دكتور
أحمد محرز
جامعة قسنطينة – الجزائر

للمزيد من الحصريات زورونا على مدونة الكتب الحصرية
http://koutoub-hasria.blogspot.com/
https://www.facebook.com/koutoubhasria

القانون التجاري الجزائري

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria http://koutoub-hasria.blogspot.com/

ديوان المطبوعات الجامعية
الجزائر 1980

دكتور
أحمد محرز
جامعة قسنطينة – الجزائر

القانون التجاري الجزائري

ديوان المطبوعات الجامعية
الجزائر 1980

القواعد العامة التى تحكم الشركات على اختلاف أنواعها ، وشركات التضامن والشركات ذات المسئولية المحدودة ، وشركات المساهمة .

وقد ابتغينا فى دراستنا ، إبراز مبادىء وأحكام القانون التجارى الجزائرى ، مع استقصاء لآراء الفقهاء وأحكام القضاء ، وذلك بغير إسهاب أو إغراق فى التفصيل ، حتى يكون المؤلف صالحاً لطلبة العلم وغيرهم من المهتمين بدراسة القانون التجارى .

أسأل الله التوفيق ؟

أحمد محرز

١ – تقديم :

نبدأ دراستنا ، بتعريف القانون التجارى ، ثم نشير إلى خصائصه ومميزاته وسماته ، ثم نتناول نبذة عن تاريخه ومصادره .

فإذا انتهينا من ذلك انتقلنا إلى دراسة الأعمال التجارية من حيث تحديدها ومعايير التفرقة بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية ثم نتناول بالبحث الأعمال التجارية بحسب موضوعها وشكلها وتبعيتها .

وبعد ذلك نتعرض لدراسة التجار من حيث الشروط اللازمة لاكتساب صفة التاجر والتزاماته طبقاً لأحكام القانون التجارى الجزائرى الصادر بالأمر رقم ٥٩ لسنة ١٩٧٥ المؤرخ فى ٢٠ رمضان عام ١٣٩٥ هجرية ، الموافق ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥ . وبخاصة الالتزام بإمساك الدفاتر التجارية التى نص عليها المشرع الجزائرى فى المواد من التاسعة وما بعدها من القانون المذكور وأيضاً التسجيل فى السجل التجارى (المادة التاسعة عشر وما بعدها) . ونعقب هذا بشرح الأحكام العامة للمحل التجارى .

ولذلك سنوزع هذه الدراسة بين باب تمهيدى وأبواب ثلاثة ، كما يلى :

الباب التمهيدى : تعريف القانون التجارى وخصائصه وتاريخه ومصادره .

الباب الأول : الأعمال التجارية .

الباب الثانى : التجـــار .

الباب الثالث : المحل التجارى .

الفصل الأول

تعريف القانون التجارى وخصائصه

---

٣ ــ التعريف بالقانون التجارى :

القانون التجارى ، قانون حديث النشأة ، لم يستقل إلا منذ وقت قريب ، ذلك لأن القانون المدنى باعتباره الشريعة العامة ، كان يطبق على جميع الأفراد دون تفرقة ، أياً كانت صفاتهم أو الأعمال القانونية التى يقومون بها .

وإذا كانت نواة القانون التجارى بدأت بأنظمة متفرقة على النحو الذى سنتعرض له فى بيان نشأة القانون التجارى وتطوره ، دعت إليها ضرورة تيسير الائتمان بين التجار وتبسيط الإجراءات القانونية وسرعة تنفيذها بما يلائم طبيعة التجارة ، فإن تقنينه بالمعنى المعروف لم يتم إلا فى عهد نابليون ، حيث صدر بتاريخ ١٥ من سبتمبر سنة ١٨٠٧ يحتوى على ٦٤٨ مادة ، يتضمنها أربعة أقسام ، الأول عن التجارة بوجه عام ، والثانى عن القانون البحرى ، والثالث عن الإفلاس ، والرابع عن النظام القضائى التجارى .

وكان القانون التجارى يعرف فى ذلك الوقت ، تعريفاً موضوعياً بحسب ما تضمنه هذا التقنين من موضوعات محددة ، الأمر الذى جعله قاصراً ، ولم يساير التطورات الحديثة للنشاط التجارى ، الذى اتسع مجاله إلى أن تدخلت الدولة ذاتها فى المجال التجارى .

وإذا نظرنا إلى التعريف الشائع للقانون التجارى ، نجده يعرف من حيث نطاقه ، بأنه مجموعة القواعد القانونية التى تنطبق على المنشآت التجارية والصناعية والمالية فى شأن الأعمال الخاصة بممارسة نشاطها ، سواء فيما بينها أو بين المتعاملين معها حتى ولو لم يكونوا تجاراً .

باب تمهيدى

تعريف القانون التجارى ، خصائصه

تاريخه ومصادره

خطة البحث :

نعرض فى هذا الباب ، تعريف القانون التجارى ، فنبين خصائصه ومميزاته للقانون المدنى والآثار المترتبة على ذلك .

ثم نتناول نبذة عن نشأة القانون التجارى بوجه عام ومصادره ، ولذلك نقسم هذا الباب إلى فصول ثلاثة :

الفصل الأول : تعريف القانون التجارى وخصائصه .

الفصل الثانى : نشأة القانون التجارى وتطوره .

الفصل الثالث : مصادر القانون التجارى .

غير أنه بالتأمل إلى هذا التعريف ، نرى ملاحظات ثلاث نوردها فيما يلى :

١ — أن التجارة بالمعنى القانونى للفظ لايمتد إلاإلى قطاع تداول وتوزيع الثروات دون الإنتاج.، بينما القانون التجارى الحديث ينطبق على التداول والإنتاج معاً ، أى التجارة بمعنى التبادل والصناعة بمعنى الإنتاج ،بل وكذلك على الخدمات والمنشآت المالية والمصرفية .

٢ — أن القانون التجارى لايعنى بكل العمليات التى يزاولها التجار وأصحاب المصانع ورجال المال والبنوك ، ذلك لأنه يستثنى من نطاق تطبيقه تلك العمليات التى لا صلة لها بالنشاط التجارى الذى يمارسوه ، حيث يقتصر تطبيق القانون التجارى على العمليات التجارية .

٣ — أن القانون التجارى فضلا عن تطبيقه على التجار أنفسهم ، فإنه يطبق على طائفة أخرى تتعامل معهم وهم الموردين لهم وزبائنهم أياً كانت صفاتهم ، سواء كانوا تجاراً أو غير تجار .

٤ — فإذا نظرنا إلى القانون التجارى من حيث موضوعه ومحتواه ، نجده يتضمن مجموعة القواعد التى تحكم الأعمال التجارية وتنظم العلاقات القانونية بين التجار ، فهو الذى يبين متى يعتبر الشخص تاجراً ، وكذلك متى يعتبر العمل تجارياً ، كما أنه يتضمن القواعد الخاصة بالدفاتر التجارية والسجل التجارى والمحل التجارى والبيانات والعلامات التجارية . وكذلك الشركات والعقود التجارية المختلفة ، وينظم أيضاً الأوراق التجارية وهى السفتجة والشيك والسند الإذنى التى تعتبر جميعاً وسائل يلجأ إليها التاجر لوفاء ديونه ، كما يبين كذلك الوسائل التى يحصل بها التاجر على الائتمان اللازم ، كفتح الاعتماد والحساب الجارى ، وكذلك فإنه يرسم الإجراءات التى تتخذ عند توقف التاجر عن دفع ديونه .

٥ — ويتبين من ذلك أن القانون التجارى ، سواء من حيث نطاقه أو موضوعه ، يتعرض التنظيم لروابط المالية بين الأفراد، شأنه فى ذلك شأن

القانون المدنى ، وكل مافى الأمر أن الروابط المالية الخاضعة للقانون التجارى تتحدد إما تبعاً لصفة الأشخاص الذين تقوم بينهم وهم طائفة التجار ، وإما بناء على موضوع الروابط ذاتها وهى الأعمال التجارية .

وعلى ذلك تطبق أحكام القانون التجارى على الأعمال التجارية بغض النظر عن أشخاص القائمين بها ، أما فيما عداها فهو لايطبق إلا إذا كانت العلاقة بين تجار وبشأن معاملاتهم التجارية .

على أن معنى التجارة فى نطاق القانون التجارى ، يختلف عن المعنى الدارج فى علم الاقتصاد ، إذ أن المقصود بالتجارة فى المجال الاقتصادى ، عمليات الوساطة بين المنتج والمستهلك ، أى تداول وتوزيع الثروات دون الإنتاج ، الأمر الذى يفهم من هذا المعنى أن هناك فرق بين إنتاج الثروات ، وهى مايطلق عليها اصطلاح الصناعة ، وبين تداول الثروات ، وهى مايعرف بالتجارة . بينما فى مجال القانون التجارى ، نجد أن التجارة ، تمتد إلى جانب كبير من الصناعة ، وبخاصة تلك الصناعة التحويلية ، التى تقوم بتحويل المواد الأولية أوالنصف مصنوعة إلى مواد صالحة للاستعمال ، وعلى ذلك فإن الشخص الذى يقوم بهذا التصنيع فإنه يعتبر تاجراً ، أما الشخص الذى يقوم باستخراج المواد الأولية من الأرض أو الموارد الطبيعية فلا يعتبر تاجراً حسب اتجاه الفقه التقليدى[1] الذى يرى اقتصار التجارة على عمليات تحويل الثروات وتداولها .

٦ — غير أن التشريعات الحديثة ، ومن بينها القانون التجارى الجزائرى الصادر فى سنة ١٩٧٥ يعتبر كل مقاولة لإستغلال المناجم أو المناجم السطحية أو مقالع الحجارة ، أو منتجات الأرض الأخرى عملا تجارياً ويتضح من هذا النص أن نشاط الاستخراج يعتبر تجارياً على الرغم من أنه قاصر على الاستخراج دون التحويل أوالتصنيع أو التداول ، وكل ما هناك أن المشرع الجزائرى اشترط أن تكون ممارسة هذا النشاط على سبيل المقاولة وليس على سبيل الانفراد .

---

(١) انظر :

Thaller : Traité élémentaire de Droit Commercial Vol. 1No. 6, 7, 14.

ولانرى مبرراً لما ذهب إليه المشرع الجزائرى فى قصره الصفة التجارية على النشاط ، طبقاً للشكل الذى يتم من خلاله ممارسته ، فإذا تم من خلال مشروع اعتبر العمل تجارياً ، أما إذا تم مزاولته بصفة منفردة أو على مستوى النشاط الفردى ، انتفت عنه هذه الضفة على الرغم من وحدة طبيعة النشاط وهو الاستخراج ، الأمر الذى يؤدى إلى تفرقة دون مبرر فى النظام القانونى .

ونخلص مما سبق إلى القول ، على الرغم من اختلاف الفقهاء[1] فى نظرتهم إلى ذلك القانون حسب النظرية التى ينادون بها (الموضوعية Objective أو الشخصية Subjective) . وذلك ماسنتعرض له بعد قليل ، بأن القانون التجارى فرع من فروع القانون الخاص ، يتضمن القواعد القانونية التى تحكم الأعمال التجارية والتجار سواء فى العلاقات المتبادلة فيما بينهم أم فى علاقاتهم مع عملائهم .

---

(١) فيعرف الأستاذان ليون كان ورينو القانون التجارى بأنه : « مجموعة القواعد القانونية التى تطبق على الأعمال التجارية Actes de Commerce وعلى الأشخاص الذين لهم صفة التاجر .

ويعرف الفقيه THALLER القانون التجارى بأنه ذلك الفرع من القانون الخاص الذى يحدد طبيعة وآثار الاتفاقات والعقود المبرمة بين التجار أو تلك المبرمة بمناسبة ممارسة الأعمال التجارية :

وإذا ذهبنا إلى التعريفات الحديثة ، نجد أنها لا تختلف كثيراً عن التعريفات السابقة ، ومن التعريفات الحديثة ما قال به الفقيه إسكارا ESCARRA ، من أن القانون التجارى هو مجموعة القواعد الخاصة التى تطبق على فئة محدودة من الأشخاص هى طائفة التجار ، وعلى طائفة محدودة من الأعمال هى الأعمال التجارية » .

ويعرف الفقيه ريبرت Ripert — القانون التجارى بأنه ذلك الفرع من القانون الخاص الذى ينظم العمليات القانونية التى يقوم بها التجار سواء فيما بينهم أو مع عملائهم بشرط أن ترتبط هذه العمليات بممارسة التجارة ولذلك يطلق عليها الأعمال التجارية .

وقد لوحظ على هذه التعريفات أنها تفرق بين العمل التجارى والتجارة الأمر الذى يتضح منه غموضها بما لا يحقق وظيفة التعريف ؛ فمن هذه التعريفات ما يضع الأعمال التجارية فى المرتبة الأولى (ليون كان ، وتالير) بينما يضع فقهاء آخرون (إسكارا وريبرت Escarra, Ripert) التجار فى المرتبة الأولى .

انظر فى عرض هذه التعاريف وتحليلها ونقدها :

PAUL DIDIER; Droit Commercial, Introduction, les Entreprises, 1e édition, 1970 p. 10 et s.

٧ – نطاق ومجال القانون التجارى :

اختلف كثير من الفقهاء فى تحديد نطاق القانون التجارى ، وكان هذا الاختلاف عن عمد وذلك لانتماء كل فريق منهم إلى نظرية معينة دون غيرها ، وكان نتيجة هذا الاختلاف أن ثار التساؤل ، هل القانون التجارى هو قانون التجار ؟ أم هوالقانون الذى يحكم الأعمال التجارية ؟ ويمكن رد الآراء التى قال بها الفقهاء إلى نظريتين ، الأولى وهى النظرية الموضوعية Théorie Objective والثانيةهى النظريةالشخصيةThéorie Subjective وسنتاولها فيما يلى :

٨ – (أولا) النظرية الموضوعية[١] :

وفحوى هذه النظرية عند القائلين بها ،أن القانون التجارى تتحدد دائرته بالأعمال التجارية Actes de Commerce ، وتطبق أحكامه على هذه الأعمال دون ارتباط بشخص القائم بها . سواء كان يحترف التجارة أو لايحترف ،ولكن العبرة بموضوع النشاط الذى يمارسه الشخص ،حتى ولو قام به مرة واحدة ، أما إذا استمر الشخص فى مزاولة النشاط على سبيل الاحتراف فإنه يكتسب صفة التاجر ، وهى صفة لايعتد بها القانون ، طبقاً لمفهوم هذه النظرية ، إلا لإخضاع التاجر لالتزامات معينة كالقيد فى السجل التجارى والخضوع للضرائب التجارية وإمساك الدفاتر التجارية وشهر الإفلاس [٢]

وكانت الدوافع التى أدت للقول بهذه النظرية لها جانبين فى نظر القائلين بها ، الأول جانب فنى يستند إلى نص المادتين ٦٣١ ، ٦٣٨ من القانون التجارى الفرنسى ، حيث تقضى المادة ٦٣١ من القانون المذكور على عقد الاختصاص للمحاكم التجارية بالنظر فى المنازعات الخاصة بالمعاملات التجارية ،

---

(١) وقد اعتنق هذه النظرية طوال القرن التاسع عشر فقهاء كثيرون مثل :
Pardessus, Delamarre et le Poitevin, Lyon-caen et Renault
ونقدها وخاصمها الفقيهان هامل ولاجارد Hamel et Lagarde
انظر Paul, Didier المرجع السابق .

(٢) انظر أكثم أمين الخولى – الموجز فى القانون التجارى الجزء الأول ١٩٧٠ صفحة ٧

دون أن تحدد هذه المعاملات وأنواعها على سبيل الحصر، وكذلك ما قضت به المادة ٦٣٨ من ذات القانون على أن المحاكم التجارية لاتختص بنظر المنازعات المرفوعة على التجار بسبب تعاقداتهم الخاصة أو شرائهم أشياء لاستعمالهم الخاص بعيداً عن نشاطهم التجارى .

وكان تفسير هذه النصوص فى نظر القائلين بالنظرية الموضوعية يوحى بأن العمل التجارى ، دون سواه ، هو معيار تحديد نطاق القانون التجارى .

أما عن الجانب الثانى فهو ذو صبغة سياسية ؛ لما تؤدى إليه النظرية الموضوعية من تدعيم لمبدأ الحرية الاقتصادية ، الذى يتميز بالقضاء على نظام الطوائف الذى كان سائداً فى العصور السابقة ، وطالما كان حائلا يعوق ازدهار التجارة وتقدمها ، بسبب منع هذا النظام لغير طائفة التجار ، مباشرة الأعمال التجارية(١) .

٩ — (ثانياً) النظرية الشخصية(٢) :

ويرى القائلون بهذه النظرية ، أن نطاق القانون التجارى يتحدد تحديداً شخصياً ، حيث أن أصله قانون مهنى ، ينظم نشاط من يحترفون مهنة التجارة دون سواهم ، ولذلك فإنه وفقاً لهذه النظرية يجب تحديد المهن التجارية على سبيل الحصر ، بحيث يعتبر القانون كل من احترف مهنة تجارية يعتبر تاجراً ، يخضع فى نشاطه للقانون التجارى ، وعلى ذلك فإن عنصر الاحتراف فى مفهوم هذه النظرية يعتبر المعيار الذى يحدد نطاق القانون التجارى (٣) .

---

(١) انظر : Hamel et Lagarde, t. 1. p. 169.

(٢) قال بهذه النظرية الفقيه الفرنسى RIPERT فى مؤلفه :
Traite élémentaire de Droit Commercial, première édition 1947.

(٣) وقد يكون عنصر الاحتراف مطاطاً فى مفهومه وتحديده ، لذلك لجأت بعض القوانين كالقانون الألمانى باشتراط القيد فى السجل التجارى كشرط لازم لاكتساب صفة التاجر ؛ انظر أكثم أمين الخولى المرجع السابق صفحة ٧ حيث يقول : « ويظهر الطابع الشخصى للقانون الألمانى هنا فى أن أعمال هذا الفريق من التجار ، ويسمون التجار بالقيد فى السجل التجارى ، فى مباشرة حرفتهم لا تعتبر تجارية ولا تخضع للقانون التجارى إلا لصدورها من قيد فى السجل بحيث تكون مدينة لو صدرت من شخص غير مقيد » .

ويبرر أنصار هذه النظرية رأيهم فى أن القانون التجارى فى أصل نشأته يرجع إلى العادات والقواعد والنظم التى ابتدعها وطبقها أصحاب الحرف التجارية . الأمر الذى أصبح به القانون التجارى قانوناً مهنياً ، وأنه على الرغم من إلغاء نظام الطوائف ، وانتشار مبدأ الحرية الاقتصادية ، الذى يعطى الحق لكل شخص فى مزاولة ما يشاء من النشاط ، إلا أن القواعد التجارية ظلت مستقرة كما كانت عليه فى مجتمع التجارة الطائفى وكذلك أبقت التشريعات الحديثة على المحاكم التجارية تزاول اختصاصها فى الفصل فى المنازعات التجارية دون سواها .

١٠ — تقدير النظريتين ومسلك المشرع الجزائرى فى هذا الخصوص :

رأينا أن أصحاب هاتين النظريتين يحاولون من خلالها وضع معيار لتحديد نطاق القانون التجارى ، ولاحظنا أن نظرية تدور حول التاجر Le Commercant وتعتبره محور تطبيق القانون التجارى ، بمعنى أن كل من يكتسب صفة التاجر هو وحده الذى يخضع لتطبيق أحكام القانون التجارى ، وقد وجه خصوم هذه النظرية النقد لها ، لسببين ، الأول أن للتاجر تصرفاته المدنية كما له حياته التجارية ، وليس من المنطق أن تخضع أعماله المدنية لأحكام القانون التجارى وللمحاكم التجارية لمجرد أن الشخص له صفة التاجر [١] . أما السبب الثانى ، فيكمن فى صعوبة بيان المهن التجارية على سبيل الحصر [٢]. ولكن يرد أنصار النظرية الشخصية على ذلك بأن تحديد المهن التجارية أسهل من تعيين الأعمال التجارية وفضلا عن ذلك ، فإن النظرية الشخصية لم تنادى بإخضاع تصرفات التاجر المدنية كزواجه أو طلاقه أو وصيته أو هبته أو إرثه لأحكام القانون التجارى وقواعده [٣] .

أما النظرية الثانية وهى النظرية الموضوعية فتدور حول العمل التجارى ، وتعتبره معيار تطبيق القانون التجارى ، غير أن الصعوبة التى لاقتها هذه

---

(١) انظر فريد مشرق ، أصول القانون التجارى المصرى — الجزء الأول الطبعة الثانية ١٩٤٥ فقرة ٢ صفحة ٤ .

(٢) فريد مشرق ، المرجع السابق نفس الموضع .

(٣) انظر أكثم أمين الخولى المرجع السابق ، صفحة ٩ .

النظرية ، كانت هى النقد الموجه لها ، وهو أن تحديد الأعمال التجارية على سبيل الحصر أمر لايخلو من الصعوبة ، لتنافر هذا التحديد مع التطور الاقتصادى والاجتماعى الذى لايقف عند حد .

إلا أننا نرى على الرغم من هذا النقد ، فإننا نرجح الأخذ بمعيار النظرية الموضوعية لتحديد نطاق القانون التجارى ، حيث يكمن فيها القدرة على استيعاب التوسع فى مجال تطبيق أحكام القانون التجارى ، ومسايرة التطور ، وتحقيق مبدأ حرية التجارة ، فضلا عن عدم الإخلال بفكرة المساواة بين الأشخاص طالما تماثلت التصرفات القانونية التى يقومون بها ، الأمر الذى يتفق مع طبيعة الأشياء وجوهرها .

١١ — موقف القانون الجزائرى :

إذا نظرنا إلى القانون الجزائرى الصادر بالأمر رقم ٥٩ لسنة ١٩٧٥ ، نجد أن المادة الأولى منه تنص على أن « يعد تاجراً كل من يباشر عملا تجارياً ويتخذه حرفة معتادة له » ، وقضى فى المادة الرابعة بأن « يعد عملا تجارياً بالتبعية ، تلك الأعمال التى يقوم بها التاجر والمتعلقة بممارسة تجارته أو حاجات متجره ، والالتزامات بين التجار » .

وعلى الرغم من أن المشرع الجزائرى أخذ فى هذين النصين بالنظرية الشخصية ، إلا أنه لم يلبث أن أخذ بالنظرية الموضوعية حين عدد الأعمال التجارية بحسب موضوعها فى المادة الثانية ، والأعمال التجارية بحسب الشكل فى المادة الثالثة .

وفضلا عن أن المشرع الجزائرى حدد فى هذه المواد الأربع مجال ونطاق تطبيق القانون التجارى ، فإنه نظم بنصوص واضحة الأحكام التى تسرى على التجار دون سواهم كمسك الدفاتر التجارية والقيد فى السجل التجارى وما إلى ذلك .

ولهذا فإننا نرى أن المشرع الجزائرى أخذ بمذهب مزدوج ، حيث لانجد قواعده جميعاً من طبيعة واحدة ، وإنما استلهمت بعض أحكامه النظرية الشخصية ، والبعض الآخر اعتنقت النظرية الموضوعية .

١٢ ـ القانون التجارى بين التبعية والاستقلال :

رأينا أن القانون التجارى دعت إليه اعتبارات عملية خاصة بسبب طبيعة المعاملات التجارية ومجتمع التجارة التى تحظى بقدر كبير من الثقة والائتمان والسرعة فى إبرام العقود وتنفيذها ، الأمر الذى يختلف كثيراً عن النشاط المدنى ، فالمعاملات التجارية تتناول : صفقات تخضع لظروف اقتصادية تكون عرضة للتغيير وتقلب الأسعار، الأمر الذى يؤثر إلى حد كبير فى المركز المالى للتجار ، ويقضى بالضرورة وجود قواعد تتسم بالسرعة والمرونة على خلاف المعاملات المدنية التى يقتضى إبرامها التريث والتحقق من كافة الشروط التى يقتضيها التعامل ، ومن مظاهر السرعة والمرونة فى أحكام القانون التجارى ، الشروط الشكلية التى يتطلبها ذلك القانون فى الأوراق التجارية (السفتجة ، السند الإذنى ، والسند لحامله ، الشيك) . بما يكفل إجراءها بالسرعة التامة دون شك أو جدل حول صحتها . وذلك بما كفله المشرع من رعاية حقوق حامل الورقة التجارية وأخذه المدين فيها بأحكام أشد مما هو مقرر فى القانون المدنى ، ويهدف المشرع بهذه الرعاية ، تيسير التعامل ودعم الائتمان فى المجتمع التجارى بأن تكون الورقة التجارية كافية بذاتها لتقرير الالتزام وتحديده بحيث لايحتاج ذلك إلى البحث عن وسائل أخرى لإثبات الحق .

وبالإضافة إلى ذلك فقد أباح المشرع التجارى تيسير طرق الإثبات فى المعاملات التجارية حيث أجاز الإثبات بشتى الوسائل أى بالشهادة والقرائن دون اشتراط الكتابة فى العقود التى تتجاوز قيمتها حداً معيناً طبقاً لأحكام القواعد العامة فى القانون المدنى .

فإذا كانت الثقة والائتمان والسرعة والمرونة ، من الخصائص المسلم بها للقانون التجارى ، ومن الاعتبارات التى أدت إلى ظهوره ، إلا أن الفقهاء قد تناولوا مسألة لها أهمية كبيرة من الناحيتين العملية والنظرية ، وتكمن هذه المسألة فى سؤال نطرحه وهو : ما مدى تبعية أو استقلال القانون التجارى ؟ وكان من الدوافع الهامة لهذا التساؤل ، أن قواعد القانون التجارى مهما نظمها المشرع فإنها لا تكفى وحدها للفصل فى المنازعات التجارية ، وكان على

القاضى التجارى أن يرجع إلى أحكام القانون المدنى ، الأمر الذى اتضح منه أن القانون التجارى يعتبر نظاماً قانونياً غير كامل تماماً .

فمثلا فى البيوع التجارية وإيجار المحل التجارى وعقد نقل البضائع ، كثيراً ما يلزم القاضى التجارى الرجوع إلى القواعد العامة فى حالة افتقار المجموعة التجارية الخاصة[١] . بل أن هناك من المنازعات التى قد تنشأ بين التجار ، ولا يوجد نص ينظمها من المجموعة التجارية . الأمر الذى يلزم القاضى باللجوء إلى القانون المدنى ، الأمر الذى نادى من أجله فريق من الفقهاء بتوحيد القانونين المدنى والتجارى ، غير أن هذا الإتجاه كان محل اختلاف كبير فى الفقه[٢] .

١٣ — ونلخص وجهة نظر القائلين بالتوحيد[٣] فى أن القانون التجارى استعار من القانون المدنى كثيراً من الأحكام المنظمة للتبادل كعقود البيع والمقايضة ، حتى أصبح من المستحسن توحيد هذه الأحكام وبخاصة لاتحادها فى الطبيعة والأركان والعناصر الفنية الخاصة . وذلك ما يحبذه المنطق والاتساق القانونى .

وإذا كان من مزايا القانون التجارى اتسام قواعده بالائتمان والثقة

---

(١) ولكن من القضاء ما يفرق فى هذه الحالة بين ما إذا كان النص التجارى يحيل إلى قواعد القانون المدنى ، فهنا يجب الرجوع إلى هذا القانون ، أما إذا لم يحل النص التجارى على القانون المدنى ، فيلزم الرجوع إلى العرف التجارى والعادات الاتفاقية التجارية باعتبارها مكملة للمصادر الرسمية للقانون التجارى .

انظر فى القضاء الفرنسى الذى أخذ بهذا المعنى :

Req-20 oct. 1920, D. 1920. 1. 161., Matter; S. 1922. 1. 201. HAMEL.

(٢) انظر هامل — العلاقات بين القانون المدنى والقانون التجارى فى فرنسا مؤتمر القانون المقارن المنعقد فى لاهاى سنة ١٩٣٢ . صفحة ١٨٣ ، ريبير مقال بعنوان تجارية القانون المدنى الفرنسى ، فى مجموعة المقالات المهداة إلى الأستاذ MAUROVIC سنة ١٩٣٤

VAN RYN, Autonomie nécessaire et permanence du droit Commercial, R.D.C. 1953. p. 565.

FRÉDÉRICQ, L'unification du droit Civil et du droit Com mercial, R.D.C.,1962 , 203.

(٣) انظر فى عرض حجج أنصار التوحيد وتقديرها ، أكثم أمين الخولى ، المرجع السابق فقرة ٤٢ ، ٤٣ .

والسرعة والمرونة ، فلا بأس من أن تمتد هذه المزايا إلى قواعد القانون المدنى حتى يستفيد منها الكافة بدلا من قصرها على فئة معينة .

ثم إن الوسائل التجارية فى المعاملات لم تعد قاصرة على التجار ، بل تجاوزتها إلى غيرهم ، فالتعامل بالسفتجة ، والشيكات ، وفتح الحسابات الجارية والتعامل بالأوراق المالية كشراء الأسهم والسندات ، أصبح من حق الكافة ، الأمر الذى أصبح معه التوحيد ضرورة على المشرع أن يستجيب لها .

غير أنه على الرغم من وجاهة هذه الحجج فإنها لم تلق ترحيبُ كبير من الفقه ، فيذهب المعارضون لفكرة التوحيد إلى القول بأنه على الرغم من أوجه الشبه بين الأحكام المنظمة للعقود المدنية والتجارية ، كعقود البيع والإيجار إلا أن أحكام العقود التجارية تشمل قواعد فنية لا تعرفها العقود المدنية(١).

وفضلا عن ذلك فإن القواعد الفنية التى تحكم الالتزامات المدنية غير تلك التى تنظم الالتزامات التجارية ، فالالتزام طبقاً لأحكام القانون المدنى عبارة عن رابطة شخصية يحددها إرادة الأطراف . بشرط عدم مخالفة النظام العام أو الآداب ، فى حين أن إرادة الأطراف فى الحياة التجارية ، قد لا يكون لها هذا السلطان ، بسبب وسائل التعامل التجارى الذى ينظمها المشرع بنصوص آمرة . فيحدد القانون البيانات الإجبارية اللازمة للورقة التجارية كالشيك وخطابات الضمان والسفتجة وكيفية التظهير وحقوق المتعاملين بهذه الأوراق . دون اعتداد بإرادة الأطراف إذا عن لهم تغيير فى هـذه البيانات(٢) .

وفى الحياة المدنية لا يلتزم الشخص إلا برضائه المطلق دون ضغط أو إكراه ، بينما فى الحياة التجارية ، يجد التاجر نفسه وقد فرضت عليه التزامات إجبارية لم يكن طرفاً فيها ، كالشريك المتضامن الذى يقضى القانون

---

(١) L'ÉAUTÉ, les Contrats types, R.D. Civ. 1953. p. 129.

(٢) J. CALAIS-AULOY, Auloy, Essai Sur la notion d'apparence en droit Commercial, Motpellier 1959; LESCOT, Le mandat apparent, j.c.p. 1964 - 1 - 1926.

بمسئوليته من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة . (المادة ٥٥١ تجارى جزائرى) . أو التزام دائن التاجر المفلس بقـــرارات جماعة الدائنين طبقاً للأغلبية التى نص عليها القانون ، حتى ولو كان هذا الدائن من المعارضين لهذه القرارات عند التصويت .

كذلك بالنسبة للأحكام المنظمة للأموال ، نجد أن القانون المدنى يهتم بالأموال العقارية . وبخاصة حق الملكية وتوابعه ، ولم يهتم بالأموال المعنوية التى نظمها القانون التجارى بإسهاب ، كالقيم المنقولة — Les Valeurs Mobiliéres (الأسهم والسندات) . والسمعة التجارية Les effets de Commerce وبراءات الاختراع brevets d,invention ، والرسوم والنماذج والعلامات التجارية .

ولهذا فإن توحيد القانونين المدنى والتجارى ، يبدو أمراً صعباً ليس بالسهل الهين ، لما رأيناه فيه من ذاتيه مستقلة وخصائص مميزة .

الفصل الثانى

نشأة القانون التجارى وتطوره

١٤ ـ عرف الإنسان من قديم الزمن ، التجارة عن طريق تبادل الأموال فالمقايضة ، وأساسها التبادل ، كانت الوسيلة الأولى لتداول الأموال منذ العصور الأولى ـ غير أن القانون التجارى لم تعرف سماته وذاتيته إلا من مجموع العادات والقواعد العرفية التى إستقرت بين الطوائف فى العصور الوسطى ، وقد اتخذ أفراد هذه الطوائف تداول الأموال حرفة لهم وأطلق عليهم اسم التجار .

وتبدو أهمية الدراسة التاريخية للقانون التجارى فى أن معظم النظم والقواعد الحالية لهذا القانون لم تولد فجأة ، بل تعود نشأة الكثير منها إلى عصور قديمة ، حيث ابتدعتها حاجات التجارة ، ثم أخذت تتطور بتطورها .

والحقيقة أنه إذا أردنا استعراض العوامل التى أثرت فى نشأة القانون التجارى وتطوره ، نجد أنها لا تخرج عن العوامل الاقتصادية والسياسية والاجتماعية . وسنتناول دراسة تاريخ القانون التجارى فى مراحل ثلاث : الأولى : العصور القديمة ، الثانية : العصور الوسطى ، الثالثة : العصور الحديثة .

١٥ ـ (أولا) تطور القانون التجارى فى العصور القديمة :

إذا نظرنا إلى العصور القديمة ، نجد أن القانون التجارى فى وضعه الراهن ، لم يتأثر بشىء يذكر إلا ببعض قواعد القانون البحرى ، حيث ظهرت الآثار الأولى لهذه القواعد فى منطقة البحر الأبيض المتوسط التى أحاطت مدنيات وحضارات قديمة حيث كان البحر مجالا لعمليات تجارية

كبيرة من قبل الشعوب التى أحاطت به من مصريين وبابليين ، وفينيقيين وإغريق ورومان .

أما المصريون فقد نشطت التجارة بينهم ، ولكن لم تظهر لديهم قواعد للقانون التجارى بالمعنى المعروف ، غير أن من الثابت أن أحد ملوك المصريين وهو بوخوريس قد أصدر فى القرن الثامن قبل الميلاد قانوناً تضمن أحكاماً صارمة ضد الربا الفاحش الذى كان شائعاً بين التجار المصريين فى ذلك الوقت .

وعرف البابليون عقد القرض البحرى على البضائع والسفن ، حيث تضمن قانون حمورابى الصادر فى القرن العشرين قبل الميلاد نصوص تنظم هذا العقد ، وتبين فكرته لديهم وهى أن المقرض لا يحصل على القرض من المدين إذا هلكت السفينة أو البضاعة ، أما فى حالة سلامة الوصول فإنه يحصل فضلا عن أصل القرض على الفوائد المتفق عليها وهى فوائد مرتفعة ، كما عالج هذا القانون عدداً من المسائل التجارية ، كعقد الشركة وعقد الوكالة بالعمولة ووديعة البضائع ، كما عثر على آثار لهم تثبت معرفتهم بعمليات البنوك .

وعرف الفينيقيون نظام الرمى فى البحر الذى هو أساس نظام الخسائر البحرية المشتركة فى القانون الحديث والذى بمقتضاه إذا ألقيت بضاعة فى البحر لتخفيف حمولة السفينة وإنقاذها من خطر يهددها توجب على مالك السفينة وأصحاب البضائع التى أنقذت بنتيجة هذا الإجراء تعويض صاحب البضاعة التى ألقيت فى البحر .

أما الإغريق فقد عرف عنهم عقد القرض الجزافى ، ويقوم هذ النظام على فكرة مؤداها أن يقرض شخص مالك السفينة مبلغاً من المال لتجهيز السفينة أو شراء البضاعة ، فإذا وصلت السفينة سالمة إلى الميناء المقصود كان للمقرض استيفاء مبلغ القرض مع فائدة مرتفعة ، أما إذا هلكت السفينة فيخسر المقرض مبلغ القرض ، أى أن الواقع فى هذا العقد يتحمل المقرض مخاطر الملاحة ، وقياس الخطر وتحمله هو أصل نظام التأمين الحديث .

أما الرومان ، فكان اجتهادهم فى إرساء أحكام القانون التجارى، أقل بكثير من دورهم فى تطور القانون المدنى لاعتقادهم بأن التجارة مهنة لا تليق بالأشراف(١) ، ولذلك فكان يمارسها الأجانب والرقيق والعتقاء ، غير أن الرومان لم يستطيعوا البقاء طويلا بعيداً عن ميدان التجارة ، بعد أن لاحظوا الأرباح الطائلة نتيجة استثمار الأموال فيها ، فسرعان ما انخرطوا فيها ، فعرفوا بعض عمليات المصارف ، كما استحدثوا نظام المحاسبة ومسك الدفاتر التجارية التى تبين الدخل والنفقات ، ونقلوا بعض قواعد التجارة البحرية عن أسلافهم وأهمها نظام الرمى فى البحر وعقد القرض البحرى ، ونبتت لديهم فكرة نظام الإفلاس الحالى ، وهى أن المدين فى حالة امتناعه عن الوفاء بديونه فى مواعيد استحقاقها يعهد بأمواله إلى شخص يتولى بيعها وتصفيتها ثم توزيع ثمنها قسمة غرماء بين الدائنين ، وقد انتهى الرومان إلى هذه الصورة فى مرحلة متأخرة بعد أن كان يسمح للدائنين باستعمال وسائل الإكراه البدنى لحمل المدين على الوفاء بديونه .

١٦ — (ثانياً) تطور القانون التجارى فى العصور الوسطى :

إذا نظرنا إلى تطور القانون التجارى فى العصور الوسطى ، نجد أنه حقق طفرة كبيرة وتقدماً ملحوظاً فى تطور قواعده ، حيث شهدت هذه العصور تطوراً ملموساً فى إبراز ضور النشاط التجارى وأحكامه التى تبدو كما هى عليه الآن . وبادىء ذى بدء فإن القانون التجارى بدأ عرفياً ينبع من البيئة التجارية وفقاً لأحكام ارتضاها التجار لأنفسهم ،وسادت السمة الدولية لطبيعة قواعده حيث كانت تطبق على العلاقات التجارية أياً كانت جنسية أطرافها ، ونظراً لازدهار نظام الطوائف فى هذا الوقت فإن الطابع الشخصى لهذا القانون كانت الغالبة ، فكانت ممارسة المهنة وتشريع قواعدها والفصل فى منازعتها قاصراً على أعضائها وهم طائفة التجار .

وما أجملناه نفصله فيما يلى :

ابتداء من القرن الحادى عشر أخذت التجارة تنتعش فى بعض موانئ البحر الأبيض كالبندقية وأمستردام وأصبحت مراكز تجارية هامة ، وكون

---

(١) [illegible]

كبيرة من قبل الشعوب التى أحاطت به من مصريين وبابليين ، وفينيقيين وإغريق ورومان .

أما المصريون فقد نشطت التجارة بينهم ، ولكن لم تظهر لديهم قواعد للقانون التجارى بالمعنى المعروف ، غير أن من الثابت أن أحد ملوك المصريين وهو بوخوريس قد أصدر فى القرن الثامن قبل الميلاد قانوناً تضمن أحكاماً صارمة ضد الربا الفاحش الذى كان شائعاً بين التجار المصريين فى ذلك الوقت .

وعرف البابليون عقد القرض البحرى على البضائع والسفن ، حيث تضمن قانون حمورابى الصادر فى القرن العشرين قبل الميلاد نصوص تنظم هذا العقد ، وتبين فكرته لديهم وهى أن المقرض لا يحصل على القرض من المدين إذا هلكت السفينة أو البضاعة ، أما فى حالة سلامة الوصول فإنه يحصل فضلا عن أصل القرض على الفوائد المتفق عليها وهى فوائد مرتفعة ، كما عالج هذا القانون عدداً من المسائل التجارية ، كعقد الشركة وعقد الوكالة بالعمولة ووديعة البضائع ، كما عثر على آثار لهم تثبت معرفتهم بعمليات البنوك .

وعرف الفينيقيون نظام الرمى فى البحر الذى هو أساس نظام الخسائر البحرية المشتركة فى القانون الحديث والذى بمقتضاه إذا ألقيت بضاعة فى البحر لتخفيف حمولة السفينة وإنقاذها من خطر يهددها توجب على مالك السفينة وأصحاب البضائع التى أنقذت بنتيجة هذا الإجراء تعويض صاحب البضاعة التى ألقيت فى البحر .

أما الإغريق فقد عرف عنهم عقد القرض الجزافى ، ويقوم هذ النظام على فكرة مؤداها أن يقرض شخص مالك السفينة مبلغاً من المال لتجهيز السفينة أو شراء البضاعة ، فإذا وصلت السفينة سالمة إلى الميناء المقصود كان للمقرض استيفاء مبلغ القرض مع فائدة مرتفعة ، أما إذا هلكت السفينة فيخسر المقرض مبلغ القرض ، أى أن الواقع فى هذا العقد يتحمل المقرض مخاطر الملاحة ، وقياس الخطر وتحمله هو أصل نظام التأمين الحديث .

أما الرومان ، فكان اجتهادهم فى إرساء أحكام القانون التجارى، أقل بكثير من دورهم فى تطور القانون المدنى لاعتقادهم بأن التجارة مهنة لا تليق بالأشراف[1] ، ولذلك فكان يمارسها الأجانب والرقيق والعتقاء ، غير أن الرومان لم يستطيعوا البقاء طويلا بعيداً عن ميدان التجارة ، بعد أن لاحظوا الأرباح الطائلة نتيجة استثمار الأموال فيها ، فسرعان ما انخرطوا فيها ، فعرفوا بعض عمليات المصارف ، كما استحدثوا نظام المحاسبة ومسك الدفاتر التجارية التى تبين الدخل والنفقات ، ونقلوا بعض قواعد التجارة البحرية عن أسلافهم وأهمها نظام الرمى فى البحر وعقد القرض البحرى ، ونبتت لديهم فكرة نظام الإفلاس الحالى ، وهى أن المدين فى حالة امتناعه عن الوفاء بديونه فى مواعيد استحقاقها يعهد بأمواله إلى شخص يتولى بيعها وتصفيتها ثم توزيع ثمنها قسمة غرماء بين الدائنين ، وقد انتهى الرومان إلى هذه الصورة فى مرحلة متأخرة بعد أن كان يسمح للدائنين باستعمال وسائل الإكراه البدنى لحمل المدين على الوفاء بديونه .

١٦ — (ثانياً) تطور القانون التجارى فى العصور الوسطى :

إذا نظرنا إلى تطور القانون التجارى فى العصور الوسطى ، نجد أنه حقق طفرة كبيرة وتقدماً ملحوظاً فى تطور قواعده ، حيث شهدت هذه العصور تطوراً ملموساً فى إبراز صور النشاط التجارى وأحكامه التى تبدو كما هى عليه الآن . وبادىء ذى بدء فإن القانون التجارى بدأ عرفياً ينبع من البيئة التجارية وفقاً لأحكام ارتضاها التجار لأنفسهم ، وسادت السمة الدولية لطبيعة قواعده حيث كانت تطبق على العلاقات التجارية أياً كانت جنسية أطرافها ، ونظراً لازدهار نظام الطوائف فى هذا الوقت فإن الطابع الشخصى لهذا القانون كانت الغالبة ، فكانت ممارسة المهنة وتشريع قواعدها والفصل فى منازعتها قاصراً على أعضائها وهم طائفة التجار .

وما أجملناه نفصله فيما يلى :

ابتداء من القرن الحادى عشر أخذت التجارة تنتعش فى بعض موانئ البحر الأبيض كالبندقية وأمستردام وأصبحت مراكز تجارية هامة ، وكون

---

(١) يوسف كمال محمد ، في القانون التجاري ، ص ...

التجار فى هذه المدن طوائف قوية تنتخب رئيساً لها هو القنصل، يتولى القضاء والفصل فى المنازعات التجارية بين التجار وبين من يقومون بالأعمال التجارية أيضاً ولو كانوا من غير التجار كالنبلاء والأجانب ، ولذلك عرف فى هذا الوقت نظام القضاء التجارى المتخصص .

وفى هذه العصور انتشر التبادل التجارى ونشأت المراكز والأسواق التجارية فى المدن الفرنسية والألمانية والإيطالية ، وقد شجع إنشاء هذه الأسواق ، صعوبة وسائل المواصلات ونقل البضائع الأمر الذى أدى بالتجار إلى الاتفاق على القيام برحلات جماعية فى أوقات وأماكن معينة للقيام بمختلف العمليات التجارية بينهم ومن خلال التعامل فى هذه الأسواق استقرت كثير من قواعد العرف التجارى وسميت هذه القواعد بقانون الأسواق الذى من أهم خصائصه تدعيم الثقة وسرعة العمليات التجارية ، ودعم الائتمان فيها .

وابتداء من القرنين السابع والثامن الميلادى برز شأن العرب فى التجارة وابتدعوا أنظمة تجارية ، كشركات الأشخاص ، والكمبيالة (السفتجة) ويشهد بفضل العرب فى تطوير قواعد القانون التجارى وإثرائه ، المصطلحات الأجنبية ذات الأصل العربى التى ما زالت مستعملة حتى اليوم[1] .

وكان للنظام الإسلامى أثر كبير على المعاملات التجارية وبخاصة — الطابع الرضائى للعقود الذى تتسم به الشريعة الإسلامية الغراء ، مما خفف من حدة النظم الشكلية تماماً فى هذه المعاملات . وغنى عن البيان ، فإنه من الملاحظ حرص الإسلام الشديد على إثبات حقوق العباد ، فنجد الآية رقم ٢٨٢ من سورة البقرة ، ترسى مبدأ حرية الإثبات فى المسائل التجارية ، حيث يقول الله سبحانه وتعالى فيها :

---

(١) نذكر من هذه المصطلحات على سبيل المثال كلمة Magasin مأخوذة عن مخزن التى تعنى بالعربية خزن البضائع وكلمة Risque مأخوذة عن كلمة رزق ، وغيرها الكثير الذى لا يتسع له المجال .

هذا وقد عرف العرب الأقدمون نظام الشركة ؛ قبل ظهور الإسلام الذى أقر مشروعيتها . راجع المرحوم الأستاذ الشيخ على الخفيف (الشركات فى الفقه الإسلامى ، بحوث مقارنة) القاهرة ١٩٦٢ .

« يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه . . . إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها » .

وإذا كان ديننا الإسلامى بشريعته الغراء ، اهتم إلى حد كبير بالمعاملات ورغب فى التجارة وحبب إليها « أحل الله البيع وحرم الربا » . واشتغل بها رسول الله صلى الله عليه وسلم وتبعه كثير من الصحابة والتابعين لهديه ، الذين إذا تلمس الباحث سيرتهم وسلوكهم فى الأسواق التجارية ، لوقف على الكثير من القواعد التى تدعم مبادئ الثقة والائتمان والسرعة والمرونة الواجب توافرها فى المعاملات التجارية . أما عن الحديث عن هذه القواعد فذلك أمر يقصر عن تفصيله هذا المجال .

نخلص مما سبق إلى أهمية المساهمة التى أتت بها العصور الوسطى فى تكوين قواعد القانون التجارى ، ويمكن القول أنه فى تلك العصور قد تركزت أسس هذا القانون كقانون مستقل عن القانون المدنى ، وقد ساعدت الأسواق والمدن التجارية على إقرار القواعد الأساسية للقانون التجارى كالعقود والأوراق والشركات التجارية وظهر القضاء التجارى المتخصص الذى كان له فضل كبير فى تدعيم أسس القانون التجارى وازدهار قواعده .

١٧ — (ثالثاً) تطور القانون التجارى فى العصور الحديثة :

حدث تحول تجارى كبير خلال هذه الفترة على أثر اكتشاف القارة الأمريكية وطريق رأس الرجاء الصالح الأمر الذى أدى إلى ازدياد العمليات التجارية ، وتحول ميدان التجارة من دول حوض البحر الأبيض المتوسط إلى الدول المطلة على بحر الشمال والمحيط الأطلسى ، حيث ظهرت الأسواق التجارية فى أسبانيا وهولندا وانجلترا وفرنسا ، وإزاء التطور الصناعى ، ونشوء الشركات الرأسمالية الكبيرة ، كشركة الهند الشرقية وشركة الهند الغربية ، وشركة خليج هدسون ، وبلغ شأن هذه الشركات حداً بعيداً ليس فقط فى مجال التجارة والاقتصاد بل تعدى ذلك إلى المجال السياسى والاجتماعى . وظهرت الحاجة إلى استغلال مصادر الثروة المكتشفة ، وتصريف المنتجات المصنعة ، الأمر الذى أدى إلى تركيز وتكتل رءوس الأموال ، والبحث عن مستعمرات جديدة لاستغلالها .

وزاد حجم التبادل التجارى وظهر مع ذلك الحاجة إلى تنظيم النقد ، ونشأت البنوك لتتولى الأعمال المصرفية ، على أن ازدياد نفوذ الدولة وظهور أهمية الدور الذى تقوم به فى أداء وظائفها لصالح الجماعة ، بدأ يتعارض مع قوة التجار الذين كانوا ينفردون وحدهم بوضع تشريعهم ، والفصل فى قضاياهم جعلت الدول تتدخل فى وضع القواعد التشريعية التى تحكم النظام التجارى بدلا من القواعد العرفية التى كانت سائدة ، وعلى ذلك فإنه من الملاحظ فى هذه الآونة أن القانون التجارى بدأ يفقد صفته الدولية التى كانت سائدة فى العصور الوسطى[1] .

وبدأ الاتجاه إلى تقنين القانون التجارى فى فرنسا فى عهد لويس الرابع عشر الذى أصدر أمراً ملكياً فى سنة ١٦٧٣ يتضمن تنظيم التجارة البرية ، وقد نص على قواعد الأوراق التجارية والشركات والإفلاس واختصاص المحاكم التجارية ، كذلك أصدر فى سنة ١٦٨١ أمراً ينظم التجارة البحرية .

ولما قامت الثورة الفرنسية اضطر المشرع الفرنسى تحت تأثير مبادئها إلى إلغاء نظام الطوائف فى ١٧٩١ وتقرير حرية التجارة بين فئات الشعب المختلفة وقد رأت الجمعية الوطنية وضع تقنين شامل للقانون التجارى ، فشكلت لجنة لهذا الغرض أتمت عملها فى سنة ١٨٠١ حيث وضعت مشروع القانون التجارى إلا أنه لم يصدر إلا فى ١٥ سبتمبر سنة ١٨٠٧ على أن يعمل به ابتداء من أول يناير سنة ١٨٠٨ ، وقد تضمن هذا القانون ٦٤٨ تضمنها أربعة أقسام ، الأول عن التجارة بوجه عام ، والثانى عن القانون البحرى والثالث عن الإفلاس ، والرابع عن القضاء التجارى ، ولكن معظم نصوص هذا القانون مستمدة من القانونين الصادرين فى سنه ١٦٧٣ ، ١٦٨١ اللذان أصدرهما لويس الرابع عشر ، والحقيقة أنه ولئن كان القانون الصادر فى سنة ١٨٠٧ يعتبر أول عمل تشريعى للقانون التجارى فى العصور الحديثة ، إلا أنه كان عملا ذا قيمة علمية محدودة اعتمد على تقنين العادات والقواعد العرفية التى كانت سائدة .

---

(١) انظر أكثم الخولى المرجع السابق فقرة ١٦ صفحة ١٨ .

على أنه على الرغم من تدخل الدولة فى تنظيم المجتمع التجارى، وإصدار القانون التجارى المذكور، إلا أن مبدأ الحرية الاقتصادية فى التجارة والعمل ظل الطابع المميز لبيئة القانون التجارى، واستمرت التجارة فى تطور مستمر، ويسايرها المشرع فى هذا التطور بتدخله، إما لتنظيم النشاط التجارى وحمايته، وإما لحماية ورعاية مصلحة الجماعة وتقديمها على مصلحة الفرد .

فقام المشرع الفرنسى بتنظيم الملكية الصناعية بقانون براءات الاختراع الصادر فى سنة ١٨٤٤ ، وقانون العلامات التجارية الصادر فى سنة ١٨٥٧ وقانون حماية الرسوم والنماذج الصادر فى سنة ١٩٠٩، ولما ظهر المحل التجارى بمعناه القانونى وارتفعت قيمة عناصره المعنوية وفاقت فى كثير من الأحوال عناصره المادية ، بسبب التطور الاقتصادى الذى عاصر هذه الحقبة من الزمن، تدخل المشرع الفرنسى بتنظيم ملكية المتجر واستغلاله ، فصدر فى فرنسا قانون فى سنة ١٩٠٩ خاص ببيع المتجر ورهنه وقانون فى سنة ١٩٢٦ ينظم الرابطة بين مؤجرى ومستأجرى الأمكنة المخصصة للاستغلال التجارى .

وإذا كان تدخل المشرع فى هذه الفترة بحذر، احتراماً منه لمبدأ الحرية التجارية ، غير أنه مالبث أن غير نظرته هـذه بسبب اندلاع الحرب العالمية الأولى وحدوث الأزمات ، وأصبح تنظيم التجارة من واجبات الدولة ، ومن وظائف المشرع أن يراعى الجانبين الاجتماعى والاقتصادى معاً فى القوانين التى يصدرها بما يحقق المصلحة العامة . .

وهكذا ، فمنذ بداية النصف الثانى من القرن العشرين ، أصبح الطابع التنظيمى للقانون التجارى متغلباً على الطابع التعاقدى ، حيث بدأت الدول فى وضع خططها لنظامها الاقتصادى ، وفى إطار هذه الخطط يتم التبادل الاقتصادى وفقاً لإرادة المشرع ليضمن بها تحقيق سياسة اقتصادية معينة ، وفرض المشرع كذلك القيد فى السجل التجارى، وإلزام التجار بمسك الدفاتر التجارية وتنظيمه للأهلية التجارية للشخص الذى يريد احتراف التجارة ، وقواعد إنشاء وسير الشركات التجارية ، بل تطور هذا الطابع التنظيمى الداخلى ، إلى تطور تنظيمى دولى ، وإن كان هذا الأخير اختيارياً ومثاله

العقود النموذجية لنقل وتجارة الحبوب الدولية التى وضعتها هيئة تجارة الحبوب بلندن ، وقواعد الاعتمادات المستندية التى وضعتها الغرفة التجارية الدولية . وفى الفترة الأخيرة ازدادت المعاهدات الدولية التى تضع قواعد قانونية موحدة ترتضيها الدول الأطراف فيها ، ومثال هذه المعاهدات : اتفاقية برن بشأن النقل الدولى بالسكك الحديدية واتفاقية وارسو المنظمة للنقل الدولى الجوى ، بل أنه فى الآونة الأخيرة سعت الدول نحو محاولة التوحيد التام بين قوانينها الاقتصادية(١) . كتلك الدول الأعضاء فى منظمة السوق الأوربية المشتركة ، والمنظمة الاقتصادية العربية .

١٨ – تطور القانون التجارى فى الجزائر :

كان يطبق فى الجزائر ما هو سائد فى فرنسا من نظم وتشريعات ، لأن الاستعمار كان ينظر إلى الجزائر على أنها جزء من فرنسا ، غير أن كفاح الشعب الجزائرى كان عنيفاً ضد قوى الاستعمار منذ وطئت أقدامه أرض الجزائر ، وقد استرجعت الجزائر سيادتها ووضعت أسس مؤسسات الدولة ، وأصلحت اقتصادها بعد أن استردت ثرواتها الوطنية ، وأخذت فى تشييد الأصول المادية للاشتراكية المحددة فى إطار التخطيط المبنى على أسس معقولة ، كما أخذت فى

---

(١) نادى البعض بإطلاق القانون الاقتصادى على القانون التجارى ، سواء بالمعنى الضيق الذى يهدف بالقانون الاقتصادى حق تدخل الدولة فى النظام الاقتصادى ومن بينه قواعد القانون التجارى التقليدى ، ومن مظاهر ذلك تدخل المشرع لتحديد التزامات التجار ؛ والأحكام المنظمة للشركات التجارية وما إلى ذلك . انظر :

F.C. JEANTET, Aspects du droit économique, en Etudes de droit Commercial, affertes à J. Hamel, paris 1961.

أو سواء بالمعنى الواسع الذى يشمل القانون التجارى ، وكذلك مجموعة التشريعات التى تنظم العلاقات الاقتصادية ، سواء الخاصة أو العامة . انظر :

— V. CHAMPAUD, Contribution à la definition du droit économique D. 1967, C. 215 et S.,

— BLOCH — LAINÉ, pour une réforme de L'entreprise Seuil, p. 27 Aspects économiques de la faillite, Rapport de l'inspection générale des finances, Sirey 1969, pref. GISCARD D'ESTAING.

ويرى هؤلاء الفقهاء أن إصطلاح القانون الاقتصادى ، أدق تعبيراً ، لكونه يجمع بين مميزات وخصائص موضوعات القانون التجارى وما دخل عليها من تطور .

تشييد هذه الأصول بواسطة إعداد الهياكل التى يجب أن تغير بصفة جذرية الأوضاع الاجتماعية السابقة ، وذلك رغبة فى إقامة نظام جديد تسرى عليه القوانين الديمقراطية الاشتراكية(١) .

وعلى هذا الأساس وفى مرحلة ما بعد الاستقلال حتى الآن ، صدر مجموعة كاملة من التشريعات الجزائرية كان من أهمها الأمر رقم ٢٣/٧٥ المؤرخ ٢٩ أبريل سنة ١٩٧٥ والذى يتضمن القانون الأساسى النموذجى للمؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادى ، والأمر رقم ٥٩/٧٥ المؤرخ ١٩٧٥/٩/٢٦ المنشور بالجريدة الرسمية العدد ١٠١ السنة الثانية عشرة .

ويحوى القانون التجارى الجزائرى ٨٤٢ مادة موزعة على خمسة كتب هى :

الكتاب الأول : فى التجارة عموماً ، ويشمل أربعة أبواب عن التجار والدفاتر التجارية والسجل التجارى والعقود التجارية.

الكتاب الثانى : عن المحل التجارى ، ويتضمن بابين ، الأول فى بيع المحل التجارى ورهنه الحيازى ، والثانى الإيجارات التجارية .

الكتاب الثالث : فى الإفلاس والتسوية القضائية ورد الاعتبار ، والتفليس وما عداه من جرائم الإفلاس .

الكتاب الرابع : فى السندات التجارية (السفتجة والسند لأمر والشيك).

الكتاب الخامس : فى الشركات التجارية ، وينقسم إلى بابين ، الأول فى قواعد سير مختلف الشركات التجارية ، والثانى فى الأحكام الجزائية .

وسيكون هذا القانون هو موضوع دراستنا بإذن الله .

الفصل الثالث

مصادر القانون التجارى

---

١٩ ـ تفيد كلمة مصدر من الناحية اللغوية معنى الأصل أو المنبع الذى يستمد منه الشيء، ولاشك أن هذا المعنى بوجه عام هو ما نقصده عندالكلام على مصدر القانون أى الأصل الذى تصدر عنه القاعدة القانونية .

ومصادر القانون التجارى مثله فى ذلك مثل سائر فروع القانون ، وتقضى المادة الأولى من القانون المدنى الجزائرى الصادر بالأمر رقم ٥٨ لسنة ١٩٧٥ بتاريخ ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥ بأن « يسرى القانون على جميع المسائل التى تتناولها نصوصه فى لفظها أو فى فحواها . وإذا لم يوجد نص تشريعى ، حكم القاضى بمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية ، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة » .

وسنقسم دراستنا لمصادر القانون التجارى إلى نوعين . الأولى وهى المصادر الرسمية والثانية المصادر التفسيرية .

المبحث الأول

المصادر الرسمية

المصادر الرسمية للقانون التجارى الجزائرى هى :

التشريع ، ومبادىء الشريعة الإسلامية . العرف.

التشريع

٢٠ ــ التشريع هو المصدر الأول ويقصد به مجموعة القواعد القانونية التى تصدرها السلطة المختصة فى الدولة ، ويلجأ القاضى إلى هذا المصدر أولا للبحث عن القاعدة التى تحكم النزاع المعروض عليه، وهو ينشد هذه القاعدة ليس فقط فى ألفاظ التشريع ونصه ، ولكن أيضاً فى معناه وروحه .

ولاشك أن المصدر الأول للقانون التجارى الجزائرى هو القانون الصادر بالأمر رقم ٧٥ ــ ٥٩ بتاريخ ٢٦/ ٩ /١٩٧٥ الذى سبق الإشارة إليه ، ولعل أول ما نلاحظه على هذا القانون، أن المشرع الجزائرى ولوأنه تأثر كثيراً بالقانون الفرنسى الوضعى إلا أنه عالج كثير من أحكامه متأثراً بما وصل إليه القضاء والفقه الفرنسى من اجتهاد ، وأخذ فيه بالنظريتين المادية والشخصية فلم يقصره على نظرية واحدة فقط . غير أنه لم يستطع وضع معيار قاطع للتفرقة بين العمل التجارى والعمل المدنى ، إنما حاول المشرع جاهداً أن يستفيد بالتطورات التى طرأت على القانون التجارى فى الفترة السابقة على صدوره ، فأفرد فى صدر القانون ثلاثة مواد لتحديد الأعمال التجارية ، المادة الثانية منه وعدد فيها المشرع التجارى الأعمال التجارية بحسب موضوعها فى أربعة عشر فقرة ، وتناول فى المادة الثالثة الأعمال التجارية بحسب الشكل وفى المادة الرابعة الأعمال التجارية بالتبعية .

وعلى أى حال فإن القانون التجارى الجزائرى ، قانون حديث النشأة حاول أن يساير التطورات الحديثة التى طرأت على المجتمعات التجارية، غير أن بعض أحكامه الموضوعية شابها الغموض وهو ، سنتعرض له عند دراسة تفصيلاته .

