**المحاضرة 12**

**الباب الثالث**

**في نظرية الأعمال التجارية بالتبعية**

تمهيد :

شيدت هذه النظرية على يد الفقه و القضاء ، بالاستناد الى اعتبارات منطقية و الى بعض النصوص التشريعية . وهي تهدف امام العجز عن وضع معيار للعمل التجاري – الى خلع الصفة التجارية على طائفة من الاعمال لم يتنها بها المشرع .و لسوف نعرض للمقصود بهذه النظرية لبيان فحواها ، ثم نعرج على دراسة اساسها وعلى التعرف على تطبيقاتها . و اخيرا نجيب على التساؤل الذي يقفز بديهيا الى الذهن : ترى هل توجد كذلك اعمال مدنية بالتبعية طالما ان هناك اعمالا تجارية بالتبعية ؟

**الفصل الأول**

**التعريف بالنظرية**

**أولا : تعريف العمل التجاري بالبعية:**

العمل التجاري بالتبعية هو ذلك العمل الذي لا يدخل بداهة في عداد الأعمال التجارية التي سردها القانون ، و من ثم كان يتعين اعتباره مدنيا ، و لكنه اعتبر تجاريا و اخضع لقواعد القانون التجاري و ذلك بسبب صدوره عن تاجر بمناسبة مباشرته لنشاطه التجاري .اذن الاعمال التجارية بالتبعية هي اعمال مدنية في الاصل ، و استمدت صفتها التجارية من صدورها عن تاجر و تعلقها بتجارته ، و ذلك لانها اصبحت تابعة لهذه التجارة و تكتسب بهذه التبعية الصفة التجارية ، فشراء التاجر الاثاث لمتجره يعتبر عملا تجاريا بالتبعية .

**ثانيا : شروطها :**

و على هذا يشترط لتطبيق نظرية التبعية شرطان :

1**- صدور العمل عن تاجر :**

و يستفاد هذا الشرط من نص المادة الرابعة من القانون التجاري الجزائري الذي يعتبر عملا تجاريا بالتبعية الاعمال التي يقوم بها التاجر و المتعلقة بممارسة تجارته او حاجات متجره ، و كذلك الالتزامات بين التاجر .و رغم هذ النص فإنه لا يشترط ان يكون طرفا العمل من التجار ، فارأي مستقر في الفقه و القضاء على الاكتفاء يكون احد طرفي العمل تاجرا حتى يعتبر هذا العمل بالنسبة اليه تجاريا بالتبعية .و على هذا لو اقترض تاجر لحاجات تجارته من شخص غير تاجر ، اعتبر القرض بالنسبة له عملا تجاريا بالتبعية .

2**- ارتباط العمل بالنشاط التجاري للتاجر :**

فلا يكفي اذن صدور العمل من تاجر ن بل يجب – حسب النص – سالف الذكر .أن يكون متعلقا بتجارته و مرتبطا بها ، و الا بقي العمل محتفظا بطابعه المدني .و يكفي ارتباط العمل بالمهنة التجارية ارتباطا ماديا ولا يشترط ان يكون قد تم بنيه تحقيق الربح . بل ولا يشترط ان يكون الارتباط ارتباط لزوم و فائدة ، بل يكفي ان يكون العمل قد تم بمناسبة ممارسة التاجر لنشاطه المهني .

