جـــامعة

غردايـــة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم : الحقوق

مطبوعة بيداغوجية تحت عنوان:

دروس في مقياس
القانون التجاري

موجهة لطلبة مستوى السنة الثانية جدع مشترك

تخصص: قانون عام

من إعداد:

د/ لشقر مبروك

السنة الجامعية: 2022_2021 م

من أجل دراسة شاملة لهاتين الوسيلتين نسطر برنامجا يتضمن توزيع محاور المقياس على أسابيع السداسي على النحو المبين في الجدول أدناه.

برنامج دروس في مقياس القانون التجاري :

المحور	أسابيع السداسي	رقم الدرس	عنوان الدرس
مفهوم القانون التجاري ومصادره	الأسبوع الأول	الدرس الأول	مفهوم القانون التجاري
	الأسبوع الثاني	الدرس الثاني	نشأة القانون التجاري
	الأسبوع الثالث	الدرس الثالث	أسس ونطاق القانون التجاري
	الأسبوع الرابع	الدرس الرابع	مصادر القانون التجاري
الأعمال التجارية	الأسبوع الخامس	الدرس الخامس	أهمية تحديد الأعمال التجارية ومعيارها
	الأسبوع السادس	الدرس السادس	ضوابط التمييز بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية
	الأسبوع السابع	الدرس السابع	أنواع الأعمال التجارية
التاجر	الأسبوع الثامن	الدرس الثامن	التزامات التاجر
	الأسبوع التاسع	الدرس التاسع	الإفلاس بالتدليس
المحل التجاري	الأسبوع العاشر	الدرس العاشر	مفهوم المحل التجاري
	الأسبوع الحادي عشر	الدرس الحادي عشر	الطبيعة القانونية للمحل التجاري
	الأسبوع الثاني عشر	الدرس الثاني عشر	العناصر المكونة للمحل التجاري

المحور الأول: مفهوم القانون التجاري ومصادره

أولا -مفهوم القانون التجاري:

1-تعريف القانون التجاري:

هو فرع من فروع القانون الخاص يحكم طائفة معينة من الأشخاص وهم التجار وطائفة من الأعمال وهي الأعمال التجارية.

تحديد نطاق القانون التجاري: لتحديد نطاق القانون التجاري ظهر اتجاهان فقهيان:

أ- المذهب الشخصي أو الذاتي: يجعل هذا المذهب من القانون التجاري قانون التجار وأساس أحكام القانون التجاري هو الشخص الناجر وبهذا يصبح القانون التجاري قانونا

مهنيا وحرفيا لأنه يحكم طائفة التجار سمي قانونا مهنيا، ولأن يحكم حرفة التجارة سمي قانونا حرفيا. وهذه هي نشأة القانون التجاري.

الانتقادات الموجهة لهذا المذهب:

- إن تطبيق القانون التجاري على التجار يتطلب تحديد الحرف أو المهن التجارية التي يعتبر القائمون بها تجارا، وهذا ليس سهلا، لأن المشرع لا يستطيع أن يضع معيارا خاصا يحدد به هذه الطائفة وأنه كذلك لا يستطيع أن يعدل بنصوص قانونية هذه الحرف التجارية لأن هذه الحرف في تطور سريع مستمر.
- إن القول بأن القانون التجاري هو قانون التجار يعني ذلك أنه يؤدي إلى استغراق حياة التاجر، أي أنه كل عمل يقوم به التاجر لابد أن نخضعه للقانون التجاري وهذا ما يعتبر منافيا للواقع، وهذا لأن التاجر بالإضافة إلى أنه يقوم بأعماله التجارية فإنه كذلك يقوم بأعمال أخرى مدنية مثل الزواج، الطلاق... فالتاجر له حياته الخاصة.

ب- المذهب الموضوعي أو المادي:

عند نشأة القانون التجاري كان قانون التجار، ولكن بعد الثورة الفرنسية تغير هذا المفهوم وبدل أن يصبح قانون التجار أصبح قانون للأعمال التجارية، فكل شخص يريد القيام بالتجارة فعليه بعض الالتزامات[1] ويمكنه القيام بالأعمال التجارية، عكس ما كان في القديم حيث يصعب على الشخص أن يصبح تاجرا إلا إذا قبلت منظمة أو طائفة التجار ذلك. وهذا المعيار موضوعي أو مادي لأنه يعتد بالعمل التجاري كأساس لتطبيق القانون التجاري الذي يطبق على الأعمال التجارية سواء كان تاجرا أو غير تاجر.

الانتقادات:

- الانتقادات الموجهة لهذا المذهب رغم موضوعية هذا المعيار فإنه لم يخلو من الانتقاد.
- إن تطبيق هذا المعيار يلزم تحديد الأعمال التجارية أو على الأقل لابد من وضع معيار عام للعمل التجاري، وكذلك لابد من التمييز بين العمل التجاري الذي نخضعه للقانون التجاري والعمل المدني الذي نخضعه للقانون المدني وهذا صعب جدا، وهذا لأن العمل التجاري متطور ومستمر يظهر في كل يوم وإذا لم يكن المشرع قد نص على هذه الأعمال فلا يمكن تطبيق القانون التجاري.

ج- ما أخذت به التشريعات المختلفة:

ما أخذت به التشريعات المختلفة في تحديد مجال القانون التجاري هو مزيج من المعيارين، منها المشرع الفرنسي والمشرع الجزائري حيث اعتمد على جوانب من المعيار المادي وجوانب من المعيار الذاتي.

والمشرع في المادة الأولى يعرف لنا التاجر "يعتبر تاجرا كل شخص يمارس أعمالا تجارية ويتخذها مهنة معتادة له" وفي المادة الثانية يحدد لنا الأعمال التجارية بحسب الطبيعة أو بحسب الموضوع، وهنا يتجلى المذهب الموضوعي، وفي المادة الرابعة يحدد لنا الأعمال التجارية بالتبعية وتعتبر أعمال مدنية بطبيعتها فإنها تتحول إلى أعمال تجارية بطبيعتها وهذا عندما يقوم بها التاجر كذلك نلاحظ تجسيد المعيار الشخصي في تعبير

[1] هشام قاسم: المدخل إلى علم القانون- مديرية الكتب الجامعية بجامعة دمشق 1986- ص100

المشرع في دستور 96 المادة 01 مكرر تقول يطبق القانون التجاري على العلاقات بين التجار.

القانون التجاري يتمتع بالخصوصية والاستقلالية عن القانون المدني الذي يعتبر الشريعة العامة للقانون الخاص، هذه الخصوصية تستمد جذورها من منشأ ومصدر القانون التجاري الذي هو قانون التجارة[2].

2-مفهوم التجارة: لها مفهومان:

- المفهوم الاقتصادي: تعني تداول الثروات، وهذا المفهوم يقترب من المفهوم العادي للتجارة.
- المفهوم القانوني: وهو أوسع من المفهوم الاقتصادي بالإضافة إلى أنه يضم تداول الثروات فإنه كذلك يضم إنتاج الثروات من طرف المصنع، فالمداول للسلعة والمنتج لها يعتبران تاجران، غير أننا لا يمكن اعتبار الفلاح والصياد تاجران، وكذلك الشأن بالنسبة لأصحاب المهن الحرة مثل الطبيب والمحامي لا يمكن اعتبارهم تجار.

ونشير إلى أن القانون التجاري يحتوي على قواعد استثنائية تخرج عن قواعد القانون المدني والشريعة العامة.

3-نشأة القانون التجاري:

أولا-مراحل تطور القانون التجاري

القانون التجاري لم يكن وليد الصدفة أو وليد التشريع، بل كان وليد أعراف كانت سائدة منذ القديم، وأول ما بدأت تظهر في مجال التجارة البحرية، فظهرت بعض قواعده في العصر البابلي وتطورت عبر التاريخ خاصة على يد الفينيقيين، ومن هذه القواعد ما بقاعدة الخسائر المشتركة في التجارة.

ولقد كان الإغريق ينظرون إلى التجارة على أنها مهنة منبوذة، وأما الرمان فلم يكونوا يقومون بالتجارة إنما يقومون بالزراعة أو الحرب، والتجارة كان العبيد هم الذين يقومون بها.

ولقد بدأت أحكام وقواعد القانون التجاري تتبلور في العصور الوسطى (عند سقوط روما وسقوط الإمبراطورية الرومانية)[3] وهذا ما أدى إلى ظهور العديد من القواعد القانونية التجارية، وهذا لأنه ظهرت في إيطاليا من تنتج سلع وبدأت في المدينة الواحدة تترسخ قواعد القانون التجاري ثم بعدها بدأت الرحلات التجارية في قوافل محمية من طرف الجند، وكان هناك اتفاق التجار اللقاء في مكان معين لتبادل السلع. وهذا ما تستطيع أن نسميه اليوم أسواق أو معارض دولية ثم بعدها في العصور الوسطى ظهرت السفتجة (أو الكمبيالة)، فلقد كان التاجر عوض أن يأخذ أمواله الضخمة، يحرر للذي يشتري من أمر بالدفع من مدينة ويحدد له في هذا الأمر التاريخ. ثم بعدها أصبح التجار يشكلون طائفة في المدينة، وينتخبون قنصل منهم مهمته الفصل في النزاعات التي تقوم بين التجار، وهذا طبقا الأعراف السائدة في السوق، ثم بعدها تطورت قواعد القانون التجاري كثيرا باكتشاف الآلات البخارية، واكتشاف العالم الجديد أمريكا ورأس الرجاء الصالح.

ثم بعد كثرة الأعراف التجارية أصبح هناك تداخل فيما بينها، هنا تدخل المشرع في عهد لويس الرابع عشر الذي كلف وزير المالية بأن يقنن أحكام وقواعد التجارة وهو تقنين

---

[2] علي بارودي: القانون التجاري – منشأة المعارف الإسكندرية 1986-ص19

[3] محمد حسن الجبر: القانون التجاري السعودي –جامعة الملك سعود. الرياض 1982.ص13

للأعراف وهذا يعد التقنين طائفي أو مهني، وبعد الثورة الفرنسية ظهر تقنين تجاري آخر يعدل من التقنين الطائفي الذي كان سائدا، فصدر قانون التجارة البرية ثم التجارة البحرية الذين يعتبران أساس القانون التجاري الفرنسي.

ثم بعدها استمر القانون التجاري في تطوره نتيجة توحيد بعض أحكامه في اتفاقيات دولية، مثل الاتفاقية الخاصة بالشيك والسفتجة والاتفاقية المتعلقة بالتجارة البحيرة.

ويظهر الآن أن قواعد القانون التجاري عادت للطائفية وهذا لتأثير التجار الدوليين في قواعد القانون التجاري هؤلاء التجار الذين يبعدون أحكام القانون الوطني، ومن هؤلاء الشركات المتعددة الجنسيات. أي نزاع يقع بين الطرفين يفصل فيه عن طريق التحكيم (وهذا يعني أنه في حالة أي نزاع، كل قاضي وطني تعرض عليه القضية يحكم بعلم الاختصاص لوجود شرط التحكيم).

ولقد ذهب التجار الدوليين لأبعد من هذا وهو اختيار قواعد التجارة الدولية التي هي من صنعهم،وفي الجزائر عقب الاستقلال ظهرت تشريعات القانون التجاري أهمها الامر رقم 59/75 المؤرخ في 1975/09/26[4].

وأصبحوا يطلقون على قواعد القانون التجاري اسم قانون المتعاملين التجاريين Lex mecandouriat.

4- استقلالية وذاتية القانون التجاري (أسس ونطاق القانون التجاري)

أ- أسباب وجود القانون التجاري المستقل:

هناك عدة عوامل وأسباب عملية أدت إلى ظهور واستقلال القانون التجاري عن القانون المدني وهذه الأسباب تتمثل فيما يلي:

-سرعة المعاملات التجارية: التي هي أساس القانون التجاري، هذا لأنه يجب بيع السلعة في اسرع وقت ممكن لأنها عرضة للتلف، كذلك بالنسبة لأسعار هذه السلعة فهي عرضة للتقلبات، فمن مصلحة التاجر أن يبيع سلعته وسعرها مرتفع في وقت لم يوزعها باقي التجار ومن هنا يعتبر الوقت معين بالنسبة للتاجر، وهذا عكس التعاملات المدنية في البيع والشراء حيث نجد الشخص يتريث في إبرام العقد وهذا لأنه يأخذ للاستهلاك، لذلك فمن المستحيل أن تلزم التاجر بالخضوع للقانون المدني بالإضافة إلى أن القانون المدني يضع شروطا للإثبات (إثبات الدين بالوثائق) أما في التجارة فيجوز للتاجر أن يثبت دينه بكل الأدلة (الفاتورة، الشهود، الوثيقة...)، إضافة إلى أن المعاملات التجارية يغلب عليها طابع المضاربة (أي أن التاجر يقصد تحقيق الربح) عكس الفرد العادي فإنه يقصد تحقيق منفعته ومصلحته الخاصة.

كذلك القانون التجاري أقل شكلية ولهذا فهو يعتمد على حسن النية بين التجار فيما بينهم، كما أنه يتمتع بإجراءات أبسط في حل النزاعات التي تنشأ في ظله، غير أن بعض العقود تتطلب الشكلية لأهميتها وكذا التأثير في حقوق الغير التي منها المحل التجاري، وعقد الشركة[5].

---

[4]الصادر بموجب الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم

[5]عبد مرعي: التاجر ونشاطاته مجلة الدراسات التاريخية. مجلة علمية فطية تصدر عن جامعة دمشق. العدد 24 سنة 1986ص 142 ومابعدها

ب -الائتمان: Le CRIDIT أي الشراء بدون دفع الثمن على الفور، وهذا لأن التاجر في حاجة إلى مهلة لتنفيذ التزاماته، لأنه هو في المقابل لا يقبض ثمن ما يبيعه حالا باستثناء تاجر التجزئة ويكون مقابل السفتجة وهي طريقة قانونية، أو مقابل الشيك الذي يحدد فيه التاريخ ويكون في المستقبل وهي طريقة غير قانونية.

ج- تدعيم الضمان: سهولة منح الإئتمان يستلزم منح هذا التاجر الثقة الكاملة ولكن هذه الثقة لابد أن يقابلها حماية، الهدف منها حماية التاجر الدائن من عجز التاجر المدين من دفع ديونه وهذه الحماية تتمثل في عدد من الضمانات أقرها القانون التجاري وهي:

-نظام الإفلاس والتسوية القضائية: في القانون المدني مثلا إذا كان شخص عادي مدين لشخص آخر، وحينما يحين وقت الدفع يوجه له إعذار، وعندما لا يستطيع المدين الدفع لأنه في حالة إعمار، لا يبقى أمام الدائن إلا المطالبة بحقه عن طريق القضاء أو يمهله مدة من الزمن، وإذا تعدد الدائنون يجب على كل دائن أن يتبع إجراء مستقلا، والدائن الأول الذي يطالب بحقه عن طريق القضاء هو الذي يحصل على حقه أولا. أما في المجال التجاري فيختلف الأمر عندما لا يستطيع التاجر المدين أن يدفع دينه فيطلق عليه بأنه في حالة توقف عن الدفع، وتبعا لذلك فهو معرض لنظام الإفلاس، ويكون ذلك برفع الدائن دعوى قضائية ضد المدين يعلن فيها توقف المدين عن الدفع، أو أن المدين هو نفسه شخصيا يذهب للقاضي ويعلن له ذلك، هنا القاضي ينظر لحالة هذا التاجر المدين، فإذا كان له أموال في الخارج، يمنع التاجر من استغلال أمواله، يجمعها القاضي ويقدم للدائن دينه وهذه هي التسوية القضائية. أما إذا لم يكن لهذا التاجر أموال يصدر القاضي حكما بإفلاس التاجر أي أنه لا يستطيع تسيير أمواله. ويعين شخص لتسيير هذه الأموال وهذا الشخص وكيل التفليسة أو المصفي، وفي هذه الحالة يشهر حكم إفلاس التاجر، وتمنح مدة زمنية معينة لكل دائن بأن يتقدم ويسجل اسمه بعد هذه المدة تقفل قائمة الدائنين، بعدها يقوم المصفي ببيع أموال المدين وتوزع هذه الأموال على الدائنين قسمة غرماء[6].

-التضامن بين المدينين: في المسائل المدنية فإن التضامن بين المدينين غير مفترض إلا إذا وجد اتفاق صريح بين المدينين أو إذا وجد نص قانوني يلزم بذلك. أما في المسائل التجارية فالتضامن بين المدينين مفترض حتى ولو لم يكن هناك اتفاق بين المدينين (أي أن القانون نص على أنه إذا كان المدينين مرتبطين بدين تجاري واحد فإنهم ملتزمين بالتضامن والدائن يحق له أن يتوجه لأيسر المدينين ويطالب بالدين كله الذي له على مجموعة المدينين ولكن يشترط أن يكون دين تجاري واحد).

-التزامات مهنية خاصة تقع على عاتق التجار: تتمثل هده الالتزامات في القيد في السجل التجاري، فكل تاجر يلزمه القانون بقيد نفسه في السجل التجاري، وكذلك بمسك دفاتر تجارية خاصة به (هناك دفتر يومي وهناك دفتر يومي وهناك دفتر سنوي يسمي بدفتر الجرد). وفي حالة إخلال التاجر بذلك يمكن أن يفقده ذلك بعض الحقوق وتعرضهم لعقوبات مهنية وجزائية خاصة عند التوقف عن الدفع.

-خصوصية ميدان النشاط التجاري: فالحياة التجارية في حد ذاتها ترسخ سمات مميزة للقانون التجاري وهذه السمات في حالة تطور مستمر كالأوراق التجارية أو القرض

[6] عزيز العكيلي: القانون التجاري .مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان 1996-ص29

الإيجاري CRIDIT BAYE (معناه المقرض لا يقرض مدينه مبلغ من المال وإنما يشتري له ما يحتاج، مثلا يشتري له طائرة، ثم يؤجرها لهذا المقترض أو شركة الطيران وهذه الشركة تدفع شهريا جزءا من الدين وهو جزء الثمن، وبعد ما تدفع كل الثمن تصبح الشركة هي المالكة، وهذا خوفا من إفلاس المدين، فإذا أفلس المدين تبقى ملكية الطائرة للدائن).

- أو عقود التسيير (مثلا فندق يمنح تسيره الشركة عالمية) وغيرها من الأنظمة التي تجعل من القانون التجاري قانون حديث وقانون مستقل، فالقانون التجاري يتوسع على حساب القانون المدني خاصة وأن القانون التجاري يتمتع بطابعه الدولي.

ب- ذاتية القانون التجاري :

انقسم الفقهاء إلى فريقين فريق يدعو إلى توحيد القانون التجاري مع القانون المدني، وفريق يدعو إلى الازدواجية.

-دعاة التوحيد: هؤلاء يدعون إلى توحيد القانون التجاري مع القانون المدني، بل ويذهبون إلى أبعد من ذلك، إلى أن القانون التي التجاري يستغرق القانون المدني لذلك لابد من التوحيد.

مبررات هذا الاتجاه:

1- إن فكرة توحيد القانون الخاص سوف تقضي على مشكل تحديد نطاق القانون التجاري.
2- إن التوحيد يجعل مزايا القانون التجاري تسري على المعاملات المدنية خاصة وأن المجتمع العصري في تطور مستمر.
3- يستند هذا الجانب من الفقه إلى وجود توحيد فعلي في بعض التشريعات كالتشريع السويدي والإيطالي والانجليزي.
4- انتشار بعض أساليب التجار بين غير التجار من ذلك فتح الحسابات البنكية، كذلك التعامل بالسفتجة الذي كان خاصا بالتجار، فأصبح الأفراد أيضا يتعاملون بالسفتجة، كذلك التعامل في الأسهم بالبيع والشراء كان يقتصر على التجار أما الآن فصار الأشخاص يتعاملون بهذه الأسهم، كذلك الاقتراض من البنوك كان خاصا بالتجار والآن أصبح الأفراد العاديون يلجؤون إلى البنوك للاقتراض لشراء منزل أو أي استهلاك آخر الذي كان خاصا بالتجار أي نظام القرض.
5- اتحاد معظم العمليات المدنية والتجارية في الطبيعة والأركان والعناصر، فمثلا عقد البيع التجاري لا يختلف عن عقد البيع المدني سواء في أركانه أو شروطه. كذلك عقد الشركة التجارية لا يختلف عن الشركة المدنية بل أن عقد الشركة التجارية غير منظم في التجاري بل هو منظم في القانون المدني[7].

لكل هذه الأسباب دعا أصحاب هذا الاتجاه إلى توحيد القانونيين:

- رغم هذه الحجج التي تبدو أنها موضوعية غير أن هناك جانب من الفقه لازال متمسكا باستقلالية القانون التجاري عن القانون المدني والحجج التي يعتمدها هذا المذهب هي في حقيقتها انتقاء لمذهب التوحيد.

-دعاة الازدواجية: يدافع هذا الاتجاه عن آرائهم التي تقول باستقلالية القانون التجاري الذي اكتسب ذاتية خاصة أو كيان مستقل معتمدين في ذلك على ما يلي:

[7] - paul didier: droit commerical les entrep rises paris 1970 p10.

- السرعة والتبسيط في إجراء التعامل التجاري ليست غاية في حد ذاتها، بل هي وسيلة تتطلبها طبيعة النشاط التجاري وبالتالي فإن هذا التبسيط لا يصلح إلا في المعاملات التجارية، وتكون أقل نجاحا في المعاملات المدنية.
- سهولة الإثبات لا تكون لها فعالية إلا في المعاملات التجارية وبالتالي لو سهلنا إجراءات الإثبات بين الأفراد العاديين لأدى ذلك إلى نتائج عكسية، لذلك هذه السهولة لا تكون لها أهمية إلا في الحالات التجارية وكذلك فإن الكتابة في بعض العقود تصبح ضرورية التفكير قبل الإقبال على التصرف (هذا بالنسبة للأفراد) أما التاجر فإنه يشتري ليبيع، ولا يهمه ما يشتري (نوية البضاعة) عكس الشخص العادي فإنه يهمه ما يشتري لأنه يشتري ليستهلك ويشتري ليملك فيحاول شراء أجود ما يستطيع لذلك فهو يتروى ويتريث قبل الشراء بسهولة تصلح للتاجر ولا تصلح لغيره.
- استعمال غير التجار لبعض أساليب التجار لا يؤثر في استقلالية القانون التجاري عن القانون المدني لأن القانونين تربطهما علاقة وصلة وثيقة فليس هناك مانع من أن يستعير أحد القانونين أنظمة القانون الآخر أي يمكن للقانون التجاري أن يأخذ بعض أحكام القانون المدني والعكس كذلك[8].
- تحقيق التوحيد في بعض التشريعات: إذا كان ذلك صحيحا فإن تذلك ليس إلا شكليا ولم يصل إلى حد الإدماج الحقيقي بين القانونيين لأن وصلت إليه بعض التشريعات ليس إلا وحدة التقنيين وليس وحدة للقانون لأننا نجد في التقنيين الواحد عدة قوانين (قواعد تنظم المعاملات المدنية وكذلك التجارية) لذلك لا يصلح هذا كأساس للتوحيد، واختلاف النشاط التجاري عن النشاط العادي يتطلب وجود قانون أكثر ملائمة وتقنية ومرونة لمسايرة حركية هذا النشاط التجاري بينما نجد عكس ذلك فالقانون التجاري يتمتع بجمود واستقرار أكبر لأنه أكثر تجدرا في تقاليد مجتمع ما.
- التطور التاريخي للقانون التجاري سواء قديما أو حديثا بين توجها أكثر فأكثر يجعل هذا القانون قانونا مهنيا يطبق على التجار وحدهم مما يستدعي ويتطلب بالضرورة المحافظة على ازدواجية القانونين المدني والتجاري.

ثانيا- مصادر القانون التجاري:

أي المراجع التي يبحث فيها عن الأحكام الواجبة التطبيق على المنازعات التجارية، فأول ما يجب فعله إذا كان لدينا مسألة لابد من تكييف النزاع هل هو جنائي أو مدني أو تجاري، فإذا كان تجاريا لابد من البحث في مصادر القانون التجاري لتطبيقها على النزاع المطروح وهي تقسم إلى نوعين فهناك مصادر أساسية ومصادر
تفسيرية أو إستئناسية فالمصادر الأساسية تتمثل في التشريع والعرف والشريعة الإسلامية. أما الإستئناسية فتتمثل في الأحكام القضائية والأراء الفقهية.

1- **المصادر الأساسية أو الرسمية:**

أ-التشريع: يعتبر أهم مصدر للقانون التجاري ويتضمن الأحكام الخاصة التي نص عليها القانون التجاري والأحكام العامة التي يتضمنها القانون المدني كما تعتبر الاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها الجزائر مصدرا تشريعيا خارجيا أو دوليا للقانون التجاري:

[8] J. hamel g. lagorel .a. jauffert .droit commercil 2eme. Tome1 dalloz .paris 1980. P212.

التشريع التجاري: هو المصدر الرئيسي للقانون التجاري وهو التشريع الصادر بالأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمعدل والمتمم بعدة قوانين وأوامر. وبالطبع فهذه فالأحكام والنصوص التكميلية للقانون التجاري تدخل في إطار التشريع التجاري مثل المرسوم التنفيذي المتضمن إجراءات القيد في السجل التجاري الصادر في 1997. كذلك صدرت عدة أحكام مكملة له سواء في قوانين صادرة عن الجهاز التشريعي مثل قانون 90-22 المؤرخ في 18 أوت 1990 المتعلق بالسجل التجاري وغيرها من المراسيم والقرارات الصادرة عن السلطة التنفيذية.

القانون المدني: يعتبر القانون المدني مصدرا هاما للقانون التجاري باعتباره الشريعة العامة للقانون الخاص التي تعتبر المرجع في تنظيم العلاقات بين الأفراد التي لم ينظمها نص خاص بها مثل الشركة فالقانون التجاري لم ينظم أركان عقد الشركة، هنا لابد من اللجوء للقانون المدني، كذلك عقد البيع فالقانون التجاري لم يتناوله فيما يخص أركانه وإثباته ويلاحظ أنه إذا تعارض نص مدني ونص تجاري فلابد من تغليب النص التجاري لأن الخاص يقيد العام حتى ولو كان النص المدني لاحقا للنص التجاري إلا إذا كان النص اللاحق ينص صراحة على إلغاء النص التجاري.

الاتفاقيات الدولية: لاحظنا في السابق أن القانون التجاري يتمتع بدوليته وذلك راجع إلى ازدهار التبادل التجاري بين الشعوب عكس ذلك القانون المدني الذي يخص مجتمع بعينه، فهو متقوقع على نفسه.

مما أدى إلى تنازع في التشريعات التجارية الداخلية وهذا أدى إلى إبرام عدة مؤتمرات دولية تمخضت عن إبرام اتفاقيات دولية وإن ازدهار العلاقات التجارية بين الدول وأفرادها واختلاف وتشعب القوانين التجارية من جهة أخرى دفع الدول إلى إبرام اتفاقيات فيما بينها الهدف منها توحيد القواعد القانونية المطبقة على التجارة الدولية وتشجيع هذه العلاقات وبالأخص وضع حد لتنازع القوانين، من بين هذه الاتفاقيات اتفاقية نقل البضائع والركاب بالسكك الحديدية المبرمة في بارن 1890، وكذلك إتفاقية فيرسوفيا للنقل الجوي المبرمة سنة 1929.

