

جامعة 20 أوت 1955 – سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



عنوان المذكرة :

العرف في القانوني التجاري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص :قانون الأعمال

تخصص : قانون الأعمال

إشراف الأستاذ:

بركات رامي قيسمون

من تقديم الطالب(ة):

مشطوف سمية

رجواحي الشيماء

لجنة المناقشة :

الاسم و اللقب	الرتبة العلمية	الصفة
د/بوالصلصال نور الدين	أستاذ محاضر	رئيسا
أ/بركات رامي قيسمون	أستاذ مساعد	مشرفا و مقررا
أ/بوصنوبرة عبد العالي	أستاذ مساعد	مناقشا

دورة جويلية 2022

جامعة 20 أوت 1955 – سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



عنوان المذكرة :

العرف في القانوني التجاري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص :قانون الأعمال

تخصص : قانون الأعمال

إشراف الأستاذ:

بركات رامي قيسمون

من تقديم الطالب(ة):

مشطوف سمية

رجواحي الشيماء

لجنة المناقشة :

الاسم و اللقب	الرتبة العلمية	الصفة
د/بوالصلصال نور الدين	أستاذ محاضر	رئيسا
أ/بركات رامي قيسمون	أستاذ مساعد	مشرفا و مقررا
أ/بوصنوبرة عبد العالي	أستاذ مساعد	مناقشا

دورة جويلية 2022

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



إِهْدَاء

الحمد لله و الذي بنعمته تتم الصالحات ...أيام و شهور كللتها من نجاح إلى آخر و انتقلت من مرحلة إلى أخرى و هذا كله بفضل الله عز وجل الذي وفقني و إعطاني القوة و انعم عليا بنعمة العقل ها أنا اليوم اختم مسيرتي الدراسية ها أنا اليوم على بعد خطوة واحدة من التخرج و بعد تعب كبير و إصرار لا متناهي مني على الدراسة و التفوق و تحقيق ذاتي... نعم انه حلمي الذي طالما حلمت به منذ صغري و اليوم أراه يتحقق أمام عيني...بداية اهدي هذا النجاح إلى أهلي أبي الذي تعب من اجلي ليراني ناجحة أمي التي تعبت و ثابرت وربت و سهرت من اجلي بفضلها أنا اليوم على مصعد النجاح .

إخوتي الذين أحبهم من أعماق قلبي صغيري أخي يوسف الذي له معزة خاصة قلبي حفظه الله و رعاه احن شخص في الدنيا أختي الوحيدة سندي و رفيقتي و ذراعي الأيمن شكرا لك على المساعدة .

كما اهدي هذا النجاح أيضا الى زوجي الذي طالما كان معي في خيباتي و نجاحاتي في تعثري و نهوضي الذي كان داعما و مشجعا ..شكرا لك .

كما اهدي هذا النجاح إلى صغيري "كنان" فلذة كبدي قطعة من روجي اعز ما املك حبيبي الذي كلما نظرت إليه رأيت الأمل و الحب و السعادة و كل شيء جميل حفظه الله و رعاه لي .

كما هدي هذا النجاح إلى صديقاتي الغاليات رفيقات الدرب و المشوار الدراسي حبيباتي "شيدوح صباح" "وئام" "البنى" "وحيدة" "ياسمين" "جهينة" شكرا لكن على كل شيء .

كما اهدي نجاحي إلى أيضا إلى أستاذتي الغالية "عزوز ابتسام" شكرا لك .

"مشطوف سمية"

إِهْدَاء

الحمد لله وكفى و الصلاة على الحبيب المصطفى (صلى الله عليه و سلم) و أهله و من
وفى أما بعد...

الحمد لله الذي وفقنا لتتمين هذه الخطوة في مسيرتنا الدراسية بمذكرتنا هذه و اهدي ثمرة
جهدي.

إلى والداي الكريمان إلى اللذان أوقدا شمعة حياتهما لينيرا دربا يشع بنور العلم و المعرفة
إلى من ربياني صغيرة إلى أمي الغالية التي زينت حياتي بضياء الدرب و كانت بحرا صافيا
يجري بفيض الحب و البسمة أطال الله في عمرها و رعاها ...

إلى أبي العزيز الذي منحني القوة و العزيمة و الصبر و الاجتهاد لمواصلة الدرب حفظه
الله و أطال في عمره .

إلى من نشأت و ترعرعت بينهم إخوتي و أخواتي الذين كانوا السند في حياتي حفظهم الله
عز وجل.

إلى كل من أكن لهم التقدير و الاحترام صديقاتي و أحبائي.

شكركم

أولا أبدا كلامي بشكر المولى عز وجل الذي فضل و انعم علينا بالعقل الذي هو كنز
الإنسان و أضاء لنا طريق العلم و المعرفة و حب النجاح و وفقني لما انا عليه اليوم و
الهمني الصبر و أعطاني القوة لإكمال هذا العمل المتواضع فلولاه ما كان هذا فالحمد لله
حمدا كثيرا .

و عملا بما أوصى به رسولنا الكريم عليه أفضل الصلاة و السلام في حديثه "من صنع
إليكم معروفا فكافئوه".....

ثانيا نود أن نوصل شكرنا إلى جميع الذين حملوا أقدس رسالة في الحياة و إلى الذين
مهدوا لنا طريق العلم و المعرفة إلى أستاذتنا الكرام شكرا على مجهوداتكم شكرا على
معلوماتكم القيمة و المفيدة شكرا على توجيهنا و اخص بالذكر الأساتذة الأفاضل
أعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم لقراءة بحثنا و مناقشتنا و كذلك جزيل الشكر الكامل
للأستاذ المشرف علينا أستاذ بركات قيسمون رامي

و أخيرا نقدم الشكر لكل شخص ساعدنا في إتمام بحثنا المتواضع و لو بحرف واحد
..... و لكم منا فائق الاحترام و التقدير .

مقدمة

يعد القانون التجاري وليد البيئة التجارية، نشأ وتطور تحت ضغط الحاجات الاقتصادية و الضرورات العملية التي استلزمت اخضاع فئة معينة من المعاملات هي الاعمال التجارية و طائفة معينة من الأشخاص هم التجار لتنظيم قانوني خاص يتفق مع مقتضيات التجارة و مطالبها، فالقانون التجاري هو فرع من القانون الخاص يشمل مجموع القواعد القانونية التي تنطبق على الاعمال التجارية و التجار و هو من هذا الوجه اضيق نطاقا من القانون المدني الذي يضم القواعد العامة التي تحكم العلاقات بين الأشخاص بغض النظر عن طبيعة المهن او نوع المعاملات التي يقومون بها .

و يتميز القانون التجاري بالسرعة و التطور مع تطور الحياة التجارية، و نظرا للمعاملات التجارية الكثيرة و كثرة الممارسات التجارية فالتجار كانوا ينشأون قواعد و يتبعونها، و نظرا للتكرار المستمر في استخدامها أصبحت ملزمة لهم و سميت بالعرف التجاري و نظرا كذلك لان المشرع لم يستطع الالمام بجميع القواعد العرفية و تقنينها فهم يلجأون إلى إنشاء أعراف فيما بينهم و التعامل بها .

فالقاعدة العرفية اذا ظهرت منذ القدم و كانت نتيجة التعود و التواتر على إتباع سلوكات معينة من قبل فئة التجار و حول مسألة معينة، فهي عبارة عن وقائع مادية الفت الجماعة اتباعها بوتيرة واحدة و بصورة منظمة و تعودت الامتثال لمضمونها يقينا منها انها ملزمة و ان الخروج عليها يتبعه جزاء .

أهمية الموضوع :

و تكمن أهمية الموضوع في :

- معرفة مفهوم العرف في القانون التجاري و معرفة دوره كونه من اهم مصادر القانون التجاري .
- ضرورة توافر ركنيه كلاهما .
- معرفة أنواع العرف التجاري و كذا أهميته و تقديره من ناحية مزاياه و عيوبه .
- بيان أن العرف التجاري هو مصدر رسمي .

– كيفية تطبيق العرف التجاري .

أسباب اختيار الموضوع :

و لعل من الأسباب و الدوافع الموضوعية التي دفعتنا لدراسة هذا الموضوع تعود الى :

- الميل الشخصي لدراسة قانون الاعمال و خاصة القانون التجاري .
- الرغبة في التطرق لمعالجة هذا الموضوع بسبب قلة الكتب و المواضيع و الدراسات الاكاديمية .
- عدم الاهتمام بهذا الموضوع و عدم التوسع فيه .

أهداف الدراسة :

و اهداف دراسة هذا الموضوع هي :

من خلال تناولنا للموضوع سالف الذكر فقد إرتأينا الى تحقيق الاهداف التالية :

- تسليط الضوء على مفهوم العرف التجاري و تمييزه عن العادة الاتفاقية في القانون التجاري .
- بيان الأهمية القصوى التي يتميز بها العرف التجاري .

صعوبات الدراسة :

الصعوبات التي واجهت هذه الدراسة :

- الموضوع واسع لدرجة لم نستطع التحكم فيه .
- موضوع جديد لم يتم تناوله مسبقا .

إشكالية الدراسة :

الإشكالية الواضحة و البينة تكمن في تحديد المصطلحات القانونية تحديدا دقيقا و بينا ،فقد ذهب التشريع التجاري الى القول ان العرف التجاري مصدر من مصادر هذا الأخير و

الإحاطة و التفصيل في الموضوع أكثر ارتأينا إلى طرح الإشكالية التالية : ماهي القيمة القانونية التي منحها المشرع للعرف التجاري ؟ وما هي مكانته في القانون التجاري ؟ وما الدور الذي يلعبه القاضي في تطبيق قواعد وأحكام العرف التجاري ؟

المنهج المتبع في الدراسة :

للقيام بأي بحث قانوني يجب علينا إتباع منهج او مسلك معين في الدراسة ، فالمنهج يعرف بأنه الطريق المؤدي للكشف عن الحقيقة في العلوم القانونية بواسطة طائفة من القواعد العامة التي تعمل على سير العقل و تحدد عملياته حتى يصل الى نتيجة، من خلاله نتمكن من الإجابة على الإشكالية المطروحة بناء على ما تقتضيه هذه الدراسة القانونية فالمنهج المتبع هو المنهج التحليلي و هو المنهج الذي يعتمد بشكل أساسي على التحليل و ذلك تبعا لرؤية الباحث الخاصة و تبعا لما لديه من عوامل يحدد من خلالها فرضيات الدراسة ليقوم أخيرا بعملية التحليل بما يتلاءم مع المنطق و موضوعية التفكير ، و الوصفي هو تلك الطريقة العلمية التي يعتمدها الباحث في دراسته لظاهرة معينة وفق خطوات معينة و يقوم خلالها بتحليل المعطيات و البيانات التي بحوزته المتعلقة بالظاهرة المدروسة و ذلك من أجل الوصول إلى الحقيقة العلمية المتعلقة بالظاهرة ، هذا لصعوبة التحكم في اتباع منهج واحد معين بذاته .

خطة البحث :

و قد قمنا بتقسيم موضوع البحث إلى فصلين ، في الفصل الأول تطرقنا إلى ماهية العرف التجاري ، أما في الفصل الثاني فتطرقنا إلى أحكام العرف التجاري .

الفصل الأول

ماهية العرف التجاري

إن العرف من أقدم المصادر الرسمية للقانون التي ظهرت في تاريخ المجتمعات البشرية ، و إن معظم العلاقات و الممارسات بين الأشخاص قد بدأت بعادات و أعراف و تقاليد توارثت من جيل لأخر محافظين عليها و مكررين استعمالها في معاملاتهم و تصرفاتهم التجارية و كانوا يشعرون بضرورة إتباعها و أنها ملزمة لهم و بهذا نشأت و تكونت منها شريعة يحتكمون إليها .

كما ان العرف له دور مهم باعتباره احد مصادر القانون التجاري و أن معظم القواعد القانونية كان أصلها عرفيا ثم قننت لتصبح رسمية أي أن المشرع الجزائري وضعها في القانون التجاري لتصبح سارية المفعول و تطبق في المسائل التجارية و العلاقات بين التجار او تاجر و غيره ، و من هنا يمكننا القول ان القانون التجاري كان عرفيا ثم قنن نظرا لأهمية التجارة في الحياة اليومية ، و نظرا للتطورات الكثيرة في هذا المجال إن بعض فقهاء القانون التجاري اعتبروا العرف في مرتبة النص التشريعي أي القانون التجاري و قدموه على التشريع المدني في ترتيب مصادر القانون التجاري .

و لعل العرف التجاري ظل الى يومنا هذا بالغ الأهمية ، و التجار لا يزالون يعتمدون عليه في معاملاتهم و ذلك راجع الى قلة النصوص التشريعية و عجزها عن ملاحقة حاجيات التجارة المتجددة و لا تزال الكثير من النظم التجارية محكومة بالقواعد العرفية .

و من خلال هذا قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين ، تطرقنا في المبحث الأول الى مفهوم العرف التجاري ، اما في المبحث الثاني تكلمنا عن تقدير العرف التجاري .

المبحث الأول: مفهوم العرف التجاري

لا خلاف على أن العرف هو أحد مصادر القانون التجاري بل و هو أهم مصدر فنجد التجار يلجؤون إليه كثيرا لأنه يواكب التطورات المتجددة في المجال التجاري و نظرا لسرعة المعاملات التجارية ، كما يرجع للعرف التجاري الفضل في نشأة العديد من قواعد القانون التجاري كقاعدة افتراض التضامن بين المدنيين في المعاملات التجارية ، كما يرجع للعرف التجاري الفضل في نشأة العديد من قواعد القانون التجاري كقاعدة افتراض التضامن بين المدنيين في المعاملات التجارية و قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفع على حامل الورقة التجارية حسن النية و كذلك نظام الحساب الجاري و الاعتماد المستندي¹.

المطلب الأول: تعريف العرف التجاري و أركانه

إن المشرع الجزائري لم يتطرق الى تعريف العرف التجاري بل بين متى يلجأ إليه و كيف يكون مصدرا من مصادر القانون التجاري بحيث تنص المادة الأولى مكرر من القانون التجاري الجزائري على أنه " يسري القانون التجاري على العلاقات بين التجار و في حالة عدم وجود نص فيه يطبق القانون المدني و أعراف المهنة عند الاقتضاء"². و رغما من عدم وجود تعريف قانوني، إلا أن فقهاء القانون التجاري اجتهدوا في تقديم تعريف صريح وواضح للعرف التجاري و ذلك بسعيهم الكبير في إبراز معناه و إعطاء نظرة كاملة عن مفهومه فنجد عدة تعريفاتي ذلك :

الفرع الأول: تعريف العرف التجاري

عرفه الفقيه مصطفى كمال ،على أنه قاعدة درج عليها التجار فترة طويلة من الزمن مع اعتقادهم الزاميتها و ضرورة إتباعها ، و يعتبر العرف التجاري مصدر أساسي يلي التشريع

¹ محمد العريني و محمد السيد الفقي ، القانون التجاري (الأعمال التجارية ، التجار ، الشركات التجارية) ، بدون جزء ، بدون طبعة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، دون سنة نشر ، ص 28،29 .

² المادة الأولى مكرر من القانون التجاري الجزائري الصادرة بموجب الأمر رقم 75-95 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر و المتضمن القانون التجاري ، المعدل و المتمم حسب آخر تعديل ، القانون رقم 15-20 المؤرخ في 18 ربيع الأول عام 1437 الموافق ل 30 ديسمبر سنة 2015 .

في الأهمية و ما يميزه عنه هو أن العرف يتميز بخاصية المرونة و أن هذا الأخير يواكب و يساير التطورات الدائمة و المتجددة في الحياة التجارية¹ .

كما عرفه البعض على أنه مجموعة القواعد غير المقننة أي الغير مكتوبة و التي تنشأ في أصلها من إطار سلوك الافراد في مسألة أو مسائل معينة على وجه خاص ،مع الاعتقاد أنها ملزمة و ضرورة احترامها² .

و نجد أن الأعراف التجارية تستمد إلزامها من خلال اعتماد المحاكم عليها حين الفصل في النزاعات في القواعد التي تسمو و تعلق على العرف من حيث الدرجة³ .

و قد يكون العرف التجاري في شأن مسألة قانونية فيطلق عليه اسم العرف القانوني و من امثلة هذا تخفيض الثمن عوض عن الفسخ في حالة تأخر البائع في تسليم المبيع أو في حالة تسليم بضاعة من صنف أقل جودة من الصنف المتفق عليه و عدم تجزئة الحساب الجاري و عدم جواز الاحتجاج بالدفع في مواجهة حامل الورقة التجارية الحسن النية و افتراض التضامن في المسائل التجارية و إثبات تقصير المدين بغير الإنذار بل بالرسائل البرقية و الخطابات خلافا لما يقضي به القانون المدني⁴ .

و من المعلوم أن العرف في المسائل التجارية أهمية خاصة فأن الغالبية العظمى من قواعد القانون التجاري ابتدأت كعادات و أعراف يتخذونها التجار و يتعاملون بها بين بعضهم البعض ثم قننت البعض منها في نصوص تشريعية و ضاقت دائرة العرف باعتباره من

¹ مصطفى كمال طه ، أساسيات القانون التجاري (دراسة مقارنة) ، بدون جزء ، بدون طبعة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بدون بلد نشر ، ص 29 .

