**الأستاذة : حوحش أمينة**

**مقياس القانون التجاري – عمل موجه-**

**السنة الثانية ليسانس**

**المجموعة 19/20**

**الموضوع الثاني : معايير التفرقة بين العمل التجاري و العمل المدني**

1. **أهمية التمييز بين العمل التجاري و العمل المدني**

 تحدید صفة الأعمال أن كانت مدنیة أو تجاریة له أهمیة قانونیة فإذا كان العمل تجاریا فانه یخضع للقانون التجاري ، أما إذا أعطیت له الصفة المدنیة فیطبق علیه القانون المدني و تطبیق القانون المدني أو القانون التجاري یؤدي إلى تأثیر عملي من عدة نواحي نذكر منها :من ناحیة الأشخاص القائمین بالتصرف من ناحية التصرف القانوني و من حیث أثار التصرف.

1. **من ناحية التصرف القانوني** : تظهر أهمیة التمییز بین العمل المدني و العمل التجاري من ناحیة التصرف القانوني حیث تختلف القواعد القانونیة المطبقة علیه كلما اختلف نوع التصرف، سیما من حیث قواعد الاثباث و التضامن.
2. **من ناحية الإثبات :** تختلف وسيلة الإثبات في أن المشرع يستلزم الإثبات بدليل كتابي متى زادت قيمة العمل على 1000 د ج في الأعمال المدنية ، أما في الأعمال التجارية فيمكن إستعمال أية وسيلة للإثبات ، أي الأخذ بمبدأ حرية الإثبات و ذلك طبقا للمادة 30 من القانون التجاري و ذلك وفق ما يلي:
* يجوز الإحتجاج بالمحررات العرفية التجارية على الغير حتى و لو لم تكن ثايتة التاريخ ، بينما لا يحتج بالمحررات المدنية العرفية على الغير إلا منذ أن تصبح ثابتة التاريخ و ذلك طبقا للمادة 328 مدني جزائري ، كما يعتبر الإثبات بالكتابة في شكل إلكتروني كالإثبات على الورق ، بشرط إمكانية التأكد من هوية التخلص الذي أخذها و أن تكون معدة و حفوظة في ظروف سلامتها طبقا للمادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري،
* على التاجر أن يستند على دفاتره التجارية للإثبات لمصلحته خروجا على القاعدة العامة التي تقضي بأنه لا يجوز للشخص أن ينشيء بنفسه دليلا لمصلحته طبقا للمادة 330 الفقرة الأولى مدني جزائري ،
* على خصم التاجر أن يستند على دفاتر التاجر ليستخلص منها دليلا لمصلحته المادة 330 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري و ذلك خلافا للأصل العام الذي يقضي بعدم إجبار شخص على تقديم دليل ضد نفسه.
* إلا أن هناك إستثناء وارد على المبدأ حيث خرج المشرع من مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية في بعض الحالات و إشترط الكتابة إذ نصت المادة 545 من القانون التجاري تثبت عقد الشركة بعقد رسمي و إلا كانت باطلة كما نصت المادة 418 مدني جزائري يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا و إلا كان باطلا، و كذلك إشترط الكتابة الرسمية في بيع المحل التجاري طبقا للمادة 79 من القانون التجاري الجزائري، كذلك الأمر في رهن المحل التجاري يشترط الكتابة كما وردت في المادة 120 تجاري جزائري.و عليه فإن مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية غير متعلقة بالنظام العام بمعنى يجوز الإتفاق على مخالفته فيصبح الإتفاق على عدم الإثبات بالبينة و اقرائن غير كافيا و إنما يسلزم الكتابة فقط.
