الإطار النظري للقانون التجاري

لا اختلاف في اعتبار ان القانون التجاري، فرع من فروع القانون الخاص، يقوم بتنظيم فئة معينة من الأشخاص. يقصد بالقانون التجاري مجموعة القواعد القانونية التي تهتم بتنظيم الأعمال التجارية ونشاط التاجر في ممارسة مهنة التجارة، والأعمال التجارية، والمحل التجاري، والتزامات التجارية، وعمليات البنوك والأوراق التجارية، والإفلاس وغيرها من الأمور التي تهمّ العالم التجاري.

لكل علم تاريخ يربط بين ماضيه وحاضره ومستقبله والقواعد القانونية وليدة التطور الذي يطرأ على المجتمعات لذلك لا يمكن اعتبار قواعد القانون التجاري الحالية وجدت فجأة بل نشأتها تعود إلى عصور قديمة أو جدتها حاجات التجارة ثم اخذت تتطور مع الزمن نتيجة لتطور الحاجات. ولهذا من الضروري التطرق ولو بصورة سريعة إلى نشأته وتطوره في مراحل عبر العصور (المبحث الأول) ثم بعد الاحاطة بكيفية نشأة القانون التجاري من الضروري تحديد مفاهيم وأحكام هذا القانون (المبحث الثاني).

المبحث الأول: التطور التاريخي للقانون التجاري ومصادره

بدأت التجارة في حوض البحر الأبيض المتوسط، فكانت الشعوب القانطة في هذه المنطقة من أقدم الشعوب التي مارست التجارة بسبب موقعها الجغرافي[1]. كانت معروفة بالرعي والزراعة حيث فاض الإنتاج عن الإشباع المباشر لحاجاتها فبدأت تقوم بالمبادلات مع الدول والشعوب التي تحيط بها. نجد قدماء المصريين على سبيل المثال قاموا بالتبادل التجاري مع الشعوب المجاورة لها كاليمن والدول المحاطة بها ووصلت تجارتهم من جهة الشمال إلى جزيرة كريت. يتعين معرفة كيف نشأ القانون التجاري وتطور عبر العصور(المطلب الأول) وما هي مصادره خاصة

[1] الياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، المؤسسة التجارية، الجزء الأول، الطبعة 2، منشورات بحر المتوسط ومنشورات عويدات، بيروت –باريس، 1985، ص9

بعد ما يتبين من خلال نشأته أن أصله عرفي وانقلب مصدره عبر التطور التاريخي من العرف إلى التشريع (المطلب الثاني)

المطلب الأول: نشأة القانون التجاري

عُرفت التجارة من القدم عن طريق المقايضة، أي تبادل السلع بمقابل سلع. كانت هذه الطريقة أول وسيلة للتداول إلى أن حلت المعادن والنقود محلها كوسيلة للتعامل. تطور هذا المجال مع تطور الحاجات والبيئة الاجتماعية. يمكن تقسيم هذا التطور إلى ثلاث مراحل، مرحلة العصور القديمة (الفرع الأول) مرحلة العصور الوسطى (الفرع الثاني) ومرحلة العصر الحديث (الفرع الثالث)

الفرع الأول: العصور القديمة

تميّز هذا العصر من خلال الحضارات المختلفة:

البابليون: تميّز عصر البابليين بقانون حمورابي الذي كان ملك بابل مدينة بالعراق، والذي حكم بين 1792 قبل الميلاد إلى 1750 قبل الميلاد. اعتبر قانون حمورابي المشهور في عالم القانون أول مجموعة شاملة من النصوص والذي وُضع سنة 1750 قبل الميلاد. كان النشاط التجاري مزدهرا في بلاد الرافدين إذ عرف شعب بابل عمليات البنوك، والرهن الحيازي، وعقود الخدمات والوديعة والشركة، والوكالة، والسمسرة[2].

الفنقيون: عُرّفوا الفنقيين بأنهم رجال البحر حيث انصب اهتمامهم الكبير في التجارة البحرية نظرا لموقعهم الجغرافي الذي يطل معظمها على البحر. يرجع للفنقيين الفضل في ابتداع بعض أنظمة قانون التجارة البحرية[3]. أخذ الفنقيون التجارة عن البابليين وقاموا بوضع تنظيمٍ قانونيٍّ

[2] مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، أصول القانون التجاري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013، ص 26

[3] علي البارودي، القانون التجاري، منشأة المعارف الإسكندرية، 1986، ص19.

مفصّلٍ لبعض مسائل التجارة البحرية، وابتدعوا نظام الخسارة المشتركة والذي عرف لديهم بـ "قانون الإلقاء في البحر"[4].

اليونانيون: انتقلت التجارة إليهم عن طريق الرحلات البحرية التي قام بها الفنقيون إلى الموانئ الأوروبية التي تقع على البحر الأبيض المتوسط. سيطر اليونانيون، في ظل تطور التجارة البحرية التي انتشرت في البحر الأبيض المتوسط، على التجارة البحرية. وأبرز نشاط لهم عملية القرض الجزافي[5] أو نظام قرض المخاطر الجسيمة[6] الذي يقوم على فكرة مؤداها أن يقرض شخص مالك السفينة مبلغا من المال لتجهيز السفينة أو شراء البضاعة، فإذا وصلت السفينة إلى الميناء المقصود، للمقرض استيفاء مبلغ القرض مع فائدة مرتفعة. أما في حالة هلاك السفينة، فيخسر المقرض المبلغ المقرض متحملا مخاطر الملاحة. يعتبر هذا النظام هو أصل نظام التأمين الحديث[7]. انتشرت هذه الحضارة إلى مصر واتسعت فيها العمليات التجارية.

الرومانيون: كانت الزراعة عند الرومان المصدر الأول للرزق وقدسوها وتركوا التجارة للعبيد والأجانب على أساس أنها من الأعمال الدنيا يترفّع عنها الرومان الأصلاء. لكن نتيجة للتوسع وغزو الشعوب المجاورة واحتكاكها بالحضارات المختلفة، ظهرت الحاجة الملحّة للإتّجار مع الأجانب والإضطرار إلى وضع أنظمة قانونية جديدة تحكم هذا النوع من العلاقات الجديدة، مما أدى ذلك إلى خلق ما يسمى بـ "قانون الشعوب" Le Jus Jentium الذي يختلف عن النظام القانوني الذي كان يحكم علاقات الرومان فيما بينهم والمتمثّل في القانون المدني Le Jus Civile[8] . كان هذا القانون يتميّز بشكلية خاصة ومعقّدة مقارنة بقانون الشعوب الذي كان يتميّز بالمرونة وخلوه من الشكلية المعقّدة، ومع ذلك لم يمكن أن نصفه بالقانون التجاري بالمعنى

---

[4] عبد القادر البقيرات، مبادئ القانون التجاري، الطبعة 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011، ص 8

[5] نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري، الطبعة 10، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008، ص27

[6] عمار عمورة، شرح قانون التجاري، دار المعرفة، الجزائر، 2010، ص 20

[7] أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1981، ص24، ص25

[8] نادية فضيل، المرجع السابق، ص28

الصحيح للمفهوم إلا أنه عرف نظام البنوك، نظام المحاسبة، مسك الدفاتر، عقد القرض البحري. كما عرف فكرة الإفلاس والتسوية القضائية[9]. عرف كذلك وسيلة الإكراه البدني لحمل المدين على الوفاء بدينه.

ما يمكن قوله إن العصور القديمة عرفت قواعد تجارية مستقلّة عن بعضها البعض لكن لم تدرجها في قانون شامل، فكانت على شكل أعراف، لكنها ساهمت في وضع أصول القانون التجاري.

الفرع الثاني: العصور الوسطى

تقلّصت حركة التجارة الداخلية والدولية إثر سقوط الإمبراطورية الرومانية بفعل الغزوات (البربر في القرن الخامس الميلادي) وضعفت السلطات المحلية بتأمين الطرق التجارية. لكن عند قيام الحروب الصليبية التي أدّت إلى فتح التجارة بين الشرق والغرب، إنتعشت الحركة التجارية. حيثَ لم يكن الصليبين يحاربون فقط بل كانوا تجارا أيضا. زادت الحروب الصليبية من نفوذ طائفة التجار، حيث كانوا يقومون بتمويل الجيوش بالسلاح مما جعلهم يسيطرون على السلطة السياسية.

عرفت المدن الإيطالية بحكم موقعها الاستراتيجي المطل على البحر الأبيض المتوسط وتعاملها مع العرب في القرن السابع (7) والقرن (8) الميلاديين ازدهارا كبيرا. ما يجب ذكره أنه برز شأن العرب في تطوير التجارة بدليل وجود مصطلحات لاتينية ذات أصل عربي[10] كمخزن (magasin) شيك (chèque) وغيرها. كما ابتدع العرب عدة قواعد تجارية مثل: شركات الأشخاص، نظام الإفلاس، التعامل بالسفتجة، مبدأ الرضائية في العقود، حرية الإثبات في المواد التجارية. وصلت قوافل العرب إلى الصين والهند وروسيا وشمال غرب أوروبا.

---

[9] عرف القانون الروماني بعض الأنظمة التجارية والبحرية حيث نقلت مجموعة "جستنيان" بعض القواعد التجارية والبحرية عن الإغريق والفنقيين

[10] نادية فضيل، المرجع السابق، ص 31

عرفت مدن إيطاليا، كمدينة جنواء، فلورنسا، البندقية إزهارا بفضل ما جاء به العرب، كما وجدت أسواق عالمية لتبادل التجارة. وظهر ما يسمى Lex mercatoria[11]. أما باقي أوروبا التي كانت الكنيسة مهيمنة على كل شروط الحياة الاجتماعية والاقتصادية وحتى السياسية فكانت لها دور غير مباشر في تطوير القانون التجاري.

ظهر في القرن الحادي عشر (11) عدة مدن وموانئ بحرية التي أصبحت فيما بعد مركزا مهما للنشاط التجاري[12].

تميّزت العصور الأوسطى بظهور ملامح القانون التجاري بمعناه المعروف اليوم حيث وُضعت القواعد التجارية، وسيطرت طبقة التجار على الأمور التجارية وحتى غير التجارية بفضل ثرواتها الكبرى، وفرضت سلطتها واستلمت الحكم وسنّت القوانين والأنظمة. كانت كل طائفة من التجار تنتخب رئيسا لها يُدّعى "القنصل" الذي كان يتولى مسألة الفصل في المنازعات التي كانت تقع بين التجار. هكذا أنشأ تجار المدن الإيطالية قضاء تجاريا مستقلا عن القضاء العادي الذي يلجأ إليه كافة الناس، كما أصبحوا يكوّنون فئة متميّزة عن فئة الشعب[13]، وكانوا يعتمدون في قضائهم على العرف والعادات التجارية[14]

الفرع الثالث: العصر الحديث

تميّز العصر الحديث باكتشاف القارة الأمريكيّة وتدفّق المعادن الثّمينة، كالذّهب والفضّة، وكثرة التعامل بها. اتسعت العمليات المصرفيّة وانتشرت المصارف وإقبال الدول على الاقتراض لتمويل العمليات التجارية. ولهذا الغرض تكوّنت شركات تجارية ضخمة بهدف الاستثمار. كما

---

[11] Lex mercatoria : « Terme utilisé pour parler de l'ensemble des règles qui sont utilisées pour encadrer les relations commerciales ». « C'est un corps de règle d'origines et contenus différents créées par la communauté marchande pour répondre aux besoins du commerce international ». https:// cours-de-droit.net, La Lex mercatoria, source du commerce international, 27 septembre 2019

[12] نسرين شريفي، الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري، دار بلقيس ، الجزائر، 2017 ص5

[13] أحمد محرز، المرجع السابق، ص 25 ونادية فضيل، المرجع السابق، ص 33

[14] نسرين شريفي، المرجع السابق، ص5

عرفت تدخل الدولة لتنظيم الدخل القومي والاقتصاد الوطني بدلا من ترك هذه الأمور للتجار. فبدأت تظهر التشريعات الوطنية في المجال التجاري[15]. في فرنسا مثلا: تم تدعيم قانون التجارة على يد الوزير البورجوازي "كولبير" الذي أقام تعديلا تشريعيا شاملا وصدر لائحة يمكن اعتبارها أول تقنين تجاري بأمر الملك لويس عسر في مارس 1673 تتعلق بتنظيم التجارة البرية وفي أوت 1681 صدر قانون التجارة البحرية ورسّخ مبدأ حرية التجارة والصناعة وذلك بقانون 1791.

بدأ التفكير بتقنين قانون تجاري يعتمد على فلسفة جديدة تقوم على نزع الصبغة الطبقية لهذا القانون وجعله موضوعيا يهتم بالأعمال التجارية دون الاهتمام بصفة القائم بها. فصدر القانون التجاري الفرنسي بتاريخ 15 سبتمبر 1815 الذي عدله المشرع الفرنسي في 1966. اقتبست العديد من الدول في تشريعاتها من القانون الفرنسي ومنها الدول العربية كالجزائر، مصر، لبنان، وغيرها[16].

يرجع أول تقنين للقانون التجاري الفرنسي إلى عهد لويس الرابع عشر (14) ، هذا الأخير أصدر أمرا ملكيا بعد اقتراح من الوزير كولبير Colbert من أجل القضاء على الفوضى القانونية بسبب تعدد الأعراف والعادات في المدن بين مختلف المقاطعات الفرنسية[17]. تم تشكيل لجنة مكونة من خبراء أبرزهم Jacques Savary الذي يعدّ من أحد مشايخ التجار. قامت هذه اللجنة بالتحقيق عن الأعراف على نطاق واسع بين طوائف التجار المختلفة ووضعت، في نهاية عملها، أول تقنين للتجارة البرية وذلك في سنة 1673 والذي سمي بـ "تقنين سافاري". ما يميّز هذا القانون أنه كان طائفي ومنح للتجار امتيازين، الأول قانوني حيث جعل الأعمال التجارية التي يقوم بها التجار أثناء ممارسة نشاطهم، لا تخضع لقواعد الشريعة العامة. أما الامتياز الثاني فيتمثل في إسناد الإختصاص للفصل في المنازعات التي قد تقع بين طائفة التجار بسبب مباشرتهم

---

15 نسرين شريفي، المرجع السابق، ص 6

16 عبد العزيز العكيلي، القانون التجاري، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996، ص29

17 نادية فضيل، المرجع السابق، ص 37

للتاجرة إلى المحاكم القنصلية. وتم تحديد اختصاص هذه المحاكم بصفة رسمية لأول مرة بمرسوم أصدره شارل التاسع عشر سنة 1560[18].

بعد اندلاع الثورة الفرنسية سنة 1789، وانهيار النظام الملكي ليأخذ مكانه النظام الجمهوري، والتي قامت على مبادئ الحرية، المساواة، الأخوة، عمّت التجارة على الكافة وفقدت صيغتها الطائفية وكل الامتيازات التي كانوا يتمتعون بها. وصدر قانون 17 مارس 1791 الذي تضمن حرية التجارة يمنح الحق لكل مواطن فرنسي مزاولة التجارة بدون قيد باستثناء دفع ضريبة للدولة. كما ظهر قانون باسم "تشريع شابوليي"Chapelier الصادر في 14 جوان 1791 [19].

لكن مبادئ الثورة الفرنسية أظهرت في الواقع ما يخالفها مما أدى في سنة 1801 بنابليون إصدار أمر، إثر وقوع أزمة اقتصادية خطيرة نتيجة تداول كميات كبيرة من الأوراق التجارية دون وجود مقابل للوفاء الجدي مما هدد البنك الفرنسي بالإفلاس إلى جانب التلاعبات التي وقعت بين موردي عتاد الجيش الامبراطوري، بالإسراع في وضع تقنين جديد للتجارة. تم تشكيل لجنة التي اعتمدت على تقنين سافاري الذي كانت تسوده النزعة الطائفية ونقلت منه معظم أحكامه، منها نظام المحاكم التجارية ولكن في نفس الوقت ابتعدت هذه اللجنة عن الطبقية التي حاربتها الثورة الفرنسية حيث جعلت شرط ممارسة الأعمال التجارية على سبيل الاحتراف لاكتساب القائم بها الصفة التجارية وأصدرت هذه اللجنة القانون التجاري[20].

---

[18] نادية فضيل، المرجع السابق، ص 38 ومحمد فريد العريني، القانون التجاري، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، 1977، ص5

[19] Isaac Le Chapelier, suppression des corps professionnels et privilèges. Art 7 : « la liberté accordée par les lois constitutionnelles au travail et à l'industrie ». Art 1 et 4 de cette loi indique l'interdiction « des corporations des citoyens du même état ou profession « est considérée comme règle constitutionnelle. L'art 2 de cette loi cite : « Les citoyens d'un même état ou profession, les entrepreneurs, ceux qui ont boutique ouverte, les ouvriers et compagnons d'un art quelconque ne pourront, lorsqu'ils se trouveront ensemble, se nommer ni président, ni secrétaire, ni syndics, tenir des registre, prendre des arrêtés ou délibérations, former des règlements sur leurs prétendus intérêts communs ». voir https://institution professionnelles.fr

[20] صدر القانون التجاري الفرنسي بتاريخ 15 سبتمبر 1807 وبدأ العمل به من جانفي 1808 يتضمن 648 مادة

في الأخير يمكن القول ان نهاية القرن التاسع عشر (19) وبداية القرن العشرون (20) تميّزت هذه المدة الزمنية بظهور قواعد قانونية تنظم الحياة التجارية، ومع اختلاف الأيديولوجيات السياسية والاقتصادية أصبح تدخل الدولة بارزا في هذا المجال. أما بداية القرن الواحد والعشرون فأصبحت أغلب قواعد القانون التجاري آمرة بظهور النظام العام الاقتصادي التوجيهي[21]. كما ان توسع المعاملات التجارية وانفجار التطور التكنولوجي الهائل أدى إلى مراجعة الكثير من النصوص القانونية خاصة بعد ظهور ما يسمى بالتجارة الالكترونية.

- **تطور القانون التجاري في الجزائر**

يمكن تقسيم تطور القانون التجاري الجزائري إلى مرحلتين ، مرحلة الاستعمار الفرنسي ومرحلة ما بعد الاستقلال. ففي مرحلة الاستعمار الفرنسي كانت تعتبر الجزائر مقاطعة من مقطعات فرنسا يطبق القانون الفرنسي –أي مجموع النظم والتشريعات الفرنسية. أما ما بعد الاستقلال فهي تشكل مرحلة صدور مجموعة كاملة من التشريعات أهمها الأمر 59/75 المؤرخ في 1975/09/26 والمتضمن القانون التجاري الجزائري يشمل خمسة(5) كتب:

يتناول الكتاب الأول: التجارة عموما، الكتاب الثاني: المحل التجاري، الكتاب الثالث: الإفلاس والتسوية القضائية ورد الاعتبار، والتفليس وما عداه من جرائم الإفلاس، الكتاب الرابع: السندات التجارية، الكتاب الخامس: الشركات التجارية.

Tulard (Marie-José), Le code de commerce, Le dictionnaire Napoléon (sous la direction de Jean Tulard), éditions Fayard, 1987

[21] يتميز النظام العام من حيث أنه حقيقة نسبية يغبر في الزمان والمكان، وذلك لأن مضمونه يستند إلى النظرة العامة الوجود السائد في المجتمع في وقت ما. يمكن تصنيف النظام العام من حيث مجاله إلى نظام عام سياسي، ونظام عام اقتصادي الذي يتفرع من حيث وظيفته إلى نظام عام اقتصادي توجيهي ونظام هام اقتصادي حمائي الذي يسمى أيضا بالنظام العام الاجتماعي الذي يسعى إلى حماية الطرف الضعيف. أنظر تفصيلا في ذلك علي فلالي، مقدمة في القانون، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص 146-147 وما يليها

يتعلق النظام العام الاقتصادي بالمسائل المتعلقة بالاقتصاد الوطني إذ أصبحت الدولة تضع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها الاقتصاد الوطني ومن أهم المبادئ الذي يقوم عليها اقتصاد السوق هو حرية التجارة والصناعة، حرية المنافسة، منع الاحتكار، حماية حرية الأسعار، إنشاء فكرة جديدة استجابة لاقتصاد المعرفة والتي تتمثل في المؤسسات الناشئة وحاضنات المشارع...إلخ

عرفت الجزائر تغيرات جذرية من حيث نظامها الاقتصادي والسياسي والاجتماعي وعليه مرت على هذه تعديلات منها، تعديل 1990، 1993، 1996، 1997، 2005، 2015[22] وبعد التطور العلمي والتكنولوجي ودخول الجزائر في مرحلة اقتصاد المعرفة وظهور المؤسسات الناشئة وحاضنات المشاريع اضطر المشرع مواكبة هذا التطور أن يصدر قانون رقم 22-09 مؤرخ 5 مايو سنة 2022[23].

المطلب الثاني: مصادر القانون التجاري

-نعني بمصادر القانون في هذا الموضوع، المصادر الشكلية أي الرسميّة (الفرع الأول) دون المصادر المادية أو الموضوعية التي تنشأ منها القاعدة القانونية أي جوهر القاعدة القانونية. والمصادر الشكلية منها الرسميّة ومنها التفسيرية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المصادر الرسميّة

ذكر المشرع المصادر الرسمية صراحة في القانون المدني (المادة الأولى منه) التي يمكن تقسيمها إلى مصادر رسمية أصلية يرجع إليها القاضي أولا لحل النزاع الذي أمامه. ومصادر رسمية احتياطية يرجع إليها القاضي في حالة عدم وجود الحكم لحل النزاع في المصدر الأصلي لأن القاضي لا يمكنه الامتناع عن الفصل في النزاع المطروح عليه مدعيا عدم وجود نص تشريعي تحت طائلة العقاب[24]، فله أن يستنجد بالمصادر الاحتياطية الأخرى ليتمكن من الفصل في النزاع.

تنقسم المصادر الرسمية إلى مصدر رسمي أصلي (أولا) والمصادر الرسمية الاحتياطية (ثانيا)

---

[22] قانون رقم 15-20 مؤرخ في 18 ربيع الأول عام 1437 الموافق 30 ديسمبر 2015 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-59 والمتضمن القانون التجاري، ج ر عدد 71 مؤرخ في 18 ربيع الأول عام 1437 الموافق 30 سبتمبر سنة 2015

[23] قانون رقم 22-09 مؤرخ في 4 شوال 1443 الموافق 5 مايو سنة 2022، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-59المؤرخ في 20 رمضان سنة 1975 والمتضمن القانون التجاري، ج ر عدد 32 الصادر في 13 شوال 1443 الموافق 14 مايو 2022

[24] علي فيلالي، المقدمة في القانون، المرجع السابق، ص 241

أولا-التشريع: مصدر رسمي أصلي

تنص المادة الأولى مكرر تجاري: "يسري القانون التجاري على العلاقات بين التجار، وفي حالة عدم وجود نصّ فيه يطبق القانون المدني وأعراف المهنة عند الاقتضاء".

يُقصد بالمصادر الرسمية هنا مجموعة أحكام القانون التجاري الذي يرجع إليها القاضي أولا للفصل في جميع المنازعات المطروحة عليه في المسائل التجارية. وإذا لم يجد القاضي الحل في القانون التجاري يرجع إلى القانون المدني باعتباره الشريعة العامة وأعراف المهنة كما، يرجع أيضا إلى تقنينات الأخرى كتقنين السجل التجاري، وبراءات الاختراع، والعلامات التجارية...إلخ.

أصبح التشريع المصدر الرسمي الأول بسبب تطوّر المجتمعات في شتّى المجالات الذي في حاجة إلى تنظيم مكثّف وسريع نظرا لتشعّب العلاقات وتعقيدها، فتراجع دور العرف الذي كان يحتل المرتبة الأولى وإن كان القانون التجاري مصدره عرفي لأن قواعده تتلاءم مع طبيعة المعاملات التجارية.

للتشريع عدة تعاريف لكن يمكن القول انه مجموعة قواعد قانونية تصدر عن سلطة عامة مختصة في صورة مكتوبة تنظم علاقات الأفراد في المجتمع.

ملاحظة: تعتبر الاتفاقيات الدولية التي تنظم التجارة الدولية وصادقت عليها الجزائر من المصادر الرسمية، كاتفاقية بروكسل لسنة 1924 والمتعلقة بالنقل البحري الدولي واتفاقية فارسوفيا لسنة 1929 المتعلقة بالنقل الجوي، واتفاقية النقل الدولي للبضائع بالسكك الحديدية لسنة 1980 حيث أدخلت هذه الاتفاقيات في القانون الداخلي. الغرض من هذه الاتفاقيات هو توحيد النصوص القانونية التي تحكم التجارة الدولية وبالتالي القضاء على مشكلة تنازع القوانين من حيث المكان.

فإلى جانب التشريع يوجد المصادر الدولية للقانون التجاري حيث يشمل التشريع التجاري الجزائري نصوص المعاهدات الدولية في مجال التجارة والمصادق عليها من قبل السلطات

فتصبح بالتالي جزء من التشريع الداخلي[25] إلى جانب موافقتها لاتفاقيات دولية قصد دخولها للمنظمة العالمية للتجارة[26].

ثانيا: المصادر الرسمية الاحتياطية

يُقصد بالمصادر الاحتياطية المصادر التي يرجع إليها القاضي عند عدم وجود نص في القانون التجاري فيرجع إلى القانون المدني (أ) والأعراف المهنية (ب) وهذا بصريح عبارة المادة الأولى مكرر تجاري ".... وفي حالة عدم وجود نص فيه" (أي في القانون التجاري) "يطبق القاضي القانون المدني (باعتباره الشريعة العامة) وأعراف المهنة...".

أ-القانون المدني

يعتبر القانون التجاري هو الأصل، ولا يرجع القاضي لأحكام القانون المدني إلا إذا لم يجد نصا في القانون التجاري. أما إذا كان النص في القانون التجاري يتعارض مع النص في القانون المدني ففي هذه الحالة يلتزم القاضي بالنص في القانون التجاري تنفيذا للقاعدة "الخاص يقيّد العام" إلا إذا كان النص اللاّحق في القانون المدني ينص صراحة بإلغاء النص في القانون التجاري في هذه الحالة يطبق القاضي النص اللاحق في القانون المدني.

ب- أعراف المهنة

---

[25] عمار عمورة، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة، 2009، ص 20

[26] OMC : organisation mondiale du commerce qui s'occupe des règles régissant le commerce international entre les pays. Elle date depuis 1 janvier 1995, son siège social, Genève, Suisse
فهي منظمة الوحيدة المختصة بالقوانين الدولية المعنية بالتجارة ما بين الدول مهمتها الأساسية ضمان انسياب التجارة البحرية بين دول الأعضاء. غير ان مهام المنظمة تأزم إثر الحرب التجارية في ظل إدارة الرئيس الأمريكي السابق دونالد ترامب. https://p.dw.com/P1FAnk -منظمة التجارة العالمية-تم النشر في 2021/05/07
و كذلك: t-18392780/ منظمة-التجارة-العالمية /dw.com/ar
قدمت الجزائر، بعد حضورها سنة 1987، رسميا بصفتها ملاحظ في يونيو 1996 مذكرة للمنظمة العالمية للتجارة حول نظام تجارتها الخارجية وهو ما يشكل الخطوة الأولى في إجراءات الانضمام للمنظمة. عبيدة سليمة، مسار انضمام الجزائر إلى المنظمة العالمية للتجارة، مجلد الاقتصاد الجديد، العدد 08، الصادر بتاريخ 06/23/ 2013 (ص323-340) article en ligne : asjp.cerist.dz/en/article/56003

تحتل الأعراف والعادات المهنية مكانة مهمة في العلاقات التجارية. يُعرف العرف التجاري على انه اعتياد التجار على اتباع سلوك معيّن وشعورهم بإلزامية هذا السلوك. فيتكون العرف على مرحلتين حيث يبدأ عادة وبعد شعور الناس بإلزاميته ينقلب إلى قاعدة قانونية عرفية. فالعادة تنقلب عرفا متى اشتملت على عنصر الالزام الذي يميّز العرف عن العادة.

مثال للعرف التجاري: افتراض التضامن بين المدينين بدين تجاري إذا تعددوا وهذا على خلاف القانون المدني التي تقضي أن التضامن لا يُفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون.

يتم إثبات العرف بكافة وسائل الإثبات، يمكن للقاضي التحري عنه أو تكليف الأطراف بذلك، وقد يستعين بغرفة التجارة لأنها هي المكلفة بجمع الأعراف ضمن كل مهنة تجارية.

لا يقدم العرف على النص التجاري الآمر وإنما يمكن تقديمه أمام قاعدة مكملة أو تفسيرية.

السؤال يثار حول أمكانية تقديم العرف التجاري على النص المدني الآمر؟ coutume contra legem

-اختلف الفقه في هذه المسألة، حيث من يرجّح النص المدني الآمر على العرف التجاري لأنه يتعلق بالنظام العام، وهناك من يرجّح تقديم العرف التجاري على النص المدني الآمر لأن قواعد القانون التجاري قواعد خاصة وأن القانون المدني لا يطبق إلا عند غياب حكم خاص في القانون التجاري، وأن الأمر لا يعدوا أن يكون تحديد لنطاق تطبيق كل من القانون التجاري والقانون المدني.

-أما المشرع الجزائري فإنه لم يرتب مصادر القانون حيث عند قراءة المادة الأولى مكرر تجاري نجد انه جعل القانون المدني وعرف المهنة في نفس المرتبة يرجع إليه القاضي عند غياب النص في القانون التجاري، كما أنه عند الرجوع إلى نص المادة 419 مدني في الفصل الخاص

بالشركات التجارية نجد أن نية المشرع اتجهت إلى تغليب العرف التجاري على النص المدني وإن كان آمرا عند غياب نص تشريعي تجاري كما أن النص جاء عاما ومطلقا.

-لازال عدد من العمليات التجارية الهامة يحكمها العرف التجاري كالبيوع البحرية، الشيكات، الحسابات الجارية، الاعتمادات المستندية[27].

الفرع الثاني: المصادر التفسيرية

يقصد بالمصادر التفسيرية باتفاق الفقه، القضاء (أ) والفقه (ب)، وللقاضي السلطة التقديرية ، إن شاء رجع إليها. فهي عبارة عن مصادر اختيارية يستأنس بها القاضي لإيجاد الحلول لحل النزاع المعروضة أمامه للفصل فيه. يرجع إليها القاضي عادة لتفسيره للقواعد القانونية الغامضة أو المبهمة أو الناقصة

أ-القضاء

يتضمن هذا المفهوم عدة دلالات، فقد يراد به تفسير أو تأويل القاضي لقاعدة قانونية معينة أو مجموع

المبادئ القانونية المستخلصة من استقرار أحكام القضاء على العمل بها واتباعها في مسائل معينة[28]،

ويطلق عليها اسم الاجتهاد القضائي.

كان القضاء مصدرا رسميا للقانون قديما لا سيما في القانون الروماني، والشريعة الإسلامية[29]. أما في العصر الحديث يجب أن نميّز بين النظام القانوني الأنجلوسكسوني anglo-saxon [30]

---

[27] نادية فضيل، المرجع السابق، ص 49

[28] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 268

[29] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 269

[30] قوانين مطبّقة في بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية، الهند، استراليا، جنوب إفريقيا.

والنظام القانوني اللاتيني الجرماني "latino-germano " [31]. إن البلدان التي خذت بالنظام الأنجلوسكسوني، الذي هو قانون غير مكتوب تعتّد بقاعدة السابقة القضائية-فيكون عندئذ-القضاء مصدرا رسميا للقانون، بينما يكون التشريع مصدرا استثنائيا. أما القوانين اللاتينية الجرمانية فهي قوانين مكتوبة يتم وضعها من قبل السلطة التشريعية، وتتولى السلطة القضائية مهمة الفصل في النزاعات طبقا لهذا القوانين[32].

يلعب القضاء دورا مهما في الحياة التجارية كمصدر للقانون حيث ابتدع نظرية المنافسة غير المشروعة ونظرية الشركة الفعلية ونظرية الإفلاس. ويمكن بالتالي تعريف الاجتهاد القضائي بمجموعة المبادئ القانونية التي تُستخلص من استقرار أحكام المحاكم على اتباعها والحكم بها.

ب-الفقه

-يقصد به مجموع ما استنبط الفقهاء من أحكام قانونية، أي مجموعة الآراء القانونية الصادرة من علماء

القانون، أي الفقهاء عند شرحهم للقواعد القانونية[33]. فالفقه هو المظهر العلمي للقانون على عكس القضاء الذي هو مظهره العملي[34].

لقد ساعد الفقه كثيرا على تطوير القانون التجاري. حيث يتولى عملية تقييم القوانين بعد صدورها وذلك من خلال المحاضرات والدروس التي تُلقى على الطلبة، أو من خلال البحوث العلمية بمختلف أشكالها. تكون عملية التقييم شاملة (نقصد شمولية النص)، فتطور القاعدة القانونية عن طريق نقد الحلول القانونية والقضائية وإبراز المزايا التي تتميّز به، وإظهار النقائص والعيوب.

وأخيرا، يعتبر الفقه مرجعا يستند إليه القاضي عند احتياجه لتفسير أو شرح قاعدة قانونية.

---

[31] وهي دول أوروبا الغربية منها فرنسا، ألمانيا، إيطاليا، كذلك معظم الدول العربية حيث اتخذت معظم البلدان العربية بالقوانين اللاتينية والمتمثلة أساسا في القانون الفرنسي.

[32] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 277

[33] محمد حسين منصور، نظرية القانون، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2002، ص384

[34] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص384 وعلي فيلالي، المرجع السابق، ص 280

المبحث الثاني: مفهوم ونطاق القانون التجاري

نظرا لطبيعة المعاملات التجارية والقواعد التي تنظّمها، اختلف الفقه في إعطاء تعريف جامع مانع للقانون التجاري لما يتميز به من خصائص (المطلب الأول) أدى ذلك إلى صعوبة موضوعه أي مجال تطبيقه[35] حيث ظهرت عدة معايير من شأنها ايجاد المعيار الفاصل لتمييزه نظرا لما له من أهمية في رسم حدود القانون التجاري (المطلب الثاني).

المطلب الأول: خصائص ونطاق القانون التجاري

دون الخوض في التعريفات الفقهية التي تناولت الموضوع من زوايا مختلفة بحسب المعيار التي تستند عليه يمكن القول إن أكثر التعريفات تعبيرا عن واقع القانون التجاري هو أنه فرع من فروع القانون الخاص يحتوي على مجموعة من القواعد التي تنظم فئة من الأعمال التجارية وتحكم طائفة من الأشخاص وهم التجار أثناء ممارستهم نشاطهم التجاري. ومن هنا يتبين جليا أن القانون التجاري ينحصر في مجال خاص وهو مجال التجارة بما يشمله من أعمال أو من أشخاص يمارسون الأعمال التجارية.[36]

يتميّز القانون التجاري عن غيره من القوانين بكونه يتصف ببعض الخصائص التي تنسجم مع متطلبات التجارة والضرورات العملية والقانونية التي ترافقها (الفرع الأول). ظهرت نظريات فقهية واختلاف فقهي للإجابة عن إشكالية تحديد نطاق القانون التجاري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: خصائص القانون التجاري

---

[35] سميحة القليوبي، القانون التجاري والشركات، الطبعة الأولى، مكتبة القاهرة الحديثة، 1972، ص18

[36] إن عملية تقنين القانون التجاري بالمعنى المعروف الآن لم يتم إلا في عهد نابليون، حيث أصدره بتاريخ 15 سبتمبر 1807 يحتوي على 648 مادة يتضمن أربعة أقسام، القسم الأول يتناول موضوع التجارة، القسم الثاني يتناول القانون البحري، القسم الثالث حول موضوع التجارة، أما القسم الرابع يتناول النظام القضائي التجاري.

ان التطور الذي عرفه القانون التجاري بيّن وبشكل واضح على أنه قانون ذاتي مرتبط بما تتميّز به الأعمال التجارية من خصائص تقوم على عنصري السرعة والائتمان.

فالقانون التجاري يتميّز بالسرعة والسهولة في الإجراءات من جهة (أولا) وبالائتمان والثقة من جهة أخرى (ثانيا) كما أن قوام التجارة التطور (ثالثا).

أولا: السرعة في المعاملات

يتميّز القانون التجاري بالسرعة في المعاملات والسهولة في الإجراءات وهذا على خلاف قواعد القانون المدني التي من طبيعتها تتطلب وقتا طويلا وإجراءات صارمة قبل إبرام العقد. فالعقود في البيئة التجارية يقوم بها الفرد في فترات متقاربة وغالبا ما يكون موضوعها منقولات معرّضة لتقلبات الأسعار أو قابلة للتلف. كما أنه من المعلوم في عالم التجارة ان رأس المال ينتج أرباحا كلما تحرك بسرعة لهذا السبب يلعب عامل الوقت دورا أساسيا عند التاجر[37]، فمن الضروري التسهيل له في القيام بتصرفاته وإبرام عقوده وتبسيط طرق الإثبات عند قيام منازعات أمام القضاء.

ثانيا: الائتمان والثقة

يحتاج التاجر أثناء ممارسته لنشاطه التجاري لعنصرين هامين وهما دعم الثّقة وتعزيز الائتمان. أقرّ المشرع الجزائري كسائر التشريعات الأخرى وسائل لتدعيم هذين العنصرين. في حقيقة الأمر يهدف الائتمان حماية المدين ليسمح له أجلا للوفاء. يلجأ التاجر عادة للائتمان لحماية البضاعة التي يشتريها دون أن يتمكّن من بيعها في الحال. لكن يمكن له عندما يمنع الطرف الآخر منحه هذا الأجل أن يلجأ إلى البنوك للاقتراض [38].

---

[37] الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 19

[38] عمار عمورة، الوجيز في شرح القانون التجارية الجزائري، دار المعرفة ، الجزائر، 2009، ص 16

يأخذ الائتمان عدة صور كافتراض التضامن بين الدائنين لتنظيم الإفلاس بدقة ولحمايتهم من تصرفات المدين، وإقامة العدالة والمساواة فيما بينهم. يحتاج التاجر إلى الائتمان ليضاعف من نشاطه وإنتاجه، فالائتمان التجاري هو ائتمان الإنتاج ومضاعفة الثروات[39]. فبما أن التاجر يقترض للإنتاج فهذا سيسمح له مضاعفة نشاطه ويزيد في ثرواته فتهيئ له بالمقابل الوسائل للوفاء بديونه.

ثالثا: التطور قوام التجارة

يرتبط القانون التجاري ارتباطا وثيقا بالعوامل السياسية والاقتصادية والاجتماعية ويتطور بتطور الاتصال على خلاف القانون المدني الذي يتميّز بالجمود والاستقرار. وعند دراسة نشأة القانون التجاري نجده أن له نشأة دولية وليست محلية كما هو عليه القانون المدني. كانت تطبق أحكامه على كل دول الجوار المطلة على البحر الأبيض المتوسط في مجال التجارة البحرية قبل اتساع نطاق القانون التجاري.

من ميزة القانون التجاري أنه سريع التطور، فالحياة التجارية في حركية دائمة لا تعرف الركود أبدا وإلا انهارت كلها مما يؤدي إلى تخلق أزمة تؤثّر بصفة مباشرة على الحياة الاجتماعية والسياسة والاقتصادية.

الفرع الثاني: نطاق القانون التجاري

يعتبر القانون التجاري فرع من فروع القانون الخاص، يشمل مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم فئة من الأعمال وهي الأعمال التجارية وتحكم فئة من الأشخاص وهم التجار أثناء ممارسة تجارتهم.

يثير نطاق ومجال القانون التجاري سؤالا محوريا وهو: هل القانون التجاري قانون التجار، أم هو قانون يحكم الأعمال التجارية؟ أدّى هذا النقاش المحتدم إلى ظهور نظريتين شهيرتين، وهي:

[39] عمار عمورة، المرجع السابق، ص 17

النظرية الشخصية أو كما يطلق عنها عند البعض بالنظرية الذاتية[40] (أولا) والنظرية الموضوعية أو كما يسميها البعض النظرية الوضعية[41](ثانيا).

أولا: النظرية الشخصية

مفاد هذه النظرية أن العبرة في الشخص الذي يقوم بالأعمال التجارية لتحديد مجال القانون التجاري، فتجعل من الشخص الذي يمارس التجارة أساسا لتطبيق أحكام القانون التجاري. أي أنه يُحدّد نطاق القانون التجاري بالشخص القائم بالعمل التجاري أي التاجر بغض النظر عن طبيعة العمل الذي يقوم به، فكل شخص يمارس الأعمال التجارية يخضع لأحكام القانون التجاري أما غيره فإنه يخضع لأحكام القانون المدني.

