اختلاف بما يكفي لتبرير دراسة منفصلة لكليهما، كون القانون التجاري يتعامل مع الجوانب القانونية للمعاملات التجارية، في حين يتعامل القانون الاقتصادي مع المبادئ القانونية التي تحكم الاقتصاد الأوسع، من إنتاج وتوزيع واستهلاك للسلع والخدمات من خلال تخصيص الموارد وتنظيم الأسواق، إلى جانب مجموعة واسعة من القضايا بما في ذلك الضرائب والمنافسة... الخ.

#### المطلب الخامس: تحديد نطاق تطبيق القانون التجاري

يتمتع القانون التجاري بذاتيته واستقلال أحكامه، ومنشأ ذلك إنما طبيعة المعاملات التجارية وما تقتضيه البيئة التجارية من ضرورة خضوع هذه المعاملات لقواعد وأحكام خاصة غير تلك التي تخضع لها معاملات الأفراد من غير التجار.

إلا أن الفقهاء اختلفوا في تحديد نطاق تطبيق القانون التجاري، بين من اعتمد العمل التجاري كمييار لذلك، وبين من اعتمد على التاجر، الأمر الذي يدفعنا إلى طرح الاشكال الآتي:

- هل نطاق تطبيق أحكام القانون التجاري متوقف على وجود العمل التجاري بغض النظر عن صفة القائم به أم وجود التاجر في سياق ممارسته لحرفته التجارية؟

الواقع أن مسألة تحديد نطاق تطبيق القانون التجاري تتنازعه نظريتان، ويتعلق الأمر "بالنظرية الموضوعية" و"النظرية الشخصية"، وعليه سنقوم بتفصيل النظريتين، ثم نعرض لموقف المشرع الجزائري من ذلك كما يلي:

#### الفرع الأول: النظرية الموضوعية

تعتمد هذه النظرية طبيعة العمل كأساس لتطبيق القانون التجاري، فالقانون التجاري حسب هذه النظرية هو قانون الأعمال التجارية، بحيث تخضع هذه الأعمال التجارية للقانون التجاري بغض النظر عن صفة الشخص القائم بها، سواء كان تاجرا أم غير تاجر<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> أنظر أكرم يا ملكي، المرجع السابق، ص ص 12-13.

\* يتضمن المفهوم الواسع للتجارة جميع عمليات الوساطة بين المنتج والمستهلك بما في ذلك الصناعة وعمليات استخراج المواد الأولية.

<sup>2</sup> أنظر جلال وفاء البدري محمددين، المرجع السابق، ص 17.

فالمعيار إذا حسب هذه النظرية هو موضوع النشاط وليس الشخص الذي يقوم به<sup>1</sup>، بمعنى آخر أن قائمة الأعمال ذات الطبيعة التجارية تُحدّد سلفاً واي شخص يقوم بأي عمل من هذه الأعمال يخضع لأحكام القانون التجاري.

● **النقد:** أُنتقدت النظرية الموضوعية في تحديد نطاق تطبيق القانون التجاري نقداً مفاده صعوبة تحديد وحصر الأعمال التجارية، التي تعرف توسعاً مستمراً، تبعاً لما تعرفه المجتمعات الحديثة من تطور سريع<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: النظرية الشخصية

على خلاف النظرية الموضوعية يستند أنصار النظرية الشخصية إلى أن أحكام القانون التجاري تطبق على فئة التجار دون غيرهم، وذلك فيما يتعلق بمعاملاتهم التجارية، ومبررهم في ذلك النشأة الطائفية للقانون التجاري، الذي كان يطبق فقط على التجار، وبهذا فهي تتخذ من التاجر أساساً لتطبيق القانون التجاري، بمعنى آخر أن الشخص إذا قام بممارسة النشاط التجاري على وجه الاحتراف، فإنه يكتسب صفة التاجر ويخضع للالتزامات المفروضة على التجار.

● **النقد:** أخذ على هذه النظرية تضييقها لنطاق القانون التجاري بحيث لا يطبق على غير التجار، وبالتالي حرمان غير التجار من الاستفادة من القواعد الخاصة بالقانون التجاري، على الرغم من قيامهم بأعمال مماثلة لتلك التي يقوم بها التجار دون الارتقاء إلى مرتبة الاحتراف، كما أن أعمال التجار ليست كلها ذات طبيعة تجارية (كشراء المستلزمات الخاصة مثلاً)<sup>3</sup>.

### الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري

تفاوتت التشريعات الوضعية في مدى الأخذ بمذاهب المذهبين، إلا أن الغالبية العظمى منها اعتمدت المزج بين المذهبين، وهو نفس النهج الذي سار عليه المشرع الجزائري، الذي أخذ بمذهب مزدوج في تحديده لنطاق القانون التجاري، بحيث تبنى كل من النظرية الموضوعية والشخصية، وذلك على غرار التشريعات المقارنة لا سيما العربية منها (كالتشريع الأردني واللبناني)<sup>4</sup>.

لكن بالرجوع إلى المادة 1 مكرر من القانون التجاري التي تناولت تحديد نطاق القانون التجاري يبدو أنها أعطت الأولوية للنظرية الشخصية إذ اعتبرتها الأصل وأخذت بالنظرية الموضوعية كاستثناء، وهذا على خلاف بعض التشريعات المقارنة التي غلبت النظرية الموضوعية في ذلك\*.

1 أنظر أكرم يا ملكي، المرجع السابق، ص 17.

2 أنظر جلال وفاء البدري محمددين، المرجع السابق، ص 19.

3 أنظر جلال وفاء البدري محمددين، المرجع نفسه، ص 19.

4 أنظر أكرم يا ملكي، المرجع السابق، ص 17.

\* هناك من التشريعات من غلب المذهب المادي في تحديده لنطاق تطبيق القانون التجاري (كالتشريع الفرنسي والمصري والأردني واللبناني) رغبة في التخلص من الطابع الطائفي الذي طغى على القانون التجاري قبل قيام الثورة الفرنسية، حيث أدى قيام هذه الثورة إلى تراجع فكرة الطائفية، فأسحة المجال لمبادئ المساواة والحرية، الأمر الذي دفع المشرع الفرنسي إلى إلغاء نظام الطوائف والامتيازات التي كانت تتمتع بها فئة التجار، فأصبح لكل شخص حرية القيام بالأعمال التجارية دون اشتراط كونه تاجراً.

ويتأكد تغليب المشرع الجزائري للنظرية الشخصية أيضا من خلال (المادة 01 من ق ت ج) بنصها: "يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذ مهنة معتادة له"، و(المادة 04 من ق ت ج) بنصها: "يعد عملا تجاريا بالتبعية الأعمال التي يقوم بها التاجر والمتعلقة بممارسة تجارته أو حاجات متجره، الالتزامات بين التجار".

كما أخذ بالنظرية الموضوعية حين عدّ الأعمال التجارية بحسب الموضوع في (المادة 02 من ق ت ج) بنصها: "يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه..."، والأعمال التجارية بحسب الشكل في (المادة 03 من ق ت ج) بنصها: "يعد عملا تجاريا بحسب شكله..."<sup>1</sup>.

### المبحث الثاني: مصادر القانون التجاري

يقصد بالمصادر، المنابع التي استقى أو استمد منها القانون التجاري نشأته وأساسه، وتختلف القوانين في مصادرها، فلكل قانون مصدر أو مصادر متعددة تسهم في تكوين القواعد القانونية الواردة فيه، ومن هذه المصادر ما هو رسمي (كالتشريع والعادة، وقواعد الدين والقانون الطبيعي أو قواعد العدالة)، وما هو تفسيري (كالفقه والقضاء).

#### الفرع الأول: المصادر الرسمية

يقصد بالمصدر الرسمي، المصدر الذي تستمد منه قاعدة ما قوتها الملزمة لتصبح واجبة التنفيذ، وتنقسم المصادر الرسمية بدورها إلى التشريع والعرف:

#### أولا: التشريع كمصدر رسمي أصلي

ويقصد بالتشريع مجموعة القواعد القانونية التي تصدر عن السلطة التشريعية (كمعنى ضيق للتشريع)، أما المعنى الأوسع لهذا الأخير، فهو كل أمر أو قرار له طابع الالتزام، صادر عن أي سلطة مختصة. ويجتل التشريع طبقا لنص (المادة 01 مكرر ق ت ج<sup>2</sup>) المرتبة الأولى من بين مصادر القانون التجاري، الأمر الذي يترتب عنه إلزام القاضي بالرجوع إليه قبل غيره من المصادر، ولا يرجع إلى غيره إلا إذا لم يجد نصا تشريعا يتضمن حلا للحالة أو المسألة المعروضة أمامه.

ويتمثل التشريع كمصدر من مصادر القانون التجاري في الآتي:

#### 1- القانون التجاري كقانون خاص والقوانين المكملة له من جهة: تعد نصوص القانون التجاري المصدر الرسمي

الأول للقانون، بحيث يلزم القاضي بالرجوع إليها أولا لإيجاد القاعدة واجبة التطبيق على النزاع المعروض عليه، وتتضمن هذه النصوص في الجزائر أحكام الأمر 75-59 المتضمن القانون التجاري سالف الذكر، والقوانين المكملة له، والتي تنظم بعض المسائل التجارية من قبيل القانون 04-02<sup>3</sup> المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، وقانون

<sup>1</sup> أنظر المادتين 2 و3 من القانون 75-59 المتضمن القانون التجاري الجزائري.

<sup>2</sup> تنص المادة 01 مكرر في القانون التجاري الجزائري على ما يلي: "يسري القانون التجاري على العلاقات بين التجار، وفي حالة عدم وجود نص فيه يطبق القانون المدني وأعراف المهنة عند الاقتضاء".

<sup>3</sup> القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23/06/2004، المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41، الصادرة بتاريخ 27/06/2004، المعدل والمتمم.

الملكية الفكرية<sup>1</sup>، وقانون المنافسة<sup>2</sup>، وقوانين الاستثمار<sup>3</sup>، والقوانين المتعلقة بالنقد والقرض<sup>4</sup>... الخ، كما تعتبر مصدرا للقواعد التجارية اللوائح والقرارات التي تصدر عن السلطة التنفيذية بناءً على تحويل من المشرع لتنفيذ القوانين التجارية، أو تنظيم بعض أوجه النشاط التجاري، كالقرارات واللوائح الخاصة بتنظيم السجل التجاري وتسجيل العلامات التجارية... الخ.

**2- القانون المدني كشرية عامة من جهة أخرى:** والمتجسد في الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني باعتباره الشريعة العامة في تنظيم المعاملات بين الأفراد، لذلك فإن قواعد القانون التجاري لا تعدو استثناءات واردة على قواعد القانون المدني اقتضتها طبيعة النشاط التجاري، الأمر الذي يجعل من القانون المدني أصلاً والقانون التجاري فرعاً، أو استثناءً من هذا الأصل، على أن تطبق أحكام القانون التجاري على المنازعات التجارية (كأصل عام)، فإذا لم يرد في القانون التجاري والقوانين المكمل له نصاً بخصوص مسألة معينة تطبق على هذه المسألة النصوص الموجودة في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة التي تحكم جميع العلاقات، سواء المدنية منها أو التجارية، بشرط ألا يتعارض ذلك مع خصوصية أحكام القانون التجاري، ومثال ذلك (المرجع الرئيسي للعقود التجارية هي أحكام الالتزام في القانون المدني، في حين بخصوص المنافسة غير المشروعة يتم الرجوع إلى أحكام المسؤولية التقصيرية<sup>5</sup>).

**ملاحظة 01:** في حالة تعارض نصين في (القانون المدني) و(القانون التجاري) من نفس القوة الإلزامية (آمرين أو مكملين)، وجب تطبيق النص التجاري إعمالاً لقاعدة "الخاص يقيد العام ولا يلغيه"، أما إذا تعلق الأمر (بنص أمر) وآخر (مكمل)، فهنا يأخذ بالنص الأمر، كون هذا الأخير (النص الأمر) لا يجوز الاتفاق على مخالفته.

### ثانياً: العرف

يعتبر القانون التجاري ذو مصدر عرفي، كونه يتطلب قدراً من المرونة لا يحققها إلا العرف، ذلك أن أغلب قواعد هذا القانون نشأت في بداية الأمر كقاعدة عرفية ثم تم تقنينها\*.

1 الأمر 66-86 المؤرخ في 28 أبريل 1966، المتعلق بالرسوم والنماذج، ج ر عدد 35، المؤرخة في 03/05/1966، والأمر 03-06 المؤرخ في 19/07/2003، المتعلق بالعلامات، ج ر عدد 44، المؤرخة في 23/07/2003، الأمر 03-07 المؤرخ في 19/07/2003، المتعلق ببراءات الاختراع، ج ر عدد 44، المؤرخة في 23/07/2003.

2 الأمر 03-03 المؤرخ في 19/07/2003، المتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43، المؤرخة في 20/07/2003، المعدل والمتمم.

3 بدءاً بالأمر 01-03، وصولاً إلى القانون رقم 22-18 المتعلق بالاستثمار.

4 بدءاً بالأمر 03-11، وصولاً إلى القانون 23-09، المتضمن القانون النقدي والمصرفي.

5 أنظر جلال وفاء البدري محمددين، المرجع السابق، ص 26.

\* منذ العصور القديمة كانت بدايات القانون التجاري عبارة عن قواعد عرفية، حيث عرفت هذه الفترة بعض الأعراف التجارية الخاصة بالتجارة البحرية، لا سيما نظام الخسائر العمومية وعقد القرض البحري (قرض المخاطر الجسيمة)، حيث شكلت هذه القواعد النواة الأولى لفكرة التأمين البحري، كما ظهرت قواعد قانونية تجارية نظمت بعض العقود التجارية كالقرض بفائدة والوديعة التجارية التي كانت سائدة آنذاك، أما في العصور الوسطى فإن ما ساد من عادات وأعراف بين التجار في المدن الإيطالية كان محل تطبيق من قبل القناصل (رؤساء طوائف التجار) للفصل فيما يثور من منازعات بين التجار من أفراد الطائفة، ومن أهمها عقد التوصية الذي أصبح فيما بعد النواة الأولى لشركات التوصية، وكذا الإفلاس وشركات الأشخاص والتعامل بالسفحة (الكبيلة)... الخ.

ويقصد بالعرف، ما درج عليه التجار من قواعد غير مكتوبة في تنظيم معاملاتهم التجارية، بحيث يصبح لهذه القواعد قوة ملزمة فيما بينهم مثلها مثل القانون، مجسدة بذلك العرف بركنيه: (المادي المتمثل في الاعتياد) و(المعنوي المتمثل في الشعور بالإلزام)<sup>1</sup>.

وقد يكون العرف التجاري عاما في جميع أنحاء الدولة، وقد يكون خاصا في مدينة دون غيرها، أو موقع دون آخر، وفي حالة تعارض العرف العام مع العرف الخاص يجب تقديم العرف الخاص، كما قد يكون العرف محليا أو دوليا<sup>2</sup>.

والعرف وإن كان قاعدة غير مدونة، فإنه ملزم حتى ولو لم يعلم به المتعاملون، لذلك فعلى القاضي تطبيقه من تلقاء نفسه<sup>3</sup>، كون العرف التجاري ينشأ تدريجيا، حيث يبدأ كشرط يدرج في اتفاقات التجار، فيستمر التجار في النص على هذه الشروط في اتفاقاتهم حتى تصبح عادات تقليدية ثم تصبح معتادة دون حاجة للنص عليها، ثم تتواتر الأحكام القضائية على افتراض وجودها، فيقال عنها أنها أصبحت عرفا<sup>4</sup>.  
ويختلف العرف التجاري عن العادة الاتفاقية التجارية في الآتي<sup>5</sup>:

- أن العرف يتوفر على الركنين معا المادي (الاعتياد) والمعنوي (الإلزام)، في حين لا تتوفر العادة إلا على الركن المادي المتمثل في اعتياد الناس (التجار) على اتباع حلول معينة في مسألة معينة دون أن يرقى ذلك إلى مستوى الإلزام في الأخذ بها.

- أن العادة الاتفاقية تستمد قوتها من اتفاق الأطراف على وجوب اتباعها، على خلاف العرف الذي يكتسي قوة إلزام ذاتية باعتباره قاعدة قانونية، وبالتالي فالعادة تحتل مرتبة أدنى من العرف.

- أن العرف لا يلزم الخصم بإثباته كونه قانونا، بل يلزم القاضي بتطبيقه، في حين يجب على الطرف الذي يتمسك بالعادة أن يثبت وجودها وإثبات الاتفاق على الأخذ بها أيضا.

- أن العرف قانون يجب على القاضي تطبيقه لافتراض علمه به، ويخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا، وذلك على خلاف العادة التي تعتبر من قبيل الوقائع التي لا يفترض علم القاضي بها، بل يجب على الخصوم التمسك بوجودها وإثباتها.

وطبقا لنص (المادة 01 ق م ج)، فإن العرف يُعد مصدرا هاما من المصادر الرسمية، يأتي في المرتبة الثالثة بعد التشريع والشرعية الإسلامية، إلا أن المشرع الجزائري، وطبقا لنص (المادة 01 مكرر ق ت ج) المضافة بموجب الأمر 27/96 المعدل والمتمم للأمر 59/75 المتضمن القانون التجاري، جعل منه المصدر الثاني للقانون التجاري بعد التشريع من خلال تقديمه على الشرعية الإسلامية.

1 أنظر الشريف عليان وآخرون، المرجع السابق، ص 20.

2 الشريف عليان وآخرون، المرجع نفسه، ص 20.

3 أنظر جلال وفاء البدري محمددين، المرجع السابق، ص 27.

4 عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص 16.

5 أنظر الشريف عليان وآخرون، المرجع السابق، ص 20 و 21، وأنظر أيضا جلال وفاء البدري محمددين، المرجع السابق، ص 27.

لذلك فإنه في حالة عرض نزاع تجاري على القاضي الجزائري وجب عليه ومن أجل تطبيقه قواعد القانون مراعاة الترتيب الآتي:

- النصوص الأمر الموجودة في القانون التجاري.
- النصوص الآمرة الموجودة في القانون المدني.
- قواعد العرف التجاري
- مبادئ الشريعة الإسلامية.

**ملاحظة 02:** يطبق القاضي القاعدة العرفية من تلقاء نفسه لافتراض علمه بها، دون التمسك بها من الأطراف، ودون تكليف الخصم بإثباتها، وفي حالة عدم علم القاضي بهذه القاعدة، فإن عبء الإثبات يقع على من يدعي وجود عرف تجاري، وذلك بكافة طرق الإثبات إعمالاً لمبدأ "حرية الإثبات في المواد التجارية"، وعادة ما يكون هذا الإثبات بتقديم شهادة من الغرف التجارية أو نقابة مهنية، أو القناصل في الخارج بالنسبة للأعراف الأجنبية، إلا ان القاضي يأخذ بهذه الشهادة على سبيل الاستئناس لا غير.

وقد اختلف الفقه حول مسألة تقديم (العرف التجاري) على (النص المدني الأمر)<sup>1</sup>، فهناك من يرحح تقديم (النص المدني الأمر) على (العرف التجاري) لتعلق ذلك بالنظام العام، وهناك من يرحح تقديم (العرف التجاري) على (النص المدني الأمر) متحججين في ذلك بخصوصية قواعد القانون التجاري، وأن العرف يدخل في نطاق تطبيق القانون التجاري، وكذا خضوع العديد من العمليات التجارية للعرف التجاري (كالببوع البحرية، الشيكات، الحسابات الجارية والاعتمادات المستندية)، بينما القانون المدني فلا يطبق إلا عند غياب حكم خاص في القانون التجاري.

أما المشرع الجزائري وطبقاً لنص (المادة 01 مكرر ق ت ج) فقد تجاهل ترتيب مصادر القانون التجاري حين جعل القانون المدني وعرف المهنة في نفس المرتبة، برجوع القاضي لأحدهما عند غياب النص في القانون التجاري. بل أكثر من ذلك فقد ذهب المشرع الجزائري في (المادة 419 ق م ج<sup>2</sup>) إلى تغليب (العرف التجاري) على (النص المدني) وإن كان أمراً عند غياب نص في القانون التجاري، وذلك في معرض حديثه عن حصص الشركاء في الشركة، حتى أنه لم يحدد نوع الشركة ليقمى النص عاماً ومطلقاً.

### الفرع الثاني: المصادر التفسيرية للقانون التجاري

وسميت بالتفسيرية كونها لا تلزم القاضي، بل يلجأ إليها هذا الأخير على سبيل الاستئناس لا غير، وتمثل هذه المصادر في الآتي:

<sup>1</sup> أنظر في الصدد علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1883، ص 07 وما بعدها.

<sup>2</sup> تنص المادة 419 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "تعتبر حصص الشركاء متساوية القيمة وإنها تخص ملكية المال لا مجرد الانتفاع به، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يخالف ذلك".

## أولاً: القضاء

يتضمن هذا المفهوم عدّة دلالات، فقد يتعلق بتفسير أو تأويل القاضي لقاعدة قانونية معينة، وقد يتعلق بمجموع المبادئ القانونية المستخلصة من استقرار أحكام القضاء على العمل بها واتباعها في مسائل معينة، أو ما يعرف بالاجتهاد القضائي.

لذلك لا بد من التفرقة هنا بين النظام الأنجلوسكسوني ممثلاً في (الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا)، والذي يعتمد قوانين غير مكتوبة، والذي يعتد بالسابقة القضائية، بما يجعل من القضاء في هذا النوع من القوانين مصدراً رسمياً للقانون والتشريع مصدراً استثنائياً، والنظام اللاتيني الجرمانى ممثلاً في (فرنسا وألمانيا وعلى غرارها الجزائر)، والذي يعتمد قوانين مكتوبة يتم وضعها من قبل السلطة التشريعية، وتتولى السلطة القضائية الفصل في النزاعات طبقاً لهذه القوانين<sup>1</sup>، لذلك فالقضاء في الجزائر لا يعتبر مصدراً ملزماً بل مصدراً تفسيريًا، فالقاضي له الحرية في إصدار أحكامه، فهو غير ملزم بالأحكام التي سبق له إصدارها، وغير ملزم باتباع قضاء المحاكم الأعلى درجة منه. ويلعب القضاء دوراً هاماً في المجال التجاري كمصدر للقانون التجاري، فقد كان له الفضل في إيجاد كل من (الشركة الفعلية، نظرية المنافسة غير المشروعة، وكذا نظرية الإفلاس)<sup>2</sup>، لذلك فإنه على الرغم من أن الأحكام القضائية في النظام اللاتيني لا تلزم القاضي، إلا أنه لا يمكن التغاضي عن أهميتها في استقرار تفسير القاعدة القانونية وما جرى عليه العمل القضائي في التطبيق على الحالات المماثلة، لذلك تعنى الكثير من المجالات القانونية بنشر الأحكام القضائية حتى يسترشد بها القاضي<sup>3</sup>، بمعنى آخر، القضاء قادر على تطوير وتطوير الحلول القانونية طبقاً لمتطلبات الحياة التجارية المتطورة والمتجددة، ومن أمثلة ذلك دور القضاء في تطبيق نظرية الأعمال التجارية<sup>4</sup>.

## ثانياً: الفقه

من المصادر التي أجاز القانون التجاري للقاضي الاسترشاد بها، ما يتوصل إليه الفقه من آراء في تفسير القاعدة القانونية، من خلال ما يصدره الفقهاء من مؤلفات وأبحاث قانونية، أو تعليقات على النصوص والأحكام، وما ينشر في المجالات والكتب، وما يلقى في الندوات العلمية والمحاضرات القانونية.

لذلك فإنه إذا كان القضاء يمثل المظهر العملي للقانون، فإن الفقه يشكل المظهر العلمي له، من خلال ما يصدر عن علماء القانون المتخصصين من آراء عند شرحهم للقواعد القانونية وتقييمها بعد صدورها، بإبراز مزاياها وإظهار النقائص والعيوب.

<sup>1</sup> أنظر فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 29.

<sup>2</sup> أنظر جلال وفاء البدرى محمددين، المرجع السابق، ص 28.

<sup>3</sup> أنظر فوزي محمد سامي، المرجع نفسه، ص 29 و 30.

<sup>4</sup> أنظر جلال وفاء البدرى محمددين، المرجع السابق، ص 28.

وإن كان اجتهاد الفقهاء ليس مصدرا إلزاميا من مصادر القانون التجاري، إلا أنه يمكن الاستعانة بهذه الاجتهادات عند رغبة القاي في ذلك<sup>1</sup>، فيلجأ القاضي إلى الفقه كمرجع لتفسير أو شرح قاعدة قانونية قد تساعد في حل نزاع معروض عليه لم يجد له حلا في المصادر السابقة.

### الفرع الثالث: المصادر الخارجية

تعتبر الاتفاقيات الدولية التي تنظم التجارة الدولية، والتي صادقت عليها الجزائر، من المصادر الرسمية، كاتفاقية النقل الدولي للبضائع بالسكك الحديدية لسنة 1980، مما يجعل من هذه الاتفاقيات جزء من القانون الداخلي، كون الغرض من هذه الاتفاقيات هو توحيد النصوص القانونية التي تحكم التجارة الدولية، وبالتالي القضاء على مشكلة تنازع القوانين من حيث المكان.

لذلك فإن هذه الاتفاقيات ثنائية كانت أم جماعية، تصبح بمثابة نصوص قانونية ملزمة للأطراف الموقعة عليها، بل تأخذ مرتبة تسمو على القانون بعد المصادقة عليها طبقا لنص (المادة 132 من الدستور الجزائري)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> أنظر الشريف عليان وآخرون، المرجع السابق، ص 20.

<sup>2</sup> تنص المادة 132 من الدستور الجزائري الحالي على ما يلي: "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون."

# الفصل الثاني

## الأعمال التجارية

## الفصل الثاني: الأعمال التجارية

نسعى من وراء هذا الفصل إلى تحقيق ثلاثة أهداف، يتعلق الأول بتحديد الضوابط والمعايير الفقهية التي تميز بين العمل التجاري والمدني ويتعلق الثاني باكتشاف الأهمية القانونية من وراء التمييز بين العمل التجاري والعمل المدني، بينما يتعلق الهدف الثالث بالتعرف على أنواع الأعمال التجارية.

### **المبحث الأول: ضوابط التمييز بين العمل التجاري والعمل المدني**

في ظل غياب تعريف جامع ومانع للعمل التجاري، اختلف الفقه حول الضوابط والمعايير التي يمكن من خلالها التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني، من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق، فظهرت معايير موضوعية وأخرى شخصية، وعليه سنعرض لأهم المعايير التي تناولت مسألة تحديد مفهوم العمل التجاري، مع التطرق لموقف المشرع الجزائري من ذلك.

### **المطلب الأول: المعايير الموضوعية (الاقتصادية)**

نتيجة ورود التعداد القانوني للأعمال التجارية على سبيل المثال لا الحصر في القانون التجاري الجزائري وبالضبط في (المادة 02 ق ت ج) على غرار التشريعات المقارنة، حاول الفقه إيجاد معيار شامل يحدد تجارية العمل من عدمه، فظهرت معايير تأثرت بالطابع الموضوعي للقانون التجاري، كمعيار المضاربة ومعيار التداول.

### **الفرع الأول: معيار المضاربة (Speculation)**

يرى أنصار هذا المعيار وعلى رأسهم الأستاذان الفرنسيان "ليون كان" "Lyon Caen" و"لويس رينو" "Renault" أن معيار تحديد تجارية العمل من عدمه هو فكرة المضاربة<sup>1</sup>.

ويقصد بالمضاربة السعي وراء الربح والكسب المالي، أو توظيف رأس المال في عمل معين من أجل الحصول على الربح، وفي المقابل فغن كل عمل لا تكون الغاية منه المضاربة فهو عمل مدني<sup>2</sup>.

ويستند أنصار هذا المعيار في ذلك إلى اعتبارات اقتصادية مفادها أن كل عمل يهدف إلى تحقيق فارق بين سعر الشراء وسعر البيع (أي تحقيق الربح) فهو عمل تجاري، كون فكرة تحقيق الربح شرط جوهري في التجارة، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في القانون التجاري الجزائري-على غرار التشريعات المقارنة- وبالضبط في (المادة 02 ق ت ج) حين نص على اعتبار الشراء لأجل البيع بقصد تحقيق الربح عملا تجاريا بحسب موضوعه.

الأمر الذي يُستبعد معه من دائرة الأعمال التجارية، الأعمال التي تتم على سبيل التبرع (كعمل الجمعيات التي تهدف إلى تحقيق منافع اجتماعية، وكذا الناشر الذي يهدف إلى نشر الثقافة كما هو الحال فيما يصدر عن الجامعات من مجلات).

● **النقد:** وجه لمعيار المضاربة نقدا مفاده أن هناك من الأعمال ما يهدف إلى تحقيق الربح ومع ذلك لا تعتبر أعمالا تجارية (كمهنة الطبيب والمحامي والمحاسب والمهندس)<sup>1</sup>، وغيرهم من أصحاب المهن الحرة الذين يسعون من وراء

<sup>1</sup> أنظر فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 38.

<sup>2</sup> أنظر جلال وفاء البدري محمد بن، المرجع السابق، ص 35.

أعمالهم إلى على الربح والكسب أيضا، بل إن الربح طابع مميز لأغلب أوجه النشاط الإنساني<sup>2</sup>، وفي المقابل هناك من الأعمال ما لا يهدف إلى تحقيق الربح ومع ذلك يعتبر من صميم الأعمال التجارية (كسحب السفنجة)<sup>3</sup> الذي يعتبره المشرع التجاري الجزائري على غرار التشريعات المقارنة عملا تجاريا بحسب شكله، سواء كان سحبها لغرض مدني أو تجاري، بما يجعل من العمل تجاريا بقوة القانون رغم انتفاء عنصر المضاربة، أيضا ما يلحق التاجر من خسارة في بعض الحالات، أو أن يكون ذلك بإرادة التاجر للقضاء على منافس مثلا، أو بسبب قابلية هذه البضائع للتلف، بحيث يعتبر العمل تجاري لتوافر عنصر "الشرء لأجل البيع" رغم انتفاء عنصر المضاربة<sup>4</sup>، وعليه فإن هذا المعيار لا يعتبر معيارا كافيا لتحديد العمل التجاري.

### الفرع الثاني: معيار التداول (Circulation)

يستند أنصار هذه النظرية وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي "تايلر" "Thaller" إلى اعتبارات اقتصادية أيضا في تحديد معنى التجارة، فترى أن تجارية العمل تُحدّد بتداول الثروات "La circulation de produits" من وقت خروجها من يد المنتج إلى وقت وصولها إلى يد المستهلك، أي الوساطة في تلبية احتياجات الجمهور، بينما الأعمال التي ترد على الثروة قبل تداولها، أو بعد وصولها إلى المستهلك فهي أعمال مدنية<sup>5</sup>، لأن عمل المنتج في هذه الحالة عملا مدنيا كونه لم يتلق المنتج من غيره، وكذلك الحال بالنسبة للمستهلك الذي يعتبر عمله أيضا مدنيا، كونه لن ينقل المنتج إلى الغير، بل يقتصر دوره على الاستهلاك فقط، وهو الأمر الذي يؤدي حسبهم إلى ضبط وتحديد نطاق التجارة بما يكفل استبعاد الزراعة والمهن الحرة، وكذا العمليات الاستهلاكية من نطاق القانون التجاري<sup>6</sup>.

● **النقد:** ما أخذ على معيار التداول أنه يؤدي إلى تضيق مفهوم التجارة بحيث يُخرج من هذا المفهوم "الصناعة"<sup>7</sup>، رغم أن هذه الأخيرة وطبقا لنص (المادة 02 ق ت ج) تعتبر من الأعمال التجارية الموضوعية هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن التضيق لمفهوم التجارة حسب هذا المعيار يكمن أيضا في اقتصار هذا المعيار على فكرة تداول المنقولات دون العقارات التي يعتبر شراؤها من أجل إعادة بيعها عملا تجاريا، أيضا مما وجه من نقد لهذا المعيار أن هناك أعمالا تعتبر تجارية رغم أنها لا تنطوي على تداول الثروات (كالتزام التاجر بالتعويض عن الأفعال الضارة التي تتعلق بتجارته)، ناهيك على أن تداول الثروات لا يُعد عملا تجاريا في كل الحالات، ولعل أهم دليل على ذلك بيع التعاونيات والجمعيات لأعضائها، والذي يُعد من الأعمال المدنية رغم توافر عنصر التداول<sup>8</sup>، وعليه فإن هذا المعيار أيضا لا يعتبر معيارا كافيا لتحديد العمل التجاري.

1 أنظر عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص 26.

2 أنظر عزيز العكيلي، المرجع نفسه، ص 26.

3 أنظر أكرم يا ملكي، المرجع السابق، ص 42.

4 محمد السيد الفقي، مبادئ القانون التجاري، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2002، ص 33.

5 أنظر عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص 27.

6 أنظر محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 34.

7 المرجع نفسه، ص 34.

8 أنظر عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص 27، أنظر في الصدد أيضا جلال وفاء البدري محمد، المرجع السابق، ص 36.

## المطلب الثاني: المعايير الشخصية (القانونية)

نتيجة لعجز المعايير الموضوعية ظهر في الفقه اتجاه يميل إلى تأصيل الأعمال التجارية متأثراً بالمذهب الشخصي الذي يعتبر القانون التجاري، قانون التجارة، فجاء معيار "الحرفة التجارية" و"معيار المقاول أو المشروع"، و"معيار الشكل" و"معيار السبب" معبرين عن هذا الاتجاه.

## الفرع الأول: معيار الحرفة (Profession)

نادى بهذا المعيار العميد "جورج ريبير" "Djoerge Ripert"، حيث عرّف هذا الأخير الحرفة بأنها: "ممارسة النشاط، أي المواصلة المستمرة بصورة أساسية ومعتادة لتأدية النشاط المتمثل في بعض المهام من أجل الحصول على الربح"، فالعمل التجاري حسب هذا المعيار هو الذي يتم من خلال احتراف التجارة كحرفة للشخص، ورغبته في الحصول على الربح، واتصاله الدائم بالراغبين، وبناءً على ذلك يكتسب الشخص صفة التاجر ويخضع لأحكام القانون التجاري<sup>1</sup>.

وعليه فقد ذهب أنصار هذه النظرية إلى أن ضابط تجارية العمل هو الحرفة التجارية، متى كان العمل الذي يقوم به التاجر متصلاً بحرفته التجارية، على عكس الأعمال التي يمارسها التاجر لغير حاجات حرفته التجارية، كزواجه، أو طلاقه، أو شرائه أشياءً لاستعماله الخاص، حيث تظل هذه الأعمال محافظة على صفتها المدنية<sup>2</sup>.

● **النقد:** ما عيب على هذا المعيار هو عدم وجود معيار محدد للحرفة التجارية<sup>3</sup>، كما أنه وفقاً لهذا المعيار لا يعتبر العمل المنفرد (لمرة واحدة) عملاً تجارياً، لأن التسليم بذلك يجعل من شراء الشخص المدني لسلعة أو منقول بقصد إعادة بيعه بربح عمل مدني، وهذا أمر لا يمكن قبوله، كون الشراء من أجل إعادة البيع وتحقيق الربح هو عمل تجاري في جوهره، أو سحب الشخص المدني للأوراق التجارية<sup>4</sup>.

## الفرع الثاني: معيار المقاول أو المشروع (L'Entreprise)

يرى أنصار هذا المعيار وعلى رأسهم الأستاذ "جون أوسكارا" أن معيار تحديد تجارية العمل من عدمه، إنما هو فكرة المقاول أو المشروع، والمقاول تعني: التكرار المهني للأعمال استناداً إلى تنظيم مادي وبشري سابق يكفل استمرارها ودوامها<sup>5</sup>.

لذلك فهم يشترطون من أجل اعتبار العمل تجارياً أن يزاول الشخص العمل التجاري بصفة دائمة ومستمرة، وبصورة مهنية، مستثمراً في ذلك الوسائل المادية والبشرية، بما يحقق للتجارة سرعتها وائتمانها، وهذا ما ينطبق حسبهم على فكرة المقاول أو المشروع، هذا الأخير الذي يتميز بمظاهر خارجية تنبئ عنه، كفتح مكتب وتجهيزه بما يحتاج إليه من أدوات، واستخدام بعض العمال والموظفين لإدارته، كما أنه وحسب هذه النظرية السرعة والائتمان يجدان أهميتهما

1 أنظر أكرم يا ملكي، المرجع السابق، ص 40.

