الاستاذة فنينخ نوال

مقياس القانون التجاري

القسم الأول: الأعمال التجارية

من خلال استقراء أحكام القانون التجاري تناول المشرع تصنيف الأعمال التجارية، لكن لا وجود لتعريف لها، وأمام قصور وعجز المشرع عن تعريفها، تصدى الفقه لهذه الوظيفة حيث لعب دورا كبيرا في تحديد معايير التمييز بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية. ومن خلال هذا التمييز تتم دراسة و تحليل تصرفات الأشخاص.

الباب الأول: تعريف الأعمال التجارية

لم تعرف الأحكام القانونية العمل التجاري، على خلاف الفقه الذي تطرق للمسالة بشيء من التفصيل والانحياز، حيث تم تقديم معايير ونظريات لتعريف العمل التجاري. فمنهم من تأثر بالمذهب الموضوعي والجانب الآخر يميل إلى النزعة الشخصية[1].

الفصل الأول: المعايير ذات النزعة الموضوعية لتعريف العمل التجاري

وتنحصر المعايير التي اعتمدت النزعة الموضوعية لتعريف العمل التجاري في نظريتين، تعتمدان على معياري المضاربة وتداول الأموال.

المبحث الأول: معيار المضاربة (Critère de la spéculation)

وضع الأستاذ PARDESSUS هذا المعيار على أساس أن المضاربة هي أهم خصائص التجارة، وهي التي تميز العمل المدني في القانون التجاري، فكل عمل يهدف إلى تحقيق الربح ويسعى إليه هو عمل تجاري ،كمثلا الشراء من أجل إعادة البيع ،والقضاء الفرنسي اعتمد على هذه النظرية في تحديد طبيعة العمل المتعلق باستغلال صحيفة، حيث اعتبر أنه يعد تجاريا إذا كان هدفها المضاربة على إنتاج المحررين والسعي إلى الربح، أما إذا كان هدفها علميا محظا فهو عمل مدني، كذلك هو الحال بالنسبة للاحتراف في عمليات البورصة فالهدف وراء ذلك الاحتراف هو السعي وراء تحقيق الربح .

ولكن هذه النظرية تعرضت إلى النقد في كون معيار المضاربة واسع وضيق.

فهو واسع نظرا لوجود بعض الأعمال يسعى فيها التاجر إلى الربح وهي ذات طابع مدني كالاستغلال الزراعي إلى جانب المهن الحرة التي تبقى عملا مدنيا. وضيق، إذ يقوم التاجر في بعض الأحيان ببعض العمليات بهدف المنافسة أو جذب الزبائن دون تحقيق الربح، كما هو الحال بالنسبة للتنزيلات والبيع بسعر التكلفة وتبقى ذات طبيعة تجارية .

ورغم رواج هذا المعيار، إذ يعتبر هو جوهر العمل التجاري، فيبقى صعب التطبيق لان نسبة تحقيق الربح مسألة داخلية تعد باعثا شخصيا لا يمكن معرفته بسهولة.

المبحث الثاني: معيار تداول الأموال (Théorie de la circulation)

أمام قصور معيار المضاربة اقترح الأستاذ Thaller نظرية تداول الثروات اي عمليات الوساطة فلا يكون العمل تجاريا إلا إذا حدث عليه توسط في تداول الثروة من سلع وبضائع ونقود وصكوك وغيرها

من المنقولات عند تداولها بين المنتج الأول والمستهلك الأخير، أي مادامت في حركية، مما يؤدي تطبيق هذه النظرية إلى استبعاد كافة أعمال الإنتاج والاستهلاك لأنها مدنية ولا تخضع للقانون التجاري[ii].

عند تطبيق المعيار على الشراء من أجل إعادة البيع وكل العمليات المتصلة به من سمسرة ووكالات بالعمولة، وعملية النقل وإيداع البضائع في المخازن...نجدها أعمالا تجارية نظرا لما تتضمنه من تداول للثروات وحركيتها. وكذا عمليات البنوك فهي تتضمن في جوهرها تداول للنقود والثروة، فهي ذات طابع تجاري بحث.

ومع ذلك يمكن توجيه نقد إلى هذا المعيار الذي يفسر بعض الأعمال التجارية التي تعد في جوهرها وساطة دون أن تعتبر أعمالا تجارية كأعمال الجمعيات والتعاونيات وكذا استغلال مقالع الحجارة، واستغلال الفحم النباتي ،واستغلال الملح فهي تعتبر مدنية، أما استغلال المناجم ووكالات الزواج فكان المشرع الفرنسي يعتبرها مدنية ثم عدل عن موقفه وأصبحت عملا تجاريا، على خلاف المشرع الجزائري الذي يعتبر مقاولات استغلال المناجم ومقالع الحجارة أعمال تجارية.

الفصل الثاني: المعايير القائمة على المذهب الشخصي

إن النظرية السابقة تعرف العمل التجاري استنادا إلى العمل في حد ذاته دون النظر للشخص القائم به، أما هذه النظرية فترى أن العمل التجاري يجب أن ينطلق من الشخص القائم بالعمل وتعتبر أن القانون التجاري هو قانون مهني يعرف بواسطة المهنة واهم رواد هذا التيار الأستاذ Ripert والأستاذ Escarra الذي اقترح معيار المقاولة.

المبحث الأول:معيار المهنة (Critère de la profession)

يرمي هذا المعيار إلى اعتبار أحكام القانون التجاري تقوم على الاحتراف، فيجب اتخاذ الاحتراف أي تكرار القيام بالعمل معيارا للعمل التجاري، إذ تنطوي المهنة على الاعتماد على بعض الأعمال وتكرارها لغرض هدف واحد طبقا لمنهج وسلوك خاص مع توفير الوسائل اللازمة. وبذلك يحترف الشخص المهنة ويظهر للغير ممارسته لها ، ولاشك أن الأحكام الراهنة تعتمد على هذا المعيار لاسيما للنصوص التي تحمي المستهلكين من بعض المهنيين المحترفين.

غير أنه عيب على هذه النظرية التي عجزت عن استيعاب العديد من الأعمال التجارية التي تتم في إطار المهن كونها ذات طابع شخصي.

المبحث الثاني: معيار المقاولة (Critère de l’entreprise)

يرتكز Escarra على أن المقاولة هي استعمال وسائل الإنتاج في منظمة دائمة أسست على منشأة مادية، لذلك فهي القيام مهنيا بالإعمال التجارية، وتفترض مجموعة من الوسائل المادية والبشرية والمحلات المخصصة لانجاز العمل. فهذا المعيار الموضوعي يرى أن القانون التجاري هو قانون المؤسسات وتجد لها سندا في القانون الجزائري والفرنسي كما هو الحال بالنسبة لمقاولات الصناعة وإيجار المنقولات والعقارات والبناء والحفر حسب المادة الثانية من القانون التجاري.

لقد انتقد هذا المعيار في انه يبدو أحيانا واسعا عند تطبيقه. فبعض المقاولات لها طابع مدني كمقاولات ومؤسسات الاستغلال الزراعي أو التعاونيات الحرفية رغم أنها تتم ضمن مقاولة، كما يظهر ضيقا كون بعض الأعمال تتم خارج المؤسسات ولا يشترط ما يشترط ضمن مقاولة ومع ذلك فهي تجارية كعمليات السمسرة.

يستخلص أنه يصعب الاعتماد على أحد المعايير لتعريف العمل التجارية وتمييزه عن العمل المدني رغم أهمية كل معيار على حدا فليس كافيا وناجعا وحده، مما يستحيل معه وضع تعريف جامع للأعمال التجارية، ومع ذلك حاول المشرع وضع بعض النصوص لتحديد وتصنيف الأعمال التجارية.

الباب الثاني: تحديد وتصنيف الأعمال التجارية

تناول المشرع الجزائري تصنيف الأعمال التجارية من خلال نصوص المواد 2 و3 و4 من القانون التجاري، إذ يتبين منها أنه تارة يضفي الصبغة التجارية نتيجة للعمل ذاته وتارة أخرى يجعلها متوقفة على صفة القائم بالعمل. فالأولى هي أعمال تجارية بطبيعتها أو نظرا لخصائصها الجوهرية، كما قد تكون تجارية نتيجة لشكلها؛ أما الطائفة الثانية فهي تعتبر تجارية شخصية أي نظرا لصفة القائم بها. وتوجد طائفة من الأعمال فهي تعتبر تجارية بالنسبة لطرف وليست كذلك بالنسبة لكافة الأطراف وهو الشأن بالنسبة للعمل المختلط[iii]. وعلى هذا الأساس نقوم بدراسة الأعمال التجارية الموضوعية ثم الشخصية وبعدها نتطرق إلى وضعية خاصة من الأعمال هي الأعمال المختلطة التي ليست تصنيفا للأعمال التجارية بل حالة تتعرض لها.

