المبحث الأول

المصادر الرسمية وتتمثل في

1) التشريع

ويعود التشريع إلى القانون الصادر برقم 75 ــ 59 بتاريخ 26/ 1975/09 والمعدل المرسوم التشريعي رقم 93 ــ 08 مؤرخ في 3 ذي العدة عام 1413 الموافق لــ 25 أفريل 1993 يعدل ويتمم الأمر رقم 75 ــ 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري والمعدل أيضا بالأمر رقم 27/96 المؤرخ في 28 رجب عام 1417 الموافق لــ 9 ديسمبر سنة 1996 و إذا كان التشريع الجزائري جاء مستمدا معظم أحكامه من القانون الفرنسي، فإنه حاول أن يساير كل تطور وصل إليه الفقه الحديث مراعيا بذلك ظروف البيئة التي يعيش فيها التجار الجزائريون، وأبرز مثال على ذلك أن حاول محاربة الربا عن طريق تحريم الفوائد، بين الخواص، كما أنه أخذ بالنظريتين المادية والشخصية بقصد تحقيق المساواة بين مختلف فئات المجتمع ومنع قيام أي تميز بينهما على أسس واهية.

ولا يعتبر التقنين التجاري هو المصدر الوحيد لحكم العلاقات التجارية، بل يعتبر التنين المدني هو الآخر كمصدر بحكم هذه العلاقات بحالة انعدام النص في القانون التجاري، ذلك بأن القانون المدني يشتمل على المبادئ أو القواعد العامة التي يجب الرجوع اليها عند انعدام النص في علاقات القانون الخاص، وبجانب هذه التقنينات توجد تقنينات أخرى، كالتقنين المتعلق بالسجل التجاري، وبراءات الاختراع والعلامات التجارية الخ...

www.sonofalgeria.blogspot.com

2 ـ العـرف:

لقد جاء أمر رقم 96-27 المؤرخ في 28 رجب عام 1417 الموافق لـ 9 ديسمبر سنة 1996 والمتضمن تعديلا للقانون التجاري في مادته الأولى مكرر بما يلي: " يسري القانون التجاري على العلاقات بين التجار، وفي حالة عدم وجود نص فيه يطبق القانون المدني وأعراف المهنة عند الاقتضاء.

يتضح لنا جليا أن هذا النص قد زعزع مكانة الشريعة الإسلامية إذ جعل عرف المهنة، التجارية يتقدمها لحكم علاقات التجار بعد ما كانت في المادة الأولى من القانون المدني الجزائري تأتي في الدرجة الثانية لحكم علاقات الأفراد؛ وبما أننا في مجال القانون التجاري وهو مجال خاص يقتضي الأمر منا تطبيق المبدأ القائل: الخاص يقيد العام.

لذا، فلا بد من الرجوع إلى الأحكام التي يقتضيها التشريع التجاري وتطبيق أحكامه أولا على العـلاقات التي تتم بين التجار.

فإذا لم نجد فيه نصا، علينا بالرجوع الى أحكام القانون المدني والعرف الذي وضعهما المشرع كما يبدو من ظاهر النص في درجة واحدة.

والعرف هو عبارة عن تلك القواعد التي تنشأ من اعتياد الناس على عادات يتوارثونها جيلا عن جيل لها جزاء قانوني كالقانون المسنون سواء بسواء .

والعرف كمصدر رسمي للقانون التجاري، هو المصدر الذي يستمد منه القاضي القواعد الواجبة التطبيق للفصل في الخصومات إذا لم يأت التشريع بحكم لها، ولا تتوقف حدود العرف عند المعاملات التجارية فحسب، بل تشمل كل المعاملات القانونية الأخرى سواء كانت ضمن القانون الخاص أو العام[1] . ويتكـون العرف على مرحلتين: المرحلـة

1. محمد حسن عباس – المرجع السابق – ص 54 – وانظر أيضا علي حسن يونس المرجع السابق ص 37.

