

المحاضرة الثالثة:

الباب الأول: نطاق تطبيق القانون التجاري

من خلال مجموعة من التعاريف الفقهية التي تطرقنا إليها سابقا، و التي خلصنا من خلالها إلى أن القانون التجاري بالإضافة إلى أنه فرع من فروع القانون الخاص، فهو مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم الأعمال التجارية و علاقات التجار سواء فيما بينهم أو بينهم و بين غيرهم بمناسبة ممارستهم لنشاط تجاري معين.

و يقتضي منا من ثم التفصيل في نطاق هذا القانون، سواء تعلق الأمر بالشق الأول و المتعلق بالأعمال التجارية (الفصل الأول)، أو الشق الثاني و المتعلق بالتاجر (الفصل الثاني).

الفصل الأول: الأعمال التجارية

بالرجوع إلى مدونة التجارة، فالملاحظ أن المشرع المغربي لم يعرف العمل التجاري، إنما اكتفى في المادة الأولى من مدونة التجارة بالنص على أنه: "ينظم هذا القانون الأعمال التجارية و التاجر".

و أمام التطور الذي عرفه القانون التجاري الذي ترتب عنه صدور العديد من القوانين التجارية التي تنظم مختلف الأعمال التجارية، مما حقق معه القانون التجاري استقلاليته، هذه الاستقلالية التي تجسدت مع مرور الزمن في بروز ضوابط و مقومات خاصة يخضع لها القانون التجاري، بحيث لا يستقيم أي عمل تجاري كيفما كان نوعه إلا بوجود هذه المقومات بغض النظر عن الشخص أكان تاجرا أم غير تاجر، و ذلك بهدف تقوية الائتمان و حماية الدائنين. و من ثم ظهرت مجموعة من النظريات التي تميّز الأعمال التجارية عن الأعمال المدنية، فحددت المعايير المميزة للعمل التجاري (المبحث الأول).

كما تعرض المشرع في مدونة التجارة إلى تعداد هذه الأعمال التجارية بمختلف أنواعها بصدد تعرضه لأحكام التاجر و شروط اكتساب الصفة التجارية في القسم الثاني من مدونة التجارة في الكتاب الأول منها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: المعايير المميزة للأعمال التجارية

اعتبارا من أن الأعمال التجارية التي صنفها المشرع المغربي هي ليست أعمالا واردة على سبيل الحصر، و اعتبارا من أن القانون التجاري هو قانون متطور و مرن، فإنه قد تظهر أعمالا تجارية أخرى في المستقبل، الشيء الذي يتعين معه تحديد مقومات و ضوابط هذه الأعمال لتمييزها عن غيرها من الأعمال المدنية و حتى لا تثير إشكالا من حيث التطبيق.

و لأجل هذا الغرض، فقد ابتدع الفقه و القضاء مجموعة من المقومات و الضوابط التي يركز عليها في تحديد الأعمال التجارية من غيرها، و هذه المقومات منها ما هو ذو طابع اقتصادي و منها ما هو قانوني.

و هذا ما سنتناوله بتفصيل من خلال مبحثين وفق التقسيم التالي: المعايير الاقتصادية في (المطلب الأول). و المعايير القانونية في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المعايير الاقتصادية.

تتمثل أهم المقومات التي تحكم الأعمال التجارية في ثلاثة مقومات و هي: المضاربة (الفقرة الأولى)، التداول (الفقرة الثانية)، ثم الوساطة (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: المضاربة La Spéculation

يقصد بمفهوم المضاربة وفقا لأصحاب هذه النظرية، هو السعي نحو تحقيق الربح باعتباره هو المعيار الحاسم في تمييز العمل التجاري عن العمل المدني. و من ثم فمتى تحقق الربح من وراء عمل معين فإنه يعتبر عملا تجاريا، أي تلك المفارقة بين سعر الشراء و سعر البيع. في حين أن العمل المدني لا يقوم على تحقيق الربح، كما هو الحال بالنسبة للجمعيات الرياضية أو الثقافية أو الاجتماعية أو بالنسبة لعمليات التأمين التفاضلي أو التبادلي، فهي تعتبر عملا مدنيا صرفا¹. و من ثم فالعمل التجاري قوامه تحقيق الربح، أما العمل المدني فقد يكون بالمجان أو دون عوض.