2 أنظر محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 34.

3 أنظر فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 38.

4 أنظر في الصدد أيضاً جلال وفاء البدري محمددين، المرجع السابق، ص 37 وأنظر في الصدد أيضاً فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 39.

5 أنظر عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص 28.

في المشروعات التجارية دون الأعمال التجارية المنفردة، كون القائم بعمل تجاري منفرد لا يلجأ إلى طلب الائتمان إلا نادرا، في حين أن المشروعات التجارية تحتاج إلى ذلك دائما بسبب سعة أعمالها وتكرارها<sup>1</sup>.

● **النقد:** لم يسلم هذا المعيار من النقد أيضا، فانتقد على أساس أنه يعتبر بعض الأعمال المدنية أعمالا تجارية، كالأعمال الزراعية عندما تأخذ شكل مشروع باعتمادها التنظيم المادي والبشري السابق لاستمرارها (مقاولة مدنية)<sup>2</sup>، كما أن هناك بعض الأعمال يعتبرها القانون تجارية حتى ولو وقعت لمرة واحدة<sup>3</sup> (كالشراء لأجل البيع والسمسرة، وسحب السفنجة)، كما يعتبر معظم الفقهاء مناداة "أوسكارا" بهذه النظرية ما هو إلا من قبيل الدعوة إلى إعادة تنظيم القانون التجاري على ضوء مبادئ المذهب الشخصي إسوة بالمشروع الألماني، بدلا من المذهب الموضوعي الذي كانت له الغلبة طيلة القرن الماضي، وحتى الآن في التشريع والفقهاء والقضاء<sup>4</sup>.

### الفرع الثالث: معيار الشكل

يعد معيار الشكل معيارا حديثا في تحديد تجارية العمل من عدمه، حيث يرى أنصاره أن الأعمال لا تعد تجارية بأي معيار من المعايير السابقة، إلا أنها تكتسب هذه الصفة عندما يتم وضعها في الإطار القانوني المحدد لها ألا وهو الشكل، ومبررهم في ذلك أن الشركات لا تعد تجارية إلا إذا اتخذت أحد الأشكال المنصوص عليها قانونا، وهو بالفعل ما ذهب إليه المشرع سواءً الجزائري<sup>5</sup> أو الفرنسي<sup>6</sup>، بإصباغه الصفة التجارية على مجموعة من الشركات بالنظر إلى شكلها ومهما كان موضوعها.

● **النقد:** وجه لهذا المعيار انتقادا بوصفه على أن هناك من التشريعات من لا يعتمد على الشكل في اصباح الصفة التجارية على الشركة، كالتشريع الأردني الذي يعتمد على المعيار الموضوعي في ذلك.

### الفرع الرابع: معيار السبب

استنادا للنظرية الحديثة في تعريف السبب باعتباره "الباعث" أو "الدافع"، كعنصر جوهري كامن في نفس الشخص، حيث يستند أنصار معيار السبب في تحديد تجارية العمل من عدمه إلى فكرة تحقق الباعث من أي عمل كان، فإذا كان هذا الباعث أو الدافع هو تحقيق الربح فالعمل تجاري، وقد يتجلى ذلك بصورة واضحة في فكرة "الشراء لأجل البيع"

1 أنظر عزيز العكيلي، المرجع نفسه، ص 28.

2 أنظر فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 39.

3 فوزي محمد سامي، المرجع نفسه، ص 39.

4 أنظر أكرم يا ملكي، المرجع السابق، ص 41.

5 أنظر المادة 544 من القانون التجاري الجزائري.

6 L'article L210-1 du Code de commerce français dispose: " Le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet. Sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions."

- النقد: لم يسلم هذا المعيار من النقد أيضاً، حيث وجه له نقداً مفاده عدم إمكانية تحديد الباعث أو القصد لأنه أمر خفي في نفس الشخص القائم بالعمل لا يمكن الوقوف عليه، سواءً بالنسبة للتاجر أو غير التاجر.
- فما هو العمل التجاري إذًا؟

من خلال استعراض معايير التمييز بين العمل التجاري والعمل المدني يتضح أن من الصعوبة بما كان تحقيق ذلك، الأمر الذي يبرر مناداة بعض الفقه بتوحيد كل من القانون التجاري والقانون المدني، مادام من الصعب تحديد دائرة كل منهما، ولعلّ ما يؤكد ذلك هو عجز الفقه-رغم تعدد المعايير وتنوعها- في وضع ضابط ثابت عام يضم جميع العمليات التي يصفها المشرع بأنها تجارية.

لكن مع ذلك لا بد من ملاحظة أن كل ضابط على حده يتضمن قدر من الحقيقة، إلا أنه من الخطأ ومن غير المنطقي محاولة تأسيس العمل التجاري على فكرة واحدة بعينها، لذلك استقر الفقه على الجمع بين الضوابط السابقة كأساس لتعريف العمل التجاري، وكنتيجة لذلك ظهر رأي راجح حاول التوفيق بين المعايير السابقة فعرف العمل التجاري على أنه: "العمل الذي يتعلق بالوساطة في تداول الثروات ويهدف إلى المضاربة، على أن يتم على وجه المقابلة بالنسبة للأعمال التي يتطلب فيها القانون ذلك"، كتعريف عام يشمل أكثر من معيار<sup>1</sup>، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري حين صنف الأعمال التجارية إلى "أعمال تجارية أصلية بحسب الموضوع وبحسب الشكل" و"شخصية أعمال تجارية بالتبعية".

### المبحث الثاني: أهمية التمييز بين العمل التجاري والعمل المدني

تظهر الأهمية القانونية للفرقة بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية من خلال التطبيقات القانونية، ذلك أن لكل منهما أحكام خاصة وإجراءات تتناسب وتتلاءم معه، لذلك فإن غالبية التشريعات عندما تقوم بوضع الأحكام الخاصة للمعاملات التجارية، فإنها تهدف إلى تحقيق غايتين أساسيتين تقوم عليهما التجارة، والمتمثلة في السرعة والائتمان من خلال التشدد في معاملة التجار لتحقيق الغرض، وعليه سنتعرض لأهم التطبيقات القانونية لكلا العاملين كما يلي:

### المطلب الأول: من حيث الاختصاص القضائي

في الدول التي يستقل فيها القضاء التجاري عن القضاء المدني، مثل فرنسا وبلجيكا ومصر والسعودية والكويت، نجد أن المحاكم التجارية هي التي تنظر في المنازعات الناشئة عن الأعمال التجارية، مهما كانت صفة الأشخاص القائمين بهذه الأعمال (تجاراً كانوا أم غير تجار)<sup>2</sup>.

والأكيد أن وجود قضاء تجاري مستقل ومتخصص ينطوي على الكثير من المزايا أهمها:

- قدرته على الفصل في هذا النوع من المنازعات بالنظر إلى ما يتمتع به قضاؤه من خبرة ودراية في المجال.
- المعرفة الواسعة لقضائه بالقانون التجاري الذي أغلب قواعده عرفية سهلة وبسيطة تتناسب مع الحياة التجارية.

<sup>1</sup> أنظر في الصدد جلال وفاء البدري محمد، المرجع السابق، ص38، وأنظر أيضاً عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص ص 28 و 29.

<sup>2</sup> أنظر أكرم يا ملكي، المرجع السابق، ص 93.

- تجسيد سرعة الفصل في المنازعات التجارية<sup>1</sup>.

أما في الجزائر فقبل صدور القانون 22-13 المؤرخ في 12 يوليو 2022 المتضمن تعديل وتتميم قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، (الجريدة الرسمية العدد 48، 2022)، لم يكن النظام القضائي الجزائري يضم محاكم تجارية، لكن بموجب هذا التعديل تم التأسيس لقضاء تجاري مستقل عُرف "بالمحكمة التجارية المتخصصة" للفصل في منازعات تجارية محددة، لكن ما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري لم يقيم بإلغاء القسم التجاري على مستوى المحكمة، بل أبقى له سلطة الفصل في المنازعات التجارية التي تخرج عن اختصاص المحكمة التجارية المتخصصة.

لذلك فإنه بالنسبة للاختصاص النوعي، إذا عرض نزاع تجاري أمام الدائرة المدنية، ولا يدخل في اختصاص المحكمة التجارية المتخصصة، فلا يجوز الدفع بعدم الاختصاص النوعي، فقط ما يجب فعله هو إحالة النزاع على القاضي المختص لأن الأمر لا يعدو مجرد تبادل أدوار بين القضاة، في حين أن في المحاكم العادية توجد دوائر مختصة بالنظر في المسائل المدنية.

أما بالنسبة للاختصاص القضائي الإقليمي، فإنه يؤول في المواد المدنية لمحكمة موطن المدعى عليه كأصل عام طبقا لنص (المادة 37 ق إ م<sup>2</sup>)، في حين يكون أوسع نطاق في المواد التجارية، وذلك بإضافة (محكمة مكان الوفاء) أو (محكمة إبرام العقد)، أو (تسليم البضاعة) و(المقر الاجتماعي للشركة)... وغيرها طبقا لنص (المادة 39 ق إ م<sup>3</sup>).

**المطلب الثاني: من حيث الإثبات**

المبدأ في القانون التجاري هو "حرية الإثبات" طبقا لنص (المادة 30 ق ت ج)<sup>4</sup>، إلا ما استثني صراحة من قبل المشرع (كعقد الشركة الذي لا يثبت إلا بالكتابة طبقا لنص المادة 545 ق ت ج).

<sup>1</sup> أنظر جلال وفاء البدري محمددين، المرجع السابق، ص 92.

<sup>2</sup> تنص المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 المعدل والمتمم على ما يلي: "يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

<sup>3</sup> أنظر المادة 39 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 المعدل والمتمم.

<sup>4</sup> تنص المادة 30 من القانون التجاري الجزائري على ما يلي: "يثبت كل عقد تجاري:

1- بسندات رسمية،

2- بسندات عرفية،

3- بفاتورة مقبولة،

4- بالرسائل،

5- بدفاتر الطرفين،

بالإثبات بالبيئة أو بأي وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها."

في حين أن الإثبات في المواد المدنية مقيد، بحيث لا يجوز الإثبات بالبينة (شهادة الشهود) إذا كانت قيمة التصرف القانوني تزيد عن 100 ألف دج، أو كانت هذه القيمة غير محددة في إشارة إلى الكتابة، طبقا لنص (المادة 333 ق م ج)<sup>1</sup>.

وعليه فإنه وفقا للمادة 30 من ق ت ج، يجوز إثبات الأعمال التجارية بكافة طرق الإثبات ومهما بلغت قيمة التصرف، فيجوز الإثبات بالبينة والقرائن، أو بأي وسيلة أخرى، والهدف من ذلك أن هذا النوع من الأعمال قوامه السرعة والائتمان، من خلال تبسيط الإجراءات في إبرام العمليات التجارية وتنفيذها بالسرعة التي تتطلبها الحياة التجارية، فلا يعقل أن يطلب من التاجر تحرير دليل كتابي عن كل عمل تجاري يقوم به بحجة حماية حقوقه، وهو يقوم بعشرات الأعمال في اليوم الواحد.

### المطلب الثالث: من حيث المهلة القضائية

في المواد التجارية لا يجوز منح المدين مهلة للوفاء، بالنظر إلى ما تتميز به المعاملات التجارية من سرعة وائتمان، وإلا كان ذلك سببا في شهر إفلاسه، لأن عدم الوفاء في ميعاد الاستحقاق من شأنه أن يؤدي إلى ضياع على الدائن فرص سانحة للدائن لإبرام صفقات أخرى، أو قد يتأخر هو عن الوفاء بما عليه من ديون تجارية<sup>2</sup> في حين أنه في المواد المدنية يجوز لقاضي الموضوع منح المدين أجلا معقولا لتنفيذ التزاماته متى كان هذا المدين حسن النية بتقدير القاضي، وألا يترتب على هذا المنح ضرر جسيم للدائن، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادتين (210 و 2/281 ق م ج)<sup>3</sup>.

### المطلب الرابع: من حيث الإفلاس

يقصد بالإفلاس تصفية أموال المدين المفلس تصفية جماعية من أجل توزيع المبالغ المحصلة على دائنيه على قدم المساواة، أي قسمة غرماء بنسبة دين كل واحد منهم<sup>4</sup>.

وتتفق معظم التشريعات وعلى غرارها المشرع الجزائري بأن الإفلاس نظام خاص بالتجار وبالتجارة، فلا يطبق إلا على التاجر الذي يتوقف عن سداد ديونه التجارية في موعد استحقاقها، كضمان لحقوق الدائنين من خلال التشدد في معاملة التاجر، مما يجعل التاجر حريصا على تنفيذ التزاماته في مواعيدها وإلا عرض نفسه لقسوة هذا

<sup>1</sup> تنص المادة 333 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك...".

<sup>2</sup> أنظر جلال وفاء البدري محمد، المرجع السابق، ص 95.

<sup>3</sup> تنص المادة 210 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضي ميعادا مناسباً لحللول الأجل، مراعيًا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية مع اشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه"، في حين نصت المادة 281 في فقرتها الأولى والثانية من نفس القانون على أنه: "يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين مالم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك. غير أنه يجوز للقضاء نظرا لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا آجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه المدة سنة وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها...".

<sup>4</sup> أنظر أكرم يا ملكي، المرجع السابق، ص 102.

النظام<sup>1</sup>، وقد تناول المشرع الجزائري أحكام الإفلاس والتسوية القضائية\* في الكتاب الثالث تحت عنوان (في الإفلاس والتسوية القضائية ورد الاعتبار والتفليس وما عداه من جرائم الإفلاس)، في الباب الأول بعنوان (في الإفلاس والتسوية القضائية).

وبما أن الإفلاس نظام خاص بالتجار فإنه لا يجوز للمحكمة أن تشهر إفلاس شخص مدني حتى ولو كان متوقفا عن دفع ديونه<sup>2</sup>.

وعليه فإنه ومن أجل التمييز بين المواد التجارية والمواد المدنية من حيث الإفلاس يمكن القول أنه في المواد التجارية بمجرد توقف المدين التاجر عن تسديد ديونه يُشهر إفلاسه وتصفى أمواله وتوزع على دائنيه، في حين لا وجود لنظام الإفلاس في المسائل المدنية، بل يخضع الطرف المدني لنظام الاعسار.

### المطلب الخامس: من حيث الاعذار

تقضي القواعد العامة بأنه لا يجوز للدائن التمسك بإخلال المدين بالتزاماته التعاقدية إلا إذا قام بإعداره بضرورة الوفاء بالتزامه<sup>3</sup>، حتى يتمكن من فسخ العقد، والمطالبة بالتعويض عن الاخلال بالتعاقد<sup>4</sup>، لذلك يقصد بالإعذار وضع المدين موضع المقصر في تنفيذ التزامه بإثبات تأخيره في الوفاء به، فلا يكفي حلول أجل الالتزام للقول بتقصير المدين، ما لم يسجل الدائن هذا التقصير بتوجيه إعذار للمدين<sup>5</sup>.

ويختلف الاعذار في المواد المدنية عنه في المواد التجارية، ففي المواد المدنية يتم إعذار المدين بخطاب رسمي، أي بواسطة محضر قضائي، أو بإنذاره أو ما يقوم مقام الإنذار، وقد يكون الاعذار عن طريق البريد، وقد يعتبر المدين معذرا بمجرد حلول أجل دون إجراء آخر إذا سبق ذلك اتفاق بين الطرفين<sup>6</sup>، أما ففي المواد التجارية فقد جرى العرف التجاري على أنه لا حاجة لإنذار مكتوب، بل يكفي الاخطار الشفوي أو الهاتفني لتتحقق الاخطار<sup>7</sup>.

وعليه يمكن القول أنه في المواد التجارية يجوز إعذار المدين عند حلول أجل الدين بخطاب عادي، في حين أنه في المسائل المدنية يجب إعذار المدين عند حلول أجل الوفاء بخطاب رسمي وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص

<sup>1</sup> أنظر فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 44.

\* لا يزال المشرع الجزائري متمسكا بنظام الإفلاس والتسوية القضائية القائم على فلسفة المحافظة على الائتمان والسرعة كدعامتين يقوم عليهما العمل التجاري، من خلال التشدد في معاملة التجار، في الوقت الذي تتجه فيه الكثير من التشريعات (كفرنسا والسعودية والإمارات ومصر والأردن، والبحرين)، نحو تبني نظام إنقاذ المشاريع المتعثرة القائم على فلسفة التنمية ومرافقة الأنشطة التجارية والاقتصادية، متى تعرضت لصعوبات وعراقيل تهدد وجودها واستمرارها، بالنظر لما تشكله هذه الأنشطة التجارية والاقتصادية من ثقل اقتصادي ذو تأثير بالغ على كل المستويات، وهي قوانين حاولت في مجملها تجاوز الحلول التقليدية المعروفة في قوانين الإفلاس القديمة، في الوقت الذي تعرف فيه بعض القوانين جمودا تشريعا غير مبرر في المجال، كما هو الحال في الجزائر.

<sup>2</sup> أنظر جلال وفاء البدري محمددين، المرجع السابق، ص 97.

<sup>3</sup> هاني محمد دويدار، مبادئ القانون التجاري (دراسة في قانون المشروع الرأسمالي)، دون طبعة، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 1995، ص 85.

<sup>4</sup> أنظر جلال وفاء البدري محمددين، المرجع السابق، ص 97.

<sup>5</sup> أنظر محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص ص 48-49.

<sup>6</sup> أنظر المادة 180 من القانون المدني الجزائري.

<sup>7</sup> أنظر هاني محمد دويدار، المرجع السابق، ص 85.

(المادة 1179<sup>1</sup> و180 ق م ج)، إلا في الحالات التي يعفى فيها الدائن من إعدار مدينه، حينها يُستحق الدين دون إعدار طبقاً لنص (المادة 181 ق م ج)<sup>2</sup>.

### المطلب السادس: من حيث تضامن المدينين (التضامن السلبي)

يقصد بالتضامن تعدد المدينين الذي يجعل من وفاء أحدهم مبلغ الدين مبرئاً للباقيين، فلا يجوز للمدين المتضامن الدفع بالتقسيم أو التجريد، أو بمعنى آخر لا يجوز له أن يدفع في مواجهة الدائن بدفع نصيبه في الدين فقط، أو الدفع في مواجهة الدائن بأن يتوجه هذا الأخير إلى مطالبة بقية المدينين قبله<sup>3</sup>.

والهدف من جعل التضامن مفترضا في المسائل التجارية إنما هو تقوية الائتمان التجاري كضمانة للدائنين، من خلال تحويل الدائن الرجوع على أحد المدينين بكامل الدين، ثم رجوع هذا المدين الموفى على باقي زملائه بقيمة ما وقّاه. وذلك على خلاف التضامن بين المدينين في المواد المدنية الذي لا يكون إلا بناءً على اتفاق أو بنص القانون<sup>4</sup>. وعليه يمكن القول أن قواعد التضامن في المواد التجارية مفترضة قانوناً وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص (المادة 551 ق ت ج)<sup>5</sup>، غير أنه يجوز نفيها في العقد، في حين أن قواعد التضامن في المسائل المدنية لا يمكن تقريرها إلا بنص أو باتفاق الأطراف طبقاً لنص (المادة 217 ق م ج)<sup>6</sup>.

### المطلب السابع: من حيث النفاذ المعجل

يقصد بالنفاذ المعجل جواز تنفيذ الحكم القضائي قبل أن يصير قطعياً، أي حتى ولو كان قابلاً للطعن فيه بطرق الطعن العادية، أو كان قد حصل فعلاً الطعن فيه بإحدى هذه الطرق، وهذا فيه خروج عن القاعدة العامة فيما يتعلق بتنفيذ الأحكام والتي تقضي بعدم قابلية الحكم للتنفيذ إلا إذا أصبح قطعياً<sup>7</sup>. لذلك فإن الأحكام في المواد التجارية تكون دائماً مشمولة بالنفاذ المعجل حتى ولو كانت قابلة للاستئناف أو المعارضة، بشرط أن يقدم التاجر الذي صدر الحكم لمصلحته كفالة تحسباً لما قد يحدث من تعديل أو الغاء للحكم

<sup>1</sup> تنص المادة 179 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "لا يستحق التعويض إلا بعد إعدار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك".

<sup>2</sup> تنص المادة 181 من القانون المدني الجزائري دائماً على ما يلي: "لا ضرورة لإعدار المدين في الحالات الآتية:

- إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين
- إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل مضر،
- إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق، أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك،
- إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه."

<sup>3</sup> أنظر جلال وفاء البدري محمددين، المرجع السابق، ص95.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص95.

<sup>5</sup> تنص المادة 551 من القانون التجاري الجزائري على ما يلي: "للشركاء بالتضامن صفة التاجر وهم مسؤولون من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة....".

<sup>6</sup> تنص المادة 217 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناءً على اتفاق أو نص في القانون."

<sup>7</sup> أنظر هاني محمد دويدار، المرجع السابق، ص ص85 و86.

المستأنف، في حين أن الأحكام في المسائل المدنية لا تكون قابلة للتنفيذ إلا إذا أصبحت نهائية، بمعنى استوفت جميع طرق الطعن.

وحكمة ذلك إنما هو حاجة المعاملات التجارية إلى المرونة والبساطة لتحقيق السرعة في استيفاء الحقوق التجارية<sup>1</sup>.

### المطلب الثامن: من حيث الرهن التجاري

يكون الرهن تجارياً إذا انعقد ضماناً لدين تجاري، في حين يكون الرهن مدنياً إذا انعقد لضمان دين مدني، وتظهر أهمية التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني في هذه النقطة بالذات، أي من حيث عقد الرهن في الآتي:

في المواد التجارية تتسم إجراءات الرهن الذي ينعقد لضمان دين تجاري بالبساطة عند التنفيذ على الشيء المرهون وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص (المادة 33 ق ت ج)<sup>2</sup>، في حين أنه في المسائل المدنية ولكي يقوم الدائن المرتهن بالتنفيذ على الشيء المرهون لا بد له من الحصول على حكم، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص (المادة 973 ق م ج)<sup>3</sup> التي يشترط فيها لبيع الأشياء المرهونة في حالة عدم وفاء المدين بالتزاماته الحصول على حكم قضائي نهائي.

### المطلب التاسع: من حيث التقادم

تخضع الدعاوى المدنية عموماً إلى مدة التقادم الطويل المنصوص عليها في (المادة 308 ق م ج)، التي نصت على ما يلي: "يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشر (15) سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات الآتية"، في إشارة للمواد (309 و 310 و 311 و 312) التي تضمنت استثناءات عن القاعدة العامة في التقادم في المواد المدنية المقدرة بخمسة عشر سنة.

وهو أجل لا يمكن تطبيقه على المسائل التجارية، كون هذه الأخيرة مبنية في الأصل على السرعة والثقة في المعاملات، لذلك عمد المشرع الجزائري إلى تقصير أجل التقادم في هذا النوع من المعاملات، كما هو الحال في التقادم الخاص بالأوراق التجارية التي مدتها 03 سنوات بالنسبة للدعاوى المرفوعة على حاملها، و عام بالنسبة للمظهرين على بعضهم البعض، أو على الساحب، حيث يبدأ هذا التقادم من اليوم الموالي لتاريخ الاستحقاق، وذلك طبقاً لنص المادة (461 ق ت ج)، والتقادم الخمسي أي بمرور 05 سنوات الخاص بالشركات بالنسبة للدعاوى الناشئة خلال فترة التصفية طبقاً لنص المادة (777 ق ت ج)، فضلاً عن مدة التقادم الحولية أي بمرور عام التي خص بها المشرع التجاري الجزائري دعوى ضمان العيوب الخفية، في عقود البيع التي تتناول المحل التجاري، طبقاً لنص المادتين (80 و 81 ق ت ج)... الخ.

<sup>1</sup> أنظر جلال وفاء البدري محمددين، المرجع السابق، ص 96.

<sup>2</sup> تنص المادة 33 من القانون التجاري الجزائري على ما يلي: "إذا لم يتم الدفع في الاستحقاق، جاز للدائن خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغ عا د حاصل للمدين أو الكفيل العيني من الغير إذا كان له محل، أن يشرع في البيع العلني للأشياء المرهونة...".

<sup>3</sup> تنص المادة 973 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يجوز للدائن المرتهن إذا لم يستوف حقه أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيع الشيء المرهون بالمزاد العلني أو بسعره في السوق...".

وعليه يمكن القول أن مدة التقادم في المواد التجارية قصيرة المدى مثل: التقادم في السفتحة بمرور ثلاث سنوات من تاريخ الاستحقاق طبقا لنص (المادة 461 ق ت ج)، في حين مدة التقادم في المسائل المدنية حددها المشرع الجزائري بخمسة عشر سنة (التقادم الطويل)، إلا ما استثني بنص، وذلك طبقا لنص (المادة 308 ق م ج)<sup>1</sup>.

### المطلب العاشر: من حيث اكتساب صفة التاجر

طبقا لنص المادة 01 من القانون التجاري الجزائري<sup>2</sup>، فإن التاجر صفة يكتسبها من يحترف المعاملات التجارية، ويتخذها مهنة معتادة له، بحيث يحتل بهذه الصفة مركزا قانونيا متميزا، مما يخضعه لأحكام قانونية لا تطبق إلا على الأشخاص الذين يكتسبون هذه الصفة، وهذا على خلاف محترف الأعمال المدنية الذي لا يكتسب هذه الصفة، فيظل خاضعا لأحكام القانون المدني.

### المطلب الحادي عشر: من حيث الفوائد

إذا كان محل الالتزام مبلغ من النقود وتأخر المدين عن الوفاء به، فإن القانون يحدد التعويض عن هذا التأخير في صورة فوائد تسمى بالفوائد التأخيرية، أو ما يصطلح عليه بالتعويض القانوني، وبالتالي يفرض القانون فائدة معينة على المدين المتأخر في تنفيذ التزامه كجزاء على ما لحقه بالدائن من ضرر نتيجة هذا التأخر، حيث تجيز أغلب التشريعات تقاضي فوائد على الديون المدنية والتجارية، يختلف سعرها بحسب ما إذا كان الدين مدنيا أو تجاريا<sup>3</sup>. والفوائد نوعان "فوائد قانونية" يحددها القانون كتعويض عن التأخير في الوفاء كما قلنا، و"فوائد اتفاقية" يتفق عليها المتعاقدان<sup>4</sup>، على ألا يتجاوز سعرها الحد الأقصى للفائدة الذي نص عليه القانون، فإذا لم يتفق الطرفان على هذه الفائدة تسري الفائدة التي حددها القانون، وقد تستحق الفوائد الاتفاقية لانتفاع المدين بمبلغ معين من النقود خلال مدة معينة، كما هو الحال في عقد القرض بفائدة، وهذه هي الفوائد العوضية أو فوائد الاستثمار، وكذا في عقد البيع عندما يتفق المتعاقدان على تأجيل الثمن أو تقسيطه مقابل فائدة سنوية معينة، كما قد تأخذ هذه الفوائد صورة شرط جزائي يتفق عليه المتعاقدان متى تأخر المدين في الوفاء بالتزامه، وهو اتفاق جائز في القانون المدني الجزائري<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> تنص المادة 308 ق.م.ج على ما يلي: "يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشرة (15) سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات الآتية."، في إشارة إلى المواد التي تلي المادة 30، والتي تضمنت استثناءات عن التقادم في المواد المدنية، والمتمثل في التقادم طويل الأجل (15) سنة).

<sup>2</sup> أنظر المادة 01 من القانون التجاري الجزائري سالفة الذكر.

<sup>3</sup> أنظر عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص 22.

<sup>4</sup> تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري حرم القرض بفائدة بين الأفراد، وذلك من خلال نص المادة 454 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أن القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر، ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك، مما يفيد كراهية المشرع للربا المحرم شرعا، لكن في المقابل أجاز للمؤسسات المالية أن تمنح فائدة على الودائع، وأن تمنح قروضا بفائدة يحدد سعرها القانون، تشجيعا منه للاقتصاد الوطني، فنصت المادة 455 من القانون المدني الجزائري المعدلة بالقانون 84-21 المؤرخ في 24 ديسمبر 1984 على أنه: "يجوز لمؤسسات القرض في حالة إيداع أموال لديها أن تمنح فائدة يحدد قدرها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية لتشجيع الادخار."، ونصت المادة 456 من نفس القانون على أنه: "يجوز لمؤسسات القرض التي تمنح قروضا قصد تشجيع النشاط الاقتصادي الوطني أن تأخذ فائدة يحدد قدرها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية."، الأمر الذي يتضح معه إجازة القانون المدني الجزائري للفوائد الاستثمارية متى كان أحد الطرفين مؤسسة مالية بشرط أن يطبق السعر القانوني.

<sup>5</sup> أنظر محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات) أحكام الالتزام، دون سنة طبعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص 93.

ويختلف سعر الفائدة القانونية في بعض القوانين بحسب ما إذا كان الدين تجارياً أو مدنياً، فنجد سعرها مثلاً في كل من القانون المدني العراقي طبقاً لنص المادة 177، والقانون المدني المصري طبقاً للمادة 226 منه، هو 05% في المسائل التجارية، و04% فقط في المسائل المدنية، وتجزئ كل من المادة 172 والمادة 227 من القانونين المذكورين على التوالي للمتعاقدین الاتفاق على سعر للفائدة، على ألا يزيد هذا السعر عن 07% سواء في المسائل المدنية أو التجارية، في حين تجزئ المادة 257 من قانون التجارة اللبناني إمكانية الاتفاق على سعر للفائدة يقدر بـ 09% في المسائل التجارية<sup>1</sup>.

أما في القانون الجزائري، فإن المشرع لم ينص على فوائد قانونية، لذلك فإنه في حالة عدم وجود اتفاق على التعويض يحكم القاضي بتعويض أساسه ما لحق الدائن من ضرر بسبب تأخر المدين في الوفاء بدين نقدي عُيّن مقداره وقت رفع الدعوى<sup>2</sup>.

والواقع أن الحكمة من ارتفاع سعر الفائدة في المسائل التجارية هو أن استغلال الأموال في التجارة على درجة كبيرة من الأهمية، ذلك أن عدم الوفاء في الميعاد يشكل تعطيلاً للاستثمار وأضراراً بالغة، مما يستوجب تعويض ذلك من خلال رفع سعر الفائدة، كما أنه يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد في المواد التجارية، فضلاً عن إمكانية زيادة مجموع الفوائد في هذا النوع من المعاملات عن رأس المال أو أصل الدين، وذلك على خلاف القواعد المقررة في المعاملات المدنية<sup>3</sup>.

### المطلب الثاني عشر: من حيث انتفاء صفة التبرع (عدم مجانية العمل التجاري)

الأصل في الأعمال التجارية أنها تهدف إلى المضاربة والوساطة بقصد تحقيق الربح عن طريق تداول الأموال، لذلك لا يمكن تصور أن يتم هذا النوع من الأعمال مجاناً، بل يتطلب ثمناً مادياً مقابل السلع أو الخدمات المقدمة كجوهر للعمل التجاري، وهذا على خلاف الأعمال المدنية التي قد تكون فيها بعض العقود مجانية، كما هو الحال في الوصية، الهبة والوقف<sup>4</sup> وكذا الوكالة في بعض صورها<sup>5</sup>.

### خلاصة

أخيراً نخلص إلى أن أهمية التفرقة بين العملين (التجاري والمدني) تكمن في مجال تطبيق كلا القانونين وأن في محاولة دمج القانونين في قانون واحد عدم تناسب مع طبيعة كل منهما، بل إن في ذلك إنكار للواقع، لكن هذا لا يعني إنكار الصلة الوثيقة بين القانون التجاري والقانون المدني، فقد يعتمد القانون التجاري على بعض أحكام القانون

<sup>1</sup> أنظر أكرم يا ملكي، المرجع السابق، ص 98.

<sup>2</sup> تنص المادة 186 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "إذا كان محل الالتزام بين أفراد مبلغاً من النقود عين مقداره وقت رفع الدعوى وتأخر المدين في الوفاء به، فيجب عليه أن يعرض الدائن للضرر اللاحق من هذا التأخير."

<sup>3</sup> أنظر جلال وفاء البديري محمددين، المرجع السابق، ص 94.

<sup>4</sup> لم يعرف المشرع الجزائري عقد التبرع ولم يتناوله كعقد مستقل، بل أورد أحكاماً مختلفة لأنواع التصرفات التبرعية، وأورد تعريفاً لبعضها كعقد الهبة، أو العقد المسمى الذي يعرض له وصف التبرع كالوكالة والوديعة في مواضع مختلفة من القانون المدني وقانون الأسرة.

<sup>5</sup> تنص المادة 581 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "الوكالة تبرعية ما لم يُتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمناً من حالة الوكيل. فإذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير القاضي إلا إذا دُفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة."

المدني اعتمادا كلياً ويكتفي بالإحالة عليها، لذلك فإن القانون المدني يعتبر الأصل العام الذي يتم الرجوع إليه كمصدر من مصادر القانون التجاري.

### المبحث الثالث: أنواع الأعمال التجارية

سبق القول أنه إذا كان كل ضابط من ضوابط تحديد تجارية العمل من عدمه يتضمن قدر من الحقيقة، فإنه من الخطأ ومن غير المنطقي محاولة تأسيس العمل التجاري على فكرة واحدة بعينها، لذلك استقر الفقه على الجمع بين كل الضوابط المعتمدة في ذلك كأساس لتعريف العمل التجاري، وكنتيجة لذلك ظهر رأي راجح حاول التوفيق بين المعايير السابقة فعرف العمل التجاري على أنه: "العمل الذي يتعلق بالوساطة في تداول الثروات ويهدف إلى المضاربة، على أن يتم على وجه المقابلة بالنسبة للأعمال التي يتطلب فيها القانون ذلك"، كتعريف عام يشمل أكثر من معيار، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري حين صنف الأعمال التجارية إلى " أعمال تجارية أصلية بحسب الموضوع وبحسب الشكل" في المواد 02 و 03 من القانون التجاري الجزائري، و"شخصية أعمال تجارية بالتبعية" في المادة 04 من نفس القانون.

وتجدر الإشارة إلى أن معظم التشريعات وعلى غرارها المشرع الجزائري عمدت إلى تعداد هذه الأعمال التجارية على سبيل المثال لا الحصر، ومرد ذلك ما يعرفه ميدان التجارة من تطور مستمر مواكبة لما يظهر من جديد في مجال النشاطات التجارية، الأمر الذي يتضح معه فتح المشرع باب الاجتهاد والقياس لإنزال من الأعمال ما من شأنه أن يمثل أعمالاً تجارية.

وعليه سنتناول الأعمال التجارية وفقاً للترتيب الوارد في القانون التجاري الجزائري في المواد 02 و 03 و 04، على النحو الآتي:

**المطلب الأول: الأعمال التجارية بحسب الموضوع.**

**المطلب الثاني: الأعمال التجارية بحسب الشكل.**

**المطلب الثالث: الأعمال التجارية بالتبعية.**

بالإضافة إلى الأعمال التجارية المختلطة، في مطلب رابع، والتي رغم عدم نص المشرع عليها، إلا أنها على قدر من الأهمية، كونها تتصف بالتجارية لأحد أطراف التصرف، ومدنية بالنسبة للطرف الآخر، الأمر الذي من شأنه إثارة العديد من الإشكالات، لا سيما ما تعلق بالإثبات والاختصاص القضائي، وغيرها من المسائل.

