المحور الثاني : القانون التجاري – الأعمال التجارية – التاجر

المبحث الأول : نبذة تعريفية عن نشأة القانون التجارى بإعتباره أساس تحديد الأعمال التجارية

المبحث الثانى : ماهية الأعمال التجارية ومعايير تميزها عن غيرها لتبيان طبيعتها.

المبحث الثالث : مفهوم التأجر وشروط ممارسته التجارة.

مقدمة :

_من المعروف أن القانون بصفة عامة ينظم سلوك الأفراد ومعاملاتهم الحياتية سواء من الجوانب الاقتصادية أو السياسية أو الاجتماعية أو الدينية ، وعليه فقد عرف القانون بأنه : مجموع القواعد العامة المجردة التي تنظم سلوك الأفراد وعلاقاتهم من المجتمع على نحو ملزم.

ولما كان القانون التجاري يخص المعاملات التجارية عليه يمكن تعريفه بالآتي هو مجموعة القواعد القانونية التي تطبق على الأعمال التجارية وتنظم حرفة التجارة. ومعنى ذلك أن القانون التجاري ينظم علاقات معينة فقط تنشأ نتيجة القيام بأعمال معينة هي الأعمال التجارية كما ينظم نشاط طائفة معينة هي طائفة التجار. وتشمل كلمة تجارة من الناحية القانونية معنى أوسع منه من الناحية الاقتصادية إذ يقصد من هذه الناحية الأخيرة كل ما يتعلق بتداول وتوزيع الثروات. أما من الناحية القانونية : تشمل التجارة علاوة على ذلك العمليات الإنتاجية فالصانع في المعنى القانوني الذي سنتناوله في هذا الخصوص ليس إلا تاجرا ، وعلى ذلك سيتم تقسيم خطة هذا البحث وفقآ للعناصر التالية:

المبحث الأول : نبذة تعريفية عن نشأة القانون التجارى بإعتباره أساس تحديد الأعمال التجارية

المبحث الثانى : ماهية الأعمال التجارية ومعايير تميزها عن غيرها لتبيان طبيعتها.

المبحث الثالث : مفهوم التأجر وشروط ممارسته التجارة.

المبحث الأول : نبذة عن القانون التجاري بإعتباره أساس تحديد الأعمال التجارية:

ويمكن تعريف القانون التجاري بأنه مجموعة قواعد تنظم جانب النشاط الاقتصادي للأشخاص في الأعمال التجارية ويطبق هذا القانون على طائفة من الأشخاص هم التجار وهو فرع من فروع القانون الخاص.

المطلب الأول : نبذة تاريخية عن نشأة القانون التجارى:

_نشأ القانون التجاري من مجموع عادات وأعراف اصطلح التجار على الالتزام بها فيما بينهم فأصبحت بمرور قواعد قانونية ملزمة تنظم المعاملات التي تجري بينهم ، ففي العصور القديمة عرف البابليون والأشوريون كثيراً من قواعد التجارة خاصة القوانين التي تنظم الفائدة وتحرم الربا ، كما عرف البابليون الإقراض برهن ، وبرع الفينيقيون في مجال التجارة البحرية ، كما يعود الفضل إلى الإغريق في معرفة نظام القرض البحري ذي الفائدة المرتفعة.

_أما في العصور الوسطى فقد تطورت العادات والأعراف المتصلة بالتجارة بسبب الحروب الصليبية التي أدت إلى اتصال كبير بين الشرق والغرب ، ومن ثم زيادة التجارة البحرية بين شرق وغرب البحر المتوسط ، كما صاحب هذه الحروب تطور كبير من النظم المصرفية نظراً للحاجة إلى تحويل الأموال لتمويل الجيوش لمواجهة حروبها ، كما تميز هذا العصر بنشأة المدن والمراكز التجارية والبحرية من المدن الأوربية حيث أصبحت هذه المدن ذات أهمية قصوى في مجال التبادل التجاري ، كما تطورت الشركات التجارية في بريطانيا منذ عهد قديم مثل شركة (الكوماندا) ، في العصور الوسطى ، وشركة الهند الشرقية ، والشركة الأفريقية الملكية فيما بعد.

_أما في إيطاليا فقد تطورت فيها الأوراق التجارية بشكل خاص وانتقلت قواعدها إلى فرنسا ، ومنها إلى القارة الأوربية وأمريكا وباقي أنحاء العالم ، وقد ساعد على تطور القانون التجاري في إيطاليا قبل غيرها ، موقع تلك البلاد الجغرافي وكثرية موانيها التي ساعدت على تنشيط التجارة البحرية فيها .

_والقانون التجاري في ذلك الوقت لم يكن ذلك القانون المستقل الخاص بالأعمال التجارية وبشكله المعروف حتى صدور القانون التجاري الفرنسي عام 1807الذي احتوت نصوصه على أحكام متكاملة للتجارة البرية والبحرية ، وتأثرت به الكثير من القوانين ، فنقله العثمانيون إلى البلدان العربية التي كانت تشكل جزءاً من الدولة العثمانية ، ولم يقف عند هذا الحد بل أخذت قواعده تتطور وأصبحت موحدة في جميع أنحاء العالم بفعل المؤتمرات الدولية ، والاتفاقيات التي عقدت لأجل توحيد قواعد النقل البحري والجوي ، وقوانين الملكية الصناعية ، وفتح الاعتمادات وغيرها.