الفصل الأول: الأعمال التجارية الموضوعية:

تقسم هذه الأعمال إلى أعمال تجارية بحسب الموضوع وتناولتها المادة 2 من القانون التجاري والأعمال التجارية بحسب الشكل طبقا للمادة الثالثة 3 من ذات القانون. وهو ما نتناوله من خلال المبحثين المواليين.

المبحث الأول: الأعمال التجارية بحسب الموضوع:

باستقراء نص المادة الثانية من القانون التجاري نجدها تتضمن هذه الأعمال طائفتين من الأعمال التجارية. الأولى هي الأعمال التجارية المنفردة وطائفة ثانية هي الأعمال التجارية عن طريق المقاولة. وهو مضمون المطلبين المواليين. المطلب الأول يفحص الأعمال التجارية بحسب الموضوع المنفردة والمطلب الثاني يدرس الأعمال التجارية بحسب الموضوع بالمقاولة.

المطلب الأول: الأعمال التجارية بحسب الموضوع المنفردة

إن الأعمال التجارية الموضوعية المنصوص عليها في المادة الثانية من القانون التجاري، لا يمكن اعتبارها تجارية إلا إذا توفرت فيها بعض الشروط ومنها ما يشترط أن يقوم بها التاجر على سبيل مهنته وهي كالآتي:

الفرع الأول :الشراء من أجل إعادة البيع

تنص المادة 2 من القانون التجاري أنه "يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه كل شراء للمنقولات لإعادة بيعها بعينها أو بعد تحويلها وشغلها وكل شراء للعقارات لإعادة بيعها".

تعتبر عملية الشراء لأجل إعادة البيع أهم العمليات التجارة وأكثرها انتشارا والتي تهدف إلى تحقيق الربح. ويظهر جليا من النص القانوني ضرورة توافر شروط حتى يعتبر العمل تجاريا هي:

أ/الشرط الأولي: حتى يعتبر العمل تجاريا بحسب الموضوع يلزم إتمام عملية الشراء للشيء المراد بيعه والتي تعتبر كل امتلاك للمنقولات أو العقارات بمقابل[iv] (فما يتم بدون مقابل فلا يندرج ضمن المادة 2 ق.ت.) ويستوي في ذلك أن يكون مقابل مبلغ نقدي أو حتى وإن كان مقايضة[v]

ب/ الشرط الثاني:موضوع الشراء يتعلق بمنقول أو عقار على حد سواء (العقار) .

ج/ الشرط الثالث: قصد إعادة البيع :إذ يجب أن يقصد المشتري عند الشراء إعادة البيع ويشترط توافر النية في هذا الوقت، وبعد ذلك سواء تمت عملية البيع أو عدل المشتري عن قراره فيكون الشراء عملا تجاريا كما لا يغيّر في الوضع ان قام الشخص ببيع المنقولات على حالها أو بعد تغييرها وتعديلها[vi] .

د/ الشرط الرابع : ان لم يتضمن النص هذا الشرط صراحة الا انه يجب توافر نية تحقيق الربح لاعتبار عملية الشراء بنص البيع تجارية وهذا وان لم يحقق ارباحا

الفرع الثاني: العمليات المتعلقة بالترقية العقارية:

ان النشاط المتعلق بالترقية العقارية عرف تطورا ملحوظا وهذا وفقا للنصوص القانونية المنظمة له التي اتجهت نحو توسيع مجاله بعدما كان محصورا في النشاط العقاري، حيث كان يشمل كافة العمليات الرامية إلى انجاز أو تجديد الاملاك العقارية المخصصة للبيع او الايجار أو تلبية حاجات الجمهور وبالتالي كل عملية توسط في بيع عقار أو تأجيره وكل نشاط يهدف إلى اقتناء أو التهيئة العقارية يعد عملا تجاريا بحسب الموضوع، لكن بعد توسيع هذا المجال عرفه المشرع بكونه مجموع عمليات تعبئة المواد العقارية والمالية وكذا إدارة المشاريع العقارية[vii]. وعرف المشاريع العقارية بكونها مجموع النشاطات المتعلقة بالبناء والتهيئة والإصلاح والترميم والتجديد وإعادة التأهيل وإعادة الهيكلة وتدعيم البنايات المخصصة للبيع و/أو الإيجار، بما فيها تهيئة الأرضيات المخصصة لاستقبال البنايات. فالترقية العقارية تتضمن أو تنصرف إلى مجموع العمليات المالية والقانونية والإدارية المتخذة لتنفيذ المشاريع العقارية.

الفرع الثالث: العمليات المصرفية وعمليات الصرف:

أولا: عمليات البنوك:

هي جميع عقود ايداع النقود او الصكوك وفتح حسابات الودائع النقدية والتحويل المصرفي والقروض وفتح اعتماد والتي تعتبر حسب المادة الثانية من القانون التجاري، تجارية بحسب الموضوع ويمكن ايجاز هذه العمليات حسب قانون للنقد والقرض[viii] في النشاطات الرامية لحفظ الاموال والنقد والسندات والمضاربة بالسندات لحساب الغير وكذا القيام بالمدفوعات او مقبوضات لحساب الغير أو قبول قروض

للغير[ix]. حيث يكرس هذا القانون التمييز بين دور البنك المركزي كسلطة نقدية وملجأ استثنائيا للاقتراض ودور البنوك الأخرى سواء الوطنية أو الخاصة التي تقوم بنشاطات القرض.

فكل هذه الأعمال تعد تجارية بالنسبة للمؤسسة المصرفية أو البنك وذلك بغض النظر عن طبيعة العملية التي يتم التعامل بشأنها، أي سواء كانت مدنية أو تجارية .

ثانيا: عمليات الصرف :

الصرف هو نوع من أنواع عمليات البنوك يرمي إلى مبادلة نقود وطنية بعملة أجنبية مقابل عمولة أو استلام عملة مقابل أخرى. وعملية الصرف اما أن تكون فورية أو يدوية ، حيث يستلم كلا المتعاقدين العملة التي قام باستبدالها أو تكون عن طريق الصرف المسحوب الذي يتم بخطاب من المستلم (بنك في الجزائر) إلى مراسله بنك في بلد أخر يأمره بتسليم شخص معين المبالغ المحددة في الخطاب. ومما لا شك فيه أن لعمليات الصرف فوائد اقتصادية حيث توفر مداخيل معتبرة بالنسبة للبنوك ومكاتب الصرف من خلال عمولة الصرف.

هذا العقد يعتبر بالنسبة للصراف دائما عملا تجارية بحسب الموضوع، أما الطرف الذي طلب الصرف فيتوقف عما إذا كان تاجرا ومرتبط بتجارته ام لا.

الفرع الرابع: عمليات السمسرة والعمليات الخاصة بالعمولة

أولا: السمسرة

هي وساطة في التعاقد ترمي الى التقريب بين الراغبين في التعاقد الى أن يتم ابرام الصفقة مقابل حصول السمسار على عمولة، وبمجرد تلاقي الايجاب والقبول ينتهي عمل السمسار اي بابرام العقد سواء تم إبرام ذلك العقد أو لم يتم تنفيده بأكمله. والعمولة التي يتلقاه السمسار قد يتفق عليها الاطراف مسبقا بكل حرية وعادة ماتكون نسبة مئوية من الصفقة. والسمسرة عمل تجاري منفرد، اي هو تجاري ولم قام به شخص غير محترف السمسرة ولو لمرة واحدة[x]. وعلى خلاف طبيعة العقد الذي يتوسط فيه فقد يكون مدنيا او تجاريا .

ثانيا : الوكيل بالعمولة

هو الاخر نوع من أنواع الوساطة في ابرام العقود والصفقات. فيقوم الوسيط بابرام عقود باسمه ولكن لحساب الغير،وهو التاجر الذي يكون بحاجة لوكلاء بالعمولة يتولون تصريف المنتجات والبضائع. والتوسط بينه وبين غيره من العملاء أو التجار، وبذلك لايعرف التاجر بل الوسيط هو الذي يتولى ابرام العقد باسمه ولذلك يطلب العمولة وكل التكاليف وكذا ثمن المبيع. أما التشريع الفرنسي السمسرة

،الوكالةبالعمولة وكالات ومكاتب الاعمال والمقاولة . والامثلة التي تخص السماسرة عديدة في الحياة العملية :

- سمسار الشحن: هو الوسيط الذي يتولى ربط الصلة بين مرسل البضاعة وناقل عمومي .

- سمسار التأمين :مهمته التوسط بين طالب التأمين وشركة التأمين لاكتتاب عقد التأمين..

- وكيل نقل البضائع :يقوم تحت مسؤولية نقل البضائع باسمه الخاص ولحساب زبون اعتماد.

وكيل لدى الجمارك :يتولى القيام بالاجراءات الجمركية الخاصة بالتصريح المتصل بالبضائع .