**المطلب الأول: الأعمال التجارية الأصلية بحسب الموضوع (بطبيعتها) (م 02 ق ت ج)**

ويقصد بها تلك الأعمال التي تعتبر تجارية بغض النظر عن صفة القائم بها وتهدف إلى تحقيق الربح من خلال تداول الثروات، وتنقسم إلى نوعين، النوع الأول يعتبر تجارياً حتى ولو وقع لمرة واحدة (أ)، أما النوع الثاني فلا يعد تجارياً إلا إذا وقع على شكل مقابلة أو مشروع (ب)، وعليه سنتناول هذين النوعين من الأعمال كما يلي:

## الفرع الأول: الأعمال التجارية المنفردة

وهي الأعمال التي اعتبرها المشرع الجزائري في (المادة 02 ق ت ج) تجارية حتى ولو باشرها الشخص لمرة واحدة، وبصفة منفردة، أو بمعنى آخر لا يلزم لإضفاء صفة التجارية على هذا النوع من الأعمال أن تتخذ شكل المشروع، أو المفاولة، وتنقسم بدورها إلى ما يلي:

أولاً: الشراء لأجل البيع

ثانياً: أعمال الصرف والبنوك

ثالثاً: أعمال السمسرة والوكالة بعمولة

رابعاً: كل عملية توسط لشراء وبيع العقارات أو المحلات التجارية والقيم العقارية

خامساً: الأعمال التجارية البحرية

أولاً: الشراء لأجل البيع

هذه الأعمال نصت عليها كل من المطة 1 والمطة 2 من المادة 02 من القانون التجاري الجزائري<sup>1</sup>، لذلك يعتبر كل شراء لمنقولات أو عقارات من أجل إعادة بيعها عملاً تجارياً بحسب الموضوع، لأنه يمثل بوضوح عناصر العمل التجاري التي تنطوي على كل من عنصر المضاربة وتحقيق الربح عند تداول الثروة، وبهذا فهي من الأعمال التجارية المنفردة التي لا تحتاج لاكتسابها وصف التجارية اتخاذ صورة المشروع<sup>2</sup> كما قلنا، ومن أجل اعتبار الشراء لأجل البيع عملاً تجارياً لا بد من توافر شروط ثلاثة كما يلي:

### 1- أن يكون هناك شراء

لكي يعتبر العمل تجارياً لا بد أن تسبقه عملية شراء، ويقصد بالشراء "كل تملك بمقابل"، سواء كان هذا المقابل نقدي كما هو الحال في البيع، أو عيني كما هو الحال في المقايضة، من خلال مبادلة سلعة بأخرى، لذلك يُستبعد من نطاق التجارة، الأعمال التي لا تسبقها عملية الشراء، كأن يبيع الشخص أشياءً حصل عليها عن طريق (الهبة، أو الوصية، أو الميراث)<sup>3</sup>، كما يخرج من دائرة الأعمال التجارية ما يقوم به الأشخاص من بيع لمنتجاتهم التي لم تسبقها عملية شراء ونذكر منها:

### أ- الأعمال الزراعية

هذا النوع من الأعمال وكل العمليات المرتبطة به يخرج عن نطاق القانون التجاري، كون الأعمال الزراعية تعد من العمليات الواردة على استغلال الموارد الطبيعية، وذلك من بيع للمحصول وشراء ما يلزم للزراعة من بذور وأسمدة، وشراء المواشي لتربيتها، وشراء واستئجار الآلات اللازمة لجعل الأرض صالحة للزراعة، والارتباط بعقود عمل مع

<sup>1</sup> تنص أحكام المطة 01 من المادة 02 من القانون التجاري على أنه: "يعد عملاً تجارياً بحسب موضوعه " كل شراء للمنقولات لإعادة بيعها أو بعد تحويلها وشغلها"، وتنص المطة الثانية من ذات المادة على أنه يعد أيضاً عملاً تجارياً بحسب موضوعه " كل شراء للعقارات لإعادة بيعها".

<sup>2</sup> أنظر جلال وفاء البدري محمددين، المرجع السابق، ص ص 43-44.

<sup>3</sup> أنظر عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص 31.

العمال الزراعيين... الخ)، لكن قد يصاحب الحكم بمدنية الأعمال الزراعية من عدمه بعض الصعوبات، وذلك في حالتين<sup>1</sup>:

**الحالة الأولى:** ارتباط العمليات الزراعية ببعض الأعمال الأخرى، كأن يقوم المزارع بشراء كميات ضخمة من البذور أو السماد واستخدام جزء كبير من أرضه لتخزينها بقصد إعادة بيعها وتحقيق الربح، فإننا نكون بصدد عمل تجاري وليس مدني، كون العملية يغلب عليها الوساطة في تداول الثروة مقارنة بفكرة الإنتاج الزراعي نفسه، أو إذا قام أحد المزارعين بشراء وتربية وتسمين الماشية دون استخدام ذلك في زراعته كاستخدامها في حرث أرضه واستهلاك البانها، بل من أجل إعادة بيعها وتحقيق الربح واتخاذ ذلك عمل أساسي، فإننا نكون بصدد عمل تجاري وليس مدني، بمعنى أن العبرة بالصفة الغالبة على العمل من أجل تحديد مدنيته من تجارته، وهو ما ذهب إليه القضاء حين اعتمد في ذلك قاعدة "الفرع يتبع الأصل"، وبالتالي إذا كان الأصل هو العمليات الزراعية فإن ما يرتبط به من أعمال تعتبر أعمالاً مدنية، أما إذا كان الأصل هو العمل التجاري فإن العمليات الزراعية تلحق بالعمل الأساسي ومن ثمة يكون العمل ككل عملاً تجارياً.

**الحالة الثانية:** قيام المزارع ببعض العمليات التحويلية لمنتجاته الزراعية، وأصبحت هذه العمليات التحويلية مستقلة عن العمل الزراعي، كأن يعمد المزارع إلى بناء مصنع لطحن غلة جيرانه المزارعين إضافة إلى طحن الغلة التي ينتجها هو، أو إنشائه مصنعاً لتحويل قصب السكر إلى سكر، أو تحويل الزيتون إلى زيت مما يجعل الصفة الغالبة للعملية الاستثمارية المتمثلة في مقالة الطحن والتحويل مقارنة بالعملية الزراعية، فإننا نكون بصدد عمل تجاري وليس مدني.

#### ب- العمليات الاستخراجية

تعتبر هذه العمليات من منظور الفقه التقليدي عمليات مدنية، كونها غير مسبقة بشراء\*، وأنها تتعلق أساساً باستغلال عقار أي (الأرض)، رغم أن تحديد مدنية هذه الأعمال من عدمه يصاحبه هو الآخر بعض الصعوبات، متى ارتبطت هذه العمليات الاستخراجية بعمليات تجارية أخرى، فيتم اللجوء في ذلك إلى قاعدة "الفرع يتبع الأصل"، فإذا حافظت العمليات الاستخراجية على صفتها الرئيسية، كأن يضع صاحب منبع معدني المياه في زجاجات تمهيداً لبيعها، فإننا في هذه الحالة نكون بصدد عمل مدني وليس تجاري، أما إذا قام صاحب أحد المزارع السمكية ببناء مصنع ضخّم لحفظ الأسماك في علب تمهيداً لتسويقها، فإننا نكون بصدد عمل تجاري (مقولة صناعية)، كون العمليات الاستخراجية أصبحت تمثل نشاطاً ثانوياً بالنسبة للعمل الصناعي.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك من التشريعات-كأتجاه حديث-من يضيف على بعض العمليات الاستخراجية الصفة التجارية، كالمشرع اللبناني الذي يعتبر مشروعات المناجم والبتروك من الأعمال التجارية، وذلك في المادة السادسة في فقرتها (13) من قانون التجارة اللبناني.

<sup>1</sup> أنظر جلال وفاء البدي محمد، المرجع السابق، ص 44-45.

\* ومن أمثلة هذه العمليات نذكر استخراج المعادن كالفحم والحديد والبتروك، وصيد الأسماك وغيرها من منتجات الأتار والبحار.

## ج-المهن الحرة

تُعد المهن الحرة من العمليات الواردة على استغلال القدرات الذهنية والإنسانية، كعمل الطبيب والمحامي والمحاسب والمهندس والمدرس، فلا يعتبر هذا النوع من المهن من الأعمال التجارية كونه مجرد استثمار لما اكتسبه الشخص من علم وخبرة، وما يتمتع به من كفاءة ومهارة شخصية في أداء بعض الخدمات للجمهور، لأن الجانب الغالب فيها هو الانتاج الذهني، فهي ثمرة مجهود علمي، أو خبرة ذات صبغة فنية لم يسبق شراؤها حتى يعتبر تقديمها للجمهور عملا تجاريا، الأمر الذي يجعل المقابل في هذا النوع من الأعمال مجرد أتعاب عن الخدمات التي يقدمها صاحبها<sup>1</sup>.

فمثلا يظل عمل الطبيب محتفظا بصفته المدنية حتى ولو قدم بعض الأدوية والعقاقير لزبائنه داخل العيادة، كون بيع الأدوية للعملاء في هذه الحالة يُعد ثانويا بالنسبة لمباشرة مهنة الطب ذاتها، لكن إذا قام الطبيب بفتح مستشفى أو مركز للعلاج الطبيعي مثلا، فإن عمله يصبح تجاريا، وسبب ذلك أن ممارسته لمهنة الطب لم تعد هي الأصل، بل أصبح أساس عمله المضاربة على عمل غيره من الأطباء، وتقديم الخدمات الصحية والعلاجية للمرضى، وكذلك الحال بالنسبة لعمل المهندس الذي يظل هو الآخر محتفظا بصفته المدنية، متى اقتصر على تقديم خبرته الهندسية ورسم وتصميم البناء، كما يظل أيضا ما يتلقاه من أجر مجرد نظير لما قدمه من مهارة ذهنية، لكن إذا قدم هذا المهندس الأيدي العاملة للقيام بالبناء، وقدم المواد الأولية لذلك، فإن العمل في هذه الحالة يصبح من قبيل الأعمال التجارية، والعلة في ذلك أن تقديم الخبرة الفنية في هذه الحالة أصبح ثانويا مقارنة بتوريد الأيدي العاملة والمواد الأولية إعمالا لقاعدة "الفرع يتبع الأصل"<sup>2</sup>.

كما تثار الخلاف حول عمل الصيدلي، بين من يعتبره عملا تجاريا لتوافر عنصر الشراء لإعادة البيع وتحقيق الربح، وبين من يعتبر من صميم الأعمال المدنية مبررين ذلك بأن ما يعتمده الصيدلي في إعداد وتحضير الأدوية التي يبيعها إنما هو خبرته العلمية والتقنية، لكن الرأي الراجح في الفقه والقضاء أن عمل الصيدلي من قبيل الأعمال التجارية، لأن الغالب الأعم هو شراؤه الأدوية بقصد إعادة بيعها مرة أخرى، سواء على حالتها أو بعد تجهيزها، ولو أن الكثير من الأدوية لا يحتاج إلى تحضير، أو أنه يحتاج لتجهيز بسيط<sup>3</sup>.

## د-الإنتاج الذهني والأدبي

يُعد الإنتاج الذهني أيضا من العمليات الواردة على استغلال القدرات الذهنية والإنسانية، ويقصد به، ما يقدمه المؤلف والفنان والمخترع إلى المجتمع، من تأليف وتلحين وإخراج سينمائي أو مسرحي، وتمثيل وغناء، ورقص وطرب، ورسم اللوحات والتصوير ونحت التماثيل وبراءة اختراع... الخ، فهذا النوع من الأعمال لا يعتبر من الأعمال التجارية، بل من الأعمال المدنية ببساطة لأنه لم تسبقه عملية شراء، لكن تثار الصعوبة في تحديد مدنية هذه العمليات من تجاريتها عندما يصاحب عملية الإنتاج الذهني بعض العمليات التجارية، كأن يشتري الناشر حق

<sup>1</sup> أنظر عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص 32.

<sup>2</sup> أنظر جلال وفاء البدري محمد، المرجع السابق، ص 48.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 49.

التأليف من أجل إعادة بيعه وتحقيق الربح، أو قيام صاحب إحدى المجلات بتحقيق أرباح عن طريق نشر الإعلانات فعمله تجاري لأنه أصبح وسيطا بين المؤلف والقراء، هذا إذا كان دور صاحب المجلة يقتصر على إدارتها فقط، كما تثار الصعوبة ذاتها إذا كان صاحب المجلة يتولى إدارتها ويشترك في تحريرها، حينها تطبق قاعدة "الفرع يتبع الأصل"، فإذا كان دوره في الاشتراك في تحريرها يغلب على دوره في إدارتها، فإن عمله مدني، أما إذا كان عمله الإداري هو الأساس بينما يشترك في تحرير بعض المقالات فإننا نكون بصدد عمل تجاري<sup>1</sup>.

ويعتبر من الأعمال المدنية أيضا بيع الصحف والمجلات متى كان لا يهدف إلى تحقيق الربح، وإنما مجرد نشر الأفكار والمعلومات، كما هو الحال فيما تصدره الجامعات من مجلات والهيئات القضائية والدينية، لكن إذا كان الغرض من هذه الأعمال هو المضاربة وتحقيق الربح من خلال نشر الأخبار والاعلانات، والمقالات سواء العلمية أو الأدبية أو الاجتماعية، فإن العمل تجاري.

## 2- أن يكون محل الشراء منقولاً أو عقاراً

هذا هو الشرط الثاني لاعتبار العملية تجارية، فيجب أن تنصب على منقول أو عقار، ويستوي في ذلك أن يكون المنقول مادي (ملمس)، أو معنوي (كالعلامات التجارية وبراءات الاختراع وحقوق الملكية الأدبية والفنية)، ونفس الشيء بالنسبة للعقارات التي يتم شراؤها من أجل إعادة بيعها وتحقيق الربح، وإن كانت بعض التشريعات تقتصر الشراء على المنقول دون العقار إعمالاً للقاعدة التقليدية التي تقضي بأن "القانون التجاري قانون المنقولات، والقانون المدني قانون العقارات"، ومرد ذلك أن طبيعة العقارات لا تتسم بروح السرعة والتبسيط التي يقوم عليها القانون التجاري<sup>2</sup>، كما أن النظرة للعقار في عقود الاقطاع في العصور الوسطى كان يغلب عليها طابع التقديس والاحترام، حيث كان من السائد آنذاك أن الحفاظ على العقار وعدم التصرف فيه دليل على العراقة والنبالة.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري خالف المشرع الفرنسي\*، وبعض التشريعات العربية\*، التي تشترط أن ترد عملية الشراء على المنقول دون العقار حتى يكتسب العمل الصفة التجارية بطبيعته، ومبررها في ذلك أن عملية

<sup>1</sup> أنظر محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 66-67.

<sup>2</sup> أنظر نادبة فضيل، القانون التجاري الجزائري، (الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري)، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 68.

\* مساهمة للتطورات الاقتصادية التي شهدتها العصر الحديث عمدت الكثير من التشريعات الأجنبية إلى تعديل نصوصها وإدراج بعض المعاملات العقارية تحت مفهوم الأعمال التجارية، وعلى رأسها المشرع التجاري الفرنسي الذي عدل (المادة 632 منه) بموجب القانون 67-563 الصادر في 13 يوليو 1967، مدرجا بذلك شراء العقارات من أجل إعادة بيعها وكذا جميع المضاربات العقارية ضمن الأعمال التجارية، بعد أن كان يستلزم في نفس المادة قبل التعديل لاعتبار الشراء من أجل البيع عملاً تجارياً أن ينصب الشراء على منقول، لكنه عاد واستثنى بموجب القانون الصادر في 09 يونيو عام 1970 عمليات الشراء الواردة على الأراضي الفضاء بقصد تشييدها ثم بيعها بعد ذلك، محتفظاً لها بالصفة المدنية.

\* عربياً وعلى غرار المشرع الفرنسي نص المشرع الكويتي على تجارية شراء العقارات وإعادة بيعها بحالتها الأصلية أو بعد تجزئتها بقصد تحقيق الربح، وعلى نفس النهج سار المشرع المصري، رغم اشتراطه لإضفاء الطابع التجاري على المعاملات العقارية أن تباشر على وجه الاحتراف، وذلك بموجب المادة الخامسة في فقرتها الثالثة عشر من التقنين التجاري المصري الجديد التي نصت على ما يلي: "تشييد العقارات أو شراؤها أو استئجارها بقصد بيعها أو تأجيرها كاملة أو مجزأة إلى شقق أو غرف أو وحدات إدارية أو تجارية سواء كانت مفروشة أو غير مفروشة" يعد عملاً تجارياً إذا كانت مزاولته على وجه الاحتراف، أما المشرع اللبناني فقد اعتبر في (المادة 15/6 تجاري) من قبيل الأعمال التجارية بحكم ما هيته الذاتية "مشروع شراء العقارات لبيعها بربح"، الأمر الذي يفهم معه اقتصار الصفة التجارية على "شراء العقار لأجل بيعه بربح، دون شراؤه أو استئجاره لأجل تأجيره حالياً أو مؤثماً، وفي كل الأحوال يشترط أن تكون

شراء العقار أو بيعه تتطلب إجراءات رسمية تتسم بالبطء، الأمر الذي يبعدها كل البعد عن أهم ميزة للقانون التجاري والمتمثلة في السرعة وبساطة الإجراءات، لذلك فإن المشرع الجزائري يكون قد ساير التطور الاقتصادي الحديث حين أدخل العقارات في القانون التجاري، كون شراء وبيع العقارات أصبح يشكل مضاربات ذات أهمية بالغة، حيث تتم برأس مال كبير، مما يجعلها تحتاج لائتمان كبير، كما أن التسليم بأن معاملات العقارات من الأعمال المدنية من شأنه أن يجرم الغير المتعامل مع القائمين بها من ضمانات القانون التجاري، لاسيما ما تعلق بشهر إفلاس هؤلاء المضاربين<sup>1</sup>، ومن أهم الأمثلة في هذا المجال شراء مساحات كبيرة من الأراضي الفضاء ثم تقسيمها وتجهيتها للبناء من أجل إعادة بيعها، أو شراء أراضي فضاء وإقامة أبنية عليها تمهيدا لبيعها فيما بعد بقصد تحقيق الربح<sup>2</sup>.

### 3- قصد إعادة البيع وتحقيق الربح

وهو القصد الذي يحقق المضاربة في العملية ويضفي عليها الطابع التجاري، إذ يعتبر قصد إعادة البيع وتحقيق الربح شرط لاعتبار العمل تجاريا في شراء المنقول أو العقار، حيث يجب أن تتوافر نية البيع وتحقيق الربح أثناء عملية الشراء، أما إذا كان الشراء بقصد الاستعمال الشخصي إذا تعلق الأمر بعقار، أو لاستهلاكه إذا تعلق الأمر بمنقول، فإن الشراء لا يعتبر عملا تجاريا حتى ولو قام المشتري ببيعه فيما بعد لسبب ما وبفائدة كبيرة، كما أن توافر نية إعادة البيع وتحقيق الربح أثناء الشراء تجعل من العمل تجاريا حتى ولو احتفظ المشتري بهذا العقار أو المنقول لنفسه وعدوله عن بيعه، وهو ما يميز الشراء التجاري عن الشراء المدني، بعبارة أخرى كل شراء لمنقول أو عقار بغرض إعادة بيعه وتحقيق الربح يعتبر عملا تجاريا حتى ولو وقع من الشخص لمرة واحدة<sup>3</sup>.

ويعتبر شراء السلعة بقصد البيع وتحقيق الربح وقت الشراء قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها، حيث يقع إثبات نية البيع وتحقيق الربح على من يدعي تجارية الشراء، وذلك بكافة طرق الإثبات بما في ذلك البيئة والقرائن، لا سيما إذا وقع الشراء من تاجر، كما قد تكون ظروف الشراء على وجه الخصوص شاهدا على وجود نية إعادة البيع بقصد الربح، كأن تكون الكميات المشتراة لا تتناسب البتة مع الاستهلاك الشخصي للمشتري<sup>4</sup>.

وقد استقر الفقه في كل من فرنسا ومصر على أن الشراء بقصد البيع لا يكتسب الصفة التجارية، إلا إذا كان القصد من ورائه المضاربة وجني الربح، ويستوي في ذلك تحقيق الشخص الربح فعلا، أو عدم تحقيقه ذلك، فقد يرجع سبب عدم تحقيق الربح للوقت غير المناسب لبيع السلعة، أو سعي التاجر للقضاء على منافسيه من خلال إغراق السوق بالسلع ولو كان ذلك على حساب تحقيق الربح<sup>5</sup>.

المضاربة العقارية في شكل مشروع منظم ومستمر، لذلك لا يعتبر عملا تجاريا شراء شخص لعقار من أجل إعادة بيعه مرة واحدة، بل يعد ذلك من صميم الأعمال المدنية حسب المشرع اللبناني.

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 68، وأنظر أيضا الأثر لعبيدي، المرجع السابق، ص 36، وأنظر أيضا جلال وفاء البدري محمد، المرجع السابق، ص 50.

<sup>2</sup> أنظر محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 72.

<sup>3</sup> أنظر نادية فضيل، المرجع السابق، ص 70.

<sup>4</sup> أنظر محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 75.

<sup>5</sup> أنظر نادية فضيل، المرجع السابق، ص 70.

والشرط الخاص بقصد الربح يؤدي إلى استبعاد بعض الأعمال من نطاق القانون التجاري واحتفاظها بالطابع المدني، كما هو الحال في شراء الجمعيات التعاونية، أو النقابات المهنية للبضائع وبيعها لأعضائها دون ربح، أو بزيادة قليلة عن سعر التكلفة، ذلك أن قصد الجمعيات من بيع البضائع ليس تحقيق الربح، بل توفير حاجات أعضائها من السلع<sup>1</sup>، لكن تتخذ هذه العمليات التي تقوم بها هذه الجمعيات والنقابات الصفة التجارية إذا لن تقتصر على بيع السلع لأعضائها، وإنما تتعداه لغير أعضائها بسعر السوق بغية تحقيق الربح<sup>2</sup>.

وعليه فإنه وفقا للمشرع الجزائري كل شراء وارد على عقار أو على منقول يكون الغرض منه إعادة بيعه لتحقيق ربح، يمثل عملا تجاريا حتى ولو وقع من الشخص لمرة واحدة.

### ثانيا: أعمال الصرف والبنوك

نص المشرع الجزائري على تجارية العمليات المصرفية بحكم ماهيتها الذاتية في المطة 13 من المادة 02 من القانون التجاري الجزائري التي نصت على ما يلي: "... يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه كل عملية مصرفية أو عملية صرف أو سمسرة أو خاصة بالعمولة".

في حين نصت المطة 14 من نفس المادة على ما يلي: "... كل عملية توسط لشراء وبيع العقارات أو المحلات التجارية والقيم العقارية".

وعليه ووفقا للمشرع الجزائري فإن عمليات البنوك وعمليات الصرف تعد من الأعمال ذات الطابع التجاري، ويقصد بالصرف (Exchange) مبادلة النقود بالنقود، كاستبدال النقود الوطنية بالنقود الأجنبية (الدينار الجزائري بالدولار الأمريكي مثلا)، أو العكس النقود الأجنبية بالنقود الوطنية (عملة الأورو بالدينار الجزائري)، أو النقود الأجنبية بالنقود الأجنبية (الدولار الأمريكي بالليرة اللبنانية).

والصرف نوعان، إما صرف يدوي أو محلي (مقبوض)، والذي يتم في نفس المكان عن طريق التسليم، أو ما يصطلح عليه المناولة اليدوية، كما هو منتشر في بعض الدول العربية من مكاتب للصرف، أو السوق السوداء لدينا في الجزائر، وإما صرف مسحوب، والذي لا يتم في المكان الذي طلب فيه الصرف، وإنما في مكان آخر بواسطة عملية تسمى بـ(السحب)، وهذا النوع من الصرف يلجأ إليه الأشخاص لتجنب حمل النقود خلال السفر خشية مخاطر الطريق فيتم تسليم مبلغ بعملة وطنية إلى مؤسسة مصرفية على أن يستلم المسافر ما يقابلها من عملة الدولة التي تم السفر إليها من إحدى فروع المؤسسة المصرفية أو عمليلها في هذه الدولة، حيث يتم ذلك عن طريق حوالة أو شيك، وذلك مقابل عمولة يدفعها الزبون، وهو ما يفسر اصطلاح على هذا النوع من الصرف "بالصرف المسحوب"<sup>3</sup>.

يقوم بعملية الصرف بنوعيه كل من البنوك والصارفة المحترفون، فيجئون من وراء ذلك ربحا يتمثل في الفرق بين ثمن شراء النقود و ثمن بيعها، ويظهر ذلك من خلال ما يتقاضونه من عمولة عن كل عملية صرف يقومون بها،

<sup>1</sup> أنظر فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 53.

<sup>2</sup> حنان عبد العزيز مخلوف، مبادئ القانون التجاري (الأعمال التجارية وشركات الأشخاص)، دون طبعة، دون دار نشر، مصر، 2011، ص 81.

<sup>3</sup> أنظر أكرم يا ملكي، المرجع السابق، ص 53.

لذلك فإن كل عملية صرف تعد عملاً تجارياً من منظور المشرع الجزائري حتى ولو وقعت من شخص غير تاجر، لكنها تفقد صفة التجارية وتحتفظ بصفتها المدنية متى تمت ودياً بين صديقين من دولتين مختلفتين<sup>1</sup>.

أما **العمليات المصرفية**<sup>2</sup> فيقصد بها الأعمال التي تقوم بها البنوك والتي تقدمها لعملائها في شكل خدمات مصرفية مقابل أجر أو عمولة، على كثرتها وتنوعها سواءً تعلق الأمر (بفتح حسابات جارية، أو إصدار الأوراق المالية وتوسط بين الجمهور الذي يكتسب في الأسهم والسندات، أو تأجير الخزائن الحديدية ومنح القروض واستلام أموال الجمهور لقاء فائدة بسيطة أو دون فائدة، وتسيير وسائل الدفع المصرفي... الخ)، حيث تعد هذه العمليات من الأعمال التجارية بحسب موضوعها بالنسبة للبنك ولو وقعت منفردة حسب المشرع الجزائري، على اعتبار أن البنوك تهدف من وراء هذه العمليات إلى تحقيق الربح، أما بالنسبة للعميل فإن العمل بالنسبة له مدني، إلا إذا صدر من تاجر لمصلحة تجارته حينها يعتبر العمل تجاري بالتبعية<sup>3</sup>.

### ثالثاً: أعمال السمسرة والوكالة بعمولة

تعتبر السمسرة\* عقد يقوم بمقتضاه شخص بالوساطة بين شخصين، من خلال تقريب وجهات نظرهما من أجل إبرام عقد ما، مقابل أجر يحدد عادة بنسبة مئوية من الصفقة، وتسمى عملياً بالوساطة أو الدلالة التجارية، حيث يطلب شخص من شخص آخر التوسط بينه وبين شخص آخر لعقد صفقة أو إتمام عمل، فإذا اتفق الطرفان خرج الوسيط أو السمسار، إذ لا يحق له أن يبرم عقداً أو يوقع نيابة عن أي منهما، على أن يأخذ أجراً مقابل ذلك التوسط<sup>4</sup>.

ورغم ما أثير من خلاف فقهي حول تجارية عمل السمسار من عدمه، حيث ظهر في هذا الصدد موقفين<sup>5</sup>:

<sup>1</sup> أنظر نادية فضيل، المرجع السابق، ص 73.

<sup>2</sup> عدّدت المادة 68 من القانون النقدي والمصرفي الجزائري العمليات المصرفية بنصها: "تتضمن العمليات المصرفية تلقي أموال من الجمهور وعمليات الفرض، والعمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية، وكذا وضع جميع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن وإدارة هذه الوسائل". (القانون 09-23 المؤرخ في 03 ذي الحجة عام 1444 هـ الموافق لـ 21 يونيو سنة 2023م، المتضمن القانون النقدي والمصرفي، ج ر عدد 43 المؤرخة في 09 ذي الحجة عام 1444 هـ الموافق لـ 27 يونيو سنة 2023م).

<sup>3</sup> أنظر نادية فضيل، المرجع السابق، ص 71.

\* تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يُعرّف ولم ينظم عقد السمسرة كعقد تجاري ضمن باب العقود التجارية، لذلك فهو من العقود غير المسماة، وبالتالي يخضع في تكوينه وما يترتب عنه من آثار للقواعد العامة للعقد، إلا أنه تطرق لهذا العقد كعمل تجاري حسب الموضوع في المادة 02 فقرة 13 من القانون التجاري، كما أورد لفظ الوساطة بمعنى السمسرة في العديد من النصوص، لا سيما المرسوم التنفيذي 09-18 المتعلق بممارسة مهنة الوكيل العقاري وذلك في المادة 03 منه، والتي نصت على ما يلي: "تدخل في إطار مهنة الوكيل العقاري جميع النشاطات والخدمات التالية: - الوساطة في البحث عن شراء أو إيجار أو مبادلة أملاك عقارية أو محلات تجارية والمفاوضة فيها وإبرام عقود بشأنها. - الوساطة العقارية."، الأمر الذي يفهم منه أن عمل السمسرة في المجال العقاري يدخل ضمن أحكام هذه المادة، وهذا على خلاف المشرع الأردني الذي نظم أحكام عقد السمسرة في المواد (من 99 إلى 105) من قانون التجارة الأردني، حيث عرفته المادة 99 منه بنصها: "عقد يلتزم به فريق يدعى السمسار لأن يرشد الفريق الآخر إلى فرصة لعقد اتفاق ما أو أن يكون وسيطاً له في مفاوضات التعاقد وذلك مقابل أجر."، والمشرع المصري الذي تناول ذات العقد في المواد (من 192 إلى 207 من قانون التجارة المصري)، حيث عرفته المادة 192 منه بنصها: "عقد يتعهد بمقتضاه السمسار لشخص بالبحث عن طرف ثان لإبرام عقد معين والتوسط في إبرامه."

<sup>4</sup> أنظر الشريف عليان وآخرون، المرجع السابق، ص 35.

<sup>5</sup> أنظر نادية فضيل، المرجع السابق، ص 72.

**الأول:** يعتبر عمل السمسار تجاريا إذا تعلق بأمور تجارته، بينما يعد مدنيا إذا كان العمل مدني، كالخطبة في الزواج، على اعتبار السمسرة في المسائل المدنية تعتبر صورة من صور الوكالة العادية، هذا الرأي انتقد على أساس أنه لا يمكن اعتبار السمسرة من صور الوكالة العادية، كون السمسار لا يظهر في العقد الذي يتوسط في إنجائه لا بصفته أصيلا ولا بصفته وكيلًا.

**الثاني:** يرى أن عمل السمسار إذا تم **بصفة منفردة** فإنه لا يعتبر تجاريا، إلا إذا تعلق بعمل من طبيعة تجارية، أما إذا تمت السمسرة **على وجه الاحتراف**، فإن عمل السمسار يعد عملا تجاريا حتى ولو تعلق بأعمال من طبيعة مدنية. إلا أنه بالرجوع إلى المشرع الجزائري نجد أن نص (المادة 02 في فقرتها 14 ق ت ج) جاء صريحا حين اعتبر عمل السمسار عملا تجاريا حتى ولو وقع لمرة واحدة، وبغض النظر عن طبيعة الصفقة، سواء كانت مدنية أو تجارية، وذلك على خلاف بعض التشريعات\* التي تشترط لاعتبار السمسرة من الأعمال التجارية أن تباشر على وجه المقاول أو المشروع.

أما بالنسبة للأطراف المتعاقدة فإن الأمر يتوقف على طبيعة التعاقد الذي يقومون به، وعلى صفتهم هل هم تجار أم لا، فتعتبر السمسرة عملا تجاريا بالنسبة للعميل إذا كان تاجرا وذلك بالتبعية لصفته، أو إذا كان موضوع السمسرة تجاريا، كالشراء لأجل البيع، ودون ذلك فإن السمسرة تعد من الأعمال المدنية بالنسبة للعميل، ومثال ذلك تكليف شخص لأحد السماسرة ببيع ما آل إليه من أشياء بسبب الميراث، في هذه الحالة تعتبر السمسرة عملا مدنيا بالنسبة للعميل، الأمر الذي يفتح المجال أمام نظرية الأعمال التجارية المختلطة التي سنتناولها لاحقا<sup>1</sup>.

**أما الوكالة بعمولة\*** فيقصد بها "التوسط بين المتعاملين لإبرام العقود والصفقات"، بحيث يقوم "الوكيل بعمولة" بإبرام هذه التصرفات باسمه الخاص وحساب موكله، وذلك مقابل أجر أو نسبة مئوية من الصفقة، فيصبح الوكيل مدنيا بما ينشأ من التزامات في مواجهة المتعاقد معه، ومن أمثلة الوكالة بعمولة (عقد الوكالة بعمولة لنقل البضائع طبقا لنص المادة 37 من القانون التجاري، والذي يلتزم فيه الوكيل بعمولة بالتعاقد مع ناقل أو أكثر باسمه الشخصي لتنفيذ عملية النقل لحساب الموكل، وكذا عقد الوكالة بعمولة لنقل الأشخاص، كما هو الحال في عقود الوكالة بعمولة للنقل الجوي التي تبرمها الخطوط الجوية (الموكل) مع وكالات السفر والسياحة (الوكيل) بالنظر لكثرة المسافرين).

\* من هذه التشريعات نذكر كل من التشريع الأردني والعراقي، اللذين يشترطان من أجل اصباح الصفة التجارية على السمسرة أن تتم على وجه التكرار والاعتياد، وكذلك الحال بالنسبة للوكالة بعمولة، وهذا ما يتفق مع ما تذهب إليه نظرية الحرفة في العمل التجاري.

<sup>1</sup> أنظر جلال وفاء البدري محمددين، المرجع السابق، ص 62.

\* تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يُعرّف عقد الوكالة بعمولة، بينما عرّف عقد الوكالة التجارية في المادة 34 من القانون التجاري الجزائري، حيث تعتبر الوكالة بعمولة أحد صور الوكالة التجارية، لكن مع اختلاف وحيد، وهو أن "الوكيل بعمولة يتعاقد باسمه الشخصي وحساب موكله، في حين يتعاقد الوكيل التجاري باسم موكله وحساب موكله.

وعليه فإن المشرع الجزائري من خلال (المادة 13/2) يعتبر الوكالة بعمولة عملا تجاريا بحسب موضوعه ولو وقع لمرة واحدة، ومهما كانت طبيعة الصفقة تجارية أو مدنية، كون هذا النوع من الوكالة يساعد على تداول الأموال والبضائع، أما الموكل فإن عمله قد يكون مدنيا أو تجاريا تبعا لطبيعة عمله الأصلي هل هو مدني أم تجاري. وذلك على خلاف الوكالة العادية التي نظم المشرع أحكامها في المواد (من 571 إلى 589 من القانون المدني الجزائري)، والتي يُبرم فيها الوكيل العادي العقد باسم موكله ولحساب موكله، لذلك يعد عمله تبرعيا كونه لا يتقاضى عليه في الأصل أي مقابل، فينصرف ما ينشأ عن العقد من حقوق والتزامات إلى الموكل وليس إلى الوكيل، الأمر الذي يحفظ لهذا النوع من الوكالة طابعه المدني، وذلك لانتفاء عنصر المضاربة، حتى ولو تم الاتفاق بين الوكيل والموكل على أجر للوكالة طبقا لنص المادة 581 من القانون المدني<sup>1</sup>.

#### رابعاً: عمليات التوسط لشراء وبيع العقارات أو المحلات التجارية والقيم العقارية

اعتبر المشرع الجزائري في المادة 02 فقرة 14 من القانون التجاري عمليات التوسط لشراء وبيع العقارات والمحلات التجارية والأصول العقارية من الأعمال التجارية بحسب الموضوع، متى كان الغرض منها تحقيق الربح، وهي أعمال شبيهة بعملية السمسرة، من خلال التوسط لشراء أو بيع العقارات أو المحلات التجارية، أمّا القيم العقارية (Real Estate Financing) الواردة في ذات المادة، فإن المقصود بها توفير التمويل لشراء أو تطوير العقارات، من خلال ما تمنحه البنوك والمؤسسات المالية للأفراد والشركات من قروض عقارية من أجل شراء المنازل أو المباني التجارية أو الأراضي، فضلا عن تمويل مشاريع التطوير العقاري، من خلال تطوير المشاريع العقارية الكبيرة، كالمجمعات السكنية والمراكز التجارية والفنادق، هذا التمويل قد يأخذ شكل قروض أو استثمارات، وقد يكون في شكل أسهم في شركات عقارية.

وقد أضاف المرسوم التشريعي 93-203<sup>2</sup> المتعلق بالنشاط العقاري في هذا الصدد جملة من الأعمال أصبغ عليها صفة الأعمال التجارية بحسب الموضوع إلى جانب تلك المذكورة في المادة 02 من الأمر 75-59 المتضمن القانون التجاري، وذلك في الماد 04 منه التي نصت على أنه: "فضلا عن الأحكام التي نصت عليها في هذا المجال المادة 02 من الأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون التجاري المذكور أعلاه، تعد أعمالا تجارية بحكم غرضها الأعمال الآتية:

- كل نشاطات الاقتناء والتهيئة لأوعية عقارية قصد بيعها أو تأجيرها.
- كل النشاطات التوسيطية في الميدان العقاري، لا سيما بيع الأملاك العقارية أو تأجيرها.
- كل نشاطات الإدارة والتسيير العقاري لحساب الغير.