² منصور داود و ساعد العقون ، مكانة العرف في القانون التجاري الجزائري ، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية ، المجلد 04 ، العدد 02 ، سنة 2019 ، ص 510 .

³ عمار بوضياف ، المدخل إلى العلوم القانونية (و تطبيقاتها في التشريع الجزائري) ، بدون جزء ، الطبعة الرابعة ، دار الجسور للنشر و التوزيع ، 2017 ، ص 219 .

⁴ منصور داود و ساعد العقون ، مرجع سابق ، ص 511 .

المصادر الرسمية للقانون التجاري و بالرغم من ذلك كله فنرى أن العرف لا يزال قائما بدوره المهم و الأساسي في المسائل التجارية¹ .

الفرع الثاني : أركان العرف التجاري

للعرف التجاري ركنان أساسيان إذا توافر كلاهما نستطيع القول أننا أمام عرف تجاري وإذا غاب ركن منهما لا نكون في هذه الحالة أمام ما يسمى بالعرف التجاري فوجودهما معا مهم جدا لقيمة العرف التجاري و قوته الملزمة و تتمثل أركانه فيما يلي :

أولا : الركن المادي

و هو عبارة عن عنصر الاعتياد الدائم و المستمر و الذي يكون طويل الأمد بمعنى آخر أن هذا الاعتياد لا يكون و لا يتحقق إلا باستمرار و إضطراد العمل به و تواتره بمعزل عن أي تدخل من السلطة السياسية أو التشريعية في الدولة ، و منه هذا الاعتياد التجاري يتبلور عن طريق التعامل بين فئة التجار بشكل دائم و تلقائي و عفوي، حيث أن التجار بموجبه يستطيعون إيجاد أحكام معينة و حكم معين أو حلول كثيرة لمشاكل قانونية أو مشكلة واحدة معينة لا يوجد فيها نص تشريعي في وقت معين فإذا تكررت هذه القاعدة و تواترت و تكرر التصرف و العمل، بها فيما بين فئة التجار تكون حينئذ الركن الأول ألا و هو الركن المادي للعرف نتيجة التكرارات و الاستمرار الثابت و الاعتياد على العمل بها من قبل الأفراد² .

و مقتضى و فحوى هذا العنصر هو نشوء عادة قديمة و عامة و ثابتة و غير مخالفة للنظام العام و الآداب العامة و هذه الأخيرة تنشأ في أول أمرها نتيجة شروط صريحة في عقود المتعاملين ثم يتواتر استعمالها و تنتقل بين المتعاملين جيلا بعد جيل إلى ان تصبح

¹ عزيز العكيلي ، الوسيط في شرح التشريعات الجزائرية (التعريف بالقانون التجاري و تطوره و مصادره - الاعمال التجارية - التجار - المتجر - العقود التجارية - العمليات المصرفية - الشركات التجارية - الأوراق التجارية) ، دون جزء ، دون طبعة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، بدون بلد نشر ، 2015 ، ص 25 .

² منصور داود و ساعد العقون ، مرجع سابق ، ص 511.

في الأخير شائعة و معروفة لهم ثم وجدوا أنه لا ضرورة للاتفاق عليها صراحة باعتبار أنها مفهومة ضمناً من طرف التعاقد¹ .

و منه تتحول القاعدة المتفق عليها بكل صراحة في هذا العقد الى قاعدة متفق عليها ضمناً ، و تسمى هنا بالعادة الاتفاقية فتصبح بذلك ملزمة لكلا الطرفين المتعاقدين فمثلاً جرت العادة في بعض أسواق الفاكهة أن يتعامل تجار الفاكهة على المائة حبة باعتبارها مائة و عشرة أو مائة و عشرين فإذا لم يرد في العقد ما يخالف هذه العادة فيفترض أن إرادة المتعاقدين الضمنية قد اتجهت إلى إتباعها و يمكن استخلاص هذه الإرادة الضمنية من ظروف التعاقد قد كأن يكون المتعاملين من تجار الفاكهة أو أن يكون هذا التعامل حدث في سوق الفاكهة² .

و بما أن العرف التجاري يكون او ينشئ قواعد قانونية شأنه في ذلك شأن التشريع فيجب أن تتوفر في هذا الأخير صفة التجريد و صفة العمومية في كل قواعده و بمعنى آخر أن يكون للعرف التجاري منتشر على نطاق واسع و كبير في الوسط التجاري و يكفي أن يكون هذا الانتشار في منطقة معينة فقط و كمثال على ذلك أن تنشأ أعراف تجارية عامة أو خاصة أو محلية³ .

و من أمثلة الأعراف التجارية أن تجري العادة في المسائل التجارية على أن السكوت الطويل عن الرد على إيجاب يطلب بضاعة من مصنع يعتبر قبولاً للإيجاب ، و كذلك جرت العادة على أن التضامن المفترض في المسائل التجارية خلاف القاعدة المنصوص عليها في القانون المدني بأن التضامن لا يفترض ، إذ لا تضامن إلا بموجب اتفاق أو نص في القانون⁴ .

¹ حسين النوري ، القانون التجاري ، دون جزء ، دون طبعة ، دار الجبل للطباعة 14 قصر اللؤلؤة ، بدون بلد نشر ، دون تاريخ نشر ، ص 12 .

² حسين النوري ، المرجع السابق ، ص 13 .

³ منصور داود و ساعد العقون ، المرجع السابق ، ص 512 .

⁴ حسين النوري ، المرجع السابق ، ص 13 .

و نذكر على سبيل ذلك أن العرف الخاص هو ما يتبع في مهنة معينة أو في تعامل تجاري معين ، أما العرف المحلي و هو كل ما يتبع في مدينة أو منطقة من المناطق المعنية ، و كذلك العرف العام و هو ما يسود في بلد معين أو على نطاق دولي¹.

ثانيا : الركن المعنوي

لا يكفي توافر الركن المادي لكي نكون أمام عرف تجاري بل لابد من توفر ركن آخر أي شعور التجار الذين يتبعون قاعدة ما بأنها واجبة الاحترام و الإلتباع حالها حال القاعدة القانونية فيولد لديهم الشعور بأن هذه القاعدة ملزمة للعمل بها قانونا و منه فالركن المعنوي هو الذي يحول الاعتياد المادي إلى قاعدة قانونية و لا يمكن أن تخلق قاعدة قانونية مصدرها العرف التجاري مهما استقرت إلا إذا توافر الشعور بأنها قاعدة قانونية ملزمة يجب احترامها و توقيع الجزاء على من يخالفها².

و بمقتضى هذا العنصر هو شعور جماعة معينة بأن حكم العادة ملزم لهم كالقانون المسنون ، و إذا توفر عنصر الإلزام تحولت هذه الأخيرة إلى عرف و بذلك تتحول القاعدة الاتفاقية إلى قاعدة قانونية ، إذ تستند القاعدة العرفية لا إلى إرادة الأطراف المتعاقدة فحسب كما في العادة الاتفاقية بل إلى إرادة الجماعة التي تشعر بأنها ملزمة لهم كالقانون تماما³.

و لذلك يعتبر العرف ملزما للأطراف المتعاقدة أو المتعاملين و لو لم تتجه إرادتهما الصريحة أو الضمنية إلى إثباته، و من هنا يكون حكم العرف في ذلك حكم النصوص التشريعية و ذلك على عكس المادة الاتفاقية فهي لا تلزم المتعاملين إلا إذا اتجهت إليها إرادتهما الصريحة أو الضمنية ، و يجوز للمتعاملين الاتفاق على ما يخالف القاعدة العرفية

¹ حلو أبو حلو ، القانون التجاري ، بدون جزء ، دون طبعة ، الشركة العربية المتحدة للتسويق و التوريدات بالتعاون مع جامعة القدس المفتوحة ، 2008 ، ص 22 .

² منصور داود و ساعد العقون ، المرجع السابق ، ص 512 .

³ حسين النوري ، المرجع السابق ، ص 13 .

و لا يخل ذلك من قوتها كقاعدة قانونية لأن مثل هذا الاتفاق جائز بالنسبة للنصوص التشريعية المفسرة¹.

و من أمثلة العرف التجاري التي نتذكرها : جواز تجميد الفوائد و جواز أن تزيد الفوائد على رأس المال للقاعدة في القانون المدني ، أنه لا يجوز أن تتجاوز الفوائد رأس المال و مع ذلك فقد جرى العرف التجاري على مخالفة ذلك في بعض المسائل فيجوز تقاض فوائد على متجمد للفوائد كما هو الشأن في الحساب الجاري و يجوز أن تتجاوز الفوائد رأس المال كما هو الحال بالنسبة للسندات ، و المثال الثاني هو جواز تعاقد الشخص مع نفسه فالقاعدة في القانون المدني أنه لا يجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه و ذلك لتعارض المصالح و مع ذلك فإن العرف التجاري قد جرى على إباحة تعاقد سمسار الأوراق المالية مع نفسه لحساب موكله (البائع و المشتري)².

المطلب الثاني :مكانة العرف التجاري و تمييزه عن العادة الاتفاقية

ينشأ العرف التجاري تدريجياً فيبدأ كشرط تدرج في اتفاقات التجار سواء تعلقت هذه الشروط بأمر مادي كطريقة حزم السلع أو نقلها أم في أمر قانوني كتحديد آجال خاصة لتنفيذ الالتزامات التجارية و يستمر التجار في النص على هذه الشروط في اتفاقاتهم حتى تصبح عادات تقليدية ثم تصير مفهومة ضمناً دون حاجة إلى النص عليها و تتواتر الأحكام القضائية على افتراض وجودها و عندئذ يقال أنها قد أصبحت عرف³.

و من أمثلة القواعد العرفية التجارية مبدأ افتراض التضامن بين المدنيين و ذلك على خلاف ما يقضي به النص نص المادة 679 قانون مدني مصري و كانت قاعدة افتراض التضامن قاعدة عرفية في لبنان إلى أن تحولت إلى قاعدة تشريعية بمقتضى المادة 603 من التقنين التجاري و من ذلك أيضاً ما جرى به العرف على تقاضي فوائد على متجمد الفوائد و على جواز أن يزيد مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن على رأس المال و ذلك في بعض

¹ حسين النوري ، المرجع السابق ، ص 13

² المرجع نفسه ، ص 14 .

³ عزيز العكيلي ، المرجع السابق ، ص 25 .

الحالات كما هو الشأن بالنسبة إلى الحساب الجاري خلاف ما تنص به القواعد المدنية في مصر و التي تحرم ذلك " المادة 636 مدني مصري " .

ومن ذلك أيضا العرف الذي يخير تعاقد الوكيل بالعمولة مع نفسه لحساب شخصين مختلفين خلاف ما تقضي به القواعد المقررة في القانون المدني المصري " المادة 101 مدني مصري " هذا بالإضافة إلى الدور الهام الذي تقوم به الأعراف في مجال العمليات المصرفية¹.

الفرع الأول :عوامل احتفاظ العرف التجاري بمكانته

من العوامل الجوهرية التي ساعدت العرف التجاري على الاحتفاظ بمكانته ، عدم قدرة التشريع كمصدر للقانون التجاري على تلبية حاجات التجارة التي هي في تطور دائم و مستمر لذلك فإن العرف مازال هو المسيطر على بعض المعاملات التجارية فهناك القواعد التجارية التي تجد مصدرها المباشر في العرف التجاري مثل المعاملات التجارية البحرية لاسيما القواعد الخاصة بالبيوع البحرية كما أن جل العمليات المصرفية تحكمها الأعراف التجارية المصرفية² .

فالعرف التجاري أكثر مرونة من التشريع و بالتالي فهو أقدر على تحقيق متطلبات الحياة التجارية السريعة من التشريع الذي يحتاج إلى إجراءات طويلة لتعديله أو إصداره.

كما أن للعرف التجاري دورا بارزا لا يمكننا تجاهله حيث أنه يسهم بشكل كبير في توحيد قواعد التجارة بين الدول ، ليس هذا فقط ، فالعرف التجاري له دور مهم في سد الثغرات التي تتضمنها أحكام التشريع إذ من المعروف أن التنظيم الكلي لمختلف المعاملات التجارية أمر يستعصي على التشريع مهما بلغ من الدقة و الإحاطة فتبرز هنا دور العرف

¹ نبيل إبراهيم سعد و محمد حسن قاسم ، بدون جزء ، دون طبعة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بدون بلد نشر ، بدون سنة نشر ، ص 219 .

² منصور داود و ساعد العقون ، المرجع السابق ، 509 .

التجاري في تنظيم مسائل لم يتعرض لها التشريع فيسد بذلك نواحي النقص في القانون المكتوب¹ .

وعليه تحظى الأعراف التجارية بأهمية كبيرة في مجال المعاملات التجارية التي تمتاز بالسرعة (و هي من مبررات انفصالها عن حكم القانون المدني) مما لا يتوافر للمتعاقدین متسع من الوقت للاتفاق على كل الشروط التي تنظم العلاقات المترتبة عن هذه المعاملات مما يعني اتجاه إراداتهم ضمنا نحو إتباع مثل هذه العادات التجارية هذا من جهة و من جهة أخرى لا يجبر أن يكون التجار على علم بأعراف التجارة التي يباشرونها مما لا يجعل هناك ضرورة للنص على كل الشروط المألوفة بينهم² .

والعرف التجاري قانون غير مكتوب و المقصود بذلك أن قواعد العرف لم تضع في وثيقة رسمية مكتوبة كما هو الشأن بالنسبة للتشريع و تعتبر هذه أهم خاصية تميز العرف التجاري و إن كان هناك من يرى بأنها غير كافية للوقوف على الخصائص الذاتية للعرف و غير مكتوبة في نفس الوقت تذل على وجود خصائص فرضت نفسها و أفكتت مكانتها بجانب القانون غير المكتوب³ .

الفرع الثاني: تميز العرف التجاري عن العادة الاتفاقية

يجب أن نميز بين العرف و العادة ، فالعرف كما تقدم قاعدة قانونية كالقاعدة التشريعية سواء بسواء من حيث قوة الإلزام أما العادة فهي قاعدة تواتر إتباعها بانتظام دون أن يتوافر الاعتقاد في إلزامها و ضرورة احترامها⁴ .

و تطبق على اعتبار أن اتفاق الأفراد قد اتجه ضمنا إلى الأخذ بها و لذلك تسمى بالعادة الاتفاقية و يجوز للأفراد الخروج عليها بنص صريح في العقد¹ .

¹ المرجع نفسه ، ص 510 .

² منصور داود و ساعد العقون ، المرجع السابق ، ص 509 .

³ المرجع نفسه ، ص 510 .

⁴ مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، ص 30 .

فالعادة التجارية يتوافر لها عنصر الإضطراد و إنما تفتقد إلى الاعتقاد في قوة إلزامها و هي تستند إلى الرضا المتبادل بين التجار و اتفاقهم على العمل بها في علاقاتهم العقدية لذلك تسمى العادات التجارية أيضا بالعادات الاتفاقية و يكون مؤدى ما تقدم أن للإرادات الخاصة مخالفة للعادة التجارية في حين لا يجوز لها مخالفة العرف باعتباره يتمتع بقوة الإلزام يضاف إلى ذلك وجوب إثبات العادة التجارية أمام القضاء في حين أن العرف التجاري يدخل في نطاق علم القاضي بالقانون².

و من أمثلة العادات التجارية إنقاص الثمن بدلا من فسخ البيع إذا كانت البضاعة المسلمة للمشتري من صنف أقل جودة من الصنف المتفق عليه أم إذا كانت كميتها أقل ، و كذلك قيام الدائن في حالة القرض المقترن بتحرير سندات و عند سداد المدين قسط من الدين يرد السندات القديمة للمدين لكي يعدها أو يحتفظ بها في مقابل تحريره سندا جديدا بقيمة ما تبقى من الدين³.

و للعادات التجارية أهمية كبرى في المواد التجارية و ذلك لسببين هما :

- أن العمليات التجارية قوامها السرعة بحيث لا يتوافر للمتعاقدين عملا للوقت الكافي لأن يدرجوا في عقودهم كل الشروط التي تحكم العلاقات الناشئة عنها و من ثم تتجه إرادتهم ضمنا إلى الأخذ بالعادات المنظمة لهذه العلاقات .
- إن معظم العمليات التجارية تتم بين التجار بعضهم و البعض الآخر و هم على علم و معرفة بعادات التجارة مما لا يدع ضرورة لأن يدرجوا في عقودهم كل الشروط المألوفة المعتادة فيما بينهم⁴.

¹ مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، ص 31 .

² هاني دويدار ، القانون التجاري (التنظيم القانوني للتجارة ، الملكية التجارية و الصناعية ، الشركات التجارية ، بدون جزء ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بدون سنة نشر ، ص 19 .

³ محمد العربي و محمد سيد الفقي ، المرجع السابق ، ص 30 .

⁴ مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، ص 31 .

