الفرع الثاني: المصادر التفسيرية

إلى جانب المصادر الرسمية التي تمت دراستها في الفرع الأول توجد أيضا مصادر تكميلية او كما يصفها بعض الفقهاء تفسيرية وهي مصادر يرجع إليها القاضي المعروض أمامه النزاع التجاري ما لم يجد نصا تشريعيا أو عرفا تجاريا للفصل في النزاع، لكنها تعتبر مصادر استئناسية أي يلجأ إليها القاضي على سبيل الاستئناس حتى تساعده على تكوين قناعاته وتتمثل في القضاء والفقه.

أولا: القضاء

إن المفهوم الصحيح للقضاء كمصدر تفسيري من مصادر القانون التجاري هو السوابق القضائية التي تم استخلاصها من الأحكام والقرارات التي استقرت عليها المحاكم العليا، وليس مفهوم القضاء كهيئة قضائية مخول لها الفصل في المنازعات والمتمثلة في المحاكم.[1]

[1] نادية فضيل، المرجع السابق، ص53.

كما يعرفه مصطفى كمال طه بأنه: «مجموعة المبادئ القانونية التي تستخلص من استقرار أحكام المحاكم على إتباعها والحكم بها».[2]

لقد اختلف الدور الذي يلعبه القضاء في جبر النقائص التي كانت تعتري بعض المسائل التجارية والتي تعذر فيها وجود نص قانوني أو عرف تجاري، من النظام الأنجلوساكسوني إلى النظام اللاتيني، ففي النظام الأنجلوساكسوني ساد مبدأ مهم يعرف بـ "السابقة القضائية" والذي يعد ملزما بالنسبة للمحاكم التي أصدرت سوابق في مجالات مماثلة، كما تلتزم بالأخذ به حتى المحاكم الأقل منها درجة، ولا يمكن تغيير هذا المبدأ إلا من طرف نفس المحكمة التي صدرت عنها السابقة القضائية أو محكمة أعلى منها درجة كالمحكمة العليا.[3]

أما في النظام اللاتيني فالأمر يختلف حيث أن القاضي لا يكون ملزما في إتباع ما صدر عن غيره في المسائل المتشابهة إذ له حرية في الرجوع إليها على سبيل الاستئناس أو في الاجتهاد من أجل إيجاد حل

---

[2] مصطفى كما طه، المرجع السابق، ص32.

[3] شادلي نور الدين، المرجع السابق، ص18.

قانوني للفصل في النزاع المعروض أمامه ، حيث لا تتمتع السابقة القضائية بأي قوة ملزمة وهو نفس الاتجاه الذي تتبناه الجزائر وفرنسا.[4]

ثانيا: الفقه

يقصد بالفقه كل ما قام فقهاء القانون من أساتذة وقضاة ومحامين...الخ باستنباطه من خلال الأحكام القضائية والقانونية بمختلف مصادرها عن طريق الشرح والتحليل لمحتواها واستنتاج التفسيرات التي تهدف من ورائها والتي تعبر عن آرائهم الفقهية، حيث تلعب دورا هاما في إرشاد المشرع عندما يشرع في إصدار قانون معسين أو في تعديله ، فالفقه يلعب دورا مهما في تكريس قواعد القانون التجاري.

المطلب الثاني: علاقة القانون التجاري بالقوانين الأخرى

رغم أن القانون التجاري يهتم بتنظيم الأعمال التجارية وعلاقة التجار ببعضهم البعض إلا أن علاقته تظل وطيدة بغيره من فروع القانون، وسنوضح أهم العلاقات فيما يلي:

الفرع الأول: علاقة القانون التجاري بالقانون المدني

---

[4] نفس المرجع ، ص19.

