**المحاضرة الثالثة :**

**مصادر القانون التجاري**

للقانون التجاري كغيره من فروع القانون الخاص أربعة مصادر و هي : التشريع ، العرف ، القضاء و الفقه ، أما التشريع و العرف فهما من المصادر الرسمية المباشرة الملزمة أي ان القاضي ملزم بتطبيق القواعد المستمدة منها على المنازعات المعروضة أمامه ، و أما القضاء و الفقه فهما من قبيل المصادر التفسيرية أي أن القاضي حر في الرجوع إليهما و الاستئناس بهما لاستخلاص الحكم الواجب التطبيق على النزاع المطروح أمامه.

**المطلب الأول**

**التشريع**

هو المصدر الأساسي للقانون التجاري ، و يقصد بالتشريع كافة القوانين التي تصدرها الدولة بما فيها الدستور الذي يحتل المرتبة الأولى ، و المصدر التشريعي في المواد التجارية هو القانون التجاري الجزائري الصادر بأمر رقم 75- 59 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 ه الموافق 26 سبتمبر 1975 م و القانون التجاري هو عبارة عن نصوص مدونة تعالج مختلف موضوعات الحياة التجارية ، و لا يعتبر التشريع التجاري المصدر الوحيد للقانون التجاري ، بل يشمل إضافة على ذلك القانون المدني و القوانين الملحقة بالقانون التجاري باعتبار ان القانون المدني يشمل الشريعة العامة لكافة فروع القانون الخاص بما فيه القانون التجاري الذي ما هو الا فرع من هذه الفروع ، و لذا يتعين على القاضي في حالة ما اذا وقع نزاع بين شخصين الرجوع الى احكامه كلما لم يجد في القانون التجاري او في العرف التجاري قاعدة تجارية تنطبق احكامها على موضوع النزاع المطروح امامه ، و هذا ما نصت عليه المادة الاولى مكرر من القانون التجاري بقولها " يسري القانون التجاري على العلاقات بين التجار ، و في حالة عدم وجود نص فيه يطبق القانون المدني و اعراف المهنة عند الاقتضاء " و في حالة ما إذا وقع نزاع بين القانونين حول مسالة تجارية ما وجب تطبيق القانون التجاري باعتباره قانون خاص بالمعاملات التجارية ، بينما القانون المدني ما هو إلا شريعة عامة ، و قد صدر القانون المدني الجزائري في ذات التاريخ لصدور القانون التجاري مع العلم ان التشريع التجاري الجزائري نقلت أحكامه من القانون التجاري الفرنسي الصادر عام 1807 و عن القوانين التجارية اللاحقة ، كما أن المشرع الجزائري تأثر في كثير من الأحيان إلى أخر ما توصل أليه القضاء و الفقه الفرنسي ، كما يشمل التشريع التجاري الجزائري نصوص المعاهدات الدولية في مجال التجارة و المصادق عليها من قبل السلطات الجزائرية ، فتصبح بالتالي جزء من التشريع الداخلي . وقد قسم القانون التجاري الجزائري الى خمسة كتب :[[1]](#footnote-2)

الكتاب الأول : و يبحث في التجارة على وجه العموم ، و قد قسم هذا الكتاب بدوره إلى أربعة أبواب :

1- التجار

2- الدفاتر التجارية

3- السجل التجاري

4- العقود التجارية

الكتاب الثاني : المحل التجاري و قد قسم إلى بابين :

1- بيع المحل التجاري و رهنه الحيازي

2- الأيجارات التجارية

الكتاب الثالث : يبحث في الإفلاس و التسوية القضائية و رد الاعتبار و التفليس و ما عداه من جرائم الإفلاس ، و قسم هذا الكتاب إلى بابين :

1- في الإفلاس و التسوية القضائية .

2- رد الاعتبار التجاري .

الكتاب الرابع : و يبحث في السندات التجارية و قسم إلى ثلاثة أبواب ، الباب الأول خاص بالسفتجة و السند لأمر ، الباب الثاني خاص بالشيك و الباب الثالث بسند الخزن و سند النقل و عقد تحويل الفاتورة .