المبحث الثاني: تقدير العرف التجاري

إن العرف التجاري مصدر مهم و ذا قيمة بالغة بالنسبة للعرف التجاري ففقهاء القانون التجاري اجتهدوا في تقدير قيمته و بيان أهميته و البعض منهم قدره من حيث المزايا و العيوب ومن خلال ذلك قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين ، في المطلب الأول بينا أهمية العرف التجاري و ميزته ثم ذكرنا أنواعه ، أما في المطلب الثاني فقد تطرقنا إلى مزايا و عيوب العرف التجاري.

المطلب الأول : أهمية العرف التجاري و أنواعه

لعب العرف دورا هاما في نطاق القانون التجاري فهو المصدر الرسمي الثاني من مصادره حيث يعتبر النواة الأساسية لهذا القانون نظرا لاعتبار أغلبية قواعد و قوانين القانون التجاري الحالي هي أعراف تجارية تعارف عليها التجار في القرون الوسطى نظرا لأهميتها كما أن النصوص التشريعية غير مكتملة لمواجهة التغيرات التجارية و المعاملات المالية التي في تسارع و تطور حيث ظهر العرف لسد الفراغ لمواجهة مطالب الحياة التجارية و المتجددة¹.

و لمعرفة دور العرف التجاري سنتناول في هذا المطلب بيان أهميته في الفرع الأول ، ثم أنواعه في الفرع الثاني .

الفرع الأول :أهمية العرف التجاري

تفوق أهمية العرف التجاري لما له دور في أي فرع من فروع القوانين الأخرى ، فهو المصدر الثاني الرسمي من مصادر القانون التجاري حيث يكمن فضل قواعده إلى لجوء القاضي لتلك القواعد ليحسم الخلاف المعروض عليه مع اختلاف و تنوع مرتبتها من دولة إلى أخرى فالقواعد العرفية قواعد أقرتها سلطة الجماعة المباشرة بصورة اعتيادية تلقائية مع

¹ فاضلي إدريس ، المدخل إلى القانون (نظرية القانون ، نظرية الحق) ، دون جزء ، الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ساحة مركزية بن عكنون الجزائر ، 10-2019 ، ص 142 .

رغبة التوجه في العمل بمضمون القاعدة دون التقيد بإجراءات معينة و دون اشتراط عرضها على هيئة معينة و بذلك فإن العرف يعمل على تنظيم تلك المعاملات المالية و المسائل التجارية و بصورة منتظمة¹.

نشأت الغالبية العظمى من قواعد القانون التجاري كعادات متفق عليها بين التجار و بالرغم من وجود القوانين والهيئات المنظمة لوضع التشريعات إلا أن العرف لا يزال مكونا أساسيا لتقديم الحلول و الفصل في القضايا الخلافية و يتضح ذلك في عمليات التحكيم محليا أو دوليا و ذلك بمراعاة العرف التجاري في المعاملات مع التجار و البنوك و مختلف جهات الاعمال التجارية و العمليات المصاحبة لها ماليا و قانونيا ، فبعضها يتم الاتفاق عليه و يحظى بالقبول و الإجماع عليه لدرجة يتم مراعاتها كما لو كانت نصا تشريعيًا ملزما ، و لذلك يسمى بالعرف الملزم حيث تبين بأن العرف التجاري مصدر فعال و أساسي يلي التشريع أهمية فالعرف ما يميزه أنه مرن يساير التطور الدائم في الحياة التجارية لذا ظل القانون التجاري مدة طويلة من الزمن قانونا عرفيا محض و لم يزل الدور المهم للعرف في القانون التجاري بعد تقنينه و ذلك لنقص النصوص التشريعية في نطاق هذا القانون و عجزها عن ملاحقة حاجيات التجارة المتجددة حيث بقت الكثير من النظم التجارية كالبيع البحرية و الإئتمانات المستندية و الحسابات التجارية مرتبطة ارتباطا وثيقا بالقواعد العرفية².

هذا النوع من القانون له قيمة سامية عن بعض فروع القوانين الأخرى بالرغم من ازدياد أهمية النشاط التشريعي إلا أنه مصدر و منبع قوي من مصادر القانون التجاري ، يجب على القاضي اللجوء إلى أحكامه بالرغم من أن القانون التجاري قانون مقنن لذلك فإن القاضي الجزائري إذا ما عرض عليه نزاع تجاري اتبع الترتيب التالي في تطبيقه لقواعد و احكام القانون :

1. النصوص الأمرة الموجودة بالمجموعة التجارية .
2. النصوص الأمرة الموجودة بالمجموعة المدنية .

¹ عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 207 .

² مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، ص 29،30 .

3. قواعد العرف التجاري .
4. العادات التجارية .
5. النصوص التجارية المفسرة .
6. النصوص المدنية المفسرة¹.

يختلف دور العرف و أهميته من فرع إلى آخر من فروع القانون إذ ينتقي دور العرف في القانون الجنائي نظرا لقيامه على المبدأ القائل " لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص "² . بينما يتضاءل في القانون المدني ، إلا أنه يلعب دورا هاما في القانون الدستوري و القانون الدولي العام و القانون الإداري و التجاري ، ففي القانون الدولي العام لازالت معظم قواعده ذات طبيعة عرفية تتمثل فيما بينها أو في علاقاتها بالمنظمات الدولية كما يلعب العرف دورا هاما في القانون التجاري حيث منحه القانون مكانة مرموقة و اعتبره مصدر رسمي ثاني يلي التشريع مرتبة فالقانون التجاري يشمل القانون التجاري المكتوب و غير المكتوب مما يعرف ب (العرف التجاري) و عليه لا يجوز اللجوء إلى أي مصدر آخر إلا بعد الرجوع للقانون التجاري بالمعنى الواسع و هو قانون التجارة و القوانين المكملة للتجارة و العرف التجاري أولى و أقدر على الإحاطة و التعبير بالحياة التجارية نتيجة لذلك بأن التشريع لا يغطي كل العلاقات التجارية نظرا لما تتسم به من سرعة و تطور و تنوع ، على خلاف القانون المدني الذي تمتاز قواعده بالبطء الشديد و عدم التطور ، حيث يساير العرف التجاري الحياة التجارية بجميع تفاصيلها فقواعد القانون التجاري قواعد خاصة محضة بالمقابلة لقواعد القانون المدني التي تعد الشريعة العامة للقانون الخاص و يترتب علد ذلك إلزامية تطبيق القواعد التجارية أولا سواء وجدت مصدرها في التشريع التجاري أو العرف التجاري ثم الرجوع إلى الاحكام العامة في القانون المدني في حالة غياب القاعدة التجارية الخاصة³ .

¹ بن مسعود شهرزاد ، محاضرات في مقياس القانون التجاري الجزائري ، كلية الحقوق جامعة الاخوة منتوري قسنطينة ، ص 15 .

² المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري ، الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 يونيو سنة 1996 ، المتضمن قانون العقوبات ، المعدل و المتمم .

³ منصور داود و ساعد العقون ، المرجع السابق ، ص 516-517 .

يعبر العرف التجاري عن الإرادة الحرة للأفراد فهي التي صنعتها حيث استقر في النفوس بعد أن استوعبته العقول دون فرض أو إكراه من أي جهة ثانية ومن الأمثلة عما جرى به العرف من أن التضامن يفترض بين المدنيين في المعاملات التجارية على عكس المعاملات المدنية كما يتفق العرف التجاري مع القواعد الطبيعية التي فطر الله عز وجل عباده و القائمة على قيم و أسس المثل العليا ، من حرية و خير و عدل ، و رفض مظاهر الظلم و الشر ، فالعرف هو المعبر الصادق عن إرادة المجتمع و أداة فعالة لتحقيق المساواة¹ .

للعرف التجاري ميزة و أهمية خاصة في القانون التجاري تفوق ما له من قيمة و كدليلا على قيمته المهمة نذكر أمثلة لقواعد عرفية تجارية ذات أهمية كبيرة لم تكتب بعد في نص : كمبدأ تطهير الدفوع و استقلال التوقيعات في الأوراق التجارية و كذلك مبدأ افتراض التضامن بين المدنيين في المعاملات التجاريةإلخ ، فالعرف قانون يطبقه القاضي متى استطاع صاحب المصلحة إثباته أو متى تبين القاضي سواء من تلقاء نفسه أو من شهادة الخبراء " و قد تصدر به شهادة من الغرفة التجارية يستأنس بها القاضي دون أن تقيده في معرفة حقيقة و جوهر العرف " ، لأن العرف التجاري قانون و محكمة النقض تراقب تطبيقه و لا تتركه لمحض تقدير القاضي كما لا يجوز للعرف التجاري أن يخالف نصا تجاريا أمرا و بالتالي فإن العرف يحتل الدرجة التالية بعد التقنين التجاري و سائر التشريعات المكملة له إذ لا يجوز أن يخالف العرف التجاري تعبيراً صريحاً عن إرادة المشرع في نص قانوني مكتوب كذلك إذ أقدم المشرع بأن يعمل على إلغاء أو تعديل محتوى أو مضمون العرف التجاري فإنه يلجأ إلى النص التجاري باعتباره مصدر رسمي أساسيا لما له من قيمة قانونية ، كما أن العرف التجاري ملزم كالنص التجاري المكتوب باعتباره المنبع الأصلي الذي استقت منه التقنيات الحديثة و كذلك علاقات التجارة² .

ومن أهميته كذلك أن الأوراق التجارية يجب أن يجري العرف على قبولها كأداة وفاء و يعني ذلك أنه لا يكفي توافر الخصائص المتقدمة لاعتبار الورقة التجارية ، بل يجب فضلا

¹ فاضلي إدريس ، المرجع السابق ، ص 134 .

² علي البارودي ، مبادئ القانون التجاري و البحري ، دون جزء ، دون طبعة ، دار المطبوعات الجامعية (الإسكندرية) ، ص 27 ، 28 .

عن ذلك أن يجري العرف على قبولها كأداة الوفاء تقوم مقام النقود في المعاملات ، و لذلك لا تعتبر كربونات الأسهم و السندات المستحقة الوفاء من قبيل الأوراق التجارية ، لأنها و إن كانت قابلة للتداول و تمثل مبلغا من النقود هو أرباح الأسهم أو فوائد السند و تستحق الدفع بمجرد تقديمها للهيئة المصدرة ، إلا أن العرف لم يجرى بعد على اعتبارها أداة وفاء كالنقود¹.

يعد العرف التجاري مصدر رسمي وفقا للمادة الأولى مكرر من القانون التجاري الجزائري حيث نص المشرع على أنه يسري القانون التجاري على العلاقات بين التجار ، و في حالة عدم وجود نص فيه يطبق القانون المدني و أعراف المهنة عند الاقتضاء².

يبين المشرع أن للعرف التجاري مركز و قيمة قانونية صحيحة و الذي كان يكتسبه فهي تتوافق مع متطلبات الحياة التجارية و هذا التكريس لمركزه له ما يبرره نجدها في القانون التجاري في حد ذاته و الذي عجز عن الإحاطة بالجوانب العقدية للمعاملات و التعاملات المالية التجارية كعقود التأمينات و البيع و القرض إلى غير أمر نظامها للعرف التجاري و للقانون المدني³.

الفرع الثاني : أنواع العرف التجاري

أولا : العرف الخاص

يقصد بالعرف الخاص هو ما تعارف عليه مجموعة من التجار ، كطائفة تجار المزروعات ، أو طائفة تجار الخشب أو الحديد و هو ما يجري العمل على إتباعه في مهنة معينة أو تعامل تجاري معين فهو مخصص لطائفة معينة من الأشخاص بصفة عامة و

¹ مصطفى كمال طه ، الأوراق التجارية و الإفلاس ، دون جزء ، دون طبعة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 1997 ، ص 11 .

² المادة الأولى مكرر المتضمنة القانون التجاري الجزائري .

³ منصور داود و ساعد العقون ، المرجع السابق ، ص 516 ، 517 .

بالتجار بصفة خاصة (أي مهنة معينة أو تعامل تجاري معين) ، فالعرف الخاص هو أقرب إلى التجارة¹.

ثانيا : العرف العام

هو كل ما يسود في بلد معين أو على نطاق دولي فالعرف العام هو عرف واسع إلا أنه يطبق في سائر مناطق الدولة ، و إما لأنه لا يكون مقصورا على طوائف محددة من الأشخاص ، فبالرغم من أهمية العرف العام نظرا لتوسعه و عموميته قانونا إلا أن هناك مبدأ يقول بأن الخاص أولى في التطبيق من العام لذلك تنص المادة الرابعة من فقرة 2 من التقنين التجاري على أنه >> يعد العرف الخاص و العرف المحلي مرجحين على العرف العام << .و...و بعبارة أخرى يجب على القاضي حال تطبيق العرف الخاص على العرف العام ، أو ترجيح العرف المحلي على العرف العام فالعرف العام هو ما تعارف عليه التجار على مستوى البلد الواحد كما أن العرف المحلي هو أكثر معرفة للتجار من العرف العام².

ثالثا : العرف المحلي

هو العرف الذي لا يسري إلا في بلدة معينة أي كل ما هو متبع في مدينة أو منطقة معينة محليا أي يقصد به العرف أو العادات و التقاليد المعروفة في منطقة أو مدينة معينة من البلاد و عند التعارض يرجح العرف الخاص على العرف المحلي و العرف العام كما يرجح العرف المحلي على العرف العام ، و ذلك لأن العرف الخاص هو أقرب للتجار من العرف العام³.

¹ عادل علي المقداي ، القانون التجاري (المبادئ العامة وفقا لأحكام قانون التجارة العماني) ، دون جزء ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 1431هـ -2014م ، ص 34 .

² مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، ص 21-22 .

³ مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، ص 21 .

رابعاً : العرف القانوني

قد يكون العرف التجاري في شأن مسألة قانونية ، فيطلق عليه العرف القانوني ، و من أمثله تخفيض الثمن عوضاً عن الفسخ في حالة تأخر البائع عن تسليم المبيع أو في حالة تسليم بضاعة من صنف أقل جودة من الصنف المتفق عليه ، و عدم تجزئة الحساب الجاري ، و عدم جواز الاحتجاج بالدفع في مواجهة حامل الورقة التجارية الحسن النية ، و جواز تجميد الفوائد في معاملات البنوك و افتراض التضامن في المسائل التجارية ، و إثبات تقصير المدين ، بغير الإنذار ، بل بالرسائل البرقية و الخطابات خلافاً لما يقضي به القانون المدني .

و قد قضت محكمة استئناف مصر بأن : " إن البرقيات و الخطابات الموصى عليها التي أرسلها المستأنف عليه إلى المستأنف ينبه عليه بضرورة المحافظة على الميعاد ، تعتبر قانوناً أنها تنبيه بالوفاء و ذلك لأن القانون المدني و إن اشترط في المادة 15 منه المقابلة للمادة 157 من القانون المدني الجديد ، أن يكون التكليف بالوفاء رسمياً ، إلا في المواد التجارية .

فالقانون لا يستلزم أن يكون هذا التنبيه بإعلان على يد محضر بل يكفي أن يكون ذلك التنبيه ببرقية " تلغراف " أو بخطاب عادي أو موصى عليه و قد أجمع الشراح و الفقهاء على هذا النظر لما تستلزمه المعاملات التجارية من السرعة و بهذا الرأي اضطرت أحكام المحاكم المختلطة و الوطنية ، فقضت بأن الإجراءات التي يتطلبها القانون من وجوب التنبيه بالوفاء رسمياً في المواد المدنية لا تطبق في المعاملات التجارية و أنه يكفي فيها أن يحصل الأعداء بالتلغراف .

متى كان نص العقد صريحاً في بيع القطن من المستأنف للمستأنف ضده و كمثال لذلك فإنه بيع من نوع خاص حددته الشروط الواردة في العقد ، إذا اتفق على تحديد الثمن بحسب ما يكون عليه السعر يوم القطع و أن يكون للبائع حق استلام مبالغ الحساب من الثمن في حدود 70% من السعر و أن يلتزم بتغطية مركزه إذا ما نزلت الأسعار بحيث لا يكون الغطاء أي الفرق و قدره 60% مكشوفاً ومثل هذا النوع من عقود البيع لا يوجد ثمة ما

يمنعه قانونا ، و فضلا عن ذلك فهو يستمد مما جرى عليه العرف التجاري الذي أجاز باستمرار مضطرد هذا النوع من بيع القطن تحت القطع و ليس في شروط العقد موضوع النزاع ما يشير عن قرب أو بعد إلى أنه عقد فرض مضمون برهن حيازي فإن دفع 70% من الثمن حسب سعر يوم التوريد و إبقاء 60% الباقية غطاء في حالة نزول السعر لا يؤدي إلالمعنى الذي يريده المستأنف من أنه دليل على أنه فرض مضمون برهن حيازي فليس ما يمنح قانونا من الاتفاق على تحديد الثمن و على كيفية أدائه بوضع معين يتفق عليه الطرفان¹.

