جامعة محمد بوضياف المسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

. . .

المقياس: القانون التجاري

السنة: الثانية (2) ليسانس حقوق، السداسي الثالث (3)

الفئة المستهدفة: طلبة السنة الثانية ليسانس حقوق.

الحجم الساعي الأسبوعي: أربع ساعات ونصف (4,5)

إعداد الدكتور: بوخروبة حمزة (أستاذ محاضر قسم "أ")

عنوان الدرس: مدخل الى القانون التجاري.

الهدف العام للدرس: يتمثل الهدف العام للدرس في تعريف الطالب بالقانون التجاري

الاهداف الخاصة للدرس

الهدف الأول: أن يحدد الطالب المقصود بالقانون التجاري

الهدف الثاني: أن يكتشف القواعد القانونية التي كانت تنظم البيئة التجارية سابقا

الهدف الثالث: أن يستنبط خصائص القانون التجاري من خلال دراسة مراحل نشأته وتطوره

الهدف الرابع: أن يحدّد المعايير الفقهية المعتمدة لتحديد نطاق القانون التجاري

الهدف الخامس: أن يبيّن العلاقة بين القانون التجاري وفروع القانون الأخرى

الهدف السادس: أن يحدد مصادر القانون التجاري.

مضمون الدرس:

يعتبر القانون التجاري فرعا من فروع القانون الخاص تربطه صلة وطيدة بالقانون المدني الذي يعتبر الشريعة العامة لسائر فروع القانون الخاص على اختلافها، غير أنّ القانون التجاري كقانون للأعمال التجارية والتجار يعد أضيق نطاقا من القانون المدني الذي يحوي القواعد العامة التي تنظم وتحكم العلاقات القانونية بين الأفراد بصرف النظر عن صفاتهم أو نوع الأعمال التي يقومون بها.

ولقد اختلف الفقه بخصوص العديد من المسائل سواء تعلق الأمر بنطاق وأساس القانون التجاري، أو فيما يخص مدى استقلاليته عن المدني، ورغم أنّ القانون التجاري قانون حديث النشأة إلاّ أنّه مرّ بعدة مراحل تاريخية حتى وصل الى الصورة التي عليها الآن.

وفي الحالة التي يثور فيها أي نزاع قانوني من طبيعة تجارية يتوجب على القاضي أن يستمد أحكامه من المصادر القانونية الرسمية ويستلهم قناعاته من المصادر التفسيرية.

وبناء على ما تقدم سنخصّص هذا الدرس لمفهوم القانون التجاري (مبحث أول)، ثم نتناول مصادره في (مبحث ثان).

المبحث الأول: مفهوم القانون التجاري

ابراز مفهوم القانون التجاري يقتضي التطرق تفصيلا لتعريفه وابراز أهم خصائصه ومميزاته (مطلب أول)، ثم استقلاليته وعلاقته بالقوانين والعلوم الأخرى (مطلب ثان)، وأخيرا نطاقه ونشأته (مطلب ثالث).

المطلب الأول: تعريف القانون التجاري وخصائصه

نتطرق في هذا المطلب الى تعريف القانون التجاري في (الفرع الأول)، ثم نتناول أهم خصائصه ومميزاته في (فرع ثان).

الفرع الأول: تعريف القانون التجاري

انّ تحديد مفهوم القانون التجاري يختلف من فقيه الى آخر ، تبعا للزاوية التي ينظر منها كل فقيه فمنهم من عرّفه وفقا للمذهب الشخصي، ومنهم من عرّفه وفقا للمذهب الموضوعي، ومنهم من أخذ بالمذهبين معا.

فيعرف العميد " جورج ريبر" القانون التجاري بأنه " قانون العمليات القانونية التي يقوم بها التجار سواء فيما بينهم أو مع عملائهم"، ويتضح من هذا التعريف بأنّ القانون التجاري يعد قانونا ينظم طائفة معينة من الأشخاص هم التجار، لذلك نادى هذا الفقيه بقانون تجاري مهني[1].

بينما عرّفه الأستاذ "اسكارا" بأنّه قانون المؤسسات، وبالتالي يفترض وصف التاجر على كل من يقوم بهذا المشروع، والمشروع في نظره هو" المباشرة المهنية للأعمال التجارية المرتكزة على تنظيم مسبق"[2].

الاّ أنّ أغلبية الفقهاء تأخذ في تعريفها للقانون التجاري بالمذهب الشخصي والموضوعي معا ويعرفونه على أنّه ذلك الفرع من فروع القانون الخاص الذي يحكم فئة معينة من الأعمال هي الأعمال التجارية، وطائفة معينة من الأشخاص هم التجار[3].

---

[1] نقلا عن: زوبة سميرة، محاضرات في القانون التجاري، ملقاة على طلبة السنة الثانية ليسانس LMD، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، 2018/2017، ص 05.

[2] نفس المرجع ونفس الموضع.

[3] محمد فريد العريني، محمد السيد الفقي، القانون التجاري (الاعمال التجارية، التجار، الشركات التجارية)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2010، ص 5.

وبذلك يتضح من هذا التعريف أنّ قواعد القانون التجاري تتعلق بفئة معينة من الأعمال هي فئة الاعمال التجارية، التي يقوم بها طائفة معينة من الأشخاص هم التجار سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو معنويين.

والقانون التجاري باعتباره فرع من فروع القانون الخاص تربطه علاقة وطيدة بالقانون المدني الذي يعتبر في الواقع الأساس العريض لسائر فروع القانون الخاص على اختلافها وتنوعها، غير أنّ القانون التجاري باعتباره قانون لطائفة الأعمال التجارية وفئة التجار يعد أضيق نطاقا من القانون المدني الذي يشتمل على القواعد العامة التي تحكم العلاقات بين الأفراد بغض النظر عن طبيعة المهن أو نوع المعاملات التي يقومون بها[1].

وبالرغم من تلك الصلة الوثيقة فإنّ القانون التجاري يتمتع بذاتية وكيان مستقل عن القانون المدني، وذلك خلافا لما يدعيه البعض من اعتباره مجرد مجموعة من الاستثناءات الواردة على قواعد ذلك القانون، ولعل مرد ذلك يرجع الى الاختلاف الجوهري بين الحياتين المدنية والتجارية على نحو يصعب معه تطبيق قواعد القانون المدني على هذه الأخيرة، وتتجلى مظاهر هذا الاختلاف في الخصائص والأسس التي يقوم عليها القانون التجاري، والتي سنتطرق لها تفصيلا على النحو التالي:

الفرع الثاني: خصائص القانون التجاري

يتميز القانون التجاري بخصائص ومميزات تطرح عليه طابعا خاصا تبرز استقلاليته عن القانون المدني، تلك الخصائص تستجيب في مجملها الى ما تتطلبه التجارة من سرعة تقتضيه ومن ائتمان، وذلك ما سنحاول توضيحه في الآتي بيانه:

أولا- السرعة: لعل أهم ما يميز الحياة المدنية هو انتفاء فكرة المضاربة أو على الأقل ضآلة الدور الذي تلعبه فيها، فالفرد يجد في أمواله ومهنته مصدر رزقه، ويقتصر دوره في ادارة هذه الأموال دون أن يستخدمها في الأعمال التي تهدف الى تحقيق الربح، وقد تجبره هذه الادارة أحيانا على القيام ببعض العمليات والعقود، لكن غالبا يكون القصد من ورائها الحفاظ على رأس المال، ولأنّ الفرد ينشد الحفاظ على ذمته المالية، فإنّنا نجد أنّ تصرفاته يحيطها الحذر والحرص الشديدين وتحكمها الروية والتدبر ومن هنا جاء الطابع التقليدي للحياة المدنية كحياة قوامها الثبات والاستقرار، فنجد قوام هذه الحياة هدف القانون الذي يحكمها وهو القانون المدني، وأضحت الشكلية سواء كركن للانعقاد أو

[1] محمد السيد الفقي، القانون التجــاري الجديد (الأعمال التجارية، التجار، الأموال التجارية)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2003، ص 01.