**ثالثا : قرينة التجارية :**

يصعب في حالات كثيرة معرفة ما اذا كان العمل الصادر من التاجر متعلقا بتجارته ام لا . فالتاجر الذي يشتري سيارة او يبرم قرضا . لا تعرف اذا كان قد اشترى السيارة لاستعماله الخاص ام لنقل بضائعه ، كما لا نعرف اذا كان قد اقترض من اجل حاجات شخصية ام من اجل تجارته .ومن اجل القضاء على هذه الصعوبات ومن اجل تسهيل الاثبات ، ذهب القضاء الى افتراض ارتباط كافة الاعمال الصادرة من التاجر ( بديهيا غير تلك التي تعتبر تجارية بحسب القانون ) بتجارته و تعرف هذه المسألة بقرينة التجارية .اي ان كل عمل صادر من تاجر يفترض انه متعلق بتجارته و من ثم فهو تجاري ، الا ان هذه القرينة بسيطة يمكن للتاجر اثبات عكسها ، اي اثبات عدم ارتباط العمل بتجارته ، و يراعي انه اذا ادعى خصم التاجر عدم تعلق العمل بتجارة التاجر ، فيكون عليه اثبات عدم الارتباط هذا .هذا واثبات عكس فرينة التجارية يكون بكافة طرق الاثبات .

**الفصل الثاني**

**في اساس نظرية التجارية بالتبعية**

لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية اساس منطقي و اخر قانوني :

1**- الأساس المنطقي :**

يقضي المنطق بضرورة طرح الصفة التجارية على كل الاعمال المتعلقة بحرفة التجارة ، حتى تكون الحياة التجارية وحدة لا تتجزأ ، يخضع فيها العمل الأصلي و العمل التابع لنظام قانوني واحد ، تطبيقا لقاعدة ان الفرع يتبع الأصل .ولا شك ان تطبيق النظرية تسهيل التطبيق القانوني ، و تحقيق مصلحة المتعلمين فمع التاجر ، حيث يفيدون من الحماية التي يقررها القانون التجاري لدائني التاجر .

2**- الأساس القانوني :**

و يتحلى هذا الأساس القانوني في نص المادة الرابعة من مشروع التقنين التجاري الجزائري :

"- و يعد عملا تجاريا بالتبعية :

الأعمال التي يقوم بها التاجر و المتعلقة بممارسة تجارته او حاجات متجرة .الالتزامات بين التجار "

هذا و لقد استند الفقه و القضاء في كل من فرنسا و مصر على بعض فقرات مواد واردة بقانون التجارة في كل من البلدين و ذلك للقول بوجود اساس تشريعي لنظرية الاعمال التجارية بالتبعية ، و ان كانت هذه النصوص لا ترقى الى وضوح و صراحة نص المادة الرابعة من مشروع الجزائري .و يراعي ان الفقرة الاخيرة من النص توحي بضرورة وقوع العمل بين تاجرين الا ان المستقر عليه فقها و قضاء ان وقوع العمل من تاجر مع غير تاجر كاف لاعتباره تجاريا بالتبعية بالنسبة اليه متى ما كان متعلقا بتجارته ، و ذلك كما يستفاد من الفقرة الثانية من المادة و التي كانت تكفي لتأسيس نظرية الاعمال التجارية بالتبعية تأسيسا قانونيا .

**الفصل الثالث**

**تطبيقات**

**نظرية الأعمال التجارية بالتبعية**

لا يقتصر تطبيق النظرية على العقود الصادرة من التاجر و المتعلقة بتجارته ، بل تمتد الى التزامات التاجر غير التعاقدية و الناشئة على عاتقه بمناسبة مباشرته لتجارته .

**أولا : تطبيق النظرية على العقود :**

جميع العقود التي يبرمها التاجر لحاجات تجارته تعتبر تجارية بالتبعية .

فالمعيار هنا هو الهدف الذي ينشده التاجر فغذا كان التاجر قد ابرم عقدا لحاجات حياته الخاصة فان الصفة التجارية لا تلحقه .و على هذا يعتبر عملا تجاريا بالتبعية : شراء التاجر لادوات للمتجر ، او استئجارها الاقتراض لشؤون التجارة .جميع العمليات مع البنوك و المتعلقة بتجارته .التعاقد على توريد المياه و الكهرباء