تستند هذه النظرية إلى النشأة الطائفية للقانون التجاري الذي نشأ لطائفة التجار فقط دون غيرهم[42]. حيث ترجع نشأة القانون التجاري أساسا إلى العادات والقواعد والنظم التي ابتدعها وطبقها أصحاب الحرفة التجارية. وهذا ما جعل القانون التجاري قانونا مهنيا.

- ✓ **حجج النظرية الشخصية**

- الحجة الأولى وهي الأساسية في أنه لا يمنع مبدأ المساواة أمام القانون من وجود قوانين ذات طابع مهني طالما أن الانضمام لهذه المهنة يحكمه مبدأ الحرية.
- أما حجتهم الثانية فهي تاريخية وقانونية. فغالبية الأحكام التي قرّرها التقنين الجديد تبررها فكرة المهنة التجارية، كالأحكام الخاصة بالقيد في السجل التجاري، إمساك الدفاتر التجارية، نظام الإفلاس... إلخ. هذا من جهة، ومن جهة أخرى فهناك العديد من الأعمال ليست لها الطبيعة التجارية إلا إذا تمت على سبيل الحرفة كالوكالة بالعمولة، مكاتب الأعمال، فهذه ارتبطت بالمهنة التجارية بالتبعية.

---

[40] عمار عمورة، المرجع السابق، ص 25

[41] الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 23

[42] Ripert (G), Roblot (R), Traité élémentaire de droit commercial, 10ème édition, LGDG, Paris, 1980, p 135 s

لكن السؤال المحوري هو: متى يكتسب الشخص صفة التاجر؟ ومتى يعتبر العمل تجاريا إذا قام به أحد التجار؟ فهذه الحلقة المفرغة أدّت إلى نقد هذه النظرية.

- ✓ **نقد النظرية الشخصية**

وسّعت هذه النظرية من نطاق القانون التجاري حيث تخضع كل معاملات التجار للقانون التجاري وإن كانت في الأصل معاملات مدنية، **مثل**: دفع فاتورة كهرباء منزله، أو شراء الأثاث لمنزله...إلخ. وبالمقابل تضيّق من نطاق القانون التجاري حيث لا تطبق أحكامه خارج التجار الذين يقومون بعمل تجاري ولو مرة واحدة.

-تبيّن انه من غير المنطق أن تخضع أعمال التجار المدنية لأحكام القانون التجاري وللمحاكم التجارية.

ثانيا: النظرية الموضوعية

مفادها أن العبرة بموضوع النشاط الذي يمارسه الشخص[43] ، فتجعل الأعمال التجارية أساسا لتطبيق أحكام القانون التجاري بغض النظر عن صفة الشخص القائم بها سواء كان تاجرا أو غير تاجر.

تستند إلى طبيعة العمل التجاري الذي يقتضي السرعة والبساطة والائتمان.

ان العبرة بموضوع النشاط الذي يمارسه الشخص حتى ولو قام به مرة واحدة، أي أن العمل التجاري هو المعيار الوحيد لتحديد نطاق القانون التجاري الذي هو قانون العمل التجاري وليس قانون التجار.

من أسباب ظهور هذه النظرية تدعيم مبدأ الحرية الاقتصادية الذي يتميّز بالقضاء على نظام الطوائف السائد في العصور السابقة.

---

[43] أحمد محرز، المرجع السابق ص 14 وما بعدها

أيّد هذه النظرية أغلب فقهاء فرنسا وذلك لسببين:

السبب الأول: سبب تاريخي وقانوني

أشار المشرع الفرنسي إلى الأعمال التجارية من المواد 1 إلى 632 من التقنين التجاري الصادر في 1807 والذي كان يهدف إلى وضع نظرية عامة للعمل التجاري كي لا تنحصر على طائفة معينة من الأشخاص (وهي طائفة التجار).

كان يعقد الاختصاص للمحاكم التجارية بالمنازعات الخاصة بالمعاملات التجارية فقط دون النظر في المنازعات المرفوعة على التجار.

السبب الثاني: سبب سياسي[44] وذلك من أجل القضاء على نظام الطوائف الذي كان يمنع على غير التجار مباشرة الأعمال التجارية. فقد تم وضع التقنين التجاري الفرنسي عقب الثورة الفرنسية التي أعلنت مبدأ المساواة وألغت نظام الطوائف وجعلت العمل التجاري أساس للقانون التجاري، وسمحت لكل شخص القيام بأي عمل تجاري خاضعا لأحكام القانون التجاري ولو لم يكن تاجرا.

- ✓ **نقد النظرية الموضوعية**

وُجّهت لهذه النظرية عدة انتقادات حيث صعوبة تحديد الأعمال التجارية على سبيل الحصر، لأن الحياة التجارية في تطور مستمر مما يترتب عن ذلك ظهور أعمال تجارية جديدة. كما أن قواعد القانون التجاري لا تقتصر بما يتعلق بالأعمال التجارية حيث يتضمن قواعد تخصّ التّجار كالقيد في السجل التجاري، مسك الدفاتر التجارية، نظام الإفلاس والتسوية القضائية.

- ✓ **موقف المشرع الجزائري من النظريتين**

[44] سميحة القليوبي، الموجز في القانون التجاري، الطبعة الأولى، مكتبة القاهرة الحديثة، 1972، ص20

تبين من أحكام القانون التجاري الصادر بموجب الأمر 75-59 المتضمن القانون التجاري أن المشرع

الجزائري سار بما سرت عليه التشريعات الحديثة التي استمدت أحكامها من القانون الفرنسي الصادر في 1807 والذي مزج بين النظريتين الموضوعية والشخصية.

مثلا: اعتمد المشرع بالنظرية الموضوعية وذلك في المادة 02 من القانون التجاري عند تعداده للأعمال التجارية على سبيل المثال. كما بيّنت المادة الأولى من نفس القانون امتهان العمل التجاري كشرط لاكتساب صفة التاجر، وأخذ بالنظرية الشخصية وذلك في المادة 04 من القانون التجاري التي تناولت الأعمال التجارية بالتبعية.

تمرين: أجب عن السؤال الآتي:

-هل يطبق القانون التجاري على من له صفة التاجر بغض النظر عن صفة الأعمال التي يقوم بها، أو يطبّق على من يقوم بالأعمال التجارية بغض النظر عن صفة الشخص القائم بها؟ علّل إجابتك بأمثلة

المطلب الثاني: معايير تمييز العمل التجاري وأهميته

يتميّز العمل التجاري عن العمل المدني. لا يوجد تعريفا جامعا مانعا للعمل التجاري مع ان تعريف القانون التجاري مرتبط به[45]. كما أن الأعمال التجارية التي نص عليها المشرع في القانون التجاري جاءت على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر. ولم يتمكن الاجتهاد القضائي على إعطاء تعريفا لها ولهذا تصدى الفقه وحاول أن يحدد العمل التجاري بوضع معايير له، إلا أنه اختلف في وضعها بحسب النظرية التي ينتمي إليها (الفرع الأول). ان البحث عن معايير

[45] Le droit commercial « droit applicable aux commerçants et aux actes de commerce ». Cornu(G), Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF. « Il est le droit des commerçants » , « droit élaborée par et pour les commerçants » , Ripert (G) , Roblot (R), Traité de droit commercial, Tome 1, 17° édition, LGDG, n°9 et s

تمييز العمل التجاري عن العمل المدني يرجع أساسا إلى أهمية الآثار القانونية المترتبة عنه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: معايير التمييز

إن عملية حصر الأعمال التجارية تكاد أن تكون شبه مستحيلة بسبب تطور وتجدد الحياة التجارية ولهذا يصعب تعريفها. حاول الفقه تحديد العمل التجاري بوضع معايير، لكن انقسمت الآراء وظهرت المعايير الموضوعية التي اعتمدت على الاعتبارات الاقتصادية كالمضاربة والتداول(أولا) والمعايير الشخصية التي تستند على معايير الحرفة والمقاولة (ثانيا) وكان هذا جوابا للسؤال: كيف يمكن معرفة الطبيعة التجارية للعمل؟

أولا: المعايير الموضوعية

يعتبر أصحاب هذا الاتجاه أن القانون التجاري هو قانون نشاط تجاري بغض النظر عن صفة القائم به سواء كان تاجرا أو غير تاجر. فالقانون التجاري بحسب هذا الاتجاه هو قانون الأعمال التجارية التي تقوم على فكرة المضاربة عند البعض، بحيث يعتبر عامل الرغبة في تحقيق الربح هو المحرك الرئيسي للنشاط التجاري (أ) وعلى فكرة التداول عند البعض الآخر (ب)، كما اتجه البعض إلى محاولة التوفيق بين الاتجاهين فنادى بمعيار التداول من أجل المضاربة (ج).

أ-معيار المضاربة

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن كل عمل يتم إنجازه بغرض الحصول على الربح يعتبر عملا تجاريا. وعليه فالمضاربة هي معيار العمل التجاري. أول من نادى باعتماد المضاربة كمعيار للعمل التجاري لتمييزه عن غيره من الأعمال الأخرى هو الفقيه الفرنسي Pardessus[46] حيث

[46] Didier (Paul), Droit commercial, 1er édition, 1970, p10

يؤكد أن التجارة في الأساس هي البحث عن الربح بنقل الأموال[47] ومثال على ذلك: الشراء من أجل البيع. ويرى الفقيهان Lyon-Caen و Renault ان التجارة ما هي إلا " مجموعة العمليات التي تهدف إلى تحقيق الأرباح بالمضاربة عن طريق تحويل المواد الأولية أو نقلها أو مبادلتها"[48]. ويرى ابن خلدون الذي سبق الفقه الفرنسي في الأخذ بهذا المعيار "إن معنى التجارة تنمية المال بشراء البضائع ومحاولة بيعها بأعلى ثمن من ثمن الشراء..."[49].

الجدير بالملاحظة أن للمضاربة معنى اقتصادي يرمز إلى عملية شراء شيء لإعادة بيعه بهدف تحقيق الربح. أما المضاربة في البورصة لها معنى أيضا اقتصادي حيث تعني المخاطرة بالبيع أو الشراء بناء على تنبؤ بتقلبات الأسعار، وذلك من أجل الحصول على فارق الأسعار.

فبشكل عام يمكن القول ان المضاربة هي عملية توظيف رأسمال في عمل معين بقصد الحصول على الربح. إذا كانت نظرية المضاربة لها جانبا كبيرا من الصحة لأن النشاط التجاري يفترض لزاما تحقيق الربح إلا أن هذه النظرية تعرضت للنقد على أساس وجود أعمالا مدنية يقصد منها تحقيق الربح كأصحاب المهن الحرة ، المحامي، الطبيب، المهندس، فهم يعملون بقصد تحقيق الربح، وعليه فإن عنصر الربح هو القاسم المشترك بين الأعمال المدنية والأعمال التجاري.

الجدير بالذكر أن مصطلح الربح يختلف عن مصطلح (le gain) الذي يختلف عن الفائدة (bénéfice والربح(profit) وإن كان المصطلح واحد باللغة العربية هو "الربح" إلا أن له مفاهيم مختلفة. حيث يعرف الربح في النشاط التجاري بأنه المدخولات المالية والتي تتحقق عندما يتجاوز مبلغ الإيرادات المكتسبة من النشاط التجاري مبلغ النفقات، والتكاليف والضرائب اللازمة

---

[47] « Le commerce c'est la recherche du profit par la transmission de biens »

[48] « Le commerce … est l'ensemble des opérations qu'ont pour but de réaliser les bénéfices en spéculant sur la transformation, sur le transport ou l'échange de matières premières ». Ripert (George), Roblot (René), Traité élémentaire de droit commercial, 9° éd, Tome1, 1977, p 184.

[49] عبد القادر البقيرات، مبادئ القانون التجاري ، ديوان المطبوعات الجزائرية، ،2015، الجزائر، ص 27

للحفاظ على النشاط التجاري. وأي ربح يتم تحقيقه يذهب إلى مالكي النشاط التجاري الذين لهم الخيار في صرفه أو إعادة استثماره في النشاط[50]. ويطلق عليه بعض الاقتصاديين بدخل المشروع (revenu de l'entreprise). كما يختلف عن معنى الربح المحاسبي والربح الاقتصادي. لكن في المهن الحرة نقول أتعاب وليس أرباح حيث إذا تحولت إلى أرباح فيصبح هؤلاء في خانة التجار لا تقبلها أخلاقيات المهنة. إن الدقة في المصطلح القانوني في غاية الأهمية. فالقول إن الربح عامل مشترك بين التاجر والطبيب غير مقبول اصطلاحا ومهنيا. فالقانون لا يقبل المترادفات لأن لغة القانون دقيقة تعطي للمصطلح مفهوم واحد.

كما يؤخذ على نظرية المضاربة أنه من الأعمال التجارية ما لا يقصد من ورائها تحقيق الربح، فقد يضطر التاجر لظروف اقتصادية أو اجتماعية صعبة أن يبيع بالخسارة خوفا من تلف البضاعة أو انخفاض سعرها بشكل كبير نظرا لتقلبات السوق المفاجئة. كل هذا جعل من معيار المضاربة غير كاف لتحديد العمل التجاري، وأنه معيارا واسعا يُدخل عدة أعمال في باب المضاربة[51]، وإن كان يشكل عنصرا جوهريا لهذا العمل[52] لأن العمل التجاري يفترض لزوما قيام الشخص بالمضاربة[53] ونية تحقيق الربح.

ب- معيار التداول

يُقصد بمعيار التداول إنتقال الثروة وتحريكها من شخص لآخر. نادى بهذه المعاير الفقيه تالور Thaller

---

[50] أربح الحربي، الأرباح، www.investopedia.com

[51] بن زارع رابح، مبادئ القانون التجاري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 13

[52] أحمد محرز، المرجع السابق، ص45

[53]Hamel et Lagarde, Traité de droit commercial, T2, Dalloz, 1966, n°146

[54] الذي يرى ان التجارة تتمثّل في القانون وفي الاقتصاد في تداول المنتجات والنقود والصكوك. وأن القانون التجاري فرع من القانون الذي يحكم هذا التداول[55]. كما يعتبر ان التداول يعني تحريك السلع من المنتج وصولا إلى المستهلك. وعليه فإن العمل التجاري هو كل عمل ينصب على هذا التحريك، أما الأعمال التي تتناول الثروات وهي في حالة ركود واستقرار فتعتبر من طبيعة مدنية[56] وأبرز مثال على التداول عملية النقل، فهي صورة واضحة للتداول. كذلك عمليات التوسط كعمل السمسار والوكيل بالعمولة مادامت تهدف الحركة.

لكن رغم جانب كبير من الصواب لهذه النظرية حيث فسّرت الطبيعة التجارية لبعض الأعمال التجارية إلا أنها لم تصدق بالنسبة للبعض الآخر. يؤخذ على هذه النظرية أنها تُضفي الطبيعة التجارية لأعمال فيها تداول لكن ليست تجارية، كعمل المنتج الزراعي[57]، فهو عمل مدني مع أنه أول من يدفع السلعة للتداول، والجمعيات التعاونية التي تشري وتبيع بسعر التكلفة لأعضائها.

أمام الانتقادات التي وُجّهت لمعيار التداول، حاول بعض الفقه الجمع بين معيار المضاربة ومعيار التداول واعتبرهما معيارا واحدا يميّز العمل التجاري عن غيره من الأعمال، فظهرت نظرية المضاربة بقصد التداول. وعليه يكون العمل التجاري هو الذي يتوسّط في تداول الثروات ويهدف إلى تحقيق الربح[58].

في حقيقة الأمر حاول الفقه الفرنسي من بينهما Hamel،Lagarde من أنصار النظرية الموضوعية، من خلال هذا المعيار، تجاوز الانتقادات التي وجّهت لمعاير المضاربة ومعيار

---

[54] Thaller, Traité élémentaire de droit commercial, 4eme édition, librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1940, p5

[55] بن زارع رابح، المرجع السابق، ص 15

[56] زهير عباس كريم، مبادئ القانون التجاري، مكتبة دار الثقافة والنشر، عمان، 1995، ص 37

[57] أحمد محرز، المرجع السابق، ص 46

[58] Jauffret (H), Actes de commerce, Encyclopédie Dalloz, commercial, Paris, p44 & Lagarde et Hamel, Op.Cit, p49

التداول، غير انه هو الآخر لم يسلم من الانتقادات والتي أهمّها أنه تجاهل فكرة المشروع أو المقاولة التي هي أيضا أساس العمل التجاري.

خلاصة القول ان كافة معايير النظرية الموضوعية لم تتمكن أن تعطي تعريفا جامعا مانعا للعمل التجاري لتمييزه عن الأعمال الأخرى الأمر الذي جعل الفقه يبحث عن معايير أخرى ذات طابع شخصي.

ثانيا: المعايير الشخصية

ان أنصار النظرية الشخصية على خلاف النظرية الموضوعية، يعتمدون على الشخص القائم بالعمل دون اهتمامهم بطبيعة العمل ذاته. أي ان الشخص هو الذي يُضفي الطبيعة التجارية على العمل، فإذا كان تاجرا يعدّ عمله تجاريا يخضع لأحكام القانون التجاري، أما إذا كان الشخص غير تاجر فإن عمله يخضع للقانون المدني. يعتمد أصحاب هذه النظرية أساسا على فكرة ان القانون التجاري هو قانون مهني ينظم نشاط محترفي التجارة ولهذا اقترحوا معيار المقاولة أو المشروع (أ) ومعيار الحرفة (ب)

أ-معيار المقاولة أو المشروع

نشأت نظرية المقاولة أو المشروع في الفقه الإيطالي بزعامة الفقيه Vivanti وتبناها الفقيه الفرنسي Escarra [59]الذي انتقد المعايير الموضوعية لأنها ذات طابع اقتصادي لا قانوني. واتخذ فكرة المقاولة كمعيار للعمل التجاري، وعرّفها بأنّها تكرار للأعمال التجارية على وجه الاحتراف

[59] Escarra (J), Cours de droit commercial, Recueil Sirey, Paris, 1992, p 60 : « L'entreprise est la mise en œuvre de moyens de production dans une organisation permanente fondée sur une installation matérielle ».

ويضيف في ص 91 من نفس المرجع ما يلي:

« L'entreprise est en somme la répétition professionnelle d'actes de commerce reposant sur une organisation préétablie ».

بناء على تنظيم مهني سابق[60] . وعليه تكون كيفية ممارسة العمل القانوني هي التي تميّز العمل التجاري عن العمل المدني، ذلك لأن العمل لا يدخل في نطاق القانون التجاري إلا إذا كان على وجه المقاولة أو الاحتراف الذي يتطلب تكرار العمل بصفة مستمرة ومنتظمة ولا يهم بعد ذلك ان يحقق الربح أو لم يحققه[61].

تأخذ المقاولة عادة شكل المشروع، يباشر التاجر هذا العمل في مكتب أو محل مستعينا بالغير، فيوظف نشاطهم ويضارب على عملهم[62]. وتستند نظرية المقاولة على عنصرين أولهما الاحتراف وهو تكرار العمل وثانيهما وجود تنظيم سابق لهذا العمل وبالتالي فالقانون التجاري هو قانون المقاولات[63]، حيث نص المشرع على كثير من المقاولات التجارية التي تفوق الأعمال التجارية المنفردة سواء في القانون الفرنسي أو القانون الجزائري الذي استنبط أحكامه منه. ولهذا يرى أصحاب هذه النظرية أن النصوص القانونية تبين ترجيح فكرة المقاولة لتمييز العمل التجاري كما اعتمد القضاء في الكثير من أحكامه على هذا العنصر.

غير أن هذه النظرية، وإن كان لها صدى في القانون التجاري الفرنسي أو المصري أو الجزائري الذي نلتمسه عند تعداده لمعظم الأعمال التجارية، لم تسلم من الانتقادات من حيث أن تعريف المقاولة يتضمن مفهوما اقتصاديا، فمن غير الممكن تحديد المفهوم القانوني للعمل التجاري انطلاقا من معيار له مفهوم اقتصادي. كما ان اعتبار السرعة والائتمان (دعائم القانون التجاري) لا يقوم إلا بالنسبة للمقاولات فهذا غير صحيح، فقد نجد الشخص الذي يضارب في البورصة بمفرده دون تنظيم مهني يحتاج إلى الائتمان أكثر ما تحتاج إليه بعض المقاولات.

---

[60] رزق الله أنطاكي، نهاد السباعي، الوسيط في الحقوق التجارية البرية، الجزء الأول، مطبعة الداودي، دمشق، 1986 ، ص 83

[61] فوزي محمد سامي، مبادئ القانون التجاري، الطبعة الأولى، دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، عما، 2003، ص 18

[62] أدخل الفقيه Escarra في نظرية المشروع عنصر المضاربة على عمل الغير حيث اعتبر المقاولة بأنها استعمال وسائل الإنتاج في تنظيم دائم أسس على أدوات مادية، فهو يستمد من شكل التنظيم الذي يرتكز عليه العمل. فمن يمارس عملا على شكل مشروع ، يعتبر عمله تجاريا.

[63] بن زارع رابح، المرجع السابق، ص22-23

ب-معيار الحرفة

نادى ريبر[64] Ripert بنظرية الحرفة كمعيار للعمل التجاري. تقضي هذه النظرية ان الحرفة هي " ممارسة نشاط بصفة مستمرة وبصورة أساسية ومعتادة من أجل الحصول على الربح. كما يعتبر أن النص على المقاولات ضمن التقنين التجاري دليل على نظرية الحرفة التجارية، لأن المقاولة في ذاتها هي حرفة تجارية.[65] لكن ما يجب ملاحظته أن الحرفة والمشروع يختلفان في أن الأول لا يحتاج إلى تنظيم مسبق، لأن الحرفة مجرد ممارسة للنشاط بصفة معتادة للاسترزاق، كالتاجر المتنقل الذي يزاول حرفة التجارة رغم

عدم وجود أي تنظيم مادي.

وعليه يمكن القول ان فكرة الحرفة التجارية أوسع نطاقا من فكرة المشروع التجاري، ولو أن المسألة متداخلة فيما بينها ولا يمكن حسم الأمر بهذه الطريقة الجامدة، بدليل أن بعض الحرف لا يمكن القيام بها إلا من خلال تنظيم مادي ترتكز عليه، وإن كان البعض يعتبر أن هذا التنظيم ما هو إلا أمرا ثانويا لأن الدور الرئيسي منوط بشخصية من يزاولها وما التنظيم إلا أحد أدوات هذه الشخصية[66].

يرتبط التنظيم المادي في الحرفة بالشخص القائم به، فلا قيمة له بدونه. أما التنظيم المادي في المشروع فله قيمة في حد ذاته، تمكّنه من العمل بصفة مستقلة عن شخص صاحب المشروع[67] بعكس الحرفة التي تلتصق بالشخص.

في حقيقة الأمر تجد هذه النظرية أساسها في القانون (كالمادة الأولى تجاري عند تعريفها للتاجر)، وفي القضاء الذي كيّف الكثير من الأعمال التجارية بالنظر إلى الشخص القائم بها أو

---

[64] Ripert (George), Roblot (René), Traité de droit commercial, Tome 1, 16e édition, LGDG, 1996, p 28 s

[65] Ripert (George), Roblot (René), 16° édition, Op.Cit

[66] محمد فريد العريني، هاني دويدار، أساسيات القانون التجاري، دار ابن خلدون، الجزائر، 2002، ص 38

[67] محمد فريد العريني، هاني دويدار، المرجع السابق، ص 39

لكونها مقاولة. لكن رغم ذلك لم تسلم هذه النظرية من النقد من حيث صعوبة تحديد معنى الحرفة التجارية، كما تجعلنا في حلقة مفرغة بحيث لا يمكن تعريف الحرفة التجارية إلا بطبيعة الأعمال المكونة لها وهذه الطبيعة لا يمكن معرفتها إلا على ضوء الحرفة التي تنظمها[68].

في الأخير يمكن القول ان كل المعايير سواء معايير النظرية الموضوعية أو معايير النظرية الشخصية لم تتمكن من إيجاد تعريفا جامعا مانعا للقانون التجاري، والسبب يعود إلى أنه لا يمكن الأخذ بكل معيار على حدى إلا باستكماله بالمعايير الأخرى وتداخلها فيما بينها[69]. ولحل هذا الإشكال وضع القضاء الفرنسي قرينة يطلق عليها "قرينة تجارية présomption de commercialité [70] إذ يفترض أن العمل تم لحاجات التجارة والإثبات على من يدعي عكس ذلك.

عند استقراء نصوص القانون التجاري نجد أن المشرع الجزائري الذي حذا حذو المشرع الفرنسي في تعداد الأعمال التجاري على سبيل المثال على أساس النظرية الموضوعية والنظرية الشخصية، فنجد مثلا أخذ بالنظرية الشخصية في المادة 4 تجاري والمادة الأولى، كما أخذ بالنظرية الموضوعية في المادة 2. وقبل التفصيل في نظرية الأعمال التجارية ينبغي أن نوضّح أهمية التمييز بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية ولماذا انشغل الفقه والقضاء بهذا التمييز.

الفرع الثاني: أهمية تمييز العمل التجاري عن العمل المدني

يختلف القانون التجاري عن القانون المدني من حيث طبيعة العلاقات ومقتضياتها. وهذا الاختلاف يؤدي إلى وجود اختلاف بينهما في التنظيم القانوني. ولهذا سنطرق إلى أهم النقاط التي

---

[68] محمد فريد العريني، هاني دويدار، المرجع السابق، ص 37

[69] « Le droit commercial appelle deux observations. Il s'agit d'un droit qui présente davantage de juxtaposition de textes que comme un ensemble de règles. Dekeuwer-Défossez (F) et Blary-Clément (E), Droit commercial, Montchrestien, 11e édition, p35

[70] Blaisé (Jean-Bernard), droit des affaires, 3° édition, LGDG, p124 et s.
يرى الفقه الجزائري أن الصعوبة تكمن في مسألة صدور العمل عن مؤسسة انفرادية إذ يجب تحديد ما إذا كان العمل قد صدر لحاجيات المؤسسة أو للمصلحة الخاصة للتاجر. نادية فضيل، القانون التجاري، المرجع السابق، ص 59

تؤكّد هذا الاختلاف من حيث التنظيم القانوني استنادا لعنصر السرعة (أولا) والتنظيم القانوني استنادا لعنصر الائتمان (ثانيا)

أولا: التنظيم القانوني استنادا لعنصر السرعة

بما أن السرعة من دعائم الحياة التجارية فبالتالي تتميز المنازعات التجارية بطابع خاص يقتضي ذلك وضع أحكاما تتماشى مع هذه الخاصية، وعليه نتناول موضوع الاختصاص القضائي (أ) وقواعد الاثبات (ب)

أ-الاختصاص القضائي

يقصد بالاختصاص القضائي السلطة المخولة للجهة القضائية للنظر والفصل في النزاعات المرفوعة

أمامها وباتباع إجراءات حددها القانون. للإختصاص القضائي نوعين: اختصاص إقليمي (1) واختصاص

نوعي (2)

1-الاختصاص الإقليمي

بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد المادة 532 منه تنص: "تطبق على القسم التجاري، أحكام الاختصاص الإقليمي المنصوص عليها في هذا القانون والقواعد الواردة في القانون التجاري والقانون البحري والنصوص الخاصة" وتحدد المادة 39 -4 من ق.إ.م.إ على أن ترفع الدعاوى "في المواد التجارية، غير الإفلاس والتسوية القضائية، أمام الجهات القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الوعد ، أو تسليم البضاعة ، أو أمام الجهة القضائية التي يجب أن يتم الوفاء في دائرة اختصاصها، وفي الدعاوى المرفوعة ضد شركة، أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة إختصاصها أحد فروعها".

وتطبيقا لخاصية السرعة في الأعمال التجارية منح المشرع التجاري للمدعي خيارات في الجهة القضائية التي يرفع فيها الدعوى، فإما محكمة المدعى عليه، وإما محكمة الوعد، وإما محكمة تسليم البضاعة وإما محكمة التي يتم فيها الوفاء في دائرة اختصاصها، على خلاف المسائل المدنية حيث ترفع الدعاوى في موطن المدعى عليه على أساس ان "الدين يُطلب ولا يُحمل"

2-الاختصاص النوعي

بعد صدور قانون رقم 22-09 يعدل ويتمم القانون التجاري[71] الذي عدّل في تنظيم القضاء العادي، تغيّر الوضع فيما يتعلق بالاختصاص النوعي الذي كان لا يثار من قبل. كان التقسيم قبل هذا التعديل تنظيمي أكثر من وظيفي، فإذا تم رفع دعوى تجارية أمام قسم مدني فلا يقضي القاضي بعدم الاختصاص النوعي وإنما يحيل الملف من القسم المدني إلى القسم التجاري.

تنص المادة 6 من قانون رقم 22-09 على: " تحدث بدائرة اختصاص بعض المجالس القضائية، محاكم تجارية متخصصة". وعليه يُفهم أن الدعوى التجارية لزاما رفعها أمام المحاكم التجارية التي قد تحدثها بعض المجالس القضائية، تحت طائلة رفض الدعوى لعدم الاختصاص النوعي.

في حقيقة الأمر جاء هذا التعديل بآفاق جديدة في التنظيم القضائي، كما ان إحداث محاكم تجارية من شأنها تخفيف العبء على الأقسام على مستوى المحاكم العادية التي ثقلت من الكم الهائل من النزاعات نظرا لتطور العلاقات التجارية وتشعّبها، كما أنها لا تتحمّل الانتظار بحكم طبيعتها المتميّزة في السرعة في المعاملات والتي تقتضي حتما السرعة في حل النزاعات.

ب-حرية الإثبات في المسائل التجارية

[71] قانون رقم 22-09 مؤرخ في 4 شوال عام 1443 الموافق5 مايو 2022، يعدّل ويتمّم الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري

نظّم المشرع المدني قواعد الإثبات من المواد 323 وما بعدها. فطبقا للمادة 333 مدني لا تُجيز الإثبات بالبينة إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على ألف دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة. كما لا يجوز الإثبات بالبينة، طبقا للمادة 334 مدني، ولو لم تزد القيمة على ألف دينار جزائري فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمي. يتبن من هذه الأحكام مدى صرامة قواعد الإثبات في المسائل المدنية وتطبيقها على التاجر من شأنها عرقلة التجارة وتعطيلها[72].

أما الإثبات في المسائل التجارية فهو أكثر مرونة نظرا لطبيعة الأعمال التجارية وبناء على الاعتبارات التي أملتها الثقة والائتمان والسرعة. طبقا لقاعدة حرية الاثبات في المسائل التجارية يمكن الإثبات بالبينة والقرائن مهما كانت قيمة المبلغ، ويجوز الاحتجاج بتاريخ المحررات العرفية على الغير ولو لم يكن التاريخ ثابتا. لكن الأمر الأكثر أهمية وخروجا من القواعد العامة التي تقضي بأنه لا يمكن للشخص أن ينشأ دليلا لنفسه[73]، ففي المسائل التجارية أجاز المشرع لخصم التاجر، أن يحتج بما ورد بدفاتر خصمه لإثبات حقه وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 330 مدني حيث نصت بما يلي: " وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار، لكن ‘ذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل لنفسه أن يجزى ما ورد فيها أو استبعاد ما هو متناقض لدعواه". كما تشير المادة 13 تجاري إلى أنه: " يجوز للقاضي قبول الدفاتر التجارية المنتظمة كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية". كما تضيف المادة 16 تجاري على أنه: " يجوز للقاضي أن يأمر ولو من تلقاء نفسه بتقديم الدفاتر التجارية أثناء نزاع وذلك بغرض استخلاص ما يتعلق منها بالنزاع". وفي حالة رفض الطرف الذي يعرض عليه الإثبات

---

[72] بن زارع رابح، المرجع السابق، ص38

[73] أحمد محرز، المرجع السابق، ص50

بالدفاتر تقديمها، في هذه الحالة طبقا للمادة 18 تجاري فإنه يجوز للقاضي توجيه اليمين إلى الطرف الآخر[74]

تشكّل الدفاتر التجارية أهم وسيلة إثبات في المسائل التجارية ولهذا في حالة وجودها في أماكن بعيدة عن المحكمة المختصة أجازت المادة 17 تجاري للقاضي أن يوجه إنابة قضائية لدى المحكمة التي توجد بها الدفاتر أو يعين قاضيا للاطلاع عليها ويحرر هذا الأخير محضرا بمحتواها ويرسله إلى المحكمة المختصة بالدعوى.

تقتضي طبيعة الأعمال التجارية كما تبين من قبل، أن يكون الاثبات حرا، فيجوز الاثبات بشهادة الشهود والقرائن وكافة الطرق الاثبات الأخرى، حيث نصت المادة 30 تجاري على أنه: " يثبت كل عقد تجاري بـ:

1-سندات رسمية

2-سندات عرفية

3-فاتورة مقبولة

4-بالرسائل

5-بدفاتر الطرفين

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

إلا ان المشرع وضع استثناءات على مبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية لما تتطلب مقتضيات الحياة التجارية حيث تقتضي بعض التصرفات القانونية في المسائل التجارية الكتابة

[74] تنص المادة 18 تجاري على ما يلي: " إذا رفض الطرف الذي يعرض عليه الإثبات بالدفاتر تقديم هذه الأخيرة، جاز للقاضي توجيه اليمين إلى الطرف الآخر".

وأحيانا الكتابة الرسمية، فنجد على سبيل المثال عقد الشركة[75] تكون الشكلية عنصرا في تكوين العقد تحت طائلة البطلان، وكذلك المعاملات التي تقع على المحل التجاري كالبيع والرهن والتسيير الحر تتم بعقد رسمي ويشهر، فتخضع لشكلية تحت طائلة البطلان. وكذلك الأوراق التجارية مثل السفتجة[76] والسند لأمر[77] والشيك[78] التي اشترط فيها المشرع بيانات الزامية لصحتها ولوجودها، وسند النقل[79] وعقد تحويل الفاتورة[80].

ثانيا: التنظيم القانوني للأعمال التجارية استنادا إلى عنصر الائتمان

تقوم العلاقات التجارية على الائتمان الذي يشكّل عنصر الثقة والسرعة في المعاملات التي تقتضي ذلك. كما أن تكرار المعاملات وتواترها بين التجار من شأنها أن تولد نوع من الثقة في معاملاتهم التجارية وتستقر في نفوسهم مما يؤدي ذلك إلى انفراد القانون التجاري بقواعد خاصة تتعلق بالتضامن (أ) والفوائد والإعذار (ب) والمهلة القضائية (ج) الرهن الحيازي (د) وأخيرا الإفلاس والتسوية القضائية (د)

أ-افتراض التضامن

جرى العرف التجاري ان المدينين متضامنين بالدين التجاري عند تعدّد أطراف الالتزام، دون الحاجة إلى اتفاق أو نص قانوني بذلك تدعيما للائتمان والثقة[81] التي تقوم عليها الحياة التجارية

---

[75] تنص المادة 545 تجاري على ما يلي تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة، لا يقبل أي دليل إثبات بين الشركاء فيما يتجاوز أو يخالف مضمون عقد الشركة يجوز أن يقبل من الغير إثبات وجود الشركة بجميع الوسائل عند الاقتضاء". كما تنص المادة 57 من القانون البحري بالنسبة للرهن البحري على أنه: " يجب أن يكون الرهن البحري منشأ بموجب سند رسمي صادر فقط عن مالك السفينة الذي يجب أن يكون متمتعا بأهلية الرهن وإلا عدّ باطلا".

[76] نصت المادة 390 تجاري على البيانات الإلزامية التي يجب أن تتوفر في السفتجة لصحتها

[77] تنص المادة 465 تجاري على البيانات الإلزامية التي يجب أن تتوفر في السند لأمر لزاما.

[78] تنص المادة 472 تجاري على كل البيانات الإلزامية التي يجب ان يحرر بها الشيك

[79] تنص المادة 543 مكرر 8 تجاري على البيانات التي يجب ان يتضمنها سند النقل باعتباره يمثل وثيقة ملكية البضائع

[80] تنص المادة 543 مكرر 14 تجاري حيث حدد المرسوم التنفيذي رقم 95-331 مؤرخ في 25 أكتوبر سنة 1995، يتعلق بشروط تأهيل الشركات التي تمارس تحويل الفاتورة

[81] نادية فضيل، المرجع السابق، ص41

وتشجيعا للقروض بين التجار، وبالتالي انتعاش وازدهار المحيط التجاري. وهذا على خلاف ما هو عليه في القانون المدني حيث تقضي القواعد العامة في المادة 217 مدني بأنه لا يمكن افتراض التضامن فيما بين الأشخاص، إلا ما كان بنص صريح في القانون أو باتفاق أطراف العلاقة القانونية[82].

لكن قد نجد المشرع التجاري ينص صراحة على وجوب التضامن وذلك في المادة 551 تجاري التي تنص "على الشركاء في شركات التضامن يكونون مسؤولون من غير تحديد بالتضامن عن ديون الشركة". وكذلك المادة 549 تجاري حيث تنص على تضامن الشركاء المؤسسين للشركة التجارية قبل قيدها في السجل التجاري واكتسابها الشخصية المعنوية، من غير تحديد[83]. كما نص على التضامن بين جميع الموقعين على الورقة التجارية في الوفاء بقيمتها لحاملها، فمثلا تنص المادة 394 تجاري على أن: " الساحب ضامن قبول السفتجة ووفاءها". نظرا لتداول السفتجة عن طريق التظهير فنصت المادة 389 تجاري على هذا التضامن: " المظهر ضامن قبول السفتجة ووفائها مل لم يشترط خلاف ذلك".

الجدير بالذكر ان هذا الإلزام بالتضامن جاء لإبراز أهمية التضامن في هذه الحالة وتدعيما للدائنين. أي بعبارة أخرى أن التضامن مفترض في المسائل التجارية إلا في بعض الحالات تأكيدا للائتمان فإن المشرع يتدخل ويفرضها.

ب: اعذار المدين

---

[82] تنص المادة 217 مدني على ما يلي : "التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون"

[83] تنص المادة 549 تجاري على ما يلي: " لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري، وقبل إتمام هذا الإجراء يكون الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة ولحسابها متضامنين من غير تحديد أموالهم إلا إذا قبلت الشركة، بعد تأسيسها بصفة قانونية أن تأخذ على عاتقها التعهدات المتخذة.
فتعتبر التعهدات بمثابة تعهدات منذ تأسيسها".

يقصد اعذار المدين أن ينبه عليه الدائن عند حلول أجل الدين بتنفيذ التزامه بالوفاء به، ويسجل عليه تأخره في الوفاء[84]. تقضي القواعد العامة بأن الاعذار في المواد المدنية لا يكون إلا بإنذار المدين، أي بمطالبته بالوفاء بمقتضى ورقة رسمية تبلغ إليه عن طريق المحضر القضائي[85]، أي أن الاعذار في المسائل المدنية يجب ان يتم بورقة رسمية وعن طريق جهة رسمية. أما في المسائل التجارية فقد جرى العرف التجاري على أن اعذار المدين بالتزام تجاري يتحقق بمجرد خطاب عادي نظرا لما تتطلبه التجارة من سرعة في الإجراء[86].

ج: مهلة الوفاء

الأصل ان الوفاء بالدين يتم في تاريخ استحقاقه. فإذا عجز المدين بدين مدني عن الوفاء به في الميعاد، جاز للقاضي أن يمنح المدين أجلا للتنفيذ إذا استدعت حالته ذلك، ولم يلحق هذا التأجيل أي ضرر على الدائن، وكان هذا التأخير بحسن نية وهذا ما يسمى بنظرة الميسرة التي تنصت عليه المادة 210 مدني حيث جاءت بما يلي: " إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضي ميعادا لحلول الأجل، مراعيا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة مع اشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه". يشترط في هذا الاجراء حسن نية المدين.

أما في المسائل التجارية فلا يمكن منح للمدين هذه المهلة لقيام التجارة على السرعة والائتمان[87] كما أن العديد من الاحكام في القانون التجاري مشمولة بالنفاذ المعجل. فوضع التاجر المتوقف عن دفع ديونه يعلن إفلاسه لكن في إطار التسوية القضائية يمكن له أن تكون له مهلة للوفاء بديونه طبعا وفق لأحكام قانونية نص عليها المشرع.

