محاضرات القانون التجاري (المجموعة الثانية من الفوج 7 إلى الفوج 12)

للدكتور بودور مبروك

**الدرس الثاني: مصادر القانون التجاري**

تنص المادة (1) مكرر من القانون التجاري والمعدلة بموجب الأمر رقم 96/27 الصادر بتاريخ 09-12-1996 على ما يلي:" **يسري القانون التجاري على العلاقات بين التجار، وفي حالة عدم وجود نص يطبق القانون المدني وأعراف المهنة عند الاقتضاء**".

وتطبيقا لهذه المادة يمكن تقسيم مصادر القانون التجاري إلى رسمية مصدرها النص القانوني وأخرى تفسيرية (القضاء والفقه) إضافة إلى المصادر الدولية، والتي سوف نتناولها في مطلبين كما يلي:

**المطلب الأول: المصادر الرسمية**

**الفرع الأول: التشريع**

بالرجوع إلى نص المادة الأولى (1) مكرر من القانون التجاري نجد أن التشريع (القانون) التجاري هو المصدر الأول في تنظيم العلاقة بين التجار في كل معاملاتهم التجارية كأصل عام وحتى العلاقة التجارية التي يكون أحد أطرافها شخص مدني كاستثناء، لكن إذا لم يوجد نص يحكم هذه العلاقة ألزمتنا المادة القانونية الرجوع إلى القانون المدني الذي يعتبر الشريعة العامة للقانون الخاص.

حيث أن الرجوع إلى القانون التجاري في أي نزاع قد ينشأ هو أمر بالغ الأهمية، فالقاضي ملزم بالبحث في النصوص القانية للقانون التجاري وجوبا لحل النزاع القائم، وفي حال لم يرد أي نص فيه يتعين عليه البحث في القانون المدني فالترتيب هنا هو من النظام العام، فإن وجد الحل القانوني للمشكل القانوني المطروح يكتفي وإن لم يجد فعليه بالعرف وجوبا لا اختيارا.

ويرجع نشوء القانون التجاري إلى سنة 1975 بمقتضى القانون رقم 75-59 الصادر بتاريخ 26-09-1975، أما قبل سنة 1975 فقد كانت الجزائر تطبق القوانين الفرنسية تطبيقا للقانون الشهير 30-12-1962 إلا ما تعارض منها مع السيادة الوطنية.

كما يوجد أيضا بعض القوانين المكملة للقانون التجاري كقانون السجل التجاري والعلامات التجارية وبراءات الاختراع وقانون الحرف والصناعات التقليدية...

**الفرع الثاني: العرف التجاري**

 المقصود بأعراف المهنة في المادة (1) مكرر هو العرف التجاري السلوكيات السائدة في الوسط التجاري من خلال المعاملات اليومية للتجار فيما بينهم.

والعرف هو تعود التجار على إتيان عمل تجاري فترة من الزمن مع اعتقادهم بإلزاميته، فأصل القانون التجاري هو أعراف تم تقنينها، لكن بقي هناك الكثير من الأعراف بغير تقنين ويرجع ذلك إلى عجز القانون عن حصر كامل هذه الأعراف نتيجة لتطور الحياة التجارية باستمرار وحاجات التجار المتجددة.

ومن أمثلة العرف التجاري افتراض التضامن بين المدنيين بخلاف الحياة المدنية التي يحرم فيها القانون المدني التضامن المفترض بين المدينين بموجب المادة 217 إلا إذا كان التضامن بناء على اتفاق أو بموجب نص قانوني خاص، وكذلك العرف الذي يجعل تعاقد الوكيل بعمولة مع نفسه جائزا وأيضا تقاضي فوائد على متجمد الفوائد في الحساب البنكي.

ويفترض في القاضي الفاصل في المسائل التجارية علمه بالعرف التجاري باعتباره ملزما كما لا يكلف المتقاضي بإثبات وجوده، والمحاكم عادة تستعين بخبراء أو شهادات تقدم من الجهات المختصة كالغرف التجارية، ويخضع القاضي في تقدير وجود العرف وفي تفسيره إلى رقابة المحكمة العليا.

ويختلف العرف التجاري علن العادة التجارية الاتفاقية وعن العادة التجارية غير الاتفاقية، فالعرف هو قاعدة قانونية ملزمة مثله مثل القاعدة التشريعية أما العادة التجارية الاتفاقية فهي اعتياد التجار على اتباع سلوك معين لكن من غير اعتقاد بإلزاميته، ولكن أساس الإلزام فيها هو الاتفاق الصريح أو الضمني ولهذا تسمى اتفاقية، ويجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها بنص صريح في العقد، وتتجلى أهميتها في أمرين اثنين:

1. أمام السرعة الكبيرة للمعاملات التجارية لا يملك المتعاقدان الوقت لإدراج كافة الشروط في العقد، ولكن إرادتهم تتجه ضمنيا إلى الأخذ بها.
2. أغلب العميات التجارية تتم بين التجار، لذا فهم على بينة (اطلاع) بكل العادات التجارية، وهم في غير حاجة لإدراجها كبنود في العقد باعتبارها مألوفة ومعتادة لديهم.

ومن أمثلة العادات التجارية الاتفاقية إنقاص الثمن بدلا من فسخ العقد إذا كانت السلع أقل جودة من تلك المتفق عليها أو أن وزنها أقل مثلا، ولكل من يتمسك بهذه العادات أن يقيم الدليل على وجودها وكل طرق الإثبات متاحة لأجل ذلك، ولقاضي الموضوع مطلق السلطة في التحقق من وجودها أو تفسيرها لأنها من مسائل الواقع مثلها مثل تفسير العقود والاتفاقيات ولا رقابة عليه من المحكمة العليا.

