# العمل التجاري كإطار عام لنطاق القانون التجاري الكويتي

الدكتور عزيز عبد الأمير العكيلي
أستاذ القانون التجاري
كلية الحقوق - جامعة الكويت

١ــ قانون التجارة الكويتي الجديد الذي صدر بموجب المرسوم بقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨١، والذي أصبح نافذ المفعول اعتبارا من ٢٥ فبراير عام ١٩٨١، جعل من العمل التجاري اساس القانون التجاري ومحور قواعده ورسم على ضوئه دائرة تطبيقه. الامر الذي يقتضي أن نحدد المعيار الذي أخذ به قانون التجارة الجديد للتمييز بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية نظرا لأهمية هذا الموضوع في تحديد نطاق القواعد التجارية التي تضمنها قانون التجارة الجديد والتي تشكل في مجموعها النظام القانوني الذي يحكم الأعمال التجارية(١).

لذا فان طبيعة الموضوع تتطلب أن نبحث أولا في تحديد نطاق تطبيق القواعد التي تضمنها قانون التجارة، لنلقي الضوء على خطة المشرع التي جعلت من العمل التجاري كمحدد لنطاق القواعد التجارية. ثم نبحث ثانيا في المعيار الذي أخذ به قانون التجارة الجديد للتمييز بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية، لنستطيع على ضوئه تحديد الأعمال التجارية التي جعل منها المشرع الكويتي اساس القانون التجاري والاطار العام لتحديد نطاق تطبيقه.

---

(١) انظر في النظام القانوني الذي يحكم الأعمال التجارية، كتابنا، الموجز في شرح قانون التجارة الكويتي، الكويت ١٩٧٨، ص ٢٥ ومابعدها، الدكتور نوري الطالباني، النظام القانوني للأعمال التجارية، القضاء، العدد الأول والثاني ــ كانون الثاني ــ حزيران ١٩٧٢ السنة السابعة، ص ٩٣، تصدر عن نقابة المحامين في الجمهورية العراقية.

# الفصل الأول
# في
# نطاق القانون التجاري

٢ــ القانون المدني والقانون التجاري من فروع القانون الخاص إذ تهدف قواعدهما الى تنظيم العلاقات القانونية بين الأفراد. غير أن القانون المدني يعتبر الشريعة العامة التي تنظم نشاط جميع الأفراد أيا كانت مهنتهم وأيا كانت طبيعة العمليات القانونية التي يقومون بها، في حين لاينظم القانون التجاري الا الأعمال التجارية ونشاط التجار في ممارسة تجارتهم.

والقانون المدني باعتباره الشريعة العامة للقانون الخاص كان يطبق على المعاملات بصورة عامة بغض النظر عن طبيعتها وصفة القائم بها. ثم تولدت عن البيئة التجارية بمرور الزمن قواعد خاصة بالمعاملات التجارية انفصلت عن القانون المدني وكونت القانون التجاري. فالقانون التجاري وليد البيئة التجارية نشأ وتطور استجابة لحاجات التجارة المتطورة والضرورات العملية التي أستلزمت أن يحكم النشاط التجاري تنظيم خاص يتفق ومقتضيات التجارة ومطالبها. هذا التنظيم القانوني الخاص تتميز أنظمته بخصائص (٢) معينة تطرح عليه طابعا خاصا وتبرر استقلاله عن القانون المدني، بحيث أصبح لهذا التنظيم وجود ذاتي وكيان مستقل في جميع الدول التي أصدرت تشريعات خاصة تحكم النشاط التجاري.

ومادام القانون التجاري ينفرد بهذا النطاق و يستأثر به دون القانون المدني بوصفه الشريعة العامة للقانون الخاص، لذا وجب أن نحدد نطاق تطبيق القانون التجاري لنبين

---

(٢) أنظر في خصائص القواعد التجارية، كتابنا، الموجز في شرح قانون التجارة، المرجع السابق، ص ١٢ ومابعدها.

الحدود التي تفصل بينه و بين القانون المدني حتى يمكن تحديد العلاقات التي تخضع لسلطانه وتسري عليها أحكامه. ولاشك أن تحديد نطاق تطبيق القواعد التي يشتمل عليها القانون التجاري ليس بالأمر اليسير، فالحدود بينه و بين القانون المدني مازالت غير واضحة في كثير من الأحيان، اذ ليس هناك حدود فاصلة ونهائية بينهما، وإنما يؤثر أحدهما بالآخر و يتأثر به، و يتسع و يضيق نطاق تطبيق أحدهما على حساب الآخر بتغير الزمان والمكان، نظرا لتأثر الموضوعات التي تحكمها قواعدهما بالظروف الاجتماعية والاقتصادية داخل كل دولة. فالصلة وثيقة بينهما، اذ يعتبر القانون المدني، بوصفه الشريعة العامة، مصدرا هاما من مصادر القانون التجاري، فهو يتضمن المبادىء الاساسية العامة التي يستمد منها القانون التجاري أصوله العامة و يعتبرها متممة له فيما لم يرد فيه حكم خاص(٣).

وقد ترتب على عدم وضوح الحدود بين القانون المدني والقانون التجاري تردد أحكام القضاء في اعتبار بعض الأعمال تجارية أو مدنية. كما أن تشريعات الدول التي تأخذ بقانون تجاري مستقل عن القانون المدني تختلف في اختيار المعيار الذي تتخذه أساسا لتحديد نطاق القانون التجاري. وقد ساد في هذا الخصوص معياران مختلفان، أحدهما شخصي أو ذاتي والآخر موضوعي أو مادي. وقد تباينت التشريعات التجارية في مدى أخذها بهذين المعيارين.

لذا وجب أن نبين مضمون هذين المعيارين ثم نحدد المعيار الذي أخذ به قانون التجارة الكو يتي.

## المعيار الشخصي أو الذاتي:

٣ــ يعتمد هذا المعيار على التاجر في تحديد نطاق تطبيق القانون التجاري، فالتاجر هو المحور الذي تدور من حوله قواعد هذا القانون، بمعنى أن القانون التجاري هو قانون التجار فلا تسري أحكامه الا على محترفي التجارة في ممارسة حرفتهم، وأما غير التجار فلا تسري عليهم أحكامه ولو قاموا بأعمال تجارية. فالقانون التجاري ينظم مهنة التجارة ولذلك

---

(٣) أنظر نص المادة الثانية من قانون التجارة التي حددة مصادر القواعد التجارية بدولة الكويت فجعلت من بين هذه المصادر أحكام القانون المدني.

لايهتم بطبيعة العمل ولكن بشخص القائم به ، فإن كان الشخص تاجرا فإن عمله يخضع للقانون التجاري، وإن كان الشخص غير تاجر فإن عمله يخضع للقانون المدني. فشراء أسهم إحدى الشركات المساهمة بقصد بيعها بهدف تحقيق الربح يعتبر في ذاته من الأعمال التجارية بطبيعتها، ولكن هذا الشراء لايخضع للقانون التجاري، وفقا للمعيار الشخصي الا اذا كان المشتري يحترف شراء الأسهم وإعادة بيعها بقصد الربح. أما اذا كان المشتري لايحترف شراء الأسهم، بل قام به عرضا لمرة واحدة أو لمرات قليلة لا تكفي لتكوين ركن الاحتراف الذي يعتبر من الشروط الاساسية لاكتساب صفة التاجر قانونا(٤)، فان هذا الشراء يبقى خاضعا لأحكام القانون المدني رغم طبيعته التجارية. فأعمال التاجر، وفقا لهذا المعيار، تخضع لحكم القانون التجاري لا لأنها أعمال مستمدة بطبيعتها من البيئة التجارية، بل لأنها مرتبطة بالحرفة التجارية التي يزاولها التاجر.

فالتشريعات التي تأخذ بالمعيار الشخصي أساسا للقانون التجاري تهتم بتحديد الحرف التجارية، لأن التاجر في ظل هذه التشريعات صفة يكتسبها من يحترف إحدى الحرف التي يعتبرها المشرع تجارية.

و يعاب على هذا المعيار أنه غير دقيق لأنه يستلزم وضع ضابط يفرق بين التاجر وغير التاجر عن طريق تحديد الحرف التجارية التي تكسب من يزاولها صفة التاجر، وهذا أمر ليس من السهل تحقيقه اذ يصعب على المشرع تحديد الحرف التجارية تحديدا جامعا مانعا(٥). كما أنه لايستطيع أن يتنبأ مقدما بالحرف التجارية التي قد تظهر في المستقبل استجابة لحاجات التجارة المتطورة. كما أن التاجر لايقتصر نشاطه في الحياة عل الناحية التجارية بل يقوم الى جانب ذلك بنشاط مدني لاصلة له بالنشاط التجاري، فهو يتزوج و يطلق و يشتري و يبيع لغير أغراض التجارة أو غير ذلك من الأعمال المتعلقة بحاجاته المعيشية والتي يقوم بها كل الأشخاص بغض النظر عن صفتهم، و بذلك يقضي المنطق بعدم سريان أحكام القانون التجاري على هذه الأعمال ولو صدرت من تاجر(٦).

---

(٤) انظر نص المادة الثالثة عشرة من قانون التجارة التي تحدد شروط اكتساب صفة التاجر.

(٥) الاستاذ الدكتور فريد مشرقي، أصول القانون التجاري، سنة ١٩٥٤، ص ٤.

(٦) فريد مشرقي، المرجع السابق، ص ٤. الاستاذ الدكتور مصطفى كمال طه، الوجيز في القانون التجاري، الاسكندرية ١٩٧٤، ص ٣، انظر في الرد على هذه المآخذ.

أضف الى ذلك أن غير التاجر قد يقوم بعمل تجاري بقصد المضاربة وتحقيق الربح مما يقتضي إخضاعه للقانون التجاري، اذ ليس من المقبول القول باخضاع هذا العمل للقانون المدني لأن من قام به غير تاجر. لأن هذا القول يؤدي الى حرمان الأشخاص الذين يمارسون نشاطا تجاريا دون أن يصلوا الى مرتبة احترافه من مزايا أحكام القانون التجاري رغم أن نشاطهم يتحد في طبيعته وفي جوهره مع نشاط محترفي التجارة الذين يستفيدون من هذه الأحكام(٧). كما ان هذا القول لايتفق وتطور التجارة والحياة الاقتصادية عموما، وما أدى اليه هذا التطور من تعميم الأخذ بالوسائل التجارية بين الأفراد، تجارا كانوا أو غير تجار، كاجراء المعاملات المصرفية واستعمال الأوراق التجارية، مما يقتضي تطبيق القانون التجاري على هذه المعاملات بغض النظر عن صفة القائم بها(٨). ورغم وجاهة هذا الاعتراض الا أن أنصار المعيار الشخصي يردون عليه بأن حرمان من يمارس التجارة دون احترافها من مزايا القانون التجاري هو الثمن المقابل للوضوح والاستقرار اللذين يحققهما المعيار الشخصي فيما يتعلق برسم دائرة القانون التجاري وتحديد مضمونه. و يضاف إلى ذلك أن محترفي التجارة هم الذين يقومون عملا بالنصيب الاكبر من النشاط التجاري وهم الذين يستحقون ــ دون غيرهم ــ اهتمام القانون التجاري(٩). و يتفق هذا المعيار الشخصي مع نشأة القانون التجاري الذي نشأ في بادىء الامر قانون شخصيا خاصا بالتجار اذ تكون من العادات التي كانت تتبعها طوائف التجار في القرون الوسطى لتنظيم مهنة التجارة دون اعتبار لطبيعة العمل وما اذا كان مدنيا أم تجاريا(١٠).

---

الاستاذ اكثم الخولي، دروس في القانون التجاري عام١٩٦٨، ص٨ وبصورة خاصة رده على ما أخذه البعض على المذهب الشخصي من أنه يؤدي الى استغراق الحرفة لشخصية التاجر مع أن للتاجر ــ كسائر الناس ــ حياته المدنية ولامحل لأن تخضع أعماله البعيدة عن التجارة للقانون التجاري، فيقول الاستاذ أكثم يكفي للرد على هذا النقد أن الاتجاه الشخصي ــ سواء في ذلك منطقة المجرد أو صورته الوضعية في التشريعات التي أخذت به ــ لايذهب الى حد إخضاع أعمال التاجر كلها ــ ودون النظر الى طبيعتها ومحلها ــ لأحكام القانون التجاري بل يقتصر تطبيق هذا القانون على النشاط المهني لمن يحترف الحرفة التجارية بنفس المعنى، الاستاذ الدكتور علي يونس، القانون التجاري الكويتي، ١٩٧١، مذكرات مكتوبة على الآلة الكاتبة، ص٣.

(٧) مصطفى طه، المرجع السابق، ص ٤.

(٨) الدكتور اكرم ياملكي، الوجيز في شرح القانون التجاري العراقي، بغداد ١٩٧١، ص ٢٠.

(٩) أكثم الخولي، المرجع السابق، ص ٨.

(١٠) علي يونس، المرجع السابق، ص٣، الدكتورة سميحة القليوبي، القانون التجاري الكويتي، ص٢٨.

ومن التشريعات التي اخذت بالمعيار الشخصي التشريع التجاري الألماني الصادر عام ١٨٩٧ والمعدل عام ١٩٥٣، اذ تنص مادته الأولى على أنه يعتبر تاجرا من يمارس حرفة تجارية، ثم تورد تعدادا لتسع حرف يعتبرها القانون تجارية وهي شراء المنقولات بقصد بيعها، تمويل الاشياء لحساب الغير، التأمين ذو الأقساط، البنوك والصرف، النقل البري أو البحرى أو الجوي، الوكالة بالعمولة والسمسرة، النشر، الطباعة غير أن المشرع الالماني خشى أن يؤدي هذا التعداد الى المبالغة في تقييد الحرف التجارية وتجميدها، الامر الذي يؤدي الى الحد من الأشخاص الذين يعتبرهم تجارا، مما لايتفق والمهنة التجارية التي تتميز بالمرونة وسرعة التطور والتوسع، لذا نص في المادة الثانية من هذا التشريع على أن غير ذلك من الحرف يكتسب محترفها صفة التاجر اذا كان يمارسها بطرق تجارية و بشرط قيد اسمه في السجل التجاري، أي أن اكتسابه لصفة التاجر في هذه الحالة يتوقف على قيد اسمه في السجل التجاري.

ومن التشريعات التي أخذت ايضا بالمعيار الشخصي السو يسري الصادر عام ١٩١١ والايطالي الصادر عام ١٩٤٢.

