المقطع الأول: الإطار النظري للقانون التجاري

لا اختلاف في اعتبار ان القانون التجاري، فرع من فروع القانون الخاص، يقوم بتنظيم فئة معينة من الأشخاص. يقصد بالقانون التجاري مجموعة القواعد القانونية التي تهتم بتنظيم الأعمال التجارية ونشاط التاجر في ممارسة مهنة التجارة، والأعمال التجارية، والمحل التجاري، والتزامات التجارية، وعمليات البنوك والأوراق التجارية، والإفلاس وغيرها من الأمور التي تهمّ العالم التجاري.

لكل علم تاريخ يربط بين ماضيه وحاضره ومستقبله والقواعد القانونية وليدة التطور الذي يطرأ على المجتمعات لذلك لا يمكن اعتبار قواعد القانون التجاري الحالية وجدت فجأة بل نشأتها تعود إلى عصور قديمة أو جدتها حاجات التجارة ثم اخذت تتطور مع الزمن نتيجة لتطور الحاجات. ولهذا من الضروري التطرق ولو بصورة سريعة إلى نشأته وتطوره في مراحل عبر العصور (المبحث الأول) ثم بعد الاحاطة بكيفية نشأة القانون التجاري من الضروري تحديد مفاهيم وأحكام هذا القانون (المبحث الثاني).

المبحث الأول: التطور التاريخي للقانون التجاري ومصادره

بدأت التجارة في حوض البحر الأبيض المتوسط، فكانت الشعوب القانطة في هذه المنطقة من أقدم الشعوب التي مارست التجارة بسبب موقعها الجغرافي[1]. كانت معروفة بالرعي والزراعة حيث فاض الإنتاج عن الإشباع المباشر لحاجاتها فبدأت تقوم بالمبادلات مع الدول والشعوب التي تحيط بها. نجد قدماء المصريين على سبيل المثال قاموا بالتبادل التجاري مع الشعوب المجاورة لها كاليمن والدول المحاطة بها ووصلت تجارتهم من جهة الشمال إلى جزيرة كريت. يتعين معرفة كيف نشأ القانون التجاري وتطور عبر العصور(المطلب الأول) وما هي مصادره خاصة

---

[1] الياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، المؤسسة التجارية، الجزء الأول، الطبعة 2، منشورات بحر المتوسط ومنشورات عويدات، بيروت –باريس، 1985، ص9

بعد ما يتبين من خلال نشأته أن أصله عرفي وانقلب مصدره عبر التطور التاريخي من العرف إلى التشريع (المطلب الثاني)

المطلب الأول: نشأة القانون التجاري

عُرفت التجارة من القدم عن طريق المقايضة، أي تبادل السلع بمقابل سلع. كانت هذه الطريقة أول وسيلة للتداول إلى أن حلت المعادن والنقود محلها كوسيلة للتعامل. تطور هذا المجال مع تطور الحاجات والبيئة الاجتماعية. يمكن تقسيم هذا التطور إلى ثلاث مراحل، مرحلة العصور القديمة (الفرع الأول) مرحلة العصور الوسطى (الفرع الثاني) ومرحلة العصر الحديث (الفرع الثالث)

الفرع الأول: العصور القديمة

تميّز هذا العصر من خلال الحضارات المختلفة:

البابليون: تميّز عصر البابليين بقانون حمورابي الذي كان ملك بابل مدينة بالعراق، والذي حكم بين 1792 قبل الميلاد إلى 1750 قبل الميلاد. اعتبر قانون حمورابي المشهور في عالم القانون أول مجموعة شاملة من النصوص والذي وُضع سنة 1750 قبل الميلاد. كان النشاط التجاري مزدهرا في بلاد الرافدين إذ عرف شعب بابل عمليات البنوك، والرهن الحيازي، وعقود الخدمات والوديعة والشركة، والوكالة، والسمسرة[2].

الفنقيون: عُرّفوا الفنقيين بأنهم رجال البحر حيث انصب اهتمامهم الكبير في التجارة البحرية نظرا لموقعهم الجغرافي الذي يطل معظمها على البحر. يرجع للفنقيين الفضل في ابتداع بعض أنظمة قانون التجارة البحرية[3]. أخذ الفنقيون التجارة عن البابليين وقاموا بوضع تنظيمٍ قانونيٍّ

---

[2] مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، أصول القانون التجاري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013، ص 26

[3] علي البارودي، القانون التجاري، منشأة المعارف الإسكندرية، 1986، ص19.

مفصّلٍ لبعض مسائل التجارة البحرية، وابتدعوا نظام الخسارة المشتركة والذي عرف لديهم بـ "قانون الإلقاء في البحر"[4].

اليونانيون: انتقلت التجارة إليهم عن طريق الرحلات البحرية التي قام بها الفنقيون إلى الموانئ الأوروبية التي تقع على البحر الأبيض المتوسط. سيطر اليونانيون، في ظل تطور التجارة البحرية التي انتشرت في البحر الأبيض المتوسط، على التجارة البحرية. وأبرز نشاط لهم عملية القرض الجزافي[5] أو نظام قرض المخاطر الجسيمة[6] الذي يقوم على فكرة مؤداها أن يقرض شخص مالك السفينة مبلغا من المال لتجهيز السفينة أو شراء البضاعة، فإذا وصلت السفينة إلى الميناء المقصود، للمقرض استيفاء مبلغ القرض مع فائدة مرتفعة. أما في حالة هلاك السفينة، فيخسر المقرض المبلغ المقرض متحملا مخاطر الملاحة. يعتبر هذا النظام هو أصل نظام التأمين الحديث[7]. انتشرت هذه الحضارة إلى مصر واتسعت فيها العمليات التجارية.

الرومانيون: كانت الزراعة عند الرومان المصدر الأول للرزق وقدسوها وتركوا التجارة للعبيد والأجانب على أساس أنها من الأعمال الدنيا يترفّع عنها الرومان الأصلاء. لكن نتيجة للتوسع وغزو الشعوب المجاورة واحتكاكها بالحضارات المختلفة، ظهرت الحاجة الملحّة للإتّجار مع الأجانب والإضطرار إلى وضع أنظمة قانونية جديدة تحكم هذا النوع من العلاقات الجديدة، مما أدى ذلك إلى خلق ما يسمى بـ "قانون الشعوب" Le Jus Jentium الذي يختلف عن النظام القانوني الذي كان يحكم علاقات الرومان فيما بينهم والمتمثّل في القانون المدني Le Jus Civile[8] . كان هذا القانون يتميّز بشكلية خاصة ومعقّدة مقارنة بقانون الشعوب الذي كان يتميّز بالمرونة وخلوه من الشكلية المعقّدة، ومع ذلك لم يمكن أن نصفه بالقانون التجاري بالمعنى

---

[4] عبد القادر البقيرات، مبادئ القانون التجاري، الطبعة 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011، ص 8

[5] نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري، الطبعة 10، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008، ص27

[6] عمار عمورة، شرح قانون التجاري، دار المعرفة، الجزائر، 2010، ص 20

[7] أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1981، ص24، ص25

[8] نادية فضيل، المرجع السابق، ص28

الصحيح للمفهوم إلا أنه عرف نظام البنوك، نظام المحاسبة، مسك الدفاتر، عقد القرض البحري. كما عرف فكرة الإفلاس والتسوية القضائية[9]. عرف كذلك وسيلة الإكراه البدني لحمل المدين على الوفاء بدينه.

ما يمكن قوله إن العصور القديمة عرفت قواعد تجارية مستقلّة عن بعضها البعض لكن لم تدرجها في قانون شامل، فكانت على شكل أعراف، لكنها ساهمت في وضع أصول القانون التجاري.

الفرع الثاني: العصور الوسطى

تقلّصت حركة التجارة الداخلية والدولية إثر سقوط الإمبراطورية الرومانية بفعل الغزوات (البربر في القرن الخامس الميلادي) وضعفت السلطات المحلية بتأمين الطرق التجارية. لكن عند قيام الحروب الصليبية التي أدّت إلى فتح التجارة بين الشرق والغرب، إنتعشت الحركة التجارية. حيثَ لم يكن الصليبين يحاربون فقط بل كانوا تجارا أيضا. زادت الحروب الصليبية من نفوذ طائفة التجار، حيث كانوا يقومون بتمويل الجيوش بالسلاح مما جعلهم يسيطرون على السلطة السياسية.

عرفت المدن الإيطالية بحكم موقعها الاستراتيجي المطل على البحر الأبيض المتوسط وتعاملها مع العرب في القرن السابع (7) والقرن (8) الميلاديين ازدهارا كبيرا. ما يجب ذكره أنه برز شأن العرب في تطوير التجارة بدليل وجود مصطلحات لاتينية ذات أصل عربي[10] كمخزن (magasin) شيك (chèque) وغيرها. كما ابتدع العرب عدة قواعد تجارية مثل: شركات الأشخاص، نظام الإفلاس، التعامل بالسفتجة، مبدأ الرضائية في العقود، حرية الإثبات في المواد التجارية. وصلت قوافل العرب إلى الصين والهند وروسيا وشمال غرب أوروبا.

---

[9] عرف القانون الروماني بعض الأنظمة التجارية والبحرية حيث نقلت مجموعة "جستنيان" بعض القواعد التجارية والبحرية عن الإغريق والفنقيين

[10] نادية فضيل، المرجع السابق، ص 31

عرفت مدن إيطاليا، كمدينة جنواء، فلورنسا، البندقية إزهارا بفضل ما جاء به العرب، كما وجدت أسواق عالمية لتبادل التجارة. وظهر ما يسمى Lex mercatoria[11]. أما باقي أوروبا التي كانت الكنيسة مهيمنة على كل شروط الحياة الاجتماعية والاقتصادية وحتى السياسية فكانت لها دور غير مباشر في تطوير القانون التجاري.

ظهر في القرن الحادي عشر (11) عدة مدن وموانئ بحرية التي أصبحت فيما بعد مركزا مهما للنشاط التجاري[12].