<sup>1</sup> تنص المادة 581 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنا من حالة الوكيل. فإذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعا لتقدير القاضي إلا إذا دفع طوعا بعد تنفيذ الوكالة."

<sup>2</sup> المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 07 رمضان عام 1413 هـ الموافق لـ 01 مارس سنة 1993م، المتعلق بالنشاط العقاري، ج ر عدد 14، المؤرخة في 09 رمضان عام 1413 الموافق لـ 03 مارس سنة 1993م.

ليتم من خلال نص المادة أعلاه تسجيل الملاحظات الآتية<sup>1</sup>:

- أن المادة 04 من المرسوم التشريعي 93-03 أعلاه لم تكتف بإسباغ الصفة التجارية على بيع العقار وتأجييره فحسب كما هو الحال في المادة 02 من القانون التجاري، بل توسعت في إضفاء هذه الصفة على كل نشاط متعلق بالاقتناء والتهيئة العقارية لقصد تأجير العقار أو بيعه، وكذا الوساطة كتجسيد لعملية مسمرة، لا سيما ما تعلق بتأجير ملكية عقار أو بيعه.

- أن الفقرة 03 من المادة 04 تعتبر من صميم الأعمال التجارية كل نشاط إداري أو تسيير لعقار لفائدة الغير، رغم أن الشخص الذي يقوم بمثل هذا النشاط لا يجسد المضاربة وتحقيق الربح كمييار لتحديد تجارية العمل من عدمه، كونه لا يتقاضى مقابل ذلك سوى أجر.

- أن المشرع استعمل مصطلح "الأعمال التجارية بحسب الموضوع" في الأمر 75-59، في حين استعمل مصطلح "الأعمال التجارية بحكم الغرض" في المرسوم التشريعي 93-09 المعدل للقانون التجاري، دون تحديد للفرق بين المصطلحين، مما يوحي أن لهما مفهوما واحدا.

#### خامسا: الأعمال التجارية البحرية

أضاف الأمر 96-27 المعدل والمتمم للقانون التجاري أعمالا تجارية أخرى إلى جانب ما تضمنته المادة 02 من الأمر 75-59 المتضمن القانون التجاري قبل التعديل، ويتعلق الأمر بالأعمال التجارية البحرية، لذلك فإنه وطبقا لنص (المادة 2 الفقرات من 16-20 ق ت ج)، تعد الأعمال المتعلقة بالتجارة البحرية أعمالا تجارية بحسب موضوعها، وقد جاء التعداد على سبيل المثال لا الحصر، لذلك يمكن القول أنه إذا تعلق موضوع العمل بالتجارة البحرية وكان الغرض منه المضاربة وتحقيق الربح، فإن العمل تجاري، وتتمثل هذه الأعمال في الآتي:

**1- كل شراء وبيع لعنادر أو مؤن السفن:** ويتجسد ذلك فيما تحتاجه السفينة من تجهيز من أجل اعدادها للاستغلال البحري من مؤن ووقود وما يلزم من أدوات لملاحتها، فكل شراء وبيع لذلك يُعد حسب المشرع التجاري الجزائري وطبقا لنص المادة 02 الفقرة 16 منه عملا تجاريا بحسب الموضوع، أما إذا تعلق الأمر بشراء سفن نزهة أو تدريب، فإن العمل مدني لانتهاء عنصر المضاربة.

**2- كل تأجير أو اقتراض أو قرض بحري بالمغامرة:** نصت على تجارية ذلك بحسب الموضوع الفقرة 17 من المادة 02 من القانون التجاري، ويقصد بالتأجير هنا وضع السفينة تحت تصرف المستأجر لفترة معلومة مقابل أجرة معلومة، إما بقصد نقل البضائع أو الأشخاص، أما المقصود بالقرض أو الاقتراض بالمغامرة فعقد يتم بين مجهزة السفينة والمقرض الذي يمنح مبلغا من المال من أجل تجهيز السفينة أو شراء بضاعة وإيصالها إلى أحد الموانئ، وتجدر الإشارة إلى أن المقرض يتحمل مخاطر السفينة إلى جانب تجهيزها، الأمر الذي يجعل هذا النوع من العقود عقدا احتماليا يتوقف على سلامة السفينة خلال الرحلة، حيث يستوفي المقرض مبلغ القرض مع فائدة معتبرة أي عالية جدا، لذلك

<sup>1</sup> أنظر نادبة فضيل، المرجع السابق، ص 74.

سمي هذا النوع من القرض "بقرض المخاطر الجسيمة" الذي عرفه الاغريق تشجيعا لأصحاب رؤوس الأموال وحثهم على تقديم أموالهم في التجارة البحرية.

**3- كل عقود التأمين والعقود الأخرى المتعلقة بالتجارة البحرية:** عرّف المشرع الجزائري عقد التأمين البحري في القانون 95-107<sup>1</sup> المتعلق بالتأمين وبالضبط في المادة 92 منه بنصها: "تطبيق أحكام هذا الباب على أي عقد تأمين يهدف إلى ضمان الأخطار المتعلقة بأية عملية نقل بحرية"<sup>2</sup>، لذلك يمكن تعريف التأمين البحري بأنه: "عقد يتعهد بموجبه شخص يسمى "المؤمن" في مواجهة آخر يسمى "المؤمن له"، مقابل مبلغ معين يسمى "القسط" بأن يعرض الأضرار التي تصيب ذمة "المؤمن له" نتيجة تحقق خطر من الأخطار البحرية."<sup>3</sup>، وعليه فإن عقد التأمين البحري يهدف إلى ضمان الأخطار المتعلقة بأية عملية نقل بحري، دون الأخطار المرتبطة بملاحة النزهة التي تبقى خاضعة لأحكام الباب المتعلق بالتأمينات البرية، بمعنى آخر حتى يكون التأمين تأمينا بحريا لا بد أن يكون محله ضمان أخطار متعلقة بالملاحة البحرية، الأمر الذي يكشف عن الدور المهم والأساسي لهذا النوع من التأمينات بالنظر إلى ما يقدمه من ضمانات لأصحاب السفن والبضائع المنقولة بحرا وتشجيعهم على استثمار أموالهم في هذا المجال، ويشمل التأمين البحري، التأمين على البضائع وأموال الشحن والتأمين على المسؤولية\*، وحتى التأمين على هيكل السفينة، بالإضافة إلى صور أخرى أوجبتها الضرورة والممارسة البحرية، كالتأمين على أجرة النقل والتأمين على الديون كتأمينات مرتبطة بالسفينة، ووفقا للمشرع الجزائري وطبقا للمادة 02 من القانون التجاري، فإن عقود التأمين، وكذا كل العقود الأخرى المتعلقة بالتجارة البحرية، لا سيما عقد الضمان البحري، أو عقد النقل البحري كلها تُعد عملا تجاريا بحسب موضوعه.

**4- كل الاتفاقيات والاتفاقات المتعلقة بأجور الطاقم وإيجارهم:** يلتزم بجهاز السفينة بدفع أجرة طاقم السفينة نظير ما يقدمه هذا الطاقم من خدمات على متنها، وذلك استنادا لما جاء في العقد وما تم الاتفاق عليه، وقد تكون هذه الأجرة نظير خدمة يوم أو أسبوع أو شهر، كما قد تكون بالرحلة أو بنسبة معلومة من أرباح الرحلة، واستنادا لنص المادة 02 من القانون التجاري، فإن هذا الاتفاق بين جهاز السفينة وطاقمها والمنصب على أجر طاقم السفينة يعد من الأعمال التجارية بحسب موضوعها، وكذلك الحال بالنسبة لتأجير الطاقم لسفينة أخرى، سواء كان ذلك في

<sup>1</sup> القانون 95-07 المؤرخ في 23 شعبان عام 1415 هـ الموافق لـ 25 يناير سنة 1995، المتعلق بالتأمينات، المعدل والمتمم بالقانون 06-04 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 هـ الموافق لـ 20 فبراير سنة 2006م، ج ر عدد 15، المؤرخة في 12 صفر عام 1427 هـ الموافق لـ 12 مارس سنة 2006.

<sup>2</sup> أنظر المادة 92 من القانون 95-07 المتعلق بالتأمينات سالف الذكر.

<sup>3</sup> أنظر نادية فضيل، المرجع السابق، ص 77.

\* يهدف التأمين على مسؤولية مالك السفينة إلى تحمل "المؤمن" مسؤولية التعويض عن الأضرار المادية والجسمانية التي تلحقها السفينة بالغير أو التي تنتج جراء استغلالها، ويدخل في هذا المفهوم أي نوع من أنواع الأضرار المادية والجسمانية التي تصيب ممتلكات الغير أو تصيب الأشخاص الخارجين عن الرحلة البحرية، ويعتبر عقد التأمين على المسؤولية عقد منفصل في ذاته عن باقي عقود التأمين الأخرى كعقد التأمين على البضائع المشحونة وعقد التأمين على هيكل السفينة بالرغم من إشارة المادة 145 إلى المادة 132 من الأمر 07/95 والتي تتعلق بالتأمين على الأضرار التي تسببها السفينة للغير بسبب الاصطدام بموجب عقد التأمين على هيكل السفينة، كما تجدر الإشارة إلى أن تأمين مالك السفينة على مسؤوليته لا يُعفي الناقل البحري من إبرام عقد تأمين على مسؤوليته، طبعاً هذا في حال كان الناقل البحري غير مالك السفينة.

موانئ الدولة الواحدة، أو خارجها، فكلها اتفاقات تشكل عملا تجاريا بحسب موضوعه من منظور المشرع التجاري الجزائري.

**5- كل الرحلات البحرية:** مما لا شك فيه أن الاستغلال البحري هو الهدف الأساسي من استخدام السفينة بوصفها الأداة الرئيسية للملاحة البحرية، حيث تختلف طرق هذا الاستغلال، فقد يقوم مالك السفينة باستعمالها في نقل بضائع مملوكة له، وقد يقوم بتأجيرها للغير كوسيلة تؤمن لشخص المستأجر استغلال منقول باهض الثمن لا يستطيع تحمل نفقات بنائه أو شرائه، فيقوم باستئجار السفينة لوقت محدد أو لرحلة محددة، أو عدة رحلات مقابل أجرة يدفعها لصاحب هذه السفينة، وعليه فإنه في كل الأحوال ومهما كانت صورة هذا الاستغلال فإن ذلك يتم في شكل رحلات بحرية يصفها المشرع التجاري الجزائري على تعددها وتنوعها من الأعمال التجارية بحسب موضوعها طبقا لنص المادة 02 منه في فقرتها 20، كونها تهدف إلى المضاربة وتحقيق الربح.

### الفرع الثاني: الأعمال التجارية على وجه المقابلة

لم تكنفي المادة 02 من القانون التجاري بإضفاء الصفة التجارية على الأعمال المنفردة التي اعتبرها المشرع أعمالا تجارية حتى ولو بوشرت مرة واحدة، وبصرف النظر عن صفة القائم بها، بل نص في عديد الفقرات من ذات المادة على أعمال تعد تجارية متى مورست بطريق الاحتراف، بمفهوم المخالفة ووفقا للمشرع التجاري الجزائري، أن هناك من الأعمال لا تعد تجارية ولا تخضع لأحكام القانون التجاري إذا ما زاوها الشخص لمرة واحدة أو بصفة عرضية، حتى وإن كان الهدف منها تحقيق الربح، بل يشترط المشرع لاعتبارها تجارية أن يزاوها الشخص بطريق المقابلة التجارية أو المشروع، التي يعتبر فيها عنصر المضاربة شرطا قائما بذاته من أجل تمييز التاجر عن الحرفي.

وقد سبق التطرق للمقصود بالمقابلة (المشروع) وقلنا إنها التكرار المهني للأعمال استنادا إلى تنظيم مادي وبشري سابق يكفل استمرار هذه الأعمال ودوامها، لذلك فإن "التنظيم السابق للأعمال" و"التكرار بصفة مستمرة لهذه الأعمال"، مع "قصد تحقيق الربح"، يجعل منها تجارية بحسب المقابلة (مقابلة تجارية).

وتجدر الإشارة إلى أن من هذه المقاولات ما جاء ذكره في المادة 02 من الأمر 75-59 المتضمن القانون التجاري قبل التعديل، وهناك ما جاء ذكره في الأمر 96-27 المعدل والمتمم للقانون التجاري، وسوف نتناول ذلك كما يلي:

### **أولا: المقاولات التجارية وفقا للأمر 75-59 قبل التعديل**

ذكرت المادة 02 من الأمر 75-59 المتضمن القانون التجاري بعد تعديل 1996 عشرة أعمال تعتبر تجارية متى تمت على وجه المقابلة، كونها ترمي إلى المضاربة وتحقيق الربح، ويتعلق الأمر بما يلي:

**1- مقابلة تأجير المنقولات أو العقارات:** ويتجسد تأجير المنقولات مثلا في تأجير السيارات أو الدراجات، أو لوازم الأعراس وغيرها، أما تأجير العقارات فيتجسد مثلا، في تأجير المنازل لأغراض الطب كالمستشفيات الخاصة، أو لأغراض التعليم كالمدارس الخاصة، أو تأجير الشقق وغرف الفنادق... الخ.

**2- كل مقابلة للإنتاج أو التحويل أو الإصلاح:** ويمكن تصور ذلك في إنتاج مواد أولية، أو تحويلها بصورة كلية أو جزئية إلى شكل معين، كصناعة السكر من القصب، أو استخراج الزيت من الزيتون، أو إصلاحها حتى تصبح جاهزة

للتسويق، كصناعة الصباغة، وكلها أعمال تدخل في إطار المقاولات الصناعة، وأساس تجارية مقاولات الصناعة أن الصانع يقوم بدور الوساطة بين عمل العمال وجمهور المستهلكين، بالإضافة إلى توافر قصد المضاربة على عمل العمال وتحقيق الربح من وراء ذلك، ويشترط أن يقوم الصانع بعمله على وجه المقاول، وذلك بأن يحترف القيام بهذا العمل على وجه التكرار مع اتخاذ الوسائل التنظيمية الخاصة بالمشروع عند مزاولته<sup>1</sup>، ويستوي في ذلك شراء المشروع للمواد الأولية المراد تحويلها، أو أن تكون ملكا له، أو تقدم له من الغير، لكن إذا كان الشخص يمارس عملية الإنتاج، أو التحويل أو الإصلاح في نطاق محدود، كأن يقوم بالعمل بنفسه، أو بمعاونة عدد محدود من الصبية أو العمال ولا يضارب على عمل الغير، فإن عمله من قبيل بيع المهارة الشخصية، وبالتالي فهو من أصحاب الحرف الذين لا يدخل عملهم في إطار المقاول<sup>2</sup>، ومن أمثلة الحرفيين (النجار والحائك، وصانع الأحذية...)، أما إذا قام الحرفي بشراء المواد الأولية وبيعها للغير على حالتها أو بعد تحويلها أو صناعتها، فإن عمله يكتسب الصفة التجارية لا على أساس مقاول الصناعة<sup>3</sup>، بل على أساس الشراء من أجل إعادة البيع طبقا لنص المادة 02 في مظهرها الأولى والثانية من القانون التجاري الجزائري، ومثال ذلك شراء الحائك للأقمشة من أجل بيعها لزيائته على حالها أو بعد حياكتها، أما إذا اقترنت الصناعة بالعمليات الزراعية، كون هذه الأخيرة لا تجعل عمل صاحبها من الأعمال التجارية، بل تعتبر من صميم الأعمال المدنية على اعتبار المزارع يبيع انتاجه ولا يهدف إلى المضاربة، فإن ما يثير اشكالا في هذه المسألة عندما يقوم المزارع بصناعة ما تنتجه الأرض من محاصيل، في هذه الحالة تطبق قاعدة "الفرع يتبع الأصل"، فنفرق بين فرضين: الأول: إذا كانت صناعة هذه المنتجات ثانوية مقارنة بالعمليات الزراعية التي تعد الأصل، فإن العمل يُعد مدنيا، الثاني: إذا كانت الصناعة تشكل النشاط الرئيسي، والزراعة تشكل النشاط الثانوي، فإن العمل تجاري.

**3- كل مقاول للبناء أو الحفر أو لتمهيد الأرض:** وتشمل هذه المقاول، مقاول ترميم المباني ورصف الطرق وإقامة الجسور، وإنشاء الأنفاق والمطارات، وذلك متى توافرت الشروط اللازمة لاعتبار المقاول تجاري (تعهد بتوريد ما يلزم لذلك من آلات ومواد أولية، وتوريد للعمال، مما يجعل منه وسيط يضارب على بضائعه، أو عمل عماله، وإلا اعتبر عمله مدني، كأن يقتصر دوره على وضع الرسوم والتصميمات (مهندس)، أو الإشراف على التنفيذ (وكيل عن رب العمل))، (وأن يقوم بهذا العمل على وجه الاحتراف).

**4- كل مقاول للتوريد أو الخدمات:** ذلك أن عقد توريد البضائع يلزم المتعهد بتسليم متتابع لكميات من السلع خلال فترات منتظمة، كتوريد الأغذية للمستشفيات والمدارس، أو توريد المياه والكهرباء والغاز... الخ، وكذلك الحال بالنسبة لمقاول تقديم الخدمات، كاستغلال الفنادق والنوادي التي تقدم خدمات للراحة والتسليّة لمن يرتادها نظير مبلغ معين، لذلك فإن التوريد وطبقا لنص المادة 02 في فقرتها 06 من القانون التجاري، يعتبر عملا تجاريا متى تم في شكل مقاول، أي بشكل متكرر وعلى وجه الاحتراف وبشكل منتظم ومستمر، ويستوي في ذلك أن يقوم المتعهد

<sup>1</sup> أنظر جلال وفاء البدري محمد، المرجع السابق، ص 71.

<sup>2</sup> أنظر نادية فضيل، المرجع السابق، ص 82، أنظر أيضا جلال وفاء البدري محمد، المرجع السابق، ص 71.

<sup>3</sup> جلال وفاء البدري محمد، المرجع نفسه، ص 72.

بالتوريد بشراء البضائع ، أو أن تكون من إنتاجه، خاصة وأن عملية التوريد لا تقتصر على البيع فحسب، بل تتضمن المضاربة وتعريض المورد لتقلبات الأسعار، وهو ما يؤيده الرأي الراجح من الفقه<sup>1</sup>.

**5- كل مقاوله لاستغلال المناجم أو المناجم السطحية أو مقالع الحجارة أو منتوجات الأرض الأخرى:** على غرار المشرع الفرنسي الذي أسبغ الصفة التجارية على أعمال المناجم، يعتبر المشرع الجزائري جميع مقاولات استغلال المناجم السطحية، أو مقالع الأحجار، من استغلال للعيون المعدنية وتعبئتها في زجاجات لبيعها، واستخراج لمختلف أنواع الأحجار لاستعمالها في الكثير من الصناعات، يعتبرها من صميم الأعمال التجارية، كونها تهدف للمضاربة قصد تحقيق الربح.

**6- كل مقاوله لاستغلال النقل أو الانتقال:** إذا كان المقصود بالنقل، نقل البضائع والحيوانات، فإن المقصود بالانتقال، انتقال الإنسان بوسائل النقل على اختلاف أنواعها (البرية عن طريق السيارات والسكك الحديدية)، و(النقل في المياه الداخلية كالأنهار والبحيرات)، وكذا (النقل الجوي عن طريق الطائرات)، فضلا عن (النقل البحري عن طريق السفن)، سواء كان هذا الانتقال داخليا أو وطنيا، وعليه ووفقا للمشرع التجاري فإن النقل يُعد من قبيل الأعمال التجارية، متى تم على سبيل المقاوله، بغض النظر عن الشخص القائم به، فردا كان أو شركة تابعة للقطاع العام أو الخاص.

**7- مقاوله استغلال الملاهي العمومية أو الإنتاج الفكري:** تنص المادة 02 من القانون التجاري في مطتها التاسعة على ما يلي: "يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه... كل مقاوله لاستغلال الملاهي العمومية أو الإنتاج الفكري..."، ويقصد بالملاهي العمومية تلك التي تفتح أبوابها للجمهور للحصول على التسلية واللهو والترفيه نظير أجر، كدور السينما والمسارح ونوادي القمار وصلالات الرقص والسيرك والموسيقى وأندية سباق الخيل وغيرها، أما المقصود بالإنتاج الفكري فهو كل ما ينسب للشخص من تأليف واختراع وبرامج، وعلامات تجارية، وغيرها من الانتاجات، وتعتبر هذه الأعمال تجارية على وجه المقاوله، بمعنى آخر أنها تكتسب الصفة التجارية من احترام القائم بها وليس من طبيعتها، لذلك يشترط لاعتبارها تجارية (أن تتم على وجه المقاوله)، أي أن تمارس على وجه الاحتراف، لذلك إذا قام مطرب، أو مجموعة من المطربين بإحياء حفلة غنائية مقابل أجر فإن عملهم لا يعتبر تجاريا حتى ولو كان الربح كبيرا وذلك لعدم توافر عنصر الاحتراف، الشرط الثاني (أن تكون بقصد المضاربة وتحقيق الربح)، لذلك فالملاهي العمومية التي تفتح أبوابها للجمهور بدون أجر لا تعتبر تجارية كتقديم بعض المسارح أو دور الغناء عروض مجانية للترفيه عن الشعب، أو ما تقدمه بعض فرق الغناء أو التمثيل في المدارس أو الجامعات من حفلات ترفيهية مجانية للطلاب، أما استغلال الإنتاج الفكر فيكتسب الصفة التجارية متى تم على سبيل المشروع، كقيام صاحب دار نشر بشراء حقوق المؤلف في إنتاجه الأدبي أو الفني أو العلمي من أجل نشره وبيعه وتحقيق ربح من وراء ذلك<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 84.

<sup>2</sup> أنظر جلال وفاء البدي محمددين، المرجع السابق، ص ص 79-80.

**8- كل مقابلة للتأمينات:** نصت على تجارية هذا النوع من المقاولات المادة 02 من القانون التجاري الجزائري دائما، و يقصد بالتأمين تعهد شخص يسمى (المؤمن) بأن يؤدي لشخص آخر يسمى (المؤمن له) مبلغا من المال عند تحقق الخطر المؤمن ضده، وذلك نظير أقساط يؤديها المؤمن له إلى المؤمن، حيث يجمع هذا الأخير عدد كبير من الأشخاص المعرضين للأخطار، وأساس التجارية في المسألة أن ما يدفعه المؤمن من تعويضات للمؤمن لهم ما هي إلا تلك الأموال المتحصل عليها من مجموع أقساط المؤمن لهم، الأمر الذي يجعل من المؤمن مجرد وسيط بين المؤمن لهم في عملية توزيع الأخطار سعيا منه إلى تحقيق الربح، وطبعاً لكي يعتبر التأمين عملاً تجارياً لا بد من مباشرته على وجه المقابلة أو المشروع<sup>1</sup>.

**9- كل مقابلة لاستغلال المخازن العمومية:** أو ما يصطلح عليه "بمقاولات الإيداع"، والمخازن العمومية عبارة عن محلات كبيرة تقوم حصراً باستقبال البضائع من المودعين وحفظها مقابل أجر، حيث تصدر هذه المخازن صكوكاً تمثل البضاعة المودعة وتسمى هذه الصكوك بـ "سند الخزن"، الذي يمكن تحويله للغير من خلال بيع هذه البضاعة أو رهنها دون حاجة إلى نقلها من هذه المخازن، وترجع تجارية هذا النوع من المقاولات أساساً إلى كونها من النظم الأساسية في التجارة في العصر الحديث، فضلاً عن إقرار المشرع تجاريتها بنص قانوني<sup>2</sup> (المادة 02 من القانون التجاري).

**10- كل مقابلة لبيع السلع الجديدة بالمزاد العلني بالجملة أو الأشياء المستعملة بالتجزئة:** ويرجع أساساً تجارية مقابلة البيع بالمزاد العلني، سواءً تعلق الأمر ببيع السلع الجديد بالجملة أو ببيع السلع المستعملة بالتجزئة، إلى كونها تقوم بأعمال الوساطة بالبيع لحساب الشركات أو الأفراد، حيث يُعد العمل تجارياً بالنسبة للبائع، أما بالنسبة للمشتري بالمزاد العلني، فإن تجارية عمله من مدنيته يتوقف على صفته هل هو تاجر أم لا.

**ثانياً: الأعمال التجارية بحسب موضوعها المضافة بالأمر 96-27 المعدل للقانون التجاري**

إلى جانب المقاولات التي اعتبرها المشرع الجزائري مقاولات تجارية في صلب المادة 02 من القانون التجاري قبل تعديله، جاء الأمر 96-27 المعدل والمتمم للقانون التجاري بمقاولات أخرى يعتبرها المشرع من قبيل المقاولات التجارية أيضاً، وذلك في (الفقرة 15 من ذات المادة)، إلى جانب أعمال يعتبرها من الأعمال التجارية بحسب موضوعها ولو تمت مرة واحدة وبصفة منفردة، وذلك في (الفقرات من 16 إلى 20 من المادة 02 ق.ج.ج. دائماً)، والتي تم التطرق إليها ضمن الأعمال التجارية المنفردة، وعليه سنتناول جديد هذه المقاولات بشيء من الشرح، مع ذكر الأعمال المنفردة التي جاء بها التعديل في شكل عناصر فقط لسبق التعرض لها كما قلنا.

**1- كل مقابلة لصنع أو شراء أو بيع أو إعادة بيع السفن للملاحة البحرية:** يعتبر المشرع التجاري الجزائري في الفقرة 15 من المادة 02 من القانون التجاري المعدلة بموجب الأمر 96-27، كل تصرف يرد على السفينة من (صنع أو شراء أو بيع أو إعادة بيع)، عملاً تجارياً بحسب موضوعه متى تم في شكل منتظم ومتكرر، أي في شكل مقابلة، وذلك بالنظر إلى ما تلعبه السفينة من دور في الاقتصاد الوطني، كونها تنفرد بنظام قانوني خاص، كوسيلة

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص ص 82-83.

<sup>2</sup> أنظر نادبة فضيل، المرجع السابق، ص 88.

للملاحة البحرية، فرغم أنها من المنقولات إلا أن القوانين تعاملها في بعض التصرفات معاملة العقار لقيمتها التي تفوق العقار، فضلا عن معاملتها معاملة الشخص الطبيعي رغم أنها من الأشياء، وذلك بإعطائها اسما يميزها عن غيرها من السفن التابعة لدول أخرى<sup>1</sup>، ف شراء السفن يعتبر تجاريا حتى ولو لم يلحقه بيع، وحتى لو لم يكن هناك قصد إعادة البيع وقت الشراء، فضلا عن أن البيع وحده يعتبر تجاريا حتى ولو لم يكن مسبوقا بشراء، كأن يبيع الشخص سفينة ورثها أو آلت إليه عن طريق الهبة أو الوصية، أو أنه أنشأ هذه السفينة بنفسه، وقياسا على ذلك يعتبر تجاريا قيام المشتري بنقل المسافرين أو البضائع المملوكة للغير ما دام الغرض من ذلك تحقيق الربح، أما إذا اقتصر استغلال السفينة على نقل البضائع المملوكة لمشتري السفينة، فإن العمل لا يعتبر تجاريا، كما لا يعتبر عملا تجاريا الشراء الوارد على سفن النزهة لانتفاء قصد الاستغلال التجاري، ولا شراء سفن الصيد كونه من قبيل النشاط الإنتاجي<sup>2</sup>.

أما باقي الفقرات (من 16 إلى 20) الآتي ذكرها والمضافة بموجب الأمر 96-27 والتي سبق شرحها في جزء الأعمال التجارية المنفردة فتتمثل في الآتي:

- كل شراء وبيع لعناتد أو مؤن للسفن
- كل تأجير أو اقتراض أو قرض بحري بالمغامرة
- كل عقود التأمين والعقود الأخرى المتعلقة بالتجارة البحرية
- كل الاتفاقيات والاتفاقات المتعلقة بأجور الطاقم وإيجارهم
- كل الرحلات البحرية.

وما تجدر الإشارة إليه أن تعداد المشرع لأنواع هذه المقاولات في القانون التجاري الجزائري جاء على سبيل المثال لا الحصر، وأساس ذلك أنه لو كان ذكر المشرع لهذه المقاولات على سبيل الحصر لاعتبرت الكثير من المقاولات عملا مدنيا متى خرج موضوعها عن الموضوعات التي ذكرها المشرع، لذلك فإن الأرجح هو أن ذكر المشرع لهذه المقاولات جاء على سبيل المثال، خاصة في ظل التطور الاقتصادي السريع الذي حمل معه الكثير من الأعمال والأنشطة التي تتم في شكل مقاوله وتهدف إلى المضاربة وتحقيق الربح وفي نفس الوقت تخرج عن الموضوعات المذكورة في المادة 02 من القانون التجاري، الأمر الذي من شأنه سد الطريق أمام سعي أصحابها إلى نزع الصفة التجارية عنها.

### المطلب الثاني: الأعمال التجارية الأصلية بحسب شكلها (م03 ق ت ج)

ويقصد بالأعمال التجارية بحسب الشكل تلك الأعمال التي تعتبر تجارية في حد ذاتها بمجرد توافر شروط معينة، بغض النظر عن صفة القائم بها، والتي جاء ذكرها في (المادة 03 ق ت ج) على سبيل الحصر ينصها: "يُعد عملا تجاريا بحسب شكله:

- التعامل بالسفتجة بين كل الأشخاص

<sup>1</sup> أنظر نادية فضيل، المرجع السابق، ص ص 89-90.

<sup>2</sup> أنظر جلال وفاء البدي محمددين، المرجع السابق، ص ص 64-65.

- الشركات التجارية
  - وكالات ومكاتب الأعمال مهما كان هدفها
  - العمليات المتعلقة بالمخلات التجارية
  - كل عقد تجاري يتعلق بالتجارة البحرية والجوية."
- وسوف نفصل في ذلك على النحو الآتي:

### الفرع الأول: التعامل بالسفتجة " lettre de change "

ويقصد بالسفتجة، أو ما يصطلح عليها "بالكمبيالة" سند مكتوب محرر وفقا لشكل قانوني معين، يأمر من خلاله شخص يسمى "الساحب" شخص ثان يسمى "المسحوب عليه" بأن يدفع مبلغ مالي لشخص ثالث يسمى "المستفيد" أو "الحامل"، بمجرد الاطلاع عليها، أو في ميعاد معين، أو قابل للتعيين.

الأمر الذي يتضح معه أن السفتجة تتضمن ثلاثة أطراف هم:

- **الساحب:** وهو محرر السفتجة ومصدر الأمر الذي تتضمنه هذه السفتجة.
- **المسحوب عليه:** الذي صدر إليه الأمر.
- **المستفيد:** وهو من صدر الأمر لمصلحته.

وتؤدي السفتجة وظيفتان في غاية الأهمية، فهي أداة وفاء وأداة ائتمان في ذات الوقت، حيث تتجسد الوظيفة الأولى في تقديمها للمسحوب عليه في تاريخ الاستحقاق لاستيفاء قيمتها نقود، أما الثانية فتتجسد في شراء الشخص للبضاعة دون أن تتوفر لديه السيولة النقدية اللازمة للوفاء بقيمتها، فيحصل على ائتمان من دائنه بائع البضاعة بتأجيل دفع ثمنها إلى تاريخ استحقاق السفتجة المسحوبة من المدين بثمان البضاعة.

لذلك ووفقا للمشرع التجاري الجزائري في (المادة 03 ق.ت. ج في مطنها الأولى)، فإن كل العمليات الواردة على السفتجة -متى توافرت شروطها طبعاً<sup>1</sup>- من (سحب وقبول ووفاء وتظهير وضمن)، تعتبر كلها عملاً تجارياً سواء صدرت من تاجر أو غير تاجر، وسواء كانت الغاية من التوقيع مدنية أم تجارية، باستثناء القاصر<sup>2</sup>، كما يتأكد موقف المشرع الجزائري أيضاً في اسباغ الصفة التجارية على التعامل بالسفتجة بحسب شكلها من خلال (المادة 389 ق ت

\* الغالب ألا يحتفظ "المستفيد" بالسفتجة حتى ميعاد الاستحقاق، بل يقوم بتداولها عن طريق التظهير، فيسمى من ينتقل إليه الحق الثابت في السفتجة "بالحامل"، فإذا ظهرها هذا الأخير يتحول مركزه القانوني من "حامل" إلى "مظهر"، ويسمى من آلت إليه السفتجة بالتظهير "المظهر له" أو "الحامل"، وهكذا حتى تستقر السفتجة في يد الحامل الأخير، الذي يقدمها إلى "المسحوب عليه" للوفاء بقيمتها في تاريخ الاستحقاق.

<sup>1</sup> إضافة إلى الشروط الموضوعية العامة الواجب توافرها في أي تصرف قانوني، من رضا ومحل وسبب، تنص المادة 390 من القانون التجاري على ما يلي: "تشمل السفتجة على البيانات التالية: ... إذا خلا السند من أحد البيانات المذكورة بالفقرات المتقدمة فلا يُعتمد به كسفتجة في الأحوال المعينة في الفقرات الآتية:.."، حيث تعد هذه البيانات، بيانات إلزامية يؤدي تخلفها أو اغفالها إلى عدم اعتبار السند سفتجة، إلا في استثناءات ذكرتها ذات المادة.

<sup>2</sup> تناول المشرع الجزائري هذا الاستثناء في المادة 393 من القانون التجاري بنصها: "إن السفتجة التي توقع من القصر الذين ليسوا تجاراً تكون باطلة بالنسبة لهم بدون أن ينال ذلك من الحقوق التي يختص بها كل من الطرفين بمقتضى المادة 191 من القانون المدني..."، والهدف من ذلك هو حماية القاصر من القواعد الصارمة التي يمتاز بها القانون التجاري، لا سيما نظام الإفلاس وما ينجر عنه من آثار قاسية وجزاءات متنوعة.

ج<sup>1</sup>، وذلك على خلاف " الشيك " و"السند لأمر" اللذان يعتبران عملا تجاريا بالتبعية متى قام بسحبها تاجر لمصلحة تجارته.

لكن ما تجدر الإشارة إليه أن تعداد المشرع التجاري الجزائري للأعمال التجارية بحسب الشكل على سبيل الحصر لا المثال، معناه أنه لا اجتهاد للقضاء في القياس على ما يعرض عليه من قضايا تتضمن أعمالا لم تذكرها النصوص واعتبارها أعمالا تجارية بحسب شكلها، كون هذه الأحكام تخص السفتجة دون غيرها من الأوراق التجارية، كما أن هذا الذكر على سبيل الحصر للأعمال التجارية بحسب الشكل، وسد الطريق أما القضاء للقياس، معناه أن كل ما لم يرد في نص المادة 03 تجاري غير مشمول بالصفة التجارية من حيث الشكل، الأمر الذي من شأنه أن يثير إشكالا، لا سيما ما تعلق "بالسفتجة الالكترونية" كوسيلة أوجدتها ثورة تكنولوجيا المعلومات ورقمنة البيانات، ومدى اعتبارها سفتجة بالمعنى الدقيق للكلمة وبالتالي اعتبارها عمل تجاري بحسب الشكل شأنها في ذلك شأن السفتجة التقليدية، خاصة وأن الفقه متفق على عدم وجود اختلاف بين تعريف السفتجة الالكترونية<sup>2</sup> ومثيلتها التقليدية سوى أنه يتم معالجتها إلكترونيا.

#### الفرع الثاني: الشركات التجارية

عرّف المشرع الجزائري الشركة في (المادة 416 ق م ج) بأنها: " عقد بين شخصين أو أكثر بهدف القيام بعمل مشترك وتقسيم ما ينتج عنه من ربح أو خسارة".

ويختلف عقد الشركة عن غيره من العقود في كونه يُنتج شخصا معنويا يتمتع بكيان ذاتي، مستقل عن الأشخاص المكونين له والمتمثل في الشركة في حد ذاتها، التي تكتسب الشخصية المعنوية، مما يعينها على مباشرة نشاطها على وجه الاستقلال، ويميزها عن غيرها من الشركات الأخرى بأن يكون لها ذمة مالية مستقلة، واسم وموطن وأهلية، وجنسية، فلها أن تبرم التعاقدات مع الغير، كما لها أن تكتسب الحقوق وتحمل بالالتزامات، فضلا عن مسؤوليتها طبقا لقواعد المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية، وأن تسأل جنائيا في الحدود التي يسمح فيها القانون بذلك، كتوقيع عقوبات على ممثليها، إلى جانب توقيع عقوبات مالية عليها كشخص معنوي<sup>3</sup>، وقد استثنى المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة من بين هذه الشركات شركة المحاصة التي لا تكتسب الشخصية المعنوية بالنظر إلى شكلها المستتر.