المطلب الثاني : مزايا و عيوب العرف التجاري

يعد العرف التجاري قانون واجب التطبيق فهو من أقدم المصادر الرسمية و يرجع الفضل لإبراز ميزته إلى المدرسة التاريخية التي أعطت له الأولوية على التشريع ، فهو مصدر فطري و ضروري و حقيقة لا يمكن تجاهلها في المعاملات التجارية ، فهو يتصف بالعمومية و التجريد و التلقائية في نشأته فهو من خلق الجماعات المهنية و التجارية و ليس من وضع السلطة صاحبة التشريع لأي دولة و هو بذلك قواعد لا تنتمي بأصلها إلى قواعد و أحكام مستمدة من قانون دولة ما ، بقدر ما تستمد من واقع ما يمكن أن يطلق عليه مجتمع التجار و هذا ما جعل الخصائص الذاتية للعرف التجاري تفرض نفسها على التشريعات فمرونته و انتمائه في حد ذاته ميزة عريقة تجعله أقدر و أقوم على تحقيق متطلبات الحياة الاجتماعية، و بالرغم من قوته و ميزته إلا أن هناك مساوئ تقل من شأنه و تنقص من قيمته القانونية و تجعل التشريع يحتل الصدارة عليه و يرجعه للمرتبة الثانية و لمعرفة مزايا و عيوب العرف التجاري سنتطرق في هذا المطلب إلى مزايا العرف التجاري في الفرع الأول ، ثم إلى عيوبه التي تؤخذ عليه في الفرع الثاني².

¹ محمد عزمي البكري ، موسوعة الفقه و القضاء في شرح قانون التجارة الجديد (الأعمال التجارية - التاجر - الدفاتر التجارية - السجل التجاري - المتجر - سوق الأوراق المالية {البورصة}) ، بودن جزء ، الطبعة الأولى ، دار محمود للنشر ، بدون بلد نشر ، 2013 ، ص 52 .

² منصور داود و ساعد العقون ، المرجع السابق ، ص 505 .

الفرع الأول : مزايا العرف التجاري

يوافق العرف التجاري إرادة الجماعة بصفة عامة و إرادة التجار بشكل خاص باعتباره ينبثق منها و ينشأ فيها فهو قانون أكثر شعبية من التشريع لأن مصدره الشعب في حين التشريع عكسه تماما يصدر من السلطة فيوافق إرادتها فقط و كما نعلم بأن القوانين إذ أصدرت بهذا الشكل لن تستمر أمد طويلا ، كما يعتبر العرف التجاري عرف قابل للتطور و التقدم وفقا لتطور الظروف الاجتماعية و الاقتصادية فهو يتقدم بتقديم المجتمع و يزول إذا زالت الرغبة و الحاجة التي أدت إلى بروزه¹.

قواعد العرف التجاري تلائم ظروف أفراد المجتمع و يكفل تقدمها بطريقة طبيعية مما يجعلها ملائمة ، بصفة دائمة ، لتلك الظروف و ملبية لمتطلبات الأفراد و حاجاتهم كما يمتاز العرف التجاري كونه وليد إرادة أفراد المجتمع و على وجه الخصوص (التجار) و التي فرضت السلوك المعتاد و يعبر بصدق عما يريده المجتمع مما يجعله نوعا من الديمقراطية المباشرة².

إن العرف مصدرا مكتملا للقانون و معاوننا له في تنظيم و حكم ما يحيله إليه من أمور فهو سيد النقص الموجود في التشريع فالمشرع مهما بلغت ذقته و قدرته لا يستطيع الإحاطة بكل الأمور و خاصة أمور الجماعة و وضع السبل و القواعد و الأحكام الواجبة لتنظيمها و مجابقتها ، فهناك من المسائل ما يستعصي على المشرع تنظيمها لتعقدها و تشعبها و اختلاف مفهومها من مكان لآخر في الدولة ، أو لسرعة تغير الحاجات فيها و ينبثق ذلك جليا في القانون التجاري بوجه خاص و الذي تشعبت مسائله في تفاصيلها و تختلف إلى درجة تستعصي على المشرع أن يستوعب تنظيمها فيتركها للعرف ، بل إن المشرع يغفل تنظيم بعض الأمور و يعجز كذلك عن تصور الأحكام و الفروض و الحلول اللازمة لمشاكل المستقبل باعتباره بشرا و للطاقة البشرية حدود و ضوابط تتأثر بعوامل كثيرة فالعرف

¹ محمدي فريدة زواوي ، المدخل للعلوم القانونية نظرية القانون ، بدون جزء ، بدون طبعة ، طبع المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، وحدة الرغاية ، الجزائر ، سنة 1998 ، ص 74 .

² محمد سعيد جعفرور ، مدخل إلى العلوم القانونية ، بدون جزء ، الطبعة السادسة عشر ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2007 ، ص 170-171 .

التجاري وسيلة فطرية لتنظيم التعاملات و المعاملات التجارية و المالية التي عجز المشرع عن ترتيبها و تعديلها لصعوبتها و تشابكها¹ .

يقوم العرف التجاري بسد الثغرات بالنسبة للتشريع ، أي يحل السلوك الذي أطردت عليه الجماعة محل إرادة المشرع مما لم يهتم به من تشريع في مجال معين و التعبير بالعرف إنما يأتي بالإرادة الحرة للمجتمع بعيدا عن أسلوب الفرض و القهر ، لذلك يعد العرف تعبيرا صادقا عما ترضيه إرادة المجتمع في تنظيم الروابط لأنه لما كانت الجماعة هي التي تخلق العرفمما تبرزها على السير مدة من الزمن بموجب سلوك معين فإنه يتفق مع رغباتها و ظروفها و حاجاتها العملية لاستناده إلى ما جرى عليه الناس في أحوالهم الاقتصادية و الاجتماعية و على ذلك فهو ينشأ من تلقاء نفسه و لا ينبثق عن إرادة السلطة الحاكمة المستبدة و إنما ينبعث من حاجات الجماعة مباشرة فيعتبر صورة صادقة لما يرضاه ضميرها و من هنا تظهر ميزة العرف بحيث لا يمكن أن تتصور قيام عرف يخالف إرادة الجماعة و رغبتها ، لأنه يلقي القبول و الاستحسان في التطبيق² .

يعتبر العرف مصدرا رسميا للقاعدة القانونية بالمعنى الحقيقي لتوفر عنصر الإلزام الذي يميزها عن باقي القواعد الاجتماعية الأخرى كالعادات و التقاليد فالعرف التجاري يلاءم حاجات الجماعة باعتباره جملة من القواعد القانونية التي تنشأ من إطار سلوك الناس عليها زمننا طويلا مع اعتقادهم بقوتها الملزمة و بأن مخالفتها يترتب عنها جزاء مادي ، فإذا كانت غالبية النظم المعاصرة لجأت للتشريع لجمع القواعد القانونية و إضفاء صفة الرسمية عليها فإن ذلك لا يعني أنها استغنت عن العرف بل تبقى القواعد العرفية تحتل مكانتها كمصدر رسمي أساسي من مصادر القانون يلزم القاضي بالرجوع إليه في عدة مواضيع معينة³ .

ينمو العرف بالتدريج و على مر زمن معين في ضمير الجماعة و يطابق حاجاتها و ربما تتغير بتغير تلك الحاجات و الظروف كما يؤدي العرف إلى تعدد القواعد القانونية في

¹ علي أحمد صالح ، المدخل لدراسة العلوم القانونية (نظرية القانون) ، بدون جزء ، الطبعة الأولى ، دار بليس للنشر ، الدار البيضاء ، الجزائر ، 2016 ، ص 115-116 .

² فاضلي إدريس ، المرجع السابق ، ص 134 .

³ عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 208 ، 209 .

البلد الواحد حسب الأعراف السائدة في كل مدينة فهو يساير ظروف الجماعة و رغباتهم و يتابع المجتمع في تطوره فهو أكثر مرونة في مسايرة تلك الظروف و الأوضاع من القانون المكتوب و يتكون مع ظروف الحياة و يتغير بتغيرها و يزول بزوالها ، فإذا تغيرت ظروف الجماعة نجده يتطور و لو ببطء ليساير الظروف الجديدة فهو وسيلة تلقائية للتوافق مع ظروف المجتمع¹.

الفرع الثاني : عيوب العرف التجاري

بالرغم من المميزات التي تتمتع بها القاعدة العرفية إلا أنها يصعب عليها أن تتغير نتيجة لتغير و مواجهة الظروف الاجتماعية على خلاف التشريع فهو ملاحق للتطورات الحديثة و يحتل الصدارة بيم مصادر القاعدة القانونية بينما يتمتع العرف التجاري بمركز المصدر التالي له ، و ذلك لما يؤخذ عليه من مساوئ لا تلائم حاجات تلك المجتمعات و تعرقل مصالحها و من أهمها نذكر ما يلي : العرف التجاري عرف لا تكون قواعده دائماً واضحة الحدود و المضمون على وجه الدقة فليس من السهل تحديده و التثبت من وجوده و مضمونه و وقت ظهوره ، لذا يصعب على الأفراد العلم به ، و العلم بقواعده القانونية من أهم أسباب استقرار العلاقات الاجتماعية و نظراً إلى أنه يتكون من اعتياد الناس على سلوك معين حتى يستقر بهم الأمر إلى الشعور بالزام هذا السلوك ، فالعرف لا يمكنه أن يقدم الحل السريع للمشاكل التي تطرأ على مثل هذه المجتمعات نتيجة لبطئ تكوينه و عدم تناسبه مع حاجات المجتمع الحديث الذي يتميز بالتقدم و التطور السريع .

كما يؤدي العرف إلى تباين النظم القانونية في الدولة الواحدة فهو بطبيعته متجزئ و يختلف باختلاف الجهات مما يعني اختلاف القواعد المنظمة للموضوع الواحد من إقليم إلى آخر في الدولة الواحدة و هو ما يتنافى مع ما تسعى إليه الدولة من وحدة القانون في كافة أنحاء أقاليمها².

¹ عباس الصراف و جورج حزبون ، المدخل إلى علم القانون (نظرية القانون - نظرية الحق) ، دون جزء ، دون طبعة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 1432هـ - 2011م ، ص 64 .

² نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 220 .

العرف بطئ النشأة لذلك يأخذ ظهور القاعدة العرفية و تعديلها زمنا طويلا حتى يترسخ في أذهان الجماعة و يتعود الناس على إتباعها و تصبح ملزمة لهم و تلبى حاجات الجماعة المتطورة و هو ما اعتبره الفقه شرط من شروط الركن الماديللعرف و هذا خلافا للتشريع الذي مهما طالت مدة إعداده و تحضيره فإنها تظل قصيرة مقارنة لنشوء القاعدة العرفية كما أن التشريع سهل التعديل وحق الإلغاء وفي وقت وجيز.

كما تعتبر القواعد العرفية قواعد غير مكتوبة و عدم الكتابة ينتج عنه غموض في القاعدة القانونية و عدم وضوح مضمونها و لا تاريخ سريانها و نفاذها فإذا كان الغموض يكشف التشريع في حالات معينة حينما يستخدم المشرع ألفاظ مرنة فإن درجة الغموض تزداد إذ كئابصدد قاعدة عرفية و هذا مما قد يثير الاختلاف في الرأي بين القضاة عند تطبيقها تبعا لوجهة نظر كل واحد منهم¹.

يعيب على العرف التجاري الصعوبة في الاهتداء و يرجع سبب ذلك إلى اختلاف القواعد القانونية المنظمة لذات الموضوع في إقليم الدولة الواحدة حيث تتميز قواعده بكونها مبعثرة و مشتتة غير سلوك الجماعة ، و عبر مختلف المهن و النشاطات و كل ما هو متصل بالعرف من ظروف و غيرها ، فتعدد الأعراف و تنوعها من إقليم لآخر يجعل من الصعب على القاضي و على الباحث عموما أن يهتدي إلى أحكامها و تطبيقاتها ، كما أن اختلاف القاعدة التي تحكم المسألة الواحدة في البلد الواحد ، يتعارض مع مصلحة الدولة التي تقضي وحدة القانون فوق ترابها .

كما يعد العرف عامل انفصال لأن طبيعة أحكامه و قواعده كونها غير مدونة تجعل منه عامل تفتيت عبر مختلف المناطق و النواحي و عامل تقسيم بين افراد الأمة الواحدة في بعض الحالات و الظروف الحرجة التي قد تحل بالبلد الواحد أثناء الأزمات و الحروب ، و قد يكونلعامل الوعي القومي أثره في المحافظة على وحدة الوطن و إبعاد صفة التشجيع على الاتصال بين أفراد الأمة أو الشعب .

¹ عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 209 .

ومن مساوئه كذلك أنه عامل جمود و غموض باعتباره صعب التكوين و التغيير و التعديل , و نظرا لمسايرة التقدم السريع الذي تقوم عليه حياة الجماعة في مختلف جوانبها سواء كانت سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية و لمواكبة ذلك يتطلب وضع أحكام قانونية منتظمة تعدل سير العلاقات و السلوكات و هو ما لا يتحقق مع التشريع ،لبطء تكوينه و استقراره في نفوس أفراد الجماعة و بالتالي يصبح العرف عامل عرقلة أمام طموحات المجتمع و احتياجاته و ذلك لجمود نصوص التشريع¹.

يؤدي العرف المحلي إلى تنوع الأحكام العرفية التي تحكم المسألة الواحدة باختلاف الجهة التي يسود فيها هذا العرف و هذا يعيق إلى حد ما تحقيق الوحدة القومية التي تقتضي الخضوع لقواعد موحدة في داخل المجتمع و هو ما يحققه التشريع باعتباره مصدرا قويا للقانون في المجتمع الحديث².

ولا تعني تلك العيوب أن مزايا العرف التجاري قليلة الشأن و بالرغم من أنه يعد أقل درجة و فائدة من التشريع إلا أن مركزه و مكانته القانونية لا تقنى و يظل المخرج العملي في حالة عدم وجود نص تشريعي فالقاضي يلجأ مباشرة إليه كما يستعين المشرع كذلك به في مسائل معينة لا غنى عنها ، إذ هناك مسائل تتطلب أن تكون له حلول قابلة للتنوع و التعدد و التغيير بفضل عدم تجميدها و تقييدها بنصوص تشريعية تحول دون تقدمها و تطورها المستمر³.

¹ فاضلي إدريس ، مرجع سابق ص 134_135 .

² حبيب إبراهيم الخليلي ، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون ، طبعة الحادية عشر ، ب ج ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2017\4 ، ص 158 .

³ محمدي فريدة زاوي ، مرجع سابق ، ص 75 .

الفصل الثاني

أحكام العرف التجاري

إن العرف مصدر هام من مصادر القانون التجاري و يأتي في المرتبة الثانية بعد التشريع للدور الأساسي الذي يلعبه في الحياة التجارية ذلك أن الأغلبية العظمى من قواعد القانون التجاري هي عبارة عن أعراف تجارية تعارف عليها التجار منذ القدم بل قبل أن تصبح نصوص قانونية مدونة , و من هنا نتطرق إلى تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين نذكر في المبحث الأول رتبة العرف التجاري كمصدر قانوني سامي و نفصل في المبحث الثاني الآثار المترتبة على العرف التجاري .

المبحث الأول: مرتبة العرف التجاري

لقد اختلفت التشريعات في تحديد مركز و قيمة العرف التجاري بين مصادر القانون , فهو يختلف من دولة لأخرى , فمن حيث القيمة هناك من يعتبره مصدر تفسيري فقط , و هناك من يعتبره إلزامي و رسمي , و من حيث مرتبته فهناك من يقدم التشريع على العرف و منها ما يقدم العرف على التسريع و هناك من قدم مرتبة التجاري على الشريعة الإسلامية في بعض الدول و منها ما قدم الشريعة الإسلامية على العرف و من خلال معرفة ذلك قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين , المطلب الأول تناولنا فيه العرف التجاري كمصدر إلزامي من مصادر القانون التجاري أما في المطلب الثاني فقد تطرقنا فيه إلى بيان تعارضه مع القواعد القانونية .

المطلب الأول: رسمية العرف التجاري و أساس قوته الملزمة.

يعتبر القانون المصدر الأول الذي يستند إليه القاضي للفصل في النزاعات التجارية و يتمثل هذا القانون في القانون التجاري, و العرف التجاري كونه مصدر أساسي ذو قيمة قانونية للتجارة بوجه عام, إلا أن هناك إشكالية تعارض بينه و بين القواعد القانونية¹.

الفرع الأول: العرف التجاري مصدر رسمي

يعتبر القانون المصدر الأول الذي يستند إليه القاضي للفصل في النزاعات التجارية ويتمثل هذا في القانون التجاري , و لما كانت هذا القانون ناقص و كثير الثغرات عمل المشرع على إصدار عدة تشريعات لها صلة مباشرة بالتجارة و منها القانون المتعلق بالمنافسة , و المستهلك , و السجل التجاري , و العلامات التجارية و براءات الاختراع

¹ منصور داود، ساعد العقون، المرجع السابق، ص515.

.....إلخ , و هذه التشريعات بالرغم من وجودها إلا أنها يلحقها التخلف بسبب عدم مسابقتها للتطورات التي تعرفها التجارة , لهذا كان لابد أن يتدخل العرف باعتباره المصدر الذي يمكنه أن يساير التجارة , فالعرف يأتي في المرحلة الثانية لأنه يعتبر قانون و يجب على القاضي أن يلجأ إليه لحل النزاعات المعروضة عليه , و بالرغم من أن القانون التجاري قانون مقنن , فإن للعرف و العادات الاتفاقية مكانة بارزة فيه , هذا مع العلم أن قواعد و أحكام القانون التجاري هي في الأصل قواعد عرفية و عادات اتفاقية تم تقنينها , و القواعد العرفية التجارية هي قواعد قانونية ملزمة مثل القواعد التشريعية كما في الأمر أنها استخرجت تلقائياً من الوسط التجاري و مع مرور الوقت و تكرار العمل بها أصبحت راسخة في أذهان التجار بأنها ضرورية التطبيق و ضرورة الخضوع و المثول لها و احترامها فاكتملت بذلك قوتها الإلزامية .