---

[84] أحمد محرز، المرجع السابق، ص53 وكذلك في نفس المعنى، محمد فريد العريني، وهاني دويدار، المرجع السابق، قانون الأعمال، ص37

[85] راجع المواد 168،120،119، مدني

[86] عمار عمورة، المرجع السابق، ص 42

[87] نادية فضيل، المرجع السابق، ص 39

د: الرهن الحيازي

يتسم الرهن الحيازي في المسائل التجارية بالبساطة الإجرائية عند التنفيذ على الشيء المرهون. يخضع الرهن المنعقد لضمان الوفاء بدين تجاري لأحكام القانون التجاري، حيث تنص المادة 1/33 تجاري على أنه: " إذا لم يتم الدفع في الاستحقاق، جاز للدائن خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تبليغ عاد حاصل للمدين أو الكفيل العيني من الغير إذا كان له محل، أن يشرع في البيع العلني للأشياء المرهونة". وتضيف الفقرة 3 من نفس المادة: " ويعتبر لاغيا كل شرط يرخص فيه للدائن بأن يستملك المرهون أو يتصرف من غير مراعاة للإجراءات المقررة آنفا". والسبب في ذلك ان الرهن الحيازي يقع على سلع تخضع لتقلبات سعر السوق أو قد تكون قابلة للتلف مما يستلزم السرعة في التنفيذ.

أما الرهن الحيازي في القانون المدني فالمسألة مختلفة تماما حيث يخضع لإجراءات طويلة ومعقدة والحصول على حكم قضائي وغيرها من الأحكام التي تتناسب مع طبيعة العمل المدني.

ج: الإفلاس

الأصل لا يجوز شهر إفلاس التاجر إلا إذا توقّف عن دفع ديونه التجارية، وترفع يده عن إدارة أمواله والتصرف فيها، وتتكون جماعة الدائنين، ويتم تعيين وكيل عنهم يسمى بـ"وكيل التفليسة" تكون مهمته تصفية أموال المفلس وتوزيع الناتج منها بين الدائنين كل بحسب قيمة دينه، لتتحقق المساواة بينهم. وينتهي الأمر بشطب التاجر من السجل التجاري ووضعه في القائمة السوداء ولا يكون له رد اعتبار إلا بعد سداد كل ديونه.

أما النظام المدني فلا يعرف سوى الإعسار والمتمثل في عدم قدرة المدين على الوفاء بديونه نتيجة لاستغراق

هذه الديون جميع أمواله[88] . يخضع الدين المدني لأحكام القانون المدني من المواد 188 إلى 202 وهي

مرنة مقارنة بنظام الإفلاس، فلا يوجد غل يد المدين عن التصرف في أمواله وتصفية جماعية...إلخ.

الجدير بالذكر، أنه إلى جانب نظام الإفلاس يوجد نظام التسوية القضائية، حيث يمكن إنشاء عقد الصلح مما تتوقف معه مهام وكيل التفليسة[89]. يمكن ان يشترط في الصلح تقسيط دفع الديون[90] كما يجوز أن يقبل الصلح مع اشتراط الوفاء عند اليسر[91]. كذلك قد يتم عقد الصلح باتفاق بين المدين ودائنيه الذي يوافقون بموجبه على آجال لدفع الديون أو تخفيض جزء منها[92]

في الأخير، تبينت أهمية تمييز العمل التجاري عن العمل المدني نتيجة الآثار القانونية المترتبة عن هذا التمييز.

- **التمييز بين العرف التجاري والعادات التجارية** (l'usage commercial):

تختلف العادات التجارية عن العرف التجاري حيث تتكون من الركن المادي فقط، أي الاعتياد على اتباع سلوك معين- دون الركن المعنوي. تستمد قوتها وإلزاميتها من إرادة أطراف العقد سواء الضمنية أو الظاهرة.

تستمد العادة التجارية قوتها الإلزامية من عنصر خارجي عنها وهو إرادة المتعاقدين. لكن قد تنقلب العادة التجارية إلى عرف تجاري بمجرد الشعور بإلزاميتها. العرف قانون يخضع لرقابة المحكمة العليا ويقضي به القاضي من تلقاء نفسه.

---

[88] بن زارع رابح، المرجع السابق، ص 51
[89] المادة 332 تجاري
[90] المادة 333 تجاري
[91] المادة 334 تجاري
[92] المادة 318 مدني

مثال العادة الاتفاقية: إنقاص الثمن بدلا من فسخ البيع إذا كانت البضاعة المسلمة من صنف أقل جودة من الصنف المتفق عليه. أو اعتياد الأفراد على إدراج شروط معينة في تعهداتهم التجارية. فإذا لم تدرج صراحة في العقد واتضح جهل المتعاقدين بها، فلا تطبق عليهما، كما لا يفترض علم القاضي بها إلا إذا تمسك الأطراف بها لأنها تعدّ مجرد واقعة مادية[93].

الأعمال التجارية

تنص المادة الأولى من القانون التجاري على ما يلي: "يعد تاجرا كلّ شخص طبيعي أو معنويّ يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك". يتبين من خلال هذه المادة أن المشرع عرف التاجر بامتهانه الأعمال التجارية، وعلى هذا الأساس يجب التطرق إلى معرفة هذه الأعمال، أنواعها خاصة أنها جاءت على سبيل المثال.

وعند قراءة المواد 2-3-4 تجاري والتي تناولت الأعمال التجارية يمكن من هذا التعداد تصنيفها إما نسبة إلى عناصرها الذاتية وبغض النظر عن صفة القائم بها، وإما بسبب الصفة التجارية للشخص القائم بها [1].

تأثر التشريع الجزائري بالتشريع الفرنسي حيث قسّم الأعمال التجارية إلى ثلاث أنواع: أعمال تجارية بحسب الموضوع، أعمال تجارية بحسب الشكل، أعمال تجارية بالتبعية أو الأعمال الشخصية وهذه الأعمال أصبغ عليها المشرع الطبيعة التجارية تخضع لرقابة المحكمة العليا[2] واعتبرها تجارية إما بحسب موضوعها أو بحسب شكلها وهي تجارية بغض النظر عن الشخص القائم بها(المبحث الأول). وإما تبعية حيث يكون العمل في الأصل مدني ولكن يكتسي الطبيعة التجارية إذا قام بها التاجر (المبحث الثاني) وهناك ما يسمى بالأعمال المختلطة حيث تعتبر تجارية بالنسبة لطرف ومدنية بالنسبة للطرف الآخر مع الذكر ان بعض من الفقه الفرنسي "كريبر وروبلو" (Ripert – Roblot) يعتقد بأن المصطلح العمل المختلط لا يعني شيئا وأنه تم استعماله لاعتكاف الفقه الفرنسي على البحث عن تصنيف العقود القانونية في ذاتها وبحسب طبيعتها[3].

---

[1] فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، دار ابن خلدون، الجزائر، 2002، ص 78

[2] علي حسن يونس، القانون التجاري، دون ذكر دار النشر، الإسكندرية، 1977، ص 61

[3] Ripert (G), Roblot (R), Traité de droit commercial, 16eme édition, 1994, p204 : « L'acte par lui-même, n'est pas mixte et le mot ne signifie rien s'il a été employé, c'est parce que la doctrine française cherche à qualifier les actes juridiques en eux-mêmes et d'après leur nature »

المبحث الأول: الأعمال التجارية بغض النظر عن صفة الشخص القائم بها

تبين من قبل أن المشرع أخذ بالنظرية الموضوعية والنظرية الشّخصية لتصنيف الأعمال التجارية. تنص المادة 2 تجاري على الأعمال تجارية بحسب الموضوع (المطلب الأول) أما المادة 3 تجاري فتتناول الأعمال التجارية بحسب الشكل (المطلب الثاني)

المطلب الأول: الأعمال التجارية بحسب الموضوع

يمكن تعريف الأعمال التجارية بحسب الموضوع تلك الأعمال التي لها طبيعة تجارية سواء أكان القائم بها تاجرا أم غير تاجر. عند قراءة المادة 3 تجاري يمكن تقسيم الأعمال التجارية بحسب الموضوع إلى: أعمال تجارية منفردة (الفرع الأول) وأعمال تجارية على شكل مقاولات أو مشروع (الفرع الثاني)

الفرع الأول: الأعمال التجارية المنفردة

تكتسي الأعمال التجارية المنفردة الطبيعة التجارية ولو وقعت مرة واحدة. عددها المشرع في نص المادة 2 تجاري وهي تشمل شراء المنقولات من أجل إعادة بيعها بعينها أو بعد تحويلها وشغلها، وشراء العقارات لإعادة بيعها (أ)، والعمليات المصرفية وعمليات الصرف والسمسرة وعمليات الوساطة لشراء وبيع العقارات أو المحلات التجارية والقيم المنقولة (ب).

أ-الشراء لأجل البيع

اعتبرت المادة 2 تجاري ان : " كل شراء للمنقولات لإعادة بيعها بعينها أو بعد تحويلها وشغلها" والفقرة الثانية "كل شراء للعقارات لإعادة بيعها".

نستخلص من الفقرتين المذكورتين أنه يجب توفر ثلاثة شروط لاعتبار عملية الشراء والبيع تجارية وهي:

- وجود شراء
- أن يقع الشراء على منقول أو عقار
- ان يكون الشراء بقصد البيع

ماذا يعني الشراء؟

يقصد بالشراء كل تملّك بمقابل سواء كان المقابل مبلغا معيّنا من النقود، أو عينا كما هو الحال في المقايضة[4]. ان عملية الشراء من أجل البيع من مميزات الحياة التجارية حيث بواسطتها يتم تبادل وتوزيع الثروات، فهو أحسن نموذج لعمل التداول الذي يقوم به الشخص قصد تحقيق الربح. وبمفهوم المخالفة فإن أعمال استغلال الموارد الطبيعية والمجهود الفكري والبدني لا تدخل في نطاق الأعمال التجارية لكونها لا تسبقها عملية الشراء[5] فانتفى عنصر الوساطة.

وعليه يعتبر الشراء لأجل البيع عملا تجاريا مهما كانت صفة الشخص القائم به ولو حصل مرة واحدة إذ أن العملية الواحدة تكفي بذاتها لاعتبارها ذات طابع تجاري[6]

مثال: جرى العرف على استبعاد الإنتاج الزراعي عن نطاق القانون التجاري. فبيع المزارع محصولاته الزراعية لا تعتبر من الأعمال المدنية، فلم يسبق بيعها عملية الشراء. يبيع المزارع ثمرة انتاجه[7]، وهو الحكم الذي يطبق على كل ما يلزم لإنتاج المحصول الزراعي سواء تعلقت العملية بشراء البذور والأسمدة، أو شراء المواشي لتربيتها على الأرض الزراعية، أو شراء

---

[4] أما اكتساب الشيء عن طريق الهبة أو الإرث فهذا يخرج من نطاق الأعمال التجارية ولو كان التملك بنية البيع لأن من خصائص الأعمال التجارية أنها بمقابل.

[5] بن زارع رابح، المرجع السابق، ص 59 وفي نفس المعنى نادية فضيل، المرجع السابق، ص79

[6] Hamel (Joseph) , Lagarde (Gaston), Traité du droit commercial, Tome1, Paris, Librairie Dalloz, 1954, p152 ; Thaller (P) , Traité élémentaire de droit commercial, Tome 1, édition 1916 , p19

[7] يرى ريبير (Ripert) ان الاستغلال التجاري سابق في ظهوره على الاستغلال التجاري، ومن أجل الاستغلال التجاري وجد القانون المدني، لذلك لا يمكن نزعه من هذا النطاق.

الآلات الزراعية لاستغلالها في حرث الأرض[8] فضلا على ان المزارعون يكوّنون طبقة اجتماعية منفصلة عن التجار بحكم عاداتها وتقاليدها[9]

ملاحظة: هل يمكن، في ظل التطور العلمي والتكنولوجي الذي اجتاح الحياة الزراعية وفي ظل اقتصاد المعرفة، وظهور ما يسمى بالمزرعة الذكية، حيث تعمل بالذكاء الاصطناعي لتسيير وتنظيم الزراعة وكلما يتعلق بهذا الميدان، ان نستبعد الزراعة من الأعمال التجارية؟ وهل يمكن الوقوف على هذه التحاليل كانت لها معطياتها وأدواتها لم تعد تتماشى وتطور القرن 21؟ أعتقد أن على الفقه أن يجدد هذا التصنيف نظرا لتطور سقف المعرفة وأدواتها لأن المعرفة أسيرة أدواتها.

- ✓ **تعلق الشراء بمنقول أو عقار**

ما يثير التساؤل هو كيف يمكن أن يكون شراء العقار من الأعمال التجارية؟

اشترط المشرع بصريح عبارات المادة 2 تجاري أن يرد البيع على منقول أو على عقار. تشمل عبارة المنقول كافة الأموال المادية (كالبضائع مهما كان نوعها)، والمعنوية (كالسندات، حقوق الملكية الصناعية والعلامات التجارية، والمحلات التجاري). كانت العقارات -كما تبين من قبل- مستبعدة من الحياة التجارية[10]، لكن الواقع الاجتماعي والاقتصادي أستوجب دخولها وخضوعها لأحكام القانون التجاري لارتكاز العمليات العقارية على المضاربة والتداول لتحقيق الربح بالرغم أن تداولها غير مادي يتضمن تحويل الحقوق. فاعتبار المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي على أن هذه العميات تجارية شرب من الصواب.

- ✓ **البيع بقصد تحقيق الربح**

---

[8] Ripert (G) , Roblot (René), Op.Cit, p 201 et s

[9] محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص16 في نفس المعنى حسين النوري، الأعمال التجارية والتاجر، مكتبة عين شمس دار الجيل للطباعة، 1976، ص20

[10] ان سبب استبعاد العقارات من القانون التجاري الفرنسي القديم، يعود إلى أنها كانت تعتبر بمثابة أموال ثابتة غير قابلة للتداول. فرحة زراوي، المرجع السابق، ص 100

لا يكفي أن يكون الشراء من أجل إعادة البيع ما لم يجد النية أو القصد في تحقيق الربح. فلاعتبار شراء المنقول او العقار عملا تجاريا ، لابد من توفر قصد إعادة البيع وتحقيق الربح من هذه العملية[11]. وعليه يعدّ شراء منقل أو عقار بغرض الاستعمال أو الاستهلاك الشخصي من قبيل الأعمال المدنية حتى إذا تم بيعه لسبب ما ولو حقق ربحا كبيرا[12]. أما إذا توفرت نية البيع أثناء الشراء فالعمل عملا تجاريا ولو عاد المشتري عن بيعه، كأن يحتفظ بالمنقول أو العقار لنفسه.

السؤال الذي يفرض نفسه هو، كيف يمكن إثبات قصد البيع؟

ان عنصر قصد البيع جوهري في عملية الشراء لأجل البيع وهو صعب إثباته لأنه يعدّ باعثا شخصيا. لكن المسألة هي مسألة واقع، نرجع إلى ظروف الحال وعلى من يدعيه أن يقيم الدليل عليه[13]. ويكون ذلك بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن.

مثلا: إذا وقع شراء من تاجر، فيوجد قرينة أن الشراء كان بقصد البيع، لكنها قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس. على العموم، يمكن أن تستنتج نية البيع من ظروف الحال، **مثلا:** ان تكون الكمية المشترات كبيرة تفوق حاجة الاستهلاك الشخصي، كما يمكن أن نبحث في مدى تكرار هذه العمليات بصفة مستمرة بقصد المضاربة وتحقيق الربح إذا تم الشراء من قبل شخص غير تاجر[14].

الجدير بالذكر، أنه يوجد حالات يتم البيع قبل الشراء كما هو حال أعمال البورصة في المعاملات بالآجال إذ يمكن بيع قيم منقولة ثم شراءها بعد ذلك [15].

---

[11] سعيد يوسف البستاني، قانون الأعمال والشركات، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص169

[12] سميحة القليوبي، الوجيز في القانون التجاري، ط1، دار الثقافة العربية للطباعة والنشر، مكتبة القاهرة الحديثة، 1972، ص66

[13] بن زارع رابح، المرجع السابق، ص 66

[14] Hamet (Joseph) Lagarde (Gaston), Op.Cit, p154

[15] بن زارع رابح، المرجع السابق، ص 67

يجب أن نوضّح مسألة تتعلق بالمهن الحرة والأعمال الفنية الذهنية فإنها تخرج من دائرة الأعمال التجارية. تقوم المهن الحرة أساسا على موهبة صاحبها ومهارته ونشاطه الذهني كالطبيب، المهندس المحامي، المحاسب، فهؤلاء بتعاملهم مع الناس لا يقومون بالمضاربة أو وساطة في تداول الأفكار أو الأموال، إنما يتقاضون مقابل أتعابهم.

لكن في حالة ما إذا فتح الطبيب عيادة للعلاج فهو سيستخدم فرق متنوعة بحسب احتياجات العيادة من أطباء، هيئة التمريض، إداريين، المنظفين، الصيانة، الرقابة، طباخين وكل ما يلزم دار العلاج.... إلخ. أو المهندس عند فتحه مكتبا فهو يحتاج فريق من المهندسين، فنيين، في جميع التخصصات وعمالا ويتمتع بإمكانيات مادية للمضاربة، فإن لم يعد المشروع يقتصر فقط على استغلال المواهب الفنية، فيعتبر العمل تجاريا.

كذلك الأمر بالنسبة للفنان الذي يستغل فنه، فعمله مدني. أما إذا توسّع هذا العمل واستأجر مسرحا بأكمله، أو استأجر فرقة موسيقية، وقدّم خدماتها للجمهور، فيعدّ عمله تجاريا بشرط إذا كان العمل الغالب هو المضاربة على ما يكسبه من نفقات المسرح أو الفرقة وما يتحصل عليه من الجمهور[16].

أما أصحاب الإنتاج الفني والذهني فأعمالهم مدنية حتى إذا قاموا بشراء الأوراق وتعهدوا مع دار النشر لنشر مؤلفاتهم، لأنها تعتبر ثانوية بالنسبة لعمل المؤلف الرئيسي الذي هو إنتاج الأفكار. لكن أعمال الناشر لها طبيعة تجارية حيث يشتري حق المؤلف ويقوم بنفقات الطبع والنشر ويبيعه بقصد تحقيق الربح.

ب-العمليات المصرفية وعمليات الصرف والسمسرة والوساطة

طبقا للفقرة 13 والفقرة 14 من المادة 2 تجاري نعد من الأعمال التجارية المنفردة، العمليات المصرفية (1) ، عمليات الصرف (2)، السمسرة والوساطة (3)

[16] أحمد محرز، المرجع السابق، ص 61

1-العمليات المصرفية

هي الأعمال التي تقوم بها البنوك وهي تجارية ولو وقعت مرة واحدة هذا بالنسبة للبنك، أما بالنسبة للعميل

فتعتبر تجارية إذا كان تاجرا إذا كانت بمناسبة شؤون تجارته[17].

ملاحظة: في الواقع العملي لا يوجد ما يسمى بـ "الأعمال المصرفية المنفردة" لأن ببساطة تعتبر البنوك أشخاص معنوية، مهمتها القيام بعمليات مصرفية وعمليات القرض واستلام أموال الجمهور وتسيير وسائل الدفع المصرفي.

2-عمليات الصرف

يقصد بعمليات الصرف تلك الأعمال التي تقوم بمبادلة النقود، سواء نقود وطنية بنقود أجنبية، أو نقود أجنبية بنقود وطنية. ان عنصر الوساطة في تداول الثروات والمضاربة قصد تحقيق الربح متوفر في عمليات الصرف وعمليات البنوك.

تناولت المادة 110 من قانون النقد والقرض[18] مسألة العمليات المصرفية حيث جاءت بما يلي: "تتضمن الأعمال المصرفية تقلي الأموال من الجمهور وعمليات القرض ووضع سندات الدفع تحت تصرف الزبائن وإدارة هذه الوسائل"

تتم عملية الصرف بطريقتين: طريق الصرف اليدوي الذي يتم فيه تبديل نقود وطنية بنقود أجنبية أي المناولة اليدوية، وعن طريق الصرف المسحوب الذي يتمثل في تسليم النقود على أن يقوم من سلّمها بتقديم ما يقابلها بعملة أخرى في بلد أجنبي مقابل عمولة يدفعها.

---

[17] نادية فضيل، المرجع السابق، ص86

[18] قانون رقم 90-10 مؤرخ في 1990/04/14 المتعلق بالنقد والقرض

تقوم البنوك بعملية الصرف أو الصيارفة المحترفون فهم يجنون أرباحا تتمثل في الفرق بين ثمن شراء النقود وثمن بيعها ويظهر هذا في العمولة التي يتقاضونها في كل عملية صرف يقومون بها[19].

ملاحظة: تعتبر عملية الصرف عملا تجاريا ولو وقعت من غير تاجر سواء كان الصرف محلي أو الصرف المسحوب فهو عملا تجاريا بالنسبة للصراف، أما طالب الصرف فلا يعد العمل تجاريا من جهته إلا إذا كان تاجرا وبمناسبة تجارته[20]، أما إذا تمت هذه العملية عن طريق مبادلة وديّة للنقود بين صديقين من دولتين مختلفتين ففي هذه الحالة لا تعتبر من قبيل الأعمال التجارية.

لتحديد الطابع التجاري للعمليات المصرفية يجب تقييمها من جهة المؤسسة البنكية، فهي تجارية بالنسبة لها، أما من جانب المتعامل معها فان الأمر يختلف والمعيار يكون بحسب طبيعة الشخص، فإذا كان تجارا وبمناسبة نشاطه التجاري فالعملية تجارية، اما إذا كان غير تاجر فعمله ذو طبيعة مدنية

3-السمسرة والوساطة والوكالة بالعمولة

تعتبر السمسرة والوساطة والوكالة بالعمولة من العقود التجارية. اعتبرها المشرع من قبيل الأعمال التجارية بحسب الموضوع ولو وقعت مرة واحدة لأن هدف السمسار من خلال عمله هو تحقيق الربح.

تعتبر السمسرة عقد بمقتضاه يتعهد من خلاله شخص مقابل عمولة معينة تقريب وجهات النظر بين شخصين أو أكثر لجعلهم يبرمون عقدا فيما بينهم. ومثال السمسار في الجزائر، سمسار الشحن، السمسار البحري، سمسار التامين.

---

19 نادية فضيل، المرجع السابق، ص87 وفي نفس المعنى سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص72

20 شاذلي نور الدين، القانون التجاري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص 44

كما يعتبر المشرع ان كل عملية توسط لشراء وبيع العقارات أو المحلات التجارية والقيم المنقولة، تجارية بحسب موضوعها ولو تمت مرة واحدة. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر سنة 1990[21] حيث عرفت الوسيط على أنه كل شخص طبيعي أو اعتباري يحصل أو يحاول الحصول بصورة مباشرة أو غير مباشرة على مكافأة أو ميزة من أي نوع كانت عند تحضير أو تفاوض أو إبرام أو تنفيذ صفقة.

أما بالنسبة للوكيل بالعمولة، فالعمليات الخاصة بالعمولة هي عمليات يقوم بها الوسيط باسمه لكن لحساب الغير مقابل عمولة (أجر) وهو عمل تجاري بحسب الموضوع ولو وقع مرة واحدة أي بصفة منفردة، ومثال على ذلك: العمليات التي يقوم بها وكيل نقل البضائع، والوكيل لدى الجمارك وغيرها[22].

كما نصت المادة 2 تجاري من الفقرات 16 إلى 20 على اعمال تجارية بحسب الموضوع مهما كان صفة الشخص القائم بها وهي الأعمال التجارية المتعلقة بالتجارة البحرية التي وردت على سبيل المثال والمتمثلة في: كل شراء وبيع لعتاد أو مؤون 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.

ملاحظة: إذا تعلق الأمر بشراء سفينة نزهة أو تدريب أو بحث علمي[23] يعدّ عملا مدنيا لانتفاء عنصر المضاربة وتحقيق الربح

الفرع الثاني: الأعمال التجارية على شكل المقاولة

---

[21] قرار المحكمة العليا، رقم 00167 مؤرخ في 1992/12/30، المجلة القضائية 1992عدد 1، ص 75

[22] ان الوسيط في عقد الوكالة بالعمولة، يعمل باسمه لكن لحساب الغير، فالطرف الذي يتعامل مع الوسيط لا يعرف الموكل الذي مطالب بتسديد عمولة إلى الوسيط إضافة إلى تحمل كافة المصاريف التي يقوم بها وكيل نقل البضائع...إلخ. فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص وسف البستاني، المرجع السابق، ص 113 ، في نفس المعنى سعيد يوسف البستاني، ص 116

[23] نادية فضيل، المرجع السابق، ص 56-57

قام المشرع التجاري بتعداد الأعمال التي لا تكتسب الطبيعة التجارية إلا إذا كانت على شكل مقاولة في

المادة 2 تجاري[24].

لم يعرف المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي المقاولة ولكن تصدى له الفقه وأبرزهم الفقيه Escarra حيث عرّف المقاولة على أنها: " تكرار الأعمال التجارية على وجه الاحتراف بناء على تنظيم معني سابق"[25]. وعليه يجب توفر شرطين في المقاولة لتعتبر تجارية وهما: تنظيم سابق وتكرار العمل بصفة مستمرة.

والمقاولات التي نصت عليها المادة 2 تجاري هي: مقاولة لتأجير المنقولات أو العقارات، مقاولة للإنتاج أو التحويل أو الإصلاح، مقاولة للبناء أو الحفر أو لتمهيد الأرض، مقاولة للتوريد أو الخدمات، مقاولة لاستغلال المناجم أو المناجم السطحية أو مقالع الحجارة أو منتوجات الأرض الأخرى، مقاولة لاستغلال النقل أو الانتقال، مقاولة الملاهي العمومية[26] أو الإنتاج الفكري، مقاولة لاستغلال المخازن العمومية، مقاولة لبيع السلع الجديدة بالمزاد العلني بالجملة أو الأشياء

---

[24] عرفت المادة 549 مدني المقاولة حيث نصت على ما يلي: " المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر". هذا المعنى لا ينطبق على مفهوم المقاولة في القانون التجاري. استعمل المشرع مصطلح مقاولة ترجمة للنص باللغة الفرنسية entreprise لهذا كان من الأفضل اختيار المشرع مصطلح "مشروع" الذي يعرف بأنه وحدة اقتصادية وقانونية تجتمع فيها العناصر البشرية والمادية للنشاط الاقتصادي.

[25] Escarra (Raoult), cours de droit commercial, Op.Cit, p22

[26] لم يعرف المشرع ما المقصود بالملاهي العمومية، لكن بالرجوع إلى تطبيقات القضاء واجتهاد الفقه، يمكن القول بأنها تلك الأماكن التي تهدف إلى تقديم التسلية والترفيه للجمهور مقابل أجر، كالمسارح ودور السينما والموسيقى ومدن الملاهي والألعاب الرياضية وسباق الخيل والمعارض العامة. الجدير بالذكر أن المشرع أضفى الطبيعة التجارية على هذه الأنشطة بعد أن تدخل الوسطاء في ميدان هذا العمل. فالقائمون على هذه الملاهي لا يقدمون أي عمل فني وإنما يشترون الإنتاج الفني وحق العرض من المؤلفين وأصحاب الحقوق الأدبية، كما يستأجرون الأماكن المناسبة للعرض ويشترون لوازم التسلية والترفيه مما يحقق لهم أكبر قدر من الأرباح. أنظر تفصيلا في ذلك، أحمد محرز، المرجع السابق، ص 82

المستعملة بالتجزئة، مقاولة للتأمينات[27]، مقولة لصنع أو شراء أو بيع وإعادة بيع السفن الملاحة البحرية.

لتسهيل دراسة هذه المقاولات هناك من اجتهد[28] وقسّمها إلى أربعة أنواع وهي:

مقاولات الاستخراج وهي مقاولات استغلال المناجم، ومقاولات التحويل كمقاولات التحويل والإنتاج، وبعضها تتعلق **بتداول المنتجات والخدمات**[29] كمقاولات التوريد **ومقاولات استغلال المخازن أو النقل** وغيرها[30]، و**مقاولات تتعلق بالضمان ضد الأخطار** وهي مقاولات التأمين. الأهم في الموضع أن كل هذه الأعمال إذا تمت على شكل مقاولة أي مشروع فهي تعتبر من الأعمال التجارية بحسب الموضوع، وهذه الطبيعة التجارية أضفاها المشرع.

أما إذا تمت هذه المقاولات بأنواعها في نطاق محدد وشخصي كما لو قام بها الشخص بنفسه وفي مجال ضيق يعتبر العمل في هذه الحالة من قبيل الحرفي أو غير ذلك. مثلا: إذا مارس الشخص عملية الإنتاج والتحويل أو الإصلاح كالخياط الذي يُقدّم له القماش ليحيكه بنفسه، أو النجار الذي يُقدّم له الخشب ليصنعه بنفسه حتى لو استعان بصبي أو شخص آخر أو أكثر أو بأفراد أسرته فلا يضارب على أحدهم فعمله من قبيل الأعمال الحرفية. أما إذا وظّف عددا من العمال ويظهر بمظهر صاحب المقاولة فالوضع ينتقل إلى نطاق المقاولة التي تعد عملا تجاريا بحسب الموضوع

المطلب الثاني: الأعمال التجارية بحسب الشكل

---

[27] تعتبر التأمينات تجارية دائما بالنسبة للمؤمن (أي شركة التأمين) أما بالنسبة للمؤمن عليه فيعتبر عملا مدنيا ما لم يكن تاجرا. أنظر تفصيلا في ذلك: عبد الودود يحي، الالتزام بإعلان الخطر في التأمين، دون ذكر دار النشر، القاهرة، 1963ن ص 26 وما يليها.

[28] فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص 119

[29] مقاولات التوريد كتوريد الأغذية للمستشفيات والمدارس والفنادق، توريد المياه والغاز والكهرباء، توريد الأوراق للصحف ... إلخ. أما توريد الخدمات كاستغلال الفنادق، النوادي، المقاهي، استثمار الحمامات فهي تقد خدمات للراحة والتسلية بمقابل

[30] مثال لمقاولات استغلال منتجات الأرض كزرع الأرض بالعنب أو البرتقال على مساحات شاسعة لصناعة العصير أو صناعة المعاجن، أو استغلال مياه معدنية وتعبئتها في زجاجات لبيعها أو استغلال بحيرة لتربية الأسماك وصيدها وتوريدها إلى المستهلكين بصفة منتظمة أو إنشاء مصنع لتجفيفها وحفظها وبيعها.

تنص المادة 3 تجاري على أنه: " يعدّ عملا تجاريا بحسب شكله:

-التعامل بالسفتجة بين الأشخاص

-الشركات التجارية

-وكالات ومكاتب الأعمال مهما كان هدفها

- العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية

-كل عقد تجاري يتعلق بالتجارة البحرية والجوية"

لم يعرف المشرع مفهوم الأعمال التجارية بحسب الشكل وإنما قام بتعدادها فمثلا السفتجة عمل تجاري بحسب الشكل بغض النظر الصفة المتعامل بها[31]. وعليه نتناول التعامل بالسفتجة (الفرع الأول) ثم الشركات التجارية (الفرع الثاني)، وكالات ومكاتب الأعمال (الفرع الثالث)، العمليات الواقعة بالمحلات التجارية (الفرع الرابع) والعقود المتعلقة بالتجارة البحرية والجوية (الفرع الخامس)

الفرع الأول: التعامل بالسفتجة

تعتبر السفتجة سندا تجاريا نظمه المشرع بموجب المواد 389 وما يليها من القانون التجاري حيث نصت المادة 389 على ما يلي:" تعتبر السفتجة عملا تجاريا مهما كان الأشخاص". فالسفتجة سندا تجاريا يصدر من شخص يسمى "الساحب" يأمر بمقتضاه شخصا آخرا يسمى "المسحوب عليه" بأن يدفع مبلغا معيّنا وثابتا من النقود وفي تاريخ معين لفائدة شخص ثالث يسمى "المستفيد".

[31] https://cours-de-droit.net/acte-de-commerce-définition-a121604968 : « Le simple fait de signer une lettre de change est un acte de commerce par la forme (même si on n'est pas commerçant). Ça permet d'avoir un crédit plus rapide ».

يشترط في السفتجة ان تتوفر على بيانات إلزامية نص عليها المشرع في المادة 390 تجاري لصحتها، فإذا لم تستوف هذه الشروط يتحول السند التجاري المتمثل في السفتجة إلى سند عادي، أي أنه يفقد الطبيعة التجارية وما يترتب عن ذلك من آثار[32].

- **الساحب** هو الشخص الذي يحرر السفتجة ويوقع عليها حيث يصدر أمرا إلى شخص آخر يكلفه فيه بالوفاء في تاريخ معين أو قابل للتعيين بمبلغ من النقود.
- **المسحوب عليه** هو الشخص الذي يصدر إليه الأمر من الساحب الذي غالبا يكون دائنا للمسحوب عليه بمبلغ من النقود مستحق الوفاء في ميعاد الاستحقاق المذكور في السفتجة وهو ما يسمى "مقابل الوفاء"
- **المستفيد** هو الشخص الذي يتلقى الوفاء من المسحوب عليه

تعتبر السفتجة أداة ائتمان ووفاء في آن واحد قابلة للتداول إما عن طريق التظهير وإما عن طريق التسليم، وذلك لحين تقديمها للمسحوب عليه لقبولها ثم الوفاء بالقيمة الثابتة بها[33]. فهي تنتقل من شخص إلى آخر وعليه، فكلما تضمنت توقيعا جديدا زادت ضمانات الوفاء بها على اعتبار ان جميع الموقعين عليها ملزمون بالوفاء للحامل عند تاريخ استحقاقها[34].

أخيرا نستنتج أن كل ما يتعلق بالسفتجة يعتبر عملا تجاريا سواء كان الالتزام مدنيا أو تجاريا، وأيا كانت صفة الموقعين عليها سواء كانوا مظهرين أو راهنين أو ضامنين.

---

[32] تنص المادة 390 تجاري على البيانات التي يجب أن تتضمنها السفتجة وهي:
1-تسمية "سفتجة" في متن السند نفسه وباللغة المستعملة في تحريره. 2-أمر غير معلق على قيد أو شرط بدفع مبلغ معين. 3-اسم من يجب عليه الدفع (المسحوب عليه). 4-تاريخ الاستحقاق. 5-المكان الذي يجب فيه الدفع. 6-اسم من يجب الدفع له أو لأمره. 7-بيان تاريخ إنشاء السفتجة ومكانه. 8-توقيع من أصدر السفتجة (الساحب). تنص الفقرة 2 من المادة 380 تجاري: " إذا خلا السند من أحد البيانات المذكورة بالفقرات المتقدمة فلا يعتد به كسفتجة ...."

[33] اعتبر المشرع التعامل بالسفتجة عملا تجاريا لتوحيد النظام القانوني الذي يحكم الدين الثابت بها ولبعث الاطمئنان للمتعاملين بها وحماية لحقوقهم ولهذا كان من الضروري النظر إلى شكل الورقة وتقرير نظام واحد يحكم هذا الدين أيا كانت طبيعته الأصلية. أنظر تفصيلا في ذلك: علي جمال الدين عوض، الوجيز في القانون التجاري، دار النهضة العربية، مصر، 1975، ص 41

[34] بن زارع رابح، المرجع السابق، ص 79

الفرع الثاني: الشركات التجارية

عرفت المادة 416 مدني الشركة بأنها "عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على

المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة".

نصت المادة 3 فقرة 2 تجاري على تجارية الشركة بحسب شكلها أما المادة 544 تجاري تنص على ما يلي: " يحدد الطابع التجاري لشركة إما بشكلها أو موضوعها" وتضيف الفقرة 2 من هاته المادة أنه: "تعدّ شركات التضامن وشركات التوصية والشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة، تجارية بحكم شكلها ومهما يكن موضوعها".

لكن بعد صدور قانون 22-09 المعدل والمتمم القانون التجاري[35] استحدث المشرع نوعا جديدا من

الشركات، وهي شركة المساهمة البسيط SAS وحصرها على المؤسسة الناشئة وذلك في المادة 715 مكرر 13 فقرة 4 حيث تنص على ما يلي:" تنشأ شركة المساهمة البسيطة حصريا من طرف الشركات الحاصلة على علامة "مؤسسة ناشئة".

ادراج الطبيعة التجارية للشركات ما هو إلا حماية للغير المتعامل معها. ان السبب التاريخي لاعتبار الشركة تجارية بحسب شكلها مهما كان موضوعها يرجع إلى إفلاس شركة بناما Panama سنة 1893 حيث كانت الشركات تجارية بحسب موضوعها، فإذا كان نشاطها تجاريا تصنف الشركة تجارية أما إذا كان نشاطها مدنيا فهي شركة مدنية. وبالرغم أنها كانت شركة أسهم إلا أنه تم تكييفها أنها شركة مدنية ولم يكن من الممكن تطبيق نظام الإفلاس عليها،

[35] قانون رقم 22-09 مؤرخ في 4 شوال عام 1443 الموافق 5 مايو سنة 2022، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-59 المؤرخ في رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون التجاري، ج ر عدد 32 الصادر في 13 شوال 1443 الموافق 14 مايو سنة 2022

مما أثار إشكالا قانونيا هاما نظرا للأضرار التي لحقت بدائني هذه الشركة، وهذا ما أدى إلى تدخل المشرع الفرنسي واعتبر شركة المساهمة تجارية بحسب الشكل مهما كان موضوع نشاطها. تعممت القاعدة لاحقا على أشكال الشركات الأخرى وذلك في تعديل القانون التجاري الفرنسي سنة 1966[36]

الفرع الثالث: وكالات ومكاتب أعمال

تعتبر الفقرة 3 من المادة 3 تجاري الوكالات ومكاتب أعمال تجارية بحسب شكلها مهما كان هدفها، وهي المكاتب التي تقدم خدمة للجمهور لقاء أجر معيّن أو نظير نسبة معيّنة من قيمة الصّفقة التي تتوسّط فيها.

يمكن ان تقدم الوكالات ومكاتب الأعمال خدمات متنوعة، كما يمكن ان تختص في مجال معيّن أي في خدمة معينة كوكالات الإعلان، ووكالات السياحة والأسفار، ووكالات الأنباء، ووكالات المتخصصة المتعلقة بتسوية المسائل الإدارية المتعلقة برخص التصدير، ووكالات العبور الجمركي التي تقوم بالتلخيص على البضائع وغيرها. فصاحب هذه النشاطات يبذل مجهودا يقصد من ورائه تحقيق الربح[37].

أضفى المشرع الطبيعة التجارية على هذا النوع من الأعمال لحماية الجمهور المتعامل معها، فهي لا تخرج عن كونها بيعا أو تأجيرا للجهود والخبرة، فأخضع القائمين بها لأحكام القانون التجاري[38].

---

[36] Armand (Colin), Annales de géographie,©1964, collection JSTOR. P 720 : « Capital de 24 012 000 dollars US est représenté par 1 956 000 actions ordinaires de 12 dollars et 540 parts de fondateurs nominales à 100 dollars ».

[37] بن زارع رابح، المرجع السابق، ص 82

[38] مصطفى كما طه، أساسيات القانون التجاري، منشورات الحلبي للحقوق، دمشق، 2005، ص76 كذلك أكثم أمين الخولي، قانون التجارة اللبناني المقارن، الجزء الأول، ط2، دار النهضة العربية للطباعة والنشر بيروت، 1967، ص 119

يلاحظ ان مصطلح الوكالات ومصطلح المكاتب واسع حيث يشمل كل الأعمال التي تتضمن المضاربة على أعمال الغير أو التوسط في إتمام الصفقات أيا كانت طبيعتها حتى ولو كانت تقوم على نشاط مدني. يجب أن نوضّح أن هذه الأعمال تجارية نظرا للشكل والتنظيم الذي تتخذه للقيام بها على وجه الامتهان للمضاربة وتحقيق الأرباح.

الفرع الرابع: العمليات الواقعة على المحلات التجارية

لم يعرف المشرع المحل التجاري وإنما ذكر عناصره وعليه يمكن تعريفه بناء على المادة 78 تجاري: " تعدّ جزءا من المحل التجاري الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري.

ويشمل المحل التجاري إلزاميا عملاءه وشهرته.

كما يشمل أيضا سائر الأموال الأخرى اللازمة لاستغلال المحل التجاري والحق في الإيجار والمعدات والآلات والبضائع وحق الملكية الصناعية والتجارية، كل ذلك ما لم ينص على خلاف ذلك".

يقصد بالمحل التجاري مجموع الأموال المادية والمعنوية التي يستخدمها التاجر في نشاطه التجاري. ويستقل المحل التجاري بتنظيم قانوني يختلف عن التنظيم القانوني الذي يخضع له كل عنصر داخل في تكوينه. واعتبر المشرع التجاري بنص صريح على تجارية العمليات التي تقع على المحل التجاري من بيع، ورهن، وتسيير حر.

