شرح القانون التجاري الجزائري

الأعمال التجارية- التجار- المحل التجاري

الدكتور الأزهر لعبيدي

2022/2021

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ تِجَارَةٍ تُنجِيكُم مِّنْ عَذَابٍ أَلِيمٍ (10) تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَتُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنفُسِكُمْ ۚ ذَٰلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ (11) يَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَيُدْخِلْكُمْ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِن تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ وَمَسَاكِنَ طَيِّبَةً فِي جَنَّاتِ عَدْنٍ ۚ ذَٰلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ (12)﴾

صدق الله العظيم

سورة الصف

الفصل الأول

القانون التجاري بوجه عام

قبل الخوض في الأحكام المتعلقة بالمحاور الرئيسية للقانون التجاري (الأعمال التجارية، التاجر، والمحل التجاري)، وجب التعرض أولا إلى المفاهيم والمبادئ العامة المرتبطة بالقانون التجاري، بداية بتحديد مفهومه وتمييزه عن المفاهيم المشابهة له، ثم نشأته وتطوره، إضافة إلى تحديد مصادره، الأمر الذي سنفصله ضمن المباحث الثلاث الموالية:

المبحث الأول

مفهوم القانون التجاري وتمييزه عن المفاهيم المشابهة

مع التطور السريع والمستمر الذي تتسم به الحياة التجارية، كان لزاما على فقهاء القانون التجاري تكييف مفهومه بما يتماشى مع هذا التطور، بل إن هناك مفاهيم جديدة لم تكن معروفة من قبل مقارنة بالمفهوم الضيق للقانون التجاري، كقانون الأعمال، والقانون الاقتصادي، وقانون التجارة الدولية، وهي مفاهيم تداخلت مع مفهوم القانون التجاري واختلطت به، مما يستدعي تمييزها وتحديد نطاق كل منها من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

مفهوم القانون التجاري

القانون التجاري هو قانون حديث النشأة، ولم يستقل عن القانون المدني إلا منذ وقت قريب، وذلك بالنظر إلى اعتبارات عملية خاصة دعت إليها طبيعة المعاملات التجارية وخصائصها المميزة لها عن المعاملات المدنية، وقبل التعرض لهذه الخصائص، وجب التطرق أولا إلى تعريف القانون التجاري وتحديد نطاقه، في الفرعين التاليين:

الفرع الأول

تعريف القانون التجاري وتحديد نطاقه

اختلف الفقه التجاري التقليدي والحديث في تحديد مفهوم القانون التجاري، واستند الفقهاء في نظرتهم لهذا المفهوم وتحديد نطاقه، على نظريتين هما: النظرية الموضوعية والنظرية الشخصية، وهو ما سنوجزه ضمن العنصرين الآتيين:

أولا: تعريف القانون التجاري.

استقر الفقه التجاري الكلاسيكي على أن مفهوم القانون التجاري هو مجموعة القواعد القانونية التي تحكم التجار والأعمال التجارية المرتبطة بالمحلات التجارية فقط، وبهذا المعنى فهي تشمل جميع عمليات الوساطة بين المنتج والمستهلك، أي تداول وتوزيع الثروات دون الانتاج، أما هذه الأخيرة، أو ما يطلق عليها بالصناعة، فتخرج من مفهوم التجارة، ولا يطبق عليها قواعد القانون التجاري.

ومع تطور الحياة التجارية، وظهور أنواع جديدة من الأعمال التجارية، على غرار عمليات البورصة والأسواق المالية والاعتراف بالتجارة الالكترونية، فقد تبين قصور المفهوم التقليدي للقانون التجاري، وكان لابد من ظهور مفهوم جديد يتماشى مع هذا التطور والحركية التي تتميز بها المعاملات التجارية، فظهر المفهوم الحديث للقانون التجاري، الذي تمتد أحكامه إلى جانب كبير من عمليات الانتاج، خصوصا عمليات الانتاج الصناعي.

وقد استقر الفقه التجاري الحديث، على أن القانون التجاري، هو فرع من فروع القانون الخاص، يتضمن مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم فئة معينة من الأعمال تسمى "الأعمال التجارية"، وتحكم طائفة من الأشخاص، طبيعيين كانوا أو معنويين، هم "التجار"، سواء في العلاقات المتبادلة فيما بينهم أو في علاقاتهم مع عملائهم.

ثانيا: نطاق القانون التجاري.

اختلف فقهاء القانون التجاري حول تحديد نطاق أو مجال القانون التجاري، واستند هذا الاختلاف على سؤال مفاده، هل القانون التجاري هو قانون التجار، أم هو القانون الذي يحكم الأعمال التجارية؟ فانقسم الفقهاء إلى فريقين، معتمدين في ذلك على نظريتين، الأولى وهي النظرية الشخصية، والثانية هي النظرية الموضوعية، وسنتناولها فيما يلي:

1- النظرية الشخصية:

يرى أصحاب هذه النظرية أن مجال القانون التجاري يتحدد تحديدا شخصيا، فهو يرتبط بشخص التاجر، وينظم نشاط من يمتهنون التجارة دون سواهم، لذلك يشترط أصحاب هذه النظرية ضرورة تحديد المهن التجارية حصرا، بحيث يطبق القانون التجاري على كل من امتهن التجارة، على أن يعتبر هذا الشخص تاجرا، وعلى ذلك يسمى القانون التجاري، وفقا للقائلين بهذه النظرية، "بقانون التجار"، بحيث يعتبر هذا الأخير محور ومعيار تحديد نطاق القانون التجاري.

وقد وجه خصوم هذه النظرية النقد لها، لسببين، أولها أن للتاجر حياته المدنية كما له حياته التجارية، كزواجه وميراثه وسياحته وأدائه مناسك الحج أو العمرة، ومن غير المنطقي إخضاعها لأحكام القانون التجاري لمجرد أن شخص القائم بها يعد تاجرا. أما السبب الثاني، فيكمن في صعوبة تحديد المهن التجارية على سبيل الحصر، كما أن هذا المعيار لا يتماشى مع التطور الذي تتسم به الحياة التجارية، والذي أدى إلى ظهور أنواع جديدة من المهن التجارية لم تكن معروفة من قبل، كعمليات البورصة والأسواق المالية، والتجارة الالكترونية وغيرها.

2- النظرية الموضوعية:

يرى القائلون بهذه النظرية، أن القانون التجاري تتحدد دائرته بموضوع الأعمال التجارية، وتطبق أحكامه على هذه الأعمال بغض النظر عن شخص القائم بها، سواء كان تاجرا أم غير التجار، فالقانون التجاري، حسب أصحاب هذه النظرية، هو قانون "الأعمال التجارية" وليس قانون التجار، والعبرة تكون بموضوع النشاط الذي يمارسه الشخص، حتى ولو قام به مرة واحدة، أما إذا استمر الشخص في ممارسة هذه الأعمال التجارية على سبيل الامتهان، فإنه يكتسب صفة التاجر، غير أن هذه الصفة لا يعتد بها، وفقا للقائلين بهذه النظرية، إلا لإخضاع التاجر لالتزامات معينة كالقيد في السجل التجاري والخضوع للضريبة التجارية.

ويعتمد أصحاب هذه النظرية في تأصيلها، على مبدأ الحرية الاقتصادية، الذي يستهدف القضاء على نظام الطوائف التجارية الذي كان سائدا في العصور القديمة، وهو النظام الذي طالما كان حائلا يعوق ازدهار التجارة وتطورها، بسبب منع هذا النظام لغير طائفة التجار من ممارسة الأعمال التجارية.

ولم تخل هذه النظرية بدورها من النقد، وهو أن حصر الأعمال التجارية أمر لا يخلو من الصعوبة، بل إنه يتنافى مع المبدأ الذي تقوم عليه هذه النظرية ذاتها، وهو مبدأ حرية التجارة، فضلا عن عدم تماشيه مع التطور الذي تتسم به الحياة التجارية، والذي أدى إلى ظهور أنواع جديدة من الأعمال التجارية لم تكن معروفة من قبل، وهو ذات النقد الموجه للنظرية الشخصية.

وهنا تجدر الاشارة إلى مسلك المشرع الجزائري من النظريتين، حيث أخذ بالمذهب المزدوج، فاستلهمت بعض أحكامه من النظرية الشخصية، كما يظهر من نص المادة 01 من القانون التجاري عندما نصت على أنه: "يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك"، في حين استلهم المشرع بعض الأحكام الأخرى من النظرية الموضوعية حين عدد الأعمال التجارية بحسب الموضوع في نص المادة 02 والأعمال التجارية بحسب الشكل في نص المادة 03 من القانون التجاري أيضا.

الفرع الثاني
خصائص القانون التجاري

تقوم المعاملات التجارية على دعامتين أساسيتين هما جوهر الحياة التجارية، وقد استقرت المعاملات التجارية منذ القدم على هذين المبدأين، وهما "السرعة والائتمان"، فاحترمهما القضاء وطبقهما أيضا:

أولا: السرعة والمرونة في الاجراءات.

خلافا للمعاملات المدنية التي تمتاز بالبطء والتعقيد في الاجراءات (الكتابة والاشهار)، فإن حركية المعاملات التجارية تتطلب السرعة والسهولة في الاجراءات، فللزمن دور جوهري في تحقيق الربح والمكاسب المادية التي يستهدفها التجار في معاملاتهم التجارية التي لا تتحمل التأخير، إذ أن التاجر يسعى دائما من وراء معاملاته التجارية إلى تحقيق الربح، بإبرام أكبر عدد من الصفقات في أقصر وقت ممكن. ومن شأن مخالفة هذا المبدأ تعقيد معاملات التاجر وتعطيل مصالحه وقد تعرض بضاعته لتقلبات الأسعار أو كسادها أو تلفها.

واستجابة لما تتطلبه التجارة من سرعة ظهرت حاجة التاجر إلى تبسيط الاجراءات، وتحقيقا لهذه الغاية تميل قواعد القانون التجاري إلى تيسير الاثبات في المعاملات التجارية وجعله حرا طليقا من كل القيود، واختصار مدد التقادم المسقط وغيرها، وهذه الحرية والتبسيط في الاجراءات سهلت على التجار عمليات البيع وإبرام العديد من العقود في فترات زمنية متقاربة، الأمر الذي من شأنه أن ينعكس إيجابا على الوضع المالي للتاجر وازدهار تجارته.

وأمام المتغيرات المتسارعة التي أصبح يعرفها العالم والتنافسية الحادة، يتبين بشكل جلي أن متطلبات السرعة والمرونة التي تتصف بها المعاملات التجارية، باتت أكثر إلحاحا خصوصا مع التطور الاقتصادي الناجم عن التطور التكنولوجي الذي أدى إلى ظهور التجارة الالكترونية والاعتراف بالمعاملات المصرفية الالكترونية التي تتطلب سرعة أكبر وإجراءات أكثر سهولة، حيث صار بالإمكان إبرام آلاف الصفقات التجارية في فترات زمنية قصيرة جدا تختصر على التجار المسافات البعيدة والتكاليف الباهظة والاجراءات المعقدة التي كانت تعطل مصالح جميع الأطراف.

ثانيا: الثقة والائتمان في الحياة التجارية.

في مقابل تيسير الاجراءات التي تتطلبها سرعة القيام بالمعاملات التجارية وتنفيذها، كان لا بد من تدعيم الثقة والائتمان وضمان حماية الحقوق الثابتة المترتبة عن القيام بتلك المعاملات.

ومن مظاهر دعم الثقة والائتمان في الحياة التجارية هو افتراض التضامن بين المدينين في حال تعددهم، وهي من القواعد التي استقرت في المعاملات التجارية واحترمها القضاء وطبقها، ولهذا قد يجد التاجر نفسه أمام التزامات إجبارية لم يكن طرفا فيها، كالشريك المتضامن الذي يقضي القانون بمسؤوليته من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة.

كما دعم القانون التجاري مبدأ الائتمان والثقة بأحكام أخرى منها نظام الافلاس الذي يتضمن أحكاما صارمة في مواجهة كل شخص عاجز عن الوفاء بديونه التجارية أو متوقف عن دفعها إذا حل أجل استحقاقها، وهو نظام يفرض احتراما صارما لحقوق الدائن ودعم ضماناته حتى تزداد فرصته في استيفاء ما يستحقه ويكون أكثر استعدادا لمنح الائتمان لمن يطلبه.

كما يلجأ التجار إلى التعامل بالسفتجة باعتبارها أداة ائتمان لأنها تعطي المدين مهلة للوفاء، فهي كافية بذاتها لتقرير الالتزام وتحديده بحيث لا يحتاج ذلك إلى البحث عن وسائل أخرى لإثبات الحق. أما الشروط الشكلية التي تتطلبها هذه الورقة، فقد فرضها القانون دعما للثقة والائتمان، وهي لا تتنافى مع مبدأ السرعة والمرونة في الاجراءات، بل يقصد بها التسهيل والسرعة وإجرائها دون شك أو جدل حول صحتها، فالائتمان كمميز للمعاملات التجارية يقتضي توفير نوع من الأمن والسلامة من أجل تسهيل المبادلات والمعاملات التجارية، والحد من الخلافات التي قد تحدث في تلك المعاملات، وهو ما سوف يتحقق لا محالة بتوفير شكلية معينة ولو كانت نسبية.

المطلب الثاني

تمييز القانون التجاري عن المفاهيم المشابهة

يختلف القانون التجاري عن مجموعة من المفاهيم المشابهة والتي تتقاطع معه في بعض الأحكام، كقانون الأعمال والقانون الاقتصادي، وقانون التجارة الدولية، الأمر الذي نوجزه ضمن الفروع الموالية:

الفرع الأول

التمييز بين القانون التجاري وقانون الأعمال

قانون الأعمال، هو فرع من فروع القانون الخاص، غير أنه يعد قانونا غير مقنن، وإنما هو مجموعة من القوانين التي تنظم جميع الأنشطة ذات الطابع التجاري والاقتصادي بمختلف مجالاتها، بما فيها القانون التجاري ذاته، ويعد هذا الأخير جزءا من مجموعة القوانين المكونة لقانون الأعمال كقانون الجمارك وقانون حماية الملكية الصناعية والأدبية وقانون المنافسة وقانون حماية المستهلك وقمع الغش وقانون الاستثمار والقانون البنكي وقانون البورصة والقيم المنقولة وغيرها.

الفرع الثاني

التمييز بين القانون التجاري والقانون الاقتصادي

يعد القانون الاقتصادي بدوره قانونا غير مقنن، وبغض النظر عن المجادلات الفقهية المرتبطة بمضمونه وحدوده الفاصلة، فإنه يشمل مجموعة القوانين المنظمة للنشاط الاقتصادي، وهو يقسم حسب الفقه التقليدي إلى قسمين هما: القانون الاقتصادي الخاص (وهو قانون الأعمال)، والقانون الاقتصادي العام، ويشمل مختلف القوانين المنظمة للنشاط الاقتصادي العمومي كقانون التخطيط الاقتصادي والقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية وقانون المحروقات وقانون النقد والقرض وقانون المالية والقانون الجبائي وغيرها.

وبهذا المعنى، فإن القانون الاقتصادي أوسع في مفهومه من القانون التجاري وقانون الأعمال على حد سواء، فهو قانون حديث يستغرق كلا القانونين المذكورين، فضلا عن مختلف القوانين المنظمة للنشاط الاقتصادي العمومي.

ومع أنهما يختلفان من حيث المضمون، إلا أن القانون التجاري يتقاطع مع القانون الاقتصادي في العديد من المجالات، حيث تخضع المادة 02 من القانون 88-01 المؤرخ في 12 جانفي 1988، والمتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، هذه المؤسسات لقواعد القانون التجاري، كما تتأكد هذه العلاقة في نص المادة 13 من قانون النقد والقرض التي تعتبر البنك المركزي تاجرا في علاقته مع الغير.

الفرع الثالث

التمييز بين القانون التجاري وقانون التجارة الدولية

إذا كان القانون التجاري يهتم بتنظيم المعاملات التجارية الوطنية، دون أن يتعدى نطاقه إلى المعاملات التجارية الدولية التي يهتم بتنظيمها قانون التجارة الدولية، ويعد هذا الأخير نتيجة أو ثمرة المعاملات التجارية الدولية التي يباشرها المتعاملون الاقتصاديون المتدخلون في مجال التجارة الدولية بما فيها الدول كمتعامل.

وهو يشمل مجموعة القواعد والمبادئ المستمدة من الاتفاقيات الدولية المنظمة للتجارة الدولية، والقانون النموذجي الصادر عن لجنة قانون التجارة الدولية التابعة لهيئة الأمم المتحدة والعقود النموذجية والأعراف والمبادئ واجبة التطبيق على العلاقات التجارية ذات الطابع الدولي بغض النظر عن النظام القانوني الذي يسود في كل دولة من الدول.

المبحث الثاني

نشأة وتطور القانون التجاري

ترجع أصول القانون التجاري إلى أقدم العصور، ثم بدأت بعض معالمه تستقر بالتدريج. وتبدو أهمية التأصيل التاريخي للقانون التجاري من حيث استعراض العوامل التي أثرت في نشأته وتطوره عبر العصور المتعاقبة، وسنتناول مراحل نشأة وتطور القانون

التجاري في مراحله الثلاث، القديمة، والوسطى، والمعاصرة، ثم مراحل نشأته وتطوره في القانون الجزائري، وذلك في المطلبين التاليين:

المطلب الأول

مراحل نشأة وتطور القانون التجاري عبر العصور

قواعد القانون التجاري لم تولد فجأة، وإنما تعود نشأتها إلى عصور قديمة، حيث ابتدعتها حاجات التجارة، ثم أخذت تتطور بتطورها، بداية بالعصور القديمة، ثم العصر الوسيط، مرورا بالعصر الحديث، وأخيرا عصر التجارة الالكترونية. وفيما يلي نستعرض بإيجاز أهم مظاهر تطور قواعد القانون التجاري خلال تلك المراحل في الفروع الأربعة الموالية:

الفرع الأول

تطور القانون التجاري في العصور القديمة

ظهرت الآثار الأولى لقواعد القانون التجاري في منطقة البحر الأبيض المتوسط التي أحاطت مدنيات وحضارات قديمة، كالمصريين والفينيقيين والبابليين والرومان والاغريق، حيث كان البحر مجالا لعمليات تجارية بين شعوب تلك الحضارات.

ومن الثابت أن أحد الملوك المصريين، وهو بوخوريس، قد أصدر قانونا صارما يمنع فيه الربا الفاحش في القرن الثامن قبل الميلاد، أما القانون التجاري بالمعنى المعروف في الوقت الراهن، فلم يظهر لدى المصريين في ذلك الوقت، على الرغم من أن التجارة كانت نشطة.

وعند البابليين، صدر قانون حمورابي في 1700 سنة قبل الميلاد، والذي تضمن نصوصا تنظم عقد القرض البحري، وعقد الشركة والوكالة بالعمولة ووديعة البضائع، كما عثر على آثار لهم تثبت معرفتهم بعمليات البنوك في صورتها البدائية.

كما عرف الفينيقيون نظام الرمي في البحر الذي هو أساس نظام الخسائر البحرية المشتركة في القانون الحديث، والذي إذا ألقيت بمقتضاه بضاعة في البحر لتخفيف الحمولة وتفادي مخاطر الغرق الجماعي، فإن على مالك السفينة وأصحاب السلع التي أنقذت تعويض صاحب البضاعة التي ألقيت في البحر.

أما الاغريق فقد عرف لديهم عقد القرض البحري والتأمين الجزافي على السفينة، والذي يتحمل بموجبه المقرض مخاطر الملاحة، على أن يحصل على فوائد مرتفعة في حال وصولها سالمة إلى الميناء المقصود.

كما شاع لدى الرومان بعض عمليات المصارف، واستحدثوا نظام المحاسبة ومسك الدفاتر التجارية التي تبين الدخل والنفقات، كما ثبت لديهم نظام الافلاس الذي كان يسمح بموجبه للدائنين باستعمال وسائل الاكراه البدني لحمل المدين على الوفاء بديونه.

الفرع الثاني

تطور القانون التجاري في العصور الوسطى

شهدت هذه العصور طفرة نوعية وتقدما ملموسا في تطور قواعد القانون التجاري، وبرزت الكثير من الأنشطة التجارية والأحكام التي تبدو على النحو الذي هي عليه الآن، فبدأ القانون التجاري عرفيا ينبع من البيئة التجارية وفقا لأحكام ارتضاها التجار لأنفسهم، إلى أن استقر الكثير منها في شكل قواعد قانونية، وتركزت أسس القانون التجاري كقانون مستقل عن القانون المدني.

وابتداء من القرن السابع والثامن للميلاد، برز شأن العرب في التجارة، وابتدعوا أنظمة تجارية، كشركات الأشخاص والسفتجة ونظام الافلاس، حيث اشتغل الرسول صلى الله عليه وسلم بالتجارة، وكان للنظام الاسلامي الأثر الكبير في إرساء بعض مبادئ القانون التجاري، والتي لازالت راسخة حتى الآن، كمبدأ حرية الاثبات في المواد التجارية، والذي أقرته الآية 282 من سورة البقرة، حيث يقول المولى عز وجل فيها: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ... إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلاَّ تَكْتُبُوهَا**﴾. في حين أكدت الآية 283 من نفس السورة على مبدأ الثقة والائتمان، وهو

أحد أهم الركائز التي تقوم عليها المعاملات التجارية في الوقت الراهن، حيث يقول الله سبحانه وتعالى فيها: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ﴾. فضلا عن ترسيخ مبدأ الرضائية في العقود التجارية، الذي أقرته الآية 29 من سورة النساء، حيث يقول فيها المولى تعالى: ﴿إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِنكُمْ﴾.

وفي القرن الحادي عشر، أخذت التجارة تنتعش في بعض موانئ البحر الأبيض المتوسط، كأمستردام والبندقية، وفي هذه الأخيرة كانت تجتمع أكبر طائفة للتجار إلى أن أصبحوا يتمتعون بنفوذ كبير، ويكونون طوائف متخصصة في تجارات معينة، كطائفة تجار الحرير مثلا، وكانت كل طائفة تنتخب رئيسا لها يدعى القنصل، فيتولى الفصل في المنازعات التي تنشب بين التجار وبين من يقومون بالأعمال التجارية، ولو كانوا من غير التجار، وهكذا أنشأ تجار المدن الايطالية قضاء تجاريا مستقلا عن القضاء العادي، وهي أولى خطوات استقلال القانون التجاري عن القانون المدني.

أما في باقي أنحاء أوروبا، فقد كان للكنيسة دور في تحريم الربا، فابتدع أصحاب رؤوس الأموال نظام التوصية، الذي بمقتضاه يقدم رأس المال نقودا إلى التاجر في مقابل جزء من الأرباح، على ألا يسأل إلا في حدود ما قدمه من مال، فأقرته الكنيسة نظرا لما تتعرض له أموالهم من مخاطر في هذه الحالة.

الفرع الثالث

تطور القانون التجاري في العصور الحديثة

ابتداء من القرن الخامس العشر، حدث تحول تجاري كبير، وبالأخص بعد اكتشاف أمريكا ورأس الرجاء الصالح، حيث عرفت هذه الفترة حركة تقنين واسعة لقواعد القانون التجاري على الصعيد الوطني، ومن الطبيعي أن أغلب القواعد التي تم تقنينها هي تلك القواعد العرفية التي تعارف التجار عليها واستقرت في معاملاتهم، وإزاء التطور الصناعي، ونشوء الشركات الرأسمالية الكبيرة، التي بلغ شأنها حدا كبيرا تجاوزه إلى المجال السياسي والاجتماعي، فقد لجأت الدول التي تزاول فيها نشاطها إلى وضع قواعد قانونية لتنظيم نشاط تلك الشركات.

وفي القرن السادس عشر، وردت من أمريكا كميات وفيرة من الذهب والفضة، فتناقصت ثقة الأفراد في النقود، وظهرت البنوك الكبيرة، وانتشر ايداع النقود الذهبية والفضية فيها خشية الضياع والسرقة، مقابل تحصيل عمولة من العميل نظير الخدمة التي يقدمها البنك.

وبدأ الاتجاه إلى تقنين القانون التجاري في فرنسا في عهد لويس الرابع عشر الذي أصدر أمرا ملكيا في سنة 1673 يتضمن تنظيم التجارة البرية، ثم أعقبه قانون آخر عام 1681 يتعلق بالتجارة البحرية. ولما قامت الثورة الفرنسية، اضطر المشرع الفرنسي، تحت تأثير مبادئها، إلى إلغاء نظام الطوائف التجارية وتقرير حرية التجارة، وتم وضع تقنين شامل جمع أحكام القانونين في قانون واحد عام 1807، عرف فيما بعد بقانون نابليون، وهو أول عمل تشريعي للقانون التجاري في العصور الحديثة.

وفي القرن التاسع عشر، تميز القانون التجاري بالثبات لفترة طويلة من الزمن في ظل النظام الرأسمالي الحر، وساد مبدأ حرية التعاقد، وتيسير حركة رؤوس الأموال الضخمة واستثمارها في البنوك، مما أدى إلى ظهور شركات المساهمة، التي صارت تشكل قوة اقتصادية هائلة. وفي النصف الأخير من القرن العشرين، ظهرت المبادئ الاشتراكية التي نادت بضرورة تدخل الدولة لتحقيق العدالة الاجتماعية، ووضع قيود للحرية المطلقة التي كان يتمتع بها التجار.

وبالفعل، أخذت جميع الدول بمبدأ التدخل، حيث بدأت الدول في وضع خططها لنظامها الاقتصادي وفقا لإرادة المشرع ليضمن بها تحقيق سياسة اقتصادية معينة، بل تطور هذا الطابع التنظيمي الداخلي إلى تنظيم دولي، فازدادت المعاهدات الدولية التي تضع قواعد قانونية موحدة ترتضيها الدول الأطراف فيها.

الفرع الرابع
عصر التجارة الالكترونية

أمام المتغيرات المتسارعة التي أصبح يعرفها العالم والتنافسية الحادة، ونظرا لمتطلبات السرعة والمرونة التي تتصف بها المعاملات التجارية، لم يعد القانون التجاري مقتصرا على المعاملات التجارية التقليدية، وإنما تجاوزها إلى المعاملات التجارية الالكترونية، والتي بات التعامل بها أسلوب حياة جديد، خصوصا مع التطور التكنولوجي الكبير، حيث صار بالإمكان إبرام آلاف الصفقات التجارية في فترات زمنية قصيرة جدا، وتحقيق أرباح لم يكن من الممكن تحقيقها بالطرق التقليدية، كما أنها تختصر على التجار المسافات البعيدة والتكاليف الباهظة والاجراءات المعقدة التي كانت تعطل مصالح جميع الأطراف، وتتيح فرصا جديدة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

ويرجع ظهور مصطلح التجارة الالكترونية إلى بداية السبعينات من القرن العشرين باستخدام شركات أمريكية شبكات خاصة تربطها بعملائها باستخدام التحويلات الالكترونية للأموال وتبادل البيانات إلكترونيا، غير أن مدى التطبيق لم يتجاوز المؤسسات التجارية العملاقة وبعض الشركات الأخرى. ثم توسعت في مطلع الثمانينات من المؤسسات المالية إلى المصانع وبائعي التجزئة وبعض المؤسسات الخدماتية الأخرى.

وفي منتصف التسعينات شهدت التجارة الالكترونية طفرة متسارعة وقدمت فرصا جديدة للنمو الاقتصادي، بل وأصبحت أحد العناصر الرئيسية في جدول عمل صانعي السياسات على المستويات الوطنية والإقليمية والدولية، ويعد قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 12 جوان 1996 أول نص تشريعي يهدف إلى تزويد المشرعين الوطنيين بمجموعة قواعد مقبولة دوليا ترمي إلى تذليل العقبات القانونية وتعزيز القدرة على التنبؤ بالتطورات القانونية في مجال التجارة الإلكترونية.

كما تم الاعتراف بالتجارة الإلكترونية في سياق منظمة التجارة العالمية لأول مرة في المؤتمر الوزاري الثاني الذي عقد في شهر ماي سنة 1998 في جنيف، واعتمد الوزراء ما يسمى "بإعلان التجارة الإلكترونية العالمية" الذي دعا إلى إنشاء "برنامج عمل شامل" للنظر في جميع القضايا المتعلقة بالتجارة الإلكترونية العالمية.

وقد اعتمد البرلمان الأوروبي والمجلس الأوروبي توجيها بشأن التجارة الالكترونية بتاريخ 08 جوان 2000، وهو التوجيه الذي استوحت منه العديد من التشريعات الأوروبية قوانينها الوطنية المتعلقة بالتجارة الالكترونية، على غرار المشرع الفرنسي الذي أصدر أول قانون للتجارة الالكترونية بتاريخ 21 جوان 2004.

وتختلف الدول من حيث مستوى تقدمها واستخدامها الجيد للتجارة الالكترونية، ومن المؤكد أن تطلعات دول العالم العربي في التحول إلى التجارة الالكترونية تختلف وبشكل كبير عن احتياجات وتطلعات الدول المتقدمة، ومع أن تشريعات بعض هذه البلدان كانت سباقة في الاعتراف بالتجارة الالكترونية، على غرار قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي المؤرخ في 09 أوت 2000، إلا أنها لا تزال بعيدة عن الاستخدام الجيد للتجارة الالكترونية وتتطلب مزيدا من الجهود المبذولة.

المطلب الثاني
مراحل نشأة وتطور القانون التجاري في الجزائر

إن المتمعن في نشأة وتطور قواعد القانون التجاري في الجزائر، يجد بأن هناك مرحلة حاسمة تحول فيها المشرع الجزائري من النهج الاشتراكي في أواخر الثمانيات، وتوجه بدلا من ذلك نحو اقتصاد السوق وتحرير التجارة في مطلع التسعينات من القرن الماضي، لذلك سنتناول تطور قواعد القانون التجاري في الجزائر، قبل وبعد هذا التحول ضمن الفرعين التاليين:

الفرع الأول

تطور القانون التجاري في ظل تبني نظام التسيير الاشتراكي في الجزائر

بعد أن استقلت الجزائر عن فرنسا في 05 جويلية 1962، واسترجعت سيادتها واستردت ثرواتها الوطنية، وجدت الجزائر نفسها مضطرة إلى تطبيق ما هو سائد في فرنسا من نظم وتشريعات، وذلك بموجب القانون 62- 157، المؤرخ في 31 ديسمبر 1962، والمتضمن تجديد العمل بالنصوص القانونية الفرنسية التي كان معمولا بها حتى تاريخ 03 جويلية 1962 على التراب الجزائري، شريطة ألا تمس بالسيادة الوطنية.

وبعد ذلك، أخذت الجزائر في تشييد الأصول المادية للاشتراكية بواسطة إعداد الهياكل التي يجب أن تغير بصفة جذرية الأوضاع الاجتماعية السابقة، وذلك رغبة في إقامة نظام جديد تسري عليه القوانين الاشتراكية، فصدرت مجموعة كاملة من التشريعات كان أهمها الأمر رقم 75- 23، المؤرخ في 29 أفريل 1975، المتضمن القانون الأساسي النموذجي للمؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي.

وبتاريخ 29 سبتمبر 1975، صدر أول قانون تجاري جزائري بموجب الأمر رقم 75- 59، غير أنه لم يشكل انقلابا في الوضع القانوني الذي كان سائدا في ذلك الوقت، بل إن المشرع الجزائري احتفظ بأغلب الأحكام المنصوص عليها في التشريع الفرنسي، لكن بعد إعادة تكييفها لتتماشى مع أوضاع البلاد التي تجد مصدرها في سياسة البلاد وفي الاتجاه الاشتراكي المختار بعد الاستقلال، فعلى النقيض من التشريع الفرنسي، لم ينص القانون الجديد صراحة على مبدأ حرية التجارة. وفي ذات الاتجاه أعقبه المشرع الجزائري بمجموعة من القوانين الخاصة، وعلى سبيل المثال يمكن ذكر القانون رقم 78- 02، المؤرخ في 11 فيفري 1978، المتعلق باحتكار الدولة للتجارة الخارجية.

وقد سار الدستور الجزائري لسنة 1976 في ذات الاتجاه، فضمن وجود قطاع خاص وطني، غير أنه محصور في النشاطات التي تخضع للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، وهو ما أكده المشرع الجزائري صراحة في الميثاق الوطني الأول، الصادر بموجب الأمر رقم 86- 22 بتاريخ 09 فيفري 1986، بمنع القطاع الخاص من ممارسة نشاطات طفيلية.

الفرع الثاني

أثر تحول الجزائر نحو اقتصاد السوق على تطور القانون التجاري

مما لا شك فيه، أن تحول الجزائر نحو اقتصاد السوق بموجب دستور 1989، كان لا بد له من انعكاسات على تطور قواعد القانون التجاري بما يتماشى مع هذا الاتجاه الجديد، الذي يستهدف أن يكون الاقتصاد في وضعية الفعالية والمؤسسات في وضعية تنافسية بطريقة تمكن من الوصول إلى مستويات نمو جيدة مع التحسن المستمر في المستوى المعيشي وتوسيع السوق الداخلي، أي تحويل الاقتصاد إلى مجمع منتج وفعال قادر على التفاعل بسرعة والتكيف مع التطورات على المستوى العالمي.

ومن بين الاصلاحات التي كانت منتظرة بفارغ الصبر، نتيجة لهذا التحول، تلك المتعلقة بإصلاح القانون التجاري، إلى أن صدر المرسوم التشريعي رقم 93- 08، المؤرخ في 25 أفريل 1993، ليعدل الأمر رقم 75- 59 سابق الذكر، المتضمن القانون التجاري. ثم أعقبه تعديل آخر بموجب الأمر رقم 96- 27، المؤرخ في 09 سبتمبر 1996، وكذلك بموجب القانون 05- 02، المؤرخ في 06 فيفري 2005، وأخيرا تم تعديله بموجب القانون 15-20، المؤرخ في 30 سبتمبر 2015. فضلا عن اعتراف المشرع الجزائري بالتجارة الالكترونية بموجب القانون 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 المتعلق بالتجارة الالكترونية.

وإلى جانب هذه التعديلات، صدرت العديد من المراسيم التي تتماشى مع هذا التحول، على غرار المرسوم التنفيذي رقم 89- 45 المؤرخ في 11 أفريل 1989، المتضمن إلغاء القانون الأساسي السابق للمؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي المحولة إلى مؤسسات عمومية اقتصادية، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 90- 42 المؤرخ في 30 جانفي 1990، المتضمن الإلغاء الصريح للقوانين الأساسية القديمة للمؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي المحولة إلى مؤسسات عمومية اقتصادية.

وقد كرس دستور 1996 هذا النهج بتأكيده في نص المادة 37، حيث نصت على أن: "حرية التجارة والصناعة مضمونة وتمارس في إطار القانون"، ثم أخذ هذا المبدأ في التوسع، فشمل حرية الاستثمار بموجب نص المادة 43 من التعديل الدستوري لسنة 2016، بقولها: "حرية الاستثمار والتجارة معترف بها، وتمارس في إطار القانون"، ثم حرية الاستثمار والمقاولة بموجب المادة 61 من التعديل الدستوري لسنة 2020 بقولها: "حرية التجارة والاستثمار والمقاولة مضمونة، وتمارس في إطار القانون".

المبحث الثالث

مصادر القانون التجاري

تنص المادة 01 من القانون المدني على أنه: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها. وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف. فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

في حين تنص المادة 01 مكرر من القانون التجاري على أنه: "يسري القانون التجاري على العلاقات بين التجار، وفي حالة عدم وجود نص فيه يطبق القانون المدني وأعراف المهنة عند الاقتضاء".

وبقراءة نصي المادتين جنبا إلى جنب، يتضح بأن ترتيب العرف، باعتباره مصدرا رسميا من مصادر القانون التجاري، يلي التشريع مباشرة ويتقدم على الشريعة الاسلامية ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، في حين يشكل القضاء والفقه مصدرين تفسيريين من مصادر القانون التجاري، وهو ما سنعالجه في المطلبين التاليين:

المطلب الأول

المصادر الرسمية للقانون التجاري

تتمثل المصادر الرسمية للقانون التجاري في أربع مصادر، منها التشريع والعرف، المنصوص عليهما في نص المادة 01 مكرر من القانون التجاري، أما المصدرين التاليين، وهما الشريعة الاسلامية ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، فقد ورد ذكرهما في نص المادة 01 من القانون المدني، باعتباره الشريعة العامة، وفيما يلي نبين تلك المصادر على الترتيب المذكور:

الفرع الأول

النصوص التشريـــــعية

يقصد بالتشريع كافة القوانين التي تصدرها الدولة، بما فيها الدستور الذي يحتل المرتبة الأولى، ولا شك أن المصدر التشريعي الأول للقانون التجاري الجزائري هو الأمر رقم 75- 59 الصادر بتاريخ 29 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم.

ولا تنحصر أحكام القانون التجاري، بمفهومه الواسع، في الأمر رقم 75- 59 سابق الذكر، وإنما تشمل كافة النصوص واللوائح التنظيمية الخاصة التي تنظم الميدان التجاري، ومن أهمها القانون 90-22، الصادر في 18 أوت 1990، والمتعلق بالسجل التجاري، المعدل والمتمم، وكذا القانون 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم، إضافة إلى القانون رقم 04-08 المؤرخ في 14 أوت 2004، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، المعدل والمتمم، فضلا عن القانون 18-05، المؤرخ في 10 ماي 2018، المتعلق بالتجارة الالكترونية.

ولا يقتصر التشريع كمصدر للقانون التجاري على النصوص التجارية، بل يشترك معها القانون المدني باعتباره الشريعة العامة للقانون الخاص، ومع أنه لا يشترط لتطبيق نصوص القانون المدني، أن ينص القانون التجاري صراحة على الاحالة إليها، باعتبارها تحصيل حاصل، فقد أكدت المادة 01 مكرر من القانون التجاري على أنه: "وفي حالة عدم وجود نص فيه يطبق القانون المدني ...".

الفرع الثاني

العـــــرف التجاري

يقصد بالعرف التجاري، كل سلوك اعتاد التجار القيام به في معاملاتهم التجارية (الركن المادي)، مع شعورهم بإلزاميته (الركن المعنوي)، فإذا استوفى العرف أركانه، فإنه يكون قاعدة قانونية ملزمة كالتشريع تماما، فلا يجوز للمتنازعين الاعتذار بجهله، وإن كان

لهم أن يثبتوا الاتفاق على خلافه. ويترتب عن ذلك أن القاضي إذا أخطأ في تطبيقه فإن حكمه يعتبر معيبا ويخضع في ذلك إلى رقابة المحكمة العليا.

وبعد أن كان العرف التجاري، باعتباره مصدرا رسميا من مصادر القانون التجاري، يلي كلا من التشريع والشريعة الاسلامية من حيث الترتيب، استدرك المشرع الجزائري هذه المسألة بموجب نص المادة 01 مكرر من القانون التجاري، التي تم إضافتها بموجب الأمر رقم 96- 27، المؤرخ في 09 سبتمبر 1996، إذ جعل العرف يتقدم على الشريعة الاسلامية ويلي التشريع مباشرة.

ويعود السبب في ذلك إلى القيمة التاريخية للعرف في الحياة التجارية، ذلك أن القانون التجاري بدأ عرفيا ينبع من البيئة التجارية وفقا لأحكام ارتضاها التجار لأنفسهم، إلى أن استقر الكثير منها في شكل قواعد قانونية، وتركزت أسس القانون التجاري في شكل قانون مستقل عن القانون المدني.

غير أنه لا يمكن للعرف أن يخالف النصوص التجارية الآمرة مهما بلغت مكانته، أما قواعد القانون المدني الآمرة فيجوز مخالفتها، ويراعى في ذلك أن مخالفة العرف التجاري لنصوص القانون المدني الآمرة ليس فيه تغليب للعرف على التشريع، والقاعدة في هذا الشأن أن القانون المدني لا تطبق أحكامه إلا إذا لم يوجد حكم خاص في القانون التجاري، ووجود عرف تجاري معناه وجود قاعدة قانونية تجارية خاصة، ولا حاجة مع وجودها إلى تطبيق القواعد المدنية العامة، بدليل أن المشرع وضع كلا من القانون المدني والعرف في درجة واحدة وفقا لظاهر النص. ولعل ما يؤكد صواب هذا التفسير هو أن القانون المدني نفسه أجاز صراحة مخالفة العرف للنص الآمر في العديد من نصوصه، وفي هذا الخصوص، تنص المادة 449 من القانون المدني على أنه: "لا تطبق مقتضيات هذا الفصل على الشركات التجارية إلا فيما يخالف القوانين التجارية **والعرف التجاري**"، كما تنص المادة 68 من القانون المدني على أنه: "إذا كانت طبيعة المعاملة، أو **العرف التجاري**، أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الايجاب في وقت مناسب".

غير أنه ينبغي مراعاة أن العرف المقصود في هذه الحالة هو العرف الخاص، أي العرف التجاري، وليس العرف العام، أي العرف المدني، لأن هذا الأخير يخضع من حيث ترتيبه كمصدر من مصادر القانون التجاري للقواعد العامة الواردة في القانون المدني، وبالتالي فهو يلي التشريع والعرف التجاري والشريعة الإسلامية، ولا يمكن أن يساوي بأي حال من الأحوال العرف التجاري.

ويختلف العرف التجاري عن **العادة التجارية الاتفاقية**، من حيث أن هذه الأخيرة تعتبر عرفا لم تكتمل أركانه، وذلك لتخلف الركن المعنوي، فالعادة التجارية الاتفاقية، على خلاف العرف، لا يلزم لقيامها إلا توافر الركن المادي فقط، بمعنى أنه إذا جرى الناس على اتباع قاعدة واستقروا عليها منذ زمن بعيد دون أن يتولد في أنفسهم الشعور بوجوب احترامها، لم يكن هناك عرف ولكن توجد عادة اتفاقية، ولا تستمد هذه الأخيرة قوتها الالزامية إلا برضاء أطرافها رضاءً صريحا أو ضمنيا، لهذا تسمى "بالعادة الاتفاقية".

ومن أمثلتها هو اعتياد التجار على إدراج شروط معينة في تعهداتهم التجارية بحيث تصبح هذه الشروط مألوفة وضمنية بينهم دون شرط النص عليها صراحة، كاعتياد التجار على إنقاص الثمن بدلا من فسخ العقد إذا كانت السلع المسلمة إلى المشتري أقل جودة من المعتاد أو المتفق عليه. لكن إذا اتضح بأن نية الأطراف لم تتجه نحو تطبيقها فإنها لا تكون ملزمة لهم، ولا يفترض علم القاضي بها إلا إذا تمسك بها الأطراف، لأنها تعد مجرد واقعة مادية لا يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا.

الفرع الثالث
الشريعة الاسلامية

تعد مبادئ الشريعة الاسلامية الغراء المصدر الثالث من المصادر الرسمية للقانون التجاري، وذلك بعد أن تدحرج ترتيبها لتأتي بعد كل من التشريع والعرف التجاري بموجب نص المادة 01 مكرر من القانون التجاري سابقة الذكر، ومعنى ذلك، أن القاضي، وهو يصدر الفصل في منازعة تجارية، إذا لم يجد حكمها في النصوص التشريعية والعرف التجاري، فإن عليه الرجوع إلى مبادئ الشريعة الاسلامية ممثلة في القواعد المستقاة من القرآن الكريم، والسنة النبوية الشريفة، والقياس، والاجماع.

الفرع الرابع
مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

تعني مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، كمصدر رسمي أخير من مصادر القانون التجاري، هو تحقيق العدالة عن طريق الاجتهاد إذا لم يجد القاضي حكما تشريعيا أو عرفيا أو شرعيا (مبادئ الشريعة الاسلامية)، وبوجود هذه الأخيرة فإن إعمال مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة يكون مسألة نادرة الوقوع أو أنها تؤول إلى العدم من الناحية الواقعية، ذلك أن مبادئ الشريعة الاسلامية تعتبر جامعة وشاملة خصوصا أنها تتيح إعمالها عن طريق القياس والاجماع، غير أنه من المتصور إعمال هذا المصدر في الدول الغربية التي لا تعتمد الشريعة الاسلامية كمصدر من مصادر القانون.

والمسألة في هذه الحالة تقديرية بحيث يمكن للقاضي معالجة كل قضية على حدى طبقا للظروف المحيطة بها، وهذا يعني أن يعمل القاضي على تطبيق ما يعتقد أنه يحقق العدالة في الكيفية التي يحسم فيها النزاع. ومقتضيات القانون الطبيعي وقواعد العدالة تعني أمورا كثيرة غير محددة على القاضي أخذها بعين الاعتبار في تكوين قناعته، منها المعنوية والمادية التي تؤدي بالنتيجة إلى حصول القناعة لدى القاضي أنه يحقق العدالة بالكيفية التي يحسم بها النزاع.

المطلب الثاني
المصادر التفسيرية للقانون التجاري

وهي تلك المصادر الاستئناسية، وغير الملزمة، التي يعتمد عليها القاضي لاستلهام واستخلاص الأحكام من المصادر الرسمية وتقصي فهمها وتفسيرها، والبحث عن إرادة المشرع فيها، وتحديد نطاقها، والتوفيق بينها وبين التطور الذي انتهت إليه التجارة في حال عجز المصادر الرسمية عن مسايرة هذا التطور. وتنحصر هذه المصادر في كل من القضاء والفقه، وهو ما سنوجزه فيما يلي:

الفرع الأول
الاجتهادات القضائية

يقصد بالقضاء، كمصدر تفسيري للقانون التجاري، مجموع الاجتهادات والسوابق التي استقر عليها القضاء في المواد التجارية التي تماثل القضايا المعروضة عليه بتطبيق القانون. ومع أن أثر الحكم القضائي يقتصر على أطراف النزاع محل الحكم تطبيقا لمبدأ "نسبية أثر الحكم"، وأن دور القضاء هو تطبيق القانون وليس تشريعه، والذي هو من عمل المشرع وليس القاضي، إلا أن ذلك لا ينفي امكانية استئناس القاضي بتلك الاجتهادات، لا سيما إذا كانت من قضاء أعلى.

وفي الجزائر، يعد نشر الاجتهادات القضائية، في المواد التجارية، من صميم المهام التي تضطلع بها المحكمة العليا وفقا لنص المادة 05 من القانون العضوي رقم 11- 12 المؤرخ في 26 جويلية 2011، الذي يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها، حيث تنص على أنه: "تعمل المحكمة العليا على نشر قراراتها وكذا التعليقات والأبحاث القانونية والقضائية".

وبتاريخ 23 جويلية 2012 صدر المرسوم التنفيذي رقم 12- 268، الذي يحدد شروط وكيفيات نشر القرارات والتعليقات والأبحاث القانونية والقضائية للمحكمة العليا، غير أنه نص في الفقرة الأولى من المادة 02 منه على أنه: "يكلف مجلس المجلة (مجلة المحكمة العليا) على الخصوص بما يأتي: - انتقاء القرارات للنشر". والحقيقة أن هذا النص يفسر شح الاجتهادات القضائية المنشورة في مجلة المحكمة العليا في الجزائر، الأمر الذي يعيق ترصد اجتهادات المحكمة، ويؤثر سلبا على اعتمادها كمصدر تفسيري للقانون بشكل عام والقانون التجاري بشكل خاص.

الفرع الثاني
الفقـــــــــه

لا شك أن اجتهادات الفقهاء تساهم في إثراء الفكر القانوني وتنمية قدرات القاضي والاستئناس بها في إيجاد الحلول العادلة للنزاعات التي تعرض عليه للبت فيها، على أن دور الفقه لا يقتصر على الاسترشاد به لدى القضاة فقط، بل كثيرا ما يكون الفقه هاديا إلى المشرع كذلك.

وتوجد تلك الاجتهادات والآراء الفقهية في المؤلفات والأبحاث القانونية أو التعليقات على النصوص والأحكام القضائية ذات الصلة بالقانون التجاري، ويتولى فقهاء القانون التجاري بيان القواعد التي يتضمنها القانون الوضعي ويحدد آثارها، ويبرز مزاياها وعيوبها لإفادة المهتمين بمجال هذا القانون، بما في ذلك القضاة.

الفصل الثاني

مظاهر استقلالية القانون التجاري عن القانون المدني

تختلف الحياة التجارية عن الحياة المدنية من حيث أن الأولى، على خلاف الثانية، تستهدف تحقيق الربح، فالمعاملات التجارية تحظى بقدر كبير من الثقة والائتمان والسرعة في إبرام العقود وتنفيذها، على خلاف المعاملات المدنية التي يقتضي إبرامها التريث والتحقق من كافة الشروط التي يقتضيها التعامل.

ومع أن جل التشريعات العالمية المقارنة أقرت بانفصال القانون التجاري عن القانون المدني، فإن الجدل بشأن هذه المسألة لم ينته، كما ظهر أن لهذا التمييز أهمية بالغة من الناحية العملية، الأمر الذي سنتناوله ضمن المبحثين التاليين:

المبحث الأول

القانون التجاري بين التبعية والاستقلال

لا خلاف لدى الفقه في أن القانون التجاري هو وليد القانون المدني، حيث أملته اعتبارات عملية خاصة تتعلق بطبيعة المعاملات التجارية التي تختلف عن طبيعة المعاملات المدنية، فهل تكفي هذه الخصوصية لاستقلال القانون التجاري عن القانون المدني، أم أنه من الأوفق توحيد القانون الخاص بإدماج القانون التجاري في القانون المدني؟

وللإجابة على هذا السؤال، فقد ثار الخلاف لدى الفقه التجاري بين مؤيد ومعارض لاستقلالية القانون التجاري عن القانون المدني، في حين أقر المشرع الجزائري بوجود قانون تجاري مستقل عن القانون المدني مع الحفاظ على بعض مظاهر الوحدة، وهو ما سنتطرق له من خلال المطلبين المواليين:

المطلب الأول

الجدل الفقهي بشأن تبعية أو استقلال القانون التجاري عن القانون المدني

اختلف الفقه التجاري بشأن تبعية أو استقلال القانون التجاري عن القانون المدني، حيث نادى فريق من الفقهاء بتوحيد القانونين المدني والتجاري، غير أن هذا الاتجاه كان محل اعتراض كبير لدى فريق آخر من الفقهاء، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

الرأي المنادي بتوحيد قواعد القانون التجاري مع القانون المدني

يرى هذا الفريق من الفقه بأن القانون التجاري ما هو إلا فرع من فروع القانون المدني أو هو استثناء منه، فالمعاملات على العموم، تجارية كانت أم مدنية، تخضع في الواقع لأحكام واحدة، سواء في القانون التجاري أو في القانون المدني، ولا يختلف حكم المسألة الواحدة في القانونين إلا في أحوال قليلة، ولا أدل على ذلك من أن القانون المدني كثيرا ما يضع القاعدة ثم ينبه إلى استثناء المسائل التجارية من حكمها، كما فعل في نص المادة 333 من القانون المدني الخاصة بإثبات الديون، إذ قرر أن حكمها لا ينطبق على إثبات الديون التجارية، والمادة 449 من القانون المدني التي نصت على أنه: "لا تطبق أحكام هذا الفصل على الشركات التجارية إلا فيما يخالف القوانين التجارية والعرف التجاري". ليس هذا فحسب، بل إن هناك من المعاملات المرتبطة بمعاملات تجارية، التي أخضعها القانون المدني لأحكامه وليس لأحكام القانون التجاري، كما فعل في نص المادة 651 من القانون المدني بقولها: "تعتبر كفالة الدين التجاري عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا".

ثم إن الوسائل التجارية في المعاملات لم تعد قاصرة على التجار، بل تجاوزتها إلى غيرهم، فالتعامل بالسفتجة، والأوراق المالية كشراء الأسهم، أصبح من حق الكافة، الأمر الذي أصبح معه التوحيد أقرب من الاستقلال.

أما اختلاف أحكام المعاملات المدنية والتجارية فيرجع إما إلى وجود نص أو عرف تجاري يخالف حكمه حكم القانون المدني في المسألة الواحدة، وإما إلى كون القانون المدني نفسه يستثني المسائل التجارية من حكم القاعدة التي يقررها أو يميزها بحكم خاص، ولو تمعنا في هذا الاختلاف لوجدنا أنه، في كثير من الأحيان، ليس إلا نتيجة تحوير طفيف يقصد به التسهيل والسرعة لا تغيير أساسي فيها.

كما أن كثيرا من أحكام المعاملات التجارية واردة في القانون المدني وحده لا في القانون التجاري، ومن ذلك أحكام البيع التجاري والقرض والفائدة والوديعة وغيرها، وهي تقضي على ناحية كبرى من نواحي اختلاف أحكام المعاملات التجارية والمدنية، وتجعل الاختلاف محصورا في مجال ضيق، وتقربهما من الوحدة التي يسيران إليها بخطى بطيئة ولكنها مسددة.

الفرع الثاني

الرأي المنادي باستقلالية القانون التجاري عن القانون المدني

على الرغم من وجاهة الحجج التي قال بها المؤيدون لفكرة التوحيد، إلا أنها لم تلق ترحيبا من الفقه المعارض، فتوحيد القانون التجاري والمدني، يبدو أمرا صعبا ليس بالسهل الهين، لما فيه من ذاتية مستقلة وخصائص مميزة، وليس من المفيد، بل من الضار، نقل أحكام القانون التجاري التي تهدف إلى السرعة ودعم الائتمان إلى القانون المدني أو العكس.

ففي الحياة المدنية لا يلتزم الشخص إلا برضائه المطلق دون ضغط أو إكراه، بينما في الحياة التجارية، يجد التاجر نفسه قد فرضت عليه التزامات إجبارية لم يكن طرفا فيها، كالشريك المتضامن الذي يقضي القانون بمسؤوليته من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة (المادة 551 من القانون التجاري). كما نجد بأن القانون المدني يهتم بالأموال العقارية، وبخاصة حق الملكية وتوابعه، ولم يهتم بالأموال المعنوية، كالقيم المنقولة (السندات والأسهم)، وبراءة الاختراع، والعلامة التجارية وغيرها التي اهتم بها القانون التجاري.

وإذا كان من المألوف اليوم ذيوع استخدام الوسائل التجارية بين غير التجار، وإذا كان القانون التجاري يتجه إلى غزو أكبر جانب من أوجه النشاط الاقتصادي، فإن هناك ميادين كثيرة لم ينفذ إليها القانون التجاري ولا زالت خاضعة لأحكام القانون المدني، كالزراعة والمهن الحرة والعمليات التي تتصل مباشرة باستهلاك الثروات. ومن الضروري الابقاء على قواعد القانون المدني بالنسبة إلى هذه الأوجه من النشاط الاقتصادي للاعتبارات التي تقدم ذكرها. على أن هذا لا يمنع أن باب القانون التجاري مفتوح لتطبيق أحكامه في مواجهة غير التجار الذين يرغبون في القيام بأعمال تجارية معينة، حتى وإن لم يمتهنونها.

والخلاصة أن خصوصية المعاملات التجارية عن المعاملات المدنية صارت تفرض نفسها بقوة، وبشكل يتنافى مع توحيد قواعد القانون التجاري مع القانون المدني في قانون خاص، بل إن هذه الوحدة، حتى وإن وجدت، فلن تكون سوى وحدة شكلية لا جوهرية، وسيكون من الضروري إفراد أبواب وفصول خاصة للقواعد والأنظمة التجارية، لتبقى في النهاية محتفظة باستقلالها الذاتي داخل التقنين العام الموحد.

ومهما كانت حجة الخلاف بين المدرستين، فإن كلا من القانونين يؤثر ويتأثر بالآخر، وهذا بالطبع راجع للعلاقة الوثيقة التي تربط بين القانون المدني والقانون التجاري في الاتجاهين.

المطلب الثاني

موقف المشرع الجزائري من تبعية أو استقلالية القانون التجاري عن القانون المدني

أخذ المشرع الجزائري بمبدأ استقلال القانون التجاري عن القانون المدني، غير أنه حافظ على بعض مظاهر الوحدة بين القانونين في عدة جوانب، وفيما يلي نتناول كلا المظهرين من خلال الفرعين المواليين:

الفرع الأول

مظاهر استقلال القانون التجاري عن القانون المدني في التشريع الجزائري

بعد أن استقلت الجزائر عن فرنسا في 05 جويلية 1962، واسترجعت سيادتها واستردت ثرواتها الوطنية، وجدت الجزائر نفسها مضطرة إلى تطبيق ما هو سائد في فرنسا من نظم وتشريعات، بما في ذلك القانون التجاري، وذلك بموجب القانون 62-

157، المؤرخ في 31 ديسمبر 1962، والمتضمن تجديد العمل بالنصوص القانونية الفرنسية التي كان معمولا بها حتى تاريخ 03 جويلية 1962 على التراب الجزائري، شريطة ألا تمس بالسيادة الوطنية.

وبتاريخ 29 سبتمبر 1975، صدر أول قانون تجاري جزائري بموجب الأمر رقم 75- 59، المعدل والمتمم، متبعا في ذلك المشرع الفرنسي الذي يعد نموذجا عن التشريعات المقارنة التي أقرت بوجود قانون تجاري متميز عن القانون المدني ومستقلا عنه.

وقد نظم المشرع الجزائري أحكاما خاصة بالحياة التجارية منفصلة ومتميزة عن الأحكام التي تنطبق في الحياة المدنية، كما هو الحال بالنسبة للأعمال التجارية، والأحكام التي تنطبق على التجار والمحلات التجارية، وكذا الافلاس والتسوية القضائية، فضلا عن الأحكام المتعلقة بالأوراق التجارية والشركات التجارية.

الفرع الثاني

مظاهر وحدة القانون التجاري مع القانون المدني في التشريع الجزائري

تعد بريطانيا وسويسرا وإيطاليا، نماذج عن الدول التي أخذت بفكرة توحيد القانونين التجاري والمدني ضمن قانون موحد تنطبق أحكامه على المعاملات المدنية والتجارية على حد سواء. وباستثناء إنجلترا التي يرجع فيها توحيد القانونين المدني والتجاري إلى ظروف خاصة، فقد تعرض التشريعان الايطالي والسويسري إلى النقد من طرف الفقه، معتبرين أن التوحيد بين القانونين لم يكن إلا صوريا لا جوهريا، بدليل أنهما أفردا أبواب وفصول خاصة بالأنظمة التجارية، وهو ما يعد تعارضا وخلطا في الوقت نفسه بين مسألة توحيد التقنينين التي دعى إليها أصحاب هذه النظرية، وبين مجرد توحيد نصوص القانون الخاص، وهو ما فعلته التشريعات المعنية.

وإذا نظرنا إلى مسلك المشرع الجزائري، فإنه لم يتبع هذه النماذج إلا بشكل جزئي، حيث أقر بوجود قانون تجاري متميز عن القانون المدني ومستقلا عنه، غير أنه حافظ على بعض مظاهر الوحدة في عدة جوانب.

وعلى خلاف المشرع الفرنسي الذي أنشأ قضاءً تجاريا مختصا بالبت في المسائل التجارية، ومستقلا عن القضاء المدني، فقد اكتفى المشرع الجزائري بنظام الأقسام التجارية (على مستوى المحاكم)، والغرف التجارية (على مستوى المجالس القضائية أو المحكمة العليا)، إلى جانب الأقسام والغرف المدنية، غير أن هذا التقسيم لا يعتبر من النظام العام، فقد أجاز المشرع الجزائري للقاضي المدني النظر في المسائل التجارية إذا اقتضى الأمر ذلك، حيث تنص المادة 32 من قانون الاجراءات المدنية والادارية على أنه: "غير أنه في المحاكم التي لم تنشأ فيها الأقسام، يبقى القسم المدني هو الذي ينظر في جميع النزاعات باستثناء القضايا الاجتماعية".

ليس هذا فحسب، بل إن الاختصاص الاقليمي لا يعد بدوره من النظام العام إذا تم بين التجار، وهو ما نصت عليه المادة 45 من قانون الاجراءات المدنية والادارية بقولها: "يعتبر لاغيا وعديم الأثر كل شرط يمنح الاختصاص الاقليمي لجهة قضائية غير مختصة، إلا إذا تم بين التجار".

ومن بين مظاهر الوحدة بين القانونين أيضا هو أن التشريع كمصدر للقانون التجاري لا يقتصر على النصوص التجارية، بل يشترك معها القانون المدني باعتباره الشريعة العامة للقانون الخاص، وهو ما أكدت عليه المادة 01 مكرر من القانون التجاري بقولها: "وفي حالة عدم وجود نص فيه يطبق القانون المدني ...".

وبذلك يتبين بأن القانون التجاري الجزائري لم يستقل بشكل تام عن القانون المدني، بل إنه حافظ على بعض مظاهر الوحدة مع غلبة واضحة لمظاهر الاستقلال بين القانونين.

المبحث الثاني

أهمية التمييز بين العمل التجاري والعمل المدني

تظهر أهمية التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني في جوانب قانونية متعددة، ذلك أن المشرع الجزائري، رغم أنه اعترف بوجود أحكام خاصة بالحياة التجارية منفصلة ومتميزة عن الأحكام التي تنطبق في الحياة المدنية، إلا أنه لم يضع ضوابط أو معايير محددة للتمييز بين العمل التجاري والعمل المدني، حتى تنطبق على الأولى قواعد القانون التجاري والثانية قواعد القانون المدني، وهذا ما دفع

بالفقه إلى البحث عن معيار صالح لجميع أنواع الأعمال التي تعد تجارية، على أن لهذا التمييز مجموعة من النتائج المترتبة عنه، وهو ما سنوضحه فيما يلي:

المطلب الأول

معايير التمييز بين العمل التجاري والعمل المدني

جرى الفقه محاولاته في البحث عن معيار يحدد من خلاله جوهر العمل التجاري ويميزه عن العمل المدني، ووضع نظريات عديدة في هذا الشأن، فيما يلي أهمها:

الفرع الأول

نظرية المضاربة

يرى أصحاب هذه النظرية أن المحدد الجوهري للتمييز بين العمل التجاري والعمل المدني هو المضاربة، أي قصد تحقيق الربح، فالتجارة لا مجال فيها للتبرع أو مجانية العمل.

والحقيقة أن هذه النظرية على جانب كبير من الصواب، إلا أنها ليست صحيحة على إطلاقها، فهناك من الأعمال المدنية ما يستهدف أصحابها تحقيق الربح ومع ذلك تبقى أعمالهم مدنية، كما هو الحال بالنسبة للأطباء والمحامين والمهندسين، كما أن هناك من الأعمال التجارية التي لا يستهدف أصحابها بالضرورة تحقيق الربح إلا أن أعمالهم تظل تجارية، كرهن المحل التجاري والتعامل بالسفتجة (المادة 03 من القانون التجاري).

الأمر الذي يجعل من إعمال هذه النظرية لوحدها، معيار غير كاف لتمييز العمل التجاري عن العمل المدني، وإن كانت تشكل عنصرا جوهريا في هذا العمل.

الفرع الثاني

نظرية التداول

يرى أصحاب هذه النظرية أن المميز الجوهري بين العمل التجاري والعمل المدني هو تداول السلع من وقت خروجها من المنتج وحتى وصولها إلى المستهلك، فكل عمل يرمي لتحريك الثروة ويساعد على تنشيط حركتها يعد من طبيعة تجارية، أما الأعمال التي ترد على الثروات قبل تداولها أو بعد وصولها إلى المستهلك، أي التي تتناولها في حالة ركود واستقرار فتعد من طبيعة مدنية.

غير أ، هذه النظرية، ليست صحيحة على إطلاقها، فحتى وإن فسرت الصفة التجارية لبعض الأعمال، إلا أنها لا تصدق بالنسبة للبعض الآخر، فهناك من الأعمال ما يدخل في حركة التداول، غير أنه من المسلم به أنها لا تعتبر أعمالا تجارية، كتداول بعض السلع عن طريق الجمعيات الخيرية التي لا تستهدف تحقيق الربح.

الفرع الثالث

نظرية المشروع أو المقاولة

يذهب أصحاب هذه النظرية إلى أن ضابط التفرقة بين العمل التجاري والمدني لا يستمد من طبيعة العمل وموضوعه، بل من ممارسته بشكل خاص أي من امتهانه، فالعمل يعتبر مدنيا أو تجاريا لا لذاته، ولكنه يعتبر تجاريا إذا تم ممارسته على سبيل المشروع، أي على سبيل الانتظام والتكرار، ولا تهم بعد ذلك طبيعة العمل أو الغرض منه، حقق ربحا أم لم يحقق.

غير أن هذه النظرية، وإن كان لها سند جزئي في بعض النصوص التشريعية المقارنة، إلا أنها غير قادرة على التمييز بين العمل التجاري والعمل المدني في جميع الأحوال، فهناك الكثير من المهن المدنية التي تدار بأساليب المشروعات، إلا أنها لا تعتبر تجارية، كمكاتب الأطباء والمحامين والمهندسين وغيرها. كما يؤخذ على هذه النظرية نكرانها لما يسمى العمل المنفرد ولو كان يقصد منه المضاربة وتحقيق الربح، كعمليات الشراء من أجل إعادة البيع وتحقيق الربح.

يتضح من جميع هذه النظريات أنه من الصعب وضع معيار جامع مانع للعمل التجاري، غير أنه لا يجوز الاعتقاد بأن النظريات المتقدمة عديمة الأثر، إذ أن التشريعات التجارية المقارنة استعانت بها جميعا، ومن بينها المشرع الجزائري الذي أخذ بمحاسن

كل نظرية، حتى يستطيع أن يخضع أكبر قدر من الأعمال التي تتصل من قريب أو من بعيد بإحدى النظريات المتقدمة، إلى أحكام القانون التجاري.

المطلب الثاني

الآثار المترتبة عن التمييز بين العمل التجاري والعمل المدني

إن التمييز بين العمل التجاري والعمل المدني يستلزم اختلافا بينهما في التنظيم القانوني، فالأعمال التجارية هي وحدها التي يحكمها القانون التجاري، في حين تظل الأعمال المدنية خاضعة بحكم الأصل لأحكام القانون المدني، على أن لهذا التمييز مجموعة من النتائج المترتبة عنه، ونشير إلى أهم هذه النتائج فيما يلي:

الفرع الأول

من حيث الاختصاص القضائي

تميل الكثير من التشريعات المقارنة، على غرار المشرع الفرنسي، إلى تخصيص قضاء تجاري مختص بالبت في المسائل التجارية، ومستقلا عن القضاء المدني، ومرجع ذلك أن هذه المنازعات تتسم بطابع خاص يميزها عن الدعاوى المدنية، كما أنها تستلزم البت فيها على وجه السرعة، وطبقا لإجراءات خاصة. ويترتب على ذلك جواز الدفع بعدم الاختصاص أمام المحكمة المدنية بنظر المنازعات التجارية أو العكس.

أما المشرع الجزائري فلم يأخذ بنظام القضاء التجاري المتخصص، واكتفى بنظام الأقسام التجارية (على مستوى المحاكم وفقا لنص المادة 531 من قانون الاجراءات المدنية والادارية)، والغرف التجارية (على مستوى المجالس القضائية أو المحكمة العليا)، إلى جانب الأقسام والغرف المدنية، غير أن هذا التقسيم ما هو إلا تقسيم إداري بحت لا يسمح بالدفع بعدم الاختصاص بمعناه الصحيح، ذلك أنه لا يعتبر من النظام العام، فقد أجاز المشرع الجزائري للقاضي المدني النظر في المسائل التجارية إذا اقتضى الأمر ذلك، حيث تنص المادة 32 من قانون الاجراءات المدنية والادارية على أنه: "غير أنه في المحاكم التي لم تنشأ فيها الأقسام، يبقى القسم المدني هو الذي ينظر في جميع النزاعات باستثناء القضايا الاجتماعية".

ومع ذلك، فإن هناك فرقا في تحديد الاختصاص الاقليمي في حال ما إذا كانت الدعوى المراد رفعها بين التجار، وهو ما نصت عليه المادة 45 من قانون الاجراءات المدنية والادارية بقولها: "يعتبر لاغيا وعديم الأثر كل شرط يمنح الاختصاص الاقليمي لجهة قضائية غير مختصة، إلا إذا تم بين التجار".

كما أن هناك اختلافا آخر في تحديد الاختصاص الاقليمي أيضا في حال ما إذا كانت الدعوى المراد رفعها تتعلق بمعاملة تجارية، وهو ما نصت عليه الفقرة 04 من المادة 39 من قانون الاجراءات المدنية والادارية بقولها: "في المواد التجارية، غير الافلاس والتسوية القضائية، أمام الجهة القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الوعد، أو تسليم البضاعة، أو أمام الجهة القضائية التي يجب أن يتم الوفاء في دائرة اختصاصها، وفي الدعاوى المرفوعة ضد شركة، أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها أحد فروعها"، في حين يؤول الاختصاص الاقليمي في المنازعات المدنية، إلى الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه ما لم يكن له موطن مختار أو لم يكن له موطن معروف، فيعود للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له (المادة 37 من نفس القانون).

ونشير إلى أن هذه الأحكام لا تسري على بعض المسائل التجارية كالإفلاس والتسوية القضائية وكذا الدعاوى المتعلقة بمنازعات الشركاء، حيث أخضعتها الفقرة 04 من المادة 40 من نفس القانون إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان افتتاح الافلاس أو التسوية القضائية أو مكان المقر الاجتماعي للشركة. كما لا تسري ذات الأحكام على دعاوى الايجارات المتعلقة بالعقارات إذا ما كانت تجارية، فهي تخضع، وفقا لنص الفقرة 01 من المادة 40 من نفس القانون، إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار.

الفرع الثاني
من حيث الاثبات

خصص المشرع الجزائري المواد من 333 من القانون المدني وما بعدها لتنظيم قواعد الاثبات في المسائل المدنية، كعدم جواز الاثبات بالشهود في التصرفات التي تزيد قيمتها على 100.000 دينار جزائري، وعدم جواز الاثبات بالشهود، ولو لم تزد قيمة التصرف عن القيمة المذكورة فيما يخالف ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمي (المادة 334).

إلا أن الاثبات في المسائل التجارية لا يعرف هذه القيود، فهو "حر طليق" من كل قيد، بحيث يجوز الاثبات بكل الوسائل، بما فيها القرائن والبينة، وفقا لنص المادة 30 من القانون التجاري، كل ذلك، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك، كما هو الحال في عقود تأسيس الشركات التي أوجب القانون كتابتها، وكذا التصرفات الواردة على المحل التجاري أيضا.

ليس هذا فحسب، بل إن نظام الاثبات في المواد التجارية أجاز، خروجا على الأصل العام في الاثبات المدني، للتاجر أن يصطنع دليلا لنفسه باستخدام دفاتره التجارية في الاثبات، كما أجاز لخصم التاجر أيضا، تجزئة الدليل، فيستخلص منه ما هو في مصلحة دعواه ويستبعد منه ما هو في غير مصلحة دعواه إذا كانت دفاتره غير منتظمة. وجميعها اعتبارات أملتها الثقة والائتمان والسرعة والمرونة التي تقتضيها المعاملات التجارية.

الفرع الثالث
من حيث الافلاس

من بين أهم النتائج المترتبة عن التمييز بين العمل المدني والتجاري هو خضوع التاجر الذي يتوقف عن دفع دينه التجاري في موعد استحقاقه لنظام الافلاس وفقا لنص المادة 215 من القانون التجاري وما بعدها، وهو نظام قاسٍ يؤدي في النهاية إلى غل يد التاجر عن أمواله وتصفيتها عن طريق وكيل التفليسة الذي يقوم ببيعها وتوزيع الناتج منها على مجموع الدائنين كل بحسب قيمة دينه، وبذلك تتحقق المساواة بينهم.

في حين يخضع المدين بدين مدني عند عجزه عن سداد ديونه بحلول أجل استحقاقها، إلى نظام آخر يسمى "نظام الاعسار"، المنصوص عليه في المواد من 188 إلى 202 من القانون المدني، وهو نظام أقل قسوة وأخف وطأة من نظام الافلاس، فلا يوجد في المسائل المدنية غل ليد المدين عن التصرف في أمواله وتصفيتها تصفية جماعية وتوزيع ثمنها على الدائنين، بل أكثر من ذلك يجوز للقاضي أن ينظره إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه إذا استدعت حالته ذلك، ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم (**مهلة الوفاء أو نظرة الميسرة**)، وهو ما نصت عليه المادة 210 من القانون المدني بقولها: "إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضي ميعادا مناسبا لحلول الأجل، مراعيا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية مع اشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه".

أما القانون التجاري فلا يعطي مثل هذه السلطة للقاضي نظرا للضرر الجسيم الذي قد يلحق الدائن في الغالب، ذلك أن طبيعة المعاملات التجارية وما تقوم عليه من سرعة وائتمان تتنافى مع منح هذه المهلة القضائية، وتقتضي الوفاء بالدين في ميعاده المحدد وإلا كان ذلك سببا في شهر إفلاسه.

ولا يشترط أن يتم **إعذار المدين** بالتزام تجاري بخطاب رسمي، بل إنه يتحقق بمجرد خطاب عادي نظرا لما تتطلبه التجارة من سرعة ومرونة في الاجراء، ويعتبر كافيا لشهر إفلاس من له صفة التاجر، وذلك على خلاف الاعذار في القانون المدني الذي يجب أن يتم بورقة رسمية تعلن بواسطة أعوان القضاء ينبه بموجبها المدين، بعد حلول أجل الاستحقاق، بوجوب المبادرة إلى الوفاء بدينه.

الفرع الرابع
التضامن بين المدينين في حال تعددهم

بخلاف قواعد التضامن في المسائل المدنية التي لا يمكن إقرارها إلا بنص أو اتفاق، فإن التضامن مفترض بين المدينين في حال تعددهم في المسائل التجارية، وهي من القواعد التي استقرت في المسائل التجارية واحترمها القضاء وطبقها لانسجامها مع متطلبات

التجارة في دعم الثقة والائتمان في المعاملات التجارية، غير أنه يجوز نفي التضامن في المسائل التجارية بنص في العقد، ما لم يقض القانون بفرض التضامن بنص آمر، كما هو الحال في نص المادة 551 من القانون التجاري عندما نصت على أنه: "للشركاء بالتضامن صفة التاجر وهم مسؤولون من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة"، كما نصت المادة 432 من نفس القانون على أنه: "إن صاحب السفتجة وقابلها ومظهرها وضامنها الاحتياطي ملزمون جميعا لحاملها على وجه التضامن".

الفرع الخامس
النفاذ المعجل

تقضي القواعد العامة بأن الأحكام لا تقبل التنفيذ إلا إذا أصبحت نهائية، أي حائزة لقوة الشيء المقضي فيه، ولا يجوز النفاذ المعجل فيها إلا في حالات استثنائية، بينما في المسائل التجارية تكون الأحكام دائما مشمولة بالنفاذ المعجل حتى لو كانت قابلة للاستئناف أو المعارضة، أي يجوز تنفيذها قبل أن تصبح أحكامها نهائية.

الفرع السادس
صفـــــة التاجـــــر

يترتب على التمييز بين العمل المدني والتجاري، أن من يمتهن هذا الأخير يكتسب صفة التاجر، وهو ما نصت عليه المادة 01 من القانون التجاري بقولها: "يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك"، ومن يكتسب هذه الصفة يخضع لالتزامات معينة أهمها القيد في السجل التجاري ومسك الدفاتر المحاسبية للتاجر، في حين أن من يمتهن عملا مدنيا لا يكتسب هذه الصفة ولا يخضع لتلك الالتزامات كما سنرى لاحقا.

الفصل الثالث
الأعمال التجارية في القانون التجاري الجزائري

إن المتمعن في مسلك المشرع الجزائري، فيما يتعلق بتعداده للأعمال التجارية، يجد بأنه حاول أن يُخضع أكبر عدد ممكن من الأعمال إلى القانون التجاري، جامعا إياها في المواد من 02 إلى 04، فبدأ المشرع الجزائري في المادة الثانية بالأعمال التجارية بحسب الموضوع، ثم تناول في المادة الثالثة الأعمال التجارية بحسب الشكل، وأخيرا قنن الأعمال التجارية بالتبعية في المادة الرابعة. ومعنى ذلك أن هذه الأعمال هي التي حسم المشرع الجزائري تحديد طبيعتها، ولم يعد ثمة شك في صفتها التجارية، حيث أصبغ عليها المشرع هذه الصفة بصريح العبارة، وبالتالي أخضعها لنظام قانوني معين هو القانون التجاري.

لكن، قبل الخوض في موضوع "الأعمال التجارية"، وجب التنويه إلى أنها تختلف عن "الممارسات التجارية"، المنصوص عليها في القانون 04-02 الصادر في 23 جوان 2004، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم، ذلك أن "الممارسات التجارية" أشمل وأوسع من "الأعمال التجارية"، فهي تشمل جميع الأنشطة الاقتصادية بما في ذلك الأعمال التجارية والأنشطة الحرفية وكل عمليات الانتاج والتوزيع والخدمات، وبالتالي فإن كل "عمل تجاري" يعد "ممارسة تجارية" والعكس غير صحيح، كما سنأتي عليه لاحقا.

وعلى هذا الأساس نقسم دراستنا للأعمال التجارية وفقا لأحكام القانون التجاري الجزائري إلى ثلاث أقسام طبقا لذات الترتيب الوارد في المواد 02، 03 و04، وهي على النحو التالي:

أولا: الأعمال التجارية بحسب الموضوع.

ثانيا: الأعمال التجارية بحسب الشكل.

ثالثا: الأعمال التجارية بالتبعية.

فيما سيتم التطرق، في قسم رابع، للأعمال المختلطة، التي لا تعد طائفة رابعة من الأعمال التجارية، غير أنها تعد تجارية في مواجهة أحد أطرافها ومدنية في مواجهة الطرف الآخر.

المبحث الأول

الأعمال التجارية بحسب موضوعها (بطبيعتها)

الأعمال التجارية بحسب موضوعها، وتسمى الأعمال التجارية الأصلية أو المطلقة، وهي تلك الأعمال التي تعد تجارية بطبيعتها بصرف النظر عن شخص القائم بها، سواء كان تاجرا أو غير تاجر، وسواء كان القائم بها شخصا طبيعيا أو معنويا. ومعظم هذه الأعمال ترتبط بالأنشطة الاقتصادية التي تتعلق بتداول الثروات عبر جميع مراحلها بداية من مرحلة الانتاج ثم التوزيع إلى غاية وصولها إلى المستهلك، كما تستند هذه الأعمال في تصنيفها على المعيار الكلاسيكي للأعمال التجارية المتمثل في "استهداف تحقيق الربح والمضاربة".

