

المحاضرة الثانية

الفصل الثاني: الخصائص المميزة للقانون التجاري و مصادره

أمام النقلة النوعية التي عرفها القانون التجاري في بناء أسسه ومبادئه، و أمام الوضع الراهن الذي تطلب صدور مجموعة من القوانين التجارية المتكاملة فيما بينها لتنظيم مجال التجارة و الأعمال، استطاع آنذاك هذا القانون بناء قواعد قانونية تنظم الأعمال التجارية و تحدد بذلك الأشخاص المنتسبين للمجال التجاري، بعيدا عن الصفات التي يتسم بها القانون المدني.

و لأجل ذلك فإن القانون التجاري استطاع على مر الزمن و بعد تلك المراحل التي خاضها، أن يتميز بمجموعة من الخصائص بما يتلاءم مع طبيعة المعاملات التجارية التي تقوم على مبدأ السرعة و الائتمان باعتبارهما أهم الصفات المميزة لهذا القانون مقارنة مع نظيره القانون المدني، هذا من جهة أولى. و من جهة ثانية، استطاع هذا القانون من تكوين رصيد وافر من المصادر التي يستند إليها في تحديد طبيعة قاعدة قانونية معينة و مدى انتسابها لقواعد القانون التجاري أو المدني سواء على مستوى الداخلي أو الدولي.

و لذلك ارتأينا أن نقف بداية عند خصائص القانون التجاري (المبحث الأول)، على أن نقف بعد ذلك عند مصادر القانون التجاري (في المبحث الثاني).

المبحث الأول: خصائص القانون التجاري

تختلف بيئة المعاملات التجارية عن بيئة المعاملات المدنية، لذلك نجد أن هناك مجموعة من القواعد المتعلقة بالمعاملات التجارية نظمتها مدونة التجارة، هذه القواعد أو الأحكام الخاصة بالمعاملات التجارية -بالإضافة إلى مقومات العمل التجاري كما سنرى- هي ما يضيفي على القانون التجاري استقلالته عن الأحكام الواردة في القانون المدني، و من ثم تتجلى هذه الخصائص فيما يلي:

المطلب الأول: السرعة في المعاملات التجارية

اعتبارا من أن طبيعة المعاملات التجارية تتميز بالمرونة خدمة لمصالح التجار و لتحريك العجلة التجارية، و لأن المعاملات التجارية حاضرة في حياتنا اليومية، و لأن التاجر يرتبط بأكثر من التزام و يجازف لتحقيق الربح خوفا من ضياع الفرصة، خاصة و أن بعض الأعمال التجارية قد يكون محلها سلع و بضائع معرضة للتلف إذا لم تتم على سبيل السرعة، على عكس طبيعة المعاملات المدنية التي تتميز بالبطء لتحقيق الثبات و الاستقرار في مختلف الحقوق و الالتزامات المدنية، فإن عامل السرعة جعل التجار في الوقت الحاضر يعتمدون على وسائل الاتصال الحديثة في إبرام الصفقات و العقود عن طريق الفاكس أو البريد الإلكتروني و غيرها من هذه الوسائل على اعتبار أن التاجر لا يمكن له في كل معاملة تجارية إبرام عقد كتابي أو التنقل من بلد لآخر من أجل إبرام معاملة تجارية، و عامل السرعة الذي يفترض المرونة في المعاملات التجارية يتجلى من خلال مجموعة من التطبيقات أو القواعد التي تميز المجال التجاري عن غيره من المجالات الأخرى منها حرية الإثبات مبدأ التضمن و غيرها من القواعد التي تعكس و تكرس سلاسة تعامل المشرع المغربي مع المعاملات التجارية هذا من جهة.

الدكتورة نهال اللواح – مادة القانون التجاري – السداسي الثاني –كلية الحقوق بطنجة

و من جهة أخرى، فإن عامل السرعة له أهمية كبيرة على مستوى المعاملات التجارية الدولية بين الأطراف، إذ عملت جل التشريعات على توحيد قواعدها القانونية المتعلقة بالمعاملات التجارية بما يسهل سبل هذا التعامل بشكل سريع وفعال و دون تعقيد في الإجراءات و إيجاد الحلول الممكنة لحل المنازعات التجارية الدولية ، لذلك فإن المغرب عقد مجموعة من الاتفاقيات لأجل ذلك، شكلت فيما بعد أهم مصادر القانون التجاري لحل نزاع تجاري على المستوى الدولي سواء تلك المتعلقة بالاستيراد و التصدير أو نقل البضائع جوا أو برا أو بحرا و غيرها من الاتفاقيات التي سنقف على البعض منها لاحقا .

المطلب الثاني: الائتمان (Le crédit) في المعاملات التجارية

لعله أهم ما يقوم عليه القانون التجاري، هي الثقة في المعاملات التجارية.

و يقصد بمدلول الائتمان، تقديم مال معين من طرف دائن لشخص آخر يصبح لدينا له على أساس استرداده بعد مضي مدة محددة متفق عليها فيما بينهما. أو بمعنى آخر، هو التنازل عن مال حاضر مقابل مال مستقبلي.

و حاجة التاجر للائتمان ترجع لعدم توفره في الحال على السيولة الكافية لشراء بضاعة و إعادة بيعها أو لأجل قيامه باستثمار معين، فأصبح هذا الشكل من التعامل دارجا بين التجار أساسه الثقة و حسن النية في التعامل، فغالبا ما تعقد المعاملات التجارية لأجل معين. فالبنك مثلا يقرض الأموال سواء للتاجر أو لغير التاجر على أن تسدد في أجل معين. و تاجر الجملة يبيع لتاجر التقسيط على أن يسدد الثمن بأجل. و المصنع يبيع منتوجه للموزع على أن يسدد لاحقا فيكون كل واحد منهم دائنا و مدينا في نفس الوقت عن طريق استعمال وسائل الائتمان المتداولة كالكمبيالة و السند لأمر .

و من ثم فإن أطراف العلاقة التجارية هم دائما في حاجة للائتمان لمزاولة نشاطهم التجاري و دائما في حلقة دائنية، لذلك فإن أي إخلال من أحد التجار بالتزاماته ستؤثر سلبا على مصالح و حقوق الآخرين و بالتالي سيؤثر على الحركة الاقتصادية.¹

المطلب الثالث: مبدأ التضامن بين المدينين في المعاملات التجارية

من أهم الضمانات القانونية التي أحدثها المشرع المغربي في المعاملات التجارية ، أنه جعل التضامن بين المدينين مفترضا في المعاملات التجارية عند تعددهم و ذلك دون الحاجة لاتفاق مسبق، إذ لا يمكن تصور إبرام معاملة تجارية دون أن يشترط الدائن كفيلا أو مدينا متضامنا حتى يتقوى الضمان في تنفيذ الالتزامات التجارية و تشجيع الثقة بين التجار، بحيث يكون من حق الدائن الرجوع على أي من المدينين له عند حلول أجل الوفاء بالدين للمطالبة باستيفاء دينه، دون السماح لأي منهم (المدينين) بالتمسك بتجزئة هذا الدين. و بمجرد استيفاء الدائن حقه من أحدهم تبرأ ذمة سائر المدينين في مواجهة الدائن.²

فبخلاف التضامن بين المدينين في المسائل المدنية الذي لا يفترض، و إنما يجب أن ينتج صراحة عن السند المنشئ للالتزام أو من القانون أو من طبيعة المعاملة التي تقتضي ذلك و هي قاعدة ثابتة في

¹ فؤاد معلال: شرح القانون التجاري المغربي الجديد، الجزء الأول، م.س، ص 15.

² زيد قدرى الترجمان: علاقة المدينين المتضامنين بالدائن في التضامن السلبي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية بالرباط، السنة الجامعية 1978-1979، ص 8.

القانون المدني، طبقاً للفصل 164 من ق ل ع الذي نص على ما يلي: "التضامن بين المدينين لا يفترض، و يلزم أن ينتج صراحة عن السند المنشئ للالتزام أو من القانون، أو أن يكون النتيجة الحتمية لطبيعة المعاملة"، فإن التضامن بين المدينين في الالتزامات التجارية مفترض طبقاً للمادة 335 من مدونة التجارة التي جاء فيها "يفترض التضامن في الالتزامات التجارية"، و الفصل 165 من ق ل ع هذا الأخير الذي يحدد العلاقة بين المدينين المتضامنين و الدائن الذي نص على ما يلي: " يثبت التضامن بين المدينين إذا كان كل منهم ملتزماً شخصياً بالدين بتمامه و عندئذ يحق للدائن أن يجبر أياً منهم على أداء هذا الدين كله أو بعضه لكن لا يحق له أن يستوفيه إلا مرة واحدة".