أثير الاختلاف الفقهي حول تحديد صفة مشتري المحل أو بائعه من غير التاجر. فاعتبر البعض التمسك بحرفية النص فمادام موضوع العملية هو المحل التجاري فالعمل تجاريا بغض النظر عن القائم به. لكن النقاش المحتدم وقع بالنسبة لمن آل إليه المحل التجاري عن طريق الإرث ولم يكن تاجرا وباع محله الموروث، رجح الرأي على اعتباره عملا مدنيا على أساس أنه

آل إليه بعد تصفية التركة[39]. لكن بالنسبة للمشرع الجزائري فإن كل العمليات الواقعة على المحل التجاري سواء كان بيعا أو شراء للمحل التجاري بكافة عناصره المادية والمعنوية، أو إيجارا أو رهنا، أو كان التصرف واقعا على أحد عناصره، وسواء كان المتصرف أو المتصرف إليه تاجرا أو غير تاجر، فإذا باع أو رهن ورثة أحد التجار محل مورثهم، وكانوا جميعا موظفين عموميين، يعدّ هذا العمل تجاريا طبقا لأحكام الفقرة 4 من المادة 3 تجاري وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها "انه من المقرر قانونا يعد تاجرا ويخضع للقانون التجاري كل من يملك محلا تجاريا ومسجلا في السجل التجاري ويمارس أعماله على سبيل الاعتياد ....."[40]

الفرع الخامس: عقود التجارة البحرية والجوية

تنص الفقرة 5 من المادة 3 تجاري على اعتبار العمل تجاريا بحسب شكله كل عقد يتعلق بالتجارة البحرية والجوية[41]، كان من الأحسن أن يلتزم المشرع بعبارات المادة باللغة الفرنسية وتكون فقرة هذه ا لمادة على هذا الشكل: " كل عقد يتعلق بالتجارة البحرية والجوية" وليس "كل عقد تجاري..." .

مثال العقود المتعلقة بالتجارة البحرية والجوية، عقد إنشاء السفن والطائرات، عقود نقل البضائع والأشخاص، قروض التأمين، عقود تأجير واستئجار السفن والطائرات...".

ملاحظة: اعتبر المشرع في المادة 2 تجاري جميع العقود المتعلقة بالتجارة البحرية ضمن الأعمال التجارية بحسب الموضوع في حين اعتبرتها الفقرة 5 من المادة 3 تجاري تجارية بحسب شكلها.

في الأخير يمكن القول انه لاكتساب العمل الطبيعة التجارية بحسب الشكل يجب توفر شرطين:

---

[39] علي حسن يونس، القانون التجاري، جامعة عين شمس ، مصر، 1977، ص 155 وما بعدها.

[40] قرار المحكمة العليا، رقم 41272 مؤرخ في 1987/01/03، المجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد 3 سنة 1991، ص 81

[41] يلاحظ أن النص باللغة الفرنسية أدق من النص باللغة العربية حيث جاء كما يلي :

« Tout contrat concernant le commerce par mer et par air »

- أن يكون العمل عقدا من حيث الشكل والموضوع
- ان يتعلق موضوع العقد بالتجارة البحرية أو الجوية أي بالاستغلال التجاري وبقصد المضاربة لتحقيق الربح فإذا باع شخص مدني-على سبيل المثال-سفينة أو طائرة آلت إليه بطريق الميراث فالعمل لا يعتبر تجاريا لانتفاء غرض الاستغلال التجاري[42]

المبحث الثاني: الأعمال التجارية بالتبعية والأعمال المختلطة

تنص المادة 4 تجاري على ما يلي: " يعد عملا تجاريا بالتبعية: "

-الأعمال التي يقوم بها التاجر والمتعلقة بممارسة تجارته أو حاجات متجره.

-الالتزامات بين التجار". (المطلب الأول)

يوجد حالة تسمى أعمال مختلطة أي أنها تجارية بجانب ومدنية بالجانب الآخر والحكمة من هذا التكييف هو تحديد قواعد الإثبات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الأعمال التجارية بالتبعية

بينت المادة الرابعة تجاري شروط الأعمال التجارية بالتبعية (الفرع الأول) ونطاق نظرية الأعمال التجارية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط نظرية الأعمال التجارية بالتبعية

يتبين من خلال النص المادة 4 تجاري ان المشرع إلى جانب تعداده للأعمال التجارية بحسب موضوعها والأعمال التجارية بحسب شكلها، أضاف طائفة أخرى من الأعمال التي يقوم بها التاجر لحاجات تجارته، حيث اعتبرها تجارية بصرف النظر عن طبيعتها الذاتية على أساس مهنة الشخص الذي يقوم بها. فاعتبرها تجارية بالتبعية وسماها "الأعمال التجارية بالتبعية".

[42] أحمد محرز، المرجع السابق، ص 101

وبهذا الشكل مزج المشرع الجزائري لتحديد العمل التجاري بين النظرية الموضوعية والنظرية الشخصية على غرار التشريعات الأخرى.

يعود أصل هذه النظرية إلى الفقه والقضاء الفرنسيين حيث استقرا على نوع من الأعمال وهي الأعمال

المدنية بحسب أصلها ولكنها تكتسب الطبيعة التجارية لصدورها من تاجر عند ممارسة نشاطه التجاري أو

حاجات تجارته طبقا للقاعدة "الفرع يتبع الأصل"[43]. لجأ الفقه والقضاء الفرنسيين[44] لهذه النظرية لعجزهما على وضع معيار جامع ومانع للأعمال التجارية في النظرية الموضوعية. **ومثال على ذلك**: شراء التاجر سيارة لتوزيع ونقل بضاعته، فالعمل في الأصل يعدّ عملا مدنيا لكن يكتسي الطبيعة التجارية لأنه صدر من التاجر بمناسبة ممارسة نشاط تجارته، وعلى التاجر عبء إثبات عكسها. أما الأعمال التي لا تتعلق بتجارته وقام بها الشخص لا بصفته تاجرا وإنما بصفته شخص عادي فهي مدنية كالزواج، الطلاق وما يترتب عن ذلك من التزامات، وشراء أثاث لمنزله، وتسديد فاتورة الكهرباء التابعة لمنزله، ومسائل الوصية والميراث...إلخ. فهذه الأعمال خارجة عن نطاق تجارته.

يرجع سبب ظهور هذه النظرية هو البحث عن توحيد النظام القانوني الذي يخضع له التاجر وإخضاع العمل الأصلي والعمل التبعي لقانون واحد.

نستخلص من نص المادة 4 تجاري شروط اعتبار العمل تجاريا بالتبعية وهي:

- توفر صفة التاجر في الشخص القائم بالعمل

[43] Guyon (Yves), Droit des affaires, Droit commercial général et sociétés, édition Economica, 1980, Paris, p79, voir : cours de droit @outlook.com : « les accessoires suivent le principal ». Pour cela deux conditions : Conditions relatives à l'auteur de l'acte qui doit être commerçant de droit. Conditions relatives à l'acte lui-même, l'acte civil doit être conclu pour les besoins du commerce.

[44] أحمد محرز، المرجع السابق، ص102، وفي نفس السياق إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 37 وما بعدها

- تعلق العمل بممارسة التجارة أو ناشئا عن التزامات بين التجار

بالنسبة **للشرط الأول**: نرجع إلى المادة الأولى من القانون التجاري التي عرفت التاجر بالشخص الذي يقوم بالأعمال التجارية ويتخذها مهنة معتادة له. كما اشترطت المواد من 5 إلى 8 من ذات القانون توفر الأهلية لممارسة التجارة. ويستوي أن يكون الشخص شخصا طبيعيا أو معنويا

بالنسبة **للشرط الثاني**: يحدد نطاق نظرية الأعمال التجارية بالتبعية حيث استعمل المشرع مصطلح "التزامات بين التجار" فوسع من نطاق "العمل، فالأعمال قد تكون أعمالا مادية أو قانونية ناشئة عن التزام تقصيري أو تعاقدي[45] وسواء طرفي العلاقة تجارا أو الطرف الآخر مدنيا كما لو تعامل التاجر مع شخص مدني لشؤون تجارته.

الفرع الثاني: نطاق الأعمال التجارية بالتبعية

يمكن تقسيم الالتزامات إلى التزامات تعاقدية (أولا) والتزامات غير تعاقدية (ثانيا).

أولا: الالتزامات التعاقدية

تشمل التصرفات القانونية التي يبرمها التاجر والمتعلقة بتجارته كعقد التأمين عن الحريق أو عن السرقة، إذا تعلقت بتجارته، أما إذا أبرم التاجر عقد تأمين لمصلحة زوجته أو أولاده فيخرج هذا العمل عن نطاق الأعمال التجارية بالتبعية. ونفس الأمر إذا اشترى التاجر أثاثا لمنزله.

فالالتزامات التعاقدية للتجار تعد أعمالا تجارية كالالتزامات الناشئة عن عقد أبرمه تاجر مع تاجر آخر لشراء الأوراق والآلات والسيارات اللازمة لمحله التجاري أو مصنعه حتى ولو لم يكن هذا الشراء بقصد البيع وتحقيق الربح كشرائه أوراق لتغليف البضاعة لا لإعادة بيع الأوراق على حالها، أو يشتري الأثاث لاستقبال العملاء المترددون على محله دون أن تكون له نية إعادة بيع هذه الأثاث بقصد تحقيق الربح.

---

[45] نادية فضيل، المرجع السابق، ص 117

كذلك عقد الإيجار الذي يبرمه التاجر لحاجات تجارته. كاستئجار التاجر لعقار للاستغلال التجاري أو كاستئجار شركة تجارية لعقار لسكنى أحد موظفيها أو مديرها[46]، أو استئجار قطعة أرض لتخزين بضائع عليها.

وكذلك عقود النقل التي يبرمها التاجر لممارسة تجارته، وعقود الإعلان للترويج عن بضاعتهم، وعقد فتح حساب جاري لمصلحة تجارته حتى ولو استعمل هذا الحساب في نفس لوقت لحاجاته غير التجارية أي الشخصية. أي في الخلاصة كل العقود التي يبرمها الشخص بصفته تاجرا وبمناسبة نشاطه التجاري تعدّ تجارية بالتبعية.

اختلف الفقه حول ما يتعلق بعقود العمل التي يبرمها التاجر مع عماله، نظرا لخصوصيتها حيث تدخّل المشرع لحماية العامل كطرف ضعيف وحدد الحد الأقصى لساعات العمل ووضع الحد الأدنى للأجور، والضمانات الاجتماعية. اعتبر جانب من الفقه أن هذه العقود مدنية بغض النظر عن صفة التاجر نظرا لطبيعتها، أما جانب آخر فاعتبرها تجارية بالتبعية[47] .

يمكن القول انه من ناحية ترجيح مصلحة العامل وحماية حقوقه والتفسير الأصلح للعامل يكون الرأي الثاني الأكثر للصواب، أي اعتبار عقود العمل التي يبرمها التاجر مع عماله من الأعمال التجارية بالتبعية[48]، فإذا توقف التاجر عن دفع أجور عماله دون مبرر يعتبر ذلك توقف عن الدفع مما يحق للعامل طلب شهر إفلاس التاجر.

ثانيا: الالتزامات غير التعاقدية

نص المشرع في المادة 4 تجاري على "الالتزامات " نظرا لعموم المصطلح فهو يشمل الالتزامات التعاقدية والالتزامات غير التعاقدية كالالتزامات الناشئة عن المسؤولية التقصيرية (أ)، والإثراء بلا سبب، الدفع بغير المستحق (ب)

---

46 أحمد محرز، المرجع السابق، ص 105

47 علي حسن يونس، القانون التجاري، المرجع السابق، 1977، ص131

48 علي حسن يونس، المرجع السابق، ص139

أ-الالتزامات الناشئة عن المسؤولية التقصيرية

يعتبر تجاريا الالتزام الناشئ عن مسؤولية التاجر عن الأخطاء الصادرة عنه وتسببت بأضرار الغير، كقيامه بالمنافسة غير المشروعة، أو اعتداء على اسم تجاري لتاجر آخر، أو تقليد علامة تجارية له، أو التشهير بسمعة منافسيه. ونفس الشيء بالنسبة عن مسؤولية التاجر عن الاضرار التي تقع بفعل مستخدميه أثناء تأدية عملهم أو بسببها. فالتزام التاجر بالتعويض عن هذه الأعمال تعتبر تجارية بالتبعية.

ب-الالتزامات الناشئة من الإثراء بلا سبب

يعتبر العمل تجاريا بالتبيع الالتزام الذي مصدره الإثراء بلا سبب فتطبق نظرية الأعمال التجارية بالتبعية على الفضولي ودفع غير المستحق، لكن بشرط وجود صلة بين الإثراء والنشاط التجاري. كما يعتبر التاجر تجاه الفضولي الذي قام بعمل له وحقق من ورائه نفعا أو إذا دفع عميل إلى تاجر مبلغا زيادة عما هو مستحق[49] كما لو تدخل الدافع ليدفع دينا عن التاجر أو ليضمنه حتى لا يشهر إفلاسه. أو كما لو تسلم تاجر مبلغا من النقود يزيد عن ثمن البضاعة التي باعها فالتزامه برد ما زاد على الثمن يعتبر العمل تجاريا بالتبعية لأن المبلغ الزائد عن الثمن غير مستحق، أو إذا باع الناقل بضاعة على وشك الإتلاف لحساب الراسل دون تفويض له بذلك.

أما بالنسبة الالتزامات الناشئة عن الضرائب، فدفع الضرائب التزام على كل الأشخاص في الحياة العملية والتاجر كسائر الأشخاص عليه ضرائب يجب أن يدفعها تحت طائلة عقوبات جزائية وإدارية. فإذا توقف التاجر عن دفع مستحقات الإدارة الضريبية هل يمكن شهر إفلاسه؟

[49] عبد القادر البقيرات، المرجع السابق، ص 38

في حقيقة الأمر اختلفت الآراء في هذا الموضوع، لكن الرأي الراجح يعتبر أن الضرائب التي يدفعها الشخص بصفته تاجرا وبمناسبة مزاولة نشاطه التجاري تعتبر تجارية بالتبعية وبالتالي يمكن شهر إفلاسه[50].

الفرع الثالث: الأعمال المختلطة

يجب تحديد معنى العمل المختلط (أولا) والمشاكل التي يطرحها من حيث الاختصاص القضائي وتحديد النظام القانوني للإثبات (ثانيا)

أولا: تحديد معنى العمل المختلط

أول مسألة التي يجب توضيحها أن الأعمال المختلطة ليست من أنواع الأعمال التجارية ولم ينص عليها المشرع، وإنما تشكل حالة يعتبر العمل فيها تجاريا بالنسبة لأحد الأطراف ومدنيا بالنسبة للطرف الآخر فيثار موضوع القانون الواجب التطبيق في حالة قيام نزاع وطرق الإثبات.

مثال للأعمال المختلط: شراء التاجر محاصيل زراعية من مُزارع، فعمل المزارع يعدّ عملا مدنيا، أما التاجر فعمله يعدّ تجاريا. أو حالة الموظف الذي يشتري أجهزة منزلية من تاجر أو ملابس وغير ذلك من البضائع. وعقد النقل الذي يربط الناقل بالمسافر ...إلخ.

الإشكالية التي يطرحها هذا الموضع هو النظام القانوني الواجب التطبيق في هذه العلاقة القانونية التي تجمع بين شخصين يكون العمل تجاريا بالنسبة له والآخر يكون العمل مدنيا من جهته[51]. والأخذ بالنظام المزدوج قد يتعذر ذلك في الكثير من المسائل حيث يستحيل أحيانا تجزئة العمل الواحد إلى جزأين يخضع كل واحد منهما لقواعد قانونية مختلفة[52].

---

[50] أحمد محرز، المرجع السابق، ص109

[51] حمد فريد العريني، الأعمال المختلطة بين القانون التجاري والقانون المدني، مجلة الحقوق للبحوث القانونّية والاقتصادية، كلّية الحقوق جامعة الإسكندرية ، العدد 1، 1990، ص 135 وما بعدها

[52] Hamel (G) et Lagarde (P), Op.Cit, n°186

مبدئيا يطبق القانون المدني على من اعتبر العمل من جهته مدنيا ويطبق القانون التجاري على الذي يعتبر العمل تجاريا لكن إذا تعذر ذلك نلجأ إلى توحيد النظام القانوني إما نطبق القانون التجاري على طرفي العلاقة وإنما نطبق القانون المدني عليهما.

تثير نظرية الأعمال المختلطة من حيث الاختصاص القضائي والإثبات

ثانيا: الاختصاص القضائي ونظام الاثبات

طبقا للقاعدة أن الدين مطلوب وغير محمول يعود الاختصاص للمحكمة المدعى عليه، فإذا كان العمل من جهته مدنيا يتم رفع الدعوى أمام محكمة المدعى عليه. أما إذا كان العمل من جهة المدعى عليه تجاريا فللمدعي حرية اختيار إما محكمة المدعي، وإما محكمة الذي تم ابرام العقد في موطنها، وإما محكمة مقر التسليم.

طبقا للقاعدة العامة في مجال الاثبات أن من يكون العمل تجاريا من جهته يتمسّك بقواعد الاثبات في المسائل التجارية، أما من كان العمل مدنيا بالنسبة إليه فيتمسك بقواعد الإثبات في المسائل المدنية. غير أن قواعد الإثبات في المسائل التجارية تتصف بالمرونة ويخضع لقاعدة "حرية الإثبات " حيث يمكن الإثبات بكافة الطرق بما فيها البينة والقرائن مهما كانت قيمة التصرف، وهذا على خلاف المسائل المدنية التي يكون فيها الإثبات صارما ومشددا.

يتبين من خلال ما تم ذكره أن الجانب المدني هو المستفيد الحقيقي من هذا الاختلاف لأنه يمكن له أن يثبت حقه في مواجهة خصمه التاجر الذي يعتبر العمل من جهته تجاريا، بكافة طرق الاثبات مهما كانت قيمة الحق المطالب به في حين لا يمكن لهذا الأخير إلا أن يثبت بقواعد الاثبات المدني في مواجهة من يعتبر الحق بالنسبة له من طبيعة مدنية أي بالكتابة إذا تجاوزت قيمة الالتزام 100.000 دج أو كان غير محدد القيمة[53]

[53] نادية فضيل، المرجع السابق، ص 146

ان هذا النظام المزدوج للإثبات في الأعمال المختلطة تمسّ مسألة الائتمان قوام الحياة التجارية، لذلك سمح القضاء للتجار الإثبات بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن كلما وجد مانع يحول دون الحصول على دليل خطي[54]، ويكون توفر المانع الأدبي في كل ما جرت عليه العادة في بعض المهن من عدم الحصول على دليل كتابي من العملاء.

بالنسبة للنظام القانوني الواحد، أي تطبيق قاعدة قانونية واحدة على طرفي العقد، يكون العمل مختلطا حيث استدعت الضرورة الخروج من نظام ازدواجية النظام القانوني واعتماد النظام القانوني الواحد وذلك في حالة الرهن الحيازي وسعر الفائدة.

فبالنسبة للرهن الحيازي إذا تم بين شخصين يكون العمل تجاريا لطرف ومدنيا للطرف الآخر، ففي هذه الحالة لا يمكن تجزئة الدين إلى جزأين وإخضاع كل جزء منها لقواعد مختلفة. وعليه يكون الرهن تجاريا إذا كان يضمن الوفاء بقرض عقده المدين لحاجات تجارته. إن العبرة بصفة الدين المضمون بالرهن بالنسبة إلى المدين الراهن بغض النظر عن صفة الدين بالنسبة للدائن المرتهن[55].

أما بالنسبة لسعر الفائدة فالمسألة لا تختلف عن الرهن الحيازي، حيث ليس من المنطق ان يكون للدين الواحد أكثر من سعر فائدة واحدة فلا يمكن تطبيق نظام قانوني مزدوج على الاعمال المختلطة فيما يتعلق بسعر الفائدة الناتج عن الدين. ولهذا تكون العبرة بطبيعة الدين بالنسبة للمدين كما هو الحكم في الرهن الحيازي[56]

---

[54] سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 184

[55] بن زارع رابح، المرجع السابق، ص 100

[56] قد يختلف القضاء في هذه المسألة تحديدا فيما يتعلق بالقروض البنكية، حيث اعتبرها من قبيل الأعمال التجارية بغض النظر عن صفة المدين المقترض. أنظر تفصيل في ذلك: سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 185

التاجر

عرّف المشرع التاجر في المادة الأولى تجاري حيث جاب بما يلي: "يعدّ تاجرا كلّ شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له، ما لم يقضي القانون بخلاف ذلك".

يتبين عند قراءة هذه المادة ان المشرع ربط اكتساب صفة التاجر بمزاولة الشخص العمل التجاري من جهة واتخذه هذا العمل التجاري مهنة معتادة له.

لكن عند قراءة المادة 5 تجاري نجدها تضيف ضرورة تمتّع الشخص بأهلية الاتجار. في هذه الحالة نستوقف حيث يجب التميّيز بين أهلية الشخص الطبيعي وأهلية الشخص المعنوي.

لكن ما ذا نقصد بأهلية الاتجار؟

فشروط اكتساب الشخص صفة التاجر هي:

- امتهان الأعمال التجارية
- أهلية الاتجار

يترتّب على اكتساب الشخص صفة التاجر آثار قانونية هامة يفرضها عنصرا السرعة والائتمان قوام التجارة. ولهذا تتطلب الدراسة الوقوف على شروط اكتساب صفة التاجر (المبحث الأول) والآثار القانونية الناجمة عن هذه الصفة (المبحث الثاني).

المبحث الأول: شروط اكتساب الشخص صفة التاجر

دون الدخول في جدل تعريف التاجر الذي بدوره يثير الصعوبات خاصة انه يتعلق بالعمل التجاري الذي هو بذاته محل خلاف لتحديد معياره لكن يمكن القول إن التاجر هو كل شخص يمتهن الأعمال التجارية باسمه ولحسابه (المطلب الأول) وتتوفر لديه الأهلية التجارية[1](المطب الثاني)

المطلب الأول: امتهان الأعمال التجارية

[1] حسين النوري، الأعمال التجارية والتاجر، المحل التجاري، مكتبة عين شمس دار الجيل للطباعة، 1977، ص70

يجب توفر شروط الامتهان (الاعتياد والقصد) بالنسبة للشخص الطبيعي (الفرع الأول) وشرط الامتهان بالنسبة للشخص المعنوي (الفرع الثاني)

الفرع الأول: الامتهان بالنسبة للشخص الطبيعي

من شروط اكتساب الشخص صفة التاجر هو امتهان الأعمال التجارية فماذا نقصد بالامتهان؟

يقصد بامتهان[2] الأعمال التجارية تلك الأعمال التي تتم على وجه التكرار للعمل بصفة مستمرة ودائمة

لإشباع حاجاته وبصفة مستقلة أي ليس لحساب الغير.

ان تكرار العمل بصفة دائمة ومستمرة بحيث يظهر الشخص للغير بمظهر صاحب المهنة التجارية. أما في ظل التطور التكنولوجي حيث أصبح ما يطلق عليه بـ "التاجر الالكتروني أو الافتراضي "[3] الذي يمارس التجارة بالطريقة الالكترونية على منصة الكترونية، ويعرض سلعته ويبيعها عن طريق عقود الكترونية، فهذا الشرط في حقيقة الأمر، نتساءل على كيفية تطبيقه في هذا المجال[4]؟

---

[2] استبدل المشرع مصطلح "حرفة" بمصطلح "مهنة" بعد تعديله للمادة الأولى تجاري بأمر رقم 96-27 مؤرخ في 09 سبتمبر 1996. حيث تدل الحرفة على الأعمال اليدوية التقليدية أما التجارة فتشمل جميع النشاطات الحيوية في المجار التجاري والاقتصادي. وإذا كان تعريف التاجر يثير صعوبات خاصة لارتباطه بالعمل التجاري الذي هو بدوره ليس له تعريفا جاما مانعا حيث عجز الفقه والقضاء في وضع معيار له، وإن كان الفقه الحديث يرى بضرورة أخذ هذا المعيار بالمفهوم الواسع والخروج من نطاق المفهوم الضيق، أي ضرورة الأخذ بالنشاط الاقتصادي على أن يمارس التاجر نشاطه التجاري في إطار مؤسسة: أنظر تفصيلا في ذلك Blaise (Jean-Bernard) , Droit des affaires. Concurrence, distribution, 3eme édition. LGDG, 2002, librairie générale de droit et de jurisprudence (F.J.A)

[3] « Le Cybercommerçant, pour exercer ses activités doit s'installer dans le cyberespace qui désigne un espace virtuel rassemblant la communauté des internautes et les ressources d'informations numériques accessibles à travers les réseaux d'ordinateurs ». Il se distingue du commerçant traditionnel à travers la dématérialisation de ses activités due à l'utilisation d'internet » Adongon Sylvain Lauboué, Le cybercommerçant, thèse de doctorat, Bordeaux, 2015, p1 et p 17

[4] Sabine De Kik, Le fonds de commerce électronique : des enjeux réels face aux défis virtuels : « Quelle hypothèse rend les notions classiques du droit commun efficaces face à la réalité d'un commerce « virtuel » ?

إذ ذهب الفقه الحديث ان عليه في هذه الحالة التي فرضتها التطورات التكنولوجية، إبرام عقود الكترونية لدخوله على المنصة الرقمية (cyberespace) والاعتراف به كتاجر يمارس التجارة الالكترونية (e-commerce)[5]

يتكون الامتهان من : الاعتياد مع القصد (أولا) وبصفة مستقلة (ثانيا)

أولا: الاعتياد والقصد

يشتمل الاعتياد على عنصر مادي ومفاده تكرار العمل بصفة منتظمة ومستمرة[6]. ويبدأ الاعتياد بمباشرة الأعمال التجارية فعلا، أي بمزاولة أول عمل يقوم به الشخص ويتعلق بمهنته.

والسؤال هو: هل الأعمال التحضرية لمباشرة التجارة كالعاقد مع دور الإعلان عن افتتاح محل جديد، التي يجب القيام بها لمزاولة التجارة تعتبر تجارية؟ هي كذلك مادامت القصد مباشرة التجارة، لكن الشخص بذاته لازال لم يكتسب صفة التاجر لأن عنصر الاعتياد لم يتكون بسبب تخلف عنصر الاستمرار والانتظام.

الجدير بالذكر أن القيام بعمل عارض لا يكفي لتكوين عنصر الاعتياد حيث لا تكون التجارة المهنة الرئيسية للشخص لكسب رزقه. لكن العبرة في الاعتياد ليست بعدد المرات التي يتكرر فيها القيام بالعمل التجاري بوجود العناصر الأخرى، فقد يكفي القيام به ولو مرة واحدة لتوفر هذا العنصر طبعا مع العناصر الأخرى أهمها لتحقيق الربح.

كما يشتمل الاعتياد على العنصر المعنوي المتمثل في القصد وهو أن يكون الاعتياد بقصد الظهور بمظهر صاحب المهنة، لأن الأصل في التجارة العلنية أن تتم بطريقة علنية. والجدير بالذكر انه لا يوجد من مانع ان يزاول التاجر مهنة أخرى لا تتنافي مع مهنة التاجر، يسترزق بها.

-السؤال الذي يطرح هو في حالة ممارسة الشخص التجارة في شكل مستتر وراء اسم مستعار، هل يعتبر تاجرا في نظر القانون؟ أو بمعنى آخر من الذي يعتبر تاجرا في نظرا القانون، الشخص

---

[5] Adongon Sylvain Lauboué, Op.Cit, p20 et s

[6] نادية فضيل، المرجع السابق، ص 155

الساتر أو المستور؟ حيث أمامنا تاجر ظاهر وشخص مستتر حقيقي وثار خلاف فقهي على من تضفى الصفة التجارية[7].

ذهب رأي في الفقه[8] على اعتبار أن صفة التاجر لا تثبت في حالة التاجر المستتر إلا للشخص الساتر الظاهر أمام الغير، فهو الذي يتعامل باسمه ويظهر بمظهر من يعمل لحساب نفسه، ويقتصر دور الشخص المستتر في تقديم الأموال لتوظيفها وأن هذا لا يعتد به، فالعبرة بمن يقوم بالنشاط المهني. وبالمقابل من يرى عكس ذلك واعتبر الشخص المستتر هو الذي يكتسب صفة التاجر لأنه صاحب العمل الأصلي الذي يضارب بأمواله ويتم استغلال المشروع لحسابه، وبالتالي يخضع الشخص المستتر لكل التزامات التجار ويشهر إفلاسه عند الوقف عن دفع ديونه.

-يذهب الرأي الراجح إلى إضفاء الصفة التجارية على الشخص الظاهر والشخص المستور معا، فالشخص المستتر يضارب بأمواله وتمارس التجارة لحسابه، والشخص الساتر الظاهر على أساس انه تعامل مع الغير بصفته تاجرا وحماية لثقة المتعاملين معه[9] من خلال هذا المظهر.

ملاحظة: يجب أن يكون محل النشاط التجاري مشروعا غير مخالف للنظام العام والآداب، فلو قام الشخص بنشاطات محضورة أو نشاطات تخالف النظام العام والآداب كتجارة المخدرات أو المهلوسات أو لعب القمار، فلا يكتسب صفة التاجر.[10] في حقيقة الأمر أن صفة التاجر محددة بواسطة القانون، ويعطي المشرع صاحبها مركزا قانونيا معينا لا يتمتع به من يباشر أعمالا تخالف القانون[11].

ثانيا: ممارسة التجارة على وجه الاستقلال

---

[7] محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص 153

Jauffret (Alfred), introduction à toutes les personnes du droit commercial : les commerçants individus, Dalloz, 1980, p 538 et s.

[8] علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 106

[9] مصطفى كما طه، المرجع السابق، ص 99 وفي نفس المعنى نادية فضيل، المرجع السابق، ص 158

[10] أحمد محرز، المرجع السابق، ص 127

[11] سميحة القليوبي، القانون التجاري والشركات، الطبعة الأولى، مكتبة القاهرة الحديثة، 1972ن ص 118

لا يكفي أن يعتاد الشخص العمل التجاري بقصد تحقيق الربح وإنما يجب أن يمارس نشاطه التجاري بصفة مستقلة بمعنى اسمه ولحسابه.

تقوم الحياة التجارية على الثقة والائتمان، ولهذا يجب على من يمتهن التجارة أن يمارس نشاطه التجاري باسمه الشخصي ولحساب نفسه وعلى وجه الاستقلال أما إذا كان يمارسها لحساب شخص آخر فلا يتحمل مخاطر المشروع وعليه لا تثبت له صفة التاجر

مثال1: الزوج الذي يساعد زوجته في أمور تجارة زوجته فلا يكتسب صفة التاجر. وكذلك الشخص الذي يعمل بصفة مسير مأجور في محل تجاري فلا يكسب الصفة التجارية لأنه لا يعمل لحسابه ولا باسمه التجارة، كما ان مخاطر استغلال المشروع يرجع إلى التاجر.

مثال2: بالنسبة للممثل التجاري فهو يعبر تاجرا أو غير تاجر بحسب العلاقة التي بينه وبين المشروع الذي يقوم بتوزيع منتوجاته. فإذا كانت علاقة تبعية ناشئة عن عقد عمل فلا يعتبر الممثل التجاري تاجرا لأنه يتصرف باسم ولحساب المشروع وليس لحسابه الخاص. أما إذا قام الممثل التجاري بأعمال تجارية لحسابه الخاص فلا يوجد ما يمنع أن يكتسب صفة التاجر. لكن إذا كانت العلاقة بين الممثل التجاري والمشروع ناشئة عن عقد وكالة كما هو الحال بالنسبة للوكيل التجاري ويتمتع فيه الوكيل باستقلال في تنظيم عمله في هذه الحالة فهو غير تابع للمشروع ولكن لا يثبت أنه تاجرا. والواقع أن اكتسابه صفة التاجر يتوقف على مدى الاستقلال التي يتمتع به الوكيل.

أما الوكيل بالعمولة فهو تاجر لأنه يتعاقد باسمه الشخصي أمام الغير ووضعه يختلف عن وضع الوكيل العادي[12].

أغفلت المادة الأولى تجاري على هذا الشرط رغم أهميته لأنه لا يمكن منح الصفة التجارية لشخص يعمل لحساب شخص آخر، ولهذا لا يعد تجارا العمال الذين يقومون بالأعمال التجارية

[12] سميحة القليوبي، القانون التجاري والشركات، المرجع السابق، ص 116

لحساب رب العمل لأن هذا الأخير هو الذي يتحمل مخاطر مشروعه من ربح وخسارة[13]. كما لا يعتبر مدير الشركة ذات المسؤولية المحدودة والمساهمة والمدير غير الشريك في شركة التضامن من التجار لأن عملهم يكون لحساب الشركة لا لحسابهم الخاص (ماعدا المدير الشريك في شركة التضمن حيث يكتسب صفة التاجر).

الفرع الثاني: الامتهان بالنسبة للشخص المعنوي

السؤال هو: ما هو حكم الامتهان بالنسبة للشخص المعنوي؟

تعتبر الشركة تجارية بحكم شكلها. حدد المشرع أنواع الشركات وتؤكد الفقرة 2 من المادة 544 تجاري على اعتبار كل من شركات التضامن وشركات التوصية والشركات ذات المسؤولية المحدودة وشكة المساهمة تجارية بحكم شكلها ومهما كان موضوعها.

وتنص الفقرة الأولى من ذات المادة وذات القانون على أنه: " يحدد الطابع التجاري لشركة إما بشكلها أو موضوعها" أي علاوة على المعيار الشكلي لثبوت صفة التاجر على الشركات يمكن أن يكون أيضا موضوعي الذي يمثّل الغرض الذي أنشأت الشركة لأجله والذي يحدد في عقد تأسيسها. وفي هذه الحالة يُطرح مشكل البحث في طبيعة العمل التي تباشره الشركة من جهة ومدى القيام بها على الوجه التكرر[14].

لكن شرط الاعتياد لا يطرح بالنسبة للشركة التجارية بحيث لا يكون لها شخصية معنوية إلا بعد تسجيلها في السجل التجاري وبهذا تثبت لها الصفة التجارية، حيث تنص المادة 549 تجاري أنه لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري. وعند الرجوع إلى المادة 19 تجاري نجدها تميّز في التسجيل في السجل التجاري بين الشخص الطبيعي الذي يجب أن يكون تاجرا في نظر القانون ويمارس الاعمال التجارية وبين الشخص المعنوي الذي

[13] عمار عموره، المرجع السابق، ص 87

[14] بن زارع رابح، المرجع السابق، ص116

يجب أن تكون له صفة التاجر بالشكل. يعتبر المشرع الشركات أنها تجارية بحسب شكلها، كما حدد الأشكال التي تتخذها الشركات لاعتبارها تجارية.

المطلب الثاني: أهلية امتهان الأعمال التجارية

لا يكفي أن يعتاد الشخص الأعمال التجارية بصفة مستقلة ولا تخالف النظام العام والآداب، بل إضافة على هذا يجب أن يتمتّع بالأهلية اللازمة للقيام بهذه الأعمال وتحمل الالتزامات المترتبة عنها. وفي موضوع الأهلية تثار الكثير من المسائل فلتبسيط الدراسة سنتناول شروط أهلية ممارسة الأعمال التجارية (الفرع الأول) والأحكام خاصة نص عليها القانون التجاري في حالة ترشيد القاصر (الفرع الثاني). أما أهلية الشخص الاعتباري فتنص المادة 50 مدني بأن له أهلية في الحدود التي يعينها عقد التأسيس أو التي يقررها القانون. وعليه يتمتع الشخص المعنوي بالأهلية اللازمة للقيام لمباشرة الأعمال المدنية والتجارية.

الفرع الأول: شروط أهلية الاتجار

نتناول شروط أهلية الاتجار بالنسبة للراشدين (أولا) وأهلية الأجنبي الذي يمارس الأعمال التجارية داخل التراب الوطني (ثانيا) ثم الممنوعون من ممارسة التجارة (ثالثا)

أولا: الراشدون

يجب لاكتساب صفة التاجر أن تتوفر في الشخص أهلية الاتجار. لكن يجب في هذا المقام ان نميز أهلية القيام بالتصرفات القانونية التي نصت عليها المادة 40 مدني وأهلية ممارسة التجارة، حيث يمكن للشخص الطبيعي أن تكون له الأهلية طبقا للأحكام العامة دون أهلية الإتجار.

تعتبر الأعمال التجارية نوعا من التصرفات القانونية التي توجب من يباشرها الأهلية اللازمة لها. لم ينص المشرع التجاري على قواعد الأهلية فنرجع للشريعة العامة حيث تنص المادة 40

مدني على ما يلي: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة". فمن بلغ سن الرشد وتمتع بقواه العقلية، أي لم يصبه عارض من عوارض الأهلية أو مانع من موانعها، ولم يحجر عليه، فيكون أهلا بمباشرة التصرفات القانونية جزائريا كان أو أجنبيا ولو كان قانون الدولة التي ينتمي إليها الأجنبي يعتبره قاصرا.

نصت أحكام المادة 42 والمادة 43 مدني على عوارض الأهلية[15] ، حيث ينعدم التمييز لدى الشخص الراشد في حالات محددة وهي الجنون والعته فهي عوارض تصيب الشخص في عقله، وحالات ينقص للشخص الراشد التمييز كالسفيه وذو الغفلة وهي تصيب الشخص في تدبيره جعله المشرع في حكم ناقص الأهلية. ولإبطال تصرفاتهم يجب اصدار حكم قضائي يقضي بالحجر ويعين لهم قيما يتولى شؤونهم[16].

أما موانع الأهلية فهي تشترك مع عوارض الأهلية في كونها تعني الشخص الذي بلغ سن الرشد من جهة وتؤثر على أهلية أدائه من جهة أخرى غير أنهما يختلفان من حيث سبب كل منهما فموانع الأهلية لا علاقة لها بتمييز الشخص الذي يتمتع فعلا بكل قواه العقلية بل مردها القانون فهو الذي يمنع الشخص تبعا لظروف معينة من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه. أي في موانع

---

[15] يوجد من يعرف عوارض الأهلية أنها تلك "الأمور التي تعرض فتؤثر في أهلية الشخص وهي إما عاهات عقلية تعدم الأهلية أو تنقصها كالجنون والعته والسفه والغفلة وإما عاهات تصيب الحواس...". أنظر تفصيلا في ذلك، عبد الودود يحيى، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، 1976، ص273 وما يليها. وهناك من يقسمها إلى "عوارض تصيب الإنسان في عقله وهي الجنون والعته أو في تدبيره فتفسده وهي السفه والغفلة" أنظر تفصيلا في ذلك، محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص119

[16] تنص المادة 44 مدني على أنه: " يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها، بحسب الأحوال، لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة، ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون".

الأهلية يكون القانون هو الذي يمنع الشخص كامل الإرادة من ممارسة حقوقه بنفسه كما في حالة الحكم عليه بعقوبة جنائية أو لكونه غائبا أو إذا كانت له عاهة جسمانية[17]

ثانيا: أهلية الأجنبي للإتجار

الأصل أن أهلية الأجنبي يحميها قانون جنسيته في جميع التصرفات القانونية، باستثناء التصرفات المالية التي تتم على أرض الجزائر وتنتج آثارها فتخضع لأحكام القانون الجزائري. حيث تنص الفقرة 1 من المادة 6 تجاري على أنه: " تسري القوانين المتعلقة بالأهلية على جميع الأشخاص الذين تتوفر فيهم الشروط المنصوص عليها". وتنص الفقرة 4 من المادة 10 مدني: " غير أنه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري".

يتبين من خلال المادتين أن أهلية الشخص الأجنبي (الطبيعي أو المعنوي) لمزاولة التجارة على الأرض الجزائر يجب أن تتوفر فيه شروط الأهلية المتمثلة في سن الرشد تسعة عشر سنة (19) يتمتع بكامل قواه العقلية ولم يحجر عليه، إلى جانب حصوله على البطاقة المهنية[18]. تسلم هذه البطاقة المهنية للأجانب الذين يمارسون نشاطا تجاريا وصناعيا أو حرفيا أو مهنة حرة على التراب الوطني، من طرف والي الولاية المختص إقليميا لمكان إقامة طالب البطاقة، أو لمكان وجود محله التجاري، أو لمكان مقره الاجتماعي للأعضاء المسيرين للشركات التجارية[19]. تحدّد مدة صلاحية البطاقة بسنتين (2) قابلة للتجديد، كما يجب إدراج طلب تجديد هذه البطاقة ستين

---

[17] علي فيلالي، نظرية الحق، موفم للنش، الجزائر، 2011، ص 225-226

[18] المرسوم التنفيذي رقم 06-454 المؤرخ في 11 ديسمبر 2006 يتعلق بالبطاقة المهنية المسلمة للأجانب الذين يمارسون نشاطا تجاريا وصناعيا وحرفيا أو مهنة حرة على التراب الوطني، ج ر عدد 80 الصادر في 20 ذي القعدة عام 1427 الموافق 11 ديسمبر2006

[19] المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-454 السالف ذكره

(60) يوما على الأكثر قبل تاريخ نهاية صلاحيتها[20]. وعليه الالتزام بإجراءات القيد في السجل التجاري.