وقد نص المشرع الجزائري على هذا النوع من الأعمال في نص المادة 02 من القانون التجاري، حيث جاء في مستهلها ما نصه: " يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه...". ولم يعتمد المشرع الجزائري في تعداده لتلك الأعمال على معيار موحد، فأحيانا يعتبر العمل تجاريا ولو وقع مرة واحدة، وتارة أخرى يستوجب أن يتم ممارسة العمل على وجه المقاولة.

وقبل الخوض في تلك الأعمال وجب التنبيه إلى أن هذا التعداد الوارد في نص المادة 02 سابقة الذكر، إنما ورد على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر وفقا للممارسة والفقه الغالبين. ولعل ما يؤكد صحة هذا التفسير هو عمومية نص المادة بشكل يسمح بالقياس عليها فضلا عن تكرار بعض الأعمال في مطات مختلفة من نص تلك المادة، فلو أمعنا النظر في متون بعض المطات لظهر لنا جليا أن بعض المصطلحات، على غرار "منتوجات الأرض الأخرى" و"الاتفاقيات الأخرى"، تعني أنه من المستطاع إضافة أعمال تجارية أخرى مشابهة بالغاية والهدف، كما أن هذا التفسير يتماشى مع التطور الاقتصادي والتجاري الناجم عن التطور التكنولوجي الذي أدى إلى ظهور أعمال تجارية جديدة لم تكن معروفة من قبل على غرار العقود التجارية الالكترونية ونظام الدفع الالكتروني وغيرها، وبذلك يجوز الاجتهاد في القياس على هذه الأعمال وإضافة أعمال تجارية أخرى لم يحددها المشرع بالذات.

ولعل ما يؤكد صحة هذا التفسير هو خروج المشرع الجزائري نفسه عن نص المادة 02 من القانون التجاري عندما نص في المادة 04 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993، والمتعلق بالنشاط العقاري، على أنه "فضلا عن الأحكام التي نصت عليها في هذا المجال المادة 02 من الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري، تعد أعمالا تجارية بحكم غرضها الأعمال الآتية...". فلو أن ما ورد في نص المادة 02 جاء على سبيل الحصر لا المثال، لما قام المشرع بإضافة أعمال أخرى، بموجب قوانين أخرى خاصة، وبالتالي، فإن ما ورد بنص تلك المادة، إنما جاء على سبيل المثال لا الحصر، ولا ينبغي له إلا أن يكون كذلك، لأن القانون التجاري هو قانون متطور ومتجدد، والاعتراف له بتلك الميزة سيمكنه من مواكبة ومجاراة التطور التكنولوجي الحديث، بما له من أثر على تطور "الأعمال التجارية"، التي ستصنف على أنها كذلك بالقياس على ما ورد بنص المادة 02 سابقة الذكر، دون حاجة لتعديل هذه الأخيرة.

وفيما يلي سنتناول الأعمال التجارية حسب موضوعها سواء تلك التي تقع على وجه الانفراد أو على وجه المقاولة (المشروع):

المطلب الأول

الأعمال التجارية المنفردة بطبيعتها

يقصد بالأعمال التجارية المنفردة بطبيعتها، في مفهوم نص المادة 02 من القانون التجاري الجزائري، تلك الأعمال التي تكتسب الصفة التجارية ولو قام بها الشخص مرة واحدة، وبغض النظر عن صفة القائم بها أكان تاجرا أم غير تاجر. وهنا وجب التنبيه إلى أن استخدام مصطلح "منفردة"، إنما هو توظيف فقهي بحت، لم يرد له أي أثر ضمن أحكام المادة 02 سابقة الذكر، ولا نرى مانعا من استعارة نفس المصطلح في تقسيم الأعمال التجارية بحسب الشكل كما سنرى لاحقا.

ووفقا لهذا المفهوم يمكن تقسيم هذه الأعمال بالاعتماد على المعيار الموضوعي لها، إلى ثلاث أصناف مختلفة، هي: عمليات الشراء من أجل إعادة البيع وتحقيق الربح، والعمليات ذات الطابع المالي والتوسطي، وأخيرا العمليات المتعلقة بالملاحة التجارية والصيد التجاري البحري. وهو ما سنفصله ضمن الفروع الثلاث الموالية:

الفرع الأول
عمليات الشراء من أجل إعادة البيع وتحقيق الربح

تقضي أحكام المطة 01 من المادة 02 من القانون التجاري الجزائري بأنه يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه "كل شراء للمنقولات لإعادة بيعها بعينها أو بعد تحويلها وشغلها". وتنص المطة الثانية من ذات المادة على أنه يعد تجاريا بطبيعته "كل شراء للعقارات لإعادة بيعها".

يتضح من خلال النصوص السابقة أن المشرع الجزائري يشترط توافر ثلاث شروط أساسية حتى يتم تصنيف العمل على أنه تجاري بطبيعته، وهي كما يلي:

أولا: حصول عملية الشراء.

يقصد بعملية الشراء في معناها الواسع الحصول على الشيء أو تملكه بمقابل، أو بعبارة أخرى، هو تنازل الشخص عن شيء من المال مقابل الحصول على شيء معين. ويستوي لتوافر هذا الشرط أن يكون المقابل نقديا أو عن طريق الدفع الالكتروني أو باستخدام الشيك أو الاقتطاع من الحساب أو المقاصة أو حتى المقابل العيني كما لو كان في شكل مقايضة، أما إذا انتفى المقابل، فلا يكون عنصر الشراء متحققا، كأن يكتسب شخص أموالا عن طريق الهبة أو الوصية أو الميراث.

كما لم يشترط المشرع الجزائري أن يكون محل الشراء من الأشياء الجديدة، بل يجوز أن يكون من الأشياء المستعملة، كما لو احترف شخص شراء السيارات المستعملة بقصد إعادة بيعها وتحقيق الربح. ولقد جرت العادة على أن يسبق الشراء عملية البيع، ولكن قد يحدث العكس أحيانا، كأن يستغل المضارب الفرصة لبيع سلعة معينة عند ارتفاع ثمنها، ثم ينتظر حتى ينخفض سعرها ليقوم بشرائها لاحقا. ويترتب على اعتبار عنصر الشراء شرطا لازما لتصنيف العمل على أنه تجاري وليس مدني، أنّ بيع المنتجات التي لم يسبقها شراء، لا تعد عمليات تجارية، كما في حالة استغلال المنتوج الذهني والبدني.

ويرى الأستاذان الفرنسيان "Serandour Isabelle" و"Andreu Lionel"، أن صياغة نص المادة (بالقياس على النص الفرنسي) مضلل ويثير الكثير من التأويلات، والحالة هذه، فقد أكدت السوابق القضائية أن عمل المزارع الذي يقوم ببيع محاصيله الزراعية، لا يعد تجاريا لانتفاء عنصر الشراء، ولا يعتبر هذا الشرط متحققا في حال شراء المزارع للبذور، لأن هذه العمليات تعد ثانوية مقارنة بحجم وطبيعة أعمالهم، كما لا يعد عمل المؤلفين والرسامين والفنانين عملا تجاريا للعلة ذاتها، وبالتالي ينتفي هذا الشرط في حال شراء الأوراق للمؤلفين والرسامين أو آلات العزف للفنانين، كما لا يعد عمل بعض الحرفيين تجاريا كما هو الحال بالنسبة للسباك رغم أنه يشتري السلع لإعادة تركيبها لمصلحة عملائه، وبالتالي فإن عملهم يعد مدنيا وليس تجاريا.

غير أنه إذا تلقى تاجر ما سلع أو بضائع معينة تدخل ضمن موضوع تجارته، عن طريق الهبة أو الوصية أو الميراث، ثم قام بإعادة بيعها، فإن عمله يعد تجاريا وليس مدنيا، ويعتبر عنصر الشراء متحققا، لأن نشاطه الرئيسي سبقته عملية شراء، أما الأموال التي آلت إليه فتعد ثانوية بالنسبة لنشاطه الرئيسي.

ويستوي أن يكون موضوع الشراء منقولا عينيا كالسلع والبضائع، أو معنويا كالأسهم والديون والسندات، كما يمكن أن يكون موضوع الشراء عقارا، حيث نص المشرع الجزائري صراحة على اعتباره عملا تجاريا كل شراء للمنقولات أو العقارات لإعادة بيعها بعينها أو بعد تحويلها وشغلها، كمن يشتري القمح ليطحنه ويبيعه دقيقا أو يصنعه خبزا لإعادة بيعه، أو كمن يشتري حصص عقارية لإعادة بنائها ثم بيعها.

وحسنا فعل المشرع الجزائري عندما خالف المشرع الفرنسي وبعض التشريعات العربية الأخرى، التي تشترط أن ترد عملية الشراء على المنقول دون العقار حتى يصنف العمل على أنه تجاري بطبيعته، حيث تبرر هذه التشريعات الاستثناء الوارد على العقار من طائفة الأعمال التجارية المنفردة بطبيعتها، كون عملية شراء العقار أو بيعه تتطلب إجراءات رسمية بطيئة تتنافى مع أهم ميزة للقانون التجاري وهي السرعة والتبسيط. ومع أن هذا المبرر يبدو وجيها من تلك الزاوية، غير أنه من الممكن تجاوزه إذا ما نظرنا إليه من زاوية هامش الربح المحقق وحجم الأموال والمضاربات التي تتم في حالة شراء العقار، مقارنة بهامش الربح المحقق عندما يكون

موضوع الشراء منقولا، فضلا عن عدد المستثمرين الذين صارت تستقطبهم تجارة العقار. وحسب رأينا، فإن المبرر الثاني الذي اعتمده المشرع الجزائري، يبدو الأقرب إلى الصواب، لأنه يقوم على إعمال أهم معيار في تصنيف الأعمال التجارية بحسب موضوعها وهو "قصد تحقيق الربح والمضاربة".

ثانيا: قصد إعادة البيع.

البيع هو العملية المقابلة للشراء من حيث المفهوم، فهو يعني التنازل عن شيء معين مقابل الحصول على المال. ولا يعد شراء المنقول أو العقار عملا تجاريا ما لم يقترن بقصد إعادة بيعه، حيث يكتسب العمل الصفة التجارية في مرحلة الشراء كما يكتسبها في مرحلة البيع على حد سواء، فإذا صدقت الصفة التجارية على عملية الشراء، وهي الوسيلة، فمن المنطقي أن تنسحب الصفة نفسها على عملية البيع باعتبارها هي النتيجة. وعنصر القصد هنا عنصر جوهري، فهو الذي يميز البيع التجاري عن المدني، وحتى يكون عنصر قصد البيع متوفرا ينبغي أن يكون القصد وقت الشراء وليس وقت البيع، ولا يكفي لذلك أن يتم البيع بعد الشراء إذا لم يثبت القصد، فإذا تم الشراء بقصد الاستهلاك أو الاستعمال الشخصي ثم ارتأى صاحبه بيعه فيكون العمل مدنيا لانتفاء قصد البيع عند حصوله. وبالعكس من ذلك، إذا اشترى شخص شيئا ما لأجل بيعه ثم احتفظ به أو هلك الشيء بعد شرائه، فتكون للشراء الصفة التجارية طالما توفر قصد البيع عند إبرامه. ولذلك لا تتوقف تجارية العمل على وقوع البيع فعلا وإنما تتوقف على القصد النفسي المصاحب لزمن الشراء.

وإثبات قصد البيع وقت الشراء مسألة موضوع تستقل في تقديرها محكمة الموضوع، ويرى الأستاذ الفرنسي " Stéphane Piedelièvre"، أن هذه المسألة لا تثير صعوبة كبيرة عندما يكون الشخص تاجرا، ويذهب إلى أنه حتى في الحالات التي لا يلتزم فيها هذا التاجر بقيد نفسه في السجل التجاري، فإن هناك معيارا موضوعيا مهما يمكن من خلاله استخلاص صفة التجارية بالنسبة له، ألا وهو معيار "الشهرة التجارية"، الذي يمكن استنتاجه من علاقة هذا التاجر مع زبائنه. أما في الحالات الأخرى فيمكن استنتاج هذا القصد من الظروف التي لازمت عملية الشراء، مثل كمية البضاعة المشتراة ونوعها، فإذا اشترى شخص كمية من البضاعة تفوق كثيرا حدود حاجته للاستهلاك الشخصي، فقد يشكل هذا قرينة على وجود قصد البيع عند الشراء، كما أن عدد وتواتر العمليات التي يقوم بها الشخص يمكن أن تجعل من الممكن إثبات هذه النية لإعادة البيع حتى يمكن استنتاج أفعاله التجارية منه. ويتعين اثبات هذا القصد على من يدعي الصفة التجارية لعملية الشراء أو البيع، ويجوز له الاثبات بجميع الطرق بما في ذلك القرائن والشهادة.

ثالثا: قصد تحقيق الربح.

لا يكفي توافر الشرطان المتقدمان فقط حتى يكتسب العمل الصفة التجارية، بل ينبغي أن يقترنا بتوافر عنصر جوهري آخر، وهو قصد تحقيق الربح والمضاربة وقت الشراء. ولم يتضمن نص المادة 02 من القانون التجاري نصا مباشرا على هذا الشرط، فهو أمر لا لزوم للنص عليه، ذلك أن الدافع للقيام بالمعاملات التجارية هو تحقيق الربح، فجميع المعاملات التجارية مهما تنوعت إنما يستهدف القائم بها تحقيق الربح، ومتى توافرت نية المضاربة كان العمل تجاريا ولو لم يحصل البيع لسبب ما، ولو حصل البيع بخسارة، كما لو كانت البضاعة معرضة للتلف فاضطر لبيعها بأقل من سعر تكلفتها، أو انخفض سعرها بسبب تحول ذوق المستهلك عنها.

كما يستوي أن تكون نية المضاربة مباشرة أو غير مباشرة، كأن يشتري التاجر سلعة ثم يطرحها للبيع بأقل من سعر تكلفتها من أجل الشهرة والدعاية واجتذاب العملاء. والحالة هذه، فإن من يقوم "ببيع سلعة بأقل من سعر تكلفتها بغرض الاضرار بمنافسيه"، يعد عمله تجاريا، لأنه سيعود في وقت لاحق ليرفع السعر مجددا بعد انسحاب جميع منافسيه من السوق لتجنب الخسارة، فيكون بذلك في وضع احتكاري يسمح له باستدراك خسائره وتحقيق أرباح أكبر. ومع أن هذه الممارسات تعد شكلا من أشكال الممارسات المقيدة للمنافسة، إلا أن ذلك لا يعفي صاحبه من اعتبار عمله تجاريا حماية لمنافسيه والمتعاملين معه.

فيما يعد عمل الجمعيات التعاونية والنقابات والمدارس الخاصة، عملا مدنيا وليس تجاريا لانتفاء قصد الربح، في الحالات التي يقومون فيها بشراء البضائع والمأكولات وبيعها على أعضاء تلك النقابات أو العمال أو التلاميذ بسعر الشراء، حتى تكون في متناولهم.

وهنا ينبغي التنبيه إلى أن نية تحقيق الربح يجب أن تكون هدفا أصليا في حد ذاتها وليست جزءا من هدف آخر أشمل، كأن يقوم تاجر معين بحبس محله التجاري في شكل وقف يخصص ريعه لمصلحة مسجد أو أي وجه من وجوه البر والخير، ففي هذه الحالة يعد العمل مدنيا وليس تجاريا لأن نية تحقيق الربح ليست هدفا في حد ذاتها بقدر ما هي جزء من غاية أخرى أسمى وأشمل من العمل التجاري في حد ذاته.

وخلاصة القول، أن العبرة في الحكم على وصف العمل، هي بوقت وقوعه، فمتى توافرت نية المضاربة وقت الشراء كان العمل تجاريا والعكس صحيح. ولأن نص المادة 02 ورد على سبيل المثال وليس الحصر، فإنه يمكن قياس أعمال أخرى على عملية الشراء من أجل إعادة البيع وتحقيق الربح والمضاربة، كأن يقوم شخص باستئجار مظلات على شاطئ البحر من أجل إعادة تأجيرها وتحقيق الربح. ومن وجهة نظرنا، فإنه يعد تجاريا بطبيعته أيضا، حتى ولو قام بشراء تلك المظلات من أجل إعادة تأجيرها وتحقيق الربح، أو من يشتري صالة للحفلات من أجل تأجيرها وتحقيق الربح، ولا أدل على هذا التفسير من بعض التشريعات المقارنة العربية التي نصت على تجارية تلك الأعمال بشكل مباشر، على غرار المشرع المصري، حيث جاء في المادة 04 من قانون التجارة المصري على أنه "يعد عملا تجاريا شراء المنقولات أيا كان نوعها بقصد بيعها أو تأجيرها". ومن غير المعقول تصنيف هذه الأعمال ضمن طائفة الأعمال المدنية لمجرد أن المشرع الجزائري اشترط أن يتلو عملية الشراء عملية بيع، ولو أن المشرع ذكر هذه الأعمال على سبيل الحصر لصحت تلك النتيجة، لذلك يكفي القياس على تلك العملية مع توافر العنصر الجوهري لقصد المضاربة وتحقيق الربح، حتى يتم تصنيف العمل على أنه تجاري وليس مدني.

الفرع الثاني
العمليات ذات الطابع المالي والتوسطي

يجمع هذا النوع من الأعمال في طياته نوعين من الأعمال التجارية المنفردة، أولها يتعلق بالعمليات ذات الطابع المالي الصرف، وثانيها بعمليات الوساطة التجارية. وقد تم تصنيف هذا الأخير بدوره ضمن الأعمال ذات الطابع المالي بدورها من قبل بعض الفقه لبروز عنصر المال فيها أيضا، غير أننا فضلنا التمييز بينهما لأن عنصر الوساطة يبرز فيها بشكل أوضح، ومع ذلك ارتئينا أن نتعرض إليهما جنبا إلى جنب ضمن العناصر الآتية:

أولا: العمليات ذات الطابع المالي.

يقصد بالعمليات ذات الطابع المالي، وفقا لنص المادة 02 (المطة 13) من القانون التجاري، عمليات البنوك (المصارف) والصيارف (الصرف). وقد أضاف إليها الفقه التجاري عمليات الأسواق المالية (البورصة)، وعمليات التأمين أيضا.

وعلى خلاف ما قد يبدو للوهلة الأولى من صياغة نص المادة 02 (المطة 13) سابقة الذكر، فإن **عمليات البنوك** المقصودة، هي تلك العمليات التي يتاح للخواص القيام بها عرضا بالقياس على العمليات (الخدمات) التي تقوم بها البنوك في العادة. أما التفسير الذي يعتبر أن نية المشرع قد انصرفت إلى اعتبار أعمال البنوك في حد ذاتها أعمالا تجارية بحسب الموضوع ولو قام بها البنك بشكل منفرد، فلا يستقيم من وجهة نظرنا لثلاثة أسباب، أولها يتمثل في أن وصف التجارية المنصوص عليه في نص المادة 02 (المطة 13)، إنما يعود على "الخدمات" أو "الأعمال المادية" التي تقوم بها البنوك ولا يعود على "البنوك" في حد ذاتها، ولو كان غير ذلك لتم تصنيف هذا النوع ضمن طائفة "الأعمال التجارية بحسب الشكل" وليس "بحسب الموضوع". في حين يتعلق السبب الثاني بطبيعة وحجم الأعمال التي يقدمها البنك والتي يقوم بها على سبيل الامتهان بطاقاته وإمكانياته المادية والبشرية، ولو كان الأمر كذلك لتم تصنيفها ضمن طائفة الأعمال التجارية على وجه المقاولة، ومن غير المنطقي تصنيفها كأعمال قد تمارس من طرف البنك بشكل منفرد. أما السبب الأخير، فيتعلق بطبيعة البنك كمؤسسة اشترط المشرع أن يكون في شكل شركة مساهمة بالضرورة وفقا لنص المادة 83 من قانون النقد والقرض، وأعماله من هذه الزاوية تعد أعمالا تجارية بحسب الشكل، خصوصا أن هذه الأخيرة مذكورة على سبيل الحصر لا المثال كما سنأتي عليه لاحقا. وإذا سلمنا جدلا بأن نية المشرع قد انصرفت إلى تفسيرها بالمعنى المتقدم، فإن نص المادة 02 (المطة 13) سابقة الذكر، سيصبح من دون جدوى، ذلك أن تجارية أعمال البنوك هي تحصيل حاصل حتى مع إلغاء نص المطة

السابقة ولا حاجة للنص عليها مرة أخرى ضمن نص المادة 02 سابقة الذكر. ولا يمكن بالتالي، إلا أن تكون نية المشرع قد انصرفت إلى عمليات البنوك التي قد يقوم بها الخواص وليس البنوك في حد ذاتها، حتى وإن مارسها أولئك الأشخاص بشكل منفرد، فتعد أعمالهم بذلك أعمالا تجارية إذا توافرت لديهم نية المضاربة.

والحقيقة أن العمليات التي تقوم بها البنوك كثيرة ومتنوعة، غير أن المقصود وفقا للتفسير السابق هو تلك العمليات التي يتاح للخواص القيام بها أيضا، كتلك المتعلقة بتقديم القروض أو شراء الديون مقابل فوائد معينة، أو خدمات البيع بالتقسيط بفوائد معينة والتي قد يقوم بها الأفراد أيضا. كما قد يتاح للخواص توفير خدمة تأجير الخزن الحديدية التي عادة ما تقوم بها البنوك، وبالقياس على عمليات استلام الودائع مقابل فوائد معينة صنف البعض خدمات حفظ الامتعة مقابل عمولة معينة على أنها أعمال تجارية بطبيعتها أيضا. كما يدخل ضمن العمليات التي قد يقوم بها الخواص، من وجهة نظرنا، **عمليات الصرف** المنصوص عليها جنبا إلى جنب مع عمليات المصارف (البنوك) في نص نفس المادة 02 (المطة 13) السابقة، أي عمليات مبادلة العملة الصعبة بالعملة الوطنية أو العملة الصعبة فيما بينها أو الذهب بالفضة وغيرها. ولا شك أن هذه العمليات تدخل ضمن الاختصاص الأصيل لأعمال البنوك أيضا، غير أنه إذا قام بها الخواص بنية المضاربة وتحقيق الربح كان العمل تجاريا بطبيعته ولو وقع منفردا. أما إذا تمت عملية الصرف دون أن تتوافر نية المضاربة، فلا يعد ذلك عملا تجاريا، كما لو أراد شخص قادم من دولة أخرى أن يتخلص من العملة الأجنبية المتبقية لديه مقابل الدينار الجزائري، فإن الصرف في هذه الحالة لا يكون عملا تجاريا بالنسبة له.

وقد أضاف الفقه التجاري إلى عمليات المصارف والصرف أعمال أخرى لم تتضمنها نصوص القانون التجاري، أهمها **عمليات الأسواق المالية (البورصة)**. وتعد هذه الأخيرة سوقا لكنها تختلف عن غيرها من الأسواق، فهي لا تعرض ولا تملك في معظم الأحيان السلع والبضائع ويتم بدلا من ذلك تداولها، عبر شركات الوساطة والسمسرة، من خلال أوراق أو أصول مالية غالبا ما تكون في شكل أسهم أو سندات وقد تكون مجالا لبيع وشراء العملات النقدية التي تتم ضمن العديد من القواعد التنظيمية التي تحكم تلك الأسواق. حيث باتت تشكل بديلا أفضل للمستثمرين وأصحاب الأموال من خيار وضع أموالهم واستثماراتهم في البنوك.

والحقيقة أن الفقه التجاري قد صنف هذا النوع من العمليات ضمن الأعمال التجارية بحسب الموضوع بالقياس على "عمليات الشراء من أجل البيع" من جهة، وكذا بالقياس على عمليات "البنوك والمصارف" من جهة ثانية. غير أن الفقه يرى بأن هذا النوع من العمليات التجارية الحديثة أصبحت تفرض نفسها بقوة في المجال التجاري والاقتصادي، وهي تتطلب بذلك النص عليها بشكل مستقل عن باقي الأعمال الأخرى نظرا إلى حجم الأموال والمضاربات التي تتم فيها، وكذا عدد المستثمرين الذين صارت تستقطبهم هذه الأسواق.

ومع أن بعض الفقه يميز بين بعض المدخرين الذين يلجؤون إلى أسواق البورصة من أجل إدخار أموالهم دون أن تكون لديهم نية للمضاربة، والبعض الآخر الذي يلجأ إلى هذه الأسواق بنية المضاربة وتحقيق الربح، وبين الاثنين يصنف عمل الأخير فقط عملا تجاريا بطبيعته، إلا أن الأستاذ الفرنسي "Stéphane Piedelièvre" يرى بأنه تمييز مصطنع لسببين، أولهما يتعلق بصعوبة وضع خط فاصل للتمييز بين الفئتين نظرا لصعوبة إثبات عنصر النية خصوصا أن المضاربين لا يملكون بالضرورة صفة التاجر في جميع الحالات، أما السبب الثاني فيستند إلى فرضية مفادها أن اللجوء إلى أسواق البورصة يكون الغرض منه، وفقا للعرف التجاري السائد، هو البحث عن تحقيق فوائد معينة. وبالتالي فإن اللجوء إلى أسواق البورصة يعد عملا تجاريا بطبيعته في جميع الحالات.

ليس هذا فحسب، بل إن الفقه التجاري أضاف إلى مجموعة الأعمال السابقة جميع **عمليات التأمين** وذلك بالقياس على النصوص التي ذكرها المشرع الجزائري في المادة 02 (المطة 10) التي أشارت إلى مقاولات التأمينات، وكذا نص المطة 18 من نفس المادة الخاصة بعمليات التأمين في العقود المتعلقة بالتجارة البحرية فقط. ولأن هذه الأعمال وردت على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، فقد ذهب الفقه إلى أن جميع عمليات التأمين تعد تجارية بطبيعتها إذا توافرت نية المضاربة وتحقيق الربح.

ويذهب الأستاذان الفرنسيان "Serandour Isabelle" و"Lionel Andreu" إلى أن تصنيف تلك الأعمال يستند إلى فرضية مفادها أن "المُؤَمَّن له" عندما يدفع أقساط معينة كمقابل لعملية التأمين، فإنه يستهدف بذلك تفادي حصول خسارة أكبر في

حال تحقق الخطر بحصوله على أداء من طرف "المُؤَمِّن" الذي يأخذ على عاتقه تغطية تلك الخسائر الناجمة عن ذلك الخطر (حريق، سرقة، حوادث..إلخ). ويرى الأستاذان بأن "نية تفادي الخسارة" يعد من هذه الزاوية شكلا من الأشكال غير المباشرة "لنية تحقيق الربح" وليس المضاربة.

أما التأمين الاجتماعي فلا يعد عملا تجاريا حتى ولو تم عن طريق مقاولة أو مشروع منظم، وهذا هو الواقع عملا، ذلك أن الذي يتولى إدارة التأمين الاجتماعي هو الحكومة مباشرة أو تقوم به مؤسسة عامة أو خاصة، يخولها المشرع بعض سلطات أو وسائل القانون العام بالقدر الذي يمكنها من أداء مهامها. ويعود سبب انتفاء الصفة التجارية عن عمليات التأمين الاجتماعي، كونها لا تهدف إلى تحقيق الربح ولا تقصد المضاربة، فضلا عن اختلاف الأسس الفنية التي يقوم عليها الخطر في التأمين الاجتماعي عنه في التأمين الخاص، فالمشرع هو الذي يحدد أنواع الأخطار التي يعتبرها اجتماعية وهو الذي يقدر مبالغ الأقساط ومبالغ التعويض عند تحقق الخطر، مراعيا في ذلك اعتبارات لا شأن لها بفن التأمين وتجاريته.

ثانيا: عمليات الوساطة (أعمال السمسرة والخاصة بالعمولة).

يقصد بعمليات الوساطة، وفقا لنص المادة 02 (المطتين 13 و14) من القانون التجاري، كل عمليات السمسرة، أو الخاصة بالعمولة، وكل عملية توسط لشراء وبيع العقارات أو المحلات التجارية والقيم العقارية.

والمقصود بالسمسرة هي عملية وساطة، يباشرها شخص يسمى "السمسار"، يقوم فيها هذا الأخير ببذل مجهود من أجل تقريب وجهات النظر بين متعاقدين أو أكثر لإبرام عقد أو صفقة معينة، نظير حصوله على نسبة مئوية من قيمة العقد أو الصفقة أو نظير مقابل آخر متفق عليه إذا كان تحديد نسبة مئوية لا يفي بالغرض أو لا يتناسب مع طبيعة العقد، كما هو الحال بالنسبة لسماسرة "التأمين"، حيث يقوم هؤلاء بالبحث عن أفضل عروض التأمين لفائدة عملائهم. والحالة هذه، فإن السمسار مكلف بتحقيق نتيجة وليس بمجرد بذل مجهود، وبالتالي، إذا فشل في التقريب بين وجهات النظر ولم يتم إبرام العقد أو الصفقة، فإنه لا يستحق أي مقابل.

ويرى الأستاذ "أحمد محرز"، أن المشرع الجزائري، رغم أنه جاء بتخصيص ضمن نص المادة 02 (المطة 14) مؤداه أن عمليات التوسط لشراء وبيع العقارات أو المحلات التجارية والقيم العقارية، تعد بدورها أعمالا تجارية بطبيعتها، إلا أنها تدخل ضمن ذات المفهوم السابق، أي أنها نوع من أنواع "عمليات السمسرة". ولذلك تكون السمسرة تجارية بطبيعتها، في كل الأحوال، سواء في العمليات المتعلقة بالمنقولات أو العقارات.

ويختلف عمل "السمسار" عن "الوكيل بالعمولة" و"الوكيل العادي"، في أن عمل الأول يقتصر على بذل تلك الجهود وينتهي دوره عند انعقاد العقد أو الصفقة، غير أنه لا يتحمل أي التزامات في مواجهة المتعاقدين ولا يظهر اسمه في العقد ولا يضمن حصول التنفيذ بينهما. في حين أن الوكيل بالعمولة يبرم العقد باسمه الخاص ولكن لحساب موكله الذي لا يظهر اسمه في العقد، مقابل عمولة معينة يتفق عليها الطرفان، وفقا للفقه والعمل الغالبين. ويترتب على ذلك أن الوكيل بالعمولة هو الذي يكتسب الحقوق الناشئة عن العقد ويكون ملزما مباشرة نحو الأشخاص الذين تعاقد معهم كما لو كان العمل يختص به شخصيا.

أما الوكيل العادي، الذي نظمت أحكامه المواد من 571 إلى 589 من القانون المدني، فيبرم العقد باسم موكله ولحسابه أيضا، ويعد عمله تبرعيا دون أن يتقاضى عليه أي مقابل من حيث الأصل، لذلك فإن ما ينشأ عن العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الموكل وليس إلى الوكيل. وبين الأعمال الثلاث يعد الأولين فقط تجاريين أما الوكيل العادي فيعد عمله مدنيا لانتفاء المضاربة.

ومن وجهة نظرنا فإن عمل الوكيل العادي إذا ما اتفق مع الموكل على أجرة للوكالة وفقا لنص المادة 581 من القانون المدني، كان ينبغي أن يأخذ حكم الوكيل بالعمولة، فيكون عمله بذلك تجاريا وليس مدنيا رغم أنه قام به باسم ولحساب شخص آخر. فكما يظهر من جميع العمليات التجارية الأخرى، فإن قصد المضاربة وتحقيق الربح، يعد عنصرا جوهريا في العمل التجاري، ومتى توافرت نية المضاربة كان العمل تجاريا، ومتى انتفت كان العمل مدنيا، وهو شرط يبدو بأنه ينطبق على عمل الوكيل العادي إذا ما اتفق مع الموكل على أجرة للوكالة.

ومن الأمثلة الشائعة عن عمليات التوكيل بالعمولة تلك المتعلقة "بعقود الوكالة بالعمولة للنقل الجوي" الذي تقوم به الخطوط الجوية (الموكل) مع وكالات الأسفار والسياحة (الوكيل)، أو "عقود الوكالة بالعمولة لخدمات الفندقة" الذي يكون بين الفنادق (الموكل) ووكالات الأسفار والسياحة (الوكيل)، مقابل عمولة يتقاضاها الوكيل بالعمولة نظير كل خدمة يقدمها إلى الموكل. وعادة ما يلجأ الطرفان إلى عقود الوكالة بالعمولة في الحالات التي يكون فيها الطرفان في بلدين مختلفين فلا يجد الموكل مناصا من اللجوء إلى الوكيل بالعمولة لمقدرته على التعامل مع العملاء الذين قد لا يكون متاحا لهم بسهولة التعامل مباشرة مع الموكل نظرا لقلة خبرتهم أو كثرة انشغالاتهم. وقد يكون الموكل حديث النشأة فيجد نفسه مضطرا للتعامل مع الوكيل بالعمولة ليستفيد من سمعته التجارية الطيبة لدى العملاء.

وخلاصة القول إن جميع عمليات السمسرة والوساطة والخاصة بالعمولة، تعد عمليات تجارية بطبيعتها حتى ولو وقعت منفردة، وسواء كان الشخص القائم بها محترفا أم غير محترف، وسواء كان موضوع عملية التوسط مدنيا أم تجاريا.

الفرع الثالث

العمليات المتعلقة بالملاحة التجارية والصيد التجاري البحري

لم يتضمن القانون التجاري الجزائري، أي تصنيف للعمليات المتعلقة بالتجارة البحرية، ضمن الأعمال التجارية، إلا بعد صدور الأمر 96-27 المؤرخ في 09 ديسمبر 1996، الذي يعدل ويتمم الأمر 75- 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، عندما تم إضافة 06 مطات إلى نص المادة 02 من بينها 05 مطات كاملة تتعلق بالملاحة التجارية البحرية. أما عمليات الصيد البحري، فلم ترد ضمن أحكام القانون التجاري الجزائري، وإنما تم النص عليها في القانون رقم 01-11 المؤرخ في 03 جويلية 2001، والمتعلق بالصيد البحري وتربية المائيات، المعدل والمتمم، حيث تم تصنيف عمليات الصيد البحري التي تستهدف المضاربة وتحقيق الربح، ضمن الأعمال التجارية، في حين تم استثناء عمليات الصيد، التي لا تستهدف المضاربة وتحقيق الربح، من طائفة الأعمال التجارية، وهو ما سنتناوله من خلال العناصر الموالية:

أولا: عمليات الملاحة التجارية البحرية.

يقصد بعمليات "الملاحة التجارية"، على معنى المادة 162 (المطة 01) من القانون البحري الجزائري، تلك "المتعلقة بنقل البضائع والمسافرين التي تمارس في البحر وفي المياه الداخلية بواسطة السفن". فيما تضمنت الفقرات من 02 إلى 05 من نفس المادة، ملاحة النزهة والترفيه، وكذلك البحث العلمي في البحر، والملاحة المساعدة الخاصة بالإسعاف والإنقاذ، وملاحة الارتفاق الممارسة بواسطة السفن المخصصة فقط لمصلحة عمومية، وكذا ملاحة صيد الأسماك وتربية الحيوانات المائية. ومن بين جميع الفقرات السابقة، تعد العمليات الواردة في الفقرة الأولى فقط تجارية، أما ملاحة صيد الأسماك وتربية الحيوانات المائية فلها أحكام خاصة نأتي عليها لاحقا.

والملاحظ أن المطات الخمس المضافة إلى نص المادة 02 من القانون التجاري الجزائري، إذا ما قرئت جنبا إلى جنب، مع نص المادة 161 (المطة 01) سابقة الذكر، فإن جميع الأعمال الواردة فيها تدخل ضمن مجال "الملاحة التجارية" الذي حددته هذه المادة، حيث شملت كل **عقود التأمين والعقود الأخرى المتعلقة بالتجارة البحرية**، كعقود الرهن والشحن والنقل البحري، وكل ما ورد في الكتاب الثاني من القانون البحري الذي جاء بعنوان "الاستغلال التجاري للسفينة"، بما في ذلك كل **الرحلات البحرية** التي نصت عليها المطة الأخيرة من المادة 02 من القانون التجاري. ومع أنه من غير المتصور كثيرا أن ترد عمليات النقل البحري بشكل منفرد من الناحية العملية، إلا أن المشرع الجزائري لم يشترط ممارستها على وجه المقاولة كما هو الحال بالنسبة لعمليات النقل والانتقال الأخرى، حيث تحسب المشرع لجميع الاحتمالات، بما في ذلك ممتهني الرحلات البحرية غير الشرعية التي من الوارد ممارستها بشكل فردي. كما أنه من المتصور قيام بعض الشركات السياحية بعمليات نقل بحري في مواسم معينة.

كما تشمل هذه العقود أيضا، وفقا لنص ذات المادة، كل **الاتفاقيات والاتفاقات المتعلقة بأجور الطاقم وإيجارهم**، كربان السفينة ومساعدو التجهيز وكل عمال النظافة والصيانة وغيرهم. وعلى ذلك فإن الالتزامات الناشئة عن هذه العقود تعد التزامات تجارية

بالنسبة لمستغل السفينة، أما بالنسبة لالتزام الملاح فقد ذهب الرأي الغالب إلى إضفاء الصفة المدنية على عقد العمل وذلك بتطبيق القواعد العامة التي تقرر مدنية عقد العمل في مواجهة العامل. والحكمة من اصباغ الصفة التجارية على هذه الاتفاقيات والعقود، هو توفير حماية أفضل للعمال ومستخدمي السفن ومراعاة مصلحتهم باعتبارهم الطرف الضعيف في العقد.

ليس هذا فحسب، بل إن المادة 02 سابقة الذكر أشارت أيضا إلى كل **شراء وبيع لعتاد أو مؤن للسفن**، ويشمل ذلك المواد اللازمة لاستغلال السفينة استغلالا تجاريا، والتي لا يمكن استكمال الرحلة البحرية بدونها، مثل مواد التموين والوقود وقطع الغيار وقوارب النجاة وغيرها. ولم يشترط المشرع الجزائري أن تكون عملية البيع مقترنة بعملية شراء تسبقها أو نية للربح والمضاربة من تلك العملية في وقت الشراء، بل يكفي أن تتوافر نية المضاربة وتحقيق الربح في أي وقت لاحق لعملية الشراء، والقول بخلاف ذلك يجعل من النص تكرارا لا معنى له لنص المطة الأولى من نفس المادة، فمحل البيع هو أدوات ومواد لازمة للاستغلال التجاري وليس المدني.

أخيرا تضمنت المادة 02 سابقة الذكر في المطة 17 منها، كل **عمليات التأجير أو الاقتراض أو القرض البحري بالمغامرة**. ويقصد بعمليات التأجير، كما جاء في الباب الثاني من الكتاب الثاني من القانون البحري الجزائري تحت عنوان "استئجار السفن"، كل عقد بين مالك السفينة أو مجهزها وبين الشاحن أو صاحب البضائع، يلتزم من خلاله الأول بأن يضع تحت تصرف الثاني السفينة أو جزءا منها مقابل أجر.

أما القرض البحري بالمغامرة أو ما يطلق عليه "القرض بالمخاطرة الجسيمة"، كما يدل عليه اسمه، فهو يعد من العقود الاحتمالية، بحيث يقرض به مبلغ بضمانة السفينة أو الحمولة على أن يضيع القرض على المقرض إذا هلكت الاشياء المخصصة بالدين بحادثة بحرية قاهرة، وأن يُردّ له القرض مع الفائدة البحرية المتفق عليها ولو تخطى مقدارها الحد القانوني إذا وصلت هذه الاشياء سالمة، لذلك سمي القرض بالمغامرة. فهو إذن عقد تأمين عكسي يقوم فيه المؤمن بدفع مبلغ التأمين قبل وقوع الخطر وليس بعده. والواقع أن تجارية هذا الأخير، هي تحصيل حاصل إذا ما قيست على نص المادة 02 (المطة 13) سابقة الذكر، إذ يمكن تصنيف هذا العمل على أنه تجاري بطبيعته بالقياس على عمليات البنوك، التي تدخل عمليات القروض مقابل فوائد معينة، ضمن الاختصاص الأصيل لها.

والحالة هذه، فإن ما جاء بالمطات الخمس الأخيرة من نص المادة 02 سابقة الذكر، إنما ورد على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، بدليل عمومية ما ورد بها، بحيث شملت جميع أعمال الملاحة التجارية البحرية. وبهذا المعنى فإن الصفة التجارية لا تقتصر، حسب رأينا، على العقود المتعلقة بالتجارة البحرية فقط، بل يمكن أن تمتد إلى سائر الالتزامات الناشئة عن المصادر الأخرى، سواء كان مصدرها التصرف القانوني أم الفعل المادي.

ولعل العلاقة الوثيقة التي تربط بين القانون التجاري والقانون البحري، تفسر الأحكام التي خصها المشرع بالملاحة البحرية في القانون التجاري، ذلك أن القانون البحري كان يشكل جزءا من هذا الأخير، غير أن مجموعة من العوامل أدت إلى فصل القانون البحري عن القانون التجاري، لعل من أبرزها القيمة المالية للسفينة وخصوصية الأخطار التي قد تعترضها، وحجم السلع والبضائع التي تنقلها، والمبادلات التجارية التي تتم بواسطتها، وغير ذلك من المسائل المتصلة بالتجارة البحرية. وبالتالي فإن الصفة التجارية لهذه الأعمال تستمد أساسها من عمليات المضاربة الملازمة في الغالب لعمليات الملاحة البحرية.

وقد يتساءل البعض عن مقصد المشرع من إدراج الأعمال المتعلقة بالملاحة البحرية ضمن الأعمال التجارية المنفردة، في حين أن الواقع العملي لا يعرف الأنشطة المتعلقة بهذا النوع من الملاحة إلا من خلال مشروعات تمارسها على شركات متخصصة؟

والواقع أن المشرع تحسب للفرض الذي يمكن فيه لأحد المشروعات أن يقوم بأحد أنشطة الملاحة البحرية دون أن يكون داخلا ضمن مظاهر نشاطه المعتاد، فعلى سبيل المثال قد تضطر شركة سياحية إلى استئجار سفينة لإنجاز النقل البحري أو الجوي لصعوبة التعاقد مع أحد الناقلين وفي هذا الفرض فإن استئجار السفينة يعد من أعمال التجارة البحرية رغم ممارسته مرة واحدة، ومن ثم تعد أعمالاً تجارية وتخضع لأحكام القانون التجاري.

ومن وجهة نظرنا فإن ما ورد بتلك المطات الخمس يمكن أن يمتد بالقياس على عمليات الملاحة التجارية الجوية، ذلك أن الغاية والعلة التي تم من خلالها اصباغ صفة التجارية على عمليات الملاحة البحرية هي ذاتها بالنسبة للملاحة الجوية أيضا. ولعل ما يؤكد هذا التفسير هو ما ذهب إليه المشرع المصري في نص المادة 06 من قانون التجارة المصري، حيث جاء بها "يعد أيضا عملا تجاريا كل عمل يتعلق بالملاحة التجارية بحرية كانت أو جوية ...". فالطائرة شأنها شأن السفينة، يمكن أن تكون محلا لعقد إيجار أو استئجار كما نصت عليه المواد من 121 إلى 123 من قانون الطيران المدني الجزائري، كما يمكن أن تكون محل رهن وفقا لنص المادة 32 من نفس القانون، ناهيك عن عقود التأمين والنقل التي ينظمها نفس القانون.

ثانيا: عمليات الصيد التجاري البحري.

يقصد بالصيد البحري، في مفهوم المشرع الجزائري، على أنه "كل نشاط يرمي إلى قنص أو جمع أو استخراج موارد بيولوجية يمثل الماء وسط حياتها الدائم أو الغالب". والواقع أن عمليات الصيد البحري، لم تكن من بين الأعمال التجارية المنصوص عليها ضمن أحكام القانون التجاري الجزائري، وإنما تم النص عليها في القانون رقم 01-11 المؤرخ في 03 جويلية 2001، المتعلق بالصيد البحري وتربية المائيات، المعدل والمتمم، حيث تم تصنيف مجموعة من عمليات الصيد البحري على أنها تجارية إذا كانت تستهدف المضاربة وتحقيق الربح، في حين تم استثناء عمليات الصيد الأخرى، التي لا تستهدف المضاربة وتحقيق الربح، من طائفة الأعمال التجارية.

وفي هذا الخصوص تضمنت المادة 02 من القانون سابق الذكر على عدد من المفاهيم من بينها ما ورد بالفقرتين 10 و12، اللتان تضمنتا عمليات الصيد البحري التي تستهدف تحقيق الربح، حيث عرفت الفقرة 10 **الصيد التجاري** بأنه "كل ممارسة للصيد بغرض الربح، في حين عرفت الفقرة 12 **الصيد الحرفي** بأنه "كل ممارسة للصيد التجاري بصفة تقليدية بالقرب من السواحل"، أي أن هذا الأخير يعد وفقا للمفهوم السابق نوعا من أنواع الصيد التجاري الذي يستهدف تحقيق الربح أيضا.

أما الفقرتين 09 و11 من ذات المادة السابقة، فقد تضمنتا عمليات الصيد التي لا تستهدف تحقيق الربح، حيث نصت الفقرة 11 على مفهوم **الصيد الترفيهي** على أنه "كل ممارسة للصيد بغرض الرياضة أو التسلية دون قصد الربح". فيما يقصد **بالصيد العلمي،** على معنى الفقرة 09، على أنه "كل ممارسة للصيد بغرض الدراسة أو البحث أو التجربة قصد معرفة مورد أو منطقة أو تقنية أو آلة صيد". وكل هته العمليات لا تحمل أي نية للمضاربة وتحقيق الربح، وبالتالي، فإنها تظل أعمالا مدنية من حيث طبيعتها وليست تجارية.

وقد شمل الباب الثامن من نفس القانون الأنواع المختلفة للصيد، حيث تضمنت المادتان 26 و27 من قانون الصيد البحري، تمييزا جوهريا بين الصيد على الأقدام ذو الطابع التجاري والصيد على الأقدام ذو الطابع الترفيهي. وفي هذا الصدد نصت المادة 26 على ما يسمى **الصيد على الأقدام بغرض الربح**، وهو "ذلك الممارس بواسطة شباك أو آلات أو وسائل صيد أخرى غير صنارات اليد"، أي أن الصيد بصنارات اليد يخرج من طائفة الأعمال التجارية التي تستهدف المضاربة وتحقيق الربح. فيما نصت المادة 27 على ما يسمى **الصيد على الأقدام دون قصد الربح**، واعتبرته نوعا من أنواع الصيد الترفيهي. وقد أكد المرسوم التنفيذي رقم 03-481 المؤرخ في 13 ديسمبر 2003، المتضمن تحديد شروط ممارسة الصيد البحري وكيفياتها، على نفس التمييز، حيث نصت المادة 48 منه على **الصيد البحري على الأقدام الاحترافي،** والمادة 64 على **الصيد البحري على الأقدام غير الاحترافي.** وعلى خلاف الأول لا يستهدف الثاني تحقيق الربح.

والملاحظ بأن المعيار الجوهري في تصنيف عمليات الصيد البحري على أنها تجارية أو مدنية، إنما يتوقف على عنصر "قصد المضاربة وتحقيق الربح". وبهذا المعنى، فإن عمليات الصيد البحري، تخرج في تصنيفها عن القاعدة العامة في عمليات الشراء من أجل إعادة البيع وتحقيق الربح المنصوص عليها في المادة 02 من القانون التجاري الجزائري، أي أنه لا يشترط في منتوجات الصيد البحري أن تكون مسبوقة بعملية الشراء حتى تعد أعمال تجارية، غير أنه ينبغي الحصول عليها بطريق الصيد البحري دون غيره حتى تصنف على أنها أعمال تجارية، أما إذا آلت إليه بطريقة أخرى غير الصيد البحري، كأن تصل إليه عن طريق التبرع أو الهبة، ثم يقوم ببيعها، فإن عمله يبقى مدنيا وليس تجاريا حتى وإن حقق الربح. في حين تنطبق القواعد العامة على الشخص الذي يقوم بشراء منتوجات

الصيد البحري، من الصياد أو مؤسسة استغلال الموارد المائية أو مؤسسة تربية المائيات، بغرض إعادة بيعها وتحقيق الربح، لأنها خرجت من دائرة "الصيد البحري" ودخلت ضمن دائرة أخرى هي "تداول وتوزيع الثروة"، التي تحكمها القاعدة العامة لعمليات الشراء من أجل البيع المنصوص عليها في المادة 02 من القانون التجاري الجزائري.

ومع أن جميع هذه الأعمال التجارية مذكورة على سبيل المثال وليس الحصر، بحيث يمكن القياس عليها، فإننا نرى بأن هناك بعض الأعمال التي أصبحت تفرض نفسها بقوة نظرا للأهمية التجارية البالغة، والقيمة الربحية الكبيرة التي باتت تحظى بها، على غرار **عمليات الدعاية والاشهار**، وهي تتطلب بذلك النص عليها بشكل مستقل عن باقي الأعمال الأخرى نظرا إلى حجم الأموال والمضاربات التي تتم فيها، وكذا عدد المستثمرين الذين صارت تستقطبهم هذه الوسيلة لجذب العملاء وتحقيق الربح والتي أثبتت نجاحا عالميا بالعوائد الكبيرة والسريعة التي تحققها. ويبدو بأن المشرع الجزائري يسير بخطى ثابتة في هذا الاتجاه، بدليل اعترافه "بالإشهار الالكتروني"، كعمل تجاري ضمن أحكام القانون 18-05، المؤرخ في 10 ماي 2018، المتعلق بالتجارة الالكترونية، في المواد من 30 إلى 34، ونظرا لأن هذا النوع من العمليات تستجيب إلى أهم معيار تقوم عليه الأعمال التجارية بحسب الموضوع، وهو معيار استهداف تحقيق الربح والمضاربة، فالأولى اعتبارها عملا تجاريا بحسب الموضوع، ولو مورست بشكل منفرد.

المطلب الثاني

الأعمال التجارية على وجه المقاولة

إلى جانب الأعمال التجارية المنفردة، نظم المشرع الجزائري طائفة ثانية من الأعمال التجارية التي تكتسب هذه الصفة إذا وردت في شكل مشروع أو مقاولة. ولم يرد أي تعريف لهذه الأخيرة ضمن أحكام القانون التجاري الجزائري، وإنما ورد تعريفها في نص المادة 549 من القانون المدني، حيث جاء بها ما يلي: "المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر".

والملاحظ بأن هذا التعريف لا يتطابق مع المقاولة التي يرمي إليها المشرع في المجال التجاري، فالمقاولة في المجال المدني، يعد العمل فيها عنصرا جوهريا، لذا فإن استخدام نفس المصطلح قد يؤدي إلى حدوث خلط بينهما. وقد كان من المستحسن لو أن المشرع استخدم مصطلح "مشروع" مباشرة بدلا من مصطلح "مقاولة"، فهي تتناسب مع الترجمة الدقيقة لمصطلح "Entreprise" المستخدم في النص الفرنسي من جهة، كما أنها تتناسب مع المعنى الموضوعي الذي قصده المشرع الجزائري من جهة ثانية.

وعليه، فإن المقصود بالمقاولات التي عددتها المادة 02 من القانون التجاري، هو ذلك المشروع أو الوحدة الاقتصادية والقانونية التي تتطلب قدرا من التنظيم وتجتمع فيها عناصر مادية وبشرية من أجل ممارسة نشاط اقتصادي يهدف إلى المضاربة وتحقيق الربح على عمليات الانتاج أو التوسط أو توزيع الثروات والخدمات.

من هذا التعريف يتضح بأن فكرة المقاولة أو المشروع تقوم على افتراض توافر ثلاث شروط، يتمثل أولها في عنصر **احتراف** القيام بالنشاط على وجه التكرار والاستمرارية، سواء كان القائم به فردا فيسمى مشروعا فرديا، أو كان القائم به مجموعة من الأشخاص في شكل شركة أيا كان نوعها. فيما يتطلب الشرط الثاني توافر قدر من **التنظيم** الذي يتضح من خلال تجهيز الشخص للوسائل المادية (رأس المال) والبشرية (العمال) وتهيئتها لمباشرة نشاطه التجاري على نحو معتاد ومتصل. أما الشرط الثالث فيتمثل في عنصر **المضاربة وقصد تحقيق الربح**، ويعد هذا العنصر بمثابة الشرط الجوهري والرئيسي للمقاولة، فإذا انعدم هذا الشرط تنتفي على العمل الصفة التجارية حتى وإن توافر الشرطان الأولان، ولا يكون القائم بتلك الأعمال إلا حرفيا يمارس عملا مدنيا أو عملا جمعوي لا يستهدف المضاربة وتحقيق الربح.

ولما كان التعداد القانوني للمقاولات التجارية الوارد في المادة 02 من القانون التجاري قد جاء على سبيل المثال وليس الحصر، فقد ترآى لنا تقسيمها، وفقا إلى القائمة المذكورة من أحد عشر مقاولة، إلى ثلاث أصناف مختلفة يستند الأولان منها إلى معيار شكلي من خلال مراحل تداول الثروة، حيث يشمل الصنف الأول مقاولات الانتاج والتصنيع، في حين يشمل الثاني مقاولات التوزيع

والتبادل. أما الصنف الثالث فقد تم اعتماده بالاستناد إلى معيار آخر موضوعي يراعي مضمون تلك المقاولات، حيث يميز بين مقاولات انتاج الثروات وتوزيعها الذي يشمل الصنفين الأول والثاني من جهة، ومقاولات تقديم الخدمات الذي يشمل الصنف الثالث من جهة ثانية. وفيما يلي نتناول، دون مراعاة شرط الترتيب، أعمال المقاولات التجارية على النحو التالي:

الفرع الأول
مقاولات الأنشطة الصناعية

المقصود بالأنشطة الصناعية تلك الأعمال التي تعالج المواد الخام المستخرجة من الطبيعة والمواد الزراعية والنباتية والحيوانية وتحويلها إلى شكل آخر قابل للاستفادة. وقد نصت المادة 549 من القانون المدني، على هذا النوع من المقاولات بشكل مباشر، حيث جاء بها ما يلي: "المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا...". ويدخل ضمن مجال هذه الأنشطة ثلاث مقاولات مختلفة نصت عليها المادة 02 من القانون التجاري الجزائري نذكرها على النحو الآتي:

أولا: مقاولات الانتاج أو التحويل أو الاصلاح.

يقصد بهذا النوع من الأعمال تلك المشروعات التي تحترف الأنشطة الصناعية بمختلف مراحلها، بداية من الانتاج ثم التحويل ثم الاصلاح. وبذلك تتضمن هذه الأعمال الأنشطة الانتاجية باستخدام المواد الأولية كصناعة السكر والألبان، أو التحويلية كصناعة البلاستيك والجلود، كما تشمل أيضا تعديلها أو إصلاحها بأي شكل يزيد من قيمتها أو يجعلها تحقق منفعة جديدة، كصناعة الصباغة وورش إصلاح السيارات.

وقد تعرض المشرع الجزائري إلى هذا النوع من المقاولات ضمن المادة 02 (المطة 04) من القانون التجاري، حيث اعتبرها أعمالا تجارية إذا تمت في شكل مشروع منظم يستهدف المضاربة وتحقيق الربح. ولأن نص المادة جاء مطلقا فإنه يستوي أن يكون الانتاج صناعيا أو زراعيا، كمن يقوم بتربية مجموعة من الأبقار من أجل انتاج الحليب ومشتقاته أو زراعة الفاكهة من أجل تحويلها إلى عصائر.

كما يسمح معيار المقاولة في هذه الصورة بالتمييز بين الصانع في إطار المقاولة وبين الحرفيين، حيث تخرج هذه الأخيرة عن مفهوم النص لأنه لا ينطبق عليها مقومات المشروع، كما أن عملهم يبدو أقرب إلى بيع الانتاج والمهارة الشخصية منه إلى المضاربة وتحقيق الربح.

ثانيا: مقاولات البناء أو الحفر أو تمهيد الأرض.

يقصد بمقاولات البناء تلك المشاريع التي تحترف تشييد وإنشاء المباني والأبراج والمجمعات السكنية والجسور والسدود والطرق والسكك الحديدية والأنفاق والقنوات وغيرها، أما عمليات الحفر أو تمهيد الأرض، فتشكل أحد مراحل عمليات البناء، وتشمل أعمال التسوية والردم والهدم والترميم، كحفر أساسات البناء والآبار وتسوية الأراضي الزراعية وتمهيد الطرق قبل إنشائها وغيرها.

واعتبر المشرع الجزائري، وفقا لنص المادة 02 (المطة 05) سابقة الذكر، أن هذا النوع من العمليات يعد تجاريا بطبيعته إذا تم في شكل مشروع منظم يستهدف تحقيق الربح والمضاربة، أيا كان نوع هذه الأشغال وأهميتها. ووفقا لمدلول النص فإن من يتعهد بتقديم المواد أو اليد العاملة اللازمة لإنجاز أحد الأعمال المذكورة على سبيل المقاولة فإن عمله يعد تجاريا بطبيعته، سواء كان القائم به مشروعا فرديا يديره شخص طبيعي أو مشروعا جماعيا تديره شركة مقاولات.

وبناء عليه، فإنه يخرج من مفهوم هذه المادة أيضا، الحرفيين كالبنّاء والنحّات والنجّار وغيرها من الأعمال التي لا تنطبق عليها مقومات المشروع، لأن عملهم يبدو أقرب إلى بيع الانتاج والمهارة الشخصية منه إلى المضاربة وتحقيق الربح.

ثالثا: مقاولات استغلال المناجم والمناجم السطحية والمحاجر ومنتجات الأرض الأخرى.

يقصد بمقاولات استغلال المناجم والمناجم السطحية والمحاجر ومنتجات الأرض الأخرى، تلك المشروعات التي تحترف جميع صور الاستغلال الأول للطبيعة سواء كانت سطحية، كاستغلال الأملاح الشاطئية ومقالع الحجارة والرمل والحصى والرخام، أو كانت باطنية، كالتنقيب عن البترول والغاز واستخراج الحديد والفحم والفوسفات وجميع المعادن الأخرى.

وفضلا عن تكرار مصطلحي "المناجم والمناجم السطحية"، فقد جاء نص المادة 02 (المطة 07) من القانون التجاري عاما، حيث ورد في ختامها عبارة "أو منتجات الأرض الأخرى"، وهي عبارة شاملة يدخل في مفهومها كل استغلال للأرض وما عليها من ثروات باطنية أو سطحية، سواء كان القائم بها يمتلك مصدر الإنتاج أو لا يملكه كالمستفيد من حق الامتياز لاستغلال منجم أو جبل أو أرض لفترة زمنية معينة.

ويتيح معيار المقاولة في هذه الصورة التمييز بين الاستغلال الأول للطبيعة في إطار المقاولة وبين عمليات الاستغلال المنفردة، حيث تخرج هذه الأخيرة عن مفهوم النص لأنه لا ينطبق عليها مقومات المشروع، كمن يقوم باستغلال مياه الآبار الارتوازية من أجل سقي زرعه أو مواشيه، فهؤلاء لا يتحقق في شأنهم عنصر المضاربة ولا يتوافر في نشاطهم عناصر المقاولة.

الفرع الثاني
مقاولات الأنشطة التوزيعية

يرى الأستاذان الفرنسيان "Serandour Isabelle" و"Lionel Andreu" أن مجال الأنشطة التوزيعية يشمل في معناه المرحلة الثانية من مراحل تداول الثروة وهو المجال المتعلق بعمليات الشراء والبيع. وبذلك فإن مقاولات الأنشطة التجارية التي تدخل ضمن هذا التصنيف تشمل تقسيمين مختلفين هما: مقاولات بيع السلع الجديدة بالمزاد العلني بالجملة والأشياء المستعملة بالتجزئة، وكذا مقاولات صنع أو شراء أو بيع وإعادة بيع السفن للملاحة البحرية. وهو ما سنعالجه من خلال العنصرين المواليين:

أولا: مقاولات بيع السلع الجديدة بالمزاد العلني بالجملة والأشياء المستعملة بالتجزئة.

المقصود بالبيع بالمزاد العلني، وفقا لنصي المادتين 753 و757 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية، هو كل بيع يستطيع أي شخص حضوره حتى ولو اقتصر المزاد على طائفة معينة من الأشخاص ويرسو فيه البيع على من يقدم أعلى عرض. وكغيره من عقود البيع الأخرى، يتكون عقد البيع بالمزايدة من طرفين، هما البائع والمشتري، غير أن إجراءات البيع تتم بوساطة طرف ثالث يسمى "محافظ البيع بالمزايدة"، حيث يمارس هذا الأخير عمله كوكيل عن البائع وفقا لنص المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 96-291 الصادر في 02 سبتمبر 1996، المتعلق بتحديد شروط الالتحاق بمهنة محافظ البيع بالمزايدة وممارستها، حيث نصت على أنه "يعتبر محافظ البيع بالمزايدة وكيلا على الشخص الذي يريد بيع شيء أو القيام ببيعه".

وعلى خلاف ما قد يبدو للوهلة الأولى، فإن "محافظي البيع بالمزايدة"، ليسو هم المقصودين بنص المادة 02 من القانون التجاري الجزائري، ذلك أنه، وإن كان يجوز لهم ممارسة عملهم بشكل مستقل أو في شكل مشروع، فإن عملهم يظل مدنيا في جميع الحالات، وهو ما أكدته المادة 05 من المرسوم رقم 96-291 سابق الذكر، حيث نصت على أن "وكالة البيع بالمزاد عقد مدني يخضع للقواعد المنصوص عليها في القانون المدني". في حين أكدت المادة 46 من ذات المرسوم على أنه "يمكن محافظين اثنين للبيع بالمزايدة أو أكثر ينتمون إلى نفس دائرة مجلس قضائي، وبعد ترخيص وزير العدل، أن يؤسسوا شركة مدنية تحكمها القواعد القانونية المطبقة على الشركات المدنية".

والحالة هذه، فإن الصفة التجارية، إنما تنسحب على من يحترف البيع بالمزاد العلني في شكل مشروع، وهو بطبيعة الحال أحد طرفي العقد وليس "محافظ البيع بالمزاد العلني" الذي يلعب دور الوكيل في عملية البيع فقط.

ونظرا لظروف هذا البيع غير الطبيعية، وما يتسم به من اغراءات وترويج للبضائع، فضلا على أن "المزايدة" تستهدف الرسو على أعلى قيمة ربح ممكنة، فقد رأى المشرع الجزائري إضفاء الصفة التجارية عليه، حتى يخضع البائع فيه إلى أحكام القانون التجاري الصارمة، على أن المشتري بالمزاد يظل العمل مدنيا بالنسبة له ما لم يستهدف إعادة البيع وتحقيق الربح عند الشراء، فتعتبر العملية تجارية بالنسبة له.

وبذلك فإن المقصود بالبيع بالمزاد العلني هو البيع الطوعي وليس البيع الجبري بالمزاد العلني الناجم عن إجراءات التنفيذ الجبري، ذلك أن هذا الأخير لا يستهدف تحقيق الربح والمضاربة كما هو الحال بالنسبة للأول. كما يشترط المشرع الجزائري لاعتبار عمليات البيع بالمزاد العلني، أعمالا تجارية، أن ترد على شكل مشروع، أي تكرار القيام به على وجه متصل معتاد وعلى وجه الاحتراف، أما

إذا قام به الشخص مرة واحدة، فإن عمله يظل مدنيا إلا إذا سبقته عملية شراء كان يستهدف من خلالها إعادة البيع بالمزاد العلني وتحقيق الربح فإن عمله يكون تجاريا وليس مدنيا في هذه الحالة.

والملفت للنظر أن صياغة نص المادة 02 (المطة 12) من القانون التجاري، يبدو بأنها تقيم تمييزا مظللا ومتناقضا في الوقت نفسه، حيث تنص على اعتباره عمل تجاري بطبيعته "كل مقاولة لبيع السلع الجديدة بالمزاد العلني بالجملة والأشياء المستعملة بالتجزئة". ولا شك أن قراءة سريعة في نص هذه الأخيرة تعطي انطباعا أوليا مفاده أن عمليات البيع بالمزاد العلني للسلع الجديدة ينبغي أن يكون بالجملة فقط دون التجزئة حتى يكون العمل تجاريا، وهو أمر، من وجهة نظرنا، لا يستوي مع المنطق في شيء، تطبيقا لقاعدة أن "من يملك الكل يملك الجزء"، فممارسة عمليات البيع بالمزاد العلني تعد تجارية إذا مارسها الشخص في شكل مشروع، سواء كانت بالجملة أو بالتجزئة، بدليل أن نص المادة 02 بمجمله ورد على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، كما أنه من غير المعقول أن يصنف المشرع الجزائري بيع السلع المستعملة بالمزاد العلني بالتجزئة، على أنها تعد عملا تجاريا، وفي الوقت نفسه يصنف بيع السلع الجديدة بالمزاد العلني بالتجزئة، على أنها تعد عملا مدنيا! فالمنطق يعطي الأولوية في الوصف التجاري للسلع الجديدة أو على الأقل يضعها في نفس المرتبة ويصبغ عليها الوصف ذاته. وتنطبق الملاحظة نفسها على عمليات بيع السلع المستعملة بالمزاد العلني بالتجزئة، حيث يبدو من صياغة نص المادة أن وصف التجارية ينطبق على بيع السلع المستعملة بالمزاد العلني بالتجزئة فقط دون الجملة، فالأولى أن يوصف هذا الأخير بما وصف به الأول أيضا.

والواقع أن هذا القصور في نص المادة السابقة مرجعه سوء الصياغة والترجمة غير الدقيقتين من النص الفرنسي إلى النص العربي، فالقانون التجاري الجزائري هو في الغالب نقل عن القانون الفرنسي. وبالعودة إلى هذا الأخير يتبين بأن المعنى الأصح لنص المادة السابقة هو "كل مقاولة للبيع بالمزاد العلني للسلع الجديدة أو الأشياء المستعملة بالجملة أو بالتجزئة"، أي أن وصف التجارية يلحق بعمليات البيع في المزاد العلني في جميع الحالات سواء كانت السلع جديدة أو مستعملة، وسواء كانت بالجملة أو بالتجزئة. وبالتالي، فإن المشرع الجزائري مدعو إلى تدارك هذا القصور في الصياغة تفاديا لأي تأويل لا يتماشى والمعايير المنطقية في التمييز بين العمل التجاري والمدني.

ليس هذا فحسب، بل إن المشرع الجزائري مدعو أيضا إلى استدراك شكل آخر من أشكال البيع بالمزايدة يسمى "البيع الالكتروني بالمزاد العلني" الذي أشار إليه مؤخرا الفقه الفرنسي بعد أن شاع استخدامه حديثا عبر مواقع الانترنت بسبب التطور التكنولوجي الذي صار يوفر بشكل أفضل ميزة السرعة التي تقوم عليها التجارة أصلا.

ثانيا: مقاولات صنع أو شراء أو بيع وإعادة بيع السفن للملاحة البحرية.

من الملاحظ أن هذا النوع من الأعمال التجارية قد يندرج ضمن ثلاث تقسيمات مختلفة تم اعتمادها في هذه الدراسة نظرا لعمومية نص المادة 02 من القانون التجاري. ففضلا عن مقاولات الأنشطة التداولية، يمكن تصنيفه أيضا ضمن مقاولات الأنشطة الصناعة بالاستناد إلى المصطلح الأول الوارد في المطة 15 من المادة 02 سابقة الذكر، كما يجوز إدراجه ضمن عمليات الملاحة البحرية بالاستناد إلى العبارة الأخيرة من نفس المطة. غير أنه يتعذر علينا تجزئة دراسة هذه الجزئية ضمن ثلاث تقسيمات مختلفة، وبذلك فقد ارتأينا إدراجه ضمن الأنشطة التداولية باعتباره التقسيم الأشمل مقارنة بالتقسيمات المتبقية.

وتعتبر "صناعة السفن" عملاً جماعياً يؤديه فريق متكامل يتقاسم الوظائف والتخصصات، وفي الغالب فإن إنشاء السفن أو بناؤها تقوم به مصانع متخصصة، وهي مشروعات تقوم على العمل بصورة مستمرة ومنتظمة، لأنها تتطلب خبرات فنية متخصصة من عمال ومهندسين وخبراء فنيين وغيرهم. ولأن هذا النوع من المشاريع يقوم على توظيف تلك الخبرات من أجل المضاربة وتحقيق الربح، فقد صنفها المشرع الجزائري ضمن طائفة الأعمال التجارية سواء تكفل الصانع بتقديم المواد الأولية ولوازم البناء من حبال وأخشاب وأشرعة وغيرها، أو اكتفى بتقديم خبرته الفنية باستخدام العمال والمهندسين والخبراء. واشترط المشرع أن ترد هذه الأعمال في شكل مشروع حتى تكون تجارية بطبيعتها وفقا لنص المادة 02 (المطة 15) من القانون التجاري.

كما أشارت المادة 02 (المطة 15) إلى اعتباره عملا تجاريا بطبيعته مقاولات شراء أو بيع وإعادة بيع السفن، ولم يشترط المشرع الجزائري أن تكون عملية البيع مقترنة بعملية شراء تسبقها أو نية للربح والمضاربة من تلك العملية عند الشراء، وعلى ذلك يكون بيع السفينة عملا تجاريا حتى وإن لم يكن قصد البيع متوفرا عند الشراء، أو لم يسبق عملية البيع عملية شراء من الأساس كأن تؤول إليه السفينة عن طريق الميراث، كما أن عملية الشراء في حد ذاتها تعد تجارية بطبيعتها حتى وإن لم يكن القصد منها إعادة البيع وتحقيق الربح، بل يكفي أن تتم عملية الشراء حتى وإن كانت موجهة إلى غرض آخر غير إعادة البيع وتحقيق الربح.

والحقيقة أن تصنيف هذا النوع من العمليات على أنها تجارية بطبيعتها، فإنه يعد تحصيل حاصل، بالقياس على عمليات الملاحة التجارية البحرية التي سبقت الاشارة إليها، ذلك أن هذه الأخيرة، إنما وردت على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر. وبذلك فإن هذا النوع من العمليات يعد، من وجهة نظرنا تجاريا، حتى وإن مورس بشكل منفرد مع توافر شرط نية المضاربة وتحقيق الربح. ولا أدل على هذا التفسير من التصنيف الذي اتبعه المشرع المصري في هذا النوع من الأعمال، حيث نصت المادة السادسة من قانون التجارة المصري على أنه "يعد عملا تجاريا كل عمل يتعلق بالملاحة التجارية بحرية كانت أو جوية وعلى وجه الخصوص: (أ) بناء السفن أو الطائرات وإصلاحها وصيانتها، (ب) شراء أو بيع أو تأجير أو استئجار السفن أو الطائرات...". وبذلك فقد كان الأصح، من وجهة نظرنا، لو أن المشرع الجزائري نص على تجارية هذه الأعمال دون اشتراط ممارستها على وجه المقاولة. أما عمليات اصلاح وصيانة السفن فلم يتضمنها نص المادة 02 (المطة 15) من القانون التجاري الجزائري، ومع ذلك يمكن استنتاجها بالقياس على مقاولات الانتاج والتحويل والإصلاح الواردة في المطة 04 من نفس المادة لكونها نصت على جميع عمليات الاصلاح بكل أنواعها. كما تنطبق نفس القاعدة على عمليات تأجير واستئجار السفن بقياسها على مقاولات تأجير المنقولات أو العقارات المنصوص عليها في المطة 03 من نفس المادة.

الفرع الثالث
مقاولات الأنشطة الخدماتية

من الصعب تحديد مجال الأنشطة الخدماتية بالمعنى الدقيق للكلمة، فهي كثيرة ومتنوعة، غير أنه يمكن القول إنه يتضمن الأنشطة التي تهتم بإنتاج الخدمات بدلاً من السلع الملموسة. وبالقياس على نص المادة 02 من القانون التجاري، نجد عددا من الأنشطة التجارية التي تدخل ضمن هذا المجال، وهي: مقاولات تأجير المنقولات أو العقارات، مقاولات استغلال النقل والانتقال، مقاولات استغلال المخازن العمومية، مقاولات استغلال الملاهي العمومية والإنتاج الفكري، مقاولات التأمينات، ومقاولات التوريد والخدمات، فيما نصت المادة 04 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري، على نوع آخر هو عمليات الترقية العقارية. وفيما يلي نستعرض بإيجاز هذه الأنشطة على النحو الآتي:

أولا: مقاولات تأجير المنقولات أو العقارات.

يقصد بالإيجار، وفقا لنص المادة 467 من القانون المدني، "كل عقد يمكّن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم". واعتبرت المادة 02 (المطة 03) من القانون التجاري، تأجير المنقولات أو العقارات عملا تجاريا بطبيعته إذا ورد في شكل مشروع منظم يستهدف تحقيق الربح والمضاربة. ويستوي أن يكون التأجير واردا على منقولات، كمن يقوم بتأجير السيارات ولوازم الأفراح والمناسبات وأدوات البناء، أو كان التأجير واردا على عقارات كتأجير المنازل والفنادق وصالات الأفراح والمناسبات والمستودعات والمكاتب الادارية وغيرها.

وحسنا فعل المشرع الجزائري عندما خالف المشرع الفرنسي الذي استثنى تأجير العقارات من طائفة الأعمال التجارية حتى وإن وردت في شكل مقاولة، مما جعله عرضة لانتقادات واسعة من الفقه الفرنسي حول هذا التمييز غير المنطقي، حيث تستند هذه الانتقادات إلى مبررين، أولهما يتعلق بالتناقض الحاصل بين النص التشريعي الفرنسي من جهة والاجتهاد الفقهي الذي اتفق في مجمله على تصنيف عمليات الفندقة على أنها تجارية وليست مدنية من جهة ثانية. أما المبرر الثاني فيستند إلى حقيقة معيارية جوهرية مفادها

أن فئة كبيرة من الأشخاص تخصصت في ممارسة هذا العمل وحققوا من ورائه أرباح كبيرة، فكان واجبا إصباغ الصفة التجارية على الالتزامات الناجمة عن الأعمال التي تزاولها هذه المشروعات حماية للمتعاملين معهم باعتبارهم الطرف الضعيف فيها.

فالمعيار الجوهري إذن، في تصنيف عمليات تأجير المنقولات والعقارات على أنها تجارية، يتوقف على ممارستها على سبيل التكرار والاحتراف المنظمين، وذلك هو المقصود بتعبير المشرع الجزائري "بالمقاولة".

ثانيا: مقاولات استغلال النقل والانتقال.

لا شك أن إضفاء الصفة التجارية على الأنشطة المتعلقة باستغلال النقل (البضائع) والانتقال (الأشخاص)، ضمن أحكام المادة 02 من القانون التجاري، يستند إلى حد كبير، على الدور الحيوي الذي تلعبه تلك الأنشطة في المجالين التجاري والاقتصادي والصلة الوثيقة بينهما. بل وتعد تلك الأنشطة، عصب الحياة التجارية وحركة تداول السلع والخدمات على جميع الأصعدة البرية والجوية والبحرية. وما يزيد من أهمية هذه الأنشطة أنها تسهل تنفيذ الغالبية الساحقة من العقود التجارية، وتقرب المسافات من المستهلك، مما يساعد على تطور التجارة على المستويين الوطني والدولي.

وبذلك فقد نص المشرع الجزائري ضمن أحكام المادة 02 (المطة 08) سابقة الذكر، على اعتبار مقاولات استغلال النقل والانتقال، عملا تجاريا بطبيعته إذا تمت من خلال مشروع منظم يستهدف المضاربة وتحقيق الربح، سواء باستخدام الطرق العامة أو السكك الحديدية أو البحر أو الجو. الأمر الذي يتضح منه أن عمل سيارات الأجرة يخرج من مفهوم هذا النص، لأنه لا ينطبق عليه مقومات المشروع، سواء كانت سيارة أجرة فردية أو جماعية حضرية أو جماعية غير حضارية، ذلك أن جميع هذه الأنشطة تدخل ضمن أعمال الحرفيين، التي هي أقرب إلى بيع الجهد والإنتاج والمهارة الشخصية، منه إلى المضاربة.

ومن وجهة نظرنا، فإن عمليات النقل والانتقال يمكن أن تمتد أيضا إلى الأعمال الأخرى المرتبطة بها أو المتفرعة عنها كما هو الحال بالنسبة لخدمات الشحن والتفريغ سواء قام بها الناقل بنفسه باستخدام آلاته ومعداته المخصصة لهذا الغرض، أو قام بها شخص آخر شريطة أن تتوافر فيه مقومات المشروع كذلك.

والملفت للانتباه هو أن هذا النوع من الأنشطة يتقاطع في شق منه مع المطة الأخيرة من المادة 02 سابقة الذكر، حيث نصت هذه الأخيرة على اعتباره تجاريا "كل الرحلات البحرية"، والتي تتم دون أدنى شك عبر وسائل النقل البحري المختلفة. والحالة هذه، فإن نصي المطتين 08 و20 من نفس المادة، يكملان بعضهما البعض ويفضيان إلى ذات النتيجة، ألا وهي تجارية عمليات النقل البحري.

ثالثا: مقاولات استغلال المخازن العمومية.

المخازن العمومية، عبارة عن مساحات واسعة، مغطاة أو مكشوفة، يودع فيها التجار بضائعهم لقاء أجر بانتظار بيعها أو سحبها عند الحاجة، كمخازن الحبوب والغلال والتبريد. ويعطى صاحب البضاعة إيصالا بها يسمى سند الخزن، وهو صك يمثل البضاعة، ويمكن من خلاله بيع هذه البضاعة إلى الغير أو رهنها عن طريق التظهير دون حاجة إلى نقلها.

واعتبر المشرع الجزائري، ضمن نص المادة 02 (المطة 11) سابقة الذكر، مقاولات استغلال المخازن العمومية، عملا تجاريا لارتباطه الوثيق بالحياة التجارية، التي تعد من دعائمها الأساسية، ولا يمكن تصور نجاح الأنشطة التجارية دون الاعتماد على المخازن العمومية. ولا يشترط أن يشتمل هذا المشروع على استثمار عدة مخازن، بل يكفي أن يشتمل على مخزن واحد، رغم ورود العبارة في النص بصيغة الجمع، شرط أن يكون هذا المخزن على جانب من السعة والتنظيم، بحيث يلبي حاجات العملاء، ويستوي أن يكون المخزن العام ملكا لصاحبه أو مستأجرا له.

وقد كان المشرع الجزائري دقيقا في اختيار المصطلحات، حيث استخدم عبارة "المخازن العمومية"، الأمر الذي يعني أن "المخازن الخاصة"، الملحقة ببعض المؤسسات العمومية أو حتى المصانع والمحال التجارية، تخرج من مفهوم المادة 02 من القانون التجاري، إلا إذا مورست بمناسبة عمل تجاري آخر، فإنها تأخذ حكم الأعمال التجارية بالتبعية وليس بحسب الموضوع كما سنأتي عليه

لاحقا. أما المخازن الخاصة التي تستخدمها المستشفيات والمدارس لتخزين بعض المواد الغذائية أو المعدات الطبية أو الكتب المدرسية، فإنها تحتفظ بطابعها المدني لأنها لا تستهدف المضاربة وتحقيق الربح.

