**المحاضرة 06 :**

**الفرع الثاني**

**المعايير الشخصية**

يعتمد انصار المذهب الشخصي في تحديد نطاق القانون التجاري ورسم حدوده على التاجر. فالقانون عندهم هو قانون التجار وهذا المذهب لا يهتم بطبيعة العمل ولكن بشخص القائم به. فاذا كان هذا الشخص غير تاجر فعمله يخضع للقانون المدني و اذا كان تاجرا فعمله يخضع للقانون التجاري ،وانصار هذا المذهب الاستاذ اسكار الذي يتبنى نظرية المقاولة ، والعميد جورج ربير نظرية الحرفة والاستاذ ديفران نظرية السبب.

1. **نظرية السبب:**

التعريف التقليدي لنظرية السبب: "انه الغرض المباشر والمجرد الذي يريد المدين تحقيقه بالتزامه" .

اما التعريف الحديث لنظرية السبب فهو الباعث الدافع الذي يقصد المدين تحقيقه من وراء التزامه والغاية من نظرية السبب الذي حاول الاستاذ ديفران في بحث نشره عام 1933 ان يجد معيارا للتفرقة بين العمل التجاري و العمل المدني من خلال الباعث الذي دعا الى القيام بالعمل حيث كان يعتبر السبب عنصرا جوهريا في العمل التجاري بناء على الغرض المقصود لدى كل متعاقد .

**اساس النظرية :**

اتخذ الاستاذ ديفران سندا تشريعيا لهده النظرية المادة 632 من القانون التجاري الفرنسي حيث ان فكرة السبب تكمن في عملية الشراء لأجل البيع والغرض المنشود لدى المشتري هو اعادة البيع قصد تحقيق الربح اي القصد هو العنصر الجوهري والمعنوي الكامن في الشخص القائم بالعمل.

**نقد النظرية :**

ان الباعث والدافع الى التعاقد امر خفي لا يمكن الوقوف عليه سواء بالنسبة للتاجر أو غير التاجر –هذه النظرية اذا صلحت كأساس للأعمال التجارية التعاقدية ،فإنها عاجزة عن تفسير تجارية الاعمال الاخرى بغض النظر عن نية القائمين بها كالتعامل بالسفتجة مثلا.

1. **نظرية المقاولة أوالمشروع**

المقاولة تعني التكرار المهني للأعمال استنادا إلى تنظيم مادي سابق يكفل استمراره و دوامه ، فالمقاول يعمد إلى جميع الوسائل المادية و البشرية و تكريسها للعمل التجاري.

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن العمل يعتبر تجاريا إذا قام على سبيل المقاولة أي التكرار فهذا التكرار يؤدي إلى وجود مشروع منظم و طبقا لهذا الاتجاه لا يعد عملا تجاريا إلا إذا مارسه شخص من خلال **مشروع منظم** هذا المشروع ما هو إلا **التكرار** المهني للأعمال التجارية حيث يعطي ذلك التكرار و الاحتراف الثقة و الإئتمان التجاري أما العمل الذي يمارس لمرة واحد فيخرج من نطاق القانون التجاري .

و كثيرا ما يختلط المشروع أو المقاولة بالحرفة نتيجة لتشابههما من حيث ضرورة تكرار الأعمال المكونة لهما فلا يمكن تصور مقاولة بدون ذلك التنظيم الذي يسمح بممارسة النشاط الذي يقوم به ، أما الحرفة التجارية فلا تتطلب وجود مثل هذا التنظيم المهني كونها تمارس من طرف أشخاص بإمكانيات قد تكون جد محدودة بقصد التعيش و الارتزاق.

لم يتضمن التشريع التجاري الفرنسي والمصري والجزائري تعريفا قانونيا ، وانما تناولت هذه التشريعات عرضا عند تحديد الاعمال التي تعتبر تجارية بنص القانون ، لقد نشأت هذه النظرية اساسا في الفقه الايطالي وتبناها الفقيه الفرنسي اسكار الذي انتقد المعايير الموضوعية لأنها ذات طابع اقتصادي لا قانوني واتخذ من فكرة المقاولة معيارا للعمل التجاري فعرفها بانها (تكرار للأعمال التجارية على وجه الاحتراف بناء على تنظيم مهني سابق ).ويرى بان نظرية المقاولة توفق بين المذهبين الشخصي والموضوعي ، وتمثل موكبا حقيقيا لفكرة العمل التجاري ، ويعرف البعض المشروع بانه كل تنظيم يكون غرضه ان يزاول الانتاج أو التبادل أوتداول السلع والخدمات ، فالمشروع هو الوحدة الاقتصادية والقانونية التي تجتمع فيها العناصر البشرية والمادية للنشاط الاقتصادي .