المطلب الثاني: الأعمال التجارية بحسب الموضوع بالمقاولة

يتناول نص المادة 2 من القانون التجاري الى جانب الاعمال التجارية المنفردة أعمال تجارية موضوعية لا تكتسب الصبغة التجارية إلا شريطة انجازها في شكل مقاولة. فهي تأخذ الصبغة التجارية لذلك السبب وهو "التنظيم الذي يستند إليه" وليس بسبب العمل ذاته وطبيعة موضوعه، أو من صفة الشخص القائم به[xi]

لقد أورد المشرع تعدادا لأنواع مختلفة من المقاولات ولكن دون اعطاء تعريف لمعنى المقاولة التي كانت محط اهتمام العديد من الفقهاء من حيث تحديد هذه الفكرة وبيان العناصر اللازمة لقيامها. وفي هذا الصدد يقصد بالمقاولة ذلك التنظيم الذي يتشكل بغرض الانتاج الاقتصادي يتم من قبل منتج منفرد أي تاجر فرد أو مشروع فردي، كما قد يشترك شخصان أو ثلاثة أو أكثر في مشروع معين في شكل شركة يمنحها المشرع الحق في الاستقلال القانوني حيث تتمتع بشخصية معنوية تعطيها الحق في ذمة مالة مستقلة وتكون تجارية عندما تهدف للانتاج التجاري عن طريق تكرار العمل بواسطة جملة من الوسائل البشرية والمادية[xii]، لذلك فمفهوم المقاولة هو ذلك المشروع الذي يتطلب قدرا من التنظيم لمباشرة الأنشطة الاقتصادية سواء في المجال الصناعي أو التجاري أو الخدماتي باشراك العنصر البشري والمادي و"يقتضي هذا التنظيم عنصرا الاحتراف و المضاربة "[xiii]، والقيام بالأعمال التجارية لتمييزها عن العمل المدني كونها تمت في شكل مقاولة[xiv].

وباستقراء النص القانوني نجد جملة من المقاولات فذكر المشرع مجموعة من المقاولات اعتبرها أعمالا تجارية بطبيعتها، ويظهر من خلال صياغة النص أن التعداد الوارد فيه لم يردعلى سبيل الحصر، بل جاء على وجه المثال، بسبب العبارات الموسعة والتي يتبين أنه يمكن اضافة غيرها من النشاطات عن طريق الاجتهاد. وتتمثل فيما يلي:

أولا : مقاولات تاجير المنقولات و العقارات

يتعلق الأمر بالمقاولات التي تنشأ من أجل القيام بعمليات التاجير للمنقولات أو العقارات على حد سواء كتاجير السيارات أو الشاحنات أو الحاويات ، كما قد يتعلق الأمر بتاجير عقارات أو منازل وشقق من أجل السكن أو من أجل ممارسة نشاطات مختلفة كعيادة خاصة أو لغرض التعليم أو الدعم المدرسي أو فنادق من أجل اقامة تظاهرات علمية . وقد اضفى المشرع على هذه العملية الطابع التجاري عندما يتم على سبيل التكرار ويتخذ شكل مشروع أو مقاولة والقائمون لهم الصفة التجارية ويخضعون لكافة الالتزامات التي يخضع لها التجار.

ثانيا: مقاولات للانتاج والتحويل والاصلاح

قد تهتم هذه المقاولات بالتصنيع عن طريق انشاء مصانع تتولى القيام بهذه العمليات، حيث تتضمن عمليات الانتاج؛ انطلاقا من المواد الاولية أوانتاج مواد نصف مصنعة أو كاملة الصنع موجهة لتلبية حاجيات الجمهور؛ كما أن التحويل يتضمن تحويل المواد الاولية إلى مواد نصف مصنعة أو كاملة الصنع موجهة للاستهلاك، في حين مقاولات الاصلاح هي التي تهتم بالصيانة أو الترميم أي يقوم نشاطها على اصلاح الالات والمعدات.

ثالثا : مقاولات البناء والحفر أو لتمهيد الأرض

إن كل الاشغال التي تتم ضمن مقاولات البناء أو الحفر أو لتمهيد الأرض هي أعمال تجارية سواء تعلق الامر باشغال كبرى أو مجرد عمليات بسيطة، فهي المقاولات التي تهتم بانشاء مباني مختلفة أو القيام بالاعمال السابقة للبناء المتمثلة في الهدم أو الحفر أو الحفر أصلا من أجل إنجاز قنوات الصرف الصحي أو التزويد بالمياه أو الغاز بل وحتى تلك المشاريع التي تتولى انشاء الجسور و المطارات والسدود والمشاريع الكبرى.

رابعا: مقاولات التوريد أو الخدمات

التوريد هو تعهد يلتزم بمقتضاه شخص يسمى المورد بتسليم عميله الاشياء المتفق على توريدها بصفة دورية ومنتظمة خلال فترة زمنية معينة، وحتى يتعهلق الامر بنشاط تجاري يجب بطبيعة الحال ان يتم ضمن مقاولة كتوريد الآدوية إلى المستشفيات، أو توريد الاغذية والملابس للمدارس أو الجيش وتوريد الماء والغاز إلى المستهلكين المتعاقدين مع الجزائرية للمياه وشركة الكهرباء والغاز. وعمليات التوريد تعتبر عملا تجاريا ما دام يتم في شكل مقاولة[xv].

أما نشاط الخدمات فهو متنوع وشاسع، فتعتبر مقاولات الخدمات من الاعمال التجارية التي هي في تزايد وتطور وعلى ذلك فالنشاطات التي تتم ضمنها هي الاخرى تواكب تطور عالم الأعمال بمعناها الواسع فقد

تتمثل في الخدمات المقدمة للجمهور كحمامات الاستجمام (مركب بوحجر أو الأندلسيات) أو وقاعات الحفلات وساحات الالعاب ....

خامسا: مقاولات لاستغلال المناجم أو المناجم السطحية أومقالع الحجارة أو منتوجات الأرض الأخرى

إن هذه المقاولات إذا قامت على سبيل الاحتراف وفي شكل مشروع لعمليات الاستغلال باستخراج المعادن من باطن الأرض أو من سطحها كالبترول والفحم الحجري والحديد والذهب والفوسفور ...؛ وكذا استغلال منتوجات المقالع قصد تحويلها واستعمالها في عمليات البناء كالرمل والحجارة و الاسمنت والرخام... فكلها تعد عملا تجاريا سواء كان القائم بها يملك مصدر الانتاج أو لا يملكه كصاحب حق الامتياز للاستغلال لفترة معينة. كما يندرج ضمن هذه المقاولات مقاولات استغلال

عيون المياه المعدنية[xvi] .

سادسا: مقاولات استغلال النقل أوالانتقال

يتعلق الأمر بالمشاريع التي تتضمن نقل الأشخاص و البضائع، أو كما يرى بعض الفقه أن النقل يخص البضائع، أما الانتقال يخص الاشخاص بمختلف وسائل النقل سواء البرية أو البحرية، بل وحتى الجوية، لكن شريطة أن يتم بقصد تحقيق الربح، أي المضاربة وذلك بطريقة احترافية ضمن مقاولة[xvii]. ويخرج عن دائرة الأعمال التجارية هذه، عمليات النقل المجانية التي تكون مجانية أو مقابل اجر التي يقوم بها الشخص لنقل عائلته أو اقربائه أو اصدقائه فذلك يعد عملا مدنيا ما دامت لم ترقى إلى درجة الاحتراف.

سابعا: مقاولات استغلال الملاهي العمومية أو الانتاج الفكري

الملاهي العمومية هي الأماكن والمساحات التي توفر التسلية والترفيه للجمهور بما في ذلك من الحدائق وقاعات العرض والمسرح ودور السينما والسيرك وسباق الخيل ... ، أما عن المقاولات التي تتولى هذا الاستغلال فيجب مباشرته على وجه الاحتراف وبمقابل حتى يندرج ضمن النشاط التجاري. أما مقاولات استغلال الانتاج الفكري فهي النشاطات التي داع رواجها في السنوات الاخيرة حينما يقوم ناشر بشراء حقوق المؤلف لانتاجه الفني أو العلمي أو الادبي من أجل نشره وبيعه وتحقيق الربح من خلال هذا المشروع الذي قد يتم بطريق كلاسيكي أو عن طريق الانترنت.

ثامنا: مقاولات التأمينات

يندرج التأمين ضمن العقود التي ينص عليها المشرع في القانون المدني وكذلك بموجب قوانين خاصة، ويقصد به العملية التي يحصل بمقتضاها أحد الأطراف هو (المستأمن) لصالحه أو لصالح الغير في حالة تحقق خطر ما على أداء من طرف آخر هو (المؤمن) مقابل أداء من المستأمن هو قسط التأمين.

وقد يكون في شكل اشتراط لمصلحة الغير، حيث يتضمن اتفاق طرفين و يشترط أحدهما يسمى المشترط على الآخر يدعى المتعهد على أن يقوم المتعهد بإعطاء شيء أو يقوم بعمل لمصلحة شخص آخر يسمى المستفيد ، رغم أن هذا الأخير ليس طرفا في العقد. مثال : يبيع شخص سيارته لشخص آخر و يشترط البائع دفع الثمن لفائدة شخص ثالث من أفراد عائلته أو دائنه.