واتفاقية بروكسل للنقل البحري المبرمة سنة 1921 التي وقعت عليها عدة تعديلات واتفاقية جنيف الخاصة بالسفتجة المبرمة سنة 1930.

واتفاقية الشيك المبرمة سنة 1931 واتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، ولقد قامت معظم الدول بما فيها الجزائر بالمصادقة على هذه الاتفاقيات واعتمادها تقنياتها الداخلية لذلك فهذه الاتفاقيات تعتبر مصدرا للقانون التجاري متى تم المصادقة عليها.

ب- العرف: العرف هو اتباع سلوك معين أو إطراد أفراد المجتمع على سلوك معين مع الشعور بإلزاميته كالقاعدة القانونية تماما، لكن كما هو في الواقع يتعامل التجار عن طريق الاقتراض بفائدة، فهل هذا السلوك الذي ظهر بين التجار قد يصبح عرفا أم لا؟ هذا السلوك غير جائز لأنه مخالف للنظام العام والنص الذي يمنع ذلك موجود في القانون المدني وينص على أن القرض الاستهلاكي لا يجوز أن يكون بفائدة وعليه فإنه لابد أن يتدخل المشرع فيمنع ذلك صراحة (حتى ولو بقي معمولا به في الواقع) وإلا يسمح بذلك ويحدد قيمة هذا الاقتراض بفائدة.

- العادة التجارية أو الاتفاقية: يبدأ الأخذ بها كشرط صريح في العقد ولكن نتيجة لتكرار هذا العقد بين الطرفين يصبح ليس بالضرورة ذكر هذا الشرط وإنما تصبح عادة تتجه إليها نية الأفراد وبالتالي تصبح لا ضرورة من ذكرها في العقد لذلك فإن هذه العادة التجارية تستمد قوتها التجارية من عادة إرادة الأطراف في الأخذ بها ضمنيا ولكن إذا ثبت عدم اتجاه إرادة أحد المتعاقدين إلى الأخذ بها كشرط في العقد أو إذا كان يجهل وجود مثل هذه العادة التجارية فإنه يستبعد الأخذ بها ولو نجري مقارنة بين العادة التجارية والعرف فإننا نجد أن العادة تتمتع ببعض خصائص العرف ولكنها لا تتوفر على العنصر المعنوي أي الشعور بالإلزامية، والعادة التجارية باعتبارها شرط ضمني في العقد لا يمكن تصور سريانها على التاجر الذي يجهلها، لذا فإن القاضي لا يستطيع تطبيقها من تلقاء نفسه بل يجب أن يتمسك بها أحد الأطراف حتى يطبقها أحد الأفراد، وعليه أن يثبت وجودها، كذلك القاضي عندما يطبق العادة التجارية لا يخضع لرقابة المحكمة العليا في ذلك سواء من حيث التفسير أو تطبيق العادة الاتفاقية.

-ترتيب مصادر القانون التجاري الرسمية:

1. القواعد التجارية الآمرة.
2. القواعد المدنية الآمرة.
3. قواعد العرف التجاري.
4. العادات التجارية.
5. النصوص التجارية المفسرة.
6. النصوص المدنية المفسرة.

2-المصادر التفسيرية:

ويقصد بها الأحكام القضائية والآراء الفقهية حيث يعتبر هذين المصدرين مصدرين تفسيريين وإستئناسيين يستلهم منهما القاضي التفسير الملائم للقواعد القانونية سواء التشريعية أو العرفية:

-القضاء: يعتبر القضاء مصدرا تفسيريا هاما للقواعد القانونية لأن دور القاضي يتمثل أصلا في تفسير القواعد القانونية وتطبيقها على المنازعة التي أمامه، ويساعد تكرار هذا التفسير على تكوين اجتهاد مستقر يتمتع بقيمة أدبية ومعنوية خاصة عند صدوره من المحاكم العليا ولكنه لا يرقى إلى مرتبة الإلزامية القانونية بل هناك إلزام أدبي ومعنوي.

-الفقه: له دور هام في تفسير القواعد القانونية وإيضاح غموضها وشرح مصادرها مما يساعد على سد النقص في التشريع خاصة في المسائل المستحدثة في التعامل التجاري مما يساعد القضاء على إيجاد الحلول الملائمة للمنازعات القائمة أمامه، كما يوجه المشرع إلى إصدار النصوص القانونية لتنظيم الحالات المستجدة لذلك يعتبر الفقه مصدرا تفسيريا كالقضاء وإن كان يمس الجانب النظري الموضوع بينما يمس القضاء الجانب التطبيقي للقانون.

- مجال ونطاق القانون التجاري:

إن مختلف التشريعات حددت نطاق تطبيق القانون على أساس المذهبين الشخصي والموضوعي معا، ومن هذه التشريعات، التشريع الجزائري.

المحور الثاني: الأعمال التجارية

نظرا لأهمية هذه الأعمال التجارية نجد أن المشرع قد نظمها في المواد:2،3،4 من القانون التجاري، واعتبر بعضها أعمالا تجارية بطبيعة المادة الثانية ، واعتبر الأخرى أعمال تجارية بحسب الشكل المادة الثالثة، واعتبر الأخرى أعمالا تجارية بالتبعية.

لكن ما لم يقر به المشرع وعن قصد هو عدم تعريفه للعمل التجاري، الذي يمكن بواسطته تحديد العمل التجاري تحديدا دقيقا، والسبب يرجع إلى أنه حتى الفقه لم يستطيع أن يتفق على معيار واحد للعمل التجاري، لذلك نجد أن التشريعات المختلفة قد تجاهلت وضع معيار معين لتحديد العمل التجاري، لذلك حاول الفقه أن يملأ هذا الفراغ التشريعي وذلك بالبحث في جوهر العمل التجاري لاستخلاص خصائصه ومميزاته ليضع بعد ذلك تعريفا دقيقا له، غير أن الفقه بدوره لم ينجح في هذه المحاولة[9].

لذلك نادى بعض الفقه بإدماج القانون التجاري مع القانون المدني للقضاء على إشكالية وضع معيار لتحديد العمل التجاري، لذلك سنتعرض لأهمية تمييز العمل التجاري عن العمل المدني، بعدها سوف نتعرض لمعيار التمييز (أهم المعايير التي وضعها الفقهاء) نتعرض بعد ذلك للأعمال التجارية المنصوص عليها قانونا.

أولا- أهمية تحديد الأعمال التجارية ومعياره:

أهمية التحديد: هذه الأهمية تبرز في نواحي عديدة وذلك نظرا لتسهيل إجراءات القيام بالأعمال التجارية من جهة وتبسيط طرق الإثبات فيها وتدعيم الثقة والائتمان للقائمين بهذه الأعمال. وتتحد أهمية تمييز العمل التجاري عن العمل المدني في:

1-الاختصاص القضائي: نبحث موضوعين الاختصاص النوعي (هل الاختصاص قضائي أو تجاري أو مدني) والاختصاص المحلي (المحكمة المختصة) هذا في المدني أما في التجاري لابد أن نميز بين الاختصاص النوعي والمحلي.

هناك محاكم مدنية تنظر في المسائل التجارية، وهناك محاكم تجارية تنظر في المسائل المدنية.

فيفترض أن القاضي التجاري إذا رفعت أمامه مسألة مدنية لا يستطيع أن يدفع بعدم الاختصاص والعكس صحيح لأن وجود قسم مدني وآخر تجاري ما هو إلا تقسيم داخلي وليس ازدواجية في القضاء.

الأسباب التي تدعو إلى التفرقة بين القانون التجاري والقانون المدني:

- الإثبات: إثبات الدين يخضع للمادة 333 مدني لا يجوز الإثبات إلا بالكتابة فيما يزيد عن 1000 دينار أما في المسائل التجارية فيجوز طبقا للمادة 30 ق ت الإثبات بكل الوسائل: سندات، فاتورة، الرسائل ...إذا رأت المحكمة قبولها.
- التضامن: التضامن في المسائل المدنية غير مفترض إلا إذا وجد نص صريح، أما في المسائل التجارية فالتضامن مفترض.
- عدم مجانية العمل في المسائل التجارية: ويقصد بذلك الوكالة، والقاعدة في المسائل المدنية أو الوكالة تبرعية أي مجانية إلا إذا كان هناك اتفاق (م 58 م)، أما في المسائل التجارية فإن العمل التجاري يفترض أن الوكالة تتم بمقابل، وهذا المقابل إما أن يتفق عليه صراحة أو يحدد ذلك بسعر معين أو نسبة معينة، وإذا لم يحدد بالاتفاق فإن

[9] نهاد السباعي: الوسيط في حقوق التجارية البرية الجزء الأول – مطبعة الدوادي .دمشق 1986.ص83

القاضي هو الذي يحدده طبقا للنصوص فإذا لم يكن فطبقا للأعراف التجارية، وعلى هذا فالسمسار يقوم بأعماله بمقابل وكذلك الوكيل بالعمولة وكذلك الوكيل التجاري.

- مهلة الوفاء: في المسائل المدنية يجوز للقاضي أن يمنح للمدين مهلة للوفاء تسمى مهلة الميسرة، تحدد عادة بسنة (م 281مدني)، أما في المواد التجارية فلا يجوز للقاضي منح هذه المهلة للوفاء كقاعدة عامة، لأن التاجر يعتبر متوقف عن الدفع وبالتالي يخضع للإفلاس.

2- اكتساب صفة التاجر: المادة الأولى من ق ت لابد من تحديد العمل التجاري حتى يمكننا تحديد التاجر.

- حوالة الحق: مثلا (أ) دائن ب 1000.000 دينار للسيد (ب) الذي يعد مدينا، فيأتي (أ) ليحول حقه إلى السيد (ج) وهذا لسبب من الأسباب، فلكي تكون هذه الحوالة صحيحة لابد أن يقبل بها (ب) ويخبر بها هذا في المجال المدني، أما في المجال التجاري فإن الحوالة على السفتجة يعتبر إحالة للحق مثلا (أ) سحب سفتجة لصالح (ج) على مدينه (ب) فلابد على (ب) أن يدفع ويمكن أن يحدد تاريخ الدفع أو لا يحدد، (أ) الساحب (ب) المسحوب عليه (ج) المستفيد، وإذا كان تاريخ السفتجة بعيد مثلا 2000/12/01 فيمكن للمستفيد (ج) أن يحول أو يظهر هذه السفتجة إلى آخر (د) وهذا بعدما اشترى منه شيئا معينا وهكذا...، وإذا حان وقت الدفع يلجأ واحد آخر يملك السفتجة ويذهب إلى (ب) للحصول على المبلغ، فإذا رفض (ب) يمكن للسيد (د) أن يرجع على كل واحد أو أي واحد وقع على السفتجة ويطالبه بالدفع.

- عرض النزاع على التحكيم: نلاحظ بأن النزاع التجاري عندما ينشأ يمكن للأطراف طرحه أمام التحكيم وإذا احتوى العقد التجاري على شرط التحكيم فلا يمكن طرح النزاع على القاضي المدني، والتحكيم هو عدالة خاصة يلجأ إليها الأطراف فيما بينهم (لا يهم اختصاص المحكم أو المحكمين) (م 144 م إم م) تنص صراحة للأطراف في العقود التجارية وحدها أن يعينوا مقدما محكمين وتذكر أسماءهم في العقد وهنا لابد أن يثبت التحكيم في الأوراق، وهذا ما هو معمولا به في العالم (ونشير إلى أن طرفا النزاع لابد أن يقيما في بلدين مختلفين)، ونشير كذلك إلى أن للقضاء العادي رقابة حول المحكمين ولكنها رقابة ضعيفة.

- الأهلية: تتمثل في بلوغ الشخص سن 19 سنة وأن يكون متمتعا بقواه العقلية وأن لا يكون محجورا عليه، هنا يمكنه القيام بالتصرفات القانونية، أما المسائل التجارية فالأهلية تكون ببلوغ الشخص سن 19 سنة إلا أن القانون التجاري سمح بجواز ترشيد الشخص البالغ 18 سنة كاملة الممارسة النشاط التجاري وذلك من طرف الأب أو الأم أو مجلس العائلة وهنا لابد من مصادقة القاضي.

معيار ومقياس التمييز بين العمل التجاري والعمل المدني:

لم يتفق الفقهاء على تحديده، فظهرت في هذا الشأن عدة نظريات واتجاهات ومن أهمها ثلاث نظريات:

أ-نظرية المضاربة: (أي تحقيق الربح)، العنصر المميز للعنصر التجاري هو المضاربة قصد تحقيق الربح، فكل عمل يهدف لتحقيق الربح يعد عملا تجاريا.

النقد: رغم صحة هذه النظرية بأن العمل التجاري يهدف لتحقيق الربح، إلا أنها توسع من نطاق العمل التجاري إلى أبعد الحدود لأن تحقيق الربح هو هدف معظم

النشاطات البشرية، وبالتالي فإن هذه النظرية تعتبر المزارع الذي يهدف لتحقيق الربح عن طريق إنتاجه الزراعي تعتبره تاجرا، مع أنه لا يمكن للمزارع أن يكون تاجرا، وكذلك الشأن بالنسبة للطبيب والمحامي والمهندس والمعلم ...

- ورغم الدور الذي تلعبه هذه النظرية في تحديد العمل التجاري فإنه لا يمكن تطبيقها على إطلاقها، فهي عاجزة عن وضع معيار دقيق، فالتاجر رغم أنه يقصد الربح فإنه في بعض الحالات يبيع بثمن أقل أو سعر التكلفة لجلب العملاء، فهل يمكننا اعتبار هذا العمل غير تجاري، الإجابة بلى.

2-نظرية التداول: تتخذ هذه النظرية من التداول محورا للأعمال التجارية لكونها تهدف إلى تسهيل تداول السلع والنقود وغيرها من الأموال وطبقا لهذه النظرية فإن الأعمال التجارية تقتصر على الأعمال المتعلقة بالتوسط في نقل السلع والبضائع بين مرحلتي الإنتاج والاستهلاك، فصاحب المصنع الذي يشتري مواد أولية ويحولها إلى سلع يعتبر عمله عملا تجاريا، وكذلك موزع هذه السلع.

النقد: بالرغم من أن هذه النظرية تبدوا صحيحة لأن أغلبية الأعمال التجارية تتم عن طريق التداول إلا أنه لا يمكن الأخذ بها على إطلاقها، لأنه لكي يعتبر العمل تجاريا كذلك لابد أن يهدف إلى تحقيق الربح، وإلا اعتبرنا عمل بعض التعاونيات الاستهلاكية التي تشتري سلع وتبيعها بسعر التكلفة (أي سعر الشراء) مع إضافة سعر صغير وهو حق النقل، اعتبرنا هذا العمل عمل تجاري، في حين أنه ليس عمل تجاري.

3-نظرية المقاولة أو المشروع: يقول أصحاب هذه النظرية أن فكرة المقاولة هي التي يجب أن تكون أساسا للتمييز بين العمل التجاري والعمل المدني الذي يجب أن يتم في شكل مقاولة وعليه لابد أن تتوفر عناصر المقاولة (تكرار العمل على وجه الاستمرارية وتنظيم تقني مسبق لهذا العمل الذي يقوم على أساس الاحتراف) فإذا توافرت هذه العناصر يعتبر العمل تجاريا وإلا كان مدنيا.

النقد: هذا القول صحيح بالنسبة للمقاولات التجارية (م 2 وم 2 معدله) لكن بجانب هذه المقاولات هناك أعمالا تجارية ولو قمنا بها مرة واحدة.

فنظرية المقاولة تصلح كمعيار لتحديد بعض الأعمال التجارية وهي التي اشترط فيها المشرع أن تتم في شكل مقاولة، ولكن هذه النظرية لا تصلح أن تكون إلا معيارا لبعض الأعمال التي تتم ولو لمرة واحدة.

شكل الشراء للبيع ولو كان مرة واحدة في عمل تجاري وكذلك السمسرة.

4-تعريف العمل التجاري: هو ذلك العمل الناتج عن وساطة لتداول الثروات بهدف المضاربة وتحقيق الربح على أن يتم في شكل مقاولة في الحالات التي نص فيها المشرع على ذلك، هذا بالإضافة الى الأعمال التي اعتبرها المشرع أعمالا تجارية بحسب الشكل، مثل السفتجة والشركات.

ولذلك ستتعرض للأعمال التجارية بالطبيعة، وبعدها للأعمال التجارية بحسب الشكل وبعدها للأعمال التجارية بالتبعية.

ما يجب ملاحظته من هذا التقسيم أن المشرع الجزائري أخذ من القانون الفرنسي إلا أنه لم يعتمد على المشرع الفرنسي في هذا التقسيم فالمشرع الجزائري لم يأخذ بالاختصاص النوعي فيما يسمى بالقضاء التجاري، بينما في فرنسا هناك قضاء تجاري مستقل عن القضاء المدني رغم أن هناك فكرة حول تأسيس محاكم تجارية مستقلة في

الجزائر. المشرع الفرنسي قال أن المحاكم التجارية تختص في القضايا التجارية: في المادة 632 نص على الأعمال التجارية البرية ولم يفرق بين الأعمال التجارية بحسب الشكل أو الموضوع أو بالتبعية، في نص المادة 633 نظم الأعمال التجارية البحرية. المشرع في ق ت ج نظم في المادة 2 ق ت ج الأعمال التجارية بحسب الموضوع وبحسب الشكل في المادة 3 ق ت ج وبالتبعية في المادة 4 ق ت ج، ولكن في 1996 في المادة 4 تعدل وتتم المادة 2 ق ت ج بحيث أدمج الأعمال التجارية البحرية ضمن الأعمال التجارية بحسب الموضوع.

ثالثا- أنواع الاعمال التجارية :

1-الأعمال التجارية بحسب الموضوع: وهي الأعمال التي تنص عليها المادة 2 والمعدلة والمتممة بالمادة 4 من مرسوم 1996 ومن دراستنا لهذه الأعمال نلاحظ أن المشرع قد أدمج نوعين من الأعمال التجارية بحسب الموضوع فهناك أعمالا تجارية منفردة وأخرى في شكل مقاولة.

أ-الأعمال التجارية المنفردة: تضمنتها المادة 2 واعتبرها المشرع الجزائري أعمال تجارية ولو قام بها الشخص مرة واحدة ولقد نص المشرع على عدد من الأعمال المنفردة:

- كل شراء للعقارات لإعادة بيعها.
- كل شراء للمنقولات لإعادة بيعها بعينها أو بعد تحويلها وشغلها. وفي الفقرة 13 من المادة 2 "كل عملية مصرفية أو سمسرة أو خاصة بالعمولة"، والفقرة 14 من نفس المادة "كل عملية توسط لشراء وبيع العقارات أو المحلات التجارية والقيم عليها. وتطبيق المادة 1/4 من مرسوم 02/93 المتعلق بإنشاء الوكالات العقارية تعد أعمال تجارية بحكم القانون" كل نشاطات الاقتناء والتهيئة لنوعية عقارية.
- كل نشاطات التوسطية في ميدان عقاري لاسيما البيع.
- كل نشاط الإدارة والتسيير العقاري لحساب الغير".

كل هذه اعتبرها المشرع أعمال تجارية ولو قام بها مرة واحدة.

أعمال التوزيع والتعامل: أول عمل هو الشراء من أجل البيع ولكي يعتبر عملا تجاريا لابد أن يتوافر فيه شرطان:

-أن تتوفر عملية الشراء: فلكي يعتبر الشراء من أجل البيع عملا تجاريا لابد أن يكون شراءً للشيء سواء منقولا أو عقارا أي لابد أن يكون بمقابل سواء كان نقديا أو مقايضة كمن يسلم شيء مقابل خدمة يقوم بها فهو يبيع، أما إذا تم اكتساب الشيء دون مقابل كهبة أو وصية، فهذا لا يعد شراءً أو إذا انتفى الشراء فإن العمل لا يعد عمل تجاري بل هو عمل مدني مثل الأعمال الزراعية، من يزرع ويبيع منتوجاته فهو ليس تاجر لأنه لم يسبق عملية البيع عملية الشراء، وكذلك الصياد ومن يستخرج معادن من الأرض وبالتالي فهذه الأعمال تعتبر أعمال مدنية، ولكن الشخص مربي المواشي تفرق بين أمرين إذا كان يشتري لها العلف فهو عمل تجاري، وكذلك الحال لمربي الدواجن والمزارع، وإذا لم يشتري لها العلف فهو عمل مدني، وإذا تساوى ما اشتراه

مع ما يقدمه لها من عنده أي تساوي المنتوجات مع المشتريات فهنا القاضي يقدر، وكذلك الأمر بالنسبة لأصحاب الإنتاج الفكري،[10] من يطبع منتجاته ويبيعها فنعتبر ذلك عمل مدني ولكن إذا كان يشتري الكتب ليبيعها للطلبة يصبح عمله عمل تجاري، ونفس الشيء بالنسبة للأعمال الحرة مثل المحامي والمهندس كلها أعمال مدنية.

-البيع لتحقيق الربح: فقصد البيع لتحقيق الربح يعتبر المعيار المميز بين البيع التجاري والبيع المدني وبالتالي إذا كان القصد من الشراء الاستهلاك أو الاستعمال الشخصي خاصة ولو باعه بعد ذلك فهو عمل مدني، المهم أن يكون قصد البيع عند الشراء وإلا كان العمل مدنيا حتى ولو باع بعد الشراء دون توفر قصد الربح عند الشراء لا يشترط أن يكون البيع لاحقا للشراء فقد يكون سابقا للشراء كأن يبيع قبل أن يشتري وذلك ما يتم في سوق البورصات حيث عادة يبحثون عن المشتري، ثم يبيعون قبل الشراء فيقبضون الثمن ثم يشتروا بأقل ثمن فلابد أن يكون القصد متوفر قصد تحقيق الربح مثل التعاونيات الاستهلاكية رغم أنها تشتري وتبيع لأعضائها فعملها مدني لأنها لا تقصد تحقيق الربح، المهم توفر القصد للربح وقت الشراء حتى ولو كان قد خسر في هذا المبيع ولم يربح فهو عمل تجاري لأنه قصد تحقيق الربح عند الشراء.

ب-أعمال الخدمات:

عملية الصرف والمصاريف: ويمكن القول أن المشرع نقل بغباوة هذه الفقرة عن القانون الفرنسي لأن المنطق إذا قلنا أن كل من يقوم بعملية الصرف فهي عملية تجارية، لأن عملية الصرف هي تبديل عملة وطنية بعملة أجنبية التي قد تكون بالمناولة اليدوية وقد يكون مسحوبا مثل أن أعطيك شيكا، وعملية الصرف هي من اختصاص البنوك ولا يجوز للأفراد القيام بعملية الصرف ويعاقب عليها قانونا، وعملية المصارف متعددة فالمصارف يمكن إيداع الأموال لديها ويمكن استئجار خزائن في البنك لكي تحفظ فيها الحلي.

ولكن لا يجوز للأفراد القيام بعملية المصارف لأنها تقوم بها مؤسسات مختصة حتى وإن كان المشرع اعتبر كل شخص قام بها ولو لمرة واحدة خاطئ، لأن الأفراد لا يقومون بهذه العمليات بل تقوم بها البنوك.

عملية السمسرة وعملية التوسط: السمسرة هي تقديم خدمات، فالسمسار هو من يبيع لا شيء ويحصل على مقابل واعتبره المشرع الجزائري عمل تجاري منفرد فمن قام بهذه العملية فهو عمل تجاري. والسمسرة هي تقريب بين وجهتي نظر المتعاقدين لتسهيل الإيجاب مع القبول مقابل تلقي مقابل من المال وغالبا ما يكون نسبة مئوية من الصفقة بعد أخذ عمولته حتى ولو قام بها مرة واحدة فهو عمل تجاري، وكذلك الحال بالنسبة للوكيل بالعمولة فكل من توسط في بيع وشراء وأخذ مقابل ولو مرة واحدة فهو عمل تجاري.

لابد من التفرقة بين السمسار والوكيل بالعمولة: فالسمسار لا يوقع في العقد فليست له علاقة فهو ينسحب بمجرد أخذ عمولته، وبينما الوكيل العادي في الوكالة المدنية هي

[10] عبد المنعم عبود –مجلة الحقوق المعينة – دار إسهامات –تونس 1998- ص272 .

تبرع دون مقابل بينما الوكالة التجارية فهي بمقابل، فالوكيل يتعاقد باسم الموكل ولحسابه أما الوكيل بالعمولة فيتعاقد باسمه ولحساب الموكل. أي في هذا المثال، المتعاقد مع الوكيل بالعمولة لا يعرف الموكل ولكن آثار العقد تعود على الموكل فإذا كان هذا النزاع حول العقد يكون بين الوكيل بالعمولة والغير المتعاقد، وهناك طريقة واحدة يستطيع الغير اللجوء إلى الموكل هي أنه إذا اكتشف الموكل فيستعمل دعوى غير مباشرة باسم الوكيل بالعمولة على الموكل وهي التي يعرفها الدائن باسم مدينه على الغير، كل هذه اعتبرها المشرع أعمالا تجارية بحسب الموضوع واعتبرها أعمالا منفردة حتى ولو تمت مرة واحدة.

-الأعمال التجارية المتعلقة بالنشاطات البحرية: التي نصت عليها المادة 4 أمر 24/96 والمتممة للمادة 2 ق ت ج هذا النص يعتبر بمثابة إدماج للأعمال التجارية البحرية المنصوص عليها في المادة 633 ق ت ج كل شراء أو بيع لعتاد أو مؤن للسفن (وقود، المنقولات كالحبال والمواد الغذائية التي يستهلكها طاقم السفينة) الشراء يكون من طرف مالك السفينة ثم يجهزها بالمؤونة. ومجهز السفينة هو الذي يستأجر سفينة عارية ثم يجهزها. فعندما يجهز مالك السفينة أو مجهزها فهو يشتري فعمله تجاري حتى ولو لم يقصد من وراء الشراء البيع فإن المشرع اعتبره عمل تجاري لأنه تعلق بسفينة أو عتاد سفينة أو مؤن سفينة وهو استثناء عن الشراء قصد البيع في السفن فقط.