<sup>1</sup> تنص المادة 389 من القانون التجاري الجزائري على ما يلي: " تعتبر السفتجة عملا تجاريا مهما كان الأشخاص".

<sup>2</sup> تُعرّف السفتجة الإلكترونية بأنها: " محرر شكلي ثلاثي الأطراف معالج إلكتروني بصورة كلية أو جزئية يتضمن الأمر الصادر من شخص يسمى الساحب إلى شخص آخر يسمى المسحوب عليه، بأن يدفع مبلغا من النقود لثالث يسمى المستفيد لدى الاطلاع أو في تاريخ معين."، وللمطابقة بين تعريف السفتجة التقليدية وهذا التعريف للسفتجة الالكترونية نلاحظ فقط إضافة جملة معالج الكتروني بصورة كلية أو جزئية لتعريف السفتجة التقليدية، فيصبح تعريف السفتجة الالكترونية بأنها: " سفتجة تقليدية بنفس البيانات الواردة في القانون التجاري الجزائري ونفس الخصائص أدخلت عليها معالجة الكترونية أو اتخذت شكلا الكترونيا لتسهيل التعامل في المجال المعلوماتي، وتقيسها استجابة للمعايير العالمية"، أنظر نزيهة غزالي، السفتجة الالكترونية وقواعد قانون

الصرف في التشريع الجزائري، مجلة العلوم الاجتماعية، العدد 25، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، ديسمبر 2017، ص 163.

<sup>3</sup> أنظر جلال وفاء البدري محمددين، المرجع السابق، ص 161.

وتنقسم الشركات من حيث النوع إلى نوعين رئيسيين، شركات مدنية وشركات تجارية\*، ومعيار التفرقة بين النوعين هو طبيعة العمل الذي تباشره الشركة، فإذا كان الغرض من الشركة هو القيام بالأعمال التجارية، كالشراء من أجل إعادة البيع بربح، أو عمليات البنوك، أو عمليات النقل، أو مشروع الصناعة، أو النشر، فإن الشركة تعتبر تجارية، أما إذا كان الغرض من الشركة هو القيام بأعمال مدنية، كالزراعة، أو الصيد مثلا، فإن الشركة، شركة مدنية<sup>1</sup>. أما تقسيمها من حيث الأشكال، فتنقسم الشركات إلى ستة أشكال، ويتعلق الأمر بـ (شركة التضامن، شركة التوصية البسيطة، وشركة المحاصة\*\* ) وتندرج هذه الأشكال الثلاثة تحت مصطلح جامع يُدعى (شركات الأشخاص)، التي تقوم على الثقة بين الشركاء والاعتداد بشخص الشريك، و(شركة المساهمة وشركة التوصية بالأسهم)، ويندرج هذين الشكلين تحت عنوان (شركات الأموال)، والتي تقوم على أساس الاعتبار المالي، فلا يؤثر فيها خروج أحد الشركاء منها طالما أن رأسمالها يظل ثابتا، و (الشركة ذات المسؤولية المحدودة)\*\*\*، والتي تندرج ضمن (الشركات المختلطة)، التي تجمع بين خصائص كل من شركات الأشخاص وشركات الأموال، فعدد الشركاء فيها محدود، بحيث لا يزيد عن خمسين شريكا، وحصة الشريك فيها غير قابلة للتداول بالطرق التجارية، فضلا عن أن مسؤولية الشريك فيها تكون محدودة بقدر حصته فيها<sup>2</sup>.

كما جاء الأمر 27-96 المعدل للأمر 59-75 المتضمن القانون التجاري سالف الذكر، بنوع جديد من الشركات، ويتعلق الأمر بالشركة ذات المسؤولية المحدودة ذات الشخص الوحيد، وذلك في الكتاب الخامس بعنوان (في الشركات التجارية)، في الفصل الثاني تحت عنوان (الشركات ذات المسؤولية المحدودة المؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة)، حيث نصت المادة 564 من القانون التجاري المعدلة بموجب الأمر 27-96 على ما يلي: "تؤسس الشركة ذات المسؤولية المحدودة من شخص واحد\*\*\*\* أو عدة أشخاص لا يتحملون الخسائر إلا في حدود ما قدموا من حصص. إذا كانت الشركة ذات المسؤولية المحدودة المؤسسة طبقا للفقرة السابقة، لا تضم إلا شخصا واحدا "كشريك وحيد"، تسمى هذه الشركة "مؤسسة ذات الشخص الوحيد

\* الشركات التجارية هي وحدها دون الشركات المدنية من تلتزم بالتزامات التجار وتخضع للنظام القانوني المقرر لهم، فلتتزم بتقييد نفسها في السجل التجاري، ومسك الدفاتر التجارية، كما تخضع للإفلاس كنظام خاص بالتجار.

<sup>1</sup> أنظر جلال وفاء البدري محمددين، المرجع السابق، ص 137.

\*\* تعتبر شركة المحاصة من الشركات المستحدثة بموجب المرسوم التشريعي 08-93 المعدل للأمر 59-75 المتضمن القانون التجاري، وذلك في الكتاب

الخامس من القانون التجاري تحت عنوان (في الشركات التجارية)، في الرابع مكرر (شركة المحاصة)، حيث نصت المادة 795 مكرر 1 على ما يلي: "يجوز تأسيس شركات محاصة بين شخصيين طبيعيين أو أكثر، تتولى إنجاز عمليات تجارية".

\*\*\* عرفت أحكام الشركة ذات المسؤولية المحدودة تعديلا بموجب القانون 15-20، من خلال جواز تقديم حصة العمل في مثل هذا النوع من لشركات، وتعديل إجراءات اكتتاب الحصص فيها، وكذا إلغاء الحد الأدنى لرأس المال التأسيسي، فضلا عن رفع الحد الأدنى لعدد الشركاء من عشرين شريكا إلى خمسين شريكا.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 138.

\*\*\*\* جاء اعتراف المشرع الجزائري بهذا النوع من الشركات بعد أن كان يكرس المفهوم التعاقدية للشركة، ولا يسمح بقيام الشركة كشخص معنوي إذا لم

يتعدد الشركاء، وذلك باشتراطه وجود شريكين على الأقل لتأسيس شركة طبقا لنص المادة 416 من القانون المدني الجزائري المذكورة أعلاه.

وذات المسؤولية المحدودة". يمارس الشريك الوحيد السلطات المخولة لجمعية الشركاء بمقتضى أحكام هذا الفصل...".

في حين جاء تعديل القانون التجاري الجزائري لسنة 2022 بموجب القانون 22-09، سالف الذكر بنوع جديد من شركات المساهمة، يتعلق الأمر بـ "شركة المساهمة البسيطة" كنموذج للمؤسسات الناشئة، تختلف عن باقي الشركات الأخرى، سواء ما تعلق بطريقة تسييرها أو تنظيمها، وذلك في الكتاب الخامس بعنوان (في الشركات التجارية)، في الباب الأول تحت عنوان (في قواعد سير مختلف الشركات التجارية)، في الفصل الثالث بعنوان (شركات المساهمة)، القسم الثاني عشر تحت عنوان (شركة المساهمة البسيطة)، وذلك في المواد (من 715 مكرر 133 إلى 715 مكرر 143)، حيث نصت المادة 715 مكرر 133 على ما يلي: "شركة المساهمة البسيطة هي الشركة التي ينقسم رأسمالها إلى أسهم وتتكون من شركاء لا يتحملون الخسائر إلا في حدود ما قدموا من حصص. يمكن أن تؤسس شركة المساهمة البسيطة من طرف شخص واحد أو عدة أشخاص طبيعيين و/أو معنويين. إذا كانت شركة المساهمة البسيطة لا تضم إلا شخصا واحدا، فإنها تسمى "شركة المساهمة البسيطة ذات الشخص الوحيد". تنشأ شركة المساهمة البسيطة حصريا من طرف الشركات الحاصلة على علامة "مؤسسة ناشئة"."، وهو تعريف مطابق لنص القانون الفرنسي رقم 94-01 المؤرخ في 03 جانفي 1994، الذي نظم شركة الأسهم المبسطة في فرنسا لأول مرة، والذي عرف بدوره عديد التعديلات بموجب قوانين لاحقة، وصولا إلى الصياغة الواردة في المادة L.227-1 من التقنين التجاري الفرنسي<sup>1</sup> في آخر تعديل لها بموجب المادة 27 من القانون رقم 2019-744 المؤرخ في 19 جويلية 2019<sup>2</sup>.

ويأتي توجه المشرع الجزائري بتكريس هذا النوع من الشركات إلى مساهمة الإصلاحات الاقتصادية المقررة من طرف الدولة مع توجهها السياسي والاقتصادي المعتمد، والذي يستهدف إرساء مبادئ الشفافية لتحسين مناخ الأعمال، من خلال عصنة القواعد المتعلقة بالشركات التجارية، بما يكرس عنصر الشفافية في تسييرها والتصدي للإجراءات المعقدة من خلال محاولة إضفاء البساطة والمرونة عليها.

ووفقا للمشرع الجزائري فإن الشركات التجارية تتخذ العديد من الأشكال طبقا لنص (المادة 544 ق ت ج)<sup>3</sup>، حيث اعتبر المشرع هذه الشركات تجارية بحكم شكلها ومهما كان موضوعها، وهذا يعني أن كل ما يتعلق بهذه الشركات من (تأسيس وممارسة للنشاط، وما ينشأ من نزاع بين الشركاء، وأعمال التصفية، واقتسام أموال الشركة بعد

<sup>1</sup>Art ، L 1-227du code de commerce français dispose que :« Une société par actions simplifiée peut être instituée par une ou plusieurs personnes qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leur apport. Lorsque cette société ne comporte qu'une seule personne ،celle-ci est dénommée " associé unique ." L'associé unique exerce les pouvoirs dévolus aux associés lorsque le présent chapitre prévoit une prise de décision collective.... ».

<sup>2</sup> Loi n 744-2019 °du 19 juillet 2019 de simplification ،de clarification et d'actualisation du droit des sociétés ،JORF n 167 °du 20 juillet ؛ 2019 www.legifrance.gouv.fr.

<sup>3</sup> تنص المادة 544 من الأمر 75-59 المتضمن القانون التجاري الجزائري المعدلة بموجب المادة 02 من القانون 22-09 على ما يلي: " يحدد الطابع التجاري لشركة إما بشكلها أو موضوعها. تعد شركات التضامن وشركات التوصية والشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة وشركات المساهمة البسيطة، تجارية بحكم شكلها ومهما يكن موضوعها.".

التصفية) كلها تعتبر أعمال تجارية بحسب الشكل، وقد استثنى المشرع من هذه الشركات، شركة المحاصة التي تعتبر تجارية بحسب موضوعها<sup>1</sup>.

والهدف من ذلك إنما هو حماية الغير المتعامل مع هذه الشركات، كغاية يسعى إليها المشرع من خلال تنظيمه لهذا النوع من الكيانات، كما أن اعتبار هذه الشركات تجارية بحسب موضوعها يتيح أمامها التملص من مسؤولياتها أمام الغير متحججة بموضوعها المدني.

### الفرع الثالث: وكالات ومكاتب الأعمال مهما كان هدفها

يقصد بالوكيل الشخص الذي يشرف على أعمال الآخرين بمقابل، سواءً كان هذا المقابل مبلغاً من المال يتم الاتفاق عليه مسبقاً، أو نسبة مئوية معينة من الصفقة، وعندما نقول الاشراف فمعناه (تسييرا ووفاءً واستيفاءً)، وذلك على عكس المكتب الذي تقتصر مهمته على الوساطة فيتعاقد باسم ولحساب التجار، بحيث تقدم هذه الوكالات والمكاتب خدمات متنوعة وقد تختص في مجال معين، ومن أمثلة هذه الوكالات والمكاتب نذكر:

- وكالات الإعلان (متخصصة في مجال معين).
- وكالات الأنباء.
- وكالات السياحة والأسفار.
- مكاتب التوظيف.
- مكاتب تحصيل الديون وإدارة الأملاك.
- مكاتب الوساطة في الزواج... الخ.

فرغم أن هذا النوع من الأعمال لا يخرج عن كونه مجرد بيعاً أو تأجيراً للجهود والخبرة، إلا أن أساس تجاريتها يرجع إلى الشكل والتنظيم الذي تتخذه للقيام بأعمالها على وجه الاحتراف للمضاربة وحبني الربح<sup>2</sup>، لذلك اعتبرها المشرع من خلال (المادة 3 فقرة 3 ق ت ج) أعمالاً تجارية بحسب شكلها مخضعا للقائمين بها لأحكام القانون التجاري لا سيما ما تعلق (بالاختصاص القضائي، الاثبات، وكذا الالتزام بالقيود في السجل التجاري، مسك الدفاتر التجارية، والخضوع لنظام الإفلاس)، وكل ذلك حماية للجمهور المتعامل معها.

<sup>1</sup> أنظر المادة 795 مكرر 1 من القانون التجاري سالف الذكر.

<sup>2</sup> أنظر نادية فضيل، المرجع السابق، ص 114، لكن ما يمكن ملاحظته هو أن ما يعتبره المشرع الجزائري من نشاط هذه الوكالات والمكاتب عملاً تجارياً بحسب شكله يتقاطع مع عمليات السمسرة والوكالة بعمولة، ويتقاطع أيضاً مع الحالات المذكورة في المادة 04 من المرسوم التشريعي 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري سالف الذكر، كحالات تدخل في صميم عمل الوكالات العقارية، ومع ذلك يعتبر عمل هذه الوكالات والمكاتب عملاً تجارياً بحسب شكله، في حين يعتبر عمل كل من السمسار والوكيل بعمولة عملاً تجارياً منفرداً بحسب موضوعه، وكذلك حالات المادة 04 من المرسوم التشريعي 93-03 التي يعتبرها أعمالاً تجارية بحكم غرضها، مخالفاً بذلك المشرع الفرنسي الذي اعتبر عمل هذه الوكالات والمكاتب من الأعمال التجارية بطبيعتها متى تمت على وجه المقاولة، خاصة وأن المشرع الجزائري يشترط لإضفاء الصفة التجارية على نشاط هذه الوكالات والمكاتب، أن يكون على سبيل الامتثال بقصد المضاربة وتحقيق الربح، وهو معيار موضوعي لا شكلي، يميل بنشاط هذه الوكالات والمكاتب إلى فئة الأعمال التجارية بحسب الموضوع أكثر منها إلى فئة الأعمال التجارية بحسب الشكل.

والجدير بالذكر أن مكاتب الأعمال هذه لا تشمل المهن الحرة، كعيادات الأطباء، ومكاتب المهندسين والمحاسبين، فعلى الرغم من أن هؤلاء يقومون بخدمات مأجورة للجمهور ويحترفون القيام بهذه الأعمال، إلا أن أنشطتهم تخضع لنظام قانوني خاص بها، فهي من قبيل استغلال القدرات والملكات الذهنية، الأمر الذي يخرجها من نطاق القانون التجاري<sup>1</sup>.

#### الفرع الرابع: العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية

لم يعرف المشرع الجزائري المحل التجاري واكتفى بتعداد العناصر المكونة له في المادة 78 من القانون التجاري<sup>2</sup>، ويقصد بالمحل التجاري مجموعة الأموال المادية مثل (البضائع والمعدات)، والمعنوية مثل (الاسم التجاري والشهرة التجارية، وعنصر الاتصال بالعملاء، وبراءة الاختراع، وكذا الحق في الإيجار، والرسوم والنماذج الصناعية)، مشكلا بذلك وحدة مستقلة قانونا يستند إليها التاجر في مباشرة تجارته<sup>3</sup>.

ويفهم من هذا التعريف أن المحل التجاري يختلف عن المكان المخصص لممارسة النشاط التجاري، والذي يعرض فيه التاجر بضاعته وخدماته للبيع على عملائه، كما أنه لا يشترط أن يتضمن المتجر كل العناصر المذكورة في المادة 78 من القانون التجاري، كون هذا التعداد جاء على سبيل المثال لا الحصر، فقد يوجد المتجر دون وجود بعض العناصر المادية، كالبضائع والعُدَد الصناعية، كمتجر الوكيل بعمولة والسمسار، أو دون وجود بعض العناصر المعنوية، كبراءة الاختراع والرسوم والنماذج والعلامات التجارية، كالمطاعم والمقاهي ووكالات الأعمال والمخازن العامة والمشاهد والمعارض العامة، لكن لا بد أن يتضمن كل متجر عنصر الاتصال بالعملاء، إذ لا يُتصور وجود المتجر دون عنصر العملاء، بل يترتب على تحلفه انتفاء فكرة المتجر، فالمتجر يدور وجودا وعدما مع وجود عنصر العملاء، بل هناك من يرى أن المتجر ما هو إلا عنصر الاتصال بالعملاء، وأن باقي العناصر مادية كانت أو معنوية، عناصر ثانوية تسهم في تكوين هذا العنصر<sup>4</sup>.

وقد اعتبر المشرع الجزائري في (المادة 03 فقرة 4 ق ت ج) كل التصرفات التي ترد على المحل التجاري من (بيع للمحل التجاري، أو تأجير، أو رهنه) عملا تجاريا بحسب شكله، سواءً انصب التصرف على أحد العناصر المادية أو المعنوية، وسواءً كان البائع أو المشتري تاجرا أو غير تاجر، باستثناء بيع الورثة غير التجار للمحل التجاري الذي آل إليهم من مورثهم التاجر، فعملهم مدني، كونه مجرد تصفية لتركة مورثهم حسب أغلب الفقه.

#### الفرع الخامس: العقود التجارية المتعلقة بالتجارة البحرية والجوية

بداية لا بد من الإشارة إلى أن المشرع التجاري الجزائري في الأمر 75-59 المتضمن القانون التجاري، كان مدرجا عقود التجارة البحرية ضمن الأعمال التجارية بحسب الشكل طبقا لنص المادة 03 في فقرتها الخامسة، إلى

<sup>1</sup> أنظر جلال وفاء البدري محمددين، المرجع السابق، ص 78.

<sup>2</sup> تنص المادة 78 من القانون التجاري الجزائري على ما يلي: "تعد جزءاً من المحل التجاري الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري. ويشمل المحل التجاري إلزاميا عملائه وشهرته. كما يشمل أيضا سائر الأموال الأخرى اللازمة لاستغلال المحل التجاري كعنوان المحل والاسم التجاري والحق في الإيجار والمعدات والآلات والبضائع وحق الملكية الصناعية والتجارية كل ذلك ما لم ينص على خلاف ذلك".

<sup>3</sup> أنظر الشريف عليان وآخرون، المرجع السابق، ص 63.

<sup>4</sup> أنظر عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص 83.

جانب العقود المتعلقة بالتجارة الجوية، لكن بعد تعديل القانون التجاري بموجب الأمر 96-27 سالف الذكر، تراجع عن تصنيف عقود التجارة البحرية ضمن الأعمال التجارية بحسب الشكل، مدرجا إياها ضمن الأعمال التجارية بحسب الموضوع في المادة 02 في فقراتها (من 16 إلى 20) من القانون التجاري، إلا أنه أغفل حذف هذا النوع من العقود من المادة 03 من القانون التجاري، لذلك فإن ما يهمننا في الفقرة الخامسة من المادة 03 من القانون التجاري ضمن الأعمال التجارية بحسب الشكل هي "العقود المتعلقة بالتجارة الجوية"، دون "العقود المتعلقة بالتجارة البحرية" التي أصبحت ضمن الأعمال التجارية بحسب موضوعها.

وتنطوي عقود التجارة الجوية على العديد من العناصر ذات الصلة بالطائرة كهيكلها، وكذا طاقمها والقائد الذي يتحمل مسؤولية الطائرة، والركاب والبضائع المختلفة، ومن أمثلة هذه العقود (شراء وبيع الطائرات، تأجيرها، تأمينها، استخدام الملاحين، الاتفاق على أحور الملاحين الجويين...)، كل هذه العقود اعتبرها المشرع الجزائري طبقا لنص (المادة 3 فقرة 5 ق ت ج) تجارية بحسب شكلها بغض النظر عن صفة القائمين بها، سواء كانوا تجارا أم غير تجار.

أما فيما يتعلق بمسألة اضعاف التعبير اللفظي لنص المادة 03 فقرة 05 الصفة التجارية على العقود المتعلقة بالتجارة الجوية دون المصادر الأخرى المنشأة للالتزام، كالإرادة المنفردة، والفعل الضار كمصدر للمسؤولية التقصيرية، فإن الفقه في تفسيره الموضوعي لفحوى النص مستقر بصدد هذه المسألة على امتداد الصفة التجارية إلى كافة الالتزامات التي تنشأ عن هذه التجارة، سواء كان مصدرها التصرف القانوني أو الفعل الضار<sup>1</sup>.

### المطلب الثالث: الأعمال التجارية بالتبعية (م 04 ق ت ج)

سبق التمييز بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية، وتؤكدنا أنه على الرغم من انشغال التاجر الكبير بتجارته فإن ذلك لا ينفي عنه حياته المدنية الخاصة كغيره من الأفراد بعيدا عن التجارة، كزواجه وطلاقه، وانفاقه على لوازمه وحاجاته الشخصية مع أسرته، كأعمال تتطلبها الحياة الخاصة للتاجر لا يختلف اثنان على مدنيته وبالتالي خضوعها لأحكام القانون المدني<sup>2</sup>.

لكن قد يباشر التاجر أعمالا هي في ذاتها أعمالا مدنية، لكنها تكتسب الصفة التجارية بسبب ارتباطها بمهنة التاجر التجارية، هذا النوع من الأعمال يُطلق عليه تسمية "الأعمال التجارية بالتبعية"<sup>\*</sup>، فالأصل في هذه الأعمال

<sup>1</sup> أنظر نادية فضيل، المرجع السابق، ص 116.

<sup>2</sup> أنظر محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص ص 122-123.

\* قياسا على نظرية الأعمال التجارية بالتبعية التي مفادها "تأثير الحرفة التجارية للشخص على الأعمال المدنية التي يقوم بها فتقلبها إلى أعمال تجارية، بميل القضاء أيضا إلى إضفاء الصفة "المدنية بالتبعية" على الأعمال التجارية التي يقوم بها شخص غير تاجر لحاجات تتعلق بحرفته المدنية، وبناءً على ذلك يكتسب الطابع المدني بالتبعية شراء المزارع لكمية بسيطة من منتجات معينة لتكملة انتجه الزراعي قبل بيعه، وكذا شراؤه للأكياس التي يضع فيها محصوله بغرض بيعه مع المحصول، وشراء الرسام للأوراق والألواح التي يرسم عليها لوحاته، وشراء صاحب المدرسة الأطعمة والأدوات والكتب لبيعها لتلاميذه، فكل هذه الأعمال وإن كانت تجارية بطبيعتها لتوافرها على عنصر الشراء لأجل البيع، إلا أنها تكتسب الصفة المدنية، وبالتالي تخضع لقواعد القانون المدني، كونه تابعة لنشاط مدني أصيل، أنظر محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 128، أنظر أيضا

أنها مدنية بطبيعتها، لكن إذا مارسها تاجر وكانت تتعلق بشؤون تجارته، فإنها تفقد صفتها المدنية وتكتسب الصفة التجارية، فالتجارية في هذه الحالة ليست صفة نابعة من ذات العمل، بل من كون القائم بهذا العمل تاجرا<sup>1</sup>.  
ونظرية الأعمال التجارية بالتبعية من خلق الفقه والقضاء موسعين بذلك من دائرة العمل التجاري، فأصبح هناك طائفة أخرى من الأعمال التجارية إلى جانب طبعا الأعمال التجارية الأصلية (بطبيعتها)، هذه الطائفة الأخرى تسمى "الأعمال التجارية بالتبعية"، أو ما يصطلح عليه "بالأعمال التجارية النسبية" أو "الذاتية" أو "الشخصية"، كونها تكتسب الصفة التجارية استنادا لشخص القائم بها، مما يميزها عن الأعمال التجارية الأصلية<sup>2</sup>.

### الفرع الأول: الأساس المنطقي (العملي) لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية

يخضع الأساس المنطقي للأعمال التجارية بالتبعية إلى مبدأ مفاده "أن الفرع يتبع الأصل"، وإعمالا لذلك فإنه من المنطقي ألا يقتصر الطابع التجاري على العمل الأصلي للحرفة التجارية فحسب، بل يمتد ليشمل كذلك كل الأعمال الأخرى التابعة لهذه الحرفة، حفاظا على وحدة الحياة التجارية وتماسكها، وبالتالي خضوع كل من "العمل الأصلي"، و"العمل التابع" لنظام تشريعي وقضائي واحد، الأمر الذي من شأنه تحقيق النتائج الإيجابية الآتية:

- تجنّب القضاء عناء البحث في كل الأعمال التي يقوم بها التاجر عن نوع كل منها تمهيدا لتطبيق القواعد القانونية الخاصة بكل منها.

- حماية الغير الذين تربطهم بالتاجر علاقات تقتضيها مباشرة حرفته التجارية، بالنظر لما توفره قواعد القانون التجاري من حماية لهؤلاء<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: الأساس القانوني لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية

فضلا عن الأساس المنطقي لنظرية التبعية، تتمتع هذه الأخيرة أيضا بسند في القانون، فبعد أن عدّ المشرع التجاري الجزائري الأعمال التجارية الأصلية، كانت بحسب الموضوع، منفردة كانت أو على وجه المقابلة في المادة 02 من القانون التجاري بنصها: "يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه: ..."، أو بحسب الشكل في المادة 03 من نفس القانون بنصها: "يعد عملا تجاريا بحسب شكله: ..."، تناول فئة أخرى من الأعمال يعتبرها تجارية بالتبعية، وذلك في المادة 04 من القانون التجاري دائما بنصها: "يعد عملا تجاريا بالتبعية: - الأعمال التي يقوم بها التاجر والمتعلقة بممارسة تجارته أو حاجات متجره - الالتزامات بين التجار".

وبذلك يكون المشرع التجاري الجزائري قد أخذ بنظرية الأعمال التجارية بالتبعية استنادا إلى المذهب الشخصي، أي باعتبارها أعمالا تجارية نسبية أو شخصية، أي نسبة إلى شخص القائم بها ألا وهو التاجر، كما يتضح أيضا من خلال نص المادة 04 من القانون التجاري، أن المشرع الجزائري يشترط لإعمال نظرية الأعمال التجارية بالتبعية توافر الشروط الآتية:

<sup>1</sup> أنظر جلال وفاء البدي محمددين، المرجع السابق، ص 83.

<sup>2</sup> أنظر نادية فضيل، المرجع السابق، ص 97.

<sup>3</sup> أنظر محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 124.

## 1- أن يصدر العمل من تاجر

يشترط المشرع لإضفاء الصفة التجارية على الأعمال المدنية أن يقوم بها شخص ينطبق عليه وصف التاجر، أي شخص يمتن القيام بالأعمال التجارية باسمه وحسابه الخاص طبقا لنص المادة 01 من القانون التجاري سالف الذكر، أما إذا قام بهذا العمل شخص لا تتوفر فيه صفة التاجر، فإن العمل يظل محتفظا بصفته المدنية ولا تنطبق عليه هذه النظرية، ويستوي في ذلك أن يكون التاجر الذي يقوم بهذا العمل شخصا طبيعيا أو معنويا كشركة مثلا. رغم أن المشرع الجزائري يستند في إضفاء الصفة التجارية على الشركات بالنظر إلى شكلها وبغض النظر عن موضوعها، باستثناء طبعاً شركة المحاصة التي تكتسب هذه الصفة بالنظر إلى موضوعها، وذلك على خلاف بعض التشريعات التي تستند في إضفاء صفة التجارية على الشركة إلى موضوعها، كالتشريع اللبناني، إلا أن الرأي الغالب في الفقه الفرنسي يتجه إلى تطبيق نظرية التبعية على الشركات التجارية من الناحية الشكلية، الأمر الذي من شأنه إخضاع الأعمال المكونة لنشاط هذه الشركات والأعمال المرتبطة بها على حد سواء لقواعد القانون التجاري<sup>1</sup>.

## 2- أن يتعلق العمل بشؤون التجارة

وهو ما عبر عنه المشرع التجاري الجزائري في المادة 04 من القانون التجاري بقوله: "...-الأعمال التي يقوم بها التاجر والمتعلقة بممارسة تجارته أو حاجات متجره..."، لذلك فإنه لكي تكتسب الأعمال المدنية التي يقوم بها التاجر الصفة التجارية بالتبعية، لا بد أن تتعلق بشؤون وحاجات تجارته، وبمفهوم المخالفة إذا باشر التاجر عملاً مدنيا لا علاقة له بمهنته التجارية، فإن هذا العمل يظل محتفظاً بطابعه المدني ولا يخضع لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية، كأن يكون العمل مرتبطاً بحياته الشخصية من زواج أو طلاق، أو شراء منقولات لاستخدامه الشخصي، لكن إذا تعلق الشراء بأثاث لمحله التجاري، أو سيارة لنقل بضائعه للعملاء، فإن العمل يُعد تجارياً بالتبعية لتعلقه بمهنته التجارية، وإن كان مدنيا بطبيعته<sup>2</sup>.

والعمل التجاري بالتبعية قد يكون تجارياً بالنسبة للطرفين، وقد يكون تجارياً لأحدهما ومدني بالنسبة للطرف الآخر، كما هو الحال في استئجار التاجر محلاً ليمارس فيه تجارته، أو مخزناً لحفظ بضاعة تدخل في نشاطه التجاري، فإن عقد الإيجار في هذه الحالة يعتبر تجارياً بالنسبة للتاجر (المستأجر)، في حين يعتبر مدنياً بالنسبة (للمؤجر)، لكن إذا قام التاجر باقتناء جهاز تبريد من أجل وضعه في محله التجاري، أي لغاية تجارية، وكان الشراء من تاجر يبيع آلات التبريد، فإن العمل في هذه الحالة يعتبر تجارياً لكليهما، كون كل من البائع والمشتري له صفة التاجر<sup>3</sup>.

وإن كان من السهل في أغلب الحالات معرفة ما إذا كان التاجر قد قام بعمل ما لمصلحة تجارته أم لا، فإن ذلك قد يصعب في بعض الحالات\*، كأن يقتصر التاجر مبلغاً من المال، فلا يمكن معرفة الأمر ببساطة ما إذا كان

<sup>1</sup> أنظر محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 126.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 126.

<sup>3</sup> أنظر فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 86.

\* في هذا الصدد ذهبت محكمة السين الفرنسية في إحدى قراراتها الصادر في 15 مارس 1966، إلى اعتبار قيام التاجر بشراء منزل لسكنه، وقد أخذ بعين الاعتبار أن يكون السكن قريباً من محله التجاري ليسهل على نفسه عمليات الاستغلال التجاري الخاصة بمتجره، عُدا ذلك عملاً تجارياً بالتبعية، ويلحق

هذا القرض لمصلحة تجارته، أم لغير ذلك، فقد يكون التاجر يقصد من هذا القرض شراء أرض لبناء مسكن له، أو للزراعة، أو قد يكون التاجر قد اقترض المبلغ لدفع قيمة بضاعة اشتراها لمحله، أو لسداد دين تجاري، أو شراء التاجر لسيارة دون أن تظهر نيته في إعادة بيعها، حينها يثور التساؤل ما إذا كان قصده من شرائها هو تسليم البضائع للعملاء، أم للاستعمال الشخصي<sup>1</sup>.

لذلك فإنه عند قيام الشك لدى من يتعامل مع التاجر في تجارية أعمال هذا التاجر بالتبعية من عدمه، فقد أقام القضاء قرينة لصالحه مفادها "أن ما يقوم به التاجر ويخرج عن الأعمال التجارية التي ذكرها القانون، يعتبر عملا تجاريا بالتبعية"<sup>2</sup>، وبالتالي يخضع لأحكام القانون التجاري لا سيما ما تعلق بمسألة الإثبات، والاختصاص القضائي، وغيرها من الأحكام، بمعنى أن قيام التاجر بهذه الأعمال لحاجات تجارته أمر مفترض ويصطلح على ذلك بـ "قرينة التجارية"، وبالتالي يكفي لخصم التاجر أن يثبت صفة هذا الأخير، أي يثبت أن العمل قد صدر عن تاجر حتى يستفيد من قرينة تجارية أعماله، إلا أن هذه القرينة، تعتبر قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، فمتى أثبت التاجر أن ما قام به من عمل إنما هو عمل مدني لا علاقة له بتجارته، عُدّ كذلك، وبالتالي يخضع لأحكام القانون المدني، وله في سبيل الوصول إلى هدفه استخدام كافة طرق الإثبات، على ألا يمثل هذا الإثبات عبئا على صاحبه في الحالات التي تتضح فيها الصفة المدنية للأعمال التي يقوم بها التاجر وضوحا كاملا، كالزواج، الطلاق، الهبة، الوصية، وعلاقات الأسرة بصفة عامة<sup>2</sup>.

### 3- أن يتم العمل بين تاجرين

يشترط المشرع الجزائري في (الفقرة الأخيرة من المادة 04 ق ت ج) من أجل اعتبار العمل تجاري بالتبعية أن يتم بين تاجرين، رغم استقرار كل من الفقه والقضاء في مصر وفرنسا على كفاية أن يكون أحد المتعاقدين تاجرا<sup>3</sup> حتى تلحق بهذا العمل الصفة التجارية بالنسبة للتاجر، في حين يظل العمل بالنسبة للطرف الثاني محتفظا بصفته المدنية، كشراء أحد التجار أشجارا من أحد المزارعين لتزيين مصنعه أو محله التجاري، فتكون عملية الشراء عملا تجاريا بالتبعية بالنسبة للتاجر في حين تكون عملا مدنيا بالنسبة للمزارع<sup>4</sup>.

وإذا كان اشتراط المشرع التجاري الجزائري توافر صفة التاجر في أحد طرفي العلاقة لاعتبار العمل تجاريا بالتبعية، فإن توافر الصفة التجارية في طرفي العلاقة تحصيل حاصل لاعتبار العمل تجاري بالتبعية، إعمالا لقاعدة "من

ذلك أيضا عملية الإصلاح التي تم أحداثها للمنزل، ذلك أن القصد من شراء المنزل كان من أجل استمرار العمل التجاري وتسهيل كافة الأمور التجارية، رغم أن العملية برمتها تعد بالأساس عملا مدنيا، أنظر فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 53.

<sup>1</sup> أنظر محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 127.

<sup>\*\*</sup> وهو ما ذهب إليه المشرع الأردني صراحة في الفقرة الثانية من المادة الثامنة من قانون التجارة الأردني على أن الأصل في عقود التاجر والتزاماته عند الشك أن تكون تجارية، إلا إذا ثبت تعلق هذه العقود والتزامات بمعاملات مدنية.

<sup>2</sup> أنظر نادية فضيل، المرجع السابق، ص 97-98، وأنظر أيضا عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص 47.

<sup>3</sup> أنظر نادية فضيل، المرجع السابق، ص 101.

<sup>4</sup> أنظر جلال وفاء البدري محمددين، المرجع السابق، ص 85.

يملك الكل يملك الجزء"، لذلك هناك من يرى<sup>1</sup> إلغاء المشروع الجزائري لنص المطلة الثانية على غرار المشرع المصري، تفاديا لأي لبس في تفسيرها، وذلك من منطلق كفاية المطلة الأولى من نفس المادة لتطبيق نظرية الأعمال التجارية بالتبعية وتضمنها جميع الصور المفترضة لذلك، بما فيها الالتزامات بين التجار، فضلا عن أنه ليس كل الالتزامات بين التجار تعد بالضرورة أعمالا تجارية بالتبعية، كعقود البيع التي يبرمها التاجر من أجل بيع مسكنه إلى تاجر آخر لغرض السكن فيه رفقة عائلته، وكذا عقود الزواج التي قد تجمع تاجر بمرأة تاجرة هي الأخرى، الأمر الذي يتضح معه ازدواجية معيار تصنيف الأعمال التجارية بالتبعية الذي يجمع بين المعيار الشخصي بتوافر صفة التاجر من جهة، والمعيار الموضوعي لتلك الأعمال من خلال ارتباطه بالنشاط التجاري للتاجر من جهة أخرى<sup>2</sup>، وهو ما يجسده المشرع التجاري الجزائري في المطلة الأولى من المادة 04 من القانون التجاري بنصها: "...-الأعمال التي يقوم بها التاجر والمتعلقة بممارسة تجارته أو حاجات متجره...".