## المعيار الموضوعي أو المادي:

٤ــ يعتمد هذا المعيار على العمل التجاري باعتباره المحور الذي تدور حوله قواعد القانون التجاري بصرف النظر عن صفة الشخص القائم به، أي أن القانون التجاري يطبق، وفقا لهذا المعيار، على الأعمال التجارية حتى ولو كان القائم بها غير تاجر و يطبق القانون المدني على الأعمال المدنية، حتى ولو كان القائم بها تاجراً فالقانون التجاري في ظل هذا المعيار يعتبر قانون الأعمال التجارية لاقانون التجار. فالتشريعات التي تأخذ بالمعيار الموضوعي أساسا للقانون التجاري، لاتجعل للقواعد التي يشتمل عليها التشريع التجاري صلة بصفة الشخص القائم بالعمل ولا بأسلوب ممارسته لهذا العمل، وانما بموضوع النشاط الذي يقوم به، فاذا كان العمل الذي يقوم به يتصل في ذاته بالنشاط التجاري ومن صميم الحياة التجارية، فان هذا العمل يخضع لاحكام القانون التجاري بغض النظر عن صفة الشخص القائم بالعمل. فالمشروع وفقا لمعايير يتبناها، يسبغ الصفة التجارية على أعمال معينة لذاتها و بالنظر لطبيعتها، فتخضع هذه الأعمال لحكم القانون التجاري، ولو قام بها

الشخص لمرة واحدة أو لمرات قليلة لا تكفي لتكوين ركن الاحتراف، ولكن اذا قام الشخص بهذه الأعمال على سبيل الاحتراف، فانه يكتسب صفة التاجر، غير أن المشرع لايعتد بهذه الصفة الا ليخضع من يكتسبها لأحكام خاصة منظمة لحرفته التجارية، كالاحكام الخاصة بمسك الدفاتر التجارية والخضوع لنظام الافلاس والقيد في السجل التجاري(١١). وقيل في تبرير هذا المعيار أنه أكثر تمشيا مع فكرة المساواة بين المواطنين ومبدأ حرية التجارة الذي يسمح لكل فرد أن يزاول العمل التجاري مما يستلزم خضوع هذا العمل لحكم القانون التجاري، إذ لم تعد الأعمال التجارية ــ طبقا لهذا المبدأ ــ وقفا على التجار بعد أن تطورت الأعمال التجارية وماترتب على هذا التطور من تعميم الأخذ بالأساليب التجارية في التعامل بين المواطنين، كالأعمال المصرفية واستعمال الأوراق التجارية، اذ ليس من المنطق أن يطبق على أعمال من طبيعة واحدة أحكام مختلفة لمجرد اختلاف صفة الشخص القائم بها(١٢).

ومع أن المعيار الموضوعي يستند الى طبيعة العمل وأن الاعتماد عليه في تحديد نطاق كل من القانون المدني والقانون التجاري أقرب الى طبائع الاشياء، فان هذا المعيار يعاب عليه أن اعتبار العمل التجاري المحور الذي تدور من حوله قواعد القانون التجاري يقتضي تحديد الأعمال التجارية مقدما أو على الأقل وضع ضابط يهتدي به لتمييز العمل التجاري عن العمل المدني، وهذا من الأمور التي يصعب تحقيقها، إذ ليس من السهل على المشرع تحديد الأعمال التجارية تحديدا جامعا مانعا، لأنه لا يستطيع أن يتنبأ مقدما بالأعمال التجارية التي قد تظهر في المستقبل استجابة لحاجات التجارة المتطورة، كما أنه ليس من السهل وضع ضابط يهتدي به لتمييز العمل التجاري عن العمل المدني(١٣).

وهذا ماحدث فعلا بالنسبة للمجموعة التجارية الفرنسية الصادرة سنة ١٨٠٧ التي أخذت بالمعيار الموضوعي في مجال تحديد نطاق تطبيق القانون التجارى. اذ حدد المشرع في

---

(١١) أكثم الخولي، المرجع السابق، ص٦.

(١٢) أكرم ياملكي، شرح قانون التجارة العراقي، ١٩٧١، ص٢٠.

(١٣) أكثم الخولي، المرجع السابق، ص٨، علي يونس، المرجع السابق، ص ١.

هذه المجموعة الأعمال التجارية ثم أظهر تطور النشاط التجارى أعمالا تجارية جديدة لم يرد لها ذكر في المجموعة كأعمال التأمين البحرى والنقل الجوى(١٤).

كما يعاب على هذا المعيار أنه يوسع من نطاق تطبيق القانون التجارى دون مبرر، اذ أن الأسباب التي أدت الى استقلال هذا القانون عن القانون المدنى تستمد وجودها من المهنة التجارية لامن العمل التجارى فالقانون التجارى نشأ في بادىء الأمر قانونا شخصيا خاصا بالتجار ويجب أن يظل كذلك، بحيث لايطبق الا على الأعمال التجارية التي يحترفها التجار(١٥).

**تقدير المعيارين:**

٥ ــ يتضح مما تقدم أن كلا من المعيارين لايخلو من المآخذ إن انفرد أحدهما بتحديد نطاق تطبيق القانون التجارى، مما يقتضي التنسيق بينهما، لاسيما وأن الأساس الذي يقوم عليه أى منهما لايخلو من منطق الآخر.

فالأساس الذي يقوم عليه المعيار الشخصى لايخلو من الموضوعية، لأن منطق هذا المعيار يفترض التمييز بين نوعين من الأعمال، الأعمال المدنية والأعمال التجارية اذ لايخضع لحكم القانون التجارى ــ وفقا لهذا المعيار ــ الا الأعمال التجارية اذا صدرت عن تاجر، أى أن أحكام القانون التجارى لا تسرى الا على محترفى التجارة في ممارسة حرفتهم. لذلك لابد من أن يستند المعيار الشخصى الى منطق المعيار الموضوعى في التمييز بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية حتى يمكن استبعاد الأعمال المدنية التي يقوم بها التاجر من أحكام القانون التجارى .

كما أن الأساس الذي يقوم عليه المعيار الموضوعى لايخلو من الشخصية اذ لايمكن أن يتجاهل الأهمية العملية لاحتراف العمل التجارى، فهو يميز بين من يقوم بالعمل التجارى بصورة عارضة و بين من يقوم بالعمل التجارى على سبيل الاحتراف، اذ يكتسب

---

(١٤) الاستاذ الدكتور محسن شفيق، الموجز في القانون التجاري، جـ١، ص ١، القاهرة عام١٩٦٦ــ١٩٦٧.

(١٥) ريبير، الوجيز في القانون التجاري، جـ١، ص٥، ١٩٧٤ الطبعة الثامنة. أسكارا، الوجيز في القانون التجاري، ص ٤، ١٩٤٧.

الشخص في الحالة الثانية صفة التاجر، و بالتالي يخضع بهذا الوصف ـ لالتزامات منظمة لحرفته التجارية، كالقيد في السجل التجارى وامساك الدفاتر التجارية والخضوع لنظام الافلاس، ان فرض هذه الالتزامات على التاجر لايمكن أن يصلح لها معيار العمل التجارى المنفرد، مما يقتضى أن يفسح المعيار الموضوعى في اطاره العام مكانا لحرفة التاجر، وهو مافعلته التشريعات التي أخذت بالمعيار الموضوعى(١٦). فهذه التشريعات وان جعلت من العمل التجارى محور قواعد القانون التجارى واساس أحكامه، الا أنها أضفت على من يحترف العمل التجارى صفة التاجر وأخضعته بهذا الوصف لاحكام منظمة لحرفته التجارية لايصلح العمل التجاري المنفرد لتطبيقها، وانما يرتبط تطبيقها بصفة التاجر، لذا تحرص هذه التشريعات على تعريف التاجر وتحديد شروط اكتسابه لهذه الصفة و بيان الأحكام التي يخضع لها من يكتسب هذه الصفة قانونا(١٧). ولكن الفرق بين المعيارين في هذه الحالة، أن المعيار الموضوعى ينظر الى صفة التاجر نظرة ثانو ية، اذ لايعتد بها الا ليخضع من يكتسبها لالتزامات منظمة لحرفته التجارية في حين ينظر المعيار الشخصى الى العمل التجارى نظرة ثانو ية، اذ لايعتد به الا لاستبعاد الأعمال غير التجارية التي تصدر عن التاجر من نطاق القانون التجارى(١٨).

نخلص من كل ماتقدم إلى أن أيا من المعيارين لايصلح بمفرده لتفسير جميع أحكام القانون التجارى، فاذا كان معيار العمل التجارى يصلح لتفسير بعض أحكام هذا القانون، فانه يظل قاصرا ــ مع ذلك ــ عن تفسير البعض الآخر، كالأحكام الخاصة بمسك الدفاتر التجارية ونظام الافلاس والقيد بالسجل التجارى ونظرية الأعمال التجارية بالتبعية الشخصية وعدم اكتساب بعض الأعمال الصفة التجارية الا اذا وقعت على سبيل الاحتراف. كذلك الحال بالنسبة للمعيار الشخصى، فاذا كان صالحا لتفسير بعض أحكام القانون التجارى، يبقى رغم ذلك، عاجزا عن تفسير البعض الآخر، كالأحكام الخاصة بالأعمال التجارية بطبيعتها والأعمال التجارية بالتبعية الموضوعية .

كما أن تحديد كل من المعيارين لايمكن أن يتم دون الاعتماد على المعيار الآخر،

---

(١٦) الدكتور على البارودي، القانون التجاري، الاسكندرية ١٩٧٥، ص ١٨.

(١٧) من هذه التشريعات الكويتي والعراقي والمصري واللبناني والسوري والفرنسي.

(١٨) أكثم الخولي، المرجع السابق، ص٧.

بمعنى أن العمل التجارى، الذي هو أساس المعيار الموضوعى، لايمكن تعريفه ــ غالبا ــ الا على ضوء فكرة التاجر التي هي اساس المعيار الشخصى، كما أن فكرة التاجر يصعب تحديدها دون اللجوء الى فكرة العمل التجارى .

ولعل الانتقادات التي وجهت لكل من المعيارين في مجال التطبيق تكاد تكون من طبيعة واحدة، تلك هى صعوبة وضع تعريف محدد لفكرة العمل التجاري بالنسبة للمعيار الموضوعى، وفكرة الحرفة التجارية بالنسبة للمعيار الشخصى ولتفادى هذه الصعوبة لجأت التشريعات التي أخذت بالمعيار الموضوعى الى تعداد الأعمال التجارية، كما لجأت التشريعات التي تأخذ بالمعيار الشخصى الى تعداد الحرف التجارية التي تكسب من يزاولها صفة التاجر. غير أن تعداد الأعمال التجارية أو الحرف التجارية تعدادا جامعا مانعا من الأمور التي يصعب على المشرع تحقيقها. واذا قام به المشرع، فان هذا التعداد لايسلم من التحكم و يشوبه النقص والقصور، لأن المشرع ــ كما تقدم ــ لايستطيع أن يتنبأ مقدما بالاعمال التجارية أو الحرف التجارية التي قد تظهر بالمستقبل استجابة لحاجات التجارة المتطورة، الأمر الذي يتطلب تعديل التشريعات القائمة بشكل يسمح باخضاع الأعمال أو الحرف الجديدة لأحكام القانون التجاري، وهذا ليس بالامر اليسير.

ولتفادى هذه الصعوبة ايضا، لجأت التشريعات التي تأخذ بالمعيار الشخصي(١٩)، الى النص على أن الحرف الجديدة التي قد تظهر في المستقبل تكسب من يزاولها صفة التاجر، و بالتالي تخضع لحكم القانون التجارى، ولو لم تكن من بين الحرف التي حددها المشرع، اذا كان يمارسه الشخص بطرق تجارية و بشرط قيد اسمه في السجل .

أما بالنسبة للتشريعات التي اخذت بالمعيار الموضوعي(٢٠)، فان الرأى قد استقر في الفقه والقضاء على أن تعداد هذه التشريعات للأعمال التجارية جاء على سبيل المثال لاالحصر بحيث يمكن اضافة أعمال جديدة اليها عن طريق القياس اذا ثبت أن هذه الأعمال تتشابه مع الأعمال التي حددها المشرع في صفاتها وغايتها.

وعلى الرغم من وجاهة هذا النقد الا أن تحديد الحرف التجارية أمر أيسر بكثير من

---

(١٩) من هذه التشريعات القانون الالماني.

(٢٠) من هذه التشريعات المصري والفرنسي.

تحديد الأعمال التجارية، اذ تحاط الحرفة التجارية عادة بمظاهر خارجية تنبىء عنها، كتكرار العمل، واتخاذه وسيلة للرزق وفتح مكاتب واعداد أدوات ومخازن لممارسته والاستعانه بعمال وموظفين لادارته.

ولذلك فنحن نميل الى الرأى الذي يرجح المعيار الشخصى، ولكن دون الأخذ به على إطلاقه، وانما بالقدر الذي يسمح بالاعتداد بالعمل التجارى، اذا كان على درجة معينة من الأهمية ومن وضوح الصفة التجارية فيه، لأن هناك بعض الأعمال تتصل في ذاتها بالنشاط التجارى وتعتبر من صميم الحياة التجارية. وهذه الأعمال تستمد الصفة التجارية، لا من صفة القائم بها، وانما من شكلها أو موضوعها أو سببها. فالورقة التجارية تستمد صفتها التجارية من شكلها، وشراء المحل التجارى من موضوعه، والشراء بقصد البيع من سببه. فهذه الأعمال تكتسب الصفة التجارية من ذاتها و بالنظر لطبيعتها، ولايمكن استبعادها من نطاق القانون التجارى لمجرد وقوعها بصورة منفردة ومن غير تاجر.

ولعل الاعتداد بالنشاط التجارى الذي يصل الى درجة معينة من الاهمية هو الذي يفسر الاتجاهات الفقهية الحديثة التي تنادي بربط القانون التجارى بالمشروع التجارى لا بالتاجر الفرد، سواء كان هذا المشروع عاما أو خاصا. ففي المشروع التجارى يتبلور جوهر النشاط التجارى الذي يستند اليه المشروع في قيامه واستمراره، فليس للمشروع جانب من الحياة المدنية يخضع فيها لأحكام القانون المدنى كما هو الشأن بالنسبة للتاجر الفرد. لذا أصبحت دراسة المشروعات التجارية وأساليب تنظيمها تنال عناية من الفقهاء (٢١).

بل أن هذه المشروعات أصبحت تنال عناية المشرعين في كثير من الدول، بحيث علقت تشريعات هذه الدول الصفة التجارية لبعض الاعمال على صدورها من مشروع تجارى.

## موقف المشرع الكويتى من المعيارين :

٦ ــ بعد أن أوضحنا في الفقرات السابقة المعايير التي تتبع لتحديد نطاق تطبيق القانون التجارى، بقى أن نشير الى المعايير التى أخذ بها المشرع الكويتى لتحديد نطاق هذا

---

(٢١) علي البارودي، المرجع السابق، ص ١٩.

