

## المحاضرة الثالثة : مصادر القانون التجاري

المصدر بالمعنى العام هو المنبع الذي تنبثق منه حقيقة معينة، و مصادر القانون التجاري بمعنى ينايبعه التي يستقى منها أحكامه و قواعده.

و إذا كان ظهير 12 غشت 1913 الملغى المتعلق بالقانون التجاري البري لم يهتم ببيان مصادر القانون التجاري و لم يحدد ترتيبها و درجة قوتها، فإن مدونة التجارة القانون رقم 95-15 من خلال المادة الثانية منه نصت على أنه:

" يفصل في المسائل التجارية بمقتضى قوانين و أعراف و عادات التجارة أو بمقتضى القانون المدني ما لم تتعارض قواعده مع المبادئ الأساسية للقانون التجاري."

و يلاحظ أن هذه المادة أن المشرع اكتفى بذكر المصادر الرسمية و ترتيبها، و لم يشر إلى المصادر التفسيرية، لذلك يمكننا القول أو للقانون التجاري نوعين كبيرين من المصادر، منها ما هو رسمي و منها ما هو تفسيري.

### المبحث الأول: المصادر الرسمية للقانون التجاري

يقصد بالمصادر الرسمية تلك التي تنبثق عن هيئة مخول لها سلطة إصدار القوانين، و المصادر الرسمية للقانون التجاري هي التشريع التجاري و الأعراف و العادات التجارية و القانون المدني و يضاف إليها المعاهدات و الاتفاقيات الخاصة بالتجارة الدولية التي تشكل التشريع الدولي في هذا المجال و التي تعتبر جزءاً لا يتجزأ من التشريع الداخلي كما سنرى.

### المطلب الأول: المصادر الدولية كتشريع خارجي

#### الفقرة الأولى: تعريف الاتفاقية الدولية

إن تشعب و اختلاف القوانين الداخلية في الميدان التجاري الذي هو بطبيعته ذو طابع دولي و كذلك آفاق توحيد القانون التجاري على الصعيد الدولي، قد حملت العديد من الدول و منها المغرب على المصادق على معاهدات دولية تضع قواعد قانونية موحدة تقبلها الدول الموقعة عليها و تلتزم بها في العلاقات التجارية الدولية و ذلك لتسهيل هذه العلاقات و درء لقيام تنازع بين قوانينها الوطنية.

و تعرف اتفاقية فيينا لسنة 1969 باعتبارها القانون الدولي للمعاهدات بأن:

المعاهدة أو الاتفاقية هي : " كل اتفاق دولي يبرم كتابة بين دول و يجري عليه القانون الدولي سواء كان محررا في وثيقة فريدة أو في وثيقتين أو عدة وثائق مرتبطة فيما بينها أو كيفما كان الاسم الخاص المطلق عليه."

و قد اتبعت في إبرام المعاهدات التجارية الدولية طريقتان:

**الطريقة الأولى:** تتحصل في وضع معاهدات دولية تكون واجبة التطبيق في العلاقات الخارجية للدول الموقعة عليها فقط، بمعنى أن العلاقات الداخلية لهذه الدول الموقعة على المعاهدة لا تخضع لقواعد هذه الأخيرة و إنما تبقى تابعة لقواعد القانون الداخلي، من الأمثلة على ذلك اتفاقية برن لسنة 1953 المتعلقة بالنقل عبر السكك الحديدية.

**الطريقة الثانية:** تتحصل في عقد معاهدات دولية تؤدي إلى إنشاء قانون موحد لجميع الدول المتعاقدة على أن تتعهد هذه الدول بتعديل قانونها الداخلي بما يطابق قواعد هذه المعاهدة، بحيث تصبح هذه الأخيرة بمثابة قانون داخلي، و من الأمثلة على ذلك اتفاقية جنيف الخاصة بتوحيد قواعد الكمبيالات و السندات لأمر سنة 1930 و قواعد الشيكات سنة 1931.

كما تجدر الإشارة إلى أن العديد من مواضع القانون التجاري، قد صدرت بشأنها معاهدات دولية، من بينها المعاهدات المتعلقة بحماية الملكية الفنية و الأدبية و البريد و النقل البحري و الجوي ( اتفاقية فارسوفيا لسنة 1929) و النقل الدولي البري للبضائع و خاصة اتفاقية فيينا ل 11 أبريل 1980 و التي دخلت حيز التطبيق ابتداء من فاتح يناير 1988 و اتفاقية لاهاي لفاتح يوليوز 1964 بمثابة قانون موحد تتعلق بالبيع الدولي للأشياء المنقولة المادية. و أيضا اتفاقية المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بشأن الإيجار المالي الدولي لأوطاوا بتاريخ 28 ماي 1988، و كذلك الاتفاقية الدولية لأوطاوا بتاريخ 11 فبراير 1993 و المتعلقة بالإيجار التمويلي العقاري الدولي إلخ.