فالغاية من هذا التضامن هو ضمان حقوق الدائن فيما لو طرأت لأحد المدينين صعوبة مالية. و إذا قام أحدهم بالأداء (أحد المدينين)، كان له الحق في الرجوع على الباقيين و مطالبتهم بالدين كل بقدر حصته.³

و هذا المبدأ يطبق على سائر المعاملات و الالتزامات التجارية، كتضامن الموقعين على الأوراق التجارية مثلاً تجاه الحامل لهذه الورقة و هو ما يسمى بالضمان الصرفي.⁴

المطلب الرابع: التشدد في منح مهلة للوفاء بدين تجاري

على خلاف ما هو معمول به في المعاملات المدنية، فإنه باعتبار أن المعاملات التجارية تقوم على السرعة و الائتمان حماية لمصالح الأطراف من إلحاق الضرر بهم، فإن المشرع في القانون التجاري رتب جزاءات صارمة على كل من تخلف عن تسديد ديونه دون السماح له بالاستفادة من قاعدة التيسير المعمول بها في الالتزامات المدنية عند عسر المدين و إعطائه مهلة للوفاء أو ما يسمى بـ "نظرية الميسرة"⁵، فإذا كان وفقاً لهذا النظرية في المعاملات المدنية أنه يجوز للقاضي في الديون المدنية أن يمنح للمدين أجلاً معتدلاً للوفاء مراعاة لمركزه شريطة استعمال هذه السلطة في أضيق الحدود، فإنه و على العكس من ذلك فإن المشرع في المعاملات التجارية لم يسمح بإعطاء المدين المعسر أي إمهال قانوني أو قضائي للوفاء بدينه، بل رتب عن ذلك الزيادة في سعر الفائدة القانونية عند تأخره عن سداد ديونه في الأجل المحددة، و إقرار نظام صعوبات المقاوله كما أشرنا سابقاً، نظراً للدور الكبير الذي تحتله المقاوله في التنمية الاقتصادية، و هو نظام يطبق على كل تاجر و كل شركة تجارية غير قادرين على سداد ديونهم المستحقة عند حلول الأجل التي قد يصل فيها المدين إلى حد منعه من إدارة أمواله و التصرف فيها و التنفيذ عليها و تصفية مقاولته متى وصل عجزه إلى حد التوقف عن دفع ديونه نظراً لارتباط قانون صعوبات المقاوله بمفهوم النظام العام الاقتصادي.⁶

³ انظر في هذا المعنى فريدة اليوموري: القانون التجاري: الأعمال التجارية و التاجر، م. س، ص 38 و ما بعدها.

⁴ هنا نميز بين التضامن بين الشركاء في شركة التضامن، و شركة التوصية البسيطة و شركة التوصية بالأسم، بالإضافة إلى شركة ذات المسؤولية المحدودة و شركة المحاصة و هي كلها خاضعة لقانون الشركات رقم 5.96، و التضامن في شركة المساهمة طبقاً لقانون شركة المساهمة رقم 17.95. انظر بتفصيل عبد الرحيم بحار: القضاء التجاري و المنازعات التجارية، دراسة تأصيلية و معززة بأحدث الاجتهادات القضائية الصادرة في المادة التجارية، تقديم الدكتور عز الدين بنستي، الطبعة الأولى 2014، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، ص 17 هامش رقم 16.

⁵ طبقاً للفصل 243 من قانون الالتزامات و العقود الذي ينص في الفقرة الأخيرة منه على ما يلي: "... ومع ذلك، يسوغ للقضاة، مراعاة منهم لمركز المدين، ومع استعمال هذه السلطة في نطاق ضيق، أن يمنحوه أجلاً معتدلاً للوفاء، وأن يوقفوا إجراءات المطالبة، مع إبقاء الأشياء على حالها."

⁶ أحمد شكري السباعي: الوسيط في النظرية العامة في قانون التجارة و المقاولات التجارية و المدنية، الجزء الأول، م. س، ص 104 و ما بعدها.

المطلب الخامس: حرية الإثبات في المعاملات التجارية

إذا كان المبدأ السائد في المعاملات المدنية "أن الاتفاقات و غيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها أن تنشئ أو تنقل أو تعدل أو تنهي الالتزامات أو الحقوق التي يتجاوز مبلغها أو قيمتها عشرة آلاف درهم، لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود وفقا للتعديل الجديد من ق ل ع (المادة 443)7، وإنما يلزم أن تحرر بها حجة رسمية أو عرفية، و إن اقتضى الحال أن تعد بشكل إلكتروني أو توجه بطريقة إلكترونية". و استثناء يقبل الإثبات فيها بشهادة الشهود "... إذا تعلق الأمر بالتجار فيما يخص الصفقات التي لم تجر العادة بتطلب الدليل الكتابي لإثباتها"⁸.

و من ثم، إذا كان التعامل مدنيا، فإنه يتوجب إثباته بالدليل الكتابي متى تجاوزت قيمته عشرة آلاف درهم.

إلا أن مدونة التجارة على عكس ذلك، قضت بحرية الإثبات في المادة التجارية بأي وسيلة من وسائل الإثبات المنصوص عليها في الفصل 334، عندما نصت في جزء منها على ما يلي: "تخضع المادة التجارية لحرية لإثبات..."، و يدخل في هذا الإطار حتى المحررات الإلكترونية عن طريق شبكة الأنترنت أو ما يسمى بالتجارة الإلكترونية.

و يرجع السبب في تقرير مبدأ حرية الإثبات إلى أن "الأعمال التجارية تقوم على السرعة و الائتمان. فالتاجر لا يمكنه القيام بتحرير دليل كتابي عن كل عمل تجاري يقوم به في نفس اليوم. كما أن استغلال

و إن كانت مدونة التجارة تضمنت بعض المقتضيات التي تفيد بتطبيق مبدأ التيسير و التخفيف عن المدين رئيس المقابلة الذي تخضع مقاولته لنظام صعوبات المقابلة، على سبيل المثال: المادة 556 من مدونة التجارة التي نصت على ما يلي: "عند إبرام اتفاق مع جميع الدائنين، يصادق عليه رئيس المحكمة و يودع لدى كتابة الضبط. إذا تم إبرام اتفاق مع الدائنين الرئيسيين، أمكن لرئيس المحكمة أن يصادق عليه أيضا وأن يمنح للمدين آجال الأداء الواردة في النصوص الجاري بها العمل فيما يخص الديون التي لم يشملها الاتفاق...".

و كذلك المادة 598 التي جاء فيها ما يلي: "تشهد المحكمة على الآجال و التخفيضات الممنوحة من الدائنين خلال الاستشارة. و يمكن للمحكمة أن تخفض هذه الآجال و التخفيضات، إن اقتضى الحال.

تفرض المحكمة بالنسبة إلى باقي الدائنين آجالا موحدة للأداء، مع مراعاة الآجال الأطول، التي اتفق عليها الأطراف قبل فتح المسطرة وذلك فيما يخص الديون المؤجلة. و يمكن أن تزيد هذه الآجال عن مدة تنفيذ مخطط الاستثمارية. و يجب أن يتم السداد الأول داخل سنة.

يمكن لمبالغ الاستحقاقات أن تكون تصاعدية. و في هذه الحالة، لا يمكن أن يقل مبلغها السنوي عن نسبة 5% من مجموع مبلغها المعتمد في المخطط.

7 الفصل 443 من ق ل ع المعدل و المتمم بواسطة الظهير الشريف رقم 1.07.129 الصادر في 30 نونبر 2007 بتنفيذ القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية.

8 جاء في الفصل 448 ق ل ع ما يلي: " استثناء من الأحكام السابقة يقبل الإثبات بشهادة الشهود:

- 1 - في كل حالة يفقد فيها الخصم المحرر الذي يتضمن الدليل الكتابي لالتزام له أو للتحلل من التزام عليه، نتيجة حادث فجائي أو قوة قاهرة أو سرقة. و تخضع الأوراق النقدية و السندات لحاملها لأحكام خاصة؛
- 2 - إذا تعذر على الدائن الحصول على دليل كتابي لإثبات الالتزام كالحالة التي تكون فيها الالتزامات ناشئة عن أشباه العقود وعن الجرائم أو أشباه الجرائم و الحالة التي يراد فيها إثبات وقوع غلط مادي في كتابة الحجة أو حالة الوقائع المكونة للإكراه أو الصورية أو الاحتيال أو التدليس التي تعيب الفعل القانوني وكذلك الأمر بين التجار فيما يخص الصفقات التي لم تجر العادة بتطلب الدليل الكتابي لإثباتها.

تقدير الحالات التي يتعذر فيها على الدائن الحصول على الدليل الكتابي موكول لحكمة القاضي".