القانون والتي وردت في الكتاب الأول من قانون التجارة الجديد، الذي سار فيه المشرع على نفس المبادىء التى أخذ بها في قانون التجارة السابق الذي أصبح لاغيا بصدور القانون الجديد .

يستفاد من النصوص القانونية التى وردت في الكتاب الأول، أن المشرع جعل من العمل التجاري المحور الذي تدور من حوله قواعد القانون التجارى، دون أى اعتبار لصفة الشخص القائم بالعمل الا في حدود استثنائية، أى أن القانون التجاري يطبق، وفقا لهذا المسلك، على الأعمال التجارية حتى ولو كان القائم بها غير تاجر. و يبدو هذا جليا في المادة الأولى التي حددت نطاق تطبيق القانون التجارى. وكذلك في المواد الخاصة بالاعمال التجارية والتجار التي وردت في الباب الأول والثانى من الكتاب الأول .

فالمادة الأولى حددت نطاق تطبيق القانون التجارى بقولها «تسرى أحكام هذا القانون على التجار، وعلى جميع الأعمال التجارية التي يقوم بها أى شخص ولو كان غير تاجر».

قد يستفاد من هذا النص للوهلة الأولى أن المشرع أخذ بالمعيارين الشخصي والموضوعى على السواء، لتحديد نطاق تطبيق أحكامه، مادامت هذه الأحكام تسرى على الأعمال التجارية وعلى التجار. ولكن بالرجوع الى نص المادة الثالثة عشرة التي عرفت التاجر بقولها «كل من اشتغل باسمه في معاملات تجارية وهو حائز للأهلية الواجبة، واتخذ هذه المعاملات حرفة له، يكون تاجرا». يتضح لنا جليا أن العمل التجارى هو الأساس في تحديد نطاق تطبيق هذا القانون، لأن التاجر صفة يكتسبها من يحترف الأعمال التجارية، فالصفة التجارية تثبت أولا للعمل ثم تنتقل من العمل الى شخص القائم به اذا ما احترف هذا العمل بصورة مستمرة ومنتظمة(٢٢). فالعمل التجارى هو محور قواعد القانون التجارى، وهذا الاتجاه يبدو واضحا ايضا من نصوص الفقرة الثانية من المادة الأولى والمادتين الخامسة عشرة والسادسة عشرة، التى أخضعت الأعمال التجارية التي يقوم بها غير التجار لحكم القانون التجارى.

---

(٢٢) مصطفى كامل طه، المرجع السابق، ص ١١٠، أكثم الخولي، المرجع السابق، ص ٩، الدكتور/ هشام فرعون، الحقوق التجارية البرية، دمشق ١٩٧٥، ص ٦.

الفقرة الثانية من المادة الأولى تنص بشكل صريح على أن جميع الأعمال التجارية تخضع لحكم القانون التجارى، سواء قام بها تاجر او غير تاجر كما تخضع المادة الخامسة عشرة من يقوم بمعاملة تجارية بصورة عارضة لحكم القانون التجارى مع أن هذا الشخص لايعد تاجرا، لأن التاجر يفترض فيه احتراف الاعمال التجارية .

أما المادة السادسة عشرة فقد نفت صفة التاجر عن وزارات الحكومة والبلدية والجمعيات والنوادى مهما باشرت من أعمال تجارية، غير أن هذه الأعمال تبقى محتفظة بصفتها التجارية ومن ثم تسرى عليها أحكام القانون التجارى .

كما يستفاد الاتجاه الموضوعى من نصوص المواد الثالثة والخامسة والثامنة من قانون التجارة. فالمادة الثالثة عرفت الأعمال التجارية بأنها الأعمال التي يقوم بها الشخص بقصد المضاربة، ولو كان غير تاجر، أى أن العمل الذي يتوافر فيه قصد المضاربة يخضع لحكم القانون التجارى دون أن يشترط توافر صفة التاجر في القائم به. والمادة الخامسة نصت على أعمال تثبت لها الصفة التجارية لذاتها و بالنظر لطبيعتها و بصرف النظر عن صفة القائم بها أو نيته، بمعنى أنها تعتبر أعمالا تجارية، سواء كان القائم بها تاجرا أم غير تاجر.

اما الفقرة الأولى من المادة الثامنة، فقد اعتبرت جميع الأعمال المرتبطة بالمعاملات التجارية أو المسهلة لها أعمالا تجارية، دون أى اعتبار لصفة القائم بها .

هذه الفقرة تنص على الأعمال التجارية بالتبعية الموضوعية، وهى أعمال مدنية بطبيعتها، ولكنها تفقد صفتها المدنية وتصبح أعمالا تجارية اذا كانت مرتبطة أو مسهلة لعمل من الأعمال التجارية الأصلية قام به غير تاجر، مثال ذلك أن يقترض موظف مبلغا من المال ليدفع ثمن أسهم احدى الشركات المساهمة اشتراها لأجل بيعها بعد ذلك والاستفادة من فرق السعر، ففي هذه الحالة يعتبر عقد القرض عملا تجاريا بالتبعية.

وهذه النظرية أرسى قواعدها ــ في الأصل ــ الفقه والقضاء على اسس منطقية وقانونية لتقرير تجارية الأعمال المرتبطة بحرفة التاجر، بل وماتزال الكثير من التشريعات القائمة تربط تطبيق هذه النظرية بفكرة الحرفة التجارية(٢٣)، وذلك للتخفيف من النهج

---

(٢٣) من هذه التشريعات الفرنسي والمصري والعراقي واللبناني والسوري.

الموضوعي الذي سارت عليه هذه التشريعات في تحديد نطاق تطبيق القانون التجاري، اذ أمكن عن طريق هذه النظرية أن يمتد نطاق تطبيق القانون التجاري الى جميع الأعمال التي يقوم بها التاجر لحاجات تجارته، وان كانت هذه الاعمال من طبيعة مدنية، متى كانت هذه الاعمال لازمة وضرورية لأعمال التاجر.

غير أن المشرع الكويتي توسع في تطبيق نظرية الأعمال التجارية بالتبعية. بحيث جعلها تشمل ليس فقط الاعمال المرتبطة بحرفة التاجر، وانما جميع الأعمال المرتبطة بالأعمال التجارية أو المسهلة لها، وذلك اتباعا للنهج الذي سار عليه في توسيع نطاق تطبيق القانون التجاري عن طريق توسيع دائرة الأعمال التجارية. وهذا يؤكد النهج الموضوعي الذي سار عليه المشرع الكويتي والذي يجعل من العمل التجاري اساس القانون التجاري.

وما يؤكد هذا النهج الموضوعي ايضا مانصت عليه المادة الثانية عشرة من قانون التجارة التي أخضعت العمل المختلط أو العمل التجاري من جانب واحد الى حكم القانون التجاري، سواء كان أطراف هذا العمل تجارا أو غير تجار(٢٤).

---

(٢٤) الأعمال المختلطة يقصد بها الاعمال التي تكون مدنية بالنسبة لأحد الطرفين وتجارية بالنسبة للطرف الآخر، مثال ذلك التاجر الذي يبيع بضاعة للجمهور اذ تعتبر عملية البيع عملا مختلطا، فهي عمل تجاري بالنسبة للتاجر البائع وعمل مدني بالنسبة للمشتري المستهلك.

ونص المادة الثانية عشرة الذي يخضع العمل المختلط لحكم القانون التجاري بالنسبة للطرفين امر يثير الدهشة والاستغراب معا، ولاندري ماهي الحكمة التي حملت المشرع على هذا المسلك الذي يخالف فيه ماسارت عليه التشريعات المتأثرة بالاتجاه اللاتيني والتي تخضع العمل التجاري المختلط لحكم القانون المدني بالنسبة للطرف الذي يعتبر العمل بالنسبة اليه مدنيا، ولحكم القانون التجاري بالنسبة للطرف الذي يعتبر العمل بالنسبة اليه تجاريا، بل أن احكام القضاء تميل الى حماية الطرف المدني، في التصرف فلاتخضعه لأحكام القانون التجاري الا اذا كان له مصلحة في ذلك، وهذا المسلك من قبل القضاء ليس فقط لأن القاعدة المدنية هي الأصل العام، وإنما لأن الطرف المدني، بشكل عام، هو الأجدر بالحماية، وبصورة خاصة فيما يتعلق بالاختصاص القضائي وقواعد الاثبات. للتفصيل في هذا الموضوع انظر الدكتور علي البارودي، المرجع السابق، ص ٩٩ ومابعدها. وقد ذكر في صفحة ١٠٠ هامش (١) وصفحة ١٠١ هامش رقم (١) بعض أحكام القضاء التي تؤيد وجهة نظره..

والمشرع الكويتي نقل نص المادة الثانية عشرة عن قانون التجارة السابق، واذا كان مسلك المشرع في القانون السابق قد برر، كما جاء بالمذكرة التفسيرية، برغبة المشرع في توسيع نطاق تطبيق القانون التجاري ليخرج من نطاق المجلة أغلب صور التعامل، فان هذا التبرير قد زال بصدور قانون مدني جديد يحكم النشاط المدني.

مما تقدم يتضح أن النصوص التشريعية التي تؤكد أن المشرع الكويتي قد سلك الطريق الموضوعي متعددة في قانون التجارة الجديد، ولكن هذا المسلك من المشرع الكويتي، شأنه في ذلك شأن الكثير من التشريعات التي أخذت بالمعيار الموضوعي لم يمنعه من النص على بعض الأحكام التي يقتصر تطبيقها على التجار، كالنصوص التي تلزم التجار بالقيد في السجل التجاري وامساك الدفاتر التجارية والخضوع لنظام الافلاس والصلح الواقي(٢٥)، ذلك أن الأخذ بالمسلك الموضوعي لايعني مطلقا اغفال وضع قواعد يقتصر تطبيقها على التجار لتنظيم المهنة التجارية بقصد سير المشروع التجاري على أسس سليمة(٢٦)، مادامت الصفة التجارية تثبت للعمل اولا ثم تنتقل من العمل الى الشخص القائم به ليصبح تاجرا اذا احترف هذا العمل.

ومن النصوص التي أخذ بها قانون التجارة الكويتي والتي تعتبر تطبيقا للمعيار الشخصي مانصت عليه الفقرة الثانية من المادة الثامنة بقولها «ان جميع الأعمال التي يقوم بها التاجر لحاجات تجارته، تعتبر أعمالا تجارية». فهذه الفقرة تسبغ الصفة التجارية على أعمال تعتبر بطبيعتها أعمالا مدنية، ولكنها تفقد صفتها المدنية وتصبح أعمالا تجارية، متى قام بها تاجر، وتعلقت بشئون تجارته، فمناط تجارية هذه الأعمال تعلقها بمهنة التاجر التي تعتبر المحور الذي تدور من حولها قواعد القانون التجاري وفقا للمعيار الشخصي .

وهذه الفقرة تنص ـ كما تقدم ـ على نظرية الاعمال التجارية بالتبعية الشخصية التي أرسى قواعدها الفقه والقضاء على أسس منطقية وقانونية للتخفيف من حدة النهج الموضوعي الذي سارت عليه التشريعات القائمة في تحديد نطاق تطبيق القانون التجاري. فالمنطق يقضي بان تكتسب الصفة التجارية الأعمال التي يقوم بها التاجر لحاجات تجارته، حتى تكون الحياة التجارية وحدة لا تتجزأ يخضع فيها العمل الاصلي والعمل التابع لنظام قانوني واحد بدلا من نظامين مختلفين، وذلك تطبيقا للقاعدة التي تقضي بان الفرع يتبع الأصل. وهذه الاعتبارات المنطقية هي التي حملت الفقه والقضاء الى التوسع في تطبيق هذه النظرية حتى في ظل التشريعات التي لم تنص عليها بشكل صريح (٢٧)، بحيث أصبحت

(٢٥) وهذه النصوص هي المادة ٢٦ ومابعدها بشأن مسك الدفاتر التجارية، والمادة ٥٥٥ ومابعدها بشأن الافلاس والصلح الواقي، والمرسوم، رقم (٢) مالية لعام ١٩٥٩، بشأن السجل التجاري.

(٢٦) أكثم الخولي، المرجع السابق، ص٩، الدكتور هشام فرعون، المرجع السابق، ص٦.

(٢٧) من هذه التشريعات الفرنسي والمصري.

تشمل جميع الالتزامات الناشئة عن نشاط التاجر، سواء كان مصدر هذه الالتزامات العقد او غيره من مصادر الالتزام، كالفعل الضار أو الا ثراء بلا سبب أو الفضالة.

ومن الغريب حقا أن يسير المشرع الكويتي في قانون التجارة الجديد على نفس المنهج الذي سار عليه في القانون السابق من عدم اعارة مايستحقه المعيار الشخصي من أهمية في تحديد نطاق تطبيق القانون التجارى. واذا كانت الظروف قد فرضت على المشرع في القانون السابق أن يسلك هذا المسلك، لتوسيع نطاق تطبيق القانون التجارى، عن طريق توسيع دائرة الأعمال التجارية، ليخرج من نطاق تطبيق المجلة أغلب صور التعامل، فان هذه الظروف قد تغيرت بصدور قانون مدنى حديث يحكم المعاملات المدنية، بدلا من المجلة، فاذا كان القانون التجاري يحكم النشاط التجارى، فان هذا النشاط ــ كما يرى البعض بحق ــ يجب أن يصل الى درجة معينة من الوضوح والأهمية، وأن تبرز فيه الصفة التجارية على نحو يجعل تطبيق القواعد الخاصة عليه مناسبا وضروريا، وهذا لايتوافر في النشاط العارض بقدر ما يتوافر في النشاط المقصود المتكرر(٢٨)، أى النشاط الذي يصدر عن تاجر كنتيجة لاحترافه الاعمال التجارية، اذ بدون هذا الاحتراف لايمكن للشخص أن يكتسب صفة التاجر قانونا، كما تقضى بذلك أغلب التشريعات القائمة.

فالمعيار الشخصى يجب أن يكون له دور بارز في رسم دائرة القانون التجارى وتحديد مضمونه، لما يحققه من الوضوح والاستقرار في رسم الحدود الفاصلة بينه و بين القانون المدنى، وعلى أن لا تهمل بعض الأعمال التجارية التي تقع بصورة عارضة اذا كانت على درجة من الأهمية ومن وضوح الصفة التجارية فيها كما تقدم (٢٩)، فلو أخذنا بالمعيار الشخصى أساسا لتحديد نطاق القانون التجارى لأصبح من اليسير الحكم على علاقة معينة أهى خاضعة لأحكام القانون المدنى أم لأحكام القانون التجارى، فاذا كان أطراف العلاقة القانونية تجارا خضعت لحكم القانون التجارى، والا خضعت لحكم القانون المدنى. أما ما وجه من نقد الى هذا المعيار من أنه يؤدي الى حرمان من يزاولون الأعمال التجارية بصورة عارضة من مزايا أحكام القانون التجارى، مع أن هذه الاعمال تتحد في طبيعتها وفي جوهرها مع الأعمال التجارية التي تقع على سبيل الاحتراف، اذ ليس من المنطق ــ في

---

(٢٨) علي البارودي، المرجع السابق، ص١٨.