http://www.sonofalgeria.blogspot.com/

يبدأ كعادة ثم يتحول إلى قاعدة قانونية عرفية، في المرحلة الأولى يبدأ كعادة، ثم في مرحلة ثانية يتحول الى قاعدة قانونية عرفية نظرا لاعتقاد الناس بالزاميتها، ولا يوجد فاصل بين المرحلتين بل تتداخلان لأن العادة تصبح عرفا متى اشتملت على عنصر الإلزام الذي يميز العرف عن العادة، ومن أمثلة العرف التجاري، افتراض التضامن بين المدينين بدين تجاري إذا تعددوا. وهذا خلافا للقاعدة المدنية التي تقضي بأن التضامن لا يفترض، وأعذار المدين في المسائل التجارية بأي طريق أو شكل بدلا من أعذاره بالشكل الرسمي، وتخفيض الثمن بدلا من الفسخ عند تأخر البائع عن تسليم المبيع أو في حالة تسليم بضاعة من صنف أقل جودة من الصنف المتفق عليه ...الخ[1] .

وعلى الرغم من عجز العرف عن الاحتفاظ بمكانته السابقة بحيث أصبح يأتي في درجة أدنى من درجة التشريع، فإن هذا الأخير ليس كافيا بحيث يستطيع تلبية حاجات التجارة العصرية التي هي دائما في تطور مستمر2 لذا فهناك عدد من العمليات التجارية الهامة لازال يحكمها العرف كالبيوع البحرية والشيكات والحسابات الجارية والاعتمادات المستندية، بل تعاضمت أهمية العرف التجاري في بلد كإنجلترا إلى درجة أن المحاكم اضطرت إلى تطبيقه رغم عدم الشروط اللازمة لاعتماده من قواعد الشريعة العامة THE COMMUN LAW[3]

1- أحمد محرز المرجع السابق – ص 37 .

Ripert

2- المرجع السابق – ص 22 و 23 .

3- محمد فريد العريني المرجع السابق ص 75 وانظر أيضا أكثم أمين الخولي المرجع السابق ص 57 .

و العرف مهما بلغت مكانته لا يستطيع أن يخالف النصوص التجارية الآمرة، فإذا خالفها وجب استبعاده، كما أنه يختلف عن العادة التجارية L'usage commercial فهذه الأخيرة تعتمد أساسا في إلزامها على رضا المتعاقدين رضاءًا صريحا أو ضمنيا .

إذن فالعادة تستمد قوتها الملزمة عن عنصر خارجي عنها وهو إرادة المتعاقدين لهذا تسمى بالعادة الاتفاقية L'usage conventionnel[1]، وهي اعتياد الأفراد على إدراج شروط معينة في تعهداتهم التجارية بحيث تصبح هذه الشروط ضمنية في مثل هذه التعهدات دون النص عليها صراحة، ولكن إذا اتضح أن أطراف التعاقد على غير علم بهذه الشروط (أي العادة الاتفاقية) فإن هذه الأخيرة لا تطبق، كما لا يفترض علم القاضي بها إلا إذا تمسك بها الأطراف لأنها تعد مجرد واقعة مادية [2] .

وقد تنقلب العادة إلى عرف تجاري إذا ما درج الناس على إتباعها وشعروا بأنها أصبحت تتمتع بقوة إلزامية .

هذا و يختلف العرف عن العادة الاتفاقية في أن تطبيق قواعده يأخذ حكم تطبيق القانون، وبالتالي تخضع رقابته لمحكمة النقض على خلاف العادة الاتفاقية التي يعتبر تطبيقها من المسائل الموضوعية التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض، فضلا عن أن للقاضي أن يحكم بما يقضي به العرف من تلقاء نفسه إذا كان له به علم على خلاف العادة الاتفاقية التي لا يقضي بها إلا إذا اتجهت نية الأطراف إلى تطبيقها[3]

1- سميحة القليوبي المرجع السابق ـ ص 34
2- محمد فريد العريني المرجع السابق ـ ص 32
3- سميحة القليوبي المرجع السابق ـ ص 34 و 35 .