واهم مثال يظهر في عقد التأمين أين يتم العقد بين المشترط (المؤمِّن) مالك السيارة وبين شركة التامين (المتعهد) على أن تتعهد هذه الأخيرة بدفع المبالغ المستحقة لتعويض الضحية في حالة إلحاق أضرار بالسيارة لأحد الضحايا الذين ليسوا طرفا في العقد.

ففي كل هذه الأحوال وغيرها اعتبر المشرع الجزائري مقاولات التأمين عملا تجاريا دون تحديد لنوع التأمين الذي يعرف رواجا وتنوعا كبيرا في أحكامه سواء تعلق بالتأمين البري على المركبات أو السكنات أو المحلات أو تأمين بحري وغيره.

فيمكن تقسيم التأمين إلى عدة أنواع، إذ نجد من حيث الموضوع يقسم التأمين إلى:

- تأمين بري وبحري وجوي. والهدف من هذا التأمين هو تغطية وتخفيف آثار المخاطر التي قد يتعرض لها الناقل سواء - البحري من تلف البضاعة أو غرق السفينة أو احتراقها؛ أو الجوي بسبب تحطم الطائرة؛ أو البري بسبب مختلف المخاطر من تصادم السيارات أو مختلف حوادث المرور.

- وتأمين خاص وتأمين اجتماعي حيث يقوم شخص بمفرده للتأمين على محله التجاري أو مسكنه أو حياته أما التأمين الاجتماعي فهو التامين الذي تتكفل به الدولة لتغطية المخاطر التي يتعرض لها العمال.

أما من حيث الشكل، فيقسم بحسب الجهة أو الهيئة أو الطرف الذي يتولى مسؤولية القيام بعملية التأمين (ويتنوع إلى تامين تعاوني وتامين باشتراك ثابت). فيتعلق الأمر بشركات تامين تابعة للقطاع العام وأخرى تابعة للقطاع الخاص.

ولكن بدراسة معمقة لموضوع التأمين يمكن التمييز في هذا الصدد بين مقاولات التأمين التي في كل الأحوال يندرج نشاطها ضمن الأعمال التجارية الموضوعية التي تتم ضمن المقاولة

ويستبعد بذلك التأمين التعاوني والتأمين الاجتماعي من مجال الأعمال التجارية بالمقاولة ما دام لا يهدف إلى تحقيق الربح والمضاربة بل هو تأمين تفرضه الدولة جبرا أو اختيارا (في معظم الأحوال يكون إجباري) من أجل توفير حماية لبعض الفئات وفقا لسياسة اجتماعية أو اقتصادية.

تاسعا: مقاولات لاستغلال المخازن العمومية

تعتبر المخازن العمومية محلات أو مساحات واسعة معدة لإيداع السلع والبضائع مقابل أجرة معينة يأخذها صاحب المقاولة الذي يقدم سند لصاحب السلعة يمثل السلعة الموضوعة في المخزن في انتظار التصرف فيها ببيعها أو سحبها، بل وحتى رهنها. توفر المخازن العمومية فوائد كثيرة وتعتبر دعامة أساسية للمعاملات الاقتصادية، لذلك يلحق بالمخزن العمومي صالة لبيع البضاعة بالمزاد العلني[xviii] في حالة عدم وفاء صاحبها بالدين عند تاريخ الاستحقاق المحدد في سند الخزن.

بواسطة سند الخزن الذي نص عليه المشرع الجزائري ضمن الأوراق التجارية[xix]، يمكن بهذا السند وهو صك يمثل البضاعة أن يقوم بتحويله إلى الغير ويتم بيع البضاعة أو يفصل السند إلى طرفين وبذلك يقوم برهن البضاعة دون نقلها من مكانها ويحتفظ صاحب البضاعة بوصل الاستلام.

عاشرا: مقاولات لبيع السلع الجديدة بالمزاد العلني بالجملة أو الأشياء المستعملة بالتجزئة

تنشا هذه المقاولات في شكل محلات أو صالات تخصص من أجل مباشرة عمليات البيع بالمزاد العلني سواء للسلع الجديدة أو الأشياء المستعملة بالتجزئة. وهذه المشاريع تعتبر عملا تجاريا لأنه أصلا من عمليات التوسط التي يقوم بها التجار كونه يتوسط في تداول السلع وذلك بالتقريب بين الراغبين في البيع والراغبين في الشراء مقابل العمولة أو هامش الربح الذي يتحصل عليه من ثمن البيع. ولكن تجب الاشارة إلى ضرورة التمييز بين المقاولات الخاصة بالمزايدات الخاصة التي يقوم بها التجار والمزايدات التي يقوم بها بعض الأشخاص بحكم وظائفهم المرتبطة بالقضاء كالمحضرين و المتصرف القضائي أو محافظ البيع commissaire priseur

إحدى عشر: مقاولات التجارة البحرية

إن المشرع بموجب المادة 4 من الأمر 96-27 المؤرخ في 9 ديسمبر 1996 أدرج بعض العمليات المتعلقة بالتجارة البحرية ضمن قائمة الأعمال التجارية الموضوعية بالمقاولة فيشرط لتكتسب الطابع التجاري أن تتم ضمن مقاولة.

"كل مقاولة لصنع أو شراء أو بيع أو إعادة بيع السفن للملاحة البحرية وكل شراء أو بيع لعتاد أو سوى السفن كل تأجير أو اقتراض أو قرض بحري بالمغامرة، كل عقود التأمين "والعقود الأخرى المتعلقة بالتجارة البحرية كل الاتفاقيات وكل الاتفاقات المتعلقة بأجور الطاقم وإيجارهم، وكل الرحلات البحرية"[xx].

بينما تنص المادة 3 من القانون التجاري فقرة بأن العقود المتعلقة بالتجارة البحرية هي أعمال تجارية بحسب الشكل.

إن دراسة هاتين المادتين يخلص إلى موقف غير منطقي من قبل المشرع،لأن مثلا عقود التأمين المتعلقة بالتجارة البحرية هي أعمال تجارية بحسب الموضوع، كما تندرج ضمن المادة 3 القانون التجاري بكونها أعمالا تجارية بحسب الشكل، فلابد من إعادة النظر في النصين واختيار موقف إما إلغاء أحكام المادة 3 وإعادة إدراج أحكامها في المادة 2 من القانون التجاري، أو إدراج أحكام المادة 4 من الأمر 96-27 ضمن أحكام المادة 3 فقرة 5 وتصبح كل العقود المتعلقة بالتجارة البحرية أعمالا تجارية بحسب الشكل. وهو الموقف الذي يظهر أكثر صوابا.

المبحث الثاني :الأعمال التجارية بحسب الشكل :

تخضع الأعمال التجارية بحسب الشكل في كل الأحوال للقانون التجاري ولها الطابع التجاري مهما كانت صفة الشخص القائم بالعمل سواء كان تاجرا أو غير تاجر. لذلك سميت بالأعمال التجارية بصفة مطلقة بحسب شكلها والتي تتمثل حسب المادة الثالثة من القانون التجاري فيما يلي :

المطلب الأول :السفتجة Lettre de charge

السفتجة هي ورقة تجارية تؤدي وظيفة الوفاء والائتمان تمثل أمر مكتوب من شخص يدعى الصاحب إلى شخص أخر يدعى المسحوب بحيث يدفع مبلغ معين في تاريخ محدد ومكان معين لفائدة شخص ثالث هو المستفيد[xxi]

يعتبر كل تعامل بالسفتجة أو تصرف من سحب وتظهير وقبول وضمان احتياطي وخصم السفتجة هو عمل تجاري بصرف النظر عن صفة الأشخاص المتعاملين بها ولو كانوا غير تجار .

وفي ذلك تختلف السفتجة عن الأوراق التجارية الأخرى لاسيما الشيك والسند لأمر ---فلا يندرجان ضمن الأعمال التجارية بحسب الشكل، بل يتوقف ذلك حسب النشاط الذي كان سببا في سحب هذه السندات ما إذا كان تجاريا أم لا[xxii]، كالتعامل بالشيك قد يكون لحاجات التجارة وبذلك يكون العمل تجاريا بالتبعية وإذا لم يكن كذلك يبقى عملا مدنيا [xxiii].

يجب أن تكون السفتجة مكتوبة ومتضمنة مجموعة من البيانات حددتها المادة 390 من القانون التجاري وان إغفال أحد البيانات يفقدها قيمتها كورقة تجارية وقد تتحول إلى سند عادي للاثباث أو تفقد كل قيمة قانونية [xxiv].

1 تسمية سفتجة ضمن السند

2 امر غير معلق على شرط أو قيد دفع مبلغ معين

3 اسم المحسوب عليه

4 توقيع الساحب

5 اسم من يجب له الدفع المستفيد

6 تاريخ الاستحقاق + التاريخ الستناد ومكانه .