(٢٩) أنظر ماسبق، ص ١٠١.

رأيهم ــ أن تطبق على أعمال من طبيعة واحدة أحكام مختلفة لمجرد اختلاف صفة الشخص القائم بها (٣٠)، فان هذا النقد يرد عليه بحق أن حرمان من يقوم بالأعمال التجارية بصورة عارضة من مزايا أحكام القانون التجارى هو الثمن المقابل للوضوح والاستقرار اللذين يحققهما المعيار الشخصى فيما يتعلق بتحديد نطاق تطبيق القانون التجارى(٣١) .

(٣٠) مصطفى كمال طه، المرجع السابق ص٤٨، ياملكي، المرجع السابق، ص ٢٠.
(٣١) أكثم الخولي، المرجع السابق، ص ٨.

# الفصل الثاني
# في
# معيار العمل التجاري

٧ ــ تقدم أن أغلب التشريعات ومنها تشريع التجارة الكويتي تجعل من العمل التجاري أساس أحكامها وترسم على ضوئه نطاق تطبيقها.

فالقانون التجاري في ظل هذه التشريعات يعتبر قانون التجارة أو قانون الأعمال التجارية. ولكن هذا القول لا يحل المشكلة، وانما تثار مسألة أخرى تلك هي تحديد المعنى القانوني للتجارة، أو بتعبير آخر تحديد الأعمال التجارية التي يتحدد على ضوئها نطاق تطبيق القانون التجاري.

وما دام المشرع يتخذ من العمل، مجردا عن صفة القائم به، محورا لقواعد القانون التجاري وأساسا لأحكامه، فإن الأمر يفرض عليه وضع تعريف شامل للعمل التجاري أو وضع معيار يمكن به تمييزه عن العمل المدني ورسم الحدود، تبعا لذلك، بين مجال تطبيق كل من القانون المدني والقانون التجاري.

غير أن أغلب التشريعات لجأت الى تعداد الأعمال التجارية دون أن تضع معيارا واضحا يمكن للقاضي أن يستعين به في تحديد طبيعة الأعمال التي قد تظهر في المستقبل حين لايكون المشرع قد حدد طبيعتها القانونية.

لذا كشف العمل أن هذا التعداد يشوبه النقص والقصور، اذ لايمكن للمشرع أن يضع تعدادا جامعا مانعا للأعمال التجارية، لأنه لايستطيع أن يتنبأ مقدما بالأعمال التجارية التي قد تظهر في المستقبل استجابة لحاجات التجارة المتطورة ولهذا السبب اثير التساؤل في الفقه حول طبيعة التعداد التشريعي للأعمال التجارية، فهل أراد المشرع من هذا

التعداد حصر الأعمال التجارية بحيث لايجوز القياس عليها، أم أنه أراد ذكرها على سبيل المثال بحيث يمكن إضافة أعمال أخرى اليها عن طريق القياس والاجتهاد.

ذهب البعض إلى أن هذا التعداد قد ورد على سبيل الحصر، فيعتبر كل عمل لم يدخل في هذا التعداد من الأعمال المدنية، وحجة هذا الرأي أن قواعد القانون التجاري استثناء من الشريعة العامة، والاستثناء يجب أن يفسر تفسيرا ضيقا فلا يتوسع فيه ولايقاس عليه، الامر الذي يقتضي ابقاء الأعمال التي لم يحدد المشرع طبيعتها القانونية في مجال الاصل فتعتبر أعمالا مدنية ويحكمها قواعد القانون المدني لأن الأصل في الأعمال أنها مدنية(٣٢)، على أن البعض من الفقهاء الذي يقولون بأن الأعمال وردت على سبيل الحصر، يذهب الى أن التفسير الضيق للنص الاستثنائي لايعني تفسيره حرفيا ولايمنع من القياس على الأعمال المذكورة في القانون لمواجهة الحاجات العملية. ولكن إضافة أعمال جديدة دون الاستناد الى القياس أمر يخرج على وظيفة القانون و يعتبر افتئاتا على وظيفة المشرع(٣٣).

ولكن الرأي الراجح في الفقه والقضاء يذهب عكس ذلك و يرى أن الاعمال التجارية وردت في القانون على سبيل المثال، لأن القول بغير ذلك يخل بالمرونة التي يلزم توافرها في القواعد التي تحكم النشاط التجاري، ولاسيما أن التجارة في تطور مستمر وماكان في وسع المشرع الا أن ينظم الأعمال التجارية التي كانت معروفة له وقت وضع القانون، وماكان في وسعه أيضا أن يتنبأ بما سيستحدث في الحياة التجارية من أعمال فيذكرها(٣٤).

وهكذا يفتح هذا الرأي باب الاجتهاد أمام القاضي ليقرر تجارية الأعمال التي ظهرت بعد وضع القانون اذا ثبت أن هذه الأعمال تتشابه مع الأعمال التي حددها القانون في خصائصها وغاياتها.

---

(٣٢) تالبر و بيرسو، القانون التجاري، جـ١، رقم٩.

(٣٣) ليون كان وريبنو، القانون التجاري، جـ١، رقم ١٠٤، نور الدين رجائي، القانون التجاري، رقم٣٨، علي العريف، القانون التجاري، رقم١٣٨.

(٣٤) ريبير، المرجع السابق، رقم١٤٥، هامل ولاكورد، المرجع السابق، رقم١٤٦، الزيتي، أصول القانون التجاري، ص٥٠، محمد صالح، القانون التجاري، ص٤٦.

لذا حاول الفقهاء البحث في جوهر الأعمال التجارية التي نص المشرع على تجاريتها لاستخلاص سماتها والكشف عن العنصر الجوهري الذي يميز العمل التجاري عن العمل المدني لاتخاذه معيارا يسترشد به لتحديد طبيعة الأعمال التي لم ينص عليها المشرع أو التي أغفلها أو لم يتوقعها، حتى يمكن على ضوء هذا المعيار الحكم على عمل معين بأنه تجاري أو مدني فيتحدد، وفقا لذلك، القانون الذي يخضع له.

وقد اختلف الفقهاء في تحديد هذا المعيار، تبعا لاختلافهم في المعيار الذي يحدد نطاق تطبيق القانون التجاري. فالذين يؤمنون بالمعيار الموضوعي كأساس لتحديد نطاق تطبيق القانون التجاري يستندون في تحديد معيار العمل التجاري على اعتبارات اقتصادية، فقالوا بمعيار المضاربة ومعيار التداول، في حين اعتمد المؤمنون بالمعيار الشخصي على اعتبارات قانونية، فقالوا بمعيار الحرفة ومعيار المشروع.

لذا سنبحث هذه المعايير الفقهية التي قال بها الفقهاء لتحديد معيار العمل التجاري ثم نبحث، بعد ذلك، في المعيار الذي أخذ به قانون التجارة الكويتي للتمييز بين العمل المدني والعمل التجاري.

## معيار المضاربة(٣٥):

٨ ــ قال البعض بمعيار المضاربة كأساس للتمييز بين العمل التجاري والعمل المدني. فالعمل التجاري ــ طبقا لهذا المعيار ــ هو الذي يقوم به الشخص بقصد المضاربة. والمضاربة هي قصد تحقيق الربح، فكل عمل يقوم به الشخص بهذا القصد تثبت له الصفة التجارية ويخضع بالتالي لأحكام القانون التجاري.

فالعمل يعتبر تجاريا كلما كان هدف القائم به الحصول على ربح، لأن التجارة تعني مجموع العمليات التي تسعى الى تحقيق الربح عن طريق المضاربة على تحويل المواد الأولية أو المنتجات المصنوعة أو على نقلها أو تبادلها. ويجب أن يفسر لفظ المضاربة بحيث

---

(٣٥) نادى بهذا المعيار الفقيه الفرنسي باردبسي وأيده فيه الاستاذان ليون كان ورينو. أنظر ريبير، المرجع السابق، ص ١٨١.

يشمل كل مامن شأنه تحقيق منفعة مادية، ولايقتصر على الأعمال التي تنطوي على عنصر الصدفة والمخاطرة(٣٦).

ومعيار المضاربة استمد من عقد الشراء لأجل البيع الذي اعتبرته التشريعات التجارية من الأعمال التجارية(٣٧)، اذ يعتبر هذا العقد من أبرز صور الأعمال التجارية فالتجارة في صورتها الغالبة شراء و بيع بهدف تحقيق الربح، فالمشتري يسعى دائما للبيع بسعر أعلى، وهو بهذا السعي يضارب على فروق الأسعار سعيا وراء الربح.. فالمضاربة ليست مجرد تحقيق الربح، وانما هي تحقيق الربح من فروق الأسعار وقد استندت أحكام القضاء في بعض أحكامها على عنصر المضاربة لتقرير تجارية أو عدم تجارية بعض الأعمال القانونية، إذ اعتبر التأمين التبادلي(٣٨)، وإصدار الصحف والمجلات العلمية والعقائدية(٣٩)، من الأعمال المدنية لعدم توافر قصد المضاربة فيها.

ومع أن هذا المعيار يفسر الكثير من الأعمال التجارية و يتفق مع طبيعة التجارة التي تعتبر المضاربة من أهم عناصرها إذ أن قصد الربح من أهم العناصر التي تميز العمل التجاري عن العمل المدني، اذ لايتصور أن يكون هناك عمل تجاري لايهدف الى تحقيق الربح، سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة الا أن معيار المضاربة لايكفي وحده لتفسير الأساس الموضوعي للأعمال التجارية. كما أن الأخذ بهذا المعيار يوسع من ناحية نطاق القانون التجاري فيسبغ الصفة التجارية على بعض الأعمال التي استقر الرأي على أنها أعمال مدنية، مثل عمل المحامي والطبيب والمهندس وغيرهم من أصحاب المهن الحرة الذين يبغون من وراء أعمالهم الى الربح والكسب أيضا، فالسعي وراء الربح طابع مميز لأغلب أوجه النشاط الانساني(٤٠)، ومن ناحية أخرى يبدو معيار المضاربة ضيقا بحيث يؤدي

---

(٣٦) هامل ولاكورد، المرجع السابق، ص١٧٢.

(٣٧) نصت على ذلك المادة الرابعة من قانون التجارة.

(٣٨) نقض فرنسي في ٦ مايو ١٩٣٠ دالوز الاسبوعي ١٩٣٠ــ٣٦٣، نقض فرنسي في ٢٢ يونيو ١٩٤٣، دالوز ١٩٤٤ــ٤٣، محكمة الاسكندرية المختلطة في ٣ فبراير ١٩١٣، جازيت ٣ــ٨٧ أشار اليه أكثم الخولي، المرجع السابق، ص١٣٥ هامش رقم(١).

(٣٩) محكمة نانسي في ٨ مايو ١٩٣٤، سيري ١٩٣٦ــ٢ــ١٦٥.

(٤٠) تالير وبيرسو، شرح القانون التجاري، جـ١، رقم٩.

الأخذ به الى استبعاد بعض الأعمال التي لم يعد إضفاء الصفة التجارية عليها محل شك، مثل الأعمال المتعلقة بالأوراق التجارية، رغم أن هذه الأعمال قد لايكون الهدف منها تحقيق الربح. أضف الى ذلك أن هذا المعيار لايتفق مع المفهوم الحديث للقانون التجاري، الذي يخضع المشروعات العامة الاقتصادية لأحكام القانون التجاري مع أن أغلبها لايهدف الى تحقيق الربح وانما يهدف الى تقديم خدمة عامة(٤١).

## معيار التداول :

٩ ــ قال بهذا المعيار الفقيه الفرنسي تالير، ومؤداه أن العمل التجارى يقوم في جوهره على فكرة التداول، فالتجارة في القانون والاقتصاد تتمثل في تداول المنتجات والنقود(٤٢). وقد أضاف الاستاذان ليون كان ورينو الى هذا المعيار فكرة التوسط، فأصبح يسمى معيار التوسط في تداول الثروات(٤٣).

فالأعمال التجارية ــ بموجب هذا المعيار ـ هي الأعمال التي تتعلق بالوساطة في تداول الثروات من وقت خروجها من يد المنتج الي وقت وصولها الى يد المستهلك. فكل عمل يرمى الى تحريك الثروات و يساعد على تنشيط حركتها يعتبر من طبيعة تجارية، أما الأعمال التي تتناول الثروات وهى في حالة ركود واستقرار فتعتبر من طبيعة مدنية. فعمل المنتج هو ايجاد السلعة، وتبقى في يده في حالة ركود، لذلك يعتبر عمله مدنيا. فاذا ابتدأت السلعة في التداول بأن سلمها المنتج الى الصانع ليحولها أو يصنعها، ثم قام الصانع بتسليمها الى الوكيل بالعمولة الذي يسلمها بدوره الى الناقل لتوصيلها الى التاجر الذي كلف الوكيل بالعمولة بشرائها، ثم يقوم هذا الأخير ببيعها الى تاجر الجملة الذي يعيد بيعها الى المستهلك فكل هذه الأعمال من صنع السلعة الى العمولة عليها الى نقلها الى اعادة بيعها تعتبر أعمالا تجارية مادامت تهدف الى التوسط في تداول السلعة. ولذلك يعتبر شراء المستهلك للسلعة عملا مدنيا، لأن السلعة اذا مااستقرت في يد المستهلك دخلت في دور الركود من جديد .

---

(٤١) وهذا مانصت عليه المادة ١٦ من قانون التجارة.

(٤٢) تالير وبيرسو، شرح القانون التجاري، جـ١، باريس ١٩٣١ ، رقم ٩.

(٤٣) اشار الى ذلك محمد حسني عباس، المرجع السابق، ص ٢٧، أحمد البسام المرجع السابق، ص ٤٦.

و يعاب على هذا المعيار أن تطبيقه يؤدي الى اعتبار الشراء بقصد البيع عملا تجاريا ولو لم يكن بقصد المضاربة لتحقيق الربح، كعمل الجمعيات التعاونية التي تبيع لأعضائها بهدف تقديم خدمات اليهم ودون قصد تحقيق الربح أضف الى ذلك أن هذا المعيار يخرج من نطاق تطبيق القانون التجارى عمل المنتج الأول مع أن المنتج الأول أول من يدفع السلعة الى الحركة والتداول(٤٤).