٢١ ــ ولا يقتصر التشريع كمصدر للقانون التجارى على النصوص التجارية، بل يشترك معها القانون المدنى باعتباره الشريعة العامة للقانون الخاص ، وتطبق أحكامه على كل مالم يرد به نص فى القانون التجارى ، والقانون المدنى الجزائرى قانون حديث النشأة ، شأنه شأن القانون التجارى ، وقد صدر

بالأمر رقم ٥٨ لسنة ١٩٧٥ بتاريخ ١٩٧٥/٩/٢٦ ، وقد تضمن عقد الشركة فى الفصل الثالث من الباب السابع (المواد من ٤١٦ إلى ٤٥٨) منظماً أحكام عقد الشركة من حيث أركانها وإدارتها وآثارها وانقضائها وتصفيتها وقسمتها . ومن تفسير النصوص يتضح أن الشركات التى لم تأخذ أحد الأشكال المنصوص عليها فى القانون التجارى ، تخضع لأحكام الفصل الثالث من الباب السابع من القانون المدنى ، على أنه يجب ملاحظة أنه لايشترط لتطبيق نصوص القانون المدنى على المسائل التجارية ، أن ينص القانون التجارى صراحة على الإحالة إليها ، فالقانون المدنى واجب التطبيق كلما خلا القانون التجارى من النصوص ، فقواعد الالتزامات مثلا تحكم جميع العقود التجارية إلا ما استثناه القانون التجارى بنصوص خاصة .

على أنه قد تثور مسألة تعارض نص مدنى مع نص تجارى ، والواجب تطبيق النص التجارى على المنازعة التجارية ، واستبعاد النص المدنى ، وذلك ماهو إلا تقرير لقاعدة أصولية وهى أن الخاص يقيد العام ، والقانون التجارى قانون خاص ، والقانون المدنى هو الشريعة العامة .

ولايقتصر التشريع على النصوص القانونية ، إنما يمتد إلى الاتفاقات الدولية[1] ، التى تصادق عليها الدولة طبقاً لنظمها الدستورية ، وكذلك القرارات والأوامر الجمهورية والوزارية . واللوائح أو بعبارة أخرى تلك الأدوات التشريعية التى يطلق عليها (التشريع الفرعى) .

---

(١) وهذه المعاهدات على أنواع ، منها مايهدف إلى توحيد القواعد القانونية بين الدول المتعاقدة ، إذا حدث تنازع بين قوانينها ، وقد أقر مؤتمر القانون الدولى الخاص الذى ينعقد فى لاهاى فى أوقات دورية منذ سنة ١٨٧٤ عدد كبير من هذه الاتفاقيات ، وقد صدق عدد كبير من الدول على هذه الاتفاقيات وأصبحت جزء من تشريعاتها .

ومن أنواع هذه الاتفاقيات ماتتضمن أحكاماً موضوعية تنظم العقود والإتفاقات التجارية التى تبرم بين الأطراف التابعين للدول المصدقة عليها ومثال هذه الإتفاقيات ، تلك الإتفاقية المعقودة فى برن سنة ١٨٩٠ والمعدلة فى سنة ١٩٢٤ الخاصة بتنظيم النقل الدولى بالسكك الحديدية ؛ ومن أنواع الإتفاقيات أيضاً تلك التى تنظم موضوعات تجارية محددة ، وتلتزم الدول المصدقة عليها بتعديل قوانينها بما يتفق مع أحكام هذه الإتفاقية . كتلك الإتفاقية الخاصة بالملكية الصناعية المبرمة فى باريس سنة ١٩٢٥ وفى لوندرس سنة ١٩٢٤ . انظر فى عرض الإتفاقيات الدولية كمصدر من مصادر القانون التجارى :

paul Didier : Droit Commercial; Les Conventions Internationales. p. 44-49.

٢٢ – الشريعة الإسلامية :

اعتبر القانون المدنى الجزائرى فى مادته الأولى ، مبادىء الشريعة الإسلامية ، المصدر الرسمى الثانى بعد التشريع ، وقبل العرف ، ومعنى ذلك أن القاضى التجارى وهو يصدر الفصل فى منازعة تجارية ، إذا لم يجد حكمها فى النصوص التشريعية ، التى سبق التنويه عنها فعليه الرجوع إلى مبادىء الشريعة الإسلامية والمقصود بهذه المبادىء ، القواعد المستقاة من القرآن ، والسنة والقياس ، والإجماع (٢) .

---

(٢) وهذه هى الأدلة التى اتفق عليها جمهور علماء المسلمين ، وهناك أدلة أخرى شرعية اختلفوا فيها وهى الاستحسان والمصالح المرسلة والاستصحاب والعرف ، وشرع من قبلنا ، ومذهب الصحابى ، أنظر : زكى الدين شعبان ، أصول الفقه الإسلامى ، الطبعة الثالثة ص ٢٦ .

والباحث فى أحكام الشريعة الإسلامية يجدها ذاخرة بأحكام صالحة التطبيق على مجتمع التجارة بل عرفت الشريعة الإسلامية نظام الشركات ونظمت أحكامها ، فلفظ الشركة له ثلاث معان عند علماء الشريعة الإسلامية ، وهى شركة الإباحة وهو ما أبيح للناس جميعاً أن ينتفعوا به كالماء والكلأ والنار ، وشركة الملك ، كأن يشترك اثنان أو أكثر جبراً فى ملكية مال مشاع كالمال الموروث أو بإرادتهم كالملكية الشائعة أو اختياراً كاشتراك اثنين فى قبول هبة لهما أو وصية لهما بعد وفاة الموصى أما النوع الثالث فهو شركة العقد وهى عبارة عن عقد بين اثنين أو أكثر للاشتراك فى المال المستثمر وربحه ، ولهذه الشركة أنواع عدة منها ما يسمى بشركة العنان وسميت كذلك لأن كل شريك يطلق عنان التصرف فى بعض ماله إلى الشريك الآخر حسبما تقتضيه التجارة ، وشركة المفاوضة وهى التى يتساوى فيها الشركاء فى رأس المال والربح ، وأخذت اسمها من تفويض كل واحد منهم للآخر حق التصرف فى جميع مال التجارة والنوع الثالث وهو ما يسمى بشركة المضاربة أو شركة القراضى وفيها يقدم أحد الشركاء المال ويقدم الآخر العمل ، كما يوجد نوع آخر من الشركات تسمى شركة الأبدان ، وفيها يكون رأس مال الشركة كله من حصص العمل أى أن كل شريك فى هذه الشركة يساهم بعمله فقط .

ويقسم بعض المجتهدين من فقهاء الشريعة الإسلامية ، الشركة إلى اثنى عشر نوعاً من الشركات راجع على حيدر ، دور الحكام ، شرح مجلة الأحكام ، تعريب فهمى الحسينى ، مكتبة النهضة ببيروت – الكتاب العاشر ، الشركات صفحة ١٥ وراجع أيضاً فى العصر العباسى ، سليمان إبراهيم العسكرى التجارة والملاحة فى الخليج العربى فى العصر العباسى – مطبعة المدنى صفحة ١١٩ – ١٢٠ .

وانظر المرحوم الشيخ على الخفيف – الشركات فى الفقة الإسلامى (بحوث مقارنة) القاهرة ١٩٦٢ ، صفحة ٦٥ وما بعدها ، وأيضاً راجع صالح العلى التنظيمات الاقتصادية والإدارية فى البصرة فى القرن الأول الهجرى – بيروت ١٩٦٩ صفحة ٢٧٠ / ٢٧١ .

٢٣ ـ العرف :

من المسلم به أن للعرف فى مجال البيئة التجارية دور كبير ،ولم يحظ فرع من فروع القانون ، بالقواعد العرفية . بقدر ماحظى به القانون التجارى ، وذلك بسبب درج التجار منذ القدم على اتباع قواعد معينة فى معاملاتهم التجارية ،واعتقادهم بإلزامها وعدم جواز الخروج عليها ،وكما عرفنا من دراسة التطور التاريخى للقانون التجارى أن القواعد العرفية بين التجار هى التى كانت تحكم معاملاتهم حتى تم تقنين القانون التجارى ، ولكن على الرغم من ذلك فإن المشرع لم يستطع ملاحقة العرف التجارى وتطوره ، فظلت التشريعات قاصرة عن الإلمام بكافة القواعد التجارية ، وظل جانب كبير منها متروك للعرف .

وينشأ العرف بمجرد توافر ركنية المادى والمعنوى ، ويكون قاعدة قانونية ملزمة لايجوز للمخاطبين بها الخروج عليها وإلا تعرضوا لجزاء قانونى ، ومصدر هذا الإلزام ، استقرار التجار على تحكيمها والتعامل طبقاً لها ورضائهم بها . لا انصياعاً للمشرع ، ولاتسليما منهم بتطبيق القضاء لها ، إنما هذه القواعد تكون قد اكتملت من درجهم على اتباعها واحترامهم إياها ، ولا شأن للمشرع بها ، وقبل أن تمتد يد القضاء إليها لتطبقها .

غير أنه يحوز القضاء التجارى أن يلعب دوراً فى مجال العرف ، إذ هو وإن كان لا يخلقه أو ينشأه إلا أنه كثيراً ما يمهد السبيل لقيامه كما أنه يبرر قواعده ويحدد مرماه ونطاقه .

ومن أمثلة العرف التجارى ، تخفيض الثمن عوضاً عن الفسخ فى حالة تأخر البائع عن تسليم المبيع أو فى حالة تسليم بضاعة من صنف أقل جودة من الصنف المتفق عليه ، وعدم تجزئة الحساب الجارى ،وعدم جواز الاحتجاج بالدفوع فى مواجهة حامل الورقة التجارية الحسن النية ،وجواز تعاقد الوكيل بالعمولة مع نفسه فيما كلف ببيعه أو شراؤه من سلع أو أوراق مالية .

٢٤ — وقد ثار خلاف فى الفقه[١] حول ما إذا كان العرف لاينشىء سوى القواعد القانونية الآمرة أم كذلك ينشئ القواعد القانونية المفسرة أو المكملة لإرادة المتعاقدين ؟ يجب أن نفرق بين صفتى الإلزام والصفة الآمرة ونرى مع الرأى القائل[٢] أن صفة الإلزام ملازمة للعرف بالمعنى القانونى ، وإلا لما اكتسب وصف العرف ، فكل قاعدة عرفية هى قاعدة ملزمة ، ولكن لايلزم أن تكون آمرة بمعنى عدم جواز مخالفتها ، وعلى ذلك فيجوز للأطراف الاتفاق بنص صريح على مخالفتها ، ولكن الحقيقة إذا كان ما قررناه فى هذا الشأن يتفق مع المنطق القانونى ، إلا أنه من القواعد العرفية المستقرة فى البيئة التجارية ، ما يتغير طبيعتها إذا اتفق الأفراد على مخالفتها وذلك بسبب اكتسابها القواعد الفنية الخاصة بها ، فإذا اتفقوا على مخالفتها فيتخلف عنها هذه القواعد الفنية واكتسبت طابعاً آخر ، مثال ذلك حالة اشتراط الأطراف تجزئة الحساب الجارى ، أو الاحتجاج بالدفوع فى الورقة التجارية ، الأمر الذى يغير من الطبيعة القانونية للحساب الجارى أو الورقة التجارية ، حسبما هو مستقر عليه فى العرف التجارى[٣] .

٢٥ — أثر العرف :

نص القانون المدنى الجزائرى فى المادة الأولى على اعتبار العرف المصدر الرسمى الثالث ، وذلك بعد التشريع ومبادىء الشريعة الإسلامية من ذلك يتضح أن العرف إذا توافرت شروطه ، واستوفت أركانه ، فإنه يكون قاعدة

---

(١) انظر تالير الجزء الأول فقرة ٤١

Thaller : Traité élémentaire de Droit Commercial, 8e éd 1 vol. 1931 N° 41.

حيث يصف العرف التجارى بأنه آمر ومتعلق بالنظام العام ويضيف أنه لايكتسب قوته إلا من تكرار الأحكام التى تأخذ به لتسد نقص التشريع أو تعدل من أحكامه تحت ستار التفسير ، وقارن ريبير فقرة ٤٨ وإسكار

J. Escarra : Cours de Droit Commercial, 1952, p. 71.

ومحسن شفيق الوسيط فى القانون التجارى المصرى — الطبعة الثانية ١٩٥٥ فقرة ١٩ وأكثم الخولى فقرة ٥١ .

(٢) أكثم الخولى فقرة ٥١ .

(٣) انظر فى هذا المعنى أكثم الخولى صفحة ٥٨ .

قانونية ملزمة كالتشريع تماماً ، كما يجب على القاضى تطبيقه فيما يعرض عليه من منازعات ، ولا يجوز للمتنازعين الاعتذار بجهله ، وإن كان لهم أن يثبتوا أنهم اتفقوا على خلافه .

ويترتب على اعتبار العرف قاعدة قانونية كالتشريع أن القاضى إذا أخطأ فى تطبيقه ، فيعتبر حكمه معيباً من ناحية القانون ، ويخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض .

٢٦ ــ العادات التجارية الاتفاقية :

يمكن القول بأن العادة التجارية الاتفاقية تعتبر عرف لم يكتمل أركانه ، وذلك لتخلف الركن المعنوى ، فالعادة على خلاف العرف لا يلزم لقيامها إلا توافر الركن المادى فقط ، بمعنى أنه إذا جرى الناس على اتباع قاعدة واستقروا عليها منذ زمن بعيد دون أن يتولد فى أنفسهم الشعور بوجوب احترامها ، لم يكن هناك عرف ولكن توجد قاعدة مبناها العادة .

فالعادة ليست بقانون ، أى أنها ليست قاعدة قانونية ملزمة بذاتها ، وإنما هى تطبق فقط إذا ثبت اتجاه نية المتعاقدين إلى اتباع حكمها ، فهى فى الواقع جزء من اتفاق المتعاقدين ينفذ حكمه إذا قام الدليل على وجوده ، وقد يتفق المتعاقدان على تطبيق حكمها صراحة ، كما يجوز أن يكون ذلك ضمناً يفهم من ظروف العقد وملابساته ، ويقصد بهذه الظروف مكان العقد وزمانه والغرض منه ومركز المتعاقدين وإلى غير ذلك من وقائع التعاقد .

ومن أمثلة العادة الاتفاقية فى تجارة الجملة تلك العادة المتبعة فى بيع الفواكه والخضروات من حيث اعتبار المائة رقماً أعلى من ذلك ، كما لو اعتبر المتعاقدان المائة حبة مائة وعشرون أو مائة وثلاثون ، وهكذا ، وكذلك ما يجرى عليه العمل بشأن مسلك معين ، كمن الذى يقع عليه عبء حزم البضائع أو تقديرها وزناً أو قياساً ، وأيضاً ما تجرى عليه العادة فى تحديد مدة معينة لفحص البضائع فى بعض البيوع التجارية .

يتبين من ذلك أن مصدر الإلزام فى العادة هو اتفاق المتعاقدين الصريح أو الضمنى ، وتلك واقعة يجب أن تثبت أمام القاضى ، وإذن فالخصم الذى يستند إلى عادة اتفاقية لابد من أن يتمسك بتطبيقها أمام القاضى ، حيث هو لا يطبق حكمها من تلقاء نفسه ، كذلك لابد له من أن يقوم بإثباتها ، أى إثبات وجودها ، وكذلك انصراف نية المتعاقدين إلى الأخذ بحكمها ، إذ هى جزء من وقائع التعاقد وليست بقانون يجب على القاضى تطبيقه من تلقاء نفسه ودون حاجة لأن يثبته الخصوم ، والقاضى إذا أخطأ فى تطبيق العادة فهو إنما يخطأ فى مجرد الوقائع وليس فى تطبيق القانون فلا يخضع بالتالى لرقابة محكمة النقض .

٢٧ — وبعد أن استعرضنا المصادر الرسمية للقانون التجارى فإنه يمكن ترتيب مصادره حسب تدرجها كما يلى :

أولا : النصوص التجارية الآمرة .

ثانياً : النصوص المدنية الآمرة .

ثالثاً : مبادى الشريعة الإسلامية .

رابعاً : العرف التجارى .

خامساً : العادات التجارية .

سادساً : النصوص التجارية المفسرة .

سابعاً : النصوص المدنية المفسرة .

المصادر التفسيرية

٢٨ ــ المصادر التفسيرية للقانون التجارى تنحصر فى مصدرين هما القضاء والفقه ، حيث يقوم كلاهما بتوضيح مضمون القاعدة القانونية وتحديد نطاقها ، ونتناول فيما يلى هذين المصدرين بالإشارة بالقدر الذى يقتضيه هذا المقام .

٢٩ ــ أولا ــ القضاء :

للقضاء كمصدر تفسيرى للقانون التجارى أهمية خاصة ، إذ تتميز العلاقات التجارية بكثرة المنازعات الفردية ووفرة الأحكام فيها ، وأحكام القضاء تعتبر بلا شك مصدراً تفسيرياً للقانون يسترشد به القاضى فى استجلاء حكم النص واستنباط الحل اللازم ، ذلك لأن الملاحظ عملا أنه ينتج من استقرار الأحكام واضطرادها فى اتجاه معين قيام قواعد تثبت لها من الأهمية العملية ، ما هو مقرر لقواعد التشريع والعرف ، ذلك أن حكم المحكمة ، وإن كان من الناحية القانونية لا يلزمها هى ولا يقيد غيرها من المحاكم حتى ولو كان صادراً من المحكمة العليا ذاتها ، إلا أنه كثيراً ما يعتبر سابقة قضائية تسترشد بها المحاكم الأخرى وتنسج على منوالها ، ومن ثم ينتهى الأمر عملا باتباعه فى كل الأقضية المماثلة ، وهذا ما يفسر قدر القضاء التجارى فى تكوين قواعد ذلك القانون .

ومن أمثلة النظم القانونية التى وضعها القضاء التجارى ، الشركات الفعلية والإفلاس الفعلى ، والحساب الجارى ، وكذلك اجتهاده فى نظرية العمل التجارى ، سواء فى تأصيل التصرف وتكييفه ليدخل فى الحالات التى نص عليها المشرع فى تعداده لها . (المادة الثانية من القانون التجارى الجزائرى) . أو إثباته حسب الوقائع التى تعرض عليه ، واعتباره عملا تجارياً بالتبعية (المادة الرابعة من القانون التجارى الجزائرى) ، أو عملا

تجارياً مختلطاً بالنظر إلى أطرافه الأمر الذى يتضح منه أن القضاء التجارى له دور إنشائى كبير فى تكوين قواعده .

وتنشر أحكام القضاء الجزائرى فى نشرة القضاء التى تصدرها وزارة العدل الجزائرية ، وننوه بضرورة الاهتمام بأحكام القضاء الجزائرى من حيث نشره وتبويبه على نطاق واسع لحداثة استقلاله وتعريبه .

٣٠ — ثانياً — الفقه :

الفقه من المصادر التفسيرية أو مصادر الإقناع والاستئناس التى يستعان بها فى استخلاص القواعد القانونية دون أن يكون لها قوة إلزام .

وللفقه دور كبير فى تفسير أحكام القانون وشرح مصادره فى إيضاح ما غمض من نصوصه وإبداء الآراء والنظريات التى تساعد على سد النقص الذى يعتريه ولا سيما فى إعطاء الحلول للمسائل الجديدة التى تطرأ فى نطاق التعامل التجارى المتطور باستمرار لمؤازرة القضاء فى حل المنازعات المعروضة عليه وتوجيه المشرع إلى إصدار النصوص الملائمة فى حالة ما إذا اعتورها ثغرات .

لذلك يعتبر الفقه مصدراً للقانون التجارى ، وهو على غرار القضاء مصدراً تفسيرياً ، وللفقه العربى والأجنبى مؤلفات وأبحاث قيمة فى القانون التجارى ، لا يتسع المجال هنا لعرضها ، تعالج كثيراً من الموضوعات حيث تقوم بالتعليق على النصوص التشريعية فتبين ما تنطوى عليه من أوجه نقص أو عيوب ، وييصر بذلك المشرع بالإصلاحات اللازمة والتعديلات الواجبة .

وبالنسبة لدور الفقه فى القضاء فإنه يقوم بتجميع أحكام المحاكم والتقريب بينها وتتبع تطورها ، وذلك للاهتداء إلى الاتجاهات العامة التى تجرى عليها ، وعلى هذا النحو يتولى فقهاء القانون التجارى بيان القواعد التى يتضمنها القانون الوضعى ويجدد آثارها الاجتماعية ، كما يبرز مزاياها وعيوبها ، ويقيم من كل ذلك نظرية عامة للقانون التجارى يعرضها فى المؤلفات والأبحاث لإفادة المهتمين بمجال هذا القانون .

الفصل الأول

تحديد الأعمال التجارية وأهميته

٣١ – عرفنا أن القانون التجارى ينحصر فى نطاق خاص هو نطاق التجارة، ولكن اختلف الرأى فى تحديد هذا النطاق ، وقد ظهر فى هذا الصدد كما سبق القول مذهبان :

الأول هو المذهب الشخصى ، ومعياره أن القانون التجارى ينظر إلى الأشخاص الذين يحترفون التجارة، أى التجار، ويكون تطبيق القانون التجارى خاص بهم فقط ، وفى هذه الحالة يعتبر القانون التجارى ، قانوناً مهنياً .

والثانى هو المذهب الموضوعى ، ومعياره الاعتداد بالأعمال التجارية ذاتها ، ويقصر تطبيق القانون التجارى عليها بصرف النظر عن الأشخاص الذين يقومون بها ، سواء أكانوا من التجار أم غير التجار .

ومن شأن الأخذ بالمذهب الشخصى أن يجعل القانون التجارى قانوناً مهنياً على غرار القوانين الخاصة بالمهن الأخرى، وذلك أمر يقضى بضرورة تحديد مفهوم مهنة التجارة ، وهذا أمر لايخلو من الصعوبة لعدم استناده إلى قواعد واضحة تتضمن شروطاً دقيقة لهذا التحديد ، فضلا عن أن التجارة ذاتها فى تطور مستمر .

٣٢ ـ أما المذهب الموضوعى الذى ينظر إلى الأعمال التجارية ، حيث يقصر تطبيق القانون التجارى عليها أياً كان القائم بهذه الأعمال محترفاً أم غير محترف فيؤدى إلى اعتبار هذا القانون ، قانون التجارة لاقانون التجار ، إذ يحكم فئة من الأعمال هى الأعمال التجارية ، وليس طائفة من الأشخاص وهم التجار ، ذلك أن هناك أعمال تجارية بطبيعتها تنطبق أحكام القانون التجارى على من يقوم بها ولو مرة واحدة دون شرط احترافها على أنه إذا قام بها على وجه الاحتراف فيصبح تاجراً ، ويعتمد القانون التجارى عندئذ بصفته هذه لأجل إخضاعه فقط لنظام خاص والتزامات معينة ، كمسك الدفاتر التجارية والقيد فى السجل التجارى والخضوع لأحكام الإفلاس .

لذلك فإنه يبدو واضحاً أهمية تحديد العمل التجارى وتفرقته عن العمل المدنى فى نواح عديدة .

وفى مجال هذا التحديد ، جرى الفقه محاولاته فى البحث عن معيار يحدد جوهر العمل التجارى ، ووضع نظريات عديدة فى هذا الشأن ، فيما يلى أهمها :

٣٣ ـ النظرية الأولى : نظرية المضاربة :

ويرى أنصار هذه النظرية أن المميز الرئيسى للعمل التجارى هو المضاربة ، أى قصد تحقيق الربح .

وحقيقة وإن كانت هذه النظرية عل جانب من الصواب ، ولكنها ليست صحيحة على إطلاقها ، حيث أن من الأعمال المدنية ما يقصد منها تحقيق الربح ، فكل أصحاب المهن الحرة من محامين وأطباء ومهندسين يقصدون الربح ، مع أنهم يقومون بأعمال مدنية كذلك من الأعمال التجارية ما لايقصد من ورائه الربح ، فقد يضطر التاجر فى بعض الظروف إلى البيع أقل مما يشترى ويظل عمله مع ذلك عملا تجارياً كما إذا خشى على البضاعة من التلف أو هبوط سعرها فى الأسواق ، كذلك فإن القانون التجارى الجزائرى (المادة الثالثة) ـ اعتبر العامل بالسفتجة ، سواء بالسحب أو التظهير أو

إلى تحقيق ربح .

الأمر الذى يجعل من نظرية المضاربة ، معيار غير كاف لتحديد العمل التجارى ، وإن كانت تشكل عنصراً جوهرياً لهذا العمل .

٣٤ ــ النظرية الثانية : نظرية التداول :

يرى القائلون بهذه النظرية أن تداول الأموال هو الذى يميز تجاريتها ، فالعمل التجارى يقصد به كل عمل متعلق بتداول الثروات من وقت خروجها من المنتج حتى وصولها إلى المستهلك ، فتحويل السلعة بالتصنيع ونقلها وبيعها للتاجر الذى يتولى بدوره بيعها إلى المستهلك ، كل هذه الأعمال الداخلة فى حركة تداول السلعة هى الأعمال التجارية ، أما الأعمال المدنية ، فهى ترد على الثروات قبل تداولها أو بعد وصولها للمستهلك .

غير أن هذه النظرية وإن فسرت الصفة التجارية لبعض الأعمال إلا أنها لاتصدق بالنسبة للبعض الآخر ، حيث أن هناك من الأعمال التى تدخل فى حركة التداول ، ومع ذلك فمن المسلم به أنها لاتعتبر أعمالا تجارية ، كعمل المنتج الزراعى ، فهو عمل مدنى ، مع أنه هو أول من يدفع السلعة إلى التداول . كذلك فإن من المؤكد أن حركة التداول وحدها لم تعد قاصرة على التجارة وإنما التداول يشمل جميع النشاط الإنسانى كافة .

٣٥ ــ النظرية الثالثة : نظرية المشروع أو المقاولة :

يذهب أصحاب هذه النظرية إلى أن ضابط التفرقة بين العمل التجارى والعمل المدنى لايجوز أن يستمد من طبيعة العمل وموضوعه بل من ممارسته بشكل خاص أى من احترافه ، فالعمل يعتبر مدنيا أو تجاريا لا لذاته ولكنه يعتبر تجاريا إذا تم ممارسته على سبيل المشروع أى على سبيل التكرار فمن وجهة نظر هذه النظرية أن الأعمال التجارية هى تلك الأعمال التى يقوم بها الشخص على سبيل المشروع ولاتهم بعد ذلك طبيعة العمل أو الغرض منه ، حقق ربحاً أم لم يحقق .

ويتضح من هذه النظرية أنها تأخذ بالمعيار الذاتى لا بالمعيار الموضوعى متأثرين فى ذلك بالتشريعات الألمانية والسويسرية(١) .

غير أن هذه النظرية ، وإن كان لها سند جزئى فى نصوص القانون التجارى الجزائرى ، حيث يذكر فى المادة الثانية منه ، طائفة من الأعمال : لاتكتسب الصفة التجارية إلا إذا تم مباشرتها على سبيل المقاولة ، فإن المشرع الجزائرى عدداً فى ذات المادة أعمالا اعتبرها تجارية حتى ولو وقعت منفردة ، كما فى حالات الشراء من أجل البيع ، وعمليات الوساطة أو السمسرة ، الأمر الذى جعل هذه النظرية غير قادرة على التمييز بين العمل التجارى والعمل المدنى ، فضلا عن أنه من الناحية العملية ، هناك مهن مدنية كثيرة تدار بأساليب شبيهة بالمشروعات ، كمكاتب المهندسين وعيادات الأطباء .

يتضح من هذه النظريات أنه من الصعب وضع معيار جامع مانع للعمل التجارى ، بل لم تجد نظرية من نظريات القانون الخاص . صعوبة أكثر من هذه النظرية ، الأمر الذى جعل بعض الفقهاء ينادون بضرورة توحيد القانون المدنى والقانون التجارى ، طالما أنه من العسير تحديد نطاق كل منهما . غير أنه لايجوز الاعتقاد بأن النظريات المتقدمة عديمة الأثر ، إذ أن القضاء قد استعان بها جميعاً واهتدى بها ، وخصوصاً وأن التعداد الوارد فى القانون التجارى الجزائرى جاء على سبيل المثال لا على سبيل الحصر .

٣٦ ــ مسلك المشرع فى القانون التجارى الجزائرى :

إذا نظرنا إلى القانون التجارى الجزائرى ، نجده قانون حديث ، حاول فيه المشرع الجزائرى ، الأخذ بمحاسن كل النظريات واجتهادات الفقهاء ،

---

(١) وتأخذ هذه التشريعات بالمعيار الشخصى أو الذاتى ، حيث تنص على أن يعتبر تاجراً كل من يمارس حرفة تجارية ، ويعدد القانون الحرف التى يعتبرها تجارية . غير أن هذه القوانين تصطدم فى هذه الجزئية ، بالتطور الذى يصاحب التجارة حيث أن الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية جميعها تعتبر عوامل تؤثر فى تطور سلوك الأفراد ومن بينها الأعمال التجارية ، لذلك فإن هذا المعيار يوجب أن يتدخل المشرع بإضافة المهن التجارية التى تستجد ليدخلها فى الأعمال التى تكسب الشخص الذى يزاولها صفة التاجر ، ولعل المشرع الألمانى حاول معالجة هذا الوضع ، حيث نص فى المادة الثانية منه على أن غير ذلك من الحرف يكتسب محترفها صفة التاجر ، إذا كان يمارسها بطرق تجارية ويشرط قيد اسمه فى السجل التجارى .

وما وصلت إليه التشريعات الحديثة ، حتى يستطيع أن يخضع أكبر قدر من الأعمال التى تتصل من قريب أو بعيد بإحدى النظريات التى قال بها الفقه ، إلى القانون التجارى ، جامعاً فى صدره المواد من الأولى حتى الرابعة ، الاتجاهين الشخصى والموضوعى .

فبدأ المشرع الجزائرى فى المادة الأولى بتحديد صفة التاجر بقوله : « يعد تاجراً كل من يباشر عملا تجارياً ، ويتخذه حرفة معتادة له » . ثم تناول فى المادة الثانية الأعمال التجارية بحسب الموضوع وهى :

- كل شراء للمنقولات لإعادة بيعها بعينها أو بعد تحويلها وشغلها .
- كل شراء للعقارات لإعادة بيعها .
- كل مقاولة للإنتاج أو التحويل أو الإصلاح .
- كل مقاولة للبناء أو الحفر أو لتمهيد الأرض .
- كل مقاولة للتوريد أو الخدمات .
- كل مقاولة لاستغلال المناجم أو المناجم السطحية أو مقالع الحجارة أو منتجات الأرض الأخرى .
- كل مقاولة لاستغلال النقل أو الانتقال .
- كل مقاولة لاستغلال الملاهى العمومية أو الإنتاج الفكرى .
- كل مقاولة للتأمينات .
- كل مقاولة لاستغلال المخازن العمومية .
- كل مقاولة لبيع السلع الجديدة بالمزاد العلنى بالجملة أو الأشياء المستعملة بالتجزئة .
- كل عملية مصرفية أو عملية صرف أو سمسرة أو خاصة بالعمولة .
- كل عملية توسط لشراء وبيع العقارات أو المحلات التجارية والقيم العقارية .

الشكل وهى :

أولا : التعامل بالسفتجة (الكمبيالة) بين كل الأشخاص .

ثانياً : الشركات التجارية .

ثالثاً : وكالات ومكاتب الأعمال مهما كان هدفها .

رابعاً : العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية .

خامساً : كل عقد تجارى يتعلق بالتجارة البحرية والجوية .

ثم قنن المشرع الجزائرى فى المادة الرابعة ، الأعمال التجارية بالتبعية ، وهى تلك الأعمال التى حاول الفقه والقضاء إصباغ الصفة التجارية عليها بسبب صدورها من تاجر لحاجات تجارته ، ولو أنها تعتبر مدينة بحسب الأصل فنصت المادة الرابعة على أن :

يعد عملا تجارياً بالتبعية :

أولا : الأعمال التى يقوم بها التاجر والمتعلقة بممارسة تجارته أو حاجات متجره .

ثانياً : الالتزامات بين التجار .

غير أن هذا التقسيم الذى رسمه المشرع والتعداد الوارد به إنما جاء على سبيل المثال لا على سبيل الحصر ، بمعنى أن للقضاء أن يقيس عليها ما يعرض عليه من أقضية تتضمن أعمالا لم تذكرها النصوص ، ويرى وجوب اعتبارها أعمالا تجارية .

وقبل أن نتناول تفصيلا عرض الأعمال التجارية فى القانون التجارى الجزائرى ينبغى أن نوضح أهمية البحث حول التمييز بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية . ولماذا يجتهد كل من الفقه والقضاء فى تحديد طبيعة العمل ؟

٣٧ ـ أهمية التفرقة بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية :

عرفنا مما تقدم أن بين العلاقات المدنية والعلاقات التجارية ، اختلافاً من حيث طبيعتها ومقتضياتها . أن هذا الاختلاف يستلزم اختلافاً بينهما فى التنظيم القانونى ، فالأعمال التجارية هى وحدها التى يحكمها القانون التجارى بخلاف الأعمال المدنية التى تظل بحكم الأصل العام خاضعة للقانون المدنى .

ونشير إلى أهم الموضوعات التى يختلف فيها التنظيم القانونى للأعمال التجارية عن أحكام المعاملات المدنية :

أولا ـ الإثبات :

خصص القانون المدنى الجزائرى الباب السادس منه المواد ٣٢٣ وما بعدها ، لتنظيم قواعد إثبات الالتزام ، كعدم جواز الإثبات بالبينة ، إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على ألف دينار جزائرى أو كان غير محدد القيمة . (المادة ٣٢٣) ، وأنه لا يجوز الإثبات بالبينة ولو لم تزد القيمة على ألف دينار جزائرى فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمى (المادة ٣٣٤) وأن المحررات العرفية لا تكون حجة على الغير فى تاريخها إلا منذ أن يكون لها تاريخ ثابت ثبوتاً رسمياً (المادة ٣٢٨) .

إلا أن المسائل التجارية ، لا تعرف هذه القيود ، فالإثبات فيها حر من القيود كالبينة والقرائن جائز مهما بلغت قيمة النزع ، كما يجوز الاحتجاج بتاريخ المحررات العرفية على غير أطرافها ولو لم يكن هذا التاريخ ثابتاً . بل وأكثر من ذلك ، فإن فى نظام الإثبات فى المنازعات التجارية خروجاً على الأصل العام فى قواعد الإثبات المدنية ، فإذا كان من المقرر أنه لا يجوز للشخص أن ينشىء دليلا لنفسه ، فقد أجاز المشرع لخصم التاجر ، أن يحتج بما ورد بدفاتر خصمه لإثبات حقه . وذلك ما نص عليه المشرع فى الفقرة الثانية من المادة ٣٣٠ مدنى بقوله « وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار ، ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل لنفسه أن يجزى ما ورد فيها واستبعاد ما هو مناقض لدعواه » والسبب فى الخروج على القواعد العامة فى الإثبات فى المنازعات

التجارية ، الاعتبارات التى أملتها الثقة والائتمان والسرعة والمرونة التى تتصف بها الأعمال التجارية .

ثانياً : الاختصاص القضائى :

تميل كثير من الدول إلى تخصيص بعض المحاكم لنظر المنازعات التجارية ، أو إلى تخصيص دوائر خاصة بالمسائل التجارية ، ومرجع ذلك ، أن هذه المنازعات تتسم بطابع خاص يميزها عن الدعاوى المدنية ، كما أنها تستلزم الفصل فيها على وجه السرعة ، وطبقاً لإجراءات خاصة .

ولم يأخذ المشرع الجزائرى فى الأمر رقم ٥٤ لسنة ١٩٦٦ المؤرخ فى ١٨ من صفر سنة ١٣٨٦ هجرية ، الموافق ٨ من يونيو سنة ١٩٦٦ بشأن قانون الإجراءات المدنية . بنظام القضاء التجارى المتخصص ، إنما أسند للمحاكم العادية الفصل فى المنازعات التجارية ، فتنص المادة الأولى من الأمر المذكور على أن المحاكم هى الجهات القضائية الخاصة بالقانون العام ، وهى تفصل فى جميع القضايا المدنية والتجارية أو دعاوى الشركات التى تختص بها محلياً ، ويؤول الاختصاص للمحاكم المنعقدة فى مقر المجالس القضائية للفصل دون سواها بموجب حكم قابل للاستئناف فى المواد التالية :

الحجز العقارى ، تسوية قوائم التوزيع وبيع المشاع وحجز السفن والطائرات وبيعها قضائياً ، وتنفيذ الحكم الأجنبى ، ومعاشات التقاعد الخاصة بالعجز والمنازعات المتعلقة بحوادث العمل ، ودعاوى الإفلاس والتسوية القضائية وطلبات بيع المحلات التجارية المثقلة بقيد الرهن الحيازى .

أما بالنسبة للاختصاص المحلى فقضت المادة الثامنة (فقرة ثانية) من الأمر المذكور على أنه ترفع الطلبات (الدعاوى) أمام الجهات القضائية المحددة على الوجه التالى :

ـ فى الدعاوى العقارية أو الأشغال المتعلقة بالعقار أو دعاوى الإيجارات المتعلقة

بالعقار وإن كانت تجارية ، أمام المحكمة التى يقع العقار فى دائرة اختصاصها .

- فى مواد الإفلاس أو التسوية القضائية أمام المحكمة التى يقع فى دائرة اختصاصها مكان افتتاح الإفلاس أو التسوية القضائية .
- فى الدعاوى المتعلقة بالشركات بالنسبة لمنازعات الشركاء أمام المحكمة التى يقع فى دائرة اختصاصها المركز الرئيسى للشركة .
- وفى مواد الحجز ، سواء كان بالنسبة للإذن بالحجز أو للإجراءات التالية له أمام محكمة المكان الذى تم فيه الحجز .

وقضت المادة التاسعة فقرة ٤ من ذات الأمر على أنه يجوز أن ترفع الدعوى إما إلى المحكمة التى يقع فى دائرة اختصاصها ، موطن المدعى عليه أو مسكنه وإما إلى الجهة أو الجهات القضائية المذكورة فيما يلى :

- فى الدعاوى التجارية ، غير الإفلاس والتسوية القضائية ، أمام الجهة القضائية التى وقع فى دائرة اختصاصها الوعد وتسليم البضاعة أو أمام الجهة القضائية التى يجب أن يتم الوفاء فى دائرة اختصاصها .
- وفى حالة اختيار الموطن ، أمام الجهة القضائية للموطن المختار .
- وفى الدعوى المرفوعة ضد شركة أمام الجهة القضائية التى تقع فى دائرة اختصاصها إحدى مؤسساتها .

من هذه النصوص يتضح أن المحاكم العادية هى ذات الولاية الطبيعية ، بالنسبة لاختصاصها السالف ذكره بشأن المنازعات التجارية ، غير أن العمل جرى على تخصيص دوائر معينة يخصص فيها قضاة يفصلون فى المنازعات التجارية داخل المحاكم والمجالس القضائية المختصة ، غير أن تخصيص هذه الدوائر ما هو إلا تخصيص إدارى بحت لا يسمح بالدفع بعدم الاختصاص بمعناه الصحيح أمام إحدى هذه الدوائر على أساس دخول النزاع فى اختصاص دوائر أخرى[1] .

---

(١) انظر أكثم الخولى المرجع السابق صفحة ٦٩ وأحكام النقض المصرية التى أشار إليها فى هذا الشأن .

ثالثاً : التضامن :

ذكرنا أن القانون التجارى، يقوم على دعائم الائتمان والثقة، التى استقرت فى نفوس المتعاملين فى المحيط التجارى منذ القدم ، وقاعدة التضامن بين المدينين فى حالة تعددهم ، من القواعد التى استقرت فى المسائل التجارية واحترمها القضاء وطبقها ، وذلك بخلاف قواعد التضامن فى الروابط المدنية التى لا يمكن تقريرها إلا بنص أو اتفاق ، غير أنه فى المسائل التجارية يجوز نفى التضامن بنص فى العقد، ما لم ينص القانون بنص آمر على فرض التضامن، كنفى المادة 551 فقرة أولى من القانون التجارى الجزائرى التى تقضى بأن للشركاء بالتضامن صفة التاجر وهم مسئولون من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة .

رابعاً : الإعذار :

إعذار المدين معناه أن ينبه عليه الدائن بعد حلول أجل الدين بوجوب المبادرة إلى الوفاء به ، ويسجل عليه تأخره فى الوفاء . ويحمله ما يترتب على هذا التأخير ، وعلى الخصوص مسئوليته عن كل ضرر ينشأ عنه مستقبلا .

والإعذار فى القانون المدنى لا بد أن يتم بورقة رسمية تعلن بواسطة أعوان القضاء ، أما فى المسائل التجارية فقد جرى العرف على أنه يكفى أن يتم الإعذار بخطاب عادى دون حاجة إلى أى ورقة من الأوراق القضائية ، وذلك أيضاً لتحقيق السرعة التى تتسم بها المعاملات التجارية .

خامساً : مهلة الوفاء (نظرة الميسرة) :

إذا عجز المدين بدين مدنى عن الوفاء به فى الميعاد ، جاز للقاضى أن ينظره إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ، ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر . وذلك ما نصت عليه المادة ٢١٠ من القانون المدنى الجزائرى بقولها أنه « إذا تبين من الإلتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة ، عين القاضى ميعاداً مناسباً لحلول

الأجل ، مراعياً فى ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة مع اشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه » .

أما القانون التجارى فهو لا يعطى مثل هذه السلطة للقاضى نظراً لأن ما تحتمه طبيعة المعاملات التجارية وما تقوم عليه من سرعة وثقة تقتضى من التاجر ضرورة الوفاء بدينه فى الميعاد وإلا كان ذلك سبباً فى إشهار إفلاسه .

سادساً : حوالة الحق :

تقضى المادة ٢٤١ من القانون المدنى الجزائرى على أنه لايحتج بالحوالة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا رضى بها المدين ، أو أخبر بها بإعلان غير قضائى ، غير أن قبول المدين لايجعلها نافذة قبل الغير إلا إذا كان هذا القبول ثابت التاريخ . أما القانون التجارى فإنه لا يشترط شيئاً من ذلك ، ولهذا تجوز حوالة الحقوق الثابتة فى الأوراق التجارية بمجرد التوقيع عليها بما يفيد انتقالها ، وبناء على ذلك يحصل تداول السفتجة والشيكات والسندات الإذنية بمجرد تظهيرها أى التوقيع عليها بما يفيد تحويلها أو حتى بمجرد تسليم السند إن كان لحامله .

سابعاً : الإفلاس :

لا يجوز شهر إفلاس التاجر إلا إذا توقف عن دفع ديونه التجارية ، أما إذا توقف عن دفع دين مدنى فلا يجوز شهر إفلاسه ، وإذا أجاز القانون للدائن بدين مدنى أن يطلب شهر إفلاس التاجر ، إلا أنه يجب أن يثبت أن التاجر قد توقف عن دفع دين تجارى عليه ، فإذا صدر حكم بشهر الإفلاس ، رفع يد التاجر عن إدارة أمواله والتصرف فيها ، وتدخل جميع الدائنين فى الإجراءات ويعين وكيل عنهم تكون مهمته تصفية أموال المفلس وتوزيع الناتج منها بين الدائنين كل بحسب قيمة دينه ، وبذلك تتحقق المساواة بينهم .

أما المدين العادى فإنه يخضع لأحكام القانون المدنى (المواد من ١٨٨ إلى ٢٠٢) التى لا تتسم بالشدة والصرامة التى تتصف بها نظام الإفلاس ،

فليس فى المسائل المدنية غل يد المدين عن التصرف فى أمواله وتصفيتها تصفية جماعية وتوزيع ثمنها على الدائنين .

ثامناً : صفة التاجر :

التاجر هو الشخص الذى يباشر عملا تجارياً ويتخذه حرفة معتادة له وذلك ما نصت عليه المادة الأولى من القانون التجارى الجزائرى ، ومن يصبح تاجراً يخضع لالتزامات التجار وأخصها القيد فى السجل التجارى ومسك الدفاتر التجارية ، كما يصبح خاضعاً لنظام الإفلاس .

الفصل الثانى

الأعمال التجارية

فى

القانون التجارى الجزائرى

---

٨ – تقديم وتقسيم :

رأينا أن المشرع الجزائرى عدد الأعمال التجارية فى المواد من الثانية حتى الرابعة من القانون التجارى ، ومعنى ذلك أن هذه الأعمال هى التى حسم المشرع تحديد طبيعتها . ولم يعد ثمة شك فى صفتها التجارية ، حيث أصبغ عليها المشرع بنص صريح هـذه الصفة ولا يجوز للأفراد مخالفة هـذا الوصف ، وإلا يتعرض للبطلان ، باعتبار أن المشرع أراد إخضاع العمل لنظام قانونى معين ، هو القانون التجارى ، فلا يجوز لهم إخضاعه لنظام قانونى آخر ، ولذلك فإن وصف العمل والفصل فى تحديد طبيعته والنتائج المترتبة على ذلك تعتبر مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض[1] .

وإذا نظرنا إلى مسلك المشرع الجزائرى فى تعداده لهذه الأعمال التجارية نجده لم يتبع معياراً ثابتاً ، فأحياناً يعتبر العمل تجارياً ولو وقع منفرداً ، وتارة أخرى يشترط مباشرة العمل على وجه المقاولة ، بحيث أنه لو تم مباشرة نفس العمل بصفة منفردة لما اعتبر تجارياً .

على أن اعتبار الأعمال التجارية التى نص عليها المشرع الجزائرى وردت على سبيل المثال لا على سبيل الحصر ، وذلك ما يفهم صراحة من نص المادة الثانية من قولها يعد عملا تجارياً بحسب موضوعه . . . ، لأن المشرع لو أراد

---

(١) أنظر فى هذا المعنى – على يونس القانون التجارى – ١٩٧٧ صفحة ٦١ .

اعتبار الأعمال التجارية التى عددها على سبيل الحصر ، لكانت الصياغة كما يلى : الأعمال التجارية بحسب موضوعها هى . . . ، وعلى ذلك فإننا لا نؤيد الرأى القائل بأن التعداد الوارد فى القانون التجارى للأعمال التجارية جاء على سبيل الحصر على اعتبار أن القانون التجارى قانون استثنائى ، يجب أن يظل قاصراً على الدائرة التى رسمها له المشرع(١) . ونرى مع الرأى القائل(٢) بجواز الإجتهاد فى القياس على هذه الأعمال وإضافة غيرها إليها .

هذا عن الأعمال التجارية بحسب موضوعها ، ثم تناول المشرع الجزائرى فئة من الأعمال اعتبرها أعمالا تجارية من حيث الشكل (المادة الثالثة) ، وطائفة ثالثة من الأعمال ، اعتبرها تجارية بالتبعية (المادة الرابعة) .
وعلى ذلك نقسم دراستنا للأعمال التجارية طبقاً لأحكام القانون التجارى الجزائرى إلى مايلى :

أولا : الأعمال التجارية بحسب موضوعها .

ثانياً : الأعمال التجارية بحسب شكلها .

ثالثاً : الأعمال التجارية بالتبعية .

الفرع الأول

الأعمال التجارية بحسب موضوعها

٣٩ ــ يقصد بالأعمال التجارية بحسب موضوعها ، تلك الأعمال التى تعتبر تجارية بصرف النظر عن شخص القائم بها ، ومعظم هذه الأعمال تتعلق بتداول المنقولات من مأكولات وبضائع وأوراق مالية ، وتصدر بقصد تحقيق الربح ، والبعض منها اعتبره القانون تجارياً مع عدم تعلقه بتداول الثروات .

(١) انظر : Wahl et Malache : Traité theorique et pratique de Droit Commercial égyptien mixte et indigéne Comparé avec le Droit francais 1 vol. No 9.

(٢) انظر فى الفقه المصرى على الزينى الجزء الأول صفحة ٥٠ ومصطفى كمال طه الجزء الأول ، صفحة ٤٥ .

ثم إن من هذه الأعمال ما يعتبر تجارياً ولووقع منفرداً والبعض منها لا يكون تجارياً إلا إذا صدر على وجه المقاولة .

وسنتناول فيما يلى الأعمال التجارية حسب موضوعها فى نصوص القانون التجارى الجزائرى ، سواء تلك التى تقع منفردة أو تلك التى يتم ممارستها على سبيل المشروع .

المبحث الأول

الأعمال التجارية المنفردة

٤٠ — تشمل الأعمال التجارية المنفردة ، شراء المنقولات لإعادة بيعها بعينها أو بعد تحويلها وشغلها ، وشراء العقارات لإعادة بيعها ، والعمليات المصرفية وعمليات الصرف والسمسرة وعمليات الوساطة لشراء وبيع العقارات أو المحلات التجارية والقيم العقارية . وسنتناول فيما يلى دراسة هذه الأعمال .

المطلب الأول : الشراء لأجل البيع .

تقضى المادة الثانية فقرة أولى من القانون التجارى الجزائرى بأن يعد عملا تجارياً بحسب موضوعه :

« كل شراء للمنقولات لإعادة بيعها بعينها أو بعد تحويلها وشغلها » وتنص الفقرة الثانية من ذات المادة على اعتبار العمل تجارياً :

« كل شراء للعقارات لإعادة بيعها » .

يتضح من ذلك أن القانون التجارى الجزائرى يشترط توافر ثلاثة شروط لاعتبار عملية الشراء والبيع ، تجارية . هى :

— حصول عملية الشراء .

— أن يكون محل الشراء منقولا أو عقاراً .

— أن يكون الشراء بقصد البيع .

الشرط الأول

الشـــــراء

٤١ — وعملية الشراء من أجل البيع من أهم مظاهر الحياة التجارية ، حيث عن طريقها يتم التبادل وتوزيع الثروات ، ولو أن المشرع الجزائرى، اعتبر حدوثها ولو مرة واحدة عملا تجارياً ، حتى ولو كان القائم بها لايكتسب صفة التاجر مؤسساً طبيعة العمل فى هذه الحالة على فكرة التداول .

ولا يلزم فى مقابل الشراء أن يكون نقداً ، إنما يكفى أن يكون بمقابل كما فى المقايضة ، أما إذا انتفى المقابل ، فلا يكون عنصر الشراء متحققاً فى هـذه الحالة ، كما لو اكتسب الشخص أموالا عن طريق الهبة أو الوصية أو الميراث(١) .

ويترتب كذلك على اعتبار عنصر الشراء شرط لازم لاعتبار العمل تجارياً، أن عمليات البيع التى يقوم بها المنتج الأول ، لمنتجاته التى لم يسبقها شراء ، لا تعتبر عمليات تجارية ، كما فى حالات استغلال الموارد الطبيعية والمجهود الذهنى والبدنى(٢) . إذ فى هذه الحالات ينتفى عنصر الوساطة فى تداول الثروات .

٤٢ — الأعمال الزراعية :

استناداً لما سبق لاتعتبر الزراعة عملا تجارياً ، على الرغم من شراء المزارع البذور والسماد ، وكذلك بيعه لمنتجاته الزراعية . لايعتبر عملا تجارياً، ويقاس على الزراعة استغلال الغابات والصيد واستغلال الموارد الطبيعية ، كاستخراج الإسفنج والملاحات على أنه إذا كان استبعاد الزارعة وكذلك استغلال الموارد

---

(١) على أنه إذا تلقى تاجر للمنسوجات مثلا كمية من الملابس عن طريق الهبة أو الوصية أو آلت إليه عن طريق الميراث بسبب أن أحد أصوله أو فروعه كان نشاطه تجارة المنسوجات، وأختلط ما آل إليه بأموال تجارته ، وتداولها بالبيع ، فإن العمل يعتبر عملا تجارياً بسبب أن النشاط الرئيسى سبقه شراء ، وأن الأموال التى آلت عن طريق الهبة أو الوصية أو الميراث تعتبر ثانوية بالنسبة لنشاط التاجر ، مهما كان مقدار هذه الأخيرة .

(٢) إلا إذا تم ممارسة النشاط على سبيل المقاولة (المشروع بالمعنى الاقتصادى) .

الطبيعية ، كان له ما يبرره لأسباب تاريخية قديمة ، مؤداها أن الزراعة سابقة على التجارة وانفصال مجتمع الزراعة عن مجتمع التجارة ، باستقلال هذا الأخير بظهور القانون التجارى ، وبقى القطاع الزراعى الذى ظل يحكمه القانون المدنى .

إذا كانت المشروعات الزراعية الصغيرة أو المتوسطة ، لها طبيعتها الخاصة من حيث ظروف الإنتاج فيها والاعتماد على الطبيعة والعمل البدائى البسيط ورأس المال الضئيل اللازم للبذور والسماد اللازم لتنمية الزرع والانتظار طوال شهور معينة هى مدة الموسم الخاصة بنوع المحصول ، الأمر الذى يتضح منه عدم انطباق ظروف مجتمع التجارة على هذا النوع من نشاط الاستغلالات الزراعية والموارد الطبيعية ، حيث لا مضاربة ، أو سرعة فى تداول الأموال للظروف التى أشرنا إليها .

غير أن الاستغلالات الزراعية الكبيرة التى تلجأ إلى أساليب الاستغلال الكبير والطرق التجارية ، مثل استخدام الآلات والعمال والتعامل مع البنوك الأمر الذى يقربها من المشروعات التجارية ، فإنها تعتبر تجارية لاتخاذها طبيعة المشروع الاقتصادى ، مثال ذلك قيام مزارع لتربية قطعان كبيرة من الأغنام على أرضه وقام باستخراج منتجاتها من ألبان وزبد وجبن وبيعه بكميات وفيرة فى الأسواق ، وكذلك إذا أقام مصنعا لغزل أصوافها ونسجه وبيعه ، أو كعمل شركات السكر التى تزرع مساحات واسعة من أراضيها الزراعية بقصب السكر لصناعته[1] . أو حالة ما إذا لم يقتصر المزارع على زراعة القمح فى أرضه بل تجاوز ذلك واشترى طاحونة لطحن الغلال الناتجة من أرضه ، وكذلك غلال جيرانه ، وقام ببيع الدقيق تبعاً لدرجات جودته ، أو قام بتحويله إلى مواد غذائية .

وما يصدق على الاستغلالات الزراعية الكبيرة يصدق أيضاً على استثمار الغابات والملاحات والمياه المعدنية والمحاجر والمناجم ، وهذا ماسلكه المشرع الجزائرى ، واعتبره عملا تجارياً ، بنصه فى المادة الثانية الفقرة السابعة على أنه يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه كل مقاولة لاستغلال المناجم أو المناجم السطحية أو مقالع الحجارة أو منتجات الأرض الأخرى.

---

(١) أنظر محسن شفيق الوسيط فى القانون التجارى المصرى – الجزء الأول الطبعة الثانية سنة ١٩٥٥ صفحة ٥١ والقضاء الذى أشار إليه .

٤٣ ـ المهن الحرة :

وهى تلك المهن التى يعتمد أصحابها على موهبتهم العلمية ومهارتهم الفنية التى تقوم أساسا على نشاطهم الذهنى ؛ كما هو الحال فى مهنة الطبيب والمحامى والمهندس والمحاسب ومن إليهم ، فهذه المهن ليست تجارية ، ولايعتبر القائمين بها تجاراً لأنه لم يسبق لهم شراء العمل الذى قدموه ، ولاينطوى عملهم فى تقديمه لجماهير المتعاملين معهم على مضاربة أو وساطة فى تداول الأفكار أو الأموال ، إنما كل ما يتقاضوه هو مقابل عملهم تجاه المتعاملين معهم .

أما إذا قام مهندس بفتح مكتب هندسى واستخدم فيه فريق من المهندسين والرسامين والفنيين فى جميع التخصصات وإداريين وعمالا وله من الإمكانيات المادية ما يمكنه من المضاربة بالأموال والقيام بالمشروعات لحسابه ولحساب الغير ؛ فإن ذلك يعد عملا تجارياً لأنه لم يعد مقصوراً على استغلال المواهب الفنية .

وأيضاً الطبيب الذى يؤسس داراً للعلاج ، ولا يقتصر نشاطه فيها على شخصه ، إنما استخدم معه عدد من الأطباء وهيئة للتمريض وإداريين وعمالا للنظافة ، واشترى أسرة ، وكل ما يلزم دار العلاج . وهدف بذلك المضاربة بمقدار ما يتكلفه وما يحصله من المرضى كان ذلك عملا تجاريا لأنه لم يعد قاصراً على استغلال المواهب الفنية ، إذ قد يمر شهر أو شهور دون أن يدخل مريض واحد للعلاج على الرغم مما أنفقه الطبيب صاحب المستشفى من أموال وأجور على العاملين فيها .

وكذلك الأمر بالنسبة للفنان الذى يستغل فنه فإنه يقوم بعمل مدنى ، أما إذا تجاوز ذلك إلى استغلال مسرح بأكمله ، أو استأجر فرقة موسيقية ، وقدم خدماتها للجمهور فإن عمله يعتبر تجاريا ، إذا كان النشاط الغالب هو المضاربة على ما يكسبه من نفقات المسرح أو الفرقة ، وما يحصله من الجمهور .

٤٤ ـ الإنتاج الذهنى أو الفنى :

ويقصد به الأعمال التى تكون ثمرة الفكر والفن ، كإنتاج المؤلفين فى مختلف فروع المعرفة فى مؤلفاتهم ، والرسامين فى لوحاتهم ، والملحنين

فى ألحانهم والمصورين فى صورهم وإلى غير ذلك فتعتبر أعمال جميع أفراد هذه الطوائف ، أعمالا مدنية حتى ولو قام المؤلف بشراء الورق وتكبد تكاليف الطبع ، ذلك لأن هذه المواد وتلك التكلفة تعتبر عمليات ثانوية بالنسبة إلى عمل المؤلف الرئيسى فى إنتاج الأفكار ، أما أعمال الناشر نفسه الذى يشترى حق المؤلف ويقوم بتكلفة الطبع والنشر ويبيعه بقصد تحقيق الربح تعتبر أعمالا تجارية .

الشرط الثانى

أن يرد الشراء على منقول أو عقار

٤٥ — ينص القانون التجارى الجزائرى صراحة على أن كل شراء للمنقولات أو العقارات ، يعتبر عملا تجارياً . (المادة الثانية فقرة أولى وفقرة ثانية) وذلك على خلاف القانون المصرى الذى يقصر العمل التجارى على عمليات شراء المنقولات فقط دون العقارات وكذلك القانون اللبنانى الذى قصر العمل التجارى على مشروع المضاربات العقارية ، دون عملية شراء العقار كعملية منفردة .

وعلى ذلك فإنه فى ظل أحكام القانون الجزائرى ، يعد عملا تجارياً كل شراء للمنقولات أو العقارات لإعادة بيعها ولو وقعت منفردة ، وذلك طبقاً لمفهوم النص حيث جاء مطلقاً دون قيد .

وفى شراء المنقول يستوى أن يكون المنقول مادياً كالبضائع على اختلاف أنواعها والحيوانات ، أو معنوياً كالمحل التجارى والديون والأسهم والسندات وبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية .

ويعتبر عملا تجارياً كذلك شراء البناء بقصد هدمه وبيعه أنقاضاً أو شراء الأشجار بقصد قطعها وبيعها أخشاباً أو شراء المزروعات لأجل بيعها بعد فصلها عن الأرض إذ ينصب هذا العمل على منقول بحسب المآل .

ويعتبر الشراء عملا تجارياً ، سواء كان المقصود بيع الشىء بعينه أو بعد تهيئته بهيئة أخرى وتحويله وتصنيعه كمن يشترى القمح ليطحنه ويبيعه دقيقاً أو يصنعه خبزاً .

أما المقصود بشراء العقار فهو شراء الحق العقارى ذاته كالملكية أما استئجار عقار بقصد إعادة تأجيره فلا يعتبر وارداً على عقار لأنه ينصب على المنفعة وهى منقول ، وتعتبر أيضاً عملا تجارياً .

والواقع أن القانون التجارى الجزائرى بنصوصه الراهنة لا يثير أدنى صعوبة للتفرقة بين العقار والمنقول ، حيث قد نص صراحة على اعتبار عملا تجارياً كل شراء للمنقولات والعقارات لإعادة بيعها ، حتى ولو وقعت منفردة ، وذلك على خلاف الحال فى القانونين المصرى واللبنانى كما سبق الإشارة .

الشرط الثالث

قصد البيع وتحقيق الربح

٤٦ — قصد البيع :

لا يعتبر شراء المنقول أو العقار عملا تجارياً إلا إذا تم بقصد البيع ، وعنصر القصد هنا عنصر هام ، فهو الذى يميز البيع التجارى عن البيع المدنى ، فإذا تم الشراء بقصد الاستهلاك أو الاستعمال الشخصى أو لأجل الاحتفاظ به كان مدنياً وليس تجارياً .

ويجب أن يتوفر قصد البيع وقت الشراء لكى تكون لهذا العمل الصفة التجارية ، ولا يكفى لذلك أن يتم البيع بعد الشراء طالما لم يثبت وجود القصد المذكور ، ولكن إذا ثبت قصد البيع عند الشراء اعتبر الشراء تجارياً ولو لم يتم البيع فعلا بعد ذلك .

فإذا اشترى شخص شيئاً لأجل بيعه ثم احتفظ به لأجل استعماله الخاص فتكون للشراء الصفة التجارية طالما توفر قصد البيع عند إبرامه ، كذلك تظل للشراء الصفة التجارية حتى إذا هلك الشىء أو تلف بعد شرائه وعلى العكس إذا اشترى شخص شيئاً لأجل استعماله الخاص ثم ارتأى بيعه فيكون عمل الشراء مدنياً لانتفاء قصد البيع عند حصوله .

وإثبات قصد البيع وقت الشراء مسألة واقعية تستقل فى تقديرها محاكم الموضوع ، ويتعين إثبات هذا القصد على من يدعى الصفة التجارية لعملية الشراء أو البيع ، ويجوز له هذا الإثبات بجميع الطرق بما فيها الشهادة والقرائن .