الكتاب الخامس و الأخير : فهو خاص بالشركات التجارية ، و يحتوي على فصل تمهيدي خاص بالأحكام العامة و باب أول في قواعد سير مختلف الشركات التجارية و باب ثاني خاص بالأحكام الجزائية في مواد الشركات التجارية .

يضاف إلى هذا النص القانوني كل نص قانوني ذوعلاقة بالحياة التجارية كالقانون 04/08 المتعلق بشروط ممارسة العمل التجاري و النصوص المعدلة له .

و كذلك النصوص المتعلقة بالسجل التجاري والتجارة الإلكترونية كلها تكون لنا ما يعرف بالقانون التجاري .

**المطلب الثاني**

**العرف و العادات التجارية**

ان العرف مصدر هام من مصادر القانون التجاري و ياتي في المرتبة الثانية بعد التشريع للدور الرئيسي الذي يلعبه في الحياة التجارية ، ذلك أن الأغلبية العظمى من قواعد القانون التجاري هي عبارة عن اعراف تجارية تعارف عليها التجار منذ القدم قبل أن تصبح نصوص قانونية مدونة ، و لازال العرف يلعب دورا هاما في تكوين القانون التجاري لا و بل نجد أن بعض الانظمة التجارية كالبيع البحري باختلاف انواعه ، لازالت تحكمها قواعد عرفية بحتة لا نصوص قانونية مدونة مكتوبة .[[2]](#footnote-3)

رغم أنه تم تقنين القانون التجارى إلا أن العرف التجارى ما زال له دوراً هاماً فى الحياة التجارية، حيث يقوم بسداد وجه النقص فـى التـشريع التجارى حيث له دوراً مكملاً، كما أن له دوراً مفسراً أيضاً لأحكام القـانون التجارى.[[3]](#footnote-4)

فالعرف يأتي في المرحلة الثانية لأنه يعتبر قانون غير مدون ويجب على القاض أن يلجأ إليه لحل النزاعات المعروضة عليه، وبالرغم من أن القانون التجاري قانون مقنن هذا مع العلم أن قواعد القانون التجاري هي في الأصل قواعد عرفية و عادات اتفاقية تم تقنينهاوالقواعد العرفية التجارية هي قواعد قانونية ملزمة مثل القواعد التشريعية كل ما في الأمر أنها استخرجت تلقائيا من الوسط التجاري ومع مرور الوقت وتكرار العمل بها أصبحت راسخة في أذهان التجار بأنها ضرورية التطبيق ويجب الخضوع لها واحترامها فاكتسبت بذلك قوتها الإلزاميةمن خلال نص المادة التي أضيفت بالأمر رقم ، 27-96 وبعدما كانت تطبق في الماضي أحكام نص المادة الأولى من القانون المدني، فإننا نلا حظ أن المشر ع التجاري أرجع للعرف التجاري مكانه الصحيح الذي و هو ما يتوافق مع متطلبات الحياة التجارية. فالعرف التجاري يعد مصدرا رسميا وفق المادة الأولى مكرر يأتي بعد النصوص القانونية التجارية فقد يقع التعارض بين العرف التجاري والتشريع التجاري الآمر أو المكمل (المفسر)، وقد يقع التعارض بين العرف التجاري والنص المدني الآمر أو المفسر، كما قد يقع في
العرف التجاري في حد ذاته، ولذلك يثور التساؤل عن الأولوية في التطبيق فيما يتعلق بتعارض العرف التجاري مع النص التجاري الآمر حيث يجمع الفقه على أنه لا يجوز مخالفة عرف تجاري لنص تجاري آمر لأنها قاعدة آمرة تمس المصلحة العامة والنظام العام، وبالتالي لا يجوز مخالفتها، أما إذا تعارض العرف التجاري مع نص تجاري مفسر، فيقدم العرف التجاري لأن النص التجاري المفسر يجوز الاتفاق على خلافه لعدم
تعلقه بالنظام العام والآداب.[[4]](#footnote-5)