لكن إذا أراد الأجنبي ممارسة نشاطا تجاريا بصفة شخص طبيعي فلا يمكن حصوله على البطاقة المهنية إلا بعد إثبات تسجيله في السجل التجاري، وله أن يطلب البطاقة المهنية في أجل ستين (60) يوما من يوم تسجيله في السجل التجاري[21]

يهدف المرسوم التنفيذي 06-454 المذكور أعلاه إلى تحديد شروط وكيفيات تسليم البطاقة المهنية للأجانب الذين هم في وضعية إقامة قانونية ويمارسون نشاطا تجاريا على التراب الوطني[22]. كما أخضع المشرع هذه الطائفة إلى جانب الأحكام التشريعية والتنظيمية التي تحكم وضعية الأجانب بالجزائر، أن الحائزون على البطاقة المهنية إلى القواعد التي تحكم الميدان الاقتصادي، بالنسبة للأجانب الذين يمارسون نشاطا تجاريا أو صناعيا أو حرفيا.[23] وبمجرد حصول الأجنبي على البطاقة المهنية يقدم طلب بطاقة إقامة الأجنبي في أجل تسعين (90) يوما[24].

أما بالنسبة للمرأة المتزوجة التي تمتهن التجارة فتنص المادة 7 تجاري على ما يلي: " لا يعتبر زوج التاجر تاجرا إذا كان يمارس نشاطا تجاريا تابعا لنشاط زوجته.

ولا يعتبر تاجرا إلا إذا كان يمارس نشاطا تجاريا منفصلا".

ملاحظة: لا تثير مسألة المرأة المتزوجة التاجرة إشكالية لاستقلال ذمتها المالية عن ذمة زوجها. كما ان نص المادة 7 تجاري لا محل له في هذا المقام، فما هو إلا تقليد للقانون الفرنسي

---

[20] المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 06-454 السالف ذكره

[21] المادتين 7 و10 من المرسوم التنفيذي رقم 06-454 السالف ذكره

[22] المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 06-454 السالف ذكره.

[23] المادة 2 فقرة 1 من الرسوم التنفيذي رقم 06-454 السالف ذكره،

[24] المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 06-454 السالف ذكره

الذي كان يعتبر المرأة المتزوجة عند صياغة القانون الفرنسي 1866 ناقصة الأهلية[25]، مع نظام مالي موحد بينها وبين زوجها.

فكل شخص تتوفر فيه الأحكام العامة للأهلية والأحكام الخاصة للمهنة إلى جانب امتهان الأعمال التجارية يعدّ تاجرا فلا مجال للكلام عن وضعية المرأة المتزوجة، خاصة وأن شريعتنا السمحاء منحت للمرأة ذمة مالية منفصلة ومستقلة عن الذمة المالية للزوج.

ثالثا: الراشدون الممنوعون من الاتجار

يوجد طائفة من الأشخاص تتوفر فيهم شروط المادة 40 إلا أنهم لا يسمح لهم القانون من ممارسة التجارة حيث يمنعهم تفاديا لاستغلال النفوذ وتأثيره على حرية التعاقد من وراء الوظائف المهمة التي يتميزون بها مثل القاضي، محافظ الشرطة، الوزير. كما يوجد طائفة منع لها القانون من ممارسة التجارة حماية لمصالح الغير الذي يتعامل معهم كالمحامي، والطبيب. ومع ذلك إذا قام الطبيب أو المحامي بممارسة التجارة ففي هذه الحالة يكتسب صفة التاجر ويلتزم بكافة التزامات التجار إلى جانب الجزاءات التأديبية المنصوص عليها في قانون المهنة[26].

يوجد نوعين من الحظر التجاري على الراشدين وهي، الممنوعات والمتنافرات "incompatibilité التي تحول دون ممارسة الشخص التجارة رغم اكتسابه الأهلية القانونية لممارسة التصرفات القانونية. غير أنه في حالة ممارسة هؤلاء الأعمال التجارية فإنهم يكتسبون صفة التاجر وتظل أعمالهم التجارية صحيحة ترتب كل آثارها ويطبق عليهم أحكام القانون

---

[25] « La rédaction du code civil de 1866, ….caractérisé par l'autorité maritale ; l'incapacité juridique de la femme mariée ; le pouvoir déterminant du mari sur les biens de la communauté, et quasi-absolu sur les propres biens de la femme ». « La révision du code civil en 1930-1931, reconnaissait à la femme mariée le pouvoir d'administrer les produits de son travail personnel ». Beausoleil (J.C), Jacques (Coté), Delaney (Katheleen), La femme mariée commerçante, Les cahiers de droit, volume 7, n°2, avril 1965-1966, (pp366-383)

[26] عمار عمورة، المرجع السابق، ص 90-91 وفي نفس المعنى أحمد محرز، المرجع السابق، ص 131-132

التجاري بجانبها السلبي فيخضعون لشهر الإفلاس عند التوقف عن دفع ديونهم دون ان يتمتعون بحقوق وامتيازات التجار، مع توقيع عقوبات تأديبية المنصوص عليهم في قانون المهنة التي ينتمون إليها.

في حقيقة الأمر المنع أو الحظر من ممارسة الراشد الاعمال التجارية بحكم وظيفته يرجع لحماية المصلحة العامة وليس لحماية الشخص الممنوع كما هو الحال بالنسبة لناقصي الأهلية أو عدمي الاهلية أو من تتوفر فيهم موانع الأهلية كالغائب أما المحكوم عليه بعقوبة جنائية فيمنع من ممارسة الأعمال التجارية للمصلحة العامة خاصة المحكوم عليه بعقوبة مشينة أو لجريمة اقتصادية...إلخ.

الفرع الثاني: أهلية القاصر المرشّد

نتناول في هذا الفرع شروط ترشيد القاصر (أولا) ونطاق الإذن لممارسة التجارة المرخص له للاتجار (ثانيا)

أولا: شروط ترشيد القاصر

القاعدة لممارسة التصرفات القانونية هي التمتع بالأهلية القانونية. لكن أجاز المشرع لناقص الأهلية الذي اكتمل سن التمييز كاملة وهو ثمانية عشرة سنة (18) أن يطلب ترشيده لمزاولة الأعمال التجارية. فطبقا للمادة 5 تجاري التي تنص على ما يلي: " لا يجوز للقاصر المرشد، ذكرا أم أنثى، البالغ من العمر ثمانية عشرة سنة كاملة والذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ في العلميات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال تجارية:

-إذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن والده أو أمه او على قرار من مجلس العائلة مصدق عليه من

المحكمة، فيما إذا كان والده متوفيا أو غائبا أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها أو في حال انعدام الأب والأم.

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

فالشروط القانونية لترشيد القاصر لمزاولة التجارة كالراشد تتمثل فيما يلي:

- اكتمال سن التمييز كاملة (18) سنة
- إذن مسبق من والده أو من أمه أو من مجلس العائلة في الحالات التي حددها القانون بالترتيب
- مصادقة الإذن في المحكمة
- قيد الإذن في السجل التجاري

يهدف المشرع من وضع هذه الشروط حماية مصلحة القاصر المرشد من المخاطر التي تنجم مباشرة من ممارسته الأعمال التجارية وخشية على أمواله. حيث في حالة إساءة القاصر بالتصرف بالإذن في أمواله جاز للمحكمة أو بناء على طلب ذوي الحقوق طلب سلب الإذن من القصر[27]

ثانيا: نطاق الإذن لمباشرة القاصر المرشد التجارة

السؤال الذي يطرح في هذا السياق هو: هل الإذن للقاصر لمباشرة التجارة، يكون إذن مطلقا أو مقيدا؟

عند استقراء نص المادة 5 تجاري نجد أن الإذن مطلق ولكن بالرجوع إلى المادة 6 تجاري نجد الإذن مقيد وعليه يمكن القول أنه: للأب أو للأم أو لمجلس العائلة حسب الأحوال، سلطة تقديرية

[27] عمار عمورة، المرجع السابق، ص 92

لمنح الإذن للقاصر البالغ من العمر 18 سنة، كما يجوز لهم رفض أو قيد الإذن حسب تقديرهم لمصلحة القاصر ويضعون ضمانات كفيلة على ذلك[28].

- يجوز أن يكون الإذن مطلقا لمباشرة التجارة، بالنسبة للأموال المنقولة. لكن لا تكون تصرفاته إلا في حدود الإذن. فأعماله صحيحة متى تمت داخل حدود الإذن لأن يعتبر في حكم الراشد في حدود ما أذن له فيه، أما إذا جاوزه فتكون أعماله قابلة للإبطال.
- بالنسبة للأموال العقارية، فهي محظورة على القاصر المرشد التصرف فيها إلا باتباع الإجراءات المتعلقة ببيع أموال القصر أو عديمي الأهلية، حماية لمصالح القاصر ولما لهذه التصرفات خطورة على أمواله وذمته المالية. وهذا ما نصت عليه المادة 6 تجاري حيث جاءت بما يلي: " يجوز للتجار القصر المرخص لهم طبقا للأحكام الواردة في المادة 5 ، أن يرتبوا التزاما أو رهنا على عقاراتهم.
- غير أن التصرف في هذه الأموال سواء كان اختياريا أو جبريا لا يمكن أن يتم إلا باتباع أشكال الإجراءات المتعلقة ببيع أموال القصر أو عديمي الاهلية".

ملاحظة: يستعمل المشرع في المادة 5 تجاري مصطلح "القاصر المرشد" أما في المادة 6 تجاري يستعمل مصطلح " القصر المرخص لهم". في حقيقة الأمر ان الالتزام بمصطلح واحد لمفهوم واحد يدعم الأمن القانوني هذا من جهة، ومن جهة أخرى أعتقد أن المصطلح في المادة 6 تجاري أكثر دقة لأن في حقيقة الأمر نحن أمام ترخيص للقاصر أن يمارس التجارة، أما ترشيد القاصر لممارسة التجارة فيجعله في خانة كامل الأهلية لكن بقواعد خاصة لناقص الاهلية في بعض التصرفات أو التي تخرج من دائرة الإذن. فالظاهر هو ترخيص له لحين بلوغه سن

[28] أحمد مجرز، المرجع السابق، ص 134 وما بعدها

الرشد وليس ترشيده لحين بلوغه سن الرشد. على المشرع أن يختار مصطلح واحد لتجنب الفوضى القانونية في المصطلحات.

المبحث الثاني: آثار اكتساب صفة التاجر: التزامات التجار

إذا ما توفرت في الشخص الشروط السابق ذكرها لاكتساب صفة التاجر فإنه يصبح متمتعا بمركز قانوني خاص، ومتميزا عن باقي الأفراد حيث يخضع لأحكام القانون التجاري. وهذه الصفة تجعل صاحبها يخضع لعدة التزامات يجب عليه أن يقوم بها وإلا تعرض لجزاءات مدنية وجزائية.

وقد نص القانون التجاري على هذه الالتزامات والمتمثلة في: مسك الدفاتر التجارية (المطلب الأول) والقيد في السجل التجاري (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مسك الدفاتر التجارية

اعتاد التجار منذ القدم تسجيل معاملاتهم التجارية سواء كانت دائنة أم مدينة في سجلات معدّة لهذا الغرض ليتمكن من الرجوع إليها في أي وقت، حيث استقرت هذه القواعد العرفية في المجتمع التجاري منذ وقت الرومان[29]. كما ان شريعتنا السمحاء حثّت على كتابة المديونية حيث قوله عز وجل " يَا أَيُّهاَ الذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمَى فَاكْتُبُوه"[30]. جاءت القوانين الوضعية لترسي هذا المبدأ بإلزام التاجر بمسك الدفاتر التجارية، وتنظيم عملية القيد فيها لإضفاء الثقة والشفافية والنزاهة في التاجر، كما تكون لها حجية في الإثبات.

[29] أحمد محرز، المرجع السابق، ص141

[30] سورة البقرة الآية 281

نظم المشرع التجاري أحكام الدفاتر التجارية من المواد 9 إلى 18 تحت الباب الثاني بعنوان "الدفاتر التجارية" من الكتاب الأول " التجارة عموما" كما نص على أنواع الدفاتر التجارية إلى جانب الدفاتر التي جرى العرف على مسكها (الفرع الأول)، وكيفية مسكها (الفرع الثاني) لما لها من آثار قانونية عند عدم مسكها (الفرع الثالث) وعند مسكها أي حجية الدفاتر التجاري (الفرع الرابع)، كما حدد المشرع قواعد الاطلاع على الدفاتر التجارية نظرا لخطورة الإجراء (الفرع الخامس)

الفرع الأول: أنواع الدفاتر التجارية

سنتناول أنواع الدفاتر التجارية التي أوجبها المشرع التجاري وهي الدفاتر الإجبارية (أولا) إلى جانب الدفاتر الاختيارية التي جرى العرف بين التجار على مسكها تساعدهم على تنظيم تجارتهم وفي نفس الوقت تساعد على تنظيم الدفاتر التجارية الاجبارية (ثانيا).

أولا: الدفاتر الإجبارية

لم يعرف المشرع التجاري الدفاتر التجارية لكن تصدى لها الفقه القانوني واعتبرها أنها عبارة عن قيد العمليات التجارية في دفاتر مهيأة لذلك بتنظيم معيّن يمكن الرجوع إليها في أي وقت. وهناك من يعرفها بأنها سجلات يثبت بها التاجر العمليات التي قام بها بمناسبة استغلال مشروعه التجاري. وهناك من يرى فيها دليل للعمليات التجارية التي تهدف إلى تحقيق مصالح شخصية للتاجر ومصلحة عامة وهي حجية هذه الدفاتر أمام الغير[31].

نص المشرع على نوعين من الدفاتر الإجبارية وهي دفتر اليومية (أ) في المادة 9 تجاري ودفتر الجرد في المادة 10 تجاري (ب)

أ- الدفاتر الإجبارية: اليومية والجرد

[31] عليان فاطمة الزهراء، الدفاتر التجارية وحجيتها في الإثبات. مقال الكتروني نُشِر بتاريخ 2021/08/05 https://jordan-lawyer.com2021/08/05

تنص المادة 9 تجاري على ما يلي: " كل شخص طبيعي أو معنوي له صفة التاجر ملزم بمسك دفتر لليومية يقيد فيها يوما بيوم المقاولة أو أن يراجع على الأقل نتائج هذه العمليات شهريا بشرط أن يحتفظ في هذه الحالة بكافة الوثائق التي يمكن معها مراجعة تلك العمليات اليومية".

وتنص المادة 10 تجاري على ما يلي: " يجب عليه أيضا ان يجري سنويا جردا لعناصر أصول وخصوم مقاولته وأن يقفل كافة حساباته بقصد إعداد الميزانية وحساب النتائج. وتنسخ بعد ذلك هذه الميزانية وحساب النتائج في دفتر الجرد"

يتبين من خلال نص المادتين ان الدفاتر الإلزامية على نوعين: دفتر لليومية(1)، ودفتر الجرد (2)

1-دفتر اليومية

يعتر دفتر لليومية أهم الدفاتر التجارية التي يسجّل فيها التاجر جميع العمليات المالية التي يقوم بها بمناسبة استغلال مشروعه التجاري. بيّن المشرع كيفية تسجيل هذه العمليات التجارية -من بيع، أو شراء، أو اقتراض، أو دفع، أو قبض لأوراق نقدية أو تجارية، أو غير ذلك-حيث يكون يوما بيوم وبالتفصيل.

يقصد بعبارة " يقيد فيها يوما بيوم عمليات المقاولة" أن يقيّد التاجر في دفتر اليومية جميع العمليات التي يقوم بها والتي تتعلق بتجارته، وهذا يعني أنه غير ملزم بتسجيل مصارفه الشخصية يوميا كالمصاريف التي ينفقها على متطلبات بيته وعائلته وشؤونه الخاصة وهذا من باب الحق في الحياة الخاصة المرتبطة بشخص الإنسان[32].

[32] يعرفها الفقه بأنها تلك الحقوق التي: " ترد على القيم اللصيقة بشخص الإنسان في مظاهر نشاطه المختلفة، سواء كائنا فردا، أو كائنا اجتماعيا، وسواء تعلقت بحياته المادية أو المعنوية" شمس الدين الوكيل، مبادئ القانون الخاص، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 1965، ص 227 وفي نفس المعنى حسن كيراه، المدخل إلى القانون، المعارف، الطبعة 5، 1975، ص 448 وفي نفس المعنى علي فيلالي، نظرية الحق، موفم للنشر، 2011 ص 162 وما بعدها.

لكن في الجانب العملي، لا يمكن الاستعانة بدفتر واحد لقيد العمليات التجارية على اختلاف أنواعها. لهذا السبب يمكن للتاجر أن يمسك أكثر من دفتر يومية مساعد، فيخصص مثلا: دفتر للمشتريات، دفتر للمبيعات، وآخر للمصروفات ودفتر لأوراق القبض، ودفتر لأوراق الدفع، وفي هذه الحالة فهو غير مضطر لإعادة قيد تفاصيل العمليات الواردة بها في دفتر اليومية الرئيسي، بل يكتفي بتقييد إجمالي لهذه العمليات في دفتر اليومية الأصلي في فترات منتظمة من واقع هذه الدفاتر، كأن يكون مثلا مرة كل شهر مع ضرورة المحافظة على هذه الدفاتر المساعدة[33]. وهذا ما تقصده المادة 9 تجاري ...بشرط أن يحتفظ في هذه الحالة بكافة الوثائق التي يمكن معها مراجعة تلك العمليات يوميا".

لكن إذا قصد التاجر عدم ترحيل إجمالي أي إعادة النقل بصفة إجمالية قيود هذه الدفاتر اليومية الأصلي في فترات معينة اعتبر كل دفتر مساعد كأنه دفتر اليومية أصلي وبالتالي يجب أن تتبع فيه جميع الشروط التي يتطلبها القانون في تنظيم الدفاتر التجارية[34].

2-دفتر الجرد

يستفاد من نص المادة 10 تجاري ان على التاجر مسك دفتر للجرد. فهو يقوم بجرد كل ما عليه من ديون وماله من حقوق ويدونها في كل آخر سنة مالية بالتفصيل في دفتر الجرد مع ما لديه في محله ومخازنه، وإذا كانت هذه التفاصيل مدونة في دفاتر أو قوائم مستقلة فعليه بإثبات بيان إجمالي عنها في دفتر الجرد[35].

يشمل الجرد الذي يجريه التاجر سنويا، بيان الميزانية السنوية التي تعبّر عن حقيقة المركز المالي للتاجر موضحا فيها كل ما لديه وما له في ذمة الغير من أموال نقدية أو عينية منقولة، أو

---

[33] كذلك إذا تعددت أنشطة التاجر فإنه يخصص لكل نشاط دفتر على حدى وتعد جميعا من الدفاتر اليومية. أنظر تفصيلا في ذلك: أكثم أمين الخولي، القانون التجاري، دار نهضة مصر، القاهرة، 1964، ص 199

[34] سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 138 في نفس المعنى ألياس ناصيف المؤسسة التجارية، الجزء1، الطبعة الثانية، منشورات بحر المتوسط ومنشورات عويدات، بيروت، باريس، 1985، ص58

[35] عمار عمورة، المرجع السابق، ص 99

عقارية، والجانب السلبي الذي يعني بما على التاجر من ديون والتزامات. وطبقا لنص المادة 10 تجاري أن عمل الميزانية السنوية أصبح واجبا على كل تاجر.

تلك هي الدفاتر الإلزامية التي يجب على التاجر مسكها لبيان مركزه المالي غير أن طبيعة التعامل التجاري وحاجات التجارة وأهميتها تقتضي مسك دفاتر اختيارية جرى العرف بين التجار مسكها.

ب-الدفاتر التجارية الاختيارية

تساعد الدفاتر التجارية الاختيارية التاجر على تنظيم تجارته لاستثمار مشروعه ومنها: دفتر الأستاذ،

دفتر الصندوق، دفتر المخزن دفتر المستندات والمراسلات، دفتر الأوراق التجارية... إلخ.

- **دفتر الأستاذ**: دفتر اختياري اعتاد التجار مسكه وله من الأهمية حيث يتطلب طريقة فنية خاصة للقيد به حتى تنقل إليه جميع العمليات المدونة في الدفاتر الأخرى. وهو يعبّر عن النتائج النهائية لنشاط التاجر[36]
- **دفتر الصندوق**: دفتر اختياري يقيد فيه التاجر كل حركات النقود الصادرة والواردة ومن يسميها دفتر الخزانة
- **دفتر المخزن**: دفتر اختياري يقيّد فيه التاجر البضائع التي تدخل إلى المخزن والتي تخرج منه، أي عمليات البيع والشراء،

---

[36] سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 140
يتم القيد في دفتر الأستاذ على أساس وحدة العميل أو وحدة العملية، ويتم نقل العميلات منه إلى دفتر لليومية بتسلسل زمني وعند نقل كل قيد من إلى يسجل رقم صفحة الأستاذ، أو رقم الحساب في المكان الخاص به في صفحة دفتر الأستاذ، وبذلك يتم الربط بين دفتري اليومية والأستاذ، والطريقة المتبعة للقيد في دفتر الأستاذ تعرف بالقيد المزدوج. أنظر تفصيلا في ذلك، أحمد محرز، المرجع السابق، ص 145 راجع نظام المحاسبي المالي قانون 07-11 المؤرخ في 2007/11/25 والمتضمن النظام المحاسبي المالي، ج ر رقم 74 بتاريخ 11/25/ 2007

- **دفتر الأوراق التجارية**: دفتر اختياري يقيّد فيه التاجر حركة الأوراق التجارية المسحوبة من التاجر أو عليه وتواريخ استحقاقها. تساعد هذه الدفاتر التاجر على معرفة كمية البضاعة التي لديه كما تنبهه حول البضائع التي يقل الطلب عليها فيقلّل هو الآخر من اقتنائها.
- **دفتر المستندات والمراسلات:** دفتر اختياري يدون فيه التاجر كافة العمليات التجارية فور حصولها (حتى يتذكرها) ثم ينقلها بعناية إلى دفتر لليومية حسب حصولها بالتدقيق، فهي بمثابة مسودة للدفتر اليومية لتفادي الأخطاء عند التدوين.

تمرين: ما رأيك في هذه الدفاتر الاختيارية أذا تعلق الأمر بالدفاتر التجارية الالكترونية في التجارة الالكترونية؟

إن آلية العمل بالدفاتر الالكترونية تكون بإدخال القيود المحاسبية إلى الحاسوب ومن ثمّ تحفظ وتخزن على وسائط الكترونية، أما في الدفاتر التجارية التقليدية فهي تدرج مباشرة على الورق. تستجيب الدفاتر الكترونية لمختلف متطلبات التجارة العصرية بما فيها السرعة في قيد واسترجاع القيود المحاسبية وكذا الأمان في الحفظ.[37]

دون الخوض في الدفاتر الالكترونية حيث يحتاج الموضوع سداسيا كاملا لدراسة أدوات التجارة الالكترونية وضوابطها القانونية، يمكن القول مبدئيا أن الدفاتر الالكترونية ما هي إلا عبارة عن تطور حديث في طريقة إنشاء وحفظ للدفاتر التقليدية، فهي صورة لها بأسلوب جديد باستعمال طريقة فنية تعتمد على استعمال أجهزة الحاسوب وبرامج معلوماتية تتضمن نظام قواعد البيانات، وهذا بشروط وكيفيات قانونية معينة في تدوين لتلك البيانات وحفظها وتخزينها

[37] المرسوم التنفيذي 09-110 المحدد لشروط وكيفيات مسك المحاسبة بواسطة أنظمة الإعلام الآلي، ج ر رقم 21 بتاريخ 08 أبريل 2009. راجع بيسان عاطف الياسين، حجية الدفاتر التجارية الالكترونية في الإثبات، دار وائل للنشر

على دعامات الكترونية مناسبة[38]. ومع ذلك فهذا لا يجيب على السؤال ما مصير الدفاتر الاختيارية في التجارة الالكترونية؟ هل يمكن الاستغناء عنها؟

الفرع الثاني: كيفية مسك الدفاتر التجارية

تمثّل الدفاتر التجارية المرآة الصادقة للحالة المالية للتاجر وتبين مركزه المالي. تتمثل أهمية الدفاتر التجارية في أن الدفاتر منتظمة تساعد في حالة إفلاس التاجر وتوقفه عن دفع ديونه عند حلول آجال استحقاقها على حمايته من الإفلاس بالتقصير. كما تسمح باستفادة التاجر المفلس من إجراءات الصلح الواقي من الإفلاس البسيط ورد الاعتبار له. إلى جنب ذلك، تساعد مصالح الضرائب في التقدير الحقيقي للضريبة ولا تطبق عليه الضريبة الجزافية التي غالبا لا تخدم مصلحة التاجر. علاوة على ذلك تسمح الدفاتر المنتظمة ان تكون وسيلة إثبات

يقع إلتزام مسك الدفاتر التجارية على عاتق كل من يزاول التجارة على التراب الجزائري واتخذها مهنة معتادة له سواء كان مواطن أو أجنبي

تمرين: أجب بناء على ما تقدم عن الأسئلة التالية:

1-لماذا يلزم القانون الشخص بعد اكتسابه صفة التاجر مسك دفاتر تجارية التي اعتبرها وجوبية تحت طائلة جزاءات.

2-لماذا تعدّ الدفاتر التجارية وسيلة إثبات؟

3-هل تعتبر الأحكام التي تنظم الدفاتر التجارية قواعد آمرة أم يجوز للتاجر أن يزاول نشاطه التجاري دون الالتزام بها؟ علّل الإجابة

نظرا لأهمية الدفاتر التجارية أخضع المشرع الدفاتر التجارية لتنظيم خاص يجعلها منتظمة ويضمن صحة ما يرد فيها من بيانات ومعلومات. فألزمت المادة 11 تجاري على بيان كيفية

[38] برادي أحمد، حمدها أحمد، الإطار القانوني لمسك الدفاتر التجارية بواسطة أنظمة الإعلام الآلي في التشريع الجزائري، مجلة آفاق علمية، المجلد 13، العدد 03، السنة 2021 (ص472-491) ص 476

مسك الدفاتر الإجبارية حيث تنص على ما يلي: "يمسك دفتر اليومية ودفتر الجرد بحسب التاريخ وبدون ترك بياض أو تغيير من أي نوع كان أو نقل إلى الهامش.

وترقيم صفحات كل من الدفترين ويوقع عليهما من طرف قاضي المحكمة حسب الإجراء المعتاد".

وعليه على التاجر عند تدوين العمليات التجارية في دفتري اليومية والجرد أن يكون خاليا من أي فراغ أو كتابة في الهوامش أو أي حشو للمصداقية البيانات وعدم تغييرها. كما ألزمت المادة بترقيم صفحات السجلين (دفتر اليومية ودفتر الجرد) لمنع إزالة صفحة أو إخفائها أو استبدال بعضها بغيرها أو استبدال الدفتر الأصلي بدفتر مصطنع[39]، وحتى يظل الدفتر تعبيرا صادقا عن حقيقة المركز المالي للتاجر[40]. لكن في حالة اكتشاف التاجر خطأ في تدوين المعلومات على الدفتر فلا يمكن له شطبها أو محوها أو الكتابة عليها، لكن يمكن له تصحيح الخطأ وذلك عن طريق قيد جديد يؤرخ منذ تاريخ اكتشاف الخطأ.

علاوة على ما تقدم، أوجبت المادة 12 تجاري على التاجر حفظ الدفاتر التجارية الإلزامية (اليومية والجرد) لمدة عشرة سنة (10) وكذلك المستندات ذلك بغض النظر عما إذا كان مستمرا في تجارته أو كان قد اعتزل التجارة[41]، وذلك نظرا للفائدة العملية التي تؤديها هذه الدفاتر سواء للإثبات أمام القضاء أو لمصلحة الضرائب[42]. الجدير بالذكر ان من مصلحة التاجر أن يحتفظ بدفاتره ومستنداته التجارية مدة أطول حتى تنقضي جميع الحقوق الثابتة بها.

لا تعتبر مدة الاحتفاظ بالدفاتر التجارية بأنها مدة تقادم، فلا يؤدي إلى سقوط حق الغير في مطالبة التاجر بالالتزامات الواقعة عليه والثابتة في الدفاتر. وهذا ما أكّدته المحكمة العليا في

---

[39] عمار عمورة، المرجع السابق، ص 101. في نفس المعنى أحمد محرز، المرجع السابق، ص 146

[40] مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص136 وفي نفس المعنى: هاني دويدار، المرجع السابق، ص 182

[41] تنص المادة 12 تجاري على ما يلي: " يجب أن تحفظ الدفاتر والمستندات المشار إليها في المادتين 9 و10 لمدة عشرة سنوات. منا يجب أن ترتب وتحفظ المراسلات الواردة ونسخ الرسلات الموجهة طيلة نفس المدة".

[42] سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 143

قرارها الصادر عن الغرفة التجارية بتاريخ 2010/03/04 "... حيث أن القضاة أخذوا ضمنيا بما جاء بالحكم بخصوص احتساب أحقية المدعي المطعون ضده في الأرباح منذ سنة 1977 ذلك أن المادة 12 من القانون التجاري تنص على حفظ الدفاتر المحاسبية لمدة لا تتجاوز 10 سنوات إن وجدت ولا يعني ذلك سقوط الحق في الأرباح كذلك..... فان انعدام هذه الدفاتر أو عدم حفظها لما يزيد عما هو مقرر بالمادة المذكورة سلفا لا يضيع للمدعي حقه في الأرباح"[43]

إذا أهمل التاجر في الاحتفاظ بدفاتره خلال هذه المدة تعرض للجزاء

الفرع الثالث: الجزاءات المترتبة على عدم مسك الدفاتر التجارية أو عدم نظاميتها

حرص المشرع على وجوب الإلتزام بأحكام تنظيم الدفاتر التجارية فرتب على عدم مسكها أو مخالفة قواعد انتظامها جزاءات مدنية (أولا) وأخرى جزائية (ثانيا)

أولا: الجزاءات المدنية

إذا لم يلتزم التاجر بمسك الدفاتر التجارية الإجبارية منتظمة ولا يراعي فيها الأوضاع المقررة، فلا يعتد بها في الاثبات لصالح من يمسكونها، حيث تقضي المادة 14 تجاري على أنه: "إن الدفاتر التي يلتزم الأفراد بمسكها والتي لا تراعى فيها الأوضاع المقررة أعلاه لا يمكن تقديمها للقضاء ولا يكون لها قوة الاثبات أمامه لصالح من يمسكونها، وذلك مع عدم المساس بما ورد في النص بشأنه في كتاب الإفلاس والتفليس".

للدفاتر حجية إذا استوفت شروط تنظيمها المقررة قانونا، أما إذا كانت هذه الدفاتر غير منظمة فإنها تفقد حجيتها من جهة، كما تصبح قرينة ثبت سوء نية التاجر، ففي حالة الإفلاس فإنه لا

[43] قرار المحكمة العليا، رقم 605566 بتاريخ 2010/10/04 الغرفة التجارية، مجلة المحكمة العليا، عدد 2، 2011

يستفيد من الصلح الواقي من الإفلاس وإجراء تسوية قضائية معه، كما يشهر إفلاسه بالتقصير. أما من جهة مصلحة الضرائب فقد يعرض نفسه للتقدير الجزافي وغالبا يكون اجحافا بحقه[44]

ثانيا: الجزاءات الجزائية

أشارنا من قبل ان حالة مسك الدفاتر التجارية غير منتظمة قرينة على سوء نية صاحبها. نصت الفقرة 6 من المادة 370 تجاري الحالات التي يكون فيها التاجر مرتكبا لجريمة الإفلاس بالتقصير وهي حالة التاجر الذي توقف عن دفع ديونه عند استحقاقها ولو كان قد مسك حسابات مطابقة لعرف المهنة. كما نصت الفقرة 5 من المادة 371 تجاري على انه يعتبر مرتكبا للتفليس بالتقصير كل تاجر توقف عن الدفع، وكانت حساباته غير منتظمة أو ناقصة.

وأضافت الفقرة 5 من المادة 378 تجاري يعد مرتكبا التفليس بالتدليس كل تاجر في حالة توقف عن الدفع يكون قد أخفى حساباته أو اختلس بعض أو كل اصوله أو بددها أو استعمل طرق احتيالية كالتدليس لإقرار دين بمبلغ ليس في ذمته، وكذلك بالنسبة لهيئات تسيير الشركات التجارية إذا أمسكوا بسوء نية أو أمروا بإمساك حسابات الشركة بغير ما أقره القانون[45].

الفرع الرابع: حجية الدفاتر في الإثبات

تعدّ الدفاتر التجارية من الوسائل المهمّة لمعرفة مركز التاجر المالي، كما تعدّ وسيلة لمحاسبة التاجر من المصالح الإدارية للضرائب. تقضي القاعدة العامة في الإثبات أنه لا يجوز للشخص أن ينشأ أو يصنع دليلا لنفسه، ولا يجوز أن يقدم دليلا ضد نفسه. غير أن ما تقتضيه دعائم

---

[44] بن زارع رابح، المرجع السابق، ص 151. في نفس المعنى أحمد محرز، المرجع السابق، ص 148

[45] تطبق العقوبات الخاصة بالتفليس بالتقصير على القائمين بالإدارة والمديرين أو المصفين في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، وبوجه عام كل المفوضين من قبل الشركة، يكونون بهذه الصفة وفقا للفقرة 5 من المادة 378 تجاري التي تنص على ما يلي : "أو أمسكوا أو أمروا بإمساك حسابات الشركة بغير انتظام" . كذلك طبقا للفقرة 1 من ذات المادة إذا : " استهلكوا مبالغ جسيمة تخص الشركة في القيام بعمليات نصيبية محضة أو عمليات وهمية".

التجارة من السرعة والائتمان قد لا تتوفر وجود وسائل إثبات مهيأة مسبقا لطرفي التصرف القانوني. لهذا أجاز القانون حرية الإثبات في المسائل التجارية.

وعليه يتبين وجود حالتين في حجية الدفاتر التجارية تتمثل في:

- حجية الدفاتر التجاري في مواجهة الغير (أولا)
- حجية الدفاتر التجارية بين التجار (ثانيا)

أولا: حجية الدفاتر التجارية في مواجهة الغير

تعتبر الدفاتر التجارية التي اشترط القانون أن تُمسك بطريقة تضفي عليها مصداقية مضمونها. فوضع لها قواعد خاصة من حيث كيفية تنظيمها وتدوينها وهي قرائن للإثبات يجوز للقاضي اعتمادها أو رفضها، حيث تنص المادة 13 تجاري بما يلي: " يجوز للقاضي قبول الدفاتر التجارية المنتظمة كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية". كما تنص المادة 330 مدني على حجية الدفاتر التجارية على غير التجار وتضيف الفقرة 2 منها على حجية هذه الدفاتر على التجار نفسهم، وإذا كانت منتظمة لا يجوز ان يستخلص دليلا لنفسه أن يجزئ ما تضمتنه الدفاتر من معلومات واستبعاد ما هو مناقض لدعواه.[46]

لقبول الدفاتر كأداة إثبات يجب ان تتوفر ثلاثة شروط:

ان قبول الدفاتر التجارية **أمرا** جوازيا حيث سواء في المادة 13 أو 14 تجاري يستعمل المشرع كلمة "يجوز للقاضي..." ولم يستعمل صياغة الالزام "يجب على القاضي...' وعليه يكون قبول

[46] تنص المادة 330 تجاري على ما يلي : " دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار. غير أن هذه الدفاتر عندما تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التجار، يجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة إلى أحد الطرفين فيما يكون إثباته بالبينة.
وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار. لكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها واستبعاد منه ما هو مناقض لدعواه".

الدفاتر التجارية أمام القاضي خاضعا للسلطة التقديرية التي يتمتع بها ونفس الحكم بالنسبة لمدى حجية الدفاتر[47].

تعتبر الدفاتر التجارية إقرار خطيا صادرا عن التاجر سواء كان خصمه تاجرا أو كان مدنيا فيستطيع القاضي أن يستعين بدفاتر التاجر ويستمد منها قرائن يستند إليها في حكم الدعوى لكن في حدود التي يجوز فيها الاثبات بالبينة والقرائن، فتعتبر كبداية ثبوت بالكتابة[48].

طبقا لنص المادة 330 مدني يجب توفر شرطين للاحتجاج بالدفاتر التجاري في مواجهة غير التجار وهي:

- ان يكون النزاع متعلقا بعقد التوريد
- ان يكون موضوع النزاع مما يجوز إثباته بالبينة[49]

فلا يجوز للقاضي الأخذ بالدفاتر التجارية كدليل قاطع يكفي وحده في الإثبات وإنما عليه أن يتخذها أساسا لتكملة إثبات البيانات الوارد بها بتوجيه اليمين إلى أي من الطرفين. فلا يكتسب الدليل الذي يصنعه التاجر لنفسه حجية مطلقة في الإثبات، فقد يطلب القاضي بتقديم دليل آخر لإثبات التاجر دعواه[50]

ثانيا: حجية الدفاتر التجارية بين تاجرين

---

[47] هاني دويدار، المرجع السابق، ص 188

[48] شادلي نور الدين، القانون التجاري، دار العلوم والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص 95

[49] طبقا لنص المادة 333 مدني المعدلة بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 2005/06/20 الفقرة الأولى حيث تنص على ما يلي : " في غير المواد التجارية، إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة، فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

[50] أكثم أمين الخولي، القانون التجاري، المرجع السابق، الفقرة 216

سمح القانون للتاجر أن يتمسك بدفاتره التجارية كدليل له خروجا عن المبدأ العام عدم جواز للشخص أن يصنع دليلا لنفسه. إذا كانت الدعوى بين تاجرين في هذه الحالة يجب توفر شروط وهي:

- أن تكون الدفاتر منتظمة
- أن يكون النزاع بين تاجرين وناشئا عن عمل تجاري
- ان لا يكون التصرف يشترط لإثباته الكتابة أو الرسمية[51]

الفرع الخامس: قواعد الاطلاع على الدفاتر التجارية

يمكن الرجوع إلى الدفاتر التجارية بإحدى الطريقتين وهي:

- الاطلاع الجزئي (أولا)
- الاطلاع الكلي (ثانيا)

نظمت المواد 15-16-17-18 تجاري أحكام الاطلاع على الدفاتر التجارية وميّزت بين الاطلاع الجزئي والاطلاع الكلي

أولا-الاطلاع الجزئي: الأصل

يقصد باطلاع الدفاتر التجارية إجراء يتضمن وضع هذه الدفاتر تحت تصرف الخصم حتى يطلع عليها، إلا أنه إجراء في غاية الخطورة على التاجر لأنه يكشف للخصم أسرار التاجر. أي ان الاطلاع هو تقديم الدفاتر التجارية إلى القضاء. والجدير بالذكر أنه لا يجوز الأمر بتقديم الدفاتر إلا إذا اطمأنت المحكمة إلى ضرورة هذا الاجراء. لكن إذا امتنع الخصم بتقديم دفاتره يكون على القاضي اجباره على التنفيذ عن طريق فرض غرامة تهديدية عن كل يوم من أيام

[51] إذا كان التصرف يشترط فيه الكتابة أو الرسمية لا يمكن اسناد ذلك للدفاتر التجارية. ولا تعتبر الدفاتر التجارية محررات عرفية حيث ينقصها توقيع المدين، كما لا يمكن أن تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة لأنها لم تصدر من الشخص الذي يراد الاحتجاج بها عليه. أنظر تفصيلا في ذلك أحمد محرز، المرجع السابق، ص153.

التأخير تطبيقا للقواعد العامة[52] إلى جانب ذلك فإن امتناع التاجر بتقديم دفاتره بأمر من المحكمة فهو دليل على صحة ما يدعيه خصم التاجر.

تنص المادة 16 تجاري على ما يلي: " يجوز للقاضي أن يأمر ولو من تلقاء نفسه بتقديم الدفاتر التجارية أثناء قيام نزاع وذلك بغرض استخلاص ما يتعلق منها النزاع".