ويمكن استنتاج قصد البيع من الظروف التى لازمت عملية الشراء ، مثل كمية البضاعة المشتراة ونوعها وصفة المتعاقدين ، فاذا اشترى شخص كمية من البضاعة تفوق كثيراً حدود جاجته الخاصة فقد يشكل هذا قرينة على وجود قصد البيع عند الشراء ، وإذا كان المشترى تاجراً يحترف ذات صنف البضاعة المشتراة فتقوم قرينة هامة على أن شراء هذه البضاعة قد تم بقصد البيع .

٤٧ ــ قصد تحقيق الربح :

ويلزم أن يكون الشراء بنية المضاربة وتحقيق الربح ، وذلك بنية إعادة البيع ، إذ أن قصد المضاربة وتحقيق الربح ، يعد عنصراً جوهريا فى العمل التجارى ، ومتى توافرت نية المضاربة كان العمل تجاريا ، ولو لم يحصل البيع اللاحق لسبب ما ، ولو حصل البيع ولكن بخسارة ، كما لو كانت البضاعة معرضة للتلف فرأى صاحبها بيعها بأقل من سعرها ، أو يشترى التاجر السلعة لبيعها بسعر أقل من سعرها وقت الشراء من أجل الشهرة والدعاية واجتذاب العملاء .

ويعتبر مدنياً بسبب انتفاء قصد تحقيق الربح عمل الجمعيات التعاونية[1] ، أو النقابات أو أصحاب المصانع ، أو أصحاب المدارس الخاصة ، فى حالة شرائهم البضائع والمأكولات وبيعها على أعضاء هذه الجمعيات أو النقابات أو العمال والتلاميذ ، بسعر الشراء ، حتى تكون فى متناولهم دون عناء الأمر الذى يكون له أثر طيب على كفايتهم الإنتاجية ، أما إذا كانت

---

(١) قارن رأياً فى الفقه الفرنسى قال به الأستاذ اسكارا (الموجز رقم ١١٢) حيث يرى وجوب إعتبار أعمال الجمعيات والنقابات وما إلى ذلك ، أعمالا تجاريه دائماً لأنها فى حقيقتها مقاولات ولها كل مظاهر النشاط التجارى ، غير أن القضاء لم يوافقه على هذا الرأى .

هـذه الجهات لا تقتصر على البيع لأعضائها ، بل أخذت تبيع لغير الأعضاء بثمن السوق على نطاق واسع ، فيعتبر عملها تجارياً لتوفر عنصر المضاربة .

وخلاصة القول أن العبرة فى الحكم على وصف العمل هى بوقت وقوعه فمتى توافرت نية المضاربة وقت الشراء كان العمل تجارياً .

المطلب الثانى

العمليات المصرفية وعمليات الصرف والسمسرة أو الوساطة

٤٨ — نصت المادة الثانية فقرة ١٣ على أن يعد عملا تجارياً بحسب موضوعه كل عملية مصرفية أو عملية صرف أو سمسرة أو خاصة بالعمولة :

وقضت الفقرة ١٤ من ذات المادة باعتبار كل عملية توسط لشراء وبيع العقارات أو المحلات التجارية والقيم العقارية . عملا تجارياً بموضوعها : وهذه العمليات التى ذكرها المشرع ، تمثل وساطة فى تداول بعض الثروات ، ولم يشترط المشرع لاعتبارها أعمالا تجارية أن ترد فى نطاق مقاوله أى من خلال مشروع ، بل اعتبرها أعمالا تجارية ولو أتت بصورة منفردة . ونتناول بيان هذه العمليات تباعاً .

أولا : العمليات المصرفية

٤٩ — وهذه العمليات تقوم بها عادة المصارف (البنوك) ، وهى متعددة ، كفتح الحسابات الجارية ، واستلام الودائع النقدية من المدخرين لقاء فائدة معينة ، ثم تعيد إقراضها بفائدة أعلى ، سواء كان ذلك بضمان شخصى أو عينى أو بدون ضمان ، كما تقوم المصارف بتأجير الخزن الحديدية ، وبتحصيل قيمة الأوراق التجارية . والعمليات المتعلقة بالأسهم

والسندات المالية سواء بتأمين الاكتتاب بهذه الأسهم والسندات بتفويض من الشركات ذات الشأن أم بتحصيل قيمة القسائم أو الكوبونات العائدة لها ، أم أيضاً إجراء عمليات شراء أو بيع هذه الأوراق . وتتعدد العمليات المصرفية وتتطور تبعاً للتطور الاقتصادى والاجتماعى فهى لا تقف عند حد معين ، ولم يحدد القانون لها صوراً معينة .

وقد اعتبر المشرع الجزائرى جميع الأعمال المصرفية ، أعمالا تجارية إذ يتوفر فيها عنصر الوساطة فى تداول الثروات وعنصر المضاربة أى قصد تحقيق الربح ، الذى يتمثل عادة فى العمولة أو فى فائدة القرض التى تعود للمصرف ، ويظل عمل المصرف تجارياً حتى إذا اقترن بضمانات معينة كالتأمين العقارى مثلا ، إذ يعتبر التأمين تابعاً لعملية القرض التى هى العمل المصرفى الرئيسى .

غير أنه إذا كان الشخص الذى يتعامل مع المصرف غير تاجر (شخص مدنى) فيعتبر العمل مدنياً بالنسبة لهذا الشخص ، تجارياً بالنسبة للمصرف وهذا ما يتحقق عادة بالنسبة للودائع النقدية فى المصرف من قبل غير التاجر ، أو فتح الحساب الجارى ، أو فتح الاعتماد أو خصم الأوراق التجارية ، أو إجراء التحويل أو الصرف لمصلحة غير التاجر .

ويتضح من النص أن العمليات المصرفية تعتبر تجارية ولو وقعت منفردة غير أنه من الصعوبة بمكان أن تتم هذه العمليات بصورة منفردة ، نظراً لدقتها وتطلبها خبرات معينة ، والحقيقة أنه ولئن كان المشرع الجزائرى لم يشترط لاعتبار هذه الأعمال — أعمالا تجارية . أن ترد من خلال مشروع ، غير أن الملاحظ عملا أن القيام بالعمليات المصرفية ، يجرى عادة بطريق التكرار من قبل أشخاص أو مشروعات تحترف هذه الأعمال بطاقاتها وإمكانياتها المادية والبشرية .

ثانياً : عمليات الصرف

٥٠ — تقوم عمليات الصرف بمبادلة نقود وطنية بنقود أجنبية أو نقود ذهبية بنقود فضية ؛ وتتم هذه المبادلة إما بالتسليم المباشر ويسمى الصرف

المحلى ، وإما أن يكون تسليم النقود فى مكان واستلام نقود أخرى بقيمتها فى مكان آخر ، ويسمى الصرف المسحوب .

ويعتبر الصرف فى صورتيه (المحلى أو المسحوب) عملا تجارياً ولكن يشترط أن يحقق من يقوم بها ربحاً يتمثل إما فى عمولة أو نسبة معينة من المبلغ المحول مقابل إتمام عملية المبادلة ، أو بالاستفادة من فروق الأسعار بين العملات المختلفة بسبب اختلاف الزمان والمكان .

ولما كان الصرف يساهم فى تداول النقود ، فقد اعتبره القانون عملا تجارياً ولو وقع منفرداً ، وسواء قام به شخصاً طبيعياً أو مصرفاً طالما كان الصارف يهدف المضاربة وتحقيق الربح من قيامه بعملية الصرف .

أما إذا تمت عملية الصرف دون أن تتوافر نية المضاربة ، فلا يعتبر ذلك عملا تجارياً ، كما إذا أراد شخص قادم من فرنسا أن يتخلص من بعض الفرنكات الفرنسية فى مقابل دينارات جزائرية ، فأعطاها لشخص آخر يريد السفر إلى فرنسا بسعر السوق وبدون عمولة . أو إذا تبادل مصرى وجزائرى جنيهات مصرية بدينارات جزائرية لرغبة كل منهما فى القيام برحلة سياحية فى بلد الآخر . . . فإن الصرف فى هذه الحالة لا يكون عملا تجارياً بالنسبة لهما .

ثالثاً — عمليات السمسرة (الوساطة)

٥١ — قطع المشرع الجزائرى فى المادة الثانية من القانون التجارى باعتبار عمليات السمسرة عمليات تجارية بطبيعتها حتى ولو وقعت منفردة ، وسواء أكان الشخص القائم بها (السمسار) محترفاً أم غير محترف ، وسواء أكانت الصفقة التى يتوسط فى إبرامها مدنية أم تجارية .

والمقصود بالسمسرة هى الوساطة بين متعاقدين لإبرام صفقة معينة ، نظير حصول السمسار على نسبة مئوية من قيمة الصفقة مقابل جهوده فى التقريب بين وجهة نظر المتعاقدين ، ويقتصر عمل السمسار على هذه الجهود ، وينتهى عند انعقاد العقد ، ولا يتحمل السمسار أى مصروفات أو التزام ، ولا يضمن حصول التنفيذ من المتعاقدين أو أحدهما .

وإذا كان نص المادة الثانية فقرة ١٣ يقضى باعتبار كل عمل متعلق بالسمسره يعتبر عملا تجارياً بطبيعته ... ولذلك تكون السمسرة تجارية ، فى كل الأحوال ، سواء فى شراء العقارات أو المنقولات ، أو تقديم الخدمات .

إلا أن المشرع الجزائرى جاء فى الفقرة ١٤ من ذات المادة ، بتخصيص مؤداه اعتبار كل عملية وساطة لشراء وبيع العقارات أو المحلات التجارية والقيم العقارية ، أعمالا تجارية بطبيعتها . ومعنى ذلك أن عمليات الوساطة التى لا يكون موضوعها ، إحدى العمليات المنصوص عليها فى الفقرة ١٤ من المادة الثانية ، فإنها لا تعتبر عملا تجارياً . ، ولكنا لا نرى هذا التخصيص ، بل هو فيما نراه تأكيد من المشرع على العمليات الشائعة فى مجال السمسرة ، نظراً لطبيعتها ، حيث غالباً ما يتم بيع وشراء العقارات سواء الأراضى الزراعية أو المنازل ، أو المحلات التجارية . عن طريق الوسطاء الذين يقربون بين العرض والطلب للمتعاقدين .

وخلاصة القول أنه فى ظل أحكام القانون التجارى الجزائرى الحالى تعتبر السمسرة (الوساطة) عمل تجارى على الإطلاق سواء كان الشخص القائم بها (السمسار — أو الوسيط) محترفا أو غير محترف وسواء كان موضوع الوساطه صفقات مدنية أو تجارية . أما بالنسبة لأطراف الصفقة الذين تعاملوا مع السمسار ، فتتحدد طبيعتهم بحسب ما إذا كان لهم صفة التاجر أو غير التاجر . ، فإذا كان أحدهما أو كلاهما غير تاجر فلا يكون هناك محل لاعتبار عقد السمسرة تجارياً بالنسبة للطرف أو الأطراف المدنية . بل تطبق القواعد العامة فى القانون المدنى فى هذا الشأن .

المبحث الثانى

الأعمال التجارية على وجه المقاولة

٥٢ – معنى المقاولة فى مفهوم المادة الثانية :

عددت المادة الثانية من القانون التجارى الجزائرى الأعمال التى لا تكتسب الصفة التجارية إلا إذا وقعت على سبيل المقاولة ، والمقاولات التى اعتبرها المشرع الجزائرى تجارية هى :

– تأجير المنقولات أو العقارات .
– الإنتاج أو التحويل أو الإصلاح .
– البناء أو الحفر أو تمهيد الأرض .
– التوريد أو الخدمات .
– استغلال المناجم أو المناجم السطحية أو مقالع الحجارة أو منتجات الأرض الأخرى .
– استغلال النقل أو الانتقال .
– استغلال الملاهى العمومية أو الإنتاج الفكرى .
– التأمينات .
– استغلال المخازن العمومية.
– بيع السلع الجديدة بالمزاد العلنى بالجملة أو الأشياء المستعملة بالتجزئة .

وقبل أن نبدأ الحديث عن هذه المقاولات ، ينبغى ، تحديد معنى المقاولة فى مفهوم هذه المادة ، أو بمعنى آخر ، ما هى المقاولة التى تعتبر تجارية فى نظر القانون وما لا تعتبر ؟

لم يعرف المشرع التجارى الجزائرى المقاولة ، ولكن المشرع المدنى الجزائرى عرف المقاولة فى المادة ٥٤٩ مدنى بأنها عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدى عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر.

ونرى بادىء ذى بدء أن معنى المقاولة فى مفهوم المادة الثانية من القانون التجارى لا ينطبق على المعنى الوارد فى القانون المدنى الذى يعتبر المقاولة من العقود الواردة على العمل أساساً ، ويمثل العمل عنصراً جوهرياً فى عقد المقاولة ، الأمر الذى يؤدى إلى الخلط بين الحرف المدنية والمقاولات التجارية .

وجاءت كلمة المقاولة فى النص العربى للمادة الثانية ترجمة غير دقيقة لكلمة Entreprise ، وكنا نود أن يعبر المشرع عن ذلك بكلمة مشروع . ويعرف المشروع بأنه عبارة عن الوحدة الاقتصادية والقانونية التى تجتمع فيها العناصر البشرية والمادية للنشاط الإقتصادى أو بعبارة أخرى هو كل تنظيم يكون غرضه أن يزود الإنتاج أو التبادل أو التداول بالسلع أو الخدمات(١) .

من هذا التعريف يتضح أن فكرة المشروع تقوم على أساس افتراض القيام بالنشاط على وجه التكرار والاعتياد ، وقد يكون ممارسة المشروع لنشاطه من خلال الفرد ، وهو ما يطلق عليه المشروع الفردى ، وقد يشترك إثنان أو أكثر فى استغلال مشروع معين على هيئة شركة ويمنحها القانون الاستقلال القانونى ، فيكون لها ذمة مالية مستقلة وشخصية معنوية وقد يكون المشروع مملوكا للدولة . ويسمى حينئذ بالمشروع العام ، لمؤسسات التسيير الاشتراكى فى الجزائر ، وقد يكون مملوكا لأحد أفراد الشعب ويسمى بالمشروع الخاص .

٥٣ — وعلى ذلك فإن المقصود بالمقاولات التى عددتها المادة الثانية ، تلك المشروعات التى تتطلب قدراً من التنظيم لمباشرة الأنشطة الإقتصادية .

---

(١) انظر : — H. Truchy : Cours déconomie politique, p. 153
وأيضاً — Lyon-Caen et Renault : Traité de Droit Commercial: Vol. I No. 132.

وقارن تعريف القانون المدنى الإيطالى للمشروع فى المادة ٢٠٨٢ من خلال تعريفه لصاحب المشروع بأنه « كل شخص يباشر على وجه الاحتراف نشاطاً اقتصادياً منظماً بقصد إنتاج أو تبادل السلع أو الخدمات » وانظر تعليق ديسباكس على ذلك .

— M. Despax, L'entreprise et le droit No. 226.

سواء كانت صناعية أو تجارية أو زراعية أو خدمات ، وذلك بتضافر عناصر مادية (رأس المال) وبشرية (العمل) ، ويقتضى هذا التنظيم عنصرا الاحتراف والمضاربة ، وقد عرفنا أن عنصر الاحتراف يعنى ممارسة النشاط على وجه التكرار والاعتياد ، والمضاربة بالأموال بالشراء بقصد البيع بثمن أكثر ، وكذلك المضاربة على عمل الغير أى شراء عمل الغير لقاء أجر ثابت بقصد بيع ثمرة هذا العمل بثمن أكبر من الأجر وتحقيق الربح .

فإذا لم يتحقق فى النشاط عنصرى الاحتراف ، والمضاربة بالأموال وعلى عمل الغير ، فإنه لا يتخذ شكل المشروع (المقاولة حسب نص المادة الثانية) ، ويعتبر القائم بهذا النشاط حرفيا وليس تاجراً، ولا ينقص من ذلك شراء هذا الشخص المواد الأولية اللازمة لعمله بكميات ضئيلة كلما احتاج إليها أو استخدام صبية لتعليمهم أصول الحرفة ، كصانع الأحذية ، والخياط ، والحداد والبخار والكهربائى ، وكذلك فلا يغير من وصف الحرفى ، أن يستعين فى عمله ببعض الآلات التى يديرها بنفسه ، لأنه وإن كان يضارب على هذه الآلات ، فإنه لا يضارب على عمل الغير ولا يستخدم الآلة إلا كوسيلة لتقديم عمله الشخصى (١) .

---

(١) أنظر أكثم أمين الخولى — المرجع السابق صفحة ١٠٦ وما بعدها ، غير أن هذا الموضوع أى التفرقة بين الحرفى والتاجر ، ليس بالأمر السهل الهين ، بل أنه من الصعوبات التى تواجه التفرقة بين صاحب المشروع الفردى والحرفى . ، تباين ظروف الحالات التى تعرض على القضاء فى هـذا الشأن ، فمثلا الخياط الذى يضارب على القماش اللازم لصنع الملابس ويبيعه بثمن يزيد كثيراً من ثمن شرائه ، فقـد ذهب القضـاء (نقض فرنسى ١ مارس ١٩٤٦ إلى اعتباره تاجراً ، بينما ذهب قضاء آخر (نقض فرنسى ١٨ أكتوبر ١٩٥٤ دالوز — ٥٤ — ٧٥١) إلى القول بأن النقاش الذى لايشترى من المواد الأولية إلا ما يلزم لصناعته ولا يحصل على أرباح خاصة عن هذه المواد التى يدخل ثمنها ضمن أجره على عمله يعتبر حرفيا .

والحقيقة أن لكل حرفة ظروفها ، فمنها ما يكون شراء المواد وبيعها هو الغالب ، وبعضها يكون المضاربة على عمل الغير هو أساس تقديم الحرفة ، ومنها ما يكون العمل الشخصى للحرفى هو الأساس ولكن يقتضى الأمر شراء وبيع بعض الأدوات اللازمة . إلا أن القضاء يتجه إلى الأخذ بمعيار النشاط الغالب لتحديد طبيعة النشاط ، فإذا كان النشاط الغالب هو الشراء من أجل البيع أو المضاربة على عمل الغير ، ، اعتبر تجارياً ، أما إذا كان الغالب هو العمل الشخصى للحرفى وما الأشياء المشتراة إلا أموراً ثانوية ، ولكنها ضرورية لإنجاز العمل ، أعتبر القائم بالعمل حرفياً .

٥٤ — فإذا ثبت للنشاط صفته التجارية فإنه يخضع للنظام القانونى التجارى . وقبل أن ننتقل إلى عرض المشروعات (المقاولات) التى نصت عليها المادة الثانية من القانون التجارى ، ننوه إلى أن هذه المقاولات وردت فى القانون على سبيل المثال لا الحصر ، ولذلك فإنه يجوز للقضاء إضافة غيرها بطريق القياس أو الاجتهاد ، كلما ظهرت الحاجة إلى ذلك بسبب متغيرات الظروف الاجتماعية أو الاقتصادية ، تلك الظروف التى تعتبر من حتمية الحياة ذاتها وسنة تطورها .

المطلب الأول

تأجير المنقولات أو العقارات

٥٥ — اعتبرت المادة الثانية فقرة ثالثة ، تأجير المنقولات أو العقارات عملا تجارياً إذا حدثت على سبيل التكرار واتخذت شكلا منظما ، وذلك المقصود من تعبير المشرع الجزائرى بالمقاولة .

ويستوى أن يكون التأجير وارداً على منقولات ، كمن يقوم بتأجير مظلات الشمس على شاطىء البحر ، أو تأجير السيارات والدراجات للسائحين والمواطنين ، أو كان التأجير وارداً على عقارات كالمنازل لتأجيرها فنادق أو عقارات لتأجيرها لأغراض الطب كالمستشفيات الخاصة ، والتعليم كالمدارس الخاصة .

وقد أضفى المشرع على هذه الأعمال الصفة التجارية ، إذا تم ممارستها من خلال مشروع منظم يبغى المضاربة وتحقيق الربح من تأجير المنقولات

= وتحديد صفة الشخص القائم بالعمل، مسألة موضوعية تخضع لقاضى الموضوع حسبما يقدمه أطراف النزاع من أدلة ، غير أن القضاء مازال يجد صعوبة بالغة فى هذا المجال ، بل أن موطن هذه الصعوبة كان من الدوافع والحجج التى استند إليها القائلون بنظرية توحيد القانون الخاص : أنظر :

Wahel et Malache : Traité théorique et pratique de Droit Commercial égyptien mixte et indigène Comparé avec le Droit francais 1 vol. 1933. No. 17, 19.

والعقارات بعد أن تخصصت فئة كبيرة من الأفراد فى ممارسة هذا العمل وجنوا من ورائه الأرباح ، فأراد القانون حماية المتعاملين مع أصحاب هذه المشروعات الذين يقومون باستئجار المنقولات أو العقارات ، فأسبغ الطابع التجارى على الإلتزامات الناتجة عن الأعمال التى تزاولها هذه المشروعات ، بالنسبة لأصحابها ، حيث يعتبرون تجاراً ، فيخضعون لالتزامات التجار من حيث مسك الدفاتر التجارية والقيد فى السجل التجارى والخضوع لضرائب الأرباح التجارية والصناعية ، وتسمح للمتعاملين معها بإشهار إفلاس أصحابها إذا توقفوا عن دفع إلتزاماتهم .

المطلب الثانى

مقاولات الإنتاج أو التحويل أو الإصلاح

٥٦ — تنفى الفقرة الرابعة من المادة الثانية ، بأن يعتبر عملا تجارياً كل مقاولة للإنتاج أو التحويل أو الإصلاح ، الأمر الذى يتضح منه أن القانون الجزائرى اعتبر عملا تجارياً مشروعات إنتاج المواد أو تحويلها أو إصلاحها ، سواء كانت عمليات إنتاج المواد الأولية أو تحويلها إلى سلع قابلة لإشباع حاجات الأفراد كصناعة الملابس من الخيوط القطنية أو الحريرية أوالصوفية . أو صناعة الأثاث من الخشب ، أوسواء إنتاج المواد الخام وصناعتها كاستخراج الحديد والذهب وصناعة السيارات والسبائك والساعات وإصلاحها .

ويعتبر مشروع الإنتاج أو التحويل أو الإصلاح عملا تجارياً ، سواء كانت المواد المستعملة فيه قد سبق شراؤها أم كانت ملكاً للصانع منذ البداية أم كانت ملكاً للغير الذى فوض الصانع أمر تحويلها .

وبصياغة المشرع الجزائرى لهذا النص يكون قد قضى على التفرقة بين الصناعة والتجارة والزراعة فى هذا المجال حيث عدد صور النشاط ومراحله دون أن يخصص نوعيته ، فلم يقتصر النص على مراحل الإنتاج أو التحويل أو الإصلاح الصناعى دون التجارى أو الزراعى ، إنما ورد النص مطلقاً .

فيستوى أن يكون الإنتاج صناعياً أو زراعياً ، كمن يقوم بمشروع نشاطه استخراج الحديد وتحويله إلى آلات لبيعها ، أو زراعة ساحة واسعة من الأرض بقصب السكر ، وتحويله إلى سكر ؛ أو زراعتها بالزهور وتحويلها إلى مياه عطرية لبيعها فى الأسواق .

ولكن يشترط فى المشروع الذى يباشر نشاط الإنتاج أو التحويل أو الإصلاح ، أن يكون له من الوسائل المادية والبشرية اللازمة لممارسة هذا النشاط كاستخدام العمال والفنيين ، والمواد اللازمة للإنتاج طبقاً لطبيعته واحتياجاته ، واتخاذ مركز يتم مباشرة النشاط منه على وجه الاعتياد والتكرار وفضلا عن ذلك لا بد من قصد المضاربة وابتغاء تحقيق الربح من وراء ممارسة هذا النشاط .

٥٧ — وعلى ذلك فإن أعمال الحرفيين تخرج عن مفهوم هذا النص لأنه لا ينطبق عليها مقومات المشروع ، لأن الحرفى يقتصر على مباشرة حرفته بمفرده أو بمساعدة عدد من الصبية المتدرجين أو أفراد عائلته ، الأمر الذى يتضح منه أن عمل الحرفيين أقرب إلى بيع الإنتاج والمهارة الشخصية منه إلى المضاربة[1] ومثال هؤلاء الخياط ، والسباك ، والنجار ، والحلاق وغيرهم من أصحاب الحرف .

إلا أنه إذا عن لأحد من هؤلاء أن يمارس نشاطاً آخر يتعلق بحرفته بقصد المضاربة وتحقيق الربح ، فإنه فى هذه الحالة يعد تاجراً ونشاطه تجارياً ، كالحلاق ، الذى يشترى كميات كبيرة من أدوات الزينة والأصباغ وآلات الحلاقة ، ويعرضها للبيع ، ويباشر نشاط حرفته فى نفس الوقت ، وكذلك الخياط الذى يشترى كمية كبيرة من الأقمشة والمنسوجات ، ويبيعها بحالتها أو بعد تحويلها إلى ملابس جاهزة ، فإن الحرفيين فى مثل هذه الحالات يكونوا قد تجاوزوا نشاطهم الحرفى ، وانتقلوا إلى الميدان التجارى الأمر الذى يوجب إخضاعهم لنظامه القانونى .

---

(١) انظر محسن شفيق المرجع السابق صفحة ٧٦ .

المطلب الثالث

مقاولات البناء أو الحفر أو تمهيد الأرض

٥٨ ــ اعتبر المشرع مقاولات البناء أو الحفر أو تمهيد الأرض عملا تجارياً ، أياً كان نوع هذه الأشغال وأهميتها ، فيدخل فى نطاق ذلك إنشاء المبانى والطرق والجسور والأنفاق والمطارات ، وحفر الترع والقنوات وإنشاء السدود ومد خطوط السكك الحديدية ، كما تدخل فيها أعمال الهدم والترميم . وذلك ما يفهم من نص الفقرة الخامسة من المادة الثانية بقولها :

« كل مقاولة للبناء أو الحفر أو لتمهيد الأرض » ونصها بالفرنسية :

Toute entreprise de Construction,terrassement,nivellement .

وعلى ذلك ووفقاً لمدلول النص فإن من يتعهد بتقديم المواد اللازمة ، أو القوة البشرية اللازمة لتنفيذ إحدى العمليات المذكورة فى مجال البناء أو الحفر أو تمهيد الأرض على سبيل المقاولة (المشروع) فإن العمل يعتبر تجارياً ومن يباشره يعتبر تاجراً ، سواء كان القائم به مشروعاً فردياً يديره شخص طبيعى . أم مشروعاً جماعياً كشركة مقاولات ، وسواء كانت شركة من القطاع الخاص ، أو من القطاع العام .

ولكن يشترط لاكتساب المشروع الذى يمارس الأعمال المذكورة فى هذا النص (البناء أو الحفر أو تمهيد الأرض) ، أن يقوم الشخص القائم على المشروع بتقديم المواد والأدوات والآلات ، مضارباً بها بشرائها بكميات وفيرة وتخزينها فى مخازنه ، وتقديمها فى حالة تكليفه بالقيام بإحدى المقاولات ، ويجنى من وراء ذلك الأرباح الناتجة عن فرق الأسعار والعناصر الأخرى التى تؤدى إلى تحقيق الربح .

ولكن ما الحكم إذا اقتصر المقاول فى أعمال البناء على تقديم العمال دون الأدوات والمهمات . فهل يظل عمله تجارياً ؟ استقر الرأى فى الفقه

والقضاء على أن العمل فى هذه الحالة يعتبر تجارياً، لأن العمل — يمكن أن يكون محلا للمضاربة ، وليس فى ذلك ما يخالف النظام العام[1]

وشرط الاحتراف لثبوت الصفة التجارية للعمل الذى يقوم به المقاول ، واجب ، فالاحتراف هو الذى يضفى على العمل صفة المقاولة (المشروع) ، بالإضافة إلى قصد المضاربة وتحقيق الربح من المواد والآلات وقوة العمل المقدمة .

أما بالنسبة لعمل المكاتب الهندسية التى يقتصر عملها على المشورات الهندسية ووضع الرسوم المعمارية دون أن تواصل تنفيذها ، فإن عملها يعتبر مدنياً .

وتعتبر أعمال المقاولات العقارية المذكورة عملا تجارياً بالنسبة للمقاول الذى يحترف القيام بها ، ولكنها تعتبر عملا مدنيا بالنسبة لرب العمل ، إلا إذا كان رب العمل تاجراً فتعتبر بالنسبة له عملا تجارياً بالتبعية إذا كان موضوع المقاولة مرتبط بنشاطه التجارى ، كترميم محله التجارى مثلا ، أما إذا كانت لبناء منزل خاص له وأسرته فيظل العمل مدنياً بالنسبة إليه .

---

(١) أنظر محسن شفيق المرجع السابق صفحة ٨١ وأحكام القضاء التى أشار إليها — ونحن نرى أنه فى هذه الحالة ، تعتبر مقاولة توريد أنفار ولا شك فى اعتبارها عملا تجارياً . ومن الأحكام القضائية فى هذا الشأن حكم محكمة طنطا الكلية بتاريخ ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٩ — منشور فى المحاماه — ٢٠ — ٤٩٦ وقد تضمن أن « المقاول الذى يتعهد بتوريد الأنفار لأعمال حفر الترع وتطهيرها وإنشاء الجسور والكبارى ، يستحدث بواسطة عماله الذين يحضرهم مزودين بأدوات العمل لإجراء وتشييد المنشآت المطلوبة ، وهو فى عمله هذا يتجر بعمل الغير مدفوعاً بروح المضاربة التى هى قوام كل عمل تجارى .

أما إذا اقتصر المقاول على تقديم خبرته وفنه والإشراف على سير العمل فإنه لايقوم بعمل تجارى لأنه استغل مواهبه الشخصية ولم يضارب على شىء ، ويعتبر فى عمله هذا كذوى الأعمال الذهنية . أنظر ليون كان ورينو — ١ — ٢٧ — وأحكام القضاء الفرنسى المشار إليه ، وفى الفقه المصرى أنظر محسن شفيق المرجع السابق صفحة ٨١ .

المطلب الرابع

مقاولات التوريد أو الخدمات

٥٩ — اعتبر المشرع الجزائرى ، توريد الأشياء أو الخدمات الذى يتم عن طريق المقاولة ، عملا تجارياً .

ويقصد بعملية التوريد التعهد بتقديم سلع معينة أو خدمات إلى الغير بصورة دورية منتظمة خلال فترة معينة .

ومن أمثلة ذلك ، توريد الأغذية إلى المدارس أو المستشفيات والفنادق ، أو توريد الملابس إلى الجيش ، وتوريد الفحم والبترول إلى المصنع ، وتوريد الورق إلى الصحف .

ونص المشرع كذلك على اعتبار توريد الخدمات عملا تجارياً ، مثل ذلك استثمار الحمامات ، واستغلال المقاهى والفنادق والنوادى حيث تتولى توريد التسلية والراحة والخدمات إلى روادها مقابل مبلغ معين ، وكذلك عمليات دفن الموتى من تجهيز وخلافه إذ تتضمن توريداً لخدمات .

ويشترط لاعتبار التوريد عملا تجارياً أن يتكرر وقوعه بشكل منظم حتى يصدق عليه وصف المقاولة . وينطبق عليه وصف المشروع ، فإذا قدم شخص إلى جهة معينة بضاعة لمرة واحدة ؛ فلا تكتسب هذه العملية الصفة التجارية .

٦٠ — وقد ثار الخلاف حول ما إذا كان يجب لاعتبار التوريد عملا تجارياً ، أن يسبقه شراء أم أنه لا يشترط ذلك ، ويعد تجارياً ولو انصب على سلع من صنع أو إنتاج المورد نفسه .

والرأى الراجح هو أن التوريد يعتبر تجارياً ولو لم يسبقه شراء ، لأن المشرع الجزائرى ، قصد بإضفاء الصفة التجارية على **عملية التوريد** ، وهى

عملية تقديم المواد أو الخدمات بصورة دورية منتظمة أو مستمرة ، وأن يرد هذا التوريد عن طريق المشروع « المقاولة » .

وعلى ذلك يعتبر مشروع التوريد تجارياً ، حتى إذا انصب على محاصيل زراعية أو على أسماك مثلا يتم جنيها أو صيدها من المورد نفسه .

والسبب فى اعتبار المشرع عملية التوريد فى ذاتها عملا تجارياً ، سواء كان موضوع التوريد قد سبق شرائه أم لم يسبق ، أو كان محلها أشياء يصنعها المورد كالغاز أو الكهرباء أو يوصلها كالماء ، هو أن عملية التوريد لا تقتصر على عملية البيع إنما تتضمن المضاربة وتعرض المورد لتقلبات الأسعار ، قاصداً من وراء ذلك تحقيق الربح .

المطلب الخامس

مقاولات استغلال المناجم والمحاجر ومنتجات الأرض

٦١ — اعتبر المشرع الجزائرى بصريح النص ، عملا تجارياً ، كل مقاولة لاستغلال المناجم ، أو المناجم السطحية ، أو مقالع الحجارة أو منتجات الأرض الأخرى (المادة الثانية فقرة سابعة) .

مؤدى هذا النص أن المشرع الجزائرى اعتبر صور الاستغلال الأول للطبيعية ، إذا تم من خلال مقاولة تتسم بمقومات المشروع على النحو السابق ذكره — عملا تجارياً .

وفيما يلى تحليل للعمليات التى يتضمنها النص :

أولا : استغلال المناجم ، أو المناجم السطحية أو مقالع الحجارة «المحاجر» :

من صور هذا الاستغلال استخراج المعادن من باطن الأرض ، ومن سطحها ، كاستخراج البترول والحديد والفحم والفوسفات والزئبق وغيرها ، وقطع الرخام والأحجار من الجبال على سطح الأرض .

وقد قرر المشرع تجارية مشروعات هذه الاستغلالات ، سواء أكان القائم بها يمتلك مصدر الإنتاج — أى يمتلك أرض المنجم أو المحجر أو لا يملكه كصاحب حق الامتياز للاستغلال فترة معينة .

ولم يخصص المشرع الجزائرى ، أنواع معينة من العمليات التى أصبغها ، بالصبغة التجارية ، إنما أطلق الصفة التجارية على كل ما يتعلق بهذه الاستغلالات سواء عمليات الشراء اللازمة لهذه الاستغلالات ، سواء آلات للحفر أو مواد كيماوية للاستخراج أو ملابس وأدوات وقائية للعمال تحت الأرض . ومن باب أولى فتعتبر عمليات تحويل المنتجات أعمالا تجارية حتى ولو استقلت عن العملية الرئيسية وهى الاستخراج . كما فى حالة تهيئة الأحجار المقتطعة من المناجم السطحية ، وصنعها رخاماً لأعمال الزينة والبناء الفاخر ، بحيث تكون المجهودات التى بذلت فى مراحل التحويل تفوق المراحل الأولى للاستغلال ، وكذلك تعتبر تجارية تلك العمليات اللازمة لإنشاء مصنع يلحق باستغلال الغاز الطبيعى من بطن الأرض . وتعبئته فى أنابيب أسطوانية ؛ وتوريدها كمحروقات للمنازل والمصانع .

ثانياً — منتجات الأرض الأخرى :

تضمنت الفقرة السابعة من المادة الثانية . اعتبار استغلال منتجات الأرض الأخرى ، عملا تجارياً إذا تم مباشرته عن طريق المقاولة . وجاء النص عاماً . الأمر الذى يلزم معه بيان المقصود بهذه المنتجات .

ونرى فى ذلك أن كل استغلال للأرض وما عليها يدخل فى نطاق مفهوم هذه المادة ، سواء كان استغلال زراعى ؛ كمن يزرع مساحات كبيرة من الأرض بالقمح ويتعدى ذلك إلى طحنه وتعبئته وصنعه معجوناً

وبيعه ، أو كمن يزرع الأرض بقصب السكر ويقيم مصنعاً بها لصناعة السكر والكحول والمواد الأخرى المستخرجة من قصب السكر ، أو من يزرعها قطناً ويقيم مصنعاً لحلج القطن وغزله ونسجه . وليست هذه الصور وحدها ، إنما تمتد إلى كل ما يتعلق باستغلال مصادر الثروة الأرضية ، فاستغلال عين معدنية ، وتعبئة مياهها فى زجاجات لبيعها ، يعتبر عملا تجارياً ، وإذا قام مستغل العين المعدنية ، بإقامة فندق ومطعم لإقامة القادمين للاستفادة من المياه المعدنية والاستشفاء يعتبر عملا تجارياً ، وكل ما يتعلق بهذا العمل من عمليات كتوريد الأغذية لهذا الفندق أو شراء الزجاجات الفارغة لتعبئتها وإعادة بيعها وما إلى ذلك ، وأيضاً استغلال بحيرة فى تربية الأسماك وصيدها وتوريدها إلى المستهلكين بصفة منتظمة أو إنشاء مصنع لتجفيفها وحفظها وبيعها . كل ذلك يعتبر من قبيل استغلال منتجات الأرض الأخرى .

٦٢ ــ خلاصة القول أن المشرع الجزائرى ، حسم بهذا النص الخلاف الفقهى الذى كان يدور حول مدى اعتبار هذا النوع من الاستغلالات عملا تجارياً ، وذلك بعد التطورات الكبيرة فى ميدان الإنتاج الزراعى والتحول الكبير فى الميكنة والآلات والتكامل الزراعى والصناعى ، الأمر الذى لم يعد متفقاً مع الاستغلال الزراعى الصغير الذى يقوم على العمل الشخصى للمزارع وعائلته الذى كان يدار عادة بطرق بدائية ، وعلى الرغم من أن بعض عمليات الشراء تتم فى نطاق الأعمال الزراعية ، كشراء البذور أو السماد وشراء أو استئجار الأرض الزراعية ، إلا أن المستقر عليه اعتبار جميع هذه الأعمال مدنية ، لعدم توافر قصد المضاربة فيها .

وعلى ذلك فإن كل استغلال للمناجم أو المحاجر ، وكافة ثروات الأرض يعتبر عملا تجارياً ، إذا تم مباشرته عن طريق مشروع منتظم ، سواء كان القائم على هذا المشروع شخصاً طبيعياً أو شركة تابعة للقطاع العام أو الخاص . حيث أن نص القانون قصد بتجارية الاستغلال فى حد ذاته ؛

المطلب السادس

مقاولات استغلال النقل

٦٣ – يعد تجارياً بنص القانون مقاولات إستغلال النقل أو الانتقال : (المادة الثانية فقرة ثامنة) . ويقصد بالنقل ، نقل البضائع أو الحيوانات ، ويقصد بالانتقال ، انتقال الإنسان بوسائل النقل المختلفة .

وينطبق هذا النص على جميع صور النقل سواء تم بطريق البر أم البحر ، أم النهر أم الجو ، وأيا كانت وسيلة النقل ، سواء حصل بطريق السيارات أم القطارات أم البواخر أم الطائرات .

ولكن لابد لكى تعتبر مباشرة النقل عملية تجارية ، أن تتم من خلال مشروع ، أو عمليات النقل المنفردة فلا تعد تجارية ، كما لك السيارة الأجرة التى يقودها بنفسه ، أو من يقوم بنقل البضائع بنفسه (الحمال) فهؤلاء حرفيين لا يتحقق فى شأنهم عنصر المضاربة على عمل الغير ، ولا يتوافر فى نشاطهم عناصر المقاولة (المشروع) .

ويعتبر مشروع النقل عملا تجارياً أياً كانت صفة القائم به سواء كان فرداً أم شركة تابعة للقطاع العام أو الخاص .

على أن مقاولة النقل تعتبر تجارية دائماً بالنسبة إلى الناقل وحده أياً كانت صفته ، أما بالنسبة للمسافر أو صاحب البضاعة ، فيتحدد طبيعة العمل حسب صفة هذا الأخير ، فإن كان مديناً اعتبرت عملية النقل بالنسبة إليه مدنية ، وإن كان تاجراً وكان النقل متعلق بتجارته اعتبرت العملية تجارية بالتبعية .

المطلب السابع

مقاولات استغلال الملاهى العمومية أو الإنتاج الفكرى

---

٦٤ ــ تعتبر المادة الثانية فقرة تاسعة كل مقاولة لاستغلال الملاهى العمومية أو الإنتاج الفكرى عملا تجارياً .

أولا : الملاهى العمومية :

لم يعرف النص المقصود بالملاهى العمومية، ولكن يتضح المقصود بالملاهى من تطبيقات القضاء واجتهاد الفقه ، بأنها تلك الأماكن التى تهدف إلى تقديم التسلية والترفيه للجمهور مقابل أجر ، كالمسارح ودور السينما والموسيقى ومدن الملاهى والألعاب الرياضية وسباق الخيل والمعارض العامة .

وكان تدخل المشرع بإضفاء الصفة التجارية على هذه الأنشطة ، بعد أن تدخل الوسطاء فى ميدان هذا العمل ، ولم يعد المؤلف أو الفنان هو الذى يقدم فنه بمجهوده ووسائله الخاصة وحده . ، إنما أصبح القائمون على أمر هذه الملاهى أشخاصاً لايقومون أى نصيب من العمل الفنى إنما يقومون بشراء الإنتاج الفنى وحق العرض من المؤلفين وأصحاب الحقوق الأدبية ، ويستأجرون الأماكن المناسبة لدور العرض ، ويشترون كل ما يلزم لتقديم التسلية والترفيه ، بما يحقق لهم أكبر قدر من الأرباح .

ويشترط لاعتبار هذا العمل تجارياً أن يرد على شكل مشروع (مقاولة). أن العمل بصورة منفردة ، فلا يعتبر تجارياً ، أى لابد أن يكون العمل على سبيل الاحتراف ، أما القيام بحفلة أو عدة حفلات عارضة فلا يعد تجارياً فى ذاته حتى ولو حققت أرباحاً ، كما لو تم إقامة مباراة رياضية ، لتكريم رياضى كبير عزم على اعتزال الرياضة ، أو تقديم مسرحية بسبب مناسبة أعياد وطنية أو قومية أو حفل أقيم بهدف التبرع بدخله لوجوه البر للإنفاق

على الفقراء أو المرضى ويلزم أن يكون مشروع استغلال الملهى العام بقصد المضاربة وتحقيق الربح فإذا انتفى عنصر المضاربة فقد العرض صفته التجارية، كما هو الشأن فى فرق التمثيل فى المدارس والجامعات . أو تلك الدور التى تنشئها الدولة على نفقتها لعرض المسرحيات القومية والوطنية ، للتقدم بأسباب للثقافة فى الوطن ويكون غرضها أسمى من تحقيق الربح .

وكذلك فإن عنصر المضاربة يتخلف فى حالة ما إذا قدم الفنان فنه إلى الجمهور مباشرة ، كما إذا قام مطرب بإحياء حفلة عرس مقابل أجر فإن عمله هذا لايعتبر تجارياً لأنه يستغل مواهبه الشخصية[1] ، وقياسا على ذلك، فإن الأمر لايتغير ويظل العمل مدنيا فى حالة ما اشترك أعضاء فرقه وقدم كل منهم فنه إلى الجمهور ، كالمطرب وعازف البيانو والكمان واقتسموا الأجور فيما بينهم . إلا أن الوضع يتغير لو قام أحد أعضاء الفرقة الموسيقية بتأجير مسرح وشراء أثاث واستأجر فنانين آخرين واشترك معهم فى تقديم العرض . فإن العمل فى هذه الحالة يعتبر تجارياً .

فإذا توافرت مقومات المشروع فى استغلال الملهى ، اكتسب الصفة التجارية ، وتمتد هذه الصفة إلى جميع العقود التى يجريها القائم على المشروع مع الغير لحاجة المشروع ، كالتعاقد الذى يقوم به مع الممثلين والمطربين والمستخدمين ، وعقد إيجار صالة العرض ، والعقد الذى يجريه مع المؤلف أو المنتج ، أما بالنسبة للطرف الآخر فى العقد أى الممثل أو المنتج أو المطرب أو غيرهم ، فتكون للعقد الصفة المدنية .

ثانياً : مقاولات استغلال الإنتاج الفكرى :

وقد اعتبر كذلك القانون التجارى الجزائرى استغلال الإنتاج الفكرى عملا تجارياً إذا تم على سبيل المشروع (المقاولة) والمقصود باستغلال الإنتاج الفكرى ، أن يقوم ناشر بشراء حقوق المؤلف فى إنتاجه الأدبى أو الفنى أو العلمى لأجل نشره وبيعه وتحقيق الربح من وراء ذلك ، وهذا بخلاف الاستغلال المباشر للإنتاج الفكرى الذى يتمثل فى استغلال الشخص

---

(١) نقض مصرى ٧ ديسمبر سنة ١٩٥٠ المحاماة السنة ٣١ صفحة ٩٧٤ .

نفسه لملكاته العلمية أو الأدبية أو الفنية ، كأن يقوم أديب بنشر مؤلفه الأدبى ، أو عالم بعرض إنتاجه العلمى أو فنان أو رسام بإبراز مواهبه فى صورة ملموسة للجماهير ، وكل حالات الاستغلال المباشر ، لاتعتبر تجارية دون منازع ، لاتصال جوهر هذا العمل بشخص المؤلف أو الفنان ، فضلا عن أن المضاربة ليست هى أساس عمل الفنان .

أما الشخص الذى يتوسط بين المؤلف أو الفنان والجمهور فى تداول الأفكار ونشر الإنتاج العلمى أو الأدبى . ، فيعتبر عمله تجارياً إذا اتخذ شكل المشروع ، بأن يشترى أصول المؤلفات من المؤلفين ، ويتولى طبعها وإخراجها فى مطابعه أو مطابع غيره وينشرها فى مكتبته أو عن طريق ناشرين آخرين ، وذلك على الوجه الذى يصدق عليه وصف المضاربة وقصد تحقيق الربح .

وينطبق ما تقدم على نشر الإنتاج الفنى الذى يصدر فى شكل أسطوانات أو أفلام تليفزيونية أو سينمائية أو غيرها .

أما إصدار المجلات والجرائد فتعتبر عملا تجارياً عندما يقوم صاحب الجريدة أو المجلة بشراء المقالات والأخبار من المحررين ووكالات الإعلام لأجل نشرها وبيعها من أجل تحقيق الربح .

أما المجلات التى تصدر لنشر الثقافة والمعرفة لفئة معينة كالمجلات الطلابية التى تصدر فى المدارس والجامعات أو اتحادات الطلاب فلا تعتبر عملا تجارياً لأنها لاتهدف إلى تحقيق الربح .

المطلب الثامن

مقاولات التأمينات

٦٥ — يعرف التأمين بأنه عملية بمقتضاها يحصل أحد الأطراف (المستأمن) لصالحه أو لصالح الغير حالة تحقق خطر ما على أداء من طرف آخر (المؤمن)

الذى يأخذ على عاتقه مجموعة من الأخطار يقوم بالمقاصة بينها وفقاً لقوانين الإحصاء . مقابل أداء من المستأمن هو القسط .

ففكرة التأمين تقوم على أساس توزيع الخسائر التى يصاب بها البعض نتيجة تحقق خطر معين ، كخطر الوفاة أو المرض أو الحوادث أو الحريق ، وغير ذلك ، وتوزيع نتائجه على الجماعة ، فتهون وتصبح سهلة الاحتمال ضئيلة الأثر .

وينظم هذه العملية الفنية (التأمين) مشروع له مقوماته وإمكانياته الفنية والمادية والبشرية .

وقد اعتبر المشرع الجزائرى مشروع « مقاولة » التأمينات – عملا تجارياً . بنص الفقرة العاشرة من المادة الثانية . ، ولم يفرق النص أو يخصص أنواعاً معينة من التأمين ، وعلى ذلك فإن كل مشروع « مقاولة » يباشر نشاط التأمين فى الجزائر ، تعتبر تجارية . سواء كان التأمين برياً أو بحرياً أوجوياً وأياً كان نوع التأمين وطريقة ونظام الأقساط ، وطبيعة الخطر المؤمن منه ، فيستوى أن يكون التأمين ضد خطر الإصابات أو الحريق أو الحوادث أو السرقة أو غير ذلك .

٦٦ – أما التأمين التعاونى ومؤداه أن يتفق جماعة من الأشخاص يتعرضون لأخطار متماثلة ، كالزراع الذين يتعرضون لآفات فى مواسم معينة تقضى على محصولاتهم أو أمراض معينة تهدد حيواناتهم فيتفقون على تكوين جمعية فيما بينهم للتأمين من الأخطار التى تهددهم نظير اشتراكات يدفعونها ، تكون هى بمثابة التعويض عن الخطر الذى يحيق بأحدهم .

وعدم اعتبار التأمين التعاونى تجارياً بسبب عدم وجود وساطة بين المؤمن والمؤمن لهم ، كما أن قصد المضاربة وتحقيق الربح ينتفى .

٦٧ – كذلك الأمر بالنسبة للتأمين الاجتماعى الذى تفرضه الدول جبراً أو اختياراً لبعض فئات قوى العمل المنتجة لحمايتها وفقاً لظروفها السياسية والاجتماعية والاقتصادية ، حيث أنه نظام تسن الدولة قانونه من أجل حماية

كل من كان مصدر دخله العمل ، يمول عن طريق اشتراكات تقع على عاتق الجماعة (الدولة — المنشأة — المؤمن عليهم) طبقاً للنسب التى يحددها القانون ، من الأخطار التى تهدد هذا المصدر بصفة مؤقتة أو دائمة ، جزئية أو كلية ، وذلك بتقديم الوسائل الوقائية والعلاجية والعينية والنقدية ، بالقدر الذى يمكن إعادته إلى الحالة التى كان عليها قبل تحقق الخطر أو تأهيله بقدر ما تبقى له من قدرات أو تقديم دخلا له أو المستحقين عنه من بعد وفاته ، يقيهم شر الحاجة (١).

والتأمين الإجتماعى لايعتبر عملا تجارياً حتى ولو تم عن طريق مقاولة ، أو مشروع منظم ، وهذا هو الواقع عملا ، ذلك لأن الذى يتولى إدارة التأمين الاجتماعى ، الحكومة مباشرة أو تقوم به هيئة عامة أو خاصة ، يخولها المشرع بعض سلطات أو وسائل القانون العام بالقدر الذى يمكنها من تنفيذه .

وسبب انتفاء الصفة التجارية عن مشروعات التأمين الإجتماعى ، أنها لاتهدف إلى الربح ولانقصد المضاربة ، فضلا عن اختلاف الأسس الفنية للخطر فى التأمين الإجتماعى عنه فى التأمين الخاص (البرى والبحرى وغيرهما) ، فلايوجد فى التأمين الاجتماعى انتقاء للمخاطر ولايوجد فيه مقاصة بينها وفقاً لقوانين الإحصاء ، بل إن المشرع هو الذى يحدد الخطر الذى اعتبره اجتماعياً ثم هو أيضاً الذى يقدر المبالغ التى تدفع عند تحقق هذا الخطر مراعياً فى ذلك اعتبارات لاشأن لها بفن التأمين وتجاريته(٢) .

وكذلك فإذا كان التأمين التجاري التى تقوم به شركات التأمين ، يمكن أن يغطى الأخطار فى معظم ميادين العمل ، غير أنه عملا لاتقبل شركات التأمين تغطية أى خطر(٣) إلا إذا تأكدت بعد دراستها الفنية

---

(١) انظر رسالة المؤلف « الخطر فى تأمين إصابات العمل — دراسة مقارنة القاهرة — ١٩٧٦ صفحة ٦٧ فقرة ٥٣ .

(٢) انظر رسالة المؤلف السابق الإشارة إليها فقرة ٨٠ صفحة ٩١

(٣) انظر رسالة :

Maxime Déroubléde : Assurance Contre l'incendie, Etude Comparée des Systèmes d'assurances publiques et des Systémes d'assurances privées, paris 1899 De la selection des risques p. 117 ets. & de la classification des risques, p. 120 ets.

والدقيقة له أنه سيعود بالربح عليها [١] . ذلك أنه وفقاً للأسس الفنية التى يقوم عليها التأمين الخاص ، يجب أن يعرف المؤمن بكل دقة حدود ونطاق الالتزام الذى سيأخذه على عاتقه ، وهو الخطر الذى يهدف التأمين إلى ضمان آثاره ، ولكى يتحدد الخطر على هذا الوجه ، لابد أن يعرف المؤمن قبل التعاقد ، كل الظروف الهامة التى يمكن أن تكون مؤثرة فيه ، إما لأنها قد تسبب تحققه ، وإما لأنها قد تؤدى إلى تفاقم آثاره ، ودون هذا التحديد سيكون من المتعذر بل من المستحيل أحياناً أن يأخذ المؤمن فكرة حقيقية عنه وسيتعذر عليه بالتالى أن يقدر القسط الذى يطلبه كمقابل لضمان هذا الخطر [٢] .

٦٨ — والخلاصة أنه فيما عدا التأمين التعاونى والتأمين الإجتماعى ، تعتبر مقاولات التأمينات الأخرى ، أعمالا تجارية . ويعتبر العمل تجارياً دائماً بالنسبة للمؤمن (أى شركة التأمين) أما بالنسبة للمؤمن عليه فيعتبر العمل مدنياً ، ما لم يكن هذا الأخير (المؤمن عليه) تاجراً وقد قام بالتأمين لحاجة تجارته ، كالتأمين على البضاعة من السرقة أو خطر الحريق ، فيأخذ التأمين فى هذه الحالة الصفة التجارية بالتبعية .

---

(١) السنهورى — الوسيط — الجزء السابع — عقد التأمين فقرات من ٦٠٥ إلى ٦٠٨ ، وانظر أيضاً فى هذا الخصوص عبد الودود يحيى مؤلفه فى التأمين على الحياة صفحة ٢٦ .

(٢) انظر عبد الودود يحيى ، الالتزام بإعلان الخطر فى التأمين — دراسة مقارنة فى القانونين الألمانى والفرنسى . القاهرة ١٩٦٣

المطلب التاسع

مقاولات استغلال المخازن العمومية

٦٩ ــ اعتبر القانون الجزائرى مقاولة استغلال المخازن العمومية ، عملا تجارياً نظراً لارتباطه الوثيق بالحياة التجارية التى تعتبر من دعائمها الأساسية ، والمخازن العمومية ، عبارة عن محلات واسعة يودع فيها التجار بضائعهم لقاء أجر بانتظار بيعها أو سحبها عند الحاجة ، ويعطى صاحب البضاعة إيصالا بها يسمى سند التخزين وهو صك يمثل البضاعة ويمكن عن طريق تحويله إلى الغير بيع هذه البضاعة أو رهنها دون نقلها .

وتلحق بالمخزن العمومى عادة صالة لبيع البضاعة بالمزاد فى حالة عدم وفاء صاحبها بالدين الذى تضمنه فى موعد الاستحقاق ، وقد يعتبر استثمار الصالة هذه فى عمليات البيع بالمزاد لقاء أجر عملا تجارياً ، إذ يقوم المستثمر بالوساطة بين عارضى البضاعة للبيع والراغبين فى الشراء هادفاً فى عمله إلى تحقيق ربح له يتمثل عادة بنسبة مئوية من ثمن المبيع .

ولا يشترط لاكتساب مشروع المخازن العامة الصفة التجارية أن يشتمل هذا المشروع على استثمار عدة مخازن بل يكفى على اشتماله على مخزن واحد ، رغم ورود العبارة فى النص بصيغة الجمع ، شرط أن يكون هذا المخزن على جانب من السعة والتنظيم بحيث يلبى حاجات العملاء ويستوى فى ذلك أن يكون المخزن العام ملكاً لمستثمره أو مستأجره .

المطلب العاشر

مقاولات بيع السلع الجديدة بالمزاد العلنى بالجملة

أو الأشياء المستعملة بالتجزئة

٧٠ — رأى المشرع الجزائرى حماية جمهور المتعاملين مع محلات بيع السلع الجديدة بالمزاد العلنى بالجملة أو الأشياء المستعملة بالتجزئة ، فأخضعهم للأحكام التى يخضع لها التجار ، حتى ولو كانت البيوع التى تتم فيها مدنية .

ويشترط القانون لاعتبار عمليات البيع بالمزاد العلنى — تجارية — أن ترد على شكل مشروع أى تكرار القيام بها على وجه متصل معتاد وعلى وجه الاحتراف .

والمقصود بالبيع بالمزاد كل بيع يستطيع أى شخص حضوره حتى ولو اقتصر المزاد على طائفة معينة من الأشخاص ويتم لمن يقدم أعلى ثمن(١) .

ونظراً لظروف هذا البيع غير الطبيعية ، وما يتسم به من إغراءات وترويج للبضائع ، الأمر الذى قد يؤدى بالإضرار بجمهور المتعاملين ، رأى المشرع إضفاء الصفة التجارية عليه حتى يخضع البائع فيه إلى أحكام القانون التجارى الصارمة ، وأهمها الخضوع لنظام الإفلاس ، على أن المشترى بالمزاد يظل العمل بالنسبة له مدنياً ، إلا إذا كان تاجراً ويشترى بالمزاد بالجملة لأجل البيع بالتجزئة ، فتعتبر عمليـــة الشراء بالنسبة له تجارية .

---

(١) مصطفى كمال طه المرجع السابق فقرة ٦٠ صفحة ٧٧

الفرع الثانى

الأعمال التجارية

بحسب الشكل

---

٧١ — نص قانونى :

تنص المادة الثالثة من القانون التجارى الجزائرى على أن ، يعد عملا تجارياً بحسب شكله :

— التعامل بالسفتجة بين كل الأشخاص .

— الشركات التجارية .

— وكالات ومكاتب الأعمال مهما كان هدفها .

— العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية .

— كل عقد تجارى يتعلق بالتجارة البحرية والجوية .

يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائرى أصبغ الصفة التجارية ليس فقط على الأعمال التجارية حسب موضوعها وهى التى تقدم بحثها ، بل أيضاً على بعض الأعمال التى تتخذ شكلا معيناً .

وبذلك يكون القانون الجزائرى قـد أخذ بالمعيارين الموضوعى والشكلى ، وسنتناول فيما يلى بيان الأعمال التى اعتبرها القانون تجارية بحسب الشكل .

المبحث الأول

التعامل بالسفتجة

٧٢ — السفتجة عبارة عن أمر مكتوب من شخص يسمى الساحب إلى شخص يسمى المسحوب عليه ، يأمره بدفع مبلغ معين فى تاريخ محدد لإذن أو تحت أمر شخص ثالث يسمى المستفيد .

وقد نص القانون التجارى الجزائرى فى المادة ٣٨٩ على أن تعتبر السفتجة عملا تجارياً مهما كان أشخاص المتعاملين بها ، وأوجبت المادة ٣٩٠ من ذات القانون على البيانات التى يجب أن تتضمنها السفتجة وهى :

١ — تسمية « سفتجة » فى متن السند نفسه وباللغة المستعملة فى تحريره .

٢ — أمر غير معلق على قيد أو شرط بدفع مبلغ معين .

٣ — اسم من يجب عليه الدفع (المسحوب عليه) .

٤ — تاريخ الاستحقاق .

٥ — المكان الذى يجب فيه الدفع .

٦ — اسم من يجب الدفع له أو لأمره .

٧ — بيان تاريخ إنشاء السفتجة ومكانة .

٨ — توقيع من أصدر السفتجة (الساحب) .

ويتضح من هذا النص أن السفتجة لها صورة أو شكل معين ، يتكون من البيانات المذكورة ، ويترتب على فقدان أحد عناصرها الصفة التجارية للورقة وتعتبر عندئذ سنداً عادياً .

وعلى ذلك فإن نظام السفتجة يتطلب وجود ثلاثة أشخاص :

الأول : **الساحب :**

وهو الشخص الذى يحرر الأمر ويوقع عليه ويتضمن المحرر أمراً صادراً من الساحب إلى شخص آخر يكلفه فيه بالوفاء فى تاريخ معين أو قابل للتعيين بمبلغ من النقود .

الثانى : **المسحوب عليه :**

وهو الشخص الذى يصدر إليه الأمر من الساحب والأصل أن الإنسان لا يكلف الغير بالوفاء أو القيام بعمل إلا إذا كان ذلك يستند إلى علاقة بين الآمر والمأمور تبرر إصدار هذا الأمر .

والغالب أن يكون الساحب دائناً للمسحوب عليه بمبلغ من النقود مستحق الوفاء فى ميعاد الاستحقاق المذكور فى السفتجة وهو ما يطلق عليه مقابل الوفاء ، ويترتب على حصول الوفاء من المسحوب عليه انقضاء علاقة المديونية التى بينه وبين الساحب .

الثالث : **المستفيد :**

وهو الشخص الذى يتلقى الوفاء من المسحوب عليه .

٧٣ — والسفتجة أداة إئتمان ، من أهم صفاتها التداول من حامل إلى آخر بالتظهير أو بالتسليم ، حتى تقدم للمسحوب عليه لقبولها ثم وفائها .

وكان التعامل بالسفتجة فى بادئ الأمر بين التجار ولكن استعمالها شاع بين غير التجار ، لذلك اعتبر المشرع التعامل بالسفتجة عملا تجارياً أياً كان أو لو الشأن فيها وذلك من أجل رغبته فى توحيد النظام القانونى الذى يحكم الدين الثابت فيها وبذلك يطمئن المتعاملون بها إلى حماية حقوقهم بسبب الضمانات التى يقررها القانون للمتعاملين بها ، ولذلك كان لابد من النظر إلى شكل الورقة وتقرير نظام واحد يحكم الدين الثابت بها أياً كانت طبيعته الأصلية . (١)

---

(١) على جمال الدين عوض — الوجيز فى القانون التجارى — صفحة ٤١ .

٧٤ — وتقريراً لنص المشرع على تجارية التعامل بالسفتجة أياً كانت صفة هؤلاء الأشخاص ، وأياً كانت طبيعة التعامل ، فإن جميع الالتزامات التى تنشأ عن السفتجة أو تداولها أو قبولها أو وفائها ، تعتبر التزامات تجارية .