تميّزت العصور الأوسطى بظهور ملامح القانون التجاري بمعناه المعروف اليوم حيث وُضعت القواعد التجارية، وسيطرت طبقة التجار على الأمور التجارية وحتى غير التجارية بفضل ثرواتها الكبرى، وفرضت سلطتها واستلمت الحكم وسنّت القوانين والأنظمة. كانت كل طائفة من التجار تنتخب رئيسا لها يُدّعى "القنصل" الذي كان يتولى مسألة الفصل في المنازعات التي كانت تقع بين التجار. هكذا أنشأ تجار المدن الإيطالية قضاء تجاريا مستقلا عن القضاء العادي الذي يلجأ إليه كافة الناس، كما أصبحوا يكوّنون فئة متميّزة عن فئة الشعب[13]، وكانوا يعتمدون في قضائهم على العرف والعادات التجارية[14]

الفرع الثالث: العصر الحديث

تميّز العصر الحديث باكتشاف القارة الأمريكيّة وتدفّق المعادن الثّمينة، كالذّهب والفضّة، وكثرة التعامل بها. اتسعت العمليات المصرفيّة وانتشرت المصارف وإقبال الدول على الاقتراض لتمويل العمليات التجارية. ولهذا الغرض تكوّنت شركات تجارية ضخمة بهدف الاستثمار. كما

---

[11] Lex mercatoria : « Terme utilisé pour parler de l'ensemble des règles qui sont utilisées pour encadrer les relations commerciales ». « C'est un corps de règle d'origines et contenus différents créées par la communauté marchande pour répondre aux besoins du commerce international ». https:// cours-de-droit.net, La Lex mercatoria, source du commerce international, 27 septembre 2019

[12] نسرين شريفي، الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري، دار بلقيس ، الجزائر، 2017 ص5

[13] أحمد محرز، المرجع السابق، ص 25 ونادية فضيل، المرجع السابق، ص 33

[14] نسرين شريفي، المرجع السابق، ص5

عرفت تدخل الدولة لتنظيم الدخل القومي والاقتصاد الوطني بدلا من ترك هذه الأمور للتجار. فبدأت تظهر التشريعات الوطنية في المجال التجاري[15]. في فرنسا مثلا: تم تدعيم قانون التجارة على يد الوزير البورجوازي "كولبير" الذي أقام تعديلا تشريعيا شاملا وصدر لائحة يمكن اعتبارها أول تقنين تجاري بأمر الملك لويس عسر في مارس 1673 تتعلق بتنظيم التجارة البرية وفي أوت 1681 صدر قانون التجارة البحرية ورسّخ مبدأ حرية التجارة والصناعة وذلك بقانون 1791.

بدأ التفكير بتقنين قانون تجاري يعتمد على فلسفة جديدة تقوم على نزع الصبغة الطبقية لهذا القانون وجعله موضوعيا يهتم بالأعمال التجارية دون الاهتمام بصفة القائم بها. فصدر القانون التجاري الفرنسي بتاريخ 15 سبتمبر 1815 الذي عدله المشرع الفرنسي في 1966. اقتبست العديد من الدول في تشريعاتها من القانون الفرنسي ومنها الدول العربية كالجزائر، مصر، لبنان، وغيرها[16].

يرجع أول تقنين للقانون التجاري الفرنسي إلى عهد لويس الرابع عشر (14) ، هذا الأخير أصدر أمرا ملكيا بعد اقتراح من الوزير كولبير Colbert من أجل القضاء على الفوضى القانونية بسبب تعدد الأعراف والعادات في المدن بين مختلف المقاطعات الفرنسية[17]. تم تشكيل لجنة مكونة من خبراء أبرزهم Jacques Savary الذي يعدّ من أحد مشايخ التجار. قامت هذه اللجنة بالتحقيق عن الأعراف على نطاق واسع بين طوائف التجار المختلفة ووضعت، في نهاية عملها، أول تقنين للتجارة البرية وذلك في سنة 1673 والذي سمي بـ "تقنين سافاري". ما يميّز هذا القانون أنه كان طائفي ومنح للتجار امتيازين، الأول قانوني حيث جعل الأعمال التجارية التي يقوم بها التجار أثناء ممارسة نشاطهم، لا تخضع لقواعد الشريعة العامة. أما الامتياز الثاني فيتمثل في إسناد الإختصاص للفصل في المنازعات التي قد تقع بين طائفة التجار بسبب مباشرتهم

---

15 نسرين شريفي، المرجع السابق، ص 6

16 عبد العزيز العكيلي، القانون التجاري، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996، ص29

17 نادية فضيل، المرجع السابق، ص 37

للتاجرة إلى المحاكم القنصلية. وتم تحديد اختصاص هذه المحاكم بصفة رسمية لأول مرة بمرسوم أصدره شارل التاسع عشر سنة 1560[18].

بعد اندلاع الثورة الفرنسية سنة 1789، وانهيار النظام الملكي ليأخذ مكانه النظام الجمهوري، والتي قامت على مبادئ الحرية، المساواة، الأخوة، عمّت التجارة على الكافة وفقدت صيغتها الطائفية وكل الامتيازات التي كانوا يتمتعون بها. وصدر قانون 17 مارس 1791 الذي تضمن حرية التجارة يمنح الحق لكل مواطن فرنسي مزاولة التجارة بدون قيد باستثناء دفع ضريبة للدولة. كما ظهر قانون باسم "تشريع شابوليي"Chapelier الصادر في 14 جوان 1791 [19].

لكن مبادئ الثورة الفرنسية أظهرت في الواقع ما يخالفها مما أدى في سنة 1801 بنابليون إصدار أمر، إثر وقوع أزمة اقتصادية خطيرة نتيجة تداول كميات كبيرة من الأوراق التجارية دون وجود مقابل للوفاء الجدي مما هدد البنك الفرنسي بالإفلاس إلى جانب التلاعبات التي وقعت بين موردي عتاد الجيش الامبراطوري، بالإسراع في وضع تقنين جديد للتجارة. تم تشكيل لجنة التي اعتمدت على تقنين سافاري الذي كانت تسوده النزعة الطائفية ونقلت منه معظم أحكامه، منها نظام المحاكم التجارية ولكن في نفس الوقت ابتعدت هذه اللجنة عن الطبقية التي حاربتها الثورة الفرنسية حيث جعلت شرط ممارسة الأعمال التجارية على سبيل الاحتراف لاكتساب القائم بها الصفة التجارية وأصدرت هذه اللجنة القانون التجاري[20].

---

[18] نادية فضيل، المرجع السابق، ص 38 ومحمد فريد العريني، القانون التجاري، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، 1977، ص5

[19] Isaac Le Chapelier, suppression des corps professionnels et privilèges. Art 7 : « la liberté accordée par les lois constitutionnelles au travail et à l'industrie ». Art 1 et 4 de cette loi indique l'interdiction « des corporations des citoyens du même état ou profession « est considérée comme règle constitutionnelle. L'art 2 de cette loi cite : « Les citoyens d'un même état ou profession, les entrepreneurs, ceux qui ont boutique ouverte, les ouvriers et compagnons d'un art quelconque ne pourront, lorsqu'ils se trouveront ensemble, se nommer ni président, ni secrétaire, ni syndics, tenir des registre, prendre des arrêtés ou délibérations, former des règlements sur leurs prétendus intérêts communs ». voir https://institution professionnelles.fr

[20] صدر القانون التجاري الفرنسي بتاريخ 15 سبتمبر 1807 وبدأ العمل به من جانفي 1808 يتضمن 648 مادة

في الأخير يمكن القول ان نهاية القرن التاسع عشر (19) وبداية القرن العشرون (20) تميّزت هذه المدة الزمنية بظهور قواعد قانونية تنظم الحياة التجارية، ومع اختلاف الأيديولوجيات السياسية والاقتصادية أصبح تدخل الدولة بارزا في هذا المجال. أما بداية القرن الواحد والعشرون فأصبحت أغلب قواعد القانون التجاري آمرة بظهور النظام العام الاقتصادي التوجيهي[21]. كما ان توسع المعاملات التجارية وانفجار التطور التكنولوجي الهائل أدى إلى مراجعة الكثير من النصوص القانونية خاصة بعد ظهور ما يسمى بالتجارة الالكترونية.

- **تطور القانون التجاري في الجزائر**

يمكن تقسيم تطور القانون التجاري الجزائري إلى مرحلتين ، مرحلة الاستعمار الفرنسي ومرحلة ما بعد الاستقلال. ففي مرحلة الاستعمار الفرنسي كانت تعتبر الجزائر مقاطعة من مقطعات فرنسا يطبق القانون الفرنسي –أي مجموع النظم والتشريعات الفرنسية. أما ما بعد الاستقلال فهي تشكل مرحلة صدور مجموعة كاملة من التشريعات أهمها الأمر 59/75 المؤرخ في 1975/09/26 والمتضمن القانون التجاري الجزائري يشمل خمسة(5) كتب:

يتناول الكتاب الأول: التجارة عموما، الكتاب الثاني: المحل التجاري، الكتاب الثالث: الإفلاس والتسوية القضائية ورد الاعتبار، والتفليس وما عداه من جرائم الإفلاس، الكتاب الرابع: السندات التجارية، الكتاب الخامس: الشركات التجارية.

Tulard (Marie-José), Le code de commerce, Le dictionnaire Napoléon (sous la direction de Jean Tulard), éditions Fayard, 1987

[21] يتميز النظام العام من حيث أنه حقيقة نسبية يغبر في الزمان والمكان، وذلك لأن مضمونه يستند إلى النظرة العامة الوجود السائد في المجتمع في وقت ما. يمكن تصنيف النظام العام من حيث مجاله إلى نظام عام سياسي، ونظام عام اقتصادي الذي يتفرع من حيث وظيفته إلى نظام عام اقتصادي توجيهي ونظام هام اقتصادي حمائي الذي يسمى أيضا بالنظام العام الاجتماعي الذي يسعى إلى حماية الطرف الضعيف. أنظر تفصيلا في ذلك علي فلالي، مقدمة في القانون، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص 146-147 وما يليها

يتعلق النظام العام الاقتصادي بالمسائل المتعلقة بالاقتصاد الوطني إذ أصبحت الدولة تضع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها الاقتصاد الوطني ومن أهم المبادئ الذي يقوم عليها اقتصاد السوق هو حرية التجارة والصناعة، حرية المنافسة، منع الاحتكار، حماية حرية الأسعار، إنشاء فكرة جديدة استجابة لاقتصاد المعرفة والتي تتمثل في المؤسسات الناشئة وحاضنات المشارع...إلخ

عرفت الجزائر تغيرات جذرية من حيث نظامها الاقتصادي والسياسي والاجتماعي وعليه مرت على هذه تعديلات منها، تعديل 1990، 1993، 1996، 1997، 2005، 2015[22] وبعد التطور العلمي والتكنولوجي ودخول الجزائر في مرحلة اقتصاد المعرفة وظهور المؤسسات الناشئة وحاضنات المشاريع اضطر المشرع مواكبة هذا التطور أن يصدر قانون رقم 22-09 مؤرخ 5 مايو سنة 2022[23].

المطلب الثاني: مصادر القانون التجاري

-نعني بمصادر القانون في هذا الموضوع، المصادر الشكلية أي الرسميّة (الفرع الأول) دون المصادر المادية أو الموضوعية التي تنشأ منها القاعدة القانونية أي جوهر القاعدة القانونية. والمصادر الشكلية منها الرسميّة ومنها التفسيرية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المصادر الرسميّة

ذكر المشرع المصادر الرسمية صراحة في القانون المدني (المادة الأولى منه) التي يمكن تقسيمها إلى مصادر رسمية أصلية يرجع إليها القاضي أولا لحل النزاع الذي أمامه. ومصادر رسمية احتياطية يرجع إليها القاضي في حالة عدم وجود الحكم لحل النزاع في المصدر الأصلي لأن القاضي لا يمكنه الامتناع عن الفصل في النزاع المطروح عليه مدعيا عدم وجود نص تشريعي تحت طائلة العقاب[24]، فله أن يستنجد بالمصادر الاحتياطية الأخرى ليتمكن من الفصل في النزاع.

