ويؤخذ على هذه النظرية أنها تتطلب حصر الأعمال التجارية وتعدادها وهذا أمر عسير إذا لـــم يكـــن مستحيلاً في مجال متغير ومتطور كمجال التجارة. صحيح أن هذه المأخذ يمكن توجيهه أيضـــا إلـــى النظرية الشخصية التي تتطلب بدورها الحصر والتعداد للحرف التجارية، إلا أنه من الثابت اليـــوم أن حصر الحرف التجارية أسهل وأيسر من حصر الأعمال التجارية. وبالمقابل فإنها تمتـــاز بتوســـيعها لدائرة تطبيق أحكام القانون التجاري وإن كان القضاء قد حد من هذه الميزة وذلك بتوسعه في تطبيـــق نظرية المدنية بالتبعية أي تلك النظرية التي تؤدي إلى فقدان العمل الصفة التجارية متى كان ضروريًا لممارسة المهنة المدنية.

المطلب الثالث: موقف القانون الجزائري

إذا نظرنا إلى القانون الجزائري الصادر بالأمر رقم 59 لسنة 1975 نجد أن المادة الأولى منه تـــنص على أن " يعد تاجرا كل من يباشر عملا تجاريا ويتخذه حرفة معتادة له " وقضى في المادة الرابعة بأن " يعد عملا تجاريا بالتبعية، تلك الأعمال التي يقوم بها التاجر والمتعلقة بممارسة التجارة أو حاجـــات متجرة والالتزامات بين التجار".

وعلى الرغم من أن المشرع الجزائري أخذ هذين النصين بالنظرية الشخصية إلا أنه لم يلبث أن أخـــذ بالنظرية الموضوعية حين عدد الأعمال التجارية بحسب موضوعها في المـــادة الثانيـــة، والأعمـــال التجارية بحسب الشكل في المادة الثالثة .

وفضلا عن أن المشرع الجزائري حدد في هذه المواد الأربع مجال ونطاق تطبيق القانون التجـــاري، فإنه نظم بنصوص واضحة الأحكام التي تسري على التجار دون سواهم كمسك الدفاتر التجارية والقيد في سجل التجاري وملاكا ذلك .

ولهذا فإننا نرى أن المشرع الجزائري أخذ بمذهب مزدوج، حيث لا نجد قواعده جميعا مـــن طبيعـــة واحدة، وإنما أستلهمت بعض أحكامه النظرية الشخصية، والبعض الآخر إعتنقت النظرية الموضوعية .

الفصل الثاني: نظرية الأعمال التجارية

يتناول هذا الفصل النقاط الرئيسية التالية:

المبحث الأول: تعريف العمل التجاري

المبحث الثاني: أهمية التفرقة بين العمل المدني والعمل التجاري

المبحث الثالث: أنواع الأعمال التجارية

****

المبحث الأول: تعريف العمل التجاري= (معيار العمل التجاري)

تخلو القوانين التجارية عموماً من تعريف إصطلاحي للعمل التجاري، وقد إكتفت القوانين المذكورة بإيراد تعداد ترتيبي معين للأعمال التجارية، ولهذا حاول الفقه إستناداً على التعداد التشريعي للأعمال التجارية أن يضع قاعدة أو مفهوماً يتميز بموجبه ما يعتبر تجارياً ومالا يعتبر التجاري، بل طرح نظريات مختلفة يستند بعضها على العوامل الإقتصادية ويستند البعض الآخر على العوامل القانونية، وفيما يلي عرض لكل نظرية من هذه النظريات:

المطلب الأول: نظرية المضاربة

اتجه بعض الفقه الى فكرة المضاربة كمعيار للعمل التجاري.

والمضاربة تعني السعي وراء تحقيق الربح أو بعبارة أخرى هي وضع رأسمال معين في عمل معين بقصد الحصول على ربح من ورائه وينصرف هذا المفهوم لكل فعل من شأنه تحقيق فائدة مادية – ربح نقدي – إضافة للعوامل التي تتضمن عنصر الصدفة والمخاطرة وجدير بالملاحظة أن هذه النظرية التي تعتمد معيارا اقتصادياً تتفق مع طبيعة أغلب الأعمال التجارية كالشراء لأجل البيع وغيره.