رابعا: مقاولات استغلال الملاهي العمومية والإنتاج الفكري.

يقصد بالملاهي العمومية تلك الفضاءات المخصصة لتقديم التسلية والترفيه للجمهور مقابل أجر، كحدائق الألعاب والتسلية ومدن الملاهي والألعاب الرياضية والمسارح ودور السينما والسيرك وغيرها.

وقد نص القانون التجاري على هذا النوع من الأنشطة في نص المادة 02 (المطة 09) منه، غير أنه اشترط توافر مقومات المشروع في استغلال الملهى واستهداف المضاربة وتحقيق الربح لاكتساب الصفة التجارية، أما إذا تخلفت هذه الشروط كما لو قام مطرب بإقامة حفل عرس مقابل أجر، فإن عمله يظل مدنيا لأنه يستغل مواهبه الشخصية. كما يخرج من دائرة الأعمال التجارية، إقامة مباراة رياضية لتكريم لاعب معتزل أو بهدف التبرع بعوائدها للمستشفيات والأطفال أو تقديمها كمساعدات في حالات الكوارث الطبيعية، لأن هذه الأعمال لا تستهدف المضاربة وتحقيق الربح.

أما الانتاج الفكري فيقصد به حاصل جهود ذهنية أو إبداعية تسمى "حقوق الملكية الفكرية" أو "حقوق المؤلف والحقوق المجاورة"، تخول صاحبها الحق في استغلال مصنفاته الأدبية أو الفنية أو العلمية كالقصص والكتب واللوحات الفنية ومنتوجات العزف والتسجيلات السمعية والسمعية البصرية والمنحوتات الحاسوبية وقواعد البيانات والإعلانات والخرائط.

وكغيرها من عمليات الانتاج الأخرى، تدخل حقوق الملكية الفكرية بدورها، ضمن حلقة التوزيع والوصول إلى المستهلك، الأمر الذي يستقطب الوسطاء، ممثلين في دور النشر ومؤسسات الانتاج الفني والسينمائي وغيرهم، من أجل شراء أصول تلك الحقوق لتتولى طبعها وإنتاجها وإخراجها، ثم تقوم بتوزيعها على الوجه الذي يصدق عليه وصف المضاربة وتحقيق الربح. وبذلك فقد نص المشرع الجزائري على اعتبار عمليات استغلال الانتاج الفكري كأعمال تجارية إذا تمت في شكل مشروع، وهذا بخلاف الاستغلال المباشر من طرف الشخص نفسه لملكاته العلمية أو الأدبية أو الفنية، كأن يقوم أديب بنشر مؤلفه الأدبي أو عالم بعرض اختراعه أو انتاجه العلمي أو الرسام بإبراز مواهبه، وكل هذه الحالات تظل أعمالا مدنية لاتصال جوهرها بشخص المؤلف أو الفنان الذي يكون غرضه أسمى من مجرد تحقيق الربح والمضاربة.

والملاحظ بأن هناك صلة وثيقة بين استغلال الانتاج الفكري واستغلال الملاهي العمومية في كثير من الحالات، حيث يتم تسويق العديد من منتجات الفن والسينما والحفلات الغنائية في المسارح ودور السينما وصالات العرض وغيرها، الأمر الذي يفسر الجمع بينهما ضمن نص ذات المطة في المادة 02 سابقة الذكر.

خامسا: مقاولات التأمينات.

تنص المادة 02 (المطة 10) من القانون التجاري، على اعتبار "مقاولات" التأمين عملا تجاريا، ولم يفرق النص أو يخصص أنواعا معينة من التأمين، سواءً كان بريا أو بحريا أو جويا، وأيا كان نوع التأمين وطبيعة الخطر المؤمن عليه.

وقد سبق أن تناولنا عمليات التأمين في مناسبتين، الأولى تتعلق بالتصنيف الفقهي لتلك الأعمال على أنها تجارية بالنظر إليها من زاوية "المُؤَمَّن له" عندما يدفع أقساط معينة كمقابل لعملية التأمين، أما الثانية فتتعلق بعقود التأمين البحري. وإذا كانت "مقاولات" التأمين باعتبارها عملا تجاريا تتقاطع مع عقود التأمين البحري من حيث تلك النتيجة، فإنها تختلف مع الأولى من حيث تصنيفها لتجارية تلك الأعمال من زاوية "المُؤَمِن" وليس "المُؤَمَّن له"، وبالتالي اشترط المشرع أن تتم عمليات التأمين في شكل مشروع منظم يستهدف تحقيق الربح والمضاربة.

وعليه، فإنه يخرج من هذا المفهوم، عمليات التأمين التعاوني، الذي يقوم على التكافل بين مجموعة من الأشخاص الذين يتعرضون لأخطار متماثلة كالفلاحين، فيتفقون على دفع أقساط معينة فيما بينهم للتأمين على الأخطار التي تهدد محصولاتهم أو حيواناتهم، على أن تكون بمثابة التعويض عن تحقق تلك الأخطار بالنسبة لأحدهم، وبالتالي فإن كل مشترك فيه يعد "مُؤَمِن"

و"مُؤَمَّن له" في الوقت نفسه. ولا يعتبر هذا النوع من التأمينات تجاريا لأنه لا يستهدف تحقيق الربح والمضاربة بقدر ما يستهدف تحقيق التكافل بين أشخاصه.

وهكذا، فإن عمليات التأمين تكتسب صفة التجارية بحسب موضوعها من زاويتين، أولهما تصنيف فقهي ينظر إليه من زاوية "المُؤَمَّن له" كما رأينا في العمليات التجارية المنفردة، والثاني تشريعي ينظر إليه من زاوية "المُؤَمِن" على أن تتم في شكل مقاولة، وفي جميع الحالات تخرج عمليات التأمين التعاوني والاجتماعي من طائفة الأعمال التجارية لأنها لا يستهدفان تحقيق الربح والمضاربة.

سادسا: مقاولات التوريد أو الخدمات.

يقصد بعمليات التوريد التعهد بتموين العملاء بسلع أو خدمات معينة بشكل دوري ومنتظم، كتوريد الماء والكهرباء والغاز والانترنت والهاتف وغيرها.

ويشترط لاعتبار التوريد عملا تجاريا، وفقا لنص المادة 02 (المطة 06) سابقة الذكر، أن يتكرر وقوعه بشكل منتظم حتى يصدق عليه وصف المقاولة، فهو من العقود المستمرة التي يعتبر الزمن عنصرا جوهريا فيها، كأن يتعهد شخص معين بتوفير خدمات النظافة إلى الفنادق أو صالات الأفراح والمناسبات وغيرها لفترة زمنية معينة، غير أن عمال النظافة الذين يستخدمهم هذا الشخص، يظل عملهم مدنيا وليس تجاريا لانتفاء قصد الربح والمضاربة. وإذا قدم مربي مواشي عددا من مواشيه إلى صاحب مجزرة مرة واحدة، فلا تكتسب هذه العملية الصفة التجارية، غير أن هذا العمل إذا تكرر لفترة زمنية معينة وتم بشكل منتظم، فإنه يرقى في هذه الحالة إلى وصفه بالتجارية.

ويستوي أن تكون السلع أو الخدمات محل التوريد من انتاج المورّد كالماء والكهرباء والغاز والانترنت، أو أن يسبقها عملية شراء من أجل إعادة توريدها كأن يقوم تاجر بشراء المواد الغذائية من أجل توريدها إلى المستشفيات والمدارس والمطاعم وغيرها. ولا شك أن الحكمة التي يبتغيها المشرع من إضفاء الصفة التجارية على عمليات التوريد حتى وإن لم يسبقها عملية شراء، هو أنها لا تقتصر على عملية البيع فقط، وإنما تستهدف المضاربة وتحقيق الربح.

والملاحظ بأن المشرع الجزائري قد استخدم مصطلحي "التوريد" أو "الخدمات"، غير أن هذه الأخيرة، في حقيقة الأمر، هي أحد أشكال عمليات التوريد التي تتضمن إلى جانب التموين بالسلع، التموين بالخدمات أيضا. ولا أدل على ذلك من المشرع الفرنسي الذي اكتفى باستخدام مصطلح "التوريدات" فقط دون إضافة مصطلح "الخدمات". كما استخدم المشرع المصري في نص المادة 05 من قانون التجارة عبارة "توريد السلع والخدمات"، وهو توظيف يبدو موفقا من حيث الصياغة ويتماشى مع التفسير المشار إليه أعلاه. وبالتالي فإن إضافة مصطلح الخدمات يبدو، من وجهة نظرنا، تكلفا من المشرع الجزائري، ينبغي استدراكه ضمن أول فرصة تتاح من أجل حذفها أو تصحيحها.

سابعا: عمليات الترقية العقارية.

الحقيقة أن هذا النوع من الأعمال التجارية لم يتضمنه نص المادة 02 من القانون التجاري سابقة الذكر، وإنما ورد النص عليها في المادة 04 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993، والمتعلق بالنشاط العقاري، حيث نصت على أنه "فضلا عن الأحكام التي نصت عليها في هذا المجال المادة 02 من الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري، تعد أعمالا تجارية بحكم غرضها الأعمال الآتية:

- كل نشاطات الاقتناء والتهيئة لأوعية عقارية قصد بيعها أو تأجيرها،
- كل النشاطات التوسطية في الميدان العقاري، لا سيما بيع الأملاك العقارية أو تأجيرها،
- كل نشاطات الادارة والتسيير العقاري لحساب الغير".

ويبرر البعض أن إدراج نص المادة السابقة بضرورات توسيع النشاط الاقتصادي التي أملتها مرحلة ما بعد الحرب الباردة للمرور من نظام اقتصادي ذو طابع اشتراكي إلى نظام اقتصاد السوق الحر، بما في ذلك التحولات التي عرفها ميدان الاتجار بالعقار.

ومع أنه قد يبدو للوهلة الأولى أن مجال تصنيف هذه الأعمال يكون ضمن الأعمال التجارية المنفردة بحسب موضوعها، إلا أن المتمعن في السياق العام للقانون الذي ينظمها، يجد بأنها من صميم العمليات التي يقوم بها "المتعاملون في الترقية العقارية" (الوكيل العقاري)، وهي مهنة تخضع ممارستها للحصول على اعتماد والقيد في السجل التجاري وفقا لنص المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 09-18 المؤرخ في 20 جانفي 2009، والمتعلق بممارسة مهنة الوكيل العقاري. وبذلك، فإن المجال الموضوعي لتصنيف هذا النوع من الأعمال يكون ضمن الأعمال التجارية على وجه المقاولة وليس المنفردة، لأن المشرع اشترط لممارستها قدرا من الاحتراف الذي يتطلب التنظيم والاستمرارية في ذلك.

والملاحظ بأن النشاطات الثلاث المذكورة في نص المادة 04 سابقة الذكر، تتقاطع مع أعمال تجارية أخرى مذكورة في نص المادة 02 من القانون التجاري، وعلى سبيل المثال يمكن ذكر نشاطات الاقتناء والتهيئة لأوعية عقارية قصد بيعها أو تأجيرها التي تتقاطع بشكل كبير مع عمليات تأجير المنقولات والعقارات المنصوص عليها في المادة 02 (المطة 03) سابقة الذكر، في حين تتقاطع النشاطات التوسطية في الميدان العقاري المنصوص عليها في المادة 04 (المطة 02) سابقة الذكر مع عمليات السمسرة المنصوص عليها في المادة 02 (المطة 13) من القانون التجاري.

أما نشاطات الادارة والتسيير العقاري لحساب الغير المذكورة في المطة الأخيرة من المادة 04 سابقة الذكر، فلا تختلف كثيرا عن سابقاتها من حيث كونها شكلا من أشكال التوسط في التسيير كما نصت عليه المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 09-18 سابق الذكر، حيث تشمل إيجار المحلات ذات الاستعمال السكني أو المهني أو التجاري وتحصيل الايجارات والأعباء المتعلقة بها وكذا القيام بكل أشغال التصليح والصيانة، مقابل عمولة معينة يتقاضاها الوكيل العقاري لقاء قيامه بهذه الأعمال.

ومن وجهة نظرنا، فإن ما جاء بنص المادة 04 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 سابق الذكر، إنما ورد بدوره على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، فجميع الأعمال التي يقوم بها الوكلاء العقاريون، تعد تجارية بحسب موضوعها، أما المتعاملون معهم فتختلف الطبيعة القانونية لأعمالهم وفقا لكل حالة على حدى، فإذا توافرت فيهم شروط الاحتراف فإن عملهم يعد تجاريا بحسب موضوعه، أما إذا لم تتوافر تلك الشروط فإن العمل يظل تجاريا بالنسبة للوكيل العقاري ومدنيا بالنسبة للمتعامل معه.

وإذا نظرنا إلى مسلك المشرع الجزائري، في تعداده للأعمال التجارية بحسب موضوعها، نجد بأن جميع هذه الأعمال، سواء كانت منفردة أو على وجه المقاولة، يجمع بينها معيار جوهري مشترك وهو "تحقيق الربح والمضاربة"، وبدون هذا الأخير لا مجال لتصنيف تلك الأعمال ضمن طائفة الأعمال التجارية.

كما تجدر الاشارة إلى أن تعداد المشرع لهذه الأعمال إنما ورد على سبيل المثال لا الحصر حتى يستطيع أن يخضع أكبر عدد ممكن من الأعمال إلى أحكام القانون التجاري، وبالتالي يجوز للقضاء أن يقيس عليها ما يعرض عليه من قضايا تتضمن أعمالا لم تذكرها النصوص ويرى وجوب اعتبارها أعمالا تجارية. وفي هذا الخصوص، لفت انتباهنا نص المادة 07 من قانون التجارة المصري حيث نصت على أنه "يكون عملا تجاريا كل عمل يمكن قياسه على الأعمال المذكورة في المواد السابقة لتشابه في الصفات والغايات". وبالتالي يكون المشرع المصري قد حسم أي خلاف حول ما إذا كانت الأعمال التجارية التي عددها قد وردت على سبيل المثال أو على سبيل الحصر، والمشرع الجزائري بدوره مدعو إلى الاهتداء بنظيره المصري في أول فرصة تتاح حتى يحسم بدوره هذا الجدل وينهي كل خلاف بنص القانون.

المبحث الثاني
الأعمال التجارية بحسب شكلها

وهي أعمال اكتسبت الصفة التجارية بسبب شكلها بحيث يعد العمل فيها تجاريا في حد ذاته بمجرد توفر شروط معينة ودون النظر إلى الشخص القائم به أو طبيعة الالتزام الناشئ عنها سواء كان مدنيا أو تجاريا. وقد نص التقنين التجاري الجزائري على تلك الأعمال في المادة 03 منه والتي جاء بها ما نصه:"يعد تجاريا بحسب الشكل:

- التعامل بالسفتجة بين الأشخاص.
- الشركات التجارية.
- وكالات ومكاتب الأعمال مهما كان هدفها.
- العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية.
- كل عقد تجاري يتعلق بالتجارة البحرية والجوية".

يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري لم يعتمد على معيار موحد في تعداد الأعمال التجارية بحسب الشكل، فأحيانا يعتبر العمل تجاريا ولو وقع مرة واحدة دون أي شرط لممارسته بشكل منتظم ومستمر، كالتعامل بالسفتجة والعمليات المتعلقة بالمحلات التجارية وعقود التجارة البحرية والجوية، في حين يستوجب في مرات أخرى أن يتم ممارسة العمل على وجه الانتظام والاستمرارية كما هو الحال بالنسبة للشركات التجارية ووكالات ومكاتب الأعمال.

وقبل الخوض في تلك الأعمال وجب التنبيه إلى أن هذا التعداد الوارد في نص المادة 03 سابقة الذكر، إنما ورد على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال، وذلك على خلاف الأعمال التجارية بحسب موضوعها وفقا للممارسة والفقه الغالبين. وبذلك لا يجوز الاجتهاد في القياس على هذه الأعمال وإضافة أعمال تجارية أخرى لم يحددها المشرع بالذات.

وفيما يلي سنتناول الأعمال التجارية حسب شكلها سواء تلك التي لم يشترط المشرع القيام بها على وجه الاحتراف أو تلك التي تستوجب ممارستها على وجه الانتظام، وذلك من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول
الأعمال التجارية غير المنتظمة (المنفردة بحسب شكلها)

يقصد بالأعمال التجارية غير المنتظمة أو المنفردة بحسب شكلها، تلك الفئة من الأعمال التي اعتبرها المشرع الجزائري تجارية بحسب شكلها دون أي شرط لممارستها على وجه الانتظام والاستمرارية، بل يكفي أن يقوم بها الشخص ولو لمرة واحدة. وتختلف هذه الطائفة عن الأعمال التجارية المنفردة بطبيعتها، من حيث كون هذه الأخيرة تستهدف في جميع الحالات تحقيق الربح والمضاربة، في حين تعد الأولى تجارية بحسب شكلها مهما كانت نية الشخص القائم بها، سواء كان شخصا مدنيا أم تجاريا، وأيا كانت طبيعة الالتزام الناشئ عنها، مدنيا كان أم تجاريا. وتشمل هذه الفئة من الأعمال ثلاث أنواع مختلفة، هي: التعامل بالسفتجة بين كل الأشخاص، العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية وكل عقد تجاري يتعلق بالتجارة البحرية والجوية، وهو ما سنعالجه تباعا ضمن الفروع الموالية:

الفرع الأول
التعامل بالسفتجة بين كل الأشخاص

"السفتجة" أو كما يطلق عليها أيضا "الكمبيالة" أو "البوليصة" أو "سند السحب"، هي محرر مكتوب تتضمن أمرا صادرا من شخص يسمى **الساحب** إلى شخص آخر يسمى **المسحوب عليه** بأن يدفع لأمر شخص ثالث يسمى **المستفيد**، مبلغا معينا من النقود بمجرد الإطلاع أو في ميعاد معين أو قابل للتعيين. فهي أداة ائتمان لأنها تعطي المدين مهلة للوفاء، وهي أداة وفاء لأنها تؤدي

هذه الوظيفة بحلول تاريخ استحقاقها، ومن أهم صفاتها التداول من حامل إلى آخر بالتظهير أو بالتسليم حتى تقدم للمسحوب عليه لقبولها ثم وفائها.

ولم يأت المشرع الجزائري على تعريف السفتجة، غير أنه خص أحكامها بالفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الرابع من القانون التجاري (المواد من 389 إلى 464)، حيث جاء هذا الفصل بعنوان "السفتجة". ولأن نطاق هذه الدراسة لا يسمح بإجراء تحليل منهجي لجميع تلك الأحكام فسنكتفي منها بما يخدم أو يرتبط بحدود هذه الجزئية فحسب. وفي هذا الخصوص أوجبت المادة 390 أن تتضمن السفتجة البيانات التالية حتى يعتد بها كسفتجة وهي:

1- تسمية "سفتجة" في متن السند نفسه وباللغة المستعملة في تحريره،
2- أمر غير معلق على قيد أو شرط بدفع مبلغ معين،
3- اسم من يجب عليه الدفع، "المسحوب عليه"،
4- تاريخ الاستحقاق،
5- المكان الذي يجب فيه الدفع،
6- اسم من يجب الدفع له أو لأمره،
7- بيان تاريخ إنشاء السفتجة ومكانه،
8- توقيع من أصدر السفتجة "الساحب".

وقد نصت ذات المادة على أن "السند المذكور، لا يعتد به كسفتجة إذا خلا من أحد البيانات المتقدمة إلا في الحالات التالية:

- إن السفتجة الخالية من بيان تاريخ الاستحقاق، تكون مستحقة الأداء لدى الاطلاع عليها،
- وإذا لم يذكر فيها مكان خاص للدفع فإن المكان المبين بجانب اسم المسحوب عليه يعد مكانا للدفع وفي الوقت نفسه مكان موطن المسحوب عليه،
- وإذا لم يذكر فيها مكان إنشائها تعتبر كأنها منشأة في المكان المبين بجانب اسم الساحب".

ويتضح من هذا النص أن السفتجة تتكون من بيانات إلزامية وأخرى اختيارية، فإذا تخلفت هذه الأخيرة فإن ذلك لا يؤثر على صحتها، كما لو تخلف تاريخ الاستحقاق مثلا، أما إذا تضمنت عيبا شكليا بخلوها من أحد بياناتها الالزامية، سواء كان ذلك عمدا أو سهوا، فإنها قد **تتحول إلى ورقة تجارية** أخرى إذا كانت مستوفية للخصائص العامة للسندات التجارية، أو أنها قد تفقد الصفة التجارية للورقة وتعتبر عندئذ **سندا عاديا** يثبت دينا مدنيا كأن لا يذكر فيها "اسم السفتجة". كما قد **تفقد قيمتها القانونية** أصلا فلا تصلح حتى لأن تكون سندا عاديا مثبتا لدين مدني كما لو خلت من توقيع الساحب .

وإذا كان من الثابت أن الطبيعة القانونية للسفتجة كورقة لا تختلف عن غيرها من السندات التجارية الأخرى من حيث كونها جميعا أوراق تجارية، فإنها تختلف عن غيرها من السندات الأخرى من حيث الطبيعة القانونية للتعامل بها، حيث خصها المشرع الجزائري بأحكام مختلفة تعترف لها بالصبغة التجارية مهما كان الأشخاص المتعاملين بها. وفي هذا المعنى أكدت المادة 389 ما ورد بالمادة 03 سابقة الذكر، حيث جاء بها ما يلي: "تعتبر السفتجة عملا تجاريا مهما كان الأشخاص". ومؤدى ذلك أن جميع الالتزامات التي تنشأ عن السفتجة أو تداولها أو قبولها أو وفائها تعد تجارية بحسب الشكل أيا كانت طبيعة الالتزامات الناشئة عنها وأيا كانت طبيعة الأشخاص المتعاملين بها سواء كانوا أشخاص مدنيين أو تجاريين.

غير أن المشرع الجزائري أورد استثناءين على هذه القاعدة، حيث يتعلق الأول بنص الفقرة 02 من المادة 396 من القانون التجاري التي نصت على أنه: "إذا أدرج الساحب في نص السفتجة عبارة "ليست لأمر" أو عبارة مماثلة، فلا يكون السند قابلا للتداول إلا على الشكل والآثار المترتبة على التنازل العادي". وفي هذه الحالة لا يكون التعامل بالسفتجة عملا تجاريا إلا في العلاقة

بين أطرافه الأصليين، وهم الساحب والمسحوب عليه والمستفيد دون غيرهم، أما التعامل الذي يلي هذه العلاقة فإنه يخضع لأحكام السند العادي الذي يثبت دينا مدنيا يخضع للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني وليس التجاري.

أما الاستثناء الثاني فقد ورد في نص المادة 393 من القانون التجاري بقولها: "إن السفتجة التي توقع من القصّر الذين ليسوا تجارا تكون باطلة بالنسبة لهم بدون أن ينال ذلك من الحقوق التي يختص بها كل من الطرفين بمقتضى المادة 191 من القانون المدني". ولا شك أن الغاية التي يبتغيها المشرع من هذا الاستثناء هي توفير حماية للقصّر باعتبارهم طرف ضعيف في هذه المعاملات دون أن ينال ذلك من الاعتراف بها كسند عادي يثبت دينا مدنيا يخضع للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني وليس التجاري.

ولأن تعداد المشرع لهذه الأعمال ورد على سبيل الحصر لا المثال، فإنه لا يجوز للقضاء أن يقيس عليها ما يعرض عليه من قضايا تتضمن أعمالا لم تذكرها النصوص لاعتبارها أعمالا تجارية، فهذه الأحكام خاصة بالسفتجة فقط دون غيرها من الأوراق التجارية الأخرى كالشيك والسند لأمر التي يبقى التعامل بها مدنيا إذا كانت محلا لمعاملة مدنية وتجاريا إذا كانت محلا لمعاملة تجارية أو تجاريا بالتبعية بالنسبة للتجار كما سنرى لاحقا.

والحقيقة أن التطبيق الصارم لعدم جواز القياس على تلك الأعمال لكونها وردت على سبيل الحصر لا المثال، يثير اشكاليات أخرى موازية من حيث نطاق تطبيقها، فهل يعني ذلك أن كل ما لم يرد في نص المادة 03 غير مشمول بالصفة التجارية من حيث الشكل؟ وعلى سبيل المثال يمكن ذكر ما يسمى **"بالسفتجة الالكترونية"** التي كشف عنها التطور التكنولوجي الحديث، فهل تعد هذه الأخيرة "سفتجة" بالمعنى الدقيق للكلمة الذي نصت عليه المادة 03 سابقة الذكر لتنطبق عليها صفة التجارية، أم أنها لا تستوفي الشروط اللازمة لإصباغ تلك الصفة عليها؟

والملاحظ بأن المشرع الجزائري لم يراع هذه التطورات التي مست السندات التجارية رغم أنه أضاف وسائل الدفع الحديثة في الباب الرابع المتعلق بالسندات التجارية في القانون رقم 05-02 الصادر في 06 فيفري 2005، واكتفى هذا الأخير بالإشارة إلى "السفتجة الالكترونية" بشكل غير مباشر عندما نص على امكانية الوفاء بالسفتجة إلكترونيا وفقا لنص المادة 414 منه.

وفي ظل غياب النصوص القانونية التي تنظم أحكامها يبقى السؤال المتعلق بالطبيعة القانونية للسفتجة الالكترونية قائما، خاصة وأنها تعد من أكثر السندات التي يمكن الاستفادة منها في تقنية المعلومات الالكترونية التي غزت القطاع المصرفي وأن جل البنوك أصبحت تختار التعامل بها نظرا لما توفره من مزايا بالمقارنة مع السفتجة العادية.

وقد أجمع الفقه التجاري على أن مفهوم "السفتجة العادية" لا يختلف كثيرا عن مفهوم "السفتجة الالكترونية"، سوى أن الأخيرة معالجة إلكترونيا بشكل جزئي أو كلي، فإذا كانت معالجة بشكل جزئي فإنها تصدر منذ البداية على محرر ورقي يتم معالجته إلكترونيا وإدماج مضمونه على دعامة إلكترونية لتسمى **"السفتجة الالكترونية الورقية"**، وإما يتم معالجتها بشكل كلي فيختفي فيها الورق منذ البداية ويتم تسجيل بيانات السفتجة على شريط ممغنط لتسمى عندئذ **"السفتجة الإلكترونية الممغنطة"**، وهي شكل جد متطور بالمقارنة مع السفتجة الالكترونية الورقية.

وعليه فإن المعيار الجوهري الذي يمكن أن يعتمد عليه للاعتراف بالطبيعة القانونية "للسفتجة الالكترونية"، بصورتيها، كورقة تجارية، ومن ثم اعتبار التعامل بها عملا تجاريا بحسب الشكل، إنما يرتبط بالاعتراف بحجية البيانات محل المعالجة الالكترونية، وهما الكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني.

وبالعودة إلى النصوص التشريعية ذات الصلة، نجد بأنها قد ساوت بين حجية الكتابة الالكترونية أو الورقية ضمن نص المادة 323 مكرر1 من القانون المدني التي أضيفت بموجب القانون رقم 05-10 الصادر في 20 جوان 2005، الأمر الذي يعني أنه لا يوجد في القانون ما يلزم في الاعتقاد أن الكتابة لا تكون إلا على دعامة ورقية، ذلك أن الغاية من الكتابة هي تحديد مضمون التصرف، وبالتالي فإن فكرة الشكلية الكافية بذاتها تتوفر في السفتجة الالكترونية. كما اعترف المشرع الجزائري بحجية الكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني بموجب القانون رقم 15-04 الصادر في 01 فيفري 2015، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق

الإلكترونيين. وبالتالي فإن كلمة محرر الواردة في نص المادة 390 من القانون التجاري الجزائري تشمل الكتابة الورقية والالكترونية على حد سواء.

وبالقياس على الشروط الشكلية للسفتجة العادية، فإن "التعامل بالسفتجة الالكترونية" يأخذ، وفقا للفقه الفرنسي الغالب، حكم "التعامل بالسفتجة العادية" في صورة واحدة وهي "السفتجة الإلكترونية الورقية" لاستيفائها جميع تلك الشروط، فهي تستجيب بشكل جيد وتتماشى مع طبيعة الحياة التجارية القائمة على السرعة والتبسيط والأكثر ملائمة لتطويرها. أما "السفتجة الالكترونية الممغنطة"، فلا يمكن أن تكون بديلا للسفتجة التقليدية، وفقا لاجتهاد محكمة النقض الفرنسية، لعدم استيفائها الشروط الواجب توافرها في السفتجة العادية، فهي تصدر على دعامة ممغنطة دون أي امكانية للإطلاع عليها ورقيا، كما أنها وإن كانت تظهر بأنها تساير التطور التكنولوجي الحديث، إلا أنها لا تعد أداة ائتمان بقدر ما تعد أداة للوفاء فقط.

والحقيقة أن الاعتراف بتجارية "السفتجة الالكترونية الورقية"، ومن ثم تجارية التعامل بها، لا يعني الخروج على قاعدة "حصرية" نص المادة 03، وكل ما في الأمر أننا نتكلم عن صورة أخرى مطورة من صور السفتجة المنصوص عليها في نص ذات المادة على غرار تطور وسائل الدفع الالكتروني الأخرى. أما ما يتعلق بإمكانية التزوير فإنها تبقى واردة في الصورتين "الالكترونية" و"العادية" على حد سواء، خصوصا مع التطور التكنولوجي الحديث. وبالتالي فإن المشرع الجزائري مدعو إلى سد هذه الثغرة من أجل رفع اللبس وتفادي أي تأويلات خاطئة قد تنعكس سلبا على تطبيق القانون بشكل صحيح.

الفرع الثاني

العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية

لم يعرف المشرع الجزائري المحل التجاري واكتفى بذكر العناصر المكونة له في المادة 78 من القانون التجاري، والتي يمكن من خلالها وضع التعريف التالي: "يقصد بالمحل التجاري مجموعة الأموال المنقولة، المادية أو المعنوية، المخصصة لممارسة نشاط تجاري كالمعدات والآلات والبضائع والاسم التجاري والعلامة التجارية وبراءة الاختراع وسائر الأموال الأخرى اللازمة لاستغلال المحل التجاري".

واعتبرت المادة 03 (المطة 04) من القانون التجاري أن كل العمليات المتعلقة بالمحل التجاري تعد عملا تجاريا بحسب شكله بغض النظر عن صفة الشخص القائم بها ولو لم يكن تاجرا، والقول بخلاف ذلك من شأنه أن يفرغ المادة السابقة من محتواها ويجعل من العمليات السابقة عملا تجاريا بالتبعية وليس بحسب الشكل لارتباطه بشخص التاجر كما سنرى لاحقا.

ولا يشترط أن ترد تلك العمليات على المحل التجاري كوحدة قانونية مجتمعة تشمل جميع عناصره حتى يعد العمل تجاريا بحسب شكله، بل يكفي أن ترد تلك التصرفات على أحد عناصره المادية أو المعنوية كالسلع والعلامات التجارية وغيرها.

ولم يحدد المشرع الجزائري، وقد كان الأجدر به أن يحدد، ماهية تلك العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية ضمن نص المادة السابقة بشكل واضح، الأمر الذي ترك الباب مفتوحا لبعض التأويلات الفقهية وحتى القضائية حول نطاق تلك العمليات. وبالعودة إلى الكتاب الثاني (المواد من 78 إلى 214) من القانون التجاري الجزائري، نجد بأنه قد نص على مجموعة من التصرفات التي قد ترد على المحل التجاري، كبيعه أو رهنه أو إيجاره. وقد نصت المادة 79 من القانون التجاري على مجموعة من التصرفات التي تأخذ حكم بيع المحل التجاري كالوعد ببيعه أو انتقاله بالقسمة أو المزايدة أو بطريق المساهمة به في رأس مال شركة.

وقد ثار الخلاف حول الطبيعة القانونية للتصرفات الأخرى التي لم يتم النص عليها في الكتاب الثاني من القانون التجاري والتي من الممكن أن ترد بدورها على المحل التجاري كأن يكون هذا الأخير جزءا من تصفية تركة أو أن يتم حبسه في شكل مال وقفي يخصص ريعه لمصلحة مسجد أو جمعية خيرية وغيرها من التصرفات المشابهة. ولأن ما جاء في نص المادة 03 سابقة الذكر إنما ورد على سبيل الحصر لا المثال، فقد وجب إعمال النص في حدوده الضيقة وعدم التوسع في تفسيره، وعليه فإن التصرفات المذكورة لا تعد، من وجهة نظرنا، مشمولة بنص المادة 03 من القانون التجاري، غير أن الورثة الذين قد يؤول إليهم المحل التجاري عن طريق

الميراث، إذا قاموا بأي تصرف قانوني لاحق على ذلك المحل التجاري كبيعه أو رهنه أو إيجاره، فإن عملهم يعد تجاريا بحسب الشكل حتى وإن كانوا غير تجار، لأن الصفة التجارية تتبع التصرف الوارد على المحل التجاري في حد ذاته وليس الشخص القائم به.

الفرع الثالث

العقود التي تتعلق بالتجارة البحرية والجوية

تنص المادة 03 (المطة 05) من القانون التجاري على أنه يعد تجاريا بحسب شكله "كل عقد تجاري يتعلق بالتجارة البحرية والجوية".

وقبل الخوض في الشروط الشكلية التي يستوجبها المشرع لإضفاء الصبغة التجارية على هذا النوع من الأعمال، وجب التنويه إلى الخلل المتعلق بصياغة نص هذه الفقرة في نسختها العربية، حيث ورد في مستهلها عبارة "كل عقد **تجاري**". والواقع أن العقد إذا كان تجاريا بالفعل فإنه لا يحتاج إلى معيار آخر لتصنيفه على أنه تجاري مرة أخرى، وإذا سلمنا بصحة نص الفقرة بهذا الشكل فإن الجزء المتبقي من نص ذات الفقرة يصبح بلا معنى، ذلك أن العقد اكتسب صفة التجارية قبل أن يرتبط بشرط تعلقه بالتجارة البحرية والجوية، وهو ما لم يقصده المشرع الجزائري بكل تأكيد. وبالعودة إلى نص ذات المادة في نسختها الفرنسية نجد بأن الترجمة الصحيحة لها أدق من النص العربي، حيث جاء بها ما مفاده: "كل عقد يتعلق بالتجارة البحرية والجوية".

ليس هذا فحسب، بل إن نص هذه الفقرة يكاد يتطابق بشكل حرفي مع نص المادة 02 (المطة 18) من القانون التجاري التي تنص على الأعمال التجارية بحسب الموضوع، حيث نصت على أنه يعد تجاريا بحسب موضوعه "كل عقود التأمين والعقود الأخرى المتعلقة بالتجارة البحرية".

والحقيقة أن إعمال النصين السابقين لا يؤدي إلى نتائج متناقضة من حيث تجارية العمل في المجال الذي يتقاطعان فيه، غير أنهما يؤديان إلى فرض عتبتين متفاوتتين للوصول إلى تلك النتيجة، ذلك أن إعمال نص المادة 03 (المطة 05) سابقة الذكر سيؤدي إلى فرض عتبة عالية لإضفاء الصفة التجارية على عقود التجارة البحرية والجوية مقارنة بالعتبة التي يفرضها نص المادة 02 (المطة 18) من القانون التجاري، ذلك أن الأولى وردت على سبيل الحصر لا المثال وبالتالي لا يجوز القياس عليها، في حين وردت الثانية على سبيل المثال وليس الحصر، الأمر الذي يتيح امكانية قياس أعمال أخرى عليها لم يتضمنها النص.

والحالة هذه، فإنه لإعمال نص المادة 03 (المطة 05) من القانون التجاري، وجب توافر شرطين أساسين، هما:

1- أن يكون العمل عقدا من حيث الشكل والموضوع، أما الالتزامات الأخرى الناشئة عن المصادر الأخرى، كالإرادة المنفردة والفعل الضار (المسؤولية التقصيرية)، فلا تدخل ضمن مفهوم نص هذه المادة.
2- أن يتعلق بالتجارة البحرية والجوية، أو بمعنى آخر، يكون الغرض من التعاقد هو الاستغلال التجاري، بقصد المضاربة وتحقيق الربح.

غير أن المتمعن في هذه الشروط يجد بأن معيار تحقيق الربح والمضاربة إنما هو معيار موضوعي وليس شكلي، وبذلك فإن إعمال نص المادة 02 (المطة 18) لإسباغ الصفة التجارية على هذا النوع من الأعمال، يبدو حسب رأينا، الأقرب إلى الصواب، منه إلى نص المادة 03 (المطة 05) سابقة الذكر. والملاحظ بأن المشرع الجزائري قد تفطن إلى هذه المسألة من خلال الأمر رقم 96-27 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري، حينما ألحق نص المادة 02 بست مطات إضافية من بينها خمس مطات تتعلق بالتجارة البحرية فقط، بما في ذلك المطة 18 سابقة الذكر، غير أنه كان ينبغي أن يُتبعه بإلغاء نص المطة الخامسة من المادة 03 لعدم جدواها من جهة، وعدم تناسبها مع معيار الشكلية الذي تستوجبه الأعمال التجارية بحسب الشكل من جهة ثانية. أما أعمال التجارة الجوية فيمكن قياسها على أعمال التجارة البحرية الواردة في نص المادة 02 لكونها وردت على سبيل المثال لا الحصر كما أشرنا إليه سابقا.

المطلب الثاني
الأعمال التجارية المنتظمة بحسب شكلها

يقصد بالأعمال التجارية المنتظمة، تلك الفئة من الأعمال التي اعتبرها المشرع الجزائري تجارية بحسب شكلها والتي تتطلب لممارستها قدرا من الانتظام والاستمرارية. وتختلف هذه الطائفة عن الأعمال التجارية على وجه المقاولة، من حيث كون هذه الأخيرة لا تتطلب شكلا معينا لممارستها، بل ترتبط بطبيعة العمل في حد ذاته سواء كان القائم به شخصا طبيعيا أو معنويا، في حين تتطلب الأولى شكلا معينا لممارستها حتى تكون تجارية بحسب شكلها بغض النظر عن طبيعة العمل الذي تباشره أكان مدنيا أم تجاريا. وتشمل هذه الفئة من الأعمال فئتين هما: الشركات التجارية، ووكالات ومكاتب الأعمال مهما كان هدفها، وهو ما سنتطرق له ضمن الفرعين التاليين:

الفرع الأول
الشركات التجارية

لم يعرف القانون التجاري الجزائري الشركات التجارية واكتفى بالنص على أحكامها ضمن الكتاب الخامس (المواد من 544 إلى 840). وبالعودة إلى أحكام القانون المدني، باعتباره الشريعة العامة، نجد بأنه قد أورد تعريفا للشركة في نص المادة 416 منه، حيث عرفها بأنها "عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة، كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك".

والحقيقة أن الشركات تنقسم من حيث طبيعة نشاطها إلى قسمين، شركات تجارية وأخرى مدنية، وهذا هو المعيار التقليدي لتقسيم الشركات، فإذا كان موضوع نشاطها مدنيا، كالتعليم والطب والمحاماة، كانت الشركة مدنية، أما إذا كان موضوع نشاطها تجاريا، كالصرافة والسمسرة، كانت الشركة تجارية.

غير أن المشرع الجزائري أورد استثناء على هذا المبدأ، حينما نص في الفقرة الأولى من المادة 544 من القانون التجاري على أنه "يُحَدّد الطابع التجاري لشركة إما بشكلها أو موضوعها"، فيما نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه "تعد شركات التضامن وشركات التوصية والشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة، تجارية بحكم شكلها ومهما يكن موضوعها".

وقد نصت المادة 03 (المطة 02) من القانون التجاري على أنه "يعد عملا تجاريا بحسب شكله: الشركات التجارية". وبهذا المعنى، فإن نص هذه الأخيرة يوحي بأنه يمكن اعتبار الشركة تجارية إذا كان موضوع نشاطها تجاريا من جهة، أو إذا اتخذت شكلا من أشكال الشركات المذكورة في نص الفقرة 02 من المادة 544 سابقة الذكر من جهة ثانية.

والحقيقة أن هذا التفسير لا يتماشى مع قصد المشرع الجزائري من حيث معايير تصنيف الأعمال التجارية بحسب شكلها، حيث تعتمد هذه الأخيرة على شروط شكلية بحتة لتصنيف العمل على أنه تجاري على هذا الأساس دون أي مراعاة للمعايير الموضوعية الأخرى، وعليه فإن المقصود بنص المادة 03 (المطة 02) سابقة الذكر، هو الشركات المذكورة في نص الفقرة 02 من المادة 544 سابقة الذكر دون غيرها، وهي: شركات التضامن، وشركات التوصية بنوعيها البسيطة أو بالأسهم، والشركات ذات المسؤولية المحدودة بما في ذلك المؤسسات ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة، وشركات المساهمة.

ولم يعرف المشرع الجزائري **شركات التضامن**، غير أنه يمكن استخلاصه من نظامها القانوني على أنها تلك الشركات التي تتألف من شريكين فأكثر، يكتسب جميعهم صفة التاجر، على أن تكون المسؤولية بينهم غير محدودة وعلى وجه التضامن عن ديون الشركة، بحيث تكون أموالهم الخاصة ضامنة لتلك الديون، ولا يجوز للشريك أن يدفع بأن حصته تمثل فقط جزءا من رأسمال الشركة. وتنحلُّ هذه الأخيرة بانسحاب أحد شركائها أو وفاته أو منعه من ممارسة مهنته التجارية أو فقدان أهليته أو إفلاسه ما لم يكن هناك شرط مخالف في القانون الأساسي أو يقرر ذلك باقي الشركاء بإجماع الآراء.

وتعد هذه الشركات الأسبق ظهورا لملائمتها للاستغلال التجاري الذي يقوم على عدد قليل من الشركاء، فهي غالبا ما تتكون من أشخاص تربطهم علاقات قرابة أو صداقة وثيقة تقوم على الثقة المتبادلة فيما بينهم، وذلك بالنظر إلى المسؤولية الشخصية والتضامنية التي تثقل كاهلهم.

أما **الشركة ذات المسؤولية المحدودة** فهي تلك التي تتكون من شريكين فأكثر فتسمى "الشركة ذات المسؤولية المحدودة"، وهي الشركة الوحيدة التي قد تتكون من شخص واحد فتسمى "المؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة"، وهي الوحيدة أيضا من بين باقي الشركات الأخرى التي يخضع فيها عدد الشركاء إلى نظام التسقيف القانوني، بحيث لا يتجاوز عددهم 50 شريكا في القانون التجاري الجزائري تحت طائلة الحل. وفي كلا الصورتين تكون مسؤولية الشريك فيها غير مطلقة، بل هي مسؤولية محدودة بقدر الحصة التي ساهم بها في رأسمال الشركة، فلا يسأل عن ديونها إلاّ في حدود حصته، كما أنها تسمح بمزاولة التجارة دون اكتساب الشريك فيها صفة التاجر. ويعد هذا النوع من الشركات الأكثر رواجا في الواقع العملي باعتبارها النموذج الأمثل لتكوين المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

في حين عرفت المادة 592 من القانون التجاري **شركة المساهمة** بأنها "الشركة التي ينقسم رأسمالها إلى حصص، وتتكون من شركاء لا يتحملون الخسائر إلا بقدر حصتهم. ولا يمكن أن يقل عدد الشركاء فيها عن سبعة". فهي تسمح بدورها، بمزاولة التجارة دون اكتساب الشريك فيها صفة التاجر. ويعد هذا النوع من الشركات الأكثر توظيفا لرؤوس الأموال الضخمة في المشاريع الاقتصادية الكبرى، لذلك اشترط المشرع الجزائري أن يتم تكوين رأسمالها، المتمثل في عدد من الأسهم متساوية القيمة والقابلة للتداول، عن طريق الاكتتاب، وذلك بتقديم حصة من مال من طرف الشريك يساوي القيمة الاسمية لتلك الأسهم المطروحة للاكتتاب.

أما **شركات التوصية البسيطة** فلم يعرفها المشرع الجزائري أيضا، غير أنه يمكن استخلاصه من نظامها القانوني على أنها تلك الشركات التي تتكون بين شريك متضامن أو أكثر له صفة تاجر، ومسؤول دائما وبصفة متضامنة عن ديون الشركة، وشركاء موصين تكون مسؤوليتهم محدودة ولا يتحملون الخسائر إلا بما يعادل حصصهم. فهي مختلطة بين شركة التضامن والشركة ذات المسؤولية المحدودة.

فيما عرف المشرع **شركة التوصية بالأسهم**، في نص المادة 715 ثالثا من القانون التجاري، على أنها تلك الشركات التي يكون رأسمالها مقسما إلى أسهم، بين شريك متضامن أو أكثر له صفة تاجر، ومسؤول دائما وبصفة متضامنة عن ديون الشركة، وشركاء موصين لهم صفة مساهمين ولا يتحملون الخسائر إلا بما يعادل حصصهم. فهي مختلطة بين شركة التضامن وشركة المساهمة.

وتعد جميع هذه الشركات تجارية بحسب شكلها بغض النظر عن موضوع نشاطها، سواء كان مدنيا كالشركات الرياضية أو تجاريا كشركات الصرافة، كما يستوي أن تكون الشركة خاصة أو في شكل مؤسسة عمومية اقتصادية تملك الدولة فيها مباشرة أو بصفة غير مباشرة جميع الأسهم أو الحصص وفقا لنص المادة 05 من القانون 88-01 المؤرخ في 12 جانفي 1988، والمتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية.

ولأن نص المادة 03 سابقة الذكر جاءت على سبيل الحصر لا المثال، فإنه لا يجوز القياس عليها أو التوسع في تفسيرها، وبالتالي فإن الشركات التي تتخذ أشكالا أخرى غير تلك المنصوص عليها في نص الفقرة 02 من المادة 544 من القانون التجاري، لا تعد تجارية إلا إذا كان موضوع نشاطها تجاريا **كشركة المحاصة** مثلا. ورغم أن هذه الأخيرة تتشابه، من حيث طبيعتها الشخصية، مع شركة التضامن سوى أنها مستترة ولا تتمتع بالشخصية المعنوية، إلا أن المشرع الجزائري لم يعترف لها بالصفة التجارية بحسب الشكل، بل إنها تصنف على أنها تجارية بحسب موضوعها وليس بحسب شكلها إذا كان موضوعها تجاريا، أما إذا كان موضوع نشاطها مدنيا فإنها تكون مدنية وليست تجارية.

الفرع الثاني
وكالات ومكاتب الأعمال مهما كان هدفها

تستند "وكالات ومكاتب الأعمال" في تسميتها إلى طبيعة الخدمات التي تقدمها والتي ترتبط في الغالب بعمليات التوسط التي تقوم بها تلك الوكالات والمكاتب مقابل عمولة معينة، أو نظير نسبة مئوية من قيمة الصفقة التي تتوسط فيها. والخدمات التي تقدمها هذه المكاتب والوكالات كثيرة ومتنوعة، كتلك التي تقدمها وكالات السياحة والأسفار، وكالات التسويق والدعاية والاعلان، وكالات الأنباء، وكالات التوظيف، وكالات تحصيل الديون، وكالات الزواج، ووكالات استخراج أذونات التصدير والاستيراد والتخليص على البضائع في الجمارك وغيرها.

واعتبر المشرع الجزائري بنص المادة 03 (المطة 03) من القانون التجاري، وكالات ومكاتب الأعمال عملا تجاريا بحسب شكله مهما كان هدفها. وبهذا المعنى فإن عملها يعد تجاريا بحسب الشكل حتى ولو كانت الخدمة في ذاتها مدنية كالوساطة في الزواج والتوظيف والسياحة وغيرها، ولا يكاد يخرج منها سوى مكاتب المهن الحرة كالمحاماة والمحاسبة والهندسة، حيث استقر الرأي على أنها أعمال مدنية لكل منها قانون خاص ينظمها. غير أن المتمعن في نص المادة 03 سابقة الذكر، يجد بأن المشرع الجزائري قد اشترط لتصنيف هذه الأعمال على أنها تجارية، أن يتم مباشرتها على سبيل الامتهان بقصد المضاربة وتحقيق الربح.

والملاحظ بأن هذا المعيار الأخير، إنما هو معيار موضوعي وليس شكلي لتصنيف العمل على أنه تجاري، الأمر الذي يطرح التساؤل حول الطبيعة المعيارية الأنسب لتصنيف هذه الأعمال على أنها تجارية إما بحسب شكلها أو بحسب موضوعها. وحسنا فعل المشرع الفرنسي عندما صنف هذه الفئة من الأعمال ضمن طائفة الأعمال التجارية بطبيعتها إذا وردت على وجه المقاولة خلافا للمشرع الجزائري، وهو تصنيف يبدو منطقيا لتناسبه مع المعايير الموضوعية التي تتطلبها ممارسة هذه النشاطات. ولا يقدح في ذلك الطبيعة المدنية لمحل بعض الخدمات التي تقدمها تلك المكاتب أو الوكالات، فالصفة التجارية تلحق نشاط هذه المكاتب أو الوكالات التي هي عبارة عن بيع للخدمات أو الخبرة أو الجهود التي يبذلها صاحب المكتب أو الوكالة، فعلى سبيل المثال، تلحق الصفة التجارية الخدمة المؤداة من طرف وكالات الزواج وليس الزواج نفسه. ولعل ما يؤكد صحة هذا التفسير هو ذلك التناقض الذي وقع فيه المشرع الجزائري نفسه عندما نص في المادة 04 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993، والمتعلق بالنشاط العقاري، على أنه "فضلا عن الأحكام التي نصت عليها في هذا المجال المادة 02 من الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري، تعد أعمالا تجارية بحكم غرضها الأعمال الآتية:

- كل نشاطات الاقتناء والتهيئة لأوعية عقارية قصد بيعها أو تأجيرها،
- كل النشاطات التوسطية في الميدان العقاري، لا سيما بيع الأملاك العقارية أو تأجيرها،
- كل نشاطات الادارة والتسيير العقاري لحساب الغير".

ولأن هذه الأعمال المذكورة أعلاه، هي من صميم المهام التي تقوم بها الوكالات العقارية حصريا وفقا للتشريعات القانونية الساري العمل بها، فإن تصنيفها وفقا لنص المادة 04 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 سابق الذكر يجعل منها عملا تجاريا بحسب موضوعه بصريح العبارة، في حين يجعل منها إعمال نص المادة 03 (المطة 03) من القانون التجاري عملا تجاريا بحسب الشكل.

ليس هذا فحسب، بل إن الخدمات التي تقدمها وكالات ومكاتب الأعمال، كثيرا ما تتقاطع مع عمليات السمسرة والوكالة بالعمولة، وهي أعمال صنفها المشرع الجزائري على أنها تجارية بحسب موضوعها وليس شكلها. ومع أن هذا الاختلاف لا يؤدي إلى تناقض في الحالات التي تتقاطع فيها تلك الأعمال من حيث الطبيعة القانونية كونها ستكون تجارية في جميع الحالات، غير أنها تطرح التساؤل حول الطبيعة المعيارية لتصنيفها على أنها تجارية بحسب الشكل أم بحسب الموضوع. وعلى هذا الأساس، نرى بأنه من الأصوب، لو أن المشرع الجزائري قام بإدراج هذه الأعمال ضمن نص المادة 02 من القانون التجاري بدلا من المادة 03 على أن يتم ممارستها على وجه المقاولة بهدف المضاربة وتحقيق الربح.

وإذا نظرنا إلى مسلك المشرع الجزائري، نجد بأنه قد توسع كثيرا في تعداده للأعمال التجارية بحسب شكلها، مقارنة بالتشريع الفرنسي الذي اكتفى بالنص على التعامل بالسفتجة والشركات التجارية فقط باعتبارها أعمالا تجارية بحسب شكلها، في حين قام بتصنيف باقي الأعمال إما بحسب موضوعها أو بالتبعية. ولأن هذه الأعمال مذكورة على سبيل الحصر لا المثال، فقد وجب على المشرع الجزائري عدم التوسع في تعدادها والاكتفاء منها بالأعمال التي لا يستوعبها المعيار الموضوعي فقط، لأن إعمالها يتطلب عتبة شكلية صارمة لا تسمح بالقياس عليها في جميع الحالات.

المبحث الثالث

الأعمال التجارية بالتبعية

رغم أن المشرع الجزائري اعتمد في تصنيفه للأعمال التجارية على معياري الأعمال التجارية بحسب الموضوع والأعمال التجارية بحسب الشكل، إلا أن هذين الأخيرين لم يستوعبا جميع صور الأعمال التجارية الأخرى التي أجمع الفقه التجاري على اعتبارها أعمالا تجارية بدورها لصلتها الوثيقة بالنشاط التجاري رغم عجز المعايير السابقة عن استيعابها. وبذلك فقد ابتدع الفقه والقضاء الفرنسيين، ومن خلالهما أغلب التشريعات المقارنة بما فيها المشرع الجزائري، نظرية جديدة أطلق عليها اسم "الأعمال التجارية بالتبعية"، وتسمى أيضا الأعمال التجارية بالمناسبة أو الأعمال التجارية النسبية، حيث جمع فيها بين الطابع الموضوعي للأعمال التجارية من جهة، والطابع الشخصي أو الطائفي (فئة التجار) لممارسة تلك الأعمال من جهة ثانية.

وفي هذا الخصوص نصت المادة 04 من القانون التجاري الجزائري على أنه: "يعد عملا تجاريا بالتبعية:

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

وفيما يلي سنتناول أحكام الأعمال التجارية بالتبعية وكذا صور ومجالات تطبيق تلك الأعمال التي تصورها الفقه التجاري من خلال المطلبين المواليين:

المطلب الأول

أحكام الأعمال التجارية بالتبعية

باستقراء نص المادة 04 من القانون التجاري يتضح أن الأعمال التجارية بالتبعية هي أعمال مدنية من حيث الأصل لأنها تخرج عن التعداد القانوني للأعمال التجارية التي أوردتها المادة 02 من القانون التجاري، غير أنها تكتسب الصفة التجارية بتوافر شروط معينة تبعا لشخص القائم بها (التاجر) من جهة، ومناسبة قيامه بذلك العمل (ممارسة تجارته أو حاجات متجره) من جهة ثانية. في حين استقر الفقه والقضاء على فرضية مفادها أن جميع الأعمال التي يقوم بها التاجر تعتبر تجارية بالتبعية حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك، وهو ما سنعالجه ضمن الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

شروط تطبيق نظرية الأعمال التجارية بالتبعية

تنقسم الأعمال التي يقوم بها التاجر إلى ثلاث أقسام مختلفة، هي:

1- **أعمال تجارية صرفة** يقوم بها التاجر ضمن نشاطه التجاري المعتاد بهدف تحقيق الربح. وهذه الأعمال لا خلاف في خضوعها لأحكام القانون التجاري.

2- **أعمال مدنية بحتة** تبتعد إطلاقا عن روح التجارة وتتعلق بالحياة الخاصة للتاجر كزواجه وميراثه ونفقته على أسرته وغيرها من الأمور الحياتية الخاصة لكل شخص. وهذه الأعمال لا خلاف في خروجها عن دائرة الأعمال التجارية، ولا

خلاف أيضا في اقتصارها على التاجر الفرد دون الشركات التجارية باعتبارها من التصرفات اللصيقة بوصف الانسان.

3- **أعمال مدنية من حيث الأصل**، غير أن الطبيعة القانونية لها تختلف باختلاف شخص القائم بها من جهة، ومناسبة قيامه بذلك العمل من جهة ثانية، فإذا قام بها تاجر بمناسبة ممارسة تجارته أو حاجات متجره فإن عمله يعد تجاريا بالتبعية، أما إذا قام بها شخص غير تاجر احتفظ العمل بطبيعته المدنية، وذلك على النحو الذي سنبينه في العنصرين التاليين:

أولا: توافر صفة التاجر في شخص القائم بالعمل.

اشترطت المادة 04 من القانون التجاري لاعتبار العمل تجاريا بالتبعية أن يكون القائم به تاجرا. وقد عرفت المادة 01 من القانون التجاري هذا الأخير بقولها: "يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له ما لم يقض القانون بخلاف ذلك".

والملاحظ من خلال النصوص السابقة أن العبرة في اكتساب الشخص لصفة التاجر، ومن ثم اعتبار عمله تجاريا بالتبعية، لا يقوم على ما يصف به نفسه ولا على ما يصفه به غيره ولا حتى بقيد اسمه في السجل التجاري كما سنرى لاحقا، بل العبرة باعتياده القيام بالأعمال التجارية واتخاذها مهنة له، سواء كان القائم بها شخصا طبيعيا أو معنويا كأن تكون شركة تجارية.

وبهذا المعنى فإن الأعمال المدنية التي يقوم بها الشخص بمناسبة عمل تجاري يقوم به بشكل منفرد دون أن يكتسب صفة التاجر، لا يعد عملا تجاريا بالتبعية، كأن يشتري شخص معين سلعة بغرض إعادة بيعها وتحقيق الربح، ثم يقوم بنقلها من مكان شرائها إلى مستودعه، والحالة هذه فإن عملية الشراء من أجل البيع تعد عملا تجاريا بحسب موضوعه، في حين لا تعد عملية نقل السلع المراد بيعها عملا تجاريا بالتبعية لعدم توافر شرط صفة التاجر في شخص القائم بها.

وعلى خلاف ما قد يبدو للوهلة الأولى من نص المادة 04 (المطة 02) سابقة الذكر، فإنه لا يشترط أن يكون طرفي العلاقة تجارا حتى يكون العمل تجاريا بالتبعية، بل يكفي أن يتمتع بهذه الصفة أحد طرفي العلاقة فحسب، فيكون العمل تجاريا بالتبعية بالنسبة للتاجر ومدنيا بالنسبة للطرف المدني. ولا يعد نص المشرع الجزائري في المادة 04 (المطة 02) سابقة الذكر على اعتبار "الالتزامات بين التجار" عملا تجاريا بالتبعية تناقضا مع ما ورد في المطة 01 من نفس المادة التي اشترطت لاعتبار العمل تجاريا بالتبعية أن يكون أحد طرفي العلاقة تاجرا فقط، بل إن نص المطة 02 يعد تأكيدا لما ورد في المطة 01، أي بعبارة أخرى وكأن لسان حال المشرع الجزائري أراد أن يوضح أن اشتراط توافر صفة التاجر في أحد طرفي العلاقة لاعتبار العمل تجاريا بالتبعية يستلزم من باب أولى اعتبار العمل تجاريا بالتبعية، كتحصيل حاصل، في حال كان طرفي العلاقة تجارا، تطبيقا لقاعدة أن من يملك الكل يملك الجزء.

وقد كان الأولى بالمشرع الجزائري أن يلغي نص المطة الثانية، على غرار ما انتهجه المشرع المصري، تفاديا لأي لبس في تفسيرها خصوصا أن نص المطة الأولى يعد كافيا لتطبيق نظرية الأعمال التجارية بالتبعية بشكل شامل بحيث يستوعب جميع صورها المفترضة بما في ذلك الالتزامات بين التجار.

ثانيا: ارتباط العمل بممارسة تجارة التاجر أو حاجات متجره.

لا يكفي لاعتبار العمل تجاريا بالتبعية توافر صفة التاجر في شخص القائم بها، بل ينبغي توافر شرط آخر ملازم للشرط الأول حتى يكتسب العمل الصفة التجارية بالتبعية، وهو ارتباط العمل بممارسة تجارة التاجر أو حاجات متجره أو حصوله في نطاق نشاطه التجاري أو بمناسبته، حيث يجب أن يتوافر هذا الشرط جنبا إلى جنب مع شرط صفة التاجر حتى يكون العمل مشمولا بالصفة التجارية بالتبعية، وفيما عدا ذلك فإن العمل يظل محتفظا بصفته المدنية.

على أنه لا يلزم لاعتبار العمل تجاريا بالتبعية، أن تكون العلاقة مباشرة بين العمل ونشاط التاجر المهني، بل يكفي أن يكون العمل قد حدث بمناسبة النشاط التجاري للتاجر بحيث لولاه لما وقع العمل، كما لو استأجر التاجر مستودعا لركن سيارته التي

يستغلها في نقل بضائعه لمصلحة محله التجاري، فعملية الاستئجار لا تتعلق باستغلال التاجر لها في نشاطه التجاري بشكل مباشر، وإنما تتعلق بنشاط آخر يستغله التاجر بدوره في نشاطه التجاري وهو استغلال سيارته في نقل بضائعه لمصلحة محله التجاري.

كما أن استعمال عبارة "المتعلقة بممارسة تجارته"، الواردة في نص المادة 04 (المطة 01) سابقة الذكر، لا تعني أن ممارسة التاجر لنشاط تجاري آخر خارج موضوع تجارته، لا يعد عملا تجاريا بالتبعية، كأن يخصص تاجر الأدوات المكتبية والوراقة جزءا من محله لبيع المثلجات دون رخصة. ورغم أن هذه الممارسة تشكل مخالفة وفقا لنص المادة 41 من القانون 04-08، والمتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، المعدل والمتمم، إلا أن ذلك لا يعفي التاجر من اعتبار عمله تجاريا، لأن هذه الأخيرة مقررة لحماية الغير المتعاملين مع التاجر وليس العكس، فالعبرة باعتياده القيام بذلك العمل التجاري وليس بقيده في السجل التجاري ولا بتحديد موضوع نشاطه وفقا لمدونة الأنشطة الاقتصادية الخاضعة للتسجيل في السجل التجاري.

كما أن استعمال ذات العبارة السابقة لا يعني أيضا بأن "النشاط" الذي يقوم به التاجر يجب أن يكون تجاريا بالضرورة، ذلك أن هذا التفسير لا ينسحب على جميع نشاطات الشركات التجارية، فقد يكون نشاطها تجاريا وقد يكون مدنيا عندما تتخذ شكلا من أشكال الشركات التجارية بحسب الشكل، ومن رأينا لو أن المشرع الجزائري استعمل عبارة "المتعلقة بممارسة نشاطه" لكان أدق وأشمل، بحيث تنطبق على التاجر الفرد والشركات التجارية على حد سواء. أما ما يتعلق بالشركاء في شركات الأشخاص الذين يكتسبون صفة التاجر، فيكون عملهم تجاريا بالتبعية عندما يقومون بممارسة عمل يتعلق بنشاط الشركة، أما إذا قام الشريك بذات العمل لمصلحته الخاصة فإن عمله يعد مدنيا وليس تجاريا.

والحكمة التي ابتغاها الفقه والقضاء التجاريين، ومن خلالهما التشريعات المقارنة التي أخذت بهذه النظرية بما فيها المشرع الجزائري، من إصباغ الصفة التجارية على الأعمال التي يقوم بها التاجر لممارسة تجارته أو حاجات متجره، تكمن في خلق تجانس بين جميع أنشطة التاجر وتوحيد النظام القانوني المطبق عليها حتى تكون الحياة التجارية وحدة لا تتجزأ يخضع فيها العمل التبعي والعمل الأصلي لنظام قانوني واحد، تطبيقا للمبدأ القائل أن: "الفرع يتبع الأصل في الحكم". فالنشاط التجاري ضخم ومعقد تختلط فيه الأعمال ذات الصفة التجارية الواضحة بالأعمال المدنية التي ترتبط ارتباطا وثيقا بالنشاط التجاري للتاجر، ولا معنى لأن يبحث القضاء في هذا النشاط المتشعب، لكي يطبق القانون التجاري مرة على النوع الأول والقانون المدني مرة أخرى على النوع الثاني، خاصة وأن الغاية من القيام بالعمل الأخير، هو خدمة النشاط التجاري الأول الذي يستهدف تحقيق الربح والمضاربة، ومن المنطق إخضاع كلا العملين لنظام قانوني موحد لاشتراكهما في تحقيق الغاية نفسها، وهي تحقيق الربح، حتى وإن كانت غير مباشرة بالنسبة للعمل التبعي.

وعلى هذا الأساس، فإن الخوض في مسألة "نية تحقيق الربح" بالنسبة للعمل التبعي من عدمها، لم يعد لها، حسب رأينا، أي جدوى، لأن نية تحقيق الربح تقاس بالنسبة للعمل كجملة واحدة وليس بصفة مجزأة، وبالتالي، فإن استهداف العمل التبعي بدوره لتحقيق الربح، يعد تحصيل حاصل، ولو بشكل غير مباشر، بحيث لولا هذا العمل لما وقع العمل الأصلي ولما تحقق الربح بالتبعية.

وخلاصة القول، أن الأعمال التجارية بالتبعية، هي أعمال مدنية بطبيعتها، غير أنه إذا قام بها تاجر بمناسبة ممارسة تجارته أو حاجات متجره، فإنها تخرج من طائفة الأعمال المدنية وتدخل ضمن طائفة الأعمال التجارية بالتبعية، فهي تستند إلى معيار شخصي مهني يتمثل في صفة القائم بها (التاجر)، ومعيار آخر موضوعي يتمثل في صلتها بممارسة عمل تجاري أصلي. لذلك، فإننا لا نتفق مع تسميتها"بالأعمال التجارية الشخصية أو الذاتية"، نسبة إلى شخص التاجر، بل هي أعمال تجارية بالتبعية، تتبع شخص التاجر وموضوع نشاطه معا.

الفرع الثاني
إثبات الأعمال التجارية بالتبعية

خروجا على القاعدة العامة في الاثبات التي تقضي بأن "البينة على من يدعي"، أي أن على هذا الأخير أن يثبت ما يدّعيه، فقد أقر القضاء التجاري قرينة لصالح من يتعامل مع التاجر، مفادها افتراض أن كل ما يقوم به التاجر من نشاطات خارجة عن نطاق نشاطه التجاري الأصلي، تعتبر أعمالا تجارية بالتبعية فتخضع لأحكام القانون التجاري من حيث الاثبات والاختصاص، إذ

يفترض أن التاجر قد قام بها بمناسبة نشاطه التجاري أو لحاجات متجره وتسمى "قرينة التجارية"، غير أنها قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، إذ يستطيع التاجر أن يثبت أن العمل المدني الذي قام به لم يكن متعلقا بتجارته فيخضع حينئذ لأحكام القانون المدني وليس التجاري.

ولم يؤكد المشرع الجزائري على هذه الفرضية بشكل صريح، وقد كان الأولى به تأكيدها بنص القانون، تماما كما فعل المشرع المصري، عندما نص في الفقرة 02 من المادة 08 من قانون التجارة على أن: "كل عمل يقوم به التاجر يعد متعلقا بتجارته ما لم يثبت غير ذلك".

ولا شك أن الغاية المبتغاة من إقرار "قرينة التجارية" لمصلحة الغير المتعاملين مع التاجر، تدخل ضمن الإطار المتعلق بإعمال المبدأ الراسخ القائل "بحماية الطرف الضعيف" في المعاملات التجارية، وذلك بتوفير حماية أفضل للمتعاملين مع التاجر وتحقيق مزيد من المزايا لهم بتمكينهم من الاستفادة من أحكام القانون التجاري الصارمة في مواجهته، بما في ذلك افتراض تجارية أعماله بالتبعية إلى أن يثبت العكس.

ولا تثير الأعمال التجارية الصرفة أو الأعمال المدنية البحتة المشار إليها في مستهل الفرع السابق، أي مشاكل من حيث الاثبات، إذ من اليسير أن يتعرف القضاء على الأعمال التي يجريها التاجر، والتي تدخل في موضوع تجارته الأصلي، أو تلك التي لا تعتبر تجارية كما لو تعاقد التاجر مع وكالة سياحية من أجل أداء مناسك الحج والعمرة.

غير أن هناك من الأعمال، التي لا تدخل ضمن النوعين السابقين، مما يصعب إثباتها ومعرفة طبيعتها، بحيث يمكن تصور قيام التاجر بها بمناسبة نشاطه التجاري أو حاجات متجره، كما يمكن تصور قيامه بها في حياته المدنية أيضا، كما لو قام التاجر بفتح حساب جاري لدى أحد المصارف لاستعماله في جميع مصالحه الخاصة والمهنية معا.

وباستقراء أحكام القضاء نجده غير متساهل في قبول الأدلة التي ترمي إلى دحض "قرينة التجارية"، إذ يفترض أن جميع الأعمال التي يقوم بها التاجر تتعلق بنشاطه التجاري أو لحاجات متجره حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك. ويكون لمحكمة الموضوع السلطة التقديرية لأدلة دحض تلك القرينة، وتستمد المحكمة قناعتها من الوقائع المعروضة عليها، ومدى ارتباط العمل بنشاط التاجر أو حاجات متجره في كل حالة على حدى.

والواقع أن القول بتشدد القضاء في قبول أدلة دحض "قرينة التجارية"، يقودنا إلى نتيجة مهمة مفادها أن التاجر لا يمكنه اثبات ادعائه بكل وسائل الاثبات، لأن ادعاءه يهدف إلى الخروج من دائرة القانون التجاري إلى دائرة القانون المدني، ولا يتنافى مع هذا التفسير كون تلك القرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، ذلك أن هذه الأخيرة لا تعدو كونها قرينة غير قطعية يمكن للتاجر إقامة الدليل على خلافها. ولو أن الادعاء كان في الاتجاه العكسي لجاز الاثبات بكل وسائل الاثبات كما لو تمسك شخص مدني "بقرينة التجارية" في مواجهة التاجر، وفي هذه الحالة يكون القضاء متساهلا في قبول تلك القرينة تطبيقا لقاعدة أن "الاثبات حر طليق" في المسائل التجارية، ولا يخضع للقواعد الشكلية المعروفة في القانون المدني، بما في ذلك إثبات صفة التاجر في شخص القائم بالعمل حتى يمكن تصنيف عمله على أنه تجاري بالتبعية.

المطلب الثاني
مجال تطبيق الأعمال التجارية بالتبعية

على خلاف الأعمال التجارية بحسب الموضوع أو بحسب الشكل، فإن المشرع الجزائري لم يتضمن تعداد قانوني للأعمال التجارية بالتبعية، بل إنه اكتفى بالنص على النظرية أو القاعدة والشروط الواجبة لإعمالها، فنص المادة 04 من القانون التجاري جاء شاملا ومطلقا، ومن ثم فإنه لا مجال للخوض فيما إذا كانت الأعمال التجارية بالتبعية مذكورة على سبيل المثال أو على سبيل الحصر، لأنها بكل بساطة لم تُذكر ضمن نص المادة السابقة وإنما نصت هذه الأخيرة على القاعدة التي يتم إعمالها أصلا بقياس الأعمال التي تنطبق عليها شروط تلك القاعدة لمعرفة ما إذا كانت تلك الأعمال تدخل ضمن طائفة الأعمال التجارية بالتبعية من عدمها. والحالة هذه،

فإنه من المتصور أن يمتد مجال تطبيق تلك الأعمال ليشمل جميع صور الالتزامات التعاقدية وغير التعاقدية على حد سواء، الأمر الذي سنبينه من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول

صور الأعمال التجارية بالتبعية الناشئة عن الالتزامات التعاقدية للتجار

تعد الالتزامات التعاقدية من بين أهم التصرفات القانونية التي يلجأ إليها التجار في مباشرة نشاطاتهم التجارية وتوفير حاجات متاجرهم. ومع أن هذه الالتزامات تعد، من حيث طبيعتها القانونية، أعمالا مدنية في الأصل، إلا أنه من المتصور أن تكتسب الصفة التجارية كلما توافرت فيها الشروط القانونية للأعمال التجارية بالتبعية، المنصوص عليها في المادة 04 من القانون التجاري سابقة الذكر، كالالتزامات الناشئة عن تعاقد التاجر مع شركات توريد الكهرباء والغاز والماء والانترنت والهاتف لمصلحة محله التجاري.

وبالجملة، فإن سائر العقود التي يبرمها التاجر بشأن ممارسة تجارته أو حاجات محله التجاري، تعد أعمالا تجارية بالتبعية كعقود الاعلان والإشهار بمختلف أشكالها من أجل الترويج لبضاعته، وعقود التأمين التي يبرمها التاجر من أجل تأمين محله التجاري من خطر السرقة والحريق وغيرها. كما يدخل ضمن هذه الالتزامات عقود التكوين والتمهين التي يبرمها التاجر لفائدة عمال متجره من أجل تحسين مردودهم المهني، وكذلك عقود الايجار التي يبرمها التاجر لحاجات تجارته أو محله التجاري، بما في ذلك استئجار المستودعات أو العقارات التي يزاول فيها نشاطه التجاري أو تخزين بضاعته. وأيضا عقود النقل التي يبرمها التاجر من أجل نقل بضاعته أو عمال متجره إلى مكان عملهم وغيرها من الالتزامات التعاقدية الأخرى.

في حين يخرج من طائفة الأعمال التجارية بالتبعية، تلك العقود التي يقوم بها التاجر والتي لا تتعلق بممارسة تجارته أو حاجات متجره، كالعقود التي يلتزم فيها التاجر بتمويل نشاطات بعض الجمعيات الخيرية والنوادي الرياضية. كما تجدر الاشارة إلى أن نص المادة 04 (المطة 02) سابقة الذكر لا تعني بأن "جميع الالتزامات بين التجار" تعد تجارية بالتبعية بالضرورة، بل ينبغي أن تتعلق بدورها بممارسة نشاطهم التجاري أو حاجات محلاتهم التجارية، وفيما عدا ذلك فإن أعمالهم تعد مدنية وليست تجارية، وعلى سبيل المثال، يخرج من طائفة الأعمال التجارية بالتبعية بعض الالتزامات التعاقدية التي يقوم بها التجار فيما بينهم والتي لا تتعلق بممارسة تجارتهم أو شؤون محلاتهم التجارية، كعقود البيع التي يبرمها التاجر من أجل بيع مسكنه إلى تاجر آخر يريد أن يقطنه رفقة عائلته، وكذا عقود الزواج التي تكون بين التاجر والتاجرة.

وبهذا المعنى، فإن المعيار المعتمد في تصنيف الأعمال التجارية بالتبعية لا يعد معيارا شخصيا بحتا يعتمد على توافر صفة التاجر فقط، وإنما هو معيار مختلط بين الطابع الشخصي أو الطائفي (فئة التجار) من جهة، والطابع الموضوعي لتلك الأعمال، بحيث يجب أن تتعلق بممارسة النشاط التجاري للتاجر أو حاجات متجره من جهة ثانية. وبالتالي، فإن إعمال نظرية الأعمال التجارية بالتبعية، المنصوص عليها في المادة 04 سابقة الذكر، يستدعي قراءة نصي المطتين 01 و02 منها، جنبا إلى جنب، والتأكد من توافر شروطها مجتمعة ولا يكفي فيها توافر أحد الشرطين دون الآخر.

وانطلاقا من نص المادة 651 من القانون المدني التي تنص على أنه: "تعتبر كفالة الدين التجاري عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا"، فقد ثار الخلاف حول الطبيعة القانونية لعقد الكفالة الذي يبرمه التاجر، فيما إذا كان عملا تجاريا بالتبعية أم عملا مدنيا، حيث يستند جانب من الفقه إلى حقيقة مفادها أن عقد الكفالة" هو من عقود التبرع التي يضمن بها الكفيل دينا لشخص آخر دون أن يستهدف تحقيق الربح والمضاربة، وبذلك فإنه يعد عملا مدنيا وليس تجاريا. وحسب رأينا، فإن نص المادة 651 سابقة الذكر، لا تتنافى مع نص المادة 04 من القانون التجاري ولا تشكل استثناءً عنها، فكفالة الدين التجاري التي يقوم بها التاجر، تعد عملا مدنيا وفقا لنص المادة 651 لكونها لا تتعلق بممارسة تجارته ولا بحاجات متجره، أما إذا توافر فيها هذا الشرط الأخير، فإنها تعد عملا تجاريا بالتبعية وفقا لنص المادة 04 من القانون التجاري كما لو قام تاجر الجملة بكفالة دين تجاري لأحد عملائه من تجار التجزئة ليجنبه خطر الافلاس بغرض الحفاظ عليه كأحد عملاء متجره، فالكفالة في هذه الحالة لا تنطوي على نية التبرع، بل إنها تهدف إلى الحفاظ على مصالح الكفيل نفسه وليس المدين المكفول.

ولا يقدح في هذا التفسير الطبيعة القانونية للدين في حد ذاته باعتباره تجاريا كما أشارت إليه المادة 651 سابقة الذكر، لأن ذلك الدين لا يعد التزاما في مواجهة التاجر الكفيل أصلا، وإنما هو التزام في مواجهة المكفول، وبالتالي فإن الصفة التجارية تلحق الدين في مواجهة المدين المكفول ولا تلحق عقد الكفالة في حد ذاته في مواجهة التاجر الكفيل، الذي يعد عمله مدنيا من حيث الأصل ويتحول إلى عمل تجاري بالتبعية إذا كان يرتبط بالنشاط التجاري للتاجر أو حاجات متجره.

ولعل ما يدعم التفسير السابق، هو ما ورد بنص الفقرة 02 من المادة 651 من القانون المدني سابقة الذكر، حيث نصت على أنه: "غير أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا، أو عن طريق تظهير هذه الأوراق، تعتبر دائما عملا تجاريا". الأمر الذي يعني أن عقد الكفالة لا يكون عملا مدنيا في جميع الحالات، وإنما يمكن أن يكون عملا تجاريا كلما توافرت شروطه، فقد يكون تجاريا بحسب موضوعه إذا صدر عن أحد البنوك، وقد يكون تجاريا بحسب شكله إذا كان ناشئا عن ضمان سفتجة أو تظهيرها، وقد يكون تجاريا بالتبعية إذا كان الكفيل تاجرا وتعلقت الكفالة بممارسة نشاطه التجاري أو حاجات محله التجاري.

والملاحظ بأن المشرع الجزائري لم يكن موفقا من حيث التوظيف الدقيق للمصطلحات المستعملة في نص الفقرة 02 من المادة 651 من القانون المدني سابقة الذكر، حيث اعتبر أن الكفالة الناشئة عن ضمان "**الأوراق التجارية**"، تعتبر دائما عملا تجاريا، وقد كان الأجدر به النص على "الكفالة الناشئة عن ضمان **السفتجة** ضمانا احتياطيا دون غيرها من الأوراق التجارية الأخرى، ذلك أن التعامل بالسفتجة يعد عملا تجاريا بحسب شكله بما في ذلك الكفالة الناشئة عن الضمان الاحتياطي لأحد الموقعين عليها أو تظهيرها. في حين يعد التعامل بالأوراق التجارية الأخرى عملا مدنيا وليس تجاريا، ومن غير المنطقي أن يكون العمل الفرعي تجاريا (الكفالة)، على خلاف العمل الأصلي الذي يعد مدنيا (التعامل بالأوراق التجارية الأخرى)، والقول بخلاف ذلك لا يتماشى مع فكرة توحيد النظام القانوني المطبق على العمل التبعي والعمل الأصلي معا، تطبيقا للمبدأ القائل أن: "الفرع يتبع الأصل في الحكم".