7 مكان الوفاء

ومادام العمل تجاريا بحسب الشكل وخاضع للقانون التجاري في كل الاحوال فانه يجب توقيع الورقة التجارية من قبل شخص كامل الاهلية ولذلك يمنع على القصر طبقا للمادة 393 توقيعها وعند المخالفة تكون باطلة بالنسبة اليهم.

مثال : إلى محمد الطاهر (اسم المسحوب عليه) التاجر بوهران ساحة المغرب رقم 5 وهران، في 10 اكتوبر 2020 ، ادفعوا بموجب هذه السفتجة لامر خالد (اسم المستفيد) بوهران مبلغ 200 الف دينار جزائري، في 10 فبراير2021.

علام أحمد (اسم الساحب).

التوقيع

المطلب الثاني: الشركات التجارية

ان الشركات[xxv] التجارية هي اشخاص معنوية متمتعة بالشخصية المعنوية وتكتسب الصفة التجارية، إما بحسب الموضوع عند ممارسة أعمال تجارية موضوعية واحترافها طبقا للمادة الثانية من القانون التجاري او بحسب الشكل طبقا للمادة الثالثة من ذات القانون مهما كان موضوعها مدنيا أو تجاريا وهو ماتتضمنه المادة 544.

وتعد الشركات تجارية بحسب شكلها مهما كان موضوعها: شركات التضامن والتوصية البسيطة والتوصية بالاسهم والمسؤولية المحدودة والمساهمة، وبالتالي فان كافة الأعمال المتعلقة بالشركات

التجارية هي اعمال تجارية بحسب الشكل كالقرارات المتخذة ضمن الجمعيات العامة وعمليات الاكتتاب، والقرارات المتعلقة بتحديد سلطات الهيئات الادارية وعزلها ،وتصفية الشركة [xxvi].

المطلب الثالث: وكالات ومكاتب الأعمال مهما كان هدفها

تقوم كل من وكالات ومكاتب الأعمال بتقديم خدمات متنوعة للجمهور لتسهيل عمليات الغير لقاء اجر معين أو نسبة من الصفقة التي يتم التوسط فيها. ويبرز أنواع متنوعة من الوكالات على رأسها وكالات السفر والسياحة، ووكالات الزواج، وكالات النشر والاعلانات ووكالات الانباء ...، فهي لا تتعلق بتداول الثروات، بل تعد بيعا للجهود والخبرة. وقد اعتبرها المشرع أعمالا تجارية وان كانت طبيعة العمل مدنية فلكون هذا النشاط يتم في وكالة أو مكتب عمل واصحابه يدخلون في علاقات مع الجمهور، لذلك كان لزاما توفير للجمهور المتعامل مع هذه المكاتب حماية بإخضاعها لنظام القانون التجاري لضبط النشاط والتزام أصحابه بالأحكام القانونية مثل ضرورة مسك الدفاتر التجارية والخضوع لاختصاص القضاء التجاري وتطبيق نظام الافلاس [xxvii].

المطلب الرابع :العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية

المحل التجاري هو مجموعة من الاموال المنقولة المادية والمعنوية[xxviii] التي تكوّن وحدة مستقلة قانونا بهدف ممارسة التجارة[xxix]. فهو مال منقول معنوي يشمل الاموال المنقولة التي يستخدمها التاجر في استغلاله التجاري منها:-العناصر المعنوية كالعملاء والشهرة والاسم التجاري والعنوان التجاري وكذلك براءات الاختراع والعلامة التجارية؛- إلى جانب العناصر المادية من الآلات والمعدات والبضائع.

فهذا المال ترد عليه عدة عمليات وتصرفات قانونية التي يكون موضوعها المحل التجاري. وهي تجارية من حيث الشكل سواء كان التصرف بيعا او رهنا او ايجارا، بل وحتى تقديم المحل كإسهام في الشركة، وهذا بصرف النظر عن صفة القائم بالعمل[xxx].

المطلب الخامس :العقود المتعلقة بالتجارة البحرية والجوية

وهي عمليات النقل البحري والجوي التي تتم خارج المقاولات مادام اعتبر المشرع مقاولات النقل عملا تجاريا بحسب الموضوع في المادة 2، فعلى ذلك فكل عمليات انشاء السفن والطائرات وشرائها وبيعها وتأجيرها وغيرها من العمليات المتعلقة بالملاحة البحرية أو الجوية هي أعمال تجارية بحسب الشكل[xxxi].

و بهذا نكون قد تعرضنا الى الاعمال التجارية الموضوعية لننتقل إلى دراسة الأعمال التجارية بالتبعية.

الفصل الثاني: الاعمال التجارية بالتبعية أو الشخصية

Actes de commerce par accessoires

ان هذه الطائفة من الاعمال التجارية تختلف عن سابقتها، اذ يضفى عليها الطابع التجاري تبعا لصفة القائم بها. فهي في الاصل أعمال مدنية ولكنها تتعلق بنشاط التاجر وحاجات تجارته فتأخذ الصبغة التجارية نسبة للشخص الذي قام بها وذلك تطبيقا لنظرية الاعمال التجارية بالتبعية. فكل عمل يقوم به التاجر والمتعلق بمهنته يكون تجاريا بالتبعية وسميت كذلك لان أساس تجاريتها مستمد من تبعيتها لصفة القائم بها[xxxii].

ولا شك في أن تبرير تبني هذه النظرية يرجع لسبب عجز الفقه عن وضع معيار لتنظيم الاعمال التجارية الموضوعية ويسمح في ذات الوقت باضافة أعمال أخرى كشف عنها التطور الاقتصادي أو التكنولوجي دون أن يكون بمقدور المشرع التنبؤ بها أو النص عليها[xxxiii]، كما هو الحال مثلا لبعض العقود الالكترونية التي تبرم بصدد التجارة الالكترونية، حيث عرف هذا النوع من التعاملات الاقبال الكبير من طرف الجمهور نظرا للمزايا الكثيرة التي يقدمها.

وتبعا لذلك تنص المادة 4 من القانون التجاري على أنه "يعد عملا تجاريا بالتبعية: الاعمال التي يقوم بها التاجر والمتعلقة بممارسة تجارية أو حاجات متجره الالتزامات بين التجارة".

باستقراء نص المادة يتبين أنه حتى تضفى الصبغة التجارية على العمل المدني الذي يباشره التاجر لا بد من توافر شروط تسمح بتطبيق نظرية التبعية ، كما أن هناك مجال لإعمال هذه النظرية.

المبحث الأول : شروط تطبيق نظرية الأعمال التجارية بالتبعية

ولا شك أن تسمية نظرية الأعمال التجارية بالتبعية يرجع إلى المبدأ المتضمن أن الفرع يتبع الأصل في الحكم ، إذ بسبب وجود رابطة بين عنصرين مختلفين فيتجرد الأول، أي العنصر الفرعي من صفته القانونية و يتبع الصفة القانونية التي يكتسيها العنصر الأصلي وذلك تسهيلا لإخضاعهم لحكم واحد هو النظام التجاري. ومصدر تجارية هذه الأعمال ليس بسبب طبيعتها الذاتية وإنما نظرا لمهنة الشخص الذي يكتسب صفة التاجر لذلك سميت بالأعمال التجارية بالتبعية الشخصية لأن التبعية شخصية وليست موضوعية وترتكز على نص المادة الرابعة من القانون التجاري، وهي تتماشى مع المدرسة الذاتية التي يتخذ منها بعض الفقهاء أساسا لتحديد المجال الذي ينطبق فيه قانون الأعمال. ولذلك لا يمكن حصر الأعمال التجارية الشخصية فهي كثيرة ومتنوعة تختلف تبعا لنوع التجارة.

لذلك يثار التساؤل عن ماهية شروط تطبيق نظرية التبعية التجارية وكيف يتم إثباتها.

المطلب الأول: الشروط الواجب توافرها لتطبيق نظرية الأعمال التجارية بالتبعية

يستخلص من خلال نص المادة الرابعة من القانون التجاري الجزائري أنه يجب توافر جملة من الشروط أو بالأصح شرطين في النشاط المدني الذي يقوم به التاجر حتى تضفى عليه الصبغة التجارية بالتبعية

الفرع الأول: توافر صفة التاجر في القائم بالعمل

يجب أن يكون القائم بالعمل مكتسبا لصفة التاجر. ويكتسب الشخص هذه الصفة حسب حالتين . فبالنسبة للشخص الطبيعي أو الشخص المعنوي حينما يباشر الأعمال التجارية ويتخذها مهنة معتادة له تطبيقا لنص المادة الأولى من القانون التجاري، أما الشركات التجارية فهي تكتسب هذه الصفة عند تأسيسها وذلك بحسب الشكل[xxxiv]، حيث منح المشرع الأشخاص المعنوية التي تؤسس في شكل شركة تضامن أو توصية أو شركة مسؤولية محدودة أو شركة مساهمة الصفة التجارية بحسب الشكل.

واستنادا إلى ذلك فإن كل تاجر سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا مكتسبا للصفة بحسب الشكل أو بحسب الموضوع يقوم بعمل مدني له صلة بنشاطه التجاري يمكنه أن يتمسك بالطابع التجاري بالتبعية لهذا العمل سواء تعلق الأمر بعقود أو تعهدات والتزامات.