والعادة التجارية الاتفاقية تختلف عن العادة التجارية غير الاتفاقية كون هذه الأخيرة هي عبارة عن اعتياد التجار اتباع سلوك شخصي معين في أثناء مباشرة أعمالهم مثل كيفية حزم وتغليف السلع أو رص البضائع وتنظيمها وأيضا طريقة العرض، والعادات التجارية غير الاتفاقية لا تخضع لرقابة قاضي الموضوع لأنها بمثابة تصرفات شخصية لا علاقة لها بأي اتفاق أو عقد وهذا بخلاف العادات التجارية الاتفاقية.

**المطلب الثاني: المصادر التفسيرية**

**الفرع الأول: القضاء**

يقصد بالقضاء مجموع المبادئ والاجتهادات التي استقر العمل القضائي عليها وعلى اتباعها، ويعتبر القضاء في الدول اللاتينية ومن سارت على خطاها مثل الجزائر مصدرا تفسيريا يأخذ به القاضي على سبيل الاستئناس ليكمل من مدركاته الفكرية، وقد يأخذ بهذه المبادئ كي يستنير له الدرب في أي نزاع قائم إذا كان النص القانوني لم يتطرق بشكل كاف في مسألة من المسائل المطروحة عليه، فالتشريع يبقى قاصرا عن الإلمام بشكل جيد بكل المواضيع القانونية مهما كان مستوى من أعدوه.

والقضاء في الجزائر هو بخلاف الدول الأنجلوسكسونية التي تتبع ما يعرف بنظام السابقة القضائية، حيث تعتبر الأحكام القضائية الصادرة في أية مسألة معروضة لأول مرة أمام القضاء بمثابة القاعدة القانونية التي ينبغي اتباعها فيما بعد.

ويرجع الفضل للقضاء في وضع العديد من القواعد التجارية كنظرية الشركة الفعلية ونظرية الأعمال التجارية بالتبعية والإفلاس الفعلي.

**الفرع الثاني: الفقه**

يعتبر الفقه مصدرا هاما ومهما للقاضي وإن كان يأخذ به على سبيل الاستئناس إلا أن دوره لا يخفى على المشتغلين في مجال العلوم القانونية، فالفقه هو نتاج كتابات وآراء كبار الفقهاء في القانون وأساتذة جامعيون وقضاة ومحامون، فمهما كان التشريع التجاري ملما بكل الأعمال التجارية فإن إحاطته بكامل الحياة التجارية وملاحقة تطورها يبقى قاصرا، لذلك كان من اللازم الاستعانة بالفقه باعتباره مجالا خصبا يواكب كل تطور في التجارة واللجوء إليه هو من باب سد النقص الحاصل في أي مصدر رسمي.

**المطلب الثالث: المصادر الدولية للقانون التجاري**

كانت الفكرة الملهمة في نهاية القرن 19 هي توحيد قواعد القانون التجاري، وقد اتبع في ذلك ثلاثة طرق وهي:

* تتمثل في وضع قواعد موحدة للأخذ بها في إطار العقود التجارية ذات الطابع الدولي بعيدا عن القواعد القانونية الداخلية لكل دولة وذلك فقط في حال كانت النصوص القانونية الداخلية تفسيرية (غير آمرة) أي يجوز الاتفاق على مخالفتها ومكملة لإرادة الطرفين المتعاقدين وبمرور الوقت تصبح عادات دولية، وأكثر العمل بهذه الطريقة يكون في القانون البحري ومنها قواعد يورك وأنفرس الخاصة بالخسارات المشتركة التي وضعتها جمعية القانون الدولي سنتي 1864، 1877 وعدلت سنوات 1924، 1950، 1974، وكذلك القواعد الخاصة بالاعتماد المستندي التي وضعتها غرفة التجارة الدولية في فيينا سنة 1933 وعدلت سنوات 1951، 1962، 1974.

ومن عيوبها هو أنه لا يمكن تطبيق هذه القواعد إلا بتراضي الأطراف جميعا، كما أنها لا تطبق عند تعارضها مع قواعد قانونية آمرة.

* يمكن توحيد القانون التجاري عن طريق المعاهدات الدولية واجبة التطبيق مثل معاهدة النقل الدولي للبضائع بالسكك الحديدية (برن 1890) والمعدلة في باريس 1896 وفي برن 1905، 1923 وفي روما 1933، والمعاهدة المتعلقة بنقل أمتعة الركاب عن طريق البحر 1967.

وهي بدورها لا تخلو من عيوب ومن أهمها احتمال ازدواجية التشريع واختلاف الأحكام بين الوطني والدولي التي تسري على العلاقات الأجنبية أو الدولية.

* ابرام معاهدات دولية لتوحيد القوانين الوطنية مع تلك الدولية وهو الذي حصل في مؤتمر جنيف المنعقد بين سنتي 1930 و1931 فيما يخص الأوراق التجارية، حيث تم وضع معاهدة بشأن توحيد قواعد السفاتج والسندات الإذنية (1930) والشيكات (1931)، وقد أخذت بها العديد من الدول وقامت بتوحيد القواعد المطبقة على هذه الأوراق وتطبيقها على نظامها الداخلي أيضا.