المحاضرة الثانية:

الفصل الأول: الأعمال التجارية

المبحث الأول: تمييز العمل التجاري عن العمل المدني

المطلب الأول:نظرية المضاربة

يري بعض الفقهاء أن معيار العمل التجاري هو فكرة المضاربة فالعمل التجاري هو كل عمل يهدف إلى تحقيق الربح عن طريق المضاربة، وذلك لأن التجارة تعني مجموعة العمليات التي تسعى إلى تحقيق الربح عن طريق تحويل المواد الأولية أو المنتجات المصنوعة و نقلها أو تبادلها.

ويشوب هذه النظرية بعض العيوب والقصور، من حيث تواجد بعض الأنشطة التي تهدف إلى الربح، مادام أن كل نشاط إنساني يحاول صاحبه الزيادة في أصوله. و حسب هذا المعيار فإنه يدخل بعض الأعمال في دائرة الأعمال التجارية بالرغم من أنها مدنية في الأصل، كأعمال الحرف والاستغلال الزراعي والمهن الحرة التي يمارسها أشخاص طبيعيون.كما أن هناك أعمال تعد تجارية حتى ولو لم يقصد صاحبها تحقيق الربح، كشروع العون الاقتصادي مثلا بإعادة بيع سلعة بسعر أدنى من سعر تكلفتها الحقيقي، وذلك لأجل جلب الزبائن لمؤسسته.

ويقصد بسعر التكلفة الحقيقي، " سعر الشراء بالوحدة المكتوبة على الفاتورة، يضاف إليه الحقوق والرسوم، وعند الاقتضاء، أعباء النقل".و قد تعرض التاجر ظروف معينة، مرتبطة بنشاطه كأن يلجأ إلى إعادة بيع السلع التي بيعت بصفة إرادية أو حتمية بسبب تغيير النشاط أو إنهائه أو بمناسبة تنفيذ حكم قضائي، كما قد يلجأ إلى ببيع السلع سريعة التلف والمهددة بالفساد بأقل من سعر السوق، فنية الربح إذن، تبقى عنصرا نفسيا يصعب إثباته.

المطلب الثاني:معيار التداول

العمل التجاري الذي يسهل تداول السلع من يد المنتج إلى حين استقرارها في يد المنتج، والتجارة تكمن في الوساطة في تداول السلع والنقود في الزمان والمكان وهي الشراء بقصد إعادة البيع والسمسرة والوكالةبالعمولة وغيرها من عمليات البنوك وهي من الأعمال التجارية لأنها تؤدي إلى تداول السلع والنقود. أما الأعمال التي لا تتناولها السلع وهي وحالةركود مثل أعمال المنتج الأول أوالمستهلكفهي أعمال مدنية. ووفقا لهذا المعيار يخرج منداثرةالأعمال التجارية كل مايتعلق بالعقارات لأنها ليست محلا للتداول من مكان لآخر.

يعتبر عملا تجاريا حسب هذه النظرية، كل نشاط يتعلق بالوساطة في تداول الثروة من وقت خروجها من يد المنتج الأول إلى غاية وصولها إلى المستهلك.

والتداول إما أن يأخذ شكلا ماديا كنقل الشيء من مكان لآخر أو غير مادي كالديون والائتمان.

و يرى أنصار هذا المعيار أن فكرة التداول تجعل البضاعة أو الخدمة في حالة حركة، لذا يظل عمل المنتج عملا مدنيا لأن نشاطه لا يدخل في دائرة التداول أو الحركة بل يبقى في حالة سكون. وحسب هذا المعيار فإن العمليات الإستخراجية تخرج من دائرة الأعمال التجارية.

يؤخذ على نظرية التداول وفقا للمفهوم الأخير أنها تؤدي إلى استبعاد الصفة التجارية على العمليات الإستخراجية بالرغم من أنها تصنف ضمن الأعمال التجارية بطبيعتها، وعلى سبيل المثال ما تعرضت له المادة الثانية من القانون التجاري بقولها: يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه: – *كل مقاولة لاستغلال المناجم أو المناجم السطحية أو مقالع الحجارة أو منتجات الأرض الأخرى".

وترتيبا عل ى ما سبق فإن النظرية حصرت التداول في شكله المادي فقط بالرغم من أن التداول قد يتخذ شكلا قانونيا، مثل التداول في العقارات كتغيير المالك أو المنتفع.

غير أنه بالرغم من الانتقادات الموجهة لهذه النظرية إلا أن فكرة الوساطة في تداول الثروة تشكل أهم عناصر تعريف العمل التجاري. وبالمقابل حاول البعض البحث عن معيار أكثر دقة ووضوح للوقوف عند تعريف جامع للعمل التجاري، والابتعاد عن الاعتبارات والمفاهيم الاقتصادية، لذا هناك من توقف عند فكرة المشروع أو المقاولة كمعيار قانوني محدد للأعمال التجارية.