غير أن مفهوم المضاربة لا يقصد به الربح الإيجابي أي الكسب النقدي و إنما يشمل كذلك كما عبر عنه الفقه "الكسب السلبي" أيضا، و هو تجنب الخسارة. فقد يضطر البائع إلى بيع بضاعته بثمن أقل من السعر الحقيقي إما بهدف تسويق منتوجه و جلب الزبناء و في هذه الحالة يكون هدفه هو تحقيق الكسب على المدى البعيد. أو قد يلجأ إلى ذلك للتخلص من بضاعة ظلت مركونة لديه فيبيعها بثمن بخس (كالمحلات التي تقوم بتخفيضات في نهاية كل موسم) و تعويضها بأخرى جديدة، فيعتبر بذلك عملا تجاريا توقي خسارة أنية لتحقيق ربح على المدى البعيد.²

و على الرغم من أهمية هذا المعيار أو الضابط في تحديد العمل التجاري، غير أنه ظل قاصرا عن تمييز العمل التجاري عن العمل المدني، على اعتبار أن هناك أعمالا مدنية تقوم على الربح أيضا و تخضع للقانون المدني. كالمهن الحرة، مثلا: مهنة المحامي، الطبيب أو المحاسب، و المهندس، على الرغم أن هذه المهن يسعى من وراءها الشخص إلى تحقيق الربح كمقابل على ما قدمه بصدد مهنته. بل أن هناك أعمالا تعتبر تجارية بقوة القانون من حيث شكلها حتى و إن لم تستند على عنصر المضاربة كالكيميالة و الشيك مثلا.³

و في المقابل اعتمد المشرع المغربي على المضاربة في التمييز بين عقد الشركة و الجمعية، معتبرا أن عقد الشركة هو العقد الذي يضع فيه شخصان أو أكثر أموالهم و أعمالهم لتكون مشتركة فيما بينهم قصد تحقيق الربح و اقتسامه فيما بينهم⁴. كما اعتمدها كذلك كمعيار في تحديد الأعمال التجارية عندما اعتبر عملا تجاريا شراء المنقولات المادية أو المعنوية بقصد إعادة بيعها أو إكرائها.⁵

و بالتالي فإن هذا الضابط أو المعيار الذي تبناه هذا الفقه، لم يكن ضابطا حاسما و قويا في تمييز الأعمال التجارية عن الأعمال المدنية، الشيء الذي يتطلب ضوابط أخرى أكثر قوة.

1 فعلى سبيل المثال، تعتبر الجمعيات عملا مدنيا منظمة بمقتضى ظهير شريف رقم 58.376.1 المنظم للحريات العامة الصادر سنة 1958 الصادر بالجريدة الرسمية عدد 2404 مكرر بتاريخ 16 جمادى الأولى 1378 (27 نونبر 1958)، ص 2849. و الذي عرف آخر تعديل له بموجب ظهير الصادر في 22 أكتوبر 2011. الجريدة الرسمية عدد 5989 ص 5172. و قد عرّف هذا القانون الجمعية في الفصل الأول منه بأنها: "الجمعية هي اتفاق لتحقيق تعاون مستمر بين شخصين أو أكثر لاستخدام معلوماتهم أو نشاطهم لغاية غير توزيع الأرباح فيما بينهم.

و تجرى عليها فيما يرجع لصحتها القواعد القانونية العامة المطبقة على العقود و الالتزامات".

2 محمد لفروجي: التاجر و قانون التجارة بالمغرب، م. س، ص 33.

3 فؤاد معلال: شرح القانون التجاري المغربي الجديد، الجزء الأول- نظرية التاجر و النشاط التجاري، م. س، ص 81.

4 الفصل 982 من قانون الالتزامات و العقود.

5 الفقرة الأولى من المادة السادسة من مدونة التجارة.

الفقرة الثانية: التداول (La Circulation)

حسب الفقه المتبني لهذا المعيار، فإن القانون التجاري يستند في تحديد الأعمال التجارية على تداول الثروات من سلع و بضائع من وقت خروجها من يد المنتج إلى حين وصولها ليد المستهلك. أي من يد بائع المواد الأولية إلى المصنّع ثم الموزع ثم البائع لتصل في نهاية المطاف إلى المستهلك. غير أنه إذا كانت عملية التداول مفهومة و مقبولة بالنسبة للبضائع و السلع، غير أن هذه المسألة غير مقبولة بالنسبة لنقل الأشخاص، فاعتبار نقل الأشخاص عملا تجاريا من الصعب تقبله عن طريق تداول الأشخاص لما يمس بكرامة الإنسان فالأشخاص لا يمكن تداولهم بل يعد عملا تجاريا بالنسبة إليهم إذا تم في إطار المقالة⁶.