ولكن النص يشير إلى أنه يجب أن يتعلق الأمر بالتزام بين تاجرين على الأقل. فلا يمكن تطبيق نظرية التبعية في حالة التقيد بالتفسير الحرفي للنص القانوني إلا إذا كان القائمين بالعمل لهم صفة التاجر. إلا أن دواعي تطبيق نظرية التبعية بضرورة استبعاد هذا التفسير الضيق إذ أن المستقر عليه فقها وقضاء هو والاكتفاء بكون أحد طرفي العمل له صفة التاجر حتى يعتبر العمل بالنسبة إليه تجاريا[xxxv]. أما لنسبة للطرف الثاني فيظل العمل بالنسبة إليه مدنيا.

الفرع الثاني: ارتباط العمل بممارسة التجارة أو ناشئا عن التزامات بين التجار

تشرط المادة الرابعة من القانون التجاري ضرورة ارتباط العمل المدني الذي يقوم به التاجر بمجال عمله، أي تلك الأعمال التي "يقوم بها التاجر والمتعلقة بممارسة تجارية أو حاجات متجره ". فالتاجر يقوم ببعض الاعمال يقصد من ورائها تسهيل نشاطه أو تتمة له أو يهدف من خلالها زيادة أرباحه، كما لو قام بشراء شاحنة لنقل البضائع التي يبيعها بتوصيلها إلى العملاء ، أو استخدام تلك الشاحنة من أجل نقل العمال، أو تزويد محله بالكهرباء والماء، أو تعاقده مع شركات الاشهار و الاعلانات للترويج بنشاطه. فكل هذه الأعمال إذا ما قام بها التاجر تطبق عليها نظرية التبعية وتصبح تجارية، لأن القائم بها تاجر، أما في حالة ما إذا قام شخص مدني بالتزود باشتراك لتوصيل الماء أو الكهرباء يظل ذلك النشاط عملا مدنيا. فالصبغة التجارية تثبت للأعمال التي تتصل بالتجارة لذلك يجب أن يتعلق العمل بها بطريق مباشر أو غير مباشر أي بمناسبة ممارسة الشخص - الذي يكتسب صفة التاجر - لتجارته[xxxvi]. أما الاعمال التي تنتفي

فيها هذه الصلة فتبقى محافظة على أصلها المدني كتلك الأعمال المتعلقة بحياته الشخصية مثله مثل باقي الأفراد كأن يتزوج أو يطلق أو يسافر أو يعتدي على شخص أو يشتري عتادا منزله.

المطلب الثاني : قرينة التجارية

إن قرينة التجارية للاعمال التي يقوم بها التاجر تكتفي من حيث قاعدة الاثباث بأن تثبث صفة التاجر في القائم بالعمل حتى يضفي الطابع التجاري على كل الاعمال التي قام بها لتطبيق القاعدة الفرع يتبع الاصل[xxxvii]، حيث أقام القضاء الفرنسي هذه القرينة القانونية التي كانت سببا في انشاء هذه النظرية التي أقتبسها عنه المشرع الفرنسي[xxxviii]، و عنه أخذها المشرع الجزائري[xxxix]. مؤدى هذه القرينة أن كل عمل يقوم به التاجر خارج نطاق الاعمال التجارية الموضوعية "يفترض انه قام به لحاجات تجارته[xl]" فيعتبر بذلك عملا شخصيا ويدعى ذلك بقرينة التجارية[xli].غير ان الامر يتعلق بقرينة بسيطة يمكن ضحضها بإقامة الدليل على العكس، إذ بقع عبئ قطع الصلة بين العمل والتجارة على عاتق التاجر الذي يدعي أن الأعمال التي قام بها ذات طابع مدني وله أن يلجأ في سبيل اقامة الدليل على ذلك لكافة وسائل الإثبات.

المبحث الثاني : نطاق تطبيق نظرية الاعمال التجارية بالتبعية

ان الاخذ بنظرية الاعمال التجارية بالتبعية من شأنه أن يوسع حكم القانون التجاري ليشمل كل الاعمال المتعلقة بمهنة التاجر ولكن التقيد بنص المادةالرابعة من القانون التجاري يؤدي الى تفسيرين[xlii]:

تفسير حصري

ان المشرع يعتبر العمل التجاري بالتبعية إذا تعلق فقط بالالتزامات بين التجار، وذلك غير صحيح، فقد يلتزم التاجر التزاما ما مع شخص مدني ويكون العمل مدنيا لهذا الاخير وتجاريا بالنسبة للطرف الاول وهو مايدعى بالعمل المختلط[xliii].

التفسير الموسع

حينما يتناول المشرع العمل التجاري بالتبعية لم يحدد طبيعة الالتزام ولذلك يأخذ النص على اصالته وتطبيق قرينته التجارية على كافة الالتزامات مهما كان مصدرها سواء كانت عقدية او غير عقدية.

المطلب الأول : تطبيق نظرية التبعية في مجال العقود

يثار التساؤل عما إذا كان لتطبيق هذه النظرية تطبيقا عاما على كل العقود المبرمة من قبل التاجر؟

الفرع الأول: تطبيق النظرية على الالتزامات التعاقدية

أ ـ المبدأـ إن كل العقود التي يبرمها التاجر بمناسبة تجارته يضفي عليها الطابع التجاري تطبيقا لنظرية الاعمال التجارية بالتبعية، متى توافرت شروطها المنحصرة في اكتساب صفة التاجر في القائم بالعمل ، وارتباط هذا الأخير بالتجارة. وبالرغم من كون أصل العقود أنها ذات طبيعة مدنية كعقد الوكالة وعقد التأمين وعقد الشركة وعقد الوديعة وعقد الايجار ... . غير أن بعض العقود ورغم بساطة هذه النظرية وأساسها المنطقي، تجد لها تطبيقات خاصة مما يؤدي إلى استبعاد تطبيق قرينة التجارية.

ب ـ الاستثناءات الواردة على القاعدة

إن تطبيق نظرية التبعية لم يسمح باستيعاب بعض العقود نذكر منها :

أولا: عقد الكفالة :

تعتبر الكفالة من بين العقود التي ينظمها القانون المدني وفقا للمادة 644 منه. وهي من العقود التبرعية يبتغي من ورائها الكفيل تقديم خدمة للمكفول. ولما كانت الكفالة متعارضة مع مجال التجارة فقد استبعدها المشرع من هذا المجال لتبقى محافظة على طابعها الأصلي، حيث ينص بموجب الفقرة الاولى من المادة 651 من القانون المدني بأنه "تعتبر كفالة الدين التجاري عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا". يستخلص من النص بأن الخدمة التي يؤديها الكفيل سواء كان تاجر أو غير تاجر لمصلحة المدين المكفول، والتي تتم مبدئيا بدون مقابل وليس مناطها المضاربة في كل الأحوال، اعتبرها المشرع عملا مدنيا ولا تندرج ضمن الأعمال التجارية. ويضيف بعض الفقه بأن الكفالة تعتبر عملا مدنيا حتى وإن كان المدين المكفول تاجرا والكفيل تاجرا والدين المضمون تجاريا.

فإن كان أصل الكفالة هو كونها عملا مدنيا، إلا أن المشرع استثنى فيها بعض الأحوال، حيث أضفى عليها الطابع التجاري لأسباب خاصة، حيث ينص وفقا للفقرة الثانية من المادة 651 من القانون المدني بأن " الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا أو عن تظهير هذه الاوراق تعتبر دائما عملا تجاريا".

فسبب تجارية الكفالة في هذه الحالة ليس مرجعه صفة القائمين بها، أي أطرافها الكفيل والمكفول، وإنما الورقة التجارية، وكذلك هو الحال إذا ضمن البنك أحد عملائه نظير عمولة، فيكون هذا التأمين الشخصي عملا تجاريا باعتباره عملا من عمليات البنوك التي اعتبرها المشرع عملا تجاريا بحسب الموضوع[xliv].

المطلب الثاني : تطبيق نظرية التبعية في مجال الالتزامات غير العقدية

إن نطاق نظرية التبعية يتسع ليشمل مجال الالتزامات غير التعاقدية ، حيث تنطبق على التزامات التجار التي يكون مصدرها العمل غير المشروع أو العمل النافع.

الفرع الأول: العمل النافع

يندرج ضمن العمل النافع[xlv] أو ما يدعى بشبه العقود كل من الاثراء بلا سبب، الدفع غير المستحق والفضالة. ومما لا شك فيه أن تطبيق نظرية الاعمال التجارية بالتبعية تجد لها مجالا للتطبيق في هذه الأحوال. ففي حالة ما إذا تسلم التاجر مبلغا يفوق بكثير ثمن البضاعة التي باعها، فيكون ملتزما برد ما ليس مستحقا له ، وهذا الالتزام يعتبر عملا تجاريا بالتبعية كونه مرتبط بالتجارة، وعلى نفس المنهج فإن التاجر الذي لم يوف دينه وتذخّل أحد الفضوليين في شؤونه وسدّد عنه الدين في ميعاد الاستحقاق رغم كونه مدنيا إلا أن التزام التاجر بتعويضه هو عمل تجاري بالتبعية.