ومؤدى ذلك إذا سحب مزارع ، سفتجة على شخص مدنى يكلفه فيها بالوفاء فى تاريخ معين بمبلغ من النقود مقابل قمح كان قد أخذه منه ، فإن العملية هنا تعتبر تجارية ، على الرغم من أنها وقعت بمناسبة دين مدنى ورغم أن المزارع ليس له صفة التاجر . وكذلك لو سحب طبيب أو محام ، سفتجة على مريض ، أو شخص تم الدفاع عنه فى نزاع أو قضية يكلفه فيها بالوفاء فى تاريخ معين بمبلغ من النقود مقابل الأتعاب ، كانت هذه السفتجة عملا تجارياً ، ولو أن الطبيب والمحامى من الأشخاص المدنيين وطبيعة عملهما مدنى بطبعه .

خلاصة القول ، أن كل ما يتعلق بالسفتجة ، يعتبر عملا تجارياً ، سواء كان الالتزام مدنياً أو تجارياً وأياً كانت صفة الموقعين عليها ، سواء كانوا مظهرين أو راهنين أو ضامنين .

٧٥ — غير أن المشرع الجزائرى أورد فى المادة ٣٩٣ تجارى استثناء على هذه القاعدة بقوله : « إن السفتجة التى توقع من القصر الذين ليسوا تجاراً تكون باطلة بالنسبة لهم بدون أن ينال ذلك من الحقوق التى يختص بها كل من الطرفين بمقتضى المادة ١٩١ من القانون المدنى » .

والاستثناء الوارد فى هذه المادة ، قصد به حماية القصر من قواعد القانون التجارى الصارمة وبخاصة نظام الإفلاس الذى يترتب عليه جزاءات جنائية فضلا عن الجزاءات المدنية والاجراءات القانونية القاسية ، وعلى ذلك فإن السفاتج التى توقع من العقد غير المأذون لهم بالتجارة ، وهم من لم يبلغوا الثامنة عشرة من عمرهم أو بلغوها دون أن يؤذن لهم بمباشرة التجارة طبقاً للقانون ، لا تكتسب الصفة التجارية ، وإن كان يمكن اعتبارها سنداً عادياً ، يحكمه وسائل التنفيذ المدنية . (المادة ١٩١ وما بعدها من القانون المدنى الجزائرى) .

المبحث الثّانى

+ الشركات التجارية

٧٦ — نص القانون التجارى الجزائرى فى المادة الثالثة فقرة ثانية على اعتبار الشركات التجارية عملا تجارياً بحسب الشكل .

ويقصد بالشركة فى معنى عام بأنها المشروع الاقتصادى الذى يقوم على استغلاله أكثر من شخص ، وهو بهذا المعنى يقابل المشروع الفردى الذى ينفرد بإدارته واستغلاله فرد واحد .

وتقوم الشركة بدور اقتصادى هام لأنها تقوى على الأغراض التى يعجز الأفراد متفرقين عن تنفيذها لما تتطلبه من أموال كثيرة وجهود طويلة وما يحوطها من مخاطر قد تصد الأفراد عن القيام بها ولكنهم بتضامنهم وضم جهودهم وأموالهم يصبحون قوة تستطيع تحقيق الهدف المنشود .

والمقصود بالشركات فى مفهوم هذه المادة ، هى الشركات التجارية دون الشركات المدنية .

وقد حددت المادة ٥٤٤ من القانون التجارى ، تجارية الشركات ، حيث نصت على أن يحدد الطابع التجارى لشركة أما بشكلها أو بموضوعها ، وتعد شركات بسبب شكلها مهما كان موضوعها ، شركات المساهمة ، والشركات ذات المسئولية المحدودة ، وشركات التضامن .

من ذلك يتضح أن المشرع الجزائرى توسع إلى حد بعيد فى تجارية الشركات لمجرد شكلها وأياً كان موضوع نشاطها ، وهكذا فإنه فى ظل هذا القانون ، تكون شركة تجارية ، كل شركة تتخذ أحد الأشكال السابقة ولو كان موضوعها من طبيعة مدنية ، كالزراعة والتعليم ، الأمر الذى يتضح منه ضعف أهمية موضوع نشاط الشركة كمناط لتجاريتها وأصبح لهذا العنصر دور ثانوى بحت ، حقيقة وإن كان نص المادة ٥٤٤ يوحى بأنه يمكن اعتبار الشركة تجارية

إذا كان موضوع نشاطها تجارياً ، وتقوم به على نحو مستمر ومنتظم ، إلا أن الحقيقة إذا أعملنا نص المادة ٥٤٨ الذى يقضى بأنه « يجب أن تودع العقود التأسيسية والعقود المعدلة للشركات التجارية لدى المركز الوطنى للسجل التجارى وتنشر حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات وإلا كانت باطلة » . لنرى أن المشرع التجارى الجزائرى قد ربط بين شكل الشركة ، وبين مسئولية الشركاء وذلك من باب التسهيل على الغير الذى يتعامل مع الشركة ، لأن من مصلحته أن يعرف حقوقه قبل الشركة والشركاء وسبيله إلى ذلك هو الاطمئنان إلى شكل الشركة .

وقد نظم المشرع الجزائرى الأوضاع الخاصة بالشركات التجارية فى ثلاثة أنواع فقط ، هى شركات التضامن ، والشركات ذات المسئولية المحدودة وشركات المساهمة ، وعلى ذلك فإذا قامت شركة وكان موضوع نشاطها تجارياً ، ولكنها لم تتخذ أحد الأشكال التى نظمها المشرع ، لأصبحت شركة واقعية ، مهددة بالبطلان ، لافتقارها إلى الشرط الشكلى المنصوص عليه فى المادة ٥٤٨ .

ويحدد عقد تأسيس الشركة غرضها الرئيسى ورأسمالها ومقرها فإذا أخذت الشركة شكلها التجارى طبقاً للقانون ، فإنها تعتبر تاجرة ، وبالتالى تخضع لأحكام التجار ومنها ضرورة مسك دفاتر تجارية منتظمة والقيد فى السجل التجارى وتعرضها لنظام الإفلاس .

٧٧ — والخلاصة أن المشرع الجزائرى بنصه على تجارية الشركات التجارية يكون قد حسم الخلاف الفقهى فى هذا الشأن[1] ، وبخاصة حول طبيعة الاكتتاب فى أسهم شركة المساهمة أو التصرفات التى يقوم بها الشريك أو المساهم بالنسبة لعقد الشركة التجارية ، خاصة فى حالة عدم توافر صفة التاجر فيه ، أو فى الأحوال التى يكون فيها مسئولية الشريك محدودة . وعلى ذلك فإن نص المادة الثالثة يؤكد بوضوح تجارية كل ما يتعلق بعقود الشركات التجارية.

---

(١) أنظر فى الفقه العربى على يونس فقرة ٧٢٢ وأكثم امين الخولى صفحة ٩٤ وفى الفقه الفرنسى ريبير فقرة ٥٩٤ وهامل ولاجارد فقرة ٥٨٨ ، ٥٩٣ .

المبحث الثالث

وكالات ومكاتب الأعمال

٧٨ – اعتبر المشرع أعمالا تجارية ، تلك الأعمال التى تقوم بها وكالات ومكاتب الأعمال مهما كان هدفها ، ويقصد بها تلك المكاتب التى تؤدى خدمة للجمهور لقاء أجر معين أو نظير نسبة معينة من قيمة الصفقة التى تتوسط فيها .

والخدمات التى تقدمها هذه المكاتب ، متنوعة ، كالتخديم والإعلان والسياحة ، والأنباء ، وتحصيل الديون ، واستخراج أذون التصدير والتخليص على البضائع فى الجمارك ، والوساطة فى الزواج وما إلى ذلك من الخدمات ، ولا يكاد يخرج منها سوى مكاتب المهن الحرة كالمحاماة والمحاسبة والهندسة ، حيث استقر الرأى على اعتبار هذه المهن نشاطاً مدنياً فضلا عن أن لكل منها قانون بنظمها .

وبالنظر إلى طبيعة هذه الأعمال ، نجد أنها عبارة عن بيع للخدمات أو الجهود التى يبذلها صاحب المكتب أو عماله بقصد تحقيق الربح من وراء ذلك . فهى لا تتعلق بتداول الثروات ولا تخرج عن كونها بيعاً أو تأجيراً للجهود والخبرة(١) .

ويلاحظ أن الصفة التجارية تلحق نشاط هذه المكاتب بسبب الشكل أو التنظيم الذى تباشر به أعمالها ، ولو كانت الخدمة فى ذاتها مدنية كالوساطة فى الزواج ، أو التخديم والسياحة ، فهذه وأمثالها تعتبر أعمالا مدنية ، ولكن لو تم مباشرة هذا النشاط على سبيل الاحتراف ، وتم افتتاح مكتب لمباشرة هذا العمل ، بقصد المضاربة وتحقيق الربح ، فإن العمل يعتبر تجارياً .

---

(١) أنظر مصطفى كمال طه – المرجع السابق صفحة ٧٦ فقرة ٥٩ . ، وعلى يونس فقرة ١٠٨ صفحة ١٢٢ ومابعدها ، وأكثم أمين الخولى فقرة ١٠٧ صفحة ١١٩ والقضاء الفرنسى الذى أشار إليه ، وبخاصة القضاء الذى حاول التوسع فى مفهوم هذه الأعمال إلى حد الاعتداء على نطاق المهن الحرة وإدخال بعضها فى النطاق التجارى كما هو الحال بالنسبة للمصفين ووكلاء التفليسه ، ومكاتب المحاسبة ، ومكاتب الاستشارات القانونية وتحرير العقود .

والواقع أن المشرع الجزائرى لم ينظر إلى طبيعة نشاط هذه المكاتب ؛ بل راعى أن أصحابها يدخلون فى علاقات مع الجمهور ، ولذلك رأى ضرورة العمل على حماية جمهور المتعاملين مع هذه المكاتب . بإخضاعها للنظام القانونى التجارى من حيث الاختصاص والإثبات ، وتطبيق نظام شهر الإفلاس ، فضلا عن التزام أصحاب هذه المكاتب بمسك الدفاتر التجارية بما لها من حجية فى الإثبات .

المبحث الرابع

العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية

٧٩ — اعتبر القانون التجارى الجزائرى ، العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية — أعمالا تجارية بحسب شكلها ، بمعنى أنها لا تعد تجارية بطبيعتها ، كما أنها لا تعد أعمالا تجارية شخصية ، لأن المشرع أكسبها الصفة التجارية ولو لم تقع من تاجر .

ويقصد بالمحل التجارى ، مجموعة الأموال المادية والمعنوية التى يستخدمها التاجر فى مباشرة حرفته ، ويشمل ذلك البضائع وأثاث المحل والسيارات والآلات وشهرة اسمه التجارى ، وما يكون لديه من علامات تجارية وبراءات اختراع ، وما إلى ذلك مما يستعين به التاجر من مباشرة التجارة .

وبتقرير المشرع بنص صريح على تجارية العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية ، يكون قد حسم الخلاف الذى ثار فى الفقه حول تجارية بيع أو شراء المحل التجارى أو أحد عناصره ، وكان الخلاف يدور حول صفة المشترى أو البائع ، فإذا كان المشترى تاجراً محترفاً ، وأراد أن يعدد محلاته بشرائه محلا تجارياً آخر كان العمل تجارياً بالنسبة له ، أما إذا كان المشترى غير تاجر فى الأصل ولكنه ينوى الاشتغال بالتجارة ، فقد ذهب رأى إلى اعتبار العمل تجارياً بالنسبة إليه ، وحجة هذا الرأى أن شراء المحل التجارى يعتبر أول عمل يقوم به الشخص متعلقاً بشئون التجارة التى يزمع القيام بها ، فى حين ذهب رأى آخر إلى أن شراء المحل التجارى يعتبر عملا مدنياً لأن المشترى لم يكتسب صفة التاجر بعد .

وكذلك بالنسبة لبيع المحل التجارى ، فذهب رأى إلى القول بأن بيع المحل التجارى من التاجر نفسه ، يعتبر عملا تجارياً ، أما إذا توفى التاجر ، وآل هذا المحل التجارى إلى الورثة ، ولم يكونوا تجاراً ، وباعوا محل مورثهم التجارى ، فإن البيع يعتبر مدنياً على أساس أن ذلك العمل يعد تصفية لتركة وليس عملا تجارياً[1] .

٨٠ – والخلاصة أنه طبقاً لأحكام القانون التجارى الجزائرى، يعتبر كل تصرف يتعلق بالمحلات التجارية ، عملا تجارياً . سواء كان ذلك بيعاً أو شراء للمحل التجارى بكافة عناصره المادية أو المعنوية ، أو إيجاراً أو رهناً ، أو سواء انصب التصرف على أحد عناصر المحل المادية ، كالبضائع أو الأدوات أو الموازين أو الأثاث أو الآلات ، أو انصب على أحد العناصر المعنوية : كبيع الاسم التجارى أو رهن العلامة التجارية أو براءة الاختراع ، وسواء كان المتصرف أو المتصرف إليه تاجراً أو غير تاجر ، فإذا باع أو رهن ورثة أحد التجار محل مورثهم ، وكانوا جميعاً موظفين عموميين وليس لهم صفة التاجر ؛ فإن هذا البيع أو ذاك الرهن يعد تجارياً طبقاً لأحكام الفقرة الرابعة من المادة الثالثة من القانون التجارى الجزائرى .

المبحث الخامس

العقود التى تتعلق بالتجارة البحرية والجوية[2]

٨١ – نصت الفقرة الخامسة من المادة الثالثة على اعتبار عملا تجارياً بحسب شكله ، كل عقد يتعلق بالتجارة البحرية والجوّية ، فحسب مدلول النص يتضح أن المشرع الجزائرى قد أضفى الصفة التجارية على العقد ، والعقد وحده أحد مصادر الالتزامات ، فإذا أخذنا بالتفسير اللفظى للنص ، نجد أن

---

(١) انظر على يونس المرجع السابق فقرة ١٣٢ مكرر صفحة ١٥٥ وما بعدها .

(٢) نلاحظ أن النص لهذه المادة (الثالثة فقرة خامسة) أدق مما جاء فى النسخة العربية والنص كما يلى: Tout contrat Concernant le Commerce par mer et parair والترجمة الصحيحة هى : كل عقد يتعلق بالتجارة البحرية أو الجوية ، وليس كما ورد بالنص العربى « كل عقد تجارى يتعلق بالتجارة البحرية والجوية » .

الصفة التجارية تكون قاصرة على العقود التى تتعلق بالتجارة البحرية والجوية، دون سائر الالتزامات الناشئة عن المصادر الأخرى ، كالإرادة المنفردة والفعل الضار (المسئولية التقصيرية) أما بالنسبة للتفسير الموضوعى لفحوى النص ، نجد أن الفقه متفق على أن الطابع التجارى يمتد إلى كافة الالتزامات التى تنشأ عن هذه التجارة ، سواء أكان مصدرها التصرف القانونى ، أم الفعل المادى(١).

غير أننا نرى فى ظل نصوص القانون التجارى الجزائرى ، أن الصفة التجارية بحسب الشكل ، تكون قاصرة على عقود التجارة البحرية أو الجوية دون غيرها من الالتزامات الناشئة عن المصادر الأخرى .

ذلك لأن المشرع الجزائرى قسم فى صدره (المواد من الثانية إلى الرابعة) الأعمال التجارية إلى أعمال تجارية بحسب موضوعها وأعمال تجارية بحسب شكلها وأعمال تجارية بالتبعية ، وعليه فإن الأعمال التى عددها المشرع فى المادة الثالثة وهى الأعمال التجارية بحسب الشكل ومن بينها عقود التجارة البحرية أو الجوية ، لا تكتسب الصفة التجارية إلا إذا أخذت الشكل الذى أراده لها المشرع ، فإذا لم يتوافر فيها عنصر الشكل ، فلا تكتسب الصفة التجارية فى مفهوم المادة الثالثة .

وإن اكتسبت هذه الأعمال نفسها الصفة التجارية ، ولكن على أساس التجارية الموضوعية (المادة الثانية) أو التجارية بالتبعية (المادة الرابعة) .

---

(١) انظر أكثم أمين الخولى المرجع السابق صفحة ٩٦ ؛ وانظر محسن شفيق المرجع السابق صفحة ٧٠ حيث يقول « تعتبر جميع الأعمال المتعلقة بالتجارة البحرية تجارية ، ويبدو هذا الإطلاق من عبارة الفقرة الثالثة عشر من المادة الثانية من القانون التجارى (المصرى) التى تعتبر تجارية « جميع العقود الأخرى المتعلقة بالتجارة البحرية ، ولاشك فى أن هذا النص وحده يكفى لإدراج جميع عمليات التجارة البحرية ضمن الأعمال التجارية وانظر أيضا على يونس – القانون البحرى فقرة ٣٧ حيث يرى أن الصفة التجارية يمكن أن تلحق الأعمال القانونية والوقائع القانونية على السواء ، ويدلل على ذلك بأن الرسائل البحرية تكتسب الصفة التجارية ، مع أنها قد تتضمن وقائع قانونية ؛ ويؤكد الدكتور أكثم أمين الخولى (المرجع السابق) بأن الصفة التجارية لاتلحق فى حقيقة الأمر إلا الالتزامات لا مصدرها ، سوء أكان هذا المصدر تصرفاً قانونياً أو عملا ما دياً .

خلاصة القول أن المقصود بالفقرة الخامسة من المادة الثالثة هى العقود دون غيرها من الالتزامات . وإذا كان القانون يتطلب توافر شروطاً معينة فى العقد كالكتابة والتسجيل والشهر ، فيلزم اتخاذ هذه الإجراءات ، حتى يعتبر العقد المتعلق بالتجارة البحرية أو الجوية ، عملا تجارياً بحسب شكله .

٨٢ — أمثلة للعقود المتعلقة بالتجارة البحرية أو الجوية :

من أهم هذه العقود ، عقد إنشاء السفن أو الطائرات ، ويكتسب هذا العقد الصفة التجارية ، ولو وقع مرة واحدة ، حتى ولو لم ينشأ من خلال مقاولة ؛ ويكتفى بأن العمل له صفة العَقد الشكلية والموضوعية وأن يكون الغرض من إنشاء السفينة أو الطائرة للتجارة البحرية أو الجوية .

وكذلك عقود بيع السفن والطائرات ؛ بشرط أن يكون الشراء بقصد الاستغلال والمضاربة وتحقيق الربح ، فإذا اشترى شخصاً سفينة للتزهة ، فلا يعتبر العقد بالنسبة له تجارياً ، فلا يطبق بشأنه أحكام الإثبات فى المواد التجارية ، ولا يخضع لاختصاص القضاء التجارى هذا ولا يمنع ذلك من اعتبار العقد تجارياً إذا كان البائع يحترف نشاط بناء السفن على سبيل المشروع (المقاولة) .

ومن العقود التى تتعلق بالتجارة البحرية أو الجوية ، عقود نقل البضائع والأشخاص ، وكذلك عقود البيع والشراء الخاصة بالمهمات والأدوات والأغذية وكل ما يلزم لتجهيز السفن والطائرات ، لمباشرة القيام بأغراضها التجارية ، وأيضاً عقود تأجير واستئجار السُّفن والطائرات ، والقروض ، والتأمين ، واستخدام أطقم العاملين عليها .

والخلاصة ، أنه لكى يكتسب العمل الصفة التجارية من حيث الشكل فى هذا المفهوم ، ضرورة توافر شرطان :

الشرط الأول :

أن يكون العمل عقداً من حيث الشكل والموضوع .

الشرط الثانى :

أن يتعلق موضوع العقد بالتجارة البحرية أو الجوية أو بمعنى آخر يكون الغرض من التعاقد الاستغلال التجارى ، بقصد المضاربة وتحقيق الربح . فإذا باع شخص مدنى سفينة أو طائرة آلت إليه بطريق الميراث فلا يعتبر عقد البيع هذا تجارياً ، ولو أنه متعلق بسفينة أو طائرة وذلك لانتفاء غرض الاستغلال التجارى فى مثل هذا العقد .

الفرع الثالث

الأعمال التجارية بالتبعية

٨٣ — نص قانونى :

تنص المادة الرابعة من القانون التجارى الجزائرى على أن : يعد عملا تجارياً بالتبعية :

— الأعمال التى يقوم بها التاجر والمتعلقة بممارسة تجارته أو حاجات متجره .

— الالتزامات بين التجار .

يتضح من هذا النص أن القانون التجارى الجزائرى أضفى الصفة التجارية ، ليس فقط على الأعمال التجارية بطبيعتها ، أو الأعمال التجارية بحسب الشكل ، وهى التى تقدم دراستها ، بل أيضاً على الأعمال التى يقوم بها التاجر لحاجات تجارته ، واعتبر هذه الأعمال تجارية بصرف النظر عن طبيعتها الذاتية ، اعتداداً بمهنة الشخص الذى يقوم بها فأكسبها الصفة التابعة لهذه المهنة ، ولذلك أطلق المشرع التجارى على هذه الأعمال — الأعمال التجارية بالتبعية .

٨٤ — تقنين المشرع الجزائرى لنظرية التجارية بالتبعية :

رأينا أن المشرع الجزائرى ، بعد أن مارس استقلاله رأى تحديث تشريعاته ، حتى تواكب أحدث ما وصلت إليه التشريعات الحديثة ، مستفيداً بأحدث ما استقر عليه الفقه والقضاء .

وكان الفقه[١] والقضاء قد استقر على وجود نوع من الأعمال هى أعمال مدنية بحسب أصلها ولكنها تكتسب الصفة التجارية لصدورها من تاجر بمناسبة ممارسة تجارته أو حاجات متجره .

وكان سبب اجتهاد الفقه ، واقتناع القضاء بما ذهب إليه واهتدى بحلوله فى أحكامه ، محاولة علاج قصور التشريع عن النص على إضفاء الصفة التجارية على أعمال يمارسها التاجر لحاجات تجارتها على الرغم من أن لها نفس الأهمية التى للأعمال التجارية بطبيعتها . الأمر الذى أدى إلى عدم التجانس فى تطبيق النظام القانونى ، على أعمال التاجر فى مجموعها ، مما أدى بالفقه نحو الاجتهاد من أجل توحيد النظام القانونى لأعمال التجارة ، وحماية الغير المتعامل فى نطاقها .

فقد حاول الفقه منذ فترة طويلة التوسع فى فكرة العمل التجارى ، بمقولة أن الأعمال التى يجريها التاجر ، مفروض فيها أنها تتعلق بتجارته ، فتعتبر تجارية بالتبعية حتى يقوم الدليل على العكس ، ويقع عبء الإثبات على التاجر الذى يدعى أن الأعمال التى أجراها من طبيعة مدنية .

وعلى ذلك فإن كل ما يقوم به التجار من أعمال ، تعتبر تجارية ، حتى ولو لم يرد ذكرها فى القانون ، طالما كانت متعلقة بالتجارة ، وأخذ

---

(١) انظر فى الفقه العربى — محمد صالح فى القانون التجارى المصرى الجزء الأول صفحة ٦٤ ، ٦٥ وفريد مشرقى أصول القانون التجارى المصرى الجزء الأول — فقرة ٣٥ ، ومحسن شفيق المرجع السابق فقرة ٨٨ وما بعدها . وانظر فى الفقه الفرنسى :

Hamel et la gard : Traite de Droit Commercial, 1954, p. 202 j.
EsCarra : Cours de Droit Commercial. 1 vol. 1952. No. 225-267.

وانظر فى الفقه البلجيكى : Van Ryn : principes de DroitCommercial 1 vol.

القضاء يحاول التعرف من واقع الأقضية التى تعرض عليه ، على تلك الأعمال التى ما كان يجريها التاجر إلا لمباشرة تجارته ، فاعتبرها أعمالا تجارية بالتبعية ، وتلك التى لاعلاقة لها بتجارته فاعتبرها أعمالا مدنية ، ومن أمثلة الأولى :

شراء الأثاث اللازم للمحل التجارى ، شراء السيارات لنقل البضائع ، التعاقد على توريد المحروقات لمصنع التاجر ، التعاقد مع شركات الإعلان والصحف من أجل الدعاية وترويج البضاعة ، عقود التأمين ضد أخطار الحريق أو السرقة أو التلف ، وما إلى ذلك ، ومن أمثلة الثانية : شراء أثاث حجرة لنومه أو استقبال ضيوفه فى منزله ، شراء المأكولات اللازمة لبيته وأسرته ، دفع مصاريف علاج وتعليم أبنائه . ، عقود الزواج ، وأحكام النفقة ، وما يترتب على الطلاق من التزامات ؛ ومسائل الوصية والميراث والهبات والصدقات ، فى مثل هذه الأعمال تظل أعمال التاجر مدنية لاستقلالها عن حرفته التجارية .

ولهذا كان من المنطق القانونى أن تشمل الصفة التجارية كل الأعمال التى تتعلق بالتجارة ، بحيث يطبق عليها نظام قانونى واحد .

٨٥ — وهذا الذى نادى به الفقه ، وحاول أن يطبقه القضاء واهتدى به ، قننه المشرع الجزائرى ، فى المادة الرابعة من القانون التجارى ، وهو ما سنتناول الكلام عنه فيما يلى :

أولا : شروط الأعمال التجارية بالتبعية .

ثانياً : تطبيقات للأعمال التجارية بالتبعية .

ثالثاً : إثباتها .

٨٦ — أولا : شروط الأعمال التجارية بالتبعية :

يتضح من نص المادة الرابعة من قانون التجارة الجزائرى أنه لاعتبار العمل تجارياً بالتبعية يجب أن يتوافر شرطان :

الأول : توافر صفة التاجر فى شخص القائم بالعمل .

الثانى : أن يكون العمل متعلقاً بممارسة التجارة ، أو ناشئاً عن التزامات بين التجار .

الشرط الأول : صفة التاجر :

عرفت المادة الأولى من القانون التجارى — التاجر بقولها : « يعد تاجراً كل من يباشر عملا تجارياً ويتخذه حرفة معتادة له » . وأوجبت المواد من الخامسة إلى الثامنة من ذات القانون ، توافر أهلية معينة للاشتغال بالتجارة ، ويلاحظ أن المعول عليه فى كون الشخص تاجراً أو غير تاجر ليس بما يصف به نفسه ولا بما يصفه غيره ، ولا يقيد اسمه فى السجل التجارى ، بل باعتياده على القيام بالأعمال التجارية واتخاذها حرفة له .

ويستوى أن يكون التاجر فرداً أو شركة لكى يعتبر العمل المدنى بطبيعته عملا تجارياً إذا كان صادراً لحاجات تجارته .

الشرط الثانى : أن يكون العمل متعلقاً بممارسة التجارة أو ناشئاً عن التزامات بين التجار :

لا يكتسب العمل الصفة التجارية بالتبعية إلا إذا كان متعلقاً بالنشاط التجارى ، حتى ولو لم يكن القصد منه المضاربة وتحقيق الربح بل يكفى ارتباطه بتجارة التاجر أو حصوله فى نطاق نشاطه التجارى أو بمناسبة هذا النشاط ، فإذا لم يكن للعمل صلة بالتجارة أصلا ، ظل العمل محتفظاً بصفته المدنية .

على أنه لايلزم لاعتبار العمل تجارياً بالتبعية ، أن تكون العلاقة مباشرة بين العمل ونشاط التاجر المهنى ، بل يكفى أن يكون العمل قد حدث بمناسبة النشاط التجارى للتاجر (سواء كان تاجر فرد أو شركة تجارية) . بحيث لولا هذا النشاط لما وقع العمل .

وسنرى فى تطبيقات التجارية بالتبعية ، أن المشرع الجزائرى توسع فى إضفاء الصفة التجارية على كل الأعمال المتعلقة بممارسة النشاط التجارى ، سواء طرفى العلاقة تجاراً ، أى لكل منهما صفة التاجر ، وهذا هو المقصود من عبارة النص « . . . أو ناشئاً عن التزامات بين التجار » أو كان الطرف الآخر مدنياً ، كما لو تعامل تاجر مع شخص مدنى لشئون تجارته ، فالعمل ولو أنه يعتبر مدنياً بالنسبة لهذا الأخير ولكنه يكون تجارياً بالتبعية بالنسبة للتاجر .

والخلاصة أن نص المادة الرابعة من القانون التجارى ، أضفى الصفة التجارية على كافة الالتزامات الناشئة عن مباشرة النشاط التجارى أياً كان أطرافها ، وسواء كان مصدرها العقد أم المسئولية التقصيرية أو الإرادة المنفردة .

ثانياً : تطبيقات للأعمال التجارية بالتبعية

٨٧ — الالتزامات التعاقدية :

تعتبر أعمالا تجارية بالتبعية تلك الناشئة عن الالتزامات التعاقدية للتجار ، كالالتزامات الناشئة عن عقد أبرمه تاجر مع تاجر آخر لشراء الأثاث والأوراق والآلات والسيارات والمحروقات اللازمة لمحله التجارى أو مصنعه ، حتى ولو لم يكن هذا الشراء بقصد البيع وتحقيق الربح . كما لو كان شراء الورق لتغليف البضاعة لا لإعادة بيع الورق بحالته ، أو شراء الأثاث ، لاستقبال العملاء الذين يترددون للتعامل مع المحل التجارى ، دون أن تتجه النية إلى إعادة بيع الأثاث بقصد تحقيق الربح .

وكذلك عقود الإيجار التى يبرمها التاجر لحاجات تجارته ، كما هو الشأن فى استئجار التاجر لعقار يزاول فيه نشاطه التجارى ، أو استئجار قطعة أرض لتخزين بضائعه عليها[1] . وأيضاً عقود النقل التى يبرمها التاجر

---

(١) وقد ذهب القضاء إلى أن دخول شركة تجارية فى مزاد لشراء عقار يقوم عليه مصنع يعتبر عملا تجارياً بالتبعية (حكم محكمة أكس فى ٢٤ يناير سنة ١٩٢٨ دالوز ١٩٢٨-٢-٧٣

وإن استئجار شركة تجارية لعقار لسكنى أحد موظفيها أو مديرها يعتبر عملا تجارياً بالتبعية (نقض فرنسى ٨ يونيو سنة ١٩٣٧ دالوز ١٩٣٨-١-١٢) .

أنظر محسن شفيق المرجع السابق صفحة ٩٦ فى عرضه وتحليله للقضاء الذى تعرض للعقود المتعلقة بالعقارات ويبرمها التاجر لحاجات تجارته .

لأغراض تجارته ، وعقود الإعلان والنشر فى الصحف ووسائل الإعلان لترويج البضاعة ، وعقد الصلح الذى يبرمه التاجر بشأن تجارته ، وعقد فتح الحساب الجارى مع أحد المصارف لمصلحة تجارته ، ولو استعمل التاجر حسابه هذا فى نفس الوقت لحاجاته غير التجارية ، وعقود التأمين التى يبرمها التاجر مع شركات التأمين ، لتأمين محله التجارى من خطر السرقة أو الحريق ، أو تأمين مسئوليته عن مخاطر المهنة التى يتعرض لها عماله .

وبالجملة فإن سائر العقود التى يبرمها التاجر بشأن ممارسة تجارته ، تكتسب الصفة التجارية بالتبعية ، غير أن خلافاً فى الفقه[1] قد ثار حول تجارية عقود العمل التى يبرمها التاجر مع عماله . ونظراً لطبيعة عقد العمل ، وبما أولاه المشرع له بقواعد خاصة لحماية العامل كطرف ضعيف فتدخل المشرع فى خصائص أحكام هذا العقد ، فحدد الحد الأقصى لساعات العمل التى لايجوز لصاحب العمل تشغيل العامل أكثر منها ، ووضع حداً أدنى للأجور لايجوز إعطاء العامل أقل منها ، ونظم الأجازات وأحكام الوقاية من مخاطر العمل بأحكام وقواعد آمرة لايجوز مخالفتها وفرض جزاء جنائى لمن يقوم بالإخلال بها ، بل وأبطل الصلح إذا كان فيه إجحاف بالعامل ، الأمر الذى جعل لقانون العمل ذاتية مستقلة وقواعد خاصة تحكمه . مما جعل البعض ذهب إلى القول بأن عقد العمل الذى يبرمه التاجر مع عماله يعتبر عقداً مدنياً بالنسبة للطرفين (التاجر والعامل) على أساس أن عقد العمل يخضع لأحكام خاصة تخرج عن نطاق القانون التجارى ، بينما يذهب الرأى الغالب إلى اعتبار عقد العمل مدنياً بالنسبة للعامل ، أما بالنسبة للتاجر فيعتبر عملا تجارياً بالتبعية .

٨٨ — والحقيقة فيما نرى ، أنه ولو أن عقد العمل أصبح له ذاتية مستقلة وضمنه المشرعون فى معظم دول العالم وبخاصة المشرع الجزائرى من القواعد التى تكفل حماية العامل وتضمن حقوقه قبل صاحب العمل ، ومن بينها فى قانون العمل الجزائرى ، تلك القواعد التى تحمى الأجر ، حيث قرر لها مرتبة امتياز ، قبل استيفاء المصروفات القضائية ، وغيرها من القواعد التى

---

(١) انظر على يونس المرجع السابق صفحة ١٥٤ فقرة ١٣١ .

تحمى بذاتها العامل وتغنيه اللجوء إلى قواعد القانون التجارى ، إلا أننا نرى إعمالا لقاعدة التفسير الأصلح للعامل ، نتفق مع الرأى الذى يعتبر عقد العمل تجارياً بالتبعية ، لتحقيق مزيد من المزايا للعامل ، والاستفادة بقواعد تؤكد حمايته من صاحب العمل ، وبخاصة نظام الإفلاس الأمر الذى يمكن معه للعامل ، الذى يتوقف صاحب العمل عن دفع أجره دون مبرر ، يعتبر ذلك بمثابة توقف عن الدفع من التاجر ، مما يؤدى إلى حق العامل فى طلب شهر إفلاسه .

٨٩ — الالتزامات الناشئة عن المسئولية التقصيرية :

نصت المادة الرابعة من القانون التجارى الجزائرى على اعتبار الأعمال والالتزامات المتعلقة بممارسة التجارة أو بين التجار — أعمالا تجارية بالتبعية .

ويتضح من هذا النص أنه جاء عاماً بالنسبة لمفهوم الالتزامات ، حيث لم يحدد عما إذا كانت الالتزامات التعاقدية فقط ؛ أى الناشئة عن العقد ، أم تشمل أيضاً الالتزامات الناشئة عن المسئولية التقصيرية .

ونرى أنه مع عموم النص ، تعتبر أعمالا تجارية الالتزامات الناشئة عن المسئولية التقصيرية التى تحدث بسبب مزاولة النشاط التجارى ، طالما أن النص جاء عاماً وشاملا لجميع الالتزامات أياً كان مصدرها .

وعلى ذلك فيعتبر تجارياً الالتزام الناشىء عن مسئولية التاجر من جراء منافسته غير المشروعة التى قام بها ، كاغتصاب الاسم التجارى لتاجر آخر أو تقليد علامة تجارية له ، أو من جراء التشهير بسمعة تاجر آخر ، ويطبق ذات المبدأ أيضاً فى شأن مسئولية التاجر عن الأضرار التى تقع بفعل مستخدميه أو خطئهم أثناء تأدية وظائفهم أو بسببها ، وكذلك الأمر بسبب المسئولية عن الأفعال الضارة الناشئة عن الأشياء التى يستخدمها فى تجارته ، فيعتبر تجارياً التزام التاجر بالتعويض عن الأضرار التى أحدثتها سيارته أثناء نقلها البضائع المعدة للتسليم إلى العملاء . أو تلك الأضرار الناجمة عن انفجار آلة من آلات مصنعه أدت إلى خسائر فى الأرواح والأموال ، ففى كل هذه الأحوال تعتبر مسئولية التاجر تجارية بالتبعية .

إلا أنه فى حالة ما إذا كان التاجر هو المضرور ، والمسئول شخصياً مدنياً ، فلا يعتبر التزام المسئول مدنياً ، لأن الحق فى التعويض لايعتبر فى ذاته تجارياً إذا كان المضرور هو التاجر حتى ولو أصابه الضرر بمناسبة مباشرته لتجارته ، لأن المسئول شخص مدنى ، ودور المضرور (التاجر) دور سلبى محض لايبرر القول بقيام الرابطة بين الضرر الذى يصيبه ونشاطه المهنى (١) .

٩٠ ــ الالتزامات الناشئة من الإثراء بلا سبب :

يعتبر تجارياً بالتبعية الإلتزام الذى يكون مصدره الإثراء بلا سبب ، بشرط أن يوجد صلة بين هذا الإثراء وبين النشاط التجارى للتاجر ، وعلى ذلك يعتبر تجارياً بالتبعية التزام التاجر تجاه شخص فضولى قام بعمل له تحقق من ورائه نفع ، أو إذا دفع عميل إلى تاجر مبلغاً زيادة عما هو مستحق ، أو إذا باع الناقل البضائع الوشيكة التلف لحساب الراسل دون تفويض منه بذلك .

٩١ ــ الديون الضرائبية واشتراكات التأمينات الاجتماعية :

تستحق على التاجر ضرائب بسبب مزاولته النشاط التجارى ، ويستحق عليه أيضاً مبالغ اشتراكات التأمينات الاجتماعية ، بسبب استخدامه لعمال متجره ومصنعه ، ويفرض القانون اشتراكات مقابل تأمين الأخطار الاجتماعية التى تهدد العمال ، كالتأمين من خطر إصابات العمل ، والتأمين من خطر البطالة ، والشيخوخة والعجز والوفاة.

فهل إذا توقف التاجر عن دفع هذه الديون (ضرائب الأرباح التجارية والصناعية ، واشتراكات التأمينات الاجتماعية) . فهل يجوز شهر إفلاسه ؟ أو بمعنى آخر هل تعتبر هذه الديون تجارية ؟؟

اختلفت الآراء فى هذا الشأن ، ويذهب الرأى الراجح إلى القول بأن لاتكون لديون الضرائب المترتبة على التاجر بسبب مزاولته تجارته الصفة

(١) انظر أكثم الخولى المرجع السابق صفحة ١٥٣ والمراجع التى أشار إليها .

التجارية بالتبعية ، بل تحتفظ هذه الديون بالصفة المدنية ، لأن التكليف بالضرائب معروض على جميع المواطنين كأشخاص متساوين لابصفاتهم المهنية . ولذلك لايصح طلب شهر الإفلاس بسبب عدم تسديدها ، وقد أخذ القضاء بهذا الرأى (١) .

أما بالنسبة لاشتراكات التأمينات الاجتماعية(٢) ، فيذهب الرأى الراجح إلى اعتبارها تجارية بالتبعية لأنها ترتبط بنشاط التاجر كصاحب عمل ، ولولا نشاطه التجارى ، ما كان ليستخدم عمالا ، فضلا عن أن هذه الاشتراكات ، تتحدد طبيعتها مع طبيعة أجور العمال لنشوئها معها عن علاقة العمل حيث تدور معها وجوداً وعدماً .

ثالثاً : إثبات تجارية الأعمال بالتبعية :

٩٢ – الأصل أن مجرد ادعاء شخص بواقعة معينة ، لايمكن اعتبارها صحيحة إلا إذا وجدت أدلة مقنعة تثبت صحتها ، والأصل فى الإثبات أن على المدعى أن يثبت ما يدعيه ، فعلى من يدعى أن للعمل الصفة التجارية بالتبعية أن يثبت ذلك ، أى أن يثبت أولا أن من صدر عنه العمل هو تاجر ، وثانياً أن هذا العمل متعلق بممارسة التجارة أو حاجات المتجر ، أو نابع عن التزامات بين التجار .

وللمدعى أن يثبت ما يدعيه بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن ، وقد ذهب القضاء حتى فى الدول التى لم تقنن تشريعاتها التجارية بالتبعية كالقانون الجزائرى الحالى ، إلى أن جميع الأعمال التى يجريها التاجر مفروض فيها أنها تتعلق بتجارته ، فتعتبر تجارته بالتبعية ، حتى يقوم الدليل على العكس ، أى يفترض أنها تمت لحاجات تجارته .

ومن اليسير فى كثير من الأحوال أن يتعرف القضاء على الأعمال التى يجريها التاجر ، ولا تعتبر تجارية كمسائل الأحوال الشخصية كالزواج

---

(١) نقض فرنسى ١٧ مارس ١٩٦٨ – j. c. p. – ١٩٥٩ – ٢ – ١٩٧٥ .

(٢) نقض فرنسى ٢٠ مايو ١٩٥٧ دالوز ١٩٥٧ – ٤٢٨ ، j. c. p. – ١٩٥٧ – ١٠٠٧٥ وتعليق Nectoux

والطلاق والميراث وما إلى ذلك ، أو تلك التى تتعلق بحياته المدنية كدفع مصروفات تعليم أولاده أو شراء أثاث منزله .

غير أن هناك من الحالات ما يصعب فيها معرفة طبيعتها ، كما لو اقترض التاجر ، ولم يبين فى عقد القرض ، سببه ، أو ارتكب حادث بسيارته ، التى يستعملها لقضاء مصالحه جميعاً الخاصة والمهنية ، ومن متابعة أحكام القضاء نجده يتساهل فى جعله من صفة التاجر سبباً لافتراض تجارية ما يصدر عنه من أعمال ، فبالنسبة لحالة القرض الذى لم يعين سببه فى العقد يفترض أنه عقده لمصلحة تجارته وبالتالى يعتبر تجارياً . وبالنسبة لحادث السيارة ، إذا ادعى التاجر أنه كان فى جولة لشراء لوازم أسرته وليس لحاجات تجارته ، نجد القضاء يتشدد فى قبول هذه الأداة التى ترمى إلى دحض قرينة التجارية .

ويكون لمحكمة الموضوع سلطة تقدير الأدلة لدحض تلك القرينة ، وتستمد اقتناعها من الوقائع المعروضة عليها ، ومدى ارتباط العمل بتجارة التاجر .

الفرع الرابع

الأعمال المختلطة

٩٣ – الأعمال المختلطة ليست طائفة رابعة من الأعمال التجارية قائمة بذاتها ، كالأعمال التجارية التى تقدم دراستها ، ولذلك لم ينص القانون التجارى عليها . لأن الأعمال المختلطة لا تخرج عن نطاق الأعمال التجارية بصفة عامة .

والمقصود بالعمل التجارى المختلط هو ذلك العمل الذى يعتبر تجارياً بالنسبة لأحد طرفيه ومدنياً بالنسبة للطرف الآخر ، كالمزارع الذى يبيع منتجات حيواناته من ألبان إلى تاجر مواد غذائية ، والموظف الذى يشترى

أجهزة منزلية أو ملابس من تاجر . وعقد النقل الذى يربط مقاول النقل بالمسافرين ، والحقيقة أن صور الأعمال المختلطة كثيرة ومتعددة وتقع فى الحياة اليومية .

والعبرة فى تحديد العمل المختلط ، بصفة العمل ذاته ، فلا يشترط فى العمل المختلط أن يكون أحد طرفيه تاجراً ، فمثلا عقد البيع الذى يبرمه شخصين مدنيين يبيع أحدهما شيئاً ورثه ويشتريه الآخر بقصد بيعه برح عمل تجارى مختلط ولو أن الطرفين ليسا بتاجرين[1] .

وما كان للشراح أن يتعرضوا للأعمال المختلطة ، لو كان شأنها شأن الأعمال التجارية الأخرى من حيث نظامها القانونى ، فإذا باع تاجر الجملة إلى تاجر التجزئة ، وثار نزاع حول عقد البيع بينهما ، فالنظام القانونى التجارى هو الذى يطبق على النزاع ، لأن العمل الذى تم بينهما هو عمل تجارى دون منازع .

ولكن الذى دفع الفقهاء إلى التعرض للأعمال المختلطة ، هو الحاجة العملية التى تظهر ضرورة تحديد النظام القانونى للعلاقة المختلطة فى الصور التى عرضناها وأمثالها ، فعقد النشر الذى يتم بين الناشر والمؤلف ، يعتبر تجارياً بالنسبة للناشر الذى يشترى حق الملكية الأدبية من المؤلف ، ويعتبر مدنياً بالنسبة للمؤلف الذى يبيع إنتاجه الذهنى ، فإذا دب خلاف حول عقد النشر هذا ، فما هو النظام القانونى الواجب التطبيق ؟ هل هو النظام المدنى بالنظر إلى المؤلف أم هو النظام التجارى بالنظر إلى الناشر ؟ .

استقر الرأى على أن تطبق أحكام القانون التجارى على الطرف الذى يكون العمل بالنسبة له تجارياً وأحكام القانون المدنى على الطرف الذى يكون العمل بالنسبة له مدنياً .

ونورد فيما يلى تطبيقات لذلك :

---

(١) أنظر أكثم الخولى المرجع السابق صفحة ١٥٧ هامش ١ .

الاختصاص :

يتقرر الاختصاص بحسب ما إذا كان موضوع النزاع يعتبر عملا مدنياً أو عملا تجارياً بالنسبة للمدعى عليه ، فإذا باع مزارع محصول القمح لتاجر غلال ، وادعى المزارع أنه لم يقبض الثمن كله ، أو نازع فى شروط العقد ، جاز له أن يرفع دعواه أمام المحكمة المدنية أو أمام المحكمة التجارية . أما إذا كان التاجر هو المدعى ، وجب أن ترفع الدعوى أمام المحكمة المدنية [1]. كما لو أراد التاجر أن يطلب تسليم القمح أو نسخ العقد .

أما بالنسبة للقانون الواجب التطبيق ، فالقاعدة أن تطبق أحكام القانون التجارى على الجوانب التجارية من النزاع ، وأحكام القانون المدنى على الجوانب المدنية منه . مثال ذلك :

الإثبات :

تطبق قواعد الإثبات المدنية على الطرف الذى يعتبر العمل بالنسبة له مدنياً ، وتطبق قواعد الإثبات التجارية على الطرف الذى يعتبر العمل بالنسبة له تجارياً ، والمعلوم أن وسائل الإثبات مقيدة فى المسائل المدنية ، حراً فى المسائل التجارية ، حيث يجوز فى هذه الأخيرة الالتجاء إلى كافة طرق الإثبات بما فى ذلك البينة والقرائن مهما كانت قيمة النزاع [2] إلا أنه لا يشترط وجود تلازم بين المحكمة المرفوع أمامها الدعوى والقانون الواجب التطبيق ، فمثلا إذا رفعت الدعوى أمام المحكمة التجارية فإنها تطبق قواعد القانون المدنى على الطرف الذى يكون العمل بالنسبة إليه مدنياً ، وأيضاً إذا رفعت الدعوى أمام المحكمة المدنية فإن عليها أن تطبق قواعد القانون التجارى على الطرف الذى يكون العمل بالنسبة إليه تجارياً [3] .

---

(١) والسبب الذى من أجله جعل الخيار للطرف الذى يعتبر العمل بالنسبة له مدنياً . فى اختيار المحكمة المختصة ، هو تجنيب الطرف المدنى الوقوف أمام قضاء لم يألفه .

أنظر أكثم الخولى صفحة ١٠٨ المرجع السابق .

(٢) أنظر محسن شفيق الجزء الأول فقرة ١٠٢ صفحة ١٠٠ ، ومحمد صالح القانون التجارى المصرى ، صفحة ٦٩ . ، حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٣ مايو ١٩٣٧ المحاماة ١٨ – ١٥

(٣) محكمة النقض المصرية بتاريخ ١١ نوفمبر ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ =

قواعد الأهلية :

تلزم الأهلية التجارية بالنسبة للشخص الذى يعتبر العمل من ناحيته تجارياً ، وتكفى الأهلية المدنية بالنسبة للطرف الآخر .

إجراءات التنفيذ :

يجوز للطرف المدنى فى حالة عدم وفاء الطرف التجارى بدينه أن يطلب شهر إفلاسه ، أما الطرف التجارى ، فلا يجوز له طلب التنفيذ فى مواجهة الطرف المدنى إلا باتباع الطرق المقررة لتنفيذ الديون المدنية .

٩٤ — وبعد أن بحثنا الأعمال التجارية المنصوص عليها فى القانون التجارى الجزائرى ، يجب أن نلاحظ ، أن وصف العمل بأنه تجارى أو مدنى أمر متعلق بالنظام العام .

والمقصود من ذلك أن اتفاق الطرفين على وصف العمل لا يعتد به إذا خالف المعايير الواردة فى القانون ، فإذا اتفق الطرفان على اعتبار عمل ما تجارياً دون أن يكون كذلك طبقاً للقانون وجب على المحكمة إهدار اتفاقهما على وصفه وتطبيق المعيار الوارد بالقانون .

= صفحة ١١٨٠ . ، وقارن أحكام القضاء الذى ذهب إلى القول بخضوع العمل لقواعد الإثبات التجارية بالنسبة للطرفين إذا وجدت استحالة أدبية تمنع التاجر من الحصول على دليل كتابى من المتعامل معه : نقض فرنسى بتاريخ ٤ يوليو سنة ١٩٣٥ دالوز الأسبوعى — ١٩٣٥ — ٤٧٠ ، نقض مصرى بتاريخ ٢ يونية ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض — ٣ — ١٢١٤ .

وكذلك بالنسبة لبيع المحل التجارى ، فذهب رأى إلى القول بأن بيع المحل التجارى من التاجر نفسه ، يعتبر عملا تجارياً ، أما إذا توفى التاجر ، وآل هذا المحل التجارى إلى الورثة ، ولم يكونوا تجاراً ، وباعوا محل مورثهم التجارى ، فإن البيع يعتبر مدنياً على أساس أن ذلك العمل يعد تصفية لتركة وليس عملا تجارياً[1] .

٨٠ – والخلاصة أنه طبقاً لأحكام القانون التجارى الجزائرى، يعتبر كل تصرف يتعلق بالمحلات التجارية ، عملا تجارياً . سواء كان ذلك بيعاً أو شراء للمحل التجارى بكافة عناصره المادية أو المعنوية ، أو إيجاراً أو رهناً ، أو سواء انصب التصرف على أحد عناصر المحل المادية ، كالبضائع أو الأدوات أو الموازين أو الأثاث أو الآلات ، أو انصب على أحد العناصر المعنوية : كبيع الاسم التجارى أو رهن العلامة التجارية أو براءة الاختراع ، وسواء كان المتصرف أو المتصرف إليه تاجراً أو غير تاجر ، فإذا باع أو رهن ورثة أحد التجار محل مورثهم ، وكانوا جميعاً موظفين عموميين وليس لهم صفة التاجر ؛ فإن هذا البيع أو ذاك الرهن يعد تجارياً طبقاً لأحكام الفقرة الرابعة من المادة الثالثة من القانون التجارى الجزائرى .

المبحث الخامس

العقود التى تتعلق بالتجارة البحرية والجوية[2]

٨١ – نصت الفقرة الخامسة من المادة الثالثة على اعتبار عملا تجارياً بحسب شكله ، كل عقد يتعلق بالتجارة البحرية والجوية ، فحسب مدلول النص يتضح أن المشرع الجزائرى قد أضفى الصفة التجارية على العقد ، والعقد وحده أحد مصادر الالتزامات ، فإذا أخذنا بالتفسير اللفظى للنص ، نجد أن

---

(١) انظر على يونس المرجع السابق فقرة ١٣٢ مكرر صفحة ١٥٥ وما بعدها .

(٢) نلاحظ أن النص لهذه المادة (الثالثة فقرة خامسة) أدق مما جاء فى النسخة العربية والنص كما يلى : Tout contrat Concernant le Commerce par mer et parair والترجمة الصحيحة هى : كل عقد يتعلق بالتجارة البحرية أو الجوية ، وليس كاورد بالنص العربى « كل عقد تجارى يتعلق بالتجارة البحرية والجوية » .

أجهزة منزلية أو ملابس من تاجر . وعقد النقل الذى يربط مقاول النقل بالمسافرين ، والحقيقة أن صور الأعمال المختلطة كثيرة ومتعددة وتقع فى الحياة اليومية .

والعبرة فى تحديد العمل المختلط ، بصفة العمل ذاته ، فلا يشترط فى العمل المختلط أن يكون أحد طرفيه تاجراً ، فمثلا عقد البيع الذى يبرمه شخصين مدنيين يبيع أحدهما شيئاً ورثه ويشتريه الآخر بقصد بيعه بربح عمل تجارى مختلط ولو أن الطرفين ليسا بتاجرين(١) .

وما كان للشراح أن يتعرضوا للأعمال المختلطة ، لو كان شأنها شأن الأعمال التجارية الأخرى من حيث نظامها القانونى ، فإذا باع تاجر الجملة إلى تاجر التجزئة ، وثار نزاع حول عقد البيع بينهما ، فالنظام القانونى التجارى هو الذى يطبق على النزاع ، لأن العمل الذى تم بينهما هو عمل تجارى دون منازع .

ولكن الذى دفع الفقهاء إلى التعرض للأعمال المختلطة ، هو الحاجة العملية التى تظهر ضرورة تحديد النظام القانونى للعلاقة المختلطة فى الصور التى عرضناها وأمثالها ، فعقد النشر الذى يتم بين الناشر والمؤلف ، يعتبر تجارياً بالنسبة للناشر الذى يشترى حق الملكية الأدبية من المؤلف ، ويعتبر مدنياً بالنسبة للمؤلف الذى يبيع إنتاجه الذهنى ، فإذا دب خلاف حول عقد النشر هذا ، فما هو النظام القانونى الواجب التطبيق ؟ هل هو النظام المدنى بالنظر إلى المؤلف أم هو النظام التجارى بالنظر إلى الناشر ؟ .

استقر الرأى على أن تطبق أحكام القانون التجارى على الطرف الذى يكون العمل بالنسبة له تجارياً وأحكام القانون المدنى على الطرف الذى يكون العمل بالنسبة له مدنياً .

ونورد فيما يلى تطبيقات لذلك :

---

(١) أنظر أكثر الحولى المرجع السابق صفحة ١٥٧ هامش ١ .

الاختصاص :

يتقرر الاختصاص بحسب ما إذا كان موضوع النزاع يعتبر عملا مدنياً أو عملا تجارياً بالنسبة للمدعى عليه ، فإذا باع مزارع محصول القمح لتاجر غلال ، وادعى المزارع أنه لم يقبض الثمن كله ، أو نازع فى شروط العقد ، جاز له أن يرفع دعواه أمام المحكمة المدنية أو أمام المحكمة التجارية . أما إذا كان التاجر هو المدعى ، وجب أن ترفع الدعوى أمام المحكمة المدنية [1]. كما لو أراد التاجر أن يطلب تسليم القمح أو نسخ العقد .

أما بالنسبة للقانون الواجب التطبيق ، فالقاعدة أن تطبق أحكام القانون التجارى على الجوانب التجارية من النزاع ، وأحكام القانون المدنى على الجوانب المدنية منه . مثال ذلك :

الإثبات :

تطبق قواعد الإثبات المدنية على الطرف الذى يعتبر العمل بالنسبة له مدنياً ، وتطبق قواعد الإثبات التجارية على الطرف الذى يعتبر العمل بالنسبة له تجارياً ، والمعلوم أن وسائل الإثبات مقيدة فى المسائل المدنية ، حراً فى المسائل التجارية ، حيث يجوز فى هذه الأخيرة الالتجاء إلى كافة طرق الإثبات بما فى ذلك البينة والقرائن مهما كانت قيمة النزاع [2] إلا أنه لا يشترط وجود تلازم بين المحكمة المرفوع أمامها الدعوى والقانون الواجب التطبيق ، فمثلا إذا رفعت الدعوى أمام المحكمة التجارية فإنها تطبق قواعد القانون المدنى على الطرف الذى يكون العمل بالنسبة إليه مدنياً ، وأيضاً إذا رفعت الدعوى أمام المحكمة المدنية فإن عليها أن تطبق قواعد القانون التجارى على الطرف الذى يكون العمل بالنسبة إليه تجارياً [3] .

---

(١) والسبب الذى من أجله جعل الخيار للطرف الذى يعتبر العمل بالنسبة له مدنياً . فى اختيار المحكمة المختصة ، هو تجنيب الطرف المدنى الوقوف أمام قضاء لم يألفه .

أنظر أكثم الخولى صفحة ١٠٨ المرجع السابق .

(٢) أنظر محسن شفيق الجزء الأول فقرة ١٠٢ صفحة ١٠٠ ، ومحمد صالح القانون التجارى المصرى ، صفحة ٦٩ . ، حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٣ مايو ١٩٣٧ المحاماة ١٨ - ١٥

(٣) محكمة النقض المصرية بتاريخ ١١ نوفبر ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ =

قواعد الأهلية :

تلزم الأهلية التجارية بالنسبة للشخص الذي يعتبر العمل من ناحيته تجارياً ، وتكفي الأهلية المدنية بالنسبة للطرف الآخر .

إجراءات التنفيذ :

يجوز للطرف المدني في حالة عدم وفاء الطرف التجاري بدينه أن يطلب شهر إفلاسه ، أما الطرف التجاري ، فلا يجوز له طلب التنفيذ في مواجهة الطرف المدني إلا باتباع الطرق المقررة لتنفيذ الديون المدنية .

٩٤ ــ وبعد أن بحثنا الأعمال التجارية المنصوص عليها في القانون التجاري الجزائري ، يجب أن نلاحظ ، أن وصف العمل بأنه تجاري أو مدني أمر متعلق بالنظام العام .

والمقصود من ذلك أن اتفاق الطرفين على وصف العمل لا يعتد به إذا خالف المعايير الواردة في القانون ، فإذا اتفق الطرفان على اعتبار عمل ما تجارياً دون أن يكون كذلك طبقاً للقانون وجب على المحكمة إهدار اتفاقهما على وصفه وتطبيق المعيار الوارد بالقانون .

= صفحة ١١٨٠ . ، وقارن أحكام القضاء الذي ذهب إلى القول بخضوع العمل لقواعد الإثبات التجارية بالنسبة للطرفين إذا وجدت استحالة أدبية تمنع التاجر من الحصول على دليل كتابي من المتعامل معه : نقض فرنسي بتاريخ ٤ يوليو سنة ١٩٣٥ داللوز الأسبوعي ــ ١٩٣٥ ــ ٤٧٠ ، نقض مصري بتاريخ ٢ يونية ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ــ ٣ ــ ١٢١٤ .

الباب الثانى

التـــاجر

---

٩٥ ــ تقديم وتقسيم :

عرفت المادة الأولى من القانون التجارى الجزائرى ــ التاجر ــ بقولها « يعد تاجراً كل من يباشر عملا تجارياً ويتخذه حرفة معتادة له » فيجوز أن يكون التاجر شخصاً طبيعياً أو شركة بشرط أن يكون النشاط الذى يباشره الفرد أو الشركة ــ نشاطاً تجارياً :

وبجانب هؤلاء ، فقد تدخلت الدولة فى الميدان التجارى ، تزاول كثيراً من أوجه نشاطه ، بواسطة أشخاص اعتبارية لها ذمم مالية مستقلة ، تأخذ شكل شركات أو مؤسسات عامة .

وللتجار كأشخاص ــ طبيعية أو معنوية ــ نظام قانونى خاص بهم [1] فلهم حقوق قاصرة عليهم كحق الترشيح والانتخاب للغرف التجارية التى تهتم بشئونهم ، ويلتزمون بما يفرضه القانون من التزامات ، كالقيد فى السجل التجارى ، ومسك الدفاتر التجارية ، والخضوع لضرائب معينة حددها القانون من حيث وعائها ونسبتها وطريقة سدادها ، وفضلا عن ذلك فإن القانون التجارى أخضع الشركات التجارية لأحكام شكلية معينة ، يترتب على إغفالها البطلان كالكتابة والإشهار . فإذا كان ذلك بالنسبة للشركات كأشخاص تجارية ، فإن المشرع نظم أحكاماً وقواعد خاصة بالأهلية التجارية بحيث لا يستطيع شخص مباشرة التجارة إلا إذا توافرت لديه القواعد التى نص عليها المشرع ، وذلك من أجل دعم الثقة والائتمان فى المجتمع التجارى .

---

(١) أنظر محسن شفيق المرجع السابق صفحة ١٠٣ « أهمية التفرقة بين التاجر وغير التاجر »

وستكون دراستنا في هذا المؤلف قاصرة على التاجر الفرد ، مرجئين دراسة الشركات التجارية ، ومؤسسات التسيير الاشتراكي (القطاع العام). حتى نتناولها في مؤلف مستقل .

وسنقسم دراستنا لهذا الباب إلى فصلين :

الفصل الأول : ونبحث فيه :

الشروط اللازمة لاكتساب صفة التاجر .

الفصل الثاني : ونعرض فيه :

التزامات التاجر المهنية .

الفصل الأول

شروط اكتساب صفة التاجر

٩٦ – يتضح من نصوص القانون التجارى الجزائرى ، أنه يشترط لاكتساب الصفة التجارية ، احتراف العمل التجارى ، أى مباشرة الشخص الذى يريد اكتساب صفة التاجر ، التجارة على وجه الاحتراف (المادة الأولى) . واستوجبت المادتان الخامسة والسادسة توافر أهلية خاصة فى الشخص الذى يرغب الاشتغال فى التجارة . وهناك شرط ثالث يسوقه الفقه[1] – مفروض أصلا وبداهة – حيث أنه مترتب على اكتساب صفة التاجر وليس شرط لازم مسبقاً لإكساب هذه الصفة وهذا الشرط ، هو شرط المسئولية غير المحدودة عن التزامات التاجر الناشئة عن ممارسة تجارته ، فمن يدخل الميدان التجارى ، ليحترف نشاطه ، يدخل مضارباً بأمواله وخبراته ، قاصداً تحقيق الربح ، ولا يجوز للشخص أن يشترط فى ظل أحكام القانون الجزائرى ، أن يحدد مبلغ معين لتحديد مسئوليته عن الديون التجارية إذا احترف التجارة ، فإذا تكرر وقوع عمل تجارى من شخص كالشراء من أجل البيع يستهدف به اتخاذ هذا العمل حرفة له ، أصبح فى نظر القانون تأجراً ، وبالتالى يكون مسئولا مسئولية غير محدودة فى أمواله عن ديونه والتزاماته التى تنشأ عن هذا الاحتراف ، وإذا دفع بتحديد مسئوليته ، فلا يقبل منه هذا الدفع لمخالفته للنظام العام الذى يسود مجتمع التجارة .

