

جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

# محاضرات في القانون التجاري

(نظرية الأعمال التجارية، نظرية التاجر والمحل التجاري)

من إعداد الأستاذ: وشتاتي حكيم

أستاذ محاضر "ب"

Email : Kimo.ouchtati@yahoo.fr

ملقاء على طلبة سنة ثانية حقوق (LMD)

السنة الجامعية 2020 - 2021

## مقدمة:

عرف الإنسان التجارة منذ القديم عن طريق تبادل الأموال (المقايضة)، إلا أن القانون التجاري باعتباره فرعاً من فروع القانون الخاص لم تُعرف سماته ولا ذاتيته إلا في عهد قريب تحت تأثير الضرورات العملية، التي دفعت مختلف طوائف التجار - في العصور الوسطى - إلى اعتماد مجموعة من الأعراف والعادات التي نشأت في الأسواق كقواعد بديلة لحل منازعاتهم المرتبطة بنشاطهم المهني.

هذه القواعد العرفية التي شكلت في البداية نواة القانون التجاري، تم تقنينها في مرحلة لاحقة لتتطور شيئاً فشيئاً تبعاً لمختلف العوامل السياسية والاقتصادية والاجتماعية السائدة في كل دولة - بما فيها الجزائر - إلى أن أصبحت على ما هي عليه اليوم.

وتكتسي دراسة القانون التجاري أهمية بالغة؛ سواء من حيث موضوعه كونه يتكفل بتنظيم وضبط النشاط الاقتصادي عمومًا (صناعة وتجارة وخدمات)، أو من حيث مكانته باعتباره أهم فرع من فروع القانون الخاص وكذا علاقته الوطيدة بمختلف فروع القانون الأخرى (القانون المدني، القانون الجنائي، القانون الإداري والقانون الضريبي ... بل وحتى القانون الدولي).

ناهيك طبعاً عن أهميته العلمية الأكاديمية بالنسبة لطلبة سنة ثانية بكلية الحقوق، كون المحاور التي سنعالجها في هذه المحاضرات تعد في الحقيقة بمثابة مبادئ عامة وقواعد أساسية لا يمكن الاستغناء عنها لدراسة باقي المواضيع الرئيسية المندرجة في التقنين التجاري؛ سواء ما تعلق منها بالشركات التجارية أو الأوراق التجارية أو الإفلاس والتسوية القضائية.

ولعل التساؤل الجوهرى الذي يواجهنا ونحن بصدد دراسة القانون التجاري هو حول مدى استجابة قواعد ونصوص هذا الأخير (القانون التجاري) - باعتبارها قواعد خاصة - لخصائص ومميزات النشاط التجاري، لاسيما سرعة وتيرته وحاجته الماسة إلى الثقة والائتمان، إضافة إلى ضرورة توافره على حيز كافٍ من الحرية لتشجيع المبادرة الفردية (الخاصة).

وهل تمكن المشرع فعلاً من خلال هذه القواعد القانونية الخاصة من التوفيق بين مختلف المصالح المتضاربة ذات الصلة بعالم التجارة، وذلك من خلال إيجاد معادلة تضمن إلى حد كبير التوازن بين مصلحتين أساسيتين هما: مصلحة التجار من جهة ومصلحة المتعاملين معهم (أي الغير الذين ليسوا تجاراً خاصة المستهلكين) من جهة أخرى، من دون المساس بالمصلحة العامة التي تقتضي بدورها المحافظة على النظام العام الاقتصادي في الدولة والآداب العامة والأمن والصحة العامة ؟

وفي إطار هذه الدراسة اعتمدنا على المنهج التحليلي المقارن انطلاقاً من نصوص التقنين التجاري الجزائري وباقي النصوص التشريعية الأخرى غير المدرجة فيه والتي لها علاقة وطيدة بعالم التجارة، مستعينين في شرح وتوضيح مختلف النظريات المذكورة أدناه، بآراء الفقهاء المختلفة وبأحدث ما توصل إليه القضاء في المجال التجاري.

بناء على كل ذلك ارتأينا لكي تكون هذه الدراسة شاملة وكاملة، أن نبدأ أولاً:

- **بمبحث تمهيدي** نتناول من خلاله مفاهيم عامة تضم أربعة نقاط (وهي: تعريف القانون التجاري، نطاق سريان أحكامه، نشأة وتطور القانون التجاري، وأخيراً مصادر القانون التجاري).
- ثم نتكلم عن **نظرية الأعمال التجارية** في **الفصل الأول** من خلال ثلاث مباحث نخصص كل واحد منها ل:  
الأعمال التجارية بحسب الموضوع، الأعمال التجارية بحسب الشكل، والأعمال التجارية بالتبعية.
- **لنعالج في الفصل الثاني نظرية التاجر** من خلال مبحثين الأول يتعلق بشروط اكتساب صفة التاجر، والثاني ينصب حول الآثار المترتبة عن اكتساب صفة التاجر.
- على أن نخصص **الفصل الثالث** للحديث عن **المحل التجاري** باعتباره أهم أموال التاجر، حيث نقسمه بدوره إلى مبحثين نتناول في الأول دراسة تحليلية للمحل التجاري من خلال عرض مختلف العناصر المكونة له، ونتعرض في المبحث الثاني لدراسة تركيبية للمحل التجاري من خلال الكلام عن طبيعته وخصائصه القانونية.

## مبحث تمهيدي: مفاهيم عامة

قبل الخوض في المحاور الرئيسية التي تشكل صلب القانون التجاري، وتمهيدًا لدراسة هذا الفرع المهم من فروع القانون الخاص، يجدر بنا أولاً الحديث عن بعض المفاهيم العامة التي يمكن تلخيصها في أربعة نقاط:

### المطلب 1: تعريف القانون التجاري

بدأت نواة القانون التجاري بمجموعة أنظمة عرفية عكست أهم خصائص الأعمال التجارية آنذاك، والمتمثلة في تيسير الانتماء بين التجار وتبسيط الإجراءات القانونية وسرعة تنفيذها. والقانون التجاري هو فرع من فروع القانون الخاص يتضمن مجموعة القواعد القانونية التي تطبق على التصرفات التي يباشرها التجار، سواء في علاقاتهم مع بعضهم البعض أو في علاقاتهم مع عملائهم وزبائنهم. كما يعرف القانون التجاري كذلك بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تطبق على التجار عند قيامهم بنشاطهم المهني المتمثل في الأعمال التجارية<sup>1</sup>.

والقانون التجاري حديث الاستقلال لكن ليس معنى ذلك أنه حديث النشأة، حيث كان في السابق يطبق القانون المدني باعتباره الشريعة العامة أو القانون المشترك (Le droit commun) لكل القوانين المطبقة على كل من المواطنين والأجانب، أي على كل الأشخاص مهما كانت صفاتهم ومهما كان نشاطهم حتى ولو كان ذو طابع تجاري. ورغم أن القواعد الأساسية للقانون التجاري قديمة إلا أنها لم تدون إلا في عهد نابليون وبالضبط سنة 1807، ذلك أن أغلب قواعده - كما سبق القول - من أصل عرفي.

وقد اختلف الفقه في تعريف القانون التجاري؛ فمن الفقهاء من تبنى في ذلك معيّارًا موضوعيًا، معتبرًا القانون التجاري مجموعة القواعد القانونية التي تطبق على مختلف الأعمال الصادرة عن المنشآت التجارية والصناعية والمالية والمتعلقة بممارسة نشاطها، سواء فيما بينها أو بينها وبين المتعاملين معها (الزبائن) حتى ولو لم يكونوا تجارًا، أو بمعنى آخر أن القانون التجاري هو قانون التجارة أو قانون الأعمال التجارية<sup>2</sup>. غير أن هذا التعريف منتقد من جوانب عدة:

1- فهذا التعريف غير شامل وغير دقيق؛ لأن مدلول مصطلح التجارة يختلف بين علم الاقتصاد والقانون، فالتجارة بمعناها الاقتصادي تتمثل في ذلك المجهود الإنساني المبذول لتسهيل تداول وتوزيع الثروة من وقت خروجها من المنتج إلى غاية وصولها إلى المستهلك، من دون أن تشمل عملية الإنتاج (أي الصناعة)، وهذا هو التعريف الضيق والدقيق للتجارة.

<sup>1</sup> عمار عمورة: الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري (الأعمال التجارية، التاجر، الشركات التجارية)، الجزائر: دار المعرفة، 2000، ص 9.

- نادية فضيل: القانون التجاري الجزائري (الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري)، الطبعة 11، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2011، ص 7.

<sup>2</sup> د/ فرحة زراوي صالح: الكامل في القانون التجاري الجزائري (الأعمال التجارية، التاجر، الحرفي، الأنشطة التجارية المنظمة، السجل التجاري)، الطبعة الثانية، الجزائر: إبن خلدون للنشر والتوزيع، 2003، ص 1 و 2 + ص 21.

أما التجارة بمعناها القانوني فهي أوسع من ذلك بكثير؛ حيث تشمل زيادة على المعنى الاقتصادي الضيق آنف الذكر (أنشطة التداول والتوزيع)، جميع الأنشطة الاقتصادية الأخرى الرامية إلى إنماء الثروة سواء من خلال الصناعة الإستخراجية أو التحويلية (تحويل المواد الأولية إلى سلع مصنعة أو نصف مصنعة).

فالتجارة إذن في ظل أحكام القانون التجاري تشمل أنشطة الإنتاج (الصناعة) والتداول معاً<sup>1</sup>.

2- أن القانون التجاري بهذا المعنى ستطبق قواعده ليس فقط على فئة التجار، وإنما كذلك على كل من يتعامل معهم ولو لم يكن تاجرًا كالموردين والزبائن. بمعنى أن أحكام القانون التجاري تطبق على الأعمال التجارية بغض النظر عن صفة الأشخاص القائمين بها<sup>2</sup>.

ونظرًا للتطورات الحديثة للنشاط التجاري التي أدت إلى اتساع نطاقه ليشمل بعض الأعمال الاقتصادية التي لم تكن تندرج تحت مفهوم القانون التجاري، فقد أصبح الفقه يعتمد على معيّار شخصي في تعريف القانون التجاري، مفاده أنه مجموعة من القواعد القانونية التي تطبق على التجار عند قيامهم بنشاطهم المهني.

وعلى العموم فالفقهاء مختلفون فيما بينهم في تعريفهم للقانون التجاري؛ فمنهم من يضع الأعمال التجارية في المرتبة الأولى، ومنهم من يولي اهتمامه بفئة التجار. وقد أحسن المشرع عندنا حينما غفل (سكت) عن تعريف القانون التجاري حتى لا يحكم عليه بالجمود أو القصور.

ويجب التمييز بين القانون التجاري وبعض فروع القانون الخاص الأخرى لاسيما تلك التي ظهرت حديثاً، ونخص بالذكر ما يسمى بـ: قانون الأعمال (Droit des affaires). ذلك أن هذا الأخير يغطي بشكل واسع المحاور والموضوعات التي تُدرّس عادة في إطار القانون التجاري (كنظرتي الأعمال التجارية والتاجر، المحل التجاري والشركات التجارية) لدرجة أن البعض يعتبر المصطلحين (قانون الأعمال والقانون التجاري) مترادفين أي يعبران عن شيء واحد.

والحقيقة أن كلا منهما يختلف عن الآخر؛ فإذا كان مجال القانون التجاري ينحصر في الأعمال التجارية التي يقوم بها التجار، فإن مجال قانون الأعمال يتعداه إلى موضوعات أوسع ليشمل جميع المقاولات أو المؤسسات الخاصة<sup>3</sup> (Les entreprises privées) تجارية كانت أم صناعية أم حرفية، ولو كانت أصول الاستثمار فيها ملكاً للدولة أو لأي شخص من أشخاص القانون العام (المؤسسات العمومية الاقتصادية EPE، المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري EPIC)، فقانون الأعمال يرتبط أساساً بفكرة المشروعات الخاصة والتي تخضع للقانون الخاص. ومن ثم فالمقولة (L'entreprise) أو المشروع الخاص مفهوم جديد أوسع من مفهوم التاجر، وهو ما يجعل قانون الأعمال أوسع نطاقاً من القانون التجاري، بل إن هذا الأخير مجرد جزء منه.

<sup>1</sup> نادية فضيل، المرجع السابق، ص 7. - عمار عمورة، المرجع السابق، ص 26.

<sup>2</sup> د/ فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص 21.

<sup>3</sup> نادية فضيل، المرجع السابق، ص 8. - د/ فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص 8، 9.

## المطلب 2: نطاق سريان (مجال تطبيق) القانون التجاري

كما سبق القول فمفهوم القانون التجاري غير دقيق ولم يتضح بعد بشكل كافٍ، وهو ما جعل الفقهاء يختلفون بشأن مجال تطبيقه، فالسؤال الذي يطرح نفسه هنا هو: هل القانون التجاري قانون التجار أم قانون الأعمال التجارية ؟ هناك مدرستين أساسيتين تحاولان الإجابة عن هذا السؤال:

### الفرع 1: المدرسة الشخصية

ويرى أصحابها بأن التاجر هو أساس القانون التجاري أما باقي الأفراد الآخرين الذين لا يحوزون صفة التاجر فإنهم يخضعون لأحكام القانون المدني، كما يرون كذلك بأن الأعمال التجارية تكون مقصورة بالضرورة على التجار. ومن ثم فقواعد القانون التجاري تسري وتطبق على فئة (طائفة) التجار<sup>1</sup> بمناسبة علاقاتهم مع بعضهم البعض، أو في علاقاتهم مع الغير، ولا يعتد بالعمل التجاري وإنما يعول على صفة الشخص القائم به. ويبرر المنتمون لهذه المدرسة رأيهم بحجة أن القانون التجاري في أصله هو قانون مهني أو طائفي، حيث كان يضم مجموعة الأعراف والنظم التي ابتدعتها وطبقها أصحاب الحرف التجارية، ومن ثم فمجال تطبيق القانون التجاري يتحدد بناءً على عنصر الاحتراف (احتراف التجارة).

غير أنه من الصعب الاعتماد على هذا المعيار الشخصي؛ لأنه يستدعي من جهة معرفة الحرف والأنشطة التجارية التي إن باشرها الشخص اكتسب صفة التاجر والتي هي في تطور مستمر، كما يستلزم من جهة أخرى تحديد ما المقصود باحتراف التجارة، أي عدد المرات الواجب تكرارها عند ممارسة النشاط. وإضافة إلى كل ذلك فإنه من الممكن أن يقوم التاجر بأعمال غير تجارية متصلة بحياته الشخصية (العائلية) كإقتناؤه سيارة للاستعمال الشخصي أو استئجاره مسكنًا لعائلته ... ولا يتصور حينها تطبيق قواعد القانون التجاري على مثل هذه التصرفات والعقود المدنية بطبيعتها لمجرد أنها صدرت عن تاجر.

### الفرع 2: المدرسة الموضوعية

ويرى أصحابها بأن مجال تطبيق القانون التجاري يتحدد بالأعمال التجارية (Les actes de commerce)<sup>2</sup> أي تلك الأعمال والتصرفات القانونية التي يضيف عليها المشرع الطابع التجاري، وذلك بغض النظر عن صفة الشخص القائم بها حتى ولو صدرت عن غير تاجر، فالقانون التجاري بالنسبة لهم هو قانون الأعمال التجارية. وعليه فأنصار هذه المدرسة لا يهتمون بصفة التاجر بقدر ما يهتمون بالنشاط التجاري في حد ذاته<sup>3</sup>، فإن لم تكن بصدد عمل تجاري فلا يطبق القاضي حينها أحكام القانون التجاري على النزاع المعروض عليه.

<sup>1</sup> نادية فضيل، المرجع السابق، ص 58. - عمار عمورة، المرجع السابق، ص 27.

<sup>2</sup> عمار عمورة، المرجع السابق، ص 27. - فرحة د/ صالح، المرجع السابق، ص 21. - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 57.

<sup>3</sup> د/ سلمان بو ذياب: مبادئ القانون التجاري (دراسة مقارنة في التجارة والتاجر، المؤسسة التجارية، النظرية العامة للشركات)، الطبعة الأولى، بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2003، ص 8، 9.

وبالعكس تسري أحكام القانون التجاري وتطبق على كل نزاع موضوعه نشاط تجاري وذلك مهما كانت صفة الشخص الذي يمارس ذلك النشاط حتى ولو كان ليس تاجرًا (كأن يمارس ذلك النشاط مرة واحدة فقط). ويستند أصحاب هذه النظرية في رأيهم على حجتين:

- الأولى سياسية مفادها تحقيق المبادئ التي قامت من أجلها الثورة الفرنسية لاسيما مبدأ المساواة بين أفراد المجتمع ودعم مبدأ الحرية الاقتصادية، وذلك بغية القضاء على النظام الطائفي الذي كان سائدًا في العصور السابقة والذي حال دون تطور التجارة وازدهارها. من أجل كل ذلك تم بناء القانون التجاري على أساس مادي (موضوعي).
- والثانية تقنية (فنية) تستند إلى المواد 1 و 631 و 638 الواردة في القانون التجاري الفرنسي لسنة 1807؛ التي أسست لنظرية عامة للأعمال التجارية ومنحت الاختصاص للمحاكم التجارية كلما تعلقت المنازعة المعروضة أمامها بمعاملات تجارية. وقامت على العكس من ذلك بسحب الاختصاص من المحاكم التجارية بشأن المنازعات التي يكون موضوعها عقود خاصة يبرمها التجار لحاجاتهم الشخصية أو العائلية (أي ليس لأغراضهم المهنية)<sup>1</sup>.

لكن هذه النظرية الموضوعية انتقدت لأنه يصعب معها وضع قائمة محددة تحصي كل الأعمال التجارية، وذلك بالنظر للتطور الاقتصادي المستمر الذي يُفضي من حين لآخر لظهور أعمال تجارية جديدة. وبالنسبة لموقف المشرع عندنا من النظرتين السابقتين، فإنه ومن خلال نظرة سريعة على أحكام القانون التجاري نجده (المشرع) لم يتبن اتجاه محددًا وظل موقفه منهما غامضًا ومبهمًا:

**فن ناحية** اعتمد المعيار الشخصي إذ بعد أن قام بتحديد مفهوم التاجر في المادة الأولى من القانون التجاري على أنه كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملاً تجاريًا ويتخذه مهنة معتادة له، نص **صراحة** في المادة الأولى مكرر التي تليها مباشرة على أن القانون التجاري **يسري على العلاقات بين التجار**. كما أكد في نفس السياق على إضفاء الطابع التجاري على أعمال مدنية بطبيعتها لمجرد أنها صدرت عن تاجر بمناسبة ممارسته لمهنته، حيث جاء في المادة الرابعة من القانون التجاري ما يلي:

"يعد عملاً تجاريًا بالتبعية:

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

- الالتزامات بين التجار."

وهذا ما يدل على أن المشرع عندنا أخذ بالنظرية الشخصية.

<sup>1</sup> نادية فضيل، المرجع السابق، ص 57، 58. - د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 9.

ومن ناحية أخرى نجده أخذ بالمعيار الموضوعي وذلك حينما عدّ الأعمال التجارية بحسب الموضوع في المادة 2 من القانون التجاري (التي تضمنت 20 فقرة)، والأعمال التجارية بحسب الشكل في المادة 3 التي تليها. وعليه فالقانون التجاري عندنا هو في نفس الوقت قانون التجار وقانون الأعمال التجارية<sup>1</sup>.

### المطلب 3: نشأة وتطور القانون التجاري

عرف الإنسان منذ قديم الزمن التجارة عن طريق تبادل الأموال (المقايضة)، غير أن القانون التجاري لم تُعرف سماته وذاتيته إلا من خلال مجموعة العادات والقواعد العرفية التي استقرت بين الطوائف في العصور الوسطى، والتي تطورت فيما بعد بتطور عدة عوامل سياسية واقتصادية واجتماعية. وللتاريخ أهمية خاصة في نشأة وتطور القانون التجاري فهو ليس مجرد سرد لأحداث ووقائع في حقبة زمنية معينة، بل هو محاولة لتأصيل بعض الأنظمة القانونية المعروفة في وقتنا الحالي، والتي تستعص أحكامها الفهم أحياناً من دون دراستها دراسة تاريخية تبعاً لمختلف الظروف والملابسات التي صاحبت نشأتها وتطورها. وعلى العموم يمكن تقسيم تاريخ تطور القانون التجاري إلى ثلاث مراحل أساسية: مرحلة العصور القديمة ثم مرحلة العصور الوسطى وأخيراً مرحلة العصور الحديثة.

#### الفرع 1: مرحلة العصور القديمة

في هذه المرحلة كان اهتمام الناس منصباً أساساً على النشاط الزراعي لاعتقادهم بأنه المصدر الأمثل لكسب الرزق، لذلك لم يسجل التاريخ القديم سوى إشارات بسيطة بشأن قواعد القانون التجاري، والتي ارتبطت في أغلبها بالتجارة البحرية (Commerce maritime) التي نشأت في عدة حضارات مطلة على البحر الأبيض المتوسط كالحضارة المصرية والبابلية والفينيقية والإغريقية والرومانية.

- **فالمصريون** اهتموا بالزراعة وتركوا التجارة للأجانب من اليهود والكلدانيين، لذا فإنهم لم يعرفوا قواعد القانون التجاري، إلا أن الثابت هو إصدار أحد الملوك المصريين ويدعى: بوخوريس (Bouchoris) لقانون صارم ضد الربا الفاحش في القرن السابع قبل الميلاد<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> كما يستشف كذلك موقف المشرع عندنا الغامض والمتردد من خلال المادة 531 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/2/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر لسنة 2008 العدد 21 الصادر بتاريخ: 2008/4/23، التي أحالتنا بدورها إلى أحكام القانون التجاري والقانون البحري والنصوص الخاصة، حيث جاء فيها ما يلي: " ينظر القسم التجاري في المنازعات التجارية، وعند الاقتضاء، في المنازعات البحرية، وفقاً لما هو منصوص عليه في القانون التجاري والقانون البحري والنصوص الخاصة، مع مراعاة أحكام المادة 32 من هذا القانون ".

وهذا على خلاف موقف المشرع الألماني الذي جاء أكثر وضوحاً عندما تبنى صراحة النظرية الشخصية، حيث اشترط القانون الألماني القيد في السجل التجاري كشرط لاكتساب صفة التاجر، ونص على أن الأعمال لا تعتبر تجارية ولا تخضع بالنتيجة لأحكام القانون التجاري إلا إذا صدرت ممن هو مقيد في السجل التجاري.

<sup>2</sup> نادية فضيل، المرجع السابق، ص 25، 26.



- أما البابليون فقد عرفوا عقد القرض البحري على البضائع والسفن، حيث تضمن " قانون هامورابي " نصوصًا تنظم هذا العقد؛ مفادها أن المقرض لا يحصل على القرض من المدين إذا هلكت السفينة أو البضاعة، أما في حالة سلامتها فإنه يحصل على أصل القرض إضافة إلى فوائد مرتفعة. كما عالج " قانون هامورابي " عقد الشركة وعقد الوكالة بعمولة ووديعة البضائع.
- وبالنسبة للفينيقيين الذين برعوا في مجال التجارة البحرية، فقد عرفوا بدورهم نظام الرمي في البحر (الذي هو أساس ما يعرف الآن بـ: نظرية الخسائر البحرية المشتركة المكرسة في معظم القوانين البحرية الحديثة)، الذي يقضي بأنه إذا أُلقيت بضاعة في البحر لتخفيف حمولة السفينة من أجل إنقاذها من خطر يهددها، فإن مالك السفينة وأصحاب البضائع التي تم إنقاذها ملزمون بتعويض صاحب البضاعة التي أُلقيت في البحر<sup>1</sup>.
- كما عرف الإغريق (اليونانيون القدامى) عقد قرض المخاطر الجسيمة (Le prêt à la grosse aventure) أو عقد القرض بالمغامرة والذي يعتبر حاليًا أصل نظام التأمين الحديث، ويقوم هذا النظام على فكرة أنه إذا قام شخص بإقراض مالك السفينة مبلغًا من المال لتجهيز سفينته أو شراء بضاعة، فإذا وصلت السفينة سالمة إلى الميناء المقصود تحصل المقرض على أصل القرض مع فائدة مرتفعة، أما إذا هلكت السفينة فيخسر المقرض القرض كله، فهو إذن عقد احتمالي يتحمل من خلاله المقرض مخاطر الملاحة البحرية<sup>2</sup>.
- أما الرومان فقد اهتموا بالزراعة وأهملوا التجارة لأن الاعتقاد الذي كان سائدًا لديهم آنذاك هو أن التجارة لا تليق بالأشراف فهي نشاط يميز العبيد والأجانب. غير أنهم لما لاحظوا الأرباح الطائلة التي يجنيها التجار من نشاطهم غيروا نظرتهم تلك، وعرفوا بعض الأنظمة القانونية المتعلقة بالتجارة كنظام الرمي في البحر وعقد القرض البحري والتمثيل التجاري بين الريان ومالك أو مجهز السفينة والنظام المحاسبي. كما أن نظام الإفلاس المعروف حاليًا يعود في أصله إلى أنه كان يُسمح للدائنين - في عهد الرومان - بأن يستعملوا وسائل الإكراه البدني لحمل المدين على الوفاء بديونه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> د/ جلال وفاء البديري محمد، المبادئ العامة في القانون التجاري، الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، 1995، ص 22.  
- نادية فضيل، المرجع السابق، ص 26، 27. - د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 32.  
<sup>2</sup> نادية فضيل، المرجع السابق، ص 27. - د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 32، 33.  
<sup>3</sup> د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 34. - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 28، 29. - د/ جلال وفاء البديري محمد، المرجع السابق، ص 22.

## الفرع 2: مرحلة العصور الوسطى

في هذه المرحلة بالذات حقق القانون التجاري تطوراً هاماً وكبيراً؛ حيث بدأت الأعراف والعادات (Les usages) تتبع من البيئة التجارية وذلك حينما ارتضى التجار لأنفسهم الخضوع لمجموعة من القواعد والأعراف بمناسبة معاملاتهم التجارية، والتي كانت في مجملها تعبر عن اتفاقات صريحة أو ضمنية على مخالفة القواعد العامة للنظرية العامة للالتزامات والعقود. وكان يغلب على هذه الأعراف والعادات الطابع الشخصي؛ بمعنى أنها كانت مقصورة فقط على أشخاص معينين يحترفون التجارة، كما اتسمت كذلك بالطابع الدولي فكانت تطبق على كل التجار مهما كانت جنسيتهم.

ووضعت هذه القواعد التجارية العرفية لأول مرة في حي Calle-mala ومعناه الشارع السيئ الذي كانت تجتمع فيه أكبر طائفة للتجار، ناهيك عن اتحادهم (التجار) وتضامنهم في مختلف المدن الإيطالية في شكل طوائف متخصصة تتمتع بنفوذ كبير كطائفة تجار الحرير مثلاً، أين تقوم كل طائفة بانتخاب رئيس لها يدعى: **القنصل (Le consule)** يتولى البت في مختلف المنازعات الناشئة بين التجار كأسلوب بديل عن القضاء العادي الذي يخضع له عامة الناس<sup>1</sup>.

ليتم بعدها تجميع هذه العادات - التي كانت تنظم بوجه خاص التجارة البحرية - في مجموعة مدونات سميت بـ: **مدونات العادات والأعراف (Recueils d'usages)** والتي من أهمها: - مدونة أوليران " Rôles d'Oléron ". - مدونة قنصلية البحر " Le consulat de la mer " أو " Cinsulatus maris ". - مدونة مرشد البحر " Guidon de la mer ". - مجموعة وسبي " Recueil de wisby " <sup>2</sup>.

وكانت هذه هي أولى حالات تقنين قواعد القانون التجاري التي تكون واجبة التطبيق عند قيام أي نزاع بين التجار، حيث لم تعد تخضع المنازعات بين التجار لقواعد القانون المدني، بل لهذه القواعد الخاصة التي يتولى تطبيقها مندوبين عن التجار (وليس قضاة) يطلق عليهم - كما سبق القول - تسمية: **القناصل جمع قنصل (Les consules)**. وهذا هو السبب التاريخي الذي ألصق بالاختصاص النوعي للمحاكم التجارية اسم " **الاختصاص القنصلي (Compétence consulaire)**، فالاختصاص القنصلي يعني الاختصاص التجاري.

ولعل ما ساعد على تدوين هذه الأعراف والعادات التجارية هو انتشار الأسواق والمعارض في أوروبا لاسيما في المدن الإيطالية (Milan, Venise) والألمانية (Francfort, Erfurt, Leipzig) والفرنسية (Provins, Lyon)، الشيء الذي أدى إلى استقرار مجموعة من القواعد اصطلح عليها بتسمية: **قانون الأسواق** تقوم أساساً على تدعيم الثقة وسرعة العمليات التجارية ودعم الائتمان فيها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> نادية فضيل، المرجع السابق، ص 32، 33. - د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 35. - د/ فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص 24.

<sup>2</sup> د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 38.

<sup>3</sup> نادية فضيل، المرجع السابق، ص 33. - د/ فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص 24.

كما ظهر نظام الإفلاس باعتباره آلية عملية لحماية حقوق الدائنين والذي كان يقوم على مجرد فكرة: "المدين السيئ" (Mauvais payeur) ويعتمد أساسًا على مسألة التوقف عن الدفع (Cessation de paiement) وليس الإعسار المكرس على مستوى القانون المدني. وظهرت كذلك السفتجة أو الكمبيالة كوسيلة عملية لنقل قانوني للنقد تفاديًا لحملها ماديًا عبر مسالك غير آمنة<sup>1</sup>.

وكان للكنيسة دور غير مباشر في تطوير القانون التجاري؛ إذ حرمت قرض المال بالربا وهو ما جعل أصحاب رؤوس الأموال يبحثون عن وسيلة بديلة لاستثمار أموالهم، فابتدعوا نظام التوصية (الذي تقوم عليه شركات التوصية) والذي بمقتضاه يقدم هؤلاء رؤوس أموالهم للتاجر في مقابل جزء من الأرباح، على أن لا يسألوا إلا في حدود ما قدموه من مال، فأقرت الكنيسة هذا الأسلوب في التعامل ووافقت عليه<sup>2</sup>.

أما من ناحية العرب فقد انتشرت التجارة لديهم بشكل كبير، وابتدعوا ما يسمى حاليًا بـ: الكمبيالة وكذا شركات الأشخاص، وكان للعرب الفضل الكبير في تطوير القواعد التجارية والشاهد على ذلك المصطلحات العربية الأصل المعدلة إلى اللغة الأجنبية والمتداولة حتى وقتنا الحالي في إطار لغة التجارة العالمية مثالها: مخزن Magasin (مغازة)، حبل Cable، قيراط Quirat، تعرفه Tarif<sup>3</sup>.

وبعد مجيء الإسلام قدمت الشريعة الغراء الكثير في مجال تطوير قواعد القانون التجاري، لاسيما من خلال تكريس مبدأ الرضائية في العقود التجارية الشيء الذي خفف من حدة الطابع الشكلي لتلك التصرفات القانونية، فالشريعة الإسلامية غنية بالآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة التي تتكلم عن التجارة وتحافظ على حقوق البشر، من ذلك قوله تعالى:

﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئاً فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل ... إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح أن لا تكتبوها ...﴾<sup>4</sup>.

وشاع عند المسلمين عقد المضاربة أو القراض وهو يعني أن من يملك ولا يحسن التعامل في ماله، يبرم عقدًا مع شخص آخر لا يملك المال ولكنه يحسن التصرف فيه، كاتجار النبي محمد (صلى الله عليه وسلم) بمال خديجة قبل وبعد النبوة. كما دعمت الشريعة الغراء كذلك الثقة والائتمان والمرونة والسرعة في إبرام وتنفيذ المعاملات التجارية في العديد من المواضع سواء على مستوى القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة.

<sup>1</sup> د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 35.

<sup>2</sup> د/ جلال وفاء البدرى محمد، المرجع السابق، ص 23. - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 32.

<sup>3</sup> د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 37.

<sup>4</sup> الآية رقم 281 من سورة البقرة (تسمى آية المداينة لتعلقها بالعلاقة الدائنية بين الأشخاص وكيفية إثباتها، وهي أطول آية في القرآن الكريم).

### الفرع 3: مرحلة العصور الحديثة:

تطورت التجارة في العصور الحديثة بشكل كبير وخاصة بعد اكتشاف القارة الأمريكية وطريق رأس الرجاء الصالح جنوب إفريقيا خلال النصف الثاني من القرن الخامس عشر، الشيء الذي أدى إلى انتقال وتحول مركز التجارة من دول البحر المتوسط إلى الدول المطلة على المحيط الأطلسي وبحر الشمال. فظهرت أسواق تجارية في كل من إسبانيا وهولندا وإنجلترا، كما تأسست شركات أموال كبرى كشركة الهند الشرقية وشركة الهند الغربية، وظهرت الحاجة إلى استغلال الثروات المكتشفة وتصريف المنتجات المصنعة، الأمر الذي أدى بالدول الرأسمالية آنذاك إلى البحث عن مستعمرات جديدة لتكون بمثابة أسواق كبرى. وتطلب كل ذلك إنشاء نظام خاص بتنظيم النقد، فأُسست البنوك وأُرسَت المعاملات البنكية قواعد جديدة لنقل الحسابات والأوراق المالية<sup>1</sup>.

والشيء الملاحظ في هذه الحقبة أن تنظيم أمور التجارة لم يبق في يد المعنيين بالأمر (التجار) يتصرفون فيه كما يشاؤون، بل تدخلت الدولة وسنت قواعد تشريعية موحدة للقضاء على الفوضى القانونية الناجمة عن تعدد الأعراف والعادات في مختلف المناطق، لاسيما منها المقاطعات الفرنسية، مثال ذلك: إصدار الملك الفرنسي **لويس 14** لأمرين (2 Ordonnances) الأول خاص بتنظيم التجارة البرية سنة 1673 والذي عرف باسم: **تقنين سفاري** أو **مجموعة سفاري** نسبة لأحد مشايخ التجار المدعو: Jacques Savary، عرفاناً له بالدور الذي لعبه في صياغة نصوصه، والثاني في سنة 1681 يتعلق بتنظيم التجارة البحرية<sup>2</sup>. كما أنه وبعد قيام الثورة الفرنسية سنة 1789 التي كان من مبادئها تكريس الحقوق والحريات العامة وحمايتها وفي مقدمتها حرية مزاوله التجارة " Liberté d'établissement " التي قضت على نظام الطوائف، أصدرت الجمعية العامة **التقنين التجاري الفرنسي** بتاريخ: 15 سبتمبر 1807 ليبدأ العمل به في جانفي 1808، والذي كانت معظم نصوصه مستمدة من الأمرين الصادرين عن الملك لويس 14 المذكورين أعلاه.

غير أنه وبسبب اندلاع الحرب العالمية الأولى وحدثت الأزمات الاقتصادية العالمية أصبح تنظيم التجارة من طرف الدولة يراعي الجانبين الاجتماعي والاقتصادي بقصد تحقيق العدالة الاجتماعية، كما أصبح القانون يفرض على التجار مجموعة من القيود والالتزامات المهنية التي تحد من الحرية المطلقة التي كانوا يتمتعون بها في السابق<sup>3</sup> أبرزها:

ضرورة القيد في السجل التجاري، إلزامية الحصول على تراخيص إدارية مسبقة لمزاولة بعض الأنشطة المنظمة، مسك الدفاتر التجارية والالتزام بالفوترة، ناهيك عن وضع قواعد خاصة بتأسيس وإدارة الشركات التجارية ...

<sup>1</sup> د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 38 - 40.

<sup>2</sup> نادية فضيل، المرجع السابق، ص 37. - د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 41.

<sup>3</sup> نادية فضيل، المرجع السابق، ص 41.

## الفرع 4: تطور القانون التجاري في الجزائر

في مرحلة الاستعمار كانت تطبق في الجزائر النظم والتشريعات السارية المفعول في فرنسا على اعتبار أنها جزءاً من هذه الأخيرة - على حد زعم الفرنسيين -. أما بعد الاستقلال فقد صدر الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26/9/1975 المتضمن القانون التجاري أو بالأحرى التقنين التجاري (Code de commerce)، الجريدة الرسمية لسنة 1975 العدد 101، والذي عدل وتم أكثر من مرة بموجب مجموعة من القوانين آخرها تم بموجب القانون رقم 20/15 الصادر بتاريخ: 2015/12/30، الجريدة الرسمية لسنة 2015 العدد 71 الصادر بتاريخ: 2015/12/30.

وبالموازاة مع التقنين التجاري آنف الذكر صدرت العديد من النصوص التشريعية والتنظيمية غير المدرجة في القانون التجاري أو بالأصح التقنين التجاري (Les textes non codifiés)، التي يسميها البعض بالتشريعات الملحقة بالتقنين التجاري (والتي سوف نذكر أهمها فيما بعد بمناسبة الكلام عن مصادر القانون التجاري). وهو ما جعل أحكام هذا الفرع من فروع القانون الخاص مبعثرة هنا وهناك، الشيء الذي يفرض على الباحث أن يجتهد أولاً في جمعها وأن يساير في مرحلة ثانية تطورها المستمر والسريع أحياناً من خلال تتبع مختلف التعديلات والتتيمات وكذا الإلغاءات الواردة عليها.

## المطلب 4: مصادر القانون التجاري

كلمة مصدر من الناحية اللغوية تعني الأصل أو المنبع الذي يستمد منه الشيء. أما اصطلاحاً فهو الأصل الذي تستمد منه القواعد القانونية الحلول اللازمة للمنازعات المطروحة. ومصادر القانون بصفة عامة تناولتها المادة الأولى من القانون المدني بقولها:

"يسري القانون على جميع المسائل التي تناولتها نصوصه في لفظها وفحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية، فإن لم يوجد فبمقتضى العرف، فإن لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

أما مصادر القانون التجاري فقد أفرد لها المشرع حكماً خاصاً تضمنته المادة الأولى مكرر من القانون التجاري<sup>1</sup> (من خلال التعديل والتنميط الذي أدخل على القانون التجاري سنة 1996 بموجب الأمر رقم 27/96 المؤرخ في 1996/12/9)، حيث جاء فيها ما يلي:

---

<sup>1</sup> التي ألغت ضمناً (بمفهوم المادة 2/3 من القانون المدني) المادة 1/2 من القانون رقم 22/90 المؤرخ في 18 أوت 1990 المتعلق بالسجل التجاري المعدل والمتمم (والملغى جزئياً)، والتي كانت تنص على ما يلي:

"ينظم القانون التجاري وأعراف المهنة وقرارات المحاكم المختصة في المجال التجاري العلاقات بين التجار. كما تخضع العلاقات القانونية بين التجار لقواعد المنازعات التجارية وتشمل مسؤولية التاجر سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً".

"يسري القانون التجاري (Le code de commerce) على العلاقات بين التجار، وفي حالة عدم وجود نص فيه يطبق القانون المدني وأعراف المهنة عند الاقتضاء".

وعلى ذلك فمصادر القانون التجاري عمومًا نوعان: مصادر رسمية ملزمة للقاضي بحيث يجب عليه تطبيق القواعد القانونية المستمدة منها على المنازعات المعروضة عليه، وأخرى تفسيرية غير ملزمة له (القاضي) بحيث تعود له كامل الحرية في الرجوع إليها والاستئناس بالأحكام المستقاة منها<sup>1</sup>:

## الفرع 1: المصادر الرسمية

وتتمثل فيما يلي:

### 1/ الدستور:

وهو التشريع الأساسي الذي يحتل المرتبة الأولى<sup>2</sup>، والذي يقتصر دوره في الحقيقة على مجرد رسم وتحديد المبادئ العامة التي تنظم الدولة والمجتمع ككل، لذلك نادرًا ما نجده دساتير تتضمن أحكامًا خاصة بالنشاط التجاري.

فبالنسبة لدستور 1996 (الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996 المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، ج.ر لسنة 1996، العدد 76 الصادر بتاريخ: 1996/12/8)، فقد نصت المادة 19 منه على أن تنظيم التجارة الخارجية من اختصاص الدولة، وأن القانون هو الذي يحدد شروط ممارستها. كما كرست المادة 37 من جهتها مبدأ حرية التجارة والصناعة وجعلت ممارستها تتم في نطاق القانون. وفي ظل دستور 2016 (الصادر بموجب القانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016، الجريدة الرسمية لسنة 2016 العدد 14 الصادر بتاريخ: 7 مارس 2016)، أصبحت المادة 43 من هذا الدستور تنص على أنه: "حرية الاستثمار والتجارة معترف بها، وتمارس في إطار القانون. تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال، وتشجع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية.

تكفل الدولة ضبط السوق. ويحمي القانون حقوق المستهلكين.

يمنع القانون الاحتكار والمنافسة غير النزيهة".

وفي إطار دستور 2020 الحالي<sup>3</sup> نصت المادة 61 منه على ما يلي:

"حرية التجارة والاستثمار والمقاولة مضمونة، وتمارس في إطار القانون".

<sup>1</sup> نادية فضيل، المرجع السابق، ص 53. - عمار عمورة، المرجع السابق، ص 20. - د/ فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص 39.

<sup>2</sup> عمار عمورة، المرجع السابق، ص 20.

<sup>3</sup> الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 442/20 المؤرخ في 2020/12/30 المتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، الجريدة الرسمية لسنة 2020 العدد 82 الصادر بتاريخ: 2020/12/30.

## 2/ المعاهدات الدولية:

طبقاً للمادة 154 من دستور 2020 الجديد (والتي كانت تقابلها المادة 150 من دستور 2016 والمادة 132 من دستور 1996) فإن المعاهدات الدولية التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور (لاسيما تلك المنصوص عليها في المادة 153 من الدستور نفسه وهي الاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف المتعلقة بمناطق التبادل الحر والشراكة والتكامل الاقتصادي)، تسمو على القانون. وعليه فالاتفاقيات الدولية - سواء كانت ثنائية أو متعددة الأطراف - قد تنظم جانباً معيناً من النشاط التجاري<sup>1</sup>، وقد تحدد حقوق وواجبات التجار لاسيما تلك التي تمنح التجار الأجانب المركز القانوني ذاته الذي يتمتع به التجار الوطنيين، كما يمكنها (الاتفاقيات) كذلك وضع آليات وميكانيزمات لحل مسألة التنازع بين القوانين<sup>2</sup>، وقد تضع قواعد دولية موحدة بشأن موضوع ما<sup>3</sup>، كما يمكن لها كذلك أن تنشأ منظمات أو هيئات دولية دائمة توكل لها مهمة التحضير للاتفاقيات الدولية<sup>4</sup>. فإن وجدت مثل هذه المعاهدات الدولية وتمت المصادقة عليها وفقاً للشروط المنصوص عليها في الدستور، فإن أحكامها تسري وتسمو على أحكام القانون (التشريع العادي)<sup>5</sup>.

## 3/ التشريع (العادي والتنظيمي):

ويقصد به جملة النصوص المكتوبة الصادرة عن هيئة مختصة بالتشريع، سواء تعلق الأمر بالتشريع العادي (القانون بمعناه الضيق) أو التشريع الفرعي (اللائحي أو التنظيمي). وبالرجوع إلى المادة الأولى مكرر من القانون التجاري - آنفة الذكر - نجد المشرع قد عدّد لنا في هذا الإطار كلا من التقنين التجاري والمدني:

### أ/ التقنين التجاري (Code de commerce):

ويتعلق الأمر بجملة النصوص الواردة في الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26/9/1975 المتضمن القانون التجاري، والذي عدل وتمم أكثر من مرة آخرها كان بموجب القانون رقم 20/15 الصادر بتاريخ 2015/12/30 (الجريدة الرسمية لسنة 2015 العدد 71 الصادر في 2015/12/30).

<sup>1</sup> مثال ذلك: الاتفاق المؤسس لمنطقة التجارة الحرة القارية الإفريقية الموقع بكيجالي في 21 مارس 2018 والذي تمت المصادقة عليه بموجب القانون رقم 10/20 المؤرخ في 2020/10/22 المتضمن الموافقة على الاتفاق آنف الذكر، الجريدة الرسمية لسنة 2020 العدد 80 الصادر بتاريخ: 2020/12/29.

<sup>2</sup> كالمعاهدة الخاصة بالنقل الجوي المبرمة في فارصوفيا عام 1929 والمعدلة في ريو دي جانيرو سنة 1955، ومختلف معاهدات بروكسل الخاصة بالملاحة البحرية (معاهدة التصادم البحري سنة 1910، معاهدة سندات الشحن سنة 1924، معاهدة الحجز التحفظي على السفن عام 1952 ...).

<sup>3</sup> أنظر في ذلك: د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 55.

<sup>4</sup> مثل الاتفاقيات الدولية الرامية إلى توحيد أحكام الأوراق (السندات) التجارية وفي مقدمتها اتفاقية جنيف الأولى المبرمة بتاريخ 7 جوان 1930 والمتضمنة القواعد الدولية الموحدة للسفينة والسند لأمر، إضافة إلى اتفاقية جنيف لسنة 1931 التي أفضت بدورها إلى القواعد الدولية الموحدة المتعلقة بالشيك.

<sup>5</sup> أنظر في هذا الشأن: د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 55.

<sup>6</sup> مثال ذلك: الاتفاقية الدولية التي أنشأت المنظمة العالمية للملكية الفكرية، واتفاقية بروكسل التي أنشأت اللجنة البحرية الدولية (CMI) ومن بعدها المنظمة البحرية الدولية (OMI)، وكذا اتفاقية الأمم المتحدة التي أنشأت مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (CNUCED).

<sup>7</sup> عمار عمورة، المرجع السابق، ص 21.



والملاحظ بشأن هذا التقنين هو تأثير المشرع عندنا تأثراً كبيراً بالقانون الفرنسي وبما توصل إليه القضاء والفقهاء الفرنسيين كذلك، مراعيًا في بعض الأحيان خصوصية عالم التجارة والتجار في الجزائر<sup>1</sup>.

ولا يقتصر التشريع كمصدر للقانون التجاري على ما جاء في التقنين التجاري فحسب، بل يتعداه ليشمل جملة النصوص المكتوبة الأخرى غير المدرجة في التقنين التجاري والتي لها علاقة وثيقة بعالم التجارة<sup>2</sup>، مثالها: - القانون رقم 22/90 المؤرخ في 1990/8/18 المتعلق بالسجل التجاري، الجريدة الرسمية لسنة 1990 العدد 36 الصادر بتاريخ: 1990/8/22، (المعدل والمتمم بـ: القانون رقم 94/91 المؤرخ في 1991/9/14 الجريدة الرسمية لسنة 1991 العدد 43 الصادر بتاريخ: 1991/9/18، والأمر رقم 07/96 المؤرخ في 1996/1/10 الجريدة الرسمية لسنة 1996 العدد 3 الصادر بتاريخ: 1996/1/14)، والملغى جزئياً بموجب المادة 43 من القانون رقم 08/04 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية آنف الذكر.

- المرسوم التشريعي رقم 10/93 المؤرخ في 23 ماي 1993 يتعلق ببورصة القيم المنقولة الجريدة الرسمية لسنة 1993 العدد 34 الصادر بتاريخ: 1993/5/23، المعدل والمتمم بموجب: الأمر رقم 10/96 المؤرخ في 10 جانفي 1996 الجريدة الرسمية لسنة 1996 العدد 3 الصادر بتاريخ: 1996/1/14، والقانون رقم 04/03 المؤرخ في 17 فيفري 2003 الجريدة الرسمية لسنة 2003 العدد 11 الصادر بتاريخ: 2003/2/19 + استدراك الجريدة الرسمية لسنة 2003 العدد 32 الصادر بتاريخ: 2003/5/7.