كما ثار الخلاف أيضا بشأن الطبيعة القانونية للعقود التي يبرمها التاجر مع عماله انطلاقا من فرضية مفادها أن عقد العمل يخضع لأحكام خاصة تخرج عن نطاق القانون التجاري، إلا أن الرأي الراجح ذهب إلى اعتبارها أعمالا تجارية بالتبعية بالنسبة للتاجر إذا توافرت فيها الشروط المنصوص عليها في المادة 04 سابقة الذكر، كما أن اصباغ الصفة التجارية على عقد العمل لا يتنافى مع الذاتية المستقلة لقانون العمل التي تكفل حماية العامل وتضمن حقوقه في مواجهة رب العمل، بل إنه يؤكدها ويدعمها لأنه يحقق مزيدا من المزايا لمصلحة العامل وليس العكس، وذلك تطبيقا لقاعدة "إعمال التفسير الأصلح للطرف الضعيف"، وهو العامل.

وخلاصة القول إن جميع الالتزامات التعاقدية التي يبرمها التاجر والتي تتعلق بممارسة تجارته أو حاجات متجره، تعد من حيث المبدأ، أعمالا تجارية بالتبعية ما لم يثبت التاجر خلاف ذلك. ولإعمال نظرية الأعمال التجارية بالتبعية وجب توافر الشروط المنصوص عليها في المادة 04 سابقة الذكر مجتمعة، وفيما عدا ذلك يحتفظ العمل بطبيعته المدنية.

الفرع الثاني

صور الأعمال التجارية بالتبعية الناشئة عن الالتزامات غير التعاقدية للتجار

لقد تردد القضاء في كل من فرنسا ومصر في تطبيق نظرية الأعمال التجارية بالتبعية خارج دائرة الالتزامات التعاقدية، بحجة أن صلة الالتزامات غير التعاقدية بممارسة التجارة، أقل وضوحا منها إلى صلتها بالالتزامات التعاقدية، غير أنه استقر في نهاية الأمر على امتداد تطبيق تلك النظرية لتشمل الالتزامات غير التعاقدية أيضا استنادا إلى عمومية النصوص القانونية التي تنص عليها، الأمر الذي ينطبق بدوره على نص المادة 04 من القانون التجاري الجزائري أيضا.

وعليه، فإنه من المتصور أن تشمل الأعمال التجارية بالتبعية جميع صور الالتزامات غير التعاقدية، كتلك **الالتزامات الناشئة عن المسؤولية التقصيرية** للتاجر والتي تحدث بسبب ممارسة نشاطه التجاري أو حاجات متجره. وعلى ذلك يعتبر تجاريا بالتبعية التزام التاجر بالتعويض عن أعمال المنافسة غير المشروعة التي يرتكبها والتي قد تلحق أضرار بالتجار المنافسين، سواء كان ذلك من جراء

التشهير بسمعة تاجر آخر بهدف تنفير العملاء عنه وتحويلهم إلى محله التجاري، أو تقليد علامة تجارية له، أو اغتصاب الاسم التجاري لتاجر آخر.

كما يمكن أن تمتد نظرية الأعمال التجارية بالتبعية لتشمل أيضا **الالتزامات الناشئة عن الاثراء بلا سبب**، وذلك في الحالات التي يكون فيها صلة بين هذا الاثراء الذي يستفيد منه التاجر وبين نشاطه التجاري أو حاجات متجره. وعلى ذلك، يعد تجاريا بالتبعية التزام شركة التأمين برد الأقساط الاضافية التي حصلت عليها بلا سبب لزوال الخطر المأمن عليه، كما يعد تجاريا بالتبعية أيضا التزام التاجر تجاه شخص فضولي قام بعمل تحقق من ورائه نفع له، كأن يدفع عنه دينا حتى يجنبه الافلاس، أو إذا باع الناقل البضائع الوشيكة التلف لحساب التاجر دون تفويض منه حتى يجنبه الخسارة.

ومن المتصور كذلك، أن تشمل نظرية الأعمال التجارية بالتبعية أيضا **الالتزامات الناشئة عن الارادة المنفردة** للتاجر، وذلك في الحالات التي يكون فيها صلة بين التزام التاجر وبين نشاطه التجاري أو حاجات متجره. وعلى ذلك، يعد تجاريا بالتبعية التزام الشركات التجارية التي تقدم وعداً بتخصيص جائزة للزبون الذي يجمع عددا معينا من القصاصات التي تثبت اقتنائه لبضاعتها، أو الالتزام الذي يقوم فيه التاجر، بالوعد بجائزة أو مكافئة، للعامل صاحب المردود المميز في نهاية كل سنة.

وبهذا يمكن القول، أن المشرع الجزائري، بإعماله نظرية "الأعمال التجارية بالتبعية"، قد قام بتوسيع نطاق الأعمال التجارية، حيث صار بالإمكان تطويع العمل المدني لإصباغ الصفة التجارية عليه بتوافر شروط معينة جمع فيها بين الطابع الشخصي والموضوعي معا، في حين يحافظ العمل نفسه على طابعه المدني في ظل غياب تلك الشروط.

المبحث الرابع
الأعمـــــــــال المختـــــلطة

الأعمال المختلطة ليست طائفة رابعة من الأعمال التجارية قائمة بذاتها، كالأعمال التجارية التي تقدم دراستها، ولذلك لم ينص القانون التجاري عليها، فهي كما يدل عليها اسمها، أعمال تختلف من حيث وصفها أو طبيعتها، باختلاف أطرافها، فقد تكون تجارية بالنسبة لطرف ومدنية بالنسبة لطرف آخر، كما قد تكون تجارية بالنسبة للطرفين غير أنها تختلف من حيث نوعها من طرف لآخر، كأن تكون تجارية بحسب موضوعها بالنسبة لطرف، وتجارية بحسب شكلها بالنسبة لطرف آخر. ولأن هذا النوع الأخير لا يثير أي إشكالات من حيث النظام القانوني المطبق على كلا الطرفين فيه، حيث تطبق عليهما أحكام القانون التجاري، فإننا سنكتفي بالاشارة النوع الأول من الأعمال المختلطة التي يكون فيها العمل تجاريا بالنسبة لطرف ومدنيا بالنسبة للآخر، الأمر الذي يثير بعض الصعوبات من حيث تحديد النظام القانوني المطبق على كلا الطرفين.

غير أنه يجب التنبيه إلى أن العبرة في تحديد العمل المختلط، ترتبط بصفة العمل ذاته، وليس بصفة الأشخاص طرفي العلاقة المختلطة، فلا يشترط في هذه الأخيرة أن يكون أحد طرفيها تاجرا، بل يكفي أن يكون العمل تجاريا بالنسبة لأحدهما، حتى وإن مارسه مرة واحدة، ومدنيا بالنسبة للطرف الآخر، لذلك، فإنه من المتصور أن يكون طرفي العمل المختلط غير تجار، كأن يشتري شخص سيارة بغرض إعادة بيعها وتحقيق الربح من شخص آخر آلت إليه عن طريق الميراث، فيعد العمل تجاريا بالنسبة للأول ومدنيا بالنسبة للثاني.

وقد ثار الخلاف حول النظام القانوني المطبق على طرفي العمل المختلط، فهل يطبق النظام القانوني المزدوج بحيث يستوجب تطبيق أحكام القانون المدني على الطرف الذي يعد العمل مدنيا في مواجهته، وأحكام القانون التجاري على الطرف الذي يعد العمل تجاريا في مواجهته، أم أن علاقة العمل المختلط تستوجب تطبيق نظام قانوني موحد يطبق على كلا الطرفين على قدم المساواة.

الفصل الرابع
التـــجـــــــار

خصّ المشرع الجزائري فئة "التجار" بنظام قانوني خاص بهم، فجاء الباب الأول من الكتاب الأول من القانون التجاري بعنوان "التجار"، حيث تضمن الأحكام الخاصة باكتساب هذه الصفة ضمن المواد من 01 إلى 08، فإذا توافرت الشروط القانونية لاكتساب هذه الصفة خضع هؤلاء التجار لالتزامات قانونية معينة نص المشرع على الأحكام الخاصة بها في الباب الثاني والثالث من نفس الكتاب، وهي على التوالي: مسك الدفاتر المحاسبية للتاجر (المواد من 09 إلى 18)، والقيد في السجل التجاري (المواد من 19 إلى 28). وفيما يلي نتناول، وفقا للترتيب الذي اعتمده المشرع الجزائري، شروط اكتساب هذه الصفة وكذا الالتزامات الملقاة على عاتق هؤلاء الأشخاص ضمن المبحثين التاليين:

المبحث الأول
شروط اكتساب صفة التاجر

عرفت المادة 01 من القانون التجاري "التاجر" بقولها: "يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك". وبعد أن اعترف المشرع بالتجارة الالكترونية بموجب القانون 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 المتعلق بالتجارة الالكترونية، عرفت الفقرة 04 من المادة 06 من نفس القانون التاجر الالكتروني، أو ما يسمى "المورد الالكتروني"، بقولها: " **المورد الإلكتروني**: كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع أو الخدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية".

في حين نصت المواد من 05 إلى 08 من القانون التجاري على الأحكام الخاصة بالأهلية القانونية لممارسة مهنة التجارة.

ووفقا لمقتضيات هذه المواد، يتضح بأن المشرع الجزائري قد اشترط لاكتساب صفة التاجر، توافر شرطين أساسيين، وهما أن يباشر الشخص عملا تجاريا من الأعمال المنصوص عليها في القانون التجاري على سبيل الامتهان، كما يشترط توافر الأهلية القانونية لممارسة مهنة التجارة، الأمر الذي سنتطرق له ضمن المطلبين المواليين:

المطلب الأول
مباشرة عمل تجاري على سبيل الامتهان

باستقراء نص المادة 01 من القانون التجاري سابقة الذكر، يتبين بأن امتهان الأعمال التجارية هو الشرط الجوهري لاكتساب وصف التاجر، ومع أن المشرع الجزائري لم يبين المقصود "بالامتهان"، فقد تكفل الفقه والقضاء بوضع الضوابط القانونية لتحديد مفهومه، أما الأعمال التجارية فلم يكن المشرع بحاجة إلى تبيانها مرة أخرى لكونه نص عليها في المادتين 02 و03 من القانون التجاري كما رأينا سابقا، في حين تخرج الأعمال التجارية بالتبعية من مجال الأعمال التجارية المنصوص عليها في المادة 01 سابقة الذكر كما سنأتي عليه لاحقا.

ومع أن اكتساب هذه الصفة لا يفترض افتراضا في مواجهة كل من يمارس عملا تجاريا، إلا أن المشرع الجزائري لم يخرج عن القواعد العامة في الاثبات التجاري، حيث يجوز لمن يدعي هذه الصفة إثباتها بكافة وسائل الاثبات، لذلك سنخصص الفروع الثلاث الموالية لدراسة مفهوم الامتهان، ثم محل الامتهان، وأخيرا إثبات امتهان العمل التجاري أو إثبات "صفة التاجر"، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول
مفهوم امتهان الأعمال التجارية

قبل الخوض في أي مفهوم "لامتهان الأعمال التجارية"، وجب التنويه إلى أن المشرع الجزائري، بعد أن تخلى عن مصطلح "احتراف الأعمال التجارية"، الوارد في الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري المُعدل والمتمم بالأمر رقم 96-27، قد لجأ في هذا الأخير لاستخدام مصطلح "الامتهان" بدلا من "الاحتراف". ويرى جانب من الفقه، أن المشرع الجزائري قد أحسن الفعل عندما

لجأ لاستخدام مصطلح "الامتهان"، ذلك أنه، يعد الأدق من حيث الترجمة الأصح للمصطلح الفرنسي "profession" الذي اعتمده المشرع الفرنسي أيضا، والأشمل من حيث المفهوم الاصطلاحي له مقارنة بالمصطلح القديم "الاحتراف" "artisan "، فهذا الأخير يوحي بأنه يرتبط بالحرف اليدوية التقليدية أكثر من ارتباطه بالنشاطات التجارية، بينما يشمل "امتهان الأعمال التجارية"، جميع النشاطات الحيوية في المجال التجاري والاقتصادي، "فالامتهان" قد يكون "حرفة"، لكن ليس كل "حرفة" "امتهان"، وهو ما أكدت عليه المادة 07 من القانون رقم 04-08 المؤرخ في 14 أوت 2004، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، المعدل والمتمم، حيث نصت على أنه: "تستبعد من مجال تطبيق هذا القانون، الأنشطة الفلاحية والحرفيون...".

ومع أن المشرع الجزائري لم يبين المقصود "بامتهان الأعمال التجارية"، فقد تكفل الفقه والقضاء بوضع الضوابط القانونية لتحديد مفهومه، وفي هذا الخصوص وضع الأستاذ "أحمد محرز" تعريفا "لاحتراف الأعمال التجارية"، سنقوم بإسقاطه على "امتهان الأعمال التجارية"، من خلال جمع الضوابط القانونية التي يقوم عليها ضمن تعريف واحد، فهو يرى بأنه يعني "توجيه النشاط الانساني نحو القيام بالأعمال التجارية، **على وجه الانتظام والاستمرارية والاستقلال**، فيتخذه الشخص سبيلا للاسترزاق والكسب". وهو تعريف يقترب من التعريف الذي وضعه الأستاذ "مصطفى كمال طه"، حيث عرفه بأنه: "توجيه النشاط بصفة معتادة ومنتظمة للقيام بعمل معين والارتزاق من سبيله". ولم يختلف مفهوم الفقه الفرنسي عن المفهومين السابقين حيث عرفته الأستاذة " Michel Menjucq" على أنه: "النشاط الذي يقوم به الشخص على وجه الاعتياد والتكرار من أجل الحصول على الموارد اللازمة لوجوده".

ومن خلال ما تقدم، يتضح بأن "امتهان الأعمال التجارية"، له ثلاث ضوابط أو شروط قانونية ينبغي توافرها حتى يكتسب القائم بها صفة التاجر، نلخصها من خلال العناصر التالية:

أولا: مباشرة العمل التجاري على وجه الانتظام والاستمرارية.

يقتضي "امتهان الأعمال التجارية"، الذي يعد شرطا لاكتساب وصف التاجر، توافر ضوابط قانونية معينة استلهمها الفقه من النصوص القانونية ذات الصلة، بما في ذلك نص المادة 01 من القانون التجاري الجزائري سابقة الذكر، وفي هذا الخصوص يستوجب أن يكون ممارسة العمل التجاري على وجه الانتظام والاستمرارية حتى يكتسب الشخص صفة التاجر، وقد نصت المادة 19 من القانون رقم 04-08، الصادر في 14 أوت 2004، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، المعدل والمتمم، بقولها " يعتبر نشاطا تجاريا قارا في مفهوم أحكام هذا القانون، كل نشاط **يمارس بصفة منتظمة** في أي محل"، فمن يقوم بعمل تجاري على وجه عارض لا يكتسب وصف التاجر، بل ينبغي مباشرة العمل التجاري بشكل متكرر وعلى قدر من الانتظام والدوام دون أي انقطاع قد يخل بهذه الضوابط إخلالا جوهريا فينال من مضمونها، وبذلك، فإن العطل الأسبوعية أو السنوية أو المناسباتية التي يتوقف فيها الشخص عن ممارسة مهنته التجارية، لا تعد إخلالا بالضوابط المذكورة، لأنها لا تمس بجوهرها، وهو ما أكدته المادة 22 من القانون رقم 04-08، سابق الذكر عندما نصت على أنه: "يمكن كل شخص طبيعي أو اعتباري يمارس نشاطا تجاريا، التوقف عن ممارسة تجارته أثناء العطلة الأسبوعية و/أو السنوية".

أما مجرد **"اعتياد"** القيام ببعض الأعمال التجارية، من حين لآخر، فلا يرقى لدرجة **"الامتهان"**، لعدم توافر عنصري الانتظام والاستمرارية. فالمزارع الذي يعتاد سحب السفاتج على من يشتري منه محاصيله، لا يلزم أن يكون تاجرا، على الرغم من أن عمله يعد تجاريا بحسب الشكل وفقا لنص المادة 03 من القانون التجاري، فليس كل من يمارس عملا تجاريا يعد تاجرا.

وفي هذا الخصوص، نرى بأن المشرع الجزائري، لم يكن موفقا في توظيفه لمصطلح "معتادة له"، التي تلت كلمة "مهنة" مباشرة، ذلك أن هذه الأخيرة تتناقض مع الأولى من حيث توافر عنصري الانتظام والاستمرارية، كما أشرنا إليه سابقا، وقد كان الأجدر بالمشرع الجزائري، لو أنه استخدم عبارة "ويتخذه مهنة له" بدلا من عبارة "ويتخذه مهنة معتادة له" المأخوذة من المشرع الفرنسي "en font leur profession habituelle"، لأن العبارة الأولى تفي، من وجهة نظرنا، بالغرض الذي كان يستهدفه المشرع من جهة، وتزيل أي غموض أو تناقض من حيث تناسب مصطلحاتها مع الضوابط القانونية المذكورة من جهة ثانية.

ومع أن نص الفقرة 04 من المادة 06 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية سابق الذكر، جاء قاصرا من حيث توظيفه للمصطلحات التي تتناسب مع العناصر السابقة المكونة لمفهوم الامتهان، حيث استخدم عبارة "التسويق أو اقتراح توفير السلع والخدمات"، إلا أن هذه الأخيرة، إذا ما قرأت، جنبا إلى جنب، مع نص المادة 01 من القانون التجاري، فإنها ستؤدي الغرض والمعنى نفسه.

ولا يستوجب توافر عنصري الانتظام والاستمرارية أن يقف الشخص جميع مجهوداته ووقته لممارسة تجارته، بل يكفي أن يخصص لها جزءا منتظما ومستمرا من جهده ووقته، كما لا يشترط أيضا، أن يمارس الشخص عمله التجاري بشكل يومي لتوافر عنصري الانتظام والاستمرارية، فهناك بعض الأعمال التي قد تستوجب بطبيعتها أن يمارسها الشخص بشكل أسبوعي، كصاحب السفينة الذي قد يخصص لزبائنه رحلة كل أسبوع، أو قد يمارسها بشكل شهري أو نصف شهري منتظم ومستمر، كما هو الحال بالنسبة للأشخاص الذين يمتهنون أنشطة "الاستيراد والتصدير"، فتقتضي تجارتهم ممارستها على فترات زمنية متباعدة وموزعة على طول السنة. بل إن القضاء في مصر ذهب إلى أبعد من ذلك عندما رأى بأنه متى كان الشخص يباشر شراء الأقطان فعلا في كل موسم للاتجار به فإنه يعتبر تاجرا في نظر القانون، ومتى كانت الأعمال غير متواصلة سنة بعد سنة وإنما أصابها الانقطاع وسط المدة فإن انتفاء الاستمرار، وخاصة إذا ما طالت مدته، ذلك ينفي عنصر الاحتراف (الامتهان).

ويثير شرطا الانتظام والاستمرارية، مسألة أخرى، لا تقل أهمية عن سابقتها، تتعلق بالمجال الزمني لبداية ونهاية امتهان الأعمال التجارية، وفي هذا الخصوص تساءل الفقيه الفرنسي "Stéphane Piedelièvre"، عن الحد الأدنى لتكرار القيام بالعمل التجاري، حتى يقال معه بتوافر عنصري الانتظام والاستمرارية، ومن ثم اعتماده كمعيار لبداية امتهان العمل التجاري؟

وقد اتفق الفقه التجاري في الجزائر، على أنه يبدأ بمزاولة أول عمل يقوم به الشخص يتعلق بمهنته، وهي مسألة يمكن استخلاصها ببساطة من نص المادة 01 سابقة الذكر عندما تضمنت عبارة "يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له"، أي أن مباشرة العمل التجاري، لأول مرة في الحياة التجارية للشخص، لا ينفي عن عمله شرط الانتظام والاستمرارية، لمجرد أنه مارسها مرة واحدة، بل يكفي أن يكون عمل الشخص مقترنا بنية الانتظام والاستمرارية، فكل الأعمال لا بد لها من بداية، ومن غير المنطقي اشتراط تكرار ممارستها مرات عدة حتى يقال بتوافر هذا الشرط، فالعنصر المادي لتكرار القيام بالعمل التجاري، إذا ما اقترن بالعنصر المعنوي بقصد اتخاذ وضعية معينة في الظهور بمظهر صاحب المهنة، يكفي لسحب صفة التاجر عن صاحبه، حتى وإن قام به لأول مرة.

في حين أجمع الفقه على خروج "الأعمال التحضيرية"، من المجال الذي يكتسب فيه الشخص صفة التاجر، لعدم استيفائها شرطي الانتظام والاستمرارية، كإيجار المستودع الذي سيمارس فيه الشخص تجارته، وتجهيز المحل التجاري والتعاقد مع العمال وغيرها، فهذه الأعمال غير مقصودة لذاتها، وإنما هي وسيلة لمباشرة الشخص نشاطه التجاري الرئيسي، فإذا فشل المشروع التجاري للشخص قبل مباشرة مهنته التجارية فعلا، فإن صاحبه لا يكتسب وصف التاجر.

ومن رأينا، فإن هذه الأعمال لا تعد تجارية بالتبعية لأن هذه الأخيرة تستوجب بدورها توافر صفة التاجر كشرط لتصنيفها على أنها كذلك، ولأن هذه الصفة لا تتوافر في الشخص صاحب المشروع أثناء فترة "الأعمال التحضيرية"، فإنه من غير المتصور أن تكون تجارية بالتبعية، إلا إذا نجح المشروع التجاري وقام صاحبه بمباشرة مهنته التجارية فعلا، عندئذ يكتسب الشخص صفة التاجر، فتكون أعماله التحضيرية تجارية بالتبعية لتوافر شروطها. غير أن تلك الأعمال، إذا كانت تتعلق بالمحل التجاري، فإنه يمكن تصنيفها على أنها تجارية بحسب الشكل وفقا لنص المادة 03 من القانون التجاري، فتطبق عليها أحكام القانون التجاري، إلا أنها لا تكسب صاحبها صفة التاجر في تلك الفترة لتخلف شرطي الانتظام والاستمرارية كما رأينا سابقا.

ويستمر توافر شرطي الانتظام والاستمرارية طوال الحياة التجارية للتاجر، ولا يسقط توافرهما إلا بوقائع مادية تنال من وجودهما فعلا، كتوقف التاجر عن مزاولة تجارته فعلا، بانتهاء تصفية محله التجاري، أو بوفاته، أو إذا استحال عليه ممارستها كأن يكون سجينا مثلا، على أن لا يعفيه ذلك من التزاماته في مواجهة الغير المتعاملين معه بتلك الصفة، أما القرارات الادارية المؤقتة بغلق

المحل التجاري للتاجر الناجمة عن مخالفة هذا الأخير لأحكام القوانين واللوائح الساري العمل بها، فلا يفقد صاحبها صفة التاجر، لأنه لا يمس بشرطي الانتظام والاستمرارية بشكل جوهري، فهي مجرد عقوبات استثنائية تتعلق بوقف نشاطه التجاري مؤقتا، بهدف إخضاع التاجر للقوانين المعمول بها، غير أنها لا تستلزم رفع الصفة التجارية عنه.

أما بالنسبة للشركات التجارية، فإن للمجال الزمني لبداية أو نهاية، اكتساب صفة التاجر بالنسبة لها أو بالنسبة للشركاء فيها في الحالات التي ينص فيها القانون على ذلك، أحكام أخرى خاصة، تختلف باختلاف نوع الشركة، سنرجئ دراستها إلى المؤلف الخاص بالشركات التجارية.

ثانيا: شرط مباشرة العمل التجاري على وجه الاستقلال.

يقتضي عنصر **"الاستقلالية"** أن يمارس الشخص عمله التجاري باسمه ولحسابه الشخصي، وتحت مسؤوليته الشخصية أيضا، وبالتالي فإن إعمال هذا الضابط يستبعد من "فئة التجار" الأشخاص الذين يقومون بأعمال التجارة باسمهم ولحساب غيرهم كالعامل مثلا أو مدير الشركة، فإنهم لا يكتسبون وصف التاجر لتخلف عنصر الاستقلالية لديهم.

وبإعمال هذا الشرط يكون الشخص مسؤولا مسؤولية شخصية غير محدودة في أمواله عن جميع ديونه والتزاماته، فالذمة المالية للتاجر لا تتعدد، ولا يجوز له أن يحدد مبلغا معينا لتحديد مسؤوليته عن ديونه أو التزاماته التجارية، تحت طائلة بطلان دفعه لمخالفته النظام العام الذي يسود مجتمع التجارة، وهو ما نصت عليه المادة 188 من القانون المدني بقولها: "أموال المدين جميعها ضامنة لديونه"، أما الشركات التجارية فلها أحكام خاصة تختلف باختلاف نوع الشركة، من حيث تحديد مسؤوليتها عن ديون الشركة كما سنأتي عليه لاحقا.

والحقيقة أن هذا الشرط، يمكن استخلاصه بسهولة من نص الفقرة 01 من المادة 02 من القانون 90-22، الصادر في 18 أوت 1990والمتعلق بالسجل التجاري، المعدل والمتمم، التي نصت على أنه: "يمكن أي شخص طبيعي يتمتع بحقوقه المدنية، أن يعبر عن رغبته في امتهان أعمال التجارة باسمه ولحسابه الخاص". كما يمكن، وفقا لنص الفقرة 02 من نفس المادة، لأي عضو مؤسس في شركة، أن يحرر "باسمها ولحسابها الخاص"، العقد الرسمي الذي يتضمن تعاقد الشركة والمصادقة على قانونها الأساسي. وقد أكدت على ذات الشرط المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 15-111، الصادر في 03 ماي 2015، الذي يحدد كيفيات القيد والتعديل والشطب في السجل التجاري، عندما نصت على أن: "القيد في السجل التجاري له طابع شخصي".

كما يستشف هذا الضابط بوضوح أيضا من نص المادة 07 من القانون التجاري الجزائري التي نصت على أنه: "لا يعتبر زوج التاجر تاجرا إذا كان يمارس نشاطا تجاريا تابعا لنشاط زوجه. ولا يعتبر تاجرا إلا إذا كان يمارسا نشاطا تجاريا **منفصلا**". كما تؤكد الفقرة 01 من المادة 08 من نفس القانون على ضرورة توافر نفس الضابط عندما نصت على أنه: "تلتزم المرأة التاجرة شخصيا بالأعمال التي تقوم بها لحاجات تجارتها".

والملاحظ بأن صياغة نص المادة 07 كان أدق من المادة 08، من حيث اختياره المصطلح الأنسب والأشمل، فقد استخدم المشرع عبارة "زوج التاجر" في المادة 07، وقد كان ينبغي عليه التقيد بذات العبارة بدلا من عبارة "المرأة التاجرة" في المادة 08، ذلك أن العبارة الأولى أشمل بحيث تستغرق في مفهومها الرجل والمرأة معا، لنضيف هذه الملاحظة إلى جملة الملاحظات التي ندعو من خلالها المشرع إلى تداركها لاحقا.

ولعل ما ورد بالمادة 07 سابقة الذكر، يفسر العبارة الأخيرة الواردة في نص المادة 01 من القانون التجاري "ما لم يقض القانون بخلاف ذلك" التي تم إلحاقها بنص ذات المادة ضمن الأمر رقم 96-27 ، المُعدِل والمتمم للأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري، فإضافة هذه العبارة لم يكن اعتباطيا، وإنما جاء لبيان أن توافر الشروط السالفة الذكر لا يمنح بصورة مباشرة الصفة التجارية إذ يمكن أن تنص بعض القوانين على شروط أو استثناءات خاصة، فمع أن زوج التاجر قد يمارس نشاطا تجاريا تتوافر فيه شروط الاستمرارية والانتظام، إلا أن المشرع الجزائري استثناه من اصباغ صفة التاجر عليه بنص القانون، لعدم توافر شرط الاستقلالية،

أما إذا مارس زوج التاجر نشاطا تجاريا منفصلا ومستقلا عن نشاط زوجه، فإنه يكتسب صفة التاجر، على أن يتحمل مسؤوليته الشخصية عن تلك الصفة، بعيدا عن الصفة التجارية لزوجه.

غير أن هذا الشرط يسقط استثناءً بالنسبة للوكلاء بالعمولة الذين يباشرون أعمالهم بشكل منتظم ومستمر، فهؤلاء الأشخاص يكتسبون وصف التاجر، رغم أنهم يتعاقدون بأسمائهم ولمصلحة غيرهم وليس لحسابهم الشخصي وهو ما ينطبق بدوره على السمسار، كما يسقط هذا الشرط أيضا، بالنسبة للشريك المتضامن في شركات التضامن والتوصية بنوعيها، حيث يكتسب الشخص صفة التاجر في هذه الحالة، لمجرد كونه شريكا في الشركة، دون أي شرط لممارسة نشاطه مستقلا عن نشاط الشركة، الأمر الذي نترك تفصيله لاحقا في مؤلف خاص.

والحالة هذه، فقد اختلف الفقه في صفة الشخص الذي يمارس عملا تجاريا مستترا وراء شخص آخر، كالأشخاص الممنوعين من ممارسة مهنة التجارة الذين تتنافى وظائفهم مع ممارسة تلك المهنة، كالقضاة والعسكريين والموظفين وغيرهم عندما يمارسون مهنة التجارة بأسماء أزواجهم أو أبنائهم، أو الأشخاص المحكوم عليهم والذين لم يرد اعتبارهم لارتكابهم الجنايات والجنح المنصوص عليها في المادة 08 من القانون رقم 04-08 ، الصادر في 14 أوت 2004، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، المعدل والمتمم، كالسرقة والاتجار بالمخدرات والغش الضريبي وغيرها، فهل يكتسب الشخص **"المستور"** (الخفي) صفة التاجر، أم أن الشخص **"الساتر"** (الظاهر)، الذي يمارس العمل باسمه ولحساب غيره، هو الذي يكتسب هذه الصفة؟

ويقوم هذا الخلاف على مبدأ **"العلانية"** في المعاملات التجارية، الذي يستند بدوره على مبدأ أساسي تقوم عليه الحياة التجارية، ألا وهو "مبدأ الثقة والائتمان" لدى جمهور المتعاملين مع التاجر، والأصل في التجارة أن تتم علانية، بل إن كثيرا من المشروعات التجارية، تخصص جانبا من مصروفاتها للدعاية والاعلان.

وفي هذا الخصوص، يرى جانب من الفقه أن الشخص "المستور" هو الذي يكتسب وصف التاجر لأنه يضارب بأمواله ويتم الاستغلال التجاري لحسابه، ولو أنه يتعرض للجزاءات والعقوبات التأديبية المنصوص عليها في القوانين واللوائح المعمول بها، بينما يذهب جانب آخر من الفقه، إلى أن الشخص "الساتر" هو الذي يكتسب وصف التاجر حماية للغير المتعاملين معه، فهو يتعامل معهم باسمه ويظهر كما لو كان يعمل لحساب نفسه، ولا صلة لهم بالشخص "المستور"، أما هذا الأخير، فيقتصر دوره على مجرد توظيف أمواله، وذلك لا يكفي لخلع صفة التاجر عليهم لتخلف شرط "العلانية".

وحول هذه المسألة، يجد الشطر الأول من السؤال السابق إجابته ضمن نص الفقرة 03 من المادة 09 من القانون رقم 04-08، الصادر في 14 أوت 2004، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، المعدل والمتمم، حيث نصت على أنه: "ترتب الأعمال الصادرة عن شخص في وضعية التنافي كل آثارها القانونية تجاه الغير حسن النية الذين يمكنهم التمسك بها، دون أن يكون للمعني حق الاستفادة منها". كما نصت المادة 382 (المطة 03) من القانون التجاري على أنه: "تطبق عقوبات التفليس بالتدليس على الأشخاص الذين مارسوا التجارة خفية باسم الغير أو باسم وهمي وارتكبوا أحد الأفعال المنصوص عليها في المادة 374 من هذا القانون".

ونرى بأن كلاهما يكتسب وصف التاجر بالنسبة لالتزاماتهما لا بالنسبة لحقوقهما، حماية للغير المتعاملين معهم حسني النية، أي أنه بإمكان الغير التمسك بصفة التاجر في مواجهة الساتر والمستور على وجه التضامن، وذلك إعمالا لمبدأ التضامن بين المدينين في حال تعددهم في المعاملات التجارية، فتطبق عليهما أحكام القانون التجاري القاسية بما في ذلك جواز شهر إفلاسهما، فالأموال التي يضارب بها المستور، هي الضامن من هذه الزاوية، وظهور الساتر بمظهر التاجر وتعامله مع الغير على هذا الأساس، هو الذي يكسبه صفة التاجر تطبيقا لنظرية "الظاهر"، ولأنه يتفق مع ما يقتضيه مبدأ استقرار المعاملات بين الناس، من زاوية أخرى، فضلا عن حماية ثقة الجمهور الذي اطمأن للتعامل معه على هذا الأساس، فكأنه قد ارتضى لنفسه أن يلتزم في مواجهة الجمهور باكتساب صفة التاجر، في حين لا يمكن للساتر ولا المستور التمسك بصفتهما كتجار في مواجهة الغير، إعمالا لقاعدة أن "المخطئ لا يمكن أن يستفيد من خطئه".

وحسنا فعل المشرع المصري، وكذلك ينبغي أن يفعل المشرع الجزائري أيضا، عندما حسم الأول كل خلاف حول هذه المسألة بنصه في المادة 18 من قانون التجارة المصري على أنه: " تثبت صفه التاجر لكل من احترف التجارة باسم مستعار أو مستترا وراء شخص آخر فضلاً عن ثبوتها للشخص الظاهر".

الفرع الثاني
موضوع الامتهان

اشترط المشرع الجزائري أن ينصب "الامتهان" على "الأعمال التجارية" حتى يكتسب الشخص صفة التاجر، فقد نصت المادة 01 على أنه "يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا..."، في حين تخرج الأنشطة الفلاحية والحرفية والمهن الحرة والشركات المدنية والتعاونيات التي لا يكون هدفها الربح من مجال الأنشطة التجارية، وهو ما نصت عليه المادة 04 من القانون 90-22 المؤرخ في 18 أوت 1990، المتعلق بالسجل التجاري، المعدل والمتمم، حيث جاء بها ما يلي: "لا يتصف بصفة التاجر الحرفيون في مفهوم القانون رقم 82-12 المؤرخ في 28 أوت 1982، المتضمن القانون الأساسي للحرفي والشركات المدنية والمؤسسات العمومية المكلفة بتسيير المرافق العمومية..."، وهو ما أكدته فيما بعد المادة 07 من القانون رقم 04-08 المؤرخ في 14 أوت 2004، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، المعدل والمتمم، حيث جاء بها ما نصه: "تستبعد من مجال تطبيق هذا القانون، الأنشطة الفلاحية والحرفيون... والشركات المدنية والتعاونيات التي لا يكون هدفها الربح والمهن المدنية الحرة التي يمارسها أشخاص طبيعيون والمؤسسات العمومية المكلفة بتسيير الخدمات العمومية، باستثناء المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري"، فأصحاب هذه الأنشطة، حتى وإن توافر فيهم شرطا الانتظام والاستمرارية، إلا أنهم لا يكتسبون وصف التاجر بنص القانون.

وفي هذا السياق، ينبغي التمييز بين "الأعمال التجارية" و"الممارسات التجارية"، ذلك أن هذه الأخيرة تنطبق على جميع "**الأعوان الاقتصاديين**" وليس "**التجار**" فقط، وهو ما نصت عليه المادة 03 من القانون 04-02 الصادر في 23 جوان 2004، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم، بقولها: "يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي: **1- عون اقتصادي**: كل منتج أو **تاجر** أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في إطاره المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها...".

وبالتالي، فإن مصطلحي "الممارسات التجارية" و"الأعوان الاقتصاديين" أشمل وأوسع من مصطلحي "الأعمال التجارية" و"التجار" على التوالي، فكل "عمل تجاري" يعد "ممارسة تجارية" والعكس غير صحيح، وكل "تاجر" يعد "عونا اقتصاديا" والعكس غير صحيح.

ومع أن المشرع الجزائري نص على "الأعمال التجارية" في المواد 02، 03 و04 كما رأينا سابقا، الأمر الذي قد يبدو معه للوهلة الأولى، بأنه لم يكن بحاجة إلى تبيانها مرة أخرى، فقد ذهب الفقه التجاري إلى أن ممارسة بعض الأعمال التجارية المنصوص عليها في تلك المواد، لا تكسب صاحبها صفة التاجر حتى وإن توافرت فيها شروط التكرار والاستمرارية والاستقلال.

ولا خلاف لدى الفقه التجاري على أن جميع **الأعمال التجارية بحسب موضوعها**، المذكورة في نص المادة 02 من القانون التجاري، إذا مارسها الشخص على وجه الانتظام والاستمرارية والاستقلال، فإنها تكسب صاحبها وصف التاجر لكونها أعمالا تجارية أصلية، كمن يمتهن شراء الخضر والفواكه بغرض إعادة بيعها وتحقيق الربح، أو من يمتهن عمليات التوسط والسمسرة وغيرها من الأعمال المذكورة في نص المادة 02 سابقة الذكر. ويستوي في ذلك أن تكون أعمالا تجارية مادية أو أعمالا تجارية إلكترونية، وهو ما نصت عليه الفقرة 01 من المادة 06 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية سابق الذكر، بقولها: "التجارة الإلكترونية: النشاط الذي يقوم بموجبه مورد إلكتروني باقتراح أو ضمان توفير سلع وخدمات عن بعد لمستهلك إلكتروني، عن طريق الاتصالات الإلكترونية".

ولا خلاف لدى الفقه التجاري أيضا في خروج "**الأعمال التجارية بالتبعية**"، المنصوص عليها في المادة 04 سابقة الذكر، من مجال الأعمال التجارية المنصوص عليها في المادة 01 سابقة الذكر، لكونها أعمال مدنية من حيث الأصل، كما أنه من غير المتصور أن

تكون شرطا لاكتساب صفة التاجر، لأن هذه الأخيرة هي التي تعد شرطا لتصنيف الأعمال التجارية بالتبعية على أنها كذلك، وبذلك فإن العكس غير صحيح لكون اكتساب صفة التاجر سابق على تصنيف العمل على أنه تجاري بالتبعية.

في حين يثور الخلاف حول **الأعمال التجارية بحسب الشكل**، المنصوص عليها في نص المادة 03 من القانون التجاري، ومدى صلاحيتها لأن تكون معيار لاكتساب وصف التاجر عندما يمارسها الشخص على وجه التكرار والاستمرارية والاستقلال كما رأينا سابقا.

وفي هذا الخصوص ترى الأستاذة الفرنسية "Iony Randrianirina "، أن ممارسة أي عمل تجاري لا يمكن أن يكون لوحده معيار لاكتساب صفة التجار ما لم يكن مقترنا بقصد تحقيق الربح، وفيما عدا ذلك تعد تلك الأعمال تجارية وتطبق على أصحابها أحكام القانون التجاري دون أن تكسبهم وصف التاجر، فاعتياد الشخص على سحب السفاتج لا يكسب صاحبه وصف التاجر، حتى وإن وصل إلى درجة من الانتظام والاستمرارية، لسبب بسيط، وهو أن هذه الأعمال، وإن كانت تخضع لأحكام القانون التجاري، إلا أنها لا تستهدف تحقيق الربح، وهو أحد أهم المعايير الموضوعية التي يجب أن يقاس بها اكتساب تلك الصفة.

والحالة هذه، فإن التعاونيات أو المؤسسات التي تحيد عن هدفها الأدبي والمعنوي، وتستهدف بدلا من ذلك تحقيق الربح، تعتبر في مفهوم القانون تاجرا. وفي هذا الخصوص اعتبرت محكمة النقض الفرنسية، في حكمها الصادر في 17 مارس 1981، أن المعهد الاسلامي التابع لمسجد باريس والذي أسس بموجب قانون الجمعيات الفرنسي، متى ما ثبت أنه يدير مؤسسة هادفة لتحقيق الربح ممثلة في متجر لبيع "اللحوم الحلال" وفقا لمبادئ الشريعة الاسلامية، فإنه يعتبر تاجرا في نظر القانون الفرنسي .

والملاحظ بأن هذا الاستنتاج يتقاطع مع التعاريف السابقة للأستاذين "أحمد محرز" و"مصطفى كمال طه"، عندما أشارا إلى أن "امتهان الأعمال التجارية"، يجب أن يكون "سبيلا للاسترزاق والكسب"، أي أن يكون القيام بالعمل مصدرا للدخل يسمح للقائم به العيش منه، وإن لم يكن مصدر رزقه الوحيد، وبذلك فإن تكرار القيام بالعمل على نحو منتظم، دون أن يكون قصد صاحبه تحقيق الربح واتخاذه مصدرا للرزق، لا يكسب القائم به صفة التاجر.

وبالتالي فإن جميع الأعمال التجارية بحسب الشكل التي لا تصلح بطبيعتها لأن تكون مصدرا للكسب والارتزاق، لا تكسب صاحبها صفة التاجر، فالاعتياد على سحب السفاتج مثلا، حتى وإن وصل إلى درجة من الانتظام والاستمرارية، إلا أنه ليس مقصودا لذاته، وإنما هو وسيلة للتحصيل والوفاء لا أكثر ولا أقل، كما أنه من غير المتصور أن يكون رهن المحل التجاري عملا تجاريا يكسب صاحبه صفة التاجر، لأنه مجرد وسيلة لضمان دين معين ولا يصلح بطبيعته لأن يكون مصدرا للكسب والارتزاق.

أما الشركات التجارية فإنها قد تكتسب وصف التاجر إذا كان موضوع نشاطها تجاريا، وقد تكتسب ذات الصفة لمجرد اتخاذها شكلا معينا كما هو منصوص عليه في المادة 03 من القانون التجاري، حتى وإن كان موضوع نشاطها مدنيا وليس تجاريا. كما تكتسب وكالات ومكاتب الأعمال صفة التاجر، لأنها تستهدف بدورها تحقيق الربح.

ومهما يكن من أمر، فقد شد انتباهنا الصياغة الموفقة لنصي المادتين 06 و07 من قانون التجارة المصري، حيث حسمتا كل خلاف بشأن موضوع الأعمال التجارية التي تكسب صاحبها صفة التاجر، حيث نصتا في مستهلها على أنه: "تكتسب صفة التاجر بالممارسة الاعتيادية أو الاحترافية للأنشطة التالية..."، وعلى هذا الأساس، ندعو المشرع الجزائري أيضا إلى الحذو بالمشرع المصري بتوضيح الأعمال التجارية التي تُكسب ممارستها على وجه الامتهان صفة التاجر.

وقد ثار الخلاف حول صلاحية النشاطات غير المشروعة، لاكتساب صاحبها صفة التاجر، وهنا وجب التمييز بين ممارسة الأنشطة غير المشروعة والأنشطة المقننة التي لا يجوز ممارستها إلا برخصة إدارية أو اعتماد مسبق كالأنشطة المتعلقة بالقمار واليانصيب والمشروبات الكحولية، فلا خلاف حول اكتساب صاحبها صفة التاجر في حال حصوله على اعتماد أو رخصة تسمح له بمباشرة تلك النشاطات، كما سنرى لاحقا، أما في حال ممارستها دون الحصول على اعتماد أو رخصة مسبقة أو في حال تم سحبها منه، فإنه لا يكتسب وصف التاجر دون أن يعفيه ذلك من المتابعات الجزائية التي ينص عليها القانون، وهو ما تنص عليه صراحة الفقرة 03 من

المادة 05 من القانون رقم 90-22، المؤرخ في 18 أوت 1990، المتعلق بالسجل التجاري، المعدل والمتمم، حيث جاء بها ما نصه: "يمنع فقدان الشروط القانونية المطلوبة لممارسة المهن المنظمة المذكورة الاعتراف بصفة التاجر".

أما الاتجار في بعض الأنشطة غير المشروعة التي يحظرها القانون حظرا مطلقا كالاتجار بالمخدرات والأعضاء البشرية وغيرها، فلا خلاف في أن ممارسة تلك الأعمال لا تكسب صاحبها صفة التاجر، لأن قواعد قانون العقوبات، الأكثر تشددا من قواعد القانون التجاري، كفيلة بملاحقته وملاحقة من يتعامل معه على حد سواء.

الفرع الثالث

إثبات امتهان الأعمال التجارية (إثبات صفة التاجر)

الملاحظ من خلال نص المادة 01 من القانون التجاري، أن العبرة في اكتساب الشخص صفة التاجر، لا يقوم على ما يصف به نفسه ولا على ما يصفه به غيره ولا يقوم على سمعة أو شهرة ولا حتى بالقيد في السجل التجاري كما سنرى لاحقا، كما لا يشترط لاكتساب هذا الوصف أن يكون للشخص محل تجاري، فهذا الأخير، وإن كان من أهم مظاهر ممارسة التجارة إلا أنه ليس من مستلزماتها، كما هو الحال بالنسبة للتاجر المتنقل، بل العبرة بممارسة الأعمال التجارية المنصوص عليها في القانون التجاري الجزائري على سبيل الامتهان، سواء كان القائم بها شخصا طبيعيا أو معنويا كأن تكون شركة تجارية.

وحول هذه المسألة، تميز الأستاذة الفرنسية "Iony Randrianirina "، بين **التاجر الفعلي** الذي يمارس عملا تجاريا فعليا، حتى وإن لم يكن مقيدا في السجل التجاري أو كان مستترا خلف شخص آخر، وبين **التاجر في نظر القانون**، الذي قد يكون مقيدا في السجل التجاري، غير أنه لا يمارس التجارة بشكل فعلي، وبين الصورتين، يعد الأول تاجرا، فيخضع لأحكام القانون التجاري القاسية، أما الثاني فيعد قيده قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس لمن له مصلحة في ذلك.

والحالة هذه، فإن "صفة التاجر" لا تفترض افتراضا، وإنما ينبغي على من يدعي هذه الصفة أن يثبتها بكل وسائل الاثبات، فقد يكون من مصلحة الغير أن يدعي بأن الشخص الذي تعاقد معه يعد تاجرا، كما قد يكون من مصلحة التاجر نفسه أن يتمسك بهذه الصفة وله أن يثبت هذه الصفة المذكورة بكل وسائل الاثبات إن لم يكن مقيدا في السجل التجاري.

في حين تفترض هذه الصفة افتراضا في الشخص المقيد في السجل التجاري دون أن يمارس التجارة بشكل فعلي، كما يجوز للغير حسني النية المتعاملين معه أيضا، نفي هذه الصفة بكل وسائل الاثبات إذا كان من شأن ذلك حفظ مصلحتهم، كأن يدعي شخص معين بأن الشخص الظاهر (المقيد في السجل التجاري)، يمتهن عملا تجاريا باسمه ولحساب شخص آخر مستور، وأن هذا الأخير هو التاجر الحقيقي كما رأينا سابقا. وهو ما نصت عليه الفقرة 02 من المادة 09 من القانون رقم 04-08، الصادر في 14 أوت 2004، والمتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، المعدل والمتمم، حيث جاء بها ما نصه: "على الذي يدعي حالة التنافي إثبات ذلك".

ويعد إثبات "صفة التاجر" مسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ولا يخضع هذا الأخير في فصله في تلك الوقائع إلى رقابة محكمة النقض، ومتى فصلت المحكمة في مسألة توافر عناصر المهنة التجارية من عدمها، فإن عليها أن تبني على ذلك النتيجة القانونية وهي قيام أو عدم قيام المهنة التجارية. ويرى الأستاذ الفرنسي "Stéphane Piedelièvre"، أن إثبات صفة التاجر يمكن استخلاصه من طرف القاضي من خلال بعض الوقائع المادية الايجابية التي تقيم دليلا على امتهان التجارة وفقا لكل حالة على حدى، فوجود عنصر "الاتصال بالعملاء"، يعد قرينة على اكتساب الشخص هذه الصفة، حتى وإن لم يكن مقيدا في السجل التجاري، ووجود هذا العنصر هو الذي يمكن من خلاله التمييز بين مجرد "اعتياد الأعمال التجارية" أو "امتهان الأعمال التجارية".

المطلب الثاني
توافر الأهلية القانونية لممارسة مهنة التجارة

يقصد بالأهلية صلاحية الشخص للقيام بتصرف قانوني على وجه يعتد به شرعا فيرتب آثارا قانونية معينة. ولأن الأعمال التجارية هي من أعمال التصرف، فقد وجب أن يتوافر في الشخص الذي يمتهن عملا تجاريا، الأهلية القانونية اللازمة لإجراء التصرفات القانونية.

وبالعودة إلى أحكام القانون التجاري الجزائري، نجد بأنه لم يتعرض لأهلية التاجر سوى في الجانب المتعلق بالأحكام الخاصة بترشيد القصر المنصوص عليها في المادتين 05 و06 منه، وفيما عدا ذلك ينبغي الرجوع إلى القواعد العامة في الأهلية الواردة في القانون المدني، لذلك سنتناول أهلية الأشخاص الراشدين، ثم أهلية القاصر المرشد في الفرعين المواليين:

الفرع الأول
الأهلية التجارية الكاملة (الأشخاص الراشدين)

لم يستثن المشرع الجزائري التجار بأهلية خاصة تختلف عن الأهلية القانونية المقررة بوجه عام في المادة 40 من القانون المدني، وبالرجوع إلى أحكام هذه الأخيرة نجد بأنها قد نصت على أن: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة".

وعلى ذلك، فإنه لا يجوز لمن لم يبلغ سن الرشد القانوني أن يمارس مهنة التجارة، من حيث الأصل، فلم يفرق المشرع في ذلك بين رجل وامرأة، أو بين جزائري وأجنبي، ولو كان هذا الأخير قاصرا وفقا لقانون بلده، وهو ما أكدته الفقرة 02 من المادة 10 من القانون المدني. والسبب في ذلك هو رغبة المشرع الجزائري في التسوية بين جميع الأشخاص البالغين، وعدم تقرير حماية خاصة للأجانب على حساب الجزائريين أو الرجل على حساب المرأة أو العكس.

أما إذا كان الشخص قاصرا أو كان مصابا بعارض من عوارض الأهلية، فإن حكمه يختلف بحسب ما إذا كان عديم الأهلية أو ناقص الأهلية، فلا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية، بما في ذلك ممارسة مهنة التجارة، في الحالة الأولى، في حين تكون تصرفات الشخص قابلة للإبطال في الحالة الثانية. وفي هذا الصدد نصت المادة 42 من القانون المدني على أنه: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون. ويعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشر سنة". أما المادة 43 فقد نصت على أنه: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

كما نصت المادة 80 من القانون المدني على حالة أخرى خاصة، حيث جاء بها ما نصه: "إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته. ويكون قابلا للإبطال كل تصرف عين من أجله مساعد قضائي إذا صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة".

فإذا كان الشخص معدوم الأهلية تماما، فإن جميع أعماله تكون باطلة بطلانا مطلقا فلا يجوز الاتفاق على تصحيحها، ولا يجوز له ممارسة أي تصرف قانوني معين، بما في ذلك ممارسة مهنة التجارة، أما إذا كان الشخص ناقص الأهلية أو به عاهة على النحو المنصوص عليه في المادة 80 سابقة الذكر، فإن تصرفاته تكون قابلة للإبطال، لأنها لا تعدم إرادته بصفة كلية، بل تنقصها.

وهنا وجب التمييز بين انعدام أو نقص الأهلية والمنع من ممارسة مهنة التجارة، ففي هذه الحالة الأخيرة، يبلغ هؤلاء الأشخاص سن الرشد القانوني وليس بهم أي عارض من عوارض الأهلية، غير أن القانون يحظر عليهم مباشرة التجارة لاعتبارات تقتضيها المصلحة العامة أو تنظيم المهنة التي يمارسها هذا الشخص، كالقضاة والعسكريين والأطباء والموظفين وغيرهم ، أو لاعتبارات قضائية كالأشخاص المحكوم عليهم والذين لم يرد لهم اعتبارهم لارتكابهم الجنايات والجنح المنصوص عليها في المادة 08 من القانون رقم 04-08، الصادر في 14 أوت 2004، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، المعدل والمتمم، كالسرقة والاتجار بالمخدرات والغش الضريبي

وغيرها. ومتى امتهن هؤلاء الأشخاص التجارة فإنهم يكتسبون وصف التاجر وتظل أعمالهم التجارية صحيحة، غير أنهم يتعرضون لعقوبات تأديبية جزاء مخالفتهم لهذا المنع.

ولا يعد اكتساب هؤلاء الأشخاص لصفة التاجر ميزة لهم، وإنما هي ميزة مقررة لحماية حقوق المتعاملين معهم حسني النية، فتطبق في مواجهتهم جميع أحكام القانون التجاري الصارمة، بما في ذلك جواز شهر إفلاسهم، غير أنه لا يمكنهم التمسك بهذه الصفة في مواجهة الغير، لأن الحظر مقرر للمصلحة العامة وليس لمصلحة الموظف ذاته.

أما حالة القاصر أو المحجور عليه، فإنها مقررة لحماية أموالهم الشخصية وليست مقررة لمصلحة الغير، فلو امتهن القاصر أو المحجور عليه عملا تجاريا، فإنه لا يكتسب وصف التاجر ولا تطبق عليه أحكام القانون التجاري.

فيما نصت المادة 50 من القانون المدني على أن يكون للشخص المعنوي أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائه أو التي يقررها القانون، الأمر الذي نترك تفصيله لاحقا في الجزء المتعلق بالشركات التجارية.

الفرع الثاني

ترشيد القاصر لمباشرة مهنة التجارة

يقصد بترشيد القصر، في مفهوم القانون التجاري، هو جواز منحهم الاذن القانوني الذي يسمح لهم بمزاولة مهنة التجارة في حدود الاذن الممنوح لهم، قبل بلوغهم السن القانوني للرشد بفترة زمنية محددة بنص القانون. ويمنح الاذن القانوني بمباشرة مهنة التجارة من طرف من يمنحه القانون سلطة منحها للقاصر إذا قدر أن هذا الأخير يملك قدرا من الحرص وحسن التدبير ما يؤهله لممارسة مهنة التجارة قبل بلوغه سن الرشد القانوني، على أن يتم المصادقة عليه من طرف الجهة القضائية المختصة. وفيما يلي نتناول إجراءات منح الاذن بممارسة مهنة التجارة وحدود ذلك الاذن ضمن العنصرين المواليين:

أولا: إجراءات ترشيد القاصر لممارسة مهنة التجارة.

لقد أقر المشرع الجزائري بجواز ترشيد القصر بمقتضى المادة 05 من القانون التجاري، حيث نصت على أنه: "لا يجوز للقاصر المرشد، ذكرا أم أنثى، البالغ من العمر ثمانية عشر سنة كاملة، والذي يريد مزاولة التجارة، أن يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال تجارية:

- إذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصدق عليه من المحكمة، فيما إذا كان والده متوفيا أو غائبا أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها أو في حالة انعدام الأب والأم.
- ويجب أن يقدم هذا الاذن الكتابي دعما لطلب التسجيل في السجل التجاري".

وحسنا فعل المشرع الجزائري بتحديده سن 18 سنة كاملة لترشيد القاصر ومخالفته المشرع الفرنسي الذي حددها بسن 16 سنة فقط الأمر الذي جعل هذا الأخير عرضة لنقد شديد من الفقه التجاري الفرنسي، ولعل الحكمة من ذلك تعود إلى السن العقابية التي حددها المشرع الجزائري بـ 18 سنة طبقا لنصي المادتين 50 و51 من قانون العقوبات، ولا شك أن توحيد الأهلية التجارية للقاصر المرشد والأهلية العقابية، سيرفع أي تناقض محتمل من حيث الأحكام المطبقة على هؤلاء القصر المرشدين جزاء إخلالهم ببعض التزاماتهم كتجار، بما في ذلك جواز شهر إفلاسهم وتطبيق بعض العقوبات الجزائية عليهم، فمن غير المنطقي فرض عقوبات أو توقيعها على قاصر مرشد لم يكتمل السن العقابية بالنسبة له، وهي مسألة تفطن لها المشرع الجزائري، فوضعهم في مركز متساوٍ مع باقي التجار من حيث الحقوق ومن حيث الالتزامات أيضا والآثار الناجمة عنها.

ومع ذلك، فقد لفت انتباهنا توظيف المشرع الجزائري لبعض المصطلحات غير الموفقة والمتناقضة في نص هذه المادة، حيث استخدم عبارة "لا يجوز للقاصر المرشد"، وهي عبارة غير دقيقة، فالقاصر لا يجوز وصفه "بالمرشد" إلا إذا كان قد حصل فعلا على الاذن القانوني لمزاولة مهنة التجارة، وهو أمر لم يحدث بعد، ولم يقصده المشرع الجزائري بدليل تناقضها مع عبارة "كما لا يمكن اعتباره

راشدا" في مستهل نفس المادة، وقد كان الأصوب لو أن المشرع الجزائري ألغى كلمة "المرشد" حتى يستقيم المعنى ويزول التناقض فتصبح العبارة على النحو التالي: "لا يجوز للقاصر ، ذكرا أم أنثى...".

كما يؤخذ على المشرع الجزائري توظيف عبارات غير ذات جدوى، على غرار عبارة "أو بقرار من مجلس العائلة" المنقولة عن المشرع الفرنسي. ففضلا عن كلمة "قرار" غير المألوفة في هذا المجال، لم نجد في أحكام التشريع الجزائري المتعلقة بالتصرف في أموال القصر، سوى تلك المتعلقة بأحكام الوصي والمقدم المنصوص عليها في المواد من 92 إلى 100 من قانون الأسرة، أما "مجلس العائلة" فلم نجد له أي أثر يذكر، سوى في القانون المنظم للأحوال الشخصية للجزائريين المسلمين لعام 1959، وهو قانون موروث عن عهد الاستعمار الفرنسي حيث تم العمل به إلى غاية 05 جويلية 1975، عندما تم إلغاؤه في الذكرى 13 لعيد الاستقلال الوطني مع بقية القوانين الأخرى التي تم تمديد العمل بها بعد الاستقلال مباشرة، وفي ظل عدم جدوى العبارة السابقة يبقى السؤال مطروحا حول الشخص المؤهل قانونا بمنح القاصر الاذن بمزاولة مهنة التجارة إذا لم يكن ذلك ممكنا بالنسبة لأبويه معا؟

وبالنظر لعدم جدوى العبارة السابقة، نرى بأنه ينبغي الاستعاضة عنها بأحكام الوصاية والتقديم سابقة الذكر، لأنها تؤدي نفس الغرض الذي اتجهت إليه نية المشرع الجزائري، على أن يتم تعديل نص المادة السابقة بما يتوافق مع هذا المنطق لاحقا، أو استحداث ما يسمى "مجلس العائلة" وتوضيح مهامه وتكوينه كما فعل المشرع المغربي بموجب نص المادة 251 من مدونة الأسرة المغربية التي نصت على "إحداث مجلس للعائلة تناط به مهمة مساعدة القضاء في اختصاصاته المتعلقة بشؤون الأسرة"، ثم حدد المرسوم المنظم له، تكوين وصلاحيات هذا المجلس.

كما شد انتباهنا أيضا توظيف المشرع الجزائري لعبارات مجانبة للصواب في فقه قانون الأسرة، على غرار العبارة الأخيرة في نص المادة السابقة، وهي عبارة " انعدام الأب والأم"، وبالعودة إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري نجد بأنه قد استخدم عبارة "مجهولي النسب" في المواد 44، 119 و120 منه، أما العبارة الأولى، التي لم نجد لها أي أثر ضمن أحكامه، فمن الأصوب تعديلها لأنه من غير المنطقي أن ينسب الشخص إلى العدم.

أما الاشكال الأخير فيتعلق بالشخص الذي له سلطة منح الاذن المطلوب لممارسة المرأة المتزوجة للتجارة إذا كانت لا تزال قاصرة، فعلى فرض أن الزوجة تزوجت ببلوغها سن 18 سنة، وأرادت ممارسة التجارة، فمن المعلوم أنه يلزمها الاذن القانوني لتأهيلها لذلك، فالسؤال المطروح ممن تطلب المرأة المتزوجة هذا الإذن أو بالأحرى من له الحق في إسناد إذنه أمام رئيس المحكمة، هل هم الأشخاص المذكورين في المادة 05 من القانون التجاري، أم الزوج باعتباره هو من تنتقل إليه الولاية إذا كانت قاصرة، وهو من يشترط طاعته، أم أن بزواجها ترشد المرأة لممارسة التجارة؟

في غياب نص دقيق أو اجتهاد قضائي يفك لنا هذه الإشكالات ما علينا إلا التقيد بحرفية نص المادة 05 سابقة الذكر، وعليه الإذن المطلوب لترشيد القاصرة المتزوجة لممارسة التجارة يكون من الأشخاص الممنوح لهم تلك السلطة وفقا لنص نفس المادة، ولعل ما يدعم هذا التفسير هو ما ورد في نص المادة 37 من قانون الأسرة عندما أكدت بأن "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، وبالتالي يمنح الاذن للأب أو الأم أو الوصي أو المقدم إلى حين استدراك هذه الثغرة من طرف المشرع الجزائري على أن يمنح الإذن المطلوب لترشيد القاصرة المتزوجة لزوجها بشكل صريح، تماما كما فعل المشرع المصري عندما أقر هذا الاذن لمصلحة الزوج وفقا لنص المادة 14 من قانون التجارة المصري.

ومهما يكن من أمر، فإن الاذن القانوني الذي يمنح للقاصر بمزاولة مهنة التجارة، إنما ورد على سبيل الترتيب وليس التخيير، ذلك أن المادة 05 من القانون التجاري هي قاعدة آمرة ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها بدليل استهلالها بعبارة "لا يجوز"، وبالتالي فإن منح الاذن بممارسة مهنة التجارة بالنسبة للقاصر، لا يصح للأم بوجود الأب، ما لم يكن ذلك ممكنا، ولا يصح للوصي أو المقدم بوجود الأم ما لم يكن ذلك ممكنا أيضا، كل ذلك تحت طائلة بطلانه لمخالفته النظام العام.

وينبغي أن يكون الاذن صريحا بمباشرة مهنة التجارة وليس الاذن بإدارة الأموال. وبعد صدور هذا الاذن للقاصر بممارسة مهنة التجارة، من أبيه أو أمه أو الوصي أو المقدم، وجب اتخاذ اجراءات التصديق عليه من طرف المحكمة المختصة، واشترط القانون

وجوب تقديم هذا الاذن المكتوب مرفقا بطلب التسجيل في السجل التجاري. ويعد هذا الشرط عملية اشهارية موجهة لإعلام الغير بأن التاجر قاصر، ولهذا يترتب على عدم استيفاء هذا الالتزام عدم اكتساب القاصر صفة التاجر ولا يمكن أن يتمسك بهذه الصفة إزاء الغير.

ثانيا: حدود الاذن القانوني بممارسة مهنة التجارة للقاصر المرشد.

جاء نص المادة 05 سابقة الذكر، مطلقا دون أي تقييد، الأمر الذي يطرح التساؤل حول حدود الاذن القانوني للقاصر بممارسة مهنة التجارة، فهل يكون مطلقا أم يكون مقيدا ؟

وباستقراء نص المادة 06 من القانون التجاري نجد بأنها تضع قيدا على التصرف في عقارات القصر نظرا للقيمة المالية الكبيرة لها، فهي تخضعها للقواعد العامة المتعلقة ببيع أموال القصر ضمانا من المشرع لحماية أموالهم، حتى وإن كان للقاصر إذن مطلق بممارسة مهنة التجارة، وذلك تحت طائلة بطلان تصرفه لمخالفته النظام العام، حيث نصت على أنه: "يجوز للتجار القصر المرخص لهم طبقا للأحكام الواردة في المادة 05، أن يرتبوا التزاما أو رهنا على عقاراتهم. غير أن التصرف في هذه الأموال سواء كان اختياريا أو جبريا، لا يمكن أن يتم إلا باتباع أشكال الاجراءات المتعلقة ببيع أموال القصر أو عديمي الأهلية".

أما فيما يتعلق بالتصرف في المنقول، فإن الاذن الممنوح للقاصر بمزاولة مهنة التجارة قد يكون مطلقا دون أي تقييد، كما يمكن أن يكون مقيدا أيضا سواء من حيث الموضوع أو من حيث حجم المال المخصص لذلك، وذلك بدليل عبارة "يجوز" الواردة في نص المادة 05 سابقة الذكر، وفي هذه الحالة الأخيرة، لا يجوز للقاصر المرشد أن يتجاوز حدود الاذن الممنوح له بممارسة مهنة التجارة، فإذا حدد من له سلطة منح الاذن مجالا معينا للقاصر من أجل ممارسة مهنة التجارة، وجب عليه الالتزام بحدود ذلك الاذن، كأن يحدد الاذن بمباشرة تجارة الأقمشة، فإن تجاوزه القاصر المرشد إلى الاتجار بالأسهم والسندات المالية كان تصرفه قابلا للإبطال، ولا يكسبه ذلك صفة التاجر إلا في حدود الاذن الممنوح له. وفي هذه الحالة لا يجوز شهر إفلاس القاصر المرشد إلا في حدود أمواله المستثمرة في تجارته فقط ولا يتعدى ذلك إلى أمواله الأخرى غير المشمولة بالإذن.

ولأن سلطة منح الاذن مقررة لمصلحة القاصر عن طريق من يملكها قانونا، فإن هذا الأخير، يملك أيضا سلطة تعديل حدود ذلك الاذن بتقليصه أو توسيعه أو حتى بالرجوع فيه إذا توافرت أسباب جدية قدّر معها مانح الاذن بأن مصلحة القاصر تستدعي ذلك، ومع أن نص المادة 05 و06 سابقتي الذكر لم تنصا بشكل صريح على هذه المسألة، فقد استدل عليها البعض من نص المادة 25 (المطة 01) من القانون التجاري عندما نصت على أن أحكام المادة التي تسبقها تسري "في حالة الرجوع عن ترشيد التاجر القاصر تطبيقا لأحكام التشريع الخاص بالأسرة وعند إلغاء الاذن المسلم لقاصر الخاص بممارسة التجارة". وبالعودة إلى أحكام قانون الأسرة المشار إليها في المادة السابقة نجد بأن المادة 84 منه تجيز للقاضي الرجوع في الاذن الممنوح للمميز بالتصرف في أمواله. كما تستند هذه السلطة إلى القاعدة الاجرائية الراسخة المسماة "بقاعدة توازي الاشكال"، والتي تقضي بجواز سحب الاذن القانوني الممنوح لمن له سلطة منحه، على أن يتم المصادقة على سحب الاذن أو تعديله من طرف المحكمة المختصة.

المبحث الثاني

التزامات التاجر المهنية

إذا توافرت الشروط القانونية لاكتساب صفة التاجر على النحو المتقدم، خضع هؤلاء التجار لالتزامات قانونية معينة نص المشرع على الأحكام الخاصة بها في الباب الثاني والثالث من الكتاب الأول من القانون التجاري، وهي على التوالي: مسك الدفاتر المحاسبية للتجار (المواد من 09 إلى 18)، والقيد في السجل التجاري (المواد من 19 إلى 28). وفيما يلي نتناول، وفقا للترتيب الذي اعتمده المشرع الجزائري، الالتزامات الملقاة على عاتق هؤلاء الأشخاص ضمن المطلبين التاليين:

المطلب الأول
مسك الدفاتر المحاسبية للتاجر

تطرح صفة التاجر على مكتسبيها التزامات خاصة يأتي على رأسها الالتزام بمسك الدفاتر المحاسبية للتاجر لتدوين العمليات التي يجريها التاجر، والقصد من فرض هذا الالتزام هو مصلحة التاجر في المقام الأول، لأن هذه الدفاتر إذا امسكت وأحسن تنظيمها تصير بمثابة مرآة صادقة لنشاط التاجر يرى فيها هذا الأخير حركة تجارته وما حققته من نجاح أو فشل، فتبين مركزه المالي بكل دقة وتكون سجلا حقيقيا وأمينا لحالة تجارته. ونظرا لما تتميز به المعاملات التجارية من سرعة في إبرامها وتنفيذها، فأجاز المشرع إثباتها بكافة وسائل الاثبات بما فيها القرائن والبينة، ولكنه أراد نظير هذا التيسير تدوين هذه العمليات في دفاتر خاصة يمكن للتاجر ولدائنيه ولغيرهم من ذوي المصلحة الرجوع إليها في الاثبات.

وقد نظم المشرع الجزائري الأحكام الخاصة بهذا الالتزام في المواد من 09 إلى 18 من القانون التجاري وكذا القانون رقم 07-11 الصادر في 25 نوفمبر 2007، المتعلق بالنظام المالي المحاسبي، المعدل والمتمم، فضلا عن أحكام المرسوم التنفيذي 08- 156، الصادر في 26 ماي 2008، المتضمن تطبيق أحكام القانون رقم 07 -11 سابق الذكر، في حين وردت الأحكام المتعلقة بالدفاتر المحاسبية الالكترونية ضمن المرسوم التنفيذي رقم 09- 110، الصادر في 07 أفريل 2009، الذي يحدد شروط وكيفيات مسك المحاسبة بواسطة أنظمة الإعلام الآلي.

وقبل الخوض في الأحكام الخاصة بهذا الالتزام وجب التنبيه إلى أن المشرع الجزائري قد استخدم عبارة "الدفاتر التجارية" ضمن أحكام المواد من 09 إلى 18 من القانون التجاري، في حين أطلق عليها تسمية "الدفاتر الحسابية" في المادة 82 من نفس القانون في الأحكام المتعلقة ببيع المحل التجاري. وحسنا فعل المشرع عندما عاد لاستخدام عبارة "الدفاتر المحاسبية" ضمن أحكام القانون رقم 07-11 سابق الذكر، وهي ذات التسمية التي اعتمدها المشرع الفرنسي "Les documents comptables"، ومن رأينا فإن هذه التسمية الأخيرة تعد الأدق والأصوب من حيث تناسبها مع الوظيفة الرئيسية التي تؤديها تلك الدفاتر والهدف التشريعي الذي أنشئت من أجله، فالحياة التجارية ترتبط ارتباطا وثيقا بفكرة المحاسبة، وبعد دخول القانون 07-11 سابق الذكر، حيز النفاذ في 01 جانفي 2009 بموجب نص المادة 41 منه، أكدت المحكمة العليا، في قرارها الصادر بتاريخ 04 مارس 2010، ميلها إلى توظيف عبارة "الدفاتر المحاسبية" رغم استشهادها بنصي المادتين 09 و10 من القانون التجاري، وبالتالي فإننا نميل لاستخدام عبارة "الدفاتر المحاسبية للتاجر" بدلا من العبارة الأولى. وفيما يلي سنفصل، نطاق الالتزام بمسك تلك الدفاتر وكذا دورها في الاثبات ضمن الفرعين المواليين:

الفرع الأول
نطاق الالتزام بمسك الدفاتر المحاسبية للتاجر

خصص المشرع الجزائري المواد من 09 إلى 12 من القانون التجاري للأحكام المتعلقة بتنظيم مسك هذه الدفاتر، حيث نص فيها على الأشخاص الملزمين بمسكها وأنواعها وكيفية تنظيمها والاحتفاظ بها، الأمر الذي نتعرض له بالشرح ضمن العناصر التالية:

أولا: نطاق الالتزام بمسك الدفاتر المحاسبية للتاجر من حيث الأشخاص.

نصت المادة 09 من القانون التجاري على أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي له صفة التاجر ملزم بمسك دفتر لليومية يقيد فيه يوما بيوم عمليات المقاولة أو أن يراجع على الأقل نتائج هذه العمليات شهريا بشرط أن يحتفظ في هذه الحالة بكافة الوثائق التي يمكن معها مراجعة تلك العمليات يوميا".

وفي نفس المعنى أكدت المادة 04 من القانون رقم 07-11 المتعلق بالنظام المالي المحاسبي سابق الذكر على أنه: "تلزم الكيانات الآتية بمسك محاسبة مالية:

- الشركات الخاضعة لأحكام القانون التجاري،

- التعاونيات،
- الأشخاص الطبيعيون أو المعنويون المنتجون للسلع أو الخدمات التجارية وغير التجارية، إذا كانوا يمارسون نشاطات اقتصادية مبنية على عمليات متكررة،
- وكل الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين لذلك بموجب نص قانوني أو تنظيمي".

ولم يساير المشرع الجزائري بعض التشريعات المقارنة التي أعفت صغار التجار الذين لا يتجاوز رقم أعمالهم حدا معينا من مسك الدفاتر المحاسبية للتجار، على غرار المشرع المصري الذي حددها بعشرين ألف جنيه مصري، والمشرع الفرنسي الذي حددها بسبعمائة ألف يورو للتاجر الفرد وثمانية ملايين يورو بالنسبة للشركات التجارية، أما المشرع الجزائري فلم يضع حدا معينا يعفي من خلاله أي تاجر من مسك الدفاتر المحاسبية مهما كان رقم أعماله. وفي هذا الخصوص وجب التمييز بين مسك الدفاتر كالتزام محاسبي تجاري وبين مسكها كالتزام محاسبي جبائي (ضريبي)، فإذا كانت أحكام القانون التجاري الجزائري لا تعفي أي تاجر من مسك الدفاتر المحاسبية مهما كان رقم أعماله، فإن أحكام بعض القوانين المحاسبية الضريبية، المتقلبة وغير الثابتة أصلا، قد تعفي صغار التجار الذين لم يتجاوز رقم أعمالهم حدا معينا من مسك الدفاتر المحاسبية الاجبارية وتخضعهم بدلا من ذلك إلى مسك دفاتر محاسبية مبسطة أو أنها قد تعفيهم من هذا الالتزام وتخضعهم إلى محاسبة مالية جزافية، وعلى سبيل المثال يمكن ذكر نص المادة 05 من القانون رقم 07 -11 سابق الذكر التي نصت على أنه: "يمكن الكيانات الصغيرة التي لا يتعدى رقم أعمالها وعدد مستخدميها ونشاطها الحد المعين، أن تمسك محاسبة مالية مبسطة". فيما أوضحت المادة 43 من المرسوم التنفيذي رقم 08- 156، المتضمن تطبيق أحكام القانون رقم 07 - 11 سابق الذكر، كيفية تطبيق المادة السابقة عندما نصت على أنه: "تخضع الكيانات الصغيرة التي تستجيب لشروط النشاط ورقم الأعمال وعدد المستخدمين إلى محاسبة مبسطة تسمى محاسبة الخزينة، إذا وقع اختيارها على طريقة أخرى، وتخضع إلى إعداد كشوف مالية خاصة تتشكل من:

- وضعية نهاية السنة المالية.
- حساب نتائج السنة المالية.
- جدول تغير الخزينة خلال السنة المالية".

وقد نصت المادة 02 من القرار المؤرخ في 26 جويلية 2008، الصادر عن الوزير المكلف بالمالية، الذي يحدد أسقف رقم الأعمال وعدد المستخدمين والنشاط، المطبقة على الكيانات الصغيرة بغرض مسك محاسبة مالية مبسطة، على ما يلي: "يمكن الكيانات الصغيرة التي لا يتعدى رقم أعمالها وعدد مستخدميها ونشاطها أحد الأسقف الآتية (10 ملايين دينار بالنسبة للأنشطة التجارية)، خلال سنتين ماليتين متتاليتين، مسك محاسبة مالية مبسطة".

ومع أنه تم التخلي لاحقا عن نظام المحاسبة المالية المبسطة بموجب بعض القوانين الضريبية المتقلبة بكثرة والاحتفاظ بنظامي المحاسبة المالية الحقيقية أو الجزافية فقط، فضلا عن عدم رسو تلك القوانين على رقم أعمال ثابت يحدد الحد الأدنى المعين المشار إليه سابقا، إلا أن الشاهد من تلك القوانين هو أنها وإن كانت تعفي التاجر ضريبيا من مسك الدفاتر المحاسبية الاجبارية، إلا أنها لا تعفيه من هذا الالتزام تجاريا، أي أنها تعفيه جزئيا من هذا الالتزام في مواجهة الادارة الضريبية فقط، ولا تعفيه في مواجهة الغير المتعاملين معه أو الجهات القضائية المختصة.

ومهما يكن من أمر، فإن المشرع الجزائري، وإن فرض على كل شخص طبيعي أو معنوي يملك صفة التاجر مسك دفاتر محاسبية، غير أنه لم يفرض على التاجر قيد البيانات الواردة في دفاتره بنفسه، فقد أجاز له أن يكلف أحد عماله بهذه المهمة بمعرفته وتحت إشرافه وتحت مسؤوليته أيضا، بل إن بعض المشروعات التجارية الكبيرة التي توظف رؤوس أموال ضخمة أصبحت تلجأ إلى اسناد هذه المهمة إلى مكاتب محاسبة متخصصة لها من الخبرة العلمية والفنية ما يؤهلها للقيام بتلك الوظيفة بشكل دقيق ومنظم، بل وتنشئ بعض المشروعات التجارية إدارات مالية وتجارية، وذلك حسب حجم المشروع وقدراته أيضا.

وقد ثار الخلاف حول مدى إلزامية مسك دفاتر محاسبية مستقلة بالنسبة للشريك المتضامن في شركات التضامن وشركات التوصية بنوعيها انطلاقا من كونه يكتسب صفة التاجر؟

ويرى جانب من الفقه بعدم إلزامية الشريك المتضامن بمسك دفاتر محاسبية مستقلة لعدم جدواها لأنها ستكون مجرد تكرار لما تم تدوينه في الدفاتر المحاسبية للشركة، بينما يذهب رأي آخر من الفقه إلى إلزامية مسك هذه الدفاتر حتى بالنسبة للشريك المتضامن لأنه يكتسب صفة التاجر ولم يستثنه القانون بنص صريح من هذا الالتزام.

ونرى بوجاهة حجة الرأي الأول بعدم إلزامية الشريك المتضامن بمسك دفاتر محاسبية مستقلة عن دفاتر الشركة، ففضلا عن عدم جدواها لأنها ستكون مجرد تكرار لما تم تدوينه في الدفاتر المحاسبية للشركة بما في ذلك أرباح الشريك المتضامن، فإننا نرى بأن مسك دفاتر محاسبية مستقلة من طرف الشريك المتضامن لا يعفيه من الآثار القانونية الناجمة عن شهر إفلاس الشركة في حال توقفها عن دفع ديونها، فالمسؤولية التضامنية التشاركية للشركاء المتضامنين في شركات التضامن وشركات التوصية بنوعيها تفترض امتداد تلك المسؤولية إلى الآثار الناجمة عن شهر إفلاس الشركة، فإذا كان هذا الأخير إفلاسا تقصيريا في مواجهة الشركة لإخلالها بالتزامها بعدم مسك الدفاتر المحاسبية أو عدم انتظامها فإن ذات الأثر هو الذي سينطبق على الشريك المتضامن فيكون إفلاسه تقصيريا بدوره والعكس صحيح، وبالتالي نرى بأن لا حاجة لمسك دفاتر محاسبية منفصلة عن تلك التي تمسكها الشركة لعدم جدواها من حيث الغاية القانونية التي أنشئت من أجلها.