كوسيلة للإثبات من وسائل الوصول الى ذلك الهدف، لذا قيل "أنّ القانون المدني يتسّم بالجمود لتحبيذه ثبات الأموال واستقرارها ولنفوره من تداولها"[1].

وعكس ذلك تماما نجد أنّ الحياة التجارية تحكمها اعتبارات مغايرة وغايات مختلفة فهدفها تحقيق الربح عن طريق تداول الثروات، فالأعمال التجارية تتلاحق بكثرة في حياة التاجر فاذا اشترى فليس بنية الاستهلاك وانّما بغية اعادة البيع، كما أنّها ترد غالبا على منقولات قابلة للتلف أو معرضة لتقلبات الأسعار مما ينبغي معها ابرامها بسرعة فائقة، ومن هنا كانت السرعة من دعائم الحياة التجارية، فالتاجر يدرك جيدا قيمة الوقت وأنّ أي تأخير قد يتسبب في ضياع عديد الصفقات الرابحة لذلك نجده يقدم على التعاقد بسرعة ودون تردد حتى ولو كانت الصفقة تتضمن قدرا من المخاطرة وهكذا تتتابع العمليات التي يقوم بها التاجر وتتشابك بسرعة لا نظير لها في الحياة المدنية[2].

ومن أمثلة القواعد التي تضمنها القانون التجاري لمواجهة مقتضيات السرعة قاعدة حرية الاثبات في المواد التجارية، فعلى عكس الوضع في المواد المدنية الذي لا يجيز الاثبات بشهادة الشهود اذا تجاوزت قيمة المعاملة 000 100 دج أو كانت غير محددة[3]، فإنّ الاثبات في المواد التجارية حر وطليق من القيود، وذلك ما تضمنته المادة 30 من القانون التجاري الجزائري[4].

ثانيا– الائتمان: عنصر السرعة وحده لا يهيئ للتاجر فرصة ابرام العديد من التصرفات التي تقتضيها طبيعة مهنته، لأنّه قد يفتقر الى السيولة المالية التي تمكنه من الوفاء بالالتزامات التي ترتبها هذه التصرفات على عاتقه، لذلك كان الائتمان الدعامة الثانية للحياة التجارية، ذلك أنّ أغلب العمليات التجارية تتم بأجل، فتاجر الجملة يبيع لتاجر التجزئة بأجل والبنك يقرض المشتري لأجل وهكذا يرتبط التجار بروابط متتابعة الائتمان والثقة المتبادلة بينهم، بحيث اذا أخل احدهم بهذه الثقة وتخلف عن

---

[1] أكرم ياملكي، القانون التجاري (دراسة مقارنة في الاعمال التجارية والتاجـــر والعقود التجارية والعمليات المصرفية والبيـــوع الدولية)، الطبعة الأولى اثراء للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2012، ص 09؛ محمد فريد العريني، محمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص 6.

[2] مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، أصول القانون التجاري (الاعمال التجارية، التجار، الشركات التجارية، المحل التجاري، الملكية الصناعية)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2006، ص 14.

[3] تنص المادة 1/333 من القانون المدنـــي الجزائري على "في غير المواد التجارية اذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100000 دينار جزائري أو كان غيـر محـدد القيمة فلا يجوز الاثبات بالشهـود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجـد نص يقضـي بغير ذلك" (الأمـر رقم 75-58 المؤرخ فـــي 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية عدد 78 بتاريخ 1975/09/30

[4] تنص المادة 30 من القانون التجاري الجزائري على "يثبت كل عقد تجاري:

1- بسندات رسمية:
2- بسندات عرفية،
3- بفاتورة مقبولة،
4- بالرسائل،
5- بدفاتر الطرفين،
6- بالإثبات بالبينة أو أية وسيلة أخرى اذا رأت المحكمة وجوب قبولها" (الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 1975/09/26 يتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية عدد 78 بتاريخ 1975/09/30)

الوفاء بدينه عند حلول أجله ادى ذلك الى سلسلة من الاضطراب في المعاملات قد يستتبع عجز الآخرين بدورهم عن اداء ديونهم[1].

وللأهمية البالغة لعنصر الائتمان في الحياة التجارية فقد عمد المشرع الجزائري الى دعمه من خلال عدد من القواعد تضمنها القانون التجاري، اهمها نظام الافلاس[2]، وافتراض التضامن بين المدينين بالتزامات تجارية عند تعددهم من دون الحاجة الى اتفاق صريح أو نص القانون[3].

تلك هي أهم الاسباب التي تبرز وجود قانون تجاري يتمتع بكيان مستقل عن القانون المدني نظرا لكونه قانون السرعة والائتمان التي لا غنى للحياة التجارية عنهما.

المطلب الثاني: استقلالية القانون التجاري وعلاقته بالقوانين والعلوم الأخرى

ثار جدل فقهي كبير بخصوص استقلالية القانون التجاري عن القانون المدني (فرع أول)، كما أنّ للقانون التجاري علاقات وطيدة مع مختلف فروع القوانين المختلفة (فرع ثان)، وذلك ما سنحاول تناوله تاليا.

الفرع الأول: مدى استقلالية القانون التجاري

يذهب جانب من الفقه الى القول بوحدة القانون التجاري والمدني وعدم الفصل بينهما (أولا) في حين يرى الاتجاه الراجح أنّ استقلال القانون التجاري عن المدني هو حقيقة تدعّمها الكثير من الحجج والبراهين (ثانيا)، وذلك ما كرّسه المشرع الجزائري بشكل صريح (ثالثا).

أولا: وحدة القانون الخاص: سلف القول أنّ خاصيتي السرعة والائتمان هما اللتان تبرران وجود القانون التجاري واستقلاله عن القانون المدني، الاّ أنّ جانب هام من الفقه نادى بعدم الفصل بين القانونين، بل وضرورة توحيدهما في قانون واحد لحكم المعاملات المدنية والتجارية على السواء واستند من أجل ذلك على جملة من الحجج والبراهين، ابرزها الآتي[4]:

---

[1] مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، المرجع السابق، ص 14.

[2] المواد من 215 الى 388 من القانون التجاري الجزائري.

[3] نص المشرع الجزائري على التضامن في نصوص متناثرة في القانون التجاري، كتضامن الشركاء في شركة التضامن.

[4] شادلي نور الدين، القانون التجاري (مدخل للقانون التجاري، الاعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري)، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر 2003، ص ص 7-8؛ محمد فريد العريني، جلال وفاء البدري محمدين، قانون الاعمال (دراسة في النشاط التجاري والياته)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2000، ص ص 9-10.