يقصد بالاطلاع الجزئي[53] حسب هذه المادة المذكورة أن تقدم الدفاتر التجارية للقضاء للنظر فيها في جزء الذي يخص النزاع فقط. قد يطلع القاضي بنفسه أو يعيّن خبيرا متخصصا للبحث فيما يطلبه القاضي بحضور التاجر وتحت رقابته، ويمنع على الخصم الاطلاع على دفاتر التاجر حماية لأسرار التاجر ومن المنافسة غير المشروعة.

تسمح المادة 17 تجاري للمحكمة المختصة في النظر بالدعوى، إذا كانت الدفاتر التجارية في مكان بعيد عنها، أن يوجه القاضي إنابة قضائية لدى المحكمة التي توجد بها الدفاتر أو يعين قاضيا للاطلاع عليها ويقوم هذا الأخير بتحرير محضر الاطلاع ويرسله إلى المحكمة المختصة[54].

ملاحظة: للمحكمة مطلق الصلاحية في القرار بالاطلاع الجزئي، أي أنها ليست مقيّدة بالحالات كما في الاطلاع الكلي، لأن القاعدة في الاطلاع على دفاتر التاجر هي الاطلاع الجزئي والاستثناء هو الاطلاع الكلي، والاستثناء يكون دائما مقيدا.

ثانيا-الاطلاع الكلي: الاستثناء

---

[52] عمار عمورة، المرجع السابق، ص107

[53] هناك من يطلق على الاطلاع الجزئي مصطلح " التقديم"، أنظر أحمد محرز، المرجع السابق، ص 154، إلا ان هذا المصطلح وإن استعمله المشرع في المادة 15 والمادة 16 "...بتقديم..." إلا أنه لا يميّز بين الاطلاع الجزئي والاطلاع الكلي حيث سواء في الاطلاع الكلي أو الاطلاع الجزئي استعمل المشرع عبارة "تقديم" ولهذا يكون مصطلح الاطلاع الجزئي أكثر دقة لتمييزه عن الاطلاع الكلي.

[54] تنص المادة 17 تجاري بما يلي: "يجوز للقضاة أن يوجهوا إنابة قضائية لدى المحكمة التي توجد بها الدفاتر أو يعينون قاضيا للاطلاع عليها وتحرير محضر بمحتواها وإرساله إلى المحكمة المختصة بالدعوى وذلك في حالة العرض بتقديمها أو طلب تقديمها أو الأمر به، إذا كانت هذه الدفاتر موجودة في أماكن بعيدة عن المحكمة".

يتمثل في الحكم بتقديم الدفاتر التجارية، فهو اجبار التاجر على تسليم دفاتره التجارية والتخلي عنها للقضاء ليسلمها للخصم ليطلع عليها وليبحث فيها بأكملها عن الأدلة التي يحتاجها. يتبين من خلال هذا العرض ان الاطلاع الكلي فيه خطورة كبير على مصالح التاجر ولهذا قيّدها المشرع في حلالات محددة وهي: قضايا الإرث، قسمة الشركة، الإفلاس حيث تنص المادة 15 تجاري بما يلي: "لا يجوز الأمر بتقديم الدفاتر التجارية وقوائم الجرد إلى القضاء إلا في قضايا الإرث وقسمة الشركة وفي حالة الإفلاس".

من البديهي ان يطلع الورثة أو الموصي لهم على دفاتر مورثهم اطلاعا كليا وذلك لمعرفة نصيبهم من التركة. كذلك الأمر بالنسبة للشركاء عندما تنحل الشركة، فجاز للشريك الاطلاع الكلي على دفاتر الشركة لمعرفة نصيبه من القسمة. من الضروري في هذه الحالة عدم الخلط بين الاطلاع على الدفاتر التجارية والذي يكون بمناسبة منازعات قضائية وبين حالات أخرى من الاطلاع مقررة بنص القانون أو الاتفاق[55]. أما الاطلاع الكلي في حالة الإفلاس فيكون لوكيل التفليسة التي عينته المحكمة الحق في الاطلاع على الدفاتر التجارية للمفلس، لكن في نفس الوقت لا يجوز للدائن بصفة شخصية الاطلاع عليها إلا إذا تم تعيين دائنين مراقبين للتفليسة فهم الذين لهم حق الاطلاع الكلي.

سؤال: هل يجوز لدائني التاجر المتوفى الاطلاع الكلي على دفاتره؟

في حقيقة الأمر لا يجوز ذلك لصراحة النص في تحديد صفة من له حق الاطلاع فلا بد ان يكون طالب الاطلاع له صفة الوارث أو الموصي له.

تمرين:

[55] من الضروري التمييز بين شركة اشخاص كشركة التضامن التي تقرّ للشريك حق الاطلاع على الدفاتر التجارية خلال حياة الشركة، إما لتحديد نصيب من الأرباح والخسائر أو لمراقبة تسيير وإدارة الشركة. أما في شركة الأموال كشركة المساهمة فالقاعدة أنه ليس للشريك المساهم الحق في الاطلاع على دفاتر الشركة لان ذلك يتم عن طريق محافظ الحسابات وجوبا. أنظر تفصيلا في موضوع هذا التمييز وموقف الفقه والقضاء الفرنيين في مسألة الاطلاع الكلي، سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 148 وما بعدها.

ضع علامة على الجواب الصحيح:

-تعدّ الدفاتر التجارية حجة على التاجر:

أ-إذا كانت إلزامية، صحيحة ومنتظمة

ب-إذا كانت إلزامية واختيارية منتظمة

ج-إذا كانت إلزامية ودقيقة

د-إذا كانت اختيارية وصحيحة ومنتظمة

المطلب الثاني: القيد في السجل التجاري

ترجع نشأة السجل التجاري إلى القرن الثالث عشر (13) حين عملت طوائف التجار التي تكونت في المدن

الإيطالية على قيد أسماء أعضائها في سجل خاص بهدف تنظيم شؤونها الداخلية. لم يكن وظيفة السجل آنذاك للإشهار وإنما كان يستعمل كوسيلة إحصاء التجار لمعرفة بعضهم البعض، ودعوتهم للاجتماعات التي تعقدها الطائفة المنتمون إليها، ومطالبتهم برسوم القيد في سجلاتها[56]. بتطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية أصبحت هذه السجلات وسيلة للاستعلام عن التجار والكشف عن حقيقة مراكزهم المالية إلى أن أصبحت بعد تطور وظيفتها أداة هامة لجمع البيانات الإحصائية عن حالة التجارة من حيث رؤوس الأموال المستثمرة وعدد التجار الممارسين وأنواع التجارة الممارسة

[56] محمد فريد العريني، هاني دويدار، المرجع السابق، ص110. نشأ السجل التجاري في فرنسا سنة 1919 ورث الفكرة من القانون الألماني حيث في الحرب العالمية الأولى 1918 لما كانت الدولة الألمانية محتلة منطقتي الألزاس واللوران الفرنسية فلما استعادت فرنسا المنطقتين تبين لها مدى فعالية هذه الوسيلة فأدرجته في قانونها في 1919 وعدلته في 26 جوان 1920 ثم 1958 ،1973 وغيرها تماشيا مع تطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية ونطور وظيفة السجل التجاري من إحصائي إلى رقابي استثماري. https://fr.wikipedia.org/wiki/registre_de_commerce_et_des_sociétés-(France)

وعليه نتناول نطاق السجل التجاري وأهميته (الفرع الأول) ثم النتائج المترتبة عند الالتزام بالقيد (الفرع الثاني) وعند عدم الالتزام بالقيد(الفرع الثالث)

الفرع الأول: نطاق السجل التجاري وأهميته

تناول المشرع في القانون التجاري أحكام السجل التجاري في الباب الثالث تحت عنوان "السجل التجاري" في الفصل الأول بعنوان "التسجيل في السجل التجاري" من المواد 19 إلى المادة 28 دون تعريفه لأنه يصعب وضع تعريفا للسجل التجاري لاختلاف وظائفه في كل زمان ومكان[57]. تكمن أهمية السجل التجاري أساسا في دعم الائتمان التجاري وبعث الثقة والاطمئنان في نفوس المتعاملين معه، وتسهيل عمله التجاري. وهذا لن يكون إلا من خلال تعريف التاجر إلى الغير، عن طريق شهر مركزه القانوني وشهر العناصر الأساسية التي يتألف منها نشاطه التجاري. كما يسهل رقابة الدولة على تلك الأعمال وتحصيل الضرائب ولهذا يجب تحديد نطاق السجل التجاري (أولا) ووظائفه (ثانيا)

أولا: نطاق السجل التجاري

تنص المادة 19 تجاري بما يلي:

"يلزم بالتسجيل في السجل التجاري:

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

[57] ومع ذلك حاول بعض الفقه في غياب تعريف المشرع، أن يعرفه بأنه " دفتر أو موسوعة رسمية للأشخاص الطبيعية والمعنوية التي تكتسب صفة التاجر والتي تمارس نشاطا يرتبط بالتجارة" وعرفه البعض بأنه " سجل عام تمسكه جهة رسمية قضائية أو إدارية لتدوين ما أوجب القانون على التجار أو أجاز لهم تسجيلها فيه، من بيانات تتعلق بهويتهم ونوع النشاط الذي يزاولونه، والتنظيم الذي يجرون أعمالهم التجارية بموجبه، وكل ما يطرأ على ذلك من تغير خلال ممارستهم التجارية، تثبيتا لحقوقهم وضمانا لمصالح المتعاملين معهم" ادوارد عيد، الأعمال التجارية والتجار، دون ذكر دار النشر، بيروت 1971، ص 178 وما بعدها

2-كل شخص معنوي تاجر بالشكل، أو يكون موضوعه تجاريا، ومقره الجزائر، أو كان له مكتب أو فرع أو أي مؤسسة كانت"

طبقا لنص هذه المادة حدّد المشرع الأشخاص الملزمون بالتسجيل في السجل التجاري، وهم كل تاجر سواء كان شخص طبيعي أو معنوي يمارس التجارة في الجزائر. ويطبق هذا الالتزام أيضا حسب نص المادة 20 تجاري على كل تاجر أجنبي شخصا طبيعيا أو معنويا يمارس نشاطا تجاريا في الجزائر أو له مقره في الخارج ويفتح في الجزائر وكالة أو فرعا[58] .

أي:

- أن يكون الشخص تاجرا (سواء جزائري أو أجنبي) شخص طبيعي أو معنوي
- يمارس التجارة على القطر الجزائري

كما نضيف :

- أن لا يكون موضوع أي تدبير يمنعه من ممارسة النشاط التجاري
- وبالنسبة للمهن المقننة[59] يجب توفر الترخيص لممارسة النشاط المحدد قانونا تحت رقم نشاط يحدده السجل التجاري. عرف قانون السجل التجاري رقم 22/90 المهن المقننة في المادة 05 منه[60]

---

[58] تنص المادة 20 تجاري بما يلي: "يطبق هذا الالتزام خاصة على:
1-كل تاجر، شخصا طبيعيا كان أو معنويا
2-كل مقاولة تجارية يكون مقرها في الخارج وتفتح في الجزائر وكالة أو فرعا أو أي مؤسسة أخرى
3-كل ممثلية تجارية أجنبية تمارس نشاطا تجاريا على التراب الوطني".

[59] أصبحت النشاطات المقننة تؤسس اليوم نظام إداري متمثل في أشكال علاقات بين الإدارات والمعنيين بالنشاط، وهي تؤسس أول الأنظمة الإدارية للنشاطات الخاصة. أنظر تفصيلا لهذه الفكرة:
Bennadji (Chérif), La notion d'activité réglementée, IDARA, volume10, n°2, p 40

[60] القانون رقم 90-22 المؤرخ في 18 أوت 1990 المتعلق بالسجل التجاري، ج ر عدد 36 الصادر بتاريخ 22 أوت 1990 ص 1145 تنص المادة 05 من هذا القانون على ما يلي: " تحكم المهن المنظمة بقوانين خاصة تحدد زيادة على ذلك الشروط المحتملة لتطبيق هطا القانون. ثم جاء قانون 04/08 أكد في المادة 24 منه أن النشاطات المقننة تخضع في ممارستها للشروط تحددها القوانين الخاصة بها خاصة المادة 25 منه التي بينت ان ممارسة أي نشاط أو مهنة مقننة يخضع قبل تسجيله في السجل التجاري للحصول على رخصة أو اعتماد مؤقت

يتقارب هذا التعريف بتعريف النشاط المقنن الذي يعرف بأنه مؤطر ومنظم في إطار تشريعي وتنظيمي محدّد ويضع شروطا دقيقة للالتحاق بالنشاط والاستمرار في الممارسة[61].

ثانيا: أهمية السجل التجاري

تأخذ معظم الدول بنظام السجل التجاري لما له من أهمية كبير في تنظيم الحياة التجارية. ويقضي هذا النظام إلى قيد كل البيانات الخاصة بالتجار أفراد كانوا أو شركات وجميع البيانات الخاصة بالمشروع التجاري، مما يسهل معرفة لكل متعامل مع التاجر معرفة حقيقة مركزه المالي مما يعزّز الائتمان قوام الحياة التجارية، كما يسهل بسط رقابة الدولة على هذه الفئة الحيوية في الاقتصاد.

يمكن ان نلخّص أهمية السجل من خلال الوظائف التي يؤديها وهي كالآتي:

- **وظيفة اقتصادية:** حيث له جانب كبير من الأهمية كأداة لجمع البيانات اللازمة لتخطيط السياسة الاقتصادية، وذلك لأنه وسيلة للتحقيق المستمر في الأنشطة التجارية داخل البلاد، وضبط قائمة الأنشطة الاقتصادية الخاضعة للقيد في السجل التجاري.
- **وظيفة قانونية:** للسجل وظيفة قانونية باعتباره أداة قانونية للإشهار حيث يحقق استقرار المعاملات ودعم الائتمان.
- **وظيفة إحصائية**: يعتبر السجل التجاري مصدرا للإحصائيات يسمح بمعرفة عدد المؤسسات التجارية وأنواعها، وعدد التجار وأنواع النشاطات التجارية، كما يحدد أنواع

والممارسة الفعلية تكون بعد الحصول على الرخصة او الاعتماد النهائيين المطلوبين. قانون رقم 08-04 المؤرخ في 04 غشت 2004 يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج ر عدد 52 الصادر في 18 أوت 2004 ص 4 المعدل والمتمم بالقانون رقم 13-06 المؤرخ في 23 يوليو 2013 ج ر عدد 39 الصادر بتاريخ 31 يوليو 2013 ص 33

يقصد بالمهن المنظمة في مفهوم الفقرة السابقة جميع المهن التي تتوقف ممارستها على امتلاك شهادات أو مؤهلات تسلمها مؤسسات يخولها القانون ذلك".

[61] دومة نعيمة، النشاطات المقننة في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر-1، كلية الحقوق، الجزائر، 2016 ص11.

النشاطات التجارية المسموح بها في الوطن. ويحدد مجال النشاطات بأرقام استدلالية ...إلخ.

- **وظيفة تنظيمية**: يعتبر السجل التجاري أداة لتطهير المهنة التجارية حيث يمثّل وسيلة للمراقبة التي تمنع بعض الأشخاص من مزاولة التجارية، أو مراقبة الأنشطة التجارية التي تفرض الحصول على رخصة مسبقة للممارسة التجارية[62].

ملاحظة: أسند المشرع مهمة السجل التجاري لجهة إدارية تتمثّل في المركز الوطني للسجل التجاري وأخضع رقابة السجل التجاري تحت إشراف وزارة التجارة بناء على المرسوم التنفيذي رقم 97-39 لسنة 1997 المتعلق بمدونة النشاطات الاقتصادية الخاضعة للسجل التجاري، وهذا بناء على ما ورد في المواد 5-6-7 من هذا المرسوم، ولكن للقضاء مهمة النظر في المنازعات الخاصة به. وهكذا يكون المشرع قد وقف موقفا وسطا بين الوظيفة الإدارية والوظيفة الإشهارية للقيد في السجل التجاري.

ملاحظة: يخضع التاجر المتنقل أو المتجول (التاجر غير القار) لأحكام خاصة، ويسجل في السجل التجاري كتاجر غير القار[63]، ويجب أن يتحصل على موافقة من الوالي الذي يحدد بموجب قرار الشروط العامة لتنظيم وممارسة النشاطات غير القارة. تتعلق هذه الشروط في تحديد المواقع الخاصة لممارسة النشاط، وتحديد حقوق هؤلاء الأشخاص وواجباتهم، تحديد الحقوق المتعلقة بالموقع ومكان التوقف، تحديد قواعد التهيئة والنظافة والسلامة الصحية وحفظ

---

[62] راجع المرسوم التنفيذي رقم 97-40 المؤرخ في 18 جانفي 1997 المتعلق بمعايير تحديد النشاطات والمهن الخاضعة للقيد في السجل التجاري، ج ر عدد 5 الصادر بتاريخ 19 جانفي 1997 ص7.

[63] تنص المادة 3 من مرسوم تنفيذي رقم 13-140 مؤرخ في 29 جمادى الأولى عام 1434 الموافق 10 أبريل سنة 2013 يحدد شروط ممارسة الأنشطة التجارية غير القارة ج ر عدد21 الصادر بتاريخ 23 أبريل 2013 على ما يلي: " يمارس الأنشطة التجارية غير القارة الأشخاص الطبيعيون الحاصلون على سجلات تجارية تحمل رموز الأنشطة المعنية حسب ما هو مفرس في مدونة الأنشطة الاقتصادية الخاضعة للقيد في السجل التجاري".

النظام في الأماكن[64]. فتخضع ممارسة الأنشطة التجارية غير القارة إلى شرط القيد في السجل التجاري، وإلى رخصة من رئيس المجلس الشعبي البلدي للحصول على مكان على مستوى المعارض والفضاءات المهيأة[65]

الفرع الثاني: آثار القيد في السجل التجاري

بيّن المشرع آثار القيد في السجل التجاري وذلك من المواد 21 إل 28 تجاري. وبموجبها يمكن تقسيم هذه

الآثار بحسب طبيعة الشخص، أي الآثار المترتبة على التسجيل في السجل التجاري بالنسبة للأشخاص الطبيعيين وبالنسبة للأشخاص المعنويين (ثانيا)[66] ، وقبلها نوضّوح الآثار المشتركة بينهما (أولا)

أولا: نظام القيد الموحد

بناء على قاعدة وحدة القيد يترتب على قيد الشخص سواء الشخص الطبيعي أو المعنوي الحصول على رقم قيد رئيسي (أ) وإذا تعددت نشاطاته أو محلاته التجارية يكون له قيدا ثانويا (ثانيا)

أ-رقم قيد رئيسي

يمنح للتاجر (الطبيعي او المعنوي) رقم قيد واحد لسجل تجاري، فإذا أضاف نشاطات أخرى فإنه يقيد تحت نفس الرقم بقيد ثانوي، وهذا يعني أنه يوجد قيد رئيسي وقيد ثانوي في حالات معينة.

سؤال: ماذا نقصد بالقيد الرئيسي والقيد الثانوي؟

---

[64] تنص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 13-140 المذكور أعلاه على ما يلي: " يمارس النشاط التجاري غير القار .....، في الأسواق الأسبوعية أو نصف الأسبوعية والجوارية أو المعارض أو في أي فضاء أو مكان آخر مهيأ لهذا الغرض".

[65] المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 13-140 المذكور أعلاه

[66] بتناول المرسوم التنفيذي رقم 15-111 مؤرخ في 14 رجب عام 1436 الموافق 3 مايو سنة 2013 سنة 2015 يحدد كيفيات القيد والتعديل والشطب في السجل التجاري من المواد 1 إلى 31

-القيد الرئيسي هو: أول قيد في السجل التجاري يقوم به التاجر، يترتب عنه منحه رقم التسجيل يسري مدى الحياة التجارية للشخص الطبيعي أو الحياة الاجتماعية للشخص المعنوي[67]. يجب أن يذكر هذا الرقم في جميع المستندات الخاصة بالتاجر وبتجارته حيث نت المادة 27 من قانون السجل التجاري بهذا الالتزام[68]

ب-القيد الثانوي هو: قيد إجباري يكون تحت نفس الرقم الممنوح للنشاط الأساسي وفي نفس السجل المحلي أو على مستوى ولاية أخرى عند تعدد نشاطات التاجر والمحلات التجارية[69].

يتضمن التسجيل في السجل التجاري القيد، التعديل[70]، والشطب[71].

تمرين: أجب عن السؤال التالي

-بناء على ما تقدّم، ماذا يُقصد بمبدأ وحدانية السجل التجاري؟

ثانيا: القيد قرينة قطعية على اكتساب صفة التاجر

يترتب عن القيد في السجل التجاري، طبقا لأحكام القانون التجاري، نتائج في غاية الأهمية، أهمها انه قرينة قانونية قاطعة على اكتساب الشخص الصفة التجارية من جهة، ومن جهة أخرى تكتسب للشركة التجارية الشخصية المعنوية بعد قيدها حيث ليس لها وجود قانوني في مرحلة تأسيسها.

---

[67] تنص المادة 16 من قانون السجل التجاري بما يلي: " لا يسلم إلا سجل تجاري واحد لأي شخص طبيعي تاجر في مفهوم هذا القانون. ولا يمكن الإدارات أن تطلب من التاجر صورا أو نسخا من السجل التجاري إلا في الحالات التي ينص عليها القانون صراحة".

[68] تنص المادة 27 قانون السجل التجاري على ما يلي: " يجب على كل شخص طبيعي أو معنوي مسجل في السجل التجاري أن يذكر في عنوان فواتره أو طلباته أو تعريفاته أو نشرات الدعاية أو على كل المراسلات الخاصة بمؤسسته والموقعة عليه منه وباسمه، مقر المحكمة التي وقع فيها التسجيل بصفة أصلية ورقم التسجيل الذي حصل عليه، وكل مخالفة لهذه الأحكام يعاقب عنها بغرامة قدرها 180 د ج"

[69] طبقا لنص المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 15-111 حيث تنص على ما يلي : " يتم القيد في السجل التجاري للأنشطة الثانوية على أساس طلب ممضي وحرر على استمارات يسلّمها المركز الوطني للسجل التجاري وكذا نسخة من سند الملكية..."

[70] نصت على تعديل التسجيل من المواد 15 إلى 18 من المرسوم التنفيذي رقم 15-111 على أحكام التعديل

[71] تناولت الشطب المواد 21 -22-23- 24 من المرسوم التنفيذي رقم 15-111

تنص المادة 21 تجاري بما يلي: "كلّ شخص طبيعي أو معنوي مسجّل في السّجّل التجاري يعدّ مكتسبا صفة التاجر إزاء القوانين المعمول بها ويخضع لكل النتائج الناجمة عن هذه الصّفة".

وعند الرجوع إلى نص المادة الأولى تجاري تضفى الصفة التجارية على من يمتهن الأعمال التجارية ويتخذها مهنة معتادة له، وبالمقابل نجد المادة 21 تجاري تعتبر كل شخص تم قيده في السجل التجاري تاجرا، وهي قرينة قاطعة لثبوت صفة التاجر لا يمكن دحضها أمام المحاكم المختصة لأن المادة 21 تجاري عُدّلت بموجب الأمر 27/96 الصادر في 1996/02/09 واعتبرتها كذلك. وعليه فالسؤال الذي يطرح هل الشخص يكتسب صفة التاجر بمزاولته التجارة أم بالقيد في السجل التجاري؟

في حقيقة الأمر يمكن أن نرجع شروط اكتساب صفة التاجر إلى الشروط الموضوعية التي نصت عليها المادة الأولى تجاري والشروط الشكلية التي نصت عليها المادة 21 تجاري. فلا محل لطرح هذا التساؤل.

كما تنص المادة 22 تجاري على آثار عدم القيد في السجل التجاري إذ منع لكل تاجر بدأ بمزاولة التجار ولم يسجل نفسه خلال مدة شهرين من تاريخ بدء نشاطه التجاري ان يحتج بصفة التاجر أمام الغير أو الإدارات العمومية[72]، فيفتقد لوسيلة إثبات الصفة التجارية

مثال: أن يقوم الشخص بمزاولة نشاطه التجاري ولم يقيّد نفسه في السجل التجاري، فبالتالي ليس له مستخرج السجل التجاري، كما ليس له رقم في مصلحة السجل التجاري، فهو بالتالي غير معروف لديهم ولا لدى الغير. في هذه الحالة ليس له قرينة قانونية على أنه تاجر، كما تطالبه

[72] تنص المادة 22 تجاري بما يلي: "لا يمكن للأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للتسجيل في السجل التجاري والذين لم يبادروا بتسجيل أنفسهم عند انقضاء مهلة شهرين أن يتمسكوا بصفتهم كتجار، لدى الغير أو لدى الإدارات العمومية، إلا بعد تسجيلهم.
غير أنه لابد لهم الاستناد لعدم تسجيلهم في السجل بقصد تهريبهم من المسؤوليات والواجبات الملازمة لهذه الصفة".

مصلحة الضرائب بالضرائب المستحقة خلال فترة نشاطه، وليس له أن يتمسّك بعدم قيده بالسجل التجاري ليعفى من التزامات التجار.

أما آثار القيد بالنسبة الشخص المعنوي فتنص المادة 549 تجاري يما يلي: " لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري، وقبل إتمام هذا الإجراء يكون الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة ولحسابها متضامنين من غير تحديد أموالهم إلا إذا قبلت الشركة، بعد تأسيسها بصفة قانونية أن تأخذ على عاتقها التعهدات المتخذة.

فتعتبر التعهدات بمثابة تعهدات الشركة منذ تأسيسها".

الجدير بالذكر انه لا يتم قيد الشركة التجارية في السجل التجاري إلا بعد التسجيل لدى إدارة الضرائب[73]. كما يرتب القيد في السجل التجاري الإشهار القانوني الإجباري لتمكين الغير الاطلاع على وضعية التاجر ومركز مؤسسته، وملكية المحل ونوع النشاط الذي يستغله[74]. كما يسمح للغير الاطلاع على محتوى عقد تأسيس الشركة وكل التحولات والتعديلات التي وقعت على رأسمالها وكذا التصرفات القانونية التي جرت[75].

الجدير بالذكر يتم شطب القيد من السجل التجاري إذا انقطع التاجر عن مزاولة تجارته أي نشاطه التجاري لأي سبب من الأسباب أو عند وفاته حيث نصت الفقرة 1 من المادة 26 تجاري على أنه: " إن الإشارة الخاصة بالتعديلات الطارئة على وضعية التاجر المسجل وكذلك التشطيبات الواقعة في حالة توقف نشاطه التجاري أو عند وفاته. يمكن طلبها من كل شخص له

---

[73] راجع المادة 58 من قانون التسجيل، الأمر رقم 76-105 مؤرخ في 9 ديسمبر سنة 1976، يتضمن قانون التسجيل، معدل ومتمم بالقانون رقم 10-13 المؤرخ في 29 ديسمبر سنة 2010 المتضمن قانون المالية لسنة 2011

[74] نادية فضيل، المرجع السابق، ص192

[75] تنص المادة 20 من قانون السجل التجاري بالإشهار القانوني الإجباري بالنسبة للشركات التجارية والمؤسسات الفردية وتنص المادة 21 من قانون السجل التجاري على إجبارية الإشهار القانوني فيما يتعلق بالأشخاص الطبيعيين التجار لتمكين الغير الاطلاع على وضعية التاجر وأهليته، موطن مؤسسته الرئيسي التي يستغل فيها تجارته وعلى ملكية المحل التجاري. أما بالنسبة للتاجر غير القار أن يتخذ موطنا قانونيا يناسب احتياجات تجارته في الإقامة الاعتيادية.

مصلحة في ذلك، وإذا لم تصدر من المعني بالأمر نفسه، فإن العريضة تؤدي إلى حضور الطالب فورا أمام القاضي المكلف بمراقبة السجل التجاري والذي يبت في ذلك".

الفرع الثالث: آثار عدم القيد في السجل التجاري

نظرا لأهمية التسجل في السجل التجاري لاختلاف وظائفه رتب المشرع جزاءات مدنية (أولا) وجزاءات جزائية (ثانيا)

أولا: جزاءات مدنية

يترتب عن عدم الالتزام بالقيد في السجل التجاري جزاءات مدنية والتي تم ذكرها. يفقد الشخص الذي لم يقيد نفسه في السجل التجاري كل حقوق التجار مع البقاء بالتزاماتهم. فإذا توقف عن دفع ديونه يشهر إفلاسه ولا يتمتع بحق التسوية القضائية وإمكانية الصلح الواقي من الإفلاس. ويجوز مطالبته والحكم عليه بالتنفيذ المعجل وتمارس في مواجهته قواعد حرية الاثبات وغيرها

كما لا يحتج لدى الغير عن عدم قيده في السجل التجاري ولا يجوز الاحتجاج بالبيانات الواردة في السجل التجاري ضد الغير إلا بعد شهرها حسب الاشكال التي يقتضيها القانون وذلك في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية. إلا أن عدم النشر لا يعفي من مسؤولية التاجر تجاه الغير[76]. وإذا ترتب عن عدم القيد في السجل إعطاء بيانات غير صحيحة إضرارا بالغير جاز لهذا الأخير أن يطلب التعويض عن الأضرار التي لحقت به.

ثانيا: جزاءات جزائية

[76] شادلي نور الدين، المرجع السابق، ص 109

إضافة للجزاءات المدنية أضاف المشرع جزاءات جزائية دعما للائتمان والثقة التي تتميّز بها الحياة التجارية تضمنتها المواد من 26 إلى 28 المتعلق بقانون السجل التجاري.

تنص المادة 26 من قانون السجل التجاري على أنه: " يعاقب بغرامة مالية تتراوح بين 500 دج و20.000 دج على عدم التسجيل في السجل التجاري. وفي حالة العود، تضاعف الغرامة المالية المنصوص عليها في الفقرة الأولى أعلاه، مع اقترانها بإجراء الحبس لمدة تتراوح بين عشرة أيام وستة أشهر" . وهذا الجزاء يترتب عند إهمال القيد في السجل التجاري.

أما حالة قيد بيانات غير صحيحة أو ناقصة غير كاملة في السجل التجاري وتبين الأمر كذلك فقد "يعاقب بغرامة مالية تتراوح ما بين 5000 و20.000 دج وبالحبس تتراوح بين عشرة أيام وستة أشهر أو بإحدى العقوبتين وفي حالة العود تتضاعف العقوبات السابقة. كما يأمر قاضي المكلف بالسجل من تلقاء نفسه وعلى نفقة المخالف تسجيل هذه العقوبات في هامش السجل التجاري ونشرها في نشرة الإعلانات الرسمية للإعلانات القانونية".

وتضيف المادة 28 من قانون السجل التجاري على أنه: " يعاقب بالحبس مدة تتراوح بين ستة أشهر وثلاث سنين وبغرامة مالية تتراوح بين 10.00 دج و30.000 دج كل من زيف أو يزور شهادات التسجيل في السجل التجاري أو أية وثيقة تتعلق به قصد اكتساب حق أو صفة".

تناول القانون التجاري الجزاءات الجزائية حيث نص في المادة 28 منه على أنه: كلّ شخص طبيعي أو معنوي، غير مسجل في السجل التجاري، يمارس بصفة عادية نشاطا تجاريا، يكون قد ارتكب مخالفة تعاين ويعاقب عليها طبقا للأحكام القانونية السارية في هذا المجال.

وتأمر المحكمة التي تقضي بالغرامة بتسجيل الإشارات أو الشطب الواجب إدراجه في السجل التجاري خلال مهلة معينة وعلى نفقة المعني". كما يعاقب كل تاجر خالف أحكام المادة 27 تجاري بغرامة قدرها من 180 إلى 360 دج. لهذا يجب توفر اركان الجريمة وهي الركن الشرعي والمتمثل في نص القانون على هذه الجريمة، والقصد الجنائي أي سوء نية لدى التاجر،

بحيث كان يعلم بأن البيانات التي ملزم بقيدها غير صحيحة، وأخيرا إلحاق الضرر بالغير بسبب هذا التصرف[77]

في الأخير لابد التطرق إلى التجارة الإلكترونية حيث نص القانون 18-05[78] المتعلق بالتجارة الالكترونية، في المادة 8 والمادة 9 منه على شروط ممارسة التجارة الالكترونية.

حيث تنص المادة 8 الفقرة 1: " يخضع نشاط التجارة الالكترونية للتسجيل في السجل التجاري أو سجل الصناعات التقليدية الحرفية حسب الحالة ولنشر موقع الالكتروني أو صفحة الكترونية على الانترنت مستضاف في الجزائر بامتداد " com.dz ". وتنص المادة 9 منه فقرة 3: " لا يمكن ممارسة نشاط التجارة الالكترونية إلا بعد إيداع اسم الناطق لدى مصالح المركز الوطني للسجل التجاري وتنص الفقرة 1 منها: " تنشأ بطاقية للموردين الالكترونيين لدى المركز الوطني للسجل التجاري"

المحل التجاري

استعمل مصطلح "المحل التجاري" منذ العصور القديمة[1] كان يدل على المكان الذي يمارس التاجر نشاطه التجاري ويضع فيه بضاعته ويستقبل العملاء، فكان ينظر إليه نظرة مادية بحتة تقتصر على المقومات المادية التي يتألف منها المحل، ولم يحاول أحد أن يقرّب بين العناصر المختلفة للاستغلال التجاري على أساس أنها وحدة ذات قيمة خاصة. وعند تطور العلاقات التجارية ازدادت أهمية العناصر المعنوية كالعنوان، الاسم التجاري، الشهرة، العلامة التجارية...إلخ[2].

ان فكرة اعتبار المحل التجاري مالا منقولا مستقلا عن العناصر التي يتكون منها، فكرة حديثة لم تستقر تشريعيا إلا في غضون القرن العشرين (20). اختلفت الآراء الفقهية في تعريف المحل التجاري لغياب تعريف المشرع له. لكن الرأي الراجح وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي "ريبير" يعتقد أن وجود المحل التجاري يتوقف على عنصر العملاء[3]، وان العناصر الأخرى تظهر أهميتها بمدى ارتباطها إلى حد كبير في اجتذاب العملاء[4].

وعلى الرغم من أهمية عنصر الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية وهما بحق في مقدمة العناصر الأخرى إلا انه لا يكفي لوجود المحل التجاري[5] فهناك عناصر هامة يتوقف عليها وجود أو عدم وجود العملاء. ولهذا نص المشرع في المادة 78 تجاري على عناصر وجود المحل التجاري واعتبره مجموع العناصر المادية والمعنوية (المبحث الأول).

فباعتبار المحل التجاري مال منقول معنوي فهو محل للتصرفات القانونية كالبيع، الرهن الحيازي، التسيير الحر (المبحث الثاني)

المبحث الأول: الإطار النظري للمحل التجاري

تناول المشرع التجاري أحكام المحل التجاري في الكتاب الثاني بعنوان "المحل التجاري" في الباب الأول بعنوان "في بيع المحل التجاري ورعنه الحيازي" تحت الفصل الأول بعنوان" عناصر المحل التجاري". قبل التطرق للعمليات الواقعة على المحل التجاري نتناول العناصر المكونة للمحل التجاري (المطلب الأول) ثم خصائص المحل التجاري وتحديد طبيعته القانونية (المطلب الثاني)

المطلب الأول: عناصر المحل التجاري

تتمثل عناصر المحل التجاري بناء على المادة 78 تجاري التي تنص على ما يلي: " تعد جزءا من المحل التجاري الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري.

---

[1] كانت فكرة المحل التجاري كفكرة معنوية موجودة من القدم عند أصحب المحال التجارية لما اضطروا للاقتراض بضمان المحل التجاري مع عدم التخلي عن حيازته عند تقدير الثمن إلى الدائن المرتهن حتى لا يتوقف نشاطهم التجاري، الأمر الذي كان يخضعه لقواعد تشبه قواعد الرهن العقاري. كما تعاملوا بفكرة المحل كمنقول معنوي عند بيع المحل التجاري حيث ظهرت مدى قيمة عنصر الاتصال بالعملاء عند تقدير القيمة الاقتصادية للمحل التجاري. لهذا الكثير من الفقه يرى أن الفضل في ظهور فكرة المحل التجاري يرجع إلى التجار أنفسهم لا إلى رجال القانون. أنظر في هذا الاتجاه: علي حسن يونس، المحل التجاري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1974، ص111

[2] سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 348-349

[3] Ripert (George), Roblot (René), traité élémentaire de droit commercial ? 10° édition, Paris, 1980, n°326, p 375 : « Beaucoup d'auteurs considèrent la clientèle comme un des éléments du fonds de commerce, l'erreur nous parait certaine, s'il n'y avait pas de clientèle, il n'y aurait pas de fondes de commerce ». « L'existence de la clientèle conditionne l'existence du fonds de commerce ».

راجع أيضا المجلة الفصلية للقانون التجاري 1962 ص892 حيث نقلت ما جاء في: 60° congrès des notaires de France «...la clientèle ...comme le signe révélateur de l'existence du fonds de commerce»

[4] محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983، ص 240

[5] محسن شفيق، القانون التجاري المصري، دون ذكر دار النشر، القاهرة، ص776

ويشمل الحل التجاري إلزاميا عملاءه وشهرته.

كما يشمل أيضا سائر الأموال الأخرى اللازمة لاستغلال المحل التجاري كعنوان المحل والاسم التجاري والحق في الايجار والمعدات والآلات والبضائع وحق الملكية الصناعية والتجارية، كل ذلك مالم ينص على خلاف ذلك".

يتكون المحل التجاري من عناصر مادية (الفرع الأول) وعناصر معنوية (الفرع الثاني)

الفرع الأول: العناصر المادية

تتمثل العناصر المادية المكونة للمحل التجاري وهي والبضائع (أولا) والمعدات والآلات (ثانيا)

أولا: البضائع

تشكل البضائع مجموع السلع الموجودة في المحل التجاري والمهيأة للبيع أو في المخازن التابعة له، مثل الأحذية، الأقمشة الحقائب المعدّة للبيع أو الموجودة في المخازن المعدّة لها[6] . يقصد بالبضائع المنقولات المهيأة للبيع بغض النظر أن تكون نصف مصنوعة أو مصنوعة كاملة أو على شكل مادة أولية. تكمن أهمية البضائع بمدى تأثيرها في قيمة المحل التجاري. قد تكون البضائع محل للرهن الحيازي واستبعدها المشرع عند رهن المحل التجاري بمجموعه.

ثانيا: الآلات والمعدات

يقصد بالمعدات والآلات، المنقولات المادية التي يستعملها التاجر في الاستغلال التجاري لمحله دون أن تكون معدة للبيع، كالسيارات المستخدمة للنقل، أدوات الكيل والميزان والقياس، والأثاث كالمكاتب والمقاعد والخزائن، آلات الكاتبة والحاسبة والمواد الضرورية لتشغيل الآلات. فالعبرة للتّمييز بين البضاعة والمعدات هو الغرض الذي خصصت له، فإذا كان الغرض هو تشغيل الآلات فهي من قبيل المعدات أما إذا كان الغرض لصناعة السلع كمواد أولية أو كانت معدة للبيع فهي من قبيل بضاعة[7].

مثال: السيارات تعد من المعدات إذا كانت مخصصة لتسهيل أعمال المحل التجاري وقد تعد من قبيل البضائع إذا كان المحل مخصصا لبيع السيارات

ملاحظة 1: يوجد من يرى ان المهمات في حكم العقار بالتخصيص[8] لا تدخل ضمن عناصر المحل التجاري على أساس ان العقار بالتخصيص يتبع حكم العقار الذي خصص هو لخدمته بحسب الأصل[9]. إلا أنه بالرجوع إلى نص المادة 151 تجاري التي تقضي بأن الرهن الحيازي يجوز أن يشمل الأدوات أو المعدات ويمكن أن يقع الرهن الحيازي على المحل التجاري دون ان يشتمل وجوبا على العناصر الأساسية للمحل التجاري. لكن الأصل ان المنقول الذي يصبح عقارا بالتخصيص يخرج من عناصر المحل التجاري.

---

[6] سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 351

[7] أحمد محرز، المرجع السابق، ص 193 وفي نفس المعنى نادية فضيل، المرجع السابق، ص 207 حيث تعتبر أن "الحيوانات قد تعد من قبيل المعدات في بعض الحالات ومن قبيل البضائع في حالات أخرى. فالماشية التي يستخدمها محل بيع الألبان في الحصول على الالبان التي يقوم ببيعها تعتبر من قبيل المعدات، بينما إذا كان صاحب المحل يتجر في بيع الماشية فتعد هذه الأخيرة من قبيل البضائع".