الدكتورة نهال اللواح – مادة القانون التجاري – السداسي الثاني – كلية الحقوق بطنجة

فرصة المبادرة السريعة دون تردد أو تضييع للوقت من قبله للقيام بالأعمال التجارية تعتبر من بين دوافع الأخذ بحرية الإثبات و الابتعاد عن الشكليات التي تتطلبها الحياة المدنية...⁹

أما إذا كان العمل مختلطاً، أي بين طرف مدني و طرف تاجر، فإنه في هذه الحالة يتوجب التمييز بين ما إذا كان تجارياً أم مدنياً بالنسبة للطرف المطلوب ضده الإثبات طبقاً للمادة الرابعة من مدونة التجارة التي جاء فيها: "إذا كان العمل تجارياً بالنسبة لأحد المتعاقدين و مدنياً بالنسبة للمتعاقد الآخر، طبقت قواعد القانون التجاري في مواجهة الطرف الذي كان العمل بالنسبة إليه تجارياً، و لا يمكن أن يواجه بها الطرف الذي كان العمل بالنسبة إليه مدنياً، ما لم ينص مقتضى خاص على خلاف ذلك".

بمعنى أن الطرف الذي يكون العمل من جهته عملاً مدنياً، يمكنه استعمال جميع وسائل الإثبات بما فيها شهادة الشهود أي كانت قيمة النزاع في مواجهة الطرف التاجر. أما الطرف الذي يكون العمل من جانبه تجارياً، فيتوجب عليه الإثبات بالدليل الكتابي في مواجهة الطرف المدني متى تجاوزت قيمة الاتفاق عشرة آلاف درهم.

غير أن مبدأ حرية الإثبات ترد عليه بعض الاستثناءات الخاصة ببعض المعاملات التي يتطلب الأمر إثباتها كتابة، فمتى تشترط الكتابة في المعاملات التجارية (أو ما يعرف بالشكليات)؟

فكما جاء في الفصل 334 من مدونة التجارة على أنه: "تخضع المادة التجارية لحرية الإثبات. غير أنه يتعين الإثبات بالكتابة إذا نص القانون أو الاتفاق على ذلك. "

فمن جهة أولى ، خرج المشرع عن القاعدة العامة في المادة التجارية و هي حرية الإثبات، حيث ألزم تقديم الدليل الكتابي، و ذلك في الحالات التي ورد بها نص صريح في بعض المعاملات حول الإثبات بالكتابة تحت طائلة البطلان و منها:

- في العقود المنصبة على الأصل التجاري. (البيع، الرهن، تقديمه حصة في شركة، التسيير الحر لأصل التجاري) (المادة 81 و 108 من مدونة التجارة).
- عقد رهن أدوات و معدات التجهيز و رهن بعض المنتجات و المواد المنظمة بمقتضى المواد (355 إلى 392) من مدونة التجارة.
- عقد الوكالة التجارية (المواد 393 إلى 404).
- عقد الإئتمان الإيجاري بنوعيه المتعلق بالمنقولات و بالعقارات (المواد 431 إلى 442).
- العقود البنكية.
- في قانون الشركات سواء في قانون رقم 5.96 (المنظم لشركة التضامن، التوصية البسيطة، التوصية الأسهم، شركة ذات المسؤولية المحدودة – ماعدا شركة المحاصة لا تخضع لشكليات الكتابة و التقييد في السجل التجاري) (المادة 88 من هذا القانون) - أو بالنسبة لشركات المساهمة بموجب قانون رقم 17.95¹⁰.

⁹ فريدة اليوموري: القانون التجاري: الأعمال التجارية و التاجر، الطبعة الأولى 2006، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص 36.

¹⁰ المادة 11 من القانون 95-17 المنظم لشركات المساهمة.

الدكتورة نهال اللواح – مادة القانون التجاري – السداسي الثاني – كلية الحقوق بطنجة

و من جهة ثانية، الحالة التي يتفق فيها الأطراف على اشتراط الكتابة لإبرام المعاملات التجارية بحكم أن العقد شريعة المتعاقدين.

هذا و تعتبر الوسائل الحديثة في إبرام مختلف التصرفات و المعاملات التجارية عن طريق الإنترنت أو التبادل الإلكتروني جائزا مادام المشرع في المعاملات التجارية قد وسع من طرق الإثبات و بالتالي تبقى مسألة تقدير ما إذا كان الإثبات بالوسائل الحديث مستساغا بحسب السلطة التقديرية للقاضي لقيمة الدليل المقدم في الإثبات طبقا للشروط و الضوابط المحددة في القانون المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية رقم 53.05 .

المطلب سادس: نظام الفائدة في الديون التجارية

الأصل أنه يحرم بين المسلمين بنص القانون اشتراط الفائدة و المقصود هنا بالفوائد الاتفاقية. أما الفوائد القانونية فهي لها صبغة تعويضية عن التأخير، و هي جائزة قانونا و ليس هناك ما يمنعها¹¹.

و من المعلوم أن يدفع المدين الفوائد عن كل تأخير له في أداء دينه داخل الأجل المتفق عليه مسبقا بينه و بين الدائن.

و بالرغم من توحيد سعر الفائدة بالنسبة للمعاملات المدنية و التجارية¹²، إلا أنه بالرغم من ذلك تختلف الفائدة بحسب ما إذا كان الدين مدنيا أو تجاريا طبقا للمقتضيات الواردة بقانون الالتزامات و العقود في الباب المنظم للقرض بفائدة (من الفصل 870 إلى 878) كقواعد عامة، مع مراعاة ما نصت عليه مدونة التجارة و القانون المتعلق بمؤسسات الائتمان¹³، و ذلك وفق ما يلي:

- الفائدة في المعاملة التجارية تعتبر من رأس المال المنتج لها في الحسابات الجارية بعد انتهاء نصف كل سنة طبقا للفصل 873 ق ل ع، على خلاف المعاملات المدنية (874 ق ل ع).
- يتم حساب الفائدة في المعاملات التجارية بالشهر، على خلاف الفائدة في المعاملات المدنية تحسب على أساس سعر يعين عن سنة كاملة (الفصل 873 ق ل ع).

¹¹ طبقا لمقتضيات الفصل 870 و 871 و غيرها من مقتضيات ق ل ع. حيث جاء في الفصل 870 من ق ل ع:

"اشتراط الفائدة بين المسلمين باطل ومبطل للعقد الذي يتضمنه سواء جاء صريحا، أو اتخذ شكل هدية أو أي نفع آخر للمقرض أو لأي شخص غيره يتخذ وسيطا له.

و نص الفصل 871 منه كذلك على أنه: " وفي الحالات الأخرى، لا تستحق الفوائد إلا إذا كانت قد اشترطت كتابة.

ويفترض هذا الاشتراط إذا كان أحد الطرفين تاجرا".

¹² كان الظهير الشريف الصادر في 16 يونيو 1950 الذي غير الظهير الشريف الصادر في 9 أكتوبر 1913، يميز بين الفائدة القانونية المحددة في 6% في المعاملات المدنية و التجارية و الفائدة الاتفاقية في 10% في المعاملات المدنية و التجارية كحد أقصى طبقا للفصل الأول منه. الجريدة الرسمية عدد 1968 بتاريخ 14 يوليوز 1950. و هو الظهير الخاص الذي كان معمولا به و الذي أشار إليه الفصل 875 من ق ل ع: "في الشؤون المدنية و التجارية يحدد السعر القانوني للفوائد و الحد الأقصى للفوائد الاتفاقية بمقتضى ظهير خاص".

¹³ ظهير شريف رقم 1.14.193 صادر في فاتح ربيع الأول 1436 (24 ديسمبر 2014) بتنفيذ القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها. الجريدة الرسمية عدد 6328 الصادرة بتاريخ فاتح ربيع الآخر 1436 (22 يناير 2015).

الدكتورة نهال اللواح – مادة القانون التجاري – السداسي الثاني – كلية الحقوق بطنجة

أما الفوائد البنكية، فلا تسري عليها هذه المقترضات على اعتبار أنها تحدد بقرار وزير المالية مع مراعاة الصلاحيات المخولة لبنك المغرب.¹⁴

المطلب السابع: تقصير مدة التقادم (قاعدة التقادم الخمسي)

إذا كان الأصل في الالتزامات المدنية أنها تتقادم بمرور 15 سنة طبقا للمادة 387 من ق ل ع (مع وجود استثناءات طبعا)، فإن الالتزامات التجارية و مختلف المعاملات التجارية باعتبارها تقوم على السرعة، فإنها تتقادم من حيث المبدأ بمرور خمس سنوات سواء فيما بين التجار أو بينهم و بين غير التجار و هو ما يسمى بقاعدة التقادم الخمسي في المادة التجارية.

حيث جاء في المادة الخامسة من مدونة التجارة ما يلي: "تتقادم الالتزامات الناشئة بمناسبة عمل تجاري بين التجار، أو بينهم و بين غير التجار بمضي خمس سنوات ما لم توجد مقترضات خاصة مخالفة".

و بالوقوف على نص هذه المادة، فإذا كانت القاعدة في المعاملات التجارية هو التقادم بخمس سنوات، فإن هناك استثناءات ترد عليها، وفقا للعبارة المذكورة "ما لم توجد مقترضات خاصة مخالفة".