تقوم العلاقة بين القانون التجاري والقانون المدني من خلال انتمائهم إلى نفس الفرع وهو القانون الخاص، كما أن القانون التجاري استمد وجوده أولا من القانون المدني حيث كانت الأحكام التجارية تنظمها نصوص القانون المدني باعتباره الشريعة العامة للقوانين الخاصة، حيث تنطبق أحكامه على جميع الأفراد والأعمال القانونية باختلافها دون تمييز بين نوع التصرف أو صفة القائم به، عكس القانون التجاري الذي وبعد انفصاله تدريجيا عن القانون المدني أصبح ينظم فقط العلاقات بين التجار وتطبق أحكامه على الأعمال التجارية دون سواها، لكن العلاقة بقيت رغم الانفصال بين القانونين من خلال التزام القاضي بالرجوع إلى أحكام القانون المدني متى سكت القانون التجاري عن حكم معين خاص بمسألة معروضة كنزاع أمامه، ويكون موضوعها أعمالا تجارية أو علاقة بين التجار شرط ألا يكون النص المدني مخالفا لما تقتضيه طبيعة المعاملات التجارية.

ويرى بعض الفقهاء أن عجز القانون المدني على مواكبة تطور المعاملات التجارية والتي تمتاز بالسرعة، الثقة والائتمان هو الذي جعل

القانون التجاري ينفصل عن القانون المدني المطبق على المعاملات المدنية التي تتسم باستقرارها وتعقيد إجراءاتها وبطئها من جهة أخرى.[5]

وتظهر العلاقة بين القانون المدني والقانون التجاري تطبيقيا من خلال أحكام الشركات التجارية ، فنجد أن المادة 449 من القانون المدني تشير إلى إمكانية تطبيق أحكامه على الشركات التجارية متى غاب النص التجاري أو العرف التجاري.[6]

أيضا المادة 651 التي تتناول حكم الكفالة في الدين التجاري.[7]

كما أن النظرية العامة للالتزامات تطبق على جميع العقود التجارية بما فيها نظام السفتجة ومختلف عمليات البنوك، أيضا بالنسبة لعقود البيع

---

[5] جاك يوسف الحكيم، الحقوق التجارية(الأعمال التجارية ،التاجر، المتجر)، جامعة دمشق،سوريا،1988،ص11

[6] تنص المادة 449 من الأمر 58/75 على أنه: «لا تطبق مقتضيات هذا الفصل على الشركات التجارية الا فيما يخالف القوانين التجارة والعرف التجاري»

[7] تنص المادة 651 من الأمر 58/75 على أنه: "تعتبر كفالة الدين التجاري عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا، غير أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا، أو عن تظهير هذه الأوراق ، تعتبر دائما عملا تجاري."

التجارية كون القانون التجاري لا ينظم هذه البيوع بنصوص خاصة، كذلك يؤثر القانون التجاري في القانون المدني من حيث بعض الموضوعات كالسفتجة والتي تعد عملا تجاريا بحسب الشكل وتخضع لأحكام القانون التجاري غير أن أحكامها تسري حتى على غير التاجر الذي تعامل بالسفتجة ولو لمرة واحدة.[8]

الفرع الثاني: علاقة القانون التجاري بالقانون الاقتصادي

تعتبر العلاقة بين القانون التجاري وقانون الاقتصادي علاقة متعدية فكل منهما يؤثر ويتأثر بالآخر، فإذا كان القانون الاقتصادي هدفه البحث عن كيفية إشباع حاجات البشر عن طريق توفير تلك الحاجات بإنتاجها وتوزيعها وعرضها للاستهلاك والتداول سواء كانت سلع أو أموال، فإن مهمة القانون التجاري هنا تمثل في تنظيم كيفيات الحصول عليها عن طريق ضبط التعامل فيها بموجب القوانين والتنظيمات التي تدخل ضمن القانون التجاري سواء كانت اتفاقيات أو قوانين أو مراسيم إضافة إلى الإجراءات القضائية.