نجد أن العرف التجاري و القانون المدني في نفس المرتبة القانونية رغم الاختلاف بينهما من حيث الطبيعة¹, فالمرجع نص على أنه : " يسري القانون التجاري على العلاقات بين التجار، و في حالة عدم وجود نص فيه يطبق القانون المدني و أعرف المهنة عند الاقتضاء"².

فإننا نلاحظ أن المشرع الجزائري أرجع للعرف التجاري مكانه الصحيح الذي كان يكتسبه , و هي مكانة معقولة تتوافق مع متطلبات الحياة التجارية , فالعرف التجاري يعد مصدرا رسميا وفق المادة الأولى مكرر من القانون التجاري سابقة الذكر و يأتي بعد النصوص التشريعية التجارية .

وهذا التكريس لمكانة العرف التجاري لها ما يبررها نجدها في القانون التجاري في حد ذاته , الذي عجز عن الإحاطة بالجوانب العقدية للمعاملات التجارية لاسيما عقود البيع و القرض و التأمين إلى غير ذلك من العقود التي لم تجدد قواعدها , فترك أمر تحديد نظامها القانوني للقانون المدني و العرف التجاري , و بالرغم من المكانة التي أعطاهها القانون للعرف التجاري إلا أنه كان على المشرع أن يعتبره مصدرا رسميا فعلا يأتي في المركز الثاني مباشرة , فالقانون التجاري يشمل القانون التجاري المكتوب و القانون التجاري غير المكتوب

¹ منصور داود، ساعد العقون، المرجع السابق، ص515-516.
² المادة الأولى مكرر من القانون التجاري الجزائري.

(العرف التجاري) و عليه لا يجوز اللجوء إلى أي مصدر آخر إلا بعد الرجوع للقانون التجاري بالمعنى الواسع ، و هو قانون التجارة و القوانين المكملة لقانون التجارة و العرف التجاري ، فالعرف التجاري هو أقدر على التعبير و الإحاطة بالحياة التجارية من القانون المدني الذي تمتاز قواعده بالبطء الشديد و عدم التطور على خلاف العرف التجاري الذي يساير الحياة التجارية و يحيط بجميع تفاصيلها.

فالأمر لا يتعلق هنا بترتيب مصادر القانون لوجوب القول بتطبيق النصوص التشريعية قبل تطبيق القواعد العرفية ، و إنما الأمر يتعلق بتحديد نطاق كل من القانون التجاري و المدني ، فقواعد القانون التجاري قواعد خاصة بالمقابلة لقواعد القانون المدني التي تعد بمثابة الشريعة العامة للقانون الخاص و يترتب على ذلك وجوب تطبيق القواعد التجارية أولاً ، سواء وجدت مصدرها في التشريع التجاري أو العرف التجاري ، ثم الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني في حالة غياب القواعد التجارية الخاصة¹.

الفرع الثاني : القوة الملزمة للعرف التجاري

لا خلاف بين الفقهاء في أن القاعدة العرفية قد تحقق ركنها المادي و المعنوي ، قاعدة قانونية ملزمة للمخاطبين بأحكامها شأنها في ذلك شأن القاعدة التشريعية ، غير أن الخلاف بعد ذلك على أشده في أساس القوة الملزمة لها ، فقد اختلفت أنظار الفقهاء في هذا الصدد ، و يمكن رد هذا الاختلاف إلى وجود عدة نظريات نعرض أهمها و نناقشها بإيجاز فيما يلي:

أولاً : تأسيس قوة العرف الملزمة على الإرادة الضمنية للمشرع

1. **مضمون النظرية:** ذهبت هذه النظرية إلى أن قواعد العرف تكتسب وصف القواعد القانونية الملزمة باعتبار العرف تشريعاً ضمناً صادراً عن الإرادة الضمنية للمشرع التي تستخلص من أمرين:

أولاً: هو رضا المشرع عن العرف و عدم رفضه أو العمل على إلغائه، إذ لو لم يكن راضياً عنه للاعتراض عليه.

ثانياً: هو كفالة المشرع احترام قواعد العرف و تطبيقها بواسطة السلطة العامة التي تتبعه بما تملك من قوة مادية.

¹ منصور داود، ساعد العقون، المرجع السابق، ص517.

و يبنني على ما ذهب إليه هذه النظرية من تأسيس قوة العرف الملزمة على الإرادة الضمنية للمشرع نتيجة هامة هي عدم الاعتراف لقواعد العرف بوصف القواعد القانونية إلا إذا اسبغت عليه الإرادة الضمنية للمشرع وصف القانون ، بمعنى أن تواتر سلوك الافراد على نحو معين زمنا طويلا لا يمكن أن ينشئ قواعد قانونية إلا في الحدود التي يسمح بها المشرع و يتضح مما سبق أن هذه النظرية تقوم على أساس المذهب الشكلي في تأصيل القانون و غايته الذي يعتبر القانون مجرد تعبير عن إرادة الدولة ، بحيث لا وجود لقانون لا يستند إلى إرادة الدولة و مشيئتها ، فالدولة هي التي تضع القانون ثم تجبر الافراد على إتباعه و السير على مقتضاه و من أبرز أنصار المذهب الشكلي الفقيه الإنجليزي Austin و الفيلسوف الألماني Hegel و فقهاء الشرح على المتن كما يؤخذ على هذه النظرية القديمة التي تكاد أغلبية فقهاء الحديث تهجرها ، مأخذ عديدة لعل أهمها ما يلي :

- أ. إنكارها الحقيقة التاريخية التي تسلم بأن العرف كان أسبق في الظهور من التشريع ، و محاولتها إرجاع مصدر العرف ، و هو السابق إلى العرف و هو اللاحق ، و ما يترتب على ذلك عجزها عن إيجاد تبرير مقبول لما كان العرف يتميز به من قوة ملزمة في الجماعات القديمة التي لم تكن قد عرفت السلطة التشريعية بعد¹.
- ب. خلطها بين العرف و التشريع ، فإذا كان التشريع قانونا مدونا في وثائق رسمية معلومة و صادرا في زمن قصير عن سلطة مختصة في الدولة ، فإن قواعد العرف تتكون تدريجيا في الجماعة مما ألفه أفرادها في معاملاتهم و اعتقدوا في إلزامها .
- ج. إرجاءها القانون إلى مصدر واحد و هو إرادة المشرع ، طالما انها تعتبر العرف بمثابة تشريع ضمني ، مع أن مصادر القانون قد تتعدد : فقد يكون مصدر قواعده الدين مثلما هي الحال بالنسبة إلى البلاد العربية ، أو قد يكون مصدره العرف و القضاء بالنسبة إلى البلاد و الانجلوسكسونية .
- د. محاولتها جعل الدولة تتحكم تحكما مطلقا في القانون ، و ذلك بتغليب إرادتها على العرف المعبر عن حاجات أفراد الجماعة و تغليبها على مقتضيات العدل ، و لعل هذه المأخذ تبين عدم صحة تأسيس القوة الملزمة للعرف على مشيئة العرف الضمنية

¹ محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية للوجيز في نظرية القانون، دون جزء، ط3، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2002، ص 185-186.

و تجعل رأي هذه النظرية سطحيا , إذ يكتفي بمشاهدة الواقع الذي يغلب فيه قيام الدولة بسن التشريع و كفالة احترامه باعتباره تعبيرا عن حاجات المجتمع , ناسيا أن التعبير عن هذه الحاجات قد يكون أيضا عن طريق سلوكات معينة درج الناس على إتباعها فشعروا بإلزامها¹.

ثانيا : تأسيس قوة العرف الملزمة على أحكام القضاء

1. مضمون النظرية : ذهبت هذه النظرية إلى أن العرف لم ينشأ في الجماعات البدائية تلقائيا عن طريق الاعتياد الشعبي , بل إنه نشأ من الأحكام التي كان يصدرها الكهنة القضاة الذين كانوا يستمدون سلطتهم من صفتهم الدينية , و قالو بأن الحال لم يتغير في المجتمع الحديث الذي أصبح القضاة فيه يستمدون سلطتهم في القضاء من الدولة لا من الدين , فالعرف في المجتمع الحديث أيضا لا تتكون قواعده تلقائيا , بل إن تعارض مصالح افراده و تضاربها بصدد القواعد التي ينبغي أن تضبط علاقاتهم هو الذي يدفع بهم إلى الالتجاء إلى سلطة اجتماعية هي سلطة المحاكم التي يكون لها القول الفصل في بيان ذلك , فإذا تواترت أحكام هذه السلطة و استقرت على نحو معين , استطاعت في آخر الأمر أن تفرض القواعد القانونية التي ينزل كافة الافراد عند حكمها , سواء أولئك الذين يستقبلونها بحماس , إذا كانت تتفق مع مصالحهم , أو أولئك الذين لم تكن متفقة مع مصالحهم و لكنهم ينصاعون لحكمها و يسلمون بها تسليم الواثق بما لهذا القضاء المستقر من حجية ملزمة لا قبل لهم بتعديلها².

و ينبغي مراعاة أن القضاء لا ينشئ القواعد العرفية التي استقر عليها منذ القدم , بل هو يعتمد في ذلك على الاتجاهات و الأفكار السائدة في الجماعة , و لكن القضاء وحده هو الذي تكون له سلطة إعطاء وصف القاعدة القانونية لهذه الاتجاهات و الأفكار , فإذا كان لأفراد الجماعة دور في إنشاء القواعد العرفية , فإن هذه القواعد مع ذلك لا تتصف بصفة

¹ محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص186.

² المرجع نفسه، ص190.

الإلزامية إلا بعد حكم القضاء بها , و بذلك فإن العرف يستمد قوته الملزمة من أحكام المحاكم , أي أنه لا يوجد إلا المحاكم تطبقه¹.

2. مناقشة النظرية:

انتقدت نظرية تأسيس إلزام العرف على أحكام القضاء انتقادات كثيرة نذكر أهمها :

أ- إنها تنكر حقيقة مفادها وجود عادات ألفها أفراد الجماعة في معاملاتهم فاعتقدوا في إلزامها بمعزل عن تدخل أي عنصر خارجي , حتى غدت بالنسبة إليهم قواعد قانونية يجب احترامها , و ذلك على خلاف القواعد القانونية التي ترجع نشأتها إلى أحكام المحاكم , فإذا كانت قواعد العرف ملزمة لأفراد الجماعة التي تواتر إعتيادها على إتباعها , فإن قضاء المحاكم الدنيا تقتقر إلى عنصر الإلزام , و إن قضاء المحكمة العليا يقتقر إلى عنصر التكرار .

ب- إن وظيفة القضاء الأصلية هي تطبيق القانون بعد وجوده لا خلقه , و هو إذ يطبق العرف يحكم بقاعدة قانونية سبق وجودها , و بذلك فالقضاء لا يخلق القاعدة العرفية التي نشأت في الجماعة , بل إن محاولته التحقق من وجود العرف أو تفسيره و تطبيقه تحمل في طياته معنى التسليم بوجوده و الاعتراف بما يتصف به من قوة إلزامية قبل الحكم به , و بعبارة أوضح فإن القضاء يطبق العرف لأنه موجود في الواقع و بهذا نخلص إلى نفي فكرة خلق القضاء للعرف , مع الاعتراف بفضله و مجهوداته في سبيل التحقق من وجوده و كشف مضمونه و إزالة الغموض المحيط به وصولاً إلى تطبيقه , و في كل ذلك تدعيم لقوته الملزمة الكامنة في شعور أفراد الجماعة بإلزامه , و ما يكفله ذلك من احترام الأفراد له².

ثالثاً : القوة الذاتية لإلزام العرف

يرى الكثير من الفقهاء أن أياً من النظريات السابقة لا يصلح أساساً لقوة العرف الملزمة فالعرف لا يستمد هذه القوة لا من الإرادة لقواعده, للمشرع الذي يرضى عنه, و لا من ضمير الشعب

¹ محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص190.

² محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص190.

أو روحه , و لا من تطبيق القضاء لقواعده , بل إن الصحيح أن للعرف قوة ذاتية يستمدّها من الإرادة الشعبية الجماعية التي فرضته استجابة لمقتضيات الضرورات الاجتماعية التي استدعت وجوده بالإضافة إلى اعتبارات أخرى كثيرة تساهم في تدعيم هذه القوة الذاتية لإلزام العرف منها : نزعة المحافظة على القديم بما تنطوي عليه من حرمة و هيبة في النفوس و حرص على المألوف وخشية غريزية من الخروج على ما تقضي به , و شعور الأفراد بضرورة احترام السلوك المتبع خدمة لاستقرار المعاملات في الجماعة و تحقيقا للعدل و توفيقا بين مصالحهم المتضاربة¹ .

رابعاً : تأسيس القوة الملزمة للعرف من الناحية الرسمية على إرادة السلطة العامة

لقد نص التقنين المدني الجزائري صراحة في مادته الأولى على أنه : " يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها , و إذا لم يوجد نص تشريعي , حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية , فإذا لم يوجد بمقتضى العرف , فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة"² .

و ذلك على اعتبار العرف مصدرا رسميا احتياطيا تانيا للقانون الجزائري بعد مبادئ الشريعة الإسلامية , و هذا يعني في نظرنا أن أساس القوة الملزمة للعرف من الناحية الرسمية إنما يعود إلى إدارة السلطة العامة في الدولة ممثلة في السلطة التشريعية , و ذلك بعد أن ذهبت إرادة الأمة العمل بموجب العرف نظرا لاستجابته إلى مقتضيات حاجياتها الاجتماعية³ .

خامساً : تأسيس قوة العرف الملزمة إلى إرادة و ضمير الشعب

1. مضمون النظرية : تستند هذه النظرية فيما ذهبت إلى تصوير المذهب التاريخي في

أصل القانون وغايته , فالقانون في نظر هذا المذهب ليس من خلق و إنشاء إرادة الحاكم أو السلطان , ولا من وحي مثل أعلى , و لكنه من صنع الزمن ينشأ في ضمير الجماعة بأجيالها المتعاقبة على مر الزمن , فهو ليس ثمرة جيل معين من أجيال الجماعة , بل هو ثمرة التطور التاريخي لهذه الجماعة حيث يتكون و يتطور أليا نتيجة ما يتفاعل في ضميرها من عوامل مختلفة فالمشروع وفقا لهذا الرأي لا

¹ محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص190.

² المادة الأولى من القانون المدني الجزائري.

³ محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص191-192.

يستطيع أن يفرض على الجماعة قانون لا يتفق مع حاجاتها و رغباتها و لا يساير تطورها التاريخي , و عليه فقد فضل القائلون به العرف على التشريع و قالوا يسموه عليه باعتبار العرف وسيلة للتعبير الصادق عن ضمير الجماعة , الامر الذي جعله أقرب من روح الشعب , إذ هو يكشف بصورة مباشرة و تلقائية عن هذه الروح , بينما التشريع وسيلة غير مباشرة للتعبير عن هذه الروح , لأن دوره ليس خلق القانون , فالقانون يخلق نفسه , و إنما دوره يقتصر على مراقبة تطور القانون في ضمير الشعب ثم يقوم بتسجيل هذا التطور في نصوص ينشرها على الشعب و تعني هذه النظرية التي نحن بصددتها حيث ترى أن العرف لا يستمد قوته من التشريع و إنما من إرادة الشعب (الجماعة)¹.

2. مناقشة النظرية: رغم أن المذهب التاريخي يرجع إليه فضل إبراز أهمية العرف كمصدر للقانون , و ذلك بكشفه عن الارتباط الوثيق بين القانون و البيئة الاجتماعية التي تنشأ فيها و الجماعة التي يتوجه إلى تنظيم أمورها , فإن استناد النظرية التي نحن بصددتها إلى هذا المذهب في تأسيس قوة العرف الملزمة على الضمير الجماعي للشعب جعلها هدف لبعض الانتقادات التي وجهت إلى هذا المذهب , التي نذكر بعضها فيما يلي :

أ. **عدم قبول القول بأن مصدر القانون هو ضمير الشعب :** و ما يترتب عليه من تأسيس إلزام العرف على فكرة الضمير الجماعي , نظرا لما لهذه الفكرة من غموض و إبهام من شأنهما أن يجعللا الشك يحوم حولها , و هو ما ينفي صلاحيتها لأن تكون أساسا القوة الإلزامية لأي قانون وضعي يسري مفعوله قي مجتمع سياسي معين.

ب. **الإسراف في ربط القانون بالبيئة الاجتماعية :** إسرافا أدى إلى إنكار دور العقل و الإرادة في إنشاء القانون و توجيه تطوره , و ذلك بإهمال دور كل من المشرع و الأفراد , و اعتبار العرف المصدر المثالي للقانون.

¹ محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص187.