1. **من ناحية التضامن:** یعتبر التضامن بین المدنین مفترضا في المسائل التجاریة، والإفتراض جاء لتأمین الوفاء بالإلتزامات التجاریة، والهدف هو حمایة النشاط التجاري، غیر انه في المسائل التجاریة ، مبدأ التضامن مفترض لكن بعض الفقهاء ینفون هذا المبدأ لأن نص المادة 217 م ج جاء مطلقا ولا یوجد نص خاص في القانون ینص على التضامن في المعاملات التجاریة ، بل توجد نصوص متناثرة في القانون التجاري منها المادة 551 ق ت التي تنص على التضامن بین الشركاء في شركة التضامن و أیضا المادة 426 ت التي تنص على التضامن بین المظهرین و الساحب بالنسبة للسفتجة. وهذا بخلاف المعاملات المدنیة أین التضامن غیر مفترض فلا یمكن تقریره إلا بنص صریح أو بإتفاق الأطراف. و ذلك طبقا لنص المادة 217 من القانون المدني .
2. **من ناحية الأشخاص القائمين بالتصرف** : معیار التفرقة بین الاعمال المدنیة و التجاریة یمكن كذلك أن یكون شخصي، و ذلك بالنظر إلى صفة القائم بالتصرف، فإذا اكتسب هذا الاخیر صفة التاجر تطبق علیه قواعد قانو نیة لا نجدها في أحكام القانون المدني، كنظام الاقلاس و التسویة القضائیة.
3. **صفة التاجر**: من احترف الشخص الأعمال التجاریة بموضوعها و كان كامل الأهمیة اكتسب صفة التاجر، حیث تنص المادة الأولى من القانون التجاري الجزائري على انه یعد تاجرا كل من یباشر عملا تجاریا و یتخذه حرفة معتادة له .و هذا على خلاف القائم بالأعمال المدنیة ، فانه لا یكتب صفة التاجر و یمكن إثبات صفة التاجر بكافة طرق الإثبات و لقاضي الموضوع استنباط ذلك من القرائن الدالة علیها و یترتب على اكتساب صفة التاجر نتائج قانونیة هامة ، إذ یخضع التاجر لالتزامات معنیة لا یخضع لها الرجل العادي.
4. **الإفلاس**: لا تطبق قواعد الإفلاس إلا على التجار ، متى توقف هؤلاء عن دفع دیونهم التجاریة، في حین یطبق على الأشخاص المدنیة نظام الإعسار . فنظام الافلاس خاص بالتجار اشخاص طبیعة كانوا أو معنویة(شركات تجاریة) ، و الهدف منه دعم الثقة و الائتمان في المعاملات التجاریة.
5. **من حيث آثار التصرف**: یترتب على أي تصرف قانوني اثارا قانونیة، تختلف هذه الاخیرة باختلاف نوع التصرف بحسب ما إذا كان مدنیا أو تجاریا، نحاول من خلال هذا المطلب التطرق إلى بعض الاثار و القواعد التي تحكمها في القانون المدني و القانون التجاري، كالتفیذ على الرهن الاحیازي، الإعذار، النفاذ المعجل، و المهلة القضائیة.
6. **تنفيذ الرهن الحيازي**: یخضع الدین التجاري في تنفیذه لإجراءات خاصة ، فإذا لم یدفع المدین الدین في تاریخ الاستحقاق ینظره الدائن بالوفاء و بعد مهلة 15 یوما یجوز له بیع المنقولات بالمزاد العلني دون حاجة إلى حكم قضائي هذا ما نصت علیه م 33 ق ت ج ، أما في المواد المدنیة فیخضع التنفیذ على الرهن الحیازي إلى إجراءات طویلة و معقدة حیث یستلزم أحكام قضائیة.
7. **الإعذار**: الإعذار هو إنذار المدین بوصول میعاد الاستحقاق ، ووضعه موضع المتأخر و المقصر في تنفیذ التزامه ، و یتم ذلك بطریقة رسمیة في المواد المدنیة عن طریق ورقة تسلم للمدین بواسطة محضر قضائي ، أما في المسائل التجاریة فقد جرى العرف على انه لا حاجة إلى التكلیف الرسمي بالوفاء بل یكفي أن یتم الإعذار بأي وسیلة كخطاب عادي أو مكالمة هاتفیة أو برید الكتروني ....و هذا نظرا لما تتطلبه التجارة من سرعة في المعاملات و الإجراءات .