كما أن التشريعات القائمة تنص على تجارية بعض الأعمال دون أن تتضمن أى توسط في تداول الثروات، كالأعمال المتعلقة بالأرواق التجارية والصناعات الاستخراجية وشراء العقارات(٤٥)، وأعمال مكاتب الخدمات وعقد نقل الأشخاص، لذا يعلق الاستاذ تالير على ذلك، بأنه بالنسبة لهذه الاعمال يجب أن نترك المنطق البحت جانبا تبعا لرغبة المشرع واحتراما لنص القانون، لأن القانون لايمكن أن يضحى بالاعتبارات العملية من أجل احترام الاصول النظرية البحتة المجردة(٤٦).

كما عيب على هذا المعيار أن تطبيقه من شأنه أن يؤدي الى تضييق مفهوم التجارة بحيث يخرج منها الصناعة رغم أن التجارة بمعناها القانونى تشمل الصناعة اذ تنص أغلب التشريعات على اعتبارها من الأعمال التجارية(٤٧).

ولذلك حاول الاستاذ تالير حصر هذا الانتقاد في أضيق نطاق عن طريق تحليله لدور الصانع بقوله أن الصناعة لا تعتبر عملا تجاريا الا اذا أسهمت في تداول المنتجات، وعلى ذلك فان العقود التي يبرمها الصانع مع من يورد له المواد الأولية أو مع من يشترى انتاجه لبيعه، تعتبر من الأعمال التجارية، لأنها تسهم في تحريك المنتجات لتصل الى يد

---

(٤٤) محسن شفيق، المرجع السابق، ص٤٢. يرد البعض على هذا النقد بأن التداول لايبدأ الا بعد خروج السلعة من يد المنتج الأول. اكثم الخولي المرجع السابق، ص ١٧٠.

(٤٥) يرى البعض أن التعامل بالعقارات يتضمن معنى التداول، ولكنه تداول قانوني لامادي، لأن التداول يمكن ان يتخذ شكلا قانونيا الى جانب معناه المادي الذي يفترض تحريك السلعة وتقريبها من المستهلك. أكثم الخولي، المرجع السابق، ص ١٧٠.

(٤٦) تالير، المرجع السابق، فقرة ٢٥، ٣٣.

(٤٧) أنظر نص الفقرة الخامسة عشرة من المادة الخامسة من قانون التجارة.

المستهلك، أما العقود التي يبرمها مع العمال فلا تعتبر من طبيعة تجارية، لأنها تؤدي من الناحية الاقتصادية وظيفة التوزيع لا وظيفة التداول(٤٨).

على أن البعض يرى أن هذا التحليل يؤدي الى توسيع نطاق القانون التجارى بحيث يشمل أيضا الأعمال الزراعية، وذلك رغم صفتها المدنية التي تنص عليها التشريعات القائمة(٤٩)، على أساس أن المزارع يسهم ايضا، شأنه في ذلك شأن الصانع، في تحريك المنتجات الزراعية لتصل الى يد المستهلك(٥٠).

يتضح من كل ماتقدم أن معيار التداول، شأنه في ذلك شأن معيار المضاربة يفسر جانبا من طبيعة العمل التجارى، فليس كل عمل يسهم في تداول الثروات يعتبر عملا تجاريا، فهناك أعمال يتوافر فيها معيار التداول، ومع ذلك لا تعتبر أعمالا تجارية، كأعمال الجمعيات التعاونية.

ولذلك ذهب البعض الى أن الوساطة في تداول الثروات لا تكفى وحدها لتمييز العمل التجارى، وانما يجب أن يضاف اليها عنصر أخر هو قصد المضاربة، ومن ثم يمكن القول بأن العمل التجارى هو الذي يتعلق بالوساطة في تداول الثروات بقصد تحقيق الربح(٥١).

ومن غيرشك أن هذا القول الذي يهدف الى الجمع بين معيار المضاربة ومعيار التداول في معيار واحد هو التداول بقصد تحقيق الربح يتفادي الكثير من الانتقادات التي وجهت الى هذين المعيارين، ولكنه لايصلح لوحده لتفسير كل الأعمال التجارية، اذ أن هناك بعض الأعمال تعلق التشريعات اكتسابها للصفة التجارية على وقوعها على سبيل الاحتراف أو في صورة مشروع، أى أن فكرة الحرفة او المشروع مناط تجارية هذه الاعمال لافكرة العمل التجارى المنفرد(٥٢).

---

(٤٨) تالير، المرجع السابق، فقرة ٢٧.

(٤٩) انظر نص المادة الحادية عشرة من قانون التجارة.

(٥٠) الدكتور محمد فريد العريني، القانون التجاري، ص٦٣.

(٥١) هامل ولاكورد، المرجع السابق، فقرة ١٤٩، مصطفى طه، المرجع السابق، ص٣٩.

(٥٢) من هذه التشريعات المصري والفرنسي والعراقي واللبناني.

ولهذا نجد أن البعض من أنصار معيار التداول بقصد المضاربة يعلق تجارية بعض الأعمال على ضرورة احترافها أو صدورها عن مشروع فضلا عن توافر معيار التداول بقصد المضاربة في هذه الأعمال(٥٣).

**معيار الحرفة التجارية :**

١٠ ــ الاتجاه الحديث في الفقه يدعو الى نبذ المعايير الموضوعية للعمل التجارى و ينادى بضرورة العودة بالقانون التجارى الى طابعه الشخصي و بالتالي تحديد نطاق تطبيقه بضوابط شخصية لاتستمد من ذات العمل وطبيعة موضوعه بل من طريقة مزاولته. لذلك ينتقد الفقيه الفرنسى ريبير المعايير السابقة لأنها ذات طابع اقتصادى لاقانونى اذ لايمكن استنباط الخصائص المميزة للعمل التجارى بالاستناد الى أعتبارات اقتصادية لأنها لاتصلح، أن تكون أساسا لتمييز عمل قانونى عن آخر، فالبيع مثلا يمكن أن يكون تجاريا أو مدنيا دون أن يختلف الأ ول عن الثانى من حيث النتيجة الاقتصادية التي تترتب عليه فيما لو نظرنا الى العمل ذاته. لذلك وجب البحث عن معيار قانونى يمكن بواسطته كشف صفة التجارية في أحد عناصر العمل القانونى(٥٤). و يرى أن الحرفة التجارية هى المعيار القانونى للتمييز بين العمل المدنى والعمل التجارى، فالحرفة التجارية لا العمل التجارى المنفرد هى أساس القانون التجارى. فالعمل لايعتبر تجاريا الا اذا وقع بمناسبة مزاولة حرفة تجارية، و بالعكس يعتبر العمل مدنيا اذا لم يكن متعلقا بمزاولة الحرفة التجارية ولو صدر عن تاجر.

والحرفة التجارية تسبغ على من يزاولها صفة التاجر، لذا تثبت الصفة التجارية لجميع الأعمال التي يقوم بها التاجر متى تعلقت بحرفته التجارية. وعلى ذلك فان التفرقة بين الأعمال التجارية الأصلية والأعمال التجارية التبعية لاضرورة لها(٥٥).

اذ تصبح الأعمال التبعية لاوجود لها في ظل هذا المعيار الذي يجعل من الحرفة التجارية اساس القانون التجارى، فجميع الأعمال التي يقوم بها التاجر تعتبر أعمالا

---

(٥٣) هامل ولاكورد، المرجع السابق، فقرة ١٤٩.
(٥٤) ريبير، المرجع السابق، رقم ٣٠٠.
(٥٥) ريبير، المرجع السابق، رقم ٣٠٦.

تجارية متى تعلقت بحرفته التجارية من غير تمييز بين ماهو أصلي وماهو تبعي، فكل ماتستلزمه الحرفة التجارية من أعمال تكتسب الصفة التجارية وتخضع بالتالى لأحكام القانون التجارى .

فالعمل، في ظل المعيار الذي قال به الاستاذ ريبير، يستمد صفته من الحرفة التي يزاولها الشخص، فاذا كانت الحرفة تجارية، كان العمل تجاريا، وان كانت الحرفة مدنية كان العمل مدنيا. وهذه القاعدة تسرى على جميع الأعمال التجارية، سواء ورد النص عليها في القانون أو لم ينص عليها، فالشراء لأجل البيع، وقد نصت جميع التشريعات على تجاريته، لايعتبر عملا تجاريا الا اذا تعلق بحرفة تجارية، كشراء تاجر التجزئة البضائع من تاجر الجملة بهدف بيعها، أما اذا تعلق الشراء لأجل البيع بحرفة مدنية، فانه يكون عملا مدنيا، كشراء الطبيب الدواء لبيعه للمرضى متى كان في منطقة نائية لايوجد فيها صيدلية، فهنا شراء لأجل البيع، ولكنه لايعتبر عملا تجاريا، وانما يعتبر عملا مدنيا لارتباطه بحرفة مدنية هى حرفة الطب. والعكس صحيح، فالشراء لأجل الاستعمال الذى لم تنص على تجاريته التشريعات والذي جرت العادة على اعتباره عملا مدنيا، قد يعتبر عملا تجاريا متى قام به تاجر وتعلق بحرفته التجارية، كشراء التاجر الأثاث لمكتبه التجارى، و يكون الشراء لأجل الاستعمال عملا مدنيا اذا لم يتصل بحرفة تجارية، كشراء التاجر الاثاث لمنزله.

ولاشك أن القاعدة التي تفترض أن جميع الأعمال التي يقوم بها التاجر تتعلق بحرفته التجارية والتي تنص عليها التشريعات التجارية(٥٦)، من شأن هذه القاعدة أن تسهل تطبيق معيار الحرفة الذي ينادي به الاستاذ ريبير للتمييز بين العمل المدني والعمل التجارى.

على أن الأستاذ ريبير يسلم بوجود أعمال تعتبر تجارية رغم صدورها من غير تاجر، و يرى أن اساس تجارية هذه الأعمال أن القيام بها يضفى على من قام بها مظهر التاجر ويحمل الغير على الاعتقاد بأنه يمارس التجارة، فيكون للغير أن يخضعه لقانون التجار بالنسبة لهذه الأعمال، اذ تستمد هذ الأعمال الصفة التجارية، لامن الحرفة، وانما من شكلها

---

(٥٦) أنظر نص المادة التاسعة من قانون التجارة.

كالأوراق التجارية، أو من موضوعها كأعمال البنوك، أو من سببها وهو قصد المضاربة كالبيع التجارى(٥٧).

و يعاب على هذا المعيار أنه يتطلب التمييز بين الحرفة المدنية والحرفة التجارية، وهذه الأخيرة لايمكن تحديدها الا على ضوء تحديد الأعمال المكونة لها وهى الأعمال التجارية لاسيما أن الأستاذ ريبير يستعين بالأعمال التي نص المشرع على تجاريتها لتحديد الحرف التجارية(٥٨). وهكذا يؤدي بنا هذا المعيار الى حلقة مفرغة، فالحرفة التجارية لايمكن تعريفها الا بطبيعة الأعمال المكونة لها، وهذه الطبيعة لايمكن معرفتها الا على ضوء الحرفة التي تنظمها، كما أن الصفة التجارية، وفقا لهذا المعيار، تثبت للحرفة أولا ثم تنتقل من الحرفة الى الشخص القائم بها، مما يقتضى تحديد الحرف التجارية التى تكسب من يزاولها صفة التاجر وهذا يخالف ماهو قائم في أغلب التشريعات التي تعرف التاجر بأنه من يحترف القيام بالأعمال التجارية(٥٩). فالصفة التجارية، في ظل التشريعات القائمة، تثبت للعمل أولا، ثم تنتقل من العمل الى شخص القائم به اذا ما احترف هذا العمل، اضف الى ذلك أن تحديد الحرف التجارية لايقل صعوبة عن تحديد الأعمال التجارية فهذا المعيار لايصلح للتمييز بين العمل المدنى والعمل التجارى في ظل التشريعات التي تجعل من العمل التجارى المحور الذي تدور حوله قواعد القانون التجارى، وانما يصلح في التشريعات التي تجعل من الحرفة أو التاجر المحور الذي تدور حوله قواعد القانون التجارى(٦٠).

---

(٥٧) ريبير، المرجع السابق، رقم ٣٢٠ ومابعدها. يذهب البعض الى أن هذا التبرير غير سليم، لأن اساس تجارية هذه الأعمال أنها تتميز بطابع خاص بها أيا كان القائم بها تاجرا أو غير تاجر. وأن التبرير الذي أورده الاستاذ ريبير لاينتقص من قيمة النقد الموجه لمعيار الحرفة من أن هناك بعض الاعمال تعتبر أعمالا تجارية ولو صدرت من غير تاجر، هامل ولاكورد، المرجع السابق، ص١٦٨.

(٥٨) هامل ولاكورد، المرجع السابق، ص١٦٨ ومابعدها. على أن البعض يرى أن هذا النقد مردود لأن الرجوع الى المنصوص لايغير من جوهر النظرية، مادامت النصوص ذاتها تتناول في الجانب الأكبر منها الحرف التجارية لا الأعمال التجارية (أكثم الخولي، المرجع السابق، ص١٧٨). هذا الرد صحيح بالنسبة لبعض التشريعات التي تعلق تجارية بعض الأعمال على احترافها أو صدورها عن مشروع. ولكن هذا الرد غير وارد بالنسبة لقانون التجارة الكويتي الذي لم يعلق تجارية بعض الأعمال على احترافها أو صدورها عن مشروع.

(٥٩) لاحظ نص المادة ١٣ من قانون التجارة الكويتي الجديد.

(٦٠) من هذه التشريعات القانون الالماني.

## معيار المشروع :

١١ ــ المعيار الثاني الذي نادى به البعض لتحديد نطاق القانون التجاري بضوابط قانونية لا تستمد من ذات العمل وطبيعة موضوعه بل من ممارسته بشكل خاص هو معيار المشرع الذي قال به الفقيه الايطالي فيقانتي وتبناه الفقيه الفرنسي اسكارا الذي يرى أن المعيار القانوني للتجارية هو المشروع.

والمشروع كمعيار محدد للأعمال التجارية يعني التكرار المهني للأعمال التجارية استنادا الى تنظيم سابق. والمشروع عادة يتميز بمظاهر خارجية تنبىء عنه، كفتح مكتب وتجهيزه بما يحتاج اليه من أدوات واستخدام بعض العمال والموظفين لادارته(٦١).

وللمشروع التجاري معنى أوسع من معنى العمل التجاري المنفرد، اذ تدل المظاهر الخارجية التي يتميز بها المشروع على قيام شخص بأعمال تجارية، لابصفة عارضة، بل بصورة مستمرة ومنتظمة واتخاذ هذه الأعمال حرفة معتادة له. وتبرز الحرفة التجارية في صورة المشروع، فالمشروع التجاري هو المظهر الاقتصادي للحرفة التجارية، لذا تعتبر جميع الأعمال المرتبطة بالمشروع اعمالا تجارية متى تعلقت بحرفة تجارية(٦٢).