المطلب الثالث: معيار المشروع أو المقاولة

حاول فريق فقهي اخر الاعتماد على فكرة المشروع كمعيار محدد للأعمال التجارية. والمشروع يعني التكرار المهني للأعمال استنادا إلى تنظيم مادي سابق يكفل استمراره ودوامه، فمعيار التجارية من ذات العمل وطبيعة موضوعه أو من صفة الشخص القائم به، بل من شكل التنظيم الذي يرتكز عليه هذا العمل.

فمن يمارس عملا في شكل مشروع يعتبر عمله تجاريا حتى ولو لم يكن هذا العمل واردا في التعداد القانوني للأعمال التجارية. والمشروع لا يختلط بالحرفة وذلك خلافا لما يدعيه البعض من أن المشروع ليس شيئا آخر غير الحرفة وأن من يقول بالحرفة يقول بالمشروع.

وبالرغم من أن القانون الجزائري كغيره من القوانين العربية لم يعرف المقاولة كمعيار للتميز بين العمل التجاري والمدني، بل قام بتعداد أنواع المقاولات التجارية التي تكتسب الوصف التجاري، في حين لا يمكن الأخذ بمفهوم عقد المقاولة

الوارد في القانون المدني بموجب المادة 549 والتي تنص بأن " المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر".

غير أن فكرة المقاولة هي أيضا يشوبها نوع من الغموض من ناحية ولا تصلح معيارا وحيدا لتمييز العمل التجاري من ناحية أخرى، ذلك لأنها لا تكفي لوحدها لتحديد الأعمال التجارية. على أساس أن هناك أعمال تجارية بصريح نص المادة الثانية تعتبر تجارية حتى ولو تمت في شكل منفرد، كالشراء لأجل البيع الذي يتصدر قائمة الأعمال التجارية المنفردة.كما أن هنا بعض الأنشطة تمارس في شكل مقاولة غير أنها لا تعتبر تجارية ولا تخضع لأحكام القانون التجاري، كمقاولة الصناعة التقليدية أو المقاولة الحرفية لإنتاج المواد والخدمات. وعليه فإن معيار المقاولة بات لا يستوعب كل الأعمال التجارية الواردة في القانون.

وفي محاولة إعطاء تعريف للعمل التجاري كتعبير مجرد عن الظواهر الإقتصادية الخاضعة للقانونالتجاري، دهب البعض إلى تبني موقف محايد بين النظريتين المادية و الشخصية،وذلك برفضهما تغليب أي من فكرتي العمل العمل التجاري والتاجر على الأخرى، ليصبح القانون التجاري هومجموعة القواعد القانونيةالتي تنظم منجهةالأعمال التجارية والتي تسري من جهة أخرى على التجار.

وبصدد تعريف العمل التجاري يشير الفقيهان إلى أن التاجر، كشخص من أشخاص القانون، لا يتحدد إلا في ضوء احترافه الأعمال التجارية. وبالتالي لا يمكن أن تكون الحرفة عنصرا من عناصر تعريف موضوعها أي تعريف العمل التجاري. وإزاء الضوابط الفقهية الأخرى التي بق للفقه الفرنسي اقتراحها، يبدي الفقيهان الملاحظات الجوهرية الآتية: أنها جميعا تتضمن شقا من الحقيقة، وبالأخص فيما يتعلق بتعبير العمل التجاري عن أعمال تداول الثروة وبتوافر قصد المضاربة بهدف تحقيق الربح. أما بشأن ضابط المشروع، فيشير الفقيهان إلى أن الإزدواج في تنظيم المعاملات بين قانون مدني و قانون تجاري إنما هو من صنع المشرع ذاته، وقد أراد حصر نطاق تطبيق القانون ن التجاري في حدود معينة،ولذلك لم يصف المشرع جميع الأعمال الواردة في التعداد التشريعي للاعمال التجارية بالمشروعات وإنما بعضها دون البعض الآخر بهذه الصفة، وهو ما يستتبع القول بأنه لا يلزم في الأعمال المعروفة بالأعمال التجارية المنفردة أن تكون في شكل مشروع حتى تخضع لأحكام القانون التجاري.

المبحث الثاني: أهمية التمييز بين العمل التجاري والمدني

المطلب الأول:الإختصاص و الإثبات

الفرع الأول: الإختصاص

ينظر القسم التجاري في المنازعات التجارية، وفقا لما هو منصوص عليه في القانون التجاري، مع مراعاة أحكام المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. غير أنه في المحاكم التي لم تنشأ فيها الأقسام يبقى القسم المدني هو الذي ينظر في جميع النزاعات باستثناء القضايا الاجتماعية.