- اذا كان القانون التجاري يمتاز بخاصيتي السرعة ودعم الائتمان فلما لا تنقل هذه المزايا الى دائرة القانون المدني وبها نصل الى توحيد القواعد القانونية وبالتالي حسم الجدل القائم حول حدود نطاق تطبيق كل من القانونين.

- من المألوف استخدام الأساليب والأدوات والقواعد التجارية بين غير التجار فالفلاح يلجأ الى البنوك للحصول على قروض لشراء المواشي والآلات الزراعية والبذور كذلك يقوم بفتح حسابات جارية شبيهة بحسابات التاجر ويقوم بتحرير الأوراق التجارية، بالإضافة الى مجموعة من المواضيع المشتركة بين القانونين التجاري والمدني، على غرار عقدي البيع والرهن، واذا كانت الروح التجارية قد امتدت الى مختلف مظاهر النشاط الانساني في المجتمع الحديث فلماذا لا يكون هناك قانون موحد للمعاملات التجارية والمدنية على السواء؟.

- كما يستند انصار وحدة القانونين التجاري والمدني الى حجة عملية مقتضاها أنّ عديد الدول المتقدمة قامت فعلا بتوحيد القانونين معا على غرار سويسرا، ايطاليا وانجلترا.

ثانيا: استقلالية القانون التجاري: والواقع أنّ نظرية وحدة القانون الخاص وعلى الرغم من وجاهة حجج انصارها، الى أنّ أغلب فقهاء القانون التجاري هاجموا هذه النظرية وحاولوا بكل قوة دحض تلك الحجج للتأكيد على استقلالية القانون التجاري على النحو الآتي بيانه[1]:

يرى أنصار الاستقلالية أنّ ميزتي السرعة والائتمان لهما ما يبررهما في البيئة التجارية فطبيعة التعامل التجاري تشجّع على وجود قواعد بسيطة وسريعة ليتمكن التاجر من ابرام الصفقات بعيدا عن اجراءات وتعقيدات القواعد المدنية، بيد أنّ نقل هذه القواعد الى المعاملات المدنية يؤدي الى كثرة المنازعات واضطراب المعاملات، ثم أنّه من العسير تطبيق بعض قواعد القانون التجاري على المتعاملين المدنيين بالنظر الى قساوتها، من ذلك القواعد الخاصة بافتراض التضامن بين المدينين، وعد جواز منح مهلة قضائية للمدين، وحرية الاثبات.

ضف الى ذلك أنّه اذا كان الحث على الائتمان من شأنه دفع عجلة النشاط التجاري باعتباره ضرورة لا غنى عنها، فإنّ تغلغله بشدة في الحياة المدنية من شأنه هدم العديد من العلاقات، فالتاجر نجده يستخدم القروض في تطوير تجارته ومحاولة تنميتها، أمّا تشجيع الاقتراض في مجال المعاملات المدنية فيمكن أن تؤدي الى عواقب وخيمة خاصة أنّ معظم القروض عادة ما تستخدم من أجل

[1] مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، المرجع السابق، ص ص 19-21؛ شادلي نور الدين، المرجع السابق، ص ص 8-9؛ محمد فريد العريني، جلال وفاء البدري المحمدي، المرجع السابق، ص ص 10-11.

الاستهلاك والأمور الترفيهية، ممّا يؤدي الى عجز المدين في كثير من الأحوال عن الوفاء بديونه هذا دون أن ننسى أنّ استعارة بعض قواعده التي تحكم المعاملات المدنية خاصة منها المتعلقة بشكلية بعض التصرفات يؤدي لا محالة الى عرقلة سير الكثير من المعاملات التجارية، وأمّا فيما يخص الوحدة القانونية التي اعتنقتها بعض التشريعات فيرد عليها انصار الاستقلالية بأنّها لا تعدو أن تكون وحدة شكلية فقط وليست جوهرية وأنّه ينبغي عدم الخلط بين وحدة القانون الخاص ووحدة التقنين الذي يضم نصوص القانون الخاص، لذلك نجد مثلا أنّ قوانين الشركات والافلاس ظلت منفصلة في انجلترا، كما أنّ القانونين السويسري والايطالي أفردا فصولا خاصة بأحكام القانون التجاري مما يصعب القول معه بوجود وحدة فعلية.

من أجل ذلك نجد أنّ الاتجاه الغالب في الفقه والذي نميل اليه يذهب الى تأكيد ذاتية واستقلال القانون التجاري والاحتفاظ له بكيان منفصل عن القانون المدني.

ثالثا: موقف المشرع الجزائري

وأمّا بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من مسألة تبعية القانون التجارية للقانون المدني أو استقلاليته عنه، فلا شك أنّه اعتنق مبدأ الاستقلالية، ويظهر ذلك جليا من خلال تكريسه في القانون التجاري لمجموعة من الأحكام التي لا تطبق إلاّ على التجار أو العمليات التجارية على غرار مسك الدفاتر التجارية والقيد في السجل التجاري، ومحاولة حصره للأعمال التجارية، كما قام بتنظيم الشركات التجارية بالإضافة الى عديد الأحكام الأخرى، و لكن مع ذلك لا يمكننا القول بأنّ القانون التجاري مستقلا استقلالا تاما عن القانون المدني، فمهما يكن يبقى مع ذلك القانون المدني الشريعة العامة لفروع القانون الخاص ومنها القانون التجاري، فالقانون المدني الأصل والمرجع في المسائل التي لم يقم بتنظيمها القانون التجاري.

هذا ويذهب جانب من الفقه الحديث الى القول بأنّ الواقع حاليا قد تجاوز مشكلة توحيد وازدواجية القانون الخاص، وأنّ الأمر كان له معنى في الماضي عندما كان القانون التجاري يعنى بالتجارة فقط دون النشاطات الاقتصادية الأخرى كالزراعة والعمليات العقارية وعلاقات العمل والمهن الحرة، والتي كانت خارج نطاقه، الاّ أنّه حاضرا اصبحنا نلاحظ توسعا في مجال تطبيق القانون التجاري على بعض النشاطات المدنية، على غرار تطبيق نظام الافلاس على الاشخاص المعنوية للقانون الخاص المدني "م 215 ق ت ج"، الزام الشركات المدنية بإمساك دفاتر حسابية، وكذا ظهور قواعد جديدة تطبق على كل المتعاملين الاقتصاديين مهما كان نوع النشاط، فقانون العمل يطبق على

التجار وغير التجار، وقانون حماية المستهلك يهدف الى حماية المستهلك بغض النظر عن الطرف المتعاقد معه تاجرا أو غير تاجر، من أجل ذلك تم اقتراح اعادة تسمية القانون التجاري بقانون الأعمال أو القانون الاقتصادي، أو قانون المؤسسات، ويشمل هذا الفرع كل القواعد والقوانين التي لها علاقة مباشرة أو غير مباشرة مع النشاط الاقتصادي أو مع المؤسسة[1].

الفرع الثاني: علاقة القانون التجاري بمختلف القوانين والعلوم الأخرى

للقانون التجاري الكثير من نقاط التقاطع مع مختلف فروع القانون والعلوم المختلفة، نورد بعضها في الآتي بيانه.