- القانون رقم 13/01 المؤرخ في 7 أوت 2001 يتضمن توجيه النقل البري وتنظيمه الجريدة الرسمية لسنة 2001 العدد 44 الصادر بتاريخ: 2001/8/8، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 09/11 المؤرخ في 5 جوان 2011 الجريدة الرسمية لسنة 2011 العدد 32 الصادر بتاريخ: 2011/6/8.

- القانون رقم 08/04 المؤرخ في 14 أوت 2004 والمتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، الجريدة الرسمية لسنة 2004 العدد 52 الصادر بتاريخ: 18 أوت 2004، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 06/13 المؤرخ في 23 يوليو 2013، الجريدة الرسمية لسنة 2013 العدد 39 الصادر بتاريخ: 2013/7/31، والمعدل مؤخراً بمقتضى القانون رقم 08/18 المؤرخ في 10 جوان 2018، الجريدة الرسمية لسنة 2018 العدد 35 الصادر بتاريخ: 2018/6/13.

- القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 جوان 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية الجريدة الرسمية لسنة 2004 العدد 41 الصادر بتاريخ: 2004/6/27، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 06/10 المؤرخ في 15 أوت 2010 الجريدة الرسمية لسنة 2010 العدد 46 الصادر بتاريخ: 2010/8/18.

<sup>1</sup> عمار عمورة، المرجع السابق، ص 21. - د/ فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص 29 وما يليها. - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 47.

<sup>2</sup> د/ عبد الحميد الشواربي: نظرية الأعمال التجارية والتاجر، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2001، ص 19. - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 47.



- القانون رقم **03/09** المؤرخ في 25 فيفري 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية لسنة 2009 العدد 15 الصادر بتاريخ: 2009/3/8، المعدل والمتمم بموجب القانون **09/18** المؤرخ في 10 جوان 2018 الجريدة الرسمية لسنة 2018 العدد 35 الصادر بتاريخ: 2018/6/13.
- القانون رقم **05/18** المؤرخ في 10 ماي 2018 المتعلق بالتجارة الالكترونية، الجريدة الرسمية لسنة 2018 العدد 28 الصادر بتاريخ: 2018/5/16.
- الأمر رقم **23/96** المؤرخ في 9 جويلية 1996 يتعلق بالوكيل المتصرف القضائي، الجريدة الرسمية لسنة 1996 العدد 43 الصادر بتاريخ: 1996/7/10.
- الأمر رقم **06/03** المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالعلامات، الجريدة الرسمية لسنة 2003 العدد 44 الصادر بتاريخ: 2003/7/23.
- الأمر رقم **07/03** المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق ببراءات الاختراع، الجريدة الرسمية لسنة 2003 العدد 44 الصادر بتاريخ: 2003/7/23.
- الأمر رقم **08/03** المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بحماية التصميم الشكلية للدوائر المتكاملة، الجريدة الرسمية لسنة 2003 العدد 44 الصادر بتاريخ: 2003/7/23.
- المرسوم التنفيذي رقم **39/90** المؤرخ في 30 جانفي 1990 يتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية لسنة 1990 العدد 5 الصادر بتاريخ: 1990/1/31.
- المرسوم التنفيذي رقم **70/92** المؤرخ في 18 فيفري 1992 المتعلق بالنشرة الرسمية للإعلانات القانونية، الجريدة الرسمية لسنة 1992 العدد 14 الصادر بتاريخ: 1992/2/23، الملغى بموجب المرسوم التنفيذي رقم **136/16** المذكور أعلاه.
- المرسوم التنفيذي رقم **438/95** المؤرخ في 23/12/1995 المتضمن تطبيق أحكام القانون التجاري المتعلقة بشركات المساهمة والتجمعات، الجريدة الرسمية لسنة 1995 العدد 80 الصادر بتاريخ: 1995/12/24.
- المرسوم التنفيذي رقم **468/05** المؤرخ في 10/12/2005 الذي يحدد شروط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفيات ذلك، الجريدة الرسمية لسنة 2005 العدد 80 الصادر بتاريخ: 2005/12/11.
- المرسوم التنفيذي رقم **306/06** المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصادية والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية لسنة 2006 العدد 56 الصادر بتاريخ: 2006/9/11.

- المرسوم التنفيذي رقم 378/13 المؤرخ في 9 نوفمبر 2013 يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، الجريدة الرسمية لسنة 2013 العدد 58 الصادر بتاريخ: 2013/11/18.
- المرسوم التنفيذي رقم 136/16 المؤرخ في 25 أبريل 2016 الذي يحدد كيفيات ومصاريف إدراج الإشهارات القانونية في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، الجريدة الرسمية لسنة 2016 العدد 27 الصادر بتاريخ: 2016/5/4.

### ب/ التقنين المدني (Code civil):

ويتعلق الأمر بجملة النصوص الواردة في الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/9/1975 المتضمن القانون المدني، والذي غُدل وتُثم أكثر من مرة آخرها كان بموجب القانون رقم 05/07 الصادر بتاريخ 2007/5/13 (الجريدة الرسمية لسنة 2007 العدد 31 الصادر في 2007/5/13).

وعليه وكما سبق القول فالتشريع كمصدر للقانون التجاري لا يقتصر فقط على التقنين التجاري ومختلف النصوص التشريعية والتنظيمية المرتبطة به، بل تتطوي تحته (التشريع) أيضًا أحكام التقنين المدني باعتباره الشريعة العامة أو القانون المشترك (Le droit commun)<sup>1</sup>. ذلك أنه في حالة عدم وجود نص في التقنين التجاري والنصوص التشريعية أو التنظيمية التابعة له، فإنه يتعين على القاضي اللجوء إلى تطبيق أحكام القانون المدني على المسائل التجارية، أو بمعنى آخر أن القانون المدني يكون واجب التطبيق كلما خَلَا القانون التجاري من نص خاص (الخاص يقيد العام)<sup>2</sup>، كما هو الشأن بالنسبة لقواعد الالتزام مثلاً فهي تنظم جميع العقود التجارية إلا ما استثنى بنص خاص، وكذا أحكام عقد الشركة الواردة في القانون المدني فهي قابلة للتطبيق على الشركات التجارية - باعتبارها قواعد عامة - ما لم يوجد نص خاص يخالفها في القانون التجاري.

### 4/ الشريعة الإسلامية:

قيل صدور المادة الأولى مكرر من القانون التجاري (المضافة بموجب الأمر 27/96 المؤرخ في 1996/12/9 المعدل والمتمم للقانون التجاري)، كان المشرع - بناء على المادة الأولى من القانون المدني - يعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً ثانياً بعد التشريع وقبل العرف، وذلك بالنسبة لمختلف فروع القانون بما فيها القانون التجاري. ومعنى ذلك أن القاضي وهو بصدد الفصل في منازعة تجارية ما ولم يجد حكمها في النصوص التشريعية، فإنه يتعين عليه الرجوع إلى مبادئ الشريعة الغراء<sup>3</sup> (أي تلك القواعد المستقاة من

<sup>1</sup> المادة الأولى مكرر من القانون التجاري أنفة الذكر. وأنظر في نفس المعنى كذلك:

نادية فضيل، المرجع السابق، ص 47. - عمار عمورة، المرجع السابق، ص 20. - د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 45، 46.

<sup>2</sup> عمار عمورة، المرجع السابق، ص 9، 10. - د/ عبد الحميد الشواربي، نظرية الأعمال التجارية والتاجر، المرجع السابق، ص 19.

<sup>3</sup> نادية فضيل، المرجع السابق، ص 51.

القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والقياس والإجماع، دون الأدلة الأخرى المختلف بشأنها كالأستحسان والمصالح المرسلّة والاستصحاب والعرف وشرع من قبلنا وقول الصحابي).

**غير أنه ويصدر المادة الأولى مكرر من القانون التجاري** (باعتبارها نصًا خاصًا يقيد المادة الأولى من القانون المدني بوصفها نصًا عامًا)، فقد استبعد المشرع مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر القانون التجاري وأبقى على المصدر الموالي وهو العرف التجاري (أعراف المهنة).

## 5/ العرف التجاري (أعراف المهنة):

كما سبق وأن ذكرنا في موضوع تطور القانون التجاري، فقد كان للعرف دور هام في نشأة وتطور القانون التجاري فهو أساس هذا الأخير<sup>1</sup>. والعرف عبارة عن قاعدة سلوك نَرَجّ عليها التجار مدة طويلة من الزمن إلى أن جعلتهم يشعرون بأنها ملزمة لهم، أو بمعنى آخر فالعرف عبارة عن سلوك معين اتسم بالاطراد لفترة زمنية معينة (الركن المادي) حتى ينشأ شعور بالزامية إتباع ذلك السلوك (الركن المعنوي).

ويعتبر العرف مصدرًا رسميًا للقانون التجاري يأتي في المرتبة الثانية بعد التشريع<sup>2</sup>، فإن توافرت شروطه كاملةً أصبح قاعدة قانونية ملزمة كالتشريع تمامًا، وعليه يلتزم القاضي بتطبيقه ويخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا. ولا يجوز للخصوم الاعتذار بجعله كما لا يجوز كذلك أن يُكلف الخصم الذي يتمسك به بإثباته، فهو (العرف) قاعدة قانونية وليس واقعة مادية، لأنه يفترض في القاضي - باعتباره يحترف مهنة القضاء - العلم بالقانون، ومن ثم يكفي فقط للخصم إثبات الواقعة التي تعد أساسًا للحق المدعى به<sup>3</sup>.

ومن أمثلة الأعراف التجارية: تخفيض الثمن عوض الفسخ في حالة تأخر البائع في تسليم المبيع أو في حالة تسليم بضاعة من صنف أقل جودة من الصنف المتفق عليه، افتراض التضامن بين المدينين بدين تجاري في حالة تعددهم خلافًا للقواعد العامة، جواز تعاقد الوكيل بعمولة مع نفسه ...

أما مجرد العادة التجارية (L'usage commercial) فهي ممارسة سلوك تجاري معين من قبل التجار لمدة طويلة لكن دون أن يشعر هؤلاء الأخيرين بالزامية إتباع ذلك السلوك، ومن ثم تختلف العادة التجارية تمام الاختلاف عن العرف التجاري؛ فهي غير ملزمة - كقاعدة عامة - ما لم تتجه إرادة المتعاقدين صراحةً أو ضمنيًا إلى خلاف ذلك، حيث تسمى حينها بـ: العادة الاتفاقية (L'usage conventionnel)<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> د/ عبد الحميد الشواربي، نظرية الأعمال التجارية والتاجر، المرجع السابق، ص 20.

<sup>2</sup> عمار عمورة، المرجع السابق، ص 22. - د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 46. - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 48.

<sup>3</sup> د/ عبد الحميد الشواربي، نظرية الأعمال التجارية والتاجر، المرجع السابق، ص 20.

<sup>4</sup> " فهي اتفاق ضمني على حلول معينة خاصة بجهة أو مكان أو سوق معين يحق للمتعاقدين الخروج عنها بنص صريح في العقد ولذلك سميت بالعادة الاتفاقية ". أنظر: عمار عمورة، المرجع السابق، ص 22.

وأنظر في نفس المعنى كذلك: نادية فضيل، المرجع السابق، ص 50. - د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 48، 49.

لذا فالعادة التي لم يكتمل عنصرها المعنوي لا يطبقها القاضي من تلقاء نفسه، ولا يخضع بمناسبة تطبيقه لها لرقابة المحكمة العليا، لأنه إن أخطأ يكون خطؤه في مجرد وقائع وليس خطأً في تطبيق القانون. كما يقع على عاتق الخصم الذي يدعي وجود هذه العادة عبء إثباتها، وتظل مسألة تقدير وجود العادات ومدى حجيتها في الإثبات متروكة للسلطة التقديرية الواسعة لقاضي الموضوع<sup>1</sup>.

ومن أمثلة العادات التجارية: إتباع طريقة معينة لرزم البضاعة، تحديد مهلة معينة لقبول الصفقة ...

## الفرع 2: المصادر التفسيرية

وتشمل كلا من أحكام القضاء وآراء الفقهاء التي ترمي إلى تفسير وتوضيح فحوى النصوص التشريعية، وذلك من خلال البحث عن إرادة المشرع ونيته المصاحبة لوضع تلك النصوص:

### 1/ القضاء (La jurisprudence):

لا يقصد بالقضاء هنا الجهة القضائية التي يُناط بها حلُّ أو فُضُّ المنازعات المختلفة بما فيها المنازعات التجارية، وإنما يقصد به مجموعة المبادئ القانونية التي يمكن استخلاصها من الأحكام القضائية. وللقضاء دور ثانوي كمصدر من مصادر القانون التجاري في نظامنا القانوني لكونه مجرد مصدر تفسيري<sup>2</sup>؛ لأن التشريع يحاول أن يغطي جميع المسائل ولا يدع للقاضي مجالاً واسعاً. وعليه ورغم كثرة المنازعات التجارية إلا أن دور القاضي فيها يقتصر فقط - كقاعدة عامة - على تفسير النصوص التشريعية، وذلك تأثراً بالمذهب اللاتيني.

أما الدول التي اعتنقت النظام الأنجلوساكسوني فيحتل القضاء فيها مركزاً هاماً، حيث يعد بمثابة مصدر رسمي شأنه شأن التشريع، ويستند هذا النظام أساساً على فكرة السابقة القضائية التي مفادها أن الجهة القضائية تكون ملزمة بنفس الحكم السابق الصادر بمناسبة نزاع مشابه للنزاع المعروض عليها، أو بمعنى آخر فالسابقة القضائية تحتم على كل محكمة التقيد بأحكام الجهات القضائية الأعلى منها درجة، وتقيد هذه الأخيرة بالأحكام القضائية التي سبق لها وأن أصدرتها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> د/ عبد الحميد الشواربي، نظرية الأعمال التجارية والتاجر، المرجع السابق، ص 20، 21.

<sup>2</sup> عمار عمورة، المرجع السابق، ص 23. - د/ فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص 47، 48.

ورغم أن المشرع عندما اعتمد - في فترة سابقة - على قرارات المحاكم المختصة في المجال التجاري كمصدر ثالث تستلهم منه الحلول بشأن المنازعات القائمة بين التجار، وفقاً لما جاء في المادة 1/2 من القانون رقم 22/90 المؤرخ في 18 أوت 1990 المتعلق بالسجل التجاري المعدل والمتمم (والمُلغى جزئياً)، والتي كانت تنص على ما يلي: " ينظم القانون التجاري وأعراف المهنة وقرارات المحاكم المختصة في المجال التجاري العلاقات بين التجار ". كما تخضع العلاقات القانونية بين التجار لقواعد المنازعات التجارية وتشمل مسؤولية التاجر سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً .

إلا أن هذه المادة ألغت ضمناً (بمفهوم المادة 3/2 من القانون المدني) بموجب المادة الأولى مكرر من القانون التجاري (التي أدرجت على إثر تعديل وتتميم هذا الأخير سنة 1996 بموجب الأمر رقم 27/96 المؤرخ في 9/12/1996).

<sup>3</sup> د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 49. - عمار عمورة، المرجع السابق، ص 23، 24. - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 53.

ورغم كل ما سبق ذكره فإن القضاء يظل محتفظاً بمكانته وأهميته حيث يقول بشأنه الأستاذ: Planiol بأنه الشكل الحي للقانون، أي أن القانون يستمد حياته وحيويته المتجددة من القضاء الذي يقوم بتطبيق نصوصه وتفسير مواده على نحو يجعلها تتماشى مع الواقع الذي يخضع لأحكامها. وبالفعل فقد ساهم القضاء التجاري في إرساء العديد من القواعد القانونية تحت غطاء تفسير النصوص التشريعية وسد الثغرات القانونية، ومن أمثلتها: نظرية الشركة الفعلية، نظرية الإفلاس الفعلي والمنافسة غير المشروعة...<sup>1</sup>.

وعادة ما تحترم الجهات القضائية الدنيا - عندنا - ما يصدر عن الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا من قرارات واجتهادات لاسيما ما يتعلق منها بتفسير النصوص الغامضة (المبهمه) التي تكون صياغتها غير دقيقة وتحتل أكثر من معنى، أو تلك التي تنطوي على تناقض في فحواها خاصة نتيجة الترجمة غير الصحيحة.

## 2/ الفقه (La doctrine):

ويضم آراء الأساتذة الجامعيين باعتبارهم باحثين أكاديميين في علم القانون، وكذا رجال القانون لاسيما أصحاب المهن ذات الصلة الوثيقة به كالموثقين والمحامين والمحضرين القضائيين وغيرهم. فهذه الآراء التي يتم إبدائها عند شرح نصوص القانون أو عند التعليق على الأحكام القضائية بصفة عامة، يكون لها أثر بالغ في مجال القانون؛ فهي من جهة تلفت انتباه المشرع إلى مدى نجاعة القوانين الموضوعة من طرفه، وتسلب الضوء من جهة أخرى على الأخطاء المرتكبة من قبل القضاة وهم بصدد تطبيق القانون.

ورغم أن هذه الآراء الفقهية غير ملزمة للقاضي لكون الفقه هو الآخر يعد مجرد مصدر تفسيري، إلا أنها في الغالب تكون مفيدة للغاية لاسيما إن كانت مبنية على دراسات مقارنة ومدعمة بالحجج الدامغة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> نادية فضيل، المرجع السابق، ص 54. - عمار عمورة، المرجع السابق، ص 24.

<sup>2</sup> عمار عمورة، المرجع السابق، ص 24، 25. - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 54. - د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 51.

## الفصل الأول: نظرية الأعمال التجارية

عرفنا فيما سبق وبخصوص موضوع نطاق تطبيق القانون التجاري أن هناك مذهباً الأول شخصي والآخر موضوعي؛ فالمذهب الشخصي يرى أصحابه بأن القانون التجاري يهتم أساساً بالأشخاص الذين يحترفون التجارة (أي التجار) بحيث لا تنطبق أحكامه إلا عليهم، فهو (القانون التجاري) بالنسبة لأنصار هذا المذهب قانون مهني يحكم طائفة معينة من الأشخاص هي التجار.

أما المذهب الموضوعي فيرى أصحابه بأن القانون التجاري يعتد أساساً بالأعمال التجارية ذاتها بصرف النظر عن يقومون بها سواء كانوا تجاراً أو لم يكونوا كذلك، فالقانون التجاري بالنسبة لهؤلاء هو قانون التجارة وليس قانون التجار. لذا تحتل نظرية الأعمال التجارية مكانة هامة عند تحديد مجال تطبيق القانون التجاري لاسيما لدى أنصار المذهب الموضوعي.

لكن قبل الكلام عن نظرية الأعمال التجارية يجدر بنا الحديث أولاً عن معايير التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني، ثم نتطرق في نقطة ثانية لأهمية تلك التفرقة بين هذين النوعين من الأعمال، ونعالج من خلال نقطة الثالثة طبيعة التعداد القانوني للأعمال التجارية:

### I/ معايير التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني:

المتأمل في قائمة الأعمال التجارية الواردة في القانون التجاري يخلص إلى نتيجة مفادها بأن هذه الأعمال في حقيقتها خليط غير متجانس يصعب ربطه بمعيار جامع مانع، ومع ذلك سعى الفقهاء منذ القدم إلى البحث عن معيار عام لتحديد العمل التجاري وتمييزه عن العمل المدني، وذلك حتى يتمكن القضاء من تكملة وإثراء قائمة الأنشطة التجارية خاصة إذا تأخر المشرع في التدخل لمواكبة تلك القائمة التشريعية للتطور الحاصل في الأنشطة الاقتصادية.

وعلى العموم يمكن حصر هذه المعايير في ثلاث (3) نقاط هي:

#### 1/ معيار المضاربة أو نية تحقيق الربح (Le critère de spéculation):

ويرى القائلون به - لاسيما الأستاذان: Lyon-Caen و Renault - بأن أساس وجوهر العمل التجاري هو المضاربة أي نية أو قصد تحقيق الربح، فإذا كان العمل أو النشاط يهدف إلى تحقيق الربح فهو عمل تجاري، وإذا كان صاحبه لا يرم من وراءه إلى المضاربة وتحقيق الربح فهو عمل مدني<sup>1</sup>. وأبرز مثال على ذلك الشراء من أجل إعادة البيع، فالسبب الباعث الدافع من وراءه هو تحقيق قدر معين من الربح (الفارق بين ثمن البيع و ثمن الشراء أو سعر التكلفة).

<sup>1</sup> د/ جلال وفاء البدري محمدين، المرجع السابق، ص 35. - د/ محمد فريد العريني + د/ هاني دويدار: مبادئ القانون التجاري والبحري، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، 2000، ص 34، 35. - د/ سلمان بو نياي، المرجع السابق، ص 87. - عمار عمورة، المرجع السابق، ص 38.

ورغم وجاهة هذا المعيار واقتربه من الحقيقة إلا أنه لا يمكن الاعتماد عليه كلية؛ فمن جهة هناك أعمال يهدف أصحابها من وراءها إلى تحقيق الربح ومع ذلك لا تعد أعمالاً تجارية كالزراعة والمهن الحرة<sup>1</sup> (الطب، المحاماة، مهنة الموثق والمحضر القضائي...).

ومن جهة أخرى هناك أعمال تجارية لا يُقصد من وراءها تحقيق الربح كأن يضطر التاجر مثلاً في ظروف معينة إلى بيع السلعة بسعر التكلفة أو حتى بسعر أقل لسبب أو لآخر (جلب الزبائن، خشية تعرض البضاعة للتلف، أو خشية انخفاض سعرها في السوق...)<sup>2</sup>، وهو ما أدى إلى بروز معيار آخر هو معيار التداول.

## 2/ معيار التداول (Le critère de circulation):

ويميز أنصار هذا المعيار - أمثال Thaller - العمل التجاري عن العمل المدني من خلال مسألة تداول الثروة بين الأشخاص؛ ذلك أن التجارة تفترض تنقل الثروة من شخص لآخر.

وعليه فالعمل التجاري - على ضوء هذا المعيار - هو كل عمل متعلق بتداول الثروات من وقت خروجها من المنتج إلى غاية وصولها إلى المستهلك، فتحويل السلعة بالتصنيع ونقلها ثم عرضها للبيع أو الاستهلاك، كل هذه الأعمال الداخلة في حركة تداول السلعة تعد أعمالاً تجارية. أما العمل المدني فهو ذلك العمل الذي يرد على الثروة وهي في حالة سكون؛ أي قبل تداولها أو بعد وصولها إلى المستهلك<sup>3</sup>.

وبالرغم من اعتماد هذا المعيار على مظهر مادي هو الثروة إلا أنه لم يسلم من الانتقاد، ذلك أن هناك البعض من الأعمال التي تدخل في حركة التداول ومع ذلك لا تعد أعمالاً تجارية كعمل المنتج الزراعي فهو عمل مدني رغم كونه أول من يدفع بالسلعة للتداول، وكذا الأعمال الصادرة عن المؤسسات التعاونية (أو التعاضديات) والتي لا تهدف من وراءها إلى تحقيق الربح. وهناك أعمال أخرى لا تعتبر تجارية على ضوء هذا المعيار بالرغم من أن المشرع (القانون) يضيف عليها الطابع التجاري كمقاولات نقل الأشخاص. وهذا ما أدى إلى ظهور معيار ثالث هو معيار المقولة أو المشروع.

## 3/ معيار المقولة أو المشروع (Le critère de l'entreprise):

لا يعتد القائلون بهذا المعيار عند التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني على طبيعة العمل (أي مدى تعلقه بتداول الثروة) أو الغرض المرجو منه (المضاربة وتحقيق الربح) كما رأينا في المعيارين السابقين. وإنما يعتمدون بشكل خاص على مدى احتراف ذلك العمل، فالعمل التجاري في رأيهم

<sup>1</sup> د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 88. - د/ فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص 71.

<sup>2</sup> د/ فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص 71.

<sup>3</sup> د/ محمد فريد العريني + د/ هاني دويدار، المرجع السابق، ص 33. - عمار عمورة، المرجع السابق، ص 39. - د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 88. - د/ جلال وفاء البديري محمد، المرجع السابق، ص 36. - د/ فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص 72.



يستدعي قدرًا معيّنًا من التنظيم والاستقرار والتكرار، لاسيما من خلال استخدام عمال وآلات ومعدات وتأجير محل تجاري...<sup>1</sup>.

وبمفهوم المخالفة لا يمكن إضفاء هذا الوصف على الأعمال المنفردة التي تتم لمرة واحدة فقط. وأول فقيه نادى بهذا المعيار هو إسكارا (Escarra) الذي يرى بأن الفكرة الحقيقية التي تهيمن على القانون التجاري هي فكرة: المقاوله أو المشروع (L'entreprise) التي تظهر من خلال مزاوله التجارة على سبيل الاستمرار والتكرار. فالمقاوله هي التكرار المهني للأعمال التجارية القائم على تنظيم مادي مسبق يكفل استمراره ودوامه<sup>2</sup>، حيث تتضافر مجموعة من الأموال والوسائل المادية والبشرية في سبيل القيام بذلك العمل.

وقد تعرض هذا المعيار - شأنه شأن المعيارين السابقين - للانتقاد من جوانب عدة أهمها: أن هناك أعمالاً منفردة تتم لمرة واحدة ومع ذلك يضافي عليها المشرع الطابع التجاري، وبالمقابل هناك أعمال تتم عن طريق مشروع أو مقاوله ومع ذلك لا تعتبر تجارية كمكاتب المهندسين وعيادات الأطباء...

ومهما يكن فلكل معيار من هذه المعايير الثلاث - آنفة الذكر - شيء من الصواب، فكل معيار منها بين جزءاً من خصائص العمل التجاري، فهو عمل يرمي إلى تحقيق الربح فعلاً، وأنه حلقة من حلقات تداول الثروة والأموال، كما أن النجاح في التجارة يقتضي التنظيم والاستمرارية. وبالرغم من كل ذلك فهذه المعايير تبقى مجرد أفكار عامة وواسعة لا يمكن الاعتماد عليها كلية، ومن ثم فليس هناك معيار عام لتحديد النشاط التجاري، فالحدود إذن بين النشاط التجاري والنشاط المدني مازالت غير واضحة المعالم<sup>3</sup>.

أما عن موقف المشرع عندنا من المعايير الثلاث السابقة الذكر، فيمكننا استقراؤه من خلال تحليل المواد: 1، 2، 3 و 4 من القانون التجاري؛ حيث بدأ المشرع بتحديد صفة التاجر في المادة الأولى مركزاً على ضرورة اتخاذ التجارة حرفة معتادة للتاجر، وهو ما يفيد أنه (المشرع) أخذ بمعيار المقاوله أو المشروع. وكذا الشأن حينما عدّد هذا الأخير الأعمال التجارية بحسب الموضوع في المادة 2 (الفقرات من 3 إلى 12) من القانون التجاري، زيادة على المادة 4 من القانون التجاري التي ذكر فيها المشرع الأعمال التجارية بالتبعية حيث اعتمد على صفة التاجر التي تمنح لكل شخص احترف مهنة التجارة ومارسها على سبيل المقاوله أو المشروع.

غير أنه ما لبث أن تبنى معيار المضاربة ومعيار التداول في المادة 2 نفسها من القانون التجاري (لاسيما الفقرات: 1، 2، 13-19) وكذا المادة 3 من القانون التجاري (الفقرات: 1 و 2).

<sup>1</sup> د/ سلمان بو نياي، المرجع السابق، ص 73 + ص 89. - عمار عمورة، المرجع السابق، ص 40. - د/ جلال وفاء البديري محمدين، المرجع السابق، ص 37.

<sup>2</sup> د/ محمد فريد العريني + د/ هاني دويدار، المرجع السابق، ص 37. - د/ فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص 75.

<sup>3</sup> د/ جلال وفاء البديري محمدين، المرجع السابق، ص 38. - عمار عمورة، المرجع السابق، ص 41.



## II/ أهمية التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني:

إن إجراء التمييز بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية ليست الغاية منه مجرد التفرقة بينهما، بل لأن هذا التمييز له انعكاسات على المستوى القانوني؛ حيث أفرد المشرع للأعمال التجارية تنظيمًا خاصًا بموجب مجموعة من القواعد القانونية التي تشكل في مجملها خروجًا واستثناءً عن القواعد العامة المتعلقة بنظرية الالتزامات والعقود، مراعيًا في ذلك مقتضيات الحياة التجارية وعالم الأعمال لاسيما السرعة والبساطة والثقة والائتمان<sup>1</sup>، وكذا الصرامة في تنفيذ العمليات التجارية. ويتجلى ذلك من خلال ما يلي:

### 1/ الإثبات:

نظرًا لطبيعة المعاملات التجارية وخصوصيتها ونظرًا لما تتطلبه من سرعة وائتمان ومرونة، خاصة وأن أي تأخير قد يؤدي إلى ضياع صفقات هامة، فقد أخضع المشرع الأعمال التجارية لقواعد إثبات تخالف تلك المعمول بها بمناسبة الأعمال المدنية<sup>2</sup>؛ حيث جاء في المادة 30 من القانون التجاري ما يلي:

"يثبت كل عقد تجاري: - بسندات رسمية. - بسندات عرفية. - بفاتورة مقبولة<sup>3</sup>. - بالرسائل. - بدفاتر الطرفين. - بالإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها".

وعليه فالملاحظ من خلال استقراء هذه المواد أن المشرع على مستوى القانون المدني وبمناسبة الأعمال المدنية أخذ بنظام الإثبات المقيد (Système de preuve légale) حيث حدد وسائل أو طرق الإثبات التي يتعين على القاضي الأخذ بها، كما حدد قيمة كل دليل في الإثبات؛ فاشتراط الكتابة كلما كانت قيمة الالتزام غير محددة أو تتجاوز مائة ألف دينار جزائري (100.000,00 دج). كما اشترط كذلك في السند العرفي - لجواز الاحتجاج به في مواجهة الغير - أن يكون ثابت التاريخ<sup>4</sup>، وأخذ كذلك بقاعدة عدم جواز إثبات عكس الكتابة إلا بالكتابة.

<sup>1</sup> أنظر بشأن هذه الخصائص والمميزات: عمار عمورة، المرجع السابق، ص 15، 16.

<sup>2</sup> حيث نصت المادة 333/1 من القانون المدني على أنه: "في غير المواد التجارية، إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دج أو كان غير محدد القيمة، فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضاءه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

كما جاء في المادة 330 من القانون المدني 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، ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها واستبعاد منه ما هو مناقض لدعواه".

وتضيف المادة 334 من القانون المدني بقولها: "لا يجوز الإثبات بالشهود ولو لم تزيد القيمة على 100.000 دج:

- فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمي.

- إذا طلب أحد الخصوم في الدعوى بما تزيد قيمته على 100.000 دج ثم عدل عن طلبه إلى ما لا يزيد على هذه القيمة".

<sup>3</sup> "يعد خرقًا للقانون القضاء على الطاعن بدفع قيمة السلع بناء على فاتورة لإثبات وجود الدين التجاري رغم إنكاره لذلك". قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 2000/2/15 بمناسبة القضية رقم 209172 والمنشور في المجلة القضائية لسنة 2002 العدد الثاني ص 350.

أنظر في ذلك: حسين مبروك، المرجع السابق، ص 41.

<sup>4</sup> أنظر المادة 328 من القانون المدني.

غير أنه إذا تعلق الأمر بإثبات الأعمال التجارية فقد أجاز المشرع ذلك بكافة طرق الإثبات<sup>1</sup>، أي أنه تبنى بمناسبة نظام حرية الإثبات أو نظام الإثبات الحر (Système de preuve libre)، والقصد من ذلك التيسير والتبسيط وعدم تقييد فئة التجار بوسيلة معينة من وسائل الإثبات، نظرًا لما تقتضيه التجارة عمومًا من سرعة وثقة وائتمان، فأغلب العقود التجارية اليوم تبرم عن طريق الهاتف والفاكس والانترنت ... وغيرها من وسائل وأدوات الاتصال الحديثة.

فالمعاملات التجارية إذن يمكن إثباتها - كقاعدة عامة - بالبينة (شهادة الشهود) وذلك مهما كانت قيمة التصرف القانوني أو الالتزام التجاري المراد إثباته، كما أنه ليس هناك ترتيب متدرج لوسائل الإثبات (Absence de hiérarchie entre les modes de preuves) ملزم للقاضي، لأن حرية الإثبات في المواد التجارية ألغت التسلسل في الأدلة وأجازت نقض الثابت كتابة بالشهود أو القرائن.

كما يمكن إثبات تاريخ السندات العرفية المحررة بمناسبة عمليات تجارية بكافة وسائل الإثبات إذا ما أريد الاحتجاج بها في مواجهة تاجر (باعتباره من الغير)، وهذا خلافًا للقواعد العامة التي لا تجيز للمتعاقد على المحررات العرفية إثبات تاريخ محررهم إلا ضمن الحالات الأربع الواردة في المادة 328 من القانون المدني.

وخلافًا للقواعد العامة كذلك تكتسي **الدفاتر التجارية** الحجية في الإثبات وذلك على النحو التالي:

حيث يجوز للتاجر أن يستند إلى دفاتره التجارية في الإثبات لمصلحته، وذلك خلافًا للأصل العام الذي يقضي بأنه لا يجوز للشخص أن يصطنع (ينشئ) دليلًا لنفسه. كما يجوز لخصم التاجر أن يستند إلى دفاتر هذا الأخير في الإثبات لمصلحته، وذلك عن طريق إجبار التاجر على تقديمها للقضاء حتى يطلع عليها<sup>2</sup>، وهذا يعد بمثابة استثناء من القاعدة العامة التي مفادها عدم جواز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه<sup>3</sup>.

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أنه يشترط لتطبيق قاعدة حرية الإثبات توافر شرطين أساسيين:

- أن يكون المتمسك بهذه القاعدة تاجرًا في مواجهة تاجر آخر، أو على الأقل شخص مدني (غير تاجر) في مواجهة تاجر. فإذا كان العمل مختلطًا بين تاجر وشخص غير تاجر، فغير التاجر يثبت العمل أو التصرف القانوني بكافة طرق الإثبات، أما التاجر فيتقيد بطريق الإثبات الذي حدده القانون.

<sup>1</sup> د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 103. - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 65.

<sup>2</sup> مع الإشارة هنا إلى أنه بإمكان القاضي بمناسبة المعاملات التجارية أن يأمر - ولو من تلقاء نفسه - بتقديم تلك الدفاتر التجارية أثناء قيام النزاع، وذلك بغرض استخلاص ما يراه ضروريًا للفصل فيه (المادة 16 من القانون التجاري وكذا المادة 27/2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية)، وفي هذا خروج عن القاعدة العامة التي كانت سائدة من قبل والتي مفادها أن القاضي طرف محايد في خصومة الإثبات (أي أن دوره سلبي يقتصر فقط على تلقي الأدلة التي يقدمها الخصوم).

<sup>3</sup> انظر المادة 330 من القانون المدني.

- أن يكون الالتزام محل الإثبات مترتب عن عمل قام به التاجر بمناسبة ممارسة مهنته، ذلك أن المادة 30 من القانون التجاري لا تنطبق على جميع الأعمال التي يقوم بها التاجر، بل على الأعمال والعقود التجارية فحسب.

غير أنه واعتمادًا على قرينة " تجارية الأعمال " فإن كل الأعمال التي يقوم بها التاجر يفترض فيها بأنها من أجل حاجات تجارته إلى أن يثبت العكس.

### \* الاستثناءات من قاعدة " حرية الإثبات " الخاصة بالأعمال التجارية:

- لقد تم استبعاد قاعدة " حرية الإثبات " في بعض المعاملات التجارية بموجب نصوص خاصة أهمها:
- فيما يتعلق بالمحل التجاري (Le fonds de commerce) فالعقود المنصبة عليه لاسيما بيعه ورهنه أو المساهمة به في رأس مال شركة ... يجب إثباتها بعقد رسمي (المادتين 79 و 120 من القانون التجاري).
- وفيما يخص الشركات التجارية يجب إثبات عقودها التأسيسية والعقود المعدلة لها بمحرر رسمي (المادة 545 من القانون التجاري + المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني)<sup>1</sup>.

### 2/ الاختصاص القضائي<sup>2</sup>:

نظرًا لطبيعة المعاملات التجارية كونها تتسم بالسرعة والثقة والائتمان، فإن المنازعات الناجمة عنها تتميز هي الأخرى عن غيرها من المنازعات، حيث يفصل فيها القاضي بسرعة ومرونة لاسيما من حيث الإثبات، وذلك وفقًا لإجراءات خاصة حددها المشرع في المواد: 531 - 536 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. لذا غالبًا ما تعمل الدول - خاصة فرنسا - على تخصيص محاكم تتولى النظر في مثل هذه المنازعات تسمى ب: **المحاكم التجارية**<sup>3</sup> تتنظر في كافة النزاعات القائمة بين التجار بمناسبة مزاولتهم أعمالهم التجارية.

وعلى العموم هناك نمطين من الأنظمة القضائية:

فبعض الدول تأخذ **بالنظام القضائي الموحد**؛ بحيث تجعل الاختصاص بنظر كل المنازعات بما فيها المنازعات التجارية من نصيب المحكمة باعتبارها صاحبة ولاية عامة (اختصاص عام). وهناك دول أخرى تأخذ **بالنظام القضائي المزدوج (أو المتخصص)**؛ بحيث تختص كل محكمة بنظر المنازعات التابعة لها (المحاكم المدنية تفصل في المنازعات المدنية، المحاكم التجارية تعالج القضايا التجارية، والمحاكم الإدارية تتولى

<sup>1</sup> وقد استقر القضاء عندنا على أن الكتابة الرسمية التي اشترطها القانون بالنسبة للتصرفات الواردة في المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، والتي أكدتها نصوص خاصة أخرى، ليست مجرد وسيلة إثبات فقط بل هي ركن انعقاد يترتب على تخلفها بطلان التصرف (قرار الغرف مجتمعة للمحكمة العليا رقم 50 الصادر بتاريخ: 1997/2/18، المنشور في المجلة القضائية لسنة 1999 العدد 2 ص 170).

<sup>2</sup> هو تلك السلطة الممنوحة لجهة قضائية ما للفصل في منازعات معينة طبقًا لأحكام القانون، ووفقًا لإجراءات خاصة تتخذ أشكلاً معينة يقوم بها الخصوم والقضاء وأعوانه (المساعدون القضائيين).

<sup>3</sup> د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 100. - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 61.

البت في المنازعات الإدارية...)، وإذا ما رفع النزاع أمام جهة قضائية غير الجهة المؤهلة للفصل فيه فإنه يجوز الدفع بعدم الاختصاص النوعي، بل يمكن للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه لأنه متعلق بالنظام العام. وعندنا في الجزائر ورغم اعتناق المشرع لقانون تجاري مستقل، إلا أنه في مجال القضاء (وباستثناء المنازعات الإدارية)<sup>1</sup>، تبنى - كقاعدة عامة - مبدأ وحدة القضاء بدلاً من مبدأ التخصص (وحدة المحاكم المدنية والتجارية)، حيث نصت المادة 32/1<sup>2</sup> و<sup>3</sup> من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن المحكمة بمختلف أقسامها تعد جهة قضائية ذات اختصاص عام، تفصل في جميع القضايا لاسيما المدنية والتجارية والبحرية وغيرها، وإذا ما تمت جدولة قضية أمام قسم غير القسم المعني بالنظر فيها يحال الملف إلى القسم المعني عن طريق أمانة الضبط بعد إخبار رئيس المحكمة مسبقاً<sup>2</sup>.

بمعنى أنه لا يجوز الدفع بعدم الاختصاص النوعي بين مختلف الأقسام المشكلة للمحكمة لأنها (الأقسام) مجرد تقسيم إداري (تنظيمي) للعمل داخل المحاكم<sup>3</sup>.

غير أنه وفيما يتعلق بالأقطاب المتخصصة المنعقدة في بعض المحاكم (والتي لم تنصب إلى حد الساعة) فإنها تختص بالنظر دون سواها في المنازعات المتعلقة ب: التجارة الدولية، الإفلاس والتسوية القضائية، البنوك، الملكية الفكرية، البحرية والنقل الجوي والتأمينات. ومعنى ذلك أنه وفي حالة رفع إحدى هذه المنازعات أمام قسم من الأقسام المشكلة للمحكمة وليس أمام القطب التخصصي، فإنه يجوز الدفع بعدم الاختصاص النوعي<sup>4</sup>.

هذا فيما يتعلق بالاختصاص النوعي، أما الاختصاص الإقليمي المنظم بموجب المواد: 37- 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فبالرغم من كونه غير متعلق بالنظام العام إلا أن المادة 45 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية جعلت كل شرط يتم بموجبه منح الاختصاص الإقليمي لجهة قضائية غير مختصة لاغياً وعديم الأثر إلا إذا تم بين التجار.

وإذا كان الأصل أن المحاكم هي صاحبة الولاية العامة للنظر في القضايا التجارية، إلا أنه يجوز للأطراف الاتفاق على عرض منازعاتهم التجارية على هيئات التحكيم، وهذا ما قضت به المادة 1006/1<sup>2</sup> من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها:

" يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.  
لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم".

<sup>1</sup> انظر المادتين 800 و 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>2</sup> انظر المادة 32/6 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>3</sup> باستثناء الأقطاب المتخصصة المنعقدة في بعض المحاكم (المادة 32/7 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية) والقسم الاستعجالي (المادة 299 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية) والقسم الاجتماعي (المادة 500 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

<sup>4</sup> انظر المادة 32/7 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وتصبح محكمة التحكيم - التي تتشكل من مُحَكِّمٍ أو عدة محكمين بعدد فردي - مختصة بنظر المنازعات التجارية إما بموجب شرط التحكيم (المادة 1007 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية) أو بموجب اتفاق التحكيم (المواد 1011 - 1013 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

### 3/ التضامن:

ومعناه أن يكون هناك عدة مدينين مسؤولين عن دين واحد في مواجهة نفس الدائن، بحيث يكون كل مدين منهم ضامن للوفاء بكل الدين. ومن ثم يجوز للدائن الرجوع على أحد المدينين ويطلبه بالوفاء بكل الدين، وفي المقابل لا يحق لذلك المدين مطالبة الدائن بتقسيم الدين ولا يحق له كذلك طلب تجريد المدينين، وإنما يكون له فقط حق الرجوع على باقي المدينين كل بحسب نصيبه في الدين.

وهذا التضامن المفترض بين المدينين في مجال المعاملات التجارية يعتبره الفقه بمثابة تأمين شخصي (Une sureté personnelle)، لأن الدائن بإمكانه المطالبة بالوفاء الكلي للدين من أي مدين يراه أكثر ملاءة وقدرة على الوفاء، أي أن ذلك المدين يكفل باقي المدينين ويضمن الوفاء عنهم بكل ذمته المالية، فالتضامن إذن يعتبر عبئاً بالنسبة للمدين.

وعلى ذلك فالقانون المدني - وبمناسبة المعاملات المدنية - يعتبر التضامن بين المدينين وضعية استثنائية وغير عادية، ومن ثم فهو لا يفترض بل يكون إما بنص القانون أو بموجب اتفاق صريح أو ضمني<sup>1</sup>، حيث نصت المادة 217 منه على أنه: "التضامن بين الدائنين أو المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون".

أما في المعاملات التجارية فالقاعدة معكوسة، أي أن التضامن بين المدينين التجار أمر مألوف وعادي بل هو مفترض<sup>2</sup> (أي أن الدائن غير ملزم بإثبات هذا التضامن لأنه ثابت فرضاً) بموجب قاعدة عرفية قديمة بررتها الحاجة إلى دعم الثقة والائتمان<sup>3</sup>، وقام القضاء الفرنسي بتكريسها لاحقاً بموجب قرار شهير<sup>4</sup> صادر بتاريخ 20 أكتوبر 1920، والذي جاء ضمن حيثياته أن ما يبرر وجود مثل هذا التضامن بين المدينين

<sup>1</sup> نادية فضيل، المرجع السابق، ص 68. - د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 105.

<sup>2</sup> فقرينة التضامن هذه تقررت لمصلحة الدائن ضد مدينه، وتبنى هذه القرينة على أساس ما هو ظاهر (أي الاشتراك في الدين)، وهذا الظاهر هو الذي يعد أساساً لاستنباط القرينة (فالاشتراك في الدين هو الواقعة الثابتة التي يستتبع منها ثبوت التضامن). وعليه يقتصر دور الدائن على إثبات وجود واقعة الاشتراك في الدين حتى يستتبع القاضي منها مسألة قيام التضامن بين المشتركين في ذلك الدين، أما المدين فيكفيه من أجل نفي القرينة إثبات عدم اتجاه نية المتعاقدين إلى التضامن.

<sup>3</sup> د/ محمد فريد العربي + د/ هاني دويدار، المرجع السابق، ص 27. - عمار عمورة، المرجع السابق، ص 46. - د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 105. وأنظر في نفس المعنى كذلك:

- Dominique Legeais : Droit commercial, 11<sup>ème</sup> édition, Paris : édition Dalloz, 1997, p. 318.

<sup>4</sup> Req., 20 octobre 1920, S. 1922, I, 201 ; Com., 28 avril 1987, Bull. civ. IV, n° 103 ; 16 janvier 1990, J.C.P. 1991, II, 21748, note Hannoun.

Voir: Alfred Jauffret : Droit commercial, par : Jacques Mestre, 22<sup>ème</sup> édition, Paris : L.G.D.J, 1995, p. 40.

Voir aussi : Yves Guyon : Droit des affaires, tome1, 6<sup>ème</sup> édition, Paris : Economica, 1990, p. 75, n° 82.

هو وجود منفعة مشتركة؛ فهو (التضامن) من جهة الدائن يحفز ويحفزه إلى التعاقد، كما أنه يؤدي من جهة المدينين إلى رفع أو زيادة قيمة الائتمان.

ويشترط لتطبيق هذه القاعدة (قرينة التضامن) توافر شرطين أساسيين هما:

- أن يتعدد الملتزمون من التجار بدين واحد اتجاه الغير.
- أن يكون الالتزام بمناسبة ممارسة التجارة.

كما تجدر الإشارة في الأخير إلى أن القانون التجاري كرس صراحة - في حالات معينة - التضامن بين المدينين بموجب نصوص خاصة، أبرزها:

التضامن بين الشركاء في شركة التضامن<sup>1</sup> (المادة 551 من القانون التجاري)، التضامن بين مؤجر المحل التجاري ومستأجره بشأن الدين التي يعقدها المستأجر خلال مدة 6 أشهر من تاريخ نشر عقد إيجار التسيير (المادة 209 من القانون التجاري)، التضامن بين جميع الأشخاص الموقعين على السفتجة (المواد: 394، 398، 409/7 وخصوصاً 432 من القانون التجاري).

#### 4/ الإعذار:

هو تنبيه أو إخطار شديد اللهجة يوجهه الدائن لمدينه يطالبه من خلاله بتنفيذ ما عليه من التزامات، ويحمله في ذات الوقت مسؤولية ما يلحقه (الدائن) من ضرر إذا ما تأخر أو تماطل في التنفيذ. هذه هي القاعدة السارية المفعول بمناسبة الأعمال المدنية<sup>2</sup>، حيث جاء في المادة 164 من القانون المدني ما يلي:

" يجبر المدين بعد إعذاره طبقاً للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً ". وكذا المادة 179 من القانون المدني التي جاء فيها:

" لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك ".

غير أنه وفي مجال المعاملات التجارية فتنفيذ الالتزام التجاري يستدعي كثيراً من الجدية والصرامة مقارنة مع تنفيذ الالتزام المدني، ومن ثم فالتاجر مدعو لاحترام آجال الاستحقاق بشكل دقيق. لذا فالمبدأ العام في المجال التجاري - بالنسبة للبعض - هو أنه لا حاجة لإعذار المدين (التاجر)، لأن مجرد التأخر في تنفيذ الالتزام التجاري إن لم تتجم عنه خسارة فإنه يؤدي حتماً إلى تفويت فرصة الربح أو الكسب، وذلك نظراً لما تتميز به المعاملات التجارية من سرعة.