و من ثم فإن هذه الحالات الاستثنائية منصوص عليها في مقترضات قانونية خاصة سواء واردة في نفس المدونة أو في بعض القوانين التجارية الخاصة و هي كالتالي:

- تقادم الأوراق التجارية (ما يسمى بالتقادم الصرفي) و الذي نصت عليه مدونة التجارة، بحيث جعلت التقادم بالنسبة للأوراق التجارية في كل من الكمبيالة و الشيك و السند لأمر كحد أقصى ثلاث سنوات.¹⁵
 - تقادم الدعاوى الناشئة عن عقد النقل البحري بمضي سنتين من تاريخ تسليم البضاعة أو جزء منها. فإذا كان ظهير 31 مارس 1919 الذي نظم عقد النقل البحري ينص في الفصل 262 منه على أن الدعاوى ضد الناقل البحري للبضائع تتقادم بمرور سنة من تاريخ وصول البضاعة إلى ميناء الوصول أو من التاريخ الذي من المفروض أن تصل فيه هذه البضاعة. إلا أن اتفاقية هامبورغ الصادرة 31 مارس 1978 ، تنص في المادة 20 منها على أن هذه الدعاوى تتقادم بمضي سنتين من تاريخ تسليم البضاعة أو جزء منها. و باعتبار أن المغرب مصادق على هذه الاتفاقية فإنها تكون هي الأولى بالتطبيق .
 - تقادم الدعاوى الناشئة عن التأمين بمرور سنتين ابتداء من حدوث الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعاوى.¹⁶
 - التقادم في دعاوى الشركات: هناك تقادم بثلاث سنوات و تقادم بخمس سنوات:
- بالنسبة لدعاوى شركات المساهمة المنظمة بقانون رقم 17.95: يجب أن نميز بين:

¹⁴ نورة غزلان الشنيوي: الوجيز في العقود التجارية، م. س، ص 53 و ما بعدها.

¹⁵ انظر المواد 228 ، 295 و المادة 234 من مدونة التجارة.

¹⁶ المادة 36 من مدونة التأمينات المنظمة بمقتضى القانون رقم 17.99 الصادر بتاريخ 3 أكتوبر 2002. حيث بالوقوف على نص الفقرة الثامنة من المادة السادسة من مدونة التجارة، فإن المشرع المغربي اعتبر أعمال التأمين بالأقساط الثابتة أعمالا تجارية. و انطلاقا من المعايير المحددة للعقد التجاري، فإن العقود التي تبرمها شركات التأمين مع زبائنها تعتبر عقودا تجارية و بالتالي تخضع لاختصاص المحاكم التجارية للبت في المنازعات المترتبة عنها. انظر حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء رقم 2000/1416 صادر بتاريخ 2000/2/23، في الملف رقم 6/99/9207. و حكم لنفس المحكمة رقم 2000/1294 بتاريخ 2000/2/16، في الملف رقم 99/9928. منشورين بمؤلف عبد الرحيم بحار: القضاء التجاري و المنازعات التجارية، م. س، ص 153.

الدكتورة نهال اللواح – مادة القانون التجاري – السداسي الثاني – كلية الحقوق بطنجة

أ- **تقديم بمضي خمس سنوات:** مثل دعوى المسؤولية القائمة على بطلان الشركة (المادة 351 من هذا القانون)، و دعوى المسؤولية ضد المتصرفين و أعضاء مجلس الإدارة الجماعية أو مجلس الرقابة (المادة 355 من نفس القانون)، و دعوى المسؤولية ضد المصفي (المادة 371).

ب- **تقديم بمضي ثلاث سنوات:** كدعاوى بطلان الشركة أو عقودها أو مداولاتها اللاحقة لتأسيسها ابتداء من يوم سريان البطلان (المادة 345)

➤ **بالنسبة للشركات المنظمة بموجب قانون 5.96 المنظم لـ (شركة التضامن، شركة التوصية البسيطة، شركة التوصية بالأسهم الشركة ذات المسؤولية المحدود، شركة المحاصة):**

تسري عليها نفس أحكام شركات المساهمة بشأن التي أحالت عليها المادة الأولى من قانون 5.96 (خمس سنوات + ثلاث سنوات).

المبحث الثاني: مصادر القانون التجاري

إذا كانت القاعدة القانونية بصفة عامة مصدرها: العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، والاثراء بلا سبب طبقا للقواعد العامة، فإن القانون التجاري يخضع لنفس المصادر باعتباره فرعا من فروع القانون. غير أن المقصود هنا بمصادر القانون التجاري، ذلك المنبع الذي تستقي منه المعاملة التجارية القاعدة القانونية الواجبة التطبيق بحسب طبيعة و نوع المعاملة أو النزاع التجاري.¹⁷

فبخلاف القانون التجاري السابق، فإن مدونة التجارة استطاعت أن تحدد مصادر القانون التجاري من حيث الأولوية، حيث جاء في نص المادة الثانية من مدونة التجارة ما يلي: "يفصل في المسائل التجارية بمقتضى قوانين و أعراف و عادات التجارة أو بمقتضى القانون المدني ما لم تتعارض قواعد مع المبادئ الأساسية للقانون التجاري".

و من خلال هذا النص يتبين أن مصادر القانون التجاري يمكن تصنيفها إلى مصادر رسمية (المطلب الأول) و أخرى تفسيرية (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: المصادر الرسمية للقانون التجاري

تعتبر مصادر القانون التجاري تلك المرجعية الأساسية التي يستمد منها هذا القانون نطاق تطبيقه، و تتعدد هذه المصادر الرسمية و تتنوع و تتدرج بحسب الأولوية من التشريعات الخاصة بالتجارة (فقرة الثانية) إلى المعاهدات و الاتفاقيات الدولية متى كانت المعاملة دولية (فقرة الثالثة)، إلى العرف و العادات التجارية (فقرة الرابعة)، ثم أخيرا تطبيق قواعد القانون المدني في حالة الضرورة (الفقرة الخامسة)، لكن يبقى الدستور المغربي أسمى هذه القوانين (الفقرة الأولى)

الفقرة الأولى: المصادر الدستورية لحرية التجارة و المقابولة

لم ينص دستور 1962 على حرية المبادرة، ذلك أن الفصل 15 منه كان ينص فقط على أن "حق الملك مضمون. للقانون أن يحد من مده و استعماله إذا دعت إلى ذلك ضرورة النمو الاقتصادي و الاجتماعي المخطط للبلاد.

¹⁷ انظر في المعنى أحمد شكري السباعي: الوسيط في النظرية العامة في قانون التجارة و المقاولات التجارية و المدنية، الجزء الأول، م. س، ص 129.

الدكتورة نهال اللواح – مادة القانون التجاري – السداسي الثاني – كلية الحقوق بطنجة

و لا يمكن نزع الملكية إلا في الأحوال و حسب الإجراءات المنصوص عليها في القانون". و هو نفس المقتضى الذي نصت عليه الدساتير اللاحقة 1970 و 1972 و 1992¹⁸.

إلا أنه و مع مجيء الدستور المغربي لسنة 1996، نص الفصل الخامس عشر منه على أن: "حق الملكية و حرية المبادرة الخاصة مضمونان. للقانون أن يحد من مداهما و ممارستهما إذا دعت إلى ذلك ضرورة النمو الاقتصادي و الاجتماعي المخطط للبلاد. و لا يمكن نزع الملكية إلا في الأحوال و حسب الإجراءات المنصوص عليها في القانون".

و بصور الدستور المغربي لسنة 2011، فبعدما أكد في فصله السادس على ضرورة احترام تراتبية القاعدة القانونية، بحيث لا يجوز لقانون أدنى مخالفة قانون آخر أعلى درجة منه¹⁹، تمّ التنصيص على حرية المبادرة و المقاولات لأول مرة بموجب الفصل 35 من دستور 2011، حيث جاء في الفقرة الثالثة من هذا الفصل ما يلي: "تضمن الدولة حرية المبادرة و المقاولات و التنافس الحر.

كما تعمل على تحقيق تنمية بشرية مستدامة من شأنها تعزيز العدالة الاجتماعية، و الحفاظ على الثروات الطبيعية الوطنية، و على حقوق الأجيال القادمة.

تسهر الدولة على ضمان تكافؤ الفرص للجميع، و الرعاية الخاصة للفئات الاجتماعية الأقل حظاً".

الفقرة الثانية: التشريعات الخاصة بالتجارة

يعد التشريع أهم مصدر لمختلف القوانين عموماً و للقانون التجاري كذلك، فكان القانون التجاري السابق لسنة 12 غشت 1913 الملغى مستمد من القانون الفرنسي و الألماني و السويسري، و كان يطبق في الأصل على الفرنسيين و الأجانب عموماً أمام المحاكم العصرية في منطقة الحماية الفرنسية قبل أن يعمم العمل به في كافة أنحاء المغرب بموجب قانون التوحيد سنة 26 يناير 1965.