---

[8] شادلي نور الدين، المرجع السابق ،ص 20

فكلما زاد النشاط الاقتصادي وتوسعت رقعته كلما وجب صدور قواعد قانونية جديدة في المجال التجاري كما هو شأن بالنسبة لعمليات البنوك وعقود التأمين والنقل...الخ، لذلك يعد القانون التجاري هو قانون النشاط الاقتصادي أو هو قانون تنظيم تداول الثروات.

المطلب الثاني: علاقة القانون التجاري ببعض القوانين الأخرى

سنحاول من خلال هذا المطلب التطرق إلى العلاقة بين القانون التجاري وبعض القوانين ذات الصلة الوطيدة والتي لها تأثير على القانون التجاري.

الفرع الأول: علاقة القانون التجاري بالقانون الجنائي

تظهر علاقة القانون التجاري بالقانون الجنائي جليا من خلال النصوص التي نجدها في القواعد القانونية التجارية والتي تجرم بعض الأفعال التي يقوم بها الشخص الطبيعي أو الشخص المعنوي سواء في القانون رقم 59/75 المعدل والمتمم والمتضمن القانون التجاري أو في التنظيمات الأخرى ذات الصلة كالقانون رقم 08/18 المتعلق بشروط ممارسة

الأنشطة التجارية أو القانون رقم 05/10 الذي يعدل الأمر رقم 03/03 والمتعلق بالمنافسة، إضافة إلى القانون رقم 09/18 المعدل للقانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، وبعض القوانين الأخرى كالقانون رقم 06/03 المتعلق بالعلامات...الخ، إذ نجد كل هذه القوانين تجرم الأفعال كالتزوير، التقليد، الإفلاس بالتدليس، الاعتداء على الملكية الفكرية، جريمة إصدار شيك بدون رصيد، الجرائم التي يقوم بها الأعوان الاقتصاديون، ونجد هذه الأحكام تحيل في بعض الأحيان إلى أحكام قانون العقوبات أو قانون مكافحة الفساد فيما لم ترد فيه عقوبة سواء أصلية أو تكميلية.

الفرع الثاني: علاقة القانون التجاري بالقانون الدولي

تتمثل علاقة القانون التجاري بالقانون الدولي في الدور الذي تلعبه الدولة بشأن تنظيم وتوجيه النشاط التجاري وفق خطة اقتصادية معينة، حيث تضع قواعد تجارية تضبط النشاطات التي يقوم بها التجار وتنظمها قصد

المحافظة على النظام العام، وتحقق الدولة ذلك من خلال إبرام الاتفاقيات التجارية الدولية.[9]

كما توجد علاقة بين القانون التجاري والقانون الدولي الخاص تتمثل أساسا في النشاطات التجارية التي يمارسها التجار الوطنيين مع شركاء أجنبيين، فمتى ثار نزاع بين التاجر الأجنبي والتاجر الوطني تتدخل قواعد تنازع القوانين لفك مشكلة القانون الواجب التطبيق، الأمر الذي يدفع بالدولة لتوحيد قواعد القانون التجاري عن طريق ما يسمى باتفاقيات موحدة للعلاقات الدولية والتي يلتزم بها الأطراف إذا رغبوا في ذلك حتى يتجنبوا الشروط المختلفة التي يتضمنها كل عقد فنجد على سبيل المثال نماذج موحدة لعقود البيع الدولية كعقد التصدير والاستيراد، وكمثال عن تلك الاتفاقيات الدولية المنظمة للعلاقات التجارية الدولية نجد: اتفاقية بون سنة 1953 المتعلقة بالنقل بواسطة السكك الحديدية، والتي تحدد شروط آثار عقد النقل بين الدول المتعاقدة ، حيث تخضع الدولة الموقعة

---

[9] نادية فضيل، المرجع السابق، ص19.

على العقد لأحكام الاتفاقية، لكن متى كان النقل داخل الحدود الإقليمية للدولة التي أبرم فيها العقد يطبق قانون تلك الدولة.[10]

الفصل الثاني: أنواع الأعمال التجارية.