 هذا و يجب التفرقة بين العرف و العادات التجارية ، فالعادة التجارية هي احكام يتبعها التجار في معاملاتهم التجارية دون ان يتوفر لديهم الاعتقاد بالزاميتها و ضرورة احترام احكامها ، فهي اتفاق ضمني على حلول معينة خاصة بجهة او مكان او سوق معين يحق للمتعاقدين الخروج عنها بنص صريح في العقد ولذلك سميت بالعادة الاتفاقية ، سبب عدم الزامية العادة التجارية هو كونها تتوفر على الركن المادي دون الركن المعنوي و هذا ما لا يمنحها القوة الالزامية ، ويترتب على ذلك ان العادة الاتفاقية لا تطبق من قبل القاضي الا اذا تمسك بها الخصم ، لأنه لا يفترض في القاضي العلم بها وعلى من يتمسك بها أن يقيم الدليل على وجودها بكافة طرق الاثبات ، وكمثال عن العادات الاتفاقية ، اتفاق شخصان عن انقاض ثمن البضاعة بدلا من فسخ العقد في حالة ما اذا تبين ان البضاعة المسلمة اقل جودة من الصنف المتفق عليه ، فالعادة ليست إذن مصدر القانون التجاري بالمعنى الصحيح إلا إذا ما تعلق الأمر بعادة تجارية اقرها المشرع فأصبحت نصوصا تشريعية مدونة ، هذا وتنقلب العادة التجارية الى عرف تجاري إذا ما استقر التعامل بها ، بحيث تصبح اكثر من اتفاق ضمني على امر معين وبالنسبة لعلاقة معينة ، فالعرف التجاري هو قاعدة درج عليها التجار عن طريق تكرار سلوك في مسألة معينة لفترة طويلة من الزمن مع اعتقادهم بالزاميتها ، والعرف مصدر اساسي يطبقه القاضي بحيث يجب ان يلجأ اليه مباشرة عند افتقاد النص في التشريع التجاري ، ومن خصائص العرف التجاري هو افتراض علم القاضي به دون أن يكلف الخصم باثباته ، ولتكوين العرف لابد من توافر عنصرين:العنصر المادي : و يتمثل في وجود عادة عامة قديمة ثابتة لا تخالف قواعد النظام العام والاداب ، وعنصر معنوي : وهو الذي يميز قواعد العرف عن قواعد العادات الاتفاقية ويتمثل في شعور الجماعة بأن حكم العادة قد اصبح ملزما كحكم التشريع فتنقلب العادة الى عرف ولما كان العرف التجاري كالتشريع التجاري من حيث قوة الالزام فانه يفترض علم القاضي به ، ولا يكلف الخصم باثبات وجوده وله في سبيل اقامة هذا الدليل ان يسلك كافة طرق الاثبات لتعلق الامر بمواد تجارية ، ويتم عادة هذا الاثبات عن طريق استخراج شهادات من العرف او المؤسسات التجارية او من قنصليات الدولة في الخارج .[[5]](#footnote-6)

**المطلب الثالث**

**القضاء**

بخلاف التشريع والعرف يعتبر القضاء و الفقه من المصادر التفسيرية للقانون التجاري .والمقصود بالقضاء هو مجموع المبادئ القانونية التي تستخلص من استقرار احكام المحاكم واعتياد اتباعها والحكم بها ، ويستأنس به القاضي للفصل فيما يعرض عليه في المنازعات . ويعتبر القضاء في البلاد الأنجلوسكسونية مصدرا رسميا للقانون كالتشريع لانه يعترف له في خلق القواعد القانونية عن طريق ما يسمى بالسابقة القضائية الملزمة ومؤداه انه اذا اصدرت محكمة اعلى درجة حكما فاصلا في مسألة متنازع عليها يتعين على المحكمة الدنيا أن تأخذ بهذا الحل في القضايا المماثلة المعروضة عليها و بالتالي فلا يحق بعد ذلك مخالفة هذه القاعدة القانونية او الامتناع عن تطبيقها في نزاع مماثل ، لأنها تعتبر سابقة قضائية ملزمة ، كما انه يجب على المحاكم العليا ان تتقيد بالاحكام التي سبق لها ان انطقت بها .