### الفقرة الثانية: أولوية الاتفاقية الدولية على القانون الداخلي

قد يجب القاضي الذي ينظر في نزاع ما، أن هذا الأخير تحكمه اتفاقية دولية كما ينظمه القانون الداخلي للبلاد، و هذا ما يسمى بتعارض الاتفاقية الدولية مع القانون الداخلي، إذن ما هو القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة؟

إن أولوية تطبيق الاتفاقية الدولية على القانون الداخلي، نظمتها معاهدة فيينا vienne من خلال المادة 27 التي نصت على ما يلي:

" لا يجوز أن يستند أحد الأطراف إلى مقتضيات قانونه الداخلي لتبرير عدم تنفيذ معاهدة ما".

كما أن العديد من الدول نظمت هذه المسألة، كالدستور الفرنسي الذي أكد على أن " المعاهدات و الاتفاقيات التي تتم المصادقة عليها أو الموافقة عليها طبقا للأوضاع المقرر قانونا، يكون لها بمجرد النشر، قوة تفوق قوة القوانين الداخلية بشرط تطبيق الطرف الآخر للمعاهد أو الاتفاقية."

و بالنسبة للمغرب، و على اعتبار أن الدستور يعتبر أسمى القوانين حتى على الاتفاقيات الدولية، فإنه من الدول التي تحرص على تطبيق الاتفاقيات و المعاهدات الدولية التي صادق عليها بالأولوية على التشريع الداخلي.

أما فيما يخص العمل القضائي، فقد درج على منح الأولوية للاتفاقية الدولية على القانون الداخلي عندما يتعارضان.

و هو ما نصت عليه إحدى قرارات المجلس الأعلى ( محكمة النقض حاليا) بتاريخ 26 شتنبر 2000 و الذي اعتبرت فيه أن: " مصادقة المغرب على الاتفاقية تعني التزامه بتنفيذ و سريان مقتضياتها داخل التراب الوطني لكونها تعبيراً عن إرادته..."

و تجدر الإشارة أن الاتفاقية الدولية، عندما تتم المصادقة عليها من السلطة المختصة و بالكيفية المحددة دستوريا، تنشر في الجريد الرسمية و تصبح بذلك جزءاً من القانون الداخلي.<sup>1</sup>

### المطلب الثاني: المصادر الوطنية الداخلية

#### الفقرة الأولى: التشريع التجاري

والمقصود بذلك جميع القواعد القانونية المضمنة في مدونة التجارة، و كذا جميع النصوص و القوانين المكملة لها أو الملحق بها، سواء كانت قوانين مرتبطة أو مستقلة.

و قد ضمنت كما سبقت الإشارة مدونة التجارة خمسة كتب، خصص الأول منها للتاجر من حيث اكتسابه للصفة التجارية و الأهلية التجارية و الالتزامات التي يتحمل بها، في حين نظم الكتاب الثاني الأصل التجاري و التصرفات الواقعة عليه، أما الكتاب الثالث فقد اهتم بتنظيم الأوراق التجارية من كمبيالة و شيك

<sup>1</sup> من الاتفاقيات التي صادق عليها:

- اتفاقية فارسوفيا لسنة 1929 المتعلقة بالنقل الجوي.
- اتفاقية جنيف لسنة 1930 المتعلقة بالكمبيالة.
- اتفاقية 19 مارس 1931 الخاصة بالشيك.
- اتفاقية بروكسيل لسنة 1952 المتعلقة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بالحجز التحفظي على السفن البحرية.
- اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالأعراف و تنفيذ القرارات الصادرة عن هيئات التحكيم.
- اتفاقية هامبورغ لسنة 1978 المتعلقة بالنقل البحري الدولي للبيضات.
- اتفاقية باريس لسنة 1983 المتعلقة بحماية الملكية الصناعية، بدأ سريانها سنة 1984.
- اتفاقية مراكش لسنة 1994 المتعلقة بالرسوم و التعريفات الجمركية ( مؤتمر الكات).

و سند لأمر، و خصص الكتاب الرابع للعقود التجارية و الكتاب الخامس و الأخير مساطر صعوبات المقولة.