الفرع الثاني: المسؤولية التقصيرية

إن نطاق تطبيق نظرية التبعية يجد له مجالا للتطبيق ليشمل كذلك المسؤولية[xlvi] التي تنشأ عن الأعمال غير المشروعة التي يرتكبها التاجر سواء كان الخطأ عمديا من جانبه أو كان دون قصد أي غير عمدي[xlvii] ارتكبه بسبب عدم انتباه أو برعونة أو نتيجة إهمال من جانبه.

ويتسع مجال المسؤولية التقصيرية ليشمل العمل غير المشروع الناشئ بسبب الأعمال الشخصية للتاجر أو عمل الغير أو عن فعل الحيوانات أو الناشئة عن الأشياء ، فلو ارتكب التاجر أصناء مزاولة نشاطه التجاري عملا غير مشروع ، فتطبيقا لنظرية التبعية يكون التزامه بالتعويض عن هذا الفعل عملا تجاريا بالتبعية.

سواء تمثل في اعتداء على الغير من قبل التاجر بنفسه كمنافسة غير مشروعة، أو تقليد علامة تجارية. كما يكون مسؤولا بالتبعية عن الأفعال التي يرتكبها مستخدميه أثناء تأدية وظائفهم أو بسببها، يل و حتى الأضرار الناجمة عن الأشياء الجامدة التي تستخدم في شؤون التجارة، فيكون التعويض عن الإصابات التي تلحق العمال أثناء العمل أعمالا تجارية بالتبعية.

الفصل الثالث: الأعمال المختلطة

إن تصنيف العمل فيما إذا كان مدنيا لطرفيه ليس مسألة صعبة على غرار الأعمال التجارية ، فلا شك أن إبرام العقود المنصوص عليها في القانون المدني هي تصرفات مدنية يحكمها القانون المدني كعقد الوكالة ، وعقد الإيجار وعقد البيع؛ أما الأعمال التجارية فرغم صعوبتها إلا أن تصنيفها لا يخرج عن دائرة الأعمال الموضوعية سواء المنفردة أو بالمقاولة إلى جانب الأعمال التجارية بحسب الشكل وبالتبعية. إن الأعمال المختلطة ليست طائفة من الأعمال التجارية[xlviii]، والعمل عادة ما يتم بين شخصين أو أكثر، فهي أعمال لها الطابع التجاري بالنسبة لأحد الأطراف -عادة ما يكون تاجرا- والطابع المدني بالنسبة للطرف الثاني في الالتزام. مثلا: بيع تاجر التجزئة بضاعة للمستهلك، أو الناشر الذي يشتري تأليف الأدباء والفنانين. أو شراء التاجر محصولات من المزارع.

تثير الأعمال المختلطة صعوبة فيما يتعلق بتحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع المختلط وقواعد الإثبات والقانون الواجب التطبيق[xlix].

المبحث الأول: الاختصاص القضائي

يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية القواعد القانونية المتعلقة بالاختصاص بمختلف أنواعه، سواء الاختصاص المحلي أو الاختصاص الموضوعي في المنازعات العادية والمنازعات التجارية. وتعتبر المحكمة هي المختصة بكل أقسامها المختلفة، حيث " تفصل في جميع القضايا التي تدخل ضمن اختصاصها لكونها ذات الاختصاص العام (المادة 32 ق إ م إ و المواد 328 و 329 من قانون اج ج).

والمنازعة المدنية يفصل فيها القسم المدني، أما النزاع التجاري فينظر أمام القسم التجاري على مستوى المحكمة. وعلى مستوى المجلس القضائي فتنظر الغرفة المدنية أو الغرفة التجارية حسب الترتيب في النزاع الذي تم الاستئناف فيه. – وقد فرض المشرع إحالة القضايا ذات الطابع التجاري إلى القسم التجاري، ويكون الاختصاص مانعا متى تعلق الأمر بالقطب التجاري المتخصص، فهل يتعلق الأمر باختصاص نوعي في هذا الصدد؟

لا يمكن إثارة مسألة الاختصاص النوعي في هذه المسألة بالذات، ذلك أن المشرع يحتفظ بمبدأ هام أن القسم المدني هو صاحب الاختصاص العام، ومن ثم فيمكن للقاضي المدني الفصل في قضية تجارية في حالة عدم وجود القسم التجاري أو القطب التجاري المتخصص. على خلاف الأمر بالنسبة للقضايا الاجتماعية التي استثنيت بموجب المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد،

وعند تسجيل قضية ذات طابع تجاري أمام القسم المدني، ثم أحيلت إلى القسم التجاري، علما أن مصاريف تسجيل الدعاوى تختلف بحسب طبيعة القضية فيما إذا كانت مدنية أو تجارية، فالمشرع لا يجيبنا على الإجراءات الواجبة الإتباع، ولكن يبدو أن ذلك ليس مانعا من الفصل في القضية. كما ينص المشرع على أن الاختصاص التجاري يشمل كل من الاختصاص النوعي والاختصاص الاقليمي

أما عن الأعمال المختلطة فهي تخلق نوعا من التناقض في تحديد الجهة المختصة للفصل في النزاع، و إن كان الأصل هو منح الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، إلا أن الفقه متفق على قاعدة تم تبنيها بسبب عدم التوازن في العلاقة بين التاجر المهني، والشخص المدني المتعامل معه باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة.

لتحديد المحكمة المختصة بالنسبة للنزاع ذو الطبيعة المختلطة يجب النظر إلى طبيعة العمل بالنسبة للمدعى عليه، فان كان العمل مدنيا يجب رفع الدعوى من قبل المدعي الذي له صفة التاجر أمام المحكمة المدنية، أما إذا كان العمل تجاريا فيكون بالنسبة للمدعي ذو طابع مدني ويجوز له الخيار في رفع دعواه أما القسم المدني أو تجاري[1] .

تبرر هذه القاعدة على أن الشخص المدني يمنح له الاختيار بين القسم المدني والقسم التجاري والهدف من ذلك ترك له الحرية حتى لا يرغم على الامتثال أمام القضاء التجاري الذي هو مبدئيا قضاء لم يألفه ؛ أما إذا كان العمل تجاريا بالنسبة للمدعي ومدني للمدعى عليه فلا يجوز للتاجر أن يقحم الطرف الضعيف في العلاقة أمام قضاء غريب عنه فيجب أن يقاضيه فقط أمام المحكمة المدنية.

الملاحظ أن مسائل الاختصاص التي ليست من النظام العام يمكن مخالفتها عن طريق كل من الشرط التحكيمي أو شرط الاختصاص القضائي. فما معنى هذين الشرطين وكيف ومتى يمكن الاتفاق عليهما؟

المطلب الأول: : شرط الاختصاص القضائي

يميز بين نوعين من الاختصاص النوعي والإقليمي

الفرع الأول: الاختصاص النوعي

يختص القسم التجاري بالنظر في المنازعات التجارية، لذلك يجب تحديد مضمون عبارة المنازعات التجارية، حيث يتم منح الصبغة التجارية للمنازعة إما نسبة للأشخاص الأطراف في العلاقة أو بسبب العمليات في حد ذاتها (تطبيقا للنظرية الشخصية والنظرية الموضوعية).

فعندما يكون النزاع بين تاجرين يعتبر تجاريا، غير أن النزاع بين تاجر وأي شخص آخر غير تاجر لا يدخل مبدئيا – عند التقيد الحرفي للنص - ضمن اختصاص القسم التجاري، وهو الأمر بالنسبة للعمل المختلط.

كما يجب التمييز بين الصفة التي يستعملها صاحبها عند التعامل، فيجب أن يكون قد تعامل باعتباره تاجرا، ولا يتعلق الأمر بعمليات لم يتصف بها بالصفة التجارية أو لم تكن بمناسبة تجارته أو أثناء تأديتها.

وإذا اتجه غير التاجر ورفع دعواه أمام القسم التجاري ضد التاجر، فالمشرع لا يعطينا الحل القانوني بوضوح، فهل ينعقد الاختصاص إلى القسم التجاري (أو القطب المتخصص متى وجد) أم يجب أن تحال القضية إلى القسم المدني.

وفي حالة ما إذا تعلق الأمر بالتاجر الواقعي فلا بد لرافع الدعوى أن يثبت الصفة المزعومة، لأن حجيتها تقع على من ادعاها، وللتاجر الواقعي إثبات العكس.

- وبالمقابل توجد مجموعة من القضايا ذات الطابع المختلط والمتعلقة بحماية المستهلك، يقضي المنطق بأن لا يختص بها القسم التجاري نظرا لطابع الحماية الموجه لها في هذا المجال رغم أنها تدخل ضمن العمليات المختلطة، أي أحد أطرافها هو المهني، والذي يمكن أن يكون تاجرا، والطرف الآخر المستهلك، أي الخاضع للقانون المدني في علاقته، و المشرع لا يحدد موقفه بالنسبة لهذه الأعمال.