<sup>1</sup> نادية فضيل، المرجع السابق، ص 69.

<sup>2</sup> وفي إطار تحميل المدين مسؤولية التأخر في الوفاء بالتزامه المترتب عن معاملة مدنية، يبدأ سريان الفوائد - بالنسبة للدول التي تعتمد نظام الفوائد القانونية - من تاريخ توجيه الإنذار له والذي يجب أن يتم بورقة رسمية على يد محضر قضائي مثلاً (بعكس ما هو عليه الحال في المعاملات التجارية حيث جرى العرف على جواز أن يتم الإعذار بخطاب عادي أو مجرد برقية). أنظر: نادية فضيل، المرجع السابق، ص 67.

## 5/ مهلة الوفاء (نظرة ميسرة):

بالنسبة للمعاملات المدنية ومراعاة لحالة المدين وحسن نيته، فإنه يجوز للقاضي - إذا حل أجل الوفاء بالالتزام - أن يمنحه (المدين) مهلة أو أجلاً إضافياً للوفاء بدينه إذا قدم عذراً مقبولاً ولم يصب الدائن أي ضرر جراء ذلك التأخير<sup>1</sup>. وهذا ما كرسته المادة 119 من القانون المدني بقولها:

" في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك.

ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات ".

أما في المعاملات التجارية ونظراً لصرامة تنفيذ الالتزام التجاري، فالتاجر ملزم باحترام آجال الوفاء وليس له الحق في مهلة الميسرة، أو بمعنى أدق ليست للقاضي سلطة تقديرية بشأن مسألة منح التاجر مهلة للوفاء<sup>2</sup>. وهذا ما كرسه المشرع صراحة في القانون التجاري بشأن المواعيد الواردة في السفتجة وسائر الأوراق التجارية الأخرى (الشيك والسند لأمر)، حيث جاء في المادة 464/2 من القانون التجاري ما يلي:

" ولا يجوز منح آجال قانونية كانت أو شرعية إلا في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 426 و438 من هذا القانون ". وفي ذلك خروج عن القواعد العامة المقررة في النظرية العامة للالتزامات.

## 6/ الإفلاس:

وهو نظام خاص بفئة التجار يقابله نظام الإعسار في المعاملات المدنية، فالتاجر الذي يتوقف عن الدفع يشهر إفلاسه أو يقبل في التسوية القضائية، كما تطبق عليه حزمة من الإجراءات الصارمة التي من الممكن أن تؤدي إلى موته من الناحية التجارية؛ لاسيما غل يده عن إدارة أمواله والتصرف فيها، حيث جاء في المادة 244/3<sup>1</sup> من القانون التجاري ما يلي:

" يترتب بحكم القانون على الحكم بشهر الإفلاس، ومن تاريخه، تخلي المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها ... ويمارس وكيل التفليسة<sup>3</sup> جميع حقوق ودعاوى المفلس المتعلقة بزمته طيلة مدة التفليسة ...

ويترتب على الحكم الصادر بالتسوية القضائية اعتباراً من تاريخه أداء المساعدة الجبرية للمدين من طرف وكيل التفليسة في كافة الأعمال الخاصة بالتصرف في أمواله طبقاً للأوضاع المنصوص عليها في المواد من 273 إلى 279 ".

<sup>1</sup> د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 107، 108.

<sup>2</sup> نادية فضيل، المرجع السابق، ص 68.

<sup>3</sup> والذي أصبح يسمى بـ: الوكيل المتصرف القضائي، وذلك بموجب الأمر رقم 23/96 المؤرخ في 9 جويلية 1996 المتعلق بالوكيل المتصرف القضائي، الجريدة الرسمية لسنة 1996 العدد 43 الصادر بتاريخ: 1996/7/10.



ويعد نظام الإفلاس الذي يخضع له التجار نظامًا صارمًا مقارنة مع نظام الإعسار المدني، ذلك أنه مبني على مجرد فكرة التوقف عن الدفع وليس الإعسار (أي عدم الملاءة)، بمعنى أنه من الممكن أن يُشهر إفلاس التاجر رغم ملاءته، لذا وجب عليه الحرص على احترام آجال استحقاق الديون التي تثقل كاهله، إذ من الممكن - طبقًا لنص المادة 216 من القانون التجاري - أن تفتح التسوية القضائية أو الإفلاس بناءً على تكليف الدائن بالحضور وذلك مهما كانت طبيعة دينه، لاسيما الدين الناتج عن فاتورة قابلة للدفع في أجل محدد. وقد يقترن الحكم بإفلاس التاجر بحرمانه من البعض من حقوقه المدنية زيادة على الإدانة الجزائية، وهذا ما نصت عليه المادة 369 من القانون التجاري بقولها:

"تطبق العقوبات المنصوص عليها في المادة 383 من قانون العقوبات على الأشخاص الذين تثبت إدانتهم بالتقليس بالتقصير أو بالتقليس".

كما أن الأحكام والأوامر الصادرة في مادة الإفلاس والتسوية القضائية تكون مشمولة بالنفذ المعجل بالرغم من المعارضة والاستئناف<sup>1</sup>، وفي ذلك خروج عن القواعد العامة التي تقضي بوقف تنفيذ الحكم خلال أجل الطعن العادي (المعارضة أو الاستئناف) ويسبب ممارسته كذلك<sup>2</sup>. وهذا النفذ المعجل هو بقوة القانون، إذ لا حاجة للخصم في طلبه من المحكمة ولا داعي للنص عليه في منطوق الحكم، فلن يكون حينها سوى تكرارًا لحكم القانون، وليس للقاضي أن يحكم برفضه وإلا كان حكمه مخالفًا للقانون ومستوجبًا للنقض.

<sup>1</sup> المادة 227 من القانون التجاري. وأنظر في نفس المعنى كذلك: نادية فضيل، المرجع السابق، ص 71.

<sup>2</sup> أنظر المادة 323/1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.



### III/ طبيعة التعداد القانوني للأعمال التجارية:

المقصود بالأعمال التجارية ليس الأعمال القانونية بمعناها الضيق، وإنما الأعمال التجارية بمفهومها الواسع، فالمعنى الأول يقصد به التصرفات القانونية أي جملة الأعمال التي تتصرف فيها إرادة صاحبها إلى ترتيب أثر قانوني معين. أما المفهوم الثاني (الواسع) فيشمل جميع التصرفات القانونية والوقائع المادية التي يُرتب عليها القانون التزامًا في ذمة التاجر. فالقانون حينما نص على الأعمال التجارية فهو يقصد بها مجمل الأعمال التي تشكل ما يسمى بـ: **النشاط التجاري**، وهو ما جعل الفقهاء يقولون بأن قائمة الأعمال التجارية هي عبارة عن قائمة للأنشطة التجارية.

وعلى العموم فقد حدد المشرع عندنا الأعمال التجارية من خلال المواد: 2، 3 و 4 من القانون التجاري<sup>1</sup> وذلك على النحو التالي:

#### المادة 2: "يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه:

1. كل شراء للمنفقولات لإعادة بيعها أو بعد تحويلها وشغلها.
2. كل شراء للعقارات لإعادة بيعها.
3. كل مقاوله لتأجير المنفقولات أو العقارات.
4. كل مقاوله للإنتاج أو التحويل أو الإصلاح.
5. كل مقاوله للبناء أو الحفر أو لتمهيد الأرض.
6. كل مقاوله للتوريد أو الخدمات.
7. كل مقاوله لاستغلال المناجم أو المناجم السطحية أو مقالع الحجارة أو منتجات الأرض الأخرى.
8. كل مقاوله لاستغلال النقل أو الانتقال.
9. كل مقاوله لاستغلال الملاهي العمومية أو الإنتاج الفكري.
10. كل مقاوله للتأمينات.

---

<sup>1</sup> إضافة إلى المادة 4 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 03/3/1993 والمتعلق بالنشاط العقاري (الجريدة الرسمية لسنة 1993 العدد 14 الصادر بتاريخ: 1993/3/3 ص4 وما يليها) - التي كانت سارية المفعول فيما مضى - والتي جاء فيها: "فضلا عن الأحكام التي نصت عليها في هذا المجال المادة 2 من الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري المذكور أعلاه، تعد أعمالا تجارية بحكم غرضها الأعمال الآتية: - كل نشاطات الاقتناء والتهنية لأوعية عقارية قصد بيعها أو تأجيرها. - كل النشاطات الوسيطة في الميدان العقاري، لاسيما بيع الأملاك العقارية أو تأجيرها. - كل نشاطات الإدارة والتسيير العقاري لحساب الغير."

غير أن أحكام هذا المرسوم التشريعي (03/93) تم إلغاؤها بموجب المادة 80 من القانون رقم 04/11 المؤرخ في 17/2/2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية (الجريدة الرسمية لسنة 2011 العدد 14 الصادر بتاريخ: 06/3/2011 ص4 وما يليها)، ما عدا المادة 27 منه (أي من المرسوم التشريعي رقم 03/93)، حيث جاء فيها: "تلغى أحكام المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 1 مارس 1993 والمتعلق بالنشاط العقاري، المعدل والمتمم، باستثناء المادة 27 منه ...".

11. كل مقاوله لاستغلال المخازن العمومية.
12. كل مقاوله لبيع السلع الجديدة بالمزاد العلني بالجملة أو الأشياء المستعملة بالتجزئة.
13. كل عملية مصرفية أو عملية صرف أو سمسرة أو خاصة بالعمولة.
14. كل عملية توسط لشراء وبيع العقارات أو المحلات التجارية والقيم العقارية<sup>1</sup>.
15. كل مقاوله لصنع أو شراء أو بيع وإعادة بيع السفن للملاحة البحرية.
16. كل شراء وبيع لعتاد أو مؤمن<sup>2</sup> للسفن.
17. كل تأجير أو اقتراض أو قرض بحري بالمغامرة.
18. كل عقود التأمين والعقود الأخرى المتعلقة بالتجارة البحرية.
19. كل الاتفاقيات والاتفاقات<sup>3</sup> المتعلقة بأجور الطاقم وإيجارهم.
20. كل الرحلات البحرية ".

### المادة 3: "يعد عملا تجاريا يحسب شكله:

1. التعامل بالسفينة بين كل الأشخاص.
2. الشركات التجارية.
3. وكالات ومكاتب الأعمال مهما كان هدفها<sup>4</sup>.
4. العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية.
5. كل عقد تجاري يتعلق بالتجارة البحرية والجوية ".

### المادة 4: "يعد عملا تجاريا بالتبعية:

1. الأعمال التي يقوم بها التاجر والمتعلقة بممارسة تجارته أو حاجات متجره.
2. الالتزامات بين التجار ".

لكن السؤال المهم الذي يطرح نفسه هنا هو كالاتي:

هل هذا التعداد القانوني للأعمال التجارية جاء على سبيل الحصر أم جاء على سبيل المثال فقط ؟

<sup>1</sup> الأصح طبقاً لما ورد في النص باللغة الفرنسية هو: القيم المنقولة (Valeurs mobilières) وليس القيم العقارية.

<sup>2</sup> الأصح: كل شراء وبيع لعتاد ومؤن للسفن، حيث جاء في النص باللغة الفرنسية ما يلي:

« Tout achat et vente d'agrès, apparaux et avitaillements ».

<sup>3</sup> أي: « ... Tous accords et conventions ».

<sup>4</sup> أي: « Les agences et bureaux d'affaires quel que soit leur objet ».

هناك رأي في الفقه (خاصة الفرنسي التقليدي) يرى بأن هذا التعداد القانوني للأعمال التجارية جاء على سبيل الحصر، أي أنه عبارة عن قائمة مغلقة لا يجوز الخروج عنها أو التوسع في إعمالها أو القياس عليها<sup>1</sup>، أو بمعنى آخر لا يمكن إثرائها إلا بتدخل صريح من المشرع، ومرد ذلك الفكرة التي كانت سائدة عند الفرنسيين بشأن القانون التجاري سنة 1807.

غير أن التطور الذي عرفته الأنشطة الاقتصادية عمومًا أدى إلى ظهور أنشطة ومقاولات جديدة ظلت خارج مجال تطبيق القانون التجاري، وهو ما أدى إلى جمود هذا الأخير وعدم مسابقتها للتطور الحاصل في الحياة الاقتصادية. الشيء الذي دفع بغالبية الفقه الحديث لاسيما في كل من مصر وفرنسا إلى اعتبار هذا التعداد وارد على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، فهو على الأقل غير كافٍ ويستدعي الإثراء من قبل الفقه والقضاء بإضفاء الطابع التجاري على ما كشف عنه التطور من نشاطات حديثة عن طريق القياس<sup>2</sup>. وبالرجوع إلى القانون التجاري عندنا نجد المادة 2 منه بدأت بعبارة: "يعد عملاً تجارياً بحسب موضوعه ..."، فلو كان المشرع يقصد التعداد على سبيل الحصر لاستعمل عبارة أخرى مخالفة تماماً كأن يقول مثلاً: الأعمال التجارية بحسب الموضوع هي: ...

وعلى العموم فالأعمال التجارية - طبقاً للنصوص القانونية آنفة الذكر - ثلاثة أنواع:

- أعمال تجارية بحسب موضوعها (بطبيعتها).
- أعمال تجارية بحسب الشكل.
- أعمال تجارية بالتبعية.

### المبحث الأول: الأعمال التجارية بطبيعتها أو بحسب الموضوع

#### (Les actes de commerce objectifs ou par nature)

هي تلك الأعمال التي اعترف لها المشرع بالصفة التجارية لأن طبيعتها أو موضوعها يكشف بذاته عن هذه الصفة، وهي تعتبر تجارية بطبيعتها (Par nature) أيًا كان القائم بها سواء كان شخصاً يحترف التجارة أو لم يكن كذلك. وتعد هذه الأعمال أساس النشاط التجاري وبالتالي أساس تطبيق أحكام القانون التجاري. وقد قسم المشرع عندنا الأعمال التجارية بحسب الموضوع إلى أعمال منفردة وأعمال ترد على سبيل المقابلة<sup>3</sup>، وقصد تبسيطها وتوضيحها أكثر فإننا نفضل تناول هذه الفئة من الأعمال بناءً على معيار اقتصادي من خلال أربعة مجموعات وهي:

- 1- أنشطة التوزيع. 2- الأنشطة الصناعية. 3- الأنشطة المتعلقة بالخدمات. 4- الأنشطة المالية.

<sup>1</sup> د/ جلال وفاء البدري محمد، المرجع السابق، ص 40. - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 78.

<sup>2</sup> د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 61. - د/ جلال وفاء البدري محمد، المرجع السابق، ص 40. - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 78.

<sup>3</sup> د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 61، 62.

## المطلب 1: أنشطة التوزيع:

ويشمل هذا النوع من الأنشطة جميع الأعمال التي تقع أو تتوسط بين كل من عملية الإنتاج وعملية الاستهلاك، وهي تعتبر أعمال تجارية بامتياز أو من الدرجة الأولى (Opération commerciales par excellence)، وتشمل كلا من:

- عملية الشراء من أجل البيع. - أعمال الوساطة التجارية.

### الفرع 1: الشراء من أجل البيع:

ويعتبر هذا العمل أكثر الأعمال التجارية شيوعاً ويندرج ضمن الأعمال التجارية المنفردة، أي تلك الأعمال التي تكتسي الطابع التجاري ولو تمت لمرة واحدة، وقد نص عليها المشرع في المادة 1/2<sup>1</sup> من القانون التجاري. وحتى يعد الشراء من أجل البيع عملاً تجارياً لا بد من توافر ثلاث (3) شروط أساسية:

#### 1/ الشراء:

لكي يكون العمل تجارياً يجب أن يكون هناك شراء للشيء أو بالأحرى اكتساب لملكية الشيء بمقابل<sup>1</sup>، سواء كان ذلك المقابل نقوداً (عقد بيع) أو شيئاً آخر (عقد مقايضة). ومعنى ذلك أنه إذا حصل الشخص على الشيء بصفة مجانية (هبة، وصية...) فلا يكون هذا الشرط متوافراً.

وعليه يخرج عن دائرة الأعمال التجارية - في هذا الصنف - كل عمل لم يسبقه شراء، كما هو الشأن بالنسبة لقيام الشخص ببيع نتاج مجهوده الذاتي، مادياً كان أو معنوياً، كالمزارع الذي يبيع منتج أرضه التي يستغلها، والمؤلف الذي يبيع حقوقه الفكرية والفنية، وكذا أصحاب المهن الحرة...<sup>2</sup>

أما الذي يشتري حقوق الملكية الفكرية والفنية ثم يعيد بيعها كدور النشر والمنتجين والموزعين وغيرهم فالأعمال بالنسبة لهم تعد أعمالاً تجارية، لأن استغلال هذه الحقوق من خلال إعادة بيعها للغير سبقته عملية شراء.

#### 2/ أن يرد الشراء على منقول أو عقار:

يشترط كذلك بناءً على نص المادة 1/2<sup>3</sup> من القانون التجاري أن يرد الشراء إما:

- على منقول مادي كالسلع والبضائع (كنشاط الصيدلي<sup>3</sup> مثلاً) والحيوانات، أو معنوي كالمحل التجاري والقيم المنقولة وحقوق الملكية الأدبية والفنية، وكذا المنقولات بحسب المآل كشراء الأشجار بقصد بيعها خشباً أو المزروعات بعد فصلها عن الأرض، والأبواب والنوافذ وغيرها من المنقولات التي تفصل عن المباني بعد هدمها.

<sup>1</sup> نادية فضيل، المرجع السابق، ص 79. - د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 62.

<sup>2</sup> د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 63، 64.

<sup>3</sup> "يعد خطأ في تطبيق القانون اعتبار مهنة الصيدلة عملاً مدنياً لعدم حيابة الصيدلي سجلاً تجارياً وممارسة نشاطه بناء على تصريح إداري". قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 2001/3/20 بمناسبة القضية رقم 246801 والمنشور في المجلة القضائية لسنة 2002 العدد 2 ص 346.

أنظر في ذلك: مبروك حسين، المرجع السابق، ص 6.

ويظل العمل جاريًا سواء وقع البيع على المال بطبيعته وحالته التي كان عليها وقت الشراء، أو بعد تحويله إلى شكل آخر (قمح إلى دقيق، مواد أولية إلى منتجات مصنعة أو نصف مصنعة ...).

- أو على عقار من خلال اقتناء حق من الحقوق العينية الواردة على ذلك العقار لاسيما حق الملكية، أما استئجار عقار بقصد إعادة تأجيره لشخص آخر فلا يعد عملاً واردًا على عقار وإنما هو وارد على مجرد منفعة (حق شخصي وليس حقًا عينيًا).

### 3/ أن يكون الشراء بقصد البيع وتحقيق الربح:

حتى يعد شراء العقارات أو المنقولات عملاً تجاريًا لا بد أن يكون القصد من وراءه هو إعادة البيع، ومن ثم فإذا كان الشراء من أجل الاستهلاك الشخصي أو من أجل تقديمه كهبة مثلاً لأحد الأقارب ... فلا يعد العمل حينها تجاريًا.

والعبرة أن يتوافر قصد البيع وقت الشراء لا بعده، ولا يهم فيما بعد إن تحقق البيع أو لم يتحقق، وعليه يظل العمل مدنيًا بالنسبة للمستهلك الذي يشتري شيئًا ما لتلبية لحاجاته الشخصية حتى ولو قرر لاحقًا عدم الاحتفاظ به وإعادة بيعه للغير. كما يظل العمل تجاريًا - طالما كان قصد البيع متوافرًا عند الشراء - ولو لم يحصل البيع فعليًا سواء لسرقة الشيء أو تلفه أو لأن صاحبه قرر الاحتفاظ به ...

ويعد قصد البيع مسألة واقعية متروكة للسلطة التقديرية للقاضي وهو بشأنها لا يخضع لرقابة المحكمة العليا، ومن ثم يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات بما فيها القرائن ومختلف الملابسات والظروف التي صاحبت العملية (كمية البضاعة الكبيرة والمعتبرة التي تزيد عن معدل الاستهلاك الشخصي، صفة الشخص كونه تاجر ...)<sup>1</sup>.

كما يشترط كذلك أن يهدف الشخص، من وراء عملية الشراء من أجل إعادة البيع، إلى تحقيق الربح لأن التجارة تقوم أصلًا على المضاربة. والعبرة هنا كذلك أن تتوافر نية تحقيق الربح عند الشراء (وقت الشراء)، ولا يهم فيما بعد إن لم يتحقق الربح فعليًا، كما لو اقتضت الضرورة بيع البضاعة بسعر التكلفة أو حتى بالخسارة. أما إذا انتفت أصلًا نية تحقيق الربح عند الشراء فلا يعتبر العمل تجاريًا كما هو الشأن بالنسبة لعمل التعاونيات والتعاضديات التي تباع السلع لعمالها بسعر التكلفة<sup>2</sup>.

وتعد نية المضاربة هي الأخرى مسألة واقعية (موضوعية) متروكة للسلطة التقديرية للقاضي، وبالتالي فهو لا يخضع بشأنها لرقابة المحكمة العليا، ويتم إثباتها بكافة طرق الإثبات.

<sup>1</sup> نادية فضيل، المرجع السابق، ص 84.

<sup>2</sup> د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 67.

## الفرع 2: أعمال الوساطة التجارية:

وتتدرج هي الأخرى ضمن الأعمال التجارية المنفردة التي تكتسي الطابع التجاري ولو تمت لمرة واحدة. وقد نص عليها المشرع في المادة 13/2<sup>1</sup> و 14 من القانون التجاري، وتشمل ما يلي:

### 1/ الوكالة بعمولة (Le contrat de commission):

تقترب الوكالة بعمولة من عقد الوكالة العادية الذي نظمته المشرع بموجب المادة: 571 وما يليها من القانون المدني، غير أن الوكالة بعمولة تتميز بأن الوكيل فيها (Le commissionnaire) يتصرف لحساب الغير ولكن باسمه الشخصي، أو بمعنى آخر " فالوكيل بعمولة وسيط يتولى إبرام الصفقات بنفسه لمصلحة الموكل الذي كلفه بذلك. مما يعني أنه يقوم بالتعاقد مع الغير باسمه الشخصي "<sup>1</sup>. أما الوكيل في القانون المدني فيقوم بالعمل موضوع الوكالة باسم الموكل ولحسابه.

مع ضرورة الإشارة إلى أن هناك ما يسمى بعقد التمثيل التجاري (La représentation commerciale) بحيث يكون الممثل التجاري مجرد وكيل بسيط أو مستخدم بوكالة للمؤسسة التجارية التي يمثلها.

### 2/ السمسرة (Le courtage):

السمسار هو وسيط يقتصر دوره على مجرد تسهيل إبرام العقود وذلك من خلال العمل على تقريب المتعاقدين من بعضهما البعض. وعلى ذلك يختلف السمسار عن الوكيل بعمولة؛ فهو لا يتدخل ولا يشارك في إبرام العقد ولا ينوب أو يمثل أيًا من المتعاقدين، كما لا يكون مسؤولًا عن تنفيذ العقد لاحقًا ولا يتحمل مصاريف تلك العملية. وهذا العمل تجاري بالنسبة للسمسار (الوسيط) ولو قام به مرة واحدة طالما أنه يرمي من وراءه إلى تحقيق الربح.<sup>2</sup>

ولم يميز المشرع عندنا - بشأن عمل السمسار - بين الوساطة التي يكون موضوعها إبرام صفقات تجارية وتلك التي تهدف إلى تسهيل إتمام الصفقات المدنية، كما لم يفرق كذلك بين عمل السمسار المتعلقة ببيع أو شراء العقارات وبين عمله المنصب على المنقولات (كالمحلات التجارية والقيم المنقولة من أسهم وسندات)<sup>3</sup>.

كما يعد سمسارًا كذلك الشخص الذي يدير أعمال الفنانين والرياضيين ويشرف عليها.

<sup>1</sup> د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 77.

<sup>2</sup> وقد عرفت المحكمة العليا السمسار أو الوسيط من خلال قرارها الصادر بتاريخ: 1990/12/30 بمناسبة القضية رقم 67001 والمنشور في المجلة القضائية لسنة 1992 العدد الأول ص 75، بأنه: " كل شخص طبيعي أو اعتباري يحصل أو يحاول الحصول بصورة مباشرة أو غير مباشرة على مكافئة أو ميزة من أي نوع كانت عند تحضير أو تفاوض أو إبرام أو تنفيذ صفقة ". أنظر في ذلك: مبروك حسين: القانون التجاري الجزائري (النصوص التطبيقية والاجتهاد القضائي والنصوص المتممة)، الطبعة السادسة، الجزائر: دار هومة، 2008، ص 6.

<sup>3</sup> المادة 14/2 من القانون التجاري. و أنظر في نفس المعنى كذلك: نادية فضيل، المرجع السابق، ص 86، 87.

## المطلب 2: الأنشطة الصناعية:

ويمكن إجمالها فيما يلي:

### الفرع 1: مقاولات الإنتاج أو التحويل أو الإصلاح:

نص عليها المشرع في المادة 4/2 من القانون التجاري، حيث يعد النشاط الصناعي من قبيل النشاط التجاري حتى ولو اختلف مفهومهما من الناحية الاقتصادية، كما أن القضاء من جهته يفسر مصطلح الإنتاج تفسيراً واسعاً؛ وعلى ذلك تعد أعمالاً تجارية شريطة أن ترد على سبيل المقاول، عمليات الإنتاج من تصنيع وتركيب وتعليب وتغليف، وكذا عمليات التحويل التي ترد على المواد الأولية أو على السلع نصف المصنعة وغيرها، إضافة إلى عمليات الإصلاح<sup>1</sup>.

فكل هذه الأعمال تعتبر تجارية ولو لم يسبقها شراء لمواد الإنتاج، كزراعة مساحات كبيرة من قصب السكر وتحويله فيما بعد إلى سكر كمادة غذائية، أو زراعة الأرض بالزهور وتحويلها لاحقاً إلى عطور ...

أما نشاط الحرفيين (الخياط، الحلاق ...) فيخرج عن نطاق هذه المقاولات التجارية المذكورة أعلاه، لأن نشاط هؤلاء يهدف بالدرجة الأولى إلى بيع إنتاجهم ومهاراتهم الشخصية أكثر مما يهدف إلى المضاربة. أما إذا مارس هؤلاء الحرفيون نشاطهم في شكل مقاول أو مؤسسة (Entreprise) واعتمدوا على مجموعة من الوسائل المادية والبشرية وقصدوا المضاربة عليها، فإن عملهم يصبح حينها عملاً تجارياً.

### الفرع 2: مقاولات البناء أو الحفر أو تمهيد الأرض:

كرستها المادة 5/2 من القانون التجاري، مثالها أن يتعاقد صاحب الأرض مع مقاول لإنشاء مباني معينة (سكن، مدرسة، مستشفى ...) مع تعهد المقاول بتقديم مواد البناء والآلات والمعدات وكذا العمال ... مقابل مبلغ مالي محدد. فهذا النشاط يتم عادة في شكل مقاول (مؤسسة) - تتضافر فيها مجموعة من الوسائل المادية والبشرية قصد تحقيق عملية الإنتاج (البناء) أو تداول السلع أو تقديم الخدمات وذلك وفق خطة مسبقة - بحيث يضارب مقاول البناء على عمل الغير وعلى مختلف الوسائل المادية المستعملة في عملية الإنجاز. ولم تعد مقاولات البناء تقتصر فقط على إنشاء المباني قصد بيعها أو تأجيرها أو تلبية للحاجات الخاصة، وإنما أصبحت تشمل كذلك عمليات تجديد أو إعادة تأهيل أو إعادة هيكلة أو ترميم أو تدعيم البنايات، وكذا عمليات الهدم والحفر وتمهيد الأرض وسائر أعمال التهيئة العقارية (Aménagement d'immeuble)<sup>2</sup>. ناهيك طبعاً عن مقاولات الأشغال العمومية التي تقوم بشق الطرقات وتعبيدها، تشييد الجسور والسدود والأنفاق، بناء المطارات والموانئ وغيرها.

<sup>1</sup> د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 75، 76. - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 93.

<sup>2</sup> انظر المادة 4 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 1993/3/1 والمتعلق بالنشاط العقاري آنف الذكر الملغى، والتي حلت محلها المادتين 14 و 15 من القانون رقم 04/11 المؤرخ في 2011/2/17 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية المذكور سابقاً.

أما عمل المهندس المعماري الذي يتعهد بوضع الرسوم والنماذج الخاصة بالبناء فيعتبر كقاعدة عامة عملاً مدنيًا، إلا إذا كان هذا المهندس المعماري يمارس نشاطه في شكل مقاوله من خلال استخدامه لوسائل مادية وبشرية، ويشرف على متابعة تنفيذ المشاريع ويضارب على كل تلك الوسائل المستخدمة، فهنا يصبح عمله عملاً تجاريًا.

### الفرع 3: مقاولات استغلال المناجم ومقالع الحجارة ومنتجات الأرض الأخرى:

نص عليها المشرع في المادة 7/2 من القانون التجاري، وتضم مختلف الأنشطة الرامية إلى استخراج المعادن من سطح الأرض أو باطنها، ومختلف الثروات كالبترول والغاز والفحم، والحجارة كالرخام والحصى ... وغيرها من مواد البناء. فكل هذه الأعمال - الواردة على سبيل المقاوله - تعتبر تجارية بنص القانون، ولا يهم فيما بعد إن كان القائم بها (الأعمال) مالكًا لمصدر تلك الثروة أو لم يكن كذلك.

ويدخل في مجال مقاولات استغلال منتجات الأرض الأخرى الاستغلال الزراعي الذي يتم بزراعة الأرض قمحًا أو شعيرًا أو غيرهما، فكل ما يشترطه القانون في مثل هذه الأعمال هو:

- أن تتم في صورة مؤسسة أو مقاوله.
- أن يكون القصد من وراءها تحقيق الربح.

### المطلب 3: الأنشطة المتعلقة بتقديم الخدمات:

يقسم رجال الاقتصاد النشاط الاقتصادي إلى ثلاثة أنواع: الإنتاج، التوزيع (التجارة بمفهومها الضيق) وتقديم الخدمات. وقد أضفى المشرع صراحة الوصف التجاري على قطاع الخدمات - باستثناء خدمات أصحاب المهن الحرة<sup>1</sup> - من خلال المادة 6/2 من القانون التجاري، بل خص بالذكر بعض أنواع الخدمات نظرًا لشيوعها وكثرة انتشارها:

---

<sup>1</sup> استقر الفقه على أن ممارسة مهنة حرة لا يعد نشاطًا تجاريًا، ومع ذلك لم يتمكن الفقهاء من تقديم المبرر المقنع لذلك:

فجانب من الفقه يرى بأن القانون قد استثنى المهن الحرة ضمنيًا، لأن عملية الشراء من أجل البيع لا تنطبق على عمل أصحاب المهن الحرة، ذلك أن العمل الذي يقدمه هؤلاء هو إنتاج فكري وشخصي لم يسبق شراؤه. إلا أن هذا التبرير غير كافٍ؛ فهذا العمل وإن كان لا يقبل الوصف بأنه شراء بقصد إعادة البيع إلا أنه يمكن اعتباره توريد لخدمات معينة وهذا العمل يعتبر تجاريًا.

وجانب آخر من الفقه يرى بأن طبيعة العلاقة الخاصة بين طالب الخدمة وصاحب المهنة هي التي تمنع تكييف هذا العمل كنشاط تجاري، فهذه العلاقة تقوم على الاعتبار الشخصي أين يرتبط الزبائن بالشخص القائم بهذا النشاط ويثقون فيه، من دون أن يولون اهتمامًا لباقي العناصر المستخدمة، لذلك فإن مقابل هذه الخدمات ليس ثمنًا لها بل هو تشريف وتكريم لصاحب المهنة، ومن ثم لا يدخل في تقديره ثمن أو تكلفة الخدمة.

غير أن كل هذه المبررات فقدت مصداقيتها بمرور الزمن، بعد أن صار أصحاب المهن الحرة يستخدمون نفس التقنيات المتبعة في المشاريع الاقتصادية سواء من حيث التسيير والمحاسبة وغيرهما، وهو ما جعلها تقترب منها شيئًا فشيئًا.

ومهما قيل حتى الآن فالمهن الحرة مازالت تحافظ على طابعها المدني الذي بقي يفرض نفسه بقوة وذلك اعتمادًا على اعتبارات أساسها العرف، فالنشاط المهني الحر إذن هو أساسًا نشاط مدني، والعرف هو الذي يتولى تحديد قائمة المهن الحرة.



## الفرع 1: مقاولات تأجير المنقولات أو العقارات:

نصت عليها المادة 2/3 من القانون التجاري، واعتبرتها أعمالاً تجارية بشرط أن ترد على سبيل التكرار والتنظيم والاستمرار، ويكون الغرض منها تحقيق الربح. ومن أمثلتها: تأجير السيارات والدراجات لاسيما للسياح، تأجير أجهزة الإعلام الآلي ومختلف الأجهزة السمعية البصرية. وكذا تأجير الأراضي والمباني سواء للسكنى أو لغرض آخر.

## الفرع 2: مقاولات التوريد والخدمات:

كرسها المشرع بموجب المادة 2/6 من القانون التجاري، غير مصطلح التوريد (Fourniture) الذي استخدمه المشرع في صياغة هذه المادة غير كافٍ وغير دقيق؛ فالتوريد يعني كل عملية تسليم للمنتجات والخدمات، وهنا قد تصبح عملية التكليف القانوني صعبة للغاية إذا ما تعلق الأمر بتوريد الخدمات، لأن هذا العمل يتشابه كثيراً مع عمل مكاتب الأعمال (المادة 3/3 من القانون التجاري)، لدرجة أن آراء الفقهاء أصبحت متضاربة بشأن عمل وكالات الإشهار.

ومع ذلك فالراجح أن التوريد في هذه الحالة يتجسد في إيجار خدمات الغير لفائدة أشخاص آخرين لمدة محدودة. وعلى العموم تعد تجارية بنص القانون كل الأعمال والتعهدات التي يتم بمقتضاها تسليم سلع وخدمات بصورة دورية ومنتظمة خلال فترة زمنية معينة ولقاء أجر محدد، كتوريد المواد الغذائية والملابس إلى بعض المؤسسات وتوريد الماء والكهرباء والغاز، وتوريد الورق والحبر للصحف والهيئات الإدارية، وكذا توريد الخدمات من خلال استثمار الحمامات والفنادق والنوادي ... وغيرها.

ويرى الرأي الراجح في الفقه بأنه ليس من الضروري أن يسبق عملية التوريد شراء للأشياء الموردة، فالمهم أن تتم على وجه المقاول (المؤسسة)<sup>1</sup> وأن يهدف صاحبها من وراءها إلى المضاربة وتحقيق الربح.

## الفرع 3: مقاولات استغلال النقل والانتقال:

نصت عليها المادة 2/8 من القانون التجاري، وبذلك يعتبر المشرع مقاولات استغلال نقل البضائع والحيوانات وكذا انتقال الأشخاص، بشتى وسائل النقل البرية والبحرية<sup>2</sup> والجوية، أعمالاً تجارية إذا ما تمت في صورة مقاوله وكان الهدف من وراءها تحقيق الربح<sup>3</sup>.

وبالنسبة لمالك سيارة الأجرة فإذا كان لا يضارب على عمل الغير (أي يستغل النقل بصفة شخصية ويقود سيارته بنفسه) فإن عمله حينها لا يكون عملاً تجارياً لكونه مجرد حرفي وليس تاجراً.

<sup>1</sup> مع ضرورة الإشارة هنا إلى أن أعمال الوساطة هي في الأصل تدرج ضمن الأنشطة المتعلقة بتقديم الخدمات، إلا أن القانون اعتبرها من قبيل الأعمال التجارية المنفردة بحيث تحتفظ بطابعها التجاري ولو تمت لمرة واحدة فقط.

<sup>2</sup> تأكيد على النقل البحري (الرحلات البحرية) في الفقرة 20 من المادة 2 من القانون التجاري.

<sup>3</sup> د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 76، 77.

#### الفرع 4: مقاولات استغلال الملاهي العمومية أو الإنتاج الفكري:

كرسها المشرع بموجب المادة 2/9 من القانون التجاري، إلا أنه لم يبين لنا ما المقصود بالمهوى العمومي، فتدخل الفقه محاولاً تحديد مدلوله بقوله: الملاهي العمومية أو كما يسميها البعض المشاهد العامة (Spectacles publics) هي تلك الأماكن التي تهدف إلى تقديم التسلية والترفيه للجمهور مقابل أجر محدد، مثالها: المسارح ودور السينما والحفلات العامة (في القاعات أو في الهواء الطلق) الملاعب ومضامير سباق الخيل وصالات الموسيقى والرقص ومدن الملاهي والسيرك...<sup>1</sup> أو بمعنى أوسع شتى أنواع خدمات الترفيه المعروضة على الجمهور عن قرب أو عن بعد (لاسيما من خلال استغلال القنوات التلفزيونية).

ويشترط القانون في مثل هذه الأعمال أن ترد على شكل مقولة، أي أن يُمارس النشاط بشكل مستمر ومنتظم وأن تتم المضاربة فيه على عمل الغير، وعليه فتتظيم حفلة لمرة واحدة في مناسبة معينة لا يعتبر عملاً تجارياً لأنه تم بصفة منفردة، وكذا الشأن عند إقامة مباراة رياضية لتكريم أحد اللاعبين القدامى، فهذه المباراة وكل ما يتعلق بها من أنشطة تعتبر مدنية ولو جنا منظموها من وراءها أرباحاً طائلةً. وما قيل عن الملاهي العمومية يقال كذلك بمناسبة استغلال الإنتاج الفكري.

#### المطلب 4: الأنشطة المالية:

وتسمى كذلك ب: تجارة النقود (Commerce de l'argent)، وتتضمن هذه الأنشطة جميع العمليات التي يكون موضوعها هو النقد (Monnaie) أو القرض (Crédit). وقد استقر القضاء على أن الطابع التجاري لا يتم إضفاؤه على هذا النوع من العمليات إلا إذا اقترنت بنية تحقيق الربح. وتتمثل الأنشطة المالية عموماً فيما يلي:

#### الفرع 1: العمليات المصرفية (أعمال البنوك):

نص عليها المشرع في المادة 2/13<sup>17</sup> من القانون التجاري، وهي تلك الأنشطة التي تقوم بها البنوك عادة وهي متنوعة وكثيرة ويصعب حصرها، أهمها: إيداع النقود والأوراق المالية لاسيما من خلال فتح حسابات جارية واستلام الودائع من المدخرين لقاء فائدة معينة، إيجار الخزائن الحديدية ... تقديم القروض والائتمان كالا اعتماد المستندي وغيره، تحصيل الأوراق التجارية وخصمها ... وقد اعتبر المشرع جميع هذه العمليات أنشطة تجارية لتوافر عنصر الوساطة في تداول الثروات من جهة، وكذا عنصر المضاربة المتمثل في العمولة من جهة أخرى. كما أن القانون لم يشترط أن ترد هذه الأعمال على سبيل المقولة<sup>2</sup>، وذلك بالرغم من أن الواقع يؤكد بأن البنوك وسائر المؤسسات المالية الأخرى لا تمارس هذه العمليات بصورة منفردة وإنما بشكل دائم ومستمر ومنتظم أي من خلال مؤسسة (مقولة).

<sup>1</sup> د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 79. - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 99.

<sup>2</sup> نادية فضيل، المرجع السابق، ص 85. - د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 67.

## الفرع 2: عمليات الصرف:

كرستها هي الأخرى المادة 2/13<sup>1</sup> من القانون التجاري، ويقصد بالصرف مبادلة نقود من عملة ما بنقود من عملة أخرى، كتحويل عملة محلية (وطنية) بنقود أجنبية (عملة صعبة) أو العكس، أو نقود ذهبية بنقود فضية. وهي تقوم على طريقتين:

- إما عن طريق التسليم المباشر في ذات (نفس) المكان ويسمى حينها بـ: **الصرف المحلي أو اليدوي**.
  - وإما عن طريق تسليم النقود في مكان واستلام نقود أخرى في مكان آخر ويسمى الصرف حينئذ بـ: **الصرف المسحوب**. والاختلاف بينهما مبني على أساس المكان والفترة الزمنية بين الدفع والاستلام<sup>1</sup>.
- ويعتبر الصرف بشقيه (المحلي والمسحوب) عملاً تجارياً ولو وقع لمرة واحدة، شريطة أن يقصد من وراءه تحقيق الربح.

## الفرع 3: عمليات البورصة:

هناك نوعان من البورصة:

- بورصة القيم المنقولة (كالأسهم والسندات وغيرها).
  - بورصة البضائع والتي تتم فيها العمليات الخاصة بالمنتجات القاعدية والمواد الأولية.
- وتخضع عمليات البورصة لشروط السوق المنظمة (Marché réglementé)<sup>2</sup>، ويعد نظام بورصة البضائع نظاماً قديماً يعود إلى ما قبل صدور القانون التجاري الفرنسي، ورغم ذلك فقد غفل محرري هذا القانون عن الإشارة لهذا النشاط، وربما يعود ذلك إلى أن عمليات البورصة تنطبق عليها أحكام عملية الشراء من أجل إعادة البيع (المادة 2/1<sup>1</sup> من القانون التجاري)، أو لأن عمل الوسطاء في البورصة يقترب من عمل السماسرة والوكلاء بعمولة (المادة 2/13+14<sup>1</sup> من القانون التجاري) وهي أعمال تجارية كذلك.
- وقد استقر القضاء الفرنسي على أن عمليات البورصة لا تعتبر أعمالاً تجارية إلا إذا اقترنت بنية تحقيق الربح، كما اعتبر كذلك بأن عدد السندات المتداولة وكذا تنوعها يعتبران قرينة على توافر هذا الشرط (قصد أو نية تحقيق الربح).

<sup>1</sup> د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 68.

<sup>2</sup> أنظر على الخصوص: المرسوم التشريعي رقم 10/93 المؤرخ في 23 ماي 1993 يتعلق ببورصة القيم المنقولة الجريدة الرسمية لسنة 1993 العدد 34 الصادر بتاريخ: 1993/5/23، المعدل والمتمم بموجب: الأمر رقم 10/96 المؤرخ في 10 جانفي 1996 الجريدة الرسمية لسنة 1996 العدد 3 الصادر بتاريخ: 1996/1/14، والقانون رقم 04/03 المؤرخ في 17 فيفري 2003 الجريدة الرسمية لسنة 2003 العدد 11 الصادر بتاريخ: 2003/2/19 + استدراك الجريدة الرسمية لسنة 2003 العدد 32 الصادر بتاريخ: 2003/5/7.

## الفرع 4: مقاولات التأمين:

نصت عليها المادة 2/10<sup>18</sup> من القانون التجاري، والتأمين هو ذلك العقد الذي يتحصل بموجبه المؤمن له (المستفيد)، سواء كان هو نفسه المؤمن أو شخصاً آخر من الغير، في حالة تحقق خطر ما، على أداء أو مقابل يدفعه شخص ثالث هو المؤمن لديه (شركة التأمين) الذي يأخذ على عاتقه مجموعة من الأخطار مقابل أداء من المؤمن (قسط التأمين)<sup>1</sup>. فعملية التأمين إذن تقوم على فكرة توزيع الخسائر إذا ما تحقق الخطر سواء كان هذا الأخير حريقاً أو حادث مرور أو تصادم أو سرقة أو كارثة طبيعية (زلازل، فيضانات...)، بل وهناك حتى التأمين على الحياة.

وقد اعتبر المشرع مقاولات التأمين أعمالاً تجارية من دون أن يحدد نوع التأمين، سواء كان التأمين برياً أو جواً أو بحرياً، فالمهم في كل هذه الأنواع الثلاث هو أن يتم العمل في شكل مقولة (مؤسسة).

أما التأمين التعاوني كقيام مجموعة من المزارعين بإنشاء تعاونية لتعويض الخسائر الناجمة عن الأخطار الخاصة بنشاطهم، فلا يعتبر عملاً تجارياً لعدم وجود وسيط بينهم، أي انعدام الوسيط بين المؤمن والمؤمن له إضافة إلى عدم توافر قصد المضاربة. كما يعتبر التأمين الاجتماعي (الضمان الاجتماعي) عملاً مدنياً لأن الدولة هي التي تدير هذا النوع من التأمينات من دون أن تقصد من وراءه المضاربة وتحقيق الربح<sup>2</sup>. وعلى العموم تعتبر مقاولات التأمين أعمالاً تجارية دائماً من جهة المؤمن لديه (شركة التأمين)، أما من جهة المؤمن له فالعمل بالنسبة له يظل عملاً مدنياً ما لم يكن تاجراً وتعلق التأمين بشؤون تجارته أو حاجات متجره.

## المبحث الثاني: الأعمال التجارية بحسب الشكل

### (Les actes de commerce par la forme)

وهي تلك الأعمال التي اعترف لها المشرع بالصفة التجارية نظراً لأنها تتخذ شكلاً معيناً<sup>3</sup>، فهي بحسب الأصل لا تهدف إلى تحقيق الربح وإنما تستمد طابعها التجاري من خلال الأداة القانونية المستعملة. ومن الناحية العملية قام أنصار النظرية الموضوعية أنفسهم بإضافة الأعمال التجارية بحسب الشكل، فهي ليست أعمالاً تجارية بطبيعتها وإنما تعد تجارية بالنظر إلى الوسيلة المستعملة أو الأداة القانونية المستخدمة (Mécánisme juridique utilisé) بقصد الحصول على النتائج القانونية له.

<sup>1</sup> نادية فضيل، المرجع السابق، ص 100.

<sup>2</sup> المرجع نفسه.

<sup>3</sup> معيار الشكل " هو معيار حديث نسبياً، يستند إلى شكل التصرف، ولقد أطلق لتفسير تجارية بعض الأعمال المنصوص عليها قانوناً في كل من مصر وفرنسا،... فهذه لا تعتبر تجارية بأي من المعايير السابقة: المضاربة أو التداول أو المشروع. ولكنها تعد كذلك حسب رأي القائلين بهذا المعيار، لمجرد إفراغها في الإطار القانوني المحدد لها، أي الشكل ". أنظر: د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 90.

وقد كانت هذه الطائفة من الأعمال في السابق مقتصرة فقط على فئة التجار، غير أنه في الوقت الحالي أصبح كل الناس يتعاملون بتلك الوسيلة أو الأداة القانونية، وهو ما دفع بالمشرع إلى إضفاء الطابع التجاري عليها بغض النظر عن صفة الشخص القائم بها (سواء كان تاجرًا أو لم يكن كذلك)، وهذا بغية تحقيق المساواة بينهم من خلال معاملتهم معاملة واحدة.

وقد حددت المادة 3 من القانون التجاري الأعمال التجارية بحسب الشكل على النحو التالي:

### **المطلب 1: التعامل بالسفتجة أو الكمبيالة (La lettre de change):**

تعتبر السفتجة من أقدم الأوراق التجارية، وهي عبارة عن صك أو أمر مكتوب يأمر بموجبه شخص يسمى الساحب شخصًا آخر يسمى المسحوب عليه بدفع مبلغ نقدي معين في تاريخ محدد لإذن شخص ثالث يسمى المستفيد. وقد اعتبر المشرع - من خلال المادة 389 من القانون التجاري - التعامل بالسفتجة عملاً تجاريًا مطلقاً<sup>1</sup> وذلك بصرف النظر عن موضوعه (العمل الذي حررت من أجله السفتجة سواء كان عملاً مدنيًا أو تجاريًا)، وبغض النظر كذلك عن صفة الأشخاص الموقعين على السفتجة (سواء كانوا تاجرًا أم لا). وعلى ذلك يبقى التعامل بالسفتجة عملاً تجاريًا ولو حررت الورقة وفاءً لدين مدني بين أشخاص ليسوا تاجرًا، كالمزارع مثلاً الذي يسحب سفتجة على شخص مدني أخذ منه كمية من القمح، أو الطبيب الذي يسحب سفتجة على مريضه ... وقد حددت المادة 390 من القانون التجاري البيانات الواجب توافرها في السفتجة التي تشترط توافر علاقة ثلاثية بين: الساحب، المسحوب عليه والمستفيد.