8. **النفاذ المعجل**: النفاذ المعجل یقتضي تنفیذ الحكم رغم قابلیته للطعن فیه بطرق الطعن العادیة أو رغم حصول الطعن فیه بإحدى هذه الطرق ، و تقضي القاعدة العامة بان الأحكام المدنية لا تقبل التنفیذ إلا إذا أصبحت نهائیة ، أي حائزة لقوة الشيء المقضي فیه ولا یجوز النفاذ المعجل فیها إلا في حالات استثنائیة ، بینما في المجال التجاري تكون الأحكام دائما مشمولة بالنفاذ المعجل حتى لو كانت . و یتوقف قابلة الاستئناف أو المعارضة ، أي یجوز تنفیذها قبل أن تصبح أحكاما نهائیة ذلك إلى دفع التاجر مبلغ مالي كفالة ، حتى یستطیع تنفیذ الحكم .
9. **المهلة القضائية ( نظرية الميسرة )** : كالقید في السجل التجاري و مسك الدفاتر التجاریة إذا حل اجل الدین و عجز المدین عن الوفاء به فالقواعد العامة تقضي بان للقاضي أن یمنح المدین أجلا لتنفیذ التزامه إذا رأى ذلك ممكنا ، بشرط إلا یسبب من اجل الوفاء ضررا جسیما للدائن و ذلط طبقا للمادة 210 من القانون المدني الجزائري، أما في الأعمال التجاریة فلا یجوز للقاضي أن یمنح مثل هذه المهلة لان حلول اجل الدین له أهمیة كبیرة في المیدان ، فلو تأخر میعاد الدین ، فقد یسبب للدائن ضررا ، كتفویت فرصة ربح علیه ، أو التجاري قد یكون هذا سببا في التأخر للوفاء بدیونه التجاریة مما قد یعرضه لشهر إفلاسه

**2-** **تحديد الأعمال التجارية و أهميته**:بعد التطرق إلى أهمية التفرقة بين العمل المدني و العمل التجاري يجب النظر في كيفية التفريق بين العمل المدني و العمل التجاري ، حيث أن القانون التجاري لم يفصل في ذلك و إكتفى في المادة الثانية بذكر الأعمال التجارية من دون النص على أي معيار يفرق بينهما ، حيث أن بعض الأعمال تجارية بمفردها و هي الشراء لأجل البيع و عملية الصرف و السمسرة و أعمال البنوك ، وهناك أعمال لا تعتبر تجارية إلا إذا وقعت على سبيل المقاولة أي يجب أن يكون فيها التكرار و الإحتراف و الصناعة و النقل ...، و أمام عجز المشرع و القضاء من إيجاد تعريف للعمل التجاري بواسطة معيار واحد محدد ، تصدى الفقهاء لحل هذه المشكلة ، و ظهرت عدة مذاهب نتطرق إليها فيما يلي:

1. **المعايير الموضوعية** : تنظر إلى القانون التجاري على أنه قانون النشاط التجاري بغض النظر عن صفة القائم به سواءا كان تاجرا أم غير تاجر ، فهي تحدد القانون تحديدا موضوعيا معتبرة إياه قانون العمل التجاري لا قانون التجار ، و يرى أنصار هذه النظرية العمل التجاري عى أنه يقوم على فكرة المضاربة و آخرون يرون أن فكرة الوساطة هي معيار العمل التجاري و بعضهم دمج فكرة التداول و المضاربة معا .