تنقسم المصادر الرسمية إلى مصدر رسمي أصلي (أولا) والمصادر الرسمية الاحتياطية (ثانيا)

---

[22] قانون رقم 15-20 مؤرخ في 18 ربيع الأول عام 1437 الموافق 30 ديسمبر 2015 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-59 والمتضمن القانون التجاري، ج ر عدد 71 مؤرخ في 18 ربيع الأول عام 1437 الموافق 30 سبتمبر سنة 2015

[23] قانون رقم 22-09 مؤرخ في 4 شوال 1443 الموافق 5 مايو سنة 2022، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-59المؤرخ في 20 رمضان سنة 1975 والمتضمن القانون التجاري، ج ر عدد 32 الصادر في 13 شوال 1443 الموافق 14 مايو 2022

[24] علي فيلالي، المقدمة في القانون، المرجع السابق، ص 241

أولا-التشريع: مصدر رسمي أصلي

تنص المادة الأولى مكرر تجاري: "يسري القانون التجاري على العلاقات بين التجار، وفي حالة عدم وجود نصّ فيه يطبق القانون المدني وأعراف المهنة عند الاقتضاء".

يُقصد بالمصادر الرسمية هنا مجموعة أحكام القانون التجاري الذي يرجع إليها القاضي أولا للفصل في جميع المنازعات المطروحة عليه في المسائل التجارية. وإذا لم يجد القاضي الحل في القانون التجاري يرجع إلى القانون المدني باعتباره الشريعة العامة وأعراف المهنة كما، يرجع أيضا إلى تقنينات الأخرى كتقنين السجل التجاري، وبراءات الاختراع، والعلامات التجارية...إلخ.

أصبح التشريع المصدر الرسمي الأول بسبب تطوّر المجتمعات في شتّى المجالات الذي في حاجة إلى تنظيم مكثّف وسريع نظرا لتشعّب العلاقات وتعقيدها، فتراجع دور العرف الذي كان يحتل المرتبة الأولى وإن كان القانون التجاري مصدره عرفي لأن قواعده تتلاءم مع طبيعة المعاملات التجارية.

للتشريع عدة تعاريف لكن يمكن القول انه مجموعة قواعد قانونية تصدر عن سلطة عامة مختصة في صورة مكتوبة تنظم علاقات الأفراد في المجتمع.

ملاحظة: تعتبر الاتفاقيات الدولية التي تنظم التجارة الدولية وصادقت عليها الجزائر من المصادر الرسمية، كاتفاقية بروكسل لسنة 1924 والمتعلقة بالنقل البحري الدولي واتفاقية فارسوفيا لسنة 1929 المتعلقة بالنقل الجوي، واتفاقية النقل الدولي للبضائع بالسكك الحديدية لسنة 1980 حيث أدخلت هذه الاتفاقيات في القانون الداخلي. الغرض من هذه الاتفاقيات هو توحيد النصوص القانونية التي تحكم التجارة الدولية وبالتالي القضاء على مشكلة تنازع القوانين من حيث المكان.

فإلى جانب التشريع يوجد المصادر الدولية للقانون التجاري حيث يشمل التشريع التجاري الجزائري نصوص المعاهدات الدولية في مجال التجارة والمصادق عليها من قبل السلطات

فتصبح بالتالي جزء من التشريع الداخلي[25] إلى جانب موافقتها لاتفاقيات دولية قصد دخولها للمنظمة العالمية للتجارة[26].

ثانيا: المصادر الرسمية الاحتياطية

يُقصد بالمصادر الاحتياطية المصادر التي يرجع إليها القاضي عند عدم وجود نص في القانون التجاري فيرجع إلى القانون المدني (أ) والأعراف المهنية (ب) وهذا بصريح عبارة المادة الأولى مكرر تجاري ".... وفي حالة عدم وجود نص فيه" (أي في القانون التجاري) "يطبق القاضي القانون المدني (باعتباره الشريعة العامة) وأعراف المهنة...".

أ-القانون المدني

يعتبر القانون التجاري هو الأصل، ولا يرجع القاضي لأحكام القانون المدني إلا إذا لم يجد نصا في القانون التجاري. أما إذا كان النص في القانون التجاري يتعارض مع النص في القانون المدني ففي هذه الحالة يلتزم القاضي بالنص في القانون التجاري تنفيذا للقاعدة "الخاص يقيّد العام" إلا إذا كان النص اللاّحق في القانون المدني ينص صراحة بإلغاء النص في القانون التجاري في هذه الحالة يطبق القاضي النص اللاحق في القانون المدني.

ب- أعراف المهنة

---

[25] عمار عمورة، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة، 2009، ص 20

[26] OMC : organisation mondiale du commerce qui s'occupe des règles régissant le commerce international entre les pays. Elle date depuis 1 janvier 1995, son siège social, Genève, Suisse

فهي منظمة الوحيدة المختصة بالقوانين الدولية المعنية بالتجارة ما بين الدول مهمتها الأساسية ضمان انسياب التجارة البحرية بين دول الأعضاء. غير ان مهام المنظمة تأزم إثر الحرب التجارية في ظل إدارة الرئيس الأمريكي السابق دونالد ترامب. https://p.dw.com/P1FAnk -منظمة التجارة العالمية-تم النشر في 2021/05/07

و كذلك: t-18392780/ منظمة-التجارة-العالمية /dw.com/ar

قدمت الجزائر، بعد حضورها سنة 1987، رسميا بصفتها ملاحظ في يونيو 1996 مذكرة للمنظمة العالمية للتجارة حول نظام تجارتها الخارجية وهو ما يشكل الخطوة الأولى في إجراءات الانضمام للمنظمة. عبيدة سليمة، مسار انضمام الجزائر إلى المنظمة العالمية للتجارة، مجلد الاقتصاد الجديد، العدد 08، الصادر بتاريخ 06/23/ 2013 (ص323-340) article en ligne : asjp.cerist.dz/en/article/56003

تحتل الأعراف والعادات المهنية مكانة مهمة في العلاقات التجارية. يُعرف العرف التجاري على انه اعتياد التجار على اتباع سلوك معيّن وشعورهم بإلزامية هذا السلوك. فيتكون العرف على مرحلتين حيث يبدأ عادة وبعد شعور الناس بإلزاميته ينقلب إلى قاعدة قانونية عرفية. فالعادة تنقلب عرفا متى اشتملت على عنصر الالزام الذي يميّز العرف عن العادة.

مثال للعرف التجاري: افتراض التضامن بين المدينين بدين تجاري إذا تعددوا وهذا على خلاف القانون المدني التي تقضي أن التضامن لا يُفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون.

يتم إثبات العرف بكافة وسائل الإثبات، يمكن للقاضي التحري عنه أو تكليف الأطراف بذلك، وقد يستعين بغرفة التجارة لأنها هي المكلفة بجمع الأعراف ضمن كل مهنة تجارية.

لا يقدم العرف على النص التجاري الآمر وإنما يمكن تقديمه أمام قاعدة مكملة أو تفسيرية.

السؤال يثار حول أمكانية تقديم العرف التجاري على النص المدني الآمر؟ coutume contra legem

-اختلف الفقه في هذه المسألة، حيث من يرجّح النص المدني الآمر على العرف التجاري لأنه يتعلق بالنظام العام، وهناك من يرجّح تقديم العرف التجاري على النص المدني الآمر لأن قواعد القانون التجاري قواعد خاصة وأن القانون المدني لا يطبق إلا عند غياب حكم خاص في القانون التجاري، وأن الأمر لا يعدوا أن يكون تحديد لنطاق تطبيق كل من القانون التجاري والقانون المدني.

-أما المشرع الجزائري فإنه لم يرتب مصادر القانون حيث عند قراءة المادة الأولى مكرر تجاري نجد انه جعل القانون المدني وعرف المهنة في نفس المرتبة يرجع إليه القاضي عند غياب النص في القانون التجاري، كما أنه عند الرجوع إلى نص المادة 419 مدني في الفصل الخاص

بالشركات التجارية نجد أن نية المشرع اتجهت إلى تغليب العرف التجاري على النص المدني وإن كان آمرا عند غياب نص تشريعي تجاري كما أن النص جاء عاما ومطلقا.

-لازال عدد من العمليات التجارية الهامة يحكمها العرف التجاري كالبيوع البحرية، الشيكات، الحسابات الجارية، الاعتمادات المستندية[27].

الفرع الثاني: المصادر التفسيرية

يقصد بالمصادر التفسيرية باتفاق الفقه، القضاء (أ) والفقه (ب)، وللقاضي السلطة التقديرية ، إن شاء رجع إليها. فهي عبارة عن مصادر اختيارية يستأنس بها القاضي لإيجاد الحلول لحل النزاع المعروضة أمامه للفصل فيه. يرجع إليها القاضي عادة لتفسيره للقواعد القانونية الغامضة أو المبهمة أو الناقصة

أ-القضاء

يتضمن هذا المفهوم عدة دلالات، فقد يراد به تفسير أو تأويل القاضي لقاعدة قانونية معينة أو مجموع

المبادئ القانونية المستخلصة من استقرار أحكام القضاء على العمل بها واتباعها في مسائل معينة[28]،

ويطلق عليها اسم الاجتهاد القضائي.

كان القضاء مصدرا رسميا للقانون قديما لا سيما في القانون الروماني، والشريعة الإسلامية[29]. أما في العصر الحديث يجب أن نميّز بين النظام القانوني الأنجلوسكسوني anglo-saxon [30]

---

[27] نادية فضيل، المرجع السابق، ص 49

[28] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 268

[29] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 269

[30] قوانين مطبّقة في بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية، الهند، استراليا، جنوب إفريقيا.

والنظام القانوني اللاتيني الجرماني "latino-germano " [31]. إن البلدان التي خذت بالنظام الأنجلوسكسوني، الذي هو قانون غير مكتوب تعتّد بقاعدة السابقة القضائية-فيكون عندئذ-القضاء مصدرا رسميا للقانون، بينما يكون التشريع مصدرا استثنائيا. أما القوانين اللاتينية الجرمانية فهي قوانين مكتوبة يتم وضعها من قبل السلطة التشريعية، وتتولى السلطة القضائية مهمة الفصل في النزاعات طبقا لهذا القوانين[32].

يلعب القضاء دورا مهما في الحياة التجارية كمصدر للقانون حيث ابتدع نظرية المنافسة غير المشروعة ونظرية الشركة الفعلية ونظرية الإفلاس. ويمكن بالتالي تعريف الاجتهاد القضائي بمجموعة المبادئ القانونية التي تُستخلص من استقرار أحكام المحاكم على اتباعها والحكم بها.