المطلب الثانى : علاقة القانون التجارى بالقوانين الأخرى بصورة مقتصدة.

_القانون التجاري فرع من فروع القانون الخاص من مقام تقسيم القانون إلى عام وخاص ، وهو من القوانين الداخلية بالطبع ولو أن بعض أحكامه تطبق من نطاق المعاملات الدولية ، وهو قانون موضوعي ولو أنه يحتوي على بعض القواعد الإجرائية.

_بعد اتساع نطاق تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي وامتلاك إدارتها للمشاريع العامة واستثمار أموالها من مشاريع اقتصادية مختلفة ، رأى البعض أن القانون التجاري لم يعد ضمن القوانين الخاصة ، بل هو أقرب إلى القانون العام ، إلا أنه في حقيقة الأمران ملكية الدولة للشركات ليس هو العامل المقرر لفصيل التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ، حيث أن تدخل الدولة في هذا المضمار سواء بامتلاكها أو مزاولتها للأعمال التجارية يخضع إلى القانون التجاري ، كما أن هذه الشركات التي تمتلكها الدولة تتمتع بإستقلال مالي وإداري بحكم منحها الشخصية الاعتبارية ، ويتشابه مع القانون المدنى كثيراً.

_من المعروف أن القانون المدني هو أقدر القوانين الخاصة ، بل ويعتبر القانون الأم لهذا الفرع من القوانين ، وهو يضع القواعد العامة والكلية لجميع المعاملات الخاصة ، ولما كان القانون المدني هو الأساس لكل القوانين الخاصة ، فإن تطور المجتمع وتنوع مظاهر الحياة أدت إلى ظهور مشروع منه مثل قانون العمل مثلاً وقانون المرافعات ، المدنية والتجارية ، والقانون التجاري الذي اقتضت الضرورة لانفصال قواعده عن قواعد القانون المدني ذلك لأن المعاملات التجارية تحتاج إلى عاملين أساسيين هما سرعة انجاز المعاملات ، وضمان كاف وصارم لحماية الإئتمان .

_القانون المدني الأساس في تنظيم الروابط ذات الطبيعة المالية ، فعلى القاضي عندما لا يجد نص من نصوص القانون التجاري يطبق أحكام القانون المدنى ، وبالرغم من ذلك فقد انقسم الفقهاء إلى اتجاهين ، فهناك من يرى ضرورة فصل القانون التجاري عن القانون المدني ، وآخرون يخلفون عنهم فيرون أن ذلك ليس ضرورياً ، وكل له مبرراته.

_أنصار وحدة القانون المدني والتجاري يرون أن القانون التجاري لم يعد قانوناً خاصاً بفئة معينة أو نشاطاً معيناً ، بل مزايا القانون التجاري يجب أن تمتد إلى كافة أفراد المجتمع ، وألا تقتصر على أفراد دون غيرهم ، خاصة وأن الأفراد يستخدمون الأدوات التي يستخدمها التاجر مثل التعامل

بالصكوك والكمبيالات ، والإقراض من البنوك ، كما أن هناك موضوعات مشتركة بين القانونين مثل عقد البيع وعقد الرهن.

_الاتجاه الغالب من الفقه يذهب إلى تأكيد واستقلال القانون التجاري والاحتفاظ له بكيان منفصل عن القانون المدني ، وذلك لأن المعاملات التجارية تختلف بطبيعتها عن المعاملات المدنية لأنها تحتاج إلى سرعة الإنجاز والبت ، وضمان لحماية الإئتمان كما سبق الذكر لأن قواعد القانون المدني لا توفر ما يلزم للحصول على هاتين النتيجتين بيد أن نقل هذه القواعد إلى المتعاملين المدنيين من شأنه أن يؤدي إلى الإكثار من المنازعات واضطراب المعاملات نظراً لقسوتها وعدم مناسبتها لهم.

المبحث الثانى : ماهية ومفهوم الأعمال التجارية ومناط تمييزها عن غيرها من الأعمال:

_تختلف العلاقات المدنية عن العلاقات التجارية من حيث طبيعتها ومقتضياتها هذا الاختلاف يستلزم اختلافا بينهما في التنظيم القانوني ،فالأعمال التجارية هي وحدها التي يحكمها القانون التجاري من حيث طبيعتها ومقتضياتها هذا الاختلاف يستلزم اختلافا بينهما في التنظيم القانوني فالأعمال التجارية هي وحدها التي يحكمها القانون التجاري بخلاف الأعمال المدنية التي تظل بحكم الأصل خاضعة للقانون المدني. ولكن يثور التساؤل عن ماهية الأعمال التجارية؟

المطلب الأول : ماهية الأعمال التجارية ومعايير تمييزها عن غيرها من الأعمال الأخرى:

_تعرف الأعمال التجارية بأنها كل ما يقوم به التاجر من أعمال لها علاقة بتجارته وأعمال المضاربة الهادفة للربح سواء كان القائم بها تاجراً أم لاو كل عمل مُرتبط أو مُسهل لعمل تجاري والأعمال التي ينص القانون على اعتبارها أعمالاً تجارية.

_لتحديد الأعمال التجارية لابد من الوقوف على المعايير المتفق عليها فقهآ و على هذا الأساس قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاث فروع.

الفرع الأول: معيار المضاربة.