وعندما قال المشرع كل شراء وبيع نفترض أن هناك بيع دون شراء فهو عمل تجاري والمشرع الجزائري لم يفرق بين ايجار سفينة للتجارة البحرية أو للنزهة والبحث العلمي، بينما المشرع الفرنسي اعتبرها وفرق بينهما أي تأجير السفينة للتجارة البحرية فقط هي التي تعتبر عمل تجاري أما الأخرى فلا مثل السفن المخصصة للنزهة ... واعتبر م ج: "كل اقتراض أو قرض بحري بالمقامرة اعتبره المشرع عمل تجاري بحسب الموضوع حتى ولو كان للنزهة" وكل اقتراض بالمقامرة الذي كان موجودا في السابق إذا لم يعد موجودا الآن وهو ما يسمى بالقرض بالمخاطرة الجسيمة حيث البحار الماهر الذي يعرف فنون البحر ولم تكن له الأموال الكافية فيتفق مع صاحب المال لتجهيز السفينة للقيام بأعمال تجارية وكان الربان أو البحار يقوم بأعماله وعند العودة يرجع له المال ثم يقسم له الفائدة بحسب الاتفاق ولكن مقابل ذلك إذا تعرضت السفينة لعاصفة هوجاء كان الربان لا يرجع أي شيء لذا سمي بالقرض بالمغامرة أو المخاطرة الجسيمة وهو غير موجود اليوم واعتبر المشرع ج "كل عقود التأمين والعقود المتعلقة بالتجارة البحرية" فعقد التأمين المتعلق بالتجارة البحرية هو تجاري ولو كان مرة واحدة فهو عمل تجاري بينما التأمين العادي لا يعتبر عمل تجاري إلا إذا كان في شكل مقاولة.

واعتبر إيجار البحارة عمل تجاري بين البحارة ومستأجرهم والمستأجر قد يكون مالك السفينة أو مجهزها، فيكون هناك مكتب يستقبل قائمة البحارة ويتعاقد معهم، وعندما

يحتاج مالك السفينة البحارة يذهب إلى هذا المكتب (وكالة إيجار البحارة) ويتعاقد معه حول ايجار البحارة فهذا يعد عملا تجاريا، المشرع الفرنسي اعتبر الرحلات البحرية التجارية فقط أعمال تجارية أما رحلات النزهة فليست كذلك[11].

ج-المقاولات التجارية: هي التي نص عليها المشرع واعتبرها عملا تجاريا بحسب الموضوع، يجب أن يتوافر في هذه المقاولات شروط لا يجب توافرها في الأعمال التجارية المنفردة. هذه الشروط لم يحددها المشرع كما أنه لم يعرف المقاولة، لكن نلاحظ بالمفهوم الاقتصادي أنها تنظيم مستقل يتم التنسيق فيه بين مجموعة عوامل مادية وبشرية بهدف إنتاج أموال أو خدمات، وبهذا المفهوم فإن المقاولة تنطبق على حالات مختلفة تبدأ من المنتج الصغير الذي يشتغل لوحده إلى الشركات الكبرى بما تمتلكه من أجهزة وعتاد وعمال سواء كانت هذه الشركات خاصة أو عمومية ولكن بالرغم من هذا التعريف الإقتصادي فإن الطبيعة القانونية للمقاولة تبقى غامضة لأن المشرع لم يضع لها تحديدا ولا مفهوما، لذلك نلاحظ أنه يفترض في المقاولة تكرار العمل على وجه الإستمرارية والإحتراف مع ارتباطه بالشخص القائم به ونلاحظ أن الفقه والقضاء يشترطان توافر ثلاثة عناصر لاعتبار المقاولة عملا تجاريا:

-التنظيم المسبق: أي لابد من تحضير حد أدنى من العوامل المادية كالأجهزة والآلات.

-تكرار العمل: وذلك باستمرار ودون انقطاع بحيث تتوافر هذه المقاولة على طابع الاحتراف.

-المضاربة على عمل الغير: يرى الفقه بأنه لابد من توافر عنصر قانوني وهو المضاربة على عمل الغير في كل المقاولات المادية أو الخدمات وإذا تخلف هذا العنصر فإنه يجعل من هذه المقاولة عملا ماديا ويجعل من القائم بهذا العمل حرفيا واعتبار المقاولة عملا تجاريا متى توافرت شروطها، ليس معناه إصباغ الصفة التجارية على العمل المادي، وإنما تلحق الصفة التجارية بالتصرفات القانونية التي تنشأ بمناسبة هذه المقاولة، ويمكن تعداد المقاولات التجارية كالتالي:

-مقاولة تأجير المنقولات والعقارات: نص المشرع على هذه المقاولة في المادة الثانية وقد أورد المشرع عدد من المقاولات التجارية وأول هذه المقاولات، مقاولة تأجير المنقولات والعقارات، نصت عليها الفقرة 3 من المادة 2، هذا العمل يعتبر عمل تجاري متى تم في شكل مقاولة، فإذا قام شخص بتأجير سيارته، لا يعتبر عمله عمل تجاري (لأنه يشترط التكرار والاستمرارية).

كذلك إيجار العقار متى قام به شخص مالك للعقار العمل فإن عمله بصفة منفردة لا يعد عمل تجاري، لكن إذا احترف شخص فإن هذا العمل يعد عملا تجاريا. وهناك استثناء

[11] علي بن غانم: الوجيز في القانون التجاري وقانون الأعمال – طبع المؤسسة للفنون المطبعية .الجزائر 2002 ص99.

واحد يعتبره المشرع عمل تجاري حتى ولو تم مرة واحدة، وهذا الاستثناء هو إيجار السفينة التي لا يشترط في إيجارها أن تكون في شكل مقاولة.

-مقاولة الإنتاج أو التحويل أو الإصلاح (أو المقاولة الصناعية):

المادة الثانية فقرة 4، هذه المقاولة المادية تعتبر عملا تجاريا متى توافرت فيها عناصر المقاولة بما في ذلك المضاربة على عمل الغير بقصد تحقيق الربح وإذا انتفى هذا العنصر اعتبر العمل مدني فإذا فتح شخص مقاولة واستعمل فيها قدراته الفكرية واليدوية وكان لا يضارب على عمل الغير لم يكن هذا الشخص تاجرا بل يعتبر عمله عملا مدنيا وهو حرفي مثل تصليح أجهزة التلفزيون أو الراديو معتمدا على نفسه وأبناءه، لا يعد عمله عمل تجاري بل مدني. ولكن إذا توسع العمل وشغل عمال فإن هذا العمل يتحول إلى عمل تجاري.

ولكن ما هو الحد الأدنى للعمال حتى يعتبر العمل عمل تجاري؟ وهنا حدده المشرع بعشرة (10) عمال، فإذا شغل 10 عمال كان عمله عمل تجاري.

لا يهم في هذه المقاولة إن كانت المواد الأولوية يقدمها المقاول نفسه أو يقدم العمال فقط لاعتباره مقاولا تجاريا مثل الترصيص يعتبر حرفي إذا عمل وحده أو شغل 10 عمال فإذا زاد عن ذلك اعتبر عمله عمل تجاري.

-مقاولة البناء أو الحفر أو تمهيد الأرض أو مقاولة الأشغال العمومية:

تعتبر عمل تجاري إذا توفر فيها عنصر المضاربة على عمل الغير، ولا يهم إذا كان المقاول يقدم المواد الأولية أم لا إلى جانب العمل، أو أنه يكتفي فقط بالعمل ففي كلا الحالتين يعتبر العمل عمل تجاري.

-مقاولة التوريد أو الخدمات: التوريد هو تعهد بتقديم كمية من البضائع أو الخدمات بصفة دورية لمدة زمنية محددة كالتعهد بتوريد الملابس والأغطية إلى المستشفى أو مدرسة داخلية، أو توريد الورق إلى المطبعة، أو التعهد بتوريد الماء والغاز والكهرباء إلى المنازل، هذا العمل يعتبر عمل تجاري، وقد ينصب التوريد على خدمات كمن ينشئ مقاولة للتنظيف (المكاتب والإدارات ...) هذا العمل يعتبر عمل تجاري.

وعقود التوريد هي من العقود الزمنية وهي تستوجب توافر عمليات بيع متلاحقة وقد ثار نزاع فقهي حول هل يشترط في المورد شراء الأشياء الموردة أم لا؟، فيذهب جانب من الفقه إلى اشتراط الشراء في التعهد بالتوريد لكي يعتبر عملا تجاريا حتى ولو تم في شكل مقاولة، وطبقا لهذا الرأي فإن التوريد ما هو إلا سلسلة لعملية الشراء من أجل البيع، لذلك فهو تأكيد على تجارية الشراء من أجل البيع (الشراء من أجل البيع ولو لمرة واحدة فإن هذا العمل تجاري).

أما الرأي الثاني فيذهب إلى أن التوريد يمكن أن ينصب على أشياء غير مشتراة، ولو اعتبرنا أن التوريد يجب أن ينصب على أشياء مشتراة، فإن تنفيذ النص القانوني التي تجعل من كل شراء عمل تجاري ولو تم لمرة واحدة، أي على أشياء ينتجها المورد مثل المزارع الذي يورد منتجاته إلى المصنع وقام بعمليات توريد متكررة، بحيث أخذت شكل المقاولة فيعتبر عمله عملا تجاريا، وكذلك الصياد، وبهذا يبرر أصحاب هذا الاتجاه قولهم بأنه يمكن أن لا يسبق التوريد شراء، بل ينتجها بنفسه، وما يؤكد هذا القول أن النص جاء مطلقا ولم يحدد التوريد بعملية الشراء، بل المهم أن يتم في شكل مقاولة.

-مقاولة استغلال المناجم ومصالح الحجارة وغيرها من منتجات الأرض:

إذا حاول شخص استخراج معدن بنفسه من قطعة أرض ويبيعه فإن عمله هذا لا يعتبر عمل تجاري، لكن إذا بدأ يتوسع وبدأ ينظم عمله هذا وكانت هناك استمرارية واشترى آلات ووظف عمال، هنا يتحول عمله إلى عمل تجاري متى توفرت في العمل عناصر المقاولة، كذلك بالنسبة لاستخراج البترول.

-مقاولة استغلال النقل والانتقال: عقد النقل حسب المادة 36 ق ت "هو عقد يلتزم بمقتضاه الناقل بنقل أشياء أو أشخاص من مكان لآخر بمقابل"، وتعتبر جميع صور النقل طبقا للمادة 8 بالنسبة للناقل عملا تجاريا متى توافرت فيها عناصر المقاولة سواء استعمل في ذلك السيارات أو الشاحنات أو القاطرات، وسواء تعلق النقل بنقل الركاب أو البضائع.

وقد ثار خلاف فقهي[12] حول صاحب سيارته الأجرة، هل عمله عمل تجاري أو مدني يذهب رأي إلى اعتباره عمل مدني ويعتبره عمل حرفي لأنه لا يملك سوى سيارته يقودها ويأخذ ربحه من عمله اليدوي، أما **الرأي الثاني** فيقول بأنه عمل تجاري ويقوم بمقاولة نقل بمعنى النص القانوني، لكن القانون الجزائري لا يعتبر عمله عمل تجاري رغم توفره على الاستمرارية والتنظيم السابق لسيارة الأجرة، بل يعتبر عمله حرفيا إلا إذا اشترى سيارات وشغل عمال يزيد عددهم على عشرة أشخاص، وبهذا يعتبر عمله عملا تجاريا.

-مقاولة استغلال الملاهي العمومية والإنتاج الفكري: هذا النوع يهدف لتقديم التسلية للجمهور كدور السينما والمسارح والسيرك... هذه المقاولات تعتبر تجارية متى توفر فيها شرط الاحتراف والمضاربة على عمل الغير من المطربين والممثلين والموسيقيين والفنانين، وإذا قام المطرب بإحياء حفل باعتماده على حسابه الخاص فإن عمله لا يعتبر عملا تجاريا.

-مقاولة التأمين: ويعرف عقد التأمين في المادة 619 ق م بأنه "تعهد من المؤمن بأن يؤدي إلى المؤمن له أو المستفيد تعويضا أو إيرادا ماليا في حالة وقوع الحادث أو

[12] هشام فرعون: مبادئ القانون التجاري المغربي .المطبعة الكتاب فاس .1980 ص97

الخطر المؤمن ضده مقابل قسط يدفعه المؤمن له للمؤمن مسبقا. وعقود التأمين لا تتم إلا من طرف مؤسسات للتأمين ولابد أن نفرق بين التأمين ذو أقساط محددة (يعتبر عمل تجاري لأنه يتوفر على عنصر المضاربة باستثمارها) وبين التأمين التعاضدي أو التعاوني (جماعة من الأشخاص تتعاون لإنشاء تعاضدية للتأمين، إذا خسر أحدهم يعوض) هذا التأمين لا يعد تجاريا، لأنه لا يتم في شكل مقاولة ولا في شكل مضاربة والمشرع اعتبر أي تأمين بحري عمل تجاري منفرد.

-مقاولة استغلال المخازن العمومية: هي محلات يودع فيها التجار أو الفلاحين بضائعهم مقابل أجر في انتظار بيعها، وصاحب المخزن يمنح إيصال للمالك الذي يستطيع بيع السلعة بذلك الإيصال أو سند الخزن (الذي يتكون من ثلاثة أجزاء، جزء يبقى لصاحب المخزن، وجزئين للمالك الذي يعطى أحدها للمشتري)، ولا يهم إن كان صاحب المخزن مالكا أم لا.

-مقاولة بيع السلع في المزاد العلني: وهي المحلات التي يتم فيها بيع السلع الجديدة والأشياء المستعملة بالمزاد العلني. لكن هذه المقاولات رغم أن المشرع قد نص عليها فإنها غير موجودة في الجزائر. ولقد أضاف المشرع بتعديله للمادة الثانية مقاولة جديدة تتمثل في: مقاولة صنع السفن أو شرائها أو بيعها أو إعادة بيعها.

-مقاولة صنع السفن أو شراءها أو بيعها أو إعادة بيعها: م 02: هذا النص غريب لأن صناعة السفن تدخل في نص التصنيع أي مقاولة التصنيع ونلاحظ أن هذه المقاولة تعدادها في المادة الثانية ليس على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال، وبالتالي يمكن للقاضي أن يقيس عليها ويستحدث مقاولات جديدة قياسا على المقاولات المنصوص عليها قانونا.

2-الأعمال التجارية بحسب الشكل:

-التعامل بالسفتجة بين كل الأشخاص: السفتجة هي ورقة بيضاء مكتوب عليها سفتجة باللغة التي تحرر بها، وتحتوي على معلومات إلزامية ويجب أن تحتوي على أمر بدفع مبلغ معين من المال دون أن تكون مقيدة بشرط من الساحب إلى المسحوب عليه، وأن تحتوي على تاريخ الاستحقاق، وإذا لم تحتوي على هذا التاريخ فالسفتجة واجبة الدفع بمجرد الاطلاع عليها، ويجب تحديد مكان السحب.

عملية التظهير: كل الأشخاص المظهرين للسفتجة يعتبر عملهم عملا تجاريا، وإذا لم تحتوي السفتجة على أمر بالتظهير فتبقى السفتجة ما بين الثلاثة، الساحب والمسحوب عليه والدائن.

والسفتجة يمكن اعتبارها أداة وفاء وأداة ائتمان، بينما الشيك فهو أداة وفاء فقط والمشرع اعتبر السفتجة فقط عملا تجاريا أما الشيك فهو عمل مدني (الذي يتحول إلى عمل تجاري بالتبعية في حالة الشيك الذي له صفة تجارية).

-الشركات التجارية: تعتبر عملا تجاريا بحسب شكل الشركات التجارية، وهي الشركات المنظمة في القانون التجاري بالمادة 544، (شركة التضامن، شركة التوصية البسيطة، التوصية بالمساهمة، شركة المساهمة، الشركة ذات المسؤولية المحدودة).

فلو كوّن مجموعة من الأشخاص شركة مساهمة لكان عملهم هذا عملا تجاريا بحسب الشكل، أي بمجرد أخذها لهذا الشكل فهي عمل تجاري بحسب الشكل، ولا يهم مضمون الشركة سواء كان عملها عمل مدني أو عمل تجاري.

-وكالات ومكاتب الأعمال: (المادة 3 فقرة 3 ق ت) وهذه المكاتب والوكالات يمكن تعريفها بأنها تلك المكاتب والوكالات التي تقوم بأعمال الغير أو تديرها له بمقابل أجر أو عمولة ومن بين هذه الخدمات:

- وكالات تحصيل الديون.
- وكالات تخليص البضائع لدى الجمارك.
- وكالات الإعلان والإشهار.
- الوكالات السياحية.

ويلاحظ أن بعض التشريعات كالتشريع الفرنسي والمصري واللبناني اشترطت لاعتبار هذه المكاتب أعمالا تجارية أن تتم في شكل مقاولة (الاحتراف والاستمرارية والتنظيم) أما المشرع الجزائري فاعتبرها تجارية بمجرد اتخاذها مكتب أو وكالة للأعمال. فطبقا للقانون التجاري فالقيام بهذه الأعمال يعتبر عمل تجاري حتى ولو قمنا به مرة واحدة. والفقه يرجع إصباغ الصفة التجارية على هذه المكاتب إلى قصد المشرع إلى حماية عملائها من التلاعب بمصالحهم وذلك بتخويلهم استعمال مزايا وخصائص القانون التجاري.

-العمليات المتعلقة بالمحل التجاري: المحل التجاري هو مال منقول معنوي (هناك فرق بين المحل التجاري المادي والمعنوي الشهرة الاسم التجاري الاتصال بالعملاء... لذلك سمي معنوي مع أنه توجد فيه بضائع... إلا أن الجانب المعنوي هو الغالب)

كل الأعمال المتعلقة بالمحل التجاري تعتبر عملا تجاريا بحسب الشكل، سواء كان العمل هبة لقاعدة أو محل تجاري أو كان العمل وصية أو بيع المحل أو قاعدة تجارية.

-العقود المتعلقة بالتجارة البحرية والجوية: (م 3 فقرة 5 ق ت) "كل عقد تجاري يتعلق بالتجارة البحرية والجوية... يجب إلغاء كلمة تجاري. فيما يخص العقود المتعلقة بالتجارة البحرية هذا النص كان له مدلولة قبل تعديل القانون التجاري وبالضبط (في المادة 2 قانون 1996) أضاف أعمال بحرية واعتبرها أعمال تجارية بحسب الموضوع وذلك في سنة 1996 حيث أخذ ذلك من القانون الفرنسي بعد هذا التعديل أصبحت كل الأعمال البحرية أعمال تجارية بحسب الموضوع، غير أن المشرع لم يلغي هذه الفقرة (فقرة 5 المادة 3 ق ت القديم) التي تعتبر عقود التجارة البحرية أعمال

تجارية بحسب الشكل، في حين التعديل الجديد اعتبرها أعمال تجارية بحسب الموضوع، ولكن قد يكون هذا إلغاء ضمني في حالة تعارض النصين.

أما التجارة الجوية (م 3 فقرة 5) فتعتبرها عمل تجاري بحسب الشكل، فكل من اشترى طائرة لاستعمالها في نقل الركاب يعتبر عمله هذا عمل تجاري بحسب الشكل وكل من استأجر طائرة اعتبر عمله هذا عمل تجاري. لكن إذا اشترى شخص ما طائرة واستعملها في التنزه أو طائرة خاصة به لتنقلاته، فلا يعد عمله هذا عملا تجاريا بل هو عمل مدني.

أما من اشترى طائرة ليعيد بيعها يعتبر عمله عمل تجاري بحسب الموضوع لاعتباره شراء من أجل البيع، ونفس الحكم بالنسبة لتجهيز الطائرة فكل عقود تجهيز الطائرة وتمويلها والمتعاقد مع الطيارين والملاحين يعتبر عملا تجاريا، حتى ولو كان الهدف من هذه العقود استغلال الطائرة إستغلالًا تجاريا، أما إذا كان الغرض من هذه العقود هو الاستعمال الخاص فلا يعتبر عملا تجاريا.

3-الأعمال التجارية بالتبعية: نظمها القانون التجاري وهي تلك الأعمال التي يقوم بها التاجر والمتعلقة بتجارته أو متجره، كما أنه يعتبر حسب المادة الرابعة عملا تجاريا بالتبعية كل التزام بين تاجرين وهذا النوع من الأعمال هو من إيجاد القضاء الفرنسي الذي لاحظ بعض التناقضات الغريبة، كل شراء من أجل البيع يعد عمل تجاري بينما لاحظ القضاء الفرنسي بأن التجار الكبار يقومون ببعض الأعمال التي هي طبيعتها عمل مدني ولكن تفوق في أهميتها العمل التجاري. مثلا تاجر يشتري كمية كبيرة من السلع يعتبر عمله عمل مدني. نفس الشيء بالنسبة الإشهار العمل التجاري فهو مدني بالنسبة للتاجر وعمل تجاري بالنسبة لوكالة الإشهار، مما دفع القضاء الفرنسي إلى القول بأن كل عمل يقوم به التاجر ويتعلق بتجارته ومتجره فهو عمل تجاري بالتبعية وكذا الالتزامات بين التجار في أعمال تجارية بالتبعية وهو ما تبناه المشرع الجزائري في المادة 5، ولكن هذا يعتبر قرينة بسيطة لأن التاجر يمكنه إثبات العكس، ولكن رغم ذلك فهناك أعمال مدنية بطبيعتها بالنسبة للتاجر مثل الزواج والطلاق.

أ-تعريف الأعمال التجارية بالتبعية: يستند على المذهب الشخصي بأنه كل عمل مدني يقوم به التاجر متعلق بتجارته يتحول إلى عمل تجاري.

ب-شروط الأعمال التجارية بالتبعية:

-صفة التاجر القائم بهذا العمل: فلكي نعتبر العمل المدني عملا تجاريا بالتبعية فلابد أن يقوم به تاجر يكتسب صفة التاجر طبقا للأحكام القانونية سواء كان فردا أو شركة.

-أن يتعلق العمل بممارسة التاجر لتجارته أو بحاجاته متجره: أي رابطة مادية بين عمل التاجر وحاجات متجره ولكن لا يشترط أن تكون هذه العلاقة ضرورية أو لازمة، كأن يبرم التاجر عقد إشهار لبضاعته[13] (هذا الإشهار ليس لازما وضروريا) ومع ذلك يعتبر عملا تجاريا بالتبعية، ولا يشترط كما قال بعض الفقهاء أن يكون القصد من العمل المضاربة وتحقيق الربح بل يكفي وجود علاقة بين العمل المدني ونشاط التاجر التجاري وارتباط هذا العمل المدني بنشاط التاجر مثل تاجر سيارات يشتري سيارة لولده، هنا تصعب التفرقة.

المادة الرابعة الفقرة الثانية اعتبرت أن كل الالتزامات التي تنشأ بين التجار تعتبر عملا تجاريا بالتبعية، ولكن ذلك يعتبر قرينة بسيطة يمكن للتاجر إثبات عكسها.

ج-نطاق الأعمال التجارية بالتبعية: للأعمال التجارية بالتبعية مفهوم عام يشمل في تطبيقه جميع الالتزامات التي تنشأ عن قيام التاجر بنشاطها وبمناسبته سواء نشأت هذه الالتزامات عن عقد أو شبه عقد أو فعل ضار ارتكبه التاجر أو أحد مستخدميه (مصادر الالتزام وهي العقد، الفعل الضار، الفعل النافع، القانون)، كل التزام ينشأ عن أحد هذه المصادر يعتبر عملا تجاريا بالتبعية، وهذا ما سنتطرق إليه فيما يلي:

-الالتزامات التعاقدية: يقوم التاجر أثناء ممارسته للنشاط التجاري بإبرام العديد من العقود، هذه الأعمال التجارية تعتبر أعمال بالتبعية متى توافر فيها الشرط ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك كعقد نقل البضائع والتأمين عليها وعقود الإشهار لترويجها.

-الالتزامات الناشئة عن شبه العقد (الفعل النافع): إذا قبض التاجر ثمن بضاعة باعها بثمن يزيد عن السعر المتفق عليه، هذه الزيادة يكون ملزما بردها على أساس دفع غير المستحق حسب المادة 43 3 ق م.

وهذه الزيادة تعتبر عملا تجاريا بالتبعية وإذا أثرى تاجر أثناء ممارسته لنشاطه التجاري على حساب الغير، التزم برد ما أثرى بدفعه للغير حسب المادة 141 ق م.

الإثراء بلا سبب هو عمل تجاري بالتبعية يخضع لنفس حكم الدين الذي يترتب على التاجر في مواجهة الشخص الذي قام بأعماله على سبيل الفضول مثل التاجر الذي يدفع لجاره التاجر بدفع ثمن الكهرباء كي لا يقطع له، هذا التاجر ملزم برد ثمن العمل الفضولي، لأنه يعتبر عمل تجاري بالتبعية.

-الالتزامات الناشئة عن المسؤولية التقصيرية (الفعل الضار): نلاحظ أن القضاء الفرنسي تردد في تطبيق الأعمال التجارية بالتبعية خارج الالتزامات التعاقدية وذلك لغموض هذه الالتزامات بممارسة النشاط التجاري إضافة إلى أن التصرفات القانونية هي ما تنصرف إليه إرادة التاجر عادة، غير أنه استقر على اعتبار التزام التاجر الناشئ عن المسؤولية التقصيرية عمل تجاري متى نشأ عن إخلال بالتزام،

[13] أحمد محرز: القانون التجاري الجزائري – الجزء الثالث –السندات التجارية. دار النهضة العربية .بيروت 1980. ص23

فهذا المبدأ يطبق على الالتزامات الناجمة عن العمل غير المشروع سواء صدر منه أو من العمال أو الحيوانات أو الأشياء التي يستخدمها التاجر في أعماله التجارية.

الأهلية التجارية: بلوغ الشخص 19 سنة كاملة دون أن يكون مجنونا أو سفيها... إلخ، حيث أجاز النص القانوني التجاري لمن بلغ 18 سنة كاملة ممارسة النشاط التجاري، لكن لابد له من الحصول على إذن طبقا للمادة 5 ق ت، يحصل عليه من الأب، وفي حالة وفاته يحصل عليه من الأم وفي حالة وفاتها أو فقدانها للأهلية، يحصل عليه من الجدة، والإذن هذا قد يكون عاما بحيث يأذن له بممارسة أي نشاط تجاري كان وفي حدود أي مبلغ كان، وقد يكون الإذن خاص بحيث يكون في حدود تجارة معينة وفي حدود مبلغ معين.

أهلية الأجنبي: لم يحدد للأجنبي الأهلية القانونية لممارسة النشاط التجاري، فما هو القانون الواجب تطبيقه على الأجنبي؟، لذا نعود للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني، المادة 10 ق م تستوجب تطبيق قانون الجنسية للأجنبي فيما يتعلق بحالته المدنية، والأهلية تتعلق بالحالة المدنية، وذلك فيما يتعلق بالتصرفات التي يبرمها. فهل يمكننا تطبيق هذا النص على الأجنبي الذي يريد ممارسة النشاط التجاري في الجزائر؟. لو نطبق هذا النص في المجال التجاري سنلاحظ أنه يتعارض مع الواقع العملي للنشاط التجاري ومع بعض نصوص القانون التجاري بصفة غير مباشرة.

فمن ناحية الواقع العملي نلاحظ أن المعاملات التجارية تقوم على السرعة والائتمان، ولا تفتح مجالا أمام التاجر الجزائري في بحث أهلية التاجر الأجنبي، فهذه من الأمور التي تعرقل النشاط التجاري حيث أنه لا يمكنه أن يطلع على قانون الجنسية ثم وثائقه المتعلقة بالأهلية.