ب-الفقه

-يقصد به مجموع ما استنبط الفقهاء من أحكام قانونية، أي مجموعة الآراء القانونية الصادرة من علماء

القانون، أي الفقهاء عند شرحهم للقواعد القانونية[33]. فالفقه هو المظهر العلمي للقانون على عكس القضاء الذي هو مظهره العملي[34].

لقد ساعد الفقه كثيرا على تطوير القانون التجاري. حيث يتولى عملية تقييم القوانين بعد صدورها وذلك من خلال المحاضرات والدروس التي تُلقى على الطلبة، أو من خلال البحوث العلمية بمختلف أشكالها. تكون عملية التقييم شاملة (نقصد شمولية النص)، فتطور القاعدة القانونية عن طريق نقد الحلول القانونية والقضائية وإبراز المزايا التي تتميّز به، وإظهار النقائص والعيوب.

وأخيرا، يعتبر الفقه مرجعا يستند إليه القاضي عند احتياجه لتفسير أو شرح قاعدة قانونية.

---

[31] وهي دول أوروبا الغربية منها فرنسا، ألمانيا، إيطاليا، كذلك معظم الدول العربية حيث اتخذت معظم البلدان العربية بالقوانين اللاتينية والمتمثلة أساسا في القانون الفرنسي.

[32] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 277

[33] محمد حسين منصور، نظرية القانون، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2002، ص384

[34] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص384 وعلي فيلالي، المرجع السابق، ص 280

المبحث الثاني: مفهوم ونطاق القانون التجاري

نظرا لطبيعة المعاملات التجارية والقواعد التي تنظّمها، اختلف الفقه في إعطاء تعريف جامع مانع للقانون التجاري لما يتميز به من خصائص (المطلب الأول) أدى ذلك إلى صعوبة موضوعه أي مجال تطبيقه[35] حيث ظهرت عدة معايير من شأنها ايجاد المعيار الفاصل لتمييزه نظرا لما له من أهمية في رسم حدود القانون التجاري (المطلب الثاني).

المطلب الأول: خصائص ونطاق القانون التجاري

دون الخوض في التعريفات الفقهية التي تناولت الموضوع من زوايا مختلفة بحسب المعيار التي تستند عليه يمكن القول إن أكثر التعريفات تعبيرا عن واقع القانون التجاري هو أنه فرع من فروع القانون الخاص يحتوي على مجموعة من القواعد التي تنظم فئة من الأعمال التجارية وتحكم طائفة من الأشخاص وهم التجار أثناء ممارستهم نشاطهم التجاري. ومن هنا يتبين جليا أن القانون التجاري ينحصر في مجال خاص وهو مجال التجارة بما يشمله من أعمال أو من أشخاص يمارسون الأعمال التجارية.[36]

يتميّز القانون التجاري عن غيره من القوانين بكونه يتصف ببعض الخصائص التي تنسجم مع متطلبات التجارة والضرورات العملية والقانونية التي ترافقها (الفرع الأول). ظهرت نظريات فقهية واختلاف فقهي للإجابة عن إشكالية تحديد نطاق القانون التجاري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: خصائص القانون التجاري

---

[35] سميحة القليوبي، القانون التجاري والشركات، الطبعة الأولى، مكتبة القاهرة الحديثة، 1972، ص18

[36] إن عملية تقنين القانون التجاري بالمعنى المعروف الآن لم يتم إلا في عهد نابليون، حيث أصدره بتاريخ 15 سبتمبر 1807 يحتوي على 648 مادة يتضمن أربعة أقسام، القسم الأول يتناول موضوع التجارة، القسم الثاني يتناول القانون البحري، القسم الثالث حول موضوع التجارة، أما القسم الرابع يتناول النظام القضائي التجاري.

ان التطور الذي عرفه القانون التجاري بيّن وبشكل واضح على أنه قانون ذاتي مرتبط بما تتميّز به الأعمال التجارية من خصائص تقوم على عنصري السرعة والائتمان.

فالقانون التجاري يتميّز بالسرعة والسهولة في الإجراءات من جهة (أولا) وبالائتمان والثقة من جهة أخرى (ثانيا) كما أن قوام التجارة التطور (ثالثا).

أولا: السرعة في المعاملات

يتميّز القانون التجاري بالسرعة في المعاملات والسهولة في الإجراءات وهذا على خلاف قواعد القانون المدني التي من طبيعتها تتطلب وقتا طويلا وإجراءات صارمة قبل إبرام العقد. فالعقود في البيئة التجارية يقوم بها الفرد في فترات متقاربة وغالبا ما يكون موضوعها منقولات معرّضة لتقلبات الأسعار أو قابلة للتلف. كما أنه من المعلوم في عالم التجارة ان رأس المال ينتج أرباحا كلما تحرك بسرعة لهذا السبب يلعب عامل الوقت دورا أساسيا عند التاجر[37]، فمن الضروري التسهيل له في القيام بتصرفاته وإبرام عقوده وتبسيط طرق الإثبات عند قيام منازعات أمام القضاء.

ثانيا: الائتمان والثقة

يحتاج التاجر أثناء ممارسته لنشاطه التجاري لعنصرين هامين وهما دعم الثّقة وتعزيز الائتمان. أقرّ المشرع الجزائري كسائر التشريعات الأخرى وسائل لتدعيم هذين العنصرين. في حقيقة الأمر يهدف الائتمان حماية المدين ليسمح له أجلا للوفاء. يلجأ التاجر عادة للائتمان لحماية البضاعة التي يشتريها دون أن يتمكّن من بيعها في الحال. لكن يمكن له عندما يمنع الطرف الآخر منحه هذا الأجل أن يلجأ إلى البنوك للاقتراض [38].

---

[37] الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 19

[38] عمار عمورة، الوجيز في شرح القانون التجارية الجزائري، دار المعرفة ، الجزائر، 2009، ص 16

يأخذ الائتمان عدة صور كافتراض التضامن بين الدائنين لتنظيم الإفلاس بدقة ولحمايتهم من تصرفات المدين، وإقامة العدالة والمساواة فيما بينهم. يحتاج التاجر إلى الائتمان ليضاعف من نشاطه وإنتاجه، فالائتمان التجاري هو ائتمان الإنتاج ومضاعفة الثروات[39]. فبما أن التاجر يقترض للإنتاج فهذا سيسمح له مضاعفة نشاطه ويزيد في ثرواته فتهيئ له بالمقابل الوسائل للوفاء بديونه.

ثالثا: التطور قوام التجارة

يرتبط القانون التجاري ارتباطا وثيقا بالعوامل السياسية والاقتصادية والاجتماعية ويتطور بتطور الاتصال على خلاف القانون المدني الذي يتميّز بالجمود والاستقرار. وعند دراسة نشأة القانون التجاري نجده أن له نشأة دولية وليست محلية كما هو عليه القانون المدني. كانت تطبق أحكامه على كل دول الجوار المطلة على البحر الأبيض المتوسط في مجال التجارة البحرية قبل اتساع نطاق القانون التجاري.

من ميزة القانون التجاري أنه سريع التطور، فالحياة التجارية في حركية دائمة لا تعرف الركود أبدا وإلا انهارت كلها مما يؤدي إلى تخلق أزمة تؤثّر بصفة مباشرة على الحياة الاجتماعية والسياسة والاقتصادية.

الفرع الثاني: نطاق القانون التجاري

يعتبر القانون التجاري فرع من فروع القانون الخاص، يشمل مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم فئة من الأعمال وهي الأعمال التجارية وتحكم فئة من الأشخاص وهم التجار أثناء ممارسة تجارتهم.

يثير نطاق ومجال القانون التجاري سؤالا محوريا وهو: هل القانون التجاري قانون التجار، أم هو قانون يحكم الأعمال التجارية؟ أدّى هذا النقاش المحتدم إلى ظهور نظريتين شهيرتين، وهي:

---

[39] عمار عمورة، المرجع السابق، ص 17

النظرية الشخصية أو كما يطلق عنها عند البعض بالنظرية الذاتية[40] (أولا) والنظرية الموضوعية أو كما يسميها البعض النظرية الوضعية[41](ثانيا).

أولا: النظرية الشخصية

مفاد هذه النظرية أن العبرة في الشخص الذي يقوم بالأعمال التجارية لتحديد مجال القانون التجاري، فتجعل من الشخص الذي يمارس التجارة أساسا لتطبيق أحكام القانون التجاري. أي أنه يُحدّد نطاق القانون التجاري بالشخص القائم بالعمل التجاري أي التاجر بغض النظر عن طبيعة العمل الذي يقوم به، فكل شخص يمارس الأعمال التجارية يخضع لأحكام القانون التجاري أما غيره فإنه يخضع لأحكام القانون المدني.

تستند هذه النظرية إلى النشأة الطائفية للقانون التجاري الذي نشأ لطائفة التجار فقط دون غيرهم[42]. حيث ترجع نشأة القانون التجاري أساسا إلى العادات والقواعد والنظم التي ابتدعها وطبقها أصحاب الحرفة التجارية. وهذا ما جعل القانون التجاري قانونا مهنيا.

- ✓ **حجج النظرية الشخصية**

- الحجة الأولى وهي الأساسية في أنه لا يمنع مبدأ المساواة أمام القانون من وجود قوانين ذات طابع مهني طالما أن الانضمام لهذه المهنة يحكمه مبدأ الحرية.
- أما حجتهم الثانية فهي تاريخية وقانونية. فغالبية الأحكام التي قرّرها التقنين الجديد تبررها فكرة المهنة التجارية، كالأحكام الخاصة بالقيد في السجل التجاري، إمساك الدفاتر التجارية، نظام الإفلاس... إلخ. هذا من جهة، ومن جهة أخرى فهناك العديد من الأعمال ليست لها الطبيعة التجارية إلا إذا تمت على سبيل الحرفة كالوكالة بالعمولة، مكاتب الأعمال، فهذه ارتبطت بالمهنة التجارية بالتبعية.

---

[40] عمار عمورة، المرجع السابق، ص 25

[41] الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 23

[42] Ripert (G), Roblot (R), Traité élémentaire de droit commercial, 10ème édition, LGDG, Paris, 1980, p 135 s

لكن السؤال المحوري هو: متى يكتسب الشخص صفة التاجر؟ ومتى يعتبر العمل تجاريا إذا قام به أحد التجار؟ فهذه الحلقة المفرغة أدّت إلى نقد هذه النظرية.

- ✓ **نقد النظرية الشخصية**

وسّعت هذه النظرية من نطاق القانون التجاري حيث تخضع كل معاملات التجار للقانون التجاري وإن كانت في الأصل معاملات مدنية، **مثل**: دفع فاتورة كهرباء منزله، أو شراء الأثاث لمنزله...إلخ. وبالمقابل تضيّق من نطاق القانون التجاري حيث لا تطبق أحكامه خارج التجار الذين يقومون بعمل تجاري ولو مرة واحدة.

-تبيّن انه من غير المنطق أن تخضع أعمال التجار المدنية لأحكام القانون التجاري وللمحاكم التجارية.