ثانيا: أنواع الدفاتر المحاسبية للتاجر.

أوجب المشرع الجزائري على كل شخص طبيعي أو معنوي يكتسب صفة التاجر أن يلتزم بمسك الدفاتر المحاسبية التي نص عليها القانون، وترك لهم الحرية في اختيار دفاتر أخرى مناسبة إذا استلزمت طبيعة التجارة وأهميتها ذلك، فالدفاتر التجارية تنقسم إلى نوعين:

1- الدفاتر الاجبارية:

تتمثل الدفاتر الاجبارية وفقا لما هو منصوص عليه في نصي المادتين 09 و10 من القانون التجاري في دفتري اليومية والجرد، وفضلا عن هذين الأخيرين فقد أضافت المادة 20 من القانون رقم 07 -11 سابق الذكر، دفترا ثالثا يسمى الدفتر الكبير، فيما أضافت بعض القوانين دفاتر إجبارية أخرى خاصة بأنشطة تجارية معينة، إلى جانب الدفاتر السابقة، الأمر الذي سنتطرق له ضمن النقاط التالية:

أ- دفتر اليومية:

دفتر اليومية، هو أهم دفتر محاسبي في الحياة المهنية للتاجر، بحيث يشكل الأساس المحاسبي الذي تقوم عليه أعمال التاجر، فهو كما يدل عليه اسمه، المحضر اليومي المفصل الذي يتضمن جميع الأعمال التي يقوم بها التاجر في يومه التجاري. وفي هذا الصدد نصت المادة 09 من القانون التجاري على أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي له صفة التاجر ملزم بمسك دفتر لليومية يقيد فيه يوما بيوم عمليات المقاولة أو أن يراجع على الأقل نتائج هذه العمليات شهريا بشرط أن يحتفظ في هذه الحالة بكافة الوثائق التي يمكن معها مراجعة تلك العمليات يوميا".

والمقصود من عبارة "يقيد فيه يوما بيوم عمليات المقاولة..."، أن يقيد التاجر في دفتر اليومية جميع العمليات التي يقوم بها يوميا والتي تتعلق بتجارته من بيع وشراء واقتراض ودفع وقبض سواء لأوراق تجارية أو نقدية أو استلام بضائع عينية وغيرها من العمليات المتعلقة بتجارته، وهو ما أكدته الفقرة 03 من المادة 20 من القانون رقم 07 -11 سابق الذكر عندما نصت على أنه: " تسجل في الدفتر اليومي حركات الأصول والخصوم والأموال الخاصة والأعباء ومنتجات الكيان. وفي حالة استعمال دفاتر مساعدة، فإن الدفتر اليومي يتضمن فقط الرصيد الشهري للكتابات الواردة في الدفاتر المساعدة (المجاميع العامة الشهرية لكل دفتر مساعد)".

ولم يبين المشرع الجزائري بوضوح موقفه من مسألة تقييد المسحوبات الشخصية للتاجر ضمن دفتر اليومية من عدمه كما فعلت بعض التشريعات العربية المقارنة على غرار المشرعين المصري والأردني. ويرى الأستاذ "أحمد محرز" أن المشرع الجزائري قد

أبلى بلاءً حسنا بعدم إلزامه التاجر بقيد مصاريفه الشخصية في دفتر اليومية لما في ذلك من مساس بالحياة الشخصية للتاجر الذي قد يتأذى منها لدى إطلاع الغير عليها، غير أن هذا الرأي، على وجاهته، إلا أنه قد لا يتماشى مع الغاية التي أنشئت من أجلها تلك الدفاتر المحاسبية وهي بيان المركز المالي وممتلكات التاجر ونجاعته، ووضعية خزينته في نهاية السنة المالية بشكل دقيق، وهو ما نصت عليه المادة 03 من القانون رقم 07 -11 سابق الذكر، فضلا عن أن المشرع ذاته قد راعى هذه المسألة بالذات ولم يجز الاطلاع على تلك الدفاتر إلا في حالات استثنائية جدا ومحصورة بنص القانون كما سنبينه لاحقا، وعليه، نرى بأن تقييد المسحوبات الشخصية للتاجر ضمن دفتر اليومية، ولو شهرا بشهر، من شأنه أن يحفظ مصلحة التاجر في المقام الأول، فتبين مركزه المالي بكل دقة وتكون سجلا حقيقيا وأمينا لحالة تجارته، ليرى فيها حركة تجارته وما حققته من ربح أو خسارة،

وتجيز المادة 20 من القانون رقم 07 -11 سابق الذكر بوضوح للتاجر أن يمسك أكثر من دفتر يومية مساعد بالقدر الذي يتوافق مع احتياجات تجارته، كأن يخصص دفتر للمشتريات وآخر للمبيعات وثالث للمصروفات، وفي هذه الحالة، لا يكون هناك ضرورة لإعادة قيد تفاصيل العمليات الواردة بها في دفتر اليومية الرئيسي، وإنما يكفي أن ترحل إلى هذا الأخير مجاميع الدفاتر المساعدة في فترات منتظمة، وإذا لم يتبع هذا الاجراء يعتبر مجموع الدفاتر المساعدة دفترا رئيسيا ذي أجزاء متعددة، على أن يحتفظ التاجر بهذه الدفاتر المساعدة ليمكن الاطلاع عليها كلما لزم الأمر، وهذا هو المقصود من الشطر الأخير الوارد في نص المادة 09 من القانون التجاري "بشرط أن يحتفظ في هذه الحالة بكافة الوثائق التي يمكن معها مراجعة تلك العمليات يوميا".

كما تثير هذه العبارة الأخيرة مسألة أخرى تتعلق بتصنيف **"دفتر المستندات والمراسلات"**، وهو ليس دفتر بالمعنى الحقيقي للكلمة، وإنما هو عبارة عن مجموعة على شكل حافظة تضم المستندات التي تتعلق بنشاط التاجر، كالمراسلات، والبرقيات والفواتير حتى يسهل الرجوع إليها والاعتماد عليها في الإثبات، غير أن بعض الفقه يصنفه على أنه دفتر اختياري وليس إجباري، في حين تدل العبارة السابقة بوضوح على أنه دفتر مساعد لدفتر اليومية في حال اختار التاجر أن يراجع نتائج العمليات التي يقوم بها شهريا، وفي هذه الحالة عليه أن يحتفظ بكافة الوثائق التي يمكن معها مراجعة تلك العمليات، وهي من صميم العمليات التي يقوم بها "دفتر المستندات والمراسلات".

فيما أجاز المشرع الجزائري للتاجر مسك دفاتر يومية يدوية أو إلكترونية، وهو ما نصت عليه المادة 24 من القانون رقم 07 -11 سابق الذكر عندما نصت على أنه: "تمسك المحاسبة يدويا أو عن طريق أنظمة الاعلام الآلي"، في حين فصّلت المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 09- 110، الصادر في 07 أفريل 2009، الذي يحدد شروط وكيفيات مسك المحاسبة بواسطة أنظمة الإعلام الآلي، كيفية مسك هذه الدفاتر الالكترونية، حيث جاء بها ما يلي: "يسجل البرنامج المعلوماتي للمحاسبة يوميا كل عملية منجزة بواسطة هذا البرنامج في بطاقة تسمى يومية إلكترونية للأحداث والتي يجب أن تتضمن التعريف بمنجز العملية وجهاز العمل المستعمل، تاريخ وتوقيت العملية، نوع العملية المنجزة والمعطيات أو الثوابت المدخلة".

وبالنظر للتطور التكنولوجي الكبير، فقد شاع استخدام هذه الدفاتر الالكترونية بشكل واسع في السنوات الأخيرة لكونها تستجيب لمبدأ "السرعة" الذي تقوم عليه التجارة، فضلا عن ميزتي السهولة في استخدامه وقلة تكلفته، غير أنه يجب أن يخضع في تنظيمه إلى شروط خاصة تلبي مقتضيات الحفظ والعرف والأمن والمصداقية واسترجاع المعطيات وفقا لنص الفقرة 02 من المادة 24 سابقة الذكر.

ب- دفتر الجـــــرد:

تنص المادة 10 من القانون التجاري على أنه: "يجب عليه أيضا (التاجر) أن يجري سنويا جردا لعناصر أصول وخصوم مقاولته وأن يقفل كافة حساباته بقصد إعداد الميزانية وحساب النتائج وتنسخ بعد ذلك هذه الميزانية وحساب النتائج في دفتر الجرد".

فيما نصت المادة 15 من القانون رقم 07 -11 سابق الذكر على أنه: "تكون أصول وخصوم الكيانات الخاضعة لهذا القانون محل جرد من حيث الكم والقيمة مرة في السنة على الأقل، على أساس فحص مادي وإحصاء للوثائق الثبوتية.

يجب أن يعكس هذا الجرد الوضعية الحقيقية لهذه الأصول والخصوم".

كما نصت الفقرة 03 في جزئها 03 من المادة 20 من نفس القانون على أنه: "تنقل في دفتر الجرد الميزانية وحساب النتائج الخاصان بالكيان".

يستفاد من النصوص السابقة أن التاجر ملزم بمسك دفتر للجرد، يدون فيه عناصر أصول مشروعه التجاري، وهي ما للتاجر من أموال ثابتة ومنقولة وحقوق لدى الغير، والخصوم، وهي الديون التي تكون في ذمة التاجر للغير، وأن يدون فيه فضلا عن بيان البضائع التي تكون لدى التاجر في محله ومخازنه، وهي التي يشملها الجرد الذي يجريه التاجر سنويا، بيان الميزانية السنوية التي تعبر عن حقيقة المركز المالي للتاجر عند إقفال كل سنة مالية، على أن تدون في جدول مؤلف من جانبين طبقا لقواعد المحاسبة، أولهما الجانب الايجابي وهو عبارة عن حقوق التاجر، أي كل ما لديه وما له من حقوق في ذمة الغير، والثاني هو الجانب السلبي الذي يعنى بما على التاجر من التزامات وديون لمصلحة الغير.

وقد حددت المادة 30 من القانون رقم 07 -11 سابق الذكر، مدة السنة المالية المحاسبية باثنا عشرة شهرا تغطي السنة المدنية، غير أنها أجازت قفل السنة المالية في تاريخ آخر غير 31 ديسمبر في حالة ارتباط نشاطه بدورة استغلال لا تتماشى مع السنة المدنية، كما هو الحال بالنسبة للشركات التي تكون استثماراتها في شكل عقود طويلة الأجل، حيث تقع تواريخ انطلاقها والانتهاء منها في سنوات مالية مختلفة، فتكون عملية الجرد فيها حسب وتيرة التقدم لكل مرحلة في العملية، أو كما هو الحال أيضا بالنسبة لأنشطة بيع بعض المنتوجات البحرية التي قد تصل فترة توقفها في بعض الحالات إلى 03 أشهر من كل سنة من أجل الراحة البيولوجية وإعادة تشكيل المنطقة. كما أجازت المادة ذاتها في بعض الحالات الاستثنائية التي تكون فيها مدة السنة المالية أقل أو أكثر من 12 شهرا، لا سيما في حالة إنشاء أو وقف الكيان أو في حالة تغيير تاريخ القفل، كأن يباشر التاجر نشاطه لأول مرة في منتصف السنة المالية، أو في حال توقفه عن ممارسة نشاطه التجاري في منتصف السنة المالية، فيكون مضطرا لقفلها في أقل من 12 شهرا، وفي هذه الحالة وجب عليه تبريرها في دفتر الجرد.

وعلى غرار الدفاتر اليومية الالكترونية، فقد أجاز المرسوم التنفيذي رقم 09- 110، الصادر في 07 أفريل 2009، الذي يحدد شروط وكيفيات مسك المحاسبة بواسطة أنظمة الإعلام الآلي، مسك دفاتر الجرد الالكترونية، حيث جاء بالمادة 19 منه ما يلي: "يجب أن يتضمن البرنامج المعلوماتي للمحاسبة إجراء للأرشفة يسمح بتحويل مجموع التسجيلات والمعطيات المحاسبية للفترات المحاسبية المقفلة وغير المقفلة نحو دعائم التخزين القابلة للنقل دون إمكانية التعديل".

وبالتالي فإن مسك دفاتر الجرد الالكترونية ما هو إلا أرشفة آلية للمعطيات المسجلة في "اليومية الالكترونية للأحداث"، بحيث تسمح عن طريق برمجتها بتسجيل الجرد السنوي للميزانية وحساب النتائج الخاصان بالكيان التجاري عند نهاية كل سنة مالية.

جـ- الدفتر الكبير:

الحقيقة أن مسك هذا الدفتر لم يكن إجباريا بموجب أحكام القانون التجاري الجزائري، ولم يتم النص عليه بهذه الصفة إلا سنة 2007 بموجب نص المادة 20 من القانون رقم 07 -11 سابق الذكر عندما نصت على أنه: "تمسك الكيانات الخاضعة لهذا القانون دفاتر محاسبية تشمل دفترا يوميا، ودفترا كبيرا، ودفتر جرد، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالكيانات الصغيرة.

يتفرع الدفتر اليومي والدفتر الكبير إلى عدد من الدفاتر المساعدة والسجلات المساعدة بالقدر الذي يتوافق مع احتياجات الكيان.

فيما ينص الجزء الثاني من الفقرة 03 من نفس المادة على أنه: "يتضمن الدفتر الكبير مجموع حركات الحسابات خلال الفترة المعنية".

يعرف هذا الدفتر بالعمل باسم دفتر الأستاذ، ويعتبر من أهم الدفاتر المحاسبية في الأوساط التجارية، وبدونه تكون المحاسبة التجارية ناقصة لا تفي بالغرض المطلوب، ويعد هذا الدفتر بمثابة سجل القيد النهائي الذي تصب فيه جميع قيود الدفاتر الأخرى بحيث يعبر عن النتائج النهائية لنشاط التاجر، وبذلك فهو لا يغنينا عن الدفاتر الأخرى، خصوصا دفتر اليومية.

ويمسك هذا الدفتر بطريقة فنية خاصة يهتم بها علم المحاسبة المالية، وتتلخص في أن القيد في هذا الدفتر يتم على أساس وحدة العميل أو وحدة العملية، أي أنه يتم نقل جميع القيود المدرجة بدفتر اليومية في جداول خاصة بكل عملية على حدى أو بكل عميل على حدى تبعا لتسلسلها الزمني، وهو ما يعرف محاسبيا بتدقيق المدقق أو تنظيم المنظم، لذلك شاع استخدامه في النشاطات التجارية التي تتطلب رؤوس أموال كبيرة كالبنوك وشركات التأمين.

وعلى غرار دفتر اليومية، تجيز المادة 20 من القانون رقم 07 -11 سابق الذكر بوضوح للتاجر أن يمسك أكثر من دفتر كبير مساعد بالقدر الذي يتوافق مع احتياجات تجارته، كأن يخصص دفتر كبير للمشتريات وآخر للمبيعات وثالث للمصروفات، على أن ترحل مجاميع الدفاتر المساعدة إلى الدفتر الكبير الرئيسي في فترات منتظمة، وإذا لم يتبع هذا الاجراء يعتبر مجموع الدفاتر المساعدة دفترا كبيرا رئيسيا ذي أجزاء متعددة.

في حين تجد الدفاتر الالكترونية الكبيرة أساسها القانوني ضمن أحكام المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 09- 110، الصادر في 07 أفريل 2009، الذي يحدد شروط وكيفيات مسك المحاسبة بواسطة أنظمة الإعلام الآلي، التي نصت في الوقت نفسه على مسك دفاتر الجرد الالكترونية، حيث جاء بها ما يلي: "يجب أن يتضمن البرنامج المعلوماتي للمحاسبة إجراء للأرشفة يسمح بتحويل مجموع التسجيلات والمعطيات المحاسبية للفترات المحاسبية المقفلة وغير المقفلة نحو دعائم التخزين القابلة للنقل دون إمكانية التعديل".

وتدل كلمة "المقفلة" على دفاتر الجرد، وكلمة "غير المقفلة" على الدفتر الكبير الذي يتم فيه تحويل مجموع التسجيلات والمعطيات المحاسبية المدونة في اليومية الالكترونية للأحداث نحو دعائم التخزين القابلة للنقل دون إمكانية التعديل في الدفتر الالكتروني الكبير.

د- الدفاتر الاجبارية الخاصة بأنشطة معينة:

رغم أن المشرع الجزائري أجبر جميع التجار على مسك الدفاتر التجارية المذكورة أعلاه، إلا أن تلك الدفاتر قد تكون عاجزة لوحدها، في بعض الأنشطة الخاصة، عن تحقيق الغاية التي أنشئت من أجلها، وهي الوقوف على المركز المالي للتاجر ونتائج العمليات التي يباشرها بشكل دقيق، لذلك أوجبت بعض القوانين التي تنظم بعض الأنشطة التجارية، على التجار الخاضعين لأحكامها، مسك دفاتر إجبارية أخرى خاصة، تكون عملياً أكثر دقة في بيان المركز المالي للتجار، ولأن تحديد كل تلك الدفاتر يتطلب الإلمام بسائر القوانين التي تعرضت لها بنصوص خاصة، فسنكتفي بذكر بعضها على سبيل المثال لا الحصر، ومن بين هذه القوانين يمكن ذكر قائمة الدفاتر المحاسبية التي تمسكها شركات التأمين، وهو ما تنص عليه المادة 02 من القرار الصادر في 23 جويلية 1996 الذي يحدد قائمة الدفاتر والسجلات التي تمسكها شركات التأمين و/أو إعادة التأمين ووسطاء التأمين وأشكالها، والتي جاءت تطبيقا لأحكام المادة 225 من الأمر 95-07 الصادر في 25 جانفي 1995، المتعلق بالتأمينات، المعدل والمتمم، حيث جاء بها ما يلي: "يجب على شركات التأمين و/ أو إعادة التأمين أن تمسك الدفاتر التالية:

- الدفتر اليومي الذي تنقل فيه الملخصات الدورية لكل العمليات،
- الدفتر العام السميك الذي تمسك فيه جميع الحسابات.
- دفتر الميزانيات للتحقيق في كل فصل ثلاثي، يحتوي في آخر يوم من كل فصل ثلاثي على ملخص أرصدة كل الحسابات المفتوحة في الدفتر العام السميك.
- دفاتر كل من الصندوق والبنك والحساب الجاري البريدي يبين فيها ما يأتي:
  - الرصيد اليومي.
  - فرز الايرادات والمصاريف.

- مجاميع كل شهر.
- الملخصات منذ بداية السنة المالية.

- دفتر الجرد الدائم للقيم المنقولة والعقارات والقروض.
- دفتر الجرد السنوي".

وبالعودة إلى أحكام المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 03-481 المؤرخ في 13 ديسمبر 2003، الذي يحدد شروط ممارسة الصيد البحري وكيفياتها، نجد بأنها تلزم الأشخاص الممارسين للصيد البحري التجاري بمسك الدفتر المهني للصياد، حيث جاء بها ما نصه: "يؤسس دفتر مهني للصياد البحار لكل الأشخاص الممارسين الصيد البحري على سبيل الاحتراف". ويخضع لهذه الصفة، ومن ثم لهذا الالتزام بمسك الدفتر المهني للصياد، كل الأشخاص الممارسين للصيد البحري التجاري وفقا لنص المادة 04 من نفس المرسوم، وهو عبارة عن دفتر مرقم ومؤشر عليه توفره الادارة المكلفة بالصيد البحري المختصة إقليميا، بحيث يتضمن معلومات عن كل عملية صيد من بدايتها إلى نهايتها.

كما خص المشرع الجزائري "المورد الالكتروني" بدفتر إلكتروني خاص يتناسب مع طبيعة تجارته الالكترونية، وهو ما نصت عليه المادة 25 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية سابق الذكر، بقولها: "يجب على كل مورد إلكتروني حفظ سجلات المعاملات التجارية المنجزة وتواريخها وإرسالها إلكترونيا إلى المركز الوطني للسجل التجاري". وقد حددت المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 19-89 المؤرخ في 05 مارس 2019، الذي يحدد كيفيات حفظ سجلات المعاملات التجارية الالكترونية وإرسالها إلى المركز الوطني للسجل التجاري، وظيفة هذا الدفتر بقولها: "سجل المعاملات التجارية ملف إلكتروني يودع فيه المورد الإلكتروني عناصر المعاملة التجارية المنجزة الآتية:

- العقد،
- الفاتورة أو الوثيقة التي تقوم مقامها،
- كل وصل استلام، أثناء التسليم أو الاستعادة أو الاسترداد، حسب الحالة .

يجب أن يتم تخزين العناصر المذكورة في الفقرة أعلاه، من قبل المورد الإلكتروني بطريقة تمكن من الولوج إليها وقراءتها وفهمها لتمكين الأعوان المؤهلين من تفحصها".

ليس هذا فحسب بل إن المشرع الجزائري ذهب إلى أبعد من ذلك عندما نص في المادة 370 (المطة 06) من القانون التجاري، على أنه: "يعد مرتكبا **للتفليس بالتقصير** كل تاجر في حال توقف عن الدفع يوجد في إحدى الحالات التالية: ...

إذا لم يكن قد أمسك أية حسابات مطابقة لعرف المهنة نظرا لأهمية تجارته".

وتوحي العبارة الأخيرة "حسابات مطابقة لعرف المهنة نظرا لأهمية تجارته"، أن المشرع الجزائري قد اعتبر أن الدفاتر التي درج العرف التجاري على فرض إمساكها في بعض الأنشطة التجارية حسب أهميتها، تعد بدورها دفاتر إجبارية. ويقترب هذا النص في مضمونه من المشرع المصري، الذي ترك المسألة تقديرية بحسب ما إذا كانت طبيعة النشاط التجاري تستلزم مسك دفاتر إجبارية أخرى أم لا، لذلك يطلق عليها الفقه المصري "بالدفاتر الاجبارية النسبية"، أي أنها إجبارية بالنسبة لبعض الأنشطة التجارية التي تستلزم بطبيعتها مسك دفاتر معينة، وغير إجبارية بالنسبة لبعض الأنشطة الأخرى التي لا تستلزمها بطبيعتها، وهو معيار يفتقد إلى الدقة والوضوح الكافيين، وفي الغالب يتطلب تحديد مدى كفاية تلك الدفاتر من عدمها، الاستعانة بالخبراء الفنيين الذين قد تختلف نظرتهم بحسب طبيعة التجارة ومدى اتساع المشروع التجاري وحجمه.

2- الدفاتر الاختيارية:

وهي تلك الدفاتر التي لم يلزم القانون التاجر بإمساكها أو استخدامها، ومع ذلك، تعتبر هذه الدفاتر مهمة للتاجر حيث تمكنه من معرفة نتائج أعماله بسهولة ويسر، وهي تعتمد على نوع المشروع وحجمه، ومن أهم هذه الدفاتر:

أ- **دفتر التسويدة:** هو دفتر يقيد فيه التاجر جميع العمليات التي يقوم بها فور حصولها بحيث لا يخضع في قيدها لأية قواعد معينة بل قد تكون في شكل غير منظم على أن يقوم بنقلها فيما بعد إلى دفتر اليومية بشكل منظم.

ب- **دفتر الصندوق أو الخزانة:** يتم فيه إثبات حركة النقود الصادرة والواردة، وبواسطته يستطيع التاجر أن يتحقق من مقدار النقود الموجودة لديه. ويستخدم هذا الدفتر بوجه خاص في المصارف والمؤسسات المالية التي تتوالى فيها عمليات القبض والدفع، لأن هذه العمليات تعتبر من صميم النشاط المصرفي.

جـ- **دفتر المخزن:** وهو عبارة عن دفتر تدون فيه حركة البضائع التي تدخل إلى مخزن التاجر والتي تخرج منه.

د- **دفتر الحوالات والأوراق التجارية:** وهو عبارة عن دفتر يسجل فيه جميع الأوراق التجارية التي على التاجر، مع مواعيد استحقاقها (السفتجة، السند لأمر، الشيك).

ومهما يكن من أمر، فإن الدفاتر الاختيارية، وإن كانت غير إلزامية بالنسبة للتجار، غير أن ذلك لا يعني بأنها لا تتمتع بالقيمة القانونية في تحديد المركز المالي للتاجر أو في الإثبات أمام القضاء، فعدم إلزامية مسك هذه الدفاتر يعد قرينة على عدم وجودها لدى التاجر، غير أنه إذا ثبت بأن التاجر يمسكها جاز للخصم التمسك بها أمام الجهات القضائية المختصة للاعتماد عليها كدليل إثبات خصوصا إذا كانت منتظمة.

ثالثا: قواعد مسك الدفاتر المحاسبية للتاجر.

أخضع المشرع الجزائري مسك الدفاتر المحاسبية للتجار إلى قواعد تنظيمية معينة تكفل تحديد المركز المالي للتاجر بدقة وأوجب عليه الاحتفاظ بها وبمستنداته لمدة زمنية معينة حتى يمكن الرجوع إليها في الاثبات، وهو ما سنتناوله في النقاط الموالية:

1- **تنظيم مسك الدفاتر المحاسبية للتاجر.**

إذا كانت الدفاتر المحاسبية للتاجر منتظمة ودقيقة، فإنها توحي بالثقة وتبعث على الاطمئنان، فتبين المركز المالي للتاجر بكل دقة وتكون مرآة صادقة لنشاطه التجاري، وحول هذه المسألة تنص الفقرة 01 من المادة 10 مكرر من القانون التجاري على أنه: "تهدف حسابات وحواصل التجار إلى ضبط تطور عناصر الذمة المالية للمؤسسة بطريقة موضوعية وطبقا للتقنيات التنظيمية". فيما أكدت المادة 03 من القانون رقم 07 -11 المتضمن النظام المالي المحاسبي سابق الذكر، على أن نظام المحاسبة المالية يستهدف عرض "صورة صادقة عن الوضعية المالية وممتلكات الكيان، ونجاعته، ووضعية خزينته في نهاية السنة المالية". كما نصت المادة 10 من نفس القانون على أنه: "يجب أن تستوفي المحاسبة التزامات الانتظام والمصداقية والشفافية المرتبطة بعمليات مسك المعلومات التي تعالجها ورقابتها وعرضها وتبليغها".

ولتحقيق هذا الغرض نص المشرع الجزائري على مجموعة من الأحكام التي تهدف إلى تجسيد تلك الغاية بشكل يكفل انتظامها ويضمن صحة ما ورد فيها من بيانات، وقد راعى المشرع في ذلك توزيع تلك الضمانات عبر جميع مراحل استعمال تلك الدفاتر، بدءاً من مرحلة إنشائها، مرورا بفترة استعمالها، ثم إقفالها في نهاية كل سنة مالية.

ففي **مرحلة إنشائها** أوجب المشرع ترقيم الصفحات والتأشير عليها من طرف قاضي المحكمة المختصة التي يقع في دائرتها نشاط التاجر قبل أي استعمال لتلك الدفاتر، وهو ما تنص عليه الفقرة 02 من المادة 11 من القانون التجاري بقولها: "وترقم صفحات كل من الدفترين ويوقع عليهما من طرف قاضي المحكمة حسب الاجراء المعتاد". وفي السياق ذاته تنص المادة 21 من القانون رقم 07 - 11 سابق الذكر على أنه: "يرقم رئيس محكمة مقر الكيان ويؤشر على الدفتر اليومي ودفتر الجرد".

ولا شك أن قصد المشرع من هذا الاجراء هو صون تلك الدفاتر من أي إزالة للصفحات أو إخفاء أو استبدال بعضها بغيرها أو بإعدام الدفتر بأكمله واستبدال دفتر مصطنع بدله.

ونظرا لأهمية المرحلة الموالية، وهي **مرحلة استعمال الدفاتر المحاسبية**، التي تمتد إلى غاية نهاية السنة المالية، فقد خصها المشرع بأحكام مفصلة، منها ما يتعلق بشروط القيد، ومنها ما يتعلق بنوع البيانات المسجلة في تلك الدفاتر، ومنها ما يتعلق بوحدة قياس المعاملات (نوع العملة). وفي هذا الخصوص، تنص الفقرة 01 من المادة 11 من القانون التجاري على أنه: "يمسك دفتر اليومية ودفتر

الجرد بحسب التاريخ وبدون ترك بياض أو تغيير من أي نوع كان أو نقل إلى الهامش". وفي ذات السياق أكدت المادة 23 من القانون رقم 07 -11 سابق الذكر على أنه: "تمسك الدفاتر المحاسبية المرقمة والمؤشر عليها بدون ترك بياض أو تغيير من أي نوع كان، أو نقل إلى الهامش".

ويستهدف المشرع الجزائري من فرض جملة هذه الأحكام المفصلة، سلامة ما ورد في الدفتر من بيانات، وذلك بعدم تغييرها بطريق التحشير بين السطور، ومنع الاضافة إليها في فراغ يترك بين تلك السطور، وإذا أريد تصحيح بيان قيد خطأ، كان ذلك بكتابة أخرى في تاريخ كشف الخطأ.

أما ما يتعلق بتنظيم الدفاتر المحاسبية الالكترونية، فقد تضمنت أحكاما خاصة نصت عليها الفقرة 02 من المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 09- 110، الصادر في 07 أفريل 2009، الذي يحدد شروط وكيفيات مسك المحاسبة بواسطة أنظمة الإعلام الآلي، حيث جاء بها ما يلي: "يجب أن تعرف إصدارات نظام الاعلام الآلي وترقّم وتؤرّخ عند إنشائها بواسطة وسائل توفر كل الضمان في مجال الاثبات". فيما أكدت المادة 06 من نفس القانون على أنه: "يطبّق طابع عدم شطب أو تصحيح التسجيلات المفروض في المحاسبات اليدوية، في المحاسبات الممسوكة عن طريق نظام الاعلام الآلي في شكل إجراء التصديق لكل الفترة المحاسبية، الذي يمنع كل تعديل أو حذف لتسجيل مصادق عليه".

ليس هذا فحسب بل إن المشرع الجزائري أوجب أن تحرر المعاملات التجارية في تلك الدفاتر وفقا للمبدأ المحاسبي الراسخ المسمى "القيد المزدوج"، وذلك بغرض ضمان الانتظام الشكلي والموضوعي معا لتلك الدفاتر، فيكون المبلغ المدين مساويا للمبلغ الدائن في نهاية كل سنة مالية. وفي هذا الشأن تنص المادة 16 من القانون رقم 07 -11 المتضمن النظام المالي المحاسبي سابق الذكر على أنه: "تحرر الكتابات المحاسبية حسب المبدأ المسمى "القيد المزدوج": يمس كل تسجيل على الأقل حسابين اثنين، أحدهما مدين والآخر دائن، في ظل احترام التسلسل الزمني في تسجيل العمليات. يجب أن يكون المبلغ المدين مساويا للمبلغ الدائن".

أما الجانب المتعلق بوحدة قياس المعاملات، فقد حددها المشرع الجزائري بالعملة الوطنية دون غيرها، حيث تنص المادة 12 من القانون من القانون رقم 07 -11 سابق الذكر بوضوح على أنه: "تمسك المحاسبة المالية بالعملة الوطنية"، كما نصت المادة 13 من نفس القانون على أنه: "تحول العمليات المدونة بالعملة الأجنبية إلى العملة الوطنية حسب الشروط والكيفيات المحددة في المعايير المحاسبية". وهو ما أكدته الفقرة 02 من المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 08- 156، المتضمن تطبيق أحكام القانون رقم 07 -11 سابق الذكر، حيث نصت على أنه: "يشكل الدينار الجزائري وحدة القياس الوحيدة لتسجيل معاملات الكيان".

ويستهدف المشرع الجزائري من هذا الشرط، تحقيق غاية مزدوجة، يرتبط الشق الأول منها بفكرة السيادة الوطنية التي يعد الدينار الجزائري أحد أهم المظاهر التي تعبر عنها، في حين يرتبط الشق الثاني منها بالجانب المحاسبي، حيث يقوم هذا الأخير على المبدأ المسمى "تجانس الوحدة النقدية أو القياس النقدي".

وعلى خلاف المشرع المصري الذي أوجب أن تحرر البيانات المحاسبية في تلك الدفاتر باللغة العربية، والمشرع الفرنسي الذي أوجب أن تحرر باللغة الفرنسية، فقد أغفل المشرع الجزائري بيان اللغة التي ينبغي أن تحرر بها البيانات المحاسبية في تلك الدفاتر، في حين جرى العرف على جواز تحريرها باللغة العربية وفي الغالب باللغة الفرنسية، على أن يتم ترجمتها في الحالة الأخيرة إلى اللغة العربية أمام الجهات القضائية المختصة، بما لهذه المسألة من صعوبات ترتبط بعدم دقة الترجمة والآثار القانونية المترتبة عنها في مواجهة الأطراف المتنازعة وتحديد المراكز القانونية لهم، الأمر الذي يستوجب من المشرع الجزائري النص على تحريرها باللغة العربية مباشرة دون غيرها.

أما المرحلة الأخيرة، وهي **مرحلة إقفال السنة المالية**، فلم يكن المشرع الجزائري صارما في تنظيمها، واكتفى بالنص على ضرورة إقفالها دون أن يبين الاجراءات المتبعة في القيام بذلك، وهو ما تدل عليه بوضوح عبارة "وأن يقفل كافة حساباته" الواردة في نص المادة 10 من القانون التجاري. كما نصت المادة 19 من القانون رقم 07 -11 المتضمن النظام المالي المحاسبي سابق الذكر على أنه: "يجب القيام بإجراء قفل موجه إلى تجميد التسلسل الزمني وضمان عدم المساس بالتسجيلات".

وقد جرى العرف على أن يقوم التاجر بقيد إقفال السنة المالية بنفسه أو عن طريق المحاسبين المكلفين بذلك، على أن يفتتح السنة المالية الجديدة في الصفحة الموالية مباشرة، في حين نجد أن بعض التشريعات المقارنة قد ألزمت التجار باتباع إجراءات صارمة عند القيام بإقفال السنة المالية، على غرار المشرع المصري الذي أوجب على التاجر تقديم دفاتره التجارية إلى مكتب السجل التجاري للتصديق على عدد الصفحات التي استعملت خلال السنة أو عند انتهاء صفحات الدفتر، وعلى التاجر أيضا أو ورثته القيام بنفس الاجراء في حال توقف نشاطه للتأشير عليه بما يفيد ذلك. والأجدر بالمشرع الجزائري أن يأخذ هذا الاجراء بعين الاعتبار في أول فرصة تتاح له، ليوفر ضمانات أكثر بانتظام الدفاتر المحاسبية للتاجر ومنع الاضافة إليها.

2- مدة الاحتفاظ بالدفاتر المحاسبية للتاجر:

تنص المادة 12 من القانون التجاري على أنه: "يجب أن تحفظ الدفاتر والمستندات المشار إليها في المادتين 09 و10 لمدة 10 سنوات. كما يجب أن ترتب وتحفظ المراسلات الواردة ونسخ الرسالات الموجهة طيلة نفس المدة".

كما تنص الفقرة 04 من المادة 20 من القانون رقم 07 -11 المتضمن النظام المالي المحاسبي سابق الذكر على أنه: "تحفظ الدفاتر المحاسبية أو الدعامات التي تقوم مقامها، وكذا الوثائق الثبوتية، لمدة 10 سنوات ابتداء من تاريخ قفل كل سنة مالية محاسبية".

يستفاد من النصين السابقين أن المشرع يوجب على التاجر الاحتفاظ بدفاتره المحاسبية لمدة عشر سنوات ابتداء من تاريخ قفل كل سنة مالية محاسبية، أما بالنسبة للمراسلات ونسخ الرسالات الموجهة إليه والوثائق الثبوتية الأخرى، فلم يحدد المشرع بداية سريان هذه المدة، غير أنه من البديهي أن تبدأ من تاريخ استلامها أو تسلمها.

ولم يحدد المشرع أيضا مدة الاحتفاظ بالدفاتر الأخرى، كدفتر التسويدة والخزانة وغيرها، غير أن جانبا من الفقه، يرى بوجوب الاحتفاظ بها طوال المدة اللازمة لتقادم الحقوق الثابتة، وهي 15 سنة، ونرى بأن الرأي الأرجح هو مدة 10 سنوات، تطبيقا لقاعدة أن الفرع يتبع الأصل في الحكم، ولعل ما يدعم هذا التفسير هو عبارة "تحفظ الدفاتر المحاسبية أو الدعامات التي تقوم مقامها"، الواردة في نص الفقرة 04 من المادة 20 من القانون رقم 07 -11 المتضمن النظام المالي المحاسبي سابقة الذكر ، حيث جاءت عامة ولم تحدد دفترا بعينه، الأمر الذي يعني بأن ما ورد بها قد جاء على سبيل المثال لا الحصر، وبالتالي فهي تشمل جميع الدفاتر الالزامية وغير الالزامية على حد سواء.

وتدل عبارة "يجب أن تحفظ الدفاتر والمستندات"، على أن المشرع لم يخاطب التاجر لذاته في النصوص السابقة، وإنما أخضع الدفاتر المحاسبية إلى هذا الالتزام، الأمر الذي يعني بديهيا أن هذا الالتزام يمكن أن يمتد إلى ورثته عند وفاته بأن يحتفظوا بتلك الدفاتر خلال المدة المذكورة إذا لم تكن قد انتهت فترة العشر سنوات التي حددها المشرع لحفظها.

وللتاجر بعد انقضاء هذه المدة أن يعدم دفاتره ومستنداته التجارية، حيث لا يمكن إلزام التاجر بتقديمها أمام القضاء، لوجود قرينة قانونية على إعدامها بعد انقضاء تلك الفترة، وهي قرينة مقررة لمصلحة التاجر وليس الخصم، على أنه يجوز لهذا الأخير إثبات عكس هذه القرينة بإقامة الدليل على أن الدفاتر لا تزال موجودة، وحينئذ يلتزم التاجر بتقديمها.

ولا تعد مدة العشر سنوات، مدة تقادم، فلا ينتج عن انقضائها تقادم الحقوق أو الديون الثابتة في الدفتر، وإنما يؤدي انقضاؤها إلى قيام قرينة بسيطة على أن التاجر قد أعدم دفاتره لا أكثر ولا أقل، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 04 مارس 2010، بقولها "إن وجوب حفظ الدفاتر المحاسبية، المعددة في المادتين 09 و10 من القانون التجاري، لمدة 10 سنوات، لا يعني سقوط الحق في الارباح"، فإذا توافر للخصم دليل آخر غير الدفاتر المعدمة أو إذا ثبت أن صاحبها لا يزال يحتفظ بها، جاز تقديمها إلى القضاء كدليل إثبات لذلك الحق أو الدين.

الفرع الثاني

الآثار المترتبة عن مسك أو عدم مسك الدفاتر المحاسبية للتاجر

لقد أوجب المشرع الجزائري على كل شخص طبيعي أو معنوي يملك صفة التاجر أن يمسك الدفاتر المحاسبية، وأخضعها لتنظيم خاص يكفل انتظامها وضمان صحة ما يرد فيها من بيانات، غير أنه لم يفعل ذلك دون قصد، بل إنه أوجبها على كل تاجر لما لها

من أهمية بالغة بالنسبة للتاجر نفسه والمتعاملين معه، وبخاصة في مواد الاثبات التجاري، حيث تعد الدفاتر المحاسبية للتاجر، من بين وسائل الاثبات التي يعتد بها المشرع الجزائري في المواد التجارية (المادتين 30 و31 من القانون التجاري)، في حين رتب على عدم مسكها أو مخالفة قواعد انتظامها مسؤوليات مدنية وأخرى جزائية، الأمر الذي سنفصله في العنصرين المواليين:

أولا: حجية الدفاتر المحاسبية للتاجر في الاثبات.

أفرد المشرع الجزائري المواد من 13 إلى 18 من القانون التجاري إلى الأحكام المتعلقة بحجية الدفاتر المحاسبية للتجار في الاثبات، حيث بينت كيفية الرجوع إلى هذه الدفاتر والاحتجاج بما ورد فيها، وكذا قوة هذه الدفاتر في الاثبات، وهو ما سنبينه ضمن النقاط الآتية:

1- كيفية الرجوع إلى الدفاتر المحاسبية للتاجر والاحتجاج بما ورد فيها:

يمكن الرجوع إلى الدفاتر المحاسبية للتاجر بأحد الطرق التي نص عليها القانون، على سبيل الحصر وليس المثال، في نص المادة 16 من القانون التجاري، ولكن قبل ذلك، لكي يجوز للقاضي قبول هذه الدفاتر كأداة إثبات يجب أن تتوافر مجموعة من الشروط، وفيما يلي نتناول شروط قبول تلك الدفاتر وطرق الرجوع إليها على النحو الآتي:

أ- شروط الاعتداد بالدفاتر المحاسبية للتاجر كدليل إثبات:

لكي يجوز للقاضي قبول الدفاتر المحاسبية للتاجر كدليل إثبات يجب أن تتوافر الشروط التالية:

الشرط الأول:

يجب أن يكون الدفتر المحاسبي منتظما، وذلك ما قضت به صراحة المادة 13 من القانون التجاري بقولها: "يجوز للقاضي قبول الدفاتر التجارية المنتظمة كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية"، فالانتظام يعد قرينة على صدق التاجر وباعثا على الاطمئنان على صحة البيانات التي دونها في دفاتره، أما الدفاتر غير المنتظمة، فلا يمكن تقديمها إلى القضاء ولا يكون لها قوة الاثبات أمامه لصالح من يمسكونها، وذلك وفقا لنص المادة 14 من القانون التجاري أيضا. غير أنه يمكن أن يكون لها جدوى أمام القاضي، لمصلحة الغير وليس لمصلحة من يمسكونها، فيكون لها قدر من الحجية، ومن ثم تصلح لأن تكون قرينة يمكن مع غيرها من الادلة أن تساعد على تكوين اقتناع القاضي.

وقد نص المشرع الجزائري على حجية الدفاتر المحاسبية للتاجر دون تخصيص، الأمر الذي يفيد بأن الدفاتر المحاسبية عموما، سواء الاجبارية أو الاختيارية، تكون لها الحجية إذا كانت منتظمة.

الشرط الثاني:

أوجبت المادة 13 من القانون التجاري أن يكون أطراف النزاع تجارا لإثبات أعمال تجارية، وهو ما تؤكده بوضوح عبارة " كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية"، ذلك أن التجار هم وحدهم الملزمون بمسك دفاتر محاسبية منتظمة، ومن البديهي أن يكون لهذه الأخيرة حجيتها بينهم وحدهم، ولو كان كل من التاجرين أو أحدهما قد اعتزل التجارة أو توفي وقت النزاع، لأن العبرة بوقت مسك الدفاتر لا بوقت نشوء النزاع.

ولأن المشرع لم يلزم التجار بقيد مصروفاتهم الشخصية، على خلاف بعض التشريعات المقارنة، فقد اشترط المشرع، للاعتداد بقوة الدفاتر التجارية في الاثبات، أن يكون النزاع تجاريا وبين تاجرين، أما إذا كان النزاع مدنيا، كشراء التاجر بعض اللوازم لاستعماله الخاص هو وأسرته، فلا حجية لتلك الدفاتر كدليل للإثبات في العلاقات بين التجار، لأن قيد تلك البيانات غير ملزم في الدفاتر المحاسبية، الأمر الذي قد يتعذر معه مقارنة بيانات الدفترين.

غير أن هذا الشرط ليس على إطلاقه، فقد أجاز المشرع لغير التاجر الاستناد إلى دفاتره على أن لا يجزء ما ورد فيها من أدلة إذا كانت منتظمة، كما أجاز للتاجر نفسه أن يستند، في بعض الحالات الاستثنائية، إلى دفاتره المحاسبية في الاثبات ضد غير التاجر، حتى لا يحرمه من وسيلته الوحيدة في الاثبات، وهو ما سنبينه في موضع لاحق من هذه الدراسة.

الشرط الثالث:

ينبغي ألا يكون النزاع متعلقا بتصرف يشترط فيه القانون الكتابة الرسمية، كعقد الشركة التجارية، إذ لا يجوز الاستناد في ذلك إلى الدفاتر المحاسبية للشركة مهما كانت منتظمة، وذلك احتراما لنصوص القانون الآمرة، فضلا عن أن الدفاتر المحاسبية للتاجر لا تعتبر محررات عرفية بالمعنى القانوني للكلمة، لأنه ينقصها توقيع المدين، وبالتالي، فهي لا تعتبر مبدأ إثبات بالكتابة.

ب- طرق الرجوع إلى الدفاتر المحاسبية للتاجر:

أجاز المشرع الجزائري الاطلاع على الدفاتر المحاسبية للتاجر بإحدى طريقتين فقط، وهما: طريقة الاطلاع الكلي أو التسليم (المادة 15 من القانون التجاري)، وطريقة الاطلاع الجزئي أو التقديم (المادة 16 من القانون التجاري)، وذلك على النحو التالي:

الطريقة الأولى: طريقة الاطلاع الجزئي (التقديم).

ويقصد بالاطلاع الجزئي أو التقديم، أن يقدم التاجر دفاتره المحاسبية للقاضي حتى يستخرج منها ما يتعلق بالنزاع، وهو ما نصت عليه المادة 16 من القانون التجاري بقولها: "يجوز للقاضي أن يأمر ولو من تلقاء نفسه بتقديم الدفاتر التجارية أثناء قيام نزاع وذلك بغرض استخلاص ما يتعلق منها بالنزاع".

ويجوز للقاضي أن يطلع عليها بنفسه، أو أن يعين خبيرا لهذا الغرض، ويحصل عملا اطلاع القاضي أو الخبير على دفاتر التاجر بحضور هذا الأخير، ولا يجوز إطلاع الخصم بنفسه على دفاتر التاجر حفاظا على بيانات وأسرار التاجر، ودرءاً لكل ما قد يؤدي إلى منافسة غير مشروعة.

وفي الحالات التي تكون فيها الدفاتر موجودة في أماكن بعيدة عن المحكمة المختصة، أجازت المادة 17 من القانون التجاري، للقضاة أن يوجهوا إنابة قضائية لدى المحكمة التي توجد بها الدفاتر أو يعينون قاضيا للاطلاع عليها وتحرير محضر بمحتواها وإرساله إلى المحكمة المختصة بالدعوى وذلك في حالة العرض بتقديمها أو طلب تقديمها أو الأمر به.

على أنه يجب ملاحظة أن الأمر بتقديم الدفاتر لا يقتصر على المحكمة التجارية، وإنما يجوز للمحكمة المدنية المختصة الأمر بتقديمها أيضا، كما لو كان أحد الأطراف مدنيا واختار أن يرفع دعواه أمام المحكمة المدنية مثلا، ويجوز للقاضي أن يأمر بتقديمها من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصم، وفي هذه الحالة الأخيرة يكون للقاضي مطلق الحرية في قبول طلب الخصم أو رفضه على ضوء تقديره لظروف الدعوى، فالاستدلال على التاجر بدفاتره ليس حقا مقررا لخصم التاجر واجبا على القاضي إجابته إياه متى طلبه، بل إن الشأن فيه أنه أمر جوازي للقاضي، إن شاء أجابه إليه وإن شاء رفضه. وكل أمر يجعل فيه القانون خيار الأخذ والترك للقاضي، فلا حرج عليه إن مال لخيار دون الآخر، ولا يمكن الادعاء عليه في هذا بمخالفته القانون.

ويعد هذا النص خروجا على مبدأ "عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه"، والعلة من هذا الاستثناء تنبني على الثقة التي يمنحها الغير للتاجر، الذين لا يهتمون بإثبات التعامل معه كتابة، فلا يبقى لهم دليل سوى ما يثبته التاجر ضد نفسه في دفاتره، ومن غير المعقول أن يحرمهم القانون من ضالتهم الوحيدة في الاثبات، وهي دفاتر التاجر نفسه. ولما كان الأمر خروجا على القواعد العامة، فإنه لا يجوز الأمر به إلا إذا اطمأنت المحكمة إلى ضرورته وفائدته وكانت ظروف الدعوى تنبئ عن جدية الحق المدعى به، ولا محل لإلزام التاجر بتقديم دفاتره إذا كان الوفاء الذي يدعيه المدين تناقضه عناصر الدعوى.

فإذا أمر القاضي الطرف الذي يعرض عليه الاثبات بالدفاتر، ثم رفض تقديمها، جاز له أن يحمله على التنفيذ تحت طائلة الغرامة التهديدية عن كل يوم تأخير تطبيقا للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة 71 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، كما يجوز له أيضا توجيه اليمين إلى الطرف الآخر (المادة 18 من القانون التجاري). وبهذا النص يكون المشرع قد وضع قرينة قانونية تخفف عبئ الاثبات عمن يقع عليه هذا العبء، كما أن للقاضي أن يستخلص من هذا الرفض ما يشاء من قرائن وله أن يأخذ بها أو لا يأخذ بها ولخصم التاجر أن يناقشها، وله أن يحتج بعدم انتظامها أو عدم صحة ما ورد فيها بتقديم الدليل على ذلك.

الطريقة الثانية: طريقة الاطلاع الكلي (التسليم).

يقصد بالاطلاع الكلي أو التسليم، كما يدل عليه اسمه، إجبار التاجر على تسليم دفاتره والتخلي عنها كلية للقضاء، ليسلمها بدوره إلى الخصم ليطلع عليها، وليبحث فيها بنفسه عن الادلة التي تؤيد طلباته، أو لأي شخص مؤهل قانونا للاطلاع عليها كأعوان الضرائب مثلا. ونظرا لخطورة هذا الاجراء، لما يترتب عنه حتما من كشف لأسرار التاجر، فقد أجازه المشرع في حالات استثنائية ومحصورة بنص القانون، حيث نصت المادة 15 من القانون التجاري على أنه: "لا يجوز الأمر بتقديم الدفاتر وقوائم الجرد إلى القضاء إلا في قضايا الارث وقسمة الشركة وفي حالة الافلاس".

ففي **قضايا الارث**، أجاز المشرع لكل من له حق في التركة أن يطلب من المحكمة الاطلاع على دفاتر التاجر المتوفي، حتى يتمكن من معرفة حقوقه في التركة. أما دائني التاجر المتوفي فلا يجوز لهم الاطلاع على دفاتره لأن تحديد صفة من له حق الاطلاع لا تشملهم بنص القانون، فهي مرتبطة حصرا بصفة الوارث أو الموصى له دون غيرهم.

وفي حالة **قسمة الشركة**، عند انقضائها ودخولها مرحلة التصفية، فقد أجاز المشرع لكل شريك طلب الاطلاع على الدفاتر المحاسبية للشركة حتى يستطيع مراجعتها ليتحقق من نصيبه في القسمة.

أما في **حالة الافلاس**، فقد أجاز المشرع لوكيل التفليسة الذي عينته المحكمة الحق في الاطلاع الكلي على الدفاتر المحاسبية للتاجر المفلس حتى يتمكن من الاضطلاع بمهامه على أكمل وجه ممكن، ولا يجوز للدائنين الاطلاع على تلك الدفاتر بصفتهم الشخصية، غير أنه إذا تم تعيينهم كمراقبين للتفليسة، فيكون لهم الحق في الاطلاع على تلك الدفاتر، وذلك بحكم وظيفتهم، فهم مكلفون بفحص الحسابات وبيان الوضعية المقدمة من المدين ومساعدة القاضي المنتدب في مهمته بمراقبة أعمال وكيل التفليسة، وفقا لنصي المادتين 240 و241 من القانون التجاري.

وفضلا عن الحالات الثلاث السابقة، فقد نصت المادة 06 من الأمر رقم 76-101 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976، المتضمن قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، المعدل والمتمم، على حالة رابعة، وهي **حالة الاطلاع الكلي لأعوان الضرائب** المؤهلين قانونا لأداء وظائفهم الرقابية في هذا الخصوص، حيث تنص على أنه: "يجب على الهيئات المشار إليها في الفقرات 02 و03 و04 من المادة 04 أعلاه، أن تقدم عند كل طلب يتقدم به أعوان الضرائب المباشرة الذين تكون لهم رتبة مراقب على الأقل، **الدفاتر الحسابية** والأوراق المرفقة بها وكذلك جميع الاثباتات المفيدة التي ترمي إلى إثبات أنها تسير طبقا للأحكام القانونية والتنظيمية التي تسيرها". كما تنص المادة 190-2 مكرر (مطه 03)، على الاطلاع الكلي لأعوان الضرائب في حال مسك الدفاتر المحاسبية الالكترونية، بقولها: "... يتعين على المكلف بالضريبة أن يضع تحت تصرف الادارة كل النسخ والمستندات التي استعملت في تأسيس المحاسبة المعدة بواسطة الاعلام الآلي...".

كما أخضع المشرع الجزائري الشركات التجارية إلى إجراءات رقابية أخرى تستهدف التحقيق في حساباتها وحواصلها المالية، وهو إجراء يتيح الاطلاع على جميع المستندات والوثائق الثبوتية بما في ذلك **الاطلاع على الدفاتر المحاسبية للشركة عن طريق محافظي الحسابات**، حيث يقوم هذا الأخير، بالمصادقة على صحة تلك الحسابات ودقتها، وذلك وفقا لنص الفقرة 02 من المادة 10 مكرر من القانون التجاري، على أن تقوم هذه الشركات بنشر قوائمها المالية (إيداع الحسابات الاجتماعية) وفقا للطرق المنصوص عليها قانونا، وتحت مسؤوليتها المدنية والجزائية.

وفيما عدا هذه الحالات، المذكورة على سبيل الحصر بنص القانون، لا يجوز الاطلاع الكلي على الدفاتر المحاسبية للتاجر، فالقاعدة آمرة ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها ولا التوسع في تفسيرها بدليل عبارة "لا يجوز" في مستهل نص المادة 15 سابقة الذكر، وكلمة "يجب" في مستهل نص المادة 06 سابقة الذكر، وكذا عبارة "يلزم الأشخاص المعنويون" في مستهل الفقرة 02 من المادة 10 مكرر سابقة الذكر أيضا.

وقد لاحظ المشرع أهمية الاطلاع بالنسبة لهؤلاء الأشخاص، فضلا عن انتفاء الضرر من كشف الأسرار الواردة فيها، وبخاصة الخشية من المنافسة غير المشروعة، لأن التاجر يكون قد اعتزل التجارة في الحالات الثلاث الأولى، الأمر الذي لم تعد معه

فائدة من الاحتفاظ بأسرار تجارته، بالقدر الذي يستفيد منه المعنيين بقضايا الارث وقسمة الشركة وحالات الافلاس. أما في الحالتين الأخيرتين، فلا يشكل هذا الاطلاع خطورة على التاجر من زاوية خشيته من المنافسة غير المشروعة، لأن أعوان الضرائب ومحافظي الحسابات مجبرين على حفظ أسرار المهنة، فضلا على أن هذا الاجراء الرقابي تقتضيه ضرورة إثبات أن تلك الدفاتر تسير طبقا للأحكام القانونية والتنظيمية التي تسيرها.

ومع أن هناك بعض الحالات التي يمكن قياسها بالحالات السابقة، كقسمة المال المملوك على الشيوع والصلح الواقي من الافلاس، التي نصت عليها بعض التشريعات المقارنة، إلا أن المشرع الجزائري لم يجز الاطلاع الكلي على دفاتر التاجر في غير الحالات الحصرية المنصوص عليها سابقا، ولعل العلة من ذلك ترجع إلى أن الضرر من كشف الاسرار التجارية للتاجر لا تنتفي في الحالتين الأخيرتين لأن التاجر مستمر على رأس تجارته في هذه الحالات، وبالتالي فإن خشيته من المنافسة غير المشروعة في حالة الاطلاع الكلي على دفاتره تبقى مشروعة.

والملاحظ بأن هذا المنع من الاطلاع الكلي على دفاتر التاجر مقرر، من حيث الأصل، لمصلحة هذا الأخير حفاظا على أسراره التجارية، الأمر الذي يفيد بجواز الاطلاع الكلي بموافقة التاجر في غير الحالات السابقة، وهو ما نجده غالبا في اشتراط البنوك الاطلاع على دفاتر التاجر في حالة منح القروض أو فتح الاعتمادات.

2- حدود حجية الدفاتر المحاسبية للتاجر في الاثبات.

نظم المشرع الجزائري الأحكام الخاصة بحدود حجية الدفاتر المحاسبية للتاجر وقوتها في الاثبات، في كل من القانونين التجاري والمدني، فحدد الأول حجيتها فيما بين التجار في المواد من 13 إلى 18 منه، في حين عنى القانون المدني بتنظيم أحكامها في علاقة التاجر بغير التاجر في نص المادة 330 منه، وفيما يلي نستعرض حدود تلك الحجية في كلا الحالتين:

أ- حجية الدفاتر المحاسبية لمصلحة التاجر في مواجهة الغير.

استثناء من القواعد العامة في الاثبات، والتي تقضي "بعدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه"، ولأن الدفاتر المحاسبية للتاجر من صنع صاحبها، فقد أجاز المشرع الجزائري للتاجر أن يستمد لنفسه دليلا من دفاتره في حالات محددة وعلى سبيل الاستثناء، سواء كان ذلك في علاقته بتاجر مثله، أو في علاقته بشخص آخر غير تاجر، وسنتناول كلا الفرضين على النحو الآتي:

<u>الفرضية الأولى:</u> حجية الدفاتر لمصلحة التاجر في مواجهة تاجر آخر.

الأصل أن الدفاتر التجارية لا تكون لها حجية إلا في العلاقات بين التجار، فمن غير المعقول أن يستند التاجر إلى دفاتره المحاسبية في الاثبات ضد شخص آخر لا يملك نفس الوسيلة لإثبات صحة دعواه، وذلك ما قضت به صراحة المادة 13 من القانون التجاري بقولها: "يجوز للقاضي قبول الدفاتر التجارية المنتظمة كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية"، ففي هذه الحالة يمسك كل من التاجرين دفترا محاسبيا تجاريا، يسجل فيه كل منهما نشاطه التجاري، الأمر الذي يمكن معه مقارنة تلك الدفاتر ومعرفة الحقيقة، فإذا تطابقت البيانات المقيدة في كلا الدفترين بأن يكون موضوع النزاع مقيدا في جانب المدين في دفتر أحدهما، ومقيد في جانب الدائن في دفتر الطرف الآخر، جاز للقاضي أن يأخذ بما ورد في تلك الدفاتر ويعتبرها دليل إثبات كامل، إذا كانت منتظمة.

وفي حال كان أحد الدفترين منتظم والآخر غير منتظم، فيجوز للقاضي أن يرجح البيانات الواردة في الدفتر المنتظم على الدفتر غير المنتظم، أما إذا كان كلاهما غير منتظمين فلا أولوية لأحدهما على الآخر، غير أنه يجوز للقاضي مع ذلك، أن يستأنس بما ورد في كليهما كأن يكون كلا الدفترين غير منتظمين إلا أنهما مع ذلك متطابقين في البيانات محل النزاع.

كما أنه من المتصور أن نكون بصدد حالة شاذة، فيكون كلا الدفترين منتظمين غير أنهما غير متطابقين من حيث البيانات محل النزاع، وهو ما أطلق عليه المشرع الاردني "تهاتر البيانات المتعارضة في الدفاتر المنتظمة"، كأن يدون أحدهما واقعة البيع في جانب الدائن ويغفل الآخر تدوين واقعة الشراء في جانب المدين، وإذا كان الشك يفسر في المسائل المدنية لمصلحة المدين باعتباره الطرف الضعيف الأكثر تحملا للالتزامات، فإن الشك في المسائل التجارية لا يفسر في مصلحة صاحب الدفاتر المحاسبية، ولأن كليهما يملك دفترا محاسبيا، يجوز للقاضي الاستعانة بكل الوسائل للتأكد من الانتظام الشكلي والموضوعي للدفترين، كأن يطلب مثلا التقارير

المتضمنة التدقيق المحاسبي المالي الذي يعده محافظ الحسابات بالنسبة للشركات التجارية كل سنة، وهنا تظهر بوضوح أهمية النشر القانوني لتلك التقارير، حيث تنص الفقرة 02 من المادة 10 مكرر من القانون التجاري على أنه: "إن الاعلانات المنشورة بانتظام هي وحدها التي لديها حجية أمام المحاكم والادارات العمومية". فإذا تبين أن أحد الطرفين أهمل التزاماته القانونية بنشر القوائم المالية للشركة، جاز للقاضي اعتبار دفاتره المحاسبية غير منتظمة انتظاما موضوعيا، وجاز له بالتبعية ترجيح بيانات دفاتر الشركة التي امتثلت بانتظام لالتزاماتها القانونية المذكورة أعلاه. أما إذا تبين أن كليهما لم يمتثل للالتزامات القانونية السابقة، جاز له اعتبار كليهما في حكم الدفاتر غير المنتظمة، وللقاضي أن يكوّن قناعته بما يراه من أدلة إثبات أخرى وبما يطمئن إليه، دون أن يعفي ذلك كلا الطرفين من المسؤوليات المدنية والجزائية المترتبة عن الاخلال بتلك الالتزامات.

وفي حال كانت الدفاتر المحاسبية إلكترونية، جاز للقاضي ندب خبير مختص مهمته مساعدة القاضي في التأكد من انتظام الدفاتر التجارية ومصداقيتها. وهنا، يجدر التنبيه إلى أن اعتراف المشرع الجزائري بالدفاتر المحاسبية الالكترونية للتاجر، يستهدف بالدرجة الأولى، ضمان انتظام الدفاتر المحاسبية الالكترونية ومصداقيتها، ذلك أن المشرع اشترط أن يتم إعدادها بتوفير وسائل حماية وتقنيات تكنولوجية متطورة يصعب اختراقها، وهو ما نصت عليه الفقرة 02 من المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 09- 110، الصادر في 07 أفريل 2009، الذي يحدد شروط وكيفيات مسك المحاسبة بواسطة أنظمة الإعلام الآلي، بقولها: "يجب أن تعرف إصدارات نظام الاعلام الآلي وترقّم وتؤرّخ عند إنشائها بواسطة وسائل توفر كل الضمان في مجال الاثبات". وهو ما أكدته المادة 323 مكرر1 من القانون المدني بقولها:" يعتبر الاثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها و أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

وبالتالي فإن هذا النوع من الدفاتر سيكون له، فضلا عن وظيفته الثبوتية، وظيفة أخرى رقابية ذاتية، الأمر الذي سيكون له الأثر الايجابي في إعطاء صورة صادقة عن حالة التاجر الحقيقية وتحديد مركزه المالي بكل دقة.

<u>الفرضية الثانية</u>: حجية الدفاتر لمصلحة التاجر في مواجهة شخص غير تاجر.

بعد أن نص المشرع الجزائري في مستهل نص الفقرة 01 من المادة 330 من القانون المدني، على أن "دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار"، إلا أنه عاد ليستثني من هذه القاعدة البيانات المثبتة في هذه الدفاتر عما ورده التجار، فقال في نص ذات الفقرة: "غير أن هذه الدفاتر عندما تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التجار، يجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة إلى أحد الطرفين فيما يكون إثباته بالبينة".

فإذا اعتاد تاجر مواد البناء على توريد المواد الأولية إلى أحد حرفيي النحت على الجبس، جاز له الاستناد إلى البيانات التي دونها في دفاتره المحاسبية، وللقاضي في هذه الحالة توجيه اليمين المتممة إلى أي من الطرفين وفقا لقناعته وظروف الدعوى، على ألا تتجاوز قيمة التوريدات المراد إثباتها في تلك الدفاتر، النصاب القانوني للبينة، وهو 100.000 دينار جزائري (المادة 333 من القانون المدني).

ولأن التوريدات تحصل عملا دون دليل كتابي، فقد رأى المشرع الجزائري أن من الملائم أن يكون لدفاتر التاجر في هذا الصدد قوة في الاثبات حتى لا يحرم التاجر من وسيلته الوحيدة في إثبات ما يكون قد ورده للعملاء. ولما كان هذا الاستثناء فيه خروجا على قاعدة أن دفاتر التجار لا تكون حجة على غيرهم، فمن الواجب أن تكون دفاتر التاجر منتظمة، وإلا جاز للقاضي أن يرفض الاعتداد بما ورد فيها من بيانات.

وإعمالا لما ورد بنص الفقرة 02 من المادة 348 من القانون المدني، لم يجعل المشرع الجزائري من البيانات الواردة في دفاتر التاجر المحاسبية، والمتعلقة بتوريداته إلى عملائه، دليلا كاملا، ولم يجردها في الوقت نفسه من كل قوة في الاثبات، بل اعتبرها بداية ثبوت، يجوز للقاضي أن يكمله بتوجيه اليمين المتممة إلى أي من الطرفين.

وغني عن البيان أن توجيه اليمين المتممة لأحد الطرفين هو أمر جوازي للقاضي وليس وجوبي، بدليل عبارة "ويجوز للقاضي"، وله الخيار في أن يوجهها إلى المدعي أو المدعى عليه دون أي معقب عليه بمخالفته القانون. غير أنه لا يجوز للقاضي، أن يتم الدليل

المقيد في دفاتر التاجر، بدليل آخر غير اليمين المتممة، كالقرائن وشهادة الشهود، كما لا يجوز له أن يوجه اليمين المتممة إذا كان محل النزاع يتعلق بموضوع آخر غير التوريدات، كأن يكون موضوع النزاع قرضا أقرضه التاجر لعميله أو تنفيذ التزام بالقيام بعمل، ففي هذه الحالة لا يكون دفتر التاجر حجة على غير التجار ولو كان منتظما.

ب- حجية الدفاتر المحاسبية في مواجهة التاجر نفسه:

خروجا على المبدأ العام في الاثبات وهو "عدم جواز إجبار الشخص تقديم دليل ضد نفسه"، أو ما يسمى أيضا "عدم جواز انتزاع الدليل القانوني من يد الخصم جبرا لاتخاذه أداة للإثبات ضده"، فقد أجاز المشرع الجزائري أن تكون دفاتر التجار حجة عليهم سواء كان المدعي تاجرا أو غير تاجر، فهي تعد من هذا المنظور، إقرارا كتابيا من التاجر بحق خصمه، وهو ما نصت عليه الفقرة 02 من المادة 330 من القانون التجاري بقولها: " تكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار، ولكن اذا كانت منتظمة فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل لنفسه أن يجزئ ماورد فيها واستبعاد منه ما هو مناقض لدعواه".

وقد جاء النص مطلقا، فلم يميز بين الدفاتر الاجبارية أو الاختيارية، ولا بين الدفاتر المنتظمة أو غير المنتظمة، ولم يشترط أن تكون الدفاتر منتظمة لأن تكون حجة على أصحابها، إلا لعدم تجزئة مضمون ما ورد بها، فإذا كانت الدفاتر منتظمة فإنه لا يجوز للخصم تجزئة الدليل المدون في تلك الدفاتر فينتقي منه ما هو في مصلحة دعواه ويستبعد منه ما يكون مناقض لدعواه، فإما أن يعتمد عليه كلية في استخلاص الدليل أو أن يستبعده كلية، كما لو اشترى شخص بضاعة من تاجر، فقام هذا الأخير بقيد واقعتي الشراء ودفع الثمن، فلا يجوز للمدعي، إذا كانت الدفاتر منتظمة، أن يجزئ هذا البيان، بأن يأخذ منه واقعة الشراء ويستبعد منه واقعة دفع الثمن.

وبمفهوم المخالفة، فإن الدفاتر غير المنتظمة، غير مشمولة بقاعدة "عدم جواز تجزئة الدليل"، وعلى ذلك، تكون دفاتر التاجر حجة عليه ولو كانت غير منتظمة، والقول بخلاف ذلك يؤدي لأن يستفيد المخطئ من خطئه، وهذا لا يجوز لتعارضه مع مبدأ حسن النية والثقة في التعامل الذي يسود المعاملات التجارية.

ولما كان الأمر خروجا على القواعد العامة في الاثبات، وكانت القوة الثبوتية للدفاتر المحاسبية للتاجر في علاقته بالغير، أقل منها في علاقة التجار بالتجار، فإن للقاضي مطلق الحرية في أن يعتد بها أو لا يعتد بها تبعا لظروف الدعوى، بل إن الاعتداد بها أمر جوازي للقاضي لا وجوبي، إن شاء أخذ بها وإن شاء رفضها. وكل أمر يجعل فيه القانون خيار الأخذ والترك للقاضي، فلا حرج عليه إن مال لخيار دون الآخر، ولا يمكن الادعاء عليه في هذا بمخالفته القانون مهما كان تقديره سائغا. غير أنه إذا ركن القاضي للخيار الأول، فللتاجر أن يثبت عكس ما ورد في دفاتره بكل طرق الاثبات، فله أن يثبت خطأها، كأن يكون القيد سهوا، أو فسادها، كأن يكون القيد قد وقع قبل إتمام العملية أصلا.

ثانيا: المسؤوليات المترتبة عن عدم مسك أو عدم انتظام الدفاتر المحاسبية للتاجر.

تقضي المادة 14 من القانون التجاري على أنه: "إن الدفاتر التي يلتزم الأفراد بمسكها والتي لا تراعى فيها الأوضاع المقررة أعلاه، لا يمكن تقديمها للقضاء ولا يكون لها قوة الاثبات أمامه لصالح من يمسكونها، وذلك مع عدم المساس بما ورد النص بشأنه في كتاب الافلاس والتفليس".

يستفاد من هذا النص أن المشرع الجزائري، وحرصا منه على تجسيد احترام قواعده بشأن الدفاتر المحاسبية للتجار، قد رتب مسؤوليات مدنية وأخرى جزائية على عدم مسكها أو الاخلال بقواعد انتظامها.

وقبل الخوض في تلك المسؤوليات المدنية والجزائية، وجب التنبيه إلى كلمة "الأفراد" الواردة في الشطر الأول من نص المادة السابقة، ومن رأينا فإن المشرع الجزائري لم يكن موفقا في توظيف هذا المصطلح، الذي قد يكون ناجما عن الترجمة غير الدقيقة لمصطلح "les personnes" الواردة في النص الفرنسي، والتي تعني "الأشخاص" وليس "الأفراد"، ذلك أن هذا الأخير يشمل التاجر كشخص طبيعي ولا يشمل التاجر كشخص معنوي، وهو أمر نجزم بأن نية المشرع الجزائري لم تتجه نحوه، وعين الصواب

تقتضي توظيف مصطلح "الأشخاص" بدلا من "الأفراد"، لأن الأول يستغرق التاجر الطبيعي والمعنوي معا، أما الثاني فقاصر عن الجمع بينهما.

وفيما يلي سنبين المسؤوليات المدنية والجزائية المترتبة عن عدم مسك أو الاخلال بانتظام الدفاتر المحاسبية للتجار على النحو التالي:

1- المسؤوليات المدنية المترتبة عن عدم مسك أو انتظام الدفاتر المحاسبية للتاجر:

إن الدفاتر التي يلتزم التجار بمسكها والتي لا تراعى فيها الأوضاع القانونية لانتظامها، من الممكن أن يترتب عنها مجموعة من المسؤوليات المدنية في حق التاجر تشمل عدة جوانب.

فالدفاتر غير المنتظمة لا يكون لها قوة **من الناحية الثبوتية** أمام القضاء لصالح من يمسكونها، غير أن العكس غير صحيح، فالدفاتر غير المنتظمة لا تكون حجة لصاحبها، بل قد يؤدي ذلك إلى الإضرار به فتكون حجة عليه، والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى أن يستفيد المخطئ من خطئه وهذا لا يجوز لتعارضه مع مبدأ حسن النية والثقة في التعامل الذي يسود المعاملات التجارية. وبالتالي يكون التاجر الذي أهمل دفاتره قد حرم نفسه من المزايا التي أقرها له القانون في حال التزم بمسك دفاتره بشكل منظم ودقيق، وبخاصة إذا كان خصمه تاجرا، إذ يسهل تبين الحقيقة من مقارنة دفترهما، في حين يكون لعدم انتظام دفاتره قرينة في غير صالحه لمصلحة من يدعي ضد صاحب تلك الدفاتر، فضلا عن عدم شمولها بمبدأ "عدم جواز تجزئة الدليل" المشار إليه سابقا.

أما **من الناحية الضريبية**، فإن التاجر الذي لم يمسك دفاتر محاسبية، أو لم يتبع القواعد التي نص عليها القانون بشأن انتظام دفاتره المحاسبية، فيكون من الصعب تقدير الضرائب الحقيقية المستحقة في مواجهته، نظرا لتعذر تحديد مركزه المالي بدقة، وبالتالي يكون معرضا للتقدير الجزافي الذي غالبا ما يكون في غير مصلحة التاجر.

كما يصعب **من ناحية الصلح الواقي من الافلاس**، إجراء أي تسوية قضائية معه في حال اضطربت أعماله المالية اضطرابا من شأنه أن يؤدي إلى توقفه عن الدفع، لعدم سهولة تحديد مركزه المالي، فيحرم التاجر نفسه من إمكانية العودة على رأس تجارته، بسبب فشله في إثبات سوء حظه وحسن نيته من خلال دفاتره التي أهمل مسكها أو أخلّ بالقواعد القانونية المنظمة لها.

2- المسؤوليات الجزائية المترتبة عن عدم مسك أو انتظام الدفاتر المحاسبية للتاجر:

فضلا عن المسؤوليات المدنية التي رتبتها المادة 14 من القانون التجاري على التجار الذين لا يراعون الأوضاع القانونية لانتظام دفاترهم المحاسبية أو عدم مسكها، فقد نصت المادة ذاتها في الشطر الأخير منها على أن هناك مسؤوليات جزائية تترتب عن مخالفة ذات الأوضاع، وأحالت في ذلك إلى كتاب الافلاس والتفليس المنصوص عليها في الباب الثالث من الكتاب الثالث من القانون التجاري (المواد من 369 إلى 388).

ووفقا لمقتضيات نص الفقرة 06 من المادة 370 من القانون التجاري، فإنه: "يعد مرتكبا **للتفليس بالتقصير** كل تاجر في حال توقف عن الدفع يوجد في إحدى الحالات التالية: ...

6- إذا لم يكن قد أمسك أية حسابات مطابقة لعرف المهنة نظرا لأهمية تجارته".

كما نصت الفقرة 05 من المادة 371 من القانون التجاري أيضا على أنه: "يجوز أن يعتبر مرتكبا **للتفليس بالتقصير** كل تاجر في حال توقف عن الدفع يوجد في إحدى الحالات التالية:

5- إذا كانت حساباته ناقصة أو غير ممسوكة بانتظام".

والملاحظ بأن المشرع الجزائري قد نص على أحكام متفاوتة من حيث الصرامة، فأخضع التجار الذين لم يمسكوا أصلا دفاترهم المحاسبية، وجوبيا للتفليس بالتقصير، في حين جعله جوازي في حال كانت دفاترهم المحاسبية منقوصة كأن يمسك دفتر اليومية ويهمل دفتر الجرد أو في حال كانت غير ممسوكة بانتظام. وفي هذه الحالة الأخيرة يتمتع القاضي بمطلق الحرية في النطق بتفليسهم تقصيريا من عدمه وفقا لظروف الدعوى وحجم الاهمال والعجز (قيمة الدين).

كما نصت المادة 374 من القانون التجاري على نوع آخر أكثر تشددا من التفليس، حيث جاء بها ما نصه: "يعد مرتكبا **للتفليس بالتدليس** كل تاجر في حالة توقف عن الدفع يكون قد أخفى حساباته أو بدد أو اختلس كل أو بعض من أصوله أو يكون بطريق التدليس قد أقر بمديونيته بمبالغ ليست في ذمته سواء كان هذا في محرراته بأوراق رسمية أو تعهدات عرفية أو في ميزانيته".

ووفقا لمقتضيات هذه المادة، فإن جريمة التفليس بالتدليس تبدو أكثر خطورة من جريمة التفليس بالتقصير، فأقر لها المشرع عقوبات أكثر تشددا من الثانية، ذلك أنها تتجاوز مجرد مخالفة الأوضاع القانونية بعدم مسك الدفاتر المحاسبية أو عدم انتظامها، إلى درجة أخرى أكثر خطورة قد تصل إلى درجة إخفائها أو إعدامها أصلا أو تحريف بياناتها بأن يقر مبالغ على الغير ليست في ذمته أو العكس، لذلك، فإن الحكم بها من طرف القاضي يعد وجوبيا وليس جوازي.

وبالعودة إلى أحكام نص المادة 383 من قانون العقوبات نجد بأنها تنص على أنه: "كل من ثبتت مسؤوليته لارتكابه جريمة التفليس في الحالات المنصوص عليها في القانون التجاري يعاقب:

- عن التفليس بالتقصير بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 25.000 دج إلى 200.000 دج.
- عن التفليس بالتدليس بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج.

ويجوز علاوة على ذلك أن يقضي على المفلس بالتدليس بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق المنصوص عليها في المادة 09 مكرر 01 من هذا القانون لمدة سنة على الأقل وخمس سنوات على الأكثر".

وفضلا عن العقوبات السابقة، فقد نص الأمر 76-101 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976، المتضمن قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، المعدل والمتمم، على مجموعة من الغرامات الجبائية والعقوبات الجنحية الناجمة عن استعمال طرق تدليسية بغرض خفض وعاء الضريبة أو الرسوم الخاضعة لها. ومن بين هذه الطرق التدليسية ما جاء بنص الفقرة 01 من المادة 362 (المطة 01) من نفس القانون، حيث جاء بها ما يلي: "الاغفال عن قصد لنقل أو العمل على نقل كتابات أو تم النقل أو العمل على نقل كتابات غير صحيحة أو صورية في دفتر اليومية وفي دفتر الجرود المنصوص عليها في المادتين 09 و10 من القانون التجاري أو في الوثائق التي تحل محلها. وذلك عندما يكون عدم الصحة يهم سنوات مالية قد تم قفل كتاباتها".

كما نصت المادة 24 (المطة 03) من القانون 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم، على أنه: "تمنع الممارسات التجارية التي ترمي إلى:

- إتلاف الوثائق التجارية والمحاسبية وإخفائها أو تزويرها قصد إخفاء الشروط الحقيقية للمعاملات التجارية".

في حين نصت المادة 37 من نفس القانون على أنه: "دون المساس بالعقوبات المنصوص عليها في التشريع الجبائي، تعتبر كل مخالفة لأحكام المادتين 24 و25 من هذا القانون، ممارسات تجارية تدليسية، ويعاقب عليها بغرامة من 300.000 دج إلى 10.000.000 دج".