وعلى ذلك فان الشروط الحقيقية اللازمة لاكتساب صفة التاجر ، تتلخص فى أمرين فقط هما :

١ – احتراف الأعمال التجارية . ٢ – توافر الأهلية التجارية .

ونخصص لدراستها فرع مستقل .

---

(١) أنظر أكثم الخولى المرجع السابق فقرة ١٥٧

الفرع الأول

احتراف الأعمال التجارية

٩٧ – احتراف الأعمال التجارية ، هو الشرط الجوهرى الذى يكسب المحترف صفة التاجر ، إذا ما توافرت لديه الأهلية اللازمة لمباشرة التجارة . ، ونظراً لأهمية الاحتراف فى تحديد مركز الشخص من النظام القانونى للتجارة ، فإننا سنتكلم عن الاحتراف فى ثلاث مباحث :

المبحث الأول : ونبحث فيه المقصود بالاحتراف ، والضوابط القانونية التى وضعها الفقه والقضاء لتحديد ماهية الاحتراف .

المبحث الثانى : ونتناول فيه محل الاحتراف .

المبحث الثالث : نخصصه لإثبات الاحتراف .

المبحث الأول

ماهية الاحتراف وضوابطه

٩٨ – يقصد بالاحتراف ، توجيه النشاط الإنسانى (١) بصفة منتظمة ومستمرة لمزاولة عمل معين ، بقصد اتخاذه مهنة لإشباع حاجاته . هذا هو المقصود بالاحتراف مجرداً ، فإذا أردنا أن نحدد تعريف احتراف الأعمال التجارية فنقول بأنه توجيه النشاط الإنسانى نحو القيام بالأعمال التجارية ، بصفة منتظمة ومستمرة ، ويستنبط مفهوم الاحتراف من وقائع معينة ، تكون بذاتها كافية لإضفاء صفة الاحتراف على الشخص الذى يقدم عليها .

(١) ونركز على اقتران النشاط المنتظم والمستمر بالإنسان ، فيقال إنسان يحترف التجارة ، وآخر يحترف التعليم ، وثالث يحترف الرياضة أو الفن أو الموسيقى ، بخلاف من يهوى عمل شيء بقصد إشباع الرغبة فى التسلية أو قضاء الوقت ، فضلا عن أن تكرار الحيوان أو الآلة وانتظامها فى أداء عمل معين ، لايقال عنه احتراف فصفة الاحتراف لصيقة بالإنسان .

٩٩ ـ الاحتراف والاعتياد والفرق بينهما :

ذكرنا أن احتراف الأعمال التجارية يلزم القيام بهذه الأعمال على وجه الانتظام والاستمرار ، ولذلك يكون الاحتراف مهنة يتخذها الشخص سبيلا للارتزاق والكسب، حتى ولولم يكن هذا الاحتراف هو المصدرالوحيد للارتزاق ، بل قد يعتمد التاجر فى معيشته هو وأسرته على أموال وعقارات تكون قد آلت إليه بطريق الميراث .

أما الاعتياد فيقصد به تكرار وقوع العمل من وقت لآخر دون أن يصل لدرجة الاستمرار والانتظام .

وعلى ذلك فمن يعتاد القيام بالأعمال التجارية لا يلزم أن يكون تاجراً . مثال ذلك ، مزارع اعتاد سحب السفاتج (الكمبيالات) على من يشترى منه الحبوب ، فعلى الرغم من كون هذا العمل يعتبر عملا تجارياً من حيث الشكل ، إلا أن المزارع لم يكتسب صفة التاجر برغم هذا الاعتياد . أو إذا اعتاد موظف شراء القمح من المزارعين صيف كل عام لإعادة بيعه قاصداً الربح من فروق الأسعار ، فلو أن العمل تجارى ، إلا أن الموظف باعتياده هذا لم يصل إلى درجة الاحتراف التى تكسبه صفة التاجر ، وكذلك المهندس أو الطبيب الذى يعتاد الدخول فى مزادات .

إلا أنه مِمَا يخفف من دقة التفرقة بين الاحتراف والاعتياد ، توسع المشرع الجزائرى فى تحديد الأعمال التجارية من حيث موضوعها أو بحسب شكلها أو بالتبعية .

وتقرير حالة الاعتياد أو الاحتراف ، مسألة موضوعية ، يقدرها قاضى الموضوع ، دون رقابة من محكمة للنقض إلا فيما يتعلق بمراقبة صحة النتائج القانونية التى توصل إليها قاضى الموضوع بعد تقرير الأدلة ووسائل الإثبات المقدمة .

١٠٠ ـ بداية الاحتراف ومداه :

يبدأ الاحتراف بمباشرة التجارة فعلا ، أى بمزاولة أول عمل يقوم به

الشخص يتعلق بمهنته ، وقد اختلف الرأى[١] فيما يتعلق بالأعمال التحضيرية التى يلزم القيام بها لمباشرة التجارة ، كشراء الأخشاب لصناعة أثاث المحل التجارى ، والتعاقد لتركيب التليفون ، ومد الأسلاك الكهربائية للمصنع ، والتعاقد مع دور الإعلان للدعاية عن افتتاح محل جديد .

هذه الأعمال وإن كانت من طبيعة مدنية ، إلا أنها تعتبر تجارية بسبب اتجاه القصد نحو الاحتراف ومباشرة التجارة ، فإذا فشل المشروع قبل ممارسة نشاطه ، يبقى لهذه الأعمال الصفة التجارية ؛ ولكن الشخص نفسه لا يكسب صفة التاجر ، بسبب تخلف عنصر الاستمرار والانتظام الذى يرقى بالنشاط إلى درجة الاحتراف لمن يزاوله .

١٠١ — ولا يستوجب الاحتراف أن يقف الشخص جميع مجهوداته ووقته ، بل قد يمارس الشخص أكثر من حرفة ، جميعها تجارية ، أو إحداها مدنية والأخرى تجارية ، كما إذا اشتغل الشخص بالزراعة والتجارة فى آن واحد ، وفى هذه الحالة يكتسب الشخص صفة التاجر بسبب احترافه التجارة ، طالما أنه ليس هناك خطر على الشخص من تعداد أوجه نشاطه ، وأن ذمة الشخص لا تتعدد طبقاً لأحكام القانون الجزائرى ؛ فلا يمكن أن ينفصل الجزء من الذمة الذى يخصص لمباشرة الحرفة التجارية ، عن باقى الذمة المالية للشخص ، وتكون جميع أمواله ضامنة بلا استثناء لتصرفاته التجارية [٢] .

١٠٢ — ولكن إذا احترف التجارة شخص ممنوع من مباشرة التجارة ، بمقتضى القوانين واللوائح ، كالموظف والمحامى ، فإنه يكتسب صفة التاجر[٣] ، ولوأنه يتعرض للجزاءات المنصوص عليها فى هذه القوانين أو تلك اللوائح .

---

(١) انظر على العريف ، شرح القانون التجارى — ١٩٦٤ — فقرة ٤٦ ؛ وانظر على جمال الدين عوض ، الوجيز فى القانون التجارى — الجزء الأول صفحة ٨٦/٨٧ .

(٢) انظر فى هذا المعنى على يونس المرجع السابق فقرة ١٤٦ ، محمود سمير الشرقاوى — القانون التجارى — الجزء الأول ١٩٧٥ فقرة ١٧٠ .

(٣) انظر حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ ٢٨ أبريل سنة ١٩٦٢ — مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ — العدد الثانى صفحة ٥٢٨ .

١٠٣ – ولا يفرق القانون التجارى الجزائرى بين نشاط هام وآخر أقل أهمية ، أو أن يتم ممارسة النشاط على نطاق واسع أو نطاق ضيق . فكل من يحترف النشاط التجارى ، يعتبر تاجراً فى نظر القانون ويخضع للنظام القانونى التجارى .

١٠٤ – ولا يشترط فى الاحتراف أن يتحقق الكسب من ورائه ، ولا أهمية كذلك لقصد التاجر فى كيفية التصرف فى ربحه ، أو أوجه إنفاقه، فيستوى أن يتبرع به للفقراء أو يوسع من نطاق مشروعه .

١٠٥ – يجب أن يتم الاحتراف على وجه الاستقلال :

التجارة تقوم على الثقة وعمادها الائتمان الذى يقوم على تحمل المسئولية، وعلى ذلك فإنه يلزم فى المحترف أن يقوم بالعمل باسمه الشخصى ولحساب نفسه وعلى وجه الاستقلال ، فإذا قام شخص بأعمال التجارة لغير حسابه فلا يتحمل تلك المخاطر ومن ثم لا يكتسب صفة التاجر .

وعلى ذلك فالموظفون والعمال فى المحال التجارية ، ومديرو وأعضاء مجالس إدارات الشركات التجارية وربابنة السفن ، لا يعتبرون تجاراً لأنهم أجراء يقومون بالأعمال التجارية باسم ولحساب صاحب العمل . وينقصهم ركن الاستقلال فى إدارة العمل وهى من مميزات صفة التاجر[1] . ولكن الشريك المتضامن يعتبر تاجراً سواء اشترك فى الإدارة أم لم يشترك وذلك لأنه يسأل عن التزامات الشركة على وجه التضامن . أما الشركاء فى الشركات ذات المسئولية المحدودة أو شركات المساهمة ،فلا يعتبرون تجاراً ، إذ لاشأن لهم فى الأعمال التجارية التى تقوم بها الشركة ، ولا يسألون عن التزامات الشركة إلا بقدر الحصة التى قدموها .

١٠٦ – والأصل فى التجارة ، أن تتم علانية ، بل إن كثيراً من المشروعات التجارية ، تخصص جانب من مصروفاتها للدعاية والإعلان ، عن عنوان

---

(١) انظر محسن شفيق – المرجع السابق صفحة ١٠٥ ، وعلى يونس المرجع السابق فقرة ١٤٥ .

المشروع وموضوع نشاطه ، ويتم طبع المراسلات التى يستعملها المشروع مدوناً بها اسم صاحبه وسجله التجارى وعنوانه ، وإلى غير ذلك من البيانات التى تبعث الثقة والاطمئنان لدى جمهور المتعاملين معه .

غير أنه أحياناً قد يحترف شخص الأعمال التجارية مستتراً وراء شخص آخر لأسباب كثيرة وبخاصة صور التحايل على خطر الاتجار الذى تفرضه بعض القوانين على فئات معينة كالمحامين والقضاة والموظفين وغيرهم .

فمن الذى يكتسب صفة التاجر ، هل الشخص الساتر أم المستور ؟

ذهب رأى فى الفقه[1] إلى أن الشخص المستور هو الذى تلحق به صفة التاجر لأنه صاحب العمل الأصلى الذى يضارب بأمواله ويتم الاستغلال لحسابه وإذن فلا تلحق صفة التاجر الشخص الساتر ، وعلى ذلك فإذا احترف شخص القيام بالأعمال التجارية مستتراً وراء شخص آخر ، وكان هذا الشخص المستتر ممنوع من مزاولة التجارة ، كالموظفين والمحامين ، فإنه يكتسب مع ذلك صفة التاجر ويخضع للنظام القانونى للتجار ومنها إمكان شهر إفلاسه فى حالة توقفه عن الدفع ، ولا أثر للخطر من مزاولة التجارة هنا إلا فرض العقوبات التأديبية المنصوص عليها فى القانون .

بينما ذهب رأى آخر [2] إلى القول بأن صفة التاجر لا تثبت فى حالة الاستتار أو عدم الظهور ، إلا للشخص الساتر وهو الذى يتعامل باسمه مع الغير ويظهر أمامه كما لو كان يعمل لحساب نفسه ، لأن دور الشخص المستور يقتصر على توظيف أمواله ، وذلك لا يكفى لخلع صفة التاجر على صاحب المال ما دام أن هذه الصفة تتقرر بالنظر لما يقوم به الشخص من نشاط مهنى قوامه إتيان الأعمال التجارية واتخاذها حرفة له .

ونرى مع الرأى القائل بأنه إذا كان من المسلم به أن الشخص المستتر يكتسب صفة التاجر ، لأنه يضارب بأمواله ويتم الاتجار لحسابه ، وبذلك

---

(١) محسن شفيق المرجع السابق صفحة ١٠٦ فقرة ١٠٧ .

(٢) على يونس المرجع السابق صفحة ١٧٥ ، وفى حالة مباشرة التجارة تحت اسم مستعار ، قد لايكون له وجود فى الحقيقة ، فتثبت صفة التاجر للشخص الذى يمارس النشاط التجارى فعلا لحسابه.

فإن الشخص الظاهر ، يعتبر تاجراً هو الآخر ويجوز شهر إفلاسه ، لأن ظهوره بمظهر التاجر وتعامله مع الغير على هذا الأساس يجب أن يكسبه صفة التاجر تطبيقاً لنظرية الظاهر ، وحماية لثقة الجمهور الذى تعامل معه من خلال مظهر التاجر [1] .

١٠٧ – نهاية الاحتراف :

ينتهى احتراف التاجر ، بتوقفه تماماً عن مزاولة التجارة ومباشرتها ، ذلك بانتهاء أعمال تصفية محله التجارى ، أو بسبب هلاك أمواله وعزمه عدم مباشرة التجارة واحترافها ، أو بالوفاة . ومن المتفق عليه أن صفة التاجر لا تنتقل إلى ورثته ، ولكن إذا استمر الورثة فى مباشرة التجارة التى آلت إليهم ، فإنهم يكتسبوا صفة التاجر ، لاعلى أساس كونهم ورثة ، إنما على أساس احترافهم ، وكذلك الأمر لو استخدموا اعمالا أو ذوى خبرة بالنشاط ، لأن العمل التجارى يتم لحسابهم .

المبحث الثانى

محل الاحتراف

١٠٨ – عرفنا أن الاحتراف معناه ، توجيه النشاط الإنسانى بصفة منتظمة ومستمرة لمزاولة عمل معين ، بقصد اتخاذه مهنة لإشباع حاجاته .

والاحتراف الذى يكسب الشخص صفة التاجر ، يجب أن ينصب على أعمال تجارية ، أما إذا احترف الشخص أعمالا مدنية ، كالمحاماة والطب والهندسة ، فلا يكتسب صفة التاجر ، لكون هذه الأعمال مدنية بطبيعتها . فيجب حتى يكون الشخص تاجراً ، أن يحترف الأعمال التجارية بصفة أصلية ، وإن احترف معها أعمالا مدنية ، إن تعلقت بنشاطه التجارى ، اعتبرت تجارية بالتبعية حتى وإن كانت مدنية بطبيعتها .

---

(١) انظر مصطفى كمال طه المرجع السابق فقرة ٩٩ صفحة ١٠٠ وأكثم الخولى المرجع السابق صفحة ١٨٦

ويجب أن يكون احتراف الأعمال التجارية ، مقصوداً لذاته ، لا وسيلة لتحقيق غرض أو إنجاز عمل ؛ بمعنى أن يكون الاحتراف بمزاولة نشاط رئيسى لصاحبه ، أما إذا اقتصر العمل على أن يكون وسيلة لخدمة أغراض النشاط الرئيسى ، فلا يعد ذلك احترافاً يكسب صفة التاجر ، مثال ذلك : التعامل بالسفتجة (الكمبيالات) وقد نص عليها القانون التجارى الجزائرى واعتبرها عملا تجارياً من حيث الشكل ، فلو اعتاد مزارع أو صاحب عقار أن يسحب سفاتج على المستأجرين من أجل استيفاء قيمة الإيجار فإن هذا العمل ولو أنه تجارى بنص القانون ، ولكنه لا يصلح موضوعاً للاحتراف لأنه ليس مقصوداً لذاته ، ولكن وسيلة للتحصيل ، فالمزارع أو صاحب العقار لا يرتزق من عملية سحب السفاتج ، إنما من استغلال الأرض الزراعية أو العقار .

١٠٩ — والاحتراف من حيث محله لا يقتصر على الأشخاص الطبيعيين ، إنما يجوز أن يمتد إلى الشركات والأشخاص المعنوية العامة ، فالقاعدة أن العمل التجارى ، يظل محتفظاً بطبيعته أياً كانت صفة المحترف .

ولكن إذا كان للشخص الطبيعى أن يحترف ما يشاء من الأعمال التجارية وألوان نشاطها ، نجد أن الشخص المعنوى لا يستطيع أن يباشر إلا الغرض الذى نشأ من أجله ، ونص عليه فى عقده التأسيسى ، ولا يجوز له تغيير نوع النشاط إلا إذا تم تعديل العقد ، وقد اعتبر المشرع الجزائرى الشركات التجارية ، عملا تجارياً بحسب الشكل .

١١٠ — ويجب أن يكون النشاط محل الاحتراف — مشروعاً ، وذلك أمر بدهى لتعلقه بالنظام العام والآداب ، فلو توافر الاحتراف ، بجميع مقوماته ولكنه فى ممارسة شىء غير مشروع ، فلا يكتسب محترفه صفة التاجر[1] ، كمن يحترف تجارة المخدرات أو لعب القمار أو الدعارة .

---

(١) قارن أكثم الخولى المرجع السابق صفحة ١٨٩ ، حيث يرى فى مبدأ عدم اكتساب صفة التاجر لعدم مشروعية نشاطه ، خطورة على الغير حسن النية الذى يتعامل مع تاجر أو مؤسسة وهو يجهل نشاطها غير المشروع كما إذا قام شخص بتوريد أشياء إلى أحد الملاهى جاهلا أنه يدار للعب القمار ، فإنه قد يحرم من الضمانات القانونية المرتبطة بصفة التاجر وأهمها إشهار =

المبحث الثالث

إثبات الإحتراف

١١١ — ثبوت صفة التاجر لها أهمية كبيرة ، فهى التى تحدد النظام القانونى الذى يحكم التزاماته ، وهذه الصفة لا تفترض ، وإنما لابد من إثباتها بكافة طرق الإثبات ، ويقع عبء الإثبات على من يدعيها ، فلا يكفى أن يصف الشخص نفسه بأنه تاجر ، ولا يكفى كذلك مجرد القيد فى السجل التجارى لأنها مجرد قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس ، وكذلك لايشترط لإمكان إثبات صفة التاجر أن يكون للشخص محل تجارى ، لأن المحل التجارى ليس من مستلزمات احتراف التجارة . فقد يباشر التاجر حرفته التجارية متجولا أو على الطريق العام .

وإثبات الاحتراف مسألة موضوعية ، يفصل فيها قاضى الموضوع ولا يخضع فى فصله فى هذه الوقائع لرقابة محكمة النقض .

فإذا توافر لمحكمة الموضوع أدلة تثبت توافر عناصر الاحتراف من الوقائع المعروضة أمامها ، فعليها أن تستخلص النتيجة التى انتهت إليها ، وذلك بعد أن تكون قد بحثت أيضاً محل الاحتراف ومشروعيته ، وهى فى استخلاصها

= إفلاس صاحب الملهى ؛ ولذلك يرى أن يحد القضاء من التطبيق المنطق للقواعد القانونية على الأقل بالنسبة للأحكام التى تحقق مصلحة الغير حسن النية ؛ ولكنا نرجح الرأى القائل بأن حماية الغير لاتكون على حساب النظام العام فضلاعما فى قانون العقوبات من الجزاءات مايكفى لردع الأشخاص الذين يحترفون أعمالا غير مشروعة (انظر محسن شفيق المرجع السابق وعلى يونس المرجع السابق صفحة ١٨٠) .

لهذه النتيجة ، يعتبر ذلك عملا قانونياً يخضع لرقابة محكمة النقض (المحكمة العليا) . فإذا رأت أن الاحتراف متوافر ومحله تجارياً ومشروعاً، ولم تضفى صفة التاجر على شخص المحترف ، كان حكمها خاطئاً يتعين نقضه[1] .

الفرع الثانى

الأهلية التجارية

١١٢ – يلزم لاعتبار الشخص تاجراً ، إلى جانب احترافه التجارة على النحو السابق الإشارة إليه ، أن يكون له الأهلية اللازمة لاحتراف التجارة والمقصود بالأهلية هى صلاحية الشخص لصدور العمل القانونى منه على وجه يعتد به شرعاً ، والأعمال التجارية من أعمال التصرف ، ولذا وجب أن يتوافر فى الشخص الذى يحترف التجارة الأهلية اللازمة لإجراء التصرفات القانونية .

ولم يعرض قانون التجارة الجزائرى رقم ٥٩ لسنة ١٩٧٥ ، إلا لأهلية القاصر المأذون له بالتجارة وذلك ما أطلق عليه القانون المذكور فى المادة الخامسة منه (القاصر المرشد) ، وكذلك تناول فى المادتين السابعة والثامنة أحكاماً خاصة بأهلية المرأة المتزوجة ، ولذا ينبغى الرجوع فيما عدا ذلك إلى القواعد العامة فى الأهلية الواردة فى القانون المدنى .

وقبل أن نتناول بالتفصيل أهلية الشخص الطبيعى ، نشير إلى أهلية للشخص الاعتبارى .

١١٣ – أهلية الشخص الاعتبارى : تقضى المادة الخمسون من القانون المدنى الجزائرى بأن يكون للشخص المعنوى أهلية فى الحدود التى يعينها عقد إنشائه أو التى يقررها القانون ، وعلى ذلك فإن الشخص الاعتبارى يتمتع بالأهلية اللازمة لمباشرة الأعمال المدنية والأعمال التجارية .

---

(١) انظر محسن شفيق المرجع السابق ، صفحة ١٠٧ ، ١٠٨ وأحكام محكمة الاستئناف المختلطة التى أشار إليها . كذلك أكثم الخولى – المرجع السابق صفحة ٢٠٧ .

ومتى احترف الشخص الاعتبارى الأعمال التجارية ، عد تاجراً مع ملاحظة أن أهلية الشخص الاعتبارى محددة بالأعمال اللازمة لتحقيق أغراضه والموضحة بسند إنشائه ، فإذا كان العقد التأسيسى للشركة نص على أن الغرض من قيامها هو تجارة المنسوجات ، فلا يجوز أن تتجاوز هذا الغرض ، فإذا عن للشركة تغيير نشاطها ، وجب عليها اتخاذ إجراءات تعديل العقد التأسيسى والنص فيه على نشاطها الجديد .

١١٤ — ونتناول بعد ذلك أهلية الشخص الطبيعى فنتناول دراسة أحكام الأهلية التجارية متتبعين الشخص فى مراحله المختلفة .

المبحث الأول

الراشدون

١١٥ — لم يتضمن القانون التجارى الجزائرى حكماً خاصاً بسن الرشد التجارى ، ولذا يجب تطبيق القاعدة العامة الواردة فى المادة الأربعين من القانون المدنى التى تحدد سن الرشد بوجه عام بتسعة عشر (١٩) سنة كاملة .

وعلى ذلك فإنه لا يجوز — بحسب الأصل — لمن يبلغ سن الرشد المذكور أن يحترف التجارة .

أما إذا بلغ المواطن الجزائرى تسعة عشر عاماً ، ولكنه غير رشيد ، أى أصابه عارض من عوارض الأهلية ، امتنع عليه مباشرة التجارة ، فإن فعل لم يكسب وصف التاجر ، والمقصود بعوارض الأهلية الجنون والعته والسفه والغفلة .

وقد نصت المادة الثانية والأربعون من القانون المدنى الجزائرى على أن « لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر فى السن أو عته أو جنون ، ويعتبر غير مميز من لم يبلغ ستة عشر (١٦) سنة » .

وتنص المادة الرابعة والأربعون على أن :

« يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة ، ضمن الشروط ، ووفقاً للقواعد المقررة فى القانون » .

١١٦ — الممنوعون من مباشرة التجارة :

هناك بعض الطوائف ، كالموظفين العموميين والمحامين والأطباء ، تنظمهم قوانين خاصة ، لاعتبارات وطنية تقتضيها المصلحة العامة . فعلى الرغم من بلوغ أفراد هذه الطوائف سن الرشد وليس بهم عارض من عوارض الأهلية ، فيحظر القانون مباشرتهم التجارة ، وقد يكون الحظر مطلقاً أى شاملا كل أنواع التجارة ، وقد يكون الحظر مقيداً .

فما هو الحكم بالنسبة لأفراد هذه الطوائف ، إذا احترف أحدهم التجارة على الرغم من الحظر الوارد فى القانون ؟

يكتسب الشخص صفة التاجر ، متى احترف التجارة ، وتظل أعماله التجارية صحيحة ، ويلتزم بجميع التزامات التجار ، أما جزاء مخالفة هذا المنع فينحصر فى فرض العقوبات التأديبية التى ينص عليها قانون المهنة الذى يخضع له الشخص المخالف ، والسبب فى صحة الأعمال التجارية لأفراد هذه الطوائف إذا احترفوها يرجع إلى حماية جمهور المتعامل معهم ، فضلا عن أن الحظر فى هذه الحالة مقرر للمصلحة العامة وليس لمصلحة الموظف ذاته ، وعلى ذلك فإنه يخضع لأحكام القانون التجارى وبما تتضمنه من قواعد صارمة ، وفى نفس الوقت يخضع للعقوبات التأديبية ، التى تنص عليها القوانين واللوائح . وذلك بخلاف حالة منع القاصر أو المحجور عليه ، حيث أن الحظر فرضه القانون لحمايته وأمواله الشخصية ، فلو احترف القاصر أو المحجور عليه التجارة ، فإنه لا يكتسب وصف التاجر ولا تطبق عليه أحكام القانون التجارى .

١١٧ — الأجانب :

يكون الأجنبى الذى بلغ تسعة عشر سنة ، عاقلا رشيداً كامل الأهلية لمباشرة التجارة فى الجزائر ولو كان طبقاً لقانون دولته يعتبر ناقص الأهلية .

والسبب فى ذلك هو الرغبة فى التسوية بين جميع الأشخاص البالغين وعدم تقرير حماية خاصة للأجانب الذين تقل أعمارهم عن تسعة عشر سنة . وهذا ما تقضى به قواعد القانون المدنى الجزائرى . حيث تنص المادة السادسة منه على أن تسرى القوانين المتعلقة بالأهلية على جميع الأشخاص الذين تتوفر فيهم الشروط المنصوص عليها . وأيضاً ما نصت عليه المادة التاسعة من القانون المذكور من أن القانون الجزائرى هو المرجع فى تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق .

وعلى ذلك فإذا أراد الأجنبى أن يباشر التجارة على التراب الجزائرى، فلا بد أن يكون بالغاً من العمر ١٩ سنة عاقلا .

وأكثر من ذلك أراد المشرع الجزائرى أن يوفر الحماية والطمأنينة والثقة فى التعامل للمواطنين الجزائريين فى تعاملهم مع الأجانب ، فنص فى المادة العاشرة فقرة ثانية من القانون المدنى على أنه فى التصرفات المالية التى تعقد فى الجزائر وتنتج آثارها فيها ، إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية، وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه ، فإن هذا السبب لا يؤثر فى أهليته وفى صحة التعامل .

فإذا تعامل جزائرى مع أجنبى على التراب الجزائرى، وكان هذا الأخير معتوه (والعته هو نقصان العقل واختلاله ، لا زواله بالكلية كالجنون ، بحيث يشبه من يصاب به العقلاء من ناحية والمجانين من ناحية أخرى) . الأمر الذى يصعب معه تبيان حالة العته هذه قبل التعامل ، فإن التصرف وآثاره تكون صحيحة .

المبحث الثّانى

القصر

١١٨ – تقضى المادة الخامسة من القانون التجارى الجزائرى على أنه :

« لا يجوز للقاصر المرشد ذكراً أم أنثى البالغ من العمر ثمانية عشر سنة كاملة والذى يريد مزاولة التجارة ، أن يبدأ فى العمليات التجارية ، كما لا يمكن اعتباره راشداً بالنسبة للتعهدات التى يبرمها عن أعمال تجارية :

– إذا لم يكن قد حصل مسبقاً على إذن والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصدق عليه من المحكمة ، فيما إذا كان والده متوفياً أو غائباً أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها أو فى حالة انعدام الأب أو الأم .

معنى ذلك أن القاصر الذى يبلغ من العمر ثمانية عشر سنة كاملة سواء كان ذكراً أم أنثى ويريد مزاولة التجارة ، أن يطلب الإذن بذلك من والده أولا إذا كان والده على قيد الحياة ، فإذا كان والده متوفياً أو غائباً عن البلاد أو به عارض من عوارض الأهلية (كالجنون والعته والسفه) أو به مانع كما لو كان سجيناً . فيلزم الحصول على الإذن من الأم ، فإذا كان بها عارضاً أو مانعاً أيضاً ، فيلزم الحصول على الإذن من مجلس العائلة .

وبعد صدور الإذن للقاصر لمباشرة التجارة سواء من أبيه أو أمه أو مجلس العائلة ، لا بد من اتخاذ إجراءات التصديق عليه من المحكمة المختصة ، واشترط القانون وجوب تقديم هذا الإذن مرفقاً بطلب التسجيل فى السجل التجارى . (المادة الخامسة فقرة ثالثة) .

١١٩ – ولكن هل الإذن للقاصر بمباشرة التجارة ، يكون إذناً مطلقاً أو مقيداً؟

جاء نص المادة الخامسة ، مطلقاً دون قيد ، حيث تطلب الإذن للقاصر من الأب أو الأم أو مجلس العائلة والتصديق عليه من المحكمة .

غير أن المادة السادسة نصت على أنه :

« يجوز للتجار القصر المرخص لهم طبقاً للأحكام الواردة فى المادة الخامسة ، أن يرتبوا التزاماً أو رهناً على عقاراتهم ، غير أن التصرف فى هذه الأموال سواء كان اختيارياً أو جبرياً لا يمكن أن يتم إلا باتباع أشكال الإجراءات المتعلقة ببيع أموال القصر أو عديمى الأهلية » .

ولذلك فإننا نرى ما يلى :

أولا : للأب أو الأم أو مجلس العائلة حسب الأحوال ، سلطة تقدير منح الإذن للقاصر البالغ من العمر ثمان عشرة سنة ، ولهم رفضه ولهم أن يقيدوه بقيود ، لأنهم فى كل ذلك ينظرون إلى مصلحة القاصر ويضعون الضمانات الكفيلة بحمايته .

ثانياً : يجوز أن يكون الإذن للقاصر بمباشرة التجارة ، مطلقاً ، بالنسبة للاتجار فى الأموال المنقولة ، ومتى صـــدر الإذن للقاصر وصدقت عليه المحكمة ، يصبح القاصر كامل الأهلية فى حدود ما أذن له فيه ، فتصح أعماله ويمتنع الطعن فيها فيما بعد لإبطالها ويكسب باحترافها وصف التاجر .

ولكن يلاحظ أن أعماله لا تكون صحيحة إلا متى كانت داخل حدود الإذن ، فمتى جاوزه وقام بتصرفات لم يؤذن فيها كانت أعماله هذه قابلة للإبطال ، ولكنه إذا كسب وصف التاجر بسبب الأعمال المأذون بها ، فإن تجاوزه حدود الإذن لا يخلع عنه هذا الوصف وإن جاز له التمسك بإبطال الأعمال الخارجة عن حدود الإذن .

ثالثاً : أنه بالنسبة للأموال العقارية ، فقد حظر المشرع على القاصر المأذون له فى التجارة التصرف فى هذه الأموال ، إلا باتباع الإجراءات المتعلقة ببيع أموال القصر أو عديمى الأهلية ، وذلك ضماناً من المشرع ليكفل به حماية أموال القاصر .

غير أنه يجوز للقاصر أن يرتب التزاماً أو رهناً على العقارات التى يملكها ، وذلك تطبيقاً لأحكام المادة السادسة من القانون التجارى الجزائرى .

المبحث الثالث

المرأة المتزوجة

١٢٠ – للمرأة المتزوجة فى القانون الجزائرى الأهلية الكاملة لمباشرة التجارة ، وذلك دون قيد ، شأنها شأن الرجل تماماً . وذلك ما نصت عليه المادة الثامنة من القانون التجارى الجزائرى بقولها :

تلتزم المرأة التاجرة شخصياً بالأعمال التى تقوم بها لحاجات تجارتها ويكون للعقود بعوض التى تتصرف بمقتضاها فى أموالها الشخصية لحاجات تجارتها كامل الأثر بالنسبة للغير .

وتلتزم أيضاً المرأة المتزوجة فى شأن تجارتها بالالتزامات المهنية للتجار من مسك الدفاتر والقيد فى السجل التجارى ، وما إلى ذلك من الالتزامات التى يفرضها القانون ، ويطبق عليها أيضاً كافة أحكام القانون التجارى والقواعد التى تسرى على التجار .

ولكن نص المشرع الجزائرى فى المادة السابعة على أن « لاتعتبر المرأة المتزوجة تاجرة إذا كان عملها ينحصر فى البيع بالتجزئة للبضاعة التابعة لتجارة زوجها » .

وهذا النص فى رأينا لا يأتى بجديد إنما هو تطبيق للقواعد العامة ، حيث أن مجرد قيام الزوجة بمساعدة زوجها أو بالعمل لحسابه فى متجره ، بأن تتولى البيع بالتجزئة ، فذلك أمر لا يكسبها صفة التاجر . وإن أكسبها صفة العاملة التى تخضع لقانون العمل ، وتتمتع بالحقوق التى يقررها قانون العمل من حماية للأجور وتطبيق نظام الضمان الاجتماعى عليها ، وإلزام زوجها بدفع أقساط التأمين الاجتماعى عنها .

الفصل الثانى

التزامات التاجر المهنية

---

١٢١ – تقسيم :

فرض القانون الجزائرى على التجار واجبين :

الأول : إمساك الدفاتر التجارية ؛

الثانى : القيد فى السجل التجارى .

الفرع الأول

الدفاتر التجارية

١٢٢ – تقديم :

المجتمع التجارى ، مجتمع يقوم على أساس الثقة والائتمان فى المعاملات ، ورأينا كيف يسر المشرع وسائل إثبات الأعمال التجارية ، بسبب ما تتميز به من سرعة فى عقدها وتنفيذها ، فأجاز إثباتها بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائين . غير أن المشرع لم ييسر نظام الإثبات التجارى دون قصد ، إنما كان يقصد من وراء ذلك التيسير ، فرض التزامات على التاجر من أهمها مسك دفاتر معينة يسجل فيها كافة البيانات المتعلقة بتجارته ، حتى يمكن الرجوع إليها فى الوقت الذى يظهر فيه أهمية إثبات ما ورد فيها ، فلم يرد المشرع أن يكون فى حياته التجارية مثل الأفراد العاديين ، الذين يتريثون فى روية حين يعقدون صفقاتهم ومعاملاتهم . بل أطلق له الحرية فى إبرام ما يشاء من العقود والتصرفات . بشرط أن يحترم الالتزامات التى

أوجبها على عاتقه ومن أهمها تنظيم دفاتره التجارية مدوناً فيها حقوقه والتزاماته ، مشترواته ومبيعاته وجوه إنفاقه ودخله ، حتى يمكن أنه تكون سجلا حقيقياً وأميناً لحالة تجارته .

١٢٢ ــ الدفاتر التجارية فى القانون التجارى الجزائرى :

اهتم المشرع الجزائرى بالدفاتر التجارية ، فأفرد لهـا الباب الثانى من الكتاب الأول المواد من التاسعة حتى الثامنة عشر . حيث نص فيها على الأشخاص الملزمين بإمساكها وأنواعها وكيفية تنظيمها ، ومدة الاحتفاظ بها ، والجزاء على مخالفة قواعد تنظيمها أو عدم إمساكها والاحتفاظ بها . وهذه الموضوعات تضمنتها المواد ٩ ، ١٠ ، ١١ ، ١٢ ، ١٤) .

ثم تناول المشرع موقف الدفاتر التجارية من نظام الإثبات ، فتكلم عن قبولها وتقديمها والاطلاع عليها ، والإنابة القضائية وتوجيه اليمين .

وسنتناول دراسة الدفاتر التجارية فى مبحثين :

المبحث الأول : الالتزام بمسك الدفاتر التجارية .

المبحث الثانى : دور الدفاتر التجارية فى الإثبات .

المبحث الأول

الالتزام بمسك الدفاتر التجارية

١٢٣ ــ أهمية الدفاتر التجارية :

لا يختلف اثنان على أن مسك الدفاتر التجارية أمر لا غنى عنه فى مجتمع التجارة ، للفائدة التى تعود من وراء ذلك على التاجر نفسه وعلى المتعاملين معه سواء أفراد أو هيئات خاصة أو حكومية للأسباب الآتية :

الدفاتر التجارية المنظمة مرآة صادقة لنشاط التاجر :

تقتضى الدفاتر التجارية ، تسجيل العمليات التجارية بشكل منظم ،

فيقيد فيها التاجر يوماً بيوم إيراداته ومصروفاته ، فتبين مركزه المالى بكل دقة ، وعلى ضوئها يستطيع ، الدخول فى معاملات تجارية جديدة أو الانتظار وتجميد نشاطه فى نطاق معين ، أو نوع السلعة التى تكون أكثر رواجاً لديه ، فيريد تعامله فيها أو الراكدة ، فيحاول تصريفها .

الدفاتر التجارية ــ أداة إثبات :

اعترف القانون التجارى الجزائرى بقوة الدفاتر التجارية فى الإثبات ، فأجاز تقديمها والاطلاع عليها ، والاعتداد بما ورد فيها إذا كانت الدفاتر دقيقة ومنتظمة ، ونص على جواز الإنابة القضائية للمحكمة التى يوجد بها الدفاتر للاطلاع . عليها وتحرير محضر بمحتواها وإرساله إلى المحكمة المختصة بالدعوى وذلك فى حالة العرض بتقديمها أو طلب تقديمها أو الأمر به ، إذا كانت هذه الدفاتر موجودة فى أماكن بعيدة عن المحكمة المختصة . (المادة السابعة عشر من القانون التجارى) . الأمر الذى يتضح منه مدى أهمية الاعتداد بالدفاتر التجارية فى الإثبات ، ولا جدال فى أن ذلك له فائدة كبرى فى الفصل فى المنازاعات التى تثور بين التجار والمتعاملين معهم سواء كانوا تجاراً أم غير تجار . وعلى ذلك فإذا أهمل التاجر ، إمساك دفاتره على وجه منظم دقيق ، فإنه سيحرم من هذه الميزة ، بل قد يؤدى هذا الإهمال إلى الإضرار به .

الدفاتر التجارية والضرائب :

إذا كانت الدفاتر التجارية منظمة ودقيقة ، فانها توحى بالثقة وتبعث على اطمئنان ، رجال الخزينة العامة المناط بهم تقدير الضرائب ، وتجعلهم يربطون الضريبة على أساس الأرباح الحقيقية ، بعد خصم المصروفات التى تكبدها التاجر ، كإيجار محله التجارى ومصروفات الكهرباء والغاز والمحروقات ، وأجور واشتراكات التأمينات الإجتماعية عن عماله وغير ذلك من المصروفات التى تظهرها الدفاتر التجارية ، إذا كانت منتظمة ودقيقة ، أما إذا كان العكس ، فيتم ربط الضريبة على أساس التقدير الجزافى الذى يؤدى إلى الإجحاف بالتاجر .

الدفاتر التجارية وحالات الإفلاس :

التجارة ، حرفة تقوم على المضاربة ، فكما قد يربح التاجر أرباحاً طائلة ، فقد يكون سيىء الحظ ويفلس ، فإذا حدث وأفلس ، فيقوم وكيل التفليسة بجرد أمواله وحصر ماله وما عليه من ديون تمهيداً لتصفيتها ، فإذا اتضح منها أن التاجر حسن النية ، سيىء الحظ ، اعتبر إفلاسه بسيطاً ، ويمكنه من الاستفادة بالصلح الذى قرره القانون ، ويعود بعده على رأس تجارته ، والذى يظهر حسن النية وسوء الحظ هى الدفاتر المنتظمة الدقيقة ، أما الدفاتر غير المنتظمة ، أو التى يكون التاجر قد أهملها ولم يمسكها كلية ، فقد يؤدى ذلك إلى شهر إفلاسه بالتقصير أو بالتدليس وقد فرض له المشرع عقوبات جنائية .

١٢٤ ـ الأشخاص الملتزمون بمسك الدفاتر التجارية :

نصت المادة التاسعة من القانون التجارى الجزائرى على أن «كل شخص طبيعى أو معنوى له صفة التاجر ملزم بمسك دفاتر لليومية يقيد فيها يوماً بيوم عمليات المقاولة أو أن يراجع على الأقل نتائج هذه العمليات شهرياً بشرط أن يحتفظ فى هذه الحالة بكافة الوثائق التى يمكن معها مراجعة تلك العمليات يومياً » .

يتضح من هذا النص أن الالتزام بمسك الدفاتر التجارية ، واجب مفروض على كل من يكتسب صفة التاجر ، سواء أكان تاجراً فرداً (شخص طبيعى) أو شخص طبيعى كالشركات التجارية ، أما الشركات المدنية أو الأشخاص المدنيون حتى ولو قاموا ببعض العمليات التجارية ـ كسحب السفاتج أو الشراء من أجل البيع ـ لمرات متقطعة لا يكسبها الاحتراف فلا يلتزمون بمسك الدفاتر التجارية .

ولا يشترط لمسك الدفاتر التجارية ، أن يكون التاجر ملماً بالقراءة والكتابة ، فهذا الالتزام فرضه القانون عليه حتى ولو كان أمياً ، حيث لا يشترط أن تكون البيانات الواردة فيه بخط يده ، بل يجوز له استخدام

كاتب لقيد العمليات التجارية بمعرفته وتحت إشرافه ، أو يكلف أحد عماله بهذه المهمة ، طالما كان عالماً بكل ما يقيد فيها .

ولم يفرق القانون التجارى الجزائرى بين التجار الوطنيين والأجانب فيجب على جميع التجار الذين يباشرون التجارة على التراب الجزائرى أن يمسكون الدفاتر التجارية حتى ولو كانوا من الأجانب .

وقد ثار خلاف حول الشريك المتضامن هل يلتزم بمسك الدفاتر التجارية أم لا يلتزم ؟ والذى أثار هذا الموضوع هو اكتساب الشريك المتضامن صفة التاجر بخلاف الشريك المساهم أو الشريك فى شركات المسئولية المحدودة .

ذهب رأى إلى أن الشريك المتضامن لا يلتزم بمسك الدفاتر التجارية لأن دفاتره ، ستكون تكراراً لدفاتر الشركة لأن الشريك المتضامن يقوم بالتجارة من خلال شخص الشركة ، وخاصة أن ما يحصل عليه الشريك من ربح يدرج قيده فى دفاتر الشركة التى تمثل المركز الحقيقى لتجارتها(١) .

بينما ذهب رأى آخر إلى القول بإلزام الشريك المتضامن بمسك دفاتر تجارية مستقلة عن دفاتر الشركة لتدوين مصاريفه الشخصية والأرباح التى يكون قد حصل عليها من الشركة ، إذ قد تكون لهذه البيانات أهمية عند إفلاس الشركة أو إفلاسه(٢) .

ونرى أن الإلزام واجب على شركة التضامن باعتبارها شخص معنوى يمارس الشركاء نشاطهم التجارى من خلاله ، ولا يجب إلزام كل تاجر متضامن أن يمسك الدفاتر التجارية التفصيلية التى تمسكها الشركة ، لأن فى ذلك فضلا عن التكرار ، مضيعة للوقت ، والتجارة تتسم بالسرعة والمرونة ، ولكنا نرى أن على الشريك المتضامن أن يمسك دفاتر يسجل فيها العمليات الكلية ، دون التفصيلات كمصروفات الكهرباء والإيجار

---

(١) مصطفى غال طه — المرجع السابق صفحة ١٣٧ فقرة ١٣٢ ، على يونس المرجع السابق صفحة ٢٢٥ فقرة ١٩٠ .

(٢) محسن شفيق المرجع السابق صفحة ١٣٤ فقرة ١٤١ . وأيده أكثم الخولى-أنظر المرجع السابق صفحة ٢١٢ فقرة ١٨٩ .

وأجرة العمال وخلافه ، باعتبار ثبوتها فى دفاتر الشركة ولا حاجة لتكرارها ، ويكون ذلك لمصلحة التاجر نفسه ، حتى إذا حدث إفلاس الشركة يمكنه أن يظهر نفسه من شبهة التقصير أو التدليس .

١٢٥ ــ أنواع الدفاتر التجارية :

عرفنا أن الدفاتر التجارية عبارة عن سجلات يقيد فيها التاجر عملياته التجارية ، إيراداته ومصروفاته ، حقوقه والتزاماته ، ومن هذه السجلات يتضح مركزه المالى وظروف تجارته .

وقد فرضت القوانين التجارية فى الدول المختلفة إلتزاماً على التجار بموجبه يلتزمون بمسك الدفاتر التجارية ، غير أن هذه القوانين لم تأت بجديد ، إنما قننت قواعد عرفية استقرت فى المجتمع التجارى منذ عهد الرومان[1] ، حيث أن أصحاب الشأن (التجار) عرفوا عن يقين أهمية تنظيم أمورهم التجارية عن طريق هذه السجلات .

وتختلف التشريعات فى أمر تعيين الدفاتر التى يجب على التجار مسكها ، فتكتفى بعض القوانين بإلزام التاجر بمسك دفاتر كافية للدلالة على حالة تجارته دون أن يعين أنواع هذه الدفاتر ، وتفرض قوانين أخرى حداً أدنى من الدفاتر الإجبارية التى يلزم بها كل تاجر ، وتترك له حرية إضافة ما يشاء من الدفاتر الأخرى حسب حجم تجارته . ويتطور فن المحاسبة الدقيقة المنظمة ، رأت المشروعات ذاتها ، الاستفادة من هذا التطور ، فأصبحت تسند وظيفة المركز التجارى للمشروع إلى مكاتب محاسبة متخصصة لها من الخبرة العلمية والفنية . بل وتنشأ بعض المشروعات إدارات مالية وتجارية ، وذلك حسب حجم المشروع وقدراته غير قانعة بالدفاتر التجارية الإجبارية التى فرضها المشرع .

١٢٦ ــ وسندرس أنواع الدفاتر التجارية التى أوجبها القانون الجزائرى أى الدفاتر الإجبارية ، ونعرض أيضاً الدفاتر الجوازية التى يجوز التاجر مسكها .

---

(١) أنظر هاسل ولاجارد المرجع السابق رقم ٢٤٥ وما بعدها « تطور المحاسبة التجارية من الناحية التاريخية » .

أولا : الدفاتر الإجبارية :

نصوص قانونية :

تنص المادة التاسعة من القانون التجارى الجزائرى على أن :

« كل شخص طبيعى أو معنوى له صفة التاجر ملزم بمسك دفتر لليومية يقيد فيه يوماً بيوم عمليات المقاولة أو أن يرجع على الأقل نتائج هذه العمليات شهرياً بشرط أن يحتفظ فى هذه الحالة بكافة الوثائق التى يمكن معها مراجعة تلك العمليات يومياً » .

وتقضى المادة العاشرة بأن « يجب عليه أيضاً أن يجرى سنوياً جرداً لعناصر أصول وخصوم مقاولته وأن يقفل كافة حساباته بقصد إعداد الميزانية وحساب الخسائر والأرباح . وتنسخ بعد ذلك هذه الميزانية وحساب الخسائر والأرباح فى دفتر الجرد » .

وتنص المادة الحادية عشر على أن « يمسك دفتر اليومية ودفتر الجرد بحسب التاريخ وبدون ترك بياض أو تغيير من أى نوع كان أو نقل إلى الهامش ، وترقم صفحات كل من الدفترين ، ويوقع عليها من طرف قاضى المحكمة حسب الإجراء المعتاد » .

يتضح من هذه النصوص ، أن المشرع الجزائرى أوجب على كل تاجر أن يمسك دفترين على الأقل هما دفتر اليومية ، دفتر الجرد .

أولا : دفتر اليومية :

ويعتبر دفتر اليومية ، من أهم الدفاتر التجارية ، وأكثرها بياناً للحقيقة المركز المالى للمشروع ، بسبب طبيعته التى فرضها المشرع ، واعتباره سجلا يومياً ، حيث أجبر التاجر بقيد عمليات مشروعه (محله التجارى أياً كان شكله) يوماً بيوم . والمقصود من عبارة المشرع « يقيد فيه يوماً بيوم عمليات المقاولة . . » أى يجب على التاجر أن يقيد فى دفتر اليومية جميع العمليات التى يقوم بها التاجر وتتعلق بتجارته من بيع أو شراء أو اقتراض

أو دفع أو قبض سواء لأوراق نقدية أو أوراق تجارية ، أو استلام بضائع عينية وإلى غير ذلك من الأعمال المتعلقة بتجارته .

ولكن هل يسمح القانون بإلزام التاجر بقيد مصاريفه الشخصية يومياً ؟ لا تسمح نصوص القانون الجزائرى بإجبار التاجر وإلزامة على قيد مصاريفه الشخصية يومياً ، وهى المصاريف التى ينفقها على زوجته وأولاده وأسرته وشئونه الخاصة ، وحسناً فعل المشرع الجزائرى (١) لأنه لا شك أن إلزام التاجر بقيد مصاريفه الشخصية يومياً وبالتفصيل فيه مساس بحياته الشخصية عند إطلاع الغير على هذه الدفاتر ، الأمر الذى يتأذى منه التاجر (٢) .

على أنه من الناحية العملية ، قد لا يكفى دفتر واحد لقيد العمليات التجارية على اختلاف أنواعها . من مشتريات ومبيعات ومصروفات استهلاكية كالكهرباء والهاتف واشتراكات التأمينات الاجتماعية عن العمال ، وغيرها ، لذلك فانه يجوز للتاجر أن يمسك أكثر من دفتر يومية مساعد ، حتى لاترتبك أعماله ، فيخصص دفتر للمشتريات وآخر للمبيعات وثالث للمصروفات وهكذا ، وفى هذه الحالة ، لا يكون هناك ضرورة لإعادة قيد تفاصيل العمليات الواردة بها فى دفتر اليومية الرئيسى ، وإنما يكفى أن ترحل إلى

---

(١) قارن القانون المصرى المنظم للدفاتر التجارية الصادر بالقانون رقم ٣٨٨ لسنة ١٩٥٣ والمعدل بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٥٤ والمعمول به ابتداء من أول يوليو سنة ١٩٥٤ ، حيث أوجبت المادة الثانية منه على التاجر قيد مسحوباته الشخصية وذلك بنصها « تقيد فى دفتر اليومية الأصلى جميع العمليات المالية التى يقوم بها التاجر وكذلك مسحوباته الشخصية ويتم هذا القيديوماً بيوم وبالتفصيل » ويهدف المشرع بإلزام التاجر بقيد مسحوباته الشخصية يومياً وبالتفصيل ، الوقوف على مدى حرص التاجر أوبذخه فى حالة الإفلاس ، لأنه متى أسرف فى الإنفاق على حياته الخاصة على الرغم من اختلال أشغاله ووقوفه عن الدفع ، فانه يضر بدائنيه ويعتبر مفلساً بالتقصير ، وعلى الرغم من تقرير ذلك فإن الرأى فى الفقه متفق على أنه يكتفى بأن يبين التاجر مسحوباته إجمالا فى أول كل شهر أو كل فترة زمنية معينة كأسبوع أو أسبوعين ، ولا يعتبر ذلك إخلالا منه بالالتزام الذى فرضه القانون .

أنظر فى الفقه العربى : محسن شفيق المرجع السابق فقرة ١٤٣ صفحة ١٣٦ ، وأكثم الخولى صفحة ٢١٤ فقرة ١٩١ المرجع السابق ، ومصطفى كمال طه — المرجع السابق فقرة ١٣٤ صفحة ١٣٨ .

(٢) أنظر محمود سمير الشرقاوى المرجع السابق صفحة ١٤٨ .

هذا الدفتر الأخير مجاميع الدفاتر المساعدة فى فترات منتظمة ، مع ضرورة المحافظة على هذه الدفاتر المساعدة ، ليمكن الاطلاع عليها كلما لزم الأمر (١) وهذا هو المقصود من عبارة النص « بشرط أن يحتفظ فى هذه الحالة بكافة الوثائق التى يمكن معها مراجعة تلك العمليات يومياً » (المادة التاسعة فقرة أخيرة) .

ثانياً : دفتر الجرد :

يستفاد من نص المادة العاشرة من القانون التجارى بإلزام التاجر بمسك دفتراً للجرد ، يقيد فيه عناصر أصول المشروع التجارى ، وهى ما للتاجر من أموال ثابتة ومنقولة وحقوق لدى الغير ، والخصوم وهى الديون التى تكون فى ذمة التاجر للغير ، وأن يدون فيه فضلا عن بيان البضائع التى تكون لدى التاجر فى محله ومخازنه ، وهى التى يشملها الجرد الذى يجريه التاجر سنوياً ، بيان الميزانية السنوية التى تعبر عن حقيقة المركز المالى للتاجر فى نهاية السنة ، موضحاً فيها الجانب الإيجابى وهو عبارة عن حقوق التاجر أى كل ما لديه وله فى ذمة الغير من أموال نقدية أو عينية منقولة أو عقارية ، والجانب السلبى الذى يعنى بما على التاجر من ديون والتزامات .

وعلى الرغم من أن الميزانية وفقاً للنظام المحاسبى الحديث ، تشمل بيانات وتفصيلات كثيرة حتى تبين حقيقة المركز المالى للتاجر فى نهاية السنة المالية ، إلا أن المشرع الجزائرى أوجب نسخ ميزانية التاجر وحساب الخسائر والأرباح فى دفتر الجرد . (المادة العاشرة) ومعنى ذلك أن عمل الميزانية السنوية أصبح واجباً على كل تاجر ألزمه القانون بمسك الدفاتر التجارية ، على أن يقيد هذه الميزانية بدفتر الجرد .

١٢٧ ـ الدفاتر التجارية الأخرى :

رأينا أن المشرع الجزائرى فرض التزام مسك دفترى اليومية والجرد ، جبراً ، دون أن ينص على غيرهما ، غير أن طبيعة التعامل التجارى وحاجات التجارة وأهميتها تقتضى مسك دفاتر إضافية ، ونذكر منها دفتر الخزانة ، دفتر المشتريات والمبيعات ، دفتر الأوراق التجارية ، دفتر الأستاذ ، دفتر التسويدة ، دفتر المستندات والمراسلات .

ـ **دفتر الخزانة** ، وهو الذى يسجل فيه كل المبالغ التى تدخل الخزانة أو تخرج منها .

ـ **دفتر المشتريات والمبيعات** : ويسجل فيه التاجر البضائع التى يشتريها ويبيعها .

ـ **دفتر الأوراق التجارية** : ويدون فيه مواعيد استحقاق السفاتج ، والأوراق التجارية على التاجر أو صالحه .

ـ **دفتر الأستاذ** : وهذا الدفتر شاع استعماله بين التجار لأهميته ، حيث يعتبر سجل القيد النهائى الذى تصب فيه دفاتر التاجر الأخرى ويعبر عن النتائج النهائية ، لنشاط التاجر ، ويمسك هذا الدفتر بطريقة فنية خاصة ، يهتم بها علم المحاسبة المالية ، وتتلخص فى أن القيد فى هذا الدفتر يتم على أساس وحدة العميل أو وحدة العملية ، فتنقل إليه جميع القيود المدرجة بدفتر اليومية تبعاً لتسلسلها الزمنى والتى تتعلق بعملية معينة أو عميل معين ، وعند ترحيل كل قيد يسجل رقم صفحة الأستاذ ، أو رقم الحساب فى المكان الخاص به فى صفحة دفتر الأستاذ ، وبذلك يتم الربط بين دفترى اليومية والأستاذ ، والطريقة المتبعة للقيد فى دفتر الأستاذ تعرف بطريقة القيد المزدوج [1] .

---

(١) يهتم علم المحاسبة المالية بتنظيم الدفاتر التجارية وهى مسائل تخرج عن محيط البحث القانونى . أنظر فى الإشارة إلى عمليات دفتر الأستاذ ، أكثم الخولى المرجع السابق صفحة ٢١٧ هامش واحد ، ومصطفى طه المرجع السابق صفحة ١٤٠ ، ١٤١ محمود سمير الشرقاوى المرجع السابق صفحة ١٥١ والمراجع التى أشار إليهـا .

دفتر التسويدة : وهو الدفتر الذى يحرر فيه التاجر العمليات التجارية بسرعة بمجرد وقوعها وبدون دقة، ثم ينقلها بعد ذلك بعناية إلى دفتر اليومية.

دفتر المستندات والمراسلات :

ويلاحظ أنه ليس دفتر بمعنى الكلمة، بل هو عبارة عن مجموعة على شكل حافظة تضم المستندات التى تتعلق بتجارة التاجر، وقد نص المشرع على وجوب الاحتفاظ بالوثائق المتعلقة بنشاط التاجر، كالمراسلات والبرقيات والفواتير، وذلك بطريقة منظمة حتى يسهل الرجوع إليها والاعتماد عليها فى الإثبات.

١٢٨ — تنظيم الدفاتر التجارية :

رأينا أن للدفاتر التجارية أهمية بالغة، وبخاصة فى مواد الإثبات التجارى.، لذلك أخضع المشرع، الدفاتر التجارية، لتنظيم خاص يكفل انتظامها وضمان صحة ما يرد فيها من بيانات.

فأوجبت المادة الحادية عشر أن يكون دفترى اليومية والجرد خالية من أى فراغ أو كتابة فى الهوامش أو أى تحشير، وقد قصد من ذلك سلامة ما ورد فى الدفتر من بيانات، وذلك بعدم تغيير البيانات الأصلية. للدفتر بطريق التحشير بين السطور، ومنع الإضافة إليها فى فراغ يترك بين السطور.

وأوجبت ذات المادة أن ترقم صفحات كل من الدفترين (اليومية، والجرد) وذلك قبل استعمالها، ويوقع عليهما من طرف قاضى المحكمة المختصة التى يقع فى دائرتها نشاط التاجر، وتقرير المشرع ذلك لصون الدفاتر والبقاء على حالتها دون إزالة صفحات منها أو إخفاء أو استبدال بعضها بغيرها أو بإعدام الدفتر بأكمله واستبدال دفتر مصطنع بدله.

١٢٩ — مدة الاحتفاظ بالدفاتر التجارية الإجبارية :

تنص المادة الثانية عشر من القانون التجارى على أنه « يجب أن تحفظ الدفاتر والمستندات المشار إليها فى المادتين التاسعة والعاشرة (دفترى اليومية

والجرد) لمدة عشر سنوات ، كما يجب أن ترتب وتحفظ المراسلات الواردة ونسخ الرسالات الموجهة طيلة نفس المدة » .

من هذا النص يتضح أن القانون يوجب على التاجر الاحتفاظ بدفاتره ومستنداته لمدة عشر سنوات ، ولم يحدد القانون بداية سريان هذه الفترة، ولكن من البدهى ، أن تبدأ من تاريخ إقفالها ، وكذلك بالنسبة للمراسلات الواردة والصادرة تبدأ المدة نفسها من تاريخ إرسالها أو تسلمها .

وللتاجر بعد انقضاء هذه المدة أن يعدم دفاتره ومستنداته التجارية ، حيث لايمكن إلزام التاجر بتقديم دفاتره أمام القضاء بعد انقضاء هذه الفترة، لوجود قرينة قانونية على إعدامها بعد فوات مدة العشر سنوات ، على أنه يجوز إثبات عكس هذه القرينة بإقامة الدليل على أن الدفاتر لاتزال موجودة، وحينئذ يلتزم التاجر بتقديمها .

ولاتعتبر مدة الاحتفاظ بالدفاتر التجارية ، مدة تقادم ، فلا ينتج عن انقضائها تقادم الحقوق أو الديون الثابتة فى الدفتر ، وإنما يؤدى انقضاؤها إلى قيام قرينة على أن التاجر قد أعدم دفاتره ، الأمر الذى لايكون فيه أثر فى الإثبات إلا إذا أثبت خصم التاجر أن التاجر لايزال يحتفظ بدفاتره على الرغم من انقضاء المدة المقررة للاحتفاظ بها .

١٣٠ ــ مدة الاحتفاظ بالدفاتر التجارية الأخرى :

لم ينص المشرع الجزائرى على المدة التى يلتزم خلالها التاجر بالاحتفاظ بدفاتره التجارية ،التى أعدها لشئون تجارته كدفتر المخزن ، ودفتر الأستاذ . وغيرها .، والرأى الراجح أن التاجر عليه أن يلتزم بالاحتفاظ بالدفاتر طوال المدة اللازمة لتقادم الحقوق الثابتة بها ، أى لمدة خمسة عشر عاماً[1] .

١٣١ ــ الجزاء المترتب على عدم مسك الدفاتر التجارية أو على عدم انتظامها :

تقضى المادة الرابعة عشر من القانون التجارى بأن الدفاتر التى يلتزم الأفراد بمسكها والتى لاتراعى فيها الأوضاع المقررة ، لايمكن تقديمها

(١) انظر أكثم الخولى المرجع السابق صفحة ٢٢٢ .

للقضاء ولايكون لها قوة الإثبات أمامه لصالح من يمسكونها ، وذلك مع عدم المساس بما ورد النص بشأنه فى كتاب الإفلاس والتفليس .

يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائرى حرص على احترام قواعده بشأن الدفاتر التجارية ، فرتب على عدم مسكها أو مخالفة قواعد انتظامها جزاءات مدنية وأخرى جنائية .