حدد المشرع الجزائري أنواع الأعمال التجارية من خلال الأمر 59/75 المعدل والمتمم بموجب القانون 10/05 المتضمن القانون التجاري،

[10] نادية فوضيل ، المرجع السابق، ص20.

حيث قسم هذه الأعمال إلى ثلاثة أنواع إلى جانب نوع آخر يكون فيه العمل التجاري مرتبط في وجوده مع العمل المدني، الأمر الذي يلزمنا بداية وقبل عرض أنواع الأعمال التجارية إلى ضرورة بيان معايير التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني لرفع اللبس من أذهان المتعاملين، حيث قسمنا الفصل إلى ثلاث مباحث نتناول في الأول أهمية التفرقة بين العمل المدني والعمل التجاري والمعايير المعتمدة في ذلك، أما المبحث الثاني ندرس من خلاله الأعمال التجارية بحسب الموضوع والأعمال التجارية بحسب الشكل، ثم في المبحث الثالث نتطرق إلى الأعمال التجارية بالتبيعة والأعمال المختلطة.

المبحث الأول: معايير التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني.

ذكر المشرع الجزائري الأعمال التجارية في نصوص القانون التجاري دون إعطاء المعايير التي تحدد تلك الأعمال والتي تميز بينها وبين العمل المدني، ما دفعنا إلى البحث عن تلك المعايير في الكتب الفقهية وبيان أهمية تلك التفرقة على النحو الآتي:

المطلب الأول: التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني.

سنتطرق في هذا المطلب إلى النظام القانوني الخاص بكل من العمل التجاري و العمل المدني والمتمثل في الاختصاص القضائي، الإثبات، التضامن، الإفلاس، الاعذار، الرهن ،كما يأتي:

الفرع الأول: من حيث الاختصاص القضائييقصد بالاختصاص القضائي السلطة المخولة للنظر والفصل في المنازعات المعروضة أمامها وفقا لإجراءات محددة، وهو نوعان:

أولا: الاختصاص النوعي

توجد في بعض الدول ما يسمى بالمحاكم التجارية كفرنسا وهي محاكم تعنى بالمنازعات المتعلقة بالأعمال التجارية حيث ترفع الدعاوى أمامها، بينما تختص المحاكم المدنية في الدعاوى المتعلقة بالأعمال المدنية، أما في الجزائر فلا مجال للحديث عن المحاكم التجارية لأن المشرع الجزائري قسم الهرم القضائي إلى قسمين: قسم يتضمن القضاء العادي توجد على مستواه المحاكم العادية والتي ترفع أمامها جميع الدعاوى بما فيها التجارية أو المدنية ، وقسم يتضمن القضاء الإداري، على أن يطبق القانون التجاري على المنازعات التجارية والقانون المدني على المنازعات

المدنية.[11]ويترتب على وجود قضاء تجاري متخصص ومستقل عن القضاء المدني، أنه يجوز الدفع بعدم الاختصاص أمام المحكمة المدنية في النظر في الدعاوى التجارية التي ترفع أمامها.[12]

ثانيا: الاختصاص المحلي

حدد الاختصاص المحلي بموطن المدعى عليه من خلال نص المادة 37 من ق إ م إ[13]، غير أن التاجر وفي الدعاوى الخاصة بالمواد التجارية ترفع دعواه في المحكمة التي يوجد فيها مكان الوعد أو تسليم البضاعة وبالنسبة للشركة فإن مقر فرعها هو العنوان الذي ترفع الدعوى أمامه[14]، كما أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية حدد مكان رفع الدعوى في المواد العقارية بصفة عامة وإن تعلق الأمر بعقارات تجارية، أين نص على الأشغال المتعلقة بالعقار أو دعاوى الإيجارات بما فيها

---

[11] عمار عمورة، المرجع السابق، ص42.