وتعد السفتجة أداة ائتمان ووفاء، من صفاتها القابلية للتداول عن طريق التظهير أو التسليم إلى غاية تقديمها للمسحوب عليه للوفاء عند تاريخ الاستحقاق. كما تعد كذلك وسيلة سهلة وبسيطة للوفاء؛ لأنه باستحقاق السفتجة والوفاء بها ينقضي دينان: الأول وهو دين المسحوب عليه في مواجهة الساحب، والثاني وهو دين الساحب تجاه المستفيد.

### **المطلب 2: الشركات التجارية (Les sociétés commerciales):**

يقصد بالشركة عموماً اشتراك شخصين أو أكثر في استغلال مشروع اقتصادي بهدف تحقيق غرض معين، بحيث يتمتع ذلك المشروع بالاستقلال القانوني والمالي. وتعتبر الشركات التجارية عملاً تجاريًا بحسب الشكل بنص القانون، حيث جاء في المادة 544 من القانون التجاري ما يلي:

"يحدد الطابع التجاري لشركة إما بشكلها أو موضوعها.

تعد شركات التضامن وشركات التوصية والشركات ذات المسؤولية المحدودة، وشركات المساهمة، تجارية بحكم شكلها ومهما يكن موضوعها."

<sup>1</sup> أما السند لأمر (Billet à ordre) والشيك (Chèque) فلا يعد التعامل بهما عملاً تجاريًا بصفة مطلقة، بل يشترط في ذلك أن يتم بمناسبة عمل تجاري.

ويترتب على اعتبار الشركات التجارية عملاً تجارياً بحسب الشكل ما يلي:

1. أنها تكتسب تلقائياً صفة التاجر.
2. أن جميع الأعمال الخاصة بتأسيسها وإدارتها (تسييرها) وانقضاءها تعد أعمالاً تجارية ولو كان القائمون بها ليسوا تجاراً. أما العمليات الأخرى التي تتم بين الشركاء غير التجار (الذين لا يكتسبون صفة التاجر) والتي لا يكون لها تأثير على إدارة الشركة، فإنها تبقى أعمالاً مدنية كالتنازل عن الأسهم والحصص في الشركة وغيرها.

وعليه وبناءً على ما تقدم يتضح جلياً بأن المشرع توسع في إضفاء الطابع التجاري على الشركات لمجرد شكلها، وبغض النظر عن موضوعها (أي نشاطها) حتى ولو كان مدنياً بطبيعته، فمتى اتخذت الشركة شكلاً من الأشكال المنصوص عليها في المادة 544/2 من القانون التجاري اعتبرت بالنتيجة شركة تجارية.

### المطلب 3: وكالات ومكاتب الأعمال مهما كان هدفها

**(Les agences et bureaux d'affaires quel que soit leur objet)**

ويقصد بها تلك المكاتب التي تقدم خدمات للجمهور مقابل أجر معين أو قابل للتعين أو مقابل نسبة معينة من قيمة الصفقة التي تتوسط فيها، وتخرج عنها مكاتب أصحاب المهن الحرة. وعلى ذلك تتولى هذه الوكالات (Agences) القيام بإدارة شؤون وعمل الغير على سبيل التوكيل والإنابة، ولعقد التوكيل هذا مظاهر متنوعة ومتعددة أهمها: وكالة تحصيل الديون لفائدة الغير، استخراج الرخص وشهادات الاختراع، وكالات التمثيل أمام المحاكم ومختلف الجهات القضائية الأخرى، وكالات تسيير الأوعية العقارية، وكالات السفر والسياحة، وكالات الأنباء والإشهار ... وقد اعتبر القانون الفرنسي والمصري واللبناني هذا العمل تجارياً بحسب الموضوع شريطة أن يتم على سبيل المقابلة<sup>1</sup> (ربما لاقترابه من أعمال الوساطة كالوكالة بعمولة والسمسرة). أما المشرع عندنا - وكما سبق القول - فقد صنف أعمال الوكالة بعمولة والسمسرة أعمالاً تجارية منفردة، أي ضمن الأعمال التجارية بحسب الموضوع. أما عمل الوكالات ومكاتب الأعمال فاعتبرها أعمالاً تجارية بحسب الشكل.

ويعتقد البعض بأن هذه الوكالات ومكاتب الأعمال هي عبارة عن بيع للخدمات والجهود التي يبذلها صاحب الوكالة أو مستخدميه بقصد تحقيق الربح، بمعنى أن نشاط هذه المكاتب لا يتعلق بتداول الثروات. وعليه فهي تكتسب الصفة التجارية بسبب الشكل أو التنظيم الذي تمارس به أعمالها حتى ولو كانت الخدمة (أو العمل) مدنية بطبيعتها. مع الإشارة إلى أن المشرع عندنا اعتبر تقديم الخدمات عملاً تجارياً بحسب الموضوع إذا تم على سبيل المقابلة عملاً بأحكام المادة 2/6 من القانون التجاري.

<sup>1</sup> د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 83.

ومهما يكن فقد راعى المشرع تعامل هذه المكاتب مع الأفراد وضرورة حمايتهم، لذلك أفضى عليها الطابع التجاري حتى يُسهَّل للأفراد إثبات معاملاتهم معها، وكذا من أجل إخضاع هذه المكاتب لنظام القانون التجاري الصارم لاسيما أحكامه المتعلقة بمسك الدفاتر التجارية والإفلاس<sup>1</sup>.

#### **المطلب 4: العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية (Les opérations sur fonds de commerce)**

أي تلك العمليات الواردة على المحل التجاري كمنقول معنوي (كما سنرى لاحقاً)، سواء تعلق الأمر بالبيع أو الإيجار أو الرهن أو تقديمه كحصة في شركة. وقد ثار جدل كبير بين الفقهاء حول طبيعة عملية بيع أو شراء المحل التجاري أو أحد عناصره وذلك بالنظر إلى صفة المشتري؛ فإن كان هذا الأخير ليس تاجرًا ولكنه ينوي الاشتغال بالتجارة، فقد ذهب رأي إلى اعتبار العمل حينها تجاريًا بالنسبة له على أساس أن هذا الشراء للمحل التجاري يعتبر أول عمل يقوم به الشخص في شؤون تجارته التي ينوي القيام بها. ورأي آخر يعتقد أن ذلك العمل يعد بالنسبة إليه عملاً مدنيًا لأنه لم يكتسب بعد صفة التاجر.

كما استقر جانب من الفقه على أن بيع أو شراء المحل التجاري يعتبر عملاً تجاريًا بالتبعية، إلا أنه في حالة انتقال المحل التجاري إلى الورثة أو أي أشخاص آخرين ليس لهم الحق في اكتساب صفة التاجر، وقاموا ببيعه فالبيع حينها يعتبر عملاً مدنيًا على أساس أنه يندرج ضمن تصفية تركة الهالك. وكذا الشأن بالنسبة لشراء المحل التجاري من أجل هبته فهو عمل مدني كذلك.

غير أن المشرع عندنا - وحسباً لكل خلاف - اعتبر كل العمليات الواردة على المحلات التجارية أعمالاً تجاريةً بحسب الشكل (فهي لا تعد تجاريةً لا بطبيعتها ولا بالتبعية)، بغض النظر عن صفة أطرافها<sup>2</sup>، (سواء كان المتصرف شخصاً مدنيًا أو تاجرًا، وسواء كان المتصرف إليه شخصاً مدنيًا أو تاجرًا). مثال ذلك: بيع الورثة محل مورثهم وهم موظفون عموميون، فالعمل (البيع) بالنسبة لهم يعد عملاً تجاريًا.

#### **المطلب 5: العقود المتعلقة بالتجارة البحرية والجوية**

**:(Tout contrat concernant le commerce par mer et par air)**

قبل صدور الأمر رقم 27/96 المؤرخ في 1996/12/9 المعدل والمتمم للقانون التجاري، كانت العقود المتعلقة بكل من التجارة البحرية والجوية تعتبر أعمالاً تجاريةً بحسب الشكل (مع ملاحظة أن كلاً من التقنين الفرنسي والمصري يعتبران كافة العمليات - بما فيها العقود - المتعلقة بالتجارة البحرية والجوية أعمالاً تجاريةً بحسب الشكل)، وتشمل هذه العقود عقود صنع وإنشاء السفن والطائرات وكذا عقود بيعها وشراءها وتمويل اقتناءها (البيع الإيجاري Leasing)، وتأجيرها ...

<sup>1</sup> نادية فضيل، المرجع السابق، ص 133. - د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 83.

<sup>2</sup> نادية فضيل، المرجع السابق، ص 135.



أما بعد صدور الأمر رقم 27/96 آنف الذكر فالراجح أن عقود التجارة البحرية أصبحت تعد أعمالاً تجارية بحسب الموضوع، لاسيما مقاولات صنع أو شراء أو بيع السفن، شراء وبيع عتاد ومؤن السفن، كل تأجير أو اقتراض أو قرض بحري بالمغامرة، عقود التأمين المتعلقة بالتجارة البحرية وبصفة عامة كل الرحلات البحرية (عقود النقل البحري)<sup>1</sup>. ومن ثم فالأمر 27/96 المذكور أعلاه ألغى ضمناً<sup>2</sup> جزءاً من الفقرة 5 من المادة الثالثة من القانون التجاري، بحيث نظم من جديد مسألة العقود المتعلقة بالتجارة البحرية واعتبرها - كما سبق القول - أعمالاً تجارية بحسب الموضوع بدل أن كانت أعمالاً تجارية بحسب الشكل، وأبقى على عقود التجارة الجوية كأعمال تجارية بحسب الشكل.

### المبحث الثالث: الأعمال التجارية بالتبعية

#### (Les actes de commerce subjectifs par accessoire)

نص عليها المشرع في المادة 4 من القانون التجاري بقوله: "يعد عملاً تجارياً بالتبعية:

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

2. الالتزامات بين التجار".

وسوف نتناول هذه الفئة من الأعمال التجارية من خلال نقطتين أساسيتين، نخصص الأولى للأساس المعتمد في نظرية الأعمال التجارية بالتبعية (المطلب 1)، ونوضح في الثانية أهم تطبيقاتها العملية (المطلب 2):

#### المطلب 1: الأساس النظري لتجارية الأعمال بالتبعية

الأكيد هو أن الأعمال التي يقوم بها التاجر ليست كلها أعمالاً تجارية، فالتاجر باعتباره فرداً مثل باقي أفراد المجتمع قد يمارس أعمالاً مدنية بطبيعتها، ولكن إذا كانت هذه الأخيرة تعتبر في ذات الوقت ضرورية لممارسة تجارته، فهل نعاملها تبعاً لطبيعتها ونخضعها بالنتيجة لأحكام القانون المدني، أم نضفي عليها الطابع التجاري لتخضع بذلك لأحكام القانون التجاري؟

للإجابة عن هذا السؤال ظهرت نظرية الأعمال التجارية بالتبعية والتي مفادها بأن الأعمال التي يقوم بها التاجر، والتي لا تندرج ضمن قائمة الأعمال التجارية الواردة في المادتين 2 و 3 من القانون التجاري، يجب أن تخضع للقانون التجاري طالما كانت متعلقة بشؤون تجارته أو حاجات متجره، وهذا تأسيساً على قاعدة أو مبدأ: "الفرع يتبع الأصل في الأحكام القانونية"؛ فهذه القاعدة المنطقية والعملية في نفس الوقت هي التي اعتمدها المشرع - من خلال المادة 4 المذكورة أعلاه - من أجل إضفاء الطابع التجاري على أعمال مدنية بطبيعتها لمجرد أنها صدرت عن التاجر بمناسبة تجارته أو تلبية لحاجات محله التجاري، وهي متعددة ومتنوعة مثالها:

<sup>1</sup> المادة 2 الفقرات من 15 إلى 20 من القانون التجاري (خصوصاً الفقرة 18 التي تتكلم عن: كل عقود التأمين والعقود الأخرى المتعلقة بالتجارة البحرية).  
<sup>2</sup> حيث جاء في المادة 3/2 من القانون المدني ما يلي: "وقد يكون الإلغاء ضمناً إذا تضمن القانون الجديد نصاً يتعارض مع نص القانون القديم، أو نظم من جديد موضوعاً سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم".

كأن يقوم التاجر مثلاً باستئجار عقار لتخزين بضاعته، أو تزويد محله بالكهرباء والغاز والماء، أو شراء الطعام واللباس لعماله وأجراءه، أو اقتناء معدات وآلات وتجهيزات لمحله التجاري ... ، وهذا من أجل توحيد النظام القانوني لأعمال التاجر من جهة، ولسد العجز والقصور في التعداد القانوني للأعمال التجارية الوارد في المادتين 2 و 3 من القانون التجاري على سبيل المثال لا على سبيل الحصر - كما رأينا سابقاً - من جهة أخرى.

وعليه فلا اعتبار العمل تجارياً بالتبعية لابد من توافر شرطين أساسيين:

- توافر صفة التاجر في الشخص القائم بالعمل المدني وقت إتيانه، وبإلزامه ويرى البعض إمكانية تطبيق نظرية التبعية على الأعمال التحضيرية الممهدة لاحتراق التجارة واكتساب صفة التاجر بالنتيجة.
- أن يكون هذا العمل مرتبطاً بالتجارة أو حاجات المتجر أو ناشئاً عن الالتزامات بين التجار، لا أن يكون متعلقاً بالحياة الخاصة والعائلية للتاجر<sup>1</sup>.

والمقصود بلفظ " الأعمال " الوارد في نص المادة 4 من القانون التجاري ليس فقط التصرفات القانونية (Les actes juridiques) التي تصدر عن الإرادة الحرة للشخص، بل تضاف إليها كذلك الأعمال المادية أو الوقائع (Les faits juridiques) التي تصدر عن التاجر أو أحد مستخدمييه (أو يتسبب فيها) والتي يترتب عليها المشرع آثاراً قانونية، كالفعل الضار مثلاً الموجب للمسؤولية.

وفيما يتعلق بإثبات تجارية الأعمال بالتبعية، فالأصل أو القاعدة هي أن "البينة على من ادعى"، ومن ثم فعلى الإثبات يقع على عاتق المدعي الذي يزعم بأن عملاً ما هو عمل تجاري بالتبعية، بحيث يلتزم بإقامة الدليل على أن الشخص الذي صدر عنه العمل تاجرًا، وأن ذلك العمل متعلق بممارسة تجارته، وللمدعي أن يثبت ادعاءه بكافة طرق الإثبات، وذلك لتعلق الأمر هنا بوقائع مادية.

غير أنه ونظرًا لصعوبة إثبات شرط ارتباط هذا العمل المدني بشؤون التجارة كونه يتعلق بالقصد أو النية باعتبارهما مسائل داخلية، فقد أقام القضاء الفرنسي بهذا الشأن قرينة بسيطة (تقبل إثبات العكس) من أجل تخفيف عبء الإثبات، مفادها اعتبار كل الأعمال التي يمارسها التاجر أعمالاً تجاريةً بالتبعية لكونها متعلقة بتجارته إلى أن يقوم الدليل على عكس ذلك<sup>2</sup>.

## المطلب 2: أهم التطبيقات العملية لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية

وتتمثل فيما يلي:

<sup>1</sup> د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 91، 92. - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 115.

<sup>2</sup> د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 93.

## 1/ العقود أو التصرفات القانونية:

القاعدة أن جميع العقود التي يبرمها التاجر، سواء مع تاجر آخر أو مع شخص مدني، تلبية لحاجات متجره أو كانت متعلقة بممارسة تجارته تعد أعمالاً تجارية بالتبعية، سواء كانت بيعاً أو إيجاراً أو قرضاً أو عقد نقل أو تأمين أو توريد وغيرها، فالمهم في كل ذلك أن تكون العملية مرتبطة بالاستغلال التجاري. مثال ذلك شراء تاجر أثاثاً ومعدات خاصة بمتجره من تاجر آخر، إيجار محل (Local) مملوك لشخص مدني وذلك بغرض تخزين البضاعة، إبرام عقد إعلان أو إشهار لترويج البضاعة، فتح حساب جاري لدى مصرف معين، إبرام عقد تأمين على محله التجاري من خطر السرقة أو الحريق...<sup>1</sup>

غير أنه ومن باب الاستثناء هناك البعض من العقود التي يبرمها التاجر لحاجات متجره أو تكون متعلقة بتجارته وبالرغم من ذلك فإنها لا تخضع للقواعد العامة المتعلقة بالأعمال التجارية، بل تخضع لنظام خاص يتضمن قواعد آمرة تشكل في مجملها خروجاً عن القواعد العامة آنفة الذكر (Contrats commerciaux relevant d'un statut spécial)، مثال ذلك: عقود العمل التي تربط التاجر بمستخدميه (عماله أو أجراءه)، حيث يرى البعض من الفقهاء بأنه لا يجب أن تخضع هذه العقود لأحكام القانون التجاري، ولكن الرأي الراجح في الفقه يذهب إلى القول بأنه وزيادة على القواعد الخاصة التي تحكم عقود العمل، فإنه من الأفضل أن يخضع للقانون التجاري وذلك تحقيقاً للعديد من المزايا لفائدة العامل أو الأجير، لاسيما النظام الصارم للإفلاس الذي يطبق على رب العمل (التاجر) لمجرد توقفه عن الدفع، وهذا إعمالاً لقاعدة " القانون الأصلح للعامل ". وفي كل الأحوال فعقد العمل بهذا الشكل يعد عملاً تجارياً مختلطاً؛ فهو عمل تجاري بالتبعية بالنسبة للتاجر، وعمل مدني من جانب العامل الأجير.

## 2/ الالتزامات الناشئة عن المسؤولية التقصيرية:

زيادة على الالتزامات التعاقدية آنفة الذكر، تعد الالتزامات غير التعاقدية وفي مقدمتها تلك الناشئة عن المسؤولية التقصيرية أعمالاً تجارية بالتبعية شريطة أن تتحقق بمناسبة مباشرة التجارة، ومرد ذلك أن لفظ " الالتزامات " الوارد في المادة 4 من القانون التجاري جاء عاماً ومطلقاً ومن غير تحديد. وعلى ذلك استقر القضاء - بعد تردد طويل - على أن الأفعال الصادرة عن التاجر ذاته أو عن أحد مستخدميهِ (عماله) أثناء تأديتهم لعملهم أو بسببه، والتي تسبب ضرراً للغير تعتبر أعمالاً تجارية بالتبعية، بمعنى أن الالتزام بجبر الأضرار الناجمة عن تلك الأفعال يعد التزاماً تجارياً. وقد تم تطبيق هذا الحل بمناسبة أعمال المنافسة غير المشروعة (Les actes de concurrence déloyale) لاسيما عند إقدام التاجر على استخدام وسائل

<sup>1</sup> د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 97. - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 118.

منافية للقانون أو الشرف أو العرف بقصد التأثير على العملاء واجتذابهم، كانتحال اسم تجاري لتاجر آخر أو تقليد علامته التجارية أو تشويه سمعته التجارية عن طريق التقليل مثلاً أو التشكيك في جودة منتجاته...<sup>1</sup>.

### 3/ الالتزامات التي مصدرها القانون:

كالضرائب والرسوم المستحقة لخزينة الدولة نظير ممارسة التجارة وكذا اشتراكات الضمان الاجتماعي والتقاعد. وقد اختلف الفقهاء بخصوص الديون الضريبية إلا أن الراجح أنها لا تعد أعمالاً تجارية بالتبعية، فهي إذن تحافظ على طابعها المدني لأن الالتزام بدفع الضرائب التزام مفروض على جميع المواطنين ولا علاقة له بمهنتهم.

أما فيما يخص اشتراكات الضمان الاجتماعي فالراجح أنها تعتبر ديوناً تجارية أي أعمالاً تجارية بالتبعية، لأنها ترتبط بنشاط التاجر وتختلف باختلاف المداخل (بالنسبة للأجراء وغير الأجراء).

### الأعمال التجارية المختلطة:

كما سبق وأن قلنا فالأعمال التجارية - وعلى عكس الأعمال المدنية - تخضع لنظام قانوني خاص مبني على مجموعة من الاعتبارات كالسرعة والثقة والائتمان والصرامة في تنفيذ الالتزامات، وهذا الاختلاف في التنظيم القانوني من شأنه أن يولد مجموعة من الصعوبات العملية وذلك في حالة ما إذا كان العمل الواحد تجارياً بالنسبة لطرف ومدنياً بالنسبة للطرف الثاني، لاسيما إذا تعامل تاجر مع شخص آخر ليس بتاجر.

من أجل ذلك سارع الفقه إلى اقتراح حل عملي لتلك الصعوبات يتم بموجبه القيام بـ: **التطبيق التوزيعي (التطبيق المزدوج)** لكل من قواعد القانون التجاري وقواعد القانون المدني (Application distributive des règles commerciales et des règles civiles)، بحيث يخضع التاجر الذي يعد العمل بالنسبة له تجارياً لأحكام القانون التجاري، أما الطرف المدني الذي تعامل معه فتطبق عليه قواعد القانون المدني.

وعلى ذلك فالأعمال التجارية المختلطة (Mixtes) ليست طائفة جديدة من الأعمال التجارية، وإنما هي تلك الأعمال التي تكون تجارية بالنسبة لأحد الطرفين ومدنية بالنسبة للطرف الآخر، لاسيما الأعمال التي تقوم بين شخص تاجر وشخص ليس بتاجر، مثالها:

- قيام المزارع ببيع محصوله الزراعي لتاجر مواد غذائية أو لشخص آخر بقصد إعادة بيعه.
- عقد النقل المبرم بين المسافرين ومقاول النقل (صاحب مؤسسة النقل).
- قيام موظف عام بشراء أثاث منزله من عند تاجر... إلخ.

<sup>1</sup> د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 99، 100. - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 120، 121.

ولتحديد ما إذا كان العمل تجاريًا أو مدنيًا فالعبرة بطبيعة العمل في حد ذاته وليس بصفة الشخص القائم به<sup>1</sup>، بمعنى أنه لا يشترط في العمل المختلط أن يكون أحد طرفيه بالضرورة تاجرًا (خاصة إذا كنا بصدد ما يعرف بالأعمال التجارية المنفردة).

وعلى العموم فقد أجمع الفقهاء - بمناسبة العمل التجاري المختلط - على اعتماد نظام مزدوج يتم بموجبه تطبيق أحكام القانون التجاري على الطرف الذي يكون العمل بالنسبة له تجاريًا، وقواعد القانون المدني على الطرف الذي يعد العمل بالنسبة له عملًا مدنيًا، وتبرز أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق من نواحٍ عدة أهمها:

## 1/ الاختصاص القضائي:

عندما يتعلق الأمر بالعمل التجاري المختلط فإن التساؤل الذي يطرح نفسه بقوة عندما نكون في دولة تتبنى النظام القضائي المتخصص هو الآتي: ما هي المحكمة المختصة بنظر أي نزاع يثار بشأن العمل التجاري المختلط، هل هي المحكمة المدنية (القسم المدني) أم المحكمة التجارية (القسم التجاري)؟

الثابت فقه وقانونًا أن الاختصاص يتقرر تبعًا لما إذا كان موضوع النزاع (الحق المدعى به) يعد عملًا تجاريًا أو عملًا مدنيًا بالنسبة للمدعى عليه تطبيقًا للمبدأ المعروف " الدين مطلوب وليس محمول "؛ وعليه وبمناسبة قيام مزارع مثلاً ببيع محصوله لتاجر ليقوم بدوره بإعادة بيعه، فإن ثار نزاع بينهما بشأن قبض الثمن وكان التاجر مدعى عليه فإنه يجوز للمزارع أن يرفع دعواه إما أمام المحكمة المدنية (القسم المدني) باعتبارها صاحبة الولاية العامة، وإما أمام المحكمة التجارية (القسم التجاري) باعتبارها الجهة المختصة بنظر منازعات التجار المتعلقة بشؤون تجارتهم، وهذا الخيار مبني على تمكين الطرف المدني المدعي من تجنب الوقوف أمام قضاء لم يألّفه. أما إذا كان التاجر هو المدعي والمزارع مدعى عليه، فإنه يتعين حينها رفع الدعوى وجوبًا أمام المحكمة المدنية (القسم المدني)<sup>2</sup>.

هذا بالنسبة للاختصاص القضائي، أما بالنسبة للقانون الموضوعي الواجب التطبيق من قبل الجهة القضائية المختصة، فكما سبق القول يقوم القاضي **بالتطبيق التوزيعي** لكل من قواعد القانون المدني وقواعد القانون التجاري، بمعنى يطبق القانون التجاري على الجوانب التجارية للنزاع وقواعد القانون المدني على جوانبه المدنية.

<sup>1</sup> د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 110، 111. - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 143، 144.

<sup>2</sup> نادية فضيل، المرجع السابق، ص 144، 145. - د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 111.

## 2/ الإثبات:

تتبع وسائل الإثبات التجارية عندما يكون المدعى عليه بالحق هو الطرف الذي يعتبر العمل بالنسبة له تجاريًا (كالمزارع في مواجهة التاجر الذي اشترى محصوله الزراعي في المثال السابق)، وتطبق قواعد الإثبات المدنية عندما يكون المدعى عليه بالحق هو الطرف الذي يعتبر العمل بالنسبة له مدنيًا.

وكما سبق القول فالقاعدة هي " حرية الإثبات " في المواد التجارية؛ بمعنى يجوز إثبات الأعمال التجارية بكافة طرق الإثبات بما في ذلك البيئة والقرائن وذلك مهما كانت قيمة الالتزام التجاري المراد إثباته، إلا ما استثنى بنص. أما النظام المعتمد في القانون المدني بمناسبة الأعمال المدنية فهو " الإثبات المقيد "؛ بمعنى أن القانون حدد طرق الإثبات التي يتعين على القاضي الأخذ بها، كما حدد قيمة كل دليل في الإثبات، ومن ثم وجب التقيد بالدليل الذي اشترطه القانون.

وعلى ذلك " فالمستفيد الحقيقي من هذا الاختلاف هو الطرف المدني، بحيث يستطيع أن يثبت حقه في مواجهة خصمه الذي يعد العمل بالنسبة إليه تجاريًا، بكافة طرق الإثبات مهما كانت قيمة الحق المطالب به. في حين أنه لا يجوز الإثبات في مواجهة من يعتبر الحق بالنسبة إليه من طبيعة مدنية إلا بالكتابة، متى تجاوزت قيمة الالتزام 100.000 دج أو كان غير محدد القيمة.

ومثل هذا النظام المزدوج للإثبات في الأعمال التجارية المختلطة، من شأنه عرقلة الائتمان لاسيما في علاقة التجار مع عملاءهم من جمهور المستهلكين. لذلك أجاز القضاء للتاجر الإثبات ضد عميله بكافة طرق الإثبات بما فيها البيئة والقرائن، كلما وجد مانع أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي. واعتبر من قبيل المانع الأدبي ما جرت به العادة في بعض المهن من عدم الحصول على دليل كتابي من العملاء<sup>1</sup>.

والملاحظ هنا أنه لا يشترط وجود تلازم بين المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى والقانون الواجب التطبيق؛ فإذا رفعت الدعوى أمام المحكمة التجارية (القسم التجاري) مثلاً فإنه يتعين عليها تطبيق قواعد القانون المدني (لاسيما تلك المتعلقة بالإثبات) على الطرف الذي يعتبر العمل بالنسبة له مدنيًا، وكذا الشأن إذا رفعت الدعوى أمام المحكمة المدنية (القسم المدني) إذ يجب على القاضي تطبيق أحكام القانون التجاري على الطرف الذي يكون العمل بالنسبة له تجاريًا.

<sup>1</sup> نادية فضيل، المرجع السابق، ص 145، 146.

## الفصل الثاني: نظرية التاجر

عرفت المادة الأولى من القانون التجاري التاجر بقولها: "يعد تاجرًا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملاً تجاريًا ويتخذ مهنة معتادة له، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك"<sup>1</sup>.

ويكتسي هذا التعريف أهمية كبيرة إذ بواسطته يتسنى لنا التمييز بين الشخص التاجر وغير التاجر، كما يمكننا على أساسه تحديد النظام القانوني الذي يخضع له كل منهما. وعلى ذلك سنتساءل في نقطة أولى عن الشروط الواجب توافرها لاكتساب صفة التاجر، لنتناول في نقطة ثانية الآثار القانونية المترتبة عن اكتساب هذه الصفة، لاسيما الالتزامات المهنية للتاجر.

### المبحث الأول: شروط اكتساب صفة التاجر

تخضع مزاولة النشاط التجاري (التجارة) لمبدأ عام ومهم كرسه الدستور وهو: "حرية التجارة والصناعة" (Liberté du commerce et de l'industrie)<sup>2</sup>، والذي أصبح يعرف فيما بعد بـ: "حرية الاستثمار والتجارة" (Liberté d'investissement et de commerce)<sup>3</sup>، ليصطلح عليه حاليًا بعبارة "حرية التجارة والاستثمار والمقاولات" (La liberté du commerce, de l'investissement et d'entreprendre)<sup>4</sup>. ومعنى ذلك أنه لا يشترط - كقاعدة عامة - من أجل ممارسة التجارة ضرورة الحصول مسبقًا على ترخيص من الإدارة أو حيازة تأهيل علمي معين، لأن التجارة ببساطة ليست حكرًا على فئة معينة من الأشخاص، هذا من جهة. ومن جهة أخرى فحرية المنافسة هي التي تتكفل بتتقية عالم التجارة وتطهيره من بعض التجار ذوي الكفاءات المحدودة، وهي التي تمنع البعض الآخر من الانضمام إلى قطاع تجاري ما لأنه مشبع أو مزدحم، أو لأن هؤلاء الأشخاص يفتقرون للمهارة اللازمة لاجتذاب الزبائن والمحافظة عليهم.

<sup>1</sup> وفي نفس السياق أكدت المحكمة العليا من خلال قرارها الصادر بتاريخ: 1987/1/3 بمناسبة القضية رقم 41272 والمنشور في المجلة القضائية لسنة 1991 العدد 3 ص 81، على أنه: "يعد تاجرًا ويخضع للقانون التجاري كل من يملك محلًا تجاريًا ومسجل في السجل التجاري ويمارس أعماله التجارية على سبيل الاعتياد". أنظر في ذلك: مبروك حسين، المرجع السابق، ص 4.

كما عرف الأستاذ: حسين النوري التاجر بقوله: "التاجر هو كل فرد يمارس الأعمال التجارية على وجه الاحتراف باسمه ولحسابه، وتتوفر لديه الأهلية التجارية" وإن كان ما يؤخذ على هذا التعريف هو لفظ "فرد" الذي لا ينطبق إلا على الشخص الطبيعي دون الشخص الاعتباري. أنظر في ذلك: نادية فضيل، المرجع السابق، ص 151.

<sup>2</sup> حيث نصت المادة 37 من دستور 1996 (الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996 المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، ج.ر لسنة 1996، العدد 76 الصادر بتاريخ: 1996/12/8) على ما يلي: "حرية التجارة والصناعة مضمونة، وتمارس في إطار القانون".

<sup>3</sup> حيث جاء في المادة 43 من دستور 2016 (الصادر بموجب القانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، ج.ر لسنة 2016، العدد 14 الصادر بتاريخ: 2016/3/7) ما يلي: "حرية الاستثمار والتجارة معترف بها، وتمارس في إطار القانون".

تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال، وتشجع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية.

تكفل الدولة ضبط السوق. ويحمي القانون حقوق المستهلكين.

يمنع القانون الاحتكار والمنافسة غير النزيهة.

<sup>4</sup> حيث جاء في المادة 61 من دستور 2020 الحالي (الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 442/20 المؤرخ في 2020/12/30 المتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، الجريدة الرسمية لسنة 2020 العدد 82 الصادر بتاريخ: 2020/12/30) ما يلي:

"حرية التجارة والاستثمار والمقاولات مضمونة، وتمارس في إطار القانون".



ويترتب عن هذا المبدأ العام نتيجة هامة مفادها أن اكتساب الشخص صفة التاجر مسألة لا يرد عليها قيد، وهذا ما يستشف من نص المادة الأولى من القانون التجاري التي لم تشترط لهذا الغرض سوى احترام التجارة واتخاذها مهنة معتادة.

غير أنه من الناحية العملية ظهرت الحاجة إلى وضع بعض القيود أو الشروط منها ما يرمي إلى حماية مصالح الشخص نفسه الذي يريد امتحان التجارة (شرط الأهلية)، ومنها ما يهدف إلى حماية المصلحة العامة لاسيما من خلال فرض قيود ذات طبيعة تنظيمية بحتة بشأن بعض الأنشطة التجارية المهمة، أو من خلال تطهير عالم التجارة من بعض الأشخاص بسبب الشك في مدى نزاهتهم أو نظراً لوجودهم في حالة من حالات التعارض والتنافي<sup>1</sup>.

وعلى العموم يجمع الفقه<sup>2</sup> على أن اكتساب صفة التاجر يستلزم بالضرورة توافر شرطين أساسيين هما:

- الشرط 1: أن يكون النشاط ذو طابع تجاري ويمارس في شكل حرفة (احتراف الأعمال التجارية).

- الشرط 2: أن يكون الشخص أهلاً لمباشرة التجارة (الأهلية التجارية).

وعلى ذلك سنفرد لكل واحد من هذين الشرطين مطلباً بأكمله:

### المطلب 1: احتراف الأعمال التجارية<sup>3</sup>

وهو ما يعرف بضرورة ممارسة النشاط التجاري على سبيل الاعتياد بقصد الامتحان (L'exercice habituel et professionnel)، حيث ساد الاعتقاد منذ القديم على أن التاجر ملزم بممارسة الأعمال التجارية على سبيل الاعتياد وبشكل مستمر ومنتظم، لأن قيام الشخص بعمل تجاري ما بشكل معزول أو على مراحل وفترات متقطعة لا يكفي لمنحه صفة التاجر.

ويقصد بالاحتراف عموماً توجيه النشاط الإنساني - بصفة منتظمة ومستمرة - لمزاولة عمل معين وذلك بقصد اتخاذه مهنة لإشباع حاجاته<sup>4</sup> (كما هو الحال مثلاً بالنسبة للاعبي كرة القدم المحترفين مقارنة بالهواة). أما الاحتراف في عالم التجارة فمعناه توجيه الشخص لنشاطه - بشكل مستمر ومنتظم - نحو القيام بالأعمال التجارية وذلك بهدف تحقيق الربح.

---

<sup>1</sup> أنظر في ذلك المواد: 8، 9، 24 و 25 من القانون رقم 08/04 المؤرخ في 14 أوت 2004 والمتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية المعدل والمتمم آنف الذكر.

<sup>2</sup> د/ محمد فريد العويني + د/ هاني دويدار، مبادئ القانون التجاري والبحري، المرجع السابق، ص 94.

<sup>3</sup> لا تخضع لهذا الشرط - من أجل اكتساب صفة التاجر - الشركات التي تتخذ شكلاً من الأشكال المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة 544 من القانون التجاري (وهي: شركات التضامن، شركات التوصية، الشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة)، حيث أن مجرد شكلها يعد كافياً لإضفاء صفة التجارية عليها وذلك بغض النظر عن موضوعها أو نشاطها (أي حتى ولو كان هذا الأخير نشاطاً مدنياً بطبيعته). أنظر في ذلك:

د/ عبد الحميد الشواربي، نظرية الأعمال التجارية والتاجر، المرجع السابق، ص 53.

<sup>4</sup> "النشاط الذي يمارسه الشخص على وجه الاعتياد بقصد التعيش". أنظر في هذا الشأن:

د/ محمد فريد العويني + د/ هاني دويدار، مبادئ القانون التجاري والبحري، المرجع السابق، ص 95.

وقد تكفل كل من الفقه والقضاء بضبط عناصر (أو شروط) الاحتراف والتي يمكن إجمالها في ثلاث نقاط<sup>1</sup> هي:

العنصر المادي وهو ضرورة مزاولة الأعمال التجارية على وجه الاعتياد (الفرع 1)، العنصر المعنوي وهو قصد الظهور بمظهر التاجر الذي يرتزق من وراء القيام بالأعمال التجارية (الفرع 2)، إضافة إلى عنصر الاستقلال الذي يستوجب ممارسة الشخص للأعمال التجارية لحسابه الخاص (الفرع 3).

### الفرع 1: مزاولة الأعمال التجارية على وجه الاعتياد

كما سبق القول فالاعتياد هو العنصر المادي للاحتراف، أي أن هذا الأخير أشمل وأعم من الأول (الاحتراف يتضمن الاعتياد لا العكس)، ومعنى الاعتياد هو تكرار القيام بالأعمال التجارية بصفة منتظمة ومستمرة، ولا عبء هنا لعدد المرات التي يتم فيها إتيان العمل التجاري ولا أهمية كذلك للمدى الزمني الذي يستغرقه انجاز ذلك العمل<sup>2</sup>. وتخضع مسألة تقرير حالة الاعتياد من عدمه - باعتبارها مسألة واقعية وليست قانونية - للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع والتي لا يخضع بشأنها لرقابة المحكمة العليا، غير أنه وبمجرد أن تفصل محكمة الموضوع في مسألة توافر أو عدم توافر عنصر الاعتياد وجب عليها - تحت رقابة المحكمة العليا - أن تقرر النتيجة المترتبة عن ذلك إما اكتساب أو عدم اكتساب صفة التاجر<sup>3</sup>. أما مجرد قيام الشخص بعمل تجاري واحد أو بعدة أعمال تجارية لكن بشكل عارض ومتقطع، فإن ذلك لا يدخل في مفهوم الاعتياد ولا يؤدي بالنتيجة إلى اكتساب صفة التاجر، مثال ذلك قيام موثق مثلاً وبشكل عرضي بتحرير سفتجة (كمبيالة)، فرغم أن هذا العمل يعد تجارياً بحسب الشكل وبشكل مطلق إلا أنه لا يكسب صاحبه صفة التاجر طالما أن هذا الموثق غير معتاد على القيام بتحرير الكمبيالات. وكذا الشأن بالنسبة للموظف العام الذي يقتني مركبة من أجل إعادة بيعها مقابل هامش ربح، فرغم قيامه هو الآخر بعمل تجاري (بحسب الموضوع) ومع ذلك فإنه لا يكتسب صفة التاجر لأنه ببساطة لم يحترف القيام بعمليات الشراء من أجل إعادة البيع<sup>4</sup>.

وتجدر الإشارة بمناسبة عنصر الاعتياد إلى وجود فرق جوهري بين الأعمال التجارية المنفردة من جهة والأعمال التجارية التي ترد على سبيل المقابلة من جهة أخرى، فقيام الشخص بمزاولة هذه الأخيرة - وعلى عكس النوع الأول - من شأنه عادة أن يكسبه صفة التاجر لأن هذه المقاولات تقتض بالضرورة التكرار والاستمرار، كما هو الشأن بالنسبة لمقاولات الإنتاج أو التحويل أو الإصلاح، مقاولات البناء أو الحفر

<sup>1</sup> د/ جلال وفاء البديري محمددين، المبادئ العامة في القانون التجاري، المرجع السابق، ص 101، 102. - د/ محمد فريد العويني + د/ هاني دويدار، المرجع السابق، ص 95. - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 155 - 157. - عمار عمورة، المرجع السابق، ص 99.

<sup>2</sup> د/ محمد فريد العويني + د/ هاني دويدار، المرجع السابق، ص 95. - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 155.

<sup>3</sup> د/ عبد الحميد الشواربي، نظرية الأعمال التجارية والتاجر، المرجع السابق، ص 53.

<sup>4</sup> د/ جلال وفاء البديري محمددين، المرجع السابق، ص 103.

أو تمهيد الأرض، مقاولات استغلال النقل أو الانتقال ...، أما مباشرة عمل تجاري منفرد (كالشراء بقصد إعادة البيع، السمسرة والوكالة بعمولة وغيرها) فلا يكسب صاحبه صفة التاجر ما لم يرد على سبيل الاعتقاد أي أن يقوم به الشخص بشكل متكرر ومستمر.

ولا يشترط لتوافر عنصر الاعتقاد - وبالنتيجة اكتساب صفة التاجر - أن تكون التجارة هي الحرفة الوحيدة التي يزاولها الشخص؛ فقد تكون لهذا الأخير أكثر من مهنة كما هو الشأن بالنسبة للطبيب أو المحامي أو الموظف في الإدارات العامة الذي اعتاد مباشرة الأعمال التجارية - كأعمال ثانوية - إلى جانب مهنته الرئيسية، فهذه الأعمال التجارية تظل صحيحة ويكتسب صاحبها صفة التاجر على ضوء أحكام القانون التجاري<sup>1</sup>، حتى ولو كانت قوانين مهنته الأصلية تمنع عليه الاشتغال بالتجارة<sup>2</sup>، لأن ذلك من شأنه فقط أن يعرضه للمسؤولية التأديبية وفقاً لقانون مهنته لا غير.

ويبدأ الاحتراف عادة بمباشرة التجارة فعلاً، غير أن الفقهاء اختلفوا بشأن الأعمال التحضيرية التي يلزم القيام بها قبل مباشرة التجارة (كشراء أو استئجار محل لممارسة النشاط، إبرام عقود التوريد لتزويد المحل الكهرباء والغاز والماء والانترنت، القيام بالدعاية والإشهار للمحل الجديد ...)، فرغم أن هذه الأعمال تعد في الأصل أعمالاً مدنية بطبيعتها، إلا أن البعض أضفى عليها الطابع التجاري بسبب اتجاه القصد نحو احتراف التجارة وتظل كذلك حتى ولو فشل المشروع قبل البدء في مزاوله النشاط التجاري المزمع احترافه.

ولا يعني الاعتقاد كشرط لاحتراف ضرورة أن يخصص الشخص كل جهده ووقته لمباشرة التجارة (كما هو الشأن بالنسبة للأعمال الموسمية)، كما لا يشترط وجود محل تجاري إذ هناك التاجر المتجول الذي يكون نشاطه التجاري غير قارٍ<sup>3</sup>، ولا أهمية كذلك لسعة النشاط وقيمة رأس المال المستثمر في التجارة.

---

<sup>1</sup> د/ جلال وفاء البديري محمددين، المرجع السابق، ص 103، 104. - د/ عبد الحميد الشواربي، نظرية الأعمال التجارية والتاجر، المرجع السابق، ص 61 + ص 65. - عمار عمورة، المرجع السابق، ص 101. - د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 117. وفي نفس السياق تنص المادة 9 من القانون رقم 08/04 المؤرخ في 2004/8/14 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية المعدل والمتمم أنف الذكر على أنه: "لا يجوز لأي كان ممارسة نشاط تجاري إذا كان خاضعاً لنظام خاص ينص على حالة تناف." على الذي يدعي حالة التنافى إثبات ذلك.

ترتب الأعمال الصادرة عن شخص في وضعية التنافى كل آثارها القانونية تجاه الغير حسن النية الذين يمكنهم التمسك بها، دون أن يكون للمعنى حق الاستفادة منها.

لا يمكن وجود حالة تنافى بدون نص ".

<sup>2</sup> أنظر على سبيل المثال:

- بالنسبة للمحامي المادة 27<sup>1</sup> من القانون رقم 07/13 المؤرخ في 2013/10/29 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة، ج.ر لسنة 2013 العدد 55 الصادر بتاريخ: 2013/10/30.

- وبالنسبة للموظف العام المادة 43<sup>1</sup> من الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 2006/7/15 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج.ر لسنة 2006 العدد 46 الصادر بتاريخ: 2006/7/16.

<sup>3</sup> حيث جاء في المادة 20<sup>1</sup> من القانون رقم 08/04 المؤرخ في 2004/8/14 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية المعدل والمتمم ما يلي: "يعتبر نشاطاً تجارياً غير قارٍ في مفهوم أحكام هذا القانون، كل نشاط تجاري يمارس عن طريق العرض أو بصفة متقطعة. يمارس النشاط التجاري غير القارٍ في الأسواق والمعارض أو أي فضاء آخر يعد لهذا الغرض ".

وينتهي الاحتراف بتوقف التاجر عن مزاوله نشاطه تمامًا، سواء كان ذلك نتيجة الغلق النهائي لمحله التجاري (اختيارياً أو جبراً) أو على إثر هلاك أمواله أو إفلاسه أو بوفاته<sup>1</sup>، ولا تنتقل صفة التاجر إلى الورثة إلا إذا استمروا في مباشرة التجارة بعد وفاة مورثهم، حيث يكتسبون صفة التاجر على أساس احتراف التجارة وليس على أساس أنهم ورثة التاجر.

ويجب التذكير في الأخير إلى أنه من الضروري أن ينصب الاعتقاد على عمل مشروع يندرج ضمن الأعمال التي نص عليها المشرع في القانون التجاري وأضفى عليها الطابع التجاري (الأعمال التجارية بحسب الموضوع والأعمال التجارية بحسب الشكل، دون الأعمال التجارية بالتبعية لكون هذه الأخيرة تقتض حتمًا صدورها عن شخص يحوز مسبقًا صفة التاجر). فإن كان موضوع الحرفة التجارية عملاً غير مشروع طبقاً للنصوص القانونية السارية المفعول (كالاتجار بالمخدرات والأسلحة الحربية أو إدارة محل للقمار أو الدعارة أو غيرها) فإن ذلك لا يؤدي إلى منح من اعتاد القيام به صفة التاجر<sup>2</sup>.

## الفرع 2: قصد الظهور بمظهر التاجر الذي يرتزق من وراء القيام بالأعمال التجارية

وهو العنصر المعنوي للاحتراف، إذ يجب أن يكون الاعتقاد بقصد خلق حالة أو وضع معين وهو الظهور بمظهر التاجر صاحب الحرفة التجارية الذي يرتزق بصفة ثابتة ومستمرة ومنتظمة من وراء مزاوله الأعمال التجارية<sup>3</sup>. وعلى ذلك لا يكتسب صفة التاجر الشخص الذي لا يعتمد في تلبية حاجاته وحاجات أسرته على عائدات تجارته ولا يتخذها وسيلة لكسب الرزق. كما هو الشأن بالنسبة لصاحب الأملاك العقارية الذي اعتاد سحب كمبيالات على مستأجري عقاراته لفائدة دائنيه بقيمة بدلات الإيجار الشهرية المستحقة، ففي هذه الحالة لا يعد هذا الشخص (محرر السفائح) محترفاً لعمل تجاري لأن مصدر رزقه هو عائدات تلك العقارات المؤجرة وليس سحب الكمبيالات<sup>4</sup>.

وللظهور بمظهر التاجر صاحب الحرفة التجارية علامات خارجية تدل عليه؛ كوجود محل تجاري يزاول فيه النشاط التجاري، واسم تجاري يميزه عن غيره من المحال الأخرى، حتى وإن كانت هذه العلامات ليست بالضرورة من مستلزمات الحرفة التجارية (كما هو الشأن بالنسبة للتاجر المتجول).

---

<sup>1</sup> فكل هذه الأسباب تندرج ضمن حالات الشطب من السجل التجاري التي حددتها المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 41/97 المؤرخ في 1997/1/18 المتعلق بشروط القيد في السجل التجاري (ج.ر لسنة 1997 العدد 5 الصادر في 1997/1/19 + التتيمم بالعدد 57 الصادر في 1997/8/27)، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 453/03 المؤرخ في 2003/12/1 (ج.ر لسنة 2003 العدد 75 الصادر في 2003/12/7)، وكذا بالمرسوم التنفيذي رقم 454/06 المؤرخ في 2006/12/11 المتعلق بالبطاقة المهنية المسلمة للأجانب الذين يمارسون نشاطاً تجارياً وصناعياً وحرفياً أو مهنة حرة على التراب الوطني (ج.ر لسنة 2006 العدد 80 الصادر في 2006/12/11).