[8] عرفت الفقرة 2 من المادة 683 مدني العقار بالتخصيص: " غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله، يعتبر عقارا بالتخصيص".

[9] سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 353

ملاحظة2 : لا يعتبر العقار من عناصر المحل التجاري لأن المحل التجاري مجموع من الأموال المنقولة المعنوية.

الفرع الثاني: العناصر المعنوية

يقصد بالعناصر المعنوية الأموال المنقولة المعنوية التي تستغل في النشاط التجاري للمحل التجاري. تتفاوت

أهميتها بحسب طبيعة النشاط التجاري، لكنها حيوية لوجود المحل خاصة عنصر الاتصال بالعملاء ولا يمكن وجود المحل التجاري بدون هذه العناصر. عدد المشرع العناصر المعنوية في المادة 78 تجاري لكن ليس بالضرورة أن تكون جميعها متوفرة في المحل ما عدا عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة الذي يتعلق وجود المحل بوجوده أما العناصر المعنوية الأخرى فوجودها متعلق بطبيعة الاستغلال. واشترط المشرع أن يشمل المحل التجاري العملاء والشهرة إلزاميا (أولا) ، الاسم التجاري (ثانيا) ، الحق في الايجار بالنسبة للعقود التي تم إبرامها قبل تعديل سنة 2005 (ثالثا) وعنوان المحل (رابعا) و حق الملكية الصناعية (خامسا).

أولا: عنصر الاتصال بالعملاء

يقصد بالعملاء الزبائن الذين هم مجموع من الأشخاص يترددون على المحل التجاري لشراء لوازمهم أو الاستفادة من الخدمات، إما للسمعة الطيبة اشتهر بها للمحل من حيث استقبال صاحب المحل لهم، أو من حيث جودة المنتوج ، أو لأسباب احترافية التاجر في المعاملة مع الزبائن أو لأسباب أخرى جديرة بثقة الزبون بالمحل.

ترتبط أرباح المحل التجاري بعنصر العملاء فكلما زاد عددهم كلما زادت أرباحه وتوسعت دائرة نشاطه. إلا ان عنصر الاتصال بالعملاء يعتمد أساسا على مجهودات التاجر وصفاته الشخصية واحترافيته التجارية التي تشجع العملاء على التردد إليه والتعامل معه

ملاحظة: يتميّز عنصر الاتصال بالعملاء عن السمعة التجارية، فهذه الأخيرة تعتمد أساسا على عوامل ذات طابع عيني متعلقة بالمحل التجاري ولها تأثير مباشر في اجتذاب العملاء، كموقع المحل في منطقة تجارية أو سياحية، طريقة عرض البضاعة...إلخ. لكن كل عنصر يكمل الآخر.

يتم حماية عنصر الاتصال بالعملاء عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة[10]

يتفق الفقه الفرنسي على اعتبار وجود المحل التجاري بوجود عنصر الاتصال بالعملاء، وعليه تكون ملكية المحل لمالك هذا العنصر، إلا أنه اختلف في تحديد الوقت الذي يتوفر فيه هذا العنصر. فهنا من اعتبر ان عنصر الاتصال بالعملاء متوفر بمجرد اجتماع عناصر المحل التجاري بطريقة تكون مهيأة للاستغلال التجاري، أي لاستقبال الجمهور[11]. لكن المقصود هنا ليس مجرد اجتماع بعض العناصر معا لأن هذا لا يعني شيأً إذا بقيت هذه العناصر بمعزل عن الاستغلال، فالفائدة من اجتماع هذه العناصر لا تتحقق إلا إذا كانت جالبة للعملاء[12]. أما الجانب الآخر من الفقه فيعتبر توفر عنصر الاتصال بالعملاء

---

[10] سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 357

[11] RTDC, 1977, p56 : « …une clientèle itinérante dont l'existence n'est pas potentielle mais réelle »

[12] Weil (A), La distinction de la location gérance du fonds de commerce et bail des locaux, Note sous Chambéry 24 novembre 1953, JCP.II.824 : « Il ne serait pas nécessaire qu'il y ait une véritable exploitation car le fonds de commerce existe dès lors après la réunion des éléments constitutifs du fonds de commerce, il y a possibilité de toucher ultérieurement une clientèle »

يكون بعد الاستغلال الحقيقي بفتح المحل لاستقبال الجمهور. فهو يشترط أن يكون عنصر العملاء حقيقيا ناتجا عن الاستغلال الفعلي أو على الأقل بداية الاستغلال[13].

ثانيا: الاسم التجاري

يقصد بالاسم التجاري، الاسم الذي يستعمله التاجر لإظهار تجارته للغير[14]. يتخذه التاجر لتمييز محله عن غيره من المحال التجارية المماثلة، وهو من الحقوق المالية قابل للتصرف فيه وهذا ما يميزه عن الاسم المدني الذي يعتبر من الحقوق اللصيقة بالشخصية لا يقبل التعامل فيه. يمكن التصرف في المحل التجاري دون الاسم التجاري. للتاجر مطلق الحرية في اختيار الاسم التجاري بشرط ان يكون مبتكرا وجديدا وغير مخالف للنظام العام والآداب.

تعتبر الوظيفة الأساسية للاسم التجاري هي تمييز المنشأة التجارية عن غيرها من المنشآت المماثلة ليسهل التعرف عليها من عملائها الذين يفضلونها وعدم الخلط بينها وبين غيرها[15]

ملاحظة: قد يكون الاسم التجاري مستمدا من الاسم الشخصي للتاجر (أي الاسم المدني)، قد يعدله، أو يبتكر اسم بدلا من اسمه كسرين للأقمشة، أحذية كليوبترا، لوازم العروس...إلخ. كذلك ما يتعلق بالشركات التجارية فقد يكون الاسم التجاري للشركة مشتقا من اسم الشركاء أو من غرض الشركة ذاتها ويختلف الأمر بحسب نوع الشركة.

يمكن عند بيع المحل التجاري الاشتراط على المالك الجديد عدم استعمال الاسم التجاري واستبعاده من عناصر المحل التجاري. يستعمل الاسم التجاري للتوقيع على المعاملات التجارية أو على الأوراق التجارية وهو مسجل في السجل التجاري. لا تنحصر وظيفة الاسم التجاري على هذا فقط بل أنه يستخدمه التاجر للتوقيع على المستندات والتعهدات الصادرة منه، وذلك ليعلم الغير ان هذه التعاملات والتعهدات تخص المحل التجاري ولا تخص شؤونه الخاصة، أو محل تجاري آخر هو مالكه أو شريك فيه.

ثالثا: الحق في الايجار قبل تعديل 2005

يقصد بالحق في الايجار، حق التاجر في البقاء في العقار الذي يباشر فيه تجارته، والتنازل عن هذا الحق للغير عند التصرف في المحل التجاري. كان هذا العنصر من عناصر المحل التجاري إذا كان التاجر مستأجرا للمكان الذي يزاول فيه تجارته لكن عدّل بقانون رقم 05-02 المؤرخ في 6 فبراير سنة 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-95 المؤرخ في 25 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري حيث جاء في المادة 187 مكرر منه على ما يلي: " تحرر عقود الايجار المبرمة ابتداء من تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، في الشكل الرسمي، وذلك تحت طائلة البطلان، وتبرم لمدة يحددها الأطراف بكل حرية.

يلزم المستأجر بمغادرة الأمكنة المستأجرة بانتهاء الأجل المحدد في العقد دون حاجة إلى توجيه تنبيه بالإخلاء ودون الحق في الحصول على تعويض الاستحقاق المنصوص عليه في هذا القانون، ما لم يشترط الأطراف خلاف ذلك".

---

[13] Pédamon (Michel), Droit commercial, 7° édition, Paris, 1980, p 182

[14] نسرين شريفي، الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري، دار بلقيس، الجزائر، 2017، ص 72

[15] سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 321

أصبح عقد الايجار –طبقا للمادة السالفة الذكر-من العقود الشكلية، يحدد أطرافه مدة الايجار. فينتهي الايجار بانتهاء المدة المتفق عليها في عقد الايجار دون تنبيه بالإخلاء ودون تعويض الاستحقاق فيغادر المستأجر الأمكنة المستأجرة عند نهاية مدة العقد ما لم يتم الاتفاق على تجديد العقد.

رابعا: عنوان المحل التجاري

يقصد بالعنوان التجاري التسمية المبتكرة التي يختارها التاجر لتمييز محله عن غيره من المحلات التجارية الأخرى التي تزاول نفس النشاط. يتميز الاسم التجاري عن التسمية المبتكرة، أي عن العنوان التجاري فهذا الأخير لا يلتزم التاجر اتخاذ تسمية مبتكرة في حين أنه ملزم باتخاذ إسم تجاري لمحله بنص قانوني[16].

خامسا: حقوق الملكية الصناعية

يقصد بحقوق الملكية الصناعية تلك الحقوق التي ترد على الابتكارات الجديدة كبراءة الاختراع، الرسوم

والنماذج الصناعية...إلخ. فهي تلك الحقوق التي يتخذها الصانع أو التاجر شعارا لمنتجاته أو بضائعه تمييزا عن غيرها من المنتجات والبضائع المماثلة[17]. تخضع هذه الحقوق لتنظيم قانوني خاص تقتضي دراسة مستقلة. وهي عنصر من عناصر المحل التجاري، فالتنازل عن المحل يشمل هذه الحقوق. كما يجوز التصرف في هذه الحقوق مستقلة عن المحل التجاري فيما عدا العلامة التجارية التي لا يجوز بيعها أو

رهنها مستقلة عن المحل التجاري لتمييز منتجاته[18] ولابد أن لا تخالف النظام العام والآداب [19].

تعتبر علامة المصنع الزامية ولو في الحالة لا يتولى المنتج تسويق منتجاته بنفسه، أما العلامة التجارية أو علامة الخدمة فهي اختيارية غير أنه يجوز تقريرها إلزامية بموجب قرارات وبالنسبة للمنتجات التي تحددها هذه القرارات[20]

-أما الرخص والاجازات

يقصد بالرخص والاجازات التصاريح التي تمنحها السلطات الإدارية المختصة لممارسة النشاط التجاري، كرخصة لفتح مقهى أو مطعم أو مصنع أو فندق...إلخ. لا تعتبر هذه الرخص من عناصر المحل التجاري إلا إذا كانت جائزة التنازل عنها للغير، فإذا كانت الرخصة شخصية فلا تعتبر من عناصر المحل التجاري[21].

---

[16] سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 358

« Le nom commercial désigne essentiellement l'exercice de l'activité alors que la dénomination sociale désigne la société en tant que personne morale ». https://blog.legalvision.fr/2018/12/17nom-de-société-commerciale-definition

[17] مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 662

[18] راجع قانون علامات المصنع والعلامات التجارية أمر رقم 66-57 مؤرخ في 27 ذي القعدة عام 1385 الموافق 19 مارس سنة 1966 يتعلق بعلامات المصنع والعلامات التجارية

[19] المادة 4 من الأمر 66-57 السالف ذكره تنص بما يلي: " لا يمكن أن تعتبر علامة ولا تكون جزء من علامة العلامات التي تخالف استعمالها النظام العام والآداب".

[20] المادة الأولى من الأمر 66-75 السالف ذكره

[21] سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 360: " لا تعتبر الرخص والاجازات من عناصر المتجر المكونة لمقوماته إلا إذا اشترط لمنحها ضرورة توفر شروط موضوعية غير متعلقة بشخص من منحت له". تعتبر من قبيل الرخص الشخصية تلك التي تشترط شهادة أو مؤهل علمي معين حتى يتمكن مزاولة هذا النوع من التجارة

الجدير بالذكر والتساؤل: هل الحقوق والديون من عناصر المحل التجاري؟

اختلفت الآراء الفقهية حول هذا الموضوع إلا أن الرأي الراجح يرى ان الحقوق والديون الناشئة عن استغلال المحل التجاري لا تعدّ من عناصره على أساس أنها ليست من أدوات الاستغلال ذاته بل نتيجة إيجابية أو سلبية للاستغلال. فالتنازل عن المحل التجاري لا يؤدي حتما إلى انتقال الحقوق والديون إلى المالك الجديد، إلا باتفاق الطرفين وبشرط اتباع الإجراءات الخاصة بحوالة الدين المدني، أو بوجود نص قانوني، ذلك لان المحل التجاري وإن كان يمثّل مجموعة من العناصر إلا أنه ليس له ذمة مالية مستقلة عن ذمة مالكه[22].

أما ما يتعلق بعقود العمل التي ابرمها ملك المحل التجاري مع العمال فتحظى بحماية خاصة حيث يوجب قانون العمل ببقاء عقود العمل سارية وكذا الأمر بالنسبة للالتزامات الضريبية[23]

أخيرا يمكن القول ما يلي:

- يعدّ كل العنصر من عناصر المحل التجاري إذا كان من لوازم الاستغلال .
- عنصر الاتصال بالعملاء عنصرا جوهريا في المحل التجاري الذي يوجد بوجوده، وهو القاسم المشترك لكل المحال التجارية، أما العناصر الأخرى فتكمن أهميّتها بحسب تأثيرها في استغلال النشاط التجاري وبمدى فعاليتها في تدعيم عنصر الاتصال بالعملاء.

المطلب الثاني: خصائص المحل التجاري وطبيعته القانونية

يتمتع المحل التجاري بخصائص (الفرع الأول) تجعله ذو طبيعة قانونية تميّزه عن العناصر المكونة له (الفرع الثاني).

الفرع الأول: خصائص المحل التجاري

يتميز المحل التجاري بأنه مال منقول (أولا) مال معنوي (ثانيا) له طبيعة تجارية (ثالثا)

أولا: مال منقول

عرفت المادة 683 مدني العقار بأنه: " كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وما عدا ذلك من شيء فهو منقول". تبين من قبل أن عناصر المحل التجاري، المادية والمعنوية، كلها منقولة فلا يتصور معه الاستقرار والثابت، فيمكن نقله دون تلف فلا يخضع للأحكام القانونية التي تحكم العقار وإن كان المشرع قد أخضع المحل التجاري لبعض الأحكام الخاصة بالعقارات[24] كما هي الحال بالنسبة للقواعد الخاصة بامتياز البائع ورهن المحل إلا أن هذا لا يؤثر على اعتبار المحل التجاري من صنف الأموال المنقولة.

ثانيا: مال معنوي

تبيّن من قبل ان المحل التجاري مجموع عناصر مادية وكذلك معنوية، إلا أنه هو بذاته مال معنوي يستقل عن العناصر المكونة له. وله خصائص تختلف عن خصائص كل عنصر من عناصره. وباعتباره مالا منقولا معنويا فلا يخضع للأحكام القانونية الخاصة بالمنقول المادي، كقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية فلا تنطبق على المحل التجاري بحكم خصوصية الحياة التجارية التي تقتضي الحركة والسرعة.

---

[22] سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 362
[23] أحمد محرز، المرجع السابق، ص 202
[24] نادية فضيل، المرجع السابق، ص219

ثالثا: ذو طبيعة تجارية

يكتسب المحل طبيعته التجارية من استغلاله نشاطا تجاريا ولأغراض تجارية. وعليه تكون مكاتب المحامين والمحاسبين والأطباء خارج دائرة المحل التجاري لاختلاف الغرض من إنشائها وموضعها. أي من الضروري توفر قصد الاستغلال التجاري

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للمحل التجاري

يعدّ المحل التجاري مالا منقولا معنويا له طبيعة تجارية، وهو مستقل عن العناصر التي يتكون منها. اختلف الفقه حول تحديد الطبيعة القانونية للمحل التجاري. والسؤال الذي يشكل محور النقاش في هذا المجال هو أنه: إذا اعتبرنا ان المحل التجاري مجموع من العناصر المادية والمعنوية ، فهل تعتبر هذه العناصر وحدة متكاملة تشكل مالا مستقلا؟ أم ان هذه العناصر المكونة للمحل التجاري مستقلة ومتميزة عن بعضها البعض؟ استقر الفقه والقضاء على ان المحل التجاري يمثّل وحدة واحدة مستقلة عن العناصر المكونة له، وهو من المنقولات المعنوية إلا انهما اختلفا في التكييف القانوني للمحل التجاري فظهرت نظرية المجموع القانوني (أولا)، ونظرية المجموع الواقعي (ثانيا)، نظرية الملكية المعنوية (ثالثا)[25].

أولا: نظرية المجموع القانوني

تعتمد هذه النظرية على ان المحل التجاري يتمتع بذمة مالية مستقلة عن ذمة التاجر، فهو يشكّل مجموع قانوني، وبالاعتراف بالذمة المالية المستقلة للمحل التجاري فهو شخص معنوي. رأى البعض الآخر من هذه النظرية أنه لا يعتبر المحل التجاري شخصا معنويا وإنما للمحل التجاري ذمة مالية مستقلة عن ذمة مالكه ومخصصة للاستغلال التجاري[26]، وعليه يكون لمالك المحل التجاري ذمة مالية مدنية وذمة مالية مخصصة للاستغلال التجاري التي تتمثل في مجموع الحقوق والديون الناتجة من استغلال النشاط التجاري.

انتُقدت هذه النظرية من جهة انه لا يمكن اعتبار المحل التجاري شخصا معنويا لافتقاده مقومات الشخص المعنوي. ومن جهة أخرى انتقدت على أساس أن القواعد العامة تقضي ان للشخص ذمة مالية واحدة تشكل وصوله وخصومه ، أي بوحدة الذمة المالية[27].

ثانيا: نظرية المجموع الواقعي

تعتبر هذه النظرية ان المحل التجاري عبارة عن مجموع واقعي من الأموال نشأ من اجتماع بعض العناصر بقصد الاستغلال التجاري دون أن يشكّل هذا المجموع ذمة مالية مستقلة عن ذمة مالكه. فهو مال معين ذو طبيعة خاصة منفصل ومستقل عن العناصر المكونة له، وعليه فإنه يخضع لأحكام خاصة تختلف عن الأحكام التي تحكم كل عنصر من عناصره. فأحكام بيع المحل التجاري أو رهنه تختلف عن أحكام بيع أو رهن أحد عناصره كبيع أو رهن المعدات والآلات.

انتقدت هذه النظرية على اعتبار أن المجموع الواقعي ليس له أي مدلول قانوني[28].

ثالثا: نظرية الملكية المعنوية

---

[25] نادية فضيل، المرجع السابق، ص 223

[26] علي حسن يونس، المرجع السابق، ص48

[27] تنص الفقرة 1 من المادة 188 مدني: " أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه"

[28] علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 54 وفي نفس المعنى، نادية فضيل، المرجع السابق، ص 226

نظرا للرأي الراجح الذي يعتبر ان وجود المحل التجاري مرهون بوجود عنصر الاتصال بالعملاء وأن هذا الأخير تتوقف عليه القيمة الاقتصادية للمحل، استقر الفقه الحديث في التمييز بين المحل التجاري باعتباره وحدة مستقلة وبين العناصر المختلفة المكونة له. وعليه يتمتع التاجر بحق الملكية المعنوية تتمثل في الاتصال بالعملاء واحتكار الاستغلال[29]. تشبه هذه الملكية المعنوية بملكية الملكية الأدبية أو بملكية براءات الاختراع، وهي تتمتع بحماية قانونية من خلال دعوى المنافسة غير المشروعة كما تتم حماية براءة الاختراع من التقليد [30].

يتبيّن أن هذا الراي أقرب إلى المنطق والتحليل القانوني : **فالمحل التجاري "منقول معنوي مخصص للاستغلال التجاري"**

المبحث الثاني: العمليات الواقعة على المحل التجاري

نظم المشرع بعض التصرفات الواردة على المحل التجاري والتي أهمها البيع والرهن (المطلب الأول) والتسيير الحر (المطلب الثاني)

المطلب الأول: بيع ورهن المحل التجاري

نظم المشرع أحكام بيع المحل التجاري من المواد 79 إلى 117 تجاري إلى جانب الاحكام التي نصت عليها القواعد العامة في القانون المدني(الفرع الأول) كما نظم أحكام رهن المحل التجاري من المواد 118 إلى 122 تجاري (الفرع الثاني) وميّزه عن الرهن الحيازي للأدوات والمعدات الخاصة بالتجهيز من المادة 151 تجاري وما يليها

الفرع الأول: بيع المحل التجاري

تعتبر العمليات الواقعة على المحل التجاري عملا تجاريا بغض النظر القائم بها وذلك بصريح عبارات المادة 2 تجاري حيث تعتبر كل العمليات الواقعة على المحلات التجارية، تجارية بحسب الشكل، وعليه فعقد البيع المحل التجاري يعتبر عملا تجاريا حتى ولو كان المشتري شخصا مدنيا لم يمارس التجارة من قبل، كما يعتبر بيع المحل التجاري عملا تجاريا ولو كان البائع موظفا آل إليه ملكية المحل عن طريق الإرث أو الوصية أو هبة وباعه إلى شخص آخر لم يمارس التجارة من قبل.

نستنتج أن عقد بيع المحل التجاري عملا تجاريا بغض النظر عن صفة أطراف العقد يستوجب التطرق إلى شروطه (أولا) والآثار المترتبة عن هذا العقد (ثانيا)

أولا: شروط عقد بيع المحل التجاري

يشترط لانعقاد بيع المحل التجاري الشروط الموضوعية الواجب توفرها في كل العقود كالرضا والمحل والسبب إلى جانب توفر الأهلية التجارية(أ)، وشروط شكلية كالرسمية والإشهار (ب).

أ-الشروط الموضوعية

---

[29] نادية فضيل، المرجع السابق، ص 226

[30] تختلف صور المنافسة غير المشروعة وتتعدد ولا يمكن حصرها، منها أعمال التشويه أو الإساءة إلى سمعة التاجر، الاعتداء على الاسم التجاري أو العلامة التجارية، تحريض عمال المنشأة، تخفيض أسعار السلع لكسر السوق إلى غيرها من الممارسات غير الشرعية بقصد الحاق الضرر على المنافس تستحق التعويض. أنظر تفصيلا في هذا الموضوع، سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 431

-الرضا: يتمثل الرضا في تطابق إرادتي كل من البائع والمشتري[31] ويجب أن يكون التعبير عن الإرادة صحيحا خاليا من عيوب الإرادة كالغلط والتدليس والإكراه وصادرا عن ذي أهلية.

كما يشترط الرضا بشروط صحته على الوعد بالبيع. فالوعد بالتعاقد هو عقد بمعنى الكلمة ينعقد مثله مثل العقد النهائي تماما، ينشئ حقوقا وواجبات على المتعاقدين، وذلك طبقا لنص المادة 71 مدني حيث تنص بما يلي: " الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيه..." إلا أنه يتميّز عن العقد النهائي من حيث محله المتمثل في التزام أحد المتعاقدين أو كليهما بإبرام العقد النهائي في المستقبل[32].

-محل البيع: يقصد بمحل البيع المحل التجاري كوحدة مالية مستقلة عن عناصرها. لا يشترط ان يشمل جميع العناصر لكن من الضروري ان ينصب البيع على عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية. يخضع تعيين محل عقد بيع المحل التجاري للقواعد العامة حيث يجب أن يكون معينا أو قابلا للتعيين ومما يجوز التعامل فيه [33]وأن يكون المبيع مما ينطبق عليه وصف المحل التجاري[34]

ملاحظة: إذا وقع البيع على البضائع فقط فلا يعدّ بيعا للمحل التجاري. لكن لا يشترط ان ينصب البيع على المحل التجاري بكامله يمكن للبعض منها. لكن لا يعدّ بيعا للمحل التجاري ما لم يشمل المبيع العملاء والشهرة وغيرها من العناصر الجوهرية لوجود المحل التجاري.

كما يجب تحديد الثمن[35] الذي هو المقابل الذي اتفق عليه الطرفان. وقد يكون دفع الثمن دفعة واحدة، وقد يكون مؤجلا على شكل أقساط دورية. يتم دفع الثمن مقابل الطرف الآخر في نقل ملكية المحل التجاري إليه. ان اغفال تحديد الثمن يؤدي حتما إلى بطلان العقد لتخلف ركن المحل بالنسبة للمشتري، وتخلف ركن السبب بالنسبة لالتزام البائع. ويعد الثمن من المسائل الجوهرية التي يجب الاتفاق عليها وإلا استحال قيام العقد[36].

السبب: السبب هو الغرض المباشر المراد تحقيقه[37]. يجب أن يكون الغرض من بيع المحل التجاري مشروعا غير مخالف للنظام العام والآداب طبقا لنص المادة 97 مدني: " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا". كما تقضي القواعد العامة أن كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا، ما لم يتم اثبات غير ذلك. كما يفترض أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي ما لم يتم اثبات عكس ذلك، لكن إذا قام الدليل على صورية السبب، فمن يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ذلك[38].

---

[31] يتم تطابق الارادتين بعد صدور الايجاب ثم القبول وهو العنصر الرئيسي في العقد، وللإيجاب شروط حيث يجب أن يكون محدد ودقيق وبات أما القبول فهو الرد الإيجابي من طرف الموجب له ولابد ان تتوفر فيه شروط حيث يجب ان يكون القبول مطابقا للإيجاب تطابقا كليا . أنظر تفصيلا في ذلك، علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر 2013، ص 117 وما بعدها

[32] علي فيلالي، المرجع السابق، ص153 وما بعدها

[33] نادية فضل المرجع السابق، ص 240

[34] سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 368

[35] طبقا للمادة 351 مدني يكون الثمن مبلغا من النقود

[36] علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 250

[37] علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 267 حيث يضيف: " يتمثل السبب للنظرية الحديثة في الباعث أو الدافع للتعاقد، وهو تصور جديد يختلف عن التصور التقليدي"

[38] المادة 98 مدني. راجع حكم المحكمة العليا رقم 43098 بين (ب س) و (أ ع) قرار صادر بتاريخ 1987/04/12 ، المجلة القضائية سنة 1990 عدد 4 ص 85-86-87

ثانيا: الشروط الشكلية

تتمثل الشروط الشكلية في الكتابة الرسمية (أ) والإشهار (ب).

أ-الكتابة الرسمية لعقد بيع المحل التجاري

الأصل في المعاملات التجارية حرية الاثبات[39] وخروجا عن هذا المبدأ، وسعيا من المشرع الجزائري لأجل إضفاء حماية قانونية خاصة لجماعة الدائنين، فقد أوجب الشكلية الصارمة في بيع المحل التجاري لما لهذا التصرف من خطورة وأهمية في المعاملات التجارية. كما تهدف هذه الإجراءات الشكلية حماية بائع المحل التجاري وذلك عن طريق إقرار ضمانات كافية لاستيفاء الثمن عند تأجيله أو عند إفلاس المشتري.

عرف المشرع العقد الرسمي في المادة 324 مدني على أنه "...عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه". وبناء على هذا التعريف أن للعقد الرسمي ثلاثة شروط : يتعلق الشرط الأول بمحرر العقد، والشرط الثاني بالاختصاص، والشرط الثالث بالأشكال القانونية الواجب اتباعها. وهو من التصرفات الواجب إفراغها في الشكلية الرسمية تحت طائلة البطلان المادة 324 مكرر1 مدني[40]. تعتبر هذه الشكلية ركن في العقد وإغفالها يؤدي إلى بطلان العقد.

وبالتالي لا يكون إثبات عقد بيع المحل التجاري إلا بالكتابة الرسمية إذ تنص المادة 79 تجاري : "كل بيع اختياري أو وعد بالبيع وبصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري.....يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا". كما نص المشرع على البيانات الإلزامية التي يجب أن يتضمنها العقد المثبت للتنازل وذلك في المادة 79 تجاري تدعيما للائتمان وبناء على تطور وظيفة الشكلية التي أصبح لها دور حمائي رقابي وهي:

- اسم البائع السابق وتاريخ سنده الخاص بالشراء ونوعه وقيمة الشراء بالنسبة للعناصر المعنوية والبضائع والمعدات، يسمح هذا الإجراء على معرفة صفة البائع كونه حائزا لملكية المحل التجاري ملكية قانونية ومشروعة فيطمئن المشتري من أن سبب الملكية صحيح
- قائمة الامتيازات والرهون المترتبة على المحل التجاري، مما تبين الوضعية الحقيقة للمحل حيث يطمئن المشتري انه غير مثقل برهون وغير ذلك مما يعيق الاستغلال الهادئ للمحل التجاري
- ادراج رقم الأعمال التي حققها في كل سنة من سنوات الاستغلال الثلاث الأخيرة او من تاريخ شرائه إذا لم يقم باستغلال منذ أكثر من ثلاث سنوات. يهدف هذا الإجراء إلى توضيح الوضعية الجبائية للمحل فيكن المشتري على بينة[41].
- عند الاقتضاء بيان الإيجار وتاريخه ومدته واسم وعنوان المؤجر والمتنازل إليه.

يتبين مدى تشدد المشرع في عقد بيع المحل التجاري حتى أنه أصبح يشبه العقود المدنية في الصرامة الشكلية.

---

[39] المادة 30 تجاري تقر حرية الاثبات في المسائل التجارية حيث تنص على ان كل عقد تجاري يثبت بسندات رسمية أو عرفية، بفاتورة مقبولة، بالرسائل، بالدفاتر التجارية للطرفين، وللمحكمة ان تطلب الاثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت وجوب قبولها

[40] تنص المادة 324 مكرر 1 مدني بما يلي : " ... العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية، أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، ..."

[41] ان توقف المحل من الاستغلال لمدة ثلاث سنوات يجعل قيمته الاقتصادية ضعيفة وذلك لغياب عنصر العملاء وإن يعتبر هذا الأخير وجوده حقيقي وليس فعلي.

ب-**الإشهار**

لم يكتف المشرع بالكتابة الرسمية لبيع المحل التجاري وإنما اشترط شكلية أخرى تتمثل في قيد هذا التصرف خلال خمسة عشر يوما (15) من ابرام العقد طبقا للمادة 83 تجاري. ويقع هذا الالتزام على عاتق مشتري المحل التجاري تحت شكل ملخص أو إعلان في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وفضلا عن ذلك في جريدة مختصة بالإعلانات القانونية في الدائرة أو الولاية التي يستغل فيها المحل التجاري. وبالنسبة للتاجر غير القار أي التاجر المتنقل فإن مكان الاستغلال هو المكان الذي يكون البائع مسجلا فيه بالسجل التجاري.

ويشمل ملخص الإعلانات تحت طائلة البطلان على البيانات التالية[42]:

- تواريخ ومقادير التحصيل ورقمه
- تاريخ ورقم الإيصال الخاص بالتصريح البسيط
- المكتب الذي تمت فيه هذه العملية
- تاريخ العقد
- اسم ولقب وعنوان كل من المالك الجديد والمالك السابق
- نوع المحل التجاري، مركزه، الثمن المشروط والتكاليف أو التقديرات المستعملة كقاعدة لاستيفاء حقوق التسجيل
- بيان المهلة المحددة للمعارضة واختيار الموطن في دائرة اختصاص المحكمة

يجدد الإعلان من اليوم الثامن إلى الخامس عشر من تاريخ أول نشر.

ثانيا: الآثار المترتبة على بيع المحل التجاري

يترتب على بيع المحل التجاري آثار على البائع (أ) وأخرى على المشتري (ب)

أ-التزامات البائع

يلتزم البائع بنقل ملكية المحل التجاري (1) وتسليمه (2)وبعدم التعرض وعدم المنافسة (3)

1-**الالتزام بنقل الملكية**

تنتقل ملكية المحل التجاري باعتباره مالا منقولا معنويا من البائع إلى المشتري بعد الإجراءات الشكلية التي فرضها المشرع. أما عناصر المحل التجاري بمفردها فهي تخضع في انتقال ملكيتها إلى القواعد والإجراءات الخاصة بكل منها، لأن هذه العناصر لا تفقد ذاتيتها بانضمامها على المحل التجاري كوحدة واحدة بل تبقى محتفظة بكل صفاتها المنفصلة تماما عن المحل التجاري[43]

2-**تسليم المحل التجاري**

يلتزم بائع المحل التجاري بتسليمه إلى المشتري الجديد. يخضع هذا الالتزام أساسا لقواعد القانون التجاري والقانون المدني. وعلى البائع أن يسلّم لمشتري المحل التجاري كل ما تم الاتفاق عليه طبقا للقواعد العامة التي تقضي بأنه يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع في الحالة التي كان عليها وقت البيع[44].

---

[42] الفقرة 2 والفقرة 3 من المادة 83 تجاري

[43] سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 372. إذا تضمن بيع المحل التجاري على علامة تجارية فلا تنتقل ملكيتها في مواجهة الغير إذا كانت مسجلة إلا بعد القيام بالإجراءات القانونية لقانون العلامة التجارية

[44] المادة 364 مدني

يقصد بالتسليم وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به. يتم تسليم المحل التجاري وفق لطبيعة عناصره. تخضع العناصر المادية للأحكام العامة فيكون التسليم بوضعها تحت تصرف المشتري. أما تسليم العناصر المعنوية فيلتزم البائع بتمكين المشتري من كافة البيانات والمستندات لتمكينه من الاتصال بالعملاء قصد الاحتفاظ بهم ومواصلة التعامل معهم[45] فمثلا تنص الفقرة 2 والفقرة3 من المادة 82 تجاري على التزام البائع بوضع الدفاتر التجارية تحت تصرف المشتري لمدة ثلاث سنوات (03) من تاريخ البدء في الانتفاع بالمحل التجاري[46]

3-التزام البائع بعدم منافسة المشتري

طبقا للقواعد العامة حيث تنص المادة 371 مدني على أنه: "يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير...". وعليه يلتزم البائع بعدم التعرض للمشتري سواء كان التعرض من قبيل الأعمال القانونية كإعادة بيع الحمل التجاري مرة ثانية لشخص آخر أو كان التعرض من قبيل الأعمال المادية كالمنافسة غير المشروعة كأن يقوم بفتح محل تجاري مماثل بجواره مما يؤدي من حرمان المشتري من عنصر العملاء والشهرة التجارية وانخفاض القيمة الاقتصادية للمحل.

ملاحظة: نظرا لتطور الحياة التجارية والعالم بفعل التكنولوجية واقتصاد المعرفة قد يأخذ مفهوم المنافسة ابعادا أخرى غير المفهوم التقليدي للمنافسة، والموضوع يحتاج الكثير من التحليل إلا أن نظرة المنافسة بالطريقة التقليدية تغير نطاقها إلى نطاق النظام البيئي للأعمال.

غني عن الذكر ان شرط عدم المنافسة يحدد من حيث الزمان ومن حيث المكان فلا يجوز أن يكون عاما ومطلقا[47].

ب-التزامات المشتري

يرتب عقد البيع في ذمة المشتري التزامين: التزام بالاستلام (1) والالتزام بدفع الثمن (2)

1-**الالتزام بالاستلام**

يلتزم المشتري باستلام المحل من البائع في الوقت المحدد في العقد فإن لم يوجد مثل هذا الاتفاق فوجب اتباع ما تقتضيه أحكام العرف التجاري في هذا الشأن، وإن لم يوجد عرف تعيّن على المشتري أن يستلم المتجر بمجرد انعقاده مع مراعاة المدة المحددة لذلك[48].

2-**الالتزام بدفع الثمن**

يلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه في عقد بيع المحل التجاري. والاتفاق هو الذي يحدد طريقة الوفاء بالثمن إما دفعة واحدة وإما تقسيطه.

---

[45] نسرين شريفي، المرجع السابق، ص77

[46] تنص المادة 82 تجاري : " عند التخلي يوقع البائع والمشتري جميع الدفاتر التجارية التي كان يمسكها البائع والتي يرجع ضبطها إلى السنوات الثلاث السابقة للبيع أو لمدة حيازته للمحل التجاري إذا كانت هذه الحيازة لم تستمر ثلاث سنوات وتكون هذه الدفاتر موضوع قائمة جرد توقع من قبل الأطراف وتسلم نسخة لكل واحد منهم.
وعلى المحيل أن يضع هذه الدفاتر تحت تصرف المشتري لمدة ثلاث سنوات من تاريخ بدء انتفاعه بالمحل التجاري.
ويعتبر لاغيا كل شرط مخالف لما جاء في عقد التنزيل"

[47] أحمد مجرز، المرجع السابق، ص 215

[48] سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 382

نصت الأحكام العامة على ضمانات استيفاء ثمن المبيع كالحق في حبس المبيع إذا كان لم يتم تسليم

المحل عند استحقاق الثمن، وطلب الفسخ واسترداد المبيع إذا تم تسليم المحل التجاري للمشتري. وحق امتياز يستطيع استيفاء ثمن المبيع بالأولوية على باقي الدائنين إذا نفذوا على المبيع قبل ان يؤدي المشتري الثمن. أما في حالة إفلاس المشتري قبل دفع الثمن، فجاز للبائع أن يحتج بحقه في الامتياز على جماعة الدائنين استثناء من قواعد الإفلاس وهذا طبقا لنص الفقرة 3 من المادة 97 تجاري حيث تنص بما يلي: " وإذا تم القيد بالطريقة المشار إليها فتكون للمشتري الأولوية ويمكن الاحتجاج به على وكيل التفليسة والتصفية القضائية للمشتري". كما يلتزم المشتري بدفع نفقات العقد [49]

الفرع الثاني: الرهن الحيازي للمحل التجاري

أجاز المشرع في المادة 118 تجاري الرهن الحيازي للمحلات التجارية، ولكن لا يخول هذا الرهن للدائن المرتهن الحق في التنازل له مقابل ما له من ديون وتسديدا لها. فيتعين تناول نطاق الرهن الحيازي للمحل التجاري (أولا) وشروطه (ثانيا)

أولا: نطاق الرهن الحيازي للمحل التجاري

نص المشرع في الفقرة 1 من المادة 119 تجاري العناصر التي يشملها الرهن الحيازي للمحل التجاري

وهي: عنوان المحل، الاسم التجار، الحق في الايجار، الاتصال بالعملاء والشهرة، المعدات والآلات التي تستخدم في استغلال المحل، براءات الاختراع، الرخص والعلامات الصناعية والتجارية، الرسوم والنماذج الصناعية، وبوجه عام حقوق الملكية الصناعية والأدبية أو الفنية المرتبطة به.

ان الرهن الحيازي للمحل التجاري والرهن الحيازي للأدوات والمعدات الخاصة بالتجهيزات المشار إليها في المادتين 118 و 151 تجاري لا تقتضيان تسليم المال المرهون للدائن أو للغير بل يبقى بحوزة المدين وهذا خلافا للقواعد العامة في القانون المدني. وتجدر الإشارة أنه يعبّر عن الرهن الحيازي في القانون المدني باللغة الفرنسية بـ gage بينما يعبّر عن الرهن الحيازي للمحل التجاري باللغة الفرنسية بـ nantissement du fonds de commerce، والمقصود بـnantissement هو رهن المنقولات مع إبقائها بحوزة المدين أما المقصود بعبارة gage هو رهن منقول مع تسليمه للدائن أو للغير[50].

بيّن المشرع مجال الرهن الحيازي للمحل التجاري، حيث أجاز رهن العناصر المعنوية والمعدات والآلات دون البضائع كونها قابلة للتداول فلا يمكن إلزام التاجر بتجميدها لضمان حق الدائن المرتهن والسماح بذلك للتاجر مواصلة نشاطه التجاري وتمكينه من تسديد ديونه[51]. لكن إذا لم يعين في العقد صراحة وعلى وجه الدقة ما يتناوله الرهن فإنه لا يكون شاملا إلا العنوان والاسم التجاري والزبائن والشهرة التجارية أما إذا كان للمحل التجاري فروع فيجب تعيين مركزها على وجه الدقة[52]

ثانيا: شروط إنشاء الرهن الحيازي للمحل التجاري

---

[49] المدة 393 مني التي تنص على ما يلي : "ن نفقات التسجيل والطابع ورسوم الإعلان العقاري، والتوثيق وغيرها تكون على المشتري ما لم تكن هناك نصوص قانونية تقضي بغير ذلك".

[50] علي فيلالي، نظرية الحق، موفم للنشر، 2011، ص 126.
تناول المشرع الرهن الحيازي للأدوات والمعدات الخاصة بالتجهيز من المادة 151 إلى 168 تجاري

[51] نسرين شريفي، المرجع السابق، ص80

[52] الفقرتين 3 و4 من المادة 119 تجاري

يشترط لإنشاء الرهن الحيازي أن يكون المدين مالكا للمحل التجاري المرهون، وأهلا للتصرف فيه[53]. يخضع عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري للشروط الموضوعية للعقد إلى جانب الإجراءات الشكلية حيث اشترط المشرع الرسمية، مع وجوب قيد الرهن بالسجل العمومي الذي يمسكه المركز الوطني للسجل التجاري لتقرير مرتبة الامتياز[54]. أما إذا كان للمحل التجاري فروع يتم القيد بنفس الإجراء بالمركز الوطني الذي يقع بدائرتها كل فرع من فروع المحل التجاري التي شملها الرهن الحيازي.