_يعتبر العمل تجاريا إذا كان يهدف إلى تحقيق الربح و الحصول على المنفعة نتيجة البيع بسعر أعلى من سعر الشراء حيث يعتبر العمل تجاريا إذا توافر فيه هذا القصد و إلا كان عملا مدنيا لذلك يعتبر هذا المعيار العامل الفاصل بين العمل المدني و العمل التجاري.

_إلا أن هذا المعيار قاصرا على أساس أن هناك بعض الأعمال بالرغم من أنها تهدف إلى تحقيق الربح و مع ذلك اعتبرتها التشريعات المختلفة مدنية كمهنة المحامي و الطبيب...

الفرع الثاني: معيار التداول

_طبقا لهذا المعيار فان النقود و السلع و السندات يجري تداولها و انتقالها من المنتج إلى المستهلك و من ثمة يعتبر عملا تجاريا كل عمل يدخل في هذا التداول أي في عمليات الوساطة مع استبعاد جميع أعمال الإنتاج و جميع أعمال الاستهلاك.

_إلا أن هذا المعيار لم يسلم من الانتقادات على أساس أن بعض الأعمال ليست خاضعة مبدئيا لفكرة تداول الأموال ، بمعنى آخر أن هناك أعمال خاضعة لتداول الأموال لكنها أعمال مدنية.

الفرع الثالث: معيار المقاولة

_المقاولة هي استخدام وسائل الإنتاج في منظمة دائمة أسست عل نشأة مادية فالعمل يعتبر تجاريا اذاكان يتم على شكل مشروع و هو موضوع يعتمد على فكرتين أساسيتين هما التكرار و التنظيم.

_و ما يعاب على هذا المعيار أن هناك بعض الأنشطة التي تمارس في شكل مقاولات لها طابع مدني كالتعاونيات الحرفية.

المطلب الثاني: أهمية التمييز بين الأعمال التجارية و الأعمال المدنية قضاءآوتشريعآ.

إن العمل التجاري يخضع لنظام قانوني مغاير للعمل المدني و توجد هناك تفرقة بين العمل التجاري و العمل المدني و منه فان الإشكال المطروح هنا هو ما هي المعايير أو الأسس القانونية التي اعتمدها المشرع للتفرقة بين العمل المدني و العمل التجاري؟

الفرع الأول: الاختصاص القضائي.

إن الدول التي أخذت بقانون تجاري مستقل إلى جانب القانون المدني اعتنقت في المجال القضائي مبدأ تخصيص يختص بالنظر في المنازعات التجارية فقط و تأتي فرنسا على راس هذه الدول فقد أخذت به سنة 1807 ، حيث أنه اذاعرض نزاع تجاري أمام الدائرة المدنية فلا يجوز الدفع بعدم الاختصاص.

_أما فيما يتعلق بالاختصاص المحلي فانه تطبق القاعدة الأصلية في مجال التقاضي الذي يرجع إلى محكمة المدعى عليه و يعتبر بمثابة موطن للمدعى عليه التاجر إلى جانب موطنه الأصلي المكان الذي يباشر فيه تجارته.

_أما بالنسبة للأعمال المختلطة فالاختصاص المحلي في المواد التجارية يكون وفقا لتقنين الإجراءات المدنية حيث إن المدعي له الحق في أن يرفع دعواه أمام القضاء إحدى المحاكم الثلاثة:

vمحكمة موطن المدعى عليه.

vمحكمة إبرام العقد و تسليم البضاعة: و يشترط الاختصاص هنا أن يكون الاتفاق أو التسليم الفعلي قد حصل في دائرة المحكمة و أن يكون التنفيذ قد تم فعلا كله أو جزئه فلا يكفي أن يكون متفقا على حصول التنفيذ في دائرتها .

vمحكمة محل الدفع: و هو المكان الذي تم الاتفاق بين الطرفين على الوفاء فيه.

الفرع الثاني: الإثبات.

_في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على مبلغ محدد او كان غير محدد القيمة فلا تجوز البينة في إثبات وجوده و انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك أما في المسائل التجارية فقد أطلق المشرع حرية الإثبات بحيث تجوز البينة أو القرائن مهما كانت قيمة الالتزام التجاري المراد إثباته ، و يجوز الاحتجاج بالأوراق العرفية متى و لو لم تكن ثابتة التاريخ و لا يحتج في المسائل التجارية بقاعدة عدم جواز إثبات عكس الكتابة إلا بالكتابة ما لم يشترط المشرع في حالات خاصة ضرورة الكتابة كعقود الشركات.

الفرع الثالث: الاعذار

_مفاده أن الدائن يقوم بتوجيه إنذار للمدين حتى يوفي ما عليه من التزام و يسجل على المدين التأخر في الوفاء إذ من يوم الاعذار يبدأ يبدأ سريان المواعيد بالنسبة للدول التي تأخذ بنظام الفوائد القانونية ، و الاعذار في المواد المدنية لابد أن يتم بورقة رسمية بواسطة الاعوان القضائيون أما في الأعمال التجارية فقد سرى العرف على أن يتم الاعذار بخطاب عادي أو ببرقية دون الالتجاء إلى الأوراق الرسمية.

الفرع الرابع: المهلة القضائية أو النظرة الميسرة.