التأمين على المحل التجاري او البضائع .استئجار عقار لمزاولة التجارة فيه ، او شرائه لهذا الغرض .الاتفاق على ترميم العقار الذي تباشر فيه التجارة او توسيعه .الاتفاق على ترميم العقار الذي تباشر فيه التجارة او توسيعه ،تلك كلها امثلة لعقود يلحقها وصف التجارية متى كانت صادرة من تاجر و تابعة لتجارته .و هناك وضع خاص بالكفالة ، فالكفالة من عقد التبرع ، و الاصل ان كافة اعمال التبرع الصادرة من التاجر تعتبر مدنية . وعلى هذا كان يتعين اعتبار الكفالة الصادرة من تاجر مدنية دائما حتى ولو تعلقت بتجارته .الا ان القضاء يتجه الى اعتبار الكفالة عملا تجاريا بالتبعية اذا كان الكفيل تاجرا و قام بها لمصلحة تجارته . كان يكفل تاجر عملية التاجر ليدرا عنه خطر الافلاس و يحتفظ به كعميل .و يجدر بنا هنا ان نذكر بأن الكفالة الصادرة من بنك تعتبر تجارية بحسب القانون نظرا لتجارية جميع اعمال البنوك .كذلك نذكر بأن الكفالة اذا ما وردت على كمهيالة لضمان احد الموقعين عليها اعتبرت عملا تجاريا اصليا ، بحسب الشكل ، و ذلك لتجارية الكمهيالية بالنسبة لكافة الموقعين عليها تجارا كانوا ام غير تجار ، و سواء تعلق الامر بتجارة او لا .كذلك نذكر بأن السند الاذني الصادر من تاجر يعتبر دائما عملا تجاريا ، وسواء تعلق بتجارته ام لا .اما سحب شيك بواسطة تاجر .لحاجات تجارته فيعتبر عملا تجاريا بالتبعية .

**ثانيا : تطبيق النظرية على الالتزامات غير التعاقدية :**

و لقد بسطت نظرية الاعمال التجارية بالتبعية على الالتزامات غير التعاقدية للتاجر ، و مرجع ذلك عمومية النص القانوني الذي يعتبر تجاريا بالتبعية جميع الالتزامات بين التجار ، اي كان مصدرها والمعيار هنا لا يمكن ان يكون القصد او الهدف الذي يسعى اليه التاجر ، و انما يكفي ان يتولد الالتزام بمناسبة النشاط التجاري . فتخضع هذه الالتزامات عندئذ لقواعد القانون التجاري .

و على هذا يعتبر التزاما تجاريا بالتبعية :

- التزام التاجر بالتعيين عن اعمال المنافسة غير المشروعة مثل تزوير براءات الاختراع و تقليد العلامات الخاصة بالغير و اغتصاب الاسماء التجارية .

- التزام التاجر بالتعويض و الناشيء عن الحوادث التي تقع منه و من عماله و تابعيه اثناء تاديتهم لاعمالهم او بسببها . مثال ذلك الالتزام بتعويض شخص عن الضرر الذي اصابه نتيجة دهمه بسيارة من جانب احد عمال التأجر اثناء نقل البضاعة بهذه السيارة الى العملاء .

- التزام التاجر بتعويض الاضرار التي تحدثها الاشياء التي يستخدمها في تجارته و تكون تحت حراسته .

و هكذا يطبق القضاء نظرية الاعمال التجارية بالتبعية على الالتزامات التأجر المبنية على مسؤوليته التقصيرية اثناء مزاولته لتجارته .

و كذلك تعتبر تجارية بالتبعية التزامات التاجر المبنية على قواعد الفضالة او دفع غير المستحق او الاثراء بلا سبب ، متى ما نشأت بمناسبة مباشرته لتجارته و على هذا يعتبر تجاريا بالتبعية :

- التزام التاجر برد مبالغ دفعت له خطأ عند تسوية ثمن سلعه قام ببيعها .

- التزام شركة النقل برد مبالغ تلقتها خطأ لانها تزيد على تصريفة النقل المعمول بها .

- التزام التاجر برد ما صرفه الفضولي بمناسبة اعمال تتعلق بتجارته .