ومن جهة أخرى نلاحظ أن التشريعات الحديثة تتجه إلى اشتراط الأهلية القانونية في الأجنبي التي تشترطها في مواطنيها. وبالتالي فإن التشريعات الحديثة تشترط في الأجنبي نفس الأهلية التجارية التي تشترطها في مواطنيها، والقانون التجاري قانون مهني، فكل من يريد اكتساب صفة في بلد ما فإنه يخضع لقانون ذلك البلد.

ومن الناحية القانونية نلاحظ أن المادة 1/19 ق ت تلزم بالتسجيل في السجل التجاري كل شخص طبيعي له صفة التاجر في نظر القانون الجزائري ويمارس أعماله التجارية داخل القطر الجزائري.

كذلك تنص المادة 1/13 من قانون السجل التجاري تذهب في نفس المعنى حيث تشترط هذه النصوص الإلزام بالقيد في السجل التجاري طبقا للقانون الجزائري.

من هذين النصين يمكننا أن نستنتج أن الأجنبي الذي يريد ممارسة نشاط تجاري في الجزائر، وطبقا للقانون الجزائري، فيجب أن يتمتع بالأهلية القانونية المطلوبة في القانون الجزائري وهي 19 سنة كاملة أو 18 سنة إذا حصل على إذن لممارسة النشاط التجاري وألا يكون مجنونا أو سفيها أو معتوها، فإن جاء شخص مصري للجزائر وأراد أن يمارس

التجارة فإن السن المطلوبة هي 19 سنة رغم أنه في القانون المصري هي 18 سنة وفي القانون السعودي 18 سنة.

ونشير إلى أنه في حالة الأهلية المدنية (الزواج والطلاق ...) نطبق عليه قانون بلده لكن في النشاط التجاري نطبق القانون الوطني.

أهلية الشخص المعنوي: بالنسبة لأهلية الشخص المعنوي فإن عقد إنشائه هو الذي يحدد أهلية هذا الشخص إن كان معنوي عام أو خاص، فإذا كان الشخص المعنوي عاما فإن قانونه الأساسي هو الذي يحدد أهليته وتحدد مسؤولية الشخص المعنوي بالنشاط أو الغرض الذي ينشأ من أجله طبقا لما هو منصوص عليه في العقد أو القانون الأساسي للإنشاء، فإذا حدد نشاط الشخص المعنوي في إنتاج الأقمشة فإن أمليته تحدد بهذا الغرض أي إنتاج وتوزيع الأقمشة، فإذا أراد أن ينتج أشياء أخرى فيعتبر ذلك خارج عن أهليته، وبالطبع فإن أهلية الشخص أو غرض الشخص المعنوي تحدد في قانون إنشائه وكذلك في السجل التجاري.

المحور الثالث : التاجر

تعريف التاجر:

إذا توافر في الشخص (طبيعي أو معنوي) احتراف الأعمال التجارية واتخاذها مهنة معتادة إضافة إلى الأهلية القانونية فهو يكتسب صفة التاجر، غير أن صفة التاجر لا تفترض بل يجب على من يدعي توافر هذه الصفة في شخصه أن يثبت وجودها بكل وسائل الإثبات، لأن الأصل في الشخص أنه غير تاجر وعلى من ادعى خلاف ذلك أي الأصل، إقامة الدليل على ذلك، ولو كان التاجر نفسه ويكون ذلك بكل وسائل الإثبات.

أولا -التزامات التاجر: يترتب على مكتسب صفة التاجر التزامات، منها ما يهدف إلى التنظيم الخارجي للحرفة التجارية واطلاع الغير على المركز القانوني للشخص وعلى أهم العناصر التي يتكون منها مشروعه التجاري، ويتمثل هذا الالتزام في التسجيل في السجل التجاري، ومن هذه الالتزامات ما يهدف للتنظيم الداخلي للمهنة التجارية حيث يضمن السير الحسن للمشروع التجاري، ويتمثل هذا الالتزام في مسك الدفاتر التجارية.

1-القيد في السجل التجاري:

لبعث الثقة والائتمان في نفوس المتعاملين مع التاجر لابد من تعريفه للغير وذلك بنشر وشهر مركزه القانوني خاصة إذا علمنا أن الائتمان من أهم مميزات المعاملات التجارية[14].

ويعود ظهور السجل التجاري إلى القرن 13 ميلادي وبالتحديد إلى نظام الطوائف حيث كان السجل التجاري من أهم مميزاتها وكانت هذه الطوائف تحتفظ بسجل تجاري تقيد فيه قائمة طائفة التجار ويعلق في مدخل المدينة أو السوق لذلك نلاحظ زوال السجلات التجارية بزوال الطوائف خاصة بعد الثورة الفرنسية غير أنها عادت للظهور في

[14]يوسف محمد : المصاروة الإثبات بالقرائن المدنية والتجارية –مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان 1996. ص63

التشريعات الحديثة لأن الإشهار من الأسس الضرورية للائتمان التجاري، وأصبح السجل التجاري يعتبر نظاما قانونيا لا غنى عنه، غير أن الاختلاف بين التشريعات يكمن في وظيفة السجل التجاري وأهدافه، ونلاحظ أن بعض التشريعات ننظر إلى السجل التجاري كوسيلة إحصائية تهدف لإعطاء إحصائيات دقيقة عن التجار وأحوالهم كعددهم والأموال المستثمرة في التجارة، وأنواع التجارة المختلفة التي يمارسونها وجنسيتهم، كذلك وطبقا لهذه التشريعات فإن السجل التجاري يعتبر نظام إداري إحصائي فقط، والقيد في السجل التجاري طبقا لهذه التشريعات لا يكسب صاحبه الصفة التجارية، ومن بين التشريعات التي تأخذ بهذا القانون الفرنسي لسنة 1919 والقانون التجاري المصري

بينما هناك من التشريعات ما تعتبر السجل التجاري نظام قانوني يؤدي وظيفة الإشهار في المسائل التجارية تترتب عنه آثار قانونية هامة، حيث تجعل من التسجيل نظاما جوهريا من نظم القانون التجاري فيعهد به إلى قاضي يسمى قاضي السجل التجاري، يقوم بالتحري والتحقق من صحة البيانات المقدمة من التاجر قبل قيدها، ويعتبر القيد في السجل التجاري في هذه التشريعات شرط لازم وضروري لاكتساب صفة التاجر وبالتالي فإن البيانات المذكورة في السجل التجاري تعتبر حجة على الغير ولو كان يجهلها. وبالمقابل فإنه لا يمكن للتاجر الاحتجاج ببيانات لم يتم قيدها في السجل التجاري حتى لو كان الغير يعلم بها، إذن هو إشهار لمركز قانوني وهو صفة التاجر.

فالقانون الجزائري تذبذب في اعتماد قانون السجل التجاري، المرحلة الأولى إلى غاية 1990 كان القانون التجاري ينظر إلى السجل التجاري على أن له وظيفة مزدوجة يغلب عليها الطابع الإداري، حيث يلزم كل شخص له صفة التاجر بالقيد في السجل التجاري ويلزم كل شخص يريد ممارسة النشاط التجاري أن يقيد نفسه في السجل التجاري، وقد أوكل هذه المهمة إلى مأمور السجل التجاري، وهو موظف إداري تابع لوزارة التجارة وكان القانون التجاري يعتبر كل شخص مقيد في السجل التجاري مكتسبا لصفة التاجر لكن اكتساب الصفة عن طريق القيد اعتبرها قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها من طرف الشخص أو الغير، والإثبات يكون بكل الوسائل رغم قيده في السجل التجاري.

ابتداءا من 1990 وبصدور قانون السجل التجاري 90-22 أكتوبر في 18 أوت 1990.

تغيرت وجهة المشرع في الأخذ بدور التسجيل حيث أوكل مهمة أو جعل السجل التجاري تحت إشراف قاضي، وهذا لم يكن موجودا في السابق (القيد يتم تحت إشراف هذا القاضي) أكثر من ذلك جعل القيد في السجل التجاري قرينة قانونية قاطعة في اكتساب صفة التاجر، ولا يمكن لهذا الشخص أو غيره إثبات عكس ذلك.

بصدور هذا القانون التجاري ونصوص القيد في السجل التجاري الواردة في القانون التجاري نجد تضارب في النصوص حيث قانون السجل التجاري بعد القيد قرينة قاطعة،

نصت المادة 21 من القانون التجاري واستمرت تنص على أن المقيد في السجل التجاري يعتبر مكتسب لصفة التاجر لكن هذه قرينة قانونية بسيطة.

قصد المشرع هل عدل ضمنيا من نص المادة 21 خاصة أنها جاءت لاحقة؟، أم كان هناك مشكل قانوني لغاية 1996 عندما عدل المشرع من القانون التجاري وفي نفس الوقت عدل المادة 21 وأنص جملة من هذه المادة "لا يمكن إثبات عكسها" وجعلها "تعتبر قرينة قاطعة الاكتساب..." كما أسند مهمته الإشراف على القيد في السجل إلى مأمور السجل التجاري الذي يعتبر موظف إداري فقط لا أكثر ولا أقل.

أ-اجراءات القيد في السجل التجاري: التاجر قبل القيد في السجل التجاري يقوم بإجراءات التسجيل لدى مصلحة الضرائب، يسجل نفسه ليدفع الضريبة.

أما القيد فهناك سجل تجاري يمسكه المركز الوطني والمركز المحلي للسجل التجاري يقيد فيه وبعد القيد يمنح له مستخرج من هذا السجل التجاري، يشار فيه إلى اسم الشخص إن كان طبيعيا أو اسم الشركة إن كان معنويا ويشار فيه إلى عنوانه ...إلخ، ويشار إلى رقم القيد في السجل التجاري الذي يجب أن يكتب في جميع الفواتير والوثائق المتعلقة بنشاطه التجاري.

ب-تنظيم السجل التجاري: يتكون السجل التجاري من نوعين من السجلات:

سجل محلي: ويوجد في مقر كل ولاية يقيد فيه كل التجار الذين توجد مؤسساتهم التجارية داخل حدود الولاية، كما يقيد فيه كل شخص معنوي يوجد مركزه الرئيسي في الخارج ويمارس نشاطا تجاريا داخل حدود الولاية، كما يقيد في السجل المحلي للولاية ملخص إجمالي عن السجل التجاري الرئيسي المقيد في ولاية أخرى متى أسند نشاط التاجر إلى الولاية المعنية متعديا حدود الولاية المقيد فيها أصلا، يسير لبسجل المحلي مأمور عمومي إداري مكلف بهذه المهمة، تتمثل مهمته في السهر والتأكد من مطابقة التصريحات المدلاة بها من طرف الأشخاص الملزمين بالقيد في السجل التجاري.

المقيد صفة التاجر ويعتبر القيد قرينة قانونية قاطعة الاكتساب الصفة فلا يمكن للشخص المقيد أو الغير إثبات عكس هذه القرينة... حيث توجه المشرع الجزائري هذا إلى الأخذ بالاتجاه الذي يجعل وسيلة القيد في السجل التجاري وسيلة قانونية وهذا ما يأخذ به التشريع الألماني.

- هل الشخص يكتسب صفة التاجر طبقا للمادة 1ق ت "يعد تاجرا كل من يمارس عملا تجاريا..." أم يكتسب صفة التاجر طبقا للمادة 21 ق ت التي تنص بصريح العبارة "كل شخص... مسجل..." يعد مكتسبا لصفة التاجر"، فهل تكتسب الصفة من ممارسة النشاط التجاري واتخاذها مهنة أو بالقيد في الوهلة الأولى؟ يبدو أن هناك تناقض.
- ما حكم الشخص المحترف للأعمال التجارية وغير المقيدة؟، وما حكم الشخص المقيد وغير الممارس؟.

ما يمكن ملاحظته أن الشخص يكتسب صفة التاجر طبقا للنصين، والنصين يعالجان حالتين مختلفتين ويمكننا اعتبار النصين متكاملين حيث بالنسبة للشخص المحترف للأعمال التجارية يعتبر تاجرا بالالتزامات، لكن القانون في المادة 19 يلزمه بتقييد نفسه وإلا اعتبر تاجرا فيما يتعلق بالالتزامات التجارية (شهر إفلاسه، مواجهته بكل وسائل الإثبات ...إلخ) لكن يجب إثبات أنه محترف للأعمال التجارية طبقا للمادة 1 حيث صفة التاجر مركز قانوني ومن يدعي ذلك يجب إثباته.

ولكنه لا يتمتع بحقوقه لأنه أخل بإلزام ما أقره القانون على عاتقه وهو القيد في السجل التجاري وأكثر من ذلك عدم القيد يعرض الشخص إلى عقوبة جزائية وهي جنحة عدم القيد في السجل التجاري تفرض غرامة مالية من 10 آلاف إلى 20 ألف دينار، وإذا كان عاود فيعرض نفسه إلى الحبس إضافة إلى الغرامة، المقيد في السجل يتحمل التزامات التجار لكن بالمقابل يتمتع بحقوق التاجر، كنتيجة: التضان متكاملان وليست هناك تناقض فالمادة 1 تعالج حالة والمادة 2 تعالج حالة أخرى (يخضع التاجر لالتزامات التاجر وإن لم يمارس العمل التجاري باعتباره مقيدا).

2-مسك الدفاتر التجارية: القانون يلزم التاجر بمسك دفاتر يدون فيها الأعمال المتعلقة بتجارته وهو ما يتحصل عليه من حقوق وما عليه من ديون وللدفاتر التجارية أهمية بالغة بالنسبة للتاجر نفسه وبالنسبة للغير المتعاملين معه وبالنسبة للخزينة العامة.

ا-بالنسبة للتاجر: أنها تعتبر الوسيلة التي تبين سير أعمال التاجر ومدى نجاح نشاطه التجاري وحقيقة مركزه المالي لما له من حقوق وعليه من التزامات، وبالتالي باطلاعه على دفاتره سيكشف إن كان ناجحا في النشاط التجاري أو فاشلا وبالتالي الدفاتر تعتبر مرآة يرى فيها التاجر نشاطه التجاري وإذا ما كانت الدفاتر التجارية دقيقة ومنتظمة فإنه سيكون لها دور إيجابي فيما إذا ساءت أمواله وتعرض لخسارة أوقفته عن دفع ديونه مما يساعده على طلب الصلح الواقي الذي ينقذه من الإفلاس وفقا للمادة 319 وما يليها، وإذا ما كانت هذه الدفاتر منتظمة وبالرغم من ذلك وقع التاجر في حالة إفلاس فإنها ستبعد عنه سوء إدارته وسوء نيته واحتياله وتقصيره مما ينقذه من الخضوع لعقوبات جزائية في حالة ما إذا ثبت إفلاسه بتقصيره أو إفلاسه بتدليسه، والإفلاس بالتقصير والتدليس يعتبر جريمة جنائية وجنحة يعاقب عليها في قانون العقوبات.

الإفلاس بالتدليس:

-تعريف الإفلاس بالتدليس:

هو أن يتعمد التاجر وبسوء نية تهريب أمواله بإبرامه عقود صورية مع أبنائه وأصحابه ...إلخ، أما في التقصير فهو غير متعمد.

-إثبات الإفلاس بالتدليس:

وإذا قام نزاع بين تاجرين فإن الدفاتر المنتظمة يكون لها دور هام في الإثبات لفائدة ماسكها إضافة إلى أن الدفاتر المنتظمة يكون لها دور هام في التحديد الحقيقي للضريبة المقررة على التاجر، حيث تعتمد عليها إدارة الضرائب في تقديرها الضريبة المقررة على التاجر وفي حالة عدم انتظام الدفاتر فإن التاجر سيخضع لتقدير جزافي للضريبة المقررة على التاجر، وفي حالة عدم انتظام الدفاتر فإن التاجر سيخضع لتقدير جزافي للضريبة المقررة، وفي هذه الحالة تكون أعلى مما كان يجب عليه أن يدفع.

الأشخاص الملزمين بمسك الدفاتر التجارية: طبقا للمادة 2 من القانون التجاري يلزم بمسك الدفاتر التجارية كل شخص طبيعي أو معنوي اكتسب صفة التاجر معنى ذلك أن غير التجار غير ملزمين بمسك دفاتر التجارية ولكن ملزمين بمسك دفاتر خاصة على مثل المحامي، وقد ثار خلاف فقهي حول مدى إلزامية الشريك المتضامن بمسك دفتر تجاري لأن الشريك المتضامن يكتسب صفة التاجر بقوة القانون.

وذهب اتجاه من الفقه إلى ضرورة إلزام الشريك المتضامن مسك دفتر تجاري مستمل مستقل عن دفتر الشركة يدون فيه مصاريفه كشريك متضامن والأرباح المتحصل عليها من نشاط الشركة ويعتمد هذا الاتجاه إلى عمومية النص. بينما يذهب رأي آخر وهو الراجح في الفقه إلى عدم إلزامية الشريك المتضامن بمسك دفتر تجاري مستقل عن دفتر الشركة وذلك لأن الشريك المتضامن يقوم بالتجارة من خلال شركة التضامن التي تمسك دفاتر يدون فيها كل نشاط الشركة والأرباح التي يمكن أن يتحصل عليها كل شريك فيها والالتزامات التي قد يتحملها كل شريك في هذه الشركة، إضافة إلى أن المشرع لا يلزم الشريك المتضامن بالقيد في السجل التجاري رغم اكتسابه لصفة التاجر، إذ يكفي تسجيل الشركة وبياناتها في السجل التجاري وبالتالي لا يمكن إلزام الشريك المتضامن بنصف الالتزام (لا يلزمه بالقيد مستقلا ويلزمه مسك دفتر بصفة مستقلة، هذا غير منطقي).

أنواع الدفاتر التجارية: نص المشرع على نوعين من الدفاتر.

- الدفاتر اليومية - دفاتر الجرد.

-الدفاتر اليومية: طبقا للمادة 9 قانون تجاري يقيد فيه التاجر يوميا عمليات مشروعه من شراء أو بيع وما قبضه وما دفعه خلال اليوم فعندما يشتري بضاعة يقيد أنه اشترى كمية من بضاعة كذا من نوع كذا بثمن كذا. هذا لا يعني أنه ملزم

بتسجيل ذلك يوميا بل يكون التسجيل خلال الأسبوع أو الشهر والمهم هو تسجيل كل العمليات التي قام بها (عن طريق الفواتير التي تعامل بها).
-دفتر الجرد: يجب على التاجر أن يجري كل سنة جرد جميع عناصر نشاطه التجاري موضحا فيها جميع الأموال المتعلقة بهذا النشاط، سواء كانت عقارية أو منقولة مادية أو غير مادية ويجب عليه أن يقفل حساباته كل سنة، يقوم بحساب ما بقي في محله من أموال، وما هو موجود في حسابه البنكي ...إلخ، حيث يقوم بحساب الأرباح والخسائر لإعداد الميزانية طبقا لذلك مبينا في جانب منها أصول المشروع والمتمثلة في الأموال العقارية أو المنقولة التابعة له إضافة إلى الحقوق التي له في ذمة الغير وفي الجانب الآخر منها يثبت الخصوم المتمثلة في الديون على المشروع لصالح الغير بالإضافة إلى رأس مال المشروع الذي يعتبر في حد ذاته دينا لصاحب المشروع على المشروع[15].

ودفتر الجرد يهدف إلى الاطلاع على حقيقة مركز التاجر المالي ويسمح للدائنين في حالة إفلاس تاجر ما لمدينهم من حقوق وما عليه من التزامات وتلزم (المادة 11 قانون تجاري) التاجر بمسك دفاتر سواء يومية أو دفاتر جرد منتظمة ومؤرخة ودون ترك بياض وعدم إحداث أي تغيير فيها أو أي نقل على الهامش كما يجب عليه ترقيم صفحات كل من الدفترين ويتم التوقيع عليها من طرف قاضي المحكمة وتلزم المادة 12 قانون تجاري التاجر بالاحتفاظ بالدفاتر التجارية والمستندات المبررة لحساباتها وجميع المراسلات المتعلقة بنشاطه التجاري لمدة 10 سنوات.

ج-الجزاءات المترتبة على عدم مسك دفاتر تجارية منتظمة:

يخضع التاجر في هذه الحالة أي في حالة عدم قيامه بالتزامات إلى جزاءات مدنية وأخرى جنائية.

الجزاءات المدنية: تتمثل في عدم قبول دفاتره غير المنتظمة كوسيلة إثبات أمام القضاء إضافة إلى أن جباية الضرائب ستعتمد على التقرير الجزافي للضريبة المقررة عليه.

الجزاءات الجنائية: تتمثل في العقوبات المقررة في المادة 383 قانون العقوبات والمتعلقة بالجزاء الذي يخضع له التجار المدينين بإفلاس لتقصير أو تدليس.

تتمثل هذه العقوبات في حالة الإفلاس البسيط وهو الإفلاس بالتقصير يعاقب المفلس المقصر بالحبس من شهرين إلى سنتين، وعن الإفلاس بالتدليس فيعاقب بالحبس من سنة إلى 5 سنوات إضافة إلى أنه في الحالة الثانية يمكن أن يحرم من حق أو أكثر من حقوقه

[15]سميحة القليوبي: القانون التجاري الكويتي –المطبعة العصرية .الكويت 1974- ص119.

المدنية (حق الترشيح، حق ممارسة نشاط تجاري لمدة معينة من الزمن ...إلخ)، "منصوص عليها في المادة 14 قانون عقوبات".

ويمكن اعتبار من الحالات التي يحكم فيها بالإفلاس لتقصير التاجر توقفه عن دفع ديونه وعدم إمساكه لحسابات مطابقة لعرف المهنة، ويعتبر مرتكبا للتفليس بالتدليس كل تاجر يخفي حساباته أو يبددها أو يتلفها أو يضيف إلى ميزانيته ديونا ليست لها أساس من الصحة.

د-دور الدفاتر التجارية في الإثبات: تعتبر الدفاتر التجارية من الأدلة الكتابية لكنها تختلف عن أوراق الإثبات الأخرى كالكتابة الرسمية والكتابة العرفية في أنها ليست موقعة من طرف التاجر (التاجر لا يوقع الدفتر) بينما الوثائق الأخرى فتكون موقعة من طرف أصحابها ثابتة التاريخ، وأكثر من ذلك قد لا تكون محررة من طرف التاجر، كأن تكون محررة من طرف مستخدميه وقد منح القانون سلطات واسعة للقاضي في تقدير الدفاتر التجارية وحتى يعتمد عليها كوسيلة للإثبات، وذلك تقريرا لمبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية من جهة ولأن المادة 13 جعلت استثناء القاضي عليها جوازيا فقد يقبلها على وسائل الإثبات الأخرى، وقد لا يقبلها أصلا كوسيلة للإثبات، وذلك خاصة إذا وجد تناقض في الدفتر الواحد أو تناقض بين دفترين مختلفين أو تناقض بين ما هو مدون في الدفتر ووسائل إثبات أخرى

-حجية الدفاتر التجارية: طبقا للمادة 330 ق مدني تنص في الفترة 2 على أن الدفاتر التجارية تكون حجة على هؤلاء التجار، لكن إذا كانت هذه منتظمة فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل لنفسه واستبعاد ما هو مناقض لدعواه.

ويتضح أن الدفاتر التجارية تكون حجة على التاجر الذي صدرت منه سواء كان الخصم المتمسك بها تاجرا أو غير ذلك وسواء كان الدين تجاري أو مدني.

وما يلاحظ من نص المادة 14 أنه لا يفرق في هذه الحالة إذا كانت الدفاتر منتظمة أو غير منتظمة تطبيقا للمبدأ العام. أنه لا يجوز للشخص الاعتماد على خطئه أو إهماله لإعفاء نفسه من التزاماته. وفي هذه الحالة فإنها تعتبر إقرارا خطيا للتاجر. ولكن ما يفهم من نص المادة 2/33 أنه في حالة استعمال الدفتر التجاري فإنه لا يجوز للشخص أن يجزأ هذا الدفتر كدليل بإثبات ويذكر الجزء الآخر.

-حجية الدفاتر التجارية لصالح التاجر: خروجا عن القاعدة العامة التي لا تجيز للشخص اصطناع دليل لنفسه فإن القانون التجاري يسمح للتاجر التمسك بالدفاتر التجارية الصالح نفسه غير أن تأثير هذه الحجية في الإثبات يختلف في حالة الطرف الآخر إذا كان تاجرا أو غير تاجر.

-حجية الدفاتر التجارية في الدعوى بين تاجرين: طبقا للمادة 13 قانون تجاري فإنه يجوز للقاضي قبول الدفاتر التجارية المنتظمة[16].

بالنسبة للأعمال التجارية، نفهم أن المشرع منح للتاجر الحق في استعمال دفاتره التجارية في الإثبات ضد غيره من التجار وحتى يمكن للتاجر استعمال ذلك لابد من توافر 3 شروط:

- أن يكون الشخص المحتج ضده تاجر، أي النزاع بين تاجرين: هنا يمكن للقاضي أن يقارن بين دفاتر التاجرين لاستخلاص الحقيقة وإذا اختلفت هذه الدفاتر فإن القاضي سيعتمد على الدفاتر الأكثر انتظاما.
- يجب أن يكون النزاع متعلق بعمل تجاري بالنسبة لكل من التاجرين: وإذا تعلق النزاع بعمل يعد بالنسبة للتاجر الآخر مدنيا فلا يصح للطرف الآخر استعمال دفاتره التجارية كوسيلة للإثبات.
- يجب أن تكون الدفاتر المحتج بها منتظمة لكي يكون لها مفعول: فإذا كانت غير منتظمة، فلا يمكن استعمالها لإثبات.

-حجية الدفاتر التجارية في الدعاوي بين تاجر وغير تاجر: القاعدة أنه لا تصلح دفاتر التاجر لأن تكون حجة على خصمه غير التاجر، باستثناء حالة واحدة نصت عليها المادة 1/330 ق مدني وهي عندما تحتوي الدفاتر على بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التاجر لشخص مدني، هذا يمكن قبول دفاتر التاجر كوسيلة للإثبات ضد خصمه غير التاجر، هنا يجوز للقاضي أن يوجه اليمين إلى أحد الطرفين إذا كانت قيمة النزاع تزيد عن 1000 دينار أو كان النزاع غير محدد القيمة.

كيفية الرجوع إلى الدفاتر التجارية: استعمال الدفاتر التجارية كوسيلة الإثبات يستلزم إطلاع القضاء على بياناتها فإذا لم يقم التاجر بإبرازها من تلقاء نفسه يجوز للقاضي بناء على طلب الطرف الأخر في النزاع أن يأمر المدعي عليه (التاجر) بتقديم الدفاتر التجارية أثناء النزاع، وهنا نلاحظ في إقرار هذا المبدأ أن المشرع قد خرج على القاعدة العامة التي لا تلزم الخصم بتقديم دليل على نفسه، القاعدة العامة تقول أن البينة على من ادعى وهذا خروج على مبدأ حياد القاضي وإن امتنع عن تقديم دفاتره التجارية للإثبات بالرغم من طلب القاضي اعتبر ذلك الإقناع قرينة على صحة ادعاء الخصم وجاز للقاضي توجيه اليمين لهذا الخصم لاستعمال شدة القرينة (م 18 ق تجاري).