### الفرع الثالث: تطبيقات نظرية الأعمال التجارية بالتبعية

استقراءً لنص المادة 04 من القانون التجاري: "يعد عملا تجاريا بالتبعية: -الأعمال التي يقوم بها التاجر والمتعلقة بممارسة تجارته أو حاجات متجره -الالتزامات بين التجار."، يتضح أن المشرع لم يقصر نطاق نظرية الأعمال التجارية بالتبعية على العلاقات التعاقدية فحسب، بل مدها إلى العلاقات غير التعاقدية، كون مصطلح "الأعمال" الوارد في نص (المادة 04 ق ت ج)، مصطلح شامل يتسع لكافة التزامات التاجر المرتبطة بتجارته، سواء كانت تعاقدية أم غير تعاقدية، أي قد تكون أعمالا مادية، أو قانونية ناشئة عن التزام تقصيري، أو تعاقدية، وعليه سنتناول نطاق تطبيق نظرية الأعمال التجارية بالتبعية في مجال الالتزامات التعاقدية، ثم في مجال الالتزامات غير التعاقدية.

### أولا: تطبيق نظرية التبعية في مجال الالتزامات التعاقدية

إذا كان من السهل القول -كقاعدة عامة- أن ما يبرمه التاجر من تصرفات قانونية وتعهدات من أجل حاجات تجارته تعتبر تجارية بالتبعية\*، في حين تظل العقود الأخرى والمتعلقة بالحياة الشخصية للتاجر محتفظة بطابعها المدني\*\*، فإنه يستثنى من هذه القاعدة العامة بعض أنواع العقود التي يثير تطبيق نظرية التبعية عليها صعوبات خاصة، ومن بين هذه العقود نذكر:

<sup>1</sup> أنظر لزهري لعبيدي، المرجع السابق، ص 83.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 88.

\* كتعاقد التاجر مع شركات توريد الكهرباء والغاز والماء والانترنت والهاتف لمصلحة محله التجاري، وعقود شراء الأثاث والآلات والمكاتب اللازمة لمحله التجاري، أو مصنعه، وعقد التأمين على هذا المحل أو المصنع، أو التأمين على البضائع الموجودة فيه، أو التأمين على العمال من أي إصابة قد تلحق بهم أثناء عملهم، وعقود الإعلان عن المحل التجاري وبضائعه، وعقود نقل البضائع وعقود فتح الحساب الجاري والاقتراض لحاجات التجارة... وغيرها.

\*\* كعقد الزواج، أو التصرف في أحد الأملاك بالهبة أو الوصية، أو تمويل التاجر لنشاطات بعض الجمعيات الخيرية أو النوادي الرياضية... وغيرها.

## 1- عقد الكفالة

وفقا للقواعد العامة وطبقا لنص المادة 644 من القانون المدني الجزائري، فإن: "الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه"، الأمر الذي يتضح معه أن الكفالة تعتبر من الأعمال المدنية كونها من عقود التبرع، إذ لا يستهدف الكفيل من وراء كفالته تحقيق أي مصلحة خاصة، بل تقديم خدمة مجانية للمكفول، وهذا الأمر يتعارض وجوهه التجارة التي تهدف إلى المضاربة وتحقيق الربح، بل أكثر من ذلك وطبقا لنص الفقرة الأولى من المادة 651 من القانون المدني الجزائري، فإنه لا يؤثر على الصفة المدنية للكفالة أن يكون الدين المكفول تجاريا، أو أن يكون أي من الكفيل أو المكفول أو كليهما تاجرا. إلا أن الفقرة الثانية من المادة 651 من نفس القانون تضمنت حكما يفقد الكفالة طابعها المدني ويضفي عليها الصفة التجارية ويتجسد هذا الاستثناء في الآتي:

- إذا تعلق بضمان أوراق تجارية ضمانا احتياطيا، أو تعلق بتظهير هذه الأوراق\*.

وتكتسب الكفالة الصفة التجارية أيضا:

- إذا كان الكفيل أحد البنوك وتقدم لضمان أحد عملائه، فتعد الكفالة في هذه الحالة عملا تجاريا بحسب

موضوعه طبقا لنص المادة 14/02 من القانون التجاري الجزائري.

كم تعتبر الكفالة تجارية بالتبعية من منظور القضاء<sup>1</sup>:

- إذا كان الكفيل تاجرا وقام بها من أجل حاجات تجارته، كأن يكفل التاجر عميله التاجر حماية له من

خطر الإفلاس ومن ثم حماية نفسه من الخطر ذاته، أو أن يكفل تاجر الجملة، تاجر التجزئة بهدف استمرار

هذا الأخير في ممارسة نشاطه التجاري وسداد ديونه للأول، فالكفالة في هذه الحالة تعد عملا تجاريا بالتبعية،

كون الكفالة في هذه الحالة لا تنطوي على نية التبرع، بل تهدف إلى الحفاظ على مصالح الكفيل نفسه وليس

المدين المكفول.

## 2- عقد العمل

عقد العمل "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بان يعمل في خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته أو إشرافه

مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"، ليتضح أن هذا النوع من العقود ينطوي على ثلاث عناصر وهي كالآتي:

\* إن استعمال المشرع المدني الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 651 لمصطلح "الأوراق التجارية" جاء عاما يشمل كافة الأوراق التجارية من "سفتجة وشيك وسند لأمر وسند الخزن وعقد تحويل فاتورة"، رغم أنه خص السفتجة دون غيرها من الأوراق التجارية واعتبرها عملا تجاريا بحسب الشكل وبغض النظر عن صفة القائم بهذا العمل، وذلك على خلاف باقي الأوراق التجارية التي تعتبر من صميم الأعمال المدنية، إلا إذا قام بها تاجر لمصلحة تجارته، فتكتسب الصفة التجارية بالتبعية، لذلك كان الأجدر بالمشرع ضبط المصطلحات في الفقرة الثانية من المادة 651، فيما يتعلق بالكفالة واستعمال عبارة "الكفالة الناشئة عن ضمان السفتجة وتظهيرها" بدلا من عبارة "الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية وتظهيرها"، واعتبارها كفالة تجارية، لأن ذلك يتعارض مع المبدأ القاضي بأن: "الفرع (الكفالة) يتبع الأصل (التعامل بالأوراق التجارية الأخرى)"، كما أن ذلك يتعارض أيضا مع إخضاع كل من العمل الأصلي والعمل التبعية لنظام قانوني موحد، وهو الأمر الذي لا يتسنى متى كانت "الكفالة تجارية"، و"التعامل بالأوراق التجارية الأخرى دون السفتجة" عمل مدني.

<sup>1</sup> أنظر نادية فضيل، المرجع السابق، ص 103.

**أ-عنصر العمل:** ويتمثل في الجهد الذي يكون العامل ملزما ببذله لمصلحة رب العمل، بما يستجيب لتوجيهات هذا الأخير وأهدافه، سواءً كلن الجهد المبذول فكرياً أو بدنياً.

**ب-عنصر الأجر:** يقع على رب العمل بمقتضى عقد العمل، وهو المقابل المالي لالتزام العامل ببذل جهده، ويشمل عنصرين أحدهما ثابت (الأجر القاعدي)\*، والثاني متغير ويتضمن (المبالغ المدفوعة للعامل في شكل منح وتعويضات).

**د-عنصر التبعية:** ويتجسد هذا العنصر في سلطة رب العمل في الاشراف على العامل وتوجيهه الأوامر ضمن السلطة الممنوحة لرب العمل في إطار علاقة العمل.

فإذا كان عقد العمل الذي يبرمه التاجر مع عماله أو مستخدميه لا يثير إشكالا في اعتباره عملا مدنيا بالنسبة لهؤلاء العمال أو المستخدمين، كونه لا يعد مجرد استغلال لنشاطهم وجهودهم، فإن الاشكال يثور في طبيعة العقد بالنسبة لرب العمل التاجر ومدى اعتباره عملا مدنيا، أم تجاريا بالتبعية؟.

وقد انقسم الفقه في هذا الشأن إلى قسمين، فهناك من يرى احتفاظ عقد العمل بطابعه المدني حتى بالنسبة لرب العمل، ومبررهم في ذلك أن علاقة هذا الأخير بعماله ومستخدميه تخضع لأنظمة قانونية مستقلة تماما عن القانون التجاري، في حين تتجه غالبية الفقه إلى إضفاء الصفة التجارية على عقد العمل بالنسبة لرب العمل، وذلك اعمالا لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية، كون هذا العقد من الأعمال ذات الصلة بمصلحة تجارة رب العمل التاجر<sup>2</sup>.

### 3-العقود المتعلقة بالعقارات

تعتبر جميع التصرفات الواردة على العقار من قبيل الأعمال المدنية، كونها تخضع لأنظمة قانونية مستقلة تماما عن القانون التجاري، لكن إذا كان شراء العقارات من أجل إعادة بيعها، فإن العمل يعد عملا تجاريا بحسب الموضوع طبقا لنص (المادة 02 من ق ت ج)، لأنه يمثل بوضوح عناصر العمل التجاري التي تنطوي على كل من عنصر المضاربة وتحقيق الربح عند تداول الثروة، وبهذا فهي من الأعمال التجارية المنفردة التي لا تحتاج لاكتسابها وصف

\*هناك ما يعرف بالأجر الوطني الأدنى المضمون (SNMG)، بحيث لا يمكن أن يتقاضى العامل أجر منخفض على هذا الأجر، ويطبق على كافة العمال في جميع القطاعات دون استثناء، ويتم تحديده من قبل السلطة العامة، وفي هذا الصدد نصت المادة 87 من القانون 90-11 المؤرخ 1990/04/21 المتعلق بعلاقات العمل، ج ر عدد 17، المؤرخة في أول شوال 1410هـ، على ما يلي: "يحدد الأجر الوطني الأدنى المضمون المطبق في قطاعات النشاط بموجب مرسوم بعد استشارة نقابات العمل، والمستخدمين، والتنظيمات النقابية الأكثر تمثيلا...". أي في إطار اجتماع تشاوري يضم الثلاثية (المنظمة الأكثر تمثيلا للعمال، ومنظمة أرباب العمل، والحكومة)، إلا أن الواقع فرض حضور الاتحاد العام للعمال الجزائريين ممثلا عن الطبقة العاملة في جميع الثلاثيات المنعقدة، بما فيها تلك المنعقدة في 2014/02/24، والتي تم من خلالها إلغاء المادة 87 مكرر، والتي تشمل الأجر الوطني الأدنى المضمون المذكور في المادة 87، الأجر القاعدي والعلاوات والتعويضات مهما كانت طبيعتها، باستثناء التعويضات المدفوعة لتسديد المصاريف التي دفعها العامل، الأمر الذي دفع بالنقابات المستقلة إلى التجمع أمام قصر الحكومة للتديد بالإقصاء الذي تمارسه الحكومة ضدها، من خلال تجاهل وجودها وعدم اشراكها في اجتماعات الثلاثية، أما الأجر الأساسي أو القاعدي "Salaire de base" هو عبارة عن الأجر الأساسي الذي يتقاضاه العامل حسب المنصب الذي يشغله وحسب تصنيف الموظف ضمن السلم الوطني للأجور، و الأجر القاعدي الشهري يحدد ب : 40 ساعة عمل في الأسبوع، وتنقسم كل فئة الى عدة فروع حسب المجموعات.

<sup>2</sup> أنظر نادية فضيل، المرجع السابق، ص 104.

التجارية اتخاذ صورة المشروع، لكن يثور الاشكال حول طبيعة العقد الوارد على عقار بالنسبة للشخص التاجر ومدى اعتباره عملا مدنيا، أم تجاريا بالتبعية؟.

في هذا الصدد يتفق الفقه والقضاء على رأي راجح يُفرق بين شراء التاجر لعقار من أجل سكنه، والذي يظل محتفظا بطابعه المدني، وبين تلك التصرفات التي يبرمها التاجر على عقار لحاجات تجارته والتي تصبح تجارية بالتبعية، لذلك يعد عملا تجاريا بالتبعية استجار التاجر لعقار من أجل مزاوله نشاطه التجاري، أو تعاقد مع مقاول لترميم أو توسيع العقار الذي يباشر فيه عملياته التجارية، أو التأمين الذي يعقده التاجر ضد المخاطر التي تتعرض لها العقارات التي يباشر فيها تجارته<sup>1</sup>.

#### 4- عقد القرض

لا يختلف اثنان على أن القرض يعد عملا مدنيا سواءً بالنسبة للمقرض أو المقترض، لكن إذا كان المقرض مصرفا فإن العمل بالنسبة إليه يعد عملا تجاريا بحسب طبيعته، كونه يدخل ضمن عمليات الصرف المنصوص عليها في (المادة 02 ق ت ج)، أما بخصوص خضوع عقد القرض لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية من عدمه، فإن هذه النظرية تشمل عقد القرض في حالتين يُعد فيها هذا الأخير عملا تجاريا بالتبعية وهي<sup>2</sup>:

- إذا كان المقترض تاجرا واقترض مبلغا من النقود لتجارته.
- إذا كان المقترض غير تاجر واقترض مبلغا ليقوم بعمليات تجارية (كالمضاربة في البورصة مثلا).

#### ثانيا: تطبيق نظرية التبعية في مجال الالتزامات غير التعاقدية

ومعنى ذلك امتداد تطبيق نظرية الأعمال التجارية بالتبعية إلى الالتزامات غير التعاقدية للتاجر وعدم اقتصرها على الالتزامات التعاقدية فحسب، ذلك أن نص المادة 04 ق ت ج في فقرتها الأخيرة جاء عاما وشاملا، من خلال عبارة "الالتزامات بين التجار"، الأمر الذي دفع بالقضاء إلى تطبيق نظرية الأعمال التجارية حتى على الالتزامات غير التعاقدية، مفسرا مصطلح "الالتزامات" بتلك التي تنشأ عن العقد، أو عن الفعل الضار، أو الإثراء بلا سبب<sup>3</sup>.

وتطبيقا لذلك فإنه يُعد عملا تجاريا بالتبعية التزام التاجر بالتعويض عن العمل غير المشروع الذي يصدر منه بمناسبة نشاطه التجاري، كالتزامه بالتعويض عن أعمال المنافسة غير المشروعة كتقليد علامة تجارية مملوكة للغير، أو محاولة التاجر التشهير بسمعة تاجر آخر بقصد الاضرار به، أو تحريضه لعمال تاجر آخر، والتزام البنك بالتعويض بسبب افشاء أسرار عميله، وكذا التزام التاجر بالتعويض عمّا يسببه عماله ومستخدموه من أضرار للغير بمناسبة أدائهم لعملهم، أو التعويض عن اضرار ناجمة عن استخدام أشياء مملوكة له في تجارته، كالضرر التي تسببه سيارته للغير أثناء

<sup>1</sup>أنظر محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 131.

<sup>2</sup> أنظر نادية فضيل، المرجع السابق، ص 105.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 105.

نقل بضاعته<sup>1</sup> فالتزام التاجر بالتعويض عن الضرر الذي ألحقه بالغير سواءً كان هذا الغير تاجرا أو غير تاجر يدخل ضمن الأعمال التجارية بالتبعية<sup>2</sup>.

كما تشمل نظرية الأعمال التجارية بالتبعية التزام التاجر الناشئ عن الاثراء بلا سبب وتطبيقاته من دفع غير مستحق وفضالة، وذلك متى ارتبط بمزاولة نشاطه التجاري، كالتزام التاجر برد ما دُفع له على سبيل الخطأ زيادة على ثمن السلعة التي باعها، أو التزام التاجر برد ما أنفقه الفضولي لحساب التاجر ولشؤون تجارته، كقبول أو دفع الفضولي بالوساطة قيمة سفتحة مسحوبة على التاجر لتفادي الرجوع عليه<sup>3</sup>.

وقد يكون القانون مصدر الالتزام الذي يترتب على التاجر بمناسبة أعماله التجارية، فيفرض عليه التزام بدفع ضريبة الأرباح، أو تأمين عماله وموظفيه، أو دفع مكافآت نهاية الخدمة<sup>4</sup>...

وعليه يمكن القول أن أحكام القانون التجاري تسري على الأعمال التجارية سواءً كانت أصلية بحسب الموضوع أو بحسب الشكل، أو شخصية أعمال تجارية بالتبعية، في حين تظل خاضعة للقانون المدني كل الأعمال الأخرى التي لا علاقة لها بنشاط التاجر وأعماله التجارية.

### المطلب الرابع: الأعمال التجارية المختلطة

وتتناولها كما يلي:

#### الفرع الأول: مفهوم الأعمال التجارية المختلطة

لم ينص عليها المشرع، وسميت بهذا الاسم لأنها تعتبر تجارية لأحد الأطراف ومدنية للطرف الآخر، وبالتالي فهي ليست نوعا معينا من أنواع الأعمال التجارية، ولا تشكل طائفة مستقلة من الأعمال التجارية إلى جانب الأعمال التجارية الأصلية والأعمال التجارية بالتبعية المنصوص عليها في (المواد 2 و3 و4 من القانون التجاري الجزائري)، بل هي أعمال يُنظر إليها من جانبيها التجاري والمدني، فكما يمكن أن يكون العمل تجاريا بالنسبة لطرفيه (كشراء تاجر التجزئة لسلع من تاجر الجملة)، أو مدنيا لكليهما (كاستئجار شخص ولو كان تاجرا دارا للسكن من شخص آخر، أو شراء التاجر من المزارع قمحا أو سلعا أخرى للاستعمال الشخصي)، فإنه في المقابل يمكن أن تختلف صفة العمل بالنسبة لأحد الطرفين عنه بالنسبة للطرف الآخر، فيكون العمل تجاريا لأحد الطرفين، ومدنيا بالنسبة للطرف الآخر مهما كانت صفتها، ومن أمثلتها:

- شراء التاجر للمحاصيل الزراعية من الفلاح لإعادة بيعها.
- شراء طبيب أدوية من صيدلية لمعالجة مرضاه.
- تعاقد صاحب المسرح مع الممثلين
- تعاقد دار النشر مع المؤلف عند شراء حقوق التأليف.

<sup>1</sup> أنظر محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 132.

<sup>2</sup> انظر عليان الشريف وآخرون، المرجع السابق، ص 41.

<sup>3</sup> أنظر محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 132.

<sup>4</sup> أنظر عليان الشريف وآخرون، المرجع السابق، ص 41.

• بيع صاحب المحل السلع للمستهلك.

وتجدر الإشارة أن كل الأعمال التجارية المنصوص عليها في القانون التجاري، سواء كانت أصلية أو بالتبعية يمكن أن تكون أعمالا تجارية مختلطة، وذلك متى كانت تجارية بالنسبة لأحد الطرفين، بينما تبقى مدنية للطرف الآخر، الأمر الذي يفرض ضرورة وضع في الاعتبار كل من الزاويتين المختلفتين التي يُنظر منها إلى هذا العمل المختلط، وهذه الصورة هي الأكثر شيوعا، ولعل أهم مثال على ذلك العدد الضخم لمستهلكي السلع (عمل مدني بالنسبة للمستهلكين)، الذين يشترون حاجياتهم يوميا من التاجر (عمل تجاري بالنسبة للتاجر)، أو أولئك الذين يسافرون من مكان إلى آخر (عمل مدني بالنسبة للمسافرين) من خلال التعاقد مع الناقل (عمل تجاري بالنسبة للناقل).

### الفرع الثاني: النظام القانوني للأعمال التجارية المختلطة

الحقيقة أن العمل التجاري المختلط يثير بعض الصعوبات الخاصة، لا سيما ما تعلق بتحديد القواعد القانونية الواجب تطبيقها عند اختلاف صفة العمل بالنسبة لطرفي العلاقة بين المدني والتجاري، فهل تطبق قواعد القانون المدني، أم قواعد القانون التجاري؟، أو بعبارة أخرى هل يخضع العمل المختلط لقواعد القانون التجاري أم لقواعد القانون المدني؟.

وللإجابة على هذا التساؤل تجدر الإشارة إلى أن الأمر محل اختلاف بين تشريعات الدول، فالقوانين المتأثرة بالاتجاه اللاتيني وعلى رأسها القانون الفرنسي تقضي بعدم سريان أحكام القانون التجاري في الأعمال المختلطة إلا فيما يتعلق بالتزامات الطرف الذي يعتبر هذا العمل تجاري بالنسبة له، في حين تسري أحكام القانون المدني في كل ما يتعلق بالتزامات الطرف الذي يعتبر العمل المذكور مدني بالنسبة له<sup>1</sup>، أما القوانين المتأثرة بالاتجاه الجرمانى (كألمانيا وإسبانيا، وبلجيكا) فإن المشرع فيها يعتقد -لحكم هذا النوع من الأعمال- الحل الذي يُغلب قواعد القانون التجاري على قواعد القانون المدني، فتسري قواعد القانون التجاري على التزامات الطرفين، ما لم ينص القانون أو يتفق الطرفين على خلاف ذلك<sup>2</sup>.

أما في الجزائر فإن المشرع التجاري الجزائري لم ينص على الأعمال المختلطة، الأمر الذي يستدعي الرجوع إلى القواعد العامة في ذلك، فتطبق أحكام القانون التجاري على من يعتبر العمل بالنسبة له تجاريا، والقواعد المدنية على من يعتبر العمل بالنسبة له مدنيا، وذلك على خلاف المشرع المصري الذي نص صراحة في المادة الثالثة من التنقيح التجاري المصري الجديد على أنه: "إذا كان العقد تجاريا لأحد طرفيه فلا تسري أحكام القانون التجاري إلا على التزامات هذا الطرف وحده، وتسري على التزامات الطرف الآخر أحكام القانون المدني ما لم ينص القانون على غير ذلك"، لكن عموما فإن كل من الفقه والقضاء مستقران على الأخذ بحلول معينة، ففي بعض الأحوال يقتضي الأمر تطبيق نظام قانوني مزدوج، وفي أحوال أخرى يقتضي الأمر تطبيق نظام قانوني موحد.

<sup>1</sup> أنظر أكرم يا ملكي، المرجع السابق، ص 91.

<sup>2</sup> أنظر محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 134.

## أولاً: النظام القانوني المزدوج

يقتضي النظام القانوني المزدوج تطبيق القواعد التجارية على الطرف الذي يعتبر العمل تجارياً بالنسبة إليه، وتطبيق القواعد المدنية على الطرف الذي يعتبر العمل مدنياً بالنسبة إليه، على اعتبار أن تغليب أحد النظامين على الآخر فيه إهدار للقوة الملزمة لأحدهما، لكن تنور في هذا الصدد مشكلتان، يتعلق الأمر بمشكلة الاختصاص القضائي، ومشكلة الإثبات.

### 1-مشكلة الاختصاص القضائي

طبعاً ما يهمننا في مسألة الاختصاص القضائي هو الاختصاص النوعي دون الاختصاص المحلي الذي يؤول كقاعدة عامة في المواد المدنية للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه\*، والاختصاص القضائي النوعي لا يثير إشكالا في مجال الأعمال المختلطة إلا في الدول التي تأخذ بنظام القضاء التجاري المستقل، والجزائر على غرار الدول العربية تعتمد قضاءً موحداً سواءً للدعاوى الناتجة عن الأعمال المدنية، أو تلك الناتجة عن الأعمال التجارية، لذلك في كلتا الحالتين يؤول الاختصاص للمحكمة المدنية، لكن أمام القسم المدني أو القسم التجاري حسب نوع النزاع، كون الأمر لا يعدو مجرد تقاسم للأدوار بين القضاة، لذلك لا تنور مشكلة الاختصاص النوعي في هذه البلدان في مجال الأعمال المختلطة، بل تنور هذه المشكلة في البلدان التي تتوافر على محاكم مختصة بالمسائل التجارية وأخرى مختصة بالمسائل المدنية، ورغم أن الجزائر استحدثت ما يعرف "بالمحكمة التجارية المتخصصة" بموجب القانون 22-13 المؤرخ في 12 يوليو 2022 المتضمن تعديل وتتميم قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، إلا أن هذا الكيان الجديد أوكلت له مهمة الفصل في منازعات تجارية محددة على سبيل الحصر، الأمر الذي دفع بالمشروع الجزائري إلى الإبقاء على القسم التجاري على مستوى المحكمة العادية والإبقاء له على سلطة الفصل في المنازعات التجارية التي تخرج عن اختصاص المحكمة التجارية المتخصصة.

وقد استقر كل من الفقه والقضاء في مجال الأعمال المختلطة على وجوب النظر إلى طبيعة العمل بالنسبة للمدعى عليه، فإذا كان العمل بالنسبة (للمدعى) تجارياً وبالنسبة (للمدعى عليه) مدنياً، فإنه يجب رفع الدعوى أمام المحكمة المدنية، أما إذا كان العمل بالنسبة (للمدعى عليه) تجارياً فيكون (المدعى) كطرف ضعيف في العلاقة التي نشأ عنها هذا العمل المختلط مخيراً\*، إما أن يقاضي المدعى عليه الذي يعتبر العمل بالنسبة له تجارياً أمام المحكمة التجارية،

\* يؤول الاختصاص القضائي الإقليمي في المواد المدنية لمحكمة موطن المدعى عليه كأصل عام طبقاً لنص (المادة 37 ق إ م إ سالف الذكر)، في حين يكون أوسع نطاقاً في المواد التجارية، وذلك بإضافة (محكمة مكان الوفاء) أو (محكمة إبرام العقد)، أو (تسليم البضاعة) و(المقر الاجتماعي للشركة)... وغيرها طبقاً لنص (المادة 39 ق إ م إ).

\* في الدول التي تأخذ بنظام القضاء التجاري المستقل، كما هو الحال في فرنسا وإعمالاً للقاعدة العامة في الاختصاص الإقليمي الذي يقضي برفع الدعوى أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، فإن تحديد المحكمة المختصة إذا تعلق الأمر بأحد الأعمال المختلطة يتم من خلال تحديد طبيعة هذا العمل بالنسبة للمدعى عليه فإذا كان العمل بالنسبة لهذا الأخير مدنياً كان لزاماً على المدعى رفع دعواه أمام المحكمة المدنية التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه، أما إذا كان العمل بالنسبة للمدعى عليه تجارياً، فإن الأصل أن يؤول الاختصاص للمحكمة التجارية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، إلا أن القضاء مستقراً على حق المدعى في هذه الحالة في الخيار في رفع الدعوى إما أمام المحكمة التجارية أو أمام المحكمة المدنية، ومبرره في ذلك أن الزام المدعى الذي يعتبر العمل بالنسبة إليه مدنياً باللجوء إلى قضاء استثنائي (التجاري) يجهل إجراءاته، كونه غير مألوف لديه لعدم سبق الوقوف أمامه فيه إجحاف في حقه وبالتالي فهو في نظر القضاء طرف ضعيف في العلاقة التي نشأ عنها هذا العمل المختلط.

أو أمام المحكمة المدنية<sup>1</sup>.

وقد يتفق الطرفان ابتداءً في العقد على خضوع أي منازعات تنشأ عن تنفيذ هذا العقد في المستقبل للمحكمة التجارية أو المدنية بصفة نهائية<sup>2</sup>.

## 2- مشكلة الاثبات

سبق القول أن المبدأ في الاثبات في القانون التجاري هو "حرية الإثبات" طبقاً لنص المادة 30 ق ت ج سالفة الذكر، إلا ما استثني صراحة من قبل المشرع (كعقد الشركة الذي لا يثبت إلا بالكتابة طبقاً لنص المادة 545 ق ت ج)، وتطبيقاً لهذا المبدأ فإنه يجوز الاثبات في المواد التجارية بالبينة والقرائن أيًا كانت قيمة التصرف المراد إثباته. أما الإثبات في المواد المدنية فهو مقيد، بحيث لا يجوز الاثبات بالبينة (شهادة الشهود) إذا كانت قيمة التصرف القانوني تزيد عن 100 ألف دج، أو كانت هذه القيمة غير محددة في إشارة إلى الكتابة، طبقاً لنص المادة 333 ق م ج.

لذلك فإن المبدأ في إثبات الأعمال المختلطة هو تطبيق قواعد الإثبات التجاري على الطرف الذي يعتبر العمل بالنسبة إليه تجارياً، في حين تطبق قواعد الإثبات المدنية على الطرف الذي يعتبر العمل بالنسبة إليه مدنياً، وعليه يستطيع (الطرف المدني) أن يثبت في مواجهة (الطرف التجاري) بكافة طرق الإثبات حتى ولو زادت قيمة التصرف عن 100 ألف دج، لكن في المقابل لا يستطيع (الطرف التجاري) الإثبات في مواجهة (الطرف المدني) إلا بطرق الإثبات المدنية، الأمر الذي يتطلب توافر دليل كتابي إذا زادت قيمة التصرف عن 100 ألف دج<sup>3</sup>.

## ثانياً: النظام القانوني الموحد

على خلاف النظام القانوني المزدوج، فإن هناك من الأحوال في مجال الأعمال المختلطة ما يتطلب تطبيق نظام قانوني موحد وذلك لوحدة مصدر التزامات الطرفين والمتمثلة في العمل المختلط، فلا يمكن مثلاً تصور ازدواجية الفائدة على الدين لاختلاف صفة الطرفين القائمين بالعمل، وعليه سنتناول ضمن النظام القانوني الموحد كل من (الفائدة)، و(الرهن الحيازي).

## 1- سعر الفائدة

تطبق على الطرف الذي يكون العمل بالنسبة له تجاري أحكام القانون التجاري، في حين يكون الطرف الذي يعتبر العمل بالنسبة إليه مدني (كطرف ضعيف) مخيراً في اللجوء إلى أحكام القانون التجاري أو المدني، فيجوز للمزارع مثلاً الاحتجاج تجاه التاجر بكل وسائل الاثبات، بينما يتقيد التاجر في مواجهة المزارع بطرق الاثبات المدنية حماية للطرف المدني كطرف ضعيف.

<sup>1</sup> أنظر جلال وفاء البدي محمددين، المرجع السابق، ص 89.

<sup>2</sup> أنظر محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 135.

<sup>3</sup> أنظر جلال وفاء البدي محمددين، المرجع السابق، ص 89.

## الفصل الثالث نظرية التاجر

## الفصل الثالث: نظرية التاجر

تطرقنا إلى نطاق القانون التجاري والذي يعتبر هو نفسه تعريف القانون التجاري، فهناك من يرى هذا النطاق بنظرة موضوعية من خلال الأعمال التجارية، وهناك من يراه بنظرة شخصية من خلال صفة التاجر لذلك سنتناول في هذا الفصل الجانب الثاني من نطاق القانون التجاري والمتمثل في التاجر المحسد للنظر الشخصية لنطاق القانون التجاري وذلك من خلال التطرق إلى تعريف التاجر وشروط اكتساب الصفة التجارية (مبحث أول)، ثم الالتزامات المهنية للتاجر (مبحث ثاني).

### المبحث الأول: تعريف التاجر وشروط اكتساب الصفة التجارية

نتناول تعريف التاجر (مطلب أول)، ثم شروط اكتساب الصفة التجارية (مطلب ثاني).

#### المطلب الأول: تعريف التاجر

لتعريف التاجر لا بد من الرجوع إلى القانون التجاري وبالضبط في المادة الأولى منه<sup>1</sup>، التي عرفت التاجر بنصها: "يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذ مهنة معتادة له، ما لم يقضي القانون بخلاف ذلك"، ليتضح من هذا النص ما يلي:

- لم تحصر الصفة التجارية في الشخص الطبيعي فقط، بل هناك أشخاص معنويين (الشركات) لهم صفة التاجر.
- يباشر عملا تجاريا، أي ليست أعمالا مدنية، بل أعمالا تجارية، كون مباشرة الأعمال المدنية لا تكسب الشخص صفة التاجر.
- أن التاجر ليس له ارتباط بهيئة معينة، بل له ارتباط بالعمل الذي يباشره، أي العمل التجاري، لذلك لا يمكن أن نسمي موظف تابع لهيئة معينة بأنه تاجر، أو من يمارس أعمالا يدوية، والذي يدعى بالحرفي، وعليه فإن التاجر هو الذي يباشر أعمالا تجارية، مما يكسبه الصفة التجارية.

#### المطلب الثاني: شروط اكتساب صفة التاجر

وفقا لنص المادة الأولى من القانون التجاري، فإنه يعتبر تاجرا كل من يشتغل بالأعمال التجارية ويتخذها مهنة معتادة له، ليتبين 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 هذه الصفة، ويشترط لاعتبار الشخص تاجرا وفقا للنص المشار إليه توافر الشروط، والتي هي في الحقيقة شروط قانونية، نصت عليها المادة الأولى من القانون التجاري الجزائري، وتتمثل هذه الشروط في الآتي:

<sup>1</sup> أنظر المادة 01 من القانون التجاري الجزائري سالف الذكر.

## الفرع الأول: القيام بأعمال تجارية بطريقة شخصية ومستقلة

يشترط لاكتساب صفة التاجر أن يمارس الشخص الأعمال التجارية على أساس الاستقلال ولحسابه الخاص وليس لحساب غيره ، على اعتبار أن النشاط التجاري يقوم على الائتمان، وما يترتب عنه من نتائج، لذلك فإنه لا يعتبر العمل التبعية لرب عمل والخضوع لتوجيهاته ورقابته تجاريا ولا يعتبر من يقوم به تاجرا، لأنه لا يتحمل مخاطر الأعمال التجارية، ذلك أن هذه التبعية تتنافى مع الاستقلال الضروري لممارسة النشاط التجاري، فلا يعتبر من يقوم بأعمال تجارية لحساب الغير تاجرا، وعلى هذا الأساس فإن مسيري الشركات لا يعتبرون تجارا لأنهم لا يمارسون أعمالا تجارية لحسابهم الخاص بل لحساب الشركة.

## الفرع الثاني: القيام بأعمال تجارية على سبيل الاعتياد والامتهان

فلا يعتبر تاجرا من يقوم بأعمال تجارية عارضة، فهو لا يكتسب هذه الصفة، كون نص المادة الأولى من القانون التجاري لا يكسب الشخص الصفة التجارية، إلا إذا قام بهذه الأعمال على سبيل الاعتياد، ويتخذها كحرفة لذلك فإنه لا بد من توافر عنصر الاعتياد والاحتراف معا لاكتساب الصفة التجارية. وعنصر الاعتياد عنصر مادي مفاده تكرر القيام بالأعمال التجارية بصفة مستمرة ومنتظمة، ومن ثمة فإن القيام بعمل تجاري عابر غير كاف لتكوين عنصر الاعتياد واكتساب صفة التاجر.

أما بالنسبة للشخص المعنوي، فإن الأمر يختلف باختلاف طبيعة الشخص المعنوي، على اعتبار أن هذا الأخير يقسم الى شخص معنوي خاص وشخص معنوي عام فبالنسبة للشخص المعنوي الخاص مجسدا في الشركات التجارية حسب ما نصت عليه المادة الثالثة من القانون التجاري الجزائري، فإن هذه الأخيرة تعتبر من الأعمال التجارية بحسب شكلها<sup>1</sup>، كما نصت المادة 544 من نفس القانون على اعتبار شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة وذات المسؤولية المحدودة وشركة المساهمة تجارية بحسب شكلها مهما كان موضوعها.

ليتضح من نص (المادة 544 من ق.ت.ج)، أنه إذا تعلق الأمر بشركة تجارية بحسب شكلها فإن هذا يكفي لإضفاء الصبغة التجارية عليها دون الحاجة في الخوض في طبيعة عملها هل هو تجاري أم لا، باستثناء طبعاً شركة المحاصة التي تكتسي الصفة التجارية بالنظر إلى موضوعها<sup>2</sup>.

أما المقصود بأشخاص القانون العام الاعتبارية، فهي الجماعات العمومية كالدولة والولاية والبلدية والهيئات العمومية كالجامعات والمستشفيات، لأن هدفها الأساسي هو تحقيق المنفعة العامة وهنا لا تكتسب صفة التاجر لأن

<sup>1</sup> أنظر المادة 03 من القانون التجاري الجزائري سالف الذكر.

<sup>2</sup> أنظر المادتين 3 و544 من القانون التجاري الجزائري سالف الذكر

عملها لا يهدف لتحقيق الربح، لكن عندما تتدخل الدولة في المجال الاقتصادي، مثال ذلك إنشاء مؤسسات عمومية اقتصادية أو مثلا عندما تشترك الدولة في شركات ذات رأس مال مختلط وطني كان أو أجنبي فهنا تهدف إلى المضاربة تحقيق الربح وبالتالي يعد عملها عملا تجاريا.