أولا- علاقة القانون التجاري بعلم الاقتصاد: يعتبر جانب من الفقه أنّه من المستحيل دراسة أحكام القانون التجاري دون الاهتمام بالحقائق التي يثيرها علم الاقتصاد، على اعتبار أنّ هناك جوانب أساسية توجد في مجالي القانون التجاري وعلم الاقتصاد على السواء، مثل الشركات، المنافسة التركيز الاقتصادي، الائتمان، الاوراق التجارية، التأمين ...الخ، وهو ما يعني أنّ الأمر يتعلق بقانون اقتصادي تتواجد فيه بعض مسائل القانون التجاري التقليدي ومواد اقتصادية مجاورة، فالقانون التجاري في الحقيقة قانون النشاط الاقتصادي بكافة صوره، حتى أنّه يمكن تعريفه على أساس اقتصادي بحت بأنه مجموعة القواعد القانونية المتعلقة بنشاط الانسان من انتاج وتداول واستهلاك للثروات، وهذا هو النطاق الحقيقي للقانون التجاري[2].

ثانيا- علاقة القانون التجاري بالقانون الدولي:

للقانون التجاري صلات وثيقة بالقانون الدولي الخاص فهو يقوم بتنظيم العلاقات التجارية الخارجية إذ يحكم المعاملات التي تنشأ بين أفراد الدولة مع رعايا الدول الأخرى في المعاملات الناشئة عن التصدير والاستيراد والتبادل التجاري بين رعايا الدول المختلفة، وللقانون التجاري أيضا صلة بالقانون الدولي العام تظهر في حالة إبرام اتفاقيات تجارية دولية وتعتبر هذه الصلة بين القانون التجاري وكل من القانون الدولي الخاص والعام سببا في اعتبار الحاجة ماسة إلى توحيد حكم هذا الفرع من القانون، فنظرا لازدياد العلاقات التجارية الدولية نتيجة سهولة وسائل النقل وانتشارها نشأت الحاجة إلى توحيد أهم قواعد القانون التجاري نظرا لاختلاف القواعد الداخلية لكل دولة وذلك للقضاء على مشكلة تنازع القوانين، وقد لجأت الدول والتجار إلى عدة وسائل لتوحيد أحكام القانون التجاري

[1] شادلي نور الدين، المرجع السابق، ص ص 9-10.
[2] أكثم أمين الخولي، الموجز في القانون التجاري، الجزء الأول، مكتبة سيد عبد الله وهبة مطبعة المدني، القاهرة، 1970، ص 49.

منها المعاهدات والاتفاقيات الدولية، إصدار نماذج عقود دولية يلتزم المتعاقدين بها في عقودهم الدولية، ومن ذلك عقود البيع الدولية، النماذج المعدة لعقد التصدير والاستيراد أو العقود التي تجريها الهيئات المهنية كالنقابات والغرف التجارية[1].

ثالثا- علاقة القانون التجاري ببعض فروع القانون الأخرى:

لا تقتصر علاقة القانون التجاري بما سبق فقط، بل تتصل ايضا بعدة فروع أخرى من القانون، كالقانون الضريبي الذي يعنى بتنظيم ضريبة خاصة على الأرباح التجارية والصناعية، كما توجد علاقة وطيدة بين القانون التجاري وقانون العقوبات، اذ ينظم هذا الأخير الجرائم والمخالفات المتعلقة بممارسة التجارة كجريمة الافلاس واصدار شيك بدون رصيد وتزوير أو تقليد براءات الاختراع ...الخ، كما تظهر العلاقة بين القانون التجاري وقانون العمل في أنّ عمال المحل التجاري أو المصنع يخضعون لقوانين الضمان الاجتماعي وتحديد ساعات العمل والأجر وجميع المزايا التي يقررها قانون العمل[2].

المطلب الثالث: نطاق القانون التجاري ونشأته

نتطرق في هذا المطلب الى نطاق القانون التجاري الذي تجاذبته نظريتان (فرع أول)، ثم نعرّج على نشأته وتطوره عبر العصور المختلفة (فرع ثان).

الفرع الأول: نطاق القانون التجاري

المقصود بتحديد نطاق القانون التجاري هو بيان أساس تطبيقه من أجل معرفة الحدود الفاصلة بينه وبين القانون المدني، فكما سلف فإنّ القانون التجاري يحكم النشاط التجاري وينظم الحرفة التجارية، وعليه فإنّ نطاقه يتحدد بناء على أحد الأساسين أو كلاهما: الأساس المادي والأساس الشخصي، ويتفاوت نطاق القانون التجاري ضيقا واتساعا بمدى الأخذ بكل من هذين المفهومين.

أولا: النظرية المادية أو العينية

يذهب جانب من الفقه الى أنّ المحور الذي تدور حوله أحكام القانون التجاري، أو الأساس الذي ترتكز عليه في تطبيقها هو طبيعة العمل ذاته، أو كما يعبر عنه بالقول أنّ "القانون التجاري هو

[1] نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري (الاعمـال تجارية، التاجـر، المحل التجاري)، الطبعة الحادية عشـر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2011، ص ص 14-15.
[2] المرجع نفسه، ص 16.

قانون العمل التجاري لا قانون التجار"، وعلى ذلك فالقانون التجاري هو ذلك القانون الذي ينطبق على الأعمال التجارية بغض النظر عن مهنة القائمين بها سواء كانوا تجارا أو غير تجار، فالعمل يكون تجاريا بطبيعته وتكون الصفة نابعة من ذات العمل ومن عناصره الداخلية المكونة له، هذه الأعمال هي موضوع القانون التجاري وهي أساس تطبيقه[1].

وقد انتقدت هذه النظرية على أساس أنّها تقتضي حصر الأعمال التجارية، وهو أمر صعب إن لم يكن مستحيل بالنظر لما يستجد من أعمال تجارية جديدة يوما بعد يوم نتيجة التطور الاقتصادي الحديث، ضف الى ذلك فإنّه اذا كانت فكرة العمل التجاري صالحة لتفسير بعض احكام القانون التجاري فإنّها في المقابل قاصرة على تفسير البعض الآخر على غرار الأحكام المتعلقة بالإفلاس والالتزام بالقيد في السجل التجاري ومسك الدفاتر التجارية، بالإضافة الى الاعمال التجارية بالتبعية[2].

ثانيا: النظرية الشخصية أو الذاتية

على العكس من النظرية السابقة فقد ذهب جانب آخر من الفقه الى القول بأنّ القانون التجاري يقوم على اساس فكرة المهنة التجارية، فقواعده تنطبق على التجار، أي الاشخاص الذين يتخذون من النشاط التجاري حرفة معتادة لهم، وترتيبا على ذلك لا يخضع لأحكام القانون التجاري غير التجار حتى ولو قاموا ببعض الاعمال التجارية[3].