أولا : الجزاءات المدنية :

ومقتضاها حرمان التاجر من تقديم دفاتره غير المنتظمة وعدم الاعتداد بها أمام القضاء فى الإثبات لصالحه بما ورد فيها ، وبالتالى تنعدم قيمتها القانونية ، إذ لاتكون لها حجة أمام القاضى ، ويكون التاجر الذى أهمل دفاتره قد حرم نفسه من الميزة التى أسبغها القانون على الدفاتر التجارية المنتظمة ، وبخاصة إذا كان خصمه تاجراً ، إذ يسهل تبين الحقيقة من مقارنة دفتريهما . ويكون لعدم انتظام دفاتره قرينة فى غير صالحه

وإذا كانت الدفاتر التجارية المنتظمة هى التى تبين المركز الحقيقى للتاجر ، فإنه يسهل فى ضوئها تقدير الضرائب الحقيقية المستحقة على التاجر ، أما إذا كانت غير منتظمة ، ولم يتبع التاجر بشأنها القواعد التى نص عليها القانون فإنه يخضع للتقدير الجزافى الذى غالباً ما يكون فى غير صالح التاجر .

وكذلك يضار التاجر غير المنتظمة دفاتره فى حالة توقفه عن الدفع وشهر إفلاسه ، لصعوبة إجراء تسوية قضائية معه ، لعدم سهولة تحديد مركزه المالى وتكون مهمة وكيل التفليسة فى بيان أصول وخصوم المفلس — شاقة . ويكون نتيجة ذلك عدم إمكان التسوية ، التى كانت تمكنه من العودة على رأس تجارته ، بسبب فشله فى إثبات سوء حظه وحسن نيته من خلال دفاتره التى أهملها .

ثانياً : الجزاءات الجنائية :

عددت المادة ٣٧٠ من القانون التجارى الجزائرى الحالات التى يعد فيها التاجر مرتكباً لجريمة الإفلاس بالتقصير ومن بينها حالة التاجر الذى

توقف عن الدفع ولم يكن قد مسك حسابات مطابقة لعرف المهنة نظراً لأهمية تجارته (المادة ٣٧٠ فقرة سادسة) .

ونصت المادة ٣٧١ فقرة خامسة على أنه يجوز أن يعتبر مرتكباً للتفليس بالتقصير كل تاجر فى حالة توقف عن الدفع ، إذا كانت حساباته ناقصة أو غير ممسوكة بانتظام .

وقضت المادة ٣٧٤ بأن يعد مرتكباً للتفليس بالتدليس كل تاجر فى حالة توقف عن الدفع يكون قد أخفى حساباته أو بدد أو اختلس كل أو بعض أصوله أو يكون بطريق التدليس قد أقر بمديونية بمبالغ ليست فى ذمته ، سواء كان هذا فى محرراته بأوراق رسمية أو تعهدات عرفية أو فى ميزانيته .

ونصت المادة ٣٧٨ فقرة خامسة أنه في حالة توقف شركة عن الدفع ، تطبق العقوبات الخاصة بالتفليس بالتقصير على القائمين بالإدارة والمديرين أو المصفين فى الشركة ، وبوجه عام كل المفوضين من قبل الشركة يكونون بهذه الصفة وبسوء نية ، قد أمسكوا أو أمروا بإمساك حسابات الشركة بغير انتظام .

من هذه النصوص يتضح أن المشرع الجزائرى قرر عقوبات التفليس بالتقصير أو بالتدليس لكل تاجر أو ذى صفة فى مسك الدفاتر التجارية . لم ينظمها أو أخفاها أو أعدمها . ، وقضت المادة ٣٦٩ تجارى على أن تطبق العقوبات الجنائية المنصوص عليها فى المادة ٣٨٣ من قانون العقوبات ، على الأشخاص الذين تثبت إدانتهم بالتفليس بالتقصير أو بالتدليس .

المبحث الثانى

دور الدفاتر التجارية

فى الإثبات

١٣٢ — رأينا أهمية الدفاتر التجارية ، نظراً للضمانات التى حرص القانون على تحقيقها ، ولما تحتوى عليه هذه الدفاتر من بيانات غاية فى الأهمية ، بسبب طبيعة المعاملات التجارية التى كثيراً ما تتم بالهاتف أو شفاهة دون أن يكون هناك مستنداً مكتوباً لإثباتها :

ولهذا أنشأ القانون بالنسبة لحجية هذه الدفاتر فى الإثبات نظاماً خرج فيه على القواعد العامة ، حيث أجاز لأحد طرفى النزاع أن يجبر الطرف الآخر على أن يقـدم دفاتره أو يطلعه عليها ليأخذ منها الدليل الذى يحتاج إليه . أو بمعنى آخر لا تقتصر حجية الدفاتر التجارية فى الإثبات على مجرد السماح للتاجر بالاحتجاج بدفاتره على الغير ، ولكن تخول للغير الاحتجاج على التاجر بما أثبته فى دفاتره .

١٣٣ — وقبل أن نتعرض لدراسة دور الدفاتر التجارية فى الإثبات ، ينبغى عرض نصوص القانونين التجارى والمدنى التى تعرضت لهذا الموضوع :

نصت المادة الثالثة عشر من القانون التجارى على أنه يجوز للقاضى قبول الدفاتر التجارية المنتظمة كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية .

وقضت المادة الرابعة عشر بأن الدفاتر التى يلتزم الأفراد بمسكها والتى لا تراعى فيها الأوضاع المقررة ، لا يمكن تقديمها للقضاء ولا يكون لها قوة الإثبات أمامه لصالح من يمسكونها .

ونصت المادة الخامسة عشر على أنه لا يجوز الأمر بتقديم الدفاتر وقوائم الجرد إلى القضاء إلا فى قضايا الإرث وقسمة الشركة وفى حالة الإفلاس .

وأجازت المادة السادسة عشر على أنه يجوز للقاضى أن يأمر ولو من تلقاء نفسه بتقديم الدفاتر التجارية أثناء قيام نزاع وذلك بغرض استخلاص ما يتعلق منها بالنزاع .

وقضت المادة ٣٣٠ من القانون المدنى بأن دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار ، غير أن هذه الدفاتر عند ما تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التجار ، يجوز للقاضى 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 يجزىء ما ورد فيها أو يستبعد منه ما هو مناقض لدعواه .

١٣٤ — من هذه النصوص يتضح أن المشرع الجزائرى ينص على أن قبول الدفاتر التجارية أمام القضاء — أمراً جوازياً لا وجوبياً ، حيث يقول فى المادتين الرابعة عشر والسادسة عشر « يجوز للقاضى . . . » ولم يقل يجب على القاضى . وعلى ذلك فإن قبول الدفاتر التجارية أمام القضاء ، هو أمر جوازى للقاضى يتوقف على تقديره بلا معقب عليه فيجوز له دون أن يكون مخالفاً للقانون ألا يولى هذه الدفاتر أى حجية ولو كانت منتظمة . وكذلك فإن تقدير مدى حجية الدليل المستمد من هذه الدفاتر متروك للقاضى فيجوز له أن يعطى حجية كاملة للبيانات الواردة فى الدفتر أو أن يعتبرها دليلا ناقصاً فيعتبرها قرينة كما يجوز له أن يجردها من كل قيمة فى الإثبات ، حسبما يمليه عليه اقتناعه .

١٣٥ — ولكى يجوز للقاضى قبول الدفاتر التجارية كأداة إثبات يجب أن تتوافر الشروط الآتية :

الشرط الأول :

يجب أن يكون الدفتر التجارى منتظماً ، وذلك ما قضت به صراحة

نص المادة الثالثة عشر ، فإذا لم تكن منتظمة فلا تكون حجة لصاحبها ، وذلك أمر بدهي ، حيث أن الانتظام يدعو إلى الاطمئنان لما ورد فيها وبخاصة أن تقديم الدفاتر التجارية من التاجر نفسه يعتبر استثناء من القاعدة التي تقول لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلا لنفسه .

غير أن المشرع الجزائري في المادة الثالثة عشر نص على الدفاتر التجارية دون تخصيص ، الأمر الذي يفيد بأن الدفاتر التجارية عموماً سواء الإجبارية (دفترى اليومية والجرد) أو الدفاتر التجارية الاختيارية (كدفتر الأستاذ ، ودفتر المخزن ، ودفتر الخزينة . . . إلى آخره) والتي يمسكها التاجر دون إلزام من المشرع ، تكون لها الحجية إذا كانت منتظمة .

إلا أن الدفاتر غير المنتظمة قد يكون لها جدوى أمام القاضي ، ويطرح عليها قدراً من الحجية ، ومن ثم تصلح لأن تكون قرينة يمكن مع غيرها من الأدلة أن تساعد على تكوين اقتناع القاضي ، ولا يشترط للاحتجاج بالدفاتر التجارية في الإثبات أن تكون محررة بخط يد التاجر ، بل يمكن أن تكون مكتوبة من أحد معاونيه ما دامت تحت إشرافه .

الشرط الثاني :

يجب أن يكون أطراف النزاع تجاراً لإثبات أعمال تجارية ، وذلك ما قضت به المادة الثالثة عشر بقولها (. . . كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية) . ذلك أن التجار هم وحدهم الملزمون بمسك دفاتر تجارية منتظمة. ويكون للدفاتر التجارية حجيتها بينهم ولو كان كل من التاجرين أو أحدهما قد اعتزل التجارة وقت النزاع ، لأن العبرة بوقت إمساك الدفاتر ، لا إلى وقت نشوء النزاع وتقديم الدفاتر إلى القضاء .

الشرط الثالث :

ألا يكون النزاع متعلقاً بتصرف يشترط فيه القانون الكتابة أو الرسمية ، كعقد الشركة التجارية ، إذ لا يجوز الأستناد في ذلك إلى الدفاتر التجارية مهما كانت منتظمة ، ذلك احتراماً لقواعد نصوص القانون الآمرة ، فضلا عن

أن الدفاتر التجارية لا تعتبر محررات عرفية بالمعنى الصحيح لأنه ينقصها توقيع المدين ، بل إنها لا تعتبر مبـدأ ثبوت بالكتابة لأنها لم تصدر من الشخص الذى يراد الاحتجاج بها عليه.

المطلب الأول

كيفية الرجوع إلى الدفاتر التجارية والاحتجاج بما ورد فيها

١٣٦ – إذا أجاز القاضى تقديم الدفاتر التجارية أثناء نظر الدعوى ، إما بناء على طلب أحد الأطراف ، أو بناء على طلب المحكمة ذاتها . فإنه يلزم الرجوع إلى الدفاتر عن طريق تقديمها إلى القضـاء وذلك بغرض استخلاص ما يتعلق منها بالنزاع (المادة السادسة عشر) ، أو للاطلاع الكلى وذلك فى قضايا الإرث وقسمة الشركة وفى حالة الإفلاس (المادة الخامسة عشر) .

على أنه يجب ملاحظة أن الأمر بتقديم الدفاتر لا يقتصر على المحكمة التجارية إنما يجوز للمحكمة المدنية المختصة ، كما لو كان أحد الأطراف مدنياً أن تأمر بتقديم الدفاتر التجارية ، إما بناء على طلب الخصم أو من تلقاء نفسها .

فإذا أمرت المحكمة الطرف الذى يعرض عليه الإثبات بالدفاتر ، ورفض تقديمها ، جاز للقاضى توجيه اليمين إلى الطرف الآخر (المادة ١٨) ، وبهذا النص يكون المشرع وضع قرينة قانونية ، تخفف عبء الإثبات عمن يقع عليه هذا العبء ، كما أن للمحكمة أن تستخلص من هذا الرفض ما تشاء من قرائن فقـد تعتبره مثـلا اعترافاً بدعوى الخصم[1] .

١٣٧ – طرق الرجوع إلى الدفاتر :

يمكن الرجوع إلى الدفاتر التجارية بإحدى طريقتين الأولى وهى الاطلاع الجزئى ، لاستخراج البيان أو الجزء الذى يتعلق به النزاع وذلك ما نصت عليه المادة السادسة عشر . الثانية وهى الاطلاع الكلى على الدفاتر وقوائم الجرد بمعرفة القضاء ، وتكون فى حالات معينة حددتها المادة الخامسة عشر وهى قضايا الإرث وقسمة الشركة وحالة الإفلاس .

أولا : الاطلاع الجزئى أو التقديم : La Représentation

جاء نص المادة ١٦ عاماً ، حيث أجاز للقاضى ولو من تلقاء نفسه تقديم الدفاتر التجارية أثناء قيام نزاع وذلك بغرض استخلاص ما يتعلق منها بالنزاع ، الأمر الذى يتضح منه الإطلاق ، وعلى هذا فإنه يجوز الحكم على التاجر بتقديم دفاتره سواء أكان خصمه تاجراً أم غير تاجر ، وسواء كانت الدعوى مرفوعة أمام محكمة مدنية أم محكمة تجارية .

ويقصد بالاطلاع الجزئى أو التقديم ، أن يقدم التاجر دفاتره للقاضى حتى يستخرج منه ما يتعلق بالنزاع ، وقد يبحث فيه القاضى بنفسه ، أو يعين خبير متخصص للبحث فيما يطلبه القاضى ، ويحصل عملا إطلاع المحكمة أو الخبير على دفاتر التاجر بحضور هذا الأخير ، ولا يجوز اطلاع الخصم بنفسه على دفاتر التاجر نظراً لأسرار التجارة ، ومحافظة على بيانات التاجر ، ودرءاً لكل ما يؤدى إلى منافسة غير مشروعة .

---

(١) انظر محسن شفيق المرجع السابق ، صفحة ١٤٦ حيث ينتقد القضاء الذى يعتبر رفض التاجر تقديم دفاتره التجارية ، اعترافاً منه بالدين فى جميع الأحوال ، فيقول « قد يرفض التاجر تقديم دفاتره لعلل غير خشية تقديمها ، إذ قد تحتوى الدفاتر على أسرار يضن بها ويأبى إذاعتها ، ولذا تفضل أن يترك الأمر لتقدير المحكمة تفادياً من السير على قواعد جامدة قد لاتنسجم والواقع أحياناً » .

فإذا كانت الدفاتر المطلوبة فى مكان بعيد عن مركز المحكمة المختصة بنظر النزاع ، أجاز المشرع للقاضى أن يوجه إنابه قضائية للمحكمة التى توجد بها الدفاتر أو يعين قاضياً للاطلاع عليها وتحرير محضر بمحتواها وإرساله إلى المحكمة المختصة بالدعوى . (المادة ١٧ تجارى) .

فإذا حصلت المحكمة على البيانات المطلوبة ، فلها ان تأخذ بها أو لاتأخذ وللخصم التاجر أن يناقشها ، وله أن يحتج بعدم انتظامها أو عدم صحة ما ورد بها بتقديم الدليل على ذلك .

ثانياً ــ الاطلاع الكلى للدفاتر : La Communication des Livres

والاطلاع بخلاف التقديم (La Represéntation) ، ذلك لأنه فى هذا الأخير ، يتم تقديم الدفاتر إلى القاضى أو الخبير للاطلاع على بيانات محددة منها بقصد استخلاص ما يتعلق منها بالنزاع ، ولا يكون للخصم نفسه حق الاطلاع على الدفاتر إطلاقاً فى هذه الحالة ، ويكون هذا الاطلاع الجزئى أما التاجر صاحب الدفاتر .

أما الاطلاع الكلى La Communication فيقصد به إجبار التاجر على تسليم دفاتره والتخلى عنها للقضاء [1] ليسلمها بدوره إلى الخصم ليطلع عليها ليبحث فيها بأكملها عن الأدلة التى تؤيد طلباته .

---

(١) وذلك ما يتضح من صريح نص المادة الخامسة عشر ، من أنه لا يجوز الأمر بتقديم الدفاتر وقوائم الجرد إلى القضاء إلا فى قضايا الإرث وقسمة الشركة وفى حالة الإفلاس .

والنص العربى مطابق فى هذا مع النص الفرنسى وهو : La communication des livres et inventaires ne peut être ordonnée en justice que dans les affaires de succession partage de sociétè et en cas de faillite.

ولم يبين القانون كيفية حصول الاطلاع ، فالأمر متروك لرغبة المحكمة ، فقد تأمر بتسليم الدفاتر للخصم مقابل إيصال ، وقد تأمر بإيداع الدفتر فى قلم كتاب المحكمة (مأمورية ضبط المحكمة المختصة) ، ليطلع عليه الخصم فيه ، وقد تأمر بتسليم الدفاتر لشخص ليقع الاطلاع عنده ، وقد تأمر بالاطلاع فى محل التاجر ذاته . انظر محسن شفيق المرجع السابق صفحة ١٤٨ .

من ذلك يتضح أن الاطلاع الكلى أكثر خطورة من الاطلاع الجزئى ، بسبب أن الأول يترتب عليه حتما إذاعة أسرار التاجر ، لذلك لم يجزه القانون إلا فى حالات معينة على سبيل الحصر حددها فى المادة الخامسة عشر وهى قضايا الإرث Succession . وقسمة الشركة Partage de Societé وحالة الإفلاس Cas de faillite .

وسنتناول هذه الحالات تباعاً :

أولا : قضايا الإرث :

يفترض فى هذه الحالة أن تاجراً توفى وجب تصفية ذمته المالية وتقسيمها بين الورثة . فاذا وقع خلاف بينهم ، وكانت دفاتر التاجر المتوفى بين يدى أحد الورثة . فانه يكون لكل من كان له حق فى التركة (وارث أو موصى له) أن يطلب من المحكمة الاطلاع على الدفاتر التجارية ، حتى يستطيع معرفة حقوقه فى التركة .

ولكن هل يجوز لدائنى التاجر المتوفى حق الاطلاع ؟ الإجابة بالنفى ، لأن النص صريح فى تحديد صفة من له حق الاطلاع بالنظر إلى طبيعة النزاع حيث حدد قضايا الإرث ، فلابد أن يكون لطالب الاطلاع صفة الوارث أو الموصى له .

ثانياً : قسمة الشركة :

فى حالة انقضاء الشركة ودخولها دور التصفية ، يجوز لكل شريك طلب الاطلاع على الدفاتر التجارية التى للشركة حتى يستطيع مراجعتها ليتحقق ويطمئن على نصيبه فى التصفية .

ثالثاً : حالة الإفلاس :

أباح المشرع لوكيل التفليسة الذى عينته المحكمة الحق فى الاطلاع على الدفاتر التجارية التى للمفلس ، ولا يجوز للدائن بصفته الشخصية أن يطلب هذا الاطلاع ، إنما إذا عين الدائنون مراقبين للتفليسة فيكون لهم الحق فى

الاطلاع على دفاتر المفلس . ذلك بحكم وظيفتهم ، فهم مكلفون بفحص الحسابات وبيان الوضعية المقدمة من المدين ومساعدة القاضى المنتدب فى مهمته بمراقبة أعمال وكيل التفليسة . (المادة ٢٤١ تجارى) .

١٣٨ ــ هذه هى الحالات الثلاث التى أجاز فيها المشرع الجزائرى الاطلاع الكلى على دفاتر التاجر ، وقد لاحظ المشرع أهمية الاطلاع بالنسبة للأشخاص المعنيين فيها ، فضلا عن انتفاء الضرر من كشف الأسرار الواردة فيها . وبخاصة الخشية من المنافسة غير المشروعة ، لأن فى هذه الحالات يكون التاجر قد اعتزل التجارة ، الأمر الذى لم تعد معه فائدة من الاحتفاظ بأسرار عمليات التاجر ، بالقدر الذى يستفيد منه المعنيين بقضايا الإرث وقسمة الشركة وحالة الإفلاس .

المطلب الثانى

قوة الدفاتر التجارية

فى الإثبات

١٣٩ ــ أشرنا إلى أن كلا من القانونين التجارى والمدنى الجزائرى حددا قوة الدفاتر التجارية فى الإثبات ، فنظم القانون التجارى حجية هذه الدفاتر فى الإثبات فيما بين التجار (المواد من ١٣ إلى ١٨) . وعنى القانون المدنى بتنظيمها فى علاقة التاجر بغير التاجر (المادة ٣٣٠ من القانون المدنى).

وسنتناول دراسة قوة الدفاتر التجارية فى الإثبات فى حالتين :

الأولى : حالة إدعاء الغير ضد التاجر .

الثانية : حالة إدعاء التاجر ضد الغير .

الحالة الأولى : حالة ادعاء الغير ضد التاجر

١٤٠ — فى هذه الحالة يكون شخص — تاجراً أو غير تاجر — له معاملات مع تاجر ثم يدب الخلاف بينهم ، ويرفع الأمر إلى القضاء ، ويطلب هذا الشخص دفاتر خصمه التاجر لإثبات حقه موضوع النزاع .

فى هذه الحالة يكون دفتر التاجر حجة عليه بما يدونه فيه ، لأن فى قيده لتصرف معين فى دفاتره باختياره وإرادته ، إنما يقر بوجود هذا التصرف والالتزام الناشىء عنه فى ذمته ، لذلك كان ما يقيده التاجر فى دفتره من التزامات إقراراً كتابياً صادراً من التاجر صاحب الدفتر .

لذلك نص القانون المدنى الجزائرى فى المادة ٣٣٠ فقرة ثانية على أن تكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار ، وجاء النص مطلقاً ، حيث لم يفرق بين الدفاتر المنتظمة وغير المنتظمة ، ولم يشترط أن يكون الدفتر منتظماً إلا لعدم تجزئة مضمون ما جاء به . وعلى ذلك فتكون دفاتر التاجر حجة عليه ولو كانت غير منتظمة ، ذلك لأن القول بغير ذلك يؤدى إلى أن يستفيد التاجر من خطئه ، وهذا لا يجوز لتعارضه مع مبدأ حسن النية والثقة فى التعامل والائتمان الذى يسود العلاقات التجارية ، فضلا عن تعارضه مع هدف المشرع من إلزام التاجر بمسك الدفاتر التجارية الذى يرمى إلى تنظيم مهنة التجارة وبث الثقة والائتمان سواء المتعامل مع التاجر ، تاجراً آخر أو فرداً مدنياً .

١٤١ — وإذا كانت البيانات الموجودة فى دفتر التاجر بمثابة الإقرار المكتوب ، فإن من الواجب أن تطبق عليه قاعدة عدم جواز تجزئة الإقرار ، وعلى ذلك فان خصم التاجر فى حالة تمسكه بالدفتر التجارى ، إما أن يعتمد عليه كلية فى استخلاص ما يدعيه وإما أن يتركه كلية ، فلا يجوز له أن يجزئه ويأخذ منه ما فى صالحه ويستبعد منه ما يكون مناقضاً لدعواه .

ولكن المشرع الجزائرى اشترط لإعمال قاعدة عدم تجزئة ما ورد فى الدفتر أن يكون هذا الدفتر منتظماً ، وذلك ما نص عليه فى المادة ٣٣٠ فقرة

ثانية بقوله « وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار ، ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل لنفسه أن يجزىء ماورد فيها واستبعاد منه ما هو مناقض لدعواه » .

ونضرب لذلك مثلا فى أن تاجراً منتظم الدفاتر ، اشترى سلعة من شخص آخر ، وقيد فى دفتره المنتظم واقعة الشراء وسداد الثمن ، هذا القيد يعتبر حجة على التاجر مفادة شراء البضاعة وسداد الثمن ، فلا يجوز للشخص الذى باع البضاعة أثناء النزاع ، أن يجزئ هذا البيان بأن يستبعد منه ما يتعلق بواقعة دفع الثمن ، بخلاف ما إذا كان الدفتر غير منتظم إذ يجوز لمن ورد البضاعة أن يتمسك على التاجر بواقعة شرائه البضاعة التى أثبتها فى دفاتره ويستبعد واقعة دفع الثمن ويكون عندئذ على التاجر صاحب الدفتر أن يثبت أنه دفع الثمن(١) .

١٤٢ — على أننا نؤكد ما سبق الإشارة إليه من أن قوة الدفاتر فى الإثبات ليست مطلقة بل تترك دائماً لتقدير القاضى الذى يجوز له أن يعتد بالدفاتر أو لا يعتد بها وفقاً لظروف الدعوى (٢) فللقاضى أن يستخلص الدليل من دفتر التاجر سواء كان منتظماً أو غير منتظم ، ومع ذلك فللتاجر أن يثبت عكس ما ورد فى دفاتره وذلك بكافة طرق الإثبات ، فله أن يثبت خطئها بأن قيدها وقع عن خطأ أو فسادها بأن يثبت أن القيد وقع قبل إتمام العملية نهائياً ، وبالجملة فان له أن يثبت بكافة الطرق ما يكون قد وقع فيه من خطأ أو سهو .

---

(١) السنهورى — الوسيط الجزء الثانى صفحة ٢٧٩ ،

(٢) وذلك ما يدل عليه نص المادة ١٣ من القانون التجارى بقوله « يجوز للقاضى قبول الدفاتر التجارية المنتظمة كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية » فالأمر جوازى لا وجوبى فإذا كانت هذه هى سلطة القاضى بالنسبة إلى دفاتر التجار فى علاقة التجار بعضهم ببعض فأولى أن يكون له نفس السلطة بالنسبة لهذه الدفاتر فى علاقة التاجر بغير التاجر ، لما أن قوة الدفاتر فى هذه العلاقة أقل منها فى علاقة التاجر بالتاجر ، أنظر وقارن ، السنهورى — الوسيط فى القانون المدنى الجزء الثانى صفحة ٢٧٨ فقرة ١٤١ ، وعبد المنعم فرج الصده الإثبات — صفحة ١٧٦ فقرة ١٥٥ ، وعبد الحى حجازى ، آثار الالتزام صفحة ٢١٥ فقرة ٢١٩ .

الحالة الثانية : حالة إدعاء التاجر ضد الغير

١٤٣ — من القواعد الأساسية فى الإثبات أنه لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلا لنفسه ، والدفاتر التجارية من صنع صاحبها ، ومع ذلك فإن القانون أجاز للتاجر فى حدود معينة وعلى سبيل الاستثناء أن يستخلص من دفاتره دليلا لنفسه ، وذلك سواء فى علاقة التاجر بتاجر مثله أو علاقة التاجر بغير التاجر .

ونتناول هذين الفرضين تباعاً :

أولا : حالة استناد التاجر إلى دفاتره فى النزاع بينه وبين تاجر آخر :

فى هذا الغرض يكون النزاع بين تاجرين يمسك كل منهما دفاتره التجارية ، يسجلان فيها نشاطهما التجارى ، الأمر الذى يمكن معه معرفة الحقيقة ، إذا كانت الدفاتر دقيقة ومنتظمة ، لذلك أجاز الشارع التجارى فى المادة ١٣ قبول الدفاتر التجارية المنتظمة كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية .

وعلى ذلك يجوز للقاضى أن يأخذ بما ورد بالدفاتر المنتظمة ويعتبرها دليلا كاملا فى الإثبات إذا توافقت دفاتر الخصمين بأن يكون موضوع النزاع مقيد فى دفتر أحدهما فى جانب الدائن ، ومقيد فى دفتر الطرف الآخر فى جانب المدين .

أما إذا كان دفتر التاجر المدعى منتظماً ، ودفتر المدعى عليه غير منتظم فيجوز للمحكمة أن ترجح الدفتر المنتظم ، والعكس صحيح [1] . أما إذا كان الدفترين منتظمين أو غير منتظمين ، وغير متوافقين فى البيانات موضوع النزاع ، فلا تفضيل لأحدهما على الآخر ، وعلى القاضى أن يكون اقتناعه بما يراه من أدلة إثبات أخرى وبما يطمئن إليه .

وغنى عن البيان كما سبق القول أن هذه القواعد تسرى فى حالة كون

---

(١) انظر Japiot ، الإثبات بالدفاتر التجارية غير المنتظمة ، المجلة الفصلية ١٩٢٣—٥

النزاع تجارياً وبين تاجرين ، أما إذا كان النزاع مدنياً كشراء التاجر بعض البضائع أو لوازمه لاستعماله الخاص هو وأسرته ، فلا يجوز للتاجر الاستناد إلى دفاتره التجارية كدليل للإثبات ضد خصمه .

ثانياً : حالة استناد التاجر إلى دفاتره فى النزاع بينه وبين شخص غير تاجر :

١٤٤ — تقتضى المعاملات التجارية ، من التاجر ، المرونة ، وبخاصة مع العملاء الذين يتعاملون معه يومياً بالشراء منه لوازمهم من سلع ومواد غذائية لسد حاجاتهم اليومية ، وكثيراً ما يكون هناك موانع مادية أو أدبية ، تحول دون الحصول على وسائل إثبات كتابية من عمـلاء التاجر فيما يشترونه منه .

لذلك رأى القانون أن من الملائم أن يكون لدفاتر التجار فى هذا الصدد قوة فى الإثبات حتى لا يحرم التاجر من وسيلته الوحيدة فى إثبات ما يكون قد ورده للعملاء ، ولا سيما كما ذكرنا أن التوريدات تحصل عملا دون دليل كتابى .

لذلك بعد أن نص المشرع الجزائرى فى المادة ٣٣٠ من القانون المدنى على أن دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار ، استثنى من هذه القاعدة البيانات المثبتة فى هذه الدفاتر عما ورده التجار ، فقال : « . . . . . غير أن هذه الدفاتر عندما تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قام بهـا التجار ، يجوز للقاضى توجيه اليمين المتممة إلى أحد الطرفين فيما يكون إثباته بالبينة » .

ولما كان القانون يشترط فى توجيه اليمين المتممة ألا يكون فى الدعوى دليل كامل وألا تـكون الدعوى خالية من أى دليل (المادة ٣٤٨ فقرة ثانية — مدنى جزائرى) .

لذلك فإن القانون الجزائرى لم يجعل للبيانات الواردة فى دفتر التاجر فيما يتعلق بتوريداته لعملائه — دليلا كاملا — ولم يجردها من كل قوة فى

الإثبات ، بل اعتبرها بداية ثبوت ، يجوز للقاضى أن يكمله بتوجيه اليمين المتممة إلى أى من الطرفين .

واليمين المتممة عند توجيهها إلى أحد الخصمين ، يمكن أن تنصب على طبيعة التوريدات وتاريخ تسليمها ومقدارها ومواصفاتها وثمنها ، وللقاضى الحرية فى الخيار بين أن يوجهها للمدعى أو للمدعى عليه .

ولكن لما كان هذا الاستثناء فيه خروجاً على قاعدة أن الدفاتر التجارية لا تكون حجة على غير التجار ، فقد فرض عليه المشرع أربع شروط :

الشرط الأول : يجب أن يكون محل الالتزام عبارة عن توريدات أى بضائع وردها التاجر المدعى إلى غير التاجر المدعى عليه كالمواد الغذائية يوردها البقال (تاجر المواد الغذائية) واللحم يورده القصاب ، فإذا كان النزاع متعلق بأمر آخر كقرض أقرضه التاجر لعميله ، فلايجوز أن يكون دفتر التاجر فيما أثبته من بيانات حجة له على عميله غير التاجر .

الشرط الثانى : يجب ألا تزيد قيمة هـــذه البضائع على نصاب البينة ، أى فيما لا تتجاوز قيمته ١٠٠٠ ألف دينار جزائرى . (المادة ٣٣٣ مدنى) .

الشرط الثالث : الاعتداد بالدفتر فى الإثبات ،وتكملته بتوجيه اليمين هو أمر جوازى للمحكمة (للقاضى) لا للخصوم . فلا يجوز للخصم أن يوجه اليمين أو يطلب من القاضى توجيهها .

الشرط الرابع : لا يجوز للقاضى أن يكمل الدليل المستخلص من دفتر التاجر إلا بطريقة واحدة هى توجيه اليمين المتممة ،فلا يجوز له أن يكمل الدليل عن طريق شهادة الشهود أو القرائن .

الفرع الثانى

السجل التجارى

١٤٥ ـ التعريف بالسجل التجارى وأهميته :

ظهرت الحاجة إلى الأخذ بنظام تسجيل أسماء المشتغلين بالتجارة ، وبيانات نشاطهم التجارى منذ زمن بعيد ، بسبب الرغبة فى دعم الثقة ، والقضاء على أساليب الغش ، بسبب عدم وجود وسيلة موحدة لإشهار أهم مظاهر النشاط التجارى .

وقد سعت الدول الحديثة ، واهتمت بتحقيق العلانية ، لتسهيل المعاملات التجارية ، بما توجده فى نفوس المتعاملين من الثقة والاطمئنان . ولذلك أخذت معظم التشريعات الحديثة بنظام السجل التجارى .

وأياً كان اختلاف الدول فى تفصيلات هذا النظام من حيث بياناته أو أغراضه أو صفاته ووظائفه ، فإن السجل التجارى عبارة عن دفتر تفرد فيه لكل تاجر ، سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً ، صفحة يدون فيها البيانات الخاصة بهؤلاء الأشخاص ونشاطهم التجارى ، تحت رقابة وإشراف الدولة .

١٤٦ ـ خطة البحث :

سنتناول دراسة السجل التجارى فى القانون الجزائرى فى المباحث الآتيـــة :

المبحث الأول : الملتزمون بالقيد فى السجل التجارى .

المبحث الثانى : آثار القيد فى السجل التجارى .

المبحث الثالث : الجزاءات الجنائية .

المبحث الرابع : وظيفة السجل التجارى فى التشريع الجزائرى .
مقارناً ببعض القوانين الأخرى .

المبحث الأول

الملتزمون بالقيد فى السجل التجارى

١٤٧ – نصوص قانونية :

تنص المادة التاسعة عشر من القانون التجارى الجزائرى على أن « يلزم بالتسجيل فى السجل التجارى :

١ – كل شخص طبيعى له صفة التاجر فى نظر القانون الجزائرى ويمارس أعماله التجارية داخل القطر الجزائرى .

٢ – كل شخص معنوى تاجر بالشكل أو يكون موضوعه تجارياً ، ومقره فى الجزائر ، أو كان له مكتب أو فرع أو أى مؤسسة كانت » .

وقضت المادة العشرون من ذات القانون على أن يطبق هذا الالتزام (التسجيل فى السجل التجارى) ، بوجه الخصوص على :

١ – كل تاجر . ٢ – كل مؤسسة اشتراكية .

٣ – كل مؤسسة تجارية مقرها فى الخارج وتفتح فى الجزائر مكتباً أو أو فرعاً أو أى مؤسسة أخرى .

٤ – كل ممثلية تجارية أو وكالة تجارية تابعة للدول أو الجماعات أو المؤسسات العمومية الأجنبية التى تزاول نشاطاً فى القطر الجزائرى .

١٤٨ – يتضح من هذين النصين ، أن الملتزم بالقيد فى السجل التجارى هو كل تاجر ، فرداً كان أو شركة ، وسواء كان جزائرياً أو أجنبياً بشرط أن يكون له فى الجزائر محلا رئيسياً أو مركزاً عاماً للشركة أو فرعاً أو وكالة .

وعلى ذلك فإنه يجب أن يتوافر فى الملتزم بالقيد شرطان :

الشرط الأول : أن يكون تاجراً .

الشرط الثانى : ممارسة النشاط التجارى على التراب الجزائرى .

المطلب الأول

صفة التاجر فى الملتزم بالقيد

١٤٩ – يشترط فيمن يلتزم بالقيد فى السجل التجارى ، أن يكون له صفة التاجر ويستوى أن يكون ، شخصاً طبيعياً كالأفراد أو معنوياً كالشركات والوكالات ومؤسسات التسيير الاشتراكى ، وما نصت عليه المادة العشرون ، ما هو إلا تطبيقات للمبدأ العام الذى نصت عليه المادة التاسعة عشر .

ولتحديد صفة التاجر سواء للأشخاص الطبيعية أو الأشخاص المعنوية ، يجب الرجوع إلى أحكام القانون التجارى الجزائرى ، الذى نص فى صدره على أن يعد تاجراً كل من يباشر عملا تجارياً ويتخذه حرفة معتادة له ، وقد سبق لنا دراسة التاجر والأعمال التجارية .

وعلى ضوء ما سبق يلتزم التاجر الفرد ، سواء رجلا أو امرأة بالقيد فى السجل التجارى . وأياً كان حجم تجارته أو مقدار رأس ماله أو نوع نشاطه وتعدده ، حتى ولو كان التاجر شخصاً أجنبياً يباشر نشاطه التجارى على التراب الجزائرى .

وعلى ذلك لايلتزم بالقيد فى السجل التجارى الأفراد الذين يقومون عرضاً بأعمال تجارية ، ولا الشركات المدنية [غير المتخذة شكلا تجارياً ـ التضامن ـ المسئولية المحدودة ـ المساهمة] .

ولا يلتزم الشريك المتضامن بقيد اسمه فى السجل التجارى ، ولو أنه يكتسب صفة التاجر بمجرد دخوله فى الشركة ، وذلك اكتفاء بذكر اسمه ضمن البيانات الخاصة بالشركة ، وهذا ما لم تكن له تجارة مستقلة عن تجارة الشركة .

١٥٠ – المؤسسات الاشتراكية :

ألزمت المادة العشرون ، المؤسسات الاشتراكية بالقيد فى السجل التجارى ، ولكن ما هى المؤسسة الاشتراكية فى مفهوم هذه المادة ؟ فهل هى صورة من المرافق التى عرفها فقهاء القانون العام[1] بأنها « مشروعات تنشئها الدولة أو تشرف على إدارتها وتعمل بانتظام واستمرار – مستعينة بسلطان الإدارة – لتزويد الجمهور بالحاجات العامة التى يتطلبها ، لا بقصد الربح بل بقصد المساهمة فى صيانة النظام وخدمة المصالح العامة فى الدولة » .

والحقيقة أن المقصود بالمؤسسة الاشتراكية ، له مدلول مختلف عما عرفه فقهاء القانون الإدارى ، وبخاصة فى الجزائر ، لما للمؤسسات الاشتراكية من تطبيق خاص بها ، حيث ينظمها الأمر رقم ٧٤ لسنة ١٩٧١[1] ونصت المادة الأولى منه على أن تطبق أحكام هذا الأمر على تنظيم وتسيير المؤسسة الإشتراكية التى تهدف إلى القيام بنشاط اقتصادى أو اجتماعى ، أو ثقافى باستثناء القطاع الفلاحى المسير ذاتياً أو القطاع التعاونى ، وحددت المواد من الثانية حتى السابعة عناصر المؤسسة الاشتراكية ، بأنها المؤسسة التى يتكون مجموع تراثها من الأموال العامة . (المادة الثانية) : وهى ملك للدولة تمثل الجماعة الوطنية وتسير حسب مبادىء التسيير الاشتراكى المحددة فى هذا الأمر (المادة

---

(١) انظر الدكتور محمد فؤاد مهنا –القانون الإدارى المصرى والمقارن –١٩٥٢– صفحة ٨٩ .

وانظر أيضاً الدكتور سليمان الطماوى ، مبادىء القانون الإدارى المصرى والمقارن طبعة سنة ١٩٥٩ صفحة ٢٦٢

(١) صادر بالأمر رقم ٧١ لسنة ١٩٧٤ مؤرخ فى ٢٨ رمضان عام ١٣٩١ – الموافق ١٦ نوفبر سنة ١٩٧١ يتعلق بالتسيد الاشتراكى للمؤسسات .

وعلى ذلك فإنه يجب أن يتوافر فى الملتزم بالقيد شرطان :

الشرط الأول : أن يكون تاجراً .

الشرط الثانى : ممارسة النشاط التجارى على التراب الجزائرى .

المطلب الأول

صفة التاجر فى الملتزم بالقيد

١٤٩ – يشترط فيمن يلتزم بالقيد فى السجل التجارى ، أن يكون له صفة التاجر ويستوى أن يكون ، شخصاً طبيعياً كالأفراد أو معنوياً كالشركات والوكالات ومؤسسات التسيير الاشتراكى ، وما نصت عليه المادة العشرون ، ما هو إلا تطبيقات للمبدأ العام الذى نصت عليه المادة التاسعة عشر .

ولتحديد صفة التاجر سواء للأشخاص الطبيعية أو الأشخاص المعنوية ، يجب الرجوع إلى أحكام القانون التجارى الجزائرى ، الذى نص فى صدره على أن يعد تاجراً كل من يباشر عملا تجارياً ويتخذه حرفة معتادة له ، وقد سبق لنا دراسة التاجر والأعمال التجارية .

وعلى ضوء ما سبق يلتزم التاجر الفرد ، سواء رجلا أو امرأة بالقيد فى السجل التجارى . وأياً كان حجم تجارته أو مقدار رأس ماله أو نوع نشاطه وتعدده ، حتى ولو كان التاجر شخصاً أجنبياً يباشر نشاطه التجارى على التراب الجزائرى .

وعلى ذلك لايلتزم بالقيد فى السجل التجارى الأفراد الذين يقومون عرضاً بأعمال تجارية ، ولا الشركات المدنية [غير المتخذة شكلا تجارياً ـ التضامن ـ المسئولية المحدودة ـ المساهمة] .

ولا يلتزم الشريك المتضامن بقيد اسمه فى السجل التجارى ، ولو أنه يكتسب صفة التاجر بمجرد دخوله فى الشركة ، وذلك اكتفاء بذكر اسمه ضمن البيانات الخاصة بالشركة ، وهذا ما لم تكن له تجارة مستقلة عن تجارة الشركة .

١٥٠ – المؤسسات الاشتراكية :

ألزمت المادة العشرون ، المؤسسات الاشتراكية بالقيد فى السجل التجارى ، ولكن ما هى المؤسسة الاشتراكية فى مفهوم هذه المادة ؟ فهل هى صورة من المرافق التى عرفها فقهاء القانون العام[1] بأنها « مشروعات تنشئها الدولة أو تشرف على إدارتها وتعمل بانتظام واستمرار – مستعينة بسلطان الإدارة – لتزويد الجمهور بالحاجات العامة التى يتطلبها ، لا بقصد الربح بل بقصد المساهمة فى صيانة النظام وخدمة المصالح العامة فى الدولة » .

والحقيقة أن المقصود بالمؤسسة الاشتراكية ، له مدلول مختلف عما عرفه فقهاء القانون الإدارى ، وبخاصة فى الجزائر ، لما للمؤسسات الاشتراكية من تطبيق خاص بها ، حيث ينظمها الأمر رقم ٧٤ لسنة ١٩٧١[1] ونصت المادة الأولى منه على أن تطبق أحكام هذا الأمر على تنظيم وتسيير المؤسسة الإشتراكية التى تهدف إلى القيام بنشاط اقتصادى أو اجتماعى ، أو ثقافى باستثناء القطاع الفلاحى المسير ذاتياً أو القطاع التعاونى ، وحددت المواد من الثانية حتى السابعة عناصر المؤسسة الاشتراكية ، بأنها المؤسسة التى يتكون مجموع تراثها من الأموال العامة . (المادة الثانية) : وهى ملك للدولة تمثل الجماعة الوطنية وتسير حسب مبادىء التسيير الاشتراكى المحددة فى هذا الأمر (المادة

---

(١) انظر الدكتور محمد فؤاد مهنا –القانون الإدارى المصرى والمقارن –١٩٥٢– صفحة ٨٩ .

وانظر أيضاً الدكتور سليمان الطماوى ، مبادىء القانون الإدارى المصرى والمقارن طبعة سنة ١٩٥٩ صفحة ٢٦٢

(١) صادر بالأمر رقم ٧١ لسنة ١٩٧٤ مؤرخ فى ٢٨ رمضان عام ١٣٩١ – الموافق ١٦ نوفبر سنة ١٩٧١ يتعلق بالتسيد الاشتراكى للمؤسسات .

الثالثة) . وتكتسب الشخصية المعنوية . ويكون لها الإستقلال المالى وقد تتضمن وحدة أو عدةو حدات . (المادة الرابعة) ، وينشؤها مرسوم باستثناء المؤسسات التى لها أهمية وطنية فينشؤها قانون (المادة الخامسة) . ويحدد العقد التأسيسى تسميتها ومقرها ونوع وامتداد نشاطها ومبلغ الذمة المالية الإبتدائية المخصصة لها والوزارة الوصية عليها . (المادة السادسة) أما عن عمال المؤسسة الاشتراكية . فهم منتجون يتحملون مسئولية تسيير المؤسسة . (المادة السابعة) .

وعلى ذلك فإن أحكام القيد فى السجل التجارى تسرى على المؤسسات الاشتراكية طبقاً لمفهوم هذا الأمر وأياً كان نشاطها سواء كان نشاط اقتصادياً أو اجتماعياً أو ثقافياً .

١٥١ – الشركات التجارية بالشكل أو الموضوع :

وتلتزم بالقيد فى السجل التجارى كل شركة تجارية ، تباشر نشاطاً تجارياً ، أو تلك الشركات المدنية التى تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها فى القانون التجارى . (التضامن – المسئولية المحدودة – المساهمة) . حيث اعتبر القانون التجارى هذه الأخيرة عملا تجارياً بحسب شكله . (المادة الثالثة).

والخلاصة أن أحكام القيد فى السجل التجارى الجزائرى واجب على كل التجار الأفراد . والشركات التجارية ، والشركات المدنية المتخذة شكلا تجارياً (التضامن – المسئولية المحدودة – المساهمة) .وكذلك مؤسسات التسيير الاشتراكى .

المطلب الثانى

ممارسة النشاط التجارى

على التراب الجزائرى

١٥٢ -- يتضح من نص المادتين التاسعة عشر والعشرين تجارى ؛ أنه لايكفى أن يكون الشخص تاجراً حتى يلتزم بالقيد فى السجل التجارى ، إنما يشترط فضلا عن ذلك أن يكون له فى الجزائر محل تجارى أو مكتب أو مركز أو فرع أو أى مؤسسة كانت ، أو بعبارة أخرى تكون ممارسته التجارة على التراب الجزائرى .

وعلى ذلك فإن التاجر الذى يكون محله خارج الجزائر لايلتزم بالقيد فى السجل التجارى ، حتى ولو كان جزائرياً أو مكتسباً للجنسية الجزائرية ، وكذلك الشركة التى يكون مركزها خارج الجزائر ، لاتلتزم بالقيد فى السجل التجارى ، حتى ولو كان كل الشركاء جزائريون ، كما لوقام بعض من المهاجرين الجزائريين المقيمين فى أوروبا بتأسيس شركة تجارية واتخذوا من مدينة ليون مركزاً رئيسياً لها ، فى هذه الحالة لاتخضع الشركة لأحكام القيد فى السجل التجارى الجزائرى أما لو اتخذت هذه الشركة فروعاً لها فى الجزائر ، أو وكالات لها فى بعض المدن الجزائرية كوهران وقسنطينة وعنابة ، خضعت هذه الفروع أو تلك الوكالات لأحكام القيد فى السجل التجارى فى الجزائر .

ويقصد بمركز النشاط التجارى ، المكان الذى يوجد به مركز ممارسة المعاملات التجارية ، كمحل البيع ، أو مكتب المقاولة ، أو السمسار أو المصنع ، وإذا كان النشاط تزاوله شركة ، فمركزها يكون مكان إدارتها الذى يصدر منه الأوامر والتوجيهات .

وكذلك فإن كل ممثلية تجارية أو وكالة تجارية تابعة للدول أو الجماعات أو المؤسسات العمومية الأجنبية التى تزاول نشاطاً على التراب الجزائرى تخضع لأحكام القيد فى السجل التجارى .

ويقصد بالممثلية أو الوكالة ، الفرع التابع للمركز الرئيسى ، ولكنه نشاطه التجارى ، مستقلا إلى حد كبير عن نشاط المركز الرئيسى ، ويتمتع مديره بسلطة الإدارة والتعاقد مع العملاء .

١٥٣ — ولكن هل يلتزم التجار المتجولون فى الجزائر لأحكام القيد فى السجل التجارى ؟ التجار المتجولون ، ليس لهم محل ثابت ، إنما يحترفون التجارة متجولون من مكان إلى آخر ، فصفة التاجر متوافرة فيهم ، ويمارسون التجارة من بقعة إلى بقعة أخرى ولكن على التراب الجزائرى فهم يلتزمون بأحكام القيد فى السجل التجارى ، نظراً لعمومية نص الفقرة الأولى من كل من المادتين التاسعة عشر ، والعشرون . فى قول الأولى « كل شخص طبيعى له صفة التاجر فى نظر القانون الجزائرى ، ويمارس أعماله التجارية داخل القطر الجزائرى » . وفى قول الثانية :

« يطبق الالتزام بالقيد فى السجل التجارى على كل تاجر » .

المبحث الثّانى

آثار القيد فى السجل التجارى

١٥٤ — القيد فى السجل التجارى ، طبقاً لأحكام القانون الجزائرى ، يترتب عليه نتائج هامة ، من أهمها أنه جعل القيد فى السجل التجارى قرينة قانونية بسيطة على اكتساب صفة التاجر ، وأخذ بمبدأ الاحتجاج على الغير ببعض البيانات التى تقيد فى السجل ، كما أن الشركات التجارية لا تكتسب الشخصية المعنوية إلا بعد القيد فى السجل التجارى ، الأمر الذى يتضح منه

أن للسجل التجارى الجزائرى دور إشهارى كبير ، وذلك ما سنتناول إيضاحه فيما يلى :

أولا : اكتساب صفة التاجر :

تنص المادة الواحدة والعشرون من القانون التجارى على أن « كل شخص طبيعى أو معنوى مسجل فى السجل التجارى ، يعد مكتسباً صفة التاجر إزاء القوانين الجارى بها العمل ، إلا إذا ثبت خلاف ذلك ، ويخضع لكل النتائج الناجمة عن هذه الصفة » .

من هذا النص يتضح أن المشرع الجزائرى ، أكسب كل من يقيد نفسه فى السجل التجارى ، صفة التاجر ، سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً ، إلا إذا ثبت عكس ذلك . ومعنى هذا أن القرينة القانونية التى قررتها المادة الواحدة والعشرون قرينة بسيطة على ثبوت صفة التاجر يمكن إثبات عكسها ودحضها ، كما لو أثبت خصم الشخص الذى قيد نفسه فى السجل التجارى ، أنه ليس تاجراً ولم يحترف التجارة ، ولكنه قيد نفسه فى السجل التجارى لكى يحصل على سلع وبضائع معينة ، توزعها الحكومة على التجار المقيدين فى السجل ، بأسعار رخيصة لكى تضمن توزيعها على الجمهور بأسعار معتدلة ، فيستلم حصة منها لاستغلالها فى السوق السوداء .

١٥٥ — ولكن عدم القيد فى السجل التجارى ، للأشخاص الملتزمين قانوناً بالقيد ، يسقط عنهم حقوق التجار دون أن يخفف عنهم من التزامات التجار شيئاً .

وذلك ما قضت به صراحة المادة الثانية والعشرون تجارى حيث تقول :

« لا يمكن للأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للتسجيل فى السجل التجارى والذين لم يبادروا بتسجيل أنفسهم خلال مدة شهرين من تاريخ بدء مزاولتهم التجارة ، أن يتمسكوا بصفتهم كتجار ، فى مواجهة الغير أو لدى الإدارات العمومية إلا بعد تسجيلهم .

غير أنه لا يمكن لهم الاستناد لعدم تسجيلهم فى السجل بقصد تهربهم من المسئوليات والواجبات الملازمة لهذه الصفة » .

فمثلا لو أن شخصاً احترف التجارة ، ولم يقيد اسمه فى السجل التجارى ، استمر فى مزاولة التجارة ، وبعد عام ، حدث نزاع حول صفقة بينه وبين أحد التجار ، فلا يجوز له الاستفادة من دفاتره التجارية والاحتجاج بما ورد فيها أمام القضاء ، لأنه لم يقيد اسمه فى السجل التجارى ، وفى نفس الوقت تطالبه مصلحة الضرائب ، بضريبة الأرباح التجارية أو الصناعية المستحقة عليه خلال فترة نشاطه على الرغم من عدم قيده فى السجل التجارى ، وليس له أن يدفع بذلك أمام مصلحة الضرائب ، لكى يتخلص من التزاماته الضرائبية .

ثانياً : اكتساب الشركة الشخصية المعنوية :

١٥٦ ـ طبقاً لأحكام القانون التجارى الجزائرى ، يؤدى القيد فى السجل التجارى إلى ميلاد الشركة ونشوء شخصيتها المعنوية وتمتعها بالأهلية القانونية ، ويعد القيد شرطاً للاحتجاج على الغير بما يطرأ عليها من تعديلات ، وذلك ما أوجبته المادة ٥٤٨ تجارى بقولها : « يجب أن تودع العقود التأسيسية والعقود المعدلة للشركات التجارية لدى المركز الوطنى للسجل التجارى ، وتنشر حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات وإلا كانت باطلة ، وما قضت به المادة ٥٤٩ بأن لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها فى السجل التجارى ، وقبل إتمام هذا الإجراء ، يكون الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة ولحسابها متضامنين من غير تحديد أموالهم ، إلا إذا قبلت الشركة بعد تأسيسها بصفة قانونية أن تأخذ على عاتقها التعهدات المتخذة ، فتعتبر التعهدات بمثابة تعهدات الشركة منذ تأسيسها .

ثالثاً : المسئولية عن الإلتزامات التجارية فى حالة التنازل عن المحل التجارى :

١٥٧ — طبقاً لأحكام القانون التجارى الجزائرى نجد أن للقيد ، وظيفة إشهارية هامة ، فى حالة التنازل عن المحل التجارى ، سواء بالبيع أو الإيجار أو غيرهما من التصرفات ، إذ يظل المتصرف (البائع أو المؤجر) مسئولا عن التزاماته التجارية ، إلى أن يتم شطب اسمه من السجل التجارى ، أو التأشير فى السجل بنوع التصرف الذى حدث . وهذا هو المستفاد من نص المادة الثالثة والعشرين التى تقضى بأنه لا يمكن للتاجر المسجل الذى يتنازل عن متجرة أو يؤجره ، أن يحتج بإنهاء نشاطه التجارى للتهرب من القيام بالمسئولية الواقعة على عاتقه من جراء الالتزامات التى تعهد بها خلفه فى استغلال المتجر ، إلا ابتداء من اليوم الذى وقع فيه إما الشطب وإما الإشارة المطابقة ، وإما الإشارة التى تتضمن وضع المتجر على وجه التأجير .

١٥٨ — الاحتجاج على الغير ببعض البيانات التى تقيد فى السجل :

حدد القانون التجارى الجزائرى فى المادة الخامسة والعشرين منه بعض البيانات لا يحتج بها من التاجر على الغير إذا لم تقيد فى السجل التجارى الخاص به ، إلا إذا ثبت أن الغير كان يعلمها عند التعاقد مع التاجر ، وذلك هو المستفاد من نص المادة الرابعة والعشرين حيث يقول : لا يمكن للأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للتسجيل فى السجل التجارى ، أن يحتجوا تجاه الغير المتعاقدين معهم بسبب نشاطهم التجارى أو لدى الإدارات العامة ، بالوقائع موضوع الإشارة المشار إليها فى المادة الخامسة والعشرين وما يليها إلا إذا كانت هذه الوقائع قد أصبحت علنية قبل تاريخ العقد ، بموجب إشارة مدرجة فى السجل ما لم يثبتوا بوسائل البينة المقبولة فى مادة تجارية ، أنه فى وقت إبرام الاتفاق ، كان أشخاص الغير من ذوى الشأن مطلعين شخصياً على الوقائع المذكورة .

والبيانات التى أدرجتها المادة الخامسة والعشرون هى :

أولا : حالة الرجوع عن ترشيد التاجر القاصر تطبيقاً لأحكام التشريع الخاص بالأسرة وعند إلغاء الإذن المسلم لقاصر — خاص بممارسة التجارة .

ثانياً : حالة صدور حكم نهائى يقضى بالحجز على تاجر وبتعيين إما وصى قضائى وإما متصرف على أمواله .

ثالثاً : حالة صدور حكم نهائى يقضى ببطلان شركة تجارية وحلها .

رابعاً : حالة إنهاء أو إلغاء سلطات شخص ذى صفة ملزمة لمسئولية تاجر أو شركة أو مؤسسة اشتراكية .

خامساً : حالة صدور قرار من جمعية عامة لشركة مساهمة أو ذات مسئولية محدودة يتضمن الأمر باتخاذ قرار من الجمعية العامة فى حالة الخسارة بنسبة ٣/٤ (ثلاثة أرباع) رأس مال الشركة .

ويتضح من هذه البيانات أهميتها وخطورتها ، الأمر الذى ألزم المشرع قيدها فى السجل التجارى ، واعتبار هذا السجل هو أداة الإشهار الرئيسية لهذه البيانات .

١٥٩ — فالرجوع عن ترشيد التاجر القاصر — معناه سلب الإذن بالاتجار للقاصر ، فنى حالة إعطاء الإذن للقاصر بالاتجار ، يستوجب المشرع فى المادة الخامسة فقرة أخيرة من تقديم هذا الإذن لتدعيم طلب التسجيل فى السجل التجارى ، فإذا صدر حكم من المحكمة بالرجوع عن ترشيد التاجر القاصر ، أى سلب الإذن منه لأى سبب من الأسباب ، فإنه يجب التأشير بذلك فى السجل التجارى ، حتى يكون المتعامل معه عالم بسحب الإذن .

١٦٠ — وكذلك الحال بالنسبة لحالات صدور أحكام نهائية على أحد التجار تقضى بالحجز عليه وتعيين وصى قضائى أو متصرف على أمواله ، فهى

حالة خطيرة ؤهامة يلزم الإشهار عنها حتى يكون المتعاملون مع التاجر على علم بمركزه القانونى.

١٦١ — أما بالنسبة لحالة صدور حكم نهائى يقضى ببطلان شركة تجارية وحلها ، فالحكمة واضحة من ضرورة إشهار هذا الحكم بقيده فى السجل التجارى ، لما هو معلوم من أن الشركات التجارية تتعامل فى الميدان التجارى على نطاق واسع ويكون لها من الأوضاع الظاهرة ، ما يحمل الغير المتعامل معها أن يوليها الثقة والائتمان والدخول معها فى معاملات وعقود قد يكون موضوعها له قيمة مالية كبيرة ، ويكتفى المتعامل معها بالاطلاع على سجلها التجارى ليطمئن جانبه ويدخل معها فى التعامل ، فإذا لم يكن مؤشراً فى السجل التجارى بما يفيد حلها ، كان ذلك مدعاة لبيان مركز قانونى للشركة بخلاف الحقيقة ، الأمر الذى يضر بالغير ، ويهز دعائم الثقة والائتمان الواجب توافرها فى المعاملات التجارية .

١٦٢ — وهذا التعليل ينطبق على الحالتين الواردتين فى الفقرتين الرابعة والخامسة من المادة الخامسة والعشرين .

١٦٣ — ضرورة ذكر رقم السجل التجارى فى معاملات التاجر :

ولدعم الائتمان وتنظيم المجتمع التجارى ، أوجب المشرع فى المادة السابعة والعشرين ، على كل تاجر ، سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً مسجل فى السجل التجارى أن يذكر فى عنوان فواتيره أو طلباته أو تعريفاته أو نشرات الدعاية أو على كل المراسلات الخاصة بمؤسسته والموقعة منه أو باسمه ، مقر المحكمة التى وقع فيها التسجيل بصفة أصلية ورقم التسجيل الذى حصل عليه :

٦٤ — التأشير بالتعديلات :

أوجب القانون على كل تاجر ، يحدث تعديل أو تغيير فى نشاطه التجارى ، كتخفيض أو زيادة رأس ماله ، أو فتح فروع جديدة لنشاطه ، أو تغيير نوع نشاطه ، كما لو كان نشاطه المقيد فى السجل تجارة بيع الملابس والمنسوجات ، فغير نشاطه إلى تجارة المواد الغذائية مثلا ، أن يؤشر بهذه

التعديلات فى سجله التجارى ، وقد اهتم القانون الجزائرى بهذا الخصوص فلم يقصر طلب الإشارة بالتعديلات على التاجر صاحب الشأن ، إنما أجازه لكل شخص له مصلحة فى ذلك إن لم يقم صاحب الشأن نفسه باتخاذ إجراءات التأشير فى القيد بالتعديلات التى طرأت على وضعيته . وذلك ما قضت به صراحة المادة السادسة والعشرون بقولها : « إن الإشارة الخاصة بالتعديلات الطارئة على وضعية التاجر المسجل وكذلك التشطيبات الواقعة فى حالة توقف نشاطه التجارى أو عند وفاته يمكن طلبها من كل شخص له مصلحة فى ذلك ، وإذا لم تصدر من المعنى بالأمر نفسه ، فإن العريضة تؤدى إلى حضور الطالب فوراً أمام القاضى المكلف بمراقبة السجل التجارى والذى يبت فى المشكل .

ويتعين على الموثق الذى يحرر عقداً ذا أثر بمادة السجل التجارى بالنسبة للأطراف المعنية ، أن يقوم بكل الاجراءات المتعلقة بالعقد الذى يحرره » وفيما نص عليه المشرع صواباً كبيراً ، لما تفيده العلانية للمجتمع التجارى ، بل ويؤدى الكتمان إلى الإضرار بالمتعاملين فيه .

المبحث الثالث

الجزاءات الجنائية

١٦٥ — لم يكتف المشرع الجزائرى بفرض الأحكام السابقة التى تحقق وظيفة الإشهار القانونى لما يحتويه السجل من بيانات ، إنما فرض جزاءات وعقوبات جنائية للمخالفين لأحكامه ، سواء عدم طلب القيد الأصلى أو التأشير بالبيانات المعدلة أو طلب المحو فى الميعاد القانونى أو إهمال ذكر مقر المحكمة التى وقع فيها التسجيل ، أو عدم ذكر رقم السجل على الفواتير والمراسلات الخاصة بالمحل التجارى .

١٦٦ — فنصت المادة التاسعة والعشرون ، كل من يقدم عن سوء نية

معلومات غير صحيحة أو غير كاملة بقصد الحصول على تسجيل أو شطب أو إشارة تكميلية أو تصحيحية فى السجل التجارى ، يعاقب بغرامة قدرها من خمسمائة دينار جزائرى إلى عشرين ألف دينار وبالحبس لمدة تتراوح بين ستة وعشرة أشهر ، أو بإحدى هاتين العقوبتين .