و في هذه الفترة أصدر المشرع المغربي عدة ظهائر ذات الطابع التجاري منها:

- ظهير 31 ديسمبر 1914 المتعلق ببيع و رهن الأصل التجاري.
- ظهير 6 يوليو 1915 المتعلق بإنشاء و تنظيم المخازن العمومية.
- ظهير 23 يونيو 1916 المتعلق بالملكة الصناعية.
- ظهير 31 مارس 1919 المتعلق بالتجارة البحرية.
- ظهير 21 يناير 1920 المتعلق بالبورصات التجارية و السماسرة العاملين لديها.
- ظهير 11 غشت 1922 المتعلق بشركات الأموال.
- ظهير 1 سبتمبر 1926 المتعلق بالشركة ذات المسؤولية المحدودة.

¹⁸ طبقاً للفصل 15 من دستور المملكة لسنة 1970: "حق الملك مضمون. للقانون أن يحد من مده و استعماله إذا دعت إلى ذلك ضرورة النمو الاقتصادي و الاجتماعي المخطط للبلاد. و لا يمكن نزع الملكية إلا في الأحوال و حسب الإجراءات المنصوص عليها في القانون". كما نص الفصل 15 من دستور 1972 على ما يلي: " للقانون أن يحد من مداها و استعماله إذا دعت إلى ذلك ضرورة النمو الاقتصادي و الاجتماعي المخطط للبلاد.

و لا يمكن نزع الملكية إلا في الأحوال و حسب الإجراءات المنصوص عليها في القانون". و نفس المقتضى في الفصل 15 من دستور 1992: " للقانون أن يحد من مدها و استعماله إذا دعت إلى ذلك ضرورة النمو الاقتصادي و الاجتماعي المخطط للبلاد.

و لا يمكن نزع الملكية إلا في الأحوال و حسب الإجراءات المنصوص عليها في القانون".¹⁹ راجع الفقرة الثالثة من الفصل 6 من دستور 2011.

الدكتورة نهال اللواح – مادة القانون التجاري – السداسي الثاني – كلية الحقوق بطنجة

- ظهير فاتح أكتوبر 1928 المتعلق بالنقل الجوي.
 - ظهير 28 نوفمبر 1934 المتعلق بعقد التأمين البري.
 - ظهير 19 يناير 1939 المتعلق بالشيك.
 - ظهير 24 ماي 1955 المتعلق بكراء الأماكن المعدة للاستعمال التجاري و الصناعي و الحرفي، الذي تم مؤخرا نسخ و تعويض مقتضياته بموجب القانون رقم 49.16²⁰.
- ثم مدونة التجارة سنة 1996 و التي عرفت مؤخرا عدة تعديلات كما أشرنا بموجب القانون رقم 89-17 المعدل لبعض مقتضيات مدونة التجارة ، وقد قسمت إلى خمسة كتب وفقا لما يلي:
- الكتاب الأول: خصص للتاجر و الأهلية التجارية و شروط اكتسابه الصفة التجارية.
 - الكتاب الثاني: خصص للأصل التجاري و العقود المتعلقة به.
 - الكتاب الثالث: خصص للأوراق التجارية (الكبيالة-الشيك- السند لأمر).
 - الكتاب الرابع: خصص للعقود التجارية كعقد الرهن، عقد النقل، السمسرة، و عقد الوكالة بالعمولة، ثم عقد الائتمان الإيجاري الذي نظم لأول مرة في هذه المدونة، و العقود البنكية، و عقد الوكالة التجارية.
 - الكتاب الخامس: خصص لصعوبات المقاوله المعدل بموجب القانون رقم 73-17 كما سبقت الإشارة.

و من ثم، فإذا كانت المعاملات التجارية لا تخضع لحصر، فإن أي منازعة تثار في الوسط التجاري بمناسبة ممارسة عمل تجاري معين بين التجار أو بينهم و بين غيرهم تخضع لمدونة التجارة من حيث الأصل، غير أنه من خلال التمتع في أحكام مدونة التجارة و التقسيمات التي تناولتها، فإنها لم تقم بتنظيم كل الأحكام المتعلقة بالمادة التجارية، و إنما هناك قوانين أخرى مستقلة خاصة تنظم كل مجال على حدة في المادة التجارية كما أشرنا سابقا على سبيل المثال: كقانون الشركات التجارية²¹ ، القانون المتعلق بتدابير حماية المستهلك رقم 08.31، قانون رقم 34.03 المتعلق بمؤسسات الائتمان و الهيئات الاعتبارية في حكمها ، القانون الجديد رقم 88-17 المتعلق بإحداث المقاولات بطريقة إلكترونية و مواكبتها، القانون رقم 87-17 المعدل لبعض مقتضيات القانون رقم 99-13 المنشأ للمكتب المغربي للملكية الصناعية و التجارية، القانون رقم 21-18 المتعلق بالضمانات المنقولة، الخ... هذا على مستوى قانون الموضوع.²²

أما على مستوى القانون الإجرائي، فإن معرفة المسطرة المتبعة أمام المحكمة لحل نزاع تجاري حول معاملة تجارية معينة، وبالتالي المحكمة المختصة و شكل الدعوى و أجل التقاضي في المنازعة

²⁰ كان الكراء التجاري بالمغرب منظما على التوالي بالظواهر الصادرة سنة 1930 ثم 1948 ثم ظهير 1955/5/24، وقد تم بموجب القانون رقم 49.16 نسخ مقتضيات ظهير 2 شوال 1374 (24 ماي 1955) بشأن عقود كراء الأملاك أو الأماكن المستعملة للتجارة أو الصناعة أو الحرف، وكذلك مقتضيات المادة 112 من القانون رقم 95.15 المتعلق بمدونة التجارة. و تم نشره بالجريدة الرسمية بتاريخ 2016/8/11 ، و الذي دخل حيز التطبيق ابتداء من تاريخ 2017/2/12.

²¹ قانون رقم 5.96 و قانون رقم 17.95 المنظمان لقانون الشركات راجع التعديلات المشار إليها سابقا.
²² يقصد بقانون الموضوع، أي القانون المنظم للأحكام المتعلقة بمختلف العلاقات التي يكون محلها أعمالا تجارية و الحقوق و الالتزامات المترتبة عن ذلك و المتعلقة بالتجارة، سواء أكان هذا القانون الموضوعي ينظم هذه العلاقة أو المعاملة التجارية على المستوى الداخلي أو الدولي بمعنى أن الاتفاقيات الدولية التي سنتطرق إليها كذلك تعتبر كقانون موضوع .

التجارية، فإن ذلك يخضع لما هو منظم في القانون المحدث للمحاكم التجارية رقم 95-93 كقانون مسطري أو قانون الشكل.²³

الفقرة الثالثة: المعاهدات و الاتفاقيات الدولية

أمام فتح المبادلات التجارية الدولية، عملت الدول على تنظيم اتفاقيات دولية تضع قواعد قانونية موحدة في علاقاتها التجارية فيما بينها و تلزم الدول الموقعة عليها. و ذلك بإحدى الطريقتين:

-إما أن تضع القواعد الواجبة التطبيق في العلاقات التجارية الخارجية للدول الموقعة بحيث تظل العلاقات الداخلية خاضعة للقانون الداخلي، كما هو الحال في اتفاقية فارسوفيا الموقعة سنة 1929 المتعلقة بالنقل الجوي، و اتفاقية جنيف سنة 1956 المتعلقة بنقل البضائع عبر الطرقات، و اتفاقية برن سنة 1890 المعدلة لاتفاقية برن الصادرة سنة 1953 المتعلقة بنقل البضائع على السكك الحديدية.

-أو أن تضع قوانين موحدة للدول المتعاقدة بحيث تتعهد هذه الأخيرة بتعديل قانونها الداخلي بما يطابق قواعد المعاهدة، فتصبح كافة العلاقات التجارية للدولة سواء الداخلية أو الخارجية منها خاضعة لنفس القواعد كما هو الشأن بالنسبة لاتفاقية جنيف لسنة 1930 المتعلقة بتوحيد قواعد الكمبيالة و السند لأمر، و اتفاقية جنيف لسنة 1931 المتعلقة بالشيك، و اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالاعتراف و تنفيذ القرارات التحكيمية، و اتفاقية لاهاي سنة 1964 المتعلقة بالبيع الدولية للأشياء المنقولة، و اتفاقية حقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة ADPIC الملحقة باتفاقية إحداث منظمة التجارة الدولية لسنة 1994.²⁴

و يعتبر المغرب من الدول التي تحرص على تطبيق الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها و بالأولوية على التشريع الداخلي، و هي منصوص عليها في صلب التشريع المغربي و تعتبر ضمن المبادئ التي نص الدستور المغربي على احترامها. منها مثلا:

- اتفاقية هامبورغ في 31 مارس 1978 المتعلقة بالنقل البحري الدولي للبضائع²⁵.
- اتفاقية فارسوفيا للنقل الجوي سنة 1929.
- اتفاقية نيويورك سنة 1958 الخاصة بالأعراف و تنفيذ القرارات الصادرة عن هيئات التحكيم.
- اتفاقية بروكسيل لسنة 1952 بشأن توحيد بعض القواعد المتعلقة بالحجز التحفظي على السفن البحرية.
- اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية لسنة 1883 التي بدأ سريانها في 1884/11/7.²⁶
- اتفاقية مراكش لإنشاء المنظمة العالمية للتجارة، التي صادق عليها المغرب في 1994/4/15.