<sup>2</sup> د/ جلال وفاء البدري محمد، المرجع السابق، ص 104. - د/ محمد فريد العويني + د/ هاني دويدار، المرجع السابق، ص 100، 101.

<sup>3</sup> د/ عبد الحميد الشواربي، نظرية الأعمال التجارية والتاجر، المرجع السابق، ص 60. - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 155.

<sup>4</sup> د/ محمد فريد العويني + د/ هاني دويدار، المرجع السابق، ص 96، 97. - د/ جلال وفاء البدري محمد، المرجع السابق، ص 105. - د/ عبد الحميد الشواربي، نظرية الأعمال التجارية والتاجر، المرجع السابق، ص 60.

### الفرع 3: مزاولة الأعمال التجارية على وجه الاستقلال

هذا الشرط لم يشر إليه المشرع صراحة في المادة الأولى من القانون التجاري، ومع ذلك فإن اكتساب صفة التاجر يفترض بالضرورة توافر شرط الاستقلال (L'indépendance)<sup>1</sup>، لأن الانتماء - الذي هو من أهم دعائم التجارة - بطبيعته شخصي ومبني على الوثوق في ذات التاجر وشخصه، كما يستلزم بالنتيجة تحمل هذا الأخير دون سواء لتبعة ومسؤولية الأعمال التجارية التي يقدم عليها. فهذا الشرط إذن يقتضي حتماً ضرورة مزاولة النشاط التجاري بصفة شخصية ومستقلة، ذلك أنه لا يكف لاكتساب صفة التاجر أن يعتاد الشخص مزاولة الأعمال التجارية بصفة منتظمة ومستمرة، وأن يقصد من وراء ذلك الظهور بمظهر التاجر صاحب الحرفة الذي يرتزق من وراء ممارسة التجارة فحسب، بل يجب زيادة على ذلك أن يعرض أمواله الخاصة لمخاطر التجارة وهو ما يقتضي بالضرورة قيامه بالأعمال التجارية لحسابه الخاص وليس لحساب الغير، أو بمعنى آخر أن يكون مستقلاً في تجارته بحيث تعود عليه مغانمها (الأرباح) ومغارمها (الخسائر)<sup>2</sup>. وعلى ذلك هناك طائفة من الأشخاص الذين رغم اعتيادهم القيام بالأعمال التجارية بصفة منتظمة ومستمرة إلا أنهم لا يكتسبون صفة التاجر، بسبب افتقارهم لشرط الاستقلال آنف الذكر، وهم:

#### 1. الأجراء (Les salariés):

أي الأشخاص الذين يرتبطون بمستخدمهم بموجب عقد عمل يجعلهم في حالة تبعية له، وذلك بغض النظر عن أهمية المنصب الذي يشغلونه، فهؤلاء العمال وبسبب عدم تمتعهم بالاستقلالية أثناء ممارسة مهامهم في المؤسسات والمحلات التجارية لكونهم من جهة يمارسون التجارة باسم ولحساب مستخدمهم، ولأنهم من جهة أخرى ملزمون قانوناً باتباع وتنفيذ الأوامر والتعليمات الصادرة إليهم من رب العمل، لذا فهم لا يكتسبون صفة التاجر حتى ولو خصص لهم جزء أو نسبة من الأرباح قصد تحفيزهم وتشجيعهم، لأن ذلك لا يخلع عنهم صفة العمال الأجراء التابعين لمستخدمهم<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Yves Guyon, op.cit., t.1, p.60, n° 67. - Alfred Jauffret + Jacques Mestre, op.cit., p. 116, 117, n° 143. - Dominique Legeais, op.cit., p.31, 32, n° 70.

ومع ذلك يمكن استخلاص هذا الشرط - بشكل ضمني - من خلال نص المادة 7 من القانون التجاري التي اشترط فيها المشرع - من أجل تمتع الزوج بصفة التاجر - ضرورة أن يكون نشاطه التجاري منفصل عن نشاط الزوج الآخر وغير تابع له (أي مستقلاً عنه)، حيث جاء فيها ما يلي:

" لا يعتبر زوج التاجر تاجراً إذا كان يمارس نشاطاً تجارياً تابعاً لنشاط زوجه.

ولا يعتبر تاجراً إلا إذا كان يمارس نشاطاً تجارياً منفصلاً ".

أما المشرع المصري فقد نص على هذا الشرط صراحة في الفقرة الأولى من المادة العاشرة من قانون التجارة التي جاء فيها ما يلي:

" يكون تاجراً: - كل من يزاول على وجه الاحتراف باسمه ولحسابه عملاً تجارياً ".

أنظر: د/ عبد الحميد الشواربي، نظرية الأعمال التجارية والتاجر، المرجع السابق، ص 53.

<sup>2</sup> د/ جلال وفاء البدري محمدين، المرجع السابق، ص 104. - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 156، 157. - د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 117. - عمار عمورة، المرجع السابق، ص 101.

<sup>3</sup> د/ محمد فريد العويني + د/ هاني دويدار، المرجع السابق، ص 98. د/ جلال وفاء البدري محمدين، المرجع السابق، ص 104.

## 2. الوكلاء (Les mandataires):

وهم الأشخاص الذين يربطهم بالموكل - صاحب التجارة - عقد وكالة عادية بحيث يمكنهم بموجب هذا العقد التصرف باسم ولحساب ذلك الأصل وذلك في حدود ما تسمح به الوكالة. وعلى ذلك فالتصرفات التي يبرمها هؤلاء الوكلاء (النواب) هي في الحقيقة ليست خاصة بهم، بل تتعلق بالموكل أو الأصل بحيث تتعدأ أولاً باسمه لتضاف فيما بعد آثارها القانونية إليه. ومن ثم لا يكتسب الوكلاء بهذا الشكل صفة التاجر لأنهم ببساطة لا يعرضون أموالهم الخاصة لمخاطر التجارة ولا تعود عليهم بالنتيجة مغانمها (أرباحها) أو مغارمها (خسائرها)<sup>1</sup>.

مع ضرورة الإشارة هنا إلى أن المشرع عندنا منع - كقاعدة عامة وتحت طائلة المتابعة الجزائية - منح الوكالة لممارسة النشاط التجاري باسم صاحب السجل التجاري، ما عدا في حالات محددة على سبيل الحصر<sup>2</sup>.

## 3. مسيري الشركات التجارية (Les dirigeants des sociétés commerciales):

نظراً لكونهم لا يتصرفون باسمهم ولحسابهم الشخصي وإنما باسم ولحساب الشركات التجارية التي يديرونها باعتبارها أشخاصاً معنوية، فهم مجرد ممثلين قانونيين لهذه الشركات، لذا فإن مسيري أو مديري الشركات ذات المسؤولية المحدودة مثلاً والرئيس المدير العام لشركة المساهمة (ما عدا المديرين الشركاء في شركات التضامن والتوصية) لا يكتسبون - كقاعدة عامة - صفة التاجر<sup>3</sup>، فرغم أنهم يمارسون أعمالاً تجارية على سبيل الاعتياد إلا أن ذلك لا يتم لحسابهم الخاص وإنما لحساب الشركة كشخص معنوي، ومن ثم فهي وحدها التي تكتسب صفة التاجر.

وعلى العموم يتضح من الحالات السابقة أن المعيار المعتمد في اكتساب صفة التاجر هنا، يكمن في تحديد الشخص الذي يأخذ على عاتقه النتائج المترتبة عن الاستغلال التجاري، لذلك منح المشرع

<sup>1</sup> د/ محمد فريد العويني + د/ هاني دويدار، المرجع السابق، ص 98.

<sup>2</sup> حيث جاء في المادة 38 من القانون رقم 08/04 المؤرخ في 2004/8/14 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية المعدل والمتمم ما يلي:

"لا يمكن أن يمارس النشاط التجاري إلا صاحب السجل التجاري.

يمنع منح وكالة لممارسة نشاط تجاري باسم صاحب السجل التجاري لشخص آخر مهما يكن شكل هذه الوكالة، باستثناء الزوج والأصول والفروع من الدرجة الأولى.

يعاقب على هذه الجريمة بغرامة من 1.000.000 دج إلى 5.000.000 دج وتطبق على صاحب السجل التجاري وعلى المستفيد من الوكالة وعلى الموثق أو أي شخص آخر قام بتحريرها.

علاوة على ذلك، يأمر القاضي تلقائياً بشطب السجل التجاري موضوع الجريمة ."

<sup>3</sup> د/ جلال وفاء البدري محمدين، المرجع السابق، ص 104. - د/ محمد فريد العويني + د/ هاني دويدار، المرجع السابق، ص 98.

- نادية فضيل، المرجع السابق، ص 157. - عمار عمورة، المرجع السابق، ص 101.

غير أنه تجدر الإشارة هنا إلى نص المادة 31/1 من الأمر رقم 07/96 المؤرخ في 1996/1/10 المعدل والمتمم للقانون رقم 22/90 المؤرخ

في 1990/8/18 المتعلق بالسجل التجاري، والتي جاء فيها ما يلي:

"تكون لكل أعضاء مجالس الإدارة والرقابة في الشركات التجارية، صفة التاجر بعنوان الشخصية المعنوية التي يضطلعون نظامياً بإدارتها وتسييرها ."

صفة التاجر للشركاء في شركة التضامن شأنهم في ذلك شأن الشركة نفسها، وهذا لكونهم يتحملون مخاطر العمل التجاري الذي تمارسه الشركة ويسألون عن ديون هذه الأخيرة مسؤولية شخصية ومن غير تحديد أموالهم<sup>1</sup>. إلا أن المسألة تزداد تعقيداً بشأن بعض الفرضيات لاسيما منها المتعلقة بالمندوب أو الممثل التجاري (Les représentants commerciaux) أين يتعين البحث في طبيعة العلاقة التي تربطه برب العمل من جهة، وما إذا كان تعامله مع الغير باسمه الشخصي بحيث يظهر في العقد أم لا من جهة أخرى<sup>2</sup>. وعلى العكس من ذلك عندما نكون أمام فرضية المقاول من الباطن (Sous traitant) ورغم علاقة التبعية التي تربطه بالمقاول الأصلي إلا أنه يظل يتمتع بقدر معين من الاستقلالية، الشيء الذي يؤهله بالتأكيد لاكتساب صفة التاجر.

### التجارة المستترة والتجارة باسم مستعار

الأصل هو أن يمارس الشخص التجارة باسمه الشخصي وبشكل علني، غير أنه في كثير من الأحيان يضطر البعض من الناس إلى ممارسة التجارة تحت اسم شخص آخر أو بواسطة اسم مستعار، لاسيما أولئك الأشخاص الممنوعين من مزاوله التجارة بسبب حالة التنافي مثلاً القائمة بينها (أي التجارة) وبين مهنتهم الأصلية (الوظيفة العمومية أو المهن الحرة كالمحاماة والتوثيق وغيرهما ...). وهنا يطرح التساؤل التالي:

من الذي يكتسب صفة التاجر هل هو الشخص المستتر أم الشخص الظاهر؟

انقسم الفقه بشأن هذه المسألة إلى رأيين: الأول يرى بأن الشخص المستتر هو الذي يكتسب صفة التاجر؛ لأن الآثار الناجمة عن ممارسة النشاط التجاري - إيجابية كانت أو سلبية - ستصرف إليه وتضاف إلى ذمته المالية الخاصة، فهو ببساطة الشخص الذي يضارب حقيقة بأمواله في عالم التجارة ويتحمل لوحده نتائج الاستغلال التجاري<sup>3</sup>.

أما الرأي الثاني فيذهب أصحابه إلى القول بأن الشخص الظاهر الذي يتعامل مع الغير ويتعاقد معهم باسمه الشخصي - وكأنه هو صاحب التجارة - هو الذي يكتسب صفة التاجر، وذلك تطبيقاً لما يعرف بـ: نظرية الظاهر (Théorie d'apparence)<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> المادة 551 من القانون التجاري. وأنظر في نفس المعنى كذلك: - د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 118.

<sup>2</sup> د/ محمد فريد العويني + د/ هاني دويدار، المرجع السابق، ص 99.

<sup>3</sup> د/ جلال وفاء البديري محمددين، المرجع السابق، ص 109. - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 157. - عمار عمورة، المرجع السابق، ص 102. وأنظر في نفس السياق ما قرره المشرع في الفقرة 3 من المادة 9 من القانون رقم 08/04 المؤرخ في 2004/8/14 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية المعدل والمتمم آنف الذكر والتي جاء فيها ما يلي: " ترتب الأعمال الصادرة عن شخص في وضعية التنافي كل آثارها القانونية تجاه الغير حسن النية الذين يمكنهم التمسك بها، دون أن يكون للمعني حق الاستفادة منها".

ومنحه صفة التاجر بهذا الشكل - رغم وجوده في حالة التنافي - لا يحول بطبيعة الحال دون تعرضه للعقوبات التأديبية المقررة وفقاً لقانون مهنته الأصلية.

<sup>4</sup> د/ جلال وفاء البديري محمددين، المرجع السابق، ص 110.



غير أن الرأي الراجح المعتمد من قبل غالبية الفقهاء هو أن صفة التاجر تلحق الشخصين معًا الظاهر والمستتر على حد سواء، وهذا تدعيمًا للثقة والائتمان باعتبارهما ركيزتين أساسيتين للمعاملات التجارية<sup>1</sup>.

## المطلب 2: الأهلية التجارية

نظرًا لكون التجارة تندرج ضمن أعمال التصرف فإنه من الضروري أن يتمتع الشخص الذي يريد احترافها بالأهلية اللازمة لإجراء التصرفات القانونية، وعلى ذلك لا يكف لاكتساب صفة التاجر أن يحترف الشخص القيام بالأعمال التجارية فحسب، بل يجب كذلك أن تتوفر لديه الأهلية القانونية الكاملة. وتختلف أهلية القيام بالعمل التجاري عن أهلية احتراف التجارة؛ إذ بينما يلزم للقيام بالعمل التجاري توافر أهلية الأداء فقط وهي صلاحية الشخص للقيام بالتصرفات القانونية وتحمل الآثار المترتبة عنها، فإنه وبالنسبة لاحتراف التجارة - واكتساب صفة التاجر بالنتيجة - لا بد من توافر ما يعرف بـ: الأهلية التجارية<sup>2</sup>، وهي صلاحية الشخص لمزاولة حرفة تجارية معينة تضعه في مركز خاص ينظمه القانون.

والقانون التجاري عندنا لم ينص على الأهلية التجارية وإنما اكتفى فقط بالكلام عن أهلية القاصر المأذون له بممارسة التجارة (القاصر المرشد) على النحو المبين أدناه، ومن ثم وجب الرجوع بشأنها إلى القواعد العامة الوارد في القانون المدني<sup>3</sup>:

### الفرع 1: أهلية الراشد (الأهلية الكاملة)

يشترط في الشخص الطبيعي - كقاعدة عامة - توافر الأهلية الكاملة (أهلية الراشد) التي مناطها بلوغ 19 سنة كاملة متمتعًا بقواه العقلية ولم يحجر عليه<sup>4</sup>، فإن بلغ الشخص سن الرشد لكن اعتراه عارض من عوارض الأهلية كالجنون مثلاً أو العته، عُدَّ في حكم عديم الأهلية الذي يُمنع عليه مباشرة التجارة ولا يكتسب بالنتيجة صفة التاجر<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> د/ محمد فريد العويني + د/ هاني دويدار، المرجع السابق، ص 99، 100. - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 158. - د/ جلال وفاء البديري محمد، المرجع السابق، ص 110. والمشرع المصري من جهته منح صراحة - بموجب المادة 18 من قانون التجارة - صفة التاجر لكل من الشخص المستتر والشخص الظاهر. أنظر: د/ عبد الحميد الشواربي، نظرية الأعمال التجارية والتاجر، المرجع السابق، ص 59.

<sup>2</sup> " فلا يمكن اعتبار الشخص تاجرًا، ولو توافر لديه شرط الاحتراف، إلا إذا تمتع بأهلية خاصة هي أهلية احتراف التجارة ... فإذا قام شخص بأعمال تجارية على وجه الاحتراف ولم تتوفر له الأهلية الخاصة لم يكتسب صفة التاجر ولكن أعماله ذاتها تظل تجارية، لأن وصف التاجر يحتاج إلى أهلية خاصة أما العمل ذاته فلا يلزم لاعتباره تجاريًا أن يصدر من تاجر ولا أن تتوفر أهلية خاصة فيمن يباشره".

أنظر: د/ عبد الحميد الشواربي، نظرية الأعمال التجارية والتاجر، المرجع السابق، ص 72، 73.

<sup>3</sup> نادية فضيل، المرجع السابق، ص 159. - عمار عمورة، المرجع السابق، ص 104، 105.

<sup>4</sup> حيث نصت المادة 40 من القانون المدني على أنه:

"كل شخص بلغ سن الرشد متمتعًا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة".

<sup>5</sup> أنظر المادة 42 من القانون المدني.

كما تجدر الإشارة هنا إلى أن هناك طائفة من الأشخاص - ورغم بلوغهم سن الرشد متمتعين بقواهم العقلية ولم تصدر بشأنهم أحكام قضائية بالحجر - ومع ذلك يمنعهم القانون من مزاولة التجارة وذلك إما بسبب الشك في نزاهتهم (الأشخاص المحكوم عليهم جزائيًا لارتكابهم جنائيات أو جنح معينة ولم يرد لهم الاعتبار) أو نظرًا لوجودهم في حالة من حالات التعارض والتنافي<sup>1</sup>.

أما بالنسبة للأشخاص الاعتبارية (المعنوية) فأهليتها تكون في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي يقررها القانون، حيث تنص المادة 50 من القانون المدني على أنه:

"يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازمًا لصفة الإنسان، وذلك في الحدود التي يقررها القانون.

يكون لها خصوصًا: ...

- أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي يقررها القانون ...".

وهذا طبعًا بعد أن تكتسب هذه الأخيرة (الأشخاص المعنوية) الشخصية القانونية<sup>2</sup>.

## الفرع 2: أهلية القاصر المأذون له بممارسة التجارة (القاصر المرشد)

كما سبق القول فقد نص المشرع على أهلية القاصر المرشد في المادة 5 من القانون التجاري بقوله:

" لا يجوز للقاصر المرشد، ذكرًا أم أنثى، البالغ من العمر 18 سنة كاملة والذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشدًا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال تجارية:

- إذا لم يكن قد حصل مسبقًا على إذن والده أو أمه أو قرار من مجلس العائلة مصدق عليه من المحكمة، فيما إذا كان والده متوفيًا أو غائبًا أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها أو في حالة انعدام الأب والأم.

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

وعلى ذلك أجاز المشرع - من باب الاستثناء - للقاصر الذي لم يبلغ بعد سن الرشد (19 سنة كاملة)، أن يباشر مختلف الأعمال التجارية شريطة أن يبلغ سن 18 سنة كاملة وأن يحصل مسبقًا على إذن أو ترخيص مكتوب (Autorisation écrite) من والده أو من أمه (إن كان أبوه ميتًا أو غائبًا أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها)، أو بموجب قرار من مجلس العائلة مصادق عليه من قبل المحكمة (وذلك في حالة عدم وجود كل من الأب والأم)<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> أنظر المادتين: 8 و 9 من القانون رقم 08/04 المؤرخ في 14 أوت 2004 والمتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية المعدل والمتمم آنف الذكر.

<sup>2</sup> أنظر على الخصوص المادة 417/1 من القانون المدني بشأن الشركات المدنية، والمادة 549/1 من القانون التجاري في ما يتعلق بالشركات التجارية.

<sup>3</sup> عمار عمورة، المرجع السابق، ص 106، 107. - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 159.

وعليه لا يكف لجواز قيام القاصر (الذي بلغ سنه 18 سنة) بالاتجار أن يحصل على مجرد إذن لمزاولة أعمال الإدارة، بل لابد من ترخيص كتابي للقيام بالأعمال والتصرفات القانونية المرتبطة بالنشاط التجاري، والغاية من اشتراط هذا الإذن أو الترخيص الكتابي المسبق هي ضرورة التأكد أولاً من راحة عقل القاصر واتزانه ومدى قدرته واستعداده على خوض غمار التجارة<sup>1</sup>. لكن السؤال المهم الذي يطرح نفسه هنا:

هل هذا الإذن **مطلق** بحيث يشمل كل أصناف التجارة، أم أنه **مقيد** بحيث لا يصلح إلا لنوع بذاته من أنواع

### الأعمال التجارية ؟

بالتمعن في نص المادة الخامسة آنفة الذكر، نجد بأن المشرع استعمل لفظ " الإذن " بشكل عام ولم يحصره في صنف معين من أصناف التجارة، وهو ما يفيد بأن هذا الإذن الممنوح للقاصر مطلق وليس مقيد<sup>2</sup>. لكن بالرجوع إلى نص المادة 6 من القانون التجاري نجد بأن المشرع استثنى التصرف في الأموال العقارية للقاصر، وذلك بالنظر لأهميتها مقارنة بباقي أمواله المنقولة، حيث جاء فيها ما يلي:

" يجوز للتجار القصر المرخص لهم طبقاً للأحكام الواردة في المادة الخامسة أن يربتوا التزاماً أو رهناً على عقاراتهم.

غير أن التصرف في هذه الأموال سواء كان اختيارياً أو جبرياً لا يمكن أن يتم إلا باتّباع أشكال الإجراءات المتعلقة ببيع أموال القصر أو عديمي الأهلية " <sup>3</sup>.

وعليه يكون للأب ومن بعده للأُم ومن بعدهما لمجلس العائلة سلطة تقدير منح الإذن للقاصر أو رفضه أو تقييده (بعمل تجاري معين أو نوع محدد من أنواع التجارة أو في حدود مبالغ معينة) مراعين في ذلك مصلحة القاصر. فإن كان الإذن مطلقاً أصبح القاصر كامل الأهلية وتكون تصرفاته القانونية بالنتيجة صحيحة ومنتجة لآثارها بحيث لا يمكن الطعن فيها بالبطلان لنقص الأهلية، وإن احترف القاصر المرشد القيام بالأعمال التجارية فإنه يكتسب صفة التاجر ويتحمل بالتبعية الالتزامات الناجمة عنها لاسيما الالتزام بالقيد في السجل التجاري والالتزام بمسك الدفاتر التجارية، وإن توقف عن دفع ديونه التجارية جاز شهر إفلاسه<sup>4</sup>.

أما إن كان الإذن مقيداً فإن أعمال وتصرفات القاصر المرشد التجارية تظل صحيحة طالما لم تتجاوز حدود ونطاق ذلك الإذن، فإن تجاوزه كانت قابلة للإبطال لمصلحة القاصر، وإن اكتسب هذا الأخير صفة التاجر بسبب الأعمال التجارية المأذون بها، فإن تجاوزه الإذن لا يخلع عنه هذه الصفة بل يجيز له فقط التمسك بإبطال الأعمال الخارجة عن نطاق الإذن<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> د/ جلال وفاء البديري محمددين، المرجع السابق، ص 111، 112. - د/ محمد فريد العويني + د/ هاني دويدار، المرجع السابق، ص 105، 106.

<sup>2</sup> عمار عمورة، المرجع السابق، ص 107.

<sup>3</sup> أنظر في ذلك المادتين: 84 و 88/2 من قانون الأسرة وكذا المادة 479 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>4</sup> د/ جلال وفاء البديري محمددين، المرجع السابق، ص 112. - د/ محمد فريد العويني + د/ هاني دويدار، المرجع السابق، ص 106، 107.

<sup>5</sup> د/ عبد الحميد الشواربي، نظرية الأعمال التجارية والتاجر، المرجع السابق، ص 76. - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 160.

### الفرع 3: أهلية المرأة المتزوجة

لم يميز المشرع عندنا من حيث الأهلية اللازمة لمباشرة الأعمال التجارية بين الرجل والمرأة، وهذا على خلاف بعض التشريعات الأخرى التي تقضي بعدم أهلية المرأة المتزوجة للتصرف في أموالها، أو التي لا تجيز لها ممارسة التجارة ما لم تحصل مسبقاً على إذن زوجها، حماية في ذلك للأسرة حتى تتفرغ المرأة المتزوجة لرعاية أولادها وزوجها<sup>1</sup>. حيث جاء في المادة 8 من القانون التجاري ما يلي:

"تلتزم المرأة التاجرة شخصياً بالأعمال التي تقوم بها لحاجات تجارتها.

ويكون للعقود بعوض التي تتصرف بمقتضاها في أموالها الشخصية لحاجات تجارتها كامل الأثر بالنسبة للغير". ويتضح جلياً من خلال هذا النص أن المرأة في ظل أحكام القانون التجاري تتمتع بكامل الأهلية لمباشرة التجارة دون قيد أو شرط، شأنها في ذلك شأن الرجل البالغ سن الرشد، فإن احترفت مزاوله التجارة اكتسبت صفة التاجر وخضعت بالنتيجة للالتزامات المهنية المرتبطة بهذه الصفة، أو بتعبير آخر تطبق عليها كافة الأحكام القانونية الخاصة بالتجار<sup>2</sup>.

أما إذا اقتصر عمل المرأة المتزوجة على مجرد مساعدة زوجها في تجارتها، أو العمل لحسابه في متجره من خلال تولي البيع بالتجزئة مثلاً، فإن ذلك لا يكسبها صفة التاجر لكونها مجرد عاملة تخضع لأحكام قانون العمل، ولا تتمتع سوى بالحقوق المكرسة في هذا القانون في إطار حماية العمال الأجراء<sup>3</sup>. حيث كانت تنص المادة 7 من القانون التجاري قبل تعديلها سنة 1996 بموجب الأمر رقم 27/96 المؤرخ في 1996/12/9 على ما يلي:

"لا تعتبر المرأة المتزوجة تاجرة إذا كان عملها ينحصر في البيع بالتجزئة للبضاعة التابعة لتجارة زوجها".

---

<sup>1</sup> د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 125. - د/ جلال وفاء البدرى محمدين، المرجع السابق، ص 111. - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 161. - د/ عبد الحميد الشواربي، نظرية الأعمال التجارية والتاجر، المرجع السابق، ص 80، 81. - د/ محمد فريد العويني + د/ هاني دويدار، المرجع السابق، ص 105.

<sup>2</sup> عمار عمورة، المرجع السابق، ص 108، 109.

<sup>3</sup> نادية فضيل، المرجع السابق، ص 161. - عمار عمورة، المرجع السابق، ص 109.

فالمرأة المتزوجة لا تكتسب صفة التاجر في هذه الحالة لافتقارها لشرط الاستقلال الذي سبق الحديث عنه ضمن شروط وعناصر الاحتراف. أنظر في ذلك المادة 7 من القانون التجاري (بعد التعديل الذي تم في سنة 1996).

## المبحث الثاني: الآثار القانونية المترتبة عن اكتساب صفة التاجر

بمجرد اكتساب الشخص صفة التاجر تقع على عاتقه العديد من الواجبات والالتزامات المهنية التي يفرضها عليه القانون، البعض منها تقرر لمصلحة التاجر نفسه، والبعض الآخر كرسه المشرع حماية للغير الذي تعامل مع ذلك التاجر. وما يهمنا هنا هو الحديث عن التزامين أساسيين نفرد لكل منهما مطلبًا بأكمله وهما: الالتزام بمسك الدفاتر التجارية (المطلب 1)، والالتزام بالقيد في السجل التجاري (المطلب 2).

### المطلب 1: الالتزام بمسك الدفاتر التجارية

الدفاتر التجارية عبارة عن سجلات أو كرائيس تضم صفحات مرقمة يعدها ويمسكها التاجر نفسه من أجل بيان مركزه المالي بالوجه الذي يتطلبه القانون، فيدون فيها حقوقه والتزاماته، مشترياته ومبيعاته ووجوه دخله وإفناقه. فهذه الدفاتر عملية ومفيدة للتاجر نفسه؛ لكونها تبين له وبدقة أسعار الشراء ونفقات الإنتاج وأسعار البيع وإيراداته ومصروفاته وحالة مخازنه ومقدار الأرباح المحققة أو حجم الخسائر المتكبدة، فكلما كانت دفاتر التاجر مضبوطة ومنتظمة كلما أعطت لصاحبها صورة حقيقية وواضحة عن نشاطه التجاري، بحيث يتسنى له اتخاذ القرارات المناسبة بناء على معطيات صحيحة. كما يمكنه كذلك استعمالها (الدفاتر) كوسيلة للإثبات في مواجهة غيره من التجار، ناهيك عن أن انتظامها يعتبر قرينة على حسن نية التاجر عند شهر إفلاسه، وهو ما يمكنه من الحصول على الصلح الواقي من الإفلاس، ويجنبه الخضوع للعقوبات الجزائية المرتبطة بنظام الإفلاس. وبالنسبة للغير تكتسي دفاتر التاجر أهمية بالغة؛ إذ يمكن الاعتماد عليها كدليل لإثبات حقوقهم المترتبة على عاتقه، كما أنها تعزز الثقة في المعاملات لأن الغير الذي يطمئن إلى دفاتر التاجر المنتظمة سوف لن يتردد في التعامل معه مهما كان حجم الصفقة المراد إبرامها معه، وبالعكس إذا كانت دفاتر التاجر غير منتظمة أو غير موجودة أصلاً فقد يؤدي ذلك إلى إحجام الغير عن التعامل معه.

وهي مفيدة أيضًا للدولة إذ يمكن الاعتماد على هذه الدفاتر التجارية لتحقيق أغراض كثيرة لاسيما تقدير الضرائب الواجب تحصيلها، أو من أجل إتمام عمليات الإحصاء الاقتصادي التي توضع على ضوء نتائجها مخططات وبرامج التنمية المستقبلية<sup>1</sup>.

من أجل كل هذه الأسباب ألزم المشرع التجار - تحت طائلة مجموعة من الجزاءات المدنية والجزائية - بأن تكون لهم دفاتر تجارية نظامية معدة وفقًا لشروط قانونية معينة، مع ضرورة الاحتفاظ بها لمدة زمنية محددة. وعلى ذلك سنتناول موضوع الدفاتر التجارية من خلال أربع نقاط أساسية: بدءًا بالأشخاص الملزمين بمسك الدفاتر التجارية (الفرع 1)، ثم أنواع الدفاتر التجارية (الفرع 2)، تليها مسألة انتظام الدفاتر التجارية (الفرع 3)، لنختم بأهم نقطة وهي حجية الدفاتر التجارية في الإثبات (الفرع 4):

<sup>1</sup> عمار عمورة، المرجع السابق، ص 113. - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 165، 166. - د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 128، 129.

## الفرع 1: الأشخاص الملزمون بمسك الدفاتر التجارية

جاء في المادة 9 من القانون التجاري ما يلي:

"كل شخص طبيعي أو معنوي له صفة التاجر ملزم بمسك دفاتر لليومية يقيد فيها يومًا بيوم عمليات المقاوله أو أن يراجع على الأقل نتائج هذه العمليات شهريًا بشرط أن يحتفظ في هذه الحالة بكافة الوثائق التي يمكن معها مراجعة تلك العمليات يوميًا".

وعليه فالالتزام بمسك الدفاتر التجارية واجب قانوني مفروض على كل من يكتسب صفة التاجر، سواء كان شخصًا طبيعيًا أو معنويًا (شركة تجارية مثلًا)، وطنيًا أو أجنبيًا طالما أنه يمارس التجارة في إقليم الدولة الجزائرية<sup>1</sup>. أما باقي الأفراد العاديين الذين لا يحوزون هذه الصفة<sup>2</sup> فهم غير معنيين قانونًا بهذا الالتزام حتى ولو قاموا بممارسة أعمال تجارية منفردة (كالشراء من أجل إعادة البيع)، أو أية أعمال تجارية أخرى على مراحل متقطعة.

## الفرع 2: أنواع الدفاتر التجارية

كما سبق القول فالدفاتر التجارية عبارة عن سجلات يدون فيها التاجر مختلف البيانات والمعلومات الخاصة بنشاطه التجاري، فهي إذن أداة أو وسيلة للوقوف على حقيقة المركز المالي للتاجر وظروف تجارته. ومع ذلك فهي (الدفاتر) ليست نوعًا واحدًا؛ فهناك الدفاتر الإلزامية التي لا غنى للتاجر عنها (أولًا)، وهناك الدفاتر الاختيارية أو الجوازية التي بإمكانه مسكها إذا اتجهت إرادته لذلك (ثانيًا):

### أولًا: الدفاتر الإلزامية

وهي تلك الدفاتر التجارية التي نص القانون صراحة على إلزامية مسكها من قبل التاجر<sup>3</sup>، فزيادة على دفتر اليومية المكرس صراحة في المادة 9 من القانون التجاري المذكورة أعلاه، اشترط المشرع إلى جانبه دفتر الجرد والميزانية بموجب المادة 10 من القانون التجاري، والتي جاء فيها:

<sup>1</sup> عمار عمورة، المرجع السابق، ص 114.

<sup>2</sup> كالشريك الموصي في شركة التوصية البسيطة (SCS) أو التوصية بالأسهم (SCA)، وكذا الشريك في شركة المساهمة (SPA) أو الشركة ذات المسؤولية المحدودة (SARL)، لأن كل هؤلاء الشركاء لا يكسبهم القانون صفة التاجر لمجرد كونهم أعضاء في مثل هذه الشركات التجارية (أنظر في ذلك المواد: 563 مكرر 1 الفقرة 2، 715 ثالثًا، 592/1، 564/1 من القانون التجاري على الترتيب)، ومن ثم فالذي يلتزم بمسك الدفاتر التجارية في مثل هذه الأوضاع هو الشركة التجارية باعتبارها شخصًا معنويًا. أما بالنسبة للشريك المتضامن فقد اختلف بشأنه الفقهاء:

- منهم من قال بعدم التزامه بمسك الدفاتر التجارية بحجة عدم جدوى تكرار نفس الدفاتر التي تمسكها الشركة التي ينتمي إليها. أنظر في ذلك: عمار عمورة، المرجع السابق، ص 115.

- ومنهم من رأى وجوب قيام الشريك المتضامن بمسك دفاتر تجارية خاصة به يقيد فيها الأرباح التي جناها وكذا مقدار مساهمته في ديون الشركة، فحتى ولو كان إفلاس الشركة يؤدي بقوة القانون إلى إفلاس الشريك المتضامن، إلا أن مصلحته تقتضي حيازته دفاتر خاصة تبين لدائنيه مركزه المالي بدقة، حتى يتسنى له درأ شبهة الإفلاس بالتقصير أو بالتدليس عن نفسه. أنظر في ذلك: نادية فضيل، المرجع السابق، ص 167.

<sup>3</sup> د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 131.

" يجب عليه أيضًا أن يجري سنويًا جردًا لعناصر أصول وخصوم مقاويلته وأن يقفل كافة حساباته بقصد إعداد الميزانية وحساب النتائج<sup>1</sup>. وتنسخ بعد ذلك هذه الميزانية وحساب النتائج في دفتر الجرد ".

## 1/ دفتر اليومية (Livre journal):

وهو من أهم دفاتر التاجر التي يقيد فيها جميع العمليات التي يقوم بها والمتعلقة بتجارته من بيع وشراء واقتراض، أو دفع ووفاء بالديون التي عليه أو قبض لمستحقاته المترتبة على الغير أو استلام لبضاعة ...، واصطلاح عليه بهذه التسمية (أي دفتر اليومية) لأن القيد فيه يتم يوميًا بيوم. وقد يستعين التاجر، خاصة صاحب المؤسسة الكبيرة التي تمارس نشاطها التجاري على نطاق واسع، بدفاتر يومية مساعدة لإثبات تفاصيل مختلف العمليات التي يقوم بها، كدفتر المشتريات ودفتر المبيعات ودفتر للمصروفات، وفي هذه الحالة يكفي ذكر هذه العمليات بشكل إجمالي في دفتر اليومية، شريطة الإبقاء والمحافظة على تلك الدفاتر المساعدة من أجل الرجوع إليها عند الحاجة<sup>2</sup>.

## 2/ دفتر الجرد (Livre d'inventeur):

وهو ذلك الدفتر الذي يقيد فيه التاجر كل ما يملكه من أموال، سواء كانت ثابتة (عقارات) أو منقولة، إضافة إلى ما له من حقوق لدى الغير، كما تدون فيه كذلك المعلومات المتعلقة بحجم السلع والبضائع المتواجدة في نهاية السنة على مستوى المحل التجاري وكذا المخازن - إن وجدت - . كما يجب أن تُدرج في دفتر الجرد كذلك الميزانية<sup>3</sup> السنوية للتاجر مقترنة بحساب النتائج (حساب الأرباح المحققة والخسائر التي تكبدها التاجر).

### ثانياً: الدفاتر الاختيارية

على عكس النوع السابق فهذه الدفاتر لم يستلزمها القانون صراحة ولم يلزم التاجر بمسكها، لذلك فإن لجوء هؤلاء الأخيرين إلى استخدامها يكون عادة بمحض إرادتهم تبعًا لما تمليه طبيعة النشاط التجاري وظروف ومقتضيات الاستغلال التجاري<sup>4</sup>. ومن أبرز الدفاتر الاختيارية ما يلي:

<sup>1</sup> استبدل المشرع عبارة "حساب الخسائر والأرباح" القديمة والواردة في نصوص القانون التجاري في نسخته الأصلية، بعبارة جديدة وهي "حساب النتائج"، وذلك بموجب المادة 20 من الأمر رقم 27/96 المؤرخ في 9/12/1996 المعدل والمتمم للقانون التجاري، التي نصت على ما يلي: "تحل في مجموع أحكام الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمذكور أعلاه، عبارة "حساب النتائج" محل عبارة "حساب الخسائر والأرباح".

<sup>2</sup> نادية فضيل، المرجع السابق، ص 168. - د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 131، 132. - عمار عمورة، المرجع السابق، ص 115، 116.

<sup>3</sup> "الميزانية هي التعبير الرقمي المنظم طبقاً لقواعد المحاسبة عن مركز التاجر الإيجابي والسلبي في نهاية السنة المالية، وتتخذ شكل جدول مكون من جانبين: أحدهما للأصول والآخر للخصوم". أنظر كلا من:

- نادية فضيل، المرجع السابق، ص 169. - د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 132.

<sup>4</sup> د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 132.



- دفتر الصندوق أو الخزينة: وهو الدفتر الذي يقيد فيه التاجر حركة السيولة النقدية من إيرادات (داخلية) ومصروفات (خارجة).
- دفتر المشتريات والمبيعات: هو الآخر يسجل فيه التاجر حركة السلع والبضائع سواء تلك التي يشتريها أو التي يقوم ببيعها، ويسمى هذا الدفتر كذلك بـ: دفتر المخزن.
- دفتر الأوراق التجارية: وتدون فيه حركة مختلف الأوراق التجارية التي يستخدمها التاجر لتسوية معاملاته التجارية (السفاتج والسندات الإذنية وغيرها) سواء المسحوبة من قبله أو عليه، حيث تسجل فيه أهم البيانات المتعلقة بتلك الأوراق لاسيما مواعيد استحقاقها.
- دفتر الأستاذ (Grand livre): والذي يتم على مستواه القيد النهائي لكل المعلومات والبيانات المسجلة في سائر دفاتر التاجر الأخرى، حيث يتضمن النتائج النهائية لنشاط التاجر ومعاملاته التجارية والتي تسجل إما على أساس وحدة العمل (الزبون) أو وحدة العملية. حيث تؤخذ مثلاً المعطيات الواردة في دفتر اليومية حسب تسلسلها الزمني وتسجل في دفتر الأستاذ في إطار كل عملية على حدى أو بشكل منفرد تبعاً لكل عمل.
- دفتر المسودة: وهو ذلك الدفتر الذي يحرر فيه التاجر معاملاته التجارية بمجرد إتمامها بشكل سريع وغير منظم، على أن يقوم لاحقاً بإعادة نقل المعلومات الخاصة بتلك المعاملات بشيء من الروية والتأنى في دفتر اليومية<sup>1</sup>.

### الفرع 3: انتظام الدفاتر التجارية والإلزامية الاحتفاظ بها

نظراً للأهمية الكبيرة التي تكتسبها الدفاتر التجارية في حياة التاجر المهنية لاسيما في مجال الإثبات، فقد استلزم المشرع بشأنها مجموعة من الشروط القانونية المتعلقة بالترقيم والاعتماد (التأشير عليها) وسلامة القيد، وذلك من أجل ضمان صحة البيانات أو المعلومات الواردة فيها، فإن استوفت تلك الشروط انطبق عليها وصف الدفاتر التجارية المنتظمة بما يحمله هذا الوصف من نتائج وآثار قانونية.

حيث نصت المادة 11 من القانون التجاري بهذا الخصوص على ما يلي:

"يمسك دفتر اليومية ودفتر الجرد بحسب التاريخ وبدون ترك بياض أو تغيير من أي نوع كان أو نقل إلى الهامش.

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

<sup>1</sup> أمار عمورة، المرجع السابق، ص 117، 118. - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 170، 171. - د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 133.

وعلى ذلك يجب لكي تكون دفاتر التاجر قانونية ومنظمة أن تكون خالية من الفراغات أو الكتابة في الهامش، وأن لا تحتوي على تحشير بين الأسطر. كما أوجبت المادة 11 من القانون التجاري المذكورة أعلاه على التاجر كذلك ضرورة ترقيم أوراق كل من دفتر اليومية ودفتر الجرد قبل استعمالهما، مع إلزامية التأشير عليهما (الدفترين) من طرف قاضي المحكمة المختصة التي يمارس التاجر نشاطه التجاري في دائرة اختصاصها، والغرض من ذلك بطبيعة الحال هو التأكد من تسلسل الصفحات وتعاقبها من جهة، ومن جهة أخرى لتفادي تغيير المعلومات الموجودة فيها عن طريق إقدام صاحبها مثلاً على حذف أي صفحة من تلك الصفحات أو إخفاءها أو استبدالها بورقة أخرى<sup>1</sup>.

وبالموازاة مع هذه الشروط القانونية التي بتوافرها تكون الدفاتر التجارية منتظمة، وتكون بالنتيجة المعلومات المدونة فيها صحيحة ويمكن الاعتماد عليها في الإثبات، فقد فرض المشرع على التاجر التزاماً قانونياً آخر مفاده ضرورة الاحتفاظ بهذه الدفاتر لمدة 10 سنوات، حيث جاء في المادة 12 من القانون التجاري ما يلي: " يجب أن تحفظ الدفاتر والمستندات المشار إليها في المادتين 9 و 10 لمدة عشر سنوات. كما يجب أن ترتب وتحفظ المراسلات الواردة ونسخ الرسائل الموجهة طيلة نفس المدة ". وعليه يلتزم التاجر - وورثته من بعده - بالاحتفاظ بالدفاتر التجارية (الإلزامية منها دون الاختيارية) مدة 10 سنوات كاملة من تاريخ إقفالها<sup>2</sup>، كما يجب عليهم كذلك المحافظة على المراسلات والمستندات والبرقيات والفواتير أو صورها (نسخها) طيلة نفس المدة.

ومن أجل حمل التاجر على الامتثال لهذا الالتزام القانوني الخاص رتب المشرع نوعين من الجزاءات؛ إحداها مدنية والأخرى جزائية، والتي من الممكن أن توقعا عليه سواء في حالة عدم مسكه أصلاً لدفاتر تجارية، أو في حالة عدم انتظام هذه الأخيرة (الدفاتر) نتيجة عدم مطابقتها للشروط القانونية المذكورة آنفاً:

- **الجزاءات المدنية:** وتتمثل أساساً في حرمان التاجر من تقديم دفاتره التجارية غير المنتظمة، وعدم الاعتداد بها أمام القضاء كأداة أو وسيلة للإثبات لصالحه نتيجة افتقارها لقيمتها القانونية<sup>3</sup>، وبذلك يفوت التاجر على نفسه فرصة الاستفادة من أهم ميزة قانونية خص بها المشرع الدفاتر التجارية. كما أن عدم انتظام هذه الأخيرة من شأنه أن يعرض التاجر إلى التقدير الجزافي للضريبة والذي عادة ما يكون في غير صالحه.

<sup>1</sup> نادية فضيل، المرجع السابق، ص 171. - د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 134. - عمار عمورة، المرجع السابق، ص 118.

<sup>2</sup> قرار المحكمة العليا رقم 46728 الصادر بتاريخ: 1988/5/8، والمنشور في المجلة القضائية لسنة 1992 العدد 2 ص 5، الذي جاء فيه:

" تحفظ الدفاتر اليومية والمستندات التجارية لمدة عشر سنوات من تاريخ إقفالها ". أنظر: مبروك حسين، المرجع السابق، ص 8.

وأنظر في نفس المعنى كذلك: عمار عمورة، المرجع السابق، ص 119. - د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 135.

<sup>3</sup> حيث نصت المادة 14 من القانون التجاري على أنه: " إن الدفاتر التي يلتزم الأفراد بمسكها والتي لا تراعى فيها الأوضاع المقررة أعلاه، لا يمكن تقديمها للقضاء ولا يكون لها قوة الإثبات أمامه لصالح من يمسكونها، وذلك مع عدم المساس بما ورد النص بشأنه في كتاب الإفلاس والتفليس ".

- **العقوبات الجزائية:** زيادة على الجزاءات المدنية المذكورة أعلاه، من الممكن إدانة التاجر المفلس الذي توقف عن دفع ديونه بجريمة الإفلاس بالتقصير بنوعيتها (جريمة الإفلاس بالتقصير الوجوبي الذي يجب أن تحكم فيه المحكمة بالعقوبة المقررة، أو جريمة الإفلاس بالتقصير الجوازي الذي تكون للمحكمة فيه سلطة الحكم بالعقوبة المقررة من عدمه)<sup>1</sup>، وذلك ضمن مجموعة من الحالات التي نصت عليها المادتين: 370 و 371 من القانون التجاري لاسيما:

- إذا لم يكن التاجر قد أمسك أية حسابات مطابقة لعرف المهنة نظرًا لأهمية تجارته<sup>2</sup>.
- إذا كانت حسابات التاجر ناقصة أو غير ممسوكة بانتظام<sup>3</sup>.

كما يمكن إدانته كذلك بجريمة الإفلاس بالتدليس باعتبارها جريمة عمدية تقتض لقيامها ضرورة توافر قصد جنائي خاص، وهو اتجاه نية التاجر المفلس إلى الإضرار بدائنيه لاسيما من خلال إخفاء أو إعدام أو تغيير دفاتره التجارية التي يُستدل بها للتعرف على حقيقة مركزه المالي<sup>4</sup>، ومن ثم يعد التاجر المفلس مرتكبًا لجريمة الإفلاس بالتدليس إذا أخل بالتزامه المتمثل في الاحتفاظ بدفاتره لمدة 10 سنوات، وقام عمدًا بإخفائها أو إتلافها<sup>5</sup>.

#### الفرع 4: حجية الدفاتر التجارية في الإثبات

تكتسي الدفاتر التجارية أهمية جد خاصة في الإثبات أمام القضاء بمناسبة المنازعات التجارية؛ فمن جهة يمكن للتاجر صاحب هذه الدفاتر - بشروط معينة - أن يعتمد عليها لإثبات حقوقه المترتبة على عاتق الغير، وفي ذلك خروج عن القواعد العامة في الإثبات التي تقضي بأنه لا يجوز للشخص أن يصطنع (ينشئ) دليلًا لنفسه<sup>6</sup>. كما يجوز للغير من جهة أخرى اتخاذ هذه الدفاتر التجارية كوسيلة لإثبات حقوقهم في مواجهة صاحبها (الدفاتر)، وذلك عن طريق إجبار التاجر نفسه على تقديم دفاتره للقضاء حتى يطلعوا عليها، وهذا يعد كذلك استثناء عن المبدأ العام الذي مفاده عدم جواز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه<sup>7</sup>. وقبل التفصيل في مسألة حجية الدفاتر التجارية في الإثبات، تجدر بنا الإشارة أولاً إلى أن قبول هذه الدفاتر أمام القضاء أمر جوازي وليس إلزامي، بمعنى أن للقاضي كامل الحرية في استبعاد ما جاء في تلك

<sup>1</sup> د/ مصطفى كمال طه: القانون التجاري (الأوراق التجارية، العقود التجارية، عمليات البنوك، الإفلاس)، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 1999، ص 588 - 590.