2. **نظرية المضاربة** : يقصد بمفهوم المضاربة وفقا لأصحاب هذه النظرية، هو السعي نحو تحقيق الربح باعتباره هو المعيار الحاسم في تمييز العمل التجاري عن العمل المدني. و من ثم فمتى تحقق الربح من وراء عمل معين فإنه يعتبر عمال تجاريا، أي تلك المفارقة بين سعر الشراء و سعر البيع. في حين أن العمل المدني ال يقوم على تحقيق الربح، كما هو الحال بالنسبة للجمعيات الرياضية أو الثقافية أو االجتماعية أو بالنسبة 1 لعمليات التأمين التعاضدي أو التبادلي، فهي تعتبر عمال مدنيا صرفا . و من ثم فالعمل التجاري قوامه تحقيق الربح، أما العمل المدني فقد يكون بالمجان أو دون عوض. غير أن مفهوم المضاربة ال يقصد به الربح اإليجابي أي الكسب النقدي و إنما يشمل كذلك كما عبر عنه الفقه "الكسب السلبي" أيضا، و هو تجنب الخسارة. فقد يضطر البائع إلى بيع بضاعته بثمن أقل من السعر الحقيقي إما بهدف تسويق منتوجه و جلب الزبناء و في هذه الحالة يكون هدفه هو تحقيق الكسب على المدى البعيد . أو قد يلجأ إلى ذلك للتخلص من بضاعة ظلت مركونة لديه فيبيعها بثمن بخس )كالمحلات التي تقوم بتخفيضات في نهاية كل موسم( و تعويضها بأخرى جديدة، فيعتبر بذلك عمال 2 تجاريا توقي خسارة آنية لتحقيق ربح على المدى البعيد. و على الرغم من أهمية هذا المعيار أو الضابط في تحديد العمل التجاري، غير أنه ظل قاصرا عن تمييز العمل التجاري عن العمل المدني، على اعتبار أن هناك أعماال مدنية تقوم على الربح أيضا و تخضع للقانون المدني. كالمهن الحرة، مثال: مهنة المحامي، الطبيب أو المحاسب، و المهندس، على الرغم أن هذه المهن يسعى من وراءها الشخص إلى تحقيق الربح كمقابل على ما قدمه بصدد مهنته. بل أن هناك أعماال تعتبر تجارية بقوة القانون من حيث شكلها حتى و إن لم تستند على عنصر المضاربة كالكمبيالة و الشيك مثلا.
3. **نظرية التداول**: إن القانون التجاري يستند في تحديد الأعمال التجارية على تداول الثروات من سلع و بضائع من وقت خروجها من يد المنتج إلى حين وصولها ليد المستهلك. أي من يد بائع المواد الأولية إلى المصنّع ثم الموزع ثم البائع لتصل في نهاية المطاف إلى المستهلك. غير أنه إذا كانت عملية التداول مفهومة و مقبولة بالنسبة للبضائع و السلع، غير أن هذه المسألة غير مقبوله بالنسبة لنقل الأشخاص، فاعتبار نقل الأشخاص عمال تجاريا من الصعب تقبله عن طريق تداول الأشخاص لما يمس بكرامة الإنسان فالأشخاص ال يمكن تداولهم بل يعد عمال تجاريا بالنسبة إليهم إذا تم في إطار المقاولة ، غير أن ما يعاب على هذا المعيار أنه ظل قاصرا كذلك في الحسم بين العمل التجاري و العمل المدني، ذلك أن هناك من الأعمال المدنية التي يتم فيها التداول غير أنه ال تعد تجارية من باب أنها ال تهدف إلى تحقيق الربح مثال أعمال الزراعة و الإنتاج الفكري أو شراء تعاونيات لسلع لإعادة توزيعها على أعضائها بسعر الشراء. فعلى الرغم أن هذه الأعمال تتداول غير أنها ال تقوم على تحقيق الربح، و من ثم يظل معيار التداول معيارا ضئيال غير قادر على التمييز بين العمل التجاري و المدني. بل أيضا هناك أعمال تجارية بقوة القانون و لكن لا تعتمد على معيار التداول، كالأوراق التجارية مثال و مع ذلك فهي أعمال تجارية.
4. **نظرية التداول بقصد المضاربة**: بعد الإنتقادات التي وجهت إلى كل من معيار التداول و معيار المضاربة نادى بعض الفقهاء بالجمع بين المعيارين معا كمعيار واحد مميز للعمل التجاري '' إن العمل التجاري هو الذي يتوسط في تداول الثروات بقصد تحقيق الربح''و يقدم مثالا على ذلك الشراء لأجل البيع حيث يقوم بعملية التوسع في تداول الثروات فيصبح عملا تجاريا كلما كان غرضه تحقيق الربح، إلا أنه على الرغم من أن معيار التداول بقصد الربح قد جاوب بعض الإنتقادات التي وجهت إلى المعيارين السابقين ، إلا أنه مع ذلك يبقى عاجزا على أن يكون معيار جامع لكافة الأعمال التجارية و أهم ما يوجه إليه من أنه يتجاهل فكرة المسروع على أنها أتت لكثير من الأعمال التجارية .