- أما بالنسبة للعمليات المقصودة من خلال النص القانوني، فهي تشمل الأعمال التجارية بحسب مفهوم أحكام القانون التجاري، لاسيما المادتين الثانية والثالثة التي تتناول تحديد الأعمال التجارية بحسب الشكل و بحسب الموضوع.

ولا شك بأن بعض النزاعات المتعلقة ببعض العمليات لا يمكنها أن تدخل ضمن الاختصاص التجاري إلا إذا تمت من قبل التاجر، وهو الأمر بخصوص الالتزامات الناشئة عن السند لأمر والشيك، لأنها تتبع صفة القائم بها (المادة 4 من القانون التجاري).

كما أن مباشرة بعض الإجراءات وعرض النزاعات المتعلقة بالإفلاس والتسوية القضائية لا يمكن أن يتم إلا أمام القسم المختص، ومن ثم فيصبح القسم المختص هو القسم التجاري، بل أكثر من ذلك فهو يعتبر هيئة من هيئات الإفلاس.

و يسند المشرع المنازعات المتعلقة بالبنوك إلى الاختصاص التجاري ومن باب أولى إلى الأقطاب المتخصصة متى تم اعتمادها، غير أنه من الواجب تحديد المقصود من عبارة المنازعات المتعلقة بالبنوك، فإذا تضمنت العلاقات الناشئة بين البنوك فيما بينها، أو مؤسسات وشركات أخرى فالأمر يبدو بسيطا، غير أنه إذا شمل العمليات التي يقوم بها البنك، وجب تحديد مضمون العملية وطبيعتها، فقد يتعلق الأمر بالقروض الممنوحة للأشخاص دون أن يكونوا تجارا؟ وهنا كذلك تطرح الطبيعة المختلطة للنزاع وفي هذا الصدد كذلك لا يعطينا المشرع موقفا صريحا. فهل بفرض على الشخص غير التاجر المنازعة أمام القاضي التجاري؟

بالمقابل قد تشكل العلاقات في الشركات والشركاء في الشركات التجارية وحاملي الأسهم وسندات الاستحقاق، فهذا يدخل ضمن اختصاص القسم التجاري، أو القطب المتخصص إن وجد.

أما بالنسبة للإجراءات المتبعة بالنسبة لمواد الإفلاس، فإن رئيس المحكمة هو المختص بنظر القضية ومتابعة الإجراءات وهذا طبقا لنص المادتين 215 و 221 من القانون التجاري، إلا أن التساؤل المطروح هل ينتقل الاختصاص إلى رئيس القسم حسب قانون الإجراءات المدنية الجديد، وما الأمر بالنسبة للأقطاب فكيف يمكنها متابعة إجراءات الإفلاس والتسوية القضائية؟

الفرع الثاني: الاختصاص الاقليمي

يحتفظ المشرع ببعض المبادئ المتعلقة بالاختصاص الإقليمي لاسيما المتعلق ببراءة الذمة وأن المدعي هو الذي يسعى إلى مخاصمة المدعى عليه في موطنه أي تقرير قاعدة موطن المدعى عليه.(مادة 37 ق. إ. م. إ.)

بالنسبة للدعاوى المختلطة أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مقر الأموال.

و بالنسبة للمواد التجارية (غير الإفلاس و التسوية القضائية) ترفع أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها الوعد أو التسليم أو أمام الجهة القضائية التي يجب أن يتم الوفاء في دائرة اختصاصها و في الدعاوى المرفوعة ضد الشركة اما الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها أحد فروعها (مادة 39 ق. ا. م. ا.)

و تقضي المادة 40 منه أن ترفع الدعاوى المتعلقة بالإفلاس و التسوية القضائية للشركات وكذا الدعاوى المتعلقة بمنازعات الشركاء أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان افتتاح الإفلاس أو التسوية القضائية أو مكان المقر الاجتماعي.

والدعاوى الخاصة بمواد الملكية الفكرية أمام المحكمة المنعقدة بمقر المجلس القضائي الموجود في دائرة اختصاصه موطن المدعى عليه.

وينص المشرع على أن كل شرط يمنح الاختصاص الإقليمي لجهة قضائية غير مختصة إقليميا يعتبر عديم الأثر، إلا إذا كان بين التجار (المادة 45 ق. إ. م. إ.).

يستخلص من النص أن المشرع جعل الاختصاص الإقليمي من النظام العام حيث يحظر إمكانية الاتفاق على مخالفته. فلا يمكن إدراج شرط الاختصاص القضائي في العلاقات والعقود الناشئة و المبرمة من جراء العمليات التجارية إلا إذا كان أطرافها تجارا، فحتى لو تعلق الأمر بأعمال تجارية بحسب الشكل فلا مجال لإعمال النص وإدراج شرط الاختصاص القضائي، سواء تعلق الأمر بعرض النزاع أمام القسم التجاري أو القطب المتخصص.

ومعنى شرط الاختصاص القضائي هو الاتفاق في العقد أو بموجب عقد لاحق إلى منح الاختصاص إلى جهة قضائية غير مختصة أصلا في نظر النزاع. فبالتالي يلاحظ أن المشرع ينظمه بأحكام آمرة تستثني فقط التجار الذين يمكنهم مخالفة قواعد الاختصاص الإقليمي بموجب بند يدرج في العقد مفاده مخالفة القواعد الآمرة التي تضمنها قانون الإجراءات المدنية بشأن المحكمة المختصة إقليميا لنظر المنازعة.

المطلب الثاني: الشرط التحكيمي

إن فظ المنازعات يستأثر به القضاء والتوجه إلى المحاكم هو العقلية التي يعتمدها عامة الناس والمعروفة لدى الجميع ، ومع ذلك توجد طرق بديلة لفظ المنازعة حيث يبرز التحكيم كطريقة ناجعة خاصة في المجال التجاري. ويعني بذلك تكليف محكمين بمهمة الفصل في المنازعة بدلا من القضاة، وقد نظم قانون الإجراءات المدنية والإدارية كافة أحكامه، فالسؤال المطروح هل يمكن التحكيم في المواد التجارية ، وما حكم التحكيم في الأعمال المختلطة؟

المبحث الثاني: قواعد الإثبات والقانون الواجب التطبيق

تطرح الأعمال المختلطة مسائل بالغة الأهمية ، إذ يثار التساؤل حول القواعد الواجبة التطبيق على هذه الأعمال هل القانون المدني أم القانون التجاري.

المطلب الأول: قواعد الإثبات

إذا كان العمل تجاريا للمدعي الذي يريد تقديم حججه في مواجهة الطرف الذي يعتبر العمل مدنيا تجاهه يجب أن يلتزم بوسائل الإثبات المدنية. أما إذا أراد الطرف الذي يعتبر العمل مدنيا بجانبه تقديم الحجج فله اللجوء إلى كافة وسائل الإثبات تجاه هذا التاجر.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق

إن وجود قواعد قانونية خاصة بالمجال التجاري وجدت لحكم المسائل التجارية، ومما لا شك فيه أن المنازعات في هذا المجال يطبق عليها القانون التجاري، أما المنازعات المدنية يطبق عليها القانون المدني. أما عن القانون الواجب التطبيق على العمل المختلط فإنه ينظر إلى طبيعة النزاع، حيث يطبق القانون المدني على الشق المدني للنزاع، والقانون التجاري على شقه التجاري.

---

[i] .

[ii] .

[iii] .5

[iv] .

[v] .

[vi] .

[vii] .

[viii] راجع الأمر رقم 03- 11 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتضمن قانون النقد والقرض-(الذي ألغى القانون رقم 90 – 10 الصادر في 14 أفريل 1990، المتعلق بالنقد والقرض، الذي كان قد عرف جملة من الإصلاحات بموجب الأمر 01-01 المؤرخ في 27 فبراير 2001 المتضمن تعديل القانون 90 -10)- المعدل والمتمم بموجب الأمر 10 – 04 المؤرخ في 26 أوت 2010 وكذلك القانون 17 – 10 المؤرخ في 11 أكتوبر 2017 .

[ix]

[x]

[xi] .

[xii] .

[xiii] .

[xiv] .

[xv] .

[xvi] .

[xvii] .

[xviii] .

[xix] .

[xx] 43.

[xxi] ,

[xxii] .

[xxiii] .

[xxiv] .

[xxv] .

[xxvi] .

[xxvii] .

[xxviii] ي.

[xxix] .

[xxx] .

[xxxi] .

[xxxii] ،

[xxxiii] .

[xxxiv] .

[xxxv] .

[xxxvi] .

[xxxvii] .

[xxxviii] .

xl »

xli .

. xlii

xliii

. - xliv

. xlv

. xlvi

. xlvii

. xlviii

. xlix

l