ثانيا: النظرية الموضوعية

مفادها أن العبرة بموضوع النشاط الذي يمارسه الشخص[43] ، فتجعل الأعمال التجارية أساسا لتطبيق أحكام القانون التجاري بغض النظر عن صفة الشخص القائم بها سواء كان تاجرا أو غير تاجر.

تستند إلى طبيعة العمل التجاري الذي يقتضي السرعة والبساطة والائتمان.

ان العبرة بموضوع النشاط الذي يمارسه الشخص حتى ولو قام به مرة واحدة، أي أن العمل التجاري هو المعيار الوحيد لتحديد نطاق القانون التجاري الذي هو قانون العمل التجاري وليس قانون التجار.

من أسباب ظهور هذه النظرية تدعيم مبدأ الحرية الاقتصادية الذي يتميّز بالقضاء على نظام الطوائف السائد في العصور السابقة.

---

[43] أحمد محرز، المرجع السابق ص 14 وما بعدها

أيّد هذه النظرية أغلب فقهاء فرنسا وذلك لسببين:

السبب الأول: سبب تاريخي وقانوني

أشار المشرع الفرنسي إلى الأعمال التجارية من المواد 1 إلى 632 من التقنين التجاري الصادر في 1807 والذي كان يهدف إلى وضع نظرية عامة للعمل التجاري كي لا تنحصر على طائفة معينة من الأشخاص (وهي طائفة التجار).

كان يعقد الاختصاص للمحاكم التجارية بالمنازعات الخاصة بالمعاملات التجارية فقط دون النظر في المنازعات المرفوعة على التجار.

السبب الثاني: سبب سياسي[44] وذلك من أجل القضاء على نظام الطوائف الذي كان يمنع على غير التجار مباشرة الأعمال التجارية. فقد تم وضع التقنين التجاري الفرنسي عقب الثورة الفرنسية التي أعلنت مبدأ المساواة وألغت نظام الطوائف وجعلت العمل التجاري أساس للقانون التجاري، وسمحت لكل شخص القيام بأي عمل تجاري خاضعا لأحكام القانون التجاري ولو لم يكن تاجرا.

- ✓ **نقد النظرية الموضوعية**

وُجّهت لهذه النظرية عدة انتقادات حيث صعوبة تحديد الأعمال التجارية على سبيل الحصر، لأن الحياة التجارية في تطور مستمر مما يترتب عن ذلك ظهور أعمال تجارية جديدة. كما أن قواعد القانون التجاري لا تقتصر بما يتعلق بالأعمال التجارية حيث يتضمن قواعد تخصّ التّجار كالقيد في السجل التجاري، مسك الدفاتر التجارية، نظام الإفلاس والتسوية القضائية.

- ✓ **موقف المشرع الجزائري من النظريتين**

---

[44] سميحة القليوبي، الموجز في القانون التجاري، الطبعة الأولى، مكتبة القاهرة الحديثة، 1972، ص20

تبين من أحكام القانون التجاري الصادر بموجب الأمر 75-59 المتضمن القانون التجاري أن المشرع

الجزائري سار بما سرت عليه التشريعات الحديثة التي استمدت أحكامها من القانون الفرنسي الصادر في 1807 والذي مزج بين النظريتين الموضوعية والشخصية.

مثلا: اعتمد المشرع بالنظرية الموضوعية وذلك في المادة 02 من القانون التجاري عند تعداده للأعمال التجارية على سبيل المثال. كما بيّنت المادة الأولى من نفس القانون امتهان العمل التجاري كشرط لاكتساب صفة التاجر، وأخذ بالنظرية الشخصية وذلك في المادة 04 من القانون التجاري التي تناولت الأعمال التجارية بالتبعية.

تمرين: أجب عن السؤال الآتي:

-هل يطبق القانون التجاري على من له صفة التاجر بغض النظر عن صفة الأعمال التي يقوم بها، أو يطبّق على من يقوم بالأعمال التجارية بغض النظر عن صفة الشخص القائم بها؟ علّل إجابتك بأمثلة

المطلب الثاني: معايير تمييز العمل التجاري وأهميته

يتميّز العمل التجاري عن العمل المدني. لا يوجد تعريفا جامعا مانعا للعمل التجاري مع ان تعريف القانون التجاري مرتبط به[45]. كما أن الأعمال التجارية التي نص عليها المشرع في القانون التجاري جاءت على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر. ولم يتمكن الاجتهاد القضائي على إعطاء تعريفا لها ولهذا تصدى الفقه وحاول أن يحدد العمل التجاري بوضع معايير له، إلا أنه اختلف في وضعها بحسب النظرية التي ينتمي إليها (الفرع الأول). ان البحث عن معايير

[45] Le droit commercial « droit applicable aux commerçants et aux actes de commerce ». Cornu(G), Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF. « Il est le droit des commerçants » , « droit élaborée par et pour les commerçants » , Ripert (G) , Roblot (R), Traité de droit commercial, Tome 1, 17° édition, LGDG, n°9 et s

تمييز العمل التجاري عن العمل المدني يرجع أساسا إلى أهمية الآثار القانونية المترتبة عنه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: معايير التمييز

إن عملية حصر الأعمال التجارية تكاد أن تكون شبه مستحيلة بسبب تطور وتجدد الحياة التجارية ولهذا يصعب تعريفها. حاول الفقه تحديد العمل التجاري بوضع معايير، لكن انقسمت الآراء وظهرت المعايير الموضوعية التي اعتمدت على الاعتبارات الاقتصادية كالمضاربة والتداول(أولا) والمعايير الشخصية التي تستند على معايير الحرفة والمقاولة (ثانيا) وكان هذا جوابا للسؤال: كيف يمكن معرفة الطبيعة التجارية للعمل؟

أولا: المعايير الموضوعية

يعتبر أصحاب هذا الاتجاه أن القانون التجاري هو قانون نشاط تجاري بغض النظر عن صفة القائم به سواء كان تاجرا أو غير تاجر. فالقانون التجاري بحسب هذا الاتجاه هو قانون الأعمال التجارية التي تقوم على فكرة المضاربة عند البعض، بحيث يعتبر عامل الرغبة في تحقيق الربح هو المحرك الرئيسي للنشاط التجاري (أ) وعلى فكرة التداول عند البعض الآخر (ب)، كما اتجه البعض إلى محاولة التوفيق بين الاتجاهين فنادى بمعيار التداول من أجل المضاربة (ج).

أ-معيار المضاربة

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن كل عمل يتم إنجازه بغرض الحصول على الربح يعتبر عملا تجاريا. وعليه فالمضاربة هي معيار العمل التجاري. أول من نادى باعتماد المضاربة كمعيار للعمل التجاري لتمييزه عن غيره من الأعمال الأخرى هو الفقيه الفرنسي Pardessus[46] حيث

[46] Didier (Paul), Droit commercial, 1er édition, 1970, p10

يؤكد أن التجارة في الأساس هي البحث عن الربح بنقل الأموال[47] ومثال على ذلك: الشراء من أجل البيع. ويرى الفقيهان Lyon-Caen و Renault ان التجارة ما هي إلا " مجموعة العمليات التي تهدف إلى تحقيق الأرباح بالمضاربة عن طريق تحويل المواد الأولية أو نقلها أو مبادلتها"[48]. ويرى ابن خلدون الذي سبق الفقه الفرنسي في الأخذ بهذا المعيار "إن معنى التجارة تنمية المال بشراء البضائع ومحاولة بيعها بأعلى ثمن من ثمن الشراء..."[49].

الجدير بالملاحظة أن للمضاربة معنى اقتصادي يرمز إلى عملية شراء شيء لإعادة بيعه بهدف تحقيق الربح. أما المضاربة في البورصة لها معنى أيضا اقتصادي حيث تعني المخاطرة بالبيع أو الشراء بناء على تنبؤ بتقلبات الأسعار، وذلك من أجل الحصول على فارق الأسعار.

فبشكل عام يمكن القول ان المضاربة هي عملية توظيف رأسمال في عمل معين بقصد الحصول على الربح. إذا كانت نظرية المضاربة لها جانبا كبيرا من الصحة لأن النشاط التجاري يفترض لزاما تحقيق الربح إلا أن هذه النظرية تعرضت للنقد على أساس وجود أعمالا مدنية يقصد منها تحقيق الربح كأصحاب المهن الحرة ، المحامي، الطبيب، المهندس، فهم يعملون بقصد تحقيق الربح، وعليه فإن عنصر الربح هو القاسم المشترك بين الأعمال المدنية والأعمال التجاري.

الجدير بالذكر أن مصطلح الربح يختلف عن مصطلح (le gain) الذي يختلف عن الفائدة (bénéfice والربح(profit) وإن كان المصطلح واحد باللغة العربية هو "الربح" إلا أن له مفاهيم مختلفة. حيث يعرف الربح في النشاط التجاري بأنه المدخولات المالية والتي تتحقق عندما يتجاوز مبلغ الإيرادات المكتسبة من النشاط التجاري مبلغ النفقات، والتكاليف والضرائب اللازمة

---

[47] « Le commerce c'est la recherche du profit par la transmission de biens »

[48] « Le commerce … est l'ensemble des opérations qu'ont pour but de réaliser les bénéfices en spéculant sur la transformation, sur le transport ou l'échange de matières premières ». Ripert (George), Roblot (René), Traité élémentaire de droit commercial, 9° éd, Tome1, 1977, p 184.

[49] عبد القادر البقيرات، مبادئ القانون التجاري ، ديوان المطبوعات الجزائرية، ،2015، الجزائر، ص 27

للحفاظ على النشاط التجاري. وأي ربح يتم تحقيقه يذهب إلى مالكي النشاط التجاري الذين لهم الخيار في صرفه أو إعادة استثماره في النشاط[50]. ويطلق عليه بعض الاقتصاديين بدخل المشروع (revenu de l'entreprise). كما يختلف عن معنى الربح المحاسبي والربح الاقتصادي. لكن في المهن الحرة نقول أتعاب وليس أرباح حيث إذا تحولت إلى أرباح فيصبح هؤلاء في خانة التجار لا تقبلها أخلاقيات المهنة. إن الدقة في المصطلح القانوني في غاية الأهمية. فالقول إن الربح عامل مشترك بين التاجر والطبيب غير مقبول اصطلاحا ومهنيا. فالقانون لا يقبل المترادفات لأن لغة القانون دقيقة تعطي للمصطلح مفهوم واحد.

كما يؤخذ على نظرية المضاربة أنه من الأعمال التجارية ما لا يقصد من ورائها تحقيق الربح، فقد يضطر التاجر لظروف اقتصادية أو اجتماعية صعبة أن يبيع بالخسارة خوفا من تلف البضاعة أو انخفاض سعرها بشكل كبير نظرا لتقلبات السوق المفاجئة. كل هذا جعل من معيار المضاربة غير كاف لتحديد العمل التجاري، وأنه معيارا واسعا يُدخل عدة أعمال في باب المضاربة[51]، وإن كان يشكل عنصرا جوهريا لهذا العمل[52] لأن العمل التجاري يفترض لزوما قيام الشخص بالمضاربة[53] ونية تحقيق الربح.