[12] حلو أبو حلو، زهير عباس كريم، الوجيز في القانون التجاري الأردني (نظرية العمل التجاري والتاجر والمتجر والعقود التجارية)، الجزء الأول، مركز صقر للخدمات الطلابية، جامعة اليرموك، دون سنة نشر، ص88.

[13] أنظر المادة 37 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري2008،يتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، ج، ر عدد21

[14] أنظر المادة 39 فقرة 04، نفس المرجع.

التجارية...الخ، حيث أحال الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال.[15]

إضافة إلى ذلك فإن الدعاوى التي تتعلق بالإفلاس أو التسوية القضائية للشركات وكل منازعات الشركاء ترفع أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مقر افتتاح الإفلاس أو التسوية القضائية أو المقر الاجتماعي للشركة.[16]

الفرع الثاني: من حيث الإثبات والتضامن.

جاء الإثبات في المواد المدنية مقيدا حيث لا يجوز الإثبات بغير الكتابة متى كانت قيمة الالتزام تساوي أو تفوق 1000.00 دج، أما ما دون ذلك فيمكن إثباته بشهادة الشهود.[17]

أما بالنسبة للمعاملات التجارية فالمبدأ الأساسي فيها هو حرية الإثبات المنصوص عليه في المادة 30 من القانون التجاري (**راجع الملحق رقم 02**)، حيث أجاز المشرع من خلالها الإثبات في المسائل التجارية بكل

---

[15] أنظر المادة 40 فقرة 01، من القانون رقم 08-09 ، المرجع السابق.

[16] أنظر المادة 40 فقرة 03، نفس المرجع.

[17] أنظر المادة 333 من الأمر رقم 75/ 58 المعدل والمتمم، المرجع السابق.

الوسائل المتاحة في الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود، القرائن، اليمين...الخ، دون تحديد المبلغ المراد إثباته في النزاع[18]، ويعتبر هذا المبدأ نسبي لا مطلق على اعتبار أن العقود الخاصة بالعقارات التجارية من بيع أو رهن أو إيجار أو حتى بيع المحل التجاري وتأسيس شركة تجارية كلها معاملات تخضع للجانب الرسمي (الكتابة+الشهر) سواء للانعقاد أو للإثبات.

كما يجوز الاثبات بالأوراق العرفية **(راجع الملحق رقم 03)** في المسائل التجارية على الغير حتى لو لم تكن ثابتة التاريخ، ولا يحتج في المسائل التجارية بقاعدة عدم جواز إثبات عكس الكتابة إلا بالكتابة ما لم يشترط القانون في حالات خاصة ضرورة كتابة العقد كما هو الحال في عقود الشركات، و يجوز للتاجر أيضا أن يستند إلى دفاتره التجارية في الإثبات لمصلحته، وذلك خلافا للأصل العام الذي يقضي بأنه لا يجوز للشخص أن ينشئ دليلا لنفسه والعكس جائز[19].

---

[18] أنظر المادة 30 من الأمر 75–59 المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[19] بكوش يحي، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، ص1981، ص166 و217.

نستنتج أن الاختلاف في الإثبات بين المسائل المدنية والمسائل التجارية يرجع إلى طبيعة المعاملة، حيث تقوم الأعمال التجارية على السرعة والائتمان في ممارسة التصرفات التجارية، في حين تتميز الأعمال المدنية بالبطء والتعقيد عند القيام بالتصرفات المدنية.

ثانيا: من حيث التضامن.

يقصد بالتضامن بين المدينين في القانون المدني: "أنه متى قام أحدهم بوفاء الدين تبرئ ذمة الآخرين من الدين، كما يجوز للدائن مطالبة المدينين منفردين أو مجتمعين وليس لأحدهم رفض الوفاء وهذا على أساس فكرة التضامن"[20].

وقد نص المشرع الجزائري على أن التضامن في المسائل المدنية غير مفترض إلا بموجب اتفاق أو بنص قانوني، وهذا ما أكدته المادة 217 من القانون المدني.[21]

---

[20] ناجي زهرة، المرجع السابق، ص24.