5. **نظرية الوساطة**: إذا كان معيار المضاربة معيار يقوم على تحقيق الربح للقول بكون العمل تجاريا وفق الاتجاه الذي أخذ بهذا المعيار، فإن أصحاب معيار الوساطة يعتبرون أن العمل يكون تجاريا من منطلق تحقق عملية الوساطة بين المنتج و المستهلك و إلا كان عمال مدنيا كمثال أعمال المزارع و المبدع الذي يبيع ما ينتجه من غير أن يكون عمله تتخلله عملية الوساطة. كما اعتبر أصحاب هذا الاتجاه إلى أن الامر لا يقتصر على الوساطة فقط في تقييم العمل ما إن كان تجاريا أم مدنيا حتى و لو تحققت عملية الوساطة، بل يضاف إلى ذلك أن تقترن الوساطة بالمضاربة أي أن يكون الهدف من الوساطة هو تحقيق الربح حتى يكون العمل تجاريا. و من ثم فالسمسار مثال يعتبر النشاط الذي يقوم به من الأعمال التجارية، على اعتبار أنها من أعمال الوساطة لتحقيق الربح. في حين أن مثال التوسط في إبرام عقد زواج لا يعتبر عمال تجاريا ألن الغاية من هذه الوساطة هو التقريب بين شخصين بهدف إنشاء أسرة أي هدف اجتماعي و ليس بهدف تحقيق الربح. و بالتالي فإن هذا المعيار – معيار الوساطة- انتقد كذلك لكونه لم يتسم بالدقة في تمييز العمل التجاري عن العمل المدني ، على اعتبار أن هناك أعمالا تعتبر تجارية بشكلها و بحكم القانون و ال تقوم على الوساطة كما هو الحال بالنسبة للأوراق التجارية (الكمبيالة مثال(.، و بناء على ذلك ، فقد توصل الفقه إلى أنه لا يمكن الاستناد على هذه المعايير و المقومات لوحدها ، بل لابد أن يؤخذ بها مجتمعة حتى يمكن أن نضفي الصفة التجارية على العمل التجاري و كل نشاط يمكن أن يماثل الأنشطة المنصوص عليها في مدونة التجارة. و من خلال هذه المعايير يمكن للقضاء استخلاص العمل ما إن كان تجاريا أم مدنيا.
6. **المعايير الشخصية** : يعتمد أصحاب هذا المذهب في تحديد نطاق القانون التجاري على التاجر فالقانون التجاري ينظم مهنة التجار ، فهو قانون مهني يحكم نشاط محترفي التجارة في ممارسة حرفتهم و بذلك تكون نقطة البدئ في هذا المذهب هي تحديد الحرف التجارية ، لأنه لا يهتم بطبيعة العمل و لكن بشخص القائم به فإذا كان هذا الشخص غير التاجر فإن عمله يخضع للقانون المدني و إن كان تاجرا فإن عمله يخضع للقانون التجاري و أنصار هذا المذهب يقدمون هذه النظريات :
7. **نظرية السبب**: ترتكز هذه النظرية على الباعث، فوفقا لهذه النظرية يعتبر العمل تجاريا أو مدنيا بحسب الباعث الذي دفع الشخص إلى التعاقد أو الالتزام. فإذا كان الشراء بنية البيع فإنه يعتبر عمال تجاريا ألنه يعتمد على المضاربة و تحقيق الربح، أما إذا كان الشخص يريد شراء بضاعة لإستهلاكه الشخصي أو للإستعمال ، فيعتبر عمال مدنيا و لو كان العمل مطابقا في شكله للأنشطة التجارية مادام الباعث ليس بهدف الربح. غير أن هذه النظرية تتسم بالصعوبة و التعقيد، على اعتبار أن الباعث ال يعتبر من المظاهر الخارجية الملموسة التي يمكن معرفتها بسهولة، بل هي من الأمور النفسية الباطنية التي من الصعب معرفتها. الشيء الذي دعا بعض الفقه إلى ضرورة اقتران نظرية الباعث بالظروف الخارجية المحيطة بكل عمل على حدة حتى يتسنى تحديد العمل ما إن كان عمال تجاريا أم مدنيا من خلال الاستناد إلى القرائن و ظروف الحال لمعرفة الباعث للقيام بعمل معين.