غير أن ما يعاب على هذا المعيار أنه ظل قاصرا كذلك في الحسم بين العمل التجاري و العمل المدني، ذلك أن هناك من الأعمال المدنية التي يتم فيها التداول غير أنه لا تعد تجارية من باب أنها لا تهدف إلى تحقيق الربح مثلا أعمال الزراعة و الانتاج الفكري أو شراء تعاونيات لسلع لإعادة توزيعها على أعضائها بسعر الشراء. فعلى الرغم أن هذه الأعمال تتداول غير أنها لا تقوم على تحقيق الربح، و من ثم يظل معيار التداول معيارا ضئيلا غير قادر على التمييز بين العمل التجاري و المدني.

بل أيضا هناك أعمال تجارية بقوة القانون و لكن لا تعتمد على معيار التداول، كالأوراق التجارية مثلا و مع ذلك فهي أعمال تجارية.⁷

الفقرة الثالثة: الوساطة (L'entremise) .

إذا كان معيار المضاربة معيار يقوم على تحقيق الربح للقول بكون العمل تجاريا وفق الاتجاه الذي أخذ بهذا المعيار، فإن أصحاب معيار الوساطة يعتبرون أن العمل يكون تجاريا من منطلق تحقق عملية الوساطة بين المنتج و المستهلك و إلا كان عملا مدنيا كمثل أعمال المزارع و المبدع الذي يبيع ما ينتجه من غير أن يكون عمله تتخلله عملية الوساطة.

كما اعتبر أصحاب هذا الاتجاه إلى أن الأمر لا يقتصر على الوساطة فقط في تقييم العمل ما إن كان تجاريا أم مدنيا حتى و لو تحققت عملية الوساطة، بل يضاف إلى ذلك أن تقتصر الوساطة بالمضاربة أي أن يكون الهدف من الوساطة هو تحقيق الربح حتى يكون العمل تجاريا. و من ثم فالسمسار مثلا يعتبر النشاط الذي يقوم به من الأعمال التجارية، على اعتبار أنها من أعمال الوساطة لتحقيق الربح. في حين أن مثلا التوسط في إبرام عقد زواج لا يعتبر عملا تجاريا لأن الغاية من هذه الوساطة هو التقريب بين شخصين بهدف إنشاء أسرة أي هدف اجتماعي و ليس بهدف تحقيق الربح.⁸

و بالتالي فإن هذا المعيار – معيار الوساطة- انتقد كذلك لكونه لم يتسم بالدقة في تمييز العمل التجاري عن العمل المدني، على اعتبار أن هناك أعمالا تعتبر تجارية بشكلها و بحكم القانون و لا تقوم على الوساطة كما هو الحال بالنسبة للأوراق التجارية (الكمبيالة مثلا).

و بناء على ذلك، فقد توصل الفقه إلى أنه لا يمكن الاستناد على هذه المعايير و المقومات لوحدها، بل لا بد أن يؤخذ بها مجتمعة حتى يمكن أن نضفي الصفة التجارية على العمل التجاري و كل نشاط يمكن أن يماثل الأنشطة المنصوص عليها في مدونة التجارة. و من خلال هذه المعايير يمكن للقضاء استخلاص العمل ما إن كان تجاريا أم مدنيا.

⁶ عز الدين بنستي: دراسات في القانون التجاري المغربي. الجزء الأول- النظرية العامة للتجارة و التجار، م.س، ص 108.

⁷ فؤاد معلال: شرح القانون التجاري المغربي الجديد، الجزء الأول- نظرية التاجر و النشاط التجاري، م. س، ص 81.

⁸ محمد لفروجي: التاجر و قانون التجارة بالمغرب، م. س، ص 34 و ما بعدها.

غير أن هذه المعايير أمام قصورها في إضفاء الصفة التجارية على النشاط التجاري، كانت الحاجة إلى ظهور معايير أخرى ذات صبغة قانونية لاستكمال هذا النقص و بالتالي إعطاء مقومات و ضوابط من شأنها أن تشكل أهم المرتكزات في تحديد العمل التجاري.

المطلب الثاني: المعايير القانونية.