<sup>2</sup> المادة 370/6 من القانون التجاري.

<sup>3</sup> المادة 371/5 من القانون التجاري.

<sup>4</sup> د/ مصطفى كمال طه، القانون التجاري (الأوراق التجارية، العقود التجارية، عمليات البنوك، الإفلاس)، المرجع السابق، ص 588.

<sup>5</sup> المادة 374 من القانون التجاري.

<sup>6</sup> عمار عمورة، المرجع السابق، ص 121. - د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 138. - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 178، 179.

<sup>7</sup> د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 141.

الدفاتر من بيانات ومعلومات وعدم إعطاءها أية حجية في الإثبات حتى ولو كانت منتظمة<sup>1</sup>، كما أنه حر كذلك في أن يقبلها أو يعتبرها دليلاً ناقصاً يتطلب تعزيزاً وتأكيّداً بدليل آخر، حيث نصت المادة 13 من القانون التجاري صراحة على أنه:

"يجوز للقاضي قبول الدفاتر التجارية المنتظمة كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية".

وفي نفس السياق تؤكد المادة 14 من القانون التجاري المذكورة أعلاه، بأن الدفاتر التجارية غير المنتظمة لا يمكن تقديمها للقضاء ولا تكتسب أية حجية في الإثبات لمصلحة صاحبها.

وعلى العموم فنعالج حجية الدفاتر التجارية في الإثبات من خلال نقطتين: نخصص الأولى للحديث عن الدفاتر كوسيلة إثبات لمصلحة التاجر سواء كان خصمه تاجرًا أو غير تاجر (أولاً)، ونعالج في الثانية الدفاتر التجارية كوسيلة إثبات ضد التاجر (ثانيًا):

### **أولاً: حجية الدفاتر التجارية في الإثبات لمصلحة التاجر**

تختلف حجية الدفاتر التجارية في الإثبات لمصلحة التاجر تبعاً لما إذا كان خصمه في الدعوى القضائية شخصاً تاجرًا مثله أو غير تاجر:

#### **1/ الإثبات لمصلحة التاجر ضد تاجر آخر:**

لكي تكون للدفاتر التجارية حجية في الإثبات لمصلحة التاجر ضد خصمه التاجر - وفقاً لنص المادة 13 من القانون التجاري آنفة الذكر - لابد من توافر ثلاث شروط هي:

- أن يكون بطبيعة الحال خصم التاجر الذي يتمسك بدفاتره ضده تاجرًا مثله، وهذا ما يبرر الخروج عن المبدأ العام في الإثبات الذي مفاده عدم جواز أن يصطنع الشخص دليلاً لنفسه، فطالما أن كل واحد منهما يحوز صفة التاجر ويكون بالنتيجة ملزماً قانوناً بمسك دفاتر تجارية، فمعنى ذلك أن كليهما يملك نفس الوسيلة لمواجهة خصمه.

وما يبق على المحكمة حينها سوى إجراء مقارنة بين البيانات المدونة في دفاتر كل من الطرفين، فإن تطابقت كان ذلك دليلاً على صحة دعوى التاجر فيما يطالب به خصمه التاجر. أما إذا اختلفت تلك البيانات فتميز بين حالتين: إذا كانت دفاتر كل منهما منتظمة فللمحكمة كامل الحرية في الأخذ بما تطمئن إليه من معلومات واردة فيها. أما إن كانت دفاتر أحد التاجرين منتظمة ودفاتر الآخر غير منتظمة فللمحكمة أن ترجح المعطيات والبيانات الواردة في الأولى، كما يجوز لها كذلك أن ترفض الدفاتر كلها إذا لم تطمئن لها وتطالب الخصوم بتقديم أدلة أخرى.

<sup>1</sup> نادية فضيل، المرجع السابق، ص 174.

• أن يكون الدفتر الذي يستند إليه التاجر لإثبات حقه منتظماً؛ بمعنى أن يكون مستوفياً للشروط القانونية التي سبق الكلام عنها والمنصوص عليها في المادة 11 من القانون التجاري، وهو ما يجعله جديراً بالاعتماد كدليل في الإثبات من قبل القاضي، خاصة إذا كان الخصم لا يملك أصلاً دفاتر تجارية أو كانت دفاتره غير منتظمة.

وكما سبق القول بإمكان المحكمة دائماً رفض ما ورد في الدفاتر التجارية حتى ولو كانت منتظمة شريطة أن تسبب رفضها. كما يجوز لخصم التاجر أن ينازع في صحة البيانات الواردة في دفاتر خصمه، وله أن يقيم الدليل على ما يخالفها بكافة طرق الإثبات وفقاً لنظام الإثبات الحر المعمول به في المعاملات التجارية.

• وأخيراً لا بد أن يكون النزاع متعلقاً بعمل يعتبر تجارياً بالنسبة لكلا الخصمين، لكون الدفاتر التجارية بطبيعتها لا تتضمن سوى المعلومات الخاصة بالمعاملات التجارية، ومن ثم فهي تقتصر للحجية في الإثبات بشأن المعاملات المدنية التي يبرمها التاجر خارج نطاق تجارته أو لحاجاته الشخصية<sup>1</sup>. كما يشترط كذلك أن لا يتعلق النزاع بتصرف يستلزم القانون بشأنه الرسمية كشرط انعقاد وأداة إثبات في نفس الوقت، كما هو الشأن مثلاً بالنسبة لعقد الشركة وبيع المحل التجاري وغيرهما.

## 2/ الإثبات لمصلحة التاجر ضد شخص آخر ليس بتاجر:

الأصل أن الدفاتر التجارية التي يتمسك بها التاجر ضد خصمه غير التاجر لا تكتسي الحجية في الإثبات، استناداً إلى القاعدة العامة - المذكورة سابقاً - والتي مفادها عدم جواز أن ينشئ الشخص دليلاً لنفسه، لأن هذا الخصم لا يملك بدوره دفاتر يدفع بها دعوى التاجر.

غير أنه ومن باب الاستثناء تكون لهذه الدفاتر الحجية في الإثبات إذا تعلق النزاع بأشياء قام بتوريدها التاجر - بشكل متكرر وعلى فترات دورية - إلى شخص غير تاجر، وكان محل الالتزام مما يجوز إثباته بالبينة بالنسبة للطرف غير التاجر (أن لا تتجاوز قيمته 100.000 دج طبقاً لنص المادة 333 من القانون المدني)<sup>2</sup>.

وهذا ما كرسه المشرع صراحة في الفقرة الأولى من المادة 330 من القانون المدني التي جاء فيها:

"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".

<sup>1</sup> عمار عمورة، المرجع السابق، ص 122. - د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 138. - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 179.

<sup>2</sup> نادية فضيل، المرجع السابق، ص 179، 180.

وعلى ذلك يجوز للمحكمة - في هذه الحالة - أن تعتمد في حكمها على البيانات المدونة في دفاتر التاجر إذا اطمأنت لها، لكن باعتبارها فقط بداية دليل أو دليل ناقص يتطلب استكمالها عن طريق توجيه اليمين المتممة إلى أي من طرفي الخصومة<sup>1</sup>.

## ثانياً: حجية الدفاتر التجارية في الإثبات ضد التاجر

أما بخصوص حجية الدفاتر التجارية في الإثبات ضد التاجر، فالقاعدة العامة تقضي بعدم جواز إجبار الشخص على أن يقدم دليلاً ضد نفسه. بمعنى أنه لا يجوز إجبار وإرغام التاجر على تقديم دفاتره التجارية ليستخلص من البيانات المدونة فيها دليل ضده.

إلا أنه ومن باب الاستثناء دائماً أجاز المشرع صراحة في الفقرة الثانية من المادة 330 من القانون المدني أن تعتمد المحكمة على ما جاء في دفاتر التاجر من معلومات ومعطيات وتستخلص منها دليلاً ضده (التاجر) حيث جاء فيها ما يلي: "وتكون دفاتر التاجر حجة على هؤلاء التجار، ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها واستبعاد منه ما هو مناقض لدعواه".

وتبرير هذا الاستثناء أن التاجر (أو العامل الذي يتبعه ويأتمر بأوامره) هو الذي يمسك الدفاتر بنفسه (أو بواسطة مستخدميه)، وهو الذي يدون فيها مختلف المعلومات المتعلقة بمعاملاته، وهو ما يعتبر - في لغة القانون - بمثابة إقرار منه (التاجر) لفائدة خصمه<sup>2</sup>، ويستوي في ذلك أن تكون هذه الدفاتر التجارية منتظمة أو غير منتظمة، بل ويسري هذا الحكم حتى ولو كان خصم التاجر شخصاً ليس تاجراً، وكانت البيانات والقيود المستخلصة من الدفاتر متعلقة بمعاملات مدنية بحتة.

كما تجدر الإشارة هنا إلى أن الإقرار بهذا الشكل لا يتجزأ بحسب الأصل<sup>3</sup>؛ ومعنى ذلك أنه إذا كانت الدفاتر التجارية منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلاً لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها؛ أي أن يأخذ منها ما يفيد ويستبعد منها ما هو مناقض لدعواه.

أما إن كانت الدفاتر غير منتظمة فإنه يجوز تجزئة ما جاء فيها من بيانات ومعلومات للاستفادة فقط من تلك التي تصب في مصلحة خصم التاجر. على أن يظل من حق هذا الأخير (أي التاجر صاحب الدفاتر) أن يثبت بكافة طرق الإثبات عكس ما هو وارد في دفاتره من البيانات التي اعتمدت كحجة ضده.

<sup>1</sup> عمار عمورة، المرجع السابق، ص 123. - د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 140.

<sup>2</sup> نادية فضيل، المرجع السابق، ص 177. - د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 140. - عمار عمورة، المرجع السابق، ص 123.

<sup>3</sup> د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 140.

## كيفية الرجوع إلى الدفاتر التجارية:

يتم الرجوع إلى الدفاتر التجارية والاحتجاج بها أمام القضاء بناء على أمر صادر عن المحكمة<sup>1</sup> (إما من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم)، ويكون ذلك بإحدى الطريقتين التاليتين:

1/ إما عن طريق التقديم (La représentation) من أجل الإطلاع الجزئي؛ وذلك من خلال عرض الدفتر التجاري على المحكمة لتستخلص منه دليلاً يظهر وجه الحقيقة في الخصومة أو المنازعة المطروحة أمامها، حيث تتقيد المحكمة في هذه الحالة بالبحث فقط عن الدليل الوثيق الصلة بموضوع النزاع دون التعرض لباقي البيانات الأخرى التي لا علاقة لها به<sup>2</sup>، وهذا طبقاً لنص المادة 16 من القانون التجاري التي جاء فيها ما يلي:

"يجوز للقاضي أن يأمر ولو من تلقاء نفسه بتقديم الدفاتر التجارية أثناء قيام نزاع وذلك بغرض استخلاص ما يتعلق منها بالنزاع".

وتشكل هذه الطريقة الأسلوب العادي للجوء إلى دفاتر التاجر من أجل الإثبات، لكونها لا تؤدي إلى إفشاء أسرار التاجر المهنية، حيث يتم تفقد ذلك الدفتر والتمحيص في بياناته بحضور صاحبه وتحت رقابته ومن دون أن يتخلّى عنه.

2/ وإما عن طريق التسليم (La communication) من أجل الإطلاع الكلي؛ وذلك من خلال تخلي التاجر عن دفتره التجاري ووضعه تحت تصرف خصمه ليطلع عليه تحت إشراف ورقابة المحكمة، حيث تبين هذه الأخيرة كيفية الاطلاع سواء بإيداع الدفتر لدى كتابة ضبط المحكمة أو عبر الاطلاع في محل التاجر. ونظراً لخطورة هذه الطريقة الثانية كونها تعرض التاجر لإفشاء أسرار المهنية، فإنه لا يلجأ إليها إلا بمناسبة منازعات جد خاصة عددها المشرع وذكرها - على سبيل الحصر<sup>3</sup> - في المادة 15 من القانون التجاري التي جاء فيها ما يلي:

"لا يجوز الأمر بتقديم الدفاتر وقوائم الجرد إلى القضاء إلا في قضايا الإرث وقسمة الشركة وفي حالة الإفلاس".

<sup>1</sup> فإن لم يستجيب التاجر المعني (صاحب الدفاتر) لذلك الأمر وامتنع عن تنفيذه، جاز للمحكمة أن توقع عليه غرامة تهديدية لحمله على تقديم دفاتره جبراً (المادة 71/2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية) هذا من جهة، كما لها (المحكمة) من جهة أخرى أن تعتبر ذلك الامتناع قرينة ضد التاجر وتستغني بالنتيجة عن الإثبات بواسطة دفاتره، حيث أجاز لها المشرع اللجوء إلى دليل آخر وهو اليمين عملاً بنص المادة 18 من القانون التجاري التي جاء فيها ما يلي: "إذا رفض الطرف الذي يعرض عليه الإثبات بالدفاتر، تقديم هذه الأخيرة، جاز للقاضي توجيه اليمين إلى الطرف الآخر".

<sup>2</sup> عمار عمورة، المرجع السابق، ص 125. - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 175. - د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 143.

<sup>3</sup> نادية فضيل، المرجع السابق، ص 176. - د/ سلمان بو ذياب، المرجع السابق، ص 142، 143. - عمار عمورة، المرجع السابق، ص 125، 126.



## المطلب 2: الالتزام بالقيد في السجل التجاري

نظام السجل التجاري نظام قديم عرف في القرن الثالث عشر من قبل طوائف التجار التي كانت منتشرة في المدن الإيطالية، والتي كانت تقوم بقيد أسماء التجار المنتمين إليها في قوائم خاصة، لمجرد إحصاءهم والتمكن من دعوتهم إلى حضور الاجتماعات المهنية في مرحلة أولى، ليصبح الغرض من ذلك في مرحلة تالية هو جمع بيانات هؤلاء التجار المتعلقة بتجارهم وإرسالها إلى تاجر آخرين، وهكذا نشأ السجل التجاري باعتباره قائمة تضم أسماء التجار أعضاء الطائفة المهنية الواحدة، ويصبح بمثابة أداة للاستعلام عن التاجر من دون الحاجة إلى رضاه وموافقته.

وقد تبنت معظم الدول نظام السجل التجاري سواء كوسيلة تقنية لتسهيل عملية الإحصاء في عالم التجارة (من خلال حيازة أرقام دقيقة تعبر عن: حجم رأس المال المستثمر في التجارة، عدد التجار وجنسياتهم، أنواع التجارة المختلفة الممارسة في إقليم الدولة ...)، أو كأداة لتحقيق الإشهار القانوني (La publicité légale) في المواد التجارية (من خلال إعلام الغير بمختلف البيانات المتعلقة بالتجار وبنشاطهم المهني)<sup>1</sup>. والحديث عن الالتزام بالقيد في السجل التجاري يستدعي منا التطرق إلى مجموعة من النقاط الهامة؛ بدءاً بتحديد الأشخاص المعنيين بهذا الالتزام (الفرع 1)، ثم الآثار القانونية المترتبة عن القيد في السجل التجاري (الفرع 2)، وانتهاءً بالآثار القانونية الناجمة عن عدم القيد في السجل التجاري (الفرع 3):

### الفرع 1: الأشخاص الملزمين قانوناً بالقيد في السجل التجاري

حدد المشرع الأشخاص الخاضعين للقيد في السجل التجاري أساساً بموجب المادتين 19 و 20 من القانون التجاري، حيث جاء في الأولى ما يلي: "يلزم بالتسجيل في السجل التجاري: 1- كل شخص طبيعي له صفة التاجر في نظر القانون التجاري ويمارس أعماله التجارية داخل القطر الجزائري.

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

وتضيف المادة الثانية بقولها: "يطبق هذا الإلزام خاصة على:

1- كل تاجر، شخصًا طبيعيًا كان أو معنويًا.

2- كل مقاوله تجارية يكون مقرها في الخارج وتفتح في الجزائر وكالة أو فرعًا أو أية مؤسسة أخرى.

3- كل ممثلية تجارية أجنبية تمارس نشاطًا تجاريًا على التراب الوطني."

<sup>1</sup> نادية فضيل، المرجع السابق، ص 181، 182. - عمار عمورة، المرجع السابق، ص 127، 128.

وتدعيماً لما جاء في هذين النصين، أكد المشرع من جديد - في موضع آخر ضمن النصوص التشريعية غير المدرجة في القانون التجاري - على الأشخاص الملزمين بالقيد في السجل التجاري وعلى أولئك المعفون من هذا الالتزام القانوني، وذلك بموجب أحكام المواد: 4، 6 و 7 من القانون رقم 08/04 المؤرخ في 14 أوت 2004 والمتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية المعدل والمتمم<sup>1</sup> آنف الذكر، ليتضح لنا جلياً بأن القيد في السجل التجاري لا يمكن أن يتم ما لم تتوفر الشروط التالية:

## 1/ وجوب أن يكون الشخص تاجراً بمفهوم القانون التجاري الجزائري:

في نظامنا القانوني التاجر نوعان: التاجر بحسب الشكل - بمفهوم المادة 544 من القانون التجاري - الذي يضم في طياته الشركات التي تتخذ شكلاً من الأشكال المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة 544 من القانون التجاري (وهي: شركات التضامن، شركات التوصية، الشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة)، حيث أن مجرد شكلها يعد كافياً لإضفاء الطابع التجاري عليها وذلك بغض النظر عن موضوعها أو نشاطها (أي حتى ولو كان هذا الأخير نشاطاً مدنياً بطبيعته).

والتاجر بحسب الموضوع (شخصاً طبيعياً كان أو معنوياً) - بمفهوم المادة الأولى من القانون التجاري - والذي يباشر عملاً تجارياً ويتخذ مهنة معتادة له<sup>2</sup>.

وعلى ذلك يلتزم بالقيد في السجل التجاري:

- كل شخص طبيعي أو اعتباري يمارس باسمه ولحسابه الخاص نشاطاً تجارياً ويتخذ مهنة معتادة له.

- كل شخص معنوي اتخذ شكلاً من أشكال الشركات التجارية الواردة في الفقرة 2 من المادة 544 من القانون التجاري وهي: شركات التضامن، شركات التوصية بنوعها (البسيطة وبالأسهم)، الشركات ذات المسؤولية المحدودة سواء الكلاسيكية التي تضم أكثر من شريك أو المؤسسة ذات الشريك الوحيد (EURL)، وكذا شركات المساهمة.

---

<sup>1</sup> حيث جاء في المادة الرابعة منه ما يلي: "يلزم كل شخص طبيعي أو اعتباري يرغب في ممارسة نشاط تجاري، بالقيد في السجل التجاري، ولا يمكن الطعن فيه في حالة النزاع أو الخصومة إلا أمام الجهات القضائية المختصة. يمنح هذا التسجيل الحق في الممارسة الحرة للنشاط التجاري، باستثناء النشاطات والمهن المقننة الخاضعة للتسجيل في السجل التجاري والتي تخضع ممارستها إلى الحصول على ترخيص أو اعتماد. يحدد نموذج مستخرج السجل التجاري ومحتواه عن طريق التنظيم".

وتضيف المادة السادسة منه بقولها: "بغض النظر عن أحكام المادة 20 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، يجب على كل مؤسسة تمارس نشاطها بالجزائر، باسم شركة تجارية يكون مقرها بالخارج، التسجيل في السجل التجاري".

أما المادة السابعة منه فصت على أنه: "تستبعد من مجال تطبيق أحكام هذا القانون، الأنشطة الفلاحية والحرفيون في مفهوم الأمر رقم 96-01 المؤرخ في 19 شعبان عام 1416 الموافق 10 يناير سنة 1996 الذي يحدد القواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف، والشركات المدنية والتعاونيات التي لا يكون هدفها الربح، والمهن المدنية الحرة التي يمارسها أشخاص طبيعيون والمؤسسات العمومية المكلفة بتسيير الخدمات العمومية، باستثناء المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري".

<sup>2</sup> عمار عمورة، المرجع السابق، ص 131.

- كل مقاول أو مؤسسة تجارية يكون مقرها في الخارج وتفتح في الجزائر وكالة أو فرعاً أو أية مؤسسة أخرى.
- كل ممثلية تجارية أجنبية تمارس نشاطاً تجارياً على التراب الوطني.
- المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري (EPIC)، والمؤسسات العمومية الاقتصادية (EPE).

وعلى العكس من ذلك يعفى من الالتزام بالقيد في السجل التجاري كل من: الفلاحين والحرفيون والشركات المدنية والجمعيات التي لا ترمي من وراء نشاطها إلى تحقيق الربح، أصحاب المهن الحرة (كالأطباء، والمحامين والموثقين والمحضرين القضائيين والمهندسين المعماريين وغيرهم)، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التي تشرف على تسيير مرافق عمومية (كالمؤسسات العمومية الإستشفائية، الجامعات ...).

## 2/ مزولة النشاط التجاري داخل التراب الوطني:

كما يشترط قانوناً كذلك أن يكون الشخص المعني بالتسجيل في السجل التجاري يمارس نشاطه التجاري داخل التراب الوطني الجزائري، وإن كان أجنبياً ومقره الرئيسي في الخارج لا بد أن يكون له على الأقل فرعاً أو وكالة تمارس نشاطها التجاري في الجزائر<sup>1</sup>. وهذا ما يتفق مع القواعد العامة الواردة في القانون المدني لاسيما المادة 10 منه التي تنص في فقرتها 3 على أنه:

"أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي. غير أنه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطاً في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري".

وعليه تلتزم الأشخاص الاعتبارية من شركات ومؤسسات وغيرها والتي يكون مركزها ومقرها الرئيسي في الخارج، بالقيد في السجل التجاري طالما كان لها نشاط تجاري تمارسه داخل التراب الوطني. ويظل هذا الالتزام قائماً في حقها حتى ولو كان نشاطها في الجزائر مجرد نشاط فرعي أو ثانوي يمارس من خلال وكالة أو فرع أو ممثلية تجارية أو أية مؤسسة أخرى<sup>2</sup>.

أما الشركة التي تنشط في الخارج ويكون الشركاء فيها من جنسية جزائرية فإنها لا تخضع للقيد في السجل التجاري ما لم تفتح لها فرع أو وكالة تنشط داخل القطر الجزائري.

<sup>1</sup> عمار عمورة، المرجع السابق، ص 131.

<sup>2</sup> نادية فضيل، المرجع السابق، ص 190.

### 3/ أن لا يكون الشخص ممنوعًا من مزاولة التجارة أو خاضعًا لنظام خاص ينص على حالة تناف:

فمن جهة منعت المادة 8 من القانون رقم 08/04 المؤرخ في 14 أوت 2004 والمتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية المعدل والمتمم آنف الذكر، فئة من الأشخاص من مزاولة التجارة ومن القيد في السجل التجاري وذلك بسبب الشك في مدى نزاهتهم، ويتعلق الأمر بأولئك المحكوم عليهم جزائيًا لارتكابهم جنایات وجنح تتنافى مع ما تتطلبه البيئة التجارية من ثقة ونزاهة وائتمان - ولم يرد اعتبارهم بعد -، حيث جاء فيها ما يلي: " لا يمكن أن يسجل في السجل التجاري أو يمارس نشاطًا تجاريًا، الأشخاص المحكوم عليهم الذين لم يرد لهم الاعتبار لارتكابهم الجنایات والجنح في مجال:

- حركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج.
- إنتاج و/أو تسويق المنتجات المزورة والمغشوشة الموجهة للاستهلاك.
- التقليل.
- الرشوة.
- التقليد و/أو المساس بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة.
- الاتجار بالمخدرات "

ومن جهة أخرى نصت المادة 9 من القانون رقم 08/04 المؤرخ في 14 أوت 2004 والمتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية المعدل والمتمم آنف الذكر في فقرتها الأولى على أنه يمنع على الشخص مزاولة التجارة وبالنتيجة القيد في السجل التجاري، إذا كان متواجدًا في حالة من حالات التعارض والتنافي المنصوص عليها قانونًا<sup>1</sup>، حيث جاء فيها ما يلي:

" لا يجوز لأي كان ممارسة نشاط تجاري إذا كان خاضعًا لنظام خاص ينص على حالة تناف "

#### الفرع 2: الآثار القانونية المترتبة عن القيد في السجل التجاري

تترتب عن التسجيل في السجل التجاري (الذي يمسكه المركز الوطني للسجل التجاري ويرقمه ويؤشر عليه القاضي<sup>2</sup>) مجموعة من الآثار القانونية، والتي يمكن إجمالها في الآتي:

<sup>1</sup> أنظر على سبيل المثال:

- بالنسبة للمحامي المادة 27/1 من القانون رقم 07/13 المؤرخ في 29/10/2013 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة، ج.ر لسنة 2013 العدد 55 الصادر بتاريخ: 30/10/2013.

- وبالنسبة للموظف العام المادة 43/1 من الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 15/07/2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج.ر لسنة 2006 العدد 46 الصادر بتاريخ: 16/07/2006.

<sup>2</sup> المادة 2/1 من القانون رقم 08/04 المؤرخ في 14 أوت 2004 والمتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية المعدل والمتمم آنف الذكر.

## 1/ اكتساب صفة التاجر وجواز الاحتجاج بها في مواجهة الغير:

حيث يعتبر القيد في السجل التجاري قرينة قاطعة على تمتع الشخص بصفة التاجر<sup>1</sup> بما تحمله هذه الصفة من نتائج قانونية، وهذا ما قضت به المادة 21 من القانون التجاري حيث جاء فيها ما يلي:

"كل شخص طبيعي أو معنوي مسجل في السجل التجاري يعد مكتسباً صفة التاجر إزاء القوانين المعمول بها ويخضع لكل النتائج الناجمة عن هذه الصفة"<sup>2</sup>. وفي نفس السياق تضيف المادة 2/2 من القانون رقم 08/04 المؤرخ في 14 أوت 2004 والمتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية المعدل والمتمم آنف الذكر قائلة:

"يعد مستخرج السجل التجاري سنداً رسمياً يؤهل كل شخص طبيعي أو اعتباري يتمتع بكامل أهليته القانونية، لممارسة نشاط تجاري، ويعتد به أمام الغير إلى غاية الطعن فيه بالتزوير"<sup>3</sup>.

## 2/ اكتساب الشركة التجارية للشخصية المعنوية:

زيادة على ضرورة إيداع ونشر العقود التأسيسية للشركة التجارية لدى المركز الوطني للسجل التجاري باعتباره شرطاً شكلياً يؤدي تخلفه إلى بطلان تلك العقود<sup>4</sup>، فإن القيد في السجل التجاري يؤدي كذلك بالنسبة للشركات التجارية إلى اكتسابها الشخصية المعنوية بما تحمله هذه الأخيرة من نتائج قانونية<sup>5</sup> (ذمة مالية مستقلة، أهلية قانونية، موطن وممثل قانوني...)، حيث جاء في المادة 549 من القانون التجاري ما يلي:

"لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري ...".

## 3/ مسؤولية التاجر عن الديون الخاصة باستغلال المحل التجاري في حالة تنازله عنه أو تأجيله:

عملاً بأحكام المادة 23 من القانون التجاري التي جاء فيها:

"مع عدم الإخلال بتطبيق المادة 209 المتعلقة بتأجيل المتاجر على وجه التسيير الحر، فإنه لا يمكن للتاجر المسجل الذي يتنازل عن متجره أو يؤجر استغلال تأجيل التسيير، أن يحتج بإنهاء نشاطه التجاري للتهرب من القيام بالمسؤولية التي هي عليه من جراء الالتزامات التي تعهد بها خلفه في استغلال المتجر، إلا ابتداء من

<sup>1</sup> نادية فضيل، المرجع السابق، ص 191.

<sup>2</sup> أنظر في نفس المعنى المادة 1/18 (التي مازالت سارية المفعول) من القانون رقم 22/90 المؤرخ في 18/08/1990 المتعلق بالسجل التجاري المعدل والمتمم آنف الذكر (والملغى جزئياً بموجب المادة 43 من القانون رقم 08/04 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية آنف الذكر)، التي جاء فيها:

"يثبت التسجيل في السجل التجاري الصفة القانونية للتاجر ولا تنظر فيه في حالة اعتراض أو نزاع إلا المحاكم المختصة. ويحول هذا التسجيل الحق في حرية ممارسة النشاط التجاري".

<sup>3</sup> أنظر كذلك مضمون الفقرة 2 من المادة 4 من القانون رقم 08/04 المؤرخ في 14 أوت 2004 والمتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية المذكورة أعلاه.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه يمنع على التاجر - تحت طائلة العقوبات الجزائية المنصوص عليها في المادة 41 من القانون رقم 08/04 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية آنف الذكر - مزاوله تجارة أخرى خارجة عن موضوع السجل التجاري.

<sup>4</sup> المادة 548 من القانون التجاري.

<sup>5</sup> نادية فضيل، المرجع السابق، ص 193. - عمار عمورة، المرجع السابق، ص 137.

اليوم الذي وقع فيه إما الشطب وإما الإشارة المطابقة وإما الإشارة التي تتضمن وضع المتجر على وجه تأجير التسيير ". فإن التاجر يظل مسؤولاً في مواجهة الغير عن الوفاء بالتزاماته المالية المرتبطة بمهنته حتى بعد توقفه عن ممارسة نشاطه، لاسيما منها الالتزامات والديون الناجمة عن استغلال محله التجاري من قبل خلفه - في حالة بيعه المحل أو تأجيره -، وذلك إلى غاية تاريخ تسجيل شطبه من السجل التجاري، أو التأشير فيه (السجل) بما يفيد تأجير محله التجاري تأجير تسيير، وهو ما يفيد بأن القيد في السجل التجاري له أثر قانوني مهم في مثل هذه الحالات، إذ من شأنه أن يؤدي إلى انتفاء مسؤولية التاجر عن الديون التي يرتبها خلفه من بعده، حيث يجيز له (التاجر) القانون - ابتداء من تاريخ قيد الشطب أو تسجيل البيان المتعلق بالتأجير الحر للمحل التجاري - الاحتجاج في مواجهة الغير بتوقفه عن ممارسة النشاط التجاري<sup>1</sup>.

### الفرع 3: الجزاءات المترتبة عن عدم القيد في السجل التجاري

من أجل حمل التاجر على الامتثال لهذا الالتزام القانوني والمهني المتمثل في إتمام إجراءات القيد في السجل التجاري<sup>2</sup>، رتب المشرع ثلاث (3) أنواع من الجزاءات التي من الممكن أن توقع على كل شخص يمارس نشاطاً تجارياً من دون استيفاء هذا الإجراء؛ منها المدنية ومنها الإدارية (الضبط الإداري)، وكذا الجزائية: 1/ الجزاءات المدنية: وتتمثل أساساً في الآتي:

- يعد الشخص الذي يزاول التجارة من دون القيد في السجل التجاري تاجرًا غير نظامي؛ وهو ما يعني بالدرجة الأولى حرمانه من التمسك بصفة التاجر في مواجهة الغير بما تحمله هذه الصفة من حقوق، حيث نصت المادة 22 من القانون التجاري في فقرتها الأولى على ما 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 ".  
وفي المقابل عندما يتعلق الأمر بالالتزامات المترتبة على كاهل هذا التاجر غير النظامي الذي يمارس التجارة من دون القيد في السجل التجاري، فإن المشرع حرّمه كذلك من إمكانية الاحتجاج بعدم قيده في السجل التجاري للتهرب من الواجبات والالتزامات القانونية المرتبطة بهذه الصفة (صفة التاجر)<sup>3</sup>، حيث نصت المادة 22 من القانون التجاري في فقرتها الثانية على ما يلي: " غير أنه لا يمكن لهم الاستناد لعدم تسجيلهم في السجل بقصد تهريبهم من المسؤوليات والواجبات الملازمة لهذه الصفة ".

<sup>1</sup> نادية فضيل، المرجع السابق، ص 194.

<sup>2</sup> بخصوص إجراءات القيد في السجل التجاري نصت المادة 20 مكرر من القانون التجاري على أنه: " تحدد كليات التسجيل في السجل التجاري طبقاً للتنظيم المعمول به ". وأنظر في هذا الشأن كذلك: - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 194 - 197. - عمار عمورة، المرجع السابق، ص 132، 133.

<sup>3</sup> نادية فضيل، المرجع السابق، ص 197.

**2/ العقوبات الإدارية:** وتدخل في نطاق سلطة الضبط الإداري التي تتمتع بها بعض الإدارات (لاسيما تلك المكلفة بالتجارة والضرائب) بقصد تنظيم عالم التجارة والتجار، حيث منحها (الإدارات) المشرع صلاحية القيام بعمليات المراقبة ومعاينة الجرائم المرتكبة<sup>1</sup>. ومن أبرز هذه العقوبات الإدارية ما يلي:

**غلق المحل التجاري، فرض غرامة جزافية، وحجز السلع ووسائل النقل.**

- حيث نصت المادة 31 من القانون رقم 08/04 المؤرخ في 14 أوت 2004 والمتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية المعدل والمتمم آنف الذكر على أنه:

" يقوم الأعوان المؤهلون والمذكورون في المادة 30 أعلاه بغلق محل كل شخص طبيعي أو اعتباري يمارس نشاطاً تجارياً قارراً دون التسجيل في السجل التجاري إلى غاية تسوية مرتكب الجريمة لوضعيته.

زيادة على إجراء الغلق، يعاقب مرتكب الجريمة بغرامة من 10.000 دج إلى 100.000 دج "

- وتضيف المادة 32 من نفس القانون بقولها: " يعاقب التجار الذين يمارسون أنشطة تجارية غير قارة

دون التسجيل في السجل التجاري بغرامة من 5.000 دج إلى 50.000 دج.

زيادة على هذه الغرامة، يجوز لأعوان الرقابة المؤهلين والمذكورين في المادة 30 أعلاه، القيام بحجز سلع مرتكب الجريمة، وعند الاقتضاء، حجز وسيلة أو وسائل النقل المستعملة.

إن شروط وكيفيات إجراء الحجز هي نفسها المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما المطبقين على الممارسات التجارية "

- كما جاء في المادة 31 مكرر من نفس القانون كذلك ما يلي:

" يعاقب على ممارسة نشاط تجاري بمستخرج سجل تجاري منتهى الصلاحية بغرامة من عشرة آلاف دينار (10.000 دج) إلى خمسمائة ألف دينار (500.000 دج).

ويصدر الوالي، زيادة على ذلك، قراراً بالغلق الإداري للمحل التجاري.

وفي حالة عدم التسوية في أجل ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ معاينة الجريمة، يحكم القاضي بالشطب من السجل التجاري "

- وفيما يتعلق بتعديل بيانات مستخرج السجل التجاري، نصت المادة 37 من القانون رقم 08/04

المؤرخ في 14 أوت 2004 والمتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية المعدل والمتمم آنف الذكر على أنه:

" يعاقب على عدم تعديل بيانات مستخرج السجل التجاري تبعاً للتغيرات الطارئة على الوضعية أو الحالة القانونية للتاجر بغرامة من عشرة آلاف دينار (10.000 دج) إلى خمسمائة ألف دينار (500.000 دج).

ويعذر المخالف لتسوية وضعيته في أجل ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ معاينة الجريمة.

<sup>1</sup> أنظر في هذا الشأن المادة 30 من القانون رقم 08/04 المؤرخ في 14 أوت 2004 والمتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية آنف الذكر.



وبعد انقضاء هذا الأجل، يتخذ الوالي قرارًا بالغلق الإداري للمحل إلى غاية تسوية وضعيته.

وفي حالة عدم التسوية في أجل الثلاثة (3) أشهر الموالية للغلق الإداري، يحكم القاضي بالشطب من السجل التجاري ".

### 3/ العقوبات الجزائية: زيادة على الجزاءات المدنية والإدارية المذكورتين أعلاه، من الممكن إدانة الشخص

ومعاقبته جزائيًا بمناسبة بعض الجرائم المرتبطة بالالتزام بالقيد في السجل التجاري وذلك على النحو الآتي:

- نصت المادة 28 من القانون التجاري على أنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي، غير مسجل في

السجل التجاري، يمارس بصفة عادية نشاطًا تجاريًا، يكون قد ارتكب مخالفة تعالين ويعاقب عليها طبقًا 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 ".

- نصت المادة 33 من القانون رقم 08/04 المؤرخ في 14 أوت 2004 والمتعلق بشروط ممارسة

الأنشطة التجارية المعدل والمتمم أنف الذكر على أنه: " يعاقب كل من يقوم عن سوء نية بالإدلاء بتصريحات

غير صحيحة أو يدلي بمعلومات غير كاملة بهدف التسجيل في السجل التجاري، بغرامة من 50.000 دج

إلى 500.000 دج ".

- وتضيف المادة 34 من نفس القانون بشأن تزوير أو تقليد مستخرج السجل التجاري، بقولها:

" يعاقب كل من يقوم بتقليد أو تزوير مستخرج السجل التجاري أو الوثائق المرتبطة به، بعقوبة الحبس

من ستة (6) أشهر إلى سنة (1) وبغرامة من 100.000 دج إلى 1.000.000 دج.

زيادة على هذه العقوبات، يأمر القاضي تلقائيًا بغلق المحل التجاري المعني، كما يمكنه أيضًا أن يقرر منع القائم

بالتزوير من ممارسة أي نشاط تجاري لمدة أقصاها خمس (5) سنوات ".

- كما تجدر الإشارة في الأخير إلى أنه من الممكن أن يتدخل القاضي الجزائي في مرحلة تالية،

وذلك بعد استنفاد العقوبات الإدارية المذكورة أعلاه، لاسيما في حالة عدم امتثال مرتكب المخالفة للإنذار

أو الإعذار الموجه له قصد تسوية وضعيته، بمعنى أن تحريك الدعوى العمومية من أجل المتابعة الجزائية

يكون في بعض الأحيان لاحقًا على العقوبات الإدارية التي لم تكن مجدية<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> حيث يقوم القاضي الجزائي حينها بتوقيع عقوبات جزائية أصلية من خلال فرض غرامة، وأخرى تكميلية عن طريق الحكم مثلاً بالشطب من السجل التجاري. كما هو الحال بالنسبة لجريمتي: ممارسة نشاط تجاري بمستخرج سجل تجاري منتهي الصلاحية، وعدم تعديل بيانات مستخرج السجل التجاري تبعًا للتغيرات الطارئة على الوضعية أو الحالة القانونية للتاجر، المنصوص والمعاقب عليهما بالمادتين 31 مكرر و 37 - على الترتيب - من القانون رقم 08/04 المؤرخ في 14 أوت 2004 والمتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية المعدل والمتمم أنف الذكر.

## الفصل الثالث: المحل التجاري (Le fonds de commerce)

يكتسي المحل التجاري أهمية بالغة سواء على الصعيد القانوني أو الاقتصادي لكونه يندرج ضمن أهم ممتلكات التاجر وبالتالي فهو يعتبر من أهم الضمانات الممنوحة لدائنيه. وفكرة المحل التجاري باعتباره مجموعاً منفصلاً عن العناصر المكونة له فكرة حديثة ظهرت في التشريع الفرنسي بصدور قانون « Gordelet » - وهو اسم النائب الذي اقترحه - بتاريخ 17 مارس 1909 المتعلق ببيع المحل التجاري وتقديمه كحصة في الشركة ورهنه. وكذا قانون 20 مارس 1956 المتعلق بتأجير التسيير (La location-gérance).

أما في مصر فقد أصدر المشرع القانون رقم 11 لسنة 1940 بشأن بيع المحلات ورهنها. وفي الجزائر فقد أفرد المشرع الكتاب الثاني من القانون التجاري للمحل التجاري من المادة 78 إلى غاية المادة 214، حيث تناول في الباب الأول بيع المحل التجاري ورهنه، وفي الباب الثاني الإيجارات التجارية، وفي الباب الثالث والأخير تأجير التسيير (التسيير الحر).

وعلى ذلك سنتناول في المبحث الأول دراسة تحليلية لمختلف عناصر المشكلة للمحل التجاري المعنوية منها والمادية، وفي المبحث الثاني نتناول دراسة تركيبية لتلك العناصر وذلك بالتطرق للطبيعة القانونية للمحل التجاري وكذا خصائصه القانونية. لكن قبل كل ذلك يجدر بنا التعرّيج على مختلف التعاريف الفقهية أو التشريعية التي حاولت تحديد مفهوم المحل التجاري:

### - تعريف المحل التجاري:

المحل التجاري أو المؤسسة التجارية (Le fonds de commerce) كما عرفه المشرع اللبناني هو أداة المشروع التجاري<sup>1</sup>، أما المشرع عندنا - وعلى غرار المشرع الفرنسي - فلم يعرف المحل التجاري بل عدد فقط عناصره من دون بيان لطبيعته أو خصائصه القانونية. ولا يقصد به كما يتبادر إلى الذهن المكان الذي يزاول فيه التاجر أعماله التجارية<sup>2</sup>.

وقد وردت بشأنه عدة تعاريف فقهية يمكن إجمالها في الآتي:

- عرفه الدكتور علي حسن يونس بأنه: " مجموعة من الأموال المنقولة مادية ومعنوية تآلفت معاً ورتبت بقصد استغلال تجاري والحصول على العملاء"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> انظر المادة الأولى من المرسوم الإشتراعي رقم 11 المؤرخ في 11 تموز 1967.

د/ فوزي عطوي: القانون التجاري، الطبعة الأولى، بيروت: دار العلوم العربية للطباعة والنشر، 1986، ص 149.

<sup>2</sup> د/ سميحة القليوبي: نظرية الأعمال التجارية - التاجر - الملكية الصناعية والتجارية، موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، الجزء 69، بيروت: الدار العربية للموسوعات، بدون سنة نشر، ص 325.

- د/ حسني المصري: القانون التجاري، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، القاهرة: دار وهذان للطباعة والنشر، 1986، ص 234.

<sup>3</sup> د/ علي حسن يونس: المحل التجاري، القاهرة: دار الفكر العربي، 1974، ص 4.

- كما عرفه الفقيهان: Georges Ripert و René Roblot بالنظر إلى طبيعته القانونية بأنه ملكية معنوية تتمثل في حق الاتصال بالعملاء، وهو الحق الذي يرتبط بالمحل بما له من عناصر مخصصة لاستغلاله<sup>1</sup>.

وقد يسمى المحل التجاري بالمتجر أو المصنع بحسب ما إذا كان مخصصًا لمزاولة التجارة بالمعنى الضيق أو لمزاولة الصناعة.

ولابد من تمييز المحل التجاري عن المؤسسة أو المقولة (L'entreprise) التي تحتوي على العناصر البشرية والمادية والمعنوية، إذ يعتبر المحل التجاري جزءًا من أموال المؤسسة، فهو لا يضم ضمن عناصره - كما سنرى لاحقًا - الحقوق والديون والعقارات التي يمكن لتركيبية المؤسسة أن تشملها. وعليه فالمحل التجاري لا يختلط مع أصول المؤسسة وإنما يضم فقط داخل تلك الأصول مجموع المنقولات المخصصة للاستغلال<sup>2</sup>، هذا من جهة. ومن جهة أخرى فالمؤسسة غير مقيدة بالأعمال التجارية، إذ هناك مؤسسات مدنية وبالأخص في المجال الزراعي والمهن الحرة...<sup>3</sup>. بناء على كل ذلك نخلص إلى أن مفهوم المؤسسة (L'entreprise) أوسع نطاقًا من مفهوم المحل التجاري (Le fonds de commerce)، ويعبر عن ذلك بالقول بأن المحل التجاري هو المظهر القانوني للمؤسسة طالما أنها (أي المؤسسة) تمنح الحق في زبائن معينين<sup>4</sup>.

### المبحث الأول: عناصر المحل التجاري (دراسة تحليلية)

عددت المادة 78 من القانون التجاري عناصر المحل التجاري بقولها:

"تعد جزءًا من المحل التجاري الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري، ويشمل المحل التجاري إلزاميًا عملاءه وشهرته.

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

لكن هذا التعداد غير وارد على سبيل الحصر وذلك لسببين:

<sup>1</sup> « Le fonds de commerce est une propriété incorporelle consistant dans le droit à la clientèle qui est attachée au fonds par les éléments servant à l'exploitation ».

Voir : Georges Ripert : traité élémentaire de droit commercial, tome1, par : René Roblot, 10<sup>ème</sup> édition, Paris : L.G.D.J., 1980, p. 372.

<sup>2</sup> Jean Hémard : Fonds de commerce, Encyclopédie Dalloz, droit commercial 3, Paris : jurisprudence générale Dalloz, 1973, p. 4.

<sup>3</sup> Yves Guyon, op.cit., t.1, p. 643.

<sup>4</sup> « Le fonds de commerce est l'aspect juridique de l'entreprise en tant qu'elle donne droit à une clientèle déterminée ».

Voir : Jean Hémard, op.cit., Ency. Dal. p.4.

من جهة لأن هناك عناصر أخرى تدخل في تكوين المحل لم تنص عليها المادة 78 من القانون التجاري، كحقوق الملكية الأدبية والفنية، الرخص والإجازات، عقود العمل وعقود التأمين. ومن جهة أخرى لأنه يمكن للتاجر في أية لحظة أن يضيف لمحلّه عناصر لم ترد في المادة 78 آنفة الذكر، مثال ذلك الاعتماد الإيجاري المتعلق بالاستغلال سواء انصب على منقول أو عقار<sup>1</sup>.

ومن النادر أن تجتمع كل هذه العناصر في محل تجاري واحد؛ فقد يلزم وجود عنصر في محل معين ولا يلزم وجوده في محل آخر وذلك تبعاً لنوع التجارة وظروف الاستغلال، فالتاجر الذي يزاول التجارة في عقار مملوك له ليس له الحق في الإيجار، كما أن محال السماسرة ووكلاء الأشغال تقتقر إلى عنصر البضائع...<sup>2</sup>.

وقبل أن نتناول عناصر المحل التجاري بالتفصيل، لابد من الإشارة إلى ملاحظتين هامتين:

• **الأولى:** وتتمثل في أن تركيبة المحلات التجارية غير موحدة (Uniformité)، فمكوناتها تختلف حسب مجال النشاط وفي المجال الواحد تختلف كذلك لموارد التاجر ومتطلبات الاستغلال.

• **الثانية:** ومفادها أن تركيبة المحلات التجارية ليست جامدة (Fixité) بل تختلف بمرور الزمن.

وخلاصة القول أن تركيبة المحل التجاري أو مكوناته مسألة نسبية، ولكن الإشكال الذي يبقى مطروحاً هل الاتصال بالعملاء عنصر من عناصر المحل التجاري أم لا ؟

وعناصر المحل التجاري بناءً على ما تقدم نوعان: مادية ومعنوية، لذلك سنتناول في نقطة أولى

العناصر **المعنوية** وفي نقطة ثانية عناصره **المادية**:

### **المطلب 1: العناصر المعنوية (Les éléments incorporels)**

ونصت عليها المادة 96/2 من القانون التجاري المتعلقة بامتياز بائع المحل التجاري بقولها:

" لا يترتب امتياز البائع إلا على عناصر المحل التجاري المبنية في عقد البيع وفي القيد، فإذا لم يعين على وجه الدقة، فإن الامتياز لا يقع إلا على عنوان المحل التجاري واسمه والحق في الإيجار والعملاء والشهرة التجارية"<sup>3</sup>.

كما جاء في الفقرة الثانية من المادة 119 من القانون التجاري والمتعلقة بالرهن الحيازي للمحل التجاري ما يلي: " وإذا لم يعين صراحة وعلى وجه الدقة في العقد ما يتناوله الرهن، فإنه لا يكون شاملاً إلا العنوان والاسم التجاري والحق في الإجارة والزيائن والشهرة التجارية ".