8. **نظرية المقاولة**: هذه النظرية تعتبر العمل تجاريا إذا ما تم داخل مقاولة أو مشروع ، و بالتالي فإن النشاط التجاري وفقا لهذه النظرية هو الذي يتم في إطار المقاولة بغض النظر عن طبيعة هذا النشاط أو الغرض منه أو يحقق ربحا أم لا ، و من ثم تعتبر المقاولة كل عمل توفرت فيه إمكانيات مادية و بشرية تمكن من خلالها القائم بها من تحقيق الهدف الذي أنشأت من أجله المقاولة بشكل محترف. فيعتبر العمل وفق هذا الشكل الذي يتخذ شكل مقاولة أو مشروع عمال تجاريا. و من ثم فالعبرة باحتراف الشخص لعمل معين داخل مقاوله ، هذه المقاولة هي الحد الفاصل بين العمل التجاري و العمل المدني و بالتالي فإن إضفاء الصفة التجارية على و هذا ما تبنته مدونة التجارة و ذلك العمل يتحدد من خلال ممارسته على سبيل الاحتراف أي المقاولة. عندما بنت اكتساب الصفة التجارية على ممارسة النشاط التجاري على سبيل الاعتياد و الاحتراف. وعليه المقاولة أو الاحتراف هي تكرار القيام بالعمل بصفة مستمرة و منتظمة و تأخذ المقاولة في العادة شكل مشروع حيث يباشر الشخص العمل في محل أو مكتب و يستعين بالغير فيوظف نشاطهم و يضارب على عملهم.
9. **نظرية الحرفة**: نادى بهذ النظرية الفقيه الفرنسي "ر يبير" وتستند إلى المعيار الشخصي وليس إلى المعيار الموضوعي للعمل التجاري، والعمل التجاري هو ذلك العمل الذي يصدر من شخص احترف التجارة، فكل ما يقوم به التاجر في نطاق التجارة يعتبر عملا تجاريا ، والواقع أن هذ النظرية سوف توقعنا في صعوبة تحديد المقصود بالحرفة التجارية. كما عرفت الحرفة بأنها ممارسة النشاطات المتواصلة المستمرة و بصورة أساسية و معتادة لتأدية النشاط المتمثل في بعض المهام من أجل الحصول على الربح ، و الأساس القانوني لهذه النظرية هو نص المادة الأولى من القانون التجاري الجزائري فهي تعرف التاجر بقولها '' يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا و يتخذه مهنة معتادة له، كما يعتبر الأستاذ ريبر أن النص على المقاولات دليل على نظرية المهنة لأن المقاولات في نظره ما هي إلا مهن تجارية، إلا أن هذا المعيار لا يسلم أيضا من النقد و قد وجهت له عدة إنتقادات :
* صعوبة تحديد معنى المهنة التجارية و الأستاذ بنفسه لم يحدد المهنة التجارية في الواقع إلا بفكرة العمل التجاري و بالرجوع إلى نصوص التقنين و العرف نجد أن نظرية المهنة التجارية تعود بالقانون التجاري إلى الحالة التي كان عليها في السابق أي قانون طبقي،
* الأخذ بهذه النظرية يجعلنا ندور في حلة مفرغة ، فإن التاجر هو الذي يقوم بالعمل التجاري و العمل التجاري هو الذي يقوم به التاجر فتعرف تارة التاجر بالعمل التجاري و تارة أخرى تعرف العمل التجاري بأنه النشاط الذي يقوم به التاجر.