_إذا حل اجل الوفاء و عجز المدين عن الوفاء به فالقواعد العامة تقضي بان للقاضي يمنح للمدين أجلا لتنفيذ التزامه إذا رأى ذلك ممكنا بشرط أن لا يسبب اجل الوفاء ضررا جسيما للدائن أما في الأعمال التجارية فلا يجوز للقاضي أن يمنح مثل هذه المهلة لان حلول اجل الدين له أهمية كبيرة في الميدان التجاري فلو تأخر ميعاد الدين قد يسبب للدائن ضررا كتفويت فرصة الربح عليه أو قد يكون سببا في تأخير الوفاء بديونه التجارية مما قد يعرضه لشهر إفلاسه.

الفرع الخامس: التضامن.

_قد يتعدد المدينون بالالتزام فإذا كنا بصدد إعمال مدنية التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض و إنما يكون بناءا على اتفاق أو نص قانوني ، أما في الأعمال التجارية فان التضامن مفترض للشركاء بالتضامن صفة التاجر و هم مسؤولون من غير تحديد و بالتضامن عن ديون الشركة.

الفرع السادس: النفاذ المعجل.

_وهو تنفيذ الحكم رغم قابليته للطعن فيه بطرق الطعن العادية أو رغم حصول الطعن فيه بإحدى الطرق و القاعدة العامة تقضي بان الأحكام لا تقبل التنفيذ ولا يجوز النفاذ المعجل فيها إلا في حالات استثنائية بينما في المجال التجاري تكون الأحكام دائما مشمولة بالنفاذ المعجل حتى و لو كانت قابلة للاستئناف أو المعارضة أي يجوز تنفيذها قبل أن تصبح نهائية فى تشريعات معينة مثل الجزائر.

الفرع السابع: الرهن الحيازي.

_حين الرجوع إلى قواعد القانون المدني نلاحظ أن قد اشترط لبيع الأشياء المرهونة في حالة عدم وفاء المدين بالتزاماته الحصول على حكم قضائي نهائي على خلاف ما هو معمول به في القانون التجاري إذا لم يتم الدفع في الاستحقاق جاز للمرتهن خلال فترة بسيطة ومتضمنة اتخاذ اجراءات معينة أن يشرع في البيع العلني للأشياء المرهونة.

المطلب الثالث : أنواع الأعمال التجارية وتبيان طبيعتها

_حيث تطرقنا إلى هذا المطلب السؤال الذي يتبادر إلى أذهاننا هو انه هل اكتفى المشرع أو القانون تشريعا كان أو عرفا على إضفاء الوصف التجاري على الأعمال التي تتوفر فيها

خصائص من المضاربة و ممارسة نشاط فقط أم مدد هذا الوصف التجاري إلى أعمال أخرى؟ فما هي تلك الأعمال و كيف صنفها؟.

_للإجابة على هذه الأطروحات لابد من التطرق إلى تبيين هذه الأعمال التجارية و ما هي أنواعها لقد تناولناها في بحثنا هذا في فرعان و هذا ما سوف نراه لاحقا. ففي الفرع الأول تطرقنا للبحث حول الأعمال التجارية الموضوعية و الحديث عن أقسامها ، أماالفرع الثاني سنخصصه للحديث الأعمال التجارية بالتبعية و المختلطة.

الفرع الأول: الأعمال التجارية الموضوعية.

هذا الفرع ينقسم بدوره إلى ثلاث غصون ، الغصن الأول منه يتحدث عن الأعمال التجارية الموضوعية بصورة مطلقة أي حسب الشكل و تعتبر امثل الأعمال التجارية لأنها تخضع دائما لأحكام القانون التجاري و لو قام بها شخص ليس تاجرا مثل عقد شركة تجارية أو وكالات و مكاتب الأعمال مهما كان هدفها أو العمليات المتعلقة بالمحل التجاري أو العقود الواردة على التجارة البحرية أو الجوية وغيرها، أما النوع الثاني و الذي سنراه إن شاء الله في الغصن الثاني هي الأعمال التجارية الموضوعية بصفة نسبية و قبل التطرق إلى مناقشة هذا الأمر يجب لفت الانتباه حول أن الشخص الذي قام بعمل تجاري بصفة مطلقة تاجر حتى و لو قام به لأول مرة هو الأمر الذي ينطبق على الأعمال الموضوعية بصفة نسبية أي في هذه الحالة هل تكتسب العمليات التي قام بها بصفة منفردة و لأول مرة الطابع التجاري مثل الشراء من اجل البيع أو العمليات المصرفية و عمليات الصرف و السمسرة؟.

الغصن الأول: الأعمال التجارية الموضوعية بصفة مطلقة. (حسب الشكل(

أولآ : الأوراق التجارية :مثل الكمبيالة أو البوليصة ورقة تجارية و هي أداة وفاء و ائتمان التي بمقتضاها يأمر شخص يسمى الساحب مدينه يسمى المسحوب عليه بان يدفع لشخص ثالث يسمى بالمستفيد أو الحامل مبلغا معينا من النقود في تاريخ معين.

ثانيا/ الشركات التجارية:

الشركةعقد يتم بين شخصين أو أكثر بقصد القيام بعمل مشترك و تقسيم الإرباح و الخسائر غير أن عقد الشركة ليس كغيره من العقود إذ يترتب عليه نشوء شخص معنوي يتمتع بكيان ذاتي مستقل عن شخصية المكونين له.

ثالثا/ وكالات و مكاتب الأعمال مهما كان هدفها:

من المعلوم إن وكالات و مكاتب الأعمال تقدم بصفة مهنية خدماتها للغير و هكذا تقدم الوكالة على غرار مكاتب الأعمال خدمات مختلفة لتسهيل عمليات الغير و هي على سبيل المثال وكالات السفر أو وكالات نشر الإعلانات.