فالصفة التجارية لا تستمد، طبقا لهذا المعيار، من طبيعة العمل أو من صفة القائم به، بل من طريقة ممارسته، فالقانون التجاري هو قانون المشروعات التجارية بحيث يدخل في نطاقه كل عمل يمارس من قبل هذه المشروعات.

وعلى هذا فان العمل الواحد يمكن أن يكون مدنيا أو تجاريا بحسب ما اذا تم من خلال مشروع أم قام به شخص مرة واحدة عرضا. فعقد النقل مثلا، يعتبر عملا تجاريا اذا قامت به شركة، ومدنيا اذا قام به شخص عادي.

و يرى أنصار هذا الرأي أن القواعد التجارية التي تحمي الائتمان وتحقق السرعة تبدو أهميتها في المشروعات التجارية دون الأعمال التجارية المنفردة فالقائم بعمل تجاري

---

(٦١) اسكارا، الموجز في القانون التجاري، ص٥٥.

(٦٢) الدكتور محمد حسني عباس، القانون التجاري، ص١٠٥.

منفرد لايلجأ الى طلب الائتمان إلا نادرا، في حين أن المشروعات التجارية تحتاج اليه بسبب سعة أعمالها وتكرارها.

وفكرة المشروع ليست بغريبة على بعض التشريعات القائمة، إذ أخذت بها هذه التشريعات بنصها على نوعين من الأعمال التجارية، نوع يكتسب الصفة التجارية ولو وقع عرضا مرة واحدة، إذ لايشترط فيه أن يصدر عن مشروع تجاري حتى يعتبر عملا تجاريا، والنوع الثاني من الأعمال لايكتسب الصفة التجارية إلا إذا وقعت على سبيل الاحتراف أو صدرت عن مشروع تجاري، أي أن المشرع يتخذ من المشروع معيارا لهذه الأعمال، بل أن النوع الثاني من الأعمال أكثر عددا وأهمية من النوع الأول، مما يدل على أن المشرع، بالنسبة لهذه التشريعات كان أميل الى فكرة المشروع منه الى فكرة العمل التجاري المنفرد.

ومعيار المشروع يقترب من معيار الحرفة، ولذلك يرى البعض أن هذين المعيارين يتشابهان، وأن من يقول بالمشروع يقول بالحرفة، في حين يرى البعض الآخر أنهما شيئان مختلفان رغم تشابههما من حيث ضرورة تكرار الأعمال المكونة لهما، فالمشروع لايمكن أن يقوم دون تنظيم مادي سابق يسمح بممارسة النشاط الذي يقوم به المشروع، في حين يمكن للشخص أن يحترف الأعمال التجارية دون وجود مثل هذا التنظيم فلا تتطلب الحرفة في ذاتها وجود مثل هذا التنظيم، لأنها عبارة عن ممارسة الأعمال التجارية بصورة مستمرة ومنتظمة واتخاذها مهنة للحصول على مورد للرزق، وليس من الضروري لتحقيق مثل هذه الممارسة وجود التنظيم المادي السابق الذي لايتحقق بدونه المشروع، كما هو شأن البائع المتجول الذي يزاول حرفة تجارية دون أن يكون له محل تجاري(٦٣). هذا القول صحيح من الناحية النظرية ولكن عمليا مزاولة الحرفة التجارية تتطلب وجود تنظيم مادي سابق. غير أن دور هذا التنظيم، كما يرى البعض بحق، يختلف عن الدور الذي يلعبه في حالة المشروع. فالتنظيم الذي تقوم عليه الحرفة لايلعب الا دورا ثانويا بالمقارنة للدور الذي يقوم به صاحب الحرفة. أما في المشروع فيقع الدور الرئيسي على عاتق التنظيم الذي يرتكز عليه المشروع، اذ لاقيمة لصاحب المشروع بدون هذا التنظيم الذي يصل عن طريقه لتحقيق الهدف الذي

---

(٦٣) محمد فريد، المرجع السابق، ص٦٧.

يسعى اليه. فالتنظيم المادي في الحرفة لاقيمة له بدون شخص القائم عليها، أما في المشروع، فله قيمة في حد ذاته تمكنه من العمل استقلالا عن شخص صاحب المشروع(٦٤).

ولكن على الرغم من أن معيار المشروع أريد به أن يكون معيارا قانونيا لا اقتصاديا الا أن تعريف المشروع، في ظل هذا المعيار، بأنه التكرار المهني استنادا الى تنظيم سابق يظل تصويرا اقتصاديا لاقانونيا، أي أن هذا التعريف لايتضمن المعيار القانوني المنشود. الامر الذي حمل الفقه على مواصلة البحث ليدخل على فكرة المشروع التحديد القانوني الذي ينقصها، اذ لايكفي أن يقع العمل في صورة مشروع ليكون تجاريا، بل يجب أن يحمل المشروع الطابع المميز للتجارة(٦٥)، فما هو هذا الطابع؟ ذهب البعض الى أن هذا الطابع المميز هو المضاربة على عمل الغير أو تنظيم عمل الغير بشكل خاص بقصد تقديم السلع أو الخدمات الى الجمهور(٦٦). بهذا الطابع يحاول أنصار هذا الرأي أن يجتمع في عمل المشروع عنصرا التداول والمضاربة أي أن هذا التصوير يعود بنا الى المعايير الموضوعية السابقة، مع فرق وحيد هو أن العمل الذي يتوافر فيه قصد المضاربة أو التداول، لايكون تجاريا في ظل هذا التصوير إلا إذا وقع في صورة مشروع، في حين يمكن أن يقوم به شخص في صورة عارضة طبقا للمعايير الموضوعية.

على أن معيار المشروع، كمعيار الحرفة، لايصلح للتمييز بين العمل المدني والعمل التجاري في ظل أغلب التشريعات القائمة التي تجعل من العمل التجاري أساس القانون التجاري فاذا كان لهذا المعيار سند من نصوص التشريعات القائمة التي تعلق تجارية بعض الأعمال على صدورها عن مشروع، الا أنه لايستوعب كل الاعمال التي نصت هذه التشريعات على تجاريتها، اذ تأخذ هذه التشريعات ايضا بفكرة العمل التجاري المنفرد، كما هو الشأن في الشراء لأجل البيع، والتعامل بالأوراق التجارية(٦٧). وهذا ماحمل الاستاذ اسكارا الى القول بأن معيار المشروع لايستوعب كل الأعمال التجارية الواردة في

---

(٦٤) هامل ولاكورد، المرجع السابق، ص ٧٤.

(٦٥) اكثم الخولي، المرجع السابق، ص ١٧٣.

(٦٦) سانتالا : الطابع المدني أو التجاري للمقاولات التي تنصب على الأعمال الذهنية فقرة ٣١ انظر اكثم الخولي المرجع السابق، ص١٧٣.

(٦٧) هامل ولاكورد، المرجع السابق، رقم ١٤٨.

التشريعات التجارية، اذ أن ثمة أعمالا تعتبر تجارية ولو وقعت بصورة عارضة، الا أن معيار المشروع له أهمية مزدوجة، فمن جهة يمكن ان يستهدي به المشرع مستقبلا عند اصلاح التشريعات القائمة أو عند وضع تشريعات جديدة ومن جهة ثانية يمكن أن يسترشد به القضاء في تحديد تجارية الأعمال التي لم يحددها التشريع(٦٨).

و يعاب على معيار المشروع أيضا، أنه يخضع للقانون التجاري بعض المشروعات المدنية، كالمشروعات الزراعية والحرفية. وقيل للرد على هذا النقد أن المشروع الذي يُعد معياراً للعمل التجاري هو المشروع التجاري، ولم يبينوا الخصائص التي يتميز بها عن المشروع المدني، وانما استندوا في التمييز بين المشروعات المدنية والمشروعات التجارية الى الحرف التجارية دون أن يضعوا ضابطا للتفرقة بين الحرفة المدنية والحرفة التجارية، و بالتالي لم يتغلبوا على الصعوبة موضوع البحث وهي ايجاد معيار للعمل التجاري، وانما عرضوها بصورة أخرى، فبدلا من البحث عن معيار للتمييز بين العمل المدني والعمل التجاري، أصبحنا نبحث عن معيار للتفرقة بين الحرفة المدنية والحرفة التجارية(٦٩).

كما أن ما يستند اليه أنصار هذا المعيار من أن القواعد التجارية التي تحمي الائتمان وتحقق السرعة تبدو أهميتها في المشروعات التجارية دون الأعمال التجارية المنفردة، هذا القول غير صحيح، لأن الشخص الذي يضارب في البورصة بمفرده دون تنظيم مهني يذكر قد يحتاج الى الائتمان اكثر مما تحتاج اليه بعض المشروعات، كمشروعات المحلات ومكاتب الأعمال والتوريد والسمسرة، كما أن النظر الى القانون التجاري على أنه قانون المشروعات من شأنه أن يخضع لأحكام هذا القانون بعض أعمال لاصلة لها بالائتمان ، كالأفعال الضارة الناشئة عن سير المشروع دون أن تشكل جرائم تجارية بالمعنى الدقيق(٧٠).

يتضح مما تقدم أن جميع الضوابط الفقهيه التي قيلت قد فشلت في ايجاد معيار جامع

---

(٦٨) اسكارا، المرجع السابق، ص٥٧.

(٦٩) محسن شفيق، المرجع السابق، ص٥٢، نوري الطالباني، المرجع السابق، ص ٩٤، محمد فريد، المرجع السابق، ص٦٩.

(٧٠) أكثم الخولي، المرجع السابق، ص ١٧٤.

مانع للاعمال التجارية يمكن بواسطته تعيين الحدود التي تفصل بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية في ظل التشريعات القائمة، وأن أيا من هذا المعايير لايمكن أن يستوعب جميع الأعمال التجارية التي وردت في التشريعات القائمة، ولكن كل معيار منها ينطوي على قدر من الحقيقة و يفسر بعض هذه الأعمال اذ يمكن بواسطته الكشف عن بعض الأعمال التجارية، غير أنه لايمكن اتخاذه اساسا لتحديد طبيعة جميع الأعمال التي نصت على تجاريتها التشريعات القائمة. فلايمكن في ظل هذه التشريعات إرجاع جميع الاعمال الى معيار واحد. ولعل العيب المشترك لهذه المعايير هو أن كل معيار أراد أن ينفرد بتفسير جميع الأعمال التجارية التي نصت عليها التشريعات القائمة، مع أن المشرع في جميع هذه التشريعات، كان خالي الذهن من الاعتماد على معيار جامع مانع يستوعب كل الأعمال التجارية التي نص عليها، وسبب ذلك الخطة التي اتبعتها التشريعات القائمة في تحديد الأعمال التجارية، إذ أقامت نظرية الأعمال التجارية أحيانا على أساس الطريقة الموضوعية واحيانا أخرى على أساس الطريقة الشخصية، فترتب على هذا الخلط بين الطريقتين صعوبة وضع معيار يستوعب كل الأعمال التجارية.

ولذلك يميل الرأي الراجح الى الجمع بين هذه المعايير عند البحث عن تجارية الأعمال التي نصت عليها التشريعات(٧١). فالعمل التجاري يسهم في تداول الثروات بقصد تحقيق الربح، وفي الغالب لايكون له هذا الوصف الا اذا تم العمل على سبيل الاحتراف أو قام به مشروع.

## معيار العمل التجاري في قانون التجارة الكويتي :

١٢ ــ بعد أن أوضحنا المعايير الفقهية المقترحة لتحديد طبيعة العمل التجاري، بقي أن نشير الى المعيار الذي اتخذه المشرع الكويتي أساسا للتفرقة بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية. تشير المذكرة الايضاحية لمشروع قانون التجارة الجديد أن المشروع استبقى كذلك ماتبناه التشريع القائم ــ في الكتاب الأول ــ من اتخاذ المضاربة معيارا عاما للتفرقة

(٧١) هامل ولاكورد، المرجع السابق، ص ١٧٤. محسن شفيق، المرجع السابق، ص٥٣، مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص ٢٥، اكثم الخولي، المرجع السابق، ص١٧٨، هشام فرعون، المرجع السابق، ص١٩.

بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية، وهو معيار استقر في العمل وطبقه القضاء في سهولة و يسر(٧٢). وقد سبق أن أوضحنا مزايا وعيوب المضاربة كمعيار للتفرقة بين العمل المدني والعمل التجاري(٧٣). وكيف أن هذا المعيار لايعتبر مقياسا كاملا للتمييز بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية، فهناك من الأعمال التي نص المشرع على تجاريتها قد لايتوافر فيها قصد المضاربة، كالأعمال المتعلقة بالأوراق التجارية، فالمضاربة مقياس غير جامع لكل الأعمال التجارية. كما أن هناك أعمالا مدنية يتوافر فيها قصد المضاربة رغم عدم اتصالها بالتجارة، كأعمال أصحاب المهن الحرة الذين يبغون من وراء أعمالهم الربح والكسب أيضا، فالسعي وراء الربح طابع مميز لأغلب أوجه النشاط الإنساني حتى ماكان يتعارض منها بطبيعته مع التجارة. على أن المشرع الكويتي، سواء في قانون التجارة القديم أو في قانون التجارة الجديد، حاول أن يتفادى ماوجه من نقد الى المضاربة كمقياس للتمييز بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية عن طريق النصوص التشريعية التي تسبغ الصفة التجارية على بعض الأعمال بصرف النظر عن نية القائم بها، أي سواء قصد الربح أو لم يقصد، كما هو الشأن بالنسبة للأعمال المتعلقة بالأوراق التجارية(٧٤)، أو الأعمال التي تقوم بها المشروعات العامة الاقتصادية مع أن أغلبها لايهدف الى تحقيق الربح وانما يهدف الى تقديم خدمة عامة(٧٥)، أو بتقرير عدم تجارية بعض الأعمال الا بشروط معينة، كما هو الشأن بالنسبة لأعمال أصحاب المهن الحرة.

أضف الى ذلك أن المشرع وان اتخذ من المضاربة مقياسا للأعمال التجارية، الا أن مجرد توافر المضاربة لايكفي لاعتبار العمل تجاريا، وانما يشترط المشرع أن يكون هناك شراء للشيء المراد بيعه بهدف تحقيق الربح(٧٦)، وعلى ذلك تخرج من نطاق التجارة جميع البيوع غير المسبوقة بالشراء، كبيع الشخص ثمرة انتاجه أيا كانت طبيعة هذا الانتاج، سواء كان استغلالا للموارد الطبيعية، كبيع المزارع لانتاجه الزراعي(٧٧)، لأن هذا البيع لم يكن

---

(٧٢) المذكرة الايضاحية لقانون التجارة الجديد رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠.