وقد أخذ على هذه النظرية انها تستلزم تحديد مفهوم الحرفة وتعداد الحرف التي يتوقف على مزاولة الشخص لها من اجل اكتسابه صفة التاجر، وهو أمر جد عسير خاصة مع التزايد المطرد للأنشطة التجارية، كما أنّه يترتب على اتباع هذه النظرية التضييق من نطاق القانون التجاري وحرمان الأفراد الذين يزاولون أعمالا تجارية منفردة من مزايا احكام القانون التجاري بالرغم من أنّ اعمالهم لا تختلف في طبيعتها وجوهرها عن تلك التي يقوم بها محترفو الانشطة التجارية[4].

ثالثا: موقف المشرع الجزائري

من خلال نص المادة الأولى من القانون التجاري الجزائري والتي نصّت على "يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له ..."، وكذا نص المادة الرابعة

[1] جلال وفا محمدين، المبادئ العامة في القانون التجاري، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر، ص 15.
[2] محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 14.
[3] جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 16.
[4] محمد فريد العريني، جلال وفاء البدري محمدين، المرجع السابق، ص 15.

من نفس القانون بقولها "يعد عملا تجاريا بالتبعية: الاعمال التي يقوم بها التاجر والمتعلقة بممارسة تجارته أو حاجات متجره، –الالتزامات بين التجار"، يتبن بما لا يدع مجالا للشك أنه أخذ بالنظرية الشخصية من خلال جعله من امتهان الأعمال التجارية شرطا لاكتساب صفة التاجر في المادة الأولى، واشتراطه في الأعمال التجارية بالتبعية أن يقوم بها تاجر في المادة الرابعة، لكنه لم يلبث أن أخذ بالنظرية المادية، وذلك ما يظهر جليا من خلال تعداده للأعمال التجارية سواء بحسب الموضوع في المادة 02 من القانون التجاري، أو بحسب الشكل في المادة 03 من نفس القانون، هذه الاعمال تعتبر تجارية بصرف النظر عن صفة القائم بها سواء تاجر أو غير تاجر[1].

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد زاوج بين النظريتين المادية والشخصية كأساس للقانون التجاري، فلا نجد قواعده من طبيعة واحدة، وانما استلهمت أحكامه النظريتين الشخصية والمادية.

الفرع الثاني: نشأة القانون التجاري وتطوره

من المؤكد أنّ القانون التجاري له جذوره التاريخية ولم يظهر فجأة، فمعظم النظم القانونية الحالية لها أصلها التاريخي الذي تستند اليه، وليس المقصود من دراسة تاريخ نشأة القانون التجاري مجرد سرد لأحداث معينة، وانّما محاولة لرد النظم الموجودة حاليا الى اصولها حتى نستطيع أن نفهمها جيدا كلما ظهرت الحاجة لذلك، وفي سبيل دراسة تاريخ وتطور قواعد القانون التجاري يمكن الحديث عن ثلاث مراحل تاريخية.

أولا– في العصور القديمة: ترجع أقدم الآثار المعروفة عن التجارة الى المصريين القدماء والفينيقيين والاشوريين فقد تبادلوا التجارة عبر البحر الابيض المتوسط، وكانت قواعد التجارة عندهم عرفية متحررة من كل الشكليات، وتقوم على القوة الملزمة للعقود ومبدأ حسن النية وكانت الى ذلك متشابهة رغم الاختلاف في الاديان والعادات والتقاليد في هذه الحضارات القديمة، هذا وعرف البابليون والاشوريون كثيرا من قواعد التجارة، من بينها قواعد تنظم القرض وتحرّم الربا الفاحش، بالإضافة الى عقد الشركة، كما ذكرت على الالواح بعض العمليات التي تشبه كثيرا عمليات البنوك في صورتها الراهنة، مثل الاقراض برهن لدى البابليين، كما برع الفينيقيون في مجال التجارة البحرية فأسّسوا نظام الخسائر المشتركة بصورته المعروفة حاليا في القوانين الحديثة، ويعود الفضل للإغريق في معرفة نظام القرض البحري ذي الفائدة المرتفعة وهو ما يعرف حاليا بـ "قرض الفوائد الجسيمة"، هذا وبالرغم

[1] أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1980، ص 18؛ فرحة زواوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري (الاعمال التجارية، التاجر، الحرفي، الانشطة التجارية المنظمة، السجل التجاري)، ابن خلدون للنشر والتوزيع، وهران، 2003، ص ص 21-22.

من أنّ الرومان كانوا يعتبرون امتهان التجارة عملا وضيعا لا يليق بالأشراف إلاّ إنّه مع ذلك كانت لهم علاقات تجارية مع غيرهم من الشعوب ممّا أدى الى ابتداع عديد النظم التجارية مثل نظام كفالة البنك لعميله، والنظام المحاسبي، على أنّ السمة الغالبية للقانون التجاري في العصور القديمة هي عدم وجوده في شكل كيان مستقل وانما كان عبارة عن مجموعة من القواعد المتناثرة تنطبق على النشاط التجاري[1].

ثانيا– في العصور الوسطى: تميز هذا العصر في بداياته باضمحلال وركود النشاط التجاري بسبب سقوط الامبراطورية الرومانية على أيدي القبائل الجرمانية، الاّ أنّه سرعان ما ازدهرت وتطورت العادات والأعراف المتصلة بالتجارة بسبب عاملين مهمين، يتمثل الأول في الحروب الصليبية والثاني في نشأة المدن والمراكز التجارية البحرية في مدن أوروبا، فلقد أدّت الحروب الصليبية الى ازدهار التجارة البحرية بين الشرق والغرب عبر المتوسط، وكانت ايطاليا بحكم موقعها الاستراتيجي المطل على البحر الابيض المتوسط تتلقى كل شيء حديث جاء به العرب، وذلك خلال القرنين السابع والثامن ميلادي فبرز شأن العرب في تطوير التجارة من خلال ابتداعهم لعدة قواعد تجارية كشركات الأشخاص ونظام الإفلاس والتعامل بالسفتجة، ومبدأ الرضائية الذي جاءت به الشريعة الاسلامية من خلال تكريس حرية الاثبات في المواد التجارية في الآية الكريمة رقم 281 من سورة البقرة، التي يقول فيها سبحانه وتعالى "**يا أيّها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه .... الاّ أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح الا تكتبوها**"، وبهذا يكون للمسلمين دور كبير في ازدهار التجارة في ايطاليا[2].

كذلك صاحب هذه الحروب تطور في النظام البنكي للمساهمة في تمويل هذه الحروب، ومن ناحية أخرى نشأت في مدن أوروبا وبالأخص في ايطاليا مراكز للتجارة (جنوه، البندقية، فلورنسا) وأصبحت هذه المراكز ذات أهمية قصوى في التبادل التجاري كما تمتعت هذه المدة بتنظيم تجاري استطاعت فئة التجار من خلاله تدعيم وتقوية نظامها الطائفي الذي كرّس لحماية مصالحهم، ومن امثلة هذا النظام انشاء قضاء تجاري ملزم يلجأ اليه التجار في منازاعاتهم فيما بينهم بالاعتماد على الاعراف والعادات التجارية، ويجمع الفقه على أنّ هذا العصر هو بداية نشوء القانون التجاري كقانون مستقل[3].

---

[1] علي البارودي، محمد السيد الفقي، القانون التجاري (الاعمال التجارية، التاجر، الاموال التجارية، الشركات التجارية، عمليات البنوك والأوراق التجارية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2006، ص ص 20-21؛ جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص ص 20-21.