إلا أنها وبإجماع الفقه لا تكفي لوحدها كمعيار للعمل التجاري، فهي توسع أولاً من دائرة الأعمال التجارية بحيث تشمل اعمالاً مدنية بطبيعتها إذ أن قصد تحقيق الربح ليس ظاهرة تقتصر فقط على العمل التجاري، بل تمتد لجميع أوجه النشاط الإنساني وهي عامل مشترك بين المهن دون تمييز. وتعجز نظرية المضاربة من جهة أخرى عن تفسير تجارية بعض الأعمال التي لا صلة لها بعنصر المضاربة كالأعمال المتعلقة بالسفاتج والسندات للأمر " الكمبيالات والشيكات ".

ولا ريب أخيرا في أن هذه النظرية لم تعد مقبولة في الاتجاه المعاصر لتدخل الدولة في النشاط الاقتصادي والتجاري، هذا التدخل الذي لا يهدف الى تحقيق الربح بالمعنى التقليدي، ومع ذلك فإن لهذه النظرية جانباً إيجابياً يتمثل كما يوضح هاميل ولاكارد باستبعاد كافة الأعمال التي لا تهدف الى الربح من النطاق التجاري.

المطلب الثاني: نظرية التداول

إقترح البعض الآخر التداول كمعيار للعمل التجاري، ويقصد بالتداول حركة السلع والنقود والأوراق التجارية.

ومحصلة هذه النظرية أن العمل القانوني تثبت له الصفة التجارية في جميع الأحوال التي يكون الغرض منه تحريك السلع والأشياء وتداولها فإذا تناول العمل القانوني السلع والأشياء وهي في مرحلة السكون فإن هذا العمل يخرج من دائرة الأعمال التجارية عليه تكون الاعمال القانونية التي يقوم بها الناقل في نقل الأشياء أو عمل الصناعي الذي يشتري المادة الصناعية ويتناولها بالتغير والتبديل لغرض تحويلها الى سلع وايصالها الى المستهلك وجميع الاعمال المساعدة على حركة العمال كأعمال التوسط أو الى الأوراق التجارية أعمالاً تجارية . أما الأعمال القانونية التي يأتيها المنتج الأول والأعمال التي يقوم بها المستهلك فإنها تعتبر من قبيل الأعمال المدنية طالما لا يترتب عليها تحريك الثروة وتداولها.

وعلى الرغم من أن هذ النظرية تفسير الكثير من الاعمال التجارية إلا أنها لا تصلح كذلك لوحدها ان تكون معياراً مطلقاً للأعمال التجارية، فهي من جهة لا تضفي صفة التجارية على عمل المنـــتج الأول علماً بأن المنتج الأول هو أول من يضع السلع والبضائع في الحركة .

وهناك من جهة أخرى بعض الأعمال القانونية التي تدفع السلع الى التداول ومع ذلك فإنها لا تعتبـــر تجارية بل أعمالاً مدنية ، كأعمال الجمعيات التعاونية الاستهلاكية ، وجمعيات النقابات ويعاب علـــى هذه النظرية أخيراً أنها لا تحتوي جميع الأعمال التجارية التي سردها القانون دون أن يتوافر فيهـــا مفهوم التداول كالأعمال المتعلقة بالعقارات والعمليات الإستخراجية للثروة الطبيعية.

المطلب الثالث: نظرية المقاولة أو المشروع

ويرى اجتهاد فقهي آخر أن الذي يميز الأعمال التجارية هو الكيفية التي يتم بها العمل فإذا كان العمل يقوم على صورة مشروع فهو تجاري .

والمقاولة هي استخدام وسائل الإنتاج في منظمة دائمة أسست عل نشأة مادية فالعمل يعتبر تجاريـــا اذا كان يتم على شكل مشروع و هو موضوع يعتمد على فكـــرتين أساســـيتين: التكـــرار **أو** الإحتـــراف والتنظيم، أي الاستعانة بمجموع من الوسائل المادية كرأس المال وقوة العمل . وبغض النظـــر عـــن التعداد القانوني أما العمل القانوني المنفرد فإنه يعتبر من الأعمال المدنية طالما أنـــه لا يـــتم بصـــيغة المشروع .