**الفصل الرابع**

**في الاعمال المدنية بالتبعية**

لا تقتصر نظرية التبعية على خلع الصفة التجارية على الاعمال المدنية ، و انما من اثارها العكسية اعطاء الصفة المدنية لاعمال هي اعمال هي اعمال تجارية بطبيعتها حسب نصوص التقنين التجاري . و مثال ذلك قيام غير تاجر بعمل تجاري لازم او متصل بسهنته المدنية . فعندئذ يكتسب هذا العمل هذا العمل بدوره الصفة المدنية . و الامر كذلك بالنسبة للمزارع الذي قبل بيع محصولاته يقوم بتحويلها صناعيا . كتحويل الكروم الى نبيذ و تحويل قصب السكر الى سكر . فالتحويل هنا يصبح عملا مدنيا بالتبعية . على الاقل عندما يكون النشاط الصناعي للمزارع واقعا اساسا على محاصيله الخاص به .

و يعتبر كذلك عملا مدنيا :

- شراء المزارع لماشية لتسمينها في مراعيه قبل اعادة بيعها .

- شراء الرسام للأوراق و الالوان لرسم لوحاته .

- شراء النحات للرخام الذي ينحت عليه تماثيله .

- بيع الطبيب الذي يتواجد في منطقة لا يوجد بها صيدلية ، للأدوية عملائه ، و يشرط اقتصار البيع على عملائه .

- شراء صاحب المدرسة الخاصة للمأكولات من اجل اعادة بيعها للتلاميذ .

- شراء الحرفي للمواد التي يشتغلها لاعادة بيعها .

كل هذه الاعمال هي " شراء لاجل البيع " و هي تجارية حسب القانون ، و لكنها تصبح مدنية بالتبعية ، لتبعيتها لمهنة اصلية مدنية ، فهي تصدر من غير تاجر و احاجات مهنية المدنية ، و من ثم تطبق عليها قواعد القانون المدني .

تعقيب على نظرية التبعية :

هكذا نجد لدينا ، ليس فقط اعمالا تجارية عددها القانون ، و اعمالا مدنية هي كل ما لم يعتبره التقني التجاري تجاريا ، بل نجد كذلك اعمالا مدنية و قد خلعت عليها صفة التجارية ، و اخرى تجارية و قد اصبحت عليها الصفة المدنية . و هكذا يزداد الخلط و التعقيد ، و كل ذلك بسبب تصميم المشرع و الفقيه و القاضي على الفص بين ما لا يمكن الفصل بينه .و هذه النظرية التي جاءت لتسد النقص في تعداد الاعمال التجارية و نتيجة الفشل في ايجاد معيار جامع مانع للعمل التجاري لا تقضي على الصعوبات القائمة بل اثارت الخلط بادخالها الاساس الطائفي الذاتي في القانون التجاري المدعى تاسيسه على اساس موضوعي كما انها تؤدي الى نتائج تجافي لبسط قواعد العدل القانوني التي تقضي بضرورة معرفة الشخص مقدما للقانون اواجب التطبيق على ما يبرم من تصرفات .فلو ان اقرض زميله التاجر الذي يمر بأزمة مالية معتقدا انه يقرضه قرضا تجاريا لاستخدامه في الخروج من الازمة ، ثم تبين ان التاجر المقترض قد اقترض لغرض غير متعلق بتجارته ، كالاقتراض للزواج مثلا . هنا كان المقرض يعتقد في تجارته العقد اي انطباق قواعد القانون التجاري عليه ، و اذ به يفاجا عند النزاع ان التاجر المقترض لم يقترض لشؤون تجارته ، و من ثم يتعين تطبيق قواعد القانون المدني .

هذا المثال يوضح لنا عقر نظرية الاعمال التجارية بالتبعية و عدم قدرتها على حل مشكلة معيار العمل التجاري ، حيث لابد ان يحترف الشخص الاعمال التجارية المنصوص عليها في القانون ( و التي لا نجد لها معيارا ) لكي يكتب وصف التاجر ، ثم بعد ذلك نخلع الصفة التجارية على تصرفاته المتعلقة بتجارته .