[2] نادية فضيل، المرجع السابق، ص ص 31-32.

[3] عادل علي المقدادي، القانون التجاري وفقا لأحكام قانون التجارة العماني رقم 55 لسنة 1990، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان الأردن، 2007، ص

ثالثا- في العصر الحديث: أبرز ما يميّز القانون التجاري في العصر الحديث هو حركة التقنين الواسعة التي ظهرت على الصعيد الوطني، فبعدما كان القانون التجاري يمتاز بأنّه قانون عرفي نشأ في البيئة التجارية وذو صبغة دولية خلال العصور الوسطى أضحى مقننا وذو طابع وطني[1].

وتكمن العلة في هذا التحول التخوف من ازدياد حجم النفوذ الضخم للشركات العملاقة التي ازدهرت عقب الاكتشافات الجغرافية على غرار القارة الامريكية ورأس الرجاء الصالح، فقد اضحى لهذه الشركات (شركات مساهمة ضخمة مثل شركة الهند الشرقية، والهند الغربية، وشركة فانات بنما) نفوذ كبير واستثمارات في كثير من دول العالم الى درجة انها اصبحت تشكل خطورة على سيادة الدول لما تتمتع به من قوة اقتصادية مؤثرة، فجابهه المشرع في العديد من الدول بوضع تقنينات تحتوي على قواعد لتنظيم كلا النشاطين الاقتصادي والتجاري[2].

وقد كانت فرنسا من الدول الرائدة في مجال التقنين، فأصدرت أول تقنين خاص بالتجارة البرية في عهد لويس الرابع عشر سنة 1673 عني بتقنين أحكام الشركات، الأوراق التجارية والافلاس والذي عرف بتقنين سفاري نسبة الى أحد كبار التجار يسمى "jacques savary" أحد اعضاء اللجنة التي صاغت هذا القانون، وقد تميز هذا القانون بصبغته الطائفية ومنح التجار امتيازات عديدة، وفي سنة 1681 أصدرت قانون التجارة البحرية، وبعد الثورة الفرنسية صدر قانون 1791 والذي تضمن حرية التجارة للقضاء على القانون الطائفي السابق، وفي عهد نابليون صدر اول تقنين تجاري شامل سنة 1807 والذي يشتمل على اربعة كتب، الاول للتجارة بوجه عام، والثاني ينظم التجارة البحرية، والثالث للإفلاس، بينما عنى الكتاب الرابع بالقضاء التجاري، ويعتبر هذا القانون أول واعظم عمل تشريعي في القانون التجاري في العصور الحديثة[3].

وأصبح هذا القانون مصدرا لمعظم التشريعات الوطنية منها القانون التجاري الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 1975/09/26، والذي كان محلا للكثير من التعديلات.

ص 15-17.

[1] جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 22.

[2] شادلي نور الدين، المرجع السابق، ص 11؛ جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 22.

[3] محمد فريد العريني، محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص ص 23-25؛ نادية فضيل، المرجع السابق، ص ص 37-40.

المبحث الثاني: مصادر القانون التجاري

تفيد كلمة مصدر من الناحية اللغوية معنى الأصل أو المنبع الذي يستمد منه الشيء، ولا شك أنّ هذا المعنى بوجه عام هو المقصود عند الحديث عن مصادر القانون، أي الأصل الذي تصدر عنه القاعدة القانونية، وللقانون التجاري كغيره من فروع القانون الخاص مصادر، وهي حسب تدرجها من حيث الأولوية في التطبيق نجد التشريع والعرف والقضاء والفقه، حيث تنص المادة الأولى مكرر من القانون التجاري الجزائري على"**يسري القانون التجاري على العلاقات بين التجار، وفي حالة عدم وجود نص فيه يطبق القانون المدني وأعراف المهنة عند الاقتضاء**".

فمن خلال المنهج المتبع في تحديد مختلف مصادر القانون، وتماشيا مع ما ذهب اليه معظم شراح القانون التجاري، يمثّل التشريع المصدر الأول للقانون التجاري، كما أنّ للعرف التجاري دورا هاما حيث يجب اتباعه عند خلو المسألة من نص تشريعي يحكمها، وتسمى بالمصادر الرسمية وبالإضافة الى ذلك هناك مصدران لهما دور هام من الناحيتين العلمية والعملية وهما الفقه والقضاء الذين صنفا تحت عنوان المصادر التفسيرية، وفي الآتي شرح وعرض لهذه المصادر:

المطلب الأول: المصادر الرسمية للقانون التجاري الجزائري

يقصد بالمصادر الرسمية للقانون تلك المنابع التي تستمد منها القاعدة القانونية قوتها الملزمة ومن خلال المادة الأولى مكرر من القانون التجاري والسالف الاشارة اليها تتمثل المصادر الرسمية في القانون التجاري، ثم العرف التجاري الذي له قوة القانون في الالزام، عند غياب النص التجاري المكتوب والعرف الملزم، فإنّ قاعد القانون المدني تنطبق بوصفها الشريعة العامة لروابط الأفراد وتنطبق بعد ذلك كله العادات التجارية والنصوص المفسرة التجارية والمدنية:

الفرع الأول: القانون التجاري

يعد القانون التجاري أول مصدر رسمي من مصادر القانون التجاري، وعلى القاضي أن يرجع اليه أولا دون غيره من المصادر الأخرى الاّ اذا لم يجد نصا تشريعيا يحكم المسألة المعروضة أمامه، والقانون التجاري المعمول به حاليا في الجزائر هو الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 1975/09/26 والمتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، وحاول المشرع أن يعالج فيه العديد من القضايا التجارية من خلال خمسة كتب، تناول في الكتاب الأول التجارة عموما، وفي والثاني المحل التجاري، بينما تناول في الكتاب الثالث الافلاس والتسوية القضائية، ليخصّص الكتاب الرابع للسندات

التجارية، أمّا الكتاب الخامس فقد عني بتنظيم الشركات التجارية، وطبيعي أن يخضع هذا التقنين لمجموعة من التعديلات المتلاحقة وذلك لمجابهة موجة التغيرات الضخمة التي حدثت في الجزائر.

وتجدر الاشارة الى أنّه بالإضافة الى التقنين التجاري كأول مصدر من مصادر القانون التجاري تضاف اليه كل القوانين اللّاحقة والمكمّلة والتي تعنى بتنظيم الحقل التجاري بصفة عامة على غرار قانون السجل التجاري، والقانون البحري والجوي، وقانون النقد والقرض وقانون حماية المستهلك وقمع الغش، وقانون التجارة الالكترونية وقانون شروط ممارسة الانشطة التجارية ...الخ.

كما تعتبر الاتفاقيات الدولية التي تنظم التجارة الدولية والتي صادقت عليها الجزائر من المصادر الرسمية للقانون التجاري، كاتفاقية بروكسل لسنة 1924 المتعلقة بالنقل البحري الدولي وكذلك اتفاقية فارسوفيا لسنة 1929 المتعلقة بالنقل الجوي، واتفاقية النقل الدولي للبضائع بالسكك الحديدية لسنة 1980، حيث أدخلت أحكام هذه الاتفاقيات في القانون الداخلي، وكان الغرض منها توحيد النصوص القانونية التي تحكم التجارة الدولية وبالتالي القضاء على مشكلة تنازع القوانين[1].