²³ عبد الرحيم بحار: القضاء التجاري و المنازعات التجارية، م. س، ص 16.

²⁴ فؤاد معلال: شرح القانون التجاري المغربي الجديد، الجزء الأول- نظرية التاجر و النشاط التجاري، م. س، ص 42 و ما بعدها.

²⁵ دخلت هذه الاتفاقية حيز التطبيق منذ شهر نونبر 1992 و انظم إليها المغرب منذ 1981/7/17.

²⁶ أصبح المغرب عضوا في هذه الاتفاقية بتاريخ 1917/6/30، بمقتضى ظهير ذي الحجة 1336 (25 شتنبر 1918) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 316 بتاريخ 11 نونبر 1918.

الدكتورة نهال اللواح – مادة القانون التجاري – السداسي الثاني – كلية الحقوق بطنجة

و كمثل على ذلك: ففي إطار مسؤولية الناقل البحري، قررت محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) نقض قرار محكمة الاستئناف بأكادير التي تجاهلت أحكام اتفاقية هامبورغ لسنة 1978، فطبقت بدلا منها مقتضيات ظهير 31 مارس 1919 المتعلق بالقانون البحري المغربي، في دعوى تتعلق باكتشاف المرسل إليه وجود نقصان في البضاعة المشحونة و مبادرته بإبداء تحفظاته داخل الأجل القانوني، مطالبا بالتعويض عن الخسارة التي لحقت به من جراء النقص الذي اعترى البضاعة المشحونة و تمسك بأحكام المادة 20 من اتفاقية هامبورغ، التي تقضي بأن دعوى المسؤولية الناشئة عن عقد النقل تتقدم بمرور سنتين من تاريخ تسليم البضاعة أو جزء منها.

إلا أن المحكمة لم تناقش هذا الدفع رغم وجاهته و على هذا الأساس قررت محكمة النقض في إحدى حيثيات قراراتها ما يلي: "حيث تمسكت الطاعنة... بأن عملية النقل موضوع الدعوى الحالية، تخضع لاتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بطريق البحر المعروفة باتفاقية هامبورغ، حيث ينص فصلها العشرون على أن دعوى المسؤولية المستمدة من عقد النقل تتقدم بمضي سنتين من تاريخ تسليم البضاعة أو جزء منها، و رغم تضمين القرار المطعون فيه لهذا الدفع أثناء سردها للوقائع، إلا أنه لم يجب عليه رغم ما لذلك من تأثير على مساره، و أخضع النازلة لمقتضيات الفصل 262 من قانون التجارة البحري و استبعد مقتضيات اتفاقية هامبورغ دون أن يوضح سبب ذلك فاتسم قرارها بانعدام التعليل و انعدام الأساس القانون و تعرض للنقض".²⁷

الفقرة الرابعة: العرف و العادات التجارية

باعتبار أن القانون التجاري هو قانون نشأ في بيئة الأعراف و العادات كما رأينا سابقا عند الحديث عن نشأته و تطوره، فإن هذه الأخيرة تعتبر مصدرا من مصادر القانون التجاري بعد التشريع.

أولاً: العرف التجاري

يأتي في المرتبة الثانية بعد النص التشريعي التجاري هو مجموعة القواعد التي درج التجار على اتباعها مدة طويلة من الزمن في تنظيم معاملاتهم التجارية مع اعتقادهم بالزاميتها إلى أن استقرت كقواعد ملزمة لهم و واجبة الاحترام، كالتشريع.²⁸

و للعرف أهمية خاصة في المعاملات التجارية، ذلك أن أغلب نصوص القانون التجاري انبثقت من الوسط التجاري نفسه و نشأت كعادات و أعراف بين طائفة التجار ثم دونت فيما بعد معظم هذه القواعد في نصوص تشريعية، فتحوّلت أغلب القواعد العرفية إلى نصوص تشريعية. لذلك فإن العرف التجاري أولى بالتطبيق من أي عرف آخر عام لأنه ينظم قاعدة خاصة في نطاق خاص الذي هو المجال التجاري (المادة الثالثة من مدونة التجارة)²⁹.

²⁷ قرار محكمة النقض رقم 380 صادر بتاريخ 1994/3/24، في الملف التجاري عدد 199. منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 55 السنة الثانية و العشرون، يناير 2000، ص 168.

²⁸ عبد الكريم الطالب: إشكال ترتيب مصادر القانون في المادة التجارية، مقال منشور بمجلة المنتدى، العدد الأول، أكتوبر 1999، ص 131.

²⁹ نصت المادة الثالثة من مدونة التجارة على ما يلي: "ترجح الأعراف و العادات الخاصة و المحلية على الأعراف و العادات العامة".

الدكتورة نهال اللواح – مادة القانون التجاري – السداسي الثاني – كلية الحقوق بطنجة

و كمثل على الأخذ بالقاعدة العرفية، ما يتعلق مثلا بتسليم الشيء المبيع في أجل معين إذا لم يتفق الأطراف في عقد البيع على أجل محدد. و كذلك النسبة المئوية التي تحدد للسمسار من قيمة الصفقة إذا لم تحدد في عقد السمسرة. و قاعدة افتراض التضامن بين المدينين في المعاملات التجارية و غيرها من القواعد العرفية المنظمة الآن في التشريع.

و من أهم المنازعات التجارية التي يطبق فيها القضاء التجاري العرف التجاري، نجد المنازعات البحرية.³⁰

و يجد العرف مجاله الخصب أكثر على المستوى الدولي، حيث نجد معظم القواعد المعمول بها في معاملات التجارة الدولية هي في الأصل أعراف دولية. ففي مجال البيوع البحرية مثلا، ما يعرف بالمصطلحات التجارية الدولية « Les Incoterms »، و هي المصطلحات الأكثر استعمالا التي تم وضعها تحت إشراف غرفة التجارة الدولية³¹، من هذه المصطلحات: بيع فوب FOB، و بيع كاف CAF، و هي في نفس الوقت تحدد التزامات كل طرف في عملية البيع هذه مادام أن هذه الرموز لها معنى واحد على المستوى الدولي. كذلك في مجال النقل البحري.

و في العقود البنكية مثلا حيث نجد "الاعتماد المستندي"، و هو يشكل إحدى عمليات الاعتماد البنكي المتخذة كوسيلة لتسوية الالتزامات الناتجة عن عمليات التجارة الدولية، فهو لم ينظم في التشريع المغربي لحد الآن، بل يخضع للقواعد و الأعراف البنكية و تم تنظيمه بمجموعة من القواعد و الأعراف الموحدة للاعتماد المستندي التي وضعها مجلس غرفة التجارة الدولية.³²

كما يعتبر قانون التجار الدولي أو ما يعرف بـ « La Lex Mercatoria » مجموعة من القواعد الموضوعية أو المادية المستقاة من مصادر متعددة، الاتفاقيات الدولية الخاصة و من مجموع العادات و الأعراف التجارية و المهنية التي تنشأ بطريقة تلقائية و يكون موضوعها العمليات التجارية التي يقوم بها أشخاص قصد تحقيق مصالح توجد في بلدان مختلفة و هو نظام مستقل عن كل نظام قانوني داخلي. و

³⁰ إذ جاء في إحدى قرارات محكمة النقض أنه: " يتعين على محكمة الموضوع أن تبرز في قرارها عرف ميناء الوصول بخصوص المادة المنقولة في نفس ظروف الرحلة البحرية، و لها عند الاقتضاء أن تأمر بإجراءات التحقيق اللازمة لتثبيت منه". قرار محكمة النقض عدد 235 صادر بتاريخ 2010/2/11 في الملف عدد 2008/1/3/733. منشور بنشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة، العدد 5، ص 135.

و قرارات أخرى في نفس الاتجاه مثل:

-قرار محكمة النقض عدد 1283 بتاريخ 2005/12/14 في الملف عدد 2005/1/3/214. و قرار محكمة النقض عدد 43 بتاريخ 2008/1/16 في الملف عدد 2007/1/3/378. مذكور بمؤلف عبد الرحيم بحار: القضاء التجاري و المنازعات التجارية، م. س، ص 17 هامش رقم 16.

-قرار محكمة النقض عدد 494 بتاريخ 2010/3/25 في الملف التجاري عدد 2009/3/3/1153، منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد مزدوج 133-134، يناير-مارس 2012، ص 266 و ما بعدها.