ب- معيار التداول

يُقصد بمعيار التداول إنتقال الثروة وتحريكها من شخص لآخر. نادى بهذه المعاير الفقيه تالور Thaller

---

[50] أربح الحربي، الأرباح، www.investopedia.com

[51] بن زارع رابح، مبادئ القانون التجاري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 13

[52] أحمد محرز، المرجع السابق، ص45

[53]Hamel et Lagarde, Traité de droit commercial, T2, Dalloz, 1966, n°146

[54] الذي يرى ان التجارة تتمثّل في القانون وفي الاقتصاد في تداول المنتجات والنقود والصكوك. وأن القانون التجاري فرع من القانون الذي يحكم هذا التداول[55]. كما يعتبر ان التداول يعني تحريك السلع من المنتج وصولا إلى المستهلك. وعليه فإن العمل التجاري هو كل عمل ينصب على هذا التحريك، أما الأعمال التي تتناول الثروات وهي في حالة ركود واستقرار فتعتبر من طبيعة مدنية[56] وأبرز مثال على التداول عملية النقل، فهي صورة واضحة للتداول. كذلك عمليات التوسط كعمل السمسار والوكيل بالعمولة مادامت تهدف الحركة.

لكن رغم جانب كبير من الصواب لهذه النظرية حيث فسّرت الطبيعة التجارية لبعض الأعمال التجارية إلا أنها لم تصدق بالنسبة للبعض الآخر. يؤخذ على هذه النظرية أنها تُضفي الطبيعة التجارية لأعمال فيها تداول لكن ليست تجارية، كعمل المنتج الزراعي[57]، فهو عمل مدني مع أنه أول من يدفع السلعة للتداول، والجمعيات التعاونية التي تشري وتبيع بسعر التكلفة لأعضائها.

أمام الانتقادات التي وُجّهت لمعيار التداول، حاول بعض الفقه الجمع بين معيار المضاربة ومعيار التداول واعتبرهما معيارا واحدا يميّز العمل التجاري عن غيره من الأعمال، فظهرت نظرية المضاربة بقصد التداول. وعليه يكون العمل التجاري هو الذي يتوسّط في تداول الثروات ويهدف إلى تحقيق الربح[58].

في حقيقة الأمر حاول الفقه الفرنسي من بينهما Hamel،Lagarde من أنصار النظرية الموضوعية، من خلال هذا المعيار، تجاوز الانتقادات التي وجّهت لمعاير المضاربة ومعيار

---

[54] Thaller, Traité élémentaire de droit commercial, 4eme édition, librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1940, p5

[55] بن زارع رابح، المرجع السابق، ص 15

[56] زهير عباس كريم، مبادئ القانون التجاري، مكتبة دار الثقافة والنشر، عمان، 1995، ص 37

[57] أحمد محرز، المرجع السابق، ص 46

[58] Jauffret (H), Actes de commerce, Encyclopédie Dalloz, commercial, Paris, p44 & Lagarde et Hamel, Op.Cit, p49

التداول، غير انه هو الآخر لم يسلم من الانتقادات والتي أهمّها أنه تجاهل فكرة المشروع أو المقاولة التي هي أيضا أساس العمل التجاري.

خلاصة القول ان كافة معايير النظرية الموضوعية لم تتمكن أن تعطي تعريفا جامعا مانعا للعمل التجاري لتمييزه عن الأعمال الأخرى الأمر الذي جعل الفقه يبحث عن معايير أخرى ذات طابع شخصي.

ثانيا: المعايير الشخصية

ان أنصار النظرية الشخصية على خلاف النظرية الموضوعية، يعتمدون على الشخص القائم بالعمل دون اهتمامهم بطبيعة العمل ذاته. أي ان الشخص هو الذي يُضفي الطبيعة التجارية على العمل، فإذا كان تاجرا يعدّ عمله تجاريا يخضع لأحكام القانون التجاري، أما إذا كان الشخص غير تاجر فإن عمله يخضع للقانون المدني. يعتمد أصحاب هذه النظرية أساسا على فكرة ان القانون التجاري هو قانون مهني ينظم نشاط محترفي التجارة ولهذا اقترحوا معيار المقاولة أو المشروع (أ) ومعيار الحرفة (ب)

أ-معيار المقاولة أو المشروع

نشأت نظرية المقاولة أو المشروع في الفقه الإيطالي بزعامة الفقيه Vivanti وتبناها الفقيه الفرنسي Escarra [59]الذي انتقد المعايير الموضوعية لأنها ذات طابع اقتصادي لا قانوني. واتخذ فكرة المقاولة كمعيار للعمل التجاري، وعرّفها بأنّها تكرار للأعمال التجارية على وجه الاحتراف

---

[59] Escarra (J), Cours de droit commercial, Recueil Sirey, Paris, 1992, p 60 : « L'entreprise est la mise en œuvre de moyens de production dans une organisation permanente fondée sur une installation matérielle ».

ويضيف في ص 91 من نفس المرجع ما يلي:

« L'entreprise est en somme la répétition professionnelle d'actes de commerce reposant sur une organisation préétablie ».

بناء على تنظيم مهني سابق[60] . وعليه تكون كيفية ممارسة العمل القانوني هي التي تميّز العمل التجاري عن العمل المدني، ذلك لأن العمل لا يدخل في نطاق القانون التجاري إلا إذا كان على وجه المقاولة أو الاحتراف الذي يتطلب تكرار العمل بصفة مستمرة ومنتظمة ولا يهم بعد ذلك ان يحقق الربح أو لم يحققه[61].

تأخذ المقاولة عادة شكل المشروع، يباشر التاجر هذا العمل في مكتب أو محل مستعينا بالغير، فيوظف نشاطهم ويضارب على عملهم[62]. وتستند نظرية المقاولة على عنصرين أولهما الاحتراف وهو تكرار العمل وثانيهما وجود تنظيم سابق لهذا العمل وبالتالي فالقانون التجاري هو قانون المقاولات[63]، حيث نص المشرع على كثير من المقاولات التجارية التي تفوق الأعمال التجارية المنفردة سواء في القانون الفرنسي أو القانون الجزائري الذي استنبط أحكامه منه. ولهذا يرى أصحاب هذه النظرية أن النصوص القانونية تبين ترجيح فكرة المقاولة لتمييز العمل التجاري كما اعتمد القضاء في الكثير من أحكامه على هذا العنصر.

غير أن هذه النظرية، وإن كان لها صدى في القانون التجاري الفرنسي أو المصري أو الجزائري الذي نلتمسه عند تعداده لمعظم الأعمال التجارية، لم تسلم من الانتقادات من حيث أن تعريف المقاولة يتضمن مفهوما اقتصاديا، فمن غير الممكن تحديد المفهوم القانوني للعمل التجاري انطلاقا من معيار له مفهوم اقتصادي. كما ان اعتبار السرعة والائتمان (دعائم القانون التجاري) لا يقوم إلا بالنسبة للمقاولات فهذا غير صحيح، فقد نجد الشخص الذي يضارب في البورصة بمفرده دون تنظيم مهني يحتاج إلى الائتمان أكثر ما تحتاج إليه بعض المقاولات.

---

[60] رزق الله أنطاكي، نهاد السباعي، الوسيط في الحقوق التجارية البرية، الجزء الأول، مطبعة الداودي، دمشق، 1986 ، ص 83

[61] فوزي محمد سامي، مبادئ القانون التجاري، الطبعة الأولى، دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، عما، 2003، ص 18

[62] أدخل الفقيه Escarra في نظرية المشروع عنصر المضاربة على عمل الغير حيث اعتبر المقاولة بأنها استعمال وسائل الإنتاج في تنظيم دائم أسس على أدوات مادية، فهو يستمد من شكل التنظيم الذي يرتكز عليه العمل. فمن يمارس عملا على شكل مشروع ، يعتبر عمله تجاريا.

[63] بن زارع رابح، المرجع السابق، ص22-23

ب-معيار الحرفة

نادى ريبر[64] Ripert بنظرية الحرفة كمعيار للعمل التجاري. تقضي هذه النظرية ان الحرفة هي " ممارسة نشاط بصفة مستمرة وبصورة أساسية ومعتادة من أجل الحصول على الربح. كما يعتبر أن النص على المقاولات ضمن التقنين التجاري دليل على نظرية الحرفة التجارية، لأن المقاولة في ذاتها هي حرفة تجارية.[65] لكن ما يجب ملاحظته أن الحرفة والمشروع يختلفان في أن الأول لا يحتاج إلى تنظيم مسبق، لأن الحرفة مجرد ممارسة للنشاط بصفة معتادة للاسترزاق، كالتاجر المتنقل الذي يزاول حرفة التجارة رغم

عدم وجود أي تنظيم مادي.

وعليه يمكن القول ان فكرة الحرفة التجارية أوسع نطاقا من فكرة المشروع التجاري، ولو أن المسألة متداخلة فيما بينها ولا يمكن حسم الأمر بهذه الطريقة الجامدة، بدليل أن بعض الحرف لا يمكن القيام بها إلا من خلال تنظيم مادي ترتكز عليه، وإن كان البعض يعتبر أن هذا التنظيم ما هو إلا أمرا ثانويا لأن الدور الرئيسي منوط بشخصية من يزاولها وما التنظيم إلا أحد أدوات هذه الشخصية[66].

يرتبط التنظيم المادي في الحرفة بالشخص القائم به، فلا قيمة له بدونه. أما التنظيم المادي في المشروع فله قيمة في حد ذاته، تمكّنه من العمل بصفة مستقلة عن شخص صاحب المشروع[67] بعكس الحرفة التي تلتصق بالشخص.

في حقيقة الأمر تجد هذه النظرية أساسها في القانون (كالمادة الأولى تجاري عند تعريفها للتاجر)، وفي القضاء الذي كيّف الكثير من الأعمال التجارية بالنظر إلى الشخص القائم بها أو

---

[64] Ripert (George), Roblot (René), Traité de droit commercial, Tome 1, 16e édition, LGDG, 1996, p 28 s

[65] Ripert (George), Roblot (René), 16° édition, Op.Cit

[66] محمد فريد العريني، هاني دويدار، أساسيات القانون التجاري، دار ابن خلدون، الجزائر، 2002، ص 38

[67] محمد فريد العريني، هاني دويدار، المرجع السابق، ص 39

لكونها مقاولة. لكن رغم ذلك لم تسلم هذه النظرية من النقد من حيث صعوبة تحديد معنى الحرفة التجارية، كما تجعلنا في حلقة مفرغة بحيث لا يمكن تعريف الحرفة التجارية إلا بطبيعة الأعمال المكونة لها وهذه الطبيعة لا يمكن معرفتها إلا على ضوء الحرفة التي تنظمها[68].