ج. بالنسبة إلى إهمال دور المشرع : فقد أهمل المذهب التاريخي الذي يستند هذه النظرية إليه دور المشرع في اختيار أنسب التشريعات التي تصلح للمجتمع و تتفق مع حاجات و رغبات أفراده , مع أن المشرع في كثير من الأحيان هو الذي يبين الغاية التي يجب أن يعمل القانون على تحقيقها , و هو الذي يوجه القانون نحو تحقيق هذه الغاية فدور المشرع إيجابي لا يجوز إغفاله , و ليس سلبيا , إذ يقتصر على انتظار تطور الظروف في المجتمع ليقوم بتسجيل ما يتولد في الضمير الجماعي , نتيجة ذلك التطور في نصوص تشريعية , بل إنه في كثير من الأحيان يسبق الاحداث فيبادر إلى سن تشريع يرى أن حاجة المجتمع تستدعي سنه .

د. أما بالنسبة إلى إهمال الأفراد : فقد أهمل هذا المذهب دور الإرادة الواعية للأفراد في تكوين العرف , و في كفاحهم من أجل إقرار قوانين عادلة .

فأما فيما يخص دور العرف للأفراد في تكوين العرف , فإن العرف على غرار التشريع , تتدخل الإرادة الإنسانية الواعية في تكوينه , إذ هو ينشأ بداءة إرادي يأتيه أحد الافراد أو مجموعة منهم , ثم يسود الاعتقاد في إلزامه فهو إذن فعل إرادي مفروض من قبل الإرادة البصيرة المدركة للجماعة التي تنشأ فيها , لا نتيجة البيئة الاجتماعية ينشأ و يتطور آليا و أما فيما يتعلق بكفاح الافراد ضد القوانين الظالمة المفروضة عليهم من قبل الحكم الطغاة , فقد ضرب هذا المذهب عرض الحائط كفاح الأفراد و الشعوب في سبيل إلغاء أو تعديل القوانين الجائرة و تعويضها بما يكفل نشر العدل بين الافراد و تحقيق الصالح العام للمجتمع¹.

و. أما بالنسبة إلى اعتبار العرف المصدر المثالي للقانون : فقد بالغت هذه النظرية في اعتبار أفضل و أسمى من التشريع , ذلك أن العرف , و إن كانت له الأولوية كمصدر للقانون في الجماعة الأولى , فإن ذلك كان سبب بساطة حياة أفرادها و عدم تعقد مصالحهم و تضاربها , أما في المجتمع الحديث فقد غدا تدخل المشرع كما رأينا سابقا , ضروريا لتنظيم أمور الحياة المتشعبة و ضبط سرعة إيقاع نمطها , الامر الذي جعلها أهم وسيلة للتعبير عن القواعد القانونية الناتجة عن إرادة قادرة مبينة الغاية التي يجب

¹ محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص188-189.

على القانون تحقيقها في سبيل تطور الجماعة و رقيها , فالعرف هو المصدر المثالي للقانون حقا و مثال ذلك : أنه يجب على القاضي باعتباره مكلفا بتطبيق القانون بغض النظر عن مصدره , أن يطبقه من تلقاء نفسه في الدعوى المرفوعة أمامه حتى و لم يتمسك به الخصوم , فالقاعدة العرفية كالقاعدة التشريعية , قاعدة قانونية واجبة التطبيق يجب على القاضي البحث عنها من تلقاء نفسه لتطبيقها و هذا كأسى دليل على القوة الملزمة للعرف¹.

باعتبار أن العرف ملزم و بالتالي يعتبر قانونا و من أساس إلزام قوته هناك عدة معايير نذكر منها ما يلي:

- **المعيار الفقهي** : فضل جانب آخر في الفقه التركيز على تحاليل الفقهاء و آرائهم فإجماع أهل الفقه الذي يرقى السلوك من عادة إلى عرف , و لقد لقي هذا الرأي بدوره معارضة استنادا إلى أن رجال الفقه مهما امتلكوا من الكفاءة و القدرة في فهم القانون إلا أن الفقيه لا يمكن ، يحل محل سلطة رسمية لإقرار قاعدة قانونية².
- **المعيار التشريعي**: التفت جانب آخر في الفقه إلى السلطة المكلفة بالتشريع فقالوا أن المشرع طالما لم يصدر تشريعا يعارض السلوك الذي تعود الافراد على إتباعه , فإن ذلك يعد تعبيراً ضمناً على أنه اعتمد هذه القاعدة و أقرها , و هو ما يكسبها عنصر الإلزام و إن أبرز نقد تعرض له هذا الرأي أن الأخذ به يعني أن التشريع كما أثبتت ذلك دراسات تاريخ القانون و يبدو أن الرأي الغالب في الفقه يذهب إلى أن العرف لا يكتسب إلزامه من مصدر واحد بل يستمد من مصادر كثيرة تأتي في مقدمتها رضا الناس على قاعدة سلوكية معينة و اعتقادهم عليها في شأن من شؤون الحياة بشرط عدم اصطدامها بقاعدة من التشريع العادي أو الفرعي³.
- **المعيار القضائي** : يرى بعض الفقهاء أن القاعدة العرفية تستمد إلزامها من اعتماد المحاكم عليها في فصلها في القضايا إذ لم تجد حلاً لها في القواعد التي تعلو العرف درجة , فالعادة تنتقل إلى عرف بتدخل من السلطة القضائية فهي التي تبعث في القاعدة

¹ محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص188-189.

² عمار بوضياف، المرجع السابق، ص213.

³ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص213.

العرفية روح الالتزام و تشعر الافراد بقيمتها و قوتها و لقد لقي هذا الرأي معارضة في الفقه على أساس أن السلطة القضائية سلطة مكلفة بتطبيق القانون لا بإنشائه¹.

المطلب الثاني: تعارض العرف مع القواعد القانونية

يقترن تطبيق العرف التجاري ببعض المسائل التي لا بد من حسمها , و هي قوة العرف في مواجهة النصوص التشريعية التجارية كانت أو المدنية فقد يقع التعارض بين العرف التجاري و التشريع التجاري الأمر أو المكمل (المفسر) , و قد يقع التعارض بين العرف التجاري و النص المدني الأمر أو المفسر , كما قد يقع في العرف التجاري في حد ذاته².

الفرع الأول: قوة العرف في مواجهة النصوص التشريعية التجارية

فيما يتعلق بتعارض العرف التجاري الأمر فقهاء القانون أجمعوا على أنه لا يجوز معارضة عرف تجاري لنص تجاري أمر باعتباره قاعدة قانونية أمره تمس المصلحة العامة و النظام العام و الآداب العامة , و بالتالي لا يجوز له أن يخالفها لإلزاميتها , أما إذا تعارض العرف التجاري مع المنصوص التجارية المفسرة فيقدم العرف التجاري لان النص التجاري المفسر يجوز الاتفاق على مخالفته لعدم ارتباطه بالنظام العام و الآداب العامة³.

ومن المتفق عليه أيضا أنه لا يجوز للعرف التجاري أن يخالف نصا تجاريا أمرا و بالتالي فإن العرف يحتل الدرجة التالية بعد التقنين التجاري و سائر التشريعات المكمل له , و هذا الترتيب منطقي و طبيعي إذ لا يجوز أن يخالف العرف التجاري تعبيراً صريحاً عن إرادة المشرع في نص قانوني مكتوب , و لأن العرف التجاري قانون فإن محكمة النقض تراقب قوته و لا تتركه لمحض تقدير قاضي الموضوع⁴.

الفرع الثاني: قوة العرف بالنسبة للتشريع المدني

لا تثور أي مشكلة بخصوص تعارض العرف التجاري مع النصوص المدنية المفسرة إذ يجب تقديم العرف التجاري على النص المدني المفسر , و لكن المشكلة تثور في حالة تعارض العرف التجاري مع النص المدني الأمر و قد انقسم حول هذا الموضوع إلى رأيين :

¹ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص212.

² منصور داود، ساعد العقون، المرجع السابق، ص517.

³ المرجع نفسه، ص517.

⁴ علي البارودي، المرجع السابق، ص28.

الرأي الأول : و القائل بتقديم النص المدني الأمر لأولويته على العرف التجاري لتعلق النص المدني الأمر بالنظام العام و الآداب العامة و لمساسها بالمصلحة العامة , و بالتالي لا يجوز الاتفاق على معارضتها و قد استند هذا الرأي إلى هذه الحجة و المبررات التالية لتغليب القانون المدني بقواعده الآمرة على العرف التجاري :

أولاً : لا يوجد نظمات عامان في دولة واحدة , الأول متعلق بالقانون المدني و الثاني بالقانون التجاري فكما لا يجوز للعرف التجاري مخالفة القواعد التجارية الآمرة لا يجوز كذلك له مخالفة القواعد المدنية الآمرة , و بما أن هناك اتجاه فقهي نحو عدم قدرة العرف على إلغاء التشريع بشكل عام , فلا يجوز للعرف التجاري أن يلغي التشريع المدني الأمر .

ثانياً: صحيح أن الحكم الخاص يقدم على الحكم العام إلا أن هذا التقديم مشروط بعدم مخالفة الحكم الخاص للنظام العام إلا أن بعض الفقهاء اشترطوا التغليب للنصوص المدنية الآمرة على العرف التجاري بعدم النص صراحة في القانون على تقديم العرف التجاري تقديم القاعدة العرفية التي تقضي بافتراض التضامن بين المدينين في دين تجاري¹.

و هذا ما يوضح بأن للعرف أهمية خاصة تأتي بالمرتبة الثانية بعد التشريع كما أنه يطبق بعد النصوص الآمرة في القانون المدني , أي قبل القواعد المفسرة الواردة في القانون المدني بل وجدنا أن القواعد القانونية تشير إلى وجوب اعتبار المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً , و هذا دليل قاطع على قوة العرف التجاري .

الرأي الثاني : في حين ذهب رأي آخر إلى تقديم العرف التجاري على النص المدني الأمر و استندوا إلى أن الرجوع للقانون المدني مرتبط بعدم وجود حكم خاص في القانون التجاري سواء وجد النصوص التشريعية أم في القواعد العرفية لأن القانون التجاري يشمل النصوص التجارية و الأعراف التجارية معا . و عليه لا مجال لتطبيق القانون المدني حتى نصوصه الآمرة في حالة توافر العرف التجاري كونه المقصود بالتشريع التجاري , و إن تقديم العرف التجاري على نصوص القانون المدني الآمرة لا يعد إهداراً لمبدأ تدرج المصادر الرسمية للقانون , و لكنه يعد تحديداً لنطاق تطبيق كل من القانون التجاري و القانون المدني , فإذا ما وجد حكم خاص في القانون التجاري سواء ورد في التشريع التجاري أم العرف التجاري

¹ منصور داود، ساعد العقون، المرجع السابق، ص518.

فلا يبقى هناك مجال لتطبيق القواعد المدنية العامة و تقديم العرف التجاري على النصوص المدنية الأمرة , أمر منطقي و ضروري فهو منطقي لأن الحكم الخاص يقدم على الحكم العمومي , فإذا كان القانون التجاري هو الخاص و القانون المدني هو العام فالمنطق أن يقدم القانون التجاري بنصه و عرفه على القانون المدني بنصوصه الأمرة و المكمله , كما أن هذا التقديم ضروري لأن القانون التجاري لا يغطي كافة مجالات العمليات التجارية كالبيع التجارية و عمليات البنوك التي نظمها العرف التجاري و يعني ذلك بأن النص المدني الأمر أقوى و أجدر من العرف التجاري على اعتبار أن القانون المدني هو الشريعة العامة الموجهة إلى جميع الافراد و التي يجب تطبيقها في حالة عدم وجود نص تجاري , بينما هناك من فقهاء القانون أزموا تطبيق العرف التجاري و تطبيقه على النصوص المدنية الأمرة , لأن الأعراف التجارية تعتبر بمثابة مضمون المفهوم الكامل للقانون التجاري , و يبقى ضمن مفهوم القاعدة الخاصة التي تنطبق قبل القاعدة , لأن هذا يتفق و مقتضيات التجارة و هذا يعد تعليلاً علمياً لا قانونياً¹, كما تنص المادة الرابعة من قانون التجارة اللبناني و التي تقضي بأنه على القاضي أن يطبق العرف المتوطد إلا إذا كان العرف متعارضاً " مع النصوص الاشتراعية و الإلزامية " إذ يجب فهم العبارة المقصود بها النصوص الاشتراعية الإلزامية الواردة في القانون التجاري فقط ولذلك فلا يطبق القاضي العرف التجاري المتوطد إذا كان مخالفاً ما يقضي به نص إلزامي (أي أمر) في القانون التجاري , أما إذا تعلق الأمر بنص إلزامي القانون المدني , وكان العرف التجاري مخالفاً له , قدم الأخير على الأول , باعتبار حكم العرف حكماً خاصاً يقدم على الحكم العام الوارد في القانون المدني فالقواعد التجارية أولى بالتطبيق , في مجال المعاملات التجارية , من القواعد المدنية , في الرقابة مصدر الأولى العرف المخالف لنص أمر ورد بالثانية².

كما أن هذا التقديم للعرف التجاري على النص المدني الأمر و المفسر معاً أقرب إلى تحقيق مصلحة التجارة إذا أن طبيعة المعاملات التجارية تختلف عن طبيعة المعاملات المدنية و هي التي دعت إلى استقلال القانون التجاري عن القانون المدني , و ذهب بعض الفقهاء إلى أكثر من ذلك و ميز بين قدرة العرف التجاري على مخالفة النص التجاري الأمر

¹ منصور داود، ساعد العقون، المرجع السابق، ص518-519.

² مبييل إبراهيم سعد و محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص225.

في حين أجاز له -أي العرف- مخالفة النص المدني على الرغم من وجود النص القانوني الواضح , و هناك من ذهب إلى أكثر من ذلك معتبرا العرف التجاري المصدر الحقيقي الأول للقانون التجاري و المصدر الملزم له و أن التاجر هو المشرع الحقيقي للقانون التجاري.

يقن المشرع الأعراف التجارية السائدة , إذ أن أحكام الأوراق التجارية و الوكالة بالعمولة و السمسرة و البيوع البحرية و الاعتمادات المستندية و الأعراف المصرفية و الإفلاس التجاري قد بدأت جميعها أعراف تجارية ثم قننت , و التاجر هو المشرع الفعلي الذي يوجد الأعراف التجارية , من خلال نشاطه الذهني المستمر في مفاوضاته لإبرام صفقاته و من خلال حرصه على الربح كما أنه من الضروري أن يكون العرف التجاري متقدما على قواعد القانون المدني الأمرة لأنها أقرب إلى متطلبات السرعة اللازمة للحياة التجارية¹.

الفرع الثالث: قوة الأعراف التجارية فيما بينها

في حالة تنوع و تعدد أنواع العرف القابل للتطبيق على نزاع تجاري , فالأولوية تكون للعرف الخاص ثم العرف المحلي و أخيرا العرف العام و بمعنى ثان يقدم العرف الخاص على العرف العام , و الحكمة في ذلك أنه كل ما كان العرف مطبقا في نطاق ضيق كلما كان أدق في تنظيم معاملات الأفراد².

إذا وقع التعارض بين عرفين مختلفين ووجب تغليب العرف الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين , فإذا اتفقا الطرفان على تطبيق عرف معين ووجب احترام إرادتهما الصريحة , فإن لم يتفقا على شيء من ذلك تعين على القاضي تطبيق العرف الذي انصرفت إليه إرادتهما الضمنية, و تطبيقا لذلك إذا اختلف العرف المحلي عن العرف العام , أمكن القول بأن المتعاقدين يقصدان سريان العرف المحلي لأنه أقرب إليهما , و إذا اختلف العرف في المكان الذي يقيم فيه كل من المتعاقدين جاز اعتبار أنهما يقصدان تطبيق عرف السوق أو المكان الذي تم فيه العقد³.

¹ منصور داود و ساعد العقون، المرجع السابق، ص519.

² محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص519.

³ حسين النوري، المرجع السابق، ص31.

المبحث الثاني: آثار العرف التجاري

إن العرف التجاري و ما يلعبه من دور هام في الحياة التجارية و المعاملات بشكل خاص و الأهمية الكبيرة و للمكانة التي يأخذها كونه مصدر من مصادر القانون التجاري فلا بد أن تكون له آثار قانونية ينتجها و من خلال ذلك سوف نتطرق إلى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نفصل في المطلب الأول في كيفية إثبات العرف التجاري و كيف تكون له قوة من حيث الإثبات , أما في المطلب الثاني سوف نفصل في تطبيق العرف و كيف تكون الرقابة القضائية عليه .

المطلب الأول: إثبات العرف التجاري

إن الإثبات بالقاعدة العرفية يكون عبئاً على من يريد الاستناد إليه و من أصل وجوده, فإذا ما أراد الخصوم التجاريين بمناسبة نزاع طار بينهم أن يطلب تطبيق قاعدة عرفية يجهلها قاضي الموضوع فهنا و في هذه الحالة يمكن للقاضي أن يطلب من الخصم إثبات وجود هذه القاعدة العرفية و المبدأ هنا أن القاضي لا يمكن أن يعلم بالعرف كعلمه بالتشريع كون التشريع مقنناً, و قابل للإطلاع حق كافة الناس عليه أما العرف التجاري فهو غير مقنن و لا يفترض علم جميع الناس به , كما أن المدعي في هذه الحالة يستطيع إثباته بجميع طرق الإثبات المتاحة و نذكر منها : آراء الخبراء أو شهادات عرف التجارة¹.