_و يلاحظ اصطلاح الوكالات و المكاتب اصطلاح واسع يشمل كل الأعمال التي تتضمن مضاربة على أعمال الغير و جني الربح فضلا عن أن المشرع راعى حماية الجمهور الذي يتعامل مع أصحاب هذه الوكالات فأخضعها لقواعد القانون التجاري حتى يمكن إفلاسها في حالة عجزها عن أداء خدماتها.

رابعا/ العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية:

المحل التجاري هو مجموعة الأموال المادية و المعنوية مثل البضائع و الاسم التجاري و الشهرة التجارية و الاتصال بالعملاء... أي هو عبارة عن وحدة مستقلة قانونا يستند إليها التاجر لمباشرة تجارته و طبقا لما نص عليه المشرع فان أي تصرف يرد على هذه المحلات التجارية من رهن و بيع و إيجار ...يعتبر عملا تجاريا.

خامسا/ العقود التجارية الواردة على التجارة

_تعد العقود المتعلقة بالتجارة البحرية أو الجوية أو البرية عملا تجاريا بحسب شكله و على هذا الأساس فالعقود الواردة على إنشاء السفن أو شرائها أو بيعها أو تأجيرها طالما كانت السفن معدة للملاحة التجارية أي أنها تدخل في نطاق الاستغلال التجار لجني الربح.

الغصن الثاني: الأعمال التجارية الموضوعية بصفة نسبية.

أولا/ الأعمال التجارية الموضوعية المنفردة.

-**الشراء لأجل إعادة البيع و العمليات المتعلقة بها** :و يعتبر الشراء لأجل البيع أحسن نموذج لعمل الوساطة أو التداول الذي يقوم به شخص قصد تحقيق الربح لكنه يجب أن تتوافر فيه شروط معينة:

(1)يجب وجود شراء أولي: و يقصد بالشراء كل اكتساب لملكية أو حق عيني آخر مقابل ثمن

(2)يجب أن يتعلق الشراء بمنقولات أو عقارات: سواء كان المنقول ماديا أو معنويا كالملكية الفكرية .

(3)لابد من توافر قصد إعادة البيع أثناء الشراء.

ب) العمليات المصرفية و عمليات الصرف:

إن عملية الصرف هي الأعمال التي ترمي إلى استلام عملة مقابل عملة أخرى و على العموم يمكن القول أن العملية المصرفية مثل عملية الصرف تعد مبدئيا عملا تجاريا ما دام انه قام بها المعني بالأمر لأجل الربح حتى ولو كانت منفردة و سند هذا القول فحوى الأحكام الراهنة التي تبين باتم الوضوح و الدقة إن البنوك و المؤسسات المالية أشخاص معنوية مهمتها العادية والرئيسية القيام بعمليات مصرفية و عمليات القرض و استلام أموال الجمهور و تسيير مسائل الدفع.

ج) السمسرة:

وهي تعتبر عقدا بمقتضاه يتعهد شخص مقابل عمولة معينة بالسعي إلى التقريب بين طرفين أو أكثر كي يتعاقدا فعمل السمسار يقتصر على السعي لإتمام التعاقد و لا يعتبر و كيلا عن الإطراف إذ لا يقوم بتنفيذ أي التزام كما لا يعتبر طرفا في العقد الذي يتم بينهما.

ثانيا/الأعمال التجارية على وجه المقاولة والإعتياد:

يضاف إلى الأعمال التجارية المنفردة والتي تعرضنا إليها سابقا هناك أعمال تجارية أخرى منجزة في شكل مقاولات ،و حتى نتمكن من دراسة هذه الأعمال يجب علينا أن نحدد ما مفهوم المقاولات حسب طبيعة نشاطها؟ و فيما تتمثل هذه المقاولات.

لقد تأثر الفقه و القضاء في إعطاء مفهوم للمقاولة بالمفهوم الاقتصادي الذي يعتبر المقاولة مجرد مشروع لكن هذا التعريف يبقى قاصرا أمام التطور المستمر الذي تشهده الأعمال المنجزة في شكل مقاولة مواكبة للعصر ، وأركانها هى تكرار العمل التجاري ووجود تنظيم لإنجاز هذا العمل ، مثا أعمال الاستخراج و التحويل والتداول وتداول المنتجات و الخدمات و التوريد، استغلال المخازن العمومية، استغلال النقل و الانتقال ، تداول الإنتاج الفكرى و التأمينات.

الغصن الثالث: الأعمال التجارية بالتبعية و المختلطة:

يعد تاجرا بالتبعية الأعمال التي يقوم بها التاجر و المتعلقة بتجارته إلى جانب ذلك هناك مجموعة من الأعمال التي تطبق عليها نظامين قانونيين مختلفين و هذا ما يعرف بالأعمال المختلطة التي سيأتي تبيين أحكامها بعد التطرق إلى الأعمال التجارية بالتبعية.

الورقة الأولى: الأعمال التجارية بالتبعية.

أولا/ الأسس التي تستند إليها هذه النظرية و أركانها:

الأساس المنطقي الذي تقوم عليه هذه النظرية أن الفرع لابد له أن يتبع الأصل في الحكم لذا العمل التبعي يأخذ حكم العمل التجاري ، و يستنتج لاعتبار العمل تجاريا بالتبعية لابد من توفر شرطين:

- تتوافر صفة التاجر في شخص القائم بالعمل التجاري
- أن يكون العمل متعلقا بممارسة التجارة أو ناشئا عن التزامات بين التجار.