طرق إبراز الدفاتر التجارية: يتم إبراز الدفاتر التجارية للقضاء بالاطلاع الكلي والجزئي.

[16]المادة 13: يجوز للقاضي قبول الدفاتر التجارية المنتظمة كإثبات بين التجارة بالنسبة للأعمال التجارية .

أ-الاطلاع الكلي: يكون جائزا وضروريا في حالات معينة نصت عليها المادة 15 ق تجاري وبالتالي فإن الاطلاع الكلي لا يكون جائزا في كل الحالات، بل في الحالات المنصوص عليها في هذه المادة[17].

الحالات هي ثلاثة:

- حالة الإرث: في حالة وفاء التاجر، هنا لابد من الاطلاع الكلي على دفاتره التجارية.
- حالة قسمة الشركة: عند انحلال الشركة لابد من الاطلاع على دفاترها التجارية، لقسمة موجوداتها على الشركة.
- حالة إفلاس التاجر: هنا لابد من الاطلاع الكلي على دفاتره التجارية لمعرفة ما تبقى من أمواله لتثبيت حقوق الدائنين.

ما عدا هذه الحالات لا يجوز الاطلاع الكلي على دفاتر التاجر التجارية.

وهناك حالة رابعة لم ينص عليها القانون التجاري وإنما قانون الضرائب وهي:

- حالة تقديم الدفاتر التجارية كلها لتحديد الوعاء الضريبي، وإذا امتنع التاجر فإنه هنا يخضع للنظام الجزافي.

ب-الاطلاع الجزئي: متى عرض التاجر دفاتره أو قبل استعمالها كدليل للإثبات، جاز للقاضي توجيه إنابة قضائية بتعيين قاضي للاطلاع على الدفاتر التجارية في المحكمة التي توجد بها لاستخلاص ما يهم القضية وتحرير محضر بذلك وإرساله إلى المحكمة المختصة (أي لا يلزم التاجر لإحضار دفاتره، بل ترسل إنابة لذلك).

والاطلاع الجزئي يعد الطريق العادي لإبراز الدفاتر التجارية أمام القضاء ولإثبات بمقتضى بياناتها.

المحور الرابع: المحل التجاري

المشرع أخطأ عندما تعرض للإيجارات التجارية للمحل وسماه المحل التجاري، لذلك يجب التفرقة بين المحل التجاري (القاعدة التجارية) الذي هو مال منقول معنوي، أما المحل فهو ذلك العقار الذي يمارس فيه التاجر تجارته.

أولا: مفهوم المحل التجاري

-التعريف القانوني:

[17]يونس علي حسن: القانون التجاري المكتبة الربية الحديثة الإسكندرية – القاهرة 1979. ص154

المحل التجاري لم يكن معروفا في القديم، لأن التاجر في القديم كان يستعمل بعض العناصر المادية أما العناصر المعنوية لم تكن لها أهمية. وظهرت فكرة استقلالية المحل التجاري عن الشخص التاجر ابتداء من القرن 19، ولم تكن هذه الاستقلالية هدية من المشرع وإنما هي استقلالية انتزعها التجار نتيجة للتأثير على المشرع. حيث تصور التجار إمكانية انتقال المحل التجاري إلى الغير بكل عناصره وقيمه ولم يكن دور المشرع إلا الاستجابة لهذا التطور تحت ضغط التجار. وظهر أول تقنين المحل التجاري سنة 1909 ولقد أخذ المشرع الجزائري عن القانون الفرنسي عند اصداره للقانون التجاري سنة 1975، ونلاحظ أن كلا من المشرع الفرنسي والجزائري لم يعرف المحل التجاري، وإنما نص فقط علي العناصر المكونة للمحل التجاري وهو ما نصت عليه المادة 78 ق ت، وذلك عن قصد، تفاديا للوقوع في مأزق كما أن المشرع لم يعرف العمل التجاري وإنما قام بتعداد الأعمال التجارية.

-التعريف الفقهي:

عرف المحل التجاري بأنه: "هو مجموعة من الأموال المنقولة المخصصة للقيام بالنشاط التجاري حيث تمثل العناصر المعنوية الدور الأهم فيه".

ويذهب جانب آخر من الفقه لتعريفه بأنه[18]: "هو الاتصال بالعملاء" وهذا لأهمية هذا العنصر في المحل التجاري، فالمحل التجاري إذن هو الأداة التي يستعملها التاجر عادة في ممارسة نشاطه التجاري وتحقيق أغراضه، وقد يسمى بالمتجر إذا خصص لممارسة التجارة، وقد يسمى بالمصنع إذا خصص للصناعة.

وسوف نتعرض في هذه الدراسة لموضوعين: تكوين المحل التجاري وطبيعته القانونية، العقود التي ترد على المحل التجاري.

ثانيا- الطبيعة القانونية للمحل التجاري:

-نطاق المحل التجاري:

تنص المادة 78 ق ت على أنه يعد جزءا من المحل التجاري الأموال المنقولة المخصصة لممارسة النشاط التجاري ويشمل الوسائل الأخرى كالاسم التجاري والمعدات والآلات وحق الملكية الصناعية والفكرية...

ثالثا- العناصر المكونة للمحل التجاري:

[18]الخولي أكتم أمين :قانون التجارة اللبناني- المقارن –دار النهضة العربية .بيروت 1968. ص153

يمكن أن تقسم إلى نوعين، عناصر مادية وعناصر معنوية. والعناصر المعنوية هي الأصل في تكوين المحل التجاري، أما العناصر المادية فلها دور ثانوي بحيث يمكن تصور وجود محل تجاري مكون فقط من العناصر المعنوية ولا توجد فيه العناصر المادية. مثل محل السمسرة أو محل الوكالة بالعمولة أو مقاولة الأشغال.

1-العناصر المادية للمحل التجاري: هي المعدات والآلات والبضائع.

أ-المعدات والآلات: هي تلك الأموال المنقولة المادية المستعملة في استغلال المحل التجاري كالآلات في المصنع وأدوات الوزن واتات التجاري كالمكاتب، والخزائن والرفوف، ولا يغير في الأمر شيئا حتى ولو كانت هذه المنقولات عقارات بالتخصيص، مثل قاعة المسرح أو السينما

ب-البضائع: هي تلك الأشياء المعدة للبيع في المحل التجاري أو المواد الأولية المعدة للتصنيع في المصنع ولاعتبار البضائع عنصرا في المحل التجاري لابد أن ينظر إليها ككتلة واحدة وليس كوحدات منفردة، وتجنب التفرقة بين المعدات والبضائع، حيث توجد بعض الأشياء يمكن اعتبارها من البضائع والمعدات، لذلك يجب النظر في الغرض الذي خصصت له فإذا خصصت للبيع أو التصنيع فإنها تعد بضائع أما إذا خصصت لاستثمار المحل التجاري فإنها تعد من المعدات، والغاية من التفريق هي أنه في حالة الرهن فالمعدات تدخل في نطاق رهن المحل التجاري، أما البضائع فلا.

استبعاد بعض العناصر المادية من المحل التجاري:

أ-العقارات: إذا مارس شخص نشاط تجاري في عقار مملوك له وتم بيع هذا المحل التجاري فإن هذا العقار يخرج من هذا البيع، إلا إذا تم النص على ذلك صراحة في العقد.

لذلك نسمع أن الشخص اشترى المحل التجاري والجدران حتى يمكن اعتبار العقار داخل في بيع المحل التجاري وإلا لم يدخل.

هذا ما يذهب إليه الرأي الراجح في الفقه، هناك رأي آخر يعتبر العقار يدخل ضمن العناصر المادية للمحل التجاري ويستدلون في ذلك على أن هذا العقار يتحول إلى منقول بالتخصيص. أما الرأي الراجح فيخرج العقارات بطبيعتها من عناصر المحل التجاري وبهذا لا يجيز هذا الرأي اعتبار العقارات من عناصر المحل التجاري.

نص المادة 78 ق ت لم يتضمن العقار كعنصر من عناصر المحل التجاري.

فطبقا لهذا الرأي لا يمكن تحويل العقار إلى عقار بالتخصيص، أما إذا كان المحل التجاري يتعامل في العقارات وبيع هذا المحل التجاري فإن هذا المبيع يتضمن كذلك العقارات باعتبارها بضائع، لكن يجب بيع تلك العقارات في الشهر العقاري.

ب-الدفاتر التجارية: نظرا لأهميتها البالغة لما تلعبه من دور في توضيح المركز القانوني للتاجر، ذهب جانب من الفقه لإدخالها ضمن العناصر المادية للمحل التجاري، غير أن الرأي الراجح ينفي ذلك لتعلقها بنشاط التاجر أثناء ممارسته لهذا النشاط، وتثبت الحقوق والديون المتعلقة به والتي لا تنتقل إلى المشتري في حالة بيعه إلا إذا كان الاتفاق صريح بينهما بالإضافة إلى أن التاجر ملزم بالاحتفاظ بدفاتره التجارية لمدة 10 سنوات، لكن القانون يلزم بائع المحل ومشتريه بالتوقيع على غلق هذه الدفاتر والسماح للمشتري بالاطلاع على تلك الدفاتر لمدة ثلاث سنوات السابقة لعقد البيع حتى يتمكن مشتري المحل التجاري من الاطلاع على المركز المالي الحقيقي للمحل التجاري.

ج-المراسلات: هي الوثائق التي تأتي إلى المحل وتحمل أسماء المنتجات التي يبيعها أو يشتريها.

هذه المراسلات التي تأتيه هل تعتبر عنصرا من عناصر المحل التجاري، أم هي ملك التاجر؟. نفرق في حالة المراسلات بين حالتين: إذا وصلت المراسلات قبل بيع المحل التجاري فهي ملك للتاجر، أما إذا كانت قد وصلت إليه بعد بيع المحل التجاري فتصبح ملك للشخص المتنازل له عن المحل التجاري.

2-العناصر المعنوية: هي الأهم في تكوين المحل التجاري حيث لا يمكن تصور محل تجاري دون العناصر المعنوية عكس العناصر المادية، وهذه العناصر منها ما هو على قدر كبير من الأهمية كالاتصال بالعملاء، وهناك عناصر أخرى تكون أهميتها حسب النشاط وموقع المحل التجاري.

أ-الاتصال بالعملاء: يعتبر عنصرا جوهريا في المحل وهو عنصر إلزامي بحيث لا يمكن تصور محل تجاري دون ذلك، ويقصد بالعملاء مجموع الأشخاص الذين اعتادوا على التعامل مع المحل التجاري للحصول على الحاجيات أو الخدمات منه، وهو أهم عنصر في المحل التجاري، بل إن البعض يعرف المحل التجاري بأنه الاتصال بالعملاء، ويختلف الاتصال بالعملاء في المحل التجاري عن غيره من المهن الحرة، أين يكون الاتصال بالشخص صاحب المهنة الحرة مثل الطبيب أو المهندس أو المحامي، أما الاتصال بالعملاء في المحل التجاري فإنه اتصال بالمحل ككل، صحيح أن شخصية التاجر تلعب دور في طلب العملاء ولكن هناك ظروف أخرى، فإذا كان ممكنا التنازل عن حق التنازل عن العملاء في المحل التجاري فلا يمكن تصوره في المهن الحرة مثل المحاماة فإذا قلنا بأن للتاجر حق على العملاء فلا يجب أن يفهم من ذلك بأنه له حق ملكية على العملاء، أي أن للعملاء مطلق الحرية في التعامل مع أي تاجر شاءوا.

ونظرا لأهمية هذا العنصر فقد أجاز القانون للتاجر حق حمايته وذلك عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة التي يمكن أن يستعملها التاجر ضد أي شخص استعمل وسائل غير مشروعة لجذب عملائه وتحويلهم عنه.

-الشهرة أو السمعة التجارية: يذهب بعض الفقهاء بأنه ليس هناك فرق بين الاتصال بالعملاء وبين الشهرة التجارية، وما هما إلا عنصرا واحدا وذلك لتأثير الشهرة التجارية في اجتذاب العملاء، ولكنهما في الحقيقة مختلفان وإلا لما نص عليهما المشرع معا والفرق بينهما هو أن الاتصال بالعملاء يتمثل في الاستمرارية في اجتذاب العملاء السابقين، أما الشهرة أو السمعة التجارية فهي التي تؤدي إلى اكتساب عملاء جدد، لأنهم سمعوا بنشاط هذا التاجر، لذلك فالعنصران رغم تقاربهما فيما يختلفان.

-الاسم التجاري: وهو الاسم الذي يستعمله التاجر في ممارسته لنشاطه التجاري والذي يميز محله من غيره من المحلات وهو يشكل عادة عنصرا هاما جدا لاجتذاب العملاء لما اكتسبه المحل من شهرة وثقة لدى الجمهور، والاسم التجاري قد يتكون بالنسبة للتاجر الفرد إما من اسمه العائلي أو من اسمه الشخصي.

وبالتالي فإن هذا الاسم هو الذي يعطي السمعة والشهرة والثقة لصاحبه، ويباع مع المحل التجاري الاسم التجاري لأنه عنصر معنوي. ولذلك يجوز للمشتري أن يستعمل ذلك الاسم كما اشتراه، ويجب على المشتري أن يضيف إلى الاسم عبارة خلف حتى يعرف الناس بأنه ليس المالك الأصلي، ويكون كذلك للشركات أسماء تجارية، كشركة التضامن اسمها يتكون من اسم كل الشركاء أو بعضهم أو واحد منهم مثل الحاج قدور وشركاؤه أو إخوانه، أو أبنائه[19].

وشركة المسؤولية المحدودة يتكون اسمها من اسم أحد الشركاء أو كلهم ولكن بإضافة الشركة ذات المسؤولية المحدودة (ش.ذ.م.م SARL) وإذا كانت الشركة شركة مساهمة يكون اسمها غالبا من الغرض الذي أنشئت من أجله أو من اسم أحد الأشخاص، ولكن لابد من إضافة كلمة شركة مساهمة (ش.م SA) ويكون الاسم التجاري مملوك للشخص السابق إلى قيده في السجل التجاري.

وفي حالة تشابه الأسماء الشخصية الفاصل بينهما هو سبق قيد الأول في السجل التجاري، فيجب على الشخص الثاني أن يضيف كلمة أخرى للتفريق بين الاسمين، وإذا لم يقم بذلك جاز للأول رفع دعوى المنافسة غير المشروعة. وإذا اغتصب الاسم التجاري لتاجر فإنه يحق له رفع دعوى المنافسة غير المشروعة على التاجر المغتصب للاسم، وبالتالي فإنه يطالب بإزالة الاعتداء ويطالب بالتعويض.

-العنوان التجاري: لا يختلف كثيرا عن الاسم التجاري إلا أنه يعتبر تسمية مبتكرة تطلق على المحل التجاري لتميزه عن غيره، مثال: ذلك الحذاء الذهبي والعنوان

[19] محسن تفيق :القانون التجاري المصري – دار المعارف الإسكندرية 1954- ص109

التجاري هو الذي يطلقه صاحب المحل على محله، والاسم التجاري يندمج في العنوان التجاري عندما يكتب على الألبسة والعطور... ويعتبر العنوان التجاري في مرتبة الاسم التجاري من الناحية القانونية، لذلك يمكن حمايته عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة.

-الحق في الإيجار: هو حق المستأجر في انتفاع بالعين المؤجرة مقابل دفع أجرة للمالك وتظهر أهمية عنصر الحق في الإيجار في أن موقع المحل التجاري يلعب دورا هاما في جذب العملاء، وأحيانا يكون ضمن عناصر المحل التجاري، كأن يكون المحل التجاري واقعا في شارع رئيسي أو في ساحة عمومية يساعد أكثر على اجتذاب العملاء. لذا يصبح الحق في الإيجار عنصرا هاما، هذا الحق يمكن التنازل عنه ككل عناصر المحل في حالة بيع المحل، ويلاحظ أنه حماية لها الحق في الإيجار فإنه يعتبر ملغىً كل عقد أو شرط يهدف إلى منع المستأجر من التنازل عن حقه في الإيجار لمشتري المحل التجاري. كما يلغى أي اتفاق يجعل انتقال الحق في الإيجار إلى المشتري بموافقة المؤجر (م 200 ق ت).

ورغم أهمية هذا العنصر غير أنه ليس شرطا ضروريا يجب توافره في كل محل تجاري كأن يمارس تاجر نشاط تجاري في عقار مملوك له، هنا لا نجد عنصر الحق في الإيجار كأن يكون التاجر من الباعة المتجولين، هنا لا يمكن تصور الحق في الإيجار.

هذا الحق في الإيجار يعطي للتاجر الحق في ملكية عقد الإيجار (أي أن ملكية العقار تبقى للشخص المالك، أما ملكية الحق في الإيجار فتبقى للتاجر، ويصبح له الحق في تجديد عقد الإيجار، وإذا أراد إنهاء علاقة الإيجار فعلى المالك الأصلي تعويض التاجر عن العناصر المعنوية، وهو ما يعرف بالتعويض الاستحقاقي.

-حق الملكية الصناعية والتجارية: يشتمل هذا العنصر على الحقوق الواردة على براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والعلاقات التجارية. من توافرت هذه الحقوق فإنها تعتبر من عناصر المحل التجاري وقد تكون في بعض المحلات التجارية أهم العناصر التي يتكون منها المحل كأن يكون المحل مصنعا يملك نموذجا صناعيا أو علامة تجارية، مثال ذلك: أن يقوم شخص باختراع آلة معينة فلكي يعتبر مالكا لذلك الاختراع فعليه أن يسجله في سجل الملكية الصناعية والفكرية، وعليه حتى يسجله أن يصنع ذلك الجهاز أو الآلة وذلك بإنشاء مصنع فتصبح من عناصر هذا المصنع الملكية الصناعية، وصاحب المصنع يعطي علامة مميزة تشتهر بها سلعته (علامة تجارية) مثل بيجو "الأسد" نجمة ثلاثية عام المرسيدس، adidas في الألبسة (نجد في بعض السلع كتابة علامة مسجلة وهذا يعني أنها مسجلة في السجل هذه العلامة تباع وتؤجر، ونجد في بعض هذه السلع sous licence تعني مؤجرة أي مصرح له بإنتاج ذلك من طرف المالك الأصلي.

ثالثا-الطبيعة القانونية للمحل التجاري وأهم خصائصه: يتمتع المحل التجاري بطبيعة خاصة.

1-الطبيعة القانونية المحل التجاري: المحل التجاري يتكون من مجموعة من العناصر المختلفة ولكنها متكاملة وتتمتع بالاستقلالية عن شخص التاجر، وذلك أدى ببعض الفقهاء إلى القول بأن المحل التجاري يمثل مجموعا قانونيا مستقلا يحتوي على الالتزامات والحقوق الناشئة من الاستغلال التجاري له، فالمحل التجاري يكون ذمة تخصيص متميزة عن ذمة التاجر، واعتبر المحل التجاري نتيجة لذلك شخصية معنوية تستقل عن شخصية التاجر، وقد نادى بهذا الاتجاه الفقه الألماني وبعض الفقه الحديث وقد ساعد ذلك على اعتراف القانون الألماني بالشخصية المعنوية للمحل التجاري.

ولكن هذه النظرية لا تتفق والتشريع التجاري الجزائري والتشريعات العربية واللاتينية التي تعتمد أساسا على مبدأ وحدة الذمة، وتنبذ فكرة ذمة التخصيص لذلك ذهب جانب آخر من الفقه إلى اعتبار المحل التجاري مجموعا واقعيا نظرا للرابطة الواقعية المكونة لمختلف عناصره، وطبقا لهذا الرأي فإن المحل التجار يمثل عنصرا خاصا في ذمة التاجر.

غير أن اعتبار المحل التجاري مجموعا واقعيا ليس له أي فائدة من الناحية القانونية كما أنه لا يتصور وجود مجموعة من الأموال إلا في شكل قانوني، وبالتالي ليس هناك أية فائدة من اعتباره مجموعا واقعيا.

بينما الشركة فهي مجموع قانوني وواقعي.

الرأي الراجح: في الفقه إلى أن المحل التجاري هو مجموعة من العناصر خصصها التاجر من ذمته المالية وجمعها في إطار منظم مخصص لهدف مشترك هو القاعدة التجارية دون أن يتمتع بذمة مالية مستقلة عن صاحب المحل، حيث تبقى كل أموال التاجر ضامنة للوفاء بديونه القائمة نتيجة ممارسته للنشاط التجاري والمتعلق بمحلة التجاري. تطبيقا للمبدأ العام الوارد في المادة 188 ق م، والتي مفادها أن جميع أموال المدين تعتبر ضمانا عاما لكل الديون التي تنشأ على عاتقه سواء كانت مدنية أو تجارية، لذلك فإذا أفلس التاجر فإن كل الديون القائمة في حقه سواء كانت مدنية أو تجارية تعتبر واجبة الدفع حالا، وبالتالي يحق للدائنين المدنيين الدخول في تفليسته ويترتب على ذلك أداء الديون التي تنشأ على عاتق التاجر ولا تنتقل إلى المالك الجديد للمحل في حالة التنازل عنه إلا إذا وجد اتفاق صريح على ذلك في العقد. وذلك لأن الحق التجاري لا يمثل شخصية معنوية مستقلة عن ذمة التاجر[20].

[20]حلو أبو حلو :شرح القانون التجاري الجزائري –جامعة الجزائر 1986 ص131.

رغم ذلك يبقى المحل التجاري قائما شرطا أن لا يكون هذا العنصر هو عنصر الاتصال بالعملاء لأنه إذا تم التنازل عن هذا العنصر فإنه يعتبر كأنه تنازل عن المحل ككل، (إذ يمكن التنازل عن عنصر الاتصال بالعملاء لأنه العنصر المهم).

محل الحرفي رغم وجود عنصر الاتصال بالعملاء، وبعض العناصر المشتركة مع المحل التجاري إلا أنه رغم ذلك لا يرقى لأن يصبح محلا تجاريا.

حماية المحل التجاري:

إن التاجر صاحب القاعدة التجارية يمكنه حماية محله التجاري بوسيلتين:

أ-الوسيلة القانونية: (المنافسة غير المشروعة)

بالرغم من أن قوام النشاط التجاري هو المنافسة وبالتالي لا يمكن تصور نشاط تجاري دون منافسة هذه الأخيرة، يجب أن تكون مشروعة، أما إذا كانت غير مشروعة فيمكن للتاجر أن يلجأ إلى القضاء لحماية قاعدته التجارية بدعوى المنافسة غير المشروعة والناتجة وهي إتيان أعمال أو أفعال غير مشروعة بقصد التأثير على عملاء الغير، لاحتذابهم لمحله التجاري، ويكثر التعامل معهم، ومن ثم يتم تحقيق أرباح طائلة.

نلاحظ أنه في القانون التجاري، هناك دعوة المنافسة غير مشروعة في استخدام وسائل غير مشروعة، وهي دعوى أوجدها القضاء الفرنسي بهدف حماية القاعدة التجارية، وكانت ترتكز في بادئ الأمر على مبدأ المسؤولية التقصيرية م 124 القائمة على أساس الخطأ، وذهب القضاء الفرنسي إلى أبعد من ذلك أي على أساس الضرر.

وبالتالي فإن المسؤولية التقصيرية على أساس الخطأ تقوم على العناصر التالية:

- وقوع الخطأ.
- الضرر الناتج عن الخطأ.
- العلاقة السببية بينهما.

ولقد أنقذ هذا الاتجاه الذي تبناه المشرع الفرنسي على أساس أن هذه الدعوى لا تهدف إلى تعويض المتضرر من جراء ما لحقه من ضرر، ولذلك حاول القضاء الفرنسي تأسيس دعوى المنافسة غير مشروعة على أساس التعسف في استعمال الحق حيث أن القائم بالفعل المنافس إنه يستعمل حقه في المنافسة إلا أنه قد تعسف في استعمال حقه، وقد انتقد هذا الاتجاه على أساس أن دعوى التعسف تهدف للحصول على التعويض لا غير، ثم تبنى المشرع الفرنسي الدعوى التقصيرية التي تهدف إلى التعويض عن الضرر ومنع المنافسة غير المشروعة مستقبلا، أي محو المنافسة غير المشروعة، وهي دعوى تقصيرية من نوع خاص.

شروط المنافسة غير مشروعة: أي الشروط الواجب توفرها في الدعوى:

- إثبات الخطأ.
- إثبات الضرر.
- إقامة العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

الخطأ: المقصود به هنا أن تكون هناك منافسة غير مشروعة فعلا أو منافسة (عمل منافس)، أي أن عمل المنافسة لا يكفي ما لم يكن فير مشروع، ويتمثل عمل المنافسة غير المشروعة في قيام الفاعل (التاجر) بمنافسة تاجر آخر في مصلحته، وذلك باجتذاب عملائه ومتى توافر هذان الشرطان (عمل المنافسة، عمل غير مشروع)، تكون أمام شرط الخطأ الذي اشترط فيه المشرع الفرنسي أن يكون عمدا (بقصد الغش). وإذا لم يكن كذلك فهي لا تعتبر منافسة غير مشروعة، وبالتالي على رافع الدعوى يثبت احتيال وغش التاجر المنافس، لذلك كانت تسمح بالمنافسة غير الشريفة، ثم أصبح المشرع لا يشترط الغش لقيام شرط الخطأ بل يكفي حدوث فعل منافس غير مشروع دون الاهتمام أن يكون ذلك الخطأ عمديا أو غير عمدي، وبالتالي تحول مصطلح المنافسة غير الشريفة إلى مصطلح المنافسة غير المشروعة، وبالتالي فإن القضاء الفرنسي بقيم المنافسة غير المشروعة على أساس مخالفة الفعل المنافس للعادات والأعراف التجارية التي تقوم على مبادئ الشرف والأمانة في التعامل التجاري.

بعض صور الخطأ التي اعتمدها القضاء الفرنسي لقيام المنافسة غير المشروعة:

- التشويه في سمعة التاجر من طرف تاجر آخر: بهدف القضاء على السعة الطيبة التي تتمتع بها منتجاته في السوق، التشهير به على أساس ائتمانه لجنسية أو ديانة معينة منبوذة تنفيرا للعملاء عنه، وقد يهدف التشهير بالسمعة التجارية للتاجر.

ويعتبر فعل التشويه قائما حتى ولو كانت تلك الادعاءات صحيحة، وقد يستهدف التشويه بضائع التاجر كالادعاء بأنها مغشوشة غير صالحة للاستعمال[21].

يعتبر التشويه منافسة غير مشروعة سواء اتصف بالسرية أو اتخذ شكل إعلان.

كما يعد الخلط من قبيل الأعمال التي تدخل ضمن المنافسة غير مشروعة، يقصد به الأعمال التي تهدف إلى إحداث الخلط بين المنتجات التجارية للمحلات التجارية (كفتح محل تجاري له نفس صفات محل تجاري آخر)، وقد يتعلق الخلط بالبضاعة نفسيا (كتقليد المنتجات التجارية باستعمال نفس العلامة)، أو كتقليد النموذج الصناعي الذي كان مشابها لنموذج آخر، إلا انه يختلف عنه في حقيقة الحال.