3 ــ الشريعة الإسلامية:

تعد الشريعة الإسلامية المصدر الثاني لحكم علاقات الأفراد في المجتمع الجزائري وتمثل هذه الشريعة الإرادة. الإلاهية (1) كما وردت في القرآن الكريم وفي سنة رسول الله ﷺ سواء كانت تقريرية أو فعلية، أو قولية، فالسنة تعبير عن الإرادة الإلاهية وقد جاءت لتكمل الأحكام الواردة في الكتاب. فهي التي فصلت ما أجمل منها وهي التي خصصت ما أطلق من نصوصه، وهي التي وضعت لنا القواعد فيما لم يرد فيه نص قرآني جانب طريق القياس والاجتهاد والنظر.

المبحث الثاني :
المصادر التفسيرية

لاتقتصر مصادر القانون التجاري على المصادر الرسمية فحسب، بل هناك ايضا المصادر التفسيرية ويقصد بها المصادر التي يتمتع القاضي ازاءها بسلطة اختيارية ان شاء رجع اليها للبحث عن حل النزاع المطروح أمامه دون أن يلزم باتباعها فهي اذن عبارة عن مصادر اختيارية يستأنس بها القاضي لايجاد الحلول وتتمثل هذه في :-

المطلب الأول ـ القضاء:

ولايقصد بالقضاء الهيئة المنوط بها الفصل في المنازعات والمتمثلة في المحاكم Les Juridictions ، وإنما هو مجموع المبادىء القانونية التي تستخلص من استقرار احكام المحاكم على اتباعها والحكم بها.

ويحتل القضاء في الدول الانجلوامريكية مركزاً هاماً اذ يعد بمثابة المصدر الرسمي كالتشريع، اذ يستمد النظام في هذه الدول الى فكرة السابقة القضائية ومفادها أن الجهات القضائية تلتزم بنفس الحكم السابق في نزاع مشابه له، الأمر الذي يحتم على كل محكمة أن تتقيد بأحكام المحاكم الأعلى منها درجة، وتتقيد هذه الاخيرة بما سبق أن اصدرته هي نفسها من أحكام، مما يجعل للحكم القضائي قوة الزام في العمل فيما يطبق أو ينشيء من قاعدة قانونية، فلا يجوز من بعد مخالفة هذه القاعدة القانونية أو الامتناع عن تطبيقها في نزاع مماثل، أما في الدول اللاتينية كفرنسا مثلا والدول التي تتبع منهجها كمصر والجزائر، فإن القضاء فيها يعتبر مجرد مصدر تفسيري، بحيث يكون للقاضي الاستئناس بالاحكام السابقة حتى يستخلص القاعدة القانونية التي

يطبقها على النزاع المطروح امامه، ويرجع الفضل للقضاء في استخلاص عدة قواعد تجارية كالقراعد الخاصة بعمليات البنوك، ونظرية الشركة الفعلية. ونظرية الاعمال التجارية بالتبعية التي توسع فيها القضاء والافلاس الفعلي الخ...

واذا كان مركز القضاء في الدول اللاتينية مركزاً استثناسيا، فإن مرتبته لاتقل عن مرتبة القانون، إذ كما يقول الاستاذ PLANIOL" القضاء هو الشكل الحي للقانون" بمعنى ان القانون يستمد حياته وحيويته المتجددة من القضاء بتطبيقه وتفسيره على نحو يجعله يتماشى مع الواقع الذي يخضعه لاحكامه.

المطلب الثاني - الفقـــه:

يقصد بالفقه اراء الفقهاء والنظريات التي استخلصوها من القواعد القانونية عند تفسيرها لها، غير أن الفقه لايعتبر مصدراً رسمياً للقانون التجاري بل مصدر تفسير له، وقد ساعد الفقه على تطوير القانون التجاري عن طريق نقد الحلول القانونية والقضائية وابراز المزايا التي تتميز بها، واظهار النقائص والعيوب فهو اذن يوجه بذلك القضاء والتشريع.