_حيث يكون العمل تجاريا بالتبعية إذا كان متعلقا بممارسة التجارة حتى و لو لم يقصد منه المضاربة أو تحقيق الربح إلى جانب ذلك الالتزامات الناشئة عن ممارسة التجارة أيا كان طرفاها أو مصدرها تعاقدي أو ناشئ عن مسؤولية تقصيرية. و لكن قد يصعب في بعض الأحيان معرفة ما إذا كان العمل الذي يقوم به التاجر متعلق بتجارته لذلك و ضعت قرينة قانونية بسيطة يمكن إثبات عكسها إن العمل التبعي تجاري ما لم يثبت عكس ذلك.

مثال العقود الواردة على العقار:إن العقود الواردة على العقار هي أعمال مدنية أما إذا وردت هذه العقود عل عقارات في نطاق مقاولة تجارية فهي تعتبر أعمالا تجارية طالما تمت في شكل مقاولة أما بالنسبة للعمليات المنفردة التي ترد على عقار فإذا كان شراء عقار من اجل البيع و تحقيق الربح فهي تعتبر عملا تجاريا أما شراء العقار من اجل الاستعمال الشخصي فهو عمل مدني بطبيعته أما إذا كان شرا العقار من قبل تاجر لحاجات تجارته فهل تصبح هذه العقود أعمالا تجارية؟ يجب التمييز بين العقود الواردة على ملكية العقار فهي مدنية أما بالنسبة للعقود التي ترد على إنشاء التزامات يكون العقار الذي يمارس فيه تجارته أو التامين الذي يعقده التاجر ضد المخاطر التي تتعرض لها العقارات.

الورقة الثانية: الأعمال المختلطة.

تكتسب الأعمال التجارية صفتين تجارية لطرف و مدنية للطرف الآخر، هذه الازدواجية تثير بعض المشاكل من ناحية مفهوم هذه الأعمال و نظامها القانوني اللذان سنتطرق لهما فيما يلي:

أولا/ مفهوم الأعمال المختلطة :يتم العمل التجاري بوجه عام بين شخصين فإذا كان العمل تجاريا بالنسبة إلى الطرفين فلا صعوبة هنا و هذا هو الشأن في تاجر الجملة الذي يبيع بضائعه لتاجر

التجزئة فان كلا منهما يقوم بعمل تجاري، لكن في حالات عديدة يكون العمل تجاريا بالنسبة إلى احد الطرفين و مدنيا بالنسبة إلى الطرف الآخر كما هو الشأن في بيع التاجر للمستهلك ففي هذه الحالة تعطى للعمل صفة العمل المختلط.

ثانيا/النظام القانوني للأعمال المختلطة :من غير المعقول إخضاع نظام قانوني موحد للعمل المختلط، لذا وجب الأخذ بنظام مزدوج مقتضاه تطبيق القواعد التجارية على الطرف التجاري و تطبيق القانون المدني على الطرف المدني، و هذا ما سوف يخلق مشاكل لا حصر لها في الحياة العملية فيلجا القضاء عند الفصل في النزاع تارة للقانون المدني و تارة أخرى لقواعد القانون التجاري.

خلاصة القول :

_الأعمال التي يعتبرها القانون أعمالاً تجارية بصورة صريحة ومباشرة هى :

- شراء السلع بقصد بيعها.
- شراء أو استئجار السلع بقصد تأجيرها.
- عمليات الوساطة المالية وعمليات المصارف والصيارفة وسوق البورصة وعمليات شركات الاستثمار وصناديق الائتمان والمؤسسات المالية.
- العمليات المتعلقة بالأوراق التجارية.
- أعمال الملاحة البحرية والجوية.
- تأسيس الشركات.
- الحساب الجاري.
- التأمين بأنواعه المختلفة
- محال البيع بالمزاد العلني.
- أعمال الفنادق والمطاعم ودور السينما والمسارح والملاعب والملاهي.
- أعمال توزيع المياه والكهرباء والغاز.
- إصدار الصحف والمجلات الهادفة للربح.
- أعمال الإتصالات والبريد
- أعمال الإذاعة والتلفزيون.

·أعمال المخازن العامة والرهون المترتبة على الأموال المودعة بها.

_كذلك تعد الأعمال التالية أعمالاً تجارية إذا كانت مزاولتها على وجه الإحتراف:

·السمسرة.

·الوكالة التجارية والوكالة بالعمولة.

·التمثيل التجاري.

·عقود التوريد.

·التجارة في العقارات.

·النقل البري.

·الصناعات الإستراتيجية لموارد الثروة الطبيعية.

·أعمال السياحة والسفريات والتصدير والإستيراد والتخليص الجمركي ومكاتب الخدمات والإستخدام.

·أعمال الطباعة والنشر والتصوير والتسجيل والاعلان.

·الصناعة.

·أعمال الثروة الحيوانية والسمكية.

·تأجير عمل الغير و إستئجاره بقصد التأجير.

·تأجير المنازل أو الشقق والغرف أو استئجارها بقصد إعادة تأجيرها.

_ أما الأعمال التي لا تعد أعمالاً تجارية فهى :

·بيع أو طبع الفنان لما يقوم به من أعمال فنية .