**اساس النظرية :**

يدعم انصار هذه النظرية وجهة نظرهم بالأسانيد التالية :

1. ان القانون التجاري هو قانون المقاولات حيث يدخل كل عمل يمارسه بشكل مقاولة في نطاق القانون التجاري الا ان المقاولة تحاط عادة بمظاهر خارجية . هذا فضلا عن ان دعائم القانون التجاري الاساسية هي السرعة والائتمان تظهر اهميتها في الاعمال القانونية المنفردة .
2. ان المشرع قد نص على كثير من المقاولات التجارية التي تفوق عدد الاعمال التجارية المنفردة ، و هذا سواء في القانون الفرنسي أو الجزائري ، كما يقول اصحاب هذه النظرية على ميل المشرع الى تغليب الاخذ بفكرة المقاولة لتحديد نطاق القانون التجاري .
3. ان القضاء اخذ في الكثير في احكامه بهذا المعيار لإثبات الصفة التجارية للعمل ، الا ان هناك انتقادات لهذه النظرية.
4. ان تعريف المقاولة بانها التكرار المهني استنادا الى تنظيم مهني سابق يعتبر تصورا اقتصاديا لا قانونيا و ذلك بإجماع الفقه.
5. لا تصلح هذه النظرية في ظل التشريع القائم ان يكون اساسا للقانون التجاري ، فهناك اعمال تعتبر تجارية بحسب القانون حتى ولو وقعت مرة واحد .
6. ان الاخذ بهذه النظرية يقودنا الى البحث عن معيار التفرقة بين المشروع التجاري و المشروع المدني فهناك اعمال يمارسها اصحابها في شكل مقاولة تعتبر من قبيل النشاط المدني و لا علاقة لها بالحياة التجارية كما هو الشأن بالنسبة للأعمال التي يقوم بها المحامي و الطبيب و المهندس والمزارع وغيرهم ممن يشتغلون بحرف مدنية .

3**-نظرية الحرفة :**

نادى بنظرية الحرفة جورج ريبير . و الحرفة هي ممارسة النشاط اي المواصلة المستمرة بصورة اساسية و معتادة لتأدية هذا النشاط المتمثل في بعض المهام من اجل الحصول على الربح .و الفرق بين المقاولة و الحرفة رغم تشابههما في ضرورة تكرار العمل ، حيث ان المقاولة لا يمكن تصورها إلا من خلال مشروع منظم يسمح بممارسة هذا النشاط أما الحرفة فإنها تكفي فقط ممارسة النشاط المتعلق بحرفة التاجر على نحو متكرر فهناك أعمال تجارية يتم ممارستها على وجه الاحتراف دون أن تتخذ شكل مشروع منظم مثل البائع المتجول.

كما تحتاج الحرفة في ممارستها لبعض المظاهر الخارجية ، و بناء عليه يكتسب الشخص صفة التاجر و من هنا لا يختلف في شيء عن الشخص الذي يمارس نشاطه بشكل غير تجاري أو شكل مقاولة.

**اساس النظرية في القانون :**

اذا ما رجعنا الى ما اشارت اليه المادة الأولى من القانون التجاري الجزائري فهي تعرف التجار بالقول أولئك الاشخاص الذين يمارسون الاعمال التجارية ويتخذونها مهنة معتادة لهم .

**اساس النظرية في القضاء:**

لقد ساير القضاء القانون والفقه واعتبر كثيرا من الاعمال تجارية بالنظر الى الشخص القائم بها أو لكونها مقاولة .وتترتب على هذه الفكرة بانه لا يعتبر تاجرا الشخص الذي يمارس عملا ما دون ان ينتج عنه فائدة مادية مثال ذلك تنظيم مباريات رياضية ، اقامة حفلات و انتقدت هذه النظرية لصعوبة تحديد معنى الحرفة التجارية ولتشابه نظرية الحرفة التجارية مع المقاولات . فان نظرية الحرفة لا تصلح لتحديد القانون التجاري . فتارة تعرف التاجر بالعمل التجاري و تارة تعرف العمل التجاري بانه النشاط الذي يقوم به التاجر.

**موقف المشرع الجزائري :**

ان القانون التجاري حديث العهد نسبيا حاول فيه المشرع الاخذ بمحاسن كل النظريات و اجتهادات الفقهاء و ما وصلت اليه التشريعات الحديثة .حيث اخذ المشرع الجزائري في المادة الأولى بالمذهب الشخصي حيث قال يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا و يتخذه مهنة معتادة له ما لم يقضي القانون بخلاف ذلك .و في المادة 2 يعد عملا تجاريا بحسب بموضوعه اي بالمذهب الموضوعي وعددت هذه الاعمال على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر .و تناول المشرع في المادة 3 تعداد اعمال التجارية بحسب الشكل وهي:

* التعامل بالسفتجة بين جميع الاشخاص .
* الشركات التجارية .
* وكلات و مكاتب الاعمال مهما كان هدفها .
* العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية .
* كل عقد تجاري يتعلق بالتجارة البحرية و الجوية .
* تم تقنين المشرع الجزائري في المادة 4 من القانون التجاري الاعمال التجارية بالتبعية بالقول "يعد عملا تجاريا بالتبعية.

أولا: الاعمال التي يقوم بها التاجر ومتعلقة بالممارسة التجارية أو حاجات متجره .

ثانيا : الالتزامات بين التجار ".