[21] علي يونس : القانون التجاري – دار الفكر العربي .القاهرة 1979 .ص284

- إثارة الاضطراب: والهدف منها إنقاص عملاء التاجر عن طريق إثارة الاضطراب في محله بواسطة البحث عن معرفة أسرار التاجر المنافس وإفشائها أو تقديم سلعة تحمل علامة تجارية، أو تحمل اسم التاجر المنافس، أو تحريض عمال التاجر المنافس على مغادرة عملهم لدى التاجر الآخر.

واعتبر في ظل القضاء الفرنسي بأن الإعلان أو الادعاء بمثابة إثارة للاضطراب، أي الإعلان بأن السلع هي أجود ما يوجد في السوق.

واختلف الفقه حول بيع بضاعة بسعر منخفض أقل من سعر السوق، فذهب جانب من الفقه إلى القول بأنه يعد من قبيل المنافسة المشروعة لأنه من مميزات السوق، ويشترط في هذه الحالة عدم ثبوت قصد الغش لدى التاجر، أما الرأي الثاني فيرى أن بيع السلعة بأقل من سعر السوق بقصد جلب عملاء الآخرين يعد من قبيل المنافسة غير المشروعة أما إذا كان بقصد جلب العملاء الآخرين يعد من قبيل المنافسة غير المشروعة، أما إذا كان الهدف من الإنقاص بيع بضاعة راكضة مثلا دون الحصول على عملاء الغير، فلن تكون منافسة غير مشروعة. والقاضي هو الذي يقدر إذا ما كان إنقاص السعر يعد من قبيل المنافسة غير المشروعة أو لا.

- الضرر: نظرا لإقامة أساس دعوى المنافسة غير المشروعة، على أساس المسؤولية التقصيرية، فإنه لابد من إثبات عنصر الضرر، سواء كان ماديا أو معنويا، حتى يمكن تحديد التعويض الذي يستحقه، ونظرا لصعوبة تحديد الضرر في المنافسة غير المشروعة، فإن القضاء يكتفي بإثبات حالة المتضرر بضرر إجمالي، نظرا لصعوبة إثبات الضرر الفعلي.

وإن القضاء كذلك يتحكم بالتعويض، وكذا بإزالة الضرر الاحتمالي مستقبلا، وحتى لو استطاع المتضرر إثبات الضرر الفعلي فإن تحديد التعويض يبقى من الأمور الصعبة أو المستحيلة، لأن ذلك راجع لطبيعة عنصر العملاء، لذلك عادة ما يقوم القضاء بتعويض جزائي، قد لا يكون مساويا للضرر الحقيقي وفي كثير من الأحيان ما يقوم القضاء بتعويض رمزي مع الإشهار، حتى ينقذ التاجر القائم بفعل المنافسة سمعته في السوق.

- العلاقة السببية بين الخطأ الواقع والضرر الذي أصاب المدعي: لابد من وجود علاقة بين خطأ المدعي عليه والضرر الحاصل للمدعي والذي أصابه غير أنه إذا أمكن إثبات توافر عناصر الإثبات الفعلي، فإنه يصعب إثبات وجودها عندما يكون الضرر احتمالي أو الحالات التي لا يلحق بها ضرر بالمدعي مادامت منافسة غير مشروعة.

وبالتالي لا يكون هناك مجال للقول بإثبات علاقة السببية في هذه الحالة الأخيرة، ويجوز رفع دعوى من قبل كل من لحقه ضرر، حتى ولو تعدد المتضررون، ولا يحكم بالتعويض إلا لمن له حقه الشخصي من جراء المنافسة غير المشروعة (إذا كان هناك مجموعة من المتضررين، ورفع أحدهم فقط دعوى قضائية فيحصل على التعويض رافع

الدعوى فقط إلا إذا كانوا تجارا مالكين للمحل التجاري على الشيوع، هنا التعويض ملك على الشيوع بينهم أيضا أي ملك لهم جميعا).

وحتى توافرت عناصر دعوى المنافسة غير المشروعة يحكم القاضي بالتعويض له عن الأضرار التي لحقته فعلا متى صدر الحكم لصالح المدعى.

وإذا استمرت المنافسة غير المشروعة بعد صدور الحكم يمكن للمتضرر رفع دعوى جديدة يطالب فيها بالتعويض عن الأضرار اللاحقة لصدور الحكم، في هذه الحالة لا يستطيع المدعى عليه الرفع بحجيته الشيء المقتضي به (لأنها تكون عن الأفعال السابقة لصدور الحكم). ويقد يصدر حكم بالتعويض، الغرامة التهديدية.

إضافة إلى الحكم بالتعويض قد يحكم بإزالته الضرر للمستقبل كالحكم بتغيير الاسم أو عنوان المحل التجاري إذا تعلق الفعل غير المشروع بها، أو مصادرة أو إتلاف البضائع التي

تحمل العلامة التجارية المقلدة.

ب-حماية الاتفاقية للمحل التجاري (الوسيلة الاتفاقية):

إن الحماية القانونية السابقة تعتبر إخلالا بالتزام عام قانوني، أما الحماية الاتفاقية فتعتبر إخلالا بالتزام تعاقدي يلجأ إليها التاجر في حالة إبرام عقود يضمنها شروط بهدف حماية محله التجاري من المنافسة الغير مشروعة، وتتمثل هذه الشروط عادة في:

-عدم المنافسة: ويرد هذا الشرط عادة في عقد بيع المحل التجاري، إذ المشتري يضع شرط على البائع لا يفتح محلا تجاريا منافسا له (أي يمنع البائع منافسة المشتري في تجارته) وقد يوضع هذا الشرط أيضا في عقد إيجار عقار لممارسة التجارة فيشترط المتاجر على المؤجر بألا يفتح محلا تجاريا منافسا له أو تأجير عقار آخر لمتاجر آخر لممارسة نفس النشاط، لكن هذا الشرط لا يجب أن يؤخذ على إطلاقه، فلا يجب أن يهدف أي نوع من التجارة كما أنه يجب أن يكون محددا بزمن أو بمكان معين.

-الاتفاق في عقد العمل: أي صاحب المحل عند استخدامه لعامل في محله يشترط عليه في عقد العمل ألا يفتح محلا تجاريا مماثلا حتى لنفس النوع بعد انتهاء علاقة العمل بينهما، وقد يهدف المنع الالتزام إلى محل تجاري منافس، وكذلك في هذه الحالة لا يجب أن يكون المنع مطلقا بل يجب أن يكون محددا بنوع المكان والزمان، من حيث العمل كذلك (لأن هذا العامل سوف يتعامل مع العملاء، وعلى ذلك إذا فتح محلا ينتقل العملاء إلى التعامل معه) وهنا يجب أن يكون العمل الممنوع من الممارسة هو نفس النشاط الذي يقوم به صاحب العمل.

-التوزيع الحصري: ويهدف إلى تقييد المنافسة بواسطة اتفاق التوزيع الحصري للسلع كأن يتعهد منتج لسلعة بألا يبيع منتجاته إلا إلى تاجر متفق معه، والعكس

كذلك صحيح، كأن يتعهد تاجر بألا تشترى بضاعته إلا لتاجر أو موزع معين، وكذلك فإن هذا الشرط جائز ونظرا لما يؤثره على مبدأ حرية التجارة، يشترط فيه التحديد من حيث الزمان ومن حيث المكان.

وهذه هي الأنواع الشروط الثلاثة التي يمكن أن توضع في عقد بيع محل تجاري أو في عقد العمل أو الاستخدام أو في عقد تأجير المحل لممارسة التجارة، أو في عقد توزيع البضاعة، وإذا أخل بهذا الشرط يتابع بذلك لإخلاله بالتزام خاص.

3-الإيجارات التجارية (الملكية التجارية):

نلاحظ بأن هذا الحق ظهر في البداية في فرنسا وذلك نظرا للأهمية البالغة للعقار ولموقع العقار الذي يمارس فيه النشاط التجاري، لذلك فالإيجار يختلف من مكان لآخر، هذا الحق في الإيجار لم يوجد بصفة عفوية وإنما كان نتيجة لضغط التجار، لأن أغلب التجار في فرنسا لا يملكون العقارات وكان المالك في السابق بفرنسا (1926) يسترجع عقاره ببساطة وكان التاجر يفقد قاعدته التجارية بسبب أنه فقد الحق في الإيجار، والتجار لما ساعدوا النواب في الوصول للبرلمان اقترحوا قانون لحماية حق الإيجار وذلك بصدور قانون 1926، وأهم ما جاء به هذا القانون هو أنه قرر تعويضا للمستأجر في حالة رفض المؤجر تجديد الإيجار، ولكن مع هذا تحررت هذه الإيجارات فأصبح المؤجر يفرض ما يشاء، وهذا هر القانون الذي طبق في الجزائر إلى غاية 1975، أين صدر القانون التجاري الجزائر ولكن هذا القانون أخد عن القانون الفرنسي.

أ-مجال تطبيق أحكام الإيجارات التجارية:

طبقا للمادة 169 مدني فإن الإيجارات التجارية تطبق على المحلات (العقارات التي يستغل فيها محل تجاري أو قاعدة تجارية)، وهذه المحلات المملوكة لتاجر أو صناعي أو حرفي مقيد في السجل التجاري، وهنا نلاحظ:

-يخضع لأحكام الإيجارات التجارية إيجار العمارات المرفقة باستغلال محل تجاري عندما يكون استعمالها ضروريا لاستغلال المحل، لذلك يجب أن تكون ملكيتها تابعة لنفس المؤجر.

-كذلك إيجارات الأراضي العارية التي تم تشييد بنايات عليها معدة للاستغلال التجاري أو الصناعي سواء تم التشييد قبل أو بعد الإيجار، لكن بشرط أن يكون ذلك بموافقة مالك الأراضي.

-الإيجارات الممنوحة للبلديات الخاصة بالاستغلال.

-الإيجارات والعقارات لمواصلة ممارسة النشاطات ذات الطابع الاقتصادي.

-إيجار العقارات المملوكة للبلدية أو الولاية أو مؤسسة عمومية متى كانت مخصصة لنشاط تجاري أو صناعي أو حرفي.

ب- مدة الإيجار:

المشرع الجزائري خالف المشرع الفرنسي فيما يخص مدة الإيجار فعقد الإيجار في التشريع الفرنسي لابد أن يبرم لمدة لا تقل عن 9 سنوات وهذا العقد لا يمكن إعادة النظر في أجرته إلا بعد مرور 3 سنوات، والمؤجر لا يمكنه المطالبة برجوع عقاره إلا بعد مرور 3 سنوات.

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 172 ق ت على أن حق التجديد يكون لذلك المستأجر الذي أبرم عقد إيجار مع المالك كتابيا لمدة سنتين أو شفاهة لمدة 4 سنوات أو شفاهة وكتابة لمدة 4 سنوات.

4- أهم العمليات الواقعة على المحل التجاري:

إن معظم التشريعات في القانون التجاري، لم تتم العمليات الواقعة المحل على التجاري، وهذا لعدم منحها الحماية أو الأهمية التي يستحقها المحل التجاري عكس المشرع الفرنسي الذي أعطى للمحل التجاري أهمية بالغة خاصة بعد 1909 وقد تدخل المشرع الفرنسي في تنظيم المحل التجاري، نتيجة ضغوطات التجار أنفسهم، ولبعض المسائل العلمية والواقعية وهذا لما للتجار من أموال ونفود حيث توصلوا لغرض حماية المحل التجاري والإيجار التجاري، فاعترف بالمحل التجاري كمال منقول معنوي وهذا في 1909[22].

ولقد نقلت بعض التشريعات النصوص المنظمة للمحل التجاري والتصرف فيه وقد أخذ المشرع الجزائري كذلك هنا من المشرع الفرنسي، حيث نظم العناصر المعنوية للمحل التجاري، وحفظ حق التاجر أثناء استغلاله له، كما نظم العناصر المعنوية لهذا الأخير التي تمثل الأهم فيه.

5-بيع المحل التجاري:

ولقد نص على ذلك المادة 79 من ق ت ج: "يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا"، وهذا النص يحمل في طياته تناقضا يتمثل في عبارة (إثباته بعقد رسمي، وإلا كان باطلا).

هل الكتابة هنا شرط للانعقاد أو للإثبات؟

وهنا ورد كذلك خطأ في الترجمة من الفرنسية إلى العربية والأصح أن يكون العقد مثبت أو مسجل في عقد رسمي وذلك أن المشرع ربط كل تصرف على المحل التجاري يجب أن يكون في الشكل الرسمي وإلا كان باطلا ولأننا إذا قلنا إثباته في عقد رسمي تصبح الكتابة الشرط للإثبات، لكن الكتابة في الأصح هي للانعقاد.

[22] مصطفى كمال طه: القانون التجاري اللبناني – دار النهضة العربية للطباعة والنشر .القاهرة. 1969.ص516

المادة 324 من القانون المدني الجزائري مكرر، هي نفسها المادة 12 من قانون التوثيق 1976 التي تنص على الرسمية في العقارات، وهذا المبدأ المنصوص عليه في القانون، أكدته المحكمة العليا في قرار صادر لها سنة 1997، وهو قرار مبدئي يجب أن يتبع من قبل المحاكم الدنيا في كل تخصصاتها والذي يفيد أن شرط الرسمية هو شرط للانعقاد لأنه قبل هذا القرار كانت المحكمة العليا تجيز تلك البيوع المحررة في العقود العرفية، وهذا لاستقرار المعاملات وبعد سنة 1997، أصبحت المحكمة العليا تلغي كل الحقوق التي محلها العقارات، وبدون عقود رسمية وطبقا للمادة 79 من ق ت والمادة 324 من القانون المدني مكرر وطبقا لاجتهاد المحكمة العليا كل بيع أو تنازل للمحل التجاري يجب أن يحرر في الشكل الرسمي وذكر جميع البيانات التي يجب أن يحتويها العقد الرسمي.

المادة 79 من القانون التجاري: "كل بيع اختياري أو وعد بالبيع وبصفة أعم كل تنازل عن المحل التجاري ولو كان معلقا على شرط أو صادر بموجب عقد من نوع آخر أو كان يقضي بانتقال المحل التجاري بالقسمة أو المزايدة أو بطريق للمساهمة به في رأس مال يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا".

أ-الشروط الشكلية :

ويجب أن يتضمن العقد المثبت للتنازل ما يلي:

-اسم البائع وتاريخ سنده الخاص بالشراء ونوعه وقيمة الشراء بالنسبة للعناصر المعنوية والبضائع والمعدات.
-قائمة الامتيازات والرهون المترتبة على المحل التجاري.
-رقم الأعمال الذي حققها كل سنة من سنوات الاستغلال الثلاث الأخيرة أو من تاريخ شراءه إذا لم يقم بالاستغلال منذ أكثر من ثلاث سنوات.
-الأرباح التي حصل عليها من نفس المدة.
-وعند اقتضاء الإيجار وتاريخه ومدته باسم وعنوان المؤجر والمحيل.
-ويمكن أن يترتب على إهمال ذكر البيانات المقررة آنفا بطلان عقد البيع بطلب من المشتري إذا كان طلبه واقعا خلال السنة.

فيما يخص الفقرة الأخيرة من المادة 79، أنه إذا أهمل البائع ذكر بعض البيانات فهذا العقد يكون قابلا للإبطال لمصلحة المشتري ولكن إذا أراد المشتري أن يبطل العقد فليرفع الدعوى خلال سنة من انعقاد البيع فإذا لم يرفع تلك الدعوى فليس من حقه المطالبة ببطلان العقد.

ب-الشروط الموضوعية:

يتطلب لصحة بيع المحل التجاري العناصر المكونة للعقد (الرضى، السبب، المحل)

وفيما يخص عيوب الرضى فإن القضاء الفرنسي يذهب إلى إعادة النظر في بيع المحل التجاري للغلط أو التدليس لأنه أوسع في مفهوم عقود البيع الأخرى وذلك لسهولة إيقاع المشتري في الغلط أو التدليس كأن يكذب البائع على المشتري بالقول أن له عملاء وأرباح بشكل كبير.

كذلك القضاء الفرنسي غالبا ما يبطل عقد بيع المحل التجاري بمجرد تدليس بسيط قد يوقعه البائع على المشتري.

كذلك لا يكفي إفراغ بيع المحل التجاري في المحرر الرسمي بل لابد عن شهر ونشر وقيد ذلك البيع وهذا للإعلام الغير، وخاصة دائني البائع لكي يتخذوا ما يروه مناسبا لحماية حقوقهم أمام هذا البائع، لأنه بيع المحل التجاري يخرج من ضمان الدائنين مالا معتبرا يهدد حقوقهم لذلك ألزم المشرع نشر وشهر ذلك البيع.

وهو إلزام يقع على عاتق المشتري لا البائع (واقعيا يقوم به الموثق على حساب المشتري)، فيجب بعد إبرام عقد البيع في الشكل الرسمي أن ينشر ملخصا عن ذلك البيع في يومية وطنية 15 يوما من انعقاد البيع، ويجب أن يجدد ذلك النشر في خلال الأسبوع الثاني من النشر الأول أي في خلال اليوم 8 إلى اليوم 15. وهذا وفقا للمادة 3.2/83 ق ت ج، واليوم الأول والأخير لا يحتسبان (والمواعيد تحتسب كاملة)، والنشر يكون في الجرائد الوطنية والمحلية وهذا نقل عن المشرع الفرنسي ومادام أنه في الولايات الجزائرية لا وجود لليوميات لذا جرى النشر في يومية وطنية.

قبل النشر لابد من التسجيل في السجل الممسوك من قبل مصلحة الضرائب، وهذا السجل ينظمه قانون التسجيل، وهذا حتى تقبض الدولة ضريبتها من هذا البيع أو تقبض رسوم التسجيل ويتم النشر في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية B OAL خلال 15 يوم على الأقل من أول نشر (تاريخ اول نشر في اليومية الوطنية)، وهذا بهدف إعلان الغير بالتصرف الحاصل للمحل التجاري حتى يتخذ ما يراه مناسبا لحماية حقوقه وإذا لم يقم المشتري بالنشر في المواعيد المحددة فإن الثمن الذي يدفعه للبائع لا يبرئ ذمته في مواجهة دائني البائع عندما يعارضون في المواعيد المحددة، وحق المعارضة تحسب مواعيده من يوم النشر وليس من يوم البيع، وإذا لم ينشر يبقى الأجل مفتوحا (حالة التاجر الذي اشترى محلا ولم يقم بالنشر وبعد مضي سنة قام بالنشر واعتراض أحد الدائنين وألزمه بالدفع ثانية رغم أنه قد دفع الثمن مسبقا).

وعندما تصحح إجراءات الشهر والنشر يبدأ حساب المواعيد المذكورة (مدة المعارضة 20 يوما من تاريخ النشر).

يحق للمعارضين حتى المعارضة قبل النشر أي بمجرد علم الدائن المعارض بأن مدينه باع محله التجاري يقوم بالمعارضة على ذلك أو بزيادة 1/6 والنشر لا يؤثر على صحة عقد البيع ونقل الملكية بل البيع صحيح، وعدم النشر يرتب عدم الاحتجاج بدفع الثمن اتجاه الدائنين من المشتري. المادة 83: " ... خلال 15 يوما من أول نشر".

6-أثار عقد بيع المحل التجاري:

انتقال الملكية: بمجرد انعقاد البيع صحيحا تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري.
انتقال الحق في الإيجار: إذا كان البائع تاجرا أو يمارس تجارة في عقار مملوك لغيره فمجرد بيعه للمحل التجاري ينتقل معه الحق في الإيجار.
وحتى ولو اشترط في عقد الإيجار اشتراطه في الاتفاق فهذا الشرط يعد باطلا طبقا للمادة 200 القانون التجاري.

أ-التزامات البائع:

-الالتزام بالتسليم: تسليم المحل التجاري معناه تسليم عناصر المحل التجاري بكل أنواعه، ويختلف التسليم باختلاف طبيعة عناصر هذا المحل فإذا كانت هذه البضائع موجودة في مخزن عمومي يسلم له سند الخزن وإذا كانت منقولة بحرا أو جوا فتسلم بسند الشحن الذي يسلم إلى المشتري.
أما العناصر المعنوية: فيتم تسليمها بإرشاد بائع المشتري إلى العملاء، أقلهم على أنه من أكبر التجار، ويقدم المعلومات الكافية للعملاء.
وإذا كان من عناصر المحل التجاري رخصة لمنتوج معين فإن التسليم يتم بتسليم هذه الرخصة إلى المشتري وكذا في حالة وجود حق الإيجار، وتقديم سند الإيجار إلى المشتري وتعريفه إلى المالك.
-ضمان العيوب الخفية: التي من شأنها أن تؤدي إلى إنقاص من قيمة المحل، أو إنقاص الانتفاع به فيعتبر بمثابة عيب خفي إخفاء أو سحب رخصة من البائع، وكذا إخفاء البائع انتهاء مدة الإيجار للعقار الذي يمارس فيه النشاط التجاري (القانون القض القرنسي) فهذا كذلك عيب خفي.
وهنا يحق للمشتري إما طلب نسخ العقد مع التعويض أو طلب التعويض فقط لما لحقه من ضرر من جراء هذا العيب الخفي أو إنقاص الثمن الذي دفعه إلى البائع.
-ضمان عدم التعرض: التعرض للمشتري كفتح محل مماثل يمارس فيه نفس النشاط السابق طبقا للمادة 37 قانون مدني، ويمكن للمشتري أن يزيد من هذا الضمان وذلك بأن يشترط في عقد بيع المحل التجاري شرط عدم المنافسة، وهنا لا يتابع البائع بنص المادة 124 ق ت ج، ولكن طبقا للمادة 334 م ج، وهذا الشرط لابد من تحديده من حيث الزمان والمكان ولا يبقى مطلقا هكذا طبقا للمادة 384 ق م .

ب-التزامات المشتري:

الالتزام بدفع الثمن: لابد من دفع الثمن من قبل المشتري، فإذا كان الثمن معجلا فلابد أن يدفع في خلال 15 يوما بعد آخر يوم للنشر، لكن كثيرا ما يكون بيع المحل مؤجلا أي على أقساط، وقد يكون على أقساط أي مؤجلا، مثلا لو كان ثمن المحل مرتفعا.

ويجب أن يقسم ثمن بيع المحل التجاري إلى ثلاث أقسام: - قيمة العناصر المعنوية، - قيمة العناصر المادية، - وقيمة البضائع، ونقدر لكل قسم قيمة خاصة به، والهدف من ذلك أنه إذا رتب حق امتياز على المحل التجاري، فإذا دفع قسط فيجب طرح قيمة البضائع منه، وهنا نبدأ بالعملية العكسية وهذا لأن البضائع عرضة للتلف وأسعارها عرضة للتقلبات، وهي ضمان عام للمتعاملين مع مشتري المحل التجاري، أي هي ضمان تعاملهم معه، أو بمعنى أنها بمثابة الضمان الظاهري لتعامل العملاء مع المشتري، لذا يتم تحديدها من الامتياز (أي لا ترهن).

ويجب دفع الثمن في الميعاد المحدد، وإذا لم يتم الاتفاق على ميعاد محدد فيتم دفعه حسب ما جرى عليه العرف.

ج-ضمانات البائع:

أعطى المشرع الجزائري ضمانات للحصول على الثمن وهي دعوى الفسخ - امتياز البائع.

-امتياز بائع المحل التجاري: نصت عليه المادة 96 ق ت ج، وهذا الامتياز هو حق أقره المشرع للبائع، ولكن لا يمكن تحقيقه إلا إذا توافرت شروط:

-تحرير عقد البيع في الشكل الرسمي (لأن الشكلية ركن).

-لابد من تقييد البائع لحق امتيازه خلال 30 يوما من انعقاد البيع، ويترتب حق الامتياز على العناصر المذكورة في عقد البيع أو المذكورة على قيد حق الامتياز وإذا لم تذكر هذه العناصر فإن حق الامتياز يقيد على العناصر المعنوية فقط (المر 97، يجب أن يقيد قيد الامتياز وليس عقد البيع).

يجب أن توضع أسعار معينة للمعدات والآلات والعناصر المعنوية وأخرى لبضائع معينة حسب نص المادة 2/96 ق ت، وهنا إذا كان الثمن مدفوعا فهنا إن كان السعر المعجل لامجال لحق الامتياز هنا، ويسجل في سجل خاص يسمى سجل الامتيازات والرهون الواقعة على المحل التجاري المباع[23].

وحق الامتياز يعطي البائع حق الأولوية وحتى الأفضلية والتتبع أي تتبع المحل التجاري في أي رد كانت فإذا تم بيع هذا المحل لـ 10 أشخاص هنا يحق للبائع تتبع المحل التجاري للحائز الأخير (العاشر)، ويقوم بممارسة حق امتيازه عليه، وهذا ببيع المحل في

[23]محباس حلمي: القانون التجاري.ديولن المطبوعات الجامعية . الجزائر 1994 ص04

المزاد العلني ويأخذ دينه أو لا أي أنه يسبق كل الدائنين حتى الدائن المرتهن الذي قيد رهنه قبله، لأن للبائع حق الأولوية والأفضلية، وقد نجد أن المحل التجاري تترتب عليه عدة قيود امتياز وهما بتعدد المشترين وقيدهم لحق الامتياز، وهنا الأولوية للبائع الأول لأنه الأسبق في التسجيل، وكذا حق الأولوية والأفضلية ويأخذ حقه هو الأول ثم الباقي يقتسم ما بين الدائنين الآخرين.

ويحفظ هذا الحق للبائع مدة 10 سنوات تحسب من تاريخ قيد الامتياز، وهي قابلة للتجديد قبل انقضائها.

وحق الامتياز حق عيني تبعي، ويدور وجودا وعدما مع الثمن المتبقي دفعه (مع ما بقي من الثمن) بالتقادم، الإبراء... فيسقط هذا الحق وينقضي بصفة أصلية بشطبه من السجل وكذلك إذا اتفق الطرفان على إنهاء حق الامتياز، كالاتفاق على شطب حق الامتياز من السجل التجاري.

7-دعوى الفسخ:

يترتب على عدم دفع المشتري الثمن أو ما تبقى منه طلب البائع التنفيذ العيني وهذا بإعذاره بالدفع (قبل رفع أمر إلى رئيس المحكمة وإلا ترفض) على يد محضر قضائي وإعطائه مهلة من الزمن وإذا لم يدفع فيتابع قضائيا.

وإذا كان الدائن رفع هو بائع للمحل التجاري، لمكان البائع رفع دعوى فسخ ولابد أن يشار لحقه في الفسخ في العقد الرسمي أو على الأقل الإشارة إليه في قيد الامتياز (كذا قيد حقه في الفسخ في قيد الامتياز)، في هذه الحالة فقد له حق رفع دعوى الفسخ بعد أعذار المشتري المدين لدفع ما تبقى من الثمن.