كما عمل المشرع على تحيين و تجويد الأحكام المتعلقة بالشركات حيث صدر قانون رقم 95-17 الخاص بشركات المساهمة و الذي عرف عدة تعديلات متلاحقة ، ثم قانون رقم 96-5 المتعلق بشركة التضامن و شركة التوصية بنوعيتها و شرك المحاصة و شركة ذات المسؤولية المحدود، بالإضافة إلى القانون المتعلق بمؤسسات الائتمان، و كذا مدونة التأمينات و قانون إحداث المحاكم التجارية و غيرها...

### الفقرة الثانية: العرف

يقصد بالعرف كمصدر من مصادر القانون التجاري مجموعة القواعد غير المكتوبة التي تعارف عليها التجار في تنظيم معاملاتهم التجارية مع شعورهم بالزامها و ضرورة اتباع أحكامها.

### أ الأعراف التجارية المحلية

العرف التجاري المحلي هو مجموع القواعد التي درج التجار على اتباعها في معاملاتهم التجارية المحلية لفترة طويلة مع اعتقادهم بالزاميتها و ضرورة احترامها، و من الأمثل على العرف التجاري القاعدة التي تقضي تسليم المبيع في احترامها. و من الأمثلة على العرف التجاري القاعدة التي تقضي تسليم المبيع في أجل معين إذا لم يعين لذلك أجل في عقد البيع، و القاعدة التي تحدد عمولة السمسار في نسبة معينة من قيمة الصفقة في حالة عدم تحديدها في عقد السمسرة.

و يكتسي العرف التجاري المحلي في الميدان التجاري أهمية كبرى ذلك أن الغالبية العظمى من قواعد القانون التجاري نشأت أساسا كعادات و أعراف متبعة بين التجار ثم دونت بعد ذلك في لوائح قبل أن يتبناها المشرع التجاري مقتضيات تشريعية ملزمة.

و مكانة العرف من حيث كونه يلي التشريع التجاري في التطبيق ترجع إلى أنه المصدر الشعبي الأصيل الذي يتصل اتصالا مباشرا بالجماعة و يتميز بالبساطة و المرونة و الملائمة للميدان التجاري المتسم بالسرعة و نبذ الشكليات و هو يرجح في التطبيق على قواعد القانون المدني من حيث الترتيب في حالة المخالفة.

و نظرا لأهميته و ملائمته للبيئة التجارية و سده للنقص الحاصل في التشريع التجاري، فإن القضاء ملزم بالعلم به و تطبيقه، كما أن الخصوم لا يعذرون لجهله و لا يلزمون بالبحث عنه و إثباته. و يخضع القاضي في أعماله للقاعدة العرفية التجارية باعتبارها قانونا إلى رقابة محكمة النقض، بحيث أن مخالفته لتلك القاعدة يمكن الطعن فيه بالنقض أمام تلك المحكمة.

## ب العرف التجاري الدولي

إلى جانب الأعراف التجارية المحلية نشأت أعراف تجارية دولية، وبدأت تفرض نفسها في التطبيق في العديد من المعاملات التجارية الدولية وخاصة تلك المتعلقة بالنقل البحري و المعاملات البنكية و عمليات البيوع البحرية.

ففي مجال النقل البحري قام المجهزون و الشاحنون و المؤمنون منذ القديم في إطار جميع جمعيتهم بوضع الشروط العامة للعقود النموذجية المتعلقة بعمليات النقل البحري.

و في المجال البنكي قامت غرفة التجارة الدولية بباريس منذ 1933 بتدوين القواعد العرفية المنظمة للاعتماد المستندي ووضعت ما يسمى الآن ب " القواعد و الأعراف الموحدة المتعلقة بالاعتماد المستندي".

و في مجال البيوع البحرية تم تحت إشراف غرفة التجارة الدولية وضع جرد بالمصطلحات التجارية الدولية ب « Incoterms » حدد فيه معنى المصطلحات الأكثر استعمالا مثل بيع فوب *Ventre Fob* و بيع كاف *CAF* ، و كلها رموز تشير إلى أنواع من البيوع البحرية، و قد تم في هذا الجرد تحديد الالتزامات المتبادلة لكل من البائع و المشتري.

و تعمل القواعد العرفية التجارية الدولية في مجال التجارة الدولية فقط و على الخصوص في المجالات غير المنظمة بمقتضى المعاهدات الدولية.

### الفقرة الثالثة: عادات التجار

العادة هي قاعدة تواتر اتباعها بانتظام دون أن يتوافر الاعتقاد في إلزامها و ضرورة احترامها، و تستمد إلزاميتها من التعبير الضمني لإرادة المتعاقدين في الأخذ بها، و بالتالي يمكن لأطراف الاتفاق على استبعادها عن طريق إدراج حكم يخالفها.