الفرع الثاني: العرف التجاري

من المسلّم به أنّ للعرف في مجال البيئة التجارية دور كبير، ولم يحظ فرع من فروع القانون بالقواعد العرفية بقدر ما حظى به القانون التجاري، وذلك بسبب اعتياد التجار منذ القدم على اتباع قواعد معينة في معاملاتهم التجارية، واعتقادهم بإلزامها وعدم جواز الخروج عليها، وكما تطرقنا له في موضوع التطور التاريخي للقانون التجاري أنّ القواعد العرفية بين التجار هي التي كانت تحكم معاملاتهم حتى تم تقنين القانون التجاري، ولكن على الرغم من ذلك فإنّ المشرع لم يستطع ملاحقة العرف التجاري وتطوره، فظلت التشريعات قاصرة عن الالمام بكافة القواعد التجارية، وظل جانب كبير منها متروك للعرف، وبالرغم من أنّ كثرة التشريعات وسهولة اصدارها ضيّق من نطاق القاعدة العرفية غير المكتوبة، فإنّه لازالت للعرف أهمية خاصة في القانون التجاري تفوق ماله من اهمية في بقية فروع القانون المختلفة، ومن اليسير ذكر أمثلة لقواعد عرفية تجارية ذات أهمية كبيرة منها: تخفيض الثمن عوضا عن الفسخ في حالة تأخر البائع عن تسليم المبيع، وعدم تجزئة الحساب الجاري، وجواز تعاقد الوكيل بالعمولة مع نفسه فيما كلف ببيعه أو شرائه من سلع أو أوراق مالية بالإضافة الى الكثير من أحكام العمليات المصرفية[2].

[1] ناجي زهرة، محاضرات في مقياس القانون التجاري (الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري)، القيت على طلبة السنة الثانية ليسانس حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة امحمد بوقرة بومرداس، 2017/2016، ص 18.

[2] أحمد محرز، المرجع السابق، ص 37.

والعرف قانون يطبقه القاضي متى استطاع صاحب المصلحة اثباته أو متى تبينه القاضي من تلقاء نفسه أو من شهادة الخبراء، ولأنه قانون فأنّه يخضع لرقابة المحمة العليا ولا يترك لمحض تقدير قاضي الموضوع[1].

يطرح تساؤل في غاية الأهمية فحواه: **هل يمكن للعرف أن يخالف نصا مكتوبا؟.**

من المتفق عليه أولا أنّه لا يجوز للعرف أن يخالف نصا تجاريا آمرا باعتبار أنّه يحتل المرتبة الثانية بعد التقنين التجاري وبقية التشريعات المكمّلة له، وهو ترتيب منطقي وطبيعي اذ لا يعقل أن يخالف العرف التجاري تعبيرا صريحا لإرادة المشرع التجاري في نص قانوني مكتوب، لكن الخلاف يثور في حالة التعارض بين العرف التجاري والنص المدني الآمر خاصة في ظل عدم وجود اعتماد المشرع على ترتيب واضح بين العرف والقانون المدني في نص المادة الأولى مكرر من القانون التجاري اين اعتمد على حرف الواو والتي تفيد في اللغة المعية والاشتراك دون الترتيب والتعقيب أو التراخي، فيرى جانب من الفقه أنّ النص المدني الآمر يظل أقوى من العرف التجاري باعتبار النصوص المدنية الآمرة تعبّر عن المثل العليا التي يريد لها المشرع أن تحكم جميع الروابط بين الافراد وبالتالي لا يمكن استبعادها لمجرد جريان العرف التجاري على خلافها، ولكن الرأي الراجح – والذي ندعمه ونأخذ به– يرى العكس، فيذهب الى وجوب تطبيق احكام العرف التجاري قبل النص المدني الآمر ذلك لأنّ العرف التجاري يدخل في المفهوم الكامل للقانون التجاري (الذي يتضمن النص والعرف معا) ومن المسلّم به أنّ القاعدة الخاصة تنطبق قبل العامة، وبالتالي يطبق القانون التجاري بنصوصه وعرفه قبل القانون المدني، ثم أنّ تقديم العرف التجاري على النص المدني الآمر ليس فيه تغليب للعرف على التشريع، فالأمر لا يعدو أن يكون تحديدا لنطاق تطبيق كل من القانون التجاري والقانون المدني[2]، كما يستدل أنصار هذا الرأي بما اجازته محكمة النقض الفرنسية من جواز تجميد الفوائد في الحساب الجاري لمدد أقل من سنة وذلك خلافا للنص الصريح للقانون المدني الفرنسي[3].

ويضيف هذا الاتجاه أنّه اذا اراد المشرع الغاء العرف التجاري أو تعديل مضمونه فإنّ مجال ذلك هو النص التجاري الآمر والذي يصدر خصّيصا لذلك، أمّا النص المدني فمن المفروض أنّه يواجه العلاقات المدنية العادية، وقد تكون المثل العليا لهذه العلاقات تختلف عن المثل العليا في

[1] مصطفى كمال طه، وائل أنر بندق، المرجع السابق، ص 42.
[2] المرجع نفسه، ص ص 41-42؛ علي البارودي، محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص ص 34-35.
[3] نقلا عن: جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 28.

العلاقات التجارية، ولعل ابلغ مثال على ذلك هو مثال التضامن الذي يفترض بين المدينين في العلاقات التجارية دون المدنية[1].

وبالرجوع للمشرع الجزائري نجده لم يضع ترتيب واضح لمصادر القانون التجاري، غير أنّ هناك من استند إلى نص المادة **449** من القانون المدني[2] في الفصل الخاص بالشركات، واعتبر أنّ نية المشرع الجزائري اتجهت إلى تغليب العرف التجاري على النص المدني حتى ولو كان آمرا في حالة غياب نص تشريعي تجاري لأنّ هذا النص جاء عاما ومطلقا ولم يميّز بين النص المدني الآمر والنص المدني المكمل وبين النص التجاري الآمر والنص التجاري المكمل، والمطلق يجري على إطلاقه ما لم يرد نص يقيّده ولا اجتهاد في معرض النص[3].

الفرع الثالث: القانون المدني

القانون المدني هو الشريعة العامة لسائر فروع القانون الخاص ومن بينها القانون التجاري فالقانون المدني هو المرجع حيث لا توجد في فروع القانون الخاص الأخرى قواعد بشأن العلاقات التي تحكمها فضلا على أنّه يخاطب جميع الأفراد دون استثناء بصرف النظر عن صفاتهم أو المهن التي يشتغلون بها، وترتيبا على ذلك فحيثما يفتقد القاضي قاعدة خاصة "نص تجاري آمر أو عرف تجاري" للنزاع التجاري المعروض أمامه ارتد الى القانون المدني باعتبار الشريعة العامة في نطاق العلاقات الخاصة[4].

على أنّ تطبيق قواعد القانون المدني في المواد التجارية مرتهن بأمرين: **الأمر الأول:** الاّ توجد قاعدة خاصة تحكم المسألة "سواء نص تجاري أو عرف تجاري"، **الأمر الثاني:** ألاّ يتنافى تطبيق النص المدني مع مقتضيات التجارة، وعلى ذلك فتطبيق النصوص المدنية يراعى فيه قدر من الملاءمة بحيث تنسجم مع المعاملات التجارية، أمّا اذا كانت هذه النصوص مجافية للأصول التجارية فيجب استبعادها[5].