[21] تنص المادة 217 من القانون المدني على أنه: "التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص قانوني".

أما في المسائل التجارية فنجد أن التضامن يفترض بين المدينين على عكس المسائل المدنية حيث يستبعد التضامن بموجب اتفاق بين المدينين أو بموجب نص في العقد، وقد نصت على التضامن التجاري المادة551 فقرة 1 من القانون التجاري عندما فرضته بين الشركاء عن دين الشركة.[22]

نستخلص انطلاقا من نص المادة 01/551 أن التاجر بإمكانه أن يعود على أي مدين في الالتزام التجاري وأن يطالبه بالدين، ولا يستطيع المدين أن يدفع في مواجهة التاجر بعدم سداد الدين والرجوع على باقي المدينين الآخرين، أي لا يمكنه التهرب من التضامن المفروض بينهم في العمل التجاري موضوع الدين.

الفرع الثالث: من حيث المعايير الأخرى

هناك معايير يتضح من خلالها أيضا التباين والفرق بين العمل التجاري والعمل المدني وهي:

---

[22] تنص المادة 551 من الأمر 75–59 المعدل والمتمم على أنه: " للشركاء بالتضامن صفة التاجر وهم مسؤولون من غير تحديد و بالتضامن عن ديون الشركة."

أولا: صفة التاجر ونظام الإفلاس

نص المشرع الجزائري في القانون التجاري أن كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس نشاطا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له تمح له صفة التاجر[23]، هذه الأخيرة لا يمكن للشخص المدني أن يكتسبها إذ تتطلب لاكتسابها شروطا خاصة والتزامات محددة كمسك الدفتر التجاري والقيد في السجل التجاري، وهو الأمر الذي لا يخضع له الشخص المدني ، وكنتيجة لذلك متى توقف التاجر عن دفع ديونه فإنه يسمى تاجرا مفلسا ويخضع لنظام الافلاس حتى يتمكن الدائنون من استيفاء حقوقهم وهو ما نصت عليه المادة 215 من القانون التجاري[24]، عكس الشخص المدني متى توقف عن دفع ديونه فإنه يسمى شخصا معسرا وفقا لأحكام القانون المدني ويخضع لنظام الإعسار.

ثانيا: الاعذار والمهلة القانونية

---

[23] أنظر المادة الأولى من الأمر 59/75، نفس المرجع.

[24] أنظر المادة 215 من الأمر 59/75 المعدل والمتمم، المرجع السابق.

أ-**الاعذار**: يقصد بالاعذار توجيه إنذار للمدين حتى يوفي ما عليه من التزام[25]، وفي حالة عدم الوفاء يعتبر المدين مقصرا في تنفيذ التزامه، ويتم الاعذار في المعاملات المدنية بورقة رسمية بواسطة أدوات القضاء، أما في المسائل التجارية فقد جرى العرف على اعذار المدين بواسطة خطاب عادي دون حاجة إلى ورقة رسمية نظرا لما تتطلبه التجارة من سرعة في الإجراء[26].

ب-**المهلة القضائية**: وتسمى أيضا مهلة الوفاء فالأصل أن تسدد الديون في آجال استحقاقها، وفي المسائل المدنية يرد استثناء على هذه القاعدة حددته المادة 281 من القانون المدني الجزائري مفاده أن القاضي يمكنه أن يمنح المدين مهلة للوفاء بعد تاريخ الاستحقاق متى كان هذا الأخير حسن النية[27]، أما في المسائل التجارية فإن هذا الاستثناء غير وارد إذ يلزم المدين بوفاء ديونه في الآجال المحددة لاستحقاقها وإلا يعد في حالة

---

[25] محمد فريد العريني، القانون التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1977، ص57.

[26] قموح عبد المجيد، محاضرات القانون التجاري، جامعة التكوين المتواصل، قانون أعمال، الجزائر، دون سنة نشر، ص 14

[27] أنظر المادة281 من الأمر رقم 58/75 المعدل والمتمم، المرجع السابق.