١٦٧ — وأوجب على كل شخص ملزم تسجيل إشارة تكميلية أو تصحيحية أو شطب فى السجل التجارى ولم يستكمل الاجراءات المطلوبة منه فى خلال خمسة عشر يوماً من ضبط المخالفة ، دون عذر مقبول ، يستدعى لدى المحكمة التى تنظر فى المخالفة ، ويعاقب بغرامة قدرها من أربعمائة دينار إلى عشرين ألف دينار جزائرى ، وفى حالة العود تكون الغرامة من خمسمائة دينار جزائرى إلى عشرين ألف دينار ، وبالحبس لمدة تتراوح من عشرة أيام إلى ستة أشهر أو بإحدى هاتين العقوبتين . (المادة الثامنة والعشرون) .

١٦٨ — وفرض عقوبة الغرامة وقدرها من مائة وثمانين دينار إلى ثلاثمائة وستين دينار على كل شخص طبيعى أو معنوى مسجل فى السجل التجارى ، ولم يذكر فى عنوان فواتيره أو طلباته أو تعريفاته أو نشرات الدعاية أو المراسلات الخاصة بمؤسسته والموقعة منه أو باسمه ، مقر المحكمة التى وقع فيها التسجيل بصفة أصلية ورقم التسجيل الذى حصل عليه . (المادة السابعة والعشرون) .

المبحث الرابع

وظيفة السجل التجارى فى التشريع الجزائرى

مقارناً ببعض القوانين الأخرى

١٦٩ — رأينا أن السجل التجارى عبارة عن دفتر يسجل فيه البيانات الخاصة بكل تاجر يخضع للقيد فيه من أجل تنظيم المجتمع التجارى ودعم الثقة والإئتمان للمتعاملين مع التاجر ، بإعطائهم صورة حقيقية عن نشاطه التجارى ، حتى يكونوا على حقيقة من أمره ، ثم أن السجل التجارى يعطى

صورة للدولة عن حقيقة المركز التجارى للمشتغلين بالتجارة على ترابها ، الأمر الذى يساعدها على وضع خططها الاقتصادية .

وأيا كان أمر السجل التجارى ، سواء من حيث الشكل الذى يكون عليه ، وكيفية القيد والتأشير والتجديد والمحو ومواعيدها وتقديمها وبياناتها ومستنداتها ، فإن الدول قد اختلفت فى تحديد الوظائف التى تناط بالسجل والدور الذى يقوم به ، فمنها ما يجعل له دور إدارى بحت ، تكون وظيفته إحصائية مجردة لجمع البيانات عن المشروعات التجارية ، فيمكن عن طريقه معرفة عدد المشروعات التجارية ، وضع خطط السياسة الاقتصادية لأن السجل يعطى مؤشرات رأس المال المستثمر سواء الوطنى أو الأجنبى .

١٧٠ — ومصر من الدول التى يأخذ قانونها بهذه النظرة ، حيث اكتفى القانون فيها ، بتخويله مكاتب السجل حق إجراء التحريات للتحقق من صحة البيانات التى تقدم إليها وطلب الإطلاع على المستندات المؤيدة لها ، فأصبح من المستطاع الاطمئنان إلى المعلومات التى يحتويها السجل .

ونرى أنه واو أن المشرع المصرى ، تدخل بتعديلات متعاقبة لقانون السجل التجارى منها القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٦ الذى أوجب أن تقيد بالسجل كافة شركات القطاع العام ولو لم يكن نشاطها من طبيعة تجارية ، ويعتبر قيد هذه الشركات ، شرطاً لازماً لاكتسابها الشخصية المعنوية ، غير أن دور السجل التجارى فى مصر لازال دوراً محدوداً ، حيث لم يشأ المشرع للسجل أن يقوم بدور قانونى أو وظيفة اشهارية كاملة ، كأن يجعل منه مركزاً موحداً للشهر القانونى فى المسائل التجارية . ومن القيد فيه وسيلة لاكتساب صفة التاجر (١) .

١٧١ — غير أن من الدول ، ما تعطى للسجل وظيفة قانونية ، وتطرح

---

(١) انظر محسن شفيق — المرجع السابق صفحة ١٧٩ وفى نفس المعنى اكثم امين الخولى المرجع السابق صفحة ٢٥٤ ، على يونس المرجع السابق صفحة ٢٧١ ومابعدها ، على جمال الدين عوض المرجع السابق صفحة ١٠٨

على القيد فيه أهمية قانونية خاصة ، كالتشريع الألمانى [1] الذى عهد بالسجل إلى الجهة القضائية ، فقضى بإنشاء سجل فى كل محكمة تجارية ، وجعل الإشراف على عملية القيد فيه لأحد قضاة المحكمة واستوجب علانية البيانات الواردة فى السجلات حيث أوجب نشرها فى الجريدة الرسمية أو جريدة محلية أخرى تعينها المحكمة .

فالسجل التجارى الألمانى وسيلة للشهر القانونى ، بحيث يترتب على إهمال قيد البيانات الواجب شهرها فيه عدم جواز الاحتجاج بالبيان على الغير ولو كان يعلم بها فعلا ، كما أن قيد البيان فى السجل يعتبر قرينة قاطعة على علم الغير بها ، ولو كان لا يعلم به فعلا .

ثم أن المشرع الألمانى جعل من القيد فى السجل التجارى ، شرطاً لازماً لاكتساب صفة التاجر ، حتى بالنسبة للأشخاص الذين يمارسون الأعمال التجارية التى نصت عليها المادة الأولى من القانون التجارى ، واعتبرت من يمارسها له صفة التاجر ، فإن قانون السجل عقوبات جنائية على كل من لم يقيد نفسه .

١٧٢ – وظيفة السجل التجارى فى التشريع الجزائرى :

إذا نظرنا إلى وظيفة السجل التجارى فى القانون الجزائرى ، بالمقارنة بوظائف السجل فى القانونين المصرى والألمانى السابق الإشارة إليهما ، نجد أن القانون الجزائرى ، يقف موقف وسط بينهما [2] . فلم يكتف بالوظيفة الإدارية تماماً كالقانون المصرى ، ولم يرق إلى الأخذ بالنظرة القانونية أو الاشهارية الكاملة كالقانون الألمانى .

ونذكر بما سبق عرضه حتى تتضح حقيقة وظيفة السجل التجارى فى القانون الجزائرى ، يشرف القضاء على السجل التجارى والمنازعات التى

---

(١) انظر عرض نظام السجل التجارى الألمانى ، محسن شفيق ، المرجع السابق صفحة ١٨٣

(٢) ويقترب القانون الجزائرى من قانون السجل التجارى الفرنسى الصادر بمرسوم ٢٣ مارس ١٩٦٧ والمعدل بمرسوم ٢ يناير ١٩٦٨

تقوم بشأنه ، ويعهد القانون بالسجل إلى كتابة ضبط المحكمة تحت إشراف القاضى المختص ، للتحقق من صحة بيانات التأجر ، وعقد الاختصاص للقاضى المكلف بمراقبة السجل التجارى ، الفصل فى الطلبات التى تقدم من الغير بشأن التعديلات الطارئة على وضعية التاجر المسجل وكذلك حالات شطب التاجر فى حالات توقف نشاطه التجارى أو عند وفاته ، إذ أباح القانون للغير تصحيح وضعية التاجر ، إذا لم يقم التاجر نفسه بتصحيح وضعه ، وذلك بعريضة يكلف فيها الأطراف المعنية بالحضور فوراً أمام القاضى المكلف بمراقبة السجل التجارى والذى يفصل فى الأمر . (المادة ٢٦ تجارى) .

غير أن القانون الجزائرى جعل القيد فى السجل التجارى ، قرينة بسيطة على ثبوت صفة التاجر ، فيمكن إثبات عكسها ، حيث أنها ليست قرينة قانونية قاطعة (المادة ٢١ تجارى) .

وفيما عدا الحالات المنصوص عليها فى المادة ٢٥ السابق ذكرها ، وهى التى لا يحتج بها إذا لم تقيد فى السجل التجارى ، وذلك إلا إذ ثبت أن الغير كان يعلمها عند التعاقد مع التاجر ، فإن ما عداها من البيانات ، لا يؤدى إغفال قيدها فى السجل إلى امتناع الاحتجاج بها على الغير ، كما لا يؤدى قيدها إلى إجازة هذا الاحتجاج بشكل مطلق .

ونرى أن الجدير بالمشرع الجزائرى أن يرق بوظيفة السجل التجارى فى الجزائر ويجعل له وظيفة إشهارية كاملة ، وبخاصة وأن القضاء هو الذى يشرف عليه ، الأمر الذى يدعم الثقة والائتمان فى المجتمع التجارى .

١٧٣ – نشأة فكرة المحل التجارى وتطورها :

على الرغم من أن قواعد القانون التجارى ، بدأت عرفية ومنذ العصور القديمة ، إلا أن فكرة المحل التجارى كمفهوم قانونى ظهرت متأخرة جداً ، سواء فى نطاق العرف بين التجار ، أو تقنين المشرع لها .

أما بالنسبة لتأخر تطورها فى عرف التجار ، فذلك يرجع إلى عدم اكتمال عناصر المحل التجارى فى أذهانهم ، فكانوا ينظرون إلى المحل التجارى من جوانبه المادية فقط كالبضائع والمهمات والآلات والأثاث ، باعتبار أن هذه العناصر لها دور محسوس فى الاستغلال التجارى ، أما عن العناصر المعنوية للمحل التجارى ، فلم يلمسوا أهميتها إلا فى وقت متأخر ، لسببين ، أولهما سبب اجتماعى ، وهو الاعتقاد الذى ساد بين التجار حقبة طويلة من الزمن ، أن قيمة المحل التجارى مرتبطة تماماً بشخص صاحبه ، بمعنى أن عمل التاجر ونشاطه التجارى وسمعته ، هى التى تسبغ قيمتها على العناصر المادية التى يستعين بها التاجر فى تجارته . فإذا توفى التاجر أو اعتزل التجارة ، فيتم بيع محتويات المحل كأشياء مادية مجردة ، أما فكرة المحل التجارى ككيان مستقل ، يمكن استغلاله على وجه الاستقلال ، والتعامل به كوحدة منفصلة عن شخص صاحبه ، فلم تظهر إلا فى أواخر القرن التاسع عشر ، ولم يتناولها المشرعون إلا فى القرن العشرين .

أما السبب الثانى هو تأخر ظهور الاختراعات الحديثة ، التى يشكل جانباً منها العناصر المعنوية للمحل التجارى ، كالعلامات التجارية ، والنماذج الصناعية ، والاختراعات التى تستوجب براءات لحفظ حقوق أصحابها .

فلما ازدهرت التجارة بتطور وسائل المواصلات والاختراعات الحديثة ، ظهرت أهمية العناصر المعنوية ، وخاصة عنصر الاتصال بالعملاء ، والاسم والعنوان التجارى والسمعة التجارية ، وعرف التجار عن يقين أن هذه العناصر المعنوية تفوق العناصر المادية للمحل التجارى ، واكتملت فى أذهانهم إمكان التصرف فى المحل التجارى كمجموع ، سواء بالبيع أو الإيجار أو الرهن : وقد استجاب المشرع لحاجات التجارة ، بتنظيم أحكام المحل التجارى بمفهومه الحديث (١).

١٧٤ — خطة الدراسة :

نتناول دراسة المحل التجارى فى الفصول الآتية :

الفصل الأول : ونبحث فيه تعريف المحل التجارى وطبيعته وخصائصه.

الفصل الثانى : وندرس فيه عناصر المحل التجارى المادية والمعنوية .

الفصل الثالث : ونتعرض فيه لدراسة الحماية القانونية للمحل التجارى .

الفصل الرابع : نتناول فيه أهم التصرفات التى ترد على المحل التجارى .

---

(١) أفرد المشرع الجزائرى الكتاب الثانى من القانون التجارى الصادر بالأمر رقم ٥٩ لسنة ١٩٧٥ للمحل التجارى — المواد من ٧٨ إلى ٢١٤ وتناول فى الباب الأول منه بيع المحل التجارى ورهنه وفى الباب الثانى منه تناول تنظيم إيجار المحل التجارى .

وكان أول قانون يتعلق بالمفهوم الحديث لفكرة المحل التجارى هو القانون المالى الفرنسى الصادر بتاريخ ٢٨ فبراير سنة ١٨٧٢ الذى فرض ضريبة على بيع المحال التجارية. وقرر هذا القانون أن يكون وعاء الضريبة ، الثمن المقرر لسمعة المحل وللحق فى الإجارة والمنقولات المعدة لاستغلال التجارى : انظر :

Paul Didier, Droit Commercial op. cit, Les opérations sur fonds de Commerce p. 627 et S.

ثم صدر قانون فى أول مارس سنة ١٨٩٨ ينظم قواعد شهر رهن المحال التجارية ، وبتاريخ ١٧ مارس سنة ١٩٠٩ صدر قانون خاص بتنظيم بيع ورهن المحال التجارية وقد تعدل هذا القانون عدة مرات كان آخرها القانون الصادر فى ٢٠ مارس سنة ١٩٥٦ . انظر بول ديدر المرجع السابق

ومن هذه القوانين يتضح أن المشرع الفرنسى أدرك منذ أواخر القرن الماضى أهمية العناصر المعنوية للمحل التجارى . واكتمال فكرة المحل التجارى بعناصره جميعاً .

انظر محسن شفيق — الجزء الأول — صفحة ٥٦١ .

أما فى مصر فقد أصدر المشرع القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ بشأن بيع المحال التجارية ورهنها وقد تأثر فى ذلك إلى حد كبير بالقانون الفرنسى الصادر فى هذا الخصوص .

الفصل الأول

تعريف المحل التجارى وطبيعته وخصائصه

١٧٥ – تعريف المحل التجارى :

لم يعرف القانون الجزائرى ولاالقضاء المحل التجارى ولم يعرفه الفقه ، تعريفاً جامعاً مانعاً، فذهب بعضهم إلى تعريف المحل التجارى بالنظر إلى عناصره المادية والمعنوية، ومنهم من قصر تعريفه على الطبيعة القانونية للمحل ، ومنهم من عدد خصائص المحل دون ذكر لعناصره ، وذلك مانعرضه فيما يلى :

تنص المادة ٧٨ من القانون التجارى الجزائرى ، على أن « تعد جزءاً من المحل التجارى الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجارى . ويشمل المحل التجارى إلزامياً عملائه وشهرته ؛ كما يشمل أيضاً سائر الأموال الأخرى اللازمة لاستغلال المحل التجارى كعنوان المحل والاسم التجارى والحق فى الإيجار والمعدات والآلات والبضائع وحق الملكية الصناعية والتجارية . كل ذلك مالم ينص على خلاف ذلك » .

يتضح من هذه المادة أن المشرع الجزائرى لم يعرف المحل التجارى ، بل عدد عناصره دون بيان لطبيعته أو خصائصه القانونية .

أما القضاء فقد اكتشف فكرة المحل التجارى من واقع الأقضية والمنازعات التى كانت تعرض عليه ، وكان يعطى لعنصر الاتصال بالعملاء، الأهمية التى تحدد طبيعة المحل ، ومدى اعتباره منشأة تجارية من عدمه [1].

---

(١) انظر من هذا القضاء فى فرنسا حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٣ مارس ١٩٥٦ دالوز ١٩٥٦ – قضاء – ٥٢٣ وتعليق الأستاذ percerou

أما الفقه فلم يتفق على تعريف محدد للعمل التجارى ، بل إن من الفقهاء من تجنب وضع تعريف له

فذهب رأى(١) إلى القول بأن المحل التجارى عبارة عن « كتلة من الأموال المنقولة تخصص لممارسة مهنة تجارية وتتضمن بصفة أصلية بعض مقومات معنوية ، وقد تشتمل على مقومات أخرى مادية » .

بينما قال رأى آخر(٢) فى تعريف المحل التجارى بأنه « مجموع أموال مادية ومعنوية تخصص لمزاولة مهنة تجارية ، وقد يسمى بالمتجر أو المصنع بحسب ما إذا كان مخصصاً لمزاولة التجارة بالمعنى الضيق أو لمزاولة الصناعة ؛ ويسمى أيضاً بالمنشأة فى تطبيق قوانين الضرائب والعمل » .

ويعرفه رأى ثالث(٣) « بأنه مجموعة من الأموال المنقولة مادية أو معنوية تآلفت معاً ورتبت بقصد استغلال مشروع تجارى والحصول على العملاء » .

= وانظر من القضاء المصرى حكم محكمة الاستئناف المختلط بتاريخ ١٩ يناير ١٩٢٦ منشور فى مجلة المحاماة — السنة السابعة صفحة ٧٩ : « إذا اشترك جماعة من الأطباء وأنشأوا داراً لمعالجة المرضى واختاروا لها اسما ، كانت لهذه الدار قيمتان قيمة مادية عبارة عن قيمة الدار بأثاثاتها ومفروشاتها وأسرتها وغير ذلك من المنقولات التى تأسست بها ، وقيمة معنوية وهى السمعة والشهرة والثقة التى حلت فى نفوس الناس ، وجعلهم يقصدون هذه الدار للاستشفاء والمعالجة ، فاذا توفى أحد المؤسسين وطالب ورثته باقى الشركاء بحصة مورثهم كان للقضاء أن يقضى لهم بقيمة هذه الحصة على اعتبار قيمة المنقولات والمفروشات والأثاثات وهى القيمة المادية مضافاً إليها القيمة المعنوية وهى اسم الشركة واسم المستشفى أو دار المعالجة وما إليه من درجة إقبال المرضى عليه » .

وأيضاً حكم محكمة استئناف القاهرة الصادر بتاريخ ١٥ فبراير ١٩٥٥ رقم ٣٨٥ السنة ٧١ قضائية ، الذى يرى أنه إذا اتفق المتنازل مع المتنازل إليه على أن يدفع له هذا الأخير أكثر من الثمن الحقيقى المقدر للمهمات والأدوات التى تنازل له عنها فإن الفرق يعتبر مقابل تنازله عن شهرته التجارية وثقة الجمهور الذى يتعامل معه .

(١) محسن شفيق — المرجع السابق فقرة ٣٢٩ صفحة ٢٧٥ .

(٢) مصطفى كمال طه — المرجع السابق فقرة ٥٨٧ صفحة ٥٠٧

(٣) على يونس — المرجع السابق فقرة ٢٣٣ صفحة ٢٨٤ ، ويعرفه الدكتور على جمال الدين عوض تعريفاً عاماً بقوله « يقصد بالمحل التجارى ليس المكان الذى يباشر فيه التاجر تجارته بل مجموعة الأموال المادية والمعنوية التى يستخدمها التاجر فى مباشرة حرفته ، ويشمل ذلك البضائع وأثاثات المحل وسياراته وآلاته وشهرة اسمه ومايكون لديه من براءة اختراع وما إلى ذلك مما يستعين به التاجر فى مباشرة التجارة ، المرجع السابق فقرة ١٨٨ صفحة ١٥٣ .

بينما اقتصر فقهاء آخرون(١) على عنصر الاتصال بالعملاء ، واعتبروه كافياً لتكوين المحل التجارى ، ويدللون على صحة هذا الرأى من أن العناصر الأخرى للمحل التجارى ذات طابع عرضى ، فقد توجد وقد لاتوجد ، بينما يظل عنصر الاتصال بالعملاء ، هو العنصر الوحيد المشترك فى المتجر مهما اختلفت الصورة التى يتخذها والنشاط الذى يقوم به .

وإننا وإن كنا نميل إلى هذا الرأى باعتبار أن عنصر الاتصال بالعملاء يمثل القاسم المشترك للمحلات التجارية على اختلاف أنواعها وتباين نشاطها . إلا أننا نفضل رأى حديث فى الفقه(٢) يعرف المحل التجارى بأنه وحدة متكاملة تشتمل على مجموعة من العناصر المتصلة بمشروع معين .

ذلك لأن اعتبار المحل التجارى وحدة متكاملة ، لها كيان قائم بذاته عن المقومات التى يتكون منها ، فكرة حديثة ، انتهت إليها جهود المشرعين ، لإيجاد الوسيلة القانونية التى يمكن عن طريقها إخضاع المحل التجارى بجميع عناصره للتصرفات القانونية ، كالإسهام به كحصة فى شركة أو البيع أو الرهن ، ويكون نتيجة ذلك احتفاظ المحل التجارى بمقوماته على الرغم من نقصان بعض عناصره ، فضلا عن خضوع المحل التجارى لنظام قانونى خاص ، قد يختلف عن النظام القانونى الذى يخضع له كل عناصره .

---

(١) Ripert, Durand et Roblot : Traite élémentaire de droit commercial, t-1-1968 No. 522—526.

ويتفق مع هذا الرأى الدكتور أكثم الخولى – المرجع السابق فقرة ٣٣٦ حيث يقول « إن الأدق فى نظرنا ما ذهب إليه ريبير من أن المتجر ذاته ليس إلا حق الاتصال بالعملاء أو مايسمى بالتزبن ، وأن العناصر الأخرى لا تلعب فى الواقع إلا دوراً ثانوياً ذا أهمية محدودة لأنها ليست إلا مجرد وسائل لتحقيق الغرض الرئيسى وهو الاتصال بالعملاء » .

ويقترب من هذا التعريف ماقال به الدكتور حسنى عباس من أن المحال التجارى عبارة عن « مال منقول معنوى يشمل اتصال التاجر بعملائه واعتيادهم التردد على المتجر نتيجة عناصر الاستغلال التجارى » مؤلفة القانون التجارى فقرة رقم ٣١٥ .

(٢) Paul Didier. : op. cit. p. 628 : « un ensemble d'ensembles d'élèments relevant d'une même entreprise ou d'un même établi établissement ».

ويتفق معه الدكتور محمود سمير الشرقاوى – المرجع السابق فقرة ٨٦ صفحة ٨٧

١٧٦ — الطبيعة القانونية للمحل التجارى :

رأينا أن المحل التجارى يتكون من عناصر مادية وأخرى معنوية ، وهذه الأخيرة هى الأصل فى نشأة المحل التجارى بمفهومه الحديث ، أما العناصر المادية ، فهى عناصر تابعة أو ثانوية ، بمعنى أنه قد يقتصر المحل التجارى على عناصر معنوية ، ولكن لا يجوز أن يقتصر على عناصر مادية فقط مهما كانت قيمة هذه العناصر ، وقد لا تجتمع العناصر كلها فى جميع المحلات التجارية على السواء ، فالبضائع مثلا قد تكون عنصراً فى بعض المحال دون البعض الآخر ، كمحال السمسرة أو الوكالة بالعمولة أو وكالة الأشغال ، ولكن يوجد عنصراً أساسياً لا بد من وجوده فى جميع المحال التجارية ، وهو عنصر التزبن أو عنصر الاتصال بالعملاء .

وكان لطبيعة المحل التجارى المتميزة ، أن وضع له المشرع الجزائرى (المواد من ٧٨ إلى ٢١٤) أحكام خاصة تختلف عن الأحكام التى يخضع لها كل عنصر على حدة ، ومن هذه الأحكام أن المشرع اشترط لبيع المحل التجارى أحكاماً خاصة لا يشترط اتباعها لو تم بيع كل عنصر على انفراد ، وأجاز المشرع أيضاً رهنه بقواعد خاصة حيث أنه على الرغم من صفته المنقولة — فيجوز رهنه على الرغم من هذه الصفة المنقولة ، بغير نقل الحيازة من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن . ونظم تقديم المحل التجارى كحصة فى شركة وأخضعه لأحكام خاصة .

لذلك اجتهد الفقهاء وكثر الخلاف بينهم حول وضع الطبيعة القانونية للمحل التجارى ، فمنهم من رأى فيه أنه مجموعاً قانونياً من الأموال ، أو ذمة مستقلة متميزة عن الذمة العامة للتاجر ، وذهب رأى آخر يقول بأن المحل التجارى يعتبر مجموعاً واقعياً ، يخصص لغرض معين هو الاستغلال ، وقال رأى ثالث بنظرية الملكية المعنوية . ونعرض هذه النظريات فيما يلى :

نظرية المجموع القانونى أو الذمة المستقلة :

قال بها الفقهاء الألمان ، ومؤدى هذه النظرية ، اعتبار المحل التجارى ،

مجموعاً قانونياً من الأموال يشتمل على الحقوق والديون الناشئة عن الاستغلال التجارى .

فالمحل التجارى فى مفهوم هذه النظرية عبارة عن ذمة مالية مستقلة متميزة عن الذمة العامة للتاجر . ويكون من نتائج هذه النظرية ، أن ترتبط بالمحل التجارى ديونه . وتصبح الحقوق الداخلة فيه ضامنة لهذه الديون ويكون من حق دائنى المحل التجارى التنفيذ عليه دون مزاحمة الدائنين الآخرين للتاجر ، ومعنى ذلك أنه فى حالة إفلاس المحل التجارى لا يكون لدائنيه إلاالتنفيذ على ما تضمنه المحل من أموال دون أن يكون لهم الحق فى التنفيذ على أموال صاحب المحل التجارى — الأخرى .

غير أن الأخذ بهذه النظرية يتعارض مع التشريعات التى تقوم على مبدأ وحدة الذمة باعتبارها وحدة واحدة تضمن حقوقها جميع التزاماتها ، ومن هذه التشريعات القانون الجزائرى الذى يقرر قاعدة أن أموال المدين جميعها تكون ضامنة للوفاء بديونه .

نظرية المجموع الواقعى أو الفعلى :

إزاء النقد الذى وجه إلى النظرية الأولى ذهب رأى إلى القول بأن المحل التجارى يعتبر مجموعاً واقعياً من الأموال ، تآلفت لتحقيق غرض مشترك هو استغلال واستثمار المحل التجارى مع احتفاظ كل عنصر بطبيعته وخصائصه المتميزة عن العناصر الأخرى التى يتكون منها المحل التجارى .

ويترتب على ذلك أن المحل التجارى يجوز أن يكون محلا لتصرفات قانونية خاصة ، كالبيع أو الرهن ، تختلف أحكامها عن أحكام التصرفات التى ترد على كل عنصر من عناصرها ، ولا يعتبر المحل التجارى فى هذا الرأى ذمة منفصلة عن ذمة صاحبه .

على أن هذه النظرية لم تسلم أيضاً من النقد ، بسبب أن المجموع الواقعى

من الأموال ليس له معنى قانونى ، فالمجموع من الأموال إذا وجد ، فلا يكون إلا قانونياً ، ويعترف القانون له بشخصية اعتبارية لها ذمة مالية وأهلية فى الحدود التى يعينها سند إنشائه أو التى يقررها القانون ، والمحل التجارى بوجه عام ليس من هذا القبيل .

نظرية الملكية المعنوية :

ذهب رأى ثالث إلى القول بأن تحليل الآثار القانونية للمحل التجارى ، يؤدى إلى القول بأن العناصر المكونة للمحل التجارى لا تفقد خصائصاً لمجرد اشتراكها فى تكوينه ، بل يظل لكل عنصر منها ذاتيته المستقلة وطبيعته الخاصة ويخضع للنظام القانونى الخاص به وآية ذلك جواز التصرف فى بعض هذه العناصر دون البعض الآخر على الرغم من دخولها فى تكوين المحل التجارى ، كما لو باع صاحبه براءة اختراع له ورهن قطعة أرض كان يستعملها كمخزن لبضاعته ، فلا يترتب على هذه التصرفات القضاء على المحل التجارى ، أو زوال الوحدة الناشئة عن اجتماع هذه العناصر — وفضلا عن ذلك فإن المحل التجارى كمجموع تحكمه قواعد تختلف عن القواعد القانونية التى تحكم كل عنصر من عناصره .

لذلك فإنه ينبغى الفصل بين المحل التجارى كوحدة وبين عناصره المختلفة ، وعلى هذا فإن المحل التجارى لا يمكن أن يكون إلا ملكية معنوية تتمثل فى حق الاتصال بالعملاء ، شأنه شأن الملكية الأدبية والفنية والملكية الصناعية ويتمثل مضمون هذا الحق فى احتكار استغلال المحل التجارى ، فى مواجهة الغير وحمايته بدعوى المنافسة غير المشروعة .

ونرجح هذه النظرية لاتفاقها مع حقيقة المحل التجارى وجوهره ، وتلقى هذه النظرية تأييداً فى الفقه الغالب (١).

---

(١) انظر مصطفى كمال طه المرجع السابق صفحة ٥١٦ فقرة ٦٠٥ ، أكثم الخولى المرجع السابق فقرة ٣٤١ صفحة ٣٦٦ — ٣٦٧ ، على جمال الدين عوض المرجع السابق فقرة ٢١٥ صفحة ١٧٦ ، وعلى يونس المرجع السابق فقرة ٢٦٩ صفحة ٣٣٥ وفى الفقه الفرنسى . انظر إسكارا فقرة ٢٥١ ، وريبير فقرة ٤٥٤

١٧٧ — خصائص المحل التجارى :

بعد أن عرفنا المحل التجارى ودرسنا طبيعته القانونية ، يمكن إبراز خصائصه بوصفه حقاً مالياً — بما يلى :

أولا : المحل التجارى مال منقول :

وسبب أنه منقول لأن عناصره التى يتألف منها سواء مادية أو معنوية ، هى أموال منقولة ، ويسرى عليها الأحكام القانونية الخاصة بالمنقول إلا ما استثنى بنص خاص ، كما أن فكرة المحل التجارى ليس لها وجود مادى ملموس فلا يتصور بالنسبة إليه الاستقرار والثبات وهما من صفات العقار ، وعلى ذلك فإذا أوصى تاجر لآخر بجميع أمواله المنقولة ، فإن محله التجارى يدخل فيها .

ثانياً : المحل التجارى مال معنوى :

فهو مال معنوى ، أى ليس له وجود مادى يدركه الحس ، ذلك لأن المحل التجارى يتكون أصلا من عناصر معنوية ، وأهمها عنصر التزين ، أى الاتصال بالعملاء ، فيكسب من ثم طبيعة هذه العناصر التالية .

وعلى ذلك فلا يجوز لشخص أن يدعى ملكية محل تجارى بدعوى حيازته ، لأن قواعد الحيازة الخاصة بالمنقول لا تطبق على المحل التجارى ، وكذلك إذا باع التاجر محله مرتين متتاليتين لشخصين حسنى النية ، كانت الأفضلية لمن صدر إليه البيع أولا ، بصرف النظر عمن تسلم المحل قبل الآخر بخلاف الحال فيما لو كان محل البيع منقولا مادياً ، فإن العبرة تكون عندئذ بالحيازة الفعلية التى تكون أسبق من غيرها[1].

---

(١) حكم محكمة استئناف القاهرة بتاريخ ١٧ يونية ١٩٥٧ موسوعة جمعة صفحة ١١٣ رقم ٢٧١ وانظر مصطفى كمال طه المرجع السابق فقرة ٦٠٨ صفحة ٥١٧ ، وانظر : جمال الدين عوض المرجع السابق صفحة ١٧٣

ثالثاً : الصفة التجارية للمحل التجارى :

كثير من الأعمال ، ما يتصل نشاطها بعملاء ، ويكون لها زبائن ، كمكاتب المحامين وعيادات الأطباء ، ولكن هذه الأعمال لايتكون منها المحل التجارى بسبب طبيعة النشاط ، إذ يلزم أن يكون النشاط تجارياً فى المحل ، وقد حسم المشرع الجزائرى ، هذه الخصيصة ، إذ نص فى المادة الثالثة من القانون التجارى على اعتبار العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية ، عملا تجارياً بحسب الشكل .

الفصل الثانى

عناصر المحل التجارى

١٧٨ – يتكون المحل التجارى من عناصر ذات طبيعة مختلفة للاستغلال التجارى . وقد أشار إلى ذلك نص المادة ٧٨ من القانون التجارى الجزائرى بقوله :

« يعد جزءاً من المحل التجارى الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجارى ويشمل المحل التجارى إلزامياً عملائه وشهرته . كما يشمل أيضاً سائر الأموال الأخرى اللازمة لاستغلال المحل التجارى كعنوان المحل والاسم التجارى والحق فى الإيجار والمعدات والآلات والبضائع وحق الملكية الصناعية والتجارية كل ذلك ما لم ينص على خلاف ذلك » .

يتضح من ذلك أن عناصر المحل التجارى تنقسم إلى قسمين :

الأولى : عناصر مادية : وهى عبارة عن البضائع والمهمات بحسب النشاط التجارى .

والثانية : عناصر معنوية ، وهى عنصر الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية والاسم التجارى والعنوان التجارى والحق فى الإجارة وحقوق الملكية الصناعية والأدبية والفنية والرخص والإجارات .

ويتضح من نص المادة ٧٨ أن العنصر الرئيسى فى المحل التجارى هو عنصر الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية (الشهرة) ، وذلك هو المقصود بقول الفقرة الثانية من ذات المادة ، « ويشمل المحل التجارى إلزامياً عملائه وشهرته » .

أما باقى العناصر فلا يلزم توافرها فى المحل التجارى — جميعاً — فقد لا يحتوى المحل التجارى حقوق ملكية صناعية أو أدبية ، وقد لا يشمل الحق فى الإجارة ، ومن المتفق عليه أن العناصر المادية ليست أساسية فى المحل التجارى ، فإذا بيعت البضائع وحدها فلا يعد ذلك بيعاً لمحل تجارى ، وإذا تخلف عنصر البضائع أو المهمات فلا يقلل ذلك من وجود المحل التجارى ، كمحال السماسرة والوكلاء بالعمولة .

والخلاصة أنه من النادر أن تجتمع جميع العناصر المادية والمعنوية فى محل معين ، ويختلف درجة أهمية هذه العناصر تبعاً لنوع التجارة ، فحق الايجار ، يعتبر من أهم عناصر المحل التجارى إذا كان موضوع النشاط مقهى أو مطعم ، لأن الموقع له أثر كبير على المتعاملين مع هذه الأنشطة ، وحقوق الملكية الصناعية قد تكون جوهر المحل التجارى إذا كان النشاط صناعياً ، وحقوق الملكية الأدبية والفنية ، تكون هى العنصر الرئيسى فى دار النشر . وهكذا .

على أنه يجب أن نضع فى الاعتبار أن المحل التجارى يعتبر وحدة قائمة بذاتها ومستقلة عن العناصر التى تؤلفه ، ويخضع لقواعد تختلف عن التى يخضع لها كل عنصر من عناصره ، إذ يظل كل عنصر محتفظاً بطبيعته ونظامه القانونى الخاص ، مثال ذلك فى حالة رهن المحل التجارى ، فإن قواعد الرهن الخاصة به لا تقضى بانتقال حيازته إلى المرتهن ، بل يظل فى يد الراهن ، أما فى حالة رهن أحد عناصر المحل التجارى على استغلال فإنه يلزم انتقال حيازته .

وكذلك فإنه إذا اشترك أكثر من شخص فى ملكية محل تجارى ، فإن ملكية الشريك لنصيب فيه تنصرف إلى عناصره جميعاً المادية منها والمعنوية .

ونتناول دراسة عناصر المحل التجارى فى فرعين :

الفرع الأول ، العناصر المادية .

الفرع الثانى ، العناصر المعنوية .

الفرع الأول

العناصر المادية

أشارت المادة ٧٨ من القانون التجارى الجزائرى على عناصر المحل التجارى وقد أوردتها المادة مختلطة دون فصل للعناصر المادية عن المعنوية .

ونرى أن العناصر المادية التى ذكرتها المادة هى المعدات والآلات والبضائع ، جاءت على سبيل المثال لا الحصر ونعرضها فيما يلى :

١٧٩ ـ المعدات والآلات :

ويقصد بالمعدات والآلات تلك المنقولات المادية التى تستعمل فى الاستغلال التجارى دون أن تكون معدة للبيع . كالآلات التى تستخدم فى صنع المنتجات أو إصلاحها ، ومعدات المحل ، والسيارات المستخدمة فى النقل ، وأدوات الكيل والوزن والقياس ، والأثاث ، كالمكاتب والمقاعد والخزائن والآلات الكاتبة والحاسبة وما إلى ذلك وأيضاً المحروقات ، كالفحم والزيت والبترول تعتبر من المعدات إذا كان الغرض من وجودها فى المحل هو تشغيل الآلات ، أما إذا كانت كمواد أولية لصناعة السلع ، أو كانت معدة للبيع ، فإنها تكون من قبيل البضاعة لا المعدات . فالعبرة إذن بالغرض الذى خصصت له ، فإذا كانت معدة للبيع أو للتصنيع بقصد البيع فتعتبر من البضائع ، أما إذا خصصت للمساهمة فى استثمار المحل التجارى فتكون من المعدات[1] .

ويلاحظ أنه بالنسبة للمهمات وهى المنقولات الثابتة ، أنها تصبح عقاراً بالتخصيص ، إذا كان صاحبها يمارس التجارة فى عقار يملكه ، وكانت هذه المنقولات مخصصة لاستغلال العقار ، كما لو كان النشاط مصنعاً أو مصرفاً أو فندقاً أو مسرحاً . . إلى آخره ، والعقار بالتخصيص يتبع حكم العقار الذى خصص هو لخدمته بحسب الأصل ، ولكن هذا الوضع لا يمنع من اعتبار هذه المنقولات تحتفظ بصفتها كمنقول وتدخل عنصراً فى المحل التجارى .

---

(١) انظر على يونس المرجع السابق صفحة ٣١١

١٨٠ – البضائع :

يقصد بالبضائع ، المنقولات المعدة للبيع ، سواء كانت كاملة الصنع ، أم نصف مصنوعة ، أم مادة أولية ، والبضائع قد تكون عنصراً أساسياً فى المحل التجارى ، كما هو الحال فى تجارة المواد الغذائية بالتجزئة ، وقد لا تكون عنصراً فى المحل التجارى كما هو الحال فى مكاتب السمسرة أو الوكالة بالعمولة أو البنوك .

ولما كانت البضائع تتميز بعدم الاستقرار ، فيرتفع رصيدها فى حالة الشراء وينخفض فى حالة البيـــع ، تبعاً لسرعة دوران رأس المال المستثمر ، فقد استبعدها المشرع من عناصر المحل التجارى عند رهنه فى مجموعه ، غير أن ذلك لا يحول دون رهن السلع رهناً حيازياً طبقاً لأحكام القواعد العامة .

١٨١ – العقار :

اختلف الفقه فى حالة ما إذا كان العقار يدخل فى عناصر المحل التجارى أم لا يدخل وبخاصة فى الحالة التى يكون فيها التاجر مالكاً للعقار الذى يباشر فيه تجارته ، ووقع التصرف على المتجر دون أن يحدد المتعاقدان العناصر التى يتركب منها ، ويذهب الرأى الراجح[1] إلى وجوب استبعاد العقار من عناصر المحل التجارى ولو اتفق الطرفان على خلاف ذلك . لأن المحل التجارى عبارة عن مجموع من الأموال المنقولة ، فإذا أريد نقل ملكية العقار إلى المشترى ، وجب تقويمه على حدة وتسجيل البيع ، ولايغنى الإشهار المتعلق ببيع المحل التجارى عن وجوب إجراء هذا التسجيل .

على أن المحل التجارى الذى يقوم نشاطه على شراء العقارات لأجل إعادة بيعها (المادة الثانية فقرة ثانية من القانون التجارى الجزائرى التى اعتبرت عملا تجارياًبحسب موضوعه كل شراء لمعقارات لإعادة بيعها) ، فإنه يشمل

---

(١) انظر حسن شفيق المرجع السابق فقرة ٣٤٤ صفحة ٢٨٦ ، مصطفى كمال طه المرجع السابق صفحة ٥١٠ فقرة ٥٩٣

بين عناصره المادية العقارات التى امتلكها بقصد بيعها ، إذ تعتبر من هذه الوجهة شبيهة بالبضائع فى المحلات التجارية التى يكون نشاطها شراء وبيع البضائع ، ولذا فإن انتقال ملكية المحل التجارى بطريق البيع ، يمكن فيه الاتفاق على نقل ملكية العقارات الداخلة فى نطاق تجارته منذ تاريخ البيع ، مع الالتزام باتخاذ إجراءات التسجيل .

الفرع الثانى

العناصر المعنوية

١٨٢ — العناصر المعنوية ، هى جوهر المحل التجارى ، وأساس فكرته القانونية ، وقد عددت المادة ٧٨ من القانون التجارى أهمها ، غير أنه ليس بالضرورة أن تتوافر فى المحل التجارى جميع العناصر المعنوية المذكورة فيها ، فيما عدا عنصر الاتصال بالعملاء حيث يلزم توافره فى المحلات التجارية جميعاً على اختلاف أنشطتها ، أما باقى العناصر فقد توجد فى بعض المحلات ، ولاتوجد فى غيرها حسب طبيعة الاستغلال. ونتناول فيما يلى عرض المقصود من العناصر المعنوية :

١٨٣ — الاتصال بالعملاء :

ويقصد بالعملاء أو (الزبائن) مجموع الأشخاص الذين اعتادوا التعامل مع المحل التجارى ، بشراء لوازمهم منه أو الاستعانة بخدماته لأسباب يقدرها هؤلاء المتعاملون فى القائم على أمر المحل التجارى ، كمهارته وأمانته وحسن استقباله لهم وإرضاء رغباتهم .

وكلما زاد عدد العملاء زادت أرباح المحل التجارى ، واتسعت دائرة نشاطه ، ولايقصد بحق الاتصال بالعملاء حق التاجر جبراً على أشخاص العملاء بحيث يلزمهم على التردد على محله لشراء لوازمهم ، إنما يكون لهؤلاء العملاء الحرية المطلقة فى التعامل معه أو الإعراض عنه لأسباب

يقدروها هم وحدهم، وإنما المقصود من حق الاتصال بالعملاء، هو حق التاجر فى حماية العلاقات التى بينه وبين عملائه ، ومنع الغير من تضليلهم لينصرفوا عن المحل بوسائل غير مشروعة بعيدة عن المنافسة الشريفة التى يجب أن تتصف بها المعاملات التجارية .

ونظراً لما يتطلبه عنصر الاتصال بالعملاء من مجهود كبير من التاجر ووقت طويل واجتهاد منه حتى يبعث الثقة فى نفوس المتعاملين معه ، فإن لهذا العنصر قيمة مالية يكون لها وزناً كبيراً فى تقييم المحل التجارى ، لذلك قرر القانون حمايته ، واستلزم المشرع الجزائرى وجوده فى المحـــل التجارى ، بقوله فى الفقرة الثانية من المـــادة ٢/٧٨ « ويشمل المحل التجارى إلزامياً عملائه وشهرته » .

١٨٤ ــ السمعة التجارية (الشهرة) Achalandage :

استلزم المشرع الجزائرى عنصر الشهرة فى المحل التجارى ، إلى جانب عنصر الاتصال بالعملاء ، ويقصد بالشهرة أو السمعة التجارية ، قدرة المحل على اجتذاب العملاء بسبب ميزة خاصة به ، كالموقع الحسن وفخامة المظهر ودقة التنظيم وجمال العرض[1] . ويتضح من هذا المفهوم للشهرة ، أنهـــا صفات لصيقة بالمحل التجارى ذاته، لا بشخص التاجر كمفهوم عنصر الاتصال بالعملاء الذى يرتكز على صفات التاجر الشخصية .

وقد وجه الفقه الغالب بحق النقد إلى فصل عنصر الاتصال بالعملاء عن عنصر الشهرة ، وبخاصة فى الحالات التى يصعب التمييز بينهما ، كما إذا كانت شهرة المحل ترجع فى نفس الوقت إلى شخص صاحب المتجر ، كأمانته ونظافته ، وإلى موقع المحل ومظهره الحسن وتنظيمه الدقيق ، والواقع أنه لاضرورة لهذه التفرقة بين الاتصال بالعملاء والشهرة ، إذ لايترتب على هذه التفرقة أية فائدة قانونية[2] .

---

(١) انظر محسن شفيق ــ المرجع السابق صفحة ٢٧٩ .

(٢) انظر أكثم الخولى المرجع السابق فقرة ٣٣٧ ، ومحسن شفيق المرجع السابق صفحة ٢٨٠ ، ومصطفى كمال طه المرجع السابق صفحة ٥١١

١٨٥ ـ الاسم التجارى :

وهو اسم يستخدمه التاجر لتمييز محله التجارى عن غـــيره من المحلات التجارية، وقد يكون الاسم التجارى هو اسم شخص التاجر (الاسم المدنى) وقد يضاف إليه تعديل، أو ابتكار اسم طريف يستعمله التاجر كشعار بدلا من اسمه، ويسخدمه رمزاً لمحله مثل « مقهى الفردوس » أو « الحذاء الذهبى » أو « الصالون الأخضر » ، فهذا الشعار يكون له ذات الحماية التى للاسم التجارى ، ويكون له قيمة مالية باعتباره من عناصر المحل التجارى ، بسبب الإيقاع الذى يحدثه الاسم فى نفوس العملاء .

وكذلك الحال فى الشركات ، فيكون لها اسم تجارى ، إما أن يكون مشتقاً من اسم الشركاء أو يشتق من غرض الشركة ذاتهـــا ، وذلك بحسب نوع الشركة .

ويجوز التعامل فى الاسم التجارى باعتباره حقاً مالياً لاشخصياً ، يدخل فى تكوين المحل التجارى من الجائز التعامل فيه ، على أنه لايجوز التصرف فى الاسم التجارى مستقلا عن التصرف فى المحل التجارى ذاته[١] .

١٨٦ ـ الحق فى الإيجار :

وهو من أهم عناصر المحل التجارى ، فى الحالات التى يكون فيها التاجر مستأجراً للمكان الذى يزاول فيه تجارته ، وهذا هو الغالب ، ويقصد بالحق فى الإيجار ، حق التاجر فى البقاء فى العقار الذى يباشر فيه التجارة ، والتنازل عن هذا الحق للغير فى حالة تصرفه فى المحل التجارى .

ونظراً لأهمية هذا العنصر ، لما يتمتع به المكان الذى يباشر فيه المحل التجارى نشاطه بأهمية خاصة ، فقد نظم المشرع الجزائرى أحكام إيجار المحل التجارى فى الباب الثانى من القانون التجارى المواد ١٦٩ ومابعدها ، وبذلك حسم التساؤل الذى يثور حول انتقال هذا الحق إلى المشترى تبعاً لانتقال ملكية المحل .

---

(١) انظر مصطفى كمال طه المرجع السابق صفحة ٥١٢ ، وعلى يونس المرجع السابق صفحة ٢٩٩ ، وسمير الشرقاوى صفحة ٩٤

وقد عمد المشرع الجزائرى ، حماية عنصر الحق فى الإيجار بمنح المستأجر التاجر الحق فى تعويض من المؤجر إذا رفض هذا الأخير تجديد الإجارة عند انتهاء مدتها . ويدخل فى عناصر هذا التعويض ، تقدير القيمة التجارية للمحل التجارى التى تحدد وفقاً لعرف المهنة مع ماقد يضاف إليه من مصاريف عادية للنقل وإعادة التركيب ، وكذلك مصاريف وحقوق التحويل الواجب تسديدها لمحل تجارى له نفس القيمة (المادة ١٧٦ تجارى) .

على أنه إذا كان حق الإيجار يمثل عنصراً هاماً فى المحل التجارى كما لوكان النشاط ، مطعماً بجوار محطة السكك الحديدية ، أو مقهى فى ميدان وسط المدينة ، وقد لايكون له نفس الأهمية كما لو كان محلا لتجارة الجملة : وقد لايكون هذا الحق عنصراً على الإطلاق ، كما هو الشأن بالنسبة للباعة الجائلين .

١٨٧ — حقوق الملكية الصناعية :

يقصد بحقوق الملكية الصناعية تلك الحقوق التى تكون للتاجر فى احتكار استغلال أموال معنوية يمتلكها لمباشرة نشاطه التجارى ، كالحق فى استغلال الاختراعات والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات والبيانات التجارية والصناعية ، وتخضع هذه الحقوق لنظام قانونى خاص ، يقتضيها دراسة مستقلة ، وإنما يقتضى الأمر فى هذا المقام التعريف بها .

١٨٨ — الاختراعات أو الابتكارات :

يقصد بالاختراع كل ابتكار جديد قابل للاستغلال الصناعى ، سواء أكان متعلقاً بمنتجات صناعية جديدة أم بطرق أو وسائل صناعية مستحدثة أم بتطبيق جديد لطرق أو وسائل صناعية معروفة .

وتعطى الدولة للمخترع أو المبتكر شهادة تسمى براءة الاختراع تخولة الحق فى احتكار استغلال اختراعه والإفادة منه ، ويجوز للمخترع أن يتنازل عن

البراءة بعوض أو بغير عوض لأحد المحلات التجارية ، فيكون له حق استغلالها. ويحميه القانون من الاعتداء على هذا الحق .

١٨٩ — الرسوم والنماذج الصناعية :

ويقصد بالرسم أو النموذج الصناعى ، كل ترتيب للخطوط أو شكل جسم بألوان أو بغير ألوان لاستخدامه فى الإنتاج الصناعى بوسيلة آلية أو يدوية أو كيماوية .. ومن أمثلة الرسوم ، تلك التى ترسم على الأقمشة أو المنتجات المعدنية أو المصنوعات عامة ، توحى فى ذهن من يراها طابع معين ، بموجبه يميز السلعة المرسوم عليها ، فيقبل عليها أو ينفر عنها ، ولا أهمية للوسيلة التى تستخدم فى تطبيق الرسم على السلعة ، فقد تكون آلية كالطباعة . وقد تكون يدوية كما فى التطريز ، وقد تكون كيماوية كما فى المنسوجات . أما النموذج فهو كل شكل جسم يسبغ على السلعة مظهراً يميزها عن السلع المماثلة كنماذج الأزياء وهياكل السيارات ، والأحذية ولعب الأطفال وغلافات بعض المنتجات ، كزجاجات الكوكاكولا ، والعطور[1] .

١٩٠ — العلامات التجارية أو الصناعية :

وهى تلك التى يتخذها الصانع أو التاجر شعاراً لمنتجاته أو بضائعه تمييزاً لها عن غيرها من المنتجات والبضائع المماثلة[2] وذلك حتى يمكن للمستهلك معرفة حقيقة الساعة دون لبس أو غموض .

وتعتبر هذه الحقوق من عناصر المحل التجارى ، بل قد تكون أهم العناصر فى بعض المحال التجارية ، وذلك بالنظر إلى طبيعة نشاطها ، على أنه كما سبق القول إن حقوق الملكية الصناعية لها نظام قانونى معين ، يجب أخذه فى الاعتبار فى حالات التنازل عنها .

١٩١ — حقوق الملكية الأدبية والفنية :

وهى حقوق المؤلفين والفنانين على إنتاجهم ومصنفاتهم الأدبية والفنية ،

(١) انظر مصطفى كمال طه المرجع السابق فقرة ٦٦٢

(٢) مصطفى كمال طه المرجع السابق فقرة ٦٦٧

والعلمية ، وتعتبر هذه الحقوق من عناصر المحل التجارى إن وجدت ، بل قد تكون من أهم عناصرة إذا كان النشاط ، داراً للتأليف أو النشر .

١٩٢ ــ الرخص والأجازات :

قد يستلزم القانون شروطاً خاصة لممارسة أنواع معينة من النشاط التجارى أو الصناعى أو الخدمات ، كافتتاح مطعم أو مقهى أو ملهى أو فندق ، أو مصنع ، أو غيرها ، ويشترط القانون صدور ترخيص يثبت توافر ما يتطلبه القانون من ضوابط ومعايير .

وتعتبر هــذه الرخص من عناصر المحل التجارى ، إذا كان من الجائز النزول عنها للغير ، أما إذا كانت الرخصة شخصية ، فلا تعتبر من عناصر المحل التجارى .

١٩٣ ــ هل الحقوق والديون من عناصر المحل التجارى ؟

من الطبيعى أن ينشأ عن استغلال المحل التجارى ، حقوق وديون ، أى حقوق صاحب العمل قبل المتعاملين معه ، والتزامات على عاتقه بسبب استغلاله التجارى . وقد ثار الخلاف حول مدى اعتبار هذه الحقوق والديون من عناصر المحل التجارى .

والرأى الراجح (١) يرى أن الحقوق والديون الناشئة عن الاستغلال التجارى لاتعتبر من عناصر المحل التجارى ، لأن هذه الحقوق والديون ليست من أدوات الاستغلال ذاته ، بل هى نتيجة إيجابية أو سلبية للاستغلال (٢) .

وعلى ذلك فإذا تم التنازل عن المحل التجارى ، فلا يستتبع هذا التنازل انتقال الحقوق والديون إلى المشترى . إلا إذ تم الاتفاق على ذلك صراحة ،

---

(١) انظر محسن شفيق المرجع السابق فقرة ٣٤٥ وأكثم الخولى المرجع السابق فقرة ٣٣٩ ، وعلى يونس المرجع السابق فقرة ٢٥٠ .

(٢) مصطفى كمال طه المرجع السابق فقرة ٦٠٢ .

أو وجد نص بذلك فى القانون . كتلك الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقود العمل التى أبرمها صاحب المحل التجارى مع عماله ، حيث يوجب قانون العمل ببقاء عقود العمال قائمة فى حالة انتقال المنشأة إلى شخص آخر ، وكذلك الأمر بالنسبة للالتزامات الضرائبية ، حيث يوجب القانون التزام الخلف مع السلف وتضامنهم عما يكون مستحقاً على المنشأة من ضرائب حتى تاريخ التنازل .

١٩٤ ــ الخلاصة :

نخلص من عرض عناصر المحل التجارى المادية والمعنوية ، أنه يلزم توافر شرطان لقيام المحل التجارى ، أولهما : ضرورة توافر حداً أدنى من العناصر المعنوية ، وثانيهما : أن يكون القصد من تجميع هذه العناصر استغلال نشاط تجارى .

أما بالنسبة للحد الأدنى من العناصر اللازمة لقيام المحل التجارى ، أى تلك التى لا يقوم المحل التجارى بدونها لكونها من مقوماته الأساسية والجوهرية ، فقد اختلف الفقه بشأنها . فذهب رأى إلى القول بأن حق الإيجار هو العنصر الأساسى فى المحل التجارى وأن التنازل عنه يعد تنازلا عن المحل ، ولكن وجه إلى هذا الرأى النقد بحق لما رأيناه فى بعض المحال التجارية من خلو حق الإيجار ، كما هو الشأن بالنسبة للباعة الجائلين أو بالنسبة للتاجر الذى يمارس التجارة فى عقار مملوك له ، كما أن أهميته تكون ضئيلة فى المحال التجارية المخصصة للبيع بالجملة ، التى لا تستلزم اتصالا مباشراً بالعملاء .

والحقيقة أن الرأى الراجح فى الفقه مستقر على اعتبار عنصر الاتصال بالعملاء هو العنصر الجوهرى والمقوم الأساسى فى تكوين المحل وبدونه لا يقوم ، فهو بمثابة القاسم المشترك لجميع المحال التجارية على الرغم من تباين أوجه نشاطها .

وإلى جانب هذا العنصر تقوم بعض العناصر الأخرى ، حسب نوع النشاط ، تقوى وتدعم عنصر الاتصال بالعملاء ، مما يكون لها أكبر الأ

فى رواج المشروع باجتذاب العملاء والاحتفاظ بهم ، كحق الإيجار بالنسبة لمقهى أو فندق وسط المدينة أو فى ميدان عام أو بالقرب من محطة السكك الحديدية ، أو حقوق الملكية الأدبية والفنية بالنسبة لدور النشر ، وحقوق الملكية الصناعية بالنسبة للمنشآت الصناعية .

أما الشرط الثانى لقيام المحل التجارى فمقتضاه ضرورة توافر قصد الاستغلال التجارى . أما الاستغلال المدنى لا يعتبر محلا تجارياً ، حتى ولو توافرت فيه عناصر المحل التجارى ، كحق الاتصال بالعملاء والحق فى الإيجار وما إلى ذلك ، مثل عيادات الأطباء ، ومكاتب المحامين والمحاسبين وذوى الأعمال الذهنية .

هذا ويبدأ المحل التجارى بمعناه القانونى ، منذ الوقت الذى يكون فيه التاجر مهيئاً ومستعداً للتعامل مع العملاء ، ولو لم يكسب أى عميل بالفعل إذ يكفى أن يكون ذلك فى إمكانه ، وينقضى المحل التجارى ، بانتهاء الاستغلال الذى يؤدى إلى انصراف العملاء عنه ، سواء كان هذا الإنتهاء جبراً أو اختياراً باعتزال التجارة .

الفصل الثالث

حماية المحل التجارى

١٩٥ – الأصل فى التجارة – المنافسة المشروعة :

عرفنا أن عنصر الاتصال بالعملاء هو قوام المحل التجارى وجوهره ، وكلما كثر عملاء المحل ، راجت تجارته وازدهرت . لذلك تنافس التجار منذ وقت بعيد على جذب العملاء للتعامل معهم .

والتنافس أمر مرغوب فيه فى المجتمع التجارى ، لما ينتج عنه من بقاء الأصلح من حيث المعاملة وتقديم السلع الأكثر جودة الأرخص سعراً . ومبدأ حرية التجارة ، يتضمن إلزاماً مبدأ حرية المنافسة ، بحيث يستطيع كل تاجر الدخول فى ميدان المنافسة حتى تزدهر تجارته إذا نجح ، بيد أنه يجب أن تكون هذه المنافسة – شريفة – تقوم على النزاهة وأساسها العمل الجاد والأمانة ، أما إذا تلوثت المنافسة بإتيان وسائل غير مشروعة ، ترفضها النزاهة والأمانة ، فهذا ما لا يقبله القانون ويرفضه ويجيز للتاجر المضرور من جراء المنافسة غير المشروعة ، أن يرجع بالتعويض على من قام بالأفعال غير المشروعة .

وإذا كان القانون قد قرر حماية خاصة لبعض عناصر المحل التجارى وهى حقوق الملكية الصناعية من براءات اختراع ورسوم ونماذج صناعية وعلامات تجارية ، ولكنه لم ينشئ حماية خاصة للمحل التجارى فى مجموعة من أفعال المنافسة غير المشروعة التى تنتقص من قيمته وتؤدى إلى الإضرار به .

على أن القضاء قد اعتبر أعمال المنافسة غير المشروعة ، من قبيل الأعمال الضارة التى تلزم مرتكبها بالتعويض ومنح المضرور دعوى تسمى

بدعوى المنافسة غير المشروعة ، أسسها على قواعد المسئولية التقصيرية التى تقضى بأن كل عمل أياً كان ، يرتكبه المرء ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً فى حدوثه بالتعويض (المادة ١٢٤ من القانون المدنى الجزائرى) ، إذ أن عدم مشروعية المنافسة عبارة عن خطأ يلحق ضرراً يجب التعويض عنه .

١٩٦ — * والمنافسة غير المشروعة التى سنتناول الكلام عنها بخلاف المنافسة الممنوعة[1] فى الأحوال التى تنص عليها القوانين واللوائح على حظر النشاط ومنع ممارسته ، كالحظر الوارد فى قانون مهنة الصيدلة الذى يمنع كل من لا يحمل الأجازة العلمية المطلوبة لمزاولة المهنة ، أو الأحوال التى ترد فى الاتفاقات ، كما لو نص فى عقد بيع المحل التجارى على منع البائع من إنشاء تجارة مماثلة لنشاط المحل المبيع ، والالتزام الذى ينص عليه القانون ، بمنع العامل من منافسة صاحب العمل الذى يعمل لديه .

* ونتناول دراسة حماية المحل التجارى من المنافسة غير المشروعة فى ثلاث فروع :

الأول : عن شروط الدعوى .

والثانى : عن أعمال المنافسة غير المشروعة من واقع تطبيقات القضاء .

والثالث : عن آثار الدعوى أو الجزاءات المترتبة على المنافسة غير المشروعة .

---

(١) انظر على يونس المرجع السابق فقرة ٢٨٠ صفحة ٣٥٢ .

الفرع الأول

شروط دعوى المنافسة غير المشروعة

١٩٧ — يشترط لرفع دعوى المنافسة غيرا لمشروعة، أن يوجد منافسة تتصف بعدم المشروعية وهذا هو ركن الخطأ ، وأن ينشأ ضرر عن هذه المنافسة غير المشروعية ، وهو ركن الضرر ، وأن تتوافر علاقة السببية بين الخطأ (العمل غير المشروع الذى قام به المنافس) . والضرر الذى أصاب التاجر المضرور .

المبحث الأول

ركن الخطأ فى دعوى المنافسة

١٩٨ — يشترط لتوافر ركن الخطأ ، أن تكون هناك منافسة حقيقية ، وأن يرتكب المنافس خطأ فى هذه المنافسة .

ويشترط فى المنافسة الحقيقية أن تتم بين شخصين يزاولان تجارة أو صناعة أو خدمات من نوع واحد أو متماثلة ، ولكن لا يشترط أن يكون التماثل كاملا بين النشاطين بل يكفى أن يكون النشاطين متقاربين بحيث يكون لأحدهما تأثير على عملاء الآخر كما إذا كان أحد المحلين مصنعاً لإنتاج وبيع سلعة معينة وكان الآخر محلا للإتجار فى هذه السلعة [1].

---

(١) انظر على يونس المرجع السابق صفحة ٣٥٩ وقارن أكثم الخولى المرجع السابق صفحة ٣٧٠ حيث يقول « أن المنافسة لاتقوم إلا بين شخصين يمارسان نشاطاً من نفس النوع أى يقدمان إلى الجمهور سلعاً أو خدمات واحدة أو على الأقل متشابهة . ويفصل القضاء فى قيام المنافسة أو عدم قيامها . ومن أحكام القضاء أن المنافسة تنتفى بين تاجر بن طبيعى وتاجر بن مجرد من مادة الكافيين ، كما تنتفى بين بيت من بيوت الأزياء ومتجر للأزياء ولكنها يمكن أن تقوم بين بنك من جهة ووكالة استعلامات تجارية من جهة أخرى ؟ .

١٩٩ — فإذا وجدت المنافسة فلابد من قيام الخطأ ، ولكن أى درجة من درجات الخطأ تستوجب المسئولية ؟ مر القضاء فى ذلك بمراحل استلزم فى أولها ضرورة توافر الخطأ العمد باشتراطه فى المنافس قصد الإضرار وسوء النية ، ولكنه فى مراحله التالية أصبح يكتفى أن يصدر الفعل عن إهمال أو عدم احتياط (الخطأ غير العمدى) .