---

[1] علي البارودي، محمد السيد الفقي، المرجع نفسه، ص 35.

[2] تنص المادة 449 من القانون المدني الجزائري على "لا تطبق مقتضيات هذا الفصل على الشركات التجارية الا فيما يخالف القوانين التجارية والعرف التجاري".

[3] ناجي زهرة، المرجع السابق، ص 20.

[4] محمد فريد العريني، محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 27.

[5] جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص ص 24-25.

مع ذلك فإنّ مجال تطبيق أحكام القانون المدني يظل كبيرا نظرا للنقص الذي يشوب التقنين التجاري في نواح كثيرة، منها على وجه الخصوص سائر الأحكام المنظمة لعقد البيع، وكذا الأركان العامة لعقد الشركة والتي تضمنتها المواد 416 وما يليها من القانون المدني الجزائري.

وبديهي أنّه في حالة وجود نصين أحدهما تجاري والآخر مدني لحكم نفس المسألة فإنّ النص التجاري هو من يكون واجب التطبيق على أساس أنّه الحكم الخاص، لكن تثور الصعوبة اذا كان النص المدني تاليا في الصدور عن النص التجاري، وفي هذه الحالة الراجح ايضا تطبيق النص التجاري لنفس العلة، والحكم العام لا يلغي حكما خاصا سابقا عليه، إلاّ اذا نص صراحة في النص المدني اللاحق على الغاء كل النصوص المخالفة لأحكامه[1].

والعادة الاتفاقية تختلف عن العرف، فالعادة الاتفاقية هي عبارة عن اعتياد الناس "التجار" على اتباع حلول معينة في مسألة معينة دون أن يرقى ذلك الى مستوى الالزام في الأخذ بها، والواقع أنّ العادة الاتفاقية تستمد قوتها من اتفاق الأطراف على وجوب اتباعها، وتأسيسا على ذلك يجب على الطرف الذي يتمسك بها أن يثبت أولا وجودها وأيضا الاتفاق على الأخذ بها، وذلك بعكس العرف الذي لا يلزم اثباته لأنّه قانون، وعليه فالقاضي لا يفترض علمه بالعادة الاتفاقية، بل يجب على الخصوم التمسك بوجودها واثباتها، وإذا اخطأ القاضي في تطبيقها يعد ذلك من قبيل الخطأ في الوقائع وليس الخطأ في تطبيق القانون لذلك فهو لا يخضع لرقابة المحكمة العليا[2].

ومن أمثلة العادات التجارية إنقاص الثمن بدلا من فسخ عقد البيع إذا كانت البضاعة المسلمة من صنف اقل جودة من الصنف المتفق عليه، فيجب على من يتمسك بها أن يقيم الدليل على وجودها وتثبت بكافة طرق الإثبات المعروفة في المواد التجارية.

والعادة تأتي قبل النص المفسّر التجاري أو المدني، لأنّه مادام الأمر يتعلق بتفسير ارادة المتعاقدين، وما دامت النصوص المفسرة لا تفعل أكثر من افتراض هذه الارادة، فإنّ العادة التي جرى عليها الاتفاق تكون بالفعل أرجح في التفسير الصحيح لإرادة المتعاقدين من النص المفسر، فمن المنطقي اذن أن تسبقه في التطبيق[3].

[1] جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 25.
[2] ناجي زهرة، المرجع السابق، ص 20..
[3] علي البارودي، محمد السيد الفقي، المرجع نفسه، ص 36.

وعلى ذلك فإنّه يمكن ترتيب المصادر الرسمية للقانون التجاري على النحو التالي:1- النص التجاري الآمر، 2- العرف التجاري، 3- النص المدني الآمر، 4- العادات التجارية، 5- النصوص التجارية المفسرة فالنصوص المدنية المفسرة.

المطلب الثاني: المصادر التفسيرية

تتمثل المصادر التفسيرية للقانون التجاري في القضاء (فرع أول) والفقه (فرع ثان)، وهي مصادر استئناسيه غير الزامية، يرجع اليهما لقاضي لاستخلاص التفسير الملائم للقواعد القانونية الرسمية، سواء كانت تشريعية أو عرفية.

الفرع الأول: القضاء

لا يقصد بالقضاء كمصدر من مصادر القانون الهيئة المنوط بها الفصل في المنازعات والمتمثلة في المحاكم بمختلف درجاتها، بل مجموع المبادئ القانونية التي تستخلص من استقرار أحكام المحاكم على اتباعها والحكم بها، ولا خلاف حول اعتبار القضاء في الدول التي ينتسب نظامها القانوني للعائلة الانجلو أمريكية من أهم المصادر الرسمية للقانون لاستنادهم الى ما يعرف بـ "السابقة القضائية" التي تتمثل في أنّ الجهات القضائية المختصة بنظر النزاع تكون مجبرة على اعطاء هذا النزاع ذات الحل الذي أعطي في الماضي لنزاع مشابه له[1].

أمّا القضاء في الدول اللاتينية والعربية كالجزائر مثلا، فإنّه لا يعد من قبيل المصادر الملزمة بل مجرد مصدر تفسيري، بمعنى أنّ القاضي يتمتع بحرية كبيرة في اصدار أحكامه بمعزل عن الأحكام السابقة سواء التي أصدرها هو أو غيره من القضاة ولو في جهة قضائية أعلى، لأنّ مهمة القضاء في هذه الدول تنحصر في تطبيق القانون دون خلقه، لكنه مع ذلك نجد القاضي يستأنس عادة من حيث الفعل والواقع بما أصدره غيره من القضاة من أحكام لا سيما إن كانت من جهات قضائية أعلى درجة خشية الطعن في احكامه[2].

[1] محمد فريد العريني، محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص ص 31-32.
[2] فوزي محمد سامي، شـرح القانون التجاري (مصادر القانون التجاري، الاعمال التجارية، التاجر، المتجر، العقود التجارية، التجارة الالكترونية) الجزء الأول، دار الثقافة، عمان، الاردن، 2009، ص 31.

ومهما يكن من أمر فإنّ منزلة القضاء كبيرة في المواد التجارية، وذلك لنقص النصوص التشريعية أو لعجزها مسايرة التطور المستمر للحياة التجارية، وخير دليل على ذلك ما ابتدعه من أنظمة قانونية كنظرية الشركة الفعلية، والافلاس الواقعي[1].

الفرع الثاني: الفقه

يقصد بالفقه مجموع ما يستنبطه الفقهاء ويستخلصونه من أحكام قانونية، ولا يعد من المصادر الرسمية للقانون، بل هو مصدر تفسيري له، ولا ينتقص ذلك من مكانته، فمكانته ومهمته ما تزال عظيمة الأثر، اذ يوجه القاضي بتفسيره لأحكام القانون، كما يوجه المشرع بتنبيهه الى الفاسد من هذه الأحكام ليرفعه والى الناقص منها ليكمله[2].

[1] محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 33.
[2] نفس المرجع ونفس الموضع.