التوقف عن الدفع ويطبق عليه الجزاء المتمثل في شهر إفلاسه، وذلك حماية لعنصر الثقة والائتمان الذي تتميز به المعاملات التجارية، ويتم توزيع أمواله على جماعة الدائنين وهو ما نصت عليه المادة 215 من القانون التجاري الجزائري[28].

ثالثا: الرهن الحيازي

تتسم إجراءات الرهن الحيازي المبرم لضمان دين تجاري بالبساطة عند التنفيذ على الشيء المرهون وهو ما نصت عليه المادة 33 من القانون التجاري الجزائري، ذلك يرجع إلى طبيعة محل المعاملات التجارية والتي تخضع لتقلبات الأسعار أو تكون سلع قابلة للتلف مما يستلزم تنفيذ الرهن الحيازي في أسرع وقت، وهذا على خلاف الرهن المبرم لضمان دين مدني حيث تتسم إجراءاته بالتعقيد، إذ يتطلب للتنفيذ على المال المرهون في حالة عدم وفاء المدين بالتزامه الحصول على حكم قضائي.[29]

المطلب الثاني: معايير التفرقة بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية

---

[28] أنظر المادة 215 من الأمر رقم 59/75 المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[29] عمار عمورة، المرجع السابق، ص47.

نظرا لطبيعة الحياة التجارية المتجددة والمتطورة وكثرة الأعمال مما يصعب تحديد نوعها تجاريا كان أو مدنيا، ذلك أن الأعمال التجارية المذكورة في القانون التجاري بمثابة خليط غير متناسق لا يمكن إيجاد معيار جامع للحكم عليها تجارية أم مدنية، فيتحدد بذلك القانون الواجب التطبيق والقضاء الذي يختص بالنظر في المنازعات المتعلقة بها، هذا الأمر الذي دفع بالفقهاء إلى وضع نظريات يمكن من خلالها تحديد نوع العمل وهي:

1- نظرية المقاولة.

2- نظرية التداول.

3- نظرية المضاربة.

الفرع الأول: نظرية المقولة (المشروع).

يرى رواد هذه النظرية ومن بينهم الإيطالي Vivante أن عنصر المقاولة في تأسيس العمل التجاري يقصد به تكرار القيام بالعمل على وجه

الاحتراف استنادا إلى تنظيم سابق يتجسد في اتخاذ مقر واستخدام العنصر البشري وتوظيف العنصر المادي من أموال ومعدات.[30]

من خلال هذا التعريف نستخلص أن نظرية المقاولة تستند على عنصرين هما: الاحتراف وتكرار العمل بشكل منظم، وبذلك فإن العمل التجاري حسب هذه النظرية لا يتحدد بالنظر إلى صفات ذاتية يجب أن تتوافر في العمل بحسب طبيعته، وإنما انطلاقا من الإطار الذي يمارس فيه هذا الأخير فمتى توفر عنصرا التكرار والتنظيم سمي تجاريا، أما إذا كان العمل منفردا حتى ولو حقق الربح لا يعتبر تجاريا في رأي هذه النظرية، وأن القائم بالعمل لا يكتسب صفة التاجر إلا باحترافه لهذه الأعمال وممارستها على شكل مقاولة.[31]

نقد النظرية: يعاب على هذه النظرية أنها قاصرة على وضع معيار سليم يشمل كافة الأعمال التجارية كونها تحصر العمل التجاري في وقوعه على شكل مقاولة، في حين أن هناك بعض الأعمال التي تعتبر تجارية

---

[30] نجيم أهتوت، الوجيز في القانون التجاري، الطبعة الأولى، مكتبة الأنوار، المغرب، 2020، ص23.

[31] نفس المرجع، ص23.