ولقد وضع المشرع قاعة عامة في مجال الاختصاص المحلي، بحيث يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له... غير أنه يمكن الخروج على هذه القاعدة، عملا بالمادة 04/39 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على مايلي:" في المواد التجارية، غير الإفلاس والتسوية القضائية، أمام الجهة التي وقع في دائرة اختصاصها الوعد، أو تسليم البضاعة، أو أمام الجهة القضائية التي يجب أن يتم الوفاء في دائرة اختصاصها، وفي الدعوى المرفوعة ضد الشركة، أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها أحد فروعها".

وفضلا عما ورد في قواعد الاختصاص الإقليمي، وضع المشرع بعض الاستثناءات نذكر منهاعلى سبيل المثال: في مواد الإفلاس والتسوية القضائية للشركات وكذا الدعاوى المتعلقة بمنازعات الشركاء، ترفع الدعاوى أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان افتتاح الإفلاس أو التسوية القضائية أو مكان المقر الاجتماعي للشركة.

وإذا كان المشرع يجيز الاتفاق على عقد الاختصاص لجهة قضائية غير التي تعينها قواعد الاختصاص الإقليمي في حالات معينة، إلا أنه منع الخروج على قواعد الاختصاص تطبيقا لما ورد في المادة 45 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها:" يعتبر لاغيا وعديم الأثر كل شرط يمنح الاختصاص الإقليمي لجهة قضائية غير مختصة إلا إذا تم بين التجار".

وإذا كان للقسم التجاري، الفصل في المنازعات التي تنشأ بين التجار والناتجة عن الالتزامات المتعلقة بعملهم التجاري، إلا أنه في حالة إذا لم يكن طرفي النزاع تاجرين، فإن الدعوى تخرج عن نطاق القسم التجاري، وذلك في حالة العمل المختلط أي الأعمال التي تبرم بين تاجر غير تاجر، فإنها تخضع لنظام خاص، فإذا كان التصرف مدنيا من جانب المدعي وتجاريا من جانب المدعى عليه، فللمدعي الخيار في رفع الدعوى أمام القسم المدني أو التجاري، بينما لا يملك الطرف الآخر إلا رفع دعواه أمام القسم المدني.

الفرع الثاني:الإثبات

الإثبات لغة، هو تأكيد الحق بالبينة، والبينة الدليل أو الحجة القوية، وهناك لفظ بمعنى الدليل مشتق من المصدر (إثبات) وهو ثبت ولفظ ثبت تطلق مجازا على كل حجة أي ثقة في روايته فيقال فلان ثبت من الإثبات أي ثقة من الثقات، فالإثبات على وجه العموم هو تأكيد حقيقة أي شيء بأي دليل.

أما المعنى القانوني للإثبات، فهو تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحق، أو هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها.

و في البحث عن وسائل الإثبات، نصت المادة 333 من القانون المدني على أنه: "في غير المواد التجارية، إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك".

يظهر من خلال قراءة النص أنه يجوز في المسائل التجارية إثبات التصرف القانوني ولو زادت قيمة التصرف على 100.000 د.ج بالبينة والقرائن دون الرجوع إلى الكتابة، على خلاف ما تعرضت إليه المادة 328 من القانون المدني بقولها:" لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون التاريخ ثابتا إبتداءا:

– من يوم تسجيله – من يوم ثبوت مضمونه — من يوم التأشير عليه — من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط وإمضاء.."

و الأصل أن الإثبات في المواد التجارية، بسيط وأخف من تلك التي تضمنتها نصوص القانون المدني في مجال إثبات الالتزام. ولقد تقرر الأخذ بحرية الإثبات في المعاملات التجارية، بعدما كانت الشريعة الإسلامية السباقة في الاعتراف به، وذلك من خلال ما ورد في سورة البقرة الآية " ....."

ومن أهم تطبيقات المبدأ ما جاءت به المادة 30 من القانون التجاري على أنه:" يثبت كل عقد تجاري:

1– بسندات رسمية،
2– بسندات عرفية،
3– فاتورة مقبولة،
4– بالرسائل،
5– بدفاتر الطرفين،

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

غير أن مبدأ حرية الإثبات لا يسري على إطلاقه، بل تعترضه بعض القيود، ومثال ذلك ما يشترطه المشرع على بعض التصرفات القانونية من ضرورة الالتزام بالكتابة الرسمية، كالتصرفات الواردة على المحل التجاري، بحيث تشترط المادة 187 مكرر تحرير العقود الإيجار في الشكل الرسمي، وذلك تحت طائلة البطلان. كذلك الوعد ببيع القاعدة التجارية يستوجب إثباته بعقد رسمي، إلى جانب عمليات تأسيس الشركات التجارية، ووما تعرضت إليه صراحة صراحة المادة545 من القانون التجاري.