أما ما يتعلق بالدفاتر الالكترونية الخاصة بالمورد الالكتروني، فقد فرض المشرع الجزائري عقوبات على كل من يخالف أحكام هذا الالتزام، حيث نصت المادة 41 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية سابق الذكر، على أنه: " يعاقب بغرامة من 20.000 إلى 200.000 دج، كل مورد إلكتروني يخالف أحكام المادة 25 من هذا القانون".

وقد خص المشرع الجزائري، بعض القائمين بأعمال الشركات التجارية في حال توقفها عن الدفع، بأحكام جزائية تتراوح بين **التفليس بالتقصير**، في حال أمسكوا أو أمروا بإمساك دفاتر الشركة بغير انتظام (المادة 378، فقرة 05 من القانون التجاري)، أو في حال تحريفهم للبيانات المدونة في دفاتر الشركة لإخفاء كل أو بعض من ذمتهم المالية في مواجهة الشركة المتوقفة عن الدفع (المادة 380 من القانون التجاري)، وبالإدانة **بالتفليس بالتدليس** في حال إخفائهم أو إعدامهم أو تحريفهم لدفاتر الشركة (المادة 379 من القانون التجاري).

المطلب الثاني
الالتزام بالقيد في السجل التجاري

السجل التجاري هو عبارة عن سند رسمي يتضمن البيانات الأساسية للتاجر من أجل تنظيم المجتمع التجاري وتمكينه من استجماع وحصر الحقائق التي يجب أن تكون معروفة عن كل تاجر وجعلها مجموعا موحدا ليكون في امكان الجمهور الاطلاع عليه.

وإذا كان القصد من فرض الالتزام بمسك الدفاتر المحاسبية للتاجر، هو مصلحة هذا الأخير في المقام الأول، فإن الالتزام بالقيد في السجل التجاري له وظيفة إشهارية تستهدف، بالدرجة الأولى، تحقيق العلانية لمصلحة المتعاملين مع التجار، لتسهيل المعاملات التجارية معهم، بما توجده في نفوسهم من ثقة واطمئنان، كما أن له وظيفة احصائية هامة بحيث تسترشد به الدولة وأجهزتها العامة في بيان الحالة الحقيقية للتجارة ومن خلالها المساعدة في رسم السياسة العامة الاقتصادية للدولة بوضع برامج التنمية والتخطيط في هذا القطاع الهام ومتابعة تنفيذها.

وقد تناول المشرع الجزائري الأحكام الخاصة بهذا الالتزام في المواد من 19 إلى 28 من القانون التجاري. ونظرا لاحتمال إجراء تدخلات تشريعية أخرى لمواجهة ما قد يأتي به التطور التكنولوجي في هذا المجال، فقد اقتصرت نصوص القانون التجاري على المسائل الموضوعية والأساسية وأحال في غيرها إلى القوانين واللوائح التنظيمية القائمة وما يستجد من أحكام مستقبلية، وتقول في ذلك المادة 20 مكرر من القانون التجاري: "تحدد كيفيات التسجيل في السجل التجاري طبقا للتنظيم المعمول به".

والحقيقة أن القوانين واللوائح التنظيمية الأخرى، التي تعنى بمسائل القيد في السجل التجاري كثيرة ومتنوعة، غير أنه يمكن الاشارة إلى أهمها، على غرار القانون رقم 90-22 المؤرخ في 18 أوت 1990، المتعلق بالسجل التجاري، المعدل والمتمم، وكذا القانون رقم 04-08 المؤرخ في 14 أوت 2004، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، المعدل والمتمم، والمرسوم التنفيذي رقم 15-111 الصادر في 03 ماي 2015 الذي يحدد كيفيات القيد والتعديل والشطب في السجل التجاري. والمرسوم التنفيذي رقم 06-222 المؤرخ في 21 جوان 2006، الذي يحدد نموذج مستخرج السجل التجاري ومحتواه، وأخيرا المرسوم التنفيذي رقم 18- 112 المؤرخ في 05 أفريل 2018، الذي يحدد نموذج مستخرج السجل التجاري الصادر بواسطة إجراء إلكتروني، المعدل والمتمم.

الفرع الأول
قواعد القيد في السجل التجاري

أخضع المشرع الجزائري الالتزام المتعلق بالقيد في السجل التجاري إلى قواعد وأحكام معينة تكفل تحقيق الأهداف التي فرض من أجلها هذا الالتزام بدقة، فأوجب على كل شخص طبيعي أو معنوي يمتهن التجارة القيد في السجل التجاري، ثم بين بوضوح آليات هذا القيد، بما في ذلك الآليات الجديدة للقيد في السجل التجاري بواسطة إجراء إلكتروني، وهو ما سنبينه في العنصرين المواليين:

أولا: الأشخاص الملزمون بالقيد في السجل التجاري.

أخضع المشرع الجزائري كل شخص طبيعي أو معنوي، يمتهن التجارة، للقيد في السجل التجاري، وفقا لشروط معينة نص عليها في المادتين 19 و20 من القانون التجاري، سواءً كان امتهان التجارة ماديا أو إلكترونيا، حيث أخضع المشرع الجزائري "المورد الالكتروني" للقيد في السجل التجاري وفقا لنص المادة 08 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية سابق الذكر. فيما نص المشرع على بعض القيود التي تعفي بعض الفئات التي استثناها القانون من الاتصاف بصفة التاجر من القيد في السجل التجاري، أو القيود التي تمنع بعض الأشخاص الذين هم في وضع تناف أو المحكوم عليهم لارتكابهم بعض الجنح والجنايات من ذات الالتزام، بموجب نصي المادتين 07 و08 من القانون رقم 04-08 المؤرخ في 14 أوت 2004، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، المعدل والمتمم، وهو ما سنتعرض له من خلال العنصرين المواليين:

1- الشروط الواجب توافرها في الخاضعين للقيد في السجل التجاري:

تنص المادة 19 من القانون التجاري على أنه: "يلزم بالتسجيل في السجل التجاري.

1- كل شخص طبيعي له صفة التاجر في نظر القانون الجزائري ويمارس أعماله التجارية داخل القطر الجزائري.
2- كل شخص معنوي تاجر بالشكل، أو يكون موضوعه تجاريا، ومقره في الجزائر، أو كان له مكتب أو فرع أو أي مؤسسة كانت".

كما تنص المادة 20 من القانون التجاري على أنه: "يطبق هذا الالزام خاصة على:
1- كل تاجر شخصا طبيعيا كان أو معنويا.
2- كل مقاولة تجارية يكون مقرها في الخارج وتفتح في الجزائر وكالة أو فرعا أو أي مؤسسة أخرى.
3- كل ممثلية تجارية أجنبية تمارس نشاطا تجاريا على التراب الوطني".

وبغض النظر عن التكرار الحاصل بين نصي الفقرتين الأوليين في كلا المادتين المتقدمتين، فإنه يتضح منهما أن الملتزم بالقيد في السجل التجاري هو كل شخص له صفة التاجر، طبيعيا كان أو معنويا، على النحو المنصوص عليه في المادة 01 من القانون التجاري التي سبق تفصيلها، ويستوي في ذلك أن يكون الشخص جزائريا أو أجنبيا، رجلا أو امرأة، شريطة أن يمارس نشاطه التجاري في التراب الجزائري.

وبعد أن اعترف المشرع الجزائري بالتجارة الالكترونية، بموجب القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية سابق الذكر، فقد أخضع "المورد الالكتروني" للقيد في السجل التجاري، وهو ما نصت عليه المادة 08 من نفس القانون بقولها: "يخضع نشاط التجارة الإلكتروني للتسجيل في السجل التجاري أو في سجل الصناعات التقليدية والحرفية، حسب الحالة، ولنشر موقع إلكتروني أو صفحة إلكترونية على الإنترنت، مستضاف في الجزائر بامتداد "com.dz".

يجب أن يتوفر الموقع الالكتروني للمورد الإلكتروني على وسائل تسمح بالتأكد من صحته".

أما بالنسبة للشركات والمؤسسات التجارية فقد اشترط المشرع أن يكون مقرها في الجزائر أو أن يكون لها مكتبا أو وكالة أو فرعا أو أي مؤسسة أخرى في الجزائر، أو أن يكون لها ممثلية تجارية، إذا كانت تابعة للدول أو المؤسسات العمومية الأجنبية، وتزاول نشاطا تجاريا في الجزائر. وقد أكدت المادة 06 من القانون رقم 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، سابق الذكر، على هذه المسألة بقولها: " بغض النظر عن أحكام المادة 20 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، يجب على كل مؤسسة تمارس نشاطها بالجزائر، باسم شركة تجارية يكون مقرها بالخارج، التسجيل في السجل التجاري".

وقد اعتمد المشرع الجزائري، في فرض هذا الالتزام، على معيار "مكان مزاولة النشاط"، وليس معيار "مقر الادارة الرئيسي" الذي يوجد به مركز ممارسة المعاملات التجارية، فبموجب المعيار الأول، لا يشترط في التاجر أن يكون له مقر إدارة رئيسي في الجزائر حتى يخضع بموجبه للالتزام بالقيد في السجل التجاري، بل يكفي أن يزاول نشاطه التجاري بمجرد فتح مكتب أو وكالة أو فرع في القطر الجزائري، وهو ما أكدته المادة 50 (المطة 05) من القانون المدني بقولها: "الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها، في نظر القانون الداخلي في الجزائر".

أما التاجر الذي يمارس نشاطه خارج التراب الوطني، فلا يلتزم بالقيد في السجل التجاري، حتى ولو كان جزائريا، وكذلك الشركة التجارية التي تمارس نشاطها خارج التراب الجزائري، فلا تلتزم بالقيد في السجل التجاري، حتى ولو كان جميع شركائها جزائريون.

أما "المورد الالكتروني"، فلم يشترط المشرع الجزائري أن يمارس نشاطه بالضرورة من الجزائر أو أن يكتسب هو ذاته الجنسية الجزائرية حتى تطبق عليه أحكام القانون الجزائري، بل إن المشرع اكتفى باشتراط توافر تلك الشروط في أحد طرفي العقد، سواء كان "المورد الالكتروني" أو "المستهلك الالكتروني"، أو في محل إبرام العقد ذاته، وهو ما نصت عليه المادة 02 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية سابق الذكر، بقولها: "يطبق القانون الجزائري في مجال المعاملات التجارية الإلكترونية في حالة ما إذا كان أحد أطراف العقد الإلكتروني:

- متمتعا بالجنسية الجزائرية، أو،
- مقيما إقامة شرعية في الجزائر، أو،
- شخصا معنويا خاضعا للقانون الجزائري،

أو كان العقد محل إبرام أو تنفيذ في الجزائر".

ليس هذا فحسب، بل إن المشرع الجزائري فرض على المستأجر المسير (مستأجر المحل التجاري كما سنأتي عليه لاحقا)، شخصا طبيعيا كان أو معنويا، أن يقيد في السجل التجاري، وهو ما نصت عليه الفقرة 02 من المادة 203 من القانون التجاري بقولها: "يكون للمستأجر المسير صفة التاجر...وهو يخضع لكل الالتزامات التي تنجم عن ذلك. كما يجب عليه أن يمتثل حسب الأحوال لأحكام هذا القانون المتعلق بالسجل التجاري". فمن الثابت أن المستأجر المسير للمحل التجاري، إنما يقوم بتسيير المحل باسمه ولحسابه الخاص، وبالتالي فهو ملزم بالقيد في السجل التجاري مثله مثل أي تاجر آخر.

كما يتعين على مؤجر المحل التجاري أيضا قيد نفسه في السجل التجاري، وهو ما أكدته الفقرة 04 من نفس المادة السابقة بقولها: "يتعين على المؤجر إما تسجيل نفسه في السجل التجاري أو تعديل تقيده الخاص مع البيان صراحة بتأجير التسيير". والغاية التي يبتغيها المشرع من ذلك هو حماية الغير الذين يجب أن يكونوا على علم بوضعية مالك المحل التجاري.

ويستوي أن يمارس التاجر نشاطه في شكل قار، بصفة منتظمة في أي محل تجاري، أو في شكل غير قار عن طريق العرض أو بصفة متنقلة في الأسواق أو المعارض أو أي فضاء آخر يعد لهذا الغرض (المادتين 18 و19 من القانون رقم 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية).

وخلاصة القول إن أحكام القيد في السجل التجاري تفرض على كل تاجر فرد، والشركات التجارية بحسب شكلها أو موضوعها، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، على أن يزاولوا أنشطتهم التجارية في الجزائر أو أن يكون لهم مكتبا أو وكالة أو فرعا أو أي مؤسسة أخرى في الجزائر، أو أن يكون لهم ممثلية تجارية، إذا كانت تابعة للدول أو المؤسسات العمومية الأجنبية، وتزاول نشاطا تجاريا في الجزائر.

2- القيود الواردة على القيد في السجل التجاري.

تضمن المشرع الجزائري عددا من القيود الواردة على القيد في السجل التجاري من حيث الأشخاص الخاضعين لهذا الالتزام، فاشترط المشرع ألا يكون الشخص موضوع أي تدبير يعفيه أو يمنعه من امتهان التجارة.

فقد استثنى المشرع الجزائري بعض الأنشطة من مجال المهن التجارية، فلم يخضعها لأحكام القانون التجاري، وبالتبعية لم يخضعها للالتزام بالقيد في السجل التجاري، وفي هذا الصدد نصت المادة 07 من القانون رقم 04-08، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، سابق الذكر، حيث جاء بها ما نصه: "تستبعد من مجال تطبيق هذا القانون، الأنشطة الفلاحية والحرفيون... والشركات المدنية والتعاونيات التي لا يكون هدفها الربح والمهن المدنية الحرة التي يمارسها أشخاص طبيعيون والمؤسسات العمومية المكلفة بتسيير الخدمات العمومية، باستثناء المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري".

في حين يحظر المشرع الجزائري على بعض الأشخاص الذين هم في وضع مهني يتنافى قانونا مع ممارسة مهنة التجارة، أو أولئك الذين يكونون موضوع تدبير يمنعهم من ممارسة ذلك النشاط أو المهنة، من امتهان أي عمل تجاري، وهو ما تنص عليه الفقرة 01 من المادة 09 من القانون رقم 04-08، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، سابق الذكر، بقولها: "لا يجوز لأي كان ممارسة نشاط تجاري إذا كان خاضعا لنظام خاص ينص على حالة تناف". كما نصت المادة 13 من القانون 90-22 المؤرخ في 18 أوت 1990، المتعلق بالسجل التجاري، المعدل والمتمم، على أن كل شخص طبيعي تتوافر فيه الشروط القانونية لممارسة نشاط تجاري معين أن "يبين بوضوح وصراحة أنه يريد أن يمارس هذا النشاط طبقا للقانون وحسب الأعراف التجارية وأنه لم يكن موضوع أي تدبير يمنعه من ممارسة ذلك النشاط أو المهنة".

فهؤلاء الأشخاص يحظر عليهم القانون مباشرة التجارة لاعتبارات تقتضيها المصلحة العامة أو تنظيم المهنة التي يمارسها هؤلاء الأشخاص، كالقضاة والعسكريين والأطباء والموظفين وغيرهم.

كما يحظر المشرع على بعض الأشخاص ممارسة مهنة التجارة أيضا، لاعتبارات قضائية كالأشخاص المحكوم عليهم والذين لم يرد لهم اعتبارهم لارتكابهم الجنايات والجنح المنصوص عليها في المادة 08 من القانون رقم 04-08، سابق الذكر، كالسرقة والاتجار بالمخدرات والغش الضريبي وغيرها. ومتى امتهن هؤلاء الأشخاص التجارة فإنهم يكتسبون وصف التاجر وتظل أعمالهم التجارية صحيحة، غير أنهم يتعرضون لعقوبات تأديبية جزاء مخالفتهم لهذا المنع.

ليس هذا فحسب، بل إن المشرع أخضع بعض المهن والأنشطة المقننة إلى الحصول، قبل القيد في السجل التجاري، على رخصة أو اعتماد تمنحه الادارات أو الهيئات المؤهلة لذلك، كالصيدلة وصنع الطوابع والاختام واستغلال محلات بيع المشروبات وغيرها. وقد يحصل الشخص على رخصة أو اعتماد مؤقت لمباشرة إجراءات القيد في السجل التجاري، غير أن الشروع الفعلي في ممارسة تلك الأنشطة يبقى مشروطا بحصول الشخص على الرخصة أو الاعتماد النهائي الذي تمنحه الادارات أو الهيئات المؤهلة قانونا (المادتين 04 و25 من القانون رقم 04-08، سابق الذكر).

ويقصد بالمهن المنظمة في مفهوم المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 15-234 المؤرخ في 29 أوت 2015، الذي يحدد شروط وكيفيات ممارسة الأنشطة والمهن المنظمة الخاضعة للتسجيل في السجل التجاري، على أنها: "أنشطة ومهن لها طابع خصوصي ولا يسمح بممارستها إلا إذا توافرت فيها الشروط التي يتطلبها التنظيم". في حين تعرفها المادة 05 من القانون 90-22، المتعلق بالسجل التجاري على أنها "جميع المهن التي تتوقف ممارستها على امتلاك شهادات أو مؤهلات تسلمها مؤسسات يخولها القانون ذلك".

أما الشركاء المتضامنون في شركات التضامن والتوصية، فقد جرى العمل فعلا، على عدم قيدهم في السجل التجاري بشكل منفصل رغم كونهم يكتسبون صفة التاجر، وإنما يكفي ذكر اسمائهم في السجل التجاري للشركة، إلا إذا كانت لهم تجارة مستقلة.

وخلاصة القول إن توافر شروط القيد في السجل التجاري، قد لا تكون كافية لإخضاع الشخص لهذا الالتزام، سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، وإنما ينبغي ألا يكون الشخص موضوع أي تدبير يمنعه من ممارسة وامتهان الأنشطة التجارية.

ثانيا: الآليات الجديدة للقيد في السجل التجاري (القيد في السجل التجاري بإجراء الكتروني).

تخضع آلية القيد في السجل التجاري إلى إجراءات معينة، تبدأ من أول تسجيل، مرورا بتعديله، وإلى غاية شطبه، حيث ينبغي على كل شخص طبيعي أو كل شخص معنوي عن طريق ممثله القانوني، أن يصرح بوضوح عن رغبته في ممارسة نشاط تجاري معين، عن طريق طلب يقدمه الشخص المعني أو ممثله القانوني، لدى الفرع المحلي التابع للمركز الوطني للسجل التجاري المختص إقليميا.

وبناءً على المستندات الثبوتية، التي تؤيد صحة بيانات طالب القيد، والتي تختلف باختلاف نوع النشاط والشخص، طبيعيا كان أو معنويا، يستلم الخاضع للقيد في السجل التجاري مستخرج من السجل التجاري يتضمن رقم تسجيل واحد للقيد الرئيسي الذي لا يمكن تغييره إلى غاية شطبه، كما يتضمن جميع البيانات والمعلومات التي تبين نوع الشخص الملزم بالقيد في السجل التجاري (طبيعي أو معنوي)، ونوع نشاطه وعنوان قاعدته التجارية وغيرها من البيانات التي يحتاج إليها المتعاملون معه (المادة 02 وما بعدها من المرسوم التنفيذي رقم 06- 222 المؤرخ في 21 جوان 2006، الذي يحدد نموذج مستخرج السجل التجاري ومحتواه) .

وبعد الحصول على مستخرج السجل التجاري، يتوجب على الخاضع للقيد، شخصا طبيعيا كان أو معنويا باستثناء المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، الالتزام بإجراءات الاشهار القانوني الاجباري، الذي يتضمن نشر خلاصة لما تم قيده في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية التي يتولى المركز الوطني للسجل التجاري إعدادها ونشرها (المادة 19 من القانون 90-22 سابق الذكر)، على أن ينشر هذا الاشهار القانوني في الجرائد الوطنية المكتوبة، الدورية أو اليومية المؤهلة لذلك أو أي وسيلة ملائمة(المادة 14 من القانون 04-08 سابق الذكر) .

ويستهدف الاشهار القانوني الاجباري، فيما يخص الأشخاص الطبيعيين التجار، اطلاع الغير على وضعية التاجر وأهليته وموطنه وملكية المحل التجاري (المادة 15 من نفس القانون)، في حين يستهدف، فيما يخص الشركات التجارية والمؤسسات الفردية، اطلاع الغير على محتوى العقود التأسيسية للشركات والتحويلات والتعديلات والعمليات التي تشمل رأسمالها ورهون الحيازة وتأجير التسيير وبيع المحل التجاري والحسابات والسندات الاشعارية المالية (المادة 12 من نفس القانون).

وبهذا الاجراء يؤدي السجل التجاري خدمة في غاية الأهمية لفائدة جمهور المتعاملين مع التجار بتوفير ميزة العلانية التي يقوم عليها القيد، ذلك أن ما يتضمنه السجل التجاري من بيانات لا يحاط بالسرية، بل ينبغي أن يعلن للجمهور الذي يمكنه الاطلاع عليها ليكون على علم بأي معلومة تهمه معرفتها عن التاجر.

ولكي يعكس التسجيل صورة صادقة للمركز القانوني للتاجر، والتي ينبغي أن تكون ملازمة لحياته التجارية، فقد أوجب المشرع على كل تاجر، يحدث تعديلا أو تغييرا في نشاطه التجاري، كفتح فروع جديدة لنشاطه، أو تخفيض أو زيادة في رأسماله، أو تغيير نوع نشاطه، أن يؤشر بهذه التعديلات في سجله التجاري، وفي حال توقف نشاط التاجر، كأن يكون سجينا مثلا أو في حالة وفاته، يجوز لكل من له مصلحة أن يطلب التأشير بتشطيب قيده في السجل التجاري. وقد منح المشرع مدة 03 أشهر لتعديل بيانات مستخرج السجل التجاري تبعا للتغييرات الطارئة على الوضع أو الحالة القانونية للتاجر (المادة 37 من القانون 04-08 سابق الذكر)، ومدة شهرين لورثة المتوفي للقيام بإجراءات الشطب، وهو ما نصت عليه المادة 33 من القانون 90-22 المتعلق بالسجل التجاري سابق الذكر، غير أنهم إذا رغبوا في استمرار المشروع، على سبيل الشيوع فيما بينهم، وجب عليهم طلب التأشير بذلك في السجل التجاري من سنة إلى سنة، حتى يتم إشهار معاملاتهم التجارية مع الغير على هذا الأساس.

وإعمالا لنص المادة 05 مكرر من القانون 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، سابق الذكر، فقد تم استحداث آلية جديدة للقيد في السجل التجاري بواسطة إجراء إلكتروني، وهو ما نصت عليه المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 15-111 الصادر في 03 ماي 2015 الذي يحدد كيفيات القيد والتعديل والشطب في السجل التجاري. وبالفعل فقد صدر المرسوم التنفيذي رقم 18- 112 المؤرخ في 05 أفريل 2018، الذي يحدد نموذج مستخرج السجل التجاري الصادر بواسطة إجراء إلكتروني، المعدل والمتمم، حيث ألزمت المادة 07 منه "كل التجار غير الحائزين السجل التجاري المزود بالرمز الالكتروني "س. ت. إ" طلب تعديل مستخرجات سجلاتهم التجارية، لدى فروع المركز الوطني للسجل التجاري المختصة إقليميا، بغرض الحصول على الرمز الالكتروني "س. ت. إ" (يدعى السجل التجاري الالكتروني)".

ويمثل الرمز الالكتروني "س. ت. إ"، وفقا لنص المادة 03 من المرسوم سابق الذكر، شفرة بيانية تتضمن معطيات ومعلومات مشفرة حول التاجر، في حين نصت المادة 05 من ذات المرسوم على أن قراءة هذا الرمز الالكتروني "س. ت. إ" تتم بأي جهاز مزود بنظام التقاط الصور، بواسطة تطبيق يُحمّل مجانا من البوابة الالكترونية للسجل التجاري. ولهذا التطبيق نسختان إحداهما موجهة لفائدة الجمهور، وتسمح بالاطلاع على هوية مالك السجل، والثانية موجهة لفائدة الادارات والمؤسسات العمومية المعنية وشركاء المركز الوطني للسجل التجاري كأعوان الرقابة التجارية ومفتشي الضرائب والجمارك وغيرهم، وهذه النسخة تمكنهم من الحصول على معلومات أكثر تفصيلا.

وقصد تجسيد فكرة الحوكمة الالكترونية باستعمال تكنولوجيا المعلوماتية بين التاجر ومركز السجل التجاري، يتجه المشرع مرحليا نحو تعميم هذا الاجراء بإلزام كل التجار بمطابقة مستخرجات السجلات التجارية الصادرة بواسطة إجراء إلكتروني، وهو ما نصت عليه المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 20-154 المؤرخ في 08 جوان 2020، الذي يعدل ويتمم المرسوم رقم 18-112 سابق الذكر، حيث جاء بالفقرة 03 منها ما نصه: "ابتداءً من تاريخ 02 جانفي 2021، لا يمكن الادارات والمؤسسات العمومية أن تقبل في معاملاتها التجارية إلا مستخرجات السجلات التجارية الصادرة بواسطة إجراء إلكتروني". الأمر الذي يعني أن مستخرج السجل التجاري التقليدي سوف لن يكون له أي قيمة قانونية اعتبارا من التاريخ المذكور أعلاه، على أن يحل محله "السجل التجاري الالكتروني" دون غيره.

والحقيقة أن استعمال التكنولوجيا فيما يتعلق بالسجل التجاري الالكتروني، إنما يغطي جميع مراحل القيد في السجل التجاري، بدءاً بمرحلة إرسال الوثائق، وهو ما نصت عليه المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 15-111 الصادر في 03 ماي 2015 الذي يحدد كيفيات القيد والتعديل والشطب في السجل التجاري، بقولها: "يمكن أن يتم التسجيل في السجل التجاري وإرسال الوثائق المتعلقة بها بالطريقة الالكترونية، وفقا للإجراءات التقنية للتوقيع والتصديق الالكترونيين".

ولأن قانون الاعلام اعترف، بما يعرف "الصحافة الالكترونية"، فإن الاشهار القانوني الاجباري من الممكن أن يكون محل نشر عن طريق الجرائد التي تصدر بشكل الكتروني أيضا، وذلك بعد الحصول على مستخرج السجل التجاري الالكتروني، وهي مسألة نحيل فيها إلى الباب الخامس من قانون الاعلام، الذي جاء بعنوان "وسائل الاعلام الالكترونية".

الفرع الثاني

الآثار القانونية المترتبة عن القيد أو عدم القيد في السجل التجاري

لقد أوجب المشرع الجزائري على كل شخص طبيعي أو معنوي يمتهن التجارة أن يلتزم بالقيد في السجل التجاري، غير أنه لم يفعل ذلك دون قصد، بل إنه أوجبه على كل تاجر لما له من أهمية بالغة بالنسبة للتاجر نفسه والمتعاملين معه، وما يترتب عنه من نتائج تحدد القيمة القانونية له، سواء كان ذلك في مواجهة التاجر أو احتجاج هذا الأخير ذاته، بما ورد فيه من بيانات، في مواجهة الغير، في حين رتب على عدم مسكها أو مخالفة قواعد انتظامها مسؤوليات مدنية وأخرى جزائية، الأمر الذي سنفصله في العنصرين المواليين:

أولا: القيمة القانونية للقيد في السجل التجاري.

تختلف القيمة القانونية للقيد في السجل التجاري، من حيث الآثار القانونية الناجمة عنه، من دولة لأخرى، وفي هذا الشأن تعد ألمانيا نموذجا للدول التي تعترف للقيد في السجل التجاري بالحجية المطلقة التي لا يجوز إثبات عكسها إلا بالتزوير، وهي تعتبر أن القيد في السجل التجاري له وظيفة إشهارية عُهد به إلى الجهات القضائية، لكونه شرطا من شروط اكتساب صفة التاجر وليس مجرد التزام قانوني، في حين تعتبر فرنسا نموذجا للدول التي لا تعترف للقيد في السجل التجاري بالحجية المطلقة، بل تعتبره قرينة قانونية بسيطة تقبل إثبات العكس ، كما أن له وظيفة إدارية وليست إشهارية لكونها لا تعتبره شرطا من شروط اكتساب صفة التاجر، وإنما هو مجرد التزام قانوني يقع على عاتق كل من يمتهن التجارة.

فما هو موقف المشرع الجزائري من القيمة القانونية للقيد في السجل التجاري، هل يعد قرينة قانونية مطلقة أم بسيطة على اكتساب صفة التاجر؟ وهل يعد القيد في السجل التجاري شرطا من شروط اكتساب صفة التاجر أم أنه مجرد التزام قانوني يقع على كل من يمتهن التجارة حتى وإن لم يكن مقيدا في السجل التجاري؟

وبالعودة إلى النصوص القانونية ذات الصلة، نجد بأن نص المادة 21 من القانون التجاري تنص على أن: "كل شخص طبيعي أو معنوي مسجل في السجل التجاري يعد مكتسبا صفة التاجر إزاء القوانين المعمول بها ويخضع لكل النتائج الناجمة عن هذه الصفة". كما تنص الفقرة 01 من المادة 19 من القانون 90-22 المتعلق بالسجل التجاري سابق الذكر، على أن: "التسجيل في السجل التجاري عقد رسمي يثبت كامل الأهلية القانونية لممارسة التجارة...". فيما نصت الفقرة 02 من المادة 02 من القانون 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، سابق الذكر، على أنه: "يعد مستخرج السجل التجاري سندا رسميا يؤهل كل شخص طبيعي أو اعتباري يتمتع بكامل أهليته القانونية، لممارسة نشاط تجاري، ويعتد به أمام الغير إلى غاية الطعن فيه بالتزوير".

وقبل الخوض في القيمة القانونية للقيد في السجل التجاري، لفت انتباهنا أن المشرع الجزائري لم يستقر على توظيف مصطلح موحد في وصفه القانوني للقيد في السجل التجاري، فقد اعتبره "عقد رسمي في نص المادة 19 من القانون 90-22 المتعلق بالسجل التجاري سابق الذكر، غير أنه تراجع عن توظيف هذه المصطلح واستعاض عنه بمصطلح آخر في نص المادة 02 من القانون 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، سابق الذكر، واعتبره "سندا رسميا". ومن رأينا، فإن المشرع الجزائري قد أبلى بلاءً حسنا

بتوظيفه المصطلح الأخير بدلا من الأول، لأن "العقد" ينتج آثاره، من حيث الأصل، بين أطرافه دون غيرهم، وهي مسألة نجزم بأن المشرع لم يكن يقصدها.

إن قراءة أولية للنصوص السابقة، توحي للوهلة الأولى، أن القيد في السجل التجاري الجزائري، يعد قرينة قاطعة على اكتساب صفة التاجر بحيث لا يجوز إثبات عكسها إلا بالتزوير، وهي نتيجة تقودنا بالتبعية، إلى أن القيد في السجل التجاري ليس مجرد التزام قانوني يقع على عاتق من يمتهن التجارة، وإنما هو شرط من شروط اكتساب صفة التاجر. ويستند بعض من الفقه الجزائري، في الوصول إلى هذه النتيجة، إلى نص المادة 21 من القانون التجاري قبل أن يتم تعديلها بموجب الأمر 96-27 سابق الذكر، حيث تم حذف منها عبارة "إلا إذا ثبت خلاف ذلك"، الأمر الذي فسره البعض على أنه دليل قاطع على أن نية المشرع الجزائري قد اتجهت إلى التحول من النموذج الفرنسي، الذي يعتبر أن القيد في السجل التجاري يعد قرينة قانونية بسيطة على اكتساب صفة التاجر تقبل إثبات العكس، إلى النموذج الألماني، الذي يعتبره قرينة قانونية قاطعة لا يمكن دحضها إلا بالتزوير.

إن هذا التفسير، على وجاهته، إلا أننا لا ندعمه لعدة أسباب، منها ما يتعلق بالتاجر الفرد ومنها ما يتعلق بالشركات التجارية، فرغم أن المشرع الجزائري قام بحذف عبارة "إلا إذا ثبت خلاف ذلك" في نص المادة 21 من القانون التجاري، إلا أن هذه الأخيرة، إذا ما قرئت جنبا إلى جنب، مع بعض النصوص الأخرى ذات الصلة، ستقودنا إلى نتيجة أخرى مختلفة نسبيا، فلو أمعنا النظر في نص المادة 01 من القانون التجاري لوجدنا بأن اكتساب صفة التاجر لا يستلزم بالضرورة القيد في السجل التجاري، وإنما يكفي ممارسة نشاط تجاري معين على وجه الانتظام والاستمرارية، كما سبق وبيناه. فحتى مع افتراض، أن القيد في السجل التجاري قرينة قاطعة على اكتساب هذه الصفة، فإن عدم القيد فيه لا يعد قرينة على عدم اكتسابها.

فالمشرع الجزائري، بإلغائه عبارة "إلا إذا ثبت خلاف ذلك"، تراجع خطوة عن النموذج الفرنسي واقترب أخرى من النموذج الألماني، لكنه لم يعط القيد في السجل التجاري وظيفة إشهارية كاملة، ولم يمنحه بالتبعية، حجية مطلقة كاملة، بل جعلها كذلك في مواجهة صاحب القيد فقط، في حين لا يزال المشرع الجزائري يتيح لكل من له مصلحة في إثبات أن شخصا معينا يمتهن التجارة حتى وإن لم يكن مقيدا في السجل التجاري، كما هو الحال بالنسبة للتاجر المستتر، وبالتالي، فإن تراجع المشرع الجزائري عن الاعتداد بالقيد في السجل التجاري كقرينة بسيطة، إنما هو تراجع نسبي فقط.

وفي هذا الخصوص، ترى الأستاذة "فرحة زراوي صالح"، أن المشرع الجزائري أراد أن يسلك مسلك المشرع الفرنسي، غير أنه جانب الصواب في اختيار المصطلحات المناسبة لتوضيح مقصده، فأحكام المشرع الفرنسي كانت واضحة ولا لبس فيها، حيث تقضي بوضوح أنه لا يجوز إثبات عكس هذه القرينة القاطعة إلا للغير المتعاملين مع الشخص المقيد في السجل التجاري، أما هذا الأخير فلا يمكنه دحضها بأي حال من الأحوال.

ومع أن عبارة " ويعتد به أمام الغير إلى غاية الطعن فيه بالتزوير"، الواردة في نهاية نص الفقرة 02 من المادة 02 من القانون 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، سابق الذكر، قد توحي بدورها، بخلاف التفسير السابق، إلا أن نص الفقرة 02 من المادة 09 من نفس القانون عادت لتؤكد على جواز إثبات عكس هذه القرينة في حالات التنافي، حيث جاء بها ما نصه: "على الذي يدعي حالة التنافي إثبات ذلك".

وحول هذه المسألة، تميز الأستاذة الفرنسية "Iony Randrianirina "، بين **التاجر الفعلي** الذي يمارس عملا تجاريا فعليا، حتى وإن لم يكن مقيدا في السجل التجاري أو كان مستترا خلف شخص آخر، وبين **التاجر في نظر القانون**، الذي قد يكون مقيدا في السجل التجاري، غير أنه لا يمارس التجارة بشكل فعلي، وبين الصورتين، يعد الأول تاجرا، فيخضع لأحكام القانون التجاري القاسية، أما الثاني فيعد قيده، بالنسبة للغير، قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس لمن له مصلحة في ذلك.

ولعل ما يثبت التفسير السابق هو ما ورد بنص المادتين 24 و25 من القانون التجاري، عندما رتب المشرع، على الاشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للتسجيل في السجل التجاري، مسؤوليات معينة في حال إخلالهم بالالتزام بإدراج بعض البيانات التي من شأنها أن تبين المركز القانوني الحقيقي لكل تاجر، حيث لا يجوز لهم أن يحتجوا تجاه الغير المتعاقدين معهم بسبب نشاطهم

التجاري أو لدى الادارات العامة، بإغفالهم لتلك البيانات. غير أنه عاد ليؤكد في نفس المادة أنه يجوز لهم الاحتجاج بتلك البيانات إذا أثبتوا بوسائل البينة المقبولة في مادة تجارية أن الأشخاص من ذوي الشأن، قد كانوا مطلعين على تلك البيانات وقت إبرام العقد (المادة 24 من القانون التجاري)، ويجوز لهم في هذا السياق استعمال كافة وسائل الاثبات المقبولة في المواد التجارية ، الأمر الذي يعني بأن عدم إدراج تلك البيانات بقيدها في السجل التجاري، يعد قرينة بسيطة وليست قاطعة في مواجهة التاجر، بحيث يمكن إثبات عكسها.

أما بالنسبة للشركات التجارية، فلم يشترط المشرع قيدها في السجل التجاري حتى تكتسب صفتها التجارية، ولم يترتب عن قيدها سوى اكتساب الشركة الشخصية المعنوية اعتبارا من تاريخ القيد، ولهذا السبب بالذات يعترف المشرع بشركة المحاصة دون أن يكون لها الشخصية المعنوية، ودون أن يلزمها بالقيد في السجل التجاري أيضا، كما أنه اعترف أيضا بالشركة الفعلية التي تعتبر تعاملاتها صحيحة ومرتبة لآثارها ما لم يتمسك الغير ببطلانها، وقد نصت المادة 549 من القانون التجاري على أنه: "لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري. وقبل إتمام هذا الاجراء يكون الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة ولحسابها متضامنين من غير تحديد أموالهم، إلا إذا قبلت الشركة، بعد تأسيسها بصفة قانونية أن تأخذ على عاتقها التعهدات المتخذة".

وهنا نكتفي بالقول، أن المشرع الجزائري لم ينف عن الشركة صفتها التجارية قبل قيدها في السجل التجاري، بل وأجاز لها أن تأخذ على عاتقها التعهدات المتخذة قبل قيدها وإلا كان الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة ولحسابها متضامنين من غير تحديد أموالهم، وفيما عدا اكتساب الشركة للشخصية المعنوية اعتبارا من تاريخ قيدها، نؤجل التفصيل في النتائج الخاصة بكل شركة على حدى إلى المؤلف الخاص بالشركات التجارية لاحقا.

ثانيا: المسؤوليات المترتبة عن إخلال التاجر بالتزامه بالقيد في السجل التجاري.

لا شك أن المشرع الجزائري، باقترابه أكثر من النموذج الألماني، فيما يتعلق بالالتزام بالقيد في السجل التجاري، وتدعيم وظيفته القانونية والإشهارية، كان لا بد له أيضا أن يفرض، بالتوازي مع ذلك، مجموعة من المسؤوليات المدنية والجزائية في حال أخل التاجر بهذا الالتزام، سواء بعدم القيد في السجل التجاري أو بإغفال بعض البيانات الواجب إدراجها، ليطلع عليها كل من له مصلحة ويتبين من خلالها مركزه القانوني الحقيقي، أو بإخلاله ببعض الالتزامات القانونية الأخرى في هذا المجال، الأمر الذي سنوضحه على النحو التالي:

1- **المسؤوليات المدنية المترتبة عن إخلال التاجر بالتزامه بالقيد في السجل التجاري.**

تنص المادة 22 من القانون التجاري على أنه: "لا يمكن للأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للتسجيل في السجل التجاري والذين لم يبادروا بتسجيل أنفسهم عند انقضاء مهلة شهرين أن يتمسكوا بصفتهم كتجار، لدى الغير أو لدى الادارات العمومية إلا بعد تسجيلهم.

غير أنه لا يمكن لهم الاستناد لعدم تسجيلهم في السجل بقصد تهربهم من المسؤوليات والواجبات الملازمة لهذه الصفة".

كما نصت المادة 29 من القانون 90-22 المتعلق بالسجل التجاري سابق الذكر، على أنه: "لا يحتج على الغير بالعقود المنصوص عليها في المواد من 19 إلى 22 من هذا القانون إذا لم تكن موضوع اشهار قانوني اجباري، لكنها تلزم مع ذلك مسؤولية الأشخاص المعنيين المدنية والجزائية".

يتضح من هذين النصين أن عدم القيد في السجل التجاري، أو عدم القيام بإجراءات الشهر القانوني الاجباري، للأشخاص الملتزمين به قانونا، يسقط عنهم حقوق التجار دون أن يخفف عنهم من التزامات التجار شيئا، فلا يمكن لهم التمسك بهذه الصفة، غير أن العكس غير صحيح، وهي مسألة سبق شرحها.

وفي حال لم يقم صاحب الشأن نفسه باتخاذ إجراءات التأشير في السجل التجاري بالتعديلات التي طرأت على وضعيته، أو بإجراءات الشطب في الحالات التي تستوجب ذلك قانونا كالوفاة أو في حال انتهاء التصفية المترتبة عن الافلاس مثلا، فقد أجاز القانون طلب التأشير بتلك التعديلات أو التشطيب لكل من له مصلحة في ذلك، وهو ما قضت به المادة 26 بقولها: "إن الاشارة

الخاصة بالتعديلات الطارئة على وضعية التاجر المسجل وكذلك التشطيبات الواقعة في حالة توقف نشاطه التجاري أو عند وفاته، يمكن طلبها من كل شخص له مصلحة في ذلك، وإذا لم تصدر من المعني بالأمر نفسه، فإن العريضة تؤدي إلى حضور الطالب فورا أمام القاضي المكلف بمراقبة السجل التجاري الذي يبت في المشكل".

ومع أن المادة 33 من القانون 90-22 المتعلق بالسجل التجاري سابق الذكر، أجازت للورثة الاستمرار في استغلال مشروع مورثهم، على سبيل الشيوع، سنة بسنة، إذا كان من الضروري أن يستمر مدة على هذا الأساس، غير أنهم إذا لم يقوموا بالتأشير بما يفيد ذلك ولا بالشطب في أجل شهرين من تاريخ وفاة مورثهم، وجب على الضابط العمومي للسجل التجاري، القيام بالشطب من تلقاء نفسه في أجل سنة من تاريخ الوفاة بعد التحقق من هذه الواقعة.

وفي جميع الأحوال، لا يمكن لهم الاستناد لعدم تأشيرهم في السجل بالتعديلات التي طرأت على وضعيتهم أو عدم شطبهم في حال توقف نشاطهم، بقصد تحللهم من المسؤوليات والواجبات الملازمة لهذه الوضعية.

بل وذهبت الفقرة 03 من المادة 05 من القانون 90-22 المتعلق بالسجل التجاري سابق الذكر، إلى أبعد من ذلك بنصها على أنه: "يمنع فقدان الشروط القانونية المطلوبة لممارسة المهن المنظمة المذكورة الاعتراف بصفة التاجر"، أي أن الشخص الذي يمارس عملا تجاريا مقننا دون الحصول على رخصة أو اعتماد مسبق، لا يعد تاجرا في نظر القانون، ولا يمكنه الاحتجاج بهذه الصفة في مواجهة الغير.

كما رتب المشرع، على الاشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للتسجيل في السجل التجاري مسؤوليات معينة في حال إخلالهم بالالتزام بإدراج بعض البيانات التي من شأنها أن تبين المركز القانوني الحقيقي لكل تاجر، فلا يمكنهم أن يحتجوا تجاه الغير المتعاقدين معهم بسبب نشاطهم التجاري أو لدى الادارات العامة، بإغفالهم لتلك البيانات، ما لم يثبتوا بوسائل البينة المقبولة في مادة تجارية أن الأشخاص من ذوي الشأن، قد كانوا مطلعين على تلك البيانات وقت إبرام العقد (المادة 24 من القانون التجاري)، ويجوز لهم في هذا السياق استعمال كافة وسائل الاثبات المقبولة في المواد التجارية .

وقد نصت المادة 25 من القانون التجاري، على 05 بيانات، يترتب على إغفالها نفاذ الأحكام السابقة، وهي كما يلي:

1- في حالة الرجوع عن ترشيد التاجر القاصر تطبيقا لأحكام التشريع الخاص بالأسرة وعند إلغاء الاذن المسلم لقاصر الخاص بممارسة التجارة،
2- في حالة صدور أحكام نهائية تقضي بالحجز على تاجر وبتعيين إما وصي قضائي وإما متصرف على أمواله،
3- في حالة صدور أحكام نهائية تقضي ببطلان شركة تجارية بحلها،
4- في حالة إنهاء أو إلغاء سلطات كل شخص ذي صفة ملزمة لمسؤولية تاجر أو شركة أو مؤسسة اشتراكية،
5- في حالة صدور قرار من جمعية عامة لشركة مساهمة أو ذات مسؤولية محدودة يتضمن الأمر باتخاذ قرار من الجمعية العامة في حالة خسارة ¾ من مالية الشركة.

وفضلا عن البيانات السابقة، نصت المادة 23 من القانون التجاري على حالة أخرى، تسري عليها نفس الأحكام السابقة، غير أنها كانت أكثر صرامة فيما يتعلق باحتجاج التاجر بعلم الغير بها، فلا يمكن للتاجر الذي يتنازل عن متجره، بالبيع أو بالرهن، أو الذي يؤجره، أن يحتج بإنهاء نشاطه التجاري للتهرب من القيام بالمسؤولية الواقعة على عاتقه من جراء الالتزامات التي تعهد بها خلفه في استغلال المتجر، ما لم يقم بشطب قيده في السجل التجاري أو الاشارة المطابقة أو الاشارة التي تتضمن وضع متجره على وجه تأجير التسيير. وفي هذه الحالة لا يجوز للتاجر الاحتجاج بأنه كان للغير معرفة شخصية بالوقائع غير المقيدة حتى وإن كان على علم بها.

فالحكمة واضحة من ضرورة إشهار هذه البيانات، ذات الأهمية البالغة، وذلك بقيدها في السجل التجاري، لما فيها من بيان المركز القانوني للتاجر باطلاع الغير عليها حتى تكون علانية لجميع المتعاملين معه، ولما يترتب عن إغفالها من إضرار بالغير واهتزاز لدعائم الثقة والائتمان الواجب توافرهما في المعاملات التجارية. وبالتالي أجاز القانون الاحتجاج بها على التاجر من طرف المتعاملين معه، لأنها صحيحة حتى وإن لم تكن مقيدة في السجل التجاري.

2- **المسؤوليات الجزائية المترتبة عن إخلال التاجر بالتزامه بالقيد في السجل التجاري.**

لم يكتف المشرع الجزائري بفرض الأحكام السابقة المتعلقة بالمسؤوليات المدنية المترتبة عن الاخلال بالالتزام بالقيد في السجل التجاري، وإنما تجاوزها إلى فرض مسؤوليات جزائية للمخالفين لأحكامه.

وفي هذا السياق نصت المادة 28 من القانون التجاري على أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي، غير مسجل في السجل التجاري، يمارس بصفة عادية نشاطا تجاريا، يكون قد ارتكب مخالفة تعاين ويعاقب عليها طبقا للأحكام القانونية السارية في هذا المجال.

وتأمر المحكمة التي تقضي بالغرامة بتسجيل الاشارات أو الشطب الواجب إدراجه في السجل التجاري خلال مهلة معينة وعلى نفقة المعني".

يتضح من هذا النص أن عبارة " غير مسجل في السجل التجاري"، تشمل حالات عدم القيد أو الاشارة بالتعديل أو الشطب، بدليل ما ورد بنص الفقرة 02 من نفس المادة، حيث أوجبت على القاضي المختص منح مهلة معينة للمعني من أجل تسوية وضعيته، إما بالقيد أو الاشارة بالتعديل أو الشطب، دون أن يعفيه ذلك من العقوبات الجزائية المترتبة عن ذلك.

كما نصت المادة 42 من القانون 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018، والمتعلق بالتجارة الالكترونية، على الجزاءات الموقعة على المورد الالكتروني في حال عدم قيده في السجل التجاري بقولها: "تقوم الهيئة المؤهلة لمنح أسماء النطاق في الجزائر، بناء على مقرر من وزارة التجارة، بالتعليق الفوري لتسجيل أسماء النطاق لأي شخص طبيعي أو معنوي متواجد في الجزائر، يقترح توفير سلع وخدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية من دون تسجيل مسبق في السجل التجاري. يبقى تعليق هذا الموقع الإلكتروني ساري المفعول إلى غاية تسوية وضعيته".

في حين فرضت المادة 27 من القانون التجاري، عقوبات معينة، على كل تاجر لم يذكر في عنوان فواتيره أو طلباته أو تعريفاته أو نشرات الدعاية أو على كل المراسلات الخاصة بمؤسسته والموقعة منه أو باسمه، مقر المحكمة التي وقع فيها التسجيل بصفة أصلية ورقم التسجيل الذي حصل عليه. ولأن السجل التجاري يعد وسيلة إعلامية في الوسط التجاري، فقد كان من الأصوب لو أن المشرع الجزائري اهتدى بنظيره المصري، وألزم كل من قيد في السجل التجاري أن يكتب اسمه التجاري ورقم القيد على واجهة محله التجاري، حتى يتمكن الغير من الاطلاع على البيانات التي تهمه، على غرار أعوان الضبطية التجارية الذين يسهل عليهم، وجود رقم القيد على واجهة المحل، أداء مهامهم الرقابية على أكمل وجه ممكن.

وفي هذا الشأن، نصت المادة 31 من القانون 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، سابق الذكر، على ما يلي: "يقوم الأعوان المؤهلون والمذكورون في المادة 30 أعلاه بغلق محل كل شخص طبيعي أو اعتباري يمارس نشاطا تجاريا قارا دون التسجيل في السجل التجاري إلى غاية تسوية مرتكب الجريمة لوضعيته.

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

كما نصت المادة 32 من نفس القانون على أنه: "يعاقب التجار الذين يمارسون أنشطة تجارية غير قارة دون التسجيل في السجل التجاري بغرامة من 5.000 دج إلى 50.000 دج.

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

فيما نصت المادة 37 من نفس القانون على الجزاءات المترتبة عن عدم تعديل بيانات مستخرج السجل التجاري بقولها: "يعاقب على عدم تعديل بيانات مستخرج السجل التجاري في أجل ثلاثة أشهر تبعا للتغييرات الطارئة على الوضع أو الحالة القانونية للتاجر، بغرامة من 10.000دج إلى 100.000دج والسحب المؤقت للسجل التجاري من قبل القاضي، إلى أن يسوي التاجر وضعيته. تعتبر تغييرات طارئة على وضعية التاجر أو حالته القانونية:

- تغيير عنوان الشخص الطبيعي التاجر،

- تغيير المقر الاجتماعي للشخص الاعتباري،
- تغيير عنوان المؤسسة أو المؤسسات الفرعية،
- تعديل القانون الأساسي للشركة".

وفي حال ممارسة نشاط تجاري مقنن دون رخصة أو اعتماد مسبقين، نصت المادة 40 من نفس القانون على أنه: "مع مراعاة العقوبات المنصوص عليها في التشريع الذي يحكمها، يعاقب على ممارسة نشاط أو مهنة مقننة خاضعة للتسجيل في السجل التجاري دون الرخصة أو الاعتماد المطلوبين، بغرامة من 50.000دج إلى 500.000 دج.

علاوة على ذلك، يقوم القاضي بغلق المحل التجاري.

وفي حالة عدم التسوية خلال ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ معاينة الجريمة، يقوم القاضي تلقائيا بشطب السجل التجاري".

أما ما يتعلق بعدم إشهار البيانات القانونية فقد نصت عليها المادتان 35 و36 من نفس القانون، حيث فرضت غرامة تتراوح بين 30.000 و300.000 دج على الشخص الاعتباري، في حين فرضت غرامة تتراوح بين 10.000 و30.000 دج بالنسبة للشخص الطبيعي.

أخيرا، نصت المادتان 33 و34 من نفس القانون على حالات التصريح الكاذب وتزوير أو تقليد مستخرج السجل التجاري، حيث نصت المادة 33 على أنه: "يعاقب كل من يقوم عن سوء نية بالإدلاء بتصريحات غير صحيحة أو يدلي بمعلومات غير كاملة بهدف التسجيل في السحل التجاري، بغرامة من 50.000 دج إلى 500.000 .دج".

أما المادة 34 فقد نصت على أنه: " يعاقب كل من يقوم بتقليد أو تزوير مستخرج السجل التجاري أو الوثائق المرتبطة به، بعقوبة الحبس من ستة أشهر إلى سنة وبغرامة من 100.000دج إلى 1.000.000 .دج.

زيادة على هذه العقوبات، يأمر القاضي تلقائيا بغلق المحل التجاري المعني، كما يمكنه أيضا أن يقرر منع القائم بالتزوير من ممارسة أي نشاط تجاري لمدة أقصاها خمس سنوات".

وحتى لا نشتت ذهن القارئ الكريم، نحيل في المسؤوليات الجزائية المتبقية إلى المواد من 38 إلى 41 من نفس القانون السابق. أما العقوبات المنصوص عليها في القانون 90-22 المتعلق بالسجل التجاري، فقد تم إلغاؤها بموجب نص المادة 43 من القانون 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، سابق الذكر، لمخالفتها أحكام هذا الأخير.

أخيرا، يجدر التنبيه إلى أن توجه الجزائر نحو فرض تعميم مطابقة السجلات التجارية الالكترونية، يستهدف بالدرجة الأولى، الحد من ممارسات تزوير مستخرجات السجلات التجارية التقليدية ومواجهة ظاهرتي الغش والاحتيال في استخدام تلك السجلات، ذلك أن السجل التجاري الالكتروني يتضمن وسائل حماية وتقنيات تكنولوجية متطورة يصعب اختراقها، وبالتالي، فإن هذا النوع من السجلات سيكون له، فضلا عن الوظائف الاشهارية والاحصائية والاقتصادية، وظيفة أخرى رقابية ذاتية، الأمر الذي سيكون له الأثر الايجابي في تقليص حجم الجرائم المذكورة أعلاه.

الفصل الخامس

المحـــــل التجـــــاري

تعد فكرة المحل التجاري، كمفهوم قانوني، حديثة جدا، إذا ما قورنت مع العمق التاريخي للتجارة والأعراف التجارية التي ظلت تحكمها، ولم تكتمل فكرة المحل التجاري بمفهومها المعاصر، إلا في أواخر القرن التاسع عشر، وظلت قيمة المحل التجاري، لحقبة طويلة من الزمن، مرتبطة بشخص صاحبه، ويرجع ذلك إلى عدم اكتمال عناصر المحل في منظور التجار، فكانوا ينظرون إليه من جوانبه المادية فقط، كالسلع والبضائع، باعتبار أن هذه العناصر لها دور محسوس في الاستغلال التجاري، أما العناصر المعنوية، كالعلامات التجارية وبراءات الاختراع والنماذج الصناعية، فلم يلمسوا أهميتها إلا في وقت متأخر.

ونظرا لحداثة فكرة المحل التجاري، كوحدة مستقلة عن شخص صاحبها، فإن مختلف التشريعات العالمية المقارنة، لم تتصد لها بالتشريع والتنظيم، سوى في مطلع القرن العشرين. وأمام التقدم التكنولوجي المتسارع، ترسخ المفهوم الحديث للمحل التجاري، بظهور

فكرة "التجارة الالكترونية"، كأداة جديدة لجذب المستثمرين وتحقيق أرباح طائلة وسريعة، فاضطرت التشريعات العالمية للاعتراف بها وتنظيم أحكامها، الأمر الذي كان له انعكاس واضح على تطور مفهوم العناصر التقليدية المكونة للمحل التجاري، كما هو الحال بالنسبة لعنصر "الاتصال بالعملاء"، الذي صار يوازيه المفهوم الجديد لعنصر "الزبون أو المستهلك الالكتروني"، وغيره من العناصر الأخرى التي كون الفقه الفرنسي من مجموعها ما يسمى "بالقاعدة التجارية الالكترونية" " fonds de commerce électronique".

أما المشرع الجزائري، فقد خصص الكتاب الثاني (المواد من 78 إلى 214) من القانون التجاري، لتنظيم الأحكام الخاصة بالمحل التجاري، في حين اعترف بالتجارة الالكترونية بموجب أحكام القانون رقم 18-05، المؤرخ في 10 ماي 2018، المتعلق بالتجارة الالكترونية.

ولم يعرف المشرع الجزائري المحل التجاري، واكتفى بذكر عناصره في المادة 78 من القانون التجاري، فيما خصص باقي المواد للأحكام المتعلقة بالتصرفات الواردة على المحل التجاري، كبيعه ورهنه الحيازي وتأجيره (التسيير الحر). أما حماية المحل التجاري فتخضع للقواعد العامة المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية أحيانا والمسؤولية العقدية أحيانا أخرى. وفيما يلي نتناول مفهوم المحل التجاري وحمايته وكذا التصرفات الواردة عليه في المباحث الثلاث الموالية:

المبحث الأول

مفهوم المحل التجاري

لم يعرف المشرع الجزائري المحل التجاري، لكنه عدد عناصره الالزامية وغير الالزامية في نص المادة 78 من القانون التجاري. وقد كان من البديهي ألا يعرف القانون رقم 18-05، المؤرخ في 10 ماي 2018، المتعلق بالتجارة الالكترونية، بدوره "القاعدة التجارية الالكترونية"، بل إنه لم يأت على ذكرها بشكل مباشر أصلا، بل هي تسمية فقهية استوحاها الفقه الفرنسي من التسمية التقليدية للمحل التجاري انطلاقا من اعتراف المشرع الفرنسي بأهم عنصر وهو "الزبون الالكتروني"، أما المشرع الجزائري فقد اكتفى بذكر أهم العناصر التي تميز "القاعدة التجارية الالكترونية"، عن العناصر المكونة للمحل التجاري بمفهومه التقليدي. وأمام غياب أي تعريف تشريعي، كان لا بد للفقه التجاري أن يتكفل بهذه المهمة، مع تبيان طبيعته والخصائص المميزة له، وهو ما سنستعرضه في المطلبين المواليين:

المطلب الأول

عناصر المحل التجاري

تنص المادة 78 من القانون التجاري على أنه: "تعد جزءا من المحل التجاري الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري.

ويشمل المحل التجاري إلزاميا عملائه وشهرته.

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

ومع أن القانون رقم 18-05، المتعلق بالتجارة الالكترونية، لم يأت على ذكر "القاعدة التجارية الالكترونية" بشكل مباشر، إلا أنه عدد العناصر الجوهرية المكونة لها والتي تميزها عن المحل التجاري التقليدي، حيث نصت الفقرة 03 من المادة 06 منه على "المستهلك الالكتروني"، الذي يقابل عنصر "العملاء" أو "الزبائن" في المحل التقليدي، في حين نصت الفقرة 08 من نفس المادة على عنصر "اسم النطاق"، الذي يسمح بالولوج إلى الموقع الالكتروني للقاعدة التجارية الالكترونية.

وبقراءة النصوص السابقة، جنبا إلى جنب، يتضح بأن المحل التجاري بمفهومه التقليدي أو "المحل التجاري الالكتروني"، يتكون في كلا الحالتين، من عناصر مادية وأخرى معنوية، وتتفاوت أهمية هذه العناصر من محل تجاري إلى آخر، على أن يشمل المحل إلزاميا، عملائه وشهرته، وهو ما سنفصله كما يلي:

الفرع الأول
العناصر المادية المكونة للمحل التجاري

يقصد بالعناصر المادية المكونة للمحل التجاري، تلك العناصر التي يكون لها دور محسوس في الاستغلال التجاري، كالسلع والبضائع والمعدات والآلات، أما العقار فيخرج من بين العناصر المكونة للمحل التجاري، وهو ما سنبينه كما يلي:

أولا: السلع والبضائع.

يقصد بالبضائع، تلك الأشياء المعدة للبيع، سواء كانت مصنعة أو مواد أولية، وقد تكون البضائع عنصرا جوهريا في المحل التجاري بحسب نوع النشاط، كما هو الحال بالنسبة لتجارة الأقمشة والمواد الغذائية، وقد لا تكون عنصرا من عناصر المحل التجاري أصلا، كما هو الحال بالنسبة لمحلات بيع الخدمات كمحلات ألعاب الفيديو والسمسرة والوكالة بالعمولة.

ولا يعني اعتراف المشرع الجزائري بالتجارة الالكترونية، أن القاعدة التجارية الالكترونية، لا يكون من بين عناصرها السلع والبضائع، بل إنها تختلف بدورها بحسب نوع النشاط، سوى أن عرضها يكون عن طريق الاتصالات الالكترونية، وهو ما نصت عليه الفقرة 01 من المادة 06 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية، بقولها: "التجارة الإلكترونية: النشاط الذي يقوم بموجبه مورد إلكتروني باقتراح أو ضمان توفير سلع وخدمات عن بعد لمستهلك إلكتروني، عن طريق الاتصالات الإلكترونية". وفي الغالب يكون نشاط المورد الالكتروني عبارة عن خدمات إلكترونية، كخدمات الدعاية والاشهار الالكتروني المنصوص عليها بموجب نص الفقرة 06 من نفس المادة.

ثانيا: المعدات والآلات.

يقصد بها كل الوسائل المنقولة، غير المعروضة للبيع، والتي يستعملها صاحب المتجر في ممارسة نشاطه التجاري، كالماكنات التي تستخدم في ورش التصنيع أو الاصلاح، والسيارات الخاصة بالنقل، وأجهزة التكييف، وتجهيزات عرض السلع وأثاث المكاتب. وقد تكون المعدات والآلات بدورها عنصرا مهما في المحل التجاري وقد لا تكون، بحسب نوع النشاط، كما هو الحال بالنسبة لمحلات الخياطة والتطريز التي تحتاج إلى الماكينات المعدة لهذا الغرض، كما قد يختلف نوع هذه المعدات، كمّا وكيفا، باختلاف نوع النشاط التجاري، بما في ذلك "القاعدة التجارية الالكترونية"، التي قد تحتاج إلى أجهزة حاسوب وطابعات وأجهزة الماسح الضوئي وغيرها.

ثالثا: استبعاد العقار من العناصر المكونة للمحل التجاري.

لا خلاف في أن المشرع الجزائري، بتعداده للعناصر المكونة للمحل التجاري، إنما عددها على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، الأمر الذي يعني إمكانية الاضافة إليها بحسب نوع وحجم القاعدة التجارية، سواءً كانت تقليدية أو إلكترونية. ولأن المشرع الجزائري لم يأت على ذكر العقار من بين العناصر المكونة للمحل التجاري، فقد اختلف الفقه التجاري فيما إذا كان العقار يدخل ضمن العناصر المكونة للمحل التجاري من عدمه.

ونتفق مع الرأي الذي يذهب إلى استبعاد العقار من العناصر المكونة للمحل التجاري، بدليل أن المشرع الجزائري لم يأت على ذكره في نص المادة 78 من القانون التجاري، ولو كان الأمر خلاف ذلك لما أغفله المشرع نظرا للقيمة المالية للعقار، باعتباره أحد أهم العناصر المكونة للثروة، مقارنة بالعناصر الأخرى التي عددها في نص ذات المادة. كما أن المشرع كان واضحا في الفقرة الأولى من المادة السابقة، حيث نصت على الأموال المنقولة دون العقارية، بقولها: "تعد جزءا من المحل التجاري الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري".

ولعل ما يدعم هذا التفسير هو أن المشرع الجزائري لم يمنع الأجانب من ممارسة مهنة التجارة ولم يحرمهم بالتبعية من امتلاك محال تجارية في الجزائر بشروط معينة. أما ما يتعلق بالعقار، فالقاعدة العامة هي حظر تملك الأجانب للعقار في الجزائر إلا استثناء، وذلك بمقتضى أحكام المادتين 01 و02 من المرسوم رقم 64-15 المؤرخ في 20 جانفي 1964، والمتعلق بحرية المعاملات، المعدل والمتمم، ولو كان العقار عنصرا من العناصر المكونة للمحل التجاري، لما جاز للتاجر الأجنبي تملك المحل التجاري بالتبعية، تطبيقا لقاعدة أن من يملك الكل يملك الجزء.

ليس هذا فحسب، بل إن المشرع الجزائري أخضع التصرفات التي ترد على المحل التجاري والعقارات إلى أحكام مختلفة، بحيث لا يغني القيام بإجراءات البيع أو الرهن على المحل التجاري، عن القيام بإجراءات البيع أو الرهن الخاصة بالعقار، فإذا كان التاجر يملك العقار الذي يمارس فيه نشاطه التجاري، ثم ترآى له أن يبيع محله التجاري مشمولا بالعقار، فسيجد نفسه أمام تصرفين مختلفين، أولهما يتعلق ببيع العقار من جهة، والآخر ببيع القاعدة التجارية من جهة ثانية، على أن يخضع كل تصرف لنظام قانوني يختلف عن النظام الذي يخضع له التصرف الآخر، وهما أحكام القانون المدني والتجاري.

أما القاعدة التجارية الالكترونية، فلا مجال فيها للكلام عن العقار كعنصر من العناصر المكونة له، إلا في حالة واحدة، شأنه في ذلك شأن المحلات التجارية التقليدية، وذلك إذا كان موضوع النشاط التجاري، هو شراء العقارات من أجل إعادة بيعها وفقا لنص المادة 02 من القانون التجاري، وفي هذه الحالة تأخذ العقارات حكم البضاعة، غير أن بيع المحل التجاري في هذه الحالة لا يغني عن إجراءات البيع الخاصة بالعقار.

والملاحظ بأن العقارات بالتخصيص، وهي الأموال المنقولة الثابتة (المهمات)، المخصصة لاستغلال العقار (المادة 683 من القانون المدني)، إذا كان صاحبها يمارس التجارة في عقار يملكه، فالأصل أن العقار بالتخصيص يتبع حكم العقار الذي خصص لخدمته، غير أن هذا الحكم لا يمنع من اعتبار هذه الأموال المنقولة كعنصر من عناصر المحل التجاري.

وحسنا فعل المشرع المصري، وكذلك ينبغي أن يفعل المشرع الجزائري، بحسمه هذه المسألة، فنص في المادة 38 من قانون التجارة المصري على أنه إذا كان التاجر مالكا للعقار الذي يزاول فيه التجارة فلا يكون هذا العقار عنصرا في متجره.

الفرع الثاني

العناصر المعنوية المكونة للمحل التجاري

العناصر المعنوية هي جوهر المحل التجاري وأساس فكرته القانونية، وبدونها لم تكتمل فكرة المحل التجاري بمفهومها المعاصر. وبظهور فكرة "التجارة الالكترونية"، ترسخ المفهوم الحديث للمحل التجاري، وتجسدت من خلالها قيمة العناصر المعنوية المكونة للمحل التجاري بشكل أوضح، الأمر الذي كان له انعكاس واضح على تطور المفهوم التقليدي للمحل التجاري، وظهور مفهوم أكثر حداثة يسمى "بالقاعدة التجارية الالكترونية".

وأمام التقدم التكنولوجي المتسارع، كان لا بد للمشرع الجزائري من مواكبة التشريعات العالمية التي اعترفت بهذا المفهوم الجديد، فصدر القانون رقم 18-05، المؤرخ في 10 ماي 2018، المتعلق بالتجارة الالكترونية، الذي جاء على ذكر أهم عنصر من عناصر القاعدة التجارية الالكترونية، وهو "المستهلك الالكتروني" أو "الزبون الالكتروني"، الذي يوازي عنصر "الاتصال بالعملاء" في المفهوم التقليدي للمحل التجاري، فضلا عن عنصر آخر جديد يسمى "اسم النطاق الالكتروني"، الذي اختلف الفقه التجاري في تكييفه مع العناصر التقليدية التي توازيه في المحل التجاري التقليدي.

وفيما عدا عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة، لا يشترط توافر جميع العناصر المعنوية مجتمعة في المحل التجاري، فقد توجد في بعض المحلات وقد لا توجد بحسب نوع الاستغلال التجاري. وعلى غرار العناصر المادية المكونة للمحل التجاري، يجدر التنبيه إلى أن العناصر المعنوية مذكورة على سبيل المثال بدورها لا على سبيل الحصر، بحيث يمكن القياس عليها وإضافة عناصر معنوية أخرى لم يأت المشرع على ذكرها، ولا أدل على ذلك من استهلال نص المادة 78 سابقة الذكر بعبارة "تعد جزءا"، واختتامها بعبارة " كل ذلك ما لم ينص القانون على خلاف ذلك". لذلك سنكتفي بعرض أهم العناصر المعنوية المكونة للمحل التجاري التي ذكرها المشرع الجزائري في نص المادة السابقة، وكذا أهم العناصر المستحدثة المكونة للقاعدة التجارية الالكترونية، على غرار "الزبون الالكتروني" و"اسم النطاق الالكتروني" و"عقد الايواء الالكتروني"، وحقوق الملكية الأدبية والفنية باعتبارها تضم المصنفات الرقمية (برامج الحاسب الآلي وقواعد البيانات الالكترونية)، التي تعد من بين العناصر المميزة للمحل التجاري الالكتروني أيضا، وذلك على النحو التالي:

أولا: عنصر الاتصال بالعملاء أو المستهلك (الزبون) الالكتروني.

لم يكن المشرع الجزائري بحاجة إلى تعريف عنصر الاتصال بالعملاء، وقد تصدى الفقه التجاري له بمجموعة من التعاريف المتقاربة في مضمونها، ويكاد يجمع على أن المقصود بالعملاء أو الزبائن، هو مجموع الأشخاص الذين اعتادوا التعامل مع المحل التجاري، وهو أهم عنصر في المحل التجاري، ولا وجود لهذا الأخير بدون "عملاء"، وهو ما تؤكده الفقرة 02 من المادة 78 من القانون التجاري بقولها: "ويشمل المحل التجاري إلزاميا عملائه وشهرته".

وحول هذه الفكرة، يقول الأستاذ الفرنسي "Charles Vilar"، "إن عنصر الاتصال بالعملاء هو جوهر المحل التجاري وعنصره المحرك وخليته الحية". في حين ذهب الأستاذان الفرنسيان "Georges Ripert" و"René Roblot"، إلى أن "عنصر الاتصال بالعملاء، ليس مجرد عنصر من العناصر المكونة للمحل التجاري، وإنما هو المحل التجاري في حد ذاته، وبهذا العنصر يتأثر المحل التجاري وجودا وعدما". أما الأستاذة "فرحة زراوي صالح"، فترى بأن عنصر الاتصال بالعملاء هو العمود الفقري للمحل التجاري، ولا يستقيم لهذا الأخير وجود بدون عملاء.

وبعد أن اعترف المشرع الجزائري بفكرة التجارة الالكترونية، عرّفت الفقرة 03 من المادة 06 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية، المستهلك (الزبون) الالكتروني على أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية من المورد الإلـكتروني بغرض الاستخدام النهائي".

وبقراءة نصي المادتين 78 من القانون التجاري والمادة 06 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية، جنبا إلى جنب، نجد بأن فكرة إنشاء قاعدة تجارية إلكترونية لا تتعارض مع المفهوم التقليدي للمحل التجاري، حتى مع عدم النص عليها في القانون الجديد، فالزبون الالكتروني، في نهاية الأمر، هو ذاته الزبون التقليدي، وكل ما في الأمر أنه يلجأ إلى الوسائل الالكترونية في تعامله مع صاحب المحل، كبطاقات الدفع الالكتروني وغيرها. ومع ذلك، فإن المشرع الجزائري باعترافه بالمستهلك أو الزبون الالكتروني، يكون قد اعترف ضمنيا بالقاعدة التجارية الالكترونية، ذلك أن الزبون الالكتروني هو جوهر القاعدة التجارية الالكترونية، وبدونها لا مجال لتواجد هذه الأخيرة.

والملاحظ بأن المشرع الجزائري لم يكن دقيقا في توظيف المصطلح المناسب، حيث استخدم عبارة "المستهلك الالكتروني" وليس "الزبون الالكتروني"، ذلك أن هذه العبارة الأخيرة هي الأقرب والأدق من الأولى، من حيث مطابقتها للمفهوم التقليدي لعنصر الاتصال بالعملاء المنصوص عليه في المادة 78 من القانون التجاري، "فالزبون الالكتروني" أوسع في معناه من مجرد "المستهلك الالكتروني، ذلك أن هذا الأخير ، إنما يقتني خدماته أو سلعه من صاحب المحل التجاري بغرض الاستخدام النهائي وهو ما أكدته العبارة الأخيرة من نص الفقرة 03 من المادة 06 سابقة الذكر، في حين لا يشترط ذلك فيما يتعلق "بالزبون الالكتروني"، كما هو الحال بالنسبة لأصحاب المحال التجارية بالجملة الذين قد يكون لهم زبائن دائمين من أصحاب المحال التجارية بالتجزئة، وهؤلاء الأخيرين لا يقتنون خدماتهم أو سلعهم بغرض الاستهلاك النهائي وإنما بغرض إعادة تسويقها وتحقيق الربح. وبالتالي، يعد كل "مستهلك إلكتروني" بمثابة "زبون إلكتروني" والعكس غير صحيح.

وتظهر القيمة المالية الكبيرة لعنصر الاتصال بالعملاء في تقييم أرباح المحل التجاري، سواءً في المحل التجاري التقليدي أو الالكتروني، فكلما زاد عدد العملاء زادت فرص تحقيق أرباح أكبر للمحل التجاري والعكس صحيح. غير أنه ينبغي ملاحظة أن معيار عدد العملاء ليس على إطلاقه في كل الأحوال إلا إذا حقق فرصا أكبر لتحقيق أرباح أكبر للمحل التجاري، فعلى سبيل المثال المخبزة التي تمون زبون واحد (الجامعة/ الثكنة) بـ 50.000 خبزة أفضل من المخبزة التي تقع في وسط المدينة والتي تبيع 30.000 خبزة في اليوم. وبالتالي يمكن أن نقول أن المعيار لا يرتبط بعدد العملاء فقط، وإنما يرتبط بالموازاة مع ذلك برقم الأعمال أو الأرباح المحققة أيضا.

وبالنتيجة، فإن المحل التجاري الذي انصرف عنه العملاء، أو توقف اتصالهم به، إنما يعني زوال المحل التجاري بأكمله، وبهذا المعنى فإن التصرفات الواردة على المحل التجاري الذي انفض عنه زبائنه لأي سبب من الأسباب، يعتبر باطلا لانعدام المحل، غير أن عنصر الاتصال بالعملاء لا ينتفي إذا توقف التاجر عن استغلال محله التجاري مؤقتا لسبب قسري خارج عن نطاقه، كما هو

الحال بالنسبة للقوة القاهرة الناجمة عن الحالة الصحية لجائحة كورونا لسنة 2020، ويعود لقضاة الموضوع تقدير ما إذا كان التوقف قد أدى إلى زوال عنصر الاتصال بالعملاء من عدمه حسب ظروف كل حالة على حدى. وفي هذا الخصوص قضت المحكمة العليا في اجتهاد لها بتاريخ 03 جوان 2009 بأن "زوال القاعدة التجارية (FC)، بسبب زلزال هدّم البناية، حيث تستغل القاعدة، يؤدي إلى فسخ الايجار بحكم القانون".

لذلك خص المشرع هذا العنصر بحماية خاصة، فأعطى الحق لصاحب المحل في حماية العلاقة التي تربطه بعملائه، ومنع الغير من تظليلهم لينصرفوا عن المحل بوسائل غير مشروعة من خلال دعوى المنافسة غير المشروعة. ولا يعني إقرار هذا الحق لصاحب المحل التجاري في حماية العلاقة التي تربطه بعملائه، إجبار هؤلاء الأخيرين بارتياد محله، وإنما هي علاقة آلية تخضع لقناعة العملاء أنفسهم، ولهم مطلق الحرية في التعامل معه، إقبالا أو إعراضا.

ولا يكفي للاعتداد بعنصر الاتصال بالعملاء، وجودا وعدما، مجرد عملاء افتراضيين أو احتماليين، بل ينبغي أن يكون العملاء واقعيين ومؤكدين، وهو ما أكدته المحكمة العليا في أحدث اجتهاد لها بتاريخ 01 أفريل 2009، عندما قضت بأن "القاعدة التجارية لا تثبت ملكيتها بالسجل التجاري الذي لا يعد أصلا من ضمن عناصرها حسبما نصت عليه المادة 78 من القانون التجاري"، فالقيد في السجل التجاري لا يعد قرينة على تشكل عملاء حقيقيين ومؤكدين، وبالتالي فإن الاعتداد بعنصر الاتصال بالعملاء، إنما يرتبط ببداية الاستغلال الفعلي للمحل التجاري وفتحه للجمهور وليس بمجرد القيد في السجل التجاري، وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في أحدث اجتهاد لها بتاريخ 04 ديسمبر 2013، بقولها: "إن عنصر الاتصال بالعملاء، باعتباره العنصر الجوهري في المحل التجاري، لا يوجد إلا بصفة احتمالية عند الحصول على الرخصة من أجل إنشاء محل للصيدلة، وأن فتحه أمام الجمهور، هو الوسيلة الوحيدة للاعتداد بوجود عملاء فعليين ومؤكدين".

ولا خلاف لدى الفقه والقضاء في الاعتداد بالعملاء القارين أو الدائمين، وهم الأشخاص الذين ثبتوا على التعامل مع العمل التجاري بأمانة وصدق واستقامة. فالمحل الذي يرتبط به عدد كبير من العملاء الثابتين الذين اعتادوا التعامل معه ذو قيمة أكبر من المحل الذي ينصرف فيه العملاء، أما العملاء العرضيين أو العابرين، فتختلف أهميتهم باختلاف الموقع الجغرافي للمحل التجاري ونوع الخدمة التي يقدمها، فالمحل التجاري الذي يقع على مقربة من محطة القطار أو محطات توزيع الوقود عبر الطرق الوطنية، يرتادها عملاء عابرون أو عرضيون أكثر من العملاء الثابتون، ومع ذلك يستطيع المحل التجاري أن يشكل من مجموعهم اتصالا مستمرا ودون انقطاع بعنصر الاتصال بالعملاء. وكثيرا ما يجتمع الأسلوبان في محل تجاري واحد، فالمتجر الذي يقع في منطقة آهلة بالسكان له عملائه الدائمون من ساكني هذه المنطقة، إلا أنه لا يقتصر عليهم، وإنما يرتبط بعملاء عابرين على نطاق واسع.

وقد ظل القضاء، حتى وقت قريب، يربط عنصر الاتصال بالعملاء بشخص التاجر، فإن لم يكن للتاجر عملاء خاصون به يقصدونه لشخصه، فلا يعتبر أن لديه محل تجاري، كأن يكون للتاجر محل تجاري في المطار، فالزبائن، في هذه الحالة، لم يجذبهم المحل التجاري بقدر ارتباطهم بالمطار، وبالتالي فإن صاحب المحل التجاري لا يستفيد إلا من زبائن الغير، ولا يملك بالتالي عملاء خاصين به.