لعل أهم المعايير القانونية التي ارتكز عليها في تحديد العمل التجاري هي: نظرية السبب (الفقرة الأولى)، و نظرية المقاوله (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: نظرية السبب.

ترتكز هذه النظرية على الباعث، فوفقا لهذه النظرية يعتبر العمل تجاريا أو مدنيا بحسب الباعث الذي دفع الشخص إلى التعاقد أو الالتزام. فإذا كان الشراء بنية البيع فإنه يعتبر عملا تجاريا لأنه يعتمد على المضاربة و تحقيق الربح، أما إذا كان الشخص يريد شراء بضاعة لاستهلاكه الشخصي أو للاستعمال فيعتبر عملا مدنيا و لو كان العمل مطابقا في شكله للأنشطة التجارية مادام الباعث ليس بهدف الربح.⁹

غير أن هذه النظرية تتسم بالصعوبة و التعقيد، على اعتبار أن الباعث لا يعتبر من المظاهر الخارجية الملموسة التي يمكن معرفتها بسهولة، بل هي من الأمور النفسية الباطنية التي من الصعب معرفتها. الشيء الذي دعا بعض الفقه إلى ضرورة اقتتران نظرية الباعث بالظروف الخارجية المحيطة بكل عمل على حدة حتى يتسنى تحديد العمل ما إن كان عملا تجاريا أم مدنيا من خلال الاستناد إلى القرائن و ظروف الحال لمعرفة الباعث للقيام بعمل معين.¹⁰

الفقرة الثانية: نظرية المقاوله

هذه النظرية تعتبر العمل تجاريا إذا ما تم داخل مقاوله أو مشروع، و بالتالي فإن النشاط التجاري وفقا لهذه النظرية هو الذي يتم في إطار المقاوله بغض النظر عن طبيعة هذا النشاط أو الغرض منه أو يحقق ربحا أم لا.

و من ثم تعتبر المقاوله كل عمل توفرت فيه إمكانيات مادية و بشرية تمكن من خلالها القائم بها من تحقيق الهدف الذي أنشأت من أجله المقاوله بشكل محترف. فيعتبر العمل وفق هذا الشكل الذي يتخذ شكل مقاوله أو مشروع عملا تجاريا. و من ثم فالعبرة باحتراف الشخص لعمل معين داخل مقاوله، هذه المقاوله هي الحد الفاصل بين العمل التجاري و العمل المدني و بالتالي فإن إضفاء الصفة التجارية على العمل يتحدد من خلال ممارسته على سبيل الاحتراف أي المقاوله.¹¹ و هذا ما تبنته مدونة التجارة و ذلك عندما بنت اكتساب الصفة التجارية على ممارسة النشاط التجاري على سبيل الاعتياد و الاحتراف.¹²

و عموما، فعلى الرغم من محاولات الفقه ترسيخ مقومات و ضوابط قيام العمل التجاري و تمييزه عن العمل المدني من خلال مجموعة من النظريات التي أشرنا إليها، غير أن ذلك يبقى تحديدا نسبيا أمام وجود أعمال معقدة الشيء الذي يكون معه القاضي أمام صعوبة تحديد طبيعة بعض الأعمال التي يفرزها الواقع المعيش و وقع التكنولوجيا و مفاهيم جديدة قد تصبح معها هذه المقومات متجاوزة. لكن تبقى

⁹ عز الدين بنستي: دراسات في القانون التجاري المغربي. الجزء الأول- النظرية العامة للتجارة و التجار، م. س، ص 109.

¹⁰ محمد لفروجي: التاجر و قانون التجارة بالمغرب، م. س، ص 37.

¹¹ للمزيد من التوسع انظر ما تناوله الدكتور فؤاد معلال في شأن مفهوم المقاوله. فؤاد معلال: شرح القانون التجاري المغربي الجديد، الجزء الأول- نظرية التاجر و النشاط التجاري، الطبعة الثالثة 2009، مطبعة الأمانة- الرباط، ص 67 و ما بعدها.

¹² محمد لفروجي: التاجر و قانون التجارة بالمغرب، دراسة تحليلية و مقارنة على ضوء مدونة التجارة و القوانين المتعلقة بالشركات التجارية و السوق المالية. سلسلة الدراسات القانونية عدد 1، مطبعة النجاح الجديدة -الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1997، ص 37.

مع ذلك هذه المقومات الحد الأدنى الذي يمكن أن يعتمد عليه في تقييم طبيعة هذه الأعمال ما إن كانت مدنية أم تجارية.