حددت المادة 121 تجاري مدة ثلاثين يوما للقيام وجوبا بالقيد وذلك من تاريخ العقد التأسيسي وإلا كان عقد الرهن باطلا، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان ولوكان المدين نفسه. كما حددت المادة 122 تجاري مرتبة امتياز الدائنين المرتهنين فيما بينهم على حسب ترتيب تاريخ قيودهم، وتكون للدائنين المرتهنين المقيدين في نفس اليوم مرتبة واحدة متساوية[55].

المطلب الثاني: التسيير الحر للمحل التجاري

يعتبر التسيير الحر للمحل التجاري حديث النشأة جاء نتيجة لتطور الحياة التجارية وتطور الفكر القانوني حيث استقرت في الأذهان إمكانية فصل ملكية جدران (المكان) عن ملكية القاعدة التجارية فتكون الملكية لشخص المالك للمحل التجاري والاستغلال لشخص آخر كما هو الحال في العقار حيث يمكن لمالك العقار أن يؤجر عقاره مع احتفاظه بالملكية. لهذا يتعين معرفة مفهوم عقد التسيير الحر للمحل التجاري (الفرع الأول) وشروطه (الفرع الثاني) وآثاره (الفرع الثالث)

الفرع الأول: تحديد مفهوم عقد التسيير الحر للمحل التجاري

يتعيّن تعريف عقد التسيير الحر (أولا) وأسباب ظهوره (ثانيا)

أولا: تعريف عقد تأجير التسيير (التسيير الحر)

نظم المشرع التجاري أحكام عقد التسيير الحر للمحل التجاري في الباب الثالث من الكتاب الثاني تحت عنوان "التسيير الحر- تأجير التسيير" من المواد 203 إلى 214. لم يعرف المشرع عقد التسيير الحر إنما اكتفى بإعطاء مجموعة من الأحكام تنظمه والتي يمكن من خلالها تعريفه حيث نصت المادة 203 فقرة 1 تجاري بما يلي: " ... كل عقد أو اتفاق يتنازل بواسطتهما المالك أو المستغل لمحل تجاري عن كل أو جزء من التأجير لمسير بقصد استغلاله على عهدته".

حاول الفقه إعطاء تعريفا للتسيير الحر للمحل التجاري على أنه "عقد يخول للمستأجر حق انتفاع طول مدة الايجار بعناصر المحل التجاري وإدارتها باسمه ولحسابه مقابل أجرة يدفعها لملك المحل التجاري مؤجر الاستغلال"[56]. ومن يعرفه بأنه " العقد الذي بموجبه يستأجر مدير مؤسسة لأجل استثمارها لحسابه الخاص ويتحمل أعباء هذا الاستغلال، في حين أن صاحب المؤسسة الذي أجرها لا يكون ملزما بتعهدات

---

[53] أحمد محرز، المرجع السابق، ص 231

[54] تنص المادة 120 تجاري بما يلي: "يثبت الرهن الحيازي بعقد رسمي، ويتقرر وجود الامتياز المترتب عن الرهن بمجرد قيده بالسجل العمومي الذي يمسك المركز الوطني للسجل التجاري الذي يستغل في نطاق دائرة المحل التجاري، ويجب إتمام نفس الإجراء بالمركز الوطني للسجل الوطني الذي يقع بدائرتها كل فرع من فروع المحل التجاري التي شملها الرهن الحيازي"

[55] تنص المادة 122 تجاري بما يلي: " يجري ترتيب الدائنين المرتهنين فيما بينهم على حسب ترتيب تاريخ قيودهم. وتكون للدائنين المرتهنين المقيدين في يوم واحد رتبة واحدة متساوية".

[56] محمد حسنين، الوجيز في الملكية الفكرية، الجزائر، 1985، ص 258

المدير، وسيمي بعقد التسيير الحر بالنظر إلى الحرية التامة التي يتمتع بها المسير المستأجر، إذ لا رقابة أو إشراف عليه من قبل مالك المؤسسة"[57]

نشا عقد التسيير الحر في التشريع الفرنسي وعرفه في الفقرة 1 من المادة 1 من قانون رقم 56-277 الصادر بتاريخ 20 مارس 1956 بأنه كل عقد او اتفاق ، يتنازل بواسطته المالك أو مستغل المحل تجاري، كليا أو جزئيا التأجير لمسير الذي يستغله متحملا كل مخاطر المشروع[58]. لكن اختلف الفقه الفرنسي حول مصطلح التسيير الحر وانتقد بشدة كلمة تسيير gérance الذي تحمل فكرة الشخص الذي وضعه المالك لإدارة المشروع ولهذا من اقترح مصطلح تأجير location أي location gérance بدلا من تسيير حر gérance libre والذي يميّزه عن عقد الإدارة بأجرة gérance salariée[59]. في حقيقة الأمر يرجع هذا الاختلاف في المصطلحات إلى الاختلاف في التكييف القانوني لهذا العقد.

ثانيا: أسباب ظهور عقد التسيير الحر

تنقسم أسباب ظهور عقد التسيير الحر إلى أسباب متعلقة بشخص المؤجّر (أ) و أسباب متعلّقة بالمحل التّجاري (ب)

أ- أسباب متعلقة بالشخص المؤجّر

تتنوع الأسباب التي تتعلق بمؤجر المحل لظهور هذا النوع من العقود[60]:

-حالة عجز التّاجر عن ممارسة التّجارة (كالمرض، الوفاة، الغياب، الاعتزال...)

-حالة تفادي إعلان افلاس التاجر حيث قد يرى الوكيل المتصرف القضائي أن من مصلحة الدائنين تأجير المحل التّجاري إلى الغير لاستثمار محله عن طريق عقد التّسيّير الحر.

أما بالنسبة لمستأجر الاستغلال فيتيح له عقد التسيير الحر فرصة للدخول في الحياة التجارية. كما يمثّل أفضل وسيلة للأشخاص المفتقرين لرؤوس الأموال ورغبتهم في ممارسة التجارة وتحسين وضعيتهم الاجتماعية[61].

ب- أسباب متعلقة بالمحل التّجاري

-حالة تعدد المحلات التجارية حيث قد تقضي مصلحة مالك المحل التّجاري الذي يملك محلات متعددة تأجير كلها أو بعضها ويعهد استغلالها لمسيّر حر.

-حالة الوعد ببيع المحل التجاري حيث يتمكّن الموعود له استغلال المحل الموعود ببيعه دون أن تخرج ملكية المحل من مالكه، فيكون عقد ايجار التسيّير العلاقة القانونية الأنسب لهذه الفترة الانتقالية.

---

[57] إلياس ناصيف، المؤسسة التجارية، ج1، الطبعة الثانية، بيروت ، لبنان، 1985، ص 115

[58] Art 2 al 1 de la loi n°56-277 : « Tout contrat ou convention par lequel le propriétaire ou l'exploitant d'un fonds de commerce ou d'un établissement artisanal en concède totalement ou partiellement la location à un gérant qui l'exploite à ses risques et périls »

[59] Brun, Les fonds de commerce mis en gérance-libre, thèse doctorat, université de Paris, 1949, p 19 : « En effet, le mot gérant désignant avant tout la personne placée par le propriétaire, le terme n'a pas u tout le même sens. Il s'attache à une personne qui gère effectivement le fonds de commerce, mais pour son compte de commerce comme le ferait le propriétaire lui-même »

[60] Jauffret (A), Lagarde (G) , Hamel (J), Traité élémentaire de droit commercial, tome III, Paris, 1966, p 190, n°1103

[61] Jauffret (A), Lagarde (G) , Hamel (J), Idem

-حالة ملكية المحل التّجاري على الشيوع في حالة ما إذا آل المحل التّجاري إلى مجموعة من الورثة ولم يتم تقسيمه عينا، باعتباره منقولا معنويا غير قابل للتجزئة من الناحية العملية، ولتفادي النزاع الذي قد يحدث بين الورثة، مما يؤدي الى توقيف نشاط المحل التجاري، ورغبة من الشركاء لاستمرار نشاطه يتم اللجوء الى ايجار التسيير والحصول على بدل الايجار يقسّم فيما بينهم.

الفرع الثاني: شروط عقد التسيير الحر

تنقسم شروط ابرام عقد التسيير الحر إلى شروط موضوعية (أولا) وشروط شكلية (ثانيا).

أولا: الشروط الموضوعية لعقد التسيير الحر

تنقسم الشروط الموضوعية لعقد التسيير الحر إلى شروط موضوعية عامة الواجب توفرها في العقود طبقا للقواعد العامة والمتمثلة في الرضا والأهلية، المحل، والسبب (أ) أما الشروط الموضوعية الخاصة[62] فهي الشروط الواجب توفرها في عقد التسيير الحر (ب).

أ-الشروط الموضوعية العامة

تتمثل الشروط الموضوعية العامة في الرضا مقترن بالأهلية التجارية لطرفي العقد. ويجب أن تكون الإرادة صحيحة خالية من عيوب الإرادة الغلط، التدليس، الإكراه والاستغلال [63]وموانعها كالغائب أو المفقود. وإلى جانب صحة الإرادة يجب أن تصدر من ذي أهلية التي نصت عليها المادة 40 مدني بجانب شروط ممارسة التجارة المنصوص عليها في القانون التجاري.

أما محل عقد التسيير حر للمحل التجاري فإلى جانب الشروط الموضوعية التي نصت عليها الأحكام العامة التي تناولها المشرع المدني من المواد 92 إلى 98 حيث يجب أن يكون مما يجوز التعامل فيه، وأن يكون معينا أو قابلا للتعيين ويشمل تعيين ملحقاتها، وأن يكون موجودا أو قابلا للوجود، يضاف إلى هذه الشروط شرطا آخر تستلزمه طبيعة عقد الإيجار وهو أن يكون الشيء محل الإيجار غير قابل للاستهلاك حتى يمكن رده بذاته[64] ان الأشياء القابلة للاستغلال تتبع العين المؤجرة بحيث يؤجر مالك المحل بما فيه من آلات لازمة لاستغلال النشاط التجاري أو ما به من بضائع ومواد خام على أن يعوض المستأجر برد مثلها[65].

---

[62] في الأصل على الشروط الموضوعية الخاصة قانون 20 مارس 1956 الفرنسي الذي استقى منه المشرع الجزائري أحكامه

[63] الغلط هو حالة نفسية تحمل على توهم الواقع وقد يقع الوقائع erreur de fait وقد يقع في القانون erreur de droit وقد يكون الغلط فرديا أو غلط مشتركا. نصت عليه المادة 82 مدني وهو سبب لإبطال. أما العقد التدليس فهو حالة يستعمل أحد المتعاقدين طرق احتيالية ليظل المتعاقد الآخر ويحمله على التعاقد. نصت عليه المادة 86 مدني أما الاكراه فحالة ضغط تتأثر به إرادة الشخص حيث يولد فيه هيبة تدفعه للتعاقد. نصت عليه المادة 88. والاستغلال هي حالة تكون التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة ما حصل عليه هذا التعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر واستغل فيه المتعاقد الآخر ما غلب عليه من طيش أو هوى.... إلخ. نصت عليه المادة 90 مدني

[64] سميحة القليوبي، القانون التجاري، دار الثقافة العربية، مصر 1976، ص28

[65] محمد عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السادس، المجلد الأول، (الإيجار والعارية) دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان ، ص 199، 132. وسليمان مرقس ، عقد الإيجار دون ذكر دار النشر، مصر 1985 ص 84 حيث يرى تطبيقا للقواعد العامة فإن محل الإيجار مزدوج حيث ان عقد الايجار من العقود الملزمة للجانبين يترتب عنه الالتزامات متبادلة وأهم التزامات المؤجر هو تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة وام التزامات المستأجر هو دفع الأجرة.

الجدير بالذكر انه اختلف الفقه حول محل عقد التسيير الحر للمحل التجاري هل هو العين المؤجرة أم منفعتها[66]؟

يجب أن يقع محل الإيجار على المحل التجاري وإلا انقلب إلى ايجار بسيط للأماكن. ولهذا حدد المشرع التجاري الشروط الخاصة للعقد الواقع على المحل التجاري لوضع حدا للجدل الذي وقع حول الوقت الذي يوجد فيه المحل كمنقول معنوي وليس مجرد مكان وهذا ما أكده القضاء الجزائري في قرار المحكمة العليا الصادر في 1986/10/25 حيث اعتبرت أنه: " عقد إيجار تسيير إذا كان المستأجر مالكا للقاعدة التجارية، فمتى كان الأمر كذلك نكون أمام عقد إيجار بسيط للأماكن وليس بإيجار تسيير حر لأصل تجاري أنشأه المؤجر مالك المحل[67].

وعليه لتحديد طبيعة العقد على أنه عقد تسيير حر وليس عقد ايجار الأماكن يجب تحديد مالك القاعدة التجارية أي الذي أنشأ المحل التجاري وعنصر الاتصال بالعملاء. أما السبب لعقد التسيير الحر فطبقا للقواعد العامة يجب أن يكون مشروعا غير مخالف للنظام العام والآداب.

ب-الشروط الموضوعية الخاصة

تتمثل الشروط الموضوعية الخاصة لعقد التسيير الحر أنه قائم على الاعتبار الشخصي من جهة المستأجر (1) إلى جانب الشروط التي نصت عليها المادة 205 تجاري (2) وإلى استثناءات على شروطها (3)

1-الاعتبار الشخصي intuitu personae

يقوم عقد التسيير حر على الاعتبار الشخصي[68] من جهة مستأجر الاستغلال، فعند إبرام عقد التسيير الحر يركّز المؤجر مالك المحل التجاري أساسا على المؤهلات المهنية لشخص المستأجر لضمان بقاء واستمرار قيمة محله الاقتصادية[69]. وعليه فلا يجوز لمستأجر استغلال المحل التجاري التنازل للغير عن حقه في الاستغلال إلا بموافقة مؤجر المحل التجاري والغلط في شخص المستأجر سببا لإبطال العقد. فمالك المحل التجاري اختار المستأجر بناء على معايير تضمن له المحافظة على عناصر محله وخاصة عنصر الاتصال بالعملاء[70].

2-شروط المادة 205 تجاري

إلى جانب الاعتبار الشخصي في شخص المستأجر نص المشرع في المادة 205 تجاري على شروط إلزامية تخص مؤجر المحل التجاري سواء كان شخص طبيعيا أو معنويا وهي:

---

[66] عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام الإيجار، الطبعة 6، دون ذكر دار النشر، مصر، 1962، ص70

[67] قرار المحكمة العليا رقم 339953 الصادر بتاريخ 1986/10/25، المجلة القضائية، عدد 2 سنة 1989، ص 136 - 137. الجدير بالملاحظة ان المحكمة العليا استعملت مصطلح "القاعدة التجارية" لتمييزه عن المتجر كجدران ولم تتقيد بمصطلح المشرع "المحل التجاري" وهذا ما يسبب فوضى قانونية مما يجعل حتمية توحيد المصطلحات القانونية لأن المصطلح له مفهوم واحد يترتب عنه آثارا قانونية.

[68] تعليق ريبير لحكم محكمة Aix-en-Provence الصادر في 27 أبريل 1995 حيث تم بطلان عقد تسيير حر قامت به مستأجرة الاستغلال لصالح سيدة لم تتوفر فيها المؤهلات التي كانت في المستأجرة الأصلية التي على أساسها أجرت لها شركة "الموضة والروائح" التي اشتغلت معها مدة سمحت لها اكتساب مهارة احترافية في هذا الميدان وهذا غير موجود في المستأجرة الثانية، وبناء على قيام العقد على الاعتبار الشخصي فتم بطلان العقد لصالح الشركة. دالوز 1950 ص686

[69] RTDC 1950 , p 209, n°10, observation Jauffret

[70] علي حسن يونس، المحل التجاري، دار الفكر العربي، مصر، 1974، ص 326

- ممارسة التجارة أو امتهان الحرفة لمدة خمس سنوات، أو ممارسة لنفس المدة أعمال مسير أو مدير تجاري أو تقني
- استغلال لمدة سنتين على الأقل المحل الخاص بالتسيير

ملاحظة: لا تضاف مدة السنتين للاستغلال الشخصي أو بواسطة مساعد على مدة خمس سنوات لممارسة النشاط التجاري، بل تحسب ضمن مدة خمس سنوات، ولا يهم أن تكون هذه المدة مباشرة قبل التأجير، فإلى جانب مدة السنتين يمكن له أن يؤجر محله أن بصفة متتالية لعدة مستأجرين[71]

3-الاستثناءات الواردة على مدة خمس سنوات

نص المشرع على استثناءات جوازيه واستثناءات إجبارية

- **الاستثناءات الجوازية**

أجازت المادة 206 تجاري أن تلغى أو تخفض المهلة خمس سنوات بموجب أمر من رئيس المحكمة وذلك بناء على مجرد طلب من المعني بالأمر وبعد الاستماع إلى النيابة العامة، خاصة إذا ثبت بأنه يعذر عليه استغلال محله التجاري شخصيا أو بواسطة مساعدين له.

الجدير بالذكر ان مسالة تقدير الاستحالة تبقى مسالة واقع[72]. كلما ثبت مالك المحل التجاري المؤجر استحالة ممارسة نشاطه التجاري شخصيا أو بواسطة مساعد له للقاضي السلطة التقديرية في تخفيف أو في إلغاء المدة بحسب ظروف الحال

- **الاستثناءات الاجبارية**

أستثنى المشرع في المادة 207 تجاري من شرط مدة خمس سنوات من ممارسة التجارة شخصيا أو بواسطة مساعد بصفة وجوبية الأشخاص التالية: الأشخاص المعنوية العامة كالدولة، الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية، المؤسسات المالية، والأشخاص الطبيعية المحجور عليهم والمعتوهين المحجور عليهم أو الأشخاص الذين يعين لهم وصي قضائي وذلك فيما يتعلق بالمحل التجاري الذي كانوا يملكونه قبل فقدانهم الأهلية. الورثة والموصى لهم من تاجر أو من حرفي متوفى والمستفيدين أيضا من القسمة وذلك فيما يتعلق بالمحل التجاري المنتقل إليهم، مؤجر المحل التجاري إذا كان تأجير التسيير يهدف أصلا إلى ضمان تصريف المنتجات المجزأة المصنوعة أو المزروعة من طرفه بموجب عقد احتكار.

حدد المشرع على سبيل الحصر الأشخاص الذين استثنوا من شرط المادة 205 تجاري وهي مطلقة بقوة القانون كما حددهم أيضا في المادة 210 تجاري التي تقضي بما يلي: " لا تسري أحكام المواد 205 و206 و209 على عقود التسيير المبرمة بين الوكلاء القضائيين المكلفين تحت أي عنوان كان بإدارة محل التجاري بشرط أن يرخص لهم لأغراض هذه العقود من السلطة التي أسندت لهم الوكالة وأن يتمموا إجراءات النشر ...".

ملاحظة: لم يتصف المشرع بالدقة في استعمال المصطلحات لتنظيم أحكام عقد التسيير الحر حيث يستعمل تارة مصطلح "متجر" في المادة 205 تجاري للدلالة على المحل التجاري ونحن نعلم أن المتجر يشير إلى المكان le local. كما أنه يستعمل مصطلح عقد التسيير في المادة 2/208

---

[71] Eismen, La location-gérance des fonds de commerce et établissements artisanaux, Gazette du palais (Gaz-Pal), 1956, 1, p42

[72] راجع حكم محكمة Grenoble الفرنسية الصادر في 17 مارس 1965 حيث منح القاضي الإذن لتاجرة بتأجير التسيير نظرا لحالتها الصحية التي منعتها من ممارسة النشاط التجاري J.C.P 65.II.14199

تجاري وعقد التأجير في المادة 209 تجاري، وهذا ما يؤدي إلى فوضى قانونية وخلق لبس في ذهن المخاطب بالقاعدة القانونية، كما أن ذلك يوحي إلى صعوبة تحديد مفهوم المحل التجاري وتمييزه عن المتجر. القانون لا يعرف المترادفات فمصطلح واحد له مفهوم واحد يترتب عنه الآثار القانونية، وبالتالي تغيير المصطلح يعني تغيير المفهوم يعني تغيير الآثار القانونية المترتبة عنه.

ثانيا: الشروط الشكلية

يعتبر عقد التسيير الحر من العقود الشكلية تشترط الرسمية (أ) والإشهار (ب)

أ-الكتابة الرسمية

طبقا لنص المادة 203 تجاري يعتبر عقد التسيير الحر عقدا رسميا حيث جاء في الفقرة 4 من هذه المادة ما يلي: "ويحرر كل عقد تسيير حر في شكل رسمي..." وكذلك المادة 79 تجاري التي تقضي بـ " ...كل تنازل عن محل تجاري.... يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا". فيشترط في عقد التسيير الحر أن يفرغ في شكل رسمي تحت طائلة بطلانه.

توفّر الرسمية حماية للمؤجر وللمستأجر حيث تسمح لمالك المحل التجاري ان يثبت طبيعة عقده كما تمكن للمسير الحر أن يواجه من آلت إليه ملكية المحل التجاري.

ب-الإشهار

اشترط المشرع إلى جانب الرسمية القانونية في الفقرة 4 من المادة 205 تجاري على شهر عقد التسيير الحر في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية خلال مدة خمسة عشر يوما من تاريخ إبرام العقد على شكل مستخرج أو إعلام، وفضلا على ذلك في جريدة مختصة بالإعلانات القانونية[73]. يتبين ان هذا الإجراء الأخير أقل أهمية حيث لم يحدد له المشرع مدة معينة[74].

كما يتم إشهار عقد التسيير الحر أثناء سريانه حيث تقضي المادة 204 تجاري على التزام المستأجر على أن يشير في عناوين فواتيره ورسائله وطلبات البلعة والوثائق المصرفية والتعريفات أو النشرات وكذلك في عناوين جميع الأوراق الموقعة من طرفه أو باسمهن رقم تسجيله في السجل التجاري ومقر المحكمة التي سجل لديها وصفته كمستأجر مسير للمحل التجاري زيادة على الاسم والصفة والعنوان ورقم التسجيل التجاري لمؤجر المحل التجاري.

يتم النشر بمقابل رسوم معينة (حقوق نشر) تحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالتجارة. وتتم إجراءات النشر عن طريق التقدم إلى الفرع المحلي للسجل التجاري متواجد على مستوى كل ولاية، من أجل تقديم المعلومات موضوع النشر مع دفع رسوم النشر المتعلقة بها، وتختلف هذه الرسوم حسب حجم الإعلان وعدد السطور المتكون منها. ويمكن إدراجها بالطريقة الالكترونية

---

[73] النشرة الرسمية للإعلانات القانونية BOAL، عبارة عن جريدة رسمية للإعلانات القانونية يصدرها المركز الوطني للسجل التجاري CNRC من أجل نشر كل المعلومات ذات طابع رسمي والتي يلزم القانون صاحبها بالنشر. وذلك لإعلام المتعاملين الاقتصاديين عن التغيرات التي طرأت عن إحالة القانونية للتجار والشركات التجارية.
www.compta-213.com موضوع شامل خاص بالإعلانات القانونية الخاص بالسجل التجاري نشر في 26 ديسمبر 2021

[74] تنص الفقرة 4 من المادة 205 تجاري بما يلي: " ويحرر كل عقد تسيير حر في شكل رسمي وينشر خلال خمسة عشر يوما من تاريخه على شكل مستخرج أو إعلام في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وفضلا عن ذلك في جريدة مختصة بالإعلانات القانونية".

وفي حالة عدم الامتثال لإجراءات النشر يتم فرض غرامات تتراوح بين 30.000 و 300.000 دينار جزائري مع إمكانية التسجيل في البطاقية الوطنية لمرتكبي أعمال الغش والمخالفات الخطيرة liste de fraudeurs التي بموجبها يتم حرمان المخالف من العديد من الامتيازات الجبائية والجمركية المتعلقة بتطوير الاستثمار ، الاستبعاد من المناقصات في الصفقات العمومية وكذا الاستبعاد في عمليات التجارة الخارجية[75] كما ينتهي تأجير التسيير بنفس الإجراءات التي تم بها النشر.

الفرع الثالث: آثار عقد التسيير الحر على طرفي العقد

يترتب على عقد التسيير الحر التزامات على عاتق المؤجر مالك المحل التجاري (أولا) وعلى المستأجر المسير الحر (ثانيا)

أولا: التزامات مالك المحل التجاري المؤجر

يلتزم مالك المحل بالتسليم (أ) والمسؤولية التضامنية مع مستأجر المحل طيلة مدة ستة أشهر (ب)

أ-الالتزام بالتسليم (المحل وعنصر الاتصال بالعملاء)

يلتزم مؤجر المحل التجاري بتسليم المحل التجاري محل عقد التسيير كما تم الاتفاق عليه فيضع تحت تصرف المستأجر كل عناصر المحل التجاري[76]. يسري على الالتزام بتسليم العين المؤجرة ما يسري من أحكام في تسليم المبيع[77]. وعليه يجب وضع الشيء المؤجر تحت تصرف المؤجر وضعا يتمكن معه من حيازته والانتفاع به دون عائق مع إعلام المستأجر بهذا الوضع[78].

تتم معاينة الأماكن وجاهيا بموجب محضر أو بيان وصفي يلحق بعقد الإيجار وعند غياب هذا الإجراء يتم تسليم العين المؤجرة دون محضر أو بيان وصفي، يفترض في المستأجر أنه تسلمها في حالة حسنة ما لم يثبت العكس[79].

غني عن الذكر أن التسليم يقع على الشيء ذاته، فلا يجوز تسليم شيء آخر في مكانه وإن كان له مواصفات أحسن تطبيقا للقواعد العامة في البيع والإيجار. أما إذا تسلم العين المؤجرة في حالة لا تكون فيها صالحة للاستعمال مما يؤثر الاستغلال يجوز للمستأجر طلب فسخ العقد أو إنقاص بدل الايجار بقدر ما نقص من الاستعمال مع التعويض عن الضرر في الحالتين إذا اقتضى الأمر ذلك.

---

[75] المرسوم التنفيذي رقم16- 136 المؤرخ 17 رجب عام 1437 الموافق في 25 أبريل 2016 ج ر رقم 27 / 2016 يحدد بكيفيات ومصاريف إدراج الإشهارات القانونية في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، ألغت المادة 6 منه احكام المرسوم التنفيذي الصادر في فيفري 1992 المتعلق بالنشرة الرسمية للإعلانات القانونية.

[76] تنص الفقرة 1 من المادة 476 مدني: يلتزم المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر في حالة تصلح للاستعمال المعد لها تبعا لاتفاق الطرفين. تقابل المادة 1720 مدني فرنسي حيث تنص بما يلي:

« Le bailleur est tenu de délivrer la chose en bon état de réparation de toute espèce »

الجدير بالذكر في عقد التسيير الحر يُطلق على مؤجر التسيير باللغة الفرنسية مصطلح le loueur تمييزا له من المؤجر للأماكن الذي يطلق عليه مصطلح le bailleur ومصطلح le local بالنسبة للمكان أي الجدران، ومصطلح fonds de commerceللمحل التجاري باعتباره منقول معنوي، وهذه الدقة في المصطلحات غير موجودة عند صياغة أحكام عقد التسيير الحر للمحل التجاري

[77] تنص المادة 478 مدني بما يلي: " يسري الالتزام بتسليم العين المؤجرة ما يسري على الالتزام بتسليم المبيع من أحكام، خاصة ما تعلق منها بتاريخ ومكان تسليم الشيء المؤجر"

[78] سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 280

[79] الفقرتان 3/2 من المادة 476 مدني

كما على المؤجر تسليم ملحقات العين المؤجرة [80]والأصل أن يتم تحديدها، لكن تخضع المسألة للعرف الجاري وطبيعة الأشياء لتعيين ما يعتبر من الملحقات. لا تقتصر ملحقات العين على الأشياء المادية التي تكملها أو تتبعها بل تشمل كذلك الحقوق الثابتة لمالك العين[81].

السؤال المطروح في هذا الصدد: كيف يتم تسليم عنصر الاتصال بالعملاء؟

مبدئيا يتم تسليم عنصر الاتصال بالعملاء بتمكين المستأجر الاطلاع على ما يمكن له من خلاله العرف بالعملاء كتقديم له البيانات، المراسلات، طريقة التعامل معهم، الامتيازات الخاصة بهم ، تسهيلات الدفع كل ما يمكن الاحتفاظ بالعملاء. لكن تسليم عنصر الاتصال بالعملاء لا يصل إلى درجة تزكية المستأجر شخصيا لدى العملاء إلا أنه من مصلحة المؤجر القيام بكل ما يساعد مستأجر الاستغلال لما لهذا العقد من أهمية على مستقبل المحل التجاري.

إذا كان المحل التجاري المؤجر استغلاله مقهى أو مطعم لا يكون التسليم حقيقي إلا إذا شمل الرخصة التي تسمح بهذا الاستغلال وتحوّل باسم المستأجر التي يلتزم بردها عند نهاية الايجار. أما بالنسبة لبراءة الاختراع فلا يكون التسليم إلا بعد علم المستأجر بأسرار هذا الاختراع ووضعه تحت تصرف المستأجر. لكن لا يعني هذا أنه يتسلم صك البراءة المثبت له لأنه ملك للمالك فقط.

إذا لم يقم المؤجر بالتزاماته تجاه مستأجر الاستغلال فله الحق في طلب التنفيذي العيني أو فسخ العقد وفوق ذلك التعويض عما أصابه من ضرر بسبب إخلال المؤجر بالتزامه بالتسليم إلا إذا كان سبب عدم التنفيذ راجع للسبب الأجنبي كالقوة القاهرة.

ب-التعديل أو الشطب من السجل التجاري والمسؤولية التضامنية

يلتزم مؤجر المحل التجاري أن يعدل أو يشطب من السجل التجاري عند ابرامه عقد تسيير حر حيث لم يعد يباشر الاستغلال باسمه ولحسابه، ويشير بأنه مؤجر التسيير لمحله ليظهر لدى الغير أنه تنازل عن استغلال المحل لحساب المستأجر للتسيير الحر. يكتسي هذا الإجراء أهمية بالغة خاصة في إعلام الغير أنه لم يعد هو المستغل للمحل التجاري، ولهذا قرّر المشرع في المادة 209 تجاري على المسؤولية التضامنية مع مستأجر التسيير عن الديون التي يعقدها هذا الأخير بمناسبة استغلال المحل التجاري وذلك لغاية نشر عقد التسيير وطيلة مدة 6 أشهر من تاريخ النشر.

تقع المسؤولية التضامنية بالنسبة للديون التي نشأت بمناسبة الاستغلال التجاري ولمواجهة ضرورة الاستغلال وفي نطاق هذا الاستغلال. اعتبر الفقه الفرنسي أن الديون التي تدخل في مجال المسؤولية التضامنية تشمل كل الديون التعاقدية مثل ديون الضمان الاجتماعي والديون الناشئة من المسؤولية التقصيرية طالما هي مرتبطة بالاستغلال التجاري [82]

أما عند انقضاء عقد التسيير تصبح ديون الاستغلال طبقا للمادة 211 واجبة الوفاء فورا حيث تنص : " إن انتهاء تأجير التسيير يجعل الديون التي قام بعقدها المستأجر المسير طيلة مدة التسيير والخاصة باستغلال المحل التجاري أو المؤسسة الحرفية حالة الوفاء فورا".

---

[80] ملحقات العين هي كل شيء أعد بصفة دائمة لاستعمال العين طبقا لما تنص به طبيعة الأشياء وعرف المهنة وقصد المتعاقدين، أنظر تفصيلا في ذلك، سليمان مرقس، المرجع السابق، ص299

[81] فمثلا إذا اشتهرت العين المؤجرة باسم معين اعتبر حق استعمال هذا الاسم من ملحقاتها ما لم يكن هو محل الإجارة الأصلي أنظر تفصيلا في ذلك، سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 306

[82] Jauffret (A), Houin (R) , obs., RTDC, 197O p 54-55 , RTDC, 1973, p 73 , Dalloz 1973, annexe p1431

ثانيا: التزامات مستأجر التسيير

سنتناول أهم الالتزامات التي تقع على المستأجر وهي : الالتزام بالاستغلال حيث طبقا للقواعد العامة يلتزم المستأجر أيضا بالعناية طبقا للمادة 494 مدني (أ) والالتزام بدفع بدل الإيجار (ب)

أ-الالتزام بالاستغلال

يلتزم مستأجر التسيير الحر باستغلال المحل التجاري في حدود التي تحفظ للمحل عملاءه وسمعته التجارية

والنشاط المخصص له[83] إما على النحو المتفق عليه، وإما بحسب طبيعة العين ولما أعدت له إذا لم يكن اتفاق وهذا بديهي ، لكن ليس على مستأجر التسيير أن يغيّر في النشاط الأصلي للمحل التجاري[84] وإلا تعرض للمسؤولية المدنية والجزائية. ولكن لا مانع بعد إذن المؤجر مالك المحل أن يحدث بالعين المؤجرة بعض التغييرات من شأنها أن تزيد في قيمة المحل، كتبديل بعض المواد الاستهلاكية لتساير أذواق العملاء أو إدخال تكنولوجية حديثة، أو إضافة على واجهة المحل التجاري لافتة ضوئية جذابة. لكن ليس له عند انتهاء الايجار أن يطلب من المؤجر التعويض بسبب تلك التحسينات.

لكن هل يمكن لمستأجر التسيير أن يوسع في النشاط ويفتح فروعا أخرى؟ ليس للمستأجر أن ينشا فروعا جديدة دون الإذن المسبق من المؤجر مالك المحل التجاري.

ب-الالتزام بدفع الأجرة

من خصائص عقد التسيير الحر أن ملكية المحل التجاري تبقى للمؤجر مالك القاعدة التجارية، إلا أنه يتنازل عن الاستغلال للمستأجر الذي يستغل النشط التجاري باسمه ولحسابه مقابل أجرة يدفعها لمالك المحل. وجرت العادة أن الأجرة تخضع لمتقلبات الظروف الاقتصادية، لهذا تقترن بشرط المقياس المتغير لتحديدها.

تنص المادة 213 تجاري بما يلي : " يجوز أن يكون الثمن المحدد في عقد تأجير التسيير محلا لإعادة النظر فيه كل ثلاث سنوات على غرار مادة الإيجار" . لكن لمراجعة الأجرة على الطرف الذي يرغب في طلب إعادة النظر أن يبلغ الطرف الآخر بموجب رسالة موصى عليها مع طلب علم الوصول أو بموجب إجراء غير قضائي[85].

أما الالتزام بالتسجيل في السجل التجاري فطالما يباشر مستأجر التسيير الحر النشاط التجاري باسمه ولحسابه فعليه التزامات التجار كمسك الدفاتر التجارية والتسجيل في السجل التجاري بصفته مسير محر. كما ينقضي عقد التسيير الحر للمحل التجاري لأسباب قانونية كحلول الأجل، البطلان، الفسخ وقد ينتهي لأسباب تتعلق بشخص المستأجر كما يجب القيام بإجراءات شهر انقضاء عقد التسيير الحر.

---

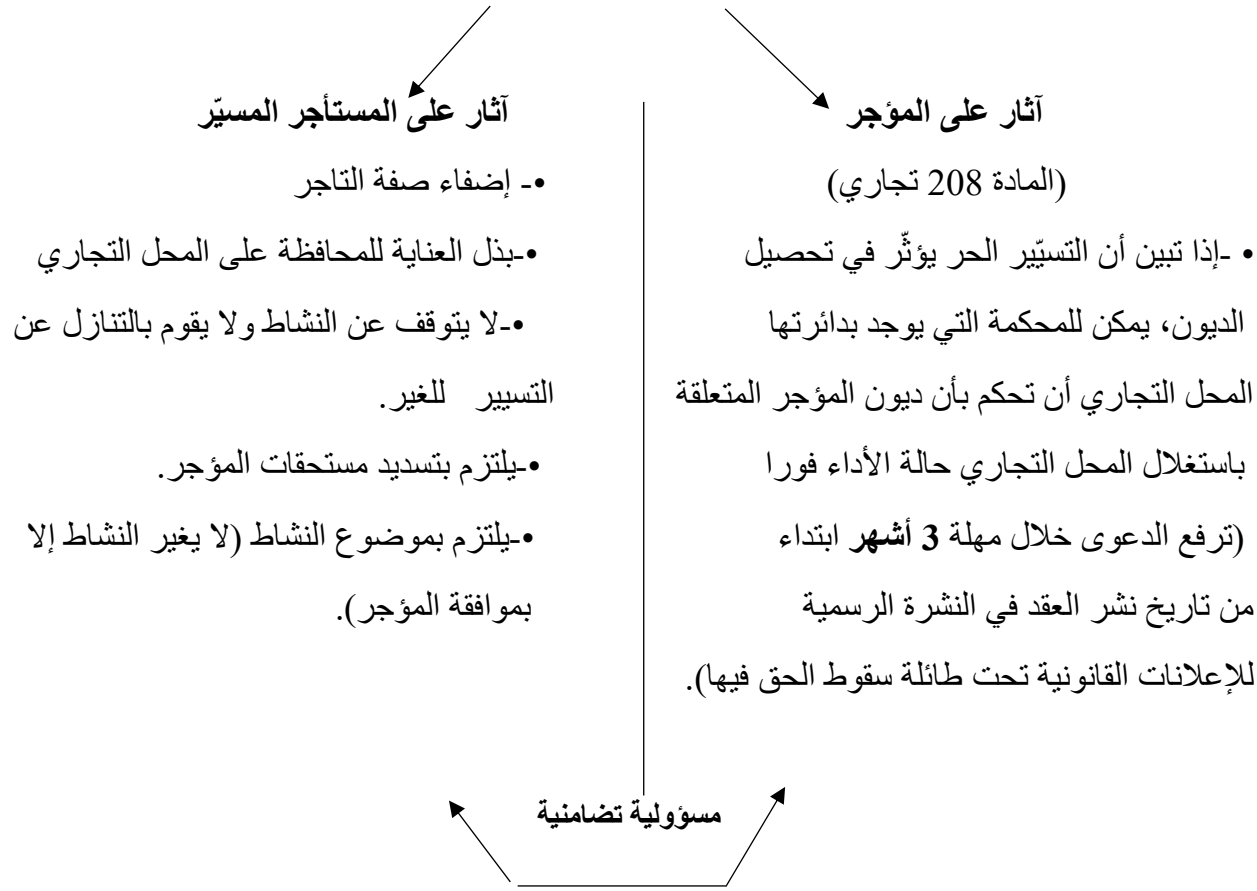
[83] تنص المادة 491 مدني بما يلي : " يلتزم المستأجر بان يستعمل العين المؤجرة حسبما وقع الاتفاق عليه، فإن لم يكن هناك اتفاق وجب على المستأجر أن يستعمل العين المؤجرة بحسب ما أعدت له".

[84] Rossignol (A), Observation Juriscl.com, 8, 1982, n°28 : « l'exploitation du fonds doit avoir lieu en conformité de la destination et de l'objet que lui a fixé le propriétaire bailleurs il ne peut donc pas changer la nature du commerce exploité ».

ويضيف Rossignol (A) في تعليقه للحكم الصادر من المحكمة المدنية Le Havre الصادر في 27 أكتوبر 1923 ، Gaz. Pal 5.1.1928 : « Il semble même qu'il faille refuser au locataire le droit de modifier la destination du fonds loué, quand bien même qu'il n'en résulterait en fait aucun dommage pour le propriétaire du fonds ».

[85] المادة 214 تجاري

جدول استدلالي عن آثار عقد التسيير الحر



- •-**مسؤولية تضامنية** بين مؤجر المحل التجاري ومستأجر الاستغلال (أي المسير الحر) عن الديون التي يعقدها هذا الأخير بمناسبة استغلال المتجر وذلك **لغاية نشر عقد التسيير الحر وطيلة مدة 06 أشهر من تاريخ النشر. (المادة 209 تجاري).**
- •**وأداء الديون فورا إذا شعر القاضي تهديدا لتحصيله عند ابرام عقد التسيير** وذلك بنص المادة 108 تجاري حيث تجيز للمحكمة التي توجد بدائرتها المحل التجاري، أن تحكم حين تأجير التسيير، بأن ديون مؤجر المحل التجاري المتعلقة باستغلاله حالة الأداء فورا إذا رأت أن تأجير التسيير يعرض تحصيل الديون للخطر.