-قرار محكمة النقض عدد 623 بتاريخ 2008/5/7 في الملف عدد 2006/1/3/1330. مذكور بمؤلف عبد الرحيم بحار: القضاء التجاري و المنازعات التجارية، م. س، ص 17 هامش رقم 16.

-قرار محكمة النقض عدد 827 الصادر بتاريخ 2008/6/11 في الملف عدد 2007/1/3/1527. منشور بنشرة قرارات المجلس الأعلى، السلسلة 1، الجزء 1، ص 130 و ما بعدها.

³¹ توجد غرفة التجارة بباريس و قد أنشأت سنة 1919، و هي تعتبر من الهيئات غير الحكومية المهمة بنوحد قانون التجارة الدولية، أو بتعبير آخر هي منظمة رجال الأعمال في العالم. هدفها هو تحقيق و الحفاظ على مبدأ حرية التجارة الدولية، و تنسيق و تسيير النشاط التجاري و تمثيل رجال الأعمال على المستوى الدولي.

³² يتمثل عملية الاعتماد المستندي في قيام البنك بفتح اعتماد بناء على طلب زبونه المشتري لفائدة البائع، يتعهد له فيه بأن يدفع إليه ثمن البضاعة موضوع العملية التجارية بعد توصله بمستندات شحنها و فحصه إياها. انظر بتفصيل محمد جنكل: العمليات البنكية المباشرة (الحساب بالإطلاع- الاعتماد المستندي- القرض و الخصم)، دراسة قانونية و فقهية و قضائية منقحة طبقا لأحدث التعديلات في القوانين المغربية و القوانين المقارنة، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، طبعة 2010، ص 126 و ما بعدها.

الدكتورة نهال اللواح – مادة القانون التجاري – السداسي الثاني – كلية الحقوق بطنجة

هو قانون من التجار و إلى التجار، بمعنى أن قواعد هذا القانون هي نتاج تطور مجموعة من الممارسات المهنية التي يمارسها مجتمع التجارة الدولية و التي تشكل مجموعة من القواعد التي تكرسها المنظمات و المؤسسات المكلفة بتقنين هذه الممارسات و النص عليها في مجموعة من الاتفاقيات الدولية و تطبيقها من قبل الهيئات التحكيمية سواء حرة أو مؤسساتية التي تطبق مقتضيات القواعد المعيارية التجارية الدولية على كل التجار الدوليين.³³

و السؤال المطروح، ما هي قوة العرف التجاري في التطبيق مقارنة مع النص التشريعي التجاري الأمر عند التعارض، فمن هو الأول في التطبيق؟

و للجواب على ذلك، و انطلاقا من نص المادة الثانية من مدونة التجارة المشار إليها، فإنه عندما يتعلق الأمر بنزاع تجاري تكون الأولوية لتطبيق النص التجاري الأمر، فإن لم يوجد نرجع للقاعدة العرفية التجارية، فإن لم يوجد فلنص الأمر المدني (المقتضيات العامة). و هذا ما استقر عليه القضاء المغربي، حيث قضت على سبيل المثال محكمة الاستئناف بالدار البيضاء في إحدى قراراتها الصادرة في 20 نوفمبر 1984 بتزجيج العرف على النصوص التشريعية في بعض النوازل كما هو الشأن في القضايا البحرية التي تستند إلى العرف بالدرجة الأولى عوض النصوص التشريعية".³⁴

و المغزى في ذلك، أننا نترج من القاعدة القانونية الخاصة إلى القاعدة القانونية العامة طبقا للمبدأ الذي يقضي بتزجيج القاعدة الخاصة على القاعدة العامة. و في هذه الحالة يسوغ للعرف أن يخالف كل النصوص القانونية سواء الأمرة أو المفسرة.³⁵

و باعتبار العرف قاعدة قانونية، فإنه يفترض علم المخاطبين به طبقا للمبدأ القانوني "لا يعذر أحد بجهله للقانون"، كما يفترض على القاضي العلم به و تطبيقه من تلقاء نفسه، ما لم يتعلق الأمر بقاعدة عرفية محلية في منطقة معينة فيمكن للقاضي أن يطالب بإثبات وجودها و عدم مخالفتها للنظام العام و الآداب العامة و إلا فلا يجوز تطبيقها، على اعتبار أن القاضي يخضع لرقابة محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) باعتبارها محكمة قانون لمراقبة مدى تطبيق القاضي للقاعدة القانونية و تفسيرها.

ثانيا: العادات التجارية

تعتبر العادة التجارية مجموعة القواعد المتبعة في المعاملات التجارية من دون أن تكون ملزمة. إذ تستند على الإرادة الصريحة أو الضمنية لأطراف العلاقة التعاقدية التي تظهر من خلال ظروف العقد تطبيقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فهي تستمد إلزاميتها من إرادة الأطراف فيمكن لهم استبعادها بنص صريح أو إثبات أن إرادتهم لم تتجه إليها، لذلك سميت بالعادة الاتفاقية.³⁶

³³ قانون التجار الدولي هو قانون موضوعي، تولى صياغة مواده معهد روما لتوحيد القانون الخاص سنة 1994، كما يعتبر أول تقنين حقيقي لقانون التجار أو قانون التجارة الدولية الذي عرف باسم *La Lex Mercatoria*، و هو مصطلح يستخدم بالتبادل مع مصطلح آخر هو *Transnation Commercial Law* أو القانون التجاري الدولي غير الوطني. انظر خالد أمين مصطفى يوسف: "قواعد اليونسترال و الضوابط العامة لنظام التحكيم التجاري الدولي للأمم المتحدة". منشور بالمجلة اللبنانية للتحكيم العربي و الدولي، العدد الحادي و الأربعون، 2007، ص 6.

³⁴ قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء الصادر في 20 نوفمبر 1984، في قضية مكتب الشحن و الإفراغ ضد شركة الزجاج بالمغرب "سيفام". منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 44 سنة 1986، ص 103 و ما بعدها.

³⁵ عز الدين بنستي: دراسات في القانون التجاري المغربي. الجزء الأول- النظرية العامة للتجارة و التجار، الم. س، ص 39.

³⁶ انظر بتفصيل عبد الكريم الطالب: إشكال ترتيب مصادر القانون في المادة التجارية، م. س، ص 133.

الدكتورة نهال اللواح – مادة القانون التجاري – السداسي الثاني – كلية الحقوق بطنجة

و نظرا لكونها لا ترقى لدرجة التشريع و العرف التجاري، فيجب على من يتمسك بها أن يثبت وجودها، و لا يجوز التمسك بها إلا إذا كانت عامة أي معمول بها في وسط مهني معين و ثابتة و عادلة و غير مخالفة للنظام العام و حسن الآداب (الفصل 476 ق ل ع). على أن العادات الخاصة و المحلية ترجح على العادات العامة طبقا للمادة 3 من مدونة التجارة. كمثلا الخسائر التي تلحق بالبضائع في النقل البحري جرت العادة على عدم تحميل الناقل المسؤولية عنها ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

و إذا كان العرف كقاعدة قانونية ملزمة و بالتالي تعتبر مسألة قانون بحيث تخضع فيها سلطة القاضي لمدى تطبيقه للعرف لرقابة محكمة النقض، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للعادة الاتفاقية بحيث تخضع لتقدير سلطة قاضي الموضوع (محكمة الموضوع)، و من ثم لا تخضع لرقابة محكمة النقض لأنها مسألة واقع لا قانون.

الفقرة الخامسة: القانون المدني

يعتبر القانون المدني الشريعة العامة لمختلف القوانين بما فيها القانون التجاري، يضم مقتضيات تتعلق بأحكام الشركات (الفصول 982 إلى 1091) و الدفاتر التجارية (من 433 إلى 438) و الإثبات في المواد التجارية (الفصل 448).³⁷

كما نجد مدونة التجارة تحيل على العديد من النصوص في ق ل ع مثلا: فيما يتعلق بعقد الرهن الحيازي للمنقول³⁸، عقد النقل³⁹، و كذلك عقد السمسرة⁴⁰ الخ...

لكن أمام تطور التشريع التجاري و استقلاله بقوانين خاصة تنظم كل مجال على حدة، فإن مسألة اللجوء للقانون المدني (كقانون موضوع) و المسطرة المدنية (كقانون الشكل أو المسطرة) تبقى مسألة احتياطية، و من ثم إن القاضي لا يرجع للقانون المدني إلا في الحالة التي لم يجد فيها نص تشريعي تجاري أو عرف أو عادة أو (اتفاقية ملزمة بالنسبة لمعاملة دولية) تنظم القاعدة القانونية التي يبحث عنها.

³⁷ فؤاد معلال: شرح القانون التجاري المغربي الجديد، الجزء الأول- نظرية التاجر و النشاط التجاري، م. س، ص 43.
³⁸ جاء في المادة 337 من مدونة التجارة ما يلي: " يخضع الرهن الحيازي للمنقول المنشأ من تاجر أو غيره بمناسبة عمل تجاري للمقتضيات العامة الواردة في القسم الحادي عشر من الكتاب الثاني من الظهير الشريف المؤرخ في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المعتبر بمثابة قانون الالتزامات و العقود وكذا للمقتضيات الخاصة موضوع الفصل الأول من هذا الباب.