ويأخذ على هذه النظرية أنه هناك كثير من الأعمال لا يشترط في تجاريتها أن تكون مباشرة على شكل مشروع ، اذ يكفي ان تقع منفردة حتى تعتبر تجارية كما هو الشأن في اعمال شراء المنقول او العقار لأجل البيع أو الاجارة والاعمال المتعلقة بالأعمال التجارية . وكذلك فإن النظرية تخرج مـــن اطـــار العمل التجاري جميع الاعمال التي يقوم بها الافراد بصورة (مستترة تهرباً من دفع الضـــرائب) ، أو اكتساب الصفة التجارية نتائجها يضاف الى ذلك أخيراً أن هناك كثير من الأعمال التي تمارس علـــى شكل مشروع ومع ذلك فإنها لا يمكن أن تعد تجارية كأعمال ذوي المهن عليه فإن معيار المشروع لا يكفي لوحده إذن أن يكون قاعدة مطلقة للعمل التجاري .

المطلب الرابع: نظرية الحرفة

حاول بعض الفقه أيضاً الاستناد الى الحرفة التجارية في تحديد مفهوم الأعمال التجارية ومحصلة هذه النظرية أن الأعمال التي تزاول ضمن الحرفة التجارية تعتبر أعمالاً تجارية.

ويوضح العميد ريبير Ripert مفهوم الحرفة بالعمل في استغلال تجاري بطريقة ثابتة ومنظمة ومستمرة وعلى هذا تستلزم الحرفة بعض المظاهر الخارجية كوجود محل تجاري واستخدام قوة عمل واتصال بالعملاء وسمعة تجارية فإذا ما توافرت هذه المستلزمات عند مزاولة النشاط التجاري نكون عندئذ أمام الحرفة التجارية وبالتالي يعد تجارياً كل عمل يقع في إطارها.

ويتضح أن هذه النظرية تميل بالقانون التجاري نحو الذاتية وتجعل منه قانوناً مهنياً حرفياً فقط بمعنى أن هذه النظرية لا تصلح لقانون تجاري موضوعي.

ويعاب على نظرية الحرفة كذلك أنها لم تضع معياراً للحرفة التجارية فلا يكفي في الواقع الإشارة الى المظاهر الخارجية التي تتطلبها الحرفة، إذ أن هذه المظاهر لا تخرج عن كونها أمراً لازماً لجميع الحرف عموماً المدنية منها والتجارية، هذا إضافة الى أنها تخرج بالضرورة من إطار قانون التجارة العمل التجاري المنفرد الذي يعتبر تجارياً بطبيعته دون ما حاجة لشرط الإحتراف.

ويبدو مما تقدم أن وضع ضابط دقيق ومحدد للعمل التجاري ليس بالأمر اليسير، ولعل السبب في ذلك كما نرى هو التطور الاقتصادي السريع في الواقع المعاصر والذي انعكست آثاره على الهيكل القانوني للنشاط التجاري والذي دفع الفقه بالتالي الى مراجعة أسس القانون التجاري برمته ومحاولة إرساء قواعده على مبادئ جديدة تختلف جوهرياً عن أسسه التقليدية.

المبحث الثاني: أهمية التفرقة بين العمل المدني والعمل التجاري

تختلف العلاقات المدنية عن العلاقات التجارية من حيث طبيعتها ومقتضياتها هذا الاختلاف يستلزم اختلافا بينهما في التنظيم القانوني ،فالأعمال التجارية هي وحدها التي يحكمها القانون التجاري بخلاف الأعمال المدنية التي تظل بحكم الأصل خاضعة للقانون المدني، وتكمن أهمية التفرقة بين العمل المدني والعمل التجاري في مايلي :