ونظرا لكونه معيارا تقليديا يقترب من المفهوم التقليدي للمحل التجاري، الذي ظلت قيمته، لحقبة طويلة من الزمن، مرتبطة بشخص صاحبه، فقد تخلى عنه القضاء ولم يعد يطبقه بصرامة، واعتمد بدلا من ذلك معيارا حديثا يستند على "استقلالية التسيير" في القاعدة التجارية، وهو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في اجتهاد لها بتاريخ 05 فيفري 2003 بقولها: "إذا كانت الشركة المستأجرة وحدها هي التي تولت إدارة أسهمها ومبيعاتها ودفعت اشتراكها مباشرة إلى شركة الكهرباء الفرنسية واستهلاكه، غير أنها كانت تخضع لساعات عمل مركز التسوق وأن الأخير هو الذي يكفل دفع الرسوم، وكذلك تنظيم الإعلان، ووضع سياسة الأسعار ، فقد كان بإمكان محكمة الاستئناف، الاستنتاج من هذا أن شركة "Minit France" لم تستفد من "استقلالية الإدارة" ولا يمكنها المطالبة بتطبيق قانون الإيجارات التجارية، لأنها لا تملك محلا تجاريا مستقلا".

ولا شك أن هذا التوجه الحديث، يدعمه التطور الحاصل في مفهوم المحل التجاري ذاته، خصوصا بعد اعتراف جل التشريعات العالمية المقارنة "بالزبون الالكتروني"، ومن خلاله "بالقاعدة التجارية الالكترونية"، ففي هذه الأخيرة لم يعد للطبيعة الشخصية للزبائن نفس الأهمية التي كانت تربطهم بصاحب المحل التجاري التقليدي، ويرجع ذلك إلى غياب العلاقة المباشرة بين المورد الالكتروني والزبون الالكتروني بسبب الطبيعة الخاصة للفضاء الرقمي الذي يمارس فيه نشاطه، حيث يلجأ فيها المورد الالكتروني بالضرورة إلى مقدم "خدمة الايواء" من أجل استضافته على الخادم التابع له، فيلعب دور الوسيط بين المورد الالكتروني وزبائنه الالكترونيين، كما سنأتي عليه لاحقا.

ومع أن المواقع التجارية الالكترونية توفر خدمات آلية وذاتية مهمتها إحصاء عدد العملاء الزائرين للقاعدة التجارية الالكترونية، وتسمح بشكل دقيق، بتحديد عدد العملاء الحقيقيين والمؤكدين الذين تربطهم بالمحل التجاري الالكتروني معاملات تجارية فعلية، إلا أن المعيار الحديث الذي يستند على "استقلالية التسيير" في القاعدة التجارية، يبدو الأنسب بدوره للاعتداد بعنصر الاتصال بالزبائن الالكترونيين، فالقاعدة التجارية الالكترونية، شأنها شأن المحلات التجارية التقليدية، قد تكون بدورها ضمن منصات رقمية موحدة، وهي مواقع للتجارة الإلكترونية، تجتمع في نفس الموقع الافتراضي وتخضع لقواعد موحدة، ولا شك أن تطبيق معيار "الطبيعة الشخصية للزبائن" سينفي عن القواعد التجارية الالكترونية التي تجتمع في منصة رقمية واحدة صفة المحل التجاري، في حين يتناسب المعيار الحديث الذي يستند على "استقلالية التسيير" في القاعدة التجارية، مع الاعتراف بهذه الصفة، وهي مسائل فرضتها طبيعة التجارة الالكترونية والخصوصية التي تتميز بها عن التجارة التقليدية.

ثانيا: عنصر الشهرة (السمعة التجارية).

يقصد بالشهرة أو السمعة التجارية، هي قدرة المحل التجاري على اجتذاب العملاء، بسبب جودة السلع أو الخدمات التي يقدمها صاحب المحل وتنافسية الأسعار التي يعرضها أو رواج صيت اسمه التجاري أو علامته التجارية أو غيرها من العناصر الأخرى المكونة للمحل التجاري، فالشهرة، باختصار شديد، تقوم على الثقة في العناصر التي يتألف من مجموعها المحل التجاري، وهو المبدأ الذي تقوم عليه التجارة عموما. ومع ظهور فكرة التجارة الالكترونية، ازدادت أهمية عنصر الشهرة، بدليل نص المشرع الجزائري على **عمليات الاشهار الالكتروني**، ضمن أحكام القانون 18-05، المؤرخ في 10 ماي 2018، المتعلق بالتجارة الالكترونية، في المواد من 30 إلى 34، وذلك نظرا إلى حجم الأموال وعدد المستثمرين الذين صارت تستقطبهم هذه الوسيلة لجذب العملاء وتحقيق الربح والتي أثبتت نجاحا عالميا بالعوائد الكبيرة والسريعة التي باتت تحققها. ويرى جانب من الفقه أن القاعدة التجارية الالكترونية تملك القدرة بدورها على اجتذاب العملاء، خصوصا إذا توفرت على وسائل دفع آمنة واحترام مواعيد التسليم وتوفير خدمات ما بعد البيع الخاصة بها واحترامها لالتزاماتها القانونية في العقود التي تبرمها.

ويفرق جانب من الفقه بين عنصري الاتصال بالعملاء والشهرة ويعتبرهما عنصرين متمايزين في المحل التجاري، فبينما يتمثل الأول في مجموع العملاء الثابتين الذين اعتادوا التعامل مع المحل التجاري، فإن السمعة التجارية تتمثل في قدرة المحل على اجتذاب العملاء العابرين أو العرضيين بسبب موقعه أو حسن عرض منتجاته.

ولم نجد، حتى كتابة هذه السطور، أي سند قانوني أو اجتهاد قضائي، يدعم هذا التمييز، ونرى بأن هذا الأخير ناجم عن الترجمة غير الموفقة لمصطلحي "Clientèle" التي تعني العملاء الأوفياء أو الثابتين، وهؤلاء عادة ما تربطهم علاقة ثقة متينة بصاحب المحل التجاري، وقد تتجسد هذه الأخيرة في شكل علاقة اعتيادية أو رسمية كعقود التوريد، ومصطلح "Achalandage"، الذي يعني "الزبائن العرضيين أو العابرين، ولا يعني هذا المصطلح الشهرة أو السمعة التجارية، وإلا فما الداعي من توظيف مصطلح بغير معناه، إذ كان من المتاح للمشرع الجزائري التعبير عن هذا المعنى بشكل مباشر باستخدام عبارة "ويشمل المحل التجاري إلزاميا عملائه الثابتين والعابرين"، كما عبر عنها المشرع الفرنسي تماما، ونرى بأن مصطلح "العملاء" يشملهما معا، سواءً كانوا دائمين أو عرضيين.

أما "الشهرة التجارية"، فتعني قدرة المحل التجاري على اجتذاب العملاء الدائمين والعرضيين على حد سواء. وفي جميع الأحوال، نرى بأن عنصر الاتصال بالعملاء لا يمكن أن ينفك عن "الشهرة التجارية"، ونرى بأن المشرع ذكرهما على سبيل التلازم وليس التمييز في نص الفقرة 02 من المادة 78 من القانون التجاري، بقولها: "ويشمل المحل التجاري إلزاميا "عملائه وشهرته"، فقدرة المحل التجاري على اجتذاب العملاء هي المحدد الجوهري لعنصر الاتصال بالعملاء، وتمثل عنصرا حيويا في تحديد قيمة المحل، فهما وجهان لعملة واحدة، فكلما زادت شهرة المحل التجاري زاد عدد العملاء والعكس صحيح. أي بعبارة أخرى، يمكن القول إن "الاتصال بالعملاء" والشهرة التجارية"، هما عنصران متمايزان غير أنهما متلازمان فلا يغني أحدهما عن الآخر ولا يمكن أن ينفك عنه.

ويرى البعض الآخر بأن الحق في الاتصال بالعملاء هو عنصر شخصي وثيق الصلة بشخص التاجر، فيما تمثل السمعة التجارية عنصر عيني مرتبط بالمحل التجاري ذاته وما يتميز به من صفات وخصائص تمكنه من اجتذاب العملاء، كالموقع الحسن وفخامة المظهر ودقة التنظيم.

وإن كان لنا من رأي حول هذا التمييز، فإنه يبدو اختزاليا للغاية، ولم نجد له أي سند قانوني أو اجتهاد قضائي يدعمه، ولم نكد نلمس له أي وجود في الواقع العملي، بل إن هذا التفسير يعيدنا إلى المفهوم التقليدي والقديم للمحل التجاري الذي يربط بين هذا الأخير وشخص صاحبه، وهذا يعني بأن وفاة هذا الأخير تعني زوال المحل التجاري بأكمله وهذا غير صحيح. ولعل ما يدعم هذا التفسير هو اعتراف التشريعات العالمية المقارنة بعنصر "الزبون الالكتروني"، ولا شك أن الطبيعة الخاصة لمعاملة هذا الأخير مع "المورد الالكتروني"، تختلف عن طبيعة العلاقة التي تربط بين العملاء وصاحب المحل التجاري التقليدي، فإذا كان الحق في الاتصال بالعملاء، في هذه الحالة الأخيرة، هو عنصر شخصي وثيق الصلة بشخص التاجر، فإن العلاقة بين "الزبون الالكتروني" و"المورد الإلكتروني" لا تتم بشكل مباشر، وإنما يلجأ فيها الأخير إلى مقدمي خدمة "الايواء الالكتروني" باعتبارهم وسطاء على المواقع الالكترونية، وبالتالي لا يمكن تصور علاقة شخصية مباشرة بين الزبون الالكتروني وصاحب المحل التجاري الالكتروني، وفي كثير من الأحيان قد لا يشعر حتى بوجوده. وإذا سلمنا جدلا بالتمييز السابق، فإن "المحلات التجارية الالكترونية" سوف لن يكون لها أي وجود لافتقادها للعمود الذي تقوم عليه فكرة المحل التجاري بمفهومه المعاصر، وهو عنصر الاتصال بالعملاء.

ثالثا: الاسم والشعار التجاري أو اسم النطاق الالكتروني (Le nom de domaine**).**

الاسم التجاري، هو اسم يستخدمه التاجر على واجهة محله التجاري أو فواتيره أو إعلاناته من أجل تمييزه عن باقي المحلات الأخرى، وقد يكون الاسم التجاري هو اسم شخص التاجر صاحب المحل التجاري، وقد يضاف إليه تعديل، مثل "محلات الحاج ابراهيم وأبنائه"، وقد يكون في شكل تسمية مبتكرة بدلا من اسمه، شريطة أن تتطابق هذه الأخيرة مع الحقيقة، وفي هذه الحالة يسمى **الشعار التجاري**، مثل "مكتبة ابن باديس" أو "مغازة علي بابا" أو "الصالون الذهبي"، فالشعار التجاري يكون له ذات الحماية التي للاسم التجاري، ويكون له قيمة مالية باعتباره من عناصر المحل التجاري، بسبب الايقاع الذي يحدثه في نفوس العملاء. بل وقد يكون العنصر الأهم إذا كان المحل التجاري عبارة عن جريدة أو قناة تلفزيونية، وفي هذه الحالة، فإن بيع الاسم أو الشعار التجاري، يشكل في الواقع بيعا لمحل تجاري وإن لم يتناول البيع شيئا غير هذا الاسم أو الشعار التجاري.

وهنا يجب التمييز بين "الاسم التجاري" "le nom commercial"، و"الشعار التجاري" "l'enseigne"، ولم يكن المشرع الجزائري دقيقا في ترجمة هذا الأخير، فاستخدم عبارة "العنوان التجاري"، فهذا الأخير هو ترجمة لعبارة " l'adresse commercial"، وهو أحد البيانات الالزامية في السجل التجاري التي تحدد موقع القاعدة التجارية لمخاطبة التاجر (الفقرة 02 من المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 06-222 الذي يحدد نموذج مستخرج السجل التجاري ومحتواه).

أما **اسم النطاق الالكتروني** "Le nom de domaine"، أو ما يسمى "الموقع الالكتروني"، فقد عرفته الفقرة 08 من المادة 06 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية على أنه: "عبارة عن سلسلة أحرف و/أو أرقام مقيسة ومسجلة لدى السجل الوطني لأسماء النطاق، وتسمح بالتعرف والولوج إلى الموقع الإلكتروني". فهو عبارة عن كلمة مرور، وبدونه لا يمكن للزبون

الالكتروني الوصول إلى الموقع الالكتروني للمورد الالكتروني، أي أنه يعد وسيلة للبحث والدخول إلى المعلومات ونشرها، مثل "https://www.amazon.com"

ويختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية "لاسم النطاق الالكتروني" باعتباره عنصرا من العناصر المكونة للقاعدة التجارية الالكترونية من عدمه. وفي هذا الخصوص، يذهب جانب من الفقه إلى أن "اسم النطاق" هو مجرد نظام تقني لا يمكن أن يترتب عنه نشوء أي حق، وأن استعمال "اسم النطاق" في المواقع الالكترونية، إنما الغرض منه هو حل المشاكل التقنية ليس إلا، وبالتالي، فهي لا تتمتع بأي قيمة مالية.

في حين يتجه الفقه والقضاء في كل من فرنسا وبلجيكا نحو تشبيه "اسم النطاق" الالكتروني في القاعدة التجارية الالكترونية، "بالاسم التجاري" أو "الشعار التجاري" في القاعدة التجارية التقليدية، وهو ما أكدته محكمة باريس الكبرى في الأمر الصادر بتاريخ 27 جويلية 2000، حيث قضت بأن: "الحماية القانونية لاسم النطاق عبر شبكة الانترنت تأخذ حكم الحماية القانونية للاسم التجاري، والتي لا تكتسب إلا بالاستغلال الفعلي".

أما المشرع الجزائري فقد حدد موقفه من الطبيعة القانونية "لاسم النطاق" في نص الفقرة 02 من المادة 09 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية، عندما أكدت على إجبارية تسجيل اسم النطاق من أجل مباشرة نشاط التجارة الالكترونية بقولها: "لا يمكن ممارسة نشاط التجارة الإلكترونية إلا بعد إيداع اسم النطـاق لدى مصالـح المركز الـوطني للسجـل التجاري". تضح من خلال هذا النص ولا يمكن تصور أن تكييف إيداع اسم النطـاق الالكتروني لدى مصالـح المركز الـوطني للسجـل التجاري هو

ومع أن البعض قد يميل إلى تفسير هذا النص على أنه مجرد بيان جديد في السجل التجاري أو أنه إلتزام جديد فرضه المشرع الجزائري على التاجر صاحب المحل التجاري الالكتروني إلى جانب إلتزاماته الأخرى، إلا أننا لا نميل إلى هذا التفسير، ذلك أن القيد في السجل التجاري كالتزام، وإيداع اسم النطـاق لدى مصالـح المركز الـوطني للسجـل التجاري، هما مسألتان مختلفتان، فالالتزام الأول لا يمنع من ممارسة نشاط التجارة بدليل نص المادة 01 من القانون التجاري، في حين أن نص المادة 09 سابقة الذكر يمنع من ممارستها دون إيداع اسم النطـاق على النحو المذكور، الأمر الذي يتضح منه أن "اسم النطاق" يعد عنصرا جوهريا من العناصر المكونة للقاعدة التجارية الالكترونية، بل إن المشرع الجزائري اعتبره عنصرا إجباريا، وبدونه لا وجود للقاعدة التجارية الالكترونية.

وعلى هذا الأساس فإننا نميل إلى الاتجاه الذي يشبه "اسم النطاق الالكتروني" في القاعدة التجارية الالكترونية بالاسم التجاري" أو "بالشعار التجاري" في المحل التجاري التقليدي، بدليل أن مجموعة الحروف والأرقام التي يتكون منها "اسم النطاق" تكون في العادة مشتقة من "الاسم أو الشعار التجاري" ذاته، كما هو الحال بالنسبة لشركة أمازون "Amazon" ويسمى اسم نطاقها بـــ "https://www.amazon.com"، أما في الجزائر فقد اشترط المشرع في المادة 08 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية أن ينتهي اسم النطاق المستضاف في الجزائر بامتداد ".com" (دولية) أو ".dz" (وطنية).

رابعا: الحق في الايجار أو عقد الايواء الالكتروني.

يقصد بالحق في الايجار، الحق الناشئ عن العلاقة الايجارية التي تربط بين المؤجر للعقار والتاجر (المستأجر)، والتي تخول لهذا الأخير الحق في الانتفاع والبقاء في العقار الذي يباشر فيه التجارة. وقد نظم المشرع الجزائري الأحكام الخاصة بهذا الحق في الباب الثاني من الكتاب الثاني من القانون التجاري بعنوان "الايجارات التجارية" (المواد من 169 إلى 202). ويستوي أن يكون العقار المؤجر عبارة عن مبنى (عمارة) أو على الأراضي العارية التي شيدت عليها قبل أو بعد الايجار بنايات معدة للاستغلال التجاري (المادة 169 من القانون التجاري)، كما هو الحال بالنسبة لأنشطة بيع الرمل والحصى.

ويعد الحق في الايجار من العناصر الهامة في المحل التجاري، في الحالات التي يكون فيها التاجر مستأجرا للعقار أو لجزء منه لمزاولة نشاطه التجاري، وهذا هو الفرض الأكثر شيوعا، كما لو كان فندقا بجوار المطار أو محطة نقل المسافرين، وقد يكون أقل أهمية كما هو الحال بالنسبة لتجار الجملة، وقد لا يكون هذا الحق عنصرا من العناصر المكونة للمحل التجاري أصلا، كما هو الحال بالنسبة للتجار المتنقلين أو إذا كان التاجر مالكا للعقار الذي يزاول فيه نشاطه التجاري، ويكون ذلك في الغالب في حالة المشروعات

التجارية الكبرى كالمراكز التجارية والبنوك وغيرها، وفي مثل هذا الفرض لا يدخل العقار المملوك للتاجر ضمن العناصر المكونة لمحله التجاري.

ومع أن المشرع الجزائري اعترف في نص المادة 78 من القانون التجاري بعنصر الحق في الايجار من ضمن العناصر المكونة للمحل التجاري، إلا أنه عاد ليفرغ هذا العنصر من محتواه وجعله بلا معنى، بعد أن استحدث نص المادة 187 مكرر بموجب القانون 05- 02 المؤرخ في 06 فيفري 2005، المتضمن تعديل القانون التجاري، حيث نصت الفقرة 02 من هذه المادة على أنه: "يلزم المستأجر بمغادرة الأمكنة المستأجرة بانتهاء الأجل المحدد في العقد دون الحاجة إلى توجيه تنبيه بالإخلاء، ودون الحق في الحصول على تعويض الاستحقاق المنصوص عليه في هذا القانون، ما لم يشترط الأطراف خلاف ذلك".

ومع أن أحكام المادة السابقة لا تسري إلا بأثر فوري وفقا لنص المادة 187 مكرر 01، إلا أنه من الواضح أن المشرع الجزائري قد فضل مصلحة المؤجر على مصلحة المستأجر، بل وعلى حساب أحد أهم عناصر المحل التجاري وهو الحق في الايجار، والذي قد يتأثر المحل التجاري به وجودا وعدما، وجعلت من هذا الأخير رهينة في يد المؤجر إن شاء قام بتجديد إيجار العقار المخصص لاستغلال المحل التجاري فتستمر القاعدة التجارية، وإن شاء رفض فتزول القاعدة التجارية بانتهاء العقد، ما لم يجد التاجر عقارا مجاورا في زمن معقول يمكنه من الحفاظ على عملائه، أو بعبارة أخرى يمكن القول أن المشرع الجزائري قد جعل، بهذا الحكم غير المتوازن، من القاعدة التجارية بمجملها، وليس عنصر الحق في الايجار فقط، عقدا بين المستأجر والمؤجر، يبدأ وينتهي بإرادة هذا الأخير.

وفضلا عن عدم التوازن، غير المبرر، الذي خلقه المشرع الجزائري، بين المؤجر والمستأجر، فقد جعل من هذا الأخير عرضة لتعسف أو احتيال المؤجر دون أي ضمانات أو حقوق، وغني عن البيان أن حسن استغلال القاعدة التجارية من طرف المستأجر، يعد سببا إيجابيا رئيسيا ومباشرا في رفع القيمة المالية للعين المؤجرة، فيعمد المؤجر إلى إلزامه بمغادرتها بانتهاء الأجل المحدد في العقد، ومن ثم إعادة تأجيرها ببدل إيجار مرتفع أو استغلالها بنفسه، إذ لا يوجد ما يمنعه قانونا من ذلك، فيمارس المؤجر حقه في رفض تجديد الايجار التجاري، ويستحوذ، فضلا عن ذلك، على أهم عنصرين في المحل التجاري بحكم الواقع، وهما عنصرا الاتصال بالعملاء والشهرة، وهو ما يعد شكلا من أشكال "المنافسة غير المشروعة المقننة".

أما ما يتعلق بالقاعدة التجارية الالكترونية، فلا يثير هذا العنصر أي إشكال، نظرا للطبيعة الخاصة للفضاء الالكتروني الذي تمارس فيه التجارة الالكترونية، غير أن هذه الأخيرة تستلزم اللجوء، بدلا من ذلك، إلى ما يسمى "**عقد الايواء الالكتروني**" " Le contrat d'hébergement"، وهو عقد يتم بين "متعهد الايواء" و"المورد الالكتروني"، لاستضافة الموقع الالكتروني لهذا الأخير على الخادم المعلوماتي التابع لمتعهد الايواء، بحيث يمكن للزبون الالكتروني الوصول إلى الموقع التجاري الالكتروني عبر شبكة الانترنت.

ومع أن المشرع الجزائري لم ينص على هذا العنصر ضمن أحكام القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية، إلا أن الممارسة العملية للتجارة الالكترونية تستلزم بالضرورة اللجوء إلى هذه الخدمة، كما أن الاعتداد بعنصر "الايواء الالكتروني"، لا يتعارض مع عدم حصرية العناصر المكونة للمحل التجاري المنصوص عليها في المادة 78 من القانون التجاري. بل إن هناك من يعتبر أن أهميته تصل إلى أهمية "عقد الايجار" في المحل التجاري التقليدي، حتى أن هناك من أطلق عليه تسمية "عقد الايجار المعلوماتي"، بحيث يمثل فيه "متعهد الايواء" المؤجر، في حين يمثل "المورد الالكتروني" المستأجر، فيما تعد المساحة الالكترونية التي يستضاف فيها صاحب القاعدة التجارية الالكترونية على الخادم المعلوماتي التابع لمتعهد الايواء، بمثابة العين المؤجرة.

ولا يثير رفض تجديد "عقد الايواء الالكتروني" أي إشكالات تذكر مقارنة بتلك التي يثيرها رفض تجديد "عقد الايجار التقليدي"، ليس لعدم أهميته في تكوين القاعدة التجارية الالكترونية، ولكن لوجود الآلاف من متعهدي خدمات الايواء الالكتروني عبر شبكة الانترنت، ولا حاجة لإقرار حماية قانونية خاصة للمورد الالكتروني الذي يمارس نشاطه التجاري الالكتروني ضمن المساحة المخصصة له من طرف متعهد الايواء، كما أن تغيير هذا الأخير لا يؤثر تماما على استمرارية رؤية الموقع التجاري الالكتروني.

خامسا: حقوق الملكية الصناعية والتجارية.

وهي تلك الحقوق المبتكرة والمعترف بها لكل شخص يمتلكها، فتمنحه الحق الحصري في استغلالها وفقا للشروط المعمول بها قانونا ويحميه القانون من الاعتداء على هذا الحق. وتختلف أهمية هذه الحقوق من محل تجاري إلى آخر، بحسب طبيعة النشاط، فهي تلعب دورا بارزا في جذب العملاء للمحل التجاري وتفعيله، إن وجدت، وقد لا توجد في محلات تجارية أخرى، إذا كانت طبيعة وحجم النشاط لا تتطلب ذلك. وتندرج ضمن هذه الحقوق العديد من العناصر التي يمكن استغلالها في المحل التجاري، كبراءة الاختراع، الرسوم والنماذج الصناعية، العلامات، البيانات التجارية والاسم والعنوان (الشعار) التجاري الذي سبق وبيناه، حماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة وتسميات المنشأ.

والحقيقة أن دراسة جميع هذه العناصر هي جزء من البرنامج المقرر في مقياس "الملكية الفكرية" في قسمي القانون العام والخاص، وحتى ذلكم الحين، سنكتفي في هذا المقام بالتعريف المقتضب، لأهم ثلاث عناصر، وهي براءة الاختراع، الرسوم والنماذج الصناعية والعلامات، وذلك كما يلي:

1- براءات الاختراع:

عرفت المادة 02 من الأمر 03-07 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق ببراءات الاختراع، هذه الأخيرة على أنها وثيقة تسلم من طرف المعهد الوطني للملكية الصناعية لحماية فكرة لمخترع، تسمح عمليا بإيجاد حل لشكل محدد في مجال التقنية. ويجوز للمخترع أن يتنازل عن البراءة بعوض أو بغير عوض لأحد المحلات التجارية، فيكون له حق استغلالها ويحميه القانون من الاعتداء على هذا الحق.

2- الرسوم والنماذج الصناعية:

تنص المادة 01 من الأمر 66- 86 المؤرخ في 28 أفريل 1966، المتعلق بالرسوم والنماذج، على أنه: "يعتبر رسما كل تركيب خطوط أو ألوان يقصد به إعطاء مظهر خاص لشيء صناعي أو خاص بالصناعة التقليدية، ويعتبر نموذجا كل شكل قابل للتشكيل ومركب بألوان أو بدونها أو كل شيء صناعي أو خاص بالصناعة التقليدية يمكن استعماله كصورة أصلية لصنع وحدات أخرى ويمتاز عن النماذج المشابهة له بشكله الخارجي". ووفقا لنص المادة 02 من نفس الأمر يختص بملكية الرسم أو النموذج أول من أجرى إبداعه ويكون له الحق في استغلاله وفقا للشروط المنصوص عليها قانونا.

ومن الأمثلة الشائعة عن الرسوم، النقش على المنسوجات أو الرسوم الخاصة بتصاميم بعض الأزياء النسائية، فتوحي في ذهن الزبون طابع معين، بموجبه يميز السلعة المرسوم عليها، فيقبل أو يعرض عنها، أما النماذج الصناعية، فمن أمثلتها، أشكال أو هياكل السيارات وقارورات المشروبات الغازية والعطور، التي تميزها عن غيرها من السلع المشابهة.

3- العلامة:

عرفت المادة 01 (مطة 01) من الأمر 03-06 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالعلامات، هذه الأخيرة على أنها: "كل الرموز القابلة للتمثيل الخطي، لا سيما الكلمات بما فيها أسماء الأشخاص والأحرف والأرقام، والرسومات أو الصور والأشكال المميزة للسلع أو توضيبها، والألوان بمفردها أو مركبة، التي تستعمل كلها لتمييز سلع أو خدمات شخص طبيعي أو معنوي عن سلع وخدمات غيره". ووفقا لنص ذات المادة (مطة 02)، يمكن أن تكون العلامة جماعية عندما تستخدمها مؤسسات مختلفة تحت رقابة مالكها.

وقد ميزت نفس المادة (مطة 05)، العلامة عن الاسم التجاري، حيث يمثل هذا الأخير التسمية أو الشعار التجاري الذي يعرف المؤسسة، كما رأينا سابقا.

وتعد العلامة من بين أهم العناصر المكونة للمحل التجاري، إن وجدت، لما تحدثه من وقع في ذهن الجمهور، ومن بين أبرز الأمثلة على العلامات أو الماركات التجارية الشهيرة، صورة التمساح الأخضر الذي تضعه شركة الألبسة الفرنسية "Lacoste"، وصورة التفاحة المقضومة التي تضعها شركة الالكترونيات الأمريكية "Apple" على منتجاتها.

وتمنح العلامة لصاحبها، بمجرد تسجيلها، حق الاستغلال الحصري، والذي يخول له منع الغير من استعمال علامات مشابهة لمنتوجات أو خدمات مشابهة لأغراض تجارية عندما يكون هذا الاستخدام من شأنه إحداث اللبس والخلط في ذهن الجمهور.

سادسا: المصنفات الأدبية والفنية والرقمية.

تعد المصنفات أو ما يطلق عليه بحقوق الملكية الأدبية والفنية من بين العناصر التي لم يأت المشرع الجزائري على ذكرها في نص المادة 78 من القانون التجاري، وهي حقوق المؤلفين والفنانين على إنتاجهم ومصنفاتهم الأدبية والفنية والعلمية، وقد تكون هذه الحقوق من عناصر المحل التجاري، إن وجدت، بل قد تكون من أهم عناصره إذا كان المحل داراً للنشر أو التأليف.

ويدخل ضمن حقوق الملكية الأدبية والفنية المصنفات الرقمية كبرامج الحاسب الآلي وقواعد البيانات الالكترونية وطوبوغرافيا الدوائر المتكاملة، وهو ما أخذت به اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية "تريبس" "TRIPS"حيث نصت في المادة 10 منها على أن تخضع برامج الحاسب الآلي وقواعد البيانات إلى أحكام اتفاقية بيرن لعام 1971 الخاصة بحماية المصنفات الأدبية. ثم أكده المشرع الجزائري في المادتين 04 و05 من الأمر رقم 03-05 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

ورغم أن برامج الحاسب الآلي وقواعد البيانات الالكترونية يمكن تصورهما ضمن العناصر المعنوية المكونة للمحل التجاري التقليدي، إلا أنها تعد وفقا لرأي الأستاذين "Thibault Verbiest" و"Maxime Le Borne" من بين العناصر المعنوية المميزة للمحل التجاري الالكتروني، وبدون هذه العناصر لا تكتمل فكرة المحل التجاري الالكتروني، بخلاف المحل التجاري التقليدي الذي لا يستلزم تواجد هذه العناصر بالضرورة، بل هي مرتبطة فيه بطبيعة النشاط وحجمه، كما هو الحال بالنسبة لمحلات ألعاب الفيديو ومقاهي الانترنت وغيرها.

خلاصة:

نخلص من عرض عناصر المحل التجاري، أن هذا الأخير ليس هو المكان الذي يباشر فيه التاجر تجارته، وإنما هو مجموعة الأموال المنقولة، المادية والمعنوية، التي يستغلها التاجر في مباشرة تجارته، حيث تتحد هذه العناصر فيما بينها ليتشكل من مجموعها المحل التجاري، على أن يكون من بينها، بالضرورة، عنصري الاتصال بالعملاء والشهرة. ولا يتعارض هذا التعريف، والعناصر المكونة للمحل التجاري التقليدي، مع مفهوم "القاعدة التجارية الالكترونية"، مع بعض الخصوصية التي تميز هذه الأخيرة عن المحل التجاري التقليدي، حيث تستلزم ممارستها عبر الفضاء الافتراضي، مع تميزها ببعض العناصر التي تختص بها التجارة الالكترونية دون التقليدية، كما هو الحال بالنسبة لعنصري "اسم النطاق" و"عقد الايواء الالكتروني".

ولأن هذه العناصر مذكورة، في نص المادة 78 من القانون التجاري، على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، فإنه من النادر أن تجتمع جميع العناصر المذكورة في محل تجاري معين، كما أنها قد تزيد عن العناصر التي ذكرها المشرع وقد تنقص، حسب طبيعة النشاط وحجمه. ومن بين العناصر التي لم يأت المشرع الجزائري على ذكرها في نص المادة السابقة، نجد عنصر "**الرخص والاعتمادات**"، التي تستلزمها بعض الأنشطة التجارية المقننة، كما رأينا سابقا، شريطة ألا تكون الرخصة شخصية أو غير قابلة للتنازل، ففي هذه الحالة لا تعتبر من عناصر المحل التجاري، وفي هذا الخصوص أكدت المحكمة العليا في أحدث اجتهاد لها بتاريخ 18 أفريل 2019 بأن الرخص المتعلقة بالسلاح الناري هي رخص شخصية تخضع لإجراءات إدارية محددة طبقا للقانون، تنتهي صلاحيتها بوفاة مالكها ولا يتم نقلها آليا لأي شخص ولو كان وارثا شرعيا. ولا يعد "القيد في السجل التجاري" أيضا من الرخص والإجازات التي قد تشكل عنصرا من العناصر المكونة للمحل التجاري، بل هو مجرد التزام يقع على التاجر بمجرد مباشرته لعمل تجاري معين، وهو ما أكدته المحكمة العليا في اجتهاد لها بتاريخ 01 أفريل 2009، عندما قضت بأن "القاعدة التجارية لا تثبت ملكيتها بالسجل التجاري الذي لا يعد أصلا من ضمن عناصرها حسبما نصت عليه المادة 78 من القانون التجاري".

ومن رأينا فإن "قدرة العنصر على جذب العملاء" هو المعيار المحدد لاعتباره عنصرا من العناصر المكونة للمحل التجاري من عدمه، والحالة هذه، لا تعد "**الحقوق والديون**"، من بين العناصر المكونة للمحل التجاري، لأنها ليست من عناصر الاستغلال ذاته،

بل هي مجرد نتيجة إيجابية أو سلبية لهذا الاستغلال، كما أنه من غير المتصور أن تكون هذه "الحقوق والديون"، سببا، مباشرا أو غير مباشر، في جذب العملاء، كما هو الحال بالنسبة لباقي العناصر الأخرى، ولعل ما يؤكد صحة التفسير السابق هو أن "الدفاتر المحاسبية للتاجر والمراسلات"، التي تحوي "الحقوق والديون"، لا تعتبر من العناصر المكونة للمحل التجاري، بدليل أن المشرع ألزم التاجر بمسكها لمدة عشر سنوات من تاريخ قفلها، الأمر الذي يعني بأنها لا تنتقل مع العناصر الأخرى المكونة للمحل التجاري في حال تم التصرف فيه.

المطلب الثاني

خصوصية المحل التجاري عن غيره من الأموال

ينفرد المحل التجاري بطبيعة خاصة تجعل منه مالا متميزا عن باقي الأموال الأخرى، ولهذه الخصوصية مجموعة من المظاهر، منها ما اعترف به المشرع بشكل مباشر في نص الفقرة الأولى من المادة 78 من القانون التجاري، عندما نصت على الطبيعة المنقولة والتجارية للمحل التجاري، بقولها: "تعد جزءا من المحل التجاري الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري"، ومنها ما استقر عليه الفقه التجاري باعتباره مالا معنويا ومستقلا عن العناصر المكونة له. ونعرض هذه الخصائص فيما يلي:

الفرع الأول

المحل التجاري مال منقول

مع أن المشرع الجزائري لم يأت على ذكر العقار من بين العناصر المكونة للمحل التجاري، إلا أنه كان حاسما في نص الفقرة الأولى من المادة 78 من القانون التجاري، حيث نصت على الأموال المنقولة دون العقارية، بقولها: "تعد جزءا من المحل التجاري الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري". ونتيجة لذلك تسري على العناصر التي يتألف منها المحل التجاري، سواء كانت مادية أو معنوية، الأحكام الخاصة بالمنقول إلا ما استثني بنص خاص، فإذا أوصى تاجر لآخر بجميع أمواله المنقولة، فإن محله التجاري يدخل فيها.

وتجد هذه الخاصية أهميتها، من حيث القانون الذي ينظم أحكام كلا المالين، فالمحل التجاري يخضع لأحكام القانون التجاري، في حين يخضع العقار لأحكام القانون المدني، إلا إذا كان موضوع النشاط التجاري، هو شراء العقارات من أجل إعادة بيعها وفقا لنص المادة 02 من القانون التجاري، وفي هذه الحالة تأخذ العقارات حكم البضاعة، غير أن بيع المحل التجاري في هذه الحالة لا يغني عن إجراءات البيع الخاصة بالعقار.

الفرع الثاني

المحل التجاري مال معنوي

رأينا أن المحل التجاري يتكون من عناصر مادية وأخرى معنوية، وهذه الأخيرة هي جوهر المحل التجاري، ومع أن الفقه التجاري أجمع على الطبيعة المعنوية للمحل التجاري، إلا أن وجود العناصر المادية أعاد الخلاف بينهم حول التأسيس لهذه الطبيعة المعنوية، فمنهم من رأى فيه مجموعا قانونيا من الأموال، ومنهم من رأى فيه مجموعا واقعيا، واستقر رأي ثالث بكونه ملكا معنويا، وهو ما سنوجزه ضمن العناصر الموالية:

أولا: نظرية المجموع القانوني.

مؤدى هذه النظرية هو اعتبار المحل التجاري مجموعا قانونيا من الأموال، له ذمة مالية مستقلة متميزة عن الذمة العامة للتاجر، أي أن المحل التجاري يعد، وفقا لأصحاب هذه النظرية، شخصا معنويا يتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة عن شخص التاجر صاحب المحل التجاري، ويكون بموجبها للمحل التجاري حقوق والتزامات ناشئة عن الاستغلال التجاري، مستقلة عن الحقوق والالتزامات الخاصة بالتاجر.

وقال بهذه النظرية الفقه الألماني الذي يجيز تعدد الذمم لشخص واحد. ويكون من نتائجها، أن ترتبط بالمحل التجاري ديونه، فتكون أموال هذا الأخير ضامنة لهذه الديون دون أن تكون ضامنة لديون التاجر والعكس صحيح.

غير أن الأخذ بهذه النظرية لا يتماشى مع موقف المشرع الجزائري الذي يقوم على مبدأ وحدة الذمة المالية، وهو ما تؤكده الفقرة 01 من المادة 188 من القانون المدني بقولها أن: "أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه". كما أنها تتعارض مع نص المادة 49 من القانون المدني التي عددت الأشخاص المعنوية دون أن يكون المحل التجاري من بينها. كما أن الأخذ بهذه النظرية يتعارض مع كون التنازل عن المحل التجاري لا يستتبع، بقوة القانون، انتقال الحقوق والديون الناشئة عن استغلال المحل إلى المتنازل إليه.

ثانيا: نظرية المجموع الواقعي.

إزاء النقد الموجه إلى النظرية الأولى ذهب رأي آخر إلى القول إن المحل التجاري إن لم يكن مجموعا قانونيا من الأموال، فإنه يمكن النظر إليه باعتباره مجموعا واقعيا أو فعليا من الأموال تآلفت جميعا لتحقيق غرض مشترك هو استغلال واستثمار المحل التجاري ودون أن ينشئ في ذاته ذمة مالية مستقلة عن الذمة العامة للتاجر.

ويكون من نتائج هذه النظرية احتفاظ كل عنصر من العناصر المكونة للمحل التجاري بذاتيته المستقلة وطبيعته الخاصة ونظامه القانوني الخاص الذي يخضع له على الرغم من اتحادها مع بعضها البعض واشتراكها في تكوين المحل التجاري.

غير أن هذه النظرية لم تسلم بدورها من النقد، بسبب أن المجموع الواقعي من الأموال ليس له معنى قانوني، فالمجموع من الأموال إذا وجد فإنه لا يكون إلا قانونيا، وهذا يعيدنا إلى النظرية الأولى ويعرضها لنفس الانتقادات، أما المجموع الواقعي فلا يعترف به القانون، وإن وجد فهو حينئذ مخالف لأحكام القانون ولا يعتد به، وهذا هو حال المحل التجاري وفقا لمؤدى هذه النظرية.

ثالثا: نظرية الملكية المعنوية.

إزاء النقد الموجه للنظريتين السابقتين والقصور الذي يكتنفهما استقر رأي ثالث على أن المحل التجاري هو ملكية معنوية، فلا هو مجموع قانوني ولا هو مجموع واقعي للأموال. ويستند هذا الجانب من الفقه في تكييفه بالأساس على العناصر الالزامية التي بدونها لا وجود للمحل التجاري والمتمثلة في عنصري الاتصال بالعملاء والشهرة، وهذه الأخيرة هي الأصل في نشأة المحل التجاري بمفهومه الحديث، أما العناصر المادية فإن وجودها في المحل التجاري هو مسألة نسبية لا يمكن أن تؤثر على المحل التجاري وجودا وعدما، بمعنى أن المحل التجاري قد يقتصر على عناصر معنوية، ولكن لا يجوز أن يقتصر على عناصر مادية فقط مهما كانت قيمة هذه العناصر، كما أن التصرف الذي يرد على العناصر المادية على حدى، كالسلع والمعدات، لا يمكن أن يؤدي إلى زوال المحل التجاري كوحدة واحدة إذا تم الاستبقاء على عناصر كافية للحفاظ على استمرارية المتجر، فالتاجر الذي يملك محلا تجاريا لبيع الهواتف النقالة، يستطيع التخلي عن بيع هذه الأخيرة والاكتفاء بخدمة الشحن فقط دون أن يؤثر ذلك على وجود المحل التجاري إذا استمر العنصر الجوهري لتكوين المحل وهو الاتصال بالعملاء والشهرة.

ولعل ما يدعم صواب هذه النظرية هو ظهور فكرة المحل التجاري الالكتروني، حيث تبرز بشكل أوضح أهمية العناصر المعنوية على حساب العناصر المادية في تكوين المحل التجاري، خصوصا مع ظهور عناصر معنوية جديدة خاصة بالقاعدة التجارية الالكترونية كاسم النطاق وعقد الايواء الالكترونيين. في حين تقلصت أهمية العناصر المادية بشكل لا لبس فيه في العديد من الأنشطة التجارية الالكترونية، خصوصا مع تطور خدمة الدفع الالكتروني التي لا يشعر فيها "الزبون الالكتروني" بوجود "المورد الإلكتروني" بشكل مباشر، وإنما يلجأ فيها الأخير إلى مقدمي خدمة "الايواء الالكتروني" باعتبارهم وسطاء على المواقع الالكترونية.

وقد لقيت هذه النظرية تأييدا واسعا لدى الفقه الغالب لاتفاقها مع حقيقة المحل التجاري وجوهره، وهي الأساس الذي تقوم عليه الخاصية المميزة للمحل التجاري باعتباره مالا معنويا رغم أنه يتألف من مجموعة من العناصر المادية والمعنوية معا.

الفرع الثالث

الصفة التجارية للمحل التجاري

لا بد من تخصيص المحل التجاري بجميع عناصره، المادية والمعنوية، لمزاولة نشاط تجاري، وبدون هذا التخصيص لا نكون بصدد محل تجاري، فكثير من الأعمال ما يتصل نشاطها بعملاء، ويكون لها زبائن، كعيادات الأطباء ومكاتب المحامين والمهندسين، ولكن هذه النشاطات لا يتكون منها المحل التجاري بسبب الطبيعة المدنية لها، إذ يلزم أن يكون النشاط تجاريا وفقا لنصي المادتين

02 و03 من القانون التجاري. وقد كان المشرع الجزائري حاسما في نص الفقرة الأولى من المادة 78 من القانون التجاري، حيث نصت على أنه: "تعد جزءا من المحل التجاري الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري".

ويترتب عن ذلك أن التنازل عن المحل التجاري يعني بالضرورة التنازل عن عنصري الاتصال بالعملاء والشهرة لأنهما يمثلان جوهر المحل التجاري ولا وجود لهذا الأخير بدونهما، في حين لا يجوز التنازل عن عنصر الاتصال بالعملاء في الأنشطة ذات الطابع المدني، لأن العملاء يرتبطون بشخص القائم بها وليس بطبيعة النشاط في حد ذاته.

ولا يكفي لوجود المحل التجاري أن نكون بصدد ممارسة نشاط تجاري، بل ينبغي أن يكون هذا الأخير مشروعا، أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وسواء كان النشاط غير مشروع يحضره القانون حظرا مطلقا كالاتجار بالمخدرات والأعضاء البشرية وغيرها، أو كان نشاطا مقننا تتم ممارسته دون الحصول على اعتماد أو رخصة مسبقة، فإنه لا يُكسب صاحبه وصف التاجر ولا يمكن اعتبار أنه أنشأ محلا تجاريا، دون أن يعفيه ذلك من المتابعات الجزائية التي ينص عليها القانون.

الفرع الرابع
استقلالية المحل التجاري عن العناصر المكونة له

إن تحليل الآثار القانونية للمحل التجاري والأحكام الخاصة به بالتوازي مع الآثار القانونية للعناصر المكونة له والأحكام الخاصة بكل عنصر على حدة، يؤدي إلى نتيجة مفادها أن للمحل التجاري كوحدة واحدة له ذاتيته المستقلة عن العناصر المكونة له، كما أن هذه الأخيرة لا تفقد خصائصها ولا تذوب في المحل التجاري لمجرد أنها تشترك في تكوينه، بل يظل لكل عنصر منها ذاتيته المستقلة وطبيعته الخاصة ونظامه القانوني الخاص الذي يخضع له على الرغم من اتحادها مع بعضها البعض واشتراكها في تكوين المحل التجاري. وآية ذلك أن المحل التجاري يخضع لأحكام القانون التجاري، بينما تخضع العناصر المكونة له إلى قوانين مختلفة، على غرار براءة الاختراع التي تخضع لأحكام الأمر رقم 03-07 المؤرخ في 19 جويلية 2003، كما تخضع العلامات التجارية لأحكام الأمر 03-06 المؤرخ في 19 جويلية 2003، في حين يتعلق الأمر 66- 86 المؤرخ في 28 أفريل 1966 بالرسوم والنماذج...الخ.

وعليه، فإن التصرف في أحد العناصر المكونة للمحل التجاري، لا يؤدي إلى زوال المحل التجاري أو القضاء على الوحدة الناشئة عن اجتماع هذه العناصر، بل إنه يستمر في الوجود باستمرار تواجد عنصري الاتصال بالعملاء والشهرة اللذان يمثلان جوهر المحل التجاري.

المبحث الثاني
حماية المحل التجاري

يمثل عنصر الاتصال بالعملاء قوام المحل التجاري وجوهره، وتظهر القيمة المالية الكبيرة لعنصر الاتصال بالعملاء في تقييم أرباح المحل التجاري، سواءً في المحل التجاري التقليدي أو الالكتروني، فكلما زاد عدد العملاء زادت أرباح المحل التجاري والعكس صحيح، لذلك خص القانون هذا العنصر بحماية خاصة، فأعطى الحق لصاحب المحل في حماية العلاقة التي تربطه بعملائه، ومنع الغير من تظليلهم لينصرفوا عن المحل بوسائل غير مشروعة من خلال دعوى المنافسة غير المشروعة. وإلى جانب هذه الأخيرة، وجد التجار في العقود التي يبرمونها وسيلة أخرى مناسبة يلجؤون إليها لحماية محلاتهم التجارية من المنافسة غير المشروعة، وهو ما أطلق عليه الفقه بالحماية الاتفاقية، التي تعد في بعض الأحيان الوسيلة الوحيدة لحماية العلاقة التي تربط صاحب المحل التجاري بعملائه،

وإذا كانت الحماية الاتفاقية للمحل التجاري تقوم إعمالا للقواعد العامة للمسؤولية العقدية، فقد عرفت دعوى المنافسة غير المشروعة تحولا من حيث الأساس الذي تقوم عليه، حيث كانت حتى وقت قريب تستند للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية، غير أن المشرع الجزائري استدرك هذه المسألة بصدور القانون 04-02 الصادر بتاريخ 23 جوان 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم، وذلك في الفصل الرابع من الباب الثالث (المواد 26، 27 و28) تحت عنوان "الممارسات التجارية غير النزيهة".

ليس هذا فحسب، بل إن المشرع الجزائري اعترف لأول مرة بالحماية الجزائية للمحل التجاري، حيث فرض مجموعة من العقوبات الجزائية التي أقرها ضمن ذات القانون (المواد 38، 39، 44 و46). وفيما يلي نتعرض لكلا الوسيلتين وهما الحماية القانونية (دعوى المنافسة غير المشروعة والحماية الجزائية) من جهة، والحماية الاتفاقية من جهة ثانية: ضمن المطلبين التاليين:

المطلب الأول

الحماية القانونية للمحل التجاري

تقوم التجارة أساسا على مبدأ "حرية التجارة"، وهو ما تترجمه المادة 61 من التعديل الدستوري لسنة 2020 بقولها: "حرية التجارة والاستثمار والمقاولة مضمونة، وتمارس في إطار القانون". ويشمل هذا المبدأ إلزاما حرية المنافسة، بيد أن هاته الأخيرة يجب أن تكون مشروعة، أما إذا كانت غير مشروعة، فإن القانون يتيح للشخص المتضرر منها أن يرجع بالتعويض على من قام بتلك الأفعال عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة.

والواقع أن هذه الدعوى، هي وسيلة قانونية أقرها القضاء سابقا بالاستناد للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية التي تقضي بأن أي عمل، أيا كان، يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض. وقد اعترف المشرع الجزائري بهذه الدعوى لاحقا ضمن نص المادة 48 من الأمر 03-03 الصادر في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، بقولها: "يمكن كل شخص طبيعي أو معنوي يعتبر نفسه متضررا من ممارسة مقيدة للمنافسة، وفق أحكام هذا الأمر، أن يرفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة طبقا للتشريع المعمول به". كما نصت عليه بعض القوانين الخاصة، كالأمر 03-06 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالعلامات، حيث جاء في المادة 28 منه ما يلي: "لصاحب تسجيل العلامة الحق في رفع دعوى قضائية ضد كل شخص ارتكب أو يرتكب تقليدا للعلامة المسجلة. ويستعمل نفس الحق تجاه كل شخص ارتكب أو يرتكب أعمالا توحي بأن تقليدا سيرتكب".

إلا أن المشرع الجزائري حسم الجدل لاحقا بخصوص الأساس الذي تقوم عليه هذه الدعوى، وذلك بصدور القانون 04-02 الصادر بتاريخ 23 جوان 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم، في الفصل الرابع من الباب الثالث (المواد 26، 27 و28) تحت عنوان "الممارسات التجارية غير النزيهة"، حيث نصت المادة 26 بشكل لا لبس فيه على أنه: "تمنع كل الممارسات التجارية غير النزيهة المخالفة للأعراف التجارية النظيفة والنزيهة والتي من خلالها يتعدى عون اقتصادي على مصالح عون أو عدة أعوان اقتصاديين آخرين. في حين عددت المادتين 27 و28 مجموعة من صور "الممارسات التجارية غير النزيهة"، على أن هذه الصور مذكورة على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر.

وبالإضافة إلى الدعوى المدنية التي تقوم على أساس المسؤولية التقصيرية، فإن أعمال المنافسة غير المشروعة قد تتوافر فيها العناصر المكونة لإحدى الجرائم المنصوص عليها قانونا، وفي هذه الحالة نكون أمام دعويين، أحدهما مدنية وأخرى جزائية. وهو ما أقره المشرع الجزائري ضمن ذات القانون (المواد 38، 39، 44 و46)، وبهذا يكون المشرع قد استحدث إلى جانب دعوى المنافسة غير المشروعة نوعا جديدا من الحماية القانونية للمحل التجاري وهي الحماية الجزائية وهو ما سنفصله من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول

دعوى المنافسة غير المشروعة

بادئ ذي بدء، ينبغي مراعاة أن المشرع الجزائري بحسمه الأمر، من حيث الأساس الذي تقوم عليه دعوى المنافسة غير المشروعة بالاستناد إلى نص المادة 26 من القانون 04-02 سابق الذكر، إلا أن أحكام هذه الأخيرة لا تتنافى مع أحكام المادة 124 من القانون المدني، التي تتعلق بتحديد القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية، بل إنه ينبغي قراءة النصين جنبا إلى جنب لتوضيح الأحكام المتعلقة بهذه الدعوى، إذ أن عدم مشروعية المنافسة تشكل خطأ يسبب ضررا يوجب التعويض لصاحب المحل المضرور، مع بعض الخصوصية التي تميز دعوى المنافسة غير المشروعة عن باقي الدعاوى المدنية الأخرى. وسنتناول هذه الدعوى من خلال الأركان التي تقوم عليها في العناصر الثلاث الآتية:

أولا: مظاهر تحقق ركن الخطأ في دعوى المنافسة غير المشروعة

لتوافر ركن الخطأ في دعوى المنافسة غير المشروعة ينبغي أن تكون هناك منافسة تتصف بعدم المشروعية، ولا يقصد بهذه الأخيرة المنافسة المحظورة سواء كان الحظر مطلقا كالاتجار بالمخدرات والأعضاء البشرية وغيرها، أو كان مقيدا بالحصول على اعتماد أو رخصة مسبقة كأنشطة الصيدلة والمشروبات الكحولية وغيرها.

كما ينبغي أن تكون المنافسة حقيقية بين شخصين أو أكثر يزاولان أنشطة تجارية من نوع واحد أو أنشطة متماثلة، وفي هذه الحالة لا يشترط أن يكون التماثل كاملا بين النشاطين بل يكفي أن يكونا متقاربين، بحيث يكون لأحدهما تأثير على عملاء الآخر، ويترتب على ذلك انتفاء المنافسة غير المشروعة بين صاحب محل تجاري لبيع الأدوات المدرسية وجمعية خيرية تنشأ لنفس الغرض دون السعي إلى تحقيق الربح.

ولا يشترط في دعوى المنافسة غير المشروعة توافر عنصر سوء النية وقصد الاضرار بالمنافس، بل يكفي أن يكون الخطأ عمديا أو مجرد إهمال أو جهل بحقيقة الضرر الذي قد يلحق بصاحب النشاط المنافس. وهذا هو السبب في تحول القضاء الفرنسي من المفهوم الضيق للمنافسة غير الشريفة التي تشترط أن يكون الخطأ عمديا، إلى المفهوم الواسع للمنافسة غير المشروعة التي يستوي فيها أن يكون الخطأ عمديا أو غير عمدي.

وخلافا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية لا يشترط أن يكون الخطأ قد وقع فعلا، بل يكفي أن يرتكب الشخص أعمالا توحي بأن خطأ سيرتكب، وهو ما نصت عليه المادة 28 من الأمر 03-06 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالعلامات، بقولها: "لصاحب تسجيل العلامة الحق في رفع دعوى قضائية ضد كل شخص ارتكب أو يرتكب تقليدا للعلامة المسجلة. ويستعمل نفس الحق تجاه كل شخص ارتكب أو يرتكب أعمالا توحي بأن تقليدا سيرتكب".

وقد كشفت تطبيقات القضاء، خصوصا الفرنسي، عن صور لا حصر لها من أشكال المنافسة غير المشروعة، واعترف المشرع الجزائري بعدد من تلك الصور ضمن أحكام المواد من 26 إلى 28 من القانون 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم، تحت مسمى "الممارسات التجارية غير النزيهة"، على أن هذه الصور مذكورة على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، ذلك أن الحياة العملية التجارية والمنازعات القضائية قد تكشف عن صور جديدة من أعمال المنافسة غير المشروعة، كالقرصنة الالكترونية للمواقع الالكترونية التجارية. لذلك سنكتفي بأهم ثلاث صور صنفها فقهاء القانون التجاري، وهي على النحو الآتي:

1- ممارسات من شأنها تشويه سمعة مشروع منافس.

وهي ممارسات تهدف إلى بث ادعاءات غير مطابقة للواقع بالنيل من سمعة التاجر، أو الحط من قيمة البضاعة أو الخدمات التي يقدمها أو بث الدعاية بهدف التقليل من جودتها أو قيمتها الحقيقية. وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 27 من القانون 04-02 سابق الذكر على هذا النوع من الممارسات بقولها: "تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة في مفهوم أحكام هذا القانون، لا سيما منها الممارسات التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:

1- تشويه سمعة عون اقتصادي منافس بنشر معلومات سيئة تمس بشخصه أو بمنتوجاته أو خدماته".

ومن أمثلة التشويه ضد شخص التاجر، بث إشاعة أنه على وشك الافلاس أو الطعن في وطنيته أو انتمائه لمذهب سياسي مكروه أو اعتناقه لدين مخالف لدين الدولة السائد، كل ذلك بغرض العمل على انصراف العملاء عنه. أما بالنسبة للتشويه الذي يمس البضائع أو الخدمات، فيكون ذلك بالادعاء، على خلاف الحقيقة، أنها مغشوشة أو غير مطابقة للمواصفات القانونية المطلوبة، أو أنها ضارة بالصحة وتعرض للأخطار أو أن المنتوج "غير حلال".

ومن تطبيقات القضاء لهذا النوع من الأعمال، ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في أحدث اجتهاد لها بتاريخ 09 جانفي 2019، بقولها: "حتى في حالة عدم وجود حالة من المنافسة المباشرة والفعالة بين الأشخاص المعنيين، فإن نشر معلومات سيئة، من

قبل أحدهم، من المحتمل أن تشوه سمعة منتج يتم تسويقه من قبل الآخر، يشكل عملاً من أعمال التشويه، ما لم تكن المعلومات المعنية تتعلق بموضوع يدخل ضمن المصلحة العامة وتستند إلى أساس واقعي كافٍ".

2- ممارسات من شأنها إحداث اللبس والخلط.

يقصد بها تلك الأعمال التي تؤدي إلى إحداث اللبس على العملاء، سواء تعلق الأمر بالمحل التجاري في مجموعه، وهو ما نصت عليه الفقرة 08 من المادة 27 من القانون 04-02 سابق الذكر، "بإقامة محل تجاري في الجوار القريب لمحل منافس بهدف استغلال شهرته خارج الأعراف والممارسات التنافسية المعمول بها"، أو تعلق الأمر بأحد عناصر المحل التجاري، بحيث توحي في ذهن العملاء التشابه المؤدي إلى الخلط وعدم القدرة على التمييز بينها، كأن يتخذ تاجر اسم تجاري مشابه لاسم تجاري آخر، أو يقوم بتقليد العلامة التجارية لتاجر آخر. وقد نص المشرع الجزائري على هذا النوع من صور المنافسة غير المشروع في القانون 04-02 سابق الذكر، حيث نصت المادة 27 منه في فقرتيها 02 و03 على أنه: "تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة في مفهوم أحكام هذا القانون، لا سيما منها الممارسات التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:

2- تقليد العلامات المميزة لعون اقتصادي منافس أو تقليد منتوجاته أو خدماته أو الاشهار الذي يقوم به، قصد كسب زبائن هذا العون إليه بزرع شكوك وأوهام في ذهن المستهلك.

3- استغلال محارة تقنية أو تجارية مميزة دون ترخيص من صاحبها".

على أن القضاء يشترط لقيام حالة اللبس الموجبة للمسؤولية، أن تكون الأعمال التي قام بها المنافس، مشابهة ومتماثلة تماما للعناصر التي ينصب عليها الخلط بحيث يكون لها تأثير على عملاء المنافس الآخر، وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في اجتهاد لها بتاريخ 08 جويلية 1955 بقولها: "إن رفض الطلب المقدم من مؤسسة التجميل "Science et Beauté" من أجل حظر استخدام اسمها التجاري من طرف مجلة دورية، يعد رفضا مبررا قانونا، ذلك أن للطرفين مجالات من الأنشطة المختلفة وغير المتماثلة، والموجهة لفئات مختلفة من العملاء، وأنه لم يكن هناك أي إمكانية لتحويل زبائن الطرف المدعي إلى الطرف المدعى عليه".

3- ممارسات من شأنها إثارة الاضطراب في مشروع منافس أو في السوق.

لهذا النوع من الممارسات صورتان، أولهما يتعلق بإحداث خلل في مشروع منافس والتأثير عن حسن سير العمل فيه وانتظامه، وهو ما نصت عليه الفقرة 06 من المادة 27 من القانون 04-02 سابق الذكر، بقولها: "إحداث خلل في تنظيم عون اقتصادي منافس وتحويل زبائنه باستعمال طرق غير نزيهة كتبديد أو تخريب وسائله الاشهارية واختلاس البطاقيات أو الطلبيات والسمسرة غير القانونية وإحداث اضطراب بشبكته للبيع".

وقد تتم هذه الممارسات بإغراء عمال المحل وتحريضهم على الاضراب أو على ترك العمل، بغرض صرف العملاء عنه وجذبهم نحوه، وهو ما نصت عليه الفقرة 04 من نفس المادة السابقة بقولها: "إغراء مستخدمين متعاقدين مع عون اقتصادي منافس خلافا للتشريع المتعلق بالعمل". كما قد تتم أيضا باستخدام عامل أو أكثر يعملون لدى صاحب مشروع منافس بقصد اجتذاب عملاء هذا الأخير، أو قيام الأجير نفسه أو شريك قديم بالوقوف على أسرار أعمال صاحب المشروع المنافس، وهو ما نصت عليه الفقرة 05 من نفس المادة بقولها: "الاستفادة من الأسرار المهنية بصفة أجير أو شريك قديم للتصرف فيها قصد الاضرار بصاحب العمل أو الشريك القديم".

أما الصورة الثانية لهذا النوع من المنافسة غير المشروعة، فلا تستهدف إحداث خلل بمشروع منافس بعينه، وإنما تتعلق بإثارة الاضطراب في السوق بصفة عامة، وهو ما نصت عليه الفقرة 07 من نفس المادة السابقة بقولها: "الاخلال بتنظيم السوق وإحداث اضطرابات فيها، بمخالفة القوانين و/أو المحظورات الشرعية، وعلى وجه الخصوص التهرب من الالتزامات والشروط الضرورية لتكوين نشاط أو ممارسته أو إقامته".

ويعد "البيع بأقل من سعر التكلفة بهدف الاضرار بالمنافسين"، نموذجا سيئا لأحد أشكال المنافسة غير المشروعة التي تستهدف إثارة الاضطراب في السوق بصفة عامة، بحيث يقوم التاجر بطرح كمية كبيرة من بضاعته في السوق بأقل من سعر

تكلفتها، غير أنه يعود في وقت لاحق ليرفع السعر مجددا بعد انسحاب جميع منافسيه من السوق لتجنب الخسارة، فيكون بذلك في وضع احتكاري يسمح له باستدراك خسائره وتحقيق أرباح أكبر بشكل غير نزيه.

ومن هذه الممارسات أيضا، تلك التي تهدف إلى منح ميزة تنافسية غير مستحقة من قبل صاحب المنافسة غير المشروعة، على حساب منافسيه، أو تلك الممارسات التجارية المضللة للمستهلك أو للعملاء، كأن يدعي في إعلانات ينشرها بأن السلعة التي ينتجها بها مواصفات تنفرد بها على خلاف الواقع، كأن يدعي عشاب بأنه يملك خلطات فعالة لعلاج بعض الأمراض المستعصية بخلاف الواقع، وقد نصت على هذا النوع من الممارسات المادة 28 من القانون 04-02 سابقة الذكر بقولها: "... يعتبر اشهارا غير شرعي وممنوعا، كل اشهار تضليلي، لا سيما إذا كان:

1- يتضمن تصريحات أو بيانات أو تشكيلات يمكن أن تؤدي إلى التضليل بتعريف منتوج أو خدمة أو بكميته أو وفرته أو مميزاته.
2- يتضمن عناصر يمكن أن تؤدي إلى الالتباس مع بائع آخر أو مع منتوجاته أو خدماته أو نشاطه.
3- يتعلق بعرض معين لسلع أو خدمات، في حين أن العون الاقتصادي لا يتوفر على مخزون كاف من تلك السلع أو لا يمكنه ضمان الخدمات التي يجب تقديمها عادة بالمقارنة مع ضخامة الاشهار".

ومن بين تطبيقات القضاء حول هذا النوع من الممارسات التجارية المنافية للمنافسة المشروعة ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في أحدث اجتهاد لها بتاريخ 12 فيفري 2020 بقولها: "إذا كان من المتاح إلى حد ما إثبات الآثار الضارة للممارسات التي تهدف إلى تحويل العملاء أو جذبهم نحو محله التجاري أو زعزعة تنظيم أعمال المنافس، من حيث أنها تحدث عواقب اقتصادية سلبية على الضحية، بما في ذلك، الخسارة الناجمة عما فاته من ربح وما لحقه من خسارة مؤكدة، فإن الحكم بالتعويض عن الضرر الناجم عن هذه الممارسات التجارية المضللة للمستهلك، ومنح صاحبها ميزة تنافسية غير مستحقة على حساب منافسيه، هو حكم غير مخالف للقانون".

ثانيا: مظاهر تحقق ركن الضرر في دعوى المنافسة غير المشروعة

لقيام دعوى المنافسة غير المشروعة ينبغي تحقق ركن الضرر الذي لحق المدعي صاحب المشروع المنافس، ويستوي أن يكون الضرر ماديا، بإحداث خلل في تنظيم عون اقتصادي منافس وتحويل زبائنه باستعمال طرق غير نزيهة كتبديد أو تخريب وسائله الاشهارية أو قرصنة الموقع الالكتروني لقاعدة تجارية إلكترونية، أو أن يكون الضرر معنويا، وهذا هو الاحتمال الاكثر تصورا بالنظر إلى الطبيعة المعنوية للمحل التجاري والعناصر الجوهرية المكونة له، كتشويه سمعة عون اقتصادي منافس بنشر معلومات سيئة تمس بشخصه أو بمنتوجاته أو خدماته.

ويذهب بعض الفقه إلى أن الضرر لا يلزم فيه أن يكون قد وقع فعلا حتى يكون محققا، بل يكفي أن يكون محتمل الوقوع في المستقبل، وذلك على أساس أن الضرر الاحتمالي في المحل التجاري يعتبر في الحقيقة ضررا واقعا، لأن التهديد بضرر فيه، يعتبر في ذاته ضررا يمكن أن يعوض عينا بإزالة هذا التهديد والأمر بالإجراءات الكفيلة بمنع تحقق الضرر المحتمل، على أن هذا الأخير، من المتاح استخلاص وقوعه من قيام وقائع من شأنها عادة إلحاق الضرر بالمحل التجاري، كما هو الحال بالنسبة لتقليد العلامة التجارية مثلا، وذلك خلافا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية التي يشترط فيها إثبات الضرر من طرف المتضرر.

وترتيبا على ذلك، يرى بعض الفقه التجاري، أن دعوى المنافسة غير المشروعة تتجاوز في الواقع، نطاق المسؤولية المدنية، فإذا كانت هذه الأخيرة تهدف إلى إصلاح الضرر فحسب، فإن الأولى، تعد أيضا، دعوى وقائية تهدف إلى منع وقوع الضرر في المستقبل، لأن هناك بعض الحالات التي لا يترتب فيها على أعمال المنافسة غير المشروعة أي ضرر وإنما تهدف الدعوى في هذه الحالة إلى إزالة الوضع غير القانوني ومنع وقوع الضرر في المستقبل. ولذلك، فإن دعوى المنافسة غير المشروعة، إنما تحمي حق ملكية المحل التجاري، أو بمعنى أدق حماية الحق في الاتصال بالعملاء بالاستعانة ببعض العناصر، مثلها في ذلك مثل دعوى الاستحقاق التي تحمي ملكية الأموال المادية.

وفي حال تعدد المضرورين، كما في حالة الممارسات التي تستهدف إثارة الاضطراب في السوق بصفة عامة، يجوز لكل منهم أن يرفع الدعوى منفردا، لكن لا يحكم للمدعي بالتعويض إلا إذا أثبت أنه قد لحقه ضرر شخصي. وتقام الدعوى على كل من ارتكب أعمال المنافسة غير المشروعة وكل من اشترك فيها، كصاحب المطبعة الذي يقوم بطباعة علامة تجارية مقلدة دون ترخيص من صاحبها، فتكون مسؤوليتهم عن التعويض بالتضامن وفقا للقواعد العامة.

والملاحظ بأن اعتماد بعض الفقه لمعيار "الضرر الاحتمالي" كأساس لقيام دعوى المنافسة غير المشروعة لم يكن دقيقا، ذلك أنه من غير المقبول التعويض عن ضرر قد لا يحصل أصلا، ونرى بأن المشرع الجزائري كان موفقا في توظيف العبارة الأدق وهي "الضرر الوشيك"، وهو ما نصت عليه الفقرة 02 من المادة 29 من الأمر 03-06 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالعلامات، بقولها: "إذا أثبت صاحب تسجيل العلامة بأن مساسا بحقوقه أصبح وشيكا، فإن الجهة القضائية المختصة تفصل في موضوع المساس بالحقوق وتأمر بمصادرة الأشياء والوسائل التي استعملت في التقليد وإتلافها عند الاقتضاء".

وتعني عبارة "الضرر الوشيك" أن الضرر لم يقع بعد، غير أنه مؤكد الوقوع مستقبلا، في حين تعني عبارة "الضرر الاحتمالي" أن الضرر قد يحصل وقد لا يحصل أصلا. ولأن اعتماد هذا المعيار فيه خروج عن القواعد العامة للمسؤولية المدنية التي تهدف إلى إصلاح الضرر الذي وقع فعلا فحسب، فإنه لا ينبغي التوسع في تفسير هذا الاستثناء والالتزام بتطبيقه في حدوده الضيقة.

فالضرر، إما أن يكون مؤكدا أو وشيكا، بما في ذلك ما فاته من كسب أو لحقه من خسارة مؤكدة، وهو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في أحدث اجتهاد لها بتاريخ 12 فيفري 2020 بقولها: "إذا كان من المتاح إلى حد ما إثبات الآثار الضارة للممارسات التي تهدف إلى تحويل العملاء أو جذبهم نحو محله التجاري أو زعزعة تنظيم أعمال المنافس، من حيث أنها تحدث عواقب اقتصادية سلبية على الضحية، بما في ذلك، الخسارة الناجمة عما فاته من ربح وما لحقه من خسارة مؤكدة، فإن الحكم بالتعويض عن الضرر الناجم عن هذه الممارسات التجارية المضللة للمستهلك، ومنح صاحبها ميزة تنافسية غير مستحقة على حساب منافسيه، هو حكم غير مخالف للقانون".

ثالثا: تحقق ركن العلاقة السببية بين الخطأ والضرر في دعوى المنافسة غير المشروعة

لقيام دعوى المنافسة غير المشروعة، ينبغي تحقق العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، أي بين أفعال المنافسة غير المشروعة والضرر الذي أصاب المدعي المضرور، أو بعبارة أخرى، يجب أن يكون الضرر الحاصل نتيجة للخطأ المرتكب، وبدون قيام هذه الرابطة لا وجود لأي تعويض عن أعمال المنافسة غير المشروعة.

لذلك يستطيع المدعى عليه أن يدفع عن نفسه المسؤولية بإثبات أن الضرر الذي لحق المدعي لم يكن نتيجة للخطأ الذي صدر منه، كأن يثبت بأن الضرر الذي حصل كان نتيجة لسبب أجنبي لا يد له فيه، أو نتيجة لقوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو نتيجة خطأ المضرور نفسه. وعلى سبيل المثال، إذا كان من الجائز المطالبة بالتعويض عن الضرر الناجم عن تقليد العلامة التجارية لعون اقتصادي منافس، فإنه من غير الجائز أن يتجاوز المدعي في مطالبته بالتعويض عن هذا الضرر إلى المطالبة بتعويض الأضرار الناجمة عن جائحة كورونا لسنة 2020، وذلك لانتفاء العلاقة السببية بين الممارسة غير المشروعة بتقليد العلامة التجارية من جهة، والضرر الناجم عن توقف نشاطه بسبب الجائحة من جهة ثانية.

وخلافا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية فإنه لا يشترط إثبات الضرر من طرف المتضرر في جميع الحالات، ذلك أنه إذا كان من الواجب إثبات وجود هذه الرابطة من طرف المتضرر عند تحقق الضرر فعلا، فإن توافر هذه الرابطة في دعوى المنافسة غير المشروعة عندما يكون الضرر وشيكا ينبغي، من وجهة نظرنا، أن يكون مفترضا بافتراض وقوع الضرر، على أن هذا الأخير من المتاح استخلاص تحققه من قيام وقائع من شأنها عادة إلحاق الضرر بالمحل التجاري. والحالة هذه، فإن افتراض تحقق الضرر الوشيك حتما في المستقبل، وفقا لوقائع معينة، يستتبع افتراض تحقق العلاقة السببية بين الخطأ والضرر الوشيك، والقول بخلاف ذلك يجعل من إثباتها أمرا مستحيلا لأن الضرر لم يتحقق بعد.

في حال تحقق شروط دعوى المنافسة غير المشروعة فإن الجهة القضائية المختصة تفصل في موضوع المساس بالحقوق وتقضي بالتعويضات المدنية وتأمر بوقف أعمال المنافسة غير المشروعة.

الفرع الثاني:
الحماية الجزائية للمحل التجاري

إلى جانب الدعوى المدنية (دعوى المنافسة غير المشروعة)، أقر المشرع الجزائري نوعا آخر من الحماية للمحل التجاري، وهي الحماية الجزائية، وذلك بموجب أحكام المواد 38، 39، 44 و46 من القانون 04-02 سابق الذكر، وهي عقوبات أصلية وأخرى تكميلية نتناولها ضمن العنصرين المواليين:

أولا: العقوبات الأصلية

تنص المادة 38 من القانون 04-02 سابق الذكر على أنه: "تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26 و27 و28 و29 من هذا القانون، ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار (50.000 دج) إلى خمسة ملايين دينار (5.000.000 دج)".

غير أنه ينبغي ملاحظة أن العقوبات المالية التي نص عليها المشرع الجزائري في نص المادة أعلاه لا يعتبر تعويضا عن الضرر الناجم عن الممارسات التجارية غير النزيهة المشار إليها سابقا، ذلك أن هذه الأخيرة تتعلق بالدعوى المدنية ممثلة في دعوى المنافسة غير المشروعة، في حين أن العقوبات المالية المذكورة ذات طابع جزائي ولا علاقة لها بالتعويض المترتب عن الدعوى المدنية.

وعلى الرغم من أن العقوبات التي أقرها المشرع هي في الغالب عقوبات مالية، إلا أنها تتناسب وطبيعة الجرم المرتكب، لأنها تهدف إلى تحقيق نقيض ما يقصده المجرم بأفعاله المجرمة وهو تحقيق أكبر قدر من الربح بطريقة غير مشروعة. كما يجوز للقاضي أن يضيف إلى هذه العقوبات، عقوبة الحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات في حالة العود (الفقرة 04 من المادة 47).

وعلاوة على ذلك، فقد نص المشرع الجزائري على عقوبات أخرى في بعض القوانين الخاصة، كما هو الحال بالنسبة للأمر 03-06 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالعلامات، حيث نصت المادة 32 منه على جنحة تقليد العلامة المعاقب عليها بالحبس من 06 أشهر إلى سنتين وبغرامة من مليونين وخمسمائة ألف دينار إلى عشرة ملايين دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط.

ثانيا: العقوبات التكميلية

فضلا عن العقوبات المالية المشار إليها سابقا، يجوز للمحكمة، وفقا لنص المادة 39 من ذات القانون حجز البضائع موضوع المخالفات المنصوص عليها في المواد 26 و27 (فقرة 02 و07) و28 من نفس القانون، كما يمكن حجز العتاد والتجهيزات التي استعملت في ارتكابها مع مراعاة حقوق الغير حسن النية.

كما يجوز للقاضي، زيادة على العقوبات المالية المنصوص عليها في المادة 38 سابقة الذكر، أن يقوم بمصادرة الأشياء والوسائل التي استعملت فيها الممارسات التجارية غير النزيهة وإتلافها عند الاقتضاء بحضور المصالح المختصة وتحت مراقبتها وفقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما (المادة 43 و44 من ذات القانون)، حيث يمكن أن يكون الحجز عينيا أو اعتباريا وفقا لطبيعة المحجوز.

ليس هذا فحسب، بل إن المشرع الجزائري أقر عقوبات تكميلية أخرى إلى جانب العقوبات السابقة، حيث أجازت المادة 46 من ذات القانون للوالي المختص إقليميا، بناء على اقتراح من المدير الولائي المكلف بالتجارة، أن يتخذ بواسطة قرار، إجراءات غلق إدارية للمحلات التجارية لمدة لا تتجاوز 30 يوما في حالة مخالفة القواعد المنصوص عليها في أحكام المواد 26 و27 و28 سابقة الذكر، والمتعلقة بالممارسات التجارية غير النزيهة.

تجدر الإشارة إلى أن هذه العقوبات التكميلية هي ذاتها المنصوص عليها في المادة 32 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات سابق الذكر، حيث نصت على عقوبة الغلق المؤقت أو النهائي للمؤسسة ومصادرة الأشياء والوسائل والأدوات التي استعملت في المخالفة وإتلافها إذا اقتضى الأمر ذلك.

أما في حالة العود، فإن العقوبة تضاعف وفقا لنص المادة 47 من نفس القانون، ويجوز للقاضي في هذه الحالة أن يمنع العون الاقتصادي المحكوم عليه من ممارسة نشاطه بصفة مؤقتة لمدة لا تتجاوز 10 سنوات.

فضلا عن ذلك، يمكن للقاضي أن يضيف إلى هذه العقوبات، عقوبة الحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات (الفقرة 04 من المادة 47).

كما، يمكن للوالي المختص إقليميا، وكذا القاضي أن يأمر على نفقة مرتكب المخالفة أو المحكوم عليه نهائيا، بنشر قراراتها كاملة أو خلاصة منها في الصحافة الوطنية أو لصقها بأحرف بارزة في الأماكن التي يحددانها (المادة 48 من نفس القانون).

وأخيرا، ينبغي التنويه إلى أن **الممارسات التجارية غير النزيهة أو غير المشروعة** المذكورة في القانون 04-02 سابق الذكر، تختلف عن **الممارسات المقيدة للمنافسة** المنصوص عليها في الأمر 03-03 الصادر في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، فالممارسات التجارية غير النزيهة، وفقا لنص المادة 26 من القانون 04-02 سابق الذكر، هي تلك الممارسات المخالفة للأعراف التجارية النظيفة والنزيهة والتي من خلالها يتعدى عون اقتصادي على مصالح عون أو عدة أعوان اقتصاديين آخرين، وبالتالي فهي تستهدف الاضرار بمصالح الأعوان الاقتصاديين في السوق، أما الممارسات المقيدة للمنافسة فهي عبارة عن ممارسات تعسفية محظورة ترمي، وفقا لنص المادة 06 وما بعدها من القانون 03-03 سابق الذكر، إلى الاضرار بمبدأ "حرية المنافسة" عن طريق عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الاخلال بها بهدف إخراج المنافسين بشكل تعسفي من السوق أصلا كالاحتكار والبيع بأقل من سعر التكلفة بهدف إبعاد المنافسين من السوق مثلا، وليس مجرد الاضرار بمصالحهم كما هو الحال بالنسبة للممارسات التجارية غير النزيهة.

ولعل هذا التمييز هو الذي يفسر الاختلاف بين العقوبات المنصوص عليها في القانون 04-02 سابق الذكر، المتعلقة بالممارسات التجارية غير النزيهة والتي تعد من اختصاص القضاء، وبين العقوبات المنصوص عليها في الأمر 03-03 سابق الذكر، المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة والتي تعد من اختصاص مجلس المنافسة، وهو تمييز نحيل في تفصيله إلى الدراسات المتخصصة.