يمكن أن يكتسي الرهن التجاري الشكل الخاص بالإيداع في مخزن عمومي، طبق مقتضيات الفصل الثاني من هذا الباب". و قد تم تغيير و تتميم الفقرة الأولى من هذه المادة، بمقتضى المادة 8 من القانون رقم 21.18، المتعلق بالضمانات المنقولة.

³⁹ عرف المشرع عقد النقل في المادة 443 من مدونة التجارة بأنه: " اتفاق يتعهد بمقتضاه الناقل مقابل ثمن بأن ينقل شخصا أو شيئا إلى مكان معين، مع مراعاة مقتضيات النصوص الخاصة في مادة النقل و الاتفاقيات الدولية التي تعد المملكة المغربية طرفا فيها..".

⁴⁰ عرفت المادة 405 من مدونة التجارة عقد السمسرة بأنه: " عقد يكلف بموجبه السمسار من طرف شخص بالبحث عن شخص آخر لربط علاقة بينهما قصد إبرام عقد.

تخضع علاقات السمسار مع المتعاقدين للمبادئ العامة التي تسري على عقد إجارة الصنعة في كل ما يمكن تطبيقه على عقد السمسرة، و فيما عدا ذلك تخضع للمقتضيات الآتية بعده".

الدكتورة نهال اللواح – مادة القانون التجاري – السداسي الثاني – كلية الحقوق بطنجة

و هذا ما جاء في نص المادة 2 من مدونة التجارة: "يفصل في المسائل التجارية بمقتضى قوانين و أعراف و عادات التجارة أو بمقتضى القانون المدني ما لم تتعارض قواعده مع المبادئ الأساسية للقانون التجاري".

-فما المقصود بالمبادئ الأساسية للقانون التجاري؟

للجواب على ذلك، يقصد بالمبادئ الأساسية للقانون التجاري الواردة في المادة الثانية أعلاه، كل القواعد القانونية التجارية و الأعراف التجارية و العادات التجارية و الاجتهادات القضائية و الفقهية و غيرها من المبادئ التي تحكم مادة التجارة⁴¹. و بالتالي فهي كلها مقدمة للتطبيق على القانون المدني ما لم يرد بها نص خاص. ذلك أن استقلالية القانون التجاري فرضت نفسها بإلحاح و أصبح هذا القانون يتمتع بذاتيته الخاصة بنصوصه و أعرافه و عاداته، و بالتالي فإن مقتضيات الواردة بالقانون المدني التي كانت تنظم سابقا مقتضيات القانون التجاري قد تعطل مفعولها بعدما وجدت قوانين تجارية خاصة بها⁴².

المطلب الثاني: المصادر التفسيرية للقانون التجاري

بعد المصادر الرسمية للقانون التجاري، تأتي المصادر التفسيرية المتمثلة في آراء الفقه و الاجتهاد القضائي التي لا غنى عنها و يمكن أن تضاف إليها كذلك المصادر الإدارية و التنظيمية.

الفقرة الأولى: الفقه

يقصد بالفقه، تلك الآراء الفقهية التي نستدل بها في تفسير و استخلاص مدلول قاعدة قانونية معينة في حالة غموضها أو لمعرفة حكمها في حالة عدم وجود نص بشأنها، و ذلك بناء على الحلول و النظريات و النتائج المتوصل إليها من طرف فقه القانون، و لا تخرج قواعد القانون التجاري عن هذا الإطار كذلك.

و بالرغم من اعتبار الفقه من المصادر التكميلية و الاسترشادية غير أن الفقه له دور كبير في تطوير القواعد القانونية و بناء النظريات التي تقوم عليها، لدرجة لا يخلو مجال من مجالات القانون إلا و ارتبطت به أسماء و ازنة من الفقه عموما و الفقه المغربي خصوصا، منه المجال التجاري.

الفقرة الثانية: الاجتهاد القضائي

تعتبر الأحكام و القرارات الصادرة عن مختلف محاكم المملكة في منازعات مختلفة منها المنازعات التجارية، أحد أهم المصادر المفسرة بل و البناء لقاعدة قانونية معينة، و يدخل ضمنها الأحكام و القرارات التي سبق أن بتت في نفس الحالة المعروضة أمام القضاء لإيجاد الحل لنازلة تجارية معينة (و هو ما يسمى بالسوابق القضائية).

غير أن ذلك لا يعني أن المحاكم ملزمة باتباع ما أصدره غيرها من الأحكام، بل فقط للقياس على حكم في نازلة مشابهة إما لغموض نص تشريعي أو قاعدة عرفية أو لتكملة نقص أو موجهة خلل في نص أو في تطبيق عرف معين.

⁴¹ أحمد شكري السباعي: الوسيط في النظرية العامة في قانون التجارة و المقاولات التجارية و المدنية، الجزء الأول، م. س، ص

159.

⁴² عز الدين بنستي: دراسات في القانون التجاري المغربي. الجزء الأول- النظرية العامة للتجارة و التجار، م. س، ص 41.

الدكتورة نهال اللواح – مادة القانون التجاري – السداسي الثاني – كلية الحقوق بطنجة

و هناك مجموعة من القواعد القانونية التي أرساها القضاء في المجال التجاري، إذ تعتبر في الأصل من اجتهاد القضاء و التي تبناها التشريع فيما بعد، منها مثلا: نظرية الظاهر، نظرية الشركة الفعلية، نظرية تعسف الأقلية و تعسف الأغلبية في شركة المساهمة الخ...⁴³

الفقرة الثالثة: المصادر الإدارية و التنظيمية

يمكن أن تضاف إلى المصادر التفسيرية كذلك تلك المذكرات الوزارية و الأجوبة الوزارية عن الأسئلة الشفوية و الكتابية التي يوجهها النواب و المستشارون البرلمانيون إلى أعضاء الحكومة كل حسب تخصصه، حيث يمكن أن تعتبر هذه الأجوبة بمثابة تفسير رسمي لنص من النصوص القانونية.

كذلك هناك الدوريات الإدارية، حتى و اعتبرت بأنها لا ترقى لمستوى النص التشريعي غير أن لها أهمية في تفسير و توضيح النص القانوني، كما هو الشأن بالنسبة للدوريات التي تصدرها إدارة الضرائب لتفسير نصوص قوانين المالية المعدلة للمدونة العامة للضرائب أو مدونة الجمارك و الضرائب غير المباشرة أو مدونة تحصيل الديون العمومية⁴⁴.

و يتعين في هذا المقام التساؤل، لماذا لم تتم الإشارة إلى الشريعة الإسلامية كمصدر من المصادر الرسمية للقانون التجاري؟

و جوابا على ذلك، تعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا لا غنى عنه في القانون المغربي باعتبار المغرب دولة إسلامية، وأن المغاربة قبل سن القانون التجاري كانوا يتعاملون وفق ما جاءت به الشريعة الإسلامية من قواعد تجارية متينة كما أشرنا سابقا، و بما جاءت به السنة النبوية الشريفة و ما أجمع عليه الفقه.

غير أنه و بعد تنظيم القانون التجاري كقانون وضعي فبالرغم من ارتكازه على جملة من القواعد التي أقرتها كذلك الشريعة الإسلامية، غير أنه و بالوقوف عند مقتضيات هذا القانون نجد أن المادة الثانية من مدونة التجارة حتى و إن لم تشر إلى الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي ضمن المصادر المعتمدة، فهذا لا يعني عدم الأخذ بها، ذلك أن مبادئ الشريعة الإسلامية نجدها حاضرة و مؤثرة فيه، منها على سبيل المثال: ما يتعلق بحرية المرأة المتزوجة لممارسة التجارة دون قيد أو شرط. و كذلك عندما يشترط في تطبيق العرف عدم مخالفته للنظام العام و الآداب و الأخلاق، و هذا يعني حتما عدم مخالفة قواعد الشريعة الإسلامية التي هي جزء من النظام العام⁴⁵.

و مرد ذلك أن القانون التجاري يغلب عليه طابع القانون الوضعي ولأنه قانون عملي مرن، باعتباره مجموعة من القواعد القانونية التي تنشأ بفعل الممارسة اليومية للمعاملات التجارية لذلك نقول أنه قانون الأعراف و العادات.

⁴³ فواد معلال: شرح القانون التجاري المغربي الجديد، الجزء الأول- نظرية التاجر و النشاط التجاري، م.س، ص 45.

⁴⁴ سعاد بنور: النظام القانوني للتاجر وفق آخر المستجدات القانونية و الاجتهادات القضائية، مطبعة النجاح الجديدة –الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2016، ص 25.

⁴⁵ عز الدين بنستي: دراسات في القانون التجاري المغربي. الجزء الأول- النظرية العامة للتجارة و التجار، م. س، ص 35.