اما القضاء في الدول اللاتينية والعربية ومنها الجزائر فانه ليس بمصدر ملزم ، بل هو مصدر تفسيري بمعنى ان القاضي يتمتع بكامل الحرية في اصدار احكامه فهو غير ملزم بالاحكام التي سبق له ان اصدرها ، و لا يكون ملزما حتى باتباع قضاء المحاكم الاعلى منه درجة لان مهمة القضاء في هذه الدول هو تطبيق القانون وليس خلق القانون ، و لكنه مع هذا يستأنس عادة من حيث الفعل والواقع بما اصدره غيره من القضاة من احكام لا سيما اذا ما كانت من قضاء اعلى خشية الطعن في احكامه ، فاذا تعلق الامر بقضاء صادر من المحكمة العليا فان له من حيث الفعل والواقع ذات سلطان النص التشريعي وبالرغم من ان القضاء في النظرية اللاتينية و التي اخذت بها البلدان العربية دور تفسيري فحسب الا انه يلعب دور مهما في الحياة التجارية كمصدر للقانون التجاري كما لهذا القانون من صفة حيوية حركية ، اذ انه يتغير و يتطور بتغير متطلبات الحياة التجارية والاقتصادية المتجددة الأمر الذي يفسر لنا المكانة الكبيرة التي يحتلها القضاء في المواد التجارية ومن امثلة ذلك أن القضاء هو الذي ابتدع نظرية المنافسة غير المشروعة ونظريات الشركات الفعلية و نظرية الافلاس .

فالقاضى هو الذى يقوم بتطبيق قواعد القانون التجارى وتفسيرها فى ضوء العقود والالتزامات والاتفاقات التى تبرم فى مجال البيئـة التجاريـة، فيستطيع أن يضع يده على العيوب التى تـشوب الـنص، كمـا أن القـضاء التجارى يلعب دوراً هاماً فى تحديد العادات والأعراف المتبعة فـى مجـال المعاملات التجارية.

**المطلب الرابع**

**الفقه**

يعتبر الفقه وأراء شراح القانون التجارى من المصادر غير الإلزامية للقانون التجارى، حيث يجوز للقاضـى الاسترشـاد بهـذه الآراء أو شـرح نصوص القانون التجارى، ولكنه غير ملزم بإتباع رأى معين، ومما لا شـك فيه أن المؤلفات القانونية والأبحاث والتعليق على الأحكام لها دور هام فـى فهم أحكام القانون التجارى خاصة عندما يصدر تشريع جديد٠

و يمكن تعريفه بأنه" مجموع اراء الفقهاء من اساتذة قانون وقضاة ومحامين وغيرهم ممن يجتهد ويكتب في مؤلفاتهم القانونية العلمية" . ومع هذا يبقى الفقه مثله مثل القضاء من المصادر التفسيرية للقانون التجاري ، يستأنس به القاضي عند الفصل في النزاعات المطروحة امامه وفي تفسير القواعد القانونية وتكملة نقص المصادر الرسمية للقانون التجاري . وللفقه دور هام في التأثير على الاتجاه العام للقضاء بل في كثير من الاحيان يساهم الفقه فى تفسير القواعد التشريعية وبيان عيوبهـا، كمـا أن الفقه يلعب دوراً بارزاً فى إثبات القاعدة العرفية حيث يقـوم بتفـسير تلـك القواعد وتأصيلها وصياغتها حتى تقدم إلى المشرع فى صورة اقتراحـات أو مشروعات قوانين٠

1. ـ عمار عمورة ، المرجع السابق ، ص [↑](#footnote-ref-2)
2. ـ عمار عمورة ، المرجع السابق ، [↑](#footnote-ref-3)
3. ـ عصام حنفي محمود ، المرجع السابق ، ص 20 . [↑](#footnote-ref-4)
4. ـ منصور داود ، العقون ساعد ، المرجع السابق ، ص ص 518 . [↑](#footnote-ref-5)
5. ـ عمار عمورة ، المرجع السابق ، [↑](#footnote-ref-6)