ومن أمثلة العادات التجارية المحلية ما درج عليه التجار بائعي الجملة من عدم استيفاء ثمن السلعة المباعة إلا بعد تصريفها من طرف البائعين بالتقسيط أو إنقاص الثمن بدل فسخ العقد إذا كان البضاعة بها عيب خفي.

و العادة الاتفاكية التجارية لا تعتبر قانونا لذلك لا يجوز أن تخالف قاعدة قانونية تجارية أو مدنية أمره. لكن تكون لها الأولوية في التطبيق إذا كان تلك القاعدة مكملة.

### الفقرة الرابعة: القانون المدني

يشكل القانون المدني الشريعة العامة لباقي فروع القانون و التي تنظم جميع العلاقات القانونية ذات الطبيعة الخاصة سواء كانت تجارية أو مدنية، فالقاعدة أنه يتعين الرجوع إلى قواعد القانون المدني في الحالات التي لم يرد فيها نص خاص في القانون التجاري، و قد اشترط المشرع المغربي من خلال المادة الثانية من مدونة التجارة، في فرضية تطبيق النص المدني، ألا يتعارض هذا التطبيق مع المبادئ الأساسية للقانون التجاري.

و لم يكن للقانون التجاري في بدايته كيان مستقل، ولم تتميز قواعده عن قواعد التعامل المدني، بيد أن القانون التجاري أخذ يكتسب استقلاله و بدأ يفرض نفسه كقانون مستقل، و يرجع هذا التحول الجوهري إلى ما تتميز به الأنشطة التجارية من خصائص و مميزات تجعل منها بيئة تقوم على المخاطرة و السرعة و الثقة، و بعيدة عن الثبات و الاستقرار الذي يعد من خصائص العمل المدني كقاعدة، و بالتالي أضحي القانون التجاري لا يعنى إلا نوع من واحد من الأنشطة هي الأنشطة التجارية و التي يقوم بها طائفة معينة من الأشخاص هم طائفة التجار.

و لا تعني هذه الاستقلالية قطع أوصال التأثير المتبادل بين القانون التجاري و القانون المدني، فهذا الأخير مازال يشكل المرجعية العامة في كل مرة لا نجد فيها قواعد تجارية تنظم و تحكم المعاملة التجارية المطروحة على القاضي، فالتصرفات القانونية ما زالت تخضع للقواعد العامة الواردة في قانون الالتزامات و العقود أيا كان المجال الذي أبرمت في نظامه.

و للقانون التجاري أيضا تأثير في القانون المدني، فالشركات التي تأخذ الشكل التجاري تعتبر شركات تجارية تخضع للقانون التجاري و لو كان غرضها مدنيا، و الشخص العادي الذي يقوم بسحب الكمبيالة تطبق عليه قواعد القانون التجاري و لو كان غير تاجر، و الدائن و لو كان مدنيا يتعين عليه رفع الدعوى أمام المحكمة التجارية إذا ما أراد المطالبة بفتح مساطر صعوبات المقاوله في وجه المدين التاجر الذي توقف عن دفع ديونه، و في العمل المختلط تتوحد مدد التقادم بغض النظر عن صفة المتمسك به. و لعل هذا التداخل و التكامل بين كل من القانون التجاري و القانون المدني هو ما يدفعنا إلى القول بصعوبة إدماج كلا القانونين في قانون واحد كما ينادي بذلك أنصار وحدة القانون الخاص.

و يظهر من خلال عرض هذه الأحكام لأن هناك نوع من التكامل بين القانونين فرضته اعتبارات خاصة تتمثل أساسا في الإبقاء على أحكام موحدة بالنسبة لبعض الأنظمة في كل قانون، و بغض النظر عن القائم بهما لما في ذلك من حماية للأغيار و الدائنين و المصلحة العامة و الاقتصاد الوطني، فمن غير العدل و الإنصاف وجود ازدواجية في الأحكام بالنسبة لبعض الأنشطة لمجرد أن القائم بها كان غير تاجر، فلا

يمكن مثلا أن نستعين بقواعد الإثبات المعروفة في القانون المدني لمجرد أنه كان غير تاجر، كما هو الشأن بالنسبة لإثبات الرهن الحيازي التجاري حيث تسود حرية الإثبات ( المادة 338 من مدونة التجارة). و يتضمن القانون المدني مجموعة من النصوص تنظم المجال التجاري كتقادم الالتزامات التجارية ( الفصل 338 من قانون الالتزامات و العقود)، كما أن مدونة التجارة تحيل في مجموعة من المقتضيات على القانون المدني كالقواعد المنظمة للرهن ( المادة 337 من مدونة التجارة) الأهلية ( المادة 12 من مدونة التجارة)، قانون التحفيظ ( المادة 441 من مدونة التجارة).

والله ولي التوفيق