<sup>1</sup> Michel Pédamon : Droit commercial, Paris : Dalloz, 1994, p.187. - Yves Guyon, op.cit., t.1, p.684.

<sup>2</sup> د/ مصطفى كمال طه: أصول القانون التجاري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1994، ص 185. - د/ علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 15.

<sup>3</sup> هناك خلل في الترجمة من النص باللغة الفرنسية إلى النص باللغة العربية، حيث جاء في الأول ما يلي:

« Il ne porte que sur les éléments du fonds énumérés dans la vente et dans l'inscription et, à défaut de désignation précise, que sur l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage ».

## الفرع 1: عنصر الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية

نظرًا لأهمية هذين العنصرين فإننا سنتناولهما من خلال أربعة نقاط أساسية؛ بدءًا بتحديد مفهوم كل منهما (أولاً)، ثم ضرورة الزبائن (ثانيًا)، بعدها الطبيعة القانونية للزبائن (ثالثًا)، وأخيرًا صفات أو مميزات الزبائن (رابعًا):

### أولاً: مفهوم عنصر الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية

لقد ثار جدل كبير من الناحية الفقهية حول مفهوم الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية، وهل يعتبران شيئًا واحدًا أم عنصرين مختلفين ؟ إن المشرع عندنا ومن خلال المادة 1/78 من القانون التجاري وما بعدها يستعمل المصطلحين معًا كمترادفين، وهو ما جعل البعض من الفقه يذهب إلى القول بأن السمعة التجارية ليست شيئًا متميزًا عن الاتصال بالعملاء، فكلاهما يدل على ما يتمتع به المحل التجاري من شهرة بين الجمهور. غير أن البعض الآخر يميز بينهما على النحو التالي:

#### • الاتصال بالعملاء أو الزبائن (La clientèle)

ويقصد به مجموع الأشخاص الذين اعتادوا التعامل مع المحل التجاري بسبب المزايا التي يتمتع بها مستغل المحل كلباقته أو أمانته أو نظافته أو حسن معاملته للزبائن<sup>1</sup>.

#### • السمعة التجارية أو العنوان التجاري (Achalandage)

وتعني اتصال الزبائن بالمحل التجاري بسبب المزايا الخاصة بالمحل في حد ذاته كموقعه الممتاز في شارع رئيسي بوسط المدينة مثلاً، أو قربه من محطة المسافرين...<sup>2</sup>. ومهما يكن فالاختلاف بين مفهوم الزبائن والسمعة التجارية لا تترتب عنه نتائج قانونية، فكل منهما يعني الفائدة التي تعود على المحل التجاري من حركة التعامل، سواء كان ذلك بصفة اعتيادية أو بصفة عابرة.

### ثانياً: ضرورة الزبائن (La nécessité de clientèle)

يعتبر الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية العنصر الرئيسي في المحل التجاري، حتى أن الفقه والقضاء متفقان على أنه لا مجال للكلام عن المحل التجاري بدون عنصر الاتصال بالعملاء أو الزبائن<sup>3</sup>. وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صدر في 31 ماي 1988 حيث جاء فيه:

لا وجود للمحل التجاري إذا لم يكن هناك زبائن أصلاً، أو إذا لم يبق هناك عملاء يتصلون به<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> د/ علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 17. - د/ حسني المصري، المرجع السابق، ص 241.

<sup>2</sup> « Le mot « achalandage » vise les clients de passage, qui sont attirés par un emplacement favorable, mais n'effectuant que des achats occasionnels ». Voir : Yves Guyon, op.cit., t.1, p.681. Et voir aussi dans le même sens : Dominique Legeais, op.cit., p.66, n° 144.

<sup>3</sup> Jean Hémard, op.cit., Ency. Dal. p.6, n° 29.

<sup>4</sup> « Il n'y a pas de fonds de commerce lorsqu'il n'y a pas, ou lorsqu'il n'y a plus de clientèle qui s'y trouve attachée ».

Voir : Michel Pédamon, op.cit., p.194.

وعليه فالإلزامية توفر المحل التجاري على عنصر الاتصال بالعملاء، تقتضي منا التطرق لمجموعة من الحالات العملية التي يثور بشأنها التساؤل حول مدى توافر هذا العنصر الرئيسي:

**\* المحل التجاري الجديد:** يرى جانب من الفقه أن عنصر الاتصال بالعملاء يوجد ابتداءً من الوقت الذي تجتمع فيه سائر العناصر اللازمة للمحل التجاري، أي متى أصبح هذا المحل مهياً لاستقبال الجمهور، بحيث يكون التعامل معه ممكناً ولو لم يتحقق فعلاً<sup>1</sup>. ويرى جانب آخر أن المحل التجاري الجديد لا يعد محلاً تجارياً إذا لم يبدأ استغلاله فعلاً، فمجرد الزبائن الاحتماليين أمر غير كافٍ<sup>2</sup>. وعلى ذلك فإذا تمت تهيئة مقر أو محل معين لممارسة نشاط تجاري ما وتم فيما بعد تأجيرها، فعقد الإيجار في هذه الحالة لا يعد سوى عقد إيجار عقاري (Un bail d'immeuble) طالما لم يبدأ الاستغلال بعد. أما إذا تم الاستغلال فإن العقد يصبح بمثابة تأجير تسيير (Une location-gérance).

**\* كما أن التوقف عن الاستغلال التجاري يؤدي بمرور الوقت إلى اضمحلال أو زوال المحل التجاري، وذلك بسبب توقف الزبائن عن الاتصال به، فإذا تم التصرف في بقية عناصر المحل كالحق في الإيجار والبضائع والمعدات ...، فإن ذلك لا يعد تصرفاً منصباً على محل تجاري، وبالتالي لا يخضع لأحكام هذا الأخير.**

**\* ولا يعتبر التصرف منصباً على محل تجاري كذلك، إذا ما تم استبعاد عنصر الاتصال بالعملاء من دائرة العناصر المتنازل عنها، سواء كان الاستبعاد صراحةً (عن طريق إدراج شرط في العقد يحتفظ بمقتضاه صاحب المحل التجاري بعملائه)، أو ضمناً (عن طريق استبعاد عناصر المحل التجاري التي تعمل على جلب الزبائن كالحق في الإيجار في تجارة التجزئة مثلاً)<sup>3</sup>.**

### ثالثاً: الطبيعة القانونية لعنصر الاتصال بالزبائن

وهنا نطرح تساؤلين هامين:

- هل يعتبر عنصر الاتصال بالعملاء عنصراً مؤسساً للمحل التجاري أو مترتباً عنه ؟
- وما هي الطبيعة القانونية لحق التاجر على زبائنه ؟

1/ أورد المشرع عنصر الاتصال بالعملاء ضمن عناصر المحل التجاري (المادة 78 من القانون التجاري)، لكن السؤال متعلق بطبيعة هذا العنصر، هل هو عنصر مؤسس أو ناتج عن المحل التجاري. يقول الأستاذ: Yves Guyon بهذا الخصوص بأن عنصر الاتصال بالعملاء ليس هو المحل التجاري في حد ذاته، ولا يعتبر العنصر الكاشف لوجود هذا المحل، وإنما يتميز عن باقي عناصر المحل بطابعه

<sup>1</sup> د/ محمد حسنين: الوجيز في الملكية الفكرية، الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، 1985، ص 239، 240.

<sup>2</sup> « Une clientèle simplement virtuelle, potentielle, ne suffit pas ».

Voir : Michel Pédamon, op.cit., p.194.

<sup>3</sup> Michel Pédamon, op.cit., p.194, 195.

الإلزامي (Le plus essentiel)، كما أنه ليس عنصراً فقط من عناصر المحل التجاري، بل هو الهدف أو النتيجة (Le but) التي يرمي التاجر إلى تحقيقها من وراء تجميع بقية العناصر التي تعتبر بمثابة وسائل (Des moyens) لجلب الزبائن وللمحافظة عليهم وتزكيتهم<sup>1</sup>.

2/ وبخصوص طبيعة حق التاجر على زبائنه، فالراجح أن حق الاتصال بالعملاء لا يعني أن يكون لصاحب المحل حق ملكية على عملائه (Propriété de la clientèle)<sup>2</sup>، لأن العملاء لا يشكلون مائلاً بآتم معنى الكلمة، كما أنه وفي إطار حرية المنافسة - باعتبارها إحدى ركائز اقتصاد السوق - ليس هناك ما يمنع عملاء محل ما من التعامل مع غيره من المحال الأخرى، خاصة إذا كان المنافس يقدم خدمة أفضل بسعر أقل. وعليه فعنصر الاتصال بالزبائن ليس حقاً وإنما هو الفائدة التي تنتج من الروابط المحتملة أو الممكنة التي تنشأ مع العملاء<sup>3</sup>.

ومع ذلك فإنه لا يجوز الاعتداء على عنصر الاتصال بالعملاء، سواء كان الاعتداء متعمداً بقصد جلب الزبائن أو نتيجة الإهمال. وقد مكن المشرع التاجر من حماية حقه عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة (L'action en concurrence déloyale) التي يباشرها ضد أي شخص يقوم بأي عمل غير مشروع يؤدي إلى صرف عملائه عنه<sup>4</sup>.

#### رابعاً: صفات أو مميزات الزبائن

ويمكن إجمالها في الآتي:

#### 1/ يجب أن يكون عنصر الاتصال بالعملاء حقيقياً ومؤكداً (Clientèle réelle et certaine):

وقد سبق وأن تكلمنا عن هذه الصفة بخصوص إلزامية أو ضرورة عنصر الزبائن، وقلنا حينها أن مجرد الزبائن المحتملين غير كافٍ لإنشاء محل تجاري، ومع ذلك يمكن للمحل التجاري أن يكون له عملاء بمجرد افتتاحه، كما هو الشأن بالنسبة لمحطات التزويد بالوقود الذي يحمل علامة مميزة، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن عقد الإيجار المبرم بين الشركة البترولية وموزعي الوقود (Les pompistes) والمنصب على محطة جديدة لا يندرج ضمن الإيجارات التجارية (Les baux commerciaux) كما يزعم موزعو الوقود من أجل الاستفادة بملكية القاعدة التجارية، وإنما كَيْفَتِ العقد بأنه تأجير تسيير (Location-gérance) على أساس أن

<sup>1</sup> Yves Guyon, op.cit., t.1, p.682.

ويقول في نفس المعنى الأستاذ: Dominique Legeais ما يلي:

« La clientèle est donc tout à la fois un élément du fonds et le résultat de la réunion de tous les autres éléments ».

Voir : Dominique Legeais, op.cit., p.66, n° 144.

<sup>2</sup> د/ علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 17، 18. - د/ حسني المصري، المرجع السابق، ص 242.

<sup>3</sup> « La clientèle est une possibilité de contrats futurs et renouvelés ». Voir : Michel Pédamon, op.cit., p.193.

<sup>4</sup> انظر بخصوص شروط ممارسة دعوى المنافسة غير المشروعة وأساسها القانوني:

- إلياس ناصيف: الكامل في قانون التجارة، الجزء الأول، بيروت-باريس: منشورات بحر المتوسط ومنشورات عويدات، بدون سنة نشر، ص 110 وما يليها.

- د/ مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، المرجع السابق، ص 204 وما يليها.



عنصر الزبائن موجود فعلاً نتيجة الثقة في علامة الوقود (La marque)، وبالتالي فعنصر الزبائن يكون من نصيب الشركة البترولية<sup>1</sup>.

## 2/ يجب أن يكون عنصر الاتصال بالزبائن شخصياً (Clientèle personnelle):

والمقصود بذلك أن يكون الزبائن تابعين لصاحب المحل ومتعلقين به، وهذا الشرط يثير الكثير من الإشكاليات:

### \* الإشكالية الأولى تتعلق بزبائن الغير (Les clientèles appartenant à autrui):

ويفترض هنا بأن التاجر يمارس نشاطه التجاري في إطار مؤسسة أخرى لها زبائن خاصين بها، مثال ذلك مطعم داخل محطة المسافرين أو داخل المطار ...، وهنا نتساءل هل لهذا التاجر زبائن خاصين به أم أنه يتعامل مع الزبائن الذين جلبتهم محطة المسافرين أو المطار ؟ إن المحاكم الفرنسية عموماً ترفض الاعتراف لهؤلاء التجار بملكية القاعدة التجارية أو المحل التجاري، وذلك نتيجة غياب زبائن شخصيين ومستقلين (Clientèle personnelle autonome).

ويقول الأستاذ: Michel Pédamon بأن المسألة هنا مسألة موضوعية (Une question de fait)، وعليه فموقف القضاء لا يكون كذلك إذا أثبت التجار أن الزبائن مرتبطين بهم شخصياً سواء لكفاءتهم أو لشهرتهم<sup>2</sup>.

### \* الإشكالية الثانية تخص عنصر الزبائن المشترك (La clientèle commune):

ويفترض هنا انضمام أو تجمع مجموعة من التجار في منطقة محددة، مثال ذلك المركز التجاري الذي تتجمع فيه أنشطة تجارية مختلفة. وهنا يطرح التساؤل كذلك عما إذا كان كل تاجر يتمتع بزبائن خاصين به أم أنه يستغل عنصر الزبائن المشترك لكل المركز التجاري ؟ بخصوص هذه المسألة رفضت محكمة النقض الفرنسية الحكم لفائدة هؤلاء التجار بالتعويضات نتيجة عدم تجديد عقودهم (عقود الامتياز) أو نتيجة فسخها من جانب واحد، وذلك على أساس أن كلا منهم يتمتع بزبائن خاصين به يحتفظ بهم رغم انتهاء العقد (عقد الامتياز)<sup>3</sup>.

## 3/ يجب أن يكون عنصر الاتصال بالزبائن تجارياً (La clientèle doit être commerciale):

وغالباً ما يتناول الفقهاء هذه الميزة في إطار " الصفة التجارية للمحل التجاري " عند الكلام عن خصائص هذا الأخير (المحل التجاري). والقصد من اشتراط هذه الصفة في عنصر الاتصال بالعملاء هو تمييز

<sup>1</sup> Cass. 27 févr 1973, JCP 1973, II, 17403.

Voir : Yves Guyon, op.cit., t.1, p.653. - Michel Pédamon, op.cit., p.195, 196. - Jean Déruppé : Organisation générale du commerce, Revue trimestrielle de droit Commercial et Economique, n° IV, 1980, p.760, n° 5.

<sup>2</sup> Michel Pédamon, op.cit., p.196.

<sup>3</sup> Com. 9 mars 1976, Bull. Civ, IV, p.75, n° 89, et p.76, n° 90.

Voir : Michel Pédamon, op.cit., p.197.

زيائن المحل التجاري عن العملاء المدنيين (Les clientèles civiles) كما هو الحال بالنسبة للعملاء الذين يترددون على عيادات الأطباء ومكاتب المحامين والمهندسين والمحاسبين. فرغم التشابه بينهما إلا أن عملاء أصحاب المهن الحرة يعولون كثيرًا على شخصية المستغل أكثر من تعويلهم على العناصر التي تتألف منها مكاتبهم، فيقصدون كلا من المحامي والطبيب ... وغيرهما لمهارته وأمانته والثقة في شخصه<sup>1</sup>.

## الفرع 2: الاسم التجاري والتسمية المبتكرة

**الاسم التجاري (Nom commercial)** هو الاسم الذي يستخدمه التاجر، سواء كان شخصًا طبيعيًا أو معنويًا (شركة)، في معاملاته التجارية لتمييز محله التجاري عن غيره من المحال المشابهة، سواء كان الاسم حقيقيًا أو مستعارًا (Un pseudonyme)<sup>2</sup>.

وللشركة كشخص معنوي اسم تجاري يختلف باختلاف نوع الشركة؛ فيطلق عليه لفظ " عنوان الشركة " بخصوص شركات الأشخاص ويتألف من اسم شريك متضامن أو أكثر. وإذا كانت الشركة ذات مسؤولية محدودة فقد يتألف اسمها التجاري من أسماء الشركاء أو يشتق من غرض الشركة. أما إذا كانت شركة مساهمة فيجب أن يشتق اسمها من غرضها أو نشاطها.

وقد يطلق صاحب المحل التجاري اسمه الشخصي على محله، فيبقى الاسم التجاري متميزًا عن الاسم المدني؛ إذ يبقى هذا الأخير جزءًا من شخصية صاحبه ولذلك لا يجوز التصرف فيه، على عكس الاسم التجاري الذي يصبح عنصرًا في المحل التجاري وبالتالي يجوز التنازل عنه، وإذا حصل ذلك فلا يجوز للمشتري في حالة البيع أن يستعمل هذا الاسم في غير الأغراض المتعلقة بالنشاط التجاري.

ومع ذلك فقد يتفق على استبعاد الاسم التجاري من دائرة العناصر التي ينصب عليها البيع، لكن حينها يمنع على البائع استعمال هذا الاسم في تجارة مماثلة لما يترتب عن ذلك من احتفاظه بعملائه، الشيء الذي يعد من أعمال المنافسة غير المشروعة<sup>3</sup>.

ويجب على كل تاجر أن يتخذ اسمًا تجاريًا لمحله لاعتبارات تتعلق بالنظام العام ولتنظيم المنافسة بين التجار، كما يجب عليه ذكر ذلك الاسم التجاري ضمن البيانات التي تقيد في السجل التجاري<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Roger Houin + René Rodière : Droit commercial, 7<sup>ème</sup> édition, Paris : Edition Sirey, 1981, p.98.

وانظر في نفس المعنى كذلك: د/ حسني المصري، المرجع السابق، ص 275 وما يليها.

<sup>2</sup> د/ حسني المصري، المرجع السابق، ص 244. - د/ فوزي عطوي، المرجع السابق، ص 150.

<sup>3</sup> د/ علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 19، 20.

<sup>4</sup> د/ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 219 - 223.

وللاسـم التجاري قيمة مالية تختلف تبعاً لأثره في نفوس العملاء ومدى اجتذابه لهم، فإن حصل اعتداء عليه كان لصاحبه أن يتصدى للمعتدي بدعوى المنافسة غير المشروعة لوقف التقليد أو الاغتصاب والمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء ذلك الاعتداء<sup>1</sup>.

أما التسمية المبتكرة (Un nom de fantaisie) فيقصد بها " العبارات الجذابة التي يتخذها التاجر لتمييز محله التجاري عن المحال المماثلة "<sup>2</sup>. فإن وجدت مثل هذه التسمية فإنها تدخل ضمن عناصر المحل التجاري. وتخضع هي الأخرى (التسمية المبتكرة) لنفس الأحكام القانونية المتعلقة بالاسم التجاري سواء من حيث التصرف أو الحماية.

### الفرع 3: العلامة المميزة (Enseigne)

وهي عبارة عن " بيان مصور أو شكل فريد أو لون معين يضعه التاجر على واجهة محله التجاري لتمييزه عن المحال المشابهة "، بحيث يكون له أثر في اجتذاب العملاء بمجرد النظر إليه<sup>3</sup>. ويجب عدم الخلط بين العلامة المميزة (Enseigne) وعلامة الصنع (Marque de fabrique)، فهذه الأخيرة تستخدم لتمييز المواد المصنوعة أو المباعة في مؤسسة ما عن غيرها من المواد المشابهة، في حين أن العلامة المميزة - وكما سبق القول - تستخدم لتمييز المحل التجاري عن غيره من المحلات الأخرى<sup>4</sup>. وتخضع العلامة المميزة هي الأخرى لنفس الأحكام القانونية المتعلقة بالاسم التجاري من حيث التصرف أو الحماية.

### الفرع 4: الحق في الإيجار (Droit au bail)

ويفترض هذا العنصر أن التاجر مستأجر للعقار الذي يباشر فيه تجارته، فإن كان مالكاً له فالمحل التجاري حينها يفترق لهذا العنصر<sup>5</sup>، وكذا الشأن إذا كان التاجر بائعاً متجولاً. ويقصد بالحق في الإيجار " حق صاحب المتجر أو المصنع في الاستمرار في العقد كمستأجر والانتفاع بالمكان المؤجر "<sup>6</sup>. ويعد الحق في الإيجار عنصراً هاماً من عناصر المحل التجاري، وقد يكون أهم عناصره على الإطلاق كما لو كان المحل واقعاً في منطقة اشتهرت ببضاعة معينة. كما أن جانباً كبيراً من الزبائن يتوقف على موقع المتجر في تجارة التجزئة<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Roger Houin + René Rodière, op.cit., p.81. - Jean Hémard, op.cit., Ency. Dal. p.6. - Dominique Legeais, op.cit., p.67, n°147. Voir aussi : Jean-pierre le Gall : Droit commercial (Règles générales applicables aux commerçants, société commerciale et G.I.E, banque et bourse), 8<sup>ème</sup> édition, Paris : jurisprudence générale, Dalloz, 1980, p.40, 41.

<sup>2</sup> د/سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 337.

<sup>3</sup> د/حسني المصري، المرجع السابق، ص 246.

<sup>4</sup> Yves Guyon, op.cit., t.1, p.684.

<sup>5</sup> حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 27 أبريل 1993، نشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة المدنية، العدد IV رقم 156 ص 108.

<sup>6</sup> د/سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 338.

<sup>7</sup> د/مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، المرجع السابق، ص 189، 190. - د/سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 338.

- د/محمد حسنين، المرجع السابق، ص 242.

ونظرًا لأهمية هذا العنصر فقد نص المشرع على وجوب أن يتضمن العقد المثبت للتنازل عن المحل التجاري، الإيجار وتاريخه ومدته واسم وعنوان المؤجر والمحيل، حيث جاء في المادة 79 من القانون التجاري ما يلي: "... ويجب أن يتضمن العقد المثبت للتنازل ما يلي:

5- وعند الاقتضاء الإيجار وتاريخه ومدته واسم وعنوان المؤجر والمحيل ."

وقد نظم المشرع عندنا الإيجارات التجارية (Les baux commerciaux) في الباب الثاني من الكتاب الثاني من القانون التجاري بمجموعة من الأحكام تعتبر في مجملها خروجًا عن القواعد العامة والمتعلقة بعقد الإيجار. وتطبق هذه الأحكام القانونية على إيجار العمارات أو المحلات (Les locaux) التي يُستغل فيها محل تجاري، ولاسيما إيجار المحلات أو العمارات الملحقة باستغلال محل تجاري، عندما يكون استعمالها ضروريًا لاستغلال المحل التجاري وملكيته تابعة لمالك المحل (Le propriétaire du local) أو العمارة التي توجد بها المؤسسة الرئيسية<sup>1</sup>. ومن أهم هذه الأحكام القانونية الخاصة ما يلي:

1/ للمستأجر الحق في التنازل عن حقه في الإيجار لمكتسب (مشتري) المحل التجاري، وهذا ما نصت عليه المادة 172/3 من القانون التجاري بقولها: " وفي حالة التنازل عن المتجر فإنه يجوز للمحول إليه أن يتمسك بالحقوق المكتسبة من قبل المتنازل لإتمام مدة الاستغلال الشخصي عند الاقتضاء والمنصوص عليه في الفقرة السابقة ."

في حين أن القواعد العامة تقضي بعدم جواز التنازل للغير عن الإيجار إلا بموافقة المؤجر، حيث نصت المادة 505 من القانون المدني على أنه: " لا يجوز للمستأجر أن يتنازل عن هذا الإيجار أو يُؤجر إيجارًا فرعيًا كل ما استأجره أو بعضه، بدون موافقة صريحة من المؤجر، كل ذلك ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك .". وعليه فالقاعدة في القانون التجاري تختلف لأنه لا يمكن التنازل عن المحل التجاري بدون الحق في الإيجار، لكن تفسير هذه القاعدة يتسم بالصرامة بحيث لا يجوز للمستأجر التنازل عن الإيجار - بدون موافقة المؤجر - لشخص لا يواصل مزاوله نفس التجارة. كما أن الإيجار يمنح للمؤجر الحق في التأكد من ملاءمة المتنازل له (La solvabilité du cessionnaire) أو الحق في اشتراط تضامن المتنازل مع المتنازل له في الوفاء بالأجرة<sup>2</sup>.

وإذا تضمن عقد إيجار المصنع أو المتجر شرطًا يمنع المستأجر من التنازل عن الإيجار، فإن المشرع نص صراحة على بطلان ذلك الشرط، حيث جاء في المادة 200 من القانون التجاري ما يلي:

" تلغى التعاقدات أيضًا مهما كان شكلها إذا كانت ترمي إلى منع المستأجر من التنازل عن إيجاره لمشتري محله التجاري أو مؤسسته، وكذلك الاتفاقات التي تجعل مشتري المتجر خاضعًا لقبول المالك ."

<sup>1</sup> انظر المادة 169 -1- من القانون التجاري.

<sup>2</sup> Yves Guyon, op.cit., t.1, p.667.

2/ عند انقضاء مدة الإيجار، كان من حق المستأجر - الذي أبرم عقد إيجاره قبل تاريخ 2005/2/9 - التمسك بتجديد الإيجار<sup>1</sup>، فإن رفض المؤجر ذلك وجب عليه طبقاً لنص المادتين: 172/1 و 176 من القانون التجاري - فيما عدا الاستثناءات المنصوص عليها في المادة 177 وما يليها من القانون التجاري - أن يسدد " للمستأجر المخلي التعويض المسمى **تعويض الاستحقاق** (*Indemnité d'éviction*) الذي يجب أن يكون مساوياً للضرر المسبب نتيجة عدم التجديد.

ويتضمن على وجه الخصوص ... القيمة التجارية للمحل التجاري التي تحدد وفقاً لعرف المهنة، مع ما قد يضاف إليه من مصاريف عادية للنقل وإعادة التركيب وكذلك مصاريف وحقوق التحويل الواجب تسديدها لمحل تجاري من نفس القيمة، إلا إذا أثبت المالك أن الضرر هو دون ذلك<sup>2</sup>.

ويقول الأستاذ: Yves Guyon بخصوص تعويض الاستحقاق في حالة عدم تجديد الإيجار، بأن حماية المستأجرين التجار إذا كانت في أصلها ضرورية فإنها في الوقت الحالي تجاوزت حدود المعقول<sup>3</sup>.

غير أنه ومنذ تعديل القانون التجاري بموجب القانون رقم 02/05 المؤرخ في 6 فيفري 2005 (والمنشور في الجريدة الرسمية لسنة 2005 العدد 11 الصادر بتاريخ 2005/2/9)، أصبح المستأجر ملزماً بمغادرة الأمكنة المستأجرة بمجرد انتهاء الأجل المحدد في العقد (عقد الإيجار الرسمي) دون ما حاجة لتبنيه بالإخلاء ودون الحق في الحصول مسبقاً على التعويض الاستحقاقي، ما لم يشترط الأطراف خلاف ذلك<sup>4</sup>.

3/ وإذا كان التاجر يزاول تجارته في عقار مملوك له، وقام بالتنازل عن محله التجاري مع احتفاظه بالعقار لنفسه، فلا يعتبر هذا بيعاً للمحل التجاري متى كان مكان الاستغلال هو العنصر الجوهري في اجتذاب العملاء، فحتى يكون كذلك لا بد على التاجر صاحب المحل أن يبيع العقار للمشتري أو يؤجره له<sup>5</sup>.

## الفرع 5: حقوق الملكية الصناعية والتجارية

### (Les droits de propriété industrielle et commerciale)

وتشمل الحقوق الواردة على براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات التجارية والاسم التجاري، وهذه الحقوق قد توجد كلها أو بعضها فقط ضمن عناصر المحل التجاري، وقد تكون العنصر الرئيسي كما هو الحال بالنسبة لمصنع قائم على استغلال براءة اختراع أو رسم أو نموذج صناعي.

<sup>1</sup> والحق في تجديد الإيجار ليس مطلقاً بل مقيد بمجموعة من الشروط. انظر في ذلك:

- Yves Guyon, op.cit., t.1, p.672s.

<sup>2</sup> انظر المادة 176 من القانون التجاري.

<sup>3</sup> Yves Guyon, op.cit., t.1, p.679.

<sup>4</sup> انظر المادة 187 مكرر الفقرة 2 من القانون التجاري.

<sup>5</sup> د/ حسني المصري، المرجع السابق، ص 247. - د/ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 243.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه يصح التنازل عن حقوق الملكية الصناعية والتجارية مع المحل التجاري أو مستقلة عنه، ماعدا الاسم التجاري الذي لا يجوز التصرف فيه بالاستقلال عن المحل<sup>1</sup>. وكل حق من هذه الحقوق له نظام قانوني خاص به، وعليه فالتنازل عنها يستوجب اتخاذ إجراءات معينة لا تغني عنها إجراءات التنازل عن المحل التجاري<sup>2</sup>.

### أولاً: براءة الاختراع (Le brevet d'invention)

وقد عرفها الدكتور حسني المصري بأنها الشهادة التي تمنحها الدولة للمخترع والتي تخوله حق احتكار استغلال اختراعه مالياً لمدة معينة بأوضاع خاصة، ولا تمنح الدولة هذه الشهادة إلا إذا تعلق الأمر باكتشاف شيء لم يكن معروفاً من قبل<sup>3</sup>.

ويجوز للمخترع التنازل عن البراءة لأحد المحلات التجارية فيكون لصاحب ذلك المحل حق استغلالها، كما يحميه القانون من الاعتداء على هذا الحق بواسطة الحماية الجزائية من خلال المعاقبة على جنحة التقليد (La contrefaçon)، وكذا من خلال الحماية المدنية والتي من أبرز صورها دعوى المنافسة غير المشروعة التي قوامها الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية)<sup>4</sup>.

وقد نظم المشرع براءة الاختراع من خلال الأمر رقم 07/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق ببراءة الاختراع، الجريدة الرسمية لسنة 2003 العدد 44 الصادر بتاريخ: 2003/7/23، ص 27 وما يليها.

### ثانياً: العلامات التجارية أو الصناعية أو علامة الخدمة

#### (Les marques de fabrique, ou de commerce, ou de service)

ويقصد بها الرموز أو الصور التي يتخذها الصانع أو التاجر شعاراً لمنتجاته أو بضاعته أو خدماته، تمييزاً لها عن غيرها من المنتجات والبضائع والخدمات المماثلة. وقد عرفها المشرع الفرنسي من خلال المادة 1/711 من قانون الملكية الفكرية الصادر بتاريخ: 1 جويلية 1992 كما يلي:

<sup>1</sup> إلياس ناصيف، المرجع السابق، الجزء 1، ص 108. - د/ مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، المرجع السابق، ص 191. ويجوز للبائع استبعاد إحدى هذه الحقوق بمناسبة التنازل عن المحل التجاري بموجب شرط صريح في العقد، لكن قد يتعارض هذا الاستبعاد مع التنازل عن المحل، كما لو تعلق الأمر مثلاً بمصنع ينتج بضاعة على أساس براءة اختراع، لأن هذه الأخيرة تعد العنصر الرئيسي في المحل التجاري. انظر في ذلك:

- Georges Ripert + René Roblot, op.cit., t1, p 384.

<sup>2</sup> د/ علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 24.

<sup>3</sup> د/ حسني المصري، المرجع السابق، ص 252. كما تعرف براءة الاختراع كذلك بأنها:

« Le brevet d'invention est un titre délivré par l'institut national de la propriété industrielle et qui confère à son titulaire un monopole d'exploitation sur une invention ». Voir : Roger Houin + René Rodière, op.cit., p.92.

Voir aussi dans le même sens : Dominique Legeais, op.cit., p.81, n° 185.

<sup>4</sup> د/ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 175 وما يليها. - د/ أحمد محرز: القانون التجاري الجزائري، الجزء 1، القاهرة: المطبعة العربية الحديثة، 1978، ص 192، 193.

« La marque de fabrique, de commerce ou de service est un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale »<sup>1</sup>.

وتعتبر هذه العلامات من عناصر المحل التجاري، بل قد تكون أهمها نظرًا لما تلعبه من دور في جلب الزبائن<sup>2</sup>. وقد نظمها المشرع من خلال الأمر 06/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالعلامات، الجريدة الرسمية لسنة 2003 العدد 44 الصادر بتاريخ: 2003/7/23، ص22 وما يليها. وتخضع العلامة لنفس الأحكام الخاصة ببراءة الاختراع من حيث الحماية بنوعيتها الجزائية والمدنية.

### ثالثا: الرسوم والنماذج الصناعية (Les dessins et modèles industriels)

وعالجها المشرع بموجب الأمر رقم 05/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، الجريدة الرسمية لسنة 2003 العدد 44 الصادر بتاريخ: 2003/7/23، ص3 وما يليها. " ويعتبر رسماً صناعياً كل ترتيب للخطوط يعطي السلعة طابعاً مميزاً عن مثيلاتها، ملوناً كان أو غير ملون لاستخدامه في الإنتاج الصناعي بوسيلة يدوية أو آلية أو كيميائية أو غير ذلك ... أما النموذج فهو شكل مجسم للسلعة يعطيها طابعاً مميزاً جميلاً جذاباً لاستخدامه في الإنتاج الصناعي، كنماذج الأزياء ... وهياكل السيارات ..."<sup>3</sup>.

وتعتبر الرسوم والنماذج الصناعية عنصراً من عناصر المحل التجاري إن وجدت، لما لها من تأثير في جلب الزبائن، وتمثل حقاً مالياً يجوز لصاحب المحل التنازل عنه مع المحل التجاري أو بالاستقلال عنه. وهي محل حماية جزائية ومدنية.

### الفرع 6: حقوق الملكية الأدبية والفنية

#### (Les droits de propriété littéraire et artistique)

ويقصد بها حقوق المؤلفين والفنانين على مختلف مصنفاتهم الأدبية والفنية، وقد عرفت المادة 3 من الأمر رقم 05/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة أنف الذكر المصنّف بقولها:

"يمنح كل صاحب إبداع أصلي لمصنف أدبي أو فني الحقوق المنصوص عليها في هذا الأمر.

تمنح الحماية مهما يكن نوع المصنف ونمط تعبيره ودرجة استحقاقه ووجهته، بمجرد إبداع المصنف سواء أكان المصنف مثبّتاً أم لا بأية دعامّة تسمح بإبلاغه إلى الجمهور".

<sup>1</sup> Dominique Legeais, op.cit., p.84, n° 198.

<sup>2</sup> د/ أحمد محرز، المرجع السابق، الجزء 1، ص 193. - د/ حسني المصري، المرجع السابق، ص 253.

<sup>3</sup> د/ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 188.



وتعتبر هذه الحقوق من عناصر المحل التجاري إن وجدت، وتظهر أهميتها بخصوص دور النشر والتوزيع التي تعمل على شراء حقوق المؤلفين ثم تقوم إما ببيعها أو توزيعها في شكل أفلام واسطوانات وكتب أو مجلات<sup>1</sup>.

## الفرع 7: الرخص والإجازات (Les licences ou autorisations administratives)

ويقصد بها التصاريح التي تمنحها السلطات الإدارية المختصة لإمكانية مزاوله نشاط تجاري معين، ومن بين هذه الرخص: الإجازات التي تمنح لمحلات الاتجار في الأسلحة والذخائر، الصيدليات، والمحلات المقلقة للراحة أو المضرة بالصحة العامة. ولا يسمح لأصحابها بمزاوله نشاطهم من غير الحصول على التراخيص اللازمة، لذلك تعتبر هذه الرخص والإجازات من عناصر المحل التجاري وتنتقل معه إلى المشتري في حالة بيعه أو التنازل عليه ما لم يكن لها طابع شخصي محض (Un caractère personnel)<sup>2</sup>.

أما المشرع عندنا فقد منع أحياناً ممارسة بعض العمليات التجارية بصورة مطلقة؛ كتجارة المخدرات حماية للنظام العام والصحة والآداب العامة، والأنشطة المنجمية غير المحروقات، وكذا الأنشطة المتعلقة بالمحروقات ... حماية للاحتكارات الاستغلالية، فجعل مثل هذه الأنشطة حكراً على المؤسسات التابعة للقطاع العام<sup>3</sup>.

وأحياناً أخرى اشترط المشرع لممارسة بعض العمليات التجارية ضرورة الحصول مسبقاً على رخصة إدارية، ومن أمثلة هذه الأنشطة ما يلي:

### أولاً: العمليات المتعلقة بالأدوية البيطرية

إن ممارسة الأنشطة المتعلقة بصناعة الأدوية البيطرية وبيعها أو تسويقها تخضع لرخصة إدارية مسبقة يسلمها الوزير المكلف بالفلاحة، بعد التأكد من توافر مجموعة من الشروط كالأجهزة العلمية الملائمة ومناهج الرقابة التي تضمن جودة المنتج ...<sup>4</sup>.

وتخضع ممارسة الطب البيطري وجراحة الحيوانات هي الأخرى إلى رخصة الوزارة المكلفة بالفلاحة، ويبدو من الشروط الواجب توافرها لمنح هذه الرخصة أن هذه الأخيرة ذات طابع شخصي<sup>5</sup>. وهذا على عكس الرخصة التي

<sup>1</sup> د/ أحمد محرز، المرجع السابق، الجزء 1، ص 193، 194. - د/ فوزي عطوي، المرجع السابق، ص 152. - د/ علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 26.

<sup>2</sup> د/ سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 342، 343. - د/ مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، المرجع السابق، ص 191، 192. - د/ حسني المصري، المرجع السابق، ص 256.

<sup>3</sup> د/ فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص 186.

<sup>4</sup> د/ فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص 243، 244.

وانظر في ذلك المواد: 33، 34، 40 و 46 من القانون رقم 08/88 المؤرخ في 26 جانفي 1988 المتعلق بنشاطات الطب البيطري وحماية الصحة الحيوانية، الجريدة الرسمية لسنة 1988، العدد 4 الصادر بتاريخ: 1988/1/27.

<sup>5</sup> انظر المادة 17 من القانون رقم 08/88 المؤرخ في 26 جانفي 1988 المتعلق بنشاطات الطب البيطري وحماية الصحة الحيوانية أنف الذكر.

تُمنح للمؤسسة التي تحضر فيها أو تباع فيها بالجملة أو توزع فيها بالأدوية البيطرية، حيث تطلب المشرع لمنحها - طبقاً للمادة 46 من القانون رقم 08/88 المذكور أعلاه - توافر شروط موضوعية (علمية وتقنية) تضمنتها المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 240/90 المؤرخ في 4 أوت 1990 الذي يحدد شروط صناعة الأدوية البيطرية وبيعها ورقابتها، الجريدة الرسمية لسنة 1990، العدد 33 الصادر بتاريخ: 1990/8/8.

أما رخصة التسويق التي نصت عليها المادة 33 من القانون رقم 08/88 المؤرخ في 26 جانفي 1988 والمتعلق بنشاطات الطب البيطري وحماية الصحة الحيوانية أنف الذكر، فقد ورد بشأنها نص صريح يحدد طبيعتها، حيث جاء في المادة 30 من المرسوم التنفيذي رقم 240/90 المؤرخ في 4 أوت 1990 الذي يحدد شروط صناعة الأدوية البيطرية وبيعها ورقابتها ما يلي:

"يتوقف أي تغيير في هوية صاحب رخصة التسويق على قرار يتخذه وزير الفلاحة ... وفي حالة إدماج عدة شركات أو المساهمة الجزئية في الأصول، يمكن الشركات المعنية أن تودع طلب تحويل رخصة التسويق قبل الانتهاء من عملية الإدماج أو المساهمة الجزئية ...  
وإذا سكتت الإدارة يعد التحويل حاصلاً ومرخصاً به بعد انقضاء أجل شهرين".

وعليه فالإدماج أو المساهمة في الأصول، باعتبارها إحدى صور التنازل عن المؤسسة أو المحل التجاري طبقاً للمواد 744 و 745 من القانون التجاري، لا تؤدي بطريقة آلية إلى انتقال رخصة التسويق لفائدة الشركة المستوعبة أو المدمجة (La société absorbante) أو الشركة الجديدة، وإنما يتوقف ذلك على قرار وزير الفلاحة بخصوص طلب تحويل رخصة التسويق، الشيء الذي يؤدي إلى اعتبار رخصة التسويق رخصة ذات طابع شخصي، وبالتالي لا تعد كعنصر من عناصر المحل التجاري الذي يمارس فيه صاحبه عمليات تسويق الأدوية البيطرية.

## ثانياً: العمليات المتعلقة بالمنتجات الصيدلانية

جاء في المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 114/93 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 285/92<sup>1</sup> ما يلي:

"تعديل أحكام المواد 2، 9، 12، 13، 16، 18 و 22 من المرسوم التنفيذي 285/92 المؤرخ في 6 يوليو 1992 والمذكور أعلاه، وتتم حسب الآتي:

---

<sup>1</sup> المرسوم التنفيذي رقم 285/92 المؤرخ في 6 ماي 1992 المتعلق برخص استغلال مؤسسة لإنتاج المنتجات الصيدلانية و/ أو توزيعها، الجريدة الرسمية لسنة 1992 العدد 53 الصادر بتاريخ: 1992/7/12.

- المرسوم التنفيذي رقم 114/93 المؤرخ في 12 ماي 1993 الذي يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 285/92 أنف الذكر، الجريدة الرسمية لسنة 1993 العدد 32 الصادر بتاريخ: 1993/5/16.

المادة 2: يخضع فتح مؤسسة لإنتاج و/أو توزيع منتجات صيدلانية واستغلالها لترخيص مسبق من:

- الوزير المكلف بالصحة في حالة مؤسسة للإنتاج.

- والي المنطقة التي تقام فيها المؤسسة في حالة مؤسسة للتوزيع ... " .

ويجب أن يتولى صيدلي الإدارة التقنية لمؤسسة صيدلية للإنتاج و/أو للتوزيع، ويسهر الصيدلي المدير التقني على تطبيق مجموع القواعد التقنية والإدارية المنصوص عليها لمصلحة الصحة العمومية<sup>1</sup>.

وفي حالة استبدال المدير التقني لأبد من تبليغ الوزير المكلف بالصحة أو والي حسب الحالة خلال الـ 15 يوماً الموالية، " ويجب أن يخضع التعويض لمقاييس الشهادة والتأهيل والخبرة المهنية المطلوبة<sup>2</sup> .

وعليه فالراجح أن الرخصة الإدارية الخاصة بالعمليات المتعلقة بالمنتجات الصيدلانية ليس لها طابع شخصي، وبالتالي تعتبر من عناصر المحل التجاري وتنتقل إلى مشتري المحل في حالة بيعه، طالما أن صاحب المؤسسة شخص والمدير التقني لها شخص آخر، وذلك لسببين:

- لأن منح الرخصة في حد ذاتها معلق على مدى توافر شروط موضوعية متعلقة بالمحلات وتجهيزاتها<sup>3</sup>، وتتاط باللجنة المركزية أو الولائية حسب الحالة مهمة التحقق من ذلك.
- لأن المشرع لم يهتم بتغيير صاحب المؤسسة بقدر اهتمامه باستبدال المدير التقني لها الذي يسهر على تطبيق القواعد التقنية والإدارية حفاظاً على الصحة العمومية، لذلك اشترط خضوع هذا الاستبدال لمقاييس الشهادة والخبرة المهنية على النحو المبين أعلاه<sup>4</sup>.

### ثالثاً: عمليات تقديم الخدمات

استلزم المشرع في المقاولات التي تقدم خدمات للجمهور أن تحصل مسبقاً على رخصة إدارية، ولعل أبرز مثال على ذلك هو وكالات السياحة والأسفار التي نظمها المشرع بموجب القانون رقم 06/99 المؤرخ في 4 أبريل 1999 يحدد القواعد التي تحكم نشاط وكالة السياحة والأسفار، الجريدة الرسمية لسنة 1999، العدد 24 الصادر بتاريخ: 1999/4/7. حيث جاء في المادة 1/6 منه ما يلي:

" يخضع إنشاء وكالة السياحة والأسفار للحصول على رخصة استغلال تسلمها الوزارة المكلفة بالسياحة بعد استشارة اللجنة الوطنية لاعتماد وكالات السياحة والأسفار " .

<sup>1</sup> انظر المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 285/92 المؤرخ في 6 ماي 1992 المتعلق برخص استغلال مؤسسة لإنتاج المنتجات الصيدلانية و/أو توزيعها آنف الذكر.

وانظر في نفس المعنى كذلك: د/ فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص 242، 243.

<sup>2</sup> انظر المادة 9 من المرسوم التنفيذي رقم 114/93 المؤرخ في 12 ماي 1993 الذي يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 285/92 المذكور أعلاه.

<sup>3</sup> انظر المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 285/92 المؤرخ في 6 ماي 1992 المتعلق برخص استغلال مؤسسة لإنتاج المنتجات الصيدلانية و/أو توزيعها آنف الذكر.

<sup>4</sup> د/ سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 343.

وكذا الشأن بالنسبة للفرع أو الفروع التي يمكن للوكالة أن تفتحها عبر كامل التراب الوطني<sup>1</sup>.

وتمنح رخصة وكيل السياحة والأسفار لكل مرشح تتوافر فيه الشروط التي تضمنتها المادة 7 من القانون رقم 06/99 المؤرخ في 4 أبريل 1999 الذي يحدد القواعد التي تحكم نشاط وكالة السياحة والأسفار آنف الذكر أهمها: التأهيل المهني، أن تكون أخلاقه حسنة، وأن يلتزم بتوجيه زبائنه إلى احترام القيم والآداب العامة، وأن تكون له منشآت مادية ملائمة، وأن يكون له ضمان مالي يخصص لتغطية التزامات الوكالة ...

فمن خلال هذه المادة يبدو بأن منح هذه الرخصة معلق على مدى توافر شروط شخصية، ومن ثم تعتبر الرخص الممنوحة لوكالات السياحة والأسفار رخصاً متعلقة بشخص التاجر، لذا فهي غير قابلة للانتقال مع المحل التجاري، إذ يجب على مكتسب هذا الأخير أن يطلب رخصة أخرى<sup>2</sup>.

وهذا ما أكدته المشرع صراحة من خلال المادة 9 من القانون رقم 06/99 المؤرخ في 4 أبريل 1999 الذي يحدد القواعد التي تحكم نشاط وكالة السياحة والأسفار آنف الذكر، والتي جاء فيها ما يلي:

" تكون رخصة وكالة السياحة والأسفار غير قابلة للتنازل ونقل الملكية.

في حالة وفاة صاحب الوكالة، يمكن لذوي حقوقه الاستمرار في استغلال الوكالة شريطة تبليغ الوزارة المكلفة بالسياحة في أجل أقصاه شهران (2) والامتنثال لأحكام هذا القانون في أجل أقصاه اثنا عشر (12) شهراً من تاريخ الوفاة ".

ويقول Yves Guyon بخصوص الرخص والإجازات في فرنسا عموماً بأنها ذات طابع شخصي ومجردة من أية قيمة مالية، لكن الإدارة تمنح الاعتماد آلياً للشخص الذي يحل محل صاحب الرخصة الأصلي، طالما توافرت فيه الشروط الموضوعية لممارسة المهنة، وعلى ذلك أصبحت الرخص والإجازات تتسم تدريجياً بالطابع المالي (Un caractère patrimonial)<sup>3</sup>.

## الفرع 8: مدى اعتبار حقوق التاجر وديونه المتعلقة بتجارته ضمن عناصر المتجر

من الثابت أن الحقوق الشخصية والديون الناشئة عن استغلال المحل التجاري تخرج عن تكوين هذا الأخير ولا تندرج في عداد عناصره، لأن المحل التجاري - كما سنرى لاحقاً - لا يعتبر مجموعاً قانونياً من الأموال والذي له ذمة مالية مستقلة عن ذمة صاحبه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> انظر المادة 8 من القانون رقم 06/99 المؤرخ في 4 أبريل 1999 الذي يحدد القواعد التي تحكم نشاط وكالة السياحة والأسفار المذكور أعلاه.