(٧٣) انظر ماسبق رقم (٨).

(٧٤) انظر نص الفقرة الخامسة من المادة الخامسة من قانون التجارة.

(٧٥) انظر المادة السادسة عشرة من قانون التجارة.

(٧٦) انظر نص المادة الرابعة من قانون التجارة.

(٧٧) انظر نص المادة الحادية عشرة من قانون التجارة.

مسبوقا بشراء، فهو بيع لثمرة الانتاج، أو استغلالا للجهود الذهنية، كعمل الطبيب والمحامي، أو بيع المؤلف أو الرسام لثمرة إنتاجه(٧٨)، لأن الجانب البارز في هذه الأعمال هو الانتاج الذهني، وهذا الانتاج ثمرة مجهود علمي أو خبرة فنية، وهذه الثمرة لم يسبق شراؤها حتى يعتبر تقديمها للجمهور عملا تجاريا.

ولكن هل المضاربة هي المعيار الوحيد الذي اتخذه المشرع الكويتي لتحديد طبيعة العمل التجاري، أم أنه استرشد بالمعايير الأخرى عندما حدد الأعمال التجارية في الكتاب الأول.

استهل المشرع تنظيمه للأعمال التجارية بنص المادة الثالثة التي عرفت العمل التجاري بقولها «الأعمال التجارية هي الأعمال التي يقوم بها الشخص بقصد المضاربة، ولو كان غير تاجر». فهذا النص وضع المعيار الذي يمكن على أساسه ثبوت الوصف التجاري للعمل وهو القيام بالعمل بقصد المضاربة، أي بقصد تحقيق الربح. فكل عمل يقوم به الشخص، ولو كان غير تاجر، بهذا القصد تثبت له الصفة التجارية ويخضع بالتالي لأحكام قانون التجارة. وتطبيقا لقصد المضاربة نص المشرع في المادة الرابعة على أعمال تعد بوجه خاص أعمالا تجارية، وهي عمليات شراء أو استئجار الأموال وخدمات الأشخاص بقصد بيعها أو تأجيرها وتحقيق ربح.

على أن الأعمال التي ذكرتها فقرات المادة الرابعة جاءت على سبيل المثال وليس الحصر لأعمال يتوافر فيها قصد المضاربة بحيث يمكن اضافة أعمال أخرى اليها اذا كانت هذه الأعمال مجانسة لها في صفاتها وغاياتها. وقد أكدت على ذلك الفقرة السابعة من ذات المادة.

وهكذا تفتح هذه الفقرة باب الاجتهاد أمام القاضي ليقرر تجارية الأعمال التي قد تظهر في المستقبل اذا ثبت له أن هذه الأعمال تتشابه في خصائصها وغاياتها مع الأعمال التي نصت عليها فقرات المادة الرابعة كأمثلة لأعمال تجارية يتوافر فيها قصد المضاربة، لأن

---

(٧٨) انظر نص المادة العاشرة من قانون التجارة.

التجارة في تطور مستمر وليس في استطاعة المشرع أن يتنبأ مقدما بالأعمال التجارية التي قد تظهر في المستقبل استجابة لحاجات التجارة المتطورة.

غير أن المشرع لم يلتزم بالمعيار العام، بل نص في المادة الخامسة على مجموعة كبيرة من الأعمال، تشمل أغلب صور التعامل التجاري، اعتبرها تجارية بقطع النظر عن صفة القائم بها أو نيته، أي أن هذه الأعمال تثبت لها الصفة التجارية، سواء كان القائم بها تاجرا أم غير تاجر، وسواء قام بها بقصد المضاربة وتحقيق الربح أم لم يقصد ذلك. واذا كان اسباغ الصفة التجارية بحكم القانون مفهوما بالنسبة للبعض منها، كالأوراق التجارية، وتوزيع الماء والكهرباء والاذاعة والتلفزيون وغيرها من الأعمال التي تقوم بها مؤسسات عامة لا تهدف الى تحقيق الربح، وانما خدمة المواطنين، اذ يريد المشرع بذلك أن يعالج ماوجه من نقد الى معيار المضاربة الذي يؤدي تطبيقه ــ كما تقدم ــ الى استبعاد بعض الأعمال، التي لم يعد اضفاء الصفة التجارية عليها محل شك، من نطاق القانون التجاري. غير أنه من المتعذر أن نجد تفسيرا بالنسبة لبقية الأعمال التي نصت عليها المادة الخامسة، كأعمال البنوك وعمليات استخراج المعادن والوكالات التجارية والسمسرة ووكالات الأعمال وعمليات النقل والشركة التجارية، اذ تمارس هذه الأعمال عملياً من قبل تجار يحترفون هذه الأعمال أو تأخذ شكل مشروعات تهدف الى تحقيق الربح، اذ لم يعد بالامكان أن يقوم بمثل هذه الأعمال أحد الأفراد مرة واحدة. ومما يدل على أن أغلب الأعمال التي نصت عليها المادة الخامسة تمارس عمليا من قبل مشروعات تهدف الى تحقيق الربح اعتبار العمل تجاريا بالنسبة الى صاحب المشروع، أما في مواجهة من يتعامل مع المشروع فقد يعتبر العمل بالنسبة اليه مدنيا أو تجاريا بحسب الأحوال، فمثلا عقد النقل، الذي يتم بين الناقل والشاحن أو المسافر، يعتبر دائما عملا تجاريا بالنسبة للناقل، سواء كان نقلا بريا أو بحريا أو جويا، ولايكون تجاريا بالنسبة للشاحن أو المسافر الا اذا كان مرتبطا بعمل تجاري أو قام به تاجر لحاجات تجارته تطبيقا لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية التي نصت عليها المادة الثامنة من قانون التجارة.

ولعل فكرة المشروع هي التي تفسر اعتبار الشركات تجارية دون النظر الى طبيعة الأعمال التي تقوم بها، لأن الشركات هي الصورة المثلى للمشروعات التجارية، لذا يضفي

المشرع الكويتي صفة التاجر على جميع الشركات ولو كانت تزاول أعمالا غير تجارية(٧٩). ولذلك تعتبر جميع عقود والتزامات الشركات أعمالا تجارية الا اذا ثبت تعلق هذه العقود والالتزامات بمعاملات مدنية(٨٠). أضف الى ماتقدم أن البعض من الأعمال التي نصت عليها المادة الخامسة لا تصدر الا عن مشروعات، كالأعمال المتعلقة بالمحلات المعدة للجمهور ووكالات الأعمال ومكاتب السياحة والتصدير والاستيراد والمصانع والشركات والبنوك، لأن كلمة محل أو وكالة أو مكتب أو شركة أو مصنع أو بنك، تقتضي بالضرورة وجود مشروع يحترف هذه الأعمال. ولعل هذا السبب هو الذي حمل بعض شراح قانون التجارة الكويتي الى تقسيم الأعمال التي نصت عليها المادة الخامسة الى قسمين، أعمال تثبت لها الصفة التجارية ولو وقعت مرة واحدة، وأعمال لا تثبت لها الصفة التجارية إلا اذا تكرر وقوعها بصفة مستمرة ومنتظمة، وتعتبر لذلك مشروعات تجارية(٨١). فأغلب الأعمال التي نصت عليها المادة الخامسة تستمد صفتها التجارية عمليا كتطبيقات للمعايير الفقهية التي قيلت لتحديد طبيعة العمل التجاري. فالبعض منها يسهم في تداول الثروات بقصد تحقيق الربح و يقوم بها تجار يحترفون هذه الأعمال، والبعض الآخر تقوم بها مشروعات تحترف هذه الأعمال بهدف تحقيق الربح.

ومع ذلك لايمكن أزاء صراحة النص إلا أن نعترف بالصفة التجارية المطلقة لهذه الأعمال، أي لايمكن أن نعلق تجاريتها على احترافها أو اتخاذها شكل مشروعات تهدف الى تحقيق الربح، لأن نص المادة الخامسة جاء مطلقا دون تمييز بين مجموعة وأخرى، اذ أسبغ الصفة التجارية على جميع الأعمال التي نص عليها و بقطع النظر عن صفة القائم بها أو نيته، فنص المادة الخامسة لايحتمل مثل هذا التفسير، فجميع الأعمال التي نصت عليها هذه المادة تثبت لها الصفة التجارية ولو وقعت مرة واحدة، الا أن هذه الأعمال ــ كما تقدم ــ تتم عمليا على وجه الاحتراف وتأخذ شكل مشروعات تهدف الى تحقيق الربح.

ومن الغريب حقا أن لايتخذ المشرع الكويتي بنص صريح من المشروع التجاري

---

(٧٩) انظر نص المادة الثالثة عشرة من قانون التجارة.

(٨٠) انظر نص المادة التاسعة من قانون التجارة.

(٨١) علي يونس، المرجع السابق، ص ١٤، عباس الصراف، المرجع السابق، ص٦. وذلك عند شرحهم لنص المادة الثامنة من قانون التجارة السابق التي نقل عنها قانون التجارة الجديد حكم المادة الخامسة.

معيارا للأعمال التجارية، لاسيما وأنه استمد الأحكام الخاصة بالأعمال التجارية من التشريعات التجارية العربية التي تعلق تجارية بعض الأعمال على صدورها من مشروع(٨٢)، بل ان الحالات التي استند فيها المشرع، في هذه التشريعات، الى المشروع كمقياس للأعمال التجارية تكوّن في مجموعها الغالبية بالنسبة للحالات الأخرى التي اعتبرتها هذه التشريعات أعمالا تجارية ولو وقعت منفردة، وما ذلك الا استجابة للاتجاهات الفقهية الحديثة التي تنادي بربط نطاق القانون التجاري بالمشروع التجاري لا بالعمل التجاري المنفرد، سواء كان هذا المشروع عاما أو خاصا.

والذي يثير الاستغراب أكثر في خطة المشرع الكويتي عند تنظيمه للأعمال التجارية، أنه أسبغ الصفة التجارية على طائفة من الأعمال في المادتين السادسة والسابعة، وهي الأعمال المتعلقة بالملاحة البحرية والأعمال المتعلقة بالملاحة الجوية، دون أن يوضح أساس اكتساب هذه الأعمال للصفة التجارية، مما يثير التساؤل هل أن هذه الأعمال لا تكتسب الصفة التجارية إلا إذا توافر فيها قصد المضاربة تطبيقا للمعيار العام الذي نصت عليه المادة الثالثة؟ أم أنها تعتبر أعمالا تجارية بحكم القانون؟ ليس من السهل الاجابة على هذا التساؤل، فإذا أجبنا بالايجاب عن الشق الأول من السؤال، فان هذه الاجابة تثير بدورها تساؤلا آخر، وهو اذا كان قصد المشرع ذلك فلماذا لم يدرج هذه الأعمال ضمن فقرات المادة الرابعة التي أورد فيها أمثلة لأعمال يتوافر فيها قصد المضاربة؟ واذا أجبنا بالايجاب أيضا عن الشق الثاني من السؤال فان هذه الاجابة تثير بدورها ايضا تساؤلا آخر، وهو إذا كان قصد المشرع ذلك، فلماذا لم يدرج هذه الأعمال ضمن فقرات المادة الخامسة التي نص فيها على الأعمال التجارية بحكم القانون؟

ولايسعنا ازاء اضطراب الخطة التي اتبعها المشرع في تنظيم الأعمال التجارية الا

---

(٨٢) نقل قانون التجارة الجديد الأحكام الخاصة بالأعمال التجارية من قانون التجارة السابق، وهذا الأخير اقتبس الأحكام الخاصة بالأعمال التجارية من قوانين التجارة العربية كما جاء بالمذكرة التفسيرية لقانون التجارة السابق رقم ٢ لسنة ١٩٦١ (ص ٣٠٠) وفي هذه القوانين اتخذ المشرع من المشروع معياراً للأعمال التجارية. ويستفاد ذلك من نص المادة السادسة من قانون التجارة السوري والمادة الثامنة من قانون التجارة المصري والمادة السادسة ومابعدها من قانون التجارة اللبناني.

القول بأن المشرع الكويتي اتخذ من فكرة المضاربة معيارا عاما للتفرقة بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية(٨٣). واذا كان المشرع قد أورد استثناء على هذا المعيار العام بنصه في المادة الخامسة على مجموعة من الأعمال اعتبرها أعمالا تجارية بحكم القانون وبقطع النظرعن صفة القائم بها أو نيته، يكون المشرع قد أراد استثناء هذه الأعمال من فكرة المضاربة كمعيار للعمل التجاري، ولكن هذا الاستثناء يقتصر على الأعمال التي نصت عليها المادة الخامسة على سبيل الحصر ولايشمل غيرها من الأعمال، لأن اعتبار العمل تجاريا دون توافر قصد المضاربة يقتضي النص عليه صراحة. وبذلك يكون المشرع قد عاد للمعيار العام، وهو قصد المضاربة، عندما نص في المادتين السادسة والسابعة على أن تعد عملا تجاريا جميع الأعمال المتعلقة بالملاحة البحرية والملاحة الجوية(٨٤)، بمعنى أن هذه الأعمال لايمكن أن تكتسب الصفة التجارية إلا إذا تمت بقصد المضاربة تطبيقا للمعيار العام الذي نصت عليه المادة الثالثة، لأن الحكمة من النص على هذا المعيار هو تحديد طبيعة الأعمال التي لم يحددها المشرع، سواء نص المشرع على هذه الأعمال أو كشف عنها العمل استجابة لحاجة التجارة المتطورة. أما عدم ادراج هذه الأعمال ضمن فقرات المادة الرابعة فسببه عيب الخطة التي اتبعها المشرع في تحديد طبيعة الأعمال التجارية.

ومادمنا قد انتهينا الى أن الأعمال التي نصت عليها المادة الخامسة تعتبر أعمالا تجارية بحكم القانون وبقطع النظرعن صفة القائم بها أو نيته استثناء من المعيار العام الذي اتخذه المشرع مقياسا للتفرقة بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية، وهو قصد المضاربة، إلا أن هذا الاستثناء يشمل الجانب الأكبر من الأعمال التجارية، أي أن الاستثناء يستغرق أغلب صور التعامل التجاري بحيث لايبقى خاضعا لحكم المعيار العام الا قسم قليل من الأعمال التجارية. فكيف يستقيم هذا الوضع مع قول المشرع في المذكرة الايضاحية لقانون التجارة الجديد بأنه اتخذ من المضاربة معيارا عاما للتفرقة بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية، في حين أن الأعمال التي استثناها من هذا المعيار تكوّن في مجموعها غالبية

(٨٣) المذكرة الايضاحية لقانون التجارة الجديد ص ٢٥٥.