### الفرع الثالث: الأهلية التجارية

تعرف الأهلية عموما بأنها: " قدرة المرء وصلاحيته لمباشرة التصرفات القانونية بنفسه"، أما الأهلية التجارية فيقصد بها: " القدرة على ممارسة واحتراف التجارة ومباشرة الأعمال المتعلقة بها"، ويلاحظ من هذين التعريفين بأن الأهلية المدنية هي أهلية عامة تتعلق بكل التصرفات القانونية، أما الأهلية التجارية فهي أهلية خاصة باحتراف التجارة وشرط أساسي لاكتساب صفة التاجر<sup>1</sup>.

وقد فرقت بعض التشريعات بين سن الرشد المدني وسن الرشد التجاري، فعلى سبيل المثال حدد التشريع اليمني سن الرشد المدني بخمسة عشر عاما وسن الرشد التجاري بثمانية عشر عاما، أما المشرع الجزائري فلم يفرق بين الأهلية المدنية والأهلية التجارية، بل أحال أحكام الأهلية التجارية برمتها إلى القانون المدني، من خلال المادة 40 من القانون المدني الجزائري.

لذلك فإنه على اعتبار ممارسة التجارة بالمفهوم القانوني من شأنه أن يرتب التزامات على صاحبها، فإنه لا يكفي أن يمارس الشخص أعمالا تجارية على وجه الاحتراف حتى يكتسب صفة التاجر، بل لا بد أن تتوفر لديه أيضا الأهلية اللازمة لمباشرة النشاطات التجارية، من خلال اشتراط القانون توفر سن الرشد في القائم بهذه الأعمال، وعليه فإنه بالرجوع إلى نص المادة 40 من القانون المدني فإن الشخص الطبيعي يكتسب الأهلية التجارية ببلوغه سن 19 سنة كاملة، على أن يكون متمتعا بقواه العقلية أي غير سفيه، غير معتوه، وغير مجنون ولم يكن محجورا عليه وألا يكون قد اعتراه عارض من عوارض الأهلية، فلا يجوز لمن لم يبلغ هذه السن أن يحترف التجارة<sup>2</sup>.

### أولا: أهلية القاصر المرشد

طبقا لنص المادة 05 من القانون التجاري، فإنه يمكن للشخص البالغ من العمر 18 سنة كاملة ذكرا أم أنثى أن يمارس التجارة بعد أن يحصل على إذن من والده أو أمه أو قرار من مجلس العائلة مصادق عليه من طرف المحكمة، على أن يقدم هذا الإذن المكتوب والمصادق عليه كوسيلة دعم في ملف القيد في السجل التجاري، وبذلك يجوز للقاصر المرشد ممارسة الأعمال التجارية، كما أن الإذن الممنوح للقاصر المرشد قد يكون إذنا مقيدا، فإذا حدّد له

<sup>1</sup> انظر جلال وفاء البدي محمددين، المرجع السابق، ص 100.

<sup>2</sup> انظر المادة 40 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر.

الإذن نوع معين من التجارة يمكن له أن يمارسه ومبلغا كحد أقصى لا يتجاوزه في تجارته، فيكون القاصر مقيدا في تصرفاته في حدود ذلك الإذن، إذا تجاوز تلك الحدود فتقع تصرفاته باطلة بطلانا نسبيا لمصلحته<sup>1</sup>.

### ثانيا: أهلية الأجنبي

بالرجوع إلى نص المادة 10 من القانون المدني الجزائري نجد أنها تعتبر التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وترتب آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية، وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه، فإن السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحته، وعلى ذلك إذا تقدم شخص أجنبي لممارسة التجارة في الجزائر وكان قانون جنسيته يجعل من سن الرشد 21 سنة كالقانون المصري، فلا يوجد إشكال في هذه الحالة لأن القانون الجزائري يشترط لسن الرشد بلوغ الشخص 19 سنة كاملة، أما إذا كان قانون جنسيته الأجنبي يجعل سن الرشد 16 سنة كالقانون السعودي، فإن هذا الشخص لا يسمح له بممارسة التجارة في الجزائر لعدم بلوغه سن الرشد حسب القانون التجاري الجزائري رغم بلوغه سن الرشد حسب قانون بلاده، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من نفس المادة<sup>2</sup>.

### ثالثا: أهلية المرأة

تخضع المرأة لما يخضع له الرجل حيث الأهلية في القانون التجاري الجزائري، فمتى بلغت سن الرشد، كان لها أن تمارس النشاطات التجارية دون أن يشترط فيها الحصول على إذن من أي أحد، ونفس الشيء بالنسبة للمرأة المتزوجة المستوفية الأهلية القانونية إذا كانت تمارس نشاطها التجاري بأموالها الخاصة تكتسب الصفة التجارية<sup>3</sup>، كون زواج المرأة في القانون الجزائري لا يعد عارضا من عوارض الأهلية في القانون الجزائري، وبالتالي لا يفقد المرأة أهليتها، أما إذا كانت تمارس نشاطا تجاريا تابعا لنشاط زوجها فإنها لا تعد تاجرة<sup>4</sup>.

### رابعا: أهلية الشخص المعنوي

إن تتمتع الشركات التجارية بالأهلية مرتبط باكتسابها الشخصية المعنوية من خلال القيد في السجل التجاري، أما الشركات المدنية فتتمتع بالشخصية المعنوية وتكتسب الأهلية بمجرد تكوينها طبقا لنص المادة 417 من القانون المدني الجزائري.

<sup>1</sup> أنظر المادة 6 من القانون التجاري الجزائري سالف الذكر.

<sup>2</sup> أنظر المادة 10 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر.

<sup>3</sup> أنظر المادة 8 من القانون التجاري الجزائري سالف الذكر.

<sup>4</sup> أنظر المادة 7 من القانون التجاري الجزائري سالف الذكر.

وطبقا لنص المادة 50 من القانون المدني<sup>1</sup>، الشركة كشخص معنوي، تكتسب أهلية في الحدود التي بعينها عقد إنشائها، وفي حدود الغرض الذي أنشأت من أجله، فلا يجوز لها أن تتجاوز هذا الغرض إلا بتعديل عقدها الأساسي، وبالتالي تلتزم الشركة بالتزامات التاجر المهنية من مسك للدفاتر التجارية، وقيد في السجل التجاري، وكذا الخضوع لنظام الإفلاس، فضلا عن أداء الضرائب.

### المبحث الثاني: التزامات التاجر المهنية

رغم عدم ورود تعريف محدد لالتزامات التاجر المهنية، إلا أن المشرع ألزم التاجر بمسك الدفاتر التجارية والقيد في السجل التجاري، وعلى هذا الأساس سنتناول هذه الالتزامات على النحو الآتي:

#### المطلب الأول: التزام التاجر بالقيد في السجل التجاري

عالج المشرع الجزائري مسألة القيد في السجل التجاري في المواد من 19 إلى 28 من القانون التجاري، وكذا القوانين المكملة لهذا القانون، لذلك سنتناول هذا الالتزام من خلال النقاط الآتية:

#### الفرع الأول: تعريف السجل التجاري وأهميته

لم يعرف المشرع الجزائري السجل التجاري من خلال القانون التجاري، بل عرفه القانون 08/04 المتعلق بشروط ممارسة الأعمال التجارية، معتبرا إياه سندا رسميا يؤهل كل شخص طبيعي أو اعتباري لممارسة نشاط تجاري متى كان متمتعا بأهليته القانونية، ويعتد به أمام الغير إلى غاية الطعن فيه بالتزوير<sup>2</sup>.  
وذلك على خلاف بعض التشريعات التي تناولت تعريف السجل التجاري على أنه "سجل خاص تقيد فيه جميع البيانات التي تفيد الغير الذي يريد التعاقد مع التاجر".

فبعض التشريعات منحت للقضاء حق القيام بالقيد في السجل التجاري لحيازة البيانات على قوة الشيء المقضي فيه، مثل التشريع اللبناني والألماني وبعض التشريعات، في حين أسندت تشريعات أخرى مهمة الإشراف على ذلك لجهة إدارية بدل القضاء مثل التشريع المصري والفرنسي والجزائري، وأعطت لمكاتب السجل التجاري سلطة التحقيق في صحة البيانات المقدمة من طرف طالب القيد.

لذلك فإن للقيد في السجل التجاري دور وأهمية في المجال القانوني تتجلى في الآتي:

- يعتبر أداة قانونية للإشهار وهذا الأمر غير متنازع فيه، وعلى الشخص ذكر الالتزام بذكر البيانات الإيجابية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> أنظر المادة 50 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر.

<sup>2</sup> أنظر المادة 02 فقرة 02 من قانون رقم 04-08 مؤرخ في 27 جمادي الثانية عام 1425 هـ الموافق 14 غشت سنة 2004 م، يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج.ر عدد 52، المؤرخة في 18 غشت 2004، المعدل والمتمم.

<sup>3</sup> أنظر المواد من 11 إلى 17 من القانون 08/04 سالف الذكر.

- السجل التجاري يستعمل كمصدر للإحصائيات في مجال الاقتصادي، حيث يحدد التجار المسجلين في السجل التجاري وعدد المؤسسات التجارية ورأس المال المستثمر، وذلك من اجل ضبط وحسن سير الأنشطة الاقتصادية.
- للقيود في السجل التجاري وظيفة تنظيمية، حيث يساهم في مراقبة مدى تطبيق النصوص القانونية ومتابعة الأشخاص الخاضعين للقيود فيه، كذلك النصوص التي تمنع بعض الأشخاص من مزاولة التجارة<sup>1</sup>، أو تلك تفرض الحصول على رخصة مسبقة لمزاولة تجارة معينة<sup>2</sup>.
- القيد في السجل التجاري قرينة قاطعة على اكتساب الصفة التجارية سواء للشخص الطبيعي أو المعنوي<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: شروط القيد في السجل التجاري

- على غرار كل التشريعات فإن الأشخاص الذين يلتزمون بالقيد في السجل التجاري، هم كل شخص سواء كان طبيعيا أو معنويا جزائريا أو أجنبيا اكتسب صفة التاجر وجب عليه الالتزام بالقيد في السجل التجاري.
- ومفهوم المخالفة لا يلزم بهذا القيد من لا يحترف التجارة أو من ليس له صفة التاجر والشركات المدنية وكذا شركة المحاصة التي لا تلتزم بالقيد في السجل التجاري لعدم تمتعها بالشخصية المعنوية.
- وعلى هذا الأساس فإنه يشترط للقيد في السجل التجاري ما يلي:

- أن يكون الشخص تاجر سواء كان وطنيا أو أجنبيا وسواء كان الشخص طبيعيا أو معنوي.
- أن يكون له محل رئيسي في الجزائر أو فرع أو وكالة داخل القطر الجزائري.
- وأن يكون الشخص المعنوي تاجرا بالشكل أو بالموضوع<sup>4</sup>.

### الفرع الثالث: آثار القيد في السجل التجاري

يترتب على القيد في السجل التجاري من الآثار ما يلي:

- 1- اكتساب صفة التاجر: سواء تعلق الأمر بالشخص الطبيعي أو المعنوي، ويعتبر القيد في السجل التجاري في هذه الحالة قرينة قاطعة على ذلك لا يمكن إثبات عكسها<sup>5</sup>.
- 2- اكتساب الشركة الشخصية المعنوية، إضافة إلى اكتساب الشركة لصفة التاجر بمجرد قيدها في السجل التجاري، فإنها وحسب نص المادة 549 من القانون التجاري تصبح متمتعة بالشخصية المعنوية.

<sup>1</sup> أنظر المواد 08 و09 من القانون 08/04 سالف الذكر.

<sup>2</sup> أنظر المادة 2/04 من القانون 08/04 سالف الذكر.

<sup>3</sup> أنظر المواد 2/2 و4/2 من القانون 08/04 سالف الذكر

<sup>4</sup> أنظر المادة 19 من القانون التجاري الجزائري سالف الذكر

<sup>5</sup> أنظر المادة 21 من القانون التجاري الجزائري، المعدلة بموجب القانون 27/96 المعدل للقانون التجاري.

3-عدم الاحتجاج في مواجهة القاصر المرشد بالتصرفات قبل القيد، حيث لا يمكن لأي شخص أن يتمسك في مواجهة القاصر المرشد بالعمليات التجارية التي يبرمها هذا الأخير إلا إذا قام بتقييد الإذن الذي حصل عليه في السجل التجاري<sup>1</sup>.

4-التزام التاجر ببيانات ورقم القيد في كل الوثائق التي تصدر منه، حيث يجب على كل تاجر مقيد في السجل التجاري أن يلتزم بذكر رقم تسجيله في السجل التجاري ومكان تسجيله والمحكمة التابع إليها على جميع الفواتير والطلبات والنشرات التي تصدر عنه.

5-مسؤولية التاجر عن الالتزامات التجارية في حالة التنازل عن المحل التجاري، والذي يبقى مسؤولاً عن كل الالتزامات المترتبة عن محله التجاري الذي قام ببيعه إلى الغير وذلك إلى غاية شطب نفسه من السجل التجاري أو التأشير بهذا البيع في السجل<sup>2</sup>.

#### الفرع الرابع: مسألة وقت القيد في السجل التجاري

بالرجوع إلى نص المادة 22 من القانون التجاري، فإن كل تاجر يبدأ في ممارسة الأنشطة التجارية عليه بتقييد نفسه في السجل التجاري خلال مدة شهرين من تاريخ البدء في هذا النشاط، لكن بالرجوع إلى نص المادة 04 من القانون 08/04 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية نجد أنها تلزم كل شخص طبيعي أو اعتباري يرغب (أي قبل أن يبدأ) في ممارسة الأنشطة التجارية بالقيد في السجل التجاري.

الأمر الذي يشكل تناقضا صارخا بين النصين، لكن عملا لقاعد "الخاص يقيد العام ولا يلغيه"، فإنه على كل شخص طبيعي أو اعتباري قبل أن يمارس أي عمل تجاري أن يقيد نفسه في السجل التجاري، وإلا اعتبر مرتكبا لمخافة يعاقب عليها القانون.

#### الفرع الخامس: الجزاء المترتب عن الإخلال بالقيد في السجل التجاري

يؤدي عدم قيد المعني في السجل التجاري إلى العقوبات المنصوص عليها في المواد من 31 إلى 38 من القانون 08/04 سالف الذكر

فنصت المادة 31 يعاقب التاجر الطبيعي أو المعنوي الذي يمارس نشاطه التجاري بشكل قار بغرامة مالية من 10 آلاف إلى 100 ألف دج مع إمكانية غلق محله التجاري الذي يمارس فيه نشاطه التجاري إلى غاية تسوية الوضع، ونصت المادة 32 يعاقب التجار الذين يمارسون أنشطة تجارية غير قارة دون التسجيل في السجل التجاري بغرامة مالية من 5 آلاف إلى 50 ألف دج مع إمكانية حجز السلع لمرتكبي المخالفة وإمكانية حجز وسائل النقل

<sup>1</sup> أنظر المادة 05 من القانون التجاري الجزائري سالف الذكر.

<sup>2</sup> أنظر المادة 23 من القانون التجاري الجزائري سالف الذكر.

المستعملة، في حين نصت المادة 33 يعاقب من يقوم بسوء نية بالإدلاء بتصريحات غير صحيحة أو يدلي بمعلومات غير كافية بغرامة مالية من 5 آلاف إلى 50 ألف دج

أما المادة 34 فنصت على معاقبة كل من يقوم بتقليد أو تزوير المستخرج من السجل التجاري بعقوبة الحبس من 6 أشهر إلى سنة مع غرامة من 100 ألف دج إلى مليون دج، زيادة على هذه العقوبات يأمر القاضي تلقائياً بغلق المحل التجاري مع إمكانية منع القائم بالتزوير بممارسة التجارة لمدة 5 سنوات على الأكثر.

وحسب المادة 37 من نفس القانون (08/04)، فإنه يعاقب على عدم التعديل في بيانات السجل التجاري في أقضاه 3 أشهر تبعا للتغيرات الطارئة على الوضع أو الحالة القانونية للتاجر بغرامة مالية من 10 آلاف إلى 100 ألف دج مع السحب المؤقت للسجل التجاري إلى غاية تسوية الوضع، ويعتبر من التغيرات الطارئة:

- تغيير العنوان الشخصي للشخص الطبيعي
- تغيير المقر الاجتماعي للشخص المعنوي
- تغيير القانون الأساسي للشركة
- تغيير نوع النشاط للشخص الطبيعي

#### المطلب الثاني: التزام التاجر بمسك الدفاتر التجارية

سوف نتناول هذا الالتزام من خلال النقاط الآتية:

#### الفرع الأول المقصود بالدفاتر التجارية

هي سجلات يقوم من خلالها التاجر بتدوين كل معلوماته لعملياته التجارية المتمثلة في ماله من حقوق وما عليه من ديون وتسمى هذه الأخيرة بالدفاتر التجارية.

#### الفرع الثاني: أهمية الدفاتر التجارية

تعتبر هذه السجلات ذات أهمية كبيرة، سواء بالنسبة للتاجر، أو للغير المتعامل مع هذا التاجر، وتظهر الأهمية لهذا النوع من الدفاتر في الآتي<sup>1</sup>:

- الوسيلة التي يتمكن من خلالها من معرفة نجاحه في أعماله ومركزه المالي.
- وسيلة لإثبات حسن النية وسلامة التصرفات عند التوقف عن الدفع متى كانت منتظمة فللاستفادة من التسوية القضائية بدل الإفلاس، ودفع خطر الوقوع في الإفلاس بالتدليس أو التقصير وما يترتب عنهما من عقوبات جزائية.
- فضلا عن أهميتها في تصفية أموال التاجر الفرد أو الشركة التجارية عند إفلاسها.

<sup>1</sup> أنظر أكرم يا ملكي، المرجع السابق، ص 115.

- تعد بمثابة إقرار كتابي من التاجر يمكن اتخاذه كدليل للإثبات ضد التاجر من الغير المتعامل مع هذا التاجر
- ذات أهمية للدولة في حد ذاتها من خلال تمكين مصلحة الضرائب من الاستناد على هذه الدفاتر متى كانت منتظمة في تقدير الضرائب المستحقة على التاجر، بدلا من التقدير الجزائي، لذلك فإن انتظام هذه الدفاتر شرط أساسي لجعلها وسيلة إثبات للتاجر أو ضده.

### الفرع الثالث: الأشخاص الملزمون بمسك الدفاتر التجارية

مسك الدفاتر التجارية التزم على كل شخص طبيعي اكتسب صفة التاجر سواء كان رجلا أو امرأة وسواء كان متعلما أو لا، ذلك أن المشرع لم يشترط إجراء القيود في الدفاتر التجارية بخط التاجر شخصيا، فقد يستعين بكاتب أو محاسب ينوب عنه في تنظيم دفاتره.

كما يقع هذا الالتزام على الشركات كشخص معنوي دون أن يلتزم به الشركاء في شركة التوصية البسيطة أو بالأسهم أو المساهمين في شركات المساهمة وذات مسؤولية محدودة كونهم لا يكتسبون صفة التاجر<sup>1</sup>.

أما الشركاء المتضامنين في شركة التضامن أو التوصية البسيطة الذين يكتسبون صفة التاجر بمجرد دخولهم إلى الشركة، فإن هناك من سرى وجوب مسكهم الدفاتر التجارية مستقلة عن دفاتر الشركة، وهناك من يرى عدم إلزام هؤلاء الشركاء بمسك الدفاتر التجارية بحجة أن ذلك تكرر لا فائدة منه إلا إذا كان لهؤلاء الشركاء تجارة مستقلة عن تجارة الشركة، إلا أن الرأي الراجح يلزم الشريك المتضامن في شركة التضامن والتوصية بمسك الدفاتر التجارية حتى يتمكن من تدوين أرباحه ومسحوباته السنوية الشخصية حتى ليتفادى إفلاسه أو إفلاس الشركة، فقد يمكن اعتبار هذا الشريك مفلسا بالتقصير مما يترتب عليه عقوبات جنائية متى تبين أن إنفاقاته الشخصية لا تتناسب مع مركزه المالي وحالته التجارية.

### الفرع الرابع: أنواع الدفاتر التجارية

هناك دفاتر اجبارية، ودفاتر اختيارية، وسوق نتناول ذلك تباعا كما يلي:

أولا: الدفاتر الاجبارية: وتنقسم بدورها إلى:

#### 1- دفتر اليومية

يمثل هذا الدفتر أهم الدفاتر التجارية بحيث يسجل فيه التاجر جميع العمليات المالية التي يقوم بها، ويتم هذا التسجيل وفقا لما جاء في نص المادة (09) يوما بيوم والتفصيل، ومن ثم يجب على التاجر أن يقيد في دفتره جميع العمليات التجارية التي يقوم بها من بيع وشراء أو اقتراض أو دفع أو قبض لأوراق نقدية أو تجارية أو غير ذلك.

<sup>1</sup> أنظر المادة 09 من القانون التجاري الجزائري سلف الذكر.

لكن ما تجدر الإشارة إليه أنه من الناحية العملية لا يكفي قيد العمليات التجارية في دفتر واحد بل يستحسن الاستعانة بمسك دفاتر يومية مساعدة لإثبات تفاصيل عملياته التجارية فمثلا يخصص دفتر يومية للمشتريات والآخر للمبيعات وثالث للمصروفات ورابع لأوراق القبض وخامس لأوراق الدفع وبهذا لا يحتاج التاجر لإعادة قيد تفاصيل هذه العمليات في دفتر اليومية الأصلي وإنما يكفي بتقييد جماعي لهذه العمليات

## 2- دفتر الجرد

تناوله المشرع في نص (المادة 10 من القانون التجاري) بنصها: "يجب عليه أيضا أن يجري سنويا جردا لعناصر أصول وخصوم مقاولته وأن يقفل كافة حساباته بقصد إعداد الميزانية وحساب الخسائر والأرباح، وتنسخ بعد ذلك هذه الميزانية وحساب الخسائر والأرباح في دفتر الجرد".

ليتضح من هذا النص أن التاجر يلتزم في آخر كل سنة مالية بجرد أموال منشأته، وهي ما للتاجر من أموال منقولة أو ثابتة وتقويمها وحصر ماله من حقوق وما عليه من ديون وتدوين ذلك تفصيلا في دفتر الجرد، فإذا كانت هذه التفاصيل مدونة في دفاتر أو قوائم مستقلة فعلى التاجر أن يكتفي بإثبات بيان إجمالي عنها في دفتر الجرد، ويشترط القانون إجراء عملية الجرد مرة في السنة على الأقل، فتقيد فيه صورة من الميزانية العامة للتاجر، والميزانية هي التعبير الرقمي المنظم طبقا لقواعد المحاسبة عن مركز التاجر الإيجابي والسلبي في نهاية السنة المالية وهي تتخذ شكل جدول مكون من جانبين، أحدهما للأصول والآخر للخصوم.

ويقصد بالأصول حقوق المشروع وتشمل الأموال الثابتة والمنقولة التي يمتلكها والديون التي له عند الغير، أما المقصود بالخصوم فهي الديون التي على المشروع للغير وكذلك رأسمال المشروع باعتباره دينا عليه لصاحبه. ولد دفتر الجرد دور هام في التعرف على المركز المالي للتاجر، كما يسمح للدائنين في حالة الإفلاس معرفة ما لهم من حقوق وما عليهم من التزامات.

## ثانيا: الدفاتر الاختيارية

علاوة على ما يلتزم التاجر بمسكه من دفاتر إجبارية، فإن هناك من الدفاتر ما هي اختيارية ترك المشرع للتاجر حرية مسكها تبعا لطبيعة التجارة التي يمارسها وأهميتها، ومن أهم هذه الدفاتر<sup>1</sup>:

**1- دفتر الأستاذ:** وهو من أهم الدفاتر التي جرت عادة التجار على إمساكها لأنه الدفتر الرئيسي الذي تصب فيه كل الدفاتر الاختيارية، ودفتر الأستاذ ترتب فيه جميع العمليات التجارية حسب نوعها وبحسب أسماء العملاء لكل عميل ولكل نوع منها حساب، حساب البضائع وحساب الأوراق التجارية للقرض أو الأوراق التجارية للدفع إلى غير ذلك.

<sup>1</sup> أنظر أكرم يا ملكي، المرجع السابق، ص 120.

2- دفتر المسودة: وتدون فيه العمليات التجارية بمجرد وقوعها بسرعة وبصورة مذكرات ثم تنقل بعد ذلك إلى دفتر اليومية بعناية وانتظام.

3- دفتر المخزن: تدون فيه البضائع التي تدخل مخزن التاجر والتي تخرج منه.

4- دفتر الأوراق التجارية: يتضمن هذا النوع من الدفاتر قيد تواريخ استحقاق الأوراق التجارية الواجب تحصيلها من الغير وتلك التي يتعين الوفاء بقيمتها للغير.

5- دفتر الصندوق أو الخزنة: تقيّد فيه حركة النقود التي تدخل في الصندوق والتي تخرج منه وهو ذو أهمية بالنسبة للتاجر من حيث أنه يبين رصيده في آخر كل يوم.

6- دفتر المستندات والمراسلات: يمكن للتاجر من خلال هذا الدفتر الاحتفاظ بجميع المستندات والمراسلات والبرقيات التي تكون متصلة بنشاطه التجاري سواء صدرت منه أو من الغير ويقوم بترتيبها ترتيباً زمنياً أو تبعاً للصفحة أو العملية التي يقوم بها على كل حال يجب على التاجر أن يحتفظ بها بطريقة منظمة لا يشوبها الغموض حتى يمكن الاعتماد عليها في الإثبات.

#### الفرع الخامس: تنظيم الدفاتر التجارية ومدة الاحتفاظ بها

من خلال نص المادة 11 من القانون التجاري<sup>1</sup>، حرص المشرع الجزائري على وضع بعض القواعد التي تهدف إلى تنظيم الدفاتر التجارية مما من شأنه منع الغش والتلاعب ومن أهم هذا القواعد تأكيده على خلوها من كل فراغ أو كتابة على الحواشي أو شطب، فضلا عن وجوب ترقيم صفحاتها والتوقيع عليها من طرف قاضي المحكمة. وطبقا لنص المادة 12 من نفس القانون<sup>2</sup>، فإن الاحتفاظ بالدفاتر الإلزامية والمراسلات الموجهة يكون لمدة 10 سنوات وبعد انتهاء هذه المدة يمكن للتاجر التخلص منها، على أن تبدأ مدة الاحتفاظ هذه في السريان من تاريخ إقفالها وفقا لنص المادة 12 من القانون التجاري الجزائري.

#### الفرع السادس: حجية الدفاتر التجارية في الإثبات

إذا كان المبدأ السائد في المدني أنه "لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلا لنفسه"، وكذا "لا يجوز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه، فإن المعاملات التجارية تشكل استثناء على هذين المبدأين، وذلك من خلال إجازة المشرع الإثبات بواسطة الدفاتر التجارية، سواء ضد التاجر أو لصالحه، مع ملاحظة أن هذه الدفاتر غير ملزمة للقاضي، وهنا لا بد من التمييز بين حالتين:

<sup>1</sup> أنظر المادة 11 من القانون التجاري الجزائري سالف الذكر.

<sup>2</sup> أنظر المادة 12 من القانون التجاري الجزائري سالف الذكر.

## أولاً: الدعوى بين تاجرين

في هذا الصدد نصت المادة 12 من القانون التجاري على ما يلي: "يجوز للقاضي قبول الدفاتر التجارية المنظمة كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية"، ليتضح من هذا النص أن المشرع أجاز للقاضي قبول الدفاتر التجارية كإثبات بين التجار متى توافرت الشروط الآتية:

- أن يكون النزاع بين تاجرين.
- أن يتعلق النزاع بعمل تجاري.
- أن تكون هذه الدفاتر منتظمة، ذلك أن عدم انتظامها قد يشكل قرينة ضد صاحبها.

## ثانياً: الدعوى بين تاجر وغير تاجر

إعمالاً لنص المادة 330 في فقرتها الأولى من القانون المدني الجزائري، فإن الأصل عدم جواز تقديم دفاتر التاجر التجارية للإثبات ضد غير التاجر، والعلة في ذلك أن الطرف المدني لا يملك دفاتراً تجارية، إلا أن الاستثناء على هذا الأصل جاءت به نفس المادة في فقرتها الثانية، بإجازتها تقديم دفاتر التاجر التجارية للإثبات ضد غير التاجر، متى تعلق الأمر بتوريدات قام بها التجار لغير التاجر، مع جواز توجيه القاضي لليمين المتممة لأحد الطرفين فيما يكون اثباته بالبينة، ليتضح من النص أن يجوز للتاجر تقديم دفاتره التجارية للإثبات ضد غير التاجر متى توافرت الشروط الآتية:

- أن يتعلق الأمر بسلع وردها التاجر لغير التاجر.
- أن يكون هذا التوريد ما يمكن اثباته بالبينة طبقاً لنص المادة 333 من القانون المدني.
- تكملة الاعتداد بالدفاتر التجارية بتوجيه القاضي اليمين المتممة لأحد الخصمين، طبقاً لنص المادة 330 من ق.م.ج دائماً.

## الفرع السابع: تقديم الدفاتر التجارية إلى القضاء

يتم الرجوع إلى دفاتر التاجر كدليل للإثبات بتقديم الدفاتر إلى المحكمة لاستخلاص الأحكام المتعلقة بالدعوى في نزاعات معينة بواسطة المحكمة أو بواسطة خبير، ويكون طلب التقديم إما بطلب من أحد الخصوم أو تلقائياً من المحكمة، وهنا لا بد من التمييز بين طريقتين للتقديم، إما التقديم (الإطلاع الجزئي)، والذي يتم تحت رقابة التاجر دون التحلي عن دفتره، وإما الإطلاع الكلي الذي يتخلى بمقتضاه التاجر عن دفتره ويضعه تحت تصرف خصمه ليطلع على القيود الواردة فيه تحت إشراف المحكمة.

## أولاً: التقديم (الاطلاع الجزئي)

نصت على هذه الحالة من الاحتجاج بالدفاتر التجارية والاستدلال بها أمام القضاء، المادة 16 من القانون التجاري<sup>1</sup>، وتعتبر هي الأصل في استظهار الدفاتر التجارية أمام القضاء، ويقصد بها وضع الدفتر تحت تصرف المحكمة حتى تستخرج منه ما يتعلق بالخصومة باطلاعها على الدفتر بنفسها أو بواسطة خبير تعينه لهذا الغرض وهي الصورة الغالبة، ولا يجوز بأي حال من الأحوال تسليم الدفتر للخصم للبحث فيه بنفسه، حفاظاً على أسرار التاجر صاحب الدفتر، بل إن إطلاع المحكمة أو الخبير على الدفتر يتم بحضور التاجر صاحب الدفتر وتحت رقابته.

كما أن هذا الاطلاع يكون مقصوراً على البيانات التي يدور حولها النزاع، فلا يجوز للمحكمة أو الخبير مراجعة كل محتويات الدفتر، أما إذا كانت الدفاتر المراد الاطلاع عليها توجد في مكان بعيد عن المحكمة المختصة، فإن للمحكمة أن توجه إنابة قضائية للمحكمة التي توجد بها الدفاتر، أو يتم انتداب قاضي للاطلاع عليها وتحرير محضر بمحتوى هذا الاطلاع وإرساله إلى المحكمة المختصة<sup>2</sup>.

## ثانياً: الاطلاع (الاطلاع الكلي)

نصت على هذه الحالة من الاطلاع المادة 16 من القانون التجاري، ويقصد بالاطلاع الكلي اجبار التاجر على التخلي عن دفاتره وتسليمها لخصمه ليبحث فيها عن الأدلة التي تؤيد دعواه، من خلال الاطلاع على كل الدفتر، ومراعاة من المشرع لخطورة هذا النوع من الاطلاع على الدفاتر التجارية، وما ينجر عنه من تداعيات، لا سيما ما تعلق بكشف أسرار التاجر لمنافسيه، فإنه لم يجزه إلا في ثلاث حالات محدّدة على سبيل الحصر في المادة 15 من القانون التجاري<sup>3</sup>، تشترك كلها في نقطة مفادها أنه لم يعد هناك أسرار يخشى افشاؤها، وتتجسد هذه الحالات الثلاث في الآتي:

- حالة الإفلاس: وذلك لتمكين وكيل التفليسة من تصفية أموال التاجر المفلس، ذلك أن الاطلاع على كامل دفاتر التاجر في هذه الحالة المتمثلة في الإفلاس لم تدع أي سر يخشى كشفه.
- قضايا الإرث (التركات): كحق للورثة دون غيرهم، من خلال الطلب من المحكمة أن تلزم الوارث الذي يجوز دفاتر المورث بتقديمها لاطلاع باقي الورثة عليها، وهذا طبعاً في حالة النزاع بينهم.
- قسمة الشركات: هذا الحق في مطالبة المحكمة بالاطلاع على دفاتر الشركة في طور التصفية ومراجعة حساباتها، هو حق قاصر على الشركاء دون غيرهم، حتى يطمئن كل شريك على نصيبه في التصفية.

<sup>1</sup> أنظر المادة 16 من القانون التجاري الجزائري سالف الذكر.

<sup>2</sup> أنظر المادة 17 من القانون التجاري الجزائري سالف الذكر

<sup>3</sup> أنظر المادة 15 من القانون التجاري الجزائري سالف الذكر

## الفرع الثامن: جزاءات الإخلال بمسك الدفاتر التجارية

يرتب إخلال التاجر بالتزامه بمسك الدفاتر التجارية بانتظام جزاءات مدنية وأخرى جزائية:

### أولاً: الجزاءات المدنية

يؤدي عدم مسك التاجر لدفاتره التجارية، أو عدم انتظامها إلى حرمانه من:

- تقديمها كوسيلة إثبات، بل تكون قرينة ضده.
- عدم الاستفادة من التسوية القضائية لغموض مركزه المالي.
- حرمانه من فرض ضرائب حقيقية، وخضوعه لضرائب جزافية وما قد تحمله من احماف في حق التاجر.

### ثانياً: الجزاءات الجنائية

أوجب المشرع هذا النوع من الجزاءات على التاجر المفلس نتيجة عدم مسكه للدفاتر التجارية، أو إذا أمسكها لكنها ناقصة أو غير منتظمة، فهنا يعتبرها المشرع جريمة التفليس بالتقصير وحدد لها عقوبة الحبس من شهرين إلى سنتين، ويجرم من حق أو أكثر من الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية المذكورة في المادة 14ق.ع.ج لمدة سنة على الأقل وخمس سنوات على الأكثر<sup>1</sup>.

أما إذا تعلق الأمر بإخفاء التاجر لحساباته كلها أو بعضها، فهنا يعتبر إفلاسه بالتدليس<sup>2</sup> وحددت عقوبته الحبس من سنة إلى 05 سنوات، وذلك طبقاً لنص المادة 369 من القانون التجاري، التي تحيل إلى المادة 383 من قانون العقوبات الجزائري.

كما يعاقب الشركاء في التفليس بالتدليس وبالتقصير بالعقوبات ذاتها حتى وإن لم تكن لهم صفة التاجر<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> أنظر المادتين 370 و371 من القانون التجاري الجزائري والمادة 383 من قانون العقوبات الجزائري.

<sup>2</sup> أنظر المادة 374 من القانون التجاري الجزائري سالف الذكر.

<sup>3</sup> أنظر المادة 384 من قانون العقوبات الجزائري.

## الفصل الرابع المحل التجاري

## الفصل الرابع: المحل التجاري

في القدم كان المحل التجاري ينطوي على فكرة محدودة تتمثل في المكان الذي تعرض فيه السلع والبضائع، وتمارس فيه التجارة، وظل الحال هكذا إلى غاية نهاية القرن الثامن عشر، حيث ظهرت فكرة المحل التجاري لأول مرة في القانون الفرنسي تزامنا مع صدور القانون الجبائي في 1872/02/28، حيث تم الاعتراف بفكرة المحل التجاري، لكنها كانت فكرة ضيقة لا تتعدى مجموعة العناصر المستخدمة في الاستغلال، لتعرف هذه الفكرة تطورا أكثر وضوحا بموجب القانون الفرنسي الصادر في 1998/03/01، الملغى سنة 1909، والمنظم لبيع ورهن المحل التجاري.

أما المشرع الجزائري فقد أفرد للمحل التجاري الكتاب الثاني من القانون التجاري وبالضبط في المواد من 87 إلى 214 من نفس القانون.

ولدراسة هذا الحق من حقوق التاجر نتطرق أولا لمفهومه، من خلال تعريفه وتحديد طبيعته، خصائصه، وكذا عناصره (مبحث أول)، ثم نتناول حماية المحل التجاري (مبحث ثاني).