·بيع المُزارع للحاصلات الزراعية الناتجة من الأرض التي يملكها أو يزرعها. أما إذا فتح المُزارع متجراً أو مصنعاً بصفة دائمة لبيع حاصلاته بحالتها أو بعد تصنيعها فإن البيع في هذه الحالة يعتبر عملاً تجارياً.

المبحث الثالث : مفهوم التاجر وشروط ممارسته التجارة:

_يُعتبر تاجرًا كل من كانت التجارة حرفته وكان يمارس باسمه ولحسابه عملاً تجارياً وهو حائز للأهلية الواجبة و الشركات التي تهدف للربح بغض النظر عن كون النشاط الذي تباشره الشركة نشاطاً تجارياً أم مدنياً وكل شخص أعلن للجمهور عن محل تجاري أسسه لممارسة التجارة وإن لم

يتخذ التجارة حرفة معتادة له و كل من احترف التجارة بإسم مستعار أو كان مستتراً وراء شخص آخر فضلاً عن ثبوتها للشخص الظاهر ، ويشترط أن تخضع الأعمال التجارية التي تقوم بها هذه الجهات لقانون المعاملات التجارية مثلها مثل العمل التجاري الذي يقوم به التاجر إلا ما استثني بنص خاص.

_وفق معظم التشريعات العربية وأيضآ التشريع الفرنسى فإنها عرفت التاجر بأنه يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا و يتخذه مهنة معتادة له ما لم يقضي القانون بخلاف ذلك.

_من خلال هذا التعريف نستخلص الشروط الواجب توافرها في التاجر وهى:

·الاعتياد: وهو العنصر المادي مفاده التكرار بالأعمال التجارية بصفة منتظمة.

·القصد : وهو العنصر المعنوي للمهنة فيجب أن يكون الاعتياد بقصد اتخاذ وضعية معينة في الظهور بمظهر صاحب المهنة.

·الاستقلال : أي ممارسة الشخص العمل التجاري لحسابه الخاص وليس لحساب غيره لأن التجارة تقوم على الائتمان وهذا الأخير بطبيعته ذو صفة شخصية فيقتضي تحمل التبعة والمسؤولية.

المطلب الأول : ماهية التاجر:

_وفقا لما سبق يعتبر تاجرا كل من يشتغل بالأعمال التجارية و يتخذها حرفة معتاده له و يتبين من ذلك أنّ تعريف التاجر لا يرتبط بانتمائه إلى هيئة أو حرفة أو طائفة معينة ، و إنما يرتبط بالعمل الذي يباشره ذلك أنّ احتراف العمل التجاري هو أساس إكتساب هذه الصفة.

_يعتبر الشخص محترفا لمهنة معينة إذا باشر القيام بها بصفة مستمرة و متكررة بحيث يمكن اعتبارها مهنة الرئيسية التي يرتزق منها أمّا القيام بالعمل التجاري بصفة عارضة فلا يكسب صاحبه صفة التاجر و إن كان عمله يخضع لأحكام القانون التجاري.

_قد يحدث أن يكون للشخص أكثر من حرفة كأن يباشر أحد الأفراد إحتراف التجارة إلى جوار مهنة أخرى كالزراعة و في هذه الحالة لا أثر لتعدد الحرف على إكتساب صفة التاجر طالما توافرت شروطها ، و إذا كانت هناك فئة من الأشخاص ممنوعة من مباشرة التجارة بواسطة قوانين مهنهم كما هو الحال بالنسبة للمحامين و الأطباء و المهندسين و أعضاء هيئة التدريس و غيرهم

و مع ذلك قاموا بمباشرة التجارة بصفة مستمرة ، فما من شك في إكتسابهم صفة التاجر ، و خضوعهم لواجبات التجار و الحكمة من إعتبار هؤلاء الموظفين تجارا هي حماية الغير الذي يعتمد على الوضع الظاهر ، و عدم إفادة الشخص من تقصيره بمخالفته قوانين مهنته ثم المطالبة بإعفائه من التزامات التجار و عدم خضوعه لنظام شهر الإفلاس.هذا ولا يمنع تعدد الحرف و اكتساب الموظف صفة التاجر من توقيع الجزاء المنصوص عليه في قوانين المهنة إنّ تقدير ما إذا كان الشخص محترفا للأعمال التجارية أنّ غير محترف و استخلاص القرائن الدالة ذلك مسألة موضوعية يختص بها قاضي الموضوع و له في ذلك مطلق التقدير.

المطلب الثاني : شروط اكتساب صفة التاجر:

_لاكتساب صفة التاجر لابد من بعض الشروط الضرورية و ذلك قصد ممارسة النشاط التجاري وهى :

أولا : امتهان الأعمال التجارية أو احترافها.

يجب لاكتساب صفة التاجر أن يقوم الشخص بممارسة الأعمال التجارية فإذا تكرر العمل بصفة مستمرة و دائمة بحيث يظهر الشخص للغير بمظهر صاحب المهنة التجارية أو بمعنى آخر يجب أن يباشر الشخص الأعمال التجارية بشكل اعتيادي على وجه الامتهان.

_والمقصود بالأعمال التجارية هي الأعمال التجارية الأصلية، فإذا قام شخص بأعمال تجارية منفردة بشكل عارض، فلا يعد تاجراً، و إن كان يطبق على هذه الأعمال أحكام القانون التجاري، و من خلال كل ما سبق نستخلص عناصر المهنة المتمثلة فيما يلي:

أ- الاعتياد: و هو عنصر مادي، مفادة التكرار القيام بالأعمال التجارية بصفة منتظمة و مستمرة، و من ثم فإن القيام بعمل تجاري عارض لا يكفي لتكوين عنصر الاعتياد.