01) الإختصاص القضائي: وهو نوعان

أ) **الاختصاص النوعي:** على خلاف ماهو موجود في كثير من الدول التي تخصص محاكم مدنية ومحاكم تجارية منفصلة يقوم القضاء الجزائري على وحدة المحاكم المدنية والتجارية حيث يختص نوع واحد من المحاكم بالنظر في المنازعات المدنية والتجارية غير أنه يلاحظ من الناحية العملية أنه توجد داخل المحاكم والمجالس أقساما وغرفا يختص كل واحد منها بالنظر في نوع معين من المنازعات وهذا التقسيم ماهو إلا تنظيم داخلي تسهيلا للعمل لا ينتج عنه أي اختصاص نوعي ويترتب على ذلك أنه إذا رفعت دعوى مدنية أمام القسم التجاري أو العكس لا يجوز الطعن بعدم الاختصاص النوعي ولا يجوز رفض الدعوى شكلا لذات السبب بل كل ما يجب فعله هو إحالة الدعوى على القسم المختص بذات المحكمة، وإذا حكمت في الدعوى يكون حكمها صحيحا على اعتبار أنه صادر من محكمة مختصة .

ب) **الاختصاص المحلي** :في النزاعات المدنية تكون المحكمة المختصة هي محكمة موطن المدعَى عليه عملا بقاعدة (الدين مطلوب وليس محمول)، بينما في المعاملات التجارية يجوز للمدعي الاختيار في أن يرفع دعواه أمام إحدى المحاكم الثلاث التالية :

1- محكمة موطن المدعى عليه : ويعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارته موطنا بالنسبة للأعمال المتعلقة بهذه التجارة إلى على جانب موطنه الأصلي إلا أن هناك إستثناءات على هذه القاعدة ذكرتها مواد القانون إجراءات مدنية:

أ) ترفع الدعاوى في مواد الإفلاس والتسوية القضائية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان افتتاح الإفلاس أو التسوية القضائية .

ب) ترفع الدعوى العقارية أو الأشغال المتعلقة بالعقار ودعاوى الإيجارات المتعلقة بالعقارات أمام المحكمة التي يقع العقار في دائرة اختصاصها.

2- محكمة إبرام العقد وتسليم البضاعة: هي المحكمة التي تم إبرام العقد في دائرة اختصاصها أو مكان التسليم الفعلي قد حصل في دائرة اختصاصها.

3- محكمة محل الدفع أو الوفاء: هي المحكمة التي تم الاتفاق بين الطرفين على أن الوفاء يتم في دائرة اختصاصها.

02) الإثبات: يقصد به إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية رتبت أثارها، القاعدة العامة في المواد التجارية حرية الإثبات وبالتالي يجوز إثبات التصرفات القانونية التجارية بشتى وسائل الإثبات مهما كانت قيمتها وقد نصت على هذا المبدأ المادة 30 ق ت ((يثبت كل عقد تجاري بسندات رسمية – سندات عرفية – فاتورة مقبولة – بالرسائل – بدفاتر الطرفين – بالإثبات بالبينة أو بأي وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها)).

أما الإثبات في المسائل المدنية الأصل فيه أنه مقيد إذ لا يجوز لإثبات البينة متى زادت قيمة الحق عن قيمة محددة يحددها القانون تطبيقا لهذا المبدأ يمكن أن نلاحظ أهمية التفرقة بين العمل المدني والعمل التجاري في المسائل التالية :

01- يجوز إثبات ما يخالف أو يتجاوز المكتوب بدليل غير كتابي في المسائل التجارية خلافا للقاعدة العامة في المعاملات المدنية إذ لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها إلا بدليل كتابي

02- يجوز الاحتجاج بالأوراق التجارية على الغير حتى ولو لم تكن ثابتة التاريخ بعكس الأعمال المدنية التي تخضع لقاعدة عدم جواز الاحتجاج بالمحررات العرفية على الغير

03- يجوز في المواد التجارية إثبات تاريخ السندات العادية بالنسبة للغير بجميع طرق الإثبات وذلك خلافا لما هو مقرر في المواد المدنية إذ لا يعد السند العادي صحيح إلا من يوم تسجيله أو من يوم إثباته بسند رسمي.

03) المهلة القضائية: جرى العمل على منح مهلة قضائية للوفاء في المواد المدنية إذا كان المدين حسن النية ، بنما لا يجوز منح هذه المهلة في المواد التجارية إلا عند الضرورة نظرا لسرعة الحياة التجارية .