إن المحاكم كقاعدة عامة لها أن تستعين بأهل الخبرة في مجال نوع العمل التجاري محل المنازعة , و هذا ما استقر عليه القضاء التجاري إن هي رأت الاستناد إلى عرف معين , أن تأخذ رأي أهل الخبرة فيه لما هو معلوم أن العرف يختلف باختلاف الأزمنة و الأمكنة , و في بعض الدول أناط القانون بالغرف التجارية مهمة تحديد العرف التجاري², أما في الجزائر فإن نظام العرف للتجارة و الصناعة لم ينص صراحة على أن من اختصاصات الغرف التجارية تحديد العرف التجاري و إنما يمكن استنباطه من خلال المهام و الصلاحيات التي أنيطت بالغرفة³, حيث تقرر اختصاص هذه الغرفة بتزويد السلطات العمومية بمبادرة منها أو

¹ منصور داود و ساعد العقون، المرجع السابق، ص520.

² المرسوم التنفيذي رقم 94-96، الصادر بتاريخ 03 مارس 1996، يتضمن انشاء للغرفة الجزائرية للتجارة و الصناعة، معدل و متمعن من المرسوم التنفيذي رقم 2000-312 الصادر بتاريخ 2000، و من المرسوم التنفيذي رقم 10 – 319، الصادر بتاريخ 21 ديسمبر 2010.

³ منصور داود و ساعد العقون، المرجع السابق، ص520.

بناء على طلب السلطات بالآراء و المقترحات و التوصيات في المسائل و الانشغالات التي تخص بطريقة مباشرة أو غير مباشرة على الصعيد الوطني , قطاعات التجارة و الصناعة و الخدمات , كما تكلف الغرفة باستصدار كل وثيقة أو شهادة أو استمارة يقدمها أو يطلبها الاعوان الاقتصاديين لاستعمالها في إطار نشاطاتهم المهنية و تؤشر أوتصادق عليها طبقا للقوانين و التنظيمات المعمول بها و يعني ذلك أنه يمكن للتاجر أن يطلب استصدار عرف تجاري رغم أن المادة جاءت غامضة و غير محددة للشهادة التي يمكن استصدارها , و على العموم ليس لهذه الشهادات إلا حجية نسبية أمام القضاء فللمحاكم أن تهملها فتكون اقتناعها بوجود أو عدم وجود العرف بالاستناد إلى خبير أو باستشارة هيئة موثوق بها¹.

الفرع الأول: حجية المحرر العرفي في الإثبات

إن الورقة العرفية التي لم ينكر توقيعها تصلح كدليل إثبات و تتميز في إطار حجية الورقة العرفية من جهة بين حجية أصل المحرر العرفي في الإثبات و من جهة أخرى حجية صورة المحرر العرفي في الإثبات².

أولا : حجية اصل المحرر العرفي في الإثبات : في هذا الإطار نميز بين حجية هذا الأصل فيما بين أطرافه من جهة و في مواجهة الغير من جهة أخرى , حيث تقضي المادة 327 من القانون المدني الجزائري بما يلي : " يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه , أما وراثته أو خلفه فلا يطلب منهم الانكار و يكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الامضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق"³.

كما ورد في نص المادة 14 إثبات مصري ما يلي >> يعتبر المحرر العرفي صادرا ممن وقعه , ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة , أما الوارث أو الخلف فلا يطلب منه الانكار , و يكفي أن يحلف يمينا بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق , و من احتج عليه بمحرر عرفي و ناقش موضوعه لا يقبل منه إنكار الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة الأصابع << , و

¹ منصور داود و ساعد العقون، المرجع السابق، ص520.

² همام محمد محمود زهوان، أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية، دون جزء، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص245.

³ المادة 327 من القانون المدني الجزائري.

بمقتضى حجية الورقة العرفية بين أطرافها و خلفهم العام أنها مستمدة من توقيعها من صاحب الشأن أو من نائبه في حدود نيابته¹.

وبالمثل في حالة التوقيع بالختم , فإنها تكون حجة على صاحب الختم , سواء ختمها بنفسه أو بغيره ممن كلفه بذلك بحضوره و رضاه أو بعلمه و اختياره و لقد أقام المشرع قرينة على أن الورقة العرفية تنسب و يحمل صدورها إلى من تحمل توقيعها من جهة , كما أن هذا التوقيع قرينة على تسليم صاحبه بصدق جميع البيانات الواردة فيها بما في ذلك تاريخها باعتباره أحد هذه البيانات و جزء من الاتفاق الذي تشهد به الورقة , و في ذلك ورد بمذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني تاريخ الورقة العرفية يعتبر حجة فيما بين المتعاقدين حيث يثبت العكس , شأنه من هذا الوجه شأن سائر ما يدون في هذه الورقة من بيانات , و يتعين على من يريد تحصيل الدليل العكسي في هذه الحالة أن يلتزم أحكام القواعد العامة في ذلك و مؤدى هذا وجوب التقدم بدليل كتابي , إذ لا يجوز نقض الثابت كتابة إلا بالكتابة².

أما فيما يخص التمييز بين الورقة العرفية و الرسمية فالمشرع جعل حجية الورقة العرفية تجاه من ينسب إليه توقيعاً عليها رهن بعدم إنكاره لهذا التوقيع فإذا هو أنكره سقطت حجيتها مؤقتاً تجاهه و تعين على المتمسك بها أن يقيم الدليل على صحتها و ذلك بإتباع إجراءات حقيق الخطوط و الأمر كذلك فإن حجية الورقة العرفية تجاه أطرافها تكون رهنا بموقف من يحاج إليها و اعتبار طريق الادعاء بالتزوير هو الطريق الوحيد لدحض حجية البيانات التي لها صفة رسمية من المحرر الرسمي , مرده ما تتمتع به هذه البيانات من مصداقية وثقة نتيجة ما يوليه القانون من سلطة خاصة للموظف العام فيما يقوم بإثباته من بيانات في حدود مهمته مراعيًا في ذلك الأوضاع المرسومة لتدوينها و هو ما تفتقده العرفية³.

ثانياً : حجية صورة للمحرر العرفي في الإثبات: لما كانت الصورة و هي نسخة منقولة عن الأصل تفتقد توقيع أصحاب الشأن عليها , فأنها تفتقد كل حجية في الإثبات على اعتبار أن قوام حجية الورقة العرفية في الإثبات هو توقيعها توقيعاً غير منكور من الشأن و هي تفتقد لكل حجية في الإثبات سواء كدليل كتابي كامل لأنها لا تحمل توقيع أصحاب الشأن سواء

¹ همام محمد محمود زهوان، المرجع السابق، ص245.

² همام محمد محمود زهوان، المرجع السابق، ص246.

³ مرجع نفسه ، ص252.

كعنصر من عناصر الإثبات - مبدأ ثبوت بالكتابة , إذا كانت غير مكتوبة بخط من تنسب إليه و يراد الاحتجاج بها قبله ما لم يقبلها الخصوم صراحة أو ضمنا و من ثم فلا قيمة لصورة الورقة العرفية في الإثبات إلا بمقدار ما تهدي إلى الأصل إذا كان موجودا , إذ يرجع إليه عند المنازعة بحيث تظل الحجية الأصل و ليس الصورة , أما إذا كان الأصل غير موجود فلا سبيل للاحتجاج بها و لو كان مظهرها الخارجي يوحي بسلامتها لما قدمناه من عدم توقيعها من صاحب الشأن الذي يراد الاحتجاج بها عليه و هو أمر مبرر لأنه ليس ثمة ضمان يكفل الجزم بعدم تحريفها عن الأصل أو بعدم تزوير أصلها نفسه و هو ما لا يهتدى إليه بمجرد معاينة الصورة¹.

وفي ذلك قضى بعدم جواز تأسيس الحكم على صورة الورقة العرفية خاصة حيث يتمسك الخصوم بأن الصورة لا تحمل توقيعها و بعدم مطابقتها للأصل , أو تمسك بأن التصرف المقدم صورة للمحرر المثبت له لا وجود له أصلا و قضى بأنه إذ كان الثابت أن الحكم المطعون فيه قد رتب على الصورة الفوتوغرافية لعقد البيع العرفي المنسوب صدوره من الطاعن إلى المطعون عليه في هذه الحالة القاضي يقضي بصحة و نفاذ عقد البيع الصادر من هذا الأخير إلى المطعون عليه الأول².

وبهذا القاضي لم يتحقق من قيام العقد الأول الذي نفى للطاعن وجوده و هو شرط لازم للقضاء بصحة و نفاذ عقد البيع الذي بنى عليه , فإن الحكم يكون قد خالف القانون و أخطأ في الاستدلال بما يوجب نقضه أو قضى بأن لا تشريب على المحكمة إن هي لم تر الآخذ بصورة شمسية لأوراق أريد التدايل بها في الدعوى و أقامت قضاءها على ما استخلصه من قرائن متى كان استخلاصها لها سائغا و له أصله الثابت بالأوراق , غير أنه إذا كان محل الإثبات مما يجوز إثباته بالبينة و القرائن جاز للمحكمة أن تعتمد على الصورة الشمسية بوصفها قرينة أطمأنت إلى صحتها , علما بأن تقديم أصل للمحرر العرفي يجب أن يكون أمام محكمة الموضوع³.

¹ مرجع نفسه، ص286.

² همام محمد محمود زهوان، المرجع السابق، ص287.

³ مرجع نفسه، ص287.

إن تقديم أصل العقد أمام محكمة النقض بعد تقديم الصورة الشمسية لمحكمة الموضوع لا يجدي لأنه لا تقبل مستندات جديدة في الطعن لم تكن من قبل تحت نظر محكمة الموضوع , غير أنه لما كانت قواعد الإثبات غير متعلقة بالنظام العام فقد قضى بأن و كان الطاعنون لم يسبق لهم التمسك أمام محكمة الاستئناف بعدم جواز الاحتجاج قبلهم بالصورة الفوتوغرافية للعقد المقدم من المطعون ضده الأول و لم يطعنوا على هذا العقد أو صورته بأي مطعن و لم يطلبوا من المحكمة تكليف المطعون ضده بتقديم أصل العقد , فإنه لا يقبل من الطاعنين للمنازعة في العقد أو صورته لأول مرة أمام محكمة النقض , و إذا كان المستند العرفي مكتوب بلغة أجنبية , فإن الترجمة العرفية غير المصدق عليها من جهة رسمية لا حجية لها في الإثبات إلا إذا سلم بها الخصم¹.

الفرع الثاني: المحررات العرفية غير المعدة للإثبات

وهي أوراق لم يكن الغرض إعدادها تهيئة دليل الإثبات التصرف القانوني الذي تشير إليه , و هذه منها ما يحمل توقيعاً ممن تنسب إليه و يحتج بها قبله شأن الرسائل و البرقيات و من ثم ينطبق في شأن حجيتها ما سبق و أن قدمناه في خصوص المحرر العرفي المعتبر دليلاً كتابياً كاملاً على من وعه توقيعاً غير مكتوب و الغالب منها غير موقع عليه ممن صدرت عنه شأن الدفاتر و الأوراق المنزلية و الدفاتر التجارية و التأشير على سند الدين بما يفيد براءة ذمة المدين , و لقد أثبت القانون لهذه الأوراق حجية في الإثبات بحسب ما قدره من دلالتها على الحق للمدعى به².

ونذكر من بين الأوراق الموقع عليها: الرسائل و البرقيات, أما الأوراق غير الموقع عليها فهي: الدفاتر و الأوراق المنزلية.....

أولاً : الرسائل و البرقيات : تستوي حجية الرسالة مع المحرر العرفي كدليل من حيث كونها دليل كتابي كامل لمن تثبت له حقا في شأن وجوده , تعديله أو انقضائه سواء كان هو المرسل إليه أو خلفه العام أو أحد من الغير بإقرار يفيد أو باشتراط لمصلحته ما لم ينكر

¹ همام محمود زهوان المرجع السابق، ص287.
² المرجع نفسه، ص290.

صراحة توقيعه المنسوب إليه فيسقط مالها من حجية صدورها عنه و صحة بياناتها بما في ذلك تاريخها¹.

أما حجية البرقية فهي لما كان المرسل إليه لا يستلم اصل البرقية , بل يستلم صورة منها يتولى تحريرها موظف مصلحة التلغرافات المختص بتلقي مضمون البرقية فإن هناك فريضتين الأولى و هي : وجود أصل البرقية الموقع عليها من المرسل في مكتب التصدير , أما الفرض الثاني : إعدام أصل البرقية².

ثانيا : الدفاتر و الأوراق المنزلية : استنادا إلى أنه لا يقبل من الشخص أن يصطنع من عمل نفسه دليلا لمصلحته , فإنه ليس لمن صدرت عنه أن يستند إليها فيما تثبته له هذه المحررات من حقوق قبل الغير , سواء كدليل كامل أو كمبدأ ثبوت بالكتابة³.

وإذا كانت حجية الأوراق المنزلية كدليل كتابي كامل اتجاه من صدرت عنه مقطوع به في حالة كونها موقعة منه , و كذا فإن حجيتها كمبدأ ثبوت للكتابة يتفق مع القواعد العامة , إذ هي كانت صارة عنه و كام من شأنها أن تجعل التصرف للمدعى به قريب الاحتمال , غير أنها حتى في غير هاتين الحاليتين , فإن كونها في حوزة من يراد الاحتجاج بها عليه , و لو لم تكن بخطه من شأنه أن يجعل مقبولا و سائغا الاستناد عليها كقرينة , تضاف إلى غيرها من الأدلة المقدمة في الدعوى , وفقا للقواعد العامة بشأن الإثبات بالقرائن بحيث لا يجوز الإثبات استنادا إليها إلا في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود كما أنه يجوز نقض دلالتها بالدليل العكسي بجميع طرق الإثبات⁴.

المطلب الثاني: تطبيق و رقابة القضاء على العرف التجاري

بالرجوع إلى نصوص القوانين التجارية العربية و الأجنبية , فإن العرف التجاري يأتي بعد النصوص التشريعية التجارية من حيث الترتيب , فالقاضي إذا عرض عليه نزاع و لم يجد حله في القانون التجاري , في هذه الحالة يلجأ إلى العرف ليستمد منه الحكم النهائي و

¹ المرجع نفسه، ص291.

² المرجع نفسه، ص294.

³ همام محمود زهوان المرجع السابق، ص296.

⁴ المرجع نفسه، ص297.

الحل المناسب للمسألة محل النزاع , و في هذا يغلب العرف الخاص و المحلي على العرف العام و الأخير هو الذي يعمل به في إقليم الدولة كله¹.

والعرف قانون يطبقه القاضي من تلقاء نفسه , لأنه يفترض علمه به دون التمسك به من جانب أطراف النزاع , و لا يكلف الخصوم بإثباته و لما كان من الصعب إمام القاضي بالأعراف التجارية كافة فيجب على من يدعي وجود عرف تجاري أن يثبتته بجميع طرق الإثبات , و غالبا يتم ذلك بتقديم شهادة من الغرف التجارية أو نقابة مهنية أو من القناصل في الخارج بالنسبة للأعراف الأجنبية , غير أن هذه الشهادة غير ملزمة للقاضي , و لكن له الحق في أن يستأنس بها².

والتجار عموما يلجؤون إلى تطبيق أعراف المهنة نظرا لسرعة معاملاتهم و كثرتها و الأعراف التجارية هي ممارسة أو عادة متبعة بانتظام في مكان معين لنشاط أو مهنة باعتبارها تمثل تصرف معروف معتاد و قديم و لأنها ناتجة عن ممارسات تعاقدية بين فئة من التجار³, كما أنه من المستقر عليه فقها و قضاء أنه في حالة وجود تعارض بين النصوص التجارية الآمرة و العرف التجاري فإنه يجب تطبيق النصوص التشريعية .

الفرع الأول : تطبيق العرف التجاري

يذهب معظم الفقه إلى أن القاعدة العرفية هي قاعدة قانونية بكل خصائصها و مميزاتها , و عليه يقع على عاتق القاضي تطبيقها من تلقاء نفسه , أي حتى و لم يطلبها الخصوم , و ذهب رأي آخر من فقهاء القانون التجاري إلى القول أنه لا يجوز للقاضي أن يقرر وجود العرف مستندا إلى معلوماته الشخصية , أما أصحاب الرأي الثاني ذهبوا إلى التفرقة بين العرف الاتفاقي المتعلق بالوقائع المادية و العرف القانوني , أما فيما يخص النوع الأول فمن اللازم أن يثبتته الخصم الذي يستند إليه , و ليس للمحاكم أن تقضي بوجوده من تلقاء ذاتها , أما الثاني فهو واجب التطبيق و لو أهمله الخصوم , إذ يفترض في القاضي العلم به و هو

¹ رغد فوزي عبد الطائي، إشكالية تطبيق العرف التجاري، بدون عدد، بدون سنة، ص17.

² حلو أبو حلو، المرجع السابق، ص22.