(٨٤) بنفس المعنى ثروت عبد الرحيم، المرجع السابق، ص ١١٥ ومابعدها. وانظرعكس هذا الرأي علي يونس، المرجع السابق، ص ٧٢، سميحة القليوبي، المرجع السابق، رقم ١٣١ إذ يعتبرون أعمال الملاحة البحرية وأعمال الملاحة الجوية التي نص عليها المشرع في المادتين التاسعة والعاشرة من القانون السابق من الأعمال التجارية بحكم القانون.

الأعمال التجارية. وهذا دليل آخر على عدم سلامة الخطة التي اتبعها المشرع عند تنظيمه للأعمال التجارية. كما يدل ذلك على أن المضاربة كمعيار للعمل التجاري لا تستوعب كل الأعمال التجارية التي نص عليها قانون التجارة الكويتي، وانما هناك جانب كبير منها تثبت لها الصفة التجارية ولو لم يتوافر فيها قصد المضاربة.

على أن الأمر لا يقتصر على عدم سلامة الخطة التي اتبعها المشرع عند تنظيمه للأعمال التجارية، وانما يتجاوز ذلك الى التعارض في النصوص التي تنظم هذه الأعمال. فهناك تعارض بين حكم الفقرتين التاسعة والثانية عشرة من المادة الخامسة اللتين تعتبران عمليات التأمين والنقل بأنواعها المختلفة أعمالا تجارية بقطع النظر عن صفة القائم بها أو نيته مع نص المادتين السادسة والسابعة اللتين لا تعتبران ــ كما تقدم ــ أعمال الملاحة البحرية وأعمال الملاحة الجوية، ومنها بطبيعة الحال عمليات التأمين والنقل البحري والجوي، أعمالا تجارية الا اذا توافر فيها قصد المضاربة. ولازالة هذا التعارض في النصوص لابد من القول أن نص الفقرتين التاسعة والثانية عشرة من المادة الخامسة نص عام يشمل أعمال النقل والتأمين بأنواعها المختلفة، سواء كان نقلا أو تأمينا بريا أو بحريا أو جويا، في حين أن نص المادتين السادسة والسابعة نص خاص يتعلق الأول بأعمال الملاحة البحرية، ومنها النقل والتأمين البحري، والثاني خاص بأعمال الملاحة الجوية، ومنها النقل والتأمين الجوي. ومن المعلوم أن النص الخاص يقيد النص العام، أي أن النص الخاص أولى في التطبيق من النص العام في حالة التعارض. وعلى ذلك لا تعتبر عمليات النقل والتأمين البحري والجوي أعمالا تجارية إلا اذا توافر فيها قصد المضاربة تطبيقا للمعيار العام الذي نصت عليه المادة الثالثة، في حين تعتبر أعمال النقل والتأمين البري أعمالا تجارية بحكم القانون وبقطع النظر عن صفة القائم بها أو نيته تطبيقا لحكم الفقرتين التاسعة والثانية عشرة من المادة الخامسة(٨٥). ولكن هذه النتيجة التي انتهينا اليها، بالتطبيق لحكم القواعد العامة في ازالة التعارض بين النصوص القانونية، تؤدي الى أن يطبق على النقل والتأمين البري، بخصوص مدى تجارية هذه الأعمال، قواعد تختلف عن تلك التي تطبق على النقل والتأمين البحري والجوي. وهذه النتيجة غير منطقية لأن أعمال النقل والتأمين البحري

---

(٨٥) أنظر عكس هذا الرأي ثروت عبد الرحيم، المرجع السابق، ص ١٢١.

لاتختلف من حيث الطبيعة عن أعمال النقل والتأمين الجوي الأمر الذي يقتضي أن يخضع النقل والتأمين بأنواعه المختلفة الى قواعد قانونية واحدة (٨٦).

والذي يثير الاستغراب أكثر أن هذا التعارض في النصوص القانونية التي تحكم الأعمال التجارية كان موجودا في قانون التجارة السابق وقد نقلها المشرع الى قانون التجارة الجديد كما هي دون ان يحاول ازالة هذا التعارض رغم تنبيه شراح قانون التجارة السابق الى وجود هذا التعارض في النصوص التي تحكم الأعمال التجارية(٨٧).

وعدم التزام المشرع بالمعيار العام لم يتوقف عند هذا الحد، وانما أضفى الصفة التجارية على بعض الأعمال تطبيقا لمعيار الحرفة بموجب الفقرة الثانية من المادة الثامنة التي تنص بقولها «جميع الأعمال التي يقوم بها التاجر لحاجات تجارته، تعتبر أعمالا تجارية». فهذه المادة تسبغ الصفة التجارية على أعمال تعتبر بطبيعتها أعمالا مدنية، ولكنها تفقد الصفة المدنية وتصبح أعمالا تجارية متى قام بها تاجر وتعلقت بشئون تجارته. بمعنى أن هذه الأعمال المدنية تكتسب صفتها التجارية لتعلقها بمهنة التاجر بحيث لو قام بها غير تاجر لظلت محتفظة بطابعها المدني.

فالمشرع يشترط لاضفاء الصفة التجارية على هذه الأعمال المدنية أن يقوم بها تاجر وأن تتعلق بشئون تجارته، ذلك أن نشاط التاجر لايقتصر على الأعمال التجارية، بل يقوم الى جانب ذلك بالكثير من الأعمال المدنية، وهذه الأعمال المدنية، منها مايقوم بها باعتباره فردا عاديا، كما لو تزوج أو وهب أو اشترى مايحتاج اليه من اثاث منزلية، فتبقى هذه الأعمال محتفظة بطابعها المدني، ومنها مايقوم بها باعتباره تاجرا لتعلقها بشئون تجارته، كما

---

(٨٦) وتجدر الملاحظة أن هذا الاختلاف في القواعد التي تحكم أعمال النقل والتأمين بأنواعها المختلفة نظريا. أما من الناحية العملية فيندر أن يكون هناك عمل تجاري لايتوافر فيه قصد المضاربة، لأن المضاربة، أي قصد تحقيق الربح من أهم عناصر العمل التجاري، ولعل هذه الملاحظة تثير أكثر من علامة استفهام حول مدى سلامة نص المادة الخامسة بأكمله، بعد أن لاحظنا أن هذا النص يضفي الصفة التجارية على مجموعة كبيرة من الأعمال بحكم القانون وبقطع النظر عن صفة القائم بها أو نيته. وأن هذه الأعمال تشكل في مجموعها ــ كما تقدم ــ أغلب صور التعامل التجاري.

(٨٧) ثروت عبد الرحيم، المرجع السابق، ص ١٢١، كتابنا، الموجز في شرح قانون التجارة، ص٥٣.

لو اشترى الاثاث والدفاتر والأدوات اللازمة لمحله التجاري، فهذه الأعمال المدنية تفقد صفتها المدنية وتصبح أعمالا تجارية بالتبعية، لأن من قام بها تاجر ولتعلقها بشئون تجارته.

فأساس تجارية هذه الأعمال ارتباطها بمهنة التاجر ودون النظر الى طبيعتها وذلك بهدف توحيد النظام القانوني لأعمال الحرفة التجارية.

ونظرية الأعمال التجارية بالتبعية الشخصية أرسى قواعدها الفقه والقضاء على أسس منطقية وقانونية للتخفيف من حدة النهج الموضوعي الذي سارت عليه التشريعات التجارية القائمة في تحديد نطاق تطبيق القانون التجاري والتي جعلت من العمل التجاري محور قواعد هذا القانون وأساس أحكامه. فقد أمكن عن طريق هذه النظرية أن يمتد نطاق القانون التجاري الى جميع الأعمال التي يقوم بها التاجر لحاجات تجارته وإن كانت من طبيعة مدنية، متى كانت هذه الأعمال لازمة وضرورية لأعمال التاجر.

ونظرية الأعمال التجارية بالتبعية الشخصية لا تستند فقط إلى نص الفقرة الثانية من المادة الثامنة الذي يعتبر الأساس القانوني لها في التشريع الكويتي، وانما تستند هذه النظرية أيضا الى اعتبارات منطقية وعملية هي التي حملت الفقه والقضاء الى القول بها والتوسع في تطبيقها حتى في ظل التشريعات التي لم تنص عليها بشكل صريح(٨٨). فالمنطق يقضي بأن تكتسب الصفة التجارية الأعمال التي يقوم بها التاجر لحاجات تجارته، حتى تكون الحياة التجارية وحدة لا تتجزأ يخضع فيها العمل الأصلي والعمل التابع لنظام قانوني واحد بدلا من نظامين مختلفين، وذلك تطبيقا للقاعدة التي تقضي بأن الفرع يتبع الأصل. كما أن هذه النظرية تحقق حماية للغير الذي يتعامل مع التاجر تعاملا يتصل بنشاطه التجاري، إذ تضمن له الحماية التي يكفلها القانون التجاري بصفة عامة لدائني التاجر(٨٩).

ولتسهيل تطبيق نظرية التبعية الشخصية في الأعمال التجارية نص المشرع في المادة

---

(٨٨) من هذه التشريعات الفرنسي والمصري.

(٨٩) محسن شفيق، المرجع السابق، ص ٧٤، مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص ٦٦، أكثم الخولي، المرجع السابق، ص ١٤٥، علي البارودي، المرجع السابق، ص ٧٩، ثروت عبد الرحيم، المرجع السابق، ص ١٢٧.

التاسعة من قانون التجارة على أن الأصل في عقود التاجر والتزاماته أن تكون تجارية الا اذا ثبتت تعلق هذه العقود والالتزامات بمعاملات مدنية. فهذه المادة تنص على قرينة قانونية بسيطة مفادها أن كل عمل يقوم به التاجر، خارج نطاق الأعمال التجارية بقصد المضاربة أو الأعمال التجارية بحكم القانون، يفترض أنه قام به لتعلقه بشئون تجارته و بالتالي يعتبر عملا تجاريا بالتبعية الشخصية يخضع لحكم القانون التجاري. ومن غير شك أن اضفاء الصفة التجارية على بعض الأعمال تطبيقا لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية الشخصية بعيدة كل البعد عن النهج الموضوعي الذي سارت عليه التشريعات القائمة، ومنها قانون التجارة الكويتي الجديد، والتي تجعل ــ كما تقدم ــ من العمل التجاري أساس أحكامها وترسم على ضوئه نطاق تطبيقها.

يتضح من كل ماتقدم أن المشرع في قانون التجارة الجديد وان اتخذ من المضاربة معيارا عاما للتفرقة بين العمل المدني والعمل التجاري الا أنها ليست المعيار الوحيد الذي اعتمد عليه في تحديد طبيعة العمل التجاري، بل نص على تطبيقات لكل المعايير الفقهية التي قيلت لتحديد طبيعة العمل، بل ان تطبيقات المعايير الأخرى أوسع بكثير من الأعمال التي تثبت لها الصفة التجارية تطبيقا لمعيار المضاربة، اذ تشكل تطبيقات المعايير الأخرى في مجموعها أغلب صور التعامل التجاري، مما يدل على أن المشرع الكويتي لم يكن موفقا في الخطة التي اتبعها عند تنظيمه للأعمال التجارية.

## مراجع البحث

### ١ ــ المراجع العربية


١ــ الدكتور احمد ابراهيم البسام، مبادىء القانون التجاري، جـ١، بغداد ١٩٦١.

٢ــ الدكتور أكثم أمين الخولي، دروس في القانون التجاري، جـ١، القاهرة، ١٩٦٨.

٣ــ الدكتور أكثم أمين الخولي، قانون التجارة اللبناني المقارن، جـ١، بيروت ١٩٦٧.

٤ــ الدكتوراكرم ياملكي، الوجيز في شرح القانون التجاري العراقي، جـ١ بغداد ١٩٧١.

٥ــ الدكتور ثروت علي عبد الرحيم، شرح القانون التجاري الكويتي، الكويت ١٩٧٥.

٦ــ الدكتورة سميحة القليوبي، القانون التجاري الكويتي، الكويت ١٩٧٤.

٧ــ الدكتور عزيز عبد الامير العكيلي، الموجز في شرح قانون التجارة الكويتي، الكويت ١٩٧٨.

٨ــ الدكتور على البارودي، القانون التجاري، الاسكندرية ١٩٧٥.

٩ــ الدكتور علي يونس، القانون التجاري الكويتي، مذكرات مكتوبة على الآلة الكاتبة، الكويت ١٩٧١.

١٠ــ الدكتور عباس الصراف، القانون التجاري الكويتي، مذكرات مكتوبة على الآلة الكاتبة، ١٩٧٢.

١١ــ الدكتور على الزيتي، اصول القانون التجاري، جـ١، القاهرة ١٩٤٥.

١٢ــ الدكتور علي العريف، القانون التجاري، جـ١، القاهرة ١٩٥٩.

١٣ــ الدكتور محسن شفيق، الوجيز في القانون التجاري، جـ١، القاهرة ١٩٦٦.

١٤ــ الدكتور محمد حسني عباس، القانون التجاري، الكتاب الأول، القاهرة ١٩٦٤.

١٥ــ الدكتور محمد صالح، القانون التجاري، جـ١، القاهرة ١٩٣٣.

١٦ــ الدكتور محمد فريد العريني، القانون التجاري، الاسكندرية ١٩٧٦.

١٧ــ الدكتور مصطفى كمال طه، الوجيز في القانون التجاري، الاسكندرية ١٩٧٤.

١٨ــ الدكتور مصطفى كمال طه، مبادىء القانون التجاري، الاسكندرية ١٩٧٩.

١٩ــ الدكتور فريد مشرقي، اصول القانون التجاري، القاهرة ١٩٥٤.

٢٠ــ الدكتور نور الدين رجائي، القانون التجاري، القاهرة ١٩٥٣.

٢١ــ الدكتور نوري الطالباني، القانون التجاري العراقي، جـ١، بغداد ١٩٧٢.
٢٢ــ الدكتورنوري الطالباني، النظام القانوني للأعمال التجارية، القضاء، العدد الأول والثاني ــ كانون الثاني ــ حزيران ١٩٧٢، السنة السابعة.
٢٣ــ الدكتور هشام فرعون، الحقوق التجارية والبرية، دمشق ١٩٧٥.

1. Escarra, Cours de droit commercial, Paris, 1951.
2. Hamel et Lagarde, Traite de droit commercial, t.1. Paris, 1954.
3. Lyon - Caen et Renault, Traite elementaire, de droit commercial. t.1, 6 edi. Paris, 1921.
4. Riper, Traite elementaire de droit commercial. t.1. 6 edi, Paris, 1968.
5. Taller et Percerou, Traite elementaire de droit commercial, Vol. 1, 8 edi, Paris, 1931.