ب- القصد: و هو العنصر المعنوي للمهنة، فيجب أن يكون الاعتياد بقصد اتخاذ وضعية معينة، هي الظهور بمظهر صاحب المهنة، كما لا يشترط لاكتساب صفة التاجر أن يكون الاعتياد بالقيام بالأعمال التجارية مصدر الرزق الوحيد و الرئيسي للشخص، فلا مانع من اعتبار الشخص تاجراً، رغم تعدد المهن التي يقوم بها سواء كانت المهنة التجارية هي مهنته الرئيسية، أو كانت ثانوية يزاولها إلى جانب المهنة الرئيسية، و كل مهنة يزاولها التاجر تخضع للقواعد الخاصة بها بمعنى أن المهنة التجارية تخضع للقواعد التجارية و المهنة المدنية تخضع للقواعد المدنية.

ج- الاستقلال: ذلك أنه لكي تضفي على الشخص التاجر يجب أن يقوم بالنشاط التجاري لحسابه الشخصي و الخاص و ليس لحساب الغير، لأن التجارة تقوم على أساس الثقة، و هي ذات طبيعة شخصية فيخرج بالتالي العمال و المستخدمون و نفس الشيء بالنسبة للمرأة المتزوجة التي تعمل في تجارة زوجها.

_في بعض الأحيان يكون الشخص ممنوعا من بعض الأنشطة التجارية كما هو الحال بالنسبة لبعض الفئات كالقاضي أو الموثق أو المحكوم عليهم في جنايات أو جنح كاختلاس الأموال و الغدر و الرشوة و السرقة و الاحتيال...الخ، فيلجئون إلى ممارسة النشاط التجاري باسم شخص آخر و بالتالي يستترون وراءه، فيكون هذا الأخير هو التاجر الظاهر، و الأشخاص الممنوعون هم التاجر المستتر، هنا تمنح صفة التاجر المستتر بالرغم من انه يمنع عليه ممارسة التجارة كعقوبة و يعتبر تاجراً في الالتزامات فقط، أما بالنسبة للحقوق فلا تضفي عليه صفة التاجر، فلا يستطيع أن يحتج على الغير بدفاتره التجارية، ذلك لأنه لا يعتبر تاجراً، أما التاجر الظاهر فيكتسب كذلك صفة التاجر سواء فيما يتعلق بالحقوق أو الالتزامات و هذا حماية للغير الذين يتعاملون معه، و لا يعرفون أنه يقوم بهذا العمل لشخص آخر.

ثانيا : أهلية الاتجار:

_يجب لاكتساب صفة التاجر أن تتوافر في الشخص أهلية الاتجاركالبلوغ والرشد وخلو الإرادة من عيوب الأهلية المقررة قانوناً ، فإذا لم تتوافر لديه هذه الأهلية فإنه لا يعتبر تاجراً حتى لو باشر أعمالا تجارية و اتخذها مهنة له، و يجب عدم الخلط بين انعدام الأهلية و المنع بين امتهان التجارة -ذلك لأن الشخص قد تتوافر لديه الأهلية و المنع بين امتهان التجارة كفئة الموظفين العموميين و الأطباء و المحامين، و القضاء...الخ.

_و لكن في حالة ما إذا امتهن هؤلاء الأشخاص التجارة، فإنهم يكتسبون صفة التاجر، و تعتبر أعمالهم التجارية صحيحة و يلتزمون بجميع التزامات التجار، و هذا حماية للغير الذي تعامل معهم، كما أسلفنا ذلك من قبل. و إن كان يطبق عليهم جزاء لمخالفة الحظر الذي جاء في قانون المهنة التي ينتمون إليها، فتوقع عليهم عقوبات تأديبية، و الحكمة من ذلك كله تفادياً لاستغلال النفوذ و تأثيره على حرية التعاقد ، وذلك لما للأهلية عنصر هام في بناء إرادة الشخص، بحيث

تجعله يعبر عن إرادته وفق ما يرتب عليه القانون من آثار و كونها خاصية مميزة لصفة الإنسان، فإنها تجعله يكتسب بها حقوق و يتحمل بها التزامات.

ثالثآ: القيد في السجل التجاري.

عرفت التشريعات السجل التجاري على انه سجل خاص تقيد فيه جميع البيانات التي تقيد الغير الذي يريد التعاقد مع التاجر، فبعض التشريعات منحت للقضاء حق القيام بالقيد في السجل التجاري لحيازة البيانات على قوة الشيء المقضي فيه.

إذن له دور مهم في المجال القانوني حيث يعتبر أداة قانونية للإشهار وهذا الأمر غير متنازع فيه، وعلى الشخص ذكر الالتزام بذكر البيانات الإجبارية وعلاوة عن ذلك فإن السجل التجاري يستعمل كمصدر للإحصائيات في مجال الاقتصادي، حيث يحدد التجار المسجلين في السجل التجاري وعدد المؤسسات التجارية ورأس المال المستثمر، وذلك من اجل ضبط وحسن سير الأنشطة الاقتصادية، أما في المجال التنظيمي فيساهم السجل التجاري في مراقبة مدى تطبيق النصوص القانونية ومتابعة الأشخاص الخاضعين للقيد فيه.