في الأخير يمكن القول ان كل المعايير سواء معايير النظرية الموضوعية أو معايير النظرية الشخصية لم تتمكن من إيجاد تعريفا جامعا مانعا للقانون التجاري، والسبب يعود إلى أنه لا يمكن الأخذ بكل معيار على حدى إلا باستكماله بالمعايير الأخرى وتداخلها فيما بينها[69]. ولحل هذا الإشكال وضع القضاء الفرنسي قرينة يطلق عليها "قرينة تجارية présomption de commercialité [70] إذ يفترض أن العمل تم لحاجات التجارة والإثبات على من يدعي عكس ذلك.

عند استقراء نصوص القانون التجاري نجد أن المشرع الجزائري الذي حذا حذو المشرع الفرنسي في تعداد الأعمال التجاري على سبيل المثال على أساس النظرية الموضوعية والنظرية الشخصية، فنجد مثلا أخذ بالنظرية الشخصية في المادة 4 تجاري والمادة الأولى، كما أخذ بالنظرية الموضوعية في المادة 2. وقبل التفصيل في نظرية الأعمال التجارية ينبغي أن نوضّح أهمية التمييز بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية ولماذا انشغل الفقه والقضاء بهذا التمييز.

الفرع الثاني: أهمية تمييز العمل التجاري عن العمل المدني

يختلف القانون التجاري عن القانون المدني من حيث طبيعة العلاقات ومقتضياتها. وهذا الاختلاف يؤدي إلى وجود اختلاف بينهما في التنظيم القانوني. ولهذا سنطرق إلى أهم النقاط التي

---

[68] محمد فريد العريني، هاني دويدار، المرجع السابق، ص 37

[69] « Le droit commercial appelle deux observations. Il s'agit d'un droit qui présente davantage de juxtaposition de textes que comme un ensemble de règles. Dekeuwer-Défossez (F) et Blary-Clément (E), Droit commercial, Montchrestien, 11e édition, p35

[70] Blaisé (Jean-Bernard), droit des affaires, 3° édition, LGDG, p124 et s.

يرى الفقه الجزائري أن الصعوبة تكمن في مسألة صدور العمل عن مؤسسة انفرادية إذ يجب تحديد ما إذا كان العمل قد صدر لحاجيات المؤسسة أو للمصلحة الخاصة للتاجر. نادية فضيل، القانون التجاري، المرجع السابق، ص 59

تؤكّد هذا الاختلاف من حيث التنظيم القانوني استنادا لعنصر السرعة (أولا) والتنظيم القانوني استنادا لعنصر الائتمان (ثانيا)

أولا: التنظيم القانوني استنادا لعنصر السرعة

بما أن السرعة من دعائم الحياة التجارية فبالتالي تتميز المنازعات التجارية بطابع خاص يقتضي ذلك وضع أحكاما تتماشى مع هذه الخاصية، وعليه نتناول موضوع الاختصاص القضائي (أ) وقواعد الاثبات (ب)

أ-الاختصاص القضائي

يقصد بالاختصاص القضائي السلطة المخولة للجهة القضائية للنظر والفصل في النزاعات المرفوعة

أمامها وباتباع إجراءات حددها القانون. للإختصاص القضائي نوعين: اختصاص إقليمي (1) واختصاص

نوعي (2)

1-الاختصاص الإقليمي

بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد المادة 532 منه تنص: "تطبق على القسم التجاري، أحكام الاختصاص الإقليمي المنصوص عليها في هذا القانون والقواعد الواردة في القانون التجاري والقانون البحري والنصوص الخاصة" وتحدد المادة 39 -4 من ق.إ.م.إ على أن ترفع الدعاوى "في المواد التجارية، غير الإفلاس والتسوية القضائية، أمام الجهات 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 إختصاصها أحد فروعها".

وتطبيقا لخاصية السرعة في الأعمال التجارية منح المشرع التجاري للمدعي خيارات في الجهة القضائية التي يرفع فيها الدعوى، فإما محكمة المدعى عليه، وإما محكمة الوعد، وإما محكمة تسليم البضاعة وإما محكمة التي يتم فيها الوفاء في دائرة اختصاصها، على خلاف المسائل المدنية حيث ترفع الدعاوى في موطن المدعى عليه على أساس ان "الدين يُطلب ولا يُحمل"

2-الاختصاص النوعي

بعد صدور قانون رقم 22-09 يعدل ويتمم القانون التجاري[71] الذي عدّل في تنظيم القضاء العادي، تغيّر الوضع فيما يتعلق بالاختصاص النوعي الذي كان لا يثار من قبل. كان التقسيم قبل هذا التعديل تنظيمي أكثر من وظيفي، فإذا تم رفع دعوى تجارية أمام قسم مدني فلا يقضي القاضي بعدم الاختصاص النوعي وإنما يحيل الملف من القسم المدني إلى القسم التجاري.

تنص المادة 6 من قانون رقم 22-09 على: " تحدث بدائرة اختصاص بعض المجالس القضائية، محاكم تجارية متخصصة". وعليه يُفهم أن الدعوى التجارية لزاما رفعها أمام المحاكم التجارية التي قد تحدثها بعض المجالس القضائية، تحت طائلة رفض الدعوى لعدم الاختصاص النوعي.

في حقيقة الأمر جاء هذا التعديل بآفاق جديدة في التنظيم القضائي، كما ان إحداث محاكم تجارية من شأنها تخفيف العبء على الأقسام على مستوى المحاكم العادية التي ثقلت من الكم الهائل من النزاعات نظرا لتطور العلاقات التجارية وتشعّبها، كما أنها لا تتحمّل الانتظار بحكم طبيعتها المتميّزة في السرعة في المعاملات والتي تقتضي حتما السرعة في حل النزاعات.

ب-حرية الإثبات في المسائل التجارية

---

[71] قانون رقم 22-09 مؤرخ في 4 شوال عام 1443 الموافق5 مايو 2022، يعدّل ويتمّم الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري

نظّم المشرع المدني قواعد الإثبات من المواد 323 وما بعدها. فطبقا للمادة 333 مدني لا تُجيز الإثبات بالبينة إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على ألف دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة. كما لا يجوز الإثبات بالبينة، طبقا للمادة 334 مدني، ولو لم تزد القيمة على ألف دينار جزائري فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمي. يتبن من هذه الأحكام مدى صرامة قواعد الإثبات في المسائل المدنية وتطبيقها على التاجر من شأنها عرقلة التجارة وتعطيلها[72].

أما الإثبات في المسائل التجارية فهو أكثر مرونة نظرا لطبيعة الأعمال التجارية وبناء على الاعتبارات التي أملتها الثقة والائتمان والسرعة. طبقا لقاعدة حرية الاثبات في المسائل التجارية يمكن الإثبات بالبينة والقرائن مهما كانت قيمة المبلغ، ويجوز الاحتجاج بتاريخ المحررات العرفية على الغير ولو لم يكن التاريخ ثابتا. لكن الأمر الأكثر أهمية وخروجا من القواعد العامة التي تقضي بأنه لا يمكن للشخص أن ينشأ دليلا لنفسه[73]، ففي المسائل التجارية أجاز المشرع لخصم التاجر، أن يحتج بما ورد بدفاتر خصمه لإثبات حقه وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 330 مدني حيث نصت بما يلي: " وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار، لكن ‘ذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل لنفسه أن يجزى ما ورد فيها أو استبعاد ما هو متناقض لدعواه". كما تشير المادة 13 تجاري إلى أنه: " يجوز للقاضي قبول الدفاتر التجارية المنتظمة كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية". كما تضيف المادة 16 تجاري على أنه: " يجوز للقاضي أن يأمر ولو من تلقاء نفسه بتقديم الدفاتر التجارية أثناء نزاع وذلك بغرض استخلاص ما يتعلق منها بالنزاع". وفي حالة رفض الطرف الذي يعرض عليه الإثبات

---

[72] بن زارع رابح، المرجع السابق، ص38

[73] أحمد محرز، المرجع السابق، ص50

بالدفاتر تقديمها، في هذه الحالة طبقا للمادة 18 تجاري فإنه يجوز للقاضي توجيه اليمين إلى الطرف الآخر[74]

تشكّل الدفاتر التجارية أهم وسيلة إثبات في المسائل التجارية ولهذا في حالة وجودها في أماكن بعيدة عن المحكمة المختصة أجازت المادة 17 تجاري للقاضي أن يوجه إنابة قضائية لدى المحكمة التي توجد بها الدفاتر أو يعين قاضيا للاطلاع عليها ويحرر هذا الأخير محضرا بمحتواها ويرسله إلى المحكمة المختصة بالدعوى.

تقتضي طبيعة الأعمال التجارية كما تبين من قبل، أن يكون الاثبات حرا، فيجوز الاثبات بشهادة الشهود والقرائن وكافة الطرق الاثبات الأخرى، حيث نصت المادة 30 تجاري على أنه: " يثبت كل عقد تجاري بـ:

1-سندات رسمية

2-سندات عرفية

3-فاتورة مقبولة

4-بالرسائل

5-بدفاتر الطرفين

6-بالإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها"

إلا ان المشرع وضع استثناءات على مبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية لما تتطلب مقتضيات الحياة التجارية حيث تقتضي بعض التصرفات القانونية في المسائل التجارية الكتابة

---

[74] تنص المادة 18 تجاري على ما يلي: " إذا رفض الطرف الذي يعرض عليه الإثبات بالدفاتر تقديم هذه الأخيرة، جاز للقاضي توجيه اليمين إلى الطرف الآخر".

وأحيانا الكتابة الرسمية، فنجد على سبيل المثال عقد الشركة[75] تكون الشكلية عنصرا في تكوين العقد تحت طائلة البطلان، وكذلك المعاملات التي تقع على المحل التجاري كالبيع والرهن والتسيير الحر تتم بعقد رسمي ويشهر، فتخضع لشكلية تحت طائلة البطلان. وكذلك الأوراق التجارية مثل السفتجة[76] والسند لأمر[77] والشيك[78] التي اشترط فيها المشرع بيانات الزامية لصحتها ولوجودها، وسند النقل[79] وعقد تحويل الفاتورة[80].

ثانيا: التنظيم القانوني للأعمال التجارية استنادا إلى عنصر الائتمان

تقوم العلاقات التجارية على الائتمان الذي يشكّل عنصر الثقة والسرعة في المعاملات التي تقتضي ذلك. كما أن تكرار المعاملات وتواترها بين التجار من شأنها أن تولد نوع من الثقة في معاملاتهم التجارية وتستقر في نفوسهم مما يؤدي ذلك إلى انفراد القانون التجاري بقواعد خاصة تتعلق بالتضامن (أ) والفوائد والإعذار (ب) والمهلة القضائية (ج) الرهن الحيازي (د) وأخيرا الإفلاس والتسوية القضائية (د)

أ-افتراض التضامن

جرى العرف التجاري ان المدينين متضامنين بالدين التجاري عند تعدّد أطراف الالتزام، دون الحاجة إلى اتفاق أو نص قانوني بذلك تدعيما للائتمان والثقة[81] التي تقوم عليها الحياة التجارية

---

[75] تنص المادة 545 تجاري على ما يلي تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة، لا يقبل أي دليل إثبات بين الشركاء فيما يتجاوز أو يخالف مضمون عقد الشركة يجوز أن يقبل من الغير إثبات وجود الشركة بجميع الوسائل عند الاقتضاء". كما تنص المادة 57 من القانون البحري بالنسبة للرهن البحري على أنه: " يجب أن يكون الرهن البحري منشأ بموجب سند رسمي صادر فقط عن مالك السفينة الذي يجب أن يكون متمتعا بأهلية الرهن وإلا عدّ باطلا".