### **المبحث الأول: مفهوم المحل التجاري**

يحتاج التاجر سواء كان شخصا طبيعيا او معنويا عند مزاولته التجارة الى اداة تمكنه من تنفيذ مشروعه التجاري وهذه الاداة هي المحل التجاري او كما يسمى أحيانا " المتجر"، وعليه سنتناول في هذا المبحث، المقصود بالمحل التجاري، ثم خصائصه، ثم عناصره، ثم الطبيعة القانونية للمحل التجاري.

### **المطلب الأول: تعريف المحل التجاري**

لم يعطي المشرع الجزائري تعريفا خاصا بالمحل التجاري، واكتفى بتعداد عناصره في المادة 78 من القانون التجاري بنصها: " تعد جزء من المحل التجاري الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري. ويشمل المحل التجاري إلزاميا عملائه وشهرته. كما يشمل أيضا سائر الأموال الأخرى اللازمة لاستغلال المحل التجاري كعنوان المحل والاسم التجاري والحق في الإيجار والمعدات والآلات والبضائع وحق الملكية الصناعية والتجارية كل ذلك ما لم ينص على خلاف ذلك.".

أما فقها فقد اختلف الفقها في تعريف المحل التجاري، فهناك من عرفه بأنه: " كتلة من الأموال المنقولة تخصص لممارسة مهنة تجارية وتتضمن بصفة أصلية بعض العناصر المعنوية، وقد تشتمل على عناصر أخرى مادية"، وهناك من عرفه بأنه: " مجموع أموال مادية ومعنوية تخصص لمزاولة نشاط تجاري"، في حين عرفه البعض الآخر بأنه: "

بمجموع عناصر منقولة مادية ومعنوية يجمعها التاجر وينظمها ليستغلها في ممارسة نشاطه التجاري وحقه في الاتصال بعملائه أهم هذه العناصر<sup>1</sup>.

ومع ذلك فإنه ورغم اختلاف التسميات التي تطلق على المحل التجاري كالمتجر أو المؤسسة التجارية، واختلاف التعريفات لهذا الأخير، إلا أنها تتفق في تعريفه على أنه "مكان معدّ لممارسة التجارة وهو مال منقول معنوي بالدرجة الأولى مستقل عن مكوناته المادية والمعنوية ويخضع لأحكام قانونية خاصة، أو بمعنى آخر تتفق على أن المحل التجاري ليس المكان الذي يباشر فيه التاجر تجارته أو العقار الذي يملكه أو يستأجره لمزاولة هذه التجارة.

فالمحل التجاري هو عبارة عن منقول معنوي يتكون من مجموعة من العناصر المنقولة بعضها مادي وبعضها معنوي وكلها تهدف إلى جذب الزبائن إلى تجارة معينة مما يحقق هدف المشروع التجاري. والمحل التجاري وإن كان يتكون من مجموعة من العناصر إلا أنه يختلف عن العناصر الداخلة في تكوينه، فهو وحدة قائمة بذاتها، وهذه فكرة معنوية، فهو يتكون من مجموعة من الأموال ولكنه ليس هذه الأموال، ومن هذه الناحية يشبه الذمة المالية، التي تشكل هي الأخرى فكرة معنوية غير محسوسة، من خلال تضمينها أموالاً متعددة، لكنها ليست تلك الأموال في حد ذاتها<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: خصائص المحل التجاري

انطلاقاً من اعتبار المحل التجاري مالا قائماً بذاته مستقل عن العناصر الداخلة في تكوينه. وهذا المال له خصائص تميزه عن عناصره، فإن أهم ما يميز به هذا الأخير من خصائص يتجلى في الآتي<sup>3</sup>:

### الفرع الأول: المحل التجاري مال منقول

سواء تعلق الأمر بالعناصر المادية أو المعنوية للمحل التجاري، ويترتب على اعتبار المحل التجاري منقول أنه يخضع للأحكام الخاصة بالمنقول وليس للأحكام الخاصة بالعقار، فمثلاً إذا أوصى التاجر بكل منقولاته لشخص معين فإن الوصية تشمل المحل التجاري.

ورغم أن المشرع يطبق على المحل التجاري أحكام العقار أحياناً كما في حالة رهن المحل التجاري، إلا أن هذا لا يغير من صفته كمنقول كون إخضاعه لأحكام العقار بعد استثناء من الأصل.

<sup>1</sup> عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص 82.

<sup>2</sup> انظر عليان الشريف وآخرون، المرجع السابق، ص 66.

<sup>3</sup> عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص 85.

## الفرع الثاني: المحل التجاري منقول معنوي

على الرغم من أنه يتضمن بعض العناصر المادية في تكوينه، وتبرير ذلك أن هذه العناصر المادية وحتى المعنوية لا تمثل المحل التجاري بل هو مال ناجم عن تآلف العناصر معا، فهو وحدة واحدة متميزة ومستقلة عن العناصر التي تكونه ولها قيمة مالية متميزة عن قيمة كل عنصر من هذه العناصر.

فضلا عن أن العناصر المادية تعد عناصر ثانوية بالنسبة للمحل التجاري، فقد يوجد المحل التجاري بدون أي عنصر مادي، لذا لا تكون لها أهمية في تحديد صفة المحل التجاري.

وعليه يترتب على اعتبار المحل التجاري منقول معنوي عدم خضوعه للأحكام القانونية الخاصة بالمنقول المادي مثل قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، لان هذه القاعدة تطبق على المنقولات المادية فقط.

## الفرع الثالث: المحل التجاري ذو طالع تجاري

لا وجود للمحل التجاري قانونا إلا إذا كان مخصصا للقيام بنشاط تجاري، أما إذا كان المحل يستغل لمزاولة نشاط مدني فانه لا يعد محلا تجاريا حتى وإن تضمن عناصر المحل التجاري مثل الاتصال بالعملاء وكذلك العناصر المادية مثل الأثاث والآلات والمهمات، فمثلا لا تعد مكاتب المحامين والمهندسين وعيادات الأطباء محلات تجارية، لسبب بسيط وهو أنها مخصصة لممارسة مهنة مدينة.

## المطلب الثالث: عناصر المحل التجاري

من خلال المادة 78 من القانون التجاري الجزائري، فإن عناصر المحل التجاري على نوعين، عناصر مادية كالبضائع والآلات والأدوات، وعناصر معنوية كالاتصال بالعملاء والسمعة التجارية والاسم التجاري والحق في الايجار وحقوق الملكية الصناعية والأدبية والفنية والرخص.

وما تجدر الإشارة إليه أن هذا التعداد ليس تعدادا حصريا بل على سبيل المثال، كما أنه لا يشترط لوجود المحل التجاري توافر جميع هذه العناصر، بل يختلف ذلك تبعا لنوع التجارة، فمثلا المحل التجاري الخاص بمشروع الوكالة التجارية لا يوجد فيه بضائع أو آلات، وفي المقابل أيضا المحل الخاص بدور العرض السينمائي أو المسارح لا توجد به حقوق ملكية صناعية مثل براءة الاختراع.

وكذلك الحال بالنسبة للعناصر المعنوية التي لا يشترط أن تجتمع جميعها في محل واحد، فمثلا التاجر الذي يزاول التجارة في عقار مملوك له ليس لديه الحق في الايجار وهو عنصر معنوي من عناصر المحل التجاري، كما أن بعض العناصر المعنوية قد تكون لها في بعض الحالات أهمية أكبر من نظيراتها تبعا لنوع التجارة وطبيعتها، فمثلا في دور النشر تكون حقوق الملكية الأدبية والفنية العنصر المهم في المحل.

لكن هناك من العناصر ما لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يخلو منها أي محل تجاري، كونها تمثل الحد الأدنى اللازم لقيام المحل التجاري، كالاتصال بالعملاء والاسم التجاري، وللمحكمة سلطة تقديرية لتحديد ما إذا كانت العناصر الموجودة كافية لوجود المحل التجاري من عدمه، وعليه سنتناول أهم العناصر المكونة للمحل التجاري، ونبدأ بالعناصر المادية للمحل التجاري، ثم المعنوية منها على النحو الآتي:

### الفرع الأول: العناصر المادية للمحل التجاري

لا تكفي العناصر المادية لوحدها في تكوين المحل التجاري، لذلك فإن بيعها أو رهن بعضها أو كلها دون أن يشمل البيع أو الرهن أي عنصر معنوي لا يجعل من العقد منصب على محل تجاري ولا تطبق بشأنه الأحكام الخاصة بالمحل التجاري، وفي المقابل خلو المحل التجاري من العناصر المادية لا بعدم وجود المحل التجاري، الأمر الذي يجعل من العناصر المادية، عناصر غير أساسية في المحل التجاري مقارنة بالعناصر المعنوية، ويتمثل أهم هذه العناصر المادية للمحل التجاري في الآتي<sup>1</sup>:

#### أولاً: المعدات والآلات

وهي منقولات مخصصة لاستغلال المحل التجاري، دون أن تكون معدة للبيع، مثل أدوات الوزن والقياس، الخزائن، الرفوف، وحتى السيارات المعدة لنقل البضائع.

#### ثانياً: البضائع

وهي المنقولات المعدة للبيع من سلع ومنتجات، سواء كانت كاملة الصنع أو نصف مصنعة أو مادة أولية وسواء كانت موجودة في ذات المكان الذي يزاول فيه التاجر تجارته أو كانت موجودة في مخزن في مكان آخر، وهذا العنصر تختلف أهميته بحسب نوع التجارة، فهو يعد بالنسبة لتجارة معينة عنصراً أساسياً من عناصر المحل التجاري كما في تجارة المواد الغذائية، وقد يكون أقل أهمية بالنسبة لتجارة أخرى، كما في أعمال المصارف أو مكاتب الوكالة. وتعدّ البضائع عنصراً متغيراً وغير ثابت في المحل التجاري لأنها تزيد أو تنقص وفقاً لمقتضيات العمل التجاري، فلا يشملها رهن المحل التجاري إلا إذا تم تعيينها ضمن ما يتم رهنه.

### الفرع الثاني: العناصر المعنوية للمحل التجاري

مقارنة بالعناصر المادية، فإن العناصر المعنوية أكثر أهمية من العناصر المادية في تكوين المحل التجاري، فلا يمكن تصور محل تجاري إلا إذا وجدت بعض العناصر المعنوية، حيث تمثل هذه العناصر في مجملها منقولات معنوية كحقوق يملكها التاجر ويقرر لها القانون حماية قانونية، ومن أهم هذه العناصر المعنوية ما يلي:

#### أولاً: الاتصال بالعملاء

<sup>1</sup> أنظر فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 187.

ويقصد بالعملاء الأشخاص الذين اعتادوا التعامل مع المحل التجاري، فهم زبائن ثابتين نتيجة الثقة في شخص التاجر وحسن استقباله لهم، فكلما عنصر الاتصال بالعملاء، زادت قيمة المحل ورقم المبيعات. ويعتد عنصر الاتصال بالعملاء من أهم عناصر المحل التجاري، بل إن المحل التجاري يرتبط وجودا وعدمه بعنصر الاتصال بالعملاء، فالمحل يعتبر موجودا في اللحظة التي تبدأ فيها صلة العملاء به، وينتهي المحل عندما تنتهي كل رابطة له بالعملاء كما في حالة اعتزال التاجر للتجارة.

#### ثانيا: الشهرة التجارية (السمعة التجارية)

هناك من الفقه من يرى أنه لا فرق بين عنصري الاتصال بالعملاء والسمعة أو الشهرة التجارية، وهناك من يرى أن الفرق بين العنصرين يكمن في أن عنصر الاتصال بالعملاء يرتبط بشخص التاجر، أما الشهرة التجارية فترتبط بالمحل التجاري ذاته، أي قدرة المحل على اجتذاب الجمهور بسبب صفات عينية تتعلق بالمحل التجاري وليس بالتاجر، كموقعه المتميز، أو مظهره الخارجي.

#### ثالثا: الاسم التجاري

وهو عبارة عن التسمية التي يعرف بها التاجر عند ممارسته النشاط التجاري فهو وسيلة لتمييز محله التجاري عن غيره من المحال التجارية الأخرى، كما يستخدم هذا الاسم للتوقيع به على جميع التعهدات والمستندات المتعلقة بالمحل التجاري حتى تتميز هذه التعهدات من المعاملات المتعلقة بالحياة الخاصة للتاجر أو بمحل تجاري آخر. وبالنسبة للشخص الطبيعي التاجر يتكون الاسم التجاري من الاسم المدني للشخص ولقبه كأن يقال محلات أنس، ويجوز أن يضاف إلى هذا الاسم بيان معين يتعلق بنوع التجارة التي يخصص لها المحل كأن يقال محلات أنس للاتصالات، ويمكن أن يكون الاسم التجاري عبارة عن تسمية مبتكرة فيختار التاجر عبارة جذابة تؤثر في نفوس العملاء كأن يسمى المحل التجاري " حوس تلقى " أو " عالم الأطفال ".

لذلك فإن الاسم التجاري يختلف عن الاسم المدني للشخص، فالاسم المدني هو وسيلة لتمييز الفرد عن غيره من الأفراد، أما الاسم التجاري فهو وسيلة لتمييز المحل التجاري عن غيره من المحلات التجارية، كما أن الاسم المدني جزء من شخصية صاحبه لذلك ليست له قيمة مادية ولا يمكن بيعه أو التصرف فيه للغير. على خلاف الاسم التجاري الذي هو عنصر معنوي من عناصر المحل التجاري له قيمة مادية ويمكن التصرف فيه.

#### رابعا: العنوان التجاري

أو ما يعرف بالعلامة التجارية، التي هي شعار أو اسم أو رمز يميز منتجات أو خدمات محددة عن المنافسين، مثل علامة " Apple "، أو " Coca-Cola " الخ، والتي تتطلب تسجيلا مستقلا لحمايتها قانونيا.

### خامسا: الحق في الايجار

يقصد بالحق في الايجار حق صاحب المحل التجاري في الانتفاع بالمكان الذي يزاول فيه تجارته بموجب عقد ايجار، وهذا الحق لا يوجد إلا عندما يكون التاجر مستأجرا للمكان الذي يزاول فيه تجارته، بينما لا يوجد هذا الحق إذا كان التاجر مالكا للعقار الذي يزاول فيه التجارة، كما لا يوجد إذا كان التاجر بائعا متجولا.

والحق في الايجار عنصر معنوي من عناصر المحل التجاري وله قيمة مادية ولكن هذه القيمة ليست واحدة، فقد تكون أهميته كبيرة وقيمه عالية في المحلات التجارية التي تستمد أهميتها وقدرتها على جذب العملاء من موقعها كالمقاهي التي توجد على شاطئ البحر مثلا أو الفنادق، وقد لا تكون له نفس الاهمية في محلات أخرى فتكون قيمته أقل كما في محلات تجار الجملة.

ولا يكون من حق المؤجر حرمان التاجر من هذا الحق إلا بشرطين هما "التنبيه بالإخلاء"، و"التعويض الاستحقاقى في حالة رفض المؤجر تجديد الايجار، إلا أن المشرع الجزائري وبعد تعديل 2005 بموجب القانون 02/05 المعدل للقانون التجاري، ألغى هذين الشرطين، فأصبح التاجر المستأجر بغادر الأماكن المؤجرة دون تنبيه بالإخلاء، ودون تعويض استحقاقى.

### سادسا: حقوق الملكية الصناعية والتجارية

وتنقسم بدورها إلى عدة حقوق أهمها:

- براءة الاختراع: والتي تحول لصاحبها حق احتكار استغلالها، من خلال ما تمنحه الدولة من شهادة لصاحبها ومنحه الحق في احتكار استغلال ابتكاره لمدة معينة وبشروط محددة ليصبح بعد ذلك ملكا للجميع، وبعد اختراعا كل ابتكار جديد قابل للاستغلال الصناعي سواء كان متعلقا بمنتجات صناعية جديدة أو يتعلق بطرق، أو وسائل صناعية مستحدثة، أو بتطبيق جديد لطرق، أو وسائل صناعية معروفة، تنتقل حقوق براءة الاختراع باعتبارها منقول معنوي بكل أسباب نقل الملكية (الإرث، والبيع، والهبة) أو يمنح ترخيصا لاستغلالها أو التنازل عنها كما قد تنتقل ملكيتها مع المحل التجاري أو مستقلة عنه.

- الرسوم أو النماذج الصناعية (أو التصميم): يقصد بها كل ترتيب للخطوط أو أي شكل مجسم بألوان أو بغير ألوان من أجل استخدامه في الإنتاج الصناعي بوسيلة آلية أو يدوية أو كيميائية ومن أمثلتها النماذج الصناعية للأشكال الانسيابية للسيارات وهي جزء من المحل التجاري تنتقل ملكيتها مع نقل ملكية المحل التجاري إلا إذا وجد اتفاق مغاير لذلك.

- العلامات التجارية: هي كل إشارة يضعها التاجر على المنتجات التي يقوم بصناعتها أو بيعها وذلك تمييزاً لها عن السلع الأخرى، وتعتبر العلامات التجارية منقولاً معنوياً لصيقاً بالمحل التجاري ولا يمكن التصرف فيها بمعزل عنه عكس براءة الاختراع التي يمكن التصرف فيها بصفة مستقلة والغاية من ذلك هو حماية الجمهور الذي وثق بعلامة محل تجاري معين.

### سابعاً: حقوق الملكية الأدبية والفنية

وتظهر أهمية هذا العنصر من عناصر المحل التجاري بالنسبة لدور النشر والتوزيع، التي تشتري حقوق المؤلفين للقيام ببيعها أو توزيعها في شكل أسطوانات أو كتب أو أفلام.

### ثامناً: الرخص والإجازات

هي الرخص والإجازات التي تصدر عن الجهة الإدارية المختصة، وقد تتعلق بشخص التاجر، أو بنوع النشاط المراد مزاولته، كرخصة استغلال مقهى، أو بيع مشروبات خاصة المشروبات الكحولية، أو ممارسة نشاط وكالة عقارية، الذي اقتصره المشرع على الأشخاص الحاصلين على شهادات جامعية، لذلك بدون الرخصة لا يمكن ممارسة النشاط، وتأخذ عملياً عدة تسميات كالتراخيص أو الاعتماد حيث تمنح للمعني مقابل توفر شروط محددة سلفاً<sup>1</sup>.

### المطلب الرابع: الطبيعة القانونية للمحل التجاري

بشكل تآلف عناصر المتجر المادية والمعنوية واندماجها في مجموعة واحدة مالا معنوياً من شأنه جذب العملاء للمتجر والاحتفاظ بهم، إلا أن الفقهاء اختلفوا حول تحديد الطبيعة القانونية لهذه المجموعة، حيث قال بعضهم "بنظرية المجموع القانوني"، وقال البعض الآخر "بنظرية المجموع الواقعي"، ورأي ثالث قال "بنظرية الملكية المعنوية"، وستتناول ذلك كما يلي:

### الفرع الأول: نظرية المجموع القانوني

هذه النظرية تبناها الفقه الفرنسي نقلاً عن الفقه الألماني ومؤداها أن هناك فصل بين المحل التجاري والذمة المالية للتاجر، فالمحل التجاري في نظرهم مجموع قانوني من الأموال يشتمل على الحقوق والديون الناشئة عن النشاط التجاري لهذا المجموع، وأن هذا المجموع يتمتع بذمة مالية مستقلة عن صاحب المحل التجاري، كما تظهر عليه مقومات الشخصية المعنوية من خلال امتلاكه لاسم تجاري وعنوان تجاري وعلامة تجارية.

وتعد هذه النظرية تطبيقاً للمبدأ السائد في التشريع الألماني، والذي يجيز تعدد الذمم بالنسبة للشخص الواحد، بحيث يكون للتاجر ذمة مالية مدنية وأخرى تجارية، فيكون لكل ذمة كيان خاص ووجود مستقل عن غيرها، فلا تسأل الذمة إلا عن ديونها، كما لا يكون لدائني الذمة المعسرة الحق في التنفيذ على الذمم الأخرى.

<sup>1</sup> انظر عليان الشريف وآخرون، المرجع السابق، ص 69.

لكن ما يعاب على نظرية المجموع القانوني، أو الذمة المالية المستقلة أو المخصصة أنها لا تتفق والتشريع الجزائري الذي يأخذ بوحدة الذمة المالية، على غرار التشريع المصري والفرنسي، كما أن الأخذ بهذه النظرية يجعل التنازل عن المحل التجاري من خلال التنازل عن الحقوق والديون لا يتفق مع المصلحة التجارية خصوصا في حالة الركود التجاري.

### الفرع الثاني: نظرية المجموع الواقعي (الفعلي)

يرى أنصار هذه النظرية أن المحل التجاري مجموعا واقعيا بالنظر إلى وجود رابطة فعلية أو واقعية بين مختلف عناصره، نشأ من تآلف مجموعة من العناصر المادية والمعنوية التي بمقتضاها يحصل الاستغلال التجاري، بمعنى آخر، أن المحل التجاري هو وحدة عناصر فعلية بوصفه كتلة من الأموال تتجاذب عناصرها وتتعاون لأجل غرض مشترك دون أن يكون لها ذمة مالية مستقلة عن التاجر، بل مالا خاصا في هذه الذمة له طبيعة متميزة عن طبيعة العناصر المكونة له.

ويترتب على ذلك أن المحل التجاري يجوز أن يكون محلا لتصرفات قانونية كالبيع أو الرهن، تختلف قواعدها عن قواعد التصرفات التي ترد على كل عنصر من عناصره على حدى، ومثال ذلك رهن المحل التجاري يتم بدون نزع اليد عنه، في حين رهن أحد عناصره كالمعدات مثلا يترتب عنه تخلي التاجر عن العنصر المرهون طبقا للقواعد العامة. **لكن ما يعاب على هذه النظرية أنه ليس لها مدلول قانوني، حيث أطلقت على المحل التجاري اصطلاح المجموع الواقعي، واقتصرت على إظهار الاتحاد بين عناصر المحل التجاري دون تحديد الطبيعة القانونية للمحل التجاري، ذلك أن المجموع من الأموال إن وحده لا يمكن أن يكون إلا قانونيا مشتملا على حقوق وديون ناشئة عن الاستثمار التجاري، لذلك لا يمكن اعتبار المحل التجاري من هذا القبيل**

### الفرع الثالث: نظرية الملكية المعنوية (الرأي الراجح)

نتيجة الانتقادات التي وجهت لنظريتي (المجموع القانوني)، و(المجموع الواقعي) بوصفهما يحددان الطبيعة القانونية للمحل التجاري، ظهر في الفقه رأي راجح يعتبر المحل التجاري ملكية معنوية، مستنديين في ذلك إلى أن حق التاجر على المحل التجاري يرد على شيء غير مادي له ذاتية متميزة عن عناصره، وأن موضوع هذا الحق هو الاحتفاظ بالعملاء دون ممارسة احتكار وأن قيمة المحل تزداد مع زيادة عدد العملاء الخاصين بهذا المحل التجاري، أو بمعنى آخر محل هذا الحق وجوهره يتمثل في عنصر الاتصال بالعملاء، على اعتبار العملاء يمثلون القيمة الحقيقية للمحل التجاري لا يمكنه الاستغناء عنهم أو تصوره بدونهم.

## المبحث الثاني: حماية المحل التجاري من المنافسة غير المشروعة

تشكل المنافسة الحرة والمشروعة في مختلف الأنشطة عاملا مهما لازدهار التجارة من شأنه أن يرفع من مستوى جودة الخدمة المقدمة أو نوعية السلعة المعروضة للبيع وعلى الأسعار وجذب العملاء، ومن ثمة ينعكس إيجابا على اقتصاد الدولة، طالما أن هذه المنافسة تتم في جو من الشرف والنزاهة والصدق. لكن إذا خرجت هذه المنافسة عن الأسلوب النزيه وتسببت في الحاق الضرر بالمنافس وبمحلته التجاري، فإن فرض المشرع الجزائري فرض حماية من مثل هذه التصرفات عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة، لذلك سنتناول عذا النوع من الحماية، من خلال التطرق إلى مفهوم المنافسة غير المشروعة (مطلب أول)، وكيفية رفع هذه الدعوى (مطلب ثاني).

### المطلب الأول: مفهوم المنافسة غير المشروعة

سعيًا من المشرع الجزائري-على غرار التشريعات المقارنة- إلى حماية المحل التجاري، عمد إلى وضع وسائل وآليات قانونية تكفل هذه الحماية، وحتى لا يلجأ التجار إلى طرق غير قانونية في المنافسة حدد ما هو مشروع وما هو غير مشروع في مجال المنافسة، وعليه سنتناول في هذا المطلب تعريف المنافسة غير المشروعة (فرع أول)، ثم تحديد صور المنافسة غير المشروعة (فرع ثاني)

### الفرع الأول: تعريف المنافسة غير المشروعة

يقصد بالمنافسة غير المشروعة استخدام التاجر لطرق ووسائل منافية للقوانين أو الأعراف أو العادات التجارية وهي تختلف عن المنافسة الممنوعة التي يقصد بها غياب عنصر المنافسة على الإطلاق سواء تم استعمال وسائل مشروعة أو غير مشروعة، فالمنافسة الممنوعة أو المحظورة هي المنافسة الممنوعة بقوة القانون أو باتفاق الأطراف<sup>1</sup>. وتكون المنافسة محظورة بقوة القانون متى ورد نص قانوني يحظر القيام بنشاط تجاري معين إلا بتوفر شروط أو مؤهلات خاصة تتطلبها طبيعة النشاط الممارس، وقد يكون النشاط حكرًا على الدولة فلا مجال للمنافسة بنص قانوني كالتجارة بالأسلحة.

أما المنافسة المحظورة باتفاق الأطراف فتأخذ صورًا متعددة كاتفاق مؤجر العقار بعدم منافسة المستأجر، أو التزام البائع بعدم منافسة المشتري، أو اتفاق التوزيع الحصري من خلال شراء التاجر لسلع ينتجها المصنع المتعاقد معه دون غيره من المصانع التي لها نفس السلعة أو أن يبيعه منتوجات ما للتاجر دون سواه شريطة أن يكون هذا الاتفاق محددًا في الزمان والمكان، وقد يتم هذا الاتفاق على تنظيم الإنتاج من حيث الكمية وتحديد الأسعار دون أن يكون الغرض منه خلق احتكار أو التحكم في الأسعار.

<sup>1</sup> انظر عليان الشريف وآخرون، المرجع السابق، ص 72.

## الفرع الثاني: صور المنافسة غير المشروعة

تظهر عدم مشروعية المنافسة بشكل واضح متى كانا كل من الفاعل والمضروب يقومان بنشاط مماثل أو متقارب وتأخذ هذه المنافسة صوراً متعددة تتجلى في الآتي<sup>1</sup>:

### أولاً: تشويه سمعة التاجر

وذلك من خلال سعي القائم بهذه الأعمال إلى الطعن في سمعة التاجر المنافس أو في ائتمانه للمساس بمركزه وسط التجار أو بالطعن في جودة البضائع التي ينتجها أو يبيعها حتى ينصرف عنه العملاء.

### ثانياً: إحداث خلط بين المؤسسات أو المنتجات

وتتخذ هذه الممارسات غير القانونية أشكالاً مختلفة، كاستعمال نفس الاسم التجاري أو العنوان التجاري محل تجاري آخر له نفس النشاط، أو تقليد العلامات التجارية أو النماذج والرسوم المملوكة محل تجاري منافس، وضع بيانات غير صحيحة ومعلومات مزيفة على المنتجات المعروضة، فضلاً عن تقليد المظهر الخارجي والديكورات التي اتخذها محل تجاري سابق لتغليط الجمهور باعتقاده أنه نفس المحل السابق.

### ثالثاً: تعمد تخفيض الأسعار لجذب العملاء

قد ينزع القائم بهذا العمل الصفة غير المشروعة عنه، متى كان لفترة قصيرة ودون اللجوء إلى عملية شهرية تشير إلى مقارنة هذا السعر بأسعار الغير، أما إذا كان هذا التخفيض لأسعار البيع موسمياً أي لفترة طويلة ولازمته عملية شهرية تشير إلى انخفاض الأسعار ومقارنتها بأسعار الغير لتحطيمهم والتأثير في عملائهم، أو كان هذا السعر أقل من سعر التكلفة أو أقل مما هو متفق عليه، فإن هذا النوع من البيوع يصبح من الممارسات المحظورة.

### رابعاً: إحداث الفوضى أو الاضطراب في مشروع المنافس

يعدّ عملاً غير مشروع سعي مشروع ما بطريقة منافية لقواعد المنافسة إلى زعزعة استقرار مشروع منافس، كالسعي إلى كشف أسرار هذا الأخير أو تحريض العمال على عدم العمل أو التأثير عليهم وإغرائهم بمناصب أفضل أو بدفع أجور أعلى خاصة أصحاب المهارات التي لها أثرها في نشاط المشروع تحديداً في اجتذاب العملاء، ذلك أن كل مشروع في حاجة للاستقرار من أجل بناء سمعة تمنحه مكانة في السوق وائتمان، وزعزعة مثل هذا الاستقرار يعد من أعمال المنافسة غير المشروعة.

### المطلب الثاني: دعوى المنافسة غير المشروعة

تتيح المنافسة غير المشروعة للمتضرر المطالبة بحقوقه أمام القضاء عن طريق رفع دعوى بذلك ووضع حد لهذه التصرفات التي تمس بنزاهة وشرف المنافسة التجارية المشروعة، لذلك سنتناول في هذا المطلب أساس دعوى المنافسة

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 75 وما بعدها.

غير المشروعة (فرع أول)، ثم شروط رفع دعوى المنافسة غير المشروعة (فرع ثاني)، ثم آثار دعوى المنافسة غير المشروعة (فرع ثالث).

### الفرع الأول: أساس دعوى المنافسة غير المشروعة

اعتمد الفقهاء أساسا مختلفة في تحديد الأساس القانوني لدعوى المطالبة بجبر الضرر الحاصل نتيجة ممارسات تجارية غير قانونية، فهناك من أسسها على التعسف في استعمال الحق، وهناك من أسسها على التعسف في استعمال الحق، في حين هناك من أرجع أساسها إلى قواعد المسؤولية التقصيرية، وسوف نفصل ذلك كما يلي:

#### أولا: على أساس التعسف في استعمال الحق

يرى أصحاب هذا الرأي أن المنافسة في أصلها وجوهرها عمل مشروع في النشاط التجاري، لكن إذا انحرف التاجر عن هذا السلوك المشروع فإنه يعد متعسفا في استعمال حق مقرر له قانونا ومعمول به في الأعراف التجارية وعادات التجارة، ذلك أن نظرية التعسف في استعمال الحق تقوم على ثلاثة معايير، قصد الاضرار بالغير، عدم مشروعية المصلحة المرجوة من الفعل، وكذا عدم التناسب بين المنفعة وما يصيب الغير من ضرر، وهو ما ينطبق على فكرة المنافسة غير المشروعة، من خلال حق الشحص في مزاوله النشاط الذي يراه مناسبا، مما يدفعه إلى المنافسة، التي قد ينشأ عنها ضرر نتيجة استعمال حق، فنكون أمام منافسة غير مشروعة.

إلا أن هذا الرأي لم يسلم من النقد الذي مفاده أن أحكام دعوى المنافسة غير المشروعة لا تعد تطبيقا لأي معيار من المعايير التي تقوم عليها نظرية التعسف في استعمال الحق، مما يؤكد أن التعسف في استعمال الحق المستمد من غاية يختلف تماما عن المنافسة غير المشروعة المستمد بدورها من وسائل مستعملة.

#### ثانيا: على أساس حماية الملكية التجارية

يرى أنصار هذا الرأي أن أساس دعوى المنافسة غير المشروعة هو حماية ما يتمتع به التاجر من حق ملكيته على متجره، لذلك فإن أي اعتداء على عناصر هذا الحق يعتبر منافسة غير مشروعة توجب المساءلة القانونية، ذلك أن هذا الاعتداء من شأنه أن يسفر عن تحويل لعملاء المتجر وجذبهم إلى غيره من المتاجر التي تزاوّل نفس النشاط، كون العملاء من أهم العناصر التي يركز عليها المحل التجاري.

لذلك فإن هدف هذه النظرية هو منع الاعتداء الذي وقع على المتجر في الماضي، ومنع استمرار هذا الاعتداء في المستقبل، مما يجعلها تتجاوز نطاق المسؤولية التقصيرية إلى دعوى الملكية شأنها في ذلك شأن دعاوى رفع اليد أو الاسترداد، كحق يتمتع به صاحب الحيازة أو الملكية.

هذه النظرية أيضا لم تسلم من النقد على أساس أن التاجر ليس له حق ملكية على عملائه، يخوله منعهم من التعامل مع غيره من التجار الآخرين أو منع التجار من التعامل معهم، كما أن العملاء أيضا من حقهم اختيار

السلع التي يرغبون فيها، أو التاجر الذي يرغبون في التعامل معه، مع عن احتمال تغير أذواق العملاء ورغباتهم تجاه سلعة معينة، فضلا عن أن أحكام القضاء لا تكتفي بمجرد انصراف العملاء، بل تستلزم أن يكون المعتدي قد ارتكب خطأ ولو كان غير عمدي.

### ثالثا: المسؤولية التقصيرية كأساس لدعوى المنافسة غير المشروعة

يؤسس كل من الفقه والقضاء دعوى المنافسة غير المشروعة على قواعد المسؤولية التقصيرية، التي تقضي بأن كل خطأ يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا فيه بالتعويض<sup>1</sup>، وبما أم المسؤولية التقصيرية تقوم على ثلاثة أركان (الخطأ، الضرر، وعلاقة السببية)، فإن ذلك يتناسب مع المنافسة غير المشروعة، كونها خطأ يلزم من ارتكبه بتعويض من لحقه ضرر.

لذلك فإن الفقه الكلاسيكي ومعظم الفضاء الفرنسي يعتبر دعوى المنافسة غير المشروعة هي دعوى مسؤولية مدنية عادية، بحجة أن رفع دعوى المنافسة غير المشروعة يتطلب نفس الشروط التي يتطلبها رفع دعوى المسؤولية التقصيرية.

وقد استند القضاء الفرنسي إلى القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية، وطبق نفس عناصرها على دعوى المنافسة غير المشروعة، كما اتجه أغلب الفقه والتشريعات إلى اعتبار دعوى المنافسة غير المشروعة دعوى مدنية بحتة، فيكفي للمطالبة بها توافر عناصر المسؤولية التقصيرية، فضلا عن إمكانية رفعها من كل شخص أصابه ضرر، ضد كل شخص صدرت منه هذه الأفعال أو شارك فيها.

### الفرع الثاني: شروط دعوى المنافسة غير المشروعة

ترفع دعوى المنافسة غير المشروعة بتوفر نفس شروط رفع دعوى المسؤولية التقصيرية وهي:

#### أولا- وجود منافسة غير مشروعة

يقتضي الحكم بوجود منافسة غير مشروعة إثبات فعل ينطبق عليه ذلك الوصف وهو بمثابة الخطأ في قيام المسؤولية التقصيرية ويجب أن يكون المتنافسين ينشطان في نفس المجال أو متقاربين بحيث يسهل تحويل العملاء عن المحل المستهدف، كما يشترط أيضا لوجود منافسة غير مشروعة أن يكون النشاطان المتنافسان قائمين وقت ارتكاب الأفعال غير المشروعة أو مشروع قائم وآخر قيد الإنشاء.

#### ثانيا: تحقق الضرر

تماما كما هو الحال في دعوى المسؤولية التقصيرية تقوم دعوى المنافسة غير المشروعة على عنصر الضرر، ويستوي أن يكون الضرر حاصلًا فعلا أو احتماليا حسب رأي الفقه وهنا يقع وجه الاختلاف بين الضرر الحاصل في

<sup>1</sup> أنظر المادة 124 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر.

دعوى المنافسة غير المشروعة ودعوى المسؤولية التقصيرية إذ يمكن رفع الدعوى من أجل حماية المحل التجاري من المنافسة غير المشروعة ليس نتيجة ضرر حاصل فعلا لكن قد يشكل تهديدا بالنسبة للمستقبل فهذه الدعوى ليست دعوى تعويض وجبر الضرر فقط بل لها دور وقائي.

### ثالثا: علاقة السببية

اسقاطا لهذا الشرط على دعوى المنافسة غير المشروعة، فإنه يشترط وجود رابطة السببية بين الخطأ الحاصل المتمثل في الفعل غير المشروع المرتكب من طرف المنافس وبين الضرر الواقع المؤدي للمطالبة بتعويض الضرر مستقبلا.