<sup>2</sup> Roger Houin + René Rodière, op.cit., p.96, n° 137. - Michel Pédamon, op.cit., p.191, n° 242.

<sup>3</sup> Yves Guyon, op.cit., t.1, p.685.

<sup>4</sup> د/ حسني المصري، المرجع السابق، ص 257. - د/ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 241. - د/ مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، المرجع السابق، ص 192.

ومع ذلك يجوز لبائع المحل التجاري أن يتفق مع المشتري على انتقال تلك الحقوق أو الديون، سواء في إطار عقد بيع المحل أو عقد مستقل. لكن يجب حينها إتمام إجراءات حوالة الحق أو الدين<sup>1</sup> المنصوص عليها في القانون المدني (المادة 239 وما يليها + المادة 251 وما بعدها كذلك).

وإذا كان الأصل أن الحقوق والديون التي تكون للمحل التجاري أو عليه لا تندرج ضمن عناصره، إلا أن هناك مجموعة من الاستثناءات ترد على ذلك الأصل؛ فزيادة على عقد الإيجار وعقد النشر للذين سبق الكلام عنهما بخصوص الحق في الإيجار وحقوق الملكية الأدبية والفنية، يمكن إضافة الاستثناءات التالية:

### أولاً: الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقود العمل

تنتقل عقود العمل السابقة على انتقال ملكية المحل التجاري بقوة القانون بكافة آثارها وشروطها، من دون أن يتوقف ذلك على رضا العامل أو صاحب العمل الجديد<sup>2</sup>. وهذا ما قضت به المادة 74 من القانون رقم 11/90 المؤرخ في 21 أفريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم (الجريدة الرسمية لسنة 1990 العدد 17 الصادر بتاريخ: 1990/4/25)، والتي جاء فيها ما يلي:

"إذا حدث تغيير في الوضعية القانونية للهيئة المستخدمة، تبقى جميع علاقات العمل المعمول بها يوم التغيير قائمة بين المُستخدِم الجديد والعمال".

### ثانياً: الحقوق والالتزامات المتعلقة عن عقود التأمين

هي الأخرى إن وجدت تنتقل للمالك الجديد للمحل التجاري، سواء كانت عقود التأمين متعلقة بالعناصر المادية (التأمين على السرقة أو الحريق)، أو بالعناصر المعنوية (التأمين من المسؤولية). وعليه يستفيد المالك الجديد من مبلغ التأمين في حالة تحقق الخطر، كما يلتزم في المقابل بأداء أقساط التأمين في مواعيدها<sup>3</sup>. وهذا ما قضت به المادة 1/24 من الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم (الجريدة الرسمية لسنة 1995 العدد 13 الصادر بتاريخ: 1995/3/8)، والتي نصت على ما يلي:

"إذا انتقلت ملكية الشيء المؤمن عليه إثر وفاة أو تصرف، يستمر أثر التأمين لفائدة الوارث أو المشتري شريطة أن يستوفي جميع الالتزامات المنصوص عليها في العقد. ويتعين على المتصرف أو الوارث أو المشتري أن يصرح للمؤمن بنقل الملكية".

<sup>1</sup> Jean-Jacques Burst : Fonds de commerce (Théorie des apports, apport d'un fonds de commerce, effets), Juris. Class. Sociétés traité, Fasc. 14-A, 1983, p. 20, n° 158.

<sup>2</sup> د/ فتحي عبد الصبور: الوسيط في قانون العمل، الجزء الأول: المنخل إلى تشريع العمل وعلاقات العمل الفردية، بدون دار نشر، 1985، ص 871-873.

<sup>3</sup> د/ سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 344. - د/ حسني المصري، المرجع السابق، ص 258.

### ثالثاً: اتفاقيات التاجر المتعلقة بتنظيم المنافسة

إن مثل هذه الاتفاقيات يعتبرها القضاء الفرنسي كعناصر مكملّة للمتجر، وبالتالي يستفيد منها مكتسب المحل التجاري باعتبارها حماية اتفاقية لعنصر العملاء (Protection conventionnelle de la clientèle)، ومثال هذه الاتفاقيات شرط عدم مزاوله المهنة من قبل بائع المحل، وشرط عدم المنافسة من جانب الأجراء<sup>1</sup>. وغالباً ما يتم تقسيم الاتفاقيات المتعلقة بالمنافسة إلى ثلاثة أقسام:

#### 1/ شرط عدم المنافسة:

وعادة ما يُدرج هذا الشرط في عقد بيع المحل التجاري، بحيث يتم بموجبه منع البائع من مزاوله تجارة مماثلة لما في ذلك من منافسة للمشتري. كما قد يتفق عليه (شرط عدم المنافسة) في عقد العمل المبرم بين رب العمل صاحب المحل التجاري من جهة والأجراء الذين يستخدمهم من جهة أخرى. وفي الحقيقة تعتبر الاتفاقيات المتعلقة بتنظيم المنافسة (سواء حق البائع في عدم المنافسة من قبل الغير، أو التزامه بالامتناع عن مزاوله مهنة معينة) من مستلزمات عقد التنازل عن المحل التجاري، وعلى ذلك فهي تنتقل معه إلى الخلف الخاص إذا كان يعلم بها وقت انتقال الشيء<sup>2</sup> إليه عملاً بأحكام المادة 109 من القانون المدني.

#### 2/ شرط التوزيع الحصري:

قد يتفق التاجر مع صانع على أن لا يبيع هذا الأخير منتجاته لغير التاجر أو العكس، بمعنى أن لا يشتري التاجر نفس المنتجات - التي يعيد بيعها - من شخص آخر غير الصانع. ويشترط في كلا الشرطين حتى يكونا صحيحين أن يكونا مقيدين من حيث الزمان أو المكان.

#### 3/ الاتفاقيات الصناعية والتجارية:

وهي اتفاقات تبرم بين الصناع أو التجار بشأن تنظيم كمية الإنتاج أو تصريف السلع أو أسعار البيع. ولا تكون هذه الاتفاقيات صحيحة إلا إذا كانت لا ترمي إلى تكريس الاحتكار من أجل رفع الأسعار<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Jean Hémard, op.cit., Ency. Dal. p.8, n° 60.

<sup>2</sup> د/ سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 345. - د/ مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، المرجع السابق، ص 193. - د/ عبد الحميد الشواربي: القانون التجاري (العقود التجارية في ضوء القضاء والفقهاء)، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1993، ص 32.

<sup>3</sup> د/ مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، المرجع السابق، ص 213، 214.

## المطلب 2: العناصر المادية (Les éléments corporels)

وتتمثل أساسًا في البضائع والمعدات، ويخرج عن نطاقها العقار :

### الفرع 1: البضائع (Marchandises)

وتتألف من المنقولات المعدة للبيع والمواد الأولية المعدة للتصنيع ... وتعتبر عنصرًا غير ثابت لأنها

تزيد أو تنقص وفقًا لمقتضيات التجارة<sup>1</sup>. ويعرفها Michel Pédamon بقوله:

« Ce sont les matières premières destinées à être transformées, ou les produits et les bien destinés à la vente. Ces marchandises figurent au bilan sous la rubrique : actif circulant ... »<sup>2</sup>.

وتختلف أهمية البضائع كعنصر من عناصر المحل التجاري بحسب نوع التجارة، فتكون أهميتها كبيرة في تجارة التجزئة وتقل في أحيان أخرى وتتعدى في البنوك ومؤسسات النقل.

وعند بيع المحل التجاري يجب أن يحدد في العقد ثمن البضائع والمعدات كل منها على حدى، وذلك عملاً بأحكام المادة 96/3 من القانون التجاري والمتعلقة بامتياز البائع.

### الفرع 2: المعدات أو المهمات (Matériel et outillage)

يقصد بالمعدات أو المهمات " تلك المنقولات المادية التي تستعمل في الاستغلال التجاري دون أن تكون معدة للبيع، كالألات التي تستخدم في صنع المنتجات أو إصلاحها، ومعدات المحل، والسيارات ... وأدوات الكيل والوزن والقياس والأثاث"<sup>3</sup>.

ويعرفها Michel Pédamon بقوله:

« Matériel et outillage : C'est l'ensemble des biens mobiliers corporels qui servent durablement à l'exploitation et qui de ce fait pressentent une stabilité réelle ... au bilan ils figurent dans la rubrique : actif immobilisé »<sup>4</sup>.

ولا تختلط البضائع بالمهمات ومع ذلك فقد تدق التفرقة بينهما في بعض الحالات لكونها أشياء منقولة، فقد تكون نفس الأشياء من البضائع بالنسبة لمحل تجاري ما ومن المهمات بالنسبة لمحل آخر، ومعياري التفرقة بينهما هو التخصص أو الغرض؛ إذ تعتبر الأشياء من قبيل المهمات متى كانت مخصصة لاستغلال المحل، وتصنف في خانة البضائع متى كانت معدة للبيع<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> إلياس ناصيف، المرجع السابق، الجزء 1، ص 103 - د/ مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، المرجع السابق، ص 186.

<sup>2</sup> Michel Pédamon, op.cit., p. 192, n° 244.

<sup>3</sup> د/ أحمد محرز، المرجع السابق، الجزء 1، ص 187 - د/ عبد الحميد الشواربي، العقود التجارية في ضوء القضاء والفقه، المرجع السابق، ص 33.

<sup>4</sup> Michel Pédamon, op.cit., p. 192, n° 243.

<sup>5</sup> Yves Guyon, op.cit., t.1, p.686.

وانظر في نفس المعنى كذلك: - د/ حسني المصري، المرجع السابق، ص 263.



### الفرع 3: العقار ليس عنصرًا في المحل التجاري

إذا مارس التاجر تجارته في عقار يملكه فإن هذا العقار بطبيعته لا يدخل ضمن عناصر المحل التجاري، فإذا تصرف التاجر في كل من المحل التجاري والعقار فالعملية في حقيقتها مركبة من عقدين، بحيث يخضع كل منهما للأحكام الخاصة به<sup>1</sup>.

فإذا كان المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه - رصدًا على خدمة هذا العقار - يصبح عقارًا بالتخصيص، فإن العكس غير صحيح؛ فالعقار لا يصير منقولًا بتخصيصه لاستغلال محل تجاري (وهو منقول معنوي كما سنرى لاحقًا).

ويثار الإشكال بخصوص المهمات التي ترصد لخدمة العقار المملوك لصاحب المتجر، فهل تظل ضمن عناصر المحل التجاري رغم خضوعها لحكم العقارات بوصفها عقارات بالتخصيص؟

في فرنسا يعتبر الفقه والقضاء مستقرين على خروج العقارات بالتخصيص من عناصر المحل التجاري<sup>2</sup>. أما في مصر فيتعين اعتبار المهمات عنصرًا من عناصر المحل التجاري، ولو كانت عقارًا بالتخصيص، لأن المشرع المصري - على خلاف المشرع عندنا - أورد نصًا خاصًا (المادة 9 من القانون رقم 11 لسنة 1940) يجيز من خلاله أن يشمل رهن المحل التجاري الأثاث التجاري والمهمات والآلات التي تستعمل في استغلال المحل ولو صار عقارًا بالتخصيص<sup>3</sup>.

أخيرًا وبعد الانتهاء من شرح مختلف العناصر المكونة للمحل التجاري، يجدر بنا أن نطرح تساؤلًا مهمًا لمعرفة العناصر الرئيسية، لأن مختلف العناصر آنفة الذكر ليست على درجة واحدة من الأهمية، بل يوجد في المحل التجاري عادة عنصر رئيسي وعناصر أخرى مساعدة.

<sup>1</sup> د/ سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 331، 332.

<sup>2</sup> Jean Hémard, op.cit., Ency. Dal. p.10, n° 93-97. - Dominique Legeais, op.cit., p.66, n° 142.

وأنظر في نفس المعنى كذلك: - د/ علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 34.

<sup>3</sup> د/ علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 35.

## العناصر الرئيسية في المحل التجاري (Les éléments essentiels):

من الناحية التشريعية تدل الدراسة التحليلية للنصوص القانونية على أن المشرع يولي أهمية أكبر للعناصر المعنوية مقارنة مع العناصر المادية، ومع ذلك فالثابت أن أهمية العناصر المعنوية متفاوتة فيما بينها. وقد اختلف الفقه والقضاء حول تحديد العنصر الرئيسي في المحل التجاري، منقسمين في ذلك إلى رأيين:

• **الأول:** وأساسه أن تحديد العنصر الرئيسي مسألة نسبية تختلف من محل تجاري إلى آخر حسب نوع التجارة وظروف الاستغلال، فقد يكون العنصر الرئيسي في محل ما هو الحق في الإيجار، وقد يكون الرخصة الإدارية في محل آخر، وقد تكون براءة الاختراع هي العنصر الجوهرية أما باقي العناصر الأخرى فتكون مساعدة فقط. وفي دور النشر مثلاً تعد حقوق الملكية الأدبية والفنية العنصر المعنوي الهام لجلب الزبائن، عكس المشروع الصناعي الذي يركز أساساً على حقوق الملكية الصناعية والتجارية.

وعليه يرى أصحاب هذا الرأي أنه يصعب تحديد العنصر الجوهرية للمحل التجاري بصورة عامة ومجردة<sup>1</sup>.

• **الثاني:** ويرى أصحابه أن العنصر الرئيسي في المحل لا يختلف من محل لآخر حسب نوع التجارة وظروف الاستغلال، وهذا العنصر هو الاتصال بالعملاء باعتباره القاسم المعنوي المشترك في جميع المحلات التجارية. وقد ذهب البعض منهم إلى أبعد من ذلك حين اعتبروا هذا العنصر هو المحل التجاري ذاته.

والحقيقة أن الرأي الأول يضمم الرأي الثاني<sup>2</sup> لأن عنصر الاتصال بالعملاء ليس هو العنصر الوحيد اللازم لوجود المحل التجاري، إذ لابد من وجود عنصر آخر أو أكثر يكون هو السبب في جذب الزبائن واتصالهم بالمحل. فعنصر الاتصال بالعملاء نتيجة تتحقق بسبب عنصر الحق في الإيجار، الرخصة، حقوق الملكية الأدبية والفنية أو حقوق الملكية الصناعية والتجارية ...

## المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للمحل التجاري وخصائصه (دراسة تركيبية)

ونقسم هذا المبحث بدوره إلى مطلبين، نخصص الأول لتحديد الطبيعة القانونية للمحل التجاري، ونتكلم في الثاني عن مختلف خصائصه القانونية:

### المطلب 1: الطبيعة القانونية للمحل التجاري (La nature juridique du fonds de commerce)

الراجح فقه وقضاء أن المحل التجاري وحدة قائمة بذاتها، ومجموع منفصل عن العناصر الداخلة في تكوينه وذلك بسبب خضوعه لقواعد خاصة به، تختلف تمام الاختلاف عن تلك التي تخضع لها العناصر

<sup>1</sup> د/ حسني المصري، المرجع السابق، ص 267 وما بعدها. - د/ علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 39 وما يليها.

<sup>2</sup> د/ علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 43.

المكونة له <sup>1</sup>، ومع ذلك تبقى هذه العناصر محتفظة بطبيعتها وذاتيتها؛ فإذا تم التصرف في المحل التجاري بأكمله وجب إتباع الإجراءات القانونية الخاصة بانتقال كل عنصر على حدى. ورغم الاتفاق على أن المحل التجاري مجموع (Universalité) مستقل ومتميز عن العناصر التي تكونه، إلا أن الفقه انقسم بخصوص تكييف هذا المجموع، وظهرت بهذا الصدد ثلاث نظريات:

### الفرع 1: نظرية الذمة المالية المستقلة أو المجموع القانوني

#### :(La théorie de l'universalité juridique)

ويرى أصحاب هذه النظرية أن المحل التجاري مجموع قانوني، بمعنى أنه ذمة مالية مخصصة (Patrimoine d'affectation) لغرض الاستغلال التجاري أو الصناعي أو الخدماتي، ومستقلة عن ذمة التاجر لها حقوقها وعليها التزاماتها. ومن أصحاب هذه النظرية من يعترف للمحل التجاري بالشخصية المعنوية، في حين أن البعض الآخر يُنكر تلك الشخصية الاعتبارية ويكتفي باعتباره ذمة مخصصة في إطار الذمة العامة لصاحب المتجر <sup>2</sup>.

ولكن هذه النظرية غير مقبولة عندنا، لأن المبدأ هو وحدة الذمة (Unité de patrimoine) <sup>3</sup> طبقاً لمقتضى المادة 1/188 من القانون المدني، والذي من تطبيقاته عدم التفرقة بين أموال التاجر المستخدمة في التجارة وأمواله الأخرى، إذ يجوز للدائنين الشخصيين الرجوع على جميع أمواله بما فيها تلك المخصصة للاستغلال التجاري، ومن جهة أخرى يجوز لدائني المحل التنفيذ على كل أموال التاجر دون الاقتصار فقط على الأموال المستثمرة في المحل التجاري.

### الفرع 2: نظرية المجموع الواقعي (La théorie de l'universalité de fait)

ذهب جانب من الفقه والقضاء الفرنسيين إلى اعتبار المحل التجاري مجموعاً واقعياً، ويقصد بهذه العبارة مجموع الأموال المتجانسة أو غير المتجانسة التي تألفت فيما بينها بفعل التاجر لتُعامل على أنها مالاً موحداً <sup>4</sup>. وقد انتقدت هذه النظرية على أساس أن " المجموع الواقعي " اصطلاح ليس له أي مدلول قانوني محدد، فلا المشرع ولا القضاء تكفل بتنظيمه، على عكس ما هو الحال عليه بالنسبة للشركة الفعلية والموظف الفعلي.

<sup>1</sup> Roger Houin + René Rodière, op.cit., p.97.

<sup>2</sup> د/ مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، المرجع السابق، ص 197. - د/ علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 49، 50.

<sup>3</sup> د/ أحمد محرز، المرجع السابق، الجزء 1، ص 181.

<sup>4</sup> « L'expression " universalité de fait " désigne une collection de biens homogènes ou hétérogènes qui, par la volonté du propriétaire, est traitée comme un bien unique ».

Voir : Michel Pédamon, op.cit., p. 200, n° 253.

### الفرع 3: نظرية الملكية المعنوية (La théorie de la propriété incorporelle):

وتتشرك هذه النظرية مع النظريتين السابقتين في كونها تنظر إلى المحل التجاري باعتباره وحدة متميزة عن العناصر الداخلة في تكوينه، ولكنها تختلف عنهما في مضمونها فهي تعتبر المحل التجاري نوعاً من الملكية المعنوية (Propriété incorporelle)، بحيث يتمتع التاجر بمقتضاها بحق الانفراد في استغلال محله، ويحتج بهذه الملكية على كافة وتحميها دعوى المنافسة غير المشروعة (Action en concurrence déloyale)، شأنها في ذلك شأن بقية أنواع الملكية المعنوية التي تحميها دعوى التقليد (Action en contrefaçon) كحقوق الملكية الصناعية والتجارية وكذا حقوق المؤلفين على مصنفاتهم الأدبية والفنية<sup>1</sup>.

### المطلب 2: الخصائص القانونية للمحل التجاري

#### (Les caractères juridique du fonds de commerce)

للمحل التجاري ثلاث خصائص قانونية بارزة؛ أنه مال منقول، وأنه منقول معنوي، وأنه ذو صفة تجارية، وقد سبق وأن تطرقنا لهذه الخاصية الأخيرة عند الكلام عن صفات عنصر الاتصال بالزبائن، لذا سوف تقتصر دراستنا هنا على الخاصيتين الأولى والثانية فقط:

### الفرع 1: المحل التجاري مال منقول (Le fonds de commerce est un bien meuble):

ذكرنا في ما سبق أن المحل التجاري ليس هو المكان الذي يزاول فيه التاجر نشاطه التجاري، كما أشرنا كذلك إلى استبعاد العقارات من دائرة العناصر الداخلة في تكوينه.

وقد جاء في المادة 683/1 من القانون المدني ما يلي:

"كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول".

وعلى ذلك يعد المحل التجاري مالاً منقولاً، وبالتالي فإنه لا يخضع للقواعد المتعلقة بالعقارات<sup>2</sup>، وعلى رأسها القاعدة التي تقضي بعدم انتقال ملكية العقار المبيع سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار<sup>3</sup>.

كما أن المحل التجاري لا تحميه دعاوى الحيازة التي قررها المشرع لحماية حيازة العقارات (لاسيما دعوى منع التعرض ودعوى استرداد الحيازة) في المواد: 524 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>1</sup> Georges Ripert + René Roblot, op.cit., t1, p 376. - Dominique Legeais, op.cit., p.68, 69, n° 151.

<sup>2</sup> د/ حسني المصري، المرجع السابق، ص 272.

<sup>3</sup> أنظر المادة 793 من القانون المدني.

ورغم أن المحل التجاري مال منقول إلا أن المشرع أخضعه لبعض القواعد والشكليات المشابهة لتلك الخاصة بالعقارات؛ ولعل أهم تلك الشكليات هي شكليات الإشهار الخاصة ببيع المحل التجاري<sup>1</sup> والتي ترمي إلى حرمان البائع مؤقتاً من الثمن وإخطار دائنيه حتى يتمكنوا من المحافظة على حقوقهم لاسيما من خلال المعارضة على الوفاء بالثمن (L'opposition au paiement du prix) التي من شأنها حبس الثمن بين يدي المشتري ومنعه من القيام بعملية التسديد، فإن قام بتسديد الثمن للبائع فإن هذا التسديد لا يحتج به في مواجهة الدائنين المعارضين (Les opposants) الذين بإمكانهم مطالبته (المشتري أو مكتسب المحل التجاري) بتسديد ثانٍ للثمن<sup>2</sup>.

كما أن رهن المحل التجاري المنصوص عليه في المواد: 118 وما يليها من القانون التجاري، يشبه إلى حد كبير الرهن الرسمي الذي نظمته المشرع في المادة 882 وما بعدها من القانون المدني.

## الفرع 2: المحل التجاري مال معنوي (Le fonds de commerce est un bien incorporel):

رغم إمكانية اشتغال المحل التجاري على عناصر مادية (كالبضائع والمهمات)، إلا أنه يعتبر من الأموال المعنوية وذلك بسبب التآلف بين عناصره بنوعيتها الشيء الذي يمنحه قيمة معنوية، إضافة إلى كون العناصر المعنوية أكثر أهمية وفعالية مقارنة مع العناصر المادية<sup>3</sup>.

والمحل التجاري - باعتباره مالا معنوياً - لا يخضع للأحكام الخاصة بالمنقولات المادية وأهمها:

- قاعدة " الحيازة في المنقول سند الملكية " (En fait de meubles possession vaut titre)، وعلى ذلك فإذا بيع المحل التجاري لشخصين على التعاقب واستلمه المشتري الأخير، فإن الملكية تثبت لمن كان يبيعه أسبق في التاريخ ولو انتقلت الحيازة لغيره، ولا يجوز للثاني الاحتجاج بالقاعدة المذكورة أعلاه.
- وكذا امتياز مؤجر العقار على منقولات المستأجر الموجودة في العين المؤجرة المنصوص عليه في المادة 995 من القانون المدني، فهذا الامتياز لا يستفيد منه مؤجر العقار الذي يُستغل فيه المحل التجاري، لأنه امتياز مقرر على المنقولات المادية دون المعنوية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> المادة 83 من القانون التجاري. و أنظر كذلك - في نفس المعنى تقريباً - شكليات الإشهار الخاصة بتقديم المحل التجاري كحصة على سبيل التمليك في شركة، المنصوص عليها في المادة 117 من القانون التجاري.

<sup>2</sup> وشتاتي حكيم: حماية دائني بائع المحل التجاري (دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي)، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، جامعة باجي مختار عنابة، العدد 35 الصادر في سبتمبر 2013، ص 157-165.

أما بخصوص شكليات الإشهار المستلزمة بشأن عملية تقديم المحل التجاري كحصة في شركة، فالهدف منها إعلام دائني مقدم المحل ليتمكنوا من التصريح عن حقوقهم (Déclaration des créances)، التي من الممكن الاحتجاج بها مستقبلاً في مواجهة الشركة، بحيث تصبح هذه الأخيرة (أي الشركة) مسؤولة بالتضامن مع المدين الأصلي عن الوفاء بالديون المصرح بها، إن لم يطلب الشركاء فيها إبطال عقد الحصة أو عقد الشركة حسب الأحوال.

أنظر في ذلك: وشتاتي حكيم: المحل التجاري كحصة في الشركة (حصة على سبيل التمليك)، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص (فرع قانون الأعمال)، جامعة باجي مختار عنابة، 1999-2000، ص 75-88 و ص 92-105.

<sup>3</sup> د/ علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 55، 56.

<sup>4</sup> د/ سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 352.

## الخاتمة:

بعد دراستنا لمختلف المحاور الأساسية المنضوية تحت مقياس القانون التجاري، لاسيما النظريات الثلاث: الأعمال التجارية والتاجر وكذا المحل التجاري، وتسليط الضوء على أهم الأحكام القانونية المنظمة لها خاصة الواردة منها في التقنين التجاري وباقي النصوص التشريعية غير المدرجة فيه، خلصنا إلى مجموعة من النتائج وفي مقدمتها التأثير الكبير للمشرع الجزائري - وهو بصدد تنظيمه لعالم التجارة والتجار - بالقانون التجاري الفرنسي وما استقر عليه القضاء الفرنسي كذلك من مبادئ واجتهادات قضائية.

كما لفت انتباهنا كذلك اهتمام المشرع بكل من النظرية الشخصية والموضوعية، وسعيه إلى الجمع بين مضمونها قدر الإمكان من خلال التوفيق بين اعتبار القانون التجاري قانون التجار من جهة، واعتباره قانون الأعمال التجارية من جهة أخرى.

كما حاول المشرع التوفيق ما استطاع بين المصلحة الخاصة للتجار التي تقتضي تشجيع المبادرة الفردية وتيسير المعاملات التجارية ودعم الثقة والائتمان، للوصول إلى الهدف المنشود من قبلهم وهو تحقيق الربح، فخصهم بقواعد قانونية تتناسب مع خصائص ومميزات البيئة التجارية التي ينشطون فيها. وبين المصلحة العامة التي تحتم عليهم احترام مجموعة من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة والصحة العامة وغيرها، والتي تكفل بدورها حماية المتعاملين مع التجار (المستهلكين)، وضبط السوق بطريقة تحقق السياسة الاقتصادية المعتمدة من قبل الدولة. فبمناسبة الأعمال التجارية عددها المشرع - على سبيل المثال لا الحصر - من خلال أصناف ثلاث تبعاً لتطور الأنشطة الاقتصادية، وخصها على العموم بتنظيم يعد في مجمله استثناء على القواعد العامة المتعلقة بالالتزامات والواردة في القانون المدني. أما فيما يتعلق بصفة التاجر فقد ضبط المشرع شروط اكتسابها ونظم بالموازاة مع ذلك الحقوق وكذا الالتزامات المهنية الخاصة بهذه الفئة من المجتمع مراعيًا في ذلك جملة من الاعتبارات. ولم يهمل المشرع كذلك أهم أموال التاجر وهو المحل التجاري الذي يعبر عن ثمرة مجهوده ونتاج نشاطه التجاري الدعوى، فكرسه على مستوى القانون التجاري من خلال التعرض لمختلف العناصر المشكلة له المعنوية منها والمادية، ليتناول بعدها أهم العقود الواردة أو المنصبة عليه.

وفي الختام أقول عساي أن أكون بهذا قد أسهمت بجهد متواضع في بيان مختلف الأحكام القانونية المتعلقة بالنظريات الثلاث (الأعمال التجارية، التاجر والمحل التجاري) المشكلة لمقياس القانون التجاري المقرر لطلبة سنة ثانية حقوق، آملاً في ذات الوقت أن ييسر هذا العمل على طلبتي الأعزاء فهم وتحصيل محتوى هذا المقياس المهم، الذي يعد بمثابة القاعدة الأساسية التي لا يمكن الاستغناء عنها لدراسة باقي المواضيع الأخرى المتصلة بعالم التجارة والتجار والمنظمة على مستوى القانون التجاري. فإن أصبت فمن الله وإن أخطأت فمن نفسي ومن الشيطان، وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وهو رب العرش العظيم.

## فهرس المصادر والمراجع:

### أولاً: المصادر

#### 1/ التشريع الأساسي (الساتير):

- دستور 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996 المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، ج.ر لسنة 1996، العدد 76 الصادر بتاريخ: 1996/12/8.
- دستور 2016 الصادر بموجب القانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016، الجريدة الرسمية لسنة 2016 العدد 14 الصادر بتاريخ: 7 مارس 2016.
- دستور 2020 الحالي الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 442/20 المؤرخ في 2020/12/30 المتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، الجريدة الرسمية لسنة 2020 العدد 82 الصادر بتاريخ: 2020/12/30.

#### 2/ التشريع العادي والتشريع الفرعي:

- القانون رقم 11/90 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية لسنة 1990 العدد 17 الصادر بتاريخ: 1990/4/25.
- القانون رقم 22/90 المؤرخ في 1990/8/18 المتعلق بالسجل التجاري، الجريدة الرسمية لسنة 1990 العدد 36 الصادر بتاريخ: 1990/8/22، (المعدل والمتمم بـ: القانون رقم 94/91 المؤرخ في 1991/9/14 الجريدة الرسمية لسنة 1991 العدد 43 الصادر بتاريخ: 1991/9/18، والأمر رقم 07/96 المؤرخ في 1996/1/10 الجريدة الرسمية لسنة 1996 العدد 3 الصادر بتاريخ: 1996/1/14)، والملغى جزئياً بموجب المادة 43 من القانون رقم 08/04 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية آنف الذكر.
- القانون رقم 13/01 المؤرخ في 7 أوت 2001 يتضمن توجيه النقل البري وتنظيمه الجريدة الرسمية لسنة 2001 العدد 44 الصادر بتاريخ: 2001/8/8، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 09/11 المؤرخ في 5 جوان 2011 الجريدة الرسمية لسنة 2011 العدد 32 الصادر بتاريخ: 2011/6/8.
- القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 جوان 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية الجريدة الرسمية لسنة 2004 العدد 41 الصادر بتاريخ: 2004/6/27، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 06/10 المؤرخ في 15 أوت 2010 الجريدة الرسمية لسنة 2010 العدد 46 الصادر بتاريخ: 2010/8/18.
- القانون رقم 08/04 المؤرخ في 14 أوت 2004 والمتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، الجريدة الرسمية لسنة 2004 العدد 52 الصادر بتاريخ: 18 أوت 2004، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 06/13 المؤرخ في 23 يوليو 2013، الجريدة الرسمية لسنة 2013 العدد 39 الصادر بتاريخ:



- 2013/7/31، والمعدل مؤخرًا بمقتضى القانون رقم 08/18 المؤرخ في 10 جوان 2018، الجريدة الرسمية لسنة 2018 العدد 35 الصادر بتاريخ: 2018/6/13.
- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/2/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية لسنة 2008 العدد 21 الصادر بتاريخ: 2008/4/23.
- القانون رقم 04/11 المؤرخ في 2011/2/17 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية لسنة 2011 العدد 14 الصادر بتاريخ: 2011/3/6.
- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/9/26 المتضمن القانون المدني، والذي عدل وتُتم أكثر من مرة آخرها كان بموجب القانون رقم 05/07 الصادر بتاريخ 2007/5/13، الجريدة الرسمية لسنة 2007 العدد 31 الصادر في 2007/5/13.
- الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 1975/9/26 المتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية لسنة 1975 العدد 101، والذي عدل وتُتم أكثر من مرة بموجب مجموعة من القوانين آخرها تم بموجب القانون رقم 20/15 المؤرخ في 2015/12/30، الجريدة الرسمية لسنة 2015 العدد 71 الصادر بتاريخ: 2015/12/30.
- الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية لسنة 1995 العدد 13 الصادر بتاريخ: 1995/3/8.
- الأمر رقم 23/96 المؤرخ في 9 جويلية 1996 يتعلق بالوكيل المتصرف القضائي، الجريدة الرسمية لسنة 1996 العدد 43 الصادر بتاريخ: 1996/7/10.
- الأمر رقم 05/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، الجريدة الرسمية لسنة 2003 العدد 44 الصادر بتاريخ: 2003/7/23.
- الأمر رقم 06/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالعلامات، الجريدة الرسمية لسنة 2003 العدد 44 الصادر بتاريخ: 2003/7/23.
- الأمر رقم 07/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق ببراءات الاختراع، الجريدة الرسمية لسنة 2003 العدد 44 الصادر بتاريخ: 2003/7/23.
- الأمر رقم 08/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بحماية التصميم الشكلية للدوائر المتكاملة، الجريدة الرسمية لسنة 2003 العدد 44 الصادر بتاريخ: 2003/7/23.
- المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 1993/3/1 والمتعلق بالنشاط العقاري، الجريدة الرسمية لسنة 1993 العدد 14 الصادر بتاريخ: 1993/3/3. الملغى بموجب المادة 80 من القانون رقم 04/11 المؤرخ في

- 17/2/2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية لسنة 2011 العدد 14 الصادر بتاريخ: 2011/3/6، ما عدا المادة 27 منه (أي من المرسوم التشريعي رقم 03/93).
- المرسوم التشريعي رقم 10/93 المؤرخ في 23 ماي 1993 يتعلق ببورصة القيم المنقولة الجريدة الرسمية لسنة 1993 العدد 34 الصادر بتاريخ: 1993/5/23، المعدل والمتمم بموجب: الأمر رقم 10/96 المؤرخ في 10 جانفي 1996 الجريدة الرسمية لسنة 1996 العدد 3 الصادر بتاريخ: 1996/1/14، والقانون رقم 04/03 المؤرخ في 17 فيفري 2003 الجريدة الرسمية لسنة 2003 العدد 11 الصادر بتاريخ: 2003/2/19 + استدراك الجريدة الرسمية لسنة 2003 العدد 32 الصادر بتاريخ: 2003/5/7.
- المرسوم التنفيذي رقم 70/92 المؤرخ في 18 فيفري 1992 المتعلق بالنشرة الرسمية للإعلانات القانونية، الجريدة الرسمية لسنة 1992 العدد 14 الصادر بتاريخ: 1992/2/23، الملغى بموجب المرسوم التنفيذي رقم 136/16 المذكور أعلاه.
- المرسوم التنفيذي رقم 438/95 المؤرخ في 1995/12/23 المتضمن تطبيق أحكام القانون التجاري المتعلقة بشركات المساهمة والتجمعات، الجريدة الرسمية لسنة 1995 العدد 80 الصادر بتاريخ: 1995/12/24.
- المرسوم التنفيذي رقم 468/05 المؤرخ في 2005/12/10 الذي يحدد شروط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفيات ذلك، الجريدة الرسمية لسنة 2005 العدد 80 الصادر بتاريخ: 2005/12/11.
- المرسوم التنفيذي رقم 136/16 المؤرخ في 25 أفريل 2016 الذي يحدد كيفيات ومصاريف إدراج الإشهارات القانونية في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، الجريدة الرسمية لسنة 2016 العدد 27 الصادر بتاريخ: 2016/5/4.

## ثانيا: المراجع باللغة العربية

### 1/ الكتب والمؤلفات (العامة والمتخصصة):

- د/ علي حسن يونس: المحل التجاري، القاهرة: دار الفكر العربي، 1974.
- د/ أحمد محرز: القانون التجاري الجزائري، الجزء 1، القاهرة: المطبعة العربية الحديثة، 1978.
- د/ فتحي عبد الصبور: الوسيط في قانون العمل، الجزء الأول: المدخل إلى تشريع العمل وعلاقات العمل الفردية، بدون دار نشر، 1985.
- د/ محمد حسنين: الوجيز في الملكية الفكرية، الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، 1985.

- د/ **حسني المصري**: القانون التجاري، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، القاهرة: دار وهدان للطباعة والنشر، 1986.
- د/ **فوزي عطوي**: القانون التجاري، الطبعة الأولى، بيروت: دار العلوم العربية للطباعة والنشر، 1986.
- د/ **عبد الحميد الشواربي**: القانون التجاري (العقود التجارية في ضوء القضاء والفقه)، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1993.
- د/ **مصطفى كمال طه**: أصول القانون التجاري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1994.
- د/ **جلال وفاء البدرى محمد**: المبادئ العامة في القانون التجاري، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، 1995.
- د/ **مصطفى كمال طه**: القانون التجاري (الأوراق التجارية، العقود التجارية، عمليات البنوك، الإفلاس)، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 1999.
- **عمار عمورة**: الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري (الأعمال التجارية، التاجر، الشركات التجارية)، الجزائر: دار المعرفة، 2000.
- د/ **محمد فريد العريني + د/ هاني دويدار**: مبادئ القانون التجاري والبحري، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، 2000.
- د/ **عبد الحميد الشواربي**: نظرية الأعمال التجارية والتاجر، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2001.
- د/ **فرحة زراوي صالح**: الكامل في القانون التجاري الجزائري (الأعمال التجارية، التاجر، الحرفي، الأنشطة التجارية المنظمة، السجل التجاري)، الطبعة الثانية، الجزائر: ابن خلدون للنشر والتوزيع، 2003.
- **مبروك حسين**: القانون التجاري الجزائري (النصوص التطبيقية والاجتهاد القضائي والنصوص المتممة)، الطبعة السادسة، الجزائر: دار هومة، 2008.
- **نادية فضيل**: القانون التجاري الجزائري (الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري)، الطبعة 11، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2011.
- **إلياس ناصيف**: الكامل في قانون التجارة، الجزء الأول، بيروت - باريس: منشورات بحر المتوسط ومنشورات عويدات، بدون سنة نشر.
- د/ **سميحة القليوبي**: نظرية الأعمال التجارية - التاجر - الملكية الصناعية والتجارية، موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، الجزء 69، بيروت: الدار العربية للموسوعات، بدون سنة نشر.

## 2/ الأبحاث الأكاديمية والمقالات العلمية:

- **وشتاتي حكيم**: المحل التجاري كحصة في الشركة (حصة على سبيل التملك)، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص (فرع قانون الأعمال)، جامعة باجي مختار عنابة، 1999 - 2000.
- **وشتاتي حكيم**: حماية دائني بائع المحل التجاري (دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي)، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، جامعة باجي مختار عنابة، العدد 35 الصادر في سبتمبر 2013.

### 3/ القرارات والاجتهادات القضائية:

- قرار المحكمة العليا رقم 41272 الصادر بتاريخ: 1987/1/3، والمنشور في المجلة القضائية لسنة 1991 العدد 3 ص 81.
- قرار المحكمة العليا رقم 46728 الصادر بتاريخ: 1988/5/8، والمنشور في المجلة القضائية لسنة 1992 العدد 2 ص 5.
- قرار المحكمة العليا رقم 67001 الصادر بتاريخ: 1990/12/30، والمنشور في المجلة القضائية لسنة 1992 العدد الأول ص 75.
- قرار الغرف مجتمعة للمحكمة العليا رقم 50 الصادر بتاريخ: 1997/2/18، والمنشور في المجلة القضائية لسنة 1999 العدد 2 ص 170.
- قرار المحكمة العليا رقم 209172 الصادر بتاريخ: 2000/2/15، والمنشور في المجلة القضائية لسنة 2002 العدد الثاني ص 350.

### ثالثا: المراجع باللغة الفرنسية

#### I- Ouvrages :

- **Jean Hémard** : Fonds de commerce, Encyclopédie Dalloz, droit commercial 3, Paris : jurisprudence générale Dalloz, 1973.
- **Georges Ripert** : traité élémentaire de droit commercial, tome1, par : **René Roblot**, 10<sup>ème</sup> édition, Paris : L.G.D.J., 1980.
- **Jean-pierre le Gall** : Droit commercial (Règles générales applicables aux commerçants, société commerciale et G.I.E, banque et bourse), 8<sup>ème</sup> édition, Paris : jurisprudence générale, Dalloz, 1980.
- **Roger Houin + René Rodière** : Droit commercial, 7<sup>ème</sup> édition, Paris : Edition Sirey, 1981.
- **Yves Guyon** : Droit des affaires, tome1, 6<sup>ème</sup> édition, Paris : Economica, 1990.
- **Michel Pédamon** : Droit commercial, Paris : Dalloz, 1994.
- **Alfred Jauffret** : Droit commercial, par : **Jacques Mestre**, 22<sup>ème</sup> édition, Paris : L.G.D.J., 1995.
- **Dominique Legeais** : Droit commercial, 11<sup>ème</sup> édition, Paris : édition Dalloz, 1997.

#### II- Thèses et Articles :

- **Jean Dérruppé** : Organisation générale du commerce, Revue trimestrielle de droit Commercial et Economique, n° IV, 1980.
- **Jean-Jacques Burst** : Fonds de commerce (Théorie des apports, apport d'un fonds de commerce, effets), Juris. Class. Sociétés traité, Fasc. 14-A, 1983.

## فهرس الموضوعات

العنوان:

الصفحة

|   |    |
|---|----|
| مقدمة .....   | 1  |
| - مبحث تمهيدي: مفاهيم عامة .....                                |    |
| المطلب 1: تعريف القانون التجاري .....                           | 3  |
| المطلب 2: نطاق سريان (مجال تطبيق) القانون التجاري .....         | 5  |
| الفرع 1: المدرسة الشخصية .....                                  | 5  |
| الفرع 2: المدرسة الموضوعية .....                                | 5  |
| المطلب 3: نشأة وتطور القانون التجاري .....                      | 7  |
| الفرع 1: مرحلة العصور القديمة .....                             | 7  |
| الفرع 2: مرحلة العصور الوسطى .....                              | 9  |
| الفرع 3: مرحلة العصور الحديثة .....                             | 11 |
| الفرع 4: تطور القانون التجاري في الجزائر .....                  | 12 |
| المطلب 4: مصادر القانون التجاري .....                           | 12 |
| الفرع 1: المصادر الرسمية .....                                  | 13 |
| الفرع 2: المصادر التفسيرية .....                                | 19 |
| • الفصل الأول: نظرية الأعمال التجارية .....                     |    |
| I- معايير التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني .....         | 21 |
| II- أهمية التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني .....         | 24 |
| III- طبيعة التعداد القانوني للأعمال التجارية .....              | 32 |
| المبحث الأول: الأعمال التجارية بطبيعتها (أو بحسب الموضوع) ..... | 34 |
| المطلب 1: أنشطة التوزيع .....                                   | 35 |
| الفرع 1: الشراء من أجل البيع .....                              | 35 |
| الفرع 2: أعمال الوساطة التجارية .....                           | 37 |
| المطلب 2: الأنشطة الصناعية .....                                | 38 |
| الفرع 1: مقاولات الإنتاج أو التحويل أو الإصلاح .....            | 38 |

- الفرع2: مقاولات البناء أو الحفر أو تمهيد الأرض ..... 38
- الفرع3: مقاولات استغلال المناجم ومقالع الحجارة ومنتجات الأرض الأخرى ..... 39
- المطلب3: الأنشطة المتعلقة بتقديم الخدمات ..... 39
- الفرع1: مقاولات تأجير المنقولات أو العقارات ..... 40
- الفرع2: مقاولات التوريد والخدمات ..... 40
- الفرع3: مقاولات استغلال النقل أو الانتقال ..... 40
- الفرع4: مقاولات استغلال الملاهي العمومية أو الإنتاج الفكري ..... 41
- المطلب4: الأنشطة المالية ..... 41
- الفرع1: العمليات المصرفية (أعمال البنوك) ..... 41
- الفرع2: عمليات الصرف ..... 42
- الفرع3: عمليات البورصة ..... 42
- الفرع4: مقاولات التأمين ..... 43
- المبحث الثاني: الأعمال التجارية بحسب الشكل** ..... 43
- المطلب1: التعامل بالسفينة أو الكمبيالة ..... 44
- المطلب2: الشركات التجارية ..... 44
- المطلب3: وكالات ومكاتب الأعمال مهما كان هدفها ..... 45
- المطلب4: العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية ..... 46
- المطلب5: العقود المتعلقة بالتجارة البحرية والجوية ..... 46
- المبحث الثالث: الأعمال التجارية بالتبعية** ..... 47
- المطلب1: الأساس النظري لتجارية الأعمال بالتبعية ..... 47
- المطلب2: أهم التطبيقات العملية لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية ..... 48
- الأعمال التجارية المختلطة** ..... 50
- **الفصل الثاني: نظرية التاجر** ..... 53
- المبحث الأول: شروط اكتساب صفة التاجر** ..... 53
- المطلب1: احتراف الأعمال التجارية ..... 54
- الفرع1: مزاولة الأعمال التجارية على وجه الاعتياد ..... 55

- الفرع2: قصد الظهور بمظهر التاجر الذي يرتزق من وراء القيام بالأعمال التجارية 57
- الفرع3: مزاولة الأعمال التجارية على وجه الاستقلال ..... 58
- المطلب2: الأهلية التجارية ..... 61
- الفرع1: أهلية الراشد (الأهلية الكاملة) ..... 61
- الفرع2: أهلية القاصر المأذون له بممارسة التجارة (القاصر المرشد) ..... 62
- الفرع3: أهلية المرأة المتزوجة ..... 64
- المبحث الثاني: الآثار القانونية المترتبة عن اكتساب صفة التاجر ..... 65
- المطلب1: الالتزام بمسك الدفاتر التجارية ..... 65
- الفرع1: الأشخاص الملزمون بمسك الدفاتر التجارية ..... 66
- الفرع2: أنواع الدفاتر التجارية ..... 66
- الفرع3: انتظام الدفاتر التجارية والزامية الاحتفاظ بها ..... 68
- الفرع4: حجية الدفاتر التجارية في الإثبات ..... 70
- المطلب2: الالتزام بالقيد في السجل التجاري ..... 75
- الفرع1: الأشخاص الملزمون قانونًا بالقيد في السجل التجاري ..... 75
- الفرع2: الآثار القانونية المترتبة عن القيد في السجل التجاري ..... 78
- الفرع3: الجزاءات المترتبة عن عدم القيد في السجل التجاري ..... 80
- الفصل الثالث: المحل التجاري (Fonds de commerce) ..... 83
- تعريف المحل التجاري ..... 83
- المبحث الأول: عناصر المحل التجاري (دراسة تحليلية) ..... 84
- المطلب1: العناصر المعنوية ..... 85
- الفرع1: عنصر الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية ..... 86
- الفرع2: الاسم التجاري والتسمية المبتكرة ..... 90
- الفرع3: العلامة المميزة ..... 91
- الفر4: الحق في الإيجار ..... 91
- الفرع5: حقوق الملكية الصناعية والتجارية ..... 93
- الفرع6: حقوق الملكية الأدبية والفنية ..... 95



|     |  |
|-----|--|
| 96  | الفرع7: الرخص والإجازات .....  |
| 99  | الفرع8: مدى اعتبار ديون التاجر المتعلقة بتجارته ضمن عناصر المتجر .....       |
| 102 | المطلب2: العناصر المادية .....   |
| 102 | الفرع1: البضائع .....  |
| 102 | الفرع2: المعدات أو المهمات .....   |
| 103 | الفرع3: العقار ليس عنصراً في المحل التجاري .....                             |
| 104 | المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للمحل التجاري وخصائصه (دراسة تركيبية) ..... |
| 104 | المطلب1: الطبيعة القانونية للمحل التجاري .....                               |
| 105 | الفرع1: نظرية الذمة المالية المستقلة أو المجموع القانوني .....               |
| 105 | الفرع2: نظرية المجموع الواقعي .....  |
| 106 | الفرع3: نظرية الملكية المعنوية .....   |
| 106 | المطلب2: الخصائص القانونية للمحل التجاري .....                               |
| 106 | الفرع1: المحل التجاري مال منقول .....  |
| 107 | الفرع2: المحل التجاري مال معنوي .....  |
| 108 | الخاتمة .....  |
| 109 | فهرس المصادر والمراجع .....  |
| 114 | فهرس الموضوعات .....   |