[76] نصت المادة 390 تجاري على البيانات الإلزامية التي يجب أن تتوفر في السفتجة لصحتها

[77] تنص المادة 465 تجاري على البيانات الإلزامية التي يجب أن تتوفر في السند لأمر لزاما.

[78] تنص المادة 472 تجاري على كل البيانات الإلزامية التي يجب ان يحرر بها الشيك

[79] تنص المادة 543 مكرر 8 تجاري على البيانات التي يجب ان يتضمنها سند النقل باعتباره يمثل وثيقة ملكية البضائع

[80] تنص المادة 543 مكرر 14 تجاري حيث حدد المرسوم التنفيذي رقم 95-331 مؤرخ في 25 أكتوبر سنة 1995، يتعلق بشروط تأهيل الشركات التي تمارس تحويل الفاتورة

[81] نادية فضيل، المرجع السابق، ص41

وتشجيعا للقروض بين التجار، وبالتالي انتعاش وازدهار المحيط التجاري. وهذا على خلاف ما هو عليه في القانون المدني حيث تقضي القواعد العامة في المادة 217 مدني بأنه لا يمكن افتراض التضامن فيما بين الأشخاص، إلا ما كان بنص صريح في القانون أو باتفاق أطراف العلاقة القانونية[82].

لكن قد نجد المشرع التجاري ينص صراحة على وجوب التضامن وذلك في المادة 551 تجاري التي تنص "على الشركاء في شركات التضامن يكونون مسؤولون من غير تحديد بالتضامن عن ديون الشركة". وكذلك المادة 549 تجاري حيث تنص على تضامن الشركاء المؤسسين للشركة التجارية قبل قيدها في السجل التجاري واكتسابها الشخصية المعنوية، من غير تحديد[83]. كما نص على التضامن بين جميع الموقعين على الورقة التجارية في الوفاء بقيمتها لحاملها، فمثلا تنص المادة 394 تجاري على أن: " الساحب ضامن قبول السفتجة ووفاءها". نظرا لتداول السفتجة عن طريق التظهير فنصت المادة 389 تجاري على هذا التضامن: " المظهر ضامن قبول السفتجة ووفائها مل لم يشترط خلاف ذلك".

الجدير بالذكر ان هذا الإلزام بالتضامن جاء لإبراز أهمية التضامن في هذه الحالة وتدعيما للدائنين. أي بعبارة أخرى أن التضامن مفترض في المسائل التجارية إلا في بعض الحالات تأكيدا للائتمان فإن المشرع يتدخل ويفرضها.

ب: اعذار المدين

---

[82] تنص المادة 217 مدني على ما يلي : "التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون"

[83] تنص المادة 549 تجاري على ما يلي: " لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري، وقبل إتمام هذا الإجراء يكون الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة ولحسابها متضامنين من غير تحديد أموالهم إلا إذا قبلت الشركة، بعد تأسيسها بصفة قانونية أن تأخذ على عاتقها التعهدات المتخذة.
فتعتبر التعهدات بمثابة تعهدات منذ تأسيسها".

يقصد اعذار المدين أن ينبه عليه الدائن عند حلول أجل الدين بتنفيذ التزامه بالوفاء به، ويسجل عليه تأخره في الوفاء[84]. تقضي القواعد العامة بأن الاعذار في المواد المدنية لا يكون إلا بإنذار المدين، أي بمطالبته بالوفاء بمقتضى ورقة رسمية تبلغ إليه عن طريق المحضر القضائي[85]، أي أن الاعذار في المسائل المدنية يجب ان يتم بورقة رسمية وعن طريق جهة رسمية. أما في المسائل التجارية فقد جرى العرف التجاري على أن اعذار المدين بالتزام تجاري يتحقق بمجرد خطاب عادي نظرا لما تتطلبه التجارة من سرعة في الإجراء[86].

ج: مهلة الوفاء

الأصل ان الوفاء بالدين يتم في تاريخ استحقاقه. فإذا عجز المدين بدين مدني عن الوفاء به في الميعاد، جاز للقاضي أن يمنح المدين أجلا للتنفيذ إذا استدعت حالته ذلك، ولم يلحق هذا التأجيل أي ضرر على الدائن، وكان هذا التأخير بحسن نية وهذا ما يسمى بنظرة الميسرة التي تنصت عليه المادة 210 مدني حيث جاءت بما يلي: " إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضي ميعادا لحلول الأجل، مراعيا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة مع اشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه". يشترط في هذا الاجراء حسن نية المدين.

أما في المسائل التجارية فلا يمكن منح للمدين هذه المهلة لقيام التجارة على السرعة والائتمان[87] كما أن العديد من الاحكام في القانون التجاري مشمولة بالنفاذ المعجل. فوضع التاجر المتوقف عن دفع ديونه يعلن إفلاسه لكن في إطار التسوية القضائية يمكن له أن تكون له مهلة للوفاء بديونه طبعا وفق لأحكام قانونية نص عليها المشرع.

---

[84] أحمد محرز، المرجع السابق، ص53 وكذلك في نفس المعنى، محمد فريد العريني، وهاني دويدار، المرجع السابق، قانون الأعمال، ص37

[85] راجع المواد 168،120،119، مدني

[86] عمار عمورة، المرجع السابق، ص 42

[87] نادية فضيل، المرجع السابق، ص 39

د: الرهن الحيازي

يتسم الرهن الحيازي في المسائل التجارية بالبساطة الإجرائية عند التنفيذ على الشيء المرهون. يخضع الرهن المنعقد لضمان الوفاء بدين تجاري لأحكام القانون التجاري، حيث تنص المادة 1/33 تجاري على أنه: " إذا لم يتم الدفع في الاستحقاق، جاز للدائن خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تبليغ عاد حاصل للمدين أو الكفيل العيني من الغير إذا كان له محل، أن يشرع في البيع العلني للأشياء المرهونة". وتضيف الفقرة 3 من نفس المادة: " ويعتبر لاغيا كل شرط يرخص فيه للدائن بأن يستملك المرهون أو يتصرف من غير مراعاة للإجراءات المقررة آنفا". والسبب في ذلك ان الرهن الحيازي يقع على سلع تخضع لتقلبات سعر السوق أو قد تكون قابلة للتلف مما يستلزم السرعة في التنفيذ.

أما الرهن الحيازي في القانون المدني فالمسألة مختلفة تماما حيث يخضع لإجراءات طويلة ومعقدة والحصول على حكم قضائي وغيرها من الأحكام التي تتناسب مع طبيعة العمل المدني.

ج: الإفلاس

الأصل لا يجوز شهر إفلاس التاجر إلا إذا توقّف عن دفع ديونه التجارية، وترفع يده عن إدارة أمواله والتصرف فيها، وتتكون جماعة الدائنين، ويتم تعيين وكيل عنهم يسمى بـ"وكيل التفليسة" تكون مهمته تصفية أموال المفلس وتوزيع الناتج منها بين الدائنين كل بحسب قيمة دينه، لتتحقق المساواة بينهم. وينتهي الأمر بشطب التاجر من السجل التجاري ووضعه في القائمة السوداء ولا يكون له رد اعتبار إلا بعد سداد كل ديونه.

أما النظام المدني فلا يعرف سوى الإعسار والمتمثل في عدم قدرة المدين على الوفاء بديونه نتيجة لاستغراق

هذه الديون جميع أمواله[88] . يخضع الدين المدني لأحكام القانون المدني من المواد 188 إلى 202 وهي

مرنة مقارنة بنظام الإفلاس، فلا يوجد غل يد المدين عن التصرف في أمواله وتصفية جماعية...إلخ.

الجدير بالذكر، أنه إلى جانب نظام الإفلاس يوجد نظام التسوية القضائية، حيث يمكن إنشاء عقد الصلح مما تتوقف معه مهام وكيل التفليسة[89]. يمكن ان يشترط في الصلح تقسيط دفع الديون[90] كما يجوز أن يقبل الصلح مع اشتراط الوفاء عند اليسر[91]. كذلك قد يتم عقد الصلح باتفاق بين المدين ودائنيه الذي يوافقون بموجبه على آجال لدفع الديون أو تخفيض جزء منها[92]

في الأخير، تبينت أهمية تمييز العمل التجاري عن العمل المدني نتيجة الآثار القانونية المترتبة عن هذا التمييز.

- **التمييز بين العرف التجاري والعادات التجارية** (l'usage commercial):

تختلف العادات التجارية عن العرف التجاري حيث تتكون من الركن المادي فقط، أي الاعتياد على اتباع سلوك معين- دون الركن المعنوي. تستمد قوتها وإلزاميتها من إرادة أطراف العقد سواء الضمنية أو الظاهرة.

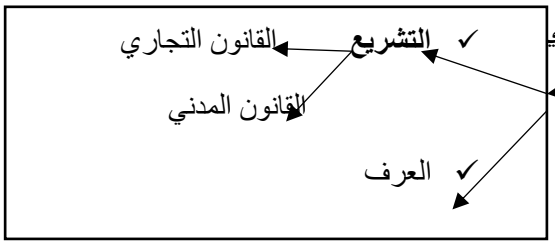
تستمد العادة التجارية قوتها الإلزامية من عنصر خارجي عنها وهو إرادة المتعاقدين. لكن قد تنقلب العادة التجارية إلى عرف تجاري بمجرد الشعور بإلزاميتها. العرف قانون يخضع لرقابة المحكمة العليا ويقضي به القاضي من تلقاء نفسه.

---

[88] بن زارع رابح، المرجع السابق، ص 51
[89] المادة 332 تجاري
[90] المادة 333 تجاري
[91] المادة 334 تجاري
[92] المادة 318 مدني

مثال العادة الاتفاقية: إنقاص الثمن بدلا من فسخ البيع إذا كانت البضاعة المسلمة من صنف أقل جودة من الصنف المتفق عليه. أو اعتياد الأفراد على إدراج شروط معينة في تعهداتهم التجارية. فإذا لم تدرج صراحة في العقد واتضح جهل المتعاقدين بها، فلا تطبق عليهما، كما لا يفترض علم القاضي بها إلا إذا تمسك الأطراف بها لأنها تعدّ مجرد واقعة مادية[93].

فالمصادر الرسمية في القانون التجاري هي



[93] نادية فضيل، المرجع السابق، ص50