المطلب الثاني

الحماية الاتفاقية للمحل التجاري (اتفاقات عدم المنافسة)

إلى جانب الحماية القانونية، وجد التجار في العقود التي يبرمونها وسيلة أخرى مناسبة يلجؤون إليها لحماية محلاتهم التجارية من المنافسة، وهو ما أطلق عليه الفقه بالحماية الاتفاقية، التي تعد في بعض الأحيان الوسيلة الوحيدة لحماية العلاقة التي تربط صاحب المحل التجاري بعملائه،

وتقوم حماية المحل التجاري من المنافسة في هذه الحالة إعمالا للقواعد العامة للمسؤولية العقدية، وذلك بتضمين العقد بندا يشترط عدم المنافسة بين طرفيه، ومن بين أبرز صور هذه الحماية تلك العقود التي تتضمن بندا بعدم المنافسة بين التاجر والعامل، وكذا عقود الترخيص بالاستغلال الاستئثاري أو الحصري. أما الصورة الثالثة من هذه العقود التي تتم بين البائع أو مؤجر المحل التجاري بعدم منافسة المشتري أو المستأجر من الباطن، فنرجئ التعرض لها ضمن المبحث الموالي المتعلق بالتصرفات الواردة على المحل التجاري باعتبارها من الالتزامات الناجمة عنها. وفيما يلي نكتفي بالتعرض للصورتين الأولتين من هذه العقود وهي على النحو التالي:

الفرع الأول

بند عدم المنافسة في العقد بين العامل ورب العمل

فرض المشرع الجزائري على العامل التزاما بعدم منافسة رب العمل في نشاطه أثناء علاقة العمل التي تربطهما، وهو ما تنص عليه المادة 07 من القانون 90-11 المؤرخ في 21 أفريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل بقولها: "يخضع العمال في إطار علاقات العمل للواجبات الأساسية التالية:

7- ألا تكون لهم مصالح مباشرة أو غير مباشرة في مؤسسة أو شركة منافسة أو مقاولة من الباطن إلا إذا كان اتفاق مع المستخدم وألا تنافسه في مجال نشاطه".

ومن الواضح أن هذا النص إنما يفرض التزاما على العامل بعدم منافسة رب العمل في نشاطه أثناء علاقة العمل فقط وليس بعد انتهائها، بدليل عبارة "يخضع العمال في إطار علاقات العمل للواجبات الأساسية التالية...". ويستمد هذا الالتزام أساسه، أثناء سريان عقد العمل، انطلاقا من أهمية الأسرار التي اطلع عليها العامل في استمرار المحل التجاري وكذا وقوفه على هوية العملاء والاتصال المباشر بهم وأسرار جذبهم (عنصر الشهرة)، وهما أساس قيام كل محل تجاري.

ولأن المشرع الجزائري لم ينظم هذه المسألة بعد انتهاء هذه العلاقة فقد وجد التجار في العقود التي يبرمونها مع العمال وسيلة أخرى مناسبة يلجؤون إليها لحماية محلاتهم التجارية من المنافسة، خصوصا إذا كان العامل يقوم بعمل يسمح له بالاطلاع على أسرار العمل أو معرفة عملاء المحل التجاري. وغالبا ما يلجأ أرباب العمل إلى تضمين العقد شرط عدم المنافسة حماية لمصالحهم إعمالا للقواعد العامة للمسؤولية العقدية، على أنه لا يجوز للعامل أن ينافس صاحب العمل أو يشترك في عمل ينافسه بعد انتهاء العقد.، سواء كانت منافسته شخصية أو باسم مستعار، أو كانت لحسابه الخاص أو لحساب شخص آخر.

وبما أن إدراج هذا الشرط على إطلاقه في العقد يصطدم بمبدأ حرية العامل في ممارسة تجارته، المنصوص عليها في المادة 61 من التعديل الدستوري لسنة 2020، وقد يجد العامل نفسه مضطرا إلى قبوله تحت ضغط الحاجة إلى العمل، فإننا نرى بأنه من الواجب تقييد هذا الشرط، من حيث المدة والمنطقة ونوع النشاط ومعقولية الشرط الجزائي في حالة الإخلال بالامتناع عن المنافسة، بالقدر الضروري لحماية المصالح المشروعة لرب العمل، كل ذلك تحت طائلة البطلان لمخالفته النظام العام، الأمر الذي من شأنه تحقيق التوازن بين مصلحة العامل باعتباره الطرف الأضعف في العقد من جهة، والمصلحة الجدية لرب العمل في حماية محله التجاري من المنافسة من جهة ثانية.

وحسنا فعل المشرع المصري، وكذلك ينبغي أن يفعل المشرع الجزائري، عندما نص على تقييد هذا الشرط في نص الفقرة 01 من المادة 686 من القانون المدني بقولها: "إذا كان العمل الموكول إلى العامل يسمح له بمعرفة عملاء رب العمل أو بالاطلاع على سر أعماله، كان للطرفين أن يتّفقا على ألا يجوز للعامل بعد انتهاء العقد أن ينافس رب العمل، ولا أن يشترك في أي مشروع يقوم بمنافسته".

كما نصت الفقرة 02 (ب) من نفس المادة على أنه: "غير أنه يشترط لصحة هذا الاتفاق أن يتوافر فيه ما يأتي: ... (ب) أن يكون القيد مقصوراً من حيث الزمان والمكان ونوع العمل، على القدر الضروري لحماية مصالح رب العمل المشروعة".

كما تنص المادة 687 على أنه: "إذا اتفق على شرط جزائي في حالة الإخلال بالامتناع عن المنافسة وكان في الشرط مبالغة تجعله وسيلة لإجبار العامل على البقاء في صناعة رب العمل مدة أطول من المدة المتفق عليها، كان هذا الشرط باطلاً وينسحب بطلانه أيضاً إلى شرط عدم المنافسة في جملته".

في حين يذهب المشرع الفرنسي إلى أبعد من ذلك بتقييده شرط عدم المنافسة بمقابل مالي يعوض به العامل لقاء قبوله هذا الشرط باعتباره متضررا طوال فترة الشرط، وفي هذا الخصوص قضت محكمة النقض الفرنسية في اجتهادها الصادر بتاريخ 04 ديسمبر 2013 بأنه: "إذا لم يدفع رب العمل المقابل المالي المرتبط بشرط عدم المنافسة، يُعفى العامل من التزامه بعدم المنافسة. وبالتالي، لا يمكن لرب العمل اتهام موظف بالعمل لدى منافس مباشر بعد خمسة أشهر من إنهاء عقده، في انتهاك لشرط عدم المنافسة المنصوص عليه في عقده، إذا لم يلتزم هو بدفع المقابل المالي المرتبط بهذا الشرط". وفي أحدث اجتهاد لها بتاريخ 21 أكتوبر 2020 أكدت محكمة النقض الفرنسية "رفض الطعن المقدم من طرف الموظفة ضد الشركة صاحبة العمل بحجة أن هذه الأخيرة أعلمت الموظفة بتنازلها عن بند عدم المنافسة قبل انتهاء علاقة العمل، وبالتالي سقوط حقها في المقابل المالي".

الفرع الثاني

عقد الترخيص بالاستغلال الاستئثاري أو الحصري

وهو عقد يلتزم بموجبه أحد طرفيه أو كلاهما بالتعامل مع الآخر لوحده دون سواه لكل أو لجزء من السلع أو الخدمات التي يسوقها أحدهما، لفترة زمنية محددة، وفي حدود منطقة معينة بحسب الاتفاق، وبالتالي فإن عقد الترخيص بالاستغلال الحصري أو

الاستئثاري، يمتاز عن غيره من العقود بشرط الحصر أو القصر، وهذا شرط لا يفترض وإنما ينبغي النص عليه صراحة في العقد، كأن تشترط شركة تنتج نوعاً معيناً من السيارات أن تورد هذا المنتج إلى الوكيل الحصري في منطقته فقط دون غيره، على أن لا يستورد هذا الوكيل نوعاً آخر من السيارات يزاحم منتجها، وبذلك يكون الحصر متبادلاً بين الطرفين، وفي هذا منفعة لكليهما، فالوكيل الحصري يكون في مأمن من وجود منافسين في منطقته، كما أن الموكل يطمئن من حيث الاقصار على تسويق منتجه والتعامل معه فقط.

ويجيز المشرع الجزائري اللجوء إلى هذا النوع من العقود، حيث نص عليه في بعض القوانين الخاصة، وعلى سبيل المثال تنص المادة 16 من الأمر 03-06 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالعلامات، على أنه: "يمكن أن تكون الحقوق المرتبطة بالعلامة موضوع رخصة استغلال واحدة أو استئثاريه لكل أو لجزء من السلع أو الخدمات التي تم إيداع أو تسجيل العلامة بشأنها".

كما تنص المادة 17 من نفس الأمر على أنه: "يجب تحت طائلة البطلان، أن يتضمن عقد الترخيص في مفهوم المادة 16 أعلاه، المبرم وفقا للقانون المنظم للعقد، العلامة، فترة الرخصة، السلع والخدمات التي منحت من أجلها الرخصة والاقليم الذي يمكن استعمال العلامة في مجاله أو نوعية السلع المصنعة أو الخدمات المقدمة من قبل حامل الرخصة".

واشترط المشرع الجزائري، تحت طائلة البطلان، أن يتضمن عقد الترخيص الاستئثاري، فترة الرخصة، السلع والخدمات التي منحت من أجلها الرخصة والاقليم الذي يمكن استعمال محل الرخصة في مجاله، وذلك تمييزا له عن أي ممارسات احتكارية غير مشروعة أو فرض وضعية هيمنة على السوق أو جزء منه بشكل تعسفي، حيث نصت المادة 10 من الأمر 03-03 الصادر في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، بقولها: "يعتبر عرقلة لحرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها ويحظر كل عمل و/أو عقد مهما كانت طبيعته وموضوعه يسمح لمؤسسة بالاستئثار في ممارسة نشاط يدخل في مجال تطبيق هذا الأمر".

ويختلف عقد الترخيص الاستئثاري أو الحصري عن الممارسات الاحتكارية غير المشروعة أو فرض وضعية الهيمنة على السوق أو جزء منه بشكل تعسفي، من حيث أن محل الترخيص الحصري غالباً ما يكون سلع أو خدمات غير استراتيجية، وفي سلع لها بدائل ومتوفرة في السوق، كالبرامج الترفيهية والرياضية.

وصاحب الترخيص إنما يحاول أن ينظم بيع سلعته أو خدماته في السوق، ويجتهد في منافسة السلع أو الخدمات الاخرى باستعمال وسطاء محددين، وفي احتكار أشخاص محددين لتسويق منتجه جائز ما دام محددا من حيث المدة والمنطقة ولا يضر بالمستهلكين.

كما تنص المادة 18 من الأمر 03-06 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالعلامات، على أنه: "يمكن صاحب العلامة التمسك بالحقوق المكتسبة تجاه حامل الرخصة الذي يخل بأحد الشروط المذكورة في المادة 17 أعلاه".

ومن بين تطبيقات القضاء المتعلقة بحماية عقود الاستغلال الحصري من الممارسات التجارية المنافية للمنافسة المشروعة ما قضت به محكمة باريس الكبرى في أحدث اجتهاد لها بتاريخ 13 جوان 2019، عندما رفضت دعوى تقدمت بها مجموعة " beIN SPORTS" القطرية وفرعها العامل في فرنسا ضد شركة البث الفضائي الإقليمي "عربسات" ومقرها السعودية، تدعي فيه مسؤولية هذه الأخيرة عن الضرر الناجم عن انتهاك حقوق الملكية الفكرية التي تمتلكها بموجب عقود تجارية ترخص لها حق التوزيع الحصري لبرامج وفعاليات رياضية، وذلك باستخدام ترددات تنتمي إلى "عربسات" من طرف قناة "beoutQ" بشكل غير قانوني، حيث أكدت المحكمة عدم وجود أدلة كافية تثبت أن محتوى قناة "beoutQ " ينقل عبر تردد له صلة بشركة البث الفضائي "عربسات".

المبحث الثالث

التصرفات الواردة على المحل التجاري

تناول المشرع الجزائري الأحكام الخاصة بالتصرفات الواردة على المحل التجاري في الكتاب الثاني (المواد من 79 إلى 214) من القانون التجاري، حيث تم تخصيص الباب الأول (المواد من 79 إلى 168) للأحكام الخاصة ببيع المحل التجاري ورهنه، فيما جاءت الأحكام الخاصة بالتسيير الحر أو ما يسمى بتأجير التسيير في الباب الثالث (المواد من 203 إلى 214).

واعتبرت المادة 03 (المطة 04) من القانون التجاري أن كل العمليات المتعلقة بالمحل التجاري تعد عملا تجاريا بحسب شكله بغض النظر عن صفة الشخص القائم بها ولو لم يكن تاجرا، وهي مسألة نحيل فيها إلى المبحث الثاني من الفصل الأول من هذه الدراسة. ونتناول تباعا التصرفات الثلاث الواردة على المحل التجاري ضمن المطالب الموالية:

المطلب الأول

بيع المحل التجاري

يخضع بيع المحل التجاري لأحكام المواد 79 وما بعدها من القانون التجاري، بيد أن هذا الأخير اقتصر على تنظيم المسائل الشكلية المتعلقة بالرسمية والاشهار في بيع المحل التجاري، فضلا عن تنظيم المسائل المتعلقة بحقوق دائني البائع ودفع الثمن وحق امتياز البائع ودعوى الفسخ المترتبة عن عدم دفع الثمن. أما نواحي البيع الأخرى، فقد ترك المشرع الجزائري تنظيمها للأحكام العامة للعقود بوجه عام، ولأحكام عقد البيع بوجه خاص.

ولا تنطبق هذه الأحكام على بيع المحل التجاري فقط، وإنما تسري على جميع التصرفات الناقلة لملكية المحل التجاري التي تأخذ حكم بيع المحل التجاري أيضا، كالوعد بالبيع وتقديم المحل التجاري كحصة في الشركة على سبيل التمليك، وهو ما نصت عليه المادة 79 من القانون التجاري بقولها: "كل بيع اختياري أو وعد بالبيع وبصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلقا على شرط أو صادرا بموجب عقد من نوع آخر أو كان يقضي بانتقال المحل التجاري بالقسمة أو المزايدة أو بطريق المساهمة به في رأس مال الشركة يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا".

وسنتعرض لدراسة جميع هذه الأحكام ضمن الفرعين المواليين، نخصص أولهما لانعقاد بيع المحل التجاري والثاني للآثار الناجمة عن هذا العقد، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

انعقاد بيع المحل التجاري

يشترط لانعقاد عقد بيع المحل التجاري توافر الاركان العامة للعقد، وهي الرضا والمحل والسبب، وتطبق في هذا الشأن القواعد القانونية العامة، على أن ثمة أحكام قانونية خاصة ومستثناة عن القواعد العامة المتعلقة بالبيع في القانون المدني، وهذه الاستثنائية تبررها المكانة المعتبرة للمحل التجاري باعتباره ثروة تناهز مكانة العقار، وكذا تمتعه بطبيعة خاصة باعتباره منقول معنوي يصعب خضوع التصرفات الواردة عليه للأحكام العامة فقط، ومظاهر هذا الاستثناء كانت موزعة في مختلف مراحل بيع المحل التجاري، الأمر الذي سنتطرق له كما يلي:

أولا: توافر ركن التراضي في عقد بيع المحل التجاري.

لتوافر ركن التراضي في عقد بيع المحل التجاري لا بد من وجود تطابق بين إرادتي البائع والمشتري، على أن تتجه الارادتان نحو إحداث أثر بانتقال ملكية المحل التجاري من البائع إلى المشتري في مقابل ثمن نقدي، هذا فضلا عن توافر الأهلية التجارية اللازمة لطرفي العقد ومراعاة المادتين 05 و06 من القانون التجاري، كما يجب أن يكون التراضي خاليا من عيوب الارادة، كالغلط والتدليس والاكراه والاستغلال (الغبن). ويميل القضاء في فرنسا إلى التوسع في إبطال عقد بيع المحل التجاري بسبب عيوب الارادة، لأن المحل التجاري من المنقولات المعنوية التي يسهل تدليس المشتري فيها أو وقوعه في الغلط إذا تعلق الأمر بالعناصر الأكثر أهمية في المحل التجاري.

ولا تنطبق هذه الأحكام على بيع المحل التجاري فقط، وإنما تسري على جميع التصرفات الناقلة لملكية المحل التجاري التي تأخذ حكم بيعه أيضا، كالوعد بالبيع وتقديم المحل التجاري كحصة في الشركة على سبيل التمليك، وبشكل أعم كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلقا على شرط أو صادرا بموجب عقد من نوع آخر كالهبة والوعد بجائزة وغيرها.

والوعد ببيع المحل التجاري هو اتفاق بين الواعد والموعود له، يلتزم بمقتضاه الأول بإبرام البيع في المستقبل إذا أعلن الموعود له عن رغبته في ذلك في مدة زمنية معينة، وبالتالي فإن الوعد بالبيع لا يعتبر مجرد إيجاب، كما أنه لا يصل إلى درجة البيع النهائي، ولكنه

مرحلة متوسطة من شأنها التمهيد لوقوع البيع. ولا يعتبر الوعد بالبيع بيعا معلقا على شرط، وبالتالي لا ينشأ البيع بأثر رجعي فيعود إلى وقت حصول الوعد، ولا يعتد به إلا من وقت إعلان الموعود له عن رغبته في التمسك بالعرض الذي حصل من الواعد.

ولا شك أن المقصود ببيع المحل التجاري بالمزايدة، المذكور في نص المادة 79 سابقة الذكر، هو البيع الطوعي وليس البيع الجبري بالمزاد العلني الناجم عن إجراءات التنفيذ الجبري، ذلك أن هذا الأخير لا مجال فيه لإرادة الطرفين كما هو الحال بالنسبة للأول، ولا يختلف الأمر بالنسبة لانتقال المحل التجاري بالقسمة، المذكور في نص نفس المادة، إذ لا مجال لإرادة الأطراف في حال قسمة المحل التجاري بعد انتهاء عملية التصفية المترتبة عن إفلاس صاحب المحل، أما القسمة الطوعية فتخضع لنفس الأحكام الخاصة ببيع المحل التجاري سابقة الذكر.

ثانيا: توافر ركني المحل والسبب في عقد بيع المحل التجاري.

لتوافر **ركن المحل** في عقد بيع المحل التجاري، أو التصرفات القانونية التي تأخذ حكمه، ينبغي أن ينصب البيع على المحل التجاري بعناصره الجوهرية، على أن يكون من بينها بالضرورة عنصري الاتصال بالعملاء والشهرة. أما إذا اقتصرت عملية البيع على أحد العناصر غير الجوهرية المكونة للمحل التجاري، فإن ذلك لا يؤدي إلى زوال المحل التجاري أو القضاء على الوحدة الناشئة عن اجتماع العناصر المكونة له، بل إنه يستمر في الوجود باستمرار تواجد عنصري الاتصال بالعملاء والشهرة اللذان يمثلان جوهر المحل التجاري.

هذا ولا يشترط أن ينصب البيع على المحل التجاري بجميع عناصره، إذ لا مانع من استثناء بعض العناصر من عملية البيع، شريطة أن ينطبق على العناصر المتبقية وصف المحل التجاري، فإذا كان محل البيع عبارة عن جريدة أو قناة تلفزيونية، فإن بيع الاسم أو الشعار التجاري، يشكل في الواقع بيعا لمحل تجاري وإن لم يتناول البيع شيئا غير هذا الاسم أو الشعار التجاري. كذلك إذا كان الأمر يتعلق بدار نشر، فلا بد أن يرد البيع على عنصر حقوق الملكية الأدبية والفنية، لأن بدونها لا يعد العقد واردا على محل تجاري.

ووفقا للقواعد العامة، فإن الشيء المبيع ينبغي أن يكون معينا أو قابلا للتعيين، كموقعه ومساحته وعنوانه واسمه التجاري، أي جميع أوصافه التي تميزه عن غيره من المحلات، وأن يكون مشروعا ومما يجوز التعامل فيه، أما إذا كان محل العقد مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا، وهو ما نصت عليه المادة 93 من القانون المدني بقولها: "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا".

أما **ركن السبب** فيقصد به الغرض أو الغاية من إبرام العقد، ويشترط فيه أن يكون مشروعا وغير مخالف للنظام العام أو للآداب العامة، كأن يكون الغرض من البيع هو حرمان أحد ورثته من حقه بطريقة غير مشروعة، وهو ما أكدته المادة 97 من القانون المدني بقولها: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا".

هذا ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك، وعلى من يدعي صورية السبب أن يقدم دليلا على أن للعقد سببا آخر غير مشروع بخلاف السبب المذكور فيه.

ثالثا: توافر ركن الشكلية في عقد بيع المحل التجاري (الرسمية والاشهار).

خلافا للقواعد العامة في الاثبات التجاري المنصوص عليها في المادة 30 من القانون التجاري، والتي تقوم على مبدأ "حرية الاثبات" في المادة التجارية، فقد اشترط المشرع الجزائري توافر **الكتابة الرسمية** لصحة عقد بيع المحل التجاري، وهو ما نصت عليه المادة 79 من القانون التجاري بقولها: "كل بيع اختياري أو وعد بالبيع وبصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلقا على شرط أو صادرا بموجب عقد من نوع آخر أو كان يقضي بانتقال المحل التجاري بالقسمة أو المزايدة أو بطريق المساهمة به في رأس مال الشركة **يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا**".

يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري قد اعتبر بأن عقد بيع المحل التجاري يعد من العقود الشكلية التي لا يكفي لانعقادها مجرد التراضي كما هو الحال في التصرفات القانونية الأخرى، فالكتابة الرسمية هي شرط من شروط انعقاد العقد وليست مجرد وسيلة

لإثباته فقط بدليل عبارة "وإلا كان باطلا"، فإذا لم يتمكن التاجر من تقديم دليل كتابي أمام القضاء كان تصرفه باطلا، ولا يمكنه إثبات هذا التصرف بتقديم دليل آخر غير الكتابة الرسمية.

وفضلا عن ذلك، فقد اشترط المشرع الجزائري، وفقا لنصي الفقرتين 02 و03 من المادة 79 سابقة الذكر، أن يتضمن العقد بيانات معينة، حيث جاء بها ما نصه: "ويجب أن يتضمن العقد المثبت للتنازل ما يلي:

1- اسم البائع السابق وتاريخ سنده الخاص بالشراء ونوعه وقيمة الشراء بالنسبة للعناصر المعنوية والبضائع والمعدات،
2- قائمة الامتيازات والرهون المترتبة على المحل التجاري،
3- رقم الأعمال التي حققها في كل سنة من سنوات الاستغلال الثلاث الأخيرة أو من تاريخ شرائه إذا لم يقم بالاستغلال منذ أكثر من ثلاث سنوات،
4- الأرباح التي حصل عليها في نفس المدة،
5- وعند الاقتضاء الايجار وتاريخه ومدته واسم وعنوان المؤجر والمحيل.

ويمكن أن يترتب على إهمال ذكر البيانات المقررة آنفا بطلان عقد البيع بطلب من المشتري إذا كان طلبه واقعا خلال السنة".

والملاحظ بأن المشرع الجزائري، قد استهدف بالنص على هذه البيانات، التأكيد على إرادته في حماية المشتري بتوفير الضمانات الكافية له التي تبين حقيقة المركز التجاري للقاعدة التجارية، وذلك إعمالا لمبدأ الثقة والائتمان الذي تقوم عليه التجارة عموما.

ليس هذا فحسب، فقد أوجب المشرع الجزائري إشهار بيع المحل التجاري والتصرفات التي تأخذ حكمه، وهو ما نصت عليه المادة 83 من القانون التجاري بقولها: "كل تنازل عن محل تجاري على الوجه المحدد في المادة 79 أعلاه، يجب إعلانه خلال خمسة عشر يوما من تاريخه بسعي المشتري تحت شكل ملخص أو إعلان في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، وفضلا عن ذلك في جريدة مختصة بالإعلانات القانونية في الدائرة أو الولاية التي يستغل فيها المحل التجاري. وبالنسبة للمحلات التجارية المتنقلة، فإن مكان الاستغلال هو المكان الذي يكون البائع مسجلا فيه في السجل التجاري".

ويجب أن يسبق هذا الملخص أو الاعلان تسجيل العقد الناقل للملكية أو المتنازل عنه بمقتضاه، أو بالتصريح المنصوص عليه في قانون التسجيل، وذلك في حالة عدم وجود عقد وإلا كان باطلا. كما أوجب المشرع، تحت طائلة البطلان أيضا، أن يشتمل الملخص مجموعة من البيانات التي تضمن تأدية الغرض من الاشهار والاعلان وفقا لنص الفقرة 02 من نفس المادة.

وحرصا من المشرع على سلامة الاشهار فقد أوجب، وفقا لنصي الفقرتين 03 و04 من نفس المادة، تجديد الاعلان من اليوم الثامن إلى الخامس عشر من تاريخ أول نشر، ويتم الاعلان في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية خلال الخمسة عشر يوما من أول نشر.

ووفقا لنص المادة 95 من القانون التجاري فإن ذمة المشتري لا تبرأ في مواجهة الغير إذا لم يقم بعمليات النشر ضمن الأشكال المقررة قانونا، أو إذا كان قد دفع الثمن إلى البائع قبل انقضاء 15 يوما.

وإذا اشتمل المحل على عناصر خاضعة لنظام خاص في الشهر أو التسجيل، فلا يقوم شهر التصرف في المحل التجاري مقام الشهر أو التسجيل الخاص إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك.

الفرع الثاني

الآثار المترتبة عن انعقاد عقد بيع المحل التجاري

يترتب عن انعقاد عقد بيع المحل التجاري مجموعة من الآثار القانونية، أهمها هو انتقال ملكية المحل التجاري من البائع إلى المشتري، وحتى يكون هذا الأخير منتجا على النحو الذي يقصده أطرافه فقد أوجب المشرع، وفقا للقواعد العامة، التزاما على البائع بعدم التعرض للمشتري وفقا لنص المادة 371 من القانون المدني، كما عدد المشرع الجزائري، مجموعة أخرى من الآثار، نص عليها في أربع فقرات من القانون التجاري وهي على الترتيب، حقوق دائني البائع (المواد من 84 إلى 89)، ودفع الثمن (المواد من 90 إلى 95)،

وامتياز البائع (المواد من 96 إلى 108)، ثم دعوى الفسخ وفسخ البيع (المواد من 109 إلى 116)، فضلا عن الأثر المتعلق بحق البائع في المطالبة بالتنفيذ الجبري على المحل التجاري (المواد من 126 إلى 139)، الأمر الذي نبينه على النحو الآتي:

أولا: التزام البائع بعدم منافسة المشتري.

يلتزم البائع، وفقا للقواعد العامة، بواجب الضمان وعدم التعرض للمشتري، فلا يجوز له منافسة المشتري بمزاولة تجارة مماثلة، لأن هذه المنافسة من شأنها إعادة تحويل العملاء من المشتري إلى البائع مرة أخرى، وهو أساس وجوهر المحل التجاري، والقول بخلاف ذلك من شأنه أن يفرغ العقد من محتواه، ويتنافى بشدة مع مبدأ تنفيذ العقود بحسن نية. ومن الواضح أن الأمر لا يتعلق بمنافسة غير مشروعة في هذه الحالة، ولكن هذا الالتزام مترتب عن عقد البيع بقوة القانون بمنع البائع من القيام بأي عمل من أعمال المنافسة التي تمس بزبائن المشتري.

وفي هذا الخصوص، تقضي المادة 371 من القانون المدني بأنه: "يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري. ويكون البائع مطالبا بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه".

يتضح من هذا النص أن البائع ملزم بعدم منافسة المشتري في الانتفاع بمحله التجاري وضمان عدم التعرض له كله أو التعرض لأحد عناصره سواء كان التعرض من فعل البائع نفسه أو من فعل الغير، حتى وإن ثبت بعد البيع أن لهذا الأخير حقا معينا قد آل إليه من البائع نفسه.

ولا يشترط أن يتضمن العقد بندا صريحا بعدم منافسة المشتري، مع أن الغالب عملا هو أن يتضمن العقد تأكيدا على هذا الشرط لأهميته وضبط نطاقه الزمني والاقليمي، غير أن هذا الشرط، إن وجد، فإنه لا ينبغي أن يكون عاما ومطلقا، لخروجه على المبدأ الدستوري القاضي بحرية التجارة، ولا يعد الشرط صحيحا إلا إذا كان محددا من حيث النشاط والمكان والزمان المقترنان بقيد المعقولية على القدر الضروري لحماية المشتري.

ثانيا: حقوق دائني بائع المحل التجاري.

خروجا على مبدأ نسبية أثر العقد، الذي يعني أن العقد لا ينتج أثره إلا فيما بين أطرافه، ولا يتعداهم إلى الغير، فقد رتب المشرع الجزائري آثار معينة يمكن أن تمتد إلى الغير في عقد بيع المحل التجاري، وهم دائني بائع المحل، حيث نص على الأحكام الخاصة بها في المواد من 84 إلى 89 من القانون التجاري.

وفي هذا الخصوص، تقضي المادة 84 من القانون التجاري على أنه: "يمكن لكل دائن للمالك السابق سواء أكان أو لم يكن دينه مستحق الأداء في خلال خمسة عشر يوما ابتداء من تاريخ آخر يوم تابع للإعلان أن يعارض في دفع الثمن بواسطة عقد غير قضائي. ويجب أن تتضمن المعارضة، وإلا كانت باطلة، بيان المبلغ وأسباب الدين وكذلك اختيار الموطن في دائرة الاختصاص التي يوجد فيها المحل التجاري".

والحكمة التي يتوخاها المشرع الجزائري من هذا النص هو ضمان حماية حقوق دائني بائع المحل التجاري في حال نقل ملكيته، سواء كانوا ممتازين أو مرتهنين أو دائنين عاديين، وقد أقر المشرع الجزائري هذه الضمانات لدائني بائع المحل درءا لأي تواطؤ بين البائع والمشتري، لأن نقل ملكية المحل قد يترتب عنه نقصان قيمته، وبالتالي نقصان ضمان حماية حقوق الدائنين، فضلا عن ضرورة تمكين دائني بائع المحل من معرفة مقره الجديد، حتى يتمكنوا عند الاقتضاء من اتخاذ الاجراءات القانونية المناسبة لاستيفاء حقوقهم.

ولا يسوغ للمؤجر أن يقوم بالمعارضة لاستيفاء بدل الايجار المستحق أو الذي سيستحق، حتى ولو اتفق الطرفان على خلاف ذلك (الفقرة 02 من المادة 84 من القانون التجاري)، ذلك أن معارضته تتنافى مع نص الفقرة 03 من المادة 172 من القانون التجاري التي تجيز للمحول إليه المحل التمسك بالحقوق المكتسبة من قبل المتنازل لإتمام مدة الاستغلال الشخصي عند الاقتضاء، كما أن معارضته أو فسخ عقد الايجار قد يترتب عنها استحالة الاستغلال أو نقصان قيمة المحل.

ويجوز لكل دائن مقيد أو دائن قدم معارضة في مهلة الخمسة عشر يوما، في حال ما إذا كان الثمن لا يفي بديون الدائنين المقيدين والدائنين القائمين بالمعارضة، أن يطلب طرح المحل التجاري للبيع بالمزايدة العلنية، وفقا لأحكام المواد من 133 إلى 139 من القانون التجاري، بطلب زيادة السدس أصلا عن المحل التجاري دون المعدات والبضائع (الفقرة 02 من المادة 85 من القانون التجاري)، ولا تجوز المزايدة بالسدس بعد البيع القضائي للمحل التجاري أو البيع الذي يتم بالمزاد العلني بطلب وكيل الافلاس أو التسوية القضائية أو من الشركاء على الشيوع في محل تجاري (المادة 89 من القانون التجاري).

على أنه لا يجوز للموظف العمومي المكلف بالبيع أن يقبل في المزايدة، إلا الأشخاص المعروفين بملائتهم لديه أو الذين أودعوا إما بين يديه أو في مصلحة الودائع والأمانات مبلغا لا يقل عن نصف الثمن الكامل للبيع الأول أو عن جزء ثمن البيع المذكور المشترط دفعه نقدا مع إضافة الزيادة وكذلك التخصيص لسداد ثمن البيع (المادة 86 من القانون التجاري).

وإذا انتزع من المشتري المزاد عليه المبيع على إثر المزاد بالمزايدة، وجب عليه أن يسلم تحت مسؤوليته، المعارضات الموجودة لديه، إلى الراسي عليه المزاد بعد أخذ إيصال منه في ظرف ثمانية أيام من تاريخ إرساء المزاد إذا كان لم يسبق له الاشارة إليها في دفتر الشروط، وينتقل أثر هذه المعارضات إلى ثمن المزايدة (المادة 88 من القانون التجاري).

ثالثا: التزام المشتري بدفع الثمن.

يترتب عن انعقاد عقد بيع المحل التجاري التزام أساسي في مواجهة المشتري هو دفع الثمن المتفق عليه في عقد البيع، ويحدد الاتفاق، وفقا للقواعد العامة (المادة 390 من القانون المدني)، طريقة الوفاء بالثمن وما إذا كان مستحق الدفع في الحال أو مؤجلا كله أو بعضه، وغالبا ما يجزأ الثمن في بيع المحل التجاري نظرا لضخامته، كما يحدد الاتفاق أيضا المكان والزمان لتسليم المبيع، أما إذا لم يكن هناك اتفاق في العقد، فإن دفع ثمن البيع يكون من مكان تسليم المبيع ويكون مستحقا من الوقت الذي يقع فيه التسليم (المادتان 387 و388 من القانون المدني).

وإذا كان ثمن المحل التجاري موزعا على عناصره، فإنه على البائع أو من يحوز الثمن، أن يقوم بتوزيع الثمن في ظرف ثلاثة أشهر من تاريخ العقد وفقا لنص الفقرة الأولى من المادة 90 من القانون التجاري. وبانقضاء هذه المهلة يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل، أن يرفع دعوى مستعجلة أمام رئيس المحكمة التي يقع المحل التجاري في دائرة اختصاصها والذي يأمر إما بإيداع الثمن في مصلحة الودائع والأمانات وإما بتعيين حارس قضائي يقوم بتوزيع الثمن (الفقرة 02 من المادة 90 من القانون التجاري).

وللبائع، ضمانا لاستيفاء الثمن، حق امتياز على المحل المبيع، وحق طلب فسخ العقد عن طريق دعوى قضائية، أو المطالبة بالتنفيذ الجبري على المحل التجاري، غير أننا سنرجئ دراسة هذا الأخير إلى المطلب الموالي لاشتراك أحكامه مع أحكام التنفيذ الجبري المتعلق برهن المحل التجاري، وسنكتفي بدراسة الحقين الأول والثاني على النحو التالي:

1- امتياز البائع على المحل المبيع:

تعرف المادة 982 من القانون المدني الامتياز على أنه: "أولوية يقررها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته. ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص قانوني".

وهذا الامتياز الذي يتمتع به البائع يخوله حق التقدم وحق التتبع، فيكون له بموجب حق التقدم استيفاء دينه بالأفضلية على غيره من الدائنين العاديين والدائنين الممتازين التالين له في الرتبة، ويراعى أن الدائنين المقيدين في يوم واحد تكون لهم نفس المرتبة. كما يكون له بموجب حق التتبع الحق في المطالبة بتتبع المحل المبيع في أي يد كان، ولا يحق للغير الاحتجاج بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، لأن نطاق تطبيق هذه القاعدة يقتصر على المنقولات المادية فقط، في حين أن المحل التجاري منقول معنوي وليس مادي.

وقد نظم المشرع الجزائري المسائل المتعلقة بامتياز البائع على المحل التجاري في المواد من 96 إلى 108 من القانون التجاري، غير أن هذا الامتياز لا يثبت لبائع المحل التجاري إلا إذا كان البيع ثابتا بعقد رسمي ومقيدا في سجل عمومي منظم لدى المركز الوطني للسجل التجاري الذي يقع المحل التجاري في دائرة اختصاصه (المادة 96 من القانون التجاري). على أن قيد هذا الامتياز يجب أن

يتم في ظرف 30 يوما من تاريخ عقد البيع وإلا كان الامتياز باطلا، وتبقى المهلة سارية المفعول ولو في حالة صدور الحكم بإعلان الافلاس. ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان وإن كان المدين نفسه.

وقد لفت انتباهنا عدم دقة نص المادة 97 من القانون التجاري التي نصت على هذه المسألة، حيث جاء بها ما نصه: " يجب قيد البيع في ظرف 30 يوما من تاريخ عقده وإلا كان باطلا".

والحقيقة أن البطلان يعود على الامتياز كحق للبائع إذا لم يتم قيده في السجل العمومي وليس على عقد البيع في حد ذاته، ذلك أن هذا الأخير إذا كان مثبتا بعقد رسمي فإنه يظل صحيحا وكل ما في الأمر أن البائع يفقد حقه في الامتياز في حال عدم قيده في السجل العمومي المعد لذلك، بدليل أن نص الفقرة 03 من نفس المادة تنص على أنه: "وإذا تم القيد بالطريقة المشار إليها فتكون للمشتري الأولوية ويمكن الاحتجاج به (الامتياز) على التفليسة والتصفية القضائية للمشتري".

ولا يترتب امتياز البائع إلا على عناصر المحل التجاري المبينة في عقد البيع والقيد، فإذا لم يعين الامتياز على وجه الدقة، فإنه يقع بقوة القانون، على العناصر المعنوية فقط دون المادية، وقد حددها المشرع الجزائري في نص الفقرة 02 من المادة 96 سابقة الذكر، وهي عنوان المحل التجاري والحق في الايجار والاتصال بالعملاء والشهرة.

وخروجا على القواعد العامة في الامتياز والتي تقضي بأن امتياز البائع، كغيره من حقوق الضمان، لا يتجزأ، أي أن كل جزء من المبيع ضامن للثمن بأسره، وأن كل جزء من الثمن مضمون بالمبيع كله، فقد قضى المشرع الجزائري، في نص المادة 96 من القانون التجاري، بتجزئة الامتياز إلى ثلاثة أقسام هي العناصر المعنوية والمعدات والبضائع، على أن يحدد ثمن مستقل لكل من هذه الأقسام الثلاثة (فقرة 03 من نفس المادة)، ولا يضمن كل قسم منها إلا الثمن المقابل له فلا يتجاوزه إلى ثمن قسم آخر (فقرة 04 من نفس المادة)، فيخصم مما يدفع من الثمن أولا ثمن البضائع ثم ثمن المعدات ثم ثمن العناصر المعنوية ولو اتفق على خلاف ذلك (فقرة 05 من نفس المادة). وإذا اتفق الطرفان على بيع عنصر آخر أو عدة عناصر أخرى لم يشملها البيع الأول، فإنه يتعين تقدير توزيع الثمن المتعلق بكل منها على حدة من ثمن إعادة البيع (فقرة 06 من نفس المادة).

وهذه القواعد من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وهي تهدف إلى تحرير البضائع والمعدات من امتياز البائع بسرعة، وقد روعي في ذلك مصلحة البائع والمشتري على حد سواء، ذلك أن البضائع والمعدات عناصر مادية، واستمرار امتياز البائع عليها غير مجد في حالة حيازة الغير حسن النية لها، بسبب تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، أما مصلحة المشتري فتظهر انطلاقا من كون السلع والبضائع عناصر ظاهرة يتوقف عليها ائتمان المشتري ويعتمد عليها دائنوه العاديون في التعامل معه.

ويحفظ قيد الامتياز لمدة 10 سنوات من تاريخ القيد ويشطب تلقائيا إذا لم يجدد قبل انقضاء هذه المهلة (المادة 103 من القانون التجاري)، وفي حالة انقضاء أسباب القيد، فإن الشطب في هذه الحالة يمكن أن يتم من طرف مأموري السجل التجاري وذلك بمقتضى أمر صادر في ذيل عريضة، بعد استدعاء الأطراف (المادة 104 من القانون التجاري).

2- دعوى الفسخ في عقد بيع المحل التجاري:

أجاز المشرع للبائع، ضمانا لاستيفاء الثمن أو جزء منه في الأجل المتفق عليه، حق طلب فسخ العقد عن طريق دعوى قضائية، واعتبار العقد كأن لم يكن، فيعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد، فيسترد البائع المحل التجاري، ويسترد المشتري ما دفعه من ثمن إذا كان قد استوفى شيئا منه، ويعتبر لاغيا كل شرط وارد في عقد بيع المحل التجاري ويقضي باحتفاظ البائع في حالة حصول الفسخ بثمن المبيع كله أو بعضه (المادة 116 من القانون التجاري). كما يجوز للبائع مطالبة المشتري بتعويض الضرر الذي لحقه من جراء الفسخ وفقا للأحكام العامة المنصوص عليها في المادة 119 وما يليها من القانون المدني.

وقد نص المشرع الجزائري على الأحكام الخاصة بفسخ عقد بيع المحل التجاري في المواد من 109 إلى 116 من القانون التجاري. وتوجب هذه النصوص أن يكون البائع قد احتفظ لنفسه صراحة في عقد البيع بحقه في الفسخ لكي تنتج آثارها في مواجهة الغير، وفي حال عدم وجود هذا الشرط يجب على البائع أن يؤشر صراحة في قيد الامتياز بهذا الحق، وفي هذه الحالة تكون دعوى الفسخ كحق الامتياز نفسه مقيدة بالعناصر التي شملها البيع دون غيرها من العناصر الجديدة التي أضافها المشتري للمحل (المادة

109 من القانون التجاري)، ولا يعني عدم احتفاظ البائع صراحة بهذا الحق في عقد البيع أو في قيد الامتياز، سقوط حقه في الفسخ في مواجهة المشتري، وكل ما في الأمر أن الحكم الصادر بالفسخ لا يكون له أية حجية في مواجهة الغير، ويسترد البائع المحل محملا بالحقوق المقررة لمصلحة الغير.

ويكون للبائع الحق في استرداد العناصر التي شملها البيع، بما فيها العناصر التي انقضى فيها امتيازه أو حقه في الفسخ، ومهما كانت التعديلات التي أدخلها المشتري عليها، فترد البضائع والمعدات بحالتها التي تكون عليها وقت الفسخ وليس وقت تسليمها عند البيع، سواء زادت قيمتها أو نقصت، على أن يتم تقديرها بموجب خبرة حضورية أو بالتراضي أو عن طريق القضاء، وفي هذه الحالة يطرح من الثمن ما قد يستحقه البائع بموجب الامتياز الذي له على ثمن كل من البضائع والمعدات، وإذا بقي شيء زائد عن ذلك فيكون ضمانا للدائنين العاديين (الفقرة 02 من المادة 110 من القانون التجاري).

وعلى غرار حقه في الامتياز، يجوز لبائع المحل التجاري أن يتمسك بحقه في فسخ البيع في مواجهة مجموعة دائني التفليسة (المادة 114 من القانون التجاري).

وأوجبت المادة 111 من القانون التجاري على البائع القائم بدعوى الفسخ أن يبلغ الدائنين المقيدين في محل الاقامة المختار من طرفهم للقيام بعمليات القيد، ولا يجوز أن يصدر الحكم بالفسخ إلا بعد مضي شهر من تاريخ هذا التبليغ.

كما أوجبت المادة 115 من القانون التجاري نشر كل فسخ قضائي أو صلحي للبيع من الطرف الذي حصل عليه، وذلك حسب الشروط المقررة للبيع نفسه خلال فترة الخمسة عشر يوما التي تلي التاريخ الذي يصبح فيه الفسخ نهائيا.

المطلب الثاني

رهن المحل التجاري

لما كان المحل التجاري مالا منقولا، فإن رهنه وفقا للقواعد العامة، يستتبع أن يكون الرهن حيازيا، وذلك بأن يسلم المدين الشيء المرهون إلى الدائن. غير أن تطبيق هذه القاعدة يتنافى مع طبيعة المحل التجاري باعتباره مالا معنويا لا تنطبق عليه قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية من جهة، كما يتنافى أيضا مع إمكانية استغلال المحل التجاري بتجريد التاجر من حيازته، الأمر الذي يؤثر على مركزه وسط منافسيه من جهة ثانية.

وخروجا على القواعد العامة في رهن المنقول، فقد أجاز المشرع رهن المحل التجاري دون أن يستوجب ذلك نقل حيازته إلى الدائن المرتهن، وذلك حتى يتمكن التاجر من الاقتراض لإنعاش تجارته بضمان المحل التجاري دون أن يتجرد من حيازته واستغلاله. وهو ما نصت عليه الفقرة 02 من المادة 118 من القانون التجاري بقولها: "لا يخول رهن المحل التجاري للدائن المرتهن الحق في التنازل له عنه مقابل ما له من ديون وتسديدا لها".

وتقسم دراستنا بإيجاز لرهن المحل التجاري إلى فرعين، أولهما يتعلق بإنشائه والثاني بالآثار المترتبة عنه، وذلك على النحو التالي:

فرع أول

إنشاء عقد الرهن

يشترط في رهن المحل التجاري، كغيره من العقود، توافر الأركان الموضوعية العامة، كالرضا والمحل والسبب. كما أوجب القانون في رهن المحل التجاري إجراءات شكلية ينبغي اتباعها لإعلام الغير بالوضعية الحقيقية للمحل المرهون، وذلك باتباع إجراءات الكتابة الرسمية والشهر، وهو ما سنفصله على النحو الموالي:

أولا: خصوصية ركن المحل في عقد الرهن (استبعاد البضائع من العناصر المشمولة بالرهن).

يخضع عقد رهن المحل التجاري إلى نفس الأركان الموضوعية التي يخضع لها عقد بيع المحل التجاري، مع بعض الخصوصية التي تميز ركن المحل في عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، حيث تم استبعاد البضائع من العناصر المشمولة بالرهن، وهو ما قضت به المادة 119 من القانون التجاري بنصها: "لا يجوز أن يشمل الرهن الحيازي للمحل التجاري من الأجزاء التابعة له إلا عنوان المحل

والاسم التجاري والحق في الاجارة والزبائن والشهرة التجارية والأثاث التجاري والمعدات والآلات التي تستعمل في استغلال المحل وبراءات الاختراع والرخص وعلامات الصنع أو التجارة والرسوم والنماذج الصناعية وعلى وجه العموم حقوق الملكية الصناعية والأدبية أو التقنية المرتبطة به".

يتضح من خلال هذا النص أن التعداد الحصري للعناصر التي يجوز أن يشملها الرهن لم يرد من بينها عنصر البضائع، لذلك لا يجوز أن يشملها الرهن. والحكمة واضحة من استبعادها من العناصر المشمولة بالرهن، لأن هذا الأخير يجعلها غير قابلة للتداول، باعتبارها عنصرا جوهريا يعتمد عليه عملاء المحل عند تعاملهم معه، الأمر الذي يتنافى مع حسن استغلال المحل التجاري خلال فترة الرهن، ويستحيل معه توفير سيولة مالية يؤمن بها ضمانا لوفاء دينه، فضلا على أن المشترين للبضائع حسني النية، لا يمكن الاحتجاج في مواجهتهم بحق الدائن المرتهن في التتبع عملا بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.

وهكذا فإن التعداد الحصري للعناصر التي يجوز أن يشملها الرهن، إنما تستهدف بشكل واضح استبعاد عنصر البضائع دون غيره من العناصر المشمولة بالرهن، غير أن هذا التعداد الحصري لم يكن من وجهة نظرنا موفقا من حيث الغاية التي كان يقصدها المشرع، وهي استثناء عنصر البضائع فقط من العناصر المشمولة بالرهن، ذلك أن حصرية تعداد تلك العناصر من شأنها استبعاد العناصر المستحدثة للقاعدة التجارية الالكترونية التي نص عليها المشرع الجزائري في القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية، على غرار "اسم النطاق الالكتروني" الذي يعد عنصرا جوهريا من العناصر المكونة للقاعدة التجارية الالكترونية، بل إن المشرع الجزائري اعتبره عنصرا إجباريا، وبدونه لا وجود للقاعدة التجارية الالكترونية، الأمر الذي يستحيل معه رهن المحل التجاري الالكتروني من أساسه، وهذا ما لم يقصده المشرع الجزائري بكل تأكيد. ونرى بأن النص الذي يؤدي الغرض الذي يقصده المشرع ينبغي أن يكون عكسيا فيحدد الاستثناء مباشرة، على أن يكون على معنى النص التالي: "لا يجوز أن يشمل الرهن الحيازي للمحل التجاري من بين عناصره البضائع وذلك بالرغم عن كل الاشتراطات المخالفة لذلك".

هذا ولا يشترط أن ينصب الرهن على المحل التجاري بجميع عناصره، إذ لا مانع من استثناء بعض العناصر من عملية الرهن باتفاق أطرافه، شريطة أن ينطبق على العناصر المتبقية وصف المحل التجاري، وأن يكون من بينها بالضرورة عنصري الاتصال بالعملاء والشهرة، فإذا كان الأمر يتعلق بدار نشر، فلا بد أن يرد الرهن على عنصر حقوق الملكية الأدبية والفنية، لأن بدونها لا يعد العقد واردا على محل تجاري. وإذا لم يعين صراحة، وعلى وجه الدقة في العقد، ما يتناوله الرهن فإنه لا يكون شاملا إلا العنوان والاسم التجاري والحق في الاجارة والزبائن والشهرة التجارية (الفقرة 03 من المادة 119 من القانون التجاري).

ثانيا: توافر ركن الشكلية في عقد رهن المحل التجاري (الرسمية في عقد الرهن).

خروجا على القواعد العامة في رهن المنقول، فقد أجاز المشرع الجزائري رهن المحل التجاري دون أن يستوجب ذلك نقل حيازته إلى الدائن المرتهن، فاشترط بدلا من ذلك توافر **الكتابة الرسمية** لصحة عقد رهن المحل التجاري، وهو ما نصت عليه المادة 120 من القانون التجاري بقولها: "يثبت الرهن الحيازي بعقد رسمي. ويتقرر وجود الامتياز المترتب عن الرهن بمجرد قيده بالسجل العمومي الذي يُمسك بالمركز الوطني للسجل التجاري الذي يستغل في نطاق دائرته المحل التجاري. ويجب إتمام نفس الاجراء بالمركز الوطني للسجل التجاري الذي يقع بدائرته كل فرع من فروع المحل التجاري التي شملها الرهن".

ومن الشروط الشكلية أيضا ما أوجبته المادة 121 من القانون التجاري من ضرورة إجراء القيد خلال 30 يوما من تاريخ عقد الرهن، وإلا كان الامتياز باطلا، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان وإن كان المدين نفسه. ويحدد القيد مرتبة الامتياز بين الدائنين المرتهنين على حسب ترتيب تاريخ قيودهم.

واستثناء من شرط الكتابة الرسمية فقد أجاز المشرع الجزائري أن يتم إثبات الرهن الحيازي للمحل التجاري بموجب عقد عرفي مسجل حسب الأصول عندما يكون الدائن المرتهن بنكا أو مؤسسة مالية، وهو ما قضت به المادة 123 من الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 03 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم، بقولها: "يمكن أن يتم الرهن الحيازي للمحل التجاري لصالح البنوك والمؤسسات المالية بموجب عقد عرفي مسجل قانونا. ويتم تسجيل هذا الرهن وفقا للأحكام القانونية المطبقة في هذا المجال".

الفرع الثاني
الآثار المترتبة عن عقد رهن المحل التجاري

يترتب عن عقد رهن المحل التجاري مجموعة من الآثار القانونية المهمة، وباعتباره من العقود الملزمة لجانبين، فإنه يرتب التزامات في مواجهة المدين الراهن، وضمانات لمصلحة الدائن المرتهن، كما قد يرتب آثار أخرى بالنسبة للغير. وفيما يلي نتعرض لجملة تلك الآثار من خلال العناصر الموالية:

أولا: الالتزامات المترتبة عن رهن المحل التجاري في مواجهة المدين الراهن.

طبقا لأحكام الفقرة 02 من المادة 118 من القانون التجاري، فإن المحل التجاري يظل في حيازة المدين الراهن حتى يتمكن من الاستمرار في استغلاله، وفي مقابل ذلك ألزمه المشرع بالمحافظة على الأموال المرهونة، وفرض عليه مسؤوليات مدنية موجبة للتعويض في حال قيامه بأي عمل مادي أو قانوني إيجابي أو سلبي (تقصير)، من شأنه أن يؤثر سلبا على الضمان بإنقاص قيمته وعدم المحافظة على العناصر المشمولة بالرهن، كإتيانه لأفعال من شأنها تنفير العملاء وانصرافهم عن التعامل مع المحل أو تماطله في سداد أجرة المكان الذي يشغله لممارسة تجارته أو قيامه بأي عمل من شأنه إبطال أو إلغاء العلامة التجارية. وللدائن المرتهن إثبات تقصير وإهمال المدين الراهن بكل وسائل الاثبات، ولهذا الأخير إثبات العكس إعمالا لمعيار عناية الرجل المعتاد.

ليس هذا فحسب، بل إن المشرع فرض عليه مسؤوليات جزائية، في حال إقدامه على إتلافها أو اختلاسها أو إفسادها بأي طريقة تؤدي إلى إنقاص أو تعطيل حقوق الدائن المرتهن (المادة 167 من القانون التجاري).

ثانيا: الضمانات المقررة لمصلحة الدائن المرتهن في عقد رهن المحل التجاري.

أجاز المشرع رهن المحل التجاري دون أن يستوجب ذلك نقل حيازته إلى الدائن المرتهن، وبذلك فإن المحل التجاري يظل في حيازة المدين الراهن إلى أن يتم تنفيذ الالتزام الأصلي من خلال الوفاء بقيمة الدين بحلول أجل استحقاقه، على أن يستفيد الدائن المرتهن من ميزتي الأولوية والتتبع في استيفاء دينه، فإن لم يكن فيحق للدائن المرتهن، ضمانا لاستيفاء الثمن أو الباقي منه، أن يطالب بالتنفيذ الجبري على المحل التجاري، وهو ما سنتطرق له كما يلي:

1- ميزتي الأولوية والتتبع في استيفاء الدين:

يرتب رهن المحل التجاري لمصلحة الدائن المرتهن حق عيني عليه، يخوله ميزتي الأولوية في استيفاء حقه بما قرره له القانون من امتياز على المال المرهون بالأولوية على غيره من دائني التاجر الراهن وبحسب مرتبة قيده (المادة 120 من القانون التجاري)، على أن تكون للدائنين المرتهنين المقيدين في يوم واحد نفس المرتبة (المادة 122 من القانون التجاري).

وكذلك بما قرره للدائن المرتهن من حق في تتبع المحل التجاري في أي يد كان، ولا يكون للغير أن يتمسك بحيازته للمحل التجاري بحسن نية، لأن المحل التجاري مال منقول معنوي وليس مادي، وبالتالي لا تنطبق عليه قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية (المادة 132 من القانون التجاري).

2- التنفيذ الجبري على المحل التجاري المرهون:

للدائن المرتهن كما للبائع أيضا، ضمانا لاستيفاء الثمن أو الباقي منه، أن يطالب بالتنفيذ الجبري على المحل التجاري المرهون، وذلك بإجبار المدين الراهن على تنفيذ التزامه والوفاء بالثمن أو الجزء المتبقي منه عن طريق الحجز والبيع.

وقد أجاز المشرع الجزائري للدائن المرتهن وللبائع أن يحصل على أمر ببيع المحل التجاري بالمزاد العلني وفقا لأحكام المادتين 125 و126 من القانون التجاري، وذلك بعد 30 يوما من الانذار بالدفع المبلغ للمدين والحائز من الغير إذا كان له محل، والباقي بدون جدوى، على أن يرفع الطلب للمحكمة التي يستغل المحل التجاري في دائرة اختصاصها.

كما أوجبت المادة 127 من القانون التجاري على الدائن المرتهن القائم بالملاحقة أن ينذر مالك المحل التجاري (المدين الراهن) والدائنين المقيدين قبل صدور الحكم الذي أمر بالبيع، في محلات إقامتهم المختارة من طرفهم في قيودهم، وذلك قبل 15 يوما على الأقل

من إجراء عملية البيع بالمزاد العلني، بهدف تمكينهم من الاطلاع على دفتر الشروط وبيان اعتراضاتهم أو ملاحظاتهم وحضورهم إلى مرسى المزاد إذا رغبوا في ذلك.

ويتم البيع بعد 10 أيام من لصق الاعلان الذي يفرض القانون نشره وجوبا في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، وفضلا عن ذلك في جريدة مختصة بالإعلانات القانونية في الدائرة أو الولاية التي يوجد فيها المحل التجاري، ويثبت النشر بقيد إشارة عنه في محضر البيع (الفقرات 02، 03 و04 من المادة 127 من القانون التجاري).

ثالثا: الآثار المترتبة عن رهن المحل التجاري بالنسبة للغير.

لا يقتصر أثر عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري على الأطراف المتعاقدة من دائن مرتهن ومدين راهن، وإنما يمتد ذلك إلى كل شخص يضار حقه من وجود عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري ويشمل الدائنين المرتهنين التالين له في القيد والدائنين العاديين أيضا، غير أن هؤلاء الأخيرين هم أكثر المتضررين من إبرام عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، ذلك أن الدين المضمون قد يستغرق وعاء الضمان العام من ذمة مدينهم التي تعاقدوا على أساس ملائتها، وقد لا يبقى لهم أي ضمان إذا لم يبق للمدين أي أموال أخرى سواه.

وعلى هذا الأساس قضت الفقرة 05 من المادة 123 من القانون التجاري على أن قيد الرهن الحيازي والتي يكون موضوعها استغلال المحل التجاري، يمكن أن يجعل الديون السابقة حالة الأجل. ويعد هذا الحكم تطبيقا للقاعدة العامة التي تقضي بسقوط الأجل لإضعاف التأمينات، فبنقصان قيمة المحل، يصبح الدين واجب الأداء فورا. وبالتالي، فإن الدائنين العاديين، الذين تكون ديونهم متعلقة باستغلال المحل التجاري، يجوز لهم طلب الحكم بسقوط الآجال وسداد ديونهم قبل مواعيد استحقاقها استنادا إلى الضرر الذي قد يلحق بهم جراء ذلك القيد.

أما الدائنين المقيدين فقد وضع المشرع أحكاما تكفل حماية حقوقهم في حال رهن المحل التجاري في حالتين، أولهما يتعلق بنقل المحل التجاري إلى مكان آخر، وفي هذه الحالة تصبح الديون المقيدة مستحقة الأداء بحكم القانون إذا لم يقم مالك المحل بإبلاغ الدائنين المقيدين في المحل المختار خلال خمسة عشر يوما من قبل، وعن طريق غير قضائي، عن رغبته في نقل المحل التجاري وعن المركز الجديد الذي يريد أن يقيمه فيه (الفقرة 01 من المادة 123 من القانون التجاري). ولا يعد الابلاغ كافيا في جميع الأحوال لأن لا تكون الديون المقيدة حالة الأجل بحكم القانون، بل إن نقل المحل دون موافقة البائع أو الدائنين المرتهنين يمكن أن يترتب عليه استحقاق ديونهم، فيما إذا نتج عنه انخفاض قيمة المحل التجاري (الفقرة 04 من المادة 123 من القانون التجاري).

أما الحالة الثانية فتتعلق بطلب فسخ عقد إيجار المكان الذي يستغل فيه المحل التجاري المثقل بقيود مرسمة من طرف المالك، وفي هذه الحالة وجب على المالك إبلاغ الدائنين السابقين المقيدين سابقا بطلب الفسخ وذلك في المحل المختار والمعين في قيد كل منهم، على أنه لا يجوز أن يصدر الحكم قبل شهر من هذا التاريخ (الفقرة 01 من المادة 124 من القانون التجاري). غير أن فسخ الايجار بالتراضي لا يكون نهائيا إلا بعد شهر من تاريخ التبليغ الحاصل للدائنين المقيدين في المحل المختار لكل منهم. وفي هذه المدة، يجوز لكل دائن مقيد أن يطلب بيع المحل التجاري بالمزاد العلني (الفقرة 02 من المادة 124 من القانون التجاري). لأن فسخ عقد الايجار قد يترتب عليه استحالة الاستغلال أو نقصان قيمة المحل التجاري.

المطلب الثالث

التسيير الحر أو تأجير التسيير للمحل التجاري

نظم المشرع الجزائري الأحكام الخاصة بعقد التسيير الحر أو ما يسمى بعقد تأجير التسيير للمحل التجاري في المواد من 203 إلى 214 من القانون التجاري. ولأن هناك بعض الخلط في مفهوم هذا العقد مقارنة ببعض العقود المشابهة، فإننا سنقوم أولا بتحديد مفهوم هذا العقد، ثم شروط إبرامه والآثار المترتبة عنه، وذلك من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول
مفهوم عقد التسيير الحر أو تأجير التسيير للمحل التجاري

يعد التسيير الحر للمحل التجاري من العقود الحديثة التي أملتها ضرورة المعاملات التجارية، وذلك من خلال المصلحة التي يحققها لطرفي العقد من جهة، ولإنعاش الاقتصاد الوطني من جهة ثانية، فقد يتعذر على أصحاب المحلات التجارية، في بعض الحالات، استغلال محلاتهم التجارية بأنفسهم لوجود موانع مادية تحول بينهم وبين الاستغلال الشخصي لتلك المحلات، كما لو كان في حالة تنافٍ بسبب الوظيفة وانتقل إليه المحل عن طريق الميراث، أو حال بينه وبين الاستغلال الشخصي مرض معين، أو كانت له تجارة أخرى لا تسمح له باستغلال محله التجاري في نفس الوقت. وفي جميع هذه الحالات يعهد مالك المحل التجاري باستغلال محله لمصلحة شخص آخر ينتفع به لحسابه الخاص، على أن يحتفظ صاحب المحل التجاري بملكيته، وذلك تجنبا لغلق محله التجاري الذي يحقق له أرباحا.

وهكذا فإن عقد التسيير الحر يعد من عقود الانتفاع الواردة على المحل التجاري الناقلة للحيازة وغير الناقلة للملكية، وهو عبارة عن عقد إيجار حقيقي يتعهد بمقتضاه مالك المحل التجاري (المؤجر) بتأجير استغلال محله التجاري (العين المؤجرة) لمصلحة شخص يسمى "مستأجر التسيير" (المستأجر)، على أن يقوم هذا الأخير باستغلال المحل التجاري والانتفاع به لحاسبه الخاص وأن يخضع لكل الالتزامات المترتبة عن هذا العقد، لمدة معينة، ومقابل بدل إيجار معلوم.

وقد نص المشرع الجزائري على هذا النوع من العقود في الفقرة 01 من المادة 203 من القانون التجاري، حيث جاء بها ما نصه: "يخضع للأحكام التالية، وذلك بالرغم من كل شرط مخالف، كل عقد أو اتفاق يتنازل بواسطتها المالك أو المستغل لمحل تجاري عن كل أو جزء من التأجير لمسير بقصد استغلاله على عهدته".

وبغض النظر عن السلامة اللغوية للنص المذكور، فقد جاء تعريف المشرع قاصرا من حيث عدم نصه على مدة العقد وكذا بدل الايجار، لذلك ينبغي قراءته جنبا إلى جنب مع نص المادة 467 من القانون المدني حتى يكتمل المعنى.

ويختلف "مستأجر التسيير" عن "المسير الأجير"، من حيث أن الأول هو أحد طرفي عقد التسيير الحر، في حين أن "المسير الأجير" هو مجرد عامل يعهد له مالك المحل التجاري بمهمة تسيير محله التجاري مقابل أجر معلوم، وذلك لحساب مالك المحل التجاري وتحت مسؤوليته، ويخضع وحده لأحكام القانون التجاري، في حين يخضع "المسير الأجير" لأحكام قانون العمل، ولا يكتسب صفة التاجر ولا يلتزم بالقيد في السجل التجاري.

كما يجب التمييز أيضا بين "المسير الأجير" (العامل) و"المسير الوكيل" (المدير)، وفي هذه الحالة الأخيرة يكون للعقد صفة عقد الوكالة وليس عقد العمل، فإذا كان "المسير" يخضع لأوامر ورقابة المالك خضوعا تاما، فإنه يعتبر "عاملا"، أما إذا كان يتمتع بقدر كبير من الحرية والاستقلال في أداء مهامه، فإنه يعد "وكيلا".

الفرع الثاني
إنشاء عقد التسيير الحر

يتطلب انعقاد عقد التسيير الحر، ليكون صحيحا كغيره من العقود، توافر جميع الأركان الموضوعية العامة من رضا ومحل وسبب، ويستوي في ذلك أن يكون طرفا العقد أشخاصا طبيعيين أو معنويين (المادة 205 من القانون التجاري)، كما أوجب القانون توافر ركن الشكلية في عقد التسيير الحر للمحل التجاري، وذلك باتباع إجراءات الكتابة الرسمية والشهر، وهو ما سنفصله على النحو الموالي:

أولا: خصوصية ركن المحل في عقد التسيير الحر للمحل التجاري.

مع أن عقد التسيير الحر للمحل التجاري يعد من عقود الايجار، إلا أنه يختلف عن عقد إيجار المكان الذي يستغل فيه المحل التجاري من حيث محل العقد، فإذا كان هذا الأخير يرد على عقار "الجدران"، ويخضع لأحكام المواد من 169 إلى 202 من القانون

التجاري، فإن عقد التسيير الحر يرد على منقول معنوي هو المحل التجاري بجميع العناصر المكونة له أو جزء منها، ويخضع لأحكام المواد من 203 إلى 214 من نفس القانون.

هذا ولا يشترط أن ينصب العقد على المحل التجاري بجميع عناصره، إذ لا مانع من استثناء بعض العناصر من العقد باتفاق أطرافه، شريطة أن ينطبق على العناصر المتبقية وصف المحل التجاري، وأن يكون من بينها بالضرورة عنصري الاتصال بالعملاء والشهرة.

وقياسا على استبعاد عنصر البضائع من رهن المحل التجاري، فقد ذهب أغلب الفقه الفرنسي إلى أن طبيعة هذا العنصر تتنافى بدورها مع قابليتها للإيجار، لأنه من غير المتصور إيجار منقولات تهلك بالاستعمال الأول لها، فهي مخصصة بطبيعتها للبيع والاستهلاك وليس للانتفاع باستعمالها كما هو الحال بالنسبة لباقي العناصر الأخرى، وغالبا ما يحدث أن يقترن عقد التسيير الحر بعقد موازٍ لبيع البضائع الموجودة في المحل التجاري، على أن يقوم المؤجر بإعادة شرائها أيضا في نهاية العقد. لذلك، نرى بأنه من الأجدر بالمشرع الجزائري تخصيص هذا العنصر بأحكام قانونية تتناسب مع خصوصية طبيعته في عقد التسيير الحر.

ثانيا: توافر ركن الشكلية في عقد التسيير الحر للمحل التجاري (الرسمية والاشهار).

اشترط المشرع الجزائري توافر **الكتابة الرسمية والشهر** لصحة عقد التسيير الحر، وهو ما نصت عليه الفقرة 03 من المادة 203 من القانون التجاري بقولها: "ويحرر كل عقد تسيير في شكل رسمي وينشر خلال خمسة عشر يوما من تاريخه على شكل مستخرج أو إعلان في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، وفضلا عن ذلك في جريدة مختصة بالإعلانات القانونية".

يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري قد اعتبر بأن عقد التسيير الحر للمحل التجاري يعد من العقود الشكلية التي لا يكفي لانعقادها مجرد التراضي كما هو الحال في التصرفات القانونية الأخرى، فالكتابة الرسمية هي أحد أركان انعقاد العقد وليست مجرد وسيلة لإثباته فقط، فإذا لم يتمكن التاجر من تقديم دليل كتابي أمام القضاء كان تصرفه باطلا، ولا يمكنه إثبات هذا التصرف بتقديم دليل آخر غير الكتابة الرسمية.

وإذا اشتمل المحل على عناصر خاضعة لنظام خاص في الشهر أو التسجيل، فلا يقوم شهر التصرف في المحل التجاري مقام الشهر أو التسجيل الخاص إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك.

وفي نهاية العقد أوجب المشرع على طرفي العقد إنهائه باتباع نفس الاجراءات التي تم بها النشر (الفقرة 05 من نفس المادة).

وقد فرض المشرع الجزائري هذه الإجراءات لإبرام العقد تحت طائلة البطلان، وهدفها إعلام الغير بوضعية التاجر والمحل التجاري، وهو ما نصت عليه المادة 212 من القانون التجاري بقولها: "يعد باطلا، كل عقد بتأجير التسيير أو اتفاق آخر يتضمن شروطا مماثلة وافق عليها المالك أو المستغل للمحل التجاري دون أن تتوفر فيها الشروط المنصوص عليها في المواد المشار إليها أعلاه، غير أنه لا يجوز للمتعاقدين التمسك بهذا البطلان تجاه الغير".

وفضلا عن ذلك، اشترط المشرع في نص المادة 205 من القانون التجاري أن يكون المؤجر قد مارس التجارة لمدة خمس سنوات، أو مارس لنفس المدة أعمال مسير أو مدير تجاري أو تقني واستغل لمدة سنتين على الأقل المتجر الخاص بالتسيير. ويجوز أن تخفض هذه المدة أو تلغى بأمر من رئيس المحكمة، بناء على مجرد طلب من المعني بالأمر وبعد الاستماع إلى النيابة العامة، وخاصة إذا أثبت هذا الأخير، بأنه يتعذر عليه أن يستغل متجره شخصيا أو بواسطة مندوبين عنه (المادة 206 من القانون التجاري).

غير أن هذه الأحكام لا تسري، وفقا لنص المادة 207 من القانون التجاري، على كل من:

1- الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات المالية كالبنوك،
2- المحجور عليهم والمعتوهين المحجور عليهم أو الأشخاص الذين يعين لهم وصي قضائي وذلك فيما يتعلق بالمحل التجاري الذي كانوا يملكونه قبل فقدانهم الأهلية،
3- الورثة والموصى لهم من تاجر أو من حرفي متوفي والمستفيدين أيضا من القسمة، وذلك فيما يتعلق بالمحل التجاري المنتقل إليهم،

4- مؤجر المحل التجاري إذا كان تأجير التسيير يهدف أصلا إلى ضمان تصريف المنتجات المجزأة المصنوعة أو الموزعة من طرفه بموجب عقد احتكار.

والملاحظ بأن المشرع الجزائري، قد استهدف بالنص على هذه الشروط، التأكيد على إرادته في حماية مستأجر التسيير بتوفير الضمانات الكافية له التي تبين حقيقة المركز التجاري للقاعدة التجارية، من خلال رقم الأعمال التي حققها في كل سنة من سنوات الاستغلال الخمسة، وذلك إعمالا لمبدأ الثقة والائتمان الذي تقوم عليه التجارة عموما.

الفرع الثالث

الآثار المترتبة عن عقد التسيير الحر للمحل التجاري

يترتب عن عقد التسيير الحر للمحل التجاري مجموعة من الآثار القانونية المهمة، وباعتباره من العقود الملزمة لجانبين، فإن العقد هو الذي يحدد حقوق المتعاقدين والتزاماتهما، فيرتب آثارا في مواجهة المؤجر، وأخرى في مواجهة مستأجر التسيير، كما قد يرتب آثار أخرى بالنسبة للغير. وفيما يلي نتعرض لجملة تلك الآثار من خلال العناصر الموالية:

أولا: الآثار المترتبة عن عقد التسيير الحر بالنسبة للمؤجر.

بمجرد انعقاد عقد التسيير الحر للمحل التجاري، يفقد المؤجر صفة التاجر إذا كانت له هذه الصفة من قبل، ومع ذلك فإنه يظل مقيدا في السجل التجاري، ويجب عليه طلب تعديل العقد بما يفيد تأجير المحل، أما إذا لم يكن مقيدا في السجل التجاري من قبل، فإن عليه أن يسجل نفسه دون أن يكسبه ذلك صفة التاجر، وهو ما نصت عليه الفقرة 04 من المادة 203 من القانون التجاري بقولها: "يتعين على المؤجر إما تسجيل نفسه في السجل التجاري أو تعديل تقيده الخاص مع البيان صراحة بتأجير التسيير".

وخروجا عن القاعدة العامة التي تقضي بنسبية أثر العقد، فإن مؤجر المحل التجاري يكون مسؤولا بالتضامن مع المستأجر المسير عن الديون التي يعقدها هذا الأخير بمناسبة استغلال المتجر وذلك لغاية نشر عقد تأجير التسيير وطيلة مدة 06 أشهر من تاريخ النشر (المادة 209 من القانون التجاري).

ووفقا للقواعد العامة، يلتزم المؤجر بواجب الضمان وعدم التعرض للمستأجر (الفقرة 01 من المادة 483 من القانون المدني)، وذلك بالامتناع عن كل ما من شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالمحل التجاري، وبوجه خاص يلتزم بعدم منافسة المستأجر بمزاولة تجارة مماثلة، لأن هذه المنافسة من شأنها إعادة تحويل العملاء من المستأجر إلى المؤجر مرة أخرى، وهو أساس وجوهر المحل التجاري، والقول بخلاف ذلك من شأنه أن يفرغ العقد من محتواه، ويتنافى بشدة مع مبدأ تنفيذ العقود بحسن نية.

ثانيا: الآثار المترتبة عن عقد التسيير الحر بالنسبة للمستأجر.

لما كان عقد التسيير الحر هو من عقود المعاوضة فإن **دفع بدل الايجار** هو التزام أساسي يقع في مواجهة المستأجر المسير. ومع أن المشرع الجزائري أغفل النص على بدل الايجار في الفقرة 01 من المادة 203 من القانون التجاري، إلا أنه استدرك هذا القصور في نص المادة 213 من نفس القانون بقولها: "يجوز أن يكون الثمن المحدد في عقد تأجير التسيير محلا لإعادة النظر فيه كل ثلاث سنوات على غرار مادة الايجارات"، كما نصت المادة 214 من ذات القانون على أنه: "يجب على الطرف الذي يرغب في طلب إعادة النظر أن يبلغ الطرف الآخر بموجب رسالة موصى عليها مع طلب علم الوصول أو بموجب إجراء غير قضائي".

وبقراءة النصوص المتقدمة، جنبا إلى جنب، يتضح بأن نية المشرع الجزائري لم تتجه نحو إسقاط عنصر ثمن الايجار من عقد التسيير الحر، وإنما هو التزام أساسي في العقد، وهذا هو المعيار الحاسم في التمييز بين عقد الايجار وعقد العارية. وللمتعاقدين حرية تحديد قيمته وطبيعته، سواء كان نقديا أم عينيا، وذلك خلافا لعقد بيع المحل التجاري الذي اشترط فيه المشرع أن يكون نقديا..

وبما أن المستأجر يستغل المحل التجاري باسمه ولحسابه الخاص فإنه **يكتسب صفة التاجر** إذا لم تكن له هذه الصفة من قبل، ويخضع لكافة الالتزامات المفروضة على التجار، بما في ذلك مسك الدفاتر التجارية والقيد في السجل التجاري، ويجوز شهر إفلاسه متى توقف عن دفع ديونه التجارية، وهو ما تقضي به الفقرة 02 من المادة 203 من القانون التجاري بقولها: "يكون للمستأجر المسير

صفة التاجر أو الحرفي إذا كان الأمر يتعلق بمؤسسة ذات طابع حرفي وهو يخضع لكل الالتزامات التي تنجم عن ذلك. كما يجب عليه أن يمتثل حسب الأحوال لأحكام هذا القانون المتعلقة بالسجل التجاري".

وخلال مدة العقد يقع على المستأجر المسير **التزام بالمحافظة على المحل التجاري** بجميع عناصره المكونة له، على أن يخضع في ذلك إلى معيار عناية الرجل المعتاد المنصوص عليها في الفقرة 01 من المادة 495 من القانون المدني التي تنص على أنه: "يجب على المستأجر أن يعتني بالعين المؤجرة وأن يحافظ عليها مثلما يبذله الرجل العادي"، فإذا لم يلتزم المستأجر المسير بالتأمين على المحل التجاري أثناء مدة العقد مثلا، فإنه يكون مسؤولا عن المخاطر التي قد تلحق بالعناصر المكونة للمحل التجاري، سواء بهلاكها أو بنقصان قيمتها. ولأن المحل التجاري هو مال منقول معنوي، فإن هلاكه لا يتصور أن يكون ماديا، وإنما يكون بهلاك أو زوال أحد عناصره الجوهرية، كسحب الترخيص من التاجر ومنعه من مزاولة نشاطه التجاري.

كما يجدر التنبيه إلى أن الالتزام بواجب عدم التعرض هو التزام متبادل بين طرفي العقد، وذلك **بامتناع المستأجر عن منافسة المؤجر** بمزاولة تجارة مماثلة أثناء مدة العقد وبعد انتهائه، لأن هذه المنافسة من شأنها إعادة تحويل العملاء من المؤجر إلى المستأجر مرة أخرى، وهو ما يتنافى بشدة مع مبدأ تنفيذ العقود بحسن نية.

وفي الأخير يلتزم المستأجر برد المحل التجاري على الحالة التي تسلمها عليها وقت إبرام العقد (أي العناصر المشمولة بالعقد). فالعقد ناقل للانتفاع وليس الملكية.

ثالثا: الآثار المترتبة عن عقد التسيير الحر بالنسبة للغير.

استغلال المحل التجاري من طرف شخص آخر غير المالك عن طريق التسيير الحر، يجعل الدائنين غير مطمئنين على ضمانهم العام، ما دفع بالتشريع الجزائري إلى تكريس مجموعة من الاجراءات والوسائل القانونية التي تسمح لهم بالمحافظة على حقوقهم، والمتمثلة في فرض إجراءات شكلية لإبرام العقد تحت طائلة البطلان، هدفها إعلام الغير بوضعية المحل، على أنه لا يجوز الاحتجاج في مواجهتهم بهذا البطلان، وهو ما نصت عليه المادة 212 من القانون التجاري بقولها: "... غير أنه لا يجوز للمتعاقدين التمسك بهذا البطلان تجاه الغير".

كما يترتب عن هذا البطلان أيضا، سقوط الحق الذي قد يحصل عليه المتعاقدون من جراء الأحكام المتعلقة بالإيجارات التجارية المحددة للعلاقات التي تقوم بين المؤجرين والمستأجرين، وذلك فيما يتعلق بتجديد إيجارات العقارات أو الأماكن ذات الاستعمال التجاري أو الصناعي (فقرة 02 من نفس المادة).

إضافة إلى حقهم في طلب إسقاط الآجال من المحكمة المختصة إن ثبت لهم أن التسيير الحر سيعرض تحصيل ديونهم إلى الخطر، وذلك في أجل ثلاث أشهر من تاريخ نشر عقد التسيير الحر (المادة 208 من القانون التجاري)، كما لهم حق الرجوع على المؤجر بالتضامن مع المستأجر المسير في حالة إهمال هذا الاخير نشر العقد وإلى غاية مدة ستة أشهر من ذلك (المادة 209 من القانون التجاري)، وتعتبر ديون المستأجر المسير حالة الأداء بقوة القانون بانقضاء عقد التسيير الحر (المادة 211 من القانون التجاري).