³ مباركي توفيق ميلود، وضع قواعد التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة القطب الجامعي الجديد وهران، كلية الحقوق، 2009-2010، ص12.

في ذلك كالنصوص القانونية سواء بسواء , أما أصحاب الرأي الثالث و هو الرأي الراجح إلى أن للقاضي أن يطبق العرف المستقر متى كان عالماً به و لو لم يستند إليه الخصوم , و خاصة أن هناك من يذهب إلى افتراض علم الكافة بالعرف كما هو الشأن في القانون و من ثم لا حاجة لإثباته إذ يفترض علم القاضي به¹.

أولاً : نطاق تطبيق العرف في القوانين التجارية عموماً : استخدم العرف على نطاق واسع في العديد من مواد القانون التجاري , سواء بالنسبة للقانون العراقي الذي اعتمده في تحديد نوع المنافسة غير المشروعة و وقت اعتبارها كذلك , و هذا ما أشارت إليه القوانين الخاصة بتنظيم أعمال و مهن معينة كقانون براءة الاختراع و النماذج الصناعية و قانون العلامات و البيانات التجارية².

حيث لا يجوز أن يتبع المشرع التجاري أو التاجر أساليب من المنافسة لا تتفق و الممارسات المألوفة و نزاهة التعامل التي تقتضيها الحياة التجارية و تؤدي إلى إضرار بالآخرين الذين يمارسون النشاط , كما أشارت القوانين العربية إلى استخدام العرف كمصدر للقانون التجاري حيث نصت المادة 59 فقرة 1 من القانون التجاري الأردني إلى أن عقود البيع و القرض و التأمين و جميع العقود التي لم تحدد قواعدها في هذا القانون تخضع للقانون المدني و العرف و كذلك المادة 96 فقرة 1 التي تنص على (فيما خلا الحالة المذكورة في المادة السابقة ألا يكون الوكيل بالعمولة مسؤولاً عن عدم الوفاء أو عدم تنفيذ سائر الالتزامات المترتبة على الذين تعاقد معهم إلا إذا كفلهم أو كان العرف التجاري في المحل الذي يقيم فيه يقضي بذلك) , كذلك ما تنص عليه المادة 113 من نفس القانون إلى (وقف الحساب الجاري و تصفيته في آجال الاستحقاق المعينة بموجب العقد أو بحسب العرف المحلي) , و بالإضافة إلى ذلك فإن قانون الشركات النافذ يعتبر العرف مصدراً رسمياً من مصادر القانون التجاري يرجع إليه بشكل أساسي , ويرى جانب من الفقه أن حكم العرف كحكم الشرط و الاتفاق فيما يمكن أن يكون الاتفاق فيه شريعة المتعاقدين , و

¹ منصور داود و سفيان العقون، المرجع السابق، ص521.

² رعد فوزي عبد الطائي، المرجع السابق، ص198.

يعتبر العرف بهذه الصورة شرطا ضمنيا في عقود التجار و معاملاتهم و لو لم ينص عليه العقد¹.

ثانيا : نطاق تطبيق العرف في القانون البحري على وجه الخصوص : مع إن الأصل أنه حيث لا يجد القاضي نصا تشريعا يحكم النزاع فإنه يطبق العرف , شرط أن لا يخالف العرف قاعدة قانونية آمرة و قد توجب نصوص قانون التجارة البحرية (مشروع القانون التجاري البحري) إعمال حكم العرف في بعض الأحوال².

وللعرف البحري أهمية بالغة نظرا لقلّة النصوص التشريعية في نطاق القانون البحري و عجزها عن ملاحقة حاجيات الملاحة للتجارة البحرية المحدودة و المعروفة بعد ذلك لأن القانون البحري نشأ نشأة عرفية , و بخصوص العرف البحري يلاحظ البعض بحق إن العرف كما يخلق قواعد قانونية يمكن أن يصل إلى حد إلغاء التشريع فمثلا جرى العرف البحري على تحرير سند الشحن من نسختين أو ثلاث نسخ على خلاف ما تقضي به المادة 100 من قانون التجارة الفرنسي الملغى في وجوب كتابة سند الشحن من أربع نسخ أصلية على الأقل و للمادة 74 من نفس القانون توجب تعيين السفينة في عقد التأمين في حين جرى العرف على عكس ذلك , و لذا يتعين إعمال قواعد العرف البحري قبل الالتجاء إلى الاحكام التي يقرها القانون التجاري و القانون المدني³.

الفرع الثاني : الرقابة القضائية على تطبيق العرف التجاري

هذا الموضوع محل خلاف فقهي , فذهب رأي إلى أن العرف لا يعد قانونا مكتوبا و بالتالي لا تملك محكمة النقض رقابته إذ لا يعتبر العرف قانونا حتى يمكن أن يكون خاضعا لرقابتها وتضيف أصحاب هذا الرأي إلى أن فتح المجال أمام محكمة النقض للتدخل و مراقبة تطبيق العرف سوف يؤدي إلى تثبيت العرف و توحيده في كل أنحاء الدولة , مع أنه من الأفضل ترك العرف عرضة للتغيير وفق ظروف الزمان و المكان , أما الرأي الثاني يرى بأن العرف إذا كان اتفاقا فلا شأن لمحكمة النقض به , أما إذا كان قانونيا فيجب إخضاعها

¹ رغد فوزي عبد الطائي، المرجع السابق، ص198.

² المرجع نفسه، ص198.

³ المرجع نفسه، ص198.

لرقابتها , و يخضع لرقابة محكمة النقض , إذ متى أصبح العرف واجب التطبيق أعتبر في حكم القانون و من ثم يجب خضوعه لرقابة محكمة النقض , و يجوز بالتالي نقض الحكم بسبب مخالفته للعرف¹.

أما الرأي الثالث وهو الراجح يرى أن العرف قانون , و بالتالي تملك محكمة النقض مراقبة تطبيقه و تفسيره².

¹ منصور داود و سفيان العقون، المرجع السابق، ص521.

² المرجع نفسه، ص522.

الخطاتمة

من خلال دراستنا للعرف التجاري نستخلص أن له الفضل الكبير في نشأة العديد من قواعد التقنين التجاري و أن معظم القوانين التجارية المقننة كانت اعراف ،كما أن للعرف التجاري أهمية كبيرة و له مزايا عديدة و متنوعة و يلعب دور كبير في الحياة التجارية .

أن العرف التجاري له مرتبة تالية التشريع و أحيانا يسمو عليه و أن العرف التجاري معمول به منذ القدم و أن التجار يطبقونه في معاملاتهم نظرا لسهولة و أنه يخدم مصالحهم و نظرا لأن الحياة التجارية تمتاز بالتطور و السرعة .

- كما أيضا أن العرف التجاري يطبقه القاضي في حين لم يجد نصا بخصوص المسألة محل النزاع و في حال أن الأطراف استعملوا العرف التجاري بخصوص مسألة ما .
- أن المشرع لم يستطع أن يلم بكافة أنواع الأنشطة أو الأنظمة التي يظهرها التطور الاقتصادي المتلاحق يوما بعد يوم كما أن العرف التجاري معروف منذ القدم و التجار كانوا يلجأون إليه قديما .
- كما استنتجنا أن العرف التجاري يختلف و يتميز عن العادة الاتفاقية .
- للعرف التجاري أنواع لكل نوع منهم خصائص معينة , كما توصلنا من خلال بحثنا إلى أن العرف التجاري له قوة ملزمة .
- إن العرف التجاري قاعدة درج عليها التجار مدة طويلة مع اعتقادهم إلزاميتها و ضرورة إتباعها .
- يكمن الاختلاف بين العرف التجاري و العادة الاتفاقية في الركن المعنوي حيث أن العادة لا يتوافر فيها عنصر الاعتقاد , إن العرف التجاري هو المصدر الرسمي الثاني للقانون التجاري فهو يلي التشريع من حيث المرتبة .
- و للعرف التجاري أنواع منها العام و الخاص و المحلي و القانوني .

– العرف التجاري مصدر القانون التجاري يلي التشريع في المرتبة و يتعارض مع القواعد القانونية من حيث التطبيق فالقاضي هنا ينظر في النزاع المطروح أمامه و يرى ما يناسبه و ماذا يطبق في هذه الحالة .

التوصيات :

- لابد من القاضي التنسيق بما هو متداول في العرف و ما جاء في القانون التجاري .
- يجب أن تكون أحكام العرف ثابتة حتى يسهل على المشرع الإحكام بها .
- يجب التركيز على هذا الموضوع باعتبار العرف له دور فعال في المعاملات التجارية و باعتباره أيضا مصدر من مصادر القانون التجاري .
- يجب الأخذ بالعرف أكثر من العادة لأنه يتوفر فيه الركن المادي و الركن المعنوي و أن له قوة ملزمة عكسها .

قائمة المصادر والمراجع

أولا : باللغة العربية

أ - الكتب

1. حبيب إبراهيم الخليلي ، المدخل إلى العلوم القانونية (النظرية العامة للقانون) ، بدون جزء ، الطبعة الحادية عشر ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بدون بلد نشر ، 2017 .
2. حسين النوري ، القانون التجاري ، دون جزء ، دون طبعة ، دار الجبل للطباعة 14 قصر اللؤلؤة ، بدون بلد نشر ، 2017 .
3. حسين النوري ، دراسة موجزة في القانون التجاري ، دون جزء ، دون طبعة ، دار الجبل للطباعة ، دون مكان نشر ، دون سنة النشر .
4. حلو أبو حلو ، القانون التجاري ، بدون جزء ، بدون طبعة ، الشركة العربية المتحدة للتسويق و التوريدات بالتعاون مع جامعة القدس المفتوحة ، القدس ، 2008 .
5. عادل علي المقدادي ، القانون التجاري (المبادئ العامة وفقا لأحكام قانون التجارة العماني) ، دون جزء ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، دون بلد نشر ، 2014-1431 .
6. عباس الصراف و جورج خربون ، المدخل إلى علم القانون (نظرية القانون - نظرية الحق) ، بدون جزء ، بدون طبعة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، بدون بلد نشر ، 2011-1432 .
7. عزيز العكلي، الوسيط في شرح التشريعات الجزائرية (التعريف بالقانون التجاري و تطوره و مصادره - الاعمال التجارية - التجار - المتجر - العقود التجارية - العمليات المصرفية - الشركات التجارية - الأوراق التجارية) ، بدون جزء ، بدون طبعة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، بدون بلد نشر ، 2015 .

8. علي أحمد صالح ، المدخل لدراسة العلوم القانونية (نظرية القانون) ، بدون جزء ، الطبعة الأولى ، دار بلقيس للنشر ، الدار البيضاء ، الجزائر ، 2016 .
9. علي البارودي ، مبادئ القانون التجاري و البحري ، بدون جزء ، بدون طبعة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، بدون سنة نشر .
10. عمار بوضياف ، المدخل إلى العلوم القانونية و تطبيقاتها في التشريع الجزائري ، بدون جزء ، الطبعة الرابعة ، دار الجسور للنشر و التوزيع ، بدون بلد نشر ، 2017.
11. فاضلي إدريس ، المدخل إلى القانون (نظرية القانون _ نظرية الحق) ، بدون جزء ، الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجامعية ساحة مركزية ، بن عكنون - الجزائر ، 2019 .
12. محمد العريني و محمد السيد الفقي ، القانون التجاري (الاعمال التجارية - التجار - الشركات التجارية) ، بدون جزء ، بدون طبعة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بدون بلد نشر ، بدون سنة نشر .
13. محمد سعيد جعفرور ، مدخل إلى العلوم القانونية (الوجيز في نظرية القانون) ، بدون جزء ، الطبعة الثالثة ، دار هومه للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2002 .
14. محمد سعيد جعفرور ، مدخل إلى العلوم القانونية ، بدون جزء ، الطبعة السادسة ، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2007 .
15. محمد سعيد جعفرور ، مدخل إلى العلوم القانونية ، بدون جزء ، الطبعة السادسة عشر ، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2007.
16. محمدي فريدة زاوي ، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون) ، بدون جزء ، بدون طبعة ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، الجزائر ، سنة 1998 .

17. مصطفى كمال طه , أساسيات القانون التجاري (دراسة مقارنة) , بدون جزء , بدون طبعة , منشورات الحلبي الحقوقية , بدون بلد نشر , بدون سنة نشر .
18. مصطفى كمال طه , الأوراق التجارية و الإفلاس , بدون جزء , بدون طبعة , دار الجامعة الجديدة للنشر , بدون بلد نشر , 1997 .
19. نبيل إبراهيم سعد و محمد حسن قاسم , المدخل إلى القانون (القاعدة القانونية - نظرية الحق) , بدون جزء , بدون طبعة , منشورات الحلبي الحقوقية , بدون بلد نشر , بدون سنة نشر .
20. هاني دويدار , القانون التجاري (التنظيم القانوني للتجارة - الملكية التجارية و الصناعية -الشركات التجارية) , بدون جزء , الطبعة الأولى , منشورات الحلبي الحقوقية , بدون سنة نشر .
21. همام محمد محمود زهران , أصول الاثبات في المواد المدنية و التجارية , بدون جزء , بدون طبعة , دار الجامعة الجديدة للنشر , الإسكندرية , 2002 .

ب - النصوص القانونية

1. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1957 المتضمن القانون المدني , الجريدة الرسمية للعدد 78 , المؤرخة في 30 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم .
2. الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم حسب آخر تعديل للقانون رقم 15-20 المؤرخ في 18 ربيع الأول عام 1437 الموافق ل 2015/12/30 , الجريدة الرسمية للعدد 71 المؤرخة في 2015/12/30 .

3. الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 يونيو 1996 ,
و المتضمن قانون العقوبات , الجريدة الرسمية للعدد 37 , الصادرة بتاريخ 22-06-
2016 .
4. المرسوم التنفيذي رقم 96-94 الصادر بتاريخ 03 مارس 1996 يتضمن إنشاء
الغرفة الجزائرية للتجارة و الصناعة , معدل و متمم من المرسوم التنفيذي رقم
2000-312 , الصادر بتاريخ 21 ديسمبر 2010 .

ج- الرسائل و المذكرات و البحوث العلمية

1. مباركي توفيق ميلود , وضع قواعد التجارة الدولية , مذكرة لنيل شهادة الماجستير ,
جامعة القطب الجامعي الجديد بوهران , كلية الحقوق , 2009-2010 .

د - المجالات

1. منصور داود و ساعد العقون , مكانة العرف في القانون التجاري الجزائري , مجلة
الأستاذ الباحث و الدراسات القانونية و السياسية , المجلد 04 , العدد 02 , سنة
2019 .

هـ - المقالات

1. رغد فوزي عبد الطائي , إشكالية تطبيق العرف التجاري .

و - المحاضرات

1. بن مسعود شهرزاد , محاضرات في مقياس القانون التجاري الجزائري , كلية الحقوق
, جامعة الإخوة منتوري قسنطينة .

فهرس المحتويات

الصفحة	العنوان
	البسمة
	شكر و تقدير
	إهداء
أ - ج	مقدمة عامة
الفصل الأول : ماهية العرف التجاري	
6	المبحث الأول: مفهوم العرف التجاري
6	المطلب الأول: تعريف العرف التجاري و أركانه
6	الفرع الأول: تعريف العرف التجاري
8	الفرع الثاني : أركان العرف التجاري
11	المطلب الثاني :مكانة العرف التجاري و تمييزه عن العادة الاتفاقية
12	الفرع الأول :عوامل احتفاظ العرف التجاري بمكانته
13	الفرع الثاني :تميز العرف التجاري عن العادة الاتفاقية
15	المبحث الثاني :تقدير العرف التجاري
15	المطلب الأول : أهمية العرف التجاري و أنواعه
15	الفرع الأول :أهمية العرف التجاري
19	الفرع الثاني : أنواع العرف التجاري
22	المطلب الثاني : مزايا و عيوب العرف التجاري
23	الفرع الأول : مزايا العرف التجاري
25	الفرع الثاني : عيوب العرف التجاري
الفصل الثاني : أحكام العرف التجاري	
29	المبحث الأول: مرتبة العرف التجاري
29	المطلب الأول: رسمية العرف التجاري و أساس قوته الملزمة.
29	الفرع الأول: العرف التجاري مصدر رسمي
31	الفرع الثاني : القوة الملزمة للعرف التجاري

فهرس المحتويات

39	المطلب الثاني: تعارض العرف مع القواعد القانونية
39	الفرع الأول: قوة العرف في مواجهة النصوص التشريعية التجارية
39	الفرع الثاني: قوة العرف بالنسبة للتشريع المدني
42	الفرع الثالث: قوة الأعراف التجارية فيما بينها
43	المبحث الثاني: آثار العرف التجاري
43	المطلب الأول: إثبات العرف التجاري
44	الفرع الأول: حجية المحرر العرفي في الإثبات
47	الفرع الثاني: المحررات العرفية غير المعدة للإثبات
48	المطلب الثاني: تطبيق و رقابة القضاء على العرف التجاري
49	الفرع الأول : تطبيق العرف التجاري
51	الفرع الثاني : الرقابة القضائية على تطبيق العرف التجاري
53	الخاتمة
56	قائمة المصادر و المراجع
61	فهرس المحتويات