وأقر هذا نظرا لخطورة هذه الدعوى.

أما الغير الذي يتعامل مع المشتري سوف يكشف أن هذا العقد مهدد بالفسخ لوجود الشرط في العقد، أو في قيد الامتياز، وقد دعوى الفسخ طبقا للقواعد العامة عند إخلال بالتزام في القيد م 119 ق م من الطرف الآخر وقد يحكم بالفسخ مع التعويض، أو التعويض فقط...

أما بيع المحل التجاري ونظرا لأن عقد بيع المحل يترتب عليه أثار للغير وقيمته قيد المشرع الفسخ بإجراءات وهي للبائع فسخ عقد بيع المحل (ت) لابد قيد وضع شرط في عقد بيع المحل التجاري الرسمي حقه في الفسخ، أو قيد فيه امتياز فيشير إلى قيد حق الامتياز نيته في الفسخ عند عدم دفع المشتري الثمن أو جزء منه لابد بالإشارة إلى حقه في الفسخ في قيد حقه الامتياز.

إذا لم يقم البائع، بأي من الإجراءين فلا يمكنه فسخ عقد بيع المحل التجاري حتى ولو أشار إلى حقه في الفسخ في عقد البيع أو قيد الامتيازات عليه إجراءات لفسخ هذا العقد وهي: إجراءات يجب اتباعها من طرف البائع في حالة الفسخ.

يجب عليه إعلام الدائنين المقيدين في محل إقامتهم المختار بنيته في الفسخ ويمهلهم مهلة شهر قبل رفع دعوى للفسخ، ولا يهم إن كان الفسخ (باتفاق البائع والمشتري على الفسخ دون اللجوء إلى القضاء) أو قضائي (عند رفع دعوى الفسخ).

الدائنين المقيدين هم الدائنين المرتهنين للمشتري والذين أبرموا عقودا على هذا المحل، وعندما يخبرهم البائع بفسخ عقد البيع فسوف يوازنون بين ديونهم التي سوف يفقدونها بمجرد فسخ البيع وبين قيمة دين البائع، فإذا كان لأحدهم دين مرتفع على المبلغ الذي يطالب به البائع فيفضل الدائن المرتهن أن يدفع الدين الذي للبائع على أن يخسر المحل التجاري فحماية لدائنتي المشتري، أقر المشرع إجراء إخطارهم بالفسخ.

وفي حالة وقوع الفسخ يجب اتباع إجراءات شهر ونشر هذا الفسخ أي جريدة يومية وكذلك في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية.

وعند وقوع الفسخ يجب على البائع استرداد جميع عناصر المحل التجاري الذي شملها البيع بما في ذلك البضائع والمعدات الموجودة في المحل حتى ولو كانت هذه البضائع والمعدات مقتناة بعد البيع، وتحدد قيمة هذه المعدات والآلات والبضائع إما بالاتفاق أو يتم تحديد هذه المعدات عن طريق خبرة قد تكون قضائية اتفاقية ذلك ما نصت عليه المواد 109، 110، 115 من القانون التجاري.

8-حقوق دائني البائع:

وضع المشرع على حقوق الدائنين حماية خاصة وتتمثل هذه الحقوق المعارضة في دفع الثمن، وفي المزايدة على ثمن بيع المحل التجاري.

أ-المعارضة في دفع الثمن:

أجاز المشرع لكل دائن لبائع المحل التجاري في المعارضة في دفع الثمن من المشتري إلى البائع، وهذا الحق هو مقرر لكل دائن سواء كان دينه مستحقا أو مؤجلا باستثناء المؤجر، فالمؤجر قد حرمه المشرع من هذا الحق إذ هو لا يستطيع المعارضة حتى ولو كان دينه مستحقا.

-شروط صحة المعارضة: لكي تكون هذه المعارضة صحيحة لابد أن تتوفر فيها شروط موضوعية وشروط شكلية:

-الشروط الموضوعية: يجب أن تنصب المعارضة على ثمن بين المحل التجاري:

- فالمعارضة هي إجراء يقوم به دائن البائع أمام المشتري[24].
- هذا الشرط يتعلق في دين المعارض، حيث لا يهم سبب الدين مدنيا أو تجاريا المهم أن يكون دينا صحيحا سواء كان دينا مستحقا الأداء أو دين مؤجل ويجب أن يكون دين طبيعي (الدين الطبيعي هو الذي سقط بالتقادم).

-الشروط الشكلية: وتتمثل فيما يلي:

- يجب أن تتم المعارضة بعقد غير قضائي، أي بواسطة محضر قضائي.
- يجب أن تتم المعارضة خلال 15 يوما تحسب من آخر نشر، وإذا لم تتم هذه المدة تعتبر معارضة باطلة لا أثر لها.

أ- أثار المعارضة:

إذا تمت المعارضة في المواعيد المحددة قانونا طبقا للإجراءات، فإنها تؤدي إلى تجميد الثمن في يد المشتري ويمنع عليه دفعه.

ولكن إذا قام المشتري ودفع الثمن ولم ينتبه المستشار القانوني، إما قبل المعارضة أو قبل النشر، فإن ذمته لا تبرأ في مواجهة الدائنين المعارضين.

المعارضة يجب أن تحتوي على قيمة الدين وسبب الدين فإذا كان الدين المعارض به قليلا أي جزء من الثمن يكفي لدفع الدين المعارض به فهذا لا يعفي من تحديد الثمن في يد المشتري، هناك حالة واحدة يقبض البائع الثمن رغم المعارضة يودع لدى المحكمة، ولدى الغير، المادة 91 من القانون التجاري.

لا يجوز للبائع أن يبرئ المشتري من دفع الثمن.

لا يستطيع كذلك أن يهب الثمن للمشتري.

إلا أن المعارضة لا تسقط عن البائع ملكيته للثمن فيبقى البائع دائما مالك للثمن، وإذا صدر حكم بإبطال البيع أو فسخه أو بإنقاص الثمن فإن هذا الحكم يسري على المعارضين والعارضة، كذلك لا تعتبر بمثابة إنذار بالدفع، وبالتالي فإنها لا تؤثر على سيران التقادم، وعليه إذا كان دائن البائع قد مر على دينه 14 سنة و11 شهر ولما علم بأن هناك معارضة وانقضت 15 سنة الوفاء بالدين فإن هذه المعارضة لا تقطع التقادم ولا تستطيع التمسك بالمعارضة بل أصبح دينه طبيعيا.

المعارضة لا ترتب حق الامتياز للدائنين المعارضين، باستثناء حالة إيداع البائع لمقابل المعارضات ففي هذه الحالة تصبح للدائنين المعارضين أولوية على ذلك المبلغ المودع، أي يصبح لهم حق امتياز على المبلغ المودع (المادة 92 من ق ت).

9-المزايدة:

هناك نوعين من المزايدات: مزايدة بالسدس ومزايدة بالعشر.

[24]نلدية فوصيل: أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائر .دار هومة 1997- ص6

- المزايدة بالسدس: هو حق أقره المشرع لكل دائن معارض أو دائن مقيد وتتم المزايدة بين هؤلاء الدائنين فقط (المزايدة بالسدس مزايدة مغلقة بين الدائنين المعارضين والمقيدين فقط).
- المزايدة بالعشر: فهو حق أقره المشرع لكل دائن للبائع بأن يطلب طرح المحل التجاري للمزايدة وفي هذه الحالة الأخيرة تصبح المزايدة مفتوحة لكل من أراد ذلك.

مثال:

محل تجاري قيمته 15.000.000 دج، قيمة العناصر المعنوية 1 مليون دج، والمعدات 3 مليون دج، والبضائع 200.000 دج، (س) دائن ب 500.000 دج، وبائع سابق للبائع (أ)، و(ص) بنك، أقرض للبائع 600.000 دج، حيث رتب رهن على المحل.

(ع) دائن عادي باع لـ (أ) ولم يقبض ثمنها 1.200.000 دج، ولما علم بالبيع فعارض في الثمن فيصبح دائن معارض، فهؤلاء الدائنون والمعارضون يوازن بين قيمة المحل التجاري إذا كانت تفوق ثمن البيع، فإذا تم التنفيذ على بيع المحل التجاري، ما هو حق كل واحد منهم من ثمن البيع؟.

نرتب الدائنين بهذه الصفة:

- (س): لديه حق امتياز مقيد وله الأولوية قبل الدائنين المرتهنين.
- (ص): البنك.
- (ع): دائن معارض وعليه يجب على (ع) أن يثبت بأن له ذمة مالية كبرى فيمكن له أن يزايد.

كل دائن من هؤلاء يمكن أن يزايد بالسدس عن ثمن العناصر المعنوية، لكن الذي له مصلحة أكثر هو (ع) فيزايد بالسدس ويدفع المشتري مليون دج + السدس ويبقى دائما دائن لـ (أ) بقيمة دينه 1.200.000 دج، والذي معارض به.

10-الرهن الحيازي للمحل التجاري:

أ-إنشاء الرهن:

المحل التجاري هو مال منقول معنوي ورهنه يفترض نقله من المدين إلى الدائن المرتهن، ونظرا لما يترتب عليه من سلبيات للمحل التجاري بالنسبة للمدين، وحتى يمكن للمدين الراهن المحافظة على حيازته للمحل التجاري. أقر المشرع الجزائري إجراء يمكن كذلك من حماية الدائن المرتهن وتتمثل هذه الإجراءات في الكتابة الرسمية لعقد الرهن.

قيد ذلك الرهن في السجل الخاص الممسوك من طرف المركز الوطني للسجل التجاري في خلال 30 يوما من تاريخ الانعقاد، وإلا اعتبر باطلا (م 191 من ق ت).

وفي نفس الوقت يمنح السلطة الكاملة للمدين الراهن لاستمرار استغلاله للمحل بكل حرية، لا بد أن تتوفر الشروط الموضوعية السبب، المحل، الرضا، ولا بد من توافر الأركان الشكلية التي تتمثل في الكتابة الرسمية أمام الموثق.

رغم أن المشرع في المادة 120 من ق ت قد استعمل عبارة (يثبت في عقد رسمي وإلا كان باطلا).

إذا سوف نتعرض لركن من الأركان الموضوعية وهو المحل الذي به خصوصية نص عليها المشرع في المادة 119 من القانون التجاري.

ورهن عقد المحل التجاري يشمل العناصر المعنوية المعروفة وكذلك المعدات والآلات المستعملة في المحل، وإذا ذكر في عقد الرهن العناصر التي يرد عليها الرهن، فإن الرهن لا يشتمل إلا تلك العناصر المذكورة في العقد، وإذا لم تذكر فإن الرهن ينصب على العناصر المعنوية الأساسية في المحل التجاري (العملاء، الحق في الإيجار، السمعة التجارية وهذه الأخيرة عنصر مهم)، وبالتالي فإن البضائع تخرج من العناصر التي يحتويها عقد رهن المحل التجاري، لكن هذا لا يعني أنه لا يمكن رهنها إطلاقا بل يمكن رهنها مستقلة عن المحل التجاري.

فالبضائع عرضة للتلف وأسعارها عرضة للتقلبات، والبضائع تمثل الضمان العام الظاهري للمتعاملين مع التاجر، وإذا كان للمحل التجاري فروع، وإذا احتوى عقد الرهن المحل الرئيسي وفروعه فلا بد أن يحدد ذلك في العقد، فلا يكفي ذكر المحل باسمه فقط.

يمكن لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان الناتج عن عدم القيد حتى ولو كان المدين الراهن نفسه، وذلك لما نصت عليه المادة 121 ف 2، وهذا حماية للغير الذي يتعامل مع المدين الراهن ظنا منه أن حقه مضمون بالمحل التجاري، وقد يبرم لدين مدني، وكذلك قد يبرم ضمانا لدين لمصلحة الراهن المدين وكذلك قد يبرم لمصلحة الغير.

ب- بالنسبة للمدين الراهن:

انتقال الحيازة من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن، غير أن المشرع قد خرج عن هذه القاعدة في المحل التجاري، وبالتالي فإن هذا الرهن لا يرتب انتقال الحيازة ولكن لتعارض الحيازة مع استغلال المدين للمحل التجاري، وعليه فإن القيد يقوم مقام انتقال الحيازة غير أن إبقاء المحل التجاري في حيازة المدين الراهن رغم رهنه يتطلب منه المحافظة على جميع عناصره.

وإذا وقع منه تقصير أو إهمال بحيث يؤدي ذلك إلى الإنقاص من بعض عناصره أو فقدانها، كان (مثلا) لا يدفع أجرة العقار المستأجر مما يدفع بالمؤجر المالك بفسخ عقد الإيجار.

فإن هذا الإنقاص من العناصر يفتح المجال للدائن المرتهن للمطالبة بالدين فورا قبل حلول آجاله أي يؤدي إلى سقوط الآجال، أو لتنفيذ على المحل التجاري ويتم طبقا للقواعد العامة المنصوص عليها في المادتين 898 و899 من ق ت المدني المتعلقتين بالعقد الرسمي.

ج- بالنسبة للدائن المرتهن:

ينشئ عقد الرهن للدائن المرتهن حق عيني على المحل التجاري يخوله حق طلب بيعه بالمزاد العلني وذلك بعد 30 يوما من إنذار المدين أو حائز المحل التجاري بالدفع أو بأي طريقة بإنذار غير قضائي على يد محضر وينتظر مدة 30 يوما فإذا لم يوف المدين ففي هذه الحالة يحرر محضر بعدم التنفيذ يباشر إجراءات بالمزاد العلني طبقا للمادتين 127 و125 من القانون التجاري غير أنه لا يجوز للدائن المرتهن تملك المحل التجاري مقابل ماله من ديون في ذمة المدين الراهن لأن المشرع في المادة 118 منع ذلك والحكمة من ذلك أنه يمكن أن تكون قيمة الدين أقل بكثير من قيمة المحل التجاري.

ويمكن للدائن المرتهن استعمال حقه في البيع في المزاد العلني بمجرد نقل المحل من مكان إلى لآخر إذا لم يقم المدين الراهن بإبلاغ الدائنين المرتهنين المقيدين خلال 15 يوما عن رغبته في الانتقال لمكان آخر وإبلاغهم كذلك بالمركز الجديد للمحل وذلك عن طريق عمل غير قضائي أي عن طريق محضر قضائي يخبرهم بالانتقال، لأن النقل قد يؤدي إلى الإنقاص من قيمة المحل التجاري وفي هذه الحالة (الإنقاص) فإن الديون تصبح حالة الدفع بحكم القانون، وكذلك تصبح حالة الدفع في حالة عدم موافقة الدائن المرتهن على ذلك الانتقال م 123 ق ت.

د-آثار الرهن بالنسبة للغير:

عقد رهن المحل التجاري يرتب بعض الآثار غير المباشرة على الغير خاصة مالك العقار المؤجر المستغل فيه للمحل التجاري، حيث أوجب القانون على المؤجر إبلاغ الدائن المرتهن بطلب فسخه لعقد الإيجار، وكذلك لا يجوز أن يصدر الحكم بالفسخ، ولا يصبح الفسخ بالتراضي نهائيا (الفسخ بين المالك المؤجر وصاحب المحل التجاري المدين الراهن).

مثال: هناك عقد إيجار بين (أ) و(ب)، (أ) المستأجر، (ب) مالك المحل التجاري المرهون أي المؤجر، (ب) رهن محله التجاري إلى (ج)، فيصبح (ج) دائن مرتهن

فالعلاقة بين (أ) و(ب) عقد إيجار، والعلاقة بين (ب) و(ج) عقد رهن، فيجب على (أ) أن ينذر (ب) بالدفع لقيمة الإيجار عندما يمتنع عن ذلك (ب) ويكون الإنذار خلال مدة معينة مثلا شهر بعد ذلك أراد (أ) أن يفسخ الإيجار الذي يعتبر عنصرا من عناصر المحل التجاري المرهون (الحق في الإيجار عنصر معنوي) فإما أن يكون هناك فسخ اتفاقي أو اختياري، وإذا رفض (ب) الفسخ فإن (أ) سيرفع دعوى بالفسخ، في كلتا الحالتين يجب على (أ) أن يعلن على رغبته لـ (ج) على أنه مقبل على الفسخ، وهذا الفسخ لا يكون نهائيا سواء اتفاقي أو قضائي إلا بعد انقضاء مدة شهر من إنذار (ب) بالدفع.

وهذا ما نصت عليه المادة 124 من القانون التجاري، عقد الرهن متى كان مقيدا ينشئ امتياز للدائن المرتهن على المحل التجاري ويعطيه حق الأولوية للحصول على دينه ويعطيه كذلك حق تتبع المحل التجاري في أي يد كان فهو يعطي له حق الأسبقية لاستيفاء دينه من قيمة البيع قبل الدائنين العاديين، والدائنين المرتهنين التالين له في المرتبة، وإذا كان هناك أكثر من رهن مقيد في نفس اليوم فإن الدائنين المرتهنين يتزاحمون في اقتسام الدين.

فترض أن هناك عقد الرهن حرر في 1999/12/01 (ب) باع المحل في 2000/06/01 لـ (س)، علما أن الرهن قيد في 1999/12/15 وقيد حق الامتياز من البيع في 2000/06/15 ثم قام (س) برهن المحل التجاري إلى (ع) مثلا في 2000/10/01 وقيد ذلك الرهن في 2000/10/05.

إذا الذي له الأسبقية هو الدائن الممتاز (ب) ثم بعد ذلك الدائن المرتهن هو (ج) ثم بعد ذلك الدائن المرتهن الثاني (ع).

إذن هناك رهن أول من (ب) لـ (ج) ورهن ثاني من (س) إلى (ع) وعقد بيع من (ب) إلى (س)، فحق الأسبقية للدائن الممتاز (ب) بموجب حق الامتياز (الدائن الممتاز دائما يكون المالك البائع) وذلك ما نصت عليه المادة 124 من القانون التجاري.

بالطبع يمكن لمشتري المحل التجاري الأخير أن يتوخى تتبع الدائنين المرتهنين للمحل بإبلاغهم طبقا للإجراءات المنصوص عليها في المادة 138/ ف 2 من ق ت، في محل إقامتهم المختار في قيودهم قبل الملاحقة، وخلال 30 يوما من الإنذار استعداده لوفاء ديونهم المقيدة المستحقة. إضافة إلى هذه الحقوق المقررة للدائنين المرتهنين فإن المشرع منحهم حق المزايدة بالسدس وفقا للمادة 85 ف 2 من ق ت.

11-إيجار المحل التجاري (تأجير التسيير أو التسيير الحر للمحل التجاري):

إن المشرع وقع في خلط باستعمال المصطلح إيجار المحل التجاري، ففيما يتعلق بالمحل التجاري نجده يطلق عليه القاعدة التجارية .وعندما نذهب إلى الإيجارات التجارية

نجد أن المقصود بها هو ذلك العقد المتعلق بإيجار العقار الذي يمارس فيه النشاط التجاري.

فمن جهة عند تعارض المشرع الجزائري إلى القاعدة التجارية أو المحل التجاري وذلك باعتباره مال منقول وعند تعرضه للإيجارات التجارية تترجم كلمة LOCAL والمحل التجاري هو العقار الذي يمارس فيه النشاط التجاري.

وبالنظر إلى النصوص القانونية نجد أن المشكل الذي يطرح هو القول إيجار المحل التجاري، فيتم في هذه الحالة الاطلاع على وثائق القضية والتحري فيها عن الحقيقة. فإذا كان العقد يتعلق بإيجار القاعدة التجارية أي تسيير أو إيجار العقار الذي يمارس فيه النشاط التجاري لأنه يكون عقد إيجار عقار لممارسة النشاط التجاري، فيكيفه على أساس أنه من الإيجارات التجارية والتي اشترط فيها المشرع سنتين إذا كان العقد مكتوبا، وأربع سنوات إذا كان شفهيا، أو شفهيا ومكتوبا (ثلاث سنوات بالنسبة للعقد الشفهي، والمكتوب سنة واحدة).

وقد اشترط المشرع هذه المدد مدد بدون وجود عذر أو سبب منطقي وواقعي معلوم لأن مدة السنتين يفترض فيها تكون القاعدة التجارية أي المحل التجاري، ومن ثمة فلا يهم في تكوينها ما إذا كان العقد مكتوبا أو غير مكتوب، إضافة إلى أن اشتراط السنتين دفع بكل المؤجرين المالكين إلى إبرام إيجارات تجارية لمدة 23 شهرا، مما يؤدي إلى نتائج سلبية (انقضاء العقد فورا بمجرد مرور 23 شهرا)، وكذا اللجوء إلى إيجاره باسم شخص آخر.

ولو قام شخص بتأجير محله التجاري بموجب عقد مكتوب (الكتابة لا نقصد بها في هذا الإطار الرسمي)، وبالنسبة لاجتهاد المحكمة العليا في هذا المجال فنجده يعتد للعقود الكتابية، أما إثبات العقود الشفهية في الإيجارات التجارية فيتم بإيصالات الإيجار.

والقاعدة أن مالك المحل التجاري أو مالك القاعدة التجارية هو الذي يقوم باستثمار واستغلال محله التجاري، ولكن يمكن له أن يعهد باستغلال ذلك المحل إلى شخص آخر (من الغير)، في هذه الحالة لابد أن نكيف هذه العلاقة القانونية التي تربط المالك للمحل التجاري بالغير المستمر للقاعدة التجارية، والأسباب هنا تختلف فقد يكون المالك غير قادر على ممارسة نشاطه التجاري لأن له عددا من المحلات التجارية فيعهد إلى شخص آخر باستغلال محله عوضا عنه، أو لأنه مثلا ليست له دراية بالنشاط التجاري، وبالتالي لا تخرج العلاقة عن كونها إما عقد استخدام أو عقد عمل، وفي هذه الحالة فإن المالك يكون بمثابة رب العمل والمشتغل في المحل التجاري يكون في مثابة عامل، وبالتالي تكون العلاقة تعاقدية يربطها قانون العمل. والمستعمل للمحل التجاري يكون تابعا لمالك المحل التجاري.

وهكذا فإن أعمال التصرف تنتقل إلى مالك المحل التجاري بينما ينال المستغل للمحل التجاري نسبة معينة من الربح نتيجة لقيامه بذلك النشاط، وبالتالي فالمستغل له لا يكتسب صفة التاجر ولا يقيد اسمه في السجل التجاري. ويمكن أن يعهد مالك المحل التجاري إلى الغير استغلال هذا الأخير طبقا لعقد تأجير التسيير، ففي هذه الحالة فإن العقد سوف تحكمه القواعد المنظمة لعقد تسيير المحل التجاري والمنظمة في أحكام المواد من 213 إلى 214 ق ت.

أ-إبرام عقد تسيير المحال التجاري:

ويسمى أيضا بعقد التسيير الحر، وسمي كذلك لأنه يمنع للمسير الحرية المطلقة لإدارة المحل التجاري دون أن تكون للمالك سلطة عليه وليس للمستأجر الحق في تغيير طبيعة النشاط وذلك كله مقابل أجرة.

وإيجار المحل التجاري يعد عملا تجاريا بحسب الشكل طبقا للمادة 413 ق ت، أما شروط إبرام العقد فنميز بين الشروط الشكلية والموضوعية إلا أن اهتمامنا سيكون مركزا حول الشروط الشكلية.

ب-الشروط الشكلية لإبرام عقد التسيير الحر:

- يجب أن يحرر العقد في الشكل الرسمي، ويجب نشر ملخص لهذا العقد خلال 15 يوما من تاريخ انعقاد العقد، ويتم ذلك النشر في الجريدة اليومية أو في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية.
- يجب على المؤجر إذا كان مقيد في السجل التجاري أن يغير من قيده أو يعدله في السجل التجاري بما يثبت أنه تحول إلى مؤجر للمحل أو القاعدة التجارية وهذا إذا كان يمارس نشاطا تجاريا، أما إذا لم يكن كذلك فإنه يقيد على أساس أنه مؤجر، المادة 203 ق ت.
- يجب على المستأجر أن يقيد اسمه في السجل التجاري بحيث يكتسب صفة التاجر ابتداء من تاريخ ذلك العقد وأن يشير في كل الوثائق والفواتير وكل الرسائل والإعلانات التي يقوم بها إلى رقم تسجيله في السجل التجاري، وإلى صفة التاجر.

إضافة إلى اسم وصفة وعنوان ورقم تسجيل المالك المؤجر (مالك المحل) طبقا للمادة: 204 ق ت، وفي حالة عدم قيامه بذلك فإنه سوف يتعرض إلى عقوبة تتمثل بغرامة من 50 إلى 5000 دج فهي إذاً مخالفة.

إضافة إلى هذه الشروط الشكلية والمنصوص عليها في المادتين: 203-204 ق ت، يشترط في المؤجر ما يلي:

1. أن يكون قد مارس التجارة أو الحرفة لمدة 5 سنوات أو مارس في نفس المدة أعمال المسير أو المدير التجاري أو التقني.
2. أن يكون قد استغل على الأقل المتجر محل الإيجار في مدة سنتين على الأقل.

ويمكن طبقا لنص المادة 206 ق ت أن تلغى هذه المهلة أو تخفض بموجب أمر من رئيس المحكمة، وبناء على طلب يقدم من قبل المعني بالأمر، وبعد الاستماع إلى النيابة العامة (أي استصدار أمر لتخفيضها أو إلغائها) لكن لابد أن يبرر طلبه بأنه يتعذر عليه ممارسة نشاطه التجاري إما شخصيا أو بواسطة مندوبين، وفي هذه الحالة فإن رئيس المحكمة يحول الطلب إلى النيابة العامة بإبداء رأيها فيه، ويصدر بعدها أمر بإلغاء المدة أو تخفيضها، **مثال**: كأن يفتح شخص محلا تجاريا وبعد مدة وجيزة ينتخب كعضو في البرلمان... فبالطبع يصبح من المستحيل عليه ممارسة النشاط التجاري، فيتقدم عندها بالطلب إلى رئيس المحكمة لاستصدار أمر بتخفيض المدة أو إلغائها حتى يتمكن من تأجير المحل التجاري.

وهذه المدة لا تسري بالنسبة للدولة، أي أن الدولة يمكنها تأجير المحل التجاري مباشرة وكذلك الولايات والبلديات والمؤسسات الاقتصادية والمؤسسات المالية والمحجور عليهم والمعتوهون وهم الأشخاص الذين يعين لهم وصي قضائي أو مقدم من طرف المحكمة. إلا أن المشرع لم يوضح هذه المسألة.

وفيما يتعلق بالمحلات التجارية التي كانوا يملكونها قبل فقدانهم الأهلية، فنميز في الفئة الأولى أي المحجور عليهم بحكم القانون (الحكم بعقوبة في جناية) ففي هذه الحالة يكون المحجور عليهم بحكم القانون الحجر بمثابة عقوبة تبعية.

فكل من يحكم عليه بعقوبة جنائية ويحجر عليه بقوة القانون فيجب أن نرى ما إذا كان الحكم قد احتوى في طياته على الحجر كعقوبة تبعية فيتم الحجر عليه، أما إذا لم يشر الحكم إلى ذلك فلا يحجر عليه.