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية فى حكمها بتاريخ ٢٥ من يونية سنة ١٩٥٩ بتحديد معيار الخطأ الذى يستوجب مسئولية فاعله بقولها :

« لما كانت المنافسة التجارية غير مشروعة تعد فعلا تقصيريا يستوجب مسئولية فاعله عن تعويض الضرر المترتب عليه عملا بالمادة ١٦٣ من القانون المدنى المصرى (وهى المادة التى يقابلها المادة ١٢٤ من القانون المدنى الجزائرى) ، وكان ارتكاب أعمال مخالفة للقانون أو العادات أو استخدام وسائل منافية لمبادىء الشرف والأمانة فى المعاملات مما يعد تجاوزاً لحدود المنافسة المشروعة[1] » .

الأمر الذى يتضح منه أن القضاء يشترط فى ارتكاب الخطأ أن يتم بوسائل منافية للقوانين والعادات المستقرة فى مجتمع التجارة ، والشرف الذى يلازم آداب المهنة .

المبحث الثانى

الضـــرر

٢٠٠ — ويشترط فى دعوى المنافسة غير المشروعة ، أن يثبت المدعى الضرر الذى لحقه بسبب عدم مشروعية المنافسة ، غير أنه لايلزم فى هذا الصدد أن يكون الضرر قد وقع فعلا ، بل يكفى أن يكون محتمل الوقوع فى المستقبل ، كما لايلزم أن يكون الضرر مادياً بل يكفى أن يكون أدبياً ، كذلك لاأهمية لمقدار

---

(١) مجموعة أحكام النقض المدنية السنة العاشرة صفحة ٥٠٥ .

جسامة الضرر كبيراً أو صغيراً ، فتتقرر المسئولية ولو كان الضرر بسيطاً .
ومن تطبيقات القضاء فى هذا الشأن ما يلى :

— الأمر باتخاذ الإجراءات الكفيلة بدرء الضرر الاحتمالى ، كاتخاذ الإجراءات التى من شأنها إزالة اللبس بين منشأتين ، وذلك على أساس أن الضرر الاحتمالى يعتبر فى الحقيقة ضرراً واقعاً لأن التهديد بضرر ، يعتبر فى ذاته ضرراً يمكن أن يعوض عيناً بإزالة هذا التهديد والأمر بالإجراءات الكفيلة بمنع تحقق الضرر المحتمل(١) .

— لايتطلب القضاء إثبات الضرر الفعلى ، بل تستخلص وقوعه من قيام وقائع يكون من شأنها عادة إلحاق الضرر بالمحل التجارى ، ومن ذلك القضاء ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية فى حكمها بتاريخ ٢٥ يونيو سنة ١٩٥٩ بقولها : « حيث أن الطاعنين ينعون على الحكم المطعون فيه بالسبب الرابع قصور التسبيب وفساد الاستدلال ، إذ لم يتحر تحقق الضرر الذى قضى بتعويضه ، فبنى قضاءه على مجرد ضرر احتمالى وكان يتعين عليه بحث نشاط منشأة المطعون عليه قبل خروج العمال منها وبعد خروجهم وذلك للتحقق من حصول الضرر ومقداره ، وحيث أن هذا النعى مردود بما أورده الحكم المطعون فيه من أن من « بين من أعزوا من العمال على ترك خدمة المطعون عليه من توافرت فيه الكفاية الفنية وخبرة سنوات طويلة قضاها فى خدمته وأدت إلى رواج حركة محله وذيوع شهرته فى المحيط التجارى ، ومما لاشك فيه أن حرمان المستأنف — المطعون عليه — من تلك العناصر الطيبة من شأنه أن يحد من حركته التجارية ويقلل من شهرته أمداً طويلا إلى أن يتسنى له استعادة مركزه الأول ..» ويبين من ذلك أن الحكم المطعون فيه قد استخلص من الاعتبارات التى أشار إليها تحقق حصول الضرر الفعلى وهو استخلاص سائغ ، وعلى ذلك يكون غير صحيح ما نعى به الطاعنون من أن الحكم أقام قضاءه على مجرد الضرر الاحتمالى » (٢).

---

(١) انظر رسالة الدكتور أكثم أمين الخولى فى التعويض العينى فى القانونين الفرنسى والمصرى — باريس ١٩٥٤ فقرة رقم ٥ وما بعدها .

(٢) مجموعة أحكام النقض المدنية السنة العاشرة صفحة ٥٠٥ .

المبحث الثالث

علاقة السببية بين الخطأ والضرر

٢٠١ — يجب أن تقوم رابطة السببية بين الخطأ والضرر ، أى بين أفعال المنافسة غير المشروعة والضرر الذى أصاب المدعى (المضرور) . والحقيقة أن إثبات توافر هذه الرابطة فى دعوى المنافسة غير المشروعة لايكون أمراً سهلا فى جميع الأحوال ، ذلك أنه إذا كان من الممكن إثبات وجود هذه الرابطة عند تحقق الضرر فعلا ، فإنه يكون من الصعب بيان رابطة السببية عندما يكون الضرر محتملا ، وبخاصة فى حالات الضرر الاحتمالى ، أو فى الحالة التى تكون صورة المنافسة غير المشروعة موجهة إلى مجموع التجار الذين يمارسون نفس الحرفة ، كإثارة الاضطراب فى سوق السلعة التى يمارسونها ، فإنه يكون من الصعب على تاجر بعينه إثبات رابطة السببية بين خطأ المدعى عليه والضرر الذى أصابه .

٢٠٢ — ويجوز لكل تاجر رفع الدعوى ، بسبب ما لحقه من ضرر من جراء أعمال المنافسة غير المشروعة ، وفى الحالة التى يتعدد فيها المضرورون يجوز لكل منهم أن يرفع الدعوى منفرداً ، كما فى حالة أعمال المنافسة التى تقوم على إثارة الاضطراب فى السوق ، ولكن لايحكم للمدعى بالتعويض إلا إذا كان قد لحقه ضرر شخصى[1] ، وتقام الدعوى على من ارتكب الخطأ وكل من اشترك فيه وتكون مسئوليتهم عن التعويض بالتضامن وفقاً للقواعد العامة.

---

(١) انظر أكثم الخولى : المرجع السابق فقرة ٣٥٠ .

أعمال المنافسة غير المشروعة

٢٠٣ ــ أعمال المنافسة غير المشروعة هى تلك الأعمال التى يقوم بها التاجر ، وتنطوى على طرق منافية للقوانين واللوائح أو العادات أو الأمانة ، أو الشرف والنزاهة . وتطبيقات القضاء ذاخرة فى هذا المجال ، ويصنفها الفقهاء[١] إلى ثلاث مجموعات من الأعمال .

الأولى : أعمال من شأنها إحداث اللبس والخلط بين المنشآت أو المنتجات .

الثانية : أعمال تهدف إلى بث ادعاءات غير مطابقة للواقع . (التشويه).

الثالثة : أعمال تهدف إلى إثارة الاضطراب فى السوق أو فى مشروع منافس .

٢٠٤ ــ أعمال من شأنها إحداث اللبس والخلط :

ومن تطبيقات القضاء لهذه الأعمال أن يتخذ منافس اسم تجارى مشابه لاسم تجارى سابق[٢] ، أو يقوم بتقليد العلامات التجارية[٣] أو الرسوم أو النماذج الصناعية ، أو وضع بيانات غير صحيحة على المنتجات ، وتقليد الإعلانات والدعاية . ، أوغير ذلك من الأساليب التى تؤدى إلى إحداث اللبس على العملاء ، سواء بالنسبة للمحل فى مجموعة أو البضاعة ، فيمكن أن ينصب الخلط على عنصر واحد أو أكثر من عنصر من عناصر المنشأة .

---

(١) انظر مصطفى كمال طه المرجع السابق صفحة ٥٣٥ وما بعدها ، أكثم الخولى المرجع السابق فقره ٣٤٤ وما بعدها ، على يونس فقرة ٢٨٨ صفحة ٣٦١ .

(٢) نقض مدنى مصرى ١٢ نوفبر ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ، ١٠ ــ ٦٥١ .

(٣) نقض مدنى مصرى ١٤ يونية ١٩٥٦ ــ المحاماة ــ ٣٧ ــ رقم ٣٥٤ ــ ٧٩٦ .

ولايشترط أن يكون الدافع على ارتكاب هذه الأعمال ، الإضرار بشخص التاجر إنما قد يهدف إلى اجتذاب العملاء نحو محله التجارى .

على أن القضاء يشترط لقيام حالة اللبس الموجبة للمسئولية ، أن تكون الأعمال التى قام بها المنافس ، مشابهة ومماثلة تماماً للعناصر التى ينصب عليها الخلط ، بحيث توحى فى ذهن العملاء التشابه المؤدى إلى الخلط وعدم القدرة على التمييز بينهما ، وتقدير ذلك يكون لقاضى الموضوع ، باعتبارها مسألة واقع دون رقابة لمحكمة النقض عليه فى هذا الخصوص .

٢٠٥ ــ أعمال تهدف إلى بث ادعاءات غير مطابقة للواقع (التشويه) :

ويقصد بها الأعمال التى تهدف إلى النيل من سمعة التاجر ، أو الحط من قيمة البضاعة أو بث الدعاية بهدف التقليل من جودتها أو قيمتها الحقيقية .

وقد يتم التشويه بوسائل علنية كالنشر فى الصحف أو توزيع الإعلانات ، وقد يحدث شفاهة وتتحقق معه المسئولية ما دام قد وصل التشويه إلى علم عدد من العملاء .

ومن أمثلة التشويه ضد شخص التاجر ، بث إشاعة أنه على وشك الإفلاس ، أو الطعن فى وطنيته بالقول على خلاف الحقيقة أنه كان من أنصار المستعمر ، أو انتمائه لمذهب سياسى مكروه ، أو اعتناقه لدين مخالف لدين الدولة السائد ، ومن قبيل ذلك ، بغرض العمل على انصراف العملاء عنه .

أما بالنسبة للتشويه على البضائع : فذلك يكون بالادعاء بأنها مغشوشة أو غير مطابقة للمواصفات المطلوبة ، أو أنها ضارة بالصحة لافتقارها للعناصر اللازمة ، أو أنها تحتوى على مادة مخدرة يحرمها الدين أو أنها مصنوعة من مواد أولية سريعة التلف ، وتعرض للأخطار .

ولكى تتحقق المسئولية عن أعمال التشويه ، فإنه يجب أن تتحدد شخصية التاجر المنافس تحديداً كافياً .

٢٠٦ — إثارة الاضطراب فى مشروع منافس أو فى السوق :

وتعتبر أعمال المنافسة غير مشروعة إذا كان من شأنها الاعتداء على سير العمل وانتظامه فى المحل التجارى ، كإغراء عمال المحل وتحريضهم على الإضراب أو على ترك العمل ، أو استخدام عامل أو أكثر كانوا يعملون لدى منافس بقصد اجتذاب عملاء المحل الأول أو الوقوف على أسرار اعماله(١) . وتتم المنافسة فى هذه الصورة حتى ولو لم يتم إلحاق العمال بالعمل لدى مرتكب أعمال المنافسة غير المشروعة .

ومن الأعمال التى قد يقوم بها التاجر لإثارة الاضطراب فى المحل التجارى ، قيامه بتمزيق أو إعدام الإعلانات أو اللافتات التى يستخدمها المحل فى الإعلان عن بضائعه وترويجها .

٢٠٧ — أما فيما يتعلق بإثارة الاضطراب فى السوق بصفة عامة ، فهى تلك التى لايهدف من ورائها إنقاص عملاء محل تجارى بعينه ، ولكنه يهدف إلى اجتذاب العملاء إلى محل التاجر الذى يقوم بأعمال المنافسة غير المشروعة .

ومن هذه الأعمال الادعاء فى إعلانات ينشرها بأن السلعة التى ينتجها بها مواصفات تنفرد بها على خلاف الواقع ، أو يذكر أنه حاصل على ألقاب أو صفات لاوجود لها كميداليات أو نياشين ، بقصد اجتذاب العملاء ، أو ينشر قائمة بالأسعار التى يبيع بها السلعة يعقد مقارنة بين هذه الأسعار والأسعار التى يجرى التعامل عليها فى السوق(١) .

٢٠٨ — أما بالنسبة لبيع التاجر السلعه بأقل من السعر الجارى فى السوق وذلك حتى يصرف العملاء عن منافسيه ويجتذبهم إليه . فهل يعد ذلك من أعمال المنافسة غير المشروعة ؟ اختلف الآراء فى ذلك ، فذهب رأى إلى اعتبار هذه الأعمال من قبيل المنافسة غير المشروعة ، لأنها تهدف إلى تحويل العملاء

---

(١) نقض مدنى بتاريخ ٢٥ من يونية سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض المصرية — ١٠ — ٥٠٥

(١) على يونس المرجع السابق فقرة ٢٩١ صفحة ٣٦٥ .

عن التجار الآخرين ، مما يؤدى إلى إحداث اضطراب فى السوق[٢] ، بينما ذهب رأى[٣] نرجحه يرى أن البيع أقل من السعر الجارى يعد فعلا مشروعاً بل هو أساس المنافسة المشروعة وصورتها المثلى ، أما إذا قامت قاعدة ملزمة لجميع التجار بعدم النزول عن سعر معين ، فإن من يخالف منهم هذا المنع يتعرض للمسئولية قبل الباقين .

الفرع الثالث

آثار دعوى المنافسة غير المشروعة

٢٠٩ — يقر القضاء لمن يتعرض لأحد أعمال المنافسة غير المشروعة ، أن يلجأ لحمايته ، وذلك برفع دعوى قضائية تسمى دعوى المنافسة غير المشروعة على مرتكبه وعلى من اشترك معه فى ارتكابه .

فإذا تحقق القضاء واقتنع من أدلة الإثبات المقدمة توافر عدم المشروعية فى المنافسة ، فله أن يقضى على مرتكب الفعل غير المشروع بالكف عن الاستمرار فيه وبإزالة أسبابه ، وبتعويض من أصابه الضرر .

وللقضاء فى ذلك مطلق التقدير ، فله أن ينشر الحكم الصادر فى دعوى المنافسة غير المشروعة فى الصحف على نفقة المحكوم عليه ، وله أن يأمر بإزالة الإعلانات التى تسيء إلى سمعة التاجر ، أو مصادر السلعة التى تحمل علامات مزورة أو مغتصبة . ذلك بالإضافة إلى التعويض النقدى الذى يقدره القضاء .

---

(٢) مصطفى كمال طه المرجع السابق .

(٣) أكثم الخولى فقرة ٣٤٧ صفحة ٣٧٨ .

وكل ذلك لايمنع حق التاجر أو المدعى عليه فى الدفاع عن نفسه ، إذا وجد اتفاق بينه وبين المدعى على تنظيم المنافسة بينهما أو كان هناك اتفاق بينهما فى عقد بيع محل تجارى ، ونص الاتفاق على السماح للبائع بافتتاح محل تجارى مماثل ، حتى ولو كان من شأن ذلك التأثير على عملاء المحل التجارى المبيع . أو فى الحالة التى يشترط فيها العامل فى عقد العمل ، على السماح له بمباشرة نشاط مماثل لنشاط المحل التجارى الذى يعمل فيه ، إذا استغنى عنه صاحب العمل .

الفصل الرابع

أهم التصرفات التى ترد على المحل التجارى

الفرع الأول

بيع المحل التجارى

٢١٠ – يخضع بيع المحل التجارى لأحكام المواد٧٩ وما بعدها من الفصل الثانى الخاص بالعقود التى تتناول المحل التجارى ، ولذلك فيحكم هذا البيع المواد سالفة الذكر فى المجموعة التجارية فضلا عن القواعد القانونية العامة فى العقود بوجه عام وفى عقد البيع بوجه خاص .

٢١١ – الطبيعة القانونية لبيع المحل التجارى :

عقد بيع المحل التجارى ، عقد تجارى ، يرد على مال منقول معنوى ، أما أنه تجارى ، فذلك أمر جلى واضح فى نصوص القانون التجارى الجزائرى ، فتنص المادة الثانية فقرة أولى على أن كل شراء للمنقولات لإعادة بيعها أو بعد تحويلها وشغلها . يعتبر عملا تجارياً بحسب الموضوع ، وعلى ذلك فيعد شراء المحل التجارى بقصد استغلاله عملا تجارياً لأنه يتعلق باستغلال مشروع تجارى .

وقد ثار خلاف فى الفقه بالنسبة لشراء غير التاجر لمحل تجارى بقصد بدء مباشرة التجارة ، هل يعتبر عملا تجارياً أم مدنياً .

وكان قد ذهب رأى فى الفقه إلى أن شراء غير التاجر للمحل التجارى يعتبر عملا مدنياً ، بينما ذهب رأى أرجح من ذلك إلى اعتباره عملا تجارياً . باعتباره أول عمل يقوم به الشخص متعلقاً بشئون التجارة التى يزمع القيام بها .

غيرأن القانون التجارى الجزائرى فصل الخلاف وحسمه بما لا يدع مجالا للشك أو الاجتهاد نحو التفسير ، حيث نص فى الفقرة الرابعة من المادة الثالثة . على اعتبار العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية ، عملا تجارياً بحسب الشكل ، وعلى ذلك فإن عقد بيع المحل التجارى حسب أحكام القانون التجارى الجزائرى ، يعتبر عملا تجارياً ، أياً كان أولو الشأن ، حتى لوكان مشترى المحل التجارى شخصاً مدنياً لم يمارس التجارة من قبل ، وكذلك يعتبر بيع المحل التجارى عملا تجارياً على الرغم من أن البائع شخصاً مدنياً ، كما لو كان موظفاً وآل إليه المحل التجارى بطريق الميراث أو الهبة أو الوصية ، وقام ببيعه إلى شخص آخر حتى إذا كان المشترى لم يحترف التجارة بعد ، وبشرائه هذا المحل سيبدأ مزاولتها .

وخلاصة القول أنه فى ظل وضوح نصوص القانون التجارى الجزائرى يعتبر بيع المحل التجارى عملا تجارياً ، أياً كان أطرافه ومهما كانت صفتهم وقت التعاقد ، سواء كان الأطراف أيضاً أشخاص طبيعيون أو معنويون .

المبحث الأول

انعقاد بيع المحل التجارى وإثباته

٢١٢– يشترط لانعقاد عقد بيع المحل التجارى توافر الأركان العامة للعقد وهى الرضاء والمحل والسبب ، وتطبق فى هذا الشأن القواعد القانونية العامة. هذا فضلا عن توافر الأهلية التجارية اللازمة لطرفى العقد ومراعاة المادتين الخامسة والسادسة من القانون التجارى الجزائرى .

ويجب أن ينصب الرضاء على ماهية العقد والمبيع والثمن ، ويجب أن يكون الرضاء صادراً عن ذى أهلية كما سبقت الإشارة ، وأن يكون خالياً من العيوب ، كالغلط والتدليس والإكراه .

ونظراً لطبيعة المحل التجارى وأهمية عناصره ، وحماية المشرع لبث الثقة والائتمان فى مجتمع التجارة ، اشترط وجوب إثبات التصرفات التى ترد على المحل التجارى وأهمها البيع – وذلك بإثبات التصرف بعقد رسمى وإلا كان التصرف باطلا . وذلك ما أوجبته المادة ٧٩ من القانون التجارى الجزائرى بقولها : « كان بيع اختيارى أو وعد بالبيع ، أو بصفة أعم كل تنازل عن محل تجارى ولو كان معلقاً على شرط أو صادراً بموجب عقد من نوع آخر ، أو كان يقضى بانتقال المحل التجارى بالقسمة أو المزايدة أو بطريق المساهمة به فى رأس مال الشركة يجب إثباته بعقد رسمى وإلا كان باطلا » .

٢١٣ – محل البيع :

يرد البيع على المحل التجارى ذاته ، ولطرفى العقد الحرية فى تحديد العناصر التى يتألف منها المحل التجارى وتكون محلا لعقد البيع ، بشرط أن ينطبق على هذه العناصر وصف المحل التجارى ، وعلى ذلك فإنه يلزم توافر عنصر الاتصال بالعملاء باعتباره العنصر الجوهرى للمحل التجارى ، كذلك الأمر إذا كان موضوع الاستغلال نشر مؤلفات أو مصنفات معينة ، فلابد أن يرد البيع على حقوق الملكية الأدبية والفنية لهذه المؤلفات وتلك المصنفات ، لأن بدونها لا يعد العقد وارداً على محل تجارى .

وفضلا عما يحدده المتعاقدان من شروط فى عقد البيع فإن المشرع الجزائرى أوجب فى المادة ٧٩ ، أن يتضمن العقد بيانات معينة هى :

أولا : اسم البائع السابق وتاريخ سنده الخاص بالشراء ونوعه وقيمة الشراء (أى الثمن) بالنسبة للعناصر المعنوية والبضائع والمعدات .

ثانياً : قائمة الامتيازات والرهون المترتبة على المحل التجارى .

ثالثاً : رقم الأعمال التى حققها فى كل سنة من سنوات الاستغلال

ثلاث سنوات .

رابعاً : الأرباح التى حصل عليها خلال نفس المدة [أى الثلاث سنوات الأخيرة] .

خامساً : عقد الإيجار وتاريخه ومدته واسم وعنوان المؤجر والمحل .

ويلاحظ على هذه البيانات التى استلزمها المشرع الجزائرى فى النص عليها فى عقد بيع المحل التجارى ، إنما يؤكد إرادة المشرع فى حماية مشترى المحل التجارى ، لدعم الثقة والائتمان الواجب توافرهما بين المتعاملين فى مجتمع التجارة .

أما بالنسبة للبيان الأول من اشتراط ذكر اسم البائع السابق وتاريخ سند ملكيته وطبيعة هذا السند ، هو التأكد من السبب الصحيح لملكية البائع الحالى للمحل التجارى ، والوقوف على سلامة ، حيازته : فلا تكون يده عارضة أو مغتصباً لهذا المحل الذى يدعى ملكيته .

وكذلك الأمر بالنسبة لبيان حقوق الامتياز والرهون المترتبة على المحل التجارى ، حتى يتضح للمشترى القيمة الحقيقية للمحل التجارى ومعرفة حجم الديون التى تقع على كاهله ، فضلا عن معرفة ما يتحمله كل عنصر من عناصر المحل من مديونية ، وعلى هذا الأساس يقيم المشترى ويقدر الثمن ، حيث تكون الرؤية واضحة أمامه .

أما بالنسبة لحجم الأعمال والأرباح ، خلال الثلاث السنوات السابقة على البيع ، فتلك بيانات فى تقديرنا من أهم الأمور التى يجب أن يعرفها مشترى المحل ، حتى يقدر القيمة الحقيقية للمحل التجارى ، خاصة وقد عرفنا أن عنصر الاتصال بالعملاء ، هو العنصر الجوهرى فى المحل التجارى ، بل لقل أطلق بعض الفقهاء يحق على هذا العنصر بأنه المحـــل التجارى نفسه ، بحيث يتضح منه حقيقة المركز التجارى

للمحل ، فإذا ثبت أن عدد عملاء المحل كثيرون ، ووضح ذلك من حجم الأعمال ومقدار الأرباح ، كان لذلك أثر فى تحديد ثمن المحل التجارى .

ونظراً لأهمية هذه البيانات وجوهريتها ، رتب المشرع الجزائرى جزاءاً فى حالة إهمالها ، لصالح المشترى ، لأن هذه البيانات يلتزم البائع وحده بالإدلاء بها صحيحة . فنص فى نهاية المادة ٧٩ على أنه يمكن أن يترتب على إهمال ذكر هذه البيانات ، بطلان عقد البيع بطلب من المشترى إذا طلب ذلك خلال سنة من تاريخ العقد .

وعلى أى حال فإن المشرع الجزائرى ، بنصه على وجوب ذكر هذه البيانات وترتيبه الجزاء ببطلان عقد البيع بطلب من المشترى ، إنما قنن ما اجتهد فيه القضاء ، من إبطال عقد البيع فى حالة تدليس البائع ، حينما كتم عن المشترى عند التعاقد أمر الحكم الصادر بإغلاق المحل بسبب إدارته بدون ترخيص ، ذلك أن الكتمان يعد تدليساً إذا تعلق فأمر يجب الإفضاء به عند التعاقد ، وكذلك حيث اعتبر الغلط فى أهمية حق الاتصال بالعملاء غلطاً فى صفة جوهرية للشئ ، وأيضاً اعتبر القضاء خديعة المشترى فى رقم الأعمال أو الأرباح تدليساً مبطلا للعقد .

٢١٤ — إثبات البيع (الرسمية والإشهار) :

حقيقة وإن كان عقد بيع المحل التجارى يعتبر كما ذكرنا عملا تجارياً ، فإنه يجوز إثباته بجميع طرق الإثبات بما فى ذلك البينة والقرائن ، وقد قنن المشرع الجزائرى ذلك بقاعدة عامة فى إثبات العقود التجارية ، حيث قرر حرية الإثبات فى المادة ٣٠ من القانون التجارى بقوله : يثبت كل عقد تجارى بسندات رسمية ، أو بسندات عرفية ، أو بفاتورة مقبولة أو بالرسائل أو بدفاتر الطرفين أو بالإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها ، غير أن المشرع الجزائرى بعد أن أطلق عموم هذه القاعدة على العقود التجارية بوجه عام ، أورد نصاً خاصاً بالتصرفات التى ترد على

المحل التجارى ، وذلك بوجوب إثباتها بعقد رسمى وإلا كان التصرف باطلا ، وذلك مانصت عليه المادة ٧٩ من أن كل بيع اختيارى أو وعد بالبيع ، وبصفة أعم كل تنازل عن محل تجارى ولو كان معلقاً على شرط أو صادراً بموجب عقد من نوع آخر أو كان يقضى بانتقال المحل التجارى بالقسمة أو المزايدة أو بطريق المساهمة به فى رأس مال شركة يجب إثباته بعقد رسمى وإلا كان باطلا .

وفضلا عن اشتراط الرسمية فى عقد بيع المحل التجارى ، فقد أوجب المشرع الجزائرى كذلك فى المادة ٨٣ ضرورة إشهار بيع المحل التجارى وذلك بضرورة إعلان البيع خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ البيع ، وذلك على عاتق المشترى وذلك بأن يقوم بنشر ملخص العقد أو إعلانه فى النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وفضلا عن ذلك فى جريدة مختصة بالإعلانات القانونية فى الدائرة أو الولاية التى يستغل فيها المحل التجارى .

وبالنسبة للمحلات التجارية المتنقلة ، فإن مكان الاستغلال هو المكان الذى يكون البائع مسجلا فيه بالسجل التجارى .

ويجب أن يسبق هذا الملخص أو الإعلان تسجيل العقد الناقل للملكية أو المتنازل عنه بمقتضاه ، أو بالتصريح المنصوص عليه فى قانون التسجيل ، وذلك فى حالة عدم وجود عقد وإلا كان باطلا :

ويجب أن يذكر تاريخ العقد واسم كل من المالك الجديد والمالك السابق ولقبه وعنوانه ونوع المحل التجارى ومركزه والثمن المشروط بما فيه التكاليف أو التقديرات المستعملة كقاعدة لاستيفاء حقوق التسجيل ، وبيان المهلة المحددة فيما بعد للمعارضات واختيار الموطن فى دائرة اختصاص المحكمة . وحرصا من المشرع على سلامة الإشهار أوجب تجديد الإعلان من اليوم الثامن إلى الخامس عشر من تاريخ أول نشر ويتم الإعلان فى النشرة الرسمية للإعلانات القانونية خلال الخمسة عشر يوماً من أول نشر .

المبحث الثّانى

آثار البيع

٢١٥ – يترتب على انعقاد بيع المحل التجارى وتسجيله وإشهاره، أن تنتقل ملكيته من البائع إلى المشترى ، مع ملاحظة أن العناصر المختلفة التى تدخل فى تكوين المحل التجارى والتى يشترط القانون الخاص بها ، اتباع إجراءات معينة لنقل ملكيتها ، كبراءات الاختراع والعلامات التجارية والنماذج الصناعية وحقوقه الملكية ، الأدبية والفنية فإنه يلزم اتباع الإجراءات الخاصة المقررة لكل منها .

وذلك ما تقضى به المادة ١٤٧ تجارى جزائرى من أن تتم إجراء القيد والبيانات طبقاً للتشريع السارى المفعول إذا كانت البيوع أو التنازلات عن المحلات التجارية تشتمل على علامات المصنع أو التجارة أو الرسوم أو النماذج الصناعية ، وكانت رهون هذه المحلات تشتمل على براءات اختراع أو رخص أو علامات أو رسوم أو نماذج صناعية ، وذلك باتخاذ إجراءات القيد والبيانات الخاصة بالمعهد الجزائرى للملكية الصناعية وتنظيمها .

٢١٦ – التزام البائع بعدم منافسة المشترى :

يلتزم البائع طبقاً للقواعد العامة بواجب الضمان وعدم التعرض للمشترى ، الأمر الذى من أجله يلتزم البائع بعدم منافسة المشترى ، فلا يجوز له أن يزاول تجارة مماثلة فى دائرة نشاط المحل المبيع لأن هذه المنافسة من شأنها تحويل العملاء عن المحل المبيع ونقصان قيمة المحل التى كانت الأساس الذى بنى عليه الطرفان تقدير الثمن عند التعاقد .

والغالب أن يتضمن عقد البيع شرطاً صريحاً يحظر على البائع مزاولة تجارة مماثلة للتجارة التى كان يباشرها فى المحل المبيع . ولما كان مثل هذا الشرط

يتضمن خروجاً على مبدأ حرية التجارة وحرية العمل ، وهما من النظام العام فإنه لايجوز أن يكون عاماً ومطلقاً ، ولا يعد صحيحاً إلا إذا كان مقصوراً على نوع التجارة التى يزاولها المشترى فى المحل المبيع ، وأن يكون محدداً من حيث المكان والزمان على القدر الضرورى لحماية المشترى .

أما عن التحديد المكانى فإنه يجوز تعيين منطقة معينة يمتنع على البائع أن يزاول تجارة مماثلة فى حدودها . وتختلف دائرة الحظر باختلاف نوع التجارة ، فقد تقتصر على شارع أو حى معين ، وقد تشمل المدينة أو الإقليم أو الدولة بأسرها . أما عن التحديد الزمانى فإنه يمكن تعيين مدة كخمس أو عشر أو خمسة عشر سنة يمتنع فيها على البائع مزاولة تجارة مماثلة خلالها .

وإذا أخل البائع بالتزامه بعدم المنافسة أو أخل بالشرط المتفق عليه فى عقد البيع جاز للمشترى أن يطالب البائع بتعويض الضرر الذى يلحقه من جراء ذلك . وللمشترى أيضاً أن يطلب إغلاق المحل الذى أقامه البائع وأن يطلب فسخ البيع .

٢١٧ — التزام المشترى بدفع الثمن :

يلتزم المشترى بدفع الثمن المتفق عليه فى عقد البيع ، وإذا كان ثمن المحل التجارى موزعاً على عناصره ، فإنه يجب على حائز الثمن الذى تم به بيع المحل التجارى أن يقوم بتوزيعه فى ظرف ثلاثة أشهر من تاريخ عقد البيع .

وبانقضاء هذه المهلة يجوز للطرف الذى يهمه التعجيل أن يرفع دعوى مستعجلة أمام رئيس المحكمة التى يقع المحل التجارى فى دائرة اختصاصها والذى يأمر إما بإيداع الثمن فى مصلحة الودائع والأمانات ، وإما بتعيين حارس يقوم بتوزيع الثمن (المادة ٩٠ تجارى جزائرى) .

٢١٨ — امتياز البائع :

تقضى المادة ٩٦ تجارى جزائرى ، بأنه لايثبت امتياز بائع المحل

التجارى إلا إذا كان البيع ثابتاً بعقد رسمى ومقيداً فى سجل عمومى منظم لدى كتابة المحكمة التى يقع المحل التجارى فى دائرة اختصاصها :

ولايترتب امتياز البائع إلا على عناصر المحل التجارى المبينة فى عقد البيع وفى القيد ، فإذا لم يعين على وجه الدقة فإن الامتياز يقع على عنوان المحل التجارى واسمه والحق فى الإيجار والعملاء والشهرة التجارية .

وتوضع أسعار مميزة بالنسبة للعناصر المعنوية للمحل التجارى والمعدات والبضاعة . ويمارس امتياز البائع الضامن لكل من هذه الأثمان أو ما بقى مستحقا منها بصفة منفصلة على كل من أثمان إعادة بيع البضائع والمعدات والعناصر المعنوية للمحل التجارى .

وإذا كان الثمن مؤجلا فإن ما يدفع منه يجب أن يخصم وفقاً لترتيب معين حدده القانون ، فيخصم مما يدفع من الثمن أولا ثمن البضائع ثم ثمن المهمات ثم ثمن العناصر المعنوية ولو اتفق على خلاف ذلك .

وإذا كان الثمن المعد للتوزيع حاصلا من بيع عنصر واحد أو عدة عناصر لم يشملها البيع الأول فيتعين تقدير ما ينوب كل منها على حدة من ثمن إعادة البيع .

وهذه القواعد تتعلق بالنظام العام ، وتهدف إلى تحرير البضائع والمهمات بسرعة من امتياز البائع . وروعى فى ذلك مصلحة المشترى والبائع على السواء . ذلك أن البضائع والمهمات عناصر ظاهرة يتوقف عليها ائتمان المشترى ويعتمد عليها دائنوه العاديون ، كما أن حق البائع فى تتبع هذه المنقولات المادية بما له من امتياز عليها يتعطل إذا انتقلت إلى مشتر حسن النية بسبب تطبيق قاعدة الحيازة فى المنقول سيد الملكية .

وطبقاً لهذا النص أيضاً لايكون للبائع امتياز على المحل التجارى المبيع إلا إذا توافر الشرطان الآتيان :

الشرط الأول : أن يكون عقد البيع ثابتاً بعقد رسمى . وقد أريد بهذا

الشرط تجنب المنازعات التى قد تنجم من الاتفاقات الشفوية وإمكان اشتمال العقد على البيانات التى يفرضها القانون تنظيماً وتجديداً لحق الامتياز .

الشرط الثانى : أن يكون عقد البيع مقيداً فى سجل عمومى منظم لدى كتابة المحكمة التى يقع المحل التجارى فى دائرة اختصاصها .

وتقضى المادة ٩٧ تجارى جزائرى على أنه يجب قيد البيع فى ظرف ثلاثين يوماً من تاريخ عقده وإلا كان باطلا ، وتبقى المهلة سارية ولو فى حالة صدور الحكم بإعلان الإفلاس .

ولكل ذى مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان وإن كان المدين نفسه وإذا تم القيد بالطريقة المشار إليها فتكون للمشترى الأولوية ويمكن الاحتجاج به على التفليسة والتصفية القضائية للمشترى .

وإذا كانت القواعد العامة تقضى بأن امتياز البائع كغيره من حقوق الضمان لايتجزأ بمعنى أن كل جزء من المبيع ضامن للثمن بأسره ، كما أن كل جزء من الثمن مضمون بالمبيع كله ، على أن المشرع خرج على حكم القواعد العامة فى بيع المحل التجارى ، فقضى بتجزئة الامتياز إلى ثلاثة أقسام هى العناصر المعنوية والمهمات والبضائع ، وتحقيقاً لهذه التجزئة أوجب القانون أن يحدد ثمن مستقل لكل من هذه الأقسام الثلاثة ، ولايضمن كل قسم منها إلا الثمن المقابل له فلا يتجاوزه إلى ثمن قسم آخر . وتفسر هذه التجزئة بقاعدة خصم المدفوعات ، إذ أن ما يدفع من الثمن يخصم منه أولا ثمن البضائع ثم ثمن المهمات ثم ثمن العناصر المعنوية .

ويخول الامتياز بائع المحل التجارى استيفاء ما يستحقه من ثمن المحل التجارى بالأولوية على الدائنين العاديين والدائنين المقيدين التالين له فى المرتبة ، والحق فى أن يتتبع المحل فى أية يد يكون إذا خرج من ملك المشترى ، ويلاحظ أنه إذا أفلس المشترى قبل دفع الثمن ، جاز للبائع أن يحتج بحقه فى الامتياز على جماعة الدائنين استثناء من قواعد الإفلاس وذلك ما تقضى به صراحة الفقرة الأخيرة من المادة ٩٧ تجارى جزائرى .

حيث تنص على أنه إذا تم القيد بالطريقة المشار إليها فتكون للمشترى الأولوية ويمكن الاحتجاج به على التفليسة والتصفية القضائية للمشترى .

٢١٩ — ويحفظ القيد الامتياز لمدة عشر سنوات من تاريخ القيد ويشطب تلقائياً إذا لم يجدد قبل انقضاء هذه المهلة (المادة ١٠٣ تجارى) .

دعوى الفسخ :

٢٢٠ — يجوز للبائع أن يطلب فسخ البيع إذا لم يقم المشترى بدفع الثمن فى الأجل المتفق عليه ، على أن فسخ البيع قد يتضمن ضرراً بالغير الذى تعاقد مع المشترى كمشتر ثان للمحل أودائن مرتهن ، إذ يترتب على الفسخ أن يسترد البائع المبيع خالياً من الحقوق المقررة لصالح الغير ، ولذلك نظم المشرع الجزائرى فى المجموعة التجارية دعوى فسخ البيع فى المواد من ١٠٩ حتى ١١٦ .

وتوجب هذه النصوص شهر دعوى فسخ بيع المحل التجارى حتى يعلم الغير بها ويكونوا على بينة من الأخطار التى يتعرضون لها عند التعاقد بشأن المحل المبيع ، فاشترط القانون للاحتجاج بالفسخ على الغير أن يكون البائع قد احتفظ لنفسه صراحة فى عقد البيع بحقه فى الفسخ أو يؤشر صراحة فى قيد الامتياز بهذا الحق ؛ وفى هذه الحالة تكون دعوى الفسخ كحق الامتياز نفسه مقيدة بالعناصر التى شملها البيع (المادة ١٠٩ تجارى) فإذا لم يحتفظ البائع صراحة فى القيد بحق الفسخ ، فلا يكون للحكم الصادر بالفسخ أية حجية فى مواجهة الغير ويسترد البائع المحل محملا بالحقوق المقررة لصالح الغير .

وأوجبت المادة ١١١ من القانون التجارى الجزائرى على البائع القائم بدعوى الفسخ أن يبلغ الدائنين المقيدين فى محل الإقامة المختار منهم فى عمليات قيودهم ولا يجوز أن يصدر الحكم إلا بعد مضى شهر من تاريخ هذا التبليغ .

ويجب على البائع فى حالة الفسخ القضائى أو الاختيارى للبيع أن

يسترد جميع عناصر المحل التجارى التى شملها البيع ، وبما فيها العناصر التى انقضى فيها امتيازه وحقه فى دعوى الفسخ ..

ويحاسب البائع عن ثمن البضائع والمعدات الموجودة بالمحل عند إعادة حيازته بما يقدر بموجب خبرة حضورية أو بالتراضى أو عن طريق القضاء، على أن يطرح من الثمن ما قد يستحقه بموجب الامتياز الذى له على ثمن كل من البضائع والمعدات ، وإذا بقى شئ زائداً عن ذلك فيكون ضماناً للدائنين العاديين . (م ١١٠ تجارى جزائرى) .

الفرع الثانى

رهن المحل التجارى

٢٢١ – تقديم :

من وظائف الرهن ، الحصول على الائتمان بضمان المال المرهون ، سواء كان ذلك رهناً رسمياً أم رهناً حيازياً ، والرهن الرسمى عقد بمقتضاه يكسب به الدائن حقاً عينياً ، على عقار لوفاء دينه ، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التالين له فى المرتبة لاستيفاء حقه من ثمن ذلك العقار فى أى يد كان (المادة ٨٨٢ مدنى جزائرى) ، لا تنطبق أحكامه على المحل التجارى ، باعتباره مالا منقولا ، فإذا رغب التاجر الحصول على الائتمان بضمان محله التجارى ، فإنه طبقاً لأحكام القواعد العامة فى الرهن الحيازى ، ينبغى على الراهن تسليم الشئ المرهون إلى الدائن (المادة ٩٥١ مدنى جزائرى) . فإذا طبقت هذه القواعد لحالت بين التاجر واستغلاله محله التجارى . الأمر الذى يؤثر على مركز التاجر وسط منافسيه .

لذلك . رأى المشرع جواز رهن المحل التجارى ، دون أن يستوجب

ذلك نقل حيازته إلى الدائن المرتهن حتى لا يحرم التاجر الراهن الذى حصل على الائتمان بضمان محله التجارى : من استغلاله ، خروجاً على القواعد العامة فى رهن المنقول [١] . وذلك ما نص عليه فى المادة ١١٨ تجارى من أنه يجوز الرهن الحيازى للمحلات التجارية دون حاجة لغير الشروط والإجراءات المقررة ..... ولا يخول رهن المحل التجارى للدائن المرتهن الحق فى التنازل له عنه مقابل ماله من ديون .

ومن الأسباب التى أدت إلى إجازة رهن المحل التجارى دون نقل حيازته ، أن المحل التجارى ذو مركز ثابت من الممكن شهر التصرفات التى ترد عليه ، كما أنه لا يخضع لقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية ، الأمر الذى يمكن معه احترام حق الدائن المرتهن فى التتبع [٢] .

وقد خصص المشرع الجزائرى المواد من ١١٨ حتى ١٢٢ من القانون التجارى ، للرهن الحيازى المحل التجارى ، والمواد من ١٥١ حتى ١٦٨ ، من ذات القانون للأحكام الخاصة بالرهن الحيازى للأدوات والمعدات الخاصة بتجهيز المحل التجارى ، والمواد من ١٢٣ حتى ١٥٠ فى الأحكام المشتركة فى بيع المحل التجارى ورهنه الحيازى .

وتقسم دراستنا بإيجاز لرهن المحل التجارى إلى مبحثين :

الأول : عن إنشاء الرهن .

الثانى : عن آثاره .

---

(١) انظر على يونس المرجع السابق — رهن المحل التجارى .

(٢) انظر مصطفى كمال طه — المرجع السابق صفحة ٥٢٥ فقرة ٦٢١ .

المبحث الأول

إنشاء الرهن

٢٢٢ — يشترط فى رهن المحل التجارى أن يكون الراهن مالكاً للمحل التجارى المرهون ، وأهلا للتصرف فيه . والرهن بطبيعته عقد ، فيلزم أن يتوافر فيه الشروط الموضوعية العامة اللازم توافرها فى العقود جميعاً ، كالرضاء والمحل والسبب .

وبالإضافة إلى هذه الشروط الموضوعية ، أوجب القانون فى رهن المحل التجارى إجراءات شكلية يلزم اتباعها .

فاشترط الرسمية فى عقد رهن المحل التجارى ، ولتقرير مرتبة الامتياز أوجب قيد الرهن بسجل المحكمة الكائن بدائرتها المحل ، وذلك ما قضت به صراحة المادة ١٢٠ تجارى بقولها : « يثبت الرهن الحيازى بعقد رسمى ، ويتقرر وجود الامتياز المترتب على الرهن بمجرد قيده بالسجل العمومى الذى يمسك بكتابة المحكمة التى يستغل فى نطاق دائرتها المحل التجارى ، ويجب إتمام نفس الإجراء بكتابة المحكمة التى يقع بدائرتها كل فرع من فروع المحل التجارى التى شملها الرهن الحيازى » .

ومن الشروط الشكلية أيضاً ما أوجبته المادة ١٢١ من ضرورة إجراء القيد خلال ثلاثين يوماً من تاريخ العقد التأسيسى ، وإلا كان باطلا ؛ ويجوز لكل ذى مصلحة وإن كان المدين نفسه أن يتمسك بهذا البطلان .

ويحدد القيد مرتبة امتياز الدائنين المرتهين فيما بينهم على حسب ترتيب تاريخ قيودهم ، وتكون للدائنين المرتهنين المقيدين فى يوم واحد مرتبة واحدة متساوية (المادة ١٢٢ تجارى) .

٢٢٣ – محل الرهن :

بينت المادة ١١٩ من القانون التجارى الجزائرى ، العناصر التى يجوز أن يشملها الرهن وهى :

عنوان المحل ، والاسم التجارى ، والحق فى الإجارة ، والزبائن (الاتصال بالعملاء) والشهرة التجارية والأثاث التجارى ، والمعدات والآلات التي تستعمل فى استغلال المحل وبراءات الاختراع والرخص والعلامات الصناعية أو التجارية ، والرسوم والنماذج الصناعية ، وبوجه عام حقوق الملكية الصناعية والأدبية أو التقنية المرتبطة بها .

فإذا لم يعين صراحة وعلى وجه الدقة فى العقد ما يتناوله الرهن فإنه لا يشمل إلا العنوان والاسم التجارى والحق فى الإجارة والزبائن والشهرة التجارية (المادة ١١٩ فقرة ثانية) .

وإذا اشتمل الرهن الحيازى على المحل التجارى وفروعه ، فيجب تعيين مركز هذه الفروع على وجه الدقة (الفقرة الثالثة من المادة ١١٩) .

وإذا اشتمل رهن المحل التجارى ، أحد عناصر الملكية الصناعية ، فلا يكون رهنها حجة على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات شهر الرهن الخاصة بهذه الحقوق . وذلك ما أوجبته المادة ١٤٧ تجارى بقولها « يتم إجراء القيد والبيانات طبقاً للتشريع السارى المفعول إذا كانت البيوع أو التنازلات عن المحلات التجارية تشمل علامات الصناعة أو التجارة أو الرسوم أو النماذج الصناعية . وكانت رهون هذه المحلات تشمل على براءات اختراع أو رخص أو علامات أو رسوم أو نماذج » .

مما سبق يتضح أن الرهن لا يعد واقعاً على محل تجارى ما لم تكن العناصر التى يقع عليها تكفى فى ذاتها وحسب طبيعة الاستغلال لوجود المحل التجارى ، وذلك ما حسمه المشرع الجزائرى فى الفقرة الثانية من المادة ١١٩ .

على البضائع .

٢٢٤ ــ استبعاد البضائع من رهن المحل التجارى :

نرى أن المشرع فى المادة ١١٩ تجارى لم يذكر البضائع من بين عناصر المحل التجارى التى أجاز رهنها ، ولذلك لا يجوز أن يشمل الرهن ــ البضائع .

والحكمة واضحة من استبعاد البضائع من رهن المحل التجارى ، لأن رهنها ، يجعلها مجمدة ، الأمر الذى يتنافى مع مبدأ حيازة المدين الراهن لمحله ، ويتنافر مع حسن استغلال المحل التجارى خلال فترة الرهن ، لأن البضائع قابلة للتداول ، ويلزم ائتمان التاجر سيولة وسهولة فى تعامله ، إذ تعد البضائع عنصراً جوهرياً يعتمد عليه عملاء المحل عند تعاملهم معه ، فضلا عن أن المشترين للبضائع ، لا يمكن الاحتجاج فى مواجهتهم بحق الدائن المرتهن فى التتبع عملا بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية[1] .

٢٢٥ ــ وقد أراد المشرع الجزائرى حماية التجار من جشع الوسطاء والسماسرة والمرابين الذين قد يستغلون حاجة التجار الملحة فى الاقتراض ، حينما تدركهم الأزمات ، فيفرضون عليهم شروطاً قاسية ، .

وقد يستغل هذه الحاجة وتلك الظروف ، أشخاص ليس لهم من السلوك الحميد ما يتفق مع مجتمع التجارة الذى يقوم على الثقة والائتمان ، فنص فى المادة ١٤٩ على أنه لا يجوز أن يتدخل بطريق مباشر أو غير مباشر ولو بالتبعية كسماسرة أو وسطاء أو مستشارين مهنيين فى التنازلات والرهون المتعلقة بالمحلات التجارية ، كما لا يجوز لهم أن يكونوا تحت أى اسم كان مودعين لأثمان بيع المحلات التجارية .

---

(١) انظر مصطفى كمال طه المرجع السابق صفحة ٤٢٧ ، فقرة ٦٢٥ .

– الافراد المحكوم عليهم بجريمة أو تفليس أو سرقة أو خيانة الأمانة أو الاحتيال أو اختلاس مرتكب من مودع عمومى أو ابتزاز الأموال أو التوقيع أو إصدار شيك عن سوء نية بدون رصيد أو المس باعتماد الدولة أو اليمين الكاذبة . أو الشهادة الكاذبة أو إغراء شاهد أو الشروع أو الاشتراك فى إحدى الجرائم أو الجنح المشار إليها أعلاه .

– المفلسون الذين لم يرد لهم اعتبارهم .

وفرض فى المادة ١٥٠ عقوبة الحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر وبغرامة لاتتجاوز عشرة آلاف دينار جزائرى أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من يخالف الحظر المنصوص عليه فى المادة السابقة (المادة ١٤٩) وضاعف العقوبة فى حالة العود .

المبحث الثّانى

آثار الرهن

٢٢٦ – طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ١١٨ ، لايترتب على رهن المحل التجارى ، أن تنتقل حيازته إلى الدائن المرتهن ، بل يظل المحل التجارى فى حيازة المدين الراهن حتى يتمكن من الاستمرار فى استغلاله .

وفى مقابل ذلك وضع المشرع ضمانات لحماية الدائن المرتهن ، وذلك بإلزامه المدين الراهن بالمحافظة على الأموال المرهونة ، وفرض عليه عقوبات جنائية ، فى حالة إقدامه على إتلافها أو اختلاسها أو إفسادها بأى طريقة تؤدى إلى إنقاص أو تعطيل حقوق الدائن المرتهن . (المادة ١٦٧ تجارى فقرة أولى) .

ولم يقصر المشرع هذه العقوبات على المدين الراهن ، بل فرضها على كل من يقوم بأى محاولة للغش تهدف إلى حرمان الدائن من حقه فى الامتياز الذى له على الأموال المثقلة بالدين أو إلى إنقاصه . (المادة ١٦٧ فقرة ثانية) .

فإذا كان الشيء المرهون هو المعدات والأدوات والمهمات ، وجب المحافظة عليها وصيانتها ، بل أجاز المشرع فى المادة ١٥٤ تجارى ، للمستفيد من رهن هذه العناصر (المعدات والأدوات والمهمات) ، أن يطلب من المدين الراهن ، وضع علامات مثبتة على هـــذه المعدات ، وبشكل واضح ، تفيد رهنها وتتضمن مكان وتاريخ ورقم قيد الامتياز المثقلة به .

ولايجوز للمدين أن يقوم بالمعارضة فى هذا التدبير وإلا تعرض للعقوبات المنصوص عليها فى المادة ٣٧٦ من قانون العقوبات ، ولايجوز أن تكون العلامات الموضوعة على هـذا النحو معرضة للهلاك أو الانتزاع أو إخفاء المعالم قبل انقضاء امتيـاز الدائن المرتهن أو شطبه . (المـادة ١٥٤ فقرة ثانية) .

وإذا كان محل الرهن العناصر المعنوية للمحل التجارى ، وأهمها كما عرفنا عنصر الاتصال بالعملاء ، فيجب على المدين الراهن المحافظة على هذا العنصر ويسأل فى مواجهة الدائن المرتهن عن أى فعل يأتيه يكون من شأنه تنفير العملاء ، وانصرافهم عن التعامل مع المحل .

وعلى المدين الراهن كذلك واجب المحافظة على الاسم التجارى للمحل ، باعتباره حق مالى يدخل فى تكوين المحل التجارى ، وكذلك إن كان له تسمية مبتكرة كشعار خارجى لتمييز محله التجارى عن نظائره ، واجتذاب العملاء ، كمقهى الفردوس ، أو الصالون الأخضر ، أو فندق السعادة ، فلايجوز له تغييره خلال فترة الرهن .

وكذلك الأمر بالنسبة للحق فى الإجارة ، فإن المدين الراهن يلتزم بالمحافظة على هذا الحق وذلك بسداد أجرة المكان الذى يشغله المحل التجارى فى مواعيدها حتى لايتعرض لفسخ عقـــد الإيجار ، بل أوجب المشرع إبلاغ الدائنين المرتهنين ، فى حالة رفع دعوى بفسخ عقد إيجار المحل التجارى ، وذلك فى المحل المختار والمعين فى قيد كل منهم ، ولايجوز أن يصدر الحكم إلا بعد فوات مدة شهر من تاريخ إبلاغ الدائنين المرتهنين بذلك (المادة ١٢٤ تجارى فقرة أولى).

وفى حالة فسخ عقد إيجار المحل التجارى بالتراضى ، فلا يصبح الفسخ نهائياً إلا بعد مرور شهر من تاريخ تبليغ ذلك إلى الدائنين المرتهنين المقيدين فى المحل المختار لكل منهم ، وفى خلال هذه المدة يجوز لكل دائن مقيد أن يطلب بيع المحل التجارى بالمزاد العلنى (المادة ١٢٤ تجارى فقرة ثانية) .

على نه يجب ملاحظة أن الرهن لايمنـــع المدين الراهن من نقل المحل التجارى إلى مكان آخر بشرط موافقة الدائنين المرتهنين ، وإلا تصبح الديون المقيدة مستحقة الأداء بحكم القانون ، إذا لم يقم المدين الراهن بإبلاغ الدائنين المقيدين فى المحل المختار لهم خلال خمسة عشر يوماً سابقة على النقل وذلك بإعلان غير قضائى ، عن رغبته فى نقل المحل التجارى وعن المركز الجديد الذى يريد أن يقيمه فيه (المادة ١٢٣ تجارى) .

٢٢٧ — آثار الرهن بالنسبة للدائن المرتهن :

رهن المحل التجارى ، يرتب للدائن المرتهن حق عينى عليه ، يخوله ميزتى الأولوية فى استيفاء حقه بما قرره له القانون من امتياز على المال المرهون بالأولوية على غيره من دائنى التاجر الراهن وبحسب مرتبة قيده ، وكذلك بما قرره للدائن المرتهن من حق فى تتبـــع المحل التجارى فى أى يد يكون ، ولايكون للمتصرف إليه أن يتمسك بحيازته للمحل بحسن نية ، لأن المحل التجارى كما سبقت الإشارة مال منقول معنوى لاتنطبق عليه قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية .

ويتمتع الدائن المرتهن بميزة الأولوية بين الدائنين المقيـــدة حقوقهم على حسب ترتيب تاريخ قيودهم ، وتكون للدائنين المرتهنين المقيدين فى يوم واحد مرتبة واحدة متساوية (المادة ١٢٢ تجارى) .

وعلى هذا فإن تعدد الرهون لايؤثر على حقوق الدائن المرتهن الذى قيد حقه فى تاريخ سابق على رهن المحل التجارى مرة أخرى ، إذ يتم التفضيل بين الدائنين المرتهنين على أساس أسبقية القيد .

على أن المشرع أوجب على الدائن المرتهن ، فى حالة نقل المحل التجارى إلى مكان آخر ، أن يقوم فى خلال الثلاثين يوماً التالية لعلمه بالنقل ، بالنص على هامش قيد الرهن بما يفيد نقل المحل التجارى وعلى المركز الجديد الذى انتقل

إليه المحل التجارى ، فإذا كان نقل المحل إلى دائرة اختصاص محكمة أخرى فعليه نقل قيده الأول فى تاريخه الأصلى بسجل المحكمة التى نقل إليهـا وبيان مركزه الجديد . (المادة ١٢٣ فقرة ثانية) .

ورتب المشرع جزاءاً فى حالة إهمال هذه الإجراءات بنصه على أنه فى حالة إهمال هذه الإجراءات يمكن أن يسقط حق امتياز الدائن المقيد إذا ثبت أنه تسبب بتقصيره هذا فى إلحاق الضرر بالغير ، بسبب وقوعهم فى الغلط الناتج عن عدم التاشير على القيد للوقوف على الوضع القانونى السليم للمحل التجارى. (المادة ١٢٣ فقرة ثالثة) .

٢٢٨ – التنفيذ على المحل التجارى المرهون :

نصت المواد ١٢٥ ، ومابعدها من القانون التجارى على إجراءات خاصة للتنفيذ على المحل التجارى عند عدم الوفاء بالدين فى تاريخ استحقاقه .

فأجازت المادة ١٢٥ لكل من الدائن والمدين أن يطلب من المحكمة التى يقع بدائرتهـا المحل التجارى ، بيع المحل التجارى مع المعدات والبضائع التابعه له .

وتقرر المحكمة بطلب من الدائن القائم بالتنفيذ ، أنه فى حاله عـدم قيام المدين بالدفع فى المهلة المحددة يقع بيع المحل التجارى بناء على طلب الدائن وذلك بعد أن ينزر مالك المحل التجارى والدائنين المقيدين ، فى محلات الإقامه المختارة منهم فى قيودهم وذلك قبل خمسة عشر يوماً على الأقل من البيع ، بالاطلاع على دفتر الشروط ، وبيان اعتراضاتهم أو ملاحظاتهم وحضور مرسى المزاد إذا رغبوا فى ذلك .

ويتم البيع بعد عشرة أيام على الأقل من لصق الإعلانات التى تتضمن اسم الدائن المرتهن (القائم بالتنفيذ) واسم مالك المحل التجارى مع بيان مهنة كل منهما ومحل إقامته والحكم الصادر بالبيع ومحل الإقامة المختار بمكان المحكمة التى يستغل فى نطاق دائرتها المحل التجارى ومختلف عناصره التجارية ونوع أعماله التجارية وموقعه والسعر الافتتاحى والمكان و اليوم والساعة التى يحصل فيها مرسى المزاد واسم الموظف العمومى المكلف بالبيع (المادة ١٢٧ فقرة أولى).

وأوجب القانون لصق هـــذه الإعلانات من طرف الموظف العمومى المكلف بالتنفيذ ، على مبنى المحل التجارى ، وعلى مقر المجلس الشعبى البلدى للبلدية التى يوجد بدائرتها المحل التجارى وعلى مكتب الموظف العمومى المنتدب للتنفيذ ، وعلى مبنى المحكمة التى يوجد بدائرتها المحل التجارى . (المادة ١٢٧ فقرة ثانية) .

وكذلك أوجب القانون نشر الإعلان عن بيع المحل التجارى قبل عشرة أيام من البيع فى النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وفضلا عن ذلك فى جريدة مختصة بالإعلانات القانونية فى الدائرة أو الولاية التى يوجد فيهـــا المحل التجارى ، ويثبت النشر بقيد إشارة عنه فى محضر البيع .

ويفصل رئيس المحكمة المختصة (محكمة المكان الذى يجرى فيه استغلال المحل التجارى) فى أوجه الطعن ببطلان إجراءات البيع السابقة لمرسى المزاد، وفى المصاريف ، ويجب تقديم أوجه البطلان قبل مرسى المزاد بثمانية أيام على الأقل ، ويصدر الحكم فيها خلال نفس المهلة (المادة ١٢٧ فقرة أخيرة) .

٢٢٩ ــ آثار الرهن بالنسبة إلى الدائنين العاديين :

تقضى الفقرة الخامسة من المادة ١٢٣ بأن قيد الرهن الحيازى يمكن أن يجعل الديون السابقة عليه ، والتى يكون موضوعها استغلال المحل التجارى حالة الأجل ، من هذا النص يتضح أن من حق الدائنين العاديين السابقين على قيد الرهن ، إذا تعلقت ديونهم باستغلال المحل التجارى ، أن يطلبوا سداد ديونهم قبل مواعيد استحقاقها ، وصياغة النص بعبارة « . . . يمكن أن يجعل الديون السابقة ... حالة الأجل » يقصد به أن المشرع أجاز للدائنين العاديين وتكون ديونهم متعلقة باستغلال المحل التجارى طلب الحكم بسقوط الآجال وسداد ديونهم قبل مواعيد استحقاقها إذا أصابهم ضرر من ذلك القيد ، كما إذا كان الدين المضمون بالرهن يستغرق قيمة المحل ، ولم تكن للمدين أموال أخرى سواه .

* * *

تم بحمد الله

الفهرس

تمهيد	٥
خطة الدراسة .	٧
باب تمهيدى	٩
الفصل الأول :	
تعريف القانون التجارى وخصائصه .	١١
ـ نطاق ومجال القانون التجارى .	١٥
ـ النظرية الموضوعية .	١٥
ـ النظرية الشخصية .	١٦
ـ تقديرهما ومسلك المشرع الجزائرى .	١٧
ـ القانون التجارى بين التبعية والاستقلال .	١٩
الفصل الثانى :	٢٣
نشأة القانون التجارى وتطوره .	٢٣
ـ التطور فى العصور القديمة .	
ـ التطور فى العصور الوسطى .	٢٥
ـ التطور فى العصور الحديثة .	٢٧
ـ تطور القانون التجارى فى الجزائر .	٣٠
الفصل الثالث :	
مصادر القانون التجارى .	٣٣
المبحث الأول : المصادر الرسمية .	٣٣
المبحث الثانى : المصادر التفسيرية .	٤١

الباب الأول	
الأعمال التجارية	٤٣
الفصل الأول :	٤٣
تحديد الأعمال التجارية وأهميته	
نظرية المضاربة .	٤٤
نظرية التداول .	٤٥
نظرية المشروع .	٤٥
مسلك المشرع الجزائرى .	٤٦
أهمية التفرقة بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية .	٤٩
الفصل الثانى :	٥٥
الأعمال التجارية فى القانون التجارى الجزائرى .	
الفرع الأول :	٥٦
الأعمال التجارية بحسب موضوعها .	
المبحث الأول :	٥٧
الأعمال التجارية المنفردة	
المطلب الأول : الشراء لأجل البيع .	٥٧
الشرط الأول : الشراء	٥٨
ـ الأعمال الزراعية .	٥٨
ـ المهن الحرة .	٦٠
ـ الانتاج الذهنى .	٦٠
الشرط الثانى : أن يرد الشراء على منقول أو عقاره .	٦١