دون أن تتم في شكل مشروع كعمل السمسار، في المقابل هناك بعض الأعمال المدنية والتي تمارس في شكل مقاولة كالهندسة والفلاحة، إلا أنها تبقى مدنية ولا تكتسي صفة التجارية.

الفرع الثاني: نظرية التداول.

يقصد بالتداول الأعمال التي تتعلق بالوساطة في تداول الثروات من وقت خروجها من يد المنتج إلى غاية وصولها إلى يد المستهلك، ومن رواد هذه النظرية الفقهية الفرنسي "تايلر" حيث يرى أن العمل لا يعتبر تجاريا إذا لم يتوسط في تداول الثروات والسلع بين المنتج والمستهلك، وهو يرى في القانون كما في الاقتصاد السياسي بأن التجارة ترتكز على تداول المنتجات والبضائع والنقود، ويحكم حالة التداول نشاط المنتجات

والسلع من وقت خروجها من يد المنتج إلى وقت وصولها إلى يد المستهلك.[32]

فكل عمل يرمي لتحريك الثروة ويساعد على تنشيط حركتها يعتبر من طبيعة تجارية، أما الأعمال التي تتناول الثروات وهي في حالة ركود واستقرار فتعتبر من طبيعة مدنية، كعمل صاحب المصنع الذي يشتري مواد أولية لتحويلها إلى سلع وبيعها للمستهلك، وعمل الناقل الذي يقوم بنقل السلع من مكان لآخر وعمل التاجر الذي يشتري السلع ليبيعها للمستهلك.[33]

نقد النظرية: انتقدت هذه النظرية على أساس أن التداول لا يقتصر على السلع ولكنه يشمل النشاط والخدمات التي تؤديها المهن الأخرى، وأن الأخذ بهذا المعيار يخرج عمل المنتج من نطاق القانون التجاري مع أن المنتج هو أول من يدفع السلعة للحركة والتداول.[34]

الفرع الثالث: نظرية المضاربة

---

[32] شاذلي نور الدين، المرجع السابق، ص28.

[33] ناجي زهرة، المرجع السابق، ص25 و26.

[34] شاذلي نور الدين، المرجع السابق، ص28.

المضاربة هي السعي وراء تحقيق الربح المالي عن طريق العمل التجاري، فكل عمل يحترفه الشخص على هذا النحو يكسبه صفة التاجر ويخضع بذلك للقانون التجاري، وتعد المضاربة من أبرز صور الشراء لأجل البيع بهدف تحقيق الربح، فالمضاربة هي العنصر الجوهري الذي يقوم عليه الفصل بين العمل التجاري والعمل المدني فمتى انتفى هذا المعيار (المضاربة) عد العمل مدنيا.[35]

جاء بهذه النظرية الفقهية Boistel إذ يرى أن المضاربة لأجل تحقيق الربح هي أساس العمل التجاري وأن العمل التجاري لا يعترف بالمجانية.[36]

نقد النظرية: لا تعتبر نظرية المضاربة معيارا ضابطا للأعمال التجارية كونها ترتكز على عنصر تحقيق الربح والذي نجده في كثير من الأعمال حتى المدنية منها مثال: أعمال المزارعين وأصحاب المهن الحرة كالمحامين، الأطباء والمهندسين. الخ.

---

[35] عمار عمورة، المرجع السابق، ص38.

[36] عبد الرزاق جاجان وعبد القادر برغل وعمر فارس، المدخل إلى القانون التجاري والأعمال التجارية والتاجر والمتاجر، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، منشورات جامعة حلب، كلية الحقوق، 2008، ص57.

أما موقف المشرع الجزائري: فقد أخذ بالمعايير الثلاثة أي بالنظريات الثلاثة المضاربة، المقاولة والتداول في تمييزه للعمل التجاري عن العمل المدني، وهو ما جاءت به المادة 2 من القانون التجاري[37].

[37] أنظر المادة 02 من الأمر رقم 59/75 المعدل والمتمم، المرجع السابق.