- كما يستثنى من تطبيق المدة المذكورة الورثة أو الموصى لهم من تاجر والمستفيدون من قسمة المحل التجاري الذي انتقل إليهم.
- كما يستثنى مؤجر المحل التجاري كذلك إذا كان القصد من تأجير التسيير توزيع الإنتاج أو البضائع المباعة من طرف التاجر المؤجر طبقا لعقد التوزيع الحصري (أي عندما يستورد شخص بضاعة ما ويفتح محلات تجارية في أماكن مختلفة، ويتعاقد مع مسيرين لتوزيع البضاعة، وذلك ما نصت عليه المادة 207 ق ت.

***الخطوات المتبعة لمناقشة القضية:**

1- طلب الملف وتدعيمه بالوثائق اللازمة طبقا للمادة 32 ق إ مدنية فعلى ساس ملف الموضوع نبني دفاعنا.
2- نبحث عن دفوع شكلية ونثيرها قبل الدخول في الموضوع:
أ. من حيث الصفة والمصلحة لرافع الدعوى.
ب. الإنذار (م179- 180 ق م) فيجب أن يوجه إنذار بالدفع للمدين وإذا لم يوجه يعتبر خطأ شكلي، وهذا الإنذار يمكن تحريره من طرف محضر قضائي أو محامي يسلمها للمحضر ويقوم بالتبليغ عادة خلال 15 يوم.
3- العريضة تحرر بعدد الأطراف والعريضة الأصلية تبقى في المحكمة المختصة، يقوم المدعي بتسجيل دعواه وذلك بدفع رسوم هذه الأخيرة موحدة لكن نظرا للتغيير الذي جاءت به ميزانية السنة الماضية، حيث رفعت مصاريف القضايا التجارية والصفقات العمومية إلى 1000دج أمام المحكمة و1500دج أمام المجلس القضائي، و2000دج أمام المحكمة العليا.

القضايا الأخرى (المدنية) 300دج أمام المحكمة، و400دج أمام المجلس القضائي و 500دج أمام المحكمة العليا ويتم التسجيل حسب الفرع التابعة له القضية ويتم تسليم رقم القضية وهناك ترقيم للقضايا في السجل وفي الوصل يكتب آخر رقم في السجل وهو رقم القضية أي رقم التسجيل وكذلك يوم الجلسة ويوضع ختم المحكمة على العرائض ويتم تبليغها للأطراف عن طريق المحضر القضائي المختص إقليميا ويجب أن يتم التبليغ خلال (08) ثمانية أيام على الأقل قبل ميعاد الجلسة وإذا وصل ميعاد الجلسة ولم تبلغ العريضة لأي سبب من الأسباب كغياب المدعى عليه عن الجلسة فإنه على المحامي أن التأجيل لعدم التبليغ وإن لم يحضر المدعي يضطر القاضي إلى شطب القضية والجلسة.

وإذا لم يجد المحضر المدعى عليه في المكان مرة ثانية يحرر محضر عدم وجود ويطلب المحامي تأجيل الجلسة من أجل التبليغ عن طريق تعليق التكليف بالحضور في المحكمة ومنه فعندما يصدر الحكم فإنه يصدر غيابيا.

المعارضة: لا توقف تنفيذ عقد البيع بل يجمد الثمن في يد المشتري فالمعارضة إجراء تحفظي.

الطلبات: التي تذكر في عريضة الدعوى تتضمن مثلا:

- استرجاع الثمن لأن العقد باطل فلا يطلب هذا الفسخ.
- طلب التعويض عن الأضرار اللاحقة.

كل عقد رسمي: لابد من تسجيله لدى مصلحة الضرائب وقيده في السجل التجاري وإذا كان عقارا يقيد في السجل العقاري.

التسجيل: لا يترتب عليه إلا إثبات التاريخ بصفة قطعية للتصرف بحيث لا يجوز الطعن فيه.

الشهر: هو تمكين الآخرين من العلم بوجود التصرف.

استشارات محلولة:

حل قضية: عريضة افتتاح دعوى:

لفائدة: إذا كان المدعي شخص طبيعي يجب ذكر اسمه ولقبه ومهنته وعنوانه بالكامل.

ضد :إذا كان المدعى عليه شخص معنوي فيجب ذكر اسم الشركة أو المؤسسة واسم ممثلها ومقرها أي موطنها.

أ. تلخيص الوقائع: وقائع الاستشارة

1- كون ثلاثة مزارعين شركة في شكل تعاونية.
2- اشترت التعاونية أراضي من الفلاحين لإعادة بيعها ودفعت ثمن 3000.000دج.
3- اقترضت التعاونية مبلغ 2000.000دج من بنك السعادة لاستثماره في استصلاح الأراضي.

ب. المناقشة القانونية للمشاكل المطروحة في القضية:

على ماذا نعتمد للمطالبة بالديون؟

نكيف هذه الوقائع هل هي تخضع للقانون المدني أو التجاري؟

والأصلح لنا كدفاع للمدعي هو محاولة إثبات أن هذه الوقائع تكون وقائع تجارية تخضع للقانون التجاري لأنه في القانون التجاري هناك سهولة في الإثبات وسرعة في الإجراءات وإصدار الأحكام.

1- هل التعاونية شركة مدنية أم شركة تجارية؟
2- هل الدين دين مدني أم دين تجاري؟
3- هل من مصلحتنا المطالبة بإلزام المدين بالوفاء أو المطالبة بشهر إفلاس هذه الشركة؟

الإجابة:

1- هل التعاونية شركة مدنية أم تجارية؟

هذه الشركة أنشأت مدنية لأن التعاونية الفلاحية هي شركة مدنية لأنها لا تأخذ أحد أشكال الشركات التجارية الخمسة المعروفة ولكن نلاحظ أن هذه الشركة المدنية قد قامت بأعمال تجارية فقامت بالشراء من أجل البيع وهو عمل تجاري منفرد حسب المادة 2 ق ت، وكذلك اقترضت مبلغا لاستعماله في استصلاح أراضيها لكنها كونت به مصنعا فإنها قد قامت بعمل تجاري في شكل مقاولة.

الشركة هذه هي شخص معنوي ومدني لكنها قامت واحترفت أعمالا تجارية فقامت بإنشاء مصنع (مقاولة) فيكون هذا العمل احتراف فالمصنع أو المقاولة تكون على سبيل الاحتراف، فهنا أصبحت هذه الشركة تاجرا على حسب الموضوع وليس على حسب الشكل المادة 1 ق ت: "يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر أعمالا تجارية ويتخذها مهنة معتادة له ما لم يقضي القانون بخلاف ذلك".

2- هل الدين مدني أو تجاري؟

الشخص المعنوي الخاص (مدني أو تجاري) يجوز شهر إفلاسه عند توقفه عن الدفع سواء كان الدين مدني أو تجاري وبالتالي يطلب من المدعي هنا أن يثبت أن المدينين تجارا.

المقيد في السجل التجاري يعتبر مكتسبا لصفة التاجر حسب المادة 21 من ق ت فرغم انه لا يقوم بأعمال تجارية إلا أنه له صفة التاجر وهي قرينة قانونية غير قاطعة يمكن إثبات عكسها (نثبت صفة التاجر لأن المشرع اشترط صفة التاجر في نظام الإفلاس).

يجب على الدائن طلب الفسخ لكن من مصلحته أن لا يطلب ذلك بل عليه أن يطلب التنفيذ، والإجراءات المترتبة عنه كاستعمال الحجز التنفيذي على المدينين.

الدائن المدني يستطيع طلب شهر إفلاس التاجر مهما كان الدين سواء كان تجاريا أو مدنيا كما أنه في حالة التاجر أو الشركة عن الدفع حتى ولو لم يقم بالإنذار يمكن شهر إفلاسه.

المادة 2 ق ت الشراء من أجل البيع عمل تجاري منفرد بحسب الموضوع ومن احترف هذا العمل يعد تاجرا (هناك شراء وهناك بيع وهناك قصد تحقيق الربح ومنه فهم تجار وبالتالي يمكن شهر إفلاسهم).

مسألة:

اقترض تاجر مبلغا من صديق له بمناسبة تجديد وتوسيع مصنعه ووعده برد المبلغ المقترض في أجل أقصاه 2000/12/31 كما جاء ذلك في العقد المبرم بينهما، لكن التاجر ولمصاعب مالية لم يف بالتزامه فقام الدائن بتوجيه إعذار لصديقه التاجر وبعد ذلك رفع دعوى ضده يتمسك فيها برد مبلغ الدين والفوائد المستحقة عن ذلك على أساس السعر الرسمي للفائدة. حيث رد التاجر المقترض عن دعوى الدائن بدفوع هي:

أ. أن الدين المطالب به هو دين مدني كونه اقترضه من صديق له كان قد توقف عن مزاولة النشاط التجاري وأن ما يستند إليه الدائن في تأسيس طلبه يتعارض مع ما تقتضي به المادتان 325 و333 القانون المدني الجزائري.

ب. أن محكمة الحراش المعروض عليها النزاع والتي يوجد بها مقر سكن الدائن غير مختصة إقليميا لأن موطن المدين هو واقع بدائرة اختصاص محكمة بئر مراد رايس.

ج. أنه في حالة قضاء المحكمة خلافا لما يتطلبه هذا الدين فإنه يلتمس آجالا لتسديد دينه لأن حالته المادية لا تسمح بذلك ويستند في تأسيس دفعه إلى المادة 210 و281 قانون مدني. كما يلتمس الرفض فيما يتعلق بالفوائد على أساس المادة 454 القانون المدني التي تقتضي بأن القرض بين الأفراد يكون دائما بدون فوائد.

المطلوب: إذا تقدم الدائن إليك طالبا منك الرد على الدفوع المباشرة وعلى مدى صحتها فبماذا تنصحه؟.

حل الاستشارة:

المرحلة الأولى: تحليل القضية:

1- المعطيات:

أ. الوقائع:

– الاقتراض بسبب توسيع المصنع.

– الالتزام برد المبلغ في 2000/12/31.

– عدم تنفيذ الالتزام في التاريخ المحدد.

ب. الإجراءات:

– توجيه الإعذار حسب م180 – 181 مدني.

– رفع دعوى المطالبة برد الدين.

2- المسائل القانونية:

المسائل القانونية المثارة من طرف المدعى عليه هي:

– المحكمة المختصة م 8 ف 1، م 9 ف 1، ف 7 ق إ م.

– طبيعة الدين هل هو مدني أم تجاري م 328، م 333 ق م.

– مدى انطباق قاعدة: فمن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة. م 281، 210 ق م وما طبيعة القرض بين الأفراد م 454 ق م.

المرحلة الثانية: الإجابة:

فيما يخص المسألة 1 المتعلقة بالمحكمة المختصة:

أ. الوقائع:

– مقر سكن الدائن يقع بدائرة اختصاص محكمة الحراش.

– مقرسكن المدين يقع بدائرة اختصاص محكمة بئر مراد رايس.

ب. السؤال القانوني: ويمكن تقسيمه في مسائل أخرى إلى سؤال ذو فروع:

أي المحكمتين مختصة محليا للفصل في قضية الحال هل هي محكمة بئر مراد رايس أم محكمة الحراش.

ج. الحل القانوني:

طبقا للقوات العامة فإن الدين مطلوب وليس محمول، وبالرجوع إلى نص المادتين 8 ف 1، م 9 ف 7 ق إ م يتبن لنا أن المحكمة المختصة للفصل في قضية الحال هي محكمة المدين المدعى عليه وهي محكمة بئر مراد رايس ومن ثمة فإن محكمة الحراش غير مختصة ويتعين عليها الدفع بعدم الاختصاص.

فيما يخص المسالة 2 المتعلقة بطبيعة الدين:

1) الوقائع:
- الدائن صديق للمدين وغير تاجر.
- المدين تاجر والاقتراض يتعلق بتجديد وتوسيع المصنع.

2) السؤال القانوني:

ما طبيعة الدين، هل هو مدني أم تجاري؟ أم هو مدني بالنسبة للمقترض وتجاري بالنسبة للمقترض؟ وإن كان كذلك فما الحكم القانوني في هذه المسألة؟

3) الحل القانوني:

عملية القرض هي عملية مختلطة في قضية الحال فهي مدنية بالنسبة للدائن المقرض وتجارية بالنسبة للدائن المقترض. ومن ثم فإن هذا الأخير لا يمكنه الاستناد على المادتين 328 - 333 باعتباره تاجر وقام بأعمال تجارية.

وعليه يجوز للدائن إثبات الدين بكافة طرق الإثبات مهما كانت قيمة هذا الدين.

فيما يخص المسألة 3 المتعلقة بمدى انطباق قاعدة: فمن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة. وطبيعة القرض بين الأفراد فإنه يمكن تقسيمها إلى شقين:

<u>الشق الأول</u>: مدى انطباق قاعدة: فمن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة، طبقا لنص م 210 - 281 ق م.

أ. **الوقائع:** المدين التاجر في ضائقة مالية.
ب. **السؤال القانوني:** هل يمكن تطبيق القاعدة السابقة أي هل يمكن أن يمنح المدين مهلة لتسديد دينه تأسيسا على نصي المادتين 281 - 210 ق م.
ج. **الحل القانوني:** ذكر سابقا أن المدين المقترض تاجر وأن الاقتراض كان متعلق بعمل تجاري وعليه فإن المدين المقترض في قضية الحال لا يستفيد من القاعدة المشار إليها

أعلاه والمنصوص عليها في 281 - 210 ق م، ومن ثمة يلتزم بتدسديد الدين فورا وإلا عد متوقفا عن الدفع وجاز طلب شهر إفلاسه طبقا لنص المادة 216 ق.ت.

الشق الثاني: طبيعة القرض بين الأفراد:

أ. **الوقائع:** عملية القرض تمت بين شخصين طبيعيين.
ب. **السؤال القانوني:** هل يلتزم المدين المقترض برد مبلغ الدين مضافا إليه الفوائد المستحقة أم أن القرض بين الأفراد يكون بدون فائدة؟ ومن ثم يكون دفع المدين مؤسس قانونا؟.
ج. **الحل القانوني:** إذا كان المبدأ العام هو أن القرض يكون بفائدة، فإن المشرع الجزائري استثنى القرض بين الأفراد وجعله دائما بدون فائدة، وهذا كما جاء في المادة 454 ق م التي أسس عليها المقترض دفعه وعليه فهو غير ملزم بدفع فائدة القرض.
د. **الحوصلة:** نلخص فيها النتائج والإجابات التي توصلنا إليها سابقا.

استشارة قانونيا:

المدعية: هندية.

المدعى عليها الشركة العالمية للعطور.

الوقائع:

اقتراض هندية مبلغ 1000.000 دج من صديق والدها السيد سليمان.

تحرير عقد والمصادقة عليه من طرف هندية والحاج قدور أمام البلدية اتصال هندية بالشركة العالمية للعطور بعد إعلان.....

اتفاق هندية مع الشركة على بيعها مصنع بمبلغ 150.000.....

تحرير البيع بعقد أمام الموثق.

النشر الاول: .....

بتاريخ 25 جانفي توجه.....

طلب هندية دفع القسط الأول من الشركة.....

رفض الشركة الدفع.....

الإجراءات:

المعارضة بواسطة محضر قضائي من طرف السيد سليمان إلى الشركة في 19 فيفري 2000.

في 19 جانفي تقييد امتياز من طرف الآنسة هندية على المصنع لضمان ما تبقى من ثمن في ذمة الشركة.

المسائل القانونية:

أ. ما القيمة القانونية للعقد المبرم بين الطالبة والحاج قدور؟ وهل بإمكانه المطالبة بفسخ العقد؟ (أي المبرم بين الطالبة وشركة العقود).

ب. ما مدى صحة الإجراءات القانونية المتبعة في إبرام عقد البيع بين هندية والشركة العالمية؟

ج. هل معارضة السيد سليمان موجهة للشركة ضد الآنسة هندية نافذة أم لا؟

د. هل قيد الامتياز الوارد على المصنع من قبل الآنسة هندية قد استوفى الآجال القانونية؟

ه. ما هو الأساس القانوني الذي استندت عليه الشركة العالمية للعطور في رفضها تسديد القسط الأول؟

الإجابة:

- فيما يخص المسألة الأولى: الوقائع الخاصة بها:
  - تلقي الآنسة هندية مصنع.
  - اقتراضها مبلغ 1000.000 دج.
  - تحرير اعتراف بدين.
  - تحرير عقد أمام البلدية.

الحل القانوني:

طبقا لنص المادة 79 والمادة 80 من القانون التجاري اللتان تشترط الرسمية والإشهار إذن العقد المبرم هو عقد عرفي أي غير رسمي لأنه تم أمام البلدية وليس أمام الموثق، بمعنى هذا العقد جاء مخالفا لنص المادة 79 لكنه غير رسمي أي للحاج قدور طلب التعويض وليس فسخ العقد.

- فيما يخص المسألة الثانية: الوقائع الخاصة بها:
  - بيع مصنع الزهرة.....
  - تحرير البيع.....
  - النشر الأول.....

الحل القانوني:

طبقا لنفس المواد نجد أن الإجراءات المتعلقة بالمحل التجاري قد تمت وفق الآجال المحددة أي أنه استوفى كلا الإجراءين الإشهار والرسمية حيث تم النشر الأول بتاريخ 20 جانفي 2000 حسب المادة 4/80 وعليه فالعقد عقد صحيح.

- فيما يخص المسألة الثالثة: الوقائع الخاصة بها:

– معارضة السيد سليمان.
– اقتراض هندية من السيد سليمان مبلغ مليون دينار.
– توجيه السيد سليمان معارضة الشركة.

الحل القانوني:

أجاز القانون معارضة كل عقد غير قضائي وهو حق مقرر للبائع سواء كان الدين مستحقا أو مؤجلا طبقا للمادة 91 ق تجاري، وبالرجوع لقضية الحال فهو دائن للبائعة هندية وقد وجه المعارضة لشركة العطور بواسطة المحضر القضائي في 25 جانفي 2000 الذي تم في الوقت المحدد.

- فيما يخص المسألة الرابعة: قيد الامتياز:

الواقعة: قيام هندية في 2000/02/19 بقيد امتياز على المبيع لما تبقى لها في ذمة الشركة.

الحل القانوني:

حق الامتياز هو ضمان وفائي والذي قرره المشرع لفائدة البائع في حالة عدم استيفاء الحق، وحسب المادة 96 تجاري وكذا المادة 97 ق ت، وبالرجوع إلى قضية الحال قد تم تحريره في 15 جانفي 2000 وتم القيد في 19 فيفري والمهلة تجاوزت المدة القانونية وعليه فالقيد على المصنع لم يستوفي المدة وبالتالي فهو باطل أي 34 يوم.

- فيما يخص المسألة الخامسة: الوقائع:

– حلول أجل دفع القسط الأول.
– رفض المشاركة الدفع لمعارضة...

الحل القانوني:

بالرجوع إلى المادة 83 والمادة 84 ق تجاري وكذا المادة 96 والمادة 97.

– الآنسة هندية هل صفة التاجر؟ بالرجوع إلى المواد، 1، 9/4 وهذه الآنسة قامت بأعمال تجارية متعلقة بالمصنع.

- العقد العرفي: في حال تعارض نص قانوني مع اجتهاد المحكمة العليا الاجتهاد مع صراحة النص، وفي 14 جويلية 1995، وقضت المحكمة العليا في قضية بيع محل تجاري بعقد عرفي وبعد ذلك تراجعت المحكمة بغرفها المجتمعة عن هذا القرار.
- المعارضة بعقد غير قضائي: بمعنى أن لا يشترط أن يكون عن طريق المعارضة.
- آجال المعارضة: 15 يوم من تاريخ النشر الأول وفي قضية الطالبة هندية قد استوفت الآجال المحددة قانونا.
- الطالبة قيدت الامتياز ولكن في الآجال القانونية أي 30 يوم.
- الأمر 27/96 المؤرخ في 1996/12/09 المتضمن القانون التجاري يعدل ويتمم الأمر 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 75، يضيف المادة 21 (كل مصالح مأموري السجل التجاري أو كاتب الضبط تابع للمحكمة) كتاب ضبط المحكمة بحل مطلق للمركز الوطني للسجل التجاري.

مسألة:

تقدم إليك السيد مبروك الحنفي المقيم في مدينة عنابة لتوكيلك كمحامي في قضية لاسترجاع عقار مملوك له في مدينة البليدة أجره لمدة أربع سنوات للسيد قويدر الساكن في مدينة الوادي الذي أنشأ فيه محلا تجاريا لتوزيع أجهزة إلكترونية أطلق عليه اسم وسائل الاتصال العالمية.

- ماهي الطلبات والحجج التي يمكن تقديمها إذا وكلت في حق المؤجر؟
- ما هي الدفوع الذي ترد بها إذا وكلت في حق المستأجر؟

المسائل القانونية:

العقد العرفي عقد صحيح (عقد الإيجار العرفي).

المادة 172 ق تجاري: "حق التجديد يكون لكل مستأجر أجر محلا بعقد مكتوب لمدة سنتين متتاليتين أو إذا كان العقد شفهي لمدة أربع سنوات.

المادة 324 مكرر ق المدني: تلزم إفراغ عقد الإيجار التجاري في القالب الرسمي، فهنا تناقض بين النصين عند التطبيق، لكن المحكمة العليا في اجتهاداتها حلت هذا الإشكال واعتبرت عقد الإيجار الشفهي صحيح يثبت بوصلات الإيجار، ويبقى الإشكال مطروح فيما يخص المادة 172 ق تجاري عندما جعلت العقد المكتوب لمدة سنتين متتاليتين يمنح المستأجر الحق في التجديد وإذا كان العقد شفهي ومكتوب لمدة أربع سنوات معناه أن القاعدة التجارية لا تتكون إلا بعد مرور أربع سنوات.

إذا كان العقد مكتوب لمدة سنتين فهذه المدة وضعت إشكال قانوني للقضاء، فإذا زادت المدة على السنتين يجب على المؤجر أن يوجه تنبيها بالإخلاء طبقا للمادة 173 ق تجاري إذا رغب في استرجاع العين المؤجرة قبل ستة أشهر من انقضاء مدة الإيجار.

المادة 174 ق تجاري في حالة عدم التنبيه بالإخلاء يمكن للمستأجر طلب تجديد عقد الإيجار ستة أشهر قبل انتهاء مدة عقد الإيجار ويوجه الطلب عن طريق المحضر القضائي (بعقد غير قضائي) ويشمل هذا الطلب على الإجراءات القانونية المحددة في المادة 174 من القانون التجاري.

على المؤجر أن يرد على الطلب خلال ثلاثة أشهر من تاريخ التبليغ فإما أن يقبل التجديد أو يقبله بشروط أو يرفضه، أما إذا سكت عن الرد فإن التجديد يصبح النفس المدة ولا يمكنه أن يوجه تنبيها بالإخلاء إلا قبل انقضاء مدة سنتين الجديدة.

مسألة:

أطراف النزاع:

- الممثل القانوني للشركة الإيطالية ذات المسؤولية المحدودة (دي لا كوستا) ذات السمعة العالمية في إنتاج وتسويق الألبسة الراقية الموجود مقرها الرئيسي في روما.
- الحاج تومي الخياط مالك لمصنع تفصيل وخياطة الألبسة المسمى الرجل الأنيق الموجود في أعالي القصبة شارع الأمير الوسيم الجزائر العاصمة.

الوقائع:

حدث نزاع بين الطرفين في استعمال الحاج تومي للعلامة والاسم التجاريين للشركة الإيطالية على ألبسة ذات نوعية رديئة منتجة في الجزائر وتباع في السوق بخمس قيمة المنتوج الأصلي، مما أدى إلى انخفاض رقم أعمال الشركة الإيطالية في الجزائر.

النصوص الواجب تطبيقها:

المادة 124 ق مدني، المادة 219 ق العقوبات.

ترفع القضية أمام محكمة بابا الوادي الفرع المدني أو التجاري المادة 10، 11 ق إ م، يمكن لكل جزائري أن يقاضي أجنبيا ويمكن لكل أجنبي أن يقاضي جزائريا في الجزائر ولو تعامل معه في الخارج.

فحتى ولو لم يقيد في السجل التجاري فيمكن التقاضي في الجزائر ويجب حصوله على بطاقة التاجر الأجنبي من الولاية التي يمارس نشاطه التجاري.

الأجنبي الذي يسوق سلعه للجزائر لابد أن يضع له ممثلية ويقيد في السجل التجاري.

يجب على الشركة أن تثبت أنها تملك العلامة التجارية.

الطلبات:

1- الحكم بمصادرة السلعة لسبب المنافسة غير المشروعة.
2- الحكم بالتعويض ويجب تحديده من قبل خبير.
3- ويمكن في المنافسة غير المشروعة طلب نشر الحكم وهو عقوبة إشهارية بالخصم.

الفهرس

مقدمة

المحور الأول: مفهوم القانون التجاري ومصادره _____ 03

الدرس الأول: مفهوم القانون التجاري _____ 03

- تعريف القانون التجاري _____ 03
- مفهوم التجارة _____ 04

الدرس الثاني: نشأة القانون التجاري _____ 05

- مراحل تطور القانون التجاري _____ 05

الدرس الثالث: أسس ونطاق القانون التجاري _____ 06

- أسباب وجود القانون التجاري المستقل _____ 06
- ذاتية القانون التجاري _____ 08

الدرس الرابع: مصادر القانون التجاري _____ 10

- المصادر الأساسية _____ 11
- المصادر التفسيرية _____ 13

المحور الثاني: الأعمال التجارية _____ 14

الدرس الخامس: أهمية تحديد الأعمال التجارية ومعيارها _____ 14

- الاختصاص القضائي _____ 15
- اكتساب صفة التاجر _____ 16

الدرس السادس: ضوابط التمييز بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية _____ 17

- نظرية المضاربة _____ 17
- نظرية التداول _____ 17
- تعريف المقاولة والمشروع _____ 18

الدرس السابع: أنواع الأعمال التجارية _____ 19

- الأعمال التجارية بحسب الموضوع _____ 19

- الأعمال التجارية بحسب الشكل _____28
- الأعمال التجارية بالتبعية _____30
المحور الثالث: التاجر_____35
الدرس الثامن: التزامات التاجر _____35
- القيد في السجل التجاري_____35
- مسك الدفاتر التجارية _____39
الدرس التاسع: الإفلاس بالتدليس _____39
- تعريف الإفلاس بالتدليس _____39
- إثبات الإفلاس بالتدليس _____40
- أنواع الدفاتر التجارية _____41
المحور الرابع: المحل التجاري _____46
الدرس العاشر: مفهوم المحل التجاري _____46
- التعريف القانوني _____46
- التعريف الفقهي _____47
الدرس الحادي عشر: الطبيعية القانونية للمحل التجاري_____47
- نطاف المحل التجاري _____47
الدرس الثاني عشر: العناصر المكونة للمحل التجاري _____47
- العناصر المادية للمحل التجاري _____48
- العناصر المعنوية للمحل التجاري _____49