04) الإفلاس والتسوية القضائية: يعتبر الإفلاس نظام خاص بالتجار يهدف إلى تصفية أموال المدين وتوزيع المبالغ الناتجة عنها إلى الدائنين وهي حالة الإفلاس القضائي أو مساعدة هذا التاجر على استعادة قدرته المالية من خلال تدابير يفرضها القانون وهي حالة التسوية القضائية، وهو نظام يتصف بالشدة والقسوة قصد توفير الضمان والثقة لدى الدائنين لذا يخضع لهذا النظام التاجر وحده أما الشخص المدني فيخضع لنظام الانكسار.

05) الإعذار: هو تنبيه يوجهه الدائن للمدين بعد حلول أجل الدين بوجوب الوفاء به ويسجل عليه تأخره في الوفاء ويحمله ما يترتب على هذا التأخر من مسؤولية والأصل أن الإعذار في المسائل المدنية أن يتم بورقة رسمية عن طريق المحضر القضائي أما الإعذار في المسائل التجارية فيمكن أن يتم بخطاب عادي دون الحاجة إلى ورقة رسمية .

06) التضامن: التضامن بين المدينين في المعاملات المدنية أما في المعاملات التجارية فهو مفترض بين المدينين عند تعددهم دون الحاجة إلى نص أو اتفاق وهو ما جرى عليه العرف

07) النفاذ المعجل : الأحكام الصادرة في المعاملات المالية المدنية غير قابلة للتنفيذ إلا بعد أن تحوز حجية الشيء المقضي فيه و لا يمكن الخروج عن هذه القاعدة إلا في حالات استثنائية نص عليها المشرع ،أما الأحكام الصادرة في المعاملات التجارية فهي معجلة النفاذ ولو لم تستوف أوجه الطعن بشرط أن يدفع التاجر الذي صدر الحكم لمصلحته كفالة وذلك لحاجة الحياة التجارية للسرعة واستقرار المعاملات.

08) صفة التاجر: احتراف الأعمال التجارية من شأنه أن يكسب الشخص ومن ثم يخضع الى كل التزامات التجار كالقيد في السجل التجاري على خلاف الشخص المدني الذي يمارس أعمالا مدنية ويخضع لأحكام القانون المدني .

09) حوالة الحق: لا يحتج بحوالة الحق قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا رضي بها المدين أما في القانون التجاري فإنه تجوز حوالة الحق الثابتة في الوراق التجارية بمجرد التوقيع عليها ودون الحاجة الى رضي المدين.

10) الفوائد: لا تسري الفوائد في المسائل المدنية إلا بعد الإعذار والمطالبة بها أمام القضاء أم في المسائل التجارية فيبدأ تاريخ سريان الفوائد من تاريخ حلول أجل الدين كما يلاحظ أن المشرع المدني لا يأخذ بالفوائد المركبة كما لا يسمح أن تتجاوز قيمة الفائدة رأس المال أما في القانون التجاري فيجوز تقاضي الفوائد حتى ولو تجاوز مجموعها رأس المال ولا مانع أيضا من أخذ الفائدة على متجمد الفوائد (الفائدة المركبة) كما هو الحال في الحساب الجاري وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري يحرم الفائدة بين الأشخاص، كما أن نسبة الفائدة تحكمها الأعراف المصرفية على خلاف ما هو معمول به في بعض الدول كمصر وفرنسا.

11) **التقادم المسقط:** على الرغم من التعديلات التي أدرجها المشرع الجزائري على القانون التجاري فإنه لم يتكلم عن التقادم المسقط في الدعاوى التجارية لذلك تتقادم الدعاوى مدنية كانت أم تجارية بالتقادم الطويل أي 15 سنة غير انه بالرجوع الى نصوص القانون التجاري في أبوابه المختلفة نجده قد نص على التقادم قصير المدى في بعض الحالات مثل : الدعاوى الناشئة عن عقد نقل الأشخاص تتقادم بمرور 05 سنوات، الدعاوى الناشئة عن نقل الأشياء أو البضائع تتقادم بمرور سنة واحدة .